# 成均館法學

第27卷　第2號

法學研究所

2015

<법학연구소 운영기금 마련을 위한 도서바자회 참석자>

고동원, 구자명, 김경진, 김봉수, 김상대, 김순석, 김연준, 김오태, 김지웅, 김 춘, 김춘성, 김형완, 김형호, 김효희, 남궁주현, 노태석, 류혁선, 문의빈, 박기범, 박임출, 박정유, 박진욱, 배다헌, 부성연, 서동수, 석지웅, 오영표, 우승윤, 윤 경, 윤민섭, 이강민, 이근영, 이문과, 이서연, 이슬기 이진아, 이헌영, 정순현, 조정익, 조종민, 최은주, 최창보, 한지윤, 홍순간 황인협 <가나다 순>

# 발 간 사

무더운 여름 날씨와 더불어 이제 2015년도 1학기를 마무리할 시점이 되었습니다. 중동호흡기증후군(MERS)으로 인하여 매우 어수선한 분위기 속에서 성균관법학 제27권 제2호를 발간하게 되었습니다.

이번 성균관법학에는 엄중한 심사를 거쳐 모두 14편의 논문을 게재하게 되었습니다. 이번에 게재된 주옥같은 논문은 학기 중 강의와 업무의 막중한 부담감 속에서 얻은 소중한 결과물입니다. 그 어느 때보다 필자들에게 감사의 말씀을 전하고 싶습니다. 또한 훌륭한 논문을 투고했음에도 불구하고 이번호에 게재되지 못한 필자 여러분에게도 죄송한 마음과 감사의 말씀을 전합니다. 앞으로도 성균관법학에 대한 많은 관심과 애정을 부탁드립니다. 이러한 소중한 마음은 앞으로 성균관법학의 발전에 튼튼한 밑거름이 될 것입니다.

두 가지 기쁜 소식을 전합니다.

우선 그 하나는 우리 성균관법학이 2015년 학술지 계속평가에서 앞으로도 등재지로서의 위상을 유지할 수 있게 되었다는 점입니다. 이러한 결과를 위하여 많은 노고를 아끼지 않으신 여러 회원여러분께 진심으로 감사의 말씀을 드립니다.

또 한 가지 좋은 소식은 우리 성균관대학교 법학전문대학원에 재직하셨던 임재연 변호사님의 제자들이 임변호사님의 회사법 및 자본시장법 분야의 일련의 저작물에 대한 출판기념사은회를 지난 6월 13일에 개최하면서, 출판기념사은회 참석자들이 법학연구소 운영기금을 위한 도서 바자회를 진행하기로 뜻을 모았습니다. 이 도서바자회는 성균관대학교 법과대학, 대학원 및 로스쿨 동문들로부터 많은 호응을 얻어, 임변호사님이 박영사로부터 할인 구입한 저서를 동문들이 구입하여 그 판매대금을 법학연구소의 운영기금으로 기부하였습니다. 임재연 변호사님과 도서바자회에 동참해 주신 동문 여러분께 다시 한번 감사의 말씀을 드립니다.

아울러 귀중한 시간과 열정을 다해 논문심사를 맡아 주신 심사위원 여러분과 편집위원장이신 김일환 교수를 비롯한 편집위원 여러분께도 고마운 마음을 전합니다.

앞으로도 성균관법학의 발전을 위한 많은 관심과 애정을 부탁드립니다.
여러분의 건승과 학문적 성취를 기원합니다.

2015. 6. 30.

법학연구소장 임 건 면

# 目　次

## 研究論文


· 목적구속원칙과 목적 외 개인정보 제3자 제공에 관한 비판적 검토 ····· 김일환 1

· 사회통합을 향한 도시계획법의 발전에 관한 연구 ····· 권세훈 27

· 대규모 점포 등에 대한 영업시간의 제한 등의 규제 입법에 대한 평가 ····· 배병호 49

· 착오적 경찰작용에 대한 저항행위와 그 허용한계 ····· 임상규 83

· 점유자의 비용상환청구권과 전용물소권의 관계에 관한 일고찰 ····· 이승현 111

· 계약체결상의 정보제공의무와 매매목적물의 하자에 관한 설명의무 ····· 임건면 145

· 새로 도입된 법정손해배상에 관한 비판적 검토 ····· 최경진 175

· 미국법상의제신탁의 의미 ····· 이혜리 209

· 단일기업집단 이론에 따른 법인격의 부인 ····· 이창재 237

· 외국국가의 재산에 대한 민사집행법에 의한 강제집행 ····· 문영화 265

· 도급과 파견의 구별에 관한 판단기준 ····· 이승길 · 김준근 313

· 특허무효심판 심결에 대한 심결취소소송에서의 특허청장의 역할

····· 정차호 · 양성미 339

· 부동산신탁의 부가가치세 납세의무자에 관한 연구 ····· 이전오 373

· 한 · 미 조세조약 제12조 배당소득 제한세율 적용범위의 개선방안에

대한 연구 ····· 김영순 405

# CONTENT

## Articles


· A Critical Analysis on the Purpose of Investigation in Article 18 of Personal Information Protection Act ····· IL HWAN KIM 1

· Etude sur le développement de l'urbanisme et l'intégration sociale ····· Kwon sea hoon 27

· Evaluation of Korean Super Super Market Regulation on business hour restraint and duty shutdown ····· Bae, Byung Ho 49

· Acceptance Level of resistance against police officers ····· Sang-Gyu IM 83

· A Review of the Relationship between Possessor's right to demand reimbursement of expenses in Korean Civil Code Article 203 and Action De in Rem Verso ····· Seung-Hyun Lee 111

· Duty to Disclose Information in Formation of Contract and Duty to Inform the Defects of Subject Matter of a Contract of Sales ····· IM, Geon-Myeon 145

· A Critical Analysis on Newly Introduced Statutory Damages ····· Kyoungjin Choi 175

· Meaning of Constructive Trust Under U.S. Law ····· Hyeri Lee 209

· Piercing the Corporate Veil by Enterprise Liability Theory in Maritime Attachment
····· CHANG JAE LEE 237
· Die Zwangsvollstreckung gegenüber Vermögensgegenständen der ausländischen Staaten nach dem koreanischen Zwangsvollstreckungsgesetz
····· Moon, Young Hwa 265
· A study on criterion about distinction between subcontracts and dispatch
····· Lee, Seung-Gil · Kim, Jun-Keun 313
· Role of the Commissioner of the Patent Office in a Trial Revocation Litigation appealed from a Decision Entered by a Patent Invalidity Trial
····· Chaho JUNG · Sheng Mei LIANG 339
· Who Should be the Taxpayer of Value-Added Tax When the Real Property in Trust is Sold? ····· Lee, Jeon Oh 373
· A study on the Improvement of the Korea-US Tax Treaty Article 12 dividend income derived by Paternity Company ····· Kim, Young Soon 405

# 목적구속원칙과 목적 외 개인정보 제3자 제공에 관한 비판적 검토*

## - 개인정보보호법 제18조에 따른 수사목적을 중심으로 -

김 일 환**

Ⅰ. 문제제기
Ⅱ. 목적 외 개인정보 제3자 제공을 위한 판단기준으로서 목적구속원칙
Ⅲ. 개인정보보호법상 수사목적을 위한 목적 외 개인정보 제3자 제공의 개요
Ⅳ. 개인정보보호법상 수사목적을 위한 목적 외 개인정보 제3자 제공에 관한 비교법적 검토
1. 내용
2. 시사점
Ⅴ. 개인정보보호법상 수사목적을 위한 목적 외 개인정보 제3자 제공에 관한 비판적 검토
1. 개인정보보호법상 수사목적을 위한 개인정보 제3자 제공의 한계
2. '수사'목적을 위한 개인정보 제공 관련 법규정들의 비체계성
3. '수사'목적을 포함한 목적 외 개인정보 제공 관련 법규정의 비체계성
4. '수사'목적의 확대 등에 따른 목적 외 제3자 제공의 문제점
5. '수사'목적을 위한 개인정보 제공 관련 판례검토
6. '수사'목적을 위한 개인정보 제공에 관한 입법론적 검토
Ⅵ. 결론

**【국 문 요 약】**

오늘날 자동화된 정보처리를 통하여 공간적으로 떨어져 있는 다른 정보에 순식간에 접근할 수 있으며 이것으로부터 정보가 원래 저장되었던 목적과는 다른 목적으로 이용될 위험성 및 자동화된 정보결합가능성 등이 새롭게 등장하였다. 발전된 정보통신기술을 국가, 특히 행정이 이용하려는 이유는 무엇보다도 한 기관에서 다른 기관에 정보가 손쉽게 전달될 수 있기 때문이다. 여기서 국가를 통한 개인정보의 공동이용, 원래 수집된 목적과는 다른 목적으로 개인정보 이용 등과 관련하여 특히 강조되어야만 하는 것이 바로 '목적구속원칙'이다. 개인정보의 이용과 전달시 요구되는 목적구속원칙은 먼저 개인정보 처리목적의 확정을 요구하고, 계속해서 확정된 목적의 범위내로 개인정보처리를 한정하는 것을 내용으로 한다. 따라서 개인정보보호법

* "이 논문은 성균관대학교의 2011학년도 삼성학술연구비에 의하여 연구되었음"
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

제18조 제2항 제7호를 삭제하더라도 다른 법률에 특별한 규정, 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우 또는 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우에 해당한다면 개인정보를 합법적으로 처리할 수 있다.

## Ⅰ. 문제제기

지식정보사회에서 국가를 통한 기본권제한의 행태가 과거의 잣대로는 판단하기 힘들만큼 달라지고 있다. 우선 국가를 통한 어떤 정보기술의 사용으로 인하여 한 국가의 국민들에게만 영향을 주지 않을 정도로 그 파급효과가 엄청날 뿐만 아니라, 특히 정보기술의 사용이나 개인정보의 전달, 처리 등은 해당 정보주체들이 이에 관하여 전혀 알지 못하거나 안다 하더라도 이러한 국가작용을 통하여 자신의 기본권이 '제한'된다고 생각하지 않는다. 하지만 예를 들어 자동화된 정보처리를 통하여 공간적으로 떨어져 있는 다른 정보에 순식간에 접근할 수 있으며 이것으로부터 정보가 원래 저장되었던 목적과는 다른 목적으로 이용될 위험성 및 자동화된 정보결합가능성 등이 오늘날 새롭게 등장하였다. 발전된 정보통신기술을 국가, 특히 행정이 이용하려는 이유는 무엇보다도 한 기관에서 다른 기관에 정보가 손쉽게 전달될 수 있기 때문이다. 여기서 국가를 통한 개인정보의 공동이용, 원래 수집된 목적과는 다른 목적으로 개인정보 이용 등과 관련하여 특히 강조되어야만 하는 것이 바로 '목적구속원칙'이다. KB국민・NH농협・롯데카드에서 대규모로 개인정보가 유출된 이후 현재 국회에 계류 중인 개인정보보호법 개정안이 30여개에 이른다. 이에 따라서 일반법인 개인정보보호법 제정 이전에 적용되어왔던 개인정보보호 관련 개별(특별)법들을 개인정보보호분야의 일반법에 맞추어 정비해야할 뿐만 아니라 개인정보보호법 자체의 정비방향과 내용도 검토해야 한다. 이러한 관점에서 이 논문은 개인정보보호법 제18조 제2항 제7호에 따른 수사목적을 위한 목적 외 개인정보 제3자 제공에 관하여 비판적으로 검토하고자 한다.

## Ⅱ. 목적 외 개인정보 제3자 제공을 위한 판단기준으로서 목적구속원칙

개인정보자기결정권은 개인에 관한 정보가 존재한다는 사실을 통해서가 아니라 통제되지 못하는 개인정보의 전달 및 원래 수집한 목적과는 다른 목적으로 처리하는 것을 통하여 침해된다. 그러므로 구체적인 목적확정 및 목적구체적인 개인정보의 이용 및 전달을 통하여 이러한 위험에 효과적으로 대처할 수 있다. 여기서 우선 구체적인 목적확정 및 원래 수집된 개인정보의 범위 내에 있도록 개인정보처리를 유지시키는 목적구속원칙이 모든 합법적 정보처리과정을 위한 중요한 기준으로

작용한다.[1)]

현행 개인정보보호법 제3조는 개인정보보호원칙을 규정하고 있는 바 제1항에서 "개인정보처리자는 개인정보의 처리 목적을 명확하게 하여야 하고 그 목적에 필요한 범위에서 최소한의 개인정보만을 적법하고 정당하게 수집하여야 한다."고 하여 "최소수집원칙"을 천명하고 제2항에서 "개인정보처리자는 개인정보의 처리 목적에 필요한 범위에서 적합하게 개인정보를 처리하여야 하며, 그 목적 외의 용도로 활용하여서는 아니 된다."고 하여 목적구속원칙을 구체화하고 있다. 위와 같은 개인정보 보호 원칙에 따라 개인정보처리자는 구체적이고 명확한 목적을 가지고 개인정보를 수집하여야 하며, 특정된 목적달성에 직접적으로 필요하지 않은 개인정보는 처리해서는 안 된다.[2)]

따라서 개인정보처리시 요구되는 목적구속원칙이 개인정보 공동이용이나 목적외 이용 등을 통제하기 위한 중요한 원칙으로 등장한다.[3)] 목적구속원칙은 원칙적으로 처음에 수집 또는 저장된 목적으로만 개인정보의 처리를 요구하므로 해당 개인정보들은 분리되어 저장되어야 한다. 결국 목적구속원칙은 원래 수집된 목적을 벗어나는 다기능적 정보이용의 배제를 뜻한다.[4)] 정보주체의 권리보호를 위해서는 누가 본인의 개인정보를 처리하고 이에 따라서 무엇이 만들어지는지에 대하여 당사자는 통지받아야만 한다. 정보주체가 모르는 정보처리는 예외적인 경우에만 허용되어야 한다. 이에 따라서 목적구속원칙을 통하여 개인정보처리의 투명성이 확보됨으로 인하여 허용되지 않는 개인정보처리에 대한 효율적인 권리보호가 가능해진다.[5)] 이에 따라서 처음부터 명확하게 개념정의할 수 있는 목적을 위하여 필요한 최소한도의 개인정보처리만이 허용된다. 따라서 이미 법률상 결정된 목적을 위해서만 개인정보는 이용되어도 되며, 목적과는 다른 정보이용 및 처리는 매우 제한된 범위 내에서만 인정되는 법률상 근거를 필요로 하는 '새로운' 기본권제한에 해

1) 이에 관하여 자세한 것은 김일환, 개인정보보호법상 목적구속원칙의 의의와 내용에 관한 연구, 美國憲法硏究 제25권 제3호, 2014 참조.

2) 계속해서 개인정보보호법은 제15조에서 제18조까지 자기목적을 위한 개인정보의 처리와 제3자 제공을 위한 개인정보처리 허용요건 등을 자세하게 규정하고 있다.

3) 이에 관하여 자세한 것은 Alexander Roßnagel(Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, C. H. Beck, 2003, 1833면 이하 참조.

4) Martin Zilkens, Martin Zilkens, Datenschutz in der Kommunalverwaltung(3. Auflage), ERICH SCHMIDT VERLAG, 2011, 125면 ; Friedrich v. Zezschwitz, Friedrich v. Zezschwitz, Konzept der normativen Zweckbegrenzung, Alexander Roßnagel(Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, C. H. Beck, 2003, 221면.

5) Martin Zilkens, 전게서 133면 ; Tim Wybitul, Handbuch Datenschutz im Unternehmen, Verlag Recht und Wirtschaft, 2011, 22면 ; Friedrich v. Zezschwitz, 전게서, 223면.

당한다.[6] 결국 이는 목적구속원칙을 보장하기 위하여 국가기관 간 정보전달과 이용에 관한 엄격한 대비책을 필요로 한다는 것을 뜻한다.[7]

## Ⅲ. 개인정보보호법상 수사목적을 위한 목적 외 개인정보 제3자 제공의 개요

개인정보보호법 제15조 이하에 따르면 개인정보처리자는 개인정보를 수집목적의 범위를 초과하여 이용해서는 안 된다. 또한 개인정보처리자는 정보주체의 동의 없이, 또는 수집 목적의 범위를 초과하여 제3자에게 제공해서는 안 된다. 예외적으로 개인정보처리자가 정보주체로부터 별도의 동의를 받은 경우, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우, 정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우, 통계작성 및 학술연구 등의 목적을 위하여 필요한 경우로서 특정 개인을 알아볼 수 없는 형태로 개인정보를 제공하는 경우, 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공하지 아니하면 다른 법률에서 정하는 소관 업무를 수행할 수 없는 경우로서 개인정보보호위원회의 심의·의결을 거친 경우, 조약, 그 밖의 국제협정의 이행을 위하여 외국정부 또는 국제기구에 제공하기 위하여 필요한 경우, 죄의 수사와 공소의 제기 및 유지를 위하여 필요한 경우, 법원의 재판업무 수행을 위하여 필요한 경우, 형(刑) 및 감호, 보호처분의 집행을 위하여 필요한 경우 중 하나에 해당하는 경우에는 정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때를 제외하고는 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있다.[8] 이처럼 개인정보처리자가 개인정보를 목적 외의 용도로 제3자에게 제공하는 경우에는 개인정보를 제공받는 자에게 이용 목적, 이용 방법, 그 밖에 필요한 사항에 대하여 제한을 하거나, 개인정보의 안전성 확보를 위하여

---

6) Spiros Simitis, Von der Amtshilfe zur Informationshilfe, NJW 1986, 2796면.

7) 이에 관하여는 김일환, 行政情報의 共同利用으로부터 情報自己決定權의 保護에 관한 憲法上 考察, 公法硏究 第32輯 第4號, 2004 참조.

8) 개인정보처리자는 개인정보를 제3자에게 제공하기 위한 정보주체의 동의를 받을 때에는 개인정보를 제공받는 자, 개인정보의 이용 목적, 이용 또는 제공하는 개인정보의 항목, 개인정보의 보유 및 이용 기간, 동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용을 정보주체에게 알려야 한다. 정보주체에게 알리는 사항 중 어느 하나를 변경하는 경우에도 이를 알리고 동의를 받아야 한다.

필요한 조치를 마련하도록 요청하여야 한다. 이 경우 요청을 받은 자는 개인정보의 안전성 확보를 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.[9] 개인정보처리자로부터 개인정보를 제공받은 자는 정보주체로부터 별도의 동의를 받은 경우, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 중 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 개인정보를 제공받은 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공하여서는 아니 된다.[10]

개인정보보호법 제18조에 따르면 개인정보처리자는 보유하고 있는 개인정보를 수집·이용 목적 이외의 용도로 제공하기 위해서는 다른 법률의 특별한 규정이 있거나 정보주체의 동의를 받는 등 적법요건을 갖추어야 한다. 예를 들어 동법 제18조에 근거하여 공공기관은 개인정보를 수집할 수 있도록 명시적으로 허용하는 법률 규정이 없더라도 법령 등에서 소관 업무를 정하고 있고 그 소관 업무의 수행을 위하여 불가피하게 개인정보를 수집할 수밖에 없는 경우에는 정보주체의 동의 없이 개인정보의 수집이 허용된다. 또한 동법 제18조 제2항 제7호에 따르면 공공기관의 경우 수사기관이 범죄수사, 공소제기 및 유지를 위해서 필요하다고 요청하는 경우 해당 개인정보를 정보주체의 별도의 동의 없이 제공할 수 있다. 이는 범죄수사의 편의를 위해 공공기관이 보유하고 있는 개인정보에 대해서는 정보주체의 동의 없이 목적 외로 이용 또는 제공할 수 있게 하기 위한 것이다.[11] 이 규정이 필요한 이유로는 범죄수사 등을 위한 예외를 인정하지 않고 범죄수사, 공소제기·유지, 형집행 등의 형사절차에 개인정보보호법을 그대로 적용할 경우, 수사기밀이 유출되거나 정보주체의 정보공개·정정요구 등으로 수사에 장애를 초래하여 범죄예방과 처단이 불가능해 질 우려가 있으며, 수사가 종결되어 공소가 제기되면 정보주체는 법원에서 자유롭게 수사기록을 열람하여 자신의 정보를 확인하는 것이 가능하고, 불기소 처분된 경우는 정보공개청구를 통해 정보주체가 자신의 정보를 열람할 수 있으므로, 형사절차와 관련하여서는 개인정보보호법을 적용하지 아니하더라도 정보주체의 정보보호에 소홀한 점이 없다는 점 등이 언급되고 있다.[12]

여기서 수사란 범죄의 혐의 유무를 명백히 하여 공소의 제기와 유지 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관(검사, 사법경찰관리)의 활동을 발한다.[13] 수사는 주로 공소제기 전에 하는 것이 일반적이나

9) 개인정보보호법 제18조 제5항
10) 개인정보보호법 제19조
11) 안전행정부, 개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설, 2011. 12 111면 이하.
12) 안전행정부, 개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설, 2011. 12 112면.

공소제기 후에도 공소유지를 위하여 또는 공소유지여부를 결정하기 위한 수사도 허용된다. 형사소송법에 따라 검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료되는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 하고(제195조), 검사의 지휘를 받아 사법경찰관리는 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시・진행한다(제196조).[14] 수사는 임의수사에 의하고 강제수사는 법률에 규정된 경우에 한하여 예외적으로 허용된다(제199조). 임의수사에는 공무소 등에 대한 조회(제199조 제2항), 피의자신문(제200조 및 제241조 이하), 피의자 이외의 제3자에 대한 조사(제221조 제1항 제1문), 감정・통역・번역의 위촉(제221조 제2항) 등이 있다.[15]

## Ⅳ. 개인정보보호법상 수사목적을 위한 목적 외 개인정보 제3자 제공에 관한 비교법적 검토

### 1. 내용

개인정보보호에 관한 다양한 국제적 기준과 규범이 있는 바, 목적구속원칙에 관한 내용을 간략히 정리하면 먼저 1990년 12월 14일 UN총회의 결의로 채택된[16] 컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침(Guidelines for the regulation of computerized personal data files)에서 국제연합은 개인정보를 보호하기 위한 원칙들을 밝히고 있는데 그중 하나가, 목적구체성원칙(Principle of the Purpose - specification)이다. 이는 개인정보를 수집하고 처리는 목적이 구체적이고 정당해야만 함을 말한다. 이에 따라서 수집, 저장되는 모든 개인정보는 구체화된 목적과 관련되며 필요한 것이어야만 한다. 이 원칙에 따르면 수집된 개인정보의 저장은 구체화된 목적을 위하여 필요한 기간을 넘어서는 안 된다는 내용 등으로 구성되어 있다. 다음으로 유럽연합이 제정한 개인정보보호지침 제5조 이하에서 규정된 개인정보의 처리에 관한 일반적 원칙들은 개인정보의 수집과 처리목적은 명확하고 합법적이어야 하며, 개인정보는 그 목적에 대해 적절하고 연관성 있는 것이어야 하

13) 임동규, 형사소송법, 法文社, 2014, 119면.
14) 수사는 수사기관의 주관적 혐의에 의해 개시되는데, 수사개시의 원인인 수사의 단서는 고소, 고발, 자수, 진정, 범죄신고, 현행범인의 체포, 변사자의 검시, 불심검문, 기사, 소문 등이 있다.
15) 안전행정부, 개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설, 2011. 12 112면.
16) Resolution 45/95.

며, 본래 목적에서 벗어나서는 안 된다는 내용 등을 담고 있다.[17]

다음으로 개인정보를 원래 수집목적이 아닌 다른 목적으로 제3자에게 제공이 가능한지에 관한 비교법적 검토를 해보면 유럽연합이 2012년 제정한 개인정보처리와 관련된 개인의 보호 및 정보의 자유로운 이전에 관한 규칙안[18] 제6조에 따르면 개인정보 처리는 정보주체가 하나 이상의 구체적인 목적을 위해 자신의 개인정보 처리에 동의를 하는 경우, 정보주체가 계약 당사자인 계약의 이행을 위해 또는 계약 체결 전 정보주체의 요청에 따라 조치를 취하기 위해 개인정보 처리가 필요한 경우, 개인정보처리자가 의무의 주체인 법률상의 의무를 준수하는데 필요한 경우, 정보주체의 중요한 이익을 보호하기 위해 필요한 경우, 공익을 위해 필요하거나 또는 개인정보처리자에게 부여된 공적인 권한의 행사를 위해 필요한 경우, 개인정보처리자가 추구하는 정당한 이익의 목적에 부합하는 경우(정보주체 특히 아동의 이익 또는 기본권리 및 자유가 개인정보처리자의 이익보다 우월한 경우는 제외)[19]에 허용된다. 그리고 역사, 통계, 과학연구를 위해 필요한 개인정보의 처리는 제83조에서 규정한 조건과 보호조치에 따르는 한 적법하며, 개인정보를 추가로 처리하는 목적이 개인정보가 수집된 목적과 일치하지 않는 경우 제1항의 (a)-(e)에서 언급된 근거 중 최소한 하나 이상에 해당되는 법률적 근거를 갖추고 있는 경우에만 개인정보를 처리할 수 있다.[20]

다음으로 목적 외 개인정보 제3자 제공에 관한 일본 개인정보보호법 제23조의 내용을 보면 법령에 근거한 경우, 사람의 생명, 신체 또는 재산의 보호를 위하여 필요한 경우로서 본인의 동의를 얻는 것이 곤란한 때, 공중위생의 향상 또는 아동의 건전한 육성의 추진을 위하여 특히 필요한 경우로서 본인의 동의를 얻는 것이 곤란한 때, 국가기관, 지방공공단체 또는 그 위탁을 받은 자가 법령에서 정한 사무를 수행하는 것에 대해서 협력할 필요가 있는 경우로서 본인의 동의를 얻는 것에

---

17) 이에 관하여는 김일환, 개인정보보호법상 목적구속원칙의 의의와 내용에 관한 연구, 美國憲法硏究 제25권 제3호, 2014, 10면 이하 참조.

18) 유럽연합 개인정보보호규칙은 유럽연합 차원에서 개인정보보호에 관한 일반법을 새롭게 마련하고자 하는 노력의 결과로서 동 규칙안은 회원국 정부의 대표로 구성된 이사회와 유럽의회의 채택을 통해 적용을 목표로 하고 있는바, 규칙(Regulation)의 형식을 취하고 있다는 점에서 발효될 경우 그 내용을 국내법으로 전환시키기 위한 별도의 조치 없이도 유럽연합의 모든 회원국에 대해 포괄적이고 직접적으로 적용되는 매우 강력한 효력을 가지게 되며, 이에 따라 기존의 95년 개인정보보호지침은 폐지된다.

19) 그러나 공공기관이 업무를 수행하는 과정에서 처리하는 개인정보에 대해서는 이 항이 적용되지 아니한다.

20) 특히 이는 계약 조건이 변경되는 경우 반드시 적용되어야 한다고 규정하고 있다.

의해 당해 사무의 수행에 지장을 줄 우려가 있는 때를 제외하고는 개인정보취급사업자는 미리 본인의 동의를 얻지 않고 개인 정보를 제3자에게 제공할 수 없다.

독일 연방정보보호법 제14조에 따르면 개인정보의 저장, 변경, 사용은 정보파일 관리자의 직무 수행에 필요하거나 정보를 수집한 목적에 부합될 경우에 허용한다. 다른 목적을 위한 저장, 변경, 사용은 법률에서 정하거나 정보 주체가 동의한 경우, 정보 주체에게 분명히 이익이 되며 정보 주체가 목적을 고려하여 동의를 보류하리라고 가정할 만한 사유가 없는 경우, 정보 주체가 제공한 정보가 부정확하다는 실제적 증거가 있기 때문에 확인이 필요한 경우, 일반적으로 접근 가능한 출처로부터 입수될 수 있거나 정보 파일 관리자가 공개할 수 있는 정보의 경우[21], 공공복리에 대한 중대한 침해 또는 공공 안전에 대한 기타의 직접적인 위협을 피하기 위하여 필요한 경우, 형사상 또는 행정상의 위반을 기소하기 위하여, 형법 제11조 (1)항 8호에 의한 판결 및 조치 또는 청소년법원법에 의한 교정, 징계 조치를 이행하기 위하여, 행정벌금을 부과한 판결을 집행하기 위하여 필요한 경우, 타인의 권리에 대한 중대한 침해를 피하기 위하여 필요한 경우, 연구프로젝트 수행의 이익이 목적의 변경을 배제하는 정보 주체의 이익을 크게 능가하고, 다른 방법으로는 연구 목적을 달성할 수 없거나 과도한 노력이 필요한 과학적 연구의 수행에 필요한 경우에 허용된다.[22]

## 2. 시사점

위와 같은 비교법적 검토를 통하여 알 수 있는 것처럼 정보사회의 초창기에 만들어진 개인정보보호법을 제외한다면[23] 우리나라 개인정보보호법 제18조처럼 목적

---

21) 단, 정보 주체가 목적의 변경을 배제함으로써 중요한 법적 이익을 얻게 됨이 분명한 경우는 예외로 한다.

22) 감독, 통제 권한의 행사, 감사, 정보 파일 관리자에 대한 조직적 연구의 수행을 목적으로 정보를 처리, 사용하는 경우에는 다른 목적으로 정보를 처리, 사용한 것으로 간주하지 아니한다. 또한, 정보 파일 관리자가 교육훈련, 설명의 목적으로 정보를 처리, 사용하는 경우도 적용된다. 단, 정보 주체가 중요한 법적 이익을 얻는 경우는 예외로 한다.

23) 예를 들어 스웨덴 개인정보보호법 제10조 : 등록자가 처리에 동의하였거나 처리가 다음의 목적으로 필요한 경우에만 개인정보를 처리할 수 있다. a) 등록자와의 계약을 이행하거나, 계약 체결 이전에 등록자가 요청한 조치를 취하기 위하여 b) 개인정보관리자가 법률상의 의무를 준수하도록 하기 위하여 c) 등록자의 중요한 이익을 보호하기 위하여 d) 공공의 이익이 있는 작업을 수행하기 위하여 e) 개인정보관리자 또는 개인정보를 제공받는 제3자가 공권력의 행사와 관련하여 업무를 수행하도록 하기 위하여 f) 개인정보관리자 또는 개인정보를 제공받는 제3자의 합법적인 이익에 관련된 목적을 위하여 단, 이러한 이익이 개인의 무결성훼손을 보호받는 등록자의 이익보다 중요하여야 한다.

외 개인정보 제3자 제공을 광범위하고 추상적으로 규정하기 보다는 엄격하고 구체적으로 한정하여 열거하고 있음을 확인할 수 있다. 다음으로 특히 이 논문의 주제인 '수사'목적으로 개인정보를 원래 수집된 목적이 아닌 다른 목적으로 제3자에게 제공을 허용하는 규정이 일반법인 개인정보보호법에 존재하지 않음을 비교법적으로 확인할 수 있다. 곧 개인정보보호 관련 주요 외국의 법제를 분석해 본 결과 일반법에 규정된 본인의 동의가 있는 경우 또는 형사소송법과 같은 특별법규정 등에 따라 필요한 최소한도의 범위 안에서 개인정보의 제3자 제공과 이용을 허용하는 규정은 확인가능하나, 우리나라처럼 '일반법'인 개인정보보호법에서 '수사'목적을 위한 제3자 제공을 광범위하게 허용하는 법제를 찾기는 쉽지 않았다. 예를 들어 수사기관의 편의에 따라 언제든지 개인의 정보를 무제한적으로 이용할 수 있다는 문제점 등 때문에 독일의 경우에는 일정한 범위의 범죄에 대한 구체적인 혐의가 존재하며, 진상의 조사나 범죄자의 소재수사가 다른 방법으로 성공할 가망이 거의 없거나 곤란한 경우 등에는 개인정보의 처리를 허용하는 형사소송법상 별도의 규정이 있으며[24], 수사상 수집되는 범죄관련자의 개인정보에 관하여는 연방수사청법[25]과 연방경찰법(Gesetz uber die Bundespolizei)에서 자세하게 규정하고 있다.[26]

## Ⅴ. 개인정보보호법상 수사목적을 위한 목적 외 개인정보 제3자 제공에 관한 비판적 검토

### 1. 개인정보보호법상 수사목적을 위한 개인정보 제3자 제공의 한계

범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하기 위한 수사는 그 방법에 따라 상대방의 동의나 승낙을 받아 임의적인 방법에 의한 수사인 임의수사와 강제처분에 의한 강제수사가 있다. 수사는 원칙적으로 임의수사에 의하고 강제수사는 법률에 규정된 경우에 한하여 허용된다. 이러한 임의수사라 하더라도 그 성질상 기본권 등을 침해할 우려가 있으므로 법적 절차를 준수하여야 한다.[27] 수사는 수사기관의

24) 이에 관하여는, 안경옥 情報化社會의 새로운 搜査기법과 개인의 情報保護, 비교형사법연구 제5권 제1호, 322면 이하 참조.

25) Gesetz uber das Bundeskriminalamt und Zusammenarbeit des Bundes und der Lander in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten

26) 이에 관하여 자세한 것은 이성용, 경찰 정보활동의 법적 문제에 관한 해석론적 고찰, 경찰법연구 제10권 제1호, 2012, 140면 이하 ; Pierre Hauck, Heimliche Strafverfolgung und Schutz der Privatheit, Mohr Siebeck, 2014, 137면 이하 참조.

주관적 혐의에 의하여 개시된다. 다만 수사기관의 주관적 혐의는 구체적인 사실에 근거한 혐의이어야만 하므로 단순한 추측에 의한 수사는 허용되지 않는다.[28] 또한 수사는 당해 사건의 목적을 달성하는 데 적합한 것으로서, 목적달성을 위해 필요한 최소한의 범위 내에서 이루어져야 하며, 수사결과 얻어지는 이익과 수사에 의한 법익침해가 부당하게 균형을 잃지 않도록 해야 한다.[29]

결국 형사소송법이나 개인정보보호법 등에 따르면 경찰 등은 원칙적으로 자신에 관한 정보가 수집되는 당사자로부터 직접 그리고 공개적으로 개인관련정보를 수집하여야 한다. 당사자에게서 직접 정보를 수집하는 것이 불가능하거나 지나치게 높은 비용이 요구되는 경우 또는 경찰임무수행을 현저하게 어렵게 하거나 위협하는 경우에는 행정청, 다른 공공기관 혹은 제3자로부터 정보를 수집할 수 있다.[30] 이에 따라서 개인정보보호법 제18조 제2항 제7호는 수사기관이 범죄수사, 공소제기 및 유지를 위해서 필요하다고 요청하는 경우 해당 개인정보를 정보주체의 별도의 동의 없이 제공할 수 있도록 규정하고 있다.

그러나 형사소송법상 임의수사의 원칙은 임의수사자유의 원칙을 의미하는 것은 아니므로, 임의수사도 수사의 필요성과 상당성이 인정되어야만 적법한 수사라고 할 수 있다. 특히 임의수사를 위해 공무소 등에 조회를 하거나 공공기관에게 요청하는 자료에 개인정보가 포함되어 있다면 "범죄수사에 필요한 때"를 더욱 엄격히 해석함으로써 가능한 개인정보자기결정권에 대한 침해가 되지 않도록 해야 한다.[31] 그리고 영장에 의하지 않는 경우에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 경우에 한하여 극히 제한적으로 개인정보를 제공하여야 할 것이며, 범죄의 형태나 경중, 정보주체가 받을 불이익의 정도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 개인정보 이용이 없이는 수사의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 극히 제한적으로 개인정보를 제공하여야 한다.[32] 위 법규정은 범죄수사 등을 위한 경우라 하더라도 정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있는 경우에는 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 제3자에게 제공할 수 없도록 제한하고 있다.

---

27) 임동규, 전게서, 163면.
28) 임동규, 전게서, 125면.
29) 임동규, 전게서, 127면.
30) 金聖泰, 個人關聯情報에 대한 警察作用-獨逸 州警察法에서의 規律-, 韓國警察法硏究 創刊號. 5면 이하 참조.
31) 안전행정부, 개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설, 2011. 12 112면.
32) 안전행정부, 개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설, 2011. 12 112면.

## 2. '수사'목적을 위한 개인정보 제공 관련 법규정들의 비체계성

우리나라 현행 법체계상 수사목적으로 개인정보의 제공을 허용하는 법규정들은 쉽게 찾아볼 수 있다. 예를 들어 개인정보보호법에도 제18조 제2항 제7호 외에 제25조 제1항 제2호[33]가 수사목적을 위한 근거규정이다. 그 외에 범죄수사를 위하여 필요한 경우 개인정보를 이용할 수 있도록 규정하고 있는 입법례를 본다면 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제11조 제1항, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제36조, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제37조 제1항 등이 있다.[34] 아래에서 설명되는 것처럼 수사목적으로 개인정보 제3자 제공과 관련하여 가장 문제가 되는 법규정의 형태는 전기통신사업법 제83조처럼 개인정보처리자가 수사기관의 임의수사의 협조요청에 대하여 해당 개인정보를 제공해야 하는지가 불확실한 경우이다.[35]

먼저 수사목적을 위하여 개인정보의 제공을 허용하는 이와 같은 규정들은 2011년 제정된 개인정보보호법을 포함하여 모두 개인정보의 보호에 관한 체계적이고 종합적인 검토 없이 과거의 관련 규정들을 그대로 반복적으로 옮겨 놓은 것으로 보이며, 문제가 있다고 판단된다.[36] 일반법인 개인정보보호법은 물론 많은 개별 법

---

33) 제25조(영상정보처리기기의 설치·운영 제한) ① 누구든지 다음 각 호의 경우를 제외하고는 공개된 장소에 영상정보처리기기를 설치·운영하여서는 아니 된다. 2. 범죄의 예방 및 수사를 위하여 필요한 경우

34) 이에 관하여 자세한 것은 이경렬, "형사사법 분야에서 개인정보의 관리·이용 및 보호의 문제 - 형사사법관련 개인정보법의 법률정합성을 중심으로 -", 피해자학연구 제23권 제1호, 2015, 227면 이하 참조.

35) 전기통신사업법 제83조(통신비밀의 보호) ③ 전기통신사업자는 법원, 검사 또는 수사관서의 장(군 수사기관의 장, 국세청장 및 지방 국세청장을 포함한다. 이하 같다), 정보수사기관의 장이 재판, 수사(「조세범 처벌법」 제10조제1항·제3항·제4항의 범죄 중 전화, 인터넷 등을 이용한 범칙사건의 조사를 포함한다), 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보수집을 위하여 다음 각 호의 자료의 열람이나 제출(이하 "통신자료제공"이라 한다)을 요청하면 그 요청에 따를 수 있다.

36) 2011년 제정된 개인정보보호법 제18조와 1994년 제정된 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 제10조 (처리정보의 이용 및 제공의 제한) ②보유기관의 장은 제1항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 당해 개인정보화일의 보유목적외의 목적으로 처리정보를 이용하거나 다른 기관에 제공할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에도 정보주체 또는 제3자의 권리와 이익을 부당하게 침해할 우려가 있다고 인정되는 때에는 그러하지 아니하다. 1. 정보주체의 동의가 있거나 정보주체에게 제공하는 경우 2. 다른 법률에서 정하는 소관업무를 수행하기 위하여 당해 처리정보를 이용할 상당한 이유가 있는 경우 3. 조약 기타 국제협정의 이행을 위하여 외국정부 또는 국제기구에 제공하는 경우 4. 통계작성 및 학술연구 등의 목적을 위한 경우로서 특정개인을 식별할 수 없는 형태로 제공하는 경우 5. 정보주체외의 자에게 제공하는 것이 명백히 정보주체에게 이익이 된다고 인정되는 경우 6. 범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지에 필요한 경우 7. 법원의 재판업무수행을 위하여 필요한 경우 8. 기타 대통령령이 정하는 특별한 사유가 있는 경우를 비교 검토해 보면 거의 큰 차이가 없음을 알 수 있다.

률들을 제·개정하는 과정에서 충분한 검토 없이 반복적으로 동일한 문구가 존속하고 있는 것에 대한 비판적 검토가 필요하다. 이와 관련하여 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률에서 개인신용정보 제공의 근거를 법원이 발부한 영장에 두고 있으며, 영장을 발부받을 시간적 여유가 없을 급박한 경우에는 개인정보를 제공받은 이후에 검사는 영장을 청구하고, 36시간 안에 영장을 받지 못한 경우에는 제공받은 개인정보를 폐기하도록 하고 있는 규정[37]은 매우 주목할 만하다고 판단된다.[38]

### 3. '수사'목적을 포함한 목적 외 개인정보 제공 관련 법규정의 비체계성

개인정보보호법 제18조에 따르면 정보주체로부터 별도의 동의를 받거나, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 등에 해당하면 목적 외 개인정보 제3자 제공을 허용한다. 그런데 위에서 설명한 것처럼 수사는 그 방법에 따라 임의수사와 강제수사가 있는 바, 강제수사는 법률에 규정된 경우에 한하여 허용된다. 그렇다면 동법 제18조 제2항 제7호의 문구상 '수사'라고 규정되어 있어 임의수사와 강제수사를 포함하는 것으로 해석할 수도 있지만 '강제'수사는 동법 제18조 제2항 제7호가 아닌 제2호에 포함될 가능성이 높다. 그렇다면 강제수사의 경우에는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 예외적인 경우에 한하여 목적 외 개인정보 제3자 제공이 허용되는 반면, 임의수사의 경우에는 일정한 법적 절차를 밟아야 하는 등의 한계를 갖는다 할지라도 '수사'목적을 입증하기만 하면 목적 외 개인정보 제3자 제공이 보다 손쉽게 허용되게 된다는 결론에 도달한다.[39]

---

37) 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제32조(개인신용정보의 제공·활용에 대한 동의) ⑥ 신용정보회사등이 개인신용정보를 제공하는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항부터 제5항까지를 적용하지 아니한다. 6. 범죄 때문에 피해자의 생명이나 신체에 심각한 위험 발생이 예상되는 등 긴급한 상황에서 제5호에 따른 법관의 영장을 발부받을 시간적 여유가 없는 경우로서 검사 또는 사법경찰관의 요구에 따라 제공하는 경우. 이 경우 개인신용정보를 제공받은 검사는 지체 없이 법관에게 영장을 청구하여야 하고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 영장을 청구하여야 하며, 개인신용정보를 제공받은 때부터 36시간 이내에 영장을 발부받지 못하면 지체 없이 제공받은 개인신용정보를 폐기하여야 한다.

38) 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제4조 제1항 제1호 및 제4호도 이와 유사한 규정을 두고 있다.

39) 다음 신문기사를 보면 수사목적을 위한 개인정보 목적 외 제공이 갖는 문제점을 쉽게 알 수 있다. 왜냐하면 이 신문기사에 따르면 해당 경찰관은 목적 외 제3자제공도 아닌 수사목적 그 자체에 해당하지 아니하는 경우를 위하여 개인정보를 조회, 처리한 경우에 해당하기 때문이다 : "인천의 한 지구대 현지 경찰관들이 한 시민을 불법체포한 것도 모자라 개인 정보까지 몰래 조회한 것으로 드러났다. 더구나 이를 바탕으로 악의적인 자료를 만들어 내부 직원들에게 배포한데 이어 검찰에까지 제출한 것으로 알려져 파장이 예상된다. 25일 남부경찰서에 따르면 김 모(47) 경위와 김 모(44) 경사는 지난해 4월9일 오전 1시40분쯤 남구 도화동 옛 인천대 인근에서 집으로 귀가하던 A(31)씨를 수상한 사람으로 여기고 불법 체포했다. 그러나 A씨는 무고한 시민이었

다음으로 목적 외 개인정보 제3자 제공을 위하여 별도의 동의를 받은 경우에는 동법 제18조 제3항의 요건을 충족해야 하며, 특히 제4항에 따르면 공공기관은 제2항 제2호부터 제6호까지, 제8호 및 제9호에 따라 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공하는 경우에는 그 이용 또는 제공의 법적 근거, 목적 및 범위 등에 관하여 필요한 사항을 행정자치부령으로 정하는 바에 따라 관보 또는 인터넷 홈페이지 등에 게재하여야 한다. 그렇다면 다른 법률의 특별한 규정에 따른 '강제'수사의 경우에는 필요한 사항을 관보 등에 반드시 게재하여야 하는 반면, 동법 제18조 제2항 제7호에 해당하는 '임의'수사의 경우에는 그 이용 또는 제공의 법적 근거 등을 관보 등에 게재할 필요가 없게 된다. 또한 동법 제18조의 또 다른 문제점은 제2항 제7호의 해석상 제공하는 개인정보처리자는 공공 및 민간을 모두 포함하나, 제공받는 자를 공공기관으로 한정할 것인지, 아니면 제공하는 자와 제공받는 자, 또는 제3자까지를 포함한 모두를 공공기관으로만 좁게 해석할 지이다.[40] 이를 통하여 결국 동법 제18조가 전체적으로 체계적이지 못함을 알 수 있다.

### 4. '수사'목적의 확대 등에 따른 목적 외 제3자 제공의 문제점

다음으로 오늘날 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하기 위한 수사기관의 활동이 넓어지고 첨단화되는 과정에서 '수사'와 '내사'의 구별이 어려워지고 있

---

다. 결국 검찰에 의해 직권남용 및 불법체포 혐의로 재판에 넘겨진 김 경위 등은 1심 선고를 앞두게 됐다. … 지구대는 수사 목적 외 이유로 검색할 수 없는 형사사법정보시스템(KICS)을 이용해 A씨의 개인 정보를 수집했다. A씨와 연관된 10여건의 고소·고발 사건을 훔쳐본 것이다. 지구대는 이 정보를 토대로 A씨에 대한 악의적인 자료를 만들었고 다른 직원들과 공유한 것으로 알려졌다. 이 자료에는 A씨의 신체적 특징과 경찰 시험을 준비하는 개인적 사정까지 포함된 것으로 전해졌다. 또한 검찰에 제출한 탄원서에 이 자료를 첨부하기도 했다. 이런 탓에 일부 남부서 직원들은 현재까지 A씨를 악성 민원인으로 알고 있기도 하다. 경찰관에게 불법체포를 당한 A씨가 이번에는 명예가 훼손되는 피해까지 입은 셈이다. 익명을 요구한 경찰서 직원은 "지구대가 피의자도 아닌 피해자의 개인 정보를 멋대로 조회한 것 자체가 잘못된 일"이라며 "특히 경찰만 알 수 있는 A씨의 과거 전력을 문제 삼아 악의적으로 퍼뜨린 행위는 결코 용서받을 수 없는 행위"라고 비난했다. 이에 대해 지구대 관계자는 "경찰이 억울한 상황에 처해 방어하기 위한 차원에서 그렇게 했다"며 "A씨도 피해자이기 이전에 사건 당사자기 때문에 그가 어떤 사람인지 알리는 것은 문제가 되지 않는다고 본다"고 반박했다."(인천일보 2015. 3. 26.)

40) 이경렬교수는 "개인정보보호법에는 개인정보의 '사적 보호'와 '공적 이용의 필요'가 혼재되어 있을 뿐만 아니라 특히 동일규정 안에서 개인정보의 처리금지와 정보주체의 동의 또는 이익의 부당한 침해우려라는 독자의 예외적 허용사유를 함께 명시하고 있어 그 의미하는 바가 일의적이지 않다."고 하면서 제18조 제2항 단서는 개인정보의 이용 및 제공의 주체, 제3자를 모두 한정하여 개인정보를 수집목적 외의 용도로 이용하는 경우는 '공공기관의 개인정보처리자'로 국한하며 제3자에의 제공에는 위 제5호부터 제9조까지의 각 직무를 집행하는 '공공기관'에만 제공할 수 있다는 의미로 해석한다.(전게논문, 13면)

다. 수사는 범죄의 혐의가 있는 경우에 개시되는 수사기관의 활동이고 내사는 범죄의 혐의유무를 알아보기 위하여 행하는 활동이라고 구별한다.[41] 곧 내사는 일반적으로 수사기관이 범죄혐의를 확인하기 위해 진정・익명 등의 신고 등을 통하여 입수한 범죄정보의 진위를 확인하는 조사활동을 말한다. 내사를 피내사자에 대한 범죄혐의를 확인하는 과정으로 파악하여 수사절차에 포함되는 절차로 이해하면 내사도 물론 형사소송법의 통제를 받아야 한다. 하지만 현실은 내사가 형사소송법의 통제로부터 벗어나 있는 측면이 적지 않다고 한다.[42] 그렇다면 수사의 전 단계에서 이루어지는 범죄정보의 입수 등을 위한 수사기관의 활동을 어떻게 이해해야 하는지, 이를 수사와 구별되는 다른 절차로 이해하여야 하는지, 다른 절차로 이해한다면 어떤 기준에 의하여 수사와 구별하여야 하는지 등이 문제가 된다고 한다.[43] 이를 개인정보보호와 연결하여 판단해보면, 개인정보보호법 제18조 제2항 제7호에 규정된 임의'수사'를 위한 목적 외 제3자 제공의 적법성 판단기준은 더욱 더 어려워진다. 물론 위에서 설명한 것처럼 수사목적을 위한 목적 외 개인정보 제3자 제공에서 수사기관의 주관적 혐의는 구체적인 사실에 근거한 혐의이어야만 하므로 단순한 추측에 의한 수사는 허용되지 않으며 비례성원칙을 준수해야 한다는 등의 한계가 있다. 그리고 동법 제39조에 따라 손해에 대한 입증책임은 개인정보처리자에게 있어 전체적으로 정보주체의 권리보호에 신경을 쓴 것처럼 보인다. 하지만 위에서 설명한 것처럼 '수사'목적을 위한 개인정보처리의 경우에는 당사자가 이를 알 수 있는 방법이 충분하지 않은데다가 권리보호 자체도 쉽지 않다. 왜냐하면 관련 개별법이나 개인정보보호법에서 이를 통제하기 위한 대책 등이 효율적이지 않기 때문이다.

목적구속원칙에 따라서 개인정보는 확정되고 법률합치적인 목적을 위하여 저장되어야만 하고 이러한 목적들과 조화할 수 없는 경우에는 처리되어서는 안 된다. 수집목적 또는 수집되지 않은 개인정보의 경우에는 저장목적이 목적구속원칙의 효력을 위하여 결정적인 의미를 갖는다. 따라서 목적구속원칙은 개인정보의 모든 처리단계에서 유효하다. 특히 구체적이거나 확정되지 않은 '예비적' 정보수집과 처리

41) 임동규, 전게서, 119면.
42) 이에 관하여는 孫載榮. 경찰에 의한 은밀한 정보수집조치의 법적 성질, 중앙법학 제11집 제1호 2009 ; 成允煥, 수사와 내사의 구별 필요성에 관한 검토, 중앙법학 제15집 제1호, 2013 ; 趙誠庸, 우리나라와 독일의 내사제도에 대한 비교법적 검토, 法曹 2014(Vol.692) ; 강석구・조상제, 내사에 관한 연구, 형사정책연구원, 2011 참조.
43) 成允煥, 전게논문, 123면.

는 목적구속원칙과 조화할 수 없다.[44] 곧 개인정보 수집시점까지 아직도 구체적 목적이 없는 개인정보의 수집과 처리는 원칙적으로 금지된다. 이와 관련하여 경찰이 이미 발생한 범죄를 수사하기 위하여 개인정보를 수집하는 경우는 물론 범죄발생 이전에 장래의 범죄발생에 대비하기 위하여 범죄에 관련된 정보를 수집하는 경우를 생각해볼 수 있다. 장래에 발생할 범죄에 대한 수사목적의 사전대비활동을 개인정보보호법 제18조 제2항 제7호에 포함시킨다면 개인정보자기결정권의 보호란 관점에서 매우 문제가 있다. 하지만 이미 발생한 범죄에 대한 수사로부터 장래 발생할 범죄에 대한 수사목적의 활동을 구분하기는 쉽지 않다.

### 5. '수사'목적을 위한 개인정보 제공 관련 판례검토

위에서 설명한 것처럼 '수사'목적을 위한 개인정보 제공 관련 법규정들이 대부분 개인정보처리자에게 제공여부에 관한 재량을 주고 있는 것으로 판단한다면 위와 같은 법규정들이 문제가 없다고 생각할 수도 있다. 예를 들어 헌법재판소는 전기통신사업법 제54조 제3항 위헌확인결정에서 "이 사건 통신자료 취득행위는 피청구인이 이 사건 전기통신사업자에게 청구인에 관한 통신자료 취득에 대한 협조를 요청한 데 대하여 이 사건 전기통신사업자가 임의로 이 사건 통신자료를 제공함으로써 이루어진 것이다. 그런데 피청구인과 이 사건 전기통신사업자 사이에는 어떠한 상하관계도 없고, 이 사건 전기통신사업자가 피청구인의 통신자료제공 요청을 거절한다고 하여 어떠한 형태의 사실상 불이익을 받을 것인지도 불분명하며, 수사기관이 압수수색영장을 발부받아 이 사건 통신자료를 취득한다고 하여 이 사건 전기통신사업자의 사업수행에 지장을 초래할 것으로 보이지도 않는다. 또한 이 사건 통신자료 취득행위의 근거가 된 이 사건 법률조항은 "전기통신사업자는 … 요청받은 때에 이에 응할 수 있다."라고 규정하고 있어 전기통신사업자에게 이용자에 관한 통신자료를 수사관서의 장의 요청에 응하여 합법적으로 제공할 수 있는 권한을 부여하고 있을 뿐이지 어떠한 의무도 부과하고 있지 않다. 따라서 전기통신사업자는 수사관서의 장의 요청이 있더라도 이에 응하지 아니할 수 있고, 이 경우 아무런 제재도 받지 아니한다. 그러므로 이 사건 통신자료 취득행위는 강제력이 개입

44) Tim Wybitul, 전게서 20면 ; Friedrich v. Zezschwitz, 전게서 237면 ; Marie-Theres Tinnefeld / Benedikt Buchner / Thomas Petri, Einführung in das Datenschutzrecht(5. Auflage), Oldenbourg Verlag, 2012, 237면 : "2010년 BVerfGE 125, 260 ff에서 연방헌법법원은 위험방어라는 형사소추와 첩보기관의 과제라는 틀 속에서 특별한 이용을 위하여 통신거래정보들을 이유 없이 6개월간 저장하도록 하는 제113조 a와 형사소송법 제110조 g가 위헌이라고 결정하였다."

되지 아니한 임의수사에 해당하는 것이어서 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 아니한다고 할 것이므로 이에 대한 심판청구는 부적법하다. 이 사건 법률조항은 수사관서의 장이 통신자료의 제공을 요청하면 전기통신사업자는 이에 응할 수 있다는 내용으로, 수사관서의 장이 이용자에 관한 통신자료제공을 요청하더라도 이에 응할 것인지 여부는 전기통신사업자의 재량에 맡겨져 있다. 따라서 수사관서의 장의 통신자료제공 요청과 이에 따른 전기통신사업자의 통신자료 제공행위가 있어야 비로소 통신자료와 관련된 이용자의 기본권제한 문제가 발생할 수 있는 것이지, 이 사건 법률조항만으로 이용자의 기본권이 직접 침해된다고 할 수 없다. 그러므로 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성이 인정되지 아니하여 부적법하다."[45]고 결정하였다.[46]

하지만 외관상 개인정보처리자가 수사기관의 임의수사 협조요청에 대하여 개인정보를 제공하지 않을 수도 있다고 하여 해당 법규정이 위헌이 아니라고 단정하기는 쉽지 않다. 왜냐하면 전기통신사업자 등 개인정보처리자가 수사기관의 협조요청을 쉽게 거절할 이유나 필요를 그동안 갖지 못할 수밖에 없었기 때문이다.[47] 예

---

45) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마439

46) 재판관 김종대, 재판관 송두환, 재판관 이정미의 반대의견 : "다수의견은 이 사건 통신자료 취득행위의 근거가 된 이 사건 법률조항이 "전기통신사업자는 … 요청받은 때에 이에 응할 수 있다."고 규정하고 있어 전기통신사업자에게 어떠한 의무나 부담을 지우고 있지 않다는 점도 이 사건 통신자료 취득행위의 공권력 행사성을 부정하는 근거로 들고 있다. 그런데 이 사건 법률조항의 규정형식만 보면 "전기통신사업자는 … 요청받은 때에 이에 응할 수 있다."고 되어 있어 통신자료의 제공 여부가 전기통신사업자에 의해 결정되는 것처럼 보이지만, 이 사건 전기통신사업자의 약관 중 관련 부분을 보면 통신자료를 포함하는 개인정보를 회원(이용자)의 동의 없이 제3자에게 제공하지 않음을 원칙으로 하면서 이에 대한 예외로 '법률의 규정에 의해 국가기관이 개인정보 제공을 요구하는 경우'를 명시하고 있다. 그렇다면 이 사건 통신자료 취득행위처럼 수사관서의 장이 이 사건 법률조항에 근거하여 전기통신사업자에게 통신자료의 제공을 요청하는 경우 전기통신사업자가 굳이 자신의 부담 하에 이를 거절할 이유가 없으므로 전기통신사업자는 원칙적으로 통신자료를 제공함을 예정하고 있다고 할 것인바, 통신자료의 제출 여부는 전기통신사업자의 의사에 의해 통신자료의 제공요청시마다 개별적으로 결정되는 것이 아니라, 사실상 이 사건 법률조항에 의한 통신자료 제출 요구가 있으면 전기통신사업자는 이에 응하는 구조로 되어 있다고 보아야 할 것이다. 이렇게 볼 때, 피청구인은 공권력인 수사권의 행사주체이고 이 사건 통신자료 취득행위는 청구인의 의사에 상관없이 진행되며 청구인의 통신자료를 보관하고 있는 전기통신사업자가 피청구인의 요청을 거절할 가능성은 사실상 희박하고 청구인이 통신자료의 제공을 저지하기 위해 그 과정에 개입할 수도 없는바, 이 사건 통신자료 취득행위는 피청구인이 우월적 지위에서 일방적으로 청구인의 통신자료에 대하여 대물적으로 행하는 수사행위로서 권력적 사실행위에 해당한다."

47) "포털과 이통사들 역시 수사기관들의 통신자료 요청은 반드시 따라야할 의무사항이 아님에도 불구하고 대부분을 해당 수사기관에 넘겨줬다. 개인정보 보호방침에 대한 세부적인 판단기준이 없을 뿐 아니라 일종의 '괘씸죄'까지 우려한 탓도 크다."(머니투데이 2012. 11. 1.)

를 들어 '지난 3년간 국가기관별 통신사실확인 및 통신자료 요청 현황' 자료에 따르면 검찰과 경찰 등 수사기관의 통신자료 요청은 지난 2011년 650만176건에서 2013년 1051만9586건으로 61.8% 증가하였으며 최근 3년간 총 건수는 2572만150건에 달하였다. 기관별로는 검찰이 2011년 141만여 건에서 2013년 304만여 건으로 2배 이상 급증했으며 경찰은 2011년 443만여 건에서 2013년 692만여 건으로 1.5배 증가한 것으로 집계되었다. 통신비밀보호법에 따라 법원의 허가를 받아야 하는 '통신사실 확인자료' 요구는 2011년 3754만여 건에서 2013년 1638만여 건으로 크게 줄어든 반면, 수사기관의 판단만으로 요구할 수 있는 '통신자료' 요청은 급증한 것이어서 수사기관의 통신검열이 강화되고 있다는 지적을 낳고 있는 것이다.[48]

이와 관련하여 국가인권위원회는 2014년 4월 9일 ①「전기통신사업법(제83조 제3항)」이 규정한 가입자 이름, 주소, 주민등록번호 등 '통신자료'를 '통신사실확인자료'에 포함시키고 법원의 허가장을 받아서 요청하게 할 것, ② 통신사실확인자료를 요청할 때 현재의 영장요건인 '수사상의 필요성' 뿐만 아니라 '범죄의 개연성'과 요청 자료의 '사건 관련성'을 추가하는 것으로 강화할 것, ③ 실시간위치정보를 요청할 때는 ②의 요건뿐만 아니라 다른 방법이 없을 것이라는 보충성을 추가하여 수사과정에서 개인정보보호정도를 강화하도록 관련법의 개정을 추진할 것을 미래창조과학부장관에게 권고하였다.[49]

---

48) 뉴시스 2014. 10. 1. : "장병완 의원은 "사법부의 견제를 받지 않는 국가기관의 직접적인 통신자료 요구는 헌법에 보장된 '통신의 자유'를 위축시킬 수 있다"며 "수사기관의 자의적 판단에 따른 자료요구를 최소화하기 위해 통신자료 제공에 대한 요건을 강화할 필요가 있다"고 주장했다."

49) 국가인권위원회의 이 같은 권고는 최근 개인정보노출이 사생활 침해에 미치는 영향이 급격히 증가하고 있는 상황에서 「통신비밀보호법」 등이 개인정보를 충분히 보호하지 못하고 있다는 지속적인 문제 제기에 따른 것이다. 2008년 이후 수사기관에 제공된 통신자료 전화번호 건수는 매년 약 18%씩 증가추세이며, 2012년 약 8백만 건에 달해 전 국민의 약 16%에 해당하는 통신가입자의 개인정보가 자신도 모르게 수사기관에 제공되고 있다. 통신자료 제공제도는 그러나, 수사기관이 통신 가입자의 개인정보를 가입자의 동의를 구하지 않고 취득할 수 있도록 하고 이를 통제하는 법적인 장치가 없으며, 정보주체에게 사후 통지하는 절차도 마련되어 있지 않은 실정이다. 또한 수사기관이 제공받은 통신사실확인자료 건수(전화번호 수 기준)는 2008년 약 45만 건에서 2009년 약 1,600만 건으로 폭증하여 약 35배 늘어났으며, 2010년 약 4,000만 건까지 증가한 이후 감소하고는 있지만 해마다 여전히 약 2천만 건, 전 국민의 약 절반에 해당하는 수의 개인정보가 수사기관에 제공되고 있다. 통신사실확인자료의 경우, 수사기관이 법원의 허가를 얻기는 하지만 허가요건인 '수사 또는 형의 집행을 위한 필요성'에 대한 적용기준이 모호하여 수사기관의 남용을 방지하기 어렵고, 사생활 보호에 미흡하다는 비판이 제기되고 있다. 2009년 이후 제공된 통신사실확인자료의 대부분은 기지국수사와 관련되어 있는데, 2009년 전체 제공건수 가운데 96% 이상, 2010년 98.3%, 2011년에는 98.6%가 기지국 수사를 위해 제공되었다. 현행 제도가 기지국 수사라는 새로운 수사기법과 연계되어 범죄와 관련성이 없는 다수의 개인정보를 수사기관이 쉽게 취득하는 것을 허용하고 있고 수사기관은 이를 적극 활용하고 있다. 인권위는 이러한 문제점을 개선하기 위해 개인정보 보호정도를 강화할 것을 주요 내용으로 권고를 결정하였다. 하지만 미래창조과학부는 이에 대해 통신자료 및 통신사실확인자료 요구 요건을 강화하

최근에 서울중앙지방법원이 임모씨 등 3명이 통신 3사를 통해 낸 정보공개 소송에 대해 "SK텔레콤은 임씨 등의 통신자료를 수사기관에 제공한 현황을 공개하라"며 원고 일부승소 판결을 내렸다. 재판부는 "수사의 밀행성 보장은 수사의 편의를 위한 것인 반면 통신자료 제공 현황 공개는 기본권인 개인정보자기결정권을 실현하는 것이므로 보호가치가 더 크다"면서 "통신자료 제공 현황을 공개한다고 증거인멸과 도주 우려가 더 커진다는 주장을 인정할 수 없다"고 판단했다. 반면 "통신자료 제공 의무는 수사기관에 있다"는 SK텔레콤의 주장에 대해서는 "전기통신사업자는 수사기관에 통신자료를 제공하거나 하지 않을 재량권이 있고 이용자는 현실적으로 통신자료가 어느 수사기관에 제공됐는지 알기 어려우므로, 통신자료 제공 현황 공개 의무는 전기통신사업자한테 있다"고 밝혔다.[50] 서울고등법원은 또한 서모 씨 등 3명이 SK텔레콤과 KT, LG 유플러스를 상대로 낸 정보공개 및 손해배상 청구소송에서 수사기관에 가입자 정보를 제공하면서 당사자에겐 그 내용을 공개하지 않은 이동통신사들에게 위자료 책임을 인정하는 판결을 내렸다.[51] 위와 같은 판결이 나온 이후 SK텔레콤과 KT, LG 유플러스 등 이동통신 3사가 그동안 수사기관 요청에 임의로 응해 왔던 '통신자료' 제출을 사실상 중단하기로 한 것으로 알려졌다.[52]

---

면 범죄수사 지연 등 수사에 지장을 초래할 우려가 있다는 수사기관의 반대의견이 있다는 점과 관련 개정안이 국회에서 발의되어 논의 중이라는 점을 들어 2014년 7월 9일 국가인권위원회의 권고를 수용할 수 없다는 입장을 밝혔다. 이에 관하여 자세한 것은 국가인권위원회, 정보인권포럼 자료집 2014 ; 임규철, 포털의 수사기관으로의 통신자료 제공 시 자체적 심사의무에 대한 비판적 연구, 일감법학 제27호 ; 유주성, 수사기관의 통신자료 제공요청과 영장주의 적용, 형사정책연구 제24권 제3호, 2013 ; 다음카카오의 2014 투명성리포트와 네이버의 2014 개인정보보호리포트 참조.

50) 한겨레신문 2014. 5. 20.

51) 동아일보 2015. 1. 21.

52) “검찰 핵심 관계자는 "최근 이통사 내부에서 법원 판결에 따른 엄청난 배상액을 떠안으면서 계속해서 수사기관에 통신자료를 제출하기는 어렵지 않으냐는 기류가 있다"면서 "통신자료는 수사 기초자료로 활용되기 때문에 이통사들이 협조를 전면 중단하면 '수사대란'이 불가피할 것"이라고 말했다. 이와 관련해 이통 3사는 최근 법무담당자 모임을 갖고 "막대한 배상을 감수하면서까지 수사기관의 통신자료 제출 요청에 응하기는 어렵다"고 의견을 모은 것으로 알려졌다. … 경찰과 검찰, 국정원 등 수사기관들은 현재로선 손쓸 도리가 없다는 생각이다. 그동안 수사기관은 범죄 혐의가 있는 사람들에 대한 내사, 수사를 진행할 때 신원 확인을 위한 기초 자료로 통신자료를 광범위하게 활용해 왔다. 통신자료를 바탕으로 피의자를 특정하고 주변 조사를 한 뒤, 이런 내용을 담아 통화기록과 자택 및 금융계좌에 대한 압수수색 영장을 법원에 청구하는 방식으로 수사가 이뤄졌다. 이 때문에 2013년 검찰이 받은 휴대전화의 통신자료가 200만 건, 경찰은 510만 건에 이른다. 국회 안전행정위원회 소속 새누리당 황인자 의원이 경찰청에서 확보한 ‘통신자료 필요성 및 영장 요구 시 문제점・대응방안’ 자료에 따르면 “통신자료 제공 거부 시 신원을 특정하기가 불가능해 수사 착수 자체에 심대한 타격을 입고 통신자료에 영장을 요구하면 수사의 장기화가 불가피할 뿐 아니라 테러 유괴 등 긴급을 요하는 상황에서 대처가 어렵다”고 전망했다.”

그리고 서울행정법원은 김 모 씨가 경찰청장을 상대로 낸 정보공개 소송에서 원고 일부 승소 판결을 내렸다. 경찰의 개인정보 무단조회 사례 등에 대하여 재판부는 "해당 자료는 구체적인 개인정보 유출행위와 대상 경찰관의 소속, 이에 대해 어떤 조치를 취하라는 건의 내용, 통계자료 등이 주를 이루고 있다"며 "이는 정보공개법에서 정한 비공개 대상이 아니다"고 판단하였다. 재판부는 "국민의 알권리 보장과 행정의 투명성 제고라는 공익을 실현하고, 경찰청의 자체감사가 제대로 이뤄지지 않았을지도 모른다는 국민의 의혹을 해소하는 측면에서도 이런 자료를 일반 국민에게 공개할 필요가 있다"고 밝혔다.[53]

이처럼 국가인권위원회와 일련의 법원판결들을 보면 '수사'목적을 위한 개인정보 제공의 법적 근거에 문제가 있으며, 수사과정이나 제공과정 그리고 그 후에 관련 자료나 개인정보들이 충분히 보호되고 있는지를 검증할 수 없다는 것도 확인할 수 있다.

### 6. '수사'목적을 위한 개인정보 제공에 관한 입법론적 검토

이에 따라서 수사기관의 무분별한 개인정보 취득에 제동을 걸기 위해 전기통신사업법 이나 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률, 통신비밀보호법 등을 개정하여 통신자료의 또한 법원의 허가를 얻어야 한다는 입법논의도 있다.[54] 형사소송법 등 다른 법률에 특별한 규정에 근거하여 수사기관이 개인정보를 수집하는 경우에는 그 특별규정에 따라 필요한 최소한도의 범위 안에서 처리하고 있는지를 판단하면 되나, 일반법인 개인정보보호법에서 제18조 제2항 제7호와 같은 규정에 근거하여 수사기관이 개인정보를 손쉽게 수집, 처리하는 것을 더 이상 허용해서는 안 된다. 최근 정보통신기술의 첨단화 등에 따라서 경찰이 이미 발생한 범

---

(동아일보 2015. 3. 3.)

53) 연합뉴스 2015 3. 23.

54) "정보기술(IT)의 발달에 따라 범행 수법이 다양해지고 수사 환경도 급변하고 있지만 관련 법은 이를 따라가지 못한다는 지적이다. 도마에 오른 전기통신사업법 제83조를 고쳐야 한다는 필요성에는 국회도 동의하고 있다. 현실에선 강제 수사나 다름없으면서도 이 법에 "수사기관이 통신자료를 요구하면 사업자가 따를 수 있다"고 규정해 마치 이통사에 재량권을 준 것처럼 돼 있어 이통사와 수사기관 양측 모두를 곤란하게 만든 게 사실이기 때문이다. 이 때문에 옛 정보통신부 차관 출신인 새정치민주연합 변재일 의원 등은 통신 자료도 영장을 통해 수사기관이 제공받을 수 있도록 하는 법안을 발의했다. 그러나 영장을 통해 해결하는 방안은 테러와 납치 등 신속한 수사를 필요로 하는 범죄나 간첩을 잡는 대공 수사에 지장을 줄 수 있다는 우려가 나온다. 이 때문에 "수사기관의 요구에 통신사가 따르도록 의무화하자"는 대안도 나오고 있지만 아직 논의에 진전이 없다."(동아일보 2015. 3. 3.)

죄를 수사하기 위하여 개인정보를 수집하는 경우는 물론 범죄발생이전에 장래의 범죄발생에 대비하기 위하여 범죄에 관련된 정보를 수집하고 있다. 장래에 발생할 범죄에 대한 수사목적의 사전대비활동을 개인정보보호법 제18조 제2항 제7호에 포함시킨다면 개인정보자기결정권의 보호란 관점에서 매우 문제가 있다. 하지만 이미 발생한 범죄에 대한 수사로부터 장래 발생할 범죄에 대한 수사목적의 활동을 구분하기는 쉽지 않다. 개인정보보호를 위한 목적구속원칙에 따라 개인정보의 처리목적이 구체화되어야 할 뿐만 아니라 정보주체는 자신의 정보가 수집된다는 사실에 관하여 원칙적으로 인지할 수 있어야 한다. 그렇다면 개인정보보호법 제18조 제2항 제7호를 삭제하더라도 큰 문제는 없다고 생각한다. 왜냐하면 수사기관이 다른 법률에 특별한 규정, 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우 또는 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우에 해당하는지를 입증하면 개인정보를 합법적으로 처리할 수 있기 때문이다.[55]

## Ⅵ. 결론

개인정보보호에 관한 국제적, 국내적 기준에서 반드시 강조되는 원칙이 목적구속원칙이다. 구체적인 목적확정 및 원래 수집된 개인정보의 범위 내에 있도록 개인정보처리를 유지시키는 목적구속원칙은 모든 합법적 정보처리과정을 위하여 중요한 기준으로 작용한다. 따라서 개인정보의 이용과 전달시 요구되는 목적구속원칙은 먼저 개인정보 처리목적의 확정을 요구하고, 계속해서 확정된 목적의 범위내로 개인정보처리를 한정하는 것을 내용으로 한다. 개인정보처리시 요구되는 목적구속원칙이 개인정보 공동이용이나 목적 외 이용 등을 통제하기 위한 중요한 원칙으로 등장한다. 결국 이는 목적구속을 보장하기 위하여 국가기관간 정보전달과 이용에 관한 엄격한 대비책을 필요로 한다는 것을 뜻한다. 따라서 개인정보보호를 위한 목적구속원칙에 따라 개인정보의 처리목적이 구체화되어야 할 뿐만 아니라 정보주체는 자신의 정보가 수집된다는 사실에 관하여 원칙적으로 인지할 수 있어야 한다. 그렇다면 개인정보보호법 제18조 제2항 제7호를 삭제하더라도 큰 문제는

55) 개인정보보호위원회, 개인정보보호법 정비방안 연구(2012) 207면 이하 : “제18조 제2항 제6호에서 제9호는 이를 삭제하고, 제4호는 그 의미를 살려 제58조(적용의 일부 제외)로 이전해서 별도로 규정하고, 제5호만 존치하는 것으로 개정하는 것이 바람직할 것이다.” ; 안경옥, 전게논문, 333면 : “컴퓨터에 저장된 정보의 임의수사와 압수, 수색 등의 강제수사의 법적 근거를 형사소송법에 마련하는 것이 바람직하다.”

없다고 생각한다. 왜냐하면 수사기관이 다른 법률에 특별한 규정, 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우 또는 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우에 해당하는지를 입증하면 개인정보를 합법적으로 처리할 수 있기 때문이다.

(논문투고일 : 2015.04.13, 심사개시일 : 2015.05.27, 게재확정일 : 2015.06.23)

김 일 환

개인정보, 개인정보보호, 개인정보보호법, 목적구속원칙, 수사목적

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 국내문헌

강석구・조상제, 내사에 관한 연구, 형사정책연구원, 2011

국가인권위원회, 정보인권포럼 자료집, 2014

김민호, 행정정보 공동이용의 범위와 한계에 대한 이론적 고찰 및 정책과제, 토지공법연구 제43집 제1호, 2009

金聖泰, 個人關聯情報에 대한 警察作用-獨逸 州警察法에서의 規律-, 韓國警察法研究 創刊號

김일환, 개인정보보호법상 목적구속원칙의 의의와 내용에 관한 연구, 美國憲法研究 제25권 제3호, 2014

_____, 行政情報의 共同利用으로부터 情報自己決定權의 保護에 관한 憲法上 考察, 公法研究 第32輯 第4號, 2004

成允煥, 수사와 내사의 구별 필요성에 관한 검토, 중앙법학 제15집 제1호, 2013

손재영, 경찰법, 박영사, 2014

_____. 경찰에 의한 은밀한 정보수집조치의 법적 성질, 중앙법학 제11집 제1호, 2009

안경옥 情報化社會의 새로운 搜査기법과 개인의 情報保護, 비교형사법연구 제5권 제1호

안전행정부, 개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설, 2011

유주성, 수사기관의 통신자료 제공요청과 영장주의 적용, 형사정책연구 제24권 제3호, 2013

이경렬, 형사사법 분야에서 개인정보의 관리・이용 및 보호의 문제 - 형사사법 관련 개인정보법의 법률정합성을 중심으로 -", 피해자학연구 제23권 제1호, 2015

이민영, 행정정보 공동이용 법제의 개인정보보호 정합성 연구, 법제연구, 제38호

이성용, 경찰 정보활동의 법적 문제에 관한 해석론적 고찰, 경찰법연구 제10권 제1호, 2012

趙誠庸, 우리나라와 독일의 내사제도에 대한 비교법적 검토, 法曹 2014(Vol.692)

임규철, 포털의 수사기관으로의 통신자료 제공 시 자체적 심사의무에 대한 비판적 연구, 일감법학 제27호

임동규, 형사소송법, 法文社, 2014

## Ⅱ. 외국문헌

Pierre Hauck, Heimliche Strafverfolgung und Schutz der Privatheit, Mohr Siebeck, 2014

Alexander Roßnagel(Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, C. H. Beck, 2003

Spiros Simitis, Von der Amtshilfe zur Informationshilfe, NJW 1986

Marie-Theres Tinnefeld / Benedikt Buchner / Thomas Petri, Einführung in das Datenschutzrecht(5. Auflage), Oldenbourg Verlag, 2012

Tim Wybitul, Handbuch Datenschutz im Unternehmen, Verlag Recht und Wirtschaft, 2011

Martin Zilkens, Martin Zilkens, Datenschutz in der Kommunalverwaltung(3. Auflage), ERICH SCHMIDT VERLAG, 2011

Abstract

# A Critical Analysis on the Purpose of Investigation in Article 18 of Personal Information Protection Act

IL HWAN KIM

"Principle of Purpose Specification and Limitation" is an emphasized principle as domestic and international standards of personal information without fail. "Principle of Purpose Specification and Limitation" which functions as determination of a concrete object and maintenance of personal information processing within the scope of personal information gathered become a criterion of importance for all legal processing process of information. Therefore, first of all, decision of personal information processing is demanded and the following continue an established goal of processing personal information in scope to the modificatory by "Principle of Purpose Specification and Limitation" required for use and transmission of personal data. "Principle of Purpose Specification and Limitation" which required for use and transmission of personal information appears as cardinal principles for the control the joint use or except purpose use of personal information. Eventually, this mean strict precautions in information transmission and utilization among national agencies are positively necessary for the guarantee of purpose specification and limitation. Consequently, processing goal of personal data should be materialized and also personal information object could recognize the fact which their information is collected in concordance with "Principle of Purpose Specification and Limitation" for protection of personal information. In my opinion, even if Article 18 paragraph 2 No. 7 of

Personal Information Protection Act is deleted, it is no serious problems. Because personal information could be legally handled if unavoidable reason regarding investigative agencies observe obligation duty or public institutions carry out based on the statute performance should be proved.

**IL HWAN KIM**

Personal Information, Protection of Personal Information, Protection of Personal Information Act, Principle of Purpose Specification and Limitation, Purpose for investigating a crime

# 사회통합을 향한 도시계획법의 발전에 관한 연구

## - 프랑스의 Mixite sociale을 중심으로 -

권 세 훈*

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 도시계획법상 사회통합이념의 등장
Ⅲ. 사회통합을 위한 도시계획법의 역사적 발전
1. 1991년 도시를 위한 방향법의 탄생
2. 1991년 도시를 위한 방향법의 탄생
3. 1996년 도시활성화법과 1998년 도시확장에 대한 대책에 관한 방향법
4. 프랑스의 2000년 12월 13일의 loi SRU법의 제정
Ⅳ. 도시계획의 일반원칙으로서 믹스의 원칙의 성립
1.도시계획의 목적조항으로 발전
2. 믹스의 원칙 실현을 위한 수단의 강화
Ⅴ. 우리나라의 도시계획에 있어서 사회 통합적 내용
Ⅵ. 결론

**【국 문 요 약】**

사회보장적 측면 혹은 저소득층의 주택보급을 위한 노력의 측면에서 우리나라에서는 공공임대주택공급정책을 주로 사용해왔다. 그러나 공공임대주택은 여러 가지로 많은 문제점이 있다는 것이 지적되어왔다. 그중에서 주거의 분리 문제도 포함된다. 계층에 따른 주거지의 분리(ségrégation sociale par le logement)는 우리나라뿐만 아닌 전 세계의 일반적 현상이다. 저소득층이 공공임대주택에 입주하면서 발생하는 문제점은 단지간의 단절된 사회가 되고 있다. 이러한 분리는 공간적 틀을 기초로 한다는 점에서 소위 부촌(富村)과 빈촌(貧村) 혹은 귀족구역과 낙후구역의 모습을 보인다. 이러한 구역의 구분은 서구에서 18세기에서 19세기 동안은 인위적 의도적으로 만들어졌고 그것이 당시에는 정당한 것으로 보였을 지라도 1970년대에 들면서 도시공간에 있어서 사회적 집단 간의 불평등한 지역화의 모습으로 발전하여 오늘날은 사회적 평등과 사회통합을 방해하는 장애물로서의 역할을 한다. 즉,

* 부산디지털대학교 조교수, 법학박사.

특별한 계층만을 위한 도시공간의 형성은 도시의 다른 계층은 접근하지 못하는 불평등을 초래하였다. 즉, 주거지역의 격리, 도시 시설의 이용으로 부터의 격리, 직장과 주거지 사이 격리, 교육의 격리 등으로 나타났다. 이러한 문제점에서도 정부의 정책이 저소득층을 중심으로 주택보급에 지속적 노력하는 점은 긍정적이다. 하지만 저소득층을 위한 주택보급의 문제에서 주거공간 상호간의 믹스의 문제를 해결하는 단계에는 이르지 못하였다. 주거공간의 믹스에서 다시 사회적 기반시설의 믹스와 문화 시설의 믹스 종국적으로는 생활의 믹스를 통한 도시에 관한 시민 권리의 평등한 향유로 발전할 과제를 안고 있다.

이러한 과제를 해결하는 법적 출발점은 도시계획수립의 목적조항에 믹스의 원칙을 천명하고 세부적으로 실천방안을 규정하는 방향으로 나아가야 할 것이다. 프랑스와 같은 도시의 사회적 분열현상이 단일민족의 특성과 사회적 여러 상황의 차이로 인하여 아직 우리나라에서는 발생하고 있지 않지만 점차 다문화와 자본주의의 단점들이 부각된다면 외면하기 어려운 문제로 대두될 것이다. 그러므로 프랑스의 도시계획을 통한 사회통합의 노력을 우리도 도시계획법상의 목적조항에 삽입하는 방안을 고려할 필요가 있을 것이다.

## Ⅰ. 서론

계층에 따른 주거지의 분리(ségrégation sociale par le logement)는 우리나라뿐만 아닌 전 세계의 일반적 현상이다. 일반적으로 분리, 격리 혹은 차별로 이해되는 «ségrégation »[1)]은 사회과학에서 민족적·사회적 집단의 분리 혹은 분리의 발전적 현상을 말한다. 이것은 성적 분리·종교적 분리·공간적 분리 등 다양한 모습으로 발전하여 나타날 수 있다. 이러한 분리 · 격리는 도시, 지역 혹은 국가의 인프라 형성단계에서 적법한 법률의 집행으로 그 분리를 용인하는 모습을 보인다.

이러한 분리는 공간적 틀을 기초로 한다는 점에서 소위 부촌(富村)과 빈촌(貧村) 혹은 귀족구역과 낙후구역의 모습을 보인다. 이러한 구역의 구분은 서구에서 18세기에서 19세기 동안은 인위적 의도적으로 만들어졌고 그것이 당시에는 정당한 것으로 보였을 지라도 1970년대에 들면서 도시공간에 있어서 사회적 집단 간의 불평등한 지역화의 모습으로 발전하여 오늘날은 사회적 평등과 사회통합을 방해하는 장애물로서의 역할을 한다. 즉, 특별한 계층만을 위한 도시공간의 형성은 도시의 다른 계층은 접근하지 못하는 불평등을 초래하였다. 즉, 주거지역의 격리, 도시 시설의 이용으로 부터의 격리, 직장과 주거지 사이 격리, 교육의 격리 등으로 나타났다.

이러한 현상은 오늘날 우리나라에서도 서울의 강남, 부산의 해운대, 대구의 수성구 등 특수한 계층을 형성하는 집단들의 구역으로 나타나고 교육, 문화생활, 교통 등 국민의 삶에 전반적으로 그 영향을 미치고 있다.

이러한 분리와 격리는 결국 우리 모두의 통합으로부터의 격리라고 할 수 있는 것이다. 통합으로부터의 격리는 사회의 불안과 국가경제의 비용증가로 나타날 수 밖에 없다.

지금까지는 이러한 분리와 격리현상을 역사적 ·사회적 ·지리적 현상으로서 사회학적 측면에서 접근하였고 법적 측면에서 접근한 경우는 매우 드물다. 그러나 법적 측면에서 특히 도시계획법적 측면에서 도시계획을 수립할 때 사회통합이라는 개념적 가치를 포함하여 수립할 필요가 있다. 공법학적 측면에서 보면 도시의 개발에 공익의 개념으로서 사회통합은 반드시 필수적인 것이 될 것이다. 그러나 신

---

1) «ségrégation »의 어원은 라틴어의 “Segregare”에서 온 것으로 떨어짐(격리)를 의미한다. 오늘날에서는 차별이라는 의미를 가진다. 영어로는 segregation 인데, 차별, 분리의 의미로 사용된다. 본 논문에서는 차별, 분리, 격리의 의미로 문맥에 따라 구별하여 사용하도록 한다.

자유주의와 자본주의의 발전은 이러한 현상을 더욱 가속화 시키는데 일조하고 있고 국가는 이를 법적·제도적으로 방지하는데 적극적 노력이 부족할 실정이다.

프랑스에서는 도시의 격리문제가 세그레가사용이라는 말로 표현되면서 그것을 방지하기 위해서 도시계획에 통합의 이념을 적극적으로 규정하게 되었다.

프랑스에서 세그레가시용이라는 용어가 처음 공식적으로 사용된 것은 1973년 그랑 앙상블(grands ensembles) 이라고 일컬어지는 도시화에 관련된 시행규칙(circulaire)[2]이다. 그 후 1991년 도시 기본법(loi d'orientation pour la ville: LOV)에서 법적 개념으로서 세그레가시옹이 사용 되었다. 이 법률에서 도시계획으로 인한 분리주의에 반대하는 의미로서 사용되었다. 즉, 도시계획에서 서로간의 혼합 즉, 믹스(Mixite)를 추구하고자 한 것이었다. 즉, '분리의 도시계획에서 통합의 도시계획'( d'un urbanisme de séparation à un urbanisme de mixité)[3]이라는 개념이 나타난 것이다.

아래에서는 프랑스의 도시계획법에서 나타나는 사회통합의 원칙이 발전된 과정과 그 의미를 살펴보고 우리에게 시사(示唆)하는 점을 찾아보고자 한다.

## Ⅱ. 도시계획법상 사회통합이념의 등장

프랑스에서 사회통합과 도시계획이 결합하여 공간적 차별의 철폐와 공간적 배제를 타파하기 위하여 도시계획관련법으로서 최초로 만들어 진 것은 1991년 도시기본법[4]이다. 이 법은 그 목적조항에서부터 사회통합을 위함임을 분명히 밝히고 있다. 즉, "도시에 관한 권리 실현을 위하여, 국가·지방자치단체 및 공법인은 사회통합을 향상시키고, 〈ségrégation〉 현상을 사라지게 함으로서 모든 주민들의 삶의 조건을 개선도록 하여야 한다."[5]고 밝히고 있다. 그리고 국가와 각 지방공법인은 자신들의 권한 안에서 각 지역, 기초 자치단체 및 기초 자치단체 연합체

---

2) Le Monde, 12 mai 1973 :la construction des grands ensembles des années 1960

3) Jacquot.H , d'un urbanisme de separation 'a un urbanisme de mixite, Droit et ville, p.34, 1992.

4) Loi n° 91-662 du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville, http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000353814

5) LOI d'orientation pour la ville no 91-662 du 13 juillet 1991,Art. 1er : 〈*Afin de mettre en oeuvre le droit à la ville, les communes, les autres collectivités territoriales et leurs groupements, l'Etat et leurs établissements publics assurent à tous les habitants des villes des conditions de vie et d'habitat favorisant la cohésion sociale et de nature à éviter ou à faire disparaître les phénomènes de ségrégation*〉

(agglomération) 안에서 각각 주택, 공공시설, 필요로 하는 사회서비스[6]의 실현조치를 취하여야 한다고 하였다.

여기서 우리는 두 가지 점에서 의미를 찾을 수 있다. 먼저 〈ségrégation〉라는 용어가 처음으로 도시계획법에 사용되었다는 것이다. 즉 본래 〈ségrégation〉은 도시계획에 법률용어로서 구성되지 못하였는데[7], 사회통합이라는 개념이 도시계획을 수립하는데 근본원리로서 자리 잡은 것이다.

둘째, '도시에 관한 권리 실현을 위하여'에서 '도시에 관한 권리'[8]이다. 즉 국민은 도시에 관한 권리를 가진다는 점이다. 도시계획권은 공권력이 독자적으로 행사할 수 있는 것이 아니라 시민을 위하여 행사되어져야한다는 의미이다. 그렇다면 시민을 위하여 행사한다는 것이 무엇인가 하는 점이다. 도시계획이 시민을 위하여 행사되어져야 한다는 것은 시민들 간의 사회통합과 공존을 향상시키고 〈ségrégation〉현상을 방지하고 사라지게 함으로서 시민들의 주거와 삶의 질을 향상시키도록 행사되어져야 한다는 것[9]이다. 그러므로 도시에 관한 권리에는 '주민통합'이라는 요소를 포함하고 있는 것이다. 결국 도시에 관한 권리는 도시계획에서 분리화 현상을 배제하고 사회적 연대성을 강조하는 의미가 내포된 권리라고 볼 수 있다. 그러므로 주민이 가지는 도시에 관한 권리에는 인구의 다양성, 주거형태의 다양성, 생활서비스 기구의 다양성이 보장될 수 있도록 하는 것을 포함한다. 오늘날 우리나라에서도 국제화에 따라 외국 이주민이 증가하고, 가난한 자와 부유한

---

6) 필요로 하는 서비스로서 근접 상업개발 및 경제활동의 개발에 필요한 서비스, 교육·사회·보건·스포츠·문화영역에서의 공동의 삶에 필요한 서비스, 교통에 필요한 서비스, 사람과 재산의 안전에 고나한 서비스에 필요한 서비스를 규정하고 있다.: LOI d'orientation pour la ville no 91-662 du 13 juillet 1991,Art. 1er 2 aliena

7) 물론 〈ségrégation〉은 1970년대에 grands ensembles 의 건설이라는 비평에서 평등개념을 설명하면서 행정세칙에 행정적 용어로 사용되었지만 도시계획법에 법률용어로서 사용된 것은 아니다.

8) '도시에 관한 권리'는 '도시에 대한 권리'로 번역하기도 한다. 도시에 대한 권리라는 개념은 처음으로 알린 사람은 프랑스의 마르크스주의 사회학자이자 철학자인 앙리 프페브르(Henry Lefebvre)이다. 도시에 관한 권리를 8가지로 분류하고 있다. 즉, 1) 작품으로서의 도시와 작품에 대한 권리, 즉 작품으로서의 도시는 도시거주자들이 참여하여 공동으로 만들어 온 것으로 교환차기보다는 사용가치와 연관된다. 도시거주자들은 도시라는 작품에 대한 권리를 가져야 하고, 시민이 삶을 즐길 수 있도록 구축되어야 한다.2) 전유의 권리 즉, 일상생활 과정에서 도시거주자들ㄹ이 도시공간을 완전하고 완벽하게 사용해야 한다. 3) 참여의 권리 즉, 도시거주자들이 도시 공간의 생산을 둘러싼 의사결정에서 중심적 역할을 할 수 있는 권리이다. 4) 차이에 대한 권리와 정보에 대한 권리이다. 5) 도시거주자의 권리 즉, 도시거주자로서 권리를 근대적 시민권보다 더 의미 있는 것으로 본다. 6) 도시 중심부에 대한 권리 즉, 도시중심부로부터 배제되고, 기능별, 계층별로 도시고간이 격리 단절되는 현상을 비판하면서 도시중심부의 회복에 대한 권리이다. 이외에 파리코뮌과 도시에 대한 권림 치 도시혁명을 담고 있다. : 강현수, 도시에 대한 권리 개념 및 관련 실천운동의 흐름, 도시와 공간 2009년 통권 제 32호 pp.49-57

9) Jacquot , La loi d'orientation pour la ville, AJDA, 12, 1991.

자의 주거지가 분리되고, 특정지역에만 생활서비스 기구가 발달하는 현상이 발생하는 것은 도시에 관한 권리의 실현이 올바르게 적용되는 것으로 볼 수 없게 되었다.

그러므로 도시에 관한 권리는 사회적 연대성을 복원하려는 정책을 토대로 형성되는 도시에 관한 권리는 믹스(혼합)의 원칙을 구성하는 것이다. 결과적으로 믹스의 원칙은 도시에 관한 권리의 기초가 된다. 왜냐하면 도시에 관한 권리는 차별과 격리의 배제, 사회적 다양성의 구현 그리고 독립된 구역을 허용하지 않는 것을 통해서 믹스의 원칙이 실현되고 그것은 종국적으로 도시에 관한 권리의 일부가 되는 것이기 때문이다. 그러므로 사회통합을 위한 이념이 도시계획법에서 믹스의 원칙으로 실현됨으로서 세그레갸시용〈ségrégation〉 현상을 방지할 수 있다는 점은 의심의 여지가 없다. 다만 이것을 법적으로 얼마나 구체화시킬 것인가만 남는 것이다. 그러나 도시계획법에 사회통합의 이념이 조문으로 구체화하는 것에는 역사적으로 많은 시간이 필요하였다. 아래에서는 먼저 프랑스의 법적 발전과정에서부터 구체적 내용을 살펴보기로 한다.

## Ⅲ. 사회통합을 위한 도시계획법의 역사적 발전

### 1. 1991년 도시를 위한 방향법의 탄생

1980년대 초반 이후로, 도시폭동은 프랑스의 일상 중의 하나였다. 1979년에 리용의 시외곽에 있는 Vaulx-en-Velin 에서 경찰과 대치하는 것이 최초였다. 그 후 1983년에 리용의 시외곽 지역에서 또 발생하였다. 이 두 사건은 큰 사회적 사건으로 기록되었다. 그렇지만 처음에는 사회적 정책들이 잘 실행으로 옮겨지기가 어려웠다. 그리고 당시의 내무부 장관이었던 Gaston Deffere 는 강력한 치안정책을 강조하였다. 1981년 최초의 시외곽 지역에 대한 최초의 정책들이 나타나게 되었지만 여전히 사회의 믹스 정책문제는 수면아래의 문제로 남아있었다. 그러던 중 1990년 10월에 Vaulx-en-Velin 에서 다시 도시폭동이 일어나고 폭력적 시위가 발생하여 미디어의 관심대상이 되면서 민감한 지역문제 혹은 시 외곽의 나쁜 환경이 문제로 떠올랐다.

결국 이 사건들을 계기로 도시의 세그레갸시용〈ségrégation〉의 문제가 경제위기와 함께 논의되기에 이르렀다. 인구가 밀집한 낡은 도시 지역은 가난한 주민의 장소로 변모되었다. 이 때 이후로 이 문제를 단순히 인구의 증가와 관련된 문제

가 아니라 사회의 위기를 알리는 경종으로 인식하게 되었다. 이에 당시의 대통령이었던 François Mitterrand 은 사회적 공간적 세그레갸시용 〈ségrégation〉에 대한 대책으로서 낙후 지역의 재개발계획을 발표하고 1991년에 도시를 위한 방향법(Loi d'Orientation pour la Ville)을 제정하기에 이른다. 이 법은 각 주민 20만 이상인 기초지방자치단체가 사회보장(bénéficiaires d'aides)을 받는 주민의 비율이 18% 이상인 경우에는 사회적 주택, 즉, 공공주택(logements sociaux)을 20% 확보하도록 쿼터를 규정하였다. 그리고 주택건설계획은 3년을 단위를 기초로 하여 실행하도록 하여 이 기간 동안 사회적 주택을 1%이상 짓지 않는 지방자치단체(코뮌)은 해당 지방자치단체에 있는 부동산의 가치에 대하여 일정비율에 해당하는 벌금을 내도록 하였다. 그리고 국가는 코뮌을 대신하여 선취권(le droit de préemption urbain)[10]을 실행할 수 있도록 하였다. 그리고 이 법의 적극적 실현을 위하여 주거의 지방계획(programmation Plan Local de l'Habitat (PLH))[11]에 의하여 지방자치단체의 연합체(intercommunal)[12]에도 적용하여 그 적용범위를 넓혔다. 즉, 지방자치단체의 연합체도 사회적 주택을 20%이상 소유하지 않은 곳은 의무적으로 그 수준을 확보하도록 하였다. 그리고 PLH 에 대하여서도 그 실행성이 충분하지 않으면 프레페[13]가 수정할 수 있도록 하였다.

이러한 강력한 사회적 주택의 보급을 추진을 통한 도시의 기능의 믹스화는 프랑스 정부가 우파로 바뀌면서 그 내용은 퇴보하였다. 즉,Jacques Chirac 대통령이 당선되면서 사회적 믹스의 목표는 유지되었지만 법률의 내용은 변경되었다. 즉, 1995년 1월 21일 법률[14]은 1991년에 제정된 도시기본법의 제정목적을 계승하면서 그 내용적 보완을 추구하고, 주거의 믹스를 실현시키기 위해서 그 적용 형태를 보충하였지만, 사회적 주택의 범위에 중산층을 위한 주택과 주택보조금을 받는 주택, 주택정비를 위해서 정부보조금을 받아서 재건축을 하는 주택도 사회적 주택에 포

---

10) 선매권이라고도 하는데 본 글에서는 선취권으로 하고자 한다.

11) Plan Local d'Habitat (PLH) : instauré par les lois de 1983 sur la décentralisation, les PLH entendent lutter contre l'exclusion au niveau spatial. Elle doit contrecarrer les tendances constatées, aujourd'hui, à une trop grande spécialisation des espaces urbains, en imposant dans les grandes agglomérations la mixité du logement privé et du logement social. (Source : Ministère de la Cohésion Sociale)

12) 프랑스에서는 지방자치단체의 규모가 작기 때문에 지방자치 단체간 연합체를 만들어 운영하는 경우가 많다.

13) 프랑스의 중앙정부가 파견한 지방 관리로서 중앙정부의 업무를 담당하는 도지사에 해당한다.

14) Loi n°95-74 du 21 janvier 1995 relative a la diverisite de l'habitat, Journal Officiel, le 24 janvier 1995, p. 1263

함하면서 실질적인 사회적 주택은 그 범위가 축소되었다. 그러나 여전히 지방자치단체들은 사회적 주택을 건축하기 위한 토지의 확보의무와 연간 예산을 편성하여야 하였다.

그러므로 도시계획법에 있어서 처음에는 저소득층을 위한 주택의 건축에 무게중심을 두고 추진하면서 믹스의 원칙을 도입하는 입법의 흐름을 나타내고 있다. 즉, la loi du 14 novembre 1996 법률 제 1조[15]에서도 도시정책과 도시의 사회적 개발은 주거의 다양성과 사회적 믹스의 목적을 추구한다고 밝히고 있으며, PLH 는 주택의 균형적 분배와 다양성을 확보함으로서 사회적 믹스를 추구한다고 하고 규정[16]하였다.

그리고 1998년 7월 29일 법률[17]에서도 도시와 구역의 믹스[18], 사회적 믹스의 원칙[19] 등을 규정하고 있고, 2000년에 제정된 도시재개발과 연대성 법률[20]에서도 사회적 믹스[21]에 대하여 규정하고 있다.

## 2. 1991년 도시를 위한 방향법의 탄생

1991년에 제정된 도시방향법 제 1조 제2문에서 "도시에 관한 권리를 수행하기 위하여, 코뮌, 지방자치단체들의 연합체, 국가와 공법인은 모든 도시의 모든 주민들에게 사회통합을 향상시키기 위하여 그리고 세그레갸시용의 현상을 피하고 사라지게 하여 주거와 삶의 조건을 담보하여야 한다. 이 정책은 도시의 각 구역에 도입되어야 하고, 각 집단 안에 다양한 사회적 계층을 공존을 담보하여야 한다."[22]라고 규정하고 선언하고 있다. 이 규정은 믹스의 개념을 일상적 법률용어로 사용함

15) Loi no 98-657 du 29 juillet 1998 loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions. Journal Officiel, le 31 juillet 1998. ≪les objectifs de diversité de l'habitat et de mixité sociale définis par la loi no 91-662 du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville, elle a pour but de lutter contre les phénomènes d'exclusion dans l'espace urbain et de favoriser l'insertion professionnelle, sociale et culturelle des populations habitant dans des grands ensembles ou des quartiers d'habitat dégradé.≫

16) Au deuxième alinéa de l'article L. 302-1 du code de la construction et de l'habitation, les mots : << et à assurer >> sont remplacés par les mots : << et à favoriser la mixité sociale en assurant >>.

17) Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions : ≪...précisées en tenant compte de la mixité des villes et des quartiers....≫

18) CCH. L.441-1-1.

19) CCH. L. 441-1-6.

20) Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains.

21) Art. L. 121-1 « 2o ...et la mixité sociale dans l'habitat urbain ...».

22) Art. 1er de loi n°91-662 du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville, JO, 19 juillet 1991, p.9521.

에 그 의미를 가진다. 이 전까지는 믹스의 개념은 도시계획법의 원칙으로서 인식되지 못하였지만, 이 규정에 의하여 믹스의 원칙은 도시계획 수립의 원칙으로서 도시계획을 수립할 때 법적 판단의 기준으로서 기능적 이론의 지위를 차지하게 된다. 그러므로 도시계획수립권자들은 반드시 국토계획과 도시계획을 수립하고 집행할 때 믹스의 원칙을 고려하여야 하는 법적 의무를 부담하게 된다.

그러나 여기서 도시에 관한 권리는 '세그레갸시용을 피하고 사라지게하고, 사회적 통합을 향상시키는 주거와 삶의 조건에 관한 시민의 권리'[23]로 해석하고 있다. 즉, 도시에서 흠으로 작용하는 세그레갸시용을 사회통합과 조화로 전환시켜야 한다는 공권력에 대한 의무이고 시민적 권리이다 이러한 국가의 의무와 시민의 권리로 도시에 관한 권리는 사회의 다양한 각 계층들에게 주거 형태의 다양화, 도시시설의 다양화, 도시 서비스 형태의 다양화를 통해서 이룩될 수 있는 것이다. 뿐만 아니라  이 규정에 의해서 도시를 하나의 종합적으로 완벽한 형태로 이해하고 다각적인 접근으로 그것을 이룩하고 그 성립을 위한 구성요소로 믹스의 원칙이 존재함을 의미하게 한다. 그러므로 믹스의 원칙은 도시에 관한 권리의 기초가 되면서도 한편으로는 사회통합의 이념 수립의 토대위에서 도시에 관한 권리가 성립하므로 도시에 관한 권리는 믹스의 원리의 기초를 형성한다고 볼 것이다.

이러한 믹스의 원칙은 세 가지 의미[24]를 내포하고 있었다.  먼저 주거의 믹스였다.  즉, 다른 주거의 형태와 마찬가지로 사회적 주택의 가장 적합한 분배의 달성[25]이다. 즉, 주거의 믹스는  동일 주택지역에서 가장 균형적이고 다양한 주태의 분배를 의미하는 것이다. 둘째, 사회적 믹스이다. 사회적 믹스는 다양한 사회적 계층의 공존을 의미한다. 즉, 사회적 믹스의 개념은 주어진 공간에서 현존하는 사회적 상황에 대한 동질성[26]을 의미한다. 다시 말해서 도시의 중심부에서 일부계층(예를 들면, 빈민 혹은 이민자) 축출하고, 일정지역에 일부계층을 집중시키는 것을 방지하는 것을 말한다. 셋째, 믹스의 원칙은 도시 기능의 믹스이다. 즉, 기능의 믹스는 단일 기능을 가진 구역의 개발에 반대되는 것이다. 엄격한 구역의 지정(zonage)으로 인하여 주거지역, 사업지역, 여가지역, 상업지역 등으로 구분하여 개발됨으로 인하여 도시의 기능이 일부에 치우치게 되는 것을 방지하는 것[27]이다. 그러므로

23) JACQUOT. H., Loi d'orientation pour la ville, AJDA, 12. 1991.
24) IORIO. C., Le principe de mixite en droit de l'urbanisme, Les principes et droit, presses Unv.Aix-marseille, 2007. p.281
25) DELBARRE M, Debats parlementaires, Ass. Nat.,JO, 28 mai 1991, p.2316
26) DESCHAMPS. E., le droit public et la segregation urbaine, LGDJ, 1998.

도시계획을 수립할 때에 이러한 기능들을 적절하게 믹스할 필요가 있는 것이다.

믹스의 원칙은 결국 시민들의 평등권을 실현할 수 있고, 서로간의 공감대를 형성할 할 수 있게 하는 것이다.

### 3. 1996년 도시활성화법과 1998년 도시확장에 대한 대책에 관한 방향법

1991년에 제정된 도시방향법의 제정 이후 5년이 지나서 다시 1996년 도시 활성화를 위한 협약 법[28]에서도 도시의 정책과 도시의 사회적 개발 정책은 주거의 다양성과 사회적 믹스의 목적을 추구한다고 규정하면서 도시계획에서의 믹스원칙을 천명하였다. 그리고 1998년 확장에 대한 대책에 관한 방향법[29]에서도 도시의 믹스, 구역의 믹스, 사회적 믹스의 목적, 사회적 믹스의 원칙 등을 언급하면서 믹스원칙의 중요성을 더욱 강조하여 왔다. 더욱이 2000년 도시재개발과 연대 법(Loi SRU)[30]은 도시계획을 수립할 때 우선적으로 고려하여야할 사항으로 주거의 사회적 균형과 사회적 믹스를 규정[31]하게 되었다. 이러한 법적 발전의 통해서 알 수 있는 것은 1990년대 이후에 도시계획에 있어서 사회통합의 이념을 점차 강화되어 법적 원리로서 자리 잡게 되었고, 점점 구체적 모습으로 변모해간다는 것이다.

### 4. 프랑스의 2000년 12월 13일의 loi SRU법의 제정 (프랑스 사회통합을 위한 도시계획법) : 믹스의 원칙에서 사회통합의 원칙으로

지방자치단체가 도시계획에서의 사회통합의 원칙을 실현할 수 있도록 2000년에 도시재개발과 연대성에 관한 법률[32]을 제정하였다. 이 법률의 지향점은 도시계획

---

27) http://www.ville-lalondelesmaures.fr/library/urbanisme/PLUN3/RapportdepresentationPLUn32012-3.pdf

28) Loi n°96-987 du 14 novembre 1996 relative à la mise en oeuvre du pacte de relance pour la ville, JO, 15 novembre 1996, p.16656.

29) Loi n°98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, JO, 31 juillet 1998, p.11679.

30) La loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, JO, 14 decembre 2000, p.19777

31) Article L121-1. 2° ≪La diversité des fonctions urbaines et rurales et la mixité sociale dans l'habitat, en prévoyant des capacités de construction et de réhabilitation suffisantes pour la satisfaction, sans discrimination, des besoins présents et futurs de l'ensemble des modes d'habitat, d'activités économiques, touristiques, sportives, culturelles et d'intérêt général ainsi que d'équipements publics et d'équipement commercial, en tenant compte en particulier des objectifs de répartition géographiquement équilibrée entre emploi, habitat, commerces et services, d'amélioration des performances énergétiques, de développement des communications électroniques, de diminution des obligations de déplacements motorisés et de développement des transports alternatifs à l'usage individuel de l'automobile.≫

을 통한 사회적 연대의 강화, 지속적 개발, 지방분권과 민주주의 강화이다. 이 법률은 사회적 주택을 최소한 20%를 확보하도록 지방자치단체에게 강제하는 것을 주요내용으로 한다. 그러나 여기서 20%의 사회적 주택확보 목표에서 사회적 주택의 범주가 문제된다. 사회적 주택의 범주가 중산층의 주택까지 포함하게 된다면 사회적 주택의 실질적 범위는 줄어들게 된다. 그래서 사회적 주택의 개념의 범위가 넓어지면 넓어질수록 지방자치단체는 사회적 주택을 확보해야할 법률적 의무로부터 벗어나게 된다는 점이다.[33]

전체적인 내용은 도시계획과 건축에 있어서 사회적 연대성 강화, 지속적 개발 그리고 지방자치와 민주주의의 강화에 중점을 둔 법률이다.

먼저 사회적 믹스와 관련하여 살펴보면, 주민이 3500명 이상의 도시에서는 사회적 주택을 20% 확보하고 주민 5만 명 이상의 도시연합체도 전체적으로 20%이상의 사회적 주택을 확보하도록 강제하였다. 이러한 의무는 지방주거계획이 세워진 모든 지방자치단체의 연합체에도 적용되었다. 다만 국가통계청에 의하여 인구가 감소할 것으로 예상되는 지방자치단체는 예외로 한다. 그리고 사회적 주택의 건축의무를 지는 지방자치단체가 연간 일정 세액을 부담하면 사회적 주택건축의 의무에서 벗어날 수가 있다. 세액은 필요로 하는 사회적 주택의 퍼센트에 주민의 잠재적 세액( potentiel fiscal par habitant)을 곱한 값의 20%이다. 하지만 지난해 지방자치단체의 예산의 5%는 넘지 않도록 하였다. 이러한 예외의 규정은 사회적 주택을 건설할 공간이 없다고 판단된 지방자치단체나 특별히 지가의 폭등이 있었던 지방자치단체 혹은 자신들의 자치단체에 정착하기를 원하지 않는 사람들( 이민자나 일시적 거주자)의 정착을 방지하기 위해서 악용되는 측면이 있었다. 즉, 이정도의 징벌적 세액은 지방자치단체가 받아들 수 없는 정도의 것은 아니었다. 그래서 법적 실행에 있어서 많은 비판을 받고 있다. 즉, 좌파의 의원들과 사회연합체의 회원들[34]은 SRU 법을 적용함에 있어서 사회적 주택의 건설을 거부하는 시장들에게 피선거권을 박탈하라고 주장하였다. 그리고 민감한 구역에 어려움에 처한 주민들을 추방하는 정책을 펴는 지역적 이기주의가 지역과 국자의 연대적 논리를 위험하게

32) La loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains

33) DESCHAMPS. E.,L'obligation pour les communes de creer des logements sociaux, DAUH, 2001, La loi solidarite et renouvellement urbains, Dalloz, p. 141.

34) José Bové, relaté dans l'article Pour José Bové, les maires qui ne respectent pas la loi SRU sont des "délinquants" paru dans le quotidien Le Monde du 1er mars 2007, ou l'amendement à la loi Droit au logement opposable (DALO) présenté par le sénateur Roland Muzeau (mais non voté par le Sénat).

하고 있다고 주장하고 있다.

프랑스의 작은 지방자치단체에서 사회적 주택의 건설이 사회적 통합의 구체적 내용으로 작용 될 수 있었던 것은 프랑스 지방자치단체의 대부분이 소규모임으로 부유한 지방자치단체의 사회적 주택건설은 새로운 인구의 유입을 통한 통합이 될 수 있었기 때문이었다. 그리고 사회적 주택의 건설에 따른 교통을 정비, 고용의 창출과 연계, 공원의 조성 등을 통한 사회적 통합 노력하였다.

## Ⅳ. 도시계획의 일반원칙으로서 믹스의 원칙의 성립

### 1. 도시계획의 목적조항으로 발전

여러 법률에서 사회통합을 위한 개별적 규정이 도입되다가 믹스의 원칙은 마침내 도시계획수립의 일반원칙으로 정립되게 되었다.

도시계획법의 목적조항인 제110조에서도 이러한 이념이 반영되었고, 그 결과 믹스의 원칙은 모든 도시계획 즉, 상·하 체계를 갖는 모든 종류의 도시계획에 적용됨으로 인하여  상위 도시계획을 위반한 이유로 하위도시계획이 수정되어야 하는 계획규범체계에서 대항력을 갖는 원리로 작용하게 되었다. 즉 믹스의 원칙을 적용한 하위도시계획은 상위도시계획과의 일관성문제가 발생할 때 믹스의 원칙은 상위도시계획에 대항할 수 있는 원리가 될 수 있다. 우리나라에서는 국가계획, 광역도시계획 및 도시·계획의 관계에서 상호간 대립되는 현상을 찾아보기 힘들다. 그 이유는 계획의 수립단계에서 상위계획수립권자와 협의를 하도록 하고, 광역도시계획 또는 도시·군계획의 내용이 국가계획과 다를 때에는 국가계획의 내용이 우선한다고 규정[35]되어있고, 국가계획의 내용과 지방자치단체의 계획내용이 구체적으로 명확하게 분화되어 법률의 내용으로 규정되어 있지 않음으로서 지방자치단체의 계획수립의 자치권의 보장이나 분권화가 명확히 이루어지지 못하는 실정이기 때문이다.

처음 이 규정 도입되었을 때 프랑스 헌법재판소에 법적 개념의 불명확성과 지방자치제도상의 자유로운 행정의 원칙에 반한다는 이유로 제소[36]되었다. 그러나 헌

35) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제4조.

36) Conseil constitutionnel, jeudi 7 décembre 2000 - Décision N° 2000-436 DC :http ://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do?oldAction=rechJuriConst&idTexte=CONSTEXT000017664408&fastReqId=772066361&fastPos=1

법재판소는 개념의 불확실성은 도시계획을 입안할 때에 구체적 내용으로 보충하면 되고 최종적으로는 행정판사가 그것에 대하여 판단하면 되는 것이므로 문제가 되지 않고, 자유로운 행정의 침해문제에 대해서는 일반적 원칙을 도시계획에 반영하도록 하는 것은 지방자치단체의 자유로운 행정을 침해하는 것이 아니라고 해석하였다.

뿐만 아니라 새로운 원칙의 도입이 단순히 수단적 의무를 부과하는 것이 아니므로 과거의 규정보다 법적으로 훨씬 더 강제적인 것은 아니라고 해석[37]되고 있다.

그러므로 이 원칙은 도시계획을 수립하는데 상·하 도시계획간의 일관성을 심사하는 기준으로 작용하여 지방자치단체의 도시계획에 대한 통제수단이 되었다. 결과적으로 지방자치단체는 도시계획을 수립할 때뿐만 아니라 계획의 실행에 있어서도, 특히 구역지정에서부터, 믹스의 원칙과 사회연대성에 적합하도록 노력하여한다. 이것은 구체적으로 Loi SRU 법 제 55조의 사회적 주택 건설의무와 직접적 연계성을 가지게 되었다. 그러므로 도시계획법에 있어서 목적 조항으로서 믹스의 원칙은 도시계획의 체계성문제의 다툼이 있을 때 해석의 기준이 되고 상위계획에 대하여 하위계획이 대항할 수 있는 수단이 되었다. 그러므로 상위계획에서부터 믹스의 원칙을 철저히 반영하여 도시계획을 수립할 수밖에 없다.

## 2. 믹스의 원칙 실현을 위한 수단의 강화

도시계획법 제 123-2조의 규정에서 지방자치단체의 도시계획수립권자에게 일정한 지역권(servitude)을 설정할 권한을 주었다. 이 권한은 사회적 믹스의 원칙을 구체적으로 실현하기 위한 강력한 3가지 조치였다. 먼저 일정한 정당성을 가진 경우에는 토지소유자가 행정법령으로 정해진 수위를 넘어서는 면적의 건축물을 짓지 못하도록 최대 5년간 특정 지역을 설정할 수 있다. 둘째는 사회적 믹스의 목적 달성을 위해서 일정한 공간을 지정할 수 있다. 셋째는 공익을 위한 건축물이나 녹지 공간, 도로의 건설 등을 위해서 특별지역을 설정할 수 있다. 이러한 지역설정에 더해서 사회적 믹스의 목적을 위해서 주택건설프로그램을 실현하는 경우에 주택건설프로그램의 1%는 반드시 사회적 믹스의 목적을 위해서 임대주택에 할당하도록 일정한 구역을 지정하도록 하였다. 그런데 임대주택을 건설하도록 구역을 지정하는 경우에 사인의 토지가 포함되어 피해를 본 당사자가 이 조항의 재산권 침해에

37) JACQUOT.H. Les nouveax principes d'encadrement de la planification urbaine, DAUH, 2001, Dossier special "la loi solidarité et renouvellement urbains", Dalloz, p. 39.

따른 적법성을 문제 삼아 소송을 제기 하였으나 그 지역이 사회적 프로그램의 계획지역이라면 개인의 재산권침해는 적법하다고 판단하였다.[38] 그러므로 도시계획의 설정에서 사회적 프로그램으로 편입되어 있는 지 여부가 판단의 기준이 되고 사회적 프로그램으로 편입된 지역의 경우에는 사인의 재산권이 일정부분 침해된다고 하여도 위법한 것은 아니라고 해석한 것이다. 그리고 사인의 경우 자신의 재산권이 침해된 경우에 국가에게 자신의 재산권을 구매하도록 요청할 수 있도록 하고 있다.

사회적 믹스를 위하여 도시계획에서 지역권(servitude)을 설정할 수 있도록 되어 있다. 사회적 믹스를 위한 지역권의 설정은 도시정책 및 경제개발프로그램과 밀접한 관련성을 가진다. 사회적 믹스를 위한 지역권의 설정은 도시의 밀도 조절의 도구로서 뿐만 아니라 도시중심부의 활동성의 조절도구로서 활용된다. 이러한 의미에서 지역권으로 설정된 지역은 사회적 주택이 부족한 지방자치단체의 사회적 주택보급문제의 해결 및 도심중심부의 밀도문제 즉, 사용되지 않는 학교, 공공기관, 상가의 밀도문제를 해결하게 된다.

## Ⅴ. 우리나라의 도시계획에 있어서 사회 통합적 내용

우리나라의 도시개발에 관련된 주요 법으로 도시개발법, 도시 및 주거환경정비법, 도시재생 활성화 및 지원에 관한 특별법, 도시재정비 촉진을 위한 특별법, 유비쿼터스도시의 건설 등에 관한 법률 등이 있다. 이들 법의 목적을 차례로 살펴보면, '도시개발에 필요한 사항을 규정하여 계획적이고 체계적인 도시개발을 도모하고 쾌적한 도시환경의 조성과 공공복리의 증진에 이바지함'[39], '도시기능의 회복이 필요하거나 주거환경이 불량한 지역을 계획적으로 정비하고 노후·불량건축물을 효율적으로 개량하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 도시환경을 개선하고 주거생활의 질을 높이는데 이바지함'[40], '도시의 경제적·사회적·문화적 활력 회복을 위하여 공공의 역할과 지원을 강화함으로써 도시의 자생적 성장기반을 확충하고 도시의 경쟁력을 제고하며 지역 공동체를 회복하는 등 국민의 삶의 질 향상에

38) Sebastien Degommier, Legalite d'une servitude de mixite sociale prevue dans plan local d'urbanisme. AJDA 2011 p. 2125
39) 도시개발법 제1조
40) 도시 및 주거환경정비법 제1조

이바지함', '도시의 낙후된 지역에 대한 주거환경의 개선, 기반시설의 확충 및 도시 기능의 회복을 위한 사업을 광역적으로 계획하고 체계적·효율적으로 추진하기 위하여 필요한 사항을 정함으로써 도시의 균형 있는 발전을 도모하고 국민의 삶의 질 향상에 기여함'[41] 등으로 규정되어 있다. 이와 같은 도시개발과 관련된 법의 목적조항 어디에도 사회통합이나 도시에 관한 권리를 목적으로 명시적으로 표시한 것이 하나도 없음을 알 수 있다. 이외에도 건축 및 주택에 관한 주요 법으로서 건축기본법[42], 건축법[43], 건축물의 분양에 관한 법률[44], 공공주택건설 등에 관한 특별법[45], 임대주택법[46], 장기공공임대주택 입주자 삶의 질 향상 지원법[47] 등에서도 사회 통합적 이념이나 도시에 관한 권리가 표시된 것을 찾아 볼 수 없다.

이 들 도시에 관한 법률들의 목적조항에서 사회통합을 나타내는 간접적 표현으로 쾌적한 도시환경조성, 공공복리의 증진, 도시의 자생적 활력기반 확충, 지역공동체의 회복, 국민의 삶의 질 향상이라고 표현하고 있다. 이런 개념들은 명확성이 부족할 뿐만 아니라 선언적 의미만을 가진 것으로서 직접적으로 국가권력을 구속한다거나 국민이 구체적으로 국가에 대하여 대항할 수 있는 권리개념의 표현이 아니다. 더욱이 도시계발을 통하여 사회통합을 이루려면 믹스의 원칙이 실현되어야 함에도 믹스의 원칙을 표현하는 개념과는 매우 거리감을 느끼게 하고 있다. 도시계획간의 법률문제가 발생하였을 때 판단의 도구로서 활용되기가 매우 힘든 애매모호한 개념들로 구성되어 있다.

결론적으로 우리나라의 도시계발에 관련된 법률에서는 아직 믹스와 사회통합의

---

41) 도시재정비 촉진을 위한 특별법 제1조

42) 건축기본법 제1조(목적) 이 법은 건축에 관한 국가 및 지방자치단체와 국민의 책무를 정하고 건축정책의 수립·시행 등을 규정하여 건축문화를 진흥함으로써 국민의 건전한 삶의 영위와 복리향상에 이바지함을 목적으로 한다.

43) 건축법제1조(목적) 이 법은 건축물의 대지·구조·설비 기준 및 용도 등을 정하여 건축물의 안전·기능·환경 및 미관을 향상시킴으로써 공공복리의 증진에 이바지하는 것을 목적으로 한다

44) 건축물의 분양에 관한 법률 제1조(목적) 이 법은 건축물의 분양 절차 및 방법에 관한 사항을 정함으로써 건축물 분양과정의 투명성과 거래의 안전성을 확보하여 분양받는 자를 보호하고 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

45) 공공주택건설 등에 관한 특별법 제1조(목적) 이 법은 공공주택의 원활한 건설 등을 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 저소득층의 주거안정 및 주거수준 향상을 도모하고 무주택자의 주택마련을 촉진하여 국민의 쾌적한 주거생활에 이바지함을 목적으로 한다

46) 임대주택법 제1조(목적) 이 법은 임대주택의 건설·공급 및 관리와 주택임대사업에 필요한 사항을 정하여 임대주택 건설을 촉진하고 국민의 주거생활을 안정시키는 것을 목적으로 한다.

47) 장기공공임대주택 입주자 삶의 질 향상 지원법제1조(목적) 이 법은 장기공공임대주택의 시설개선을 통한 장기공공임대주택 입주자의 주거환경개선 및 주거복지증진을 위하여 필요한 사항을 지원하여 삶의 질 향상에 기여함을 목적으로 한다.

개념이 구체적으로 표현되지 못함으로서 도시계획을 세울 때 고려의 대상이 전혀 되지 못하고 있다는 점이다. 다만 주택법 제 7조에서 주택종합계획을 수립할 때에 국민주택·임대주택의 건설 및 공급에 관한 사항, 저소득자·무주택자 등 주거복지 차원에서 지원이 필요한 계층에 대한 주택임차료 보조 및 주택 지원에 관한 사항을 포함하도록 하여 국민의 주거생활을 안정시키려는 방향은 지향하고 있다. 이것이 임대주택을 강제하는 규정으로는 볼 수는 있으나 믹스의 원칙이나 사회통합을 법률적 규정으로 발전한 것으로 보기는 어렵다할 것이다. 그러므로 초창기 프랑스에서 사회적 주택의 확보를 위한 쿼터제의 단계에 머무르고 있는 것이다. 사회적 주택의 확보문제에서 전체적인 도시계획에서 믹스의 원칙이 반영되어 체계적인 도시계획을 수립하는 법적 의무나 수단이 규정되어 있지 못한 현실이다.

## Ⅵ. 결론

사회보장적 측면 혹은 저소득층의 주택보급을 위한 노력의 측면에서 우리나라에서는 공공임대주택공급정책을 주로 사용해왔다. 그러나 공공임대주택은 여러 가지로 많은 문제점이 있다는 것이 지적되어왔다. 즉, 정책결정과정에서부터 정책의 결정이 실질적인 인근 주민들의 의사나 공공임대주택에 거주하려는 사람들의 의사의 반영이 적절이 이루어지지 못하고 정치적 결정으로 이루어진다는 점이다.[48] 또한 저소득층이 공공임대주택에 입주하면서 발생하는 문제점은 단지 내의 사회가 되고 있다. 즉, 영국과 미국등지에서 나타나고 있는 단지 슬럼(slum)화, 공공시설물의 파괴, 소란 및 문란행위 등의 반달리즘(vandalism) 및 주변 환경의 불량화 심화, 음주, 범죄 발생, 이웃과 유대감 약화 등이다.[49] 그리고 우리나라 공공임대주택정책에서 나타나는 문제점은 임대주택의 주민이 일반사람들이나 정부의 관심영역 밖으로 밀려나고, 지역사회에서 소외되고 인근 주민들의 편견과 차별을 경험하게 되는 사회적 배제의 문제라고 지적되고 있다.[50] 이러한 문제점에서도 정부의 정책이 저소득층을 중심으로 주택보급에 지속적 노력하는 점은 긍정적이다. 하지만 저소득층을

48) 손세원, 이영재, “공공임대주택의 정책변화에 관한 연구”, 한국지적정보학회지 제7권 제2호 2005년 12월 pp.73-89.

49) 임재만, “영구임대주택의 문제점과 해결방안에 관한 연구”, 사회과학연구, 대구대학교 사회과학연구소, 제10집 제1호, 2002, pp.6-8.

50) 김위정, "공공임대주택 주민들에 대한 사회적 배제연구-주거지결리를 통한 사회적 배제를 중심으로“, 도시연구, 한국도시연구소, 제9호, 2004, p.87

위한 주택보급의 문제에서 주거공간 상호간의 믹스의 문제를 해결하는 단계에는 이르지 못하였다. 주거공간의 믹스에서 다시 사회적 기반시설의 믹스와 문화 시설의 믹스 종국적으로는 생활의 믹스를 통한 도시에 관한 시민 권리의 평등한 향유로 발전할 과제를 안고 있다.

이러한 과제를 해결하는 법적 출발점은 도시계획수립의 목적조항에 믹스의 원칙을 천명하고 세부적으로 실천방안을 규정하는 방향으로 나아가야 할 것이다. 프랑스와 같은 도시의 사회적 분열현상이 단일민족의 특성과 사회적 여러 상황의 차이로 인하여 아직 우리나라에서는 발생하고 있지 않지만 점차 다문화와 자본주의의 단점들이 부각된다면 외면하기 어려운 문제로 대두될 것이다. 그러므로 프랑스의 도시계획을 통한 사회통합의 노력을 우리도 고려할 필요가 있을 것이다.

(논문투고일 : 2015.05.25, 심사개시일 : 2015.05.27, 게재확정일 : 2015.06.23)

**권 세 훈**

주거정책, 사회통합, 도시의 권리, 도시계획, 주거환경

# 【참 고 문 헌】


## Ⅰ. 단행본

국가인권위원회,「 한국도시연구소,경제·사회·문화적 권리 국가인권정책 기본계획수립을 위한 주거권기초 현황조사」

국가인권위원회, 한국도시연구소,「개발사업지역 세입자 등 주거빈곤층 주거권 보장 개선방안을 위한 실태조사」

국가인권위원회, 한국도시연구소,「개발사업지역 세입자 등 주거빈곤층 주거권 보장 개선방안을 위한 실태조사」

## Ⅱ. 논문

강현수, “도시에 대한 권리개념 및 관련 실천운동의 흐름”, 공간과 사회, 제32호

김용창, “물리적 도시재개발에서 도시권으로”, 창작과 비평, 2009년 여름호.

류은숙, “경제 사회문적 권리에 관한 국제조야에 대한 이해”, 민주주의법학연구회, 민주법학, 제9호,

이주하, “민주주의의 다양성과 공공성:레짐이론을 중심으로”, 행정논총, 제48권 제2호.

서종균, 김현수, “주택정책과 주거권, 주거권운동”, 한국도시연구소발간, 도시와 빈곤, 통권 20호

손세원, 이영재, “공공임대주택의 정책변화에 관한 연구”, 한국지적정보학회지 제7권 제2호 2005년 12월 pp.73-89.

임재만, “영구임대주택의 문제점과 해결방안에 관한 연구”, 사회과학연구, 대구대학교 사회과학연구소, 제10집 제1호, 2002, pp.6-8.

김위정, "공공임대주택 주민들에 대한 사회적 배제연구-주거지결리를 통한 사회적 배제를 중심으로“, 도시연구, 한국도시연구소, 제9호, 2004, p.87

Sebastien Degommier, “Legalite d'une servitude de mixite sociale prevue dans plan local d'urbanisme”. AJDA 2011 p. 2125

JACQUOT.H. “Les nouveax principes d'encadrement de la planification urbaine”, DAUH, 2001, Dossier special "la loi solidarité et renouvellement urbains", Dalloz, p. 39.

Jacquot.H , “d'un urbanisme de separation 'a un urbanisme de mixite”, Droit et ville, p.34, 1992.

Jacquot. H, “La loi d'orientation pour la ville”, AJDA, 12, 1991.

Conseil constitutionnel, jeudi 7 décembre 2000 - Décision N° 2000-436 DC : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do?oldAction=rechJuriConst&idTexte=CONSTEXT000017664408&fastReqId=772066361&fastPos=1

DESCHAMPS. E., “le droit public et la segregation urbaine”, LGDJ, 1998.

La loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains

DESCHAMPS. E., “L'obligation pour les communes de creer des logements sociaux”, DAUH, 2001, La loi solidarite et renouvellement urbains, Dalloz, p. 141.

La loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, JO, 14 decembre 2000, p.19777

Le Monde, 12 mai 1973 :“la construction des grands ensembles des années 1960”

Gérard Baudin, 2001 - article : “La mixité sociale : une utopie urbaine et urbanistique”, Les utopies de la ville, séminaire CREHU, pp13-23

Eric Charmes, "Pour une approche critique de la mixité sociale", Laviedesidees.fr, mars 2009.

Rapport de Jean Hebrard sur la mixité sur le site de l'Éducation Nationale

Critique de la mixité sociale, Politique, revue de débats, Bruxelles, n°67, novembre-décembre 2010.

Dossier Mixité sociale, Bruxelles en Mouvements, Bruxelles, n°246, mars 2011.

Abstract

# Etude sur le développement de l'urbanisme et l'intégration sociale

Kwon sea hoon

In terms of the social security aspects, it have been used primarily to the policy of public rental housing for low-income housing units in our country . But it has many problems. Among them, residential segregation is the important problem. it is the separation according to layer of Residence (social ségrégation par le logement). To not only in our country it is a phenomena around the world norm. This social problem is so complex that it make a particular gap. Spatial separation is based on the frame. it distinguish between wealthy village and poor villages. The separation of these areas is contrived deliberately made in western countries the 18th and 19th centuries. It was right at that time. But it has made a region of inequality between social groups in Urban Space in the 1970s. Today, it does a role of the social obstacles which hinder equality and social cohesion. In other words, it caused the inequality of other groups that do not have access. In other words, residential segregation of urban, isolation from the workplace, isolation of education are appearances. Government continued efforts for resolution building the public rental house for the low-income housing. This is positive. But it did not arrive at the resolution of the mix problems of living space. From the Residential Space mix to the mix of social infrastructure and to the mix of cultural facilities, it is our object. It mean a mix of life. In other words, the equality of civil rights must be done.

Solving these challenges we must departure from legal point in

purposing the principles of the mix into the clause of the Urban Planning. France and Korea are different. In other words, South Korea has the characteristics of a single people. And there are all kinds of different situation. So the problems of separation is not serious as well as France. But the drawbacks of capitalism and multicultural society is emerging in Korea. Therefore, the efforts of the social integration through our urban planning shall be taken into account by case of French.

**Kwon sea hoon**

Housing policy, social integration, housing, right to the city, Law of Planning and Zoning

# 대규모 점포 등에 대한 영업시간의 제한 등의 규제 입법에 대한 평가*

배 병 호**

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 유통산업발전법 제12조2의 연혁과 개정안
1. 국내 유통산업의 현황과 정책결정 기준
2. 유통산업발전법 제12조2 등의 개정 과정과 개정안에 대한 검토
Ⅲ. 유통산업발전법상 영업제한 등에 대한 평가와 관련 판결 분석
1. 유통산업발전법의 영업시간제한 등에 대한 평가
2. 유통산업발전법 제12조의2에 관한 헌법재판소결정과 서울고등법원판결의 분석
Ⅳ. 사전적 입법영향평가의 필요성
1. 입법평가의 의의
2. 경제협력개발기구의 좋은 규제를 위한 8개 원칙
3. 유통법 제12조의2의 입법과정과 경제협력개발기구의 좋은 규제를 위한 8개 원칙 적용
4. 소결론
Ⅴ. 맺는말

**【국 문 요 약】**

골목상권 관련 법률의 개정과 그에 대한 반대 그리고 이에 대한 보다 강화된 내용을 담고 있는 유통산업발전법 개정안을 보면서 모두가 좋은 법률을 위한 과정이라고 평가할 수 있다. 그러나 그 내용은 가해자와 피해자라는 단순한 양분론을 전제로 하고 있어 실효성이 문제될 수 있다. 선택권을 가진 소비자를 비롯한 다양한 이해관계를 가진 복잡 구도를 전제로 한 것이 아니기 때문이다. 시장의 기능은 최종적으로 소비자를 위한 것이나 소비자가 개정 법률의 취지에 따른 소비행위를 하지 않는다면 그 원인과 대책에 대한 근본적인 검토가 필요하다. 중요 사항을 표지로 한 경제이론이 많은 변수를 포함하고 있는 현실을 담아내지 못하므로 그 효과로 정확한 예측가능성을 보장하지 못하는 것은 사실이다. 심정적으로는 전통시장

* 2015.3.27. 제4회 행정법분야 연합학술대회에서 “골목상권 관련 법률의 규제영향과 개선과제”로 발표한 내용을 토론자의 의견 등을 참고하여 수정한 것임을 밝혀둡니다.
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

등 골목상권을 보호해야 한다는 것은 인정하면서도 실제 소비는 자신의 이익과 편의에 따라 달리 한다면 그것을 인식하지 못한 진단과 대책이 정확할 수 없다. 또한 전통시장 및 상점가 육성은 도시재생 활성화 및 지원에 관한 특별법의 도시재생활성화계획에 따라 시행하는 도시재생사업 중 하나로서 다양한 방법으로 이루어지고 있다.

서민들의 삶의 터전 속에서 인정과 인심이 넘치는 시장과 소규모 가게들로 이루어진 사람 냄새 나는 따듯한 정을 느낄 수 있는 사회를 지향하고, 전체 사업자수의 87%(292만개), 전체종사자수의 38.1%(568만명)인 소상공인들이 활짝 웃으며 그들이 밑받침이 되는 경제가 튼튼해지길 바라는 이상이 이미 변화된 현실에서 실현 가능한지 검토되어야 한다. 그러한 방향으로 사회가 나아간다면 바람직한 목표가 될 것이다. 그러나 그러하지 않다면 바르고 명확하게 정립된 목표가 아니다. 골목상권 관련 규제 법률의 입법과정에서 규제영향분석이 검토보고서에 부분적으로 나타나 있으나 규제영향분석이 제대로 되어 있지 않다. 사전적 입법영향평가제도가 시행되고 그 결과에 대한 토론이 있었더라면 골목상권 활성화와 전통시장 보호 및 경쟁력 강화를 위한 방안이 보다 더 효력을 발휘하였을 것이다. 골목상권 관련 법률에 대한 입법효과를 어떻게 보느냐에 따라 평가가 달라질 수 있으나 자유로운 소비자의 선택을 존중하지 않는 정책과 제도화는 그 효과를 제대로 기대하기 어렵다. 시장의 실패에 대한 주된 원인이 소비자의 선택과 변화에 있다면 설사 그 변화가 대형마트에 의해 초래된 면이 일부 있다고 하더라도 일방에 대한 강제적인 반작용은 지양되어야 할 것이다.

다수의 소비자가 골목시장 관련 규제법률 중 대규모마트 등에 대한 영업규제 등이 효과가 없다고 인정한다면 입법자는 근본적인 재검토를 해야 할 것이다. 서울고등법원판결문에서 인정하고 있는 입법재량의 방법론과 이익형량 및 비례원칙은 입법과정에 참고가 될 만하다. 정치논리에 기초한 따뜻한 가슴만으로는 소비자주권과 소비자선택권을 강조하는 현실을 변화시킬 수 없다. 차제에 사전적 입법영향평가를 제대로 하고 이를 제도화하여 국민전체의 입장에서 좋은 입법이 되도록 해야 할 것이다. 사전적 입법평가의 결과가 입법과정에 반영되도록 제도적 보완을 할 필요가 있고 그를 위한 본격적인 논의가 되기를 바란다.

## Ⅰ. 머리말

대형마트와 기업형 슈퍼마켓(Super Super Market;이하 SSM이라 함)에 대한 규제를 강화하기 위한 다수의 유통산업발전법 일부 개정법률안이 발의되어 현재 입법과정 중에 있다. 유통산업발전법의 목적은 유통산업의 효율적인 진흥과 균형있는 발전 및 건전한 상거래 질서를 통한 소비자 보호와 국민경제의 발전이나, 제안된 다수의 유통산업법 개정안은 대형마트 등 대규모점포의 영업에 대한 규제 강화에 초점이 있다. 일련의 규제입법에 대해 불만의 표시로 SSM 등과 대규모점포에 대한 납품업자 등은 위와 같은 규제 입법에 대한 헌법소원과 행정소송을 제기하였고 현재도 진행 중인 사건이 적지 않다. 현행 유통산업법의 관련 조항도 조례 제정과정의 미비점을 지적당하자 그 내용을 더 명확하게 하고 규제의 강도를 더 강화하였다. 그럼에도 불구하고 영업규제에 관한 조항에 대하여 불만을 표시하는 소송이 계속 진행 중이다. 대한민국 국민으로서 영업의 자유 등에 대한 침해와 평등권의 침해 등을 호소하면서 사법부에 권리 구제를 요청하고 있는 현실은 국회의 입법이 사회갈등관리 기능을 원활하게 수행하고 있지 않다는 것을 의미한다. 대의민주주의의 이상을 실현하기 위하여 국회는 입법과정을 통하여 사회갈등을 해결하거나 관리하여야 한다. 의회가 사회에 내재된 갈등요인을 미리 파악하고 발생된 갈등을 합리적이고 민주적이며 효율적으로 조정·통합하여 최고의 사회적 수용성을 거친 법과 정책을 산출하는 갈등의 조정자 역할[1]에 충실하지 못한 결과로 평가될 수 있다.

수업시간 중 로스쿨 학생들에게 유통산업발전법 제12조2의 오전0시부터 오전10시까지 영업시간 제한과 매월 이틀간 공휴일에 의무적으로 휴무하는 제도에 대한 입법취지와 내용을 설명하고 이에 대한 대규모점포 등의 소송제기를 어떻게 생각하느냐고 질문하였더니, 다수의 학생은 골목상권과 전통시장으로 대표되는 소상공인과 자영업자를 보호해야 한다고 하였다. 그러나 그들에게 필요한 물품을 사러 어디로 갈 것이냐고 물으면 골목시장이나 전통시장이 아닌 대형마트 등으로 갈 것이라고 하였다. 그 이유로 현대의 생활 방식에 따른 대량구매의 편의성, 가격, 접근성, 물품에 대한 신뢰와 반환가능성 및 카드사용 가능성 등을 들었다. 의무휴무일인 경우에는 시급하지 않다면 의무휴무일 전이나 다음 날 구매하러 갈 것이라고 하였다. 사회적 이슈에 대한 표현이나 결과를 도출하기 위한 법제도화로 소비자들

1) 박수철, 입법총론, 한울아카데미, 2012. 69면.

의 태도를 변화시킬 수 있지 않는 한 소비자의 선택권은 존중되어야 할 것이다.[2)]

미국의 아마존과 같은 인터넷몰에 직접 주문하여 구입하는 해외직구와 TV홈쇼핑과 같은 온라인 시장 등에 대한 논의도 있다. 이와 같이 변화된 여건 속에서 소비자 구매 패턴이 초고속으로 변하는 시대에 대형마트 등에 대한 영업시간 규제 등을 하여도 무작위로 선정한 젊은 소비자들의 소비에 영향을 줄 수 없다면 올바른 정책수단인지 의문이 들지 않을 수 없다. 상품 유통의 본거지로서의 시장의 역사를 돌아보면 시장의 형태는 시공간적인 제약 속에서 생산자와 소비자의 상황 변화에 따라 많은 영향을 받았다. 생산자와 소비자 사이의 문제가 아니라 골목시장, 전통시장, 대형마트 또는 기업형 슈퍼마켓 또는 새로운 형태의 시장 사이의 경쟁이라면 문제는 훨씬 복잡해진다. 유통시장의 환경변화로 기존의 시장 형태의 보존 의무나 이유가 허물어진 경우 어떻게 대처해야 하는가는 막연히 강자와 약자의 분쟁으로 단순하게 볼 수 없다. 변화하는 소비자의 소비성향 등에 대한 충분한 대응과 경쟁력을 강화하지 않아 경쟁력이 떨어진 경우 새로운 형태의 시장의 등장을 막을 수 없고 재래시장을 계속 유지시켜야 한다는 명분도 약해질 것이다. 인터넷의 발전과 함께 변화되고 있는 시장의 상황을 나타내고 있는 "오프라인 매장 이대로 죽을 수 없다"[3)]와 함께 "옴니채널 시대의 오프라인 생존법칙"[4)] 등의 책 내용은 위력적으로 등장하여 그 기세를 떨치고 있는 온라인 시장의 공격으로부터 기존의 오프라인 시장이 살아남기 위한 방법을 강구하고 있는 것이다. 종래의 오프라인 시장이 소매채널 개발, 충성고객 구축, 시니어시장 개척 등을 적극적으로 하는 것도 온라인 시장으로부터의 위협을 최소화하기 위한 노력 중 하나이다. 치열한 삶의 현장이었던 시골의 5일장과 중소도시에서 갓 형성된 시장에서의 경험을 가진 사람들에게는 나이 들어도 향수와 추억을 가질 수 있으나, 그러한 경험을 공유하지 못한 젊은 세대에게는 역사적 내지 문화적 요소가 강한 문화관광형 시장[5)]으로

---

2) 표본이 로스쿨학생이지만 소비자들이 좋아한다고 이야기하는 정책과 소비자들이 실제로 따르고 선택하는 정책이 다를 수 있고, 남성과 여성에 따른 성별에서 효과가 다를 수 있다. 사회적 이슈의 표현방식과 소비자의 암묵적 태도에 관한 연구의 결과와 유사하다. 김구성・신롱임・김주영, "사회적 이슈의 표현방식은 소비자의 암묵적 태도에 영향을 주는가?-대형마트와 골목상권의 주제에 관해-", 소비자학연구 제24권 제2호, 2013. 296면.

3) 이숙희, 이담북스, 2013.

4) 마츠무라 키요시 저, 권윤정 역, 한국체인스토어협회, 2014.

5) 전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법 제2조 3의2호. "문화관광형시장"이란 지역의 역사・문화・관광자원 등을 연계하여 상품・용역의 거래뿐만 아니라 그 고유의 특성을 즐기고 관광할 수 있는 곳으로 육성하기 위하여 제13조제1항에 따라 시장・군수・구청장이 지정한 시장 또는 상점가를 말한다.

비춰지고 그들에게는 백화점이나 대형마트에서의 경험이 시장에 대한 추억으로 남을 것이다. 골목시장과 전통시장 등이 차별화된 시장으로 새로운 형태의 유통구조에서 경쟁력을 가진다면 존속할 것이나 그러하지 못하다면 추억의 산물이 될 것이다. 과거의 유통시장형태라고 하더라도 그것이 필요한 이전과 같은 유통환경이 만들어지면 부활할 수 있을 것이다.

골목상권 관련 법률로 유통산업발전법, 대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률[6], 전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법[7][8], 소기업 및 소상공인 지원을 위한 특별조치법[9], 소상공인 보호 및 지원에 관한 법률,[10] 대규모유통업에서의 거래공정화에 관한 법률[11] 등을 들 수 있다. 주요 쟁점 사항으로 대형마트 및 SSM의 등록 제한, 대형마트의 영업시간 제한 및 의무휴무일 지정 등, 사업조정제도, 시장 및 상점가의 활성화 촉진, 상권활성화의 촉진, 상업기반시설의 현대화지원, 경영현대화 촉진, 시장정비사업의 촉진, 소상공인의 경영안정과 성장 및 「전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」 제2조에 따른 전통시장, 상점가 및 상권활성화구역의 활성화를 위한 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 소상공인시장진흥공단 설립 등이 있다.

여기서는 유통산업발전법 제12조의2를 중심으로 살펴보고자 한다. 관련 조항이 2013.1.23. 개정되기 전에 국회 지식경제위원회 수석전문위원은 2012.9. 15개 개정안과 1개의 청원에 대한 검토보고서[12]의 총괄검토에서 규제도입의 실효성, 규제도입이 유통산업 및 경제전반에 미치는 효과는 물론 WTO 서비스협정(GATS)과 기체

---

6) 이 법은 대기업과 중소기업 간 상생협력(相生協力) 관계를 공고히 하여 대기업과 중소기업의 경쟁력을 높이고 대기업과 중소기업의 양극화를 해소하여 동반성장을 달성함으로써 국민경제의 지속성장 기반을 마련함을 목적으로 한다.

7) 전통시장과 상점가의 시설 및 경영의 현대화와 시장 정비를 촉진하여 지역상권의 활성화와 유통산업의 균형 있는 성장을 도모함으로써 국민경제 발전을 목적으로 하고 있다.

8) 전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법은 도시재생 활성화 및 지원에 관한 특별법 제2조 제1항 제7호의 도시재생활성화계획에 따라 시행하는 도시재생사업 중 하나이다.

9) 이 법은 소기업 및 소상공인의 자유로운 기업 활동을 촉진하고 구조개선 및 경영안정을 도모하여 균형 있는 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

10) 이 법은 소상공인의 자유로운 기업 활동을 촉진하고 경영안정과 성장을 도모하여 소상공인의 사회적·경제적 지위 향상과 국민경제의 균형 있는 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

11) 이 법은 대규모유통업에서의 공정한 거래질서를 확립하고 대규모유통업자와 납품업자 또는 매장임차인이 대등한 지위에서 상호 보완적으로 발전할 수 있도록 함으로써 국민경제의 균형 있는 성장 및 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

12) 2012.9. 지식경제위원회 수석전문위원 김호성의 손인춘의원 대표발의안 외 검토보고서. 전형적인 제로섬경쟁을 벗어난 사이버 쇼핑몰의 확산과 소비패턴의 변화 등 유통산업 구조 전반의 변화 양상을 고려한 유통산업 전반을 아우르는 종합적인 접근과 전통시장 등 지역상권의 활성화 효과, 소비자편익 등 종합적인 검토를 거칠 것을 지적하고 있다.

결 FTA와 합치여부, 헌법상 영업의 자유를 비롯한 기본권침해여부 등에 대한 논의를 바탕으로 하여 유통산업 전반에 대한 정확한 실태파악과 규제도입에 따른 객관적인 효과분석 등을 기초로 검토해야 할 것을 강조하였다. 유통산업 전반에 대한 실태파악과 규제도입에 대한 효과분석의 자료도 없이 새로운 개정안이 발의된다면 문제가 있다고 할 것이다. 최근에는 대형마트 등의 영업시간 제한 등의 규제 효과가 없다는 언론 보도가 있다. 대형마트 등에 관한 영업시간 규제 등의 필요성에 관한 논문들과 연구서들이 있고 판결 등 소송자료 외에 새로운 개정안이 발의된 상태이므로 골목상권 법률에 대한 입법학적 검토를 하고자 한다. 기존의 자료와 새로운 개정안 등을 분석하면서 먼저 유통산업발전법 제12조2의 연혁과 개정안을 살펴보고(Ⅱ) 유통산업발전법상 영업제한 등 개정 논의의 평가와 함께 관련 헌법재판소 결정과 서울고등법원 판결을 살펴보고(Ⅲ), 대형마트 등에 관한 영업시간 규제 등의 목적과 규제영향에 대한 최근에 언론 등의 평가를 참고하여 사전적 입법평가의 필요성(Ⅳ)을 논한 후 결론을 맺고자 한다(Ⅴ).

## Ⅱ. 유통산업발전법 제12조2의 연혁과 개정안

### 1. 국내 유통산업의 현황과 정책결정 기준

#### 가. 국내 유통산업의 환경 변화

경제개발과 더불어 시작된 도시화 현상과 백화점 등 대형마트의 생성은 재래시장 또는 전통시장의 존립기반을 약화시키고 있다. 거기에다가 1990년대 이후 지속적으로 진전된 경제양극화는 구조적 요인과 경기침체가 맞물리면서 더 심화되고 있는 실정이다. 경제양극화는 분배구조의 약화로 사회통합의 기반을 저해할 뿐 아니라 물적 자본 및 인적 자본 등의 공급기반을 약화시켜 성장잠재력을 악화시킬 우려가 있다.[13] 유통시장의 변화를 중심으로 보면 경제규모의 확대와 수출지향적인 산업구조 및 세계화 현상으로 국내 문제가 단순하게 국내 문제로 그치는 것은 아니다. 예상하지 못하였던 근래의 중국 관광객의 싹쓸이 물품 구입은 그나마 국내 시장의 활력소가 되고 있다.

경제양극화 현상 가운데 유통산업 부문에서는 대형마트와 TV홈쇼핑이나 인터넷쇼핑과 같은 온라인부분이 높은 매출신장세를 보이고 있는 반면 백화점이나 슈퍼

13) 왕상한, WTO 유통업개방의 반성과 대안, 법문사, 2007. 2면.

마켓과 같은 기존의 업태는 부진하다. 외환위기 이후 중산층이 줄어들면서 고소득층과 저소득층이 증가하여 계층간 소득의 양극화가 되고 소비도 국내소비의 침체와 해외소비의 증가라는 양극화현상을 초래하고 있다. 합리적인 소비의 확산과 대형마트의 급속한 성장 및 편의점과 무점포판매업과 같은 새로운 형태의 영업이 성장하자 재래시장을 중심으로 한 영세소매업체는 계속적으로 침체하여 영세상인은 생존권을 위협받기에 이르렀다. 거기에다가 수요와 공급 양면에서 경쟁이 격화되어 대형유통업체들이 최저가격보상제 실시 등으로 출혈경쟁을 하면서 거래처인 중소업체들로 하여금 납품단가 인하, 비용전가 등으로 중소제조업체들의 수익구조 악화를 초래하기도 하였다. 거기에다가 대형마트 간의 부지난과 경영난을 타개하기 위하여 대형유통업체들이 SSM 출점을 가속화하였고 이로 인하여 중소유통업은 더욱 위축되었다. 소규모 영세상인을 보호하기 위하여 아예 SSM의 시장 진입을 막기 위한 건축허가신청불허가처분을 하자, 처분청을 상대로 이에 대한 취소소송을 제기하여 승소한 사건도 있었다.[14] 골목상권 또는 재래시장을 살려 중소유통업자를 살리기 위한 노력이 시작되었다. 그 결과가 위에서 본 바와 같이 유통산업발전법을 비롯한 대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률, 전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법, 소기업 및 소상공인 지원을 위한 특별조치법, 소상공인 보호 및 지원에 관한 법률 등이다.

그런데 위 법률들의 제정이나 개정에 소비자들의 편익과 대형마트 등의 납품업자들의 이익 및 대형마트 등의 고용자들의 이익과 생존권 등이 충분히 반영되었는지 검토될 필요가 있다. 여성의 사회 참가와 경제적 지위의 향상 및 부부맞벌이제의 정착과 함께 주5일제 근무 확산 및 자동차 문화의 진전으로 일괄구매 현상이 보편화되어 쇼핑의 편의성을 추구하는 경향은 소득의 다과와 무관한 경향이다. 거기에다가 여가, 건강, 생활의 질을 추구하는 방향으로 소비환경이 변하고 신용카드의 보급과 인터넷의 발달로 일괄구매와 온라인 거래가 더 활성화되었다. 이러한 소비환경의 변화에 대형마트나 기업형 슈퍼마켓 등은 적극적인 적응을 하여 매출이 증가함에 반하여 영세한 재래시장이나 자영슈퍼마켓은 개별적으로 대응하기가 불리하여 매출이 부진하게 되었다.

### 나. 소비자선택권과 각종 골목상권 등 지원법 등의 고려사항

유통산업의 형태인 백화점, 슈퍼마켓, 편의점, 무점포판매(인터넷쇼핑몰, TV홈쇼

14) 대법원 2007.10.11.선고 2007두1316판결.

핑), 재래시장 등의 매출 증가를 결정하는 주체는 소비자들이다. 소비자들의 소비성향에 따라 여러 형태의 유통산업의 흥망성쇠가 정해지는 것이다. 변화를 예측하고 재빨리 적응하지 못하면 시장에서 도태된다. 유통산업의 생존비결은 변화된 상황에 적응하고 상황을 유리하게 전개하는 것이다. 백화점이나 슈퍼마켓 같은 오프라인 시장이 고가 매수가 가능한 고객을 위한 전문 관리와 소매채널 개발을 위한 전략 구축, 충성고객 확보, 고령화 사회의 도래와 함께 시니어시장 개척 등을 적극적으로 하는 것도 온라인 시장으로부터의 위협을 최소화하기 위한 노력 중 하나이다.

유통시장에 대한 정책을 검토할 때 백화점이나 대형마트 등의 경우 그 매장에 물품을 공급하는 수많은 관련업자와 고용자들을 염두에 두고 그들의 경제적 활동이 지역 경제에 미치는 영향도 충분히 감안하여야 한다. 대형소매점 영업제한을 검토할 때 유통의 국민경제적 기능과 역할 및 대형소매업체의 경제적 기능과 효과도 분석해야 할 것이다. 즉 소비자들을 위한 구매대행으로 취급상품 선별, 생산자들을 위한 판매대행으로 상품정보와 판매서비스를 제공, 가격 안정 등을 통한 소비자 후생 증대, 생산자들에 대한 효율적 판매경로 제공, 중소 자영업체들에 대한 주변 상권에서의 사업기회 제공 그리고 고용효과 등을 고려하여야 한다.[15]

유통산업발전법의 목적을 달성하기 위해서는 유통산업의 최종 결정권자인 소비자의 의사와 이익을 전제로 한 유통산업의 발전 정책이 우선적으로 이루어져야 할 것이다. 그렇지 않으면 정책의 목적을 달성할 수 없기 때문이다. 유통산업발전법 제12조2를 제정하기 전에 여러 지원 법률 등에서 골목상권이나 재래시장을 보호하기 위하여 사업조정제도, 시장 및 상점가의 활성화 촉진정책, 상권 활성화의 촉진정책, 상업기반시설의 현대화지원정책, 경영현대화 촉진정책, 시장정비사업의 촉진, 소상공인의 경영안정과 성장 정책, 「전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」 제2조에 따른 전통시장, 상점가 및 상권활성화구역의 활성화를 위한 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 소상공인시장진흥공단 설립 등을 추진하여 왔고 많은 예산을 투자하였다. 그럼에도 불구하고 위와 같은 다양한 지원 정책들에 더하여 대형 마트 등의 영업시간 제한과 의무휴무일제도를 도입하려고 할 때 소비자 등의 소비행태와 그 입법결과에 대한 충분한 검토가 있었는지 검토되어야 할 것이다.

---

15) 정진욱, 최윤정, “대형소매점 영업제한의 경제적 효과 분석”, 한국체인스토어협회, 2013.2. 16~31면.

## 2. 유통산업발전법 제12조2 등의 개정 과정과 개정안에 대한 검토

### 가. 유통산업발전법 제12조2의 개정과정

(1) 대형마트 등에 대한 영업규제는 2012년 1월부터 도입・시행되었고[16] 2012년 7월까지 전국 기초지방자치단체 229개의 60%인 137개가 영업시간 규제를 시행하여 규제 적용대상매장이 전체의 약 80% 수준(대형마트 363개, 82% 및 SSM862개,79%)에 이르렀으나 대형마트 등 사업자가 제기한 처분 취소소송과 집행정지 가처분 신청이 인용되어 지방자치단체별로 조례개정 및 재처분을 추진하여 오던 중 유통산업발전법을 다시 개정(2013.1.23.)하여 영업규제를 강화하는 내용이 2013년 4월에 시행하게 됨에 따라 조례재개정 및 재처분을 추진하고 있는 상황이다.

개정된 유통산업발전법은 위원회대안으로 통합되어 원안대로 가결되었다. 즉 2012.5.30.부터 2012.10.31.까지 발의한 21건의 유통산업발전법 일부 개정법률안과 1건의 청원을 제311회 국회(정기회) 제2차 법률안소위원회(2012.11.14.)와 제3차 법률안소위원회(2012.11.15.)에서 심의한 결과, 각각 본회의에 부의하지 않는 대신 1개의 위원회대안으로 통합하기로 하고 이를 제311회 국회(정기회) 제16차 지식경제위원회(2012.11.16.)에 보고・의결함으로써 지식경제위원회 대안을 제안하게 되었고, 2013.1.1. 제312회 국회(임시회) 제2차 본회의에서 원안대로 가결하였다.

#### (2) 대안의 제안 이유와 주요내용

대안의 제안 이유는 개정 전 법이 대・중소유통업의 상생발전 등을 도모하기 위하여 전통상업보존구역 내 대규모점포등의 출점제한, 대형마트 및 준대규모점포에 대한 영업시간 제한과 의무휴업일 지정 근거를 도입・시행하고 있으나, 전통상업보존구역이 설정되지 않은 지역을 중심으로 여전히 대형유통기업이 운영하는 SSM의 진출이 활발히 이루어지고 있고, SSM의 편법・위장입점 논란이 계속되고 있는 등 대형유통업체의 확장이 중소형상권에 심각한 위협이 되고 있으며, 또한 최근 일부 대형마트가 지자체의 영업제한 명령을 위반하고 의무휴업일에 영업을 강행하

---

16) 2012.1.17.법제11175호로 성립된 일부개정안은 2011.6.2. 정갑윤의원 등 10인, 2011.6.21. 이춘석의원등10인, 2011.8.2.강창일의원등 10인, 2011.8.24. 김재균의원등 10인 각각 발의한 4건의 개정안을 제304회 국회(임시회)제4차 법안심사소위원회(2011.12.29.)에서 1개의 위원회대안으로 통합하기로 하고 이를 제4차지식경제위원회(2011.12.29.)에 보고・의결함으로써 위원회대안을 제안하게 되었던 것이다. 농산물의 매출 비중이 51% 이상이면 규제대상에서 제외시킬 수 있도록 한 것과 쇼핑센터와 복합쇼핑몰에 위치한 대형마트를 규제대상에서 제외한 것의 문제점을 지적하는 견해도 있다. 박충렬, “대형마트와 SSM 영업시간 제한 규제의 문제점과 보완방안,“ 이슈와 논점, 국회입법조사처, 2012.7.23.

는 사례가 발생하는 등 제도도입의 실효성이 약화된 것을 강화하기 위한 것이다.

대안의 주요내용은 다음과 같다. ① 대규모점포의 종류를 시행령이 아닌 법률(별표)에서 규정하고, 영업시간 등의 제한을 받는 대규모점포의 종류를 법률에 직접 규정하여 쇼핑센터 또는 복합쇼핑몰 등에 개설된 대형마트에도 영업시간제한 및 의무휴업일을 적용한다.(안 제2조제3호 및 제12조의2제1항) ② 대규모점포등과 지역중소유통기업의 균형발전을 협의하기 위하여 시장・군수・구청장 소속으로 유통업상생발전협의회의 설치근거를 마련한다.(안 제7조의5 신설) ③ 대규모점포를 개설하거나 전통상업보존구역에 준대규모점포를 개설하려는 자가 시장・군수・구청장에게 등록할 때에는 상권영향평가서 및 지역협력계획서를 첨부하도록 하되, 시장・군수・구청장은 상권영향평가서 등이 미진하다고 판단되는 경우 그 보완을 요청할 수 있도록 한다.(안 제8조제1항 및 제2항) ④ 전통상업보존구역 내 대규모점포등 개설자에 대하여 등록제한이 가능한 변경등록의 범위에 '매장면적이 10분의 1 이상 증가하는 경우'를 추가한다.(제8조제3항) ⑤ 대규모점포등을 개설하고자 하는 자는 영업을 시작하기 30일 전까지 지식경제부령으로 정하는 바에 따라 개설지역 및 시기 등을 포함한 개설계획을 예고하도록 한다.(안 제8조의2 신설) ⑥ 영업시간제한 등의 적용제외 대상 점포의 기준이 되는 농수산물 매출액 비중을 현행 51%에서 55%로 상향조정한다.(제12조의2제1항 단서) ⑦ 대형마트와 준대규모점포에 대한 영업시간 제한의 범위를 현행 '오전 0시부터 오전 8시까지'에서 '오전 0시부터 오전 10시까지'로 2시간 연장한다.(안 제12조의2제2항) ⑧ 대형마트와 준대규모점포에 대한 의무휴업일의 범위를 현행 '매월 1일 이상 2일 이내'에서 '매월 이틀'로 하고, 의무휴업일은 공휴일 중에서 지정하되, 이해당사자와 합의를 거쳐 공휴일이 아닌 날을 지정할 수 있도록 한다.(안 제12조의2제3항) ⑨ 전통상업보존구역의 일부가 관할구역을 벗어나는 경우에 시장・군수・구청장이 인접지역의 지방자치단체장에게 전통상업보존구역의 지정을 요청할 수 있도록 근거를 마련한다.(안 제13조의3제2항 및 제3항 신설) ⑩ 시장・군수・구청장은 영업시간제한 또는 의무휴업 명령을 1년 이내에 3회 이상 위반한 자에 대하여 1개월 이내의 영업정지를 명할 수 있도록 한다.(안 제13조의4 신설) ⑪ 시장・군수・구청장의 영업시간제한 또는 의무휴업 명령을 위반하여 영업을 한 자에 대한 과태료를 현행 3천만 원에서 1억 원으로 상향조정한다.(안 제52조제1항)

### (3) 위 대안에 대한 국회전문위원의 체계와 자구에 대한 검토보고

영업시간 및 영업일 제한의 범위 확대(안 제12조의2)에 대하여, 영업의 자유 제한을 최소화할 수 있는 방법을 선택하여야 한다는 비례원칙상 피해의 최소성 요청에 비추어 현행법과 같이 영업시간 및 영업일 제한의 상한을 정하되 제한여부 및 제한범위에 재량을 둠으로써 각 지방자치단체의 구체적 사정을 고려할 수 있도록 한 점에서 개정안의 영업 제한이 대형마트의 영업권에 대한 과도한 제한이라고 단정하기 어려운 측면이 있으나, 영업시간 제한에 관한 입법례[17]에서 구체적인 제한시간을 법률에 직접 규정하지 않는 것이 일반적이므로 법률에서 영업제한 시간대를 특정하기보다 "1일당 12시간의 범위에서"와 같이 탄력적으로 규정함으로써 중소유통업 보호와 소비자권익 보호의 조화를 도모하는 방안도 고려할 필요가 있다고 하였다.[18]

농수산물 매출액 비중 51%→55%에 따른 영업제한 예외(안 제12조의2제1항 단서)가 특정업체를 우대하는 차별적 규정으로 해석될 수 있다는 외교통상부의 의견을 참고하여 향후 헌법상 평등원칙 및 통상협정상 내국민우대원칙 등의 측면에서 면밀하게 검토할 필요성을 강조하고 있다.[19] 개정안 8조의 상권영향평가서 및 지역협력계획서 제출규정에 대하여 외교통상부는 국내규제에 해당한다고 볼 수 있으므로 우리나라의 제반통상협정과 상충문제는 발생하지 않으나, 보완을 요청할 수 있도록 한 부분은 대규모점포등과 중소유통업의 상생발전 등의 입법취지와 달리 실제 사업자의 신규진입 제한형태로 운영된다면 주요 통상규범상 서비스시장에 대한 사실상 진입장벽으로 이해될 우려가 있다고 한다.

### (4) 본회의 회의록에 나타난 토론 내용과 표결

본회의에서 지식경제위원장대리 오영식의원이 대안제안 경위와 그 주요 내용을 설명하자, 진보정의당 김제남의원, 새누리당 이현재의원, 통합진보당 이상규의원 순으로 토론이 있었다. 김제남의원은 애초 지식경제위원회에서 가결한 원안보다 후퇴한 내용으로 새누리당과 민주통합당 양당 간사의 영업시간제한 완화를 비판하

---

17) 식품위생법 제43조 및 동법시행령 제28조는 영업시간 제한을 1일당 8시간이내의 범위에서 해당 시·도의 조례로 정하도록 하고 있고, 공중위생관리법 제9조의2, 사해행위등 규제 및 처벌법 제11조제2항, 게임산업 진흥에 관한 법률 제28조 등에서 일정한 경우 영업시간을 제한할 수 있음을 규정하고 있다. 단 청소년보호법 제36조는 16세미만의 청소년에게 오전0시부터 오전6시까지 심야시간대 인터넷게임 제공을 제한하고 있다.

18) 유통산업발전법 일부개정법률안(대안)에 대한 국회전문위원 전상수의 검토보고서. 1~2면.

19) 위의 글, 4면.

면서 새로운 개정을 주장하였다. 이현재의원은 영업시간을 밤10시로 제한할 경우 맞벌이부부들의 퇴근시 장보기 문제를 전국상인연합회에서 조정할 수 있다는 의견을 표명하여 영업시간이 밤12시까지 연장된 상황과 대형마트 하나가 개업하면 근처 500개 내지 3000개의 소형가게가 망하거나 영향을 받는다는 한국은행 통계를 언급하면서 여야가 대형마트의 영업을 밤12시부터 오전10시까지 제한하고 매월 일요일을 포함한 공휴일에 2회씩 무조건 휴무하게 한 수정안을 어렵게 합의한 과정을 설명하고 위 개정안이 대형유통점과 SSM으로부터 전통시장과 골목상권의 영세소상공인의 피해를 막으려는 최소한의 장치임을 강조하고 있다. 이상규의원은 수정안을 통과하더라도 실제로 달라지는 것은 없다고 하면서 새누리당과 민주통합당의 대선 이후 법률안 수정과정과 박근혜당선인이 중소기업중앙회를 방문하여 밤10시까지의 영업시간이 맞벌이부부 등 소비자들의 불편과 중소기업의 납품문제, 농업인들의 고통 등을 거론하면서 밤12시를 주장하여 지식경제위원회의 원안이 변경된 것을 지적하고 있다.

지경위 대안은 위와 같은 토론을 거쳐 전자투표를 하였고, 재석 239인, 가결 197인, 반대19인, 기권23인으로 가결되었다.

### 나. 개정안에 대한 검토

위에서 본 지경위 대안으로 통합되지 않은 개정안과 위 대안이 개정된 후에도 계속 유통산업발전법 일부개정법률안이 발의되었다. 대규모 및 준대규모점포에 대해 부담금을 부과해 지역유통산업발전기금을 설치하고, 대규모점포 등의 일부 영업품목을 제한하는 개정안[20]이 있다. 부담금을 부과하여 지역유통산업발전기금을 설치하자는 것은 지역 내 SSM 등에 대한 지방법인세 등 과세 근거를 마련하자는 의견[21]을 연상하게 한다. 그 외 전통상업보존구역을 전통시장 등 경계로부터 현행 1킬로미터 이내에서 2킬로미터 이내로 확대하는 개정안[22], 최근 국내에 개장한 이케아의 경우 가구뿐만 아니라 관련 잡화를 함께 판매하고 있음에도 현행법상 가구

---

20) 이낙연의원 대표발의안(2013.6.25.) 이 개정안은 대규모점포 등이 지역사회에서 벌어들인 수익을 지역에 환원하지 않고 수도권의 본사로 송금하여 지역자본의 유출도 야기함을 지적하고, 대규모 및 준대규모점포에 대해 부담금을 부과해 지역유통산업발전기금을 설치하고, 대규모점포 등의 일부 영업품목을 제한하고자 한다. 이 법률안은 이낙연의원이 대표발의한 「국가재정법 일부개정법률안」(의안번호 제5624호) 및 「부담금관리기본법 일부개정법률안」(의안번호 제5626호)의 의결을 전제로 하는 것이다.

21) 김희곤,“SSM 영업규제조례를 둘러싼 자치입법의 문제점과 과제”,토지공법연구제60집. 2013. 277면.

22) 이종걸의원 대표발의안(2014.12.11. 발의),

전문점으로 분류되어 영업시간 등 제한을 받지 않는 것이 형평에 반하므로 대통령령으로 정하는 기준 이상의 전문점도 영업규제대상에 포함시켜야 한다는 개정안[23], 전통상업보존구역의 지정에 관한 규정의 존속기한을 2020.12.31.까지로 연장하려는 개정안[24] 등이 있으나 논의 범위를 줄이기 위하여 유통산업발전법 제12조의2와 관련된 개정안들을 중심으로 하여 간단히 살펴보고자 한다.

### (1) 오병윤의원 대표발의안

2012.12.12. 발의 된 것으로 주요 내용은 대규모점포 등의 영업시간 제한 범위를 오후 9시부터 오전 10시까지로 하고, 의무휴업일 지정을 매주 1일로 확대하여 중소상인을 보호하고 대형점포 노동자들의 휴식과 건강권을 보장하려는 것이다. 법원의 판결이 대형마트에게 유리하게 난 경우를 대비하여 문제된 부분을 보완하고 규제를 더 강화하려는 것이다.

### (2) 조경태의원 대표발의안

2013.1.29. 발의된 것으로 주요 내용은 대규모점포 등에 납품하고 있는 중소상공인들의 매출액감소를 방지하기 위해 지방자치단체별로 각 지역특성에 맞게 영업시간 제한과 의무휴업일 지정을 할 수 있도록 재량권을 부여하고자 하는 것이다.

### (3) 신학용의원 대표발의안

2013.5.22. 발의된 것으로 대형마트 등에 근무하는 비정규직 근로자의 경우 자유로운 투표권 행사가 사실상 제한받고 있으므로 공직선거법 제34조에 따른 임기만료에 의한 선거의 선거일도 반드시 의무휴업일로 지정하도록 하자는 것이다. 이에 대해 근로자의 선거권보장에 관한 사항은 근로자의 근로조건 등을 규정하는 근로기준법[25] 등 노동관계 법령에서 규율하는 것이 바람직하다는 검토의견이 있다.[26]

---

23) 손인춘의원 대표발의안(2015.1.4.발의)

24) 이현재의원 대표발의안(2015.3.4.발의)

25) 제10조(공민권 행사의 보장) 사용자는 근로자가 근로시간 중에 선거권, 그 밖의 공민권(公民權) 행사 또는 공(公)의 직무를 집행하기 위하여 필요한 시간을 청구하면 거부하지 못한다. 다만, 그 권리 행사나 공(公)의 직무를 수행하는 데에 지장이 없으면 청구한 시간을 변경할 수 있다.
제110조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2009.5.21., 2012.2.1.>
1. 제10조, 제22조제1항, 제26조, 제50조, 제53조제1항·제2항·제3항 본문, 제54조, 제55조, 제60조제1항·제2항·제4항 및 제5항, 제64조제1항, 제69조, 제70조제1항·제2항, 제71조, 제74조제1항부터 제5항까지, 제75조, 제78조부터 제80조까지, 제82조, 제83조 및 제104조제

### (4) 김제남의원 대표발의안

2014.3.4. 발의된 것으로 영업시간제한·의무휴무일 등 의무위반에 대한 제재를 강화하여 지경위 대안으로 개정·강화[27]된 후에도 대규모점포 등의 의무위반사례가 있음을 이유로 하여 영업정지명령을 위반한 경우에는 등록취소를 할 수 있도록 하고, 과태료 상한도 1억 원에서 2억 원으로 상향조정하려는 것이다. 이에 대해 산업통상자원위원회 수석전문위원은 의무이행의 실효성을 확보하기 위한 필요성은 있으나 영업규제 관련한 다른 법률에서의 벌칙규정과 비교하여 현행법의 금액이 상당하고 과태료부과상한을 상향조정한 지 1년도 지나지 않았다는 점 그리고 영업제한 명령을 위반한 사례가 1건이라는 점 등을 고려하면 법규위반 사례추이를 분석한 후 도입여부를 결정해야 한다는 검토의견을 제시하고 있다.[28]

### (5) 이언주의원 대표발의안

2013.9.13. 발의된 것으로 이마트에브리데이와 같은 상품공급점도 규제대상에 포함시키고 지역상권과 중소유통업자를 보호하기 위해 대규모점포와 전통상업보존구역에 개설하려는 준대규모점포에 대한 등록제를 허가제로 변경하고 의무휴무일을 4회로 확대하려는 것이다. 이에 대해 소관상임위원회 수석전문위원은 관련규정이 2013년 개정되어 시행한지 얼마 되지 않는 것과 함께 영업규제행위가 대형마트 등 사업자의 직업선택의 자유 및 다른 유통업자와의 차별취급에 따른 평등권 침해, 소비자 선택권 제한으로 인한 소비자 불편과 민간소비 위축, 대형마트 비정규직 근무자들의 고용감소 및 대형마트에 입점한 소상공인 및 납품협력업체들의 피해가 우려된다는 지적과 함께 납품업자들의 헌법소원[29]제기로 인한 심리 중임을 고려하여 지금 시행하고 있는 영업규제행위가 정착된 후 객관적인 효과분석 결과 등을

---

2항을 위반한 자

2. 제53조제4항에 따른 명령을 위반한 자

26) 산업통상자원위원회 수석전문위원 지성배의 2013.16. 신학용의원 대표발의 외 1건의 유통산업발전법 일부개정법률안 검토보고서 9면.

27) 과태료가 3천만 원 이하에서 1억 원으로 증액되었고, 1개월 이내의 영업정지제도가 도입되었다.

28) 산업통상자원위원회 수석전문위원 김병선의 2014.4. 김제남의원 대표발의의 유통산업발전법 일부개정법률안 검토보고서 5~6면.

29) 2013헌마269, 273, 355 등은 2013.1. 개정된 유통산업발전법 제12조의2가 청구인들의 직업의 자유 및 평등권을 침해한다는 것을 이유로 제기되었으나, 헌법재판소는 2013.12.26. 유통산업발전법 제12조의2 제3항이 매월 이틀의 의무휴업일을 정할 것을 규정하고 있다고 하더라도 지방차치단체의 장이 의무휴업일을 지정하는 집행행위를 하기 전에는 청구인들의 법적 지위나 권리·의무는 어떠한 영향을 받지 않으므로 기본권침해의 직접성이 인정되지 않는다고 하면서 각하하였다.

토대로 의무휴업일의 확대 시행 여부를 결정하는 것이 바람직하다는 검토의견을 제시하고 있다.[30]

### (6) 전순옥 의원 대표발의안

2014.9.23. 발의된 것으로 설날과 추석이 있는 달에는 사흘을 의무휴업일로 지정하도록 하되, 설날과 추석 당일은 반드시 의무휴업일로 지정하도록 규정하여 대규모 점포 등에서 근무하는 사람들의 휴식권과 명절을 함께 즐길 권리를 보장하고 더불어 전통시장 및 중소상인의 매출신장 기회를 제공하려는 것이다. 이에 대해서는 산업통상자원부에서 설날과 추석도 공휴일에 포함되므로 의무휴업일로 지정할 수 있음에도 불구하고 추가 지정하는 것은 대규모점포 등의 영업자유 및 소비자선택권을 침해할 우려가 있다는 의견을 제시하였다.[31] 수석전문위원은 근로자의 휴식권과 명절을 즐길 권리는 대규모점포 등에 근무하는 근로자 뿐 아니라 중소유통업에 종사하는 모든 근로자의 기본적 생활을 보장·향상시키기 위한 사항이므로 근로자의 근로조건 등을 규정하는 근로기준법 등 노동관계 법령에서 규율하는 것이 타당하다는 의견을 제시하였다.[32]

### (7) 백제현의원 대표발의안

2015.2.5. 발의된 것으로 대형마트의 정의규정 정비하고 전문점 분류의 허점을 보완하여 일정기준에 미치지 못하는 전문점도 대형마트와 같이 영업시간등 제한을 받게 하려는 것이다. 현행법상 대형마트 정의 중 “점원의 도움없이”라는 문구가 2014.12.12. 서울고등법원[33]에서 처분대상의 실체적 요건불비를 이유로 위법하다는 판단을 받자 “주로 점원의 도움이 없이”로 개정하여 본래의 입법취지를 분명히 밝히고 그 취지에 따라 대형마트 정의규정을 정비하여 그 명확성을 제고하려는 것이다.

## 다. 개정안에 대한 평가

의무휴무일을 강화하자는 개정안이 다수이다. 한 달에 2일로 규정된 것을 매주

---

30) 산업통상자원위원회 수석전문위원 지성배의 2013.12. 이언주의원 대표발의 외 4건의 유통산업발전법 일부개정법률안 검토보고서 37면.
31) 산업통상자원위원회 수석전문위원 김병선의 2014.11. 김제남의원 대표발의 외 2건의 유통산업발전법 일부개정법률안 검토보고서 15면.
32) 앞의 글,16면.
33) 서울고등법원 2014.12.12.선고 2013누29294 영업시간등처분취소, 현재 대법원에 계류 중이다.

1회 혹은 월 4일로 확대하자는 내용과 근로자의 선거권보장을 위하여 공직선거법 제34조에 따른 임기만료에 의한 선거의 선거일도 반드시 의무휴업일로 지정하도록 하자는 내용 또는 추석과 설 명절날도 의무휴무일로 하자는 내용 등이 있다. 이에 대해 대규모점포 등에 납품하고 있는 중소상공인들의 매출액감소를 방지하기 위해 지방자치단체별로 각 지역특성에 맞게 영업시간 제한과 의무휴업일 지정을 할 수 있도록 재량권을 부여하자는 안이 있다. 또 영업시간제한 등을 위반한 경우에 제재를 강화하자는 안과 일부 상품공급점도 영업시간제한 등을 받는 대규모 마트 등에 포함시켜야 한다는 안이 있다.

생각건대 의무휴무일 강화의 실효성에 대한 충분한 검토를 하지 않고, 영세상공인과 그 고용자들에 대한 건강권을 제외하고 SSM 등의 고용자의 건강권을 논하는 것은 타당하지 않다고 할 것이다. 만약 이해관계자들의 소제기 등에 반응한 개정안이라면 숙려민주주의의 전당인 국회에서 바람직하지 않은 입법이라고 할 것이다. 총체적으로 보아 시행한지 1년도 안된 상황에서 새로운 개정안을 내는 것은 그 법안의 제정이나 개정이 충분한 검토 없이 만들어졌다는 것을 의미한다. 또 개선이 필요하더라도 적당한 시간의 시행을 지켜보고 하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

## Ⅲ. 유통산업발전법상 영업제한 등에 대한 평가와 관련 판결 분석

### 1. 유통산업발전법의 영업시간제한 등에 대한 평가

#### 가. 소비자의 선택권을 감안하지 않은 미봉적인 입법

위에서 본 바와 같이 입법자인 국회의원들과 관련 이해관계자들의 노력으로 대형마트 등에 대한 영업시간 제한과 의무휴업일 등에 관한 규제를 강화하여 왔다. 대규모 점포 등의 급속 성장과 재래시장 등의 급격한 위축으로 인한 사회문제가 제기되었고, 경제민주화란 거대한 담론 속에서 이를 해결하기 위하여 대기업의 양보로 가능하다는 입장에서 유통산업발전법 제12조2를 신설하였고, 이 조항은 '건전한 유통질서 확립, 근로자의 건강권 및 대규모점포등과 중소유통업의 상생발전을 위하여'라는 목적을 따로 두고 있으나 이에 대한 피규제자측의 저항과 소비자후생의 침해라는 입장에서 실효성이 인정되지 않고 있다.

### 나. 대형마트와 관련자들의 소송제기와 규제 강화 입법

유통산업발전법 제12조2에 근거한 조례제정과 각 지방자치단체장의 휴무일과 영업시간 제한에 대하여 상대방은 소송을 제기하였고 법원이 위법한 조례에 근거한 위법한 처분이라고 하면서 처분을 취소하는 판결[34]을 선고하였다. 그럼에도 불구하고 유통산업발전법은 규제를 더 강화하는 방향으로 개정되어 2013.4.24.부터 시행되고 있다. 더 나아가 소상공인 또는 골목시장을 더 보호하여야 한다는 새로운 개정안이 발의되자 정작 영세자영업자들은 중견 자영업자들과 달리 이득을 보는 대신 오히려 위축되어 간다는 논리와 함께 소비자의 이익을 외면한 채 유통산업의 당사자들의 이해관계에 골몰하고 있으므로 소비자보호의 관점에서 재조명하여야 한다는 반론도 제기되고 있다.[35] 대형마트나 관련 납품업자 등은 그들에 대한 영업규제의 정당성에 이의를 제기하고 법원과 헌법재판소에 지속적으로 불복을 호소하고 있다. 그러던 중 2014.12.12. 서울고등법원이 서울특별시 동대문구청장과 성동구청장을 상대로 제기한 영업시간제한등처분취소사건에서 제1심판결과 달리 원고들의 청구를 인용하여 상당한 충격을 던져 주고 있다. 당시 정치권의 반응을 보면 정부와 여당은 2014.12.18. 국회에서 위 판결과 관련한 당정회의를 갖고 산업부와 중기청이 대형마트, 기업형슈퍼마켓(SSM), 중형마트, 전통시장 등을 모두 아우르는 '유통산업공생법안'을 마련해 내년 1월 중 당에 보고하기로 하고, 야당은 대상의 범위와 지역의 범위를 늘리며 규제를 강화해야 한다는 입장을 제시하였다[36]

### 다. 유통산업발전법 제12조2에 대한 입법 평가

#### (1) 다양한 이해관계 조정 입법의 어려움

종래 영업규제의 정당성과 그 규제의 위임형식에 관하여 많은 논의[37]가 있었고

---

34) 서울 행정법원 2012.6.22.선고, 2012구합11676판결; 판례평석으로 장교식, "대형마트 영업규제조례에 관한 고찰", 법학연구 제48집, 한국법학회, 2012. 49~70면이 있다. ; 유사 판결로 부산지방법원 2013.4.4.선고, 2012구합5153판결 등.

35) 소비자주권과 선택권을 강조하는 컨슈머워치에서는 대형마트에 납품하는 농가와 중소납품업체 등의 보호를 위해서 대형마트 영업규제 폐지를 주장하고 있다. 이의춘기자. jungleelee@mediapen.com

36) 파이낸셜뉴스, 2014.12.18. '마트・시장 공생대책'여야 유통법개정에 이견.

37) 강희은, "서울시 소상・공인 지원정책과 유통산업발전법 등 관련 법령 개선방향", 법제 제657호, 2012.12.;고인석, "자치입법에서의 입법갈등문제와 개선방안",제도와 경제 제8권제1호, 제도경제학회, 2014.;김광수, "SSM 규제와 공존상생". 국가법연구 제9집 제1호, 2013.;김은솔, "대형마트에 관한 법적 규제", 규제와 법정책 제2호, 규제법연구회, 2014.;김중수, "SSM의 규제에 대한 법적 정당성에 관한 고찰", 법학논총(단국대), 제38권 제3호, 2014.; 김희곤, " SSM 영업규제조례를 둘러싼 자치입법의 문제점과 과제", 토지공법연구 제60집, 2013.;나달숙,"SSM 규제의 법적 쟁점과 공존상생 방안에 관한 연구", 법학논총(단국대), 제36권 제2호, 2012.; 백옥선, "대형마트 및 기업

국회에서도 위원회 대안을 만드는 등 그 과정에 많은 노력을 하였지만, 이해당사자들을 모두 만족시키는 좋은 입법을 도출하지 못하였다. 민주주의를 실현하는 과정에서 완결된 법은 없다고 하지만 양면이 아닌 다면적인 이해관계를 가진 SSM규제 입법은 그만큼 어렵다는 것을 나타내는 것이다. 골목상권이나 재래시장의 중소상인보호에 대형마트 등에 납품하는 납품업자와 임차한 소상인 및 고용자 그리고 소비자의 선택권으로 표시되는 소비자후생 문제 및 세수 등이 거론된다.

**(2) 하나의 법률에서 충돌적인 이중 목적 규정과 입법효과 불투명**

우선 유통산업의 진흥과 발전을 도모하기 위한 목적의 유통산업발전법에 중소기업 보호를 위해 대형기업의 영업시간제한과 의무휴무일제도를 도입하는 영업규제를 도입함으로써 초래한 면이 있다는 것을 지적할 수 있다.[38] 목적이 충돌되는 규정의 효과에 대한 충분한 사전적 입법평가가 이루어지지 않았던 것이다. 왜냐하면 머리말에서 학생들의 반응과 유사하게 소비자들이 대형마트 쉬는 날 전통시장에 가지 않고 72%가 쇼핑 안했다는 통계가 나왔기 때문이다.[39] 이 기사는 다음과 같은 내용을 담고 있다. 이대영 한국유통생산자협회 회장에 의하면 "대형마트 의무휴업으로 납품업체 매출이 감소했지만 전통시장 매출이 늘어난 것도 아니다. 실제론 일요일 쇼핑을 포기하는 소비자들이 많아 강제휴무제가 내수시장 침체만 가중시켰다."고 한다. 매일경제신문이 현대경제연구원과 공동으로 설문조사한 결과 '내수 살리기'를 위한 첫 번째 과제로 '대형마트 강제휴무제 철폐'가 꼽혔다. 원래 명분인 영세상공인이나 전통시장・골목상권 보호 효과는 거의 없고, 대형마트나 납품업체는 물론 소비자까지 온통 피해자만 양산한 악법이라는 이유에서다. 한국규제학회는 19대 국회의 의원입법 중 대형마트 영업규제를 실효성은 없고, 소비자 피해만 초래한 '최악의 규제'로 선정하기도 했다. 영업규제로 인해 일부 구매자들은 전통

---

형슈퍼마켓 영업일시 규제에 관한 법적 고찰", 행정법연구 제36호,2013.;손영화・강동욱,"기업경영활동에 대한 합리적인 규제방안", 법학연구(인하대) 제17집 제1호, 2014.; 이원우, "헌법상 경제질서와 공생발전을 위한 경제규제의 근거와 한계", 행정법학 제4호, 2013.; 장교식, "대형마트 영업규제조례에 관한 고찰", 법학연구 제48집, 한국법학회, 2012.;최봉석・구지선, "대형마트와 SSM의자율규제에 관한 법적 검토", 행정법연구 제36호, 2013.; 최우용, "대형마트와 SSM 영업규제의 문제점과 제도적・정책적 정비방안에 관한 고찰, 공법학연구 제13권 제3호, 2012.; 허민영, "대형마트 영업규제와 소비자후생", 소비자정책동향, 한국소비자원, 제46호. 2013.

38) 김천수, "유통산업발전법의 유통업태 분류체계의 문제점 및 개선방안", 인하대학 법학연구 제17집 제2호, 2014. 257면.

39) 인터넷 매일경제 2015.3.23. "대형마트 쉬면 전통시장 간다고? 천만에 72%가 쇼핑 안했다"라는 제목의 기사(김주영기자)

시장, 동네슈퍼 등 대체 유통업체로 바꾸기도 했지만, 날짜만 바꿔 그대로 대형마트에서 구매한 비율이 가장 높았다. 중소기업청에 따르면 전국 전통시장 매출은 2011년 21조원에 달했지만 2012년 20조1000억 원, 2013년 19조9000억 원으로 감소하고 있다.

### (3) 경제적 효과 분석 미흡

영업일시 규제입법 도입의 경제적 효과분석이 제대로 없었다. 2012년 영업제한 규제로 인한 조례가 적용된 대형마트의 점포수 383개의 2011.1.1.~2012.6.30. 사이 일별 및 월별 소비액에 대한 '이중 임의효과 패널회귀분석'결과 대형마트에서의 소비액은 영업제한으로 8.77% 감소한 것으로 추정되어 월 평균 2,307억 원에 달하고, 연간으로 계산하면 총 2조 7,687억 원이 되나, 재래시장·소형 슈퍼마켓으로의 전환액은 월평균 448억~515억 원 정도로 추산되어 소비감소로 인한 세수의 감소와 소비자 불편으로 월 평균 1,907억 원, 대형마트 비용의 효율성 하락으로 월평균 292억 원, 협력업체 납품매출 감소로 월평균 1,872억 원 등의 손실을 본다는 것이다.[40] 결국 경제적 효과만 본다면 잘못된 정책이라고 할 것이다. 이러한 경제적 분석결과를 놓고 경제적 효율성의 관점에서 효율적이지 않는 규제가 정치적으로 만들어 지는 것을 정치적 효율성과 대비하여 양자의 상관관계를 다각도로 분석한 견해[41]가 있는바 입법과정에 대한 훌륭한 분석으로 평가되나 입법 결과 자체에 대한 평가로 보기는 어렵다. 소수의 강자를 규제하여 다수의 약자를 보호하는 것은 민주주의 원리나 정의 관념에 부합된다는 시각에서 SSM규제를 강화하고, 법적으로 문제가 있다는 지적이 있어도 추후 발생할 부작용이나 새로운 문제에 대한 진지한 검토 없이 정해진 방향으로 몰아가고 나중에 여론이 바뀌면 개정하면 된다는 신중하지 못한 입법과정은 지양되어야 할 것이다.

### (4) 관련 법률의 적극적인 지원 효과 분석 미흡

소상공인과 재래시장의 지원에 관한 법들이 제정되거나 보완되어 각 지방자치단체는 많은 비용을 투자하였고 변화가 있으나 대형마트에 대한 경쟁력 확보는 기대 이하였다. 서울시 소상공인 지원정책을 보면 경제민주화와 상생협력을 기치로 내

---

40) 정진욱, 최윤정, 앞의 글, 요약 10면과 126~128면.

41) 허성욱, "규제행정의 규범적·실증적 목적으로서 경제적 효율성과 정치적 효율성-SSM규제에 대한 효율성 분석을 중심으로-," 법경제학연구, 제12권 제1호, 2015. 75~85면.

세우면서 2012.9.28. 조직개편을 통하여 경제진흥실 소상공인지원과에 상생협력팀을 새로 설치하고 소상공인지원사업과 전통시장현대화사업을 하였다.[42] 2012년에 합계 53,803,000,000원의 예산을 편성하여 소상공인 지원사업을 하고, 합계 19,101,000,000원을 들여 전통시장현대화사업을 하였다. 전자는 종합지원체계구축, 슈퍼닥터운영 및 SSM사업조정제도운영, 중소기업공동화사업운영지원 등 14개 항목의 사업으로 구성되고, 후자는 전통시장 시설현대화사업, 상인역량 강화를 위한 상인아카데미 운영, 특화시장 육성을 위한 전통시장 컨설팅(시장닥터)운영, 전통시장가는 날 지정·운영, 전통시장 시설안전점검 및 보수 사업 등 10개 항목으로 구성되어 있다. 서울시를 비롯한 각 지방자치단체들의 소상공인과 재래시장의 지원은 대동소이할 것으로 추정되므로 그 효과에 대한 분석과 평가를 제대로 해야 할 것이다. 왜냐하면 성과나 효과가 없는 것에 계속적으로 막대한 금전이 소요되는 각종 지원정책을 하는 것은 지양되어야하기 때문이다.

### (5) 영업 일시 제한 등에 대한 법적 평가

현행 유통산업발전법상의 영업일시 규제제도는 비례원칙을 위반한 것으로 헌법상 허용되기 어렵다고 할 것이다. 즉 영업일시 규제의 목적이 전통시장과 중소상인의 보호임에도 불구하고 정책의 기본방향이 전통시장과 중소상인의 자생력 또는 경쟁력 도모보다 대형마트 등의 영업의 자유 침해와 소비자의 편익감소를 야기하는 것으로 법익의 균형성을 위반하였기 때문이다.[43] 영업시간의 제한과 의무휴업일 지정은 영업행위 자체를 금지하는 것으로서 본질적인 내용을 침해할 가능성이 있고 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 정도를 넘어 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 있다[44]는 것도 같은 의견이라 할 것이다. 또한 그러한 규제만으로는 중소유통업체 등의 생존을 단기간 연장시킬 수는 있으나, 근본적인 해결책이 못한다는 견해[45]도 입법에 대한 회의를 표하는 것이다.

이에 대하여 정책적 방안으로 지방자치단체의 법무능력의 향상, 상생가이드라인의 작성, 전통시장과 연계한 협력사업의 모색, '스마트 성장'[46]이라는 이념의 공유,

---

42) 강희은, "서울시 소상·공인 지원정책과 유통산업발전법 등 관련 법령 개선방향", 법제 제657호, 2012.12. 10~11면.

43) 백옥선," 대형마트 및 기업형슈퍼마켓 영업일시 규제에 관한 법적 고찰",행정법연구 제36호, 2013. 338~343면.

44) 최봉석·구지선, "대형마트와 SSM의 자율규제에 관한 법적 검토", 행정법연구 제36호, 2013. 301면.

45) 김은솔, "대형마트에 관한 법적 규제", 규제와 법정책 제2호, 규제법연구회, 2014.150면.

성숙한 소비자의식의 확립 등을 제시하면서 대형유통업체에 대한 영업규제 문제는 단순한 법 논리만으로 해결할 수 없는 복잡한 문제라는 지적[47]도 있으나 성숙한 소비자의식 확립은 쉽지 않을 것이다. 역사상 큰 흐름은 인위적으로 저지하거나 변경할 수 없으나 급격한 변화와 혼란을 방지하고 국민의 생존권을 보장하기 위한 법적 조치로 현행 유통산업발전법상의 SSM규제는 필요하다는 견해[48]도 있다. SSM 규제에 대해 헌법과 법령상 정당성을 인정할 수 있으나 영업시간 제한과 의무휴업일 지정 등으로 일차적인 대형마트나 SSM에 피해 외에 이차적으로 납품업체인 중소기업이나 소상공인 나아가 대량구매를 통한 저렴한 가격을 선호하는 소비자의 피해를 우려하는 입장[49]도 있다.

## 2. 유통산업발전법 제12조의2에 관한 헌법재판소결정과 서울고등법원판결의 분석

### 가. 유통산업발전법 제12조의2에 관한 헌법재판소 결정[50]

청구인들은 대형마트에 임점하여 점포를 운영하는 사업자들, 유통법상 준대규모점포를 운영하고 있는 사업자들, 대형마트와 준대규모점포를 운영하는 회사들로서 유통산업발전법 제12조의2(2013.1.23.법률 제11626호로 개정된 것)가 청구인들의 직업의 자유 및 평등권을 침해한다고 주장하며 2013.4.25.(2013헌마269), 같은 달 26(2013헌마273), 같은 해 5.16(2013헌마355). 각 헌법소원심판을 청구하였다.

청구인들은 유통산업발전법 제12조의2 제3항은 재량의 여지없이 매월 이틀의 의무휴업일을 지정하도록 규정하고 있고, 제1항은 자치단체장의 집행행위가 필요하다고 하더라도 사실상 지정이 강제되어 있고, 농수산물의 매출액 비중이 55퍼센트 이상인 대규모점포 등으로서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 대규모점포 등에 대하여는 위 대상에서 제외하고 있으므로 기본권침해의 직접성이 있다고 하면서, 본안에 관해서는 직업의 자유침해, 평등권침해, 국제법, 헌법전문 및 제6조

46) 도시개발이 근접 미개발지역으로 확산되는 현상을 막고 밀집개발을 통해 자전거나 도보를 이용한 거리이동이 가능하도록 하면서 동시에 주변 환경을 보존하는 종합적인 토지이용 성장전략을 의미한다.

47) 최우용, “대형마트와 SSM 영업규제의 문제점과 제도적·정책적 정비방안에 관한 고찰, 공법학연구 제13권 제3호, 2012. 236~238면.

48) 김광수, “SSM 규제와 공존상생”. 국가법연구 제9집 제1호, 2013. 50면.

49) 김중수, “SSM의 규제에 대한 법적 정당성에 관한 고찰”, 법학논총(단국대), 제38권 제3호, 2014. 221면.

50) 헌법재판소 2013.12.26.선고 2013헌마269,273,355(병합).

위반 등을 주장하였다.

그러나 헌법재판소는 법령에 대한 헌법소원에서 기본권침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 않고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 말하고, 당해 법률에 근거한 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 기본권 침해의 법률 효과가 발생하는 경우에는 직접성이 없는 바, 유통산업발전법 제12조의2 제1항 및 제2항 그리고 제3항에 대하여 재량을 가진 지방자치단체장의 구체적인 처분이 있기 전에는 모두 직접 자유의 제한이나 의무의 부과가 있는 경우라고 볼 수 없으므로 위 조항들에 의한 기본권침해의 직접성을 인정할 수 없다고 하면서 각하하였다.

헌법재판소는 청구인들의 본안 주장에 대해서는 판단하지 않고 청구인들이 유통산업발전법 제12조2로 인하여 기본권을 직접 침해당한 것이 아니므로 헌법소원을 청구할 적법요건을 갖추지 못한 것을 지적하였다.

### 나. 서울고등법원 2014.12.12.선고 2013누29294 판결[51)]

#### (1) 당사자 및 이 사건 처분의 내용

원고들은 롯데쇼핑 주식회사, 주식회사 에브리데이리테일, 주식회사 이마트, 주식회사 지에스리테일, 홈플러스 주식회사, 홈플러스테스코 주식회사로서 서울특별시 동대문구와 성동구 내에서 유통법상 대규점포 또는 준대규모점포로 등록된 점포를 운영하는 법인들이다. 피고는 서울특별시 동대문구청장과 서울특별시 성동구청장이다. 이 사건 처분의 내용은 피고들이 유통산업발전법 제12조의2(2013.1.23. 개정되기 전)와 각 조례에 따라 원고들이 운영하는 대규모점포 및 준대규모점포에 대하여 오전 0시부터 오전8시까지 영업시간을 제한하고, 매월 두 번째, 네 번째 일요일을 의무휴업일로 지정한 것이다.

#### (2) 제1심법원(서울행정법원 2013.9.24.선고 2012구합43352판결)의 판결 요지

제1심법원은 다음과 같은 이유로 피고들의 처분이 재량권을 일탈·남용하지 않았다는 이유로 원고들의 청구를 기각하였다[52)]. 이 사건 처분으로 달성하고자 하는 공익인 건전한 유통질서의 확립, 근로자의 건강권, 대규모점포 등과 중소유통업의 상생발전은 중요하고 달성할 필요성이 큰 가치이다. 영업제한 시간이 오전0시부터

51) 현재 대법원에 상고 중이다(2015두295).
52) 서울고등법원 보도자료 2014.12.12. 2면.

오전8시까지 이므로 이로 인한 원고들의 매출과 이익 감소분은 상대적으로 적을 것으로 보이는 반면 대규모점포 등의 소속 근로자는 자연적인 신체리듬에 반하는 야간근무를 하지 않을 수 있으므로 영업시간을 제한할 필요성이 크다. 의무휴무일 지정으로 원고들의 매출과 이익 감소분이 작지 않을 것으로 보이지만, 중소유통업자나 소상인, 전통시장의 매출증대에는 큰 영향을 미쳐 공익 달성에 매우 효과적으로 보이고, 피고들이 일률적으로 의무휴업일을 지정했다고 하더라도 처분의 실효성, 소비자들의 혼란 등을 고려할 때 이 사건 처분이 이익형량을 하지 않았다거나 재량의 범위를 벗어난 것이라고 보기 어렵다.

**(3) 서울고등법원의 판단**

서울고등법원은 다음과 같은 이유로 원고들의 항소를 인용하여 1심판결을 취소하고 이 사건 처분을 취소하였다.

**① 처분대상의 실체적 요건 불비**

구유통법 제12조의2에 근거하여 영업시간을 제한하고 의무휴업일을 지정할 수 있는 처분대상인 '대형마트'는 '점원의 도움없이 소매하는 점포의 집단'인데, 이 사건 처분의 대상인 대규모점포와 그 대규모점포 내에 입점해있는 임대매장은 법령상 위 '대형마트'의 요건에 해당하지 않으므로 이 사건 처분은 법령상 처분대상이 아닌 점포에 대하여 이루어진 것으로 위법하다. 나아가 위 대규모점포를 경영하는 회사가 직영하는 것을 처분사유로 한 준대규모점포에 대한 부분도 그 처분대상을 오인한 것으로 위법하다. 따라서 이 사건 처분은 법령상 처분대상이 되지 않는 자에 대해 처분한 것으로 그 자체로 위법하여 전체 취소를 면할 수 없다.

**② 절차적 위법성**

이 사건 처분은 대규모점포의 대표자등이 아닌 임대매장 운영자에게 사전통지나 의견제출의 기회를 부여하지 않은 절차적 위법성이 있다. 대규모점포에 대한 처분은 임대매장을 포함하여 각 대규모점포 자체를 하나의 대상으로 보아 단일하게 이루어졌으므로 대규모점포에 대한 처분 전체가 위법하다.

**③ 재량권 행사의 불행사 또는 해태로 인한 위법**

피고들은 처분의 구체적 사유가 존재하는지 여부 및 이익형량에서 마땅히 고려

해야 할 사항들 특히 임대매장 운영자, 중소납품업자 등의 영세상인보호와 여성의 사회진출 등에 관하여 충분한 검토와 이익형량을 누락한 채 법령상 최고한도로 영업시간을 제한하고, 획일적으로 두 번째, 네 번째 일요일을 의무휴업일로 지정하였으므로 이 사건 처분은 재량권의 불행사 또는 적어도 해태로 위법하다.

**④ 세계무역기구의 서비스무역에 관한 일반협정(GATS) 위반으로 인한 재량권 행사의 위법**

GATS는 서비스 영업에 관한 양적 제한을 금지하되, 위장된 제한이 아니라면 인간의 건강보호 등을 위해서는 제한을 허용하고 있는데, 이 사건 처분은 근로자의 건강권 보호를 처분사유로 내세우고 있지만 실질은 경쟁제한을 위한 위장된 수단으로 볼 여지가 크므로 이 사건 처분 중 GATS의 직접 적용을 받는 원고들(홈플러스 주식회사, 홈플러스테스코 주식회사)에 대한 부분은 GATS를 위배한 재량권 행사로서 위법하다.

**⑤ 비례의 원칙 등을 위배한 재량권 행사**

대규모점포의 경우에는 비례의 원칙 위반이고, 준대규모점포의 경우에는 재량권 행사의 하자에 해당한다. 대규모점포의 경우에는 이사건 처분으로 달성되는 전통시장 보호의 효과는 뚜렷하지 않고 아직까지 논란이 되고 있는 상황이다. 반면에 여성의 사회진출 확대로 육아와 살림에 대한 가정의 부담이 가중되고 맞벌이부부의 경우 야간이나 주말이 아니면 장을 보기 어려운 경우가 많으며, 아이가 있는 경우 주차공간, 편의시설 등이 상대적으로 열악한 전통시장에서 장을 보기에는 현실적으로 어려움이 있음을 피고들이 충분히 고려하지 않았다. 또한 중소상인인 대규모점포에 입점한 임대매장 업주에 대한 고려가 충분하지 않고 오히려 그 권익을 침해하는 결과를 가져 왔다. 건강권보호에 관한 이익형량도 역전된 모습을 보이고 전통시장 외 대규모점포에 납품하는 업자 등의 중소상인에 대한 고려가 충분하지 않으며 소비자의 선택권에 대한 과도한 제한으로 이익형량에 있어 비례원칙 위반이다. 준대규모점포는 대규모점포의 판매전략을 골목상권에서 그대로 실현하며 영세슈퍼마켓 등의 생존을 크게 위협하는 반면 대규모점포에 비하여 상대적으로 근로자의 일자리감소 및 납품업체의 피해규모 등이 적을 것으로 보이나, 피고들은 국내기업의 영업의 자유를 제한할 때에도 평등원칙을 매개로 GATS를 고려하여 신중히 재량권을 행사할 필요가 있음에도 재량권행사를 게을리 하였다.

### 다. 소결론

헌법재판소는 현행법 제12조의2에 관한 판단을 하지 않고 직접성이 없음을 이유로 청구인들의 청구를 각하하였다. 이에 대해 구유통산업발전법 제12조의2에 근거한 피고들의 원고들에 대한 영업제한등 처분의 취소를 구하는 사건에서 서울고등법원은 1심인 서울행정법원과 달리 이 사건 처분이 위법하다고 판단하였다. 비록 피고의 상고로 대법원에 계류 중이므로 확정된 것은 아니나 판단의 자료로 검토할 가치는 있다. 국회의 입법과정에서 서울고등법원이 지적하고 있는 부분에 대하여 충분한 검토를 한 것으로 보이지 않는다. 또한 관련 보호입법에 근거하여 정부가 투자한 것의 효과에 대한 분석도 없이 유통산업발전법 제12조의2를 제정할 당시의 상황과 필요성에 대한 국민적 공감대를 이유로 원고들의 주중휴무일 요구가 받아들여졌다면 적절한 대안이 되었을 것으로 보인다. 이러한 이해당사자들의 입법갈등에 대해서 소관 상임위원회의 수석전문위원의 검토보고서에서 지적이 되었으나 영세상인보호라는 광풍이 몰아치는 국회의 입법을 막기에는 한계가 있었던 것이다. 그러한 광풍을 봄바람으로 순화시켜주는 제도적 장치로 사전적 입법평가를 도입할 필요가 있다. 현재도 규제영향평가제도가 있으나, 정부제출 법률안의 경우에 적용되고 의원입법의 경우에는 적용되지 않으므로 제도적 보완장치가 필요하다.

## Ⅳ. 사전적 입법영향평가의 필요성

### 1. 입법평가의 의의

민주주의는 인간이 합리적 존재라는 것을 전제로 하였고, 합리적 존재는 자율적이고 이성적인 존재로서 합리적 근거에 기초하여 스스로 계획을 세우고 결정을 내릴 수 있으므로 자신의 결정에 책임을 진다. 물론 합리적이지 않은 행동을 하는 경우도 없지 않고 합리적이라는 평가도 시공간적 제한을 받지만 법은 자기 책임을 지는 자율적인 사람을 전제로 하고 있다. 우리 헌법 전문에도 자율과 조화를 바탕으로 하고 자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하는 것을 강조하고 있다. 불합리한 법은 인간의 자율성을 침해하며 정통성이 결핍되나 합리적인 법은 합리적이며 책임감 있는 입법자에 의해 공포된다.[53] 그러나 사람들의 행동이 항상 합리

53) Jonathan Verschuuren 편, 한국법제연구원 입법평가연구센터, 국회입법조사처 입법평가연구회 공역, 입법의 영향, 한국법제연구원, 2011. 35면.

적인 것은 아니라는 점이 분명해졌다. 불확실성, 정보비용, 기억력의 한계 및 인지적 편향 등의 내적·외적 경계들로 인하여 제한된 합리성을 가진다. 입법의 질과 관련하여 "어떻게 법이 바람직한 방식으로 사회적 행동에 영향을 끼칠 수 있는가"라는 입장에서 사전적 평가가 강조되었다.[54] 사전적 평가는 대안개발, 가능한 효과에 대한 처방과 평가, 우선순위와 비용에 대한 가늠으로 구성된다.[55] 입법자는 실제 영향과 부작용을 측정하기 위한 사후적 평가에 개방적이어야 한다. 따라서 입법자는 법안 개정에 항상 개방적이어야 한다.

### 2. 경제협력개발기구의 좋은 규제를 위한 8개 원칙

규제개혁(better regulation)은 기업의 비용을 절감하고 국가의 경제를 진작시킨다는 입장에서 경제협력개발기구(OECD)는 1990년대에 규제의 질 또한 지속가능한 세계경제성장의 조건들을 고려한다는 것을 인식하였고 1995년 10가지 항목으로 된 좋은 의사결정의 원칙을 만들었다. 1997년 좋은 규제를 위한 8개 원칙으로 정리되었고 2005년 극히 일부 내용만 수정되었다.[56]

① 명확하게 정립된 정책 목표들에 기여하고, 그 목표들의 달성에 효과적이며;
② 확고한 법적  및 실증적 근거가 있으며;
③ 사회전반에 걸친 효과의 분배와 경제, 환경 및 사회적 영향을 고려하면서 비용을 정당화 할 만큼의 편익을 산출하고;
④ 비용과 시장의 왜곡을 최소화하며;
⑤ 시장 인센티브와 목표에 기초를 둔 접근을 통해 혁신을 촉진하고;
⑥ 사용자들에게 분명하고 단순하며 실용적이어야 하고;
⑦ 타규제 및 정책들과 일관성을 가지며;
⑧ 국내 및 국제적 수준에서 경쟁, 무역 및 투자촉진 원칙과 최대한 양립 가능해야 한다.

사전적 평가가 얼마나 적합할 것인가에 대하여 경제개발협력기구는 규제정책의 필수적인 부분이라고 주장한다. 그리고 사전평가와 사후 검토를 강조한다.[57]

---

54) Peter Noll, Gesetzgebungslehre, Hamburg,1973, p.95.
55) 박영도, 입법학 입문, 한국법제연구원, 2008. 617면.
56) OECD, The OECDGuiding principles for regulatory quality and performance, Paris 2005,p3.

### 3. 유통법 제12조의2의 입법과정과 경제협력개발기구의 좋은 규제를 위한 8개 원칙 적용

대형마트등에 대한 영업제한 등이 명확하게 정립된 영세상인들과 골목시장 보호라는 정책 목표들에 기여하고, 그 목표들의 달성에 효과적인지에 대한 검토가 없었다고 할 것이다. 기업형 슈퍼마켓(SSM)규제 입법논리의 문제점을 지적하는 연구서[58]가 있어도 제대로 반영될 분위기가 아니었던 것이다. 위 연구서는 대형유통점을 규제함으로써 중소유통점을 경쟁에서 제외시키는 방법으로 보호하지 않고 경쟁력제고를 통해 소비자의 선택을 받도록 해야 하며, 유통시장 진입장벽은 경제성장의 둔화, 실업률 증가, 물가상승, 소비자 후생감소 들을 야기한다는 것을 지적하고 있다.[59] 그러면서 '정치논리에 기초한 따뜻한 가슴(강자규제를 통한 약자보호)'보다 '정책논리에 기초한 냉철한 머리(경쟁활성화정책+지역활성화정책)'에서 해법을 찾아야 한다고 강조하였다.

뿐만 아니라 대형마트 규제 입법에 대한 확고한 법적 및 실증적 근거도 없었다. 시장논리에 반하며 그 효과가 미약하다는 주장이 있어도 제대로 반영될 분위기가 아니었던 것으로 평가된다. 이해당사자의 일방인 대형마트 등에 대한 규제 이외에도 소상공인과 재래시장의 지원에 관한 법들이 제정되거나 보완되어 각 지방자치단체는 많은 비용을 투자하였던 것이다. 서울시 소상공인 지원정책을 보면 경제민주화와 상생협력을 기치로 내세우면서 2012.9.28. 조직개편을 통하여 경제진흥실 소상공인지원과에 상생협력팀을 새로 설치하고 소상공인지원사업과 전통시장현대화사업을 하면서 2012년에 합계 53,803,000,000원의 예산을 편성하여 소상공인 지원사업을 하고, 합계 19,101,000,000원을 들여 전통시장현대화사업을 하였다.[60] 서울시를 비롯한 각 지방자치단체들의 소상공인과 재래시장의 지원은 대동소이할 것으로 추정되므로 지원정책과 영업일시규제 정책의 병행효과 등에 대한 분석도 있어야 한다. 그 효과에 대한 다양한 분석이 없다면 좋은 규제입법이라고 할 수 없다.

세 번째 항목인 사회전반에 걸친 효과의 분배와 경제, 환경 및 사회적 영향을

---

57) Jonathan Verschuuren 편, 한국법제연구원 입법평가연구센터, 국회입법조사처 입법평가연구회 공역, 입법의 영향, 53면.

58) 신석훈, 기업형 슈퍼마켓(SSM)규제 입법논리의 문제점, 한국경제연구원, 2009.

59) 앞의 책, 15~16면.

60) 강희은, "서울시 소상·공인 지원정책과 유통산업발전법 등 관련 법령 개선방향", 법제 제657호, 2012.12. 10~11면.

고려하면서 비용을 정당화할 만큼의 편익을 산출하는지에 관한 검토를 해야 하나, 그 작업이 쉽지 않으므로 이를 위한 입법평가위원회의 구성이 필요하고 그 의견이 입법과정에 충분히 반영되어야 할 것이다. 2015.2.2. 오후 2시 국회의원회관 제2세미나실에서 유통법 개정방향을 모색하는 토론회가 열렸는데, 그 행사는 김제남의원과 참여연대, 민변, 경실연, 전국유통상인연합회, 전국을 살리기 비대위, 소상공인연합회가 공동으로 주최하고 정의당 중소상공인자영업자위원회와 전국유통상인연합회가 공동으로 주관하였으며 그 결론은 유통법의 전면적인 개정 논의와 함께 등록제가 아닌 허가제 도입과 강제력이 없는 상권영향평가를 의무적으로 해야 한다는 것이었다. 국회는 같은 이익 또는 견해를 가진 사람들만 대변하는 것이 아니라 국민 전체의 이익이라는 입장에서 평가를 하고 그 타당성에 관한 전반적인 논의가 있어야 할 것이다. 서울고등법원판결에서 지적된 부분에 대한 검토도 필요한 것이다.

### 4. 소결론

생각건대, 사전적 입법평가의 필요성의 강조와 함께 부작용으로 사전적 입법평가를 위한 비용 및 시간의 지연 등이 거론되고 있으나 우리나라와 같이 의원 발의 법률안이 갈수록 강세를 띠고 있는 상황에서는 사전적 입법영향평가의 도입을 적극 검토해야 할 것이다.[61] 국회법에 일반적 규정을 두어 의원발의 법률안, 정부제출 법률안 모두에 대한 입법영향평가규정을 두되, 정부제출법률안은 국회에 제출하기 전 단계에 입법영향평가를 실시하여 그 결과를 제출하는 법률안에 첨부하고, 의원발의법률안은 입법평가 담당기구에 입법영향평가를 실시하고 그 결과를 법률안 발의 시에 첨부하도록 하는 것이 바람직하다.[62] 이에 대해 법제처에 평가총괄기능을 두는 통합입법영향평가제도를 도입하는 견해[63]가 있다.

## Ⅴ. 맺는말

골목상권 관련 법률의 개정과 그에 대한 반대 그리고 이에 대한 보다 강화된 내

61) 홍완식, 입법학연구, 피엔씨미디어, 2014, 401면.
62) 박수철, 앞의 책, 737~738면.
63) 김기표, “입법영향평가의 제도화에 관한 연구”, 2011년 경희대학교 박사학위논문. 221면.

용을 담고 있는 유통산업발전법 개정안을 보면서 모두가 좋은 법률을 위한 과정이라고 평가할 수 있다. 그러나 그 내용은 가해자와 피해자라는 단순한 양분론을 전제로 하고 있어 실효성이 문제될 수 있다. 선택권을 가진 소비자를 비롯한 다양한 이해관계를 가진 복잡 구도를 전제로 한 것이 아니기 때문이다. 시장의 기능은 최종적으로 소비자를 위한 것이나 소비자가 개정 법률의 취지에 따른 소비행위를 하지 않는다면 그 원인과 대책에 대한 근본적인 검토가 필요하다. 중요 사항을 표지로 한 경제이론이 많은 변수를 포함하고 있는 현실을 담아내지 못하므로 그 효과로 정확한 예측가능성을 보장하지 못하는 것은 사실이다. 심정적으로는 전통시장 등 골목상권을 보호해야 한다는 것은 인정하면서도 실제 소비는 자신의 이익과 편의에 따라 달리 한다면 그것을 인식하지 못한 진단과 대책이 정확할 수 없다. 또한 전통시장 및 상점가 육성은 도시재생 활성화 및 지원에 관한 특별법의 도시재생활성화계획에 따라 시행하는 도시재생사업 중 하나로서 다양한 방법으로 이루어지고 있다.

서민들의 삶의 터전 속에서 인정과 인심이 넘치는 시장과 소규모 가게들로 이루어진 사람 냄새 나는 따듯한 정을 느낄 수 있는 사회를 지향하고, 전체 사업자수의 87%(292만개), 전체종사자수의 38.1%(568만명)인 소상공인들이 활짝 웃으며 그들이 밑받침이 되는 경제가 튼튼해지길 바라는 이상이 이미 변화된 현실에서 실현가능한지 검토되어야 한다. 그러한 방향으로 사회가 나아간다면 바람직한 목표가 될 것이다. 그러나 그러하지 않다면 바르고 명확하게 정립된 목표가 아니다. 골목상권 관련 규제 법률의 검토보고서에 규제영향분석이 필요하다는 언급만 있을 뿐 본격적인 규제영향분석이 되지 않았다. 사전적 입법영향평가제도가 시행되고 그 결과에 대한 검토나 토론이 있었더라면 골목상권 활성화와 전통시장 보호 및 경쟁력 강화를 위한 방안이 보다 더 효력을 발휘하였을 것이다. 골목상권 관련 법률에 대한 입법효과를 어떻게 보느냐에 따라 평가가 달라질 수 있으나 자유로운 소비자의 선택을 존중하지 않는 정책과 제도화는 그 효과를 제대로 기대하기 어렵다. 중소영세상인의 위축의 주된 원인이 소비자의 선택과 변화에 있다면 설사 그 변화가 대형마트에 의해 초래된 면이 일부 있다고 하더라도 변화의 흐름에 역행하는 입법은 지양되어야 할 것이다.

다수의 소비자가 골목시장 관련 규제법률 중 대규모마트 등에 대한 영업규제 등이 효과가 없다고 인정한다면 입법자는 근본적인 재검토를 해야 할 것이다. 서울고등법원판결문에서 인정하고 있는 입법재량의 방법론과 이익형량 및 비례원칙은

입법과정에 참고가 될 만하다. 정치논리에 기초한 따뜻한 가슴만으로는 소비자주권과 소비자선택권을 강조하는 현실을 변화시킬 수 없다. 차제에 사전적 입법영향평가를 제대로 하고 이를 제도화하여 국민전체의 입장에서 좋은 입법이 되도록 해야 할 것이다. 사전적 입법평가의 결과가 입법과정에 반영되도록 제도적 보완을 할 필요가 있고 그를 위한 본격적인 논의가 되기를 바란다.

(논문투고일 : 2015.05.24, 심사개시일 : 2015.05.27, 게재확정일 : 2015.06.25)

배 병 호

유통산업발전법 제12조2, 기업형 슈퍼마켓에 대한 규제, 규제 입법의 실패, 소비자 선택권, 사전적 입법평가

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 단행본

김유환, 행정법과 규제정책, 법문사, 2012.

박수철, 「입법총론」, 한울아카데미, 2012.

박영도, 「입법학 입문」, 한국법제연구원, 2008.

신석훈, 「기업형 슈퍼마켓(SSM)규제 입법논리의 문제점, 한국경제연구원, 2009.

왕상한, 「WTO 유통업개방의 반성과 대안」, 법문사, 2007.

정홍열, 지역경제학, 시그마프레스, 2011.

홍완식, 「입법학연구」, 피엔씨미디어, 2014.

고인석, "입법갈등해소 방안에 관한 연구", 2010년 동국대학교 박사학위논문.

김기표, "입법영향평가의 제도화에 관한 연구", 2011년 경희대학교 박사학위논문.

Hensel/Bizer/Fűhr/Lange편, 김경제외3인 공역, 입법평가의 적용, 한국법제연구원, 2011.

Luc J. Wintgens, Legisprudence, Ashgate, 2012.

Jonathan Verschuuren 편, 한국법제연구원 입법평가연구센터, 국회입법조사처 입법평가연구회 공역, 입법의 영향, 한국법제연구원, 2011.

Peter Noll, Gesetzgebungslehre, Hamburg,1973.

## Ⅱ. 논문

강희은, "서울시 소상·공인 지원정책과 유통산업발전법 등 관련 법령 개선방향", 법제 제657호, 2012.12.

고인석, "자치입법에서의 입법갈등문제와 개선방안",제도와 경제 제8권제1호, 제도경제학회, 2014.

김광수, "SSM 규제와 공존상생". 국가법연구 제9집 제1호, 2013.

김구성·신롱임·김주영, "사회적 이슈의 표현방식은 소비자의 암묵적 태도에 영향을 주는가?-대형마트와 골목상권의 주제에 관해-", 소비자학연구 제24권 제2호, 2013.

김은솔, "대형마트에 관한 법적 규제", 규제와 법정책 제2호, 규제법연구회, 2014.

김중수, “SSM의 규제에 대한 법적 정당성에 관한 고찰”, 법학논총(단국대), 제38권 제3호, 2014.

김천수, “유통산업발전법의 유통업태 분류체계의 문제점 및 개선방안”, 인하대학 법학연구 제17집 제2호, 2014.

김희곤, “SSM 영업규제조례를 둘러싼 자치입법의 문제점과 과제”, 토지공법연구 제60집, 2013.

나달숙, “SSM 규제의 법적 쟁점과 공존상생 방안에 관한 연구”, 법학논총(단국대), 제36권 제2호, 2012.

박충렬, “대형마트와 SSM 영업시간 제한 규제의 문제점과 보완방안, 이슈와 논점, 국회입법조사처, 2012.7.23.

백옥선, “대형마트 및 기업형슈퍼마켓 영업일시 규제에 관한 법적 고찰”, 행정법연구 제36호, 2013.

손영화・강동욱,“기업경영활동에 대한 합리적인 규제방안”, 법학연구(인하대) 제17집 제1호, 2014.

이원우, “헌법상 경제질서와 공생발전을 위한 경제규제의 근거와 한계”, 행정법학 제4호, 2013.

장교식, “대형마트 영업규제조례에 관한 고찰”, 법학연구 제48집, 한국법학회, 2012.

정진욱, 최윤정, “대형소매점 영업제한의 경제적 효과 분석”, 한국체인스토어협회, 2013.2.

최봉석・구지선, “대형마트와 SSM의 자율규제에 관한 법적 검토”, 행정법연구 제36호, 2013.

최우용, “대형마트와 SSM 영업규제의 문제점과 제도적・정책적 정비방안에 관한 고찰, 공법학연구 제13권 제3호, 2012.

허민영, “대형마트 영업규제와 소비자후생”, 소비자정책동향, 한국소비자원, 제46호. 2013.

허성욱, “규제행정의 규범적・실증적 목적으로서 경제적 효율성과 정치적 효율성-SSM규제에 대한 효율성 분석을 중심으로-,” 법경제학연구, 제12권 제1호, 2015.

Abstract

# Evaluation of Korean Super Super Market Regulation on business hour restraint and duty shutdown

Bae, Byung Ho

This paper is an Evaluation of Korean Super Super Market Regulation on business hour restraint and duty shutdown. The purpose relating to Article 12-2 of Distribution Industry Development Act is in the protection of a small-scale businessman from Super Super Market. The methods of protection from SSM are business hour(from 0 to 10.AM) restraint and duty shutdown (2 times per one Month). Naturally many lawsuits were raised to Constitutional Court and Administrative Court. Especially Seoul High Court held an important decision(2013 NU 29294) on 12.12. 2014. Seoul High Court declared that the disposition by Seoul Dongdaemun Ward Chief and Seoul Sungdong Ward Chief, regulating plaintiff's business is illegal. Defendants made an appeal to the Supreme Court so the final decision has not made. But the Seoul High Court decision gave us many good perspectives that are the method and limits of legislative discretion of Municipal Ordinance, the doctrine of proportionality, and the welfare of consumers.

There are many supporting Acts for the small-scale businessman in traditional market and street-market. Grand markets and Super Super Markets had occupied and enlarged their business realm so the small-scale businessman in traditional market and street-market was urgently depressed. The voice of the small-scale businessman in traditional market and street-market was roared. Many revised bill relating to Article 12-2

of Distribution Industry Development Act are suggested and the regulation on business hour restraint and duty shutdown were reinforced. But the consumers are not influenced that regulatory legislation. On the contrary the economic effect of that regulatory legislation is diminished. Consumers preferred Grand markets and Super Super Markets because of convenience and lower price and so on.

A bill suggested by a member of the National Assembly is not required a prospective evaluation of legislation impact but a bill suggested by government is required a evaluation of regulation impact of Framework Act on Administrative Regulations. The revision of Article 12-2 of Distribution Industry Development Act without a prospective evaluation of legislation impact is evaluated not good. So a prospective evaluation of legislation impact on a bill suggested by a member of the National Assembly should be adopted.

**Bae, Byung Ho**

Article 12-2 of Distribution Industry Development Act, Korean Super Super Market Regulation on business hour restraint and duty shutdown, Failure of regulatory legislation, the selective right of consumer, prospective evaluation of legislation impact

# 착오적 경찰작용에 대한 저항행위와 그 허용한계*

임 상 규**

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 직무집행의 적법성과 그 판단기준의 문제
1. 판례의 기본입장과 학계의 논의상황
2. 오인체포의 왜곡된 적법성
3. 오해의 소지가 많은 형법적 적법개념
Ⅲ. 잘못된 직무집행에 대한 저항행위의 허용범위
1. 불법체포와 정당방위
2. 잘못된 방식의 체포행위에 대한 폭행·협박
3. 경찰의 사소한 위법행위와 공무집행방해죄의 성부
Ⅳ. 결 어

## 【국 문 요 약】

대법원과 학계의 다수의견에 따르면, 경찰이 무고한 시민을 범인으로 오인하여 체포하려고 할 때, 시민은 그 체포행위에 가급적 저항하지 말아야 한다. 그 오인에 정당한 이유가 있을 때에는 경찰의 오인체포도 적법행위가 되고, 따라서 그에 대한 저항행위는 공무집행방해죄로 처벌될 수 있다고 보기 때문이다. 이에 반하여 체포요건이 구비되지 않은 불법체포 및 체포이유를 고지하는 않는 등의 체포방식이 잘못된 체포에 대해서는 범인이라고 하더라도 저항할 수 있고, 심지어 경찰관에게 상해를 입히더라도 정당방위가 될 수 있다고 한다.

하지만 국가이익의 관철을 중시하는 전체주의적 국가가 아니라, 시민의 자유영역도 함께 보호하여야 하는 법치국가적 시각에서 보자면, 마땅히 체포되어야 할 자의 저항행위가 정당화될 수 있다면, 무고한 시민의 저항도 허용될 수 있어야 한다. 이에 본고에서는 경찰의 오인체포가 위법행위라는 전제 하에, 그에 대한 저항은 공무집행방해죄를 구성하지 않는다고 보았다. 대법원은 정당한 이유가 있는 오인체포를 적법행위로 보고 있지만, 본고에서는 그 착오의 정당한 이유를 면책사유로 본 것이다.

그리고 대법원은 체포요건이 미비된 경우와 체포방식이 잘못된 경우를 구분하

* 이 논문은 2010년도 경북대학교 학술연구비에 의하여 연구되었음.
** 경북대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

지 아니하고, 그에 대한 저항행위가 정당화될 수 있다고 한다. 하지만 본고는 양자를 구분하였다. '체포되지 말아야 할 자'의 저항과 '체포되어야 할 자'의 그것은 성질을 달리하기 때문이다. 즉, 본고는 전자의 불법체포에 대한 저항행위는 오인체포에 대한 그것에 준하여 정당화될 여지가 있지만, 후자의 체포방식이 잘못된 경우(가령, 체포이유를 고지하지 않은 경우)의 저항행위는 사실상 정당방위가 될 여지가 없다고 본 것이다.

## Ⅰ. 머리말

경찰의 직무활동에는 여러 어려움이 수반되기도 한다. 때로는 아주 긴박한 상황 속에서 생명의 위험을 무릅쓰며 빠른 판단을 내려야 하는 경우도 없지 않다.[1] 예컨대, 경찰관 甲이 뺑소니범 A를 체포하러 그의 집을 방문하였는데, A의 쌍둥이 동생 B가 나타나 "나는 A가 아닌 쌍둥이 동생 B다"고 하거나 혹은 "맞다. 내가 운전했다"고 시인하는 경우, 甲은 A가 도주하려고 거짓말하는 것인지, 아니면 B가 A의 음주운전을 은폐하려고 하는 것인지를 판단하고 그에 상응한 조치를 취하여야 한다. 경우에 따라서는 "나는 A가 아니다"는 B의 항변에도 불구하고 그를 체포해야 할 필요성도 없지 않을 것이다.

하지만 무고한 B의 입장에서 보자면, 甲의 체포행위는 대단히 당혹스러운 일이고, 그것에 순순히 응하여야 할 이유가 없다. 특히, B가 사법시험의 응시와 같은 대단히 중요한 일정을 목전에 앞두고 있는 경우라면, 더더욱 甲의 체포행위를 수인할 수 없고, 오히려 그 체포행위를 물리치고 자신의 중요한 일을 수행하러 가야 할 형편일 것이다. 이처럼 甲과 B의 입장이 서로 충돌하는 경우, 이것이 상호간의 물리적 충돌로 이어져 급기야는 한 사람 또는 두 사람 모두 아주 큰 상처를 입을 여지도 없지 않다. 하지만 이러한 갈등사례의 해결은 그리 간명하거나 단순하지가 않다.

특히, 甲의 착오가 그야말로 형편없는 무지의 소치에서 비롯된 것이 아니라, 오히려 몇몇 문헌에서 언급하고 있는 이른바 '신중한 검토의무'[2]를 다한 뒤의 착오라고 한다면, 甲도 쉽게 물러설 처지가 아니다. 자칫 "나는 A가 아니다"는 A의 거짓말에 너무 쉽게 속아 진짜 범인을 놓치고 만다면, 이것이 비록 징계나 처벌의 대상이 되지 않는다고 하더라도 甲은 조직사회 내에서 쓰디쓴 불명예를 떠안을 여지도 없지 않기 때문이다. 하지만 그렇다고 B에게 사법시험의 포기를 요구할 수 있는 것도 아니라고 한다면, 甲과 B는 그야말로 진정한 의미의 갈등국면에 놓이게

---

1) James Q. Wilson, "Varieties of Police Behavior: The management of law and order in eight communities"(N.Y.: Atheneum College ed., 1971), p.187에서는 "경찰관은 법관이나 검사와 달리, 적개심과 불안으로 가득 찬 환경에서 홀로 일하면서 사느냐 죽느냐 혹은 명예냐 불명예냐를 가르는 아주 중요한 문제들에 대하여 폭넓은 재량을 행사하는 사람들"이라는 표현을 통해 경찰활동의 어려움을 잘 묘사하고 있다.

2) 대법원 1996.8.23. 선고 94도3191 판결 ; 김일수, 「한국형법I」 594면 ; 김재봉, "형법 제310조와 의무합치적 심사", 「형사판례연구(8)」 213면 이하 ; 임웅, 「형법총론」 제6판, 209면.

된다.

그런데 이러한 체포국면의 갈등과 관련된 기존논의를 살펴보면, 주로 “경찰의 조치가 어떤 경우에 적법행위로 되는가”에 초점이 맞추어져 있고, 이와 밀접하게 관련된 물음, 즉 “시민의 저항은 어디까지 허용되는가”의 문제는 사실상 거의 다루어지지 않았다. 심지어 몇몇 대법원 판례를 살펴보면, 적법한 것으로 평가된 경찰의 직무집행에는 시민의 무한한 수인의무가 있는 반면에,[3] 위법한 직무집행에는 마치 어떠한 저항이라도 허용되는 듯한 아주 간명한 이분법이 엿보이기도 한다.[4] 위법한 직무집행에 대한 저항행위는 정당방위에 해당한다는 취지에서 그 제한문제를 그리 염두에 두지 않는 것이다.

기존의 이러한 이분법적 시각은 경찰작용에 대한 저항행위를 주로 공무집행방해죄의 성부문제로 다루어온 것에 기인하기도 한다. 적법한 직무집행에 대한 저항은 공무집행방해죄를 구성하지만, 위법한 직무집행에 대해서는 정당방위가 된다는 것이다. 하지만 잘못된 경찰활동에 대한 저항행위를 이 단순한 이분법적 접근으로 해결할 수 있는지는 의문이다. 이는 무엇보다도 경찰활동에 게재될 수 있는 잘못의 유형이 너무나 다양하고, 또 그에 대한 시민의 대응이 매우 다채롭기 때문이다. 따라서 본고에서는 이에 대한 기존논의를 일별한 후 다양한 경찰활동에 대한 여러 저항행위의 허용범위를 한번 유형화해 보고자 한다.

## Ⅱ. 직무집행의 적법성과 그 판단기준의 문제

### 1. 판례의 기본입장과 학계의 논의상황

착오적 혹은 잘못된 경찰작용의 유형은 대단히 다양하지만, 판례와 학계의 논의에서 가장 민감하게 논의되는 것은 두 가지이다. 첫째는 경찰이 범인을 체포하면서 체포사유의 고지와 같은 필요한 절차를 제대로 이행하지 아니한 경우이고(이하에서는 이를 ‘절차위반사례’로 지칭한다), 둘째는 무고한 시민을 범인으로 오인하여 체포하는 경우(이하에서는 이를 ‘범인오인사례’로 칭한다)이다. 전자의 경우에는 실제로 범죄를 범한 사람이, 그리고 후자의 경우에는 무고한 시민이 문제되기 때문에, 잘못된 경찰작용에 대한 저항행위는 상식적으로 후자의 경우에 더 넓게 인정

3) 대법원 1961.8.26. 선고 4293형상852 판결.

4) 대표적으로 대법원 2000.7.4. 선고 99도4341 ; 2006.11.23. 선고 2006도2732 판결에서는 체포이유를 고지하지 않았다는 이유로 경찰관에게 가한 폭행과 상해도 정당방위에 해당한다고 한다.

되어야 할 것으로 보인다.

하지만 대법원의 기본입장은 오히려 그 반대이다. 공무집행방해죄가 성립하기 위해서는 그 공무가 적법하여야 한다고 하면서도,[5] 대법원은 이 적법성 및 그 판단기준과 관련하여 아주 독특한 입장을 견지하고 있기 때문이다. 즉, 대법원이 말하는 적법한 공무집행은 "그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우"를 가리키는데,[6] 그 적법성의 판단기준과 관련하여서는 "행위 당시의 구체적 상황에 기하여 객관적 합리적으로 판단하여야 하고, 사후적으로 순수한 객관적 기준에서 판단할 것은 아니다"고 강조한다.[7]

직무집행의 적법성에 관한 대법원의 이 논지에 따르면, 우선 '절차위반사례'는 직무집행에 관한 법률상의 요건과 방식을 갖추지 못하였기 때문에 위법한 직무집행이 문제되고, 이러한 직무집행을 제지하기 위하여 경찰관에게 폭행을 가하더라도 이는 공무집행방해죄를 구성하지 않는다고 한다.[8] 게다가 이 폭행으로 인해 상해의 결과가 나타나더라도 이는 불법체포가 초래하는 '신체에 대한 현재의 부당한 침해'에서 벗어나기 위한 행위로서 이 또한 정당방위에 해당한다고 판시하기도 한다.[9] 경찰활동의 절차적 하자를 탓하기 위하여 그에 대한 저항행위를 대단히 폭넓게 인정하고 있는 것이다.

이에 반하여 무고한 시민에 대한 경찰의 체포행위는 무엇보다도 법률상의 객관적 요건을 갖추지 못한 것이 너무 자명하지만, 이때의 적법성과 관련하여 대법원은 사전판단을 요구한다. 즉, 체포 당시의 구체적 상황에 비추어 볼 때, 무고한 시민을 체포대상인 범인으로 오인할 수밖에 없는 사정이 있었다면, 이 착오적 체포행위도 정당화된다는 것이다.[10] 이에 따르면, 무고한 시민이라고 하더라도 적법한

---

5) 대법원 1972.10.31. 선고 72도2005 ; 1976.7.19. 선고 76도2703 ; 1992.2.11. 선고 91도2797 ; 1994.9.27. 선고 94도886 ; 1994.10.25. 선고 94도2283 판결. 그리고 이는 학계의 통설이기도 하다. 권오걸, 「형법각론」 1337면 ; 김성돈, 「형법각론」 제2판, 738면 ; 배종대, 「형법각론」 제7판, 847면 ; 오영근, 「형법각론」 제2판, 944면 ; 이재상, 「형법각론」 제5판, 733면 ; 임웅, 「형법각론」 제5판, 913면 ; 정성근/박광민, 「형법각론」 제2판, 835면 이하.

6) 대법원 1994.9.27. 선고 94도886 ; 2000.10.12. 선고 2007도6088 ; 2002.4.12. 선고 2000도3485 ; 2008.10.9. 선고 2008도3640 판결.

7) 대법원 1991.5.10. 선고 91도453 ; 1992.5.22. 선고 92도506 ; 1994.9.27. 선고 94도886 ; 1996.12.23. 선고 96도2673 ; 2002.4.12. 선고 2000도3458 판결.

8) 대법원 1991.5.10. 선고 91도453 ; 1994.3.11. 선고 93도958 ; 2006.9.8. 선고 2006도148 판결.

9) 대법원 1994.10.25. 선고 94도2283 ; 1999.12.28. 선고 98도138 ; 2000.7.4. 선고 99도4341 ; 2002.5.10. 선고 2001도300 판결.

10) 대법원 1961.8.26. 선고 4293형상852 ; 2012.9.13. 선고 2010도6203 판결.

것으로 평가되는 그 오인체포에 저항하지 못하고 오히려 그것을 수인하여야 한다. 무엇보다도 폭행이나 협박을 동원한 시민의 저항행위는 바로 공무집행방해죄로 처벌될 것이기 때문이다.

직무집행의 적법성에 관한 대법원의 이 입장에 대한 학계의 반응들은 다양하지만, 대체로는 지지하는 의견이 우세하다. 아울러 학계에서는 그 이론적 뒷받침을 위해 무엇보다도 이른바 '형법적 적법개념'이라는 것에서 출발한다.[11] 경찰의 체포행위가 행정법이나 형사소송법과 같은 그 근거법령을 위반했다고 하더라도, 형법은 이를 형법적으로 보호할 가치가 있는지의 여부에 따라 독자적으로 적법여부를 판단한다는 것이다. 가령, 체포이유의 미고지와 같은 '효력규정 위반행위'는 위법한 것으로 평가되지만, 그 근거법령의 사소한 위반까지도 모두 위법한 직무집행으로 볼 수 없다는 취지이다.[12]

또 "직무집행의 적법성은 법원이 법령을 해석하여 객관적으로 판단해야 한다"[13]고 하면서도, 다른 한편에서는 그 "적법성은 실질적 정당성이 아니라 형식적 적법성을 기준으로 판단하여야 한다"[14]는 점을 강조하기도 한다. 이 후자의 표현에 따르면, 실질적 정당성이 결여되어 있는 경찰의 오인체포도 그것이 형식적 혹은 외관상 적법한 것으로 보일 때에는 마치 그 적법성이 인정될 수 있는 것처럼 보이기도 한다. 이것이 사실이라면, 행위 당시의 불가피한 사정을 중시하는 대법원의 입장과 마찬가지로, 결국 학계에서도 실질적·객관적으로 위법한 경찰의 오인체포에 적법의 옷을 입히고 마는 셈이다.

우선 대법원과 학계의 다수의견이 '절차위반사례'의 사소한 절차위반과 중대한 절차위반을 서로 구분하려고 하는 것은 수긍할 수 있는 측면이 있다고 하더라도, '범인오인사례'의 직무집행이 적법하다고 보는 시각은 선뜻 이해하기 곤란하다. 경

---

11) 김진숙, "체포행위의 적법성과 공무집행방해죄", 「사법연수원 교수논문집」 2009, 171면 ; 이재상, 「형법각론」 제5판, 733면. 이는 독일의 다수설이기도 하다(Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 25.Aufl., §113 Rn.21 ; Wessels, Strafrecht BT/1, 20.Aufl., Rn.624).

12) 권오걸, 「형법각론」 1338면 ; 박상기, 「형법각론」 제5판, 658면 ; 배종대, 「형법각론」 제7판, 847면 ; 오영근, 「형법각론」 제2판, 946면 ; 이재상, 「형법각론」 제5판, 735면 ; 임웅, 「형법각론」 제5판, 915면.

13) 권오걸, 「형법각론」, 1339면 ; 김성돈, 「형법각론」 제2판, 740면 ; 박상기, 「형법각론」 제5판, 659면 ; 배종대, 「형법각론」 제7판, 851면 ; 오영근, 「형법각론」 제2판, 947면 ; 이재상, 「형법각론」 제5판, 736면 ; 임웅, 「형법각론」 제5판, 916면 ; 정성근/박광민, 「형법각론」 제2판, 838면.

14) 권오걸, 「형법각론」, 1337면 ; 김일수/서보학, 「형법각론」 제6판, 856면 ; 김진숙, 전게논문, 171면 ; 박상기, 「형법각론」 제6판, 658면 : 배종대, 「형법각론」 제7판, 847면 ; 이재상, 「형법각론」 제5판, 733면.

찰이 행한 잘못의 정도를 비교하자면, 실은 중대한 절차위반보다도 무고한 시민을 범인으로 오인한 잘못이 훨씬 크다고 볼 수 있기 때문이다. 게다가 그 절차위반을 이유로 진짜 범인의 폭력적 저항도 정당방위로 보면서, 무고한 시민의 당연한 저항행위를 공무집행방해죄로 처벌한다면, 이는 아마도 상식의 범위를 넘어서는 측면이 없지 않을 것이다.

## 2. 오인체포의 왜곡된 적법성

그럼에도 대법원이 오인체포의 갈등국면에서 체포행위의 적법성과 시민의 수인의무를 읽어내는 것은 무엇보다도 국가권력의 관철가능성 내지 국가의 기능유지를 앞세우는 국가우위적 사고에 기인하는 것으로 보인다.[15] 그리고 이와는 달리 중대한 절차위반에 대한 저항행위를 심지어 정당방위로 인정하는 것은, 많은 오욕의 역사를 남기기도 한 지난날의 경찰작용을 염두에 두고, 적어도 '최소한의 절차는 지켜라'는 강한 경고적·훈육적 의미를 담고 있는 것으로 보이기도 한다.[16] 하지만 이러한 정책적 내지 훈육적 의도는 특히 형법의 기본정신 내지 체계를 뒤흔드는 측면이 없지 않다.

가령, '범인오인사례'와 밀접하게 관련되어 있는 이른바 '위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오'[17]에 관한 논의를 통해서도 그 흔들리는 단면을 엿볼 수 있다. 학자에 따라서는 다른 의견을 개진하기도 하지만, 여기에서 문제되는 '범인오인사례'는 허위사실을 진실한 사실로 오인한 기자의 보도처럼 실은 그 위전착의 전형적인 예이다. 범인인지 여부, 진실한 사실인지 여부가 바로 그 위법성의 조각여부를 좌우하는 전제사실에 해당하기 때문이다. 다만, 그 해결과 관련하여 그동안 최고의 이론적 난맥상을 보여주기도 하였지만, 최근에는 주로 제한책임설과 엄격책임설이 대립하는 양상을 보여주고 있다.

엄격책임설에 따르면, 무고한 시민에 대한 경찰의 오인체포 및 진실한 사실로 오인한 기자의 허위사실보도는 모두 위법행위이고, 그 착오의 불가피성이 인정되

15) 이호중, "공무집행방해죄에서 공무집행의 적법성", 「형사법연구」 제23권 제2호(2011), 218면 ; 이형국, "공무집행방해죄에 있어서의 직무집행의 범위와 적법성", 「연세행정논총」 제27집(2002), 181면 이하.

16) 이완규, "공무집행방해죄에 있어서 직무집행의 적법성", 「형사판례연구(3)」, 241면 이하 ; 황정익, "공무집행방해죄에 있어서 정당방위이론 남용의 문제점", 「경찰학논총」 제4권 제1호(2009), 116면.

17) 이하에서는 이를 '위전착'으로 약칭하고자 한다.

는 경우에 한하여 면책될 수 있을 뿐이다.[18] 이는 객관적 위법성론의 취지와 맥을 같이 하는 것이기도 하다. 즉, 경찰이나 기자가 착오했다는 주관적 사정은 행위의 위법성판단과는 무관한 책임단계의 평가사항이라는 것이다. 이렇게 본다면, 무고한 시민은 그 위법행위에 대하여 정당방위의 범위 내에서 당연히 저항할 수 있고, 아울러 경찰도 자신의 착오가 불가피했다면, 그 저항을 제압하고 체포했다고 하여 처벌받지 않는다. 면책되기 때문이다.

그러나 제한책임설을 주장하는 학자들은 이 논의를 뒤바꾸어 놓는데, 그 저간의 사정은 다소 복잡하다. 먼저, 위전착의 효과를 과실책임으로 제한하려는 제한책임설에 따르면, 오인한 경찰은 물론이고 허위사실을 진실한 사실로 오인한 기자도 모두 무죄이다. 이 경우에는 과실범의 처벌규정이 없기 때문이다. 하지만 문제는 경찰이나 기자가 지나치게 경솔했다고 하더라도 그 결론이 달라지지 않는다는 것이다. 즉, 경찰이 "나는 범인으로 알았다"고 하거나 혹은 기자가 "나는 진실한 사실로 알았다"고 주장하면, 곧 무죄가 된다는 것이다. 그렇지만 이러한 결론은 명백히 우리의 법감정에 반한다.

따라서 제한책임설을 주장하는 학자들 중에서는 이 곤혹스러움을 피하기 위하여 각자 새로운 이론적 변명을 찾는다. 가령, 기자의 오인사례를 위전착의 문제가 아니라고 하기도 하고,[19] 또 다른 한편에서는 오인체포와 오인보도의 위법성을 조각시키는 대법원 판례에 주목하기도 한다. 즉, 경찰이나 기자가 행위 당시에 이른바 '성실한 검토의무'[20] 혹은 '의무합치적 심사'[21]를 다했는지를 묻고, 이를 다한 경우에는 이미 행위의 위법성이 조각된다고 보는 것이다. 엄격책임설이 책임단계의 평가문제로 보는 착오의 회피가능성이라는 주관적 사정을 이미 위법성의 단계에서 앞당겨 평가하려고 하는 것이다.

이와 관련하여 혹자는 기대가능성이라는 "초법규적 책임조각기능을 제한하려는 학설의 경향에 비추어볼 때, ...면책사유를 인정하는 것이 바람직한지 의문"이고, 나아가 표현의 자유를 위축시키지 않기 위해서도 이미 위법성조각을 인정하는 것이 옳다고 주장하기도 한다.[22] 하지만 이 복잡한 이론적 조작과 변명에도 불구하

---

18) 김성돈, 「형법총론」 제2판, 382면 ; 오영근, 「형법총론」 제2판, 465면 이하 ; 이호중, 전게논문, 225면.

19) 형법 제310조의 진실성 표지에 이른바 '구성요건의 선결기능을 인정하는 입장'으로는 문채규, "형법 제310조의 법리", 「민주사회를 위한 변론」 제4호(1994), 245면 ; 손동권, "형법 제310조의 실체면과 절차면", 「형사판례연구(6)」, 206면 참조.

20) 임웅, 「형법총론」 제6판, 209면.

21) 김재봉, 전게논문, 209면 이하.

고, 성실한 검토의무의 이행여부와 같은 주관적 사정을 이미 위법성의 단계에 선치시켜 평가하려고 하는 것은 무엇보다 위에서 언급한 객관적 위법성론의 기본취지에 반한고, 또 경찰의 오인체포를 이해할 수 없는 무고한 시민으로부터는 그의 저항가능성을 사실상 박탈해 버린다.

무엇보다도 경찰의 오인체포에 저항하려는 무고한 시민의 입장에서, 과연 "당해 경찰이 그 성실한 검토의무 혹은 의무합치적 심사를 다했는지 여부를 판단한다는 것"은 사실상 불가능한 일이기 때문이다. 오인체포라는 현재의 부당한 침해가 목전에 다가와 있는 급박한 정당방위상황에서는 더욱 그러하다. 따라서 오인체포를 당하는 무고한 시민은 공무집행방해죄로 처벌받을 것을 각오하고 경찰에게 저항한 후 법원의 사후적 판단을 기다리거나 혹은 아예 얌전하게 자신의 정당한 저항권을 포기한 후 사후적으로 국가에 손실보상을 청구하여 그 금전적 혜택을 받는 것에 만족하여야 하는지도 모른다.

대법원 및 '성실한 검토의무'를 주장하는 학자들이 기대하는 것은 아마도 이 마지막 방안일 것이다. 하지만 이는 중요한 일정을 목전에 두고 있는 시민에게는 너무 한가한 해결책일 뿐만 아니라, 경찰의 착오를 시민에게 전가한다는 점에서도 수인하기 곤란하다. 즉, 무고한 시민을 범인으로 착오한 것은 경찰인데, 오히려 그의 적법한 오인체포에 저항한 시민이 오상방위를 한 것으로 다루게 된다는 것이다. 혹자는 이러한 불평등을 국가의 권력독점에서 오는 당연한 결과로 받아들이고, 이를 부정하면 "분쟁을 평화적으로 해결하는 국가의 기능이 위태롭게 될 수 있다"는 점을 지적하기도 한다.[23]

하지만 전체주의적 국가가 지배하던 시절은 지났고, 국가 스스로 시민을 보호해야 할 의무를 함께 지고 있다. 이와 더불어 경찰이 일반시민보다 월등히 우월한 힘을 가지고 있다는 점을 참작하여야 한다. 즉, 경찰은 체포와 같은 분쟁사안에 대한 전문적 지식과 경험을 가지고 있고, 또 필요에 따라서는 곤봉과 권총으로 무장하거나 혹은 두 사람 이상이 함께 임무수행에 나설 수 있다.[24] 이처럼 전문적 지식을 가지고 조직의 지원까지 받는 경찰은 시민의 저항에도 불구하고 자신이 옳다고 확신하는 일을 수행할 수 있어야 하고, 이를 하지 못하는 경찰은 그의 무능이나 준비부족을 드러낼 뿐이다.

---

22) 김재봉, 전게논문, 212면.
23) 최준혁, "공무집행방해죄에서의 공무집행의 적법성", 「경찰법연구」 제9권 제1호(2011), 100면.
24) 조준현/이상용, "공무집행방해죄에 관한 연구", 「형사정책연구」 제8권 제2호(1997), 90면 이하.

사정이 이러하다면, '범인오인사례'와 같은 갈등국면에서 너무 일방적으로 경찰의 손을 들어주는 쪽으로 이론을 구성할 필요는 없다. 특히, 객관적 위법성론의 기본취지를 뒤흔들면서까지, '성실한 검토의무' 혹은 '의무합치적 심사'를 위법판단에 끌어들이고, 나아가 객관적으로 위법한 경찰의 오인체포에 억지로 적법의 옷을 입힐 일은 아니다. 오히려 엄격책임설의 결론처럼, 경찰의 오인체포를 위법행위로 보고, 이에 대한 시민의 저항을 정당방위의 범위 내에서 허용하는 한편, 그 착오가 불가피했던 경우에 한하여 경찰의 책임을 조각시켜 주는 것이 범죄체계론에도 합치하는 결론이다.

물론, 위에서 지적된 것처럼 기대불가능성이라는 초법규적 책임조각에 대단히 인색한 경향이 엿보이는 것이 사실이다. 특히, 대법원 판례가 강하게 그러한 경향을 보이고 있다.[25] 그렇지만 이는 면책가능성에 대한 경험과 이해부족에서 초래된 잘못된 경향일 뿐이고,[26] 적어도 착오의 불가피성(즉, 성실한 검토의무 또는 의무합치적 심사)을 이유로 이미 위법성조각을 인정하려는 입장에서는 같은 이유에서 주장되는 그 면책가능성에 조금도 주저하지 말아야 한다. 위법성은 모든 사람에게 영향을 미치는 객관세계의 가치판단이지만, 책임은 행위자 개인에게만 영향을 미치는 제한된 주관적 가치판단이기 때문이다.[27]

### 3. 오해의 소지가 많은 형법적 적법개념

이처럼, 경찰의 오인체포에 적법이라는 옷을 입힐 현실적 필요성과 이론적 가능성에 심각한 의문이 제기된다면, 적어도 '범인오인사례'를 위하여 형법적 적법개념을 주장할 필요는 없다고 할 것이다. 아울러 직무집행의 적법성은 "실질적 정당성이 아니라 형식적 적법성을 기준으로 판단하여야 한다"는 주장도 실은 이 '범인오인사례'의 적법성을 인정하려는 표현이 아니다. 가령, 공무원이 법원 또는 관청의 판결이나 결정을 집행할 때에는 그 실질적 정당성이 문제되지 않는다는 의미일 뿐이고,[28] 그 공무원 자신의 오인으로 인한 잘못된 직무집행까지 적법한 것으로 보

---

25) 대표적으로 대법원 1998.10.13. 선고 97도3337 판결의 피고인은 변리사로부터 그가 고소인의 상표권을 침해하지 않는다는 답변을 받았고, 검사로부터도 3회에 걸쳐 무혐의처분을 받았으며, 또 특허청도 피고인의 상표출원을 받아들여 등록까지 해주었음에도, 대법원은 그의 금지착오에 정당한 이유가 없다고 하였다. 이에 대한 비판적인 견해로는 오영근, 「형법총론」 제2판, 461면 ; 임웅, 「형법총론」 제6판, 330면.

26) 임상규, "계부살해사건에 관한 대법원판결의 재조명", 「계명법학」 제7집(2003), 268면 이하.

27) 다시 말하면, 착오의 회피가능성을 이유로 하는 위법성조각은 경찰에게 혜택을 주는 반면에 시민의 저항가능성을 차단하지만, 같은 이유의 면책은 경찰에게 혜택을 줄 뿐이다.

려는 취지는 아니기 때문이다.

따라서 여기에서는 이제 '절차위반사례'와 관련하여 과연 그 형법적 적법개념이 필요한지를 한번 살펴볼 필요가 있다. 실제로 공무원의 직무집행에는 다양한 형태의 위법요인들이 게재될 수 있기 때문에, 그 근거법령상의 적법여부와 형법적 보호필요성이 서로 상이할 수 있는 것이 사실이다. 이에 혹자는 "직무집행의 근거법령이 되는 행정법적·소송법적 적법성은 모든 법률규정에 합치될 때 비로소 적법하므로 형법이 말하는 적법성의 개념보다 훨씬 좁다"[29]고 주장하기도 한다. 체포이유의 미고지와 같은 중대한 위법이 없는 공무원의 직무집행은 사소한 위법이 있더라도 형법적으로 보호되어야 한다는 취지이다.[30]

하지만 행정법에서는 심지어 오인체포의 적법성도 인정하려는 경향이 강한 만큼,[31] 행정법의 적법성이 형법의 그것보다 반드시 좁다고 볼 수 없다. 게다가 행정법은 당연무효에 해당하지 않는 행정행위를 취소되기 전까지는 적법·유효한 것으로 보는데, 형법이 이른바 이 행정법적 공정력을 처벌의 기준으로 삼고 있는 것도 아니다. 대법원도 당연무효에 해당하지 않는 위법한 행정처분이나 명령이 문제될 때, 적어도 그 위반죄의 성립을 인정하지 않는다.[32] 행정법이 행정행위의 공정력에 대한 시민의 수범의무를 강조하더라도, 형법이 처벌수단을 동원해 그 수범의무의 이행을 강제하지 않는다는 것이다.

물론, 위법한 행정처분에 따르지 않는 소극적 행위를 처벌하지 않는다고 하더라도, 그 위법한 행정행위에 폭행·협박을 동원해 적극적으로 맞서는 행동까지 모두 용서하여야 하는 것은 아니다. 이러한 의미에서도 행정행위의 근거가 되는 여타 법령상의 적법여부와 그에 대한 형법적 보호필요성이 서로 일치하지 않을 수 있다는 점이 드러난다. 하지만 이를 이유로 바로 형법적 적법개념을 등장시킬 것은 아니다. 이는 형법이 마치 다른 법령과 구분되는 독특한 적법 내지 위법개념을 사용한다는 인상을 주지만, 형법이 말하는 위법·적법은 전체 법질서의 기본정신을 반

---

28) 김진숙, 전게논문, 171면 이하 ; 이재상, 「형법각론」 제5판, 733면.

29) 김진숙, 전게논문, 171면.

30) 권오걸, 「형법각론」, 1338면 ; 박상기, 「형법각론」 제5판, 658면 ; 배종대, 「각론」 제7판, 847면 ; 오영근, 「형법각론」 제2판, 946면 ; 임웅, 「형법각론」 제5판, 915면 ; 정성근/박광민, 「형법각론」 제2판, 837면.

31) 서정욱, "경찰권의 근거와 관련한 개괄적 수권조항", 「영남법학」 제11권 제2호(2005), 162면 ; 손재영, 「경찰법」 제2판, 152면.

32) 대법원 2004.5.14. 선고 2001도2841 ; 2006.11.9. 선고 2004도8404 ; 2008.2.29. 선고 2006도7689 판결.

영하는 통일적인 개념이기 때문이다.[33]

그럼에도 형법적 적법개념이 언급되는 이유는 바로 공무원의 사소한 위법행위에 대한 시민의 폭행·협박을 공무집행방해죄로 처벌하기 위함이다. 즉, 공무집행방해죄가 성립하기 위해서는 공무원의 직무집행이 적법하여야 하기 때문에, 그 폭행·협박을 공무집행방해죄로 처벌하기 위해서는 먼저 '위법한 직무집행을 적법하다'고 변명해야 하는 것이다. 게다가 이러한 변명의 이면에서 작동하는 것은 바로 '위법행위에는 정당방위가 가능하다'는 생각이다. 다시 말하면, 공무원의 사소한 잘못에 대한 시민의 저항행위를 정당방위가 아닌 공무집행방해죄로 다스리기 위해, '사소한 위법은 적법'이라고 강변하는 것이다.

하지만 형법상의 위법과 적법을 관계개념으로 이해하는 한, 이미 '사소한 위법은 적법'이라는 표현 자체가 잘못이다. 위법과 적법은 양적 개념이 아니기 때문이다.[34] 그리고 이 용어문제를 논외로 하더라도, 위법행위에 대한 모든 저항행위가 정당방위로 인정되는 것은 아니라는 점, 그리고 공무집행방해죄가 공무원의 직무집행에 대한 형법적 보호의 유일한 수단도 아니라는 점에 주목하여야 한다. 가령, 공무원의 사소한 잘못에 대한 너무 지나친 저항은 과잉방위가 될 수 있고, 아울러 이 과잉방위행위는 공무집행방해죄가 아니더라도 폭행·협박 그 자체로도 처벌될 수 있다는 것이다.

이 가능성을 인정한다면, 특히 공무원의 잘못된 직무집행에 대한 저항행위를 공무집행방해죄로 처벌하려는 생각을 버린다면, 굳이 형법적 적법개념을 동원할 이유는 없다. 이는 법체계의 통일적 이해를 저해할 뿐만 아니라,[35] 공무원의 직무집행에 대한 다양한 형법적 보호필요성을 충분히 반영하지 못하고, 오히려 그에 대한 시민의 저항행위가 마치 공무집행방해죄가 아니면 정당방위가 된다는 식의 아주 간명한 이분법적 시각을 초래할 뿐이다. 따라서 이하에서는 잘못된 경찰작용은 위법이라는 전제 하에, 그에 대한 시민의 저항행위가 어디까지 허용될 수 있는지를 한번 유형화해 볼 필요가 있다.

---

33) 김성돈, 「형법총론」 제2판, 236면; 임웅, 「형법총론」 제6판, 187면 이하; 이호중, 전게논문, 233면.
34) 김성돈, 「형법총론」 제2판, 238면 ; 임웅, 「형법총론」 제6판, 188면.
35) 이호중, 전게논문, 223면.

## Ⅲ. 잘못된 직무집행에 대한 저항행위의 허용범위

### 1. 불법체포와 정당방위

먼저, 이미 지적한 바와 같이 무고한 시민에 대한 경찰의 오인체포는 명백히 위법행위인 바, 이를 면하기 위한 시민의 저항행위는 정당방위로서 널리 허용되어야 한다. 설령 폭행・협박을 가하였다고 하더라도 이것이 공무집행방해죄를 구성하지 않는 것은 물론이고, 폭행・협박죄로도 처벌할 수 없다는 것이다. 시민이 지키려는 거주이전 내지 행동의 자유가 폭행・협박죄의 보호법익보다 결코 작다고 볼 수 없기 때문이다. 물론, 이러한 저항에도 불구하고, 경찰은 자신의 오인에 정당한 이유가 있는 한 그 체포행위에 성공할 수 있어야 하고, 이를 이유로 처벌되지 않도록 면책가능성을 넓게 인정하여야 한다.[36]

다만, 시민의 폭행으로 인해 상해의 결과가 초래되었거나 혹은 흉기 등을 들고 특수폭행으로 나아간 때에는 사정이 다를 수 있다. 오인체포를 면하려는 과정에서 생긴 어느 정도의 상해는 용인되는 것으로 볼 수 있지만, 적어도 치명상을 입히는 행위까지 허용된다고 볼 수 없다. 또 흉기를 이용한 난폭한 저항행위에서 방어를 넘어선 공격의사가 엿보인다면, 이는 정당방위의 사회윤리적 한계를 벗어난 과잉방위가 아닌지를 면밀히 검토하여야 한다. 물론, 이 정당방위와 과잉방위를 가르는 상해의 정도 및 특수폭행의 양태는 행위 당시의 구체적 상황들을 종합하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다.[37]

그런데 대법원은 오인체포에 저항하는 행위는 공무집행방해죄로 다스리지만, 체포요건을 갖추지 못한 불법체포의 경우에는 대체로 위와 같은 결론에 이른다. 가령, 현행범체포나 긴급체포의 요건을 갖추지 못한 체포가 문제될 때, 대법원은 공무집행방해죄의 성립을 부정하고, 상해의 결과가 초래된 경우에 한하여 상해죄의 성립을 인정하기도 하고[38] 부정하기도 한다.[39] 주로 불법체포에서 벗어나려는 행위가 초래한 경미한 치상의 결과는 정당방위의 범위에 포함시키지만, 상해의 결과가 중하거나 혹은 '느닷없는 공격행위가 엿보이는 등의 사안'[40]에서는 상해죄의 성

36) 임상규, "권리행사와 재산범죄", 「형사법연구」 제26호 특집호(2006), 734면 이하.
37) 즉, 공격행위에 의하여 침해되는 법익의 종류와 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급 및 방위행위에 의하여 침해될 법익의 종류와 정도 등의 구체적 사정들을 참작하여 판단하여야 한다.
38) 대법원 1991.5.10. 선고 91도453 ; 1994.3.11. 선고 93도958 ; 2012.12.13. 선고 2012도11162 판결.
39) 대법원 2000.7.4. 선고 99도4341 ; 2011.5.26. 선고 2011도3682 판결.

립을 인정하고 있는 것으로 보인다.

물론, 대법원은 이 경우에도 체포요건의 구비여부는 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 한다고 하고, 이에 관한 수사주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다는 점을 인정하고 있다.[41] 하지만 이는 주로 체포의 배경요건인 도주 혹은 증거인멸의 우려와 관련된 판단여지를 의미하는 것이고, 대법원은 기타의 체포요건에 대한 수사기관의 오판이 있더라도[42] 이 오판의 불가피성이라는 주관적 사정을 묻지 않고 오히려 체포요건이 객관적으로 구비되었는지 여부에 초점을 맞추는데, 이는 옳은 방향이다. 체포의 객관적 요건이 구비되지 않았을 때에는 곧바로 공무집행방해죄의 성립을 부정하기 때문이다.

대법원은 1990년대 이전에는 공무집행방해죄와 상해죄를 모두 인정하다가, 폭처법위반이나 상해죄만을 인정하던 90년대를 거쳐 최근에는 상해까지도 일부 용인하는 진전된 경향을 보여주고 있다.[43] 다만, 대법원은 불법체포에 대한 저항이 초래한 상해가 처벌되는 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하는 기준을 명확하게 밝히지 않는데, 이는 상당히 아쉬운 점이다. 구체적 사례를 전제로 하지 않는 본고에서 그 기준이나 용인한계를 밝힐 수는 없지만, 적어도 불법체포에서 벗어나려는 저항은 오인체포에 대한 저항에는 미치지 못하더라도 그에 근접할 정도로 다소 넓게 허용하여도 좋을 것이다.

다만, 경찰의 오판이 게재되어 있다고 하더라도 아직 체포에 이르지 않는 경찰작용의 경우에는 사정이 다르다. 가령, 경찰이 원격지의 불법적인 집회・시위를 차단하고자 시간적・장소적으로 근접하지 않은 다른 지역에서 시위대의 출발 자체를 저지할 수 있다고 오판한 경우가 그 예이다. 경찰의 이 제지행위는 경찰관직무집행법 제6조 제1항이 허용하는 행정상 즉시강제의 범위를 넘어서는 위법행위임이 분명하고, 따라서 이에 대한 저항행위는 공무집행방해죄를 구성하지 않는다. 그렇지만 경찰에게 가해진 폭행・협박이나 상해까지 모두 정당화된다고 볼 수 없고, 대법원도 같은 입장이다.[44]

물론, 이 경우에도 체포상태에는 미치지 않더라도 거주이전 내지 신체의 자유가

---

40) 대표적으로 대법원 2012.12.13. 선고 2012도11162 판결에서는 체포요건이 구비되지 않은 불법체포를 인정하면서도, 경찰의 제지행위가 없었음에도 피고인이 경찰관을 느닷없이 공격하였다는 점에 초점을 맞추어, 전치 2주의 가벼운 상해임에도 상해죄의 성립을 인정하였다.

41) 대법원 2002.6.11. 선고 2000도5701 ; 2011.5.26. 선고 2011도3682 판결.

42) 가령, 현행범에 해당하는 '범죄실행의 즉후인 자'의 여부에 대한 판단착오가 그 예이다.

43) 대법원 판례의 경향에 대해서는 조준현/이상용, 전게논문, 72면 이하 참조.

44) 대법원 2008.11.13. 선고 2007도9794 ; 2009.6..11. 선고 2009도2114 판결.

침해되고 있는 상황이고, 따라서 어느 정도의 폭력적 저항행위는 정당행위 내지 정당방위로서 용인되어야 한다. 다만, 이 경우는 경찰도 오판할 정도로 그 제지행위가 위법한지 여부가 명백하지 않다는 점이 참작되어야 한다. 이 위법여부를 확실히 알지 못한 상황에서의 폭행・협박은 방어보다는 공격수단의 성격을 띨 수 있다. 게다가 경찰의 물리적 저지선을 뚫기 위하여 집단적으로 혹은 위험한 물건을 사용하여 대응한다면, 이는 방위상황을 인정한다고 하더라도 과잉방위가 아닌지를 면밀히 심사하여야 한다.

그리고 가령, 집안의 중대한 위험을 오인한 경찰이 그 집의 출입문을 부수고 들어가는 경우에도 저항행위는 제한적으로 인정되어야 한다. 이 경우에도 경찰의 과실이 없는 경우에는 적법행위로 보려는 견해도 있지만,[45] 이미 오인체포에서 살펴본 것처럼 경찰의 오인이 불가피했다고 하더라도 이 오인이 출입문을 부수는 위법행위를 적법행위로 만들 수는 없다.[46] 따라서 이 위법행위를 제지하기 위한 '상당한 행위'는 정당방위로서 그 위법성이 조각되고, 아울러 공무집행방해죄를 구성하지 않는다. 물론, 이 경우에도 상당성을 일탈한 폭력행위에 대해서는 과잉방위의 여지를 검토하여야 한다.

### 2. 잘못된 방식의 체포행위에 대한 폭행・협박

한편, 이미 여러 차례 지적한 바와 같이 대법원은 절차나 방식이 잘못된 체포행위에 대해서는 시민의 저항을 비교적 넓게 허용한다. 체포이유를 고지하지 않은 것이 그 대표적인 예이다. 그런데 대법원은 "적법한 직무집행은 구체적 직무집행에 관한 법률상의 요건과 방식을 갖춘 경우"라는 전제 하에, 체포요건이 미비된 경우와 체포방식이 잘못된 사안을 사실상 거의 동일하게 다룬다. 즉, 이 경우에는 공히 '경찰의 직무집행이 위법하다'는 전제 하에 우선 공무집행방해죄의 성립을 부정하는 반면에, 경찰이 입은 상해의 정도 등을 참작하여 상해죄의 성부를 문제삼고 있을 뿐이라는 것이다.

하지만 체포요건의 미비와 체포방식의 잘못은 구분되어야 한다. 전자의 '체포되지 말아야 할 사람'이 체포에 저항하는 경우와 후자의 '체포되어야 할 사람'이 폭행・협박으로 맞서는 것은 사안의 성질을 달리 하기 때문이다. 즉, 전자의 경우에

45) 서정욱, 전게논문, 162면.
46) 물론, 경찰에서는 이러한 행위를 적법행위로 보고, 지난해부터 각 경찰청에 손실보상심의위원회를 설치하여 출입문의 수리 또는 교체비용을 심의・지급하고 있다.

는 체포 자체가 잘못되었지만, 후자의 경우에는 올바른 체포에 수반되는 부수절차가 잘못되었을 뿐이다. 그럼에도 대법원은 이 둘을 유사하게 취급함으로써, 전자에서는 저항행위의 허용범위를 너무 좁게 인정한다는 인상을 주는 한편, 후자의 경우에는 경찰의 잘못을 탓하려는 경고적·훈육적 의미가 너무 심하게 반영된 것이 아니냐는 의심을 사기도 한다.[47]

물론, 체포이유를 고지하지 않은 체포도 위법체포인 것은 분명하다. 따라서 이 위법상태에서 벗어나기 위해, 피체포자가 도주하더라도 공무집행방해죄는 물론이고 도주죄도 성립하지 않는다.[48] 하지만 그 체포를 면하려고 경찰관에게 적극적으로 폭행·협박을 행사할 때에는 사정이 다르다. 여기에서 잘못된 것은 체포이유를 고지하지 아니한 절차위반이지, 체포 그 자체가 아니다. 게다가 피체포자의 폭행·협박은 체포이유를 고지받을 자신의 권리를 보호하는 수단이 되지 못한다. 그 권리는 체포이유가 적시에 고지되지 않음으로써 이미 침해되고, 이 침해된 것이 사후적으로 회복되지도 않기 때문이다.[49]

그럼에도 대법원은 그 절차위반을 탓하기 위하여 피체포자의 폭행·협박을 허용한다. 체포이유를 고지하지 않은 체포는 불법체포이고, 이 체포를 면하려는 과정에서 경찰관에게 상해를 입히더라도 이는 "불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당"한다는 것이다.[50] 체포이유를 미고지한 위법이 체포에 승계되는 것으로 보는 것이다. 하지만 이 하자의 승계를 인정하더라도 이를 시정하는 방편으로 어떤 절차법적 대안을 찾지 않고,[51] 아예 정당방위를 인정하는 식의 실체법적 방안을 제시하는 것은 사안의 본질을 너무 왜곡하는 측면이 없지 않다.

물론, 체포이유를 고지받을 권리는 극히 존중되어야 하는 헌법상의 권리이고, 대법원이 다룬 사안의 폭행과 상해는 비교적 경미하다.[52] 대법원은 이 점을 형량한

---

47) 김진숙, 전게논문, 170면 ; 황정익, 전게논문, 99면.

48) 대법원 2006.7.6. 선고 2005도6810 판결.

49) 이와는 달리, 김진숙, 전게논문, 190면 ; 황정익, 전게논문, 104면 이하에서는 체포이유를 고지받을 피체포자의 권리가 침해되더라도, 이는 체포 도중에 추후 회복될 수 있는 성질의 권리라고 한다. 하지만 체포이유가 체포 이전 혹은 (특별한 사정이 있는 경우에는) 체포 직후에 고지되지 않으면, 피체포자의 그 권리는 이미 침해되어 더 이상 회복되지 않는 것으로 보아야 한다.

50) 대법원 2000.7.4. 선고 99도4341 ; 2006.11.23. 선고 2006도2732 판결.

51) 가령, 진술거부권의 미고지 상태에서 수집한 증거를 위법수집증거로 보듯이, 체포이유를 고지하지 않은 위법체포의 상태에서 수집된 증거의 증거능력을 부정하는 방안이 그 예가 될 것이다. 신동운, 「형사소송법」 2006, 133면 이하 ; 황정익, 전게논문, 110면.

52) 실제로 정당방위를 인정한 사안에서는 피고인의 소극적 저항행위로 전치 2주 정도의 가벼운 치상의 결과가 발생한 것이 대부분이다(대표적으로 대법원 2000.7.4. 선고 99도4341 판결). 다만,

후 체포이유를 미고지한 위법을 체포에 승계시키고, 아예 체포에서 벗어나기 위한 폭행・협박을 용인하는지도 모른다. 하지만 대법원의 논리에 따라 '신체에 대한 현재의 부당한 침해', 즉 방위상황을 인정한다고 하더라도,[53] 정당방위가 되기 위해서는 피체포자가 방어의사를 가지고 있었어야 하고, 또 그의 방어행위가 상당성을 갖추어야 한다. 그렇지만 대법원은 이 방어의사나 상당성의 심사에는 그리 큰 관심을 보이지 아니한다.

대법원은 체포요건이 미비된 경우와 체포절차가 잘못된 경우를 모두 불법체포로 다루고 있기 때문에, 후자의 경우에도 방어의사가 있는 것으로 보는지 모른다. 하지만 마땅히 체포되어야 할 자가 대법원이 인정하는 자신의 방위상황을 인식하는지는 의문이다. 그가 법률전문가라면, 위법승계에 의한 자신의 방위상황을 알 수 있을 것이지만, 대부분의 범죄자들은 단지 체포를 면탈하고자 폭행・협박을 가하고, 사후에 체포이유가 고지되지 않았음이 드러날 뿐이다. 이처럼 방어의사가 결여되어 있는 대부분의 경우는 방위상황을 인정한다고 하더라도 정당방위가 아니라, '우연방위'의 문제가 남을 뿐이다.[54]

그리고 방어의사가 인정되는 사안이라고 하더라도 마땅히 체포되어야 할 자의 방어행위는 필요최소한에 그쳐야 한다. 자초침해의 경우에 회피의 원칙이 적용되어 상대적 최소방위에 그쳐야 하듯이, 범죄를 범하여 경찰의 체포를 유발한 자의 방어행위도 제한되어야 한다, 적어도 범죄를 범한 자가 체포이유를 고지하지 않은 경찰의 잘못을 탓하며, '법질서의 수호'를 부르짖을 수는 없기 때문이다. 그럼에도 피체포자가 체포이유를 고지받지 못했다는 이유로 경찰관에게 폭행・협박을 가하고 심지어 상해까지 입힌다면, 이는 정당방위의 사회윤리적 한계를 벗어난 과잉방위로 볼 여지가 많을 것이다.[55]

이처럼 대법원의 정당방위 논리에는 상당한 허점이 있는 것이 사실이다. 그럼에도 대법원은 이미 언급한 것처럼, 헌법적 권리가 침해된다는 사실과 폭행 및 상해

---

대법원 2006.11.23. 선고 2006도2732 판결의 피고인은 체포이유를 고지하지 않은 경찰이 자신의 도주를 제지하자 주먹으로 그의 얼굴을 가격하여 전치 2주의 상해를 입혔음에도 정당방위를 인정하였다.

53) 방위상황 자체를 부정하는 글로는 황정익, 전게논문, 103면 이하 참조.

54) 황정익, 전게논문, 112면.

55) 대법원도 주로 정당방위를 부정할 때에는 늘 "침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급과 방위행위에 의하여 침해될 법익의 종류, 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 방어행위가 사회적으로 상당한 것이어야 한다"고 판시하고 있지만(대법원 2010.1.14. 선고 2009도11041 ; 2012.12.13. 선고 2012도11162 판결), 명시적으로 과잉방위를 인정한 경우는 발견되지 않는다.

가 비교적 경미하다는 점을 참작하고, 아울러 적법절차를 지키라는 강한 경고메시지를 보내기 위하여 다소 무리하게 정당방위의 논리를 동원하는 것으로 추측된다. 실제로 체포이유를 고지받지 못한 피체포자가 체포상태에서 벗어나려다가 경찰의 제지를 뿌리치는 과정에서 아주 가벼운 상해를 입혔을 뿐인 극히 예외적인 경우라면, 당벌성이 의심스러울 수도 있다. 무엇보다도 체포이유를 고지받을 헌법적 권리가 침해되었기 때문이다.

게다가 추상적 위험범인 공무집행방해죄의 폭행·협박은 광의의 폭행·협박으로 이해되고 있기 때문에,[56] 경찰관에 대한 사소한 폭행·협박도 공무집행방해죄가 될 여지가 있다. 따라서 학계에서는 경미한 정도의 폭행·협박은 공무집행방해죄에 해당하지 않는 것으로 본다.[57] 대법원도 바로 이 점을 의식하고, 아울러 경찰보다 현저히 열등한 지위에 있는 시민의 저항행위를 심지어 폭행·협박죄로 처벌하는 것도 바람직하지 않다는 취지에서, 또 적법절차를 지키라는 메시지도 전하기 위하여, 체포이유를 고지하지 않은 경찰의 위법을 부각시킴과 더불어 아예 정당방위의 논리를 동원하고 있는지도 모른다.

하지만 이 예외적인 사소한 폭행·협박의 정당화를 위해서는 차라리 '사회상규에 반하지 않는다'는 형법의 일반조항을 원용하는 것이 옳다. 이를 넘어 정당방위의 논리를 동원하면, 도대체 어느 정도의 폭행과 상해까지 용인하여야 하는지를 두고 상당한 혼선이 야기될 수 있다. 대법원이 다룬 사안의 피체포자는 도주를 제지하는 경찰의 얼굴을 주먹으로 가격하여 약 2주간의 치료를 요하는 상해를 입혔는데,[58] 정당방위의 논리는 이 이상의 폭행과 상해도 정당화된다고 할 수 있다. 하지만 이는 대법원이 원하는 결과가 아니다. 심지어 불법체포의 경우에도 아주 경미한 폭행과 상해만을 용인하려 하기 때문이다.

그렇다면 체포요건이 미비된 불법체포와는 달리, 체포절차가 잘못된 사안에서는 정당방위의 인정에 신중하여야 한다. '체포이유를 고지하는 등의 적법절차를 지켜라'는 요구의 관철은 피체포자의 정당방위가 아니라 다른 절차법적 혹은 행정법적

---

56) 즉, 공무원의 신체에 대한 유형력의 행사가 아니라, 공무집행방해죄의 폭행은 공무원에 대한 직·간접적인 유형력의 행사로 이해되고 있다. 김성돈, 「형법각론」 제2판, 741면 ; 배종대, 「형법각론」 제7판, 851면 ; 오영근, 「형법각론」 제2판, 948면 ; 임웅, 「형법각론」 제5판, 72면.

57) 김성돈, 「형법각론」 제2판, 742면 ; 배종대, 「형법각론」 제7판, 852면 ; 오영근, 「형법각론」 제2판, 949면 ; 임웅, 「형법각론」 제5판, 918면. 조준현/이상용, 전게논문, 90면에서는 아예 공무집행방해죄의 폭행·협박은 공무집행자를 제압할 수 있는 정도의 강도를 가진 것이어야 한다고 한다.

58) 대법원 2006.11.23. 선고 2006도2732 판결.

해결에 맡겨야 하고,[59] 체포이유를 고지받지 못한 피체포자의 폭행·협박 및 상해행위의 처벌여지를 남겨두어야 한다는 것이다. 적어도 공무집행방해죄가 성립하지 않는 '위법'한 직무집행이라는 생각에서 곧장 정당방위를 떠올리고, 아울러 마땅히 체포되어야 할 범죄자가 경찰의 절차위반을 탓하며 그를 폭행·협박하도록 허용할 수는 없는 노릇이기 때문이다.

### 3. 경찰의 사소한 위법행위와 공무집행방해죄의 성부

그리고 위에서 살펴본 오인체포나 불법체포 또는 체포이유의 미고지와 같은 중대한 절차위반에는 미치지 못하지만, 경찰활동에는 기타 여러 다양한 형태의 위법이 게재될 수 있다. 그 중에서 실무적으로 가장 빈발하는 것은 불심검문의 허용한계를 일탈하는 것이다. 예컨대, 불심검문에 임하는 경찰관이 자신의 신분증을 제시하지 아니하거나[60] 혹은 불심검문에 불응하고 떠나려는 자를 실력으로 제지하는 경우이다. 특히, 후자의 경우에는 그 실력행사가 거주이전 내지 행동의 자유를 제한한다는 점에서 여러 갈등상황을 초래하고, 판례 중에는 이를 불법체포에 버금가는 것으로 다룬 경우도 없지 않다.

가령, 대법원 2010도6203 판결에 나타난 피고인은 불심검문에 불응할 생각으로 경찰관에게 욕을 하고 또 그를 폭행하여 상해까지 입혔다. 그럼에도 원심법원은 경찰관이 직무질문에 협조해 줄 것을 설득하는 정도를 넘어, 피고인의 자전거를 잡거나 가로막는 등 강제력을 행사했다는 이유로, "위법한 불심검문으로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위하여 저항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 입히고 모욕을 가한 것은 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다"고 보았다.[61] 신체이동의 자유를 제약한 사실에 초점을 맞추어, 불법체포에 관한 대법원의 입장을 그대로 인용한 것이다.

원심법원은 남용의 역사를 가진 경찰의 불심검문[62]에 회의적 시각을 가졌는지도

59) 영장주의에 위반한 체포상태에서 작성된 피의자신문조서의 증거능력을 부정하듯이(대법원 2002.6.11. 선고 2000도5701 판결), 체포이유를 고지하지 아니하고 수집한 증거의 증거능력을 제한하는 방안 혹은 체포이유를 고지하지 않은 경찰에 대한 징계를 강화하는 방안이 그 예가 될 것이다.

60) 다만, 피고인이 이미 경찰관임을 알고 있었던 경우에는 신분증을 제시하지 않은 불심검문도 적법한 공무집행이 된다(대법원 2014.12.11. 선고 2014도7976 판결).

61) 인천지법 2010.4.30. 선고 2009노4018 판결. 같은 취지의 하급심 판례로는 대전지법 2011.9.29. 선고 2010노2749 판결.

62) 서울경찰청의 통계에 따르면, 2010년까지 서울경찰의 '휴대용 신원조회기' 사용통계는 년간 1억건을 넘어섰다가 인권단체들이 불심검문 반대캠페인을 벌이고 국가인권위원회도 인권침해가능

모른다. 실제로 불심검문에 대한 불응운동도 일었던 만큼,[63] 경찰은 불심검문의 한계를 벗어나지 않도록 유의하여야 한다. 가령, 불심검문에 불응할 의사를 밝힌 상대방의 신체 혹은 자전거를 붙잡는 식의 강제력을 사용하여 그의 진행을 막거나 혹은 소지품을 돌려주지 않는 등의 방법으로 그 장소를 떠나지 못하게 하는 것도 사실상 답변을 강요하는 것으로 허용되지 않는다.[64] 따라서 이러한 불심검문에 저항하는 과정에서 설령 폭행·협박을 사용하였더라도 이것이 공무집행방해죄를 구성하지 않는 것은 자명하다.[65]

하지만 공무집행방해죄가 성립하지 않는다는 이유로, 경찰관에게 가해진 모욕이나 폭행·협박 및 상해까지 모두 정당화된다고 볼 수 없다. 가령, 무고한 시민을 대상으로 한 불심검문이 그 허용한계를 다소 벗어났다고 하더라도, 이를 오인체포 혹은 불법체포와 동일시할 수는 없다. 무엇보다도 불심검문은 현행법이 허용하는 행위이고, 또 그 자유제한도 체포에는 이르지 않는 일시적 성질의 것이기 때문이다. 게다가 불심검문의 허용한계는 학계에서도 그 뚜렷한 표현을 찾아 볼 수 없을 정도로[66] 사안에 따라 매우 유동적이다. 범죄혐의와 상황에 따라 사용되는 실력행사의 방법과 범위가 달라질 수 있다는 것이다.

실제로 대법원은 위 원심법원과는 달리, 범행의 경중, 상황의 긴박성, 혐의의 정도 및 질문의 필요성 등을 종합하여 경찰관의 제지행위가 사회통념상 용인되는 상당한 방법이었다고 보고 아예 공무집행방해죄가 성립하는 것으로 보았다.[67] 이처럼 불심검문의 한계에 대하여 판사들의 견해가 엇갈릴 정도라면, 일반인이 그 허용한계의 일탈여부를 판단한다는 것은 그리 쉬운 일이 아니다. 그럼에도 거동수상자가 불심검문을 하려는 경찰을 무턱대고 폭행하고 모욕한다면, 이는 방어상황을 인식한 정당방위가 아니라, 오히려 그 검문에 대한 분노 내지는 공격의사의 표출

---

성을 인정하면서 2012년에는 1,563만 건으로 격감했는데, 지난해에는 다시 2,830만 건으로 증가했다고 한다.

63) 이영태, “불심검문 법대로 하자”, 「노동사회」 제25권(1998), 126면 이하 ; 하태훈, “불심검문 강화 인권후진국으로의 퇴행”, 「고시계」 2010/8, 87면 이하 ; 전국민을 “잠재적 범죄자’로 둔갑시키는 부당한 불심검문 저항합시다”, 「갈라진 시대의 기쁜 소식」 통권 제1039호(2012), 8면 이하.

64) 대법원 1999.5.14. 선고 99다13874 판결 ; 서울지법 1999.1.20. 선고 98나467 판결.

65) 김형준, “불심검문의 허용범위”, 「중앙법학」 제6집 제4호(2004), 150면 ; 황창근, “불심검문에 관한 고찰”, 「연세법학연구」 제6집 제1권(1999), 162면.

66) 대체로 ‘강제에 이르지 않는 정도의 실력행사’가 허용된다고 하지만(노명선/이완규, 「형사소송법」 제4판, 136면 ; 이재상, 「신형사소송법」 제9판, 205면), 이 실력행사와 강제의 구분은 그리 분명하지 않다.

67) 대법원 2012.9.13. 선고 2010도6203 판결.

로 보아야 할 것이다.

따라서 사후적으로 불심검문의 위법성이 드러나더라도 그에 대한 저항은 우연방위가 될 소지가 농후하다. 또 설령 방어의사가 인정되더라도 신체이동의 자유를 일시 제한하는 불심검문에 모욕이나 폭행·협박 또는 상해행위로 응대하는 것은 특별한 사정이 없는 한 정당화될 여지가 없다고 할 것이다. 신체의 자유를 일시 제한하는 불심검문에 폭행·협박으로 대응하는 것은 대부분 비례성을 벗어난 과잉행동, 즉 과잉방위로 보아야 할 것이기 때문이다. 그럼에도 위 원심법원은 우연방위나 과잉방위의 여지를 검토하지도 않고 바로 정당방위를 인정하였는데, 이는 사실상 정당방위 이론의 남용이라고 할 것이다.

이처럼 신체이동의 자유를 일시 제한하는 불심검문에 대한 폭행·협박이 사실상 거의 정당화되지 않는다면, 그러한 자유제한에도 이르지 않거나 혹은 그것과 무관한 경찰의 잘못에 대한 폭행·협박은 더욱 정당화될 여지가 없다. 가령, 진술거부권을 고지하지 않고 신문하려는 경찰관을 폭행·협박한다면, 이것이 공무집행방해죄를 구성하느냐라는 물음과는 별개로[68] 적어도 그 폭행·협박 자체가 정당화될 여지는 없다는 것이다. 체포이유의 미고지는 자유박탈의 직전 단계이지만, 그러한 자유제한 내지 박탈과 무관한 진술거부권의 미고지는 폭행·협박을 유발할 직접적인 원인행위로 볼 수 없기 때문이다.

아울러 경찰의 잘못이 게재되어 있더라도 그것이 극히 경미하여 전체 경찰활동의 적법성에 영향을 미치지 않는 경우도 있다. 가령, 현행범인체포서에 체포일시와 장소를 사실과 다르게 기재하는 것이 그 예이다. 물론, 그 일시와 장소가 완전한 엉터리라면 사정이 다르겠지만, 적어도 그 차이가 논리와 경험칙상 시간적·장소적 동일성이 인정되는 범위 내에서의 차이라면, 이는 현행범체포 자체의 위법성으로 연결되지 않는다.[69] 따라서 이 적법한 현행범체포 및 그에 이은 구금상태에서 벗어나거나 저항하기 위하여 경찰관에게 폭행·협박을 가한다면, 이는 이미 공무집행방해죄를 구성한다고 보아야 한다.

---

68) 진술거부권을 고지하지 않은 피의자신문도 '법의 적정한 집행'이라는 관점에서는 문제가 없지 않기 때문에, 이에 대하여 폭행·협박을 하더라도 적어도 공무집행방해죄는 성립하지 않는다고 볼 여지가 있다.

69) 대법원 2008.10.9. 선고 2008도3640 판결.

## Ⅳ. 결 어

이상의 논의를 통해서도 알 수 있듯이, 설령 결찰활동에 다소간의 잘못이 있다고 하더라도 여러 어려운 환경에서 묵묵히 자신의 직무를 수행하는 경찰관에게 무턱대고 폭행·협박을 가할 일은 아니다. 그 경찰의 잘못으로 인해 비록 공무집행방해죄가 성립하지 않는다고 하더라도 경찰에게 가해진 모욕이나 폭행·협박 및 상해와 같은 범죄적 수단은 그 자체로 처벌될 여지를 남기기 때문이다. 물론, 경찰의 직무집행이 위법하여 전자의 공무집행방해죄가 성립하지 않는 경우에는 사안에 따라 시민의 강한 저항행위도 허용될 여지가 있지만, 그렇다고 모든 범죄적 대응이 용인되는 것은 아니라는 것이다.

일반적으로 경찰의 잘못이 크면 클수록 그에 대한 시민의 저항은 더욱 넓게 허용되어야 하는 정비례관계에 있고, 그 잘못의 크기는 오인체포와 불법체포 및 중대한 절차위반의 순이라고 할 수 있다. 즉, ① '무고한 시민에 대한 오인체포'와 ② '체포요건을 구비하지 못한 불법체포'의 잘못이 ③ '체포이유의 미고지와 같은 절차위반'의 그것보다 크고, 따라서 ①과 ②에 대한 저항이 ③에 대한 그것보다 더 넓게 인정되어야 한다. 그럼에도 대법원은 이미 살펴본 것처럼 체포방식이 잘못되었을 뿐인 ③을 ②와 사실상 동일하게 다루고, 아울러 ①의 경우에는 아예 시민의 저항을 허용하지 않으려고 한다.

하지만 서로 다른 ③과 ②를 동일하게 다루는 것도 문제지만, 특히 무고한 시민에게 경찰의 오인체포를 수인하도록 요구하는 것은 현대의 성숙한 시민사회와 어울리지 않은 국가우위적 혹은 경찰국가적 발상의 잔상이다. 경찰의 명백한 잘못에도 불구하고, 그에 저항하는 무고한 시민의 손발을 묶으려 하기 때문이다. 하지만 이미 살펴본 것처럼, 오인체포를 적법으로 만들 수 있는 이론적 맥락이 엿보이지 않을 뿐만 아니라, ③의 체포행위에 대한 폭력적 저항행위도 상당부분 정당방위로 보면서, 오인체포에 대한 저항행위를 아예 공무집행방해죄로 처벌하려는 것은 논리적으로도 수긍할 수 없는 일이다.

그럼에도 경찰의 오인체포를 적법으로 보려는 생각의 이면에는 정당방위에 대한 우려가 숨겨져 있는지도 모른다. 즉, 오인체포의 기본권침해가 심각한 만큼, 그에 대한 저항행위도 상당히 폭넓게 인정되어, 결국 이를 제압해야 하는 경찰비용이 엄청나게 증가할 것이라는 우려이다. 하지만 경찰의 오인체포가 위법하기 때문에

이에 대한 저항행위가 공무집행방해죄를 구성하지 않는다고 하더라도, 그야말로 모든 저항행위가 허용되는 것은 아니다. 적어도 그 저항행위는 사회윤리적 한계를 벗어나지 말아야 하고, 다른 특별한 사정이 없는 한 경찰관에 대한 저항은 원칙적으로 필요최소한에 그쳐야 한다.

그리고 경찰은 이러한 정도의 저항은 늘 염두에 두고, 상황에 따라서는 이를 제압할 수 있는 준비와 능력을 갖추어야 한다.[70] 그렇지 아니하고 그저 공무집행방해죄에 의지하여 아주 손쉽게 경찰활동을 하던 시절은 이미 지났다고 보아야 한다. 아울러 작금의 경찰이 공무집행방해죄의 유죄가 확정된 사람으로부터 손해배상을 받기 위해 법원에 지급명령을 남발하고 있는 현상도 그리 바람직해 보이지 않는다.[71] 가령, 출동한 2명의 건장한 경찰관이 술에 취하여 행패를 부린 아줌마를 공무집행방해죄로 엮고, 그 공판과정에서 배상명령을 통해 치료비를 받았음에도 유죄확정 후 다시 정신적 고통을 이유로 지급명령을 신청한다면, 이는 참으로 딱한 경찰모습으로 비추어질 수도 있을 것이다. 보다 당당하고 의연한 경찰모습을 기대해 본다.

(논문투고일 : 2015.05.21, 심사개시일 : 2015.05.27, 게재확정일 : 2015.06.19)

임 상 규

공무집행방해, 불법체포, 위법체포, 체포이유의 고지, 시민의 저항

70) 조준현/이상용, 전게논문, 90면에서는 조직의 뒷받침을 받으며 전문적 지식을 가진 공무원은 일정한 정도의 저항이 있더라도 직무집행을 관철해야 하는 것이 권한이자 의무라는 점을 잘 지적하고 있다.

71) 반면에 이를 적극 권장하는 입장으로는 정우일, “민사적 접근을 통한 경찰의 공권력확보방안” 「한국경찰학회보」 제11권 제3호(2009), 154면 이하.

# 【참 고 문 헌】


## Ⅰ. 단행본

김성돈, 「형법총론」 제2판, 성균관대학교 출판부 2009

오영근, 「형법총론」 제2판, 박영사 2009

김일수, 「한국형법I」 박영사 1994

권오걸, 「형법각론」 형설출판사 2009

김성돈, 「형법각론」 제2판, 성균관대학교 출판부 2009

김일수/서보학, 「형법각론」 제6판, 박영사 2005

박상기, 「형법각론」 제5판, 박영사 2004

배종대, 「형법각론」 제7판, 홍문사 2010

오영근, 「형법각론」 제2판, 박영사 2009

이재상, 「형법각론」 제5판, 박영사 2007

임 웅, 「형법각론」 제5판, 법문사 2013

정성근/박광민, 「형법각론」 제2판, 성균관대학교 출판부 2015

노명선/이완규, 「형사소송법」 제4판, 성균관대학교 출판부 2015

이재상, 「신형사소송법」 제9판, 박영사 2012

Schönke-Schröder, "Strafgesetzbuch Kommentar", 25.Aufl., §113

H. J. Wessels, Strafrecht BT/1, Heidelberg: Müller, Jur. Verl,, 20.Aufl.

## Ⅱ. 논 문

김재봉, "형법 제310조와 의무합치적 심사", 「형사판례연구(8)」, 형사판례연구회, 2000

김진숙, "체포행위의 적법성과 공무집행방해죄", 「사법연수원 교수논문집」, 2009

김형준, "불심검문의 허용범위", 「중앙법학」 제6집 제4호, 중앙법학회, 2004

문채규, "형법 제310조의 법리", 「민주사회를 위한 변론」 제4호, 역사비평사, 1994

서정욱, "경찰권의 근거와 관련한 개괄적 수권조항", 「영남법학」 제11권 제2호, 영남대학교 법학연구소, 2005

손동권, "형법 제310조의 실체면과 절차면", 「형사판례연구(6)」, 형사판례연구회, 1998

이완규, “공무집행방해죄에 있어서 직무집행의 적법성”,「형사판례연구(3)」, 형사판례연구회, 1995

이영태, “불심검문 법대로 하자”,「노동사회」 제25권, 한국노동사회연구소, 1998

이형국, “공무집행방해죄에 있어서의 직무집행의 범위와 적법성”,「연세행정논총」 제27집, 연세대학교 행정대학원, 2002

이호중, “공무집행방해죄에서 공무집행의 적법성”,「형사법연구」 제23권 제2호, 한국형사법학회, 2011

정우일, “민사적 접근을 통한 경찰의 공권력확보방안”,「한국경찰학회보」 제11권 제3호, 한국경찰학회, 2009

조준현/이상용, “공무집행방해죄에 관한 연구”,「형사정책연구」 제8권 제2호, 형사정책연구원, 1997

최준혁, “공무집행방해죄에서의 공무집행의 적법성”,「경찰법연구」 제9권 제1호, 한국경찰법학회, 2011

하태훈, “불심검문 강화 인권후진국으로의 퇴행”,「고시계」 2010/8

황정익, “공무집행방해죄에 있어서 정당방위이론 남용의 문제점”,「경찰학논총」 제4권 제1호, 경찰학연구소, 2009

황창근, “불심검문에 관한 고찰”,「연세법학연구」 제6집 제1권, 연세법학회, 1999

J. Q. Wilson, “Varieties of Police Behavior: The management of law and order in eight communities‘ N.Y.: Atheneum College ed., 1971

Abstract

# Acceptance Level of resistance against police officers*

Sang-Gyu IM

According to the majority opinion of the Supreme Court and academia, When the police want to arrest innocent people to misunderstand the culprit, Citizens should not resist his arrest actions as much as possible. If there is a misunderstanding and that good cause, That is a duly arrested. So, Resistance acts against him may be punished by Obstruction of justice. On the contrary, the illegal arrest like not noticing requirement, not including a reason for arrest, Criminals can resist even if there is. Even if you are inflicting injury to a police officer, It Can be self-defense.

But not the totalitarian state that value the interests of the state, From a national perspective the rule of law to be protected with a free area of civil, If the resistance's actions ought to be justified to be arrested, Resistance of innocent people should be allowed. The aim of this paper, In the mistaken assumption that the unlawful arrest of police, Resistance for it does not constitute an Obstruction of justice. Although The Supreme Court has ruled that a mistaken arrest in a legitimate is legal acts, This paper will present a legitimate reason for the error to indemnity.

And the Supreme Court does not distinguish between lack arrested

* This Research was supported by Kyungpook National University Research Fund, 2010.

requirements and wrong way of arrest, The Supreme Court says that all parties act is justified. However, this paper was to distinguish that two types. Because Resistance of innocent people and the resistance of the killer are different in nature. In other words, resistance actions against illegal arrest may well be justified in accordance with the mistaken arrest. But, Acts of resistance when arrested the wrong way(not noticing the arrest) can not be a de facto self-defense.

**Sang-Gyu IM**

obstruction of justice, illegal arrest, illegal arrest, the reason for arrest notices, civil resistance

# 점유자의 비용상환청구권과 전용물소권의 관계에 관한 일고찰

이 승 현*

Ⅰ. 서 설
Ⅱ. 점유자의 회복자에 대한 비용상환청구권
1. 의의 및 법적 성질
2. 연혁 및 입법례
3. 검 토
Ⅲ. 점유자의 비용상환청구권과 전용 물소권의 관계
1. 문제의 제기
2. 전용물소권 및 점유자의 비용상환청구권의 인정여부
3. 판례・학설의 검토
Ⅳ. 결어

**【국 문 요 약】**

소유물반환의무(민법 제213조)를 부담하는 권원없는 점유자가 타인 소유물에 비용을 지출한 경우의 비용상환에 대해서 우리민법 제203조는 이득과 손실의 불균형 상태를 시정하는 역할을 담당하고 있다. 이러한 제203조의 법적성격에 대해서 일반적 견해는 동조의 비용상환청구권이 부당이득반환청구권의 성질을 가진다고 한다. 그러면서 제203조를 점유자・회복자라는 2자 간에 소유물반환관계가 전제된 상태의 비용상환문제를 해결하기 위한 규정으로 이해한다. 그런데 도급계약에 기하여 수급인이 도급인으로부터 제3자 소유의 물건을 이전받아 수리한 결과 그 물건의 가치가 증가한 경우, 도급인 이외에 수급인도 제3자에게 동조에 의한 비용상환청구권을 행사할 수 있는 비용지출자에 해당하는지가 2002년 대법원 판례를 통하여 문제되었다. 이 문제에 대해서 대법원은 수급인의 제3자에 대한 부당이득반환청구권(이른바 전용물소권)을 부정하는 설시와 함께 도급인만이 소유자에 대한 관계에서 민법 제203조에 의한 비용상환청구권을 행사할 수 있는 비용지출자라고 판단하였고, 학자들도 대부분 이를 지지하였다. 그러나 제203조의 근저에 부당이득법의 일반원리가 내재되어 있다면, 점유자・회복자라는 2자간의 관계 뿐만 아니라 이들 사이에 중간자(도급인)가 개재된 3자간의 관계에서도 이러한 원리는 관철되

* 성균관대학교 BK21 플러스 ICT Global Legal Standard 선도 법전문가 양성사업팀 연구원・성균관대학교 법학전문대학원 학술박사과정 수료

어야 할 것이며, 손실을 입은 점유자를 구제하기 위해서라도 점유자인 수급인에게 제203조의 비용상환청구권이라는 독자적 구제수단이 필요하다고 여겨진다. 그럼에도 이와 같은 일반원리를 도외시한 채 판례와 학설은 점유자에게 소유자에 대한 제741조의 부당이득반환청구 뿐만 아니라 제203조의 비용상환청구도 부정하고 있다. 이를 통하여 본 논문이 다루고자 하는 3자간의 비용지출이 문제되는 사안에서 부당이득법의 일반원리를 구현하기 위하여 제203조가 우리민법 하에서 어떠한 모습으로 작용하여야 하는지, 또한 제741조의 부당이득반환청구(전용물소권)와 어떠한 관계에 있는지에 대한 의문이 생기지 않을 수 없었다. 이에 대해서 연혁적 · 비교법적 고찰을 기초로 제203조의 존재의의를 탐색하면, 우리민법 하에서 제203조의 비용상환청구권은 독자적 지위를 인정할 수 있다. 이는 특히 3자간의 비용지출이 문제되는 사안에서 의미가 있다고 여겨질 뿐만 아니라, 궁극적으로는 부당이득법의 취지에도 부합한다. 따라서 이 경우 점유자인 수급인에게 소유자에 대한 제203조의 비용상환청구권의 행사를 독자적으로 인정하여야 할 것이며, 이와 다른 결론을 내린 판례 및 다수 학설의 태도는 재고되어야 할 것이다.

## Ⅰ. 서 설

계약상 의무없이 타인소유물에 비용을 지출한 자가 그 타인에 대하여 지출한 비용의 상환청구를 할 수 있도록 하는 것은 이득과 손실의 균형을 맞추는 부당이득법의 일반원리에 비추어 볼 때 당연한 결론이다. 이러한 이치는 소유물반환의무(민법 제213조)를 부담하는 권원없는 점유자가 타인 소유물에 비용을 지출한 경우에도 마찬가지로 적용되어야 할 것이다. 이 경우 지출된 비용상환에 대해서는 사무관리나 부당이득법의 적용가능성을 검토해 볼 수도 있겠지만, 우리민법은 제203조를 통하여 이를 직접 규율하고 있다. 즉 동조 제1항에서는 점유자가 점유물을 반환할 때 점유물을 보존하기 위하여 지출한 필요비의 상환을 청구할 수 있다고 규정하고, 제2항에서는 점유물의 개량을 위하여 지출한 유익비상환청구권을 규정하고 있다. 이를 통하여 제203조는 궁극적으로 이득과 손실의 불균형상태를 시정하는 역할을 하며, 결국 동조의 근저에는 기본적으로 당사자 간의 실질적인 공평을 도모하려는 부당이득법의 일반원리가 자리잡고 있다. 우리 민법학계의 일반적 견해도 제203조의 비용상환청구권은 기본적으로 부당이득반환청구권의 성질을 가진다고 한다. 그러면서 제203조를 점유자와 회복자라는 2자간의 소유물반환관계가 전제된 상태의 비용상환문제를 해결하기 위한 규정으로 이해한다. 다만 일반적 견해는 점유자와 회복자 사이에 중간자가 개입된 3자간의 비용지출이 문제된 사안, 즉 점유자의 비용지출로 소유자가 이득을 본 경우에 점유자는 소유자에게 제203조의 비용상환청구권을 행사할 수 있는지에 대해서는 명쾌한 해답을 제시하지 않고 있었다.

그런데 2002년 대법원은 3자간의 비용상환이 문제된 사안에서 비용지출자를 확정하는 독자적 의견을 처음으로 제시하였다. 이 사안에서는 도급계약에 기하여 수급인이 도급인으로부터 제3자 소유의 물건을 이전받아 수리한 결과 그 물건의 가치가 증가된 경우, 도급인으로부터 보수를 지급받지 못하게 된 수급인이 이에 갈음하여 그 물건으로부터 수익을 얻은 소유자를 상대로 직접 제203조의 비용상환청구권을 행사할 수 있는지가 주된 쟁점으로 논의되었다. 이것은 수급인의 수리비 지출로 인한 손실과 그로 인한 소유자의 물건가치 증가라는 이득 사이에서 인과관계의 인정여부가 문제되는 부당이득반환청구의 문제, 즉 전용물소권[1]과도 직접적

1) 일반적으로 전용물소권이란 계약관계로부터 이득을 얻은 계약 외의 제3자에 대한 이득인도청구권

으로 관련되는 문제였다. 이에 대하여 대법원은 수급인의 물건 소유자에 대한 전용물소권을 부정하면서, 이와 함께 소유자에 대한 관계에서 비용상환청구권을 행사할 수 있는 비용지출자는 도급인이며 수급인은 그에 해당하지 않는다고 판시하였다.[2] 가치가 증가된 물건을 간접점유하면서 수급인과의 도급계약에 따라 비용지출과정을 관리한 자는 도급인이기 때문이라는 것인데, 대부분의 학자들도 이러한 결론을 지지하였다.[3]

그러나 이에 대해서는 다음과 같은 의문이 제기될 수 있다. 즉 제203조의 근저에 부당이득법의 일반원리가 내재되어 있다면, 점유자와 회복자라는 2자간의 관계뿐만 아니라 점유자(수급인)와 중간자(도급인) 그리고 회복자(소유자) 3자간의 관계에서도 이러한 원리는 관철되어야 할 것이다. 왜냐하면 위 판례의 사안에서 점유자는 계약관계의 상대방인 도급인의 무자력으로 인하여 보수를 지급받지 못하는 결과 자신의 보수청구권을 실질적으로 실현할 수 없게 되어, 결과적으로 수리비용의 지출로 인한 손실을 입는 대신 물건의 소유자는 이로 인하여 물건 가치가 증가되는 이득을 얻었기 때문이다. 판례와 학설은 소유자에 대한 관계에서 간접점유자인 도급인만이 그 비용지출과정을 관리한 비용지출자라는 근거를 내세우지만, 부당한 재화이전을 합리적으로 재조정하기 위한 부당이득의 근본이념에 비추어, 실질적인 비용지출자인 수급인의 소유자에 대한 비용상환청구권, 즉 점유자와 회복자로 정리되는 이들 사이의 이익조정에 제203조가 적용될 수 없는 이유를 이해하기 곤란하다. 본 논문은 이러한 의문에 대한 해답을 얻기 위하여 우선 제203조의 역사적 의미와 외국의 입법태도를 검토하고, 이 규정의 입법취지와 우리 민법체계에서 차지하는 법적 지위를 살펴봄으로써 그 존재의의가 무엇인지를 검토하고자 한다. 이를 기초로 민법 제203조와 부당이득의 반환원리, 특히 전용물소권과의 관계를 통하여 점유자의 회복자에 대한 비용상환청구권의 실질적 의미를 새롭게 파

---

을 의미한다(加藤雅信, 事務管理・不當利得・不法行爲, 新民法大系V, 有斐閣, 平成17(2005), 106頁; 藤原正則, 不當利得法, 信山社, 2002, 377頁; Ernst von Caemmerer, Bereichrung und unerlaubte Handlung, Gesammelte Schriften, Bd.I, Rechtsvergleichung und Schuldrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 1968, S.245; Detlef König, Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragsleistung nach französischem Recht, Dissertation Freiburg im Breisgau, Metzner, Frankfurt a. M., 1967, S.10).

2) 대법원 2002.8.23. 선고 99다66564(본소)・66571(반소) 판결

3) 김형석, 주석민법, 물권(1)(편집대표 김용담), 한국사법행정학회, 2011, 393면; 송덕수, 물권법, 박영사, 2014, 251면; 양창수・권영준, 권리의 변동과 구제(민법II), 박영사, 2012, 421면; 제철웅, "도급계약상의 수급인과 민법 제203조의 비용상환청구권", 법조 제52권 제6호(통권 제561호), 법조협회, 2003.6, 105면 이하; 지원림, 민법강의, 홍문사, 2015, 563면; 홍성주, "전용물소권과 민법 제203조 소정의 비용상환청구권", 판례연구 제14집, 부산판례연구회, 2003, 86면

악하고자 한다.

## Ⅱ. 점유자의 회복자에 대한 비용상환청구권

### 1. 의의 및 법적 성질

(1) 소유자와 점유자 사이의 비용상환은 기존의 사무관리나 부당이득제도에 의한 해결이 가능하지만, 우리민법은 특히 제203조를 두어 소유자가 소유물반환청구권에 의하여 점유를 회복하는 사안에서 발생하는 비용상환 문제를 직접 규율하고 있다. 이 규정에 대하여 대부분의 학자들은 제213조에 기한 소유물반환관계가 존재하는 경우를 전제로 그에 부수하여 또는 그에 갈음하여 발생하는 점유자의 소유자에 대한 권리, 즉 점유자가 회복자에 대하여 가지는 이른바 '비용상환청구권'에 관하여 규정한 것이라고 설명한다.[4] 나아가 이러한 점을 기초로 물권적 청구권이 원만하게 실현되도록 하기 위하여 그 바탕이 되는 물권으로부터 유출되는 권리로서, 부당이득반환청구권과 같은 채권적 성질을 가진다고 한다.[5] 그리하여 그 성립이나 귀속에 있어서도 반드시 물권 그 자체에 종속되지는 않으며[6], 소유권에 대하여 독자적으로 존재한다고 한다.[7]

(2) 민법 제203조의 권리가 물권적 청구권과 구별되는 독자적인 채권이라면, 이와 유사한 법리적 작용을 하고 있는 부당이득반환청구권과는 어떻게 다른가? 이에 대해서 일반적 견해는 동조가 규율하는 점유자와 회복자 사이의 비용상환관계는 그 본질이 부당이득반환의 한 유형, 보다 구체적으로는 비용부당이득에 대한 특칙을 규정한 것으로 이해한다.[8] 제203조를 부당이득의 특칙으로 보아 그 독자성을 인정하게 되면 일반적인 부당이득과는 다음과 같은 차이가 발생한다. 첫째, 이득과

---

4) 곽윤직・김재형, 물권법, 박영사, 2014, 205면; 김형석, 전게서, 352면 이하; 송덕수, 전게서, 244면; 양창수, 민법주해 Ⅳ권, 물권(1)(편집대표 곽윤직), 박영사, 2009, 350면; 양창수・권영준, 전게서, 404면 이하; 양형우, 민법의 세계, 진원사, 2014, 565면 이하; 이영준, 물권법, 박영사, 2009, 376면 이하; 홍성재, 물권법, 대영문화사, 2014, 79면 이하

5) 강태성, 물권법, 대명출판사, 2014, 425면; 양창수, 전게서, 352면

6) 김형석, 전게서, 353면

7) 양창수, 전게서, 352면

8) 강태성, 전게서, 425면; 곽윤직・김재형, 전게서, 209면; 김민중, 물권법, 법영사, 2014, 233면; 김상용, 물권법, 화산미디어, 2010, 279면; 김영규, 물권법, 진원사, 2015, 152면; 김준호, 물권법, 법문사, 2013, 247면; 김증한・김학동, 물권법, 박영사, 1997, 227면; 송덕수, 전게서, 249면; 이덕환, 물권법, 율곡미디어, 2011, 292면; 양창수・권영준, 전게서, 417면; 지원림, 전게서, 562면; 홍성주, 전게논문, 79면

손실 간의 인과관계가 민법 제741조의 일반부당이득반환청구권의 성립요건으로 고려되는 것과 달리, 민법 제203조의 비용상환청구권은 그러한 인과관계를 특별히 고려하지 않는 별개의 특별한 권리로 보게 된다. 둘째, 그 반환범위에 있어서 일반적인 부당이득에서는 비용지출자가 이른바 '비용부당이득반환청구권'에 따라 '그 이익이 현존하는 한도에서' 상환할 의무를 부담하는 데에 그치고, 나아가 '강요된 이득' 역시 반환을 청구할 수 없다.[9] 반면 민법 제203조에 따르면 점유자의 선의·악의를 불문하고, 비용지출이 소유자의 주관적 재산계획에 반하는 경우도 고려되지 않으며, 필요비는 점유자의 비용지출이 객관적으로 점유물에 이익을 주었는지 여부, 즉 현존이익과 관계 없이 그 상환이 인정되고, 유익비는 그 가액의 증가가 현존하는 경우에 한하여 회복자의 선택에 좇아 지출금액 또는 증가액의 상환을 청구할 수 있다.[10] 이러한 점들을 근거로, 점유자의 비용상환청구권에 대해서는 민법 제203조가 일반법리를 선언한 것으로서 대체로 점유자를 우대하는 경향에 서 있다고 주장하는 견해도 등장하고 있다.[11] 이와 관련하여 일본에서도 우리민법 제203조에 상응하는 제196조를 부당이득반환청구권(일본민법 제703조)의 특칙으로 이해하는 것이 다수설의 입장이다.[12]

## 2. 연혁 및 입법례

### (1) 연혁

1) 민법 제201조 내지 제203조는 소유자와 물건반환의무를 부담하는 점유자, 즉 권원없는 점유자 사이의 법률관계를 규율하는 규정으로서, 강학상으로는 '점유자와 회복자의 관계'라는 명칭 하에 다루어지며[13], 연혁적으로는 로마법에까지 소급된다.[14] 이 중 제203조의 비용상환청구권은 고전 로마법상 부당이득법과는 별개의

---

9) 양창수, 전게서, 357면 참조.

10) 홍성재, 전게서, 89-91면

11) 양창수, 전게서, 358면, 414면 참조.

12) 我妻栄・有泉亨, 新訂物權法(民法講義II), 岩波書店, 昭和58年(1983), 496頁; 舟橋諄一, 物權法(法律学全集), 有斐閣, 昭和35年(1960), 312頁; 広中俊雄, 物權法 青林書院, 昭和57年(1982), 256頁; 四宮和夫, 請求権競合論, 一粒社, 昭和53年(1978), 126頁 주5, 132頁. 다만 부당이득과 관련시키는 것은 곤란하다는 입장도 있다(清水元, "費用償還請求権に関する基礎的考察(一)-三者関係を中心として-", 民商法雜誌 97卷 6号, 1988, 758頁).

13) 강태성, 전게서, 408면 이하; 고상룡, 물권법, 법문사, 2001, 217면 이하; 곽윤직・김재형, 전게서, 203면 이하; 김상용, 전게서, 275면 이하; 김영규, 전게서, 147면 이하; 김준호, 전게서, 240면 이하; 김증한・김학동, 전게서, 226면 이하; 박종두, 물권법, 삼영사, 2010, 280면 이하; 송덕수, 전게서, 244면 이하; 이덕환, 전게서, 291면 이하; 이영준, 전게서, 376면 이하; 이은영, 물권법, 박영사, 2002, 358면 이하; 지원림, 전게서, 556면 이하; 홍성재, 전게서, 79면 이하

법제도로 인정된 역사적 사실이 있다. 즉 이 시기에는 동 권리가 소유자의 소유물반환소권의 행사에 부수하여 발생하는 점유자의 권리로 규율되었다.[15] 이에 대한 로마법상의 사료 중 학설휘찬(Digesta)에서는 소유물반환소권(actio rei vidicatio)에 관한 장이 아니라, 사무관리소권(actio negotiorum gestorum), 처의 재산소권(actio rei uxriae), 상속재산소권(actio heredetatis petitio)으로 분산하여 규율되고 있었지만, Codex에는 소유물반환소권에도 확장하여 규율되었다.[16] 그리고 이 시기에 물권적 청구권은 계약 내지 준계약상의 반환청구권과 경합하지 않았으므로, 소유물반환청구권은 오직 부적법점유자에 대해서만 행사될 수 있었다고 한다.[17] 또한 점유자는 선의・악의에 관계없이 자신이 지출한 비용에 대해서 회복자인 소유자에게 소권을 행사할 수는 없었지만 유치권만은 행사할 수 있었다.[18]

2) 비용상환청구권과 관련하여 고전로마법상 인정된 역사적 사실은 보통법에서도 이어졌다.[19] 다만 소유자가 계약상의 반환청구권을 가지는 경우에도 그가 가지는 소유물반환청구권은 모든 점유자에 대해서 행사할 수 있게 되어 청구권경합이 발생하는 경우가 인정되었다고 한다.[20] 이러한 태도는 근대민법전에도 이어져, 프로이센 일반란트법, 오스트리아민법, 스위스민법에서도 계승되었고[21], 나아가 이들 입법은 소유자에 대한 물건의 반환을 조건으로 하는 소구가능성의 부여를 통하여 점유자의 비용상환청구권을 승인하였다.[22]

3) 그런데 독일민법전의 제정을 위하여 1874년에 조직된 제1위원회는 제1초안 제936조[23]를 통하여, 점유자의 비용상환청구권을 점유자 측의 비용지출이라는 부

---

14) 김형석, 전게서, 352면 이하; 양창수, 전게서, 353면 이하; 제철웅, 전게논문, 84면 이하

15) 제철웅, 전게논문, 84-85면; 최병조, 로마법강의, 박영사, 1999, 424면; 현승종・조규창, 로마법, 법문사, 1996, 585면

16) Dirk A. Verse, Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, Eine kritische Betrachtung aus historisch-rechtsvergleichender Sicht, 22.Aufl., Mohr Siebeck, 1999, S.13f.

17) Karl Firsching, *Der Verwendungsanspruch des Unternehmers gegen die Eigentümer*, Acp 162, 1963, S.445f.

18) 清水元, 전게논문, 766頁

19) 김형석, 전게서, 352면; 양창수, 전게서, 354면; 제철웅, 전게논문, 85면

20) 清水元, 전게논문, 766頁

21) 예컨대 프로이센일반란트법전 제1장 제15절 제20조, 제27조, 제189조 이하, 제222조; 오스트리아민법전 제331조 이하; 스위스민법전 제939조 이하

22) 清水元, 전게논문, 766頁

23) 독일민법전 제1초안 제936조. 점유자 또는 소유자는 소유자가 물건을 회복한 결과 이 자의 재산에 대한 지출에 의해서 이득하는 한도에서 물건 위에 가해진 비용에 대해서 소유자에게 상환을 청구할 수 있다. 제930조에 따라서 반환을 부담하지 않는 한 상환되어야 할 액은 수익을 공제한다. 비용이 다른 물건이 반환되어야 하는 물건과 본질적 구성부분으로 부합되고, 또한 분리 후에 이 다른 물건이 가지는 가액을 점유자 또는 소유자가 소유자에 의해서 상환되지 않는 때에

당이득원리에 근거하여 규정하였다.[24] 이에 따라 동 초안은 점유자에게 그의 선의·악의를 불문하면서 이득의 실질성을 그 인정기준으로 삼는 비용상환청구권을 인정하였다.[25] 그러나 제1초안의 태도는 선의점유와 악의점유, 필요비와 유익비의 구별을 하지 않은 점에서 제2차위원회로부터 강한 비판을 받았고[26], 이를 반영하여 제2초안은 제908조[27]를 통하여 비용상환청구권을 부당이득과 독립된 제도로 규정하였다.[28] 물론 이에 대해서는 전용물소권과의 관계를 불투명하게 하는 결과를 초래하게 되었다는 부정적 평가가 존재하였지만, 그럼에도 제2초안 및 이를 승계한 현행 독일민법전은 점유자의 비용상환청구권을 소유물반환청구권의 부수적 제도이자 독립적인 청구권으로 강화시켰다.[29]

3) 전술한 바와 같은 법상황은 세부적인 점에서는 차이가 있었지만, 근대 이후의 현대 민법전에도 그 대강에 있어서는 로마법, 그 중에서도 유스티니아누스제법상의 기준에 좇아 이에 관한 규정이 마련되었으며, 이러한 태도는 일본민법 제189조 제1항, 제190조, 제191조, 제196조에 일정한 모습으로 계수되었고, 이는 거의 그대로 우리민법에도 수용되었다.[30] 그러나 동조의 연혁적 측면에서는 본고에서 논의하고자 하는 3자관계에 있어서의 비용지출이 문제되는 사안을 어떻게 처리했는지에 대한 자료는 찾을 수 없었다.[31] 다만 근대 이후 각국의 입법례는 3자관계

---

는 이 물건을 수거할 수 있다. 다만 그는 반환되어야 할 물건을 자기의 부담으로 원상회복시켜야 한다.

24) Motive zu dem Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Bd. III, 1888, S.412

25) 그 이유에 대해서 이유서는 악의 또는 불법행위에 의한 점유자에게 비용상환청구권을 거절 또는 제한하는 것은 점유자에 대한 사적 형벌에 해당하므로 이를 단호하게 거절해야 하기 때문이라고 한다(Motive Bd. III, 1888, S.412).

26) 이에 대한 대안으로, 첫째 물건의 보존에 필요한 비용에 관해서는 무조건적인 상환청구권을 인정하고 악의점유자의 비용상환청구권을 필요비에 한정할 것, 둘째 필요비에 대해서도 물건의 가치가 반환시에 현존하고 있는 것을 요건으로 할 것, 셋째 소송계속 후 또는 악의의 점유자가 지출한 비용에 대해서도 증가가 소유자의 이익이 되는 것을 조건으로 필요비 이외의 비용에 대해서도 상환청구권을 부여할 것 등 3가지의 제안이 이루어졌다. 그러나 다수설은 이 3가지 제안 중 첫째의 제안만을 채택하였다(Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. III, 1898, S.351f. 참조).

27) 독일민법 제2초안 제908조. 점유자는 물건 위에 가한 필요비를 소유자에게 상환청구할 수 있다. 그러나 통상의 유지비는 점유자가 수익을 계속하고 있는 때에는 상환되어서는 안된다. 그 밖의 비용에 대해서는 점유자는 소송계속 전에 이루어지고, 또한 물건의 소유자가 회복한 시점에서 여전히 물건의 가치가 증가하고 있는 한도에서 상환을 청구할 수 있다. 점유자는 제904조에 따라서 책임을 부담하는 경우(=악의점유)에는 이 청구권을 가지지 않는다.

28) 清水元, 전게논문, 769-770頁

29) 清水元, 전게논문, 770-771頁

30) 민의원법제사법위원회민법안심의소위원회, 민법안심의록(상권), 1957, 126-128면. 입법 관여자들은 제203조에서 선의 점유자에게도 상환기간 부여를 인정하는 외에는 자구수정에 그쳤다.

에서의 비용지출이 문제되는 경우, 점유자의 비용상환청구권과 전용물소권의 관계를 각국의 입법사정에 따라 처리하고 있는 점에 대한 단서들은 발견할 수 있었다.[32] 이하에서는 근대 이후의 각국의 입법례를 살펴봄으로써 제203조의 비용상환청구권이 우리민법상 어떠한 지위를 차지하여야 하며, 또한 전용물소권과의 관계는 어떻게 이해되어야 하는지에 대한 해결의 실마리를 찾고자 한다.

### (2) 각국의 입법례

#### 1) 독 일

(가) 독일민법(이하 'BGB'라고 한다)은 점유자의 비용상환청구권을 물권편의 소유물반환청구권의 장에 규정함으로써 소유물반환청구권의 부수적 제도로, 그리고 부당이득반환청구권과는 독립된 청구권으로 규정하는 바, 필요비와 그 이외의 비용 및 선의·악의를 구별하여 상환범위를 정한다.[33] 이러한 BGB의 태도에 대해서는 "이러한 점유자의 비용상환청구권은 일반부당이득제도에 대한 독자성을 승인하는 것이 되거나 적어도 후자와의 관계에서 이론적 긴장을 발생하게 하는 것"[34]이

---

31) 소유물반환소권에서는 소지인은 피고적격이 없었으므로, 제3자로부터 직접점유를 취득한 소지인이 있을 때에는 소유자는 그 제3자를 상대로 소송을 제기하여야 하고, 그 제3자는 소유자에게 소지인이 지출한 비용을 가지고 대항할 수 있었다고 한다. 그러나 Ulpianus 이후 소지인에게도 소유물반환소권의 피고적격을 인정하였지만, 그 소지인에게 비용상환청구권이 인정되었는지에 관한 원전의 個所를 찾을 수 없다고 한다(Verse, a. a. O., S.24f.; 제철웅, 전게논문, 86면 주23).

32) 특히 전용물소권을 부정해 온 독일이 점유자의 비용상환청구권은 학설과 판례를 통하여 인정하였는데, 이와 관련된 논의는 전용물소권을 제한적이나마 인정하는 프랑스나 일본에서의 논의와 비교할 때 우리민법 하에서 제203조의 비용상환청구권의 법적지위를 어떻게 보아야 할 것인지에 대하여 중요한 참고자료가 될 수 있을 것으로 판단되었다. 나아가 이는 우리민법 하에서 전용물소권과 제203조의 비용상환청구권의 관계를 어떻게 이해하여야 하는지에 대한 해답을 얻는 데에도 단초가 되는 역할을 담당한다고 여겨진다(본 논문의 Ⅲ 참조).

33) 독일민법은 선의 점유자의 경우 그가 지출한 필요비 상환청구권에 대해서는 BGB 제994조 제1항이 "점유자는 소유자에 대하여 물건에 지출한 필요비를 상환할 것을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 수익을 취득하는 기간 동안에 대하여는 통상의 보존비용은 상환되지 아니한다"고 규정하며, 기타의 비용에 대해서는 BGB 제996조가 "필요비 이외의 비용지출은, 이것이 소송계속 전에 또 제990조에 정하여진 책임이 발생하기 전에 행하여졌고 또한 소유자가 물건을 반환받는 시점에서 그 지출로 인한 물건가액의 증가가 현존하는 경우에 한하여, 점유자는 그 한도에서 상환을 청구할 수 있다"고 규정하고 있다. 그에 반하여 악의 점유자 또는 소송계속 후의 점유자에 대해서는 BGB 제994조 제2항이 필요비에 한하여 사무관리에 관한 일반규정에 따라 그 상환을 청구할 수 있을 뿐이라고 규정하고 있다. 이와 달리 우리민법 제203조는 이러한 구분을 하지 않고 양자에게 완전하게 동일한 내용의 권리를 인정한다.

34) Werner Flume, *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwickerung vom römischen zum geltenden Recht*, Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen, 1953, S.169f.; Günter Hass, *Die Verwendungsersatzansprüche im Eigentümer-Besitzer-Verhaltnis und die aufgedrängte Bereicherung*, Acp 176, 1976, S.3. 다만 악의 점유자는 일반부당이득법에 기초하여 재산적 출연의 상환을 구할 수 있지만, 부합에 있어서의 상금청구권을 행사할 수 있는지에 대해서는 견해가 나누어져 있다(Manfred Wolf, *Die Verwendungsersatzansprüche des Besitzers im Anspruchssystem*,

라고 하거나 "BGB의 입법자는 (BGB 제986조, 제991조에서 본 바와 같이) 소유자·점유자관계에서 (2당사자관계 뿐만 아니라) 3당사자관계의 규율도 고려하고 있었지만, 민법전의 입법자가 BGB 제994조 이하에서 전용물소권을 다른 형태(이른바 '비용상환청구권')로 인정하였는지 여부는 확실하지 않다"[35] 등으로 평가되기도 한다.

(나) 한편 3자관계에 있어서의 비용지출이 문제되는 사안에서, 제국법원(이하 RG)은 점유자인 수급인이 소유자와 체결한 계약에 기초하여 소유자의 물건에 비용을 지출한 경우 BGB 제994조 이하의 적용은 배제되지만, 점유자와 제3자인 주문자 사이에 체결된 소유자의 물건에 대한 수리계약은 소유자에 대한 비용상환청구권의 발생을 방해하지 않는 것으로 해석하고 있었다. 즉 RG는 수급인은 주문자에 대한 도급계약상의 보수청구권과 소유자에 대한 BGB 제994조 이하의 비용상환청구권이라는 2개의 청구권을 행사할 수 있는 것으로 해석하고 있었으며[36], 다수의 하급심도 기본적으로 이에 따르면서 수급인에게 법정질권의 선의취득까지 인정하였다.[37] 그러나 이후의 하급심[38] 및 연방최고법원(이하 BGH)은 수급인에게 법정질권의 선의취득을 인정하지 않았으며, 수급인의 목적물 점유와 결합된 "수급인이 주문자로부터 수리비의 지급을 받지 않고 목적물을 주문자에게 반환한 때 주문자에 대한 신용의 위험은 수급인이 부담한다"는 신용의 위험 내지 신용공여(이른바 목적물의 인도시에 대응하는 수급인의 행동양식)를 근거로 수급인에게 BGB 제994조 이하의 청구를 제한함으로써 RG의 입장을 포기하였다.[39]

(다) 학설은 이러한 3자관계에 있어서의 비용지출 사안을 점유자의 비용상환청구권(BGB 제994조 이하) 문제로 다루었다. 이와 관련하여 폰케머러(von Caemmerer)는 채권자가 점유하고 있는 물건에 대해서 급부를 한 경우에 이 물건을 담보로 간주하는 것과 제3자가 소유자인 경우 이 제3자에 대해서도 주장할 수 있는 것은 '자연적인 시각'에 합치한다는 점을 근거로 비용이득의 경우 소유자를 강요된 이득으로부터 보호할 필요성이 있는 것과 별개로 BGB 제994조 이하의 특별규정은 부당이득의 일반원칙을 보충한다고 함으로써 점유자의 비용상환청구권의

---

Acp 166, 1966, S.196f.).

35) Hans Henning Kaysers, Der Verwendungsersatzanspruch des Besitzers bei vertraglichen Leistungen, E. und W. Gieseking, 1968, S.110

36) RG Gruch. 57, 997; RGZ 142. 417

37) OLG Celle NJW 1953, 1470; LG Duisburg MDR 1956, 33

38) LG Tübingen NJW 1957, 467

39) BGHZ 27, 317; 34, 122; 34, 153

특수성을 처음으로 지적하였다. 즉 그는 점유자의 비용상환청구권이 전용물소권의 실질을 가지고 있을 뿐만 아니라, 점유자에게 이러한 권리를 인정하는 것이 전용물소권을 예외적으로 인정하는 예가 된다고 이해하였다.[40] 그리고 학설의 지배적 견해는 점유자와 소유자 사이에 제3자가 개재하는 경우, 즉 소유자와 계약 상대방이 일치하지 않는 경우에는 점유자는 제3자에 대한 계약상의 청구권과 별개로 소유자에 대해서도 비용상환청구권을 가진다고 함으로써, RG의 결론과 동일하게 점유자의 소유자에 대한 비용상환청구권을 긍정하는 입장을 취하였다.[41] 그 실질적 근거는 계약의 위험에 대한 실질적인 고려, 즉 점유자의 보호필요성을 고려하여 당사자 간에 이익형량이 이루어져야 함을 강조함으로써 선의의 부적법점유자와의 균형을 도모해야 한다는 점에 있었다. 즉 부적법점유자는 계약의 상대방에 대한 청구권과 함께 소유자에 대한 직접적인 비용상환청구권을 가짐에 비하여, 적법점유자는 계약의 상대방에 대해서만 청구할 수 있는 것은 부당하며, 따라서 후자는 전자보다도 유리하게 취급되어야 한다는 것이다.[42] 물론 이와 달리 이 문제는 계약위험의 문제와 관련된다는 지적을 하면서, 기존의 판례 및 다수의 학설이 취하는 결론에 대하여 의문을 나타내는 견해가 등장하기도 하였다.[43] 그러나 그러한

---

40) von Caemmerer, a. a. O., S.247f.

41) Johannes Denecke-Kurt Herbert Johannsen-Wilhelm Kregel, RGR-Kommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Bd.III, Sachenrecht, 10.Aufl., Berlin, 1954, S.355f.; J. v. Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.III, Sachenrecht, 1.Teil, 11.Aufl., Berlin, 1956, S.805; Ludwig Enneccerus-Martin Wolf-Ludwig Raiser, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd.III. Sachenrecht : Ein Lehrbuch, Sachenrecht, 10. Bearb., Mohr Siebeck, 1957, S.339; Harry Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3.Aufl., C.F.Müller, 1956, S.161. 다만 이와 달리 점유자와 소유자 사이에 제3자가 개재하지 않는 경우에 있어서 독일의 지배적 견해는 과거에는 BGB 제994조 이하의 규정이 적법점유자에게도 적용된다고 해석함으로써 계약상의 청구권과의 청구권경합론을 채용하고 있었지만(Martin Wolff-Ludwig Raiser, Sachenrecht, 10.Aufl., Tübingen, 1957, §86 I. Anm.6.), 후에 이를 바꾸어 BGB 제986조 이하는 부적법점유에 관한 규정이고 점유권한 있는 점유자에게는 적용되지 않는 것으로 해석하였다(Harm Peter Westermann, Sachenrecht, 7.Aufl., Verlag C.F.Müller, 1998, §33.).

42) Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd.II, Besonderer Teil, 11.Aufl., C.H.Beck, 1977, S.242. Anm.6. 나아가 이러한 지배적 학설은 다음과 같은 경제적 관점에 의해서도 보강된다. 즉 경제발전의 결과, 수리업에서의 고객은 종래와 달리 수급인을 알지 못하는 상태에서 거래하는 경우가 많으므로(특히 차의 수리가 그러하다), 수급인이 그 자의 신용력을 평가하는 것이 불가능하다. 한편으로 소유권유보 내지 담보소유권은 오늘날의 매출증대와 고객 금융에 결정적인 하나의 수단으로 되고 있다. 그러므로 그러한 거래에 발을 들여놓았던 자는 타인에게 전가할 수 없는 일정한 위험을 부담한 것이다. 이 위험은 통상 기업 또는 금융기관, 은행에 의해서 고려되고 있고, 그들은 고객의 신용에 대해서 관련되는 조회를 할 수 있으며, 실제로도 그러한 조회가 이루어지고 있다(A. Hassinger, Verwendungsanspruch des Werkunternehmers gegenüber dem Sicherungseigentümer, NJW 1957, 126; Grasmann, Rechte des Werkunternehmers gegen dem Sicherungseigentümers aus der Instandsetzung von Kraftfahrzeugen, MDR 1953, 199. 참조).

견해가 등장한 이후에도 지배적 견해는 여전히 전용물소권과 비용상환청구권의 결론이 상이한 점에 대해서는 별다른 해명을 하지 않았다. 그리고 지배적 견해 중에는 BGB 제994조 이하의 우선적 적용만을 인정하여 전용물소권과 비용상환청구권의 모순적 결론을 고려하지 않는 학설도 주장되었다.[44]

(라) 결국 독일의 판례와 학설은 현재까지도 점유자의 비용상환청구권이 전용물소권의 실질을 가진다는 점을 어느 정도는 인식하고 있지만, 점유자의 비용상환청구권의 인정여부와 전용물소권의 인정여부에 대한 모순적 결론이 도출되는 이유에 대해서는 명확한 해명을 하지 않는다. 이에 따라 점유자의 비용상환청구권과 전용물소권의 관계를 어떻게 규명할 것인지에 대해서도 명확한 결론을 내리지 못한 상태임을 알 수 있다.[45]

### 2) 프랑스

프랑스민법은 우리민법 제203조와 같은 권원없는 점유자의 비용상환청구권에 관한 일반규정은 두고 있지 않지만, 소유물반환청구권에 부수한 비용상환이론에 의하여 이러한 문제를 규율하고 있다.[46] 즉 프랑스민법 하에서는 계약관계상의 비용상환청구권(예컨대, 매수인이 추탈당한 경우의 매도인의 비용상환의무에 관한 제1634조, 사용대차에 있어서의 긴급한 필요비의 상환의무에 관한 제1890조 등)과는 달리 점유자의 비용상환청구권에 대해서는 명문의 규정이 존재하지 않으므로, 일반 부당이득법적 규율이 보다 강하게 개입하게 된다.[47] 그리하여 여기에서는 점유자의 선의 · 악의 여부보다는 그 지출한 비용이 필요비인지 유익비인지, 아니면 그 어느 것에도 속하지 않는 '사치비'인지가 더욱 중요한 의미를 가지게 된다. 이에 따라 필요비는 그 전액을, 유익비는 상승가액(plus-value)을 지출자가 선의이든 악의이든 관계없이 그 상환을 청구할 수 있지만, 사치비의 상환청구권은 부인된다.[48]

---

43) Horst von Müller, Verwendungsanspruch und Kreditrisiko, in : Festschrift für Friedrich Lent, C.H.Beck, 1957, S.179f.

44) Hans Theodor Soergel-Wolfgang Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.III, Schuldrecht II, 10.Aufl., Stuttgart : Kohlhammer, 1969, S.779

45) 독일의 이러한 상황은 BGB 제816조 제1항과 제822조와의 불균형문제와도 관련이 있고 투영될 수 있는 것인데, 이에 대해서 加藤雅信, 財産法の体系と不当利得法の構造, 有斐閣, 昭和61(1986), 782-783頁은 "독일의 통설 및 판례의 수준에서도 독일민법 제816조 제1항, 제822조와의 불균형 문제는 여전히 해결되고 있지 않다"고 평가한다.

46) Christian Larroumet, Droit civil. Tome II, Les biens, Droits reels principaux, 2$^{e}$éd., Paris : Economica, 1988, n$^{os}$ 665-666; 김형석, 전게서, 382면

47) 김형석, 전게서, 382-383면. 이 점을 근거로 양창수, 전게서, 410면은 오히려 독일보다는 프랑스민법의 규율 태도가 우리민법과 유사하다고 한다.

한편 3자관계에서의 비용지출이 문제되는 사안에서, 프랑스에서는 일반부당이득법에 의해서만 소유자에 대한 직접적인 비용상환청구권이 인정될 수 있다.[49] 이러한 권리도 독일과 마찬가지로 전용물소권의 실질을 가지는 것이었지만, 19세기 중반까지만 하더라도 도급인과 소유자 사이에 계약이 체결되어 있는 경우에는 계약의 상대적 효력에 반한다는 이유로 점유자의 소유자에 대한 부당이득반환청구권을 부정하였다.[50] 그러나 1892년 Boudier 사건을 계기로 점유자의 소유자에 대한 부당이득반환청구권을 인정하게 되었으며[51], 이것이 오늘날 프랑스민법 하에서 제한적이나마 그 유효성이 인정되는 전용물소권이었다. 요컨대 점유자의 비용상환청구권은 프랑스민법 하에서는 원칙적으로 일반적인 부당이득법(전용물소권)으로 인식되어 처리되었을 뿐이므로, 별도로 점유자의 비용상환청구권에 독자적 지위가 부여되었다거나 이를 기초로 전용물소권의 관계에 대한 논의가 이루어지지 않았다.

---

48) 양창수, 전게서, 410면

49) 제철웅, 전게논문, 88-89면; Verse, a. a. O., S.81

50) Henri, Léon et Jean Mazeaud, Leçons de droit civil, T.II, Obligations, 3$^{e}$éd, Éditions Montchrestien, 1966, n°693 et suiv. p.655 et suiv.; Cass. civ. 12 mars 1850, D. P. 1850. 1. 86, S. 1850. 1. 257 ; Cass. civ. 16 fév. 1853, D. P. 1853. 1. 47, S. 1853. 1. 209 ; Cass. civ. 9 mai 1853, D. P. 1853. 1. 251, S. 1853. 1. 699

51) Cass. Req. 15 juin 1892, S. 1893. 1. 281, D. P. 1892. 1. 596 note J. E. Labbé. Y는 자신이 소유하는 농지를 농부 M과 임대료 연 5,500프랑으로 하는 임대차계약을 체결하였으나 M의 임대료 미지급으로 인하여 해지되었고, M은 Y에게 부담하고 있던 잔존 임대료채무 15,000프랑의 변제를 위하여 아직 수확하지 아니한 농작물을 Y에게 인도하였는데, M에게 외상으로 비료를 공급하였던 X는 M으로부터 비료대금을 지급받지 못하자 Y를 상대로 인도된 농작물의 가치에 해당하는 324프랑의 반환을 청구한 사안에서 파기원은 X가 Y에 대하여 직접 이득의 반환을 청구할 수 있는 것은 X가 M에게 비료를 공급하였기 때문이 아니라 Y가 비료를 자신의 토지에 사용함으로써 그가 취득한 직접적이고 개인적인 이익을 X에게 반환하여야 하는 점에 근거를 둔 것이며, 이러한 X의 권리는 타인의 희생으로 이득을 취해서는 안된다는 형평의 원칙에서 나오는 것일 뿐 실정법규정에 의하여 규율되는 것은 아니라고 판시하였다(Rémy Cabrillac, Droit des obligations, Dalloz, 1995, n°203, p.136 note 2 참조). 그런데 이 판결에 대해서 프랑스의 학계는 전용물소권을 인정하기 위한 근거로 제시되는 형평의 원칙이나 자기책임의 원리는 법적 근거로 매우 불명확하고 불안정하며 그 인정범위도 너무 광범위하다는 이유로 매우 비판적이었고(André Rouast, L'enrichissement sans cause et jurisprudence civile, Revue trimestrielle de droit civil, 1922, p.35; Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Droit civil, Les obligations, T.II, 1$^{er}$vol., Sirey, 1962, n°347, p.311; Jean Carbonnier, Droit civil 4-Obligations, 12$^{e}$éd., Press Universitaires de France, 1985, n°120, p.520; François Terré et Yves Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T.II, 11$^{e}$éd., Dalloz, 2000, n°387), 이러한 비판에 따라 그 이후의 판례는 전용물소권의 인정범위를 다소 제한하는 태도를 취하였다(Cass. civ. 18 oct. 1898, D. 1899. 1. 105; Cass. Req. 20 déc. 1910, D. P. 1911. 377 note Planiol; Cass. Req. 12 fév. 1923, D. 1923. 1. 64; Cass. Req. 22 fév. 1939, D. 1940. 1. 5 note Ripert; Cass. civ. 1$^{re}$ 6 mai 1953, D. 1953. 605 note Goré; Cass. soc. 18 mars 1954, J. C. P. 54. G. II. 8168 note P. Ourliac et M. de Juglart; Cass. civ. 3$^{e}$ 29 avr. 1971, Bull. civ. III, n°276 note Loussouarn; Cass. civ. 3$^{e}$ 11 juin 1985, D. 1986. 456 note Dubois; Cass. civ. 1$^{re}$ 11 mars 1997, D. 1997. 407 note Billiau).

### 3) 일 본

일본민법의 경우 우리민법 제203조에 상응하는 규정으로는 제196조를 들 수 있다.[52] 특히 3자관계에 있어서의 비용지출과 관련하여, 일본의 학설과 판례는 이를 전용물소권의 인정여부에 대한 문제로 파악하고 있다.[53] 이와 관련하여 전용물소권이 문제될 수 있는 사안이 점유자의 소유자에 대한 비용상환청구권의 문제로 다루어지는 경우가 있음을 지적하면서 독일의 예를 드는 문헌이 보인다.[54] 이 문헌들에 의하면 점유자의 비용상환청구권이 반드시 전용물소권부정론과 조화되지 않는다고 하거나[55], 일본에서의 논의는 오직 부당이득과 전용물소권의 관계에만 집중되어 점유자의 비용상환청구권과의 내면적 관련성을 결여하고 있는 결과, 점유자의 비용상환청구권을 점유자에게 무조건적으로 부여하는 경우의 부당성이 충분히 의식되지 않았다고 한다.[56]

한편 전용물소권에 관해서 일본의 판례는 처음에는 1970년 최고재판소의 판결[57]을 통하여 전용물소권의 실질을 가지는 청구권을 제한없이 인정하였다. 이 판결에 대해서 일본 학계의 태도는 부당이득의 본질상 형평설의 입장에서 지지하거나[58] 부당이득의 구조에 관한 독일민법과 일본민법의 비교를 통하여 긍정하기도 하지만[59], 대부분의 평가는 전용물소권을 인정하면 급부자가 중간자의 일반채권자보다 우선하게 되어 채권자평등의 원칙에 반한다고 하거나 급부자는 중간자의 수익자에 대한 비용상환청구권의 대위행사를 통하여 구제받을 수 있으므로 이에 더하여 전용물소권을 인정하면 수리대금에 대한 수익자의 이중지급위험이 있는 점,

---

52) 일본민법 제196조 ①점유자가 점유물을 반환하는 경우에는, 그 물건의 보존을 위하여 지출한 금액 그 밖의 필요비를 회복자로부터 상환하게 할 수 있다. 다만 점유자가 과실을 취득한 경우, 통상의 필요비는 점유자의 부담이 된다. ②점유자가 점유물을 개량하기 위하여 지출한 금액 그 밖의 유익비에 대해서는 그 가액의 증가가 현존하는 경우에 한하여, 회복자의 선택에 좇아 그 지출한 금액 또는 증가액을 상환하게 할 수 있다. 다만 악의의 점유자에 대해서는 법원은 회복자의 청구에 의하여 그 상환에 상당한 기간을 허여할 수 있다.

53) 加藤雅信, 전게서, 782頁 이하; 清水元, 전게논문, 758頁; 藤原正則, 전게서, 387頁 이하

54) 加藤雅信, 전게서, 782頁 이하, 清水元, 전게논문, 766頁 이하 참조.

55) 加藤雅信, 전게서, 782頁

56) 清水元, “費用償還請求権に関する基礎的考察(二・完)-三者関係を中心として-”, 民商法雜誌 98卷 1号, 1988, 50頁

57) 日最判 昭和45(1970)・7・16, 民集 24・909. 이른바 ‘불도저 사건’이다. 이 판결의 사안 및 판시내용은 정상현・이승현, “전용물소권의 인정여부에 대한 법리 재검토”, 성균관법학 제24권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2012.9, 369면 참조.

58) 我妻榮, 債權各論, 民法講義(下一), 岩波書店, 昭和55(1980), 1041頁

59) 藤原正則, “わが國における轉用物訴權のあり方”, 不當利得法と擔保物權法の交錯, 成文堂, 1997, 193頁 이하

수익자의 이득은 급부자와 중간자 간의 계약에 기한 급부의 반사적 이익일 뿐 부당한 이득이 아니라는 점, 이득에 상응하는 중간자의 부담이 없다는 점, 계약관계의 위험을 수익자에게 전가하는 것은 곤란하다는 점 등을 근거로 부정적[60]이거나 제한적[61]이다. 이와 같은 학설의 비판적 시각을 고려하여, 1995년 일본 최고재판소는 이른바 '빌딩개보수사건'을 통하여 전용물소권을 한정적인 범위에서 인정하는 입장으로 태도를 변경하였다.[62]

### 3. 검 토

전술한 점유자의 비용상환청구권에 대한 외국의 입법례와 우리민법의 규정을 대비하여 볼 때 가장 먼저 눈에 띄는 것은 독일에서는 대체로 선의 점유자와 악의 점유자(또는 소송계속 후의 점유자)를 구분하여 전자에게는 보다 넓은 범위의 비용상환청구권을 인정하고, 후자에게는 매우 한정된 범위에서만 이를 인정하는 데 반하여, 우리민법 제203조는 이러한 구분을 하지 않고 양자에게 완전하게 동일한 내용의 권리를 인정한다는 점이다. 그러나 프랑스와 일본의 태도는 우리민법과 유사하다. 즉 프랑스와 일본의 경우 기본적으로 점유자의 선의 · 악의보다는 점유자가 지출한 비용의 성격에 따라 그 상환범위 및 여부를 결정함으로써 부당이득원리가 보다 강하게 개입하고 있다. 그리하여 이들 나라에서는 점유자의 비용상환청구권이 기본적으로 전용물소권의 문제로 파악되고 있는 것이다. 다만 프랑스에는 이에 대한 명문규정이 존재하지 않고, 일본에는 우리민법 제203조와 유사한 제196조라는 명문규정이 존재한다는 차이만 있을 뿐이다.[63]

한편 민법 제741조의 성립요건 및 반환범위와의 차이를 통하여, 우리민법 제203

60) 広中俊雄, "ブルド-ザ-・ケ-スの問題性", 法學セミナ- 第215号, 昭和49年 2月(1974.2), 85頁; 好美清光, "不當利得法の新しい動向について(下)", 判例タイムズ 第387号, 1979.8, 27頁 이하; 四宮和夫, 事務管理・不當利得・不法行爲(上卷), 現代法律學全集 第10輯, 青林書院, 平成7(1995), 242-243頁; 內田貴, 民法 II, 債權各論, 東京大學出版會, 1997, 543頁; 山田幸二, "利得の正當化に關する一考察(二・完) : 不當利得における三角關係を中心に", 民商法雜誌 第93卷 第6号, 1986.3, 823頁

61) 水本浩, 不當利得-民法セミナ-7, 債權各論 下, 一粒社, 1985, 81頁 이하; 谷口知平, 不當利得の硏究, 有斐閣, 昭和24(1949), 230頁 이하 ; 松坂佑一, 不當利得論, 有斐閣, 1991, 253頁; 近江幸治, 民法講義 IV, 事務管理・不當利得・不法行爲, 成文堂, 2004, 72頁 ; 加藤雅信, 전게서(주1), 108頁 이하; 鈴木祿弥, 債權法講義, 創文社, 1990, 529-530頁; 三宅正男, "事務管理者の行爲の本人に對する效力", 不當利得・事務管理の硏究 3(谷口知平敎授還曆), 有斐閣, 昭和47(1972), 338頁 이하

62) 日最判 平成7(1995)・9・19, 民集 49・2805. 이 판결의 사안 및 판시내용은 정상현・이승현, 전게논문, 370-371면 참조.

63) 양창수, 전게서, 410면은 이러한 규정체계의 유사성을 근거로 우리민법은 일본민법을 통하여 프랑스민법의 태도를 이어받은 것으로 추측할 수 있다고 한다.

조는 점유자에 대하여 특혜를 주는 내용으로 구성되어 있음을 알 수 있다.[64] 그렇다면 그러한 특혜를 점유자에게 주는 이유는 무엇인가? 이는 제203조의 입법취지가 무엇인가에 대한 의문제기로 귀착될 것이다.[65] 제203조의 점유자의 비용상환청구권은 물권적 청구권이나 일반 부당이득과 구별되는 독자적인 채권적 권리로 구축되어 있다. 그런데 점유자와 회복자 사이에 중간자가 개재되는 경우, 즉 3자 간의 비용지출이 이루어진 사안에서 동 규정의 해석을 어떻게 전개하여야 하는지에 대해서 난관에 봉착하게 되었다. 이 경우 제203조의 제정에 직·간접적으로 영향을 미친 독일, 프랑스, 일본의 입법례는 각국의 입법사정에 따라서 그 인정 근거 및 범위를 달리하는 측면은 있지만, 학설과 판례를 통하여 결과적으로 점유자의 비용상환청구권을 인정한다. 그리고 이러한 결론의 근저에는 궁극적으로 부당이득의 일반원리 내지 당사자 간의 실질적 이익형량의 관점에 따라 점유자와 회복자의 관계에서 양자의 이익조정을 시도한 끝에 점유자를 우대하는 방향성을 나타낸 것으로 보인다. 이러한 시각은 3자 간의 비용지출이 이루어진 사안에서 제203조가 실질적 이익형량수단으로 기능할 수 있는 실천적 의미 내지 독자적 존재의의를 갖게 한다. 즉 이 경우 민법 제203조에 대해서 일반 부당이득반환청구권과는 다른 지위 내지 독자적인 지위를 인정할 가능성을 부여하게 되고[66], 그 결과 소유자에

---

64) 이에 대해서는 본 논문의 Ⅱ 1. 부분을 참조.

65) 이와 관련하여 구병수, "임차인의 비용상환청구권에 관한 연구", 논문집 제13집, 대구산업정보대학, 1999.6, 10면은 제203조에 대해서 한편에서는 손실자를 자기의 지출에 대한 아무런 배상이 없는 손실로부터 보호하고, 다른 한편에서는 소유자를 강제된 이득으로부터 보호한다는 이중의 목적을 추구하고 있으며, 소유자와 점유자관계에 있어서의 이익대립을 적절하고 정당하게 규율하는 규정이라고 한다.

66) 물론 이러한 이해는 프랑스나 일본이 우리민법 제203조의 기초가 되는 규정을 입법할 당시에 입법자가 내릴 수 있는 이익조정의 강조점을 어디에 둘 것인가에 따라 도출될 수 있는 여러 가지 방법 중 하나의 길을 선택한 것이며, 이익조정의 관점을 어떻게 볼 것인가에 따라(이와 관련하여 구병수, 전게논문, 6면은 우리민법과 독일민법의 규정을 비교해 보면, 독일민법이 비용상환의 문제에 관하여 소유자와 점유자 사이에 이해가 충돌될 때 소유자를 더 보호하는 입장인 반면에, 우리민법의 경우에는 상대적으로 점유자를 더 보호하고 있다고 이해한다), 그리고 변화되는 사회현실에 따라 새로운 이익조정이 시도될 가능성을 전면적으로 부정하는 것은 아니다. 그러므로 이에 대해서는 필자의 이해와 다른 입법론이 제시될 수 있는 가능성도 열려있다고 여겨진다. 실제로 양창수·권영준, 전게서, 406면은 기본적으로 제201조 이하의 규정이 뿌리를 두는 로마법에서는 선의취득제도가 인정되지 않아서 유상양수인의 소유권취득이 곤란하다는 사정이 함께 작용하여 그러한 고려가 있었던 것으로 여겨지지만, 제201조 이하의 규정은 그 보호를 선의의 유상·자주점유자에 한정하지 않으므로, 그와 같이 광범위한 점유자의 우대는 입법론적으로 의문이라고 한다. 또한 제철웅, "소유물반환청구권에 부수하는 채권관계를 독자적으로 규율할 필요가 있는가?", 채무불이행과 부당이득의 최근동향(김재형·제철웅 편), 박영사, 2013, 300면 이하는 권원없는 선의 점유자를 우대하는 정책을 부당이득법의 특칙으로 자리매김하고, 여타의 사안은 부당이득법의 일반법리에 맡겨 처리하도록 하는 것이 바람직할 것이며, 한걸음 더 나아가, 비용상환에 관한 시대관념의 변화를 반영할 필요가 있는지를 검토하는 것이 필요하다는

대한 부당이득반환청구권(이른바 전용물소권)과는 독립된 청구권의 기초로서 점유자의 비용상환청구권을 인정할 수 있게 될 것이다. ₩

## Ⅲ. 점유자의 비용상환청구권과 전용물소권의 관계

### 1. 문제의 제기

전술한 바와 같이 전용물소권과 점유자의 비용상환청구권의 관계에 대한 각국의 입법례를 검토해 보았다면, 지금부터는 양자의 관계에 대한 우리나라의 판례 · 학설의 태도가 어떠한지를 살펴보는 것으로 시각을 돌려 보고자 한다. 우선 비용상환청구권은 본질적으로 부당이득반환청구권의 성질을 가지는 것으로, 누가 누구에게 반환하여야 하는가의 문제에 있어서 누가 비용지출자이고 누가 이익을 취득한 이득자인지를 판단하여야 한다. 이러한 문제는 점유자와 회복자 간의 2당사자 관계의 경우에는 비교적 용이하게 해결될 수 있다.[67] 그런데 2002년 판례를 계기로 우리나라에서도 점유자가 도급인으로서 수급인과 수리계약을 체결하고 그에게 점유물을 인도하여 그로 하여금 이를 점유하게 하면서 수리하도록 한 경우에 회복자와의 관계에서 도급인과 수급인 중 누구를 비용지출자로 볼 것인지가 정면으로 문제되었다. 이는 비용상환청구권과 전용물소권의 관계를 어떻게 보아야 하는가의 문제이다. 이하에서는 이에 대한 학설과 판례의 태도를 살펴보고 그 타당성을 검토해 보기로 한다.

### 2. 전용물소권 및 점유자의 비용상환청구권의 인정여부

#### (1) 판 례

##### 1) 사실관계 및 소송경과

원고 甲(지분 2/4지분) 및 소외 B(지분 1/4)와 건물을 공유하고 있던 소외 A(지분 1/4)는 다른 공유자들의 동의를 얻지 않은 상태에서 1994년 5월 10일 건축업자인 피고 乙과 공사대금 2억 5천만 원에 건물 1층과 2층의 창호공사를 완성시키기로 하는 도급계약을 체결하였고, 乙은 약정기간 내인 같은 해 8월 9일 위 공사를

---

점을 지적하면서 입법론으로 제201조 내지 제203조는 모두 삭제하고, 그 중 부당이득법적 성격이 있는 규정만 일반부당이득법의 예외로 제748조 이하에서 각각 규율하는 것이 바람직하다고 주장한다.

67) 양창수 · 권영준, 전게서, 421면

완료한 후 A에 대하여 공사비지급을 청구하였으나 A가 이를 지급하지 못하자 위 건물의 1층과 2층 일부를 점유, 사용하고 있었다. 이에 원고 甲은 피고 乙을 상대로 건물의 인도와 점유, 사용에 대한 차임 상당액의 부당이득반환을 청구하였다. 제1심 법원은 피고 乙에 대하여 소외 A로부터 공사대금 2억 5천만 원을 지급받는 동시에, 원고 甲에게 위 건물을 인도하고, 공사완료 후 그 건물의 일부를 점유, 사용함으로 인하여 얻은 차임 상당액의 이득 중 원고 甲의 지분 2/4에 해당하는 부분을 부당이득으로서 반환해야 한다고 판시하였다.[68] 이에 원고 甲은 피고 乙이 점유, 사용하고 있는 건물의 차임이 저평가되어 부당이득으로 반환받을 수 있는 금액이 적다는 이유로 항소하였고, 피고 乙은 자신이 창호공사를 시행한 결과 1억 5천만 원에 상당하는 건물의 객관적 가치가 증가되었다고 하면서, 원고 甲에 대하여 그 중 甲의 지분 2/4에 상응하는 7천 5백만 원에 대하여 유익비 내지 부당이득을 이유로 한 반환청구소송을 반소로서 제기하였다. 원심법원은 제1심법원의 인정사실을 그대로 받아들이면서 전용물소권에 관한 피고 乙의 반소청구를 인용하였고[69], 이에 원고 甲은 상고하였다.

### 2) 대법원 판례

대법원은 전용물소권을 인정하게 되면 계약법의 기본원리에 반하고 다른 일반채권자의 이익을 해치게 되며 수익자인 제3자가 계약상대방에 대하여 가지는 항변권 등을 침해한다는 점을 근거로 전용물소권을 부정하였고, 이와 함께 본 사안과 같이 3자간의 비용지출이 문제되는 경우에 비용지출자를 누구로 볼 것인지에 대해서 "도급인이 그 물건을 간접점유하면서 궁극적으로 자신의 계산으로 비용지출과정을 관리한 것이므로, 도급인만이 소유자에 대한 관계에 있어서 민법 제203조에 의한 비용상환청구권을 행사할 수 있는 비용지출자라고 할 것이고, 수급인은 그러한 비용지출자에 해당하지 않는다"고 판시하였다.[70] 이 판결의 결론은 현재까지 일관되게 이어져 전용물소권이 부정되고 있다.[71]

---

68) 대전지방법원 1997.6.26. 선고 96가합9342 판결

69) 대전고등법원 1999.10.21. 선고 97나4515(본소)·98나1568(반소) 판결

70) 대법원 2002.8.23. 선고 99다66564(본소)·66571(반소) 판결. 이를 기초로 하여 동 대법원 판례는 "위와 같은 법리에 비추어 볼 때, …원심은 피고 乙에게 원고 甲에 대한 부당이득반환 내지 유익비상환청구권이 있다고 판단하였으니, 거기에는 부당이득반환청구 등에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다 할 것이고, 이러한 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다"고 하여 원고(반소피고) 甲 패소부분을 파기하고 이 부분 사건을 원심법원에 환송하였다.

71) 대법원 2005.4.15. 선고 2004다49976 판결; 대법원 2008.9.11. 선고 2006다46278 판결; 대법원 2010.6.24. 선고 2010다9269 판결; 대법원 2011.11.10. 선고 2011다48568 판결 등. 나아가 대법

**(2) 학 설**

1) 우리 민법학계의 일반적 견해는 전용물소권을 부정하는 판례의 태도를 지지하고 있으며[72], 비용지출자를 도급인으로 판단하는 부분에 대해서도 동일한 태도를 보이고 있다. 그 주요 논거는 다음과 같다.

첫째, 판례의 사안은 사실적 관점이 아니라 도급인의 시각에서 법적 평가가 이루어져야 하는 점을 전제로 하는 독일의 학설[73]을 원용하여[74], 단순히 물건 자체에 기여하는 '비용지출'[75]과 의식적이고 목적지향적인 타인재산의 증가행위를 의미하는 '급부'[76]는 그 목적성 또는 의사지향의 상이함을 표준으로 구별되어야 한다고 한다.[77] 그리고 이러한 인식을 기초로 본 사안을 '급부의 단계'와 '비용지출로의 전환단계'로 나누어 살펴보아야 한다고 한다. 즉 급부의 단계에서 수급인은 급부의 목적성만 있을 뿐 비용지출의 목적성은 찾아볼 수 없으므로, 수급인의 수리는 급부일 뿐이라고 한다.[78] 그런데 물건을 방해받지 않고 자기 뜻대로 사용·수익하기

---

원 2013.6.27. 선고 2011다17106 판결은 전용물소권에 대한 일관된 판례법리는 급부가 사무관리에 기하여 이루어진 경우에도 마찬가지로 적용된다는 입장을 취하였다.

72) 김형배, 사무관리·부당이득[채권각론II], 박영사, 2003, 303면 이하; 김주수, 채권각론, 제2판, 삼영사, 1997, 572면; 지원림, 전게서, 1642면; 송덕수, 채권법각론, 박영사, 2014, 428면; 제철웅, "3자관계에서의 부당이득 : 특히 전용물소권의 사안을 중심으로", 저스티스 제67호, 한국법학원, 2002.6, 71면 이하; 김우진, "소유권유보부매매 목적물의 부합과 부당이득", 민사판례연구 제33-1권, 박영사, 2011.2, 476면 이하; 이병준, "소위 전용물소권과 민법 제203조의 비용상환청구권-대법원 2002.8.23. 선고 99다66564, 66571 판결", Jurist 제410호, 청림인터렉티브, 2006.6, 260면; 홍성주, 전게논문, 76면 이하; 양창수, 민법주해 XVII권, 채권(10) (편집대표 곽윤직), 박영사, 2005, 231면 이하. 이와 달리 민법상의 명문규정이 없는 한 전용물소권을 전면적으로 인정하는 것은 곤란하지만, 형평에 맞는 결과를 실현시키기 위하여 일정한 요건 아래 제한적으로 인정할 수 있다는 견해(정태윤, "전용물소권에 관한 일고찰", 비교사법 제9권 제1호, 한국비교사법학회, 2002.4, 214면 이하, 김판기, "전용물소권-일본의 판례와 학설을 중심으로-", 법조 제55권 제10호, 법조협회, 2006.10, 152면 이하, 오시영, 민법강의, 학현사, 2006, 1671면 이하, 박세민, "양도에 의한 선의취득과 선의취득자의 부당이득", 비교사법 제18권 제4호, 한국비교사법학회, 2011.11, 1160면)도 주장되고 있다. 한편 부당이득에 대한 법경제학적인 분석방법을 동원하여 전용물소권은 배분적 효율의 관점에서 볼 때 거래비용의 증가를 초래하므로 원칙적으로는 인정할 수 없지만, 실제로 이익을 얻은 수익자가 악의였거나 또는 무상으로 이익을 얻은 경우에는 예외적으로 전용물소권을 인정하여야 한다는 견해(윤진수, "부당이득법의 경제적 분석", 서울대학교 법학 제55권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2014.9, 141-146면)에 의하면 제747조 제2항은 민법상 이질적인 규정으로서 목적론적 확장을 통하여 무상전득자에게도 반환책임을 인정해야 한다고 한다. 이 입장도 제한적 긍정설로 여겨진다.

73) Kaysers, a. a. O., S.125ff.

74) 홍성주, 전게논문, 86면

75) Kaysers, a. a. O., S.125ff.

76) Dimopoulos Vosikis, Die bereicherungs und deliktsrechtlicher Elemente der §§987-1003 BGB, Koln-Berlin-Bonn-Miinchen-Heymann, 1966, S.289

77) Wolf, a. a. O., S.209

78) Wolf, a. a. O., S.207f.

위해서 물건 그 자체에 이익이 되게 하려는 의사, 즉 비용지출의 의사를 가진 자는 도급인이므로 급부일 뿐인 수급인의 수리를 비용지출로의 전환단계로 전환시킨 자 역시 도급인이라고 한다.[79]

둘째, 대법원 판례에 의한 전용물소권의 부인이 우리민법에 내재한 평가와 일치하기 때문에, 제203조의 비용상환청구권상의 비용지출자는 도급인으로 해석해야 한다고 한다.[80] 나아가 만약에 전용물소권을 부정함에도 불구하고 수급인에게 제203조 소정의 비용상환청구권을 긍정하기 위해서는 "타인의 물건을 권원없이 점유하였다"는 사정 자체가 별도의 청구권을 인정할 정도로 보호가치가 있어야 하는데, 이를 정당화할 근거를 찾는 것은 매우 어렵다고 한다.[81] 또한 권원없는 점유자와 도급계약을 체결하여 비용을 지출한 경우 타인의 소유물을 점유하였는지 그렇지 않았는지는 지극히 우연적인 요소임에도 불구하고, 이러한 우연적인 요소에 의해서 계약상대방 아닌 소유자에 대해서도 별도의 청구권을 인정한다면, 법적용의 자의성이라는 비난을 피하기 어렵다고 한다.[82]

셋째, 수급인과 회복자 사이에 BGB 제994조 이하의 점유자소유자 관계법을 적용하여 수급인에게 회복자에 대한 비용상환청구권을 인정하는 독일의 일부 판례는 독일의 주류적 판례와 통설이 급부와 비용을 준별하고 전용물소권을 부정하고 있는 것과는 논리적으로 모순되는 것이라고 한다.[83] 다만 이러한 논리적 모순을 감내하면서도 독일의 일부 판례가 주류적 판례의 입장과 다른 판시를 하는 이유는 독일민법이 우리민법 제320조와 같은 유치권을 인정하지 않는 사정에 기인하여 발생된 나름의 필요성 때문이라고 한다.[84] 이러한 인식을 기초로 우리나라의 경우에는 독일과 달리 제320조의 유치권 규정을 두고 있고, 그러한 유치권도 비교법적으로 볼 때 그 인정범위가 광범위하므로, 굳이 수급인을 비용지출자로 보지 않더라도 유치권제도로 수급인을 충분히 보호할 수 있다고 한다.[85]

2) 그러나 이러한 판례 및 일반적 견해와 달리 판례의 사안을 구체적이고 실질

---

79) 송덕수, 전게서(주3), 251면
80) 이병준, 전게논문, 261면; 제철웅, 전게논문(주3), 98면
81) 제철웅, 전게논문(주3), 98-99면
82) 제철웅, 전게논문(주3), 99면
83) 홍성주, 전게논문, 88면
84) 즉 유치권을 인정하지 않는 독일민법에서는 수급인인 제3자에게 비용상환청구권을 인정하지 않는 한, 그는 소유자의 소유물반환청구에 응하여 그 물건을 반환하여야 하므로, 그러한 제3자는 아무런 보호를 받지 못하게 되는데, 이러한 결과는 영세업자인 수급인의 보호에 지극히 미흡할 수 밖에 없다는 것이다(제철웅, 전게논문(주72), 66면 이하 참조).
85) 제철웅, 전게논문(주3), 100-101면

적으로 고찰한다면 위 판례는 지나치게 법형식논리에 사로잡힌 것으로서 부당하다는 견해도 주장되고 있다.[86] 동 견해가 제시하는 주요 근거는 다음과 같다.

첫째, 이 경우 공사업자는 채권자대위권을 행사하여 공사를 맡긴 공유자를 대위하여 공사에 동의하지 않은 공유자를 상대로 부당이득반환의 청구를 할 수 있는 법적 지위에 있다고 보아야 한다고 한다. 왜냐하면 위 경우에 수급인이 사실상 그 건물을 직접 점유한 상태에서 자신의 계산으로 비용을 지출하지 않았다고 할 수 없기 때문이라고 한다.[87] 즉 도급이란 수급인의 지배 하에서 수급인의 책임 하에 일의 완성을 목적으로 하는 것이므로 비용의 지출 등은 어디까지나 수급인의 책임 하에서 이루어지는 것으로 공사가 완공된 후에 도급금액의 청구를 할 수 있는 것이라고 한다.[88]

둘째, 도급인이 이 건물을 간접점유한다는 위 대법원의 판시는 결국 수급인이 직접점유하고 있음을 시인하고 있는 점을 반증하는 것인데도 수급인을 점유자가 아니라고 하여 제203조에 의한 비용상환청구권을 인정하지 않는 것은 오히려 모순이라고 한다.[89]

### 3. 판례 · 학설의 검토

앞에서 살펴본 바와 같이, 이 문제에 대하여 2002년 대법원 판례나 일반적 견해 모두 점유자의 비용상환청구권과 전용물소권의 관계에 대한 직접적인 검토는 하지 않은 채 점유자의 비용상환청구권이 인정될 수 있는지 여부만을 판단하였다. 다만 대법원이 점유자의 비용상환청구권을 인정한 원심법원에 대해서 단지 부당이득반환청구 등에 관한 법리를 오해하였다는 이유로 파기환송한 사실만을 확인할 수 있을 뿐이다. 생각건대, 위 사안과 같이 3자관계에서의 비용지출이 문제되는 경우, 점유자의 비용상환청구권의 인정여부를 검토함에 있어서는 민법 제203조의 입법취지 내지 존재의의를 염두에 두어야 한다. 이러한 고려가 전제된다면 본 사안에서 점유자의 비용상환청구권의 인정여부에 대한 보다 타당한 해답을 얻게 되며, 나아가 이러한 작업을 통하여 점유자의 비용상환청구권과 전용물소권의 관계에 대한 문제해결의 실마리를 발견할 수 있다. 이러한 필자의 문제의식에 기초하여 본 사

86) 오시영, 전게서, 1649면
87) 오시영, 전게서, 1649면
88) 오시영, 전게서, 1649면
89) 오시영, 전게서, 1649면

안을 검토해 본 결과 판례 및 다수의 학설이 취하는 결론은 타당하지 않은 것으로 판단되었다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 제도의 존재의의와 관련하여, 점유자의 비용상환청구권에 관한 민법 제203조는 물권적 청구권과는 독립된 채권적 권리로서, 성립요건 및 반환범위에서도 일반 부당이득과 다른 독자적 규범으로 구축되어 있으며, 이는 3자 간의 비용지출이 이루어진 사안에서 실천적 의미를 갖는다. 이와 관련된 각국의 논의 역시 결과적으로 점유자의 비용상환청구권을 인정함으로써 이를 뒷받침하고 있다. 그리고 이러한 입법례의 근저에는 궁극적으로 부당이득의 일반원리 내지 당사자 간의 실질적 이익형량의 관점에 따른 이익조정 끝에 점유자를 우대하는 측면이 반영된 것이다. 그렇다면, 민법 제203조는 일반부당이득과 별개로 독자적으로 점유자에게 인정될 수 있는 또 하나의 구제수단을 규정한 것으로 이해될 여지가 있다. 이러한 이해에 따른다면 수급인에게 회복자에 대한 일반 부당이득반환청구권, 특히 전용물소권을 인정하면서 민법 제203조의 비용상환청구권이 인정될 수 있고, 설령 전용물소권이 부정된다고 하더라도 동조의 비용상환청구권까지 반드시 부정되어야 한다는 논리는 성립할 수 없다. 나아가 본 사안을 포함하여 전용물소권이 문제되는 경우에 전용물소권의 인정여부를 계약법원리 내지 계약의 상대적 효력과는 무관하게 부당이득의 일반요건으로 검토하여야 한다는 필자의 기본적인 시각에 따른다면[90], 수급인에게는 소유자에 대한 전용물소권과 제203조의 비용상환청구권이 모두 인정될 수 있다. 다만 후자의 권리가 부당이득의 특칙이므로 현실적으로 제203조의 권리만 행사될 수 있을 것이다(법조경합). 물론 견해에 따라서는 사무관리에 기한 비용상환청구권도 민법 제203조의 비용상환청구권과 독립된 청구권의 기초가 되어 두 권리가 경합하여 인정될 가능성이 있다.[91]

둘째, 일반적 견해 중 일부 입장이 '비용지출로의 전환단계'에서의 '비용지출자'라는 지위를 점유자와 회복자라는 2자간 관계와 이들 사이에 중간자(도급인)가 개재된 3자관계로 구분하여 다르게 해석하는 이유를 이해하기 어렵다. 즉 실질적인

90) 이러한 시각에 따른다면 전용물소권의 인정여부에 대해서 입법론은 별론하더라도 이를 해석론으로 인정할 수 있을 것이다. 이에 대한 자세한 내용은 정상현·이승현, 전게논문, 379-389면 참조.

91) 귀속성설에 의하면 사무관리의 성립에 관리의사를 요구하지 않으므로, 점유자에게는 소유자에 대한 사무관리에 기한 비용상환청구권(제739조 제1항)이 인정됨과 동시에 제741조에 기한 부당이득반환청구도 인정될 수 있다. 그러나 사회부조설에 의하면 타인의 물건을 권원없이 점유하고 있는 자에게 타인을 위하여 하는 의사, 즉 관리의사가 있어야 하는데, 일반적으로 그러한 자가 관리의사를 가지는 일은 가능하지 않으므로, 사무관리의 성립을 상정하는 것은 어렵게 된다. 이 점을 지적한 문헌으로 제철웅, 전게논문(주3), 76면 참조

비용지출자인 수급인의 입장을 도외시한 채 도급인만이 비용지출과정을 관리했다고 보는 것이 과연 부당이득법적 관점에 부합하는 해석인지 의문이다. 그렇다면 이 경우에는 제203조의 적용을 통하여 부당이득의 일반원리를 구현하는 것이 오히려 간명한 해석이라고 여겨진다.[92] 이러한 시각에 따르면 점유자는 중간자에 대해서 계약관계에 기한 급부를 한 자로서 이들 사이에서만 계약법원리를 적용하여 급부청산의 문제를 논의하고 소유자에 대해서는 점유자와 회복자 간의 이득과 손실의 불균형을 시정하는 부당이득의 일반원리를 적용하는 것이 되어, 결국 제203조의 입법취지에 부합하면서도 동조의 법적 지위를 충실하게 고려한 법적 평가가 된다고 생각한다. 이와 같이 수급인을 비용지출자로 볼 수 있다면, 그는 소유자에 대해서 독자적인 비용상환청구권으로서 제203조의 비용상환청구권을 행사할 수 있는 것이며, 도급인에 대해서는 계약상의 청구권을 행사할 수 있는 것으로, 이 양 청구권은 피청구자와 그 발생원인을 달리하는 별개의 청구원인으로 볼 수도 있을 것이다.

셋째, 우리민법이 수급인에게 유치권을 인정함과 별개로 3자간의 비용지출이 문제된 사안에서는 여전히 수급인에게 제203조의 비용상환청구권을 인정할 실익이 있다. 왜냐하면 도급계약과 같이 수급인이 도급인에 대한 선이행의무에 따라서 선이행한 경우, 수급인은 소유자에 대해서 더 이상 유치권을 행사할 수 없는 바, 이에 더하여 도급인의 무자력 등의 사유로 수급인이 도급인으로부터 반대급부를 받을 수 없는 불합리한 결과를 제203조의 비용상환청구권을 인정하는 것에 의하여 시정할 수 있기 때문이다. 또한 현실적으로도 소유자가 점유자에게 점유물반환청구의 소를 제기하면 점유자는 비용상환청구권에 기한 유치권 항변을 하거나 반소로서 비용상환청구를 하는 경우가 많다.[93] 이러한 결과를 인정하는 것은 수급인을 보호하려는 추가적 구제수단인 제203조의 비용상환청구권을 인정하려는 필자의 시각에도 부합된다. 또한 독일과의 비교법적 고찰을 통하여 우리민법 하에서는 유치권으로 충분히 수급인을 보호할 수 있으므로, 수급인에게 제203조의 비용상환청구권을 인정할 필요가 없다는 견해에 대해서는 다음과 같은 비판이 가능할 것이다.

---

92) 급부단계와 비용지출전환단계를 구별하는 견해에 대해서는 비용은 (BGB의 용어법에 따르더라도) 일반적으로 객관적 개념으로 파악되고 있는 것이지, Wolf와 같이 주관적인 의미가 부여되지 않으며(Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 16.Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München, 1993, Rdnr.894f.), Wolf에 의한 의사의 방향성에 기초하는 급부와 비용의 구별은 경우에 따라서는 명확하게 이루어질 수 없는(Ursula Köbl, Die Eigettümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, Berlin, 1971, S.330) 등의 비판이 존재한다.

93) 양창수・권영준, 전게서, 417-418면

독일의 경우 전용물소권이 부정됨에도 불구하고, 3자관계에서의 비용지출이 문제되는 사안에서 주류적 판례와 다수의 학설은 전용물소권의 실질을 가지는 점유자의 비용상환청구권을 독립적으로 인정하였다. 그런데 이러한 결론을 내릴 당시 주된 고려대상이 되었던 것은 당사자 간의 실질적 이익형량에 기초한 점유자(수급인)의 요보호성이었다. 따라서, 당시의 판례나 다수의 학설이 독일민법은 유치권제도가 없었기 때문에 점유자의 비용상환청구권을 인정할 수 밖에 없었음을 인식하고 판단을 내렸다고는 단정할 수 없다.

넷째, 이러한 점에서 2002년의 대법원 판례의 결론 역시 구체적 타당성의 측면에서 설득력이 떨어진다고 생각한다. 한걸음 물러서서 '특별한 사정이 없는 한' 간접점유자가 그 비용을 최종적으로 부담하는 자이므로 비용상환청구의 청구권자가 된다는 판례의 입장을 고려하더라도, 위 판례의 사안에서는 직접점유자인 수급인이 도급인으로부터 사무처리비용을 받지 못하게 되어 손실이 있고, 수급인의 비용지출에 의하여 물건의 소유자에게 이득이 발생된 '특별한 사정'이 인정되므로, 수급인에게 제203조의 비용상환청구권을 인정하는 것이 더욱더 합리적이라고 생각한다. 또한 앞서 제시된 바와 같이 '급부'와 '비용지출로의 전환'을 하나로 통합하여 평가함으로써 수급인을 비용지출자로 볼 수도 있을 것이므로, 수급인의 소유자에 대한 비용상환청구권을 긍정할 수 있는 근거로 삼을 수 있으며, 전용물소권을 부정하는 견해 중에도 이러한 해석의 가능성을 열어두는 입장이 있다.[94]

## Ⅳ. 결 어

로마법시대부터 점유자의 비용상환청구권과 전용물소권은 각각 독자적인 제도로 발전하여 왔지만, 시간과 장소 등 역사적·사회적 변화에 따라 3자관계에서의 비용지출이 문제되는 사안에서 양자의 관계를 어떻게 이해할 것인지에 대한 문제가 발생하였다. 이에 대한 각국의 입법례는 양자의 관계에 대한 직접적인 해명은 하지 않은 채, 양자의 인정여부에 대해서만 각각의 입법환경에 따른 처리를 해 왔다. 물론 이러한 사정은 우리민법의 경우에도 동일하며, 다만 사회적, 문화적 환경의 차이로 인하여 독자적 판단의 여지도 존재한다.

그렇다면 우리나라에서는 양자의 관계를 어떻게 보아야 할 것인가? 점유자의 비

94) 홍성주, 전게논문, 86-87면

용상환청구권은 기본적으로 소유물반환관계가 전제되어야 하고 부당이득의 성질을 가지는 것이지만, 점유자와 회복자 간의 이익조정에 대한 입법자의 결정이 반영된 특칙인 제203조라는 독자적·일반적 규정을 통하여 인정되었다. 그리고 적어도 부당이득법의 취지에 비추어 볼 때에도 계약관계에 있지 않은 수급인과 소유자 사이에서는 수급인에게 비용상환청구권을 인정하는 것이 타당해 보인다. 결국 부당이득의 특칙인 점유자의 비용상환청구권 자체에 독자적 지위를 부정할 이유는 없다. 이는 본고가 문제삼는 것과 같은 실질적 이익형량이 필요한 사안의 경우, 점유자(손실자)의 소유자에 대한 제203조의 비용상환청구권이 청구권의 독립적 기초로 인정될 가능성이 있는 점을 의미하는 것으로 귀결될 수 있을 것이다. 이러한 인식을 기초로 한다면 2002년 판례 사안의 경우, 수급인의 소유자에 대한 제203조의 비용상환청구권이 독자적으로 인정되어야 하며, 이와 다른 결론을 내린 판례 및 일반적 견해의 태도는 재고되어야 한다고 생각한다.

(논문투고일 : 2015.05.25, 심사개시일 : 2015.05.27, 게재확정일 : 2015.06.25)

**이 승 현**

점유자, 회복자, 점유자의 비용상환청구권, 직접점유자, 간접점유자, 부당이득, 전용물소권

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 국내문헌

### 1. 단행본

강태성, 물권법, 대명출판사, 2014.
고상룡, 물권법, 법문사, 2001.
곽윤직・김재형, 물권법, 박영사, 2014.
김민중, 물권법, 법영사, 2014.
김상용, 물권법, 화산미디어, 2010.
김영규, 물권법, 진원사, 2015.
김주수, 채권각론, 삼영사, 1997.
김준호, 물권법, 법문사, 2013.
김증한・김학동, 물권법, 박영사, 1997.
김형배, 사무관리・부당이득[채권각론Ⅱ], 박영사, 2003.
김형석, 주석민법, 물권(1)(편집대표 김용담), 한국사법행정학회, 2011.
박종두, 물권법, 삼영사, 2010.
송덕수, 물권법, 박영사, 2014.
_____, 채권법각론, 박영사, 2014.
양창수, 민법주해 Ⅳ권, 물권(1) (편집대표 곽윤직), 박영사, 2009.
_____, 민법주해 XVⅡ권, 채권(10) (편집대표 곽윤직), 박영사, 2005.
양창수・권영준, 권리의 변동과 구제(민법Ⅱ), 박영사, 2012.
양형우, 민법의 세계, 진원사, 2014.
오시영, 민법강의, 학현사, 2006.
이덕환, 물권법, 율곡미디어, 2011.
이영준, 물권법, 박영사, 2009.
이은영, 물권법, 박영사, 2002.
지원림, 민법강의, 홍문사, 2015.
최병조, 로마법강의, 박영사, 1999.
현승종・조규창, 로마법, 법문사, 1996.
홍성재, 물권법, 대영문화사, 2014.

### 2. 논 문

구병수, “임차인의 비용상환청구권에 관한 연구”, 논문집 제13집, 대구산업정보대학, 1999.6.

김우진, “소유권유보부매매 목적물의 부합과 부당이득”, 민사판례연구 제33-1권, 박영사, 2011.2.

김판기, “전용물소권-일본의 판례와 학설을 중심으로-”, 법조 제55권 제10호, 법조협회, 2006.10.

박세민, “양도에 의한 선의취득과 선의취득자의 부당이득”, 비교사법 제18권 제4호, 한국비교사법학회, 2011.11.

윤진수, “부당이득법의 경제적 분석”, 서울대학교 법학 제55권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2014.9.

이병준, “소위 전용물소권과 민법 제203조의 비용상환청구권: 대법원 2002.8.23. 선고 99다66564, 66571 판결”, Jurist 제410호, 청림인터렉티브, 2006.6.

정상현・이승현, “전용물소권의 인정여부에 대한 법리 재검토”, 성균관법학 제24권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2012.9.

정태윤, “전용물소권에 관한 일고찰”, 비교사법 제9권 제1호, 한국비교사법학회, 2002.4.

제철웅, “3자관계에서의 부당이득: 특히 전용물소권의 사안을 중심으로”, 저스티스 제67호, 한국법학원, 2002.6.

_____, “도급계약상의 수급인과 민법 제203조의 비용상환청구권”, 법조 제52권 제6호(통권 제561호), 법조협회, 2003.6.

_____, “소유물반환청구권에 부수하는 채권관계를 독자적으로 규율할 필요가 있는가?”, 채무불이행과 부당이득의 최근동향(김재형・제철웅 편), 박영사, 2013.

홍성주, “전용물소권과 민법 제203조 소정의 비용상환청구권”, 판례연구 제14집, 부산판례연구회, 2003.

## Ⅱ. 외국문헌

加藤雅信, 事務管理・不當利得・不法行爲, 新民法大系V, 有斐閣, 平成17(2005).

_____, 財産法の体系と不当利得法の構造, 有斐閣, 昭和61(1986).

谷口知平, 不當利得の研究, 有斐閣, 昭和24(1949).
広中俊雄, “ブルド-ザ-・ケ-スの問題性”, 法學セミナ- 第215号, 昭和49年 2月 (1974.2).
_____, 物權法 第2版, 青林書院, 昭和57年(1982).
近江幸治, 民法講義 Ⅳ, 事務管理・不當利得・不法行爲, 成文堂, 2004.
內田貴, 民法 Ⅱ, 債權各論, 東京大學出版會, 1997.
藤原正則, “わが國における轉用物訴權のあり方”, 不當利得法と擔保物權法の交錯, 成文堂, 1997.
_____, 不當利得法, 信山社, 2002.
四宮和夫, 請求権競合論, 一粒社, 昭和53年(1978).
_____, 事務管理・不當利得・不法行爲(上卷), 現代法律學全集 第10輯, 青林書院, 平成7(1995).
山田幸二, “利得の正當化に關する一考察(二・完) : 不當利得における三角關係を中心に”, 民商法雜誌 第93卷 第6号, 1986.3.
三宅正男, “事務管理者の行爲の本人に對する效力”, 不當利得・事務管理の研究 3 (谷口知平敎授還曆), 有斐閣, 昭和47(1972).
松坂佑一, 不當利得論, 有斐閣, 1991.
水本浩, 不當利得-民法セミナ-7, 債權各論 下, 一粒社, 1985.
我妻榮, 債權各論, 民法講義(下一), 岩波書店, 昭和55(1980).
我妻栄・有泉亨, 新訂物權法(民法講義II), 岩波書店, 昭和58年(1983).
鈴木祿弥, 債權法講義, 創文社, 1990.
舟橋諄一, 物權法(法律学全集), 有斐閣, 昭和35年(1960).
清水元, “費用償還請求権に関する基礎的考察(一)-三者関係を中心として-”, 民商法雜誌 97卷 6号, 1988.
_____, “費用償還請求権に関する基礎的考察(二・完)-三者関係を中心として-”, 民商法雜誌 98卷 1号, 1988.
好美清光, “不當利得法の新しい動向について(下)”, 判例タイムズ 第387号, 1979.8.
Detlef König, Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragsleistung nach französischem Recht, Dissertation Freiburg im Breisgau, Metzner, Frankfurt a. M., 1967.
Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 16.Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München, 1993.

Dimopoulos Vosikis, Die bereicherungs und deliktsrechtlicher Elemente der §§987-1003 BGB, Koln-Berlin-Bonn-Miinchen-Heymann, 1966.

Dirk A. Verse, Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, Eine kritische Betrachtung aus historisch-rechtsvergleichender Sicht, 22.Aufl., Mohr Siebeck, 1999.

Ernst von Caemmerer, Bereichrung und unerlaubte Handlung, Gesammelte Schriften, Bd.I, Rechtsvergleichung und Schuldrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 1968.

Günter Hass, *Die Verwendungsersatzansprüche im Eigentümer-Besitzer-Verhaltnis und die aufgedrängte Bereicherung*, Acp 176, 1976.

Hans Henning Kaysers, Der Verwendungsersatzanspruch des Besitzers bei vertraglichen Leistungen, E. und W. Gieseking, 1968.

Hans Theodor Soergel-Wolfgang Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.III, Schuldrecht II, 10.Aufl., Stuttgart : Kohlhammer, 1969.

Harm Peter Westermann, Sachenrecht, 7.Aufl., Verlag C.F.Müller, 1998.

Harry Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3.Aufl., C.F.Müller, 1956.

A. Hassinger, Verwendungsanspruch des Werkunternehmers gegenüber dem Sicherungseigentümer. NJW 1957.

Grasmann, Rechte des Werkunternehmers gegen dem Sicherungseigentümers aus der Instandsetzung von Kraftfahrzeugen, MDR 1953.

Horst von Müller, Verwendungsanspruch und Kreditrisiko, in : Festschrift für Friedrich Lent, C.H.Beck, 1957.

Johannes Denecke-Kurt Herbert Johannsen-Wilhelm Kregel, RGR-Kommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Bd.III, Sachenrecht, 10.Aufl., Berlin, 1954.

J. v. Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.III, Sachenrecht, 1.Teil, 11.Aufl., Berlin, 1956.

Karl Firsching, *Der Verwendungsanspruch des Unternehmers gegen die Eigentümer*, Acp 162, 1963.

Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd.II, Besonderer Teil, 11.Aufl., C.H.Beck,

1977.

Ludwig Enneccerus-Martin Wolf-Ludwig Raiser, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd.III. Sachenrecht : Ein Lehrbuch, Sachenrecht, 10. Bearb., Mohr Siebeck, 1957.

Manfred Wolf, *Die Verwendungsersatzansprüche des Besitzers im Anspruchssystem*, Acp 166, 1966.

Martin Wolff-Ludwig Raiser, Sachenrecht, 10.Aufl., Tübingen, 1957.

Ursula Köbl, Die Eigettümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, Berlin, 1971.

Werner Flume, *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwickerung vom römischen zum geltenden Recht*, Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen, 1953.

André Rouast, L'enrichissement sans cause et jurisprudence civile, Revue trimestrielle de droit civil, 1922.

abriel Marty et Pierre Raynaud, Droit civil, Les obligations, T.II, 1ervol., Sirey, 1962.

Christian Larroumet, Droit civil. Tome II, Les biens. Droits reels principaux, 2eéd., Paris : Economica, 1988.

François Terré et Yves Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T.II, 11eéd., Dalloz, 2000.

Henri, Léon et Jean Mazeaud, Leçons de droit civil, T.II, Obligations, 3eéd, Éditions Montchrestien, 1966.

Jean Carbonnier, Droit civil 4-Obligations, 12eéd., Press Universitaires de France, 1985.

Rémy Cabrillac, Droit des obligations, Dalloz, 1995.

## Ⅲ. 기타자료

민의원법제사법위원회민법안심의소위원회, 민법안심의록(상권), 1957.

Motive zu dem Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Bd. III, 1888.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. III, 1898.

Abstract

# A Review of the Relationship between Possessor's right to demand reimbursement of expenses in Korean Civil Code Article 203 and Action De in Rem Verso

Seung-Hyun Lee*

Possessor's right to demand reimbursement of expenses and *"actio de in rem verso"* have each developed into separate systems since the Roman law. Incidentally, a problem concerning how to understand bilateral relations when payment of expenses in third-party relationships became problematic with historic and social changes (e.g. time and place changes, etc.) has arisen. As for each nation's legislation cases related to the problem, bilateral relations have not been explained directly and only the arraignment of both sides has been handled according to each legislative environment. Of course, our Civil Code, which has adopted various nations' Civil Codes or has been enacted based on them, has generally followed the tendency; but some areas that require independent judgements under our Civil Code have also been created. One of them is the problem concerning establishment of the relationship between possessor's right to demand reimbursement of expenses and possessor's *"actio de in rem verso"*. Then what should be the right understanding of bilateral relations?

In general, the relationship where one of the sides claims the return of the article owned and the other side returns it should be the

* Researcher, SungKyunKwan University BK21+(A Research on Educational Reform for Cultivating Law Professional in ICT Global Legal Standards)

prerequisite for possessor's right to demand reimbursement of expenses and the right is the substantial right of *"actio de in rem verso"* with the nature of unjust enrichment. However, in terms of both history and legal analysis it should be right to see that our Civil Code Article 203 was recognized through the independent general rule reflecting the legislator's decision about interest adjustment between a possessor and retriever. Therefore, the right to demand reimbursement of expenses in Article 203 is neither annexed to the right to demand reimbursement of expenses and nor subordinate to the right of claiming general restitution of unjust enrichment in Article 213. In addition, in compliance with the intent of the unjust enrichment law it seems to be more appropriate to acknowledge possessor's right to demand reimbursement of expenses in the relationship between a contractor and owner, which is for the sake of substantive equity. Finally, it is considered that regarding possessor's right to demand reimbursement of expenses as the substantial right of *"actio de in rem verso"*, which is considered as the same as the right of claiming restitution of unjust enrichment in discussion, is sufficient; and it is unnecessary to deny the independent status of the right itself. As for an issue that needs substantial balancing of interest, as in the question this piece of writing is raising, it is possible to be able to conclude that possessor's (loser) right to demand reimbursement of expenses could be recognized as the basic of an independent right of claiming (independent from owner's (beneficiary) right of claiming restitution of unjust enrichment).

The exploration of the issue of payment of expenses in third-party relationships raised by the precedent of 2002 based on this perception revealed no logical necessity of having to deny contractor's right to demand reimbursement of expenses despite denial of *"actio de in rem verso"*. However, in this issue it is thought to be better to recognize contractor's right to demand reimbursement of expenses - independent

right - and the precedents and many theories that have drawn different conclusions should be reconsidered.

**Seung-Hyun Lee**

possessor, person entitled to restoration, possessor' s right to demand reimbursement of expenses, direct possessor, indirect possessor, unjust enrichment, *actio de in rem verso*

# 계약체결상의 정보제공의무와 매매목적물의 하자에 관한 설명의무

## - 독일민법상의 하자에 관한 매도인의 정보제공의무를 중심으로 -

임 건 면*

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 정보제공의무의 의의
1. 정보제공의무의 인정근거
2. 정보제공의무의 요건 및 정보 제공의무 판단 시 고려 사항
3. 정보제공의무 위반의 효과
Ⅲ. 독일민법상 하자에 관한 매도인의 정보제공의무
1. 매도인의 매매매목적물의 하자에 대한 조사의무
2. 객관적 의무위반으로서 하자 있는 목적물의 급부
3. 매도인의 하자에 대한 정보제공 의무와 악의의 묵비에 대한 고의책임
Ⅳ. 목적물의 하자와 관련한 독일 민법상의 정보제공의무와 우리민법에의 시사점
Ⅴ. 결론

## 【국 문 요 약】

법률분야에서 뿐만 아니라, 모든 분야에서 정보의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다. 특히 계약 당사자는 자기에게 유리한 계약을 체결하기 위하여 다양한 정보를 수집·분석하고, 그에 따른 위험을 스스로 감수하게 된다. 이러한 자기책임의 원칙은 사적자치의 원칙의 핵심적 내용이기도 하다. 그러나 양 계약 당사자의 정보의 불균형성으로 인하여 "정보적" 약자를 보호할 필요성이 대두되었고, 이는 정보제공의무라는 용태의무로 나타나고 있다.

본고에서는 일반적인 정보제공의무의 근거, 요건과 효과를 살펴보고, 특히 매매계약과 관련하여 매도인의 목적물의 하자에 관한 정보를 제공하거나 설명할 의무가 있는지를 독일의 개정 민법을 중심으로 검토하였다. 그 결과 매도인은 목적물을 조사할 의무를 원칙적으로 부담하지 않기 때문에, 하자에 관한 정보제공 내지는 설명할 의무를 제한적으로 인정할 수 밖에 없다는 결론에 도달하였다. 이는 매매

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

계약의 특성과 양 계약당사자의 이해관계와도 일치한다. 물론 독일 개정 민법은 하자담보책임을 채무불이행책임과 결부시키고 있지만, 그렇다고 해서 매도인은 목적물에 하자가 있더라도 모든 하자를 밝히거나 이에 대한 정보를 제공해야 할 의무를 항상 부담하는 것은 아니다. 하자에 관한 설명의무를 아무런 제한 없이 부담하는 것이 아니라, 매수인의 구매결정에 중요한 의미 있는 사정이나 상황에 한정해서 매도인은 이를 설명하고 밝힐 의무를 부담하게 된다.

우리의 하자담보법의 체계와 독일의 그것이 반드시 일치하고 있지는 않지만, 독일에서의 하자담보책임과 정보제공의무와 관련한 이러한 논의는 우리 민법의 해석과 적용 그리고 민법 개정에 참고가 될 수 있을 것이다.

## Ⅰ. 서론

법률관계를 포함한 모든 분야에 있어 정보는 합리적 판단을 내리거나 의사결정을 함에 있어 없어서는 안 될 필수불가결의 요소이다. 특히 계약 당사자는 자기에게 유리한 계약을 체결하기 위하여 다양한 정보를 수집 분석하고, 그에 따른 위험을 스스로 감수하게 된다. 즉 잘못된 정보의 수집과 분석으로 인하여 본래 자신이 의도했던 계약목적을 달성할 수 없거나 또는 본인이 원했던 이익을 얻지 못하거나 심지어 불이익을 받게 되더라는 이는 자기책임의 결과로서 받아들일 수 밖에 없는 것이며[1], 이는 사적자치의 원칙의 핵심적 내용이기도 하다. 근대 계약법상 사적자치의 원칙 내지는 계약자유의 원칙은 자기결정에 기초한 것이고, 이를 통하여 계약의 정의가 실현된다는 사상에 기초하고 있기 때문에, 이러한 자기책임은 계약을 체결함에 있어 허용된 자유의사 결정의 대가이다.[2]

그러나 실거래에서는 경제구조상 계약당사자, 예를 들면 사업자와 소비자 사이에 필연적으로 정보의 비대칭성 내지는 불균형이 나타나게 되며, 이러한 현상은 분업화・전문화 과정을 통해서 그 정도가 점점 심해지고 있다는 것은 주지의 사실이다. 그 결과 잘못된 정보의 수집과 분석에 따른 위험에 대한 자기책임의 원칙을 수정할 필요성이 대두되었고, 이는 계약체결상의 정보제공의무 또는 설명의무로 나타나게 되었다.[3]

정보제공의무란 계약을 체결하는 당사자간에 정보량에 차이가 있는 거래에서 보다 많은 정보를 가진 일방당사자가 상대방의 계약체결의 의사결정에 필요하고 중요한 사정에 대하여 정보를 제공해야 할 법적 의무를 말한다.[4] 이러한 의무는 계약 당사자 사이의 정보의 수집과 분석에 있어서의 불균형을 교정하기 위하여 부과되지만, 그렇다고 해서 계약의 일방당사자가 상대방의 의사결정에 필요한 모든 정

---

1) 대법원 2002.8.20. 선고 2000다19355 판결.
2) 박인환, 독일법상 정보제공의무위반을 이유로 하는 계약해소청구권, 민사법학, 2005, 134면.
3) 엄격한 의미에서 정보제공의무와 설명의무 또는 고지의무는 구별된다. 정보제공의무는 계약성립 전에 계약의 의사를 결정할 수 있는 중요한 사항을 제공할 의무인 반면에, 설명의무는 계약성립 시 또는 성립 후에 계약의 내용에 대한 중요한 사항을 상대방에게 알려 주어야 할 의무를 말하며, 고지의무란 계약당사자 일방이 타방에 대하여 계약과 관련한 사항에 대하여 알릴 의무를 말한다(이에 관해서는 송오식, “소비자계약에서 정보제공의무”, 전남대 법학논총, 제29집 제1호, 2009, 86면 이하). 그러나 이러한 개념이 항상 명백히 구별되는 것은 아니기 때문에, 본고에서는 같은 의미로 사용하였다.
4) 최상호, “계약상의 정보제공의무에 관한 연구”, 김형배교수화갑기념논문집, 1994, 168면.

보를 제공할 의무를 부담하여야 하는지는 상당히 의심스럽다. 왜냐하면 계약자유의 원칙에 따르면 계약체결의 위험과 이에 따른 불이익을 본인 스스로 감수하여야 하는데, 상대방에게 정보제공의무 내지는 설명의무를 부담시키는 것은 계약자유의 원칙에 반하는 결과를 가져올 수도 있기 때문이다.[5]

정보제공의무의 위반 형태는 잘못된 정보를 제공한 경우와 정보를 밝히지 않은 부작위의 경우로 나누어 살펴 볼 수 있는데, 정보를 제공하지 않았거나 잘못된 정보를 제공하였다고 해서 무조건 이에 대한 책임이 발생하는 것은 아니며, 오히려 당사자 본인이 상대방이 제공한 정보의 정확성에 대하여 판단하여야 하는 것이다.[6] 정보제공의무의 위반은 기망행위에 의하여 이루어지는 경우가 대부분이다. 이러한 기망행위는 작위에 의할 수도 있으며 부작위에 의한 경우도 있는데, 기망행위를 원인으로 계약을 취소하기 위해서는 그 기망행위가 거래관념상 위법한 것이어야 한다. 즉 기망행위의 위법성 여부는 사회의 일반거래관념과 신의칙에 따라 결정된다. 상거래에서는 어느 정도 타인의 무지나 착오를 이용하는 것이 허용되기 때문에, 모든 기망행위가 다 위법한 것은 아니다. 특히 매매에 있어 "매매는 매매이기 때문에 매수인은 주의해야 한다(Augen auf, Kauf ist Kauf.)"는 법언은 원칙적으로 계약체결은 본인의 책임하에 이루어지며, 그에 대한 결과에 대해서도 본인 스스로 이를 감수해야 한다는 것으로 이해된다.

최근 제정된 국제규범과 외국의 민법개정 내용 중 가장 핵심적인 것의 하나는 계약체결 전 단계에서의 용태의무(vorvertragliche Verhaltenspflichten)의 하나로 인정된 정보제공의무였다. 정보제공의무의 중요성은 날로 그 중대성이 커지고 있으며, 우리나라의 경우도 예외는 아니다. 우리 민법은 정보제공의무에 관한 일반규정을 두고 있지 않다. 그 동안 정보제공의무에 관한 우리나라에서의 논의는 소비자보호와 관련한 내용이 주류를 이루었고, 최근에는 민법개정과 관련하여 그 논의가 활발하다. 그러나 소비자보호 영역과 같은 특정 분야를 제외하고는 구체적인 사안에 따른 정보제공의무에 관한 논의는 아직 활발하지 못한 형편이다.

본고에서는 정보의 활용도가 가장 많은 부분 중의 하나인 매매계약과 관련한 매도인의 정보제공의무 내지 설명의무(또는 고지의무)를 중심으로 살펴보고자 한다. 특히 매매목적물에 하자가 있는 경우, 매도인의 하자에 관한 정보제공의무의 성립

---

5) 위계찬("계약체결과정에서 설명의무의 근거", 원광법학 제23권 제2호(2007.9.) 169면) 역시 이러한 의문점을 제기하고 있다.

6) 대법원 2012.2.9. 선고 2011다14671 판결.

여부, 요건과 효과 등은 실거래에서도 상당히 중요한 의미가 있다.

이러한 논의를 위하여 이하에서는 우선 정보제공의무를 일반적인 개념을 살펴보고(II), 독일 매매법에서의 정보제공의무 내지는 정보제공의무에 관한 내용을 현행 독일민법을 중심으로 고찰(III)하기로 한다. 그 후 독일에서의 정보제공의무에 관한 논의가 우리 법에 시사하는 점(IV)을 살펴보고자 한다.

## Ⅱ. 정보제공의무의 의의

이미 언급한 바와 같이 계약체결상의 정보제공의무는 정보면에서 우위에 있는 계약 당사자가 상대방의 체결의 의사결정에 중요한 사정에 대하여 정보를 제공하여야 할 법적 의무를 말하며, 정보제공의무의 위반형태는 잘못된 정보를 제공한 경우와 정보를 제공하지 않은 부작위의 경우로 나누어진다. 그러나 잘못된 정보 또는 정보를 제공하지 않았다고 해서 무조건 이에 대한 책임이 발생하는 것은 아니다. 특히 정보를 제공하지 않은 부작위의 경우에는 작위의무를 전제로 하며 작위의무가 객관적으로 인정되는 이상, 정보제공의무자가 설명의무의 존재를 부주의 또는 착오로 인식하지 못한 경우에도 이에 대한 책임이 성립하게 된다.[7)]

### 1. 정보제공의무의 인정근거

특히 정보조달능력이 없는 계약당사자는 충분한 정보를 갖지 못한 상태에서 계약을 체결하게 됨으로써 계약목적 달성에 어려움을 겪게 될 가능성이 상당히 높다. 그러나 우리민법은 계약체결단계에서의 정보제공의무에 관한 직접적인 규정을

---

7) 더욱이 판례(대법원 2012.04.26. 선고 2010다8709 판결)는 “작위의무는 법적인 의무이어야 하므로 단순한 도덕상 또는 종교상의 의무는 포함되지 않으나 작위의무가 법적인 의무인 한 그 근거가 성문법이건 불문법이건 상관이 없고 또 공법이건 사법이건 불문하므로, 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론이고 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무”는 성립할 수 있다고 보고, “다만 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상의 작위의무는 혈연적인 결합관계나 계약관계 등으로 인한 특별한 신뢰관계가 존재하여 상대방의 법익을 보호하고 그에 대한 침해를 방지할 책임이 있다고 인정되거나 혹은 상대방에게 피해를 입힐 수 있는 위험요인을 지배·관리하고 있거나 타인의 행위를 관리·감독할 지위에 있어 개별적·구체적 사정하에서 그 위험요인이나 타인의 행위로 인한 피해가 생기지 않도록 조치할 책임이 있다고 인정되는 경우 등과 같이 상대방의 법익을 보호하거나 그의 법익에 대한 침해를 방지하여야 할 특별한 지위에 있음이 인정되는 자에 대하여만 인정할 수 있는 것”이라고 판시하여 제한적으로 작위의무를 인정하고 있다. 따라서 특별한 지위에 있지 아니한 자는 작위의무를 부담하지 않는다.

두고 있지는 않다. 그렇다고 해서 이것이 정보제공의무를 부정해야 된다는 것을 의미하는 것은 아니다. 그렇다면 무엇을 근거로 정보제공의무를 인정할 것인가와 어느 정도까지 정보를 제공하여야 하는가의 문제가 발생한다. 더욱이 정보를 제공하지 않은 부작위의 경우 정보제공의무를 위반한 자에 대한 책임을 묻기 위해서는 확실한 근거가 요구된다. 이에 대해서는 소비자보호와 관련하여 주로 문제가 되는 정보적 약자의 보호, 신뢰관계 그리고 신의칙이나 거래관행 등이 정보제공의무의 근거로 언급되고 있다.

**1) 정보적 약자의 보호**

계약 당사자간의 정보불균형의 상태를 교정하여 "정보적" 약자[8]를 보호하기 위해서[9] 정보보유자는 정보를 제공하여야 한다는 것이다. 계약당사자는 계약과 관련한 여러 사정에 대한 정보와 인식을 기초로 하여 계약을 체결할 것인지의 여부와 어떤 내용의 계약을 체결할 것인가를 결정하게 되므로 정보나 사정에 대한 인식은 계약자유 또는 자기의사결정의 전제가 된다. 만약 정보의 불균형이 있는 경우에는 계약 당사자의 계약의사도 왜곡될 수 밖에 없으며, 이는 사회질서 전체의 측면에서 보아도 불투명하고 공정하지 못한 시장질서를 형성하게 된다.

그러나 정보적 약자의 보호는 그 적용범위가 상당히 제한적일 수 밖에 없다. 정보적 약자의 보호는 소비자보호 분야와 같은 특수한 경우에서는 그 정당성이 인정될 수 있지만[10], 계약당사자 일방으로 하여금 상대방에게 정보를 제공토록 하는

---

8) "정보적" 약자란 개념은 전문화 복잡화된 현대사회에서 정보보유자와의 관계에서 그와 대등한 정도의 정보를 수집·분석할 수 없는 자의 의미로 사용한다(김상중, "계약체결 이전 단계의 정보제공의무", 고려법학 제56호, 2010, 20면 참조),

9) 이러한 견해는 특히 소비자보호라는 측면에서 주장된다. 이러한 견해를 주장하는 자는 계약자유의 원칙은 계약 당사자간 힘(또는 정보)의 균형을 전제로 하는데, 소비자는 그의 상대방에 비하여 정보를 제대로 조달하지 못할 뿐만 아니라, 정보조달을 위하여 시간적·재정적으로 감당하기 어려울 정도의 비용을 지출해야 하기 때문에, 이러한 정보수집과 분석에 있어 열등한 지위에 있는 소비자를 보호할 필요성을 강조한다(Reich, "Schuldrechtliche Informationspflichten gegenüber Endverbrauchern", NJW 1978, 513, 519; OLG Düsseldorf, WM 1996, 1082, 1085). 그러나 소비자와 기업과의 관계에서 기업에게 아무런 제한 없이 단지 소비자의 이익을 보호하기 위하여 정보를 제공케 할 일반적인 근거를 찾기 어려울 뿐만 아니라, "소비자"라는 개인적 특성을 정보제공의무의 일반적 근거로 삼기에는 설득력이 없어 보인다. 지원림("민법의 사회상과 정보제공의무", 민사법학 제62호, 2013, 387면) 교수도 정보의 불균형은 사적자치의 원칙을 형해화시킬 수 있지만, 소비자는 "상황의존적" 약자이기 때문에, 사적자치의 원칙이 좌절되는 경우에 한하여 예외적으로 불리한 상황을 타파하여 대등한 지위에서 계약을 체결할 수 있도록 상대방에게 정보제공의무를 부과시킬 수 있는 것으로 보고 있다.

10) 실제로 소비자보호의 목적에서 정보제공의무를 법률로 규정하고 있는 할부거래에 관한 법률 제5조(계약체결 전의 정보제공), 방문판매 등에 관한 법률 제7조(방문판매업자등의 소비자에 대한

것은 이미 위에서 언급한 바와 같이 사적자치의 원칙에 반하고, 이는 정보부족의 위험으로부터 초래하게 될지도 모르는 위험을 상대방에게 전가시키는 결과를 초래하게 될 가능성이 있다.[11] 따라서 소비자보호라는 특정 목적을 위한 경우라면 몰라도 정보적 약자의 보호라는 관점에서 일반적 정보제공의무를 도출해 내기에는 어려움이 있다.[12]

**2) 신뢰관계**

정보제공의무의 인정근거를 신뢰관계에서 찾아야 한다고 주장하는 견해는 계약체결상의 과실책임의 근거를 당사간의 신뢰관계로 보고 있는 이론과 그 맥을 같이 하고 있다.[13] 이 신뢰관계론은 계약체결 전 단계에서의 정보제공의무의 근거 역시 신뢰보호사상에서 찾고 있다. 계약협상의 개시와 더불어 양 당사자간에는 일정한 용태의무가 발생하게 되는데, 이러한 용태의무 위반에 대한 책임의 근거가 바로 신뢰성이며, 정보제공의무도 이러한 용태의무에 포함되는 것으로 보고 있다.

당사자간에 어떤 의무가 성립하는가는 계약의 모든 단계에서의 신뢰에 의하여 정하여지는데, 상대방에게 신뢰를 요구받았거나 신뢰를 준 당사자는 상대방의 신뢰에 부합하는 행동을 하여야 하며 이러한 신뢰에 반하는 행위에 대해서는 손해배상의무가 발생한다는 것이다.[14] 이는 특히 상대방이 잘못된 정보를 제공하였거나 설명이 잘못된 경우 상대방의 설명을 믿고 계약을 체결함으로써 갖게 된 기대, 즉 정당한 급부가 이루어 질 것이라는 기대의 좌절이라고 한다.[15]

---

정보제공의무 등), 제16조(다단계판매업자의 소비자에 대한 정보제공의무 등), 제30조(계속거래사업자등의 소비자에 대한 정보제공의무 등), 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 제1조(신원 및 거래조건에 대한 정보의 제공), 보증인보호를 위한 특별법 제5조(채권자의 통지의무 등), 제8조(금융기관 보증계약의 특칙), 여신금융전문업법 제18조(거래조건의 주지의무), 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제47조(설명의무), 표시·광고의 공정화에 관한 법률 제3조(부당한 표시·광고 해위의 금지) 등이 이에 해당한다고 볼 수 있다.

11) 위계찬, 앞의 글(註 5), 170면.

12) 김상중(앞의 글(註 8), 21면)도 같은 취지로 이해된다.

13) 이 이론에 기초하여 Canaris (Die Vertrauenshaftung, 1971, S. 539.) 교수는 계약체결상의 과실책임을 법정채권관계로 인정하기도 하였다.

14) Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151(1950/51), 501, 506.

15) Stoll에 의하면 계약교섭에 있어서 상대방의 설명을 신뢰한 자가 보호받아야 하는 경우, 설명에 대한 책임은 계약책임을 보충하는 것이라고 한다. 따라서 계약체결로 인하여 갖게 된 정당한 급부가 이루어 질 것이라는 기대가 좌절 또는 약화된 경우에는 신뢰자의 권리보호가 문제되는 것이므로 급부기대에 상응하는 채권은 발생하지 않지만, 상대방의 잘못된 설명을 신뢰한 자는 그에게 발생한 신뢰이익의 배상을 청구할 수 있으며, 배상되어야 할 신뢰이익은 당사자가 계약의 실현을 위하여 그 자신의 급부기대를 충족시키기 위하여 지출하였으나 무익하게 된 비용이라고

그러나 최근에 들어 이 신뢰관계론에 대한 비판이 가해지고 있다.[16] 신뢰관계론은 계약상의 책임과 계약체결 전 단계의 책임을 구별하지 못하며, 계약체결상의 과실책임과 불법행위책임을 구별하는 기준이 되기에는 충분하지 못하다는 것이다.[17]

더욱이 신뢰관계는 계약체결 이전 단계에서만 문제되는 것이 아니라, 계약의 모든 단계에서 매우 중요한 역할을 한다. 또한 신뢰관계는 단지 특별구속관계에서만 그 역할을 하는 것이기 때문에[18] 일반적인 채권관계에서는 신뢰의 붕괴를 원인으로 하여 책임을 묻기에는 한계가 있어 보인다.

### 3) 신의칙에 기인한 정보제공의무

정보제공의무를 신의칙에서 찾는 견해는 신의칙은 계약교섭 단계를 포함한 계약의 모든 단계에 적용되기 때문에, 계약체결단계에서의 정보제공의무는 일반적으로 신의칙에서 나오는 것으로 보고 있다. 즉 계약당사자는 신의칙에 따라 계약의 모든 단계에서 협력하고, 상대방을 배려할 의무를 부담한다는 것이다[19]. 우리 대법원 역시 "부동산거래에 있어 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것임이 경험칙상 명백한 경우에는 신의성실의 원칙상 사전에 그와 같은 사정을 고지할 의무"가 있다[20]고 하면서, "상대방의 의사결정에 중대한 영향을 줄 수 있는 중요한 사정에 관한 진실 여부를 확인하려는 별다른 노력을 하지 않고 광고를 통하여 잘못된 정보를 제공하는 것은 신의칙상의 고지의무를 위반"한 것이며, 상대방에게 스스로 확인할 의무가 인정되거나 거래관행상 상대방이 당연히 알고 있을 것으로 예상되는 경우가 아닌 때에는 상대방에게 그러한 사실을 알지 못한 과실이 있다 하더라도 고지의무를 면하는 것은 아닌 것으로 판시[21]하고 있다. 이처럼 우리 판례는 신의칙을 근거로 정보제공의무를 도출해 내고 있는데, 이는 최근의 국제계약규범의 태도와도 일치하며[22], 개정 독일민법 제311조 제2항

---

한다. 만약 그럼에도 불구하고 계약을 유지하는 경우, 정보제공의무위반으로 인한 손해를 금전으로 배상받는 경우, 그것은 계약의 조정(Verragsanpassung)의 형태로 나타난다.(이에 관해서는 박인환, 앞의 글(註 2), 157면 참조)

16) 특히 Fleischer, Vorvertragliche Pflichten im Schrittfeld von Schuldrechtsreform und Gemeinschaft sprivatrecht, 2001, S. 254.

17) Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 8 I 6.

18) Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl., 1997, S. 39.

19) Larenz/Wolf, AT des BGB, 8. Aufl. 1997, § 31 Rdn. 35.

20) 대법원 2007.6.1. 선고 2005다5843 판결.

21) 대법원 2009.8.20. 선고 2008다19355 판결.

의 내용과도 일치한다. 동조는 신의칙에서 발생하는 의무는 이미 계약교섭 내지는 준비단계에서도 인정됨을 명문화화고 있다. 이 신의칙은 비단 정보를 제공하지 않은 경우뿐만 아니라, 잘못된 정보를 제공한 경우에도 그대로 적용된다.[23]

그러나 주의해야 하는 것은 계약체결 전 단계에서의 정보제공의무는 모든 계약관계에서 발생하는 것은 아니며, 이 정보제공의무는 자기책임 하에 정보를 수집·분석해야 한다는 원칙에 대한 예외로써 인정된다는 점이다.[24] 특히 판례[25]는 교환계약의 경우와 같이 양 계약당사자는 "서로 자기가 소유하는 교환 목적물은 고가로 평가하고 상대방이 소유하는 목적물은 염가로 평가하여 보다 유리한 조건으로 교환계약을 체결하기를 희망하는 이해상반의 지위에 있고 각자가 자신의 지식과 경험을 이용하여 최대한으로 자신의 이익을 도모할 것이 예상되기 때문에, 당사자 일방이 알고 있는 정보를 상대방에게 사실대로 고지하여야 할 신의칙상의 주의의무가 인정된다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 어느 일방이 교환 목적물의 시가나 그 가액 결정의 기초가 되는 사항에 관하여 상대방에게 설명 내지 고지를 할 주의의무를 부담한다고 할 수 없"다고 판시함으로써, 모든 계약관계에서 정보제공의무가 발생하는 것이 아님을 명백히 하고 있다.

이상에서 살펴 본 바와 같이 사적 자치 내지 계약자유라는 원칙 하에서는 모든 사안을 포섭할 수 있는 정보제공의무를 정당화할 만한 일반적인 근거를 찾기는 어려운 것으로 판단된다. 따라서 정보제공의무는 개별 사안별로 그 인정 여부를 검토해야 한다.

### 2. 정보제공의무의 요건 및 정보제공의무 판단 시 고려 사항

사적 자치의 원칙 또는 계약자유의 원칙에 입각해 볼 때, 정보제공의무는 정보를 스스로 취득해야 하는 원칙에 대한 예외로 인정된다. 즉 정보제공의무는 교섭

---

22) 예를 들어 UNIDROIT-Prinzip Art. 1.7. Abs. 1 "each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade."; 이는 PECL Art. 1:201(1) 의 내용과도 일치한다. 이에 관한 상세한 내용은 김상중, 앞의 글(註 8) 12면 이하; 지원림, 앞의 글(註 9), 390면 이하 참조.

23) 대법원 2009.8.20. 선고 2008다51120,51137,51144,51151 판결.

24) 김상중, 앞의 글(註 8), 22면.

25) 대법원 2002.09.04. 선고 2000다54406,54413 판결에서도 판례는 "신의칙상의 주의의무가 인정된다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한"이라는 단서를 달고 있다. 특히 교환목적물의 "시가를 묵비하여 상대방에게 고지하지 아니하거나 혹은 허위로 시가보다 높은 가액을 시가라고 고지하였다 하더라도 이는 상대방의 의사결정에 불법적인 간섭을 한 것이라고 볼 수 없다"고 판시하고 있다.

당사자 스스로 아예 정보를 취득할 수 없거나 자기책임에 따른 정보를 취득하지 못한 것에 대하여 비난을 가할 수 없는 경우에만 한정적으로 인정되어야 한다.

**1) 정보의 비대칭성**

일반 거래에서 계약당사자는 각자의 책임 하에 거래에 필요한 정보를 수집·분석하게 된다. 그러나 이러한 원칙을 관철하게 되면, 정보보유자는 계약협상에서 유리한 지위를 점하게 되며 이에 따른 이익을 향유하게 된다. 정보의 비대칭성에도 불구하고 정보의 자기결정 및 자기책임이라는 일반원칙만을 고집하게 된다면 정보보유자만을 보호하게 되어 정의에 반하는 결과를 초래하게 되며, 이는 결국에는 의사결정의 자유를 실질적으로 침해하게 되는 것이다[26].

일반적인 정보제공의무는 양 계약당사자가 가지고 있는 정보의 비대칭성 또는 불균형성을 해소하기 위함이다. 즉 정보의 비대칭성으로 인하여 계약 당사자의 실질적인 계약자유가 침해되고, 그 결과 계약정의가 현저하게 침해되는 것을 방지하는 것을 목적으로 한다[27]. 따라서 정보제공의무의 일반적 요건은 첫 번째로 정보의 구조적 비대칭성이다.

이러한 정보의 비대칭성은 전문가와 비전문가 사이에서 발생하는 경우가 많은데, 정보제공의무는 전문가에게 부가되는 의무이다. 매매계약의 경우에도 전문지식이 필요한 물건일 때에는 매도인은 그 물건의 특성이나 성질에 관한 정보를 구매희망자에게 제공하여야 할 것이다. 매매계약에서 매도인은 그러한 정보를 알고 있거나 알 수 있었음은 추정되며[28], 따라서 선의에 대한 증명책임은 매도인에게 있다고 보아야 할 것이다.

**2) 정보제공의 기대가능성**

정보제공의무는 현재 정보를 보유하고 있거나 필요한 정보를 조달함에서 유리한 위치에 있는 자에게 부과되는 것이며, 정보제공의무자는 그 정보가 상대방의 의사결정에 중요한 역할을 하고 있다는 것을 알았거나 알 수 있어야 한다. 특히 계약의 중요한 요소[29]에 관하여는 정보제공의무자가 그 정보를 알고 있거나 알 수 있

26) 지원림, 앞의 글(註 9), 389면.
27) 지원림, 앞의 글(註 9), 395/396면.
28) 최상호, 앞의 글(註 4), 169면.
29) 계약의 중요한 요소에 해당하는 것으로는 계약의 유·무효를 결정짓는 요소, 계약목적을 좌절시킬 수 있는 요소, 정상적인 계약이행을 방해할 요소, 계약의 특성과 구조와 관련된 요소, 신용상

어야 할 뿐만 아니라, 그로부터 정보를 제공받는 것이 기대가능하여야 한다,

매매계약의 경우, 전문지식이 있는 매도인(또는 대리인)은 장차 구매의사를 가지고 있는 구매희망자에게 물건에 대하여 조언을 하고, 그 물건의 특성이나 성질 및 효용성 등에 관한 정보를 제공함으로써 구매희망자는 그 상품이 자신의 목적에 부합하는가를 살펴보고, 매수 여부를 결정하게 된다.[30] 따라서 구매희망자는 자신의 상대방이 그러한 정보의 제공이나 조언에 있어서 그에게 기대되는 필요한 주의를 가지고 행동한다고 믿고, 또한 믿을 수 있어야 한다. 이러한 정당한 기대에 대한 배신에 아무런 제재가 없다면, 이는 법률상의 흠결에 해당한다고도 한다.[31]

**3) 정보제공의무자의 상대방이 정보를 알지 못한 것에 대하여 비난을 할 수 없을 것**

반대로 계약의 상대방은 그 정보를 알지 못하여야 하는데, 이는 그 상대방이 정보에 대한 조사의무가 없음을 의미한다. 예를 들어 매매의 경우 매도인이 목적물을 보유하고 있기 때문에, 그 목적물의 법적·사실적 상태를 조사할 수 없는 경우이다.[32] 이 때 정보를 조사하는 것이 절대적 불가능일 필요는 없고, 정보를 파악하는데 중대한 어려움이 있으면 충분한다.[33]

**4) 그 밖의 고려 사항**

정보제공의무의 성립 여부를 판단할 때에는 그 밖에도 계약의 성질과 유형, 전문지식 등 당사자의 관계, 정보의 중요성, 정보의 취득가능성 및 정보취득비용 등의 사항을 고려해야 할 것이다.[34] 이를 좀 더 구체적으로 살펴보면 다음과 같다:

우선 계약의 성질과 관련하여서는 매매나 교환의 경우처럼 양당사자가 서로 대립되는 이해관계를 갖고 있느냐, 아니면 조합의 경우처럼 공동목적의 달성을 위한 경우인가의 여부에 따라 정보제공의무의 성립이나 그 정도가 달라지게 될 것이다.

당사자관계에서 특히 중요한 것은 정보의 불균형이다. 이러한 정보의 불균형은

---

태, 계약이행에 필요한 비용, 경제적 관점에서의 급부와 반대급부의 등가성, 사용가능성 등이 언급되고 있다(이에 관하여 상세한 내용은 송오식, 앞의 글(註 3), 107면 이하 참조)

30) 특히 매매목적물의 작동이나 설치 등에 전문적인 지식을 요하는 경우에는 매도인은 전문가로서 이를 매수인에게 알려 줄 의무를 부담한다고 보는 견해도 있으나(박인환, 앞의 글(註 2), 147면), 이는 매매계약이 체결된 후의 일반적인 설명의무에 의해서 해결하는 것이 타당할 것이다.

31) Larenz, FS f. Ballerstedt, S. 411.

32) 송오식, 앞의 글(註 3), 109면.

33) 이상욱, 프랑스에서의 계약상 정보제공의무, 영남법학 제1권 제1호, 1994, 121면.

34) 김상중, 앞의 글(註 8), 23면; 지원림, 앞의 글(註 9), 396면

당사자 일방이 해당분야의 전문가로서 전문지식을 가지고 있는 경우이다. 대등한 당사자 사이에서는 정보를 제공하여 상대방에게 도움을 줄 것까지는 요구되는 것은 아니지만, 비전문가는 전문가에 의존하거나 그를 신뢰하는 경우가 많기 때문에 합리적으로 기대가능한 범위 내[35]에서 전문가는 정보를 제공하여 이러한 불균형을 해소하는 것이 바람직할 것이다. 예를 들면 비전문가에게는 매우 중요한 사항임에도 불구하고, 전문가는 이미 알고 있거나 어렵지 않게 정보를 취득할 수 있을 때 이러한 사항을 설명하지 않는 것은 부작위에 의한 정보제공의무의 위반에 해당하게 될 것이다. 또한 정보제공의무자가 특정 사항에 대하여 정보를 제공하였으나, 이것이 잘못된 정보임을 알게 되었음에도 불구하고 이를 정정하지 않은 것 역시 정보제공의무에 반하는 것으로 취급하여야 할 것이다.

정보의 중요성, 취득가능성 및 정보취득비용 등도 정보제공의무를 판단함에 있어 고려의 대상이 된다는 것을 부정할 수는 없을 것이다. 정보의 중요성의 판단기준은 의사결정에 중요한 사정 또는 그러한 사정을 알았더라면 계약을 체결하지 않았거나 그러한 내용의 계약을 체결하지 않았을 정도의 것이어야 한다.[36] 정보취득가능성은 정보미보유자가 정보를 취득하는 것이 기대하기 어려울 때[37]에 한하여 인정되어야 할 것이다. 따라서  목적물의 시가나 법률에 의한 사용용도의 제한 등에 관한 정보를 제공할 의무는 인정하기 어렵다.[38] 정보의 취득가능성은 정보취득비용과도 관련이 있는데 정보를 취득하기 위하여 고비용이 요구되는 경우에는 정보제공의무를 판단함에 있어 이를 고려해야 함은 당연하다.

### 3. 정보제공의무 위반의 효과

계약을 체결하는 과정에서의 정보제공의무는 상대방의 보호에 기여한다. 예를 들어 매도인이 잘못된 정보를 제공한 경우[39]는 물론, 매도인이 매수인에게 계약체결에 중요한 사항을 밝히지 않았거나 설명하지 않은 부작위의 경우에도 매수인은 기망행위를 원인으로 매매계약을 취소할 수 있고, 또한 매매계약을 취소하지 않는 경우에도 그로 인한 손해배상을 청구할 수 있다[40]. 정보제공의무 위반의 일반적인

35) 이혜리, 계약교섭결렬책임에 관한 비교법적 고찰, 성균관대학교 박사학위논문, 2011, 320면.
36) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008다19355 판결.
37) 김상중, 앞의 글(註 8), 25면.
38) 김상중, 앞의 글(註 8), 25면.
39) 대법원 2009.8.20. 선고 2008다19355 판결.(분양업자가 정확한 사실을 확인하지 않고, 모노레일 설치사업을 부풀려 광고한 경우)

효과로서 문제되는 것은 우선 계약해소와 손해배상책임이다.

계약해소와 관련하여서 문제되는 것은 정보제공의무의 위반으로 인하여 원치 않은 계약을 체결한 경우 사기취소(민법 제110조)나 착오취소(제109조)의 규정에 의하여 계약을 취소할 수 있는가의 여부이다.[41] 손해배상과 관련하여서는 채무불이행책임과 불법행위책임이 문제될 수 있으며, 계약체결상의 과실책임에 의한 문제해결 역시 고려의 대상이 될 수 있다.[42] 더 나아나 정보제공이 특히 매매계약과 같은 유상계약일 경우, 하자담보책임을 발생시키게 된다. 특히 독일의 경우에는 매매목적물의 성상이나 성질에 관한 것인 경우에는 계약체결상의 과실책임은 배제되고 하자담보책임만을 인정한다.[43]

이하에서는 우선 착오취소와 사기취소 및 불법행위책임을 간략히 살펴보고, 하자담보책임에 관해서는 별도로 언급하고자 한다.

### 1) 착오취소

착오의 개념에 관하여 견해의 대립이 있기는 하지만[44], 판례는 표시내용과 내심의 의사가 일치하지 않는 것을 표의자가 모르는 것을 착오로 보고 있다[45].

정보제공의무자의 잘못된 진술 또는 밝혀야 할 사정을 설명하지 않음으로써 표의자가 법률행위의 중요부분에 착오를 일으켜 의사표시를 한 때에는 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있다(민법 제109조). 정보제공의무와 관련하여서도 상대방이 착오자의 착오를 이용한 경우, 상대방이 착오자의 중대한 과실을 원용하는 것은

---

40) 대법원 2006.10.12. 선고 2004다48515 판결; 대법원 2007. 6.1. 선고 2005다5812, 5829 판결(분양계약에서 아파트단지 인근에 공동묘지가 조정되어 있다는 사실을 수분양자에게 고지하지 않은 사안)

41) 사기취소를 원인으로 하여 계약을 취소할 수 있음은 물론이지만, 사기취소의 경우에 그 요건이 충족되었다 해서 반드시 계약을 취소할 필요는 없으며, 이러한 경우에는 계약을 유지한 채 다만 정보제공의무 위반에 따른 손해배상만을 청구하는 것도 가능하다. 예를 들어 매도인이 부작위에 의한 정보제공의무를 위반하였으나, 결과적으로는 목적물의 가격이 상승하였다면, 매수인은 이 매매계약을 취소함이 없이 불법행위에 기인한 손해배상청구권만을 행사할 수도 있을 것이다(대법원 2006.10.12. 선고 2004다48515 판결).

42) 독일의 경우에는 정보제공의무 위반의 문제를 계약체결상의 과실에 해당하는 것으로 보고, 계약체결상의 과실의 책임의 효과로 인정되는 손해배상책임의 일환으로 인정되는 계약해소권을 인정하고 있다(이에 관해서는 박인환, 앞의 글(註 2), 140면 이하 참조).

43) BGHZ 88, 130, 134; BGHZ 114, 263, 266.

44) ⅰ) 내심의 효과의사와 표시상의 효과의사의 불일치라는 보는 견해, ⅱ) 진의와 표시의 불일치라고 보는 견해, ⅲ) 표시로부터 추단되는 의사와 진의가 일치하지 않는 의사표시이며, 그 불일치를 표의자 자신이 알지 못하는 것이라는 견해 그리고 ⅳ) 표의자의 인식과 실제의 사정이 일치하지 않는 의사표시라는 견해 등으로 나누어진다.

45) 대법원1985. 4. 23. 선고 84다카890 판결.

신의칙에 반하기 때문이라는 이유로 표의자에게 중대한 과실이 있더라도 착오취소를 인정하기도 하고[46][47], 정보제공의무와 관련해서 착오의 의사표시를 하는 경우 이는 동기의 착오에 해당하며 상대방에 의하여 유발된 착오에 해당하게 되어 동기의 표시 여부와는 상관없이 취소할 수 있다고도 한다.[48]

그러나 정보제공의무와 관련한 문제를 민법 제109조에 의하여 해결하는 것은 상당히 제한적일 수밖에 없을 것이다. 특히 매매계약의 경우 거래상 어느 정도의 기망행위는 허용되기 때문에, 표의자의 착오상태를 (부작위 기망행위를 통하여) 악용할 때, 사기취소가 가능하다면[49] 이를 사기취소의 문제로 해결하는 것이 바람직하지 않을까 생각된다. 매매계약의 당사자 본인은 스스로 매매목적물이 자기의 계약목적에 부합하는가의 여부를 검토하고 조사할 의무를 지는 것이 원칙이기 때문이다.

**2) 사기취소**

사기취소에 관한 규정인 민법 제110조는 계약교섭과정 중 정보제공의무에 관하여 매우 중요한 역할을 한다. 그 주된 이유는 동 규정에 의한 기망행위에는 적극적 행위로 교섭 상대방에게 일부러 잘못된 정보를 주거나 상대방이 기대하고 있는 계약관련 사정을 밝히지 않는 부작위가 포섭되기 때문이다.[50]

사기취소에 관한 규정의 목적은 자유로운 의사결정의 보호에 있다. 사기에 의한 취소에 관한 규정은 사기에 의한 의사결정의 침해를 요구하는 것이지, 기망자의 가해의사나 부당이득의사와 피기망자 손해의 발생을 요건으로 하지 않는다. 그 효과에 있어서도 하자 있는 의사표시에 의해 성립된 계약을 취소할 수 있을 뿐이다. 즉 취소에 관한 규정은 1차적으로 의사표시에 의하여 성립된 법률행위를 처음부터 의사표시가 없었던 상태로의 회복을 목적으로 하는 것이지, 손해배상을 목적으로

---

46) 최상호, 앞의 글(註 4), 181면.

47) 정보제공의무위반을 원인으로 착오취소를 인정한 직접적인 판례는 보이지 않으나, 대법원(1993.06.29. 선고 92다38881 판결)은 공장부지 매매계약과 관련한 사안에서 원고인 매수인에게 "토지상에 원고가 설립하고자 하는 공장을 건축할 수 있는지의 여부를 관할관청에 알아보아야 할 주의의무가 있고, 또 이와 같이 알아보았다면 위 토지상에 원고가 의도한 공장의 건축이 불가능함을 쉽게 알 수 있었다고 보이므로, 원고가 이러한 주의의무를 다하지 아니한 채 이 사건 매매계약을 체결한 것에는 중대한 과실이 있다고 보아야"한다는 이유로 착오에 기한 매매계약의 취소를 인정하지 않았다.

48) 지원림, 앞의 글(註 9), 397면(특히 각주 75).

49) 최상호, 앞의 글(註 4), 180면.

50) 김상중, 앞의 글(註 8), 2면.

하는 것은 아니다. 사기취소의 효과로서 원상회복은 법률에 의해 비난받는 의사표시의 성립에 대한 제재이지만, 그렇다고 해서 사기취소를 원인으로 해서는 손해배상책임이 발생하지 않는다는 것을 의미하는 것은 아니다. 이 경우에는 불법행위에 기인한 손해배상이 문제될 수 있다.

#### 3) 손해배상책임

정보제공의무를 위반한 경우에는 불법행위에 기인한 손해배상청구권이 인정될 수 있다. 위에서 살펴 본 판례[51] 역시 상대방이 일정한 사정에 관하여 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것임이 경험측상 명백한 경우에는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있으며 이를 위반한 경우에는 불법행위책임을 인정하였으며, 특히 상대방의 의사결정에 중대한 영향을 줄 수 있는 중요한 사정에 관한 진실 여부를 확인하려는 별다른 노력을 하지 않고 광고를 통하여 잘못된 정보를 제공한 경우에도 신의칙상의 고지의무를 위반한 것으로 불법행위책임을 진다고 판시하고 있다.[52] 더욱이 계약교섭과정에서 일방 당사자가 광고 등을 토해 제공될 목적물의 품질, 성상 등을 알린  경우에 이는 계약내용을 이루며, 그 위반에 대해서는 채무불이행책임 또는 하자담보책임이 성립할 수 있다.[53]

## Ⅲ. 독일민법상 하자에 관한 매도인의 정보제공의무

독일 민법 개정 전 일반적인 정보제공의무의 위반과 관련하여서는 특히 사기취소에 관한 규정인 독일 민법 제123조와 계약체결상의 과실 책임이 가장 중요한 제도로 활용되어 왔고, 비록 이 두 가지 제도는 주관적 요건을 달리하고 있었으나, 학설과 판례에 의하여 상당 부분 동일한 방향과 내용으로 형성・발전되었다.[54]

---

51) 위의 註 20)와 21)의 판례참조.

52) 대법원 2009.8.20. 선고 2008다19355 판결.

53) 대법원 2007.6.1. 선고 2005다5843 판결.

54) 독일에서 정보제공의무와 관련하여 논의의 대상의 되었던 것은 독일 민법 제123조와 계약체결상의 과실책임과의 관계이다. 즉 독일민법 제123조의 요건을 충족시키는 기망행위가 계약체결상의 과실 책임의 요건을 충족시킬 때, 계약체결상의 과실책임의 효과로서 계약해소권을 인정할 수 있는가였다. 독일 연방최고법원은 독일민법 제123조는 손해배상법과의 관계에서 특별규정에 해당하지 않아, 제123조에 의한 취소권의 행사와 더불어 계약체결상의 과실책임에 근거한 계약해소권의 행사가 가능한 것으로 보고 있다(BGH NJW 1962, 1196, 1198; BGH NJW 2002, 2774;

계약체결과정에서 정보제공이 계약의 목적물인 물건의 성질에 관련된 경우 정보제공의무 위반을 이유로 하자담보책임의 성립도 가능하다. 이하에서는 우선 매도인이 매매목적물의 하자에 대한 정보를 제공하지 않거나 설명을 하지 않은 경우 이것이 정보제공의무위반에 해당하여 매도인이 담보책임을 부담하는지에 관한 독일에서의 논의[55]를 살펴보기로 한다.

### 1. 매도인의 매매매목적물의 하자에 대한 조사의무

독일의 경우 민법 개정 전에는 독일민법 제459조 제2문에 의하여 "매도인이 하자를 알면서도 묵비한 경우"에도 불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하여, 정보제공의무 내지 고지의무를 고의로 위반한 경우에 한하여 책임을 인정하여 왔다(Vorsatzdogma). 그러나 개정 독일민법은 제463조 제2문을 삭제하였을 뿐만 아니라, 매도인의 담보책임과 급부장애법을 결부시킴으로써 매도인의 정보제공의무위반에 대한 책임은 고의의 경우에만 한정되는 것이 아니라, 과실로 정보를 제공하지 않은 경우까지 그 책임이 확대되었다(독일민법 제437조 제3호, 제280조, 제281조, 제283조, 제311조의a 제2항,제 276조 제1항).

그렇다면 매도인은 아무런 제한없이 정보제공의무를 부담하는가, 아니면 일정한 범위 내에서만 정보제공의무 내지 설명의무를 부담하는가의 문제에 봉착하게 된다. 이 문제는 매도인의 책임의 확대의 정당성과 연결된다.

물론 매도인이 목적물의 하자에 대하여 알고 있으면서 이에 대한 정보를 제공하지 않았을 경우에는 이에 대한 책임을 져야 한다는 것은 의심의 여지가 없지만, 매도인이 과실로 알지 못한 하자에 대하여까지도 아무런 제한 없이 책임을 져야 하는가에 대해서는 의문이다.

매도인이 과실로 알지 못한 목적물의 하자에 대한 정보를 제공하지 않은 것에 대한 책임을 묻기 위해서는 우선 선행조건으로서 매도인에게 하자 여부를 파악하기 위한 매매목적물에 관한 조사 내지 검사의무가 부과되어야 한다. 그렇다면 과

---

BGH NJW-RR 2002, 308); Palandt/Ellenberger, BGB, 74. Aufl, 2015, Rdn. 27 zu § 123). 제123조는 부당한 수단으로 의사형성의 자유에 관여하는 것을 방지하여 자유로운 의사결정을 보호할 목적을 갖고 있기 때문에, 이러한 부당한 수단을 행사하는 것이 계약체결상의 과실 또는 불법행위의 요건을 충족시키는 경우에는 손해배상을 청구할 수 있으며, 손해배상의 방법의 하나로 채무로부터 벗어 날 수 있는 해소청구권이 발생하게 된다는 것이다(BGH NJW 1979, 1983, 1984).

55) 이에 관해서는 Gröscher, NJW 2005, 1601 ff.를 참조하였음.

연 매도인은 매매목적물의 하자와 관련하여 어느 범위까지 조사 내지 검사의무를 부담하는가의 문제가 발생하는데, 학설의 일반적인 견해에 의하면 공산품을 판매하는 매도인은 원칙적으로 제조상의 하자(Konsruktions- und Fertigungsmängel)를 조사할 의무를 부담하지 않을 뿐만 아니라[56], 매매목적물 그 자체의 하자를 조사할 의무 역시 부담하지 않는다[57][58]. 다만 고가품이거나 하자가 많은 제품 또는 매도인에게 전문지식이 있는 경우에는 예외가 인정되어 매도인이 목적물의 하자를 조사할 의무를 부담한다.[59] 예를 들어 중고자동차 매매의 경우, 비전문가인 매수인이 하자를 쉽게 알 수 없는 경우에 매도인은 조사의무를 부담하게 되는 것이다[60].

## 2. 객관적 의무위반으로서 하자 있는 목적물의 급부

이미 위에서 언급한 바와 같이 독일 개정 채권법은 매도인의 담보책임을 급부장애와 결부시키고 있어 매도인의 하자로 인한 손해배상의무를 더 이상 악의의 묵비라는 구성요건과 결부시키고 있는 것이 아니라, 채무자의 책임 있는 객관적 의무위반(독일민법 제280조 제1항)을 기준으로 책임 여부를 결정하고 있다. 하자 역시 일종의 급부장애에 해당하기 때문에, 매도인이 하자에 대한 설명의무를 부담하지 않음에도 불구하고, 하자에 대하여 묵비한 것이 객관적 의무위반에 해당하여 이에 대한 손해배상책임을 지는가의 문제가 발생한다.

이 문제는 처음부터 하자의 제거가 불가능한 경우와 가능한 경우로 나누어 살펴볼 수 있다.

처음부터 제거가 불가능한 하자, 즉 원시적 불능의 경우 객관적 의무위반은 이미 계약체결 시에 존재하는 것이다(독일민법 제311조의a 제1항). 다시 말하면 채무자가 원시적 불능에 관하여 이를 밝혀야 했음에도 불구하고 이를 밝히지 않았기 때문에 계약체결 그 자체가 객관적 의무위반으로 평가되는 것이다.[61] 즉 채무자가 계약을 체결함으로써 마치 하자 없는 목적물의 공급이 가능한 것처럼 외관을 야기

56) BT-Dr. 14/6040, S. 210.

57) Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., 2015, Rdn. 19 zu § 280; Erman/Grunewald, BGB, 12. Aufl., 2008, Rdn. 26 zu § 437; MünchKomm/Westermann, BGB, 6. Aufl., 2012, Rdn. 67 zu § 433; Staudinger/Matusche-Beckmann, 2004, Rdn. 103 zu § 433; BGH NJW 2008, 2837; BGH NJW 2009, 2674.

58) 이는 중간상인의 경우에도 마찬가지이다(Staudinger/Matusche-Beckmann, 2004, Rdn. 105 zu § 433).

59) Palandt/Grüneberg, Rdn. 19 zu § 280

60) Erman/Grunewald, Rdn. 27 zu § 437; Staudinger/Matusche-Beckmann, 2004, Rdn. 103 zu § 433.

61) Gröschler, NJW 2005, 1601, 1603.

한 것은 의무위반에 해당하게 되며, 제311조의a 제2항에 의한 손해배상은 매도인이 매수인에게 제거불능의 하자에 대하여 설명을 했어야 함에도 불구하고 이를 하지 않았거나 정상적으로 설명하지 않았다는 것을 요건으로 한다[62].

그러나 하자의 제거가 가능한 경우의 객관적 의무위반이란 하자 있는 목적물을 급부한 것 그 자체이다. 제거불가능한 하자와 비교하여 볼 때, 제거가능한 하자란 경미한 침해에 해당한다. 제거가 가능하다고 하더라도 하자가 있는 목적물을 공급하는 것은 객관적 의무위반에 해당하며, 이때에는 원시적 객관적 불능에 관한 규정(독일민법 제275조 제1항)은 적용되지 않고, 매도인은 독일민법 제433조 제1항 제2문에 따른 하자 없는 목적물을 공급해야 할 의무를 위반하는 것이다. 이 경우에는 매수인의 급부청구권이 배제되는 것은 아니다(독일민법 제275조 제1항). 하자 있는 급부 그 자체가 의무위반에 해당하지만, 하자에 대하여 이를 밝힐 의무가 없는 경우에 매도인은 고의 또는 과실이 없기 때문에(독일민법 제276조 제1항), 이에 대한 책임을 지지 않는다. 제276조 제1항의 고의 또는 과실에 대한 책임은 채무자에게 계약위반과 같은 위법한 행위를 전제로 하지만[63], 설명의무 없는 하자를 매도인이 묵비하였거나 밝히지 않은 것은 계약위반행위에 해당하지 않는다. 따라서 혹 그러한 하자로 인하여 매수인에게 이익상실이라는 손해가 발생했더라도 매도인에게는 과책이 없는 경우 이를 배상하지 않아도 된다. 예를 들면 중고자동차 매매의 경우 하자가 경미한 경우에도 - 개정 전 독일민법 제459조 제1항 제2문이 삭제되어 - 현행 독일 민법에 의하면 이는 물건하자에 해당하게 되어 매수인은 독일민법 제437조 제1호와 제439조 제1항에 의한 추완청구권을 행사할 수 있지만[64], 매도인에게 이를 고지할 의무가 없기 때문에 수리기간 동안 매수인이 이를 사용할 수 없게 되었더라도 매도인이 이에 대한 담보책임을 지는 것은 아니다[65].

### 3. 매도인의 하자에 대한 정보제공의무와 악의의 묵비에 대한 고의책임

#### 1) 악의의 묵비에 대한 고의책임의 원칙

매도인이 알고 있는 하자에 대한 설명의무 내지 정보공개의무의 범위는 개정 전 독일민법 제463조 제2문에서 발전된 고의책임(Vorsatzhaftung)과 관련되어 있다. 매

62) Gröschler, NJW 2005, 1601, 1603.
63) Palandt/Grüneberg, Rdn. 8 zu § 276.
64) 추완으로서 매수인은 자신의 선택에 좇아 하자의 제거나 하자 없는 물건의 인도를 청구할 수 있다.
65) Gröschler, NJW 2005, 1601, 1603.

도인이 계약체결 시점에 자기가 알고 있었던 하자에 관하여 악의적으로 묵비한 경우, 이는 과실책임이 아니라, 고의책임이 성립한다는 원칙이 발전되어 왔다.

독일민법 개정 후 매도인의 하자에 대한 설명의무와 관련하여 기존의 판례와 학설과는 다른 새로운 의견이 대두었다. 즉 처음부터 제거가 불가능(원시적 불능)한 하자에 대하여 독일민법 제437조 제3호와 제311조의a 제2항에 의하여 매도인은 계약체결시 알고 있거나 알 수 있었던 하자에 대하여 책임을 지기 때문에, 매도인은 자기가 알고 있는 하자에 대하여는 항상 이를 설명하여야 할 뿐만 아니라, 더욱이 개정 채권법에 의하면 매도인은 경미한 하자에 대해서까지[66] 책임을 지도록 규정[67]하고 있기 때문에, 이를 근거로 매도인의 설명의무는 현저히 확대되었다고 주장한다[68]. 그러나 예를 들면 중고자동차와 같은 중고물품의 매매, 부동산거래와 기업매매의 경우에는 매도인과 매수인의 상반된 이해관계 고려하여 볼 때, 매도인은 과연 그가 알고 있는 모든 하자에 대하여 아무런 제한 없이 이를 설명할 의무를 부담하는지는 상당히 의심스럽다.

물론 현행 독일민법이 매도인의 담보책임을 급부장애법과 결부시키고 있기 때문에, 매도인의 정보제공의무위반에 대한 책임은 고의의 경우에만 한정되는 것이 아니라, 과실로 정보를 제공하지 않은 경우에까지 그 책임의 범위가 확대되었다. 그렇다고 해서 기존의 고의책임의 원칙이 완전히 단절된 것으로 볼 수는 없다. 이러한 고의책임의 원칙은 개정 후에도 적용된다는 것은 개정이유서에서도 알 수 있는데, 개정이유서에는 매도인의 고의책임과 관련하여 “매도인이 물건의 하자를 인식하고, 따라서 고의에 대한 책임을 지는 것은 개정 전 제463조 제2항의 악의의 묵비를 원인으로 한 손해배상의무와 일치한다”는 입장을 표명함으로써[69] 개정 전 제463조 제2항에 의하여 발전된 고의책임의 원칙을 개정된 담보책임법에서도 그대로 수용하고 있음을 알 수 있다. 이처럼 개정 독일민법은 매도인의 고의책임에 대하여 변경을 꾀한 것은 아니기 때문에, 개정 전 독일민법 제463조 제2문에 의하여 발전된 악의의 묵비에 대한 원칙은 계속해서 유지되며, 악의의 묵비에 대한 매도

66) 개정 전 제459조 제1항 제2문을 삭제함으로써 매도인은 경미한 하자에 대해서도 책임을 지게 되었다.

67) 이 경우 매수인은 추완청구권(제437조 제1호, 제439조 제1항), 손해배상청구권(제437조 제3호, 제281조 제1항 제1문, 제283조 제1문, 제311a조 제2항 제1문), 감액청구권(제437조 제2호, 제441조 제1항 제2문)을 행사할 수 있다.

68) Bamberger/Roth/Faust, Rdn. 37 zu § 438.

69) BT-Dr. 14/6040, S. 210.

인의 책임은 개정 후의 계약체결 시점에 하자를 알고 있던 것에 대한 채무자(매도인)의 책임과 일치한다. 계약 당시부터 (원시적으로) 매매목적물에 제거불가능한 하자가 있었던 경우에는 매도인은 독일민법 제437조 제3호와 제311조의a 제2항에 의한 책임, 즉 급부에 갈음하는 손해배상책임을 진다. 만약 매도인이 알고 있던 하자가 제거가능했음에도 불구하고 매도인이 이를 제거하지 않은 경우에 그가 부담해야 하는 것은 추완(Nacherfüllung)에 의하여 제거되지 않은 하자로 인한 손해, 예를 들면 하자로 인한 사용수익의 상실로 발생한 손해(mangelbedingter Nutzungsausfall)만이 문제될 뿐이다.[70]

이와 같은 고의책임의 원칙을 그대로 인정한다는 것은 매도인은 자기가 알고 있는 하자를 설명 또는 고지해야 할 의무와 관련해서 매우 중요한 의미가 있다. 개정 전 학설과 판례는 매도인이 비록 하자를 알고 있다고 하더라도 매도인은 자기가 알고 있는 모든 하자를 고지할 의무를 부담하는 것은 아니라는 태도를 취하면서, 오히려 작위와 부작위를 구별하여 판단하여 왔다[71]. 매도인은 매수인의 질문에 대하여 진실되게 답할 의무를 부담하고[72], 만약 매도인이 의식적으로 잘못된 답을 한 경우에는 작위에 의한 악의적 기망행위가 성립하게 되며, 따라서 매도인은 이에 대하여 아무런 제한 없이 책임을 지게 된다. 그러나 이와는 달리 매수인의 질문이 없었음에도 불구하고 매도인은 하자에 대하여 고지해야 하는가는 별개의 문제로 취급해야 할 것이다. 하자에 대한 단순한 묵비는 부작위를 의미하고 이러한 경우에는 매도인에게 작위의무, 즉 설명의무가 존재해야만 책임이 발생한다[73].

문제는 그렇다면 어떤 경우에 매도인이 설명의무를 부담하는가인데, 매도인과 매수인의 상반되는 이해관계를 고려해 볼 때, 매도인은 아무런 제한 없이 모든 정보를 제공하거나 하자에 대하여 이를 밝힐 의무를 부담하는 하는 것은 아니다. 개정 전 독일의 학설과 판례는 매도인의 설명의무를 제한적으로 인정하였는데, 즉 매수인의 매수결정에 중요한 의미가 있는 사항에 대해서는 매도인은 이러한 사정을 매수인에게 고지해야 할 의무가 있는 것으로 보았다[74]. 특히 매수인이 이러한

70) 매도인이 상당한 기간 내에 하자를 치유하지 않았거나(독일민법 제437조 제3호와 제281조) 매도인의 책임있는 사유로 추후적으로 하자의 제거가 불가능해진 경우(제437조 제3호, 제283조)에는 매수인은 처음엔 치유가 가능했던 하자에 대해서도 급부에 갈음하는 전보배상청구권을 행사할 수 있다(MünchKomm/Westermann, Rdn. 24 zu § 437.

71) 이러한 구별은 독일민법 제123조의 악의적 기망행위를 적극적 기망행위와 묵비에 의한 기망행위로 구별하는 것과 일치한다(MünchKomm/Kramer, Rdn. 14 ff zu § 123 참조).

72) BGHZ 74, 383, 392; BGH NJW 1977, 1914, 1915; BGH NJW-RR 1977, 144, 145.

73) MünchKomm/Westermann, Rdn. 6 zu § 463.

사정을 알았을 때에는 계약을 체결하지 않았거나 그러한 내용으로 계약을 체결하지 않았을 것이라는 사실을 매도인이 알았거나 알 수 있었을 때에는 매도인의 고지의무가 인정되었다[75][76]. 이러한 원칙은 단지 하자에 대한 묵비에 대해서만 적용되는 것이 아니라, 묵비에 의한 악의적 기망행위(독일 민법 제123조 제1항)에 대하여도 적용된다[77].

**2) 악의의 묵비와 의무위반**

개정 독일민법은 개정 전 제463항 제2문의 매도인의 고의책임을 여전히 악의의 묵비와 결부시키고 있는데(제442조 제1항 제2문, 제444조, 제438조 제3항 제1문[78]), 이 경우에 악의의 묵비에 대한 개정 전의 내용을 - 매도인에 대한 손해배상청구의 경우와는 달리 - 그대로 적용하여도 아무런 문제가 없으며[79], 특히 제442조 제1항 제2문, 제444조과 제438조 제3항 제1문의 규정은 설명의무 있는 하자에 대하여 주로 적용되었다. 주의할 점은 동 규정에 의한 설명의무를 위반할 경우에는 매도인에게 배상책임이 발생하는 것이 아니라, 매도인은 단지 불이익만을 받게 된다[80]. 따라서 엄격한 의미에서 이 규정들에 의한 위반은 책무위반(Obliegenheitsverletzungen)에 해당하지만, 그럼에도 불구하고 매도인의 고의책임과

---

74) MünchKomm/Westermann, Rdn. 6 zu § 463; BGHZ 109, 327, 330; BGH NJW 1979, 2243.

75) Larenz, Schuldrecht II/1, 13. Aufl., 1986, § 42 IIc 2; Staudinger/Honsell, Rdn 25 zu § 463. BGH NJW 1996, 1205; BGH-RR 1992, 333, 334.

76) 부동산의 매매에 있어 폐기물처리와 관련해서 독일 연방최고법원은 매수인의 질문이 없는 경우에도 매도인의 고지의무를 인정하였으나(BGH NJW 1991, 2900; BGH NJW 1992, 1953, 1954; BGH NJW 1995, 1549, 1550), 이와는 달리 주택을 매입하면서 담에 심한 결로 현상이 나타나 매수인이 어렵지 않게 이를 알 수 있었던 사안에서는 매도인의 고지의무를 부정하였다(BGH NJW-RR 1994, 907). 다른 한편 사고가 났던 중고자동차 매매의 경우 차량을 정상적으로 수리했다고 하더라도 사고가 났다는 그 자체만으로도 가격이 하락하기 때문에, 매도인은 사고차량임을 고지해야 할 의무를 인정하였다(BGHZ 63, 382, 386; BGHZ 74, 383, 391; BGH NJW 1982, 1386).

77) MünchKomm/Kramer, Rdn. 16 zu § 123.

78) 매도인이 하자를 알면서도 이를 악의적으로 묵비한 경우, 독일민법 제442조 제1항 제2문에 의하면 매수인이 비록 중과실로 하자를 알지 못했더라도 하자로 인한 권리를 행사할 수 있으며, 제444조에 의하면 담보책임의 배제 또는 제한에 관한 합의를 했다고 하더라도 이를 주장할 수 없고, 제443조 제3항에 의하면 담보책임은 일반소멸시효기간에 걸리도록 하여 매도인의 책임을 무겁게 하고 있다.

79) MünchKomm/Westermann, Rdn. 29 zu § 438.

80) 매도인이 하자를 알면서 이를 설명하지 않은 경우 청구권은 통상의 소멸시효에 걸리게 되며(제438조 제3항), 매수인이 중대한 과실로 하자를 알지 못한 경우에 매도인이 하자를 알면서 설명하지 않은 경우이거나 물건의 성상에 대한 보증을 인수한 경우에 한하여 매수인은 그 하자로 인한 권리를 행사할 수 있고(제442조 제1항), 매수인의 권리를 배제 또는 제한하는 내용의 약정을 한 경우라도 매도인은 이를 원용하지 못한다(제444조).

동일한 척도가 적용된다.[81] 이는 개정 전 제463조 제2문의 악의의 묵비의 개념과 개정 전 제476조, 제477조, 제480조의 악의의 묵비의 개념을 동일하게 취급하였다[82]는 점에서도 증명된다.

문제는 담보책임과 관련하여 하자에 대하여 매도인이 악의적으로 묵비한 경우에도 의무위반이 요구되는가이다. 독일민법 제123조의 악의의 기망행위와는 달리 하자에 대한 악의의 묵비의 경우에는 특별한 작위의무를 전제로 하지 않으며[83], 이는 제442조 제1항 제2문, 제444조과 제438조 제3항 제1문의 경우에도 그대로 적용되어야 한다는 견해[84]도 있다. 이는 부작위구성요건에 대한 예외를 인정하자는 것인데, 그러나 악의의 묵비에 대하여 예외를 인정할 만한 특별한 근거를 찾기 어렵다. 오히려 매도인이 하자에 대하여 알고 있음에도 불구하고 매도기회를 상실하지 않기 위하여 이를 밝히지 않는 것이 일반적인 사례이지, 하자 있는 물건임에도 불구하고 하자가 없다고 적극적으로 속이는 행위를 하는 경우가 예외적인 경우에 해당할 것이다. 따라서 악의의 묵비의 경우 작위의무를 요건으로 하지 않는다는 견해는 설득력이 없어 보이며 악의의 기망행위와 악의의 묵비는 동일하게 취급하여야 할 것이다.[85]

### 3) 경미한 하자에 대한 설명의무

위에서 언급한 바와 같이 매매의 경우에는 매도인과 매수인의 상반된 이해관계 고려하여 볼 때, 매도인은 그가 알고 있는 모든 하자에 대하여 아무런 제한 없이 이를 설명할 의무를 부담하는 것이 아니라, 단지 설명의무 있는 사항에 대해서만 이를 밝힐 의무가 있다. 이때 설명의무 있는 사항에 대한 판단기준은 매수인의 구매에 결정적인 영향을 미치는가에 의하여 판단된다.

개정 채권법에서는 경미한 하자에 대하여는 책임을 지지 않는다는 내용의 개정 전 제459조 제1항 제2문이 삭제된 점을 감안하여 볼 때, 경미한 하자의 경우에도 이를 공개할 의무가 있는가 하는 문제가 발생할 여지가 있다. 또한 개정 민법 제

---

81) Gröschler, NJW 2005, 1601, 1603.

82) Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., 1991, Rdn. 28 zu § 477.

83) 일부 학설은 이미 개정 전에도 제463조 제2문의 악의의 묵비에 대해서는 고지의무의 위반을 불필요한 것으로 보았는데, "악의적 묵비"라는 표현에는 (수순한 부작위 불법행위의 경우와 마찬가지로) 특별한 작위의무가 요구되지 않는다는 것이다(Erman/Grunewald, BGB, 10. Aufl., 2000, Rdn. 5 § 463; Soergel/Huber, Rdn. 24 zu § 463).

84) Bamberger/Roth/Faust, Rdn. 37 zu § 438; MünchKomm/Westermann, Rdn. 29 zu § 438.

85) Mot. II, S. 229 비교.

281조 제1항 제3문에 의한 급부에 갈음하는 손해배상청구권의 배제와 제323조 제5항 제2문에 의한 계약해제의 배제의 기준이 되는 의무위반의 사소함(Unerheblichkeit)에 대한 판단기준과 동일한가에 대한 논란이 있지만[86], 개정의견서에 나타난 입법자의 의도는 개정 독일민법 제281조 제1항 제3문과 제323조 제5항 제2문의 의무위반의 사소함과 개정 전 제459조 제1항 제2문의 하자의 경미함에 대한 기준을 일치시키려 하였음을 알 수 있다. 경미한 하자에 대해서는 설명의무가 배제된다는 개정 전의 원칙은 개정 후에도 그대로 적용되는 것으로 보아야 한다. 그 이유는 경미한 하자는 통상 구매결정에 별다른 영향을 미치지 못하기 때문이다.[87][88] 따라서 경미한 하자에 대하여 매도인은 설명의무를 부담하지 않는다고 보아야 할 것이다. 그러나 사소한 하자임에도 불구하고 매수인이 매도인에게 다른 의사표시를 한 경우에는 그 결과는 달라질 수 있다. 예를 들어 중고자동차매매의 경우 매수인이 도색에 조금이라도 하자가 없어야 한다는 의사표시를 명백히 한 경우, 칠이 약간만 벗겨진 것은 그 자체로는 사소한 것일지라도 매도인이 이에 대한 설명의무를 부담하게 된다. 따라서 이를 하지 않은 경우에는 매도인은 이에 대한 책임을 지게 된다.

하자의 경미함은 "가치 또는 적합성의 사소한 감소는 고려되지 아니 한다"고 규정하였던 개정 전 제459조 제1항 제2문의 내용과 동일한 기준으로 판단하여도 무방할 것이다. 그러나 경미함의 판단기준이 매매목적물의 대상이 무엇인가에 따라 달라져서는 안 되며, 특히 기업인수(기업매매)의 경우에도 동일하게 적용되어야 할 것이다. 기업매매의 경우 독일연방최고법원[89]은  단지 개별적 하자와 기업 전반에 영향을 미치는 하자를 구별하였다. 단순한 개별하자의 경우 예를 들면 기계의 하자 또는 (타인에 대한 특정) 권리가 결여된 경우에는 기업 전체의 하자로 보기는 어렵다. 기업의 기능적합성(Funktionstauglichkeit)이 결여된 경우에 비로소 매매대상 기업의 하자가 인정될 수 있다. 이러한 기업하자가 인정되는 경우에는 경미한 하

86) 일부 학설은 개정 민법 제281조 제1항 제3문과 제323조 제5항 제2문에 있어서의 사소한 의무위반의 판단기준을 개정 전 제459조 제1항 제2문의 경우보다는 강화되어 사소한 경우(Bagatelfall) 뿐만 아니라, 비중 있는 하자(schwerwiegenderer Mangel)도 경우에 따라서는 제281조 제1항 제3문과 제323조 제5항 제 2문의 "중대하지 않은"하자에 해당할 수 있는 것으로 보고 있다(MünchKomm/Ernst, Rdn. 243 zu § 323).

87) Gröschler, NJW 2005, 1601, 1604.

88) 채무불이행의 경우 경미한 의무위반의 경우 손해배상청구권(독일민법 제281조 제1항 제3문)과 계약해제권(독일민법 제323조 제5항 제2문)이 배제된다는 점을 고려하여 입법자는 경미함이나 사소함의 판단기준을 일치시키려 하였다(BT-Dr. 14/6040, S. 223).

89) BGH NJW 1970, 556.

자의 정도를 능가하는 기능적합성이 결여를 원인으로 기업매매계약을 해제할 수 있는 것이다.

## Ⅳ. 목적물의 하자와 관련한 독일 민법상의 정보제공의무와 우리민법에의 시사점

우리의 현행 민법은 독일의 경우와 마찬가지로 계약체결상의 정보제공의무에 관한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 우리의 현행 민법체계 하에서도 정보제공의무와 이에 위반에 대한 제재가 불가능한 것은 아니다. 우선 신의칙이 정보제공의무와 관련하여 적용될 수 있는지의 여부가 문제될 수 있는데, 민법 제2조에 의한 신의칙은 계약이행단계에서 뿐만 아니라, 계약교섭단계에서도 적용된다는 점에서는 우리와 독일이 동일한 결론에 이르고 있다.

계약체결과정에서 정보제공이 계약의 목적물인 물건의 성질에 관련된 경우 정보제공의무 위반을 이유로 민법 제580조와 제581조에 의한 하자담보책임의 성립이 가능하다.[90] 판례 역시 예를 들어 매도인이 공급한 기계가 카탈로그와 그 검사성적서에 의하여 매도인이 보증한 일정한 품질과 성능을 갖추지 못한 경우에 하자가 있다고 판시하고 있다.[91]

매도인의 하자담보책임은 무과실책임의 성질을 갖는다는 것을 근거로 목적물의 하자에 관한 설명 내지 정보가 문제되는 경우에도 매도인은 무과실책임을 진다고 보는 견해가 있다.[92] 그러나 매도인이 알지 못한 하자에 대해서까지 책임을 져야 하는지는 상당히 의심스럽다. 매도인이 이에 대하여 책임을 지기 위해서는 우선 그 전제로 매도인에게 목적물의 하자를 조사하여야 할 의무가 있어야 하는데, 매도인은 제품의 하자에 대한 조사의무를 원칙적으로 부담하지는 않는다.

또한 매도인의 설명의무를 무제한적으로 인정하는 것은 하자 그 자체에 대한 책임과 목적물에 내재하지 않은 사정에 대한 책임과의 구별을 명확히 하지 못한 결과이다. 또한 매매계약의 특성과 매매계약 당사자의 협상에 있어서의 평등 및 동등함과 매매가격의 협상에 대한 이해관계를 고려하여 볼 때, 매도인의 설명의무는

---

90) 하자담보책임과 정보제공의무와 관련성에 대해서는 위계찬, “독일 매매법상의 광고와 물건의 하자”, 민사법학 38호, 2007, 463면 참조.

91) 대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다30554, 30561 판결

92) 송오식, 앞의 글(註 3), 114면.

무한정으로 확대되어서는 안 된다. 따라서 설명의무가 있는 경우와 그렇지 않은 경우를 구별할 필요성이 있는데, 설명의무 여부의 판단기준은 하자 여부가 구매에 있는 결정적인 영향을 미치는 경우로 한정하여 하자에 대한 정보제공의무 또는 설명의무를 인정해야 할 것이다. 더욱이 이러한 판단기준은 목적물에 따라서 그 판단기준이 달라져서는 안 될 것이며, 집합물의 경우에는 개별목적물의 하자 여부를 판단하기 보다는 집합물 전체의 가치와 기능을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

## V. 결론

계약을 체결함에 있어 정보의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다. 정보제공의무란 계약 당사자가 상대방의 계약체결의 의사결정에 필요하고 중요한 사정에 대하여 정보를 제공해야 할 법적 의무를 말한다. 이러한 의무는 계약 당사자 사이의 정보의 수집과 분석에 있어서의 불균형을 교정하기 위하여 부과되지만, 계약의 일방당사자가 상대방의 의사결정에 필요한 모든 정보를 제공할 의무를 부담하는 것은 아니다. 특히 매매계약의 경우 어느 정도의 기망행위는 허용된다는 점을 감안해 볼 때 더욱 그러하다.

정보제공의무를 위반한 경우에 특히 민법 제110조에 의한 의사표시의 취소, 손해배상청구권과 하자담보책임이 문제될 수 있다.

특히 하자담보책임과 관련하여 목적물에 대한 하자가 있더라도 매도인은 모든 하자를 밝히거나 이에 대한 정보를 제공해야 할 의무를 항상 부담하는 것은 아니다. 매매계약 당사자의 협상에 있어서의 평등 및 동등함과 매매가에 대한 이해의 상반관계를 고려하여 볼 때, 매도인의 설명의무는 무한정으로 확대되어서는 안 된다. 매매목적물의 가치에 대한 평가는 근본적으로 매수인의 일이기 때문에, 선량에 풍속에 반하지 않는 한 매도인은 매매목적물을 실질가치 이상을 받고 매도할 수 있는 것이다. 또한 매수인이 문의하지도 않았음에도 불구하고 매도인은 매매목적물의 모든 단점(약점)을 밝힐 필요는 없다. 다만, 매수인의 구매결정에 중요한 의미있는 사정이나 상황에 대해서는 매도인은 이에 대한 설명의무를 부담하는 것으로 보아야 할 것이다. 우리의 하자담보법의 체계와 독일의 그것이 반드시 일치하고 있지는 않지만, 독일에서의 하자담보책임과 정보제공의무와 관련한 이러한 논

의는 우리 민법의 해석과 적용 그리고 민법 개정에 참고가 될 수 있을 것으로 기대한다.

(논문투고일 : 2015.05.25, 심사개시일 : 2015.05.27, 게재확정일 : 2015.06.23)

**임 건 면**

정보의 불균형, 정보제공의무, 매도인의 목적물의 하자에 대한 정보제공의무, 목적물의 하자에 대한 악의의 묵비, 하자담보책임

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 국내문헌

김상중, 계약체결 이전 단계의 정보제공의무, 고려법학 제56호, 2010.

박인환, 독일법사 정보제고의무위반을 이유로 하는 계약해소청구권, 민사법학 40호, 2008.

송오식, 소비자계약에서 정보제공의무, 전남대 법학논총 제29집 1호, 2009.

위계찬, 계약체결과정에서의 설명의무의 근거, 원광법학 제23권 2호, 2007.

위계찬, 독일 매매계약법상 광고와 물건의 하자, 민사법학 제38호, 2007.

이상욱, 프랑스에서의 계약상 정보제공의무, 영남법학 제1권 제1호, 1994.

이혜리, 계약교섭결렬책임에 관한 비교법적 고찰, 성균관대 박사학위논문, 2011.

지원림, 민법의 사회상과 정보제공의무, 민사법학 제62호, 2013.

최상호, 계약상의 정보제공의무에 관한 연구, 채권법에 있어서의 자유와 책임, 김형배교수 화갑기념논문집, 1994.

## Ⅱ. 외국문헌

Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151(1950/51), 501 ff.

Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., 2007 (인용: Bamberger/Roth/집필자)

Canaris, Die Vertrauenshaftung, 1971.

Emmerich, Recht der Leisungsstörungen, 4. Aufl., 1997.

Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 12. 2008 (인용: Erman/집필자)

Fleischer, Vorvertragliche Pflichten im Schrittfeld von Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsprivatrecht, in: Schulze/Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des GEmeinschaftsrechts, 2001, S. 243 ff.

Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989.

Grigoleit, Reformperspektiven der vorvertraglichen Informationshaftung, in Schulze/Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinrechts, 2001.

Gröschler, Die Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung über Mängel nach neuem

Recht, NJW 2005, 1601 ff.

Köndgen, Die Positivierung der culpa in contrahendo als Frage der Gesetzgebungsmethodik, in Schulze/Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinrechts, 2001.

Münchener Kommentar, BGB, Band 3, 6. Aufl., 2012 (인용: MünchKomm/집필자)

Larenz, "Bemerkung zur Haftung für 'culpa in contrahendo'", Festschrift für Ballerstedt zum 70. Geburtstag, 1975, S. 397 ff.

Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997(인용: AT des BGB)

Larenz, Schuldrecht II/1, 13. Aufl., 1986.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Aufl., 2015 (인용: Palandt/집필자).

Reich, "Schuldrechtliche Informationspflichten gegenüber Endverbrauchern", NJW 1978, 513 ff.

Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1991(인용: Soergel/집필자)

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2004 (인용: Staudinger/집필자)

Abstract

# Duty to Disclose Information in Formation of Contract and Duty to Inform the Defects of Subject Matter of a Contract of Sales

## – Focus on the German Civil Law on Seller's Duty to Inform the Defects–

IM, Geon-Myeon

One cannot overemphasize about impotance of information in not only legal field but also any other fields. Especially party to a contract take all the risks in collecting and analyzing the various information so that he can have a better position in entering a contract. However, principle of responsibility for faults is main ideas of principle of private autonomy. However, there is unbalance of information in contractual parties so it became necessary to protect the weaker party "in information", and it is known as a duty to provide information.

This paper examines grounds, elements, and effects of the general duty to provide information and reviews whether a seller owes a duty to provide the defects of the subject matter of a contract especially relating to a contract for sales focusing on the amended German civil law. As a result, it conclued that since a seller does not owe a duty to examine the subject matter of a contract, therefore, one should admit a duty provide information or inform as narrow as possible. This is consistent with the interests of parties of a contract. According to the German law, it surely relates the liability for warranty with the liability of non-performance, but

it does not mean that a seller owes a duty to reveal or provide information on the defects. It is not that a seller owes a duty to inform the defects without any limitation but he owes a duty to inform the circumstances or situations which can meaningfully influence on a buyer's decision

Korean law for the liability for warranty is not completely correspondent with the German's but the discussion on the liability for warranty and a duty to inform, made under the amended German law, can give us a clue for the analysis and the application under Korean civil law and its amendments.

**IM, Geon-Myeon**

Unbalance of information, Duty to provide(or disclose) information, Seller's duty to inform the defects of subject matter, fraudulent concealment of a defect, Liability for warranty

# 새로 도입된 법정손해배상에 관한 비판적 검토

## -개인정보보호 관련법에서의 법정손해배상을 중심으로-

최 경 진*

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 새로 도입된 법정손해배상제도와 미국의 법정손해배상제도와의 비교
1. 새로 도입된 법정손해배상
2. 미국의 법정손해배상제도와의 비교
Ⅲ. 개인정보보호 관련법 상의 법정손해배상 규정의 해석론
1. 법적 성질 및 실손해배상과의 관계
2. 적용범위
3. 책임요건
4. 행사의 시기 및 기간
5. 손해배상액의 산정
Ⅳ. 법정손해배상제도의 문제점과 개선방안
1. 증명책임 전환의 명확화
2. 시효의 기산점
3. 시간적 적용범위의 명확화
4. 법정손해배상액의 하한 설정
5. 선택권의 행사 및 기한의 명확화
Ⅴ. 맺음말

**【국 문 요 약】**

한미 자유무역협정을 통하여 국내에 처음 도입된 법정손해배상제도가 최근 개인정보침해로 인한 피해자의 효과적인 구제라는 취지하에 정보통신망법과 신용정보법에 각각 규정되었다. 이에 따르면 개인정보의 누출등의 사실을 안 날부터 3년 이내에 실손해배상을 청구하는 대신 300만원 이하의 범위에서 상당한 금액을 손해액으로 하여 배상을 청구할 수 있도록 규정하였다. 이처럼 새롭게 도입된 법정손해배상제도의 합리적이고 조화로운 해석과 함께 문제가 있는 경우에는 개선방안을 도출하는 것을 이 글의 목표로 삼았다. 이를 위하여 한미 자유무역협정을 통하여 소개된 미국의 법정손해배상제도와 비교법적인 검토와 함께 국내 여러 법률에 규정된 법정손해배상제도 사이의 비교를 시도하였다. 그 결과 우리의 법정손해배상제도는 기존에 존재하던 상당손해액형 손해배상과 미국의 실손해 대체형 법정손해배상의 중간에 위치한 절충형으로 파악할 수 있었다. 그러나 향후 피해자 구제의 실질화 내지 강화라는 측면에서 법정손해배상액의 하한 설정을 심도있게 검토할 필요가 있다. 아울러 명확성을 제고하기 위해서 증명책임의 전환을 명확히 하고,

* 가천대학교 법과대학 교수, 법학박사.

소멸시효를 일원화하며, 시간적 적용범위와 선택권의 행사 및 그 기한을 명확히 하는 방향으로 입법적 노력이 전개되어야 할 것이다.

## Ⅰ. 머리말

개인정보의 오남용으로 피해가 발생하는 경우가 드물지 않게 보도되고 있고, 한편으로는 개인정보가 대규모로 유출되는 사건이 지속적으로 발생하면서 개인정보의 중요성에 대한 국민들의 인식이 확대되었다. 일련의 사건들[1]로 인하여 대규모 유출은 대규모 피해로 연결될 수 있다는 위기감과 개인정보는 국민들의 중요한 권익 보호 대상이라는 인식이 합쳐져서 개인정보보호를 강화하는 입법이나 정책이 추진되었고, 그 중의 하나로서 이 글에서 논의할 '법정손해배상제도'가 도입되었다.[2] 법정손해배상이라는 제도는 원래 우리나라에서 존재하던 개념은 아니었고,[3] 한미 자유무역협정(Korea-U.S. Free Trade Agreement)(이하 "한미 FTA"라 한다)을 통하여 처음으로 국내에 도입되었고, 그 적용분야도 한미 FTA에 따라 지적재산법 중 저작권 및 저작인접권 침해와 상표위조에 한정하였다. 그러던 것이 개인정보유출로 인한 정보주체의 권리침해시 실질적인 구제를 보장한다는 취지에서 "정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률"(이하 정보통신망법"이라 한다)과 "신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률"(이하에서 "신용정보법"이라 한다)에 도입된 것이다.

손해액의 법정(法定)을 통하여 피해자의 권리구제를 강화한다는 취지에는 공감할 수 있지만, 제한적으로 도입된 외국 제도인 법정손해배상제도는 우리에게 생소하며 그에 대한 운영 경험도 거의 없는 상태에서 그 영향력이나 문제점에 대하여 충분한 검토를 통하여 개인정보보호 관련법에 도입하였는가는 의문이다. 개인정보보호 관련법의 영향력이 커지고 있는 상황에서 자칫 법정손해배상의 운용에 따라 민사적 측면의 과도한 규제로 작용할 가능성도 없지 않다. 이 글은 이미 도입된 법정손해배상제도가 본래의 목적인 정보주체의 권리구제에 기여하면서도 합리적이

---

1) 2014.7.31. 국가정책조정회의에서 확정·발표된 "개인정보보호 정상화 대책"에 따르면 KT 1,170만건('14.3월), 카드3사 8,700만건('14.1월), SK 컴즈 3,500만명('11.7월), 옥션 1,860만명('08.2월), 넥슨 1,320만명 유출('11.11월), GS칼텍스 1,150만명('08.9월) 등의 개인정보유출사고가 발생했다. 관계부처 합동, 개인정보보호 정상화 대책 -기본이 지켜지는 개인정보보호-, 2014.7.31.

2) "개인정보보호 정상화 대책"에 대한 국무총리실 보도자료에 의하면, "개인정보 유출시 국민들이 쉽게 피해구제를 받고, 기업에 확실히 책임을 묻는 새로운 손해배상제도"로서 징벌적 손해배상제도와 법정손해배상제도의 도입이 추진되었다.

3) 법정손해배상제도는 미국에만 특유한 제도는 아니고 중국, 대만, 싱가포르, 우크라이나, 이스라엘, 브라질, 불가리아 등에서도 법제화되어 있다. 이에 대하여는 최경진, "법정손해배상제도의 도입에 관한 연구 – 한미자유무역협정에 따른 민법과의 조화를 중심으로 -", 「중앙법학」, 제13집 제3호(2011), 210면 참조.

고 타당한 범위에서 운용될 수 있도록 그 내용을 명확히 밝히는데 목적이 있다. 즉, 구체적이고 상세한 논의가 충분히 이루어지지 않고 급박하게 제도가 도입된 과정에 대한 비판적 자세를 취하여 권리구제라는 이름 아래 자칫 너무나 과도한 손해배상으로 인하여 국가, 개인 또는 기업의 활동에 지장을 주지 않도록 하면서도, 이 제도가 안정적으로 정착하고 합리적으로 운용될 수 있도록 기여하는데 주안점을 두었다. 이를 위하여 먼저 법정손해배상제도가 국내에 도입된 과정을 살펴보고, 그 연원이 해외 제도에서 유래하기 때문에 특히 우리에게 영향을 준 미국의 법정손해배상과의 비교 고찰을 통하여 우리의 법정손해배상제도의 성질을 보다 명확히 하겠다. 이를 바탕으로 우리 법정손해배상제도의 타당한 해석론을 시도하고, 나아가 법정손해배상제도가 가지는 문제점을 살펴보고 향후 개선방향까지 제시하겠다.

## Ⅱ. 새로 도입된 법정손해배상제도와 미국의 법정손해배상제도와의 비교

### 1. 새로 도입된 법정손해배상

#### 가. 개인정보보호 관련법에 도입된 법정손해배상

개인정보유출로 인한 피해의 구제를 강화하기 위한 입법적 대책으로서 아래와 같이 정보통신망법[4] 제32조의2(법정손해배상의 청구)와 신용정보법[5] 제43조의2(법정손해배상의 청구)가 각각 신설되었다.[6][7]

정보통신망법 제32조의2에 따르면, 이용자는 정보통신서비스 제공자등이 고의 또는 과실로 이 장의 규정을 위반한 경우이면서 개인정보가 분실·도난·누출된

---

4) 2014.5.2. 국회 미래창조과학방송통신위원장이 “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 일부개정법률안(대안)”(의안번호 1910479호)을 제안하였고, 2014.5.2. 본회의를 통과한 후 2014.5.28. 12681호로 공포되어 현재 시행되고 있다.

5) 관련 법안 16건이 국회에 계류 중이었지만, 2015.2.12. “신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 일부개정법률안(대안)”(의안번호 1913962호)을 국회 정무위원장이 제안하였고, 2015.2.16. 본회의를 통과하여 2015.3.11. 공포되었고, 2015.9.12.부터 시행될 예정이다.

6) 법정손해배상과 관련한 신용정보법 개정과정에서의 여러 개정안에 대한 입법평가에 대하여는 김주영, “2014년의 신용정보 유출관련 개인정보 보호법제 개정안의 검토 – 사전적 입법평가의 방법으로서의 교차점 분석의 시도 -”, 「법학논총」, 제21집 제1호(2014), 조선대학교 법학연구원, 110-112면 참조.

7) 신용정보법의 개정에 따라 신용정보법 시행령(안)(이하에서 “입법예고안”이라 한다)이 2015.4.2. 입법예고 되었고, 현재 개정 과정 중에 있다. 동 입법예고안에 따르면, 제35조의8에서 법정손해배상의 청구기간을 규정하고 있다.

경우에는 개인정보의 누출등의 사실을 안 날부터 3년 이내에 정보통신서비스 제공자등에게 실손해배상을 청구하는 대신 300만원 이하의 범위에서 상당한 금액을 손해액으로 하여 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 해당 정보통신서비스 제공자등은 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다. 법원은 법정손해배상 청구가 있는 경우에 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 300만원 이하의 범위에서 상당한 손해액을 인정할 수 있다. 정보통신망법에 따른 법정손해배상은 개인정보의 누출등이 발생한 날부터 10년이 지나면 청구하지 못한다.

신용정보법 제43조의2에 따르면, 신용정보주체는 신용정보회사등이나 그 밖의 신용정보 이용자가 고의 또는 과실로 이 법의 규정을 위반한 경우이면서 개인신용정보가 분실・도난・누출·변조 또는 훼손된 경우에는 대통령령으로 정하는 기간 내(입법예고안에 따르면, 신용정보주체가 개인신용정보의 누출등의 사실을 안 날로부터 3년 이내)에 신용정보회사등이나 그 밖의 신용정보 이용자(수탁자를 포함)에게 실손해배상을 청구하는 대신 300만원 이하의 범위에서 상당한 금액을 손해액으로 하여 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 해당 신용정보회사등이나 그 밖의 신용정보 이용자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다. 법원은 법정손해배상 청구가 있는 경우에 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 300만원의 범위에서 상당한 손해액을 인정할 수 있다. 실손해배상 청구를 한 자는 법원이 변론을 종결할 때까지 그 청구를 법정손해배상 청구로 변경할 수 있다. 또한 입법예고안에 따르면, 신용정보법 상의 법정손해배상은 개인신용정보의 누출등이 발생한 날로부터 10년이 지나면 청구하지 못한다.

### 나. 다른 법정손해배상과의 비교

개인정보보호 관련법에 법정손해배상이 도입되기 이전에 이미 저작권법과 상표에도 법정손해배상제도가 도입되어 있었다. 이들 지적재산권법 관련 법정손해배상은 한미 FTA 제18.10조 제6항에 따라 이행입법으로서 도입된 것이다. 동 규정은 민사 사법절차에서, 각 당사국은 최소한 저작권 또는 저작인접권에 의하여 보호되는 저작물·음반 및 실연에 대하여, 그리고 상표위조의 경우에, 권리자의 선택에 따라 이용가능한 법정손해배상액(Pre-established damages)[8]을 수립하거나 유지한다

8) 한미 FTA 한글 협정문에는 “법정손해배상”이라는 표현을 쓰고, 영문 협정문은 “Pre-established damages"라고 쓰고 있다. 그러나 영문 표현에도 불구하고 미국 연방 저작권법 및 연방 상표법 상

고 규정하고 있다. 이 때 법정손해배상액은 장래의 침해를 억제하고 침해로부터 야기된 피해를 권리자에게 완전히 보상하기에 충분한 액수이어야 한다. 즉, 한미 FTA가 채택한 법정손해배상제도란 상표권 및 저작권 침해에 대해 손해액의 범위를 미리 법률에 규정해 놓고 권리자가 실손해 대신 선택할 수 있도록 하는 제도를 말한다.[9] 이러한 법정손해배상제도가 규정된 취지는 ① 이 제도가 손해배상의 실효성을 보장할 뿐만 아니라 장래의 침해를 억제한다는 점과 ② 상표권 및 저작권 침해 사건은 실손해 입증이 용이치 않으며 민사소송시 받을 수 있는 배상액이 충분하지 못하다는 점 때문이다.[10] 이를 기초로 우리 현행법상 실손해산정이 어려울 경우 대체형량이 가능토록 법정손해배상제도를 도입하기로 결정한 것이다.[11] 이에 따라 아래와 같이 저작권법은 제125조의2를, 상표법은 제67조의2를 각각 신설하였다.

개인정보보호 관련법의 법정손해배상 규정은 기본적으로 저작권법이나 상표법의 규정을 참조하여 규정한 것으로 보이지만, 양자는 완전히 동일하게 규정되지는 않았다. 4개 법률 모두 표제를 "법정손해배상의 청구"라고 규정하면서, 일반 손해배상책임이나 기존의 다른 손해배상액 산정 규정에 갈음 혹은 대신하여 청구할 수 있는 특별한 손해배상책임으로 규정하고 있다. 또한 손해배상액의 범위를 정하면서 상한을 두는 반면 하한은 따로 정하지 않아서 손해액을 인정하지 않을 수 있는 여지를 남겨두었다. 손해배상액의 구체적인 산정 시에 법원이 변론의 전취지와 증거조사결과를 바탕으로 상당한 손해액을 부과할 수 있도록 하였다. 이러한 공통점을 가지고 있는 반면, 각 법정손해배상은 다음과 같은 차이가 있다. ① 개인정보보호 관련법 상의 법정손해배상은 지적재산권법 상의 그것과는 다르게 고의나 과실에 대한 증명책임을 전환하고 있다. ② 법정손해배상의 선택기한에 대하여 다른 법률이 모두 '변론 종결 전'으로 규정한 것과는 달리 정보통신망법은 명시적인 규정을 하지 않았다. 이는 정보통신망법의 개정이 매우 급박하게 이루어짐으로 인하여 충분히 검토할 시간이 없었기 때문으로 추측된다. ③ 지적재산권법 상의 법정손해배상은 별도로 청구기간을 두지 않아서 일반 소멸시효에 따르도록 규정한 반면, 개인정보보호 관련법에서는 별도의 청구기간을 규정하고 있다. ④ 다른 법과

---

의 법정손해배상(statutory damages)을 도입하라는 것으로 이해된다. 같은 취지로 김원오, "상표위조행위에 대한 법정손해배상제도의 도입 검토", 「산업재산권」, 제24호(2007), 2면 참조.

9) 외교통상부, 한·미 FTA 상세설명자료, 2010.1., 152면.

10) 외교통상부, 상게서, 152면.

11) 외교통상부, 상게서, 152면.

달리 저작권법은 산정의 기준이 되는 대상을 “저작물등마다”라고 명시하였다. ⑤ 저작권법은 영리목적의 고의 침해시에는 5천만원까지 증액할 수 있도록 한 반면 다른 법에서는 고의나 영리목적의 증액을 인정하지 않는다. ⑥ 법정손해액의 범위에 대하여는 각 영역의 특수성을 고려하여, 저작권법은 1천만원, 상표법은 5천만원을 규정하였고, 개인정보보호 관련법 상의 법정손해배상에서는 동일하게 300만원으로 규정하였다. 이외에 ⑦ 저작권법에는 그 특수성을 고려한 규정으로서 둘 이상의 저작물을 소재로 하는 편집저작물과 2차적 저작물은 하나의 저작물로 보는 규정과 청구요건으로서 침해행위 이전에 저작물등의 등록이 되어 있어야 하는 규정이 있다.

<국내 법정손해배상 규정 사이의 비교>

| | | 저작권법 | 상표법 | 정보통신망법 | 신용정보법 |
|---|---|---|---|---|---|
| 고의・과실 요부 | | ○ | ○ | ○ | ○ |
| 고의・과실 증명책임 | | - | - | 증명책임 전환 | 증명책임 전환 |
| 선택 기한 | | 변론 종결 전 | 변론 종결 전 | - | 변론 종결 전 |
| 청구기간 | | - | - | ① 이용자가 개인정보의 누출등의 사실을 안 날부터 3년 이내<br>② 개인정보의 누출등이 발생한 날부터 10년 이내 | <입법예고안><br>① 신용정보주체가 개인신용정보의 누출등의 사실을 안 날로부터 3년 이내<br>② 개인신용정보의 누출등이 발생한 날로부터 10년 |
| 다른 손해배상과의 관계 | | 실손해, 제125조 또는 제126조에 갈음하여 청구 가능 | 제66조의2에 갈음하여 청구 가능 | 제32조에 대신하여 청구 가능 | 제43조에 대신하여 청구 가능 |
| 산정기준(수) | | 각 저작물등마다 | - | - | - |
| 법정 손해액 | 일반 | 1천만원 | 5천만원 | 300만원 | 300만원 |
| | 증액 | 영리 목적의 고의 침해시 5천만원 | - | - | - |
| | 하한 | × | × | × | × |
| 산정 | | 변론의 취지와 증거조사 결과를 고려하여 상당한 손해액을 인정 | | | |

| | 저작권법 | 상표법 | 정보통신망법 | 신용정보법 |
|---|---|---|---|---|
| 기타 | ① 둘 이상의 저작물을 소재로 하는 편집저작물과 2차적 저작물은 하나의 저작물로 봄<br>② 침해행위 이전에 저작물등의 등록이 되어 있어야 함 | - | - | - |

## 2. 미국의 법정손해배상제도와의 비교

미국에서의 법정손해배상(Statutory Damages)[12]이란 보통법(Common Law) 상의 손해배상과 구별되는 개념으로 법률의 규정에 따라 인정되는 손해배상을 말한다.[13] 미국에서는 법정손해배상 규정이 여러 법에 산재하여 규정되어 있다. 법정손해배상이 규정된 법 분야를 정리해보면, 대체로 저작권법 및 상표법[14] 등 지적재산권법, 소비자법, 인권법, 불법행위법, 의료법 등에 규정되어 있다. 그러나 우리법제에 대한 시사점 도출이라는 측면에서는 법정손해배상의 유형별로 나누어 보는 것이 유용하다. 이에 따르면, 미국의 법정손해배상은 실손해배상에 갈음하는 법정손해배상과 실손해에 더하여 2배 혹은 3배 배상을 규정하거나 실손해 외에 부가적

12) 미국 연방 저작권법 하의 법정손해배상제도에 대한 상세한 소개는 최경진, “한·미 자유무역협정(KORUS FTA)과 지적재산권 침해시 손해배상제도”, 「법경제학연구」, 제4권제2호(2007), 253면 이하; 조준모외, 전게서, 162면 이하 참조. 이외에 미국 저작권법 상의 법정손해배상제도에 관하여는 김인철, “RIAA의 소송과 법정손해배상제도”, 「저작권문화」, 제182호(2009), 22-23; 박성수, “저작권침해와 법정손해배상제도”, 「저작권」, 제20권제2호(통권 제78호, 2007), 37-54; 손정달, “저작권법상 법정손해배상제도 도입에 대한 검토: 미국의 법정손해배상제도 도입을 중심으로”, 「법학연구」, 제9집제1호(2006), 인하대학교 법학연구소, 173-191; 이규호, “미국 연방 저작권법상 법정손해배상제도에 대한 연구”, 「정보법학」, 제11권제1호(2007), 87-143; 이성우, “디지털 저작권 침해에 있어서 법정손해 배상제도에 대한 소고”, 「경성법학」, 제17집 제1호(2008), 145-181; 이종구, “한미 FTA의 이행에 따른 미국의 법정손해배상제도의 도입과 그 한계”, 「산업재산권」, 제23호(2007), 617-648; 이지윤, “저작권침해에 대한 법정손해배상에 관한 연구: 미국의 저작권 판례를 중심으로”, 「저작권」, 제20권제4호(통권 제80호, 2007), 83-109; 정충원, “著作權法上 法定損害賠償制度의 導入에 대한 小考”, 「지식재산연구」, 제5권제2호(2010), 131-155 참조. 김용섭·정상현, "저작권법상 법정손해배상제도의 도입과 문제점", 「성균관법학」, 제20권제3호 별권(2008), 559-581은 미국 저작권법상의 법정손해배상제도뿐만 아니라 중국의 법정손해배상제도에 대하여도 소개하고 있다.

13) Black's Law Dictionary, 8th Ed.

14) 미국 연방 상표법 상의 법정손해배상제도에 대하여는 김원오, 전게논문, 1-30면 참조.

인 배상을 허용하는 유형으로 나뉠 수 있다.[15] 이처럼 유형화하더라도 실제 법정손해배상을 어떻게 이해하는가는 차이가 있을 수 있다. 즉, 법정손해배상의 유형 및 범위와 관련하여 법률에 손해배상을 명시적으로 규정한 것을 모두 포함하는 것으로 이해할 수도 있다. 이는 법정손해배상을 용어 그대로 '법정(法定)'에 초점을 맞추어 이해하는 경우에 가능하다. 이처럼 바라보면, 법정손해배상에는 손해배상액의 산정방법이나 산정기준 등을 법률에 규정해 놓은 모든 형태의 손해배상제도가 법정손해배상으로 파악되어, 법률에서 실손해에 더하여 2배 배상을 인정하거나 혹은 3배 배상을 규정한 것도 넓게 법정손해배상으로 이해하게 된다.[16] 반면, 징벌적 요소가 배제된 실손해에 갈음하는 구체적인 손해배상액을 법률에서 정하는 것만으로 이해하는 것이 가능하다.[17] 이러한 인식에 따르면 법정손해배상은 법률로 손해배상을 정해놓은 모든 유형을 포섭하는 것은 아니고 법정손해배상의 의미를 좁게 파악하여 실손해에 갈음하여 손해배상액을 법률에서 정한 것만을 의미하게 된다. 앞에서 살펴본 법정손해배상과 관련된 입법례를 살펴보면, 미국 저작권법이나 상표법 상의 법정손해배상은 후자와 같이 좁은 의미의 법정손해배상으로서의 성질을 가지고 있는 것으로 보이지만,[18] 소비자 관련법이나 불법침입의 경우에서처럼 전자와 같이 법정손해배상을 넓게 파악하는 경우도 있다. 이상에서와 같이 법정손해배상을 넓게 볼 것인지 좁게 볼 것인지에 따라 그 법적 성질에도 차이가 발생하게 된다. 만일 법정손해배상을 넓게 파악한다면 그 성질은 제재적인 성격이 보다 강해질 것이고, 반면 좁게 파악하다면 상대적으로 그 성질은 제재적 성격이 희박해지고 보상적 성격이 강해질 것이다.

---

15) 미국의 법정손해배상제도에 대한 자세한 소개와 분석에 대하여는 최경진, 전게 "법정손해배상제도의 도입에 관한 연구 - 한미자유무역협정에 따른 민법과의 조화를 중심으로 -", 210-224면 참조.

16) Ronald E. Mallen, Jeffrey M. Smith, 3 Legal Malpractice §21:15 (2011 ed.)에서는 변호사 과오책임의 효과로서 법정손해배상을 설명하면서, 명목손해배상, 3배 배상 및 배수·특별이익배상을 설명하고 있다. James C. Smith and Jacqueline P. Hand, Neighboring Property Owners §3:15.50에서는 법정손해배상으로서 3배배상을 설명하고 있다. 그런데 이들 글에서 법정손해배상에 3배 배상 등을 포함시킬 의도로 글을 작성한 것인지는 명확하지 않고, 단순히 법정손해배상의 표제 하에 설명되어 있다.

17) Philip Althouse, Oh.Consumer L. §2:131 (2010); Harold L. Williams, Oh.Consumer L. §3:33 (2010) 등은 법정손해배상을 3배배상이나 실손해배상과 구분하여 설명하고 있다.

18) 저작권법이나 상표법 상의 법정손해배상은 기본적으로 실손해배상의 대체적 성격이 강하지만, 고의침해의 경우에는 증액이 가능하다는 측면에서 제재적 성격 및 장래 침해의 억제·예방적 성격이 배제되지는 않는다. Chi-Boy Music v. Charlie Club, Inc., 930 F.2d 1224, 1228-29 (7th Cir.1991); Cable/Home Communication Corp. v. Network Prods., Inc., 902 F.2d 829, 851 (11th Cir.1990).

실제 법정손해배상을 다루는 글이나 판결에서도 법정손해배상의 성질에 대하여 다르게 파악하는 경우가 있다. 즉 법정손해배상의 성질을 고려할 때 징벌적 요소가 포함되어 있다고 볼 수도 있는 판결[19]이나 견해[20]가 있는 반면, 법정손해배상을 징벌적 요소 보다는 실손해에 갈음하는 손해배상액을 법률에서 정하는 것으로서 보상적인 성격으로 파악하는 판례[21]나 기본적으로는 보상적인 성격으로 파악하면서도 고의 증액의 경우에 징벌적 성격을 배제할 수 없다는 판례[22]도 있다. 법정손해배상을 다루는 글이나 관련 판례에서 법정손해배상의 성질을 어떻게 볼 것인가는 앞의 법정손해배상을 어느 범위까지 인정할 것인가와 밀접한 관련이 있는 것으로 보인다. 즉, 법정손해배상을 넓게 보는 경우에는 배액 배상이나 부가적 배상과 같이 제재적 성격의 손해배상 유형까지도 포섭하게 되므로 그 성격도 제재적 성격이 있는 것으로 파악할 가능성이 높은 반면, 법정손해배상을 좁게 파악하는 경우에는 제재적 성격 보다는 보상적 성격으로 파악할 가능성이 높다.

우리의 법정손해배상을 어떠한 성질로 파악할 것인가는 논란이 있을 수 있지만, 지적재산권법이나 개인정보보호 관련법에 규정된 법정손해배상은 기본적으로 실제 손해에 "갈음하여" 혹은 "대신" 청구하는 것으로서 미국법 상의 실손해 대체형 법정손해배상과 그 성질이 유사하다고 할 수 있다. 그러나 미국법 상의 실손해 대체형 법정손해배상의 대표적인 사례인 저작권법과 상표법은 상한과 하한을 모두 설정하여 권리 침해가 인정되는 경우에 반드시 일정한 법정손해를 배상하도록 판결하여야 한다는 점(필요적 배상)[23]에서 하한을 두지 않은 우리의 법정손해배상과는 차이가 있다. 우리나라의 법정손해배상 규정이 하한을 두지 않은 이유에 대하여는 저작권법 개정 이유에서 살펴볼 수 있다. 즉, "법정손해배상제도는 침해에 대한 충

---

19) Simpson v. Smith, 34 Ohio Misc. 2d 7, 517 N.E.2d 276 (Mun. Ct. 1987)에서 실손해 외에 3배배상이나 법정손해배상도 함께 인정하였다. 15 U.S.C.A. §1692k(a)(2)는 실손해 외에 1,000달러를 초과하지 않는 범위에서 법원이 인정하는 부가적 손해배상액(즉, 법정손해배상)을 소비자가 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 15 U.S.C.A. §1640(a)은 소비자가 증명할 수 있는 실손해에 더하여 법정손해배상을 청구할 수 있도록 규정하고 있다.

20) 8 Ia.Prac., Civil Litigation Handbook §18:24 (2010 ed.)는 법정손해배상은 법률 규정에 따라 구제받을 수 있는 손해배상이지만, 그 성질은 종종 제재적(penal)이라고 한다.

21) Douglas v. Cunningham, 294 U.S. 207, 208, 55 S.Ct. 365, 365, 79 L.Ed. 862 (1935)에서는 법정손해배상의 실손해 대체형(in lieu) 성격을 확인하고 있다.

22) Chi-Boy Music v. Charlie Club, Inc., 930 F.2d 1224, 1228-29 (7th Cir.1991); Cable/Home Communication Corp. v. Network Prods., Inc., 902 F.2d 829, 851 (11th Cir.1990)

23) 김태선, "미국 배액배상제도 및 법정손해배상제도의 도입에 관한 소고", 「민사법학」, 제66호(2014.3.), 258면은 법정손해배상의 필요적 배상의 성격은 "보상적 기능을 원활하게 하는 측면이라고 할 수 있다"고 한다.

분한 보상과 침해 억지력을 확보하는데 목적을 둔 제도로서, 자칫 하한선을 책정할 경우 침해 행위와 손해 사이의 비례성을 현저히 흔들 수 있"으며,[24] "법정손해배상액은 침해건수가 아닌 침해된 저작물 수를 기준으로 하는데, 온라인상에서의 침해는 일반적으로 많게는 수만 건의 저작물이 관련되는 경우가 있어, 하한선을 정할 경우 합리적인 손해배상액과의 괴리가 지나치게 커서 오히려 불합리를 초래할 우려가 있"기 때문에[25] 하한선을 정하지 않고 법원이 변론의 전취지와 증거조사의 결과를 고려하여 상당한 손해액을 결정할 수 있도록 한 것이다. 나아가 개인정보보호 관련법 상의 법정손해배상은 영리목적 혹은 고의 침해에 따른 증액을 규정하고 있지도 않다. 한편, 우리 저작권법은 제126조에서 손해의 발생사실은 인정되지만 손해액 산정이 어려운 경우에 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 상당손해액형 손해배상 규정은 법정손해배상이 도입되기 이전에도 인정되어 오던 것이고, 유사한 취지의 규정은 특허법 제128조 제6항, 상표법 제67조 제5항, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제57조에도 규정되어 있다. 이들 규정과 법정손해배상 규정을 비교해 보면, 손해배상액의 상한을 규정한 것과 실손해에 갈음하여 인정된다는 점을 제외하고는 매우 유사하다. 결과적으로 우리의 법정손해배상은 기존의 저작권 등 관련 법률에 규정되어 있던 상당손해액형 손해배상, 즉 법원이 변론의 취지와 증거조사 결과를 바탕으로 상당한 손해액을 인정할 수 있도록 한 손해배상 유형과 미국의 실손해 대체형 법정손해배상의 중간에 위치하는 유형으로 파악할 수 있다. 이처럼 절충적 형태로 파악하는 한 우리의 법정손해배상 규정을 해석함에 있어서는 기존에 우리 법제 하의 상당손해액형 손해배상의 해석과 미국의 실손해 대체형 법정손해배상의 해석을 모두 참조하되 우리의 법정손해배상 규정의 특수성을 고려하여 해석론을 전개해야 한다.

## Ⅲ. 개인정보보호 관련법 상의 법정손해배상 규정의 해석론

### 1. 법적 성질 및 실손해배상과의 관계

정보통신망법 제32조의2[26]는 동법 상의 개인정보보호에 관한 장의 규정을 위반

24) 문화체육관광부・한국저작권위원회, 한・미 FTA 이행을 위한 개정 저작권법 설명자료, 2011.12. 43면.

25) 문화체육관광부・한국저작권위원회, 상게 자료, 43면.

한 행위로 인한 일반적 손해배상책임을 규정한 제32조를 "대신"하여 제32조의2에 따른 법정손해배상을 청구할 수 있도록 규정하고 있고, 신용정보법 제43조의2도 동법 위반에 따른 일반적 손해배상을 규정한 제32조를 "대신"하여 청구할 수 있도록 규정하여 실손해를 대체하는 것으로서 실손해배상을 기본으로 하는 우리 민사불법행위법 체계와 모순되지 않는다. 즉, 정보통신망법이나 신용정보법의 각 규정은 실손해배상을 대체하는 보상적 손해배상으로 파악하는 것이 타당하다. 따라서 이들 규정의 해석에 있어서도 실손해를 대체하는 보상적 성질을 기초로 하여 해석이 이루어져야 할 것이다.

법정손해배상과 실손해배상과의 관계와 관련하여 "사회관념상 하나의 개인정보 누출로 인한 손해에 대하여 일부는 법정손해배상으로 나머지 일부는 일반 손해배상으로 청구하는 것도 가능하다"는 견해가 있다.[27] 그러나 법정손해배상이 실손해배상에 대한 대체적 성격을 가진다는 점[28]을 고려할 때 양자를 택일하는 것만이 가능하고, 일부는 법정손해배상으로 나머지 일부는 실손해배상으로 청구하는 것은 허용될 수 없다고 보아야 할 것이다.

## 2. 적용범위

### 가. 인적・물적・장소적 적용범위

#### 1) 정보통신망법

정보통신망법의 법정손해배상은 기본적으로 수범자인 "정보통신서비스 제공자등"과 "이용자"와의 사이에 적용된다. 정보통신서비스 제공자등이란 "정보통신서비스 제공자와 그로부터 제24조의2 제1항에 따라 이용자의 개인정보를 제공받은 자"[29]를 말하며, 정보통신서비스 제공자는 "「전기통신사업법」 제2조 제8호에 따른 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여

---

26) 정보통신망법 상의 법정손해배상규정의 도입 목적은 "개인정보 유출로 인한 피해자의 손해배상을 보다 더 쉽도록"(제324회 국회(임시회) 미래창조과학방송통신위원회회의록 제1호, 2014.4.30., 18면) 하는 것이고 "개인정보의 유출에 대한 예방 및 이용자 보호"(제324회 국회(임시회), 법제사법위원회회의록 제2호, 2014.5.2., 43면)를 위한 것이다.

27) 이동진, "개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상", 「서울대학교 법학」, 제55권 제4호(2014.12.), 396면.

28) 법정손해배상의 대체적 성격은 이를 규정한 각 규정의 문언에서 나타나 있으며, 개정 저작권법 설명자료에서도 "원고의 선택에 따라" 법원이 법정손해액을 인정할 수 있다고 설명하고 있다. 문화체육관광부・한국저작권위원회, 전게 한・미 FTA 이행을 위한 개정 저작권법 설명자료, 43면.

29) 정보통신망법 제25조 제1항.

정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자"[30]를 말한다. 이용자란 "정보통신서비스 제공자가 제공하는 정보통신서비스를 이용하는 자"[31]를 의미하는데, 이용자는 반드시 정보통신서비스 제공자등과 유상계약 관계에 있어야 하는 것은 아니고 무상계약관계에 있더라도 포함된다. 이상을 기초로 법정손해배상이 적용되는 인적 대상을 살펴보면, 기본적으로 정보통신서비스 제공자와 이용자 사이에서 법정손해배상이 인정되며,[32] 이러한 책임은 정보통신서비스 제공자로부터 이용자의 개인정보를 제공받은 자에까지 인정된다. 그러나 이에 해당하지 않는 제3자, 비영리 온라인 서비스 제공자 혹은 오프라인 영역에는 적용되지 않는다. 한편, 정보통신망법은 행정적 규제규정을 기초로 규율이 이루어지는데, 이러한 규제규정이 외국인에게까지 적용된다고 보기는 어렵다. 이 때문에 정보통신망법 제32조의2 제1호가 이러한 규제규정의 위반을 법정손해배상의 책임요건으로 설정하고 있는 이상 외국인에 대한 법정손해배상의 청구를 인정하기가 쉽지 않다.[33] 그러나 외국인의 행위라고 할지라도 개인정보에 관한 권리 혹은 그 기초가 되는 기본권에 대한 보편성을 인정하면서, 개인정보 이용에 대한 고지 및 동의를 받을 의무와 같은 정보통신망법 상의 일부 규정은 반드시 행정법적 규제규정이라고만 볼 수는 없고 사법적 측면에서 국제적으로 널리 인정되고 있는 의무로 보게 되면, 국제사법 상의 행위지법에 따른 준거법 결정 원칙[34]에 의거하여 불법행위가 국내에서 발생한 경우에는 법정손해배상을 인정할 수 있다고 해석할 가능성도 없지는 않다. 그러나 이처럼 외국인의 국내 불법행위에 대하여 법정손해배상책임을 인정한다고 하더라도 해당 외국 법원이 그 판결을 승인 및 집행할 지는 별개의 문제이다.

한편, 법정손해배상은 '개인정보'가 분실, 도난, 누출된 경우에 인정된다. 즉, "생존하는 개인에 관한 정보로서 성명·주민등록번호 등에 의하여 특정한 개인을 알아볼 수 있는 부호·문자·음성·음향 및 영상 등의 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없어도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 경우에는 그 정보를 포함한다)"가[35] 분실, 도난, 누출된 경우이어야 한다. 문제는 이들 개인정보

30) 정보통신망법 제2조 제1항 제3호.
31) 정보통신망법 제2조 제1항 제4호.
32) 형사사건이기는 하지만, "이 사건 조항에 의하여 보호되는 개인정보의 주체인 이용자는 자신의 개인정보를 수집하려고 하는 정보통신서비스 제공자로부터 정보통신서비스를 제공받아 이를 이용하는 관계를 전제로 하고 있다"고 하여 정보통신망법이 적용되는 대상을 정보통신서비스 제공자와 이용자로 판결한 사례가 있다. 대법원 2013.10.17. 선고 2012도4387 판결.
33) 이동진, 전게논문, 381면.
34) 국제사법 제32조.

의 범위가 어디까지 인정될 것인가 하는 점이다. 최근 빅데이터(Big Data)나 사물통신(IoT)의 발전으로 인하여 개인정보 처리의 불가피성이 강조되면서도 한편으로는 개인정보의 보호도 그만큼 강조해야 한다는 목소리가 각각 대립되고 있다.[36] 현행 정보통신망법에 따르면 개인정보는 그 자체가 식별성이 높은 경우뿐만 아니라 식별성이 없더라도 ① 다른 정보와의 결합 용이성과 이를 통한 ② 식별 가능성이 존재하는 경우에는 개인정보로 인정된다.

### 2) 신용정보법

신용정보법의 적용대상은 '신용정보회사등이나 그 밖의 신용정보 이용자(수탁자를 포함한다)' 및 신용정보주체이다. 신용정보회사등이란 "신용정보회사[37], 신용정보집중기관[38] 및 신용정보제공·이용자[39]"[40]를 말하며, 신용정보법에 따른 법정손해배상은 '개인신용정보'가 분실, 도난, 누출, 변조 또는 훼손된 경우에 인정된다. 이 경우 개인신용정보란 "신용정보 중 개인의 신용도와 신용거래능력 등을 판단할 때 필요한 정보로서 대통령령으로 정하는 정보"[41]를 말한다.

---

35) 정보통신망법 제2조 제6호.

36) 2014.12.23. 방송통신위원회는 개인정보의 오·남용을 방지하면서도 빅데이터 산업의 활성화를 꾀하기 위한「빅데이터 개인정보보호 가이드라인」을 발표하였다. 이러한 가이드라인은 사업자 등에게 새로운 의무나 제한을 가하지 않도록 하면서도 현행 법령 테두리 안에서 개인정보 보호를 위해 사업자가 지켜야 할 기술적·절차적 사항을 구체적으로 규정하고자 의도하였다.

37) 신용정보회사란 "신용정보업을 할 목적으로 제4조에 따라 금융위원회의 허가를 받은 자"를 말한다. 신용정보법 제2조 제5호.

38) 신용정보집중기관이란 "신용정보를 집중하여 관리·활용하는 자로서 제25조제1항에 따라 금융위원회에 등록한 자"를 말한다. 신용정보법 제2조 제6호.

39) 신용정보제공·이용자란 "고객과의 금융거래 등 상거래를 위하여 본인의 영업과 관련하여 얻거나 만들어 낸 신용정보를 타인에게 제공하거나 타인으로부터 신용정보를 제공받아 본인의 영업에 이용하는 자와 그 밖에 이에 준하는 자로서 대통령령으로 정하는 자"를 말한다. 신용정보법 제2조 제7호. 대통령령으로 정하는 자로는 "1. 「우체국예금·보험에 관한 법률」에 따른 체신관서, 2. 「상호저축은행법」에 따른 상호저축은행중앙회, 3. 「중소기업창업 지원법」에 따른 중소기업창업투자회사 및 중소기업창업투자조합, 4. 「국채법」 및 「공사채등록법」에 따른 채권등록기관, 5. 특별법에 따라 설립된 조합·공제조합·금고 및 그 중앙회·연합회, 6. 특별법에 따라 설립된 공사·공단·은행·보증기금·보증재단 및 그 중앙회·연합회, 7. 「주식회사의 외부감사에 관한 법률」 제3조에 따른 감사인, 8. 그 밖에 금융위원회가 정하여 고시하는 자"가 있다. 신용정보법 시행령 제2조 제3항.

40) 신용정보법 제15조.

41) 신용정보법 제2조 제2호. 구체적으로는 특정 신용정보주체를 식별할 수 있는 정보, 신용정보주체의 거래내용을 판단할 수 있는 정보, 신용정보주체의 신용도를 판단할 수 있는 정보, 신용정보주체의 신용거래능력을 판단할 수 있는 정보, 그 밖에 가목부터 라목까지와 유사한 정보 중에서 기업 및 법인에 관한 정보를 제외한 개인에 관한 신용정보를 말한다. 신용정보의 구체적인 유형에 대하여는 신용정보법 시행령 제2조 제1항에 상세히 규정되어 있다.

### 나. 시적 적용범위

개정 정보통신망법은 과징금 및 벌칙에 관하여는 소급적용을 제한하고 행위시법에 의하도록 경과조치를 두고 있지만,[42] 법정손해배상에 관하여 별도의 경과규정을 두지 않았기 때문에 소급적용을 인정할 수 있을 것인가에 대하여 논란이 있을 수 있다. 그러나 법정손해배상의 법적 성질을 전보적 성격으로 파악하고 권리구제의 수단으로 파악하는 한 소급적용을 부정할 이유는 없다.[43] 반면, 신용정보법은 "이 법 시행 후 최초로 신용정보가 유출되어 손해배상 책임을 지는 신용정보회사 등이나 그 밖의 신용정보 이용자부터 적용한다"고[44] 하여 소급적용을 부정하고 행위시법에 의하도록 규정하였다.[45] 한편, 저작권법은 "이 법 시행 후 최초로 권리침해가 발생하거나 의무위반이 발생한 것부터 적용한다"[46]고 규정하여 소급적용을 명시적으로 차단하고 있는 반면, 상표법은 "이 법 시행 후 최초로 상표권 또는 전용사용권의 침해에 관한 소가 제기된 것부터 적용한다"[47]고 하여 일정한 범위에서 소급적용을 인정하고 있다.

## 3. 책임요건

### 가. 정보통신망법

정보통신망법은 법정손해배상의 성립요건으로서 ① 정보통신서비스 제공자등이 고의 또는 과실로 이 장의 규정을 위반한 경우와 ② 개인정보가 분실·도난·누출된 경우를 모두 함께 요구하고 있다.

#### 1) 고의·과실에 의한 정보통신망법 상 의무위반

법정손해배상을 성립시키기 위해서는 정보통신망법 제6장에 규정된 의무를 위반하여야 한다. 제6장에는 개인정보의 수집 및 이용에 대한 동의 등(제22조), 개인정

---

42) 정보통신망법 부칙 제2조.
43) 같은 취지로 이동진, 전게논문, 381면.
44) 신용정보법 부칙 제7조.
45) 신용정보법 개정안 원안에서는 법정손해배상 책임에 대한 적용례를 두지 않았으나, 국회 법제사법위원회의 체계자구검토 과정에서 "법정손해배상 책임사유가 발생한 시점이 이 법 시행 전인 경우의 법 적용 관계를 어떻게 할 것인지 명확하게 정하는 것이 필요"하기 때문에 그 적용례에 관한 규정을 두어야 한다는 의견이 받아들여져서 최종적으로 신용정보법 부칙 제7조가 신설된 것이다. 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 일부개정법률안(대안) 검토보고, 국회법제사법위원회, 2015.2.5. 참조.
46) 저작권법 부칙 제2조.
47) 상표법 부칙 제4조.

보의 수집 제한 등(제23조), 주민등록번호의 사용 제한(제23조의2), 개인정보의 이용제한(제24조), 개인정보의 제공동의 등(제24조의2), 개인정보의 취급위탁(제25조), 제26조(영업의 양수 등에 따른 개인정보의 이전), 동의를 받는 방법(제26조의2), 개인정보관리책임자의 지정(제27조), 개인정보취급방침의 공개(제27조의2), 개인정보 누출등의 통지・신고(제27조의3), 개인정보의 보호조치(제28조), 개인정보의 누설금지(제28조의2), 개인정보의 파기(제29조), 이용자의 권리 등(제30조), 개인정보 이용내역의 통지(제30조의2), 법정대리인의 권리(제31조)가 정보통신서비스 제공자등이 준수할 사항이다. 그런데 이러한 세밀하고 다양한 의무 규정들은 민사상 주의의무와 밀접한 관련을 가진 것도 있고, 다소 행정적 규제 목적이 혼재된 것도 있다. 또한 개인정보의 분실・도난・누출과 긴밀한 직접적인 연관성이 다소 약하거나 희박한 것들도 있다. 이 때문에 법정손해배상의 요건으로 위의 모든 조항들이 책임발생의 근거가 되는가에 대하여 논란이 있을 수 있다. 이에 대하여 그러한 "의무 중 어느 하나에 위반하여도 위법하고, 그로 인하여 손해가 발생하면 손해배상책임을 질 수 있다(민법 제750조 등)"고 하면서도, 그 일부에 대한 위반만을 개인정보의 누출과의 사이에서 사실적 인과관계와 규범의 보호목적 관련성을 가진다고 보아서 "개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상의 요건으로서 "이 장의 규정" 위반은 보다 좁게 이해함이 옳다"는 견해[48]도 있다. 그러나 법정손해배상을 일반손해배상 규정인 정보통신망법 제32조 및 민법 제750조과 같이 전보적 성격으로 파악하는 이상 주의의무의 근거가 되는 대상 조문을 제한할 필요는 없다. 형식상으로도 정보통신망법 제32조의2 제1항은 ① 정보통신서비스 제공자등이 고의 또는 과실로 이 장의 규정을 위반한 경우 및 ② 개인정보가 분실・도난・누출된 경우를 모두 요구한다고 규정하면서 양자를 대등하게 규정하고 있다. 또한 법정손해배상의 목적이 정보주체의 권리 구제 강화에 초점이 맞춰져 있을 뿐만 아니라, "이 장의 규정을 위반한" 것을 하나의 요건으로 설정한 것은 수집・보관・처리・이용・제공・관리・파기 등 개인정보의 전 생애주기에 걸쳐서 합법적인 처리를 담보하기 위한 것으로 보아야 하고, 이에 위반하여 개인정보가 불법적으로 처리되고 나아가 개인정보가 분실・도난・누출된 경우라면 법정손해배상을 인정할 수 있는 것으로 보아야 한다. 권리구제의 실질적 보장을 목적으로 한다면 법정손해배상의 책임요건을 엄격히 제한하여 처음부터 여러 규정을 제외하는 것은 바람직하지 못하다. 다만, 정보통신망법 제4장의 규정 중 개인정보의 생애주기에서의 처리와 전혀 관

48) 이동진, 전게논문, 374면.

계없는 순수한 행정 규제 목적의 규정이거나 행정기관의 내부 통제 목적의 규정인 경우에는 배제하여야 한다. 반면, 과도한 법정손해배상이 인정되는 여지를 줄이고 합리적인 범위로 제한하기 위해서는 손해배상의 범위를 확정하는 단계에서 책임요건인 위반행위와의 상당인과관계의 범위 내에서 손해액을 인정하는 방법이 바람직하다.[49]

한편, 법정손해배상책임을 인정하기 위한 주의의무의 발생근거로서 정보통신망법 제4장 외에 법령에는 누락되어 있지만 조리나 신의칙에 따라 개인정보처리자가 준수할 의무도 근거로 삼을 수 있는가가 문제될 수 있다. 그러나 정보통신망법 제32조의2가 "이 장의 규정"이라고 명시하고 있고, 정보통신망법 상의 의무 규정들이 매우 상세하고 촘촘하게 규정하고 있을 뿐만 아니라 조리나 신의칙에 따른 의무에 대한 당사자의 예견가능성을 인정하기가 쉽지 않고 법정손해배상이 일반 손해배상에 대한 특칙으로서 특별히 손해 입증의 부담을 완화한 것으로 본다면, 조리나 신의칙에 따른 주의의무 위반을 근거로 법정손해배상을 인정할 수는 없다.[50]

### 2) 증명 책임

정보통신망법 제32조의2는 미국의 법정손해배상이나 우리나라 지적재산권법 상의 법정손해배상과는 달리 증명책임을 전환하여 피해자 구제를 보다 더 강화하고 있다. 동조 제1항 단서에 의하면 "정보통신서비스 제공자등은 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다." 그런데 동조는 법정손해배상 청

---

49) 상당인과관계가 인정 여부를 기준으로 판단한 대법원 2001.10.23. 선고 99다36280 판결 참조. 즉, "일반적으로 국가 또는 지방자치단체가 권한을 행사할 때에는 국민에 대한 손해를 방지하여야 하고, 국민의 안전을 배려하여야 하며, 소속 공무원이 전적으로 또는 부수적으로라도 국민 개개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 법령에서 정한 직무상의 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하면 상당인과관계가 인정되는 범위 안에서 국가 또는 지방자치단체가 배상책임을 부담하는 것이지만, 공무원이 직무를 수행하면서 그 근거되는 법령의 규정에 따라 구체적으로 의무를 부여받았어도 그것이 국민의 이익과는 관계없이 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이거나, 또는 국민의 이익과 관련된 것이라도 직접 국민 개개인의 이익을 위한 것이 아니라 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가 또는 지방자치단체는 배상책임을 부담하지 아니한다"고 판시하였다.

50) 이와는 달리 민법 제750조에 따른 일반 불법행위책임을 지우고자 하는 경우에는 조리나 신의칙 등의 보충적 근거에 의한 주의의무의 발생을 인정할 여지도 있다. 이 경우에도 그러한 주의의무의 불확정성 혹은 불명확성을 이유로 주의의무를 인정하는데 신중하여야 하며, 원칙적으로는 개인정보보호 관련법령에 규정된 주의의무를 준수하면 책임을 지지 않는다고 판단하는 것이 바람직하다. 다만, 예외적으로 법령에는 누락되어 있지만 개인정보처리자가 지켜야 한다고 일반적으로 쉽게 예상하고 기대할 수 있는 때에 한하여 조리나 신의칙에 기한 주의의무를 인정할 수 있을 것이다. 권영준, "해킹(hacking) 사고에 대한 개인정보처리자의 과실판단기준", 「저스티스」, 통권 제132호(2012.10.), 49-52면도 비슷한 취지로 이해된다.

구요건으로서 제1항 본문에서 “다음 각 호의 모두에 해당하는 경우에는 … 청구할 수 있다”고 규정하면서 제1호에서 “정보통신서비스 제공자등이 고의 또는 과실로 이 장의 규정을 위반한 경우”라고 규정하여, 마치 동조 제1항 본문과 그에 따른 각 호의 요건사실에 대하여는 원고인 정보주체가 주장·증명하여야 하고, 동조 제1항 단서에 의하여 고의·과실의 부존재에 대한 증명책임은 피고인 정보통신서비스 제공자등에게 있는 것처럼 보여서 양자가 충돌하는 것으로 읽힐 수 있다. 그러나 동조가 이용자 측의 입증의 곤란을 구제하여 피해구제를 강화하기 위한 측면에서 그 증명책임을 정보통신서비스 제공자등에게 전환하기 위한 것임은 분명해 보인다. 따라서 동조 제1항 본문에 따른 제1호의 고의나 과실 요건은 법정손해배상이 과실책임임을 명확히 하기 위한 것으로 보고, 피해자인 이용자는 고의나 과실에 대한 주장책임만을 부담하는 것으로 보아야 하고, 동조 제1항 단서에 의하여 본문에 대한 예외를 인정하여 고의나 과실의 부존재에 대한 증명책임이 정보통신서비스 제공자등에게 있다고 해석하는 것이 바람직하다. 이와는 달리 “법정손해배상을 청구하는 이용자로서는 어차피 먼저 정보통신서비스 제공자등이 고의 또는 과실로 이 장의 규정을 위반하였음을 주장·증명하는 수밖에 없어 이 증명책임전환 규정은 적용되는 경우가 없게 된다”는 견해도 있다.[51]

### 3) 개인정보의 분실·도난·누출

법정손해배상이 인정되기 위한 또 다른 요건으로서 개인정보가 분실, 도난, 유출된 경우이어야 한다. 그런데 정보통신망법은 분실, 도난, 유출에 대하여 정의 규정을 두고 있지 않다. 우선 각각의 사전적 의미를 살펴보면, 분실이란 “자신도 모르는 사이에 잃어버리는 것”을 의미하고, 도난이란 “도둑을 맞는 재난”을 의미하며, 누출이란 “밖으로 새어 나가는 것”을 의미한다. 이를 개인정보에 적용해보면, 자신도 모르는 사이에 개인정보를 잃어버리는 경우, 누군가가 자신의 개인정보를 빼앗거나 훔치는 경우, 개인정보가 밖으로 새어 나가게 되는 경우를 의미한다. 이를 종합해 보면 정보통신서비스 제공자등의 고의·과실에 의하든 제3자의 침해에 의하든 개인정보가 정보통신서비스 제공자등의 관리·통제권을 벗어나서 제3자가 그에 접근하여 그 내용을 알 수 있는 상태가 되었을 때에 개인정보의 분실·도난·누출을 인정할 수 있을 것이다. 대법원도 “개인정보가 해당 정보통신서비스 제공자의 관리·통제권을 벗어나 제3자가 그 내용을 알 수 있는 상태에 이르게 된 것을 의

51) 이동진, 전게논문, 378면.

미하는바, 어느 개인정보가 정보통신서비스 제공자의 관리·통제하에 있고 개인정보가 제3자에게 실제 열람되거나 접근되지 아니한 상태라면, 정보통신서비스 제공자의 기술적·관리적 보호조치에 미흡한 점이 있어서 제3자가 인터넷상 특정 사이트를 통해 정보통신서비스 제공자가 보관하고 있는 개인정보에 접근할 수 있는 상태에 놓여 있었다고 하더라도 그것만으로 바로 개인정보가 정보통신서비스 제공자의 관리·통제권을 벗어나 제3자가 내용을 알 수 있는 상태에 이르게 되었다고 할 수는 없다"고 판시하여 동일한 해석을 하고 있다.[52][53]

### 나. 신용정보법

#### 1) 고의 또는 과실에 의한 신용정보법 상의 의무위반

신용정보법도 정보통신망법과 동일한 구조를 취하면서도, 구체적인 내용에서 약간의 차이를 두어 법정손해배상의 책임요건을 설정하고 있다. 즉, ① 신용정보회사등이나 그 밖의 신용정보 이용자가 고의 또는 과실로 이 법의 규정을 위반한 경우이면서, ② 개인신용정보가 분실·도난·누출·변조 또는 훼손된 경우에 법정손해배상이 인정된다.[54] 또한 정보통신망법과 마찬가지로 "해당 신용정보회사등이나 그 밖의 신용정보 이용자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다"[55]고 하여 증명책임의 전환을 시도하였다.

책임발생요건으로서 신용정보법은 "이 법의 규정을 위반한 경우"로서 고의·과실의 증명책임에 관하여는 정보통신망법에서의 논의와 동일하다. 즉, 원칙적으로는 신용정보법 상의 개인신용정보의 보호와 관련된 모든 의무 규정이 대상이 되지만, 개인신용정보의 생애주기에서의 처리와 전혀 관계없는 순수한 행정 규제 목적의 규정이거나 행정기관의 내부 통제 목적의 규정인 경우에는 배제하여야 한다. 반면, 과도한 법정손해배상이 인정되는 여지를 줄이고 합리적인 범위로 제한하기 위해서는 손해배상의 범위를 확정하는 단계에서 책임요건인 위반행위와의 상당인과관계의 범위 내에서 손해액을 인정하는 방법이 바람직하다.

---

52) 대법원 2014.05.16. 선고 2011다24555 판결.

53) 기존 판결을 보면, 물리적 유출이 발생한 경우에는 제3자의 접근가능성 여부가 손해배상책임 여부에 대한 결정적 요소로 작용하지만, 물리적인 유출이 없는 때에는 접근가능성만으로는 부족하고 실제 열람된 경우에는 손해배상책임을 인정하였지만, 단순히 열람가능한 상태라는 사정만으로는 손해발생을 인정할 수 없다는 판결이 있다. 기존 판례의 분석에 대하여는 이원우, "개인정보 보호를 위한 공법적 규제와 손해배상책임 - 개인정보 누출을 중심으로 -", 「행정법연구」, 제30호(2011.8.), 270면.

54) 신용정보법 제43조의2 제1항.

55) 신용정보법 제43조의2 제1항 단서.

신용정보법도 정보통신망법과 동일하게 증명책임의 전환을 시도하고 있지만, 정보통신망법과 동일한 문제가 발생한다. 해석론으로는 제43조의2 제1항 본문에 따른 제1호의 고의나 과실 요건은 법정손해배상이 과실책임임을 명확하게 하기 위한 것으로 보고, 피해자인 신용정보주체는 고의나 과실에 대한 주장책임만을 부담하는 것으로 보아야 하며, 동조 제1항 단서에 따라 본문에 대한 예외를 인정하여 고의나 과실의 부존재에 대한 증명책임이 신용정보회사등이나 그 밖의 신용정보 이용자(수탁자 포함)에게 있다고 해석하는 것이 바람직하다.

#### 2) 개인정보의 분실·도난·누출·변조 또는 훼손

신용정보법은 정보통신망법과는 달리 침해행위의 유형을 분실·도난·누출 외에 변조와 훼손을 추가로 규정하였다.[56] 분실·도난·누출에 관하여는 위에서 다룬 것과 동일하다. 변조와 훼손의 사전적 의미를 살펴보면, 변조는 "권한 없이 기존물의 형상이나 내용에 변경을 가하는 일"을 의미하고, 훼손이란 "헐거나 깨뜨려 못쓰게 만드는 것"을 의미한다. 이를 개인신용정보에 적용하면, 변조란 권한 없이 개인신용정보에 변경을 가하는 것을 말하며, 훼손이란 개인신용정보를 손상시켜서 사용하지 못하게 만드는 것을 의미한다. 특히 훼손은 개인신용정보에 대한 접근권한이 있는 경우에도 인정될 수 있다. 또한 변조나 훼손은 개인신용정보가 신용정보회사등이나 그 밖의 신용정보 이용자(수탁자 포함)의 관리·통제 권한을 벗어났는지의 여부와도 무관하다. 즉, 변조나 훼손은 개인정보의 정확성과 무결성에 대한 침해로서 개인정보가 신용정보회사등이나 그 밖의 신용정보 이용자(수탁자 포함)의 관리·통제 권한 내에 있었다고 하더라도 그에 대한 위법한 변조나 훼손이 야기된 경우에는 이를 이용하거나 처리함으로써 신용정보주체에게 피해를 발생시킬 수 있기 때문이다.

### 4. 행사의 시기 및 기간

#### 가. 행사 시기

정보통신망법은 법정손해배상을 선택하여 청구할 수 있는 시기를 별도로 규정하고 있지 않다. 반면, 신용정보법은 법원이 변론을 종결할 때까지 동법 제43조에 따른 손해배상청구를 법정손해배상청구로 변경할 수 있도록 하였다.[57] 한편, 저작권

56) 신용정보법 제43조의2 제1항 제2호.
57) 신용정보법 제43조의2 제3항.

법의 경우에도 사실심의 변론이 종결되기 전에는 법정손해배상을 선택하여 청구할 수 있도록 하고 있으며,[58] 상표법도 법원이 변론을 종결할 때까지 상표법 제66조의2에 따른 손해배상청구를 법정손해배상청구로 변경할 수 있도록 규정하였다.[59] 이처럼 정보통신망법만 청구시기에 대한 명확한 규정을 두고 있지 않아서 정보통신망법에 따른 법정손해배상의 경우에도 다른 법정손해배상처럼 변론 종결 전까지 선택권을 행사할 수 있는지가 문제된다. 만일 소제기 시점에 일반 손해배상청구를 할 것인지 법정손해배상을 청구할 것인지를 선택하고 그 이후에는 변경할 수 없도록 한다면 권리구제의 실효성을 강화하하고자 하는 제도의 도입취지가 퇴색될 뿐만 아니라, 법정손해배상이 손해 입증의 경감을 목표로 도입된 것인 만큼 소송 진행과정에서 원고가 적극적인 증명을 통하여 법정손해배상 이상의 손해액의 입증이 가능하다면 본래의 실손해배상청구로 변경할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 물론 반대의 경우도 허용해야 할 것이다. 정보통신망법에 행사시기에 관한 명문의 규정이 없지만, 손해배상청구의 선택권 행사시기를 소제기 시로 보는 것은 타당하지 않고, 민사소송법 상 소의 변경(청구취지 및 청구원인의 변경)에 관한 일반원칙에 따라서 사실심 변론종결시까지[60] 실손해배상 청구를 법정손해배상청구로 변경하거나 반대로 법정손해배상청구를 실손해배상청구로 변경하는 것이 허용된다고 해석함이 타당하다.

결과적으로 법정손해배상청구의 행사시기에 관한 명문의 규정이 없는 정보통신망법이나 명문의 규정을 둔 신용정보법이든 관계없이 손해배상청구를 함에 있어서 각 법에 따른 일반 손해배상을 청구할 것인지 법정손해배상을 청구할 것인지는 민사소송법의 대원칙인 변론주의에 따라 손해배상을 청구하는 자가 스스로 선택하여야 한다. 또한 사실심 변론 종결 전까지는 실손해배상청구에서 법정손해배상청구로 변경할 수도 있고, 반대로 법정손해배상청구에서 실손해배상청구로도 변경할 수 있다고 할 것이다.[61]

---

58) 저작권법 제125조의2 제1항.

59) 상표법 제67조의2 제2항.

60) 민사소송법 제262조 제1항. 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2014, 691면; 전병서, 민사소송법, 홍문사, 2015, 524면.

61) 오승종, 저작권법, 박영사, 2013, 1447면; 이동진, 전게논문, 394면; 이해완, 저작권법, 박영사, 2012, 882면.

### 나. 행사 기간

#### 1) 법적 성질

정보통신망법은 법정손해배상을 청구할 수 있는 기간을 대통령령에 위임하였고, 정보통신망법 시행령은 법정손해배상은 이용자가 개인정보의 누출등의 사실을 안 날부터 3년 이내에 청구하여야 한다고 규정하였다.[62] 또한 법정손해배상은 개인정보의 누출등이 발생한 날부터 10년이 지나면 청구하지 못한다.[63] 신용정보법도 법정손해배상청구의 행사기간에 대하여 대통령령에 위임하였는데, 입법예고안도 정보통신망법 시행령과 그 내용이 동일하다.

정보통신망법 상의 법정손해배상청구의 행사 기간에 대하여는 그 법적 성질을 제척기간으로 볼 것인지 소멸시효로 볼 것인지 논란이 발생할 수도 있다. 일반적으로 둘을 구분하는 기준은 명문으로 "시효로 인하여"라는 문구가 있는 경우에는 소멸시효로, 그렇지 않으면 제척기간으로 본다. 그러나 이러한 기준이 절대적인 것은 아니고, 권리의 성질, 해당 규정의 취지, 목적 등을 종합적으로 고려하여 실질적이고 유연하게 판단하여야 한다.[64] 이러한 탄력적인 판단의 가능성 때문에 정보통신망법 시행령에 규정된 행사 기간의 법적 성질에 대하여 논란이 있을 수 있다. 즉, 정보통신망법 시행령 제18조의 표제가 법정손해배상의 "청구기간"으로 되어 있고, 조항의 어디에서도 "시효로 인하여"라는 문구가 없으며, 손해 입증의 부담을 경감한 특별 규정으로서의 법정손해배상은 권리자로 하여금 해당 권리를 신속하게 행사하도록 함으로써 법률관계를 조속히 확정시킬 필요가 있는데 이는 제척기간의 존재이유 혹은 목적과 일치하며,[65] 민법 제766조에 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효를 규정하고 있음에도 정보통신망법 시행령 제18조에 별도의 행사기간을 규정한 점에 비추어 보았을 때 정보통신망법 시행령 제18조는 제척기간으로 보아야 한다는 견해도 가능하다. 그러나 법정손해배상에 대하여 청구기간을 정한 것과는 달리 정보통신망법 제32조에 대하여는 아무런 규정이 없어서, 이에 대하여는 불법행위로 인한 손해배상책임에 관한 장단기 소멸시효를 규정한 민법 제766조

---

62) 정보통신망법 시행령 제18조 제1항.

63) 정보통신망법 시행령 제18조 제2항.

64) 고상룡, 민법총칙, 법문사, 2003, 664면; 송덕수, 민법총칙, 박영사, 2011, 486-487면.

65) 대법원 1995.11.10. 선고 94다22682 판결에 따르면 "제척기간은 권리자로 하여금 당해 권리를 신속하게 행사하도록 함으로써 법률관계를 조속히 확정시키려는 데 그 제도의 취지가 있는 것으로서, 소멸시효가 일정한 기간의 경과와 권리의 불행사라는 사정에 의하여 권리 소멸의 효과를 가져오는 것과는 달리 그 기간의 경과 자체만으로 곧 권리 소멸의 효과를 가져오게 하는 것"이라고 한다.

가 적용된다. 따라서 법정손해배상의 청구기간에 관하여도 이와 다르게 볼 것은 아니고, 규정형식에 있어서도 민법 제766조와 매우 유사하여 이를 변형하여 규정한 것으로 보이는 점을 고려할 때 민법 제766조의 특칙으로서 장·단기 소멸시효를 규정한 것으로 해석함이 타당하다.

2) 기산점

정보통신망법 시행령 제18조는 기산점과 기간의 이중적 구조를 취하여 민법 제766조와 매우 흡사하게 규정하고 있다. 그러나 민법 제766조[66]가 "피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날"을 기산점으로 하면서 "3년간 불행사"를 요건으로 규정한 반면, 정보통신망법 시행령 제18조는 "이용자가 개인정보의 누출등의 사실을 안 날"을 기산점으로 하면서 "3년 이내 청구"할 것을 규정하고 있다. 이용자가 개인정보의 누출등의 사실을 '안 날'이란 개인정보가 분실·도난·누출된 사실을 현실적이고도 구체적으로 인식하는 것을 의미한다.[67] 한편, 이용자가 '안 날'과 관련하여, 정보통신망법 제27조의3에 따른 개인정보 누출등의 통지가 이루어졌다는 사실만으로 그 때로부터 곧바로 단기소멸시효가 진행된다고 판단하는 것은 타당하지 않다. 특히, 통지의 내용이 개인정보 누출등에 대한 충분한 정보를 제공하지 못하는 경우에는 충분한 정보가 제공되는 후속통지가 이루어지거나 이용자가 직접 확인하는 등의 다른 사정이 있는 경우로서 이용자가 개인정보의 분실·도난·누출된 사실을 현실적이고도 구체적으로 인식한 때에 비로소 이용자가 알았다고 할 것이다.

한편, 개인정보의 누출이 계속적으로 행하여짐으로써 손해가 계속적으로 발생하거나 개인정보의 분실·도난·누출은 1회적인 것이었지만 그 손해의 현실화에 시

66) 민법 제766조에 규정된 불법행위의 소멸시효에 관한 여러 쟁점의 분석에 대하여는 이기용, "불법행위에 있어서의 소멸시효", 「비교사법」, 제12권 4호(통권31호)(2005.12.), 223-261면 참조.

67) 대법원 1999.11.23. 선고 98다11529 판결에 따르면, "불법행위에 의한 손해배상청구권의 단기소멸시효의 기산점이 되는 민법 제766조 제1항 소정의 '손해 및 가해자를 안 날'이라 함은 손해의 발생 사실과 가해자를 알아야 할 뿐만 아니라 그 가해행위가 불법행위로서 이를 이유로 손해배상을 청구할 수 있다는 것을 안 때라고 할 것이고, 이 경우 손해의 발생 사실을 알았다고 하기 위해서는 손해의 액수나 정도를 구체적으로 알았다고 할 필요까지는 없다고 하더라도 손해를 현실적이고 구체적으로 인식하여야 한다." 이러한 "안 날"의 의미에 대하여 "현실적이고 구체적인 인식"으로 파악하는 판례의 입장은 이후 여러 판결에서 유지되고 있다. 대법원 2008.01.18. 선고 2005다65579 판결도 "손해의 발생, 위법한 가해행위의 존재, 가해행위와 손해의 발생과의 사이에 상당인과관계가 있다는 사실 등 불법행위의 요건사실에 관하여 현실적이고도 구체적으로 인식하였을 때를 의미하고, 피해자 등이 언제 불법행위의 요건사실을 현실적이고도 구체적으로 인식한 것으로 볼 것인지는 개별 사건의 여러 객관적 사정을 참작하고 손해배상청구가 사실상 가능하게 된 상황을 고려하여 합리적으로 인정하여야 한다"고 판시하였다.

간을 요하거나 후속손해가 발생한 경우에는 그 기산점을 언제로 할 것인지가 문제된다.[68] 그런데 정보통신망법 시행령 제18조 제1항은 기산점의 판단기준으로 "손해"에 관하여는 전혀 규정을 두고 있지 않으며, 이는 손해 입증의 부담을 경감하여 이용자의 구제를 강화하려는 법정손해배상의 취지에 기한 것이다. 따라서 위와 같이 손해의 계속적 발생이나 후속손해의 발생은 동조의 기산점 결정에 아무런 영향을 주지 않는다. 즉, 개인정보의 누출등이 계속적으로 이루어진 경우에는 지속적인 누출등이 각각 구분되어 독립적인 여러 개의 누출등으로 인정될 수 있는 때에는 각각의 누출등에 대하여 이용자가 안 날을 기산점으로 삼아야 하고, 개인정보의 누출등이 1회적이었지만 그 손해의 발생까지 시간적 간격이 있거나 후속손해가 발생한 경우에는 1회 발생한 개인정보의 누출등에 대하여 이용자가 안 때가 기산점이 된다.

법정손해배상의 장기소멸시효의 기산점은 "개인정보의 누출등이 발생한 날"[69]이다. 즉, 정보통신서비스 제공자등의 고의·과실에 의하든 제3자의 침해에 의하든 개인정보가 정보통신서비스 제공자등의 관리·통제권을 벗어나서 제3자가 그에 접근하여 그 내용을 알 수 있는 상태가 되었을 때가 기산점이 되어 10년이 경과하면 법정손해배상은 소멸한다.

### 5. 손해배상액의 산정

개인정보보호 관련법 상의 법정손해배상의 요건이 충족되면 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 300만원의 범위에서 상당한 손해액을 인정할 수 있다.[70] 이러한 법정손해배상은 피해자인 이용자의 입증책임의 부담을 덜어주고 피해구제를 강화하기 위한 것이기 때문에 구체적인 손해액에 대하여 이용자가 입증할 필요는 없다. 그러나 법정손해액의 산정시에 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 고려하기 때문에 이용자는 정신적 손해인지 재산적 손해인지 등 어떠한 손해를 주장하는 것인지 그 구체적인 항목을 주장하여야 하고, 더욱이

68) 이와 관련하여 정보통신망법 제32조나 신용정보법 제43조에 따른 실손해배상의 경우에는 민법 제766조가 적용되어 "불법행위가 계속적으로 행하여지는 결과 손해도 역시 계속적으로 발생하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 손해는 날마다 새로운 불법행위에 기하여 발생하는 손해로서 민법 제766조 제1항 을 적용함에 있어서 그 각 손해를 안 때로부터 각별로 소멸시효가 진행된다고 보아야 한다." 대법원 1999.03.23. 선고 98다30285 판결.

69) 정보통신망법 제18조 제2항.

70) 정보통신망법 제32조의2 및 신용정보법 제42조의2.

법정손해배상의 하한을 정하지 않았기 때문에 실제 법정손해배상액을 유리하게 산정받기 위하여 필요한 각종 증거를 제시할 필요가 있다. 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사 결과를 고려하여 손해의 발생을 인정하지 않은 때에는 법정손해배상을 부인할 수 있다.

법정손해배상액의 산정과 관련한 또 다른 문제는 배상액 산정을 위한 기준을 어떻게 설정할 것인가 하는 점이다. 특히, 개인정보의 누출등이 지속적으로 이루어진 경우에 하나의 법정손해배상액을 인정할 것인지 여러 개의 법정손해배상을 인정할 것인지가 문제이다. 이 경우에는 기본적으로 미국 뉴욕연방지방법원이 제시한 '시간(time)'과 '이질성(heterogeneity)' 기준에 의하여 판단할 수 있을 것이다. 즉, 반복되거나 지속된 개인정보의 누출등이 시간적으로 얼마나 근접하고 있는가와 개인정보의 누출등이 하나의 계속되는 침해로 볼 수 있을 정도로 유사한가 아니면 다수의 누출등으로 볼 정도로 이질적인가에 따라 인정되는 법정손해배상의 수를 결정할 수 있을 것이다.

아울러 법정손해배상은 실손해배상을 대체하는 것이기 때문에 개인정보의 누출등으로 인한 재산적 손해와 정신적 손해를 모두 포괄하여 구체적인 배상액을 정하여야 할 것이다.[71] 또한 손해액에 대한 입증책임은 완화시켰지만, 기본적으로 법정손해배상의 성격이 전보배상이기 때문에 과도한 배상액 산정은 받아들일 수 없다. 이와 관련하여 개인정보의 누출등만으로도 손해가 발생한 것으로 보아야 할 것인지의 문제도 배상액 산정에 중요한 판단요소가 된다. 개인정보가 누출등이 이루어지면 사회통념상 정신적 손해를 발생시킬 개연성이 높아지지만, 당연히 손해가 발생하는가에 대하여는 논란이 있다. 종래 판례는 개인정보 유출의 경우에 정신적 손해를 인정한 사례가 존재한다.[72] 아마도 법원은 실손해배상을 청구하는 소송에서 인정하는 손해액(대개의 경우 위자료액[73])과 과도한 차이가 발생하지 않는 범

---

71) 개인정보에 관한 권리는 인격적 요소를 기본으로 하면서도 재산적 요소가 결합된 것으로 보아야 한다. 같은 취지로 임건면, "개인정보의 의의와 귀속관계", 「중앙법학」, 제7집 제4호(2005.12.), 239면. 이렇게 복합적 성질을 가진 권리로 파악하더라도, 그러한 권리의 침해와 그로 인한 손해는 구별된다. 즉, 인격권을 침해하였다고 하여 반드시 정신적 손해만 발생하는 것은 아니고, 반대로 재산적 권리를 침해하였다고 하여 반드시 재산적 손해만 발생하는 것은 아니다. 같은 취지로 정상조・권영준, "개인정보의 보호와 민사적 구제수단", 「법조」, Vol.630(2009.3.), 33면.

72) 개인정보침해를 이유로 한 위자료산정사례에 대하여는 정상조・권영준, 전게논문, 61-62면 참조. 개인정보유출 관련 판결의 동향에 대하여는 곽영임, "개인정보유출사건판결에관한연구", 「전자상거래학회지」, 제15권 제2호(2014), 65면 이하 참조.

73) 학설은 대체로 위자료가 피해자의 정신적 고통에 대한 정신적 손해배상으로서 손해의 전보라는 성격을 가진다고 본다. 박동진, "비재산적 손해의 배상과 위자료", 「법학연구」, 제21권 제3호

위에서 법정손해배상을 인정할 가능성이 높다. 그러나 법정손해배상의 도입취지를 고려하여 적극적으로 법정손해배상액을 결정할 필요가 있다. 다만, 적극적인 배상액 산정시에도 일반 예방적 효과[74]를 뛰어 넘어 징벌적 요소가 인정될 정도의 과도한 배상액 산정은 허용될 수 없다.

## Ⅳ. 법정손해배상제도의 문제점과 개선방안

### 1. 증명책임 전환의 명확화

정보통신망법과 신용정보법은 고의나 과실에 대한 증명책임의 전환을 시도하면서, 해당 각 조문의 본문에서 책임발생의 요건사실로서 고의나 과실을 규정함으로써 자칫 원고는 고의·과실의 존재에 대한 증명책임을, 피고는 고의·과실 부존재의 증명책을 부담하는 것처럼 해석될 가능성을 남겨놓았다. 물론 앞에서 살펴본 것처럼 규정의 입법취지와 맥락을 고려할 때 증명책임의 전환으로 해석할 수 있지만, 이를 명확히 하기 위해서는 향후 개정을 통하여 정보통신망법 제32조의2 제1항 본문에 따르는 동항 제1호의 "고의 또는 과실"과 신용정보법 제43조의2 제1항 본문에 따르는 동항 제1호의 "고의 또는 과실"을 각각 삭제할 필요가 있다.[75]

### 2. 시효의 기산점

정보통신망법과 신용정보법은 법정손해배상의 행사기간을 별도로 정하면서, 구체적인 사항은 대통령령으로 위임하고 있는데, 이는 실체적 권리에 관한 사항으로서 위임입법의 범위를 넘어선 것으로 보인다. 따라서 민법 제766조에 대한 특칙을 유지하는 경우에는 향후 입법을 통하여 정보통신망법이나 신용정보법에 해당 사항

---

(2011), 연세대학교 법학연구원, 175면.

74) 개인정보의 누출등으로 인한 정신적 손해배상액의 산정에 있어서 쉽게 규정하기 어려운 회복의 내용을 보충적으로 형성하기 위하여 예방적, 정책적, 규범적 판단이 필요하다. 정상조·권영준, 전게논문, 52면.

75) 같은 취지에서 고형석, "개인정보침해와 손해배상책임의 원칙", 「저스티스」, 통권 제145호(2014.12.), 69면도 정보통신망법 제32조의2 제1항 제1호에 규정된 "고의 또는 과실로"라는 문구의 삭제를 주장한다. 이 견해는 더 나아가 동조 제1항 제1호 및 제2호의 문구를 완전히 삭제하는 입법론을 주장한다. 그런데 이는 예외적인 법정손해배상의 책임요건을 완전히 삭제함으로써 적용대상 범위가 확정되지 않는 문제가 발생하여 찬성하기 어렵다. 이러한 제안의 기본 취지는 적용대상을 개인정보침해 일반으로 확대하자는 것인데, 이러한 목적을 달성하기 위해서는 일반적 책임성립의 요건을 규정하여야 한다.

을 규정할 필요가 있다.

아울러 앞서 살펴본 것처럼 정보통신망법 시행령 제18조의 경우에 그 기산점을 민법 제766조와 다르게 설정함으로써 정보통신망법 제32조에 따른 손해배상과 구별하고 있는데, 양자를 구별할 이유는 찾기 어렵다. 결과적으로 정보통신망법과 신용정보법에서 법정손해배상의 청구 기간을 별도로 정한 규정을 삭제하는 것이 타당하다.

### 3. 시간적 적용범위의 명확화

정보통신망법은 과징금 및 벌칙에 관하여는 소급적용을 제한하고 행위시법에 의하도록 경과조치를 두고 있지만,[76] 법정손해배상의 경우에는 별도의 경과규정을 두지 않아서 소급적용의 인정여부가 불명확하다. 반면 신용정보법이나 저작권법, 상표법은 일부 상이한 점이 있지만 소급적용 여부에 대하여 명문의 규정을 두고 있다. 향후 개정시 정보통신망법 상의 법정손해배상 규정의 시간적 적용범위에 대하여도 명확한 규정을 둘 필요가 있다.

### 4. 법정손해배상액의 하한 설정

우리의 법정손해배상 규정은 손해액의 상한만을 정할 뿐 하한을 따로 정하지 않았다. 이는 침해행위와 손해 사이의 비례성을 현저히 훼손할 수 있기 때문이라고 설명된다. 현단계에서의 정책적 판단은 법정손해배상제도의 도입으로 인한 충격을 완화하고 합리적인 손해배상액을 책정하려는 것이었다고 생각된다. 그러나 법정손해배상제도의 적용 사례가 증가함에 따라 그 실질적 효과를 추적·분석하여, 실질적 구제 강화가 미흡하다고 판단된다면, 그 효과를 강화하기 위하여 법정손해배상액의 하한을 설정하는 방향으로 법개정을 추진할 필요가 있다. 또한 개인정보의 유출등에 따라 발생하는 손해는 주로 정신적 손해에 집중되어 왔는데, 정신적 손해에 대한 배상으로서의 위자료 액수는 비교적 적은 편이다. 반면 정보주체가 느끼는 정신적 피해의 정도는 실제 법원이 인정하는 위자료액과 거리가 있는 것이 현실이다. 이러한 차이를 극복하고 정신적 손해에 대한 전보를 강화할 필요성이 강조된다면 더더욱 하한 설정의 필요성은 높아진다. 하한을 설정하는 경우에 기존 판례에 의하여 통상적으로 개인정보침해에 따라 인정되는 손해배상액의 최저액수

76) 정보통신망법 부칙 제2조.

를 기준으로 삼아 입법하는 방안도 고려해볼 수 있다.

### 5. 선택권의 행사 및 기한의 명확화

정보통신망법은 법정손해배상청구를 선택할 수 있는 기한을 따로 정하지 않았는데, 민사소송법의 기본원칙에 따라 사실심 변론 종결 전에는 소를 변경할 수 있는 것으로 해석할 수 있지만, 신용정보법, 저작권법, 상표법과 마찬가지로 이를 명확히 하기 위하여 변론종결 전에 법정손해배상청구로 변경할 수 있다는 점을 명시적으로 규정할 필요가 있다.

## Ⅴ. 맺음말

우리에게 생소한 법정손해배상제도가 한미 FTA에 따라 저작권법과 상표법에 들어온 이후 대규모 개인정보 유출 사고로부터 피해자의 권리구제를 강화하고 사전 예방적 효과를 꾀하고자 정보통신망법과 신용정보법에 자발적으로 법정손해배상제도를 도입하였다. 그런데 개인정보 유출 사고에 대한 대책으로 급박하게 추진된 결과 법률의 규정에 일부 불비한 사항도 있고, 보다 깊이 있는 검토가 필요한 사항도 있다. 이 글은 그러한 급박한 입법 추진과정에 대한 다소 비판적 시각을 바탕으로 하여 법정손해배상제도의 연혁에 대한 고찰과 우리에게 영향을 준 미국의 법정손해배생제도와의 비교를 통하여 우리의 법정손해배상제도의 모습을 정확하게 파악하고, 그에 기초하여 타당한 해석론을 도출하고자 하였다. 그 결과 우리의 법정손해배상제도는 기존에 존재하던 상당손해액형 손해배상과 미국의 실손해 대체형 법정손해배상의 중간에 위치한 절충형으로 파악할 수 있었다. 그러나 향후 피해자 구제의 실질화 내지 강화라는 측면에서 법정손해배상액의 하한 설정을 심도있게 검토할 필요가 있다. 아울러 명확성을 제고하기 위해서 증명책임의 전환을 명확히 하고, 소멸시효를 일원화하며, 시간적 적용범위와 선택권의 행사 및 그 기한을 명확히 하는 방향으로 입법적 노력이 전개되어야 할 것이다. 나아가 최근 진행 중인 개인정보 보호법 개정[77] 과정에서도 법정손해배상 규정의 도입이 포함되

77) 제19대 국회에 계류 중인 개인정보 보호법 일부개정법률안 중 법정손해배상 규정을 신설하는 내용을 포함하고 있는 법안들로는 2014.2.3. 발의된 권은희의원 대표발의안(의안번호 1909212), 2014.7.11. 발의된 이찬열의원 대표발의안(의안번호 1911129), 2014.11.5. 발의된 조원진의원 대표발의안(의안번호 1912307)이 있다.

어 있는데 이 글에서 논의한 사항을 바탕으로 보다 신중하게 검토하여 개정을 추진하여야 할 것이다.

(논문투고일 : 2015.05.25, 심사개시일 : 2015.05.27, 게재확정일 : 2015.06.23)

최 경 진

법정손해배상, 개인정보, 정보통신망법, 신용정보법, 위자료

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 단행본

고상룡, 민법총칙, 법문사, 2003

문화체육관광부・한국저작권위원회, 한・미 FTA 이행을 위한 개정 저작권법 설명자료, 2011.12.14

송덕수, 민법총칙, 박영사, 2011

오승종, 저작권법, 박영사, 2013

외교통상부, 한・미 FTA 상세설명자료, 2010.1

이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2014

이해완, 저작권법, 박영사, 2012

전병서, 민사소송법, 홍문사, 2015

조준모 외, 「한미 FTA의 노동시장 파급효과와 노동제도 변화」, (주)중앙경제, 2008

## Ⅱ. 논문

고형석, “개인정보침해와 손해배상책임의 원칙”, 「저스티스」, 통권 제145호, 2014.12

곽영임, “개인정보유출사건판결에관한연구”, 「전자상거래학회지」, 제15권 제2호, 2014

권영준, “해킹(hacking) 사고에 대한 개인정보처리자의 과실판단기준”, 「저스티스」, 통권 제132호, 2012.10

김용섭・정상현, "저작권법상 법정손해배상제도의 도입과 문제점", 「성균관법학」, 제20권제3호 별권, 2008

김원오, “상표위조행위에 대한 법정손해배상제도의 도입 검토”, 「산업재산권」, 제24호, 2007

김인철, “RIAA의 소송과 법정손해배상제도”, 「저작권문화」, 제182호, 2009

김주영, “2014년의 신용정보 유출관련 개인정보 보호법제 개정안의 검토 - 사전적 입법평가의 방법으로서의 교차점 분석의 시도 -”, 「법학논총」, 제

21집 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2014
김태선, “미국 배액배상제도 및 법정손해배상제도의 도입에 관한 소고”, 「민사법학」, 제66호, 2014.3
박동진, “비재산적 손해의 배상과 위자료”, 「법학연구」, 제21권 제3호, 연세대학교 법학연구원2011
박성수, “저작권침해와 법정손해배상제도”, 「저작권」, 제20권제2호(통권 제78호), 2007
손정달, “저작권법상 법정손해배상제도 도입에 대한 검토: 미국의 법정손해배상제도 도입을 중심으로”, 「법학연구」, 제9집제1호, 인하대학교 법학연구소, 2006
이규호, “미국 연방저작권법상 법정손해배상제도에 대한 연구”, 「정보법학」, 제11권제1호, 2007
이기용, “불법행위에 있어서의 소멸시효”, 「비교사법」, 제12권 4호(통권31호), 2005.12
이동진, “개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상”, 「서울대학교 법학」, 제55권 제4호, 2014.12
이성우, “디지털 저작권 침해에 있어서 법정손해 배상제도에 대한 소고”, 「경성법학」, 제17집 제1호, 2008
이원우, “개인정보 보호를 위한 공법적 규제와 손해배상책임 - 개인정보 누출을 중심으로 -”, 「행정법연구」, 제30호, 2011.8
이종구, “한미 FTA의 이행에 따른 미국의 법정손해배상제도의 도입과 그 한계”, 「산업재산권」, 제23호, 2007
이지윤, “저작권침해에 대한 법정손해배상에 관한 연구: 미국의 저작권 판례를 중심으로”, 「저작권」, 제20권제4호(통권 제80호), 2007
임건면, “개인정보의 의의와 귀속관계”, 「중앙법학」, 제7집 제4호, 2005.12
정상조・권영준, “개인정보의 보호와 민사적 구제수단”, 「법조」, Vol.630, 2009.3
정충원, “著作權法上 法定損害賠償制度의 導入에 대한 小考”, 「지식재산연구」, 제5권제2호, 2010
최경진, “법정손해배상제도의 도입에 관한 연구 - 한미자유무역협정에 따른 민법과의 조화를 중심으로 -”, 「중앙법학」, 제13집 제3호, 2011

최경진, “한・미 자유무역협정(KORUS FTA)과 지적재산권 침해시 손해배상제도”, 「법경제학연구」, 제4권제2호, 2007

## Ⅲ. 외국문헌

Black's Law Dictionary, 8th Ed.

Freifield, The Rationale of punitive damages, 1 ohio St.L.J.5, 1935

Harold L. Williams, Oh. Consumer L. (2010)

James C. Smith and Jacqueline P. Hand, Neighboring Property Owners

Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright (2009)

NERA, 「知財紛爭の經濟分析」, 中央經濟社, 2007

Nimmer On Copyright, LexisNexis(2006), Vol.4

Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the U.S. Copyright Law (House Comm. Print 1961).

Ronald E. Mallen, Jeffrey M. Smith, 3 Legal Malpractice (2011 ed.)

S.Emanuel, Torts(7th ed.), Foundation Press, 1984

Steven A. Gibson & J.D. Lowry, The Need For Speed: The Path To Statutory Damages In Copyright, 14-Nov Nev.Law 16, 18 (2006)

Thomas B. Merritt, 36 Mass.Prac., Consumer Law (3d ed.)

William Patry, The Right to a Jury in Copyright Cases, 29 J. Copyright Soc'y 139 (1981).

Abstract

# A Critical Analysis on Newly Introduced Statutory Damages

## – Focusing on Statutory Damages Provisions in Personal Information Protection Laws –

Kyoungjin Choi

The Statutory Damages Claim was recently provided in two controversial laws, 'Information Communications Network Act' and 'Credit Information Act' after it had been first introduced as "pre-established damages" in the Korea-U.S. Free Trade Agreement. According to those laws, statutory damages can be claimed in lieu of real damages claim no later than three years after data subject may have knowledge about infringement fact. The maximum damages to be allowed should be no more than three million Korean won. This paper focuses on reasonable interpretation on the statutory damages provisions as well as suggestions to the legal reform on problematic issue if any. For such purpose, this also tries to analyze various provisions on statutory damages in Korea as well as US from the comparative perspective. To the conclusion, Korean statutory damages claim deems to be in the middle of American statutory damages and the previous Korean claim for considerable damages. Most important aspect of legal nature of the statutory damages claim is that it is not a punitive damages claim, but have 'in lieu' nature because it can be raised instead of real damages claim. For reinforcing its nature of protecting victim from personal data infringement, in-depth study is necessary to stipulate the minimum of statutory damages. Clarification is also necessary to transfer burden of proof and Statute of limitations for

statutory damages claim should be simplified and unified in line with the Civil Act. A legislative effort should be taken to clarify application scope of time, selection between general claim and statutory claim, and time limit to exercise the claim.

**Kyoungjin Choi**

Statutory Damages, Information Communications Network Act, Credit Information Act, Damages for non-pecuniary loss

# 미국법상 의제신탁의 의미*

## – 제3차 부당이득법 리스테이트먼트를 중심으로 –

이 혜 리**

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 신탁의 의의
1. 신탁의 일반론
2. 형평법법상의 소유권과 보통법상의 소유권(물권)의 분리이론과에 이에 대한 비판
Ⅲ. 의제신탁의 의의
1. 의제신탁의 개념 및 근거
2. 의제신탁상 수익자의 권리
Ⅳ. 의제신탁의 요건 및 효과
1. 요건
2. 효과
Ⅴ. 결론

**【국 문 요 약】**

영미법에서는 원고의 지출에 기한 피고의 권리 취득이 무효로 되는 경우 신탁의 논리를 적용한다. 따라서 이러한 부당이득반환청구에 있어서 신탁의 논리가 어떻게 적용되는지를 살펴보는 것이 대륙법계와 영미법계의 비교법적 관점에서 의미가 있다고 할 수 있다. 영미법에서는 재산의 원래 권리자와 상대방 사이에 명시적인 신탁약정이 존재하지 않음에도 불구하고 형평법에 따라 법에 의해 신탁이 의제될 수 있다. 본 논문은 의제신탁에 대한 근거, 요건 및 효과 등에 대한 소개함으로써 우리 신탁법상 의제신탁의 법리를 도입할 필요성이 있는지에 관한 논의에 필요한 기본적인 지식을 제공하고자 한다.

의제신탁이 성립하기 위한 요건들 중 핵심이 되는 요건은 다음과 같다. 첫째로, 피고가 의제신탁관계가 성립하는 목적재산에 관해서 부당이득을 원인으로 하여 보통법상의 명의(또는 권리)를 보유하고 있어야 한다. 둘째로, 의제신탁이 성립하기 위하여는 그 물건을 특정, 확인할 수 있어야 하고 또 피고의 점유 하에 있음을 추급(trace)할 수 있어야 한다. 의제신탁이 성립하면, 법원은 원고에게 피고 명의의

* 이 논문은 2015학년도 원광대학교 교비 지원에 의해서 연구되었음.
** 원광대 법학전문대학원 조교수.

특정재산에 대한 청구권을 인정하므로 그 결과 피고의 다른 채권자들보다 우선권이 인정되기 때문에 매우 유리한 권리구제방법이 된다. 물론 한국법상 금전은 점유가 있는 곳에 소유가 있다는 원칙하에 피해자는 사기, 횡령 등의 이유로 금전이 이전되었을지라도 은행계좌에 있는 장부상의 금전에 대해 물권적 청구권을 주장할 수 없다. 그러나 절도, 사기, 횡령 등으로 가해자에게 금전이 이전된 경우에도 점유가 있는 곳에 소유권이 있다고 보는 것은 정의에 맞지 않다. 만약 사기 또는 횡령 등으로 이전된 장부상의 금전이 피고의 재산 내에서 특정 가능한 경우라면 의제신탁에 근거한 우선권의 인정이 한국법에도 시사하는 바가 있을 것으로 생각된다.

## Ⅰ. 서론

로마법, 현대사회의 독일, 프랑스, 또는 다른 대륙법계의 법률가들에게 부당이득은 소유권적 권리(proprietary rights)를 발생시키는 것으로서 피고가 기대하지 않은 어떤 것이다. 가장 일관된 현대 대륙법계 법전을 가지고 있는 독일법의 경우, 부당이득은 오로지 법정채권을 발생키는 원인이다.[1] 로마법과 대륙법에 따르면, 물권의 취득 원인과 채권의 취득 원인(계약, 불법행위, 부당이득)은 완전히 분리되어 있다.[2] 반면, 영미법의 경우 부당이득은 물권을 발생시키는 원인이 되기도 하는데, 영미법과 대륙법의 이러한 차이점은 신탁법에 있어서의 차이점에 기인한다.[3] 영미법에서는 원고의 지출에 기한 피고의 권리 취득이 무효로 되는 경우 신탁의 논리를 적용한다. 따라서 이러한 부당이득반환청구에 있어서 신탁의 논리가 어떻게 적용되는지를 살펴보는 것이 대륙법계와 영미법계의 비교법적 관점에서 의미가 있다고 할 수 있다.

영미법에서는 재산의 원래 권리자와 상대방 사이에 명시적인 신탁약정이 존재하지 않음에도 불구하고 형평법에 따라 법에 의해 신탁이 의제될 수 있다.[4] 가령, ① 수익자를 위해[5]재산을 보유하고 있는 수탁자가 수탁자로서의 의무를 위반하여 재산을 취득한 경우, ② 타인의 재산을 사기, 강박에 의해 취득한 경우, ③ 고의의 위법행위에 의해 타인의 재산을 취득한 경우 등의 사례에서 의제신탁의 법리가 적용된다. 이 경우 수익자로 의제된 피해자는 위법행위자가 얻은 재산, 만약 재산이 금전인 경우에는 그 금전으로 인하여 얻은 수익 전부에 대하여 반환을 구할 수 있고(가령 훔친 돈으로 트럭을 산 경우 트럭에 대하여 물권적 청구권을 행사할 수 있다),[6] 이 권리는 해당 재산에 대한 위법행위자의 일반 채권자들보다 우선한다.

---

1) 독일민법상의 부당이득제도는 제2편 제7장 제24절에서 제812조의「일반원칙」에서「타인의 급부 또는 기타의 방법에 의한 타인의 비용으로써 법률상 원인없이 이득한 자는 이를 그 타인에게 반환할 의무를 진다」는 내용으로 부당이득의 통일적 규정을 두고 있다. 그리고 수익자가 악의이면 가중된 책임을 지고, 원물반환이 불능한 경우, 가액으로 반환할 것을 정하고 있다(제818·819조).

2) William L. Burdick, The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law 386 (1989).

3) Robert Stevens, When and Why Does Unjustified Enrichment Justify the Recognition of Propriety Rights?, 92 B.U. L. Rev. 919, pp. 919-920 (2012).

4) 의제신탁에 관한 보다 자세한 논의는 Goff & Jones, The Law of Restitution (2002) 84-119, 713-718; Dan B. Dobbs, Law of Remedies : Damages, Equity, Restitution (1993) 392-401; Konrad Zweigert &Hein Kötz (양창수 역), 「비교사법제도론」 (1991) 421-425쪽.

5) 본고에서는 수익자와 신탁자가 동일한 경우를 전제로 하여 문맥에 따라 두 용어를 혼용하였다.

6) Birks, [Unjust Enrichment] 2nd ed. (2005), pp. 180-203 참조. 영국의 학설은 대체로 위법하게 취

이러한 영미법에서의 의제신탁에 대한 주제를 이미 소수의 한국 논문에서 다룬 바 있으나, 이는 의제신탁의 유형에 초점을 맞춘 것이었고, 의제신탁의 근거 내지는 요건 또는 효과에 대한 구체적인 논의는 없었다.[7] 본 논문은 의제신탁에 대한 근거, 요건 및 효과 등에 대한 소개함으로써 우리나라에 의제신탁의 법리를 도입할 필요성이 있는지에 관한 논의[8]에 필요한 기본적인 지식을 제공하고자 한다.

## Ⅱ. 신탁의 의의

### 1. 신탁의 일반론

의제신탁은 당사자의 의사에 의한 신탁이 아니라서 신탁의 일반법리가 모두 그대로 적용되는 것은 아니나, 의제신탁도 신탁의 한 종류로서 수익자와 수탁자와의 관계와 같은 기본적인 부분은 신탁의 법리를 따른다. 따라서 의제신탁을 검토하기에 앞서 신탁의 일반 법리를 살펴보고, 의제신탁에 관하여 논의하도록 한다.

미국 제2차 신탁법 리스테이트먼트 §2에 따르면, "신탁은, 신탁재산에 관한 신임관계를 말하며, 신임관계에 의하여 신탁재산의 소유권을 가지는 수탁자는 수익자의 이익을 위하여 신탁재산을 관리해야 하는 형평법상의 의무를 부담한다."[9] 나아

---

득한 금전으로 구입한 대상재산의 가치가 이후 상승한 경우에도 위 재산 전부에 대하여 특정적 원상회복을 구할 수 있다고 보나, 이에 대해서는 수탁자의 다른 채권자들과의 관계에서는 상실된 수익 상당의 형평법상의 우선특권(equitable lien)만을 인정해야 한다는 견해도 있다. 한편 미국의 제3차 부당이득법 리스테이트먼트는 이에 관한 명확한 규정을 두고 있다. Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment § 56 comment b. 간단한 사례를 통하여 설명해 보기로 한다. A가 B의 사기적 부실표시로 인해 B에게 $10,000을 송금하였다. A는 그 사기를 알게 된 후 B가 A의 $10,000와 B의 $10,000을 합쳐서 희귀한 책의 콜렉션을 구입하는데 지출하였다는 것을 증명할 수 있었다. A가 사기를 알게 된 당시 B는 그 가치가 불명확한 책의 콜렉션을 점유하고 있었다. 법원은 위 책의 콜렉션을 처분하도록 명하였다. A는 이러한 (i) 그의 $10,000 및 그에 대한 이자를 받기 위해 위 처분에 따른 수익금에 대해 형평법상의 우선특권(equitable liens)을 행사하거나, (ii) 수익금의 절반에 대해 청구할 수 있는데, 둘 중 더 유리한 경우를 선택할 수 있다. Greene v. Haskell, 5 R.I. 447 (1858).

7) 영국법상의 의제신탁의 유형에 관한 논의는 오영걸, "의제신탁의 이해", 「비교사법」 18권 4호 (한국비교사법학회, 2011), 1263-1308쪽 참조; 영미법상의 금전에 대한 의제신탁에 관한 논의는 최준규, "금전의 이동과 물권적 청구권 - 가치 소유권 및 의제신탁으로부터의 시사 -", 「법조」 638권 (법조협회, 2009. 11), 92-159쪽 참조. 영미법상의 수탁자와 수익자의 권리, 그리고 추급법리에 관한 자세한 연구는 이연갑, "신탁법상 수익자의 지위", 「민사판례연구」 30권, 민사판례연구회(2008)참조.

8) 임채웅, "묵시신탁과 의제신탁의 연구", 「저스티스」 제105호 (한국법학원, 2008) 277-302쪽 참조.

9) A trust … is a fiduciary relationship with respect to property, subjecting the person by whom the title to the property is held to equitable duties to deal with the property for the benefit of another person.

가 일반적인 신탁의 성립요건은 (1) 신탁설정의 의사(an intention to create a fiduciary relationship), (2) 수탁자 앞으로의 신탁재산의 이전(property that is transferred to the trustee), (3) 확정할 수 있는 수익자의 존재(ascertainable beneficiary), (4) 수탁자의 존재(the trustee), (5) 공서양속에 반하지 않는 신탁의 목적(a valid trust purpose), (6) 사기 방지법(the Statute of Frauds)이 적용되는 재산 양도에 있어서는 형식적 요건의 구비(formalities)[10]이 있다.

위와 같은 신탁의 정의에 있어서 가장 중요한 개념은 소유권의 분리를 인정하고 있다는 것이다. 즉, 수탁자는 보통법상의 소유권(legal title)을 가지나[11] 수익자는 형평법상의 소유권(equitable ownership)을 가지고 있음을 명확히 하고 있다. 여기서 수익자의 형평법상의 소유권이란 '비록 신탁재산이 본인 명의의 재산은 아니지만, 신탁재산을 통하여 수익을 얻고, 그 수익을 보장받기 위하여 행사할 수 있는 대세적, 대인적인 권리'로 이해할 수 있다. 이처럼 소유권을 분리한다는 이론은 '소유권의 절대성'을 기본원리로 하는 대륙법계의 법적 사고와는 배치되는 것으로 이러한 영미법상의 신탁의 법리는 우리나라와 같은 대륙법계에서는 매우 생소하게 여겨질 수 있다.[12]

게다가 미국법상의 부동산의 물권변동은 우리나라의 제도와 다르게 때문에 이에 대해 간략히 설명하자면, 미국에 있어서 부동산물권변동은 일반적으로 두 단계의 과정으로 이루어진다. 제1단계는 매도인과 매수인에 의하여 부동산매매계약(contract)이 체결되고, 그 후 제2단계로 보통 몇 달이 지난 후 계약의 종결(closing)이 있게 된다. 이 종결은 매도인은 매수인에 대하여 deed를 인도하고 매수인은 매도인에 대하여 매매대금을 지급함으로써 있게 된다. 이와 같은 당사자간의 매매계

---

10) Roger W. Andersen & Ira M. Bloom, Fundamentals of Trusts and Estates, Lexis Nexis(3d ed. 2007), p. 387.

11) 영미법에서 title은 여러가지의 의미로 사용된다. 첫째, 물건에 대한 재산적 권리를 기초 지우는 법적 행위 또는 이에 의하여 취득된 법적 지위 내지 권리주장의 근거(권원)를 의미한다. 둘째, 위 의미에서의 권원에 의하여 기초 지워진 권리의 질, 성격, 범위, 한도 등의 내용 즉 취득된 재산에 대한 물권적 권리 그 자체를 의미한다. 물건에 대한 재산적 권리로 부터는 여러 가지의 파생적 권리가 생기는데 예를 들면 점유침해를 배제하는 권리에 따른 구체적 소송에서 문제가 되어 있는 파생적 권리를 기초 지우는 근본의 권리가 title이다. 셋째, 담보물권, 용익물권 기타에 의하여 제한되어 있지 않는 소유권 또는 권원의 하자가 없는 우량의 권원(fee simple absolute)을 의미하는 경우도 있다. 이동명, "미국의 부동산물권변동에 따른 공시방법", 「재판자료」 제73집 (1969), 법원도서관, 12-13면. 본 논문에서는 두 번째의 의미로 이해되나, 보통법상으로 해당 재산에 대하여 권리 명의인으로 표시된 자는 소유자로 인정되는바, 신탁재산의 명의인인 수탁자에게 보통법상의 소유권을 인정하는 것이다. 이계정, "미국 신탁법에 관한 연구 - 우리 신탁법에 주는 시사점을 중심으로 -", 「외국사법연수논집(31)」 제124집 (2012), 274-275쪽.

12) 이계정 (註 11), 269-270쪽

약이 채권행위이며 deed의 인도와 수령에 의하여 물권이 당사자간에 이전하므로 이 deed의 교부가 물권행위이다. 미국에서 당사자간의 계약을 contract, 부동산권 이전의 물권적 합의를 conveyance로 표현한다. 부동산매매계약은 계약 성립시로부터 deed의 교부시까지만 당사자를 구속하며 deed의 교부가 있은 후는 이 deed의 내용에만 당사자는 구속을 받는다. 그러므로 deed의 교부는 매매계약상의 내용을 종결시키는 효력을 갖는다. 즉 미국의 경우는 물권행위의 독자성과 무인성이 인정되는 것이다. 부동산매매계약을 체결하고 deed의 인도, 수령 전까지는 매수인은 보통법상의 소유권(legal title)은 취득하지 못하나, 매매계약 체결에 의해 매수인 형평법상의 소유권(an equitable title)을 취득한다. 이를 형평법상 권리의 전환 법리(doctrine of equitable conversion)이라고 한다. 한편 매도인은 당해 부동산에 대하여 매매대금채권의 확보를 위한 담보권으로서 우선특권(lien)을 취득한다. deed의 인도, 수령시까지 보통법상의 소유권은 매도인이 보유하고 있으며 매도인은 매수인에 대하여 수탁자(trustee)로서 당해 매매목적 부동산에 대한 보통법상의 소유권을 보유하고 있는 것이다.[13]

즉, 매수인이 토지에 대한 권리를 취득하기로 합의하고, 매매대금을 이미 모두 지급한 경우, 대금을 지급한 순간부터 매수인은 그의 부탁으로 매도인에게 토지에 대한 권리를 신탁한 것으로 볼 수 있다.[14] 미국법상 부동산 매매계약을 체결한 후 후 매도인이 매수인에게 deed 이전을 거절한 경우 '강제이행(specific performance)'을 청구할 수 있는 근거를 '형평법상 권리의 전환 법리(the doctrine of equitable conversion)'에서 찾는 견해도 이러한 논리와 잇닿아 있다.[15]

미국법상 인정되는 이러한 유형의 신탁은 상속법에서 중요한 역할을 하기 때문에 큰 의미를 갖는다. 상속법에 따르면, 일방이 사망한 경우 그의 부동산과 동산은 다르게 취급된다.[16] 만약 피상속인인 수익자가 사망 전에 수탁자에게 토지를 신탁

---

13) 이동명, "미국의 부동산물권변동에 따른 공시방법", 「재판자료」 제73집(1969), 법원도서관, 14-16면. 아울러 영미법은 '등록제도(recording system)'라는 우리나라의 등기제도와 유사한 제도를 마련하고 있다. 특히 미국법상 등록제도는 당사자 사이에서 소유권이전에 대한 법적인 효력을 발생시키기 위한 것이 아니라 제3자 이해관계인에게 주장 또는 대항할 수 있도록 제정법(statute)적으로 마련한 방법이다. 따라서 각 주(주)마다 '부동산 등록법(recording statute)'에 의해 등기의 법적효력을 따로 규정하고 있다. 한국의 제도와 비교한다면, 등록은 등기로 대비할 수 있다. 가정준, "미국법상 부동산 소유권 변동과정에 대한 법적 고찰", 「민사법학」제31호(2006), 157쪽

14) 18 C.J.S. Conversion § 9 (2007).

15) Jesse Dukeminier & James E. Krier, Property, 604 (3rd ed. 1993).

16) 96 C.J.S. Wills § 1250 (2011).

하여 수탁자가 토지에 대한 권리를 매도할 의무를 진다면, 위 토지가 타인에게 매도되어 명의가 이전되기 전의 토지에 대한 권리는 금전으로 취급될 수 있다. 미국 상속법에 따르면, 매매계약상의 토지에 대한 형평법상의 이익은 유언자의 모든 토지의 포괄적 유증에 의하여 상속인에게 귀속된다. 나아가 유언자가 매도하기 위하여 매매계약을 체결한 토지를 포괄적 또는 특정 유증한 경우 토지에 대한 권원(legal estate)은 수익(proceeds)과 함께 상속인에게 귀속된다. 유언자의 사망 당시 존재하는 부동산의 매매로 인한 수익은 유언을 통해 동산으로 분류되어 상속자에게 귀속되고, 형평법상 권리의 전환 법리에 따라 수령한 토지 매매대금은 동산으로 취급된다.[17] 예를 들어, 유언자가 1970, 9. 4. X 부동산을 포괄 유증한다는 유언장을 작성하고, 1970. 9. 18., X 부동산을 매도하는 계약을 체결한 후 사망하였는데, 1970. 9. 25. 그의 유언집행자가 $630의 매매대금을 수령한 경우, 법원은 위 부동산은 포괄적 유증에 의해 피상속인에게 귀속되지만, 형평법상 권리의 전환 법리에 따라 피상속인이 위 부동산의 매매계약을 체결한 후에는 위 재산은 금전으로 전환되어 동산으로 분류된다고 판시하였다.[18]

"형평법상 권리의 전환 법리"는 "성립되어야 할 행위는 성립했다고 보는(Equity regards that as done which ought to be done)" 형평법의 법리가 확장된 것이다.[19] 한편, 최근에는 이러한 형평법상의 소유권과 보통법상의 소유권의 분리이론에 대한 비판도 제기되고 있다. 그 비판론에 대해서는 다음 목차에서 살펴보도록 한다.

### 2. 형평법법상의 소유권과 보통법상의 소유권(물권)의 분리이론과에 이에 대한 비판[20]

영국학자이나 최근 제3차 부당이득법 리스테이트먼트에 관한 논문을 발표한 Robert Stevens 교수는 위 논문을 통하여 신탁에 있어서 형평법상의 소유권과 보통법상의 소유권의 분리이론에 대한 비판을 제기하였다[21]. 미국 제3차 부당이득법

17) 96 C.J.S. Wills § 1278 (2011).
18) In re Estate of McDonough, 113 Ill.App.2d 437, 251 N.E.2d 405.
19) 18 C.J.S. Conversion § 2 (2007).
20) 신탁법상 수익자의 권리의 성질을 ① 대인권설(수익자의 권이는 수탁자에 대하여 수익자를 위하여 신탁재산을 관리·처분하도록 요구할 수 있는 권리이고, 수익자가 신탁재산에 대해 소유권을 가지는 것은 아니라는 견해), ② 대물권설(수익자는 신탁재산에 대항 형평법상의 소유권을 갖는다는 견해), ③ 독자적인 권리설(채권적 성질과 물권적 성질을 모두 갖는 독자적인 권리라는 견해) 등으로 나뉘어 논의되고 있다. 자세한 설명은 이연갑 (註 7), 920-925쪽 참조.
21) Stevens (註 3), p. 919 이하 참조

리스테이트먼트에서는 이러한 소유권 분리이론에 대한 명확한 입장을 취하지 않지만[22] 이러한 비판론은 의제신탁이 미국 부당이득법상의 구제수단으로서의 역할을 이해하는데 도움이 되므로 아래에서는 분리론에 대한 자세한 소개 및 이에 대한 비판론을 살펴보도록 한다.

첫째, Stevens 교수는 위 분리설에 따르게 되면 보통법과 모순된 결론에 도달하기 때문에 이는 잘못된 법리라고 주장한다.[23] 만약 X토지의 소유자인 A가 스스로 자신이 B의 신탁으로 인한 수탁자임을 선언했다면, 형평법에 따르면, "B는 X의 소유자가 아니고 수탁자인 A가 X의 소유자이나, B의 이익을 위하여 소유권을 갖는다."[24] 형평법상의 결론이 이렇다는 것은 X토지에 대한 권리를 타인이 침해하는 경우에도 B는 소송에서 원고로서 당사자 적격이 없음을 보아도 알 수 있다. 따라서 이 경우 보통법상의 소유자인 수탁자만이 타인의 무단불법점유에 대하여 불법행위에 기한 손해배상청구소송을 제기할 수 있다.[25] 만약 수탁자가 제3자에게 점유권을 허용한 경우, 수익자는 수탁자를 상대로 소제기를 할 수 있고, 점유한 제3자에 대해서는 청구권을 갖지 않는다.[26] 그러나 분리설의 비판론에 따르면, "누가 그 토지에 대한 소유권을 갖는지"에 대한 답은 보통법으로 이미 정해져 있음에도 불구하고, 같은 질문에 대해 형평법상 상반된 답을 제시하는 법체계는 효율적이라 할 수 없다. 아울러 형평법은 토지, 동산, 또는 지분에 대한 권리를 창출할 수 없다는 점도 비판론의 논거로 제시된다.[27]

둘째, 비판론에 따르면, 수익자는 형평법상의 소유권(물권)이 아닌 수탁자 등에 대해 청구할 수 있는 권리만 갖는다. 다만, 위 예시에서 수익자인 B의 권리는 수탁자에게만 갖는, 계약상의 급부의무와 같은 권리는 아니며, B의 권리의 대상(subject

---

22) 제3차 부당이득법 리스테이트먼트의 § 55 comment a를 살펴보면 위 조항에 의하여 기술된 의제신탁이라는 구제수단은 Cardozo가 기술한 것(6면 후단 본문 참조)과 범위와 기능에 있어서 동일하도록 의도되었지만, 위 조항의 보다 단조로운 서술의 목적은 "형평법(equity)"이라는 용어의 공유된 전문적 이해에 그토록 직접적으로 의존하지 않은 채 의제신탁을 정의하는 것이라고 하여 형평법으로부터 독립된 법리임을 나타내는 것 같다. (Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment § 55 comment a.) 그러나 한편 의제신탁에 기한 수익자의 형평법상의 소유권이 수탁자의 보통법상의 소유권 보다 우위에 있다는 점을 지적하는 것으로 보아 형평법적 소유권과 보통법적 소유권의 분리론을 지지하는 것처럼 보인다. (Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment § 55 comment b.)

23) Stevens (註 3), p. 922

24) F. W. Maitland, Equity and the Forms of Action 17 (photo. reprint 1984) (1929).

25) Roger A. Cunningham, William B. Stoebuck & Dale A. Whitman, The Law of Property § 1.5 (2d ed. 1993).

26) 비교 90A C.J.S. Trusts § 718 (2010).

27) Stevens (註 3), p. 922

matter)은 토지에 대한 A(수탁자)의 권리이다. 따라서 신탁법상 A가 X에 대한 보통법상의 소유권을 C에게 이전하면, C는 B를 위해 취득한 소유권을 갖게 된다.[28] 이러한 견해는 만약 A가 파산하면, A의 파산관재인(trustee in bankruptcy)은 B의 A에 대한 권리에 구속된다는 법리와 논리적으로 일관된 결론에 이른다.[29] 분리설의 비판론에 따르면, 수익자의 권리의 대상은 다른 사람(수탁자 등)에 대한 권리인 것이지, 결코 물질적인(physical) 물건이 될 수 없다. 이러한 입장은 재신탁을 보다 논리적으로 이해하기에도 유리하다. 가령, 수익자가 대리인들의 승계를 통하여 증권을 보유한다고 하면, 수탁자인 新대리인과 舊대리인이었던 새로운 신탁자(기존에 수탁자였던 대리인인데 재신탁으로 신탁자가 된 자) 사이의 신탁관계의 연결이 법률적으로 유효하면 최종 대리인과 수익자 사이의 신탁 또한 역시 유효하게 성립할 수 있다.[30] 그러나 소유권이 분리될 수 있다는 입장의 학설을 따르게 되면, 잘못된 결론에 도달할 수 있다. 즉, 재신탁으로 신탁자가 된 舊수탁자가 수익자와 형평법상의 소유권을 나눠 갖게 되면 일종의 러시아의 마트로시카 인형[31]처럼 소유권이 계속하여 줄어든다는 잘못된 결론에 도달한다. 신탁은 물건에 대한 권리가 아닌 다른 사람에 대한 권리(대인적 권리)이므로 재신탁을 하더라도 물건으로부터 각 제3수익자(위 예시에서 舊대리인)가 물건에 대한 권리를 갖게 되는 것이 아니라 각 제3수익자는 제3수탁자(위 예시에서 新대리인)에 대해 권리를 갖게 될 뿐이다.[32] 따라서 비판론의 입장에서 재신탁에 대한 적절한 비유는 마트로시카 인형이 아니라 연결(chain)이라고 한다.[33]

요약하자면, 비판론은 수익자가 소유권을 수탁자와 분리하여 갖는 것이 아니라 수탁자 또는 기타 이해관계인에 대해 권리를 갖는 것이라는 것이다. 이러한 논리라면 앞서 살펴본 “형평법상 권리의 전환 법리”도 달리 설명 될 수 있다. 신탁 법리의 정의상 매도인은 대금을 전부 지급한[34] 매수인을 위해 토지에 대한 권리를 보유할 의무를 진다. 형평법상의 분리이론을 따르면, 매수인에게 형평법상 소유권

28) 90A C.J.S. Trusts § 723 (2010).
29) 90A C.J.S. Trusts § 730 (2010).
30) Stevens (註 3), p. 922-923
31) 열수록 안에 작은 인형이 있는 인형
32) Robert Chambers, Constructive Trusts in Canada, 37(1) Alta. L. Rev. 173, 220 (1999), Ben McFarlane & Robert Stevens, The Nature of Equitable Property, 4 J. Equity 1, 1 (2010), and Lionel Smith, Unravelling Proprietary Restitution, 40 Can. Bus. L.J. 317, 322 (2004).
33) Stevens (註 3), p. 922-23
34) 꼭 지급한 경우에만 적용됨 Wyser-Pratte v. Van Dorn Co., 49 F.3d 213, 218 (6th Cir. 1995).

이 이전되었고, 매도인에게 아직 보통법상의 소유권이 있으며, 매수인의 형평법상의 소유권이 우위에 있다. 그러나 비판론에 따르면 토지에 대한 권리(소유권)는 분리되지 않았고, 매수인에게 이전된 것은 없다. 다만 매수인은 토지에 대한 권리와 관련하여 '새로운 권리'를 취득하였고, 위 권리는 기존에 존재하던 권리가 아니다.[35] 만약 위 매도인이 파산하더라도, 토지자체가 신탁된 것이 아니고, '토지에 대한 권리'가 매수인(수익자)을 위해 매도인에게 신탁되었으므로 이전등기 전이라도 매수인은 보호받는다.[36]

사견으로는 형평법상의 소유권 분리이론과 그 부정설 모두 수탁자의 권리의 성질을 설명하기에 논리적 문제점을 가지고 있다. 우선 형평법상의 소유권 분리이론은 보통법과 정면으로 충돌하고, 형평법상의 소유권이 보통법상의 소유권과 어떻게 다른지를 명확하게 설명하기도 매우 어렵다.[37] 나아가 앞서 언급한바와 같이 형평법상의 소유권 분리이론은 신탁재산이 침해된 경우, 수탁자를 통하지 않고 직접 침해자의 방해를 배제할 수 없다는 법리를 설명하기 어렵다(수익자는 직접 신탁재산을 점유하는 경우를 제외하고는 불법점유자를 상대로 당사자 적격이 없다). 한편 소유권 분리이론의 부정설은 수익자의 권리를 대인권으로 보는 견해인데, 이 역시 신탁재산의 소유권자가 변동되어도 수익권이 계속 존속하는 점을 설명할 수 없기 때문에 타당한 이론이라고 볼 수 없다. 따라서 수익자의 권리는 온전히 형평법상의 소유권으로서 순수한 대물권 또는 수탁자에게 청구할 수 있는 대인권으로 보기 어렵다. 한편, 대물권과 대인권의 준별론에 따라 구분하는 것이 과연 타당한지부터 생각해야 할 것이다. 신탁의 목적은 수탁자에게 신탁재산의 소유권을 갖게 하고 수익자를 위하여 위 재산을 관리·처분하도록 하게 함으로써 수익자에게는 재산을 직접 보유하지 않아도 그 재산으로부터 창출되는 경제적 이익을 귀속시키는 것이다. 이러한 신탁의 목적은 일반적인 소유권자의 개념, 즉 특정 재산의 법률상 소유권자가 위 재산으로부터 발생되는 이익을 향유한다는 것과 출발점부터가 다른 것이다. 따라서 수익자의 권리가 대인권과 대물권이 혼합되어 존재함을 인정하는 것이 타당하다. 다만, 수익자의 권리가 대물권적인 경우 이로 인해 불측의 손해를

35) 92 C.J.S. Vendor and Purchaser § 232 (2010).

36) 90A C.J.S. Trusts § 730 (2010).

37) 가령 후술하는 바와 같이 수탁자가 신탁재산을 신탁약정을 위반하여 처분한 경우 수탁자는 추급할 수 있는데 만약 양수인이 선의무상취득자인 경우에는 추급할 수 없다고 한다. 이렇듯 수익자가 갖는 형평법상의 소유권은 선의무상취득자에게 대항할 수 있는 대세적인 소유권은 아니라는 점에서 보통법상의 소유권과 다르다. 이연갑 (註 7), 946-947쪽

입는 자가 발생하지 않도록 수익자의 권리를 제한하는 것이 옳다. 이미 미국법상 추급권은 수탁자가 신탁을 위반하여 제3자에게 처분한 경우 이를 추급할 수 있다고 하여 대물권적인 권리나, 위 제3자가 선의무상취득자인 경우에는 이를 행사할 수 없으므로 제한적으로 인정되고 있다.

## Ⅲ. 의제신탁의 의의

### 1. 의제신탁의 개념 및 근거

미국 제3차 부당이득법 리스테이트먼트 §55에 따르면, 만약 원고의 비용으로 또는 원고의 권리를 침해하여 식별 가능한 물건에 대한 명의를 취득함으로써 부당하게 이득을 한 경우에는 피고는 원고의 이익을 위한 해당 물건과 그 추급 가능한 산물의 의제수탁자라는 선언을 받을 수 있다. 그리고 의제수탁자의 채무는 법원이 지시하는 조건에 따라 원고에게 의제신탁 물건을 반환하는 것이다.[38] 즉, 의제신탁이란 당사자의 의사와는 관계없이 일정한 재산의 권리자를 법률상 수탁자로 의제하는 신탁관계를 말하며, 명목상의 권리가 있음을 기화로 부당이득을 취한 자에 대하여 그 부당이득을 정당한 권리자에게 반환하도록 하기 위한 구제수단으로서 의미가 있다.[39] 예를 들어 사기방지법이 적용되어 재산의 양도가 무효가 된 경우[40]에, 법원은 재산을 보유하고 있는 자(양수인)를 수탁자로, 그 재산을 양도한 자(양도인이 사망한 경우에는 상속인)를 수익자로 한 신탁이 설정되었다고 의제하여, 양수인이 해당 재산으로부터 부당한 이득을 얻는 것을 방지하는 것이다. 신탁

38) Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment § 55 의제신탁
(1) 만약 원고의 비용으로 또는 원고의 권리를 침해하여 식별 가능한 물건에 대한 명의를 취득함으로써 부당하게 이득을 한 경우에는 피고는 원고의 이익을 위한 해당 물건과 그 추급 가능한 산물의 의제수탁자라는 선언을 받을 수 있다.
(2) 의제수탁자의 채무는 법원이 지시하는 조건에 따라 원고에게 의제신탁 물건을 반환하는 것이다.

39) Roger W. Andersen, Understanding Trusts and Estates , Lexis Nexis(4th ed. 2009), 88-89.

40) 우리나라 계약법과 달리 영미법상 부동산 매매계약은 서면에 의하지 않으면 계약의 이행을 강제할 수 없다. 영미법에서도 '구두(oral agreement)'에 의한 부동산 매매의 합의가 계약으로 성립하기는 하지만 서면으로 작성되지 않으면 법적으로 그 이행을 강제할 수 없다. 즉 구두에 의한 부동산 매매계약이 무효가 되는 것은 아니고 단지 계약을 강제할 수 없다고 하여 마치 '자연채무(natural obligation)'와 같은 성격을 갖게 된다. 미국의 사지방지법은 각 주법(州法)에 의해 제정되어 있으며 일부 주에서는 부동산 매매에 대한 구두의 합의는 무효인(void) 계약으로 취급되기도 한다. 가정준, "미국법상 부동산 소유권 변동과정에 대한 법적 고찰", 「민사법학」 제31호(2006), 142-143면. Steward Macaulay, John Kidwell, William Whiteford, and Marc Galanter, Contracts: Law in Action 264 (1995).

자의 명시의 의사에 의하여 성립하는 명시신탁(express trust)에서의 수탁자는 신탁조항에 따라서 신탁사무를 처리할 의무를 지는데 반하여 의제신탁의 수탁자는 이러한 의무를 부담하지 않고 오로지 목적재산을 반환할 의무를 부담할 뿐이다. 의제신탁은 그것이 부당이득을 반환시키기 위하여 법에 의해서 인정된 것이라는 점에서 준계약과 유사하다.[41] 여기서 "의제(constructive)"라는 것은 "의제된(constructed)" 즉 "만들어진(make-up)" 것 이고, 실제 당사자 사이에 합의에 의한 신탁이 아니다.[42] 의제신탁은 법관이 당사자들 사이에 신탁설정의 의사가 없음에도 신탁이 있다고 봄으로써 원고에게 일종의 구제수단을 제공하고자 성립시키는 것이다. 의제신탁이 신탁에 기반을 둔 개념이기는 하지만, 일반적 신탁과 매우 다른 점이 여기 있다.

"의제신탁"이라는 개념이 구제수단(composite remedy)으로서 역할을 하게 된 것은 명시 신탁(express trust)의 사안에서 시작되어 발전하게 되었다. B가 A를 위한 수탁자로서 신탁을 위반하여 X 토지를 취득하였음을 이유로 A에게 부당이득 청구권을 인정할 경우에 가장 일반적인  방법이 바로 토지 X를 신탁 물건으로 다루어 B를 A의 이익을 위한 X의 "의제(constructive)" 수탁자로 만드는 것이었다. 이러한 수탁자가 명시 신탁상의 의무를 위반해야만 적용되었던 의제신탁의 법리는 이미 100년 전에 확장되어, 오늘날의 의제신탁의 법리에는 당사자들이 신인관계(fiduciary relation)나 신뢰관계(confidential relation)를 점했어야 한다는 요건은 존재하지 않는다. 미국 법원은 의제된 수익자인 A의 형평법상의 소유권이 의제된 수탁자인 B의 특정 물건에 대한 보통법상의 소유권 보다 우위에 있기 때문에 후자는 전자의 소유권에 굴복해야 한다고 판시하여 왔는데, 위와 같은 판시 내용을 명확히 하기 위하여 신탁의 기본적 법리가 적용된 것이라고 할 수 있다.[43]

제3차 부당이득법 리스테이트먼트에서 언급하는 미국 판례법상 의제신탁의 근거는 형평법(equity)이다. 다음은 Beatty v. Guggenheim Exploration Co.사건에서 Cardozo 판사가 의제신탁의 근거가 형평법에 있음을 지적한 판결문의 원문이다. "의제신탁은 형평법의 양심이 이를 통해 표출되는 공식이다. 법적 명의의 보유자가 선량한 양심상 유리한 이익을 보유할 수 없는 상황에서 물건이 취득된 때에는 형평법이 그를 수탁자로 전환시킨다.[44]

---

41) Restatement of Restitution (1937) §1.
42) Stevens (註 3), p. 937
43) Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment § 55 comment b.
44) 225 N.Y. 380, 386, 122 N.E. 378, 380 (1919). "A constructive trust is the formula through which

## 2. 의제신탁상 수익자의 권리

앞서 신탁의 일반론에서 살펴본 바와 같이 수익자의 권리가 형평법상의 소유권인지 여부에 대한 논의가 의제신탁에 있어서도 주요한 논점 중에 하나이다. 따라서 여기서는 형평법상의 그리고 보통법상의 소유권의 분리설의 비판론을 의제신탁이 적용된 예를 들어 더 자세히 설명하고자 한다.

만약 피고가 원고의 트럭을 훔쳐서 제3자와 위 트럭을 오토바이와 바꿨다면, 이 경우 트럭의 원소유자였던 원고가 현재 오토바이의 명의를 얻는다고 보면 이러한 결론은 올바른 법리에 근거한 결론이 아니다. 오토바이의 원래의 소유자인 제3자는 오토바이에 대한 그의 권리를 피고에게 이전하고자 하였고, 그렇게 하였다. 비록 피고가 현재 오토바이에 대한 권리를 소유하고 있지만, 그는 이 권리를 원고를 위해 보유하는 것이다. 이것이 바로 의제신탁관계인 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이 형평법은 과거 이러한 방법으로 대신해서 권리를 청구할 수 있도록 허용하였다. 보통법 하에서 위와 같은 청구는 허용될 수 없었기 때문에 甲의 청구는 의제신탁의 논리에 의해 이뤄질 수밖에 없었다. 사실관계에 따르면, 오토바이에 대한 권리는 원고가 처음부터 가지고 있던 권리와 같은 권리가 아니다. 오히려 피고는 트럭이 절도된 결과로 인해 얻은 권리를 보유해야만 한다. 다시 말해 그는(원고는) 오토바이에 대한 신탁상의 권리를 보유한다. 이러한 원고의 신탁상의 권리는 절도와 교환 전에 존재하지 않았던 새로운 권리이다.[45]

교환된 오토바이와 같은 사례보다 더 일반적으로 의제신탁이 적용되는 경우는 사기·횡령 등의 피고의 불법행위로 인해 원고가 피고 계좌로 송금한 경우이다.[46] 여기서 원고가 청구하고자 하는 대상은 현금이 아닌 피고의 은행에 대해 금전의 지급을 청구할 수 있는 채권이다. 은행은 은행 고객에게 이러한 채무를 진다. 은행은 계약을 체결하지 않은 다른 사람에게는 채무를 부담하지 않는다. 피고가 아닌 원고가 오토바이를 소유했다고 할 수 없는 것과 마찬가지로 은행은 고객이 아닌 다른 사람에게는 채무를 부담하지 않는다. 형평법상의 이론 즉, 소유권이 형평법상으로 그리고 보통법상으로 따로 분리되어 존재한다는 이론으로는 원고의 권리의 성격을 설명할 수 없다. 그러나 피고는 원고를 위하여 은행을 상대로 이러한 채권

---

the conscience of equity finds expression. When property has been acquired in such circumstances that the holder of the legal title may not in good conscience retain the beneficial interest, equity converts him into a trustee."

45) Stevens (註 3), p. 929

46) In re Newpower, 233 F.3d. 922, 926-37 (6th Cir. 2000).

을 보유한다고 보면 설명할 수 있다. 이것이 바로 의제신탁으로 인해 원고가 형평법상 소유권을 갖는 것이 아니고, 다만 원고의 권리는 신탁법상의 채권만을 갖는다는 법리가 의미를 갖는 이유이다.[47]

## Ⅳ. 의제신탁의 요건 및 효과

### 1. 요건

의제신탁이 성립하기 위한 요건을 살펴보면 다음과 같다. 피고가 (i) 특별히 식별 가능한 물건에 대한 법적 명의를 취득함으로써, (ii) 원고의 비용으로 또는 원고의 권리를 침해하여, (iii) 부당하게 이득을 취한 거래는 피고의 그 물건에 대한 명의(title to the property)가 원고의 형평적 권리(equitable interest)에 종속되는 거래이다.[48] 이들 중 핵심이 되는 요건은 두 가지로 요약될 수 있다. 첫째로, 피고가 의제신탁관계가 성립하는 목적재산에 관해서 부당이득을 원인으로 하여 보통법상의 명의(또는 권리)를 보유하고 있어야 한다. 피고가 목적재산에 대해 권리를 갖고 있지 않으면 신탁재산(trust res)이 존재하지 않으므로 의제신탁이 성립하지 않는다. 둘째로 의제신탁이 성립하기 위하여는 그 물건을 특정, 확인할 수 있어야 하고 또 피고의 점유 하에 있음을 추급(trace)할 수 있어야 한다.[49]

#### 가. 명의의 취득으로 인한 부당이득

의제신탁은 피고가 보통법상 취득한 명의를 보유한다면 그가 원고로부터 부당이득을 하는 결과를 초래할 경우, 원고가 보유자로부터 특정 물건을 회복할 수 있는 구제수단이다. 근저에 있는 거래는 통상적으로 사기, 착오로 인한 취소 또는 이와 비견할 만한 무효 원인이 있는 거래이거나 피고가 원고의 법적으로 보호되는 이익에 대한 위법한 침해(wrongful interference with the claimant's legally protected interests)에 의하여 물건을 취득한 거래이다.[50] Scott 교수가 쓴 신탁법 교과서에 따르면, “의제신탁은 일방이 물건의 명의를 보유하고 있는데, 만약 그가 보유하는

47) George Gleason Bogert & George Taylor Bogert, The Law of Trusts and Trustees § 924 (rev. 2d ed. 1982).
48) Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment § 55 comment a.
49) Weiss v. Marcus, 51 Cal. App. 3d 590 (1975).
50) Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment § 55 comment f.

것이 허용된다면 부당이득에 해당되어 다른 이에게 이전해야 할 형평법상의 의무를 지는 경우에 성립한다."[51] 여기서 '물건의 명의'는 '권리'에 해당하고 "형평법상의"이라는 표현은 의제신탁의 근거가 형평법이라는 점 외의 특별한 의미는 없다.[52]

보통법 체계에서 일방이 상대방에게 부동산 또는 등기 가능한 증권상 권리를 이전하기 위해서는 일반적으로 형식을 갖추지 않은 단순한 합의만으로는 부족하다.[53] 과거에 토지에 대한 권리를 이전하기 위해서는 양도 증서를 필요로 했던 반면 현재는 이전등기를 경료해야 한다.[54] 당사자들이 등기 가능한 증권을 이전하는 경우, 그 등기를 이전해야 한다.[55] 종종 권리를 이전하기 위한 요건(등기 등의 이전을 위한 형식적 요건)이 충족되어도 이전의 근거가 되는 법률관계가 착오, 강박 등의 이유로 무효로 될 수 있는데, 이 경우 권리는 다시 원소유자에게 반환되어야 한다. 예를 들어 甲이 착오로 계약상 당사자인 丙에게 증권상 권리를 이전해야 함에도 乙에게 이전한 경우, 乙은 甲의 명의로 증권에 대한 권리를 반환해야 한다(미국법상 등기 가능한 증권을 이전하는 경우 등기소에 통지해야 한다).[56] 착오로 인해 이미 甲으로부터 乙에게 한 이전 자체가 무효로 된다고 해도 자동으로 권리가 반환되지는 않는다. 권리를 반환하여야 할 의무는 의제신탁에 근거하여 발생한다. 제3차 부당이득법 리스테이트먼트에서도 의제신탁은 "피고가 식별가능한 물건의 명의를 부당하게 취득한 경우에 성립된다"고 기술하고 있다.[57]

한편 동산에 대한 권리가 보통법상 이전될 수 있는 원인은 계약 뿐이고,[58] 인도나 등기를 요하지 않는다. 따라서 동산인 컴퓨터 매매계약이 부실표시로 인하여 일단 취소되면, 컴퓨터의 명의는 매도인에게 다시 귀속된다. 이 때 신탁이 성립되지는 않는데, 이는 계약의 취소로 인해 이전 자체도 취소되었기 때문이다. 이와는 달리 만약 甲이 乙에게 등기 가능한 증권 X를 매도할 것을 부실표시에 기하여 유도하고, 乙은 등기소에 甲에게 이전할 것을 통지하였고, 증권의 권리가 乙로부터

51) Austin Wakeman Scott, The Law of Trusts § 462, at 304 (William Franklin Fratcher ed., 4th ed. 1989).
52) Stevens (註 3), p. 926
53) 17 C.J.S. Contracts § 1 (2011).
54) W.J. Byrne, A Dictionary of English Law 286 (photo. reprint 1991) (1923).
55) 관련 미국 법령 15 U.S.C. § 77e(c) (2006).
56) Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment § 55 (1); § 55 comment b.
57) Id. § 55 (1).
58) O.N. Jonas Co. v. Badische Corp., 706 F.2d 1161, 1163 (11th Cir. 1983).

甲에게 이전된 경우, 계약의 취소만으로는 자동적으로 乙에게 증권에 대한 권리가 다시 귀속되지 않는다. 등기 가능한 증권의 경우 계약으로 인해 이전된 것이 아니고, 등기소에 통지함으로써 권리의 이전이 이뤄진 것이다. 따라서 위 계약을 취소한 경우, 매수인은 그의 명의로 된 증권을 매도인에게 다시 반환해야 하고, 이로 인해 신탁이 성립된다.[59]

### 나. 식별 및 추급

의제신탁의 법리에 따르면, 원고가 (i) 피고가 원상회복 책임이 있는 특정적으로 식별 가능한 물건(specifically identifiable property) 또는 (ii) 제3차 부당이득법 리스테이트먼트 §§58-59의 규정에 의하여 추급 가능한 산물(traceable product)의 소유권을 주장할 것을 요건으로 한다. 만약 원고의 지출로 피고가 부당이득 하였다는 점을 증명할 수는 있으나 피고의 수중에 있는 그러한 물건을 식별할 수는 없는 경우 원고는 의제신탁의 구제수단에 대한 권한이 없다. 흔히 "추급 요건(tracing requirement)"이라고 불리는 이러한 요건은 구제를 받음에 있어서 제약으로 여겨질 수 있는데, 이는 원상회복상의 모든 주요한 특정적 구제수단(의제신탁 constructive trust, 형평법상의 매각특권 equitable lien, 대위 subrogation)에 있어서 요구되는 요건이다.[60]

의제신탁의 조건으로서 추급 요건을 부과하는 데는 두 가지 기본적 이유가 있다. 첫째, 의제된 수탁자로부터 전득한 자를 상대로 하는 소송은 물론이고, 의제된 수탁자와 수익자 당사자 사이의 원상회복 청구 소송에서도 원고가 의제신탁이라는 구제수단을 얻기 위해서는 형평법상의 소유권(equitable ownership)에 대한 주장의 정당성을 입증해야 한다는 것이다.[61] 만약 원고가 피고의 수중에 있는 특정한 물건에 대한 형평법적 권한을 증명할 수 없다면, 그 구제수단에 대한 근거가 사라지게 되는 것이다. 추급 불가능한 물건에 대하여 "의제신탁(constructive trust)"을 인정한다면 이는 원고가 피고의 특정한 자산을 선택하여 취함으로써 원고의 원상회복청구임에도 불구하고 피고에게 비특정적 책임을 부여하는 결과를 초래하게 될 것이다. 의제신탁은 그러한 효과를 갖는 구제수단이 아니므로 원고는 추급 요건을 통하여 원상회복의 정당성을 갖춰야 한다.[62]

---

59) Stevens (註 3), p. 927
60) Id. § 55 comment g.
61) Id. § 55 comments a, b, and c.
62) Id. § 55 comment h.

둘째, 이러한 형평법상의 추급권이 인정되는 이론적 근거는 원고는 문제의 재산에 대한 권리를 상실하지 않으며 따라서 재산의 형태변화에 의해서 영향 받지 않는다는 것이다. 그러므로 심지어 피고가 원고의 돈으로써 취득한 재산을 추급할 수 있는 때에는 의제신탁은 성립하며 원고는 그 재산을 자기의 것임을 주장할 수 있게 된다. 의제신탁이라는 제도의 장점이 발휘될 수 있는 경우는 불법행위자가 무자력이고 다른 채권자들이 경합해 있는 경우이다. 예를 들면, 은행직원이 원고은행의 돈을 횡령하여 그 돈으로써 가옥을 구입하였음이 추급되면 원고은행의 이익을 위하여 위 가옥에 대해 의제신탁이 성립된다.[63]

위에서 본 추급권은 형평법상 인정되는 것이므로 목적재산이 선의유상취득자(bona fide purchaser)[64]에게 양도된 경우에는 추급권은 인정되지 않고 따라서 반환을 구할 수 없게 된다. 선의유상취득자가 아닌 경우, 예컨대 수증자인 경우에는 원고의 권리행사가 제약을 받지 않고 그와 같은 경우에는 양수자에 대하여 양도인에 대한 경우와 마찬가지로 의제신탁관계가 성립한다. 불법행위자의 다른 일반재산에 대해서는 의제신탁이 성립하지 않는다.[65]

## 2. 효과

일단 원고의 청구가 의제신탁의 요건을 모두 충족한 경우, 의제신탁은 매우 유리한 권리구제방법이 된다. 왜냐하면, 의제신탁은 원고에게 특정재산에 대한 청구

---

63) Fidelity v. Deposit Co. v. Stordahl, 91 N.W 2d 533. 다만 이 사건에서는 은행직원의 부인이 가옥 매입대금 중 절반을 부담하였고 선의였기 때문에 문제가옥의 2분의1 지분에 대해서만 의제신탁 관계가 성립한다고 판시하였다.

64) 이러한 선의유상취득자의 매수인을 보호하는 법리는 영국의 형평법상 우선순위에 관한 원칙하에 기초하여 형성된 법리이다. 가령, 어떤 재산에 관하여 A가 형평법상 권리를 가지고 있고, 그 보통법상 권리자인 B가 이를 C에게 이전하면, 동일한 재산에 관한 A의 보통법상 권리와 C의 보통법상 권리의 우선순위가 문제되는데, 이 때 A와 C의 형평의 상태를 고려하여 동등하면 형평법원은 A에게 구제를 부여하지 않고, 따라서 C가 A에 우선하게 되지만, 만약 A의 형평의 상태가 C의 형평의 상태보다 열악하면 A를 구제하여 C는 A의 형평법상 권리의 제한을 받는 보통법상 권리자가 되는 것이다. C가 A의 권리의 존재를 알지 못하고, 합리적인 조사를 하였더라도 알 수 없었으며, 정당한 대가를 치르고 목적물을 양수하였다면 양심과 형평의 관념에 비추어 C를 비난할 아무런 근거가 없고, A와 C의 형평의 상태를 비교할 때 어느 한쪽도 우월하다고 할 수 없으므로 형평법원은 누구에게도 구제를 부여하지 않은 채 A와 C의 보호를 보통법원에 일임하며, 따라서 보통법상 권리가 우선하게 된다는 것이 선의유상취득자의 법리이다. 이연갑, “신탁법상 수익자의 지위”, 「민사판례연구 30」, 민사판례연구회(2008).

65) 다만 일부 州의 법원에서는 이른바 "swollen assets" theory를 채택하여 원고의 돈으로써 채무를 변제해 버린 경우에 불법행위자의 다른 재산의 처분이 모면된 것이므로 피고의 재산이 팽창되었다고 본다. Slater v. Oriental Mills, 27 A. 443 그러나, 채무의 변제가 곧 피고의 재산을 증가시킨 것이라는 이론은 옳지 못하다는 비판이 있다.

권을 인정하므로 그 결과 피고의 다른 채권자들보다 우선권이 인정되는 셈이기 때문이다.[66] 또 의제신탁은 피고로부터 원고에게로 재산권이 이전하는 것이므로 목적재산의 가치가 증가한 경우에는 그 증가이익이 원고에게 귀속된다.

### 가. 수탁자를 상대로 한 구제수단

흔히 의제신탁은 "단지 구제수단일 뿐(only a remedy)"이므로 "진정한 신탁이 아니다(not a real trust)"라고 한다.[67] 나아가서, "의제신탁(constructive trust)"라는 용어는, 부당이득에 대한 구제수단을 지칭하기 위하여 적용되는 경우, 표현하는 방법에 불과하다고 볼 수도 있을 것이다. 따라서 의제신탁이 신탁이라는 표현에도 불구하고 실제로는 구제수단 - 피고는 원고에게 문제된 재산을 반환하라는 명령-이었기 때문에 법원 판결문에는 신탁이라는 표현이 없이도 위 법리가 적용되곤 하였다. 가령, Schildberg Rock Products Co. v. Brooks[68] 사건에서 법원은 원고 회사의 전 피용자이자 이사인 피고가 그의 신임의무를 위반하여 500달러를 지급하고 광물 임차권을 얻은 것은 원고의 지출로 얻은 부당이득에 해당한다고 판결하였다. 판결문에서 의제신탁이라는 표현을 직접적으로 하지 않았지만 법원은 피고로 하여금 원고로부터 500달러를 상환받는 것을 조건으로 원고에게 광물 임차권을 양도하도록 명했다.

법원이 "B가 A를 위해 X 토지를 보유한다"고 인정하는 판결을 하는 경우, 위 판결은 2개의 구제수단을 구성한다고 보아야 한다. 첫 번째 구제수단은 B의 X토지에 대한 형식상의 명의가 A의 우선적인 형평법상의 청구권에 구속된다는 것을 선언한 것이다. 두 번째 구제수단은 B가 A에게 X토지에 대한 권리를 반환하도록 명령하는 강제적 injunction[69]이다. 이러한 injunction의 예시로서 Paoloni v. Goldstein[70] 사건

---

66) Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment § 55 comment a.

67) Id. § 55 comment b.

68) 258 Iowa 759, 140 N.W.2d 132 (1966).

69) 영미법에 있어서 injunction은 현재 대체로 다른 법제와 마찬가지로 판례법뿐만 아니라 여러 가지의 제정성문법에 의하여 규제되고 있다. 물론 그 연혁을 본다면 이는 보통법 법원의 구제가 불충분한 경우에 형평법 법원에 의하여 행해지던 구제방법이므로 이도 역시 판례법에 의한 구제방법임에는 틀림없다. 일반적으로 본다면 미국에서 injunction은 injunction 소송(suit) 그 자체를 의미하거나, 그 명령 또는 판결(order or decree)에 의한 영상(writ or process)을 의미한다고 할 수 있다. 소송이라고 할 때에는 형평법원이 특정한 행위를 금지하거나 이를 할 것을 명함으로써 행하는, 재산상 또는 법원이 인정하는 권리에 대한 돌이킬 수 없는 손해를 방지하기 위하여 마련된 형평법상의 절차를 말하게 된다. 다른 관점에서는 지명된 특정한 자가 형평 또는 양심에 반하는 특정한 행위를 하지 못하도록 하는 명령 또는 영상의 형식으로 발령되는 법원의 형식적 명령을 말하고, 구제가 명령적인 경우에는 그들에게 책임이 있는 침해나 손해를 제거하기 위한

에서, 법원은 의제 수탁자인 피고에게 30일 내로 법원에 의제신탁 된 재산에 대한 권리포기용 양도증서(a quitclaim deed)를 제출할 것을 명하는 판결을 한 바 있다.

위에서 본 바와 같이 법원은 부당이득의 교정 수단으로서 명의를 재양도할(reassign title) - B로부터 A에게 소유권(ownership)을 양도할 - 권한이 있다. 법원이 그러한 재양도(reassignment)를 직접적으로 명하고 효력이 발생하도록 하는 경우가 있다. 만약 A의 B에 대한 이전(conveyance)이 사기 또는 착오에 의하여 유발되었다면, 형평법상의 전통적인 방법은 법원이 증서의 취소나 수정(cancellation or reformation of the deed)을 통해 당사자들 스스로 원상회복하도록 허용하는 것이다. 그러나 최근에는 법률(statutes)이 제정되어 피고에 대한 강제이행 대신 판결로 소유권이 이전되도록 한다.[71] 법원은 "어느 당사자의 명의를 박탈하여 다른 사람에게 부여하는 판결을 할 수 있다(may enter a judgment divesting any party's title and vesting it in others)."[72] 그러나 그러한 법원의 권한의 범위에 해당하지 않는 사안이라면 소유권의 양도는 통상적으로 법적 명의 보유자(holder of legal title) 측의 행위가 필요한 것이다. 따라서 의제신탁을 통해 법원은 B가 법적 명의를 보유한 물건을 A에게 양도하도록 명할 수 있고, 이러한 유연성 때문에 의제신탁이 형평법에서 출발한 제도임에도 오늘날 광범위하게 활용되는 것이다.

의제신탁 제도의 유연성은 이러한 '묵시적 injunction'[73]으로 인해 매우 발전하였는데, 이러한 명령은 특정한 사건에 있어서 정의를 구현하기 위해 필요할 것을 조건으로 하여 매우 간편하게 이뤄진다. 예를 들면, 만약 피고가 원고에 대해 의제신탁 된 부동산을 취득하는데 든 비용에 대한 회복청구권을 갖는 경우, 법원은 "B는 X 토지에 대해 A를 위해 의제신탁상 보유할 권리가 있으나, 이러한 권리는 A가 B에게 비용을 상환해야 할 것을 조건으로 한다"고 판결하면 간단히 해결된다.[74] 앞서 살펴본 Schildberg Rock Products Co. v. Brooks[75] 사건에서도 피고가 광물 임차

---

특정한 단계를 밟을 것을 명령하는, 즉 특정한 행위를 하거나 하지 말 것을 명하는 명령을 일컫는다. 자세한 내용은 김연, "英美法上의 Injunction 訴訟節次 小考", 「경성법학」 제2호 (법학연구소, 1997) 109-110쪽.

70) 331 F. Supp. 2d 1310, 1314 (D. Colo. 2004).

71) Fed. R. Civ. Pro. 70(b).

72) Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment § 55 comment b.

73) 여기서 묵시적 injunction이란 '원고에게 토지에 대한 권리를 반환하도록 명령'하는 것을 일컫는 말로 원고가 명시적인 injunction 신청을 하지 않아도 법원의 명령으로 인해 injunction의 효과와 같은 결과에 이르게 되므로 이렇게 표현한 것이다. Stevens (註 3), p. 934

74) Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment § 55 comment b.

75) 258 Iowa 759, 140 N.W.2d 132 (1966).

권을 매수하기 위하여 지출한 금액 500달러를 원고가 지급할 것을 조건으로 하여 원고에게 임차권을 양도하도록 명하였다.

법원이 일방 당사자가 상대방을 위한 의제신탁으로 물건을 보유하고 있다고 한 판결은 피고의 원고에 대한 약속의 강제이행(specific performance)와 똑같지는 않더라도 유사한 결론에 도달할 수 있다. 만약 당사자 사이의 약속이 법적으로 강제 불가능한(unenforceable) 것일 경우, 그럼에도 불구하고 법원이 의제신탁을 통하여 원고에게 구제수단을 인정하는 것이 과연 적절한지 여부에 대한 의문이 제기될 수 있다. 이 경우에는 법원의 간섭이라고 볼 수 있는 요소가 강한지 여부 그리고 다른 한편으로는 애초의 당사자 사이의 약속이 왜 강제할 수 없었는지에 대한 근거에 달려 있다. 부당이득의 요소가 강하고 직접적인 강제를 금지하는 이유가 전형적으로 약화되는 원인인 경우에도 법원은 의제신탁을 인정한다. 예를 들어, 비형식적인 구두 신탁(informal oral trusts)의 사안인 경우 법원은 피고의 주된 의무의 이행을 강요하기 위하여 의제신탁을 적용하는 것을 오늘날의 판결들에서 흔히 볼 수 있다.[76]

법원은 사실상 의제신탁의 구제수단을 통해 피고의 권리의 피승계인(predecessor in interest)이 원고에게 물건을 양도할 약속을 이행하지 않고 사망한 경우에 그의 특정 이행을 강제할 수 있도록 한다. 의제신탁은 망인(decedent)이 원고(전형적으로는 초혼에 의한 가족 구성원)를 위하여 생명보험을 유지하기로 약속하고는 그렇게 하지 않고 피고(전형적으로는 재혼에 의한 가족 구성원)의 이익을 위하여 보험을 남기고 사망한 때에 이러한 기능을 한다.[77]

### 나. 전득자를 상대로 한 구제수단

당사자는 의제신탁을 통해 물건이 선의유상취득자이나 피지급인(bona fide purchaser or payee, §58(2))의 수중에 들어가기 전까지는 물건(그리고 그 추급 가능한 산물)의 양수인을 상대로 하여 유효한 물건에 대한 원상회복 청구를 할 수 있다. 따라서 원고에 대하여 원상회복 책임이 있는 사람으로부터의 전득자(subsequent purchaser)는 그들이 선의유상취득자(bona fide purchaser, §66) 또는 선의 피지급인(bona fide payee, §67)로서 보호되지 않는 한 그렇게 취득된 자산의 의제수탁자로 간주될 수 있다. 그렇게 되면 원고의 권리에 관한 통지(notice)를 얻었

76) Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment § 31 comment g, § 46, comment g.
77) Id. § 48, Comment g.

거나 대가를 지급하지 않은 채 원고의 물건을 취득한 제3의 매수인이나 피지급인을 상대로 하여 법원은 의제신탁의 법리를 적용할 수 있다.[78] 의제신탁의 구제수단이 선의유상취득자의 항변에 의하여 차단되는 일종의 반대되는 사례는 종종 담보 채권자를 상대로 한 청구와 관련된다. 만약 A의 자산 X가 B로부터 C에게로 이전되고 C가 X를 선의유상취득자로서 취득한다면, C는 일반적으로 다른 자산(Y)를 X에 대한 대가로서 이전하였을 것이다. Y가 추급 가능하다면, A의 의제신탁 청구는 B의 수중에 있는 Y에게로 향한다.[79]

### 다. 의제신탁자의 일반채권자에 대한 우선권 및 의제신탁 법리의 도산절차에서의 적용 가능성

세 명의 당사자 사이의 분쟁에서 의제신탁은 보다 중요한 의미를 갖는데, 이러한 사안에서 그 주요한 목적은 해당 자산에 관하여 피고의 일반 채권자(general creditors)에 앞서는 원상회복의 원고를 위한 우선권(priority)을 성취하는 것이다. 다만, 도산절차에서는 채권자들 사이의 평등분배라는 도산법상의 원칙이 우선되는 것으로 보는 것이 일반적이다. 즉, 제3차 부당이득법 리스테이트먼트는 도산절차에서는 ① 원고의 손실의 한도 내 일 것, ② 다른 의제신탁자들과는 평등 분배라는 제한 하에서 의제신탁이 성립될 수 있다는 취지로 기술하고 있는 것처럼 보인다.[80] 만약 도산절차에서 의제신탁이 적용된다면 의제된 수익자는 의제 신탁된 자산에 대해 물권적 청구권을 갖게 되므로 수탁자의 일반채권자 보다 배당절차에 있어서 우선권을 갖게 될 것이다.[81] 이러한 논리에는 의제신탁의 대상인 목적물에 대해 수익자가 형평법상의 소유권을 갖고 있기 때문에 위 목적물을 통해 의제된 수탁자의 일반 채권자가 변제를 받을 경우 이는 부당이득이라는 인식이 담겨 있다.[82] 일례로 미국파산법에서 피용자가 임금을 지급 받지 못한 경우 위 피용자는

---

78) Id. § 13, Comment g (제3자의 사기에 근거한 원상회복은 피고의 적극적 항변에 의존한다); § 15, Illustration 7 (부당위압 undue influence에 의하여 취득된 물건의 수증자는 기증자의 재산을 위한 의제신탁으로서 보유한다); § 17, Illustration 18 (신탁재산의 권한 없는 수증자는 신탁 수익자 beneficiaries를 위한 의제신탁으로서 보유한다); § 41, Illustration 9 (노티스를 갖고 수임료로 절취된 물건의 산물을 받은 변호사는 이를 의제신탁으로 보유한다).

79) Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment § 55 comment m.

80) Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment § 54 comment c.

81) 물론 판례에서는 도산절차상의 우선권을 부정한 경우도 있다. 가령, 매수인이 매도인을 상대로 매도인의 사기적 행위를 이유로 제기한 소송에서 매수인은 의제신탁이 성립하였으므로 매도인의 파산재단으로부터 자신이 지급한 대금에 대한 우선권이 있음을 주장하였으나 법원은 이러한 주장을 인정하지 않았다. In re Omegas Group, Inc. 16 F.3d 1443, 1551-52(6th Cir. 1994).

82) Andrew Kull, "Restitution in Bankruptcy: Reclamation and Constructive Trust" 72 Am Bankruptcy

자발적인 채권자가 아니면서도 채무자 즉 사용자의 자산을 늘려줬다는 이유로 다른 일반채권자들에 비하여 우선권을 갖는다.[83] 이와 유사하게 원고가 부당이득을 원인으로 한 의제신탁의 성립을 주장한 경우에도 비자발적이면서 자산을 증가시킨 경우이므로 파산절차에서 의제신탁의 성립을 허용할 수 있다는 견해가 있다.[84] 아울러 파산 절차상의 의제신탁을 인정한 판례[85]도 있다. 그러나 제3차 부당이득법 리스테이트먼트에서는 이러한 파산절차상의 의제신탁은 파산법에 의하여 평등 분배라는 제한을 받음을 분명히 밝히고 있다.[86] 파산법을 제정한 취지가 구체적으로 우선변제를 받는 채권자를 명확히 하여 판사가 특정 채권자에게 우선변제권을 임의로 인정하지 못하도록 하는 것이니만큼 형평법에 근거한 의제신탁이 판사에게 임의로 우선변제권을 인정하는 우회방법이 돼서는 안 된다는 견해도 있다.[87]

## Ⅴ. 결론

서론에서 밝힌 바와 같이 우리 신탁법상 의제신탁의 법리를 도입할 필요성이 있는지에 관하여 논의가 있다.[88] 의제신탁은 형평법에 근거한 것으로 형평법의 연원이 없는 우리 법상 의제신탁을 인정하기는 어렵다[89]고 생각할 수도 있다. 그러나 영미법계에서도 형평법상의 소유권과 보통법상의 소유권의 분리설에 대한 비판이 제기되고 있고, 제3차 부당이득법 리스테이트먼트는 위 법리에 대한 요건과 효과를 명확히 함으로써 판사의 재량에 전적으로 의존하는 형평법적인 요소를 제거하고자 노력하였다.[90] 따라서 단순히 한국법이 형평법의 연원이 없다고 해서 의제신탁이 구제수단으로서 갖는 장점을 고려해 보지 않은 채 위 제도를 부정하는 것은 옳지 않다.

---

L. J. (1998).

83) Michael I. Saltzman & Leslie Book, Distribution of Property of the Estate and Discharge, IRS Prac. & Proc. (RIA) P 16.15, at *7.

84) D. Benjamin Beard, "The Purchase Money Security Interest in Inventory: If It Does Not Float, It Must Be Dead!", 57 Tenn. L. Rev. 437, 483 (1990).

85) In re Newpower, 233 F.3d. 922, 926-37 (6th Cir. 2000).

86) Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment § 55 comment d.

87) Stevens (註 3), p. 935

88) 임채웅 (註 8)

89) 이계정 (註 11), 287쪽

90) 각주 22 참조.

앞서 살펴본 바와 같이 의제신탁의 법리에 따르면 의제된 수익자, 즉 재산의 원소유자인 자가 의제된 수탁자에 대해 재산에 대한 물권적 청구권을 가지며, 그 결과 다른 채권자에 비하여 우선권을 갖게 된다. 이러한 법리는 재산이 금전인 경우에도 적용되어 장부상의 금전이 횡령 등의 불법행위로 이전되었을지라도 특정 가능하여 추급할 수 있는 금전인 한 피해자가 금전에 대한 물권적 청구권을 갖는다.[91] 물론 한국법상 금전은 점유가 있는 곳에 소유가 있다는 원칙[92] 하에 피해자는 사기, 횡령 등의 이유로 금전이 이전되었을지라도 은행계좌에 있는 장부상의 금전에 대해 물권적 청구권을 주장할 수 없다.[93] 그러나 과연 보이스 피싱이나 횡령으로 인해 금전이 계좌이체 되었고, 가해자의 통장에 있는 피해자의 금전을 특정할 수 있는 사안과 같이 피해자가 비자발적인 채권자가 아닌 경우에도 피해자를 일반채권자와 같은 위치에 놓이게 하는 것이 타당한지에 대해서는 고민해야 할 것이다. 절도, 사기, 횡령 등으로 가해자에게 금전이 이전된 경우에도 점유가 있는 곳에 소유권이 있다고 보는 것은 정의에 맞지 않다. 만약 사기 또는 횡령 등으로 이전된 장부상의 금전이 피고의 재산 내에서 특정 가능한 경우라면 의제신탁에 근거한 우선권의 인정이 한국법에도 시사하는 바가 있을 것으로 생각된다.

(논문투고일 : 2015.05.07, 심사개시일 : 2015.05.27, 게재확정일 : 2015.06.25)

이 혜 리

신탁, 의제신탁, 부당이득, 우선권, 형평법

91) In re Newpower, 233 F.3d. 922, 926-37 (6th Cir. 2000).
92) 곽윤직, 「물권법」, (2001), 174-175쪽; 이영준, 「물권법」, (2004), 248-249쪽.
93) 다만 이러한 논리는 예금채권과 금전을 동일시할 수 있다는 것을 전제로 한다. 계좌개설계약 및 예금계약의 존재를 전면에 내세울 경우 법률관계는 보다 복잡해진다. 이에 관해서는 이상용, 착오 송금의 법률관계와 착오 송금인의 구제 수단, 고려대학교 일반대학원 석사학위논문, 10-11쪽, 2013.

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 국내문헌

가정준, “미국법상 부동산 소유권 변동과정에 대한 법적 고찰”, 「민사법학」 제31호(2006)

김 연, “英美法上의 Injunction 訴訟節次 小考”, 「경성법학」 제2호 (법학연구소, 1997)

곽윤직, 「물권법」, 박영사, (2001)

오영걸, “의제신탁의 이해”, 「비교사법」 18권 4호 (한국비교사법학회, 2011)

이계정, "미국 신탁법에 관한 연구 - 우리 신탁법에 주는 시사점을 중심으로 -", 「외국사법연수논집(31)」 제124집 (2012)

이영준, 「물권법」, 박영사, (2004)

이연갑, “신탁법상의 수익자의 지위”, 「민사판례연구」 30권 (민사판례연구회 2008)

임채웅, “묵시신탁과 의제신탁의 연구”, 「저스티스」 제105호 (한국법학원, 2008)

최준규, “금전의 이동과 물권적 청구권 - 가치 소유권 및 의제신탁으로부터의 시사 -”, 「법조」 638권 (법조협회, 2009. 11)

Konrad Zweigert &Hein Kötz (양창수 역), 「비교사법제도론」 (1991)

## Ⅱ. 외국문헌

Roger W. Andersen & Ira M. Bloom, Fundamentals of Trusts and Estates, Lexis Nexis(3d ed. 2007)

Roger W. Andersen, Understanding Trusts and Estates, Lexis Nexis (4th ed. 2009)

George Gleason Bogert & George Taylor Bogert, The Law of Trusts and Trustees (rev. 2d ed. 1982)

William L. Burdick, The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law 386 (1989)

Robert Chambers, Constructive Trusts in Canada, 37(1) Alta. L. Rev. 173 (1999)

Roger A. Cunningham, William B. Stoebuck & Dale A. Whitman, The Law of Property, (2d ed. 1993)

Jesse Dukeminier & James E. Krier, Property, (3rd ed. 1993)

Dan B. Dobbs, Law of Remedies : Damages, Equity, Restitution (1993)

Goff & Jones, The Law of Restitution (2002)

Steward Macaulay, John Kidwell, William Whiteford, and Marc Galanter, Contracts: Law in Action 264 (1995)

F. W. Maitland, Equity and the Forms of Action 17 (1984)

Ben McFarlane & Robert Stevens, The Nature of Equitable Property, 4 J. Equity 1, (2010)

Austin Wakeman Scott, The Law of Trusts(William Franklin Fratcher ed., 4th ed. 1989)

Lionel Smith, Unravelling Proprietary Restitution, 40 Can. Bus. L.J. 317, 322 (2004)

Robert Stevens, When and Why Does Unjustified Enrichment Justify the Recognition of Propriety Rights?, 92 B.U. L. Rev. 919 (2012)

Abstract

# Meaning of Constructive Trust Under U.S. Law

## -Focussing on Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment-

Hyeri Lee

Under common law, it applies theories according to the law of trust, when a defendant's acquiring a legal right at the expense of a plaintiff became void. Therefore, understanding the logic of this, applying the law of trust for the unjust enrichment case, can be an important work in enhancing the comparative studies between the common law and continental law system. Under U.S. law, a court can construct trust relationship between the parties based on the law of equity, although parties have no intent to create such relationship. This is called “constructive trust”. This paper introduces the legal ground, elements, and effects of constructive trust, and intend to provide the basic knowledge for deciding whether it is proper to adopt it.

There are two main elements for establishing constructive trust. Firstly, defendant should hold the legal title of property which can create the constructive trust in the dispute due to its unjust enrichment. Secondly, the property should be identifiable and traceable. Once court found the establishment of constructive trust, then it would rule that plaintiff could claim ownership for such property and, therefore, the plaintiff has priority over that property and it wins over other defendant's creditors. This makes constructive trust as an attractive remedy.

While discussing whether we need to adopt the constructive trust under Korean law, some might conclude the Korean legal system cannot

adopt it because our law is not based on law of equity. However, there is criticisms from the even U.S. scholars arguing that the proprietary right cannot be divided as legal and equitable owner so beneficiary under a trust has only claim not equitable ownership. Furthermore, the Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment has made more clear clauses relating to the elements and effects of constructive trust in order to reduce the judges' discretion. Therefor, it is not right to exclude the possibility of adopting constructive trust just because Korean law is not based on law of equity.

According to Korean law, a person who possesses money has its ownership. So even if there was transfer of money in a bank account due to defendant's fraud or embezzlement, plaintiff as an injured party cannot claim its ownership over money under Korean law. However, it is unjust to admit the maxim that a person who possesses money has its ownership where such transfer was made due to the wrongful act. If money in the bank account which was transferred due to fraud or embezzlement, can be identifiable and traceable, this constructive trust can be meaningful remedy to plaintiff because it has the priority.

**Hyeri Lee**

trust, constructive trust, unjust enrichment, priority, law of equity

# 단일기업집단 이론에 따른 법인격의 부인

## - 미국 선박가압류 사건을 중심으로-

이 창 재*

Ⅰ. 서설
Ⅱ. 사안의 개요
1. 사실관계
2. 당사자의 주장
3. 법원의 판단
Ⅲ. 미국 해사관할과 가압류
1. 미국의 해사관할
2. 해사사건에서의 가압류
Ⅳ. 법인격부인론과 단일기업집단 이론
1. 법인격부인론의 의의
2. 미국 법인격부인론의 전개
3. 단일기업집단 이론
4. 선박가압류와 법인격부인론
5. 사안의 적용
Ⅴ. 결어

**【국 문 요 약】**

전통적인 화주국인 미국의 해사관할 소송에서는 선주나 해상운송인의 재산에 대한 준대물소송이 인정된다. 선박에 대한 가압류는 대표적인 준대물소송이라 할 수 있는데, 이때 피가압류자인 선주와 가압류자의 채무자 사이에 동일성 여부가 논란이 되는 경우가 있다. 이때 법인격부인론이 의의를 가진다.

본고에서 살펴보는 사안도 이와 관련된 것으로, 별도의 영국소송에서 승소한 원고가 미국 연방법원에 승소판결의 집행을 구하면서 영국소송의 피고(capri)와 분신관계에 있다고 의심되는 피고회사(S&P)의 선박을 가압류하였고, 피고 소유의 선박에 대한 가압류청구의 타당성을 입증하기 위해 법인격부인론을 주장하였다.

법원은 외국판결의 승인과 집행을 구하는 금전적인 성격의 배상청구소송이 여전히 해사관할에 포함되는지 여부, 해사 가압류 청구의 입증과 유지 요건, 그리고 법인격부인의 입증책임의 소재와 구체적인 정황에 따른 사실관계 등에 관하여 판단하였다. 본고는 미국 해상법상 인정되는 해사관할과 선박가압류제도를 간략히 살펴본 후 선박가압류사건에서 문제되는 법인격부인론, 특히 단일기업집단 이론(Single Business Enterprise Theory 혹은 Enterprise Liability Theory)을 중점적으로 고찰하였다.

* 중앙대학교 법과대학 강사, 법학박사.

## Ⅰ. 서설

전통적으로 영국과 그리스, 노르웨이 등은 해상운송이 발달된 船主國이라 할 수 있고, 미국과 캐나다 등은 자국에서 생산된 물품을 해상운송을 통해 해외로 수출하는 비중이 높은 貨主國이라 할 수 있다. 미국이 해상운송인 혹은 선주에 대한 손해배상청구권자(화주)의 보호를 위하여 선박의 압류와 가압류를 폭넓게 인정하는 것은 이러한 배경에 기인한 것으로 보인다. 특히 해사 가압류는 원고가 소송을 제기하려는 곳(법정지)의 법원이 피고에 대한 관할권을 가지지는 않지만 피고의 재산은 그곳에 존재하는 경우, 그 재산을 원고가 가압류함으로써 법원에 피고의 출두를 강제할 수 있다는 점에서 의의를 가진다. 더욱이 당해 소송에서 재산이 가압류된 피고가 채무자의 분신(alter ego)인 경우에는 해사 가압류에서 법인격부인이 주요한 쟁점으로 다투어지게 된다.

본고는 해사가압류 특히 선박가압류와 법인격부인이 연결된 최근 미국 연방항소법원의 사례를 살펴보고 이와 관련된 여러 쟁점들을 연구할 목적으로 기술되었다. 주요 쟁점으로는 미국 해상법상 해사관할(admiralty jurisdiction)과 해사가압류의 특성, 그리고 해사사건에서 법인격부인론이 가지는 의미 등이 그것이다. 특히 법인격부인론과 관련하여 주주의 유한책임을 부인하고 법인의 배후자에게 실질적인 책임을 부과하는 전통적인 의미에서의 법인격부인론은 물론이고, 그 발전적 형태라고 할 수 있는 단일기업집단 이론도 함께 검토해 보았다. 단일기업집단 이론은 복수의 회사 사이에서 어느 한 회사의 법인격을 부인하는 점에서 원래의 법인격부인론과 차이를 보이는데, 지배주주도 등장하지 않고 사기와 같은 불공정성이 전제되지도 않는 선박가압류에서 특히 의의를 가진다고 할 수 있다.

## Ⅱ. 사안의 개요

### 1. 사실관계[1)]

지난 2000년 9월 에스토니아 인근 해안에서 발생한 선박 ALAMBRA호의 기름유출 사고와 관련하여, 동 선박의 용선자였던 원고(Vitol S.A.)는 해당 선박의 선주

1) 본 사실관계는 필자가 Vitol, S.A. v. Primerose Shipping Co. Ltd., 708 F.3d 527 548-49, 2013; AMC 648, 678 (4th Cir. 2013)의 판결문을 바탕으로 요약 및 정리한 것이다.

Capri Marine(이하 "Capri"로 지칭함)을 상대로 영국고등법원[2]에 손해배상청구소송을 제기하였다. 선주가 감항능력[3]이 결여된 선박을 용선자인 자신에게 제공하였고 그 결과 기름유출 사고가 발생하였다는 것이 그 이유였다. 소송 진행 중 피고 Capri Marine은 위 선박 ALAMBRA호를 소외 Aurora Maritime(이하 "Aurora"로 지칭함)에 미화 2백만 달러를 받고 매각하였다. 이후 확인된 바에 따르면 기름유출사고 당시 Capri는 이미 심각한 자본잠식상태에 빠져있었고, 위 선박은 시장가격에 비해 터무니 없이 낮은 수준으로 매각되었다. 또한 해당 선박을 매수한 Aurora는 Capri 사의 분신(alter ego)회사인 Kalogiratos Group(이하 "K그룹"이라고 지칭함)에 의해 설립된 유령회사(dummy corporation)인 점이 확인되었다. 5년여의 재판 끝에 2005년 영국 법원은 원고의 청구를 받아들여 피고로 하여금 배상액으로 미화 6백만 달러와 소송비용 및 이자의 지급을 명하였고, 총액은 대략 미화 9백만 달러에 이르렀다.

그 후 2009년 원고는 미국 Maryland주 연방지방법원에 미연방 민사소송법상 선박가압류규정[4] 따라 선박 THOR호에 대한 해사가압류(maritime attachment)를 신청하면서, 위 영국법원판결의 집행을 구하는 소송을 피고 Spartacus Navigation Corp.(이하 "Spartacus"로 지칭함)과 Primerose Shipping Company(이하 "Primerose"로 지칭함. 이하에서는 두 피고회사를 통칭 "S & P"로 지칭하기로 함)를 상대로 제기하였다. THOR호는 피고 Spartacus의 소유이면서 공동피고 Primeros가 관리하는 선박이었는데, 원고는 피고 S&P가 영국 법원에서의 피고 Capri의 분신(alter ego)인 K그룹의 자회사로서 역시 Capri의 분신이라고 주장하였다. 즉, 분신이론에 따라 S&P

---

2) 법원의 정식명칭은 English High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court임.

3) 우리 상법은 개품운송에 관한 제794조에서 운송인의 감항능력주의의무를 규정하면서 이를 제841조에서 용선계약에 준용하고 있다. 즉, 운송인은 자기 또는 선원이나 그 밖의 선박사용인이 발항 당시 (1) 선박이 안전하게 항해를 할 수 있게 할 것, (2) 필요한 선원의 승선, 선박의장(艤裝)과 필요품의 보급, (3) 선창・냉장실, 그 밖에 운송물을 적재할 선박의 부분을 운송물의 수령・운송과 보존을 위하여 적합한 상태에 둘 것 등에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실・훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다. 해상운송은 육상운송과 달리 고도의 위험성을 수반하기 때문에 상법이 해상운송인에게 특별한 주의의무를 부과한 것이다. 최준선, 「보험・해상・항공운송법」(삼영사, 2014) 423면 참고.

4) Rule B(1)(a) of the Supplemental Rules for Admiralty or Maritime Claims and Asset Forfeiture Actions of the Federal Rules of Civil Procedure. 본 규정은 피고가 법정지에 소재하지 않지만 그 피고의 유형 혹은 무형의 재산이 소재하는 경우 그 재산에 대한 가압류를 청구할 수 있다는 내용이다. 원문은 다음과 같다. "If a defendant is not found within the district when a verified complaint praying for attachment and the affidavit required by Rule B(1)(b) are filed, a verified complaint may contain a prayer for process to attach the defendant's tangible or intangible personal property -up to the amount sued for- in the hands of garnishees named in the process."

의 법인격은 부인되어야 하며, 그 소유 THOR호는 Capri의 소유로 간주되어야 한다고 주장하였던 것이다. S&P는 일단 미화 9백만 달러에 해당하는 공탁금으로 가압류의 취소를 청구하는 한편, 동 가압류는 미국 민사소송절차상 부당한 것이며, 또한 자신들은 Capri의 분신이 아니라고 적극적으로 항변하였다.

## 2. 당사자의 주장

원고의 주장은 다음과 같다. 영국 재판에서의 피고 Capri는 K그룹 내지는 그 소유주 Gerassimos의 지배를 받는 Starlady Marine Ltd.(이하 "Starlady"라고 지칭함)의 소유회사이고, 피고 S&P사는 K그룹, 그 소유주 Gerassimos, 그리고 K그룹의 자회사 Capri의 분신이다. 또한 사고선박 ALAMBRA를 매입한 Aurora도 사실은 K그룹에서 해당 선박매입을 목적으로 설립한 유령회사일 뿐이다. ALAMBRA선박의 양도대금 2백만 달러는 당시 심각한 자본잠식상태에 있던 Capri사의 기존부채를 갚는데 사용되었을 뿐 기름유출에 대한 보상금으로는 전혀 사용되지 않았고, 부채를 갚고 남은 자금으로 설립된 회사가 바로 사안의 공동피고 중 하나인 Primerose사이다. Primerose는 K그룹 내지 그 소유주 Gerassimos의 실질적인 지배를 받는 회사로서, Primerose의 소유주인 Nicholas Velliades는 사실상 Gerassimos의 꼭두각시일 뿐 실질적인 회사의 경영은 Gerassimos에 의해 이루어졌다. 또한 Primerose fleet(船團)는 Starlady fleet와 사무실, 전화번호, 이메일을 무상으로 공동사용 하는가 하면 어떠한 계약이나 제한조건 없이 양사가 자본을 공유하기도 하였다. 공동피고 Spartacus사도 위 Primerose사와 마찬가지로 Starlady사의 사무실 등을 공용하였다. 또한 THOR선박의 가압류 취소를 위한 공탁금은 선주인 Spartacus가 아닌 Primerose에 의해 지급되었다. 결국 원고는 피고 S&P가 Capri 혹은 그 지배회사인 K그룹 및 그 자회사 Starlady의 분신회사이므로, S&P의 재산인 THOR선박에 대한 가압류는 Capri사의 재산에 대한 가압류와 동일하고 분신이론(alter ego claim)에 따른 법인격 부인의 법리(piercing the corporate veil)에 따라 피고의 선박가압류는 정당하며, 그 취소청구는 부당하다고 주장하였다.

이러한 원고의 주장에 대해 피고는 우선 1심법원의 관할권 없음을 주장하였다. 선박에 대한 가압류는 해사관할(admiralty jurisdiction)에 해당되는데 본 사안은 영국 해사법정(English Admiralty Court)[5]이 아닌 고등법원 상사법정(Commercial Court

5) 영국의 경우 해사사건을 전담하는 해사법원이 일반법원(common law court)과 별도로 운영된다. 김인현, "선박압류/가압류에 대한 비교법적 연구", 한국해법학회지 제36권 제2호(2014.11.), 89면

of the English High Court of Justice)에서 내려진 판결의 승인과 집행에 관한 것이므로 해사사건이 아니라는 점을 강조하였던 것이다. 또한 본 사안은 이미 확정된 외국판결의 승인과 집행에 관한 것이므로 본안 판결 전에 원고가 피고의 손해배상 책임재산의 확보를 위한 조치 수단인 선박가압류는 인정될 수 없다고 항변하였다. 나아가 자신들은 Capri나 K그룹의 통제를 받는 자회사가 아닌 독립된 법인이므로 원고의 분신이론은 타당하지 않고 따라서 본 사안의 선박가압류도 취소되어야 한다고 주장하였다.

### 3. 법원의 판단

1심 법원은 영국에서 선박 기름유출에 관한 사안은 해사법정은 물론이고 일반 상사법정에서도 다루어질 수 있음을 확인한 후 관할권위반이라는 피고의 주장을 받아들이지 않았다. 그러나 피고가 Capri사나 K그룹의 지배를 받는 분신(alter ego)이라는 원고의 주장에 대해서는 원고가 이를 입증할 만한 충분한 증거를 제시하지 못했다고 보면서, 그 결과 THOR선박에 대한 가압류에 대해서는 분신이론에 따른 법인격부인론이 적용될 수 없다고 판단하였다.

원고는 1심 법원의 판단에 불복하고 항소하였지만, 미연방 제4항소법원(United States Court of Appeals Fourth Circuit)[6]은 다음 사항을 확인한 후 1심 법원의 판단에 불복하는 원고의 주장이 이유 없다고 판시하였다.

첫째, 미국 법원은 외국 해사법정의 판결을 승인하고 집행하기 위한 재량권을 행사할 수 있다. 그리고 본 사안은 영국의 해사법정이 아니라 고등법원 상사법정에서 내려진 손해배상 판결의 집행을 위한 것이지만 여전히 해사관할사건으로서의 성격을 가지고 있으므로 원고의 선박가압류는 정당한 해사관할의 범위 내에서 행사된 것으로 볼 수 있다.

둘째, 피고 S&P 중 어느 누구도 영국 법원에서 내려진 판결의 당사자가 아님에도 불구하고 그들이 소유하고 관리하는 선박 THOR호에 대한 가압류가 타당한지 여부 즉, S&P의 법인격이 부인되어야 하는지 여부에 대해서, 법인격부인은 해사관할 하에서 판단할 수 있는 범위 내의 문제이므로 원고가 미연방 민사소송법 부속규칙(Supplemental Rule)[7]상 인정되는 Rule B[8]가압류의 요건을 충족하는 한 THOR

6) 미연방 제4항소법원은 Virginia주 Richmond에 위치해 있으며, Maryland, North Carolina, South Carolina, Virginia, West Virginia 주를 관할하고 있다. http://www.ca4.uscourts.gov (2015년 6월 21일 방문).

호에 대한 가압류는 허용될 수 있다.

마지막으로 분신이론에 따라 S&P의 법인격이 부인되고 그 소유 선박의 가압류를 통하여 Capri에 대한 영국 판결상 배상책임을 청구할 수 있는지 여부에 대하여, 법원은 원고가 제출한 사실만으로는 분신이론에 따른 법인격부인론(piercing the corporate veil)을 인정할 수 없고, 따라서 본 건 선박에 대한 가압류는 타당하지 않다는 1심 법원의 판단을 재차 확인하였다.

## Ⅲ. 미국 해사관할과 가압류

### 1. 미국의 해사관할

주지하는 바와 같이 미국의 사법제도는 연방법원과 주(州)법원으로 대별할 수 있다. 미연방헌법 제3조 제2항[9]은 연방법원의 관할사건에 대해 기술하고 있는데, 해사관할(admiralty and maritime jurisdiction)이 연방법원의 관할임을 분명히 하고 있다. 이처럼 특정 법 영역의 전부에 대해 연방법원이 관할권을 행사하는 것은 이례적인 것인데,[10] 이는 미국의 건국 초기 해상운송과 선박운영에 관한 산업이 연방정부에 있어서 그만큼 중요한 의미를 가지고 있었음을 반증하는 것으로 보인다. 연방법원이 해사사건에 대한 관할권을 행사함에 따라 관련 산업에 대한 통일적인 법규범을 마련하여 산업의 활성화에 기여함과[11] 동시에 해상운송과정에서 손해를 입은 피해자의 보호에도 법적 안정성과 예측가능성을 담보할 수 있었던 것이다.

그런데 전술한 연방헌법은 해사사건의 제1심 관할이 연방지방법원(Federal district court)에 있음을 확인하는 의미가 있을 뿐, 무엇이 '해사사건'인지, 그리고 해사사건을 '어떠한 법률'에 따라 판단하여야 하는지에 대해서는 침묵하고 있다. 이에 따라 해사사건의 의미와 그 처리는 그간의 판례에 의해 구체화되어 왔다.[12]

---

7) 1966년을 기점으로 미국은 연방민사소송법(Federal Rules of Civil Procedures)에서 해사소송절차도 함께 규정하고 있다. David Robertson et al., Admiralty and Maritime Law in the United States, Carolina Academic Press, 2001, p.83 ; 김인현, 앞의 논문, 95면 참고.

8) 이 제도에 관한 자세한 사항을 기술한 논문으로는 김종호, "해사채권 가압류 제한에 관한 소고 – 미국 연방민사소송규칙 보칙 중 해사규칙 B 가압류 사건을 중심으로-", 법조 제648호(2010.9.) 참고.

9) The Constitution of the United States Article Ⅲ Section 2.

10) 송상현・김현,「해상법원론」(박영사, 2008), 76면.

11) Thomas J. Schoenbaum, Admiralty and Maritime Law (WEST, Fifth Edition), p.6

12) Robert Force, Admiralty and Maritime Law, Federal Judicial Center 2004, p.1.

특히 연방법원에 의해 축적된 해사사건 판례는 일반해상법(general maritime law)이라 불리며 해사사건의 분쟁해결에 있어서 중요한 法源으로 기능하게 되었다.[13)]

원칙적으로 해사사건의 관할권이 연방법원에 존재하지만 예외적으로 주법원이 해사사건에 대한 관할권을 가지는 경우도 있다. 연방제정법[14)]상 규정된 제소권자 보호를 위한 유보조항(saving to suitors)이 그것이다. 이 규정에 따라 해사사건의 원고는 연방법원에서는 보장될 수 없는 자신의 권리(예컨대 배심재판을 받을 권리[15)])를 행사하기 위하여 해사사건을 州지방법원에도 제소할 수 있게 되었다. 다만, 선박자체를 피고로 하는 대물소송(in rem action)과 같이 연방법원에 고유한 제도는 주법원에서 허용되지 아니한다.[16)]

일반사건과 비교해 볼 때 해사관할사건에서는 다음과 같은 여러 가지 다양한 수단을 원고가 구사할 수 있다는 점에서 원고에게 유리한 측면이 있다.

첫째, 해사관할사건에서도 일반사건과 동일한 대인소송(in personam action)이 인정된다. 손해배상청구의 원인이 계약불이행이나 불법행위에 따른 개인적인 책임에 기인한 경우에 원고는 해사관할의 범위 내에서 상대방을 피고로 연방법원에 소송을 제기할 수 있는 것이다.[17)]

둘째, 해사관할사건에 특이한 제도로서 피해자인 원고는 선박과 같은 재산에 대해 직접적인 대물소송(in rem action)을 제기할 수 있다. 이때 피고는 선박의 소유자가 아니라 의인화(personification)된 선박 그 자체가 된다. 이러한 대물소송은 연방법원에서만 인정되는 것으로 선박에 대한 압류(arresting)절차에 의해 개시된다.[18)] 다만 선박압류는 해당 선박 및 그와 이해관계를 가지는 자에게 미치는 영향이 큰 점을 감안하여 선박우선특권(maritime lien)이 인정되는 경우에만 허용된다.[19)] 선박압류와 대물소송에 관해서는 미연방 민사소송법 부속규칙 Rule C에 자세히 규정되어 있다.[20)]

셋째, 해사관할사건에서 원고는 상기의 대인소송과 대물소송의 성격을 모두 가지는 준대물소송(quasi in rem action)제도를 이용할 수 있다. 이는 법정지에 피고의

---

13) Robert Force, An Essay on Federal Common Law and Admiralty, 43 St. Louis U.L.J. 1367 (1999).
14) 28 U.S.C. §1333
15) Waring v. Clarke, 46 U.S. (5 How.)441, 460 (1847).
16) The Hine v. Trevor, 71 U.S. 555, 18 L. Ed. 451, 4 Wall. 555 (1866).
17) Robert Force, supra note 13 at 28.
18) Id.
19) Id. at 29.
20) 윤석희, “미국 해상법을 소개하며(1)”, 해양한국(2009.7.) 139면.

재산이 존재하지만 피고에 대한 관할권이 없는 경우 그 재산을 가압류(attachment) 함으로써 해당 법원에 피고의 출현을 간접적으로 강제하는 기능을 하게 된다.[21] 또한 향후 원고가 승소판결을 받게 되면 가압류된 재산은 피고의 배상금액지급을 담보할 수 있는 수단이 되기도 한다.[22] 예컨대 미국에 본사나 지사, 대리점 등을 보유하고 있지 않는 우리나라 선박회사(A사)에 대해 채권을 가지는 원고(B사)가 미국에 입항한 A사의 선박을 가압류함으로써 B사는 A사를 상대로 유효한 소송계속을 도모함과 동시에, 향후 승소 시에 판결의 이행을 A사 해당 선박의 매각으로부터 담보받을 수 있는 것이다. 미연방 민사소송법 부속규칙 Rule B가 이에 대해 자세히 규정하고 있다.

이처럼 미국의 사법제도에서 해사관할은 제도와 운영에 있어서 일반사건과 구별되는 특이성을 가지고 있으므로 소송당사자들에게 해사관할의 인정여부는 중요한 쟁점이 된다. 해사관할의 특수성은 외국의 해사법정에서 내려진 판결에 대한 승인과 집행을 구하는 사건에도 그대로 유지될 필요가 있었던 까닭에, 전통적으로 미국 법원은 외국의 해사관할 하에서 내려진 판결의 승인과 집행을 구하는 소송에 대해 그대로 해사관할을 인정해 오고 있다.[23] 사안에서 피고 S&P는 이점에 착안하여 앞선 영국법원의 판결이 해사법정이 아닌 일반 상사법정에서 내려진 판결이므로 본 사안은 해사관할사건이 아니라고 주장하였다. 하지만 법원은 재판과정에서 청취된 영국법 전문가의 증언을 토대로 영국법원에서 기름유출과 같은 해사사건이 해사법정 뿐만 아니라 일반 상사법정에서도 자주 다루어지므로, 본 사건이 영국법원 상사법정에서 내려진 판결이라는 사실만으로 미국 법원의 해사관할이 부정될 수는 없다고 판단하였다.[24]

나아가 피고 S&P는 원고 Vitol이 영국법원에서 이미 내려진 판결에 대한 금전적인 이행을 청구하고 있으므로 본 건은 직접적인 해사사건이 될 수 없고 그 결과 선박 가압류는 부당하다고 주장하였다. 피고는 미연방 제5항소법원의 Int'l Sea Food Ltd. v. M/V Campeche[25] 사건을 논거로 내세웠는데, 이 사건에서 법원은 중재판정에 따른 합의금의 지급을 청구하는 소송은 해사관할에 포함되지 않는다고

21) Robert Force, supra note 13 at 29.

22) Williamson v. Recovery Ltd. Partnership, 542 F.3d 43, 48 (2d Cir.2008).

23) Penhallow v. Doane's Adm'rs, 3 U.S. (3 Dall.) 53, 97, 1 L.Ed. 507 (1795) ; Int'l Sea Food Ltd. v. M/V Campeche, 566 F.2d 482, 485 (5th Cir.1978) 등 다수의 판결이 이와 같은 결론을 내리고 있다.

24) Vitol, S.A. v. Primerose Shipping Co. Ltd., supra note 2, at 535.

25) 566 F.2d 482 (5th Cir.1978).

판단한 적이 있었다. 중재합의는 일종의 계약이고 해사계약(maritime contracts)[26]에 따른 채무지급 문제는 반드시 해사관할의 범위 내에 있다고 볼 수 없다고 판단하였던 것이다. 하지만 본 사안의 법원은 비록 원고가 금전적인 배상책임에 관한 승소판결의 이행을 청구하고 있지만 여전히 해사소송사건으로서의 성격을 유지하고 있다고 보았다. 중재사건이었던 Campeche사례와 달리 본 사안은 처음부터 외국의 해사관할'소송'사건이었고, 현재 계속 중인 본 사건도 그러한 연장선에 있으므로 여전히 해사관할에 포함된다고 보았던 것이다.[27]

위와 같은 논거에 따라 본 사안에서 법원은 해사관할권 위반을 주장한 피고 S&P의 주장이 이유 없다고 판단하였던 것이다.

## 2. 해사사건에서의 가압류

해사사건에서 원고는 법정지 내에 피고가 존재하지 않거나 그 소재를 파악하기 어려운 경우 법정지 내에 있는 피고의 유형 혹은 무형[28]의 재산에 대한 가압류를 청구할 수 있다.[29] 따라서 피고가 법정지 내에 존재하여 해당 피고에 대해 법원이 우리 민사소송법상 보통재판적과 같은 관할권을 가지는 경우에는 원고의 해사가압류 청구는 받아들여지지 않는다. 여기서 피고가 '법정지 내에 소재한다'(found within the district)는 의미는 법정지 법원이 해당 피고에 대해 관할권을 가지고 있고 송달절차(service of process)의 실행도 가능해야 한다는 의미이다.[30] 피고의 대리인이 법정지에 소재하면서 피고를 대신하여 송달받을 권한을 가지는 경우에는 해사가압류가 허용되지 않겠지만, 이때에도 피고는 대리인을 통하여 법정지 내에서 일정한 활동(sufficient activity)을 하고 있어야 한다.[31] 그리고 해사가압류를 신청하기 전에 피고의 소재를 파악하기 위하여 원고가 주의의무를 다하여야 함은 물

---

26) 일반적으로 해사계약이란 선박의 사용, 가하수역에서의 통상이나 항행, 해상운송, 해상고용에 관한 계약을 의미한다. CTI-Container Leasing Corp. v. Oceanic Operations Corp., 682 F.2d 377(2d Cir. 1982). 특이한 점으로는 선박건조계약도 해사관할에 포함되지 않는다는 점이다. 선박건조계약이 주로 육지에서 체결되고, 동 계약은 항행의 예비행위에 불과하기 때문이다. 송상현・김현, 앞의 책, 87면.

27) 이점에서 Compeche사건이 만약 중재사건이 아닌 해사관할내의 소송사건 이었다면 제5항소법원도 달리 판단하였을 것이라는 추측이 가능해 진다. Vitol, S.A. v. Primerose Shipping Co. Ltd., supra note 2, at 536.

28) 따라서 은행계좌, 외상채권(accounts receivable), 채무(debts) 기타 무채재산권도 가압류 대상에 포함된다. 김종호, 앞의 논문, 160면.

29) Fed.R.Civ.P. Adm. Supp. R. B(1)(a).

30) United States v. Cia Naviera Continental S.A., 178 F.Supp. 561, 563 (S.D.N.Y. 1959).

31) American Potato Corp. v. Boca Grande S.S. Co., 233 F.542, 543 (E.D. Pa. 1916).

론이다.[32]

이러한 가압류는 피고의 법정출두를 강제하거나 향후 승소판결에 따른 피고인의 책임재산을 보전하기 위한 목적이다. 따라서 소송이 제기된 법정지 인근의 다른 관할지역(adjacent district)이 피고에 대해 대인소송 관할권을 가지는 경우, 혹은 원고와 피고가 동일한 관할 하에 있는데 원고가 다른 관할지에 소송을 제기한 것이거나, 원고가 이미 피고로부터 충분한 담보를 제공받은 경우라면 당해 가압류는 취소되어야 한다.[33]

이와 같은 가압류의 목적을 살펴볼 때 해사사건에서 가압류가 소송에서 본안 판결 전 구제절차(pre-judgment remedy)로서의 성격을 가지는 것은 사실이다.[34] 사안에서 피고도 이점에 착안하여 영국법원판결의 이행을 구하는 사후적인 성격을 가지는 본 소송에서 가압류는 인정될 수 없다고 주장하였다. 하지만 법원은 본 건이 분신(alter ego)이론에 따른 법인격부인의 문제를 다루는 사안이고, 전통적으로 법인격부인은 해사관할의 범위 내 사항인 점을[35] 들어 피고의 주장을 받아들이지 않았다. 즉, 본 사안을 단순히 영국법원의 판결을 집행하기 위한 것이 아니라 법인격부인의 법리에 따라 피고에 대해 배상책임을 주장하는 새로운 해사사건으로 보았던 것이다.

한편, 일반적으로 원고의 가압류조치에 대해 피고는 연방민사소송법 부속규칙 Rule E가 정하는 절차[36]에 따라 즉각적인 심리절차(prompt hearing)에서 해당 가압류의 취소를 청구할 수 있다. 이에 대해 해당 가압류를 유지하기 위한 입증책임은 애초에 가압류를 청구한 원고가 부담하게 되는데, 원고는 ① 자신이 피고에 대해 일견 합당한(prima facie) 해사사건으로서의 청구원인을 가지는 점, ② 법정지 내에서 피고의 소재가 불분명한 점, ③ 피고의 재산이 법정지 내에 소재하는 점, ④ 가압류를 금지하는 제정법 혹은 해상법상 규정이 존재하지 않는 점 등을 입증하여야 한다.[37] 원고로 하여금 가압류가 유지되어야 하는 이유를 적극적으로 소명하도록

32) Federazione Italiana Dei Consorzi Agrari v. Mandask Compania De Vapores, S.A., 158 F.Supp. 107, 111 (S.D.N.Y. 1957).

33) Aqua Stoli Shipping Ltd. v. Gardner Smith Pty Ltd., 460 F.3d 434, 447 (2d Cir.2006).

34) Williamson v. Recovery Ltd. Partnership, 542 F.3d 43, 48 (2d Cir.2008).

35) Ost.West.Handel Bruno Bischoff GMBH v. Project Asia Line, Inc., 160 F.3d 170, 174 (4th Cir.1998) ; Swift & Co. Packers v. Compania Colombiana Del Caribe, 339 U.S. 684, 689 n. 4, 70 S.Ct. 861, 94 L.Ed. 1206 (1950).

36) Fed.R.Civ.P. Adm. Supp. R. E(4)(f).

37) Aqua Stoli, 460 F.3d at 445.

요구하는 부속규칙 Rule E의 규정은, 청구권자(pleader)가 변론서에서 자신의 권리 주장의 타당성을 간명하고 평이하게 기술하면 족하다고 규정한 미연방 민사소송법[38]상의 일반원칙과는 차이를 보인다.[39] 이는 해사가압류가 원고에게 절대적으로 유리한 제도인 점에서 그 남용 가능성을 염두에 둔 장치라 하겠다. 따라서 Rule E에 따라 원고는 피고 재산에 대한 가압류와 관련하여 단순히 피고가 어떠한 위법행위를 하였을 가능성(possibility)을 설시하는 것이 아니라 가압류라는 제도를 원용하기 위한 타당성(plausibility)을 입증하여야 하는 것이다. 다수의 미국법원들이 피고가 원고에게 손해배상의 책임이 있는 자의 분신임을 입증하는 법인격부인의 주장은 해사가압류의 타당성을 입증하는 한 수단이 될 수 있다고 판시한 바 있다.[40]

본 사안에서 원고는 피고 S&P가 영국법원에서 자신이 승소판결을 받은 Capri사의 분신임을 이유로 피고의 법인격부인을 주장하였다. 따라서 원고의 피고 소유 선박에 대한 가압류 가부에 대한 핵심은 피고에 대한 법인격 부인의 인정여부라 하겠다.

## Ⅳ. 법인격부인론과 단일기업집단 이론

### 1. 법인격부인론의 의의

법인격부인론이란 회사의 법인격이 본래의 법이 의도한 목적과는 달리 남용되는 경우에 회사의 특정한 법률관계에 한하여 그 법인격을 부인하고 법인의 배후에 있는 실체를 기준으로 하여 법률적인 취급을 하려는 이론이다.[41] 예컨대 주식회사가 사원(주주)으로부터 독립된 실체를 갖지 못한 경우에 회사와 특정의 제3자간 법률관계에 한하여 회사의 법인격을 부정하고 회사와 사원을 동일시하여 회사의 책임을 사원이 부담하도록 하는 것이다.[42] 원칙적으로 주식회사에서 주주는 회사에 대해 자기가 인수한 주식의 인수가액을 한도로 재산상의 출자의무를 부담하는 이외

38) Rule 8(a)(2) of the Federal Rules of Civil Procedure.

39) Wajilam Exports (Singapore) Pte., Ltd v ATL Shipping Ltd. 475 E Supp. 2d 275, 282, 2006 AMC 2744, 2752 (S.D.N.Y. 2006).

40) Arctic Ocean International, Ltd v High Seas Shipping Ltd622 E Supp. 2d 46, 54 (S.D.N.Y. 2009); Dolco Invs., Ltd. v. Moonriver Dev., Ltd., 486 E Supp. 2d 261, 272, 2007 AMC 1178, 1190 (S.D.N.Y 2007); Wajilam Exps. (Sing.) Pte. Ltd., 475 E Supp. 2d at 283, 2006 AMC at 2753.

41) 최준선,「회사법」(삼영사, 2014), 64면.

42) 이철송, 「회사법강의」(박영사,2014), 46면.

에 회사 채권자에 대해 아무런 책임도 부담하지 않는다.[43] 이러한 주주의 유한책임은 주식회사가 투자자에게 가장 매력적으로 다가갈 수 있는 측면이라 할 수 있으며,[44] 때로는 회사를 설립하는 주요한 이유가 되기도 한다.[45] 주주입장에서는 사업실패에 대한 위험으로부터 자신의 개인재산을 안전하게 보전하면서도 자금을 투자하여 사업 활동으로부터 수익을 얻을 수 있기 때문이다.[46]

이처럼 주식회사에서는 소송, 이익, 손실의 측면에서 회사의 주주 및 그 회사의 업무를 집행하는 자(principal)와 회사(corporation)가 별개의 법적 지위를 가지게 된다. 그런데 예외적으로 주주가 회사나 회사채권자에 대해 책임을 부담하는 경우도 있다. 전통적으로 영미의 법원은 형평법이론(equitable doctrine)에서 회사라는 장막(corporate veil)을 꿰뚫고(piercing) 그 속에 있는 실체를 파악하여 개인에게 회사의 불법행위나 의무위반에 대한 책임을 부담하게 하고 있다. 역으로 개인의 행위에 대해 회사가 책임을 부담하게 되는 경우도 있다(reverse piercing theories).

법인격부인론은 정의의 관념 하에[47] 형평법적 차원에서 예외적으로 인정되는 것이다.[48] 법인격부인론이 주주유한책임이라는 대원칙에 대한 예외로 인정되는 까닭에 그 적용에 있어서는 철저한 검증이 요구된다. 본 사안을 담당한 제4연방항소법원은 연방항소법원들 중에서도 법인격부인의 인정에 있어서 가장 소극적인 자세를 취하고 있는 것으로 유명하다.[49] "회사의 법인격을 부인하여 사원에게 개인책임을 묻는 이론은 어디까지나 조심스럽게 면밀한 검토를 거쳐서 정의의 관념에 부합하는 예외적인 경우에만 인정되어야 한다"[50]는 내용의 문구는 법인격부인에 관한 미

---

43) 상법 제331조.

44) 혹자는 주식회사와 같이 유한책임(limited liability)을 부담하는 회사는 근대사회에서 증기기관이나 전기만큼이나 위대한 발명품이라고 평가하기도 한다. 회사의 유한책임은 소규모 개인 기업을 대규모 회사로 탈바꿈시킴으로써 대량생산과 국제무역을 가능하게 하였기 때문이다. Halpern, Trebilcock & Turnbull, "An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law," 30 U. of Toronto L.J. 117, 118 (1980).

45) Trustees of the Graphic Communications Intern. Union Upper Midwest Local 1M Health and Welfare Plan v. Bjorkedal, 516 F.3d 719, 729, 43 Employee Benefits Cas. (BNA) 2129 (8th Cir. 2008).

46) Consumer's Co-op. of Walworth County v. Olsen, 142 Wis. 2d 465, 419 N.W.2d 211, 213 (1988).

47) In re Giampietro, 317 B.R. (Bankr. D. Nev. 2004) at 857.

48) Pamperin v. Streamline Mfg., Inc., 276 S.W.3d 428, 437 (Tenn. Ct. App. 2008).

49) Peter B. Oh, Veil-Piercing, 89 TEx. L. REv. 81, 115-42 (2010).

50) 원문은 다음과 같다. "Although decisions to pierce a corporate veil, exposing those behind the corporation to liability, must be taken reluctantly and cautiously, courts will not hesitate to take such action when justice so requires." Keffer v. H.K. Porter Co., Inc., 872 F.2d 60, 64 (4th Cir.1989).

연방 제4항소법원의 소극적인 성향을 잘 나타내고 있다.

## 2. 미국 법인격부인론의 전개

법인격부인론의 원류인 미국 판례법에서 이에 관한 최초 판례는 1809년의 Bank of U.S. v. Deveaux[51]판결로 보는 것이 일반적이다. 이 사안에서 펜실베이니아 주에서 설립된 은행(법인)인 원고가 조지아 주에 거주하는 한 개인을 피고로 연방지방법원에 소송을 제기하였다. 하급심은 은행이라는 법인은 시민(citizen)이 아니므로 그 명의로 소송을 제기할 수 없으니 관할권 위반이라고 판단한 반면, 대법원은 은행이 시민은 아니지만[52] 본 사안은 실제 은행의 주주들과 피고 사이의 분쟁으로 볼 수 있고 이는 서로 다른 주에 거주하는 사인간의 분쟁이므로 연방지방법원이 관할권을 가진다고 판단하였다. 이 사안은 대법원이 법인이라는 조직 내에 개인이라는 실체를 파악하였던 점에서 의의를 가진다. 또한 1865년 Booth v. Bunce[53]사건에서 조합(partnership)채무의 면탈을 목적으로 회사를 설립한 행위에 대해 조합의 채권자가 새로 설립된 회사의 채권자를 상대로 회사재산에 대한 자신의 권리를 주장하였다. 이에 대해 법원은 사안의 회사설립은 채권자에 대한 채무면탈의 의도로 이루어진 사해설립이므로 선의(good faith)와 형평(equitable principle)의 관점에서 회사에 대한 법인격을 부인하여 조합채권자인 원고의 채권행사를 인정하였다.

그 후 1920년에 연방대법원이 판시한 U.S. v. Reading Co.[54] 사건은 법인격부인에 관한 대표적인 판례로 인식되고 있다.[55] 사안은 피고 철도회사의 독점금지법 위반여부가 문제되었는데, 당시 법은 철도회사가 자신이 직접 혹은 간접적으로 관련되어 이익을 얻는 관계에 있는 광업회사의 석탄을 운반하는 것을 금지하고 있었다. 이러한 규제를 회피하기 위하여 피고 철도회사는 자신의 지배하에 있는 자회사를 손자회사로 만들어 해당 광업회사의 석탄을 지속적으로 운반하였다. 이에 대해 대법원은 관련 회사들 간의 실질관계를 파악하여 해당 광업회사를 철도회사의

---

51) Bank of U.S. v. Deveaux, 9 U.S. 61, 3 L. Ed. 38, 1809 WL 1665 (1809).

52) 이 부분에 대한 판단은 그 후 1844년에 Louisville, C. & C.R. Co. v. Letson, 43 U.S. 497, 2 How. 497, 11 L. Ed. 353, 1844 WL 5963 (1844) 사건에서 변경(overruled)되었다. 즉, 법인은 설립지의 법률에 따라 시민으로 간주된다(deemed)고 판단하였던 것이다. 이러한 판단은 현재 미연방 법률에 성문조항으로 남아 있다. 28 U.S.C.A. § 1332.

53) Booth v. Bunce, 33 N.Y. 139, 1865 WL 4017 (1865).

54) U.S. v. Reading Co., 253 U.S. 26, 40 S. Ct. 425, 64 L. Ed. 760, 3 A.F.T.R. (P-H) ¶3067 (1920).

55) Neil A. Helfman, Establishing Elements for Disregarding Corporate Entity and Piercing Entity's Veil, 114 Am. Jur. Proof of Facts 3d 403.

단순한 대리인(mere agent) 혹은 수단(instrumentality)일 뿐이라고 판단하였다.

또 다른 유명한 판례는 1905년의 U.S. v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.[56] 사건이다. 본 사안은 당시 운송인이 물량확보를 위해 송하인에게 리베이트(rebate)를 주는 관행을 타파하기 위해 제정된 엘킨스법(Elkins Act)[57]위반이 문제되었다. 피고 운송인은 공동피고인 맥주회사가 생산하는 맥주의 독점운송을 위해 지속적으로 송하인인 맥주회사에게 리베이트를 제공해 왔었다. 엘킨스법의 발효에 따라 그러한 리베이트 제공에 대한 처벌을 회피할 목적으로, 피고 맥주회사는 생산되는 맥주의 운송계약을 전담하는 별도의 운송주선회사를 설립하여 기존의 공동피고 운송회사와 계약을 체결하였고 리베이트는 맥주회사가 아닌 운송주선회사로 지급되었다. 피고 맥주회사는 자신이 리베이트를 직접 받은 적이 없으므로 엘킨스법 위반행위를 저지르지 않았다고 항변하였지만 법원은 그러한 주장을 받아들이지 않았다. 법원은 맥주회사가 운송주선회사의 모든 지분을 가지면서 지배하고 있으므로 운송주선회사는 맥주회사의 분신(alter ego)이라고 판단하였다. 본 사안의 판결문에서 법원은 '회사의 법인격이 공익에 반하고, 부당하며, 사기와 범죄에 이용될 때에는 그러한 법인격은 부인되어야 하고, 회사는 (법인격 없이) 단순한 개인의 집합에 지나지 않는 것으로 보아야 한다'고 판시하였다.

미국 회사법 판례에서 법인격부인에 관한 명확한 판단기준이 존재하는 것은 아니다.[58] 각각의 사안에서 회사와 사원(주주)의 관계에 관한 구체적인 사실관계를 기초로 판단할 문제(fact-intensive inquiry)인 것이다.[59] 다만 연방법원 판례에서는 대체로 (1) 회사와 주주 간 이익의 일치(unity), (2) 그에 따른 불공정한(inequitable) 결과의 발생이라는 두 가지 요건이 인정될 때에 법인격을 부인해 오고 있다.[60] 州에 따라서는 이에 추가하여 법인격지위의 남용과 손해의 발생이라는 인과관계를 요구하기도 한다.[61] 또한 도구이론 테스트(instrumentality test) 혹은 동일성이론 테

56) U.S. v. Milwaukee Refrigerator Transit Co., 142 F. 247, 1 A.F.T.R. (P-H) 131 (C.C.E.D. Wis. 1905).

57) Elkins Act Feb. 19, 1903, c. 708, 32 Stat. 847.

58) Mid-Century Ins. Co. v. Gardner, 9 Cal. App. 4th 1205, 1212, 11 Cal. Rptr. 2d 918 (3d Dist. 1992).

59) Mountview Plaza Associates, Inc. v. World Wide Pet Supply, Inc., 76 Conn. App. 627, 820 A.2d 1105, 1109 (2003); Mid-Century Ins. Co. v. Gardner, 9 Cal. App. 4th 1205, 1212, 11 Cal. Rptr. 2d 918 (3d Dist. 1992).

60) Troyk v. Farmers Group, Inc., 171 Cal. App. 4th 1305, 1341, 90 Cal. Rptr. 3d 589 (4th Dist. 2009), review denied, (June 10, 2009); Trustees of the Graphic Communications Intern. Union Upper Midwest Local 1M Health and Welfare Plan v. Bjorkedal, 516 F.3d 719, 731, 43 Employee Benefits Cas. (BNA) 2129 (8th Cir. 2008).

스트(identity test)에 따라 사안을 판단하기도 하는데, 이때에는 사원의 회사에 대한 지배, 불공정, 인과관계가 그 판단요소가 된다.[62]

예외적으로 사원의 회사에 대한 지배요건만 충족되면 회사의 법인격을 부인하는 경우도 있다. 예컨대 루이지애나州의 경우 사원과 회사의 구분이 명확하지 않게 운영되는 조직에서 회사가 불법행위를 한 경우 그 회사의 법인격을 부인하고 있다.[63] 또한 연방법원에서 심판하는 해사관할 사건에서 법인격부인을 주장하는 원고는 (1) 개인 주주가 사기적인 행위를 할 목적으로 회사를 설립·지배하였고, (2) 회사 고유의 영업 보다는 주주 개인의 사업 활동을 목적으로 그 회사를 운영하였음을 입증하여야 한다.[64] 이러한 경우에도 원고가 회사의 법인격과 주주의 유한책임이 남용되었음을 추가로 입증하는 경우에 법인격부인이 보다 용이하게 인정될 수 있음은 물론이다.

법인격부인론은 모회사와 자회사 관계 혹은 계열회사(affiliated companies)관계에서도 인정된다.[65] 당해 행위가 스스로 모자회사의 고유한 법인격을 포기한 정도에 이른 경우, 법원은 양자를 동일한 자아로 파악하여 법인격을 부인하는 것이다. 모회사가 자회사의 재정, 정책, 업무관행 등을 지배하는 모습을 보이는 경우가 이에 해당될 것이다. 다만 두 회사가 모든 측면에서 실제적으로 하나의 회사와 같이 기능하였다는 사실에 대한 입증책임은 원고에게 있다.[66] 단순히 두 회사가 모자관계에 있다는 사실만으로는 법인격이 부인되지 않고, 이 경우 자회사의 행위에 대한 책임을 모회사가 부담할 수는 없는 것이다.[67]

한편, 미국법상 법인격부인의 인정요건으로서 사기(fraud)의 포함여부가 논란이 된다. 논자에 따라 (i) 사기는 전통적으로 미국에서 법인격을 부인하기 위한 필수요소였던 것이 최근에 와서 선택적인 요소로 변경되었다고 보는 견해도 있고,[68]

---

61) Davenport v. Quinn, 53 Conn. App. 282, 730 A.2d 1184 (1999).

62) Mountview Plaza Associates, Inc. v. World Wide Pet Supply, Inc., 76 Conn. App. 627, 820 A.2d 1105, 1100 (2003).

63) Hamilton v. AAI Ventures, L.L.C., 768 So. 2d 298, 302.303 (La. Ct. App. 1st Cir. 2000).

64) Northern Tankers (Cyprus) Ltd. v. Backstrom, 967 F. Supp. 1391, 1997 A.M.C. 2620 (D. Conn. 1997).

65) Troyk v. Farmers Group, Inc., 171 Cal. App. 4th 1305, 1341, 90 Cal. Rptr. 3d 589 (4th Dist. 2009), review denied, (June 10, 2009).

66) Pearson v. Component Technology Corp., 247 F.3d 471, 485.

67) UST Corp. v. General Road Trucking Corp., 783 A.2d 931, 940 (R.I. 2001).

68) 김인현, 앞의 논문, 43면-44면; 박원형 · 최영봉, "해양유류오염사건에 대한 법인격부인론의 적용가능성", 상사판례연구 제22집 제3권(2009), 475면.

(ii) 미국법상 법인격부인을 위한 요건 중 하나인 불공정성에 사기의 개념이 포함되어 있다고 보는 견해도 있다.[69] 법인격부인의 인정요건으로서 사기에 대한 대표적인 판례는 미연방 제4항소법원에서 판단한 DeWitt Truck Brokers사건[70]을 들 수 있는데, 본 사안에서 법원은 사기의 존재를 입증하는 것이 회사 법인격을 부인하는데 필수적인 요소가 아니라는 점을 분명히 하였다. 생각건대 오늘날 법인격부인은 몇몇 소수의 요건을 충족하는지 여부에 따라 좌우되기 보다는 관련된 사실관계를 중심으로 형평의 관점에서 종합적으로 판단될 문제이므로, 사기는 넓은 의미에서 불공정성의 한 부분으로 해석하는 것이 타당할 것이다. 그리고 명시적으로 사기가 법인격부인의 인정요건에서 배제되는 경우로서 전통적인 법인격부인 법리의 변형된 형태라 할 수 있는 '단일기업집단 이론'이 있다.

### 3. 단일기업집단 이론

법인격부인의 근거이론으로 비교적 최근에 연방 제5항소법원[71]을 중심으로 논의되는 것이 단일기업집단 이론(Single Business Enterprise Theory 혹은 Enterprise Liability Theory)[72]이다.[73] 이 이론은 기본적으로 분신이론과 유사하게 정의와 형평의 관념에서 당해 회사와 다른 회사와의 동일성을 인정하여 그 회사의 법인격을 부정하는 이론이지만,[74] 아래와 같은 점에서 분신이론과는 근본적인 차이점을 보인다.

첫째, 단일기업집단 이론은 문제된 회사들이 공통의 목적달성을 위해 자원을 공유하고 위험을 분산하는 관계에 있는 경우에 적용된다는 점에서 분신이론과 구별된다. 즉, 두 회사가 서로 공통의 이익을 대변하는 관계에 있을 경우 두 회사의 개별성은 무시될 수 있는 것이다.[75] 오늘날 대규모 사업에서 복수의 회사들이 하나

---

69) 이는 미국의 Powell 교수가 Parent and Subsidiary Corporations (1931)에서 제시한 바 있다. (남장우, "회사법인격무시의 법리", 「고려대학교 법학박사 학위논문」, 43면에서 재인용).

70) DeWitt Truck Brokers, Inc. v. W. Ray Flemming Fruit Co., 540 F.2d 681 (1976).

71) 미국 제5항소법원(United States Court of Appeals for the Fifth Circuit)은 New Orleans에 위치해 있으며, Mississippi, Louisiana, Texas 주 등을 관할한다. (http://www.ca5.uscourts.gov, 2015년 6월 21일 방문)

72) 단일기업집단 이론에 따른 법인격부인이 문제된 사안으로는 Brown v. Auto. Cas. Ins. Co., 644 So.2d 723, 727 (La.Ct.App.1994); In re: Ark-La-Tex Timber Co., 482 F.3d 319, 335 (5th Cir.2007); Gundle Lining Construction Corp. v. Adams County Asphalt, Inc., 85 F.3d 201 (5th Cir.1996); Dishon v. M. Ponthie, 918 So.2d 1132, 1135 (La.Ct.App.2005).

73) 기업집단이론을 소개한 국내문헌으로는 김재형 · 최장현 · 박종렬, "기업집단에서의 법인격부인론과 Enterprise Liability", 한국법학회, <법학연구> 24권0호 (2006).

74) In re Schimmelpenninck, 183 F.3d 347 (1999).

의 단일 집단을 형성하여 운영되는 경우에 소속 회사의 법인격을 부인하고 그 집단 전체에 대해 책임을 인정하는 것이 단일기업집단 이론인 것이다.

둘째, 분신이론과 달리 단일기업집단 이론에 따른 법인격부인에 있어서는 회사의 사기적인 행태를 요건으로 하지 않는다.[76] 복수의 회사로 이루어진 기업집단이 공통의 목적달성을 위하여 허용되는 범위 내에서 복수의 법인격을 가진 회사로 운영되는 것일 뿐이고, 그러한 독립된 법인격을 가진 회사를 사기적인 목적에서 운영하지 않더라도 법인격부인은 가능한 것이다.

셋째, 단일기업집단 이론은 한 회사와 다른 회사 간의 관계에서 법인격이 부인되기 때문에 회사를 지배주주의 분신으로 인정하여 회사의 법인격을 부인하는 분신이론과 차이점이 있다. 즉, 단일 회사 내에서 회사 법인과 지배주주 간의 수직적 관계에서 법인격을 부인하는 것이 분신이론이라면, 복수의 회사 간의 수평적 관계에서 법인격을 부인하는 것이 단일기업집단 이론인 것이다.[77] 이점에서 분신이론은 궁극적으로 주주의 주머니(shareholders' pockets)를 노리는 것이지만, 단일기업집단 이론은 관련 회사의 주머니(affiliated corporations' pockets)를 노리는 것이라는 점에서 차이가 있다.[78]

단일기업집단 이론이 적용되기 위한 요건으로는 대체로 (i) 사용인이나 사무실의 공유, (ii) 중앙집중식 회계처리, (iii) 한 회사에서 다른 회사 소속 사용인에 대한 임금의 지급, (iv) 상호의 공동사용, (v) 사용인의 교환근무, (vi) 두 회사 사이의 문서화되지 않은 자본거래나 불분명한 손익분배 등을 들 수 있다.[79] 이러한 요건들은 어디까지나 예시적인 것이며, 여러 요소들이 중첩될수록 법인격부인이 인정될 가능성은 높아진다.[80]

이러한 단일기업집단 이론을 비판하면서 그 적용에 있어서 신중한 검토가 요구된다고 보는 견해도 있다.[81] 이러한 견해는 단일기업집단 이론에 따라 법인의 실체를 광범위하게 부정하게 되면, 법인격과 주주 유한책임을 규정하고 있는 회사법

---

75) Grayson v. R.B. Ammon & Associates, Inc., 778 So.2d 1, 14 (La.App. 1st Cir.2000); Commercial Union Insurance Company v. CBC Temporary Staffing Services, Inc., 897 So.2d 652 (La.App. 1st Cir.2004); and Green v. Champion Insurance Company, 577 So.2d 249 (La.App. 1st Cir.1991).

76) North American Van Lines, Inc. v. Emmons, 50 S.W.3d 103, 119 (Tex. App. Beaumont 2001).

77) 박규찬, "법인격부인론의 새로운 대안", 기업법연구 제28권 제2호(2014), 200면.

78) Marilyn Montano, The Single Business Enterprise Theory in Texas: A Singularly Bad Idea?, 55 Baylor L. Rev. 1163 (Fall, 2003) at 1190.

79) Asshauer v. Glimcher Realty Trust, 228 S.W.3d 922, 934 (Tex. App. Dallas 2007).

80) 김재형 外, 앞의 논문, 181면.

81) Marilyn Montano, supra. note 78.

상 입법자의 의도가 경시될 수 있다는 점을 우려하고 있다.[82] 그러면서 동 이론의 남용을 방지하기 위해 기업집단의 행위에 대한 사기적 요소가 입증된 경우에만 예외적으로 기업집단 이론의 적용이 긍정되어야 한다고 주장한다.[83]

### 4. 선박가압류와 법인격부인론

해사 가압류사건에서 법인격부인이 문제되는 경우는 전통적인 의미에서의 법인격부인론을 적용하기에 무리가 있다. 전통적인 법인격부인론은 주식회사와 같이 주주가 유한책임만을 부담하는 회사에서 회사라는 법인의 독립성이 결여되어 形骸化[84] 되었거나, 그 법인격이 남용된 경우를 상정한다. 즉, 주주 유한책임의 원칙을 신의성실의 원칙이나 권리남용 금지의 원칙에 따라 제한하고 있는 것이다.[85] 그런데 해사 가압류 특히, 선박가압류 사건에서는 회사에 대한 주주의 유한책임이 문제되지 않는다. 회사와 주주간의 수직적 관계가 아닌, 한 회사와 다른 회사 간의 수평적 관계가 문제되기 때문이다. 또한 회사 법인격의 남용도 문제되지 아니한다. 선박의 편의치적[86]과 같이 상관습상 널리 인정되는 제도를[87] 이용하는 것은 사기적인 방법으로 법인격을 남용한 것으로 볼 수 없기 때문이다. 그러므로 해사 가압류와 관련된 법인격부인 사건은 분신이론을 비롯한 전통적인 법인격부인의 이론으로 해결하기에 한계가 있다. 이에 대한 대안으로 단일기업집단 이론이 고려될 수 있을 것이다.

이러한 관점은 우리나라 판례에도 적용가능하다. 대표적인 경우가 우리 대법원이 법인격부인론을 최초로 수용한 것인지 여부에 관하여 많은 논란을 남긴 1988년도 판례[88]이다. 판례의 사실관계를 살펴보면 피고(현대 미포조선)는 소외 C회사가 수리를 의뢰한 선박에 대한 수리대금 지급을 지체하자 그 선박을 가압류하였는데,

---

82) Id. at 1188.

83) Id. at 1193.

84) 예컨대 회사재산과 지배주주의 개인재산이 혼융되어 회사가 실질적으로 지배주주의 개인기업에 지나지 않는 경우를 말한다. 원용수, “법인격부인[남용]의 법리의 성립요건 (대상판례: 대법원 2006.8.25.선고 2004다 26119판결)”, 상사판례연구 제20집 제1호(2007), 41면.

85) 박규찬, “법인격부인론의 비판”, 기업법연구 제25권 제4호(2011), 102면. 그와 같은 취지의 우리 대법원 판결로는 대법원 1988.11.22. 선고 87다카1671 판결; 대법원 1989.9.12. 선고 89다카678 판결 등이 있다.

86) 편의치적(flag of convenience)이란 세무 등의 이점을 목적으로 다른 국가에 형식상의 회사를 설립하여 그 회사명의로 선박의 소유권을 귀속시켜 그 선박의 국적을 유지하는 것을 말한다. 김진권, “해사국제사법상 편의치적에 관한 고찰”, 한국해법학회지 제25권 제1호(2003), 160면.

87) 김진권, 앞의 논문, 160면.

88) 대법원 1988. 11. 22. 선고 87다카1671 판결.

이에 대해 원고 회사(A)가 선박의 소유권을 주장하며 제3자 이의의 소를 제기하였다. A회사는 소외 B회사와 함께 편의치적의 목적으로 라이베리아에 설립된 페이퍼 컴퍼니(paper company)였고, 해당 선박은 A회사가 B회사에게 선박관리를 위임한 후 B회사가 다시 C회사와 선박관리 복대리 계약을 체결한 사정이 있었다. 아울러 A, B, C회사는 모두 홍콩인 형제에 의해 지배되었으며, 주소와 전화번호, 텔렉스가 모두 동일하였고 일부 사용인의 겸직도 확인되었다. 이에 대해 우리 대법원은 설령 A, B, C회사가 외형상 별개의 회사로 되어 있지만 실제로 사무실과 경영진이 동일하다면 각각의 회사가 별개의 법인격을 내세우는 것은 신의성실의 원칙에 위반하거나 법인격을 남용한 것으로서 허용할 수 없다고 판단하였다.

위 판례에 대해 우리 대법원이 최초로 법인격부인론을 채택한 것으로 보거나,[89] 법인격부인론을 편의치적 사건에서 외국기업에게 까지 확대적용한 점에서 상당한 의미가 있다고 긍정적으로 평가하는 견해[90]가 있다. 반면, 위 판례를 비판하는 시각으로는 ① 편의치적은 상관습으로 인정되어온 제도이고, 판결문에 법인격부인에 관한 요건이나 채택근거 등이 나타나 있지 않다는 점을 지적하거나,[91] ② 본 사례는 회사의 배후자에게 책임을 묻는 전형적인 법인격부인의 사례가 아니라는 시각,[92] ③ 본 사안과 같은 선박 수리비채권은 선박우선특권에 관한 법리로 해결될 수 있었던 사안이라고 보는 견해[93]가 있다.

생각건대 위 대법원 사례는 단일기업집단 이론이 적용될 수 있는 전형적인 유형이라고 하겠다. 상관습상 편의치적이 일반적으로 용인되는 이유로 각 회사가 개별적인 법인격을 가지는 것에 어떠한 기망적인 요소가 존재하지 않을 뿐만 아니라 그 법인의 운영에 법인격이 형해화 되었다고 보기도 어렵기 때문이다. 게다가 지배주주와 회사를 동일인으로 보아서 주주유한책임을 부정하는 전통적인 법인격부인의 법리에 의하지 않더라도, 단일기업집단 이론에 따르면 수평적 관계에 있는 개별 회사들 간의 법인격을 부인하여 집단전체의 책임을 긍정하는 것도 이론구성상 가능하기 때문이다. 요컨대 위 대법원 사례는 전통적인 법인격부인의 법리를 취하지는 않았지만 발전된 형태의 법인격부인론 즉, 단일기업집단 이론에 따라 법

89) 김정호, “법인격부인론의 적용범위”, 고려법학 제41호(2003), 113면.
90) 최문기, “우리나라 판례의 법인격부인론에 관한 소고”, 경성법학 제15지 1호 (2006), 63면.
91) 정찬형, “판례연구 법인격부인론”, 판례월보 제226호(1989), 40면.
92) 송호영, “법인격부인론의 요건과 효과 - 대법원판례 2001. 1. 19. 선고 97다21604 판결 -”, 저스티스 제66호 (한국법학원, 2002), 259면.
93) 정동윤, “법인격부인이론의 적용요건과 근거”, 민사재판의 제문제 제6권 (민사실무연구회, 1991), 308면.

인격 남용을 제한한 것으로 해석될 수 있을 것이다.

위에서 살펴본 우리나라 대법원 사례와 본고에서 다루고 있는 Vitol사건은 가압류 고유의 제도적 차이는 있으나 모두 선박가압류와 법인격부인을 쟁점으로 하고 있다는 점에서 공통점을 찾을 수 있다. 따라서 본고에서 살펴보고 있는 Vitol사건도 전통적인 법인격부인론이 아닌 단일기업집단 이론에 의한 해결을 모색해 볼 수 있을 것이다.

## 5. 사안의 적용

미국 판례법상 법인격부인의 인정은 사실판단의 문제이다. 사안에서 원고가 입증한 사실관계를 기초로 법인격부인에 대한 법원의 판단을 살펴보면 다음과 같다.

법원은 당초 영국소송에서의 피고 Capri가 ① K그룹의 자회사로서 K그룹 내 다른 자회사(Starlady)와 동일한 사무실을 사용하였던 점, ② 선박 ALAMBRA호에 대한 독자적인 경영판단을 하지 못했던 점, ③ ALAMBRA호를 K그룹의 또 다른 자회사(Aurora)에게 시세보다 저렴함 가격에 판매하였고 얼마 후 해당 선박이 제3자에게 정상적인 가격으로 재판매 되었던 점 등을 인정하여, Capri가 K그룹 혹은 그 소유주인 Gerassimos의 분신이라는 하급심의 판단을 인용하였다. 하지만 법원은 본 소송에서의 피고 S&P가 Capri의 분신이라는 원고의 주장에 대해서는 다음과 같은 이유로 동의하지 않았다.

첫째, 원고는 피고 S&P가 K그룹의 자금으로 설립되었고, S&P소유의 선박이 K그룹의 선단(fleet)과 동일한 외장도색으로 치장되어 양사가 선박을 서로 공유하였으며, S&P가 K그룹 소속 자회사(Starlady)와 사무실과 전화번호, 이메일을 무상으로 공유했던 점을 들어 S&P는 K그룹의 분신이라고 주장하였다. 하지만 법원은 그와 같은 사실관계 만으로는 S&P가 K그룹과 긴밀한 사업관계를 유지하고 있었다는 정도의 판단만 가능할 뿐이고, 지배관계에 있는 분신으로 인정될 수는 없다고 판단하였다.[94]

둘째, 원고는 위 ALAMBRA호가 매각된 직후 S&P의 소유주 Velliades가 K그룹의 소유주 Gerassimos에 대해 가지고 있던 채권에 대한 신용한도(line of credit)을 확장해준 점을 들어 S&P가 K그룹의 분신이라고 주장하였다. 하지만 법원은 양사가 신용확장과 같은 채무관계에 대한 명확한 절차를 적용하였던 점은 오히려 양사가

94) Vitol, S.A., at 545.

서로에 대한 분신이 아니라는 점을 반증한다는 피고의 항변을 받아들였다.[95]

그 밖에도 원고는 피고 S&P와 K그룹 사이에 있었던 빈번한 자금거래 사실을 거증하며 양사의 재산이 혼융되는 분신관계를 입증하려 하였지만, 법원은 이러한 점들이 두 회사 간의 긴밀한 협력관계를 나타낼 수는 있어도 그와 같은 사실만으로는 회사의 법인격부인을 인정할 수 없다고 판단하였다.[96]

결국 사안의 법원은 피고 S&P가 영국 법원의 피고 Capri의 분신이고 따라서 그 법인격이 부인되어야 한다는 원고의 주장을 배척하여 가압류를 취소하였다.[97]

그런데 만일 원고가 위와 같이 전통적인 분신이론에 따른 법인격부인을 주장하지 않고 단일기업집단 이론으로 피고 S&P의 법인격부인을 시도하였다면 어떠한 결과가 도출되었을지 의문이다. 제4항소법원이 다른 연방법원에 비해 법인격부인 청구를 인용하는데 인색하고,[98] 해당법원에서 지금까지 단일기업집단 이론을 법인격부인이 문제된 사안에 적용한 사례를 찾아보기 힘든 것은 사실이다.[99] 하지만 단일기업집단 이론은 제5항소법원은 물론, 제2항소법원 등에서도 폭넓게 인정되는 이론이고,[100] 사안에서 파악된 사실관계 즉, 유류사고 선박의 매각대금 중 일부가 피고 회사의 설립자금으로 사용된 점, 두 회사가 사무실과 전화번호, 이메일을 무상으로 공용한 점, 두 회사 소속 선박들이 동일한 외장도색을 유지하였던 점, 그리고 두 회사 간에 빈번한 자금거래가 있었던 점 등은 단일기업집단 이론 하에서 법인격부인의 인정요건으로 충분하다고 생각된다. 하지만 원고는 전통적인 분신이론에 따른 법인격부인만 주장하였을 뿐, 발전된 형태의 단일기업집단 이론은 외면하였다. 본 사안의 판결문 말미에 언급된 바와 같이, 당사자가 주장하지 않은 사실을 법원이 유추할 수는 없는 것이다.[101]

---

95) Id. at 546.

96) Id.

97) 본 사안의 판결에 대해 막대한 피해보상금이 소요되는 기름유출사고라는 점에서 법인격부인에 대해 너무 엄격한 기준을 적용하였다는 비판도 있다. James K. Dumont, Pleading Insanity in Piercing the Corporate Veil: Supplemental Rule E's Heightened Pleading Standard Protects Polluting Shipowners in the Fourth Circuit, 38 Tul. Mar. L.J. 665 2013-2014.

98) Peter B. Oh, Veil-Piercing, 89 TEx. L. REv. 81, (2010) at 113.

99) 대부분의 제4항소법원 판례에 나타난 '단일기업집단 이론'은 제조물책임 소송에서 복수의 제조업자들이 하나의 기업집단으로서 연대책임을 부담하는 정도의 의미를 가질 뿐(예컨대 Griffin v. Tenneco Resins, Inc. 648 F.Supp. 964), 법인격부인과 관련된 사례는 찾아보기 힘들다.

100) Neil A. Helfman, op.cit., §5.

101) Vitol, at 548.

## Ⅴ. 결어

외국판결의 승인과 집행을 구하면서 그 분신(alter ego)인 회사소유의 선박에 대해 가압류를 청구한 본 사안으로부터 다음과 같은 사항들을 확인할 수 있다.

첫째, 미국 연방법원의 해사관할은 외국판결의 승인과 집행을 위한 판결에서도 인정될 수 있다. 이때 당초 외국의 판결이 해사사건일 경우에 한해 해사관할이 인정되는 것이 원칙이지만 그 기준은 법원의 형태가 아닌 판결의 내용이다. 즉, 해사법정이 아닌 상사법정의 판결이라도 그 내용이 해사사건에 관한 것이라면 그러한 판결과 연계된 당해 사안도 해사사건이 되어 해사관할이 인정되는 것이다. 또한 외국 해사사건 판결의 승인과 집행을 구하는 소송은 설령 그것이 금전적 배상청구에 관한 것이라고 하더라도 여전히 해사관할이 긍정되는 해사사건이 된다.

둘째, 미국 연방소송절차에서 준대물소송의 성격을 가지는 선박 가압류는 본안판결 전 구제절차에서만 인정되는 것은 아니고 외국판결의 승인 및 집행과 같은 사후적 절차에서도 인정된다. 이때 가압류의 타당성에 대한 입증책임은 가압류라는 특권을 행사하는 원고가 부담한다. 즉 원고는 당해 사건이 일견 합당한 해사사건인 점, 사안의 피고가 법정지 내에 주거하지 않는 점, 그리고 피고의 재산이 법정지 내에 소재하고, 가압류를 금지하는 법규범이 존재하지 않는 점 등에 대한 입증책임을 부담한다. 여기서 본 사안과 같이 선박 가압류와 법인격부인이 연결된 경우에는 해사 가압류의 타당성을 인정하는 수단으로 법인격부인론이 원용될 수 있다.

셋째, 법인격부인론은 주주유한책임이라는 대원칙에 대해 어디까지나 형평법적 차원에서 예외적으로 인정되어야 할 제도로서 그 판단기준은 사실관계에 입각하여 사안별로 판단되어야 한다. 사안에서 원고는 피고 회사가 소외 다른 회사와 사무실, 전화번호, 이메일 등을 무료로 공유하였고, 관리하는 선박들에 대한 외장을 동일하게 도색하여 공동으로 사용하였으며, 피고회사의 설립에 소외 회사가 상당부분 자금을 출자한 점, 두 회사 간에 빈번한 자금거래가 있었던 사실 등 여러 가지 의심이 가는 정황증거를 제시하였지만 법원은 이러한 입증이 법인격부인을 위한 구체적이고 타당한 증거에 해당하지 않는다고 판단하였다.

하지만 법원의 위와 같은 결론은 전통적인 분신이론에 따른 법인격부인 이론을 적용한 결과일 뿐이다. 발전된 형태의 법인격부인 이론인 단일기업집단 이론을 원

고가 주장하였다면 재판결과가 달라졌을 가능성도 있다고 본다. 이러한 점에서 향후 선박가압류에서 법인격부인을 주장하는 수단으로써 단일기업집단 이론을 적극적으로 고려할 필요가 있을 것으로 본다. 선박가압류 사건에서는 수직적 관계에 있는 지배주주의 유한책임을 부정하는 것이 아니라, 수평적 관계에 있는 다른 회사의 법인격을 부정하는 것이 쟁점이 되기 때문이다.

(논문투고일 : 2015.05.06, 심사개시일 : 2015.05.27, 게재확정일 : 2015.06.23)

**이 창 재**

해사관할, 선박가압류, 법인격부인론, 분신이론, 단일기업집단 이론

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 국내문헌

송상현・김현,「해상법원론」(박영사, 2008)

최준선, 「보험・해상・항공운송법」(삼영사, 2014)

_____, 「회사법」(삼영사, 2014)

김진권, “해사국제사법상 편의치적에 관한 고찰”, 한국해법학회지 제25권 제1호 (2003)

김인현, “선박압류/가압류에 대한 비교법적 연구”, 한국해법학회지 제36권 제2호 (2014)

_____, “해상사건관련 법인격부인론에 대한 한국과 미국간 비교법적 연구”, 한국해법학회지 제29권 제2호(2007)

_____, “법인격부인 법리와 선박가압류(동경지방재판소 민사 제31부 1998년 4월 30일 판결), 해양한국(1999)

김정호, “법인격부인론의 적용범위”, 고려법학 제41호(2003)

김재형 ・ 최장현 ・ 박종렬, “기업집단에서의 법인격부인론과 Enterprise Liability”, 한국법학회, <법학연구> 제24집 (2006)

김종호, “해사채권 가압류 제한에 관한 소고 - 미국 연방민사소송규칙 보칙 중 해사규칙 B 가압류 사건을 중심으로-”, 법조 제648호 (2010)

박규찬, “법인격부인론의 새로운 대안”, 기업법연구 제28권 제2호(2014)

박원형 ・ 최영봉, “해양유류오염사건에 대한 법인격부인론의 적용가능성”, 상사판례연구 제22집 제3권(2009)

송호영, “법인격부인론의 요건과 효과 - 대법원판례 2001. 1. 19. 선고 97다21604 판결-”, 저스티스 제66호 (한국법학원, 2002)

원용수, “법인격부인[남용]의 법리의 성립요건 (대상판례: 대법원 2006.8.25.선고 2004다 26119판결)”, 상사판례연구 제20집 제1호(2007)

윤석희, “미국 해상법을 소개하며(1)”, 해양한국(2009)

정동윤, “법인격부인이론의 적용요건과 근거”, 민사재판의 제문제 제6권 (민사실무연구회, 1991)

정영철, “판례를 통하여 본 법인격부인론”, 상사판례연구 제22집 제2권 (2009)

정찬형, “판례연구 법인격부인론”, 판례월보 제226호(1989)
최문기, “우리나라 판례의 법인격부인론에 관한 소고”, 경성법학 제15지 1호 (2006)

## Ⅱ. 외국문헌

Thomas J. Schoenbaum, Admiralty and Maritime Law (WEST, Fifth Edition)
Robert Force, Admiralty and Maritime Law (Federal Judicial Center, 2004)
David Robertson et al., Admiralty and Maritime Law in the United States (Carolina Academic Press, 2001)

Halpern, Trebilcock & Turnbull, “An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law,” 30 U. of Toronto L.J. 117, 118 (1980)
James K. Dumont, Pleading Insanity in Piercing the Corporate Veil: Supplemental Rule E's Heightened Pleading Standard Protects Polluting Shipowners in the Fourth Circuit, 38 Tul. Mar. L.J. 665 (2013-2014)
Marilyn Montano, The Single Business Enterprise Theory in Texas: A Singularly Bad Idea?, 55 Baylor L. Rev. 1163 (Fall, 2003)
Peter B. Oh, Veil-Piercing, 89 TEx. L. REv. 81, 115-42 (2010)
Robert Force, An Essay on Federal Common Law and Admiralty, 43 St. Louis U.L.J. 1367 (1999)

Abstract

# Piercing the Corporate Veil by Enterprise Liability Theory in Maritime Attachment

CHANG JAE LEE

The plaintiff brought an action in the district court against defendants seeking to "pierce the corporate veil" and enforce a judgment against defendants it had previously obtained against non-party at English High Court previously. After determining that its exercise of admiralty jurisdiction was proper, the court vacated attachment. On appeal, the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit agreed with the district court that the plaintiff had not sufficiently pleaded its claim to plausibly establish that defendants were alter egos of non-party or its related entities. Some critical issues in this case are as follows:

First, regarding to the jurisdiction matter, legal action in Commercial Court of English High Court of Justice, rather than Admiralty Court, did not divest resulting judgment of its admiralty character in United States. Also reduction of English judgment on maritime claim to monetary award did not divest award of its admiralty character.

Second, Supplemental Rule B could be used to attach admiralty defendants' property and dismissal of underlying alter ego complaint could lead to vacatur of Supplemental Rule B attachment.

Third, decisions to pierce the corporate veil are fact intensive and in order to succeed in an alter ego claim, plaintiff need to prove the facts to the level of creating a reasonable belief to support the claim of alter ego.

Even though the plaintiff attempted in this case with various factual

allegations such as fleet interconnectness, sharing office facilities, frequent capital transactions, the court did not accept the legal conclusion that the defendants were an alter ego of non-party. This seems to be an equitable justice considering the general principle of piercing the corporate veil: plaintiff seeking to pierce corporate veil must prove either that individual defendant used his or her corporation to perpetrate fraud or that individual defendant so dominated corporation and disregarded its corporate form that corporation primarily transacted individual defendant's personal business rather than its own corporate business.

However, maritime attachment case with corporate veil piercing is somewhat different. At there, limited liability of individual shareholder is not an issue and there is no fraud in operation of separated corporation entities. Thus, for the veil piercing case which is connected with maritime attachment another alternative approach is recommendable. In this manner, this article suggests “single business enterprise” or “enterprise liability” theory.

**CHANG JAE LEE**

admiralty jurisdiction, maritime attachment, piercing the corporate veil, alter ego claim, single business enterprise, enterprise liability

# 외국국가의 재산에 대한 민사집행법에 의한 강제집행

문 영 화*

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 강제집행절차에서 주권면제의 문제
1. 주권면제론에 관한 개관
2. 제한적 주권면제론과 주권면제를 인정하는 기준
3. 강제집행절차에서 제한적 주권면제론
Ⅲ. 비교법적 고찰
1. 유럽연합
2. 미국
3. 영국
4. 독일
5. UN국가면제협약
6. 일본
7. 기타
Ⅳ. 외국국가의 재산에 대한 민사집행법에 의한 강제집행
1. 우리 법원의 판결례
2. 강제집행이 가능한 외국국가의 재산
3. 강제집행절차에서 주권면제에 관한 심사
4. 위법한 강제집행에 대하여 외국국가가 다투는 방법
5. 외국국가의 재산에 대하여 위법하게 실시된 강제집행의 효력
6. 외국국가의 재산에 대한 보전처분
Ⅴ. 결론

**【국 문 요 약】**

본 연구는 강제집행절차상의 주권면제에 관한 유럽, 영·미, 독일, 일본 등 각국의 입법례와 판결례 및 유엔국가면제협약 등 국제규범을 살펴보고, 이를 참고로 하여 우리 민사집행법에 따라 외국국가의 재산에 대하여 강제집행이 실현될 수 있는 범위를 설정하고 그 집행절차에서 제기될 수 있는 각 쟁점을 검토하는 것을 목적으로 하였다.

각국의 입법례 및 판결례 등에 비추어 볼 때 외국국가의 재산에 대하여 강제집행을 전혀 허용하지 않는 절대적 주권면제론의 입장은 더 이상 국제관습법으로서의 규범력을 갖는다고 할 수 없고, 오히려 판결절차에서와 마찬가지로 강제집행절차에 있어서도 주권면제가 제한될 수 있다는 일반적 의미의 제한적 주권면제론이 국제관습법으로 성립되어 있다고 평가할 수 있다. 다만, 집행의 대상 또는 집행면제의 대상인 재산의 범위를 구별하는 구체적인 기준, 즉 강제집행을 허용하거나

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

제한하는 재산의 사용목적이나 용도에 관하여는 입법례마다 차이를 보인다.

외국국가의 주권면제를 규율하는 별도의 입법이 없는 우리나라로서는 강제집행의 대상이 되지 아니하는 외국국가의 재산의 범위를 각국 및 국제적 입법례와 판결례를 참고하여 정할 수밖에 없다. 유엔국가면제협약 및 독일의 입법례를 참고하면, 우리나라 내에 있는 외국국가의 재산이라고 하더라도 그 외국국가의 주권행위 또는 주권적 활동을 위하여 사용되는 재산은 국제관습법상 강제집행의 대상이 될 수 없다고 보는 것이 타당하다.

한편 UN국가면제협약이나 주권면제에 관한 국내법은 재판절차에 관한 규범이고, 각국의 재판절차는 우리나라와는 차이가 있으므로, UN국가면제협약에의 가입이나 주권면제에 관한 국내법의 제정을 검토함에 있어서는 민사재판절차에 관한 비교법적인 이해가 뒷받침되어야 한다.

## Ⅰ. 서론

외국국가가 법정지국 법원의 재판권행사로부터 면제되어 법정지국의 국내법에 따른 책임을 추궁당하지 않는다는 일반적인 관행은 주권면제(sovereign immunity), 국가면제(state immunity), 또는 재판권면제(jurisdictional immunity) 등으로 불리어 왔다.[1)]

우리 대법원은 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결에서 '우리나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법(私法)적 행위가 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있어서 이에 대한 재판권의 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 외국의 사법적 행위에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다'고 판시하면서, '조약에 의하여 예외로 된 경우나 스스로 외교상의 특권을 포기하는 경우를 제외하고는 외국국가를 피고로 하여 우리나라가 재판권을 행사할 수는 없다'고 하였던 종래의 견해[2)]를 변경하였다. 이에 대하여 학계에서는 대법원이 종래의 절대적 주권면제론의 입장을 폐기하고 제한적 주권면제론을 취한 것이라고 평가한다.[3)]

위와 같은 판례의 변경은 외국국가와 사법적 거래를 하는 우리 국민이 우리 법원에서 외국국가를 상대로 소송을 제기할 수 있게 됨으로써 보다 쉽게 권리를 실현하거나 피해의 구제를 받을 수 있는 가능성을 가지게 되었다는 데에 의미를 둘 수 있다.[4)] 한편, 우리 국민이 우리 법원에서 외국국가에 대하여 승소판결을 받더라도 그 외국국가가 자발적 이행을 하지 않는 경우에 그 승소판결을 집행권원으로 한 강제집행을 할 수 없다면 실질적인 권리의 구제는 불가능하므로 사법적 거래로

---

1) 재판권의 개념, 재판권과 국제재판관할(권)과의 관계, 재판권과 주권면제의 관계에 대한 논의는 석광현, 국제민사소송법, 박영사(2012), 31~36면에 정리되어 있다; 이 글은 석광현 교수의 견해에 따라 재판권과 국제재판관할이 구별됨을 전제로, 재판권을 단순히 재판만이 아니라 강제집행과 보전처분을 할 수 있는 국가권력을 의미하는 개념으로 이해하고, 주권면제를 재판권면제와 동일한 의미로 사용한다.

2) 대법원 1975. 5. 23. 자 74마281 결정(공 1975. 8. 1.(517), 8513)

3) 위 전원합의체 판결에 대한 평석은 유남석, "외국에 대한 민사재판권과 강제집행권", 「민사재판의 제문제」 제10권(2000), 민사실무연구회, 649면 이하; 석광현, "외국국가에 대한 민사재판권의 행사와 주권면제", 「법조」 vol.531(2000. 12.), 290면 이하; 김태천, "외국국가의 재판권면제 -그 법적 근거와 범위에 관하여-", 「저스티스」 34권 3호(2001. 6.), 한국법학원, 276면 이하; 최태현, "한국에 있어서의 제한적 주권면제론의 수용", 「국제판례연구」 제2집(2001), 서울국제법연구원 편, 239면 이하

4) 석광현, 앞의 글, 293면

인한 실질적 권리의 구제를 위해서는 강제집행절차에서의 주권면제의 제한이 중요한 의미를 지닌다고 할 것인데,[5] 이에 관한 실무례나 대법원판결은 찾아보기가 어렵다.

이러한 사정은 학계에서도 마찬가지로, 판결절차상의 주권면제에 대하여는 1970년 말경부터 지속적으로 국제적인 이슈의 소개와 더불어 비교적 상세한 논의가 이어져오고 있으나,[6] 강제집행절차상의 주권면제에 대해서는 실질적이고 구체적인 논의가 이루어지지 않았다. 이 글은 외국국가의 재산에 대한 집행에 관한 국제적 실행 또는 각국의 입법례와 판결례를 살펴보고, 우리 민사집행법에 따라 외국국가의 재산에 대한 강제집행이 실현될 수 있는 경우와 강제집행절차에서 제기될 수 있는 문제점에 관하여 검토하고자 한다.

## Ⅱ. 강제집행절차에서 주권면제의 문제

### 1. 주권면제론에 관한 개관[7]

외국국가는 전통적으로 법정지국 법원의 재판권으로부터 면제되어 왔는데, 이는 다른 국가의 명예에 대한 존중과 주권 평등 및 독립의 원칙에 근거한 것이다. 주권국가는 다른 국가의 모든 사법작용으로부터 자유롭다는 절대적 주권면제론(absolute doctrine of sovereign immunity/ theory of absolute state immunity)에 대하여는 20세기 이래 국가가 상업적 활동에 적극참여하게 되면서 국가의 행위를 일정한 기준에 따라 주권면제를 제한하려는 입장이 대두되었는데,[8] 이것이 제한적 주

5) 석광현, 앞의 글, 317면

6) 주권면제(재판권면제)와 관련하여서는 임동진, “외국에 대한 재판권 -민사재판권을 중심으로-”, 「사법연구자료」 제5집(1978), 법원행정처, 223면 이하; 송상현, “외국에 대한 국내민사재판권의 행사와 그 한계 - 주권면책이론(Sovereign Immunity)에 관한 비교법적 고찰을 중심으로-”, 「민사법의 제문제」, 온산 방순원선생 고희기념논문집 편찬위원회(1984), 252면 이하; 황우여, “재판권면제”, 「재판자료」 제34집 섭외사건의 제문제(하), 법원행정처(1986), 373면 이하; 최태현, “제한적 국가면제론의 적용기준”, 「국제법학회논총」 vol.36 No.1(1991), 199면 이하; 김화진, “법원 관할권의 국제법적 한계”, 「법조」 44권 5호(1995), 50면 이하; 피정현, “민사재판권의 면제 -국가면제를 중심으로-”, 「비교사법」 제4권 1호(통권6호)(1997), 453면 이하; 류병운, “외국에 대한 재판관할권과 판결의 집행: 국가면제(State Immunity) 이론의 검토”, 「영산법률논총」 2권 1호(2005. 12.), 154면 이하; 김석현, “국가면제의 기준 -면제의 제한과 관련하여-”, 「국제법평론」 통권 제29호(2009), 29면 이하; 김상만, “국제거래에서 재판권제한으로서의 국가면제에 관한 법적 고찰-미국의 외국주권면제법 및 Hanil Bank v. Bank Negara Indonesia 판결을 중심으로-” 「이화여자대학교 법학논집」 제15권 제3호(2011. 3.), 329면 이하; 김상훈, “민사재판권 면제자와 그 소송상 취급”, 「민사소송」 제18권 제2호(2014. 12.), 9면 이하 등

7) 국내 문헌에서 논의된 내용을 기초로 간략하게 정리하였다.

권면제론(restrictive doctrine of sovereign immunity/theory of restrictive state immunity)이다.

주권면제의 향유주체는 주권국가이다. 국가의 행위는 정부를 구성하는 조직 또는 기관에 의하여 행하여지므로 국가를 대표하여 활동하는 중앙정부나 국가기관 등의 행위에 대하여 주권면제가 인정되는 데에는 이론이 없으나, 국가의 구성단위인 연방국가에서의 주(州)나 지방자치단체, 외국국가가 관여하는 공공기업(국가기업), 특수법인, 중앙은행 등이 주권면제의 향유주체가 될 수 있는지에 관하여는 다툼이 있다(한편 주권면제는 국제적 조약에 의하여 규율되는 외교사절이나 영사의 특권과는 구별된다).

주권면제는 포기할 수 있다. 그 포기의 의사는 법정지국, 당해 법원, 소송상대방에 대하여 표시하여야 하며, 조약 또는 계약 등에 의하거나, 재판절차에서도 표시할 수 있다.

## 2. 제한적 주권면제론과 주권면제를 인정하는 기준

제한적 주권면제론은 주권면제를 인정하는 구체적인 기준, 범위 및 내용 등에서 차이를 보이고 있다. 우선 국가의 행위를 acta jure imperii와 acta jure gestionis로 나누고, 전자에 대해서는 주권면제를 인정하고, 후자에 대하여는 주권면제를 인정하지 않는 것이 일반적이다.[9] 양자를 구분하는 기준과 관련하여서는 기관성질기준설,[10] 행위목적기준설,[11] 행위성질기준설,[12] 통상활동기준설[13] 등이 있고,[14] 판결

8) 최태현, 주 6)의 글, 200~201면에 의하면 국가의 대외적인 거래나 활동이 국가 대 국가의 차원이 아니라, 자국민이 아닌 외국의 개인 또는 기업을 상대방으로 하여 행하여지는 경우에 있어서 절대적 주권면제론을 그대로 고집할 경우, 그 개인 또는 기업은 자기의 권익을 구제받지 못하는 불리한 지위를 감수할 수밖에 없고 이는 개인 또는 기업이 외국국가를 상대로 한 거래를 기피하게 되는 결과를 초래할 뿐만 아니라, 외국국가가 법정지국에서 한 범죄행위나 인권침해행위와 관련한 민사사건에 대하여 법정지국의 법원이 그 외국국가에 대하여 재판권을 행사하지 않는다면 외국국가가 한 행위를 방조하는 결과를 가져올 수도 있기 때문에 주권면제의 제한 문제가 대두되었다고 한다.

9) *acta jure imperii*는 주권적 행위, 권위(權威)행위, 공법적 행위, 권력행위, 고권(高權)적 행위로, *acta jure gestionis*는 비주권적 행위, 관리행위, 사법(私法)적 행위, 비고권(非高權)적 행위로 번역한다. 석광현, 앞의 글, 303면

10) 행위의 주체가 국가의 권력작용을 담당하는 기구의 일부인지, 그와 별도의 조직인지에 따라 구분하는 견해이다.

11) 행위의 목적이 국가목적과 직접 관련이 있는지에 따라 구분하는 견해이다.

12) 행위의 성질이 국가밖에 할 수 없는 행위인지, 사인(私人)이 할 수 있는 행위인지에 따라 구분하는 견해이다.

13) 국가행위 중 통상활동, 기업활동에는 면제를 인정하지 않는 견해이다.

14) 高桑昭, 國際民事訴訟・法國際私法論集, 東信堂(2011), 191~192面; 최태현, 주 6)의 글, 206면 이

절차에서의 주권면제와 관련하여는 행위성질기준설이 비교적 다수의 지지를 받고 있으나, 이에 의하더라도 국가만이 할 수 있는 행위를 구분하는 데에는 견해의 차이가 있어서 이를 명확한 기준이라고 말할 수는 없다.[15]

현재 판결절차에서 주권면제를 인정하는 기준 또는 주권적 행위와 비주권적 행위를 구분하는 기준에 관한 국제관습법이 성립되어 있다고 할 수는 없으므로 법정지국이 어떤 형태로든 정할 수밖에 없는 상황이다.[16]

### 3. 강제집행절차에서 제한적 주권면제론

#### 가. 판결절차에서의 주권면제와 강제집행절차에서의 주권면제

외국국가의 재산에 대하여 강제집행을 하는 것은 외국국가의 재산에 대하여 직접적으로 영향을 미치는 것으로서 외국국가의 주권적 활동을 저해하거나, 그것에 의하여 외국국가와의 관계를 손상할 우려가 있기 때문에 강제집행절차에서의 주권면제는 판결절차에서의 그것과 구별하는 것이 통설이다.[17] 일반론으로서 외국국가의 재산에 대한 강제집행을 위해서는 판결절차에서의 주권면제의 포기와는 별도로 강제집행절차에서의 주권면제에 대한 포기의사가 명시적으로 필요하다고 하고,[18] 판결절차에서 제한적 면제의 입장을 취하더라도 강제집행절차에서는 별도의 집행면제의 포기가 없으면 절대적 면제를 인정하는 것이 일반적인 경향이라고 하거

---

하에서는 외국국가의 활동을 구분하는 학설을 목적기준설, 성질기준설, 상업적 활동기준설, 성질 및 목적 기준설로 나누고 각 학설의 내용과 한계 등에 관하여 비교적 상세히 설명하고 있다; 또 김석현, 앞의 글, 69~75면에서는 주요 국가들의 판결례와 관련하여 행위성질기준설의 한계를 지적하고 있다.

15) 유남석, 앞의 글, 665면은 97다39216 전원합의체 판결은 행위성질기준설에 입각하여 국내에서 이루어진 외국국가의 사법적 행위는 원칙적으로 재판권이 면제되지 않지만 예외적으로 주권적 활동과의 관련성을 고려하여 재판권을 면제할 수 있는 경우도 있다고 한 것으로 보인다고 하고, 편집대표 김능환, 민일영, 주석 민사소송법(I), 제7판, 한국사법행정학회(2012), 129면(김상준 집필부분)은 위 판결이 기관성격기준설에 따랐다고 한다. 김태천, 앞의 글, 288면에서는 행위성질설에 행위목적설을 고려한 것이라고 하며, 김상훈, 앞의 글, 21면도 같은 취지이다.

16) 이와 관련하여 피정현, 앞의 글, 470면에서는 외국국가의 어떤 행위가 주권면제의 대상이 되는 주권적 행위에 해당되는지는 입법정책상의 문제로서 추상적인 기준에 의해서 도출되는 것이 아니라, 각 국가가 외국국가에 대한 재판권의 면제를 필요로 하는 이유, 그 정도, 그와 관련된 개인의 권리, 이익을 구체적으로 비교하여 정할 수밖에 없다고 하고, 김화진, 앞의 글, 56면에서는 국가행위의 성격이 주권적 행위인지 비주권적 행위인지는 법정지법에 따라 결정되지만, 압도적 다수의 국가에 의하여 국가권력행사의 범위에 속하는 것으로 여겨지는 종류의 행위, 즉 외교, 국방, 입법, 경찰권에 관련된 국가행위 등을 주권면제의 대상에서 제외하는 것은 허용되지 않는다고 한다.

17) 高桑昭, 앞의 글, 193면; 김화진, 앞의 글, 58면; 류병운, 앞의 글, 178면

18) 황우여, 앞의 글, 390면; 석광현, 앞의 글, 317면

나,[19] 강제집행절차에서의 주권면제의 배제는 판결절차에서의 그것보다 더 신중하게 판단되어야 한다고 한다.[20]

전통적으로 강제집행절차에서의 주권면제에 관하여는 절대적 주권면제론이 유지되어 왔다. 서구에서는 법정지국의 자국(自國)에 대한 강제집행을 허용하지 않던 당시에는 외국국가에 대한 강제집행은 당연히 불가능한 것으로 받아들여져 왔는데, 자국(自國)에 대한 강제집행이 허용되고 판결절차에서의 제한적 주권면제론이 도입되면서 법정지국에 소재하는 외국국가의 재산에 대한 강제집행의 허용여부가 문제로 되기 시작하였다.[21]

### 나. 강제집행절차에 관한 제한적 주권면제론의 내용

제한적 주권면제론의 입장에서는 강제집행절차와 관련하여, ① 법정지국 내에 있는 외국국가의 재산이 외교임무 등에 사용되는 공관(公館)이거나 공권력행사에 사용되는 공선(公船) 등이 아니라 단순한 통상용 재산인 경우에만 강제집행이 허용되어야 한다는 견해,[22] ② 강제집행절차에서 주권면제의 경우는 재산의 성격이 아니라 사용목적이 구분의 중요한 기준이 된다는 점에서 판결절차에서의 그것과 차이가 있다고 하면서 외국국가의 재산을 상업적 목적에 사용되는 것과 비상업적·주권적 또는 공적 목적에 사용되는 재산으로 구분하여, 전자에 대하여는 강제집행이 허용되고, 후자에 대하여는 허용되지 않는데, 후자에 속하는 재산으로는 외교공관 및 영사관, 기타 외교적 목적에 직접 사용되는 재산 등을 들 수 있다는 견해,[23] ③ 일정한 재산이 주권적(고권적) 목적에 기여하는 것인지, 상업적(비고권적) 목적에 사용되는지를 구별하는 것은 대단히 어려운 것이고 가능한 한 국제법상의 일반원칙에 따라야 하지만 당사자들의 이익을 위하여 법정지법의 관점에서 결정하여야 한다고 하면서, 일반적으로 외교공관, 영사공관, 기타 외교업무에 직접적으로 사용되는 재산, 군대를 포함한 군사적 재산, 국제기구의 회원국 재산 등은 고권적

---

19) 피정현, 앞의 글, 475면

20) 석광현, 앞의 글, 317면; Haimo Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht 6.Aufl., C.H. Beck(2014), S.73에서는 강제집행절차에 있어서 외국국가에 대한 절대적 면제는 거래의 장애를 발생시키는데, 절대적 면제 하에서는 거래상대방이 필연적으로 선이행을 요구하거나 거래가격을 높임으로서 외국국가와의 거래로 인한 위험에 대비할 것이고, 그 반대로 주권면제를 전혀 인정하지 않으면 외국국가의 법정지국에 대한 투자를 감소시키는 바람직하지 못한 결과를 야기하게 될 것이라고 한다.

21) 임동진, 앞의 글, 251면

22) 임동진, 앞의 글, 252면

23) 석광현, 앞의 글, 317면

목적을 위해 지정된 재산으로 이해되어 집행이 면제되고, 선박과 그 화물, 직접적으로 상업적 활동에 사용되는 물품, 유가증권 등은 집행이 허용된다는 견해,[24] ④ 법정지국 내에 소재하는 것으로 외국국가의 주권적 활동에 사용되는 재산은 법정지국의 강제집행으로부터 면제된다는 원칙은 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법과 동일한 효력이 있다고 볼 수 있고, 국내에 소재하는 외국국가의 재산으로서 사법적 활동에 사용되는 것에 대하여는 원칙적으로 강제집행을 할 수 있다고 봄이 상당하다는 견해[25] 등이 있다.

한편 외국국가의 재산에 대하여 판결 선고 전에 가압류 등과 같은 보전처분을 할 수 있는가라는 문제에 관하여는, 강제집행을 할 수 없는 경우에는 강제집행의 보전을 위한 가압류 등도 할 수 없다는 견해,[26] 외국국가의 재산에 대한 가압류를 금지하는 일반적인 국제법원칙이 성립되어 있지 않으므로 외국국가에 대한 강제집행이 제한된 범위에서 허용되는 추세라면 그러한 범위에서 가압류 등도 허용되어야 할 것이라는 견해[27] 등이 있다.

최근에는 강제집행절차에서의 주권면제를 완화하려는 움직임이 부각되고 있는데, 구체적으로는 국제테러에 관여한 국가에 대한 재판권의 행사 및 금전적 배상청구, 나아가 징벌적 손해배상청구의 허용 등 외국국가의 재산에 대한 집행요건의 완화를 주장하는 움직임이나, 과거 나치정권이나 공산정부에 의하여 부당하게 몰수된 개인재산에 관하여 현재 그 재산을 소유하고 있는 국가를 상대로 반환청구를 하고 그 집행을 하려는 시도 등이 두드러진다.[28]

## Ⅲ. 비교법적 고찰

이하에서는 외국국가에 대한 주권면제와 관련한 국제기구나 각국의 입법과 판결

24) 피정현, 앞의 글, 478면
25) 유남석, 앞의 글, 662면
26) 류병운, 앞의 글, 180면
27) 김화진, 앞의 글, 61면
28) 류병운, 앞의 글, 155면; 이러한 문제를 다루고 있는 문헌으로는 최태현, “국제법 위반행위에 대한 국가면제의 제한”, 「국제법학회논총」 제51권 2호(105호)(2006.10.), 11면 이하; 오승진, “국제법상 국가면제-국제인권법의 관점에서-”, 「안암법학」 No.29(2008), 461면 이하; 유형석, “국가면제의 제한에 관한 국제적 동향”, 「법학연구」 제34집(2009. 5. 25), 443면 이하, 이성덕, “강행규범과 국가면제: 2012년 ICJ관할권 면제사건을 중심으로”, 「중앙법학」 제14집 제4호(2012. 12.), 205면 이하 등이 있다.

례 등을 강제집행절차에 중점을 두고 살펴본다.

### 1. 유럽연합

국가면제에 관한 유럽조약(European Convention on State Immunity, 이하 '유럽조약'이라 한다) 및 추가의정서[29]는 1972년 5월 유럽연합이사회에서 작성되고 1976. 6. 11. 발효되었는데,[30] 이는 재판권에 관한 제한적 주권면제론을 채택한 최초의 국제적 입법으로 평가된다.[31] 유럽조약은 각 체약국에 대하여 다른 체약국이 그를 상대로 선고한 판결에 대하여 효력을 부여할 것을 요구하고 있는바,[32] 이는 유럽연합의 가입국들 사이에 존재하는 특별한 신뢰를 바탕으로 체약국들 사이에서만 적용되는 것이기 때문이라고 한다.[33]

유럽조약은 재판절차와 관련하여서는 일정한 범위에서 주권면제를 제한하는 규정을 두고 있고(제1조 내지 제13조),[34] 강제집행에 있어서는 원칙적인 주권면제를

---

29) http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/074.htm에서 전문을 볼 수 있다(최종접속일: 2015. 3. 2).

30) 체약국은 오스트리아, 벨기에, 사이프러스, 독일, 룩셈부르크, 네덜란드, 유고슬라비아, 영국 등 8개국이다.

31) 高桑昭, 앞의 글, 194面; 무역에 종사하는 국가 선박을 일반상선에 포함시킴으로써 국가 선박이 외국의 재판권에 복종하게 된 1926년 '국가소유선박의 면제에 관한 특정규칙의 통일에 관한 국제협약'(브뤼셀협약)을 최초로 제한적 주권면제원칙을 국제적으로 인정한 경우로 드는 견해도 있다. 유형석, 국가면제의 제한에 관한 국제적 동향, 법학연구 제34집(2009. 5. 25.), 445면; Hazel Fox/Philippa Webb, The Law of State Immunity, 3rd ed., Oxford University Press(2013), pp.121~122에서는 유럽조약이 주권면제가 되지 않는 영역을 입법화함으로써 제한적 주권면제론의 발전에 영향을 주었는데, 특히 외국국가의 재산에 대한 강제집행에 있어서 비면제적(non-immune) 활동에 사용된 재산에 대하여는 강제조치를 할 수 있음을 규정함으로써 향후 미국과 영국의 입법과 UN국가면제협약에 영향을 미쳤을 뿐만 아니라, 비체약국에 대한 ICJ의 판결이나 스위스법원의 판결 등에서 유럽조약의 원칙이 명문화된 국제법으로서 영향을 미쳤다고 한다.

32) Article 20
1. A Contracting State shall give effect to a judgment given against it by a court of another Contracting State:
   a. if, in accordance with the provisions of Articles 1 to 13, the State could not claim immunity from jurisdiction; and
   b. if the judgment cannot or can no longer be set aside if obtained by default, or if it is not or is no longer subject to appeal or any other form of ordinary review or to annulment.

33) Andrew Dickinson/Rae Lindsay/James P. Loonam, State Immunity selected materials and commentary, Oxford University Press(2005), p.39

34) 유럽조약은 체약국이 다른 체약국의 법정에서 소를 제기하거나 소송에 참가하거나 반소를 제기한 경우(제1조), 체약국이 다른 체약국의 재판권에 복종한 경우(제2조), 재판권면제에 관한 이의없이 본안에 관하여 응소를 한 경우(제3조), 법정지국에서 이행되어야 한 계약에 합의한 경우(제4조). 법정지국에서의 노동관계로 인한 소송(제5조), 법정지국에 사무소를 갖거나 등록된 회사에 참여함으로 인한 소송(제6조), 산업적, 상업적, 금융적 활동과 관련한 분쟁(제7조), 법정지국에 출

선언하고 있다. 유럽조약 제23조[35]는 '다른 체약국의 영토 내에 있는 체약국의 재산에 대하여는, 그 특정한 사안에서 서면에 의한 명시적 동의가 없는 한 강제집행(measures of execution) 또는 보전조치(preventive measures)가 허용되지 않는다'고 규정하면서, 제26조[36]에서 '제23조의 규정에도 불구하고, 체약국이 사인과 동일한 방법으로(in the same manner as a private person) 관여한 산업적 또는 상업적 활동(an industrial or commercial activity)과 관련된 판결절차에서 체약국에 대하여 선고된 판결은, a) 법정지국과 피고인 국가가 제24조[37]의 선언을 하였거나, b) 판결이 제1조부터 제13조까지에 해당되는 재판에서 선고된 것이거나, 재판절차가 제24조 제1항과 제2항과 관련하여 개시된 것이면서, c) 그 판결이 제20조 제1항 b[38]의 조건을 만족시키는 것인 경우에는, 법정지국에서 전적으로 그와 같은 활동과 관련하여 사용된 재산에 대하여는 강제집행 할 수 있다'고 규정하고 있다.

요컨대 유럽조약 제26조는 법정지국에서 오직 산업적 또는 상업적 활동과 관련하여 사용되어지는 외국국가의 재산에 대하여, 그와 같은 활동과 관련이 있는 재판이 있었거나, 양 국가가 제24조의 선언을 한 경우에만 강제집행이 허용됨을 규

---

원되거나 등록된 특허, 디자인, 상표 등의 권리와 관련된 소송(제8조), 법정지국에 있는 부동산이나 상속재산(제9조, 10조), 법정지국에서 발생한 사람이나 사물에 대한 손해배상소송(제11조)에 대하여 주권면제를 주장할 수 없다고 규정하고 있다. 김석천, 앞의 글, 56면에서는 유럽협약은 판결절차에서의 주권면제에 관하여 '상업적 활동'을 포함하여 공권력행사, 즉 주권행위(acta jure imperii)와 무관한 사항과 관련되는 소송에서 관할권면제를 주장할 수 없도록 하였다고 평가하고 있다.

35) Article 23
No measures of execution or preventive measures against the property of a Contracting State may be taken in the territory of another Contracting State except where and to the extent that the State has expressly consented thereto in writing in any particular case.

36) Article 26
Notwithstanding the provisions of Article 23, a judgment rendered against a Contracting State in proceedings relating to an industrial or commercial activity, in which the State is engaged in the same manner as a private person, may be enforced in the State of the forum against property of the State against which judgment has been given, used exclusively in connection with such an activity, if:
a. both the State of the forum and the State against which the judgment has been given have made declarations under Article 24;
b. the proceedings which resulted in the judgment fell within Articles 1 to 13 or were instituted in accordance with paragraphs 1 and 2 of Article 24; and
c. the judgment satisfies the requirements laid down in paragraph 1.b of Article 20.

37) 유럽조약 제24조는 체약국은 제1조 내지 제13조까지에 해당되지 않는 사안에 있어서, 다른 체약국이 이 조약에 가입하지 않은 (제3의) 외국국가에 대하여 행사할 수 있는 범위에서 그 체약국에 대하여 재판권을 행사할 수 있다는 선언을 할 수 있다는 취지를 규정하고 있다.

38) 유럽조약 제20조 제1항 b는 '궐석판결이 취소될 수 없게 되었거나, 판결에 대하여 더이상 항소 또는 통상의 상소를 할 수 없거나 무효화할 수 없는 경우'이다.

정한 것이다.[39]

## 2. 미국

### 가. 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunity Act)

미국의 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunity Act)은 1976년에 제정되고 1977. 1. 1.부터 시행되었다.[40] 동법의 주요내용은 다음과 같다.

첫째, 주권면제의 대상으로서 외국국가(foreign state)를 규정하면서, 여기에는 (a) 주권국가만이 아니라 그 정치적 하부조직(political subdivision), (b)독립한 법인체(a separate legal person) 또는 회사(corporate)로서, 외국국가나 그 정치적 하부조직의 기관(organ)이거나, 외국국가나 그 정치적 하부조직이 과반수의 주식이나 지분권을 가지고 있는 그 대리기관 또는 대행기관(agency or instrumentality)도 포함하고 있다[제1603조(a),(b)].[41] 외국국가는 제1605조 내지 제1607조의 규정을 제외하고는

---

39) Andrew Dickinson/Rae Lindsay/James P. Loonam, op. cit., p.61; 유럽조약 제26조가 법정지국에 있는 외국국가의 재산에 대하여 강제집행을 허용하는 한, 종국적인 판결의 집행을 확보하기 위하여 보전적 조치(conservatory measures)도 허용될 수 있다고 한다.

40) 이 법의 제정배경과 경위에 대하여는 Born Rutledge, International Civil Litigation in United States Courts, 4th ed., Wolters Kluwer(2006), pp.206~222; William R. Dorsry, "Reflections on the Foreign Sovereign Immunities Act After Twenty Years", 「Jornal of Maritime Law and Commerce」, vol 28, No.2(1997.4.), p.261에서는 외국주권면제법의 제정목적은 (1) 소위 제한적 주권면제원칙을 조문화하는 것, (2) 제한적 주권면제원칙이 미국법정의 소송에서 적용되는 것을 명확하게 하고, 주권의 문제를 국무성의 손에서 가져와서 사법부의 손에 두려는 것, (3) 미국법률에서 처음으로, 관할을 얻을 목적으로 외국국가의 재산을 가압류하는 관행을 불필요하게 만들고, 외국국가에 대한 송달과 대인관할을 얻기 위한 절차법을 제공하는 것, (4) 외국국가에 대하여 집행을 위한 판결 후 가압류(post-judgement attachment in aid of execution)를 할 수 있도록 허용하는 것 등 이었다고 한다; 미국은 1952년 이전에는 절대적 주권면제론에 따라 외국국가에 대하여는 재판관할권이 없다고 했었는데, 1952년 Tate Letter 이후 제한적 주권면제론을 채택하기 시작하였고, 외국주권면제법이 제정되기 전까지 법원은 국무성의 견해에 따라 재판관할권의 행사 여부를 판단해왔다.

41) For purposes of this chapter
(a) A "foreign state", except as used in section 1608 of this title, includes a political subdivision of a foreign state or an agency or instrumentality of a foreign state as defined in subsection (b).
(b) An "agency or instrumentality of a foreign state" means any entity—
(1) which is a separate legal person, corporate or otherwise, and
(2) which is an organ of a foreign state or political subdivision thereof, or a majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof, and
(3) which is neither a citizen of a State of the United States as defined in section 1332 (c) and (e) of this title, nor created under the laws of any third country.
이에 대하여 高桑昭, 앞의 책, 197面에서는 정치적 하부조직은 주(州)나 지방공공단체 등을 말하고, 외부기관(대리기관 또는 대행기관)에는 외국국가 또는 그의 정치적 하부조직이 주식 또는 지

미국 법정의 재판권이 면제된다고 규정하면서(제1604조), 제1605조 내지 제1607조에서 재판권이 면제되지 않는 경우를 규정하고 있는데, 동법에 따라 재판권이 면제되지 않는 경우는 개략적으로 ① 외국국가 등이 주권면제를 포기한 경우, ② 외국국가가 한 상업적 활동(commercial activity)[42]과 관련한 소송, ③ 국제법을 위반하여 재산을 취득한 경우, ④ 상속 또는 증여된 재산 및 부동산에 관한 소송, ⑤ 불법행위에 기인한 소송 등이다(제1605조).[43]

둘째, 강제집행에 있어서 주권면제의 대상에 관하여 제1609조에서 '미국에 있는 외국국가의 재산에 대한 가압류, 억류 및 강제집행(attachment, arrest and execution)은 제1610조 및 제1611조를 제외하고는 면제된다고 규정하고, 제1610조(a)에서'미국에 있는 외국국가의 재산이 미국 내에서 상업적 활동에 사용되는 경우에는 일정한 사정이 있을 때 연방법원 또는 주법원 판결의 집행을 위한 가압류(attachment in aid of execution) 또는 그에 기초한 강제집행으로부터 면제되지 않는다'고 규정하면서,[44] 그 일정한 사정으로서 '(1) 외국국가가 집행을 위한 가압류,

---

분의 과반수를 가지는 법인으로서 공법인, 공기업, 중앙은행 등도 포함될 수 있다고 한다.

42) 제1603조(d)에서 상업적 활동에 대하여 아래와 같이 정의하고 있다.

(d) A "commercial activity" means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose.

(e) A "commercial activity carried on in the United States by a foreign state" means commercial activity carried on by such state and having substantial contact with the United States.

43) 이에 관하여 자세히는 Hazel Fox/Philippa Webb, op cit. pp.259~278; Andrew Dickinson/Rae Lindsay/James P. Loonam, op cit. pp.229~288; 위 책 243~244면에 의하면 주권면제를 주장하는 자가 제1603조에 해당됨을 주장하면, 반대 당사자가 제1605조의 주권면제의 예외사유에 관한 주장을 해야 하는 부담을 안게 되고, 그 다음에는 주권면제를 주장하는 자가 다시 예외사유가 적용될 수 없다는 것을 주장하여야 한다고 하면서, 이러한 과정을 통하여 결국은 주권면제를 주장하는 자가 종국적인 설득의 부담을 지게 된다고 한다.

44) (a) The property in the United States of a foreign state, as defined in section 1603 (a) of this chapter, used for a commercial activity in the United States, shall not be immune from attachment in aid of execution, or from execution, upon a judgment entered by a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if—

(1) the foreign state has waived its immunity from attachment in aid of execution or from execution either explicitly or by implication, notwithstanding any withdrawal of the waiver the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver, or

(2) the property is or was used for the commercial activity upon which the claim is based, or

(3) the execution relates to a judgment establishing rights in property which has been taken in violation of international law or which has been exchanged for property taken in violation of international law, or

강제집행으로부터의 면제를 명시적 또는 묵시적으로 포기한 경우, (2) 그 재산이 청구의 기초가 된 상업적 활동에 사용되고 있거나 사용된 경우, (3) 국제법에 위배하여 취득되었거나 국제법을 위반하여 취득한 재산과 교환하여 취득한 재산에 대하여 권리를 확정하는 판결과 관련한 집행의 경우, (4) 상속 또는 증여에 의하여 취득된 재산과 외교적 또는 영사적 임무를 위하여 사용되거나 그 임무의 수장의 거주를 위하여 사용되는 것이 아닌 부동산에 대하여 권리를 설정하는 판결에 관련한 집행의 경우, (5) 재산이 계약적 의무를 구성하거나, 자동차보험, 다른 책임 또는 상해보험에 의하여 외국국가나 그 고용인을 면제시켜야 하는 계약적 의무의 결과를 구성하는 경우,[45] (6) 판결이 외국국가에 대한 중재판정을 확정하는 명령에 기초하고, 강제집행을 위한 가압류 또는 강제집행이 중재조항과 모순되지 않는 경우, (7) 판결이 제1605조A 또는 제1605조(a)(7)에 의하여 주권면제가 되지 않은 청구에 관련된 경우(이 경우에는 그 재산이 그 청구의 기초가 된 상업적 활동에 관한 것인지는 무관하다)'를 규정하고 있다.[46]

---

(4) the execution relates to a judgment establishing rights in property—
  (A) which is acquired by succession or gift, or
  (B) which is immovable and situated in the United States: Provided, That such property is not used for purposes of maintaining a diplomatic or consular mission or the residence of the Chief of such mission, or
(5) the property consists of any contractual obligation or any proceeds from such a contractual obligation to indemnify or hold harmless the foreign state or its employees under a policy of automobile or other liability or casualty insurance covering the claim which merged into the judgment, or
(6) the judgment is based on an order confirming an arbitral award rendered against the foreign state, provided that attachment in aid of execution, or execution, would not be inconsistent with any provision in the arbitral agreement, or
(7) the judgment relates to a claim for which the foreign state is not immune under section 1605A orsection 1605 (a)(7) (as such section was in effect on January 27, 2008), regardless of whether the property is or was involved with the act upon which the claim is based.

45) Andrew Dickinson/Rae Lindsay/James P. Loonam, op. cit. p.316에 의하면 이 조항은 외국국가나 그 고용인 등이 운전하는 차량으로 사고로 상해를 입은 개인의 피해회복을 돕기 위한 것이라고 하는바, 외국국가 등이 보험계약 등에 의하여 가지는 보험금청구권 등이 이에 해당될 것으로 생각된다.

46) 또, 외국국가의 대리기관 또는 대행기관의 재산에 대한 집행과 관련하여 제1610조(b)는 '외국국가의 대리기관 또는 대행기관의 상업적 활동에 관여된 것으로서 미국 내에 있는 재산은, (1) 권리포기조항에 따르는 경우를 제외하고, 외국국가가 권리포기의 철회를 주장할 수 있음에도 불구하고 강제집행을 위한 가압류, 강제집행으로부터의 면제를 명시적으로 또는 묵시적으로 포기한 경우, (2) 판결이 제1605조 (a)(2),(3),(5) 또는 제1605조(b)에 주권면제가 되지 않은 경우에는 그 재산이 청구의 기초가 된 상업적 활동을 위하여 사용되고 있는지 또는 사용되고 있었는지에 상관없이, (3) 판결이 제1605A또는 제1605조(a)(7)에 기한 주권면제가 되지 않은 청구에 관련된 경우에는 재산이 그 청구의 기초가 된 상업활동에 사용되고 있는지, 사용되었는지에 상관없이, 연

셋째, 강제집행의 절차에 관하여 제1610조(c)는 같은 조 (a)(b)에서 규정하고 있는 가압류나 강제집행은 판결의 등록과 제1608조(e)[47]에서 요구되는 통지 후 법원이 합리적인 기간이 경과했다는 결정을 한 후에 가압류나 강제집행을 명령하기까지는 허용되지 않는다고 규정하고 있다.[48]

넷째, 보전처분에 관하여 제1610조(d)는 미국 내에서 상업적 활동에 사용되는 외국국가의 재산에 대하여 판결 전의 가압류나 제1610조(c)의 기간이 경과하기 전의 가압류는 외국국가가 명시적으로 이러한 집행에 대한 면제를 포기하였고, 가압류의 목적이 판결의 만족을 보장하려는 것이지 관할을 얻으려는 것이 아닌 경우에만 할 수 있다고 규정하고 있다.[49]

---

방법원 또는 주법원의 판결의 집행을 위한 가압류 또는 그에 기초한 강제집행으로부터 면제되지 않는다'고 규정하고 있다.

(b) In addition to subsection (a), any property in the United States of an agency or instrumentality of a foreign state engaged in commercial activity in the United States shall not be immune from attachment in aid of execution, or from execution, upon a judgment entered by a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if (1) the agency or instrumentality has waived its immunity from attachment in aid of execution or from execution either explicitly or implicitly, notwithstanding any withdrawal of the waiver the agency or instrumentality may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver, or

(2) the judgment relates to a claim for which the agency or instrumentality is not immune by virtue of section 1605 (a)(2), (3), or (5) or 1605 (b) of this chapter, regardless of whether the property is or was involved in the act upon which the claim is based, or

(3) the judgment relates to a claim for which the agency or instrumentality is not immune by virtue of section 1605A of this chapter or section 1605 (a)(7) of this chapter (as such section was in effect on January 27, 2008), regardless of whether the property is or was involved in the act upon which the claim is based.

47) 제1608조(e)는 '청구인이 자신의 청구 또는 구제받을 권리를 증거에 의하여 법원을 만족시키지 못하는 경우에는 외국국가, 그 정치적 하부조직, 외국국가의 대리기관 또는 대행기관에 대한 궐석판결은 선고되어서는 아니된다. 궐석판결의 사본은 이 조에서 정하는 송달의 방식에 따라 외국국가 또는 그 정치적 하부조직에 송달되어야 한다'고 규정하고 있다.

48) (c) No attachment or execution referred to in subsections (a) and (b) of this section shall be permitted until the court has ordered such attachment and execution after having determined that a reasonable period of time has elapsed following the entry of judgment and the giving of any notice required under section 1608 (e) of this chapter.

49) (d) The property of a foreign state, as defined in section 1603(a) of this chapter, used for a commercial activity in the United States, shall not be immune from attachment prior to the entry of judgment in any action brought in a court of the United States or of a State, or prior to the elapse of the period of time provided in subsection(c) of this section, if

(1) the foreign state has explicitly waived its immunity from attachment prior to judgment, notwithstanding any withdrawal of the waiver the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver, and

(2) the purpose of the attachment is to secure satisfaction of a judgment that has been or may ultimately be entered against the foreign state, and not to obtain jurisdiction.

다섯째, 강제집행으로부터 면제되는 특수한 외국국가의 재산에 관하여 제1611조(b)은'제1610조의 규정에도 불구하고, (1) 외국국가의 중앙은행 또는 통화당국(monetary authority) 또는 그 기관의 모국 정부가 강제집행을 위한 가압류, 강제집행으로부터의 면제를 명시적으로 포기하지 않은 경우로서, 재산이 위의 은행 또는 통화당국의 계정으로 된 재산인 경우, (2) 재산이 군사활동과 관련하여 사용되거나 사용될 예정인 경우로서 그 재산이 군사적 성격을 갖거나 그 재산이 군사당국 또는 방위당국의 통제 하에 있는 경우의 외국국가의 재산은 가압류 및 강제집행으로부터 면제된다'고 규정하고 있다.[50]

### 나. 판결례[51]

외국국가의 재산에 대한 집행과 관련된 주요 미국 연방법원[52] 판결례를 소개하면 다음과 같다: ① 미국회사(Delaware corporation)가 나이지리아국과 그 중앙은행을 상대로 140만불의 손해(약정에 따른 시멘트 잔대금과 체선료)에 관하여 소를 제기하면서 피고 측의 재산을 가압류하였고, 피고 측은 주권면제를 이유로 가압류의 취소를 구했으나, 법원은 계약서가 나이지리아 국방부에 의해서 그 정부를 대표하여 서명된 사실만으로는 피고들에게 주권면제를 부여할 수 없다는 이유로 피고 측의 이의를 기각하였다.[53] ② 이란국에서 영업을 하던 보험회사들이 이란국이 보험산업에 대한 국유화조치를 하면서 적절한 보상을 하지 않은 것이 미국과 이란국 사이의 조약·국제법 등을 위반하였다고 주장하면서 약식재판(summary

---

50) (b) Notwithstanding the provisions of section 1610 of this chapter, the property of a foreign state shall be immune from attachment and from execution, if—
(1) the property is that of a foreign central bank or monetary authority held for its own account, unless such bank or authority, or its parent foreign government, has explicitly waived its immunity from attachment in aid of execution, or from execution, notwithstanding any withdrawal of the waiver which the bank, authority or government may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver; or
(2) the property is, or is intended to be, used in connection with a military activity and
(A) is of a military character, or
(B) is under the control of a military authority or defense agency.

51) 외국주권면제법 시행 전의 주권면제에 관한 주요 판결례 및 1952년 Tate Letter의 전문에 대하여는 Born Rutledge, op. cit. pp.224~229

52) U.S.C. 제1330조는 제1603조(a)에 규정된 외국국가를 상대로 한 민사사건에 대하여는 연방지방법원이 관할하도록 규정하고 있고, 제1391조(f)는 그 민사사건의 재판적(Venue)에 관하여 규정하고 있으며, 제1441조는 그 민사소송이 주법원에 제기된 경우에는 연방지방법원에 이송될 수 있음을 규정하고 있다

53) National American Coporation v. Federal Republic of Nigeria and Central Bank of Nigeria [United States District Court, Southern District of New York 1976. 10. 13.판결 420F.Supp.954(1976)]

judgement)을 청구한 사안에서, 법원은 이란국이 조약에서 주권면제를 포기하였으므로 주권면제원칙이 약식재판을 하는 것을 방해하지 않는다고 하여, 가처분(preliminary injunction)으로써 이란국 등에 대하여 미국에 있거나, 미국의 재판권에 복종하여야 하는 자의 소유 또는 관리 하에 있는 현금, 예금, 증권, 동산, 부동산 등 어떤 재산이라도 명의나 소유권의 이전, 출금, 미국영토로부터의 반출, 은닉을 위한 조치를 금지한다는 명령을 하였다.[54] ③ 원고가 피고인 탄자니아국과 뉴올리언즈에서 탄자니아까지 옥수수를 운반하기로 하는 계약을 체결하면서 분쟁은 중재로 해결하기로 중재합의를 하고 이에 기초하여 중재판정을 받은 후, 뉴욕주법원에 중재판정에 대한 승인 및 집행판결을 신청하여 피고가 출석하지 않은 상태에서 피고는 원고에게 89,168.56불을 지급하라는 내용의 중재판정에 대한 승인 및 집행판결을 받은 다음, 미국 소재 은행(American Security Bank)의 피고 계좌에 대한 추심명령을 받은 사안에 대하여, 피고는 위 계좌는 상업적 활동에 사용되는 것이 아니어서 외국주권면제법에 의하여 집행이 면제된다고 주장하면서 이의를 하였는데, 원고는 위 법 제1610조(a)(1)에 의해서 주권면제에서 제외된다고 주장하였고, 법원은 계약내용 중 중재합의와 그 집행에 관한 합의가 집행에 대한 주권면제를 포기한 것으로 볼 수 있다고 하면서, 위 계좌의 예금이 대사관과 그 구성원을 유지할 목적으로 사용되어지는 것이라는 피고의 주장을 받아들이지 않고, 대사관에 필요한 인력을 고용하는 것은 상업적 활동범위에 속하고, 은행계좌의 예금이 순전히 상업적 목적으로만 사용되는 것이 아닌 경우에도 강제집행의 대상이 된다고 하여 피고의 이의를 기각하였다.[55] ④ 채권자는 콩고국에 대한 650만 달러의 대여금채권에 기하여 궐석판결을 선고받은 다음, 텍사스 석유회사들의 콩고국에 대한 채굴료(royalty) 및 세금(tax) 채무(obligations)에 대하여 추심명령(writ of garnishment)을 받고 콩고국과 석유회사들을 상대로 소송을 제기하였는데, 콩고국이 외국주권면제법을 이유로 이의를 하자 연방지방법원이 추심명령을 취소하고 원고의 청구를 기각한 사안에서, 연방항소법원[56]은 '외국주권면제법 제1610조(a)에 규정된 외국국가의 재산이 "상업적 활동에 사용되는 경우"는 외국국가의 재산이 상업적 활동과 관

54) American International Group, Inc. v. Islamic Republic of Iran [United States District Court, District of Columbia 1980. 7. 10. 판결 493F.Supp.522(1980)]

55) Birth Shipping Co. v. The Embassy of the United Republic of Tanzania [United States District Court, District of Columbia 1980. 11. 18. 판결 507F.Supp.311(1980)

56) Connecticut Bank of Commerce v. Repubilc of Congo 등[United States Court of Appeals, Fifth Circuit. 2002. 7. 17. 판결 309 F.3d 240(2002)]

련이 있는(integral to/ related to/ in connection with) 것으로는 부족하고, 그 재산을 상업적 활동의 사용에 제공하거나(to put the property in the service of commercial activity), 그 재산을 수단으로 상업적 활동을 수행하는 것(to carry out the activity by means of the property)을 의미한다'고 하면서 이에 관한 심리를 위하여 제1심 판결을 취소하고 사건을 연방지방법원으로 환송하였다. 환송 후 연방지방법원[57]은 위 채굴료 및 세금 채무에 대하여는 집행이 면제된다고 판결하였고, 이에 원고가 항소하자, 연방항소법원은 '위 채무의 절반 이상이 24년 동안 상업적 채무의 변제에 사용되었고, 콩고국이 다시 동일한 사용방법을 고려하고 있는 사정을 고려할 때, 위 채무는 위 법 제1610조(a)의 상업적 활동을 위하여 사용되고 있다고 할 수 있고, 채무의 소재지는 채무자의 소재지라는 법원의 오랜 견해에 따를 때 위 채무의 소재지는 미국이므로 위 채무는 위 법 제1610조(a)의 요건을 갖추었다'고 하여 원고 승소 취지로 연방지방법원의 판결을 변경하였다.

### 3. 영국

#### 가. 국가면제법(State Immunity Act)

영국의 국가면제법(State Immunity Act 1978)[58]은 1978년에 제정되었다.[59] 동법 제2조 내지 제11조는 상업적 활동을 포함하여 공권력행사(주권행위)와 무관한 사항이 문제되는 소송에 대하여는 영국 법원이 관할권을 행사하도록 규정하면서, 그 조건으로 영토 관련성을 요구하고 있다. 즉, 상업적 활동과 관련된 소송에서 그 활동이 영국 내에서 이루어졌을 것을 요구하는 한편, 손해배상과 관련된 소송에서도 손해가 영국의 영토 내에서 발생하였을 것을 요구하고 있다.[60]

---

57) AF-CAP Inc. v. Repubilc of Congo 등 [United States Court of Appeals, Fifth Circuit. 2004. 9. 17. 판결 383 F.3d 361(2004)]

58) 전문은 http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33에서 확인할 수 있다(최종접속일: 2015. 3. 2).

59) 제정경위, 유럽조약과 관계 등에 관해서는 Hazel Fox/Philippa Webb, op. cit. p.165 이하; Andrew Dickinson/Rae Lindsay/James P. Loonam, op. cit. p.329 이하

60) 외국국가가 영국의 재판권에 복종한 경우(제2조; Submission to jurisdiction), 외국국가가 상업적 거래에 관여한 경우나 외국국가의 계약상 채무가 영국에서 이행되어야 할 경우(제3조), 외국국가와 사인간의 근로계약이 영국에서 체결되거나 영국에서 근로가 제공되어야 하는 경우(제4조), 영국에의 행위 또는 부작위(omission)에 의해 야기된 사망 또는 상해, 유형재산의 손상 또는 손실에 대한 소송(제5조), 영국에 있는 부동산의 소유 또는 사용에 관하여 외국국가가 이해관계가 있는 경우, 외국국가가 상속, 증여 또는 무주물 등의 관계로부터 동산 또는 부동산에 대하여 이행관계를 가지는 경우(제6조), 외국국가의 특허, 상표, 디자인이나 식물종자에 관한 권리로서 영국에서 등록되거나 보호되어야 하는 것에 관한 소송(제7조), 외국국가가 관여하는 법인, 비법인 사단, 조합 등에 관한 소송(제8조), 외국국가가 서면에 의하여 분쟁을 중재에 의해서 해결하기로 한 경우 그 중재와 관련된 소송(제9조) 상업적 목적에 사용되는 선박에 관한 소송(제10조), 부가

우선, 동법이 규정하고 있는 주권면제의 물적범위를 살펴보면, '외국국가의 재산은 판결이나 중재판정 등의 집행을 위한 절차에서 억류(arrest), 구금(detention) 또는 경매(sale)의 대상이 되지 않는다'고 규정함으로써[제13조 (2)항 (b)] 외국국가의 재산에 대하여는 원칙적으로 강제집행이 면제됨을 선언하고 있다. 그러나 외국국가의 서면에 의한 동의가 있거나[제13조 (3)항], 그 재산이 상업적 목적에 사용되거나 사용될 것이 예정된 경우[61]에는 위 규정에 해당되지 않고[제13조 (4)항], 영국에서 외교적 업무를 수행하는 외국국가의 수장은 그 국가를 대표하여 위의 동의를 하거나, 재산의 목적에 관한 증명서를 제출할 권한을 갖는다. 즉, 그 수장이 그 재산이 상업적 목적에 사용되거나 사용될 예정이 없다고 작성한 증명서는 반대사실이 증명되지 않는 한, 충분한 증거로서 받아들여질 수 있다[제13조 (5)항][62]

---

가치세, 관세 등과 관련된 소송(제11조)에서는 주권이 면제되지 않는다; 이에 관하여 자세히는 Hazel Fox/Philippa Webb, op. cit. pp.185~208; Andrew Dickinson/Rae Lindsay/James P. Loonam, op. cit. pp.346~383; 같은 책 p.344에 의하면 주권면제의 예외에 해당된다는 증거제출책임이 외국국가가 아닌 당사자, 대부분의 경우에 원고에게 있다고 한다.

61) Hazel Fox/Philippa Webb, op. cit. pp.212~213; Andrew Dickinson/Rae Lindsay/James P. Loonam, op. cit. p.395면에 의하면 외국국가의 재산이 상업적 목적에 사용되고 있다는 것에 대한 증명책임은 채권자, 압류신청자가 진다고 한다.

62) 13 Other procedural privileges.

(1) No penalty by way of committal or fine shall be imposed in respect of any failure or refusal by or on behalf of a State to disclose or produce any document or other information for the purposes of proceedings to which it is a party.

(2) Subject to subsections (3) and (4) below

(a) relief shall not be given against a State by way of injunction or order for specific performance or for the recovery of land or other property; and

(b) the property of a State shall not be subject to any process for the enforcement of a judgment or arbitration award or, in an action in rem, for its arrest, detention or sale.

(3) Subsection (2) above does not prevent the giving of any relief or the issue of any process with the written consent of the State concerned; and any such consent (which may be contained in a prior agreement) may be expressed so as to apply to a limited extent or generally; but a provision merely submitting to the jurisdiction of the courts is not to be regarded as a consent for the purposes of this subsection.

(4) Subsection (2)(b) above does not prevent the issue of any process in respect of property which is for the time being in use or intended for use for commercial purposes; but, in a case not falling within section 10 above, this subsection applies to property of a State party to the European Convention on State Immunity only if

(a) the process is for enforcing a judgment which is final within the meaning of section 18(1)(b) below and the State has made a declaration under Article 24 of the Convention; or

(b) the process is for enforcing an arbitration award.

(5) The head of a State's diplomatic mission in the United Kingdom, or the person for the time being performing his functions, shall be deemed to have authority to give on behalf of the State any such consent as is mentioned in subsection (3) above and, for the purposes of subsection (4) above, his certificate to the effect that any property is not in use or intended

다음으로, 동법은 주권면제의 인적범위로서 외국국가와 그 정부, 정부의 부서(department)를 주권면제의 대상으로 규정하면서, 외국국가의 행정기관과는 다르게 독립된 기관(seperate entity)으로서 소송을 제기할 수 있고 소송을 제기당할 수 있는 경우에는 주권면제가 적용되지 않는다고 규정하고 있다[제14조 (1)항)]. 그러나 독립된 기관이 주권행위를 실행하는 것과 관련된 소송에서 외국국가이었으면 면제가 되었을 사안에 있어서는 영국 법원의 재판권으로부터 면제를 받을 수 있고[제14조 (2)항], 그러한 독립된 기관이 위와 같이 주권행위를 실행함으로써 면제를 받을 수 있는 소송에서 재판권에 복종한 경우에는 위 제13조 (1)항 내지 (4)항과 관련하여 외국국가와 동일하게 취급되는데[제14조 (3)항], 중앙은행 기타 통화당국의 재산은 제13조 (4)항에서 규정한 상업적 목적을 위하여 사용되고 있거나 사용될 예정인 것으로 간주되지 않는다[제14조 (4)항].[63]

### 나. 판결례

영국 대법원[64]은 원고가 콜롬비아국의 은행예금채권에 대하여 추심명령을 받은

---

for use by or on behalf of the State for commercial purposes shall be accepted as sufficient evidence of that fact unless the contrary is proved.

63) 14 States entitled to immunities and privileges.

(1) The immunities and privileges conferred by this Part of this Act apply to any foreign or commonwealth State other than the United Kingdom; and references to a State include references to
  (a) the sovereign or other head of that State in his public capacity;
  (b) the government of that State; and
  (c) any department of that government, but not to any entity (hereafter referred to as a "separate entity") which is distinct from the executive organs of the government of the State and capable of suing or being sued.

(2) A separate entity is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom if, and only if
  (a) the proceedings relate to anything done by it in the exercise of sovereign authority; and
  (b) the circumstances are such that a State (or, in the case of proceedings to which section 10 above applies, a State which is not a party to the Brussels Convention) would have been so immune.

(3) If a separate entity (not being a State's central bank or other monetary authority) submits to the jurisdiction in respect of proceedings in the case of which it is entitled to immunity by virtue of subsection (2) above, subsections (1) to (4) of section 13 above shall apply to it in respect of those proceedings as if references to a State were references to that entity.

(4) Property of a State's central bank or other monetary authority shall not be regarded for the purposes of subsection (4) of section 13 above as in use or intended for use for commercial purposes; and where any such bank or authority is a separate entity subsections (1) to (3) of that section shall apply to it as if references to a State were references to the bank or authority.

64) Alcom Ltd. v. Republic of Colombia, [1984]2 All ER 6, [1984] AC 580, [1984] 2 WLR 750, HL,

사안에서 콜롬비아국 명의의 계좌로서 런던에 있는 콜롬비아국 대사관을 유지하는 데에 사용되는 계좌의 예금채권에 대한 압류가 가능한지에 관하여, 국가면제법 제13조 (4)항, 제17조 (1)항[65]의 상업적 목적에 사용된다는 의미는 전체 계좌가 상업적 목적에 사용되고 있거나 사용될 의도이었던 것을 말하고 그에 대한 증거제출책임은 채권자에게 있다고 하면서, 계좌의 예금이 외국국가에 의해서 순전히 상업적 거래에서 발생한 채무를 위하여 지출되는 것이라는 사실이 증명되지 않는 한 그것은 국가면제법 13조 (4)항에 해당되지 않는다고 하였다.[66]

### 4. 독일

#### 가. 개관

독일 법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz; GVG) 제18조와 제19조는 국제협약에 따른 외교관과 영사 등에 대한 재판권면제를 규정하고, 제20조 제1항은 직무상 독일을 방문한 외국국가의 원수, 그 수행원 등에 대한 재판권면제를 규정하면서, 위의 경우 이외에도 '국제법의 일반적인 규정에 따르거나, 국제법적 합의에 근거하여, 또는 기타 법률의 규정에 의하여 독일의 재판권으로부터 면제되는 경우에는 독일의 재판권이 미치지 않는다'고 규정하고 있다(같은 조 제2항). 그러나 독일은 미국이나 영국처럼 외국국가에 대한 주권면제를 독립적으로 규율하는 단행법전을 가지고 있지 않다. 한편 독일연방기본법 제25조는 '국제법의 일반규정은 독일법의 구성부분이 된다'고 규정하고, 제100조 제2항은 '법률분쟁에 있어서 국제법의 규정이 독일법의 구성부분인지, 그것이 개인의 특정한 권리와 의무를 발생시키는지에 관하여 의문이 있는 경우에 법원은 연방헌법재판소의 판결을 받아야 한다'고 규정하고 있다. 이에 따라 독일에서의 판결절차 또는 강제집행절차에서 외국국가의 주권면제의 문제는 외국국가에 대하여 재판권을 면제하는 국제법의 일반규정에 관한 사항으로서, 연방헌법재판소의 판결을 중심으로 그 법리가 전개되고 발전되어 왔다.

---

reversing [1984] 1 All ER 1, [1983] 3 WLR 906, [1984] 1 Lloy's Rep.368, CA

65) 국가면제법 제17조 (1)항은 '상업적 목적'이란 제3조 (3)항에서 언급된 거래나 활동의 목적을 의미한다고 규정하고 있고, 제3조 제3항은 상업적 거래란 (a)재화나 서비스의 공급을 위한 계약, (b)대출이나 금융을 위한 다른 거래, 보증 또는 그런 거래나 다른 금융적 의무의 면제, (c)국가가 주권적 권위의 행사와는 다른 방법으로 참여하거나 종사하는 거래나 상업적, 산업적, 금융적, 직업적 또는 그와 유사한 성격의 활동을 의미한다고 규정하고 있다.

66) James Crawford, Decisions of British Courts during 1984 involving Questions of Public or Private International Law, British Yearbook of International Law(1984), pp.340~343. 이 글에서는 위 대법원판결에 의해서 외국국가의 재산 중에서 채권에 대한 압류가 더욱 어렵게 되었고, 마찬가지로 채권에 대한 압류가 다른 재산에 대한 것보다 쉽게 면제될 수 있게 되었다고 한다.

독일 연방헌법재판소는 판결절차와 관련하여 1962. 10. 30. 판결[67]에서 '외국국가를 피고로 하는 소송에서 국내재판권이 전적으로 배제된다고 하는 국제법의 원칙은 독일연방법의 구성부분이 아니다'라고 선언한 후, 1963. 2. 13. 판결[68]에서는 외국국가의 고권적 행위에 대하여만 재판권이 면제된다는 것이 국제관습법임을 확인하면서, 어떤 행위가 고권적 행위인지 사법적 행위인지는 법정지국 법원의 판단에 의한다고 하였다.[69]

### 나. 판결례

외국국가의 재산에 대한 강제집행과 관련한 독일 연방헌법재판소와 연방대법원의 결정례 중 주요한 것으로는 다음과 같은 것들이 있다.

① 필리핀 대사관 은행계좌 사건(연방헌법재판소 1977. 12. 13. 판결)[70]

채권자는 1966년에 필리핀국과 사이에 체결한 주독 대사관건물에 관한 임대차계약에 따라 임료청구소송에서 궐석재판에 의하여 승소판결(95,231.86DM+이자)을 받고, 그에 기초하여 본(Bonn) 구법원(AG)에 필리핀국이 D은행에 대하여 가지는 예금채권에 관하여 채권압류 및 전부명령을 받았다. 그러자 필리핀국은 채권압류 및 전부명령에 대하여 이의를 제기하면서 위 계좌의 예금채권에 대하여는 독일의 재판권이 행사될 수 없다고 다투었고, 본 구법원은 독일 기본법 규정에 따라 절차를 정지하고 연방헌법재판소에 의견을 구하였다.

이에 연방헌법재판소는 '외국국가의 비고권적인(nicht-hoheitliches) 행위와 관련한 외국국가에 대한 집행권원에 기초한, 집행국가의 영토 내에 있는 그 국가의 물건(Gegenstände)에 대한 강제집행은, 그 물건이 강제집행조치의 개시시점에 그 외국국가의 고권적(hoheitliches) 목적에 기여하고 있는 한은, 그 외국국가의 동의 없이는 허용되지 않는다. 외국국가의 대사관이 가지는 일반적인 은행계좌의 예금청

---

67) NJW 1963, 435

68) NJW 1963, 1732

69) Rolf A. Schütze, Deutsches Internationales Zivilprozessrecht unter Einschluss des Europäischen Zivilprozessrechts 2. Aufl., De Gruyter Recht · Berlin(2005), S.47에 의하면, 독일 판결례에서 고권적 행위로 본 것으로는 종교단체의 활동에 관한 런던경찰국 지도자의 보도행위와 독일범죄국에 대한 결과의 보고행위, 고권적 영역의 업무를 직접 담당하는 사람과의 근로관계에 대한 해고 등이 있고, 비고권적 행위로 본 것으로는 무기나 군수품의 구입, 관광청의 활동, 국철(Staatsbahn)을 통한 버스노선사업, 국가해운업, 라인강에서의 페리선의 이용관계, 설비업자와의 도급계약, 대사관의 매수와 계약무효를 원인으로 한 원상회복청구, 중앙은행을 통한 신용장의 양도, 중앙은행의 국채발행 등이다.

70) NJW 1978, 485; 대사관 은행계좌에 대한 압류에 관한 사건은 BGH 2005. 10. 4.결정(NJW-RR 2006, 425), BGH 2007. 7. 4.결정(NJW-RR 2007, 1498) 등이 있다.

구권은 그 계좌의 예금이 법정지국에 있고, 대사관의 업무와 비용을 위하여 사용될 것인 경우에는 법정지국의 강제집행의 대상이 되지 않는다'고 판단하였다.

② 이란국립석유회사 계좌사건(연방헌법재판소 1983. 4. 12. 판결)[71]

청구인 이란국립석유주식회사는 이란국 법에 의하여 설립되었고 이란석유법을 통하여 이란국의 석유와 지하가스에 대한 연구와 개발 등을 맡아 왔다. 동 회사는 사업을 위하여 독일의 은행에 계좌를 보유하고 있었는데, 다수의 영국회사와 미국회사가 지방법원의 가압류명령(Arrestbefehle)에 의하여 위 회사가 가지는 은행계좌의 예금채권에 대하여 가압류를 하자, 청구인이 헌법소원을 제기하였다.

연방헌법재판소는 '외국국가를 법정지국의 은행에서 권리능력 있는(rechtsfähig) 외국기업의 이름으로 운용되는 계좌의 소유자로 취급하도록 하는 국제법의 일반규정은 존재하지 않는다. 법정지국은 그 기업을 예금채권의 권리자로 간주하고 그 기업에 대한 비고권적 행위에 관한 집행권원에 기초하여 그 채권을 압류할 수 있다. 이것은 그 계좌의 예금이 기업의 자유처분에 맡겨져 있는지, 외국국가의 법에 의하여 외국국가의 중앙은행에 의한 계좌로 이체되도록 결정된 것인지 여부와는 관계가 없다'고 하고, 위 은행계좌의 예금이 어떤 다른 계좌(외국국가의 재정을 위하여 사용되기 위하여)로 이체되기로 결정되어 있기 때문에 외국국가의 고권적 목적에 기여하는 외국국가의 재산으로서 강제집행절차에서 면제되어야 한다는 청구인의 주장을 받아들이지 않았다.

③ 케냐 대사관 건물 사건(BGH 2003. 5. 28. 결정)[72]

채권자는 본(Bonn)에 있는 케냐대사관의 기록보관소에서 근무하였는데, 케냐국을 상대로 임금청구소송을 제기하여 궐석판결에 의하여 채무자는 채권자에게 66,000DM과 이자를 지급하라는 판결을 선고받은 후 위 확정판결을 집행권원으로 하여 케냐국 소유의 부동산에 대하여 강제경매신청을 하였고, 구법원은 강제경매개시결정을 하였다. 채무자가 이의를 하자, 구법원은 위 부동산이 강제경매 개시시점과 그 이후에도 외교적 목적에 사용되고 있다는 이유로 강제경매개시결정을 취소하면서 경매신청을 기각하였고, 이에 채권자가 항고하였으나 지방법원은 항고를 기각하였다. 채권자의 재항고에 대하여 연방대법원(BGH)은 '케냐의 대사관이 Bonn

71) NJW 1983, 2766
72) NJW-RR 2003, 1218

에서 Berlin으로 완전히 옮겨간 것이 아니어서 외교적 임무를 수행하는 사람들이 Bonn에 체류하는 동안 또는 케냐국의 대표단이 방문하는 동안 강제집행의 대상인 부동산을 숙소로 사용해 옴으로써 위 부동산이 강제경매개시 당시에 외교적 목적에 사용되었고, 위 부동산에 대한 강제집행의 적법성에 대한 검토는 케냐 대사의 진술서로서 충분하다'고 하여 재항고를 기각하였다.

④ 러시아 하우스 임료청구권 사건(BGH 2009. 10. 1. 결정)[73]

채권자는 1998. 7. 7. 러시아연방을 상대로 하여 스톡홀름 국제 중재재판소로부터 채무자는 채권자에게 2,350,000달러 및 그 이자를 지급하라는 중재판정을 받고, 그 중재판정에 대한 집행판결을 받은 다음, 채무자가 제3채무에 대하여 가지는 현재 및 장래의 임료채권에 관하여 압류 및 전부명령을 받았다. 그 압류 및 전부명령에는 채무자가 러시아연방, 러시아국, 러시아의 학문과 문화의 집(이하 '러시아 하우스'라 한다) 등으로 표기되어 있었다. 채무자의 이의에 대하여 구법원은 그 압류 및 전부명령을 취소하였고, 채권자의 즉시항고에 대하여 항고법원이 2008. 2. 21. 새로운 압류 및 전부명령을 하자, 채무자가 연방대법원에 재항고를 하였다.

이에 연방대법원은 '국제법의 일반규정에 의하면 외국국가에 대한 강제집행은, 그 강제집행처분의 개시시점에 그 재산이 외국국가의 고권적 목적에 기여하는 한은, 외국국가의 동의가 없이는 허용되지 않는다. 러시아 하우스는 러시아연방의 외무부에 의하여 국제적 학문과 문화의 협력을 위하여 설립된 러시아 센터의 외국대표부(ausländische Vertretung)로서 채무자의 문화적 시설이고, 그러한 고권적 재산(hoheitliche Vermögenswerte)은 집행면제에 포함되어야 한다. 국가적 행위의 핵심적 부분 이외에 기타의 고권적 행위도 일반적인 국가면제에 포함된다. 국가면제는 국가뿐만 아니라 국가의 고권적 행위를 행하는 하부조직도 적용이 된다. 러시아 하우스는 독일에서 러시아 문화를 장려하는 일을 수행하고 있고, 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 임료채권은 러시아 하우스의 문화적 시설을 운영하는 데에 사용된다'고 하여 채무자의 재항고를 받아들였다.

### 다. 독일의 학설

주권면제와 관련한 독일의 학설은 앞서 소개한 연방헌법재판소 판결 등에서 전개한 법리를 바탕으로 하고 있다고 볼 수 있는데, 학설상 일반적으로 지지되는 논

73) NJW 2010, 769; 위 결정은 연방헌법재판소 2011. 10. 12. 판결(NJW 2012, 293)에 의해 지지되었다.

의를 정리하여 소개하면 아래와 같다.

첫째, 재판권면제(주권면제)는 소송요건으로서 각 절차의 단계에서 직권으로 심리되어야 한다.[74] 재판권의 존재여부를 직권으로 심리하여야 한다고 해서 증거제출책임의 분배가 없다는 의미는 아니고, 피고가 독일의 재판권으로부터 면제된다는 것은 재판권 무제한 원칙(Grundsatz der unbeschränkten Gerichtsbarkeit)의 예외에 해당하므로 피고가 그에 대한 증거제출책임을 부담한다. 따라서 외국국가가 고권적 행위에 관한 것이라는 점에 대한 객관적인 증거제출책임을 진다. 재판권이 면제되는 경우에 소는 소송판결에 의하여 부적법 각하되고, 신청도 부적법 기각된다.[75] 판결절차의 재판권면제 여부는 행위의 목적이 아니라, 행위의 성질에 의하여 구분한다.[76]

둘째, 외국국가에 대한 집행권원에 기초하여 법정지국 내에 있는 외국국가의 재산에 대하여 강제집행을 할 경우, 그 재산이 집행개시 시점에 고권적 목적(hoheitlichen Zweck)에 기여하고 있는 한 허용되지 않는다. 즉, 외국국가의 재산에 대한 강제집행은 그 재산이 법정지국 내에 있고 고권적 목적에 기여하지 않는 경우에만 허용된다.[77] 집행권원이 외국국가에 대한 비고권적 행위(관리행위)에 관한 판결절차에 기초한 것이더라도, 고권적 목적에 기여하고 있는 재산에 대한 강제집행은 국제법상 허용하지 않는다. 즉, 외국국가의 군사용 기구(군함, 군용기, 탱크), 보급시설(군대를 유지하거나 군사작전을 수행하기 위한 도구들)이 이에 해당된다. 강제집행절차에서는 판결절차와는 달리 성질에 의한 객관적인 기준에 의하여 한계가 지워지는 것이 아니라 목적(Zweckbestimmung)에 따른다. 외교적 또는 영사적 업무를 수행하기 위한 건물이나 공간뿐만 아니라, 설비와 같은 동산, 자동차, 채권, 은행계좌의 예금 등에 대해서도 강제집행이 제한된다.[78] 다만, 외국국가의 고권적 목적에 사용되는 재산이 법정지국의 영토고권을 위반하여 들어온 경우에는 강제집행이 가능하다. 외국국가의 군함이 국제법에 위배되는 방법으로 집행국가의 영해

---

74) Geimer, Internationales Zivilprozessrecht 6.Aufl., Verlag Dr.Otto Schmidt Köln(2009), S.243; Abbo Junker, Internationales Zivilprozessrecht, Verlag C.H. Beck(2012), S.38; Schütze, a.a.O., S.54; Haimo Schack, a.a.O., S.77

75) Geimer, a.a.O., S.244; 증거제출책임에 대하여는 Nagel·Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht 7.Aufl., Verlag Dr.Otto Schmidt Köln(2013), S.45; Schütze, a.a.O., S.55; Haimo Schack, a.a.O., S.78 도 같은 견해이다.

76) Schack, a.a.O., S.72; Junker,a.a.O., S.50

77) Nagel·Gottwald, a.a.O., S.941

78) Geimer, a.a.O., S.269-271

에 들어온 경우에는 집행면제를 향유할 수 없다.[79] 은행계좌의 예금이 대사관의 업무를 위하여 또는 상업적 지출을 위하여 사용되는 경우에는 비고권적 목적에 사용되는 부분에 대하여는 강제집행이 가능하다.[80] 국가적 기업(staatliche Wirtschaftsunternehmen)의 소유인 부동산에 대한 강제집행도 가능하고, 외국국가의 국가은행(Staatsbanken)도 경제적 기업으로서 활동하는 한은 집행면제를 향유하지 못한다.[81]

셋째, 집행권원과 집행의 대상 사이에 관련성이 요구되지 않으므로 채권자는 비고권적 목적에 사용되는 외국국가의 전(全)재산에 대하여 강제집행을 할 수 있다.[82]

넷째, 강제집행의 방법을 제한하는 국제법은 존재하지 않는다. 외국국가가 독일의 재판권에 복종해야하는 경우는 강제집행절차에서 다른 채무자들과 동일하게 취급된다. 외국국가에 대하여 집행연기를 보장해주어야 할 국제법적 의무는 없다. 국제법은 외국국가에 대한 집행권원의 성립이후에 임의이행을 위한 기간(그 기간 동안 강제집행의 실행을 중지함)을 보장해줄 것을 명령하지 않는다.[83]

다섯째, 외국국가는 집행면제를 집행채무자로서 뿐만 아니라, 제3채무자로서도 주장할 수 있다. 집행채권자가 집행채무자의 외국국가에 대하여 채권을 압류한 경우에 그 집행채권자는 집행채무자의 외국국가에 대한 지위보다 우월한 지위를 요구할 수 없고, 제3채무자가 집행채권자에게 임의로 이행을 하지 않는 경우에는 외국국가를 상대로 한 이행청구소송을 제기할 수밖에 없다.[84]

여섯째, 국가기업의 예금채권에 대한 집행과 관련하여, 법정지국의 은행에서 법인격을 가진 국가기업(Staatsunternehmen)의 이름으로 개설된 은행계좌의 예금채권에 대한 소유자를 외국국가로 취급해야 한다는 국제법의 일반적인 규정은 없기 때문에, 법정지국은 그 기업을 예금채권자로 간주하고 그 기업에 대한 집행권원에 기하여 그 채권을 압류할 수 있다. 독일법에 의하면 은행계좌의 소유자나 처분권

---

79) Geimer, a.a.O., S.275

80) Geimer, a.a.O., S.272; Haimo Schack, a.a.O., S.73 f.에서는 상업적 활동에 지출되는 외국국가의 일반적인 은행계좌의 예금은 강제집행의 대상이 되지만, 통화정책을 위하여 법정지국에서 보유하는 외환은 다르게 취급된다고 한다. 고권적 목적과 사경제적 목적을 위한 혼합적 계좌에 대하여는 외국국가에게 고권적 목적의 침해에 관한 더 가중된 증명의 부담을 지워야한다고 한다.

81) Nagel·Gottwald, a.a.O., S.942

82) 이 점은 미국의 외국주권면제법 제1610조(a)(2)와 차이가 있다.

83) Geimer, a.a.O., S.274

84) Geimer, a.a.O., S.276

자에 관해서는 계좌의 명의가 결정적이고, 계좌가 특정인의 명의로 개설된 경우, 제3자를 그 계좌의 소유자로 취급해야하는 특별한 상황이 없다면, 그 개설자가 은행의 채권자이다.[85] 고권적 업무(화폐의 발행, 외국국가와의 금전거래에 대한 감시와 과세 등) 뿐만 아니라 경제적 교류에도 참여하고 있는 중앙은행(Zentralbanken)은, 후자의 경우에는 판결절차뿐만 아니라 강제집행절차에서도 주권면제를 주장할 수 없다. 다만 명시적으로 선언된 외환보유고에 한하여는 강제집행이 면제된다.[86]

일곱째, 판결절차에서의 주권면제의 포기는 강제집행절차에는 미치지 않는다.[87] 외국국가가 독일 민사소송법(Zivilprozessordnung; ZPO) 제794조 제1항 5호에 규정된 즉시 집행을 수락하는 집행증서를 작성한 경우에는 강제집행의 실행에 대한 주권면제를 포기한 것이다.[88]

끝으로, 이상과 같은 외국국가의 재산에 대한 강제집행에 관한 사항은 그에 대한 임시조치에도 동일하게 적용된다.[89]

### 5. UN국가면제협약

외국국가의 재판권면제에 관한 국제조약으로는 2004. 12. 2. 국제연합 총회에서 채택되고 2005. 1. 조약으로 서명에 개방된 국가 및 그 재산의 재판권 면제에 관한 국제연합조약(United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 이하 'UN국가면제협약'이라 한다)[90]이 있다.[91] UN국가면제협약은 30개국의 비준, 수락, 승인 또는 가입을 발효요건으로 하였는데, 2013. 6. 1. 현재 14개국만이 비준 등을 함으로써(28개국이 서명) 효력이 발생되지는 않았다.[92] 그

85) Geimer, a.a.O., S.280
86) Fn.85
87) Nagel·Gottwald, a.a.O., S.941
88) Geimer, a.a.O., S.285
89) Junker, a.a.O., S.50; Geimer, a.a.O., S.277
90) http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/4_1_2004.pdf에서 전문을 확인할 수 있다(최종접속일: 2015. 3. 2).
91) 제정경위 등에 관한 자세히는 Hazel Fox/Philippa Webb, op.cit., p.284 이하; UN국가면제협약의 제정경위와 내용 및 위 협약 가입의 의의 등에 관한 국내 문헌으로는 최태현, "UN국가면제협약의 채택과 가입의 필요성", 「법학논총」 25집 4호(2008. 12.), 한양대학교, 122면 이하, 위 글에서는 UN국가면제협약의 의의에 관하여, i)외국국가에 대한 민사재판권 면제 부인, ii)관습국제법의 불명확성 극복, iii)국제사회에서 법의 지배 및 국제거래에 있어서 법적 안정성 추구, iv)국제거래의 진작, v)구속력 있는 국가면제법의 통일 등을 들고 있다; UN국가면제협약은 1978년 UN총회의 보조기관인 국제법위원회(International Law Commission)에서 작업을 시작하여 1991년 초안이 완성되고, 그 후 13년간 UN총회 제6위원회의 실무작업반 등의 논의와 UN총회의 교섭 등을 통하여 채택되게 되었다.

규정 내용 중 강제집행과 관련한 중요한 특징은 다음과 같다.

첫째, UN국가면제협약은 주권면제의 향유주체로서의 국가를 "국가 그 자체 및 각종 정부기관, 주권행위(the exercise of sovereign authority)를 하는 연합국의 구성 부분, 국가의 정치적 하부기관, 주권행위를 하는 국가의 대리기관 또는 대행기관, 기타 법인, 국가의 대표기관"으로 규정하고[제2조 (b)항],[93] '국가와 그의 재산은 이 협약에 따라 다른 국가의 재판관할(the jurisdiction of the courts)로부터 면제된다'고 명시하였다(제5조). 다만 국가가 법정지국 법원에 관할이 있음을 국제적 협정에 의하여, 계약서에서, 특정 재판의 법정에서의 선언 또는 서면 교환에 의하여 명백히 동의한 경우(제7조), 그 국가가 재판절차를 개시하거나, 소송에 참가하는 경우 또는 본안과 관련하여 어떤 절차를 취한 경우에서는 재판권면제를 주장할 수 없고(제8조), 재판을 개시하거나 소송에 참가한 국가는 반소에 대하여, 반소를 제기한 국가는 본소에 관하여 재판권면제를 주장할 수 없다(제9조)고 규정하고, 제10조 내지 제17조에서 판결절차에서 국가가 재판권면제를 주장할 수 없는 경우를 열거하고 있다.[94]

둘째, UN국가면제협약은 강제집행과 관련하여서는 사전제한조치와 판결 후 사후적 제한조치의 요건을 구분하여 규정하고 있다. 즉, 국가의 재산에 대한 다른 나라 법정에서의 소송과 관련한 가압류 또는 억류(attachment or arrest) 등 사전제한

---

92) Hazel Fox/Philippa Webb, op. cit. p.2, 비준국가는 오스트리아, 프랑스, 이란, 이태리, 일본, 카자흐스탄, 레바논, 노르웨이, 포르투갈, 루마니아, 사우디아라비아, 스페인, 스웨덴, 스위스이다.

93) 김석현, 앞의 글, 59~60면에서는 UN국가면제협약에서 주권면제를 향유하는 주체에 관한 규정이 미국의 외국주권면제법과 상당히 유사하다고 평가한다.

94) 외국의 사인(a foreign natural or judicial person)과 상업적 거래를 한 경우(제10조), 법정지국의 영토상에서 전체적으로 또는 부분적으로 이행되어야 할 사인과의 고용계약과 관련된 소송(제11조), 외국국가에 귀속된 행위 또는 부작위(omission)에 의해서 야기된 사망, 상해, 유형재산에 대한 손괴・유실에 대한 금전적 배상에 관한 소송에서 그 외국국가의 행위나 부작위가 전체적 또는 부분적으로 법정지국의 영토 내에서 발생하고 그 행위의 주체가 그 행위의 발생당시에 법정지국의 영토에 있었던 경우(제12조), 법정지국에 소재하는 부동산에 관한 외국국가의 이해관계, 소유권, 사용관계로부터 발생하는 권리 또는 의무에 관한 소송, 동산 또는 부동산에 대한 상속, 증여, 무주물 귀속으로부터 발생하는 권리 또는 이해관계에 관한 소송, 신탁재산, 파산재산, 해산기업의 재산과 같은 재산관리에 있어서 국가의 권리 또는 이해관계에 관한 소송(제13조), 지적 또는 산업적 재산에 관한 소송(제14조), 법정지국 법에 의하여 설립되었거나 그 영토 내에 소재하고 있거나 그 영토 내에 주된 사무소를 두고 국가나 국제기구 이외의 참가자가 있는 회사 또는 집합체(collective body)에서 국가와 집합체와 다른 참가들 사이의 관계와 관련한 소송(제15조), 국가가 소유하거나 운영하는 선박이 비상업적 목적으로 사용되는 과정에서 그 운영과 관련하여 야기된 소송(제16조), 국가가 다른 나라의 자연인 또는 법인과 상업적 거래와 관련하여 중재를 하기로 서면으로 합의를 한 경우에 중재합의의 효력, 해석, 적용에 관련된 소송, 중재절차와 관련된 소송, 중재판정을 확정하거나 무효화하는 소송(제17조)에 대하여는 주권면제를 주장하지 못한다. 이에 관하여 자세히는 Hazel Fox/ Philippa Webb, op. cit. pp.413~478

조치는, 그 국가가 국제적 협약에 의하여, 중재합의 또는 서면계약에 의하여, 또는 법정에서의 선언 또는 당사자 사이의 분쟁 후에 서면교환에 의하여 명시적으로 동의하였거나, 그 국가가 그 소송의 대상이 된 분쟁의 해결을 위하여 책정해둔 것이 아니면 할 수 없다(제18조).[95] 국가의 재산에 대한 다른 나라의 법정에서의 소송과 관련한 가압류, 억류, 집행 등 사후적 제한조치는 위와 동일한 조건이 있는 경우[제19조 (a),(b)항]와 재산이 국가에 의하여 "비상업적 공무 목적(government non-commercial purpose) 이외의 용도"로 사용되거나 사용되도록 예정되어 있고, 그것이 법정지국 영토 내에 있으며, 그 재판의 상대방이 된 독립기관과 관련이 있는 경우에도 허용된다[제19조 (c)항].[96] UN국가면제협약은 재판절차에서 재판권행사에 대한 동의가 제18조 및 19조에서 규정하고 있는 제한조치에 대한 동의를 의미하는 것이 아니라는 것을 명시하고 있다(제20조).[97]

---

95) Article 18 State immunity from pre-judgment measures of constraint
No pre-judgment measures of constraint, such as attachment or arrest, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that:
(a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated:
(i) by international agreement;
(ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or
(iii) by a declaration before the court or by a written communication after a dispute between the parties has arisen; or
(b) the State has allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding.

96) Article 19 State immunity from post-judgment measures of constraint
No post-judgment measures of constraint, such as attachment, arrest or execution, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that:
(a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated:
(i) by international agreement;
(ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or
(iii) by a declaration before the court or by a written communication after a dispute between the parties has arisen; or
(b) the State has allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding; or
(c) it has been established that the property is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum, provided that post-judgment measures of constraint may only be taken against property that has a connection with the entity against which the proceeding was directed.
UN국가면제협약 제18조, 제19조에 관하여 자세히는 Hazel Fox/Philippa Webb, op. cit. pp.490~514, 이 책 p.504에 의하면 UN국가면제협약 제19조 (c)항의 "비상업적 공무목적"에는 교육적, 외교적 목적이 포함될 수 있다고 한다.

97) Article 20 Effect of consent to jurisdiction to measures of constraint
Where consent to the measures of constraint is required under articles 18 and 19, consent to

셋째, UN국가면제협약은 공공용(public use) 재산에 대하여는 강제집행을 할 수 없음을 명문화하고 있는데, 제19조의 비상업적 공무 목적 이외의 재산으로 간주될 수 없는 것으로서 특히, (a)은행계좌를 포함하여 재산이 국가의 외교업무수행이나 영사적 지위, 특수한 임무, 국제기구에 대한 임무, 국제기구나 국제적 회의에 파견된 역할을 수행하는 데에 사용되고 있거나 사용될 것이 예정된 재산인 경우, (b)군사적 성격의 재산이나 군사적 기능의 수행에 사용되거나 사용될 것이 예정된 재산, (c)국가의 중앙은행 또는 통화당국의 재산, (d)국가 문화유산의 일부분을 형성하거나 고문서의 부분으로서 판매되지 않고 판매되기로 예정되지도 않은 재산, (e)재산이 과학적, 문화적, 역사적 성격의 전시품으로서 판매되지도 않고 판매될 예정도 없는 경우를 규정하고 있다(제21조).[98]

## 6. 일본

전통적으로 일본은 판결절차에서의 주권면제와 관련하여 大審院 1928(昭和 3). 12. 28.결정 이래 절대적 주권면제론의 입장을 견지하여 왔다. 이후 最高裁 2002(平成 14). 4. 12. 판결에서 주권적 행위에 관한 판단 중에 제한적 주권면제론에 관한 판시를 하였고, 最高裁 2006(平成 18). 7. 21. 판결(원고가 파키스탄국을 피고로 하여 대여원리금의 지급을 청구한 사안)에서는 '외국국가의 사법적 내지 관리업무적 행위에 대한 민사재판권의 행사가 당해 외국국가의 주권을 침해하는 우려가 있

---

the exercise of jurisdiction under article 7 shall not imply consent to the taking of measures of constraint.

98) Article 21 Specific categories of property

1. The following categories, in particular, of property of a State shall not be considered as property specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes under article 19, subparagraph (c):
   (a) property, including any bank account, which is used or intended for use in the performance of the functions of the diplomatic mission of the State or its consular posts, special missions, missions to international organizations or delegations to organs of international organizations or to international conferences;
   (b) property of a military character or used or intended for use in the performance of military functions;
   (c) property of the central bank or other monetary authority of the State;
   (d) property forming part of the cultural heritage of the State or part of its archives and not placed or intended to be placed on sale;
   (e) property forming part of an exhibition of objects of scientific, cultural or historical interest and not placed or intended to be placed on sale.
2. Paragraph 1 is without prejudice to article 18 and article 19, subparagraphs (a) and (b).

이에 관하여 자세히는 Hazel Fox/Philippa Webb, op. cit. pp.515~529

는 등의 특단의 사정이 없는 한 일본의 민사재판권으로부터 면제되지 않는다'고 하면서, '외국국가가 사인과 서면에 의한 계약으로 일본의 민사재판권에 따른다는 취지의 의사를 명확히 표명한 경우에는 원칙으로서 해당 계약으로부터 발생한 분쟁에 관하여 민사재판권에서 면제되지 않는다'고 하여 종래 大審院 결정을 변경하였다.[99]

한편 일본에서는 2009. 4. 24. 외국 등에 대한 민사재판권에 관한 법률(外国等に対する我が国の民事裁判権に関する法律)[100]이 공포되고, 2010. 4. 1. 시행되었는데, 이는 UN국가면제협약을 국내에서 시행하기 위한 것이다.[101] 이에 따라 위 법률의 적용대상(제2조), 재판권의 면제가 인정되지 않는 경우(제4조 내지 15조) 등은 UN 국가면제협약의 내용과 차이가 없다.

동법에 의하면, 강제집행과 관련하여 외국국가 등은 조약 등 국제협약, 중재에 관한 합의, 서면에 의한 계약, 당해 보전처분 또는 민사집행절차에 있어서의 진술 또는 법원 혹은 상대방에 대한 서면에 의한 통지의 방법으로 일본에 있는 그의 재산에 대하여 보전처분 또는 민사집행을 하는 것에 관하여 명시적으로 동의를 한 경우에만 당해 보전처분 또는 민사집행절차에 관하여 재판권으로부터 면제되지 않는다. 외국국가 등은 보전처분 또는 민사집행의 목적을 달성하기 위하여 지정하거나 담보로 제공한 특정의 재산이 있는 경우에는 해당 재산에 대한 당해 보전처분 또는 민사집행절차에 관하여 재판권으로부터 면제되지 않는다(제17조).

또한 동법은 일본국은 해당 외국국가 등에 의하여 정부의 비상업적 목적 이외에만 사용되거나 또는 사용될 것이 예정된 당해 외국국가 등의 재산에 대하여 외국국가 등의 동의 없이도 강제집행을 할 수 있는 것으로 규정하고 있다(제18조 제1항). 외국사절 등이 그 임무수행을 위해서 사용할 재산, 군사적 성질을 가졌거나 군사적 임무수행을 위하여 사용될 재산, 외국 등에 관한 문화유산, 공문서 등 기타 기록, 과학적, 문화적, 역사적 의의가 있는 전시물도 외국 등의 동의가 있는 경우

---

99) 일본 판례의 동향에 관해서는 小林秀之·村上正子, 國際民事訴訟法, 弘文堂(2009), 78~87面; 最高裁 2006. 7. 21. 판결에 대한 평석은 河野眞理子, "裁判權免除", 別冊 「ジュリスト」 No.185(2007. 1.) 國際私法判例百選, 164~165面, 이 글에서는 위 판결은 제한적 주권면제론 중 행위성질설을 취하면서도 행위 자체의 성질만을 검토하지 않고, 당해 행위가 사인에 의해서 행해질 수 있는 것인지 아닌가라는 행위주체에 착안하여 판시하였다고 지적하고 있다.

100) 전문은 아래에서 확인할 수 있다. http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxselect.cgi?IDX_OPT=4&H_NAME=&H_NAME_YOMI=%82%a0&H_NO_GENGO=H&H_NO_YEAR=&H_NO_TYPE=2&H_NO_NO=&H_FILE_NAME=H21HO024&H_RYAKU=1&H_CTG=10&H_YOMI_GUN=1&H_CTG_GUN=1(최종접속일: 2015. 3. 2)

101) 高桑昭, 앞의 책, 25面; 일본은 2007. 1. 11. 위 UN조약에 서명하였다.

를 제외하고 강제집행의 대상이 되지 않는다(제18조 제2항). 일본국 이외의 국가의 중앙은행 또는 그에 준하는 금융당국이 가지는 재산은 그 당국의 동의가 없는 한, 보전처분 또는 민사집행의 대상이 되지 않는다(제19조).[102]

### 7. 기타

그 밖에 주권면제에 관한 입법례로는 싱가포르의 국가면제법(1979년 제정), 남아프리카공화국의 외국국가면제법(1981년 제정), 파키스탄의 국가면제법(1981년 제정), 캐나다의 국가면제법(1982년 제정), 오스트레일리아 국가면제법(1985년 제정), 아르헨티나의 국가면제법(1995년 제정) 등이 있다.[103]

## Ⅳ. 외국국가의 재산에 대한 민사집행법에 의한 강제집행

### 1. 우리 법원의 판결례

국내 법원의 재판절차에서 외국국가의 주권면제에 관한 판단을 한 사건은 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결의 선고 이전에도 있었지만,[104][105] 외국국가의 재산에 대한 강제집행이 문제로 된 사건은 찾기가 어렵다. 다

---

102) 高桑昭, 앞의 책, 29~30面

103) 각 법률의 내용은 Andrew Dickinson/Rae Lindsay/James P. Loonam, op. cit. pp.461~522

104) 사안은 다음과 같다. 원고가 1980. 2. 22. 주한미군의 휴양시설인 내자호텔 내의 상점에서 피고측으로부터 인가된 구매자들에게 전자제품을 판매하기 위하여 위 상점을 임차하는 내용의 계약을 체결하였는데, 위 계약의 담당자인 피고측의 공무원들은 위 계약에 기하여 판매되는 물품의 면세 여부에 관하여 법령을 면밀하게 검토하지 아니하고, 계약서에 원고가 판매하는 물품에 관하여는 한미행정협정에 의하여 대한민국에서 부과되는 부가가치세, 특별소비세, 관세 기타 세금이 면제된다고 기재하였다. 그 후 원고는 관할 세무당국으로부터 합계 금 95,969,529원의 세금을 부과받았다. 원고는 미합중국을 피고로 하여 불법행위를 원인으로 손해배상청구소송을 제기하였고, 피고는 국제법상 주권면제원칙을 주장하였다. 이에 대하여 서울민사지방법원 1994. 6. 22. 선고 90가합4223판결은 '외국국가 혹은 외국 기관의 행위는 국내법원의 재판권으로부터 면제되는 것은 아니고 그 행위의 성질에 비추어 주권적, 공법적 행위가 아닌 사경제적 또는 상업활동적 행위에 관하여 국내법원의 재판권으로부터 면제되지 아니하고 이에 복종하여야 한다고 할 것인데, 원고의 이 사건 청구가 부동산 임대차계약을 둘러싼 피고의 불법행위 혹은 계약상 과실을 원인으로 한 금원 지급청구로서 그 행위가 사경제적 또는 상업활동적 성질을 가지고 있어서 피고는 국내법원의 재판권으로부터 면제되지 아니한다'고 하여 판단하였고, 이에 대한 항소심판결인 서울고등법원 1995. 5. 19. 선고 94나27450 판결과 상고심판결인 대법원 1997. 12. 12. 선고 95다29895 판결에서는 재판권면제에 관해서는 따로 판단하지 않고 피고의 상소를 기각하였다.

105) 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결의 파기환송심인 서울고등법원 1999. 10. 15. 선고 99나20034 판결은 '원고와의 고용계약 및 원고에 대한 해고행위는 미합중국이 공권력

만, 강제집행절차에서 외국국가가 관련된 사건이 있었는데 사안은 다음과 같다. 원고들이 주택을 자이레공화국 대사관에 임대하였다가, 차임 미지급을 이유로 임대차계약을 해지한 다음, 서울민사지방법원 92가합33089호로 자이레공화국 대사관을 피고로 하여[106] 건물인도청구소송을 제기하여 원고승소판결을 받았다. 원고들은 위 판결이 그대로 확정된 후 집행관에게 주택인도의 집행을 의뢰하였는데, 집행관이 대사관저에 대하여 강제집행을 할 수 없다는 이유로 원고들의 강제집행신청의 접수를 거부함으로써 집행이 이루어지지 않았다.[107] 위 사건은 외교관계에 관한 비엔나협약 제22조 제3항[108]이 적용되는 사안으로서, 외국국가의 재산에 대한 강제집행에서의 주권면제가 쟁점으로 된 것은 아니었다. 또 채권집행에 있어서 외국국가를 제3채무자로 한 채권압류 및 추심명령의 효력에 관한 대법원 2011. 12. 13. 선고 2009다16766 판결이 있는데, 이 사건도 외국국가의 재산에 대한 강제집행에 관한 사건은 아니다.

---

의 주체로서 행하는 행정행위가 아니고 일반 국민과 대등한 입장에서 사경제활동의 주체로서 행하는 사법적(私法的) 행위이고 또한 미합중국의 주권적 활동과의 관련성도 그다지 밀접하지 않으며, 이에 대한 재판권의 행사가 미합중국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려는 없으므로, 이에 대하여 우리나라의 법원이 미합중국을 피고로 하여 재판권을 행사할 수 있다'고 판단하여, 제1심 판결을 취소하고 사건을 제1심인 서울지방법원으로 환송하였다. 환송 후 서울지방법원 2002. 4. 12. 선고 99가합101097 판결은 원고에 대한 해고가 정당하다고 하여 원고의 청구를 기각하였고, 그 사건의 항소심인 서울고등법원은 2003. 12. 23. '피고는 원고에게 2004. 1. 31.까지 40,000,000원을 지급한다'는 화해권고결정을 하였으며, 위 결정은 2004. 1. 13. 확정되었다.

106) 자이레공화국 대사관이 당사자능력이 있는지 의문이다.

107) 그 후 원고들은 대한민국을 상대로 피고가 외교관계에 관한 비엔나협약에 가입하고 외교적 분쟁으로 인한 국가적 손실을 막기 위하여 강제집행을 거부함으로써 원고들이 손해를 입었음을 사유로 서울민사지방법원에 보상금청구소송을 제기하는 한편, 대한민국이 협약에 가입함으로써 외국 대사관 등에 대한 강제집행을 제한하는 것은 헌법 제23조 제3항에 의한 공공필요에 의한 재산권의 제한에 해당하는데, 입법자가 손실보상에 관하여 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 것은 재산권의 본질적 내용을 침해하여 입법재량의 한계를 넘는 입법의무불이행으로서 헌법상 보장된 재산권, 평등권 및 계약자유권을 침해하여 위헌이라는 이유로 헌법소원을 제기하였는데, 원고들의 위 청구는 서울민사지방법원 1995. 2. 15. 선고 94가합55854판결, 서울고등법원 1996. 2. 29. 선고 95나14208 판결, 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다16940 판결로 패소 확정되었고, 헌법소원은 헌법재판소 1998. 5. 28. 선고 96헌마44 전원재판부 결정으로 각하되었다. 이 사건에 관하여는 강병근, "외교 사절단 공관을 둘러 싼 국제법적 문제-1961년 외교관계에 관한 비엔나 협약 제31조 제1항 (a)의 해석을 중심으로-", 「안암법학」 통권 제14호(2002), 안암법학회, 353면 이하

108) 외교관계에 관한 비엔나협약 제22조 제3항은 '공관지역과 그 지역 내에 있는 비품류 및 기타 재산과 공관의 수송수단은 수색, 징발, 가압류(attachment) 또는 강제집행(execution)으로부터 면제된다'고 규정하고 있다.

## 2. 강제집행이 가능한 외국국가의 재산

### 가. 우리나라 영토 내에 존재하는 재산

외국국가를 집행채무자로 하는 집행권원[109]으로써 우리나라에서 강제집행을 할 경우, 집행의 대상(집행목적물)은 우선 우리나라의 영토 내에 존재하여야 한다. 금전채권의 집행에 있어서는 집행채무자의 총재산이 집행의 대상이 될 수 있고, 특정물인도청구권의 경우는 집행채무자가 점유하고 있는 특정물이 집행의 대상이 될 수 있다. 집행국의 영토 내에 존재하지 않는 집행의 대상에 대하여는 속지주의라는 국제법상의 원칙상 집행국의 집행권이 미치지 않기 때문에 집행국의 영토 내에 존재하지 않는 외국국가의 재산 또는 외국국가가 점유하고 있는 특정물은 집행의 대상이 될 수 없다.[110]

집행의 대상이 채권인 경우에 제3채무자가 집행국에 소재하지 않는 때에도 집행국의 집행권한이 미치는지가 문제로 될 수 있다.[111] 앞에서 본 외국의 판결례 등에서는 외국국가가 집행국의 금융기관 등에 예치해둔 예금의 반환채권 등이 문제로 되고 있는바, 외국국가의 재산에 대한 주권면제(집행면제)를 논함에 있어서는 채권의 경우에도 제3채무자가 집행국에 소재하거나, 그렇지 않은 경우라고 하더라도 집행의 대상인 외국국가의 채권이 집행국에서 실제로 행사, 실현될 수 있음을 전제로 한다.

### 나. 외국국가가 강제집행절차에서의 주권면제를 포기한 경우

각국의 입법례와 판결례를 보면 판결절차에서와 마찬가지로 강제집행절차에서의 주권면제에 대한 포기도 가능하다. 다만, 외국국가에 대한 판결절차에서의 주권면제와 외국국가의 재산에 대한 강제집행절차에서의 주권면제나 그에 대한 포기는 별개로 취급되어야 하므로 판결절차에 응한 것이 강제집행절차에서의 주권면제를 포기한 것으로 해석될 수는 없고, 별도의 강제집행절차상의 주권면제에 대한 포기

---

109) 민사집행법상 집행권원으로는 확정판결 이외에 가집행선고 있는 종국판결, 집행판결, 지급명령, 이행권고결정, 화해권고결정, 조정에 갈음하는 결정, 재판상 화해조서, 청구인낙조서, 조정조서 등이 있다(민사집행법 제56조).

110) Nagel·Gottwald, a.a.O., S.937

111) 집행채무자가 외국국가인 경우에도 ①제3채무자가 집행국에 있는 경우, ②제3채무자가 그 외국국가에 있는 경우, ③제3채무자가 집행국가와 그 외국국가 이외에 있는 경우로 구분될 수 있는데, ②,③의 경우에 집행국의 집행이 허용되는지에 관해서는 긍정설과 부정설의 대립이 있다. 이에 관해서는 권창영, "國際債權執行", 「사법논집」 제54집(2012), 법원도서관, 87~90면

의 의사(표시)가 필요하다.[112]

외국국가가 강제집행절차에서의 주권면제를 포기하는 방법에 관한 각국의 입법례는 다르다. 국내 학설로는 (1) 명시적인 의사표시가 필요하다는 견해,[113] (2) 강제집행으로부터 면제의 포기는 ①그 국가가 국제협정에 의하여, 중재합의나 서면계약을 통하여, 또는 당사자 간에 분쟁이 발생한 후 재판정에서의 선언 또는 서면통고에 의하여 적시된 그 같은 (강제집행)조치의 채택에 명시적으로 동의한 경우, ②그 국가가 소송의 객체인 청구의 만족을 위하여 재산을 할당 또는 표시(allocated or earmarked)해 둔 경우, ③그 재산이 특별히 그 국가에 의하여 권력적·비상업적 목적 이외의 목적을 위하여 사용되고 있거나 사용될 의도로 있으며, 그리고 법정지국가의 영토 내에 있으며, 또한 청구와 관련이 있거나 소송의 대상이 된(그 국가의) 대리인 또는 종속기관과 관련성(connection)이 있는 경우에만 인정된다는 견해[114]가 있으나, ③의 경우를 주권면제의 포기로 보기는 어렵다. 강제집행절차에서 주권면제에 대한 포기를 인정하는 것을 판결절차에서의 그것보다 신중하게 해야 한다는 입장은 강제집행이 외국국가의 재산에 대하여 직접적인 영향을 미치는 점에서는 타당하지만, 그 포기의 의사표시가 반드시 명시적이어야 한다거나 서면의 방식에 의하여야 한다는 근거를 찾기 어려우므로[115] 외국국가의 객관적인 의사를 확인할 수 있다면 묵시적 방법에 의해서도 포기의 의사표시를 할 수 있다고 생각한다.

### 다. 조약에 의한 제한

미국, 영국, 일본 등과 같이 외국국가에 대한 재판권행사에 관한 입법이 없는 우리나라에서 외국국가에 대한 집행권원으로써 그 재산에 강제집행을 함에 있어서 우선 고려해야 할 점은 국제조약이다. 외교관계에 관한 비엔나협약 제22조 제3항에서는 '공관지역과 그 지역 내에 있는 비품류 및 기타 재산과 공관의 수송수단은 수색, 징발, 가압류(attachment) 또는 강제집행(execution)으로부터 면제된다'고 규정하고 있다.[116] 또 UN해양법협약(UN Convention on the Law of the Sea, UNCLO

112) 석광현, 앞의 책, 52면; Nagel·Gottwald, a.a.O., S.943; 외국국가가 중재합의를 하면서 ICC중재규칙을 적용하기로 합의한 경우에 그 집행단계에서의 주권면제를 포기한 것으로 간주될 수 있다는 프랑스 최고법원의 2000. 7. 6. 판결에 관해서는 석광현, 앞의 책, 53~54면

113) 석광현, 앞의 책, 52면

114) 류병운, 앞의 글, 178면

115) 이를 규정한 입법례는 있지만 이에 관한 국제관습법이 성립되어 있다고 보기 어렵다.

116) 영사관계에 관한 비엔나협약 제31조 제4항도 같은 취지이다.

S)[117] 제32조는 군함과 비상업적 목적에 사용되는 다른 정부의 선박에 대하여는 연안국의 강제집행이 면제된다는 취지를 규정하고 있고, 제28조 제2항은 연안국가의 해양을 운항하는 중 또는 운항하기 위하여 그 선박에 의하여 발생하였거나 그 선박의 책임이나 의무가 있는 경우를 제외하고, 연안국은 어떤 민사절차를 위하여 선박을 억류할 수 없다고 규정하고 있다.[118] 따라서 외국국가가 집행권원상의 집행채무자라고 하더라도 위와 같은 재산에 대한 강제집행은 국제법상 허용되지 않는다.[119]

### 라. 국제관습법

외국국가의 재산에 대한 강제집행에 관한 국제적 및 각국의 입법례와 판결례를 비교하여 보면 주권면제를 인정하는 범위에서는 다소 차이가 있다. 유럽조약 및 미국의 외국주권면제법과 영국의 국가면제법에서는 "상업적 활동" 또는 "상업적 목적"에 사용되는 재산에 대하여 예외적으로 강제집행을 허용하고 있는 반면, 독일의 판결례에서는 "고권적 목적에 사용되지 않는 재산"에 대하여 강제집행을 허용하고 있으며,[120] UN국가면제협약에서는 "비상업적 공무 목적 이외의 용도"로 사

---

117) 1982. 4. 30. 유엔에서 채택되어 1994. 11. 16. 발효되었고 전문 320조 외에 9조의 부칙으로 되어 있는 바다의 이용에 관한 국제법으로, 우리나라는 1996. 1. 29. 비준하였다. https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201833/v1833.pdf에서 원문을 확인할 수 있다(최종접속일: 2015. 3. 2).

118) Article28(Civil jurisdiction in relation to foreign ships)
1. The coastal State should not stop or divert a foreign ship passing through the territorial sea for the purpose of exercising civil jurisdiction in relation to a person on board the ship.
2. The coastal State may not levy execution against or arrest the ship for the purpose of any civil proceedings, save only in respect of obligations or liabilities assumed or incurred by the ship itself in the course or for the purpose of its voyage through the waters of the coastal State.
3. Paragraph 2 is without prejudice to the right of the coastal State, in accordance with its laws, to levy execution against or to arrest, for the purpose of any civil proceedings, a foreign ship lying in the territorial sea, or passing through the territorial sea after leaving internal waters.
Article 32(Immunities of warships and other government ships operated for non-commercial purposes)
With such exception as are contained in subsection A and in articles 30 and 31, nothing in this Convention affects the immunities of warships and other government ships operated for non-commercial purposes.

119) 横溝大, 内國における外國財産への執行, 新·裁判實務大系3, 國際民事訴訟法(財産法關係), 青林書院(2002), 394面

120) 독일의 판결례에서는 '고권적 목적에 사용되는 재산에 대하여 강제집행이 허용되지 않는다'고 표현한다.

용되는 재산에 대하여는 강제집행이 허용된다고 한다. 위와 같은 입법례 및 판결례 등으로 미루어 볼 때 외국국가의 재산에 대하여는 강제집행을 전혀 허용하지 않는 절대적 주권면제론의 입장은 더 이상 국제관습법으로서의 규범력을 갖는다고 할 수 없고, 오히려 판결절차에서와 마찬가지로 강제집행절차에 있어서도 주권면제가 제한될 수 있다는 일반적 의미의 제한적 주권면제론이 국제관습법으로 성립되어있다고 할 수 있다. 다만, 집행의 대상 또는 집행면제의 대상인 재산의 범위를 구별하는 구체적인 기준, 즉 강제집행을 허용하거나 제한하는 재산의 사용목적이나 용도에 관하여는 확립된 국제관습법이 존재한다고 말하기 어려운 상황이다.[121]

그러므로 외국국가의 주권면제에 관한 입법이 없는 우리나라는 법원이 구체적으로 문제가 된 사건에서 재판절차를 통하여 강제집행의 대상이 될 수 없는 외국국가의 재산 범위를 정할 수밖에 없는바, 앞에서 본 각국 및 국제적 입법례와 판결례는 그에 관한 국제관습법의 존재를 확인하는 데에 참고자료가 될 것이다. 가장 근래에 조문화된 UN국가면제협약에서는, "상업적 활동" 또는 "상업적 목적"에 사용되는 재산에 대하여 예외적으로 강제집행을 허용된다고 규정한 유럽조약 및 미국과 영국의 입법례와 달리, "비상업적 공무 목적 이외의 용도로 사용되는 재산"에 대하여 강제집행을 허용하면서 전형적인 주권행위에 해당한다고 할 수 있는 외교적 목적 또는 군사적 기능의 수행 등과 관련된 재산에 대하여는 강제집행을 할 수 없음을 명문화하고 있고, 국제관습법상으로 고권적 목적에 사용되고 있는 외국국가의 재산에 대하여는 강제집행이 허용되지 않는다는 입장을 취하고 있는 독일의 판결례를 고려하면, 집행국(법정지국) 내에 있는 외국국가의 재산이라고 하더라도 그 외국국가의 주권행위 또는 주권적 활동을 위하여 사용되는 재산은 국제관습법상 강제집행의 대상이 될 수 없다고 보는 것이 타당하다.

따라서 우리나라에 있는 외국국가의 재산인 부동산, 선박(상선, 유람선 등), 비행기,[122] 금융기관에 대한 예금채권, 현금, 유체동산 등이 주권행위를 위하여 사용되는 경우가 아닌 때에는 강제집행의 대상이 될 수 있다. 다만, 강제집행의 대상이 된 특정 재산이 주권적 활동을 위하여 사용되는지는 사실인정의 문제로서 개별적으로 판단될 수밖에 없는데, 군사적 목적에 사용되는 기계 및 장치, 즉, 무기, 전차, 군사적 통신기기, 의료장비 등과 대사관의 인적 물적 시설을 유지하는 데에 지

121) 橫溝大, 앞의 책, 395面

122) Erding 구법원(AG)은 2011. 6. 타일랜드 왕국의 채권자인 독일인의 신청에 의하여 타일랜드국 소유로서 타일랜드 황태자가 유람을 위해서 타고 온 보잉737기를 뮌헨공항에서 압류하였다. Abbo Junker, a.a.O., S.52

출할 목적으로 금융기관에 예금을 해 둔 경우에 그 계좌의 예금채권 등은 외교적 업무수행에 사용되는 재산으로서 그러한 재산에 대하여는 강제집행을 할 수 없다.

한편, 강제집행의 대상이 되는 재산이 집행채권과 관련이 있을 것을 요구하는 것을 국제관습법으로 볼 수 있을 것인가와 관련하여서는, 미국의 주권면제법 제1610조(a)(2)의 규정만으로는 그것이 국제관습법으로 성립되었다고 보기는 어렵다고 생각된다.[123]

### 3. 강제집행절차에서 주권면제에 관한 심사

#### 가. 강제집행절차에서 주권면제(집행면제)의 의미

강제집행절차에서 재판권의 존재에 대하여, 국내 학설은 강제집행의 적법요건이라고 하면서 강제집행의 일반요건인 집행권원 및 집행문과 구별한다.[124] 한편, 독일에서는 강제집행절차에서도 재판권의 존재는 절차법적 일반요건의 하나로서 직권으로 검토되어야 하고, 그에 어긋나는 경우에는 집행행위가 무효로 된다고 한다.[125]

강제집행의 요건은 직권조사사항으로서 강제집행개시단계에서 그 흠이 발견되면 집행신청을 각하·기각하고, 그 흠결을 간과하고 집행이 개시된 다음에 그 흠결이 발견한 때에는 이미 행한 집행을 취소하여야 한다.[126] 강제집행절차에서 재판권은 강제집행의 요건으로서, 우리나라의 재판권이 행사될 수 없는 외국국가의 재산에 대하여 강제집행을 하는 것은 그 강제집행절차에 흠이 있는 경우에 해당된다. 강

---

123) Helmut Damian, Staatenimmunität und Gerichtszwang, Springer-Verlag Berlin Heidelberg New York Tokyo(1985), S.186에는 미국의 주권면제법 제1610조(a)(2)의 규정 이전에도 이러한 국제관습법은 존재하지 않았고 위 규정의 시행 이후에 공포된 법률에서도 받아들여지지 않았다고 한다. 앞서 소개한 바와 같이 독일에서의 일반적인 견해도 집행채권과 집행의 대상 사이의 관련성을 요구하지 않는다.

124) 이시윤, 신민사집행법, 제6판, 박영사(2013), 101~107면에서는 집행의 적법성을 위하여 강제집행기관이 조사하여야 할 요건으로 집행신청, 우리나라 법원의 재판권, 민사집행사항, 당사자적격, 권리보호의 이익 등을 들고 있다; 김홍엽, 민사집행법, 제2판, 박영사(2013), 46면도 우리나라의 재판권에 속하는 민사집행사항을 강제집행의 적법요건의 하나로 들고 있다. 편집대표 김능환, 민일영, 주석 민사집행법(7), 제3판, 한국사법행정학회(2012)., 194면(권창영 집필부분)은 가압류재판의 효력과 관련하여 "재판권 면제에 해당하여 재판권이 인정되지 아니함에도 이를 무시한 채 이루어진 재판은 무효가 된다"라고 언급하고 있다.

125) Schönke, Bauer, Stürner, Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, C.F.Müller Verlag Heidelberg(2006), S.133; Nagel·Gottwald, a.a.O., S.943에서도 재판권의 존재는 강제집행의 요건이어서 판결법원의 견해에 구속되지 않고 독립적으로 검토하여야 한다고 한다.

126) 이시윤, 앞의 책, 108면, 이에 대하여 강제집행의 적법요건과 일반요건에 관하여 따로 구분을 하지 않는다.

제집행절차에서 재판권의 행사는 구체적 절차에서 외국국가의 재산 중 사용목적에 따라 개별적으로 판단되어야 할 문제이다.

### 나. 주권면제에 관한 심사

외국국가의 재산이 집행대상이 될 수 있는지 여부는 집행문부여단계에서는 심사될 수 없고, 그 재산에 대한 집행이 개시될 때 심사될 수밖에 없다. 즉, 강제집행절차상 집행재산에 대한 강제집행이 가능한지 여부는, (i) 부동산의 경우에는 집행법원이 강제경매개시결정을 하면서, (ii) 유체동산의 경우에는 집행관이 집행채권자로부터 집행의 의뢰를 받을 때, (iii) 채권의 집행에 있어서는 집행법원이 압류명령을 하면서 그 심사를 할 수 밖에 없다.

판결절차에서는 재판권의 존재가 소송요건이고 그에 대한 증명책임은 원고에게 있지만, 주권면제는 재판권무제한의 원칙에 대한 예외에 해당하는 것으로서 외국국가가 그 면제권의 존재에 대한 증명책임을 진다고 보는 것이 독일의 다수설이고, 국내의 학설도 이에 따르고 있는바,[127] 강제집행절차에서도 동일하게 볼 수 있을 것이다. 즉, 집행대상인 외국국가의 재산이 강제집행신청서의 표시 자체에 의하더라도 주권행위에 사용되는 것이 명백한 경우에는 강제경매신청을 각하하거나, 압류명령의 신청을 각하하여야 하며, 유체동산의 집행을 거부하여야 하지만, 그렇지 않은 경우에는 집행채권자의 이익을 고려하여 강제집행을 개시하고, 집행채무자인 외국국가가 이를 다투는 경우에는 집행대상이 주권행위에 사용되는 것인지에 관한 심리를 하여야 한다.

## 4. 위법한 강제집행에 대하여 외국국가가 다투는 방법

### 가. 집행권원상의 하자가 있는 경우

재판권의 흠결을 간과하고 본안판단을 한 판결은 확정전이면 상소로써 다툴 수 있으나 확정 후에는 재심사유로 되지는 않고, 다만 기속력, 구속력 및 집행력 등 내용상의 효력이 발생하지 않는다.[128] 판결절차의 주권면제가 인정되어야 할 사안

---

127) 피정현, 앞의 글, 457면

128) 이시윤, 신민사소송법 제8판, 박영사(2014), 62면; 김홍엽, 민사소송법 제4판, 박영사(2013), 53면; 피정현, 앞의 글, 458면; 김상훈, 앞의 글, 45면; Haimo Schack, a.a.O., S.78 및 Junker, a.a.O., S. 50; Nagel·Gottwald, a.a.O., S.51도 재판권이 없는 사건에 대하여 선고된 판결은 효력이 없다고 한다. 반면 Geimer, a.a.O., S.245에서는 독일의 지배적인 견해가 판결의 효력을 부정하는 데에 대하여 법적 안정성을 들어 반대한다.

에 대하여 집행권원이 성립되고 그에 기초하여 강제집행으로 나아간 경우는 무효인 판결, 즉 효력이 없는 집행권원으로써 강제집행으로 나아간 경우에 해당된다. 외국국가는 집행권원의 형식적 집행력을 배제하기 위하여 강제집행의 개시 여부와 상관없이 청구이의의 소(민사집행법 제44조)를 제기할 수 있고, 집행문이 부여된 경우에는 집행문부여에 대한 이의신청(민사집행법 제34조)을 할 수 있다.[129]

### 나. 집행의 대상이 아닌 외국국가의 재산에 대하여 강제집행이 개시된 경우

민사집행법 제15조 제1항은 집행절차에 관한 집행법원의 재판에 대하여 특별한 규정이 있는 경우에는 즉시항고(卽時抗告)를 할 수 있다고 규정하고, 제16조는 제1항은 집행법원의 집행절차에 관한 재판으로서 즉시항고를 할 수 없는 것과 집행관의 집행처분, 그 밖에 집행관이 지킬 집행절차에 대하여서는 법원에 이의를 신청할 수 있다고 규정하고 있는바, 주권면제에 의하여 강제집행의 대상이 되지 않는 외국국가의 재산에 대하여 강제집행이 개시된 경우에는 강제집행절차상의 흠이 있는 경우로서 민사집행법상의 즉시항고[130]나 집행절차에 대한 이의[131]로 다툴 수 있다.

## 5. 외국국가의 재산에 대하여 위법하게 실시된 강제집행의 효력

강제집행의 요건인 집행권원과 집행문에 흠이 있음에도 집행이 종료된 경우, 즉 집행력 있는 집행권원 없이 행한 강제집행이나 위조한 집행권원에 의하여 한 강제집행(집행권원에 절차상 무효사유가 있는 경우),[132] 집행문 없이 한 집행은 효력이 없다.[133]

국내 학설은 강제집행절차에서 재판권의 존재를 강제집행의 요건과 구별하여 강제집행의 적법요건으로 분류하고 있으나, 재판권을 행사할 수 없어서 강제집행의 대상이 될 수 없는 외국국가의 재산에 대하여 강제집행이 종료된 경우 그 효력에

---

129) 피정현, 앞의 글, 458면; 김상훈, 앞의 글, 45면; 위 글들에서는 집행문부여에 대한 이의의 소를 제기할 수 있다고 하나, 민사집행법 제45조의 집행문부여에 대한 이의의 소는 조건성취집행문이나 승계집행문이 부여된 경우에 채무자가 집행문부여에 관하여 증명된 사실 또는 승계사실에 대하여 다투는 경우이어서 적절한 방법이 아니다.

130) 민사집행법 제227조 제4항은 금전채권에 대한 압류명령의 신청에 관한 재판에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다고 규정하고 있다.

131) 부동산에 대한 강제집행에 있어서는 강제경매개시결정에 대한 이의, 동산에 대한 강제집행에 있어서는 집행관의 처분에 대한 이의를 하여야 한다.

132) 이시윤, 앞의 책, 113면

133) 대법원 1978. 6. 27. 선고 78다446 판결[집26(2)민,159]

대하여는 언급을 하고 있지는 않다.

대법원은 2011. 12. 13. 선고 2009다16766 판결에서 외국국가를 제3채무자로 하는 채권압류 및 추심명령에 대하여 우리 법원이 그러한 채권압류 및 추심명령을 발령할 재판권을 가지지 못하는 경우에는 그 채권압류 및 추심명령은 재판권이 없는 법원이 발령한 것으로서 무효라고 하였는바, 우리 대법원은 재판권이 없이 한 집행행위의 효력을 부정하는 입장이라고 할 수 있다.

### 6. 외국국가의 재산에 대한 보전처분

미국의 외국주권면제법 제1610조(d)는 외국국가의 재산에 대한 판결 전 가압류는 그 재산이 미국 내에서 상업적 활동을 위하여 사용되고 있고, 외국국가가 주권면제에 대하여 명시적으로 포기한 경우에만 가능하도록 규정하고, UN국가면제협약 제18조는 외국국가가 명시적으로 가압류 등 사전제한조치에 동의하였거나, 소송의 대상이 된 분쟁의 해결을 위하여 특정재산을 할당해 둔 경우에만 그러한 사전제한조치를 할 수 있다고 규정함으로써, 판결 후 강제집행을 할 수 있는 경우와 비교하여 판결 전 가압류 등 사전제한조치를 할 수 있는 경우를 엄격하게 규정하고 있다. 반면, 독일은 판례나 학설에서도 보전처분절차에서의 주권면제와 집행권원에 기초한 본집행 절차에서의 주권면제를 달리 취급하지 않는다.

위의 각 입법례에서 외국국가의 재산에 대한 보전처분(사전제한조치)을 본집행보다 제한하는 것은 보전처분 시에는 (본안에 대한) 재판권이 쟁점으로 남아있어서 그 면제에 관한 판단이 이루어지지 않았기 때문이라고 할 수 있다.[134] 그러나 이러한 입법이 없는 상황에서 보전처분에서의 주권면제와 본집행에서 주권면제를 다르게 취급할 근거는 없다고 생각된다.

## Ⅴ. 결론

국내에서 외국국가에 대한 주권면제 또는 재판권면제의 문제는 국제법의 연구대상으로서 재판절차 또는 강제집행절차에서 주권면제의 영역과 관련하여 주로 다루어져 왔다. 그런데 각국의 예를 보면 외교관계나 영사관계와는 달리 외국국가에 대한 주권면제에 관해서는 다자조약이나 확립된 국제관습법이 존재하지 않고, 국

134) Hazel Fox/Philippa Webb, op. cit., p.486

제관습법이 존재한다고 하더라도 그 내용이 구체적이라고 할 수 없어서, 외국국가에 대한 주권면제의 문제는 구체적인 사건이 발생한 법정지국 법원에 의해서, 주권면제와 관련한 국내법이 있는 경우에는 이에 관한 국내법의 해석을 통하거나, 그러한 국내법이 없는 경우에는 국제관습법의 해석을 통하여 발전해왔다고 할 수 있다. 외국국가에 대한 주권면제의 대상 및 범위에 대한 판단은 국제법상 원칙을 찾아서 선언하는 것이라기보다는 법정지국 법원의 국내법 해석의 문제이거나, 재판절차에서 발생하는 실무적인 문제까지를 수반하여 외국국가에 대한 재판권을 행사할 것인가에 관한 정책적 고려에 따라 정해져 왔다는 점에서 국제법과 법정지국의 민사절차법이 교차하는 영역이라고 할 수 있다.

각국의 입법례와 판결례, UN국가면제협약의 성립 등에서 보면 재판절차뿐만 아니라 강제집행절차에서도 제한적 주권면제론은 시대적 요청이라고 할 수 있고, 이는 입법을 통하거나 판례를 통하여 외국국가나 그 국가기관, 국영기업 등과 거래하는 자국 국민과 기업을 보호하려는 장치로서 역할을 하고 있다.

주권면제에 관한 새로운 국제질서의 모색으로서 UN국가면제협약의 성립은 많은 시사점을 주고 있는바, 우리나라 국민이나 기업이 외국국가 등과 활발히 거래를 하고 있는 사정을 고려할 때 그 법률적 지위를 명확히 하기 위하여 UN국가면제협약의 가입이나 국내법 제정도 고려해 볼 만한 시점에 이르렀다고 생각된다. UN국가면제협약이나 주권면제에 관한 국내법은 재판절차에 관한 규범인데, 영미법계 국가는 주권면제를 재판관할의 문제와 명시적으로 분리하지 않는 등 각국의 재판절차가 우리나라와는 차이가 있다. 재판절차규범으로서 UN국가면제협약에의 가입이나 주권면제에 관한 국내법의 제정을 검토함에 있어서는, 구체적인 민사재판절차에 대한 비교법적인 이해가 뒷받침되어야 되어야 하고, 무엇보다도 법정지국으로서 우리 법원의 재판권 행사는 주권의 행사이고, 외국국가에 대한 주권면제의 문제는 법정지국의 주권행사에 대한 제약으로서 소극적 요건을 설정하는 문제라는 인식에서 출발하여야 할 것이라고 생각된다.

**(논문투고일 : 2015.04.20, 심사개시일 : 2015.05.27, 게재확정일 : 2015.06.23)**

**문 영 화**

주권면제, 강제집행절차, 유엔국가면제협약, 제한적 주권면제론, 외국국가의 재산

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 국내문헌

### 1. 단행본

김홍엽, 민사소송법 제4판, 박영사(2013)
김홍엽, 민사집행법 제2판, 박영사(2013)
석광현, 국제민사소송법, 박영사(2012)
이시윤, 신민사소송법 제8판, 박영사(2014)
이시윤, 신민사집행법 제6판, 박영사(2013)

### 2. 학술논문

강병근, "외교 사절단 공관을 둘러 싼 국제법적 문제-1961년 외교관계에 관한 비엔나 협약 제31조 제1항 (a)의 해석을 중심으로-", 「안암법학」 통권 제14호(2002), 안암법학회
권창영, "國際債權執行", 「사법논집」 제54집(2012), 법원도서관
김상만, “국제거래에서 재판권제한으로서의 국가면제에 관한 법적 고찰-미국의 외국주권면제법 및 Hanil Bank v. Bank Negara Indonesia 판결을 중심으로-” 「이화여자대학교 법학논집」 제15권 제3호(2011. 3.)
김상훈, “민사재판권 면제자와 그 소송상 취급”, 「민사소송」 제18권 제2호(2014. 12.)
김석현, “국가면제의 기준 -면제의 제한과 관련하여-”, 「국제법평론」 통권 제29호(2009)
김태천, “외국국가의 재판권면제 -그 법적 근거와 범위에 관하여-”, 「저스티스」 34권 3호(2001. 6.)
김화진, “법원 관할권의 국제법적 한계”, 「법조」 44권 5호(1995)
류병운, “외국에 대한 재판관할권과 판결의 집행: 국가면제(State Immunity) 이론의 검토”, 「영산법률논총」 2권 1호(2005. 12.)
석광현, “외국국가에 대한 민사재판권의 행사와 주권면제”, 「법조」 vol.531(2000. 12.)
송상현, “외국에 대한 국내민사재판권의 행사와 그 한계 - 주권면책이론

(Sovereign Immunity)에 관한 비교법적 고찰을 중심으로-", 「민사법의 제문제」, 온산 방순원선생 고희기념논문집 편찬위원회(1984)

오승진, "국제법상 국가면제-국제인권법의 관점에서-", 「안암법학」 No. 29(2008)

유남석, "외국에 대한 민사재판권과 강제집행권", 「민사재판의 제문제」 제10권(2000), 민사실무연구회, 한국법학원

유형석, "국가면제의 제한에 관한 국제적 동향", 「법학연구」 제34집(2009. 5. 25)

이성덕, "강행규범과 국가면제: 2012년 ICJ관할권 면제사건을 중심으로", 「중앙법학」 제14집 제4호(2012. 12.)

임동진, "외국에 대한 재판권 -민사재판권을 중심으로-", 「사법연구자료」 제5집(1978), 법원행정처

최태현, "국제법 위반행위에 대한 국가면제의 제한", 「국제법학회논총」 제51권 2호(105호)(2006.10.)

최태현, "UN국가면제협약의 채택과 가입의 필요성", 「법학논총」 25집 4호 (2008. 12.), 한양대학교

최태현, "제한적 국가면제론의 적용기준", 「국제법학회논총」 vol.36 No.1(1991)

최태현, "한국에 있어서의 제한적 주권면제론의 수용", 「국제판례연구」 제2집(2001), 서울국제법연구원편

피정현, "민사재판권의 면제 -국가면제를 중심으로-", 「비교사법」 제4권 1호(통권6호)(1997)

황우여, "재판권면제", 「재판자료」 제34집 섭외사건의 제문제(하), 법원행정처(1986)

## 3. 주석서

편집대표 김능환, 민일영, 주석 민사소송법(I), 제7판, 한국사법행정학회(2012)

편집대표 김능환, 민일영, 주석 민사집행법(7), 제3판, 한국사법행정학회(2012)

## Ⅱ. 외국문헌

### 1. 영국・미국

Andrew Dickinson / Rae Lindsay/James P. Loonam, State Immunity selected materials and commentary, Oxford University Press(2005)

Born Rutledge, International Civil Litigation in United States Courts, 4th ed., Wolters Kluwer(2006)

James Crawford, Decisions of British Courts during 1984 involving Questions of Public or Private International Law, British Yearbook of International Law(1984)

William R. Dorsry, "Reflections on the Foreign Sovereign Immunities Act After Twenty Years", 「Jornal of Maritime Law and Commerce」, vol 28, No.2(1997.4.)

Hazel Fox/Philippa Webb, The Law of State Immunity, 3rd ed., Oxford University Press(2013)

### 2. 독일

Abbo Junker, Internationales Zivilprozessrecht, Verlag C.H.Beck(2012)

Geimer, Internationales Zivilprozessrecht 6.Aufl., Verlag Dr.Otto Schmidt Köln(2009)

Haimo Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht 6.Aufl., C.H. Beck(2014)

Helmut Damian, Staatenimmunität und Gerichtszwang, Springer-Verlag Berlin Heidelberg New York Tokyo(1985)

Nagel·Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht 7.Aufl., Verlag Dr.Otto Schmidt Köln(2013)

Rolf A. Schütze, Deutsches Internationales Zivilprozessrecht unter Einschluss des Europäischen Zivilprozessrechts 2. Aufl., De Gruyter Recht・Berlin(2005)

## 3. 일본

河野眞理子, “裁判權免除”, 別冊 「ジュリスト」 No.185(2007. 1.) 國際私法判例百選

小林秀之·村上正子, 國際民事訴訟法, 弘文堂(2009)

高桑昭, 國際民事訴訟・法國際私法論集, 東信堂(2011)

横溝大, 內國における外國財産への執行, 新·裁判實務大系3, 國際民事訴訟法(財産法關係), 青林書院(2002)

Abstract

# Die Zwangsvollstreckung gegenüber Vermögensgegenständen der ausländischen Staaten nach dem koreanischen Zwangsvollstreckungsgesetz

Moon, Young Hwa

Der Zweck dieser Forschung ist dadurch den Umfang von Zwangsvollstreckung gegenüber Vermögensgegenständen der ausländischen Staaten nach dem koreanischen Zivilzwangsvollstreckungsgesetz festzusetzen und die Streitpunkte im Zwangsvollstreckungsverfahren darzustellen, daß die Vollstreckungsimmunität von Amerika, England, Deutschland, Japan und Europäischer Union bei ihren Gesetzgebungsbeispielen und Gerichtsurteilen sowie die VN-Übereinkommen über die Staaenimmunität(United Nations Convention on Immunities of States and their Property) untersucht wird.

Nach den Gesetzgebungen und Gerichtsurteilen von den oben genannten Staaten ist es zu befassen, daß die Theorie der absoluten Staatenimmunität nicht mehr gültig sein könnte, sogar als auch ein internationales Gewohnheitsrecht. Im Gegenteil dazu ist es zu beurteilen, daß die Theorie der relativen oder beschränkten Staatenimmunität lieber als ein internationales Gewohnheitsrecht konstituiert ist, in der die Staatenimmunität beim gerichtlichen Vollstrechkungsverfahren und auch beim anderen gerichtlichen Zwangsverfahren gegebenenfalls eingeschränkt werden könnte. In dieser Ansicht gibt es jedoch Unterschiede je nach der staatlichen Gesetzgebung, in wie weit ein bestimmter Vermögensgegenstand bezüglich auf Nutzungszweck und Nutzungsart der Vermögensgegenstände

in die Vollstreckungsgegenstände mit einbezogen werden könnte. Weil es kein regulierendes Gesetz in bezug auf die Staatenimmunität der anderen Staaten gibt, hat das koreanische Gericht gegebenenfalls den Umfang der Vermögensgegenständen über einen anderen Staat zu bestimmen, gegen die die Ausübung koreanischer Hoheitsmacht durch Vollstreckungs- und andere gerichtliche Zwangsmaßnahmen nicht zugängig ist.

Unter Hinweis auf VN-Übereinkommen über die Staaenimmunität sowie Gerichtsurteile von Deutschland ist die Schlussfolgerung zu ziehen, daß nach dem Gewohnheitsrecht ist die Zwangsvollstreckung gegen einen fremden Staat, der über ein nicht-hoheitliches Verhalten dieses Staates ergangen ist, in Gegenstände dieses Staates, ohne Zustimmung des fremden Staatens unzulässig, wenn die Gegenstände im Zeitpunkt des Beginns der Vollstreckungsmaßnahme hoheitlichen Zwecken des fremden Staates dienen. Auf der anderen Seite ist es zu erwähnen, daß VN-Übereinkommen über die Staaenimmunität und auch die nationalen Gesetze bezüglich der Staatenimmunität die gerichlichen Verfahrensnormen sind. Darum sollte die vergleichende Untersuchung für den Eintritt in die VN-Übereinkommen und auch für die Gesetzgebung in bezug auf die Staatenimmunität vorangehen, weil die gerichtlichen Verfahren je nach dem Staat ganz verschieden sind.

**Moon, Young Hwa**

Staatenimmunität, Zwangsvollstreckungsverfahren, VN-Übereinkommen über die Staaenimmunität, Theorie der relativen oder beschränkten Staatenimmunität, Vermögensgegenstand eines fremden Staates

# 도급과 파견의 구별에 관한 판단기준

## - 대법원 2015. 2. 26. 선고, 2010다106436 판결을 중심으로 -

이 승 길*
김 준 근**

Ⅰ. 문제의 소재
Ⅱ. 사내도급의 논의 기초
1. 사내도급의 의의와 필요성
2. 기업의 경영권과 근로자보호에 대한 균형적 관점
3. 사내도급의 법적 규율
4. 도급과 파견의 구별
Ⅲ. 대법원 판례의 분석
1. '현대차 아산공장 판결'의 주요 내용
2. 도급과 파견의 구별에 관한 판단구조
3. 검토
Ⅳ. 결론

**【국 문 요 약】**

급변하는 경영환경과 시장경쟁에서 기업의 외부 노동력 활용은 세계적으로 일반적인 현상이다. 이는 사업조직을 효율화하고 유연성을 확보해 기업이 생존하기 위하여 선택할 수 있는 경영상의 결정사항이고, 헌법상 보장된 경영권의 내용이다.

최근 사내도급 분쟁에서 대법원은 노동법상 근로자 보호의 필요성에 치우친 나머지 사내도급을 지나치게 규제하는 판단을 내려왔다. 이는 기업가의 기본권을 침해하고, 기업의 노동시장의 유연성을 제약해 국제 경쟁력을 떨어뜨리고 다양한 분야에서 구직자의 노동시장 진입을 막는 부당한 결과를 초래할 수 있다.

대법원은 사내도급 분쟁에 관련된 도급과 파견의 구별에 관한 판단기준을 정립할 필요가 있다. 그렇지 않으면 산업현장의 사내도급에 대한 혼란은 더욱 확산되고 장기화될 수밖에 없다. 이는 노사 모두에게 도움이 되지 않고, 국가경제에도 막대한 악영향을 미칠 것이 분명하다.

최근 대법원 판결은 도급과 파견의 구별기준에 관한 판단기준을 새롭게 제시하였으나, 사내도급 분쟁을 해결할 타당한 지표로 기능할지는 의문이다. 대법원의 판단기준은 종전에 근로자파견관계로 인정했던 사정들을 근로자파견관계의 성립이라

* 아주대학교 법학전문대학원 교수.
** 아주대학교 석박사통합과정 수료.

는 구조 내로 포섭하는 상위기준을 세운 것에 머물러 있다.

이에 본고에서는 먼저 사내도급의 논의 기초로서 사내도급의 의의와 필요성, 기업의 경영권과 근로자 보호에 대한 균형적 관점, 사내도급의 법적 규율, 도급과 파견의 구별에 대하여 각각 살펴본다(Ⅱ). 또한 앞에서 검토한 내용에 비추어 대법원의 현대차 아산공장 사건의 판결의 내용을 통하여 도급과 파견의 구별에 관한 판단구조에 대하여 검토한다(Ⅲ). 마지막으로 결론에서는 요약・정리한다(Ⅳ).

## Ⅰ. 문제의 소재

지난 1998년 '파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 '파견법'이라 한다)'이 제정된 이후 국내 산업현장에서 널리 활용되어 온 사내도급이 민법상 도급계약인지 아니면 파견법상 근로자파견계약인지 여부에 대한 법적 분쟁이 줄이어 발생하고 있다. 하지만 법원은 사내도급 분쟁을 해결하기 위한 도급과 파견의 구별기준을 명확하게 제시하지 못해 왔다.

대법원은 2010년 '현대차 울산공장 판결'[1]에서 현대자동차(이하 '현대차'라 한다)의 사내수급인회사[2] 소속 근로자와 도급인회사인 현대차와의 관계를 근로자파견관계로 판단한 바 있다. 이 판결은 기업과 기업간의 도급계약에 따라 도급인회사 사업장에서 도급업무를 수행하고 있는 수급인회사 소속 근로자와 도급인회사 사이에 근로자파견관계가 있음을 인정한 최초의 대법원 판결이다.

하지만 대법원은 도급과 파견을 구별하는 법리를 판시하지 않고, 원심이 인정한 몇 가지 사정들을 열거한 뒤 이를 근로자파견관계가 성립한 근거로 삼은 원심이 정당하다고 판단하였다는 점[3]에서 많은 비판을 받았다.[4] 더욱이 대법원이 근로자

---

1) 대법원 2010. 7. 22. 선고, 2008두4367 판결.

2) 판결문 및 관련 문헌에서는 사내도급계약의 당사자와 관련해 도급인(회사)을 원청(회사)으로, 수급인(회사)을 하청 또는 사내하청(회사)으로도 부르지만, 본고에서는 '도급인(회사)' 및 '수급인(회사)'로 부르기로 한다.

3) '현대차 울산공장 판결'이 근로자파견관계를 인정한 사정들은 다음과 같다. ① 수급인 근로자들이 도급인 근로자와 혼재 작업, ② 수급인 근로자들이 도급인 소유의 생산관련 시설 및 부품 사용, ③ 수급인 근로자들은 도급인이 교부한 작업지시서에 의하여 단순, 반복적으로 수행, ④ 수급인은 고유한 기술이나 자본 등이 업무에 투입된 바 없음, ⑤ 도급인이 수급인 근로자들에 대한 작업배치권과 변경결정권을 가지고 있었고, 수급인 근로자들의 작업량과 작업방법, 작업순서 등을 결정, ⑥ 도급인은 수급인 근로자들에게 지시를 하거나 수급인 소속 현장관리인등을 통하여 근로자들에게 구체적인 작업지시를 함, ⑦ 도급인은 수급인 근로자들의 시업과 종업시간 결정, 휴게시간 부여, 연장 및 야간근로 결정, 교대제 운영 여부, 작업속도 등을 결정, 산재 등으로 도급인 근로자의 결원이 생긴 경우 수급인 근로자들이 이를 대체, ⑧ 도급인은 수급인을 통하여 수급인 근로자들의 근태상황, 인원현황 등을 파악하고 관리하였다는 점 등이다.

4) '현대차 울산공장 판결'에 대한 비판적인 견해를 표시한 논문으로는, 김영문, "파견과 도급 구별에 관한 독일 판례의 발전과 시사점", 「노동법학」제45호, 한국노동법학회, 2013. 3; 이승길, "도급과 파견근로계약의 노동법적 쟁점에 관한 소고", 「외법논집」제37권제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2013. 2; 이상희, "사내하도급 및 파견 근로 규율 현황과 과제에 관한 연구", 「노동법논총」제32집, 한국비교노동법학회, 2014. 12; 박지순, "파견과 도급의 구별에 관한 법리", 「안암법학」제38호, 안안법학회, 2012. 5; 권혁, "도급의 대상으로서 업무와 위장도급 논쟁", 「노동법포럼」제11호, 노동법이론실무학회, 2013; 조영길, "현대차 사내도급을 불법파견으로 인정한 대법원 판결(대법원 2010. 7. 22. 선고, 2008두4367 판결)의 법리적 문제점", 노동법이론실무학회 제13회 정기학술대회 토론문, 2011. 11. 등이 있다.

파견관계를 인정한 사정들은 사내도급에서 보편적으로 나타날 수 있는 사정들이어서 많은 논란을 일으켰고, 사내도급 분쟁이 더욱 확산되는 계기가 되었다.[5] 사실상 국내 기업이 사내도급을 활용하는 실태를 보면 서로 비슷한 편이다. 이에 위 판결에 따르면 국내 산업현장에서는 사내도급 자체를 결코 활용할 수 없게 되기 때문이다.[6]

최근 2015년 2월 대법원은 '현대차 아산공장 판결'[7]에서 도급과 파견의 구별에 관한 판단기준을 새롭게 제시하였는데, 이는 그동안 사법부를 향해 제기되었던 비판의 영향이 크다. 이에 대법원이 제시한 새로운 판단기준이 타당한 것인지를 검토할 필요가 있다. 왜냐하면 사법부가 사내도급 분쟁에 관한 보편타당한 판단기준이 없으면 그를 둘러싼 혼란은 더욱 확산되고 장기화될 수밖에 없어 기업과 근로자 모두에게도 도움이 되지 않기 때문이다.

이에 본고에서는 위의 문제인식을 전제로 하여, 먼저 사내도급의 논의 기초로서 사내도급의 의의와 필요성, 기업의 경영권과 근로자 보호에 대한 균형적 관점, 사내도급의 법적 규율, 도급과 파견의 구별에 대하여 각각 살펴본다(Ⅱ). 또한 앞에서 검토한 내용에 비추어 대법원의 현대차 아산공장 사건의 판결의 내용을 통하여 도급과 파견의 구별에 관한 판단구조에 대하여 검토한다(Ⅲ). 마지막으로 결론에서는 요약・정리한다(Ⅳ).

## Ⅱ. 사내도급의 논의 기초

### 1. 사내도급의 필요성

현대 산업사회는 세계화의 영향으로 국가 간에 자본, 무역, 노동 등의 교류가 활발해지면서 세계가 하나의 큰 단일시장으로 형성되었다. 전 세계가 무한경쟁체제로 돌입한 상황에서 경쟁력을 잃은 기업들은 도산 위기에 내몰리게 되고 이는 대규모 실업사태로 이어져서 국가 경제에 심각한 위협이 된다. 이에 기업은 경쟁에서 지속가능한 성장을 위하여 다양하게 경쟁력을 제고하는 방안을 마련해야 한다.

---

5) "불법파견이라도 정규직 전환, 줄소송 예고", 한국일보 2011. 2. 10; "현대차 2년 이상 근무 5천~6천명, 줄소송 예고", 경향신문, 2012. 2. 23.

6) 이승길/변양규, "사내하도급 관련 대법원 판결의 법률적・경제적 분석, 「KERI Insight」, 한국경제연구원, 2010. 11, 10면.

7) 대법원 2015. 2. 26. 선고, 2010다106436 판결.

이러한 요구에 대응하는 수단으로 많은 기업들은 우선 '경영조직의 효율화'를 선택한다. 대표적인 사례로 기업이 사업부문의 전부 또는 일부를 외부업체에 외주화(아웃소싱)하는 것이다. 외부 노동력의 활용을 통하여 기업은 비용의 절감, 사업조직의 효율성을 달성할 수 있다. 이미 많은 기업들에서 외부 노동력을 폭넓게 활용하고 있는 것이 현실이다.[8)]

산업현장에서는 도급인과 수급인이 도급계약을 체결해 도급인의 사업장 내 도급업무를 행하는 '사내도급'의 방식이 대부분을 차지한다. 사내도급이란 도급인이 특정 업무나 생산공정의 전부 또는 그 일부를 제3자(수급인)에게 장기간 위탁하여 도급인의 사업장 내에서 수행하도록 하는 방식을 말한다.[9)] 사내도급은 자동차·조선·철강·화학 등 전통적인 제조산업 이외에 서비스업으로 확산되고 있다.[10)]

국내 산업에서 사내도급의 발전은 세계화 추세의 영향, 고도로 경제성장한 선진국의 외부 노동력 활용실태가 영향을 미쳤다. 국내 기업들은 선진국의 제조산업 운영에 관한 제반 사항을 도입하면서 사내도급의 활용하는 것을 받아들였다. 국내 주요 기업들은 설립시부터 인력활용방법으로 사내도급을 활용해왔으며, 세계화가 진전되고 기업간 국내외 경쟁이 치열해짐에 따라 사내도급을 통해 인력을 활용하는 범위와 정도도 점차 확산되는 추세가 되었다.

## 2. 기업의 경영권과 근로자보호에 대한 균형적 관점

기업이 외부 노동력을 활용할 경우에 그 활용의 근본적 목적을 훼손 또는 봉쇄할 정도로 법적 규제를 하거나 관여하는 것이 바람직한 것인지는 의구심이 든다. 왜냐하면 급변하는 국내외 경영환경과 시장경쟁에서 기업이 지속가능한 경영을 위하여 외부 노동력의 활용함으로써 기업의 효율성을 제고하고 유연성을 확보하는 것은 선택할 수 있는 경영상 판단의 영역이고, 이러한 판단은 헌법이 보장한 경영권의 핵심적 내용으로 볼 수 있기 때문이다.[11)]

---

8) 이승길, "도급과 파견근로계약의 노동법적 쟁점에 관한 소고", 364면.

9) 박지순, "파견과 도급의 구별에 관한 법리", 270면.

10) 2010년 기준 고용노동부 통계자료에 따르면, 300인 이상 대기업 사업장 1,939개 중 799개에서 사내도급을 활용하고, 수급인 근로자의 수는 32만 5,932명으로 도급인 근로자와 비교해 32.6%인 것으로 나타났다. 사내도급의 활용비율은 업종별로는 조선, 철강, 기계금속의 순으로 높았다.

11) 대법원 2003. 11. 13. 선고, 2003도687 판결("헌법 제23조 제1항, 제119조 제1항, 제15조 규정들의 취지를 기업 활동의 측면에서 보면, 모든 기업은 그가 선택한 사업 또는 영업을 자유롭게 경영하고 이를 위한 의사결정의 자유를 가지며, 사업 또는 영업을 변경(확장・축소・전환)하거나 처분(폐지・양도)할 수 있는 자유를 가지고 있고, 이는 헌법에 의하여 보장되고 있는 것인데, 이

또한 현행법상 근로자파견의 본질이 무엇인지, 도급과 파견의 본질적인 구별기준이 무엇인지에 대한 명문의 규정이 없다. 그에 대한 해석은 판례에 따를 수밖에 없는 상황이다. 이에 도급과 파견을 구별하는 본질적인 징표가 아닌 일부의 사정을 근거로 수급인 소속 근로자의 고용관계를 강제로 이동시키는 것이 과연 근로자 보호의 태도인지도 의문이다. 수급인이 자신의 근로자에 대하여 중간착취와 부당노동행위의 자행, 사용자의 책임을 불이행했다는 점이 아니라, 오로지 업무수행 과정에서 파견요소로 의심할만한 상황이 발견되면 곧바로 근로자파견관계로 인정하는 해석은 문제가 있다.

도급관계를 근로자파견관계로 인정하는 것은 예외적인 계약유형의 강제를 인정하는 것이고, 이러한 강제는 그 예외성과 한계에 비추어 근로자파견관계로 강제할 정도의 계약의 유형과 실질이 명백히 도급과 상이하다는 점이 인정되어야 한다.[12] 단순히 외견이나 단편적인 사정만 가지고 섣부르게 판단하거나, 정당한 근거 없이 근로자를 보호하기 위해 당사자가 의도한 도급관계를 부정하는 것은 지나친 과잉보호이다. 사내도급의 법적 규제에서 근로자에 대한 '사회적 보호의 필요성'과 함께 기업의 '인력활용의 자유'라는 경영적 판단을 존중해 균형 있게 접근하는 관점이 바람직하다.

### 3. 사내도급의 법적 규율

현행 직업안정법 제33조는 "누구든지 고용노동부장관의 허가를 받지 아니하고는 근로자공급사업을 하지 못한다"고 규정해 원칙적으로 기업간 근로자공급사업이 금지된다. 이러한 입법취지는 근로자공급사업에서 근로자가 계속 공급업자의 지배를 받아 '강제근로'와 '중간착취'가 발생할 가능성이 있고, 실제로 근로자를 사용하는 자가 노동보호법상 사용자 책임을 회피하려는 폐해가 발생할 가능성이 높아, 이를 법률로 규제하기 위함이다.[13]

---

러한 경영권이 노동3권과 서로 충돌하는 경우 이를 조화시키는 한계를 설정함에 있어서는 기업의 경제상의 창의와 투자의욕을 훼손시키지 않고 오히려 이를 증진시키며 기업의 경쟁력을 강화하는 방향으로 해결책을 찾아야 하는바, 이와 같은 관점에서 볼 때 구조조정이나 합병 등 기업의 경쟁력을 강화하기 위한 경영주체의 경영상 조치는 원칙적으로 노동쟁의의 대상이 될 수 없고, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 불순한 의도로 추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한 노동조합이 그 실시를 반대하기 위하여 벌이는 쟁의행위에는 목적의 정당성을 인정할 수 없다 할 것이다(대법원 2002. 2. 26. 선고, 99도5380 판결; 대법원 2003. 7. 22. 선고, 2002도7225 판결 참조))."

12) 김영문, 「외부 노동력 이용과 노동법」, 법문사, 2010, 210면 이하.

13) 임종률, 「노동법」, 박영사, 2015, 648~649면.

그러나 도급방식의 사내도급은 노동법상 규제가 전혀 없었다. 즉 근로자공급사업이 아닌 작업도급과 업무도급의 경우에 그 근로자를 도급인의 근로자로 인정하지 않았고, 근로자공급사업에 의한 규제대상으로 보지도 않았다. 이에 근로자공급사업이 엄격히 규제된 '직업안정법'의 규율에서도 사내도급의 인력활용이 근로자공급이 아니라면 합법적이고, 사내도급의 기업간 협력체제는 대부분 건설업·제조업에서 유지되어 왔다.[14]

그 후 대내외로 산업구조 및 노동시장 여건의 변화, 파견근로 등 비정규근로의 증가, 1998년 외환위기 때 IMF(국제통화기금) 등이 국내 노동시장 유연성을 높이라는 권고로 종전 직업안정법에서 금지되던 근로자파견을 허용하는 내용의 '파견법'이 제정되었다.[15] 파견법의 주요 내용은 근로자 파견업을 하려는 사업주는 반드시 고용노동부장관의 허가를 받아야 하고(제7조), 파견대상업무는 32개로 한정되며(제5조 제1항), 파견기간은 최대 2년까지 가능하다(제6조 제2항). 이를 위반할 경우에는 해당 파견근로자에 대한 직접 고용의무를 부담하고(제6조의2 제1항), 형사처벌까지 받게 된다(파견법 제43조).

이와 같이 파견법은 종전 직업안정법상 근로자공급사업의 엄격한 규제를 완화해 32개 업무에 합법적인 파견을 허용하였다. 이로써 기업은 종전보다 확대된 외부노동력을 활용하고, 근로자는 취업 기회를 확대할 수 있게 되었다. 다른 한편으로 파견법은 파견 허용에 따른 남용 대책과 차별적 처우 등에 대한 별도의 보호 규정을 두었다. 즉 근로자파견을 도급 등 유사한 외부노동력 수급시스템과 구별하고, 파견법을 회피하기 위하여 유사 명목의 근로자파견을 적발해 파견법상 규제를 받도록 한 것이 파견법의 목적이 아니었다.[16]

무엇보다 파견법은 파견근로의 본질이 무엇인지 명확한 규정이 없다. 파견은 외부 노동력 활용의 한 형태로 종합적 질서체계가 필요한데, 오히려 파견법은 파견근로자의 보호에 무엇이 필요한지를 규정하고 있을 뿐이다.[17] 파견법을 시행한 이후 2000년대 중반부터 사내도급이 '위장도급'으로서 그 실질은 근로자파견관계이므로 도급인에게 '고용간주'(구 파견법상) 내지 '고용의무'(현행 파견법상)가 있다는 소송이 제기되기 시작하였다. 최근 수년간의 사내도급과 관련된 법원의 판결을 보

14) 박지순, "파견과 도급의 구별에 관한 법리", 272면.
15) 이승길, "도급과 파견근로계약의 노동법적 쟁점에 관한 소고", 364면.
16) 조준모, "거꾸로 가는 근로자파견법 바로잡아야", 매일경제 기고문, 2014. 12. 4.
17) 김영문, "외부노동력 활용을 위한 법적 형태의 진화", 「노동법논총」제27집, 한국비교노동법학회, 2013. 4, 123면.

면, 파견법의 제정 이전에는 '적법한 도급'으로 인정되었을 사안이 대부분 '불법파견'으로 판단되고 있다. 이와 같이 파견법의 제정 배경과 그 입법취지와는 전혀 다르게 종전에 기업이 합법적으로 활용해 온 사내도급의 규제 수단으로 변화한 것은 매우 역설적인 현상이다.[18]

## 4. 도급과 파견의 구별

### 가. 도급의 본질

'도급'이란 당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방(도급인)이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약을 말한다(민법 제664조). 여기서 '일'이란 노무에 의하여 생기는 결과를 말한다. 예를 들어 건물의 건축, 선박의 건조, 물건의 제작 수선과 같은 유형적 결과뿐만 아니라, 원고의 출판, 운송, 병의 치료, 소송사건의 처리, 음악의 연주 등과 같은 무형적인 결과도 포함한다.[19]

도급은 일의 완성을 위하여 수급인의 일정한 노무의 제공을 요구하나, 약속한 일의 완성을 위하여 어떠한 노무를 어떻게 사용할 것인지는 원칙적으로 수급인의 자유이고, 일을 완성할 때까지 발생하는 위험도 원칙적으로 수급인이 부담한다. 즉 도급은 노무제공의 결과에 주목할 뿐 노무제공의 과정 자체에는 관심이 없다. 민법의 전형계약은 모든 구체적인 계약관계를 전체적으로 규정하고 있지 않다. 도급계약의 본질에 반하지 않는 한 당사자는 사적 자치의 원칙에 기초한 다양한 내용으로 구체적인 도급계약의 내용을 형성할 수 있다. 이것이 민법상 전형계약의 기능이라고 할 수 있다.[20]

이에 특정한 물건 자체를 완성하는 것이 아니라 도급인이 영위하는 사업의 일부분도 수행할 업무의 내용으로 구분한다면 맡겨진 업무를 완성하는 것은 도급계약의 목적이 될 수 있다.[21] 그렇다면 수급인의 담보책임도 이를 완화·배제하는 비전

---

18) 박지순 교수는 이처럼 파견법이 노동시장의 유연성을 위해 도입된 파견법의 취지와는 정반대로 파견법이 도급금지법 또는 도급규제법으로 변질되고 있어, 기존의 유연화 수단마저 제거한 모순이 발생하고 있는 결과를 입법자가 의도하지 않았을 것이라고 진단했다(박지순, "파견법의 역습과 고용 유연성의 실종", 문화일보 시평, 2014. 9. 23).

19) 곽윤직 편집대표, 「민법주해(XV)」, 박영사, 2002, 437~438면.

20) 원상철, "고용계약과 근로계약의 개념 검토-근로자보호를 중심으로", 「기업법연구」제21호, 한국기업법학회, 2005. 6, 395면.

21) 권혁, "도급의 대상으로서 업무와 위장도급논쟁", 102면; 김봉수, "노무도급과 위장도급",「안암법학」제39호, 안암법학회, 2012, 371~372면.

형적인 규율도 가능할 수 있다고 해석된다.[22] 도급업무의 수행과정에서 도급인의 수급인에 대한 신의칙상 보호의무 내지 안전배려의무에 대한 위반이 문제될 수는 있어도, 도급 자체를 금지할 수 있는 법 이론적 근거를 찾는 것은 어렵다.[23]

한편, 도급인과 수급인 관계는 종속적인 것이 아니라 독자적이라는 점에서 '근로자파견'과는 구별된다. 하지만 산업현장에서는 어떠한 개별 사안을 보고서 '도급'인지 '근로자파견'인지를 판단하는 것이 어려운 경우가 많다. 왜냐하면 도급이 종속적인 것이 아니라 독자성이라는 특징이 있어도 일의 완성을 위하여 도급인이 수급인에게 지시하는 경우도 있기 때문이다. 민법은 수급인의 하자가 도급인의 지시나 도급인이 제공한 재료에 기인한 것일 경우에는 수급인의 책임이 면제된다(민법 제669조)고 규정하고 있는바, 도급관계에서 도급인의 지시나 도급인이 재료를 제공하는 경우가 있을 수 있음을 예정하고 있다. 즉 도급관계에서 도급인은 수급인의 일의 완성에 협력할 의무를 부담하는데, 여기에는 기계나 설비를 대여하거나 설계도를 교부하는 일이 포함된다. 도급인이 협력의무를 이행하지 않으면 수급인은 손해배상의 청구(민법 제390조) 또는 계약의 해제를 할 수가 있다(민법 제544조). 이에 도급인의 지시나 재료의 제공은 수급인의 일의 완성에 협력해야 한다는 의미에서 더 나아가 도급의 대상이 채권자로서 재산권 행사의 목적에 맞추도록 지시할 수 있는 권리도 포함된다.[24] 따라서 도급의 본질은 그 계약의 대상에 제한이 없고, 일의 완성뿐만 아니라 업무의 일정한 범위도 도급의 대상으로 삼을 수 있다. 또한 도급계약의 목적을 달성하는 범위 내에서 적정한 지시권을 행사할 수 있고 나아가 협력도 할 수 있다고 해석된다.

### 나. 근로자파견관계의 본질

'근로자파견'이란 "파견사업주(근로자파견사업을 행하는 자)가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주(근로자파견계약에 의하여 파견근로자를 사용하는 자)의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것"을 말한다(파견법 제2조 제1호). 파견법이 규정한 근로자파견의 개념에서 도출되는 근로자파견의 본질적 요소는 ① 파견근로자가 파견사업주로부터 고용되어 파견사업주와 고용관계를 유지한다는 점(파견사업주와

22) 박지순, "파견과 도급의 구별에 관한 법리", 280면.
23) 박준서 편집대표, 「주석민법(채권각칙4)」, 한국사법행정학회, 1999, 195면.; 권혁, "도급의 대상으로서 업무와 위장도급논쟁", 103면.
24) 박준서 편집대표, 「주석민법(채권각칙4)」, 196면.

파견근로자 사이의 고용계약), ② 파견계약에 따라 사용사업주가 자신의 사업을 위해 파견사업주 소속 근로자에 대한 지휘·명령권을 행사한다는 점(파견사업주의 사용사업주에 대한 지휘·명령권의 양도)이다. 이러한 요소와 징표는 전체 파견근로기간 중에 계속해 존재해야 한다.[25]

먼저 '근로자파견계약'은 파견사업주와 사용사업주 사이의 상호 독립적인 기업 사이의 계약이고, 파견사업주는 근로자를 파견할 채무를 부담하는 반면에, 사용사업주는 약정된 파견보수를 지급하는 내용을 가진 고유한 성질의 쌍무계약이다.[26] 이에 파견사업주는 사용사업주가 필요한 직업 또는 기술상 자격을 갖춘 근로자를 사용사업주에게 공급하기만 하면 계약상 채무이행을 완료하게 되고, 파견근로자가 해당 사업장에서 어떠한 근로 방식을 제공할 것인지는 파견사업주의 입장에서 문제되지 않는다. 이에 사용사업주는 약정된 파견보수를 파견사업주에게 지급하면 계약상 채무이행을 완료하게 되고, 파견 받은 근로자를 어느 부서에 배치해 어떤 내용으로 자신의 영업활동에 사용할 것인지는 모두 사용사업주의 책임과 권한 아래에서 행해진다.

또한 '파견사업주와 파견근로자의 관계'는 파견근로자가 파견사업주와 고용계약상 근로제공의무를 부담하고, 파견사업주가 그에 대한 임금지급의무를 진다는 점에서 일반적인 고용계약과 마찬가지이다. 하지만 구체적인 노무제공의 사항을 지시·요구할 수 있는 것은 파견사업주가 아니라 사용사업주라는 점에서 일반적인 고용계약관계와 구별된다.

그리고 '사용사업주와 파견근로자의 관계'는 사용사업주가 구체적인 노무제공에 있어서 파견근로자에게 사용자의 권한과 책임으로 지휘·명령권을 행사하게 되므로 근무시간과 휴게시간 등을 정하고 자신의 근로자와 같이 자유로이 작업현장에 배치해 구체적인 업무지시 등을 하게 된다(파견법 제34조 제1항 단서 후단).[27] 사용사업주에게 파견된 파견근로자는 사용사업주의 지시권에 복종해야 하며 사용사업주의 지시에 따라 노무를 제공해야 한다. 즉 파견근로관계에 있어 사용사업주와

25) 김형배, 「노동법」제24판, 박영사, 2015, 1297~1298면.

26) 김형배, 「노동법」, 1310~1311면.

27) 파견법 제34조(근로기준법의 적용에 관한 특례) ① 파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여는 파견사업주 및 사용사업주를 근로기준법 제2조의 규정에 의한 사용자로 보아 동법을 적용한다. 다만, 같은 법 제15조부터 제36조까지, 제39조, 제41조부터 제48조까지, 제56조, 제60조, 제64조, 제66조부터 제68조까지 및 제78조부터 제92조까지의 규정의 적용에 있어서는 파견사업주를, 같은 법 제50조부터 제55조까지, 제58조, 제59조, 제62조, 제63조 및 제69조부터 제75조까지의 규정의 적용에 있어서는 사용사업주를 사용자로 본다.

파견근로자 사이의 법률관계는 구체적인 노무제공에 대하여 사용사업주가 파견사업주를 배제하고 파견근로자에게 배타적인 지휘·명령권을 행사하고, 파견근로자는 사용사업주의 근로자와 같이 사용사업주의 사업장에 편입되어 사용사업주의 지휘·감독 아래에서 노무를 제공하는 것이 핵심적이고 본질적인 관계이다.[28]

이와 같이 파견은 사용자가 고용한 근로자를 타인을 위한 근로에 종사하게 하는 3자관계라는 점에서 '업무도급'과 비슷하지만, 양자는 근로자가 누구의 지휘·명령을 받아 근로를 제공하는지 측면에서 구별할 수 있다.[29]

### 다. 도급과 파견의 본질상 구별 기준

#### 1) 지휘·명령권의 본질적 귀속과 행사자

도급계약에 있어 수급인의 근로자는 수급인과 근로계약을 체결하고 있기 때문에 수급인에게 근로자의 지위를 가질 뿐이고, 도급인에게는 근로자의 지위를 가지지 않는다. 이에 도급계약에서 수급인의 근로자에 대한 근로관계의 핵심 요소인 지휘·명령권은 여전히 수급인회사가 가지고 있다. 반면에, 근로자파견관계에 있어 파견근로자는 사용사업주의 지휘·감독 아래에서 노무를 제공하는 관계에 있기 때문에, 사용사업주가 파견근로자에 대한 지휘·명령권을 배타적으로 행사하는 관계를 유지하게 된다. 왜냐하면 파견사업주는 자신이 채용한 근로자를 사용사업주에게 인계하기만 하면 자신의 채무이행을 완료하여 구체적인 근로제공에 있어 지휘·명령권을 행사할 권한이 없기 때문이다. 따라서 도급계약관계에 있는 수급인의 근로자가 도급인과의 관계에서 근로자파견관계라고 평가하려면, 도급관계에는 없지만 파견근로관계에는 있는 핵심 징표인 '지휘·명령권'을 도급인이 배타적으로 행사한다는 것을 명확하게 인정할 수 있어야 한다.[30]

#### 2) 도급목적 지시권과 노무급부와 관련된 지시권의 구별

앞에서 살펴본 바와 같이 도급인은 수급인 또는 수급인의 근로자에게 일의 완성을 위한 '도급목적 지시'를 행할 수 있다. 이는 민법 제669조에 근거해 도급업무를 성공적으로 수행하는 것이 도급인과 수급인에게도 계약의 목적을 달성하기 위하여 요구된다. 이러한 '도급목적 지시'는 파견관계에서 개별근로자에게 구체적인 '노무

---

28) 김형배, 「노동법」, 1308면; 김영문, "외부노동력 활용을 위한 법적 형태의 진화", 137면.
29) 임종률, 「노동법」, 612면.
30) 이와 같은 견해의 논문으로는, 김영문, "외부 노동력 활용을 위한 법적 형태의 진화", 137면; 박지순, "파견과 도급의 구별에 관한 법리", 287~288면.

급부(업무수행)와 관련된 지시'를 행하는 것과는 구별된다.

먼저 '도급목적 지시'에는 다음과 같은 것들이 있다. (ⅰ) 수급인이 수행하는 도급목적물 또는 도급업무의 범위와 내용을 지시하고, 수행한 도급목적물 등을 검수하고 확인하는 것처럼 도급계약의 본질에 따라 도급인이 수급인에게 요구할 수 있는 기본적 권리에 기초한 지시가 포함된다. (ⅱ) 도급의 목적을 달성하기 위하여 목적물 등이 불완전하거나 하자가 있어 이를 시정하기 위한 지시도 도급계약으로 의도한 목적을 달성하기 위하여 도급계약의 본질에 따라 도급인에게 인정된다. (ⅲ) 사업장내 질서와 안전을 위하여 사업장내 모든 근무자들이 준수해야 하는 질서 유지와 안전 감독, 보안과 안전을 위한 출입관리 등과 관련한 지시도 사업장에 출입하는 인원이라면 근로자인지의 여부를 불문하고 통일된 규율이 필요해 내리는 지시로 도급목적 지시이다.[31] 예를 들어 도장업무를 도급으로 준 도급인이 도장(塗裝)에 사용할 재료의 종류와 색상, 재료가 갖추어야 할 적정한 수준, 도장업무공정의 결정 등 도급 대상물에 대하여 요구하는 지시는 도급계약의 목적을 달성하기 위하여 당연히 도급인에게 부여된 권한으로서 도급계약에 내재해 있는 것이다. 이에 도급인은 목적물을 확인·검수해 수급인 또는 수급인의 근로자가 도급계약에 따르지 않고 다른 색상과 종류, 저질의 제품을 사용할 때 도급계약에 맞게 정해진 색상과 종류 등을 사용하라고 지시할 수 있다. 이러한 도급인의 지시는 도급목적 지시에 해당하는 것이지, 근로자파견에서 '노무급부와 관련된 지시'라고 볼 수 없음은 당연한 것이다.[32]

반면 '노무급부와 관련된 지시권'은 사용종속관계의 근로관계에서 인정되는 개별 근로자에 대한 사용자의 지시권을 말한다. 근로자를 구체적으로 어디에서 언제부터, 어떻게 노무급부를 해야 하는가를 결정하는 지시권이다. 즉 근로관계에서는 노무제공 자체가 목적이기 때문에 근로자를 어떻게 활용할지 여부는 사용자의 구체적인 지시에 따라 결정된다. 이러한 '노무급부와 관련된 지시권'은 지휘·명령 관계를 핵심으로 하는 파견근로관계의 본질적 내용으로 도급계약상 '도급목적 지시'와 구별된다.[33]

---

31) 김영문, 「외부노동력 이용과 노동법」, 197면 이하.

32) 폴커 리블레, "자유로운 도급계약과 규제된 근로자파견 사이에서의 '산업과 관련된 용역'", 「노동법포럼」 제11호, 노동법이론실무학회, 2013. 10, 183~185면.

33) 이와 같은 견해의 논문으로는, 김영문, "파견과 도급 구별에 관한 독일 판례의 발전과 시사점", 241면 이하; 박지순, "파견과 도급의 구별에 관한 법리", 285면 이하.

## Ⅲ. 대법원 판례의 분석

### 1. '현대차 아산공장 판결'의 주요 내용

#### 가. 사실관계

원고들은 피고(현대차)의 아산공장 사내수급인회사에서 근무하다가 해고된 사람들이고, 피고는 아산, 울산, 전주에 공장을 두고 자동차 및 그 부품의 제조 및 판매를 주된 목적으로 하는 회사이다.

이 사건의 원고들은 수급인회사를 상대로 부당해고구제신청 및 부당해고 구제재심판정 취소소송 등을 제기하여 모두 패소하자, 현대차를 상대로 '근로자 지위확인 소송'을 제기하였다.[34]

#### 나. 판결요지

대법원은 다음과 같이 근로자파견관계 성립의 판단기준을 설시하였다. "원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, ① 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지 여부, ② 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지 여부, ③ 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지 여부, ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지 여부, ⑤ 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 여부 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단해야 한다."

대법원은 위와 같은 기준에 따라, ① 현대차가 사내수급인회사 소속 근로자에 대한 일반적인 작업배치권과 변경결정권을 가지고 사내수급인회사 소속 근로자가

34) 이 사건의 진행경과는 <1심> 서울중앙지방법원 2007. 6. 1. 선고, 2005가합114124 판결(묵시적 근로관계 부정, 파견근로관계 인정). <2심> 서울고등법원 2010. 11. 12. 선고, 2007나56977 판결(항소기각). <3심> 대법원 2015. 2. 26. 선고, 2010다106436 판결(상고기각).

수행할 작업량과 작업방법, 작업순서, 작업속도, 작업장소, 작업시간 등을 결정한 점, ② 현대차는 사내수급인회사 소속 근로자를 직접 지휘하거나 사내수급인회사 소속 현장관리인등을 통하여 구체적인 작업지시를 하였는데, 사내수급인회사 현장관리인 등이 소속 근로자에게 구체적인 지휘·명령권을 행사하였다 하더라도 이는 현대차가 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나 그러한 지휘·명령이 현대차에 의하여 통제된 것에 불과한 점, ③ 사내수급인회사 소속 근로자가 현대차 소속 근로자와 같은 조에 배치되어 동일한 업무를 수행한 점, ④ 현대차는 소속 근로자의 결원이 발생하는 경우 사내수급인회사 소속 근로자로 하여금 그 결원을 대체하게 하기도 한 점, ⑤ 현대차가 사내수급인회사 소속 근로자에 대한 휴게시간 부여, 연장 및 야간근로, 교대제 운영 등을 결정하고 사내수급인회사를 통하여 사내수급인회사 소속 근로자의 근태상황을 파악하는 등 사내수급인회사 근로자를 실질적으로 관리하여 온 점, ⑥ 사내수급인회사가 도급받은 업무 중 일부는 현대차 소속 근로자의 업무와 동일하여 명확히 구분되지 아니한 점, ⑦ 사내수급인회사의 고유하고 특유한 업무가 별도로 있는 것이 아니라 현대차의 필요에 따라 사내수급인회사의 업무가 구체적으로 결정된 점, ⑧ 사내수급인회사 소속 근로자의 담당 업무는 현대차가 미리 작성하여 교부한 각종 조립작업지시표 등에 의하여 동일한 작업을 단순 반복하는 것으로서 사내수급인회사의 전문적인 기술이나 근로자의 숙련도가 요구되지 않고 사내수급인회사의 고유 기술이나 자본이 투입된 바 없는 점 등의 여러 사정들을 종합하면, 사내수급인회사 소속 근로자들 중 일부는 사내수급인회사에 고용된 후 현대차의 작업현장에 파견되어 현대차로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견관계에 있었다고 봄이 타당하다고 판단한 원심이 정당하다고 판단하였다.[35]

### 2. 도급과 파견의 구별에 관한 판단구조

대법원이 '현대차 아산공장 판결'에서 도급과 파견의 구별에 관한 판단기준을 정

35) 대법원은 근로자파견관계의 성립 판단에 앞서 '묵시적 근로계약관계'의 성립 여부에 대하여는 현대차의 사내수급인회사가 소속 근로자에 대하여 사용자로서의 권리·의무를 행사하지 않았다고 보이지는 않을 뿐만 아니라 사내수급인회사가 소속 근로자에 대한 인사권·징계권을 행사함에 있어 피고가 직접 관여하였다는 점을 인정할 만한 구체적인 자료가 없어 사내수급인회사가 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 상실하였다고 볼 수 있을 정도로 그 존재가 형식적·명목적인 것이라고 할 수는 없다는 이유로, 현대차와 사내수급인회사 소속 근로자 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립하였다고 단정할 수 없다고 한 원심의 판단은 정당하고 묵시적 근로계약관계의 성립에 관한 법리 오해의 위법이 없다고 판단하였다.

립한 점은 평가할만하다. 다만 대법원이 제시한 근로자파견관계 성립의 판단기준은 2010년 '현대차 울산공장 판결'이 열거한 사정(하위 기준)들을 포섭하는 상위기준에 불과하다. 대법원은 이러한 판단기준을 가지고 각 개별기준들을 종합적으로 판단하여 근로자파견관계 성립 여부를 판단하였다(<표 1> 참조).

【표 - 1 2010년 현대차 울산공장 판결과
2015년 현대차 아산공장 판결의 판단기준 비교[36]】

| 2010년 현대차 울산공장 판결의 근로자파견관계 인정 요소 | | 2015년 현대차 아산공장 판결의 근로자파견관계 성립의 기준 |
|---|---|---|
| ① 직접적인 작업지시 및 현장관리인을 통한 작업지시 | → | ① 업무수행에 관한 지휘·명령 |
| ② 도급인의 작업지시서에 따른 업무수행 | | |
| ③ 작업배치권, 작업량, 방법 등의 결정 | → | ② 도급인 사업조직에 편입 |
| ④ 혼재 배치 작업 | | |
| ⑤ 시업·종업시간, 휴게시간 등을 도급인이 결정 | → | ③ 수급인의 인사노무관리상 독립성 |
| ⑥ 근태상황, 인원현황 파악 | | |
| ⑦ 도급인 소유 생산관련 시설, 부품사용 | → | ④ 수급인의 독립적 실체 |
| ⑧ 수급인의 자본, 기술 투여 없음 | → | ⑤ 도급계약의 적격성 및 전문성 여부 |

이러한 종합적 판단구조는 어느 하나의 기준이 충족되어 파견 또는 도급으로 되는 것이 아니므로, 기준과 기준의 충족 사실을 비교형량해야 한다. 하지만 상위기준과 하위기준들이 그 사안에 충족되는가, 이 개별적 기준 충족사실들을 전체적으로 판단하는 방법은 없다.[37] 그래서 개별 사안에서 종합 판단한 결과로 근로자파견관계로 평가되면 위의 5가지 판단기준을 근로자파견관계의 인정 논리로 재구성한다.

원래 이러한 종합적 판단구조는 유형적 방법에 의해 개별상황의 다양한 측면들을 판단의 대상으로 삼기 때문에 구체적 타당성을 기하는 것은 물론 노동력 활용형태를 보다 탄력적으로 파악한다는 장점이 있다.[38] 그런데 판례의 판시내용을 보면 이러한 장점보다는 법관의 자의적인 판단에 따를 수밖에 없다는 단점으로 인한

36) 표 본문의 번호는 편의상 다시 배열하였다.
37) 김영문, "파견과 도급의 구별에 관한 독일 판례의 발전과 시사점", 239면; 박지순, "파견과 도급의 구별에 관한 법리", 281면.
38) 김영문, 「외부 노동력 이용과 노동법」, 188면.

불명확성과 의구심이 더욱 부각되는 것 같다.

이 사건 판결의 원심에서도 '근로자파견관계의 인정 여부'에 대하여 ① 계약의 내용, ② 업무수행의 과정, ③ 계약 당사자의 적격성을 기준으로 삼아 판단하였는데, 각 기준에 대한 판단에서 "이 사건은 (도급적인 요소도 포함되어 있지만) 근로자파견관계에 '더 가깝다'고 판단된다"라고 판시하였다. 즉 도급 또는 파견이기도 하지만 그래도 파견에 좀 더 가깝다고 보이니 근로자파견관계가 성립한다고 판단한 것이다.[39] 그런데 좀 더 구체적으로 살펴보면, 종합적 판단보다는 개별(비본질적인) 판단표지가 최종 판단자인 법관의 인식에 결정적인 영향을 미치고 있음을 알 수 있다.[40]

이러한 한계로 인하여 근로자파견관계 여부를 판단할 경우 법관의 주관적인 인식이 크게 작용해 동일한 사실관계에서 법원마다 상이하게 판시하고 있다. 2010년 '현대차 울산공장 판결'에서도 논리구성을 위하여 사실심에서 확정한 사실관계를 대법원이 다르게 인정한 것은 아닌지 의문이 든다.[41] 사정이 이러하다 보니 사건 당사자들은 소송의 결과를 전혀 예측할 수 없고,[42] 판결문에서 충분히 이해할 수 있는 논증을 기대하지만 그렇지 못한 실정이다. 그럼에도 불구하고 이러한 종합적 판단구조를 유지할 수밖에 없다면 보다 명확하게 도급과 파견을 구별할 수 있는 판단기준을 정립해 현재 판단구조의 한계를 보완할 필요가 있다.[43]

---

39) 이승길, "도급과 파견근로계약의 노동법적 쟁점에 관한 소고", 392면.

40) 특히 이 사건의 1심의 판시 내용을 보면 "자동차 부품 조립공정 중 일부는 일의 완성을 목적으로 하는 도급계약의 대상 업무로 적합하지 않다"라고 종합적 판단보다는 이미 결론을 단정한 것처럼 보인다(서울중앙지방법원 2007. 6. 1. 선고, 2005가합114124 판결). 또한 이 사건의 2심에서는 "분초의 시간 단위로 책임을 묻는 것은 본래적 의미의 도급과도 어울리지 않는 것"이라고 판시하였다(서울고등법원 2010. 11. 12. 선고, 2007나56977 판결).

41) 2010년 '현대차 울산공장 판결'에서는 사실심에서 확정한 사실관계를 상이하게 인정하였다. 위 판결의 원심(서울고등법원 2008. 2. 12. 선고, 2007누20418 판결)은 "작업현장에는 협력업체 대표 또는 그 현장관리인이 상주하면서 자신의 소속근로자들에 대한 작업지시 등을 하고 현대자동차의 관리자가 협력업체의 근로자들에게 별도로 작업지시 등을 하지 않"았다고 인정한 반면에, 대법원은 "현대차는 원고들을 직접 지휘하거나 또는 이사건 협력업체 소속 현장관리인 등을 통하여 원고들에게 구체적인 작업지시를 하였"다고 하여 사실관계를 전혀 다르게 인정하였다. 또한 원심이 "협력업체들은 …(중략)… 그 소속 근로자들에 대하여 개인별 출근카드, 출근부, 근태계현황부, 연월차대장을 작성하여 근로자들의 출근, 지각, 조퇴, 근로시간, 연월차휴가사용 등을 관리하고 있으며 근무태도가 나쁜 직원들에 대하여는 경고하거나 반성문 또는 시말서의 작성을 요구하거나 해고 등의 징계를 하였다"라고 인정한 반면에, 대법원은 "현대차는 이 사건 사내협력업체를 통하여 원고들을 포함한 이 사건 사내협력업체 근로자들에 대한 근태상황, 인원현황 등을 파악, 관리하였다"라고 인정해 사실관계를 전혀 달리 보았다.

42) 김영문, "파견과 도급 구별에 관한 독일 판례의 발전과 시사점", 254면.

43) 김영문 교수는 현재 판례의 태도가 1970년대 독일 판례수준이라고 하면서 산업발전과 함께 진화 중인 독일 판례의 변화에서 시사점을 찾고 있다(김영문, "파견과 도급 구별에 관한 독일 판

### 3. 검토

#### 가. 업무수행에 관한 지휘·명령

대법원은 현대차가 때로는 직접, 때로는 수급인회사 '현장관리인'을 통하여 구체적인 작업지시를 하였고, 수급인회사 근로자에 대한 작업배치와 변경결정권을 가지고 있다고 판단해 이를 근로자파견관계가 성립한다는 근거로 삼았다.

그런데 앞에서 살펴본 것처럼 도급업무 수행과정에서 도급인이 수급인에게 가지는 도급목적 지시권은 도급계약에 내재된 것으로, 대법원은 이를 오해한 것으로 보인다. 도급인의 도급목적 지시권은 사업장 내의 질서 유지와 안전 감독, 출퇴근 관리, 통일된 업무처리를 위한 동일기준의 적용 등 도급계약상 동일한 사업장에서 일의 완성과정에서 불가피하게 업무가 행해지는 점에서 도급 형태에 당연히 요청되는 지시권이다.[44] 또한, 수급인회사 근로자의 업무수행 과정에서 안전사고 위험이 발생할 우려가 있는 상황이나, 작업수행 방법의 문제로 결과물의 하자 발생이 명백한 상황에서 도급인은 당연히 적절하게 조치할 수 있다. 그리고 위 사건의 1심 및 원심판결에서 설명한 것처럼 도급계약에 따라 컨베이어벨트 작업공정에 배치되면 이후에는 별다른 지시나 지휘가 없더라도 작업 흐름에 맞추는 점을 볼 때 도급인의 지시는 상시적인 노무급부 측면에서의 지시가 아니고 한정적인 도급목적 측면에 지시로 볼 수 있다. 이러한 점에서 현대차 아산공장의 판결은 도급인의 지시권의 구체적인 내용을 살피지 않고 협소하게 해석하였다.

또 현대차가 수급인회사 근로자들의 작업배치 및 변경결정권을 가지고 수급인회사 근로자가 수행할 작업량과 작업방법, 순서, 속도, 장소, 시간 등을 결정하였다고 판단한 것도 작업공정의 특성을 제대로 이해하지 못한 결과이다. 즉 법원은 컨베이어벨트를 이용한 작업공정의 특성상 외관상으로는 도급인이 수급인회사 근로자들의 작업 배치 및 변경결정권을 행사한 것으로 보았다. 그런데 작업배치 및 변경결정권의 문제는 도급인이 도급계약서에 따르지 않고 수급인회사 소속 개별근로자에게 구체적으로 어떤 업무를 수행할지의 결정·배치권한을 행사하는지 여부이다. 만약 도급계약서에 따라 도급업무가 정해지고, 구체적인 작업배치 및 변경은 수급인회사가 스스로 결정·행사했다면 문제될 여지가 없다.[45] 컨베이어벨트를 이용한

---

례의 발전과 시사점," 243면 이하).

44) 김영문, 「외부노동력 이용과 노동법」, 197~198면.

45) 이와 반대의 견해로, 조임영 교수는 "컨베이어시스템은 구상과 실행의 분리라는 기본적 작동원리로 하여 중앙통제에 의해 기술, 작업편성, 작업방식, 속도 등의 지휘명령의 핵심적인 내용들이 전체적으로 연관되어 사전에 정해지고 표준화되기 때문에" 도급인 등에 의해 지휘명령이 이루

작업공정의 특성상 불가피한 작업흐름을 이해한다면, 이러한 사정을 근로자파견관계의 근거로 단정하는 것은 성급한 판단이라고 볼 수 있다. 이러한 판단은 컨베이어벨트 공정의 도급은 '금지'라는 해석이라는 점에서 재고할 필요가 있다.

### 나. 도급인회사 사업조직에 편입

대법원은 수급인회사의 근로자가 현대차(도급인) 소속 근로자와 같은 조에 배치되어 동일한 업무를 수행했다고 판단해 이를 근로자파견관계의 근거로 삼았다. 이러한 대법원의 판단은 사내도급 업무의 특성상 불가피한 장소적인 혼재로 말미암아 수급인회사 소속 근로자가 도급인회사 소속 근로자와 동일한 업무를 수행하는 것으로 오해한 것이다. '혼재근무'의 여부가 근로자파견관계를 성립하게 하는 근거가 될 수 있는지에 대하여는 종래 대법원 판결에서도 상반된 결론이 나왔다.[46]

먼저, 혼재근무가 근로자파견관계를 성립하게 하는 근거로 본 판결을 살펴보면, 혼재근무라는 외관상 사정이 도급과 파견의 본질적인 구별기준인 사용자의 지휘·명령권을 누가 행사하는지 여부를 판단하는데 큰 영향을 미친 것으로 보인다. 왜냐하면 물리적으로 한정된 공간 내에서 업무가 수행되는 사내도급의 특성상 '장소적 혼재'를 '업무적 혼재'와 '업무적 동일성'으로 혼동하기 쉽기 때문이다. 이로 인해 동일한 장소에서 수급인회사의 근로자와 도급인회사의 근로자가 함께 일하는 경우 실제로는 양자가 각각 구분된 업무를 행해도 외관상 인식되는 '장소적 혼재'로 양자가 공동작업을 수행하고 도급인의 업무 지휘·명령을 받는다고 볼 여지가 있다.

그런데 사내도급은 그 업무가 도급인의 사업장 내에서 이루어지기 때문에 도급인회사의 근로자와 수급인회사의 근로자의 업무수행 과정에서 장소적 혼재는 자연스러운 현상에 불과하다.[47] 단순히 양자의 장소적 혼재만으로는 업무의 구별이 되

---

어진다고 한다(조임영, "근로자파견관계의 판단방식과 기준", 「노동법연구」 제22호, 서울대노동법연구회, 2007, 166면).

46) '혼재근무'의 사정만으로 근로자파견관계로 볼 수 없다는 취지의 판결은 '인천국제공항공사 판결(대법원 2013. 7. 25. 선고, 2012다79439 판결)' 및 'KTX 여승무원 판결(대법원 2015. 2. 26. 선고, 2012다96922 판결)'이 있다. 반면에 '혼재근무'가 근로자파견관계 성립의 근거라는 취지의 판결은 '현대차 울산공장 판결((2010. 7. 22. 선고, 2008두4367 판결(파기환송); 대법원 2012. 2. 23. 선고, 2011두7076 판결(파기환송 후 상고심))'; '지엠대우 창원공장 판결(대법원 2013. 2. 28. 선고, 2011도34 판결)'; '남해화학 판결(대법원 2015. 2. 26. 선고, 2010다93707 판결)'등이 있다.

47) 이와 반대의 견해로, 강선희 박사는 '혼재'자체가 파견의 명백한 증거라고 한다(강선희, "H자동차 아산공장 모든 공정의 사내하도급 근로자는 도급으로 위장된 파견근로자이다", 「월간노동리뷰」, 한국노동연구원, 2015년 4월호, 87면.

지 않고 동일한 업무를 수행한다고 단정할 수는 없다.[48] 예를 들어 조선소에서 선박을 건조하는 장면을 떠올리면 혼재되어도 업무상 분명히 구분될 수 있다. 선박 내에서 배관작업을 하는 도급인의 근로자와 인접한 공간에서 도색작업을 하는 수급인의 근로자가 있는 경우 양자가 외관상 혼재해 근무하지만 업무상 분리가 분명하다.

이와 같이 장소상 인접해 근무해도 도급인의 근로자와 수급인의 근로자의 업무가 구분될 뿐만 아니라, 이러한 장소적 혼재로 수급인이 자신의 근로자에 대한 지휘·명령권이 박탈되지 않는다. 이에 장소적 혼재로 근무한다는 사정은 그 자체로 도급을 부정하거나 근로자파견관계가 성립하는 근거가 될 수 없는 것이다. 따라서 현대차 아산공장 판결이 '장소적 혼재'라는 사정을 기초로 근로자파견관계를 인정한 것은 사내도급의 특성 및 실태를 정확하게 파악하지 못한 결과라고 볼 수 있다.

### 다. 인사·노무권의 행사

대법원은 현대차가 수급인회사 근로자에 대한 휴게시간의 부여, 연장근로와 야간근로, 교대제의 운영 등을 결정하고 수급인회사를 통하여 수급인회사 소속 근로자의 근태상황을 파악하는 등 수급인회사의 근로자를 실질적으로 관리해 온 점을 근거로 하여 근로자파견관계의 성립을 인정하였다.

그런데 도급인회사와 수급인회사가 합의한 도급계약상 업무의 내용이 도급인회사의 생산공정 일부에 해당될 경우 당연히 그 전체 공정의 일부로서 업무가 수행될 수밖에 없으므로, 근무시간의 운영시 계약당사자가 미리 전체 공정상의 일정에 따라 업무의 수행을 약정할 수 있다.[49] 더욱이 일반적으로 국내 사업장의 근무시간과 휴게시간은 거의 동일하거나 유사하다. 이에 계약당사자가 자유의사에 따라 합의한 도급계약의 내용을 일방적으로 도급인회사가 결정했다고 단정한 것은 재고할 필요가 있다.

또한, 대법원의 판단에는 논리적 모순이 있다. 대법원은 앞서 '묵시적 근로관계'의 여부에 대한 판단에서, 수급인회사가 사용자의 권리와 의무를 행사하지 않았다고 보이지 않으며, 수급인회사가 소속 근로자에 대한 인사권과 징계권을 행사할

48) 박지순 교수는 사내도급의 특성상 수급인의 업무수행은 도급인의 사업장에서 도급인의 근로자와 함께 또는 같은 장소에서 행해지기 때문에 외형적 혼재나 통합은 불가피하게 발생할 수 있다(박지순, "파견과 도급의 구별에 관한 법리", 304면). 이와 같은 취지의 견해로, 권혁, "도급의 대상으로서 업무와 위장도급 논쟁", 111면.

49) 박지순, "파견과 도급의 구별에 관한 법리", 301면.

경우에 도급인회사가 직접 관여한 점을 인정할만한 구체적인 자료가 없어 수급인회사가 사업주로서 독자성이 없거나 독립성을 상실할 정도로 그 존재가 형식적·명목적이라고 할 수는 없다고 하였다. 즉 대법원은 수급인회사가 독자적으로 인사·노무권을 행사하였다고 인정하면서도, 수급인회사가 임금지급 등 노무관리를 위해 소속 근로자들의 근태상황을 파악한 것을 도급인회사가 수급인회사를 통하여 수급인회사 소속 근로자들을 실질적으로 관리하였다고 판단한 것이다.

그리고 계약당사자의 자유의사에 따른 합의를 존중하고, 수급인회사의 독자적인 인사·노무권의 행사 등 독립성을 인정한다면, 도급인회사의 소속 근로자의 결원이 발생하는 경우 수급인회사 근로자가 그 결원을 대체하게 '하기도 한 점'도 근로자파견관계 성립의 근거로 삼는 것은 무리이다. 만약 이러한 사례가 계약상의 합의도 없이 지속적이고 반복된다면 문제될 수도 있으나, 문언에서도 확인할 수 있듯이 '하기도 한 점'은 일시적이고 예외적인 상황에서 이루어진 것이다. 그런데 이를 일반화해 근로자파견관계가 성립한다고 판단하는 근거로 삼은 것은 재고할 필요가 있다.

### 라. 도급업무의 특정과 업무의 구별

대법원은 수급인회사가 도급받은 업무 중 일부는 현대차 근로자의 업무와 동일해 명확히 구분되지 않고, 수급인회사의 고유하고 특유한 업무가 별도로 있는 것이 아니라 현대차의 필요에 따라 수급인회사의 업무가 구체적으로 결정된다는 점을 근거로 근로자파견관계를 인정하였다.

그런데 앞에서 살펴본 바와 같이, 수급인회사의 업무는 이미 계약당사자가 합의한 계약에 따라 특정되어 있고, 이에 따라 어떤 공정에서 어떤 업무를 수행할지도 정해져 있다. 다만, 업무의 내용이 일부 유사할 수는 있어도 공정별로는 구분된다고 보아야 한다. 이는 도급 목적물에 대한 하자담보책임과 연관되어 있기 때문이다.[50]

이 판결과 같은 날 선고된 대법원 'KTX 여승무원 판결'에서도 일부 업무가 유사해도 예외적 상황에서 이루어지고 전체 업무 중 비중이 낮다면 이를 근로자파견관계 성립의 근거로 볼 수 없다는 취지로 판단하였다.[51] 따라서 수급인회사의 근로

50) 자동차 조립생산은 각 자동차의 조립 시작시간 및 완성시간과 차대번호가 특정되기 때문에 완성 후 최종 검사과정에서 공정상 불량이 발견되면 그 발생원인이 도급인회사의 근로자의 작업영역인지, 수급인회사 근로자의 작업영역인지가 구별된다. 이에 따라 도급인회사가 수급인회사에 대하여 도급계약상의 하자책임을 묻게 된다.

자의 업무가 도급인회사의 근로자의 업무와 동일 또는 유사한 점이 존재해도 도급계약상 수급인회사의 근로자의 업무가 특정되어 있고, 공정별로 구분되거나, 수급인회사 근로자의 전체 업무 중에서 그 비중이 낮다면 이를 근로자파견관계가 성립하는 근거로 판단하는 것은 재고할 필요가 있다.

### 마. 수급인회사의 독립적 조직의 실체

대법원은 수급인회사 근로자의 담당 업무는 현대차가 미리 작성해 교부한 각종 '조립작업지시표' 등에 의하여 동일한 작업을 단순 반복하는 것으로서, 수급인회사의 전문적인 기술이나 근로자의 숙련도가 요구되지 않고 수급인회사의 고유 기술이나 자본이 투입된 바 없는 점을 들어 근로자파견관계를 인정하였다.

그런데 앞에서 살펴본 바와 같이, 도급관계에서 도급인회사는 도급목적을 달성하기 위해 기계나 설비를 제공하거나 설계도를 교부할 수 있다. 도급인회사가 이를 원활하게 이행하지 않으면 수급인회사로서는 나중에 하자책임이 문제될 수 있기 때문이다. 이는 도급인회사의 수급인회사에 대한 '협력의무'라고 해석된다.

도급인회사에서 수급인회사에게 제공하는 각종 '조립작업지시표'는 도급목적물의 품질 담보를 위한 기본적인 주문사양이며 도급인이 당연히 교부해야 할 내용이다. 이러한 내용 없이 수급인회사가 임의로 도급업무를 수행할 수 없다. 예를 들어 자동차 도장공정을 도급받아 업무를 수행하는 수급인회사가 도급인회사가 기획한 특수한 도장 재료나 색상을 따르지 않고 오로지 수급인회사가 의도한 바대로 업무를 해야만 도급계약으로 인정되는 것이 아니다. 즉 도급계약에서 계약상 합의된 바대로 약속된 업무를 이행하는 것이지, 관련한 작업지시서가 누구에 의하여 작성되었는가는 도급과 파견을 구별하는 판단기준이 된다고 보기 어렵다.[52]

이상과 같은 사항을 참고한다면, 도급인이 의도한 도급목적물의 결과를 위하여 반드시 수급인의 전문기술이나 자본이 필요한지 여부는 중요한 고려 대상이 된다고 보기 어렵다.

---

51) 대법원 2015. 2. 26. 선고, 2012다96922 판결((수급인회사의 근로자인) KTX 여승무원의 업무에는 (도급인회사의 근로자인) 열차팀장이 담당한 운행 및 승객의 안전업무와 밀접하게 관련된 부분이 일부 존재하나 이는 매우 예외적인 상황에 필요한 것으로서 일상적인 활동이 아니고 KTX 여승무원의 전체 업무에서 차지하는 비중도 극히 낮다).

52) 박지순, "파견과 도급의 구별에 관한 법리", 303면. 김영문 교수는 이와 관련하여, 독일연방노동법원은 도급과 파견을 구별하는데 있어 종합적으로 고려해야 할 수많은 징표나 보조판단 징표나 간접정황증거는 중요한 것이 아니라고 하였다. 그런 점에서 수급인회사 근로자가 도급인회사 근로자와 함께 공동작업을 하는가, 시설과 설비 및 재료를 누가 공급하는가 등은 중요한 판단기준이 될 수 없다고 한다(김영문, "파견과 도급 구별에 관한 독일 판례의 발전과 시사점", 271면).

## Ⅳ. 결론

급변하는 경영환경과 시장경쟁에서 기업의 외부 노동력 활용은 세계적으로 일반적인 현상이다. 이는 사업조직을 효율화하고 유연성을 확보해 기업이 생존하기 위하여 선택할 수 있는 경영상의 결정사항이고, 헌법상 보장된 경영권의 내용이다.

최근 사내도급 분쟁에서 대법원은 노동법상 근로자 보호의 필요성에 치우친 나머지 사내도급을 지나치게 규제하는 판단을 내려왔다. 이는 기업가의 기본권을 침해하고, 기업의 노동시장의 유연성을 제약해 국제 경쟁력을 떨어뜨리고 다양한 분야에서 구직자의 노동시장 진입을 막는 부당한 결과를 초래할 수 있다.

대법원은 사내도급 분쟁에 관련된 도급과 파견의 구별에 관한 판단기준을 정립할 필요가 있다. 그렇지 않으면 산업현장의 사내도급에 대한 혼란은 더욱 확산되고 장기화될 수밖에 없다. 이는 노사 모두에게 도움이 되지 않고, 국가경제에도 막대한 악영향을 미칠 것이 분명하다.

최근 대법원 판결은 도급과 파견의 구별기준에 관한 판단기준을 새롭게 제시하였으나, 실태와 법리를 충분히 검토하지 않은 문제점이 있다. 도급과 파견의 본질적이고 핵심적인 구별기준 말고도 비본질적 정황요소가 개입할 여지를 둠으로써 양자의 본질적 판단기준을 흐리게 하는 결과를 가져왔다. 대법원은 같은 날 선고된 세 건의 판결에서는 동일한 판단기준을 가지고 동일·유사한 쟁점에 대하여 상이한 결론을 내렸다.

사내도급 분쟁을 해결할 수 있는 판단기준을 정립하려면 비본질적 정황요소를 배제하고 본질적인 요소가 판단기준이 되어야 한다. 사내도급 분쟁에 대하여 대법원의 판단도 엇갈리는 만큼, 향후 대법원의 전원합의체를 통한 합리적인 판단기준이 정립되기를 기대해 본다.

(논문투고일 : 2015.5.25, 심사개시일 : 2015.05.27, 게재확정일 : 2015.06.25)

이 승 길 · 김 준 근

도급, 사내도급, 파견, 위장도급, 불법파견

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 단행본

곽윤직 편집대표, 「민법주해(XV)」, 박영사, 2002.
김영문, 「외부노동력 이용과 노동법」, 법문사, 2010.
김형배, 「노동법」 제24판, 박영사, 2015.
노동법실무연구회, 「근로기준법주해」, 박영사, 2010.
박준서 편집대표, 「주석민법(채권각칙4)」, 한국사법행정학회, 1999.
박지순/조성재, 「합리적인 외주화(사내하청, 용역)제도 정립 방안에 관한 연구」, 노동부, 2008.
이상희, 「사내하도급 등 간접고용 관련 문제점 및 규율방안」, 지식경제부, 2008.
이 정, 「파견과 도급에 관한 비교법적 연구」, 법문사, 2014.
임종률, 「노동법」 제13판, 박영사, 2015.
하경효 외, 「사내하도급과 노동법」, 신조사, 2007.
한국노동법학회, 「노동판례백선」, 박영사, 2014.

## Ⅱ. 논문

강선희, “H자동차 아산공장 모든 공정의 사내하도급 근로자는 도급으로 위장된 파견근로자이다”, 「월간노동리뷰」, 한국노동연구원, 2015년 4월호.
권 혁, “도급의 대상으로서 업무와 위장도급 논쟁”, 「노동법포럼」 제11호, 노동법이론실무학회, 2013. 10.
김봉수, “노무도급과 위장도급”, 「안암법학」 제39호, 안암법학회, 2012.
김영문, “파견과 도급 구별에 관한 독일 판례의 발전과 시사점”, 「노동법학」 제45호, 한국노동법학회, 2013. 3.
_____, “외부노동력 활용을 위한 법적 형태의 진화”, 「노동법논총」 제27호, 한국비교노동법학회, 2013. 4.
박종희, “사내하도급의 불법파견에 관한 법적 문제”, 「고려법학」 제47호, 고려대학교 법학연구원, 2006.
박지순, “파견과 도급의 구별에 관한 법리”, 「안암법학」 제38호, 안암법학회, 2012. 5.
_____, “파견과 도급의 구별기준에 관한 독일과 한국의 판결 비교”, 「노동법포

럼」제11호, 노동법이론실무학회, 2013. 10.
원상철, “고용계약과 근로계약의 개념검토 - 근로자보호를 중심으로”, 「기업법연구」제21호, 한국기업법학회, 2005.
이상희, “사내하도급 및 파견 근로 규율 현황과 과제에 관한 연구”, 「노동법논총」제32집, 한국비교노동법학회, 2014. 12.
이승길, “도급과 파견근로계약의 노동법적 쟁점에 관한 소고”, 「외법논집」제37권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2013. 2.
이승길/변양규, “사내하도급 관련 대법원 판결의 법률적·경제적 분석”, 「KERI Insight」, 한국경제연구원, 2010. 11.
조영길, “현대차 사내도급을 불법파견으로 인정한 대법원 판결(대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결)의 법리적 문제점”, 노동법이론실무학회 제13회 정기학술대회 토론문, 2011. 11.
조임영, “근로자파견관계의 판단방식과 기준”, 「노동법연구」제22호, 서울대노동법연구회, 2007.
폴커 리블레, “자유로운 도급계약과 규제된 근로자파견 사이에서의 ‘산업과 관련된 용역’”, 「노동법포럼」제11호, 노동법이론실무학회, 2013. 10.

Abstract

# A study on criterion about distinction between subcontracts and dispatch

Lee, Seung-Gil
Kim, Jun-Keun

The function of the administration locates in the operation of the state for the public welfare. To achieve this goal the administration needs to gather many informations. Therefore the administration and its agencies file up various informations. Among these informations some of them can be distributed for the people, who need them. We live in a society of information due to the development of information and communication technology. In this society the people can get much benefit out of information. To release these informations for the public might stimulate the public benefits and also make better society. This trend would be coincide with the creative economy, which is the key motto of the current korean president, Park Guen-Hye.

In a sense the administrative informations would be gathered by means of tax or burden of the people. Thus the administrative agencies should not consider them as their own property but the property of the people. The administrative agencies and their staffs have to contribute to create public wealth and try to actively to disclose them to support the people. In this meaning it might be legitimate to give the people the right to access to the administrative informations.

Because the disclosure of the informations should contribute to the welfare, we have above all to check, whether the disclosure of the

informations might bring side effects. Sometimes there are conflicts between disclosure and concealment. This kind of weighing process happens all the time for the disclosure of the informations. This weighing process would start also in the interpretation of the legal conditions of § 9 in the korean information freedom act, which regulates the informations, which are not to be disclosed.

The fundamental direction of the korean supreme court for the interpretation of the above clause should be continued further, because it tries to enlarge the disclosure of the administrative informations that it orders the agency to disclose the asked informations even in part, if the seperated part can be disclosed.

Finally, for the disclosure of the administrative informations the interpretation of the legal conditions is very important and it depends on mainly the interests assessment or evaluation. Therefore it is to be requested that our korean courts develop proper evaluation elements and their right values, so that the process for the information disclosure might become more rational and objective.

**Lee, Seung-Gil · Kim, Jun-Keun**

subcontract, in-house subcontracting, dispatch, illegal subcontracts, illegal dispatch

# 특허무효심판 심결에 대한 심결취소소송에서의 특허청장의 역할*

정 차 호**
양 성 미***

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 특허무효심판 심결에 대한 심결취소소송에서의 특허청장의 역할
1. 특허무효심판 심결에 대한 심결취소송에서의 특허청장의 역할의 필요성
2. 현행 법리에 따른 특허청장의 심결취소소송에의 개입
3. 소결
Ⅲ. 특허소송에서의 특허청장의 적극적인 역할을 규정한 외국 사례
1. 일본
2. 독일
3. 대만
4. 미국
Ⅳ. 우리나라에서의 유사한 제도의 운영방안
1. 특허청장의 능동적 의견진술의 필요
2. 특허청장의 수동적 의견진술의 필요
3. 능동적 보조참가인의 역할 부여 필요
Ⅴ. 우리나라 실무에의 추가적인 시사점
1. 결정계 심판 심결에 대한 심결취소소송에서의 피고
2. 송무수행자의 소속
3. 특허청장의 감정기관 대표 역할을 특허법에 규정하는 방안
Ⅵ. 결론

**【국 문 요 약】**

특허무효심판에서 특허심판원의 심판관 합의체가 청구인과 피청구인의 주장, 증명을 들은 후 심결을 하게 된다. 그 후 그 심결에 대한 심결취소소송에서는 특허심판원은 개입을 하지 않게 되고 양 당사자만이 다투게 된다. 그 장면에서 양 당사자가 합의를 하여 사건을 종결하게 되는 경우 마땅히 무효되어야 할 특허가 무효되지 않을 수도 있다. 그러한 바람직하지 않은 상황을 방지할 필요가 있다. 또, 중요한 특허법적 쟁점에 대하여 특허청장이 그의 의견을 법원에 제시할 필요가 있다. 즉, 심결취소소송에 특허청장이 개입할 필요성이 인정된다. 또, 미국, 영국, 대

* 이 글의 초안에 대하여 좋은 의견을 준 다음 분들께 깊이 감사한다: 대만 지식재산법원 熊诵梅 판사, 유럽특허청 Christopher Heath 심판관, 대법원 최승재 재판연구관, 충남대 김동준 교수, 성균관대학교 손경한 교수, 이해완 교수, 그리고 본 논문을 심사하여 준 이름을 알 수 없는 심사위원들.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수.
*** 성균관대학교 법학전문대학원 박사과정, 중국 변호사.

만 등과 같이 특허권 침해소송 법원이 특허무효를 판단할 수 있게 되면 그 장면에서도 특허청장이 개입할 필요성이 제기된다.

그러한 필요성에 따라 일본 특허법 제180조의2, 독일 특허법 제76조 및 제77조, 대만 지식재산사건심리법 제17조, 미국 특허법 제143조는 관련 소송에서의 특허청장의 적극적인 역할을 규정하고 있다. 이 글은 위 네 개 국가의 법리를 비교법적으로 분석하였고, 그러한 분석의 결과로 다음과 같은 제안을 한다. 첫째, 법원은 필요하다고 판단하는 경우 법적 해석 등에 관하여 특허청장이 의견을 제시하도록 명령할 수 있어야 한다. 둘째, 특허청장은 필요하다고 판단하는 경우 법적 해석 등에 관하여 의견을 진술할 수 있어야 한다. 셋째, 특허청장은 필요하다고 판단하는 경우 해당 소송에 보조참가인으로 참가할 수 있어야 한다. 중요한 것은 특허청장이 보조참가인으로 참가하더라도, 심결취소소송의 특별한 성격을 감안하여 특허청장은 모든 사안에 대하여 어느 한 당사자와 동일한 입장을 가질 필요는 없고 쟁점별로 독립적 입장을 가질 수 있어야 한다. 이러한 방안을 가능하게 하는 규정이 특허법에 신설될 수 있을 것이다.

## Ⅰ. 서론

특허는 심사관의 특허결정이라는 행정처분 및 후속되는 특허등록에 의하여 형성되고[1] 그 특허의 무효 여부는 무효심판을 처리하는 심판관 합의체의 심결에 의하여 판단된다.[2] 그런데 특허무효심판 절차 중 양 당사자가 합의를 통하여 사건을 종결하는 경우, 마땅히 무효되어야 할 특허가 무효되지 않고 살아남을 가능성이 있다. 그러한 장면을 대비하여 우리 특허법은 심사관에 의한 무효심판 청구를 허용하고 있다.[3] 그러나, 그러한 심사관의 청구권에도 불구하고 양 당사자에 의하여 합의되는 그 사건 자체에 심사관 또는 특허청장이 개입할 수는 없다. 특별히 해당 특허가 무효되어야 한다고 믿는 경우, 특허청장이 그 사건 자체에 개입할 필요성이 제기된다.

나아가, 특허무효심판 청구를 기각하는 심결에 대한 심결취소소송에서 특허법원은 다시 그 심결의 적절함에 대하여 판단하게 된다.[4] 그 장면에서도 특허청장이 개입할 필요성이 제기된다. 한편, 특허권자가 특허권 침해소송을 제기하고 그 소송에서 피고가 특허성 결여의 항변을 하는 경우 법원이 특허성의 판단을 할 수도 있다.[5] 침해소송 법원이 특허무효 여부에 대하여 직접 결정하지는 못하지만 특허성 판단의 내용이 특허무효 판단의 내용과 유사하므로 내용적으로는 특허무효를 판단하는 바와 다르지 않다.

이와 같이 여러 다른 장면에서 심판관 또는 법관이 특허무효 여부를 판단하게 된다. 그런데, 그런 장면에서 특허청장은 어떤 역할을 수행하는 것인가? 이 글은 (아마도 우리나라에서는 처음으로) 특허무효 판단과 관련된 특허청장의 역할에 대하여 논한다. 현행 대만 실무에 의하면, 특허권 침해소송에서 특허무효가 다투어지는 경우 법원이 특허청장의 참가 및 전문적인 의견의 제시를 명령하고 있는데, 그

---

1) 특허법 제87조 제1항("특허권은 설정등록에 의하여 발생한다.").

2) 특허법 제133조 제1항("이해관계인 또는 심사관은 특허가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 무효심판을 청구할 수 있다. …"); 제143조 제1항("특허심판원장은 심판이 청구되면 심판관에게 심판하게 한다.").

3) 특허법 제133조 제1항 본문("이해관계인 또는 심사관은 특허가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 무효심판을 청구할 수 있다.").

4) 특허법 제186조 제1항("심결에 대한 소 및 심판청구서나 재심청구서의 각하결정에 대한 소는 특허법원의 전속관할로 한다."); 제6항("심판을 청구할 수 있는 사항에 관한 소는 심결에 대한 것이 아니면 제기할 수 없다.").

5) 대법원 2012. 1. 19. 선고 2010다95390 전원합의체 판결(특허발명의 진보성이 부정될 것임이 명백한 경우 특허의 권리행사를 부인한 사례).

러한 특허청장이 참가하는 절차에서 특허청장이 어떠한 역할을 하는지, 특허청장이 법원에서 제시하는 의견이 어떠한 효력을 가지는지 등에 대해서 논란이 제기되고 있다.[6]

이 글은 특허청장의 역할에 주목하며, 나아가 특허심판원에 속한 심판관의 역할을 살피며, 특히, 특허청을 대표하는 특허청장이 특허무효심판 심결에 대한 심결취소소송에서 어떠한 지위 아래 어떠한 역할을 하는 것인지에 대하여 고민한다. 그러한 고민을 위한 수단으로 이 글은 일본 특허법 제180조의2 규정, 독일 특허법 제76조 및 제77조 규정, 대만 지식재산사건심리법(이하 '심리법' 또는 '대만 심리법'이라고 함)[7] 제17조 규정 및 나아가 그 규정에 관하여 판단한 대만최고법원의 제1800호 판결 및 미국 특허법 제143조 규정을 책정한다. 결론적으로는 특허무효심판 심결에 대한 심결취소소송에서 특허청장의 적극적인 역할을 가능하게 하는 규정을 우리 특허법에 도입하는 방안을 제시한다.

## Ⅱ. 특허무효심판 심결에 대한 심결취소소송에서의 특허청장의 역할

### 1. 특허무효심판 심결에 대한 심결취소송에서의 특허청장의 역할의 필요성

일반적으로 행정처분에 대한 취소를 구하는 소송은 처분을 행한 행정청과 처분을 받은 민원인이 소송 당사자가 된다. 특허법에서도 결정계 심판인 거절결정불복심판 및 정정심판에 대한 불복의 소는 특허청장을 피고로 한다.[8] 그러나, 특허무효심판은 특허권자와 무효심판 청구인 사이의 대립구조를 가지고 변론주의를 원칙으로 하면서도 (특허가 대세효를 가진다는 점을 감안하여) 변론주의를 보완하기 위하여 심판관에 의한 직권탐지를 인정하고 있다.[9] 그런 점에서 양 당사자가 담합 또는 합의를 하거나 어느 한 당사자의 주장 또는 증명이 필요한 수준에 미치지 못하는 경우 심판관이 직권으로 사실을 탐지하여 그 탐지된 사실을 반영하여 심결을 할 수 있다.

---

6) 熊诵梅, "当公法遇上私法--台湾智慧财产诉讼制度之今昔", 元照出版社, 2011, 139-140頁.

7) 원문은 智慧財産案件審理法(IP Case Adjudication Act)이라고 칭하나, 이 글에서는 우리나라에서 사용하는 용어에 따라 '지식재산사건심리법'이라고 칭한다.

8) 특허법 제187조("제186조제1항에 따라 소를 제기하는 경우에는 특허청장을 피고로 하여야 한다.").

9) 특허법 제157조 제1항("심판에서는 당사자, 참가인 또는 이해관계인의 신청에 의하여 또는 직권으로 증거조사나 증거보전을 할 수 있다.").

그런데, 특허무효심판의 심결에 대한 심결취소소송에서는 (심판관은 더 이상 존재하지 않고) 온전히 특허권자와 무효심판 청구인만 남게 되고, 원칙적으로 특허청은 소송 당사자가 될 수 없는 것은 물론이고 법원의 심리에 개입하지 않는다. 즉, 심판에서는 심판관이 공익 또는 특허청의 입장을 반영할 수 있으나, 심결취소소송에서는 그러한 반영이 가능하지 않다.[10] 그래서, 심결취소소송에서 전문행정기관인 특허청의 입장이 반영될 수 있게 하는 절차를 마련할 필요성이 제기된다. 이하, 현행 법리에 따라 이러한 필요성에 대응할 수 있는 방안을 검토한다.

## 2. 현행 법리에 따른 특허청장의 심결취소소송에의 개입

현행 법에 의하여 특허청이 심결취소소송에 개입하는 방법으로는 ① 소송에 '참가'하는 방법 및 ② 소송에 '의견'을 제시하는 방법이 있다. 이하 먼저 '참가'를 통한 개입에 대하여 살펴보고, 그 후 '의견'을 통한 개입에 대하여 살펴본다.

### 가. 특허청장의 심결취소소송에의 '참가' 방안의 모색

행정소송법 제17조 제1항은 "법원은 다른 행정청을 소송에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 당사자 또는 당해 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다"고 규정한다.[11] 동 규정은 앞선 판단을 한 하나의 행정청이 있는 경우, 그와 다른 행정청을 소송에 참가시키기 위한 것이다. 예를 들어, 어떤 특허권의 효력을 제한하는 공정거래위원회의 결정에 대한 불복소송에서 특허청을 그 소송에 참가시켜 특허청의 의견을 들어볼 필요가 있을 것이다.

특허무효심판에서 심결을 한 행정청이 특허심판원(심판관 합의체)인데, 만약 특허청을 그와 다른 행정청으로 보는 경우 행정소송법 제17조 제1항에 따라 특허청이 소송에 참가할 수 있고, 만약 특허심판원(심판관 합의체)을 특허청의 내부 조직으로 본다면 특허청은 소송에 참가할 수 없을 것이다.[12] 특허심판원의 심결에 대

---

10) 일본특허청, "無効審判の審決取消訴訟における求意見制度及び意見陳述制度の導入", 102頁("しかし、ひとたび事件が訴訟に移行すると、特許庁は当事者としてその審理に関与することはできない。"). <http://www.jpo.go.jp/shiryou/hourei/kakokai/pdf/h15_kaisei/9syou.pdf>.

11) 일본 행정사건소송법 제23조 제1항("법원은 처분 또는 재결을 한 행정청이 아닌 행정청을 소송에 참가시킬 필요하다고 인정하는 때에는 당사자 또는 그 행정청의 신청에 의하여 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다."); 대만 행정소송법 제44조("行政法院認其他行政機關有輔助一造之必要者, 得命其參加訴訟。前項行政機關或有利害關係之第三人亦得聲請參加。").

한 불복소송에서 특허심판원의 의견은 심결문에 의하여 파악하면 그뿐이다. 그렇다면, 행정소송법 제17조 제1항의 적용을 위해서는 먼저 특허심판원과 특허청이 별개의 행정청인지 여부를 판단하여야 한다.[13]

필자는 다음과 같은 이유로 특허청과 특허심판원이 별개의 행정청이라고 주장한다. 첫째, 특허법이 특허심판원장과 특허청장을 엄격히 구분하고 있다. 우리 특허법은 특허청장과 특허심판원장을 별도의 기관으로 보고 많은 규정에서 "특허청장 또는 특허심판원장은" 어떤 행정행위를 할 수 있다고 규율하고 있다.[14] 특히, 제136조 제1항은 "특허발명의 명세서 또는 도면에 대한 정정을 한다는 심결이 있는 경우 특허심판원장은 그 내용을 특허청장에게 알려야 한다"고 규정하고 있다.[15] 특허심판원을 특허청의 부속기관으로 본다면 특허청 내부의 행정처리에 대하여 위 규정과 같은 사항을 규율할 필요가 없는 것이다. 둘째, 대법원 판례에서도 특허심판원을 행정청으로 본 사례가 있다.[16] 셋째, 특허심판원은 특허청의 소속기관이지만,[17] 직무상 독립성으로 인하여 심판 사건을 처리하는 장면, 심결에 대하여 의견을 제시하는 장면 등에서는 특허심판원과 특허청을 별개의 행정청으로 볼 필요가 있다. 넷째, 일본 행정소송법 제23조에 따라 특허청이 소송에 참가하는 것이 가능하다는 해석이 있고,[18] 그렇다면 그 장면에서 일본은 특허청을 특허심판원과 다른

---

12) 특허무효심판 심결에 대한 심결취소소송에 행정소송법 제17조 제1항을 적용할 수 없다는 한 심사위원의 의견이 있었다. 필자는 (특허청과 특허심판원을 별개의 행정청으로 보는 경우) 동 규정이 심결취소소송에 적용될 수 있다고 생각한다. 심결취소소송도 행정소송의 한 종류이다. 만약, 그 심사위원의 의견처럼 심결취소소송에 동 규정을 적용할 수 없다면 특허청장이 동 소송에 개입할 수 있도록 하는 별도 규정을 특허법에 마련할 필요성은 더욱 높다고 할 것이다.

13) 행정심판법 제2조 제4호(""행정청"이란 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관, 그 밖에 법령 또는 자치법규에 따라 행정권한을 가지고 있거나 위탁을 받은 공공단체나 그 기관 또는 사인(私人)을 말한다.").

14) 특허법 제9조, 제10조, 제11조, 제15조, 제16조, 제28조, 제28조의2, 제28조의3, 제28조의4, 제28조의5, 제46조 등.

15) 유사한 사례: 특허법 시행규칙 제64조("특허심판원장은 심판을 위하여 필요한 경우 특허청장에게 해당 심판청구서의 부본을 송부하고, 관계 심사관의 의견을 제출하도록 특허청장에게 요청할 수 있다.").

16) 대법원 1999. 7. 23. 선고 98후2689 판결("특허심판원의 심결에 대한 소가 제기된 경우에도 특허법원으로서는 그 심결의 절차적, 실체적 적법 여부를 심리·판단하여 부적법한 경우에 그 심결을 취소하는 형성판결을 할 수 있을 뿐이고, 행정청인 특허심판원을 대신하여 그 의장등록을 무효로 하는 판결이나 특허심판원으로 하여금 의장등록을 무효로 할 것을 명하는 이행판결을 할 수는 없다고 할 것이다.").

17) 특허청과 그 소속기관 직제 제21조 제3항("[특허심판]원장은 특허청장의 명을 받아 소관 사무를 통할하고, 소속 공무원을 지휘·감독한다.").

18) 일본특허청, 앞의 자료, 102頁("特許庁の訴訟関与を実現する制度としては、①訴訟当事者として訴訟に関与する訴訟参加、②単に訴訟中に特許庁の意見を提示する求意見・意見陳述制度が考えられる。これらのうち、訴訟参加については、既に行政訴訟法第23条による参加の道があり、現行法の

행정청으로 보는 것이다. 다섯째, 유럽특허청에서는 확대심판원(Enlarged Board of Appeal)의 절차에서 확대심판원이 특허청장의 의견을 물을 수도 있다.[19] 확대심판원은 심판관 합의체의 독립적인 판단기구이고, 중요한 법적 쟁점에 대하여 유럽특허청의 의견을 물을 수 있고 그 경우 특허청장은 특허청을 대표하여 의견을 제시할 수 있는 것이다. 최근 유럽특허청 확대심판원은 심판원장(Chairman)이 필요한 경우 특허청장의 지시를 따를 필요가 없다는 취지의 중간 심결을 한 바 있다.[20]

만약, (필자의 위 주장과는 다르게) 특허청과 특허심판원을 별개의 행정청으로 보지 않는다면,[21] 특허청장은 특허무효심판 심결에 대한 심결취소소송에 행정소송법 제17조 제1항에 근거한 참가를 할 수 없다. 만약, 위와 같은 이유로 특허청과 특허심판원을 별개의 행정청으로 본다면, 특허청장은 (필요하다고 판단하는 경우) 행정소송법 제17조 제1항에 따라 신청을 하여 심결취소소송에 참가할 수 있을 것이다. 그러나, 특허청장이 행정소송법 제17조 제1항에 따라 심결취소소송에 참가하는 방안에는 다음과 같은 단점이 있다: 첫째, 소송에 참가하기 위해서는 행정소송법 제17조 제2항에 따라 먼저 양 당사자의 의견을 들어야 한다는 점,[22][23] 둘째, 그러한 의견청취로 인하여 심리의 지연을 초래할 수 있다는 점, 셋째, 법원이 결정으로 그러한 참가를 허용하지 않을 수 있다는 점, 넷째, 보조참가의[24] 성격으로 인하여 특허청장이 당사자의 주장에 나타나지 않는 사항이나 당사자의 주장에 반하는 사항을 주장할 수 없다는 점 등.[25]

그렇다면, 특허청과 특허심판원을 별개의 행정청으로 보는 경우에는 위와 같은

---

下でも特許庁がその意見を訴訟に反映することができる。”).

19) E-mail (Feb. 11, 2014) explanation by Christopher Heath of EPO.

20) EPO Enlarged Board of Appeal interlocutory decision, R2/14 (17 Feb. 2015).

21) 만약, 특허심판원이 특허청과 별개의 행정청이 아니라면 특허법 제136조 제1항 등은 개정되어야 할 것이다.

22) 행정소송법 제17조 제2항(“법원은 제1항의 규정에 의한 결정을 하고자 할 때에는 당사자 및 당해 행정청의 의견을 들어야 한다.”).

23) 일본 행정사건소송법 제23조 제2항(“법원은 전항의 결정을 하려면 미리 당사자 및 당해 행정청의 의견을 들어야 한다.”).

24) 타인간의 소송 계속 중 소송의 결과에 대하여 법률적 이해관계가 있는 제3자가 일방의 승소를 보조하기 위하여 그 소송에 참가하는 것을 보조참가라고 한다. 민사소송법 제71조.

25) 일본특허청도 그러한 문제점을 인지하였다. 일본특허청, 앞의 자료, 102頁(“また、特許庁が参加する場合には、法令解釈や運用基準についての正当性を担保することを目的とするものであるから、当事者の主張に現れない事項や当事者の主張に反する事項について主張することも考えられる。しかし、特許庁が訴訟に参加する場合は、民事訴訟法の補助参加人の規定が準用されるため、特許庁は被参加人の訴訟活動に抵触することは行えず、審理の進行によっては、当事者の主張を離れて特許庁としての意見を主張できないことも起こり得る。”).

단점을 해소 또는 최소화하면서 특허청장이 심결취소소송에 개입할 수 있는 통로를 마련할 필요가 있고, 특허청과 특허심판원을 별개의 행정청으로 보지 않는 경우에도 특허청장이 심결취소소송에 개입할 수 있는 통로를 마련할 필요가 있다.

### 나. 특허청장의 심결취소소송에의 '의견' 개진 방안의 모색

특허청장의 심결취소소송에의 '참가'가 현실적으로 효율성 및 활용성이 낮은 점을 감안하면 차선책으로는 특허청장이 법원에 단순히 '의견'을 제시하는 방안이 검토될 수 있다. 특허청장이 법원에서 의견을 제시할 수 있는 하나의 방법은 기존의 감정촉탁 제도를 활용하는 것이다. 민사소송법 제341조 제1항은 "법원이 필요하다고 인정하는 경우에는 공공기관·학교, 그 밖에 상당한 설비가 있는 단체 또는 외국의 공공기관에 감정을 촉탁할 수 있다"고 규정하고 있다.[26] 동 규정에 대응되는 일본 민사소송법 제218조 제1항이 '관청'이라는 표현을 사용하는 바에 의하면,[27] 위 공공기관에는 행정청도 포함될 것이며, 당연히 특허청도 포함된다. 이 경우 특허청장이 법정에서 선서를 할 필요도 없으며, 특허청장은 직원 중 한 명을 지정하여 그 직원이 법정에서 감정서에 관하여 설명을 하게 할 수 있다.[28][29] 그러나, 이러한 특허청장에 대한 감정촉탁 제도는 다음과 같은 단점을 가진다: 첫째, 이러한 감정의 촉탁은 법원이 필요하다고 인정하는 경우에만 활용되고 특허청이 필요하다고 인정하는 경우에 활용되기가 어렵다는 점, 둘째, 감정촉탁은 구체적 '사실'의 확인을 위한 작업이고 '법적' 의견을 구하는 작업이 아니라는 점.[30][31] 그래서, 특허청

---

26) 대만 민사소송법 제340조("法院認為必要時, 得囑託機關、團體或商請外國機關、團體為鑑定或審查鑑定意見。其須說明者, 由該機關或團體所指定之人為之。本目關於鑑定人之規定, 除第三百三十四條及第三百三十九條外, 於前項情形準用之。").

27) 일본 민사소송법 제218조 제1항("법원은 필요하다고 인정할 때에는 관청 또는 관공서, 외국 관청 또는 외국 관공서 또는 해당 시설을 가지는 법인에 감정을 촉탁할 수 있다. 이 경우 선서에 관한 규정을 제외하고 이 절의 규정을 준용한다.").

28) 민사소송법 제341조 제1항 제2문 및 제2항("이 경우에는 선서에 관한 규정을 적용하지 아니한다.
② 제1항의 경우에 법원은 필요하다고 인정하면 공공기관·학교, 그 밖의 단체 또는 외국 공공기관이 지정한 사람으로 하여금 감정서를 설명하게 할 수 있다.").

29) 일본 민사소송법 제128조 제1항 제2문 및 제2항("이 경우 선서에 관한 규정을 제외하고 이 절의 규정을 준용한다. 2. 제1항의 경우 법원은 필요하다고 인정할 때에는 관청, 관공서 또느 법인이 지정한 자에 감정서를 설명하게 할 수 있다.").

30) 신이철, "과학적인 감정자료를 기초로 한 감정서의 증거능력", 「외법논집」 제33집 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2009, 548면("여기서 감정이란 특수한 경험이나 지식을 갖춘 제3자가 그의 전문지식이나 경험을 통하여 알 수 있는 실험법칙 또는 그 실험법칙을 이용하여 얻은 판단을 보고하는 것인데 …").

31) Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579, 592 (1993) ("Faced with a proffer

장이 심결취소소송에 본인의 판단에 의하여 개입할 수도 있고 법적 해석에 관하여도 진술할 수 있는 절차를 신설할 필요성이 제기된다.

### 3. 소결

위에서 살펴본 바와 같이 현행 법리에 의하면 특허청장이 특허무효심판 심결에 대한 심결취소소송에서 적절한 역할을 수행하기가 용이하지 않다. 양 당사자의 담합, 합의 등으로 인하여 마땅히 무효되어야 할 특허가 무효되지 않는 장면에서 특허청장이 더 적극적인 역할을 더 용이하게 할 수 있도록 하고, 특허법 특유의 중요한 법적 쟁점에 관하여 특허청이 의견을 용이하게 제시할 수 있도록 하기 위하여 특허법에 특별히 새로운 절차를 마련할 필요성이 있는 것이다. 이하, 이러한 필요성에 공감하여 특허법에 새로운 절차를 규정한 국가의 사례를 살펴본다.

## Ⅲ. 특허소송에서의 특허청장의 적극적인 역할을 규정한 외국 사례

### 1. 일본

일본 행정사건소송법 제23조에 따라 특허청장이 보조참가인으로 소송에 참가할 수 있고,[32] 일본 민사소송법 제218조에 따라 법원이 특허청장에게 감정을 촉탁하는 것이 가능하나, 그러한 제도만으로는 특허청장의 충분한 역할을 기대하기 어려워 일본은 2003년 특허법 개정을 통하여 다음과 같은 두 가지 통로를 신설하였다.

#### 가. 특허청장의 수동적 의견진술인으로서의 역할

일본은 2003년 전에는 현재 우리와 동일한 정도의 제도를 운영하고 있었으나,

---

of expert scientific testimony, then, the trial judge must determine at the outset, pursuant to Rule 104(a), whether the expert is proposing to testify to (1) scientific knowledge that (2) will assist the trier of fact to understand or determine a fact in issue."); Fed. R. Evid. 702 ("A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if: (a) the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue . . .").

32) 일본특허청, 위 자료, 102頁("特許庁の訴訟関与を実現する制度としては、①訴訟当事者として訴訟に関与する訴訟参加、②単に訴訟中に特許庁の意見を提示する求意見・意見陳述制度が考えられる。これらのうち、訴訟参加については、既に行政訴訟法第23条による参加の道があり、現行法の下でも特許庁がその意見を訴訟に反映することができる。").

2003년 법 개정을 통하여[33] 특허법에 제180조의2를 신설하여 심결취소소송에서 법원이 특허청장의 의견을 구할 수도 있게 되었고 특허청장이 법원에 의견을 개진할 수도 있게 되었다.[34] 일본 특허법 제180조의2 제1항은 "법원은 제179조 단서가 규정하는 소의 제기가 있는 경우, 특허청장에게 해당 사건에 관한 특허법의 적용 기타 필요한 사항에 관하여 의견을 요청할 수 있다"고 규정한다.[35][36][37] 이 규정은 공공기관에 대한 감정의 촉탁과 매우 유사하게 법원이 특허청장에게 요청하는 것이나, 특허청장이 ('사실'이 아닌) '법'의 적용 등에 의견을 제시할 수 있다는 점이 일반적인 감정촉탁 제도와 다르다. 즉, 특허청장이 법적 해석에 관하여 의견을 진술할 수 있는 통로를 제공하기 위해 일본 의회는 특별히 제180조의2 제1항을 신설한 것이다. 이 장면에서 법원의 요청에 응하여 의견을 진술하는 특허청장은 수동적 의견진술인이 된다.[38]

### 나. 특허청장의 능동적 의견진술인으로서의 역할

일본 특허법 제180조의2 제2항은 "특허청장은 제179조 단서가 규정하는 소의 제기가 있는 경우, 법원의 허가를 얻어 법원에 대하여 해당 사건에 관한 특허법의 적용 기타 필요한 사항에 관하여 의견을 개진할 수 있다"고 규정한다.[39] 법원은

---

33) 平成15年法律改正(平成15年法律第47号).

34) (なお, 表1の第4コラムの審決取消訴訟への参与に関し, 平成15 (2003) 年改正日本特許法では, 裁判所は, 審決取消訴訟事件に関し, 審決を下した特許庁長官の意見を求めることが可能となるとともに, 特許庁長官も裁判所に対し, 意見を述べることが可能となった (日本特許法180条の2) 。 <http://www.sankyo-pat.gr.jp/PDF/20041207_Book_LIANG.pdf>.

35) 일본 특허법 제180조의2("법원은 제179조 단서가 규정하는 소의 제기가 있는 때에는 특허청장에게 당해 사건에 관한 이 법의 적용, 기타 필요한 사항에 대하여 의견을 구할 수 있다.").

36) 일본 특허법 제179조("제178조 제1항의 소에 있어서는 특허청장을 피고로 하여야 한다. 다만, 특허무효심판 또는 연장등록무효심판 또는 이러한 심판의 확정 심결에 대한 제107조 제1항의 재심의 심결에 대한 것에 있어서는 그 심판 또는 재심의 청구인 또는 피청구인을 피고로 하여야 한다.").

37) 일본 특허법 제178조 제1항("심결에 대한 소 및 심판 또는 재심 청구서의 각하 결정에 대한 소는 도쿄고등재판소의 전속 관할로 한다.").

38) 일본특허청은 심판관에게 의견을 묻는 것이 아니라 특허청장에게 의견을 묻는 것이 절차가 편리하다고 설명하고 있으나, 필자는 단순히 절차의 편의 때문이 아니라 (심판관 개인의 의견이 아니라) 특허청의 공식적 의견을 묻기 위해서 특허청장의 의견을 구하는 것이라고 본다. 일본특허청, 앞의 자료, 104頁("これは、手続上の便宜のため代表者としての特許庁長官を被告または通知先としているものである。求意見及び意見陳述についても、意見を述べる主体は特許庁長官とするのが便宜であり、また、法令解釈等について特許庁としての意見を明らかにしてするという意味からもそれが適切である。").

39) 일본 특허법 제180조의2 제2항("특허청장은 제172조 단서가 규정하는 소의 제기가 있는 때에는 법원의 허가를 얻어 법원에 대하여 당해 사건에 관한 이 법의 적용 기타 필요한 사항에 대하여 의견을 진술할 수 있다.").

소송 심리의 신속성, 공정성 또는 충실성의 관점에서 그 의견을 받아들일 것인지 여부를 결정한다.[40] 2003년 전에는 특허청장이 법원에서 법적 해석에 관하여 진술하기 위해서는 행정사건소송법 제23조 제1항에 따라 해당 소송에 '참가'하여야만 하였으나, 동 규정의 신설로 인하여 참가하지 않으면서도 법적 해석에 관하여 진술할 수 있게 된 것이다. 이 장면에서 자발적으로 의견을 진술하는 특허청장은 능동적 의견진술인이 된다. 참고로, 동조 제3항은 "특허청장은 특허청 직원 중 지정된 자에게 위 2항의 절차에서 의견을 개진하게 할 수 있다"고 규정한다.[41]

## 2. 독일

독일에서는 특허무효소송 및 심사관의 거절결정에 대한 불복소송을 모두 특허법원이 전속관할하는데, 특허법은 특허무효소송에서는 특허청장이 개입할 수 있도록 하는 별도의 규정을 두고 있지 않으나, 심사관의 거절결정 등에 대한 불복소송에서는 특허청장이 일정한 역할을 할 수 있도록 규정하고 있다.[42] 이하, 특허청장의 능동적 의견진술인으로서의 역할 및 당사자로서의 역할에 대하여 규정한 독일 특허법 제76조 및 제77조를 살핀다.

### 가. 특허청장의 능동적 의견진술인으로서의 역할

독일 특허법 제76조는 "특허청장은 공익을 담보하기 위하여 적절하다고 판단되는 경우에는 불복절차(appeal proceedings)에서 특허법원에 대해서 서면으로 석명을 제출하고, 기한 내에 출석하고 설명할 수 있다"고 규정한다.[43] 위 규정에 따르면, 특허청장이 특허법원에서의 불복절차에 적극적으로 참여하여 의견을 제시할 수 있

40) 일본특허청, 앞의 자료, 104頁("そのため訴訟審理の迅速性、公平性あるいは充実性の観点から裁判所がその適否を判断し、適切であると認めるときに許可をすることとした。").

41) 일본 특허법 제180조의2 제3항("특허청장은 특허청 직원 중 지정된 자에게 제2항의 의견을 진술하게 할 수 있다.").

42) 독일 특허법 제73조 내지 제80조는 불복절차에 관하여 규정하고, 제81조 내지 제85a조는 무효소송 및 강제실시소송에 관하여 규정하고 있는데, 특허청장의 참가는 제77조가 규정한다.

43) Der Präsident des Patentamts kann, wenn er dies zur Wahrung des öffentlichen Interesses als angemessen erachtet, im Beschwerdeverfahren dem Patentgericht gegenüber schriftliche Erklärungen abgeben, den Terminen beiwohnen und in ihnen Ausführungen machen. Schriftliche Erklärungen des Präsidenten des Patentamts sind den Beteiligten von dem Patentgericht mitzuteilen. 영문번역: "The President of the Patent Office may, if he considers it appropriate to safeguard the public interest, make written statements in appeal proceedings before the Patent Court, be present at hearings and make statements therein. Written statements by the President of the Patent Office shall be communicated to the parties by the Patent Court.".

고, 이 경우 특허청장은 당사자의 입장이 아니라 능동적 의견진술인의 입장에 서는 것으로 보인다. 이러한 특허청장의 개입은 특허법원의 판단 또는 허락에 의한 것이 아니라 특허청장의 자발적인 판단에 의한 것이고, 그 특허청장의 개입을 특허법원이 막을 수 없다.

### 나. 특허청장의 당사자로서의 역할

독일 특허법 제77조는 "특허법원은 기초적인 중요한 법적 쟁점에 관하여 적절하다고 판단하는 경우 특허청장이 절차에 참가할 수 있는 기회를 줄 수 있다. 특허청장은 참가의사를 통지함에 따라 당사자가 된다"고 규정한다.[44] 위 규정에 따르면, ① 특허법원이 특허청장의 의견을 구할 수 있으며, ② 그 의견을 구하는 경우는 중요한 법적 문제에 한정되며, ③ 특허청장의 참가가 필요한지에 대하여는 법원이 결정하며, ④ 법원의 참가 요청에 응하여 참가할 것인지 여부는 특허청장이 결정하며, ⑤ 특허청장이 참가를 결정하는 경우 단순히 보조참가인으로서가 아니라 당사자의 입장에서 소송에 참가하는 것이다.

제77조에 따라 특허청장이 당사자의 지위를 득하게 되는 경우, 특허청장이 소송절차에 더 적극적으로 개입할 수 있고, 나아가 특허법원의 판결에 불복하여 최고법원에 상고할 수 있는 지위도 가지게 된다. 이렇게 당사자의 지위를 가지게 되는 경우, 특허청장은 반드시 어느 한 쪽 당사자의 입장을 지지하는 것인지에 대하여 명확하게 밝혀야 할 것이다.[45] 법이 특허청장이 당사자가 된다고 명확하게 규정하

---

44) Das Patentgericht kann, wenn es dies wegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung als angemessen erachtet, dem Präsidenten des Patentamts anheimgeben, dem Beschwerdeverfahren beizutreten. Mit dem Eingang der Beitrittserklärung erlangt der Präsident des Patentamts die Stellung eines Beteiligten. 영문번역: "The Patent Court may, if it considers it appropriate on an issue of law of basic importance, give the President of the Patent Office the opportunity to intervene in appeal proceedings. The President of the Patent Office shall become a party on receipt of the notice of intervention." according to the English translation in book, "Patent Litigation Proceedings in Germany", translated by Frank Peterreins.

45) E-mail (Feb. 11, 2015) explanation by Christopher Heath ("According to sec. 76, the President of the Office may make observations in all cases of appeal pending before the Federal Patent Court. Appeals can essentially be ex parte appeals against the refusal of an application, or inter partes appeals in opposition proceedings. Such observations under sec. 76 will be taken into account, but do not make the president a party to the proceedings. A sec. 77 situation occurs when the Federal Patent Court deems the issue of major importance, e.g. when the outcome of the appeal will have a bearing on many other cases. For example, issues of patentability and how to interpret exceptions. Sec. 77 makes it discretionary for the court to invite the President as party. If the President decides to intervene (again, discretionary), he would then assume the position of a party with an independent right to appeal to the Federal Supreme Court. Such right of appeal is important namely in ex parte proceedings where the Federal Patent Court decides in

고 있으므로 특허청장은 양 당사자 중 어느 당사자의 편에 서는 지에 대하여 명확하게 밝혀야 하는 것이다.

### 3. 대만

#### 가. 대만 지식재산사건심리법 제17조

대만 지식재산사건심리법(이하 '대만 심리법' 또는 '심리법'이라고 함) 제16조는 특허권 침해소송에서 지식재산법원(智慧財産法院)이[46] 특허의 무효를 판단할 수 있다고 규정하고 있다.[47] 나아가, 동 법 제17조는 특허권 침해소송에서 양 당사자의 주장 및 항변을 고려하여 필요하다고 판단하는 경우 법원이 지식재산전문책임기관(智慧財産專責機關)에게[48][49] 소송에의 참가를 재정(裁定)으로[50] 명할 수 있고,[51] 이 경우 민사소송법 제61조가 적용된다고 규정한다.[52] 그 규정에 따르면, ①

---

favour of an applicant (e.g. methods of diagnosis can be patentable subject matter), and the president (representing public interest) disagrees. Your are correct in that once the president has decided to become party, he will then express an opinion in favour of one or the other party, or against the appealing party.").

46) 대만은 지식재산사건을 다루는 특별법원을 智慧財産法院이라고 부르며, 동 법원은 2007년 제정된 지혜재산법원조직법에 의하여 설립된 것이다. 이 글에서는 동 법원을 '대만 지식재산법원' 또는 '지식재산법원'이라고 칭한다.

47) 대만 심리법 제16조. 當事人主張或抗辯智慧財産權有應撤銷、廢止之原因者, 法院應就其主張或抗辯有無理由自為判斷, 不適用民事訴訟法、行政訴訟法、商標法、專利法、植物品種及種苗法或其他法律有關停止訴訟程序之規定。前項情形, 法院認有撤銷、廢止之原因時, 智慧財産權人於該民事訴訟中不得對於他造主張權利。When a party claims or defends that an intellectual property right shall be cancelled or revoked, the court shall decide based on the merit of the case, and the Code of Civil Procedure, Code of Administrative Litigation Procedure, Trademark Act, Patent Act, Species of Plants and Seedling Act, or other applicable laws concerning the stay of an action shall not apply.
Under the circumstances in the preceding paragraph, the holder of the intellectual property right shall not claim any rights during the civil action against the opposing party where the court has recognized the grounds for cancellation or revocation of the intellectual property right.

48) 본 규정에서 말하는 '전책기관'은 대만의 '지혜재산국'을 말하며, 우리의 특허청에 해당한다. 대만 지식재산법원의 熊诵梅 판사의 (이메일) 설명.

49) 기관이 소송절차에 참가할 수 있는 것이 아니라 그 기관의 장이 참가할 수 있다고 생각한다. 우리 특허법 제187조("제186조제1항에 따라 소를 제기하는 경우에는 특허청장을 피고로 하여야 한다."); 독일 특허법 제77조("The Patent Court may, if it considers it appropriate on an issue of law of basic importance, give the President of the Patent Office the opportunity to intervene in appeal proceedings. The President of the Patent Office shall become a party on receipt of the notice of intervention."); 미국 특허법 제143조("The Director shall have the right to intervene in an appeal from a decision entered by the Patent Trial and Appeal Board in a derivation proceeding under section 135 or in an inter partes or post-grant review under chapter 31 or 32. The court shall, before hearing an appeal, give notice of the time and place of the hearing to the Director and the parties in the appeal.").

50) 여기서 재정이란 법원의 절차 명령문서의 명칭이다.

법원이 특허청장의 참가를 명할 수 있으며, ② 그렇게 명하는 경우는 특허무효 여부의 판단에 도움이 필요한 경우이고,[53] ③ 법원이 참가를 명하는 방식은 재정서(裁定書)에 의한다. 그러한 특허청장의 소송참가에 민사소송법 제61조가 적용되므로 특허청장의 참가는 민사소송법에 의한 보조소송참가 혹은 종참가라고 할 수 있다. 그러나 아래에서 살피는 대만 최고법원 판시에 따르면 대만 심리법에 의한 특허청장의 소송참가는 민사소송법에 의한 소송참가와 구별된다.

대만 심리법 제17조 제1항은 법원이 필요하다고 판단하는 경우 특허청장에게 소송에 참가하도록 명할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 민사소송법상 주소송참가는 이미 소송에 참가한 쌍방 당사자를 상대로 소송을 청구하는 것이며, 보조참가는 당사자가 참가 여부의 의사표시를 하여 법원의 허락이 필요 없이 참가하는 것으로 법원의 재정을 통하여 소송에 참가하는 것은 아니다. 반면, 심리법상 소송의 참가는 반드시 법원의 재정을 거쳐야 한다는 점에서 차이점을 보이고 있다.[54] 또

---

51) 第63條 (本訴訟裁判對參加人之效力) 參加人對於其所輔助之當事人, 不得主張本訴訟之裁判不當。但參加人因參加時訴訟之程度或因該當事人之行為, 不能用攻擊或防禦方法, 或當事人因故意或重大過失不用參加人所不知之攻擊或防禦方法者, 不在此限。 參加人所輔助之當事人對於參加人, 準用前項之規定。

52) 대만 심리법 제17조. 法院為判斷當事人依前條第一項所為之主張或抗辯, 於必要時, 得以裁定命智慧財產專責機關參加訴訟。智慧財產專責機關依前項規定參加訴訟時, 以關於前條第一項之主張或抗辯有無理由為限, 適用民事訴訟法第六十一條之規定。
民事訴訟法第六十三條第一項前段、第六十四條規定, 於智慧財產專責機關參加訴訟時, 不適用之。
智慧財產專責機關參加訴訟後, 當事人對於前條第一項之主張或抗辯已無爭執時, 法院得撤銷命參加之裁定。
Sec. 17 of the Taiwanese IP Case Adjudication Act ("To rule on the claims or defense raised by a party pursuant to the first paragraph of the preceding article, the court may, whenever necessary, order the competent intellectual property authority to intervene in the action.
The competent intellectual property authority may intervene only to determine if there is ground for a claim or defense pursuant to the first paragraph of the preceding article, and Article 61 of the Code of Civil Procedure may apply.
When the competent intellectual property authority intervenes, the first part of Paragraph 1, Article 63, and Article 64 of the Code of Civil Procedure shall not apply.
After the competent intellectual property authority intervenes, and if the parties no longer dispute the claims or defense pursuant to the first paragraph of the preceding article, the court may revoke the order to intervene.").

53) 법원이 지식재산권 민사소송절차에서 전문책임기관이 소송에 참가하도록 재정하는 것은 소송 중 반드시 판단하여야 하는 유효성 문제에 한하여야 하며 심리세칙 제31조 제1항의 규정은 "지식재산권 민사소송에서 당사자가 지식재산권의 취소 또는 폐지를 주장하거나 항변하여 재판의 결과에 영향을 미칠 시 법원은 당사자가 입증한 증거 또는 직권에 따라 조사한 자료에 따라 판단하여야 한다. 단, 해당 쟁점이 섭렵하는 범위가 전문적인 지식 혹은 법률원칙이며 지식재산권 전문책임기관의 의사표시를 필요로 하는 경우 본 법 제17조 제1항의 규정에 따라 지식재산권 전문책임기관이 소송에 참가할 것을 명하여야 한다"고 규율하고 있다.

54) 於行政訴訟法 第41、42、44條所見規定之訴訟參加, 均須由行政法院以裁定為之, 似與審理法命專責機關訴訟參加之規定較為類似.

한 특허청장은 소송에 대하여 법률상 이해관계가 없다는 점과[55][56][57] 민사소송법에 의한 보조참가자는 법률상 이해관계를 가져야 한다는 점도 양 법에서 서로 다르다. 마지막으로 소송의 종결에 대해서도 다른 면이 있다. 소송의 종결에 관하여 민사소송법의 주소송참가원칙에 따라 본소와 병합하여 변론 및 판결하여야 하며, 보조참가는 소송종결 시에 함께 종결하고 소송참가인은 수시로 이를 철회할 수 있다.[58] 반면, 심리법상의 특허청장의 소송참가에 있어서는 심리법 제17조 제4항의 규정에 따라 특허청장의 소송참가 후 당사자가 특허무효에 대한 주장 혹은 항변에 대해 논쟁이 없는 경우 법원은 참가의 재정을 취소하여야 한다. 법원이 참가의 재정을 취소한 후 특허청장은 자연적으로 소송에서 이탈하게 되는 것이다.[59] 즉 민사소송법상 보조참가의 경우에는 보조참가자가 언제든지 이를 철회할 수 있는 반면에 심리법상 특허청장의 소송참가 취소에는 법원의 재정취소가 있어야 한다는 점에서 차이가 있다.

특허무효 판단이 행정소송적 성격을 가진다는 점에 방점을 두면 심리법 제17조가 애초 행정소송법의 보조참가 법리를 준용하였어야 했는지도 모른다. 행정소송법에서의 소송참가와 민사소송법에서의 소송참가의 가장 중요한 차이점은 다음과 같이 요약된다.

첫째, 참가인이 일방 당사자만 보조하는 것인지 여부이다. 민사소송법상 소송참가는 일방 당사자만 보조하는 것이지만, 행정소송법상의 소송참가는 일방 당사자의 보조에 한하지 않으며 동시에 혹은 교차적으로 양 당사자에 대항할 수 있다.[60]

---

55) 행정소송법 제12조("취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다.")에 의하면 특허청장이 특허에 대하여 법률상 이익을 가지는 경우 특허청장이 직접 무효심판을 청구할 수 있을 것이다. 그러나, 특허청장은 특허(무효)에 대하여 법률상 이익을 가지지 않고 그래서 특허무효심판을 직접 청구할 수 없다.

56) 특허청장이 이해관계인이 아닐 것이다. 특허법 제133조 제1항은 무효심판을 청구할 수 있는 자로 이해관계인 외에 '심사관'을 인정하고 있는데, 특허청장이 이해관계인이어서 청구를 할 수 있다면 구태여 심사관을 따로 규정할 필요가 없었을 것이다.

57) 전병준, "행정소송법상 법률상이익에 관한 재론", 「법학논총」 제26권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2013, 83-84면("법률상 보호되는 이익설은 결국 취소소송의 목적은 위법한 처분으로 인하여 침해된 개인의 권리의 회복에 있다고 하여 권리가 침해된 자만이 취소소송을 제기할 수 있다고 하는 권리회복설과 본질적 차이는 없다고 본다. 이러한 의미에서 통설은 「법률상이익=법률상 보호되는 이익=권리」라는 등식을 따르고 있다고 생각된다.").

58) 呂太郎, "當事人恆定原則下之主參加訴訟", 司法周刊, 1550期, 2011, 142頁("與輔助參加不同, 第三人要求法院對自己本身為判決, 以當事人之地位加入他人間之訴訟, 而為之當事人參加, 是為獨立當事人參加, 或稱主入訴訟、主參加、主參加訴訟、獨立當事人參加訴訟。又, 學者間雖有將獨立當事人參加, 簡稱為獨立參加, 但我國亦有不少將共同訴訟參加, 亦別名為獨立參加, 為免混淆, 宜避免使用, 見有使用者, 宜注意辨別").

59) 最高法院98年度臺上字第2373號民事判決; 最高法院99年度臺上字第112號民事判決.

즉, 하나의 쟁점에 대해서는 원고 편에 섰다가 다른 쟁점에 대해서는 피고 편에 설 수가 있는 것이다.

둘째, 소송참가에 관하여 법원의 허락이 필요한지 여부이다. 민사소송법상 소송참가는 법원의 허락을 요하지 않는다. 즉 소송참가의 요건을 구비한 제3자는 소송에 참가할 권리를 가지게 된다.[61] 따라서 양 당사자가 제3자의 소송참가에 대하여 법원에 기각을 신청하지 않거나 소송참가에 대하여 이의제기를 하지 않은 상태에서 이미 변론이 진행된 경우에는 제3자는 참가인의 지위를 취득한 것이며, 이에 법원은 직권으로 소송참가의 실질요건이 구비되는지 여부를 조사할 수 없다. 하지만 행정소송법상의 소송참가는 법원의 재정을 전제로 한다.[62]

마지막 차이는 참가인의 절차상 지위이다. 행정소송법상의 소송참가인은 동시적으로 혹은 교차적으로 양 당사자에 대항할 수 있기에 참가인은 독립적인 공격·방어 방법을 제출할 수 있다.[63] 그러나 민사소송법상의 소송참가인은 소송참가 시 소송의 정도에 따라 당사자의 일체 소송행위에 대하여 보조하여야 한다. 즉 소송참가의 목적은 소송 당사자를 보조하는 것이고, 따라서 해당 행위가 당사자의 행위에 저촉하는 경우 효력이 발생하지 않는다.[64] 따라서, 민사소송법상의 보조소송참가인은 양 당사자 중 어떤 당사자를 보조하는 것인지를 명확하게 할 필요가 있다.

---

60) 張文郁, “行政訴訟之訴訟參加與民事訴訟之訴訟參加之比較”, 「權利與救濟 (二) -實體與程序之關聯」初版 第壹刷, 元照出版有限公司, 2008年 4月, 251頁(“參加人與其輔助之壹造相互間, 原則上不誒對於本訴訟裁判之正確性加以爭執, 顯見其效力並非以原告、被告及訴訟標的為對象, 與判決之確定力有所不同。且此參加效力之性質為抗辯權, 須參加人或其輔助之壹造於後訴訟中有所主張, 法院始得審酌, 與既判力職權調查事項, 亦屬有異.”).

61) 우리 행정심판법 제20조에 따르면 행정청은 행정심판위원회의 ‘허가’를 받아 사건에 참가할 수 있다.

62) 董保城, “国立政治大学法律系行政法课程”, 2003年 9月(“參加人是否僅限於輔助壹方造當事人：民事訴訟法上之訴訟參加, 參加人僅限於輔助當事人之壹造, 至於行政訴訟法上之訴訟參加, 則不以輔助壹造當事人為限, 亦可同時或交替對抗兩造之當事人 ... 訴訟參加是否需法院裁定允許：民事訴訟法上之訴訟參加, 勿須法院裁定允許.”).

63) 위에서 소개한 심리세칙 제31조 제2항은 이러한 측면을 규정한 것으로 보인다.

64) 翁嶽生,「行政訴訟法逐條釋譯」, 五南圖書出版有限公司, 2002, 223頁(“輔助慘加應予註意者為行政機關除輔助慘加外, 不得於撤銷訴訟為必要慘加或獨立慘加, 此外, 原處分機關不得輔助被告對抗上級機關。機關之輔助參加有強制性與任意性之別, 而其他利害關系之第三人, 則僅規定任意性輔助參加.”).

| 보조참가 관련 쟁점 | 민사소송법 | 행정소송법 |
|---|---|---|
| 일방 당사자만 보조 여부 | Yes | 동시 또는 교차 보조 가능 |
| 법원의 허락 여부 | No | Yes |
| 참가인의 지위 | 보조적, 종속적 | 독립적 |

이렇듯 다른 두 제도를 하나로 묶은 대만 심리법 제17조의 해석에 대하여 대만 내에서 이견이 있어 왔다. 이하, 동 제17조를 해석한 대만 최고법원의 판결을 살펴본다.

**나. 대만 최고법원의 제1800호 판결**

대만은 2008년 지식재산법원을 설립하는 즈음에 위와 같은 일본 및 독일의 사례를 참고하여 대만만의 독특한 제도를 신설하였다. 2008년 7월 1일 대만 지식재산법원이 설립된 이후로 2015년 1월 현재까지 약 7년간 동 법원은 심리법 제17조 제1항 및 제2항을 근거로 여러 소송에서 특허청장의 참가를 명하여 왔으며,[65] 최근 2013년에는 민사소송사건(最高法院102年度台上字第1800号)에서도 특허청장의 소송참가를 명한 바 있다.[66]

대상 특허권 침해소송에서 지식재산법원은 특허무효 여부의 판단을 위하여 특허청장에게 참가를 재정(裁定)하였으나, 동 절차에서 특허청장이 양 당사자 중 어떤 당사자의 입장을 지지하는 것인지에 대하여 명확한 입장을 표명하지 않았다. 이에 대해 최고법원은 동 절차에서 특허청장이 어떤 당사자 편에 서는지에 대하여 명확한 입장을 표명하였어야 하였고, 특허청장이 그러하지 않았으므로 이로 인하여 하급심 판결에 절차적 하자가 있었다고 판단하였으며, 이에 따라 하급심 판결을 파기하고 동 사건을 지식재산법원으로 환송하였다.

또한 하급심 판결문은 특허청장이 피상소인의 '참가인'(被上訴人的参加人)이라고 기술하였는데, 대만 최고법원은 특허청장이 소송에서 특허무효에 관하여 전문적인 '의견'을 제시하는 것이 심리법 제17조 제2항의 입법취지라고 밝히고 따라서 특허

65) 2013. 11. 28. 台一专利话廊. <http://www.taie.com.tw/tc/>.

66) 2013년 최고법원 사건 제1880호(最高法院102年度台上字第1800号)는 대만 지식재산법원 홈페이지에서 공시된 판결문의 내용을 정리한 것이다.

청장이 피상소인의 '참가인'이라고 하는 것은 법적으로 타당하지 않다고 판단했다.[67] 즉 대만 최고법원은 특허청장이 소송절차에 '참가'를 하지만 소송법상의 '참가인'은 아니라는 다소 불명확한 설시를 한 것이다.

### 다. 필자의 의견

대만 최고법원의 제1800호 판결에 의하면, 최고법원의 심리법 제17조에 대한 해석은 다음과 같다. ① 특허청장은 지식재산법원의 재정서를 통하여 명령으로 소송에 참가하는 것이다. ② 특허청장은 반드시 양 당사자 중 어떤 한 당사자의 입장을 지지하는 것인지에 대하여 명확한 입장을 표명하여야 한다. ③ 특허청장이 소송에 참가하는 경우 민사소송법에 의한 당사자 또는 참가인이 아니며 그러므로 상소권 또는 피상소권을 가지지 아니 한다.

위와 같은 최고법원의 ① 해석에 관하여, 법원이 소송에서 특허청장의 전문적인 의견을 필요로 하는 경우 명령으로 특허청장을 소송에 참가하도록 하는 것은 타당하다. 대만 민사소송법 제337조가[68][69] 법원이 사실관계를 명확히 하기 위하여 직권으로 감정을 명할 수 있다고 규정하고 있고, 동법 제340조에 의하면 감정기관이 법정에 출두하여 감정의견서를 설명할 수도 있다.[70] 이러한 취지를 고려하면, 법원이 전문행정기관으로서의 특허청의 전문적 의견을 필요로 하는 경우 특허청장이 소송에 참가하여 의견을 제시하도록 명할 수 있다. 우리나라 민사소송법 제140조,[71] 유럽특허조약 제25조[72] 등에서도 같은 취지의 제도를 규정하고 있다.

---

67) 於民事訴訟中依民事訴訟法第61條訴訟參加之參加人, 得對於判決提起上訴, 其訴訟行為之效力亦及於所輔助之當事人(王甲乙等, 民事訴訟法新論, 台北：三民书局总经销, 2009, 340頁.).

68) 第337條 (鑑定人之職權)
鑑定所需資料在法院者, 應告知鑑定人准其利用。法院於必要時, 得依職權或依聲請命證人或當事人提供鑑定所需資料。
鑑定人因行鑑定, 得聲請調取證物或訊問證人或當事人, 經許可後, 並得對於證人或當事人自行發問；當事人亦得提供意見。

69) 第340條 (囑託鑑定)
法院認為必要時, 得囑託機關、團體或商請外國機關、團體為鑑定或審查鑑定意見。其須說明者, 由該機關或團體所指定之人為之。
本目關於鑑定人之規定, 除第三百三十四條及第三百三十九條外, 於前項情形準用之.

70) 汪漢卿, "智慧局於專利民事訴訟事件參加訴訟之地位與效力", 全國律師 第13卷第12期, 2009年 12月, 38-39頁("智慧財產專責機關就權利有效性之爭點所涉專業知識或法律原則表示意見, 其中有關智慧財產權之專業知識部分, 固甚易理解, 惟智慧財產專責機關應就何種法律原則表示意見, 則非無疑問.").

71) 우리 민사소송법 제140조(법원의 석명처분)("① 법원은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 다음 각호의 처분을 할 수 있다.
1. 당사자 본인 또는 그 법정대리인에게 출석하도록 명하는 일

최고법원의 ② 해석은 법원이 특허청장의 소송참가를 명하는 경우 특허청장이 양 당사자 중 어떤 한 당사자의 입장을 지지하는 것인지에 관하여 명확히 밝혀야 한다고 강조하였다. 과연 특허청장이 소송에 참가하는 경우 어느 한 당사자의 입장을 지지하는지에 관하여 꼭 밝혀야 하는가?[73] 필자는 다음과 같은 다른 의견을 가진다. 첫째, 특허청장이 전문행정기관의 대표로서 제시하는 의견은 전문적인 감정기관의 의견이라고 생각한다. 따라서 감정기관의 의견은 객관적 사실 및 전문적 지식을 바탕으로 제시하는 의견이며 중립성 또는 독립성을 가진다.[74] 특허청장이 미리 지지하는 당사자를 지정하게 되면, 감정기관의 중립성 또는 독립성이 보장되지 않을 수도 있다.[75]

둘째, 특허청은 행정처분을 통하여 등기형 지식재산권을 부여하는 행정기관으로서 이론적으로 스스로 행한 행정처분의 유효성을 지지하는 입장을 채택하여야 하며, 일반적으로 소송에서 특허유효를 주장하는 일방에 참가하여야 한다는 견해가 있다.[76] 하지만 특허청장이 어느 당사자의 입장도 지지하지 아니할 가능성도 있다.

---

2. 소송서류 또는 소송에 인용한 문서, 그 밖의 물건으로서 당사자가 가지고 있는 것을 제출하게 하는 일
3. 당사자 또는 제3자가 제출한 문서, 그 밖의 물건을 법원에 유치하는 일
4. 검증을 하고 감정을 명하는 일 …“).

72) 유럽특허조약 제25조(기술적 의견)는 “침해 또는 무효 소송을 청취하는 어느 국가 법원의 요청(request)에 따라, 유럽특허청은, 적절한 요금을 지불받는 조건으로, 그 소송의 대상이 되는 유럽특허에 관한 기술적 의견(technical opinion)을 주어야 한다. 심사부서(the Examining Division)가 그 의견을 발부할 책임을 진다”고 규정하고 있다. EPC Article 25 (“At the request of the competent national court hearing an infringement or revocation action, the European Patent Office shall be obliged, on payment of an appropriate fee, to give a technical opinion concerning the European patent which is the subject of the action. The Examining Division shall be responsible for issuing such opinions.”).

73) 許士宦教授於研討會發言之大意(“参加只是准用民事诉讼法第61条规定, 并非以辅助当事人一造为必要”).(範光群等, “智慧財產民事訴訟新貌之問題探討—著重「智慧財產法院組織法」及「智慧財產案件審理法」施行後將面臨的問題”, 「程序正義、人權保障與司法改革—范光群教授七秩華誕祝壽論文集」,元照出版公司, 2009, 202頁.).

74) 第339條 (鑑定證人)
訊問依特別知識得知已往事實之人者, 適用關於人證之規定。

75) 陳群顯, “我國智慧財產訴訟中專利無效抗辯趨勢報道”, 科技法律評論, 4卷, 2007, 284 - 288頁(“民事訴訟法第61條規定 : ‘參加人得按參加時之訴訟程序, 輔助當事人為壹切訴訟行為。當其行為與該當事人之行為抵觸者, 不生效力。’會發現, 若民事訴訟當事人於民事訴訟過程中始提出專利權或商標權有應撤銷或廢止之理由以為抗辯時, 因智慧財產局並未就撤銷、廢止之理由進行‘第壹次裁決’, 更且甚至完全不知悉當事人之抗辯理由為何, 此時若智慧財產法院命智慧財產局參加訴訟, 則智慧財產局無從對其撤銷、廢止理由表示任何意見。”) 。

76) 範光群等, “智慧財產民事訴訟新貌之問題探討—著重「智慧財產法院組織法」及「智慧財產案件審理法」施行後將面臨的問題”, 「程序正義、人權保障與司法改革—范光群教授七秩華誕祝壽論文集」, 元照出版公司, 2009, 230頁(“但智慧財產專責機關之立場可能並不容易清楚呈現, 例如在專利舉發之內部審查程序中, 智慧財產局已偏向撤銷專利之立場, 但因舉發案尚未作為決定, 其亦不可能表示要

예를 들어 특허의 부분 무효의 경우가 그러하다. 소송에서 특허권자는 청구항 제1항 및 제2항의 전부 유효를 주장하고, 피고는 청구항 제1항 및 제2항의 전부 무효를 주장하는 경우, 특허청장은 제1항은 무효이나 제2항은 유효라는 의견을 제시할 수 있는 것이다. 이러한 장면에서 특허청장은 어느 한 당사자의 주장을 지지하는 것이 아니라 독자적인 의견을 제시하는 것이다. 또, 특허결정은 특허청장이 아니라 특허청에 속한 심사관이 독자적으로 행하는 행정처분이므로 특허청장이 각 심사관의 결정에 종속될 필요도 없다. 그러므로 특허청장이 (심사관의 특허결정에 반하는) 특허무효의 의견을 제시하더라도 하등 문제가 없다.

또한 대만 민사소송법 제61조에 따르면, 참가인이 일단 당사자 일방에 참가하면 당사자 입장의 구속을 받을 것이며, 만약 참가인의 행위가 해당 당사자의 행위에 저촉된다면 효력이 발생하지 않을 것이다. 특허청장은 이에 따라 소송에 참가한 후 해당 소송 절차 중에 당사자 입장에 구속을 받게 되고 그에게 불리한 행동을 하지 못하게 되는 면이 있다. 예를 들어, 특허청장이 특허권 존재 여부에 대해서 입장을 변경하게 되면, 변경 후의 의견은 민사소송 중에서는 제출할 수 없고 제출하더라도 효력이 없다. 이러한 경우 기타 당사자에게 다시 참가할 수 있는지에 대해서는 의문이 있을 것이다. 여기에서 규정한 소송참가는 단지 쟁점의 참가라고 인정하여 동일한 소송 중에서 갑의 쟁점에 대해서 원고에 참가하고 을의 쟁점에 대해서 피고에 참가할 수 있지만 동일한 쟁점에 대해서 양 당사자에 모두 참가할 수는 없다.[77]

마지막 해석 ③과 관련하여 대만 최고법원은 특허청장이 소송에 참가하는 경우 민사소송법에 의한 당사자 또는 참가인이 아니며 상소심에서 피상소인의 지위도 갖지 아니 한다고 하였다. 그런데 심리법 제17조가 민사소송법 제61조를 적용한다고 규정하고 있고, 동 제61조에 의하면 보조참가인의 경우에도 독립으로 항소할 수 있다.[78][79] 최고법원의 입장은 피상소인이 아닌 상소인은 될 수 있다는 것이다.

---

參加否決智慧財產權存在之壹造, 但是壹旦加入兩造之壹, 智慧財產局才做出撤銷專利之決定, 此時在智慧財產民事訴訟中要如何繼續參加, 恐怕難以解決.").

77) 範光群等, "智慧財產民事訴訟新貌之問題探討—著重「智慧財產法院組織法」及「智慧財產案件審理法」施行後將面臨的問題", 「程序正義、人權保障與司法改革—范光群教授七秩華誕祝壽論文集」, 元照出版公司, 2009, 217 頁("訴訟參加只是爭點之參加, 可能在同壹訴訟中對甲爭點參加原告, 就乙爭點參加被告, 但不可在同壹爭點參加兩造.").

78) 於民事訴訟中依民事訴訟法第61條訴訟參加之參加人, 得對於判決提起上訴, 其訴訟行為之效力亦及於所輔助之當事人(王甲乙等, 「民事訴訟法新論」, 台北：三民书局总经销, 2009, 340頁.).

79) 吳明軒, 「中國民事訴訟法 (中冊) 」修訂六版, 自刊, 2004年 9月, 785頁; 最高法院20上字第1301號判例("從參加人本於自己法律上之利害關系, 得獨立為其所輔助之當事人提起上訴, 只須該

마땅히 무효되어야 할 특허를 무효시키기 위해 특허청장에게 상소권을 부여하는 것이 입법자의 취지라고 보는 것이다.

### 4. 미국

미국 특허법 제143조 제4문은 양당사자 재심(*inter partes* review), 등록 후 재심(post-grant review) 등에서의 특허심판원의 결정에 대하여 연방관할항소법원에 소가 제기되는 경우 특허청장이 참가할 수 있는 권리를 가진다고 규정한다.[80] 동 규정에 의하면, 참가를 위하여 법원의 허가를 별도로 받을 필요가 없는 것으로 보인다. 참고로, 영국에서 1심 법원이 대상 특허의 무효를 인정하였고,[81] 해당 판결에 관한 항소심이 진행 중 양 당사자가 합의를 통하여 사건을 종결코자 하는 상황에서 특허청장이 참가를 결정한 바가 있다.[82]

## Ⅳ. 우리나라에서의 유사한 제도의 운영방안

위에서 일본, 독일, 대만 및 미국이 심결취소소송 등에서 특허청장이 더욱 적극적인 역할을 더욱 용이하게 할 수 있는 특별한 절차를 특허법 등에 특별히 규정한 사례를 살펴보았다. 일본, 독일, 대만 및 미국의 제도는 다음 표와 같이 요약될 수 있다.

| 구분 | 일본 | | 독일 | | 대만 | 미국 |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 관련 규정 | 특허법 제180조의 2 제1항 | 특허법 제180조의 2 제2항 | 특허법 제76조 | 특허법 제77조 | 심리법 제17조 | 특허법 제143조 |
| 역할 | 수동적 의견진술인 | 능동적 의견진술인 | 능동적 의견진술인 | 당사자 | 당사자 + 감정인의 이중적 역할 | 참가인 |

當事人未有反對陳述, 則其因輔助當事人而提起之上訴, 即應認為有效.").

80) 35 U.S.C. § 143 ("The Director shall have the right to intervene in an appeal from a decision entered by the Patent Trial and Appeal Board in a derivation proceeding under section 135 or in an inter partes or post-grant review under chapter 31 or 32.").

81) *Kennametal Inc v Pramet Tools SRO,* [2014] EWHC 565 (Pat).

82) *Kennametal Inc v Pramet Tools SRO, Associated Production Tools Ltd and Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks*, a Court of Appeal, England and Wales. <http://patlit.blogspot.kr/2015/01/they-think-its-all-over-but-comptroller.html>.

| 대상 사건 | 심결 취소소송 | 심결 취소소송 | 거절결정 불복소송 | 거절결정 불복소송 | 침해소송 | 심결 취소소송 |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 최초 판단 | 법원 | 특허청장 | 특허청장 | 법원 | 법원 | 특허청장 |
| 법원 허가 필요 | - | 허가 필요 | 허가 불필요 | 특허청장의 판단 | 특허청장의 거부권 없음 | 허가 불필요 |
| 진술의 성격 | 의견 | 의견 | 의견 | 당사자 진술 | 의견 | 참가인 진술 |
| 진술의 내용 | 법적 해석 등 | 법적 해석 등 | 제한 없음 | 중요한 법적 쟁점 | 특허무효 판단 | 제한 없음 |

앞에서 논한 바와 같이, 그러한 필요성은 우리나라에서도 그대로 인정되므로 그러한 이해에 따라, 아래에서는 향후 우리나라가 유사한 제도를 어떻게 운영하여야 하는지에 대하여 검토한다.

### 1. 특허청장의 능동적 의견진술의 필요

특허무효심판 심결에 대한 심결취소소송에서 양 당사자가 담합 또는 합의를 한 결과가 공익에 반하는 경우 등 특허청장이 필요하다고 판단하는 경우에 특허청장이 능동적 의견진술인의 역할을 할 수 있을 필요성이 인정된다. 그런 견지에서 일본 특허법 제180조의2 제2항 또는 독일 특허법 제76조와 유사한 규정을 우리 특허법에 도입할 필요가 있다.

### 2. 특허청장의 수동적 의견진술의 필요

현행 법리에 따르면 법원이 공공기관인 특허청에 감정을 촉탁할 수 있으나, 감정은 사실관계의 확인에 그치므로 특허청장이 법적 해석 등에 대하여 폭넓게 의견을 제시할 수 있게 할 필요성이 인정된다. 법원이 명령하는 경우 특허청장은 해당 사안에 대한 특허청의 의견을 법원에 제시하여야 하고 그 명령에 대하여 거부할 수 없다. 이 경우 특허청장은 어떤 한 당사자를 지지할 필요가 없고, 객관적이고 독립적인 의견을 제시하고, 재판의 결과에 대하여 항소권도 가지지 못한다. 결론적으로 일본 특허법 제180조의2 제1항과 유사한 규정을 우리 특허법에 도입할 필요가 있다.

### 3. 능동적 보조참가인의 역할 부여 필요

위와 같은 특허청장의 (수동적 또는 능동적) 의견진술인의 역할은 한계를 가진다. 즉, 마땅히 무효되어야 할 특허를 무효시켜야 하는 장면 또는 특허성에 관한 중요한 법리를 정립하여야 하는 장면에서 특허청은 그저 감정기관의 역할만 하게 된다. 필요한 장면에서 특허청장이 보다 적극적인 역할을 하게 하기 위해서는 대만 심리법 제17조, 독일 특허법 제77조 또는 미국 특허법 제143조와 '유사한' 제도의 도입이 요청된다.[83][84][85] 그 유사한 제도를 다음과 같이 제안한다.

#### 가. 특허청장의 결정에 의한 참가

특허청장은 그 스스로 어떤 사건의 절차에 참가할 것인지를 결정하고, 법원은 특별한 이유가 없는 경우 그 참가를 허락하게 된다. 이 장면에서 특허청장은 비록 법률적 이해관계를 가지지 않으면서도 자발적 보조참가자의 역할을 하게 된다. 참고로, 미국에서는 특허청장이 자발적 의견진술인의 역할을 하는 경우가 있다. 미국의 (특허청장) 진술인 제도에는 약간 독특한 면이 있는데, 미국 특허법 제146조는 모인출원 사건과 관련하여 모인출원에 대한 특허심판원의 결정에 불복하는 자는 연방관할항소법원(CAFC)에 항소할 수 있다고 규정하고 있으며, 나아가 그 절차에서 특허청장이 필요적 당사자(necessary party)가 아니며, 단지 그는 해당 소송의 접수에 대하여 통지를 받고 동 소송에 참가(intervene)를 할 수 있는 권리를 가진다고 규정하고 있다.[86]

위 규정의 특징은 특허청장이 후속되는 소송에서 필요적 당사자가 아님을 명확하게 하였다는 점과 특허청장이 동 소송에 참가할 수 있는 권리를 가짐을 명확하게 하였다는 점이다.[87] 즉, 법원의 명령에 따라 수동적으로 소송에 참가하는 것이

---

83) 행정심판법 제13조에 의하면 청구인은 '법률상 이익'을 가져야 하는데, 동 이익을 가지지 않는 특허청장이 참가인 또는 항소인이 되기 위해서는 특별한 규정이 필요하다.

84) 박정훈, "항고소송에서 행정기관의 당사자능력과 원고적격", 「경희법학」 제49권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2014, 431면("일반적으로 항고소송에서 행정기관의 당사자능력에 대해 부정적이라 할 수 있다.").

85) 명문의 규정으로 행정청의 당사자 능력을 인정할 수 있다는 취지의 표현: 정남철, "항고소송에 있어서 국가기관의 원고적격-특히 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결의 평석을 겸하여-", 「저스티스」 통권 제140호, 한국법학원, 2014, 337면("행정기관의 당사자능력을 인정하는 명문의 규정이 없는 경우에도 과연 행정기관의 당사자능력을 인정하는 것이 타당한지 여부를 살펴볼 필요가 있다.").

86) 35 USC § 146 (". . . The Director shall not be a necessary party but he shall be notified of the filing of the suit by the clerk of the court in which it is filed and shall have the right to intervene. . . .").

아니라 특허청장이 본인의 판단 하에 능동적으로 소송에 참가하는 것이다. 이러한 미국의 규정은 특허청장을 (능동적) 진술인으로 보는 것이다. 즉, 동 규정이 적용되는 절차에서 특허청장은 사실만을 진술하는 감정인이 아니라 자신의 법적 견해를 진술할 수 있는 진술인으로서의 역할을 수행하는 것이다.[88]

### 나. 특허무효심판 심결취소소송 및 특허권 침해소송에의 참가

특허청장은 특허무효심판 심결취소소송에 참가할 수 있고 더불어 특허무효심결과 유사한 심결, 즉 정정무효심판, 특허권 존속기간연장 무효심판의 심결에 대한 심결취소소송에도 참가할 수 있어야 한다. 특허권 침해소송에서 법원은 특허성 존재 여부를 판단할 수 있다. 비록 그 절차에서 법원이 특허무효에 대하여 직접 판단하지는 못하지만 그 판단이 실질적으로는 특허무효 판단과 동일하거나 최소한 매우 유사하므로 특허청장이 특허권 침해소송에서의 특허성 판단에도 참가할 수 있어야 한다. 한편, 동 절차가 특허를 대세적으로 무효시키는 것이 아니므로 특허청장의 개입의 필요성이 높지는 않다. 향후, 만약 침해소송 법원이 대세적 효과를 가지는 특허무효 판단을 하게 되는 경우 특허청장이 그 절차에 참가하여야 할 필요성은 더 높아질 것이다.

### 다. 특허청장은 '쟁점별'로 어떤 당사자를 지지하는지에 대하여 결정

특허청장의 보조참가자로서의 역할을 기대하는 제도에 의하면 특허청장은 (그 절차에서 막연한 제3자가 아니므로) 어떤 당사자를 지지하는지에 대하여 결정을 하여야 한다. 그러나, 특허권자가 청구항 제1항 및 제2항의 유효를 주장하고, 피고가 그 두 항 모두의 무효를 주장하는 장면에서 특허청장은 제1항은 무효이고, 제2

---

87) 특허청장이 필요적 당사자가 아니라는 것은 특허청장이 그 이전의 특허심판원의 결정에 대하여 어떤 법률적 이해관계를 가지지 않는 것으로 해석되기 때문이고, 만약 어떤 법률적 이해관계를 가진다면 특허청장도 필요적 당사자라고 보아야 한다. 특허청장이 참가권을 행사하면 법원은 특허청장이 동 소송절차에 참가할 수 있도록 하여야 할 것이다. 이때의 개입으로 특허청장이 당사자가 되는 것은 아니다.

88) 孙付, "中外鉴定人诉讼地位之比较", 华北电力大学学报, 2011, 55頁; 何家弘.司法鉴定导论, 北京法律出版社, 2000, 94頁("在英美法系国家, 鉴定人与证人一般没有严格的区分。法律把鉴定人规定为一种特殊的证人, 理论上称之为"专家证人"(expert witness), 普通证人则被称为" 外行证人"(laywitness), 也就是说, 鉴定人和证人的诉讼地位是大致相同的, 两者有其共同点:对鉴定人的口头询问, 在程序上与询问普通证人规则基本相同, 只有少数例外情形鉴定人由当事人带上法庭, 象对待普通证人那样由控辩双方对其主询问和交叉询问, 对专家证言进行质证等。不过, 英美法律也承认专家证人和普通证人之间有所差别, 因而在适用法律规则上略有不同。比如, 专家证人要求具备相关的知识或经验, 可以向法庭陈述自己的看法或见解, 并作出有结论性的意见.").

항은 유효라는 주장을 할 수 있어야 한다. 그런 견지에서 특허청장은 쟁점별로 어떤 당사자를 지지하는지를 자유롭게 결정할 수 있다. 심결취소소송은 행정소송이고 행정소송법에 의한 소송참가는 일방 당사자의 보조에 한하지 않으며 동시에 혹은 교차적으로 양 당사자에 대항할 수 있는 것이다.[89] 특허권 침해소송은 민사소송이고 민사소송에서의 참가자는 양 당사자 중 어떤 당사자를 보조하는 것인지를 명확하게 할 필요가 있지만, 그 절차에서 특허성을 판단하게 되면 그 쟁점에 관하여는 행정소송의 성격을 강하게 가지게 되므로 그 쟁점에 관해서는 특허청장이 쟁점별로 어떤 당사자를 지지하는지를 자유롭게 결정할 수 있을 것이다.

#### 라. 상소권 부여

해당 사건의 판결에 대하여 특허청장은 상소권을 가져야 한다.[90] 특히, 양 당사자가 합의를 통하여 사건을 종결하는 경우에도 특허청장이 상소하여 해당 특허를 무효시킬 수 있어야 하는 것이다.[91] 이런 견지에서 특허청장은 단순한 보조참가인이 아니라 당사자 참가인의 역할을 수행하게 된다.

#### 마. 피상소권 부과

특허청장이 상소권을 가지는 것과 동일한 논리로 특허청장이 상소심에서 피상소인이 될 수 있어야 한다. 하급심에서 본인에게 불리한 판단을 받은 당사자가 특허청장을 상대로 상소할 수 있어야 할 것이다.

## V. 우리나라 실무에의 추가적인 시사점

### 1. 결정계 심판의 심결에 대한 심결취소소송에서의 피고

89) 대만 심리세칙 제31조 제2항은 특허무효 쟁점에 한정하여 독립적으로 공격·방어의 방법을 제출한다고 규정하고 있다.

90) 국가기관의 원고적격에 관하여는 다음 글 참고: 정남철, “항고소송에 있어서 국가기관의 원고적격-특히 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결의 평석을 겸하여-”, 「저스티스」 통권 제140호, 한국법학원, 2014.

91) 여경수, “행정심판에서 행정심판기관과 청구인 적격 및 심판 대상”, 「영산법률논총」 제9권 제2호, 영산대학교 법률연구소, 2012, 48면(“일반적으로 행정기관은 행정심판의 피청구인이 되는 외에 청구인으로서 당사자 능력은 없다. 그러나 국가나 지방자치단체가 처분 또는 부작위의 상대방이 되거나 법률상 이익이 침해를 받은 경우에는 예외적으로 당사자 능력을 인정받을 수 있을 것이다.”).

특허법 제187조는 당사자계 심판(무효심판, 권리범위확인심판, 통상실시권 허락의 심판)을 제외한 결정계 심판의 심결에 대하여 소를 제기하는 경우에는 '특허청장'을 피고로 하여야 한다고 규정하고 있다.[92] 그러나, 심판관을 피고로 책정하여야 한다는 주장이 제기될 수 있다.[93] 행정소송법 제13조 제1항이 "취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분 등을 행한 행정청을 피고로 한다"고 규정하고, 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005두4397 판결에서도 행정처분을 한 정보통신윤리위원회를 피고로 하여 원고가 행정처분을 취소하도록 청구한 것이 타당하다고 보았다.[94] 그러나, 심판관의 독립성이 존중되어야 한다는 측면에서 우리 특허법은 심판관의 심결에 대한 취소소송의 피고가 심판관이 되지 않는 점을 명확하게 하기 위하여 특허청장을 피고로 특정한 것으로 이해할 수 있다. 심결취소소송은 심결을 소송물로 하는 항고소송이고 심결은 특허심판원에 속한 심판관 합의체에 의한 결정이다.[95] 그렇다면, 동 소송에서의 피고는 (특허청장이 아니라) 특허심판원장이 되는 것이 더 바람직한 것은 아닌가?[96]

거절결정불복심판의 심결에 불복하는 심결취소소송에서도 법원이 민사소송법 제341조 제1항에 따라 특허청장에게 감정을 촉탁할 필요가 있을 수 있다.[97] 또, 이 글에서 제안하는 규정이 도입되면 그러한 절차에서도 특허청장이 다양한 방법으로 의견을 개진하거나 참가를 할 수 있을 것이다. 그 경우, 피고를 특허심판원장으로 하고 감정기관, 의견진술인 또는 참가인은 특허청장이 되어야 하는 것이다. 행정소송법 제17조 제1항이 "법원은 다른 행정청을 소송에 참가시킬 필요가 있다고 인정할 때에는 당사자 또는 당해 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다"고 규정하고 있으므로, 특허심판원에 속한 심판

92) 취소소송은 다른 법률에 규정이 없는 한 "그 처분 등을 행한 행정청"이 피고가 된다. 행정소송법 제13조 제1항. 행정심판법 제17조 제1항("행정심판은 처분을 한 행정청(의무이행심판의 경우에는 청구인의 신청을 받은 행정청)을 피청구인으로 하여 청구하여야 한다. 다만, 심판청구의 대상과 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 경우에는 권한을 승계한 행정청을 피청구인으로 하여야 한다.").

93) 대법원 1980. 11. 25. 선고 80누217 판결(서울특별시장이 어떤 권한을 구청장에게 내부위임한 경우 구청장의 처분에 대한 행정소송은 그 처분을 한 구청장을 피고로 하여야 하고 서울특별시장을 피고로 하여서는 아니된다는 판결).

94) 대상 판결에 대한 해설은 다음 글 참고: 정준모, "행정소송에서의 대상적격 및 피고적격의 혼란과 그 해결방안", 법률신문 제3585호(2007. 6. 14.), 법률신문사.

95) 특허법 제146조 제1항("심판은 3명 또는 5명의 심판관으로 구성되는 합의체가 한다.").

96) 심사관의 거절결정이라는 행정처분에 대하여 불복하는 것이라는 견지에서는 심사관이 속한 행정청인 특허청이 피고가 될 수 있을 것이다.

97) 민사소송법 제341조 제1항("법원이 필요하다고 인정하는 경우에는 공공기관·학교, 그 밖에 상당한 설비가 있는 단체 또는 외국의 공공기관에 감정을 촉탁할 수 있다.").

관의 심결에 대하여 피고는 심판원장이 되고 다른 행정청인 특허청(장)이 참가를 하는 것이 타당한 것이다. 만약, 특허심판원을 특허청의 하부조직으로만 보고 별도의 행정청으로 인정하지 않는다면, 특허심판원장과 특허청장을 별도로 규정한 현행 특허법 규정은 모두 개정되어야 한다.[98] 또, 특허심판원을 특허청의 하위 기관으로 보더라도 특허심판원장이 피고가 되는 것은 가능하다. 상위 행정청의 업무를 위임받은 하위 행정청이 상위 행정청을 대신하여 피고가 될 수 있다는 법리에 의하면,[99] 특허심판원장이 특허청장으로부터 심판업무의 권한을 위임받은 것으로 본다면 특허심판원장이 피고가 될 수 있는 것이다.

거절결정불복심판의 심결취소소송이 심사관의 거절결정이라는 처분에 대한 취소소송이라고 본다면 특허청장을 피고로 책정하는 것이 옳고, 심결이라는 처분에 대한 취소소송이라고 본다면 특허심판원장을 피고로 책정하는 것이 옳다고 본다. 그런데, 우리 특허법 제186조 제6항이 "심판을 청구할 수 있는 사항에 관한 소는 심결에 대한 것이 아니면 제기할 수 없다"고 규정하여 심결취소소송이 심결에 대한 것임을 명확하고 있다. 나아가, 특허법 제188조가 심결취소소송이 제기된 경우 그 취지를 '특허심판원장'에게 통지하여야 한다고 규정한 점에 의하더라도,[100] 거절결정불복심판의 심결취소소송에서 특허심판원장이 피고가 되는 것이 더 합리적이다. 또, 특허심판원장이 피고가 되면 위와 같은 통지가 (소장 부본의 송달로 인하여) 자동적으로 이루어지므로 별도의 통지가 필요하지 않게 된다.

## 2. 송무수행자의 소속

결정계 심결에 대한 심결취소소송을 수행하는 공무원을 '송무수행자'라고 칭하는데, 현재 동 송무수행자는 특허심판원의 송무팀에 소속되어 있으므로 특허심판원장 아래에 소속되어 있는 것이다.[101] 만약, 동 심결취소소송에서 특허청장이 피고가 되는 것이 맞다면 송무수행자는 특허청장 아래에 소속되어야 할 것이다.[102] 물

98) 예를 들어, 특허법 제136조 제1항("특허발명의 명세서 또는 도면에 대한 정정을 한다는 심결이 있는 경우 특허심판원장은 그 내용을 특허청장에게 알려야 한다.").

99) 서울고등법원, "국가(행정)소송수행 업무편람 및 소송사례", 2012, 30면("행정소송에서 피고가 될 수 있는 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 사인이 포함되므로 예를 들어, 교육부장관으로부터 교과용 도서의 검·인정을 위탁받은 한국교육과정평가원장도 피고가 될 수 있다.").

100) 특허법 제188조 제1항("법원은 제186조제1항에 따른 소 또는 같은 조 제8항에 따른 상고가 제기되었을 때에는 지체 없이 그 취지를 특허심판원장에게 통지하여야 한다.").

101) 특허심판원에 심판부 외에 심판정책과 및 송무팀이 설치되어 있다.

102) 행정심판법 제18조 제2항("피청구인은 그 소속 직원 또는 제1항제3호부터 제5호까지의 어느

론, 특허심판원이 특허청장 아래에 소속되어 있으므로[103] 특허심판원장 아래에 소속된 것이 특허청장 아래에 소속된 것과 다를 바가 없는 면도 있지만, 특허심판원의 독립성을 제고하기 위해서는[104][105] 가급적 특허심판원과 특허청의 기능을 분리할 필요가 있다. 우리 특허법은 특허청장과 특허심판원장을 별도의 기관으로 인정하여 많은 규정에서 "특허청장 또는 특허심판원장은" 어떤 행정행위를 할 수 있다고 규율하고 있다.[106] 만약, 특허심판원장을 특허청장의 부하직원 중 한 명으로 보았다면 굳이 "또는 특허심판원장"이라는 표현을 둘 이유가 없다. 또, 유럽특허청에서는 확대심판원의 절차에서 확대심판원이 특허청장의 의견을 물을 수도 있다.[107] 확대심판원은 심판관 합의체의 독립적인 판단기구이고, 중요한 법적 쟁점에 대하여 유럽특허청의 의견을 물을 수 있고 그 경우 특허청장은 특허청을 대표하여 의견을 제시할 수 있는 것이다. 최근 유럽특허청 확대심판원은 심판원장(Chairman)이 필요한 경우 특허청장의 지시를 따를 필요가 없다는 취지의 중간 심결을 한 바 있다.[108] 이런 견지에서 특허청과 특허심판원을 별개의 행정기관이라고 보아야 한다.

법원이 중요한 특허법적 쟁점에 관하여 의견을 묻거나 소송에의 참가를 요청하는 경우 특허청장을 대리하는 직원이 동 소송에 개입할 수 있다. 그 경우에도 그 직원은 특허청장 아래에 속하여야 한다. 현행 우리나라의 조직체계에 의하면 그러한 소송에의 개입에도 특허심판원장 아래에 속한 송무팀의 송무수행자가 등장하는데, 법원이 특허심판원장의 의견이 아니라 특허청장의 의견을 묻는다는 점을 감안하면 그 직원은 특허청장 아래에 둘 필요가 있다.

### 3. 특허청장의 감정기관 대표 역할을 특허법에 규정하는 방안

현행 민사소송법 제341조 제1항에 따라 특허청장이 감정기관의 대표로 역할을 할 수 있다. 그러므로 그러한 역할을 위하여 별도의 규정을 특허법에 굳이 신설할

---

하나에 해당하는 자를 대리인으로 선임할 수 있다.").

103) 특허법 제132조의2 제1항("특허·실용신안·디자인·상표에 관한 심판과 재심 및 이에 관한 조사·연구 사무를 관장하게 하기 위하여 특허청장 소속으로 특허심판원을 둔다.").

104) 특허법 제143조 제3항("심판관은 직무상 독립하여 심판한다.").

105) 여경수, 앞의 논문, 37면("행정심판의 결과물인 재결에 대한 신뢰를 담보하기 위해서는 행정심판위원회의 전문성과 독립성 그리고 공정성이 마련되어야한다.").

106) 특허법 제9조, 제10조, 제11조, 제15조, 제16조, 제28조, 제28조의2, 제28조의3, 제28조의4, 제28조의5, 제46조 등.

107) E-mail (Feb. 11, 2014) explanation by Christopher Heath of EPO.

108) EPO Enlarged Board of Appeal interlocutory decision, R2/14 (17 Feb. 2015).

필요는 없다. 한편, 특허법에 그러한 규정을 신설하는 것도 가능은 하다. 독일 특허법 제29(1)조는 "특허청은 법원의 소송절차에 있어서 전문가의 상이한 의견이 제출된 경우 법원 또는 검찰청의 요청에 따라 특허에 영향을 주는 문제에 대하여 의견을 제공하도록 요구된다"라고 규정하고 있다. 즉, 독일 특허법은 특허청에 의한 일종의 감정기관 제도를 특별히 규정하고 있는 것이다.[109] 우리 특허법에도 전문가의 상이한 의견이 제출된 경우, 특허법적 중요한 법리를 정립할 필요가 있는 경우 등에 특허청장이 의견을 개진할 수 있는 규정을 신설할 수 있다.

## Ⅵ. 결론

특허무효심판에서 특허심판원의 심판관 합의체가 특허무효 여부에 대하여 심결을 한다. 그 심결 후 심결취소소송에서는 (심판관, 특허심판원장은 물론) 특허청장은 아무런 역할을 하지 못한다. 그러나, 동 소송에서 때로는 중요한 법적 쟁점에 대하여 특허청장이 의견을 개진할 필요성이 인정된다. 이 글은 그러한 필요성을 인정하고 특허법 등에 특별한 규정을 신설한 일본, 독일, 대만 및 미국의 사례를 비교, 분석하였다.

일본은 특허법에 제180조의2 규정을 신설하여 특허청장이 능동적으로 심결취소소송에 개입하여 의견을 진술하는 통로와 법원의 요청에 의하여 수동적으로 심결취소소송에 개입하여 의견을 진술하는 통로를 마련하였다. 독일은 특허법에 제76조를 두어서 특허청장이 능동적으로 특허무효를 판단하는 소송에 개입하여 의견을 진술할 수 있도록 하고 나아가, 제77조를 두어서 특허청장이 능동적으로 해당 소송에 당사자로 참가하는 통로를 두고 있다. 대만은 심리법에 제17조를 두어서 특허청장이 법원의 명령에 따라 사건에 참가하여 당사자나 참가인이 아니면서도 어떤 당사자의 입장을 지지하는지를 명확하게 밝혀야 하는 특이한 제도를 운영하고 있다. 미국은 특허법에 제143조를 두어서 특허청장이 심결취소소송에 참가할 수 있도록 하고 있다.

이러한 비교법적 연구에 따라, 이 글은 다음과 같은 제안을 한다.

첫째, 법원은 중요한 법적 쟁점에 관하여 전문행정기관인 특허청의 의견을 묻기

---

109) "The Patent Office shall be required to provide opinions at the request of the courts or the public prosecutor's office on questions affecting patents if divergent expert opinions have been submitted in proceedings."

위하여 특허청장이 법정에서 진술하도록 명령할 수 있어야 한다. 이 경우 특허청장은 수동적 의견진술인의 역할을 수행하게 된다. 이러한 진술인의 역할을 가능하게 하는 규정이 기존의 민사소송법에 없으므로 특허법에 그에 관한 별도의 규정을 신설하여야 할 것이다.

둘째, 심결취소소송에서 중요한 법적 쟁점이 다투어지는 경우 특허청장이 필요하다고 판단하는 경우 특허청장이 요청하고 법원이 허락하면 특허청장은 법정에서 의견을 진술할 수 있게 하여야 한다. 이 경우 특허청장은 능동적 의견진술인의 역할을 수행하게 된다. 이러한 진술인의 역할을 명령하는 규정이 기존의 민사소송법에 없으므로 특허법에 그에 관한 별도의 규정을 신설하여야 할 것이다.

셋째, 특허청장은 본인의 결정에 따라 법원의 허락을 받아서 해당 소송에 보조참가인으로 참가할 수 있어야 한다. 다만, 심결취소소송의 특별한 성격을 감안하여 특허청장은 모든 쟁점에 대하여 획일적으로 한 당사자를 지지할 필요는 없고 쟁점별로 독립적, 교차적인 의견을 제시할 수 있어야 한다. 이러한 보조참가에서 특허청장이 상소권을 가질 수 있게 하여야 하며, 양 당사자가 담합 또는 합의를 통하여 사건을 종결하려고 시도하는 경우에도 특허청장이 그러한 담합 또는 합의를 무력화 시킬 수 있도록 하여야 한다.

(논문투고일 : 2015.05.25, 심사개시일 : 2015.05.27, 게재확정일 : 2015.06.25)

정 차 호 · 양 성 미

특허소송, 심결취소소송, 특허청, 특허청장, 참가자, 증인, 감정인, 당사자

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 대만 자료

熊诵梅, “当公法遇上私法--台湾智慧财产诉讼制度之今昔”, 元照出版社, 2011.

呂太郎,“當事人恆定原則下之主參加訴訟”, 司法周刊, 1550期, 2011.

張文郁, “行政訴訟之訴訟參加與民事訴訟之訴訟參加之比較”, 「權利與救濟 (二) -實體與程序之關聯」初版 第壹刷, 元照出版有限公司, 2008年 4月.

董保城, “国立政治大学法律系行政法课程”, 2003年 9月.

翁嶽生,「行政訴訟法逐條釋譯」, 五南圖書出版有限公司, 2002.

王甲乙等, 民事訴訟法新論, 台北：三民书局总经销, 2009.

範光群等, “智慧財產民事訴訟新貌之問題探討—著重「智慧財產法院組織法」及「智慧財產案件審理法」施行後將面臨的問題”, 「程序正義、人權保障與司法改革—范光群教授七秩華誕祝壽論文集」,元照出版公司, 2009.

陳群顯, “我國智慧財產訴訟中專利無效抗辯趨勢報道”, 科技法律評論, 4卷, 2007.

吳明軒, 「中國民事訴訟法 (中冊) 」修訂六版, 自刊, 2004年 9月.

孙　付, “中外鉴定人诉讼地位之比较”, 华北电力大学学报, 2011, 55頁; 何家弘.司法鉴定导论, 北京法律出版社, 2000.

## Ⅱ. 국내 자료

박정훈, “항고소송에서 행정기관의 당사자능력과 원고적격”, 「경희법학」 제49권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2014.

신이철, “과학적인 감정자료를 기초로 한 감정서의 증거능력”, 「외법논집」 제33집 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2009.

여경수, “행정심판에서 행정심판기관과 청구인 적격 및 심판 대상”, 「영산법률논총」 제9권 제2호, 영산대학교 법률연구소, 2012.

전병준, “행정소송법상 법률상이익에 관한 재론”, 「법학논총」 제26권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2013.

정남철, “항고소송에 있어서 국가기관의 원고적격-특히 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결의 평석을 겸하여-”, 「저스티스」 통권 제140호, 한국법학원, 2014.

Abstract

# Role of the Commissioner of the Patent Office in a Trial Revocation Litigation appealed from a Decision Entered by a Patent Invalidity Trial

Chaho JUNG
Sheng Mei LIANG

This paper discusses role of the Commissioner of the Patent Office in a trial revocation litigation appealed from a decision entered by a patent invalidation trial. In doing so, jurisprudence of four countries, Japan, Germany, Taiwan and the United States are being comparatively analyzed. Section 180bis of the Japanese Patent Act permits either active or passive role of the Commissioner of the Patent Office to give his opinions in a trial revocation litigation of the IP High Court. Section 76 of the German Patent Act permits an active role of the President of the Patent Office to give his opinions in an appeal proceeding of the Patent Court. Section 77 of the German Patent Act also permits the President to be a party of an appeal proceeding. Section 17 of the Taiwanese IP Case Adjudication Act prescribes that a court may order the Commissioner of the Patent Office to intervene in a patent infringement litigation. In that case the Commissioner must choose a party for whom he supports, but he is neither a party or a intervener. Section 143 of the U.S. Patent Act admits the Director's right to intervene in an appeal from a decision entered from inter partes review, etc.

After comparatively analyzing jurisprudence of such four countries, this paper suggests the followings amendment proposals to the Korea

Patent Act. First, the court may order the Commissioner to present his opinions. To make this process possible, it is necessary to make a new provision in the Patent Act. Second, the Commissioner, upon his own decision and the court's permission, may present in a court and give his opinions. Again a new provision is necessary. In the above two procedures, the Commissioner's opinion may cover not only technical matters but also legal matters. Third, the Commissioner, upon his own decision and the court's permission, may intervene in a trial revocation litigation before the Patent Court. However, considering a special administrative character of a trial revocation litigation, the Commissioner does not have to choose a party whom he supports but can independently give his opinions on an issue-by-issue basis. The most important purpose of this intervention of the Commissioner is to give him the right to appeal. With such right, he may keep arguing invalidity of a patent, which, without such intervention, may survive through an improper settlement of the case by two parties.

**Chaho JUNG · Sheng Mei LIANG**

Patent litigation, Trial revocation action, the Patent Office, Commissioner, Intervener, Witness, Expert witness, the Party

# 부동산신탁의 부가가치세 납세의무자에 관한 연구

이 전 오*

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 신탁의 개념 및 종류
1. 신탁의 개념
2. 신탁의 종류
Ⅲ. 신탁소득의 과세이론
1. 신탁실체이론
2. 신탁도관이론
3. 검토
Ⅳ. 부동산신탁재산에 대한 부가가치세의 납세의무자
1. 문제의 소재
2. 견해의 대립
3. 판례
4. 검토
Ⅴ. 관련 문제 : 부동산신탁의 유형에 따라 부가가치세 납세의무자를 달리 논하여야 하는지
1. 학설
2. 검토
Ⅵ. 결론

**【국 문 요 약】**

신탁은 신탁자가 신탁재산을 수탁자에게 이전하고, 수탁자가 그 신탁재산을 관리・처분・운용・개발하여 그 수익을 신탁자 또는 수익자에게 지급하는 제도이다. 신탁이 설정되면 신탁재산이 위탁자(신탁자)를 떠나서 수탁자의 소유가 된다는 점에서 신탁은 법인(회사)과 유사한 제도이다. 그러나, 신탁재산 그 자체로 독자적인 법인격을 가지지 못하고 수탁자를 통하여 재산의 관리 및 처분 등이 이루어지고, 그 수익이 신탁자나 수익자에게 지급된다는 점에서 법인과 다르다. 이와 같은 차이 때문에 소득세법 및 법인세법에서는 신탁을 도관처럼 보고서 수탁자가 아니라 수익자(자익신탁이라면 위탁자 겸 수익자)를 소득의 주체로 보아 납세의무자로 규정하고 있다.

그러나 신탁을 법인격이 인정되지 않는 도관으로 취급한다고 하여 신탁재산의 실체를 아예 없는 것으로 본다는 의미는 아니다. 신탁법에서는 오히려 신탁재산의 독립성을 규정하고 있다. 나아가 수탁자의 법률행위를 허위표시 등의 무효로 본다는 의미는 더욱 아니다. 수탁자는 신탁재산을 관리・처분・운용・개발하는 내용의

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

법률행위를 완전하게 할 수 있는 권한을 가지고 있고, 그 법률행위의 효과는 수탁자에게 귀속한다. 따라서, 소득세 및 법인세법이 신탁을 도관처럼 보고 수익자를 납세의무자로 본다고 하여 부가가치세의 납세의무자도 당연히 수익자로 보아야 하는 것은 아니라고 생각한다.

부가가치세의 납세의무자인 사업자가 되기 위하여서는 재화나 용역에 대한 지배권을 가지고 그것을 공급할 수 있는 지위에 있으면 충분하고, 이익을 얻었는지 여부는 사업자를 판별하는 기준이 아니다. 이런 관점에서 보면, 법률상 완전한 소유자로서 재화나 용역의 공급자인 수탁자를 부동산신탁의 부가가치세 납세의무자로 보는 것이 타당하다. 위탁자를 부가가치세의 납세의무자로 보는 견해는 신탁과 위탁매매 사이의 본질적인 차이를 무시한 것이고, 수익자를 부가가치세의 납세의무자로 보는 견해는 부가가치세는 소득이 아니라 거래행위(재화나 용역의 공급)를 과세물건으로 한다는 점에 반하므로 부당하다. 즉, 부동산의 관리처분신탁・담보신탁・토지신탁(개발신탁)의 부가가치세 납세의무자를 위탁자나 수익자로 보는 것은 신탁제도 및 부가가치세의 본질에 맞지 아니하고, 현실적으로도 세무행정에 많은 어려움을 초래한다. 수탁자를 납세의무자로 보는 것이 이론상으로나 세무행정상 타당하므로, 신탁의 부가가치세 납세의무자가 수탁자라는 점을 명확하게 규정할 필요가 있다.

# Ⅰ. 서론

신탁은 본래 영미법계 국가인 영국과 미국에서 발전된 제도로서 대륙법계 국가인 우리나라에 친숙한 제도는 아니다. 그러나, 오늘날에 이르러서는 영미법계 국가이든 대륙법계 국가이든 주요 국가가 모두 신탁제도를 도입하고 있고, 우리나라도 그렇다. 신탁은 현재 자본시장의 중요한 법적 도구로 기능하고 있는데, 우리나라의 경우에도 상사신탁이 부동산 및 금융상품의 필수적인 도구로서 널리 쓰이고 있다.[1)]

그러나, 우리나라의 경우 신탁이 도입된 역사가 짧고 신탁제도를 활성화하기 위하여 신탁법이 전면 개정된 것도 2011년이어서 아직은 신탁의 법리에 대한 연구가 충분하지 않은 실정이다. 그 중에서도 신탁을 둘러싼 조세 문제에 대한 연구는 많이 부족하다고 생각한다. 이 논문은 신탁과 관련된 조세법적인 쟁점 중에서 특히 부동산신탁을 중심으로 하여, 신탁재산인 부동산을 처분한 경우에 납세의무자를 누구로 보아야 하는지를 검토한 글이다.

이 문제는 법률에 명문의 규정이 없기 때문에 해석에 맡겨져 있다. 이에 관하여 학설은 대립하고, 판례는 자익신탁과 타익신탁을 구별하여 전자의 경우에는 위탁자, 후자의 경우에는 수익자가 부가가치세 납세의무자라고 판시하고 있다. 이 글은 여러 학설과 판례의 입장을 검토한 후에 필자의 의견을 제시하고, 이에 따른 입법 보완책을 제시하려는 데에 작성 목적이 있다.

# Ⅱ. 신탁의 개념 및 종류

## 1. 신탁의 개념

### 가. 신탁의 의의

신탁은 재산권을 가진 자(위탁자 또는 신탁자, truster or settlor)가 관리자(수탁자, trustee)와의 특별한 신임관계에 기하여 자기 또는 제3자(수익자, beneficiary)의 이익을 위하여 해당 재산권을 수탁자에게 이전하는 제도이다.[2)]「신탁법」제2조는,

---

1) 정순섭, “신탁의 기본구조에 관한 연구”, 정순섭・노혁준 편저,「신탁법의 쟁점(제1권, BFL 총서 ⑨)」, 소화, 2015. 1., 23면. 정순섭 교수는 신탁이 상거래 활성화의 다양한 도구로 기능할 수 있는 이유로, 도산격리(insolvency protection), 도관과세(conduit taxation), 신인법(fiduciary regime), 구조의 유연성 (flexibility in design)등 네 가지 요소를 들고 있다.(정순섭, 위의 논문, 29-30면)

"'신탁'이란 신탁을 설정하는 자(이하 '위탁자'라 한다)와 신탁을 인수하는 자(이하 '수탁자'라 한다) 간의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산(영업이나 저작재산권의 일부를 포함한다)을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자(이하 '수익자'라 한다)의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리·처분·운용·개발, 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 말한다."고 규정하고 있다.

### 나. 신탁과 법인의 비교

신탁재산은 법률상 수탁자의 소유로 귀속되지만, 수탁자의 고유재산과 구별되어 독립적인 역할과 기능을 수행한다.[3] 이런 독립성 때문에 신탁은 흔히 법인과 비교된다.[4][5] 구체적으로 본다면, 예컨대 어떤 수탁자가 불특정다수인에게서 돈을 위탁받아 이를 운용하여 그 수익을 분배한다면 이 경우의 신탁은 주식회사와 별로 차이가 없다.[6] 즉, 투자자의 재산과 조직의 재산이 원칙적으로 분리된다는 점에서 법인과 신탁은 차이가 없다.[7]

신탁과 법인의 가장 큰 차이는 법인격 유무에 있다. 즉, 신탁법은 신탁에 대해 독자적인 법인격을 부여하지 않는다. 그러나 신탁은 독자적인 법인격은 없지만 기존의 권리주체인 수탁자의 인격을 빌려서 독립적인 목적재산을 형성시키고 그 존속을 가능하게 한다.[8]

---

2) 정순섭, 위의 논문, 26-27면.

3) 신탁법 제22조(강제집행 등의 금지), 제23조(수탁자의 사망 등과 신탁재산), 제24조(수탁자의 파산 등과 신탁재산), 제25조(상계 금지), 제34조(이익에 반하는 행위의 금지), 제37조(수탁자의 분별관리의무) 등 참조.

4) 임승순,「조세법」, 박영사, 2015., 577-578면.

5) 영미법계 국가에서 주식회사의 기능을 대신하는 사업신탁(business trust)에 대하여는, 문기석, "법인대용화 가능성을 가진 기업형태로서의 미국 사업신탁제도에 관한 小考", 전남대학교 법학연구소,「법학논총」제33집 제2호, 2013. 8. 참조.

6) 이창희,「세법강의」, 박영사, 2015., 507면.

7) 재산의 분리와 관련하여, 사업조직에서 발생한 실패가 투자자의 재산에까지 전이되어서는 안된다는 '유한책임'(limited liability)의 원칙과 투자자의 개인적인 실패가 곧 사업조직으로 전이되어서는 안된다는 '조직격리'(entity shielding)의 원칙 두 가지 측면에서 주식회사와 신탁을 비교한 논문으로 노혁준, "주식회사와 신탁에 관한 비교 고찰 - 재산분리 기능을 중심으로 -",「증권법연구」제14권 제2호, 2013. 참조.

8) 이중기, "신탁재산의 형성과 법적 인식", 정순섭·노혁준 편저, 앞의 책, 237-239면 참조.

## 2. 신탁의 종류

신탁은 그 발생원인, 설정행위의 형태, 목적, 위탁자와 수익자의 관계, 수탁자 의무의 성질 등 구분 기준에 따라, 임의신탁과 법정신탁, 계약신탁과 유언신탁, 사익신탁과 공익신탁, 자익신탁과 타익신탁, 수동신탁과 능동신탁, 영업신탁(상사신탁)과 비영업신탁(민사신탁)[9], 금전신탁과 비금전신탁, 관리신탁과 처분신탁, 담보신탁과 토지신탁(개발신탁), 일반신탁과 특별신탁, 개별신탁과 집단신탁, 특수신탁 등 여러 가지로 분류된다.[10] 아래에서는 이 논문의 주제와 관련이 있는 자익신탁과 타익신탁, 관리신탁과 처분신탁, 담보신탁과 토지신탁(개발신탁)의 구별에 대하여만 서술한다.

### 가. 자익신탁(自益信託)과 타익신탁(他益信託)

위탁자의 신탁목적이 자기를 위한 신탁인지 아니면 타인을 위한 신탁인지에 따른 구별이다. 자익신탁은 위탁자 자신이 수익자가 되는 신탁으로서, 신탁재산의 관리・처분・운용・개발에 따른 신탁수익과 신탁종료시에 남은 신탁재산이 위탁자에게 귀속한다. 타익신탁은 위탁자가 아닌 제3자가 수익자가 되는 신탁으로서, 신탁수익과 잔여 신탁재산이 제3자에게 귀속한다.

### 나. 관리신탁과 처분신탁

신탁의 목적에 따른 수탁자의 의무에 따른 분류이다. 신탁재산의 관리만을 목적으로 하는 신탁을 관리신탁이라 하고, 신탁재산의 처분만을 목적으로 하는 신탁을 처분신탁이라고 한다. 신탁재산의 관리란 신탁목적물인 물건 또는 권리의 보존, 이용, 토지・건물의 임대・수리, 금전이나 유가증권의 운용・대부 등을 뜻한다. 신탁재산의 처분이란 신탁의 목적인 물건 또는 권리의 소멸이나 변경을 초래하는 행위

---

9) 2011. 7. 25. 전면개정된 새로운 신탁법은 앞으로 민사신탁제도의 활성화에도 기여할 것이라고 보지만(이전오, “신탁세제의 문제점과 개선방안에 관한 연구-신탁재산에 대한 체납처분 측면을 중심으로-”, 성균관대학교 법학연구소,「성균관법학」, 제25권 제4호, 2013. 12., 520면), 아직까지 민사신탁은 거의 이용되지 않고 있다.(오창석, “개정 신탁법이 신탁 실무에 미치는 영향”, 정순섭・노혁준 편저, 위의 책, 53면) 사인 간의 신탁행위가 “업”으로 이루어질 경우 수탁자는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률의 엄격한 규제를 준수하든지 아니면 수탁을 포기해야만 하는 문제점이 있으므로, “업” 개념을 축소하여 업 규제는 대규모의 상행위에 적용되도록 하고, 소규모 비공식의 민사신탁은 자본시장법상 신탁업에서 제외하여 신탁법의 활동 공간을 허용하는 것이 바람직할 것이라는 견해로, 성희활, “신탁법과 자본시장법의 바람직한 관계 설정에 대한 연구”, 한국비교사법학회,「비교사법연구」제20권 3호, 2013. 8., 646-652면 참조.

10) 신탁의 구별 및 그 내용에 대하여는, 이상섭,「신탁법총람」, 법률서원, 2008., 27-34면 참조.

인 토지・건물의 매각, 지상권・전세권・임차권・저당권 등의 설정, 유가증권의 질입(質入) 등을 가리킨다.[11]

### 다. 담보신탁과 토지신탁(개발신탁)

신탁의 목적물인 신탁재산이 부동산인 신탁을 부동산신탁이라고 하는데, 담보신탁과 토지신탁은 부동산신탁 안에서의 구별이다.

#### (1) 담보신탁

담보신탁이란 채무자가 위탁자가 되고 채권자를 수익자로 하여, 채무자 또는 제3자가 신탁부동산의 소유권을 수탁자(부동산신탁회사)에게 이전하고, 수탁자는 담보목적을 위하여 신탁재산을 관리한 후 채무자가 채무를 변제하면 부동산을 위탁자에게 반환하나 채무자가 채무를 변제하지 아니할 때에는 신탁재산을 처분하여 그 대금으로써 채권자인 수익자에게 변제하고 잔액이 있을 때에는 채무자에게 반환하는 신탁을 의미한다.[12] 실무상으로는 '부동산관리・처분 신탁계약'이라는 형식으로 부동산담보신탁계약이 체결되고 있다. 보통은 은행 등에서 대출을 받으려는 자가 위탁자, 은행 등의 대출기관이 수익자, 부동산신탁회사가 수탁자가 된다.[13]

이 제도는 신탁의 담보적 기능을 이용한 부동산관리신탁과 부동산처분신탁의 결합형으로서 현행 저당권 제도를 대신할 수 있는 새로운 형태의 담보제도라고 평가되고 있고[14], 외환위기 사태(이른바 IMF 사태)이후 부동산신탁은 담보신탁 위주로 발전하였다.[15]

---

11) 이상섭, 위의 책, 30-31면.

12) 고일광, "부동산신탁에 관한 회생절차상 취급 -부동산담보신탁의 경우를 중심으로-", 사법연구지원재단,「사법」제9호, 2009., 67면.

13) 이재욱・이상호,「신탁법해설」, 한국사법행정학회, 2000, 254-255면(조철호, "부동산신탁에 있어서 신탁부동산의 처분에 대한 부가가치세 납세의무자", 법원도서관,「행정재판실무연구집(재판자료 108집)」, 2005, 386-387면에서 재인용).

14) 신탁제도를 채권담보를 위한 기존의 저당제도와 비교하면, 채무자인 위탁자 입장에서는 근저당 설정 비용 등의 대출비용을 절감할 수 있고 환가시에 법원의 경매에 의하지 않고 신탁회사의 공매로 이루어지므로 저가경락 및 경락지연에 따른 손실을 피할 수 있다. 채권자인 대출기관 입장에서도 신탁재산은 담보부동산 소유자가 법정관리・화의・파산 등의 법적절차 중에 있는 경우에도 재산보전처분을 받지 않아 채권보전에 유리하고 신탁회사에서 담보물을 관리하므로 비용이 절감된다는 장점이 있다.(한원식, "신탁부동산의 매각에 따른 부가가치세 납세의무자", 한국조세연구포럼,「조세연구」제11권 제3집, 2011. 12., 460면)

15) 오창석, 앞의 논문, 55면.

(2) 토지신탁(개발신탁)

토지신탁(개발신탁)이란 자금능력이나 개발에 관한 전문능력이 없는 토지소유자가 부동산신탁회사에게 토지를 신탁하고, 부동산신탁회사가 수탁자로서 신탁된 토지상에 건물을 신축하거나 택지를 조성하는 등의 적절한 개발행위를 한 후에, 토지 및 지상건물을 분양 또는 임대하여 수익을 올리고, 그 중 신탁회사의 투입비를 회수하고 나머지 수익을 위탁자 또는 수익자[16]에게 지급하는 신탁이다. 부동산관리신탁에서 한 걸음 나아간 것으로서 개발행위를 수반하므로 개발신탁이라고 부른다.[17] 토지소유자와 전문 토지개발자와의 협력에 의하여 이루어지는 합동개발의 한 형태로서, 이 경우에 부동산신탁회사는 시행자, 분양자, 도급인의 지위를 겸하고 드물게는 건축주의 지위까지도 겸하게 되므로, 금융기관과 자금차입관계, 건설회사와 공사도급관계, 수분양자와 분양계약관계, 위탁자와 수익분배관계 등의 복잡한 법률관계를 형성하는 것이 보통이다.

토지신탁은 일반적으로 신탁토지에 건축, 택지조성 등의 사업을 시행한 후, 건물 또는 토지와 건물 일체를 분양하여 발생하는 분양수익을 수익자에게 교부하는 분양형 토지신탁과, 이를 일정기간 동안 임대하여 발생하는 임대수익을 수익자에게 교부하는 임대형 토지신탁, 두 가지로 대별된다.[18]

## Ⅲ. 신탁소득의 과세이론

신탁재산에 귀속하는 소득에 대한 과세이론에는 전통적으로 신탁실체이론(信託實體理論)과 신탁도관이론(信託導管理論)이라는 두 가지 이론이 대립한다. 아래에서 구체적으로 살펴본다.[19]

### 1. 신탁실체이론(信託實體理論)

#### 가. 의의

신탁실체이론은 신탁이 마치 법인처럼 그 독립성이 보장되고 있으므로 신탁재산 자체에 과세해야 한다는 견해이다. 신탁실체이론은 다시, 신탁재산이 아닌 수탁자

16) 토지신탁은 대개 자익신탁이므로 위탁자와 수익자가 동일하다.
17) 이재욱・이상호, 앞의 책, 269-278, 286-290면 참조.(조철호, 앞의 논문, 386면에서 재인용)
18) 고일광, 앞의 논문, 68면.
19) 이전오, 앞의 논문, 521-525면을 수정・보완한 것이다.

를 과세주체로 하여 신탁세제를 운영하여야 한다는 견해(수탁자 과세주체설)와 신탁재산 자체를 과세주체로 인정하여 세법이론을 구성하여야 한다는 견해(신탁재산 과세주체설)로 나뉜다. 전자는 신탁재산은 수탁자에게 완전하게 귀속된다는 신탁행위에 관한 채권설의 영향을 받은 견해이고, 후자는 신탁재산이 독립된 법주체라는 입장을 취하는 실질적 법주체설의 영향을 받은 견해이다.[20] 이 두 가지 견해는 신탁자의 재산을 수탁자의 고유재산과 분리된 독립적 실체로 본다는 점에서는 결론적으로 차이가 없다. 그러나 이론적으로는 후자가 신탁실체이론에 더 부합하는 설명이다.

신탁실체이론을 취하는 논자들은 신탁재산이 독립된 과세대상이 된다고 본다. 이것은 신탁소득이 최종적인 귀속자인 수익자에게 귀속되기까지는 일단 여러 가지 형태의 소득이 독립된 사회적 및 경제적 제도로서의 풀(pool)인 신탁재산에 혼입되었다가 일정기간 후에 신탁이익이라는 하나의 과세소득으로 여과되는 과정을 거치게 된다고 생각하기 때문이다.

신탁실체이론에 따르면 신탁재산 자체를 하나의 과세상 주체로 인정하기 때문에 수익자가 신탁회사로부터 받은 신탁이익의 분배금은 배당소득이 된다. 과세시기는 수익자가 신탁재산으로부터 신탁수익을 분배받을 때이며, 원천징수의무자는 수탁자인 신탁회사가 된다. 이 때, 원천징수대상 소득은 신탁보수를 차감한 후의 금액을 대상으로 하며 수익자 입장에서는 배당소득이기 때문에 기준금액[21]을 초과하면 종합소득세 과세대상이 된다. 신탁실체이론을 관철하려면 신탁재산이 제3자에게서 소득을 지급받는 때와 수익자가 신탁재산에서 배당을 받을 때에 모두 과세해야 하므로, 이중과세를 조정할 별도의 규정이 필요하다.[22]

### 나. 신탁실체이론의 논거

신탁실체이론의 논거로는 다음과 같은 것들을 들 수 있다.[23]

① 신탁재산에 대한 법률상 소유권이 수탁자에게 있다.

---

20) 홍용식, “신탁소득 과세에 관한 연구”, 한성대사회과학연구소,「사회과학논집」12집 2호, 1999, 6면(이중교, “신탁법상의 신탁에 관한 과세상 논점”, 법조협회,「법조」58권 12호(통권 639호), 2009. 12., 328면 주 13에서 재인용).

21) 이자소득과 배당소득의 합계액이 2천만 원을 초과하면 종합소득 과세표준에 합산하여야 하는데, 위 2천만 원을 “이자소득 등의 종합과세 기준금액”이라고 한다.(소득세법 제14조 제3항 제6호)

22) 김동수・마영민, “신탁과 세법”, 서울대학교 금융법센터.「BFL」제17호, 2006. 5., 47면.

23) ①부터 ④까지의 논거는, 김재진・홍용식,「신탁과세제도 합리화 방안」, 한국조세연구원, 1998. 7., 102면 참조.

② 신탁재산에 귀속되는 모든 수익과 지출은 외형상으로도 수탁자에게 귀속되는 것으로 보인다.

③ 법인의 구성원인 주주 등 사원에게 법인의 이익을 분배해 주는 법인도 경제적 관점에서 보면 도관에 불과하다.

④ 외부에 나타나는 법적 형식에 따른 과세이기 때문에 실체이론에 의하면 과세가 간명하게 된다.

⑤ 신탁에 대해 인격을 부여하는 직접적인 규정은 없으나 신탁재산의 독립성에 대해서는 신탁법이 명문으로 이를 인정하고 있다.

⑥ 위탁자의 재량행위로 인한 조세회피를 감소시키기 위해서 신탁에 과세하는 방안을 고려할 필요가 있다. 구체적으로는, 당해연도 과세원칙을 유지하면서 신탁에게 유보소득에 관한 실질적인 소득세의 납세의무를 부담시키고, 유보소득을 수익자에게 실제로 분배하는 경우에는 이미 과세가 끝난 소득이므로 소득세는 비과세로 하여야 할 것이다.[24]

⑦ 수익자가 부존재하거나 미지정된 경우 및 수익자가 지정되어 있더라도 신탁소득을 장기간 수익자에게 분배하지 않는 경우에는 신탁제도의 취지를 침해하고 있으므로 신탁과세이론에 신탁실체이론을 가미하여, 신탁을 하나의 권리주체로 보아서 신탁을 납세주체로 인정하는 것이 타당하다.[25]

다. 신탁실체이론에 대한 비판

한편, 신탁실체이론에 대하여는 다음과 같은 비판을 제기할 수 있을 것이다.[26]

① 소득의 실질적인 귀속자가 아닌 수탁자에게 과세하는 것은 실질과세원칙에 어긋난다.

② 신탁재산과 법인은 최종적인 소득귀속자에게 소득을 분배하기 위한 도관에 불과하다는 점에서 경제적인 본질이 같다고 볼 수 있다. 그러나, 법인은 법률에 의해서 법인격을 부여받고 있으나 신탁재산에게는 별도의 법인격이 주어지지 않는다. 그럼에도 불구하고 양자를 동일하게 취급하여 이론구성을 하는 것은 현재의 법제도와 부합하지 않는다.

---

24) 김병일・김종해, “신탁법상 위탁자 과세제도에 관한 연구”, 한국조세연구포럼,「조세연구」제11권 제3집(통권 제18권), 2011. 12., 314-315면 참조.

25) 김병일・남기봉, “신탁법상 수익자과세에 관한 연구”, 한국세무학회,「세무와회계저널」제13권 제1호, 2012. 3., 376면.

26) 임승순, 앞의 책, 578면; 김재진・홍용식, 앞의 책, 103면 등 참조.

③ 신탁실체이론을 취하면 법적 형식에 따른 과세를 하게 되므로 과세상의 처리가 간명하게 된다는 장점이 있다고 하나, 조세법의 기본원칙인 실질과세의 원칙을 조세행정의 간편성을 위해서 훼손하여도 무방하다는 논거로 사용할 수는 없다.

④ 신탁재산을 법인으로 보아 과세하거나 수탁자에게 과세하는 신탁실체이론은 과세의 단순화를 도모할 수 있지만, 이러한 단순성은 누진세율 구조로 되어 있는 소득세를 회피하기 위한 수단으로 납세자들이 이용할 수 있어 조세탈루를 조장할 수 있다.

⑤ 신탁을 별도의 실체로 인정하여 과세하는 경우, 신탁소득이 수익자에게 귀속되는 시점에서 다시 과세되므로 이중과세의 문제점이 있다.

⑥ 이중과세를 방지하기 위해 현행 배당세액공제 등과 같은 조정장치를 도입한다면 과세가 복잡하게 된다.

### 2. 신탁도관이론(信託導管理論)

#### 가. 의의

신탁도관이론은 신탁재산을 독립적인 실체로 인정하지 않고, 신탁을 단순히 수익자에게 신탁수익을 분배하기 위한 수단이나 도관으로 보아서 신탁 자체에 대하여는 과세하지 아니하고 소득이 귀속되는 수익자 단계에서 과세하여야 한다는 견해이다.[27]

신탁도관이론은 신탁이 없는 것처럼 간주하여 세법을 적용하기 때문에 신탁재산 운용내용별로 소득을 구분하고, 신탁재산에 원천징수 대상소득을 지급하는 제3자(소득지급자)가 원천징수의무자가 된다.

신탁도관이론에 의하면 신탁수익 결정시에 신탁보수를 차감하지 않은 금액을 신탁수익으로 계상하며, 수익단계에서 비과세되는 주식이나 채권의 매매차익에 대해서는 과세할 수 없게 된다.[28]

#### 나. 문제점

신탁도관이론은 경제적 관점에서 관찰하여 과세해야 한다는 실질과세원칙에 충실한 이론이지만, 다음과 같은 문제점이 있다.[29]

---

27) 김재진・홍용식, 앞의 책, 104면.
28) 김동수・마영민, 앞의 논문, 46면.
29) 김재진・홍용식, 앞의 책, 105; 임승순, 앞의 책, 578면; 노형권 외,「금융소득 종합과세 해설」,

첫째, 신탁재산에 귀속되는 수입이나 지출이 즉시 수익자에게 분배되지 않고 일단 신탁재산에 머물렀다가 신탁계약에서 정한 신탁수익의 지급시기에 수익자에게 지급됨에 따라 과세상의 시차가 발생하게 된다는 점을 논리적으로 설명할 수 없다.

둘째, 금전신탁의 경우 수탁자가 신탁재산을 운용할 때 신탁재산에 소득이 발생, 지급되는 측면을 설명할 수 없다.

셋째, 신탁을 왜 법인과 차별하여 과세하여야 하는지에 대한 이론적 근거가 부족하다.

넷째, 신탁도관이론에 따르면 신탁유형에 따라 발생한 법률관계를 토대로 각 유형별로 과세하게 되는데, 이러한 과세방법은 다양한 경제상황과 요구에 따라 다양한 신탁유형이 출현될 경우에 이를 세법에서 일일이 개별적으로 대응해야 하는 비효율을 초래한다.

다섯째, 신탁계약이 1인의 수익자와 1인의 수탁자로 구성되는 경우라면 문제가 없으나, 다수의 수익자와 1인의 수탁자로 신탁계약이 구성되는 경우에는 도관이론에 의한 과세가 사실상 또는 법률상 불가능한 상황이 발생할 수 있다.[30]

### 3. 검토

신탁도관이론과 신탁실체이론은 신탁에 대한 세법상의 취급에서 여러 가지 차이를 발생시킨다. 먼저 과세대상소득의 범위에서 차이가 있다. 신탁도관이론은 수익자가 신탁재산을 직접 취득하여 보유하고 처분하는 것으로 본다. 따라서 수익자가 개인인 경우에는 소득세법의 소득원천설에 따라 과세대상소득의 범위가 결정된다. 또 수익자가 법인인 경우에는 순자산증가설에 따라 과세대상소득의 범위가 결정된다. 반면에, 신탁실체이론은 신탁재산을 하나의 실체로 봄으로써 그 실체에 귀속되는 모든 손익이 법인의 경우처럼 순자산증가설에 따라 합산되어 과세된다. 순자산증가설에 따라 과세대상소득의 범위가 결정되므로 미실현손익도 과세대상에 포함된다.[31]

둘째 소득구분에서도 차이가 있다. 신탁도관이론은 수익자가 신탁재산을 소유한

---

삼일회계법인, 1995., 158면; 김병일・남기봉, 앞의 논문, 376면 등 참조.

30) 손영철・남태현, “신탁소득과세상 도관이론 적용의 문제점- 법인세법 제5조 제1항을 중심으로- 국민대학교 법학연구소,「법학논총」제26권 제3호, 2014. 2., 224면.

31) 손영철, “신탁소득 원천징수시기에 대한 연구”, 국민대학교 법학연구소,「법학논총」제20권 제2호, 2008. 2., 228면.

것으로 취급하므로 신탁재산에서 발생하는 소득의 내용별로 과세하게 된다. 따라서 여러 종류의 소득으로 과세된다. 그에 비하여, 신탁실체이론은 신탁재산에 귀속된 소득이 법인의 경우처럼 통산되어 배당소득으로 과세된다. 즉, 당초 신탁재산에 귀속되는 소득의 종류별로 과세되는 것이 아니라 통산되어 모두 배당소득으로 과세되므로 소득유형이 변환되는 결과가 된다.[32]

마지막으로 원천징수시기 또는 소득의 수입시기에서도 차이가 있다. 신탁도관이론은 수익자가 신탁재산을 그대로 보유하고 있는 것으로 간주하므로 신탁재산에 소득이 귀속되는 때를 수익자의 수입시기로 본다. 반면 신탁실체이론은 신탁재산에 소득이 귀속될 때가 아니라 환매나 이익분배를 통하여 신탁재산으로부터 수익자에게 소득이 귀속될 때가 수익자의 수입시기가 된다.[33]

이처럼 양자는 단순히 이론적인 대립에 그치는 것이 아니라, 세법상의 취급에서 차이를 발생시키므로 현행 세법이 어떤 입장을 취하고 있는지 내지 입법론적으로 우리 세법이 어떤 태도를 취할 것인가에 대한 논의는 실익이 있다.

입법론으로 신탁실체이론의 도입을 주장하는 견해는 있지만[34], 해석론상으로는 현행 세법이 신탁도관설을 취하고 있다고 보는 것이 다수설이다.[35] 다수설은 현행 세법상 신탁이 법인으로 취급되어 과세되지 않는 점, 법인세법 제5조 제1항[36]과 소득세법 제2조의2 제6항[37] 등을 이유로 현행 세법은 신탁도관이론을 취하고 있다고 본다.

생각건대, 우선 소득세나 법인세 등의 소득과세에 대하여는 현행법의 해석론상으로는 신탁도관설이 타당하다. 소득세법 제2조의2 제6항 및 법인세법 제5조가 수

---

32) 이중교, 앞의 논문, 329-330면 참조.

33) 손영철, 앞의 논문, 228면.

34) 예컨대, 신탁을 통한 신탁소득의 과세이연 방지 및 위탁자 및 신탁당사자에 의한 조세회피 방지를 위하여 신탁실체이론을 도입할 필요가 있고, 그렇게 되면 신탁운용방식을 위탁자 중심에서 전문가인 수탁자 중심으로 전환할 수 있는 계기가 될 수도 있을 것이라는 견해로, 김종해・황명철, "개정신탁법 시행에 따른 신탁과세구조의 개선방안", 한국세무학회,「세무와회계저널」제13권 제3호, 2012. 9., 430-432면 참조.

35) 한만수, "투자신탁소득의 성격분류 및 이중과세문제에 관한 고찰", 대한변호사협회,「인권과 정의」, 2006. 10., 180면.

36) 법인세법 제5조(신탁소득)
① 신탁재산에 귀속되는 소득은 그 신탁의 이익을 받을 수익자(수익자가 특정되지 아니하거나 존재하지 아니하는 경우에는 그 신탁의 위탁자 또는 그 상속인)가 그 신탁재산을 가진 것으로 보고 이 법을 적용한다.

37) 소득세법 제2조의2(납세의무의 범위)
⑥ 신탁재산에 귀속되는 소득은 그 신탁의 수익자(수익자가 특별히 정해지지 아니하거나 존재하지 아니하는 경우에는 신탁의 위탁자 또는 그 상속인)에게 귀속되는 것으로 본다.

익자를 납세의무자로 규정하고 있을 뿐만 아니라, 법인세법 제5조 제2항은 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(아래에서는 '자본시장법'으로 줄여 쓴다)의 적용을 받는 법인의 신탁재산에 귀속되는 수입과 지출은 그 법인에 귀속되는 수입과 지출로 보지 않는다고 규정하여 신탁소득이 수탁자에게 귀속되지 않음을 명시하고 있다. 이것은 결국 수익자가 신탁재산을 소유하고 있는 것으로 보아서 소득세나 법인세를 과세하는 셈이 되므로 신탁도관이론을 따른 것이라고 할 수 있다. 다만, 입법론상으로도 신탁도관이론이 바람직한지는 별개 문제로서 다른 기회에 따로 논할 예정이므로, 여기에서는 더 이상 언급하지 않는다.[38]

그러나, 부가가치세와 같이 소득이 아니라 거래행위 그 자체를 과세대상으로 삼고 외형상의 거래질서를 중시하는 세목에 대하여는 신탁도관설보다는 신탁실체설에 입각하여 해석하는 것이 타당하다고 생각한다. 왜냐하면 이 경우에는, 소득이 궁극적으로 누구에게 귀속되는가를 문제 삼아 과세하는 것이 아니라, 어떤 거래행위의 법률적 효과가  누구에게 귀속되는가를 문제 삼는 것만으로 충분하기 때문이다. 목차를 바꾸어서 자세히 본다.

## Ⅳ. 부동산신탁재산에 대한 부가가치세의 납세의무자

### 1. 문제의 소재

신탁재산이 부동산인 경우에 그 부동산이 위탁자에게서 수탁자에게 이전되면, 수탁자는 그 부동산에 대한 완전한 소유권을 취득하고, 따라서 대내외적으로 신탁재산에 대한 관리·처분권을 갖게 된다. 이에 따라 수탁자는 신탁업무의 처리 즉 신탁재산을 관리·처분하는 내용으로서 수탁자 자신의 명의로 신탁재산을 처분하게 된다. 토지의 매매에 대하여는 부가가치세가 면제되기 때문에[39] 신탁에서 부가가치세가 문제되는 전형적인 예는, 위탁자가 수탁자에게서 이전받은 건물을 그 상태대로 처분하는 경우 또는 수탁자가 위탁자에게서 신탁받은 토지상에 건물을 지어서 분양하는 경우이다. 이 경우에 부가가치세법상의 납세의무자를 위탁자, 수탁자, 수익자 중 누구로 볼 것인지가 문제이다. 명문의 규정은 없고 해석에 맡겨져

38) 유동화기구로 사용된 신탁을 항상 도관체로서 취급하는 현행 세법의 태도를 비판하면서 세법상 법적 실체에 해당하는 신탁을 도입하자는 주장으로, 이준봉, "세법 상 법적 실체인 신탁의 도입에 관한 검토", 성균관대학교 법학연구소,「성균관법학」 제23권 제2호, 2011. 6. 참조.

39) 부가가치세법 제26조 제14호.

있다.

## 2. 견해의 대립

### 가. 위탁자설

법률적으로는 수탁자가 신탁재산의 관리·처분 등 신탁업무의 처리와 관련한 법률행위의 당사자라고 하겠지만, 경제적 실질의 관점에서 보면 위탁자가 당사자이므로 위탁자를 부가가치세법상 사업자로 보아 그에게 부가가치세를 부과하여야 한다는 견해이다.

이 견해의 근거는 다음과 같다.[40]

첫째, 구체적인 법률행위를 직접 행하는 당사자는 수탁자이지만, 신탁재산의 개발·관리·처분 등으로 발생한 이익과 비용은 최종적으로 위탁자에게 귀속하게 되는 것이므로, 경제적 실질 측면에서 보면 수탁자의 신탁업무 처리는 명의만 수탁자 이름으로 행하여지는 것일 뿐이고 실질적으로는 위탁자의 계산에 의한 것이라고 보아야 하기 때문에 위탁자를 부가가치세 납세의무자로 보아야 한다.

둘째, 신탁은 수탁자 명의로 사업을 행하지만 그 계산은 위탁자에게 귀속된다는 점에서(즉, '자기의 명의 + 타인의 계산'이라는 점에서) 위탁매매의 경우와 구조가 동일하다.[41] 그렇다면, 위탁매매의 경우에 법적 실질이 아닌 경제적 실질을 중시하여 계약당사자인 수탁자가 아닌 위탁자를 사업자(공급자 또는 공급받는 자)로 보는 것[42]에 준하여, 신탁에서도 위탁자를 부가가치세법상 납세의무를 지는 사업자로 보아야 한다.

셋째, 과세관청의 행정해석도 신탁재산의 관리·처분·개발행위 등 신탁업무의 처리와 관련한 사업자 및 부가가치세 납세의무자를 위탁자로 보고 있다.[43]

---

40) 조철호, 앞의 논문, 388-390면 참조.

41) 대법원 2003. 4. 25. 선고 2000다33034 판결 및 대법원 2003. 4. 25. 선고 99다59290 판결은 판결이유 중에서 "신탁법에 의한 신탁 역시 부가가치세법 제6조 제5항 소정의 위탁매매와 같이 '자기(수탁자) 명의로 타인(위탁자)의 계산에 의하여' 재화 또는 용역을 공급하거나 또는 공급받는 등의 신탁업무를 처리하고 그 보수를 받는 것이므로, 신탁재산의 개발·관리·처분 등 신탁업무를 처리함에 있어서의 사업자 및 이에 따른 부가가치세 납세의무자는 위탁자라고 봄이 상당하다."라고 판시하고 있다.

42) 부가가치세법 제10조(재화 공급의 특례) 제7항 본문: 위탁매매 또는 대리인에 의한 매매를 할 때에는 위탁자 또는 본인이 직접 재화를 공급하거나 공급받은 것으로 본다.

43) 부가 46015-2329, 1993. 9. 27.(밑줄은 필자가 친 것임)
[회신]
토지소유자가 토지를 부동산신탁회사에 신탁하고, 신탁회사가 이를 수탁하여 동 신탁토지상에 건물을 신축하여 임대하는 경우, 위탁자인 부동산 소유자는 부가가치세법 시행령 제4조 제1항

### 나. 수탁자설

신탁법상의 신탁이 이루어지면 신탁재산의 관리·처분권은 수탁자에게 귀속되고, 따라서 수탁자가 신탁재산의 관리·처분·개발행위 등 신탁업무의 처리와 관련한 계약의 당사자가 되어 수탁자 자신이 재화 및 용역을 공급하거나 공급받게 되는 것이므로, 수탁자를 부가가치세법상 사업자, 즉 납세의무자로 보아야 한다는 견해이다.

이 견해의 근거는 다음과 같다.[44]

첫째, 납세의무자의 확정은 법적 실질에 따라야 한다. 따라서 신탁재산의 관리·처분·개발에 대한 부가가치세의 납세의무자가 누구인지는 신탁계약의 법적 실질과 신탁계약에서 누가 실질적으로 재화와 용역을 공급하는지 여부를 가지고 판단하여야 한다. 그런 관점에서 보면 수탁자가 공급자이다.

둘째, 신탁제도는 위탁매매제도와 달리, 수탁자가 위탁자에 대하여 강한 독립성을 가지고 있고, 제3자에 대하여는 완전히 독립한 지위에 있다. 따라서, 신탁재산의 소유자로서 그 부동산을 처분할 수 있는 대외적 처분권자라고 할 수 있는 수탁자가 재화의 공급자 내지 공급받는 사업자로서 납세의무자가 되어야 한다.[45]

셋째, 위탁자는 모든 재산관리를 신탁회사(수탁자)에게 맡기면서 관련된 법률문제 및 조세문제 등의 처리도 모두 일임하는 것이 거래의 관행이다.[46] 이에 비추어 볼 때에 부가가치세의 신고 및 납부도, 신탁에 관련된 관리·처분·개발행위의 주체이자 거래에 관련된 모든 자료를 가지고 있는 수탁자가 하는 것이 세무행정 측면에서 적합하다.

넷째, 신탁의 경우 신탁재산을 관리·처분·개발하는 주체는 엄연히 수탁자이므

---

제4호 규정에 의하여 동 부동산 등기부상의 소재지를 사업장으로 하여 동법 제5조 제1항의 규정에 의한 부동산임대업의 사업자등록을 하여야 하는 것이며, 당해 신탁한 부동산과 관련된 세금계산서상의 공급자 또는 공급받는 자는 동법 시행령 제58조의 규정에 의하여 토지소유자인 위탁자 명의로 하는 것이며, 이 경우 세금계산서 비고란에 수탁자 명의를 부가하는 것임.
부가46015-536, 2001. 3. 21.
[회신]
위탁자인 부동산 소유자가 신탁법 규정에 따라 당해 부동산을 수탁자에게 신탁하고 수탁자가 이를 수탁하여 분양 및 임대하는 경우 당해 신탁 부동산과 관련된 세금계산서상의 공급자 또는 공급받는 자는 부가가치세법 시행령 제58조의 규정에 의하여 위탁자 명의로 하는 것이며 이 경우 세금계산서 비고란에 수탁자 명의를 부가하는 것입니다.

44) 조철호, 앞의 논문, 391-392면 참조.

45) 백승재, “신탁재산의 관리·처분시 부가가치세 납부의무자”, 서울지방변호사회,「판례연구 제17집 (하)」, 2004. 1. 195-196면.

46) 이정민, “부동산개발 신탁 세제의 문제점과 개선방안 연구-실질과세원칙을 중심으로-”, 한국부동산학회 학술발표논문, 1999, 14면.

로 수탁자를 부가가치세의 납세의무자로 하는 것이 타당하다. 신탁재산에서 발생한 소득이 수익자에게 귀속한다 하더라도 그것은 추후에 소득과세 단계에서 문제 삼으면 된다.[47]

### 다. 수익자설

위탁자와 수익자가 동일한 자익신탁의 경우에는 위탁자가 부가가치세 납세의무자이지만, 위탁자와 수익자가 다른 타익신탁의 경우에는 신탁재산의 관리·처분·개발에 따른 수익은 모두 수익자에게 귀속되므로, 부가가치세는 그 수익을 향유하는 수익자에게 부과되어야 한다는 견해이다.

이 견해의 근거는, 국세기본법 제14조 제1항의 실질과세의 원칙은 부가가치세법에도 적용되므로, 과세의 대상이 되는 행위 또는 거래의 귀속이 명의일 뿐이고 사실상 귀속되는 자가 따로 있을 경우에는 사실상 귀속되는 자에 대하여 부가가치세법을 적용하여야 하는데, 타익신탁의 경우에는 이익이 수익자에게 귀속되므로 실질과세의 원칙상 수익자를 납세의무자로 보아야 한다는 것이다.[48]

## 3. 판례

판례는 신탁재산의 개발·관리·처분 등 신탁업무를 처리함에 있어서의 사업자 및 이에 따른 부가가치세 납세의무자는 위탁자라고 봄이 상당하고[49], 다만, 수익자가 따로 있는 경우에는 사업자 및 이에 따른 부가가치세 납세의무자는 위탁자가 아닌 수익자로 보아야 한다고 판시하고 있다.[50] 판례는 결국 수익자설을 취한 것이라고 평가할 수 있다.

## 4. 검토

### 가. 위탁자설에 대한 검토

위탁자설에 대하여는 다음과 같은 비판을 할 수 있을 것이다.

첫째, 거래세인 부가가치세의 납세의무자가 누구인지를 판단할 때에는 신탁제도 고유의 특성에 따라 신탁계약의 체결경위, 목적, 취지, 거래대상, 거래 당시 비용지

---

47) 같은 취지: 이중교, 앞의 논문, 356면.
48) 조철호, 앞의 논문, 393면.
49) 대법원 2003. 4. 25. 선고 2000다33034 판결.
50) 대법원 2003. 4. 25. 선고 99다59290 판결; 대법원 2008. 12. 24. 선고 2006두8372 판결.

출의 당사자, 거래사업의 실질담당자 등을 종합적으로 고려하여 실질적인 부가가치의 귀속주체 즉 재화와 용역을 공급하는 자를 누구로 할 것인지 여부를 판단해야 한다. 단지 법률상 명의는 수탁자에게 귀속하고, 그 경제적 이익과 비용은 위탁자 내지 수익자에게 귀속한다는 구조상의 유사성만 가지고 일률적으로 위탁매매와 유사하다 하여 신탁계약에 있어서도 부가가치세 납세의무자를 위탁자라고 보는 것은 신탁제도와 위탁매매제도를 혼동한 것인바, 이는 위탁매매가 지니고 있는 외연의 범위를 넘어 세법적 사실을 포섭한 조세법상 엄격해석의 원칙에 위배되는 것이다.[51]

둘째, 위탁자설의 핵심적인 논리는 신탁의 구조가 위탁매매의 구조와 유사하므로, 위탁매매에서 위탁자를 사업자로 보듯이 신탁에서도 신탁자를 사업자 즉 부가가치세의 납세의무자로 보아야 한다는 것이다. 그러나, 신탁제도나 위탁매매제도 모두 수탁자의 명의로 법률관계가 형성된다는 점과 종국적으로는 그 수익과 비용이 위탁자에게 귀속된다는 점에서는 공통되나, 다음과 같은 점에서 양자는 다르다.

① 신탁에서는 수탁자의 법률행위의 효과가 위탁자나 수익자에게 미치지 않는다. 그러나, 위탁매매의 경우에는 위탁매매인의 법률행위의 효과는 위탁자에게 미친다. 따라서, 위탁매매로 인하여 취득한 물건・유가증권 또는 채권은 위탁자와 위탁매매인 또는 위탁매매인의 채권자 간의 관계에서는 당연히 위탁자에게 귀속된다.(상법 제103조) 즉, 물건 등이 일단 위탁매매인의 소유로 되었다가 다시 위탁자에게 이전되는 것이 아니라 처음부터 위탁자의 소유가 된다.

② 신탁계약의 위탁자는 수탁자에 대한 감독권한은 있지만,[52] 직접 신탁재산을 관리・처분・개발할 수 없을 뿐만 아니라, 수탁자가 행한 법률행위의 효력을 부인할 수 없다. 그러나. 위탁매매의 위탁자는 위탁매매인에게 일정한 가격에 매수 또는 매도할 것을 지정할 수 있고, 위탁매매인이 이를 어긴 경우[53]에는 위탁자는 그 매매를 자기 계산으로 할 것을 부인할 수 있다.(상법 제106조 제1항[54]의 반대해석)[55] 즉, 위탁매매인은 일반적 의무로서 위탁자의 지시에 따를 것이 요구되므로,

---

51) 백승재, “신탁재산의 관리처분상 부가가치세 납세의무자”, 2004. 1. 19.자 법률신문.
52) 선명법무법인・선명회계법인,「부동산신탁 ABC」, 선명비아이, 2012., 188면.
53) 지정가보다 낮은 가액으로 매도하거나 지정가보다 높은 가액으로 매수한 경우를 가리킨다.
54) 상법 제106조(지정가액준수의무) ① 위탁자가 지정한 가액보다 염가로 매도하거나 고가로 매수한 경우에도 위탁매매인이 그 차액을 부담한 때에는 그 매매는 위탁자에 대하여 효력이 있다.
55) 이 경우 따라서, 위탁매매인은 그 거래의 경제적 효과를 위탁자에게 귀속시킬 수 없고 매매의 성사를 이유로 한 보수도 청구할 수 없다(이철송,「상법총칙・상행위(제13판)」, 박영사, 2015., 500면).

위탁자가 매도가격 또는 매수가격을 지정한 때에는 그 지시에 따라야 하고 위탁자에게 불리한 가격으로 매매를 하여서는 아니되지만,[56] 신탁의 수탁자는 그와 같은 의무(제한)를 부담하지 않는다.

셋째, 실질과세의 원칙에서의 실질의 의미에 대하여는 법적 실질설과 경제적 실질설이 대립하는데, 종전의 대법원은 법적 실질설의 입장에 서 있다고 평가된다.[57][58] 그런데, 신탁재산과 관련하여, 위탁자가 신탁재산의 처분 또는 개발이익을 누린다는 이유로 위탁자를 사업자로 보는 것은 결국 경제적 실질에 따라 과세하는 것으로서 종전 판례의 태도와 배치된다.[59]

### 나. 수익자설에 대한 검토

수익자설에 대하여는 다음과 같은 비판을 할 수 있을 것이다.

첫째, 수익자설은 부가가치세의 본질 및 신탁의 법리에 반한다. 즉, 부가가치세는 재화 또는 용역의 공급과 재화의 수입 등의 거래에 대하여 부과하는 조세로서, 신탁재산의 관리・처분・개발행위 등 신탁업무의 처리와 관련한 법률행위의 당사자는 어디까지나 법률적으로는 수탁자, 경제적으로는 위탁자이지 수익자가 아니므로, 거래당사자가 아닌 수익자를 부가가치세 납세의무자로 볼 수는 없다.[60]

둘째, 수익자설은 수익권자의 '신탁이익의 향수'와 부가가치세법상 '재화의 공급'을 혼동하고 있다. 즉, 타익신탁의 경우에 신탁재산의 관리・처분・개발의 결과 수익이 남게 되면 수익자는 그 수익권리금의 한도 내에서 이를 우선적으로 지급받는 것에 불과하지 어느 경우에도 수익자가 신탁재산을 공급하는 것은 아니다. 따라서, 수익자는 그 수익의 귀속에 대하여 소득세나 법인세 등을 부담하는 경우가 있을 뿐이지, 어떤 경우에도 부가가치세의 납세의무자가 될 수는 없다.[61]

셋째, 부가가치세의 납세의무자인 사업자는 부가가치를 창출해 낼 수 있는 정도의 사업형태를 갖추고 계속적으로 재화 또는 용역을 공급하는 자이므로[62] 이러한

---

56) 김용대, "위탁매매 또는 대리인에 의한 매매와 재화의 공급", 한국세법학회, 「조세판례백선」, 박영사, 2005., 472면.

57) 사법연수원,「조세법총론 I」, 2011., 47면.

58) 다만, 대법원 2012. 1. 19. 선고 2008두8499 전원합의체 판결은 법적 실질보다는 경제적 실질을 중시한 판결이라고 생각한다. 따라서, 대법원이 지금도 법적 실질설의 입장에 서 있다고 주장하기는 어려울 것이다.

59) 백승재, "신탁재산의 관리・처분시 부가가치세 납부의무자", 196면.

60) 조철호, 앞의 논문, 393면.

61) 조철호, 앞의 논문, 393면.

62) 대법원 1999. 9. 17. 선고 98두16705 판결 등.

요건을 구비하지 못하고 단순히 소득이 귀속되는 자를 부가가치세 납세의무자로 보는 것은 사업자의 개념에 부합하지 않는다. 따라서, 타익신탁에서 신탁이익이 수익자에게 귀속된다는 이유로 수익자를 사업자로 보는 것은 법리에 맞지 않는다. 수익자는 사업자라기보다는 투자자에 해당한다고 보아야 하기 때문이다. 더 나아가 수익자가 납세의무자라는 법리를 확대하면 투자신탁에서 수익자가 불특정다수일 때 이들을 모두 사업자로 보아야 하는 해결곤란한 상황에 빠지고 만다.[63][64]

넷째, 수익자가 부가가치세 납세의무자가 되려면 재화를 공급한 사실이 있어야 하고, 수익자가 재화의 공급자가 되려면 우선 위탁자에게서 재화를 취득해야 하는데, 그런 사실이 없으므로 수익자는 재화의 공급자가 될 수 없고 따라서 부가가치세 납세의무자가 아니다.[65]

다섯째, 위탁자는 어떠한 경로를 거쳐서든 자신의 재화를 소비자에게 공급하고 그에 따른 경제적 대가까지 얻게 됨에도 불구하고 수익자가 납세의무자가 됨으로써 부가가치세의 납세의무를 면하는 부당한 결과에 이르게 된다.[66] 타익신탁에서 납세의무자를 수익자로 볼 경우 위탁자 단계에서 발생한 부가가치에 대한 부가가치세를 부과하지 못하는 문제점이 발생하고, 이는 매 거래단계마다 양도자가 양수자에게서 부가가치세를 거래징수하여 최종 소비자가 부가가치세를 부담하도록 규정한 전단계세액공제법의 입법취지에 어긋나게 된다.[67]

여섯째, 수익자는 매입은 없으면서 매출에 따른 부가가치세를 납부해야 하는 모순이 발생하고, 나아가 당해 재화의 매입에 따른 매입세액 공제의 혜택은 위탁자가 얻게 되는 반면에 수익자는 매입세액 공제를 받지 못하는 불이익을 입게 된다.[68]

일곱째, 신탁자가 비사업자를 수익자로 지정하거나 수익자가 금융업자인 경우[69]와 같이 수익자가 과세사업자에 해당하지 아니할 경우에는, 신탁부동산이 사업자

---

63) 이중교, 앞의 논문, 356면.

64) 국세청은 투자자들이 간접투자자산운용업법(현행 자본시장과 금융투자업에 관한 법률)에 의한 부동산간접투자기구(투자신탁)를 구성하여 부동산간접투자기구가 부동산을 취득하여 부동산임대업을 영위하는 경우에 부가가치세의 납세의무자는 간접투자기구의 자산운용회사라고 하고 있는데,(국세청 재소비-748, 2004. 7. 15.) 이것은 투자자를 모두 사업자로 보아야 하는 집행상의 난점을 고려한 해석으로 보인다.(김동수・마영민, 앞의 논문, 52면)

65) 백승재, “신탁재산의 관리・처분시 부가가치세 납부의무자”, 193-194면; 조철호, 앞의 논문, 397-398면.

66) 백승재, 위의 논문, 194면; 조철호, 위의 논문, 398면.

67) 한원식, 앞의 논문, 478면.

68) 백승재, “신탁재산의 관리・처분시 부가가치세 납부의무자”, 194면.

69) 금융업자가 신탁부동산을 매각한 경우에는 면세사업에 부수되는 재화의 공급으로서 부가가치세가 면세된다.(부가가치세법 제14조 제2항 제1호)

인 위탁자로부터 수탁자를 거쳐 최종소비자에게 매각됨으로써 재화의 공급이 일어났음에도 불구하고 최종 단계의 재화공급에 대한 부가가치세를 징수할 수 없게 된다.[70]

여덟째, 수익자를 부가가치세의 납세의무자로 본다면 수익자가 부가가치세를 신고·납부하여야 하는데, 현실적으로 이를 기대하기 어렵다. 이 경우에, 과세권자가 수익자에게 과세하려면 신탁사업에서 발생한 수익을 누가, 언제, 어떻게, 얼마나 가져갔는가를 파악하여야 하는데, 과세당국이 이를 일일이 파악하기가 쉽지 않을 것이다.[71] 수익자가 여러 명이라면 더욱 어려울 것이다.[72]

아홉째, 부동산담보신탁의 경우, 채권자가 수익자로 되어 있기는 하나 채무자인 위탁자 역시 후순위 수익자로 되어 있고, 다만 채권자의 채권담보의 범위 내에서 최우선 순위의 수익권을 신탁계약을 통하여 채권자에게 원시적으로 창설해 준 것에 불과하므로, 채권자가 받는 이익은 위탁자의 재화의 공급에 따른 대가 중 자신의 채권을 우선적으로 변제받는 이익일 뿐이지 나아가서 채권자 스스로 해당 수익권부분만큼 재화의 공급자가 되는 것으로 해석할 수는 없다고 할 것이므로, 부가가치세의 납부의무자는 여전히 위탁자라고 보는 것이 타당하다.[73]

### 다. 필자의 견해

위에서 본 바와 같이 위탁자설 및 수익자설에는 여러 가지 논리상 및 형평상의 문제점이 있기 때문에 찬성할 수 없고, 그 결과로 수탁자설이 타당하다고 생각한다.

아래에서 좀 더 자세히 필자의 견해를 서술하기로 한다.

우선, 위탁자설에 대하여 보자. 위탁자설은 근본적으로 신탁의 법률관계를 위탁매매와 동일시하고 있는데 이것은 옳지 않다. 위탁매매인은 위탁자에게서 물건이나 유가증권의 매매를 위탁받고 이를 자기의 이름으로 제3자와 매매하여 그 결과로 얻은 대금 또는 매수한 물건을 위탁자에게 귀속시키는 것을 업으로 한다.[74] 위탁매매인은 자기의 이름으로, 즉 법률행위의 당사자로서 매매행위를 한다는 점에

70) 백승재, "신탁재산의 관리·처분시 부가가치세 납부의무자", 194면; 조철호, 앞의 논문, 398면. 이재호, "신탁부동산의 양도와 부가가치세법상 납세의무자", 홍익대학교 법학연구소,「홍익법학」, 제13권 제1호, 2012., 816-817면.
71) 이정민, 앞의 논문, 12-13면.
72) 한원식, 앞의 논문, 485면.
73) 고일광, 위의 논문, 99면.
74) 이철송, 앞의 책, 488면.

서 단순한 대리인과 다르고 신탁에서의 수탁인과 유사한 지위에 서는 것은 사실이다. 그렇지만 다음과 같이 위탁매매인과 신탁의 수탁자는 다르다.

① 물건의 매도를 위탁하는 위탁매매의 경우에는 위탁 후에도 위탁매매의 대상인 물건의 소유권은 여전히 위탁자에게 있다.[75] 그에 비하여 신탁이 있게 되면 신탁대상인 재화 등의 소유권은 수탁자에게 완전히 이전되는 것이지 내부관계에서 위탁자에게 여전히 남아있는 것이 아니다.[76] 나아가, 위탁매매인이 물건의 매수를 위탁받은 경우에 매매로 취득한 물건의 소유권은 위탁자에게 귀속된다.[77] 그러나, 신탁의 경우에는 수탁자가 신탁업무의 수행과정에서 재화 등을 취득하였다면 수탁자가 그 소유자가 되는 것이지 위탁자의 소유로 되는 것이 아니다.

② 목적물 내지 대상의 측면에서도 차이가 있다. 예컨대, 부동산은 신탁의 대상물은 되지만, 위탁매매의 목적물이 될 수 없다.[78]

③ 위탁매매는 민법상의 대리에 가깝기 때문에 위탁매매인은 위탁자에 대하여 본질적으로 대리인과 유사한 지위에 있지만[79], 신탁의 수탁자는 위탁자의 대리인이 아니라 위탁자에 대하여도 독립적인 지위에 서기 때문에 양자는 다르다.

이상에서 본대로, 위탁매매와 신탁은 법률관계의 본질이 다름에도 불구하고 양자를 동일시하는 위탁자설은 부당하다.

다음으로 수익자설에 대하여 본다. 수익자설은 무엇보다도 부가가치세의 본질에 어긋난다. 부가가치세는 소득세나 법인세 등의 소득과세와 달리 재화나 용역의 공급이라는 거래 그 자체를 과세대상으로 삼는 것이지, 그 거래를 통하여 얻은 소득을 과세물건으로 삼는 것이 아니다. 즉, 부가가치세는 소득세·법인세와 달리 실질적인 소득이 아닌 형식적인 거래의 외형에 대하여 부과하는 거래세로서 사업자의 손익 여부와 무관하게 부과되는 조세이다.[80] 따라서, 소득세법이나 법인세법이 수익자에게 신탁재산의 이익이 귀속되는 것으로 규정[81]하고 있다고 하여, 부가가치

75) 위탁물의 소유권이 위탁자에게 속하기 때문에 위탁물의 판매대금 역시 위탁자에게 귀속된다. 따라서, 위탁매매인이 위탁 판매대금을 임의로 사용하거나 소비한 때에는 횡령죄가 성립한다.(대법원 1986. 6. 24. 선고 86도1000 판결)

76) 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다12608 판결; 1994. 10. 14. 선고 93다62119 판결; 2002. 4. 12. 선고 2000다70460 판결 등.

77) 상법 제103조(위탁물의 귀속) 위탁매매인이 위탁자로부터 받은 물건 또는 유가증권이나 위탁매매로 인하여 취득한 물건, 유가증권 또는 채권은 위탁자와 위탁매매인 또는 위탁매매인의 채권자간의 관계에서는 이를 위탁자의 소유 또는 채권으로 본다.

78) 그 이유에 대하여는 이철송, 앞의 책, 493면 참조.

79) 그런 까닭에 부가가치세법 제10조 제7항에서는 위탁매매와 대리매매를 같이 규정하고 있다.

80) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008두11211 판결【부가가치세 부과처분 취소】

세법에서도 당연히 수익자가 납세의무자가 되어야 하는 것은 아니다. 부가가치세의 납세의무자가 되기 위하여서는 해당 재화나 용역을 소유 또는 지배하는 지위 즉 공급할 수 있는 지위에 있으면 충분한 것이지, 그 거래로 인한 궁극적인 이득을 그가 얻을 필요는 없기 때문이다. 사업자는 부가가치를 창출해낼 수 있는 정도의 사업형태를 갖추고 계속적으로 재화 또는 용역을 공급하는 자이므로, 이러한 요건을 구비하지 못하고 단순히 소득이 귀속되는 자를 부가가치세 납세의무자로 보는 것은 사업자의 개념에 부합하지 않는다.[82] 물론 부가가치세법에도 실질과세의 원칙이 적용된다. 그렇기 때문에 과세의 대상이 되는 행위 또는 거래의 귀속이 명의일 뿐이고 사실상 귀속되는 자가 따로 있으면 사실상 귀속되는 자가 부가가치세 납세의무자가 된다.[83] 그러나, 이와 같은 실질과세의 원칙은, 예컨대 A가 B 명의를 빌려서 B 명의로 사업자등록을 한 후에 A가 실제로 사업을 하는 경우에 부가가치세 납세의무자는 A이지 B가 아니라는 의미이지, 신탁의 경우에 수탁자가 아니라 신탁자를 사업자로 보아야 한다는 논거가 될 수는 없다. 신탁에서의 수탁자는 대내외적으로 완전한 소유자이고 형식상의 단순한 명의자가 아니기 때문에, 실질과세원칙 하에서도 당연히 납세의무자가 될 수 있다고 해석하여야 한다.

이상에서 본 대로 수익자설은 부가가치세의 본질 내지 성격에 어긋나므로 찬성할 수 없다.

신탁의 수탁자는 법률상 완전한 소유자로서 재화나 용역을 자기 명의로 공급할 수 있으므로 부가가치세법상의 사업자에 해당하여 납세의무를 진다고 보는 것이 논리상 타당하다. 세무행정의 측면에서 보더라도, 수탁자가 신탁에 관련된 모든 법률상·사실상의 행위를 하면서 관련 자료 및 증거를 가지고 있을 것인만큼 그에게 부가가치세를 신고·납부하게 하는 것이 타당하다.

---

81) 소득세법 제2조의 2 제6항, 법인세법 제5조 제1항.
82) 이중교, 앞의 논문, 355-356면.
83) 부가가치세법 기본통칙 3-0-2(명의자와 사실상 귀속자가 서로 다른 경우의 납세의무).

## V. 관련 문제 : 부동산신탁의 유형에 따라 부가가치세 납세의무자를 달리 논하여야 하는지

### 1. 학설

부동산신탁과 관련된 부가가치세의 납세의무자를 판단할 때에, 그 신탁이 부동산 관리·처분신탁이나 담보신탁인지 아니면 토지신탁(개발신탁)인지에 따라 납세의무자를 달리 논하여야 하는지가 문제이다.

양자를 달리 논하여야 한다는 견해는 다음과 같이 주장한다.

첫째, 담보신탁계약의 경우에 수익자에게 신탁의 수익이 귀속된다 하더라도 이는 매매대금에서 자신의 채권을 변제받는다는 이익을 의미할 뿐이지 재화의 공급에 따른 대가를 받는다는 의미가 아니므로 타익신탁이라 하더라도 신탁부동산의 처분에 있어 재화의 공급자는 위탁자이고 수익자가 아니다. 그러나, 토지신탁의 경우에는 수탁자가 모든 계약상 채무를 부담하며 그 명의로 모든 법률행위를 하는 것이므로, 수탁자가 재화의 공급자 내지 공급받는 사업자로서 납세의무자라고 보는 것이 타당하다.[84]

둘째, 처분신탁의 신탁부동산의 양도에 대하여는 위탁매매특칙을 유추적용할 수 있다. 왜냐하면, ① 처분신탁의 목적 자체가 신탁부동산의 '처분'에 있는 것이므로, 위탁매매에 있어서 위탁물건의 매매목적과 본질적으로 다를 바 없는 점, ② 매매대금이 최종적으로 위탁자에게 귀속되는 점, ③ 위탁자가 수탁자에게 보수를 지급하고 그 보수는 수탁자가 위탁자에게 제공한 용역에 대한 대가적 성질을 갖는다는 점, ④ 위탁자와 수탁자라는 두 당사자 간 법률관계만 나타난다는 점 등에 비추어 볼 때, 처분신탁과 위탁매매는 부가가치세의 본질적 요소 측면에서 유사하다고 볼 수 있기 때문이다.[85] 그러나, 토지신탁에 있어서 신탁부동산의 양도에 대하여 위탁매매특칙을 유추적용하는 것은 다음과 같은 점에서 의문이다. ① 위탁매매에서는 수탁자가 매매하는 물건은 위탁자가 수탁자에게 위탁한 물건인 반면, 토지신탁에서는 수탁자가 양도하는 신탁부동산 중 부가가치세 과세대상인 건물은 위탁자가 수탁자에게 신탁한 것이 아니라, 수탁자가 신탁받은 토지 위에 건물을 완성하여

84) 백승재, "신탁재산의 관리·처분시 부가가치세 납부의무자", 193면 및 195-196면 참조.
85) 이재호, 앞의 논문, 811-812면.

원시 취득한 것이다. 따라서 위탁목적물과 매매목적물의 소유자가 다르다는 차이가 있다. ② 위탁매매에서는 수탁자가 위탁물건의 판매로 인하여 생긴 부가가치가 매매대금의 형태로 위탁자에게 귀속되는 반면, 토지신탁에서는 신탁부동산의 양도로 인하여 창출된 부가가치는 그 중 상당 부분이 건물의 건축으로 인한 것이며, 그 전부 또는 일부가 신탁보수 등의 형태로 수탁자에게도 귀속된다. 따라서 부가가치의 발생원천, 그 귀속주체 및 귀속방식에 있어서 차이가 있다.[86]

셋째, 부동산관리처분신탁계약은 위탁자가 신탁한 건물을 담보 등의 신탁 목적을 위하여 수탁자가 원상태대로 관리하다가 이를 처분하게 되므로, 처분의 대상이 되는 건물도 위탁자가 건립한 상태 그대로 수탁자가 넘겨받아 매각하게 되는 것임에 비하여, 토지신탁(개발신탁)은 위탁자가 위탁한 토지상에 수탁자가 비용을 투입하여 건물을 완공한 후에 이를 분양(임대)하게 된다. 즉, 전자의 경우에는 건물의 공급 주체가 위탁자가 되는 반면에 후자의 경우에는 건물의 공급 주체가 수탁자가 된다. 그리하여, 부동산관리처분신탁계약은 위탁자가 건립한 건물을 그 상태대로 처분하게 되므로 신탁의 이익이 귀속되는 수익자가 매각이익을 얻게 된다고 하더라도 수익자가 건물을 공급한 것으로 의제할 수 없는 반면에, 토지신탁(개발신탁)은 수탁자가 신탁업무처리과정에서 건립비용을 투입하고, 자기 명의로 건립한 건물을 매각하게 되는 것이므로 신탁의 이익을 받는 수익자가 이를 직접 공급한 것으로 의제할 수도 있다. 그런 까닭에, 위탁된 건물을 그대로 처분하는 부동산관리처분신탁계약과 토지상에 건물을 건축하여 매각하는 토지신탁(개발신탁)은 부가가치세 납세의무자를 구별하여 판단할 수 있다.[87]

넷째, 위탁자와 수익자가 다른 담보신탁에서 수익자를 납세의무자로 하면, 위탁자 단계에서 발생한 부가가치에 대하여 위탁자에게 부가가치세를 과세하지 못하고, 나아가서 수익자가 금융기관이거나 부가가치세법상 사업자가 아닌 경우에는 면세거래 또는 비과세거래가 되어 부가가치세를 과세할 수 없게 되어 최종소비자로 하여금 부가가치세를 부담하게 하는 전단계세액공제법에 부합하지 않게 된다. 또한 담보신탁은 기존의 근저당 설정 방법으로 채권을 담보하는 제도와 유사한 것으로서 크게는 채권담보제도 중의 하나로. 저당권 설정방법과 담보신탁은 그 경제적 실질이 유사함에도 불구하고, 부동산 소유자가 채무자의 채권을 담보하기 위하여 선택하는 담보방법에 따라 부가가치세 납세의무자가 달라지는 조세 불공평을

86) 이재호, 위의 논문, 812면.
87) 조철호, 앞의 논문, 397면.

초래한다. 이와 같이 담보제공방법에 따라 부가가치세 납세의무자가 달라지는 이유는 담보신탁에서 신탁의 이익만을 누릴 뿐 거래의 직접적인 당사자가 아닌 수익자를 납세의무자로 보는 데에서 기인한다. 이와 같은 문제점을 해소하기 위해서는 담보신탁에 있어 처분된 부동산의 부가가치세 납세의무자는 담보제공자인 위탁자로 보아야 할 것이다. 담보신탁 부동산이 처분되는 경우 담보신탁은 처분신탁으로 변경되므로 처분신탁에서도 납세의무자는 위탁자라고 보아야 한다.[88] 그에 비하여, 개발신탁에서의 납세의무자는 다음과 같은 이유로 수탁자라고 보아야 한다. 부동산담보 및 처분신탁은 위탁자가 신탁한 건물을 담보 등 신탁목적을 위하여 수탁자가 원상태로 관리하다가 이를 처분하게 되므로 처분의 대상이 되는 건물도 위탁자가 건립한 상태 그대로 수탁자가 넘겨받아 매각하게 되는 것인 반면, 토지신탁의 경우 토지소유자가 토지를 신탁계약에 의해 수탁자에게 이전하고 수탁자는 당해 토지 위에 건물을 건설한 후 건물을 임대 또는 분양 등 부동산사업을 시행하여 그 성과를 토지소유자인 위탁자에게 돌려주는 역할을 수행한다. 건물개발과정에서 건축인허가, 금융기관으로부터 건물공사대금 차입, 건물신축공사 계약체결 및 처분·분양계약 등 전 과정에서 수탁자가 당사자가 되어 수탁자의 명의와 책임으로 진행되므로, 토지신탁에서는 수탁자가 대외적으로 법률당사자가 되며, 수익자는 거래의 직접적인 당사자가 아니다. 또한 개발신탁과정에서 위탁자는 토지만을 제공하고 건물신축공사 대금은 수탁자가 토지를 담보로 하여 수탁자의 책임으로 차입하여 공사대금을 지불하는 것인 바, 수탁자가 차입한 자금으로 지급한 매입 부가가치세에 대하여 위탁자가 공제받는 것은 실질과세원칙에도 부합하지 않는다. 따라서 부동산담보신탁 및 처분신탁은 위탁자가 제공한 건물을 그 상태대로 처분하게 되므로 신탁의 이익이 귀속되는 수익자가 매각이익을 얻게 된다 하더라도 수익자가 건물을 공급한 것으로 의제할 수 없는 반면, 개발신탁은 수탁자가 자기 명의로 건물을 신축하고 매각하는 것이므로 담보신탁 및 처분신탁과 달리 수탁자를 납세의무자로 볼 수 있다. 특히 토지신탁에서 위탁자는 부가가치세 면세재화인 토지를 수탁자에게 위탁하고, 부가가치세 과세재화인 건물은 수탁자 단계에서 처음으로 생산되어 유통되므로 토지신탁에서 신탁부동산의 매각에 따른 부가가치세 납세의무자는 수탁자로 보는 것이 합리적이다.[89]

---

88) 한원식, 앞의 논문, 488-490면.
89) 한원식, 위의 논문, 489-491면.

### 2. 검토

위에서 살펴 본 바와 같이, 부동산처분신탁 및 담보신탁과 토지신탁을 구별하여 부가가치세 납세의무자를 논하여야 한다는 견해가 많지만. 그럴 필요가 없다고 생각한다. 처분신탁이든 담보신탁이든 토지신탁(개발신탁)이든, 건물을 담보로 제공하거나 매각하는 주체는 수탁자이지 위탁자나 수익자가 아니다. 위탁자가 위탁한 건물을 그대로 처분하는지 아니면 토지 위에 건물을 새로 건축하여 매각하는지에 따라서 건물의 소유자나 매각 주체(공급자)가 달라지는 것은 아니다. 즉, 신탁재산의 부가가치세 납세의무자가 수탁자라는 입장에서는, 처분신탁 및 담보신탁과 토지신탁(개발신탁)을 구분하여 별개로 부가가치세의 납세의무자를 논할 필요가 없다고 본다.

한편, 대법원 판례는 앞에서 본 바와 같이 자익신탁인가 아니면 타익신탁인가에 따라서 부가가치세의 납세의무자를 달리 보고 있지만, 부동산신탁의 종류가 처분신탁 및 담보신탁인가 아니면 토지개발(개발신탁)인가에 따라서 납세의무자를 구별하고 있지는 않다.

## Ⅵ. 결론

신탁은 신탁자가 신탁재산을 수탁자에게 이전하고, 수탁자가 그 신탁재산을 관리・처분・운용・개발하여 그 수익을 신탁자 또는 수익자에게 지급하는 제도이다. 신탁이 설정되면 신탁재산이 위탁자(신탁자)를 떠나서 완전히 수탁자의 소유가 된다는 점에서 신탁은 법인(회사)과 유사한 제도이다. 그러나, 신탁재산 그 자체로 독자적인 법인격을 가지지 못하고 수탁자를 통하여(수탁자의 인격을 빌려서) 재산의 관리 및 처분 등이 이루어지고 그 수익이 신탁자나 수익자에게 지급된다는 점에서 법인과 다르다. 이와 같은 차이 때문에 소득세법 및 법인세법에서는 신탁을 도관처럼 보고서 수탁자가 아니라 수익자(자익신탁이라면 위탁자 겸 수익자)를 소득의 주체로 보아 납세의무자로 규정하고 있다.

그러나 신탁을 법인격이 인정되지 않는 도관으로 취급한다고 하여 신탁재산의 실체를 아예 없는 것으로 본다는 것은 아니다. 신탁법에서는 오히려 신탁재산의 독립성을 규정하고 있다. 나아가 수탁자의 법률행위를 허위표시 등의 무효로 본다는 의미는 더욱 아니다. 수탁자는 신탁재산을 관리・처분・운용・개발하는 내용의

법률행위를 완전하게 할 수 있는 권한을 가지고 있고, 그 법률행위의 효과는 수탁자에게 귀속한다. 따라서, 소득세 및 법인세법이 신탁을 도관처럼 보고 수익자를 납세의무자로 본다고 하여, 부가가치세에 있어서도 납세의무자를 당연히 수익자로 보아야 하는 것은 아니다.

부가가치세의 납세의무자인 사업자가 되기 위하여서는 재화나 용역에 대한 지배권을 가지고 그것을 공급할 수 있는 지위에 있으면 충분하고, 이익을 얻었는지 여부는 사업자를 판별하는 기준이 아니다. 이런 관점에서 보면, 법률상 완전한 소유자로서 재화나 용역의 공급자인 수탁자를 부가가치세의 납세의무자로 보는 것이 타당하다. 위탁자설은 신탁과 위탁매매 사이의 차이를 제대로 보지 못한 것이고, 수익자설은 부가가치세는 소득이 아니라 거래행위(재화나 용역의 공급)를 과세물건으로 한다는 점을 무시한 견해이므로 부당하다. 부동산의 처분신탁이나 토지신탁(개발신탁)에 있어 건물을 매각한 경우에 부가가치세 납세의무자를 위탁자나 수익자로 보는 것은 신탁제도 및 부가가치세의 본질에 맞지 아니하고, 현실적으로도 세무행정에 많은 어려움을 초래한다. 부가가치세법에, 신탁의 납세의무자는 수탁자라는 점을 명확하게 규정할 필요가 있다.

(논문투고일 : 2015.04.30, 심사개시일 : 2015.06.01, 게재확정일 : 2015.06.23)

**이 전 오**

신탁, 신탁재산, 신탁부동산, 도관이론, 실체이론, 담보신탁, 처분신탁, 토지신탁, 개발신탁, 부가가치세

# 【참 고 문 헌】


## Ⅰ. 단행본

김재진・홍용식,「신탁과세제도의 합리화 방안」, 한국조세연구원, 1998. 7.

노형권 외,「금융소득 종합과세 해설」, 삼일회계법인, 1995.

사법연수원,「조세법총론 I」, 2011.

선명법무법인・선명회계법인,「부동산신탁 ABC」, 선명비아이, 2012.

이상섭,「신탁법총람」, 법률서원, 2008.

이재욱・이상호,「신탁법해설」, 한국사법행정학회, 2000.

이창희, 「세법강의」, 박영사, 2015.

이철송,「상법총칙・상행위법(제13판)」, 박영사, 2015.

임승순,「조세법」, 박영사, 2015.

## Ⅱ. 논문

고일광, “부동산신탁에 관한 회생절차상 취급 -부동산담보신탁의 경우를 중심으로-”, 사법연구지원재단,「사법」제9호, 2009.

김동수・마영민, “신탁과 세법”, 서울대학교 금융법센터.「BFL」제17호, 2006. 5.

김용대, “위탁매매 또는 대리인에 의한 매매와 재화의 공급”, 한국세법학회,「조세판례백선」, 박영사, 2005.

김병일・김종해, “신탁법상 위탁자 과세제도에 관한 연구”, 한국조세연구포럼,「조세연구」제11-3집, 2011. 12.

김병일・남기봉. “신탁법상 수익자과세에 관한 연구”, 한국세무학회,「세무와회계저널」제13권 제1호, 2012. 3.

김종해・황명철, “개정신탁법 시행에 따른 신탁과세구조의 개선방안”, 한국세무학회,「세무와회계저널」제13권 제3호, 2012. 9.

노혁준, “주식회사와 신탁에 관한 비교 고찰 - 재산분리 기능을 중심으로 -”,「증권법연구」제14권 제2호, 2013. 8.

문기석, “법인대용화 가능성을 가진 기업형태로서의 미국 사업신탁제도에 관한 小考“, 전남대학교 법학연구소,「법학논총」제33집 제2호, 2013. 8.

백승재, “신탁재산의 관리처분상 부가가치세 납세의무자”, 2004. 1. 19.자 법률신문.

백승재, “신탁재산의 관리・처분시 부가가치세 납부의무자”, 서울지방변호사회, 「판례연구 제17집 (하)」, 2004. 1.

성희활, “신탁법과 자본시장법의 바람직한 관계 설정에 대한 연구”, 한국비교사법학회,「비교사법」제20권 3호, 2013. 8.

손영철, “신탁소득 원천징수시기에 대한 연구”, 국민대학교 법학연구소,「법학논총」제20권 제2호, 2008. 2.

손영철・남태현, “신탁소득과세상 도관이론 적용의 문제점- 법인세법 제5조 제1항을 중심으로- 국민대학교 법학연구소,「법학논총」제26권 제3호, 2014. 2.

오창석, “개정 신탁법이 신탁 실무에 미치는 영향”, 정순섭・노혁준 편저,「신탁법의 쟁점(제1권, BFL 총서 ⑨)」, 소화, 2015. 1.

이재호, “신탁부동산의 양도와 부가가치세법상 납세의무자”, 홍익대학교 법학연구소,「홍익법학」, 제13권 제1호, 2012.

이전오, “신탁세제의 문제점과 개선방안에 관한 연구-신탁재산에 대한 체납처분 측면을 중심으로-”, 성균관대학교 법학연구소,「성균관법학」, 제25권 제4호, 2013. 12.

이정민, “부동산개발 신탁 세제의 문제점과 개선방안 연구-실질과세원칙을 중심으로-”, 한국부동산학회 학술발표논문, 1999.

이준봉, “세법 상 법적 실체인 신탁의 도입에 관한 검토”, 성균관대학교 법학연구소,「성균관법학」제23권 제2호, 2011. 6.

이중교, “신탁법상의 신탁에 관한 과세상 논점”, 법조협회,「법조」, 58권 12호 (통권 639호), 2009. 12.

이중기, “신탁재산의 형성과 법적 인식”, 정순섭・노혁준 편저,「신탁법의 쟁점(제1권, BFL 총서 ⑨)」, 소화, 2015. 1.

정순섭, “신탁의 기본구조에 관한 연구”, 정순섭・노혁준 편저,「신탁법의 쟁점(제1권, BFL 총서 ⑨)」, 소화, 2015. 1.

조철호, “부동산신탁에 있어서 신탁부동산의 처분에 대한 부가가치세 납세의무자”. 법원도서관,「재판자료 108집」, 2005.

한만수, “투자신탁소득의 성격분류 및 이중과세문제에 관한 고찰”, 대한변호사협회,「인권과 정의」2006. 10.

한원식, “신탁부동산의 매각에 따른 부가가치세 납세의무자”, 한국조세연구포럼,

「조세연구」제11권 제3집, 2011. 12.
홍용식, “신탁소득 과세에 관한 연구”, 한성대사회과학연구소,「사회과학논집」12집 2호, 1999.

Abstract

# Who Should be the Taxpayer of Value-Added Tax When the Real Property in Trust is Sold?

Lee, Jeon Oh*

Trust refers to a legal relation where a person(“truster”) transfers a specific piece of property to another person(“trustee”), who then establishes a security right or makes any other disposition and is required to manage, dispose of, operate, or develop such property or engage in other necessary conduct to fulfill the purpose of the trust, for the benefit of a specific person(“beneficiary”) or for a specific purpose, based on a confidence relation between the truster and the trustee.

This paper addresses who should be the taxpayer among a truster, a trustee, or a beneficiary when a real property in trust is disposed of or sold. While no specific provision on this matter exists, the Supreme Court states that in the case of a trust where the truster himself receives benefits from the trust, the truster should be the taxpayer of Value-Added Tax, while in the case of a trust where a third party(beneficiary) other than the truster receives benefits from the trust, the beneficiary should be the taxpayer.

The Supreme Court regards consignment sale and trust as same though both have different structures. In the case of a consignment sale, a consignee has no ownership of the objective goods, whereas in the case of a trust, a trustee has full ownership of the trust property. Further, the Supreme Court's view does not conform to the fundamental nature of

* Professor, Sungkyunkwan Law School.

Value-Added Tax since it is not a type of income tax based on to whom income through a transaction should be attributed, but a type of consumption tax focusing who is the supplier on a trade or sale. It is sufficient for a person to be a taxpayer under Value-Added Tax when he has full ownership and right to control and dispose of the objective goods. Since the trustee is a complete owner of a trust property, he should be the taxpayer of Value-Added Tax when the trust property is sold or disposed of.

The amendment of relative articles of the current Value-Added Tax Act would be needed.

**Lee, Jeon Oh**

trust, trust estate, real estate in trust, conduit theory, entity theory, security trust, disposition trust, land trust, development trust, Value-Added Tax

# 한·미 조세조약 제12조 배당소득 제한세율 적용범위의 개선방안에 대한 연구*

## - 모자회사간 지분 '소유' 범위를 중심으로 -

김 영 순**

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. '소유'의 범위에 대한 해석론의 대립
1. 모자회사간 배당소득에 대한 제한 세율의 의의 및 취지
2. '소유'의 범위에 대한 행정해석 등
3. 대법원 판결(2012두24573판결)
Ⅲ. '소유'의 범위에 대한 타당한 해석론
1. 조세조약의 해석방법
2. 조세조약 및 국내세법상 '소유'와 관련된 규정의 해석
3. 미국 국세청의 '소유'에 대한 해석
4. 일반적인 해석론
Ⅳ. '소유'의 범위에 대한 입법적 개선방안
1. 직접 소유로 한정하는 방안
2. 직·간접 소유를 모두 포함하는 방안
3. 거주자에 따라 직·간접 소유를 구분하는 방안

**【국 문 요 약】**

국제거래가 복잡 다양해지면서 조세회피에 대한 규제의 필요성이 크게 증가하였음에도 불구하고 1979년 발효된 한·미 조세조약은 그동안 한 번의 개정도 이루어지지 않았다. 이에 우리 정부는 1999년 이래 한·미 조세조약의 개정 작업을 계속해 왔지만, 아직까지 결론이 나지 않은 상태이다. 그런데 최근 한·일 조세조약에 대한 대법원판결(대법원 2013. 5. 24. 선고 2012두24573 판결)의 선고로 한·미 조세조약 제12조를 다시 검토해야 할 필요성이 커졌다. 이 판결의 쟁점은 한·일 조세조약에서 모회사가 배당을 지급하는 회사를 간접소유하고 있을 때 더 낮은 제한세율로 배당소득을 과세할 수 있는지에 대한 것이었다. 위 판결은 수익적 소유자가 주식을 직접 소유한 경우 뿐만 아니라, 간접 소유한 경우까지 포함한다고 해석하여 이를 긍정하였다.

이는 한·일 조세조약에 관한 것이었지만, 한·미 조세조약도 한·일 조세조약

* 이 논문은 2014년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(과제번호 : 2014S1A5A8019230)

** 인하대학교, 법학전문대학원 부교수, 변호사.

과 마찬가지로 모회사의 지분 '소유' 범위를 규정하고 있지 않기 때문에 동일한 문제가 발생하고 있다. 이런 문제는 한·미 조세조약 제12조 제1항 (b)의 '소유'의 개념을 어떻게 해석할지에 대한 것으로써, 근본적으로 조세조약의 해석을 시발점으로 한다. 본 논문에서는 먼저 이 조항을 관련된 규정의 표현, 미국의 해석례 및 OECD 모델조세조약 및 주석서의 해석, 문언적 및 목적론적 해석 등을 통하여 해석해 보았다. 결론적으로 위 대법원 판결과 달리 이 조항은 직접 소유로 해석하는 것이 타당하다고 보았다.

그러나 이 문제는 해석론에만 맡기기에는 법적 안정성에 문제가 있을 수 있기 때문에 향후 개정방안을 검토하였다. 개정의 방향은 크게 직접 소유로 한정하는 방안, 직접 또는 간접 소유를 모두 인정하는 방안, 거주자에 따라 직·간접 소유를 구분하는 방안이 있을 수 있다. 각 방안은 간접 소유까지 넓게 인정해서 이중과세의 위험을 줄임으로써 국제 투자를 활성화시킬 것인지, 아니면 조약 편취를 통한 국제적 조세회피를 방지할 것인지의 정책적 필요성 속에서 결정될 것으로 보인다.

## Ⅰ. 들어가며

세계경제가 글로벌화되면서 경제거래에 있어서 국경이 큰 의미가 없어졌다. 이러한 경제의 글로벌화로 다국적 기업이 급속히 증가하였다.[1] 다국적기업이 현지에 진출할 때는 어느 국가나 지역에 투자를 할 것인지, 직접 투자나 간접투자 중 어느 형태를 취할 것인지, 어떤 거래형태를 취할 것인지 등을 고려하게 된다. 다국적 기업은 특히 조세비용을 최소화하기 위해 조세피난처에 도관회사를 설립하고 도관회사를 통해 소득을 창출하는 것을 선호하게 된다. 1960년대부터 1970년대 사이에 미국의 다국적 기업에서 조세피난처에 자회사를 설립하여 본래는 미국에 과세되어야 할 소득을 조세피난처에 유보시키는 사례가 많이 발생하였다.

이에 미국은 1962년 조세피난처에 대한 대책 세제를 마련하였고, 다른 선진국들도 공통된 문제의식을 갖고 대책을 마련하기 시작하였다. 다국적 기업의 조세회피를 방지하기 위해 각국은 양자 간 조세조약을 체결하고 있으며, OECD와 UN은 모델조세조약 및 여러 보고서를 발간하여 국제적 공조를 도모하고 있다.

우리나라는 주로 OECD 모델조세조약을 반영하여 조세조약을 체결하고 있는데, 이 중에서 한・미 조세조약은 1976년 서명하고, 1979년 10월 20일부터 발효되어 현재까지 운영되고 있다. 그런데 그 후 35년 동안 국제거래가 복잡 다양해지면서 조세회피에 대한 규제의 필요성이 크게 증가하였기 때문에 현행 한・미 조세조약만으로는 효율적으로 대처할 수 없는 문제가 발생하고 있다. 1996년 마이클잭슨의 한국공연소득을 과세할 수 없었다는 문제부터 시작하여 최근의 론스타 사건에 이르기까지 우리나라의 과세권이 유출되고 있다는 지적을 받게 되었다. 이에 우리 정부는 1999년 이래 한・미 조세조약의 개정 작업을 계속 해 왔지만, 아직까지 결론이 나지 않은 상태이다.

그런데 최근 대법원판결(대법원 2013. 5. 24. 선고 2012두24573 판결, 이하 '2012두24573판결'이라고 함)이 선고되어 한・미 조세조약 제12조를 다시 검토해야 할 필요성이 커졌다. 이 판결의 쟁점은 한・일 조세조약에서 모회사(수익적 소유자가 따로 있는 경우에는 그 자가 모회사가 된다)가 배당을 지급하는 회사를 간접소유하고 있을 때 저율의 배당세율로 과세할 수 있는지에 대한 것이었다. 위 판결은

1) 유엔무역개발회의(UNCTAD)의 2009년 세계투자보고서에 의하면 전 세계적으로 다국적기업은 총 8만 2,000여 개이며 자회사까지 합하면 81만 개에 이른다. 다국적기업은 세계 상품과 서비스 수출의 60% 이상, 농산품 수출의 80% 이상을 차지하고 있다.

수익적 소유자가 주식을 직접 소유한 경우 뿐만 아니라, 간접 소유한 경우까지 포함한다고 해석하였다. 이는 한·일 조세조약에 관한 것이었지만, 한·미 조세조약도 소유의 범위를 규정하고 있지 않아 동일한 문제가 발생하고 있다. 이런 문제는 한·미 조세조약 제12조 제1항 (b)의 '소유'의 개념을 어떻게 해석할지에 대한 것으로써, 근본적으로 조세조약의 해석을 시발점으로 한다. 따라서 조세조약의 해석론을 전개하면서 소유의 범위를 어떻게 해석해야 하는지 검토할 필요가 있다. 그런데 이 문제는 단지 해석론에만 그치지 않고 향후 한·미 조세조약을 개정할 때 중요하게 고려해야 할 정책적 함의를 가지고 있다. 즉, 도관회사를 통한 조세회피를 엄격하게 규제할 것인지 아니면 이중과세방지라는 입법취지를 고려하여 수익적 소유자에게 좀 더 많은 혜택을 줄 것인지 정책적 결정을 해야만 한다. 본 논문에서는 한·미 조세조약상 모자회사의 배당소득 제한세율의 범위를 어떤 방향으로 개정하는 것이 가능하고, 또 타당할지를 논의하고자 한다.

## Ⅱ. '소유'의 범위에 대한 해석론의 대립

### 1. 모자회사간 배당소득에 대한 제한세율의 의의 및 취지

각국은 조세조약을 체결하면서 소득의 원천에 따라 원천지국에서 과세할지, 거주지국에서 과세할지를 협상하게 된다. 그런데 배당소득에 대해서는 수익자 거주지국이나 배당지급회사의 거주지국(즉, 원천지국) 중 어느 한 국가가 배타적으로 과세권을 행사하는 경우는 거의 없다. 즉, 배당소득에 대해서는 원천지국에서도 과세권을 갖게 된다. 그러나 무제한적인 과세권이 아니라, 보통 10% 내지 15%로 과세권이 제한된다. 이런 의미에서 이를 제한세율이라고 한다. 이에서 더 나아가 대부분의 조세조약은 배당지급회사(자회사)의 주식을 일정부분 이상 소유하는 인(person), 즉 모회사에게 지급하는 배당소득에 대해서는 더 낮은 세율(보통 5%~10%)을 적용하도록 규정하고 있다. 모회사가 자회사의 배당소득에 대해 저율과세를 적용받기 위해서는 일반적으로 지분소유 요건(10% 이상 소유), 보유기간 요건(배당지급일이 속하는 연도 및 일정기간 동안 보유), 실제 사업요건(자회사가 실질적인 사업을 할 것)을 요구한다.[2] 그러나 이는 개별적인 조세조약에 따라 내용이 상이할 수 있다. 이 중에서 본 논문에서 문제로 삼는 부분은 지분소유 요건

2) 김준석, 한인철, 「국제조세실무」, 삼일인포마인, 2012, 254쪽.

이다. 그동안 우리나라는 2014년 6월 기준으로 83개국과 조세조약을 체결하였으며 지분소유요건과 제한세율은 각 조세조약마다 다르게 설계되어 있다. 이는 아래 [표1]와 같다. 아래 [표1]에 기재한 조세조약에서 공통적으로 배당의 수취인은 모두 '수익적 소유자(Beneficial Owner)'이고, 모회사가 자회사의 자본금의 일정부분을 '직접(directly) 소유'한 것으로 규정되어 있다. 아래 [표1]에 기재되지 않은 체약국은 모자회사간 배당에 대해 특별히 더 낮은 제한세율을 정하고 있지 않다.[3)]

[표1] 각 체약국별 모자회사간 배당규정의 내용

| 소유지분비율 (%) | 세율 (%) | 해당 체약국(괄호 안은 조약의 발효일) |
|---|---|---|
| 25 | 5 | 그리스(1998),남아프리카공화국(1996),독일(2002),라트비아(2009),리투아니아(2007),모로코(2005),몰타(1998),바레인(2013),벨라루스(2003),사우디아라비아(2008),슬로바키아(2003),슬로베이나(2006),아이슬란드(2008),알바니아(2007),알제리(2006),에스토니아(2010),오스트리아(2002),중국(1994),체코(1995),캐나다(2006),크로아티아(2006),키르기즈(2013),파나마(2012),헝가리(1990) |
| 상동 | 7 | 루마니아(1994), |
| 상동 | 10 | 룩셈부르크(1986),말레이지아(1983),말레이지아(1983),스리랑카(1986),스웨덴(1982),스위스(1981),스페인(1994),싱가포르(1981),이집트(1994),이탈리아(1992),인도네시아(1989), |
| 상동 | 15 | 터키(1986) |
| 20 | 5 | 우루과이(2013),<br>우즈베키스탄(1998),우크라이나(2002),콜롬비아(2014) |
| 상동 | 10 | 포루투갈(1997),필리핀(1986) |
| 상동 | 15 | 인도(1986), |
| 15 | 5 | 불가리아(1995) |
| 10 | 0 | 멕시코(1995) |
| 상동 | 5 | 라오스(2006),베네수엘라(2007),아랍에미리트(2005),에콰도르(2013),오 |

3) 이런 점을 이용하여 도관회사를 통한 조세회피를 시도하는 경우가 발생하고 있다. 예를 들어 홍콩의 거주자가 룩셈부르크의 자회사를 설립하고, 룩셈부르크 회사가 네덜란드에 100%의 자회사를 설립하여 내국법인으로 배당을 수취하여 한・네덜란드 조세조약의 모자회사간 낮은 배당세율을 적용받으려고 하는 것이다. 그러나 과세실무에서는 중간 단계에 있는 네덜란드 회사와 룩셈부르크 회사를 도관회사로 취급하여 배당수취인을 홍콩 법인으로 보고, 한국과 홍콩의 조세조약에서는 모자회사간 더 낮은 제한세율을 적용하는 규정이 없기 때문에 내국법인은 일반적인 제한세율로 원천징수를 하여야 한다고 본다(서울행정법원 2013. 7. 26. 선고 2012구합18301 판결).

| | | |
|---|---|---|
| | | 만(2006),폴란드(1992), |
| 상동 | 7.5 | 나이지리아(2015), |
| 상동 | 10 | 방글라데시(1984),프랑스(1981) |

위와 달리 특별히 규정하고 있는 경우로, 러시아(1995)와 조세조약은 자본금의 30%를 직접소유하고 미화100,000만달러 또는 이에 상응하는 현지 통화 금액 이상을 투자한 수익적 소유자에게 5%의 제한세율, 파키스탄(1987)과 조세조약은 자본금의 20%를 직접소유하고 배당을 지급하는 회사가 산업 활동(industrial undertaking)에 종사하는 경우에는 수익적 소유자에게 10%의 제한세율을 적용한다.

이는 배당소득에 대한 이중과세를 조정해 주어 국제투자를 촉진하기 위해서이다. 즉, 자회사의 배당에 대해 배당세액을 부과하고 다시 모회사에게 법인세를 부과하는 것은 실질적으로 이중으로 과세하는 결과를 가져온다. 국제적으로 이를 조정하는 방안은 자회사의 거주지국(원천지국)에서 과세를 면제하거나 낮은 세율로 과세하는 방안과, 모회사의 거주지국에서 간접외국납부세액공제를 해 주는 방안이 있다. 그러나 이 양자의 방안은 반드시 병행되어야 하는 것은 아니고, 원천지국에서 일반세율로 과세를 하되 모회사의 거주지국에서 간접외국납부세액공제를 확대하거나 비과세하는 방안도 가능하다. 그러나 이렇게 되면 과세권의 국제적 분배가 왜곡될 우려가 있기 때문에 대부분의 조세조약에서는 원천지국에서 더 낮은 제한세율을 허용하고 있는 것이다.

### 2. '소유'의 범위에 대한 행정해석 등

한·미 조세조약 제12조는 제1항에서는 배당소득에 대해 원천지국에서 과세할 수 있다고 하면서, 제2항 (a)항에서는 다만 15퍼센트 제한세율 내에서 과세할 수 있다고 하고 있다. 그런데 (b)항에서는 더 나아가 "배당지급 일자에 선행하는 지급법인의 과세연도의 일부기간 중 및 그 직전 과세연도의 전체 기간 중에 지급법인의 발행된 의결권 주식 중 적어도 10퍼센트를 배당수취 법인이 소유하며, 또한 상기 직전 과세연도 중에 지급법인의 총소득의 25퍼센트 이하가 이자 또는 배당으로 구성되는 경우"에는 10퍼센트의 제한세율을 규정하고 있다.[4] 이 규정에서 지분소

4) Article 12.【 DIVIDENDS 】(1979. 10. 20)
(1) Dividends derived from sources within one of the other Contracting State may be taxed by both Contracting States.

유 요건에 해당하는 부분은 '지급법인의 발행된 의결권 주식 중 적어도 10퍼센트를 배당수취 법인이 소유(owned by)'하여야 한다는 부분이다.

조세조약은 상대 체약국과 우리나라 간에 외교적 합의이기 때문에 각 조약마다 차이가 존재할 수밖에 없다. 따라서 어떤 조세조약에서는 '직접소유'하고 있는 경우로 한정하고 있고, 어떤 조약에서는 '직접 또는 간접소유'하고 있는 경우를 모두 포함하고 있지만, 한・일 조세조약이나 한・미 조세조약에서는 '소유'라고만 규정하고 있다.[5] 그런데 이 부분은 수익적 소유자의 개념이 들어오면서 해석의 논란이 더 커지게 되었다.[6] 예를 들어 미국에 본사를 둔 법인(모법인)이 조세조약에 의해 제한세율이 더 낮은 제3국에 도관회사(conduit company, 자회사)를 설립하고, 그 도관회사가 우리나라 거주자(손자회사)로부터 배당소득을 지급받는다고 했을 때, 세율은 우리나라와 그 도관회사 거주지국 사이에 체결된 조세조약에 의하게 된다. 그러나 이런 경우에 무제한적으로 조세조약을 적용하게 되면 미국법인이 조약의 혜택을 부당하게 받기 위해 페이퍼컴퍼니를 이용하는 것을 인정하게 되고, 우리나라의 과세권이 일실되는 결과가 된다. 따라서 이런 경우에는 도관회사가 수익적 소유자가 아니라는 이유로, 우리나라와 도관회사 거주지국간 조세조약의 혜택을 부인할 수 있다.[7] 그런데 이런 경우에는 미국법인이 수익적 소유자로서 도관회사

---

(2) The rate of tax imposed by one of the Contracting States on dividends derived from sources within that Contracting State by a resident of the other Contracting State shall not exceed:
(a) 15 percent of the gross amount of the dividend; or
(b) When the recipient is a corporation, 10 percent of the gross amount of the dividend if:
(i) During the part of the paying corporation's taxable year which precedes the date of payment of the dividend and during the whole of its prior taxable year (if any), at least 10 percent of the outstanding shares of the voting stock of the paying corporation was owned by the recipient corporation; and
(ii) Not more than 25 percent of the gross income of the paying corporation for such prior taxable year (if any) consists of interest or dividends (other titian interest derived from the conduct of a banking, insurance, or financing business and dividends or interest received from subsidiary corporations, 50 percent or more of the outstanding shares of the voting stock of which is owned by the paying corporation at the time such dividends or interest is received.)

5) [표1]과 [표2] 참조.

6) 법인세법 시행령 138조의5는 소득수취법인이 당해 국내원천소득과 관련하여 법적 또는 경제적 위험을 부담하고 동 소득을 처분할 수 있는 권리를 가지는 등 동 소득에 대한 소유권을 실질적으로 보유하고 있는 자(이하 "실질귀속자"라 한다)에 해당하고 해당 체약상대국의 법인인 경우에 조세조약상 혜택을 받기 위해 사전승인신청을 할 수 있다고 한다. 학설에서는 수익적 소유자의 개념에 대해서는 '수령한 경제적 이득의 법률적 귀속에 불구하고 실질적으로 그것을 지배, 관리 또는 처분을 하고 그에 따른 부담을 지는 자'로 정의하고 있다(오윤, "Beneficial Ownership 개념과 실질과세원칙의 관계", 조세법연구 16-1, 한국세법학회, 366쪽).

7) 국세기본법 제14조 제1항에서 규정하는 실질과세의 원칙은 법률과 같은 효력을 가지는 조세조약

를 통하여 한국의 회사를 간접소유하고 있는 것이 되므로, 한·미 조세조약상 일반적인 제한세율(15%)을 적용할지 아니면 모자회사로서 더 낮은 세율(10%)을 적용할지 의문이 생기게 된다.

### 가. 행정해석

#### (1) 재정경제부 국제조세과-113, 2005. 3. 18.

질의의 요지는 다음과 같다. 미국법인(C)은 100% 출자한 홍콩법인을 통하여 내국법인의 주식을 100% 출자함으로써 내국법인을 사실상 지배하고 있었다. 이에 내국법인이 미국법인(C)에게 제품을 정상가격 이하로 수출하자, 과세관청은 국제조세조정에 관한 법률(이하 '국조법'이라 함) 제4조에 의하여 정상가격으로 과세조정하고, 같은 법 제9조(소득금액조정에 따른 소득처분 및 세액조정)에 의하여 반환되지 아니한 금액에 대하여 배당으로 처분하였다. 이 때 정상가격으로 과세 조정하여 배당처분한 부분에 대하여 한·미 조세조약상 어느 세율을 적용해야 할 것인지가 문제되었다.

본 예규에서는 한·미 조세조약 제12조를 적용함에 있어 같은 조 제2항 (b)호 (i)목에서 규정하는 '소유(owned by)'의 개념은 투자자가 투자대상 기업에 직접 출자한 경우만을 의미하는 것이라고 보았다.

#### (2) 국제조세 집행기준

국조법의 해석 및 적용에 있어서 과세관청의 내부적 지침이 국제조세 집행기준이다. 2014년 개정되기 전까지 국제조세 집행기준 93-0-5에서는 "한미 조세조약 제12조 제2항 (b)호 (i)목에서 규정하는 '소유(owned by)'의 개념은 투자자가 투자대상 기업에 직접 출자한 경우만을 의미한다"고 해석하고 있었고, 더불어 유사사례로 일본과 룩셈부르크를 들고 있다.

그러나 2014년 개정된 국제조세 집행기준에서는 이 규정이 삭제되었다. 2012두24573판결이 선고된 후, 조세심판원에서 아래에서 보는 바와 같이 한·미 조세조

---

의 해석과 적용에 있어서도 이를 배제하는 특별한 규정이 없는 한 그대로 적용된다고 할 것인바, 다국적기업이 특정국가에 설립한 회사가 거래의 당사자일 경우, 그 회사가 조세회피만을 목적으로 설립되어 조약상의 혜택을 누리기 위한 도관에 불과한지 여부는 그 회사의 사업목적이나 활동 내역, 자금의 조달 및 회수 주체, 수익 배분 내역, 회사의 존속기간 등 제반 간접사실을 통하여 판단할 수 있을 것이고, 그 결과 형식적 거래 당사자인 회사가 도관회사에 불과하다고 판명된다면 당해 거래로 발생한 소득의 실질적인 귀속주체는 모기업인 다국적기업이(대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두15179 판결 등).

약의 해당 규정을 동일한 취지로 해석하고 있기 때문에, 위와 같은 집행기준은 더 이상 해석의 기준으로 적합하지 않다는 고려 때문인 것으로 보인다.

### 나. 조세심판원의 결정

조세심판원의 결정은 2012두24573판결이 선고된 후에 변화를 보였다. 요컨대, 2012두24573판결 선고 전에는 '직접소유'로 한정하였던 입장에서, 위 판결 선고 후에는 '간접소유 포함'으로 선회한 것이다.

먼저 2012두24573판결 선고 전의 사안의 쟁점은 청구법인들로부터 배당소득을 수취한 법인이 도관에 불과하여 배당소득의 실질귀속자를 그 도관회사의 주주인 미국법인으로 보고 과세를 하는 경우, 한・미 조세조약 제12조 제2항 (b)호의 더 낮은 제한세율 10퍼센트를 적용할 수 있는지였다. 조세심판원은 "조약 제12조를 적용함에 있어 제2항 (b)호 (i)에서 규정하는 '소유(owned by)'의 개념에 대하여 별도로 규정하지 아니한 만큼 '직접소유' 또는 '간접소유'인지 여부는 원천지국인 국내법의 형식에 따라 판단하여야 하는 바, 여기서 '소유'란 투자자가 투자대상기업에 직접 출자한 경우만을 의미한다 할 것이므로(재국조-113, 2005.3.18.), 청구법인의 주식을 간접 소유한 것으로 보아 쟁점배당소득에 대하여 동 조약 제12조 제2항 (a)호에서 규정하는 15퍼센트의 제한세율을 적용한 것은 잘못이 없다"고 판단하였다.[8] 즉, 위에서 언급한 재경부 예규를 근거로 하여 제한세율을 적용받기 위해서는 직접 소유하여야 한다고 제한하고 있었다.

그러나 2012두24573판결이 선고된 후에는 "한・일 조세조약 제10조 제2항 (가)목에서도 배당의 수익적 소유자가 배당을 지급하는 법인이 발행한 주식을 '소유'하고 있을 것을 요건으로 하고 있을 뿐 수익적소유자가 '직접 소유'할 것을 명시적으로 규정하고 있지 아니하므로 '소유'의 의미를 '직접 소유'만으로 한정하기 어려워 보이는 점, 한・일 조세조약상 '소유'의 의미를 한・미 조세조약에서 '직접 소유'로 다르게 볼 만한 사정이 있다고 보기 어려운 점 등에 비추어 15% 제한세율을 적용한 것은 잘못이 있다"고 판단하기 시작하였다.[9]

## 3. 대법원 판결(2012두24573판결)

한・일 조세조약 제10조 제2항 (a)목은 "원천지국은 수익적 소유자가 이윤배분

8) 조심 2011서2902, 2012. 6. 29.
9) 조심 2012구218, 2014.5.29; 조심 2014중966. 2014,7.24.

이 발생한 회계기간의 종료 직전 6월동안 배당을 지급하는 법인이 발행한 의결권 주식을 적어도 25퍼센트를 소유하고 (own) 있는 법인인 경우에는 배당총액의 5퍼센트를 초과하여 배당소득세를 과세할 수 없다"고 규정하고 있다.[10]

문제가 된 사안에서는 내국법인인 원고가 100% 출자자인 말레이지아 라부안에 있는 투자법인에게 배당소득을 지급하였지만, 위 투자법인이 배당소득의 형식적 귀속자에 불과하여 한·말레이지아 조세조약을 적용하지 않고, 이 사건 배당소득의 실질귀속자를 위 투자법인의 100% 출자자인 일본국 법인으로 보았다. 그리고 한·일 조세조약 제10조 제2항 (a)목에서 정한 수익적 소유자에 해당하는 일본국 법인이 원고가  발행한 의결권 있는 주식을 25% 이상 '소유'하고 있다고 보아 이 사건 배당소득에 대하여 5%의 제한세율이 적용되어야 한다는 이유로, 15%의 제한세율이 적용되어야 함을 전제로 한 법인세 징수처분이 위법하다고 판단하였다.

그 논거로 위 조항의 취지와 문언적 해석을 들고 있다. 먼저 위 규정의 취지는 배당소득에 대하여 거주지국 과세 및 원천지국 과세를 모두 허용하되, 다만 이중과세를 최소화하고 국제투자를 촉진하기 위하여 제한세율의 한도 내에서만 원천지국 과세를 인정하며, 특히 배당의 수익적 소유자가 배당을 지급하는 법인이 발행한 의결권 있는 주식을 25% 이상 소유하고 있는 법인인 경우에는 그와 같은 필요성이 크다고 보아 일반적인 경우보다 낮은 세율, 즉 5%의 제한세율을 적용하도록 하고 있는 것으로 볼 수 있다. 이 사안에서도 이런 필요성이 긍정된다는 것이다. 또한 문언적 해석의 논거로는 위 조항은 배당의 수익적 소유자가 배당을 지급하는 법인이 발행한 주식을 '소유'하고 있을 것을 요건으로 하고 있을 뿐 수익적 소유자가 '직접 소유'할 것을 명시적으로 규정하고 있지 않으므로, '소유'의 의미를 직접 소유만으로 축소해석할 수 없다고 보았다.

---

10) Article 10.【DIVIDENDS】(1999. 11. 22)

1. Dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other Contracting State.
2. However, such dividends may also be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that Contracting State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed:
   (a) 5 percent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company which owns at least 25 percent of the voting shares issued by the company paying the dividends during the period of six months immediately before the end of the accounting period for which the distribution of profits takes place;
   (b) 15 per cent of the gross amount of the dividends in all other cases.

This paragraph shall not affect the taxation of the company in respect of the profits out of which the dividends are paid

## Ⅲ. '소유'의 범위에 대한 타당한 해석론

### 1. 조세조약의 해석방법

국제연합은 1969년에 "조약법에 관한 비엔나 협약"을 만들었고, 우리나라에서는 1980년부터 발효되었다. 비엔나 협약상 조약의 해석에 관해서는 비엔나 협약 제31조가 제시하고 있다. 이 조항은 "조약은 문맥(context)에 의해 한편 그 취지 및 목적에 비추어 주어지는 용어의 통상적인 의미에 따라, 성실하게 해석하는 것으로 한다"는 조약해석의 원칙을 규정하고 있다. 그리고 문맥 속에는 조약문 이외에도 조약 체결에 관련한 당사국 사이의 관계 합의, 관련한 문서 등이 포함된다. 또한 문맥과 함께 조약의 해석 또는 적용에 대해 당사국 사이의 사후 합의, 조약의 해석에 대해 당사국의 합의를 확립하는 것, 당사국 사이의 관계에 적용되는 국제법의 관련규칙 등이 고려되어야 한다.

따라서 조세조약을 해석할 때 먼저 문맥(context)에 의해 용어의 통상적인 의미를 탐구해야 한다. 이 때 해당 조약에서 정의 규정을 별도로 두고 있으면 이에 의하면 되지만, 그렇지 않으면 조약의 다른 규정과의 관계에서 관련 규정을 해석할 수밖에 없다. 또한 조약이 체결된 이후에 해석에 관한 합의가 존재하면 이에 따르면 되지만, 합의가 존재하지 않는다면 양 체약국에 관련 조항에 대한 해석의 관행이 있는지를 검토할 필요가 있다. 만약 양 체약국의 해석이 동일하다면 비록 해석에 관한 명시적 합의가 이루어진 것은 아니지만, 묵시적 합의가 있는 것으로 볼 여지도 있을 것이다. 그리고 OECD 모델조세조약의 내용 및 주석서의 내용도 국제법의 관련 규칙으로 검토할 필요가 있다. 우리 판례는 OECD 모델조세조약의 주석서는 법적 구속력이 없고 단지 참고자료에 불과하다고 하지만, 이 주석서는 일응 해석의 기준을 담고 있고 많은 국가들의 행정 및 사법기관은 이에 따라 판단을 하고 있기 때문이다.[11)]

마지막으로, 조약은 국내법과 동일한 효력을 가지므로 조약의 해석에 있어서도

---

11) 몇 몇 외국 판결은 OECD 모델조세조약 및 주석이 비엔나 협약에서 말하는 맥락 내지 보충적 전거가 된다고 본다. 미국 법원은 OECD 주석서가 해석전거가 되는 이유는 OECD 모델 및 주석 자체가 애초 실정 조약의 해석기준으로 나온 것이고, 조약을 협상한 사람들이 OECD 주석서를 염두에 두고 있었다는 점에서 찾는다(이창희, "조세조약 해석방법", 조세학술논문집 제23집 제2호, 한국국제조세협회, 2007, 179쪽. 그러나 저자는 적어도 우리 헌법 체계에서는 OECD 모델을 국회 동의 과정에 제출하고 있지 않기 때문에 조약해석의 당연한 전거는 아니라는 입장이다).

내국세법의 해석원리를 적용할 수 있다. 한·미 조세조약 제2조 제2항에 의하면 이 협약에서 사용되거나 이 협약에서 정의되지 아니한 기타의 용어는, 달리 문맥에 따르지 아니하는 한, 그 조세가 결정되는 체약국의 법에 따라 내포하는 의미를 가진다. 내국법에 따라 해석을 할 때 일반적인 해석의 원칙-문언적 해석, 체계적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석-이 적용되며, 조세법에서 특별히 요구되는 실질과세원칙이나 소급해석금지원칙, 신의성실원칙 등도 검토할 수 있다. 아래에서는 이를 구체적으로 살펴보기로 한다.

## 2. 조세조약 및 국내세법상 '소유'와 관련된 규정의 해석

요컨대, 조세조약이나 국내세법에서 소유에 개념에 간접소유까지 포함하려고 할 때에는 명문으로 '직접으로 또는 간접으로'라는 표현을 사용하고 있다고 할 수 있다. 간접 소유를 소유의 개념에 포함시킬 때에는 정책적 필요성에 의한 결단이 있는 것이기 때문에 일반적으로 '소유'라고 하였다면 이를 '직접 소유'로 보는 것이 문맥에 합치한다고 생각한다.

### 가. 한·미 조세조약

한·미 조세조약에는 소유의 개념에 대한 정의 규정이 별도로 없다. 다만, 소유에 대해 언급한 조문을 찾아보면, 제7조 제3항의 무차별원칙, 제11조의 특수관계인, 제17조의 투자회사 또는 지주회사 규정에서 소유의 범위에 대한 언급을 발견할 수 있다. 제7조 제3항은 '직접적으로 또는 간접적으로 소유되거나'라고 표현하고 있고,[12] 제11조는 '직접 또는 간접적으로 소유'하고 있는 경우에 특수관계인으로 본다고 규정하고 있다.[13] 또한 제17조는 법인 자본의 25퍼센트 이상이 상기 일

---

12) 제7조(무차별원칙) 제3항
그 자본의 전부 또는 일부가 타방 체약국의 1인 이상의 거주자에 의하여 직접적으로 또는 간접적으로 소유되거나 또는 지배되고 있는(the capital of which is wholly or partly owned or controlled directly or indirectly) 어느 체약국의 법인은, 동일한 활동에 종사하는 동 체약국의 법인으로서 그 자본의 전부가 동 체약국의 1인 이상의 거주자에 의하여 소유되거나 또는 지배되고 있는 동 법인이 부담하거나 또는 부담할 수 있는 조세와 이에 관련되는 요건이 이 외의 다른 또는 더 많은 조세 또는 이에 관련되는 요건을 동 체약국에서 부담하지 아니한다.

13) 제11조(특수관계인) 제2항
이 협약의 목적상 어느 인이 직접적으로 또는 간접적으로 타인을 소유하거나 또는 지배하는 경우 (if either person owns or controls directly or indirectly the other) 또는 어느 제3자가 직접적으로 또는 간접적으로 상기 양자를 소유하거나 또는 지배하는 경우에(if any third person or persons owns or controls directly or indirectly both), 그 인은 동 타인과 특수관계를 가진 것으로 본다. 이 협약의 목적상 "지배"라 함은, 법적으로 실시할 수 있는지의 여부에 관계없이, 또한

방 체약국의 개인 거주자가 아닌 (또는 한국법인의 경우에는 미국시민)1인 이상의 인에 의하여 '직접적으로 또는 간접적으로 소유'되는 것으로 등록되어 있고 다른 요건을 충족한다면 배당소득의 혜택을 받을 수 없다고 규정하고 있다.[14)]

### 나. 국내세법

법인세법 제57조 제4항에서는 내국법인의 각 사업연도의 소득금액에 외국자회사로부터 받는 이익의 배당이나 잉여금의 분배액이 포함되어 있는 경우 그 외국자회사의 소득에 대하여 부과된 외국법인세액 중 그 수입배당금액에 대응하는 것으로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 계산한 금액을 세액공제 또는 손금산입시킬 수 있다. 이를 간접외국납부 세액공제라고 하며, 모자회사간에 경제적 이중과세를 조정해 주기 위한 목적이다. 이를 적용받을 수 있는 내국법인은 직접 외국자회사의 의결권 있는 발행주식총수 또는 출자총액의 100분의 25 이상을 해당 외국자회사의 배당확정일 현재 6개월 이상 계속하여 보유하고 있어야 한다(법인세법 시행령 제94조 제9항). 또한 법인세법 시행령 제138조의5에서는 조세조약상의 비과세・면제 또는 제한세율 적용을 받기 위해 국세청장에게 사전승인을 신청할 수 있고, 이 때 국세청장은 국내원천소득을 직접 또는 간접적으로 수취할 법인이 해당 국내원천소득과 관련하여 실질귀속자에 해당하는 경우 사전승인할 수 있다고 규정하고 있다. 국조법 제2조 제1항 제8호에서는 특수관계를 정의하면서 거래 당사자의 어느 한 쪽이 다른 쪽의 의결권 있는 주식(출자지분을 포함)의 100분의 50 이상을 직접 또는 간접으로 소유하고 있는 관계, 제3자가 거래 당사자 양쪽의 의결권 있는 주식의 100분의 50 이상을 직접 또는 간접으로 각각 소유하고 있는 경우 그 양쪽 간의 관계라고 하고 있다. 같은 법 제17조(특정외국법인의 유보소득의 배당간주)에서는 이 규정의 적용을 받는 내국인의 범위는 특정외국법인의 각 사업연도말 현재 발행

---

여하히 행사되는가 또는 행사할 수 있는가를 불문하고, 모든 종류의 지배를 포함한다.

14) 제17조(투자회사 또는 지주회사)
타방 체약국내의 원천으로부터 배당, 이자, 사용료 또는 양도소득을 발생시키는 일방 체약국의 법인은 다음의 경우에 제12조(배당), 제13조(이자), 제14조(사용료) 또는 제16조(양도소득)상의 혜택을 받을 권리를 가지지 아니한다.
(a) 특별조치에 의한 이유로 동 배당, 이자, 사용료 또는 양도소득에 대하여 상기 일방 체약국이 동 법인에 부과하는 조세가, 동 일방 체약국이 법인소득에 대하여 일반적으로 부과하는 조세보다 실질적으로 적으며, 또한
(b) 동 법인 자본의 25퍼센트 이상이 상기 일방 체약국의 개인 거주자가 아닌 (또는 한국법인의 경우에는 미국시민)1인 이상의 인에 의하여 직접적으로 또는 간접적으로 소유되는 것으로(to be owned directly or indirectly) 등록되어 있거나, 또는 양 체약국의 권한있는 당국간의 협의를 거쳐 달리 결정되는 경우

주식의 총수 또는 출자총액의 100분의 10 이상을 직접 또는 간접으로 보유한 자로 하고, 이 경우 발행주식의 총수 또는 출자총액의 100분의 10을 판단할 때에는 국세기본법 제2조 제20호에 따른 특수관계인 중 대통령령으로 정하는 자가 직접 보유하는 발행주식 또는 출자지분을 포함한다고 하고 있다.

### 다. 우리나라와 다른 체약국과의 조세조약

우리나라가 체결한 조세조약 중 모자회사의 배당규정을 검토해보면 소유지분비율과 제한세율이 조금씩 다르지만, [표1]에서 본 바와 같이 대부분 25%의 지분소유비율에, '직접소유'로 규정하고 있다. 다만, 아래 [표2]에서 보는 바와 같이 현재 네 나라와의 조세조약에서는 '직접 또는 간접(directly or indirectly) 소유'라고 규정하고 있다.

[표2] '직접 또는 간접 소유'를 규정한 조세조약

| 체약국 | 소유비율 | 제한세율 |
|---|---|---|
| 아일랜드(1991) | 의결권의 10% | 10% |
| 영국(1996) | 의결권의 25% | 5% |
| 이스라엘(1997) | 자본금의 10% | 5% |
| 칠레(2003) | 의결권의 25% | 5% |

반면 직접 소유라는 표현도, 또는 직·간접 소유라는 표현도 전혀 언급하지 않은 조세조약도 두 개가 있다. 일본(1999)과의 조세조약에서는 의결권의 25%를 소유한(own) 수익적 소유자는 5%의 제한세율로, 카자흐스탄(1999)과의 조세조약에서는 자본금의 10%를 소유한(hold) 수익적 소유자는 5%의 제한세율을 적용받을 수 있다고 하고 있다. 한편 배당금의 수령인을 수익적 소유자가 아니라 단지 수령인(recipient)이라고 규정한 조세조약도 있다. 네덜란드(1981)와 핀란드(1981)와의 조세조약이 그 예이다. 비교적 최근에 조약을 체결한 경우에는 OECD 모델조세조약의 해당 규정과 동일한 것을 볼 수 있지만, 반드시 체결 연도별로 조약의 내용이 유사한 것은 아니다. 개별적인 사정이 반영된 것으로 볼 수 있다. 하지만 간접소유까지 포함하고자 할 때는 명확히 간접소유를 포함한다고 규정하고 있는 것을 볼 수 있다.

### 3. 미국 국세청의 '소유'에 대한 해석

한・미 조세조약의 소유의 개념에 대해 앞에서 살펴보았듯이 우리나라는 재경부 예규에서 '직접 소유'로 한정하여 해석하고 있었다. 한편 미국 재무부 및 관련문헌의 해석례를 살펴보면, 미국도 '직접 소유'로 한정하여 해석하고 있는 것을 볼 수 있다. 결론적으로 양 체약국의 해석의 관행이 모두 '직접 소유'로 한정한 것이었다고 볼 수 있다.

미국의 조세조약을 크게 1996년 이전과 이후로 나누어 검토해 볼 필요가 있다. 1996년 이전 미국 모델조세조약에서는 단지 '소유'라는 표현을 사용하였으며, 한・미 조세조약을 비롯한 많은 조세조약에서 이를 그대로 수용하였다. 그러나 1996년 모델조세조약을 개정하면서 '수익적 소유자'가 '직접 소유'한다는 표현이 등장하였고, 이에 따라 많은 조세조약이 체결 내지 개정되었다. 이는 OECD 모델조세조약이 1995년 개정될 때 수익적 소유자 개념이 들어오면서, 배당소득에 대한 개정이 이루어진 것과 궤를 같이 하고 있다.[15]

#### 가. 1996년 이전 조세조약

1981년 미국 모델조세조약 제10조 제2항(a)에서는 수익적 소유자가 배당지급회사의 의결권 있는 주식을 적어도 10% 소유(owns)하고 있는 경우에는 배당금의 5%로 제한세율을 적용하는 것으로 규정하고 있었다.[16] 조약에서 명확하게 표현하지 않고 있다고 하더라도, 미국법에서 일반적으로 '소유'는 간접적인 소유보다는 직접적인 소유를 의미한다.[17] 따라서 자회사를 통하여 소유하는 주식은 이 요건을 충족시킬 수 없다고 보고 있다. 예를 들어 미국 국세청은 미・네덜란드 조세조약에서 모회사가 미국 회사의 의결권 있는 주식을 소유하고 있는 경우 소유로 인정할 수 없다고 한 바 있다.[18] 다른 한편 1951년 미・스위스 조세조약에서는 '직접 또는 간접 지배'라고 언급하고 있으므로, 스위스 회사가 미국 회사의 주식을 90%

---

15) OECD Model Tax Convention Article 10 (2)
(a) 5 percent of the gross amount of the dividends of the beneficial owner is a company(other than a partnership) which holds directly at least 25 percent of capital of the company paying the dividends"하고 있고,

16) 1981. U. S. Model Income Tax Treaty Article 10(2)
(a) 5% of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company which owns at least 10% of the voting stock of the company paying the dividends

17) Richard E. Andersen, Analysis of United States Income Tax Treaties, thomson reuters tax and accounting, 2015, 27쪽.

18) Rev. Rul. 81-132, 1981-1 CB 603.

직접 소유하고 있고 그 스위스 회사의 100% 주주인 외국회사가 미국회사의 주식을 10% 직접 소유하고 있는 경우에는 조약상 95%의 소유 기준을 충족한 것으로 볼 수 있다고 결정하였다.[19]

미・일 조세조약도 1972년 처음 발효되었을 때에는 제12조 제2항 (a)(i)에서 '지급법인의 의결권 주식 중 최소한 10%를 배당수취 법인이 소유하며(at least 10 per cent of the voting shares of the paying corporation was owned by the recipient corporation)'라고 되어 있었다. 위 표현은 한・미 조세조약 해당 규정과 동일하다. 위 조항은 단지 '소유(owned by)'라는 표현만을 사용하고 있었기 때문에 이것이 간접소유까지도 포함하는 개념인지 논란이 된 적이 있었다. 이에 대해 미국 재무부에서는 이를 직접 소유로 제한하여 해석한 바 있다.[20]

미・프랑스 조세조약에서도 '소유'의 개념이 쟁점이 되었을 때 미국 국세청은 미・프랑스 조세조약에서 이 개념에 대한 해석을 하고 있지 않으므로 연방 내국세입법에 따라 소유의 개념을 해석해야 한다고 하여, 해석론을 전개한 바 있다.[21] 예컨대 연방소득세법에서 의결권 있는 주식의 일정 부분을 소유할 것을 요구할 때, '소유(own)'는 통상적이고 일상적인 용어에 해석되어져야 한다. 즉, 이 때 소유의 개념은 실제적(actual)이고 완전한(outright) 소유를 의미한다.[22] 따라서 자회사를 통한 모회사의 간접 소유는 주식 소유요건을 충족시키지 못한 것으로 보았다.[23]

### 나. 1996년 이후 조세조약

이후 모델조세조약은 1996년 개정될 때 수익적 소유자가 배당지급회사의 의결권 있는 주식을 적어도 10% '직접 소유(owns directly)'하고 있는 경우로 문구가 변경되면서 현재에 이르고 있다.[24] 조약 해설서에서는 '직접 소유'와 관련하여 특별

---

19) Rev. Rul. 74-172, 1974-1 C.B. 68.

20) TECHNICAL EXPLANATION OF THE UNITED STATES-JAPAN INCOME TAX CONVENTION GENERAL EFFECTIVE DATE UNDER ARTICLE 28: 1 JANUARY 1973.

21) Rev. Rul. 84-21, 1984-6 I.R.B. 11, 1984-1 C.B.307.

22) Trotz v. Commissioner, 361 F.2d 927(10th Cir.1966) 당시 미국 내국세입법(1954년) 제1239조는 개인 자신이 30%이상 발행주식을 소유하고 있는 법인에게 감가상각자산을 양도함으로써 취득하는 이익은 자본적 이익(capital gain)이 아니라 통상의 이익(ordinary gain)이 된다고 규정하고 있었다. 이 때 '소유(owned)'라는 단어는 '실제로(in effect)', '동등한 가치가 있는(tantamount to)', '본질적으로(in substance)'라는 의미를 갖지는 않는다고 하여 소유의 의미를 엄격하게 직접소유에 한정하는 것으로 해석하였다.

23) 사안에서 미국 법인 X의 주식을 프랑스 거주자인 FX가 3%, FY가 3%, FZ가 94%를 직접 소유하고 있었고, FZ이 다시 FX와 FY의 주식을 각 각 99% 직접 소유하고 있었다. 위 결정에 따라 FX와 FY는 15%의 제한세율을 적용받고, FZ은 5%의 제한세율을 적용받을 수 있다.

히 파트너십(partnerships)이나 신탁(trusts), 상속재단(estates)과 같은 fiscally transparent entities(투과과세단체, 이하 '투과과세단체'라 함)를 매개로 하는 경우를 설명하고 있다.[25] 즉, 만약 위와 같은 단체가 배당을 받는다고 하더라도 그 단체가 미국이나 체약국의 내국법에 의해 조세목적상 그 실체가 무시된다면 그 단체의 지분을 소유한 거주자가 발행주식을 '직접 소유'한 것으로 취급된다. 반면, 그 단체가 체약국에 의해 non-fiscally transparent entities(비투과과세단체)로 간주되는 경우에는 그 단체가 여전히 수익에 대한 권리가 있다. 한편 혼성사업체(hybrid entities, 한 국가에서 투과과세단체로 취급되지만, 다른 국가에서는 비투과과세단체로 취급되는 실체)의 경우는 원칙적으로 조약상의 혜택을 누릴 수 있다. 그 단체를 거주지국에서 법인으로 취급하여 과세하더라도, 미국세법상 주주와 별개의 실체로 취급되지 않기 때문에 수익적 소유자가 다른 체약국의 거주자로 미국회사의 주식을 직접 소유하고 있다면 제한세율을 적용받을 수 있다.

미・네덜란드 조세조약과 미・스위스 조세조약의 해당 조항은 모델조세조약의 내용과 같이 '직접 소유(owns directly)'하는 경우로 개정되었다.[26]

반면 2003년 미・일 조세조약에서는 '수익적 소유자가 의결권을 10% 이상 직접 또는 간접으로 소유하고(owns directly or indirectly)'있는 경우로 개정되었다. 2013년 미・일 조세조약은 다시 개정되었지만, 위 조항은 그대로 유지되고 있다. 위 조약의 해설서에 의하면 미국 모델조약의 해설서와 동일하게 파트너십과 같은 투과과세단체를 통하여 주식을 소유하는 회사도 제한세율의 혜택을 받을 수 있다고 하고 있다.[27] 미국에서 투과과세단체는 과세목적상 실체가 부정되기 때문에, 수익적 소유자가 자회사를 직접 소유한 것으로 보아 외국납부세액 공제를 통하여 이중과세를 피하고 국제적 투자를 촉진할 필요가 있었다. 이는 도관회사를 통한 조약 편취(treaty shopping)가 행해지면서 조약남용을 규제하기 위해 도관회사의 실체를 부

---

24) 2006. U. S. Model Income Tax Treaty Article 10(2)
(a) 5% of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company that owns directly at least 10% of the voting stock of the company paying the dividends

25) 2006 U. S. Model Income Tax Treaty Technical Explanation, 32쪽 이하.

26) 미・네덜란드 조세조약은 1994에, 미・스위스 조세조약은 1996년에 아래와 같이 동일한 규정으로 개정되었다. Article 10 (2)
(a) 5 percent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company which holds directly at least 10 percent of the voting power of the company paying the dividends

27) Department of the treasury technical explanation of the convention between the government of the united state of america and the government of japan for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and on capital gains, 2003, 41쪽.

정하게 되면서, 그 필요성이 대두되었다. 미국에서는 이를 같은 '직접 소유'로 보고 있다.

한편 미·프랑스 조세조약(1996년 발효)에서는 배당금을 지급하는 회사가 미국의 거주자라면 수익적 소유자는 그 회사의 의결권 주식의 10%를 '직접 소유'하여야 하고, 배당금을 지급하는 회사가 프랑스의 거주자라면 수익적 소유자는 그 회사의 의결권 주식의 10%를 '직접 또는 간접 소유'하고 있어야 한다고 개정되었다.[28] 이 외에도 미국은 체약국에 따라 표현 방식이나 내용을 약간씩 달리하여 조약을 체결하고 있다. 예를 들어 아이슬란드와의 조세조약에서는 수익적 소유자 대신에 단지 수취법인(the recipient corporation)이라고만 표현하고 있고, 소유의 범위를 밝히지 않고 단지 '소유(owned by)라고만 하고 있다.[29] 룩셈부르크와의 조세조약에서는 수취법인이 단독으로 소유하고 있을 때에는 의결권의 50% 이상을 소유하고 있어야 하고, 3개 이하의 회사가 연합하여 소유하고 있을 때에는 각 회사가 의결권의 10% 이상을 소유하고 있어야 한다고 규정하고 있다.[30] 덴마크와의 조세조약에서는 소유자가 적어도 의결권의 95% 이상을 직접 또는 간접적으로 지배하고 있어야 한다고 하면서, 만약 모자관계의 형성이 주로 제한세율의 혜택을 받을 목적이라면 5%의 제한세율은 적용되어서는 안 된다고 하고 있다.[31]

### 4. 일반적인 해석론

#### 가. 문언적 해석

우리 법원은 문언에 따른 엄격해석을 강조하고 있다. 즉, 조세법의 해석에 있어서 엄격해석원칙을 조세법률주의의 파생원칙이라고 하면서, 확장해석과 유추해

---

28) 5 percent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company that owns:
(i) directly, at least 10 percent of the voting power in the company paying the dividends, if such company is a resident of the United States; or
(ii) directly or indirectly, at least 10 percent of the capital of the company paying the dividends, if such company is a resident of France

29) U.S.-Iceland Treaty Article 12(2)(b)(i) at least 10% of the outstanding shares of the voting stock of the paying corporation was owned by the recipient corporation

30) U.S.-Luxembourg Treaty Article 9(1)(b)(i) at least 50% of the voting stock of the payer corporation was owned by the recipient corporation either alone or in association with not more than three other corporations of the other State and at least 10% of the voting stock of the payer corporation was owned by each such corporation of the other State

31) U.S.-Denmark Treaty Article 6(3) if the shareholder is a corporation controlling, directly or indirectly, at least 95% of the entire voting power in the corporation paying the dividend. Such reduction of the rate of 5% shall not apply if the relationship of the two corporations has been arranged or is maintained primarily with the intention of securing such reduced rate.

석[32]이 금지된다는 표현을 곳곳에서 사용하고 있다. 그리고 이 원칙은 과세요건은 물론이고 비과세요건이나 감면요건에서도 적용된다고 본다.[33] 2012두24573판결도 제한세율의 적용을 긍정한 논거 중의 하나로 조세법의 엄격해석원칙을 들고 있다. 즉, 한・일 조세조약 제10조 제2항 (a)목에서 '소유'하고 있을 것을 요건으로 하고 있을 뿐 수익적 소유자가 직접 소유할 것을 명시적으로 규정하고 있지 않으므로, '소유'의 의미를 직접 소유만으로 축소해석할 수 없다"고 하였다. 그러나 축소해석을 전혀 할 수 없다는 부분은 "법적 안정성 및 예측가능성을 해치지 않는 범위 내에서 입법 취지 및 목적 등을 고려한 합목적적 해석을 할 수 있다"는 판결이[34] 계속 선고되는 한 타당하지 않다고 본다. 오히려 법 해석의 일반원칙으로서 허용되는 유추와 허용되지 않는 유추가 있을 뿐이며, 그 기준은 언어의 가능한 범위라는 견해가[35] 설득력이 있다고 생각한다. 그리고 여기서 '언어의 가능한 범위'라는 의미는 예측가능성 측면에서 파악할 수 있을 것이다. 즉, 예측가능성을 해치지 않는 범위 내에서 입법의 취지 및 목적 등을 고려하여 유추해석을 할 수 있을 것이다.[36]

대법원이 지급법인과 수취법인 사이에 있는 중간법인을 도관회사라 보고 수취법인을 수익적 소유자로서 배당의 실질적인 수익자로 보았기 때문에, 수취법인이 후에 거주지국에서 과세가 된다면 이중과세이 위험성이 있어 이를 고려한 점은 타당하다고 본다. 그러나 조문에 '직접 소유'라고 하고 있지 않기 때문에 간접소유를 배제할 수 없다는 논거는 실질적인 기준을 설정하는 데 도움이 되지 않는 논거라고 생각한다. 일반적으로 소유라고 했을 때, 사용・수익・처분에 있어 자유가 있다는 것을 의미하지만, 경우에 따라서 간접소유를 포함하기도 하고 간접소유를 배제하기도 한다. 이는 법문에 명시되어 있지 않더라도 문맥에 따라 해석된다.

2012두24573판결과 같이 문언적 해석만 한다면 한・미 조세조약의 해당 규정과 한・일 조세조약 해당 규정의 문구상의 차이점과 OECD 모델조약의 개정 전・후의 문구를 비교 검토하여야 할 것이다. 2012두24573판결은 한・일 조세조약의 배당소득에 대한 판결이고, 이 논문에서 논하고자 하는 것은 한・미 조세조약에서의 배

32) 확장해석은 법령에 사용된 문언을 그것이 통상 사용되는 의미보다 넓은 의미로 해석하는 것을 의미하고, 유추해석은 법률이 규정하고 있는 사항과 규정이 없는 사항 간에 유사성을 매개로 하여 법의 규정을 규정이 없는 사항에 적용하여 해석하는 것을 의미한다.
33) 대법원 1994. 2. 22. 선고, 92누18603판결 외 다수
34) 대법원 2008. 2. 15. 선고, 2007두4438 판결; 대법원 2010. 5. 27. 선고, 2007두26711 판결.
35) 정승환, "형법상 유추금지에 관한 고찰", 안암법학, 안암법학회, 2001, 143쪽.
36) 임승순, 「조세법」, 박영사, 2014, 45쪽.

당소득에 대한 규정이다. 그런데 양 규정은 미묘한 차이를 보이고 있다. 한·일 조세조약의 해당 규정은 '수익적 소유자가 적어도 의결권 있는 주식의 25%를 소유하고 있는 법인일 것(the beneficial owner is a company which owns at least 25 per cent of the voting shares)'라고 하고 있고, 한·미 조세조약의 해당 규정은 '지급하는 법인의 발행된 의결권 있는 주식의 10%가 배당수취법인에 의해 소유되어 질 것(10 per cent of the outstanding shares of the voting stock of the paying corporation was owned by the recipient corporation)'라고 하고 있다. 조세심판원은 위의 결정례에서 특별한 반성적 고려없이 한·일 조세조약의 소유의 개념을 한·미 조세조약의 소유의 개념과 달리 볼 특별한 이유가 없다고 하여 위 대법원 판결의 해석론을 그대로 한·미 조세조약의 해당 조항 해석에 적용하고 있다. 그러나 이에 대해 한·일 조세조약에서 말하는 '수익적 소유자(the beneficial owner)' 개념에는 도관회사를 통하여 주식을 간접 소유하는 경우까지 포함하고 있지만, 한·미 조세조약에서 말하는 '배당수취법인(the recipient corporation)'는 직접 소유를 전제로 배당을 수취하는 법인을 말하므로, 같은 해석론을 전개할 수 없다는 반론도 가능하다. 미·일 조세조약상 배당소득 제한세율의 개정 역사를 살며보면, 1972년 처음 발효되었을 때에는 한·미 조세조약의 문구와 같이 'at least 10 percent of the voting shares of the paying corporation was owned by the recipient corporation'라고 되어 있었지만, 해석상 논란을 겪으면서 개정된 바가 있다. 따라서 한·일 조세조약의 위 규정을 한·미 조세조약의 위 규정과 같이 해석론을 전개해야 하는지 좀 더 세심한 검토가 필요하다고 본다.

또한 OECD는 1995년 모델조세조약을 개정해 '수취인이 동 이자의 수익적 소유자인 경우에는(if the recipient is the beneficial owner of the interest)'을 '동 이자의 수익적 소유자가 동 타방체약국의 거주자인 경우에는(if the beneficial owner of the interest is a resident of the other Contracting State)'로 개정하였다.[37] 즉, 개정 전 조항에서는 수취인과 수익적 소유자를 구분하여 사용하고 있었다.

엄밀한 의미에서 문언만 따진다면 소유의 범위를 확정할 수 없다고 생각한다. 오히려 더 낮은 제한세율을 적용하는 취지나 목적이 문언해석의 방향을 설정해 줄 것이기 때문에 아래의 목적론적 해석을 통하여 문언해석이 이루어져야 할 것이다.

---

37) 오윤, 「국제조세법론」, 한국학술정보(주), 2011, 673쪽.

### 나. 목적론적 해석

조세조약은 국제적 이중과세를 방지하여 국제 투자를 촉진할 목적과 조세회피 행위를 방지하여 국가 간 과세권을 보장하는 것을 목적으로 한다. 조세조약에서 배당소득에 대해서는 거주지국과 원천지국이 모두 과세권을 갖게 된다. 그러다보면 납세자가 국제적으로 이중으로 과세될 위험이 있기 때문에 대부분의 조세조약에서는 배당소득에 대해 원천지국에서 과세할 수 있는 세율의 상한선을 정하고 있는 것이다. 그러나 조세조약상 유리한 세율의 혜택을 받을 목적으로 중간에 도관회사를 설립하여 배당을 수취하는 등 조약의 남용이 국제적 문제가 되기 시작하였다. 이를 방지하기 위한 개념으로 OECD를 중심으로 수익적 소유자의 개념이 조세조약에 등장하기 시작하였다. OECD는 '조세조약과 도관회사의 이용 보고서'에서 수익적 소유자의 개념이 자산의 법적 소유권과는 명백히 구별되며 별도의 소득의 경제적 소유자라고 하고 있다.[38] 따라서 수익적 소유의 의미를 해석함에 있어서는 조세조약의 남용을 방지하기 위함이라는 목적론적 해석을 하여야 한다.[39]

그런데 모자회사에 대한 제한세율이 일반배당에 대한 제한세율보다 낮은 이유는 위와 다른 또 다른 목적을 갖고 있다. 이는 외국에 자회사를 설립하여 직접적인 국제 투자를 촉진하기 위한 관점에서 가능한 한 모자회사에 있어서 중복된 과세를 피하고자 하는 조치이다.[40] 자회사에 대한 투자는 일반적으로 직접투자로 일컬어진다. 직접투자는 직접투자가나 직접투자기업 간에 모든 거래로서 주식취득 등을 포함하고, 직접투자가는 당해기업이 거주자인 경제영역 이외의 기업에게 영속적인 경제적 이익을 갖고 있는 기업으로서 출자의 비율이 원칙적으로 10% 이상의 직접투자관계에 있는 것을 말한다.[41] 즉, 모자회사간 배당소득에 대한 낮은 제한세율은 모회사가 해외의 자회사에게 직접 투자하는 것을 이유로 국제적 이중과세를 받지 않게끔 조정하는 역할을 하는 것이기 때문에, 직접 소유로 한정하는 것이 이 규정의 취지를 충분히 살리는 해석이 될 것이다.

중간 단계에 있는 회사가 실체가 인정되는 회사라면 배당세액에 대해 거주지국에서 세액공제를 받을 수 있기 때문에 어느 정도 이중과세는 조정될 수 있다. 다만, 그 윗 단계에 있는 모회사에까지 이와 같은 혜택을 줄 것인지는 다분히 정책

---

38) OECD, "R(6). Double taxation conventions and the use of conduit companies", 2010.
39) 오윤, "Beneficial Ownership 개념과 실질과세원칙의 관계", 조세법연구 16-1, 한국세법학회, 2010, 361쪽.
40) 矢内一好, 「日米租税條約」, 中央經濟史, 2006, 101쪽.
41) 關口博久, 「租税條約の人的適用に關する研究)」, 大藏財務協會, 2012, 85쪽.

적 판단이라고 생각한다. 다만, 중간 단계에 있는 회사가 도관회사에 불과하여 과세목적상 독립된 실체를 인정하기 힘들다면, 수익적 소유자인 모회사가 '소유'하고 있는 것으로 보아 낮은 제한세율의 혜택을 주는 것은 타당하다고 본다. 2012두24573판결은 소유의 수익적 소유자가 도관회사의 주식을 소유하고, 그 도관회사가 배당지급법인의 주식을 소유한 경우에 이를 일단 간접 소유로 확정하고, 문제가 된 조세조약의 조항은 간접 소유까지 포함된다고 하여 제한세율을 적용하였다. 그러나 도관회사가 과세 목적상 실체가 부인된다면 미국 조세조약의 해석과 같이 수익적 소유자가 배당지급법인의 주식을 직접 소유하고 있는 것으로 볼 여지도 있을 것이다. 그렇다면 굳이 소유의 의미를 간접 소유까지 넓힐 필요는 없었을 것이다. 또한 대부분의 조세조약에서는 '직접소유'로 규정하고 있는데, 2012두24573판결과 같은 입장대로 일관하여 해석한다면 수익적 소유자가 도관회사를 통하여 간접 소유한 경우에는 대부분의 조세조약에서 더 낮은 제한세율을 적용할 수 없게 된다.

## Ⅳ. '소유'의 범위에 대한 입법적 개선방안

이와 같은 내용들을 검토한 결과 한·미조세조약상 '소유'의 개념은 '직접 소유'로 한정하여 해석하는 것이 타당하다고 생각한다. 그러나 이는 대법원 판결의 표현에 따르면 '소유'의 개념을 해석론적으로 축소하여 해석을 한 것이기 때문에 규정상 이를 명확히 하는 것이 필요하다. 한·미 조세조약은 1979년 발효되어 그동안 한 번의 개정도 없이 이어져오고 있다. 국제거래는 하루가 다르게 복잡해지고 다양해지기 때문에 한·미조세조약을 개정하는 것이 시급한 과제라고 할 수 있다. 따라서 한·미조세조약을 개정할 때 이 규정에 대한 개정도 반드시 수반되어야 한다. 개정의 방향은 아래와 같이 세 가지가 가능할 것이다.

### 1. 직접 소유로 한정하는 방안

이는 수익적 소유자가 직접적으로 투자를 한 경우에만 원천지국에서 과세혜택을 주는 것이라 볼 수 있다. 수익적 소유자가 자회사의 자본금이나 의결권의 일정부분을 직접 소유하고 있을 때, 자회사가 조약상 일반 제한세율에 따라 배당소득을 원천징수하더라도 수익적 소유자가 배당받은 소득은 수익적 소유자의 이윤을 이루고 이는 거주지국에서 다시 과세되기 때문에 이중과세를 조정해 줄 목적으로 더

낮은 세율로 원천징수해야 할 직접적인 필요가 있다. 국제투자란 통상 모회사의 해외 자회사에 대한 직접투자를 의미하기 때문에 이를 활성화시킬 목적이라고 보아야 한다. 다만, 이 때 수익적 소유자는 타방체약국의 거주자로 인정되어야 한다.[42] 그렇지 않으면 조약을 남용하는 행위를 방지할 수 없기 때문이다.

OECD 모델조세조약이나 미국의 모델조세조약에서도 이와 같이 직접 소유의 경우에만 한정하여 혜택을 인정하고 있으므로 국제적인 모델조세조약을 따르는 의미가 있다. 우리나라가 체결한 대부분의 조세조약에서도 수익적 소유자가 직접 소유한 경우로 한다고 규정하고 있으므로 이렇게 개정하는 것은 큰 무리가 없을 것이다. 이는 또한 간접외국납부세액공제 제도와의 통일성을 기할 수도 있다. 이전에는 외국손회사의 외국납부세액도 간접외국납부세액공제의 대상이었지만 2015년 법인세법 시행령의 개정으로 외국손회사로부터 받는 배당은 더 이상 간접외국납부세액공제의 대상이 되지 않는다.

다만, 이 때 직접 소유의 개념 속에는 배당지급법인과 수취법인 사이에 도관회사가 존재하는 경우도 포함된다고 해석하여야 한다. 도관회사는 과세목적상 실체로 인정받지 못하고 소득을 모회사에게 이전해야 하기 때문에 실질적으로 모회사가 배당지급법인을 소유하고 있는 것과 같이 평가할 수 있기 때문이다. OECD 모델조세조약과 미국 모델조세조약도 이런 입장을 취하고 있다.

### 2. 직・간접 소유를 모두 포함하는 방안

다음으로는 생각할 수 있는 방안은 직・간접소유를 모두 포함하는 것이다. 일정 범위 이상의 주식을 소유하고 있는 수익적 소유자에게 더 낮은 세율의 혜택을 부여하는 것은 모자회사간의 배당소득에 대해 이중과세를 조정해 주고자 하는 취지에 있다. 이런 법의 취지 및 목적을 관철하기 위해서는 수익적 소유자가 간접 소유하고 있는 경우에도 혜택을 부여하는 것이 타당할 수 있다. 간접 소유하고 있는 경우까지 더 낮은 제한세율을 적용하게 된다면 국제적 투자 유치를 더 활성화시킬 수 있을 것이다. [표2]에서 살펴본 바와 같이 이미 우리나라는 아일랜드, 영국, 이스라엘, 칠레와의 조세조약에서 '직접 또는 간접으로 소유'한 경우를 규정하고 있

42) OECD는 최근 '국제적 세원잠식과 과세소득이전 (Base Erosion and Profit Shifting: BEPS) 방지'에 대한 의견에서 이를 다시금 확인하고, BEPS의 가장 중요한 관심 사항은 조약남용이라고 하고 있다(OECE, BEPS Action6 : Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, 14 March 2014-9 April 2014).

다. 일본도 2003년에 미국과의 조세조약을 개정하면서 '직접 또는 간접으로 소유' 한 경우로 그 범위를 넓힌 바 있다. 일본은 여기서 더 나아가 적격거주자인 모회사가 자회사로부터 받는 배당에 대해서는 원천지국에서 과세 면제를 규정하고 있다.[43] 이 조항에서는 모회사나 자회사가 모두 체약국의 거주자일 것과 자회사가 실질적 사업 활동에 종사할 것, 그리고 법인의 설립 목적이 오로지 조약특혜를 받기 위한 것이 아니어야 한다는 엄격한 요건을 요구하고 있다. 이는 면세되는 모자회사 배당에 대해 조약 편취(Treaty Shopping)을 의도하는 제3국 거주법인 등을 배제하기 위한 목적이다.[44] 당시에 미국이 선진국이고 또한 미국과 서로 투자균형이 이루어지고 있는 조약의 상대방에 대해서 조약상 원천지국 과세를 감면하는 조치를 취하여 투자를 활성화할 필요가 있었기 때문이라고 한다.[45]

우리나라가 위와 같이 네 나라와의 조세조약에서 소유의 범위를 넓힌 것이 다른 체약국에 비해 국제 투자를 더 활성화시킬 필요가 있었기 때문인지는 확실히 확인할 수 없다. 다만, 이렇게 규정하는 것이 다국적 자본을 더 많이 유치할 가능성이 클 것이다. 간접 소유까지 포함하여 규정하는 것은 위와 같은 장점이 있는 반면에, 거주자의 이중과세의 부담의 적고 과세관청이 지분소유관계를 배당지급법인부터 수익적 소유자까지 단계적으로 파악하기 힘들기 때문에 과세행정에 어려움이 있다. 또한 조약상의 혜택을 부당하게 이용하는 것을 용인할 가능성도 있다.[46]

따라서 간접 소유까지 포함할 때에는 과세권이 침해되지 않도록 입법적 조치를 병행할 필요가 있다. 즉, 일반조항이나 배당소득 조항에 특혜제한조항(Limitation of Benefits)을 두거나, 배당소득 조항에 모자회사의 범위를 포함하여 체약국의 거주자가 아닌 제3국의 거주자를 배제하거나, 지분소유비율의 조정 등이 있을 수 있다.[47]

---

43) 미・일 조세조약 제10조 제3항(면세가 되는 모자배당의 요건은 타방체약국의 거주자로서, 배당을 수취한 자가 특정된 날의 말일부터 12개월을 통하여 배당지급법인의 의결권주식의 50% 이상을 직접 또는 어느 체약국의 거주자를 통하여 간접적으로 소유하는 법인으로서, 상장법인 또는 그 자회사 등이어야 하고, 자회사 등이 제22조 제2항의 사업활동 테스트 조건을 만족하고, 체약국의 권한있는 당국으로부터 법인설립의 목적이 오로지 조약의 특전을 받기 위한 것이 아니라고 인정받은 경우이어야 한다.)

44) 矢內一好, 앞의 책, 103쪽.

45) 矢內一好, 앞의 책, 9쪽.

46) 미국 모델조세조약에서는 일반적인 모자회사가 간에는 10%의 제한세율을 적용받을 수 있지만, 자회사가 REITs같은 간접투자기구라면 15%로 세율상한을 정하고 있다. 외국투자자가 다수의 미국회사에 포트폴리오 투자를 해서 15%로 과세되는 것을 피하기 위해 미국에 간접투자기구를 세워 똑같은 투자를 하면서 모자회사간 배당이라는 형식으로 낮은 세율을 적용받을 가능성을 염려한 것이다(이창희, "비거주자・외국법인의 배당소득에 대한 과세", 「서울대학교 법학」 제50권 제4호, 2009, 239쪽).

47) 한・영 조세조약은 제10조 제3항에서 배당을 지급하는 법인이 거주자인 체약국의 법에 의하여

지분소율비율이 너무 낮으면 단순히 지분을 투자할 목적으로 외국 자회사를 설립하게 되어 제도의 취지에 반하게 되므로, 우리나라의 간접외국납부세액공제시 외국 자회사에 대한 투자비율[48] 및 내국법인이 자회사의 배당소득에 대해 익금불산입 받을 수 있는 투자비율[49] 등을 고려해야 한다. 또한 모자회사간에 이중과세를 배제하기 위한 취지를 최대한 살리기 위해서는 일본이나 미국,[50] 유럽연합의 조세조약처럼 50%이상 또는 80% 이상을 모회사가 직・간접으로 소유하고 있는 자회사에 배당에 대해서는 적격요건을 갖춘 경우에 원천지국에서 원천징수를 면제하는 방안을 고려할 필요가 있다.[51]

### 3. 거주자에 따라 직・간접 소유를 구분하는 방안

마지막으로는 체약국에 따라 직・간접 소유를 구분하는 것이다. 미국은 1996년에 프랑스와 조세조약을 개정하면서 제10조 제2항 (a)를 다시 두 개로 구분하여 5%의 제한세율을 인정하고 있다. 즉, 배당금을 지급하는 회사가 미국의 거주자라면 수익적 소유자는 그 회사의 의결권 주식의 10%를 '직접 소유'하여야 하고, 배당금을 지급하는 회사가 프랑스의 거주자라면 수익적 소유자는 그 회사의 의결권 주식의 10%를 '직접 또는 간접 소유'하고 있어야 한다. 배당금을 지급하는 회사가 어느 체약국의 거주자인지에 따라 소유의 개념을 달리 규정하는 방식이다.

만약 우리나라가 체약국과 비교해 자본수출국에 해당한다면 배당금 지급법인이 우리나라 거주자인 경우에는 직접 소유로 한정하고, 배당금 지급법인이 상대 체약

---

법인의 배당 또는 배분으로 취급되는 어느 기업이 특수 관계기업에게 지급하는 여타의 항목을 '배당'으로 정의하면서, 특수관계기업을 다음과 같이 별도로 정의하고 있다. 즉, 일방 기업이 타방 기업의 경영・지배 또는 자본에 직접 또는 간접으로 참여하는 경우, 또는 동일인이 양기업의 경영・지배 또는 자본에 직접 또는 간접으로 참여하는 경우라고 한다.
또한 같은 조 제6항에서는 이 조의 규정은, 배당의 지급원인이 되는 주식 또는 여타 권리의 창설 또는 양도를 통하여 이 조의 혜택을 누리는 것이 동 창설 또는 양도에 관련된 어떤 인의 주된 목적이거나 주된 목적중의 하나인 경우에는 적용하지 아니한다고 하여 조약특전을 배제할 수 있도록 하고 있다.

48) 현재는 발행주식총수 또는 출자총액의 25%이고, 해외자원개발사업을 영위하는 외국법인에 출자하는 경우에는 5%이다(법인세법 제57조 제5항).

49) 법인세법 제18조의3(출자비율에 따라 50%, 30%의 익금불산입율을 규정하고 있다).

50) 최근에 체결된 미국의 조약들은 80% 이상 자회사라면 아예 배당소득 원천징수세를 면제하는 경우가 많다(이창희, 앞의 논문, 245쪽).

51) 특정 비율(50%) 이상의 투자 경제적 거래의 실질 등을 동시에 고려하여 거주자를 결정함으로써 조세조약의 혜택을 제3자국의 거주자가 무임승차하는 것을 막는 방안이 논의되었다고 한다(유복근, "한미 이중과세방지협정 : 개정 추진현황과 주요 쟁점", 조세학술논문집 제21권 제2호, 조세연구포럼, 한국국제조세협회, 2005, 52쪽).

국의 거주자인 경우에는 간접 소유까지 포함하는 것으로 규정할 수 있을 것이다. 우리나라는 아직까지 이런 형태의 규정을 둔 조세조약이 없다. 다만, [표1]에서와 같이 대체로 우리나라보다 경제적 수준이 높거나 비슷할 때에는 지분소유비율이 높고, 우리나라보다 낮을 때에는 지분소유비율이 낮은 것을 볼 수 있다. 미국과의 관계에서는 미국이 자본수출국이고 우리나라가 투자를 유치해야 하는 입장이라면[52] 배당금 지급법인이 우리나라 거주자라면 간접소 유까지 포함하고, 배당금 지급법인이 미국 거주자면 직접 소유로 한정하게 될 것이다.

(논문투고일 : 2015.05.12, 심사개시일 : 2015.06.01, 게재확정일 : 2015.06.19)

김 영 순

한미조세조약, 한일조세조약, 직접소유, 조약남용, 배당소득

52) 2011년 미국의 한국 투자는 2,372백만불이었고, 한국의 미국 직접 투자는 5,878백만불이었다(외교통상부, “주요 경제통상 통계”, 2012. 10., 13쪽).

# 【참 고 문 헌】

## Ⅰ. 단행본

김준석, 한인철, 「국제조세실무」, 삼일인포마인, 2012.
오윤, 「국제조세법론」, 한국학술정보(주), 2011.
임승순, 「조세법」, 박영사, 2014.

## Ⅱ. 논문

백진현, “조약의 국내적 효력”, 국제법학회논총 제45권 제1호, 2000.
안경봉, 윤지현, “실질과세원칙의 조세조약에의 적용”, 조세법연구 제13권 1호, 한국세법학회, 2007.
오 윤, “Beneficial Ownership 개념과 실질과세원칙의 관계”, 조세법연구 16-1, 한국세법학회, 2010.
유복근, “한미 이중과세방지협정:개정 추진현황과 주요 쟁점”, 조세학술논집 제21권 2호, 한국국제조세협회, 2005.
윤현석, “조세조약의 남용 방지”, 조세학술논집 제22권 1호, 조세연구포럼, 2006.
이재목, “조세조약 개정의 최근 동향”, 조세학술논집, 조세연구포럼 제21권 1호, 2005.
이창희 “비거주자・외국법인의 배당소득에 대한 과세”, 「서울대학교 법학」 제50권 제4호, 2009.
_____, “조세조약 해석방법”, 조세학술논집 제23집 제2호, 국제조세협회, 2007.
_____, “조세법연구방법론”, 법학 46권 2호, 서울대학교 법학연구소, 2005.
정승환, “형법상 유추금지에 관한 고찰”, 안암법학, 안암법학회, 2001.
제성호, “조약의 해석에 관한 연구-비엔나조약법협약의 규정을 중심으로-”, 서울대학교 법과대학석사학위논문, 1983.
최 관 외2, “국가간 조세조약 체결이 한국기업의 해외직접투자에 미치는 영향”, 국제경영연구, 제10권 1호, 한국국제경영학회, 1999.
한성수, “한・미조세조약의 개정방안”, 서울시립대학교 세무전문대학원 박사학위논문, 2008.
재정경제부, “제3차 한미 조세조약 개정회담 세부대책”, 2001.

關口博久, 「租稅條約の人的適用に關する研究)」, 大藏財務協會, 2012.

矢內一好, 「日米租稅條約」, 中央經濟史, 2006.

Andersen, Richard E., Analysis of United States Income Tax Treaties, thomson reuters tax and accounting, 2015.

Brian J. Arnold & Michael J. McIntyre, International Tax Primer, Kluwer Law International, 2002.

Brockway, "The Interpretation of Tax Treaties and Their Relationship to Statutory Law", Canadian Tax Foundation Reports of Proceedings of the 35th Tax Conference 619, 1984.

Hugh Ault, The Role of the OECD Commentaries in the Interpretation of Tax Treaties, Intertax, 1994.

Klaus Vogel, Double Taxation Convention, 1998.

OECD, Double Taxation Convention on Income and Capital, 1996.

OECE, BEPS Action6:Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, 14 March 2014-9 April 2014.

Abstract

# A study on the Improvement of the Korea-US Tax Treaty Article 12 dividend income derived by Paternity Company

– focused on the concept of "ownership" –

Kim, Young Soon

Convention between the Republic of Korea and the United States of America for the avoidance of double taxation of income and the prevention of fiscal evasion and the encouragement of international trade and investment(hereinafter 'the Convention') was concluded in 1979. It has played an important role in foreign investment. Although the global economy has changed severly for 30 years more over, however, the convention has not revised yet once.

Recently Supreme Court (Supreme Court 24/05/2013 2012du24573 Decision) ruled the important decision. This decision was about the issue of whether the parent company may be taxed at a lower tax rate limit, when the company owned indirectly by the parent company pays a dividend in the Korea-Japan Tax Treaty. The Court affirmatives.

The Convention states that the rate of tax imposed by one of the Contracting States on dividends derived from sources within that Contracting State by a resident of the other Contracting State shall not exceed 10 percent of the gross amount of the dividend if at least 10 percent of the outstanding shares of the voting stock of the paying corporation was owned by the recipient corporation. The concept of "ownership" is very important and critical problem. Korean administrative

and U.S. Treasury decided that “ownership” generally meant direct rather than indirect ownership, even if the treaty does not expressly so provide. In general, shares held by an affiliate of the shareholder cannot be counted towards this requirement.

In this paper, we first express provisions relating to the provision, the United States and the OECD model tax treaty cases interpreting the commentary and analysis, including analysis wording and a teleological interpretation. Unlike the Supreme conclusion, it is reasonable that “ownership” generally meant direct rather than indirect ownership.

Moreover in this paper, we propose an article that should be revised. The methods are three, the first one is direct ownership, the second is direct or indirect ownership, and the last one is different ownership according to the residents of contracting states. It depends on the policy between international tax avoidance and the facilitate international investment.

**Kim, Young Soon**

Korea-US tax treaty, Korea-Japan tax treaty, direct ownership, treaty abuses, dividend income

# 成均館法學

第27卷　第2號

法學研究所

2015

# 성균관대학교 「成均館法學」편집위원회 운영규정

제1조 (목적) 이 규정은 법학연구소 규정 제13조에 따른 편집위원회의 구성 기타 운영에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (구성) 편집위원장 및 편집위원은 4년제 대학(법학전문대학원 포함)의 전임교원 및 법조실무가 가운데서 7인 이상을 소장이 위촉한다.

제3조 (편집위원의 임기) ① 편집위원장 및 편집위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.
② 소장은 특별히 필요하다고 인정되는 경우에 임기가 종료되지 아니한 위원을 운영위원회의 동의를 얻어 해촉할 수 있다. 또한 소장은 해촉된 위원을 교체하기 위하여, 또는 사임한 위원을 승계하기 위하여, 기타 필요한 경우에 편집위원을 새로 선임할 수 있고, 그 임기는 퇴임한 위원의 잔여임기로 한다.

제4조 (편집위원회 업무 등) 편집위원회는 다음 각호의 사항을 처리한다.
1.『성균관법학』에 게재를 신청한 원고의 심사를 위한 심사위원의 선임
2. 심사결과의 평가와 게재 여부의 결정
3. 심사결과에 대한 이의의 처리

제5조 (논문심사의 위촉) ① 투고된 원고는 원칙적으로 편집위원장를 통해 위촉된 심사위원에 의하여 1편당 3인에 의하여 심사된다.
② 심사위원은 원칙적으로 외부 심사위원 2인 이상으로 한다. 단, 부득이한 사정이 있는 경우 이러한 내 · 외부 심사위원의 비율을 변경할 수 있다.
③ 편집위원장은 당해 논문의 전공분야의 박사학위자 또는 당해 논문제목과 동일 또는 유사한 선행 논문을 발표한 전문가에게 심사를 위촉함을 원칙으로 한다.
④ 논문심사에 있어서 심사위원과 투고자의 인적사항은 밝히지 않는다.

제6조 (게재 결정) ① 편집위원회는 개별심사원의 의견을 종합하여 법학연구소 심사규칙 제4조 제1항 및 제2항에 따른 심사결과가 모두 “수정 후 게재” 이상인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 게재를 허용한다.
② 논문심사의 결과에 “대폭 수정 후 차호 재심사”가 들어있는 경우에는 재심사의 진행가능성 및 수정지시의 준수 여부 등을 고려하여 게재여부를 결정한다.
③ 법학연구소 심사규칙 제4조 제2항에 따른 심사결과가 일치하지 않는 경우 또는 심사결과에 “게재유보”가 포함되어 있는 경우 편집위원장은 당해 논문을 심사하지 않은 다른 1인의 심사위원에게 재심사를 의뢰할 수 있다.
④ 동일인(공동저자 포함)은 동일호에 1편의 논문만을 투고/게재할 수 있다.

제7조 (게재결정에 대한 이의) ① 법학연구소 심사규칙 제4조에 의하여 “대폭 수정 후 차호 재심사” 또는 “게재유보”의 결정을 통고 받은 신청인은 통지를 받은 날로부터 3일 이내에 편집위원장에게 서면 또는 전자우편으로 이의를 제기할 수 있다.
② 제1항에 따른 이의가 제기된 경우 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 이를 처리하여야 한다.
③ 편집위원장은 제2항에 따른 편집위원회의 결과를 지체 없이 신청인에게 통지하여야 한다.

제8조 (편집위원회의 운영) ① 편집위원장은 년4회 정기편집회의를 소집하여야 하며, 본 연구소의 소장이 요구할 경우 임시편집회의를 소집할 수 있다.
② 편집위원회는 재적 과반수 출석과 출석 과반수 찬성으로 의결한다.
③ 필요하다고 인정되는 경우 편집위원장은 서면결정으로 편집위원회에 갈음할 수 있다.
제9조 (비밀준수의무) 편집위원은 편집위원회의 업무에 관하여 얻은 정보를 공개하지 않을 의무가 있다.

< 부 칙 > 본 규정은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규정은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규정은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규정은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2014년 12월 11일부터 시행한다.

# 성균관대학교 「成均館法學」 연구윤리규정

제정: 2007. 12. 21

제1조 (목적) 이 규정은 성균관법학에 투고된 글에 관하여 연구윤리위반에 대해 판정하고, 더 나아가 연구윤리의 확산과 부정행위 방지를 목적으로 한다.

제2조 (연구윤리위반의 종류) 연구윤리위반에는 아래의 행위가 포함된다.

1. 표절 등 타인의 저작권을 침해하는 행위
2. 논문의 작성에 실질적인 기여 없이 작성자로 기재하는 행위
3. 과거에 출판된 논문 등 저작물을 중복하여 출판하는 행위
4. 상당한 이유 없이 타인의 명예를 침해하는 표현을 사용하는 행위
5. 학계에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 행위

제3조 (연구윤리위원회의 구성) ① 법학연구소규정 제15조에 따라 구성된 성균관대학교 법학연구소의 연구윤리위원회가 성균관법학 윤리위원회(이하 위원회라 한다)의 업무를 수행한다.

② 위원회는 연구윤리위원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성한다.

③ 연구윤리위원장과 연구윤리위원은 법학연구소장이 위촉한다.

제4조 (연구윤리위원의 임기) 연구윤리위원장과 연구윤리위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

제5조 (위원회의 권한) ① 위원회는 투고된 글의 연구윤리위반에 대해 심의하고 의결한다.

② 위원회는 연구윤리위반 사안을 검토하기 위해 조사위원을 선임할 수 있다.

제6조 (위원회의 회의) ① 위원장은 위원회를 소집하고 그 의장이 된다.
② 위원장은 투고된 글의 연구윤리위반에 관해 의심이 있을 때나 심의 요청이 접수된 때에 회의를 소집하여야 한다.
③ 회의는 위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.
④ 당해 사안에 대해 공정성을 기대하기 어려운 사유가 있는 위원은 심의나 의결에 관여할 수 없다.

제7조 (조사위원의 권한과 의무) ① 조사위원은 당해 사안이 심의되는 위원회의 회의에 참석하여 발언할 수 있다.
② 조사위원은 당해 사안에 관해 조사보고서를 작성하여 위원회에 제출해야 한다.

제8조 (피조사자의 권한) ① 피조사자는 회의에 출석하여 진술할 권한을 가진다.
② 피조사자는 위원회의 결정이 있은 날로부터 15일 이내에 그 결정에 대해 통지를 받을 권한을 가진다.
③ 피조사자는 통지를 받은 날로부터 7일 이내에 재심을 청구할 권한을 가진다.

제9조 (연구윤리위반에 대한 조치) 위원회는 제2조의 연구윤리위반에 대하여 다음의 조치를 취한다.
1. 투고된 원고에 대한 게재 거부
2. 게재된 경우라면 성균관법학 논문목록에서 삭제
3. 투고자에 대하여 3년 이상 성균관법학에 논문투고 금지
4. 법학연구소 홈페이지에 위반사항 공고
5. 투고자의 소속 기관장에 위반사항 통보

제10조 (위원의 비밀유지의무) 위원장과 위원은 위원회의 직무와 관련하여 취득한 사항에 대하여 비밀을 유지하여야 한다.

제11조 (연구윤리에 대한 교육) 연구윤리위원장은 법학연구소장과 협의하여 연구윤리를 확산하고 부정행위를 방지하기 위한 교육을 정기적으로 실시한다.

제12조 (운영예산) 위원장은 위원회의 운영 및 조사에 필요한 예산을 책정하여 지급할 수 있다.

제13조 (타규정의 준용) 성균관대학교 '연구윤리 및 진실성 확보를 위한 규정'을 준용한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2007년 9월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 이 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

# 성균관대학교 「成均館法學」투고규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구소에서 발행하는 성균관법학(이하 학술지)에 게재할 논문 투고에 관한 사항을 정하는 것을 목적으로 한다.

제2조 (투고자격) ① 투고 요청논문은 다음 각호에 해당하는 자에 한한다.

1. 성균관대학교 법학전문대학원 교수
2. 성균관대학교 법학연구소 연구원
3. 전국의 법과대학 및 법학전문대학원 교수, 판사, 검사, 변호사
4. 법학 박사학위 과정 이상인 자
5. 기타 편집위원회의 승인을 얻은 자

② 상기의 자격을 가진 자는 공동저술이 가능하며, 공동저자의 경우에는 제1저자가 주저자가 된다.

제3조 (투고원고) 학술지에 투고할  원고는 다음과 같다.

1. 발표논문 : 본 연구소 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 따로 투고된 논문
3. 판례평석
4. 기타 편집위원회에서 학술적 가치가 있다고 인정한 번역물과 서평 등

제4조 (원고제출) ① 학술지에 논문을 게재하고자 하는 자는 원고를 각각 발간일 60일 전까지 원고파일을 온라인 논문 투고 및 심사 시스템 홈페이지(https://icls.jams.or.kr)에 제출함을 원칙으로 한다. 단, 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 원고제출은 그 다음날까지 할 수 있다.

② 투고자는 법학연구소가 제공한 논문투고 신청서 및 논문연구윤리 확인서 및 논문사용권 등 위임동의서를 제출하여야 한다. 이를 이행하지 아니한 자는 투고

를 철회한 것으로 간주하며, 향후 2년간 성균관법학은 논문투고 신청을 거절할 수 있다.
③ 투고된 논문은 성균관법학 원고작성요령에 따라 제출되어야 한다.

제5조 (원고제출 기일의 연장) 법학연구소장은 논문제출 기일을 연장할 수 있다. 단, 이 기일의 연장은 법학연구소 홈페이지에 공지하여야 한다.

제6조 (심사료 및 게재료) ① 학술지에 원고를 제출할 때에는 심사비 6만원을 납부해야 한다. 게재가 결정된 원고에 대해서는 지정된 기일까지 게재료 20만원과 추가부담금을 납부해야 하며, 추가부담금은 200자 원고지 150매를 초과하는 경우 원고지 1매당 2,000원으로 한다. 이를 이행하지 아니한 논문은 게재하지 아니한다.
② 투고된 논문의 공저인 경우에는 심사료 및 게재료는 인원수에 따라 분담한다. 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다.
③ 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다. 단, 공저인 경우 본교 법학전문대학원의 교수에 한하여 의무가 면제되며 그 외의 자는 그러하지 아니한다.

제7조 (논문게재예정증명서 및 논문게재확인서) 연구소장은 논문게재예정증명서 또는 논문게재확인서를 발급할 수 있다.

제8조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 성균관대학교 법학연구소에 귀속한다.

제9조 (규칙의 개정) 본 규칙은 연구소 편집위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

제10조 (기타) 성균관법학의 논문투고와 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구소 편집위원회의 결정에 따른다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

# 성균관대학교 「成均館法學」 원고작성요령

1. 원고는 논문, 판례평석, 서평, 자료로 구별하여 작성합니다.

2. 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 영문), 필자성명(국문 및 영문), 소속과 직위, 학위, 주소, 전화번호(사무실, 자택, 이동전화), 팩스번호 및 e-mail 주소를 기재하여야 합니다.

3. 원고의 분량은 200자 원고지 100매 내외(A4용지 15매)를 원칙으로 합니다. 다만, 원고가 150매 초과시에는 초과분에 대한 게재료를 추가로 부담하여야 합니다.(추가부담금은 200자 원고지 150매를 초과하는 경우 원고지 1매당 2,000원으로 합니다)

4. 제출하는 원고에는 반드시 목차, 국문요약(외국어 논문인 경우에는 외국어요약), 참고문헌, 외국어초록(외국어 논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어 5개 이상의 주제어를 첨부해야 합니다. 단, 2015년 3월호 게재될 논문의 외국어 초록과 외국어 주제어는 영문으로 작성해야 합니다.

5. 주석은 각주로 처리합니다.

6. 논문은 '아래한글'로 다음의 규격에 따라 작성합니다.
가. 본문 : 왼쪽 여백 25, 오른 여백 25, 들여쓰기 5, 줄간격 170, 글꼴 바탕, 글자크기 10.5
나. 각주 : 왼쪽 여백 3, 오른 여백 0, 들여쓰기 -3, 줄간격 150, 글꼴 바탕, 글자크기 9

7. 직접 인용할 때에는 " "를 사용하고 강조할 때는 ' ', 방점 또는 밑줄을 사용합니다.

8. 출전은 필자, 논문명, 서명, 판수, (출판사, 간행 년도) 인용면수 순으로 표시합니다.
[예 : 김갑돌, "상법의 이념", 「成均館法學」 제11호 (법학연구소, 1999) 1쪽]

외국출전은 그 나라의 표준적인 표시방법에 따라 표시할 수 있습니다.
[예 : Joe A. Kim, "Corporate Goverance", 27 A.A.L.Rev. 103, 107~109 (1997)]

9. 국문 또는 한자로 표기되는 저서는 「 」로, 논문은 " "로 표시합니다.

10. 국문 또는 한자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 쪽 또는 면으로, 로마자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 p. 또는 S. 로 인용면수를 표시합니다.

11. 국내 판결은 선고 법원, 선고일, 판결 또는 결정, 사건번호의 순으로 표시하고 [예 : 대법원 1995. 1. 1.선고, 1994가1111 판결], 외국의 판결은 그 나라의 표준적인 인용방법에 따릅니다.

12. 외국 인명이나 지명은 우리말로 표기하고 명확히 하고자 할 때에는 ( )안에 언어를 표시합니다. [예 : 화이트(James J. White)]

13. 공저자는 '/'를 사용하여 표기합니다. [예 : 김갑돌/이을순/박명희]

14. 면수나 연도 등에서 '부터 까지'를 나타내는 부호로 '–'이 아닌 '~'를 사용합니다.

15. 영문 성명, 논문명, 판결명 등에서 첫 자 이외에는 소문자로 표기합니다.

16. 일본어 논문명, 서명 등은 번역하지 않고 그대로 표기합니다.

17. 기념논문집은「××× 기념논문집」또는「○○○–××× 기념논문집」으로 표기합니다.

18. 특별한 의미가 없는 한 각주에서 '참조'표시를 하지 않습니다.

19. 저자(필자)의 명칭은 본국에서 일상적으로 쓰는 순서대로 표기합니다.

# 성균관대학교 「成均館法學」심사규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구소(이하 '연구소'라 한다)에서 간행하는 『성균관법학』에 게재하기 위하여 투고된 논문, 판례평석, 기타 원고 등의 심사절차를 정함으로써 공정한 심사기준을 마련함을 목적으로 한다.

제2조 (심사대상) 투고규칙 제3조에 따라 투고된 논문은 심사대상이 된다. 단, 번역물과 서평 등은 논문심사에서 제외할 수 있다.

제3조 (논문심사의 위촉과 심사절차) 논문심사의 위촉은 편집위원회 운영규정 제5조에 따른다.

제4조 (논문심사기준) ① 논문심사는 다음 각호의 기준에 따른다.

1. 논문의 독창성
2. 논문의 전문성
3. 논문의 형식
4. 논문의 해당분야 이론 및 실무의 관한 발전에 대한 기여도

② 논문에 대한 평가는 다음의 단계로 구분한다.

1. 수정이 필요 없을 경우 : "현행대로 게재"
2. 간단한 수정이 필요한 경우 : "수정 후 게재"
3. 전면적인 수정이 필요하며, 금번호에는 게재가 어려운 경우 : "대폭 수정 후 차호 재심사"
4. 게재가 가능하지 않는 경우 : "게재유보"

제5조 (개정) 이 규칙은 『성균관법학』편집위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

< 부 칙 >  본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

# 성균관대학교 「成均館法學」 발행규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 『성균관법학』을 발행함에 있어 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (학술지명) 법학연구소는 국내학술지로『성균관법학』(SungKyunKwan Law Review)을 발행한다.

제3조 (발간시기) ① 성균관법학은 연4회 발간한다.
② 성균관법학의 발간일자는 매년 3월 31일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 31일로 한다.
③ 성균관법학에 게재된 저작물에는 논문투고일자(2***년 *월 *일), 심사일자(2***, *월, *일, 게재확정일자(2***, *월, *일)를 표기한다.
④ 편집위원회의 결정에 의하여 기념호 또는 특집호를 발간할 수 있다.

제4조(별쇄본의 제작) ① 성균관법학에 게재가 확정된 논문에 대해서는 별쇄본을 제작하여 이를 각 논문제출자에게 무상으로 제공한다.
② 무상으로 제공되는 별쇄본은 10부로 한다. 다만, 논문제출자의 신청이 있으면 제출자의 비용부담으로 추가 제공할 수 있다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우 제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 >  본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

## 法學硏究所 운영위원회

- 연구소장 임건면
- 운영위원 김일환, 김천수, 박광민, 성재호, 정호열, 최봉철, 최준선

## 法學硏究所 편집위원회

- 편집위원장 김일환(성균관대학교)
- 편 집 위 원 권건보(아주대학교), 김재범(경북대학교)
  김해원(전남대학교), 김홍식(안동대학교)
  노명선(성균관대학교), 윤석찬(부산대학교)
  윤종민(충북대학교), 정경영(성균관대학교)
  정차호(성균관대학교)

## 法學硏究所 윤리위원회

- 윤리위원장 최봉철(성균관대학교)
- 윤 리 위 원 노수환(성균관대학교), 오상현(성균관대학교)
  이해완(성균관대학교), 정상현(성균관대학교)
  정재황(성균관대학교), 패트리샤 게디(성균관대학교)
  한석훈(성균관대학교)

- **연락처** : **서울시 종로구 명륜동** 3**가** 53**번지**
  **성균관대학교 법학관** 303**호 법학연구소**
- **전 화** : (02) 760-1288 Fax : (02) 760-1289
- Homepage : http://law.skku.edu/law/menu_5/sub5_1.jsp
- **온라인논문투고 및 심사시스템** : https://icls.jams.or.kr
- E-mail : icls@skku.edu

成均館法學
第27卷 第2號

1판 1쇄 인쇄 2015년 06월 30일
1판 1쇄 발행 2015년 06월 30일

발 행 인 : 임 건 면
발 행 처 : 성균관대학교 법학연구소
주　　소 : 110－745 서울특별시 종로구 명륜동 3가 53
전　　화 : (02)760－1288
팩시밀리 : (02)760－1289
E－mail : icls@skku.edu
등록번호 : 1992년 12월 22일 제1-1469호
ISSN 1229-943X