

# 成均館法學

第28卷 第1號



法學研究所

2016



# 目 次

## 研究論文

- 청소년보호를 위한 독일 규제기구에 관한 헌법적 고찰  
..... 김일환 1
- 개인정보 법체계 정합성 확보를 위한 소고  
-금융, 의료, 정보통신 법역(法域)을 중심으로 ..... 김현경 31
- “통신자료 등” 취급 문제의 해결을 위한 법해석론적인 제언  
..... 김민이 · 이경렬 71
- 금전채권에 대한 선행 처분금지가처분과 후행 가압류의 우열  
..... 문영화 97
- 신용카드 채무면제 · 유예계약의 법률관계에 관한 소고  
..... 정경영 139
- 선순위 혈족상속인 전원의 상속포기와 그 효과 ..... 류일현 173
- 民法 第126條의 正當한 理由의 存在에 對한 判例理論에 對한 小考  
..... 최문기 201
- 특허무효심판 심결에 대한 심결취소소송의 심리범위:  
무제한설에서 제한설로! ..... 양성미 · 정차호 247
- 환태평양경제동반자협정(TPP)의 원산지 판단 기준 ..... 이제희 283
- 프라이버시 보호를 위한 무인항공기(드론) 규제 개선 방안 연구  
..... 백수원 313

# CONTENT

## Articles

- Eine Verfassungsrechtliche Untersuchung über die regulierte Selbstregulierung  
im Bereich Jugendschutz in Deutschland  
..... Kim Il Hwan 1
- Study on Consistency of the Personal Information Legal Framework  
..... Hyunkyung, Kim 31
- Problem and Suggestions regarding the ‘Communication Data’ System  
..... KIM MIN EE • LEE KYUNG LYUL 71
- Eine rechtliche Untersuchung über die Priorität bei der vorangegangenen  
einstweiligen Verfügung mit Anordnungen von Verfügungsverbot und  
dem nachfolgenden Arrest in derselben Geldforderungen  
..... Young Hwa Moon 97
- A Study on the Legal Structure of Debt Cancellation and Debt  
Suspension of Credit Card ..... Gyung Young Jung 139
- Renunciation of Inheritance by All the Descendants in Prior Order  
..... RYOU, Il-hyeon 173
- A Study on the Theory of Judicial Precedents about Existence of  
Justifiable Reason of the Article 126 in Civil Act  
..... Choi, Moon-Ki 201

- Review Scope of a Trial Revocation Litigation Against a Patent  
Invalidation Trial Holding ..... Sung Mei LIANG · Chaho JUNG 247
- A study on rules of origin in the Trans-Pacific Partnership  
..... Jehee Lee 283
- A Study On the Improvement Scheme of Regulation on Drone  
..... Baek, Soo-won 313



## 발 간 사

개나리, 진달래 그리고 벚꽃이 캠퍼스를 아름답게 수놓고 있습니다.

2016년 첫 번째 성균관법학을 발간합니다.

이번 성균관법학에는 엄격한 심사를 거쳐 총 10편의 주옥같은 논문을 게재하게 되었습니다.

우선 옥고를 기고해 주신 많은 집필자들에게 감사의 말씀을 드립니다. 훌륭한 논문을 투고했음에도 불구하고 이번호에 게재되지 못한 필자 여러분에게도 죄송한 마음과 감사의 말씀을 전합니다. 앞으로도 성균관법학에 대한 많은 관심과 애정을 부탁드립니다.

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

여러분이 투고해 주시는 논문은 우리 성균관법학의 질과 학문의 우수성을 높이는 초석이 될 것입니다. 앞으로도 성균관법학의 발전을 위한 많은 관심과 애정을 부탁드립니다.

여러분의 건승과 학문적 성취를 기원합니다.

2016. 3. 31.

법학연구소장 임 건 면



# 청소년보호를 위한 독일 규제기구에 관한 헌법적 고찰

김 일 환\*

- |  |   |
|--|---|
| 1. 문제제기                                  | 4. 청소년보호영역에서 유해정보 등의 통제를 위한 규제된 자율규제의 구체적 내용 - 멀티미디어서비스 자율규제기구(FSM)의 법적 지위와 권한 및 활동 - |
| 2. 유해정보 등의 통제를 위한 '규제된' 자율규제의 헌법상 근거와 내용 |   |
| 3. 청소년보호영역에서 규제기구의 법적 근거와 유형             | 5. 결론   |

## 【국 문 요 약】

인터넷 등을 통하여 아동청소년에게 유해한 정보를 제공하는 것을 통제하기 위하여 행정권이 직접 내용규제를 하는 것이 아니라 설립된 공적 기구에 의한 규제, 민간에 의한 자율적 규제, 공공과 민간의 협업에 의한 규제 등의 다양한 형식으로 규제방식이 변화되고 있다. 독일은 헌법과 법률 등을 통하여 규제된 자율규제시스템을 도입하고 있다. 이를 통하여 유해정보 등의 규제에 관한 국가와 민간이 공동으로 역할을 분담하여 집행하고 있음을 알 수 있다. 멀티미디어 영역에서 독일 기업은 물론 구글이나 야후 등과 같은 글로벌 기업들도 FSM에 회원으로 가입하여 규제된 자율규제의 틀 속에서 관련 독일법체계에 따르도록 요구받고 있다. 청소년 보호를 위한 유해정보와 관련하여 2003년 4월 이후로 작동되는 규제된 자율규제 체제는 국가와 산업의 협력을 제공한다. 국가는 법적 기초와 그에 상응하는 구조를 제공한다. 이러한 틀에 기초하여 그 내용을 채우는 것은 제공자(산업)들의 개별적인 책임이다. 해당 자율규제기구의 결정이 법률상 부여받은 권한의 범위 안에 있다면, 관련 국가기구가 개입하거나 또 다른 제제를 부과하는 것이 인정되지 않는다. 자율규제기구의 회원이, 당해 자율규제기구가 규정하고 있는 금지된 행동강령들을 위반하게 되면, 당해 자율규제기구는 자체적으로 시정조치 및 징계를 하거나 벌금이나 제명과 같은 기구 자체의 징벌수단을 행사할 수 있도록 하고 있다.

\* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

## 1. 문제제기

인터넷 등을 통하여 아동청소년에게 유해한 정보를 제공하는 경우에는 적절한 보호 장치를 통해 규율될 수 있도록 하거나 일부 시간대의 유통을 금지하거나 광고의 시간이나 방법까지도 규제하기도 한다. 아동청소년에게 유해한 정보는 규제해야 한다는 이념은 동일할지 몰라도 규제의 방식과 유형은 당연히 개별 국가의 법적 전통과 헌법체계에 따라 다를 수밖에 없다. 그와 동시에 오늘날 인터넷을 중심으로 생활 전반에 글로벌화가 급속도로 진행되어 왔으며, 해외 불법정보가 급증하고 글로벌 인터넷 서비스 사업자의 영향력이 개별 국가의 규제를 무력화할 수 있을 정도로 막강해지고 있는 상황에서 이에 대한 대응방안의 마련이 개별국가는 물론 국제적 차원에서 시급해졌다.<sup>1)</sup> 무선인터넷과 스마트기기의 상용화로 인하여 전 세계 모든 아동·청소년에게 유해한 콘텐츠가 언어와 국경의 제약 없이 유통되고 있을 뿐 아니라 불법정보 역시 해외에 서버를 두거나 글로벌 기업에 의하여 직접 서비스되는 인터넷 콘텐츠로 제공되고 있으므로 이에 대한 규제가 필요하다.<sup>2)</sup> 불법정보 및 관련 범죄에 대한 대응방식으로 가장 강력한 것은 형벌을 가하는 것이며<sup>3)</sup>, 범죄에 이르지 아니하는 인터넷상 불법정보에 대하여는 국가공권력에 의한

1) “국민 10명 중 8명은 성매매·음란 정보 유통 실태가 '심각하다'고 인식하고 있다. 방송통신심의위원회가 배포한 '2014년 인터넷 불법·유해정보 실태 조사 보고서'에 따르면 응답자의 81.5%는 스팸 메일, 포털사이트 카페·블로그, 인터넷 팝업·배너광고, 모바일 메신저 등 5곳을 통한 성매매·음란 정보 유통 실태가 '매우 심각하다'거나 '약간 심각하다'고 답했다. 응답자들이 불법·유해정보를 접촉하게 되는 주요 경로는 스팸 메일(44.9%), 포털사이트 카페·블로그(38.4%), 인터넷 팝업·배너 광고(34.1%), 모바일 메신저 서비스(33.5%) 순으로 나타났다. 인터넷상 불법·유해정보에 대한 규제가 강화돼야 한다고 답한 응답자는 전체의 64%에 달했다.”(뉴시스, 2015. 1. 15.) 이에 관하여 자세한 것은 방송통신심의위원회, 2014년 인터넷 불법·유해정보 실태 조사 보고서, 2014 참조.

2) 이에 관하여는 한국인터넷진흥원, 글로벌 기업에 대한 개인정보보호 규제효과 제고 및 불법·청소년유해정보의 유통금지를 위한 국가 간 협력방안 연구, 2014, 192면 : “방송통신심의위원회의 심의를 통해 해외 불법정보에 국내 이용자가 노출되지 않도록 해외망서비스제공 국내 ISP를 통해 ‘접속차단’하고 있다. 그럼에도 불구하고, 본 불법정보 콘텐츠가 삭제되지 않고 그대로 있어, 우회 접속, 암호화 접속 등으로 해당 불법정보에 접근이 가능하다는 문제가 여전히 해결해야 할 과제로 남아 있다. 한편, 국내 불법정보의 경우, 국내 통신사업자를 대상으로 해당 정보를 대상으로 ‘삭제’ 등의 조치가 가능하지만, 해외 글로벌사업자에게는 ‘국내법 적용 등 집행상 애로’ 및 ‘관할권 다툼 등 국제분쟁 소지’ 등으로 직접 규제하기 보다는 자율조치 및 국내 이용자의 접근만 차단하는 간접 규제방식을 추진해 왔다. 접속차단의 효과를 살리면서, 국내업체들의 역차별도 줄일 수 있는 적절한 수준의 방안이 마련될 필요가 있다.”

3) 이에 관하여는 한국형사정책연구원, 불법·유해정보의 유통방지를 위한 형사규제의 실효적 확보 방안, 2007 참조.

내용심사를 통하여 해당 표현(물)의 유통을 금지하고 이를 위반하는 자에 대하여 행정권 내지 형벌권을 발동할 수 있다. 이러한 규제방식은 오늘날 인터넷의 발전에 따라 그 한계를 맞고 있다. 이에 따라 행정권이 직접 규제를 하는 것이 아니라 설립된 공적 기구에 의한 규제, 민간에 의한 자율적 규제, 공공과 민간의 협업에 의한 규제 등의 다양한 형식으로 규제방식이 변화되고 있다. 우리나라의 경우 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 및 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 등에 따라 방송통신심의위원회가 심의절차에서 결정을 하면 그에 따라 시정요구를 하거나 아니면 제재조치의 결정에 따른 제재조치 요청을 하고 방송통신위원회가 그에 따라 제재조치를 취하는 2단계 구조로 이루어지고 있다.<sup>4)</sup> 하지만 우리나라 또한 민간 국내사업자는 물론 글로벌 사업자가 청소년 유해정보를 스스로 규제할 수 있는 자율규제시스템을 도입, 정비할 시점에 와 있다. 이처럼 청소년 등에게 유해한 정보의 규율과 관련하여 우리나라의 법제를 분석하기 위한 시사점을 얻기 위하여 비교법적 검토가 필요하다.<sup>5)</sup> 특히 국내적 규율과 국제적 규율, 정부와 민간에 의한 규제가 동시에 행해지고 있는 오늘날의 현실 속에서 비교법적 검토는 더욱 더 요청된다. 이러한 관점에서 이 논문에서는 청소년 유해정보의 규제에 관한 독일의 법제도와 이론을 검토하여 우리나라의 규제체계에 대한 시사점을 얻고자 한다.

## 2. 유해정보 등의 통제를 위한 ‘규제된’ 자율규제의 헌법상 근거와 내용

### 1) 지식정보사회에서 새로운 국가의 역할 : 보장국가의 등장과 내용

정보사회란 정보 그 자체의 중요성이 엄청나게 증대하고 이를 바탕으로 하여 정보의 생산, 유통 및 이용이 기존사회를 새롭게 바꾸는 그러한 사회를 말한다. 이러한 정보사회의 발전형태로서 지식정보사회가 언급되고 있다. 여기서 지식정보사회

4) 한국인터넷진흥원, 전계보고서, 2014, 104면 이하.

5) 이에 관한 비교법적 검토로는 예를 들어 방송통신심의위원회, 아동·청소년 보호관련 심의제도, 2010 ; 방송통신심의위원회, 영국의 방송통신 내용 규제 체계, 2014 ; 최종선, 한국과 독일의 청소년 유해미디어 심의에 관한 연구, 홍익법학 제15권 제1호, 2014 참조.

란 정보가 상호 연계되어 지식이 되고, 지식이 富와 가치 창출의 원동력이 되는 사회를 말한다. 그렇다면 결국 정보사회발전의 역동성 및 그 전개방향에 관한 불확실성이 지배하는 상황 속에서 우리가 추구해야만 하는 정보질서는 개방적이고, 미래지향적이어야 하되, 일방적이고 단선적인 개발과 발전의 추구보다는 기술적, 사회적, 문화적, 경제적 다양성을 고려해야만 한다.<sup>6)</sup> 이에 따라서 법적으로 구성되는 정보질서는 현실적인 사회구조들을 반영할 뿐만 아니라, 또한 이들이 추구해야만 하는 '지침과 기준'을 제공해야 한다. 이에 따라서 정보사회에서 국가에게 새로운 책임 및 권한이 부여되는 바, 이는 헌법 및 이에 근거하는 公法이 핵심적 역할과 기능을 여전히 계속해서 담당해야만 한다는 것을 뜻한다. 지금까지 언급된 설명들을 쫓아간다면 정보사회에서 헌법 및 국가에게는 과거와는 질적으로 다른 새로운 책임이 등장한다. 곧 과거와는 달리 정보사회에서 국가와 헌법에게는 더욱 더 강력하게 개인의 자유와 권리가 성립하고 행사되기 위한 전제조건들을 형성하고 유지하는 게 요구된다. 이에 따라서 정보사회에서는 국가의 역할과 기능이 국가의 직접적인 '이행책임' 및 이에 따라 발생하는 '결과책임'으로부터 이제는 정보질서의 기능과 작용을 가능하게 하는 '보장책임'으로 옮겨간다. 이제 국가는 정보사회의 '틀(윤곽)'에 관한 조건들을 보장하고, 이 속에서 개인의 자유로운 행위들이 가능하도록 하기 위한 구조들을 설정해야만 하는 것이다.<sup>7)</sup>

## 2) 자율규제영역에서 보장국가로서 국가의 역할<sup>8)</sup>

### (1) 성립배경

보장국가란 개념의 발전은 독일에서 1990년대 초반부터 주로 행정법의 개혁을 위해 노력해 온 법학자들의 논의맥락과 긴밀하게 연결되어 있는 것으로서<sup>9)</sup> 보장국

6) 이에 관하여는 김일환, 憲法上 새로운 情報秩序確立을 위한 序說의 考察, 憲法學研究 제7권 제1호, 2001, 207면 이하 참조.

7) Ingwer Ebsen, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, DVBl 1997, 1040면 ; Friedrich Schoch, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57, 1998, 213면.

8) 이에 관하여 자세한 것은 홍석한, 국가역할의 변화에 따른 규제된 자율규제에 관한 연구, 성균관대학교 박사학위논문, 2008 참조.

9) 그 발단은 독일 기본법의 개정, 곧 기본법 제87 f조의 개정에서 찾을 수 있다. 헌법개정시 입법자는 우편-통신시장의 자유화와 관련하여 '국가의 보장 의무'를 우선 언급하였다. 곧 기본법 제87f조

가는 민간으로 하여금 공익을 도모하게 하려는 노력 속에서 특히 법적인 측면에서는 사전에 제도적인 보장을 제공하는 것을 무엇보다 중요시하며<sup>10)</sup>, 국가와 민간 사이에 책임을 분배하는 규범구조의 마련을 요구한다. 그리고 이러한 규범구조 안에서 국가의 보장책임이 구체화된다. 그러나 보장국가는 스스로 모든 법규범을 제정하지 않고, 私人, 특히 경제단체나 전문가 연합, 기타 유사한 조직체들을 통해 특정 분야를 규율하기 위한 자율적인 규범의 제정을 유도하고 장려한다. 그리고 보장국가는 다양한 형식과 강도로 이러한 자율규제를 조정하는 것이다.<sup>11)</sup> 보장국가에서 법은 私人에게 과제를 위임하거나 특정 분야의 규범을 정할 수 있는 권한을 주면서 자율규제의 목표와 한계를 정하거나, 특정한 조건 아래에서 사인에 의해 만들어진 행위의 기준을 구속력 있는 것으로 인정한다. 한편 국가는 자율규제가 원하지 않는 방향으로 흐르는 경우에는 때때로 특정한 규범을 제정하여 사실상의 위협을 가하기도 한다. 그러므로 보장국가에서도 국가의 입법은 자율규제에 대한 조정자원으로서 그리고 전통적인 의미의 국가기관을 통한 규범의 제정으로서 여전히 중심적 의미를 가지고 있다. 국가는 단지 일정한 영역에서만 사회적 입법의 감독자가 되는 것이며, 이 경우에도 국가는 입법을 통하여 사회적 입법을 조정하고 한계를 설정한다. 결국 국가는 여전히 입법을 통하여 분야에 따라 다양한 형태로 사인과 협력하며 발전을 조정하는 것에 기여하는 존재로 남게 된다.<sup>12)</sup>

## (2) 자율규제의 의의와 구성요소

자율규제에 대하여 하나의 통일된 정의는 없다. 적용분야의 수와 그 다양한 형태를 고려하면 자율규제의 개념 자체가 불분명하고 다의적이라는 것은 당연하다.

---

에 따르면 연방은 우편시설과 통신영역에서 적절하고 충분한 서비스를 보장한다. 그러므로 구 국영기업과 다른 민간공급자를 통해 제공될 수 있는, 기본법 제87f조상의 서비스는, 민간 경제적 과제로 여겨진다. 책임영역이 각기 분리된 채 관련되고, 동시에 국가는 그 의무를 받아들여, 시장구조를 위한 법적 틀을 창출한다.(BVerfGE 108, 370/392)

10) Claudio Franzius, Der Gewährleistungsstaat – Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, Der Staat Bd. 42 Heft. 4, 2003, 515면.

11) Albrecht Langhart, Rahmengesetz und Selbstregulierung, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1993, 93면 이하.

12) Georg Müller, Rechtssetzung im Gewährleistungsstaat, in: Max-Emanuel Geis · Dieter Lorenz (Hrsg.), Staat·Kirche·Verwaltung : Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, 2001, 236면~237면.

또한 각 영역별, 국가별로 문화적 전통 또는 정치적, 경제적 이해관계에 따라 자율규제를 정의하고 평가하는 것은 다르게 나타난다.<sup>13)</sup> 이와 관련하여 규제가 '자율'적으로 이루어지고 있다고 평가되는 요소는 우선 공익을 위한 행위의 내용을 결정하는데서 자율성이 인정된다는 것이다. 다음으로 조직법적인 측면에서 자율규제는 행위를 결정하는 주체가 행정주체가 아니라는 점에 특성이 있다. 자율규제의 구성단위는 개개의私人인 경우도 있고, 그 집합체로서 단체인 경우도 있다. 결국 그 속성은 행정주체가 아니기 때문에 '자율'인 것이다. 곧 자율규제는 "민간이 자발적으로 또는 국가의 위임에 의하여, 일정한 규율을 필요로 하는 영역 안에서 공익을 수호하기 위한 하나의 질서를 내부적으로 창출하는 것"이라고 할 수 있다.<sup>14)</sup> 특히 자율규제는 수범자 자신들을 통한 규범의 제정으로서 그 기본이념은 행위기준을 스스로 결정할 수 있는 가능성의 부여에 있다.<sup>15)</sup> 그러나 자율규제가 이러한 규범의 자치적 정립만을 의미하는 것은 아니다. 자율규제도 국가규제와 마찬가지로 전통적인 권력 분립의 삼요소인 입법, 행정, 사법의 형태로서 나타날 수 있다. 따라서 자율규제는 자율규범의 정립, 자율규범의 집행, 그리고 자율적 분쟁해결을 포함한다고 할 것이다.<sup>16)</sup> 다만 자율규제에서 가장 핵심이 되는 것이 수범자 자신을 위한 규범의 제정인 만큼 자율규제를 협의로 사용할 경우는 내부적으로 정립된 자율규범을 의미하게 된다.

### (3) 보장국가에서 자율규제의 재설정

국가역할의 이념적 상징으로서 보장국가는 법현실에 직접적으로 나타나는 것이 아니라 법적인 전환을 필요로 한다. 개별 영역 또는 각 영역을 포괄하는 법적 규정들을 통해서만 보장국가의 구상이 드러나게 된다. 그렇기 때문에 국가의 보장책임은 입법책임이며, 국가의 보장책임에는 우선적으로 입법이 뒤따른다. 보장국가는

13) Manuel Puppis · Patrick Donges(Hrsg.), Selbstregulierung und Selbstorganisation, IPMZ · ZIK, Universität Zürich, 2004, 9면.

14) 이와 유사한 견해로는 Albrecht Langhart, Rahmengesetz und Selbstregulierung, 97면 참조.

15) Alexander Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, 389면~402면. 따라서 자율규제는 탈규제, 곧 결정기제로서 시장 및 경쟁 강화를 위해 행해지는 규제의 포기를 목표로 하는 것이 아니다.

16) 다만 자율규제를 수행하는 주체는 규범의 정립과 그 시행의 강제 그리고 규범의 해석과 제재에 이르기까지 그 기능을 모두 수행하게 된다는 점에서 권력분립의 이념에 반한다는 위험이 있다. Anthony Ogus, Rethinking Self-Regulation, Oxford journal of legal studies Vol.15 No.1, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 1995, 99면.

법적인 준비구조를 통해 사회적 차원의 문제가 적절하게 해결될 수 있도록 도움을 준다는 의미에서 책임을 진다. 보장국가가 비록 민간의 자율규제에 무게를 두고 있지만 그 방향이 공익을 중요시하는 것에 맞추어지는 그러한 질서의 형성이 필요하며 이것은 구조적인 구상이 없이 이루어질 수 없다.<sup>17)</sup> 보장국가에서는 공익을 위한 국가와 민간의 기여가 상호간의 협력을 통해 이루어지는 것을 핵심으로 하는데 이것은 규범의 제정과 운용에서 특히 두드러진다. 곧 이는 국가의 법규범과 사회적 자율규제 간 협력을 말한다. 따라서 자율규제는 결과책임 및 이행책임을 지는 개입국가에서 점점 더 많은 책임을 민간에 이양하는 보장국가로 이행하는 과정에서 사회적 지식과 노력을 이용하기에 적합한 수단이 되며<sup>18)</sup> 단체에 의한 자율규제의 경우 그 구성원들의 직업적 행위에 적절한 한계를 설정하고 이를 관철하는 방식으로 공익을 수호하게 된다.<sup>19)</sup> 이처럼 보장국가는 국가의 독점적인 법규범 생산이라는 좁은 틀은 포기되고 그 대신 잠재적 혹은 실제적 규범생산자들의 다원화에 기초하여 시작되는 것이다. 보장국가에서는 그 특유의 규제필요성을 받아들이고, 국가가 구조적 기반을 마련하고 사회적 자율규제가 작용하도록 하는 규제의 구상이 필요해진다. 이러한 규제의 구상에서 보장국가를 위한 전형적인 규제방안으로 등장하는 것이 바로 ‘규제된 자율규제’이다. 규제된 자율규제의 구상과 보장국가는 직접적인 연관성을 가지는 것으로 평가되는데 특히 책임을 분배하는 보장국가에서 입법의 중심개념이 된다.<sup>20)</sup> 국가의 보장책임은 규제를 자율규제에 완전히 위임하는 것이 아니다. 다만 자율규제가 이루어지는 영역은 그 내부적으로만 들어지는 자치적 규범이 보장국가의 입법체계에 있어서 중심적인 구성요소가 되고 동시에 입법에 관한 원칙들과 법적인 틀을 통하여 국가는 자치적 규범이 공익조화적 성격을 확보하고 있을 것을 담보한다. 과거 국가가 일방적으로 권력을 행사하던 영역에서도 점점 사회의 자율규제능력을 믿으며 또 믿어야 한다는 것은 새로이 나타나는 경향이라고 할 수 있다. 그러나 사회적 자율규제가 그 능력을 발휘하기

17) Claudio Franzius, Der Gewährleistungsstaat – Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, 514면.

18) Alexander Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, C. H. Beck, 2003, 396면.

19) Lauren M. Bloom, Succeeding at Self-Regulation: an Analysis of the Legal and Cultural Principles Applicable to the Effective Promulgation and Enforcement of Professional Standards by the Actuarial Profession, 3면.

20) Gunnar Folke Schuppert, Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft, Die Verwaltung Beiheft 4, Duncker & Humblot, 2001, 222면.

위해 국가는 불가피하게 민간의 자율규제가 공익을 지향하도록 하기 위한 최소한의 기준을 마련해야 한다. 보장국가의 이러한 이념에 따라 이루어지는 자율규제가 바로 ‘규제된 자율규제’라고 할 수 있다.<sup>21)</sup>

#### (4) 정보사회의 규제방안으로서 ‘규제된 자율규제’

##### a) 규제된 자율규제의 개념

위에서 설명한 것처럼 자율규제와 국가규제의 장점을 이용하는 동시에 양자의 단점을 보완하는 구상을 통해 양자를 가능한 범위 내에서 결합시키는 것이 필요하다. 이를 위하여 등장하는 것이 바로 ‘규제된 자율규제’이다.<sup>22)</sup> 규제된 자율규제란 국가가 정해놓은 틀에 따르는 그리고 그 법적인 기초 위에서 작용하는 자율규제라고 할 수 있다.<sup>23)</sup> 국가는 자율규제를 가능하게 하는 구조를 마련하고, 경우에 따라서는 규제목표들이 자율규제를 통해 달성될 수 없거나 바람직하지 않은 부작용이 나타날 때 그 정도에 상응하여 자율규제 프로세스에 개입하는 것으로 자신의 역할을 한정한다.<sup>24)</sup> 자율규제에서 국가의 역할은 기본적으로 법률을 통한 규제의 위협 또는 자율규제가 시장실패와 동일한 결과를 가져오는 경우 그 법률의 집행으로 구

21) Wolfgang Hoffmann-Riem, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat -Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Nomos, 2005, 91면~92면.

22) 독일에서 규제된 자율규제(Regulierte-Selbstregulierung)란 용어를 처음 도입하여 사용한 것은 Wolfgang Hoffmann-Riem으로 여겨진다. 이에 관하여는 Wolfgang Hoffmann-Riem, Multimedia-Politik vor neuen Herausforderungen, Rundfunk und Fernsehen, 1995, 125면 이하 ; Wolfgang Hoffmann-Riem, Regulating Media, NewYork/London, 1996, 326면.; Wolfgang Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen-Systematisierung und Entwicklungs perspektiven, in : Wolfgang Hoffmann-Riem · Schmidt-Aßmann(Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 261면 이하 참조. '규제된 자율규제'를 통한 업무분담적 공익실현의 구상은 1996년 드레스덴(Dresden) 회의에서 “사회적 자율규제와 국가적 조정 사이의 행정과 행정법”이란 주제로 논의되면서 본격화 되었다. Matthias Schmidt-Preuß와 Udo Di Fabio의 발표문은 VVDStRL 56, 1997, 160면 이하 및 235면 이하 참조.

23) Wolfgang Schulz · Thorsten Held, Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens, Hans-Bredow-Institut, 2002, A-5면.

24) Wolfgang Schulz, Regulierte Selbstregulierung im Telekommunikationsrecht. Die informationale Beteiligung Dritter bei der Regelsetzung des Regulierers in Deutschland und den Vereinigten Staaten, Die Verwaltung Beiheft 4, Duncker & Humblot, 2001, 104면 ; Wolfgang Hoffmann-Riem · Wolfgang Schulz · Thorsten Held, Konvergenz und Regulierung. Optionen für rechtlich Regelungen und Aufsichtsstrukturen im Bereich Information, Kommunikation und Medien, Nomos, 2000, 50면.

성되지만 ‘규제된 자율규제’에서는 자율규제를 가능하게 하는 법적 기틀의 마련이 보다 중요한 작용을 한다. 국가 또는 규제기구는 그 밖에도 업계에 자율규제 의무를 부과할 수 있고, 특히 절차적 규범을 공포할 수 있으며, 그 준수를 감독하고 위반 시 제재할 수 있는 권한을 가진다.

## b) 규제된 자율규제의 필요성

국가의 역할에 대해 일어나는 변화와 사회적 영역으로 책임이 이전되는 경향은 국가의 전통적인 수단, 곧 명령적이고 강제적인 수단의 사용을 축소하는 것과 결부되어 있다. 그러나 이는 그 대신 사용되는 규제가 목적에 맞게 사용될 수 있을 때에 허용되는 것이다. 따라서 자율규제 메커니즘 내부에 사회적 권력불균형이 그대로 반영될 위험성을 비롯하여 자율규제 시스템이 악용될 가능성을 감안해야 한다. 예를 들어 자율규제는 공익에 대한 고려의 부족과 경쟁억제를 위한 카르텔을 맺기 위한 기회로 악용될 수 있으며 특히 소비자보호 분야에서 입법을 대체할 능력을 보여주기에 부족한 것으로 드러난다. 또한 자율규제가 국가의 입법을 대체하지 못하는 주된 이유는 자율규범들 가운데 대다수는 사업자단체들이 일방적으로 공포하고 관할하는 것이며 당사자인 소비자들은 영향력 행사에서 제외된다는 사실에 있다.<sup>25)</sup> 오늘날 국가의 강제적 권력에 의하여 국민의 자유와 권리가 침해되는 것 못지않게 자발적인 강제를 의미하는 자율규제의 환영이 자유에 대한 커다란 위협이 되고 있다.<sup>26)</sup> 따라서 모든 자율규제 체계가 근본적으로 필요로 하는 것 가운데 하나는 자율규제를 위한 기본적 틀을 설정하고 기업이 자율규제를 시행할 때 공익에 대한 의무를 따르도록 감독하고 보장할 국가의 존재이다.<sup>27)</sup>

## c) 규제된 자율규제의 내용

### (a) 규제된 자율규제의 핵심요소

25) Albrecht Langhart, Rahmengesetz und Selbstregulierung, 108면~111면.

26) Walter Leisner, Verfassungsgrenzen privater Selbstregulierung, in : Michael Kloepfer, Selbst-Beher-schung im technischen und ökologischen Bereich : Selbststeuerung und Selbstregulierung in der T echnikenwicklung und im Umweltschutz, Duncker & Humblot, 1998, 159면.

27) Manuel Puppis · Patrick Donges(Hrsg.), Selbstregulierung und Selbstorganisation, 62면.

규제된 자율규제의 현실적인 문제는 법을 통한 규제의 적당한 밀도와 강도를 정하는 것에 있다. 법적 틀을 통해 자율규제에 목표가 부여되며, 이 목표를 구체화하는 역할이 자율규제에 맡겨지는 것이다. 이에 법적 틀은 입법권한의 배분과 유사한 성격을 가진다. 규제된 자율규제에서 국가는 민간의 자율규제를 활성화함으로써 규제기능을 위임하고 더 이상 직접적으로 조정은 하지 않지만 법적 틀을 통하여 상위에 속하는 감시자로서 진행되는 자율규제 과정에 영향력을 행사한다. 이때 법은 자율규제에 대하여 간접적인 규제를 한다고 할 수 있다. 또한 규제된 자율규제는 특히 의사결정 및 동의를 형성할 때 절차를 통한 조종을 의미하는 절차적 규제가 핵심이며, 이는 법을 통한 규제와 자율규제의 결합을 위한 매우 훌륭한 방안으로 파악된다.<sup>28)</sup> 이제 입법의 중점은 구체적인 내용통제에 있는 것이 아니라 집단적인 규범제정을 절차적으로 조종하는 것에 있게 된다.<sup>29)</sup> 따라서 규제된 자율규제에서 국가의 역할은 민간영역의 자율적인 협의를 위하여 법적인 원칙을 세움으로써 절차를 조정하는 것에 중점이 놓이게 된다.

#### (b) 규제된 자율규제의 구현을 위한 국가의 기능

자율규제의 기반을 제공하기 위한 법적 틀은 자율규제를 지도하고 공익을 위하여 일정한 제한을 가하는 요소를 포함하지만 그와 동시에 자율규제가 적절한 발전의 여지를 가지고 이루어질 수 있도록 허용해야 하는 내용도 제시해야 한다. 따라서 자율규제의 촉진과 관련한 핵심은 이러한 사적인 이익에 대한 일정한 보호가 실제로 자율규제를 유발하는데 중요한 것으로 파악되어야 한다는 것이다.<sup>30)</sup> 사업자들은 자율규제를 위해 요구되는 비용이 이익을 가져 올 때만 자율규제에 참여할 것이다. 따라서 이를 위해서는 사인의 행동원리를 충분히 분석하여 자율규제를 위한 동기부여가 있어야 하고, 국가와 입법자는 자율규제를 장려하기 위한 인센티브를 창출해야 한다.<sup>31)</sup> 또한 자율규제를 통하여 공익을 달성하기 위해서는 자율규제에 적합한 대표조직이 충분히 있어야 하는데 자율규제를 수행할 수 있는 조직화의

28) Gunnar Folke Schuppert, Grenzen und Alternativen von Steuerung durch Recht, in : Dieter Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben-sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Nomos, 1990, 233면.

29) Albrecht Langhart, Rahmengesetz und Selbstregulierung, 113면~114면, 122면.

30) Alexander Roßnagel / Gerrit Hornung, Self-Regulation of Internet Privacy in Germany and the European Union, SUNGKYUNKWAN JOURNAL OF SCIENCE & TECHNOLOGY LAW VOL. 1, No. 1, 2007, 57면 이하 참조.

31) Alexander Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, 424면.

기반이 부족한 경우에는 국가가 자율규제의 기반을 마련해야 한다. 이밖에 규제된 자율규제에서 법적인 틀은 민간의 자율규범에 의해 보충되는 것인 만큼 자율규범은 국가법질서에 편입됨으로써 그 안정적이고 유효한 이행을 지원받을 수 있게 된다.<sup>32)</sup> 이에 국가는 법적 틀과 자율규범간 상호관계를 형성할 때 규범제정의 위임을 고려할 수 있으며 행정기관이 자율규범에 대하여 승인을 하거나 행정기관 또는 법원이 행정행위나 재판을 할 때 자율규범을 법적 판단의 기초로 적용함으로써 자율규범의 실효성을 확보하는 방안도 생각해 볼 수 있다. 다음으로 규제된 자율규제를 위해서는 무엇보다 자율규제를 통제할 수 있는 감독기구를 설치하는 문제가 중요하게 대두된다.<sup>33)</sup> 규제된 자율규제에서 입법자의 역할은 자율규제의 기반을 위한 법적 틀을 만드는 것에 한정된다. 그리고 자율규제에 대한 규제는 법을 통해 직접 이루어지는 것이 아니라 법에 의해 독립된 감독기구들이 만들어지고 법에 따른 절차를 통해 이 기구들이 해당 영역의 자율규제에 대해 규제와 감독을 수행하는 것이다.<sup>34)</sup>

### 3. 청소년보호영역에서 규제기구의 법적 근거와 유형

#### 1) 관련 법규정

독일 기본법 제5조의 의사표현의 자유 및 이에 근거한 연방 법률, 州間的의 협약, 州 법률, 기타 규제 기관들의 각종 규정과 민간기구의 자율규제 등이 규제근거와 세부적인 규제 대상을 설정하고 있다.<sup>35)</sup> 독일은 2007년에 방송통신미디어 서비스와 관련 법규를 연방법인 「텔레미디어법(TMG)」과 주정부간의 협약인 「방송과 텔레미디어에 관한 국가 협약」으로 통합 정리한 바 있다. 이 두 법규에 따라 방송통신 미디어 서비스를 크게 방송서비스와 텔레미디어서비스로 구분하고 그 특성에

32) Alexander Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, 410면.

33) Gunnar Folke Schuppert, Der Gewährleistungsstaat - modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit?, 21면.

34) Wolfgang Schulz, Regulierte Selbstregulierung im Telekommunikationsrecht, 113면.

35) 이에 관하여는 권형돈, 독일의 방송심의제도와 그 시사점, 언론과 법 제8권 제1호, 2009, 40면 이하 ; 방송통신심의위원회, 독일 방송통신심의 관련 법제, 2011 ; 최우정, 주요국가의 방송통신 법제에 관한 비교법적 연구 - 독일 -, 한국법제연구원, 2009 참조.

맞는 서비스 규제 및 내용 규제 시스템을 정립하고 있다. 이 가운데 방송과 텔레미디어의 내용에 관한 규제는 기본적으로 「형법」, 「청소년보호법」과 같은 연방법과 「방송국가협약」, 「방송과 텔레미디어에서의 인간존엄과 청소년보호에 관한 국가협약(청소년보호 미디어 국가협약 또는 JMStV 협약)」과 같은 주정부들의 협약에 핵심적인 근거를 두고 있다. 이를 근거로 해당 규제기구가 세부적인 규정이나 가이드라인 등을 제정하여 그 집행을 담당하는 체계로 규제가 이루어지고 있다.<sup>36)</sup> 그리고 정보통신서비스법(Informations-und Kommunikationsdienste-Gesetz, IuKDG)은 통신과 방송 간의 관할 영역에 대한 논란을 해결하기 위해 연방차원에서 제정된 것으로, 자율규제 원칙에 입각하여 미성년자 보호, 소비자 보호, 개인정보 보호, 전자서명 및 인증제도, 저작권 문제, 형법 개정, 경범죄법 개정 등 정보통신과 관련한 대부분의 문제들을 포괄적으로 규정하고 있다. 다음으로 청소년보호법(Jugendschutzgesetz)은 정보통신서비스법을 보완하고, 뉴미디어를 통한 청소년유해물로부터 청소년을 보호하기 위해 제정된 것으로, 청소년유해매체로 분류되는 텔레미디어에 관한 규정은 각 주정부의 법률에 따르며, 텔레미디어는 공간적 경계설정이 불가능한 속성을 가지며 유해물의 영향이 어느 한 주에 국한되지 않으므로, 새로운 정보통신서비스 영역에서 효과적으로 청소년 유해물을 규제하기 위해 청소년매체보호에 관한 주간협약을 체결하게 된다.(제16조)<sup>37)</sup>

## 2) 규제기관의 종류와 유형

청소년보호 등과 관련하여 법률이나 각종 규정에 근거하여 규제를 담당하는 기관은 크게 정부 규제 기관, 공적 규제 기관, 민간 자율기구로 구분할 수 있다. 먼저 국가차원의 규제기관으로는 州 미디어기관, 연방 가족노인여성청소년부, 연방수사청(Bundeskriminalant), 청소년미디어보호위원회, 청소년유해미디어연방심사청(BPjM : Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien)이 있고, 공적 규제기관으로는 청소년보호네트워크(judenschutz.net), 공영방송평의회가 있으며, 민간 자율규제 기구는 정부가 제정한 법과 규정 등에 근거하여 서비스별로 해당 기구의 규제기준을 설정하여 상업방송과 텔레미디어 콘텐츠의 1차적인 규제를 담당한다.<sup>38)</sup> 상업방

36) 방송통신심의위원회, 독일 방송통신심의 관련 법제, 2011. 37면 이하.

37) 방송통신심의위원회, 독일의 방송통신 내용 규제 체계, 2014, 3면.

38) 이에 관하여는 지성우, 온라인상 청소년 유해정보심의에 관한 연구. 法學論叢 第36卷 第1號, 81

송의 경우 방송사의 회원으로 구성된 자율기구인 FSF가 그 역할을 담당하고, 다른 텔레미디어 서비스의 콘텐츠 규제는 FSM이 담당하고 있다.<sup>39)</sup>

### 3) 민간 자율규제기구

#### (1) 상업방송자율규제기구(FSF)

상업방송자율규제기구(Freiwillige Selbstkontrolle Fernsehen : FSF)는 상업방송사들이 회원사들의 방송내용 기준에 대한 심의와 민원처리 등의 업무 수행을 위해서 설립된 자율규제기구로서, 1993년 설립되어 1994년 4월부터 자율심의활동을 하고 있다. FSF는 2003년 8월 KJM(Kommission für Jugendmedienschutz)으로부터 TV 자율심의기구로 승인을 받았으며 2012년에는 텔레미디어 분야의 자율심의 승인도 받아, 인터넷 상의 TV와 유사한 프로그램에 대한 심의 업무도 하고 있다. 심위위원의 임명과 심의과정, 심의결과에 대한 수용 등은 모두 FSF 정관에 따라 이루어지며, 이 정관은 독립적인 FSF이사회가 제정하고, KJM이 동의해야만 유효하다. FSF의 주된 활동목적은 유해한 콘텐츠로부터 청소년을 보호하기 위한 자율적 심의이며, 동시에 학부모와 청소년에게 해당 프로그램의 유해성을 알리는 계몽적 역할도 수행한다.<sup>40)</sup>

#### (2) 멀티미디어서비스 자율규제기구(Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Dienstanbieter e. V. : FSM)

면 이하 ; Wolfgang Reißer, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Medienkontrolle im Bereich Jugend- und Erwachsenenschutz, Nonos, 2013, 185면 이하 참조.

39) “독일에서 민간자율 심의기구의 도입은 과거 바이마르공화국에서의 사전검열을 방지하고 민간 산업의 활성화와 그 남용을 방지하기 위하여 도입이 되었다. 2차 대전 후 독일에서 가장 중요시 여긴 것이 법치국가원리에 근거한 민주적 기본질서의 형성이며 이를 위해 국가의 공권력에 의한 표현물에 대한 검열제를 절대적인 금지사항으로 인식되었다. 그러나 표현물에 의한 민주주의에 대한 공격적인 세력과 청소년 보호를 위한 방어책이 필요하다는 인식하에 청소년의 경우에는 청소년 보호라는 헌법적인 정당성이 존재해 비교적 독립적인 행정기관에 의한 규제가 가능한 반면 일반 성인의 경우에는 공권력을 행사하는 행정기관이 아니라 민간 주도의 자율적인 기구에 의한 규제, 더 정확히 말하면 규제된 자율적 민간기구에 의한 규제라는 틀로 형성이 되었다.”(최우정, 독일의 인터넷 자율규제 시스템 FSM, KISO JOURNAL 제21호, 2015, 38면)

40) 이에 관하여는 Wolfgang Reißer, 전제서, 201면 이하 참조.

멀티미디어서비스 자율규제기구(FSM)는 1997년 온라인영역에서 활동하는 기업과 협회가 창설한 민간 자율규제기구로 온라인영역에서 청소년에게 유해한 방송통신콘텐츠가 유통되지 않도록 자율심의를 담당하고 있다. FSM은 협회내부에 불만처리센터를 상설적으로 운영하고 있다. 온라인 이용자나 관련기관에서 온라인을 통해 유통되는 방송통신콘텐츠에 대해 불만이나 문제제기가 있으면, 이에 대한 시정 또는 해명하는 역할을 담당한다.

### (3) 오락용소프트웨어자율규제기구(USK)

오락용 소프트웨어 자율규제기구(Unterhaltungssoftware Selbstkontrolle : USK)는 16개주 주청소년보호위원회와 오락용 소프트웨어를 생산하는 사업자가 설립한 협회가 공동으로 운영하는 자율규제기구로 컴퓨터게임에 대한 등급을 부여하는 역할을 맡는다.<sup>41)</sup>

### (4) 영화 자율규제기구(Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft : FSK)

영화자율규제기구(FSK)는 독일 영화산업에서 생산하는 모든 영상물과 수입외화 등에 대해 등급을 부여하는 역할을 담당한다. FSK의 등급부여대상은 극영화, 극영화 비디오, DVD등으로 공공상영을 목적으로 제작된 영상물은 모두 포함한다. 이러한 등급은 상영이전에 청소년에게 고지하여야 하며, 극영화를 방송에서 송출할때도 동일한 등급이 부여된다.<sup>42)</sup>

## 4. 청소년보호영역에서 유해정보 등의 통제를 위한 규제된 자율규제의 구체적 내용 - 멀티미디어서비스 자율규제기구(FSM)의 법적 지위와 권한 및 활동 -

### 1) 회원

41) 이에 관하여는 Wolfgang Reißer, 전게서, 207면.

42) 이에 관하여는 Wolfgang Reißer, 전게서, 196면 이하 참조.

구글, 마이크로소프트, 야후와 같은 글로벌 기업은 물론 보다폰이나 RTL과 같은 독일 우수기업들이 회원으로 가입되어 있다.<sup>43)</sup>

## 2) FSM의 법적 지위

FSM은 멀티미디어 서비스 공급업체들이 온라인 매체에서 어린이들의 보호 등에 관련된 업무를 처리하고자 1997년 만든 비영리단체이다. 이 단체는 JMStV에서 2003년 도입된 규제된 자율규제시스템에 따라 텔레미디어 분야에서 공인된 자율 규제단체가 되었다.<sup>44)</sup>

## 3) 목표와 과제, 역할

FSM의 과제영역은 생각보다 넓다. 우선 FSM은 특히 청소년보호영역에서 온라인상 자율규제기구이다. 이에 따라서 인터넷검색엔진의 자율규제가 이 기구의 핵심이다. 이를 위하여 이 기구는 청소년미디어 보호문제에서 회원의 포괄적인 상담과 지도를 행한다. FSM은 회원단체 및 회사들과 함께 어린이들의 정상적인 성장을 저해 할 가능성이 있고 그들에게 해로운 불법적인 온라인 매체상의 콘텐츠들의 규율을 통해서 어린이들의 보호를 강화시키는 활동을 한다. 회원과 함께 FSM은 미성년자보호에 관한 통일적인 기준을 확보하기 위해서 자율규율의 모델을 채택하고, KJM과 함께 분쟁이 발생한 경우에 이를 해결할 수 있으며 이용자가 어린이들

43) 회원으로 가입된 주요 기업들의 명단은 다음과 같다 : Autentic GmbH, Cybits AG, Deutsche Telekom AG, Deutsche Telekom Medien GmbH, Discovery Communications Deutschland GmbH & Co. KG, Edict GmbH, E-Plus Mobilfunk GmbH & Co.KG, Google Inc., IAC Search & Media Europe Ltd., Inter Publish GmbH, Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH, Knuddels GmbH & Co. KG, Lokalisten media GmbH, Lottereeinnahme Günther e.K., Lotto24 AG, Magine Germany GmbH, maxdome GmbH, Microsoft Deutschland GmbH, MovieStarPlanet ApS, MyVideo Broadband S.R.L., NeoLotto Limited, PMS Interactive GmbH, ProSiebenSat.1 Digital GmbH, RTL 2 Fernsehen GmbH & Co. KG, RTL Disney Fernsehen GmbH & Co. KG, RTL interactive GmbH, Salfeld Computer GmbH, Save.TV Limited, Scoyo GmbH, Sky Deutschland Fernsehen GmbH & Co. KG, SPORT1 GmbH, Staatliche Lotterie-Einnahme Günther e.K., Tele 5 TM-TV GmbH, Telefónica Germany GmbH & Co. OHG, Telekom Deutschland GmbH, The Walt Disney Company (Germany) GmbH, VMN Germany GmbH, Vodafone D2 GmbH, Yahoo! EMEA Limited, YouNow, Inc, ZEAL NETWORK SE

44) FSM, JAHRESBERICHT 2014, 5면.

에게 해롭다고 판단할 경우 고발이 가능한 온라인상의 내용물을 무료로 신고하는 직통전화 시스템을 구축하고 있다. FSM의 다른 핵심업무는 어린이와 어른들의 미디어 능력을 고양시키는 광범위한 교육 및 홍보를 포함하고 있다.<sup>45)</sup>

#### 4) 자율규제의 장점

2003년 4월 이후로 작동되는 규제되는 자율규제 체제는 국가와 산업의 협력을 제공한다. 국가는 법적 기초와 그에 상응하는 구조를 제공한다. 이러한 틀에 기초하여 그 내용을 채우는 것은 제공자(산업)들의 개별적인 책임이다. 바람직하지 못하다고 생각되는 내용들은 국가가 입법과 다른 규제들을 통하여 통제할 수 있다. 특히 콘텐츠의 빠른 변화 및 글로벌한 과급력 등으로 인하여 인터넷 영역에서 제공자들에 의한 자율규제시스템은 불가피하다. 이러한 자율규제는 위와 같은 변화들에 대해서 시간이 많이 소모되는 입법절차를 통해서 국가가 규제하는 것보다 좀 더 융통성 있고 빠르게 반응할 수 있도록 한다. 사회의 변화하는 도덕적인 이상들과 가치들에 지속적인 적응은 또한 기술혁신에서도 필요한 것이다. 경제에서 기술적인 기준들이 대부분 공공기관들에서 보다 더 높아진 이후로, 이러한 자율규제시스템은 좀 더 빠른 반응을 가능하게 하였다.

#### 5) 특권적인 지위

JMStV 제5조 제20항에 따라서 텔레미디어의 제공자들에 대해서 국가가 감독하는 직접적인 간섭기회가 축소된다. 왜냐하면 해당 영역에서는 자율규제기구에 의한 회원관련 분쟁해결이 우선시되기 때문이다. 해당 자율규제기구의 결정이 법률상 부여받은 권한의 범위 안에 있다면, 관련 국가기구가 개입하거나 또 다른 체제를 부과하는 것이 인정되지 않는다. 다만 이러한 특권적 지위는 JMStV 제4조 제1항에 따른 불법 콘텐츠에 적용되지 않는다.<sup>46)</sup>

#### 6) 회원 통제

45) 최우정, 독일의 인터넷 자율규제 시스템 FSM, KISO JOURNAL 제21호, 2015, 39면.

46) <http://www.fsm.de/ueber-uns/mitgliedschaft>

자율규제기구의 회원이, 당해 자율규제기구가 규정하고 있는 금지된 행동강령들을 위반하게 되면, 당해 자율규제기구는 자체적으로 시정조치 및 징계를 하거나 벌금이나 제명과 같은 기구 자체의 징벌수단을 행사할 수 있도록 하고 있다. 이때 징계를 받게 되면 당해 서비스 제공자는 그 사실을 한 달간 온라인 게시판에 게재해야 하고, 만일 재차 촉구받은 시정명령에도 불구하고 위반사항을 시정하지 않거나 또는 재차 징계조치를 따르지 않을 경우에는, 동 자율규제기구의 회원자격을 박탈당한다.<sup>47)</sup>

자율규제기구에서 선정한 심사위원의 독립성과 전문성이 보장되어야 하며, 특히 청소년보호와 관련한 문제를 다루는 사회단체의 대표자가 참여되어야 하고, 다수의 제공자로부터 적정한 설비가 갖추어져야 한다. 그리고 사업자에 대한 제출의무 및 가능한 제재 등의 심사범위를 정하는 절차규정이 존재하고, 주법에 의해 존재하는 청소년보호담당자의 신청에 의해 결정을 심사할 수 있는 가능성이 존재하고, 결정에 앞서 결정에 대한 이유가 서면으로 기재되어 당해 제공자에게 제시되어, 그 결정이 당사자에게 통지되어야 하며, 이의제기수단이 보장되어 있어야 한다.<sup>48)</sup>

## 7) 청소년보호수임인(Jugendschutzbeauftragte)

JMStV 제7조 제1절에 의하면, 청소년을 보호하기에 부적절하고 위해한 콘텐츠를 담고 있는 일반적으로 접근이 가능한 텔레미디어 상의 상업적인 콘텐츠 제공자들과 검색엔진 제공자들은 청소년보호수임인을 고용해야 한다. 이러한 의무는 콘텐츠의 제공자들뿐만 아니라 웹사이트의 관리와 접속 서비스를 담당하는 사람들에게도 주어진다. 이 의무는 JMStV 제7조 제1항과 제3조 제2항에 의한다. 곧 여기서 제공자라는 개념은 넓은 의미를 내포하는 것으로 웹사이트 관리자와 웹사이트에 접속 서비스 업자도 포함한다. 청소년보호수임인을 두지 않았을 경우에는 질서위반행위(제24조 제1항)가 되어 50만 유로 이하의 과태료를 부담해야 한다.(제24조 제3항). 다만 직원을 50명 이하로 보유하거나 혹은 자신의 웹페이지에 확인된 한 달 방문자가 평균 10만 이하인 콘텐츠 제공 사업자들은 만약 그들이 자율규제기

47) <http://www.fsm.de/ueber-uns/mitgliedschaft>

48) FSM, 전계 보고서, 2014, 18면 참조.

구와 제휴하여 이 기구가 미성년자 보호 감독자의 의무를 실행하게 한다면 따로 개별적인 미성년 보호 감독자를 고용할 필요는 없다. FSM이 이러한 서비스를 회원들에게 제공한다. 이러한 자율규제기구에 위임은 특히, 독자적인 청소년보호수임인을 갖춘만한 규모가 안 되는 중소기업자에게 큰 의미가 있다. 청소년보호수임인은 그 기능을 수행하는데 필요한 전문성을 보유해야만 하고 독립성을 보장받는다.<sup>49)</sup> 따라서 청소년보호수임인은 특별히 임무에 관한 자격을 갖춘 사람이 되어야 한다. 청소년보호수임인이 콘텐츠 제공자의 종업원이라면, 그의 의무를 수행하는 것으로 불이익을 받아서는 안 되며, 그의 의무를 수행하는데 필요한 자원을 제공받는다.<sup>50)</sup>

## 8) 전문가 위원회

FSM의 회원들은 FSM의 목적에 관련된 법적, 기술적, 매체에 관한 문제에 관하여 전문가 위원회를 호출할 수 있다. 각각의 사건마다 과학적이고 실질적인 경험을 가진 세 명의 전문가로 구성된 독립적인 전문 위원회가 제공된다. 문제의 본질과 정도에 따라, 평가는 온라인상으로 아니면 직접적으로 수행된다. 전문가위원회가 문제가 되는 콘텐츠가 FSM의 규정들과 미디어에서 청소년보호에 관한 법적 요건들과 합치한다고 결정(승인)을 내리면 인터넷 사용자들은 그들이 사용하는 웹사이트나 연령확인 시스템이 FSM 협회의 규정들에 부합하는지를 알 수 있다. 예를 들어 회원인 회사가 위와 같은 승인의 표시를 받으면, 그 회사는 그 로고를 검증을 받은 콘텐츠의 옆에 게시한다.<sup>51)</sup>

## 9) 회원들을 위한 서비스

FSM은 우선적으로 법적으로 보장된 보호 서비스를 회원들에게 제공하며, 청소년보호를 위한 인터넷 회사들의 종합심사, 회원인 회사들에 관한 정기적인 심사를 하며, 회원수가 50명 이하인 회사들은 스스로 청소년보호수임인을 고용할 필요 없

49) 홍승희, 독일의 인터넷콘텐츠 규제와 형법의 역할. 圓光法學 第28卷 第1號, 346면 이하.

50) <http://www.fsm.de/ueber-uns/leistungen/jugendschutzbeauftragter>

51) <http://www.fsm.de/ueber-uns/leistungen/gutachterkommission>

이 FSM에 지원을 의뢰할 수 있다. 그리고 회원들은 그들의 법적, 기술적인 질문을 검토하기 위한 FSM 전문가 위원회의 도움을 받고, FSM의 긴급직통 링크를 제공된다. FSM은 다양한 종류의 협동을 통한 국내적 그리고 국제적 수준의 협회 회원들 이익을 대표하며, 디지털 세상에서 어린이들과 미성년자들의 보호 수준을 매체교육을 통해서 고양하고 증진하는 역할도 맡는다.<sup>52)</sup> 물론 가입하고자 하는 회사가 회원자격에 대한 신청을 하면 자신의 연례 매출가액에 따라서 회비납부의무가 있다.<sup>53)</sup>

## 10) 행동지침

2011년 말 이후로 FSM은 Facebook 독일지사, Google 독일지사, LinkedIn 등과 더불어 개인정보보호, 청소년보호, 소비자보호 등에 적용되는 SNS를 위한 행동지침을 만들기 시작하였다. 이러한 지침의 목표는 청소년보호 등의 영역들에서 글로벌 인터넷기업들을 포함하는 자율규제시스템을 구축하는 것이었다. 개인정보보호 영역에서는 합의가 이루어지기 쉽지 않은 상황이나, 청소년보호와 관련된 행동지침은 효율적으로 작동하고 있는 것으로 입증되고 있다.<sup>54)</sup> FSM은 온라인 세상의 다양한 영역에 관한 자발적인 헌신들을 개발하는 청소년보호에 관한 기준들을 설정했다. 소위 행동지침이라고 불리는 것들은 회사와 함께 개발되고 있고 또한 이것은 청소년보호의 유지와 그것의 실질적이 적용을 위해서 제공되고 있는 것이다. 이러한 지침들에 포함된 내용들은 입법원칙들에 기반을 두고 있다, 하지만 그들은 새로운 흐름과 기술들에 더 빠르고 더 융통성 있게 수용될 수 있다는 이점을 가지고 있다. 지난 시간 동안 FSM은 텔레텍스트, SNS, 모바일 소통, 채팅, 검색엔진에 관한 행동지침들을 개발해 왔다. 특히 SNS 운영자를 위한 행동지침과 관련해서는 20만개 이상의 인터넷 계정을 가지고 있는 독일에서 가장 광범위한 SNS 제공자들은 FSM의 보호아래 2009년 3월 11일 행동지침에 서명을 했고 이는 독일에서 제공

52) FSM, 전계 보고서, 2014, 8면 참조.

53) <http://www.fsm.de/ueber-uns/mitgliedschaft>

54) [http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/03/jirat\\_datenschutz.html](http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/03/jirat_datenschutz.html) sowie vom 28.02.2013 unter ; <http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/02/soziale-netzwerke.html>. ; <http://www.hans-bredow-institut.de/de/pressemitteilung/hans-bredow-institut-p-raesentiert-ergebniseevaluation-des-jugendmedienschutzes> ; ; [http://www.bitkom.org/de/themen/5475\\_8\\_44839.aspx](http://www.bitkom.org/de/themen/5475_8_44839.aspx) ; [http://www.kjm-online.de/de/pub/aktuelles/pressemitteilungen/pressemitteilungen\\_2012/pm\\_122012.cfm](http://www.kjm-online.de/de/pub/aktuelles/pressemitteilungen/pressemitteilungen_2012/pm_122012.cfm)

되는 서비스에서 청소년 보호, 개인정보 보호와 소비자 보호를 상당히 향상시켰다.<sup>55)</sup>

## 11) BPJM 모듈

2009년 FSM은 BPJM과 협력하여 구글 등이 대상으로 포함되는 독일검색엔진서비스의 행동지침을 만들었다. FSM을 회원사를 비롯하여 모든 검색사이트 운영자에게 BPJM이 유해사이트로 지정한 URL을 차단하는 업무를 지원하고 있다. 이를 위해 FSM은 ‘BPJM모듈’을 개발하여 보급하는 업무를 지원하고 있다. 그 결과 콘텐츠가 청소년들에게 해로울지 여부는 검색결과의 목록에 나열된 것으로 판단되는 것이므로, 개별적인 검색엔진에 의해서 결정되지 않는다. 그 대신 독일 법을 위반한 검색결과들을 지우는 결정은 합법적인 당국에 의해서 BPJM의 형태로 투명하고 헌법적인 절차에 의해서 채택되었다. 이러한 방식으로 검색엔진 운영자들은 BPJM과 다함께 독일의 소비자 및 청소년 보호의 증진에 기여하고 있다.<sup>56)</sup>

## 12) 긴급직통전화(상담 서비스 전화)

모든 인터넷 사용자는 불법적인 인터넷 콘텐츠와 관련한 항의를 무료로 FSM에 제기할 수 있다. 직원들은 FSM의 행동지침의 가능한 위반에 대한 모든 항의에 대해서 조사한다. 이 직통전화는 특히 아동 포르노, 무료로 접근이 가능한 비정상적인 성적인 강조의 자세의 어린이와 청소년들을 묘사한 포르노, 인종적 또는 국가적 이유로 폭력을 선동하는 폭행물과 전쟁을 미화하는 것에 대한 비인간적인 표현, 비합법적인 단체들에 대한 선전물, 청소년에게 해로운 미디어라고 독일 연방정부가 검색한 자료, 무료로 접근이 가능한 어린이에게 위협한 다른 콘텐츠, 미디어에서 미성년자의 보호에 관한 국가 간 조약에 의해서 금지되는 콘텐츠들에 관한 항의와 불만에 대응하기 위한 것이다.<sup>57)</sup> 또한 이러한 직통전화는 국제적 수준으로

55) 이에 관하여는 FSM, Projekt Kodex für Soziale Netzwerke(Closing Report), 2013 참조.

56) 이에 관하여 자세한 것은 Daniel Hajok / Daniel Hildebrandt, Jugendgefährdung im Wandel der Zeit, BPJM-Aktuell 1/2015, 3면 이하 ; Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien, JugendMedienschutz, 2014 참조.

57) <http://www.fsm.de/jugendschutz>

가동되고 있다. 직통전화인 INHOPE의 국제적으로 구축된 네트워크를 통해 해외에서 운영되고 있는 인터넷 사이트에 대한 불평들은 제기될 수 있다. 같은 방법으로 외국인 직통전화들도 FSM와 서로 통신할 수 있다. 그리고 어린이 포르노의 경우에, 익명으로 이의제기가 이루어 질 수 있다. FSM의 직통전화의 직원들이 각각의 불평에 대해서 검토한다. 직원들은 미디어에서 미성년자 보호를 위한 조항들의 위반이 있는지에 대해서 조사한다. 이는 어떤 종류의 콘텐츠가 관련이 있는지에 달려 있다. 짧은 검사 후, 어린이 포르노와 관련된 콘텐츠는 즉시 연방형사경찰국에게 넘겨져야 한다.<sup>58)</sup>

### 13) 이의제기위원회(Beschwerdeausschuss)

FSM은 인터넷이용자들이 아동이나 청소년에게 적합하지 않은 것으로 보이는 인터넷내용에 관하여 온라인 등으로 무료로 이의를 제기할 기회를 제공한다. 독일에 적용되는 청소년보호법(JMStV 등)에 충돌여부를 검토하고 그에 상응하는 조치를 취할 수 있다.<sup>59)</sup> 대체로 FSM에 접수되는 모든 이의제기들은 우선 먼저 직통전화의 운영진들에 의해서 검토된다. 경우에 따라서, 이러한 이의제기는 위원회에 직접 제출될 수도 있다. FSM의 위원회 위원들은 30명인데 이들은 세 명의 인원으로 구성된 개별적 소위원회에서 이의제기를 검토한다. 이러한 위원들은 변호사, 미디어 교육자 그리고 의사소통의 과학자등 사회의 다양한 분야에서 선출된다. 위원회 위원들은 독립적이고 지침에 구속되지 않는다.<sup>60)</sup>

### 14) INHOPE의 목적과 활동

글로벌한 의사소통 및 정보수집수단인 인터넷의 불법적인 사용에 대항하는 효과적인 대처는 개별 국가의 노력과 더불어 국제적인 협력을 통해서 가능해질 수 있

58) 박희영, 독일의 아동포르노 사이트의 차단 법률, 법제 2010. 3, 17면.

59) 심사기준과 내용 등에 관하여는 FSM, Prüfgrundsätze der FSM, FORUM VERLAG GODESBERG, 2011 참조.

60) FSM은 이를 위한 이의제기규정과 심사기준(Beschwerdeordnung Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter e.V., Prüfrichtlinie der Freiwilligen Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter)을 자체적으로 만들어 적용하고 있다.

다. 1995년부터 인터넷 업계 및 이용자, 각국 정부에서 인터넷 상의 아동 성학대 콘텐츠와 극단적 인종차별 게시물을 포함한 여러 불법 행위의 확산을 표면적으로 느끼게 되었고, 이에 따라 다수의 유럽 국가에서 핫라인 시스템을 구축하기 시작했다. 이후 1999년 11월 23일, 8개의 핫라인으로 구성된 'INHOPE Association'을 시작으로 출범하게 된다. 그리고 오늘날의 INHOPE는 전 세계 45개국 51개 핫라인을 구축하였고, 업계 및 사법부 등과의 협력 관계 또한 맺고 있다. 회원국은 각 유럽 국가, 미국, 호주, 일본, 한국을 비롯해 동남아, 남미, 동아프리카 국가 등 45개국이며, 인터폴, 유로폴, ISPA, 페이스북, 구글, 트위터 등 경찰기구, 비영리기구, 글로벌 인터넷 사업자 등이 협력 파트너로 활동하고 있다. 또 회원은 실행 규약(code of practice)에 따라 핫라인을 운영하도록 되어 있으며, 회비는 회원별 카테고리 분류에 따라 차이를 두어 지불하도록 하고 있다. INHOPE는 주요 임무를 5가지로 설명한다. 첫째, 핫라인 정책과 모범 운영 기준을 수립하고, 좋은 협력 관계와 신뢰 조성을 통해 회원 간의 전문 지식을 공유하도록 독려한다. 둘째, 전 세계 불법 콘텐츠에 신속하고 효율적인 처리와 핫라인 간 신고 내용 공유를 위한 효율적이고 안전한 메커니즘을 보장한다. 셋째, 모범 운영 기준에 대한 교육 및 상담을 통해 회원이 되기 위한 신규 핫라인을 지원함으로써 전 세계 INHOPE 핫라인 네트워크를 확장시킨다. 넷째, 더 나은 국제적 협력을 조성하기 위해 정부, 사법부, 기타 관련 단체를 포함한 정책 입안자의 핫라인 운영 이해도를 국제적 수준으로 높인다. 다섯째, 아동 성학대 등 전 세계 불법 콘텐츠와 관련된 국제 신고 시스템으로서 주요 이해관계자와 일반 대중에게 INHOPE 핫라인에 대한 관심을 고취시킨다. INHOPE는 기구 홈페이지를 통해 각국의 핫라인으로 신고할 수 있도록 연결망을 마련하였다. 특히 형법상의 불법 콘텐츠·행위에 초점을 맞춰 대응하고 있으며, 이와 관련해 아동 포르노, 온라인 그루밍(Online Grooming), 혐오 발언, 온라인 아동 보호 등 4가지 영역에 대한 활동을 하고 있다.<sup>61)</sup>

FSM은 처음부터 인터넷의 부정적인 측면과 싸우려는 국제적인 노력을 해왔다. 1999년, 다른 7개의 고충기관과 함께, INHOPE이라는 인터넷 상담 서비스 전화라는 국제적인 협회가 설립되었다. INHOPE의 일과 FSM의 상담 서비스 전화 활동들은 EU Safer Internet ACtion Plan에 의해서 지원을 받는다. 이러한 국제적 협력과 활동의 목적은 국가 상담 서비스의 국제적인 네트워크의 개발

61) 이에 관하여 자세한 것은 (사)한국인터넷자율정책기구, EU, INHOPE(International Association of Internet Hotlines, 국제인터넷핫라인협회), KISO JOURNAL 19호, 2015 참조.

과 유지, 고충의 교환, 전문성의 교류, 새로운 상담서비스의 지원, EU 안과 밖에서 조치들을 위한 연락지점, 상담서비스 전화 교환원을 위한 효과적인 절차의 개발, 사이버상 범죄와 대응전략에 관한 정보교류 등이 있다.<sup>62)</sup>

## 5. 결론

1) 독일은 헌법과 법률 및 지침 등을 통하여 규제된 자율규제시스템을 도입하고 있다. 이를 통하여 유해정보 등의 규제에 관하여 국가와 민간이 공동으로 역할을 분담하여 집행하고 있음을 알 수 있다.

2) 멀티미디어 영역에서 독일 기업은 물론 구글이나 야후 등과 같은 글로벌 기업들도 FSM에 회원으로 가입하여 규제된 자율규제의 틀 속에서 관련 독일 법체계에 따르도록 요구받고 있다.

3) 청소년보호를 위한 유해정보와 관련하여 2003년 4월 이후로 작동되는 규제된 자율규제 체제는 국가와 산업의 협력을 제공한다. 국가는 법적 기초와 그에 상응하는 구조를 제공한다. 이러한 틀에 기초하여 그 내용을 채우는 것은 제공자(산업)들의 개별적인 책임이다. 바람직하지 못하다고 생각되는 내용들은 국가가 입법과 다른 규제들을 통하여 통제할 수 있다. 특히 콘텐츠의 빠른 변화 및 글로벌한 파급력 등으로 인하여 인터넷 영역에서 제공자들에 의한 자율규제시스템은 불가피하다. JMStV 제5조 제20항에 따라서 텔레미디어의 제공자들에 대해서 국가가 감독하는 직접적인 간섭기회가 축소된다. 왜냐하면 해당 영역에서는 자율규제기구에 의한 회원관련 분쟁해결이 우선시되기 때문이다. 해당 자율규제기구의 결정이 법률상 부여받은 권한의 범위 안에 있다면, 관련 국가기구가 개입하거나 또 다른 체제를 부과하는 것이 인정되지 않는다. 자율규제기구의 회원이, 당해 자율규제기구가 규정하고 있는 금지된 행동강령들을 위반하게 되면, 당해 자율규제기구는 자체적으로 시정조치 및 징계를 하

62) <http://www.fsm.de/beschwerdestelle/inhope>

거나 벌금이나 제명과 같은 기구 자체의 징벌수단을 행사할 수 있도록 하고 있다. 결국 이러한 유해정보의 통제와 관련하여 독일의 경우 국가에 의한 직접적 규제, 형벌에 의한 처벌보다는 해당 영역에서 자율규제를 통한 통제, 과태료부과 등을 통하여 우선적으로 해결하고자 함을 알 수 있다.<sup>63)</sup>

4) 2011년 말 이후로 FSM은 Facebook 독일지사, Google 독일지사, LinkedIn 등과 더불어 개인정보보호, 청소년보호, 소비자보호 등에 적용되는 SNS를 위한 행동지침을 만들기 시작하였다. 이러한 지침의 목표는 청소년보호 등의 영역들에서 글로벌 인터넷기업들을 포함하는 자율규제시스템을 구축하는 것이었다. 개인정보보호영역에서는 합의가 이루어지기 쉽지 않은 상황이나, 청소년보호와 관련된 행동지침은 효율적으로 작동하고 있는 것으로 입증되고 있다. 그리고 2009년 FSM은 BPJM과 협력하여 구글 등이 대상으로 포함되는 독일검색엔진서비스의 행동지침을 만들었다. FSM을 회원사를 비롯하여 모든 검색사이트 운영자에게 BPJM이 유해사이트로 지정한 URL을 차단하는 업무를 지원하고 있다. 이러한 방식으로 검색엔진 운영자들은 BPJM과 다함께 독일의 소비자와 청소년 보호의 증진에 기여하고 있다. 결국 FSM의 활동을 통하여 알 수 있는 것처럼, 구글 등 글로벌 인터넷기업을 회원으로 포함시켜 일정한 특권 및 제재를 가하고 있으며, 이러한 기업들과 협력하여 공동으로 일정한 행동지침을 만들어 독일에서 이를 준수하도록 요구하고 있

63) “독일에서 인터넷 관련 역기능의 해소는 형사처벌을 통한 직접적 규제를 우선적으로 고려하는 것이 아닌, 법률은 단지 이러한 역기능을 해결하기 위한 다른 행정 및 자율적 시스템이 원만히 운영되도록 하는 절차보장의 보조적인 역할을 담당한다. 이처럼 독일에서는 인터넷관련 역기능 문제뿐만 아니라, 기타 새롭게 부각되는 일탈행위에 대해 곧바로 형사처벌을 통한 질서를 세우려 하지 않고 있다. 즉 형법 적용에 대해서는 상당히 신중한 태도를 보이고 있다. ... 즉 유해콘텐츠에 대한 (형)법적 제재 보다는 청소년유해콘텐츠에 대한 보다 현실적인 행정시스템을 재정비함과 동시에 시민의 자율적인 통제체계를 구축하도록 법은 절차보장의 과제를 우선시하며, 형법은 최후의 수단으로 이용되어야 할 것으로 사료된다.”(홍승희, 독일의 인터넷콘텐츠 규제와 형법의 역할, 圓光法學 第28卷 第1號, 348면) ; “온라인콘텐츠가 기하급수적으로 증가하고 있는 상황에서 조직이나 인력의 부족으로 인하여 국가기관이 모든 콘텐츠에 대해 청소년유해성 여부를 심사하기에는 역부족이다. 따라서 제1차적으로는 정보통신서비스제공자가 객관적 기준을 통하여 자율적으로 규제하는 것을 도모하여야 할 것이며, 자율규제의 바탕위에 보충적으로 국가기관에 의한 미디어 심의가 시행될 수 있도록 하여야 한다. 향후 온라인 콘텐츠의 규제시스템은 인터넷의 개방적이고 탈 중심적인 네트워크 구조를 지원할 뿐 아니라 역동적이고 지속적인 혁신과 새롭게 개발되는 기술들에 대하여 융통성 있는 대응을 가능하게 하는 방향으로 개선되어야 한다. 특히 새로운 기술발전이 이끌어내는 사회문화적 영향과 이로 인한 청소년유해매체물의 증가에 따른 효율적인 청소년유해매체물의 분류, 고시, 사후관리 등의 절차를 종합화·체계화하여야 하며, 심의위와 기관간의 관계와 추진체계 등에 대한 전반적인 법제정비가 필요하다.”(지성우, 온라인상 청소년 유해정보심의에 관한 연구, 法學論叢 第36卷 第1號, 96면)

음을 알 수 있다.

5) 마지막으로 인터넷 상에서 청소년 유해매체물을 규제하는 작업은 한 국가의 노력만으로 해결되기 어려우므로, 독일은 EU의 다른 국가들은 물론 글로벌 기업들과 협력하여 안전한 인터넷을 위한 다양한 프로그램들을 만들고 있다. 이를 통하여 독일에서 활동하는 인터넷 사업자의 사회적 책임의식을 고양시키는 효과를 지속적으로 추구하고 있다. 이를 통하여 국가 상담 서비스의 국제적인 네트워크의 구축과 유지, 전문성의 교류, 새로운 상담서비스의 지원, EU 안과 밖에서 조치들을 위한 연락지점, 사이버상 범죄와 대응전략에 관한 정보교류 등이 활발히 진행되고 있다.

(논문투고일 : 2016.01.27, 심사개시일 : 2016.03.02, 게재확정일 : 2016.03.25)



▶ 김 일 환

자율규제, 규제된 자율규제, 청소년보호, 헌법, FSM

## 【참 고 문 헌】

- 권형돈, 독일의 방송심의제도와 그 시사점, 언론과 법 제8권 제1호, 2009
- 방송통신심의위원회, 아동·청소년 보호관련 심의제도, 2010
- 방송통신심의위원회, 독일 방송통신심의 관련 법제, 2011
- 방송통신심의위원회, 2014년 인터넷 불법·유해정보 실태 조사 보고서, 2014
- 지성우, 온라인상 청소년 유해정보심의에 관한 연구. 法學論叢 第36卷 第1號
- 최우정, 주요국가의 방송통신법제에 관한 비교법적 연구 - 독일 -, 한국법제연구원, 2009
- 최우정, 독일의 인터넷 자율규제 시스템 FSM, KISO JOURNAL 제21호, 2015
- 최종선, 한국과 독일의 청소년 유해미디어 심의에 관한 연구, 홍익법학 제15권 제1호, 2014
- (사)한국인터넷자율정책기구, EU, INHOPE(International Association of Internet Hotlines, 국제인터넷핫라인협회), KISO JOURNAL 19호, 2015
- 한국인터넷진흥원, 글로벌 기업에 대한 개인정보보호 규제효과 제고 및 불법·청소년 유해정보의 유통금지를 위한 국가간 협력방안 연구, 2014
- 한국형사정책연구원, 불법·유해정보의 유통방지를 위한 형사규제의 실효적 확보방안, 2007
- 홍석한, 국가역할의 변화에 따른 규제된 자율규제에 관한 연구, 성균관대학교 박사 학위논문, 2008
- 홍승희, 독일의 인터넷콘텐츠 규제와 형법의 역할. 圓光法學 第28卷 第1號
- Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien, JugendMedienschutz, 2014
- FSM, JAHRESBERICHT 2014
- FSM, Prüfgrundsätze der FSM, FORUM VERLAG GODESBERG, 2011
- FSM, Projekt Kodex für Soziale Netzwerke(Closing Report), 2013
- Alexander Roßnagel / Gerrit Hornung, Self-Regulation of Internet Privacy in Germany and the European Union, SUNGKYUNKWAN JOURNAL OF SCIENCE & TECHNOLOGY LAW VOL. 1, No. 1, 2007
- Daniel Hajok / Daniel Hildebrandt, Jugendgefährdung im Wandel der Zeit, BPJM-Aktuell 1/2015
- Wolfgang Reißer, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Medienkontrolle im

Bereich Jugend- und Erwachsenenschutz, Nonos, 2013

Zusammenfassung

**Eine Verfassungsrechtliche Untersuchung über die regulierte Selbstregulierung im Bereich Jugendschutz in Deutschland**

- Die Rolle und Funktion der freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter (FSM e.V.) -

Kim Il Hwan

Die Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter (FSM e.V.) ist ein gemeinnütziger Verein, der sich vornehmlich um den Kinder- und Jugendschutz im Internet kümmert. Die FSM wurde bereits 1997 gegründet und ist seit 2005 innerhalb des durch den Jugendmedienschutz-Staatsvertrag(JMStV) eingeführten Systems der regulierten Selbstregulierung staatlich anerkannte Selbstkontrollereinrichtung für den Bereich Onlinemedien. Die FSM engagiert sich zusammen mit ihren Mitgliedsunternehmen und -verbänden maßgeblich dafür Kindern und Jugendlichen die sichere Nutzung von Onlinemedien zu ermöglichen. Dabei geht es um die Bekämpfung von illegalen, jugendgefährdenden und entwicklungsbeeinträchtigenden Inhalten in Internet, Mobilfunk und Teletext, aber auch um die Entwicklung von technischen Schutzmaßnahmen und die Forderung der Medienbildung von Kindern, Eltern und Pädagogen. Aufgabe des Jugendmedienschutzes ist es, die Persönlichkeitsentwicklung von Kindern und Jugendlichen zu fördern und sie dabei vor Gefahren zu schützen. Medien stellen für Kinder und Jugendliche ein wichtiges Feld zur Entwicklung ihrer Persönlichkeit dar. Sie brauchen hier ausreichend Freiräume, aber ebenso Begleitung,

Aufklärung und Schutz. Öffentliche Angebote und Regelungen sollten dabei die erzieherischen Aufgaben der Eltern unterstützen.



---

▶ Kim Il Hwan

Selbstregulierung, Regulierte Selbstregulierung, Jugendschutz, Verfassung,  
Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter e.V.(FSM)



# 개인정보 법체계 정합성 확보를 위한 소고

-금융, 의료, 정보통신 법역(法域)을 중심으로-

김 현 경\*

I. 서론	
II. 개인정보 법체계 정합성의 의의	
1. 법체계 정합성의 의의	IV. 법체계 정합성 확보방안
2. 법체계 정합성 확보를 위한 입법 기술	1. 「개인정보 보호법」의 기본방향 준수
3. 「개인정보 보호법」의 위상과 법체계 정합성	2. 개별 입법의 지양
	3. 영역별 차이 고려, 변화의 합리적 수용
III. 영역별 체계부정합 현황	V. 결론
1. 금융 영역	
2. 의료 영역	
3. 정보통신 영역	

## 【국 문 요 약】

우리나라는 「개인정보 보호법」의 시행으로 공공·민간 전체를 완전히 포괄하는 법체계를 가지게 되었다. 그러나 ‘개인정보’와 관련된 법령은 금융, 의료, 교육, 근로, 정보통신 등 각 영역별로만 살펴보더라도 이미 수 십여 개가 넘는다. 이러한 법규들이 계획적 설계 하에 종합적·단계적으로 제정된 것이 아니라 수요가 있을 때마다 개별적·산발적으로 만들어지다 보니 법률 상호간에 정합성을 확보하지 못하고 있는 실정이다. 본 고에서는 이러한 문제의식 하에 구체적으로 금융, 의료, 정보통신 영역의 개인정보 법령체계의 부정합성을 밝히고 이를 해소하기 위한 개선안을 도출하고자 하였다. 즉 일반법이자 기본법인 「개인정보 보호법」과 관련 개별법간의 불균형을 해소하고 정합성을 제고함으로써 「개인정보 보호법」이 개인정보보호의 일반법 및 기본법으로서의 지위를 공고히 하고, 사회 전반의 개인정

\* 서울과학기술대학교 IT정책전문대학원 조교수, 법학박사.

보가 실효성 있게 유기적으로 보호될 수 있는 방안을 마련하고자 하였다. 그 구체적인 방안으로 다음을 제안하였다.

첫째, 「개인정보 보호법」의 기본방향을 결정하는 핵심내용이 개별 영역별 개인정보 법령에 일관성 있게 반영되어야 한다. 그 일환으로 제재규정의 정비, 중복 제도의 일원화, 핵심용어 등의 통일 등이 이루어져야 한다. 둘째, 지극히 예외적 사항을 규율하는 것이 아닌 한 신규입법은 지양되어야 하며, 「정보통신망법」과 「위치정보법」의 개인정보 규정은 「개인정보 보호법」을 중심으로 통합하여 규정하는 것이 바람직하다. 셋째, 영역별 특성을 고려하되, 빅데이터, 클라우드컴퓨팅 등 각종 정보기술을 바탕으로 하는 변화된 환경에 부합하도록 규제의 합리적 '수정'이 이루어져야 한다.

## I. 서론

2011년 9월 30일 「개인정보 보호법」이 시행됨으로써 우리나라의 개인정보보호법제는 그간 부문별·영역별로 산재해 있던 상태에서 벗어나 공공·민간 전체를 완전히 포괄하는 법체계를 가지게 되었다. 그러나 「개인정보 보호법」은 공공부문과 민간부문에서 처리되는 모든 개인정보의 보호를 그 대상으로 규정하고 있지만 사실상 영역별 특수성을 모두 반영하기는 어렵다. 그러므로 개별적인 영역에서 정보주체의 자기정보결정권을 구체화하고 관련 법률관계를 명확히 하기 위하여 영역별로 별도의 개인정보 관련 법령의 제·개정이 이루어지게 되었다. 그런데 이러한 법규들이 계획적 설계 하에 종합적·단계적으로 제정된 것이 아니라 필요적 수요가 있을 때마다 개별적·산발적으로 만들어지다 보니 법률 상호간에 정합성을 확보하지 못하고 있는 실정이다. 사정이 이러하다 보니 동일한 사안에 대해 서로 다른 법률이 적용되거나 중첩 적용됨으로써 정보주체의 보호라는 원래의 목적과는 달리 과도한 중첩적 규제로 개인정보처리자의 활동을 제한하는 문제점이 노출되기 시작하였다. 즉 이 법은 개인정보에 관한 일반법임에도 불구하고 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 “정보통신망법”이라 한다), 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」(이하 “신용정보법”이라 한다), 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」(이하 “위치정보법”이라 한다) 등 영역별 개인정보 보호를 규율하고 있는 여타 법률과 상호 어떠한 법률에 우선하여 적용되어야 하는 것인지 등에 관한 모호함이 존재하고 있다. 또한 각 개별법의 소관부처가 다른 만큼 동일한 개념과 관련된 법령의 해석에 있어서도 입장차를 보이고 있어 규제대상자인 개인정보처리자의 혼란을 가중시키고 있다.<sup>1)</sup>

동일한 사안에 대해 법 적용의 혼란이 존재하고 법령의 해석에 대한 견해가 대립한다는 것은 현행 법령 체계가 정치하지 못하고 흠결이 존재한다는 것을 반증한다. 이러한 문제점을 기반으로 본 연구는 일반법이자 기본법인 「개인정보 보호

1) 예를 들어 개인정보에 대한 비식별화 처리를 한 경우 개인정보에 해당되는가와 관련하여 방송통신위원회 가이드라인은 개인정보에 해당되지 않는다고 하는 반면, 행정자치부와 한국정보화진흥원이 발간한 ‘개인정보 비식별화에 대한 적정성 자율평가 안내서’(한국정보화진흥원·행정자치부, 개인정보 비식별화에 대한 적정성 자율평가 안내서, 2014.12, 24면)는 “본 안내서를 이용해서 개인정보 비식별화에 대한 적정성을 평가하고, 관련 데이터를 공개 또는 제공하는 것에 대한 책임은 해당 개인정보처리자에게 있으며, 평가위원회는 전문가로서의 판단을 제공하는 역할을 수행함”이라고 기술함으로써(27면) 비식별화된 개인정보가 개인정보에 해당되는지 여부에 대하여 여전히 의문을 남기고 있다.

법」과 관련 개별법간의 불균형을 해소하고 정합성을 제고함으로써 「개인정보 보호법」이 개인정보보호의 일반법 및 기본법으로서의 지위를 공고히 하고, 사회 전반의 개인정보가 실효성 있게 유기적으로 보호될 수 있는 방안을 마련하고자 한다. 그 실증적 연구를 위해 구체적으로 금융, 의료, 정보통신 영역의 개인정보 법령체계의 부정합성을 밝히고 이를 바탕으로 개선안을 도출하고자 한다.

## II. 개인정보 법체계 정합성의 의의

### 1. 법체계 정합성의 의의

법의 ‘정합성’이라 함은 모순 없이 일관성과 흠결 없는 완전성을 포함하는 상위 개념으로<sup>2)</sup> 관련법 간에 논리적 통일성이 유지되어 있고 각 상황에 부합하는 적절한 법이 존재하는 것을 의미한다. 이는 어떠한 사안에 대하여도 적법한 법령이 존재하며, 동일 또는 유사사안에 관련된 법령들 간에 충돌이나 모순이 없고, 국가의 지도원리인 헌법원리에 위배됨이 없는 법체계가 형성되어 있거나, 해석을 통하여 이러한 상태의 구현이 가능한 법적 상태가 형성되어 있는 것을 말한다.<sup>3)</sup> 즉 동일 사안에 대하여 법령을 적용함에 있어서 중복, 혼란, 불일치 그리고 사각지대 등이 발생하지 않음을 의미한다.<sup>4)</sup>

이러한 법체계 정합성 구현을 위해 법의 적용 및 효력에 있어서 헌법-법률-법규명령-행정규칙으로 이어지는 상·하위법 간에 충돌이나 모순이 없도록 수직적 정합성이 유지되어야 하며, 수직적으로 동위에 있는 법령간의 모순이나 충돌, 흠결이 없도록 수평적 정합성이 유지되어야 한다. 이를 위하여 관련 법령 간 동일 내용에

2) 오세혁, “규범충돌 및 그 해소에 관한 연구:규범체계의 통일성을 중심으로”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2002, 2,49면.

3) 양석진, 정보공개법과 개인정보보호법의 법체계 정합성 고찰, 법학연구 제33집(2009.2.25.), 한국법학회, 434~435면.

4) 일각에서는 유사하게 체계정당성(Systemgerechtigkeit) 또는 체계적합성(Systemgemäßheit)으로 설명하기도 한다. 체계정당성(Systemgerechtigkeit) 또는 체계적합성(Systemgemäßheit)이란 입법기능에서 존중되어야 하는 원칙으로서 법규범 상호간에는 규범구조나 규범내용면에서 서로 상치 내지 모순되어서는 아니된다는 원칙이다(허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2011, 890면, 현재 1995. 7.21. 선고 94헌마136 결정). 즉 어떠한 법령이 전체 법질서나 다른 법령간의 관계에 있어서 불일치하거나 모순되지 않아야 한다는 원칙이며, 법령의 수직적 및 수평적 체계를 유지하도록 하여 법규범의 구조, 체계 및 내용이 모순·충돌되지 않도록 하는 것을 의미한다(박영도, “특별법 입법체계 개선방안”, 한국법제연구원, 2012, 70-71면 참조; 홍완식, “체계정당성의 원리에 관한 연구”, 토지공법연구 제29집, 한국토지공법학회, 2005. 12, 469면).

대하여는 동일한 개념이나 용어를 사용함으로써 입법내용의 통일성을 기하여야 하며(통일성), 그 법령의 표현방법, 입법의도, 용어정의 등에 있어서 명확하고 평이한 용어를 사용함으로써 일의적인 해석이 가능하도록 하는 것이 매우 중요하다(명확성), 또한 평균인의 법의식을 고려하여 법령의 수범자가 쉽게 수긍하도록 함으로써 입법목적이 효과적으로 달성되도록 하여야 하며(실효성), 법이 흠결 없이 사회현실을 정확히 반영하도록 함으로서 현실적 타당성을 구비하도록 하여야 한다(현실적응성).

이처럼 입법자는 법률을 제정하거나 개정 할 때 그 내용이 전체 법체계 내에서 상호 모순·충돌·공백이 없도록 법체계정합성을 준수하여야 한다.

## 2. 법체계 정합성 확보를 위한 입법기술

### 가. ‘기본법’과 ‘개별법’

우리나라의 경우 기본법이라는 용어는 법제실무에 있어서 다양한 뜻으로 사용되고 있다. 첫째, 실생활에 있어서 광범위한 역할을 발휘하는 개별법령 또는 일단의 법규를 의미한다(예: 헌법·민법·상법·형법·소송법·행정법을 기본육법이라 정의하는 것). 둘째, 동일 위계에 속하는 법령임에도 불구하고 어떤 특정한 사항을 통일적으로 규율하기 위하여 어느 하나의 법령을 다른 법령들 보다 우월한 지위에 놓는 것을 의미한다(예: 조세감면에 대한 사항은 조세특례제한법의 통제를 받도록 하는 것). 셋째, 어떤 분야의 정책에 있어서 그 기본방향을 제시하고 있는 법령을 의미한다.<sup>5)</sup>

이 중 정책수단의 총괄규범으로서의 기본법은 현장으로서의 이념규정 뿐만 아니라 그 현장을 실현하기 위한 각종 정책수단을 열거하는 기본법을 두는 법령체계이다. 즉, 일정한 산업분야의 진흥, 청소년과 같이 일정한 국민계층의 육성 및 보호 등의 정책수단에 관한 기본적 사항을 정함으로써 기본법이 당해 정책분야의 총괄규범으로서의 기능을 하도록 하는 법령체계이다(예: 국가정보화기본법, 청소년기본법, 환경정책기본법, 문화산업진흥기본법). 이 유형의 장점은 일정한 분야의 정책에 관한 수단을 뒷받침하는 법령에 대한 총괄규범을 제정함으로써 당해 정책분야에 대한 모든 부서의 정책 및 법령의 체계화를 기할 수 있다는 것이다. 국가차원에서

5) 이하의 논의는 박영도, “기본법의 입법모델 연구”, 한국법제연구원, 2006 참조.

그 분야의 정책이 중요하고 중점을 두어 추진한다는 인식을 제시하고 그 책무나 결의를 명확히 함과 더불어 제시된 방향 및 지침에 따라 계획적·종합적·장기적 정책추진이 가능하다. 또한 당해 정책의 이념이나 기본이 되는 사항을 정하고 그에 의거하여 시책을 추진하거나 제도의 정비를 도모함으로써 관련 제도의 체계화를 추구할 수 있다. 단기적 사안이 아닌 장기적·종합적 사안에 대한 정책방향 제시가 필요한 분야에 대한 입법이다. 구체적으로 규정 할 경우 기본법에서 정책의 범위를 제한하게 되어 정책추진의 융통성 저해할 수 있으므로 향후 환경변화에 능동적 대응을 위해서는 구체적 규정보다는 기본이념과 원칙적 규범의 규정 중심으로 규정하게 된다. 또한 무계획적 입법으로 인한 법령 수의 증대, 법제의 고도화·복잡화 등에 수반되는 법률 간의 모순·충돌 발생 등에 대응하여 제도·정책의 통일성·체계성을 확보할 수 있다. 뿐만 아니라 실체적 사항만을 최대한 완벽하게 규정한다고 해도 현실의 다양성과 사회 변화속도, 법률해석의 한계 등으로 인하여 법률의 공백이 발생할 수밖에 없으므로, 포괄적 원칙적 규범을 통해 입법공백을 치유할 수 있다. 새로운 이념이나 제도의 형성·정착을 도모하려는 경우 기본법제정으로 사회의 이해와 인식 및 의식개혁 추진을 통해 국민에 대한 정책메시지 기능도 하게 된다. 반면, 이 유형의 단점은 일정 분야의 정책을 추진하는 부처가 다양한 경우 관계부처의 협의 및 의견조정 등에 있어서 어려움이 있다는 것이다.

기본법의 활용에 대해서는, 진정한 법이란 사회적으로 규범으로서 효율성의 평가가 이루어지는 도구적 성격을 띠게 되지만, 자칫 기본법은 비효율적 법으로서 법의 보호적 기능과는 거리가 있는 단지 신기루와 같은 성격을 지니며, 사실적 효율성과는 관련되지 않는 정치적 결정의 작용에 불과하게 될 수도 있다는 비판이 제기된다. 그러나 기본법에 규정된 정책방향규정이나 원칙규정 등은 그 내용적으로 볼 때 사실상 추상적인 성격을 가지는 것이기는 하지만, 그 조항의 효력은 그것이 공동체를 위하여 중요한 사회의 지배적인 가치와 관념을 확인하는 데 본질이 있으며, 당해 법률의 정당화 및 통합적 기능을 수행함으로써, 규범적 내용을 제시한다.<sup>6)</sup>

6) 이러한 비판은 규범체계가 일도양단식으로 적용되는 규칙뿐만 아니라 형량을 통해 유연하게 적용되는 원칙으로도 구성된다는 점을 간과한 것이다. 기본법에 주로 규정될 원칙규범은 입법(의회입법과 행정입법)의 방향을 제시하고, 집행기관에게 행동의 지침을 제공하며, 사법기관에게는 해석의 지침을 제공한다(예컨대, 불법행위를 판단할 때 사업자의 책무규정은 위법성과 과실을 판단하는 기준으로 활용될 수 있음을 상기해보라).

### 나. ‘일반법’과 ‘특별법’

입법기술적상 기존법리의 유추적용이 가능하고 다만, 세부·기술적 사항만이 다를 경우에는 특별법 제정보다는 일반법의 보완이 더 나은 방식이다. 반면에, 기존법리의 유추적용으로 해결할 수 없는 경우에는 특별법의 입법이 요청된다. 예컨대, 형법상의 개념보완을 통한 사이버범죄의 규율이 가능하다면(절도죄의 물건을 생각해 보라), 굳이 특별법을 제정할 필요는 없다. 반면에, 전자거래가 그 성립시기, 방식, 목적 등의 측면에서 기존의 민법상 법리로 해결이 불가능할 경우 새로운 입법이 요청된다(전자거래기본법을 생각해 보라).

원론적 수준의 검토이지만 기존의 법을 개정하여 문제를 포섭할 것인가 아니면 특별법을 제정할 것인가는 새로운 법 현상의 크기와 정도 그리고 파급효과를 고려하여 결정해야 한다. 법적용의 기본원리가 동일한지 여부 또한 하나의 기준이 된다. 두 법 현상이 다른 기본원리와 관점을 가지고 규율되어야 한다면 별도의 특별법을 통해 새로운 법 원리를 천명하는 것이 바람직하다.

### 다. ‘공법’, ‘사법’ 그리고 ‘중간법’

규제입법의 경우 규제수단의 선택이 요청된다. 즉, 사법적 수단(자율규제 내지 시장메커니즘을 통한 해결), 형법적 수단(형벌), 행정법적 수단(각종 행정제재) 중 선택해야 한다. 그러나 오늘날 법현상은 공사법 이분론에 따라 명확히 구별되지 않으며 어떤 일탈행위가 손해배상책임의 기초인 민사법적 불법과 형사불법의 중간 영역, 즉 중간법(middle law)의 영역에 속하는 경우가 많다.<sup>7)</sup> 민법적 제재(손해배상) 내지 조정법(보험법)적 제재(보험료 할증) 보다는 더 강한, 즉 징벌적(punitive) 성격의 제재가 필요하지만, 형법적 제재(형벌)보다는 약한 제재가 적절한 경우가 있다. 이러한 불법은 행정법적 불법의 성격도 띠며, 이 경우 여기서 말하는 중간법은 민법과 형법뿐만 아니라 행정법을 포함한 삼각폭지의 중간지대를 관할하는 법이다. 미국의 민사제재금(civil money penalties) 및 우리나라의 과징금제도가 하나의 예이다. 이러한 중간법의 성장 현상을 바라보지 못하면 법정책상 최적의 법질서에 대한 기획을 놓치게 되고, 그 한에서 헌법은 경제질서 형성기능을 제대로 발휘할 수 없거나 적어도 없게 될 것이다. 더욱이 정보통신법의 기술법적 성격과 강

7) 이하의 논의는 이상돈, 헌법재판과 형법정책, 고려대학교출판부(2005), 55~56, 168쪽 참조.

한 진흥법 내지 촉진법적 성향에 비추어 이른바 중간법(middle law)의 활용이 검토되어야 한다.

#### 라. ‘경성법’과 ‘연성법’

새로운 환경변화에 대한 법적 처방의 예측이나 법적 규율효과에 대한 전망이 불확실한 상황에서는 의거할 수 있는 보편적인 법모델이 형성되지 못하고 있기 때문에, 대부분 참조할만한 입법례도 거의 찾아보기 어려운 경우가 많다. 이러한 경우 일반적인 행동규제의 수단으로서의 법, 즉 규칙으로서의 법보다는 원칙 내지 지침으로서의 법을 활용하는 것이 더 나은 경우가 있다. 앞서 검토한 기본법 또한 일정한 경우 연성법(soft law)으로 작동되는 수도 있다.<sup>8)</sup> 그러한 환경에서 대두되는 권익침해문제 아울러 관련 기술이나 서비스 발전방향이나 영향 리스크의 평가가 어려운 경우 선블리 이에 대한 법적 규제나 규율을 가함으로써 자칫 기술발전이나 시장개척에 예기치 못한 장애를 가져오는 결과가 될 수 있다. 따라서 한참 발전도에 있는 기술과 서비스에 관한 법모델을 모색하는데 있어서는 국제동향이나 주요 선진국들의 입법례, 그리고 우리의 시장상황 등을 예의 주시하면서 일단은 지침(guideline)이나 권고 등을 통한 일종의 연성법적 접근을 시도해볼 필요가 있다. 다만, 행정의 법률적합성이라는 헌법상 원칙에 따라 자칫 법적 안정성이 해쳐질 우려가 있으므로 이러한 접근은 필요최소한에 그쳐야 할 것이다.

#### 마. ‘실체법’과 ‘절차법’

정부가 정책이나 사업을 추진함에 있어서 사전계획수립단계에서부터 각종 권익 침해에 대한 영향평가를 실시하도록 하여 그 결과를 정책이나 제도에 미리 반영하도록 하는 제도가 필요하다. 이를 제도화함으로써 예기치 못한 사회적 갈등이나 행정비용의 낭비를 미연에 방지할 수 있다. 물론 그 방식선택은 정책추진의 경중 내지 비용-효과의 관점에서 다양하게 할 수 있다. 예컨대, 사전협의, 자체보고, 전문가활용, 위원회구성 등의 폭넓은 범위에서 활용이 가능하다.

특히 정보기술 법령에서 실체법적 고려 못지않게 중요한 것이 절차법에 대한 관

8) 이하의 논의는 홍준형, “유비쿼터스 환경에서의 개인정보 보호”, 공법연구 제32집 제5호, 211~213면 참조.

심이다. 급속하고 다양하게 변화하는 정보통신기술의 발전만큼, 관련법제도 빠른 속도로 제·개정됨에 따라, 정보화 관련 분쟁 또한 다양하게 발생하고 있다. 이러한 실체법의 변화에 대응하여, 실체법상 분쟁을 해결하는 절차법 역시 신속하게 대응할 필요가 있다.<sup>9)</sup> 다시 말해, 정보화 분쟁의 기술의존성 내지 전문성 등에 비추어, 신속하고 전문적인 새로운 분쟁해결제도 또한 마련되어야 한다. 우선 기존의 분쟁 해결 메커니즘(예컨대, 소송)이 원용 가능한 기술적 특수사항을 입법하거나, 그로 부족할 경우 각종 위원회에 의한 전문적, 독립적 분쟁해결 메커니즘이 모색되어야 한다.

### 3. 「개인정보 보호법」의 위상과 법체계 정합성

#### 가. 「개인정보 보호법」의 위상

‘개인정보’의 보호와 활용을 둘러싼 문제는 단연코 정보기술의 발전과 밀접하게 관련된다. 정보기술과 관련된 법제는 변화의 속도가 빠르고 정보기술의 기술적인 문제나 그것을 활용한 사업의 효과적인 규제를 다루고 있는 것들이다. 따라서 현실적인 규제, 즉 기능적 요소에 무게중심을 두게 되고 그 바탕이 되는 이념이나 원칙을 간과하기 쉽다. 특히 정보통신분야의 경우 기술발전 속도가 매우 빠르고 광범위하여, 법체계의 부정합적 요소들을 방치할 경우 산업발전이나 이를 이용하는 국민들의 복지차원에서조차 커다란 저해요인이 될 수 있는 바, 변화된 환경에 대응한 법체계의 구축이 더욱 필요하다. 이러한 측면에서 볼 때 ‘기본법’으로서 「개인정보 보호법」의 역할은 매우 중요하다. 개인정보 영역을 하나의 법역(法域)이라고 할 때 「개인정보 보호법」은 응당 ‘기본법’의 성격을 지닌다. 개인정보와 관련된 정책분야의 총괄규범으로서의 개인정보 정책의 이념이나 기본이 되는 사항을 정하고 그에 의거하여 개인정보와 관련된 모든 시책이 추진되어야 한다. 개인정보와 관련된 법령의 제·개정에 있어서 기준으로 작용함으로써 제도·정책의 통일성·체계성을 확보하는 기능을 하며, 개인정보 영역의 입법공백을 치유하는 기능 또한 발휘하게 된다. 따라서 「정보통신망법」, 「신용정보법」, 「위치정보법」, 「전자상거래 소비자보호법」, 「의료법」 등 다수의 개별법상 개인정보의 처리 및 보호

9) 이하의 논의는 길준규, “정보통신법상의 분쟁해결제도”, 법과 정책연구, 제5집, 1021면 이하 참조.

에 관한 규정은 「개인정보 보호법」의 이념과 기본원칙을 수렴, 반영하여 체계화하는 방향으로 입법되어야 한다.

한편 「개인정보 보호법」은 개인정보 보호에 관한 ‘기본법’으로서의 성격뿐만 아니라 ‘일반법’의 성격을 동시에 갖는다고 볼 수 있다. 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 법률의 규정이 우선하여 적용되므로 이는 해당 분야의 특수성을 고려한 입법방식이라고 할 것이다. 따라서 「정보통신망법」, 「신용정보법」, 「위치정보법」 등 다수의 개별법에서 개인정보의 처리 및 보호에 관한 규정을 두고 있으며 동일한 사안에 있어서 이러한 특별법상의 규정이 우선 적용됨이 원칙이다. 그러나 「개인정보 보호법」은 기본법으로서 개인정보 보호분야에 있어서 지도법, 지침법으로 개별법을 유도하는 역할을 담당하는 만큼 그 특별한 규정의 내용은 「개인정보 보호법」의 기본이념과 원칙에 위배되어서는 아니 되고, 위배될 경우 그 원칙에 부합하는 방향으로 개정되어야 한다. 따라서 「개인정보 보호법」은 개인정보와 관련된 사회 각 영역 법령의 체계적 정비를 가능하게 하며, 정책목표 내지 원칙에 대한 통일적 기준의 제시를 통해 법체계 부정합을 극복할 수 있는 방안이 될 수 있다.

또한 현행 「개인정보 보호법」은 법의 적용범위 자체가 공공과 민간을 포괄하며 사법적 수단(자율규제 내지 시장메커니즘을 통한 해결), 형법적 수단(형벌), 행정법적 수단(각종 행정제재)을 모두 담고 있다. 따라서 전적으로 공법 혹은 사법의 영역에 속한다고 볼 수 없으며 일종의 중간법적 성격을 지닌다. 이러한 중간법적 성격은 「개인정보 보호법」이 공법적 영역뿐만 아니라 사인간의 개인정보 분쟁에 있어서도 준거법으로 적용되는 특성을 고스란히 지니고 있음을 보여준다. 특히 개인정보와 관련된 규제는 고정된 시장이 아니라 정보통신기술에 기반 하여 끊임없이 혁신되거나 새롭게 발생하는 시장을 규율한다는 점을 상기할 때, 그 규제수단으로 이른바 중간법(현행법상은 과징금제도 내지 행정의 새로운 실효성확보수단들)의 활용이 더 중요해 질 수 밖에 없다.

특히 개인정보와 관련된 기술은 끊임없이 진화하므로 「개인정보 보호법」은 새로운 기술이나 서비스에 대한 법적 규율에서 자유로울 수 없다. 「개인정보 보호법」 자체가 ‘경성법’임에도 불구하고 ‘연성법’이 불가피하게 생성될 수 없음을 명문으로 인정하고 있다. 행정자치부장관은 개인정보의 처리에 관한 기준, 개인정보 침해의 유형 및 예방조치 등에 관한 표준 개인정보 보호지침을 정하여 개인정보처리자에게 그 준수를 권장할 수 있다(제12조제1항). 뿐만 아니라 각 영역별 중앙행정

기관의 장은 이러한 행자부장관이 마련한 표준지침에 따라 소관 분야의 개인정보 처리와 관련한 개인정보 보호지침을 정하여 개인정보처리자에게 그 준수를 권장할 수 있도록 규정(제12조제2항)하고 있다. 즉 보건복지부장관, 교육부장관, 노동부장관, 방송통신위원회 등은 각각 의료, 교육, 노동, 위치정보 영역에 있어서 각 영역별 개인정보 보호지침을 마련하여 해당 영역의 개인정보처리자에게 준수할 것을 권장할 수 있다. 다만 이러한 연성법 즉 지침은 법률의 규정이나 위임을 초과하지 않는 범위 내에서 규정되어야 하며, 위반에 대한 제재는 불가능하다.

「개인정보 보호법」은 실체법과 절차법적 내용을 모두 포함하고 있다. 정보처리자의 의무와 정보주체의 권리에 관한 사항은 모두 실체법적 내용이라고 할 수 있으나 정보주체의 권리구제절차, 즉 ‘개인정보 분쟁조정위원회’ 등은 대표적인 절차법적 요소라고 할 수 있다. 개인정보 분쟁의 기술의존성 내지 전문성 등에 비추어, 신속하고 전문적인 분쟁해결제도의 마련은 중요하다.

#### 나. 개인정보 법역(法域)의 체계정합성

법령 상호간에 체계정합성을 요구하는 이유는 입법자의 자의(恣意)를 금지하여 규범의 명확성과 예측 가능성, 규범에 대한 신뢰와 법적 안정성을 확보하기 위한 것이다. 그러나 한 국가의 전체 법체계 내에서 상호 모순이 없이 완벽한 통일성을 가지는 법체계의 구축은 사실상 불가능한 것이며, 법체계의 통일성 및 무모순성의 실현은 최초의 입법작용만으로는 불가능하고 법적용과정과 함께 법령의 개선을 통해 지속적·점진적으로 추구되어 질 수밖에 없다. 따라서 입법자의 법체계 정합성 유지 의무는 최초의 입법작용인 법 제정 당시에만 부여되는 것이 아니며, 입법자는 법령이 존속하는 한 지속적으로 해당법령의 체계정합성의 부합에 노력하여야 한다.

‘개인정보’와 관련된 법령은 금융, 의료, 교육, 근로, 정보통신 등 각 영역별로만 살펴보더라도 이미 수 십여 개가 넘는다. 이러한 법령은 ‘개인정보’에 대하여 규정하는 것이 주된 목적이 아니라, 법의 적용과정에서 개인정보에 대한 규율 내용이 추가되거나 보완된 경우가 대부분이다. 또한 「개인정보 보호법」 제정 이전에 이미 규율된 사항도 있으며, 「개인정보 보호법」 제정 이후 보완된 내용도 있다. 「개인정보 보호법」 제정 이전에는 ‘개인정보’의 규율에 대한 원칙과 기준이 정확히 법규상으로 제시되지 않은 바, 개인정보 법역의 체계정합성 확보를 위해서는 「개인정보 보호법」의 기본원칙에 부합되는지 여부에 대한 개별법의 개인정보 규

정에 대한 재검토가 필요하다. 체계부정합의 유형은 첫째, 동일한 사안에 대하여 모순·상충되는 경우, 둘째, 동일한 사안에 대하여 중복되는 규정이 있는 경우, 셋째, 입법공백의 사각지대가 있는 경우 등이다. 따라서 이하에서는 「개인정보 보호법」의 기본법·일반법적 성격을 근간으로 금융, 의료, 정보통신 영역에서 법체계부정합의 사례를 실증적으로 연구 하고 그 개선방안을 제안해 보고자 한다.

### Ⅲ. 영역별 체계부정합 현황

#### 1. 금융 영역

##### 가. 상충

일반적으로 보험계약 등 금융 계약 체결은 일반 민법상 기준에 따라 법정대리인 동의를 받는 연령은 만 18세 미만을 기준으로 하고 있으나(「민법」 제4조 및 5조), 개인정보 처리 동의는 만 14세 미만을 기준으로 규정하고 있다(「개인정보 보호법」 제22조). 따라서 부모 등의 친권자가 자녀(만 14세~ 18세)를 위해 보험을 계약하고자 하는 경우에도 해당 자녀의 동의를 받아야 하는 문제 발생하게 된다. 민법상 미성년자의 법률행위는 법정대리인의 동의를 받도록 규정한 조항은 「개인정보 보호법」 제6조에 따른 다른 법률에 특별한 규정이 있는 것으로 해석 가능하다면 계약 등 법률행위에 수반되어지는 개인정보 처리에 관하여는 만 18세를 기준으로 할 수 있을 것으로 볼 수 있다. 이와 관련하여서는 「개인정보 보호법」에서 법정 대리인의 동의를 받아야 할 연령을 만 14세 미만으로 정한 취지는 만 14세 이상 청소년의 자기결정권을 존중하기 위한 목적이므로 만 14세 이상자의 개인정보를 처리하기 위해서는 법정대리인의 의사와는 관계없이 해당 정보주체에게 직접 동의를 받아야 한다는 해석도 일응 가능하다. 그러나 1) 「개인정보 보호법」은 ‘계약 체결’과 그에 따른 개인정보의 수집, 이용을 분리하여 후자를 규제 대상으로 정하고 있고(개인정보 보호법 제15조 제1항 제4호 참조), 2) 「개인정보 보호법」은 ‘개인정보 보호’라는 독자적인 목적 하에 제정된 법률로서 민법에 따른 법률행위만을 규제 대상으로 하지 아니하며, 3) 「개인정보 보호법」 제22조 제5항은 개인정보처리자가 만 14세 미만의 자의 개인정보를 수집, 이용하려고 할 때에는 본

인이 아닌 법정대리인의 동의를 받아야 한다는 취지라고 할 수 있다. 이에 반해 「민법」 제5조는 만 19세 미만의 자는 독립적으로 법률행위를 할 수 있으나, 법정대리인이 동의하지 않는 경우에는 취소할 수 있다는 취지의 조항으로서 양 자는 규율 목적을 달리한다는 점을 고려하면, 「개인정보 보호법」 제22조 제5항과 「민법」 제5조는 각자의 입법 목적을 지닌 법률 조항으로 독립적으로 해석될 필요가 있다. 따라서 이러한 해석 하에서 본다면 부모 등의 친권자가 자녀(만 14세에서 만 19세)를 위하여 보험을 계약하고자 하는 경우에는 「개인정보 보호법」 제22조 제5항의 반대해석에 따라 원칙적으로 정보 주체 본인에 해당하는 해당 자녀로부터 개인정보의 수집, 이용에 관한 동의를 받아야 한다고 할 수 있다. 다만, 「개인정보 보호법」에서 개인정보 수집, 이용에 관한 동의를 대리하지 못하도록 정하고 있지는 아니한바(개인정보 수집 등에 대한 동의권은 일신전속적 성격이 강하여 대리에 친한 권리에 해당하는지 여부에 대하여 논란이 있을 수 있음은 별론으로 하고), 법정 대리인이 미성년자의 동의를 얻어 미성년자의 개인정보 수집, 이용에 관한 동의를 대리할 수는 있다고 보여 진다. 이러한 경우에는 대리에 의하여 개인정보 수집, 이용 동의서가 작성되었음을 명시하여야 할 것이다. 그러나 이는 명백히 정보주체의 재산상 이익이 되는 경우에 해당되는바, 이와 관련하여 일일이 개인정보 동의서, 개인정보 동의에 대한 대리권 수여 사실을 증명하는 서류를 구비하는 것은 오히려 계약관계를 더 복잡하고 업무의 효율성을 해할 수 있다. 따라서 양자의 입법취지가 모두 구현될 수 있도록 이러한 법 적용의 상충되는 부분을 개선할 필요가 있다. 즉 보험계약 체결을 위한 경우 「개인정보 보호법」상 연령 규정의 특칙을 인정하는 규정 도입의 검토가 필요하다.

#### 나. 중복

2015년 3월 개정된 「신용정보법(법률 제13216호, 2015.3.11., 일부개정)」은 개인정보 유출 사태를 계기로 신용정보의 보호를 강화할 필요성이 제기됨에 따라, 다양한 제도가 도입되었다. 그러나 「개인정보 보호법」상의 일부제도와 유사한 제도의 도입으로 인해 실제 각종 조치와 의무를 수행해야 하는 보험사를 포함한 금융기관에게는 과도한 중첩적 업무부담으로 작용할 수 있다.

일례로 보험사는 「신용정보법」 제20조제3항에 따라 신용정보회사, 신용정보집중기관 및 대통령령으로 정하는 신용정보제공·이용자는 ‘신용정보관리·보호인’을 1

명 이상 지정하여야 하고 총자산, 종업원 수 등을 감안하여 대통령령으로 정하는 자는 ‘신용정보관리·보호인’을 임원으로 하여야 한다. 한편 「개인정보 보호법」 제 31조에 따라 개인정보처리자는 개인정보의 처리에 관한 업무를 총괄해서 책임질 ‘개인정보 보호책임자’를 지정하여야 한다. ‘신용정보관리·보호인’과 ‘개인정보 보호책임자’의 업무는 아래 표에서 보는 바와 같이 유사하며, 그 도입취지 또한 개인(신용)정보와 관련된 업무의 총괄책임자를 정한다는 면에서 대동소이하다. 실무상에서는 ‘개인정보 보호책임자’와 ‘신용정보관리·보호인’을 동일인으로 지정함으로써 규범의 준수를 피하겠지만 양자는 엄격히 수범자를 혼란스럽게 하는 중복규정이라 할 수 있다. 「신용정보법」상의 ‘신용정보관리·보호인’을 「개인정보 보호법」상의 ‘개인정보 보호책임자’로 간주하는 규정의 도입을 통해 양법의 조화로운 운용을 도모할 필요가 있다.

<표1> ‘신용정보관리·보호인’과 ‘개인정보 보호책임자’의 업무

구분	신용정보관리·보호인 (신용정보법 제20조)	개인정보 보호책임자 (개인정보 보호법 제31조)
수행 업무	1. 신용정보의 수집·보유·제공·삭제 등 관리 및 보호 계획의 수립 및 시행 2. 신용정보의 수집·보유·제공·삭제 등 관리 및 보호 실태와 관행에 대한 정기적인 조사 및 개선 3. 신용정보 열람 및 정정청구 등 신용정보주체의 권리행사 및 피해구제 4. 신용정보 유출 등을 방지하기 위한 내부통제시스템의 구축 및 운영 5. 임직원 및 전속 모집인 등에 대한 신용정보보호교육계획의 수립 및 시행 6. 임직원 및 전속 모집인 등의 신용정보보호 관련 법령 및 규정 준수 여부 점검 7. 그 밖에 신용정보의 관리 및 보호를 위하여 대통령령으로 정하는 업무	1. 개인정보 보호 계획의 수립 및 시행 2. 개인정보 처리 실태 및 관행의 정기적인 조사 및 개선 3. 개인정보 처리와 관련한 불만의 처리 및 피해 구제 4. 개인정보 유출 및 오용·남용 방지를 위한 내부통제시스템의 구축 5. 개인정보 보호 교육 계획의 수립 및 시행 6. 개인정보파일의 보호 및 관리·감독 7. 그 밖에 개인정보의 적절한 처리를 위하여 대통령령으로 정한 업무
기타	각 호의 업무에 관하여 금융위원회가	업무 수행에 있어서 필요한 경우

<p>정하는 바에 따라 주기적으로 보고서를 작성하여야 하며, 이를 대표이사 및 이사회에 보고하고 금융위원회에 제출</p>	<p>개인정보의 처리 현황, 처리 체계 등에 대하여 수시로 조사하거나 관계 당사자로부터 보고를 받을 수 있음</p>
---	--

또한 「신용정보법」에 의하면 제31조에서 ‘신용정보활용체제’의 공시를 규정하고 있다. 즉 관리하는 신용정보의 종류, 이용 목적, 제공 대상 및 신용정보주체의 권리 등에 관한 사항을 공시하도록 규정하고 있다. 한편 「개인정보 보호법」은 제30조에서 ‘개인정보 처리방침’의 수립 및 공개를 규정하고 있다. 양자의 입법의도와 취지가 동일 한 바 이 역시 ‘신용정보활용체제’를 수립, 공시한 경우에는 ‘개인정보 처리방침’의 수립 및 공개의무를 면제해주는 제도의 도입의 통해 수범자의 업무부담을 감경시켜 줄 필요가 있다.

<표2> ‘신용정보활용체제’와 ‘개인정보 처리방침’ 제도 비교

	신용정보활용체제 (「신용정보법」 제31조)	개인정보 처리방침 (「개인정보 보호법」 제30조)
공시 공개 사항	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 관리하는 신용정보의 종류 및 이용 목적</li> <li>2. 신용정보를 제3자에게 제공하는 경우 제공하는 신용정보의 종류, 제공 대상, 제공받는 자의 이용 목적(제1항에 해당하는 자로 한정한다)</li> <li>3. 신용정보의 보유 기간 및 이용 기간이 있는 경우 해당 기간, 신용정보 파기의 절차 및 방법(제1항에 해당하는 자로 한정한다)</li> <li>4. 법 제17조에 따라 신용정보의 처리를 위탁하는 경우 그 업무의 내용 및 수탁자</li> <li>5. 신용정보주체의 권리와 그 행사방법</li> <li>6. 법 제20조제3항에 따른 신용정보</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 개인정보의 처리 목적</li> <li>2. 개인정보의 처리 및 보유 기간</li> <li>3. 개인정보의 제3자 제공에 관한 사항(해당되는 경우에만 정한다)</li> <li>4. 개인정보처리의 위탁에 관한 사항(해당되는 경우에만 정한다)</li> <li>5. 정보주체의 권리·의무 및 그 행사방법에 관한 사항</li> <li>6. 처리하는 개인정보의 항목</li> </ol>

	<p>관리·보호인이나 같은 항에 따라 신용정보 관리·보호 관련 고충을 처리하는 사람의 성명, 부서 및 연락처</p> <p>7. 신용등급 산정에 반영되는 신용정보의 종류, 반영비중 및 반영기간(신용조회회사만 해당한다)</p>	<p>7. 개인정보의 파기에 관한 사항</p> <p>8. 제30조에 따른 개인정보의 안전성 확보 조치에 관한 사항</p>
<p>공시 방법</p>	<p>1. 점포·사무소 안의 보기 쉬운 장소에 갖춰 두고 열람하게 하는 방법</p> <p>2. 해당 기관의 인터넷 홈페이지를 통하여 해당 신용정보주체가 열람할 수 있게 하는 방법</p>	<p>1. 인터넷 홈페이지에 지속적으로 게재</p> <p>2. 인터넷 홈페이지에 게재할 수 없는 경우</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 개인정보처리자의 사업장등의 보기 쉬운 장소에 게시</li> <li>- 개인정보처리자의 사업장등이 있는 시·도 이상의 지역을 주된 보급지역으로 하는 일반일간신문, 일반주간신문 또는 인터넷신문</li> <li>- 같은 제목으로 연 2회 이상 발행하여 정보주체에게 배포하는 간행물·소식지·홍보지 또는 청구서 등</li> <li>- 재화나 용역을 제공하기 위하여 개인정보처리자와 정보주체가 작성한 계약서 등에 실어 정보주체에게 발급</li> </ul>
<p>기타</p>	<p>-</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 개인정보 처리방침의 내용과 개인정보처리자와 정보주체 간에 체결한 계약의 내용이 다른 경우에는 정보주체에게 유리한 것을 적용</li> <li>- 행정자치부장관은 개인정보 처리방침의 작성지침을 정하여 개인정보처리자에게 준수를 권장할 수 있음</li> </ul>

그밖에 「신용정보법」 제39조의2에서 규정하고 있는 ‘신용정보 누설통지’제도 역시 「개인정보 보호법」 제34조에서 규정하고 있는 ‘개인정보 유출 통지’제도와 그 도입취지 및 내용이 유사하다. 양자의 차별성이 인정되는 부분(금융위원회에 신고

등)만 별도로 규정하되 동일한 부분에 대하여는 양 제도를 연계시키거나 같은 규정을 둘 필요가 있다.

## 2. 의료 영역

### 가. 상충·불균형

「의료법」에 의할 경우 정당한 사유 없이 전자처방전/전자의무기록에 저장된 개인정보를 탐지하거나 누출·변조 또는 훼손한 자는 5년 이하의 징역 또는 2천 만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(「의료법」 제87조제1항). 그러나 「개인정보 보호법」에 의할 경우 정보주체의 동의 없이 또는 법령의 허용 없이 민감정보를 처리 한 경우 5년 이하의 징역 또는 5천 만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(「개인정보 보호법」 제71조제3호). "처리"란 개인정보의 수집, 생성, 연계, 연동, 기록, 저장, 보유, 가공, 편집, 검색, 출력, 정정(訂正), 복구, 이용, 제공, 공개, 파기(破棄), 그 밖에 이와 유사한 행위(「개인정보 보호법」 제2조 제2호)를 하는 것이다. 즉 '처리'와 '정당한 사유 없이 탐지, 누출·변조 또는 훼손'하는 것은 그 행위 태양에 있어서 그 위법성의 정도가 다르다. 당연히 '누출·변조 또는 훼손'의 행위태양이 더 비난의 여지가 크다고 하지 않을 수 없다. 그럼에도 불구하고 벌금형에 있어서 오히려 「개인정보 보호법」상의 형량이 더 높은 것은 그 행위의 위법성 또는 비난가능성에 대한 검토가 충분히 반영되지 않은바 법체계 불균형의 사례라고 할 수 있다.

또한 「의료법」상 환자가 아닌 다른 사람에게 환자에 관한 기록을 열람하게 하거나 그 사본을 내주는등 내용을 확인할 수 있게 한 자는 3년 이하의 징역, 1천 만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있으나(「의료법」 제88조, 친고죄), 「개인정보 보호법」상 개인정보 제3자 제공 위반은 5년 이하의 징역 또는 5천 만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(제71조제1호). 오히려 의료법상의 환자기록은 대부분 민감정보에 해당될 가능성이 더 높음에도 불구하고 법령에 위반한 제3자 제공에 따른 처벌규정은 일반 개인정보의 제3자 제공 규정 위반보다 더 약하다. 이 역시 법체계 정합성 관점에서 시정되어야 할 사항이라 하지 않을 수 없다.

## 나. 공백

의료인은 진료기록부, 조산기록부, 간호기록부, 처방전 그 밖의 진료에 관한 기록(이하 "진료기록부등"이라 한다)의 작성을 위해 환자의 성명, 주민등록번호, 주소, 질병정보 등을 정보주체의 별도의 사전 동의 없이 수집하여 관리할 수 있다(「의료법」 제22조, 동법 시행규칙 제14조). 법령에 의해 수집하는 이러한 진료목적의 개인정보는 정보주체의 의사에 관계없이 개인정보를 수집할 수 있는 경우로서 「개인정보 보호법」상 '다른 법률과의 관계' 규정에 의해(「개인정보 보호법」 제6조)<sup>10)</sup> 또는 「개인정보 보호법」 제15조제1항제2호에 의거 '법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우'에 해당되므로 동의절차가 불필요하다.<sup>11)</sup> 그러나 진료의 예약, 진단결과 통보, 진료비 청구, 증명서 발급을 위한 연락처 정보 등의 업무와 관련된 개인정보의 사전동의 면제에 대한 특칙이 규정되어 있지 않다. 이와 관련하여서는 정보주체의 이익에 반하지 않으며 진료업무의 연장선상으로 보아야 하므로 이에 대한 사전 동의 없이도 수집할 수 있는 근거 규정이 필요하다.<sup>12)</sup> 견해에 따라서 이러한 업무를 「개인정보 보호법」상 '정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 불가피하게 필요한 경우'(제15조제1항제4호)에 해당되어 별도의 사전 동의 없이 가능하다고 볼 수도 있으나, 해석의 여지가 있는 사항에 대하여 그 취지에 대한 이견이 없다면 명확히 규정하는 것이 법체계 정합성에 부합하다.

의료서비스는 대체로 공익성이 큰 서비스로 그 관련 개인정보의 수집에 있어서 과도한 규제는 의료서비스의 불편 및 지연을 초래하는바 바람직하지 않다. 그러나 의료서비스에 활용되는 개인정보는 대부분 질병과 관련되는 민감한 사항이므로 오히려 그 이용 및 제공에 있어서 명확히 구체적으로 규정할 필요가 있다. 특히 이용과정에서 기술적·관리적 안전성확보가 매우 중요하다. 최근의 약정원 사건<sup>13)</sup>에서

10) 제6조(다른 법률과의 관계) 개인정보 보호에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.

11) 제15조(개인정보의 수집·이용) ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 개인정보를 수집할 수 있으며

2. 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우

12) 2012년 9월 행정안전부에서 작성한 "개인정보보호법 적용 사례(의료기관)"에 의하면 진료의 예약, 진단, 진단결과 통보, 진료비 청구, 증명서 발급 등은 진료목적으로 보며 진단결과 통보를 위한 연락처 정보까지는 동의 없이 수집 가능하다고 기술하고 있으나(2페이지) 이는 명백히 법령에 규정이 없으나 자의적 해석의 여지가 있다.

13) 대한약사회 산하 기관인 약학정보원이 2011년 1월부터 2014년 11월까지 가맹 약국에 경영관리

도 볼 수 있듯이 동일한 약국 프로그램을 통해 그 정보가 유출 될 경우 그 여과는 단순히 경제적 피해뿐만 아니라 국민적 신뢰저하를 초래하게 된다.

한편 의료영역과 관련하여서는 진료기록부, 처방전, 예방접종기록 등에 대한 보관을 규정하고 있다. 보관과 관련하여 처방전 2년, 진료기록부 10년 등 그 기간이 정해진 것도 있지만, 예방접종에 관한 기록 등과 같이 그 기간이 정해지지 않은 것도 있다. 이러한 경우 영구적으로 보존하여야 하는지, 파기하여야 하는지 명확하지 않으며 「의료법」상 정해진 바 없으므로 「개인정보 보호법」이 적용된다. 「개인정보 보호법」은 보유기간의 경과, 개인정보의 처리 목적 달성 등 그 개인정보가 불필요하게 되었을 때에는 지체 없이 그 개인정보를 파기하도록 규정하고 있다(제21조제1항). 즉 개인정보가 불필요하게 되었을 때 파기하도록 규정하고 있으나, 진료에 관한 기록의 경우 의무 보존기간이 경과한 경우 그 진료에 관한 기록이 “불필요하게 된 것인지” 불명확하다. 이는 입법의 불비이다. ‘진료에 관한 기록’의 경우 의무보유기간 경과 시 즉시 파기하여야 하는 것인지에 대하여 「의료법」에서 명확히 규정할 필요가 있다.<sup>14)</sup> 현행 의료법 시행규칙에서와 같이 보존연한에 대하여 최단기간만 보장하는 것은 결국 개인의료정보의 영구보관을 정당화해 줄 수 있는데, 이는 정보주체의 동의 여부와 관계없이 의료기관에게만 유리한 규정으로 문제가 있으므로, 개인의료정보의 종류 및 이용목적에 따라 각각 최단과 최장의 기간을 규정하여 의료기관 등에서 탄력적으로 운용하는 것이 바람직하다.<sup>15)</sup>

## 다. 기타

「개인정보 보호법」에서 정보주체는 개인정보처리자에게 본인 정보의 삭제

---

프로그램 PM2000을 배부해 약 1만 800개 약국으로부터 환자 조제정보 43억3593만건을 약국측에 설명하지 않고 환자들의 동의없이 수집·저장·보유한 후 판매한 혐의로 약학정보원과 IMS 헬스코리아 등 관련자 24명이 검찰에 기소된 사건이다. 특히 이들은 16억원을 받고 IMS사에 수집한 조제정보들을 판매했다는 것이 검찰측의 주장이다. 이와 관련 IMS 헬스코리아는 매입한 자료를 해외 본사에 임의 제공해 우리나라 국민들의 건강정보를 해외로 유출한 것은 물론, 이 자료를 통계처리해 제약사들에게 다시 판매해 총 70억원의 수익을 얻었다는 주장도 제기되고 있다 ([http://hnews.kr/n\\_news/news/view.html?no=30667](http://hnews.kr/n_news/news/view.html?no=30667), 현대건강신문, 2015.11.9. 확인)

14) 신용정보의 경우 이러한 ‘「개인정보 보호법」’상의 모호함을 해결하기 위해 5년 보관 후 삭제를 원칙으로 규정하였다(신용정보 보호법 제 조).

15) 이상명, 의료정보화와 의료정보보호, 한양대학교 법학논총 제25권 제1호, 2008. 3., 51~52면.

요구할 수 있다.<sup>16)</sup> 이는 개인정보자기결정권의 구체적 권리인 정보삭제권을 법률에서 직접 적용한 것이다. 개인의료정보도 이 법률에 의해 정보주체의 요구가 있을 경우 개인정보처리자인 의료기관은 삭제를 해야 한다. 그러나 개인의료정보의 특성상 공익적 활용의 측면도 무시할 수 없다는 점에서 이를 삭제하는 것이 타당한 것인지에 대한 검토가 필요하다. 물론 「의료법」상 진료에 관한 기록에 기재 항목으로 규정되어 있고, 의무보존기간이 경과하지 않았다면 삭제 및 파기를 할 수 없다고 해석할 수 있다.<sup>17)</sup> 그러나 이 문제는 다시 분류해서 판단해야 하는데, 1)개인정보보호법 제36조 단서에 의해 다른 법령에서 그 개인정보가 수집 대상으로 명시된 경우 삭제를 요구할 수 없다고 규정되어 있는데, 반대로 개인정보처리자가 임의로 파기하는 것이 가능한지 여부와, 2) 보존기간이 경과한 경우 정보주체의 요청이 있는 경우, 정보를 삭제해야할 것인지 여부, 3) 정보주체는 본인의 정보 중에서 일부만 삭제가 가능한지 등의 문제에 대한 입법 마련이 필요하다.<sup>18)</sup>

### 3. 정보통신 영역

#### 가. 상충·불균형

동의 없는 개인정보 수집에 대하여 「개인정보 보호법」은 5천 만 원 이하의 과태료를 부과하고 있다(법 제75조 제1항 제1호, 제2호). 사전동의 위반에 대한 비범죄화에 있어서 매우 의미 있는 조항으로서, 정보주체로부터 동의를 얻지 않고 개인정보를 수집하였을 뿐인 경우라면 수집한 개인정보를 이용하지 못하게 하거나 파기하도록 하면 될 뿐 형사적으로 제재를 가할 가벌성이 낮다는 입법적 판단이 전제된 것이라고 할 수 있다.<sup>19)</sup> 반면 동일한 행위위반에 대하여, 즉 동의 없는 수집에 대하여 「정보통신망법」에서는 5년 이하 징역과 5천 만 원의 벌금을 부과할

16) 개인정보보호법 제36조(개인정보의 정정·삭제) ① 제35조에 따라 자신의 개인정보를 열람한 정보주체는 개인정보처리자에게 그 개인정보의 정정 또는 삭제를 요구할 수 있다. 다만, 다른 법령에서 그 개인정보가 수집 대상으로 명시되어 있는 경우에는 그 삭제를 요구할 수 없다.

17) 유희진, 의료적 측면에서의 문제, 개인정보보호법 시행에 따른 환자 및 의료기관의 법적·의학적 쟁문제, 대한의사협회·대한변호사협회 공동세미나(2011.12.15.), 34면.

18) 이한주, 개인의료정보보호법 제정의 필요성과 입법방향, 한국의료법학회지, 22(1), 2014, 190면.

19) 이인곤, 개인정보보호법상 처벌규정에 관한 형법적 고찰, 법학연구 제55집, 2014, 295면.

수 있다(「정보통신망법」 제71조 제1호).

대부분의 개인정보의 수집이 온라인 또는 정보통신상의 처리를 기반으로 이루어짐을 비추어 볼 때 정보통신서비스 제공자를 개인정보처리자와 달리 취급할 이유가 전혀 없다. 「위치정보법」의 경우, 개인의 동의를 얻지 아니하고 당해 개인의 위치정보를 수집·이용 또는 제공한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천 만 원 이하의 벌금에 처한다(「위치정보법」 제40조 제4호). 이 역시 앞서 규정한 「정보통신망법」과 「개인정보 보호법」상의 동의 위반 제재에 비추어 볼 때 그 균형이 맞지 않는다. 또한 「개인정보 보호법」과 「정보통신망법」에서는 안전성 확보에 필요한 조치를 하지 아니하여 개인정보를 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손당한 자에 대하여 2년 이하의 징역 또는 2천 만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(「개인정보 보호법」 제73조제1호, 「정보통신망법」 제73조제1호). 그러나 단순히 안전성 확보에 필요한 조치를 하지 아니한 자에 대하여는 「개인정보 보호법」에서는 5천 만 원 이하의 과태료를(제75조제2항 제6호), 「정보통신망법」에서는 3천 만 원 이하의 과태료를 부과하고 있을 뿐이다(제76조제1항제3호). 그러나 「위치정보법」에서는 동일한 행위에 대하여 즉 단순히 기술적·관리적 조치를 하지 아니한 자에 대하여도 1년 이하의 징역 또는 2천 만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정함으로써 형사벌의 대상으로 되어 있다(「위치정보법」 제41조 제4호). 특히 여기서 기술적·관리적 보호조치의 대상은 ‘개인위치정보’가 아니라 특정되지 않은 물건 또는 개인의 단순한 ‘위치정보’이므로 이러한 형벌규정의 경우 「개인정보 보호법」이나 「정보통신망법」에 비추어 볼 때 그 형평성이 매우 의심스럽다. 뿐만 아니라 「개인정보 보호법」과 「정보통신망법」은 파기규정 위반에 대하여 3천 만 원 이하의 과태료를(「개인정보 보호법」 제75조제2항제4호, 「정보통신망법」 제76조제1항제4호) 부과하고 있으나, 「위치정보법」은 1년 이하의 징역 또는 2천 만 원 이하의 벌금으로 형사처벌하고 있다(제41조제1호). 이 또한 동일 행위에 대한 제재규정의 불균형으로 그 균형점을 맞추는 입법적 개선이 필요하다.

## 나. 중복

「정보통신망법」의 개인정보 보호 규정과 「개인정보 보호법」의 대부분의 내용은 중복된다. 「개인정보 보호법」상 ‘개인정보처리자’는 「정보통신망법」상 개인정보를 취급하는 ‘정보통신서비스제공자’를 포함하므로 실질적으로 수범자에 있

어서도 중복된다. 개인정보 규정과 관련하여 「정보통신망법」의 극히 예외적인 몇몇 규정을 제외한다면 「개인정보 보호법」의 내용과 동일하다.

극히 예외적인 「정보통신망법」상의 특수한 규정은 주민등록번호의 수집·이용을 허용하는 사유로서 ‘본인확인기관으로 지정받은 경우(제23조의2)’가 추가되어 있으며, 「개인정보 보호법」이 ‘안전행정부령으로 정하는 경우’에 대응하는 규정으로 ‘방송통신위원회가 고시한 경우’가 규정된 것 등이다. 그 밖에 개인정보의 파기와 관련하여 「정보통신망법」상 특별 사유(사업 폐업, 불이용 시 파기)(제29조제1항제4호, 제29조제2항) 추가되어 있고, 정보주체의 권리와 관련하여 ‘이용내역의 통지의무’(제30조의2) 등이 특별한 규정이라고 할 수 있다. 그 이외의 사항에 대하여는 모두 「개인정보 보호법」과 중복되는 규정으로 「개인정보 보호법」에 의해 포섭될 수 있다.

<표3> 「개인정보 보호법」과 「정보통신망법」 비교

	개인정보 보호법	정보통신망법	비고
수집·이용	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 정보주체의 동의</li> <li>- 계약의 체결 및 이행</li> <li>- 법률에 특별한 규정, 법령상 의무 준수</li> <li>- 공공기관의 소관 업무 수행</li> <li>- 정보주체·제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익</li> <li>- 개인정보처리자의 정당한 이익을 달성</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 정보주체의 동의</li> <li>- 계약의 이행, 요금정산</li> <li>- 법률에 특별한 규정</li> </ul>	「개인정보 보호법」이 「정보통신망법」 규정 포괄
동의에 의한 수집 시 고지사항	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 수집·이용 목적</li> <li>- 개인정보의 항목</li> <li>- 보유·이용 기간</li> <li>- 동의 거부 권리가 있다는 사실 등</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 수집·이용 목적</li> <li>- 개인정보의 항목</li> <li>- 보유·이용 기간</li> </ul>	「개인정보 보호법」이 「정보통신망법」 규정 포괄
개인정보 수집제한	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 필요최소한 수집 원칙</li> <li>- 불필요한 정보 수집 거부에 대하여 서비스 제공 거부 불가</li> <li>- 불필요한 개인정보 수집에는 동의하지 아니할 수</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 필요최소한 수집 원칙</li> <li>- 불필요한 정보 수집 거부에 대하여 서비스 제공 거부 불가</li> </ul>	「개인정보 보호법」이 「정보통신망법」 규정 포괄

	있다는 사실 고지		
민감정보	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 원칙: 수집금지</li> <li>- 예외 : 동의, 법령의 요구 또는 허용</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 원칙 : 수집금지</li> <li>- 예외 : 동의, 법률에 의해 허용된 경우</li> </ul>	「개인정보 보호법」이 「정보통신망법」 규정 포괄
주민등록번호	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 원칙적 처리금지</li> <li>- 예외적으로 허용</li> <li>①법령상 요구·허용</li> <li>②<b>안전행정부령으로 정하는 경우</b></li> <li>③<b>정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익</b></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 원칙적 수집·이용 금지</li> <li>- 예외적 허용</li> <li>① 법령상 허용</li> <li>②<b>방송통신위원회가 고시하는 경우</b></li> <li>③<b>본인확인기관으로 지정 받은 경우</b></li> </ul>	「정보통신망법」상 특별 규정 존재
제3자 제공	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 정보주체의 동의</li> <li>- 법률에 특별한 규정, 법령상 의무 준수</li> <li>- 공공기관의 법령상 소관 업무 수행</li> <li>- 정보주체·제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 정보주체의 동의</li> <li>- 법률에 특별한 규정</li> <li>- <b>요금정산을 위하여 필요한 경우</b></li> </ul>	「정보통신망법」상 특별 규정 존재
관리	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 개인정보 <b>보호</b>책임자 지정</li> <li>- 개인정보<b>처리</b>방침 공개</li> <li>- 개인정보 보호 인증</li> <li>- 개인정보 영향평가</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 개인정보 <b>관리</b>책임자 지정</li> <li>- 개인정보<b>취급</b>방침 공개</li> </ul>	「개인정보 보호법」이 「정보통신망법」 규정 포괄
파기	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 보유기간의 경과</li> <li>- 처리 목적 달성</li> <li>- 기타 개인정보가 불필요하게 되었을 때</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 보유기간 경과</li> <li>- 수집·이용목적달성</li> <li>- <b>사업의 폐업</b></li> <li>- <b>1년 동안 미이용자 정보</b></li> </ul>	「정보통신망법」상 특별 규정 존재
개인정보 누출 통지·신고	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 지체 없이 해당 정보주체에게 통지</li> <li>- 행정자치부장관 또는 전문기관에 신고</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 24시간 이내에 이용자에게 통지</li> <li>- 방송통신위원회 또는 한국인터넷진흥원에 신고</li> </ul>	규정 내용 대동소이 신고기관 다름
보호조치	<ul style="list-style-type: none"> <li>기술적·관리적·물리적 조치</li> <li>- 내부 관리계획 수립·시행</li> <li>- 접근 통제 및 권한 제한 조치</li> <li>- 안전하게 저장·전송할 수</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>기술적·관리적 조치</li> <li>- 내부 관리계획 수립·시행</li> <li>- 접근 통제장치의 설치·운영</li> <li>- 안전하게 저장·전송할 수</li> </ul>	「개인정보 보호법」이 「정보통신망법」 규정 포괄

	<ul style="list-style-type: none"> <li>있는 암호화 기술의 적용</li> <li>- 접속기록 보관 위변조 방지 조치</li> <li>- 보안프로그램 설치 및 갱신</li> <li>- 보관시설 마련, 잠금장치의 설치 등 물리적 조치</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>있는 암호화 기술의 적용</li> <li>- 접속기록 위·변조 방지 조치</li> <li>- 컴퓨터바이러스에 의한 침해 방지조치</li> <li>- 기타 안전성 확보를 위하여 필요한 보호조치</li> </ul>	
정보주체의 권리	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 열람청구권</li> <li>- 정정삭제청구권</li> <li>- 처리정지요구권</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 열람·제공·정정 요구권</li> <li>- 수집·이용·제공 등의 동의 철회권</li> <li>- <u>개인정보의 이용내역을 주기적으로 통지</u></li> </ul>	「정보통신망법」상 특별 규정 존재
손해배상	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 법정손해배상 청구(300만원 이하)</li> <li>- 징벌적 손해배상 규정</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 법정손해배상 청구(300만원 이하)</li> </ul>	「개인정보 보호법」이 「정보통신망법」 규정 포괄

「위치정보법」의 개인정보 보호 규정 역시 「개인정보 보호법」의 내용과 대부분 중복된다. 위치정보의 경우 정보주체의 사전 동의를 득한 경우가 아니라면 원칙적으로 개인위치정보를 수집할 수 있는 자는 사업의 허가를 득한 ‘위치정보사업자’이다. 이용 역시 이러한 ‘위치정보사업자’로부터 그 개인위치정보를 제공받은 자만 이용이 가능하며 이러한 이용을 위해서는 개인위치정보주체의 사전 동의를 득하고 그 이용내역을 건건이 통보하여야 한다. 다만 예외적으로 i)경찰관서 또는 긴급구조기관의 요청이 있는 경우 ii)다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 iii) 8세 이하 아동 등의 보호를 위한 경우 iii)감염병 예방 및 감염 전파의 차단을 위한 경우 정보주체의 동의 없이 제3자 제공이 가능하다. 「위치정보법」상 ‘긴급구조기관 및 경찰관서의 긴급요청에 의한 개인위치정보 수집 및 제공’은 「개인정보 보호법」상 ‘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(제15조제1항제5호 및 제17조 제1항 제2호)’에 해당된다고 볼 수 있다. 위치정보사업자들은 개인위치정보의 수집, 이용 또는 제공목적을 달성한 때에는 개인위치정보를 즉시 파기하여야 한다. 「개인정보 보호법」은 보유기간의 경과, 개인정보의 처리 목적 달성 등 그 개인정보가 불필요하게 되었을 때에는 지체 없이 그 개인정보를 파기

하도록 규정하고 있으므로(제21조제1항) 동일한 내용의 규정이라고 볼 수 있다.

#### 다. 기타

개인위치정보에 대하여는 「개인정보 보호법」이 개인정보를 수집할 수 있는 경우로 규정하고 있는 ① 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우, ② 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우 ③ 정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 불가피하게 필요한 경우 ④ 개인정보처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우 등의 예외가 규정되어 있지 않다. 즉 그 수집 및 이용에 있어서 그 규제의 정도가 더 높다고 볼 수 있다. 그렇다면 이처럼 「위치정보법」에서 수집할 수 있는 경우로 규정되지 않는 사안에 대하여 「개인정보 보호법」이 적용가능한가? 양법 모두 개인정보에 대하여 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 해당법이 적용된다고 규정하고 있으므로 원칙적으로 ‘신법우선의 원칙’에 따라 「개인정보 보호법」이 적용될 수도 있다. 그러나 양자를 충돌규정으로 본다면 그리고 양법이 ‘일반법’과 ‘특별법’ 간의 관계라면 ‘특별법우선의 원칙’에 따라 「위치정보법」만이 적용되게 된다. 이처럼 ‘개인정보’와 ‘개인위치정보’를 별도의 법에 의해 따로 규율함으로써 법적용상의 해석에 있어서 혼란이 있을 수밖에 없다.

### IV. 법체계 정합성 확보방안

#### 1. 「개인정보 보호법」의 기본방향 준수

「개인정보 보호법」은 개인정보 법역의 기본법이며 일반법이다. 따라서 개인정보와 관련된 개별법상의 규정들은 「개인정보 보호법」상의 기본원칙에 입각하여 규정되어야 한다. 통상적으로 기본법이 우선 제정된 후 이를 실행하고 구체화하기 위해 개별법이 존재하는 것이 타당하다. 그러나 우리나라는 「정보통신망법」, 「신용정보법」 등 이미 개별법이 존재하는 상태에서 기본법이자 일반법적 성격을 가진 「개인정보 보호법」이 제정되었고 이러한 과정에서 개별법을 존치시킨 결과 규범간의 충돌, 집행기관 사이의 권한배분 문제 등이 여전히 존재하고 있다.

앞서 언급된 의료, 금융, 정보통신 영역에서도 살펴보았듯이 각 법령이 같은 대상자에 관한 사항임에도 세부 내용에 따라 법령의 내용이 상충되거나 중복되는 경우가 여전히 존재하고 있다. 국민입장에서 보면 본인에 관련된 법령의 내용을 전반적으로 파악하고 이해하기 어려울 뿐만 아니라 사법부의 법 적용, 행정부의 법 집행 역시 혼란스러울 수밖에 없다.

따라서 개인정보 법역의 법체계 정합성을 확보하기 위해서는 우선 「개인정보 보호법」의 기본방향을 결정하는 핵심내용이 개별 영역별 개인정보 법령에 일관성 있게 반영되어야 한다. 이를 실행하기 위한 구체적 방안으로 첫째, 제재규정의 정비가 필요하다. 형벌·행정벌 등을 규정함에 있어 특별한 행위태양이 아닌 한 즉 동일·유사한 구성요건에 대하여는 「개인정보 보호법」의 제재수위에 부합하도록 개선되어야 한다. 그럼으로써 제재수위에 있어서 법률 간의 모순을 제거하고 형벌규정의 명확성을 담보하여야 한다. 형벌이나 행정벌은 국민에 대하여 국가가 강제력을 발동할 수 있는 가장 직접적이며 강력한 제재수단이다. 따라서 국민의 행동양식과 국가에 대한 신뢰도에 가장 민감하게 직접적으로 영향을 미치게 되므로 그 정당성·타당성 확보가 매우 중요하다. 다른 법령에 규정되어 있는 개인정보보호를 위한 형사처벌 규정들과 동법상의 벌칙규정들 간의 체계적 일관성 확보가 필요하다. 「개인정보 보호법」의 제재규정을 기준과 원칙으로 하되, 개별법에서의 행위태양의 차이, 불법의 크기가 다름이 명확한 경우에만 합리적으로 그 제재수준을 조율하여야 할 것이다.

둘째, 중복제도의 일원화와 핵심용어의 통일이 필요하다. 「신용정보법」상의 '신용정보관리·보호인'제도와 「개인정보 보호법」상의 '개인정보 보호책임자'제도, 「정보통신망법」상의 '개인정보 관리책임자' 제도는 모두 동일·유사한 제도라고 할 수 있다. 「신용정보법」상의 '신용정보활용체제'와 「개인정보 보호법」상의 '개인정보 처리방침', 「정보통신망법」상의 '개인정보 취급방침' 제도 역시 대동소이하다. 「신용정보법」 제39조의2에서 규정하고 있는 '신용정보 누설통지' 제도 역시 「개인정보 보호법」 제34조에서 규정하고 있는 '개인정보 유출 통지'제, 「정보통신망법」 제27조의3에서 규정하는 '개인정보 누출등의 통지·신고'제도와 그 제도취지 및 내용에 있어서 다르지 않다. 그러나 각각의 법에 별도로 규정함으로써 「신용정보법」상의 '신용정보제공·이용자', 「정보통신망법」상의 '정보통신서비스 제공자', 「개인정보 보호법」상의 '개인정보처리자'의 지위를 동시에 가지고 있는 대부분의 사업자는 혼동스러울 수밖에 없다. 법률적용과정에서 발생할 수 있는 모

호성을 제거하기 위해서는 각각 개별법에서 가지고 있는 제도를 폐지하고, 「개인정보 보호법」상의 제도를 인용하도록 개선하여 제도의 통일성과 일관성, 체계성을 도모할 필요가 있다. 한편, ‘개인정보·개인위치정보·개인신용정보’, ‘개인정보의 처리·개인정보의 취급’, ‘유출·누출’ 등 개인정보와 관련된 개념 역시 「개인정보 보호법」상 개념을 기반으로 정의되어야 한다. 동일한 개념일 경우 별도의 개념정의 하기 보다는 「개인정보 보호법」의 개념을 원용하는 것이 바람직하며, 특별한 규율이 필요하여 그 차이를 반영하기 위한 경우라 할지라도 「개인정보 보호법」의 기본취지가 몰각됨이 없어야 한다.

셋째, 「개인정보 보호법」상의 핵심제도가 형해화 되지 않도록 개인정보 입법과정의 관리, 감독이 필요하다. 예를 들어 「개인정보 보호법」상 주민등록번호 수집이 원칙적으로 금지됨에도 불구하고 다른 법령의 규정에 의해 허용된다는 예외에 의해서 다수의 법령이 주민등록번호 수집·처리근거를 마련하는 개정을 단행하고 있다. 특히 법률에 비해 상대적으로 개정이 용이한 시행령, 시행규칙 등의 개정을 통해 그 수집 및 이용 근거를 마련하고 있다. 또한 「개인정보 보호법」 제정 전에 마련된 개별 법령상의 주민등록번호의 수집, 처리 규정이 그대로 운영됨으로서 이 법상 ‘주민등록번호 수집금지’ 규정마련의 취지가 반영되지 못하고 있다. 이는 「개인정보 보호법」이 규정한 원칙이 준수되는 것이 아니라 오히려 원칙에 대한 예외를 개별법이 수용해 가는 것으로 기본법의 취지를 몰각시킬 수 있다. 「개인정보 보호법」의 입법취지가 반영될 수 있도록 「개인정보 보호법」에 부합되는지 여부에 대한 개별 법령의 재검토 및 개선이 이루어져야 한다.

## 2. 개별 입법의 지양

「개인정보 보호법」 제6조에 의하면 개별법에서 「개인정보 보호법」에 규정된 것과 특별히 다르게 규정한 내용이 없을 때에만 「개인정보 보호법」을 적용할 수 있다. 따라서 「정보통신망법」이나 「신용정보법」 등에서 혹은 조세·교육·의료·복지 등의 분야를 규율하는 법률에서 개인정보의 보호에 관한 규정이 늘어날 경우 「개인정보 보호법」의 적용대상과 범위는 상대적으로 줄어들 수밖에 없다. 즉 개인정보 보호에 관하여 개별법에 특별한 규정을 많이 두면 둘수록 「개인정보 보호법」의 존재의의는 그만큼 감소하게 될 것이고, 결과적으로 명목적인 지위만 지키게 되는 결과가 초래될 수도 있다.<sup>20)</sup>

「개인정보 보호법」과 별도로 개별법들에 개인정보보호 규정이 산재되어 있을 경우, 수범자는 구체적 사안에서 어떠한 법령이 적용될지, 어느 기관의 규제와 어느 정도의 제재를 받게 될지, 어떤 절차에 의해 피해의 구제를 받을 수 있을지 등에 대해서 파악하는 것이 곤란하다. 법을 집행하는 담당 공무원들로서도 어떤 경우에 어떤 법령을 적용해야 할지를 놓고 혼란스러울 수밖에 없다. 명백히 예외적 사항을 반영하는 것이 아닌 한 신규입법의 지양되어야 하며, 「개인정보 보호법」을 중심으로 통합하여 규정하는 것이 바람직하다. 그 일환으로 다음의 방안을 제안한다.

우선 「정보통신망법」상의 개인정보규정을 「개인정보 보호법」에 통합, 일원화하는 것이 타당하다. 인터넷이 기본 인프라로 정착된 현실을 감안할 때, 즉 정보통신서비스를 이용한 개인정보의 처리가 사회 전반에 걸쳐 일반화되고 있는 상황에서 정보통신서비스 제공자는 개인정보보호 법체계에 있어서 특별히 취급해야 할 대상이 아니다. 따라서 정보통신서비스를 이용하는 경우 「정보통신망법」을 통해 특수하게 규율할 것이 아니라, 「개인정보 보호법」을 통해 규율하는 것이 타당하다. 앞서 검토하였듯이 현행 「정보통신망법」의 개인정보보호 관련 규정들은 대부분 「개인정보 보호법」의 규정과 중복된다. 몇 안 되는 특별한 규정의 경우 「개인정보 보호법」 안에서 개별 규정의 마련을 통해 해결이 가능하며 입법기술상의 문제이지 「정보통신망법」에 반드시 별도로 규정되어야 할 사안은 아니다.

다음으로 「위치정보법」의 ‘개인위치정보’ 규정 역시 「개인정보 보호법」에 통합하여 규정하는 것이 바람직하다. 「위치정보법」은 ‘개인위치정보’에 대하여 별도의 개념정의와 제3장 제2절 및 제3절에서 각각 ‘개인위치정보의 보호’, ‘개인위치정보주체 등의 권리’에 대하여 규정하고 있다. 이러한 내용은 대부분 「개인정보 보호법」의 내용과 중복된다. 정보주체의 동의를 기반으로 한 수집규정(제18조, 제19조), 동의를 받기 위하여 약관에 명시하여야 하는 사항,<sup>20)</sup> 개인위치정보 등의 이용·제공의 제한, 파기, 정보주체의 동의철회권, 열람·고지·정정요구권 등의 규정은 「개인정보 보호법」에 의해 동일한 내용으로 적용될 수 있다. 「위치정보

20) 권건보, 개인정보보호의 헌법적 기초와 과제, 저스티스 통권 제144호, 2014.10, 37면

21) 개인정보 보호법은 이를 동의 시 미리 고지하여야 할 사항으로 규정하고 있으며(제15조제2항) 그 내용은 ①개인정보의 수집·이용 목적, ② 수집하려는 개인정보의 항목, ③ 개인정보의 보유 및 이용 기간, ④ 동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용 등이다. 「위치정보법」상 약관기재사항은 이 외에 ‘사업자의 상호, 주소, 전화번호 그 밖의 연락처’를 추가하고 있을 뿐 거의 동일하다.

법」 제4장에서 규정하고 있는 ‘긴급구조를 위한 개인위치정보 이용’ 역시 「개인정보 보호법」 제15조제1항 제5호의 규정에 의해 ‘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’를 구체화 시켜놓은 것에 불과하다. ‘8세 이하의 아동등의 보호를 위한 위치정보 이용(「위치정보법」 제26조)’ 등 극히 몇 개의 특칙을 제외한다면 개인정보 보호를 위한 별도의 특별법 체계를 유지하여야 할 타당한 이유가 없다. 국민, 법 적용·집행기관 등 수범자의 편의와 법률 명확성의 원칙 등에 비추어 볼 때 「개인정보 보호법」 체계 안에서 통합, 일원화 되어 규정하는 것이 타당하다.

### 3. 영역별 차이 고려, 변화의 합리적 수용

#### 가. 기본원칙

규제의 근본 이유는 ‘공익의 추구’이다. 규제는 공익이라는 규범적 계기에 의해 만들어지는 것이며 다만 이러한 공익적 계기가 사인이 자신의 이익을 위해 활용하려는 이익집단활동에 의해 왜곡될 수 있으나 이는 역관계인 규제완화에서도 마찬가지이다. 따라서 공익추구 결과 나타날 수 있는 사익의 추구는 그것이 규제의 주된 효과라기보다는 반사적 효과로서 나타나는 것이며 공익의 주된 본질은 “공공의 이익, 즉 공익”의 추구라고 하는 것이 타당하다.<sup>22)</sup> 이러한 공익 추구라는 근본목표를 향한 규제원리는 여럿 있을 수 있으나 규제의 집행과 관련하여서는 집행대상자에 대한 차별 금지의 원칙, 어떻게 집행될지 수범자가 예측할 수 있는 집행예측성 원칙 등이 담보되어야 그러한 집행이 국민에게 명확히 인식되고 준수될 것이다. 이것이 바로 규제형평성<sup>23)</sup>의 문제이다. 형평성과 관련한 중요한 원칙중의 하나가 동일한 범주의 대상을 동일하게 대우하는 것과 함께 동일하지 않은 것들에 대해서

22) 김현경, ICT규제원칙에 기반한 온라인서비스 비대칭규제의 개선방안에 관한 연구, 성균관법학 제26권제3호(2014.09), 490면.

23) 형평성은 그 어원에서 동등(equality), 일치(conformity), 균형(symmetry), 공평(fairness)을 의미하는 라틴어 aequitas에서 유래하였으며, 그 어원의 전개과정에서 볼 수 있는 것처럼 “규칙들의 기계적인 적용과는 다른 공평성에 따른 정의(justice)”를 의미한다(임의영, 사회적 형평성의 정의론적 논거 모색: R. Dworkin의 자원평등론을 중심으로, 『행정논총』, 45(3), 2007, 1-21면.

는 차등의 가능성을 의미하는 ‘동일범주 동일대우의 원칙’이다.<sup>24)</sup>

개인정보 법령의 대부분의 내용은 개인정보처리자에게 있어서 규제로 작용하게 된다. 이러한 규제내용이 ‘동일범주 동일대우의 원칙’에 부합하기 위해서는 영역별 차이를 고려하며 변화된 환경에 부합하도록 규제내용을 설정하여야 한다. 이하에서는 이러한 규제의 기본원칙이 각각의 영역별 개인정보 법체계에 어떻게 반영되어야 하는 지에 대하여 검토한다.

## 나. 의료영역

의료 영역의 ‘개인의료정보’는 의사와 환자의 치료에 중점을 두는 기존의 환경에서는 지극히 개인적인 건강정보, 생활습성, 신체적 특징 등과 같은 내용들을 담고 있어서 개인정보 중에서도 가장 프라이버시가 강조되는 민감한 정보였다. 그러나 클라우드컴퓨팅, 빅데이터, 각종 디지털헬스케어 앱 등 ‘디지털헬스케어기술’은 ‘개인의료정보’ 규제환경의 변화를 요구하고 있다. 기존의 의료정보의 생성이 주로 의사와 환자의 진료를 통해서만 이루어졌다면, 이제는 각종 디지털헬스케어기기를 통해 생성된 의료정보가 추가되면서 정보의 민감성은 희석된다. 기존의 진료기록의 역할은 의사와 환자간의 치료 활용이 주된 기능이었던 반면, 이제 빅데이터 분석 기술을 통해 예방, 예측, 새로운 의료정보의 생성 등 그 역할·기능이 다변화 되고 있다. 또한 사후 분쟁의 대비 또는 의료인들 간의 협업 차원에서 의료기관에만 보관되어 있던 진료기록들은 클라우드컴퓨팅을 통해 저장·보관됨으로서 각종 플랫폼을 통한 활용이 용이해 졌다. 이처럼 규제환경은 변화하였다. 그렇다면 기존의 의료 환경에 맞추어져 있었던 규제는 ‘공익’이라는 ‘원칙’의 준수가 담보되는 한 변화된 환경에 부합하도록 규제의 합리적 ‘수정’이 이루어져야 한다. 이러한 합리적 수정의 기본적 방향은 당연히 정보주체에게 유익한 신규서비스의 수용이다. ‘클라우드컴퓨팅’을 통한 전자의무기록의 보관 허용,<sup>25)</sup> 전자의무기록의 합리적 활용의 확대 등이 이루어져야 한다. 기존의 기술적 한계로 인해 개인의료정보의 활용이 개인의 질병치료적 사용에 제한되었다면, 그 규율 역시 개인의 프라이버시적 관점에

24) 임의영, 행정이념의 이해. 이민호·윤수재·채종현(편). 「한국의 행정이념과 실용행정」. 한국행정연구원, 공공성과 행정이념 연구총서(2). 2010.

25) 의료법 시행규칙 일부개정령(안) 입법예고(2015.11.17.)되어 클라우드컴퓨팅을 통한 전자의무기록의 보관 허용근거를 마련하고자 하나, 규정의 불명확성, 과도한 설비부담 등의 문제가 여전히 제기되고 있다.

서 규제되는 것이 타당하다. 그러나 기술의 발달은 개인의료정보의 활용가치를 획기적으로 변화시키고 있으며<sup>26)</sup> 이제는 건강연구·보건정책적 차원에서 공익적 요구에 부응하는 가치도 함께 고려되어야 한다. 즉 개인의 프라이버시 보호와 보건정책·건강연구의 공익적 가치가 조화를 이루도록 규율되어야 한다.

#### 다. 금융영역

금융영역의 경우 빅데이터 등 데이터분석기술로 인해 서비스 변화가 가장 클 것으로 예측되는 영역 중 하나이다.<sup>27)</sup> 이미 해외 금융사들은 상품개발·언더라이팅·마케팅뿐만 아니라 위험분석과 보상처리 및 보험사기 방지에도 빅데이터를 심분 활용하고 있다. 영국의 인슈어더박스(InsuretheBox)와 미국의 프로그레시브(Progressive) 등은 자동차 운행정보를 기록하는 장치를 통해 운전습관, 운행패턴 등에 따른 연계상품을 개발했다. 특히 InsuretheBox의 경우 급출발·급제동·교통혼잡 지역·시간대 회피 정보 등 월간 약 8000만 건의 운행정보를 수집했다. 보험가입 전 약 1개월간 운행정보를 기록한 후 보험료를 책정하고, 가입 후에도 안전운전 정도에 따라 할인 등의 부가혜택을 제공한다.<sup>28)</sup>

이러한 신규서비스에 대하여 기존의 규제의 기본원칙은 더 낮은 규제가 적용되어야 하는 것이 아니라, 새로운 서비스가 가능하도록 그러한 서비스에 부합하는 규제의 수정이 이루어져야 한다. 특히 2015년 3월 개정된 「신용정보법」은 정보주체(고객)에게 ‘건별’로 동의를 받아야만(제32조제1항) 활용할 수 있는 바,<sup>29)</sup> 실시간

26) 과거 데이터 분석기술이 요원한 시대에는 개인의료정보의 가치가 개인의 질병치료를 위한 제한적 활용에 한정되었다. 그러나 빅데이터, 클라우드컴퓨팅, 디지털헬스케어기기의 발달은 더 이상 개인의료정보가 개인적 진료와 관련된 활용대상으로 제한되지 않고 국민 건강, 질병 예방, 의학 연구에 있어서 더욱 유의미한 자료로 활용되는 것을 가능하게 하였다. 미국에서는 의료(Health care)분야에서 연간 3,000억 달러(스페인 연간 의료비의 2배) 이상의 새로운 가치창출을 전망한 바 있으며 빅데이터 도입, 활용이 매우 기대되는 영역의 하나로 의료분야를 꼽고 있다. McKinsey Global Institute, Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity. 2011.06.

27) Gartner 는 빅데이터 관련 투자에 적극적인 산업으로 보험 산업이 포함되어 관심이 높은 것으로 나타났으며(Gartner Survey Reveals that 64% of Organizations have invested or plan to invest in BigData in 2013, Gartner, September 2013). PWC가 보험사 경영진을 대상으로 한 설문조사에서도 설문대상자의 91%가 빅데이터가 향후 보험사의 경쟁력 제고 및 차별화에 있어 핵심요소가 될 것이라고 응답하였으며, 설문대상자의 90%는 보험사의 비즈니스모델 변화, 발전에 있어 빅데이터가 주요 동인이 될 것이라고 응답하였다(PWC, December 2013).

28) <http://www.asiatoday.co.kr/view.php?key=920464>(2015.10.24 확인)

29) 금융위원회는 개인신용정보에 비식별화조치를 취하면 고객 동의없이도 빅데이터로 활용할 수 있도록 시행령을 개정하고 유권해석을 내릴 예정이라고 발표한 바 있다(2015.6.3. 보도자료). 그

서비스 이용을 위해 건별로 사전 동의를 받는다는 것은 현실적으로 서비스 운용 주체에게는 과중한 업무부담이며, 이용자 역시 매번 동의를 해야 하는 번거로움으로 인해 서비스 이용을 기피하게 된다. 이는 결국 누구에게도 이롭지 않은 결과를 초래하게 된다. 금융환경의 변화를 수용하도록 규제 수정이 이루어져야 한다.

### 라. 정보통신 영역

정보통신영역은 짧은 기술생애주기, 승자독식과 쓸림 현상(tipping phenomenon), 글로벌 유행성, 소비자 지향성 등이 맞물려 기술변화의 속도가 규제에 각별히 민감하게 영향을 미치는 영역이다. 정보기술은 본질적으로 ‘변화’ 및 ‘공격’에 따른 ‘위험성’을 내포하고 있으며 변화관리 및 위험관리를 위한 규제의 전문성이 특히 중요하다. 2011년 9월 「개인정보 보호법」의 제정은 온라인을 기반으로 한 개인정보의 데이터화에 따른 유출위험, 개인정보자기결정권의 침해, 개인정보 사각지대의 해소, 국제적 수준의 규범 마련 등이 전제되었고 당시 이러한 취지에 부합하도록 법률의 제정 및 시행자체는 매우 고무적이고 바람직했다고 본다. 그러나 법은 그 자체가 목적이 아니라 수단인 만큼 법의 발전에 있어서 지속적 수정·보완은 매우 중요하다. 빅데이터, 클라우드 컴퓨팅, IoT(Internet of Things) 등 정보통신 기술의 변화 속에서 ‘개인정보’는 보호의 대상으로만 규제하여서는 안 되며 활용을 통해 그 부가가치를 극대화라는 관점에서의 입법정책이 모색되어야 한다. 철저한 사전 동의 규제의 원칙을 고수하기 보다는 예외적으로 합리적인 사후통제권을 보장하는 방안, 비식별화 처리를 통해 개인 정보를 활용할 수 있는 방안, 공개된 정보의 합리적 활용을 위한 대책 등이 모색되어야 한다. 일례로 「위치정보법」의 2005년 제정당시 환경은 이동통신사가 기지국을 기반으로 위치정보의 수집을 규율하는 것을 전제로 하였고 실제 「위치정보법」에 의하여 허가 또는 신고를 받은 사업자는 이동통신사나 물류회사가 주종이었다. 따라서 그 당시 법은 오로지 프라이버시적 관점에서 개인정보가 아닌 개인과 연계되지 않은 사물의 위치정보에 대하여도 수집 이용 제공에 소유자의 동의를 요하는 등 엄격한 규제를 하였다.<sup>30)</sup> 이는 「개인정보 보호법」 상 보호되는 ‘개인정보’의 범위보다도 그 규제대상의 범위

그러나 비식별화된 개인정보가 여전히 ‘개인정보’에 해당하는 한 동의 없는 제3자 제공은 법률의 규정 위반이 될 수 있다.

30) 황창근, 사물인터넷과 개인정보보호, 법제연구 제46호, 2014.6, 96-96쪽.

가 넓으며, ‘특정 개인의 것이 아닌 위치정보’ 즉 ‘익명인의 위치정보’의 경우에도 프라이버시 침해 문제가 발생할 수 있을지 의문이다.<sup>31)</sup> 한편 사물인터넷 환경에서 대부분 사물의 이동정보(자동차, 헬스케어 제품, 기타 각종 휴대용 기기 등)는 이 법에 의한 위치정보에 해당된다. 실질적으로 부지불식간에 일어나는 사물의 위치정보의 이용에 있어서 매번 사전 동의를 받는 것은 불가능하다. 「위치정보법」의 단순위치정보 규제는 프라이버시 침해 차원에서 규율된 것이며 제정 당시 IoT라는 기술적 진화를 예정한 것은 아니었다. 기술 환경 즉 규제환경이 변화하였다면 이러한 규제에 대한 수정이 이루어지는 것이 마땅하다.

## V. 결론

우리나라는 「정보통신망법」, 「신용정보법」 등 이미 개별법이 존재하는 상태에서 기본법이자 일반법적 성격을 가진 「개인정보 보호법」이 제정되었다. 이러한 과정에서 개별법을 존치시킨 결과 규범간의 충돌, 집행기관 사이의 권한배분 문제 등이 여전히 존재하고 있다. 따라서 의료, 금융, 정보통신 영역 등에서 개인정보 법령이 같은 대상자에 관한 사항임에도 세부 내용에 따라 법령의 내용이 상충되거나 중복되는 경우가 여전히 존재하고 있다. 따라서 개인정보 법체계 정합성 확보를 위해서는 「개인정보 보호법」이 개인정보와 관련된 사회 각 영역 법령들과의 관계에 있어서 정책목표 내지 원칙에 대한 통일적 기준을 제시하는 방안이 되어야 한다. 즉 「개인정보 보호법」은 개인정보 보호분야에 있어서 지도법 또는 지침법으로서 개별법을 유도하는 역할을 담당하는 만큼 그 특별한 규정의 내용은 「개인정보 보호법」의 기본이념과 원칙에 위배되어서는 아니 되고, 위배될 경우 그 원칙에 부합하는 방향으로 개정되어야 한다. 이러한 기본원칙이 실현되도록 본 논문은 다음과 같은 방안을 제안하였다.

첫째, 「개인정보 보호법」의 기본방향을 결정하는 핵심내용이 개별 영역별 개인정보 법령에 일관성 있게 반영되어야 한다. 그 구체적 방안으로 형벌·행정벌 등을 규정함에 있어 특별한 행위태양이 아닌 한 즉 동일·유사한 구성요건에 대하여는 「개인정보 보호법」의 제재수위에 부합하도록 정비가 필요하다. 또한 중복제

31) 박경신, 「개인정보」의 정의와 위치정보보호법의 개선 방안, 전북대학교 법학연구소 법학연구 통권 제37집 2012년 12월, 194쪽

도의 일원화, 핵심용어 등의 통일이 필요하다. 개인정보 유출통지제도, 개인정보 보호책임자제도 등 개별법에서 별도로 유사제도를 신설하기보다는 「개인정보 보호법」 상의 제도를 활용하는 것이 타당하다.

둘째, 지극히 예외적 사항을 규율하는 것이 아닌 한 신규입법은 지양되어야 하며, 「개인정보 보호법」을 중심으로 통합하여 규정하는 것이 바람직하다. 그 일환으로 기존 「정보통신망법」의 개인정보 규정과 「위치정보법」의 ‘개인위치정보’ 규정은 「개인정보 보호법」에 통합하여 통일적으로 규율하는 것이 바람직하다.

셋째, 영역별 특성을 고려하되, 정보기술 등 변화된 환경에 부합하도록 규제의 합리적 ‘수정’이 이루어져야 한다. 즉 정보주체에게 유익한 신규서비스가 합리적으로 수용될 수 있도록 개인정보 규제의 합리화가 이루어져야 한다. 의료영역에서는 ‘클라우드컴퓨팅’을 통한 전자의무기록의 보관 허용, 전자의무기록의 합리적 활용의 확대가, 금융영역에서는 빅데이터 환경에 부합하는 개인정보의 합리적 동의와 제3자 제공의 허용이 검토되어야 한다. 또한 정보통신영역에서는 엄격한 사전동의 보다는 정보주체의 사후통제권을 보장하고, 비식별화 처리를 통해 개인 정보를 활용할 수 있는 방안, 공개된 정보의 합리적 활용을 위한 대책 등이 모색되어야 할 것이다.

(논문투고일 : 2016.02.14, 심사개시일 : 2016.03.02, 게재확정일 : 2016.03.16)



▶ 김 현 경

「개인정보 보호법」, 법체계 정합성, 의료·금융·정보통신 영역 개인 정보 법제, 법령의 충돌, 규제의 수정

## 【참 고 문 헌】

### I. 단행본

- 박경수/이경현, 「사물인터넷 전쟁」, 동아엠앤비, 2015.  
 이민영, 개인정보법제론, 개정증보판, jinhan M&B, 2007.  
 이창범, 개인정보보호법, 법문사, 2012.  
 최윤섭, 「이미 시작된 미래 헬스케어 이노베이션」, 2014  
 행정안전부, 개인정보 보호법령 및 지침 고시 해설, 2011.

### II. 논문

- 김경호, “전자의무기록(EMR)을 활용한 원무관리 개선” 법과정책연구 제6집 제1호, 한국법정책학회, 2006.  
 김민호·김일환, “민간영역에서 개인정보의 처리와 이용에 관한 비교법적 고찰”, 토지공법연구 46권, 2009.  
 김민호, 공공부문 개인정보보호법제의 현황과 과제, 토지공법연구 제37집 제1호 2007.  
 김선정, 보험산업에 있어서의 프라이버시권 보호, 손해보험 2003년 2월호, 손해보험협회, 2003.2  
 김영태 외, 전자금융 정책 및 감독 선진화를 위한 주요국 사례분석, 연구보고서, 금융위원회, 2012.12  
 김용영·신승수, “신뢰할 수 있는 전자의무기록에 관한 연구”, 디지털정책연구 제10권 제2호, 한국디지털정책학회, 2012.  
 김일환, 개인정보보호법제정비에 대한 비판적 고찰 - 새로운 개인정보보호법안을 중심으로 -, 土地公法研究 第52輯, 韓國土地公法學會, 2011  
 김현경, ICT규제원칙에 기반한 온라인서비스 비대칭규제의 개선방안에 관한 연구, 성균관법학 제26권제3호, 2014.09. ‘개인정보’와 ‘사물정보’의 규제 차별성에 관한 연구 - 사물인터넷 환경 하에서 서비스를 중심으로 -, 성균관법학 第27卷 第3號, 2015.09.  
 문재완, 개인정보 보호법제의 헌법적 고찰, 세계헌법연구, 제19권 제2호, 2013.  
 맹수석, 금융거래에 있어서 개인신용정보 보호법제의 주요 내용과 법적 문제, 法學研究 第37輯, 2010.  
 박경신, “개인정보”의 정의와 위치정보보호법의 개선 방안, 법학연구, 제37집, 전

- 북대학교, 2012.
- 배대현, ‘쟁결음으로 나선’개인정보 보호법을 보완하는 논의 : 개인정보 보호법 개정 논의 및 관련법률 검토, IT와 법연구 제6집, 경북대학교 IT와 법연구소, 2012.
- 백윤철, 우리나라에서 의료정보와 개인정보보호, 헌법학연구 제11권 제1호, 한국헌법학회, 2005.
- 성준호, 빅데이터 환경에서 개인정보보호에 관한 법적 검토, 법학연구, 제21권 제2호, 2013.
- 이상직, ICT산업활성화를 위한 개인정보보호법의 현황과 과제, 개인정보보호법학회 세미나 자료집, 2015.4.
- 이인영, “전자의무기록에 관한 법적 문제”, 법학논총 제28집 제1호, 한양대 법학연구소, 2011.
- 이한주, “개인의료정보보호법 제정의 필요성과 입법방향”, 한국의료법학회지 제22권 제1호, 2014., 의료영역에서의 개인정보보호의 문제점과 해결방안, 한국의료법학회지 제20권 제2호, 한국의료법학회, 2012.
- 이호용, 전자의무기록의 보관과 신뢰할 수 있는 제3의 기관의 활용, 한양법학 제24권 제4집(통권 제44집) 2013.11.
- 장주봉, 개인정보의 의미와 보호범위, 법학평론 제3권, 서울대학교, 2012.
- 전웅준, 위치정보법의 규제 및 개선방안에 관한 연구, 정보법학, 제18권 제1호.
- 정경영, 영국과 미국의 금융서비스 및 시장 관련 법제 연구, 연구보고서, 행정안전부, 2007.12.15.
- 정재욱·여유희, 「생명보험 언더라이팅 시 개인신용정보의 활용 효과 분석」, 금융연구, 제25권 제1호, 2011
- 조용혁, “개인위치정보의 보호에 관한 법률적 고찰”, 정보화정책 제12권 제2호, 2005.
- 조홍석, 위험사회에 있어 개인의 의료정보 보호방안, 한양법학 제24권 제4집, 한양법학회, 2013. 11.
- 최경진, 빅데이터와 개인정보, 성균관법학 제25권 제2호, 2013.
- 최민석, 하원규, 김수민. 2013. 만물지능인터넷 관점으로 본 초연결사회의 상황 진단 및 시나리오. IT 이슈 리포트 2013-12. 대전: 한국전자통신연구원.
- 최운섭, “디지털 헬스케어와 제도 개선 방향”, 『디지털 시대의 기술융합정책 무엇을 바꾸어야 하는가?』, 한국경제연구원 대외세미나, 2015.

황창근, 사물인터넷과 개인정보보호, 법제연구 제46호, 2014.6.

### III. 외국문헌

Douglas Lichtman & William Landes, Indirect Liability for Copyright Infringement : An Economic Perspective", 16Harvard Journal of Law & Technology 395, Spring 2003.

FTC, Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change: Recommendations For Businesses and Policymakers, March 2012.

McKinsey Global Institute, Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity. 2011.06.

Mart A. Lemley & R. Anthony Reese, Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation, Stanford Law Review, May 2004.

Nicolas P. Terry, PROTECTING PATIENT PRIVACY IN THE AGE OF BIG DATA, Robert H. McKinney School of Law, Legal Studies Research Paper No. 2013 - 04

Paul M. Schwartz & Daniel Solove, Reconciling Personal Information in the United States and European Union (September 6, 2013). 102 California Law Review (2014 Forthcoming)

Paul M. Schwartz & Daniel Solove, The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information, 86 N.Y.U. L.Rev. 1814 (2011)

Spiros Simitis, Informationelle Selbstbestimmung und Informationsfreiheit als Verfassungsprinzipien, Thomas Kreuder(Hrsg.), Der orientierungslose Leviathan, 1992

Sharon Hoffman & Andy Podgurski, FINDING A CURE: THE CASE FOR REGULATION AND OVERSIGHT OF ELECTRONIC HEALTH RECORD SYSTEMS, Harvard Journal of Law & Technology Volume 22, Number 1 Fall 2008

Abstract

## **Study on Consistency of the Personal Information Legal Framework**

**- focusing on the finance·healthcare·ICT areas**

Hyunkyung, Kim

Korea became a legal system that completely covers the entire public and private sector in the implementation of 「Personal Information Protection Act」. However, laws concerning "personal information" is already more than about a hundred each area such as finance, health, education, employment, information and communication. These laws were created individually, sporadically whenever there is a demand, not enacting under the comprehensive planning design, so resulting in the situation that does not ensure the consistency between the laws. Based on this awareness issue, the paper specifically reveal the inconsistencies and conflicts between Personal Information acts on financial, healthcare and ICT areas, it was to derive improvements to resolve them. 「Personal Information Protection Act」 strengthened the position as general and basic Law of personal information protection, as a result it is to provide a way that personal information can be protected so effective.

First, the key points that determine the basic direction of 「Personal Information Protection Act」 should be reflected consistently in the Privacy Acts of individual areas. As a concrete plan, readjustment of legal punishment, the unification of the redundant system, coherence of key legal terms should be made. Second, unless there are a very unusual provision requirements, the new legislation should be avoided and it is

desirable that regulations related to personal information protection of 「Act on Promotion of Information and communications network utilization and information protection etc. 」 and 「Act on the protection, use, etc, of location information」 are incorporated in the "Personal Information Protection Law". Third, existing regulations should be reasonably 'modified' considering the characteristics of each area and to meet the changing environment based on information technology, including Big Data, Cloud Computing, etc.



---

▶ Hyunkyung, Kim

「Personal Information Protection Act」, Consistency, Personal information protection legal system on medical·healthcare·ICT areas. Conflicts between laws, Reasonable modifications of regulations



# “통신자료 등” 취급 문제의 해결을 위한 법해석론적인 제언\*

김 민 이\*\*

이 경 렬\*\*\*

I. 들어가는 말	1. ‘통신비밀보호법’과 ‘전기통신사업법’의 개정 법률안 분석
II. “통신자료 등”의 취급 현황 및 문제점	2. 이른바 기지국 수사의 문제와 관련하여
1. 통신제한조치의 이용 현황 및 문제점	3. 영장주의 도입과 관련하여
2. 통신사실확인자료의 이용 현황 및 문제점	4. 통신자료가 개인정보보호법 제2조 제1호의 개인정보에 해당하는지 여부
3. 통신자료의 이용 현황 및 문제점	5. “통신자료 등” 제공시 통지의무에 관하여
III. 통신비밀 관련 개별 법률에 대한 법해석론적 해결방안	IV. 맺는 말

## 【국 문 요 약】

2014년 “다음카카오사태” 및 “사이버사찰” 등의 사건은 국민의 기본권 침해에 대한 불안감을 가중시키는 계기가 되었다. 더욱이 ‘통신비밀보호법’상의 “통신사실확인자료”와 ‘전기통신사업법’상의 “통신자료” 제공과 관련되어 규정하고 있는 절차적 엄격성에 대한 차이는 국가에 의한 통신비밀 침해에 대한 문제의식과 함께, 관련 법 개정 작업을 부추겼다. 이에 제19대 국회에서는 이와 관련된 법률들 - 통신비밀보호법, 전기통신사업법 등 - 의 개정법률안을 제안하였는데, 주요 요지는 국민의 사생활 보호를 위한 법적 통제의 강화에 있었다. 즉 일차적으로는 “통신자료 등”에 대한 개별 법률에서의 규정을 지금보다 더 강화하는 방안으로, 이차적으

\* 이 연구는 2015년도 하반기 방송통신정책연구 과제인 “통신비밀보호 법제도 분석을 통한 신뢰성 확보방안 연구”의 결과보고의 일부 내용을 발췌하여 논문의 형식으로 수정·보완한 논문임.

\*\* 주저자, 아주대학교 법학연구소 박사후연구원(Post-Doctor), 법학박사.

\*\*\* 교신저자, 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

로는 전기통신사업법상 통신자료에 대해서 통신사실확인자료와 같은 수준의 절차적 기준을 마련하는 방안이다.

한편, 우리나라는 통신비밀 관련 개별 법률의 일반법이라 할 수 있는 ‘개인정보 보호법’이 지난 2011년 제정되면서, 기존의 관련 개별법규정들이 폐지된 것이 아니라 다른 법률의 특별한 규정으로 병존하여 시행되도록 규정되었다. 이에 전기통신사업자가 정보주체 이외의 자에게 “통신자료 등”의 제공과 관련하여 전기통신이용자의 인적사항을 제공하는 것이 개인정보보호법상의 “개인정보”의 제공에 해당하는가라는 법 적용상의 문제가 발생하였다. 즉, 통신사실확인자료와 통신자료의 내용이 통신비밀대상이지만 개인의 통신정보로 개인정보에도 해당한다면, 개인정보 보호법을 중심으로 한 개별(특별)법들의 적용에 체계정합성이 필요한 실정이다. 여기서는 개별(특별)법에서 규율하고 있는 통신비밀 관련 제도들의 절차적 기준에 따른 문제점을 개인정보보호법에 의한 개인정보의 이용과 보호의 관점에서 통합적인 법해석론으로 해결할 수 있다고 하였다.

## I. 들어가는 말

2014년 6월 이른바 ‘다음카카오 사태’<sup>1)</sup>로 인하여 통신감청과 사생활보호에 관한 세간의 관심이 폭발적으로 증가하였다. 범죄수사의 효율성을 위하여 통신비밀보장과 개인의 사생활보호라는 헌법상 기본권의 보장한계가 사회적으로 문제된 것이다. 더욱이 같은 해 9월 16일 이른바 ‘사이버사찰사태’<sup>2)</sup>를 계기로 국회에는 통신비밀 보호관련 법률의 개정안이 雨後竹筍처럼 제출되었다.<sup>3)</sup> 특히 제안된 ‘통신비밀보호법’<sup>4)</sup> 관련 개정안만 보더라도 대부분의 법률개정안의 제안취지가 ‘효율적 범죄수사목적’보다는 오히려 ‘국민의 사생활침해최소화’에 집중되어 있다. 예컨대, 통신사실 확인자료의 요청·제공에 대한 영장주의 적용의 강화 및 사후통제제도의 보완, 그리고 이를 위반하는 통신비밀 침해사안에 대한 처벌 강화 등이 그것이다. 또한 이와 관련하여 특이한 사정으로는 ‘전기통신사업법’<sup>5)</sup>상 통신자료요청·제공의 경우(제83조)에도 영장주의의 도입과 같은 사법적 통제절차를 엄격하게 요구하는 법률 개정안이 제안되어 있다는 점이다.<sup>6)</sup> 이에 제19대 국회에 제안된 “통신비밀제도”와 관련된 ‘통신비밀보호법’과 ‘전기통신사업법’의 법률개정안들을 분석함으로써, 공익

- 
- 1) 2014년 6월 10일 정진우 노동당 부대표가 집회 및 시위에 관한 법 위반 현행범으로 체포되었을 때, 카카오 측은 정부에서 요구한 카카오톡 대화 기록의 일부를 정부에 넘겼다. 또한, 김인성 전 한양대 교수는 이 사태에 대해 “영장 발부를 통해 이용자 대화 내용을 실시간 감청할 수 있다”는 의혹을 제기하면서 사태는 일파만파 커지기 시작하였다. 일주일만에 40만여 명이 카카오톡을 탈퇴하는 것으로 이어졌다. 즉 정부의 사이버 사찰에 대해 카카오톡이 검찰과 경찰에 개인의 대화 내역과 개인정보를 열람한 사실이 드러났는데, 이 사건을 일명 “다음카카오 사태” 혹은 “카카오톡 사이버 검열 논란” 이라고 칭한다([http://navercast.naver.com/magazine\\_contents.nhn?rid=2864&contents\\_id=77042](http://navercast.naver.com/magazine_contents.nhn?rid=2864&contents_id=77042)).
  - 2) 2014년 9월 16일 검찰 경찰 등 사정기관들이 사이버 명예훼손과 허위사실 유포를 차단하기 위해 인터넷과 모바일메신저 등을 수시로 감시하겠다고 발표한 것을 말하는데, 이를 계기로 2014년 10월 다음카카오에서 서비스하는 메신저 카카오톡에서 독일에 근거지를 둔 메신저 “텔레그램”으로 이용자들이 대거 이동하는 “사이버 망명”현상이 일어났다(네이버 지식백과 <http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=2177772&cid=42107&categoryId=42107> 참조).
  - 3) 제19대 국회에서 통신비밀보호법 개정안으로 발의된 것은 총 30건이다. 국민의 사생활 보호만을 목적으로 제안된 개정안이 전체 30건 중 20건이 차지하고 있을 뿐만 아니라, 20건 중 2014년 9월 사이버사찰 사건 이후 발의된 개정안이 13건이나 해당된다.
  - 4) 통신비밀보호법은 1993년 12월 27일 법률 제4650호로 최초 제정되어, 현재 2015년 1월 6일 타법개정으로 2016년 1월 7일부터 시행되고 있는 법률 제12960호의 통신비밀보호법 적용을 받고 있다.
  - 5) 전기통신사업법은 1983년 12월 30일 제정된 공중전기통신사업법이 1991년 8월 10일 전부개정되면서 법률 제4394호로 동년 12월 11일부터 시행되기 시작하였다. 현재 이 법은 2016년 1월 27일 일부개정되어 법률 제13823호 규정으로 같은 날 시행되고 있다.
  - 6) 김광진의원 등 10인은 2015년 2월 27일 전기통신사업법상 “통신자료”에 대한 영장주의를 주장하면서, 다른 개정법률안과 달리, “영장주의 신설”이 아닌, 통신자료제공제도 관련 조항 자체를 전기통신사업법상 삭제하여, 통신자료의 제공 역시 ‘통신비밀보호법’상 법원의 허가를 통해 이루어질 수 있도록 하는 개정법률안을 제안하였다.

의 목적으로 국가기관이 위 법률들을 근거로 통신비밀을 제한하는 것과 국민의 사생활 보호의 중요성과의 균형점을 모색할 필요가 있다.

그러나 통신관련 기술의 발달로 끊임없이 진화되는 통신환경의 변화에 적응하고 통신비밀을 더욱 철저히 보호 할 목적 내지 그러한 필요에 따라 그때마다 관련 법률규정을 개별적으로 개정하는 위와 같은 의원입법의 양상이 이번 사태에 대한 바람직한 해결방안이라고 생각되지는 않는다. 최근 국회에 제출되어 있는 통신비밀 보호관련 법률개정안의 면면을 고찰하더라도 관련법의 개별규정에 대한 개정방안의 제시만으로는 위와 같은 사태와 관련한 법률적 갈등을 중국적으로 해결할 수는 없는 것으로 보인다. 오히려 이와 다른 관점에서 개인정보보호에 관한 일반법인 ‘개인정보보호법’<sup>7)</sup>과 통신비밀보장과 관련되어 있는 통신비밀보호법 등 현행의 개별특별법들과의 관계를 정립하는 원론적 방안이 최근에 문제되었던 통신감청과 사생활보호의 갈등해결에 단초를 제공할 수 있을 것이다. 이러한 관점의 이동은 이른바 다음카카오 사태이후 국회에 제출된 관련 법률개정안의 분석을 통하여 특히 통신비밀보호법, 전기통신사업법 등 개별법에 규정되어 있는 통신비밀 보호관련 제도들의 비교에서 시사를 받을 수 있었다. 이에 통신의 비밀보호를 강화하려는 관련규정개정안의 주요 내용, 즉 영장주의의 강화와 사후통지제도의 보완, 기지국수사와 관련된 논의’ 등을 중심으로 검토함으로써 일반법인 ‘개인정보보호법’과의 관계를 통한 법해석론적인 해결방안의 가능성을 타진하고자 한다.

통신비밀 보호관련 규정들의 체계정합적인 해석방안을 제시하기 위하여 이하에서는 먼저, 통신비밀보호법 및 전기통신사업법의 “통신자료 등”의 제공제도의 운용 현황을 분석함으로써 이들 법률에서 제도의 규제절차내용을 달리 정하고 있는 것으로부터 초래하는 제도운영의 문제점을 부각시킨다(Ⅱ). 다음으로 제19대 국회에 최근 발의된 통신비밀 보호관련 법률개정안의 현황을 집계하고 그 개정내용의 분석을 통하여 발의된 법률개정안이 입법화될 경우, 통신비밀 보호관련 규정들의 체계내재적인 충돌문제가 해소되는 것인지에 대하여 검토한다(Ⅲ). 이러한 검토 및 분석은 결국 통신자료의 개인정보성의 규명과 함께 일반법인 개인정보보호법과의 관계에서, 즉 통신비밀 보장과 개인정보 보호관련 규정들의 체계정합적인 해석방안을 제시할 수 있다는 결론을 근거지우는 것이 될 것이다.

7) 2011년 3월 29일 개인정보보호법(법률 제10465호)이 제정되어 동년 9월 30일 시행되기 이전에는 개인정보와 관련한 입법으로는 ‘공공기관의 개인정보보호에 관한 법률(1994년 제정된 법률)’이 있었다. 현재 개인정보보호법은 2015년 7월 24일 일부개정을 통해 법률 제13423호로 2016년 1월 1일부터 시행되고 있다.

## II. “통신자료 등”의 취급 현황 및 문제점

### 1. 통신제한조치의 이용 현황 및 문제점

먼저, 최근 5년간 통신제한조치(감청)의 협조현황에 대하여 보면, <표 1>과 같다.

<표 1> 최근 5년간 통신제한조치의 협조현황<sup>8)</sup>

(단위: 문서건수)

구 분	2010년		2011년		2012년		2013년		2014년	
	상반	하반								
일반 통신제한	589	492	444	263	267	180	255	337	378	192 <sup>9)</sup>
긴급 통신제한	-		-		-		-		-	
합 계	1,081		707		447		592		570	

이에 따르면 일반통신제한의 경우에는 꾸준한 감소의 경향을 보이고 있음을 알 수 있다. 통계상으로는 긴급통신제한조치의 경우 최근 5년간 한 건도 존재하지 않는다. 정보통신의 발달 수준에서 현재 수사기관에게 긴급한 사정으로 필요한 것은 휴대전화감청, 기지국수사,<sup>10)</sup> GPS위치정보의 추적 등이다. 즉 전통적 의미의 통신제한조치에 머물러 있는 긴급통신제한조치는 실제상 사문화되어 가고 있는 것으로 보아도 무방하지 않을까 한다.<sup>11)</sup> 그리고 최근 5년간 통신제한조치의 기관별 협조현황에 대하여 보면, <표 2>와 같다.

8) 미래창조과학부 2015년 10월 29일자 보도자료 참조(<http://www.msip.go.kr/web/msipContents/contents.do?mId=NzMF>).

9) 보도자료 중에는 문서건수이외에 제공된 전화번호수를 함께 제시하는 경우도 있는데, 최근 보도 자료에 의하면, 문서 1건당 제공된 전화번호수는 전년 동기(2013년 하반기) 7.4개에서 9.6개로 2.2개가 증가한 것으로 나타났다(2015.5.21.자 미래창조과학부 보도자료, “14년 하반기 통신제한 및 통신사실확인자료 등 제공 현황”, 1면 참조).

10) 기지국수사란 특정시간대 특정기지국에서 발신된 모든 전화번호를 통신사실확인자료로 제공받는 수사방식으로서 통신비밀보호법 제13조를 근거로 하고 있다. 기지국 수사는 단지 범죄 발생이 의심되는 장소라는 이유로 해당 장소를 관할하는 기지국을 이용한 모든 사람의 착발신 시간, 통화시간, 수발신 번호 등 통신에 관한 정보들을 무차별적으로 수집하여 수사에 이용하는 것을 말한다.

11) 실제 긴급통신제한조치 규정과 관련하여, 2012년 11월 2일 서영교 의원이 대표 발의한(의안번호 1902392) 개정안의 내용에서는 이 규정의 삭제를 제안하고 있다.

<표 2> 최근 5년간 통신제한조치의 기관별 협조현황<sup>12)</sup>

(단위: 문서건수)

구분	2010년		2011년		2012년		2013년		2014년	
	상반	하반								
검찰	2 (4)	-	2 (2)	1 (1)	-	-	1 (1)	-	-	4 (7)
경찰	98 (115)	88 (112)	97 (149)	84 (114)	61 (119)	19 (20)	21 (25)	50 (71)	124 (193)	69 (108)
국정원	480 (5,349)	376 (3,042)	316 (4,413)	165 (2,417)	193 (3,715)	158 (2,213)	230 (3,511)	282 (2,416)	249 (3,795)	119 (1,736)
군수사 기관 등 <sup>13)</sup>	9 (13)	28 (35)	29 (48)	13 (13)	13 (17)	3 (3)	3 (3)	5 (5)	5 (7)	-
합계	589 (5,481)	492 (3,189)	444 (4,612)	263 (2,555)	267 (3,851)	180 (2,236)	255 (3,540)	337 (2,492)	378 (3,995)	192 (1,851)

\* ( )안은 전화번호수임

위 <표 2>를 통해 통신제한조치가 경찰과 국가정보원에 의하여 주로 활용되고 있음을 알 수 있다. 특히 최근 5년간의 전반적인 추세가 감소경향임에도, 경찰의 경우 2014년 상반기에 갑작스러운 증가를 보이고 있다는 점이 특기할 만하다. 그리고 국정원의 경우에도 전체적으로는 감소추세이지만, 2012년 상반기와 2013년 상·하반기에 다시 증가하고 있다. 또한 문서건수가 아닌 전화번호수로 보면 국정원에 의한 경우가 거의 대부분을 차지하고 있다는 점도 주목할 필요가 있다. 결국 이러한 현황은 통신제한조치의 문제가 국정원의 수사와 아주 밀접한 이해관계를 지니고 있음을 명확하게 드러나게 하는 부분이라 할 수 있다.

다음으로 통신수단별 통신제한조치의 협조현황은 <표 3>과 같다. 이에 따르면 최근 5년간 이동전화에 대한 통신제한조치가 한 건도 없다는 점이 역시 특기할 만한 부분이라 할 수 있는데, 통신사를 통한 간접감청은 현재 감청설비의 설치를 강제하지 못하고 있는 결과에 따른 것으로 보인다. 그리고 유선전화의 경우 감소추세가 이어지고 있으며, 이는 개인 간의 통신이 이동전화를 중심으로 행해지고 있는 현실을 감안할 때 당연하다고 볼 수 있다. 특히 인터넷 등을 대상으로 이루어진 통신제한조치의 경우에는 패킷감청과 관련하여 주목해야 할 필요가 있는데,<sup>14)</sup>

12) 미래창조과학부 2015년 10월 29일자 보도자료 참조(<http://www.msip.go.kr/web/msipContents/contents.do?mid=N2V/>).

13) 국군기무사령부 및 해양경찰청을 의미한다.

14) 여기서의 인터넷 등을 대상으로 이루어진 통신제한조치가 모두 패킷감청이라 단정할 수는 없지만, 인터넷 감청의 대부분은 패킷감청이라고 알려져 있다(조기영, “최근 주요 쟁점과 관련한 통

<표 3>에 따르면 이 경우에도 전반적으로는 감소추세를 보이고 있는 것으로 나타나고 있다.

<표 3> 최근 5년간 통신제한조치의 통신수단별 협조현황<sup>15)</sup>

(단위: 문서건수)

구 분	2010년		2011년		2012년		2013년		2014년	
	상반	하반								
유선전화	223	135	169	92	124	58	91	100	124	74
이동전화	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
인터넷등 <sup>16)</sup>	366	357	275	171	143	122	164	237	254	118
합 계	589	492	444	263	267	180	255	337	378	192

이와 같은 원인은 최근 들어 발생하는 범죄에 대한 수사기법의 다각화(특히, 디지털 정보의 수집과 관련하여)에서 찾을 수 있다. 즉, 인터넷 접속, 이메일, 비공개 모임의 게시내용 등이 문제되는 경우 수사기관은 이를 통신사업자를 통해서만 수집할 수 있는 것이 아니라 용의자의 컴퓨터 등 단말기를 분석하는 등의 방법을 통해서도 수집하는 것이 가능하며, 경우에 따라서는 통신비밀보호법 제13조 이하에 근거하여 통신사업자로부터 통신사실확인자료를 제공받음으로써 인터넷 로그기록이나 접속지 자료 등의 수집이 가능하기 때문이다. 뿐만 아니라 간접적 방식이 아닌 직접적 방식에 의한 패킷감청의 가능성까지 고려한다면, 통신환경 변화에 따른 당연한 결과이다.

통신제한조치의 위와 같은 현황들은 현행 통신비밀보호법 제5조(범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가요건), 제6조(범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가절차), 제7조(국가안보를 위한 통신제한조치), 제8조(긴급통신제한조치), 제9조(통신제한조치의 집행), 제9조의 2(통신제한조치의 집행에 관한 통지), 제9조의 3(압수·수색·검증의 집행에 관한 통지), 제15조(국회의 통제) 등에서 다양한 통제수단과 통제절차를 통해 이루어지고 있고, 과학기술의 발전에 따른 새로운 수사방법의 등장은

신비밀보호법 개정방향”, 형사법연구 제26권 제4호, 한국형사법학회, 2014, 117면 주33). 실제로 방송통신위원회가 국회에 제출한 자료에 의하면 패킷감청을 포함하여 게시판이나 이메일을 들여다 본 건수는 2007년 1,149건, 2008년 1,152건, 2009년 상반기 799건으로 집계되었는데, 이 중에서 단순 이메일 감청은 한 두건에 불과하고 대부분의 경우는 패킷감청으로 나타났다고 한다(권양섭, “인터넷 패킷감청의 허용가능성에 관한 고찰”, 법학연구, 한국법학회, 2010, 186면 주 22 참조).

15) 미래창조과학부 2015년 10월 29일자 보도자료 참조(<http://www.msip.go.kr/web/msipContents/contents.do?mid=NZMF>).

16) 보도자료에 따르면 여기서의 ‘인터넷 등’은 인터넷접속, 이메일, 비공개모임의 게시내용 등을 의미한다.

현황분석에서도 들어나듯이 기존의 위 법률만으로 통신제한조치의 허용범위의 확장여부와 제한을 정당화하기에는 역부족이다.

그러나 최근 들어 논의되고 있는 휴대전화 감청, 패킷감청,<sup>17)</sup> 기지국 수사 등의 수사기법들은 정보통신기술의 발전과 더불어 보다 간편하고 내밀한 방법으로 수사대상을 들여다보고 엿듣는 것이 가능하게 함으로써 수사대상자의 통신의 자유, 사생활 보호, 정보자기결정권 등을 침해할 위험성을 증대시키고 있다. 따라서 <표 1>에서 <표 3>까지가 보여주는 통신제한조치의 감소 현상으로 현행법상의 “통신제한조치”가 이전보다 현재 국민의 사생활보호에 충실하다고 안심할 수는 없다. 그리고 새로운 통신매체의 등장은 통신제한조치의 당사자범위를 확장하는 결과를 초래하여 각종 포털사이트, 사회관계망, 휴대폰메신저 등의 서비스를 제공하는 사업자들도 통신제한조치에 관여하게 만들었다. 이에 따라 수사기관은 통신정보에 접근할 수 있는 가능성을 추가적으로 얻게 된 것임에 반해, 서비스이용자의 입장에서는 통신서비스를 이용함에 있어서 접촉면이 더 늘어나게 됨으로써 기본권침해의 가능성은 더 증대하게 된 것이라고 할 수 있다. 결과적으로 오늘날의 통신환경변화는 이용자의 기본권침해 위험성을 증가시키고 있다고 할 수 있으며, 이에 따라 기본권침해의 위험성을 통제할 수 있는 제도적 장치를 마련할 필요가 있다.<sup>18)</sup>

## 2. 통신사실확인자료의 이용 현황 및 문제점

통신비밀보호법에는 전기통신에 대한 감청제도 이외에도 인터넷서비스와 관련하여

17) 패킷감청은 정보수집에 있어 감청대상자가 사용하는 PC의 인터넷 회선에 대해서만 감청이 이루어질 수 있도록 기술적인 IP 특정 조치를 취하여 인터넷통신 데이터를 추출하는 것으로 제3자의 회선에 대한 침해가능성이 방지되며, 제공받은 데이터를 수사기관이 재조합하면서 일부 암호화된 패킷 등은 재생이 되지 않을 뿐만 아니라 재생된 통신내용 중 범죄 관련 정보만을 활용하므로, 다수의 사건처리 등 공무집행으로 분주한 수사관들이 해당 패킷을 재현하여 이를 감청할 수 있다고 우려하는 것은 비판을 위한 비현실적인 기우에 불과하다고 하였다(헌법소원청구 사건(2011헌마165)에서 피청구인인 국가정보원의 주장요지). 그러나 이에 대해 오길영 교수는 “국가정보원의 패킷감청론에 대한 비판-국가정보원 답변서에 대한 반박을 중심으로 한 위헌론의 기초이론”, 민주법학 제48호, 민주주의법학연구회, 2012,를 통해 비판하였다.

18) 특히, 현행 통신비밀보호법상의 통신제한조치는 “법원, 허가”라는 문언을 사용하고 있음에 반해, 형사소송법 제215조가 규정하는 “지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장”이란 문언을 비교해 볼 때, “압수, 수색 또는 검증을 할 수 있는 통신제한조치”의 의미를 다르게 볼 수 있다. 즉 통상 허가의 경우는 해당요건을 충족하기만 하면 해당 법률효과인 허가를 발급해야 하므로 원칙적으로 “기속행위”로 해석될 수 있기 때문이다. 따라서 통신비밀보호법상의 통신제한조치의 영장주의의 적용이 엄격성을 피해가기 위한 또 다른 우회수단으로 활용될 수 있음을 의미할 수 있겠다(이에 대해서는 오길영, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 디지털시대에서의 통신비밀 보호법제의 개선방향이란 주제로 한국언론법학회가 주최한 토론회 자료집, 2015. 1. 7., 43면).

여 국가가 일정한 목적을 위하여 통신의 비밀을 제한할 수 있는 제도를 두고 있는데, 그것이 바로 “통신사실확인자료 요청제도”이다. 통신사실확인자료란 전기통신 사실에 관한 자료를 의미하는 것으로, 여기에는 가입자의 전기통신일시, 전기통신 개시·종료시간, 발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호, 사용도수, 컴퓨터통신 또는 인터넷의 로그기록자료, 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료, 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료가 포함된다.<sup>19)</sup>

수사기관 등에 의한 통신사실확인자료의 요청절차 등에 관한 세부적인 사항은 통신비밀보호법 제13조(범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 절차), 제13조의 2(법원에의 통신사실확인자료제공), 제13조의 3(범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 통지), 제13조의 4(국가안보를 위한 통신사실 확인자료제공의 절차 등), 제13조의 5(비밀준수의무 및 자료의 사용 제한) 등에서 규정하고 있다

통신사실확인자료 제도는 2001년 신설된 이후부터 최근까지 소폭으로 증감을 반복하고 있지만, 전체적으로는 2001년에 비해 2014년의 통신사실확인자료 요청이 약 64.9%로 크게 증가한 것을 아래 <표 4>를 통하여 알 수 있다.

<표 4> 2001-2014년 통신사실확인자료제공 현황<sup>20)</sup>

년도	문서건수	년도	문서건수
2001	157,162	2008	212,745
2002	122,541	2009	248,552
2003	167,041	2010	238,869
2004	176,830	2011	235,716
2005	195,369	2012	239,308
2006	150,743	2013	265,859
2007	183,659	2014	259,184

그러나 수사기관이 범죄수사와 관련한 이용자의 “통신사실확인자료”가 필요한 경우, 통신사업자들에게 “통신사실확인자료”를 요청하는 것으로 본다면, 이전보다

19) 통신비밀보호법 제2조 제11호에 규정되어 있는 “통신사실확인자료” 중 위치추적자료의 경우, 통신사실확인자료를 통해 당사자의 단순한 통신내역뿐만 아니라 그 시각에 어디에 있었는지 현재 어디로 이동중인지 실시간 위치정보를 파악할 수 있다는 것을 의미한다는 점에서, 통신의 자유뿐만 아니라 헌법 제11조의 신체의 자유도 침해하고 있다는 비판이 제기되기도 한다.

20) 미래창조과학부 2015년 10월 29일자 보도자료 참조(<http://www.msip.go.kr/web/msipContents/contents.do?mid=N2MF>).

더 많은 통신사업자를 가지고 있는 지금, 문서건수가 위 <표 4>와 같이 증가하는 현상은 당연한 것이다. 즉 수사기관이 해당 범죄수사를 위해 통신사업자에게 1건의 통신사실확인자료 요청을 한다고 하더라도, 통신사업자별로 이에 대한 회신을 한다고 생각한다면, - 예를 들어 현재 통신사업자가 30개라고 한다면 - 수사기관은 30개의 문서 회신을 받게 되는 것이기 때문이다.

한편, 통신사실확인자료의 요청은 법원의 허가를 받아야 한다는 점에서 전기통신사업법상의 통신자료보다는 요청건수가 적으나, 허가요건인 “수사 또는 형의 집행을 위한 필요성”이 지나치게 모호하여 수사기관의 남용을 방지하기 어렵고, 사생활 보호에 미흡한 측면이 있다.<sup>21)</sup> 특히 특정 시간에 기지국에서 잡히는 휴대전화번호 등을 모두 제공받는 일명 “기지국 수사”의 방식은 범죄가 일어난 주변 지역에서 비슷한 시간대에 통화를 했다는 이유만으로 수사기관에 개인의 사생활에 관한 정보가 노출되거나 수사대상이 되는 문제점이 있다.<sup>22)</sup>

압수수색영장과 통신사실확인자료제공요청의 기각률을 아래 <표 5>와 같이 살펴보면, 압수수색영장의 기각률은 9~14%에 이르고 있으나, 통신사실확인자료제공요청에 대한 기각률은 4~6%정도 밖에 되지 않는다. 통신사실확인자료 제공에 대한 법원의 심사가 상대적으로 약하다는 것을 짐작할 수 있다.<sup>23)</sup>

<표 5> 2009-2013년 압수수색영장 및 통신사실확인자료제공요청 현황<sup>24)</sup>

구분	압수수색검증영장					통신사실확인자료제공요청			
	청구	발부	일부 기각	기각	기각률	발부	일부 기각	기각	기각률
2010	95,861	84,106	9,879	1,876	13.3	71,053	3,208	1,109	6.0%
2011	109,005	95,140	11,722	2,143	13.7	67,719	2,907	1,340	6.2%
2012	122,240	107,499	13,064	1,677	13.1	64,152	3,501	960	6.9%
2013	182,259	166,877	13,830	1,552	8.4	69,602	3,604	801	6.3%

즉 현행법에서는 범죄수사를 위하여 통신정보에 대한 압수·수색·검증 및 통신사

21) 권양섭, “범죄수사에 있어서 통신자료제공제도의 문제점과 개선방안”, 법학연구 59, 한국법학회, 403면.

22) 이에 대해 기지국 수사의 현실적 필요성을 주장하며 기지국 수사가 특정 강력범죄 등의 수사에 있어 반드시 필요하고, 압수한 전화번호의 목록에는 특정시간대 전화의 송수신 내역만 표시될 뿐 해당 전화번호에 대한 가입자의 인적 사항은 나타나지 않으므로 국민의 프라이버시권 침해 정도가 크지 않다는 법무부의 의견도 있다.

23) 이에 대한 원인은 이 논문 각주 13번에서 통신비밀보호법상 통신제한조치에 대한 영장주의를 비판한 내용과 같은 것으로 파악될 수 있다.

24) 법원행정처, 사법연감, 2015, 681면 참조.

실확인자료 제공이 이루어지고 있음에도 불구하고 그 전기통신에 포함되어 있는 각종 개인정보 보호를 위한 제도마련이 미흡함을 알 수 있다.

### 3. 통신자료의 이용 현황 및 문제점

전기통신사업법 제83조에서는 전기통신사업자의 통신비밀 침해 및 누설행위를 금지하면서도, 수사기관 등이 수사 목적 등을 위하여 전기통신사업자에게 일정한 이용자 관련 정보제공을 요청할 수 있는 제도를 두고 있는데, 그것이 바로 “통신자료 요청제도”이다. “통신자료”란 이용자의 성명, 이용자의 주민등록번호, 이용자의 주소, 이용자의 전화번호, 아이디(컴퓨터시스템이나 통신망의 정당한 이용자를 식별하기 위한 이용자 식별부호를 말함), 이용자의 가입일 또는 해지일을 말하고<sup>25)</sup>, 수사기관 등에 의한 통신자료 요청절차 등에 관한 세부적인 사항은 동법 제 83조 제3항부터 제9항에서 규정하고 있다.

전기통신사업법상의 통신자료 제공이 현재와 같은 요건과 절차를 갖춘 2000년 이후부터 현재까지의 통신자료 제공 현황을 살펴보면 다음 <표 6>과 같다.

<표 6> 2001-2014년 통신자료제공 현황<sup>26)</sup>

년도	문서건수	년도	문서건수
2001	113,422	2008	474,568
2002	127,787	2009	561,467
2003	189,192	2010	591,049
2004	279,929	2011	651,185
2005	342,771	2012	820,800
2006	323,566	2013	944,927
2007	426,408	2014	1,001,013

위 <표 6>에서도 알 수 있듯이 2000년대 이후 제공건수가 계속 증가하고 있을 뿐만 아니라 전년대비 증감률도 지속적으로 오르고 있다. 이러한 증가추세는 디지털 환경이 확대되고 있는 영향도 있지만, 범죄 수사에 통신자료 활용도가 높다는 것을 반증한다. 수사기관 입장에서도 법원의 허가 없이 경찰서장의 결재만으로도 수집이 가능하고, 초동 수사시 용의자를 좁혀나가는 수사기법으로 통신자료를 활용하고 있다. 수사현실이 이렇다 보니, 범죄와 관련성 없는 사람들의 인적사항까지

25) 전기통신사업법 제83조 제3항 제1호 내지 제6호.

26) 미래창조과학부 홈페이지 보도자료 참조.

노출되고 있는 실정이다. 전기통신사업법 제83조 제3항이 “통신자료”제공과 관련하여 임의적 협조요청사항으로 규정되어 있더라도, 사실상 수사기관의 자료제공요청을 통신사업자가 사실상 거절하기 힘들 것이다.<sup>27)</sup> 따라서 전기통신사업법상 통신자료에 대해서도 통신비밀보호법상 통신사실확인자료와 같은 수준의 보호가 필요하다는 의견이 제기되는 것이다.

통신비밀보호와 관련한 “통신자료 등” 취급에 관한 내용과 현황을 분석해 보았는데, “통신자료 등” 취급과 관련하여 전기통신사업법상의 통신자료 제공이 다른 제도에 비해 현격하게 증가한 수치를 보이고 있음을 알 수 있었다. 물론 통신사실확인자료제공에서 언급한 바와 같이 통신사업자의 증가가 문서건수의 증가로 이어진 것일 수도 있다. 하지만 통계상의 절대적 수치만으로 판단해 보았을 때, 통신비밀보호법상의 통신제한조치의 경우는 전반적으로 전년 대비 계속적으로 감소하는 추세를 보이고 있다.<sup>28)</sup> 아래에서는 통신자료 등과 관련되어 살펴본 위와 같은 현황 분석을 토대로 하여, 앞으로 통신자료 등의 취급과 관련된 법률들이 어떠한 방향으로 개선되어야 할지 살펴보고자 한다.

### III. 통신비밀 관련 개별 법률에 대한 법해석론적 해결방안

#### 1. ‘통신비밀보호법’과 ‘전기통신사업법’의 개정 법률안 분석

먼저 제19대 ‘통신비밀보호법’과 관련되어 제안된 개정안은 총30건이다. 통신비밀보호법은 통신비밀과 관련하여 전기통신사업법이 제정된 이후에 생긴 것으로, 통신제한조치와 통신사실확인자료 요청과 같이 범죄수사 등과 같은 국가에 의한 통신비밀의 침해를 법률로서 허용하는 규정을 담고 있다. 이에 통신비밀보호와 관

27) 이에 대해 이용자의 성명, 주민등록번호, 주소 등과 같은 기본적인 정보제공에 불과한 통신자료 제공은 영장주의 적용이 불필요하며, 이용자에 관한 기본적인 통신자료의 확인은 초동수사 단계에서 보안을 유지하면서 신속히 확인할 필요가 있는 정보들로서 그 확인을 위해서조차 법원의 허가를 받도록 할 경우 범죄 수사 활동에 상당한 어려움이 예상된다는 의견이 법무부, 경찰청, 노동부, 국방부, 국세청, 국정원 등에 의해 제기되기도 한다.

28) 통신제한조치는 1993년 12월 27일 통신비밀보호법 제정 당시, 범죄수사 또는 국가안보를 위한 통신제한조치와 관련된 규정으로 포함되어 있었다. 이후 과학기술의 발달로 유선전화 보다는 이동통신의 이용이 급증하는 다양한 통신수단이 생김에 따라 2001년 통신비밀보호법이 개정 되었는데, 이 때 신설된 “통신사실확인자료” 제도가 기존의 통신제한조치에 비해 발달된 통신환경에 대한 기본권 제한의 수단으로 활용되면서, 통신제한조치는 점차 감소한 것으로 보인다. 또한 첨단과학기술의 발달로 통신수단은 다양화되었지만, 다양화된 통신수단을 제한할 수 있는 감청 등의 기술이 이에 미치지 못함에 따른 감소일 수도 있겠다.

련하여서는 국민의 사생활 침해를 최소화하는 것을 내용으로 하는 것과 효율적인 범죄수사를 위한 것을 내용으로 하는 상반된 법률안들이 제안되고 있다. 하지만 2014년 9월 18일 일명 “사이버 사찰” 사건을 통해 국민의 기본권인 “통신비밀의 자유”의 중요성이 다시금 강조되고 있고, 이와 함께 영장주의가 적용되지 않는 ‘전기통신사업법’상의 “통신자료 제공” 제도와 함께 국민의 사생활보호를 위한 방향으로 개정안이 더 많이 발의되고 있는 추세이다.<sup>29)</sup>

특히 ‘통신비밀보호법’에서 국민의 사생활 침해의 문제와 범죄수사 효율성의 문제가 발생하는 “통신사실확인자료”와 “통신제한조치”에 대해 개정안을 발의한 것은 총 6개이다. 6개의 개정안에서 다루고 있는 내용을 분류하면, ① 기지국 수사의 방식을 제한하고, 긴급제한조치 규정을 삭제할 뿐만 아니라, 통신제한조치와 같이 통신사실확인자료에 대해서도 국회의 통제를 강화하자는 내용 등으로 통신사실 확인자료 요청에 대한 절차를 더욱 엄격하게 강화하자는 취지의 개정안<sup>30)</sup>, ② 범죄수사를 위한 전기통신의 압수·수색·검증의 집행이나 통신사실 확인자료제공 후 해당 가입자에게 통지되는 사항의 범위를 확대하는 등 정보 주체의 자기정보 관리에 관한 권리를 제고하는 개정안<sup>31)</sup>, 그리고 ③ 전기통신사업법과의 관련되는 개정안<sup>32)</sup>, ④ 통신제한조치와 관련한 개정안<sup>33)</sup>으로 나눌 수 있다.

다음으로 ‘전기통신사업법’과 관련된 개정안은 총 92건이지만, 실제 동법 제83조와 관련하여 “통신자료”와 연관성이 있는 개정안은 11개 정도다. 이 11개의 법률안의 주요 내용을 분류하여 정리하면 전체 4개로 나눌 수 있다. 즉 첫째, 현행법상 통신자료 이용에 대해 영장주의와 고지의무를 확대하자는 것<sup>34)</sup>, 둘째, 통신자료제

29) 실제 제19대 국회에 통신비밀보호법과 관련된 개정 법률안 총 30개 중 20개가 국민의 사생활 보호만을 목적으로 한 제안 내용을 담고 있다.

30) 전병헌의원 등 10인(의안번호 1902244)은 2012년 10월 22일 이에 대한 개정안을 발의하였고, 같은 취지로 장병완 의원 등 10인은 전기통신사업자의 통신사실 확인자료 보고 횟수는 연2회 이상으로 증가시키고, 미래창조과학부장관도 반기별로 국회 소관 상임위원회에 보고하도록 하는 개정안을 2015년 10월 19일 제안함으로써, “통신사실 확인자료”와 관련하여 국회의 통제를 강화하고자 하였다.

31) 임수경 의원 등 11인(의안번호 1912881)은 2014년 12월 8일에 발의하고, 범죄수사를 위한 통신사실 확인자료 제공의 통지라는 같은 취지의 법률안(의안번호 1913005)이 2014년 12월 9일 정청래 의원 등 10인에 의해 발의되었다.

32) 김한길 의원 등 17인은 2015년 5월 14일 ‘전기통신사업법’ 개정과 함께, 통신자료 등 취급과 관련한 통일된 내용의 기준을 제안하였다.

33) 박민식의원 등 12인이 2015년 6월 1일 발의한 법안은 “통신제한조치”와 관련하여 적법 절차에 따른 감청일지라도 개인 사생활 침해를 최소화하면서 국가기관의 과거와 같은 불법감청 요소를 원천차단 하고 합법적 휴대폰 감청을 보장해 주려는 제도적 장치를 마련하려는 것을 주요내용으로 하고 있다.

공시 관련기관의 보고의무 강화 방안과 통신자료제공 사실 등의 통지의무를 부과 하자는 내용,<sup>35)</sup> 셋째, ‘통신비밀보호법’과 ‘전기통신사업법’의 통합화 방안,<sup>36)</sup> 마지막으로 법률의 체계성과 명확성을 증진하자는 내용을 담은 개정안<sup>37)</sup>들이다.

“통신자료 등” 취급과 관련한 개정안의 주요 골자는 통신비밀보호법과 전기통신사업법 모두 통신이용자의 기본권 보호를 철저히 하는 방향으로 요건을 강화하자는 것이었다. 또한 통신자료 요청제도를 규정하고 있는 전기통신사업법을 통신비밀보호법의 통신사실확인자료 제공의 경우와 같은 정도의 기준을 마련하자는 의견, 더 나아가 통신자료제공제도 자체를 전기통신사업법이 아닌 통신비밀보호법에 통합하여 규정하자는 의견도 있었다. 이와 같이 관련 개정법률안의 분석에서 전기통신사업법과 통신비밀보호법이 “통신검열”과 관련된 규정들을 서로 통합하거나 기준을 같게 할 수 있을 정도로 상호 중첩되어 있는데도 불구하고, “통신사실확인자료”와 “통신자료” 제도를 다르게 취급해야 할 뚜렷한 이유가 없음은 분명히 알 수 있다.

## 2. 이른바 기지국 수사의 문제와 관련하여

‘통신비밀보호법’에는 통신제한조치와 통신사실확인자료 요청 제도가 있는데, 국회의 통제를 받도록 규율되어 있는 것은 통신제한조치뿐이다. 특히 최근 유괴되거나 납치된 아동 및 여성 성폭력범죄 등 강력범죄 등과 같은 경우에 일명 “기지국

34) <표 7> ‘전기통신사업법’상 통신자료 이용에 대한 영장주의 및 통지의무 확대방안 제안한 법률안

의안번호	제안자	제안일자	회부일자	상정일자	영장주의	고지의무
1902332	강창일의원 등 10인	2012.10.30	2012.10.31	2013.06.18	o	o
1903328	이만우의원 등 10인	2013.01.05	2013.01.16	2013.06.18	o	
1904976	변재일의원 등 13인	2013.05.15	2013.05.16	2013.06.18	o	o
1912876	임수경의원 등 11인	2014.12.08	2014.12.09			o
1913009	정창래의원 등 10인	2014.12.09	2014.12.10		o	o
1914076	김광진의원 등 10인	2015.02.27	2015.03.02		o	

35) 김한길 의원 등 17인은 2015년 5월 14일 통신비밀보호법 일부개정법률안의 의결을 전제로 한 ‘전기통신사업법’의 개정안을 제안하였는데, 이 법률안에 따르면 전기통신사업법상의 통신자료 뿐만 아니라 통신비밀보호법상 통신사실확인자료와 통신제한조치에 대한 제공현황을 분석, 평가한 보고서를 매년 작성하여 공개하도록 하는 등의 “통신자료 등” 취급에 관한 보고의무 강화 및 통신자료제공대장의 주기적 점검 의무화 등을

36) 황인자 의원 등 10인은 2015년 8월 4일 이와 관련된 개정법률안(의안번호 1916307)을 제안하였고, 같은 달 21일 전해철의원 등 12인도 같은 취지의 개정법률안(의안번호 1916522)을 발의하였다.

37) 유승희의원 등 10인은 2015년 11월 16일에(의안번호 1917752), 서상기의원 등 11인은 그 다음 날인 17일(의안번호 1917771) “법률의 체계성과 명확성을 증진”하자는 내용의 개정법률안을 각각 제안하였다.

수사”를 통해 피의자를 특정하거나 납치피해자를 추적하고 있는데, 불특정 다수에 대한 통신사실확인자료 제공이 전제가 된 수사방식임이 문제가 되고 있다. 또한 통신사실확인자료 제공 후 그 전기통신에 포함되어 있는 각종 개인정보 보호를 위한 제도의 규정이 미흡하다는 것도 지적되고 있다.

이에 대해 ① 기지국 수사의 경우 해당 가입자의 인적사항을 구체적으로 특정하도록 하고, ② 통신사실확인자료 관련 긴급제한조치 규정을 삭제하고, ③ 통신사실확인자료 제공 후 국회의 통제를 받게 하고, ④ 해당 가입자와 관련하여서도, 통신사실확인자료 제공 후 통지되는 사항의 범위를 확대하거나, ⑤ 통신제한조치의 경우는 국가기관의 과거와 같은 불법감청 요소를 원천 차단하는 등 개인정보 보호를 위하여 통신제한에 대한 각종 요건들을 강화하고자 하였다.<sup>38)</sup>

하지만 이에 대해 법무부의 검토의견<sup>39)</sup>은 기지국 수사의 경우는 강력범죄, 국가안보를 위협하는 각종 범죄를 위해 반드시 필요한 수사방식일 뿐만 아니라, 압수한 전화번호의 목록에는 특정시간대 전화의 송, 수신 내역만 표시될 뿐 해당 전화번호에 대한 가입자의 인적사항은 나타나지 않기 때문에 국민의 프라이버시권 침해 정도가 크지 않다는 이유로, 국민의 기본권 보호와 기지국 수사의 현실적 필요성을 비교 형량하여 입법 정책적으로 판단되어야 한다고 하였다. 오히려 기지국 수사의 경우 국회의 통제를 강화하는 방향을 통해 충분히 국민의 사생활 침해의 문제를 해결할 수 있다고 보았다. 뿐만 아니라 긴급제한조치 규정과 관련하여서도 극히 제한적으로 허용하고 있는 현행법률상 폐지되는 것은 부당하다고 하였다. 하지만 긴급제한조치 규정의 폐지를 반대하는 법무부 의견은 긴급통신제한조치의 운용 현황 분석에서 이용 수치가 한 건도 없는 이미 사문화된 법규정이란 현실을 반영하지 못한 것이다.

### 3. 영장주의 도입과 관련하여

전기통신사업법상 통신자료제공과 관련하여서는 영장주의의 도입이 가장 핵심되는 쟁점이라 할 수 있다. 통신자료제공이 영장주의를 적용할 만큼 강제성을 요하는지에 대한 상반된 견해가 있을 수 있다. 이에 대한 헌법재판소 다수의견(재판관

38) 위 법률안들에 대해 찬성하는 입장으로 ‘참여연대’와 ‘시민과 함께 하는 변호사들’은 수사의 최소한의 범위를 설정하지 않은 소위 기지국 수사는 위헌적이고 수사편의적인 방식으로 수사비례의 원칙에도 반한다고 하였다.

39) 전병헌의원 대표 발의(의안번호 1902244) 검토보고서 4-5면.

5인)<sup>40</sup>)은 동 조항은 사업자에게 이용자에 관한 통신자료를 합법적으로 제공할 수 있는 권한을 부여한 것일 뿐 의무를 부과한 것은 아니므로 수사기관의 요청이 있더라도 사업자가 이에 응하지 아니할 수 있어 강제력이 없다고 본다.<sup>41</sup>) 이에 반하여 헌법재판소 반대의견(재판관 3인)은 통신자료의 제출 여부는 사업자의 의사에 의해 통신자료의 제공 요청시마다 개별적으로 결정되는 것이 아니라, 사업자는 사실상 통신자료 제출 요구가 있으면 수사관서의 요청을 거절할 가능성이 희박하고 이용자가 통신자료의 제공을 저지하기 위해 그 과정에 개입할 수도 없는바, 강제력이 있다고 보고 있다.

요컨대, 통신자료는 전기통신서비스의 가입자를 식별할 수 있는 기본정보로서 수사기관에 의해 남용될 경우 국가권력에 의하여 사생활의 비밀과 자유에 대한 침해가 발생할 수 있으므로, 침해를 최소화하고 개인정보 보호를 강화하기 위하여 영장주의를 적용하도록 하는 개정안의 기본취지가 타당하다고 본다. 다만, 통신자료제공에 영장주의가 적용된다면, 통신비밀보호법상 통신사실확인자료의 규정과도 비교하여 추가적으로 검토하여야 할 부분이 있다.<sup>42</sup>) 통신사실확인자료의 경우에는 영장주의의 적용을 받기 때문에 사업자의 협조의무를 부과하도록 되어 있는데, 전기통신사업법상 통신자료의 경우에도 영장주의 규정을 신설한다면 위와 같은 부수적인 규정의 마련이 필요하다는 것이다.

통신의 자유와 비밀을 더욱 실효성 있게 보장하기 위하여 통신사실확인자료와 통신자료 양자에 동등한 절차적 통제장치를 마련해야 할 필요성은, 전기통신사업법상 통신자료를 통신비밀보호법의 규율대상으로 이관하거나 또는 통신비밀보호법으로 통합화하는 방안으로 제안되기도 한다.

“통신자료 등 제공 제도”와 관련하여 국민의 사생활 보호와 효율적인 범죄수사라는 상반되는 두 가지 입법목적이 있음을 부인할 수 없지만, 기술의 진보를 통해

40) 다수의견은 수사기관의 요청에 따른 통신자료 제공은 강제수사가 아닌 임의수사로서 사업자의 재량에 맡겨진 것이라는 이유를 들어 해당 조항의 기본권 침해를 인정하지 않고 각하한 바 있다(헌법재판소 2010.7.15., 2010헌마439).

41) 최근 네티즌의 신상정보 등을 정보주체의 동의 없이 경찰에 무단으로 제공한 사업자에 대하여 제기한 손해배상소송에서 1심 재판부는 사업자가 동 조항에 따른 법적 의무를 이행한 것일 뿐이라는 사업자의 주장을 받아들여 손해배상 책임을 인정하지 않았으나, 2심 재판부는 사업자가 개인정보 제공 여부를 자율적으로 결정할 수 있음에도 보호책임을 다하지 않았다고 하여 손해배상 책임을 인정하였다.(서울고등법원 2012.10.18. 선고 2011나19012 판결)

42) 통신비밀보호법과 마찬가지로 사업자에게 협조의무를 부과할 필요가 있어지고, 법원의 허가를 받되 긴급한 사유가 있는 경우 자료제공 요청 후에 허가를 받을 수 있도록 하는 규정도 마련하여야 할지도 모른다.

국민의 사생활이 침해되는 사례가 빈번하고 용이해지고 있는 최근의 통신환경에서도 국민의 기본권은 헌법 제37조에서 규정하고 있는 바와 같이 본질적 내용은 침해되어서는 안 된다. 따라서 살펴본 통신비밀보호법과 전기통신사업법에 대한 개정안들이 주장하고 있는 절차의 엄격화 방안이 일응 타당해 보이기도 하지만 법적 규제에 대한 침해가 있을 때마다, 요건을 강화하는 방안은 바람직하지만은 않은 것 같다. 바로 여기서 통신비밀 관련 개별특별법 제정 이후에 제정된 일반법인 ‘개인정보보호법’과의 연관성도 고려할 필요가 있다.

#### 4. 통신자료가 개인정보보호법 제2조 제1호의 개인정보에 해당하는지 여부

개인정보보호법 제2조 제1호의 개인정보란 “신원을 확인할 수 있는 자연인에 관한 일체의 정보”를 말한다. 따라서 신원을 확인할 수 없는 형태로 수집, 처리되는 어떤 자연인에 관한 정보는 개인정보에 해당하지 않는다. 그러나 이 같은 비신원 확인정보라도 그 속에 개인의 인격적 특성이 담겨 있게 되고, 다른 개인정보들과 결합하여 쉽게 신원확인이 가능한 비신원확인정보도 보호대상이 된다.<sup>43)</sup> 게다가 지식정보사회, 첨단과학기술의 발전으로 인하여 보호되어야 할 개인정보의 범위가 고정되어 있는 것이 아니라 지속적으로 확대되고 있다는 것에도 주목해야 한다. 지식정보사회의 발달과 더불어 전자우편주소, 신용카드 비밀번호, 로그파일, 쿠키 정보, 위치정보, DNA정보 등 새로운 개인정보들이 계속 등장하고 있다.<sup>44)</sup>

‘통신비밀보호법’상 통신사실확인자료의 경우는 가입자의 전기통신 일시, 전기통신개시 종료시간, 발·착신번호, 사용도수, 인터넷 등의 로그기록, 기지국 위치추적자료, 정보통신기기 접속 위치추적자료가 제공됨에 비해, 전기통신사업법상의 통신자료의 경우는 이용자의 인적사항, 즉 성명, 주민등록번호, 주소, 전화번호, 아이디, 가입·해지일자가 제공됨으로써, 개인정보보호법 제2조 제1호에서 규율하고 있는 개인정보에 직접 해당되는 것은 후자인 통신자료의 제공이라 할 수 있다. 물론 전자인 통신비밀보호법상의 통신사실확인자료의 경우도 개인정보보호법상의 제2조 제1호에서 규정된 바와 같이 “쉽게 결합하여” 개인정보로 특정지어 질 수 있다면, 이 또한 개인정보에 포함된다고 볼 수 있다.

개인의 통신정보와 관련된 개별특별법상의 통신사실확인자료와 통신자료의 요청

43) 이재일/조규범/이용필, RFID의 발전에 따른 정보프라이버시보호에 관한 법적 연구, 한국정보보호진흥원, 2004, 26면.

44) 한국정보보호진흥원, 2003 개인정보보호백서, 22면.

및 제공제도의 차이를 정리하면 아래 <표 8>과 같다.

<표 8> 통신사실확인자료의 제공과 통신자료 제공의 비교

구분	통신사실확인자료의 제공	통신자료의 제공
법적근거	「통신비밀보호법」	「전기통신사업법」
제공 및 협조 범위	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 특정인이 통신한 사실자료</li> <li>- 가입자의 전기통신 일시, 전기통신 개시·종료시간, 발착신 번호, 사용도수, 인터넷 등의 로그기록, 기지국 위치추적자료, 정보통신기기 접속 위치추적자료</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 이용자의 인적사항</li> <li>- 성명, 주민등록번호, 주소, 전화번호, 아이디, 가입·해지일자</li> </ul>
요청기관	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 검사, 사법경찰관, 정보수사기관장, 법원</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 검사, 수사관서장(국세청장 등 포함), 정보수사기관장·법원</li> </ul>
요청사유	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 범죄수사, 형의 집행</li> <li>· 국가안보(정보수사기관)</li> <li>· 재판</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 재판</li> <li>· 수사(전화인터넷이용 세금계산서 교부의무 위반 등 포함), 형의 집행</li> <li>· 국가안보</li> </ul>
요청절차	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 지방법원의 허가를 받아 전기통신사업자에게 송부 (국가안보를 위한 경우 예외적 절차)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 요청기관이 통신사업자에게 자료제공요청서 제출</li> <li>- 4급 이상 공무원, 총경, 군검찰관(중령 이상) 결재 필요</li> </ul>

그리고 통신비밀보호법상의 통신제한조치가 현재 진행되고 있는 통신의 비밀·내용에 대한 제한을 의미한다고 보더라도, 통신내용 속에 드러난 종합적인 정보로 개인의 신원정보를 확인할 수 있다면, 이 또한 개인정보보호법상의 개인정보에 포함시킬 수 있을 것이다.

### 5. 개인의 통신정보 제공시 통지의무에 관하여

한편 “통신자료 등”의 집행 관련 통지제도와 관련하여 제19대 국회에는 김한길 의원 등 17인이 2015년 5월 14일 통신비밀보호법 개정 법률안(의안번호 1915140)을 제출하고 동일한 개정취지로 전기통신사업법 일부개정 법률안(의안번호 1915137)도 제안하면서 “통신자료 등”의 집행 관련 통지제도의 통일화 방안을 제시하였다.

먼저 통신비밀보호법의 개정안은 통신자료 등 취급과 관련된 집행 관련 통지를 어떻게 규율할 것인지에 대해서 아래 <표 9>와 같이 제시하면서, 국민의 통신의 비밀과 개인정보자기결정권을 보다 강하게 보장하고자 하였다.

<표 9> 통신제한조치, 통신사실확인자료의 집행 관련 통지

구 분		현행법	개정안
통지 기간		<ul style="list-style-type: none"> <li>◦기소 여부 등을 정하는 처분을 한 날부터 30일 이내(범죄수사를 위한 통신제한조치 등)</li> <li>◦통신제한조치 등을 종료한 날부터 30일 이내 (국가안보를 위한 통신제한조치 등)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>◦통신제한조치 등을 한 날부터 30일 이내</li> </ul>
통지 내용		<ul style="list-style-type: none"> <li>◦통신제한조치 등을 집행한 사실, 집행기관 및 그 기간</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>◦통신제한조치 등을 집행한 사실·집행기관·목적·내용·일자 및 기간</li> </ul>
통지 유예	유예 사유	<ul style="list-style-type: none"> <li>◦국가의 안전보장, 공공의 안녕질서를 위태롭게 할 현저한 우려가 있는 때</li> <li>◦사람의 생명·신체에 중대한 위협을 초래할 염려가 현저한 때</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>◦국가의 안전보장, 공공의 안녕질서를 위태롭게 할 우려가 명백한 경우</li> <li>◦사람의 생명·신체의 안전을 위협할 우려가 명백한 경우</li> <li>◦공정한 사법절차의 진행을 방해할 우려가 명백한 경우</li> </ul>
	유예 기간	<ul style="list-style-type: none"> <li>◦통지유예 사유가 해소될 때까지</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>◦통지해야 하는 날부터 12개월 이내 (국가 안전보장, 사법절차의 공정 등을 위한 통지유예)</li> <li>◦통지유예 사유가 해소될 때까지 (사람의 생명·신체의 안전을 위한 통지유예)</li> </ul>

현행법에서는 “통신자료 등”의 집행 관련 통지에 대해서 개별 규정에서 다르게 규율하고 있는데, 김한길 의원 등은 통지기간의 기산점, 통지하여야 하는 내용의 범위 등의 내용을 하나의 규정을 통해 엄격한 방향으로 통일적으로 규율하자는 것이 개정 법률안의 취지라고 하겠다.

다음으로 전기통신사업법의 개정안에는 전기통신사업자가 이용자의 통신자료를 검사, 각종 수사관서의 장에게 제공하더라도 이용자는 관련 사실을 알 수 없도록 규정되어 있는 현행법을 비판하면서, 전기통신사업자가 통신자료를 제공한 경우에도 이용자에게 통지하도록 하는 내용이 포함되어 있다.<sup>45)</sup> 전기통신사업법상 통신자료 제공과 관련된 통지의무의 내용은 위 <표 9>의 개정내용과 동일하다. 즉, 김한길 의원 등은 “통신자료 등” 취급과 관련하여 통신비밀보호법과 전기통신사업법에서 각각 별도로 정하고 있는 현행규정에 대해 각 법률에서 동일하게 규정되도록 하는 내용의 개정안을 발의한 것이다.

45) 참고로 강창일의원이 대표발의한 「전기통신사업법 일부개정법률안(2012.6.19.)」, 변재일의원이 대표발의한 「전기통신사업법 일부개정법률안(2013.5.15.)」, 임수경의원이 대표발의한 「전기통신사업법 일부개정법률안(2014.12.8.)」, 김광진의원이 대표발의한 「전기통신사업법 일부개정법률안(2015.2.27.)」에 통신자료제공시 이용자 통지에 관한 내용이 포함되어 있다.

그런데 다른 한편으로, 개인정보보호법 제18조는 개인정보의 목적 외 이용 및 제공을 제한하고 있으나, 같은 조 제2항은 범죄의 수사와 공소의 제기·유지에 필요한 경우에는 별도의 고지 없이도 개인정보를 목적 외로 이용·제공할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 의하면, 수집된 개인정보의 목적 외 이용은 형사사법의 효율성을 이유로 엄격한 절차와 방법에 의해 규제되지 않고 또 무분별하게 요구·제공될 우려도 있을 뿐만 아니라, 통신사업자 또는 개인정보처리자가 이와 같은 제공을 하더라도 정보주체에게 그 사실을 통지할 의무조차 없게 규정되어 있다. 이에 김용익 의원 등은 수사기관뿐만 아니라 재판업무 수행을 위한 법원의 개인정보 요구에 대해서도 지체 없이 정보주체에게 개인정보 제공 사실을 알리도록 해야 하며, 수사 및 재판 업무의 수행을 위한 경우에도 형사소송법, 민사소송법에서 정한 절차 이외에는 개인정보의 수집목적 외의 요청과 제공을 금지하는 법률안을 제출하였다.<sup>46)</sup>

이 개정안에 의하면, ① 수사와 재판업무의 수행을 위하여 개인정보의 수집목적 외 이용·제공받을 목적으로 수사기관 및 법원 등이 이를 공공기관에 요청하는 경우에도 형사소송법에 따른 압수·수색·검증 영장과 형사소송법과 민사소송법에 따른 결정문 또는 명령문에 의해서만 요청 및 제공할 수 있게 된다. 이는 ② 개인정보보호법 제6조에 정하고 있는 다른 법률과의 관계에 따라 그 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우라고 하더라도 마찬가지이다. 또한 ③ 개인정보처리자가 정보주체 이외의 자에게 보관하고 있는 개인정보를 제공한 때에는 지체 없이 정보주체에게 제공사실을 알리도록 하고, 이를 위반한 경우에는 과태료의 재제를 부과받게 된다. 이와 같이 김용익 의원 대표발의의 개인정보보호법 개정법률안에서는 개인정보의 목적 외 이용 및 제공이 범죄수사의 효율성 등과 같은 공익을 위한 것이라고 하더라도 사전적·사후적 통제수단을 마련한 것이 특징이다.

위 개인정보보호법 개정법률안의 취지를 고려하게 되면, 전기통신사업법상의 통신자료 요청에 대한 제공에 있어서도 통신자료의 개인정보로서의 성격을 감안하여 개인정보보호법(안)에서의 엄격한 통지의무 규정을 적용받게 될 것이다. 이런 귀결

46) 김용익의원 등 10인은 2015년 2월 2일 이와 관련한 개정안을 제안하였는데(의안번호 1913883), 1년 전인 2014년 4월 28일에도 김경협의원 등 12인이 이와 같은 취지의 개정안(의안번호 1910333)을 제안하였고, 현재 두 의안은 소관위에 회부된 채로 진행 중에 있다. 정청래 의원 등 10인이 2014년 8월(의안번호 1911455)과 12월(의안번호1913004) 제안한 내용은 개인정보처리자가 정보주체 이외로부터 개인정보를 제공받는 경우 정보주체에게 즉시 그 사실을 알리도록 하는 취지로, 개인정보 이용내역 통지 대상의 범위를 넓히는 입법화 방안이다.

은 현재 전기통신사업법상 통신자료 요청 제도가 통신비밀보호법의 통신사실확인 자료와 같은 수준의 법적 기준을 요구하고 있는 전기통신사업법 개정법률안의 개정방향과도 그 궤를 같이 하는 것이다.

## V. 맺는말

통신환경의 변화 및 과학통신기술의 고도화는 개인의 통신정보에 대한 이용과 보호에도 새로운 법적 문제를 초래한다. 예컨대, 최근의 다음카카오사태나 사이버 사찰사건 등으로 통신비밀과 개인정보의 중요성이 다시금 부각되고 있다. 이에 국회에는 관련법을 개정함으로써 통신의 자유와 비밀을 보다 적극적으로 보호하려는 입법적 요구가 쇄도해 있다. 다른 한편으로 현행법상으로 통신의 비밀을 제한하는 제도의 운용현황을 보면, 통신비밀보호법상의 통신제한조치는 감소추세에 있으나 통신사실 확인자료나 전기통신사업법상의 통신자료의 제공은 지속적으로 증가하는 경향이 있다. 특히 국가기관이 범죄수사 등 공익목적에 개인의 통신정보를 이용하는 사례가 증가하고 있음을 보여주고도 있다.

통신제한조치와 통신사실확인자료의 경우에는 이미 영장주의를 통한 사법적 규제를 받고 있음에도 불구하고, 통신서비스이용자의 측면에서 통신의 비밀을 더욱 보호받을 수 있도록 국회의 통제 및 이용자에 대한 사전적·사후적 통지의무 등을 정하고 있으며, 통신자료 제공 제도와 관련해서는 영장주의의 도입을 주된 내용으로 하는 관련 법률의 개정안이 국회에 제출되어 있다. 즉, 통신비밀을 보호하기 위하여 현행법규정이 정하고 있는 내용이나 절차보다 더욱 엄격한 통신제한절차와 기준을 요구하는 개정안이 제안되고 있는 것이다.

통신비밀 보호관련 법률개정안의 분석에서 전기통신사업법상의 통신자료의 요청과 제공은 개인정보보호법상의 개인정보의 활용과 제한으로 볼 수 없을까라는 인식의 전환이 있었으며, 통신비밀의 보호·제한과 관련된 최근의 입법화경향은 개인정보보호법의 입법취지와 상응하는, 새로운 법률적 환경의 변화에도 정합하는가라는 점을 문제시하였다. 통신사실확인자료나 통신자료의 제공에도 통신가입자나 이용자의 인적사항이 제공될 수 있도록 규정되어 있기 때문이다.

요컨대, 개인정보보호법상의 개인정보에는, 전기통신사업법상의 통신자료의 개념이 직접 포섭될 뿐만 아니라 통신사실확인자료의 경우도 비식별정보로서 바로 개

인정보로 단정할 수는 없으나 다른 정보와 결합하여 얼마든지 식별가능한 개인정보에 포함될 수 있는 내용을 구비하고 있다. 따라서 통신비밀의 제한과 관련된 ‘통신자료 등’ 취급에 대해서도, 개인정보보호법에서 말하는 다른 법률의 특별한 규정만으로 개별 법률에서 해결한 문제가 아니라 오히려 개인의 통신비밀(정보)을 실효적으로 보호할 수 있도록 이를 규율하고 있는 개별(특별)법들 이외에 일반법인 개인정보보호법에서 규정하고 있는 보호와 이용의 제한규정을 준수하도록 하는 방안을 제시하였다. 이로써 ‘통신자료 등’ 취급과 관련된 법률의 해석에 법체계적 정합성을 정향할 수 있도록 하였다.

(논문투고일 : 2016.02.29, 심사개시일 : 2016.03.02, 게재확정일 : 2016.03.26)



▶ 김민이, 이경렬

통신비밀 보장, 개인정보 보호, 범죄수사의 효율성, 통신자료제공제도, 통신감청

## 【참 고 문 헌】

### I. 단행본

법원행정처, 사법연감, 2015

이재일/조규범/이용필, RFID의 발전에 따른 정보프라이버시보호에 관한 법적 연구,  
한국정보보호진흥원, 2004

한국정보보호진흥원, 개인정보보호백서, 2003

### II. 논문

권양섭, “범죄수사에 있어서 통신자료제공제도의 문제점과 개선방안”, 법학 연구 59,  
한국법학회

권양섭, “인터넷 패킷감청의 허용가능성에 관한 고찰”, 법학연구, 한국법학회, 2010

오길영, “국가정보원의 패킷감청론에 대한 비판-국가정보원 답변서에 대한 반박을 중  
심으로 한 위헌론의 기초이론”, 민주법학 제48호, 민주주의 법학연구회, 2012

오길영, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 디지털시대에서의 통신비밀  
보호 법제의 개선방향이란 주제로 한국언론법학회가 주최한 토론회 자료집,  
2015. 1. 7.

조기영, “최근 주요 쟁점과 관련한 통신비밀보호법 개정방향”, 형사법연구 제26권  
제4호, 한국형사법학회, 2014

### III. 기타

미래창조과학부 2015년 10월 29일자 보도자료

국회 의안정보시스템

Abstract

**Problem and Suggestions regarding the ‘Communication Data’ System**

– Focusing on the protection of communication information –

KIM MIN EE, LEE KYUNG LYUL

It is common in law making process that law makers legislate a general law first and a special law afterwards to supplement the general law. Communication related laws, however, do not agree with this common procedure. For example Personal Information Protection Act, a general law, was established in South Korea, 2011. It was when after special laws such as ‘Protection of Communications Secrets Act’ and ‘Telecommunications Business Act’ were established.

This uncommonness has caused the confusion in priority when applying laws dealing with communication secret. In particular, “communication data” protected by the special laws of ‘Protection of Communications Secrets Act’ and ‘Telecommunications Business Act’ belong to personal information which is covered by Personal Information Protection Act, the general law.

Meanwhile lawmakers of 19th National Assembly recently have proposed to revise each of the special laws. The revision aims at enhancing the control over criminal investigation procedure in order to protect personal information and – ultimately - the privacy of citizens. It is, however, questionable to revise each of the special laws to achieve the purpose of personal information protection.

In this perspective this paper argues that it can be more efficient and

logical to revise Personal Information Protection Act, the general law than each of the special laws.



---

▶ KIM MIN EE, LEE KYUNG LYUL

Protection of Confidentiality of Communications, Personal Information Protection, Efficiency of Criminal Investigation, Provision of Communications Data, Wiretapping



# 금전채권에 대한 선행 처분금지가처분과 후행 가압류의 우열

-대법원 2014. 6. 26. 선고 2012다116260 판결에 대하여-

문 영 화\*

I. 서론	IV. 채권에 대한 선행가처분과 후행가압류의 우열
1. 사안의 개요	1. 학설의 대립
2. 문제의 제기	2. 선집행우선설에 대한 검토
II. 채권에 대한 가처분과 가압류	3. 채권에 대한 가압류 및 처분금지가처분의 공시방법
1. 채권에 대한 가처분	4. 가처분의 집행에 의한 채권양도의 대항요건 구비
2. 채권에 대한 가압류	5. 채권에 대한 처분금지가처분의 효력
III. 채권에 대한 처분금지가처분의 효력에 관한 대법원 판결	V. 결론
1. 소유권이전등기청구권에 대한 가처분	
2. 골프회원권에 대한 가처분	

## 【국 문 요 약】

대상판결은 금전채권에 대한 선행 가처분채권자가 본안소송에서 승소하여 그 승소판결이 확정되었다면, 선행 가처분의 처분금지효력에 반하는 범위 내에서는 그 가처분결정의 송달 이후에 실시된 후행 가압류 등의 보전처분으로써 가처분채권자에게 대항할 수 없다고 판시하면서, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2008다10884 판결을 인용하였다. 그런데 대법원은 2001. 10. 9. 선고 2000다51216 판결에서는 소유권이전등기청구권에 대한 처분금지가처분은 뒤에 이루어진 가압류와 압류에 우선하는 효력은 없다고 판시하였었다.

대상판결은 금전채권에 대하여, 2008다10884판결은 골프회원권에 대하여 각 선행 처분금지가처분으로 후행 가압류 및 압류에 대항할 수 있다고 함으로써 채권에 대한 가처분과 가압류 및 압류는 그 집행의 순서에 따라 우열이 결정된다는 입장

\* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

을 취한 것이고, 다른 한편 2000다51216 판결은 그 집행의 순서에 상관없이 가압류 및 압류가 우선한다는 입장을 취한 것으로 이해된다. 위 판결들에서는 채권에 대한 선행 처분금지가처분과 후행 가압류 및 압류 상호간의 우열에 관한 서로 다른 결론을 제시하였을 뿐, 그러한 결론에 이르는 근거에 관하여는 명시하지 않았음으로써 실무상 혼란을 초래하고 있다.

이 글은 금전채권에 대한 선행 처분금지가처분과 후행 가압류 및 압류의 우열을 집행의 순서에 따라 결정하는 것이 타당한지에 관하여 기존 대법원판례, 일본과 독일의 입법례 등을 기초로 검토하였다. 채권에 대한 보전처분의 집행방법으로서 제3채무자에 대한 그 보전처분결정의 송달을 보전처분의 집행을 공시하는 방법으로 인정하지 않는 한, 채권에 대한 처분금지가처분은 채권자와 채무자 및 제3채무자 사이에서만 효력을 갖게 되므로 가처분채권자로서는 그 가처분의 집행이 순서상 우선한다고 하더라도 제3자인 채무자의 가압류채권자에 대하여 대항할 수 없다고 함이 타당하다. 그러므로 금전채권에 대한 처분금지가처분에 관한 대상판결의 판시는 수정되어야 한다고 생각된다.

만약 대법원이 일본 및 독일의 경우와 달리, 채권에 대한 보전처분의 집행방법인 제3채무자에 대한 송달을 그 공시방법으로서 인정하고 금전채권에 대한 처분금지가처분의 효력을 강화하려는 정책적 이유 또는 다른 근거에서 대상판결과 같은 결론에 이른 것이라고 한다면, 그러한 결론에 이르게 된 근거를 명확히 선언하고, 선행 판결과의 관계를 정리하여야 한다.

## I. 서론

### 1. 사안의 개요

#### 가. 사실관계

1) 소외 1(제1심 공동피고)이 2007. 3. 21. 자신을 피공탁자로 하여 공탁된 357,315,009원 중 357,068,360원에 대한 공탁금출급청구권(이하 ‘이 사건 채권’이라고 한다)을 소외 2에게 양도하고(이하 ‘이 사건 채권양도’라고 한다) 2007. 3. 27. 채권양도통지를 하였다.

2) 피고는 2007. 10. 9.경 소외 1에 대한 2억원의 위약금채권을 보전하기 위하여 소외 1을 채무자, 대한민국을 제3채무자로 하여 채권가압류신청을 하여 2007. 11. 8. 이 사건 채권에 대한 가압류결정을 받았고, 그 결정이 2007. 11. 14.경 제3채무자에게 송달되었으며, 2007. 10. 15.경 소외 1을 상대로 위 2억 원의 위약금지급청구소송을 제기한 다음, 2008. 10. 15. 확정된 승소판결로 위 가압류를 본압류로 이전하는 채권압류 및 추심명령을 받았다.

3) 피고는 또, 2009. 11. 18. 소외 2를 채무자, 대한민국을 제3채무자로 하고 ‘채권자취소권에 기한 채권양도계약의 취소권 및 원상회복청구권’을 피보전권리로 하여 이 사건 채권에 대하여 추심 및 처분금지가처분을 신청하여 2009. 11. 26. 이를 인용하는 가처분결정을 받았고, 그 결정이 2009. 12. 1. 제3채무자에게 송달되었다(이하 ‘이 사건 가처분’이라고 한다).

4) 소외 2가 2008년 귀속 양도소득세 555,042,860원을 체납하자, 원고(대한민국)가 2011. 10. 4. 그 양도소득세 채권을 보전하기 위하여 이 사건 채권을 압류하고(이하 ‘이 사건 압류’라고 한다) 2011. 10. 5. 압류통지를 하였다.

5) 피고가 2011. 10. 4. 소외 2를 상대로 이 사건 채권양도는 사해행위로서 취소되어야 한다고 주장하면서 사해행위취소소송을 제기하여 2011. 12. 13. 무변론 승소판결을 받았고 2012. 1. 3. 그 판결이 확정되었다.

6) 원고가 피고와 소외 1을 상대로 ‘이 사건 채권이 소외 2에게 있음을 확인한다’는 소를 제기하자, 피고는 이 사건 채권양도는 피고에 대한 사해행위이고 그 사해행위취소소송에서 승소확정판결을 받음으로써 이 사건 채권양도는 무효로 되었

으므로 이 사건 채권은 여전히 소외 1에게 있다고 다투었다.

#### 나. 제1심 판결(서울남부지방법원 2012. 2. 21. 선고 2011가합6480 판결)의 요지

원고는 이 사건 채권양도가 진정한 것으로 보아 소외 2에 대한 양도소득세채권을 보전하기 위하여 소외 2를 채무자로 하여 이 사건 채권을 압류하였을 뿐이므로 사해행위의 수익자 내지 전득자에 해당하지 않는다. 또한 사해행위취소의 효력은 사해행위취소소송을 제기한 채권자와 그 소송의 피고가 된 수익자 내지 전득자 사이에서만 효력이 미치는 것이어서 피고가 사해행위취소판결의 효력을 원고에게 주장할 수도 없으므로 피고의 주장은 이유 없다.<sup>1)</sup>

#### 다. 항소심 판결(서울고등법원 2012. 11. 23. 선고 2012나28020 판결)의 요지

채권에 대한 처분금지처분이 있었다고 하더라도 그 처분은 채무자와 제3채무자에게 그 결정을 송달하는 외에 현행법상 이를 공시하는 방법이 없는 것으로서, 당해 채권자와 채무자 및 제3채무자 사이에만 효력이 있을 뿐 처분과 관계 없는 제3자에 대하여는 우선적 효력을 주장할 수 없다. 따라서 채권에 대한 처분 금지처분이 있었다고 하더라도 그 처분이 뒤에 이루어진 압류에 우선하는 효력은 없으므로, 그 압류는 처분채권자와 사이의 관계에서도 유효하고, 이는 체납 처분에 의한 채권 압류의 경우에도 마찬가지이다(대법원 2001. 10. 9. 선고 2000다 51216 판결 등 참조).

피고가 원고의 이 사건 압류에 앞서 이 사건 채권에 대하여 채권처분 및 추심금지처분의 집행을 완료하였다고 하더라도 그 처분은 제3자의 지위에서 한 원고의 이 사건 압류에 우선하는 효력은 없고, 피고가 소외 2를 상대로 한 사해행위취소소송에서 승소판결을 받았다고 하더라도 사해행위취소의 효과는 채권자인 피고와 수익자인 소외 2 사이에만 미치므로 소외 2가 피고에 대하여 사해행위의 취소로 인한 원상회복 의무를 부담하게 될 뿐, 채무자인 소외 1과 사이에서 그 취소로 인한 법률관계가 바로 형성되거나 취소의 효력이 소급하여 채무자인 소외 1의 책임재산으로 회복되는 것은 아니다.<sup>2)</sup>

1) 제1심 판결문에는 이 사건 처분의 효력에 관한 주장이나 판단은 없다. 그리고 제1심 판결문에는 이 사건 채권양도가 통정허위표시로서 무효라는 피고의 주장을 배척한 부분이 있는바, 이 글에서는 이에 대하여는 검토하지 않는다.

2) 항소심 판결문에는 국세징수법 제53조 제1항 제2호, 제3호에 관한 피고의 주장을 배척한 판단 부분이 있으나, 이 글에서는 이에 대하여도 검토하지 않는다.

### 라. 대법원 판결(대상판결)의 요지

채권자가 채무자의 금전채권에 대하여 가처분결정을 받아 그 가처분결정이 제3채무자에게 송달되고 그 후 본안소송에서 승소하여 확정되었다면, 그 가처분결정의 송달 이후에 실시된 가압류 등의 보전처분 또는 그에 기한 강제집행은 그 가처분의 처분금지 효력에 반하는 범위 내에서는 가처분채권자에게 대항할 수 없다고 봄이 상당하다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2008다10884 판결 참조).

피고가 이 사건 채권에 대하여 처분금지가처분을 신청하여 이를 인용하는 이 사건 가처분결정이 제3채무자에게 송달되고 본안소송에서도 승소하여 그 판결이 확정된 이상, 이 사건 가처분결정 송달 이후에 실시된 이 사건 압류는 가처분의 처분금지 효력에 반하므로 그 압류권자인 원고는 가처분채권자인 피고에게 대항할 수 없다.

### 마. 환송 후 원심판결(서울고등법원 2014. 10. 15. 선고 2014나33705 판결)의 요지

피고가 이 사건 채권에 대하여 처분금지가처분을 신청하여 이를 인용하는 이 사건 가처분결정이 제3채무자에게 송달되고 본안소송에서도 승소하여 그 판결이 확정된 이상, 이 사건 가처분결정 송달 이후에 실시된 이 사건 압류는 가처분의 처분금지 효력에 반하므로 그 압류권자인 원고는 가처분채권자인 피고에게 대항할 수 없다. 따라서 소외 2에 대한 양도소득세채권의 보전을 위하여 이 사건 채권이 소외 2에게 있음의 확인을 구하는 원고의 청구는 이유 없다.<sup>3)</sup>

## 2. 문제의 제기

동일한 채권에 대하여 시간적으로 우선하는 가처분(이하 ‘선행 가처분’이라고 한다)과 그에 뒤이은 가압류(또는 압류, 이하 ‘후행 가압류’라고 한다)가 있는 경우에 그 가처분과 가압류의 우열은 어떠한가? 대상판결의 환송 전 원심은 대법원 2001. 10. 9. 선고 2000다51216 판결을 인용하여 채권에 대한 처분금지가처분이 있다고 하더라도 그 가처분이 뒤에 이루어진 압류에 우선하는 효력이 없다고 하여 이 사건 압류가 이 사건 가처분에 대항할 수 있다고 한 반면, 대상판결은 대법원 2009.

3) 이 판결은 대법원 2015. 1. 29.자 2014다79365 판결(심리불속행)에 의하여 확정되었다.

12. 24. 선고 2008다10884 판결을 인용하여 채권자가 금전채권에 대하여 받은 가처분결정이 제3채무자에게 송달되고 그 본안소송에서 승소하여 확정되었다면 그 가처분결정의 송달 이후에 실시된 가압류 등의 보전처분 또는 그에 기한 강제집행은 그 가처분의 처분금지 효력에 반하는 범위 내에서는 가처분채권자에게 대항할 수 없다고 하였다.

위와 같이 대상판결의 판시 및 대상판결이 인용한 2008다10884 판결의 판시와 대상판결의 환송 전 원심이 인용한 2000다51216 판결의 판시 내용은 일응 동일한 문제에 대하여 서로 다른 입장을 취하는 듯이 보인다.

대상판결이 인용한 2008다10884 판결은 집행의 대상이 골프회원권인 사건이었고, 환송 전 원심이 인용한 2000다51216 판결은 집행의 대상이 소유권이전등기청구권인 사건이었는데, 대상판결은 2008다10884 판결을 인용하기는 하였지만 집행의 대상이 금전채권인 경우에 있어서 선행 가처분과 후행 가압류의 우열에 관하여 판시를 하였다는 점에서 의미가 있다. 대상판결은 금전채권에 대하여 소유권이전등기청구권에 대한 선행 가처분과 후행 가압류의 우열에 관한 종래 대법원의 견해를 따르지 않고 골프회원권에 대한 사건의 견해를 따랐다. 이는 채권에 대한 집행에서 가처분과 가압류 사이의 우열의 문제가 집행대상인 채권의 성질에 따라 달라질 수 있다는 것일까? 아니면 사안과 관련하여 선행 가처분과 후행 가압류의 우열을 결정하는 다른 사정이 있었다는 것일까?

이 글은 위와 같은 문제의식을 가지고 ① 채권에 대한 처분금지가처분의 내용 및 효력은 어떠한지, ② 그 효력이 가처분의 대상인 채권의 성질에 따라 달라질 수 있는지, ③ 채권에 대한 처분금지가처분과 압류(가압류)의 우열은 어떻게 가려져야 하는지의 문제를 차례대로 살펴보고, 이를 바탕으로 대상판결과 종래 2000다51216 판결 및 2008다10884 판결의 타당성에 관하여 검토하고자 한다.

## II. 채권에 대한 가처분과 가압류

### 1. 채권에 대한 가처분

### 가. 민사집행법의 규정

우리 민사집행법(이하 ‘민집’으로 줄여 쓴다) 제300조는 가처분의 목적으로서 다툼의 대상에 관한 가처분과 임시의 지위를 정하는 가처분을 규정하고, 제305조는 가처분의 방법과 관련하여 ‘법원이 신청 목적을 이루는 데 필요한 처분을 직권으로 정한다’고 하면서 그 예로서 보관인을 정하는 것, 상대방에게 어떠한 행위를 하거나 하지 말도록, 또는 급여를 지급하도록 명하는 것을 열거하고 있다. 또 민집 제301조는 가처분절차에는 달리 정함이 없는 경우에는 가압류절차에 관한 규정을 준용하도록 규정하고 있다.

채권에 대한 처분금지 등은 민집 제305조에서 열거하고 있는 가처분의 방법 중에서 상대방에게 어떠한 행위를 하지 말도록 하는 것에 해당되고,<sup>4)</sup> 그 절차에 관하여는 민집 제301조에 의하여 가압류절차가 준용된다. 그러나 채권에 대한 처분금지가처분의 구체적 내용과 효력에 관하여는 달리 규정이 없어서 해석론에 맡겨져 있는바, 아래에서는 실무적으로 행해지고 있는 채권에 대한 처분금지가처분의 내용 및 효력을 처분금지효를 본질적 효력으로 하는 채권에 대한 가압류의 그것과 비교하여 살펴본다.

### 나. 채무자가 채권자를 상대로 한 채권에 대한 가처분

채권의 존부에 대한 다툼이 있을 때 채무자는 이행청구를 받아도 거절할 수 있기 때문에 채권자를 상대로 자기에 대한 채권의 추심을 금지하는 가처분을 신청할 필요는 없으나, 통정허위표시에 의하여 성립된 채권이 선의의 제3자에게 양도되면 대항할 수가 없고, 제3자에게 대항할 수 있다고 하더라도 당사자의 항정이 필요하기 때문에 채권자로 하여금 제3자에게 이를 처분하지 못하도록 금지할 필요가 있다. 이 경우 가처분결정의 주문은 ‘채무자는 별지 목록 기재 채권을 타인에게 양도하거나 질권 설정, 그 밖에 일체의 처분을 하여서는 아니된다’는 내용이고, 이 가처분결정은 가처분채무자에게 통지함으로써 집행이 완료된다. 이러한 가처분은 공시방법이 없을 뿐만 아니라 제3자에 대하여 채권의 양수를 금지하는 효력도 없어 실효성이 적다고 한다.<sup>5)</sup> 따라서 이 글에서는 채무자가 채권자를 상대로 하는 채권

4) 편집대표 김능환·민일영, 『제3판 주석 민사집행법(VII)』, 한국사법행정학회(2012), 793면

5) 『법원실무재요 민사집행(IV)』, 법원행정처(2014), 329-330면; 菊井維大·村松俊夫·西山俊彦, 『現代實務法律講座 2訂増補 假差押假處分』, 靑林書院新社(1981), 304면; 이러한 형태의 ‘채무자의 임의이행을 기대하는 가처분의 허용’과 관련하여는 瀨木比呂志, 『民事保全法』 第3版, 判例タイムズ社(2009), 368-375면 참조

에 대한 가처분은 논의에서 제외한다.

## 다. 채권양도와 관련된 채권에 대한 가처분

### 1) 가처분결정의 내용과 집행

채권양도와 관련한 채권(이하 ‘채권’은 특별히 그 내용을 정하지 않는 한 양도와 관련하여 민법 제450조의 대항요건을 갖추어야 하는 지명채권을 의미한다)의 처분 금지가처분은 실무상으로 “채무자는 제3채무자로부터 별지 목록 기재 채권을 추심하거나 타인에게 양도, 질권 설정, 그 밖에 일체의 처분을 하여서는 아니된다. 제3채무자는 채무자에게 위 채권을 지급하여서는 아니된다”는 내용으로 발령되는바(이하 ‘채권의 가처분’은 특별히 그 내용을 제한하지 않는 한 이러한 내용을 가진 처분금지가처분을 의미한다), 이러한 채권의 가처분은 가처분채무자인 양도인뿐만 아니라 당해 채권의 채무자인 가처분의 제3채무자에게 가처분결정정보를 송달하는 방법으로 집행된다.<sup>6)</sup>

### 2) 피보전권리와 보전의 필요성

채권의 가처분은 채권양도의 효력과 관련하여 양도인과 양수인 사이에 다툼이 있는 경우 또는 채권의 이중양도와 관련하여 허용되고 있는바, 그 구체적인 경우를 나누어 보면 다음과 같다.

#### (가) 양수인이 가처분채권자인 경우

채권의 양도인과 양수인 사이에 채권양도계약이 성립되었으나 그 대항요건이 갖추어지지 않았다면, 양수인은 양도인을 상대로 ‘채무자에게 채권양도통지의 의사표시를 하라’는 청구를 할 수 있으므로 이러한 통지청구권을 피보전권리로 하여 양도인을 상대로 채권의 가처분을 신청할 수 있고,<sup>7)</sup> 또 양도인이 확정일자 있는 증서에 의하지 아니한 통지를 하여 양수인이 채무자에 대한 대항요건은 이미 갖추었으나 제3자에 대한 대항요건을 갖추지 못한 경우에도 양수인은 양도인을 상대로

6) 『법원실무제요 민사집행[IV]』, 법원행정처(2014), 330면

7) 권성 등, 『개정판 사례해설 가처분의 연구』, 박영사(2002), 209면; 竹下守夫·藤田耕三 編, 『注解民事保全法 上卷』, 靑林書院(1996), 222면에서도 금전채권의 양도의 효력과 관련하여 다툼이 있는 경우에 양수인이 당해 금전채권의 이전과 대항요건에 관한 청구권을 피보전권리로 하여 양도인을 상대방으로 하여 채권의 이전과 추심을 금지하는 가처분을 구할 수 있다고 한다.

‘채무자에게 확정일자 있는 채권양도통지를 하라’는 청구를 할 수 있으므로 이를 피보전권리로 하여 동일한 내용의 가처분을 신청할 수 있다고 한다.<sup>8)</sup>

채권양도에 있어서 채무자 및 제3자에 대한 대항요건을 이미 갖추었다면 양수인은 양도인에 대하여 어떤 급부청구권이 없는바, 이 경우에 양수인이 양도인을 상대로 채권의 가처분을 할 필요성이 있는지와 관련하여서는 견해의 대립이 있다. 이러한 경우에도 양도인과 양수인 사이의 채권양도의 효력 유무 또는 최초의 양수인과 이중양수인(후행 양수인) 사이의 우열에 관하여 다툼이 있다면 양수인으로서 양도인 또는 다른 양수인을 상대로 자기채권의 존재확인을 구하는 소를 제기할 수 있고 이를 피보전권리로 하여 양도인 또는 다른 양수인을 상대로 채권의 가처분을 신청할 수 있다고 하면서, 이는 양도인 또는 다른 양수인으로부터 채권자로서의 지위를 박탈하는 일을 우선 실현하여 그들의 소극적 지위를 임시로 정하는 것이므로 이른바 임시의 지위를 정하는 가처분에 해당한다고 하는 긍정설<sup>9)</sup>과 소유권이전등기청구권의 양도와 관련하여 양수인이 이미 채무자 및 제3자에 대한 대항요건을 갖춘 경우에 있어서는 부동산 자체에 대하여 처분금지가처분을 함으로써 권리확보에 부족함이 없을 것이므로 소유권이전등기청구권에 대한 처분금지가처분을 할 필요가 없다는 부정설<sup>10)</sup>이 있다.

#### (나) 양도인이 가처분채권자인 경우

채권양도가 무효이거나, 취소 또는 해제된 경우, 양도인은 양수인을 상대로 ‘채권양도통지의 철회에 대한 동의의 의사표시를 하라’는 청구 또는 ‘채무자에게 채권양도계약의 해제에 관한 통지의 의사표시를 하라’는 청구를 할 수 있으므로<sup>11)</sup> 이러한 청구권을 피보전권리로 하여 채권의 가처분을 신청할 수 있을 것이다.

8) 권성 등, 앞의 책, 201~211면

9) 권성 등, 앞의 책, 212~213면; 菊井維大·村松俊夫·西山俊彦, 앞의 책, 305면에서는 채권양도의 효력과 관련한 경우에는 양도인과 양수인 사이에 채권양도계약상의 권리를 피보전권리로 하기 때문에 대항요건이 문제로 되지는 않으나, 채권의 이중양도에 있어서는 양수인 값이 양도인에 대한 계약상의 권리를 피보전권리로 하기 때문에 양수인 병에 대하여 채권양도로서 대항할 수 없다면 양수인 병을 상대로 한 채권추심 및 처분금지의 가처분을 구할 수 없다고 한다.

10) 박이규, “부동산소유권이전등기청구권 처분금지가처분의 효력”, 「민사판례연구 XXII」, 민사판례연구회(2000), 545면

11) 대법원 1993. 8. 27. 선고 93다17379 판결은 ‘지명채권의 양도통지를 한 후 그 양도계약이 해제된 경우에 양도인이 그 해제를 이유로 다시 원래의 채무자에 대하여 양도채권으로 대항하려면 양수인이 채무자에게 위와 같은 해제사실을 통지하여야 할 것이다’ 고 한다.

### (다) 채권자취소권 행사와 관련한 가처분의 경우

대상판결의 사안과 같이, 지명채권이 양도되어 제3자에 대하여 대항요건까지 갖춘 경우, 양도인의 채권자는 수익자인 양수인을 상대로 사해행위로서 채권양도의 취소와 함께 원상회복청구로서 채무자에 대한 채권양도취소의 통지를 구할 수 있고 그 원상회복청구권을 피보전권리로 하여 채권의 가처분을 신청할 수 있다.<sup>12)</sup> 또 근저당권설정계약을 사해행위로서 취소하는 경우 경매절차가 진행되어 타인이 소유권을 취득하고 근저당권설정등기가 말소되었다면 원물반환이 불가능하므로 가액배상의 방법으로 원상회복을 명할 것인데, 이미 배당이 종료되어 수익자가 배당금을 수령한 경우에는 수익자에게 배당금의 반환을 청구하여야 하지만, 배당표가 확정되었으나 어떠한 사유에 의해서든지 수익자가 배당금을 현실적으로 지급받지 못한 경우에는 배당금지급채권의 양도와 그 채권양도의 통지를 청구하여야 하므로<sup>13)</sup> 그 원상회복청구권을 피보전권리로 하여 배당금지급채권의 추심 및 처분금지의 가처분을 신청할 수 있을 것이다.<sup>14)</sup>

## 2. 채권에 대한 가압류

### 가. 채권에 대한 가압류의 내용과 집행

민집 제296조 3항은 채권의 가압류는 채무자에 대한 처분 및 영수 금지명령을 하지 않고 제3채무자에 대한 지급금지명령만을 하여야 한다고 규정하고 있고, 실무도 채권압류명령에 있어서 채무자에 대한 추심금지와 제3채무자에 대한 변제금지가 쌍방에 대하여 명령되는 것과 대조적으로, 채권에 대한 가압류의 경우에는 제3채무자에 대한 변제금지의 명령만을 하지만,<sup>15)</sup> 학설은 채권의 확보를 목적으로 하는 방법으로서 그 차이는 없다고 한다.<sup>16)</sup> 채권의 가압류는 그 결정정보를 채무

12) 飯原一乘, “詐害行爲取消權に基づく民事保全”, 中野貞一郎 등 編集, 『民事保全講座 3 - 假處分の諸類型』, 法律文化社(1996), 126-127면

13) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다90708 판결 참조

14) 전자는 사해행위인 채권양도를 취소하는 것이고, 후자는 원상회복방법으로서 채권양도를 하는 것이라는 점에서 차이가 있다.

15) 가압류결정의 주문은 ‘1. 채무자의 제3채무자에 대한 별지 목록 기재 채권을 가압류한다. 2. 제3채무자는 채무자에게 위 채권에 관한 지급을 하여서는 아니된다. 3. 채무자는 다음 청구금액을 공탁하고 집행정지 또는 그 취소를 신청할 수 있다.’ 이다. 『법원실무제요 민사집행[IV]』, 법원행정처(2014), 112면

16) 편집대표 김능환·민일영, 앞의 책, 629면

자와 제3채무자에게 송달하는 방법으로 집행하고, 제3채무자에게 그 결정정본이 송달됨으로써 효력이 발생한다(민집 제291조, 제227조 제2항, 제3항).

#### 나. 제3채무자에 대한 지급금지명령의 의미와 제3채무자의 지위

채권의 가압류에서는 제3채무자에 대한 지급금지명령이 그 결정내용의 일부로 포함되어 있는바, 통설은 제3채무자를 보전처분의 당사자가 아니라고 하고, 보전처분 중 제3채무자에 대한 것은 집행명령에 지나지 않기 때문에 제3채무자는 보전처분에 대한 이의 또는 보전처분의 취소를 신청할 수 있는 당사자가 아니라고 한다.<sup>17)</sup>

일본 민사보전법 제50조 제1항은 금전의 지급 또는 선박 또는 동산의 인도를 목적으로 하는 채권에 대한 가압류의 집행은 제3채무자에 대하여 채무자에게 변제를 금지하는 명령을 발령하는 방법에 의하여 한다는 취지로 규정하고 있다. 일본에서는 가압류의 내용 중 목적물인 채권을 가압류한다는 선언은 가압류명령으로서 채무자에 대하여 채권의 처분을 상대적으로 금지하는 효력이 생기게 하는 것이고, 제3채무자에게 변제를 금지하는 명령은 가압류 집행의 내용이 되는데, 이것을 제3채무자에게 송달함으로써 그 집행이 완료된다고 한다.<sup>18)</sup>

#### 다. 채권에 대한 가압류의 효력

대법원은 1992. 11. 10. 선고 92다4680 전원합의체판결에서 소유권이전등기청구

17) 편집대표 김능환·민일영, 앞의 책, 145-146면; 이시윤, 『신민사집행법』, 제6판, 박영사(2013), 562면; 菊井維大·村松俊夫·西山俊彦, 앞의 책, 401면; 심상철, “보전소송의 당사자에 관한 제문제”, 『재판자료』 제45집, 법원행정처(1989), 96-97면, 104면; 이에 대하여 제3채무자가 채무자에게 보전명령의 목적인 일정한 채무를 부담하고 있는 경우에 제3채무자가 채무자에 대한 변제나 등기 절차 등의 협력을 금지한 명령에 위반한 때에는 채권자에 대한 관계에서 그 효력이 부인되어 장차 채권자가 집행권원을 얻어 제3채무자에 대하여 강제집행을 하는 경우 2중 변제를 감수할 수밖에 없게 되는 불이익을 입게 되고 보전명령이 있었다는 것만으로는 채무자에 대하여 이행지체의 책임을 면하는 것도 아니므로 보전명령과 관련하여 절대적으로 아무런 이해관계가 없다고 할 수 없고, 보전절차에 있어서 제3채무자는 보전명령의 직접적인 당사자는 아니나 그에 유사한 지위를 가진다는 견해[양경승, “보전명령의 집행과 제3자에 대한 효력”, 『사법논집』 제27집, 법원도서관(1996), 408-409면]도 있고, 채권의 가처분과 관련하여, 분쟁의 대상인 채권의 채무자가 양도인에게 채무를 변제함으로써 채권이 소멸되어 버린다면 양도인(가처분결정에서 채무자)에 대한 보전처분의 목적을 달성할 수 없으므로 제3채무자에 대한 변제금지도 필수적으로 필요하다고 하거나, 채권에 관한 가처분의 이중적 구조상 채권자(가처분결정에 있어서 채무자)에 대한 가처분결정의 효력을 채무자(가처분결정에 있어서 제3채무자)에게도 그대로 적용시켜야만 법률관계의 혼란을 피할 수 있음을 이유로 제3채무자에 대한 지급금지명령이 단순히 부수적 집행명령이 아니라, 당사자의 일방을 상대로 발하여지는 가처분결정의 일부로서 가처분채권의 일부를 구성하는 것이라는 견해(권성 등, 앞의 책, 216-218면)가 있다.

18) 山岐潮 監修, 『注釋 民事保全法(下)』, 社團法人 民事法情報センター(1999), 114면

권에 대한 가압류의 효력에 관하여 판시하면서 채권에 대한 가압류의 일반론으로서 ‘일반적으로 채권에 대한 가압류가 있더라도 이는 채무자가 제3채무자로부터 현실로 급부를 추심하는 것만을 금지하는 것이므로, 채무자는 제3채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있고, 법원은 가압류가 되어 있음을 이유로 이를 배척할 수 없는 것이 원칙이다’고 하였고,<sup>19)</sup> 또 2000. 4. 11. 선고 99다23888 판결에서 ‘가압류된 채권을 양도하는 데 아무런 제한이 없으나, 다만 가압류된 채권을 양수한 양수인은 그러한 가압류에 의하여 권리가 제한된 상태의 채권을 양수하게 된다’고 하였다. 나아가 2002. 4. 26. 선고 2001다59033 판결에서 ‘채권을 양도받았으나 확정일자 있는 양도통지나 승낙에 의한 대항요건을 갖추지 아니하는 사이에 양도된 채권이 가압류된 경우에도 동일하다’고 하면서 ‘채권가압류의 처분 금지의 효력은 본안소송에서 가압류채권자가 승소하여 집행권원을 얻는 등으로 피보전권리의 존재가 확정되는 것을 조건으로 하여 발생하는 것이므로 채권가압류결정의 채권자가 본안소송에서 승소하는 등으로 집행권원을 취득하는 경우에는 가압류에 의하여 권리가 제한된 상태의 채권을 양수받는 양수인에 대한 채권양도는 무효가 된다’고 하였다.

위와 같은 대법원판례에 따르면 채권의 가압류가 있더라도 그 채권자(가압류결정의 채무자)는 현실적 만족을 얻지 않는 한 채무자(가압류결정의 제3채무자)를 상대로 이행의 소를 제기할 수 있고, 그 채권을 양도할 수 있으나, 다만 채권의 양수인은 가압류에 의하여 권리가 제한된 상태의 채권을 양수받게 된다.

#### 라. 소유권이전등기청구권에 대한 가압류의 효력에 관한 대법원판결

대법원은 1992. 11. 10. 선고 92다4680 전원합의체판결에서 소유권이전등기청구권에 대한 압류나 가압류<sup>20)</sup>는 막바로 이전등기청구권 자체를 처분하여 그 대금으로 채권의 만족을 얻는 것이 아니고, 채무자 명의로 소유권이전등기를 마쳐 이를 채무자의 책임재산으로 만든 다음 이에 대하여 강제집행을 실시하여 채권을 만족

19) 이는 ‘채무자로서는 제3채무자에 대한 그의 채권이 가압류되어 있다 하더라도 채무명의를 취득할 필요가 있고, 또는 시효를 중단할 필요가 있는 경우도 있을 것이며, 특히 소송계속 중에 그의 채권에 대한 가압류가 행하여진 경우에는 이를 이유로 청구가 배척된다면 장차 가압류가 취소된 후 다시 소를 제기하여야 하는 불편함이 있는 데 반하여, 제3채무자로서는 이행을 명하는 판결이 있더라도 집행단계에서 이를 저지하면 될 것이기 때문이다’ 라고 하였다.

20) 가압류의 주문은 ‘채무자의 제3채무자에 대한 별지 부동산의 소유권이전등기청구권을 가압류한다. 제3채무자는 채무자에게 위 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행하여서는 아니된다’ 이다. 『법원실무제요 민사집행[IV]』, 법원행정처(2014), 264면

시키는 제도라는 것을 전제로 하여, ‘소유권이전등기청구권에 대한 압류나 가압류는 채권에 대한 것이지 등기청구권의 목적물인 부동산에 대한 것이 아니고, 채무자와 제3채무자에게 그 결정을 송달하는 외에 현행법상 등기부에 이를 공시하는 방법이 없는 것으로서 당해 채권자와 채무자 및 제3채무자 사이에만 효력을 갖는 것이고, 압류나 가압류와 관계가 없는 제3자에 대하여는 압류나 가압류의 처분금지적 효력을 주장할 수 없다. 따라서 소유권이전등기청구권의 압류나 가압류는 청구권의 목적물인 부동산 자체의 처분을 금지하는 대물적 효력은 없고, 제3채무자나 채무자로부터 소유권이전등기를 넘겨받은 제3자에 대하여는 그 취득한 등기가 원인무효라고 주장하여 그 말소를 청구할 수 없다’고 하면서, ‘이전등기청구권에 대한 가압류가 있으면 그 변제금지적 효력에 의하여 제3채무자는 채무자에게 임의로 이전등기를 이행하여서는 안될 것이고, 이를 이행하여 채무자가 부동산을 처분한 결과 채권자에게 손해를 입힌 때에는 배상책임을 진다’고 하였다.

위 전원합의체 판결은, 소유권이전등기청구권에 대한 압류 또는 가압류 후 그에 위반하여 제3채무자로부터 채무자 명의로 마쳐진 소유권이전등기 및 그에 터잡은 제3자의 소유권이전등기의 효력에 관하여 상대적 무효설의 입장에서 종래 절대적 무효설의 입장을 취한 89다카191088 판결을 폐기한 것이라고 평가된다.<sup>21)</sup>

위 전원합의체 판결에 대하여는, 통상의 채권가압류에서 제3자에 대한 대항요건으로 기능하는 제3채무자에 대한 송달이 소유권이전등기청구권에 대하여는 더 이상 대항요건으로서 의미를 갖지 않게 되는 데에 대하여 근거가 있어야 한다는 등의 비판적 견해<sup>22)</sup>, 제3채무자에 대한 가압류의 금지명령에 명백히 위반하여 이루어진 제3채무자로부터 채무자 명의로의 소유권이전등기에 대하여 그 효력을 부인하지 않은 것은 부당하다는 비판적 견해<sup>23)</sup>가 있다.

위 전원합의체 판결에 의하면, 소유권이전등기청구권에 대한 가압류의 집행방법으로서 제3채무자에 대한 송달은 가압류의 공시방법이라고 할 수 없고, 이를 가지

21) 정연욱, “가압류된 채권의 이행청구와 소유권이전등기청구권에 대한 압류나 가압류에 위반된 등기의 효력”, 「대법원판례해설」 제18호, 법원도서관(1993), 436-429면

22) 권성 등, 앞의 책, 231-233면

23) 박이규, 앞의 글, 547-552면; 조병훈, “부동산소유권이전등기청구권에 대한 보전처분”, 「민사재판의 제문제(하)」, 이시윤 박사 화갑기념 논문집간행위원회 편, 박영사(1995), 428-429면은 위 전원합의체 판결에 대하여, 근본적으로는 입법적으로 일본처럼 소유권이전등기청구권에 대한 보전처분을 폐지하는 방법을 모색하거나, 그렇지 않고 존치시키려면 적절한 공시방법을 마련함으로써 해결책을 강구하는 것이 정도이지만, 현행 제도 하에서 거래의 안전을 크게 해치지 않으면서 보전처분 채권자를 보호하려면 적어도 보전처분이 있었음을 알게 된 악의의 제3자에 대하여는 보전처분의 처분금지의 효력을 인정하는 것이 타당하다고 한다.

고 가압류의 채권자, 채무자, 제3채무자를 제외한 제3자에 대하여 가압류의 효력을 주장할 수 없다. 다만, 가압류의 지급금지명령에 위반된 행위를 한 제3채무자는 집행채권자에 대하여 손해배상책임을 진다.<sup>24)</sup>

### Ⅲ. 채권에 대한 처분금지가처분의 효력에 관한 대법원판결

#### 1. 소유권이전등기청구권에 대한 가처분

##### 가. 가처분의 유형과 내용

소유권이전등기청구권에 대한 가처분결정의 주문은 통상 ‘채무자는 별지 부동산에 대한 소유권이전등기청구권을 매매, 양도, 질권 설정 기타 일체의 처분행위를 하여서는 아니된다. 제3채무자는 채무자에 대하여 위 부동산에 대한 소유권이전등기절차를 이행하여서는 아니된다.’이다.<sup>25)</sup>

소유권이전등기청구권의 가처분은 그 소유권이전등기청구권의 양수인이 양도인의 이중양도를 저지하기 위해서 신청하는 경우(양수형)가 있고, 부동산의 전득자가 매도인에 대하여는 매수인을 대위하여 소유권이전등기절차이행을, 매수인에 대하여는 자신에게 직접 소유권이전등기절차이행을 청구하면서 매수인의 매도인에 대한 소유권이전등기청구권에 대하여 가처분을 신청하는 경우(전매형)가 있다. 이러한 경우에 소유권이전등기청구권에 대한 가처분이 허용될 수 있는지에 관하여는 학설상 다툼이 있다.<sup>26)</sup> 법원실무는 매수인의 소유권이전등기청구권이 제3자에게

24) 일본 민사집행법에는 부동산의 등기청구권에 대한 압류에 관한 명문의 규정이 없는데, 일본에서는 등기청구권을 압류, 환가의 대상으로 하는 것은 타당하지 않을 뿐만 아니라, 부동산에 대한 집행의 준비행위로서는 채권자대위권에 의한 등기청구권의 행사로 충분하므로 해석론으로도 등기청구권의 압류를 부정하는 것이 타당하다고 받아들여지기 때문에 위 전원합의체 판결에 대하여 지적되는 문제점에 관하여는 문제가 되지 않는다고 한다. 자세한 것은 김상수, “소유권이전등기청구권에 대한 가압류의 효력”, 『사법행정』 제388호, 한국사법행정학회(1993), 52면 이하

25) 윤경, 『보전처분(가압류·가처분)의 실무(상)』, 법률정보센터(1999), 84-85면

26) 황용경, “소유권이전등기청구권에 대한 가압류와 가처분의 관계”, 『재판실무』 제1집, 창원지방법원(1999), 339면은 소유권이전등기청구권의 양수인이 양도인을 상대로 가처분을 하거나 부동산의 전득자가 매수인을 상대로 가처분을 함에 있어서 최초 양도인은 소유권이전등기청구권의 양도나 중간생략등기에 동의할 의무가 없고, 단지 중간자에게 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다는 이유로 최종 양수인과 중간자 사이의 부동산소유권이전등기청구권의 가처분에 있어서 제3채무자로 될 수는 없다고 하고, 이수철, “소유권이전등기청구권에 대한 처분금지가처분의

양도되면 전득자가 권리행사를 할 수 없게 된다는 점에서 허용하고 있다.<sup>27)</sup>

#### 나. 가처분의 효력에 관한 대법원판결

대법원은 1989. 5. 9. 선고 88다카6488 판결에서, ‘부동산의 전득자가 양수인 겸 전매인을 채무자, 양도인을 제3채무자로 하여 소유권이전등기청구권에 대한 처분 금지가처분을 하였더라도 그와 같은 내용의 가처분이 등기되지도 않았고 등기될 수도 없는 이상, 제3자가 채무자와 제3채무자를 상대로 순차로 소유권이전등기절차를 이행하라는 소송을 제기하여 승소확정판결을 받고, 그 판결에 기하여 제3채무자로부터 채무자에게, 채무자로부터 자기 앞으로 경료한 각 소유권이전등기는 유효하고, 가처분에 의하여 그 효력이 좌우되지 않는다는 취지의 판시를 하였다.

또 대법원은 1998. 2. 27. 선고 97다45532 판결에서 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 환지 전 토지에 관한 분양계약에 따른 권리<sup>28)</sup>에 대하여 처분금지가처분이 있는 경우, ‘가처분의 해제를 조건으로 하지 아니하는 한 제3자가 환지 전 토지를 매수하였음을 원인으로 채무자를 대위하여 구하는 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기청구를 인용하여서는 안 된다’고 하였고, 이어 1998. 4. 14. 선고 96다47104 판결<sup>29)</sup>에서 ‘소유권이전등기청구권에 대한 가압류가 있기 전에 “채무자는

---

효력’, 「판례연구」 제14집, 부산판례연구회(2003), 23면은 처분금지가처분은 특정물채권의 강제집행을 보전하기 위하여 그 특정물의 현상의 변경을 방지하기 위하여 하는 것이므로 부동산의 전득자는 부동산의 양수인일 뿐이지 소유권이전등기청구권의 양수인이 아니어서 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 한 가처분을 할 수 없다고 한다; 이우재, “가처분의 효력과 가압류의 경합”, 「재판실무연구(3) 보전소송」, 한국사법행정학회(2008), 62면은 중간자로부터 부동산 자체를 매수하여 중간생략등기를 하거나 중간자의 최초 양도인에 대한 소유권이전등기청구권을 양수받아 채권양도의 법리에 따라 최초 양도인으로부터 최종 양수인 앞으로 소유권이전등기를 하는 것을 전제로 하는 처분금지가처분에 대하여는, 최초 양도인은 중간생략등기나 소유권이전등기청구권의 양도에 동의할 의무가 없고, 오로지 중간자에게 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있어, 결국 최종 양수인은 최초 양도인의 동의가 없는 한 최초 양도인에 대하여 직접 자기에게로 소유권이전등기청구를 할 수 없고, 최초 양도인은 그러한 동의가 없는 이상 최종 양수인과 중간자 사이의 법률관계로부터 아무런 영향을 받지 않고 완전히 자유로우므로 최종 양수인과 중간자 사이의 소유권이전등기청구권 처분금지가처분에 있어 제3채무자가 될 이유가 없으므로, 최종 양수인 병이 양수인 으로부터 목적 부동산 자체를 양수하였거나 을이 최초 양도인 갑에 대하여 가지는 소유권이전등기청구권을 양수받았음을 이유로 을을 채무자로, 갑을 제3채무자로 하여 처분금지가처분신청을 하는 것은 허용될 수 없고, 잘못 허용되었다고 하더라도 제3채무자에 대한 지급금지의 효력은 없다고 한다.

27) 『법원실무제요 민사집행(IV)』, 법원행정처(2014), 334면

28) 분양계약에 따른 소유권이전등기청구권 등

29) 사안은 아파트의 분양권을 증여받은 원고가 채무자(증여자)의 피고(분양자)에 대한 소유권이전등기청구권에 대한 처분금지가처분결정을 받은 뒤, 피고보조참가인이 소유권이전등기청구권에 대하여 가압류결정을 받았는데, 원고가 채무자를 대위하여 아파트에 관한 소유권이전등기청구를

소유권이전등기청구권을 양도하거나 기타 일체의 처분행위를 하여서는 아니된다. 제3채무자는 채무자에게 소유권이전등기절차를 이행하여서는 아니된다”는 가처분이 있었다 하여도 가처분이 뒤에 이루어진 가압류에 우선하는 효력은 없으므로 가압류는 가처분채권자와의 관계에서도 유효하다’고 하였다.

대법원은 1999. 2. 9. 선고 98다42615 판결<sup>30)</sup>에서는 소유권이전등기청구권에 대한 가처분이 있는 경우에도 가압류, 압류의 경우와 마찬가지로 채무자는 제3채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있고 법원은 가처분의 해제를 조건으로 하여야만 소유권이전등기절차의 이행을 명할 수 있다고 하면서, 소유권이전등기청구권에 대한 가압류가 있기 전에 가처분이 있었다고 하여도 가처분이 뒤에 이루어진 가압류에 우선하는 효력이 없으므로 가압류는 가처분채권자와의 관계에서도 유효하다고 하였다. 또 2001. 10. 9. 선고 2000다51216 판결<sup>31)</sup>에서는 ‘부동산의 매매로 인한 소유권이전등기청구권은 채권적 청구권으로 그 이행과정에 신뢰관계가 따르므로 소유권이전등기청구권을 매수인으로부터 양도받은 양수인은 매도인이 그 양도에 대하여 동의하지 않고 있다면 매도인에 대하여 채권양도를 원인으로 하여 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 없다’고 하고, 소유권이전등기청구권에 대한 선행 가처분과 후행 가압류의 우열에 관하여 위 96다47104 판결을 인용하면서 소유권이전등기청구권에 대한 압류의 경우에도 마찬가지라고 하였다.

위의 대법원판결에 따르면 가처분채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기청구권에 대한 가처분의 효력은 그에 대한 가압류의 경우와 다르지 않다. 즉, 가처분채권자, 채무자, 제3채무자 사이에서는 그 가처분의 효력을 주장할 수 있지만(제3자가 채무자를 대위하는 경우에도 마찬가지이다), 가처분채권자는 가처분에 반하여 제3채무자로부터 채무자에게 마쳐진 소유권이전등기에 대하여 가압류에 반하여 소유권이전등기가 마쳐진 경우와 마찬가지로 그 효력을 부인할 수는 없으므로 제3자에 대하여는 가처분으로써 대항할 수 없다.

하자, 피고가 피고보조참가인의 가압류가 있다는 이유로 다툼 것이다.

30) 사안은 채무자에 대하여 아파트에 관한 소유권이전등기청구권을 가진 원고가 채무자를 대위하여 분양자인 피고를 상대로 소유권이전등기청구를 하자, 피고가 소유권이전등기청구권에 대한 가압류, 가처분이 있다는 이유로 다툼 것이다.

31) 사안은 소유권이전등기청구권에 대한 가처분 후에 압류를 한 채권자가 추심명령을 받고 추심소송으로 제3채무자인 피고에 대하여 채무자에게 소유권이전등기절차의 이행을 청구한 것이다.

### 다. 가치분과 가압류의 우열에 관한 대법원판결에 대한 해석

대법원은 소유권이전등기청구권에 대한 가치분의 효력과 관련하여 3개의 판결에서 선행 가치분이 후행 가압류에 우선하지 않는다고 판시를 하였음에도 그 이유나 근거를 명시하지 않았다. 이러한 대법원판결에 대하여는 다양한 해석이 있다.

1) 대법원 1998. 4. 14. 선고 96다47104 판결에 대하여는, ① 소유권이전등기청구권에 대한 가치분이 있는 경우, 채무자가 소유권이전등기청구권을 제3자에게 양도하여도 가치분채권자에게 대항할 수 없고 제3채무자가 채무자에게 소유권이전등기를 하여도 가치분채권자에게 대항할 수 없지만, 위 가치분에는 채무자의 다른 채권자가 하는 등기청구권에 대한 가압류를 금지하는 것이 포함되어 있다고 할 수는 없고, 그 가압류를 채무자의 등기청구권의 처분으로도 볼 수 없으므로 후행 가압류도 선행 가치분에 대항할 수 있고, 가압류채권자가 압류로 전이하여 추심명령을 얻은 경우에는 추심권능을 행사하여 가치분에도 불구하고 제3채무자로부터 채무자 명의로 소유권이전등기를 마칠 수 있으므로 결과적으로 언제나 압류권자가 가치분채권자에 우선하여 그 보전 목적을 달성할 수 있게 된다고 하면서, 위 판결은 가치분채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자를 상대로 소유권이전등기를 구하는 경우 가압류해제를 조건으로 소유권이전등기를 구할 수밖에 없다는 점을 밝힌 최초의 판결이라고 하는 견해<sup>32)</sup>와 ② 병이 을로부터 부동산을 양수하였거나 을이 갑에 대하여 가지는 소유권이전등기청구권을 양수받았음을 이유로 을을 채무자, 갑을 제3채무자로 하여 가치분 신청을 하는 것은 허용될 수 없고, 허용되었다고 하더라도 제3채무자에 대한 지급금지의 효력은 없으며, 병이 가치분과 무관하다고 볼 수 있는 본안소송을 제기한 이상 그 가치분의 유효 여부와 관계없이 갑에 대한 지급금지명령을 주장할 수 없으므로 그 가치분이 가압류에 우선한다는 주장은 받아들일 수 없다고 하면서, 위 판결은 이러한 사안을 염두에 두고 선행 가치분은 후행 가압류에 우선할 수 없다고 판결한 것으로 이해할 수 있을 것이라는 견해<sup>33)</sup>

32) 김문석, “소유권이전등기청구권에 대한 가압류와 가치분의 경합”, 「대법원판례해설」 제30호, 법원도서관(1998), 359면

33) 황용경, 앞의 글, 343-344면; 이우재, 앞의 글, 95면; 이 견해에 대하여 구남수, “골프회원권에 대한 가치분과 가압류의 우열관계”, 「관례연구」 제22집, 부산관례연구회(2011), 837면에서는 미등기부동산, 건축 중인 건물이나 아파트 등의 경우 소유권이전등기청구권이 실제 양도되고 그에 대한 가치분의 필요성에 따라 법원이 처분금지처분을 인용하고 있는 현실에서, 그 가치분 자체를 실질적으로 무효라고 하여 이를 가압류에 우선할 수 없는 논거로 삼는 것은 현실적인 측면을 도외시하는 것이고, 그와 같이 가치분이 아무런 효력이 없는 것이라면 가압류와의 경합이 애당초부터 문제되지 않는 것인데도 이를 가압류와의 경합에서 앞설 수 없는 근거가 된다는 자체가 이해하기 어려운 점, 가치분의 경우 계쟁물에 관한 가치분뿐만 아니라 입시의 지위를 정하는

가 있다.

2) 대법원 2001. 10. 9. 선고 2000다51216 판결에 대하여는, ① 부동산의 전전(轉轉) 양수인이 하는 소유권이전등기청구권에 대한 가처분신청은 피보전권리가 존재하지 않아서 허용될 수 없고 그러한 가처분이 잘못 발령되었다고 하더라도 효력이 없다는 입장에서 위 판결이 선행 가처분이 후행 가압류에 우선할 수 없다는 결론에 도달하는 것은 선행 가처분이 무효이기 때문이라고 하는 견해,<sup>34)</sup> ② 소유권이전등기청구권을 양수받았음을 이유로 소유권이전등기청구권에 관하여 처분금지가처분을 경료한 가처분채권자가 매도인에 대하여 위 소유권이전등기청구권의 양도로써 대항할 수 없는 경우에는 집행의 선후를 불문하고 그 가압류채권자에 우선할 수 없고, 반대로 가처분채권자가 소유권이전등기청구권의 양도에 관하여 매도인에 대하여 동의나 승낙의 대항요건을 갖추었다면 위 대항요건의 구비시점과 소유권이전등기청구권에 대한 가압류결정이 매도인에게 송달된 시점의 선후에 따라 우선순위를 판단하여야 한다는 입장에서 위 판결의 판시를 가처분채권자가 언제나 가압류에 우선할 수 없다는 의미로 해석하는 것은 곤란하고, 가처분채권자가 제3채무자인 매도인에 대하여 자신이 소유권이전등기청구권의 귀속자임을 주장할 수 있는 대항요건까지 갖춘 경우에는 가압류결정이 제3채무자에게 송달된 일시와의 우선순위에 따라 판단해야 한다는 견해,<sup>35)</sup> ③ 소유권이전등기청구권에 대한 선행 가처분이 있음에도 후행 압류권자의 제3채무자에 대한 추심소송에서 가처분의 해제를 조건으로 하지 않고 채무자에 대한 소유권이전등기를 명함으로써 압류권자 우선설의 입장을 취한 것이 명백하다는 견해,<sup>36)</sup> ④ 소유권이전등기청구권에 대한 압류채권자 혹은 가압류채권자가 가처분이 이미 있었다는 사실을 알고 있었다면 가처분채권자는 그 압류채권자 혹은 가압류채권자에 대하여도 처분금지효를 주장할 수 있다는 입장에서 위 판결의 사안에서 압류채권자가 선행하는 가처분을 알고

---

가처분도 인정되는 등 포괄하는 범위가 비교적 광범위하여 피보전권리를 다소 넓게 해석할 여지가 있는 점 등을 고려하면 위 논리는 그대로 받아들이기는 어렵고, 부동산에 대한 소유권이전등기청구권도 채권이고 채권의 경우에도 처분금지가처분이 필요한 경우가 있으며, 피보전권리의 부재로 계쟁물에 관한 가처분으로서 처분금지가처분을 인정하기 어렵다면 임시의 지위를 정하는 가처분으로서 처분금지가처분도 가능할 것이므로 소유권이전등기청구권에 대한 가처분을 피보전권리의 부재를 이유로 내세워 무효로 볼 것은 아니라는 반대의 견해를 제시하고 있다.

34) 이수철, 앞의 글, 23-26면; 이우재, 앞의 글, 95면

35) 김유진, “소유권이전등기청구권의 양도성, 그에 관한 보전처분의 경합문제 - 대법원 2001. 10. 9. 선고 2000다51216판결을 중심으로-”, 「재판실무연구 2002」, 광주지방법원(2003), 167-168면

36) 윤경, “소유권이전등기청구권에 대한 가처분과 가압류의 경합시 우열관계”, 「민사집행법연구」 제2권, 한국민사집행법학회(2006), 408-409면

있었다면 압류채권자의 추심명령에 기한 소유권이전등기청구는 그 가치분의 해제를 조건으로 하여서만 인용되었어야 한다는 견해<sup>37)</sup> 등이 있다.

## 2. 골프회원권에 대한 가치분

### 가. 골프회원권 양도의 대항요건

대법원은 1989. 11. 10. 선고 88다카19606 판결에서, 회원이 골프장 운영회사인 피고 회사에 입회신청을 하고 이사회에 입회승인을 얻어 입회금(예치금)을 납입한 다음 골프장 시설을 우선적으로 이용하고 일정한 거치기간의 경과 후 퇴회할 때에 예치금을 반환받는 권리를 주된 내용으로 하는 예탁금제 골프회원권에 관하여, 그 회칙에서 회원권의 양도를 인정하면서도 회원자격심사위원회의 심의와 피고 회사 이사회의 승인을 얻은 후 소정의 수수료를 납부하도록 하고 있는 경우에는 그 양수인이 이사회로부터 회원권양도·양수에 대한 승인을 얻지 못하면 피고 회사나 제3자에 대하여 회원의 지위를 취득하였음을 주장할 수 없다고 하면서, '양수인이 이사회에 승인을 얻지 못한 단계에서는 그 회원권 양도·양수계약은 계약당사자 사이에서만 효력이 있을 뿐 피고 회사나 제3자에 대한 관계에서는 회원권자는 여전히 양도인이라 할 수 밖에 없고, 그 양도인의 채권자는 양도인이 보유하고 있는 회원권이나 회원으로서의 지위에서 피고 회사에 대하여 가지는 입회금반환청구권을 가압류 할 수 있을 것이며, 이와 같은 가압류가 있을 후에 그 회원권의 양수인이 피고 회사 이사회의 승인을 얻어 회원의 지위를 취득하였다 하더라도 위 가압류채권자에 대하여서는 그 회원권취득의 효력을 주장할 수 없다'고 하였다.

예탁금제 골프회원권의 법적 성질에 관하여는, 시설이용권과 예탁금반환청구권을 주된 권리로 하는 골프장 운영회사와 회원 사이의 채권적 법률관계라고 설명되는바,<sup>38)</sup> 대법원은 그 양도의 대항요건에 관하여 민법 제450조를 준용하지 않고 이사회에 승인을 골프장 운영회사 및 제3자에 대한 대항요건으로 하였다. 이는 부동산의 매매로 인한 소유권이전등기청구권의 양도와 관련하여 매도인이 동의하지 않

37) 박덕희, “부동산소유권이전등기청구권 처분금지가처분의 효력 - 대법원 2001. 10. 9. 선고 2000다51216판결을 중심으로-”, 「민사법연구」 제14집 제2호, 대한민사법학회(2006. 12), 122-124면

38) 안정호, “골프회원권에 대한 처분금지가처분결정과 그 송달 이후 실시된 가압류와 사이의 우열관계”, 「대법원판례해설」 제81호(2009 하반기), 법원도서관(2010), 453면; 구남수, 앞의 글, 845면; 이점인, “골프회원권에 대한 처분금지가처분과 가압류 간의 경합 시 우열관계”, 「재산법연구」 제29권 제2호, 한국재산법학회(2012. 8), 118면

고 있다면 매도인에 대하여 채권양도를 주장할 수 없다는 대법원 2001. 10. 9. 선고 2000다51216 판결과 같은 취지라고 할 수 있다.

### 나. 골프회원권에 대한 선행 가처분과 후행 가압류의 우열

대법원 2009. 12. 24. 선고 2008다10884 판결<sup>39)</sup>은 ‘예탁금제 골프회원권은 회원의 골프클럽 운영회사에 대한 회원가입계약상의 지위 내지 회원가입계약에 의한 채권적 법률관계를 총체적으로 가리키는 것으로서 그에 대하여는 그 회원권 자체 또는 회원이 탈퇴할 때 행사할 수 있는 예치금 반환청구권에 대하여 가압류 또는 가처분의 보전처분을 할 수 있으므로, 골프회원권의 양수인이 양도인에 대하여 가지는 골프회원권 명의변경청구권 등에 기하여 하는 골프회원권 처분금지가처분결정이 제3채무자인 골프클럽 운영회사에 먼저 송달되고, 그 후 가처분채권자가 골프클럽 운영에 관한 회칙에서 정한 대로 회원권 양도·양수에 대한 골프클럽 운영회사의 승인을 얻었을 뿐만 아니라 본안소송에서도 승소하여 확정되었다면, 그 가처분결정의 송달 이후에 실시된 가압류 등의 보전처분 또는 그에 기한 강제집행은 그 가처분의 처분금지 효력에 반하는 범위 내에서는 가처분채권자에게 대항할 수 없다’고 하면서, ‘원고의 가처분결정이 제3채무자에 송달된 이후에 피고의 가압류

39) 사안은 다음과 같다. 원고가 1998. 1. 소외인으로부터 골프회원권(이하 ‘이 사건 골프회원권’이라 한다)을 양도받고, 이 사건 골프회원권에 대한 명의변경청구권을 보전하기 위해 처분금지가처분신청을 하여, 1998. 1. 9. “① 채무자는 이 사건 골프회원권을 타에 양도하거나 질권 설정 기타 일체의 처분을 하여서는 아니된다. ② 제3채무자는 위 회원권에 관하여 채무자의 신청에 의한 명의변경, 예탁금의 반환 기타 일체의 절차를 이행하여서는 아니된다”는 가처분결정을 받았고, 그 결정이 1998. 1. 13. 제3채무자에 송달되었다. 한편, 피고는 소외인에 대한 구상금채권을 보전하기 위해 이 사건 골프회원권에 대하여 청구금액을 5억 원으로 한 가압류신청을 하여, 1998. 1. 30. ‘채무자의 제3채무자에 대한 이 사건 골프회원권을 가압류한다. 제3채무자는 이 사건 골프회원권에 대한 양도를 승인하거나 예탁금의 반환, 명의개서 등을 하여서는 아니된다’는 내용의 가압류결정을 받았고, 그 결정이 1998. 2. 12. 제3채무자에게 송달되었다. 제3채무자인 삼성물산은 1998. 2. 15. 소외인의 이 사건 골프회원권 양도신청 및 원고의 입회를 승인하고, 1998. 2. 18. 원고로부터 소정의 가입금 내지 회원등록료를 받고서 이 사건 골프회원권에 대한 명의를 소외인에서 원고 앞으로 변경하였는데, 피고는 소외인을 상대로 구상금 청구소송을 제기하여 1999. 4. 29. 전부승소 판결을 받고, 그 무렵 위 판결이 확정되자, 그 집행력 있는 판결정본에 기하여 2005. 7. 1. 이 사건 골프회원권에 대한 압류 및 환가명령신청을 하였다. 피고가 2005. 7. 11. ‘이 사건 골프회원권에 대하여 앞서 가압류한 5억 원 부분은 이 사건 가압류를 본압류로 이전하고 나머지 906,582,297원 부분은 이를 추가로 압류한다’는 내용의 압류명령을 받아, 삼성물산은 2005. 8. 21. 운영위원회의 결의를 거쳐 원고 앞으로의 명의변경을 철회하였고, 원고가 위 가처분의 본안소송으로 소외인을 상대로 골프회원권 명의변경 청구소송을 제기하여 2006. 1. 13. 전부승소판결을 받고 그 판결이 2006. 2. 15. 확정되자, 삼성물산은 2006. 2. 19. 원고의 명의변경신청을 다시 승인하여 이 사건 골프회원권의 명의를 소외인에서 원고 앞으로 변경하였다. 원고가 이 사건 골프회원권이 자신의 소유임을 전제로 피고를 상대로 제3자이외의 소를 제기하여 이 사건 골프회원권에 대한 강제집행의 불허를 구하였다.

결정이 제3채무자에 송달되었기 때문에 가처분결정이 그 순위에 있어서 앞서게 되고, 그 후 원고가 본안소송에서 승소확정판결을 받았을 뿐만 아니라 골프회원권 양도·양수에 대하여 제3채무자의 승인까지 받은 이상, 피고는 그 효력 순위에서 뒤지는 이 사건 가압류결정 및 압류명령 등을 가지고 가처분채권자인 원고에게 대항할 수 없다'고 하였다.

#### 다. 대법원 2009. 12. 24. 선고 2008다10884 판결에 대한 해석

전술한 바와 같이 대법원 2009. 12. 24. 선고 2008다10884 판결은 골프회원권에 대한 가처분결정이 가압류결정 보다 제3채무자에게 먼저 송달되었기 때문에 그 효력 순위에서 앞선다고 하였는데, 가처분과 가압류의 우열이 그 집행, 즉 제3채무자에 대한 송달의 선후에 의하여 결정되어야 하는 근거에 관해서는 명확히 하지 않았다.

위 판결에 대하여는, ① 일반채권에 대한 가처분과 가압류의 우열 여부를 채권 양도와 가압류 사이의 우열문제(先到達 문제)와 달리 볼 이유가 없다고 하면서, 위 판결은 골프회원권의 가처분과 가압류의 우열에 관하여 선집행우선설을 명시한 것으로서 소유권이전등기청구권의 가처분에 관한 종래 대법원판결과는 배치되지 않는다는 견해<sup>40)</sup>와 ② 양도와 관련하여 공시방법을 제대로 갖추지 못한 골프회원권에 대해 선집행우선설을 취하게 됨으로써 탈법을 조장할 우려도 커지게 된다는 점, 판례상 채권적 청구권에 대해 공시방법이 제대로 갖추어지지 않은 것을 제3자에 대한 대항력을 인정하지 않는 중요 논거로 삼고 있는 점, 골프회원권의 양도는 회사로부터 승인을 얻기 전에는 그 본질이 채권적 기대권에 불과한 점에 비추어 보아 골프회원권에 대해 선집행우선설을 취하는 것은 부당하다는 견해<sup>41)</sup> ③ 위 판결이 일반채권과 달리 당사자 간의 회원권 양도 양수 외에 회칙에 따른 운영위원회의 의결과 골프장 경영회사의 입회승인을 받아야 하는 골프회원권에 대하여 선집행우선설을 따른 것은 소유권이전등기청구권을 포함한 채권 일반에 대한 우열 기준을 정한 것으로 보고 확대해석할 필요가 있다는 견해<sup>42)</sup>가 있다.<sup>43)</sup>

40) 안정호, 앞의 글, 461-464면

41) 구남수, 앞의 글, 857면

42) 이점인, 앞의 글, 123면

43) 위 판결의 결론을 지지하는 입장에서도 골프장 회원명부의 기재가 등기에 준하는 공시방법으로서 기능을 한다는 근거에서 선집행된 가처분이 우선한다는 견해를 취하지는 않는다.

## IV. 채권에 대한 선행 가처분과 후행 가압류의 우열

### 1. 학설의 대립

채권의 가처분과 가압류의 우열에 관하여 직접적으로 다루고 있는 독일과 일본의 문헌은 찾기가 어렵다. 국내에서 이에 관한 논의는 소유권이전등기청구권에 대한 선행 가처분과 후행 가압류의 우열과 관련하여 96다47104 판결에 대한 평석에서 그 근거로 제시된 견해(압류권자우선설)에서 시작되었고, 위 판결에 대한 비판적 견해에서 선집행우선설이 등장하였는데, 후자의 견해는 골프회원권에 대한 2008다10884 판결에서 채택되어 금전채권에 대한 대상판결로 이어진다. 각 견해의 논거는 다음과 같다.

#### 가. 압류권자우선설

채권의 가처분과 가압류의 우열을 결정하는 기준에 관한 실정법 규정이 없는데, 부동산에 대한 가처분과 달리, 채권의 가처분은 대외적으로 공시방법이 없어서 그 효력이 제한될 수밖에 없다. 소유권이전등기청구권의 가압류채권자가 가압류에 기초하여 본집행을 하여 추심명령을 받는다면 독자적인 추심권능을 행사할 수 있으므로 제3채무자는 가처분의 지급(이행)금지명령으로써 그 이행을 거절할 수 없는 반면, 가처분채권자에게는 독자적인 추심권능이 부여되어 있지 않아서 제3채무자는 가처분채권자에 대하여 가압류를 이유로 이행을 거절할 수 있으므로 결과적으로는 언제나 압류권자가 가처분채권자에 우선하여 그 보전의 목적을 달성할 수 있다.<sup>44)</sup> 일반채권의 경우에도 본집행에 따른 채권추심 또는 전부명령은 관계 법령이나 공권력의 조력을 통해 독자적인 추심권능이 부여된 것이어서 가처분에 따른 처분금지의 효력이 미치지 않는다. 가처분은 특정한 채권자를 특별히 보호하기 위한 제도이고 가압류 및 이에 기초한 강제집행은 채권자평등주의에 의하여 일반채권자의 만족을 위한 제도인데, 선집행우선설을 취할 경우 변제자력이 곤란해진 채무자가 특정 채권자와 통모하여 가처분을 하게 함으로써 일반채권자를 해하게 할 소지가 있고, 일반채권의 양수인은 확정일자 있는 통지 등 민법상 대항력 있는 채권양

44) 김문석, 앞의 글, 359~361면; 윤경, 앞의 글, 399면

도방법이 마련되어 있으므로 굳이 가처분이라는 잠정적 조치를 통해 독점적 지위를 확보하게 할 필요성이 적다.<sup>45)</sup>

#### 나. 선집행우선설

채권의 가압류와 가처분은 제3채무자에 대한 송달이 보전처분의 공시방법으로서 그 상호간의 우열은 집행절차의 선후에 따라 확일적으로 결정되어야 한다.<sup>46)</sup> 채권의 가처분과 가압류의 경우 등기와 같은 공시방법이 없기는 하지만, 채권양수인과 압류·가압류채권자 사이에서 확정일자 있는 채권양도통지와 가압류결정정보의 제3채무자에 대한 도달의 선후에 의하여 그 우열을 결정하는 대법원판례의 법리를 유추하여, 가처분의 집행시점(효력발생시점, 즉 그 정보가 제3채무자에게 도달된 시점)에 민법 제450조에서 규정하고 있는 제3자에 대한 대항요건을 구비한 것으로 보아, 가처분 상호간은 물론 가처분과 가압류의 우열도 그 집행의 선후, 즉 제3채무자에 대한 송달의 선후에 따라 확일적으로 해결해야 한다.<sup>47)</sup>

## 2. 선집행우선설에 대한 검토

선집행우선설은 채권의 가압류 및 가처분의 집행방법인 ‘제3채무자에 대한 그 결정정보의 송달’이 채권에 대한 가압류 및 가처분의 공시방법이라거나, 가처분의 집행에 의하여 민법 제450조에 규정하고 있는 제3자에 대한 대항요건을 구비한 것으로 보아야 한다는 데에 근거한다. 이하에서는 제3채무자에 대한 보전처분결정의 송달이 부동산에 대한 보전처분에 있어서 등기부의 기재와 마찬가지로 그 집행의 공시방법이 될 수 있는지, 채권양도에 관한 제3자에 대한 대항요건을 갖춘 것으로 볼 수 있는지, 선집행우선설에 의하여 채권의 가처분과 가압류 사이의 우열을 결정하는 것이 처분금지가처분의 일반적인 효력에 비추어 타당한지에 대하여 항을 바꾸어 검토해보려고 한다.

45) 구남수, 앞의 글, 841-842면

46) 박이규, 앞의 글, 560면

47) 황용경, 앞의 글, 341-342면; 이우재, 앞의 글, 102-103면; 안정호, 앞의 글, 461-462면; 이점인, 앞의 글, 115면; 공도일, “금전채권에 대한 처분금지가처분결정과 그 송달 이후 실시된 가압류 사이의 우열관계”, 「대법원판례해설」 제99호(2014년 상반기), 법원도서관(2014), 269-270면; 황용경, 앞의 글, 341면은 채권의 가처분에서는 지명채권의 양도에 관한 민법 제450조가 부동산 등기와 유사하게 순위보전의 기능을 발휘한다고 한다.

### 3. 채권에 대한 가압류 및 처분금지가처분의 공시방법

#### 가. 견해의 대립

##### 1) 긍정설

제3채무자를 가처분의 당사자로 보는 입장에서, 가처분재판은 집행채권자와 집행채무자 사이의 법률 상태를 형성시키는 형성재판으로서 가처분결정이 채무자에게 송달되면 그 재판의 효력이 발생한다고 보는 견해이다. 이 견해에 따르면 부동산의 기입등기나 동산의 집행관 보관이 선의의 제3자에 대한 대항요건으로서 공시방법인 것과 마찬가지로, 채권의 가처분에서 형식적 당사자이고 실질적 제3자인 제3채무자에 대한 송달은 재판당사자에 대한 송달로서 가처분의 효력발생요건일 뿐만 아니라, 공시방법으로서 제3자에 대한 대항요건이 된다.<sup>48)</sup>

##### 2) 부정설

채권의 가처분과 가압류를 제3채무자에게 송달하는 것은 보전절차상의 당사자가 아닌 제3채무자에게 보전에 필요한 집행처분적 명령을 발하여 채무자에 의한 채권의 영수나 양도 등의 처분을 차단하는 집행행위이고, 기본적으로 이를 제3채무자 이외의 제3자에게 공시하기 위한 처분은 아니라고 보는 견해이다.<sup>49)</sup>

#### 나. 검토

대법원은 1992. 11. 10. 선고 92다4680 전원합의체판결에서 소유권이전등기청구권의 가압류에 관하여는 그 결정을 송달하는 이외에 등기부에 공시하는 방법이 없음을 이유로 당해 채권자와 채무자 및 제3채무자 사이에서만 효력이 있다고 하였는바, 이는 제3채무자에 대한 가압류결정정보의 송달을 채권에 대한 가압류의 공시방법으로 인정하지 않은 것으로 이해할 수 있다.

우리나라의 통설은 채권의 가압류는 제3채무자에게 채무자에 대한 지급을 금지하는 명령이 기재된 가압류결정 정보를 송달함으로써 집행한다고 하고, 가압류의 효력은 제3채무자에게 그 정보가 송달됨으로써 발생한다고 하면서,<sup>50)</sup> 채권의 가처분의 집행방법에 관하여 특별히 언급하고 있지는 않으나, 실무에서 행해지는 집행

48) 권성 등, 앞의 책, 219-227면; 박이규, 앞의 글, 549면

49) 양경승, 앞의 글, 451면

50) 편집대표 김능환·민일영, 앞의 책, 629-630면

방법인 제3채무자에 대한 송달이 채권에 대한 가압류와 가처분의 공시방법이 된다고 하는 견해는 극히 일부에 불과하다.

일본에서는, 채권 및 그 밖의 재산권에 대한 처분금지가처분의 주문은 ‘채무자는 제3채무자로부터 별지 목록 기재 채권을 추심 또는 양도, 질권의 설정 기타 일체의 처분을 하여서는 아니된다. 제3채무자는 채무자에 그 채무를 지급하여서는 아니된다’인데, 그 가처분은 민사보전법 제52조 제1항<sup>51)</sup>에 의하여 가압류의 집행에 관한 같은 법 제50조가 준용되므로 채권에 대한 가압류의 집행과 마찬가지로 제3채무자에게 채무자에 대한 지급을 금지하는 명령을 하는 방식으로 집행한다. 이에 대하여 학설은 채권에 대한 처분금지가처분의 주문 중 채무자에게 처분금지의 부작위를 명하는 부분은 가처분의 내용을 구성하는 것이고 집행의 대상으로 되는 것이 아니어서, 가처분의 효력은 제3채무자에게 송달된 때에 발생한다고 한다.<sup>52)</sup> 제3채무자에 대한 지급금지는 제3채무자를 당사자로 하여 부작위의무를 부과하는 것이 아니라 채무자에 대한 추심금지의 집행방법을 명확히 함과 동시에 제3채무자가 변제를 하더라도 채권자에 대하여 대항할 수 없다는 것을 제3채무자에게 특히 명백히 하는 취지에 지나지 않기 때문에 가처분의 주문에서 그러한 사항을 부가하더라도 적법하다는 것이 통설이고 실무라고 한다.<sup>53)</sup> 일본에서도 채권에 대한 가압류 및 가처분의 집행이 그 보전처분의 공시방법이라는 견해는 찾을 수가 없다.

독일 민사소송법(ZPO) 제930조, 제829조에 의하면 채권의 가압류는 제3채무자에게 지급금지명령과 채무자에게 추심 기타 처분을 하지 못한다는 명령을 발령하여야 하고, 그 결정은 채무자와 제3채무자에게 송달되어야 하며, 그 결정이 제3채무자에게 송달됨으로써 효력이 발생한다.<sup>54)</sup> 독일 민사소송법 제936조는 가처분에 관하여 달리 정함이 없으면 가압류결정과 가압류절차에 관한 규정이 준용된다고 규정하고 있는바, 학설상으로 가처분에 관하여 민사소송법 제930조도 준용된다고 한다.<sup>55)</sup> 독일에서 채권에 대한 가압류결정의 송달이 부동산에 대한 보전처분에서 등기부 기재와 마찬가지로 선의의 제3자에 의한 목적물의 취득을 막을 수 있는 수단으로서 공시방법이 된다는 견해는 찾을 수 없다. 결국 채권의 가처분 및 가압류의

51) 일본 민사보전법 제52조 제1항은 가처분의 집행에 관하여는 달리 정함이 없으면 가압류의 집행 또는 강제집행의 예에 의한다고 규정하고 있다.

52) 山岐潮 監修, 앞의 책, 154면

53) 竹下守夫·藤田耕三 編, 앞의 책, 238면, 287면

54) Wolfgang Krüger · Thomas Rauscher(Hrsg.), Münchener Kommentar Zivilprozessordnung Band 2, 4.Aufl., Verlag C.H. Beck München(2012), S.2362

55) Wolfgang Krüger · Thomas Rauscher(Hrsg.), a.a.O., S.2426

집행방법인 제3채무자의 송달이 그 집행의 공시방법이 된다는 견해는 우리 대법원 판례나 국내 학설상 채용하기 어렵고, 비교법적으로 보더라도 이는 마찬가지로 생각된다.

#### 4. 가처분의 집행에 의한 채권양도의 대항요건 구비

##### 가. 소유권이전등기청구권과 골프회원권에 대한 가처분

대법원은 골프회원권의 양도와 관련하여 1989. 11. 10. 선고 88다카19606 판결에서 '양수인이 이사회의 승인을 얻지 못한 단계에서는 그 회원권 양도·양수계약은 계약당사자 사이에서만 효력이 있을 뿐 피고 회사나 제3자에 대한 관계에서는 회원권자는 여전히 양도인이라 할 수 밖에 없고, 그 양도인의 채권자는 양도인이 보유하고 있는 회원권이나 회원으로서의 지위에서 피고 회사에 대하여 가지는 입회금반환청구권을 가압류 할 수 있을 것이며, 이와 같은 가압류가 있을 후에 그 회원권의 양수인이 피고 회사 이사회의 승인을 얻어 회원의 지위를 취득하였다 하더라도 위 가압류채권자에 대하여서는 그 회원권취득의 효력을 주장할 수 없다'고 하였고, 소유권이전등기청구권과 관련하여는 2001. 10. 9. 선고 2008다10884 판결에서 '부동산의 매매로 인한 소유권이전등기청구권은 채권적 청구권으로 그 이행 과정에 신뢰관계가 따르므로 소유권이전등기청구권을 매수인으로 부터 양도받은 양수인은 매도인이 그 양도에 대하여 동의하지 않고 있다면 매도인에 대하여 채권 양도를 원인으로 하여 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 없다'고 하였다.

대법원은 위 판결에서 소유권이전등기청구권과 골프회원권의 양도와 관련하여서는 민법 제450조에 규정된 지명채권양도의 대항요건인 양도통지으로써는 부동산의 매도인 또는 골프장 운영회사에 대항할 수 없다고 하였는바, 위와 같은 대법원판결의 존재를 인정하는 한, 소유권이전등기청구권이나 골프회원권의 양도와 관련하여 그 양수인 또는 전전매수인이 그러한 채권에 대한 가처분을 하였다 하더라도 최초의 매도인 또는 골프장 운영회사의 동의 또는 승인을 받지 않으면, 가처분결정의 송달로써 제3채무자인 최초의 매도인 또는 골프장 운영회사에 대하여 대항요건을 갖추었다거나, 나아가 제3자에 대하여 대항요건을 갖추었다고 하기는 어렵다고 생각된다.

##### 나. 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다24223 전원합의체 판결에 대한 이해

대법원은 1994. 4. 26. 선고 93다24223 전원합의체 판결에서 채권의 이중양도에 있어서 상호간이 우열이 확정일자 있는 양도통지가 채무자에게 도달한 일시 또는 확정일자 있는 승낙의 일시의 선후에 의하여 결정하여야 하고, 이러한 법리는 채권양수인과 동일 채권에 대하여 가압류채권자 사이의 우열을 결정하는 경우에 있어서도 마찬가지라고 하면서, ‘확정일자 있는 채권양도 통지와 가압류결정 정보의 제3채무자(채권양도의 경우는 채무자)에 대한 도달의 선후에 의하여 그 우열을 결정하여야 한다’고 하였다.

위 전원합의체 판결은 제3채무자에 대한 가압류결정정보의 송달을 확정일자 있는 증서에 의한 지명채권양도와 동일하게 제3자에 대한 대항요건을 갖춘 것이라고 한 것이 아니라, 채권양도와 관련하여 가압류채권자를 민법 제450조에서 규정하고 있는 제3자에 포함된다고 보고,<sup>56)</sup> 채권양수인이 그 가압류채권자에게 대항하기 위해서, 즉 채권이 양도되었다는 사실을 주장하기 위해서는 가압류결정 정보가 제3채무자에게 도달하기 전에 확정일자 있는 채권양도의 통지가 도달하였어야 한다는 취지로 이해할 수 있다.<sup>57)</sup>

그러므로 위 채권양도와 가압류의 우열에 관한 대법원판례가 가압류와 가처분 사이에서 경합이 일어나는 경우, 즉 채권양도의 효력에 관하여 다툼이 있어서 가처분을 한 경우와 가압류 사이의 우열을 결정하는 것에도 확장하여 적용될 수는 없다고 생각된다.<sup>58)</sup>

#### 다. 채권양도와 관련한 가처분과 그 대항요건에 관한 검토

민법 제450조는 지명채권의 양도는 양도인의 통지나 채무자의 승낙이 없으면 채무자 기타 제3자에게 대항하지 못하고, 확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙이 없으면 채무자 이외의 제3자에게 대항하지 못한다고 규정하고 있는바, 채권양도의 통지를 채무자 또는 제3자에 대한 대항요건으로 정한 것은, 채권을 양수하려고 하는 제3자는 통상 채무자에게 채권의 존부나 귀속을 확인하며 채무자의 회답을 신

56) 편집대표 김용담, 『주석 민법[채권총칙(3)]』, 제4판, 한국사법행정학회(2010), 381면과 西村信雄, 『注釋民法(11) 債權(2)』, 有斐閣(1965), 384면은 양도된 채권을 압류한 양도인의 채권자는 제3자에 포함된다고 한다.

57) 가압류채권자가 가압류에 기하여 본집행을 할 수 있는 것은 민사집행법에 근거한 것이지만 민법 제450조에서 규정하고 있는 지명채권양도의 대항요건을 갖추었기 때문이 아니다.

58) 구남수, 앞의 글, 838-839면은 채권에 대해 처분금지가처분과 가압류가 경합하는 경우 각 그 효력의 본질은 채무자에 대한 지급을 금지하는 데 있는데, 임시적·잠정적 조치인 보전처분끼리 충돌하는 경우 반드시 먼저 도달한 결정에 우선권을 주어야 한다는 논리적 필연성은 없다고 한다.

되하여 양수 기타 행위를 할 것이므로 공시방법으로서의 기능을 할 수 있다는 데에 기인하는데, 이는 등기나 등록과 같은 별도의 채권공시제도를 갖지 않는 법제도 하에서 채무자의 인식을 통하여 공시될 수밖에 없다는 점에서 불완전하고 한계를 가진다고 한다.<sup>59)</sup>

앞에서 본 바와 같이 실무상으로 채권양도의 효력과 관련하여 양도인과 양수인 사이에 다툼이 있거나 채권의 이중양도가 문제로 되는 경우에 있어서 채권의 가치분이 허용되고 있고, 그 본안은 양도인을 피고로 하여 채무자에게 (확정일자 있는) 채권양도통지의 의사표시를 구하거나, 양수인을 피고로 하여 채무자에게 채권양도 해제통지 또는 취소통지의 의사표시를 구하는 것이 될 것인바, 이 경우 민법 제450조에 규정한 채권양도의 대항요건은 위와 같은 본안소송의 승소확정판결에 의한 집행 시에 갖추어지는 것인데,<sup>60)</sup> 채권의 가치분에 의하여 그 채권에 관한 대항요건을 갖춘 것이 된다고 한다면 위와 같은 본안소송을 진행할 이익이 없어지게 된다.<sup>61)</sup>

채권양도와 관련한 민법 제450조의 대항요건은 위와 같은 본안소송의 승소확정판결에 의한 집행 시에 갖추게 되는 것이라고 하더라도, 가치분에 의하여 그 순위를 보전하는 것으로 볼 수 있다는 견해도 있다.<sup>62)</sup> 그러나 부동산에 대한 처분금지 가치분이 순위보전의 기능을 발휘하는 것은 처분금지가처분의 집행방법인 등기를 가치분의 효력발생요건이자 제3자에 대한 대항요건으로 보는 데에 기인한 것이고,<sup>63)</sup> 이는 등기가 그 집행의 공시방법이기 때문이다. 제3채무자에 대한 보전처분의 송달을 그 보전처분의 공시방법으로 인정하지 않는다면, 제3자에 대하여 보전처분의 집행으로써 대항할 아무런 근거가 없으므로 위 견해도 설득력이 없다.<sup>64)</sup>

59) 편집대표 김용담, 앞의 책, 365-366면; 권철, “지명채권양도의 대항요건에 관한 일본 민법 규정의 연혁 소고”, 『민사법학』, 제64호, 한국민사법학회(2013. 9), 374면

60) 채권양도통지와 같이 의사진술의 상대방이 원고가 아닌 제3자인 경우에 판결의 확정만으로 양도통지의 효력이 생기는 것이 아니라, 판결 확정 후 원고가 스스로 위 판결과 그 확정증명을 제3자인 채무자에게 송부 또는 제시하는 방법으로 집행된다. 『민사실무 II』, 사법연수원(2015), 94면, 109면

61) 본안판결을 받기 전에 양도인의 양도통지나 양수인의 양도통지철회에 대한 동의의 의사표시가 필요한 경우에는, 처분금지가처분을 구할 것이 아니라, 임시의 지위를 정하는 가치분으로서 그러한 의사진술을 명하는 가치분을 구할 수 있을 것이다.

62) 황용경, 앞의 글, 341면

63) 김오수, “부동산에 대한 처분금지가처분과 등기”, 『사법논집』 제20집, 법원도서관(1989년), 478-488면; 현재는 부동산에 대한 가치분의 기입등기 후에 본안의 승소판결에 의하여 그 가치분의 피보전권리를 실현하는 방법이 부동산등기법 제94조에 규정되어 있다.

64) 竹下守夫·藤田耕三 編, 앞의 책, 237-238면에서는 채권의 귀속에 관하여 다툼이 있는 경우에 하는 채권에 대한 처분금지가처분에 있어서, 부동산에 대한 처분금지가처분과 마찬가지로 가치분의

## 5. 채권에 대한 처분금지가처분의 효력

### 가. 처분금지가처분의 효력에 관한 우리나라의 논의

우리나라의 통설과 판례는 처분금지가처분의 효력과 관련하여, 처분금지가처분의 집행 후에 채무자가 이를 위반하여 목적 물건을 제3자에게 양도하는 등의 처분행위를 한 경우에 그 처분금지위반행위는 당연 무효가 아니고 가처분채권자에게 대항할 수 없음(상대적 무효설)에 그친다고 하고, 상대적 무효설에 의하면 처분금지에 위반된 처분행위는 가처분채무자와 제3자 사이에는 완전히 유효하고, 다만 그 유효를 가처분채권자에게 주장할 수 없을 뿐이라고 한다.<sup>65)</sup> 또, 가처분에 의한 처분금지효는 가처분채권자에 대한 관계에서도 전면적으로 생기는 것이 아니고 가처분채권자의 권리를 침해하는 한도 내에서만 생기고(피보전권리 한도설), 가처분채권자가 피보전권리의 한도에서 가처분 위반의 처분행위의 효력을 부정할 수 있는 시기는 그 피보전권리에 관하여 본안소송에서 승소확정판결을 받은 경우(이것과 동일시할 수 있는 경우 포함)에 한하며, 단지 가처분채권자라는 지위에서 가처분 위반행위의 결과를 부인할 수는 있다(본안승소설)는 것이 통설, 판례라고 한다.<sup>66)</sup>

### 나. 처분금지가처분과 관련한 일본의 논의

#### 1) 민사보전법의 규정

일본 민사보전법(1989. 12. 22. 제정, 1991. 1. 1. 시행)은 제23조에서 가처분의 필요성에 관하여, 제24조에서 가처분의 방법에 관하여 각 규정하고, 제52조 제1항에서 가처분의 집행에 관하여 달리 정함이 없으면 가압류의 집행 또는 강제집행의 예에 의한다고 규정하고 있다.<sup>67)</sup> 일본 민사보전법은 피보전권리별로 따로 가처분

---

요건으로서 채권의 귀속에 관한 대항요건을 구비할 필요가 없고, 오히려 채권의 귀속에 관한 대항요건을 구비한 경우에는 통상의 경우 보전의 필요성이 없고, 그것을 구비하기 전 단계에 있어서 단순한 양수인의 지위 등에 관하여 보전의 필요성이 있으며, 처분금지가처분이 있는 경우, 그에 반하여 채권의 양도가 있더라도 가처분의 채권자는 승소판결을 받은 것에 의해 그의 양수인에 우선하는 것이 된다고 한다.

65) 편집대표 김능환-민일영, 앞의 책, 694-695면; 이우재, 앞의 글, 39면

66) 편집대표 김능환-민일영, 앞의 책, 698-699면; 이우재, 앞의 글, 40-42면

67) 민사보전법 제52조 제1항에 의하여 가압류집행의 예에 따른 것은 채권에 대한 처분금지가처분의 집행, 등기나 등록을 요하지 않는 기타 재산권에 대한 처분금지가처분의 집행이 대표적인 것이

의 집행에 관한 규정을 두고 있는데, 제53조에서 부동산에 관한 등기청구권을 피보전권리로 하는 처분금지처분의 집행에 관하여, 제54조에서 부동산에 관한 권리 이외의 권리에 관한 등기 또는 등록청구권을 피보전권리로 하는 처분금지처분의 집행에 관하여, 제55조에서 건물철거토지명도(인도)청구권을 피보전권리로 하는 처분금지처분의 집행에 관하여 각 규정하고 있다. 또한 가처분의 효력과 관련하여서는, 제58조 내지 제60조에서 부동산의 등기청구권을 보전하기 위한 처분금지의 가처분의 효력과 관련하여, 제61조에서 부동산에 관한 권리의외의 권리에 관한 등기 또는 등록청구권을 피보전권리로 하는 처분금지처분의 효력에 관하여, 제62조 및 제63조에서 점유이전금지가처분의 효력에 관하여, 제64조에서 건물철거토지명도(인도)청구권을 피보전권리로 하는 처분금지처분의 효력에 관하여 상세히 규정하고 있다.

## 2) 민사보전법 제정 전의 처분금지처분에 관한 논의

민사보전법이 제정되기 전 처분금지처분에 관한 일본의 논의는 다음과 같다. 이론상으로는 처분금지처분이 유체동산이나 채권, 기타 재산권에 대하여도 발령될 수 있지만, 실무에서는 주로 부동산에 대하여 발령되는데,<sup>68)</sup> 이는 유체동산에 관해서는 선의취득에 관한 일본 민법 제192조가 적용되어 처분금지처분의 실효성이 없고, 채권, 기타 재산권에 대하여는 피보전권리와 관계에서 실무상 문제로 되는 경우가 적지 않기 때문이다.<sup>69)</sup> 일본은 독일과 달리 처분금지처분의 효력에 관한 실체법적 근거가 없었기 때문에 그 효력에 관하여 학설이 일치되지 않고, 가처분채무자가 가처분에 위반하여 목적물을 제3자에게 처분한 경우에 가처분채권자가 피보전권리를 실현하는 방법에 관하여는 학설이 갈려져 있는데, 실무는 가처분채권자에게 제3자의 동의 없이 제3자의 권리취득등기를 말소하는 것을 허용하였

라고 할 수 있다. 山岐潮 監修, 앞의 책, 146면

68) 일본에서는 대항요건을 구비하지 않은 청구권을 피보전권리로 하는 처분금지처분이나 점유이전금지가처분이 허용될 것인지에 관한 논의가 있다. 예를 들어 부동산매매와 관련하여 매수인에게 등기청구권을 피보전권리로 하여 매도인을 상대로 한 처분금지처분이 허용된다면, 실질적으로 대항요건을 구비하지 못한 가처분채권자에게 실질적으로 대항요건을 구비한 것과 같은 우선적 지위를 갖게 하는 결과가 되기 때문이다. 이에 대하여 竹下守夫·藤田耕三 編, 앞의 책, 227-229면, 233면은 대항요건을 구비하지 않은 청구권에 관하여 가처분을 인용하더라도 가처분이 등기되기 때문에 그 후에 거래를 하는 제3자를 해하는 것이 아니고, 가등기가처분의 경우에는 순위보전은 가능하지만 당사자항정에서는 철저하지 못하는 점이 있어서, 대항요건을 구비하지 않은 청구권에 관하여도 가처분이 허용되고, 이를 긍정하는 것이 물권변동에 관한 공시제도의 취지에 어긋나지 않는다고 한다.

69) 中川善之助兼子一 監修, 『假差押・假處分, 實務法律大系 8』, 青林書院新社(1972), 226면

고, 판례도 그것을 시인하였다.<sup>70)</sup> 독일에서는 가등기가처분이 계쟁물에 관한 가처분이지만, 일본에서는 가등기가처분은 비송사건인데, 원칙적으로 무보증이고, 이의 절차는 없으며, 본안제소명령도 존재하지 않고, 가등기가처분에 의한 가등기의 말소는 가등기의무자가 가등기권리자를 상대로 본안소송을 제기하여야 하므로 가등기가처분에 의하여 가등기가 행해지면 그 말소가 쉽지 않기 때문에 법원은 가등기가처분을 발령하는 데에 신중하다. 따라서 일본에서는 가처분등기가 가등기보다 효력에 있어서 강력하기 때문에 실무에서는 처분금지가처분을 신청하는 경우가 많았다.<sup>71)</sup>

### 3) 처분금지가처분에 관한 민사보전법 규정의 의미

일본에서는 민사보전법의 제정 시 처분금지가처분과 관련하여 의도한 것은 오로지 그 효력의 적정화와 절차의 명확화라고 하면서, 처분금지가처분과 관련한 조문이 종전 민사집행법에 비하여 많이 늘어났지만, 이는 등기를 집행방법으로 하는 것과 관련하여 자세한 기술적 규정이 필요하였기 때문이고, 그에 의하여 처분금지가처분의 기본적인 효력이 강화된 것은 아니라고 설명한다. 실무는 부동산의 소유권과 관련한 권리에 관한 등기청구권(이전, 말소등기청구권 등)을 보전하기 위한 가처분이 다수를 점유하고, 건물철거 및 토지인도청구권을 보전하기 위한 가처분이 그 다음이며, 그 이외의 유형으로는 부동산에 관한 저당권설정등기청구권을 보전하기 위한 가처분이 드물게 보여지는 정도이어서 민사보전법 제정 이전과 큰 변화가 없다고 한다.<sup>72)</sup> 일본의 학자들 사이에서는 부동산에 관한 권리에 대한 처분금지가처분에 관하여 민사보전법이 규정한 범위를 벗어나는 부분의 청구권을 보전하기 위한 가처분이 허용되는지 여부를 둘러싸고 논란이 있으나, 실무적으로 그러한 신청을 전혀 볼 수가 없다고 한다.<sup>73)</sup>

### 다. 처분금지가처분과 관련한 독일의 논의

독일 민법(BGB) 제135조 제1항은 ‘어떠한 목적물에 대한 처분이 특정한 사람의 보호만을 목적으로 하는 법률상의 양도금지에 반하는 경우에는, 그 처분은 그 사람에게 대하여서만 효력이 없다. 강제집행 또는 가압류집행의 과정에서 행해지는 처

70) 민사보전법 제정 전 등기실무에 관하여는 瀨木比呂志, 앞의 책, 580-581면

71) 中川善之助兼子一 監修, 앞의 책, 230-231면

72) 瀨木比呂志, 앞의 책, 576면

73) 瀨木比呂志, 앞의 책, 587면

분은 법률행위에 의한 처분과 동일하다'라고 규정하고 있고, 이어서 제2항은 '권한 없는 자로부터 권리를 취득한 자를 위한 규정이 준용된다'라고 규정하고 있으며, 제136조는 '법원 또는 기타 다른 관청이 그의 권한 내에서 한 양도금지는 제135조에 정하여진 법률상의 양도금지와 동일하다.'라고 규정하고 있다.

독일 민사소송법 제938조는 가처분의 내용이라는 표제 하에 제1항에서 '법원은 자유재량에 따라 목적을 달성하는 데에 필요한 처분을 정할 수 있다', 제2항에서 '가처분은 보관을 내용으로 하거나, 상대방에게 어떤 행위, 특히 부동산, 등록된 선박, 선박건축물(Schiffsbauwerk)의 처분, 부담 또는 입질을 금지하는 행위를 허용하거나 금지하는 것을 내용으로 할 수 있다.'고 규정하고, 또 제941조는 '가처분에 의하여 부동산등기부, 선박등록부, 선박건축물등록부에 기재를 하여야 한다면, 법원은 등기소, 등록관청에 기재를 촉탁하여야 한다.'고 규정하고 있다.

독일에서는 민사소송법 제938조에 의한 양도 또는 처분금지가처분에 관하여 다음과 같이 설명하고 있다. 채권자는 처분금지가처분 그 자체에 의하여 목적물에 대하여 어떤 권리를 갖게 되는 것이 아니고, 제3자에 대하여 어떤 금지도 고려되지 않는다. 금지처분은 채권뿐만 아니라 부동산 또는 부동산상의 권리에 관한 양도나 처분에 대하여도 할 수 있고, 채권의 추심을 금지할 수도 있다. 금지에 반하여 행해진 처분행위는 채권자에 대하여 상대적으로 효력이 없다. 양도나 처분의 금지에 의하여 선의취득이 배제되지 않는다. 그래서 부동산에 대하여는 당연히 즉각적인 등기부의 기재가 요청된다.<sup>74)</sup>

또한 독일 민법 제136조의 해석론으로는 다음과 같은 설명이 일반적이다. 민사소송법 제938조 제2항은 가처분의 내용으로서 부동산에 대한 처분금지를 명시하고 있는데, 등기부에 등재할 수 있는 점과 그로 인하여 선의의 제3자에 의한 취득을 막을 수 있다는 점에서 그 가처분이 실무적으로 의미가 있다. 또 부동산법(Liegenschaftsrecht)에서는 부동산에 대한 권리의 취득에 있어서 채권적 청구권의 보전을 위한 민법 제883조 제1항에 의한 가등기(Vormerkung)<sup>75)</sup> 또는 제899조에 따

74) Wolfgang Krüger · Thomas Rauscher(Hrsg.), a.a.O., S.2438-2439

75) 제883조(가등기의 요건과 효력) ① 부동산 또는 부동산에 설정된 권리의 취득 또는 소멸을 목적으로 하는 청구권, 그러한 권리의 내용 또는 순위의 변경을 목적으로 하는 청구권을 보전하기 위하여 부동산등기부에 가등기를 할 수 있다. 가등기는 장애 또는 조건부 청구권의 보전을 위하여도 할 수 있다.

② 가등기 후에 부동산 또는 권리에 관하여 행해진 처분은 그 청구권을 좌절시키거나(veriteln) 침해하는 한에 있어서는 효력이 없다. 이것은 강제집행과정이나 가압류집행에서 또는 도산관재인에 의하여 행해진 경우에도 동일하다.

③ 청구권이 그 권리의 취득을 목적으로 하는 경우에 그 권리의 순서는 가등기에 따라 결정된다.

른 이의(Widerspruch)등기<sup>76)</sup>를 대신하여, 가처분에 의한 처분금지가 보충적으로 이용될 수 있다.<sup>77)</sup>

한편 독일 민사소송법 교과서에서는 처분금지가처분의 효력에 관하여 다음과 같이 설명한다. 가처분채권자가 얻은 처분금지가처분에 위반하여 행해진 채무자의 처분행위는 민법 제135조 제1항 1문, 제136조에 의하여 효력이 없다. 동산에 대한 처분금지가처분에 있어서 민법 제135조 제1항에 의한 권리자에 대한 보호의 효력은 같은 조 제2항에 의하여 급격히 감소한다. 가처분을 알지 못했거나 중과실에 의하여 알지 못한 선의자에게 한 처분행위는 효력이 있다. 처분금지가처분은 그 가처분채권자에게 그 대상에 대하여 어떤 권리를 취득하게 하는 것은 아니다. 채무자의 처분행위가 그에 위반되는 경우에는 채권자에게 독립적인 손해배상청구권이 발생한다. 가처분채무자가 처분금지가처분에 위반하여 한 처분행위가 민법 제135조 제2항에 의하여 법률적으로 유효하게 되는 경우에는 처분금지가처분에 의하여 보존되어야 하는 피보전권리와 관련하여 기본적 법률관계에서 손해배상책임을 지게 된다.<sup>78)</sup> 처분금지가처분은 재판의 고지, 즉 결정문의 송달에 의하여 효력이 발생하고, 등기부의 기재는 결정의 효력을 위해서 필수적인 것은 아니다. 그렇지만 등기를 하지 않으면 가처분채무자의 계약상대방인 선의자에 대하여 처분금지의 효력이 없기 때문에 등기를 하도록 권고된다.<sup>79)</sup> 가처분이 등기부의 기재를 필요로 하는 경우에 가처분을 한 법원은 스스로 가처분의 집행행위로서 등기부의 기재를 촉탁할 수 있다. 그것은 법원의 자유재량이고, 법원의 촉탁은 채권자의 집행행위를 대신하는 것이다.<sup>80)</sup>

### 라. 채권양도 등과 관련한 채권의 처분금지가처분에 대한 검토

처분금지가처분은 특정물에 대한 권리를 보전하기 위한 것으로서 그 내용과 효

76) 제899조(이의등기) ① 민법 제894조의 경우에 부동산등기부의 정당함에 대하여 이의를 기재할 수 있다.

② 위 등기는 가처분에 근거하여 또는 부동산등기부의 정정에 의하여 권리에 영향을 받는 사람의 동의에 근거하여 행해진다. 가처분을 발령함에 있어서는 이의한 자의 권리가 위협하다는 소명이 요구되지 않는다.

77) J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch I: Allgemeiner Teil 4a, Sellier-de Gruyter-Berlin(2011), S. 220; Wolfgang Krüger · Thomas Rauscher(Hrsg.), a.a.O., S.2439은 가등기 등은 채권자가 권리상실의 위험을 소명할 필요 없이 할 수 있기 때문에, 가등기 등이 허용되지 않는 경우에 처분금지가처분이 고려될 수 있다고 한다.

78) Schuscke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz 4.Aufl., Carl Heymanns Verlag(2008), S.1912

79) Schuscke/Walker, a.a.O., S.1913

80) Schuscke/Walker, a.a.O., S.1916

력에 있어서는 비교법적으로 차이가 있다. 등기라는 공시를 집행방법으로 하는 부동산과 달리, 채권의 처분금지가처분은 그 내용과 효력에 관하여 법률에 규정하고 있는 입법레도 찾기가 어려울 뿐만 아니라, 해석론으로도 적극적인 이론 전개가 되지 않고 있는 상황이다.<sup>81)</sup>

우리 실무상 일반채권의 처분금지가처분은 “별지 목록 기재 채권을 추심하거나 타인에게 양도, 질권 설정, 그 밖에 일체의 처분을 하여서는 아니된다. 제3채무자는 채무자에게 위 채권을 지급하여서는 아니된다”는 내용으로 발령된다. 위 가처분결정 중 채무자에 대한 처분금지명령부분은 채무자에게 부작위를 명하는 것으로서 채무자에게 가처분결정의 송달에 의하여 그 내용을 고지하는 이외에 달리 집행방법이 없는바,<sup>82)</sup> 이는 채권의 존부에 대한 다툼이 있을 때 채무자가 선의의 제3자에게 양도되는 것을 저지하기 위하여 채권자를 상대로 하는 처분금지가처분결정의 내용과 다르지 않고, 공시방법이 없어서 이로써 제3자에게 채권의 양수를 금지하는 효력이 발생한다고 할 수는 없다.<sup>83)</sup> 위 가처분결정 중 채무자에 대하여 추심을 금지하는 부분은 제3채무자에 대하여 지급금지명령을 함으로써 그 집행에 따른 실질적인 효력을 가지게 되는 것이고, 제3채무자가 위 지급금지명령에 위반하여 가처분채무자에게 지급을 하는 등으로 가처분채권자가 가지는 피보전권리의 실현을 곤란하게 한 경우에는 가처분채권자에게 손해배상책임을 진다.<sup>84)</sup>

가처분채무자의 가처분에 반하는 처분행위의 효력이 상대적으로 무효라는 가처분의 상대적 효력은 부동산에 대한 처분금지가처분의 경우와 같이 공시방법에 의하여 가처분에 반하는 처분행위의 상대방인 제3자에 대하여 그 효력을 부인할 수 있는 경우에 적용되는 것이고, 공시방법이 없어서 채권자와 채무자 및 제3채무자 사이에서만 효력을 가지는 채권에 대한 처분금지가처분에 있어서는 그 가처분이 제3자에 대하여 채무자의 처분행위의 효력을 부인할 수는 있는 근거가 될 수는 없

81) 이는 부동산의 경우와 달리 그 효력이 불명확하여 실무상 잘 활용이 되지 않는 데에 원인이 있는 것이 아닌지 생각된다.

82) 다른 부작위의무위반과 달리, 채무자가 그러한 부작위명령에 위반하더라도 대체집행이나 간접강제 등에 의하여 집행할 수 있는 것이 아니다.

83) 下村眞美, “約束手形に關する假處分”, 『裁判實務大系 4 民事保全法』, 靑林書院(1999), 314면은 수표를 사취당한 자가 소지인을 상대로 제기한 수표금의 추심 및 양도금지 등 처분금지가처분에 관하여, 그 처분금지가처분의 공시수단이 없어 처분금지명령에 위반하여 가처분채무자가 제3자에게 수표를 양도하는 것도 가능하기 때문에 선의의 제3자가 출현하는 것을 방지할 수는 없다고 한다.

84) 竹下守夫 藤田耕三 編, 앞의 책, 287면에서는 가처분명령을 송달받은 제3채무자는 가처분채무자에 대한 변제로써 가처분채권자에게 대항할 수 없기 때문에 가처분채권자는 채권의 변제에 의한 소멸을 저지할 수 있게 된다고 한다.

다. 제3채무자에 대한 처분금지가처분결정의 송달을 부동산에 대한 처분금지가처분에 있어서 등기와 같은 공시방법으로 인정하지 않는 한 채권에 대한 처분금지가처분의 효력은 위와 같이 제한될 수밖에 없다고 생각된다.

## V. 결론

대상판결은 공탁금출급청구권에 관한 사안에서 금전채권에 대한 가처분채권자가 본안소송에서 승소하여 그 승소판결이 확정되었다면, 그 가처분결정의 송달 이후에 실시된 가압류 등의 보전처분 또는 그에 기한 강제집행은 그 가처분의 처분금지효력에 반하는 범위 내에서는 가처분채권자에게 대항할 수 없다고 판시하면서, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2008다10884 판결을 인용하였다. 그런데 대법원은 2001. 10. 9. 선고 2000다51216 판결에서는 소유권이전등기청구권에 대한 처분금지가처분은 뒤에 이루어진 가압류와 압류에 우선하는 효력은 없다고 판시하였었다. 대상판결은 금전채권에 대하여, 또 위 2008다10884판결은 골프회원권에 대하여 선행 처분금지가처분으로 후행 가압류 및 압류에 대항할 수 있다고 함으로써 금전채권과 골프회원권에 대한 가처분과 가압류 및 압류는 그 집행의 순서에 따라 우열이 결정된다는 입장을 취한 것이고, 2000다51216 판결은 그 집행의 순서에 상관없이 가압류 및 압류가 우선한다는 입장을 취한 것으로 이해된다. 대상판결을 포함하여 위 대법원판결들에서는 채권에 대한 선행 처분금지가처분과 후행 가압류 및 압류 상호간의 우열에 관한 결론에 대하여만 판시를 하였을 뿐, 그러한 결론에 대한 근거에 관하여는 명시를 하지 않음으로써 채권에 대한 처분금지가처분과 가압류 및 압류의 우열에 관하여 실무상으로 혼란을 초래하고 있다.

이 글은 대상판결의 판시와 같이 금전채권에 대한 선행 처분금지가처분과 후행 가압류 및 압류의 우열을 집행의 순서에 따라 결정하는 것이 타당한지에 관하여 기존 대법원판례, 일본과 독일의 입법례 등을 참고하여 검토해 보았다. 앞에서 본 바와 같이 채권에 대한 보전처분의 집행방법으로서 제3채무자에 대한 그 보전처분결정의 송달을 부동산에 대한 처분금지가처분에서의 등기와 같이 보전처분의 집행을 공시하는 방법으로 인정하지 않는 한, 채권에 대한 처분금지가처분은 채권자와 채무자 및 제3채무자 사이에서만 효력을 갖게 되므로 가처분채권자로서는 그 가처

분의 집행이 순서상 우선한다고 하더라도 제3자인 채무자의 가압류채권자에 대하여 대항할 수 없다고 함이 타당하다. 그러므로 금전채권에 대한 처분금지가처분에 관한 대상판결의 판시는 수정되어야 한다고 생각된다.

다만, 채권에 대한 처분금지가처분의 내용과 효력에 관해서는 민사집행법에 규정이 없어서 해석론에 맡겨져 있는바, 일본 및 독일의 경우와 달리, 채권에 대한 보전처분의 집행방법인 제3채무자에 대한 송달을 그 공시방법으로서 인정하고 금전채권에 대한 처분금지가처분의 효력을 강화하려는 정책적 이유 또는 다른 근거에서 대상판결과 같은 결론에 이른 것이라고 한다면, 그러한 결론에 이르게 된 근거를 명확히 선언하여야 한다. 이렇게 할 경우에도 선행판례와의 모순이라는 문제점이 남으므로 소유권이전등기청구권에 관한 2000다51216 판결과는 결론을 달리 하면서 골프회원권에 관한 2008다10884 판결과 같은 결론에 이르게 된 근거를 밝히거나, 위 판례들을 정리할 필요가 있다. 빠른 시일 내에 채권에 대한 처분금지가처분과 가압류 및 압류의 우열과 관련하여 대법원의 입장이 정리되기를 희망하며 글을 맺고자 한다.

(논문투고일 : 2016.02.22, 심사개시일 : 2016.03.02, 게재확정일 : 2016.03.25)



#### ▶ 문 영 화

채권에 대한 처분금지가처분, 가압류, 공시방법, 압류권자우선설, 선 집행우선설

## 【참 고 문 헌】

### 국내문헌

#### 단행본

권성·조해현·장성원·박순성·김상준, 『개정판 사례해설 가처분의 연구』, 박영사  
(2002)

윤경, 『보전처분(가압류·가처분)의 실무(상)』, 법률정보센타(1999)

이시윤, 『신민사집행법』, 제6판, 박영사(2013)

『법원실무제요 민사집행[IV]』, 법원행정처(2014)

『민사실무 II』, 사법연수원(2015)

편집대표 김능환·민일영, 『제3판 주석 민사집행법(VII)』, 한국사법행정학회(2012)

편집대표 김용담, 『주석 민법[채권총칙(3)]』, 제4판, 한국사법행정학회(2010)

#### 논문

공도일, “금전채권에 대한 처분금지가처분결정과 그 송달 이후 실시된 가압류 사이의 우열관계”, 「대법원판례해설」 제99호(2014년 상반기), 법원도서관  
(2014)

구남수, “골프회원권에 대한 가처분과 가압류의 우열관계”, 「판례연구」 제22집, 부산판례연구회(2011)

권철, “지명채권양도의 대항요건에 관한 일본 민법 규정의 연혁 소고”, 「민사법학」, 제64호, 한국민사법학회(2013. 9)

김문석, “소유권이전등기청구권에 대한 가압류와 가처분의 경합”, 「대법원판례해설」 제30호, 법원도서관(1998)

김상수, “소유권이전등기청구권에 대한 가압류의 효력”, 「사법행정」 제388호, 한국사법행정학회(1993)

김오수, “부동산에 대한 처분금지가처분과 등기”, 「사법논집」 제20집, 법원도서관(1989년)

김유진, “소유권이전등기청구권의 양도성, 그에 관한 보전처분의 경합문제 - 대법원 2001. 10. 9.선고 2000다51216판결을 중심으로-”, 「재판실무연구 2002」, 광주지방법원(2003)

- 박덕희, “부동산소유권이전등기청구권 처분금지가처분의 효력 - 대법원 2001.10.9. 선고 2000다51216판결을 중심으로-”, 「민사법연구」 제14집 제2호, 대한민사법학회(2006. 12)
- 박이규, “부동산소유권이전등기청구권 처분금지가처분의 효력”, 「민사판례연구 XXII」, 민사판례연구회(2000)
- 심상철, “보전소송의 당사자에 관한 제문제”, 「재판자료」 제45집, 법원행정처(1989)
- 안정호, “골프회원권에 대한 처분금지가처분결정과 그 송달 이후 실시된 가압류와 사이의 우열관계”, 「대법원판례해설」 제81호(2009 하반기), 법원도서관(2010)
- 양경승, “보전명령의 집행과 제3자에 대한 효력”, 「사법논집」 제27집, 법원도서관(1996)
- 윤경, “소유권이전등기청구권에 대한 가처분과 가압류의 경합시 우열관계”, 「민사집행법연구」 제2권, 한국민사집행법학회(2006)
- 이수철, “소유권이전등기청구권에 대한 처분금지가처분의 효력”, 「판례연구」 제14집, 부산판례연구회(2003)
- 이우재, “가처분의 효력과 가압류의 경합”, 「재판실무연구(3) 보전소송」, 한국사법행정학회(2008)
- 이점인, “골프회원권에 대한 처분금지가처분과 가압류 간의 경합 시 우열관계”, 「재산법연구」 제29권 제2호, 한국재산법학회(2012. 8)
- 정연옥, “가압류된 채권의 이행청구와 소유권이전등기청구권에 대한 압류나 가압류에 위반된 등기의 효력”, 「대법원판례해설」 제18호, 법원도서관(1993)
- 조병훈, “부동산소유권이전등기청구권에 대한 보전처분”, 「민사재판의 제 문제(하)」, 이시윤 박사 화갑기념 논문집간행위원회 편, 박영사(1995)
- 황용경, “소유권이전등기청구권에 대한 가압류와 가처분의 관계”, 「재판실무」 제1집, 창원지방법원(1999)

## 독일문헌

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 1: Allgemeiner Teil 4a, Sellier-de Gruyter

- Berlin(2011)  
 Schuske/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz 4.Aufl., Carl Heymanns Verlag(2008)  
 Wolfgang Krüger · Thomas Rauscher(Hrsg.), Münchener Kommentar Zivilprozessordnung Band 2, 4.Aufl., Verlag C.H. Beck München(2012)

## 일본문헌

- 飯原一乘, “詐害行爲取消權に基づく民事保全”, 中野貞一郎 등 編集, 『民事保全講座 3 - 假處分の諸類型』, 法律文化社(1996)  
 菊井維大·村松俊夫·西山俊彦, 『現代實務法律講座 2訂増補 假差押·假處分』, 青林書院新社(1981)  
 下村眞美, “約束手形に關する假處分”, 『裁判實務大系 4 民事保全法』, 青林書院(1999)  
 瀬木比呂志, 『民事保全法』 第3版, 判例タイムズ社(2009)  
 竹下守夫·藤田耕三 編, 『注解 民事保全法 上卷』, 青林書院(1996)  
 中川善之助·兼子一 監修, 『假差押·假處分, 實務法律大系 8』, 青林書院新社(1972)  
 西村信雄, 『注釋民法(11) 債權(2)』, 有斐閣(1965)  
 山岐潮 監修, 『注釋 民事保全法(下)』, 社團法人 民事法情報センター(1999)

Zusammenfassung

**Eine rechtliche Untersuchung über die Priorität bei der vorangegangenen einstweiligen Verfügung mit Anordnungen von Verfügungsverbot und dem nachfolgenden Arrest in derselben Geldforderungen**

Young Hwa Moon

Am 26. 6. 2014. traf der Oberste Gerichtshof eine wichtige Entscheidung in Bezug auf einen einstweiligen Rechtsschutz, wobei er verkündigte mit Zitierung des eigenen Urteils vom 24. 12. 2009, daß ein anderer Gläubiger mit dem Arrest, dessen Beschluß in derselben Geldforderungen hinterher an dem Drittschuldner zugestellt ist, sein Recht gegen den Gläubiger nicht geltend machen kann, wenn der Gläubiger von einstweiliger Verfügung mit Anordnungen von Verfügungsverbot in dem Hauptsacheverfahren obsiegt und das Urteil rechtskräftig geworden ist. Dementgegen hatte der Oberste Gerichtshof am 9. 10. 2001. entschieden, daß eine einstweilige Verfügung mit Anordnungen von Verfügungsverbot gegen den Arrest oder die Zwangsvollstreckung in derselben Forderungen unwirksam war, obwohl die einstweilige Verfügung früher als den Arrest eingetragen wurde.

Die Entscheidung vom 26. 6. 2014. bezüglich der Geldforderung und die Entscheidung vom 24. 12. 2009. in Bezug auf das Recht(die Forderung) von Golfclub-Mitgliedschaft vertraten die Auffassung, daß ein Verfügungsverbot durch die vorangegangene einstweilige Verfügung gegen den nachfolgenden Arrest wirksam war, der in der zeitlichen Reihenfolge später ergangen war. Dadurch ist die Schlußfolgerung zu ziehen, daß die

Priorität unter der vorangegangenen einstweiligen Verfügung mit Anordnungen von Verfügungsverbot und dem nachfolgenden Arrest in dergleichen Forderungen nach der zeitlichen Reihenfolge der Zustellung bestimmt wird.

Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 9. 10. 2001. bezüglich der Forderungen auf die Eintragung im Grundbuch nahm im Gegensatz zu den Entscheidungen vom 26. 6. 2014. und vom 24. 12. 2009. eine andere Stellung, daß der Arrest oder die Zwangsvollstreckung gegen den Verfügungsverbot durch die vorangegangene einstweilige Verfügung wirksam ist. Die obengenannten Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes verbreiten Verwirrungen unter den Rechtswissenschaftlern, weil sie ohne einleuchtende Aussage über Gründe der Entscheidung gegeneinander widerstreitende Schlußfolgerungen gezogen hatten.

Demzufolge hat dieser Aufsatz aufgrund der obengenannten Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes im Vergleich mit der Auffassungen Deutschlands und Japans sowie andere Entscheidungen untersucht, ob es richtig sein könnte, daß die vorangegangene einstweilige Verfügung mit Anordnungen von Verfügungsverbot gegen dem nach der zeitlichen Reihenfolge nachfolgenden Arrest in derselben Geldforderungen eine Priorität genießt. Ich bin der Meinung, daß ein Verfügungsverbot durch die einstweilige Verfügung unabhängig von der zeitlichen Reihenfolge der Zustellung gegen den Arrest oder die Zwangsvollstreckung in derselben Geldforderungen unwirksam sein soll.

Weil der Verfügungsverbot nur unter dem Gläubiger, dem Schuldner und dem Drittschuldner auf materieller Hinsicht wirksam wird, es sei denn, daß die Zustellung des Arrests oder der einstweiligen Verfügung an den Drittschuldner als eine öffentliche Bekanntmachung nach dem geltenden Recht anerkannt wird, ist es m.E. gerechtfertigt, daß der Gläubiger von einstweiliger Verfügung mit Anordnungen von Verfügungsverbot nicht gegen einen anderen Gläubiger mit dem Arrest oder der Zwangsvollstreckung durchsetzen kann, obwohl die einstweilige

Verfügung als der Arrest oder die Zwangsvollstreckung nach der zeitlichen Reihenfolge vorangegangen ist. Deshalb erwünsche ich die Änderung der Auffassungen von den Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes vom 26. 6. 2014. und 24. 12. 2009. Ansonsten sollte der Oberste Gerichtshof die Gründe seiner Entscheidungen einleuchtend aufklären.



---

▶ YoungHwa Moon

Einstweilige Verfügung mit Anordnungen von Verfügungsverbot in die Forderungen, Arrest, Öffentliche Bekanntmachung, Auffassung über Priorität des nachfolgenden Arrest als der früheren Verfügungsverbot durch einstweilige Verfügung in dergleichen Geldforderungen, Auffassung über Priorität nach der zeitlichen Reihenfolge der Vollziehungen

# 신용카드 채무면제·유예계약의 법률관계에 관한 소고\*

정 경 영\*\*

I. 서언	
II. 신용카드 채무면제·유예계약	
1. 의의	
(1) 개념	3. 법적 성질
(2) 계약상보상책임보험(CLIP)과 관계	(1) 보험성 검토
(3) 문제점	(2) 비보험적 요소
2. 외국의 유사보험	4. 소결
(1) 신용보험(Credit Insurance)	
(2) 부가보험(add-on insurance)	IV. 신용카드 채무면제·유예계약에 대한
(3) 차액보험(gap insurance)	규제
(4) 지급보장보험(PPI) 등	1. 보험업법의 적용 - 신용보험성 검토
III. 신용카드 채무면제·유예계약의 법	2. 불완전판매에 대한 규제
적 성질	3. 최소보상을 규제
1. 법적 구조	4. 여신전문금융업법에 의한 규제
2. 미국에서의 논의	5. 타 금융영역에의 확장성
(1) 개요	
(2) 논의의 연혁	V. 결론
(3) 보험긍정설	
(4) 보험부정설	
(5) 유사계약과 구별	

## 【국 문 요 약】

최근 신용카드 채무면제·유예(Debt Cancellation Debt Suspension: DCDS) 상품 판

\* 이 글은 2015년 금융감독원의 용역으로 수행하였던 연구 중의 일부를 보완하여 완성하였음을 미리 밝힌다. 그리고 본 연구에 도움을 준 금융감독원 이현열실장과 조문수수석에 감사를 표한다.

\*\* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

매와 그 위험전가를 위한 계약상보상책임보험(Contractual Liability Insurance Policy; CLIP)의 이용이 급증하면서 민원이 증가하고 있다. DCDS란 여신금액에 대해 수수료를 납부한 신용카드 채무자(차용인)에게 신용카드(여신)채무에 대한 변제를 곤란하게 하는 채무자의 사망 등의 보장사고가 발생한 경우 해당 채무를 면제하거나 유예하는 제도이고, CLIP이란 신용카드 채무면제·유예상품 가입계약을 신용카드회원과 체결한 신용카드사가 신용카드 채무면제·유예 시 발생하는 손해의 보상을 목적으로 하는 보험을 의미하며 실무상 계약상보상책임보험이라 한다. 그런데 특히 DCDS의 법적 성질에 관한 법학적 연구가 전무하여 동 상품에 관한 규제방안을 논의함에 있어 감독권의 귀속 등에 관해 어려움이 있었으므로 본 연구는 이러한 실무적 필요성에 부응하고자 한다.

DCDS는 신용카드 이용계약에 부가적으로 체결되는데, 판매계약 또는 대출계약 등 기본계약 체결시 채무자가 체결하는 부가적인 보험을 미국에는 부가보험(add-on insurance)이라고 하고 부당거래 등 불완전판매의 가능성이 높아 규제가 요구되는 영역이다. DCDS는 소득능력의 상실로 인한 채무불이행의 위험만을 대상으로 하는데, 차액보험(gap insurance)이란 자산(자동차 등)의 실제 가치와 자산에 대한 금융(대출, 리스 등) 잔고간의 차액을 보상하는 보험으로서 DCDS와 유사성을 가진다. 영국에서 DCDS나 CLIP에 상응하는 PPI 상품의 판매과정에 불완전판매로 인한 대규모 금융소비자 피해가 발생하여 2010년 영국 금융감독청(FSA)의 소비자 보호 조치가 이루어지게 되는 PPI 스캔들이 문제되어 불완전판매를 근절하기 위한 다양한 노력이 경주된 바 있다.

미국에서는 DCDS의 판매와 관련하여 통화감독청과 주의 보험감독국이 그 감독권의 귀속에 관해 마찰이 있었고, 국법은행이 채무유예계약을 취급할 수 있다는 연방대법원 판결까지 내게 되었다. 이후 Gramm-Leach-Bliley Act(GLBA)가 제정되면서 채무면제·유예서비스에 대한 감독권이 다시 쟁점이 되어 DCDS에 관해 보험 긍정설과 보험부정설이 대립하고 있다. DCDS는 보험과 유사한 구조를 가지고 있지만 손해보상성을 가지지 않아 손해보험과 구별되고 보장사고 면에서 정액보험과도 구별된다. 특히 DCDS의 대상이 되는 위험이 사실상 채권자의 신용위험이므로 보험의 본질이라 할 수 있는 위험의 전가가 DCDS에서는 발생하지 않는다. 채권자인 사업자가 가입자인 채무자의 채무불이행의 위험을 스스로 인수하는 DCDS는 채무자의 보장사고 발생을 조건으로 하는 유상의 조건부 채무면제(유예)계약의 성격을 가진 것으로 볼 수 있다.

우리나라의 경우에도 DCDS상품 판매를 규제하기 위해서는 규제채널이 검토되어야 하고 그 전제로 DCDS상품의 법적 성질에 관한 분석이 선행되어야 하며 이를 바탕으로 감독권한의 분배와 불완전판매에 관한 규제가 이뤄져야 한다. DCDS와 CLIP의 법적 성질론을 바탕으로 할 때 DCDS에 대한 규제채널은 여신전문금융업법이고 CLIP에 대한 규제채널은 보험업법이라 할 수 있다. 따라서 DCDS상품의 불완전판매나 고율의 수수료율은 여신전문금융업상의 규제수단을 동원하여야 하고 CLIP의 불완전판매나 손해율에 관해서는 보험업법상의 규제수단이 활용되어야 한다고 본다.

## I. 서언

신용카드회원이 사망하거나 질병에 걸린 경우 신용카드사가 카드대금 결제를 면제하거나 유예하는 신용카드 채무면제·유예(Debt Cancellation Debt Suspension: DCDS) 상품이 비교적 근자에 판매되기 시작했다. 신용카드사는 상품판매를 통해 부담하게 된 위험을 다시 전가하기 위해 별도로 손해보험사와 계약상보상책임보험(Contractual Liability Insurance Policy; CLIP)계약을 체결한다. 최근 신용카드사의 신용카드 채무면제·유예상품 판매규모가 급증하여, 지난 2005년부터 2015년 상반기까지 카드사들이 신용카드 채무면제·유예상품을 팔아 거둬들인 수수료는 1조 2000억원에 달한다. 2015년 6월 현재 신용카드 채무면제·유예상품 가입자는 345만 명으로, 2011년 212만명에 비해 100만명 이상 늘었다.<sup>1)</sup>

신용카드 채무면제·유예상품의 판매가 급속도로 증가하면서 동 상품 판매약관상 불합리한 점과 판매과정의 부실 안내 등으로 인한 분쟁·민원이 크게 증가하고 있다,<sup>2)</sup> 신용카드 채무면제·유예상품 판매와 관련하여 금융 당국에 접수된 민원은 2013년에는 175건에서 2014년에는 184건으로 2015년 6월 말 현재 99건으로 늘어나는 추세다. 그 구체적인 사례를 보면, 사망시 5000만원의 보험금을 지급하는 종신보험인 줄 알고 가입하는 경우도 있고, 대부분 카드사는 신용카드 채무면제·유예상품 가입자가 만 60~61세가 되면 서비스를 자동해지 되도록 만들어 보장사고 발생가능성이 높은 연령대가 되면 가입이 거절되는 문제점 등이 지적되고 있다. 최근 공영방송 뉴스에서는 소비자가 알지 못하는 새 채무면제계약이 체결되어 오랫동안 수수료가 보험료와 함께 청구되어 지급된 사례와 신용카드사가 부담하는 보상금액에 비해 턱 없이 높은 수수료가 고발되기도 했다.

외국에서도 DCDS 상품이 활발하게 판매되었으며 동 계약의 법적 성질, 특히 이를 보험으로 이해할 것인가에 관한 논쟁이 아직 계속되고 있다. 신용카드 채무면제·유예상품의 법적 성질에 관해 우리의 경우 법학적 연구가 미흡하다.<sup>3)</sup> 이로 인해 동 상품 판매에 관한 규제방안을 논의함에 있어 감독권의 귀속 등을 판단함에

1) [http://news.chosun.com/site/data/html\\_dir/2015/08/31/2015083103058.html](http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2015/08/31/2015083103058.html)

2) '11년 53건,에서 '13년 157건, '14.6월 119건으로 급증하여 금융감독원은 그 개선방안을 마련한 바 있다(금융감독원, "카드사의 채무면제유예서비스 개선방안" 보도자료, 2011.6.)

3) 관련되는 최근 법학논문으로는, 김선정, "미국에 있어서 채무면제 및 지급유예계약(DCDS)에 대한 연방규제의 전개," 「보험법연구」, Vol.9 No.2, (2015) 참조.

관해 어려움이 있었으며, 이 글은 이러한 실무적 필요성에 부응하여 채무면제·유예상품의 법적 성질을 검토하고자 한다. 동 상품의 법적 성질을 고찰함으로써 동 상품 판매계약에서 비롯되는 많은 분쟁과 민원의 해결에 기여하고 더 나아가 동 상품의 판매에 대한 적절한 규제방향을 모색하고자 한다. 다만 계약상보상책임보험 계약의 법적 성질도 관련되는 쟁점이기는 하나 지면관계상 다음 기회로 미룬다. 이하에서는 먼저 신용카드 채무면제·유예상품의 개념과 외국에서의 논의를 살펴본 후 동 상품판매계약의 법적 성질을 고찰하고 실무상 발생하고 있는 민원과 분쟁 해결을 위한 규제방향을 모색하는 순서로 논의를 전개한다.

## II. 신용카드 채무면제·유예계약

### 1. 의의

#### (1) 개념

신용카드 채무면제·유예(DCDS)<sup>4)</sup>상품 판매약관에 의하면, 신용카드 채무면제·유예상품이란 ‘상품가입자가 매월 회사가 정하는 상품수수료를 납부하고, 상품가입자에게 보장사고가 발생하는 경우 해당 보장채무액을 면제하거나 결제금액 상환을 유예하는 유료 금융상품’으로 정의하면서 이를 보험업법에 의한 보험상품이 아니라고 명시하고 있다.<sup>5)</sup> 상품가입자는 회사의 카드회원 중 상품의 가입에 동의한 본인 회원에 한정되고, 보장사고는 동 약관 부칙(보장사고별 보장제공 기준 등)에서 정한 사고로 한정된다.<sup>6)</sup> 현재 신용카드 채무면제·유예는 신용카드 결제와 관련해서만 운용되고 있으나 외국의 경우 은행 대출거래에서도 이용되고 있다. 이를 고려하여 신용카드 채무면제·유예를 보다 일반적으로 정의하면, ‘여신금액에 대해 수

4) 동 상품을 보다 정확하게 표현하면 ‘신용카드 대금채무 면제·유예 상품’이라 할 수 있는데, 이하에서는 동 상품을 ‘신용카드 채무면제·유예’라는 용어로 나타내고 외국법을 논의함에 있어서는 동 상품의 원어의 약어인 DCDS라는 용어를 사용한다.

5) 신용카드 신용카드 채무면제·유예약관 제3조 1항, 2항 참조

6) 신용카드 신용카드 채무면제·유예약관 제2조 1호, 3호 참조; 동 약관 부칙을 좀 더 자세히 살펴보면, 보장한도 3천만원 내에서 보장금액이 면제되는 보장사고로는 사망, 치명적 장애, 치명적 질병 진단 등이 있고, 보장한도 3백만원 내에서 보장금액이 면제되는 보장사고로는 자동차사고 8주 진단, 장기요양, 장기입원, 비자발적 장기실업(A), 소득상실(A), 보장한도 1백만원 내에서 보장금액이 면제되는 보장사고로는 비자발적 장기실업(B), 소득상실(B) 등이 포함된다.

수료를 납부한 차용인에게 여신채무에 대한 변제를 곤란<sup>7)</sup>하게 하는 차용인의 사망 등의 보장사고가 발생한 경우 해당 채무를 면제·유예하는 제도'가 된다.

신용카드 채무면제·유예상품을 판매한 신용카드사의 보상책임 즉 카드채무 면제·유예는 회원의 사망 등 보장사고가 발생한 경우에만 발생한다는 점에서 신용카드 회원의 채무불이행이 카드사의 보상책임의 발생원인은 아니어서 상법상의 보험종목에 포함되지 않는다. 신용카드 채무면제·유예약관의 특징적인 내용을 보면, 상품가입자가 상품가입 당시 나이가 만20세 미만 또는 가입증서에 표시된 보장연령(만 60세 또는 만70세)을 초과한 경우이거나 심신상실자 또는 심신박약자인 경우에는 상품가입을 무효로 한다는 규정을 두고 있다(동 약관 제7조). 그리고 보장에서 제외되는 사항으로서 상품가입자 등의 고의로 인한 보험사고, 불가항력적 보장사고, 제한된 기왕증에 의한 사고 등을 열거하고 있다(동 약관 제11조). 뿐만 아니라 동 상품가입 전 신청자의 병력사항 등에 관한 고지의무를 정하고 있으며 이를 불고지 또는 부실고지 할 경우 '신용카드 채무면제·유예상품 가입계약'을 해지할 수 있음을 정하고 있다(동 약관 제12조, 13조)

## (2) 계약상보상책임보험(CLIP)과 관계

채무자(신용카드사)가 채무면제·유예계약에 따라 자신이 부담하는 위험을 다시 헤지(분산·전가)하기 위해 별도로 보험회사와 '약정이행보상보험계약'을 체결하기도 한다. 특히 신용카드 채무면제·유예상품 가입계약을 체결한 신용카드사가 그 위험을 이전하는 보험을 실무상 '계약상보상책임보험'<sup>8)</sup>이라 명명하지만, 약정이행보상·계약상보상 모두 계약이행의 책임(또는 위험)을 보험자에게 이전한다는 점에서 동일한 개념으로 이해된다. 실무에서 활용되고 있는 동 보험계약을 약관(약정이행보상보험 약관Ⅲ-채무면제·유예약관용)<sup>9)</sup>을 중심으로 살펴보면, 신용카드회사는 보험

7) 신용카드 채무면제·유예를 정의하면서 면제, 유예 사유로 '고객이 사망 등의 사유로 채무 변제가 불가능해졌을 때'라고 정의하는 견해도 있으나(KB금융지주경영연구소, "채무면제 및 유예계약(DCDS)의 이해와 시작확대 가능성", 「KB지식비타민」, 2014. 4. 30(14-34호), 1면), 신용카드 채무면제·유예가 채무면제불능을 보장사고로 하는 것은 아니므로 이러한 개념정의는 정확하지 못하다고 본다. 그리고 동 보고서에서는 DCDS를 금융사와 고객 간의 계약과 금융사와 보험사 간의 계약으로 구성되어 있다고 본다(Ibid., 1면). 이는 DCDS와 계약상보상책임보험을 한꺼번에 고찰한 것으로 보이나 앞서 언급한 동 보고서의 정의와는 일치하지 않아 정확하지 않은 표현이다.

8) 신한카드와 LIG손해보험주식회사간의 "신용보호서비스포괄업무약정서"에는 신용보호서비스 제공 및 서비스에 수반하는 보험을 '계약상보상책임보험(CLIP)'이라 명명하고 있다.

9) 동 보험계약은 보험기간 중에 피보험자에 대하여 약정상의 의무 이행에 대한 청구가 제기됨으로써 입은 피보험자의 손실의 보상을 내용으로 하고 있으며(동 약관 A(1)), 동 보험계약에서 손실이란 보험회사의 승인 하에 약정상의 의무를 이행하기 위하여 피보험자에 의해 또는 피보험자를 위

계약자이자 피보험자가 되어 보험회사와 자기를 위한 보험계약을 체결한다. 계약상보상책임보험은 신용카드 채무면제·유예상품에 가입한 신용카드회원이 보장사고를 당하여 이를 신용카드사에 채무면제 등을 청구할 경우, 신용카드회사는 채무면제를 하여야 하는 의무를 부담함으로써 입은 손해를 신용카드회사에 직접 보상한다는 내용의 보험이다. 신용카드회원은 계약상보상책임보험계약의 당사자가 아니고 보험대상 약정(신용카드 채무면제·유예약정)의 당사자에 지나지 않는다. 양 계약간에는 신용카드 채무면제·유예계약이 무효하게 되면 계약상보상책임보험계약의 효력은 어떻게 되는가 하는 문제가 있지만 이러한 논의는 신용카드 채무면제·유예상품의 법적 성질에 의존하게 된다.

### (3) 문제점

실무에서 ‘신용카드 채무면제·유예(DCDS) 상품 가입계약’이 도입되어 신용카드사와 회원간에 유상 서비스계약의 형태로 활용되고 있다. 그런데 동 계약에 따라 제공되는 서비스는 실질적으로 우연한 사고에 의한 위험의 전가를 내용으로 하고 있어, 신용카드 채무면제·유예상품이 위험의 전가를 본질로 하는 보험상품에 것으로 일응 추측될 수 있다. 만일 신용카드 채무면제·유예상품이 보험의 성격을 가지고 있다면 신용카드사가 보험상품을 판매할 수 있는가 하는 문제 등이 파생될 수 있다. 따라서 신용카드 채무면제·유예상품의 법적 성질을 어떻게 이해하고 규율할 것인가 하는 점에 관해 고찰이 요구되며, 만일 보험이라고 한다면 상법과 보험업법상 어떤 종류의 보험에 해당하는가 하는 점도 살펴볼 필요가 있다. 이와 달리 계약상보상책임보험은 그 법적 성질에 관해 손해보험성에는 이견이 있을 수 없지만 어떠한 성질의 보험인가는 여전히 문제가 되고, 신용카드 채무면제·유예계약의 보험계약성에 따라 재보험적 성질을 가질 수도 있지만 지면관계상 이 글에서는 논의를 생략한다.

---

하여 합리적이며 필연적으로 실제 발생한 약정상 청구금액을 의미한다(동 약관 B(6)) 그리고 손실은 그러한 약정상 의무 이행의 근거가 되는 보험대상 약정에서 정한 책임한도를 초과할 수 없도록 정하고 있다(C(1)). 그리고 피보험자인 신용카드회사는 각 보험대상 약정의 판매상황을 보험회사가 정한 기간 내에 보험회사에 통지하도록 정하고 있다(E(2)).

## 2. 외국의 유사보험

### (1) 신용보험(Credit Insurance)

DCDS나 CLIP 모두 계약을 전제로 위험의 일부 또는 전부를 전가하는 상품이고 특히 금전 채권·채무를 그 목적으로 한다는 점에서 계약보험(일정한 계약이 전제된 보험), 특히 채권·채무보험과 관련된다. credit insurance는 우리법상 신용보험과 다른 의미를 가지므로 이를 구별하기 위해 신용보험이라는 용어 대신 이 글에서는 채권·채무보험 또는 credit insurance라는 용어를 그대로 사용한다. 즉 계약보험 중 특히 금전채권·채무를 보험의 목적으로 하여 체결되는 보험을 credit insurance라 한다. 우리법상 신용보험과 달리 credit insurance(채권·채무보험)는 매우 포괄적인 의미로 사용되는 바, 여기에는 기업신용보험이라는 채권보험도 포함되고, 소비자신용보험이라는 채무보험도 포함될 뿐만 아니라 경우에 따라서는 채권에 관련된 신용위험을 전가하는 파생상품<sup>10)</sup>도 포괄하는 개념으로 사용된다.

기업신용보험(business credit insurance)이란 채무자의 채무불이행, 채무초과, 파산 등 신용위험으로 인한 손해로부터 보호를 위한 보험으로서 손해보험의 일종이며 기업만이 보험계약자가 될 수 있다는 점이 특징이다. 다만 보험자는 사영 보험회사에 한정되지 않고 정부의 수출신용기구도 포함한다. 따라서 기업신용보험은 채권보험으로서 채권자인 기업이 자신의 신용위험을 보험자에게 전가하는 보험으로 볼 수 있어 이는 우리법상 신용보험과 유사하며, 후술하는 바와 같이 DCDS나 CLIP과는 직접 관련이 적다. 다음으로 소비자신용보험(customer credit insurance)<sup>11)</sup>이란 일정한 신용계약 또는 채무와 관련된 보험으로서 채무불이행의 보험사고가 발생할 경우 보험금이 채무이행에 사용되도록 하는 일련의 보험상품이다.<sup>12)</sup> 따라서 소비자신용보험은 채무자가 보험계약자가 되는 채무보험의 성질을 가지므로 우리법상 보증보험과 유사성은 있지만, 보험사고를 채무불이행 전반으로 확대하지 않고 일정한 사정 즉 채무자의 사망, 노동능력 상실, 해고 등의 사유에 한정하고

10) 파생상품도 위험전가라는 본질을 가지고 있어 보험과 밀접한 관련을 가지지만 이 글의 검토대상인 DCDS와는 관련이 적으므로 논의를 생략한다.

11) 소비자신용보험에는 신용생명보험(credit life insurance), 신용장애보험(credit disability insurance), 신용비자발적해고보험(credit involuntary unemployment insurance), 신용재산보험(credit property insurance) 등이 포함되며 차액보험(gap insurance)도 관련된다.

12) 이는 영국에서는 지급보장보험(payment protection insurance; PPI), 신용보호보험(credit protection insurance), 대출상환보험(loan repayment insurance)으로 불리기도 하는데, 채무자가 보험계약자가 된다는 점이 특징이다.

있다는 점에서 우리 보증보험과는 구별되고 DCDS와 유사성을 가진다. 소비자신용보험에서 채무는 채무자가 자신의 미래의 소득으로부터 채무를 상환한다는 전제하에 자신의 소득능력을 담보로 한다. 즉 사망, 불구, 해고 등은 그러한 담보의 부실화로 연결되므로 소비자신용보험은 이로부터 채권자를 보호하고 채무자에게 안정감을 부여하게 된다.<sup>13)</sup>

## (2) 부가보험(add-on insurance)

DCDS는 신용카드 이용계약에 부가적으로 체결되는데, 이와 같이 판매계약 또는 대출계약 등 기본계약 체결시 채무자가 구매하는 부가적인 보험을 부가보험(add-on insurance)이라고 한다.<sup>14)</sup> 그 한 예로 신용생명보험(credit life insurance)은 차용인이 자신이 채무를 변제하기 전에 사망할 경우 보험자가 대여자에게 보험금을 지급하는 보험이다. 1917년에 미국에서 동 보험상품이 개발되어 2010년 현재 7억 7천만불 정도 판매되고 있는 상품이다.<sup>15)</sup> 이러한 부가보험은 비교적 적은 보상을 위해 비싼 보험료를 채무자가 부담한다는 점에서 규제가 요구되고 외국의 경우에도 소비자신용보험과 관련하여 이와 같은 부당거래가 문제된 바 있지만 규제가 쉽지 않은 영역으로 이해되고 있다. DCDS나 CLIP도 소비자거래이고 신용카드회사와 신용카드회원간의 신용카드거래 기본계약에 부가하여 체결된다는 점에서 부가보험적 성질을 가지고 있다.

금전채무를 내용으로 하는 계약보험으로서 채권·채무보험은 채권 또는 채무로부터 발생하는 신용위험을 전가하거나 신용을 보완하기 위한 보험이라는 특징을 가진다. 특히 소비자신용보험은 동 보험이 가지는 신용보완 기능으로 인해 채권자가 선호하는 경향이 있고 채권의 형성 예를 들어 대출이나 자동차 리스 등의 신용을 제공하는 전제조건으로 채권자가 요구할 가능성도 없지 않다. 채권자가 채무자의 신용을 보완하도록 하는 것 자체에는 문제가 없지만, 신용보완을 위해 지출하는 비용이 과다할 경우는 문제라 할 수 있다. 채권자가 스스로 신용보완상품을 채무

13) Anthony Rollo, "A PRIMER ON CONSUMER CREDIT INSURANCE", Consumer Finance Law Quarterly Report, Spring, 2000(54 Consumer Fin. L.Q. Rep. 52), p.52.

14) 부가보험의 예로 전자제품 등의 판매시 보증연장(extended warranties), 신용생명보험(credit life insurance), 저당, 자동차대출, 신용카드 등 명의도용보장(identity theft protection) 자동차충돌손해면책(collision damage waivers), 자동차 렌트시 단기책임보험(short term liability insurance) 등이 있다.

15) Tom Baker/PeterSiegelman, "You want insurance with that? Using behavioral economics to protect consumers from add-on insurance products", Connecticut Insurance Law Journal, Fall, 2013(20 Conn. Ins. L.J. 1), p.20.

자에게 추가로 판매할 경우 즉 부가보험의 형태로 운영될 경우 신용을 얻으려는 채무자는 채권자와 부당거래를 할 가능성마저 있다. 이에 관해 소비자에게 긴요하지 않은 서비스일 경우 판매를 금지시키고 소비자에게 필요할 경우에는 이를 상품 판매와 분리하여 온라인으로 별도로 판매하도록 하고, 판매가격을 규제하는 방안 등에 관해 논의가 진행되고 있다.<sup>16)</sup> 소비자신용보험의 유형에 포함되는 부가보험으로서 미국의 경우에는 차액보험(gap insurance)이 문제된 바 있고 영국의 경우에는 지급보장보험(PPI)이 문제되었다.

### (3) 차액보험(gap insurance)

DCDS는 소득능력의 상실로 인한 채무불이행의 위험만을 대상으로 하는데 이와 같이 제한적 위험만을 대상으로 하는 보험으로 차액보험이 있다. 차액보험(gap insurance)<sup>17)</sup>이란 자산(자동차 등)의 실제 가치와 자산에 대한 금융(대출, 리스 등) 잔고간의 차액을 보상하는 보험이다. 예를 들어 자동차 구매자가 신용거래를 통해 자동차를 구입할 경우 자동차는 대출 또는 신용판매의 담보로 역할을 하지만 자동차가 파손될 경우 구매자는 자동차의 현재 가치를 초과하는 채무를 부담할 수 있다. 만일 구매자가 자동차의 파손 또는 도난으로 전체가치를 상실할 경우 구매자의 자동차보험사는 일반적으로 자동차의 가치 또는 실제 현금가치만을 보상한다. 이 경우 구매자는 보험금을 모두 채권자에게 넘기더라도 자신은 신용계약에 따라 계속 상당한 채무를 부담하게 된다. 차액보험을 포함한 차액상품은 채권자에 부담하는 금액과 보험으로부터 받는 보험금간의 차액(gap)을 보충하는 방안으로 개발되었다.<sup>18)</sup> 차액면제상품은 1980년대 중반에 처음으로 도입되어 자동차 구매자에게 점점 더 인기를 끌었는데, 동 상품은 차액면제보험과 차액면제의 두 가지 상품으로 구별된다.

차액면제보험(Gap Waiver Insurance)은 자동차 구매자, 신용제공자, 손해보험사간의 3당사자 계약으로서, 손해보험사는 신용계약에 따라 부담하는 전체 채무와 구매자의 자동차보험자가 전손에 대해 보상하는 보험금간의 차액에 대해 보상한

16) *ibid.*, p.60.

17) 'gap insurance'는 그 의미를 고려할 때 차액보험으로 번역하는 것이 적절하다고 본다. 다만 gap를 guaranty automobile insurance의 약어로 이해하여 차량부가보험으로 번역하는 경우도 있다.

18) Mark S. Edelman/Robert A. Aitken, Thomas/ J. Buiteweg/Jeffrey P. Barringer, "DEVELOPMENTS IN PERSONAL PROPERTY FINANCE: GAP WAIVERS--IS A TREND TOWARD CLARITY BEGINNING?", *Business Lawyer*, February, 2009(64 Bus. Law. 487), pp.487-488.

다.<sup>19)</sup> 구매자는 차액면제보험계약의 보험계약자가 되어 보험자에게 보험료를 납부하고 신용제공자는 피보험자가 되어 차액면제보험계약은 타인을 위한 손해보험의 성질을 가진다. 채권자인 신용제공자는 구매자의 청구에 따라 보험자가 제공하는 금액의 범위 내에서 구매자의 차액금액채무를 면제한다. 실무에서 자동차 구매자가 부담하는 보험료는 자동차구매계약에 관한 신용계약의 일부로서 다시 금융의 형식을 띠게 된다. 차액면제(Gap Waiver)는 구매자와 신용제공자간의 양당사자간의 계약이라는 점에서 3당사자계약인 차액면제보험과는 구별된다. 차액면제계약은 구매자의 차량이 전손된 경우 신용제공자가 구매자의 자동차보험사로부터 보험금을 받아 충당한 후 남은 잔여금액을 면제하기로 하는 계약으로서, 기본이 되는 신용계약의 부가계약의 성질을 가진다.<sup>20)</sup> 구매자는 채권자(신용제공자)에게 차액면제에 대한 비용을 지급하기로 하고 동 비용은 신용계약의 일부로 다시 금융에 포함된다. 차액면제계약을 체결한 채권자는 통상 차액면제에 따른 손실에 대해 별도로 보험계약을 체결한다. 구매자는 채권자의 보험계약의 당사자가 아니며 채권자가 차액금액을 면제할 의무는 보험사가 채권자의 청구에 따라 지급하는지 여부와는 무관하다. 차액면제계약은 이 글의 고찰대상인 DCDS와 상당히 유사한 구조를 가지고 있으며 채권자가 체결하는 보험계약은 CLIP과 유사한 구조를 가지고 있다. 최근 미국에서 은행이 부가보험계약을 체결하는 과정에 불완전판매가 문제되고 있다. 대부분의 경우 마케팅 과정에서 부실표시(misrepresentation)나 주요 사항의 부실공시로 문제되었다.<sup>21)</sup> 그 대표적인 사례가 Capital One은행 사례(2012년)인데, Capital One 은행은 콜센터를 통해 채무보호와 신용조회상품에 관해 허위 과장표시를 한 바 있었다.

19) 많은 주에서 차액면제보험의 법적 성질을 손해보험(property and casualty insurance)으로 보고 주법의 규제를 받으며 손해보험상품에 요구되는 인가요건을 준수해야 하는 것으로 이해한다.

20) 차액면제계약의 성질에 관해서는 보험성을 가지는가 하는 점이 쟁점이 되어 오고 있다. 일부 주 예컨대 테네시주는 이를 아예 입법적으로 해결한 바 있으며, 텍사스주도 입법에 의해 채무면제 합의(Debt Cancellation Agreement)를 보험계약이 아니라는 취지의 입법을 하였다(Sealy Hutchings/ Matthew J. Nance, "DEBT CANCELLATION AGREEMENTS IN TEXAS MOTOR VEHICLE SALES", Consumer Finance Law Quarterly Report, Fall/Winter 2011 (65 Consumer Fin. L.Q. Rep. 315), p.316.).

21) Adam D. Maarec, John C. Morton, "A SURVEY OF ACTIVITIES IDENTIFIED AS UNFAIR, DECEPTIVE OR ABUSIVE BY THE CFPB", Consumer Finance Law Quarterly Report, 2014 (68 Consumer Fin. L.Q. Rep. 19), p.20.

#### (4) 지급보장보험(PPI) 등

영국에서도 부가보험의 형태로 DCDS, CLIP에 상응하는 상품으로는 지급보장보험 또는 GAP 보험을 들 수 있다. 지급보장보험(Payment Protection Insurance: PPI)이란 은행이나 신용공급자들이 일반 대출이나 당좌차월상품 또는 신용카드 이용에 부가하여 판매하는 보험으로, 대출차주가 예상치 못한 사고 및 질병 등으로 사망, 실직하여 대출을 상환하지 못하게 될 경우 보험사가 신용카드 및 각종 담보대출의 채무를 대납해 주는 보험계약이다. 그리고 자동차구매보증(Guaranteed Automobile Protection: GAP)보험<sup>22)</sup>이란 자동차의 전손·도난시 자동차의 잔존가격과 시장가격의 차이를 보상해 주는 보험으로서 일반적으로 차량을 판매하면서 함께 판매된다. PPI는 일반 대출과 관련되는 데 반해 GAP보험은 자동차 신용판매와 관련된다는 점에서 좀 더 협소하지만 양자 모두 credit insurance이고 부가보험성을 가진다는 점에서 유사하다.

영국에서 DCDS나 CLIP에 상응하는 이들 보험의 판매과정에 불완전판매로 인한 대규모 금융소비자 피해가 발생하여 2010년 영국 금융감독청(FSA)의 소비자보호 조치가 이루어지게 되는 이른바 ‘PPI 스캔들’이 문제되었다. PPI 판매의 불공정행위를 근절하기 위한 금융당국의 많은 노력이 있었으나 그다지 효과를 거두지 못했으며, 글로벌 금융위기 이후 FCA<sup>23)</sup>가 소비자보호를 위해 보다 적극적인 방법으로 불공정거래를 규제하고 있다. 강도 높은 규제를 하였음에도 PPI 불공정판매가 억제되지 않은 주요 원인을 판매 관련 담당자에 대한 부적절한 인센티브 제공으로 판단하였고, 사적 영역에 속하는 금융회사 인센티브 제도는 공시강화를 통해 소비자가 최선의 선택을 하도록 유도하였다. 그러나 이러한 노력에 한계가 있음을 인정하고 감독당국이 개입하기에 이르렀다. 즉 PPI와 같이 주요상품에 부가 판매되는 상품의 불완전판매가 증가하자 FSA는 2012년 12월부터 부가상품 판매시장의 효율성에 대한 연구를 시작하였다. FCA는 2014년 3월에 다섯 가지 보험상품시장<sup>24)</sup>에 관해 분석한 결과, 부가상품판매 시장이 효율적이지 않으며 부가판매체계가 소비자로서 하여금 비합리적인 의사결정을 하도록 영향을 미친다는 결론에 이르

22) 앞서 언급한 차액보험인 GAP보험과는 구별되는 개념이지만 차액보험이 자동차구매시에 체결되면 결국 자동차구매보증과 유사하게 된다.

23) FSA(Financial Supervisory Agency, 금융감독청)는 2013년 4월 1일 PRA(Prudential Regulatory Agency, 건전성 감독기구)와 FCA(Financial Conduct Agency, 영업행위 규제기구)로 분리되었다.

24) 이에에는 여행자보험, 구매물품 보험, 자동차구매보증(GAP), 주택제해보험, 개인상해보험 등이 포함된다.

렸다. 그리고 GAP보험에 관해서도 시장조사를 실시한 후 GAP보험시장의 판매체계가 소비자의 의사결정에 미치는 영향이 특히 큰 것으로 나타나는 문제점이 지적되어, 이에 대한 금융당국의 조치가<sup>25)</sup> 실행된 바 있다.

### III. 신용카드 채무면제·유예계약의 법적 성질

#### 1. 법적 구조

신용카드 채무면제·유예는 신용카드회원이 일정 수수료를 지급하고 회원에게 보장사고가 발생하는 경우 해당 보장채무액을 면제하거나 결제금액 상환을 유예하는 유상의 금융서비스상품이다. 신용카드 채무면제·유예의 개념을 분석하면 첫째, 회원의 사망, 장애 등 우연한 사고 발생을 조건으로 사업자가 일정한 급부를 하고 다수의 신용카드회원의 가입이 예상되므로 회원의 사망, 장애로부터 발생하는 일부 위험의 전가와 분산을 예정하고 있다. 둘째, 유상의 서비스로서 회원은 수수료를 지급하고 사업자인 신용카드사는 조건부 급부라는 서비스를 제공한다. 셋째, 가입회원에게 지급되는 급부는 보장사고를 당한 회원에게 발생한 손해의 보상이 아니라 보장채무액을 면제 또는 유예를 내용으로 한다. 넷째, 동 서비스는 모든 자에게 개방되어 있지 않고 신용카드회원에게만 제공되는 폐쇄적인 서비스이다.

실무상 이용되고 있는 신용카드 채무면제·유예로서 신용카드 채무면제·유예상품에 관한 약관의 특징적인 내용을 보면, 일정 연령(보장연령: 20세-60/70세)에 미달하거나 초과하는 경우, 심신상실자·심신박약자인 경우 가입을 제한하고 가입하더라도 이를 무효로 하는 규정(동 약관 제7조)이 있으며, 보장사고에서 배제되는 면책 사유로, 상품가입자 등의 고의로 인한 보험사고, 불가항력적 보장사고, 제한된 기왕증에 의한 사고 등을 열거하고 있다(동 약관 제11조). 그리고 보험계약에서 고지

25) 2013년 FSA가 판매직원의 성과보상체계 관련 문제점을 분석하여 불완전판매를 유발할 수 있는 보상체계의 대표적 유형과 함께 향후 개선방향에 대한 가이드라인(Final guidance: Risks to customers from financial incentives, January 2013)을 제시하였다. 그리고 FCA는 2015년 부가상품 판매체계가 소비자 행동에 미치는 영향을 분석하여 제도개선안을 제시하였고, 2015년 6월 위 보고서를 토대로 우선 GAP보험시장에 한정하여 소비자에게 필수정보 제공과 사후동의로 구매확정을 내용으로 하는 두 가지 개선안(Guaranteed Asset Protection insurance: competition remedy including feedback on CP14/29 and final rules, June 2015)을 확정하여 2015.9.1.부터 시행하였다.

의무에 관한 규정과 유사하게 상품가입 전 신청자의 병력사항 등에 관한 고지하여야 하고, 이를 불고지 또는 부실고지할 경우 가입계약을 해지할 수 있음을 정하고 있다(동 약관 제12조, 13조), 이러한 약관상의 구조를 기초로 하여 신용카드 채무면제·유예계약의 법적 성질을 고찰하되 우리보다 먼저 DCDS의 보험성이 문제된 미국의 논의를 소개한 후 논의를 진행한다.

## 2. 미국에서의 논의

### (1) 개요

DCDS<sup>26)</sup>에 상응하는 금융상품이 미국의 경우 주마다 그 용어를 달리하여 사용되고 있으나, DCDS와 관련된 대표적인 예로 채무보호상품과 채무면제계약을 들 수 있다. 채무보호상품(Debt Protection Product: DPP)이란 채무자의 사망, 장애, 기초구매계약의 목적물인 물건을 상실한 경우(보험사고) 대역자가 계약상의 채무의 전부 또는 일부를 소멸, 유예, 면제하는 대역자와 차용인간의 계약을 의미하며, 채무보호상품은 기초가 되는 채무자와 채권자간의 관계에 종속한다.<sup>27)</sup> 채무면제계약(Debt Cancellation Contract: DCC), 유사한 유형으로 채무유예계약(Debt Suspension Contract: DSC)이란 일정한 사고가 발생할 경우 대역자가 대출계약상의 채무를 소멸(유예)시키는 합의로서, 일정한 사고는 달리 정할 수 있지만 대체로 채무자의 사망, 장애, 실업 등이다. 채무보호상품 또는 채무면제(유예)계약은 채무자와 채권자간의 계약으로서 이 글에서 고찰하고 있는 DCDS와 유사한 계약이다.<sup>28)</sup> 이하에서는 DCDS와 구조적으로 가장 근접한 부가보험인 채무보호상품, 채무면제(유예)계약 등을 중심으로 그 법적 성질을 살펴보고 보험상품으로서 이와 유사한 성질을 가진

26) DCDS는 미국에서는 본문에서 보는 바와 같이 DCC, DSA, DPP 등으로 호주, 뉴질랜드에서는 Loan Protection(대출보호)로 통칭된다(KB금융지주경영연구소, 앞의 보고서, 1면); DCDS나 CLIP의 유사 상품으로서 판매된 바 있는 미국의 신용카드보상프로그램(credit card reward program), 채무보장상품(debt protection products), 명의도용보호(identity theft protection), 차량서비스계약(vehicle service contracts), 차액보험(GAP insurance) 등은 상품판매 과정에서 다양한 불공정한 사례가 문제된 바 있다.

27) Wyoming Insurance Commissioner, MEMORANDUM 02-2004

28) 그밖에 계약책임보험(Contractual Liability Policy: CLP)이란 채무자에게 채무보호상품을 판매한 채권자의 계약상의 책임을 보장하는 보험이다(Wyoming Insurance Commissioner, MEMORANDUM 02-2004). 그리고 계약책임소멸보험(Debt Cancellation contractual liability Insurance)이란 유상으로 차용인과 채무면제(유예)계약을 체결한 대역자에게 보험자가 소멸(유예)된 채무액을 보상하는 보험이다. 계약책임소멸보험 또는 계약책임보험은 채권자와 보험자간의 계약으로서 CLIP에 유사한 계약이라 할 수 있다.

차액보험과의 관계를 본다. 아울러 이들 상품의 판매에 대한 규제도 필요한 범위 내에서 살펴본다.

## (2) 논의의 연혁

채무면제·유예서비스(DCC/DSC)에 관한 감독권 귀속은 미국에서는 오래 전부터 쟁점이 되어 왔다. 1963년 미국의 통화감독청(OCC)이 채무면제계약(DCC)을 국법은행(national bank)의 영업활동으로 본다는 입장을 발표하였다. 이에 대해 보험감독관협의회(NAIC)는 1964년 반대의 입장을 밝힌 바 있었지만 실제 국법은행은 채무면제서비스를 거의 취급하지 않아 문제가 되지 않았다. 그러던 중 1984년에는 통화감독청은 국법은행의 신용보험상품 취급도 허용된다는 유권해석(Interpretive Letter No. 263)을 하였고 신용보험의 판매는 여신의 가치를 보전하기 위한 국법은행의 부수업무가 되었다. 알칸사스주에서 신용보험에 대한 규제가 발단이 되었는데, 동 주의 국법은행이 채무면제서비스를 판매하기 시작하자 동 주 보험감독국은 채무면제서비스는 신용보험과 유사한 서비스이므로 보험감독의 대상이라는 입장을 밝혔다. 이는 소송으로 발전되어 채무면제서비스는 신용보험상품이 아니라 국법은행의 부수업무라는 원고 승소판결이 지방법원<sup>29)</sup>, 연방고등법원<sup>30)</sup>, 연방대법원<sup>31)</sup>을 거쳐 확정되었다. 이후 1998년 통화감독청은 국법은행이 채무유예계약을 취급할 수 있다는 유권해석(No. 827)을 하였고, 채무면제서비스로 인한 손실보전을 위해 자회사인 보험사로부터 책임보험(liability policy)을 매입할 수 있도록 허용하였다. 이후 Gramm-Leach-Bliley Act(GLBA)가 제정된 후 채무면제·유예서비스에 대한 감독권이 다시 쟁점이 된 상황에서 2002년 통화감독청은 채무면제·유예서비스 규정을<sup>32)</sup> 제정하여 오늘에 이르고 있어,<sup>33)</sup> DCDS를 둘러싼 법적 성질론은 현재진

29) FIRST NATIONAL BANK OF EASTERN ARKANSAS v. Robert M. EUBANKS, 740 F.Supp. 1427; 본 사건에서는 주정부가 은행이 체결한 채무자와 채무면제합의를 규제할 권한이 있는가 하는 점이 다투어졌다. George Howard, Jr 판사는 1) 동 합의는 은행이 지급되지 않은 채무를 인수하거나 현금보유에 의존하여 채무자의 사망시 면제하는 것이고 이는 국법은행법의 은행의 영업과 직접 관련되며, 2) 은행이 동 합의를 하였다고 McCarran-Ferguson법에 따른 주정부의 규제를 받는 “보험 영업”을 한 것이 아니라고 판시하였다.

30) FIRST NATIONAL BANK OF EASTERN ARKANSAS v. Ron TAYLOR, 907 F.2d 775(U.S. Court of Appeals, 8<sup>th</sup> Circuit); 본 항소심에서 Lay 판사는 1) OCC는 국법은행에 계약을 허용함에 있어 국법은행법에 따른 권한 범위 내에서 행위하였고, 2) 계약에 대한 국법은행법의 우선적 효력은 McCarran-Ferguson법의 “보험영업”의 주정부 규제에 관한 규정에 의해 제한되지 않는다고 판시하였다.

31) Ron TAYLOR v. FIRST NATIONAL BANK OF EASTERN ARKANSAS, 111 S.Ct. 442(Supreme Court of U.S.); 동 판결에서는 심리는 속행되지 않고 상고를 기각하였다.

행형이라 할 수 있다.

### (3) 보험긍정설

현재 미국에서는 DCC/DSC의 법적 성질에 관해 보험으로 보는 견해와 이를 부정하는 견해가 대립하고 있다. 보험긍정설을 따르고 있는 뉴욕주 보험청은 DCC/DSC 약정은 뉴욕주 보험법상 보험계약에 해당한다고 본다.<sup>34)</sup> 같은 취지의 뉴욕주 판례로는 *Barna v. Clifford Country Estates*<sup>35)</sup>와 *Luc Leasing Corp. v. Muhl*<sup>36)</sup> 판결이 있다. 동 견해는 은행 등 금융회사가 고객(채무자)과 채무면제·유예약정을 체결하기 위해서는 보험업 허가를 받거나 법령에서 인정한 경우가 아니라면 허용되지 않는다고 본다. 이를 구체적으로 보면, 대여자 또는 리스제공자가 채무면제계약을 체결하는 것은 뉴욕 보험법(McKinney 2000) §1101에 따라 뉴욕주의 보험영업에 해당하고, 주법이나 우선적 효력이 있는 연방법률에 의해 면제되지 않는 한 동법 §1102에 따라 인가를 요한다. Gramm-Leach-Bliley Act § 104(d)(1), (e)(3)<sup>37)</sup> 규정은 은행이 신용카드 소지인과 신용카드대출과 관련하여 체결한 채무면제계약 또는 채무유예계약의 인수에 관한 주법 규정에 우선한다고 본다. 하지만 연방법의 우선규정에 도 불구하고 보험에 관한 주법의 예외규정에 따라, 채무면제계약에 관해 리스제공자 또는 채권자에게 보상하는 것은 채무면제의 근거에 따라 각각의 보험에 해당한다고 본다.

32) 12 CFR Part 7, 37; 신용카드거래와 같이 채무액이 변동하는 거래(open-ended credit)에 관한 규정을 간단하게 보면, DCC(Debt Cancellation Contracts)/DSA(Debt Suspension Agreement)는 1) 선택적이어야 하고, 2) 합리적인 사람으로 하여금 착오를 일으키지 않도록 하여야 하고, 3) 채권자에 의해 일방적으로 수정될 수 없으며, 4) 정기적 수수료 지급이 1차적으로 요구되어야 하고, 5) 금융기관은 적절한 준비금 또는 CLIP을 통해 위험을 관리하여야 하며, 6) 모든 중요 계약조항과 조건은 공시(안내)되어야 하고, 7) 광고는 공시요건에 따라야 하며, 8) 지점거래는 일정한 규제대상이며, 9) 고객이 안내받았음을 서면으로 확인하여야 하고, 10) 전화에 의한 판매, 광고전단, 메일첨부 등은 일정한 규제에 따른다고 규정하였다 (<http://www.occ.treas.gov/news-issuances/bulletins/2002/bulletin-2002-40.html>).

33) 이상재, 「채무면제·채무유예 금융 서비스와 정책 과제」, 한국금융연구원, 2006.2. 24-32면.

34) NY General Counsel Opinion 6-27-2002. <http://www.ins.state.ny.us/rg206272.htm>

35) 258 N.Y.S. 671(1932)

36) 659 N.Y.S.2d 422(1997)

37) 15 U.S.C. § 6701(d)(1), (e)(3)(2000); 동 규정은 보험의 판매, 판매권유 등을 제외하고 각 주는 저축은행 등이 본 법에서 허용된 행위를 금지할 수 없다는 원칙규정을 두면서, 주법은 저축은행의 보험판매 등에 관해 일정 수준의 규제를 할 수 있다는 예외규정을 두었다.

#### (4) 보험부정설

채무보호상품(DCC/DSC)이 보험계약이 아니라고 하는 입장으로 미국 와이오밍주 보험청이 있다. 동 보험청은 신용카드 채무면제·유예약정은 보험계약이 아니라고 해석한 바 있다.<sup>38)</sup> 채무보호상품은 일방 당사자가 확인 가능한 위험에 관해 확정 가능한 이익을 제공하는 계약으로서 동 상품의 개념요소는 보험으로 분류될 수 있는 요소를 가지고 있으며, 보험의 개념을 가장 넓게 해석하면 채무보호상품을 포함하게 된다고 본다. 하지만 전통적 보험은 확정된 조건이 성취되어 피보험자가 손실을 입을 경우 동일한 입장에 있는 당사자의 단체로부터 적립한 보험료기금에서 보험자는 손실을 보상한다. 그런데 채무보호상품에서 채무자는 손실과 무관한 이익을 받으며 채권자는 채무의 소멸 이외에 어떠한 조치도 취할 것이 요구되지 않는다. 비록 채무면제계약이 채무자의 위험을 은행에 이전하지만, 계약은 은행이 투자위험을 인수하거나 차용인에게의 지급을 요구하지 않는다. 따라서 주의 보험 규정 뒤에 있는 주되고 전통적인 관심(채무불이행의 방지)은 채무면제계약을 선택하는 차용인과 무관하다고 본다.<sup>39)</sup> 동 계약은 주법과 연방법의 보험계약의 요건<sup>40)</sup>을 갖추지 못하였으므로 채무자와 채권자간의 채무보호상품은 보험계약이 아니라고 보았다. 따라서 동 상품은 소비자를 보호하기 위해 자산의 축적을 요구하는 것도 아니고 채권자의 채무능력 또는 지급불능을 조건으로 하지도 않으며, 위험의 인수라는 요소와 주된 대출계약에 종속적이라 보았다.

#### (5) 유사계약과 구별

채무면제계약(DCC) 또는 채무유예계약(DSC)과 신용보험, 보증보험의 관계가 문제된 바 있다. 신용보험이나 보증보험은 채무불이행을 보험사고로 하는데 반해, DCC/DSC의 보상조건은 소득능력상실이라는 보장사고의 발생에 따른 채무면제·유예청구 또는 채무면제·유예라는 점에서 구별된다. 다만 DCC/DSC가 채무불이행을 조건으로 한 경우에는 보증보험과 유사하게 볼 가능성도 있다고 보았지만, DCC/DSC의 경우에는 책임 발생이 전제되지 않으므로 책임보험과는 구별된다고 보

38) WY Memorandum 02-2004

39) 채무보호상품과 전통적 보험간의 차이는 First National Bank of Eastern Arkansas v. Taylor, 907F.ed 775(8th Cir.), cert. denied, 498 U.S. 972 (1990)의 청구원인에 명시되어 있다.

40) 와이오밍주는 보험계약의 요소(five elements for insurance)로 1) 피보험이익, 2) 손실 위험, 3) 보험자에 의한 위험의 인수, 4) 동일 위험에 처한 자간의 위험의 분산, 5) 위험인수의 대가로 보험료 지급 등을 들고 있다.

았다. DCC/DSC와 차액보험(GAP보험)과의 관계가 문제되었는데, 양자는 모두 채무 면제로 인한 미확정의 손실을 보장한다는 점에서 일단 유사성을 가진다. 그러나 1) GAP보험은 재산의 전손이 있어야 하는데, DCC는 재산상의 손실은 요구하지 않는다는 점. 2) GAP보험은 GAP만큼의 손실을 커버하지만 DCC는 리스 또는 신용거래의 전액이 면제된다는 점에서 구별되므로 DCC/DSC는 엄격한 의미에서 GAP보험과는 구별된다고 보았다. 하지만 뉴욕주 보험법 제1113조 30항<sup>41)</sup>은 설사 엄격하게 동일한 보험에 해당하지 않더라도 Superintendent의 권한으로 동일한 보험으로 간주할 수 있는 규정을 두고 있는데, 뉴욕주는 DCC/DSC를 GAP보험과 동일한 보험으로 취급한다고 선언하고 있다.

### 3. 법적 성질<sup>42)</sup>

#### (1) 보험성 검토

신용카드 채무면제·유예계약은 우선 보험계약과 매우 유사한 특징을 가지고 있다. 즉 동 계약은 신용카드회원의 위험의 전가와 분산을 목적으로 하고 있어 보험적 방법을 사용하고 있다고 볼 수 있다. 그리고 우연한 사고라는 조건이 성취되면 일정한 급부가 제공된다는 점에서 보험적 구조를 가지고 있다고 볼 수 있다. 뿐만 아니라 신용카드 채무면제·유예약관에는 고지의무에 관한 규정을 두고 있고(동 약관 제12조, 13조), 불가항력에 의한 면책(동 약관 제11조) 등 보험약관과 유사한 조항들을 가지고 있어 신용카드 채무면제·유예를 보험의 일종으로 해석할 여지가 없지 않다. 신용카드 채무면제·유예를 사실상의 신용보험<sup>43)</sup>으로 보고 신용카드 채

41) §1113(a) (30) "Substantially similar kind of insurance," means such insurance which in the opinion of the superintendent is determined to be substantially similar to one of the foregoing kinds of insurance and thereupon for the purposes of this chapter shall be deemed to be included in that kind of insurance.

42) 신용카드 채무면제·유예의 법적 성질은 동 상품거래를 보험거래로 볼 것인지 아니면 은행거래 등 기타거래로 볼 것인지 하는 점(보험성)에 관한 논쟁이다. 이와 유사하게 CDS(Credit Default Swap)의 법적 성질에 관해서도 이를 파생상품으로 볼 것인지 아니면 신용보험으로 볼 것인지 하는 점이 논란이 되고 있다(이에 관해서는 정경영(Gyung Young Jung), "Is credit derivatives including credit default swap an insurance and thus should be regulated by insurance business act?", 『금융법연구』, 한국금융법학회, 2012. 8. 3-32면 참조, 특히 신용카드 채무면제·유예의 기능이 후술하는 바와 같이 경제적으로 신용보험적 기능을 수행하고 있어 DCDS, CDS, Credit Insurance에 관한 종합적 고찰도 요구되고 있다.

43) 신용보험을 채권자, 채무자, 보험자의 삼자간 계약으로 보는 견해(이순호, "채무면제·채무유예 서비스의 활성화를 위한 제언", 『주간 금융브리프』, 17권 6호(2008.2.9.) 10-11면)가 있는데, 이는 잘못된 견해이다. 채권자가 보험계약자 및 피보험자가 되는 신용보험은 전형적인 자기를 위한

무면제·유예를 보험업법의 규제 대상에 포함시키는 것이 바람직하다는 견해도 있다.<sup>44)</sup> 다만 일반 보험약관과 달리, 가입자의 자격이 제한되어 있고 조건 성취시 사업자는 적극적인 급부를 하는 것이 아니라 소극적으로 자신의 채권을 면제하거나 유예한다는 점에서 보험과는 구별된다. 즉 신용카드 채무면제·유예에 따른 급부는 우연한 사고와 인과관계를 가지는 손해의 보상이 아니고 채무의 면제 또는 유예라는 점에서 손해보험과 구별되며, 손해보험의 일종인 신용보험과도 구별됨은 후술한다. 신용카드사의 채권의 면제, 유예를 일정한 가치로 이해하여 일정한 금전적 가치의 지급이라고 볼 경우 오히려 인보험과 유사할 수 있지만, 보험금이 당사자의 약정에 의해 미리 정해져 있는 것이 아니라 당사자가 당시 부담하는 채무액이어서 가변적이므로 정액보험인 인보험과도 구별된다. 요컨대 신용카드 채무면제·유예는 보험적 구조를 가지고 보험적 방법을 사용하고 있지만 급부와 관련하여 손해보상성을 가지지 않아 손해보험과 구별되고 급부가 부정액이라는 점에서 정액보험인 인보험과도 상이하다고 할 수 있다. 다만 신용카드 채무면제·유예의 보험성에 관해 외국에서도 다툼이 되고 있어 신용카드 채무면제·유예가 보험상품에 해당하지 않는다는 점을 아래에서 보다 분석적으로 고찰한다.

## (2) 비보험적 요소

### 1) 위험의 내용(손해보험과의 구별)

신용카드 채무면제·유예에 관해 보험적 구성을 할 경우 사업자에 전가되고 분산되는 위험은 무엇인가? 신용카드 채무면제·유예약관의 보장사고에서 보듯, 가입자의 사망, 치명적 장애, 질병진단, 장기입원·요양, 비자발적 실업, 소득상실 등이다. 이러한 위험이 현실화될 경우 가입자는 경제적 곤궁상태에 빠질 것이 예상되어 그 위험의 전가를 시도할 수 있다. 그런데 신용카드 채무면제·유예는 이러한 보장사고로 인한 신용카드대금의 지급의 어려움만을 위험의 내용으로 하고 있다. 따라서 보험사고와 손해간의 인과관계를 요구하는 손해보험과는 달리, 보장사고가 발생하면 사고와 인과관계가 없더라도 신용카드대금의 면제 또는 유예라는 일정한 금전적 이익이 부여되므로 손해보험이라고 보기 어렵다. 그리고 위험의 본질을 보더라도

---

보험으로서 보증보험이 3자간 계약이면서 타인을 위한 보험인 점과 구별된다. 신용보험에서 채무자의 지위는 보험계약상의 지위가 아니라 보험사고 즉 채무불이행의 주체로서만 의미를 가진다(정경영, 앞의 책 921면 참조).

44) 김해식, 서성민, “CDS와 DCDS, ‘동일 위험, 동일 규제’의 원칙 적용해야”, Kiri Weekly, 2010. 4. 26. 1면; 동 견해는 DCDS뿐만 아니라 CDS(신용부도스왑)도 포함하여 신용보험에 적용하고 있는 자본규제 등을 준용하여 규제차익을 줄여야 한다고 본다.

도, 이는 가입자(채무자)의 위험이 아니라<sup>45)</sup> 오히려 사업자(채권자)의 위험 즉 신용카드사가 채권을 행사하기 어렵게 된다는 측면이 강하다는 것도 특징이다. 왜냐하면 가입자에게 보장사고가 발생할 경우 가입자는 채무불이행에 빠질 가능성이 많아 사업자의 채권이 부실화될 위험이 발생한다고도 볼 수 있기 때문이다. 요컨대 신용카드 채무면제·유예의 대상이 되는 위험은 채무자의 위험(소극적 위험)뿐만 아니라 채권자의 위험(적극적 위험)도 포함된다고 본다.

## 2) 보상금액 등(정액보험과의 구별)

신용카드 채무면제·유예의 보장사고와 손해간의 인과관계가 요구되지 않고 일정한 금전적 이익이 부여되므로 손해보험으로 볼 수 없다고 한다면, 이를 정액보험 유사의 보험으로 해석할 수 있는가? 하지만 신용카드 채무면제·유예는 다음과 같은 이유에서 정액보험성도 가지고 있다고 보기 어렵다. 첫째, 신용카드 채무면제·유예의 보상금액은 보험계약과는 달리 가입자와 사업자가 미리 약정한 특정금액이 아니라 보장사고 발생 당시 가입자가 부담하고 있는 채무액이다. 둘째, 보장사고가 발생한 경우 가입자인 채무자에게 그 채무액에 해당하는 보상금액 지급청구권이 발생하는 것이 아니라 가입자의 채무를 면제(또는 유예)하는 것이 보상의 내용이다. 즉 보장사고가 발생한 경우 가입자에게 보상금청구권이 발생하고 이를 금전채무로서 상계적상에 있는 가입자의 채무와 상계처리 하는 것이 아니라 가입자의 채무가 면제되거나 유예되는 효과만 발생할 뿐이다. 셋째, 일반 정액보험과 달리 기본계약 즉 신용카드이용계약이 전제되어 있어 신용카드이용계약 자체가 무효일 경우에는 채무면제·유예의 효과가 발생하지 않는다. 넷째, 정액보험은 동질적 위험을 대상으로 보험상품이 구성되는데, 신용카드 채무면제·유예의 보장사고는 사망, 장애와 같은 사고뿐만 아니라 장기실업, 소득상실과 같은 동질적이지 않은 위험을 모두 동일한 상품으로 구성하여 위험을 인수한다는 점에서 정액보험과 구별된다. 다섯째, 정액보험은 인보험의 성질을 가지므로 사람의 신체에 관한 사고가 보험사고가 되는데, 신용카드 채무면제·유예의 보장사고는 사람 신체에 관한 사고뿐만 아니라 손해보험의 사고와 유사한 물적 위험 즉 장기실업, 소득상실 등이 보험사고에 포함되어 있어 정액보험과는 구별된다. 요컨대 신용카드 채무면제·유예계약은

45) 보장사고 중 사망의 경우 채무는 상속인에게 승계되든지 또는 상속포기의 대상이 되어 사실 채무자인 신용카드회원에게는 위험이 되지 않는다. 그리고 기타 사유에서도 신용카드회원이 소득능력을 상실하게 되어 채무를 변제할 능력이 없으면 채무불이행이 되고 그 자체가 신용카드회원에겐 새로운 위험이 발생한다고 보기도 어렵다.

기본계약(신용카드 이용계약)이 전제되고 보험금 또는 보상금청구권이 발생하지 않고 채무면제·유예의 효과만 발생한다는 점에서 정액보험으로도 해석하기 어렵다고 본다.

### 3) 위험의 전가(보험성에 관한 의문)

보험계약의 본질적 속성 중의 하나는 위험의 전가이다.<sup>46)</sup> 즉 보험계약자 또는 피보험자가 자신의 위험을 보험자에게 전가한다고 하는 것이 보험의 목적이며, 보험자가 위험을 인수하는 대가로 보험계약자는 보험자에게 보험료를 지급한다. 그런데 신용카드 채무면제·유예계약에서는 다음과 같은 점에서 보험계약의 본질이라고 할 수 있는 위험의 전가가 제대로 나타나지 않는다고 본다. 첫째, 신용카드대금의 채무자와 채권자간에 체결되는 계약이어서 채무자가 타인에게 위험을 외형상 전가하는 보증보험이나 채권자가 위험을 전가하는 신용보험과 달리, 위험(보장사고 발생으로 인한 채무불이행의 위험)은 신용카드 채무면제·유예계약 체결 전후 변화 없이 채권자에게 귀속할 뿐이다. 둘째, 신용카드 채무면제·유예는 외관상 채무자인 신용카드회원의 채무불이행의 위험을 신용카드회사에 전가하는 것처럼 보이지만, 사실상 신용카드대금채무에 관한 신용위험은 채권자인 신용카드회사에 귀속하는 위험이다. 셋째, 보장사고가 발생하였을 경우 위험의 현실화에 따른 급부가 이뤄지는 것이 아니라 신용카드회사가 신용카드 채무면제·유예계약에 따라 자신의 채무인 카드대금채무의 면제 또는 유예를 할 뿐이어서 위험의 전가가 전제된 것이 아니다. 넷째, 위험의 전가가 사실상 일어나지 않으므로 보험상품만큼 채권자(보험자적 지위)의 파산위험에 대한 강력한 보호장치가 요구되지 않는다.<sup>47)</sup> 다섯째, 위험과 보장사고가 직접 관련되지 않아 보험과 달리 신용카드사가 보장사고를 약관에서 탄력적으로 정하더라도 문제되지 않는다. 요컨대 신용카드회원과 신용카드사는 신용카드 채무면제·유예계약을 통해 위험을 전가하는 것이 아니라, 신용카드사는 채권자의 입장에서는 채권의 면제이고 신용카드회원은 채무자의 입장에서는 채무를 면제받는 것에 지나지 않는다. 이를 자가보험이라는 용어를 사용하는 경우도

46) Robert Merkin, *Colinvaux's Law of Insurance*, Thomson Reuters Ltd. 2010, p.9; Wolfgang Römer/ Theo Langheid, *Versicherungsvertragsgesetz(VVG)*, Verlag C.H. Beck München, 2003, p.185.

47) 다만 앞서 언급한 바와 같이 OCC의 DCC에 관한 규정에서 보는 바와 같이 신용카드회사로 하여금 준비금을 적립하게 하거나 계약상보상책임보험계약을 체결하게 하는 등의 보호장치는 요구된다고 본다.

있으나<sup>48)</sup> 이는 상법이나 보험업법에서 명시하는 보험에는 해당하지 않는다.

#### 4. 소결

신용카드 채무면제·유예는 외관상 일응 위험의 전가·분산이라는 보험 유사의 방법을 사용하고 있고 우연한 사고를 조건으로 하는 급부의무를 약정하고 있어 보험과 유사하게 볼 여지가 있다. 하지만 보험사고와 손해간의 인과관계가 요구되지 않아 손해보험과 구별되고, 보장사고 발생시 보험금이 지급되는 것이 아니라 단순히 채무자의 채무유예·면제라는 효과만 발생할 뿐이므로 정액보험과도 본질적 상이함이 존재한다. 즉 신용카드회원의 소득능력 상실이라는 보장사고로 인해 발행하는 손해를 보상하는 것이 아니라 그로 인한 신용카드대금채무 불이행이라는 위험만 해소한다는 점에서 손해보험이나 정액보험으로 보기 어렵다. 오히려 가입자에게 보장사고가 발생할 경우 가입자의 이행지체의 위험과 사업자의 채권 부실화의 위험(이하에서 양자의 위험을 ‘채무자의 채무불이행 위험’이라 함)을 일정한 수수료료를 받고 이러한 위험을 인수<sup>49)</sup>한 것으로 볼 수 있다. 신용카드 채무면제·유예 약관에서 나타난 고지의무라든가 면책사유 등은 위험인수계약을 함에 있어서 도입한 보험계약에 유사한 일정한 요건으로 이해할 수 있다.

경제적 관점에서 볼 때, 신용카드 채무면제·유예는 채무자의 채무불이행이라는 위험을 채무자가 지급하는 수수료료를 대가로 채권자가 스스로 인수하는 것이다. 채무자나 채권자가 자신의 위험을 타인인 보험자에게 전가하는 계약보험 예컨대 보증보험, 신용보험, 책임보험과는 달리 위험의 전가가 발생하지 않고 ‘위험의 인수’만 존재한다. 따라서 채무자가 일정한 조건의 성취를 요건으로 하여 채권자가 위험을 인수하되 이를 채무면제·유예의 형식으로 하는 유상의 서비스를 신용카드 채무면제·유예의 실체로 보는 것이 타당하다고 본다. 요컨대 채권자인 사업자가 가입자인 채무자의 채무불이행의 위험을 스스로 인수하는 신용카드 채무면제·유예는 채무자의 보장사고 발생을 조건으로 하는 유상의 조건부 채무면제(유예)계약의 성격을 가진 것으로 볼 수 있다. 이렇게 위험을 인수한 사업자는 그 위험을 다시 다른 자에게 전가할 수 있는데, 이는 위험의 전가가 되어 보험계약의 성질을 가질

48) KB금융지주경영연구소, 앞의 보고서, 4면

49) 이런 점에서 엄밀하게 볼 때 보험의 형식이라 할 수 있는 위험의 분산·이전이라는 현상도 나타나지 않는다고 할 수 있다.

수 있으며 현재 실무상 계약상보상책임보험(CLIP)의 형식으로 활용되고 있다.

#### IV. 신용카드 채무면제·유예계약에 대한 규제

##### 1. 보험업법의 적용 - 신용보험성 검토

신용카드 채무면제·유예가 사실상 보험적 기능을 수행한다는 이유로 이를 보험의 하나로 귀속시켜 규제하는 것은 앞서 고찰한 바와 같이 신용카드 채무면제·유예가 보험의 특징을 결여하고 있어 적절하지 못하다고 본다. 이에 대해 신용카드 채무면제·유예를 신용보험으로 보고 보험업법의 규제 대상에 포함시키는 것이 바람직하다는 견해가 있음을 앞서 보았다.<sup>50)</sup> 동 견해는 신용카드 채무면제·유예가 외형상 채무자와 채권자의 양자 계약으로서 대출의 일부로 보이지만, 내용에서는 채권자인 금융회사가 위험인수자가 되어 신용위험을 인수하고 채무자에게 수수료를 받는 구조로서 사실상 일반 금융회사가 신용보험을 취급하는 것으로 본다. 따라서 ‘동일위험 보장, 동일 규제’의 기능별 규제 원칙이 확립되어 있고 통합감독기구가 존재하는 금융시장에서 신용카드 채무면제·유예에 대한 감독은 보험업법의 테두리 안에서 적용됨이 바람직하다고 주장한다. 아울러 신용카드 채무면제·유예는 위험인수를 본업으로 하지 않는 금융회사가 신용위험을 전가하지 않고 스스로 보유하는 방향으로 업무점영을 추구한다는 점에서 금융회사의 재무건전성을 높이기 위해 위험전가를 장려하는 현행 금융감독 추세와도 불일치한다고 비판한다.<sup>51)</sup>

신용카드 채무면제·유예와 신용보험을 비교하면 양자 모두 기본계약을 전제한다는 점, 채권·채무가 전제되어 있다는 점, 그리고 신용위험과 관련된다는 점에서는 유사한 점이 없지 않다. 그러나 신용카드 채무면제·유예의 신용보험성을 긍정하는 견해는 다음과 같은 이유에서 부적절하다. 첫째, 신용카드 채무면제·유예는 채무자가 수수료(보험료 유사)를 지급한다는 점에서 채권자가 보험료를 부담하는 신용보험과 구별되며 수수료 납부주체만을 기준으로 한다면 오히려 보증보험과 유사하다

50) 김해식, 서성민, “CDS와 DCDS, ‘동일 위험, 동일 규제’의 원칙 적용해야”, 「Kiri Weekly」, 2010. 4. 26. 1면; 동 견해는 DCDS뿐만 아니라 CDS(신용부도스왑)도 포함하여 신용보험에 적용하고 있는 자본규제 등을 준용하여 규제차익을 줄여야 한다고 주장한다.

51) 상계자료, 9-10면.

는 점, 둘째 신용카드 채무면제·유예상품 판매 전후에 여전히 신용위험은 채권자가 그대로 부담하므로 보험의 본질이라 할 수 있는 위험의 전가가 없다는 점, 셋째 신용카드 채무면제·유예상품을 판매한 신용카드사는 자신의 위험을 보험사에 전가하는 계약상보상책임보험계약을 체결하는데 이 시점에 비로소 신용카드회원과 신용카드사 간에 존재하던 신용위험은 제3자에게 전가가 된다는 점, 넷째 신용카드 채무면제·유예계약과 계약상보상책임보험계약은 별개의 계약이고 당사자를 달리하므로 계약상보상책임보험의 위험전가현상을 신용카드 채무면제·유예에서 나타나는 것으로 이해하는 것은 부적절하다는 점, 다섯째 신용보험은 경과실뿐만 아니라 중과실, 고의에 의한 신용위험의 현실화 즉 채무불이행을 담보하는데 반해 신용카드 채무면제·유예는 일정한 사유만을 보장사고로 한정하고 있다는 점, 여섯째, 보장사고가 신용카드회원의 중과실(예컨대 배임사고에 의한 실직), 고의(예컨대, 자살)에 의해 발생하더라도 보험이 아니므로 상법 제659조의 보험자면책 주장은 불가능하다는 점, 일곱째, 보증보험이나 신용보험에서 채무자의 도덕적 위험은 구상권에 의해 방지되는데 신용카드 채무면제·유예에서 채권자에 의한 구상권 행사는 있을 수 없다는 점, 여덟째 위험인수로 인한 채무건전성 우려를 보험성을 인정하는 근거로 들고 있는데 신용카드 채무면제·유예상품은 추가적인 채무나 채권을 발생시키는 것이 아니라 기존의 채무, 채권의 지급을 확보 또는 면제하는 것에 지나지 않으므로 인수기관의 채무건전성과는 관련이 적다는 점 등이다. 이상과 같은 차이점을 고려할 때 신용카드 채무면제·유예를 신용보험과 동일시할 수는 없어 보험법법을 적용할 수는 없다.<sup>52)</sup>

## 2. 불완전판매에 대한 규제

신용카드 채무면제·유예상품의 경우 신용카드회사와 신용카드회원간의 거래이므로

52) 신용카드 채무면제·유예의 법적 성질에 근거한 차별성에도 불구하고, 감독권과 관련해서 뿐만 아니라 신용카드 채무면제·유예의 상품의 내용 즉 보상범위 등에서 앞으로도 보험영역과의 갈등이 생길 여지가 없지 않다. 즉 신용카드 채무면제·유예가 신용카드회원의 가족도 보상이 가능하며, 회원의 소득 상실을 유발한다고 보기 어려운 경미한 질병, 상해, 물적 피해 등도 보상하는 경우가 발생하였다. 이에 대해 금융감독원은 보험영역과의 충돌이 예상되므로 이러한 사태를 막기 위해 신용카드 채무면제·유예의 보상대상을 신용카드회원으로 한정하고 보상범위를 소득의 영구적 또는 일시적 상실 가능성이 큰 사망, 중대한 질병, 상해 등으로 제한하고 회원 재산에 대한 물적 피해의 보상은 금지하도록 하는 상세 가이드라인을 마련하도록 하였다(금융감독원, “신용카드사 채무 면제/유예 서비스 개선방안”, 보도자료, 2011.6.30. 2면).

로 신용카드 가입계약을 체결하면서 끼워팔기 형식으로 신용카드 채무면제·유예상품이 판매될 가능성이 높다. 뿐만 아니라 실무에서 문제된 바와 같이 신용카드 채무면제·유예서비스에 관한 자세하고 정확한 설명 없이 위험의 크기에 비해 상대적으로 고율의 수수료를 받을 가능성이 높아지고 본다. 우리나라의 경우 신용카드 전화마케팅 불완전판매 예방 등을 위해 「신용카드사 전화마케팅 모범규준」을 시행('12.4.1일 시행)토록 조치한 바 있다. 앞서 언급한 미국 캐피탈 원의 부당판촉행위가 콜센터를 통해 이뤄졌다는 점을 감안하였을 때, 「신용카드사 전화마케팅 모범규준」은 불완전 판매를 예방하는 효과가 있을 것으로 기대한다. 특히 캐피탈원 사례에서 문제가 된 신용카드 채무면제·유예서비스와 관련하여 표준스크립트에 반드시 포함되어야 하는 사항을 모범규준에 반영하여 금융감독원은 신용카드 회원의 권익강화 및 불완전판매 등의 개선을 위해 지속적으로 노력하여 온 바 있다.<sup>53)</sup>

신용카드 채무면제·유예계약은 부가계약적 성질을 가지고 있고 장래의 조건부 급부의무를 정하고 있어 판매상 불완전판매의 위험이 높은 상품이다. 만일 신용카드 채무면제·유예의 법적 성질을 보험으로 이해할 경우 그에 대해 엄격한 보험업법 규제를 하면 문제가 적게 되지만, 신용카드 채무면제·유예는 보험성을 가지고 있지 않아 보험업법을 적용할 수도 없다. 특히 신용카드사가 이를 판매할 경우 여신전문금융업법이 적용되는데 동 법상에도 적절한 규제수단이 없어 이 부분은 향후 입법론적으로 검토할 필요가 있다고 본다. 우선 규제수단을 고려함에 있어 앞서 소개한 미국의 통화감독청이 DCC/DSC에 관해 제정한 규정을 참고할 필요가 있다. 특히 신용카드 채무면제·유예상품의 구입은 선택적이어야 한다는 점, 금융기관은 적절한 준비금 또는 계약상보상책임보험을 통해 위험을 관리하여야 한다는 점, 모든 중요 계약조항과 조건은 공시(안내)되어야 하고, 고객이 안내받았음을 서면으로 확인하여야 한다는 점 그리고 통화감독청의 규정에는 포함되지 않았지만 후술하는 바와 같이 최소보상율의 규제수단 등은 향후 신용카드 채무면제·유예상품 판매에 관한 규정을 마련할 경우 포함될 필요가 있는 사항이라 본다.

53) 다만, 캐피탈원에 대한 CFPB의 조치 사례에서 보는 바와 같이 감독당국의 소비자 보호 강화를 위한 보다 적극적인 역할이 요구되고 있는 바, 향후, 금융소비자 권익 강화를 위해 신용카드사 등 금융회사의 영업행위에 대한 모니터링을 통한 선제적 대응이 긴요하다고 볼 수 있다. 한편, CFPB의 캐피탈원에 대한 제재는 CFPB 출범 이후 동 조직의 존재감 실현을 위한 조치였다는 일부 시각도 존재한다.

### 3. 최소보상율 규제

신용카드 채무면제·유예(DCDS)서비스 보상율은 18%에 불과하여 신용보험(Credit Insurance)의 보상율에 비해 저조하며, 전미보험감독관협의회(NAIC)는 권고 보상율로 60% 수준이 적정하고 본 바 있다. 미국의 많은 주에서 60%이상의 보상율로도 보험사에게 충분한 수수료 수입을 제공하고 있어 표준화된 최소보상율(MLR)이 필수 요소로 보는<sup>54)</sup> 등 최소보상율에 관한 논란이 있다. 그리고 전미보험감독관협의회는 개인의료보험 효율보고에 대한 가이드라인을 작성하였고, 보험료 결정시 반영할 최소보상율(MLR)로서 최적 갱신가능 보험효율은 60% 수준으로 언급한 바 있다.<sup>55)</sup> 우리나라의 경우에도 현재 신용카드 채무면제·유예의 보상율이 너무 낮으며, 이를 달리 표현하면 신용카드 채무면제·유예서비스의 수수료가 너무 높아 이를 적절하게 조절할 필요성이 있다고 본다. 하지만 계약상보상책임보험(CLIP)은 보험의 일종이므로 손해율의 규제가 가능하지만 신용카드 채무면제·유예는 보험으로 볼 수 없어 최소보상율의 규제를 어떻게 할 것인가 하는 문제는 남는다. 신용카드 채무면제·유예는 신용카드사와 신용카드회원간의 거래이므로 여신전문금융업법을 통한 규제수단을 사용하는 것이 적절하다고 본다.

이와 관련하여 금융감독원도 서비스 제공 비용 즉 판매·관리비용에 보상액을 포함시킨 금액에 비해 수수료 수입이 과도하게 높다고 보면서,<sup>56)</sup> 이는 효율의 적정성에 대해 보험개발원의 검증을 받는 보험상품과는 달리 신용카드 채무면제·유예 수수료율의 적정성에 대한 검증 절차가 없는데 기인하였다고 보았다. 이러한 판단하에 그 개선방안으로 수수료율의 적정성에 대하여 보험상품과 동일하게 보험요율 산출기관인 보험개발원 또는 보험계리법인의 확인을 받도록 하는 체계를 구축하도록 하였다. 이를 위해 신용카드 채무면제·유예수수료율의 적정성에 대한 보험개발원 등의 확인을 받도록 하여 신규상품의 경우 약관심사 시 점검하고 기존상품의 경우 수수료율 일괄 점검한 바 있으며 이후 1년마다 1번씩 적정성 확인토록 하였다.

54) 미국 경제정의센터(Center for Economic Justice) 및 미국소비자연합(Consumer Federation of America), "OCC에 대한 권고문", 2001.

55) 미국 건강보험기구(AHIP, America's Health Insurance Plans)의 2010년 주요 의료보험 최소보상(손해)율(Medical Loss Ratio)에 대한 안내 참조.

56) '05.1~'11.3월까지 취급 카드사의 수수료 수입 중 66%만 비용으로 지출하였다고 한다(금융감독원, "신용카드사 채무 면제/유예 서비스 개선방안", 보도자료, 2011.6.30. 2면)

#### 4. 여신전문금융업법에 의한 규제

신용카드업자는 신용카드의 발행 및 관리, 신용카드 이용과 관련된 대금의 결제, 신용카드가맹점의 모집과 관리를 고유업무로 한다(동법 제2조 2호), 동법 제12조, 13조는 신용카드업자의 부대업무를 정하고 있는데, 이에는 신용카드회원에 대한 자금의 융통, 직불카드의 발행 및 대금의 결제, 선불카드의 발행·판매 및 대금의 결제 등을 열거하고 있다. 이렇게 볼 때 신용카드 채무면제·유예는 신용카드업자와 신용카드회원간의 유상의 조건부 채무면제·유예 상품이고 동 상품의 판매는 신용카드업자의 고유업무에 포함될 수 없고, 회원에 대한 자금의 융통에 해당하지 않으므로 부대업무에도 포함되지 않는다.<sup>57)</sup> 하지만 신용카드업을 신용카드회원의 채무불이행으로 인한 신용위험을 감소시킨다는 점에서 신용카드업의 사회경제적 기능을 발휘하는 데 도움이 되는 업무이므로 신용카드업의 부대업무에는 포함될 실익이 있다고 볼 수 있으므로 입법론적으로 여신전문금융업법 등을 개정하여 부대업무에 포함시킬 필요가 있다고 본다. 그리고 최소보상율에 대한 규제를 비롯하여 위험관리, 계약조건 공시제도, 계약확인절차 등 불완전판매를 예방하기 위한 규제수단에 관한 연구와 규정이 요구된다.

#### 5. 타 금융영역에의 확장성

신용카드 채무면제·유예의 법적 성질을 신용보험과 구별되는 신용카드사의 유상의 조건부 채무면제·유예로 볼 경우 입법론적으로 이를 여신업무에 내재된 업무 즉 여신업무를 취급하는 금융회사의 부수(부대)업무로 할 필요가 있다. 그런데 최근 우리나라 카드사의 채무면제유예상품(DCDS)의 가입자가 급증하고 불완전판매 피해가 사회문제화 되고 있는바, 채무면제·유예상품이 부가상품의 형태임을 감안, 앞서 소개한 영국의 스캔들과 진화과정을 참고하여, 상품구조나 판매과정상 근본적인 문제점을 분석하여 제도적인 보완책을 마련할 필요 다른 금융상품에도 인센티브 규제 도입 등을 통해 불완전판매 방지를 유도할 필요가 있다. 그런데 여신은

57) 이석호, “DCDS(채무면제·유예) 상품의 속성 및 보험업법 적용의 적절성 검토”, 「주간 금융브리프」, 17권 45호(2008.11.15.) 9면에서는 부수업무로 이해하고 있다.

신용카드사뿐만 아니라 은행의 주요업무이므로 신용카드사에 적용되었던 논리와 동일한 이유로 은행도 신용카드 채무면제·유예의 판매 가능성이 논의될 수 있다. 미국의 경우에는 신용카드사 보다는 앞서 본 바와 같이 국법은행의 신용카드 채무면제·유예상품 판매가 먼저 문제되었던 점을 고려할 때, 은행 등 여신을 기본업무로 하는 금융기관도 채무면제·유예상품의 판매가 가능하다고 본다. 다만 은행 등의 금융기관에 채무면제유예상품(DCDS)을 허용할 경우 앞서 본 영국의 경험을 타산지석으로 삼아 소비자보호에 더욱 주의를 기울일 필요가 있다고 본다.

## V. 결론

2005년부터 카드사가 판매하기 시작한 채무면제유예 서비스(DCDS)가 최근 과열 현상을 보이면서 소비자 피해가 문제되었다. 신용카드 채무면제·유예상품은 카드 일시불·할부·카드론·현금서비스 등 카드에서 발행한 채무 잔액에서 일정 수수료(0.3~0.6%)를 매달 내고, 사망하거나 암·뇌졸중 같은 질병에 걸렸을 때 5000만원 한도 내에서 빚을 면제해주는 상품으로 불행한 처지에 놓인 서민 소비자의 빚을 탕감해주자는 취지에서 도입됐다. 그러나 긴 설명을 요구하는 상품을 소비자에게 제대로 설명도 하지 않고 판매하거나, 채무면제나 유예 유인이 없는 우량 소비자에게도 강매가 집중되면서 불완전 판매가 늘어나 최근 금융감독당국이 그 실태 파악과 대책수립을 강구하고 있다.<sup>58)</sup>

신용카드 채무면제·유예상품 판매를 규제하기 위해서는 규제채널이 검토되어야 하고 이를 위해서는 신용카드 채무면제·유예상품이 어떠한 성질의 상품인가 하는 점에 관한 분석이 선행되어야 한다. 이러한 법적 성질론을 바탕으로 규제채널을 검토한 후 동 상품의 불완전판매 유형을 분석하고 그 구체적인 규제수단을 마련하여야 한다고 본다. 이러한 관점에서 볼 때, 신용카드 채무면제·유예는 보험과의 외적 유사성에도 불구하고 손해보상성을 가지지 않아 손해보험과 구별되고 보장사고 면에서 정액보험과도 구별된다. 특히 신용카드 채무면제·유예의 대상이 되는 위험이 사실상 채권자의 신용위험이므로 보험의 본질이라 할 수 있는 위험의 전가가 신용카드 채무면제·유예에서는 발생하지 않으므로 보험이 아닌 유상의 조건부 채

58) [http://biz.chosun.com/site/data/html\\_dir/2015/09/01/2015090100008.html](http://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2015/09/01/2015090100008.html)

무면제유예서비스로 보아야 한다.

신용카드 채무면제·유예의 법적 성질론을 바탕으로 할 때 신용카드 채무면제·유예에 대한 규제채널은 여신전문금융업법이라 할 수 있다. 따라서 신용카드 채무면제·유예상품의 불완전판매나 고율의 수수료율은 여신전문금융업상의 규제수단을 동원하여야 한다. 다만 신용카드 채무면제·유예는 불완전판매의 위험성이 높은데 반해 보험업법과 달리 여신전문금융업법상 규제수단은 마땅하지 않으므로 미국의 통화감독청이 DCC에 관해 제정한 규정을 참고하여 입법론적으로 규제수단을 마련할 필요가 있다. 즉 신용카드 채무면제·유예상품의 구입은 선택적이어야 한다는 점, 금융기관은 적절한 준비금 또는 계약상보상책임보험을 통해 위험을 관리하여야 한다는 점, 모든 중요 계약조항과 조건은 공시(안내)되어야 하고, 고객이 안내 받았음을 서면으로 확인하여야 한다는 점 그리고 통화감독청의 규정에는 포함되지 않았지만 최소보상율의 규제수단 등은 향후 신용카드 채무면제·유예상품 판매에 관한 규정을 마련할 경우 포함될 필요가 있는 사항이라 본다.

신용카드 채무면제·유예와 같이 금융의 여러 영역의 특성 복합되어 있는 금융상품이 향후 계속 등장하리라 예상되는데 이러한 상품에 대한 규제방안이 문제된다. 즉 신용카드 채무면제·유예는 신용위험을 내용으로 한다는 점에서 신용부도스왑(CDS)나 신용보험과도 밀접한 관련을 가지고 있다. 이와 같이 여신의 부수상품과 파생상품, 보험상품 등의 구별이 모호하여 기능별규제라는 관점에서 하나의 규제틀에 묶으려는 시도도 없지 않다. 하지만 이러한 시도는 입법론적으로는 고려할 필요가 있지만 금융상품에 대한 규제가 차별적으로 입법되어 있는 상태에서 해석론으로서는 적절하지 않다고 본다. 은행상품과 투자상품, 보험상품은 그 본질에서 구별되고 그에 대한 규제도 서로 상이하므로 상품의 법적 구조를 분석하여 규제채널과 규제수단을 결정하여야 하되 기능별규제의 관점에서 규제수준을 고려할 필요는 있다고 본다.

(논문투고일 : 2016.02.22, 심사개시일 : 2016.03.02, 게재확정일 : 2016.03.16)



### ▶ 정 경 영

채무면제·유예, 계약상보상책임보험, 신용보험, 위험전가, 지급보장보험, 차액보험, 부가보험, 계약보험

## 【참 고 문 헌】

### 【국내문헌】

- 정경영, 「상법학강의(개정판)」, 박영사, 2009.
- 이상재, 「채무면제·채무유예 금융 서비스와 정책 과제」, 한국금융연구원 보고서, 2006.2.
- 금융감독원, “신용카드사 채무 면제/유예 서비스 개선방안”, 보도자료, 2011. 6. 30.
- 김선정, “미국에 있어서 채무면제 및 지급유예계약 (DCDS)에 대한 연방규제의 전개,” 「보험법연구」, Vol.9 No.2, (2015)
- 김해식, 서성민, “CDS와 DCDS, ‘동일 위험, 동일 규제’의 원칙 적용해야”, 「Kiri Weekly」, 2010. 4. 26.
- 이석호, “DCDS(채무면제·유예) 상품의 속성 및 보험업법 적용의 적절성 검토”, 「주간 금융브리프」, 17권 45호(2008.11.15.).
- 이순호, “채무면제·채무유예 서비스의 활성화를 위한 제언”, 「주간 금융브리프」, 17권 6호(2008. 2. 9.).
- KB금융지주경영연구소, “채무면제 및 유예계약(DCDS)의 이해와 시작확대 가능성”, 「KB지식비타민」, 14-34호(2014. 4. 30).
- 정경영(Gyung Young Jung), “Is credit derivatives including credit default swap an insurance and thus should be regulated by insurance business act?”, 「금융법연구」, 한국금융법학회, 2012. 8.

### 【외국문헌】

- John F. Dobbyn, *Insurance Law*, Thomson West, 2003.
- Robert Merkin, *Colinvaux's Law of Insurance*, Thomson Reuters Ltd. 2010.
- Wolfgang Römer/ Theo Langheid, *Versicherungsvertragsgesetz(VVG)*, Verlag C.H. Beck München, 2003.
- Adam D. Maarec, John C. Morton, “A SURVEY OF ACTIVITIES IDENTIFIED AS UNFAIR, DECEPTIVE OR ABUSIVE BY THE CFPB”, *Consumer Finance Law*

- Quarterly Report, 2014 (68 Consumer Fin. L.Q. Rep. 19).
- Anthony Rollo, "A PRIMER ON CONSUMER CREDIT INSURANCE", Consumer Finance Law Quarterly Report, Spring, 2000 (54 Consumer Fin. L.Q. Rep. 52).
- Mark S. Edelman/Robert A. Aitken, Thomas/ J. Buiteweg/Jeffrey P. Barringer, "DEVELOPMENTS IN PERSONAL PROPERTY FINANCE: GAP WAIVERS--IS A TREND TOWARD CLARITY BEGINNING?", Business Lawyer, February, 2009 (64 Bus. Law. 487).
- Market study, General insurance Add-ons: Final Report--Confirmed Findings of the Market study, July 2014.
- Sealy Hutchings/ Matthew J. Nance, "DEBT CANCELLATION AGREEMENTS IN TEXAS MOTOR VEHICLE SALES", Consumer Finance Law Quarterly Report, Fall/Winter 2011 (65 Consumer Fin. L.Q. Rep. 315).
- Tom Baker/Peter Siegelman, "You want insurance with that? Using behavioral economics to protect consumers from add-on insurance products", Connecticut Insurance Law Journal, Fall, 2013 (20 Conn. Ins. L.J. 1).
- Toni Williams, "WHO WANTS TO WATCH? A COMMENT ON THE NEW INTERNATIONAL PARADIGM OF FINANCIAL CONSUMER MARKET REGULATION", Seattle University Law Review, Winter, 2013 (36 Seattle U. L. Rev.).
- Williams, *supra* note 9, and Elis Ferran, Regulatory Lessons from the Payment Protection Insurance Mis-selling Scandal in the UK, 13 EUROPEAN BUS. ORG. L. REV. 247, 2012.

Abstract

## **A Study on the Legal Structure of Debt Cancellation and Debt Suspension of Credit Card**

Gyung Young Jung

Recently there have been some issues and controversies over a financial service sold to credit card holder that provides the credit card holder suffering from disability, unemployment, death or some other event with relief or suspension from making payment of credit card debt in exchange for additional fee, which means Debt Cancellation Debt Suspension(DCDS). And that credit card company usually makes contract with insurance company that transfers the risk taken by credit card company through DCDS contract to insurer, which means, Contractual Liability Insurance Policy(CLIP). As there are few researches on the legal nature of DCDS and CLIP, the regulation on those financial services are difficult to provide, despite of growing numbers of dispute between customers and service providers. This article canvasses the cases of overseas on DCDS and the legal nature of DCDS and give path to regulations on those services to protect consumers.

DCDS can be offered in connection with any type of consumer loan, including credit cards. As DCDS is sold with other pre-existing contracts such as credit card contracts, it has similarity with add-on insurance and has high possibility to mislead or cause a reasonable person to reach an erroneous belief about certain information pertaining to DCDS. And there has been a debate on the nature of DCDS relating to the supervision power on that service between the OCC and NAIC in US. Even though

the supreme court judged DCDS not to be an insurance, the debate on the legal nature of DCDS is still going on after the legislation of Gramm-Leach-Bliley Act(GLBA).

DCDS differs from a credit insurance in several respects. The transference of risk is a hallmark of insurance but DCDS does not involve the transfer of risk to a third party. DCDS involves only two parties: a credit card holder and credit card company and in DCDS the credit card company retains all the risk. And DCDS does not expose a credit card holder to any insolvency risk, although the transfer of potential liability to the insurance company raises solvency concerns. Such consumer risks do not exist with DCDS because credit card company is merely agreeing to cancel or suspend a debt, an inherent power it has, the credit card holder does not have to worry about the solvency of the company. In conclusion, DCDS contract can be construed not as an insurance contract but as a contact of contingent onerous debt cancellation(suspension) contract. Therefore the Specialized Credit Financial Act is a pertinent channel that can include some supervisory means to protect consumer to buy DCDS.



---

▶ Gyung Young Jung

Debt Cancellation Debt Suspension, Contractual Liability Insurance Policy, DCDS, CLIP, credit insurance, credit card, risk transfer, Payment Protection Insurance(PPI), gap insurance, add-on insurance, contract insurance



# 선순위 혈족상속인 전원의 상속포기와 그 효과

류 일 현\*

I. 들어가며	III. 배우자와 공동상속하는 혈족상속인 전원의 상속포기
II. 상속포기의 효과	1. 문제의 소재
1. 상속포기의 효력의 내용	2. 판례와 학설의 태도
2. 상속포기의 소급효	3. 검토 및 私見
3. 포기한 상속재산의 귀속	IV. 나가며

## 【국 문 요 약】

상속포기의 효과에 대해서는 규정이 극히 간단하고 부분적이어서 해석에 상당부분 맡겨져 있는 것이 현실이다. 하지만 종래 상속포기의 효과에 관한 연구가 그다지 활발히 행해져 온 것은 아니다. 특히 혈족상속인과 배우자가 공동으로 상속인이 되었을 경우 배우자를 제외한 혈족상속인 전원이 상속포기를 한 때 그 효과에 대해서는, 직접적으로 언급하고 있는 문헌을 손에 꼽을 정도였다.

그런데 최근에 이와 관련한 판결이 나왔다. 대법원은 상속을 포기한 자는 상속개시된 때부터 상속인이 아니었던 것과 같은 지위에 놓이게 된다는 종래 확립된 판례의 내용을 바탕으로 하여, 이 사건과 같은 경우 피상속인의 배우자와 피상속인의 손자녀가 공동으로 상속인이 된다는 결론을 이끌어내고 있다.

본고에서는 대법원 판결의 내용과 종래 학설의 해석에 대하여 비판적으로 검토한 결과, 위 사안의 경우 배우자가 단독으로 상속한다는 ‘단독상속설’을 취하였다. 상속포기자는 처음부터 상속인이 아닌 것으로 보면서도, 상속의 포기로 그 사람이 처음부터 존재하지 않았던 것이 아니라 최우선순위자로서 상속인이 된 그 지위로부터 이탈하는 것으로 해석한 결과이다. 그리고 이와 같은 해석은 상속인이 상속포기를 한 때 그 상속분의 귀속과 관련한 일반적인 해석 방법이라고 하여도 무리가 없을 것이다.

\* 성균관대학교 법학연구소 선임연구원, 법학박사.

하지만 ‘공동상속설’을 취하는 견해와 대상판결에 대한 대법원의 태도에는 여전히 일응의 타당성이 있음을 부정할 수 없다. 그러므로 이 문제와 관련한 논의는, 논리적으로 가능한 여러 가지 해석 가운데 우리 법 규정에 좀 더 합치하는 것을 찾는 과정으로 이해하여야 한다. 그리고 이와 같은 점을 고려할 때, 단지 해석론에 의한 문제 해결이 아닌 입법적인 해결도 고려해 볼 필요가 있다고 생각된다.

## I. 들어가며

원칙적으로 상속인은 상속개시된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계한다(민법 제1005조 본문)<sup>1)</sup>. 이와 같이 우리 법은 당연상속·포괄승계주의를 취하는 한편, 상속재산의 승계에 관한 최종적인 승인 및 포기 여부를 상속인이 결정할 수 있도록 제도적으로 보장하고 있다. 바로 제1019조 이하의 상속의 승인 및 포기에 관한 규정이다. 이 중 상속포기는 상속의 효력을 부인하는 것으로서 피상속인의 권리의무가 자기에게 이전되는 상속의 효력을 소멸시키는 의사표시이다.<sup>2)</sup> 상속포기 제도는 ‘개인으로서 자기 과실에 의한 행위에 대해서만 책임을 지고 타인의 행위에 대하여서는 책임을 지지 않는다’는 자기책임의 원칙과 ‘자기의사에 반하여 이익을 강제당하지 않는다’는 개인의사의 존중에 그 입법이유가 있다고 설명되고 있다.<sup>3)</sup>

상속포기는 요식행위이다. 상속포기를 할 수 있는 자가 상속개시 후 제1019조의 기간 내에 정해진 방식에 따라서 가정법원에 포기의 신고를 하여야 한다. 그러면 가정법원은 이를 수리하여 신고서가 적법한지를 심사하고, 적법하다고 인정되는 때 심판서를 작성한다. 그리고 이 심판의 고지에 의하여 포기의 효력이 생긴다. 그렇다면 상속포기에 따른 효과의 내용은 무엇인가.

우리 민법은 제1042조 이하에서 상속포기의 효과에 대하여 규정하고 있다. 하지만 그 조문 수는 세 개에 불과하고, 포기한 상속재산의 관리계속의무를 규정하는 제1044조를 그 성질상 논외로 하면 사실상 두 개의 조문(제1042조와 제1043)을 두고 있는 셈이 된다. 이처럼 상속포기의 효과와 관련한 민법의 규정은 지나치게 간단하다. 뿐만 아니라, 그 내용에 있어서도 명확하지 않고 단편적이다. 가령 제1042조는 상속포기의 효과가 있음을 전제로 하여 그 효력이 생기는 ‘시점’을 정하고 있을 따름이며 그 효과가 어떠한 것인지는 아무런 언급이 없다. 제1043조가 포기한 상속재산(상속분)의 귀속에 대하여 일부 규정하고 있지만 그 밖의 상속포기 효과의 내용에 대해서는 설명하지 않는다. 상황이 이렇다보니, 상속포기의 효과에 관하여 민법 규정상 생략하여 직접 밝히고 있지 않은 내용은 해석에 맡겨질 수 밖에

1) 이하, 별도의 법률명을 기재하지 않은 경우는 민법의 조문을 가리킨다.

2) 김주수·김상용, 친족·상속법[12판], 법문사, 2015, 696면.

3) 김용한, 친족상속법(보정판), 박영사, 2003, 363~364면 참조.

없다.

최근 대법원에서 상속포기의 효과와 관련한 판결이 나왔다.<sup>4)</sup> 공동상속인인 피상속인의 배우자와 자녀 중 자녀 전부가 상속을 포기하는 경우에 그 효과가 어떻게 되는지 다투어진 사안이다. 대법원은 상속을 포기한 자는 상속개시된 때부터 상속인이 아니었던 것과 같은 지위에 놓이게 된다는 종래 확립된 판례의 내용을 바탕으로 하여, 이 사건과 같은 경우 피상속인의 배우자와 피상속인의 손자녀가 공동으로 상속인이 된다는 결론을 이끌어내고 있다. 그런데 이와 같은 대법원의 결론과 논리는 타당한 것일까.

본 연구에서는 상속포기의 효과와 관련하여 2015년 5월 14일에 선고된 대법원 판결(대상판결)의 내용이 타당한 것인지 검토하고자 한다. 이를 위해서는, 우리 법이 규정하고 있는 상속포기라는 법률행위의 효력으로부터 논의를 출발할 수 밖에 없다. 그러므로 민법 조문상의 규정으로는 충분하지 않은 상속포기 효과의 내용에 대하여 간단히 정리해 둘 필요가 있다(II). 그리고 이 내용을 바탕으로 하여, 공동상속인인 선순위 혈족상속인 전원이 상속포기를 하는 경우의 상속관계에 대하여 살펴보도록 하겠다(III). 그 과정에서 대상판결의 태도와 그 밖의 학설이 주장하는 내용에 대한 검토가 행해질 수 있을 것이다. 마지막으로 이들 내용을 정리하면서 마무리하고자 한다(IV).

## II. 상속포기의 효과

### 1. 상속포기의 효력의 내용<sup>5)</sup>

상속포기의 효력 그 자체에 대해서는 법에서 직접 규정하는 바가 없다. 우리 민법은 제1042조에서 상속포기의 소급효에 대해서만 언급을 하고 있다. 하지만 상속포기의 효력의 내용이 무엇인지 밝혀 두어야, 제1042조에서 그 효력을 상속개시된 때로 소급하게 함으로써 상속을 둘러싼 법률관계가 어떻게 되는지 파악할 수 있다. 상속포기의 효력의 내용은 상속포기의 효과를 둘러싼 논의의 출발점이 되는

4) 대판 2015. 5. 14., 2013다48852.(이하, 대상판결이라고 한다.)

5) 이 항목의 서술은 류일현, “상속포기에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위 청구논문, 2013, 223~225면의 내용을 정리한 것임을 밝혀둔다.

것이다. 그리고 이는 상속포기의 대상과 의미를 해석하는 관점과도 밀접한 관련이 있다.<sup>6)</sup>

생각건대 ‘상속의 포기’라고 한다면 포기의 대상은 구체적으로 개시되어 있는 ‘상속’ 바로 그것이라고 해석해도 족하다. 그런데 여기서 ‘상속’이라고 해도 결국은 그 ‘상속의 효력’의 문제로 돌아가는 것이므로, 포기의 대상은 결국 ‘상속의 효력’에서 찾아야 실질적인 의미가 있다. 상속이 개시하면 상속인에게 승계되는 것은 단순히 구체적인 권리·의무만이 아니며, 권리·의무로서 구체적으로 발생하고 있지 않은 재산법상의 법률관계 내지 법적 지위와 같은 것<sup>7)</sup>도 승계된다.<sup>8)</sup> 따라서 상속은 구체적인 권리의무의 승계라기보다는 ‘피상속인의 지위의 승계’라고 보는 것이 타당하다.<sup>9)</sup>

‘지위’란 어떤 자가 차지하고 있는 권리·의무의 전체를 가리킬 때에 쓰는 용어이고 지위라고 할 때에는 권리·의무의 전체에 어떤 이질적인 것이 더하여지는 것은 아니므로, 상속을 권리·의무의 관념으로 파악하든 또는 지위의 관념을 가지고 파악하든 기본적으로는 같은 것이며 구체적 내용에 있어서 어떤 차이가 있는 것은 아니라는 견해도 있다.<sup>10)</sup> 그러나 상속의 대상이 되는 것은 단순히 구체적인 권리·의무만이 아니라는 점을 생각하면, 상속의 대상을 권리의무의 승계라기보다는 재산상 지위의 승계라고 보아야 할 것이다.

또한 상속이 개시할 때의 순차적인 단계를 논리적으로 분석하면 ‘재산상 지위의 승계’와 ‘권리의무의 승계’는 동시에 발생하더라도 개념적으로 분명히 구별된다. 상속개시 이전에 상속인으로 될 수 있는 자격을 갖는 자는 상속의 개시에 의해 당해 ‘상속인 지위’가 현실적으로 구체화되고, 이렇게 현실적으로 구체화된 ‘상속인 지위’에 기인하여 피상속인에게 속했던 재산상 일체의 권리의무를 승계취득하는 것이다.

그러므로 상속을 피상속인의 지위의 승계라고 파악한다면 상속의 포기는 실제로

6) 金正信, “相続放棄の效果”, 家族法大系Ⅷ(相続(2)), 中川善之助教授還曆記念, 有斐閣, 1973, 107면 이하 참조.

7) 예를 들어, 계약상 청약을 받고 있는 지위, 매도인으로서 담보책임 을 지는 지위, 선의·악의자의 지위, 점유와 같은 사실관계 등.

8) 曠윤직, 상속법[민법강의Ⅵ](개정판), 박영사, 2004, 67면; 曠동섭, 친족상속법(제4판), 박영사, 2013, 539면; 이경희, 가족법(8정판), 법원사, 2013, 421면; 김주수·김상용, 전계서, 619면.

9) 이경희, 상계서, 420~421면; 曠동섭, 상계서, 539~540면.

10) 曠윤직, 전계서, 4~5면. 다만, 권리·의무라고 할 때에는 분석적·개별적인 뜻을 갖는 것에 대하여, 지위라고 할 때에는 전체적·포괄적인 뜻을 나타낸다는 어감상의 차이가 있다는 설명을 덧붙이고 있다.

개시되어 있는 상속에 있어서 현실적으로 구체화한 ‘상속인 지위로부터의 이탈’이고, 그 결과 당해 상속과 관계없게 되는 것이라고 할 수 있다. 이것이 바로 상속포기의 효력의 내용이다.<sup>11)</sup>

한편 상속포기의 대상을 권리의무의 승계에서 찾는다면, 상속포기를 할 때 자신이 어떠한 권리의무를 승계하였는지도 알아야 한다고 해석하는 것이 자연스럽다. 알지 못하는 것에 대하여 포기하는 것은 상속인에게 너무 불리하고, 결과적으로 상속포기 제도의 취지에도 부합하지 않기 때문이다. 그런데 우리 법의 해석상 상속포기는 상속이 개시한 결과 상속인이 어떠한 권리의무를 승계하는지를 알고 있는가 여부와는 관계가 없다. 제1019조 제1항의 고려기간(숙려기간)의 기산점은 상속인이 상속개시의 사실과 자기가 상속인이 된 사실을 인식한 날로 해석하는 ‘상속인지위 인식시설’이 종래 판례와 통설의 태도이다. 이와 같이 상속포기 고려기간의 기산점에 대한 해석과 관련하여 생각하더라도, 상속포기의 기본적 효력을 ‘상속인 지위로부터의 이탈’로 파악하는 것이 논리적으로 자연스럽다고 하겠다.

## 2. 상속포기의 소급효

### (1) 일반적 효력

민법 제1042조는 “상속의 포기는 상속개시된 때에 소급하여 그 효력이 있다”고 규정하고 있다. 이와 같은 ‘상속포기의 소급효’는, 당해 상속관계로부터 완전히 이탈하여 그 상속으로부터 생기는 일체의 책임을 면하고 그와 무관계한 자로 되도록 하는 상속포기 제도의 취지를 고려하여 인정되는 것이다.

그리고 이미 앞에서 확인한 상속포기의 효력의 내용, 즉 ‘상속인 지위로부터의 이탈’과 ‘상속포기의 소급효’를 규정하는 제1042조를 함께 읽으면, 상속포기를 한

11) 현행법상 상속은 피상속인의 재산에 관한 것이므로 여기에서 말하는 ‘상속인 지위’라는 것은 어디까지나 재산상의 지위를 의미하는 것이고, 혼인에 있어서의 배우자의 지위나 입양에 따른 부모(자식)의 지위와 같은 신분상의 지위를 의미하는 것이 결코 아니다. 그러므로 상속포기의 효력에 관한 본문의 해석과 상속포기가 사해행위취소의 대상이 아니라고 한 대법원 판결(대판 2011. 6. 9., 2011다29307)의 판시내용(“상속의 포기는 … 상속인으로서의 지위 자체를 소멸하게 하는 행위로서 이를 순전한 재산법적 행위와 같이 볼 것이 아니다. 오히려 … 다른 상속인 등과의 인격적 관계를 전체적으로 판단하여 행하여지는 ‘인적결단’으로서의 성질을 가진다”)을 같은 맥락에서 이해하는 것은 정확하지 않다. 채권자취소권(사해행위취소권)과의 관계에 있어 상속포기의 성질 및 효과와 관련한 설명은 류일현, “상속포기와 채권자취소권”, 가족법연구 제28권 3호, 한국가족법학회, 2014, 49면 이하 참조.

자는 상속포기의 결과 처음부터 상속인이 아니었던 것으로 된다. 따라서 상속개시 당초부터 상속인이 아닌 것으로 확정되고, 일응 상속인이었던 것에 의해 생긴 모든 법률관계로부터 이탈한다. 통설<sup>12)</sup>과 판례<sup>13)</sup>도 이와 같이 해석하고 있다.<sup>14)</sup>

## (2) 상속포기에 의한 상속인과 상속분

그러므로 단독상속인이 상속포기를 한 때에는 차순위상속인이 상속개시 있는 때로부터 상속인이었던 것으로 된다. 공동상속인 전원이 상속포기를 한 때에도 그 전원이 상속 개시된 때로 소급하여 상속인의 지위로부터 벗어나게 되므로, 상속이 개시할 때 그 순위의 상속인이 없었던 것과 같게 된다. 그래서 상속순위에 대한 일반 원칙에 따라서(제1000조, 제1003조) 차순위에 있는 자가 피상속인의 사망시로부터 상속인으로 된다.<sup>15)</sup> 이들 경우에는 포기한 자의 상속분의 귀속의 문제(제1043조)를 논할 필요 없이 상속분의 일반 원칙인 제1009조에 의해 차순위 상속인이 취득하는 상속분의 문제가 된다.

한편 공동상속인 중 일부가 상속포기를 한 때에는 그 자는 처음부터 상속인이 아닌 것이 되므로 상속포기자를 제외한 나머지 공동상속인만 상속개시 있는 때로부터 상속인이었던 것으로 된다. 이 경우 상속분에 대해서는 제1043조를 따로 두고 있는데, 논의의 편의상 항을 바꾸어 설명한다.

## 3. 포기한 상속재산의 귀속

### (1) 제1043조의 해석에 관한 논의

12) 김주수·김상용, 전게서, 728면; 곽윤직, 전게서, 193면; 박동섭, 전게서, 643면; 이경희, 전게서, 478면; 김용한, 전게서, 365면; 배경숙·최금숙, 친족상속법강의[가족재산법](수정증보2판), 제일법규, 2006, 620면; 오시영, 친족상속법(제2판), 학현사, 2011, 673면; 송덕수, 친족상속법, 박영사, 2015, 378면; 신영호, 로스쿨 가족법강의[제2판], 세창출판사, 2013, 444면 등.

13) 대판 2011. 6. 9., 2011다29307 등.

14) 소급효에 따른 상속포기의 효과를 이렇게 새기는 것이 일반적인 통설인데, 상속포기를 자신에게 귀속된 재산적 권리의무의 포기라고 이해하는 해석(이영무, “선순위상속인들이 상속을 포기하였을 경우 상속재산이 차순위상속인에게 귀속되는지 여부에 관하여”, 인권과정의 제239호, 대한변호사협회, 1996, 107면.)도 있다. 앞서 상속포기의 ‘기본적 효력’을 설명하면서 이와 같은 견해는 타당하지 않음을 지적하였다.

15) 차순위 상속인들이 차례차례로 포기를 하여 마침내 차순위의 상속인으로 될 자를 찾아도 그 존부가 불명인 때에는 제1053조 이하의 ‘상속인의 부존재’의 문제가 될 것이다.

제1043조는 “상속인이 수인인 경우에 어느 상속인이 상속을 포기한 때에는 그 상속분은 다른 상속인의 상속분의 비율로 그 상속인에게 귀속된다”고 규정하고 있다. 법문에서도 확인할 수 있듯이, 동조에 의한 ‘포기한 상속재산의 귀속’이 문제되는 것은 수인의 공동상속인 중 어느 상속인이 상속을 포기한 경우이다. 그러므로 상속인이 1인인 경우나 수인의 상속인이 모두 상속포기를 한 때는 동조의 규정을 따를 것이 아니라 제1000조 이하의 상속에 관한 일반원칙에 따라서 해결하여야 함은 이미 위에서 언급한 바와 같다.

그런데 이 조문의 해석과 관련해서는 두 가지를 유의하여야 한다. 첫째는, 종래 ‘다른 상속인의 상속분의 비율’이라고 할 때 ‘다른 상속인’의 범위를 어떻게 보아야 하는지에 관하여 학설의 일치하고 있지 않은 점이고, 둘째는, ‘다른 상속인의 상속분의 비율로 귀속된다’는 조문의 해석에 관한 것이다.

## (2) ‘다른 상속인’의 범위

공동상속을 하는 수인의 상속인 전원이 동순위의 혈족상속인이라면, 제1043조에서 말하는 ‘다른 상속인’은 포기자를 제외한 ‘나머지 혈족상속인’이라는 것이 없다. 문제는 피상속인의 배우자와 혈족상속인이 공동으로 상속하는 경우이다.

통설은 공동상속인인 생존배우자도 ‘다른 상속인’의 범위에 포함된다고 해석한다.<sup>16)</sup> 그런데 피상속인의 배우자는 직계비속 또는 직계존속 등의 혈족상속인과 공동상속인이 된다는 규정(제1003조 제1항), 배우자상속인의 상속분은 다른 공동상속인의 상속분에 5할을 가산한다는 규정(제1009조 제3항) 등 여러 가지 점은 배우자상속인과 혈족상속인을 분리하여 별도로 다루고자 한 취지에 의한 것이므로, 제1043조의 ‘다른 상속인’에 배우자상속인은 포함되지 않는 것으로 해석해야 한다고 주장하는 견해가 있다.<sup>17)</sup>

생각건대 소수설과 같이 제1043조의 ‘다른 상속인’의 범위에서 배우자를 특히

16) 김주수·김상용, 전계서, 729면; 박윤직, 전계서, 193면; 박동섭, 전계서, 644면; 이경희, 전계서, 479면; 배경숙·최금숙, 전계서, 620면; 오시영, 전계서, 673면; 송덕수, 전계서, 377면; 신영호, 전계서, 445면 등.

17) 김용한, 전계서, 365면. 종래 이은식·한봉희, 신친족상속법(증보판), 일조각, 1978, 267면도 동 견해를 취하였으나, 한봉희 교수는 이후 견해를 바꾸어 통설과 같은 입장을 취하고 있다.(한봉희·백승흡, 가족법, 삼영사, 2013, 578~579면.)

제외할 이유는 없으며<sup>18)</sup>, 혈족상속인과 배우자상속인의 상속순위와 법정상속분을 정하고 있는 근거 규정이 각각 다르다는 것으로부터 현행법이 혈족상속인과 배우자상속인을 별개의 계통으로 다루고 있다는 설명은 충분하지 않다. 또한, 상속에 있어서 처의 역할과 지위를 강화하고 있는 현행 상속법의 추세에 비추어 받아들이기가 어렵다고 말할 수도 있다.<sup>19)</sup> 그러므로 생존배우자도 제1043조에서 말하는 ‘다른 상속인’에 포함된다고 할 것이다.

### (3) 다른 상속인의 ‘상속분의 비율로 귀속된다’는 의미

‘다른 상속인의 상속분의 비율’의 의미에 대하여 종래에는 다른 공동상속인의 구체적인 상속분을 뜻한다는 견해가 주장되기도 하였으나,<sup>20)</sup> 현재 학설은 상속포기를 한 상속포기자는 상속개시 당시부터 상속인이 아니었던 것으로 되기 때문에 상속재산 전체를 포기자를 제외한 나머지 공동상속인들이 그들의 법정상속분에 따라서 상속한다는 것으로 일치하고 있다.<sup>21)</sup>

가령 일본에서와 같이 배우자의 상속분을 전체 상속재산에 대한 일정 비율로 정하고 있다면<sup>22)</sup>, 구체적 상속분에 의하는 경우와 법정 상속분에 의하는 경우에 결과적으로 차이가 있으므로 논의의 실익이 있다고 할 것이다. 하지만 우리 민법은 배우자의 상속분을 전체 상속재산에 대한 일정 비율로 정하는 것이 아니라 공동상속을 하는 다른 혈족상속인의 상속분에 5할을 가산하는 것으로 정하고 있기 때문에, 구체적 상속분에 의하든 법정 상속분에 의하든 결과에서는 차이가 없고, 단지 그 귀속의 이론 구성에서 차이가 있을 뿐이다.

상속포기를 한 상속포기자는 상속포기의 소급효에 의해 처음부터 당해 상속과는 관계없는 자가 되어버리는 것이고, 그 결과 당연히 포기자를 제외한 나머지 상속인들만의 공동상속이 된다. 따라서 나머지 공동상속인들의 법정상속분대로 상속된

18) 박윤직, 전게서, 195면.

19) 정태호, “민법 제1026조 제2호에 대한 헌법불합치결정에 대한 평석 및 위 법률규정의 개정방향”, 인권과정의 제267호, 대한변호사협회, 1998, 108면.

20) 정광현, 신친족상속법요론[증보5판], 법문사, 1962, 376~377면; 권일, 한국친족상속법, 홍문당, 1961, 215면.

21) 김주수·김상용, 전게서, 729면; 박윤직, 전게서, 196면; 박동섭, 전게서, 644면; 이경희, 전게서, 479면; 오시영, 전게서, 674면; 송덕수, 전게서, 377면.

22) 배우자가子和 공동상속할 경우에는 배우자 상속분은 2분의 1, 직계존속과 공동상속할 경우에는 배우자 상속분은 3분의 2, 형제자매와 공동상속할 경우에는 배우자 상속분은 4분의 3이 된다(일본민법 제900조).

다는 통설의 견해가 타당하다고 생각한다.

#### (4) 통설의 해석과 제1043조의 문언의 불일치

그런데 위에서 설명한 통설의 태도가 제1043조에서 규정하는 내용과 정확히 일치하는 것은 아니다. 통설은 상속개시의 때로부터 상속포기자를 제외한 나머지 공동상속인만 있었던 것으로 보아 그들의 상속분을 계산한다는 입장이다. 하지만 제1043조의 문언에 충실한 해석을 하면 이는 상속포기자의 상속분의 귀속에 관해서만 언급하고 있는 규정으로서, ‘어느 상속인’이 상속을 포기하면 ‘그의 상속분’에 대해서만 다시 계산하여 다른 공동상속인들에게 귀속하게끔 한다는 것처럼 읽을 수도 있다. 이와 같은 불일치를 어떻게 설명하여야 할까.

이 불일치는 제1043조만을 따로 떼어서 문언에 충실한 해석을 하는 데서 기인한다. 물론 ‘문리해석’은 법률해석의 출발점이기 는 하지만 그렇다고 문리해석만 고집해서는 타당한 결론을 얻지 못할 수 있다. 각각의 규정을 서로 무관계한 것으로 볼 수는 없기 때문이다. 법 규정이 규율하는 제도의 의의 및 전후 관련 있는 다른 규정들과의 관계 등을 고려하여야 법의 진정한 의미를 밝힐 수 있게 된다.<sup>23)</sup>

이미 확인한 바와 같이 상속포기의 효과는 곧 ‘상속인 지위로부터의 이탈’이며 그 효과가 제1042조에 의해 상속개시의 때로 소급하여 발생한다고 설명할 수 있다. 상속포기 효과의 내용에 대한 이와 같은 이해를 바탕으로 할 때, 제1043조의 해석에 대한 통설의 태도는 납득할 만 한 것이다. 물론 제1043조를 무시한다는 비판이 있을 수도 있다. 실제로 제1043조를 무시하고 제1042조만에 의한 위와 같은 해석을 하는 것이 타당하며, 나아가 제1043조는 삭제하는 것이 바람직하다는 주장도 있다.<sup>24)</sup> 그러나 해석을 통해 명문의 규정을 무시하자는 주장에 찬동하기에는 역시 주저하게 된다. 그것보다는 일견 충돌·모순하는 것처럼 보이는 각 규정들을 조화롭게 해석하려는 노력이 필요하다고 할 것이다.

생각건대, 상속포기자의 상속분을 다른 공동상속인들의 상속분(구체적상속분이든 법정상속분이든)에 따라 계산하여 귀속하게 하는 방법과 통설이 취하는 방법은 결과적으로 차이가 없다. 오히려 제1043조에서는 상속포기자의 상속분을 다른 상속

23) 법의 목적(정신·취지)을 이해하고 그 목적에 적합한 방법으로 해석하는 것이 곧 ‘목적론적 해석’이며 법의 진정한 의미를 밝히는 것이다.(곽윤직, 민법총칙[민법강의 I](신정수정판), 박영사, 1999, 68면 참조.)

24) 곽윤직, 전계 상속법, 196면.

인의 상속분의 비율로 귀속시킨다고 하는데, 이를 귀속시키기 위한 구체적 방법으로 통설과 같은 계산법을 이용한다는 설명은 과연 무리일까. 결국 통설의 해석을 통해서도 원래라면 상속포기자에게 ‘귀속했을 상속분’이 다른 상속인에게 귀속하게 된다는 것을 고려하면 크게 잘못된 이해는 아니라고 생각할 수 있다. 바꾸어 말하자면, 제1043조 해석에 대한 통설의 입장은 일견 제1043조의 문언과 부합하지 않는 것처럼 보일 수 있으나 합리적인 해석의 범위 내에 있다는 것이 된다.

그런데 이와 같은 ‘유연한 해석’이 설득력을 가지기 위해서는, 공동상속인 중 일부의 상속포기에 의하더라도 나머지 공동상속인은 변함이 없다는 것이 그 전제를 이루어야 한다. 일부가 상속포기를 하더라도 그를 제외한 공동상속인들은 그대로 이므로, 통설과 같이 처음부터 상속포기자를 제외한 나머지 상속인들만 있던 것처럼 처리를 하더라도 ‘(상속포기가 없었더라면) 그 (포기자에게 속했을) 상속분’이 결국 ‘(포기자를 뺀) 다른 공동상속인’에게 귀속하게 되어 제1043조의 해석 범위에 머무를 수 있게 되는 것이다.

하지만 이와 같은 해석의 전제 사실을 위협하는 경우가 있으니, 그것은 바로 배우자와 공동상속하는 혈족상속인 전원이 상속포기를 하는 경우이다. 항목을 바꾸어 설명한다.

### Ⅲ. 배우자와 공동상속하는 혈족상속인 전원의 상속포기

#### 1. 문제의 소재

앞서 설명한 바와 같이 ① 단독상속인이 상속포기를 하거나 ② 공동상속인 전원이 상속포기를 하는 경우에는 제1043조의 적용이 없고, 제1000조 이하의 일반 조항에 따라서 차순위 상속인이 상속을 하게 된다. 이와 관련하여 특별히 문제되는 점은 눈에 띄지 않는다.<sup>25)</sup> ③ 혈족상속인끼리 공동상속하는 경우에 일부 상속인이 상속을 포기한다면 이는 제1043조의 문제가 된다. 이때는 통설과 같이 처음부터 상속포기자가 없었던 것으로 하여 나머지 혈족상속인들이 공동상속하는 것으로 해

25) ①과 ②의 경우에 단독상속하는 자, 상속포기하는 자가 혈족상속인인지 배우자상속인인지 여부는 당연히 문제가 되지 않는다.

석하면 된다.

다만 ①~③의 경우에 포기한 상속인을 피대습자로 하는 대습상속이 발생하는지에 대한 의문이 생길 수 있으나, 현행 민법은 대습상속의 원인으로 사망과 결격, 이 두 가지만을 규정하고 있으므로(제1001조, 제1003조 제2항) 해석론으로서는 검토할 가치가 없다. 따라서 본 연구에서는 자세히 다루지 않는다.<sup>26)</sup>

문제는 ④ 혈족상속인과 배우자상속인이 공동상속하고 그 중 일부가 상속포기를 하는 경우이다.<sup>27)</sup> 하지만 이때에도 ④-1 공동상속을 하는 배우자가 단독 혹은 다른 혈족상속인 일부와 함께 상속포기를 하는 경우에는 제1043조에 대한 통설의 해석으로 충분하다. 배우자가 상속포기를 하여 상속의 국면에서 이탈하더라도 그를 대신하여 새롭게 상속인이 되는 자는 없기 때문이다. ④-2 공동상속인인 혈족상속인과 배우자상속인 중 배우자가 아닌 다른 혈족상속인의 일부가 상속포기를 하는 때에는 종래 제1043조의 ‘다른 상속인’의 범위를 둘러싸고 학설이 나뉘고 있으나, 앞서 살펴본 바와 같이 제1043조의 ‘다른 상속인’에 배우자상속인도 포함한다고 한다면<sup>28)</sup> 이 경우에도 그 상속포기로 인하여 새롭게 상속인으로 되는 자가 없으므로 해석의 어려움은 없다.

결국 ④-3 혈족상속인과 배우자상속인이 공동상속하는 경우에 혈족상속인 전원이 상속포기를 하는 사례만 남게 된다. 그런데 이 경우 통설과 같이 처음부터 해당 상속포기자가 없었던 것으로 하여 상속한다고 해석한다면 제1043조의 문언과 합치하지 않는 것처럼 보일 수도 있다. 제1042조의 상속포기의 소급효와 제1000조 이하의 상속의 일반 원칙에 따른다면, 혈족상속인 전원의 상속포기로 인하여 후순위였던 혈족상속인들이 배우자상속인과 함께 상속을 받을 위치에 서게 된다고 해석할 수도 있기 때문이다. 예를 들면, 피상속인의 배우자와 공동상속하는 피상속인의 자 전원이 상속포기를 하는 경우, 피상속인의 손자녀가 있다면 1순위 직계비속으로서 상속인이 될 수 있다.<sup>29)</sup> 그리고 이때는 제1043에 대한 통설의 해석을 합리

26) 입법론으로서 상속포기를 대습상속의 원인으로 인정하여야 한다는 자세한 주장으로, 안영하, “대습원인으로서의 상속포기에 관한 입법론적 고찰”, 성균관법학 제17권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2005, 351면 이하가 있다. 상속포기의 효력(소급효)과 대습상속에 대한 설명으로 류일현, 전제 “상속포기에 관한 연구”, 252면 이하도 참조.

27) 공동상속인인 혈족상속인과 배우자상속인이 전부 상속을 포기하는 경우에는 위의 ②의 사례에 해당한다.

28) II. 3. (2)의 서술을 참조.

29) 손자녀가 없더라도 피상속인의 부모가 생존하여 있으면 2순위 직계존속이므로, 배우자와 공동상속인이 될 수 있다는 점에서는 마찬가지이다. 한편 피상속인에게 상속인으로서 배우자, 부모, 조부모가 있는 경우도 같은 논의가 가능하다.

적인 것으로 인정할 수 있는 ‘전제 사실’, 즉 공동상속인 중 일부의 상속포기에 의하더라도 나머지 공동상속인은 변함이 없다는 사실에 변동이 생겼다는 점도 고려해야 한다.

이 사례(④-3)에서 상속인과 상속분에 대한 해석은 어떻게 되는가. 과연 위와 같은 통설의 설명이 우리 법의 해석으로서 타당한가. 이에 대해서는 배우자가 단독으로 상속하는지, 그렇지 않으면 후순위였던 다른 혈족상속인들과 배우자가 공동으로 상속하는지 견해가 나뉘고 있다. 대상판결도 이것에 대한 다툼을 다른 사건이었다. 이하에서는 대상판결의 판시내용을 간단히 정리하고 그에 대한 학설의 태도를 살펴보는 것으로 한다.

## 2. 판례와 학설의 태도

### (1) 대상판결 (대판 2015. 5. 14., 2013다48852.)

#### 1) 사실관계 및 사건의 경과

피상속인 甲은 유족으로 배우자 乙과 자녀인 A, B를 남기고 2010년 8월 6일 사망하였다. 甲은 사망당시 원고 X에 대하여 6억원의 차용금 채무가 있었다. 또한 X는 미리 일정한 금액을 선급금으로 지급하고 그 금액으로 甲으로부터 고철을 사들이는 형식의 거래를 하고 있었는데, 甲이 사망할 당시 X가 지급한 선급금 중 일부가 남아있었다.

甲이 사망한 뒤, 甲의 X에 대한 차용금 채무의 연대보증인이었던 배우자 乙을 제외한 A와 B는 고려기간 내에 상속포기신고를 하여(2010. 9. 27.) 적법하게 수리되었다. 한편 A의 자녀로는 a, b가, B의 자녀로는 c가 있었다(a, b, c는 모두 미성년자). 이에 X는 배우자 乙에게는 위 차용금 채무의 연대보증인 및 甲의 상속인으로서, a, b, c에게는 甲의 상속인으로서 위 차용금 반환과 선급금 반환을 청구하였다.

1심<sup>30)</sup>에서는, 상속의 포기에는 소급효가 있으므로 A와 B의 상속포기로 甲의 직계비속인 a, b, c가 1순위 상속인이 되고 甲의 배우자인 乙과 동순위로 피상속인의 채무를 상속한다고 판시하였다. 이에 대하여 乙을 제외한 a, b, c는 항소하였는데

30) 서울남부지판 2012. 8. 28., 2011가합14252.

2심<sup>31)</sup>에서도 변제충당에 관한 항변을 일부 일정했을 뿐 1심과 동일한 이유로 원고의 청구를 인용하였다.

## 2) 대법원의 판시

대법원은 “상속을 포기한 자는 상속개시된 때부터 상속인이 아니었던 것과 같은 지위에 놓이게 되므로(대법원 2006. 7. 4.자 2005마425 결정 등 참조.), 피상속인의 배우자와 자녀 중 자녀 전부가 상속을 포기한 경우에는 배우자와 피상속인의 손자녀 또는 직계존속이 공동으로 상속인이 되고, 피상속인의 손자녀와 직계존속이 존재하지 아니하면 배우자가 단독으로 상속인이 된다”고 하여, 사안에서 A와 B가 상속을 포기한 이상 피상속인의 손자녀인 a, b, c는 乙과 공동으로 甲의 재산을 상속한다고 할 것이므로 a, b, c를 甲의 상속인으로 본 원심의 판단은 정당하다고 판시하였다.<sup>32)</sup>

## (2) 학설의 태도

### 1) 차순위 혈족상속인과 배우자 공동상속설(이하, ‘공동상속설’)<sup>33)</sup>

혈족상속인과 배우자상속인이 공동하여 상속하는 경우에 혈족상속인 전원이 상속을 포기하면, 제1000조 이하의 순위에 따른 차순위 혈족상속인과 배우자가 공동상속인이 된다는 견해이다. 종래 이와 관련하여 설명하고 있는 교과서의 서술을 그대로 옮기면 다음과 같다.

“유처(遺妻)와 독자(獨子) 甲이 공동상속인인 경우 甲이 포기하고 甲에게 직계비속이나 피상속인의 직계존속이 없으면 유처가 단독상속하고 甲에게 직계비속이 있으면 유처와 공동상속한다. 직계비속이 없고 직계존속이 있으면 유처는 직계존속과 공동상속한다. … 유처와 子 甲·乙·丙이 있는 경우 … 甲·乙·丙이 포기하면 그들에게 직계비속이 있으면 유처와 공동으로 이들이 본상속하고, 없으면 유처

31) 서울고판 2013. 5. 29., 2012나75262.

32) 한편, 판결에서는 상속의 승인, 포기를 선택할 수 있는 고려기간(숙려기간)이 도과하였는지 여부도 또 하나의 논점이 되었다. 대법원은 이 사건에서 피상속인의 손자녀인 a, b, c에 대하여는 아직 민법 제1019조 제1항에서 정한 기간이 도과하지 않았다고 할 수 있음을 그 이유에서 명기하고 있다. 이에 대한 대법원의 판단에 대해서도 이견이 있을 수 있으나, 본 연구의 주제와는 직접적으로는 관계가 없는 것으로 판단하여 이 문제에 대해서는 따로 자세히 논의하지 않는다.

33) ‘차순위 혈족상속인과 배우자 공동상속설’이라는 학설명은 주장하는 내용을 잘 드러내도록 논의의 편의상 붙인 것이며, 아직 학계에서 공인된 것은 아니다. ‘배우자 단독상속설’이라는 학설명도 마찬가지이다.

가 단독상속한다. 그러나 피상속인인 망부(亡夫)의 직계존속이 있으면 유처는 이들과 공동상속한다.”<sup>34)</sup>

한편 위 판결(대상판결) 후 그에 대한 평석에서, 자녀들이 전부 상속포기를 하는 경우에는 상속포기의 소급효에 따라서 처음부터 상속인이 아니었던 것으로 되므로, 피상속인 甲의 자녀인 A와 B가 상속을 포기한 경우에 甲의 손자녀인 a, b, c가 상속인이 된다는 해석은 현행법상 불가피하다고 평가하고 있는 견해가 있다.<sup>35)</sup>

## 2) 배우자 단독상속설(이하, ‘단독상속설’)

혈족상속인과 배우자가 공동상속인이 되는 경우에 혈족상속인 전원이 상속포기를 하면, 배우자가 단독으로 상속인이 된다고 설명하는 견해이다. 종래 한 교과서에서 다음과 같은 서술을 확인할 수 있었다.

“피상속인의 직계비속과 배우자 중 포기자가 생기면 그 자가 없는 것으로 생각하고 남은 상속인이 상속재산을 법정상속분에 따라 추가로 상속하게 된다. 피상속인에게 아들 A·B와 처 C가 있고, 또 A에게 그의 직계비속으로 A-1이 있는데, A·B가 모두 상속을 포기하면, A·B의 상속분은 누구에게 귀속되는가? ... A-1은 제1043조의 「다른 상속인」에 포함되지 않고, 유일한 상속인인 C가 단독으로 상속한다고 새겨야 한다. 이에 대하여 제1042조를 근거로 공동상속을 주장할 것도 아니다. 그 규정은 상속재산 귀속의 공백을 방지하기 위한 것일 뿐이기 때문이다.”<sup>36)</sup>

한편 위 대상판결에 대한 다른 평석에서, 대법원 판결은 논리적으로 비난하기 어렵지만 이러한 결론을 고수한다면 실제적으로 부당한 결과가 초래할 가능성이 적지 않으므로 이를 비판하는 견해가 있다. 즉, 제1043조를 공동상속관계에서 일부 상속인이 상속포기를 한 특별한 경우에 적용되는 특별규정으로 이해하고 상속순위에 관한 일반 규정(제1000조 이하)에 우선적으로 적용시켜, 피상속인의 자녀가 모두 상속을 포기한 경우에도 피상속인의 배우자가 상속을 승인한 때에는 그 배우자

34) 박병호, 가족법, 한국방송통신대학출판부, 1991, 406면. 한편, 신영호, 전게서, 445면은 배우자와 독자(獨子)가 공동상속하는 경우에 대해서만 본문에서 인용한 교과서의 서술과 동일한 내용의 설명을 하는데 그치고 배우자와 복수의 자녀가 공동상속하는 경우에 대한 명시적인 설명은 하지 않고 있으나, 본문에서 인용한 교과서의 설명과 같은 견해로 보아 공동상속설로 분류하여도 논리적으로 무리가 없을 것이다.

35) 김상용, “피상속인의 자녀가 모두 상속포기를 한 경우 손자녀가 상속인이 되어 상속채무를 승계하는가”, 법률신문 2015년 6월 29일자, 12면. (평석 원문에서는 甲의 자녀 A와 B를 병과 정으로, 손자녀 a, b, c를 A, B, C로 표기하였는데 논의의 혼동을 방지하기 위해 본문과 같이 변경하였음을 밝힌다.)

36) 송덕수, 전게서, 378면.

만이 단독상속한다고 주장하는 것이다.<sup>37)</sup> 또한, 이와 전반적인 논지는 같이 하면서 배우자의 상속분이 다른 상속인에 대한 상대적 비율로 정해지는 우리 규정(제도)을 고려하여, 대상판결과 같은 사안의 경우에도 배우자가 단독으로 상속한다고 설명하기도 한다.<sup>38)</sup>

### 3. 검토 및 私見

#### (1) 판례와 학설의 검토

##### 1) 공동상속설(판례를 포함)에 대한 검토

상속포기의 효과를 설명하는 문헌 가운데, 배우자와 공동으로 상속하는 혈족상속인 전원이 상속포기를 하는 경우(위에서 언급한 ④-3의 사례)의 상속관계에 대하여 직접 언급하고 있는 것은 의외로 적다. 그나마 그 내용 또한 대상판결의 입장에 비판적인 분석을 하고 있는 판례평석<sup>39)</sup>을 제외하고는 지극히 단순한 것을 확인할 수 있다.

대법원 판결을 비롯하여 공동상속설을 취하는 견해에서는, ‘상속을 포기한 자는 상속개시된 때부터 상속인이 아니었던 것으로 된다’는 종래의 판례 및 통설의 해석으로부터 소위 ‘④-3’의 경우에도 배우자가 차순위의 혈족상속인(피상속인의 직계비속 또는 직계존속)과 공동으로 상속한다는 결론을 도출하고 있다. 우리 민법이 상속 순위와 상속분을 각기 다른 조문에서 정하고 있고, 특히 배우자상속인의 경우에는 그 순위를 혈족상속인과 다른 조문에서 별개의 룰을 통해 정하고 있는 것을 고려할 때, 이와 같은 공동상속설의 견해는 ‘간명한’ 해석이라고 말할 수 있다. 제1042조에 의해 상속이 개시하는 때로 돌아가서, 제1000조 및 제1003조에 따라 차순위 직계비속 혹은 2순위 직계존속과 배우자가 공동으로 상속한다는 해석은 일응 논리적이기도 하다.<sup>40)</sup>

37) 박근용, “동순위 혈족상속인 전원의 상속포기와 배우자상속”, 가족법연구 제29권 2호, 한국가족법학회, 2015, 203면 이하.

38) 임종효, “피상속인의 배우자와 자녀 중 자녀 전부가 상속포기한 경우 상속재산의 귀속”, 가족법연구 제29권 3호, 한국가족법학회, 2015, 497면 이하.

39) 박근용, 전계논문, 203면 이하; 임종효, 상계논문, 497면 이하.

40) 상속분의 정함에 있어서는 배우자상속인과 혈족상속인이 비율의 차이는 있지만 ‘일원적’으로 규정되어 있으나, 상속인의 지위확정과 상속 순위에 있어서는 민법에서 별도의 체계를 두고 있으므로 공동상속설의 해석은 체계적으로 적합한 면이 있다는 평가에 대해서는 박근용, 상계논문,

하지만 판례를 비롯한 공동상속설은 제1043조의 명문에 반하는 면이 있다는 점을 부정할 수 없다. 공동상속설은 제1043조의 해석에 대한 종래의 통설의 입장을 토대로 하는 것인데, 그와 같은 통설의 해석이 제1043조의 해석 범위 내에 머무를 수 있는 전제인 ‘공동상속인 중 일부의 상속포기에 의하더라도 나머지 공동상속인은 변함이 없다는 사실’이 더 이상 유지되지 않는 것으로 되기 때문이다.

대상판결과 같은 사실관계에서 공동상속설에 따른다면, 상속포기자인 A와 B의 상속분(각 7분의 2)은 상속포기로 인하여 새롭게 상속인이 되는 a, b, c의 상속분(각 9분의 2)에 ‘어떻게든 결과적으로는’ 귀속한다고 하겠으나<sup>41)</sup> 이 때 배우자의 상속분 역시 일부가 줄어들어 a, b, c의 상속분에 일부(21분의 2)가 귀속하게 되는데, 이를 제1043조의 문언에 합치하는 해석으로 이해할 수 있을까. 또한 피상속인의 손자녀로 a와 b만 있는 경우에, 같은 논리라면 A와 B의 상속분은 그대로 a와 b에게 귀속하고(각 7분의2) 배우자의 상속분(7분의3)에는 변함이 없는 결과로 된다. 제1043조는 포기자의 상속분이 ‘다른 상속인의 상속분의 비율로 그 상속인에게 귀속된다’고 규정하고 있는데, 이와 같은 공동상속설의 해석이 제1043조의 내용에 합치한다고는 도저히 설명할 수 없을 것이다. ‘다른 상속인’임이 분명한 배우자상속인에게 포기자의 상속분이 귀속하지 않음이 분명하기 때문이다.<sup>42)</sup>

생각건대, 이는 제1043조 규정 자체가 아예 없거나 혹은 포기한 상속재산의 귀속을 ‘상속의 일반원칙에 따라서 정한다’라고 규정하는 경우라면 몰라도, ‘다른 상속인의 상속분의 비율로 그 상속인에게 귀속’한다고 정하는 민법 제1043조의 문언에 정면으로 반하므로 그에 대한 해석으로는 충분하지 않다. 우리 민법의 제1042조 뿐만 아니라 제1043조 역시 상속포기의 효과에 관한 조문임에는 틀림이 없다. 그런데 공동상속설을 주장하는 견해들은 제1043조에 대해서는 특별한 언급을 하지 않고 있어 마치 제1043조를 무시하고 있는 듯한 인상마저 주고 있다. 대상판결에서도 마찬가지이다. 피고들이 배우자 乙이 단독상속한다고 주장한 근거가 무엇인지 판결문 상으로는 분명치 않다. 제1043조를 그 근거로 주장하지 않았을 수도 있

218~219면.

41) 포기자 A와 B의 상속분 7분의4(7분의2\*2)가 a, b, c의 상속분 9분의6(9분의2\*3)의 ‘비록 일부일지언정’ 전부 귀속하게 되는 것이다. 물론 이어지는 본문의 설명과 같이, 그 외의 부족한 부분은 상속포기가 없었더라면 배우자에게 귀속하였을 상속분으로부터 일부(21분의2)가 귀속한다.

42) 제1043조의 ‘다른 상속인’의 범위에 피상속인의 배우자가 포함되지 않는다는 논리의 연장이라면, 이와 달리 생각할 여지도 있을 것이다. 하지만 본고에서는 제1043조의 ‘다른 상속인’의 범위에서 배우자를 특별히 제외할 이유가 없다는 통설과 같이 판단하고 있음을 앞서 밝혀두었다. 본문의 서술은 이와 같은 논리의 연장에 있는 것이다.

으나<sup>43)</sup>, 설사 주장했다더라도 법률심인 대법원 판결문에 제1043조를 언급하는 것은 스스로의 해석에 문제가 있음을 드러내 보이는 결과가 되었을 것이다.

한편 대법원은 대상판결에서 ‘상속을 포기한 자는 상속개시된 때부터 상속인이 아니었던 것과 같은 지위에 놓이게’ 된다고 하면서 앞선 대법원 결정(2006. 7. 4., 2005마425)을 언급하고 있는데, 이 대법원 결정은 그 결정문에서 또 다른 선행 판결(1995. 9. 26., 95다27769)을 따르고 있음을 실시하고 있다. 하지만 이와 같이 대법원의 선행 결정례와 판결례를 참조하여 이와 같은 대상판결의 사안에 그대로 적용할 수 있는지는 의문이다. 95다27769 판결은 피상속인과 그의 배우자가 동시에 사망하고 제1순위 상속인인 子들이 모두 상속포기를 한 사안에 관한 것이기 때문이다. 제1순위 상속인인 妻와 子들이 모두 상속포기한 경우에는 孫이 직계비속으로서 상속인이 된다고 하는 실시한 판결이유만 놓고 보더라도<sup>44)</sup>, 제1순위 상속인인 배우자와 혈족상속인이 모두 상속포기한 사안과 대상판결처럼 공동상속인 중 혈족상속인만 전원 상속포기를 한 사안은 분명 다른 것이다.

이미 앞에서 문제를 제기하면서 살펴본 바와 같이, 배우자를 포함한 제1순위 상속인 전원이 상속포기를 한 사례와 배우자를 제외한 나머지 혈족상속인 전원이 상속포기를 한 사례는 구별되어 논의할 필요가 있다.<sup>45)</sup> 이 점에서 대법원은 구체적인 사실관계가 다르다는 것을 간과한 채 종래 판결의 태도(심판을 포함)를 답습했다는 점에서 비판을 받아 마땅하다. 그리고 이는 공동상속설을 지지하는 견해도 마찬가지이다.<sup>46)</sup>

요컨대, 이와 같은 대법원 판결과 공동상속설의 문제점은 제1043조에 대한 통설의 해석이 타당하기 위한 논리적인 전제사실에 변화가 생겼음에도 이를 고려하지 않고 기계적·형식적으로 ‘종전의 해석 방식’에 따라 제1042조에 의해 제1000조와 제1003조를 적용했다는 점에 있다고 하겠다.

## 2) 단독상속설에 대한 검토

단독상속설을 명시적으로 언급하는 문헌도 그 수가 극히 적다. 대상판결이 선고

43) 박근용, 전계논문, 216면은 피고들이 배우자 단독상속을 주장한 근거가 제1043조였을 것이라고 추측한다.

44) 95다27769 판결은, 1995. 4. 7., 94다11835 판결을 참조하면서 이 판결이유를 실시하고 있다.

45) 앞선 ‘Ⅲ. 1. 문제의 소재’ 항목 이하에서 ②의 사례와 ④-3의 사례를 구분하여 설명하는 이유를 확인한 바 있다.

46) 김상용, 전계논문, 12면은 대상판결과 같은 사안에서 피상속인의 손자녀들이 상속인이 된다는 해석은 ‘현행법상 불가피하다’고 설명한다.

되기 전 배우자의 단독상속을 주장한 교과서에 따르면, 상속포기를 한 피상속인의  
 子의 직계비속은 제1043조의 ‘다른 상속인’에 포함되지 않고 배우자가 단독으로 상  
 속한다고 새겨야 하며 상속재산 귀속의 공백을 방지하기 위한 규정인 제1042조를  
 근거로 공동상속설을 주장할 것도 없음을 단정하고 있다.<sup>47)</sup> 그 이상의 자세한 설  
 명이 이어지는 것은 아니지만, 본고에서 ‘공동상속설이 제1043조의 해석으로 문언  
 상 적당하지 않다’는 문제 제기를 하는 것과 상통하는 인식을 갖는다고 할 수 있  
 을 것이다.

한편 대법판결의 결론을 비판적으로 논설한 판례평석에서는, 제1043조를 공동상  
 속관계에서 일부 상속인이 상속포기를 한 경우에 특별히 적용되는 규정으로 이해  
 하여 제1000조 이하에 우선하게 되므로 배우자가 단독상속인이 된다는 논리를 취  
 하고 있다.<sup>48)</sup>

그런데 이와 같은 설명이라면 그저 ‘판례의 태도가 일리는 있으나 이 경우에는  
 특별히 다룬다’는 내용에 그치는 것이 되어버리고 만다. ‘왜’ 제1043조를 특별규정  
 으로 취급하여 대법판결의 사안과 같은 경우(본고의 ④-3에 해당하는 사안)에 특  
 별히 배우자만이 상속인으로 확정되고 단독상속하게 되는지에 대해서는 납득할 만  
 한 설명을 덧붙이고 있지 않기 때문이다.

이 판례평석에서는 ‘통설적인 이해’라고 설명하는 공동상속설이 명문의 규정인  
 제1043조를 전혀 의미가 없는 것으로 무시한다고 비판하고 있다.<sup>49)</sup> 하지만 제1043  
 조는 그 표제에서 보듯, 상속인이 정해진 이후의 상속분 귀속과 관련한 내용에 대  
 해서만 규정을 하고 있다. 해석을 통해 제1043조가 일정한 경우의 상속인 확정  
 문제까지 정하고 있다고 설명하는 것은, 마찬가지로 문리해석의 범위를 넘어서는  
 것이 아닐까. 또한 당해 평석의 논리대로라면, 일반적인 경우에 본인도 타당하다고  
 수긍한 ‘통설적인 이해’를<sup>50)</sup> 대법판결과 같은 사안에 있어서는 별다른 이유 없이  
 무시해 버리는 결과로 된다는 비판도 가능하다.

생각건대 이 평석에서는, 판례와 같은 태도는 실제상의 부당한 결과를 초래할  
 가능성이 있기 때문에 이와 같이 특별히 취급한다는 논리를 취하고 있는 것 같  
 다.<sup>51)</sup> 하지만 그와 같은 결과가 ‘실제로 부당한지’에 대해서는 검토가 필요할 것으

47) 송덕수, 전계서, 378면.

48) 박근웅, 전계논문, 220면 이하.

49) 박근웅, 상계논문, 219면.

50) 박근웅, 상계논문, 213면.

51) 박근웅, 상계논문, 219~220면.

로 보인다. 가령 ‘상속포기자의 의사’ 혹은 ‘당사자들의 기대’에 반하는 결과가 되어 부당하다고 평가하고 있는데, 이는 상속포기라고 하는 법률행위를 하는 데에 있어 행위자의 ‘동기’에 불과한 것이어서 이와 다른 법률적 효과가 발생한다는 것이 곧 부당하다는 평가로 연결될 수 있는지는 의문이다.

우리 법의 해석으로 상속재산 전체에 대한 포괄적 승인·포기만 인정되고 조건이나 기한을 붙이는 것은 인정되지 않듯이,<sup>52)</sup> 상속포기자의 의사가 언제나 전적으로 고려되어야 한다고는 말할 수 없다. 또한 본인이 예상하지 못했던 피상속인의 혼외자가 상속개시 후 인지 등에 의하여 공동상속인으로서 등장한 경우에, 애당초 본인의 기대와는 다르다고 하여 그의 존재를 부정할 수도 없는 일이다. 즉, 상속과 관련한 국면에서는 승인·포기 등 개인의 의사가 고려되는 부분이 있으나 한편으로는 법에 의해 정해진 대로의 효과가 발생한다는 사실도 인정하여야 하는 것이다.

그러므로 당해 판례평석과 같이 ‘상속포기자의 의사’ 혹은 ‘당사자들의 기대’ 등을 고려하는 것은 ‘입법론’을 위한 작업으로서 어느 정도 의미가 있다고 말할 수 있더라도, ‘해석론’에 있어서는 단지 본인의 주장과 부합하는 사례를 제시하는 것에 그치게 되는 경우가 있다. 그렇게 된다면 서로 대립하는 주장은 상호 평행선만 달리게 될 뿐, 문제해결에는 그다지 도움이 되지 않을 것이다.<sup>53)</sup>

또한 대상판결을 비판하는 다른 판례평석에서는, 배우자의 법적 지위 보장이라는 측면에 더하여 배우자 상속분을 다른 공동상속인에 대한 상대적 비율로 정하는 우리 규범구조에 비추어 제1043조의 ‘다른 상속인’에서 배우자를 포함하는 것으로 해석하는 것이 타당하며, 그 연장선상에서 대상판결의 경우에도 단독상속설을 취하는 것이 민법 제 규정(제1042조 및 제1043조와 제1009조 제2항)이 서로 충돌하지 않는 이론구성이 된다고 설명하기도 한다.<sup>54)</sup> 대상판결의 문제점을 지적하는 점에 있어서는 일견 타당한 지적이기는 하지만, 민법 제1000조까지 포함시킨 논의에서 어떠한 논리로 단독상속설을 도출해 낼 것인가에 관해서는 설명이 지나치게 생

52) 김주수·김상용, 전거서, 697면.

53) 예를 들면, “상속재산 중 적극재산이 소극재산보다 많은 경우에 피상속인의 자녀들이 피상속인의 배우자인 모친의 상속재산에 대한 기여를 인정하고 모두 상속포기하기로 하여 상속포기가 이루어진 때에도 그 의사와는 달리 피상속인의 손자녀 또는 직계존속에게 상속이 이루어지게 되어 상속포기자의 의사에 반하는 결과가 될 수 있”다고 하는 내용이 있다.(박근웅, 전거논문, 219면.) 그렇다면, 마찬가지로 상속재산 중 적극재산 초과인 경우에 만약 피상속인들의 자녀들이 자신들의 자녀(피상속인의 손자녀)가 피상속인의 배우자와 공동상속을 할 것을 의도하여 전원이 상속을 포기하였다면 그 때는 대상판결과 같은 공동상속설의 태도가 정당하다고 할 것인가.

54) 임종효, 전거논문, 504면 이하.

략되어 있거나 충분하지 않은 것으로 보인다.

## (2) 私見

지금까지 배우자와 혈족상속인이 공동상속인이 된 경우 배우자를 제외한 혈족상속인 전원이 상속포기를 한 사안(본고에서의 ④-3의 사례)에 있어서 이른바 ‘공동상속설’과 ‘단독상속설’의 내용을 검토하였다.

제1000조 이하의 상속순위에 의해 상속인이 되는 것은 ‘최우선 순위에 있는 혈족’과 ‘배우자’<sup>55)</sup>이다. 그리고 후순위인 자가 상속인이 되는 것은, 대습상속이 일어나는 상황을 제외한다면 선순위 상속인이 전부 없게 되는 경우 뿐이다. 그렇다면 문제의 사안에서 ‘최우선 순위에 있는’ 혈족이 모두 상속포기를 한 경우, 이를 ‘최우선순위 상속인이 전부 없게 되는 경우’라고 인정할 수 있을 것인가. 문제 해결의 출발점은 여기에 있는 것으로 생각된다.

이른바 ‘공동상속설’에서는, ‘상속포기를 한 자는 상속포기의 결과 처음부터 상속인이 아니었던 것’이 되어 혈족상속인 중 최우선순위의 자가 없게 되는 것이므로 후순위 혈족상속인 가운데 최우선순위의 자가 배우자와 공동상속한다고 설명한다. 하지만 이와는 달리, 혈족상속인은 아니지만 최우선순위의 상속인인 배우자가 이미 존재하고 있기 때문에 최우선순위의 혈족상속인 전원이 상속포기를 하더라도 후순위 혈족상속인이 상속하는 일은 없다는 해석도 가능할 것이다.

제1000조 제1항과 제2항의 규정에서도 보듯이, 상속인이 되는 데에는 원래 그 사람이 어떤 순위(가령 1순위 직계비속인지, 2순위 직계존속인지)에 속해 있었는지가 중요하다기보다 ‘최우선순위자’인지 여부가 가장 중요한 것이다. 이에 비추어 생각한다면, 혈족상속인과 배우자상속인의 상속순위를 정하는 규정이 별개라고 하더라도 피상속인이 사망할 때 배우자로서 최우선순위에 있다는 사실 또한 존중되어야 하는 것은 아닐까.

또한, ‘상속포기를 한 자는 처음부터 상속인이 아니었던 것이 된다’는 명제는 공동상속설의 해석과 같이 전개될 수 있지만, 최우선순위 상속인으로서 이미 배우자가 존재한다는 해석으로도 전개될 수도 있다.

상속이 개시하여 그 중 일부가 상속을 포기하기까지의 과정을 논리적으로 분석

55) 피상속인의 직계비속과 직계존속이 없는 경우에, 배우자가 단독으로 상속하게 됨은 당연하다(제1003조 제1항).

하면 다음과 같다. (i) 상속이 개시하면, (ii) 피상속인과 가까운 혈족 및 배우자 가운데 가장 최우선순위에 있는 자가 누구인지 탐색하여, (iii) 그 자가 상속인으로 되고, (iv) 그 상속인 중 일부가 상속포기를 하는 것이다. 그런데 당연상속주의를 취하는 우리 법의 해석에서 (i), (ii), (iii)은 논리적으로는 이와 같은 선후관계가 있을지언정 ‘시간적으로는 동시에’ 행해진다는 것을 명심하여야 한다. 그러므로 상속포기((iv))의 효력이 제1042조에 인하여 ‘상속이 개시된 때’로 소급한다고 했을 때 소급으로 인한 변화가 어디에서 일어나는지를 구분하여, (i) 혹은 (ii)의 논리적 시점으로 되돌아가서 가장 최우선순위에 있는 자가 누구인지부터 다시 탐색한다는 해석도 가능하지만, 이미 최우선순위에 있는 자가 누구인지 정해져 있는 (iii)의 단계로 돌아가 상속포기를 한 자를 제외한 나머지 사람들이 확정적으로 상속한다는 해석도 불가능하지는 않다. 상속포기의 효력에 대해 같은 명제(‘상속포기를 한 자는 처음부터 상속인이 아니었던 것이 된다’)를 따르더라도 전자의 해석을 취한다면 ‘공동상속설’이 되겠지만, 후자의 해석에 의한다면 ‘단독상속설’과 연결될 수 있을 것이다.

생각건대 위의 전자의 해석과 후자의 해석이 모두 가능하다고 생각한다. 하지만 이미 확인한 바와 같이, 전자의 해석에 따라 ‘공동상속설’을 취하게 되면 간명해 보이지만 제1043조의 문언에 반하는 결과가 발생한다. 반면에 후자의 해석은 그와 같은 문제가 발생하지 않는다. 또한, 상속포기의 효력 그 자체를 상속 개시로 인하여 현실적으로 구체화한 ‘상속인 지위로부터의 이탈’로 이해하는 본고의 태도와도 상통하는 면이 있다.

이에 私見으로는 후자의 해석에 따라, 상속포기를 한 사람은 처음부터 상속인이 아닌 것으로 보는 견해를 취하면서도, 상속의 포기는 처음부터 그 사람이 존재하지 않았던 것이 아니라 최우선순위자로서 상속인이 된 그 지위로부터 이탈한다고 보는 것이 타당하다고 생각한다. 그러므로 ④-3의 사안에서는 배우자가 후순위의 직계비속 혹은 직계존속과 공동상속하는 것이 아니라 단독으로 상속한다는 견해(‘단독상속설’)를 취하는 것으로 한다.

한편 그 밖의 사안(①~③, ④-1, ④-2)에서도 같은 방법으로 해석한다. 그 결과 ③ 혈족상속인끼리 공동으로 상속하는 경우에 일부가 포기하는 때, ④-1 혈족상속인과 배우자가 공동으로 상속하는 경우에 배우자가 단독이든 다른 혈족상속인 일부와 함께든 상속을 포기하는 때, ④-2 혈족상속인과 배우자가 공동으로 상속하는 경우에 배우자가 아닌 혈족상속인의 일부가 포기하는 때에는 이미 최우선순위자가

정해져 있는 단계((iii))에서 상속포기자를 제외한 나머지 상속인들이 상속한다고 해석함이 물론이다. 또한 ① 단독상속인이 포기하는 경우와 ② 상속인 전원이 상속포기하는 경우에도 일단 (iii)의 단계를 거친 다음, 결국 최우선순위에 있는 자가 누구인지((ii))를 다시 따져보게 된다. 즉 ④-3의 사안 이외의 경우에는, 私見을 취한다고 하여 결과적으로 종래의 해석에 변동을 주는 일은 없음을 알 수 있다.

#### IV. 나가며

상속포기의 효과에 대해서는 법률 조문이 극히 간단하고 부분적이어서 해석에 상당부분 맡겨져 있는 것이 현실이다. 종래 상속포기의 효과에 관한 연구는 그다지 인기 있는 연구테마가 아니었다. 특히 혈족상속인과 배우자가 공동으로 상속인이 되었을 경우 배우자를 제외한 혈족상속인 전원이 상속포기를 한 때의 효과에 대해서는, 직접적으로 언급하고 있는 문헌을 손에 꼽을 정도였다. 당해 사안과 관련하여 대법원이 판결이 나온 것은 그 타당성 여부를 불문하고 환영할 만한 일이다.

본고에서는 대법원 판결의 내용과 종래 학설의 해석에 대하여 비판적으로 검토한 결과, 위 사안의 경우 배우자가 단독으로 상속한다는 ‘단독상속설’을 취하였다. 상속포기자는 처음부터 상속인이 아닌 것으로 보면서도, ‘상속인이 아니었던 것으로 본다’는 의미를 상속의 포기로 그 사람이 처음부터 아예 존재하지 않았던 것이 아니라 최우선순위자로서 상속인이 된 그 지위로부터 이탈하는 것으로 해석한 결과이다.

이와 같은 해석은 상속포기의 효력과 관련한 제1042조, 제1043조의 문언과 충돌하지 않으며, 위 사안 이외의 경우에도 타당한 결론을 이끌어 낸다. 따라서 상속인이 상속포기를 한 때 그 상속분의 귀속과 관련한 일반적인 해석 방법이라고 하여도 무리가 없을 것이다.

그런데, 그렇다고 하여 ‘공동상속설’을 취하는 견해와 대상판결에 대한 대법원의 태도가 논리적으로 근거가 없다고 비판할 수만은 없다. 私見과 다른 논리를 취하고 있지만, 일응 타당성이 있음을 부정할 수는 없기 때문이다. 그러므로 이 문제와 관련한 논의는, 논리적으로 가능한 여러 가지 해석 가운데 우리 법 규정에 좀 더

합치하는 것을 찾는 과정으로 이해하여야 한다. 私見은 그에 대한 고민의 결과라고 할 수 있다.

그리고 이와 같은 점을 고려할 때, 더 이상 해석론에 의한 문제 해결이 아닌 입법적인 해결도 고려해 볼 필요가 있는 것이 아닌지 되묻게 된다. 그런 점에서는 우리와 동일한 내용을 규정하고 있던 일본민법이 1962년 개정을 통해 우리 민법 제1043조에 해당하는 제939조 제2항을 삭제하고, 당시 상속포기의 효과에 관한 여러 해석의 충돌을 입법적으로 해결하려고 했던 사실도 참고할 만하다.<sup>56)</sup>

(논문투고일 : 2016.02.22, 심사개시일 : 2016.03.02, 게재확정일 : 2016.03.16)



▶ 류 일 현

상속포기, 배우자상속, 공동상속, 상속순위, 소급효

56) 1962년 일본민법의 개정과 관련하여서는 山主政幸, “民法の一部改正について”, 法律時報34卷7号, 日本評論社, 1962, 11면 이하; 阿川清道, “民法の一部を改正する法律”, 法律時報34卷6号, 日本評論社, 1962, 40면 이하; 沼辺愛一, “相続法規と民法の一部改正”, 家庭裁判所事件の諸問題(判タ167号 臨増), 判例タイムズ社, 1964, 62면 이하 등이 있다.

## 【참 고 문 헌】

### I. 단행본

- 김용한, 친족상속법(보정판), 박영사, 2003.  
 곽윤직, 민법총칙[민법강의 I](신정수정판), 박영사, 1999.  
 곽윤직, 상속법[민법강의VI](개정판), 박영사, 2004.  
 박동섭, 친족상속법(제4판), 박영사, 2013.  
 박병호, 가족법, 한국방송통신대학출판부, 1991.  
 배경숙·최금숙, 친족상속법강의[가족재산법](수정증보2판), 제일법규, 2006.  
 송덕수, 친족상속법, 박영사, 2015.  
 신영호, 로스쿨 가족법강의[제2판], 세창출판사, 2013.  
 오시영, 친족상속법(제2판), 학현사, 2011.  
 이경희, 가족법(8정판), 법원사, 2013.  
 김주수·김상용, 친족·상속법[제12판], 법문사, 2015.

- 内田貴, 民法Ⅳ 親族·相続, 有斐閣, 2002.  
 谷口知平·久貴忠彦 編, 新版 注釈民法(27) 相続(2), 有斐閣, 1989.  
 中川善之助·泉久雄, 相続法(第4版), 有斐閣, 2000.

### II. 논문

- 김상용, “피상속인의 자녀가 모두 상속포기를 한 경우 손자녀가 상속인이 되어 상속채무를 승계하는가”, 법률신문 2015년 6월 29일자, 법률신문사, 2015.  
 류일현, “상속포기와 채권자취소권”, 가족법연구 제28권 3호, 한국가족법학회, 2014.  
 류일현, “상속포기에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위 청구논문, 2013.  
 박근용, “동순위 혈족상속인 전원의 상속포기와 배우자상속”, 가족법연구 제29권 2호, 한국가족법학회, 2015.  
 안영하, “대습원인으로서의 상속포기에 관한 입법론적 고찰”, 성균관법학 제17권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2005.  
 이영무, “선순위상속인들이 상속을 포기하였을 경우 상속재산이 차순위상속인에게 귀속되는지 여부에 관하여”, 인권과정의 제239호, 대한변호사협회, 1996.

임종효, “피상속인의 배우자와 자녀 중 자녀 전부가 상속포기한 경우 상속재산의 귀속”, 가족법연구 제29권 3호, 한국가족법학회, 2015.

정태호, “민법 제1026조 제2호에 대한 헌법불합치결정에 대한 평석 및 위 법률규정의 개정방향”, 인권과정의 제267호, 대한변호사협회, 1998.

金山正信, “相続放棄の効果”, 家族法大系Ⅷ(相続(2)), 中川善之助教授還暦記念, 有斐閣, 1973.

山主政幸, “民法の一部改正について”, 法律時報34卷7号, 日本評論社, 1962.

阿川清道, “民法の一部を改正する法律”, 法律時報34卷6号, 日本評論社, 1962.

沼辺愛一, “相続法規と民法の一部改正”, 家庭裁判所事件の諸問題(判タ167号臨増), 判例タイムズ社, 1964.

---

**Abstract**

---

## **Renunciation of Inheritance by All the Descendants in Prior Order**

RYOU, Il-hyeon

As to a effect of renunciation of inheritance, Korean Civil Act only has so simple and partial provisions. Therefore, lots of its parts are brought into interpretation by precedents and theories. Meanwhile, it is undoubtedly true that there has been no animated discussions with regard to an effect of renunciation of inheritance. And, when the decedent's blood relatives and his/her spouse come into inheritance jointly, what does result in if all the blood relatives give up their inheritance? This has hardly been discussed until recently, in particular.

On May 14, however, Korean Supreme Court held that the decedent's spouse and his/her other issue(ex. grandchildren or parents) inherit the estate jointly, when the all the descendants renounce their succession in case the decedent's blood relatives and his/her spouse come into inheritance jointly. This decision is following its well-established precedent that those who would give up his/her inheritance are treated as he/she were not heirs *ab initio*.

In this paper, I came up with a conclusion that a spouse inherits by himself/herself in such a same circumstance as that case, under critical examination of the Supreme Court's decision above and other views. I also acknowledge that the person who has refused his/her succession is not heirs from the moment of decedent's death. But, it doesn't mean the disclaimant has died, only he is just regarded as ruled out from status of

heirs.

However, the logic of Supreme Court and its favoring views still have their persuasive powers in some degree. So, this kind of problem needs a seeking process for what fits in well with articles of Korean Civil Act. In this sense, we have still a possibility that a legislative approach can be an alternative.



---

▶ RYOU, Il-hyeon

renunciation of inheritance, inheritance of spouse, joint inheritance, order of inheritance, retroactive effect

# 民法 第126條의 正當한 理由의 存在에 대한 判例理論에 관한 小考\*

최 문 기\*\*

I. 序言	IV. 正當한 理由의 存在에  대한 判例理論
II. 表見代理와 歸責要素 내지 歸責性(歸責事由)	1. 正當한 理由의  존재가  가지는 중요성
1. 표현대리의  기반	2. 正當한 理由의  존재에  관한  학설
2. 귀책요소 내지  귀책성(귀책사유)의 정도	3. 正當한 理由의  존재에  대한 판례이론
3. 상대방의  신뢰의  차등성	4. 검토 및  사건
4. 본인의  이익  보호를  위한  귀책요소 내지  귀책성(귀책사유)	5. 正當한 理由의  판단
III. 本人責任의 理論	6. 상대방 또는  제3자의  귀책요소의 조사 ·  확인의무
1. 민법  제126조의  기본대리권의 존재라는  요건의  의미	7. '正當한  이유'의  존재에  대한 증명책임
2. 본인책임의  이론	VI. 結語

## 【국 문 요 약】

우리 민법상의 표현대리가 추구하는 궁극의 목적은 본인의 이익과 상대방의 이익의 조화를 꾀하는 것이다. 그런데 통설·판례는 거래의 안전 보호의 측면에 치중한 결과 표현대리의 요건을 확장시켜서 무권대리행위에 대하여 본인에게 무거운 이행책임을 부담케 하고 있다. 그러나 통설·판례와 같이 어느 한 쪽으로만 편중된 해석은 타당하지 않다고 생각된다. 따라서 표현대리의 성립 여부를 판단함에 있어서 거래의 안전을 위해 희생되는 본인의 귀책근거를 명

\* 이 논문은 경성대학교 2016년도 학술연구비에 의하여 연구되었음.

\*\* 경성대학교 법학과 교수.

확히 하지 않으면 안 된다. 표현대리의 이론적 근거인 권리의관이론은 거래의 안전 보호의 요청에만 관심을 기울여 왔을 뿐 선의의 제3자를 보호함으로써 불이익을 입는 진정한 권리자의 보호에 관해서는 무관심한 태도를 보여왔다. 그러므로 본인책임의 인정에 있어서 본인측에 무권대리행위의 효과를 귀속시키는 것을 정당화할 수 있는 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)을 요구하면서 일정한 사정이 있는 경우에는 상대방에게도 조사·확인 의무라는 귀책요소를 요구함으로써, 즉 정당한 이유를 요구함으로써 표현대리 제도의 궁극적 목적인 정적 이익과 동적 이익이 조화를 이룰 수 있을 것이라고 생각된다.

## I. 序言

현명에 의한 대리행위 외에 대리권은 없으나, 대리권 외관이 존재하고 제3자의 신뢰가 정당하다고 인정되면 곧 본인의 책임을 인정하는 것이 타당하다고 할 것인가, 아니면 그러한 점만으로는 부족하고 본인이 대리권 외관의 출현에 관여하였어야 한다고 할 것인가, 더 나아가 대리권 외관이 본인의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)<sup>1)</sup>에 기하여 출현하였어야 한다고 할 것인가?

서로 충돌되는 이익 중 어느 쪽을 더 보호할 것인가, 양 이익을 어느 선에서 조화시킬 것인가 하는 점은 제1차적으로 법이 결정할 사항이다. 법의 이에 관한 태도를 규명함에는 제1차적으로 표현대리에 관한 규정을 고려하여야 하겠지만, 그 외에도 표현대리 규정과 마찬가지로 거래의 안전을 위하여 마련된 규정들도 함께 고려하여야 할 것이다. 나아가 그 시대의 사회적 요청과 외국의 입법과 이론도 참고할 필요가 있을 것이다.

그런데 우리의 학설과 판례는 표현대리를 본인이 작출한 외관을 신뢰하여 자칭 대리인과 거래한 선의의 상대방을 보호하기 위한 제도라고만 설명하고, 독일의 권리외관이론에 기초를 두고 있다고 할 뿐이다. 표현대리에 의해 선의의 상대방은 보호받게 되지만, 반면에, 본인이 부담하게 되는 불이익의 측면에 대해서는 고려하지 않는다. 이러한 경향은 특히 제126조의 표현대리에서 잘 나타난다. 학설과 판례는 제126조 표현대리의 성립요건을 확대하여 해석함으로써 거래 보호에 편향된 전개와 하고 있다. 즉 기본대리권과 월권대리행위의 관련성 내지 동질성을 요구하지 않는다. 그러한 근거로서 같은 종류, 같은 성질의 것을 요한다면 그것은 법규상 근거가 없는 요구가 될 것이며, 그 월권표현대리의 적용범위를 부당하게 축소시켜 표현대리 제도의 취지인 거래의 안전 보호의 이상을 결시하게 된다는 점을 들고 있다.<sup>2)</sup> 다음으로 기본대리권 외에 대리권 존재에 대한 상대방의 '정당한 이유'의 요건을 선의·무과실과 동일한 의미로 이해한다거나, 또는 정당한 이유의 요건에 본인의 과실이나 행위(귀책사유)를 고려해야 할 필요가 없다고 하는 것이 일반적인 견해이다.<sup>3)</sup> 이 때문에 상대방의 눈에 보이는 객관적인 사정을 전제로 정당한

1) 귀책사유, 귀책성, 귀책요소, 과책성으로 표현하기도 하지만, 이 논문에서는 원칙적으로 귀책요소로 표현하기로 한다.

2) 고상룡, 「민법총칙」, (법문사, 2003), 579면.

3) 입법자의 어떠한 고려가 의도되었는지는 알 수 없지만, 제126조의 정당한 이유는 제125조 및 제129조의 선의·무과실과 동일한 의미는 아니라고 생각된다. 이러한 측면에서 상대방의 선의·무과실

이유를 판단할 수밖에 없어서 외적, 객관적 사정에 해당하지 않는 본인측의 사정을 고려하는 것이 곤란하게 되었다.<sup>4)</sup>

제126조의 표현대리<sup>5)</sup>를 둘러싼 이러한 현행의 해석 태도는 본인의 책임을 너무 쉽게 인정해버리게 되어 무거운 이행책임을 지게 되고, 반면에, 상대방은 지나치게 보호하게 되는 문제가 발생하게 된다. 예컨대, 등기서류나 위임장이 본인에 의해 교부된 것이 아니고 대리인에 의해 위조 또는 도용되었음에도 불구하고, 상대방이 대리인의 등기서류 ‘소지’에 기하여 그의 대리권을 신뢰한 경우까지도 본인이 대리행위에 대하여 이행책임을 부담해야 하는가? 만약 이러한 경우에 있어서까지 본인의 위임장 교부라고 하는 외관을 작출했고, 이러한 외관을 신뢰한 선의의 상대방을 보호하는 것이 우리의 표현대리 제도라고 하여 본인의 이행책임을 인정해야 한다면 표현대리에서의 상대방의 이익과 본인의 이익의 조화라는 관점에서 가장 근본적인 문제가 야기될 수밖에 없다.

다수설과 판례가 기본대리권이라고 하는 요건을 완화 또는 확장하여 해석함으로써 결국 제126조 표현대리의 적용에 있어서 중심 문제는 정당한 이유<sup>6)</sup>의 유무를 결정하는 것이다. 정당한 이유의 유무에 관한 판단은 구체적 사안에 의해 판단되는데, 결국 본인의 이익 보호(정적 안전 보호)와 상대방의 이익 보호(거래의 안전 보호)와의 조화를 어떻게 이루어야 하는가라는 문제에 귀착한다. 여기서 정당한 이유의 판단은 상대방의 이익 보호를 중시할 것인가, 또는 본인의 이익 보호를 중시할 것인가라고 하는 양자 택일의 문제는 아니며, 이 양자의 이익 보호가 균형있게 조화되어야 한다. 따라서 정당한 이유의 유무에 관한 판단은, 문제된 행위의 구체적인 사정에 비추어 법이 보호할 만한 가치가 있는가의 여부에 따라서 결정할 수밖에 없으며, 정당한 이유의 판단 기준이 되는 것은 상대방의 이익과 본인의 이익 보호에 대한 이익조정이다.

---

로 이해해서는 안 된다고 보는 송덕수, 민법강의(上), (박영사, 2004), 230면의 견해에는 찬성하지 만, 입법자가 제126조의 표현대리를 다른 표현대리의 경우보다 제한된 범위에서만 성립할 수 있게 하기 위해 ‘정당한 이유’를 요구한 것으로 보는 것에는 의문이 있다. (동지: 이성희, “민법 제126조의 표현대리에 관한 고찰-본인의 귀책사유에 대한 입론을 중심으로”-, 『비교법연구』 제3권, (배재대학교 비교법연구소, 2008), 111면)

4) 星野英一/安永正昭, 『民法講座』 第1卷(民法總則), (有斐閣, 1984), 539面.

5) 표현대리의 근거와 본질에 관하여는 줄고, “민법 제126조의 표현대리에 있어서 본인과 상대방의 귀책요소에 관한 일고찰”, 『재산법연구』 제30권 제3호, 2013.11, 123면 이하

6) 결국 판례는 정당한 이유에 대해서 어떤 경우에는 통상 대로라면 정당한 이유의 존재가 추정되는 사정이 있음에도 불구하고, 자칭 대리인의 대리권한에 대해서 상대방의 조사의무를 확대하여 유과실을 인정함으로써 정당한 이유를 부정하는 조작을 부득이하게 행하고 있는 실정이다. (예컨대, 대법원 1995.2.17. 선고, 94다34425판결)

민법 제125조에서는 본인의 제3자에 대한 수권통지가 있는 경우이고, 따라서 본인의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)은 이것으로 충분히 존재한다. 따라서 여기에서는 이 점은 거의 문제되지 않지만, 민법 제126조, 제129조에서는 이 점이 문제가 된다. 그 중에서도 특히 제126조에서 문제가 되므로 제126조와 관련하여 본인과 상대방의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)과 관련되는 정당한 이유의 존재에 대한 판례이론을 중심으로 살펴보기로 한다.

## II. 表見代理와 歸責要素 내지 歸責性(歸責事由)

### 1. 표현대리의 기반

표현대리란 대리인에게 대리권이 없음에도 불구하고, 대리권이 있는 것과 같은 외관이 존재하고, 그러한 외관이 본인에게 책임을 지울 만한 사정에 기하여 발생한 경우에 본인에게 책임을 지우는 제도이며, 그 이론적 근거는 영미법상의 금반언의 법리(estoppel), 독일법상의 권리외관이론에 기초하고 있다.<sup>7)</sup> 그렇지만 표현대리라는 것은 본질적으로 무권대리에 속하기 때문에 외관을 신뢰하지 아니한 상대방에 대해서는 본인을 희생시켜가며 보호할 필요가 없다. 따라서 표현대리 제도에 대한 입법화나 운용은 ① 본인의 이익 보호와 거래의 이익 보호라는 양 이익의 균형과, ② 상대방의 정당한 신뢰 보호라는 양측 위에서 이루어져야 한다. 한편, 표현대리의 근거가 금반언이든, 권리외관이든 본인에게 유권대리와 같은 효력을 발생시킨다는 것은 거래의 안전에는 도움이 되지만, 본인의 이익 보호에 소홀할 위험성이 있다. 따라서 거래의 안전을 위해 무한정하게 본인을 희생시키는 것은 가혹할 수 있기 때문에 본인의 이익 보호는 본인에게 외관에 대한 책임을 지울만한 사정, 즉 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)이 존재하여야 한다는 요구도 무시할 수 없다.<sup>8)</sup> 이러한 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)의 요구는 외관작출 내지 외관방지에 대한 과실책임과도 균형을 이룬다고 할 수 있다.

7) 표현대표이사에 관한 대법원 1998.3.27. 선고, 97다 34709 판결

8) 김증한/김학동, 「민법총칙」, (박영사, 2006), 434-435면.

## 2. 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)의 정도

### 1) 세 가지 입장

그런데 본인의 외관작용 내지 방치나 상대방의 신뢰는 뒤에서 보듯 표현대리의 요건이 되고 있지만, 본인의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)은 명정되지 않고 있다. 일종의 기술되지 않은 요건이라 할 수 있는데, 따라서 표현대리의 해석·운용에 있어서 일정한 한계를 가진다는 것을 의미한다. 이 점은 표현대리에 있어서의 본인의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)을 과실책임에서 문제되는 ‘과실’과 동일하게 이해할 것인가 라는 점에 영향을 미친다. 본인의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)을 어떠한 내용으로 파악할 것인가 하는 문제에 대해서는 세 가지 입장이 있을 수 있다.

① 권리의외관의 출현에 원인을 주었으면 족하다는 여인주의(야기주의), ② 본인의 과실을 요구하는 과실주의, ③ 권리의외관의 출현에 본인이 단지 원인을 제공한 것만으로는 부족하지만, 외관의 출현이 본인의 과실에 기할 것까지는 없고, 본인의 지배영역 내에서 외관이 출현하였으면 족하다는 위험주의(Risikoprinzip)가 그것이다. 위험주의에서는 책임귀속자가 자기의 행동이 거래에서 갖는 통상적 의미를 인식치 못하고 신뢰를 야기시키거나 특수한 상인적 조치에 의해 위험이 수반되는 경우 또는 자칭 대리인에게 수여된 지위가 통상 일정한 범위의 대리권을 수반하는 경우에는 주 본인이 책임을 진다고 보고 있다.<sup>9)</sup>

본인의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)을 요구하게 된 것은 표현대리 제도가 인정되지 아니한 독일에서 유권대리에 포섭되는 외관대리에 대해 본인에게 법률행위에 대한 책임을 부담시키기 위한 근거로서 등장한 것이라고 할 수 있다. 판례는 귀책성의 기준에 대해 처음에는 야기주의에 입각하여 본인의 과실을 요구하지 않고 단지 외관이 본인에 의하여 발생되거나 원인이 제공된 경우에 본인의 책임을 인정하였으나, 1952년의 유명한 Toto 사건 판결에서 “주의의무를 다했다면 대리인의 행동은 알 수 있었고 방지할 수 있었다”고 판시함으로써<sup>10)</sup> 과실주의를 선언하였다.

학자들 중에는 위험주의에 찬성하는 설<sup>11)</sup>이 있다. 본인의 귀책요소가 기술되지

9) 이용박, “표현대리의 법리에 관한 연구 : 법률외관이론에 의한 체계적 해석이론제시를 중심으로” (박사학위 청구논문), (동국대학교, 1990), 31~32면.

10) BGHZ 5.111.

11) 김상용, 「민법총칙」, (법문사, 2003), 618면; 윤형렬, 「민법총칙」, (박영사, 2006), 646면.

아니한 요건이라고 본 때문인지 판결에서 귀책요소를 언급한 판례는 아직 존재하지 아니한다. 다만, 위조수표에 대해 피위조자가 위조자에게 이미 발행한 위조수표를 결제를 촉구하고 지급은행이 자금부족으로 지급거절하는 것을 방지하는 등의 조치를 취한 사안과 관련하여 원심이 표현대리책임을 인정한데 대해, 판례<sup>12)</sup>가 “(이러한 조치는) 위조수표발행으로 일어날 수 있는 거래상의 혼란을 방지하기 위한 사후수습을 촉구하는 것이라고 보는 것이 상당함에도 불구하고, 이를 위조수표 발행행위를 정당한 권한 있는 행위를 한 것으로 믿게 한 것이라고 하여 피위조자의 표현책임을 있는 것으로 판단하였음은 표현대리의 법리를 오해한 것”이라고 판시하고 있다. 이 판례에 대해 본인이 외관을 제거하기 위하여 상당한 조치를 취한 경우에는 본인의 책임을 부인하는, 즉 부인에게 책임귀속사유가 없는 경우에는 표현대리의 성립을 부인하는 판례로 해석하는 입장<sup>13)</sup>이 있다.<sup>14)</sup>

### 3. 상대방의 신뢰의 차등성

표현대리에서 상대방의 보호는 본인의 이익과 거래의 이익을 비교하는 입장에서 이루어지기 때문에 단순히 상대방이 무권대리인에게 대리권이 있는 것으로 믿었다는 것만으로 당연히 보호되는 것은 아니며, 신뢰가 정당한 것이어야 한다. 민법이 상대방의 ‘선의·무과실’(제125조, 제129조)이나 ‘정당한 이유’(제126조)를 요구하는 것은 이 때문이다.

주의할 점은 법에서는 단순히 ‘선의·무과실’, ‘정당한 이유’라고 추상적으로 표현하고 있지만, 요구되는 상대방의 신뢰의 정도는 동일한 것은 아니다. 이는 외관의 신뢰가치에 차등이 있다는 것을 의미한다. 예컨대, ① 본인이 상대방에게 타인을 대리인으로 삼았다고 명언하는 경우(제125조의 경우)에는 이에 대한 신뢰가치는 몹시 높다. 반면에, ② 단지 대리인이 상당히 오래 전에 대리권을 가졌다는 사정(제129조의 경우)이나 극히 한정된 범위에 관하여 대리권을 가지고 있다는 사정(제126조의 경우)은 타인을 대리인으로 삼았다고 명언한 경우에 비해 신뢰가치가 낮다고 할 수 있다. 그렇기 때문에 ①의 경우에는 상대방이 그 말을 믿고 다른 사정을 조사하여 대리권이 존재를 확인하지 않았다고 하더라도 상대방의 신뢰는 정당하다고 할 수 있다. 그러나 ②의 경우에는 그러한 사정만으로는 현재의 또는 해

12) 대법원 1972.11.28. 선고, 72다36 판결

13) 김상용, 앞의 책, 618면.

14) 자세한 것은 참고, 앞의 논문, 119면 이하

당 행위의 대리권의 존재를 믿었다고 하더라도 상대방의 신뢰를 정당한 것이라고 볼 수는 없고, 정당한 신뢰라고 평가받기 위해서는 추가적인 사정이 존재하여야 한다. 그리고 ②의 경우에 속한다고 하더라도 대리인이 단지 특정한 행위에 대해서만 대리권을 가진 경우(개별대리권)와, 본인의 사업의 중요 부분에 관하여 광범한 대리권을 가진 경우(포괄 적 대리권)을 가진 경우에 현재의 행위에 도 대리권을 가진다고 믿을 만한가 하는 점에 차이가 있으며, 이전의 대리권이 현재의 행위와 동종인가 하는 점도 신뢰가치에 차이를 가져 온다. 이와 같이 상대방의 신뢰의 정당성의 판단에 있어서는 외관의 신뢰가치를 고려해야 하는 것이다.<sup>15)</sup>

#### 4. 본인의 이익 보호를 위한 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)

표현대리라는 것은 본질적으로 무권대리에 속하기 때문에 외관을 신뢰하지 아니한 상대방에 대해서는 본인을 희생시켜 가며 보호할 필요가 없다. 따라서 표현대리 제도에 대한 입법하나 운용은 ① 본인의 이익 보호와 거래의 이익 보호라는 양 이익의 균형과 ② 상대방의 정당한 신뢰 보호라는 양측 위에서 이루어져야 한다. 그러나 표현대리의 근거가 금반언이든, 권리외관이든 본인에게 유권대리와 같은 효력을 발생시킨다는 것은 거래의 안전에는 도움이 되지만, 본인의 이익 보호에 소홀할 위험성이 있다. 따라서 거래의 안전을 위해 무한정하게 본인을 희생시키는 것은 가혹할 수 있기 때문에 본인의 이익 보호는 본인에게 외관에 대한 책임을 지울만한 사정, 즉 귀책성(과책성)이 존재하여야 한다는 요구도 무시할 수 없다.<sup>16)</sup> 이러한 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)의 요구는 외관작용 내지 외관방지에 대한 과실책임과도 균형을 이룬다고 할 수 있다.<sup>17)</sup>

#### 5. 본인의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)의 정도

그러면 본인은 대리권외관의 형성에 어느 정도 관여한 경우에 그에게 외관에 대하여 책임을 지울 만하다고 할 것인가? 본인이 월권대리인에게 일정한 행위를

15) 김중환/김학동, 앞의 책, 435면.

16) 김중환/김학동, 앞의 책, 434~435면.

17) 박찬주, “표현대리와 무권대리의 관계”, 「법학연구」 제48권 제2호, (부산대학교 법과대학·법학연구소, 2008.2), 259면 박찬주 교수는 표현대리의 성립에 본인의 과책성이 요구되는가는 문제는 독일에서 논의되는 인용대리·외관대리의 법리의 도입과 간접적으로 연결되어 있는데, 과책성이 요구되지 아니한 요건으로 보고, 그 과책성이 인용대리에서는 묵시적 수권행위로, 외관대리에서는 묵시적 수권의 표시(제125조)로 보는 근거임을 주장하고 있다.(박찬주, 앞의 논문, 273면)

맡겼다는 것, 즉 기본대리권이 존재한다는 것만으로 본인은 대리인의 행위에 대하여 책임을 질 만하다고 할 수 있는가? 본인이 대리인을 모든 가능한 방법을 다하여 감독하였음에도 불구하고, 대리인이 위임사무와 전혀 무관한 거래에 나타나 본인 모르게 대리행위를 한 경우에도 본인이 그를 대리인으로 선임하였다는 점만을 이유로 그에게 책임을 질만하다고 하는 것은 수긍할 수 없다. 만약 이를 긍정한다면 대리인을 이용하는 자는 그 대리인의 모든 행위에 대하여 책임을 져야 한다는 결과가 되는 것이며, 그러한 결과는 귀책요소가 있는 경우에만 본인이 책임을 지는 제391조, 제756조의 법정신에 배치되는 것이다.

그러면 본인에게 어느 정도의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)을 요구할 것인가? 소위 여인주의(야기주의)는 원인과 결과간에 인과관계만 있으면 원인제공자는 그 결과에 대하여 모두 책임을 져야 한다는 인과적 책임을 인정하는 것이 되어 부당하다. 소위 과실주의는 타인을 이용하는 자에 대하여 보다 무거운 책임을 규정한 제391조의 정신에 반하는 것이다. 또한 거래의 안전 보호에 미흡한 결과가 된다. 위험주의는 한편으로 본인측의 요건을 지나치게 완화하지 않으면서, 다른 한편으로는 타인을 이용함으로써 이득을 보는 자는 그 만큼 확대된 위헌을 부담토록 한다는 점, 본인의 과실을 요구함으로써 생기는 거래 보호의 불충분성을 극복한다는 점에서 일응 타당한 부분도 있다고 볼 수 있다.

이에 의하면 타인에게 대리권을 수여하였다고 하여 언제나 본인의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)이 존재하고, 그 자의 모든 행위에 대하여 책임을 인정하는 것은 타당치 않고, 나아가 본인이 대리인의 행동 지배·통제할 수 있었던 경우에 비로소 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)이 존재하고, 따라서 본인의 책임이 인정된다. 본인이 지배할 수 있는 범위 - 따라서 책임져야 할 경계 - 는 그가 수여한 대리권의 내용에 따라 달라진다. 상거래 또는 포괄적 행위를 내용으로 하는 경우에는 신중을 요하는 거래 또는 개별적 행위를 내용으로 하는 경우보다 그 범위가 넓을 것이다.

그런데 서로 상충하는 두 개의 이익 중 어느 편을 더 중시할 것인가 하는 것은 일단 입법정책의 문제이지만, 많은 경우에 입법은 어느 한쪽에 일방적으로 편중된 결정을 내리지 않는다. 이 때 궁극적으로는 각 시대의 사회여건과 시대적 요구, 더 정확히는 이를 고려한 법해석학에 의하여 어느 한편의 이익이 더 중시된다. 그리고 한 시대의 경향은 시대가 변하면서 반전될 수 있다. 대리법에서의 동적 이익과 정적 이익 중 어느 편을 중시할 것인가 하는 문제 역시 이러한 점을 고려하여

판단되어야 한다. 외국에서의 표현대리에 관한 판례와 학설의 변천관정을 보면 금세기초에는 권리의관이론이 이 책임의 객관적 성질을 강조하여 책임요건을 극히 완화하였었다. 이는 자본주의의 발달을 위하여 거래의 안전이 강조되던 당시의 시대적 요청의 반영이 아닌가 생각된다. 이에 반해, 오늘날에는 권리의관이론은 본인의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)을 보다 강하게 요구한다. 이는 오늘날의 시대적 요구가 거래의 안전·원활뿐만 아니라, 정적 안전을 중시하는데 있다는 점을 보여주는 것으로 생각된다. 그렇다면 오늘날의 해석론으로서 이러한 시대적 요구에 맞게 좀 더 정적 안전을 고려하여 본인의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)을 요구함이 타당하지 않을까 생각된다.<sup>18)</sup>

이 견해는 엄격히 말한다면 본인의 행위나 과실을 요건으로 하는 것이 아니고, 본인의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)을 요건으로 한다. 그리고 어느 경우에 본인에게 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)이 있다고 할 것인가 하는 문제에 관하여 대리권 존재의 외관이 본인이 지배하는 생활영역에서 발생한 경우에 본인의 귀책성이 인정된다고 한다. 따라서 이 견해에 의한다면 제3자의 신뢰 또는 대리권 존재의 외관이 본인의 행위나 과실에 가한 경우뿐만 아니라, 본인이 지배하는 생활영역에서 발생한 경우에도 본인의 귀책성이 인정된다.<sup>19)</sup> 본인책임의 구성요건으로서 기본대리권의 존재는 간략하게 살펴보고, 정당한 이유의 의미를 밝히는데 필요한 범위에서 언급하기로 한다.

### Ⅲ. 本人責任의 理論

#### 1. 민법 제126조의 기본대리권의 존재라는 요건의 의미

기본대리권의 존재라는 요건은 제3자에게 대리권 존재의 신뢰를 낳게 할 만한 대리권외관의 한 유형이다. 그런데 이것이 정당한 이유와 함께 제126조의 기본요건으로 이해되게 된 이유 및 이 요건의 기능은 무엇인가? 이것은 이 규정과 일치하는 일본 민법 제110조와 관련하여 초기의 학설·판례가 이 조의 적용요건으로서 정당한 이유와 관련하여 본인의 과실이나 작위·부작위를 요구하였던데 대하여 이러한 요건을 축소하기 위하여 요구된 것이다. 그리고 이와 같이 요건을 축소

18) 동지: 김학동, “표현대리와 본인의 귀책성”, 「민사법학」 제9·10호, (한국민사법학회, 1993.7), 134면.

19) 김학동 “월권표현대리에 관한 학설 판례의 변천”, 「민법학의 최고와 전망」 민법전시행30주년기념논문집, (한국민사법학회, 1993), 80면.

하면서도 다른 한편으로 본인에게 책임을 지우기 위하여는 본인과 월권대리인간에 어떠한 연결점이 있어야 하지 않는가 하는 생각이 근거에 깔려 있었던 바, 어떠한 연결점으로서 요구되었던 것이 기본대리권이라는 요건인 것이다. 따라서 이 요건이 본인측 사정을 고려한다는 기능을 담당하게 된 것이다. 그렇다면 기본대리권의 존재를 요건으로 하는 것 자체가 본인의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)이 본인의 책임성립의 요건임을 간접적으로 표현하는 것으로 생각된다.<sup>20)</sup> 다만, 기본대리권의 존재만으로 본인의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)은 충분히 긍정될 수 있는가, 본인이 월권대리인에게 대리권을 수여하였다는 점만으로 본인은 그 대리인의 행위에 대하여 전적으로 책임을 질만한 사정이 있다고 할 수 있는가 하는 점이 문제로 남을 것이다.

## 2. 본인책임의 이론

### 1) ‘정당한 이유’의 판단과 기본대리권의 위치

제126조의 권한을 넘은 표현대리가 성립하기 위해서는 ‘기본대리권’ 과 ‘정당한 이유’ 라는 2요건을 필요로 한다. 제126조를 적용함에 있어서 먼저 기본대리권의 존재 여부를 따져서 그것이 인정되면 다음에 상대방에게 대리인이 그 권한 외의 법률행위를 할 권한이 있다고 믿음에 ‘정당한 이유’가 있는지의 여부로 옮겨 가는 작업이 일반적으로 행하여진다.<sup>21)</sup> 여기서 다수설은 ‘정당한 이유’를 상대방의 선의·무과실로 의미하고,<sup>22)</sup> 정당한 이유의 유무는 거래 당시의 사정으로부터 객관적으로 거래통념에 따라 판단되어야 한다는 것이 판례<sup>23)</sup>이다. 그리고 ‘기본대리권’이란 실제로 이루어진 행위에 대한 대리권은 없지만, 그 어떤 행위에 대해서는 대리권이 존재해야 하는데, 여기서 실제로 존재하는 그 어떤 행위에 대한 대리권을 기본대리권이라고 한다. 그리고 학설<sup>24)</sup>과 판례<sup>25)</sup>는 제126조가 적용되기 위해서

20) 동지: 김학동, 앞의 논문, 131면.

21) 김광년, “권한을 넘은 표현대리에 있어서 소위 기본대리권에 관한 소고(1)”, 「사법행정」 제18권 제5호, (한국사법행정학회, 1977) 12면.

22) 고상룡, 앞의 책, 571면; 김중환/김학동, 앞의 책 445면 이러한 견해에 반대하는 학설로는 김상용, 앞의 책, 633면; 윤형렬, 앞의 책, 653면~654면.

23) 대법원 1984.4.11. 선고, 88다카13219 판결; 대법원 1987.11.10. 선고 87다카1325 판결

24) 김상용, 앞의 책, 627면.

25) 대법원 1962.3.22. 선고, 4294 민상 483 판결; 대법원 1979.4.10. 선고, 79다227 판결, 대법원도 기본적인 어떠한 대리권도 없는 자에 대하여 대리권한 유월의 표현대리는 성립할 여지가 없다고 하거나, 민법 제126조의 표현대리가 성립하려면 우선 대리인에게 기본적 대리권이 있어야 한다고 판시하였다.(대법원 1984.10.10. 선고, 84다카780 판결)

는 기본대리권이 필요하다고 하며, 기본대리권이 있어야 하는 이론적 근거로서 전혀 아무런 권한이 없는 경우에도 제3자의 신뢰를 보호하는 것은 본인의 이익을 지나치게 해하게 되므로 본인의 정적 안전을 보호하기 위한 최소한의 요건으로서 기본대리권이 필요하다고 한다.<sup>26)</sup>

그러나 기본대리권의 존재가 어찌하여 본인측의 정적 안전을 보호하기 위한 최소한도의 요건인가에 대해서는 언급이 없다.<sup>27)</sup> 즉 진정으로 기본대리권이 본인측의 최소한의 정적 이익을 보호하기 위한 요건으로 작용하고 있는 것인가? 즉 월권행위에 대하여 본인이 책임을 부담해야 한다면 월권행위에 대한 기본대리권의 작용을 명확하게 설명할 수 있어야 하는데, 그렇지 않기 때문에 기본대리권이라는 요건으로부터 본인과 해당 월권행위와의 관련성이 불충분하다.<sup>28)</sup> 그렇다면, 기본대리권은 본인의 정적 안전을 보호하기 위한 최소한도의 요건일 수 없고, 기본대리권은 본인의 귀책의 근거가 될 수 없다.<sup>29)</sup> 따라서 본인이 대리인에게 대리권을 수여했다는 사정, 즉 본인의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)을 기본대리권에서만 판단해야 하는가에 대해서 의문의 여지가 있다.<sup>30)</sup>

예컨대, 어떤 종류의 대리권을 수여받은 자가 본인의 실인·권리증을 도용하거나, 또는 위조하여 수여받은 대리권과 관계없는 대리행위를 한 경우<sup>31)</sup>와 같이 ‘기본대리권’이 존재하고, 대리권이 있다고 신뢰할 만한 객관적 사정이 있다고 해서 ‘정당한 이유’를 곧바로 인정하는 것에는 동의하는데 거부감이 있을 수 있다. 이러한 문제로 말미암아 아직은 본인의 과실이나 작위·부작위를 제126조의 적용요건으로 보지 않는 것이 일반적인 학설의 태도이긴 하지만, 본인측 사정이 기본대리권에 대한 판단에서 그칠 것이 아니라, ‘정당한 이유’의 판단에 어떠한 형태로든 영향을 미칠 수 있다고 보는 견해<sup>32)</sup>라든가, 또는 정당한 이유를 판단할 때 본인측

26) 고상룡, 앞의 책, 566면; 我妻 策, 「民法總則」, (岩波書店, 2007), 368면.

27) 정충건, “표현대리의 본질”, 「현대 민법의 전망(법주 서영배 박사 회갑기념 논문집)」, (1995), 52면.

28) 김학동, “월권표견대리에서의 「정당한 이유」에 관한 판례분석(하)”, 「사법행정」 제35권 제1호, (한국사법행정학회, 1994), 56면; 정충건, 앞의 논문, 52면.

29) 정충건, 앞의 논문, 52면.

30) 정충건, 앞의 논문, 52~53면.

31) 이와 유사한 사례로서 「대리인이 본인의 인장을 위조하여 본래의 대리권 범위를 초과하는 무권 대리행위를 하는 경우에 상대방이 사전에 본인의 진정한 인장 인영을 알고 있었다든가 하는 사정이 없는 한 쉽게 본인의 인영이 위조된 여부를 알 수 없는 것이 보통이므로……인장위조 및 행사의 행위가 범죄행위를 구성한다 하여도 권한을 초과한 표현대리를 인정함에 아무런 지장이 되지 않는다」고 판시하였다.(대법원 1966.6.28. 선고, 66다845 판결)

32) 정충건, 앞의 논문, 52면~53면.

사정(귀책사유)을 고려해야 한다는 견해<sup>33)</sup>가 설득력이 있다.

## 2) 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)의 지위

### (1) 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유) 긍정설

#### ① 정당한 이유의 판단자료로 보는 견해

통설은 대리 제도의 신용을 유지하고 거래의 안전을 보호하기 위해서<sup>34)</sup>라고 하거나, 이 조는 거래의 안전을 확보하기 위해 대리 제도를 이용하는 본인에게 일종의 무과실책임을 지우게 하는 것인데, 어떤 요인이 있는 경우로 한정하는 것은 법문에 근거 없이 제한을 가하여 표현대리의 범위를 부당하게 좁히는 것인 점을 근거로 상대방의 신뢰에 관하여 본인의 과실이나 행위가 필요하지 않다고 본다.<sup>35)</sup> 따라서 거래의 안전을 우선시하는 입장에서 서 있기 때문에 본인의 귀책요소인 귀책사유 내지 귀책성을 인정한다면 그 만큼 표현대리 성립범위가 좁아지게 되어 본인의 책임 인정이 어려워질 것이고, 그렇게 됨으로써 상대방 보호에 소홀해질 것을 우려하기 때문에 귀책요소인 귀책사유 내지 귀책성을 인정하지 않는다.

이에 대하여 월권표현대리에 있어서 정당한 이유의 유무의 판단에 본인의 귀책요소(본인측 사정)를 포함하여 고려해야 한다고 보는 견해<sup>36)</sup>에 의하면 본인의 과실, 작위, 부작위는 제126조의 적용요건이 아니라는 것과 정당한 이유의 존부를 판단함에 있어서 이러한 사정을 고려해야 할 것인가와는 별개의 문제이므로 구체적인 사안에 있어서 본인측에 그러한 사정이 있을 때에는 이를 버릴 것이 아니라, 제반 사정의 한 요소로서 고려하여 본인과 상대방(선의의 제3자)의 어느 쪽을 보호하는 것이 타당한가라는 이익형량을 하고 난 후에 탄력적으로 판단해야 한다는 것이다. 이 견해의 취지는 기본대리권 요건을 완화함으로써 생기는 본인측 사정에 대한 고려의 불충분을 보충하고, 동적 안전에 편중된 과거의 경향에 제동을 걸어

33) 지원림, 「민법 강의」(홍문사, 2013), 279면; 김상용, 앞의 책, 689면; 고상룡, 앞의 책, 572면; 於保不二雄/椿壽夫, 「注釋民法」(4), (有斐閣, 1969), 150面.

34) 我妻 榮 교수에 의하면 정당한 이유는 본인의 과실에 기할 것을 필요로 하지 않는 것은 물론, 그러한 행위에 기인할 것도 필요하지 않다고 한다.

35) 박윤직/차한성, 「민법주해」Ⅲ, (박영사, 1995), 156~157면.

36) 고상룡, 앞의 책, 572면; 이와 유사한 견해로는 이은영, 「민법총칙」, (박영사, 2005), 2005, 642면; 지원림, 앞의 책, 279면; 中舍寬樹, “民法110條-表現代理”, 「法律時報」第78卷 第10号, (2006), 64面; 奥田昌道/安永政昭도 오늘날 일본 학설의 유력한 경향은 기본대리권의 요건에 관해서 보다 완화하여 해석하고, 본인의 사정은 정당한 이유의 판단에도 고려할 수 있다고 한다. (「法學講義民法1 總則」, (悠悠社, 2007), 185面)

정적 안전 보호를 조화시키고자 하는 것이다.<sup>37)</sup>

그런데 이 견해에 따르면 어떠한 본인측 사정(귀책사유 내지 귀책성)을 고려하여 정당한 이유의 유무를 판단할 것인가의 문제가 남게 된다. 우리 학설과 판례에서는 뚜렷한 논의는 이루어지지 않고 있지만, 등기서류 또는 인장을 본인이 교부한 경우처럼 월권대리의 외관이 본인의 행동에 기한 경우와 본인이 등기서류의 보관에 소홀한 경우와 같이 월권대리의 외관의 출현에 본인의 과실이 있는 경우를 본인의 귀책요소로 본다.<sup>38)</sup>

근래의 일본의 판례와 같이 정당한 이유의 판단에서 본인측의 사정(귀책요소)을 고려하는 것은 우선 그 취지만을 생각한다면 동적 안전 보호에 편중하던 과거의 경향에 제동을 걸고, 이와 정적 안전 보호와를 조화시키고자 하는 노력의 표현으로서 기본대리권 요건을 완화함으로써 생기는 공백 - 본인측의 사정에 대한 고려의 불충분 - 을 보충하는 점에서 일응 정당하다 할 수 있다.

그런데 이렇게 하는 경우에 과연 어느 정도의 사정을 고려하여 정당이유를 판단할 것인가 하는 점이 문제되며, 이 문제는 위와 같은 이론이 등장하면서 중요한 쟁점으로 부각되었다. 이에 관하여 새로운 견해는 상대방이 알 수 있었느냐 여부를 불문하고 객관적으로 존재하였던 모든 사정을 고려하여 판단해야 한다고 주장함에 대하여,<sup>39)</sup> 다수의 견해는 여전히 제3자가 알 수 있었던 사정만을 고려하여 한다고 주장한다.<sup>40)</sup> 그런데 이 두 주장은 모두 다음과 같은 모순을 담고 있다.

첫째, 모든 사정을 고려하여 판단한다는 견해는 이 요건의 기능, 즉 제3자의 보호가치 유무를 판단한다는 기능과 배치된다. 제3자가 보호받을 가치가 있느냐 하는 판단은 그가 인식하였던, 또는 인식할 수 있었던 사정을 기초로 하여 과연 그러한 사정이 있는 경우에 합리적 사람이라면 대리권 존재를 신뢰하였을 것이냐에 의하여야 한다. 제3자가 전혀 알 수 없었던 사정까지 고려하여 과연 그러한 사정이 있는 경우에 믿을만 했느냐를 판단하여 정당한 사유 유무를 결정하는 것은 이미 정당한 사유 유무의 판단이 아닌 것이다. 또 만약 이렇게 한다면 제3자는 거의 언제나 정당한 사유가 없다고 판단될 것이다.

다음으로 제3자 알았거나 알 수 있었던 사정만을 고려하여 판단한다는 견해는

37) 김학동, 앞의 논문, 134면.

38) 지원림, 앞의 책, 279면; 김중환/김학동, 앞의 책, 450면.

39) 長屋治助·福永禮治, “越權諭越の義見代理”, 判タ 430,14

40) 横浜辯護士會, 表現代理の判例と實務(1974), 45面 ; 石田熹久夫, “ソソボジウム 表見代理”, 「私法」 26,26

본인측의 사정까지 판단자료로 넣은 목적, 즉 본인에게 부당하게 가혹하게 되는 결과를 방지한다는 목적을 망각한 것이다. 본인에게 가혹한 결과를 방지하기 위해서는 제3자가 알 수 있었느냐를 불문하고 과연 본인이 그러한 신뢰를 낳게 할 만한 행동을 하였느냐 여부를 살펴보아야 한다. 즉 본인이 제3자의 신뢰기반인 외관이 조성되는 것을 전혀 몰랐고, 또 이러한 외관 성립에 어떠한 원인도 제공치 않았다면 설령 제3자가 그러한 점을 알 수 없었을지라도 본인의 책임은 부인되어야 한다.

## ② 본인의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)을 월권대리 성립요건으로 보는 견해

민법 제126조의 표현대리의 성립요건으로 본인의 귀책요소인 귀책성을 인정하고자 하는 견해<sup>41)</sup>가 있다. 이 견해의 논거는 표현대리 제도가 동적 안전, 즉 거래의 이익을 위한 것이긴 하지만, 본인의 이익을 경시하고 거래의 이익만을 강조하는 것은 공평에 반하는 것이므로 본인과 상대방간의 이해 조정을 위한 제 사정의 하나로서 본인의 귀책성(귀책사유)을 정당한 이유 외에 독립한 요건으로 설정하자고 한다. 이 견해는 본인에게 어떠한 사정이 있는 경우에 귀책성이 있다고 할 것인가에 대한 외관이 본인의 행동에 기한 경우(예컨대, 등기서류를 본인이 교부한 경우) 또는 본인의 행동에 기하지 않았으나 외관출현에 관하여 본인에게 과실이 있는 경우(예컨대, 등기서류의 보관에 소홀한 경우)에는 본인의 귀책사유 내지 귀책성을 인정한다.<sup>42)</sup>

## (2) 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유) 부정설

귀책요소 내지 귀책성(귀책사유) 부정설은 대리 제도의 신용을 유지 또는 거래 안전의 보호를 그 근거로 삼거나, 제126조는 거래의 안전을 확보하기 위하여 대리 제도를 이용하는 본인에게 일종의 무과실책임을 지우게 하는 것인데, 어떠한 요인이 있는 경우로 한정하는 것은 법문에 근거 없이 제한을 가하여 표현대리의 범위

41) 김중환/김학동, 앞의 책, 448면 이하

42) 김중환/김학동, 앞의 책, 450면에 의하면 본인의 귀책성을 요구하는 이 견해에 의해 표현대리를 정의해 본다면 “표현대리 제도는 본인에게도 책임지울 만한 사정이 있는 경우에 그러한 점을 근거로 거래안전을 위해 본인을 희생시키는 것이다. 그런데 본인이 상대방의 신뢰의 기반이었던 외관의 출현에 아무런 관여도 하지 않았다면, 그에게는 책임을 지울 만한 사정이 없는 것이다. 단지 대리권을 주었다는 점만으로 그러한 대리권을 수여한 자는 아무리 그 자의 월권행위의 방지를 위해 필요한 주의와 감독을 다했다 하더라도 그의 행위에 대하여 책임을 여야 하는 결과로 된다” 고 한다.

를 부당하게 좁히는 것이라는 점을 근거로 상대방의 신뢰에 관하여 본인의 과실이  
나 행위가 필요하지 않다고 한다.<sup>43)</sup>

### (3) 사건

본인의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)을 부인하는 견해는 거래의 안전을 중시  
하는 입장에 서 있기 때문에 본인의 귀책요소를 정당한 이유를 판단하는 데 있어  
서 고려한다면 그 만큼 표현대리의 성립범위가 좁아지게 되어 본인의 책임 인정이  
어려워질 것이라고 주장한다. 따라서 이 견해는 상대방 보호에 소홀해질 것을 우  
려하기 때문에 본인의 귀책요소를 인정하지 않는다. 그러나 동적 안전 보호에 편  
중되어 있는 기존의 학설·판례의 경향에 제동을 걸고 기본대리권 요건을 완화함  
으로써 생기는 공백, 즉 본인측 사정에 대한 고려의 불충분을 보충하기 위해서는  
본인의 귀책요소를 정당한 이유의 판단에서 고려해야 한다. 본인의 귀책요소를 정  
당한 이유의 존부 판단에 있어서 고려해야 할 요소로 파악하는 견해든, 권한을 넘  
은 표현대리의 독립한 성립요건으로 파악하는 견해든 동적 안전 보호와 정적 안전  
보호를 조화시키고자 하는 노력의 표현이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 본인의  
귀책요소를 제126조 표현대리의 독립된 요건으로 인정해야 한다는 견해를 취하게  
되면 본인과 상대방과의 이해조정에 들어서기도 전에 오히려 본인의 귀책요소의  
관점에서만 적용을 배제할 것인지를 결정하게 되어버리는 문제점도 도외시할 수  
없다.<sup>44)</sup> 또한 본인의 귀책요소에 대한 충분한 고려를 한다는 것과 본인의 귀책요  
소를 독립요건화하는 것은 결정적으로 별개의 문제인 것이고, 본인의 귀책요소를  
제126조 표현대리의 독립한 요건으로 하는 것이 실제로 타당한가에 대한 의구심이  
든다. 따라서 본인에게 책임을 부담케 하는 것이 정당하다고 할 수 있는 사정, 즉  
귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)은 정당한 이유의 존부를 판단할 때에 함께 고려  
하는 것이 타당한 것으로 생각된다.

## IV. 正當한 理由의 存在에 對한 學說 및 判例理論

### 1. 正當한 理由의 존재가 가지는 重要性

43) 곽윤직/차한성, 앞의 책, 156~157면; 我妻 滌, 앞의 책, 372면.

44) 中舍寬樹, 앞의 논문, 64面.

지금까지 본 바와 같이 학설·판례는 제126조의 적용요건 중 기본대리권의 요권에 관하여 상당히 너그러운 입장을 취하고 있으므로 제126조의 표현대리의 성부는 거의 전적으로 정당한 이유의 유무에 달려 있다고 하더라도 과언이 아닐 것이다.

## 2. 정당한 이유의 존재에 관한 학설

### 1) 선의·무과실설(다수설)

대리행위에 대한 대리권이 존재한다고 상대방이 믿은 데 과실이 없음을 말한다. 정당한 이유라는 것은 무권대리행위가 행하여졌을 때에 존재한 여러 사정으로부터 객관적으로 관찰하여 보통인이면 대리권이 있는 것으로 믿는 것이 당연하다고 생각되는 것을 뜻한다. 그러나 상대방이 대리인의 권한을 믿었다 하더라도, 그렇게 믿은 데 과실이 있으면 정당한 이유는 없게 된다.<sup>45)</sup> 즉 상대방의 입장에서 볼 때 대리권의 부존재에 대하여 '선의이며 과실이 없는 것'을 '정당한 이유'라고 한다. 다수설은 무권대리행위가 행하여졌을 때 존재한 여러 사정(대리권을 증명하는 자료, 본인과 대리인 사이에 관계 등)으로부터 객관적으로 관찰하여 보통사람이라면 대리권이 있는 것으로 믿는 것이 당연하다고 생각하는 것을 의미하며, 따라서 정당한 이유는 상대방의 '선의·무과실'을 의미한다고 한다.<sup>46)</sup>

이에 '정당한 이유가 있는 때'를 다른 표현대리 유형에서의 '선의·무과실'과 동일하게 취급하는 것은 부당하며, '상대방이 믿은 데 과실이 없는 때'(즉 무과실)보다 좁은 개념이고, 과실은 주관적 의미를 갖는 반면, 정당한 이유는 객관적인 것이며, 이성인을 기준으로 모든 사정을 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다는 반대설이 있다.<sup>47)</sup> 이 견해는 법관이 변론종결시까지 존재하는 제반 자료 및 사정을 종합하여 판단한다면 대리권의 존재가 '명백'하다고 할 수밖에 없다면 정당한 이유가 있으며, 무엇인가 석연치 않은 데가 있어서 이성적인 사람이라면 대리인이라고 칭하는 자와 법률행위를 하지 않았을 것으로 인정되면 정당한 이유가 부정된다고 한다.

45) 곽윤직, 「민법총칙」, (박영사, 2002), 399면; 고상룡, 앞의 책, 581면.

46) 곽윤직, 앞의 책, 399면.

47) 이영준, 「한국민법론」, (박영사, 2003), 359~540면.

### 3. 정당한 이유의 존재에 대한 판례이론

#### 1) 판례이론의 유형

판례의 태도에 관하여 다수설의 입장과 궤를 같이하는 것으로 이해하는 견해<sup>48)</sup>와 판례가 정당한 이유의 의미에 관하여 대리권을 주었다고 믿었음을 정당화할 만한 객관적 사정이라고 판시<sup>49)</sup>하고 있다는 견해(특히 최근 정당한 이유의 판단을 보다 엄격하게 하여 이를 부정하는 판례도 점증하고 있다고 한다.<sup>50)</sup>)가 나뉜다. 물론 최근 일련의 판례가 무권대리행위 당시 존재한 여러 사정을 객관적으로 관찰하여 보통인이라면 유효한 행위가 있었던 것으로 믿는 것이 당연하다고 보이면 정당한 이유가 있다고 판시하였지만(대법원 2002.2.11. 선고, 99다47525 판결, 주로 어음행위의 위조와 관련하여 이러한 태도를 보였다.), 판례의 주류는 여전히 무권대리인에게 본인을 대리할 권한이 있다고 믿는데 과실이 있는지 여부를 정당한 이유의 유무, 따라서 제126조의 표현대리가 성립하는지 여부의 관건으로 본다.<sup>51)</sup>(대법원 1997.6.25. 선고, 97다3828 판결) 뿐만 아니라, 객관적 사정을 정당한 이유로 파악하는 판례 역시 궁극적으로 ‘이성인’이 아니라 ‘보통인’을 기준으로 하고 있으며, 나아가 대리인의 권한을 의심하게 할 만한 사정이 있는데도 불구하고, 그 권한 유무나 본인의 의사를 조사·확인하지 않았다면 상대방의 믿음에 정당한 사유가 있다고 하기 어렵다고 하는 바, 이는 결국 상대방의 과실을 인정할 수 있는 자료가 된다고 할 것이다. 따라서 판례의 태도는 제126조 소정의 정당한 이유를 상대방의 ‘선의·무과실’로 파악하는 것으로 이해할 것이다.

다수설과 판례가 기본대리권이라고 하는 요건을 완화 또는 확장하여 해석함으로써 결국 제126조 표현대리의 적용에 있어서 중심 문제는 정당한 이유의 유무를 결정하는 것이다. 정당한 이유의 유무에 관한 판단은 구체적 사안에 의해 판단되는데, 결국 본인의 이익 보호(정적 안전 보호)와 상대방의 이익 보호(거래의 안전 보호)와의 조화를 어떻게 이루어야 하는가라는 문제에 귀착한다. 여기서 정당한 이유의 판단은 상대방의 이익 보호를 중시할 것인가, 또는 본인의 이익 보호를 중시할

48) 이은영, 앞의 책, 640면.

49) 권한을 넘은 표현대리에서 상대방의 과실 여부를 판단하는 기준 표현대리에 있어서 표현대리인이 대리권을 갖고 있다고 믿는 데 상대방의 과실이 있는지 여부는 계약 성립 당시의 제반 사정을 객관적으로 판단하여 결정하여야 하고 표현대리인의 주관적 사정을 고려하여서는 안 된다. (대법원 1989.4.11. 선고, 88다카13219 판결)

50) 백태승, 「민법총칙」, (법문사, 2006), 499면.

51) 줄고, 앞의 논문, 99면.

것인가라고 하는 양자 택일의 문제는 아니며, 이 양자의 이익 보호가 균형있게 조화되어야 한다. 따라서 정당한 이유의 유무에 관한 판단은, 문제된 행위의 구체적 인 사정에 비추어 법이 보호할 만한 가치가 있는가의 여부에 따라서 결정할 수밖에 없으며, 정당한 이유의 판단 기준이 되는 것은 상대방의 이익과 본인의 이익 보호에 대한 이익조정이다. 이하에서는 대법원이 정당한 이유에 대한 판단기준에 대하여 본인과 대리인이 부부간인 경우와 부동산의 처분에 필요한 서류의 '소지', 어음·수표행위, 보증행위를 중심으로 살펴보기로 한다. 상대방측의 정당한 이유 유무는 거래 당시의 제반 사정을 객관적으로 판단하여 결정해야 한다는 것이 통설·판례이고, 또한 기본대리권과 표현대리인의 월권행위는 서로 견련하고 있을 필요가 없다는 점에 학설이 일치되고 있다. 또한 정당한 이유가 있다고 하기 위해서는 상대방에게 대리권이 있는 것처럼 보이게 한 사정이 본인의 과실 또는 본인의 행위(작위·부작위)와 같이 본인측의 관여에 기한 것임을 요하지 않는다는 것이 다수설의 입장이다. 이러한 경향은 학설과 판례가 본인의 이익 보호 보다는 상대방의 이익 보호, 즉 거래의 안전의 확보를 중요시하는 가치판단이 작용된 전형적인 경우라고 보아야 한다.

### (1) 본인과 대리인이 부부간인 경우

판례는 본인과 대리인간에 부부관계가 있는 경우에 부부의 일방이 타방의 실인 및 부동산에 관한 서류를 '소지'하고 부동산처분행위를 한 경우에 있어서 정당한 이유를 긍정하기도 하고, 부정하기도 하였다. 특히 부부관계에서 본인이 부재 중(예컨대, 해외체류)이라면 별 다른 근거 없이 비교적 쉽게 정당한 이유를 긍정하기도 하지만,<sup>52)</sup> 부정하기도 한다.<sup>53)</sup>

예컨대, 내연의 처가 남편이 해외로 출국한 사이에 유효기간이 경과한 남편의 인감증명서를 사용하여 남편 소유의 부동산에 관하여 타인과 임대차계약을 체결한 사안에서 처가 남편의 인감증명서와 인감도장을 남편으로부터 교부받아 '소지'하고 있다 하더라도, 그와 같은 사실만으로는 처와 거래한 상대방에게 처가 부를 대리하여 임대차계약을 체결할 권한이 있다고 믿는데 정당한 이유가 있다고 볼 수 없

52) 대법원 1980.11.11. 선고, 80다947 판결

53) 본인과 대리인간에 부부관계에 있을 때 대법원이 정당한 이유를 부정하는 근거로서 제시하는 것은 처가 남편의 실인을 보관·소지하는 것은 세상일반의 상태이므로 이러한 사실만 가지고서 소위 '기본대리권'이 있었다고 믿을만한 '정당한 이유'라고 볼 수 없다는 점을 든다. (대법원 1981.8.25. 선고, 80다32 판결)

다고 판시<sup>54)</sup> 하였지만, 처 을이 남편 병의 해외취업 중 병으로부터 경영권을 위임 받아 공장을 경영하면서 공장운영자금의 조달을 위하여 금원을 차용하고, 이를 담보하기 위한 가등기를 경료함에 있어 채권자 갑이 을로부터 병 명의의 가등기설정용 인감증명서를 교부받고, 을이 병의 인감을 소지하고 있는 것을 보았다면 갑이 을에게 병을 대리할 권한이 있다고 믿음에 상당한 이유가 있다고 판시<sup>55)</sup>하기도 하였다.

본인과 대리인 사이에 부부라고 하는 특별한 관계가 있는 경우이고, 남편의 부재 중 부부의 일방이 타방을 대리할 권한이 있는 것과 같은 외관(예컨대, 실인의 ‘소지’)을 야기하고 있는 점에서 차이가 없다. 이처럼 실인의 ‘소지’라든가, 남편의 부재 중과 같은 동일한 객관적 사정이 있음에도 불구하고, 판례가 정당한 이유를 부정하거나, 또는 긍정하는 태도를 보이고 있다. 그렇다면 외관에 차이가 없는 동일한 사안을 판례는 다르게 취급하고 있는 것일까? 이는 우리 판례가 제126조의 월권표현대리의 성립 여부를 이익형량에 기초하여 대리행위의 상대방과 본인의 어느 편을 보호할 것인가에 판단의 무게를 두고 있거나, 또는 무권대리행위 당시의 제반 사정에 비추어 보았을 때 상대방을 법이 보호할 가치가 있는가에 초점을 맞추어 제126조의 표현대리를 판단하고 있기 때문이다.<sup>56)</sup>

물론 표현대리 제도의 본래의 취지는 외관을 신뢰한 상대방을 보호함으로써 동적 안전을 도모하고자 하는 것인데, 오히려 상대방의 이익을 희생시켜서 본인측의 재산을 확보하여 준다는 배려는 표현대리 제도의 원래의 취지에 반하게 된다는 비판이 있을 수도 있다. 그렇지만 객관적 판단을 기초로 하는 ‘정당한 이유’에서 우열을 가리기 어려운 이 두 개의 사례를 다르게 취급하는 모순은 제거되어야 한다. 그리고 동일한 객관적 사정을 기초로 정당한 이유를 판단함에 있어서 판단의 결과가 다르게 만드는 실질적인 근거가 무엇인가에 대해서 다시 검토해 보아야 한다고 생각된다.<sup>57)</sup>

나아가 부부의 일방이 타방의 실인을 ‘소지’하여 타방 명의의 부동산을 처분한 경우에도 정당한 이유를 긍정하는 것은 부부의 재산적 독립을 해할 우려가 있기 때문에 단순히 ‘기본대리권’ 과 ‘정당한 이유’ 라고 하는 2요건 구조에만 의지해서 판단해서는 안 된다. 따라서 부부간의 일사가사 대리에 있어서 정당한 이유를 부

54) 대법원 1980.9.9. 선고, 80다1380 판결

55) 대법원 1987.11.10. 선고, 87다카1325 판결

56) 이러한 사정은 비단 일본만이 아니라, 우리의 제126조를 판단하는 태도와도 부합한다.

57) 동지; 이성희, 앞의 논문, 129면 이하

정한 여러 사례에서 월권대리행위에 대하여 본인의 구체적인 관여가 결여되어 있음을 지적하는 것이 바람직하다고 생각된다.<sup>58)</sup> 다시 말해서 해당 월권행위에 대한 본인의 의사 또는 행동에 의한 관여의 유무라고 하지 않을 수 없다.<sup>59)</sup> 결국 이와 같은 문제에 대한 해답은 판례가 정당한 이유를 판단함에 있어서 본인의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)을 고려할 때 비로소 해결이 가능하다.<sup>60)</sup>

그렇다면 구체적으로 어떠한 경우에 해당 월권대리행위에 대한 본인의 관여이고 정당한 이유가 성립되는가 하는 문제가 남는다. 예컨대, 남편이 처에 대하여 토지를 담보로 금전을 차용할 수 있도록 대리권을 수여하고 실인을 교부한 경우에 단순히 본인이 대리권을 수여함과 동시에 대리인에게 실인을 교부한 경우에는 정당한 이유가 인정된다고 할 것이 아니라, 처가 월권하여 토지를 처분(=월권대리행위)해 버린 경우에는 토지 처분이라고 하는 월권행위가 '본인의 의사'에 기한 실인의 교부에 의한 것이 인정될 때 정당한 이유의 성립을 인정해야 한다.<sup>61)</sup>

## (2) 부동산의 처분에 필요한 서류를 '소지'한 경우

예컨대, 본인으로부터 일정한 행위를 위임받고 인장을 보관하던 대리인이 위임장 또는 그 밖의 등기서류를 위조하여 본인의 부동산을 매각한 경우와 을이 갑으로부터 인감증명서를 교부받아 갑의 도장을 조각하여 갑의 위임장, 매도증서 등 이전등기 신청서류를 위조하여 갑의 부동산을 매각한 경우에 있어서 판례는 전자의 경우에 '기본대리권' 이 있음을 이유로 '정당한 이유'의 존재를 긍정하였고, 후자의 경우에는 인감증명서는 '기본대리권' 이 없다는 이유로 '정당한 이유'의 존재를 부정하였다.

그런데 위의 판례에서 특이한 것은 정당한 이유의 존재를 긍정하는 사례군<sup>62)</sup>에서 인장 또는 등기서류가 위조·도용된 경우에 조차도 정당한 이유를 긍정한 점이다. 물론 대리인이 '소지'하고 있던 인감증명서를 위조하여 월권행위를 행한 경우에 정당한 이유를 부정한 예가 많았고, 당연한 것이지만, 실인 및 권리증이 위조·

58) 安永正昭, 앞의 논문, 41면.

59) 安永正昭, 앞의 논문, 40면.

60) 安永正昭, 앞의 논문, 40면 이화숙, "부부별산제와 일상가사대리권, 그리고 표현대리와의 긴장관계", 「민사법학」 제13·제14호, (한국사법행정학회, 1996), 14면 이하에서 동일한 취지를 설시하고 있다.

61) 동지; 지원림, 앞의 책, 324면.

62) 그러나 기본대리권과 월권행위가 서로 견련하고 있을 필요는 없다고 하여도 기본대리권의 성격이나 범위 등이 정당한 이유의 유무에 대한 판단을 함에 있어서 중요한 역할을 하고 있다.

도용된 경우에 조차도 정당한 이유를 ‘긍정’ 한 것은 어떻게 된 것일까? 반면에, 예컨대, 을이 갑으로부터 상점취직에 필요하다고 속여 인감증명서를 교부받아 갑의 도장을 조각하여 갑의 위임장, 매도증서 등 이전등기신청서류를 위조하여 갑의 부동산을 매각한 사례에서는 대법원은 정당한 이유의 존재를 부정하였다. 을이 교부받은 인감증명서는 인장사용에 부수하여 그의 확인방법으로 사용되며 인장사용과 분리해서 그것만으로는 어떤 증명방법으로 사용되거나, 인장사용과 분리해서 그것만으로는 어떤 증명방법으로 사용되는 것이 아니어서, 어떤 대리권을 수여하기 위한 행위라고 볼 수 없다고 함으로써 을에게는 표현대리를 인정할 ‘기본대리권’이 없기 때문이라고 판시하였다. 반면에, 이와 유사한 다른 사례에서는 표현대리의 성립을 인정하였다. 예컨대, 대리인이 취직을 위해 본인으로부터 인장 및 인감증명을 받아내어 본인 모르게 등기필증을 훔쳐내어 본인 부동산에 저당권을 설정한 사례에서는 대리인에게 대리권 수여 여부가 문제로 되었는데, 대리권 수여를 인정하여 표현대리가 성립한다고 보았다.<sup>63)</sup>

위의 판례를 종합하여 살펴보면 대리인이 인장 또는 위임장·권리증과 같은 등기서류를 ‘소지’한 경우에는 그러한 ‘소지’라는 사정만을 근거로 정당한 이유의 존재를 긍정하고, 그 외의 사정은 정당한 이유의 판단에 영향을 미치지 않는다는 입장이다. 다시 말해서 우리 판례는 인장 또는 위임장, 권리증과 같은 서류를 ‘소지’하고 있는 이상, 그것이 어떠한 경로를 거친 것인가는 정당한 이유의 존재를 긍정하는데 아무런 문제가 되지 않는다고 보고, 그러한 ‘소지’만으로도 쉽게 정당한 이유의 존재를 긍정해 버린다.<sup>64)</sup> 이것은 실인, 등기서류의 교부에 의해 대리권 존재의 외관이 갖추어진 이상 본인의 책임이 인정되며, 그러한 외관이 본인에 의해 주어졌는지, 또는 본인에게 과실이 있는지 하는 점은 본인의 책임성립 여부에 영향을 주지 않는다는 것을 의미한다.<sup>65)</sup>

그렇다면 다수의 판례가 위조와 같은 범죄행위에 의한 경우에 있어서도 월권표현대리의 성립을 인정한다거나 부정하는 실질적인 기준은 무엇인가? 또한 통설이 말하는 것처럼 정당한 이유의 존재를 대리행위 당시에 존재하였던 객관적 사정을 기초로 하여 대리인에게 대리권이 있다고 신뢰한 상대방측에서 위의 판례에 판단

63) 대법원 1966.6.28. 선고, 66다8455 판결

64) 김학동, 앞의 논문, 41면.

65) 김학동, 앞의 논문, 44면, 56면에 의하면 대리인이 위임장 혹은 인감·인감증명서를 소지하게 된 경로라든가, 위조된 사실, 또는 훔친 것이라는 사정은 정당한 이유 판단에서 고려하는 사정에는 포함하지 않는 것이라고 한다.

해 본다면 위의 판례 모두 정당한 이유가 성립한다고 해야 하지 않았을까? 왜냐하면, 대리인이 위임장 또는 인장, 인감증명서를 소지하고 있다면 이러한 서류의 구비는 상대방측에서 보았을 때 대리권 외관에 대한 신뢰의 기초자료가 될 수 있기 때문이다.

정당한 이유의 존재를 긍정적인 판례와 부정판례를 통해서 살펴보면 어떤 종류의 대리권을 수여받은 대리인이 본인의 실인, 권리증을 도용하거나, 또는 위조하여 수여받은 대리권과 관계없는 대리행위를 한 경우에 실인·권리증의 ‘소지’라고 하는 동일한 객관적 사정이 있음에도 불구하고, 어떤 경우에는 정당한 이유의 존재를 긍정하기도 하고, 또 어떤 경우에는 정당한 이유의 존재를 부정하는 것은 우리 판례가 월권표현대리를 단순히 ‘기본대리권’ 과 ‘정당한 이유’ 라고 하는 2요건 구조에만 의존하여 판단해 왔기 때문이라고 생각된다. 그러나 순수하게 객관적 사정에 의해 결정되는 ‘정당한 이유’ 와 ‘기본대리권’ 의 2요건 구조만으로는 실인 및 권리증이 위조·도용된 경우에도 표현대리가 성립되어 본인이 책임을 져야 하는가에 대한 문제에 충분히 대처할 수 없다고 본다.<sup>66)</sup> 따라서 실인의 ‘소지’라고 하는 동일한 객관적 사정이 있음에도 불구하고, 정당한 이유의 존재를 긍정하거나, 또는 부정하는 것은 정당한 이유의 유무 판단시에 본인의 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유), 즉 본인이 무권대리인의 행위에 책임을 부담하지 않을 수 없을 정도의 사정을 고려하지 않았기 때문이다.

### 가. 정당한 이유의 존재가 긍정된 경우

행위 당시 무권대리인이 등기권리증, 위임장, 인감도장, 인감증명서 등 해당 거래에 필요한 서류 일체를 구비하였다면 원칙적으로 정당한 이유의 존재가 긍정된다. (대법원 1962.10.12. 선고, 62다 535 판결) 이러한 태도는 담보제공의 경우에도 유지된다. (예컨대, 근저당권 설정에 관한 대법원 1995.12.22. 선고, 94다45098 판결; 가등기담보 설정에 관한 대법원 1991.2.12. 선고, 88다카21647 판결) 특히 본인의 형인 무권대리인이 본인임을 사칭하여 은행과 사이에 근저당권설정계약을 체결한 경우에 제126조를 유추적용한 대법원 1988.2.9. 선고, 87다카273 판결<sup>67)</sup>은 해당

66) 동지; 安永正昭, 앞의 논문, 36면; 浜上則雄, 앞의 논문, 107면은 본인에게 귀책사유가 있다면 본인에게 책임을 물을 수 있고, 기본대리권의 유무에 의해 본인의 책임을 물을 수 있으며, 기본대리권의 유무에 의해 본인의 책임이 좌우되는 것은 타당하지 않다고 한다.

67) 판례평석: 황적인/염기부, “근저당권의 거래상대력·원인무효에 관한 판례 -본인사칭한 월권 근저당권 설정 -” 경제법판례연구, (선학사, 1997/8), 52면 이하; 김선이, “본인 사칭한 월권 근저당권 설정의 효력” Jirist 제409호 「로스쿨(민법총칙)」, (청림출판, 2006/1), 442면 이하. 같은 취지:

거래에 필요한 서류를 완비하였다면 - 상대방인 ‘은행’이 본인임을 사칭하는 무권 대리인이 제시한 본인의 주민등록증을 제대로 확인하지 못하였더라도 - 정당한 이유가 있다고 하였다.

본인과 대리인간의 특수한 관계 역시 정당한 이유의 존재를 판단함에 있어서 요소로 작용한다. 먼저, 본인과 대리인이 부처간인 경우에 일반적으로 정당한 이유가 부정되지만, 본인이 해외체류 중이라면 비교적 쉽게 정당한 이유가 긍정된다.(대법원 1987.11.10. 선고, 87다카1325 판결) 본인과 대리인이 그 밖의 친족관계에 있는 경우에도 정당한 이유의 존재를 긍정된 사례가 적지 않다.(부모·자식의 관계에 관한 대법원1968.8.30. 선고, 68다1051 판결; 형제관계에 관한 대법원 1966.12.27. 선고, 66다2042 판결 등) 나아가 재산관리권을 가진 관리자의 거래행위도 이 유형의 월권행위에서는 정당한 이유의 존재를 긍정케 한다. 예컨대, 대법원 1989.4.25. 선고, 87다카2672 판결은 재일교포인 본인의 가사일을 그 부재중에 돌보아 주던 가정부 겸 내연의 처가 본인 소유 건물의 다른 부분에 대하여 월세를 놓아 오던 중 그 건물의 일부에 대하여 월세를 놓도록 한 본인의 지시를 어기고 전세계약을 체결한 경우에 정당한 이유의 존재를 긍정하였다. 과거에 동종의 행위가 반복되었다는 사정(대법원 1976.5.25. 선고, 75다1803 판결) 또는 월권행위가 위임받은 행위와 동종의 것이라는 사정(대법원 1971.10.22. 선고, 71다1921 판결) 역시 정당한 이유의 존재를 긍정케 하는 요소로 평가된다. 정당한 이유의 존재가 부정된 경우는 상대방의 조사·확인 의무를 게을리한 경우가 대부분이므로 후술하기로 한다.

### (3) 어음·수표행위

#### 가. 정당한 이유의 존재가 긍정된 경우

어음이나 수표의 발행 또는 배서해위가 과거 수차례 행하여졌으며, 그것들이 정상적으로 결제되거나 회수되어 변제되어 왔다는 사정은 정당한 이유의 존재를 긍정케 하는 요소로 작용한다.(대법원 1991.6.11. 선고, 91다3994 판결) 한편, 대법원 1989.3.28. 선고, 87다카2152·2153 판결은 대한어머니중앙연합회 부회장 겸 사무총장으로서 대표자인 회장을 대리하여 일상업무를 처리하면서 회장의 인장을 사용하여 온 자의 어음배서가 그 연합회 대표자의 동의나 승낙 없이 이루어졌더라도 대표자를 대리할 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있다고 하였는데, 대리

---

대법원 1993.2.23. 선고, 92다 52436 판결; 대법원 2002.6.28. 선고, 2001다49814 판결(표현대리의 성립은 부정된 사례임.)

인이 본인의 일상업무를 처리하여 온 점 및 직책에 대한 신뢰에서 그 근거를 찾을 수 있을 것이다. 갑의 아들인 을이 갑이 경영하는 사업체의 대외관계 일을 갑을 대리하여 처리하여 오면서 전에도 6번에 걸쳐 갑 명의로 어음에 배서를 하여 병에게 양도하였는데, 그 때마다 그 어음들은 각 지급기일에 아무 탈 없이 결제되었다면, 병으로서는 을에게 갑을 대리하여 갑 명의로 어음행위를 할 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있고, 갑에게 확인하지 아니하였다고 하여 과실이 있다고 할 수 없다. (대법원 1989.5.23. 선고, 88다카22626 판결)<sup>68)</sup>

처(妻)가 본인의 인장을 사용하여 2년 동안에 걸쳐 모두 100여 장의 본인 명의의 수표 및 어음을 발행하는 것을 중간에 알고도 방치한 경우에 관한 판례가 있다. 즉 피고의 처가 피고 경영의 가스 상회에서 경리업무를 보면서 1988년경부터 약 2년간에 걸쳐 피고가 당좌를 개설한 은행으로부터 피고의 수표용지를 수령해 피고가 별도로 경영하는 가스 대리점에서 사용하는 인장이나 은행에 신고된 인장을 사용하여 모두 100여 장의 피고 명의의 수표 및 어음을 발행하였으며, 피고도 1988.10경부터는 이를 알았으나 방치하였고, 피고가 피사취계(被詐取屆)를 내기 전까지는 대부분의 어음과 수표가 정상적으로 지급되어 왔는데, 피고의 처가 1989.9경 수표 할인을 받기 위하여 은행에 신고된 피고의 인감도장을 사용하여 수표를 발행하였다면, 피고는 위 수표를 교부받은 자로 하여금 처가 피고 명의의 수표를 발행할 권한이 있다고 믿게 할 만한 외관을 조성하였다 할 것이고, 상대방으로서 는 피고의 처에게 피고를 대리하여 피고 명의의 수표를 발행할 권한이 있다고 믿을 만한 충분한 사정이 있었다고 할 것(대법원 1991.6.11. 선고, 91다3994 판결)<sup>69)</sup> 이라고 한다.

그 밖에 대법원 1971.12.28. 선고, 71다2303 판결도 소유권이전등기 절차를 의뢰 받은 형이 그 절차이행을 위하여 보관하던 동생의 인장으로 자신의 채무 담보를 위하여 동생 명의의 약속어음을 발행한 경우에 정당한 이유를 긍정하였는데, 이는 본인과 대리인 사이의 밀접한 관계를 고려한 것으로 보이며, 이장이 물자배급을 받기 위하여 임치받은 부락민의 인장으로 약속어음을 발행한 경우에 대법원

68) 같은 취지: 대법원 1989.3.28. 선고, 87다카2152·2153 판결(판례평석: 박승환, “어음배서의 표현대리” 상사판례연구 제3집, (한국상사판례학회, 1989.11), 239면 이하, 김문재, “어음배서의 표현대리와 월권대리인의 책임” 상사판례연구 제6집, (한국상사판례학회, 1994.11), 182면 이하)

69) 판례평석: 오세욱, “어음·수표행위의 표현대리에 있어 제3자의 범위” 법조 제41권 1호, (법조협회, 1992.1), 80면 이하; 손태우, “수표의 표현대리” 상사판례연구 제5집, (한국상사판례학회, 1992.11), 376면 이하; 김선이, “어음·수표를 양수한 제3자의 표현대리에 의한 어음·수표행위의 효력 주장의 여부” Jurist 제409호 「로스쿨(민법총칙)」, (청림출판, 2006.1), 427면 이하

1962.4.18. 선고, 4294민상850 판결은 인장소지를 근거로 정당한 이유를 긍정하였다. 그리고 갑 스스로 을에게 친분관계 등에 터 잡아 그의 사업수행에 필요한 자금을 조달하는 과정에서 보증용으로 사용할 수 있도록 자신의 인감 등을 넘겨줌으로써 을이 그 권한을 남용하여 발생할 거래의 안전에 미칠 위험성은 상당 정도 갑에게도 책임 있는 사유로 유발되었다고 볼 수 있다. 더욱이 갑이 중전에도 약속어음의 할인에 즈음하여 병의 확인전화를 받고 을의 사업자금조달을 위하여 보증을 한다는 취지에서 배서를 한 사실을 인정할 수 있다면, 병으로서는 을이 갑으로부터 두터운 신뢰를 받고 있어 갑을 대리할 수 있는 적법한 권한을 보유하고 있던 것으로 능히 생각할 수 있었으므로 병이 을에게 그와 금전소비대차계약을 체결함에 있어서 갑을 대리할 권한이 있었다고 믿었고 또 그와 같이 믿은 데에 상당한 이유가 있었다고 보아 민법 제126조 소정의 표현대리가 성립한다(대법원 2003.4.11. 선고, 2003다7173·7183 판결)고 한다.

#### 나. 정당한 이유의 존재가 부정된 경우

대법원 2000.3.23. 선고, 99다50385 판결은 채무자가 물상보증인으로부터 근저당권 설정에 관한 대리권만을 수여받은 후 그의 승낙 없이 채무 전액에 대한 연대보증의 취지로 채권자에게 물상보증인 명의의 약속어음을 발행하여 준 경우에 정당한 이유가 없다고 하였는데, 기본대리권과의 관련성이 고려된 것으로 보인다. 나아가 대법원 1990.4.10. 선고, 89다카19184 판결은 이른바 부금상무(회사 상무의 직함을 가지고 그 회사 명의로 건설공사도급계약을 체결하지만, 실제로는 독자적인 계산과 책임하에 공사를 수행하고 공사금의 일정액을 회사에 지급하는 자)가 그러한 직위를 알고 있었다고 보이는 상대방에게 회사 명의로 어음의 배서를 한 경우에 정당한 이유를 부정하였다. 이 판결에서는 특히 부금상무가 이전에도 그러한 행위를 수차례 하여 왔고 회사도 이를 묵인하여 왔음에도 불구하고, 정당한 이유가 부정되었는데, 상대방이 대리권의 부존재에 대하여 악의여서 보호가치가 부정되는 이상 일반적으로 정당한 이유를 긍정케 하는 요소들이 존재하더라도 표현대리의 성립이 부정되어야 함은 당연하다고 할 것이다. 또한 대법원 1966.9.27. 선고, 66다1521 판결은 은행이 신고된 인감과 본인 명의의 약속어음에 압날된, 무권대리인이 위조한 인영을 대조하지 않은 경우에 정당한 이유를 부정하였다.

#### (4) 보증행위

##### 가. 정당한 이유의 존재가 증명된 경우

판례가 일반보증계약에서의 무권대리에 대하여 126조의 정당한 이유의 존재를 인정한 사례는 드물지만, 건설회사의 현장소장이 공사에 투입되는 중기를 임차하는 데 건설회사를 대리하여 공사의 일부를 하도급 받은 중기임차인에게 지급할 공사대금 중에서 중기임대료 등에 해당하는 만큼을 중기임차인에게 직접 지급하겠다는 내용의 보증을 한 경우에 '정당한 이유'의 존재를 인정한 사례가 있다.(대법원 1994.9.30. 선고, 94다20884 판결 참조) 또한 판례는 무권대리인이 보증보험회사와 보증보험계약을 체결한 경우에는 상대적으로 쉽게 '정당한 이유'의 존재를 인정하는 경향이 있다.<sup>70)</sup> 예컨대, 무권대리인이 보증보험계약을 체결하면서 본인이 직접 발급받은 인감증명과 납세증명원, 인감도장을 보증보험회사 직원에게 교부한 경우에는 보증보험회사의 직원으로서는 무권대리인이 본인을 대리하여 연대보증계약을 체결할 대리권이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있다고 한다.(대법원 1997.7.8. 선고, 97다9895 판결 등 참조)

보증계약에서 제126조의 '정당한 이유'가 인정된 사례로서는 건설회사의 현장소장이 공사에 투입되는 중기를 임차하는 데 보증을 한 경우에 관한 판례가 있다. 일반적으로 건설회사의 현장소장에게는 회사의 부담으로 될 채무보증 또는 채무인수 등과 같은 행위를 할 권한이 회사로부터 위임되어 있다고 볼 수는 없을 것이지만, 현장소장이 방대한 규모의 공사에 관한 하도급계약과 그 공사에 소요될 장비에 관한 임대차계약의 체결 및 그 대금 등의 지급 등 어느 정도 광범한 권한을 부여받고 있었고, 공사를 함에 있어서도 중기와 같은 장비를 구하기가 어렵고 장비가 투입이 되지 않으면 공사에 큰 지장이 초래될 우려가 있기 때문에 공사에 투입되는 중기를 임차하는 데 보증을 하게 되었으며, 그 보증의 내용도 그 공사의 일부를 하도급받은 중기임차인에게 지급할 공사대금 중에서 중기임대료 등에 해당하는 만큼을 중기임차인에게 직접 지급하겠다는 것이어서, 회사로서는 공사대금 중에서 중기임대료 등에 해당하는 만큼을 직접 중기임차인에게 지급하면 그에 상당하는 하도급 공사대금대무를 면하게 되고, 그 보증행위로 인하여 별다른 금전적 손해를 입는 것도 아니었다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 회사로서는 현장소장에게 위와 같은 보증행위를 스스로 할 수 있는 권한까지 위임하였다고 봄이 상당하고, 설사 그러한 권한이 위임되어 있지 않다고 하더라도, 위 보증행위의 상대방

70) 지원립, 주석민법(3), (한국사법행정학회, 2000), 206면.

으로서는 이러한 권한이 있다고 믿은 데 정당한 이유가 있다고 보아야 한다<sup>71)</sup>고 한다.

#### 나. 정당한 이유의 존재가 부정된 경우

해당 보증계약이 극히 이례적이거나 비정상적인 경우에 정당한 이유의 존재가 부정된다. 예컨대, 대법원 1997.4.8. 선고, 96다54942 판결은 처가 남편의 사업상의 채무를 남편과 연대보증함은 극히 이례적이며 채무자가 남편으로서 처의 도장을 쉽사리 입수할 수 있었으며 채권자도 이러한 사정을 쉽게 알 수 있었던 점을 이유로 정당한 이유의 존재를 부정하였다. 한편, 기본대리권과의 관련성이 희박한 경우에도 정당한 이유가 부정된다. 예컨대, 대법원 1973.7.24. 선고, 73다474 판결은 물건대금의 월부카드 작성을 위하여 타인의 인장을 교부받은 자가 이를 이용하여 농협으로부터 물건대금의 10배가 넘는 대출을 받는 데 연대보증을 한 경우에 정당한 이유의 존재를 부정하였다. 끝으로 대법원 1980.4.8. 선고, 80다188 판결은 금융기관이 본인 아님을 아는 어떤 사람이 본인의 인감도장과 그 인감증명을 가지고 있다고 하여 계약체결의 권한이 있다고 믿었어도 정당한 이유는 인정되지 않는다고 하였다.

보증보험계약인 경우에도 정당한 이유의 존재가 부정된 예가 적지 않다. 그런데 앞에서 언급한 바와 같이 관례는 본인의 인감도장과 인감증명서 등을 소지하여 대리인의 권한을 의심케 하는 사유로 인감증명서가 대리발급되었다는 사정 및/또는 해당 계약이 그 내용이나 형식에서 극히 이례적이라는 사정을 들 수 있다.(대법원 1998.7.10. 선고, 98다15835 판결) 이러한 사정이 있는 경우에 본인의 보증의사를 확인할 의무가 인정된다. 사인간의 일반보증은 문제된 경우에 정당한 이유가 긍정된 예는 그다지 많지 않다. 물론 정당한 이유가 긍정된 종전의 사례가 없지 않지만(예컨대, 신원보증계약 체결을 위임받은 처가 자동차대금채무에 대하여 연대보증을 한 경우에 관한 대법원 1972.11.28. 선고, 72다1534 판결) 최근에는 대리인이 보증계약에 필요한 인감도장과 인감증명서를 소지하였더라도, 상대방은 본인에게 보증의사를 확인하여야 한다는 입장을 확고히 함으로써 정당한 이유가 긍정된 예를 찾아보기 힘들다.

71) 윤양중, “건설회사의 현장소장이 한 채무보증행위의 회사에 대한 효력” 대법원판례해설 제22호, (법원도서관, 1995.5), 251면 이하

#### 4. 검토 및 사건

이러한 문제는 본인의 정적 안전을 보호한다는 기본대리권의 역할을 ‘정당한 이유’의 단계로 넘기지 않을 수 없게 되었으며, 월권표현대리의 성립 여부에 있어서 정당한 이유의 유무의 비중이 기본대리권에 비해 현저히 중하게 만들었다는 것을 부인하기가 어렵다.<sup>72)</sup> 이것은 표현대리의 성립 여부를 결정하는 정당한 이유의 유무를 단지 상대방의 선의·무과실이라고 하는 각도에서만 판단해서는 안 된다는 것을 의미한다. 선의·무과실이라는 요소 외에 본인측의 귀책요소를 고려하여 종합적으로 판단해야 한다.<sup>73)</sup> 즉 정당한 이유를 판단함에 있어서는 상대방측에서 본 객관적 사정 뿐만 아니라, 본인측의 내부 사정도 포함하여 종합적으로 판단해야 하고,<sup>74)</sup> 월권표현대리의 성립 여부를 판단함에 있어서 ‘기본대리권’의 요건에서는 본인측의 내부 사정만을 고려하고 ‘정당한 이유’ 요건에서는 상대방의 객관적 사정을 판단한다고 하는 식의 원칙을 고집할 필요는 없다고 본다.

거래법에 있어서 당사자 사이의 이익이 대립하기 마련이고 당사자간 이익의 비교형량을 무시해서는 안 되는데, 표현대리는 이러한 이익형량이 중요한 위치를 차지하는 경우의 하나이다. 특히 제126조의 표현대리에서 ‘정당한 이유’는 해당 행위의 구체적 제반 사정에 비추어 법이 보호해야 할 가치인가라고 하는 문제에 귀착하게 되고, 당연히 대리행위의 상대방과 본인의 각각의 보호에 대한 이익형량의 실질적인 해결수단이 된다.<sup>75)</sup> 그런데 이러한 정당한 이유의 판단은 동적 안전을 중시하는가, 또는 기본대리권이라고 하는 개인의 이익을 중시하는가의 양자 택일의 문제가 아니라, 양자의 이익을 비교형량하여 그 조화를 피하고자 하는 것이고, 당사자간의 이익의 조화는 법이 요구하는 사회적 공평과 합치한다.<sup>76)</sup> 따라서 ‘정당한 이유’의 판단은 기본대리권의 성격 범위 등을 참작할 뿐만 아니라, 거래 당시의 제반 사정을 객관적으로 판단하여 진정으로 보호할 가치가 있는 상대방을 가려 내기 위한 작업이라고 할 수 있다.<sup>77)</sup> 그러므로 정당한 이유의 유무의 판단에 관해

72) 박윤직/차한성, 앞의 책, 154면 월권표현대리의 적용에 있어서 그 판단의 중점이 기본대리권에서 ‘정당한 이유’로 옮겨 갔다는 견해로는 김광년, 앞의 논문, 77면.

73) 河上正二은 오늘날에는 본인의 정적 안전과 상대방의 신뢰 보호라고 하는 동적 안전의 조정을 위한 일반조항적 기능을 ‘정당한 이유’가 달성하고 있다고 한다.(河上正二, “表現代理と(その1)”, 法學セミナー, (日本評論社, 2006))

74) 이성희, “표현대리에서의 본인 귀책근거에 관한 연구”, (성균관대학교 대학원 박사학위논문, 2009), 73면 이하

75) 이성희, 앞의 논문, 55면.

76) 이성희, 앞의 논문, 73면 이하; 於保不二確·椿壽夫, 앞의 책, 150면.

서도 본인과 상대방의 ‘이익의 조화’ 라는 점을 강조하여 상대방의 사정뿐만 아니라, 본인측의 사정을 고려해야 한다는 점이 강조되어야 하고<sup>78)</sup> ‘정당한 이유’의 판단요소로서 본인측의 내부 사정(귀책요소)을 넣어서 고려하지 않는다면 제126조의 표현대리에서는 동적 안전과 정적 안전의 조화를 기대하기 어렵다고 본다.<sup>79)</sup> 본인의 귀책요소로서 인정한 판례는 본인이 알면서 방치한 경우로서 처가 본인의 입장을 사용하여 2년 동안에 걸쳐 모두 100여장의 본인 명의의 수표 및 어음을 발행하는 것을 중간에 알고도 방치한 자에게 처가 본인 명의로 수표를 발행하여 할인한 데 대한 표현대리 책임이 인정된다고 판시한, 판례가 있으며,<sup>80)</sup>인감 등의 교부가 본인의 진정한 의사에 기했을 것이라는 측면에서 월권표현대리의 성립 여부를 판단한 판례<sup>81)</sup>가 있다. 즉 「갑이 부동산소개업자인 을에게 가옥이전용의 인감증명만을 교부하여 매매의 알선을 부탁한데 그치고, 갑의 인감은 “갑의 의사에 의하지 아니하고”……의 방법으로 “교부받은 것이라면”, 이와 같은 경우에 을에게 매매 기타 처분의 권한까지 수여한 것이라고 보기는 어렵다」고 하고 있다. 상대방의 신뢰를 야기한 인감의 ‘소지’(외관)라는 사정이 본인의 의사나 행동에 기인하지 않는 경우에 본인의 책임을 부인하는 점에서 매우 주목할 만한 판례이다.

생각건대 제126조의 표현대리가 단지 상대방이 선의·무과실이라는 이유만으로 상대방을 보호하려는 제도는 아니며, 따라서 본인의 신뢰야기를 포함하여 본인과 상대방 사이의 이익형평, 원인제공(관여도) 등을 고려하여 그 성부를 판단하여야 한다. 나아가 제126조가 제125조나 제129조에서와 달리 ‘정당한 이유’라는 표현을 사용하고 있으며, 대리권 외관의 신뢰가치도 다른 유형의 표현대리에서와 같이 다르다는 점이 고려되어야 할 것이다. 그렇다면 정당한 이유를 단순히 상대방의 선의·무과실과 동일하게 볼 것이 아니라, 객관적으로 보아 대리권이 있다고 믿을 만한 사유로 좁게 새겨야 할 것이다. 주의할 것은 정당한 이유를 좁게 새긴다고 하여 ‘선의·무과실’이 무시되는 것은 아니라는 점이다. 즉 제126조 적용의 목표로서의 ‘보호가치 있는’ 신뢰의 판단요소인 상대방의 선의·무과실은 당연히 전제되어야 한다.<sup>82)</sup>

77) 김광년, 앞의 논문, 77면에 의하면 그렇기 때문에 사회사정에 알맞고 신의칙에 부응하는 제126조의 운용은 ‘정당한 이유’의 단계에서 그 기대를 걸어야 한다고 한다.

78) 於保不二確/椿壽夫, 앞의 책, 89面.

79) 橫浜辯護士會, 앞의 책, 229面.

80) 대법원 1991.6.11. 선고, 91다3994 판결

81) 대법원 1982.4.13. 선고, 81다408 판결

82) 동지: 지원림, 앞의 책, 327면.

## 5. 正當한 理由의 판단

### 1) 판단의 기준시기

정당한 이유의 유무는 무권대리행위 당시의 사정을 기초로 하여 판단되어야 한다는 것이 통설적 입장<sup>83)</sup>이지만, 사실심의 변론종결시, 즉 정당한 이유의 유무를 판단할 때까지 존재하는 일체의 사정을 고려하여 판단할 것이라는 반대설<sup>84)</sup>도 있다.

그런데 만일 사실심의 변론종결시까지 존재하는 일체의 사정을 고려한다면 무권대리행위 당시에는 정당한 이유가 없었으나 사후적인 사정변경에 의하여 정당한 이유가 긍정되는 경우(예컨대, 무권대리인이 매매계약 당시 대리권을 증명할 문서나 인감도장 등 아무것도 제시하지 않았다가 계약 후 잔대금 수령시에 가서야 비로소 본인 명의의 등기권리증·인감증명서·위임장·인감도장 등을 상대방에게 제시한 경우)도 있을 수 있고, 역의 경우도 성립할 수 있다. 따라서 정당한 이유의 판정시기는 무권대리행위 당시라 할 것이고, 그 후의 사정이 고려되어서는 안 된다. 판례도 정당한 이유의 판단에서 고려할 사항은 무권대리행위 당시 존재하였던 사정에 한한다고 한다.<sup>85)</sup>(예컨대, 사후의 사정을 고려해서는 안 된다는 대법원 1997.6.27. 선고, 97다3828)

대법원 2009. 11.12. 선고, 2009다46828 판결은 부동산매도를 위임받은 대리인이 자신의 채무지급을 담보하기 위하여 그 중 일부 부동산에 관하여 양도담보계약을 체결한 경우에 대리인이 소유권이전등기에 필요한 서류와 인감도장을 모두 교부받아 이를 상대방에게 제시하며 부동산을 처분할 대리권이 있음을 표명하였다면 상대방으로서는 대리권이 있다고 믿는 데에 정당한 이유가 있었다고 볼 수 있고, 더 나아가 본인에 대해 직접 대리권 수여 유무를 확인해 보아야만 하는 것은 아니라고 한 반면, 그 대리인이 자신의 채무지급에 갈음하여 나머지 부동산에 관하여 대물변제계약을 체결한 경우에 그 계약체결 이후에 비로소 본인으로부터 소유권이전등기에 필요한 서류와 인감도장을 교부받았다면 상대방이 대리인에게 위 부동산을 대물변제로 제공할 대리권이 있다고 믿은 데에 정당한 이유가 있다고 할 수 없다고 하였다.

83) 곽윤직, 앞의 책 399면.

84) 이영준, 앞의 책, 539면.

85) 대법원 1987.7.7. 선고, 86다카2475 판결

## 2) 정당한 이유의 유무를 판단함에 있어서 고려되어야 할 요소

### (1) 고려되어야 할 요소

정당한 이유가 있다고 하기 위하여 상대방에게 오신을 생기게 한 사정이 본인의 과실이나 작위·부작위 등 본인측의 관여에 기한 것임을 요하는가, 예컨대, 상대방이 자칭 대리인의 등기서류 소지에 기하여 그의 대리권을 믿은 경우에 그 등기서류가 본인에 의하여 교부되었어야 하는가, 아니면 자칭 대리인이 등기서류를 본인이 그 보관에 필요한 주의를 다하였는데도, 훔쳐 상대방에게 제시하였더라고 괜찮은가 하는 것이 문제된다.

### (2) 학설과 판례의 입장

과실이든, 요인이든 필요 없다는 것이 다수설의 입장<sup>86)</sup>이지만, 본인의 과실 등이 필요 없다는 것과 제126조의 표현대리의 성부를 판단함에 이를 고려할 수 있는가는 별개의 문제이고, 따라서 본인의 과실 등이 요건이 아니라는 것은 그것을 확정할 수 없는 경우에 본인의 책임을 인정하더라도 그것만으로 위법한 판결이 되지 않는다는 의미에 지나지 않고, 본질적으로 이익형량을 근간으로 하는 표현대리에서 판례에 통상 사용되고 있는 바와 같이 ‘제반 사정을 고려하여’ 결정하여야 할 것이라는 반대 입장<sup>87)</sup>도 있다.

한편, 이 문제에 관한 판례의 태도가 명확한 것은 아니지만, 최근 일련의 판례는 본인측의 귀책요소를 필요로 하는 것으로 보인다.<sup>88)</sup> 예컨대, 대법원 1991.2.12. 선고, 90다7364 판결은 본인이 대리인을 통하여 허무인 명의로 부동산을 매수하고 소유권이전등기를 경료하지 않고 있는 사이에 대리인이 위 부동산을 제3자에 처분함으로써 인하여 당초의 매도인으로부터 제3자 앞으로 직접 소유권이전등기가 경료되자 본인이 매도인에 대하여 소유권이전등기 절차의 이행을, 제3자에 대해서는 소유권이전등기의 말소등기 절차의 이행을 구하는 사안에서, “위 대리인의 매도행위에 대하여 본인의 책임이 있는지에 대하여 아무런 판단도 하지 아니한 채” 당초 매도인이 위 대리인에게 위 허무인(또는 본인)을 대리하여 위 부동산을 전매할 권한까지 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있었으므로 제3자가 정당하게 소유권이전등기를 경료받은 것으로 본 원심의 판단에는 이유를 제대로 명시하지 아니한 위법

86) 곽윤직, 앞의 책, 400면.

87) 이영준, 앞의 책, 540면.

88) 동지 : 지원립, 앞의 책, 328면.

이 있다고 하였다. 그리고 대법원 2003.4.11. 선고, 2003다7173·7183 판결은 갑 스스로 을에게 친분관계 등에 터잡아 그의 사업수행에 필요한 자금을 조달하는 과정에서 보증용으로 사용할 수 있도록 자신의 인감 등을 넘겨줌으로써 “을이 그 권한을 남용하여 발생할 거래의 안전에 미칠 위험성은 상당 정도 갑에게도 책임이 있는 사유로 유발되었고”, 더구나 갑이 종전에도 약속어음의 할인에 즈음하여 병의 직접 확인전화를 받고 을의 사업자금 조달을 위하여 보증을 한다는 취지에서 배서를 한 사실을 인정까지 해 준 것이라면, 병으로서는 을이 갑으로부터 두터운 신뢰를 받고 있어 갑을 대리할 수 있는 적법한 권한을 보유하고 있던 것으로 능히 생각할 수 있었다고 할 것이므로 병이 을에게 그와 금전소비대차계약을 체결함에 있어서 갑을 대리할 권한이 있었다고 믿었고, 또 그와 같이 믿은 데에 상당한 이유가 있었다고 보아 제126조 소정의 표현대리의 성립을 긍정하였다.

## 6. 상대방 또는 제3자의 귀책요소의 조사·확인 의무

제126조의 표현대리가 성립되기 위하여 기본대리권과 정당한 이유라는 두 요건이 필요하다는 것이 통설적 입장의 기본 구조인 바, 정당한 이유, 특히 무과실을 판단함에 필요한 것으로 본인과 상대방 사이의 이익조정을 위한, 상대방에 대한 조사·확인 의무의 부과 문제가 있다.

### 1) 조사·확인 의무가 긍정된 경우

#### (1) 본인과 대리인이 부부간인 경우

무권대리권이 대리행위 당시 등기권리증, 위임장, 인감도장, 인감증명서 등 그 거래에 필요한 서류 일체를 구비하지 못한 경우에 대개 조사·확인 의무의 불이행을 근거로 한 과실이 인정되어 정당한 이유가 부정되었다.(부동산매도에 관한 대법원 1992.6.9. 선고, 92다11473 판결; 담보설정에 관한 대법원 1995.2.17. 선고, 94다34425 판결) 예컨대, 대법원 1981.8.25. 선고, 80다33204 판결은 남편 몰래 임의로 갖고 나온 남편의 인장, 아파트 분양계약서 및 ‘유효기간이 지난’ 인감증명서를 처가 소지하고 있었던 사실만으로는 남편이 처에게 금원의 차용행위나 위 아파트의 매도행위에 대한 대리권을 수여하였으리라고 상대방이 믿음에 정당한 객관적 사정이 있었다고 인정할 수 없다고 하였다.

**(2) 부동산의 처분에 필요한 서류를 ‘소지’한 경우**

거래 자체가 이례적인 경우에도 조사·확인 의무의 불이행을 매개로 하여 정당한 이유가 부정된다. 예컨대, 후견인으로부터 한정치산자 소유의 부동산을 매수하려는 자는 친족회의 동의가 있었는지 여부를 확인하여야 한다는 대법원 1997.6.27. 선고, 97다3828 판결이 있다. 개인이 1억원이 넘는 거액을 채권최고액으로 하여 자신 소유의 부동산에 관하여 담보를 설정함에 있어 백지위임장으로서 제3자를 대리인을 삼아 근저당권설정계약을 체결한다는 것은 이례에 속하므로 부동산의 소유자 아닌 제3자로부터 근저당권을 취득하려는 자로서는 그 소유자의 인감증명 외에 그 소유자에게 과연 담보제공의 여부를 그 소유자에게 확인하여 보아야 할 것이고, 실제로도 소유자의 의사를 쉽게 확인할 수 있었다고 하여 정당한 이유를 부정한 대법원 1992.11.27. 선고, 92다31842 판결도 있다. 종종 소유의 부동산을 개인으로부터 매수하는 경우에 처분에 관한 종종 규약 소정의 절차를 거쳤는지 내지 그에게 이를 처분할 수 있는 권한이 있는지 여부를 확인하지 않은 점을 근거로 정당한 이유를 부정한 대법원 1985.7.23. 선고, 83다419 판결 등을 그 예로 들 수 있다.

하수급인이 공사대금채권을 담보하기 위하여 장차 완공될 다가구주택의 일부에 대한 전세계약을 체결하고자 할 때 건축주에게 직접 확인할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우를 제외하고는 직접 건축주에게 과연 해당 다가구주택을 담보로 제공할 의사를 가지고 있는지를 확인하여 보는 것이 보통인데, 하수급인이 아무런 조사도 하지 아니한 채 건축주의 인감증명서 1통만으로 하도급인에게 대리권이 있는 것으로 믿었다면 그에게 과실이 있다고 판단된다.(대법원 1995.9.26. 선고, 95다23743 판결)

을이 채무의 기한연장을 갑으로부터 위임받고 갑의 공증용 인감증명서·인감도장·주민등록증을 소지하고 있음을 기화로 사채업자인 병으로부터 금원을 차용하면서 갑 소유부동산에 근저당권을 설정한 경우, 을에게는 채무의 기한연장에 관한 기본적 대리권이 있으나, 병과 그의 대리인들이 담보제공의사의 준부를 소유자인 갑에게 확인하지 않은 채 등기필증도 없이 갑의 공증용 인감증명서와 인감도장 및 주민등록증만 소지한 을을 갑의 대리인으로 믿고 을과 금원대여 및 근저당권설정계약을 체결하였다면, 갑을 대리하여 금원을 차용하고 근저당권을 설정할 대리권이 을에게 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있다고 보기는 어렵다(대법원 1994.11.8. 선고, 94다29560 판결)고 한다.

대법원 1984.11.27. 선고, 84다310 판결, 84다카1283 판결은 갑이 해외채류 중인

남편 을의 대리인으로 부동산을 매수하여 을의 이름으로 소유권이전등기를 하였다가 을의 인감도장과 그 부동산의 등기권리증 및 부동산 명의 변경용 인감증명서를 병에게 교부하여 병이 그 명의로 소유권이전등기를 마친 것이라면, 병으로서는 갑에게 그 부동산에 관하여 을을 대리할 대리권이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있다고 하였는데, 갑은 부동산에 관한 서류 일체를 구비하였다. 본인이 장기간 입원 중인 경우에도 정당한 이유가 긍정된다. 예컨대, 대법원 1970.10.30. 선고, 70다1812 판결은 남편이 정신병으로 의심케 할 사정이 없다면 상대방이 본인에 대하여 보증의사를 확인할 의무가 없다고 하는 바, 이와 같이 대리인의 권한을 장기간 병원에 입원하였고, 입원 당시 입원비, 생활비, 자녀교육비 등을 준비하여 두지 않은 경우에 그 아내가 남편 소유의 가대를 적정가격으로 매도하여 그로 위 비용에 충당하고 나머지로 대신 들어가 살 집을 매수하였다면 - 매수인이 이러한 사유를 알았건 몰랐던 간에 - 정당한 이유의 존재를 긍정하였다.

### (3) 어음 · 수표행위

어음 · 수표행위가 거래관념에 비추어 비정상적이거나 이례적인 경우에 조사 · 확인의무를 부과하여 정당한 이유가 부정된다.(대법원 2000.2.11. 선고, 99다47525 판결) 예컨대, 지방은행의 예금취급소장이 그 자격을 이용하여 거액의 개인수표를 지급 보증한 경우(대법원 1980.8.12. 선고, 80다901 판결)에 그렇다.

액면금 30억 원의 위조어음의 발행인 인영 부분에 인영 전사(轉寫) 수법으로 종종 사용되는 스키치테이프가 붙어 있고 어음용지 책에서 어음용지를 떼어낼 때 통상적으로 하는 이른바 ‘꼭지 간인’이 되어 있지 않았음에도 불구하고, 발행인에게 아무런 확인을 하지 않은 경우에 관한 판례가 있다. 즉 민법상의 표현대리에 관한 규정이 어음행위의 위조에 관하여 유추 적용되기 위하여서는 상대방이 위조자에게 어음행위를 할 권한이 있다고 믿거나 피위조자가 진정하게 해당 어음행위를 한 것으로 믿은 것만으로는 부족하고, 그와 같이 믿은 데에 정당한 사유가 있어야 하는 바, 이러한 정당한 사유는 어음행위 당시에 존재한 여러 사정을 객관적으로 관찰하여 보통인이면 유효한 행위가 있었던 것으로 믿는 것이 당연하다고 보여지면 이를 긍정할 수 있지만, 어음 자체에 위조자의 권한이나 어음행위의 진정성을 의심하게 할 만한 사정이 있는데도 불구하고, 그 권한 유무나 본인의 의사를 조사 · 확인하지 아니하였다면 상대방의 믿음에 정당한 사유가 있다고 하기 어렵다. 액면금 30억원의 위조어음의 발행인 인영 부분에 인영 전사 수법으로 종종 사용되는 스키

치테이프가 붙어 있고 어음용지책에서 어음용지를 떼어낼 때 통상적으로 하는 이른바 ‘꼭지 간인’이 되어 있지 않았음에도 발행인에게 아무런 확인을 하지 않은 경우, 위조어음이 진정한 것이라고 믿은 데에 정당한 사유가 있다고 할 수 없어 민법상 표현대리의 규정이 유추 적용되지 않는다(대법원 2000.2.11. 선고, 99다47525 판결)고 한다.

한편, 대법원 1999.1.29. 선고, 98다27470은 갑이 을에게 어음상에 병의 배서를 받아 달라고 요구하여 을로부터 병의 배서가 된 어음을 교부받을 당시 갑은 병을 대면한 바 없을 뿐만 아니라, 병의 배서가 어떠한 경위로 이루어졌는지를 전혀 알지 못하고 있었고, 또 종전에 병과 을을 통한 병 사이의 신분관계나 거래관계를 감안하더라도 갑으로서의 어음상의 병의 배서가 과연 병의 의사에 따라 이루어진 것인지를 별도로 조사·확인하여 보지 않은 이상 병의 배서가 유효하게 이루어진 것이라고 믿은 데 정당한 이유가 있다고 볼 수 없다고 하였다.

#### (4) 보증행위

사인간의 일반보증에서는 정당한 이유가 부정된 사례가 대부분이다. 먼저, 타인의 채무에 대한 보증행위는 그 성질상 아무런 반대급부 없이 오직 일방적으로 불이익만을 입는 것인 점에 비추어 사회통념상 이례에 속하므로(대법원 1998.7.19. 선고, 98다18988 판결) 대리인이 보증계약에 필요한 인감도장, 인감증명서를 모두 소지하고 있더라도 본인의 보증의사를 확인하지 않았다면 정당한 이유가 긍정되지 않는다는 것이 최근의 판례의 입장으로 보인다. 예컨대, 대법원 1992.2.25. 선고, 91다490 판결은 물품공급계약에 따른 거래로 말미암아 갑이 부담하게 될 채무에 관하여 을의 대리인이라는 갑과 사이에 그 연대보증계약을 체결하면서 을이 대리권을 수여하였는지 여부를 확인하지 않은 경우에 “을이 직접 발급받은 보증용 인감증명서와 재산세 납부증명서를 소지하고 있었다는 사실만으로는 갑에게 을을 대리하여 연대보증계약을 체결한 권한이 있었다고 믿을 만한 정당한 이유가 있다고 볼 수 없다”고 하였다. 이러한 본인의 보증의사를 조사·확인하여야 할 의무(보다 정확하게는 책무)는 상대방이 금융기관인 경우에도 당연히 요구된다.(대법원 1978.5.23. 선고, 76다1516 판결)

보증보험계약인 경우에 판례는 정당한 이유를 비교적 너그럽게 인정하고 있다. 대판 즉 본인의 인감도장과 인감증명서 등을 소지하여 대리인의 권한을 의심케 할 사정이 없다면 상대방이 본인에 대하여 보증의사를 확인할 의무가 없다고 함으로

써 사인간의 일반보증에서와 현저히 다른 입장을 취한다. 예컨대, 대법원 1997.7.8. 선고, 97다9895 판결은 “대리인에 의하여 보증보험계약이 체결되는 경우에 본인의 자필서명을 받지 아니하였다는 사정만을 표현대리의 성립을 부정한다면 모든 대리행위에 있어 본인의 출석을 요구하여야 한다는 결과를 초래하여 결국 대리행위의 필요성을 부정하는 데까지 나아갈 우려가 있어 본인의 자필서명이 그 보증보험계약의 유효요건이 된다고 볼 수 없고, 또한 반드시 본인에게 전화 등으로 보증의사를 확인하여야 할 의무가 있다고도 볼 수 없다”고까지 하였다. 이러한 판례의 너그러운 태도는 보증의 대상이 바뀐 경우에도 유지된다. 예컨대, 대법원 1995.9.5. 선고, 95다20973 판결은 지입차주 갑이 지입회사 명의로 리스하는 덤프트럭에 관하여 리스보증보험계약상 연대보증을 위하여 지입회사 명의로 리스할 덤프트럭에 관한 리스보증보험계약을 체결하는데 사용한 경우에 병의 표현대리책임을 인정하였는데, 여기서는 관련 서류의 완비를 통하여 본인의 보증의사가 명확히 표현되었으며 동종의 거래(보증계약)가 문제된다는 점이 고려된 것으로 보인다.

## 2) 사건

상대방 또는 제3자의 조사·확인 의무를 아무리 강화한다 하더라도 이 의무는 상대방 또는 제3자측에게 과해지는 의무이다. 따라서 이에 의하여 잘못 없는 본인을 구제할 수는 없다. 예컨대, 대리행위가 대리인에게 경제적 이익을 준다는 사정, 본인과 가까운 거리에 있다는 사정, 거래량이 크다는 사정, 본인에게 확인하기가 용이하다는 사정(이러한 사정들은 일본 판례에서 조사·확인하기가 있다고 한 경우임.) 등이 있는 경우에 상대방 또는 제3자에게 조사·확인 의무를 과할 수 있을 것인데, 만약 그러한 사정이 전혀 없다면 비록 본인에게는 책임지울 만한 사정이 전혀 없는 경우 - 예컨대, 대리인이 본인으로서는 도저히 예상할 수 없는 방법으로 대리행위를 한 경우 - 에도 상대방 또는 제3자의 과실을 인정할 수 없으므로 본인의 책임을 부인할 수 없게 된다. 반대로 이에 의하여는 잘못 있는 본인을 방면해 줄 우려가 있다. 예컨대, 상대방 또는 제3자가 본인의 행동을 조사·확인 의무를 지울 만한 사정이 있음에도 불구하고, 상대방 또는 제3자가 본인의 행동을 알아보지 않은 경우에는 비록 본인에게 책임을 지울 만한 사정이 있더라도 - 예컨대, 본인이 자칭 대리인의 행위를 알면서 묵인한 경우, 자칭 대리인의 행동에서 나오는 수익을 취득한 경우에도 - 상대방 또는 제3자는 과실 있는 것으로 본인의 책임을 부인하게 된다.

결국 조사·확인 의무의 부과로는 - 앞서 말한 방법상의 문제점은 차치하고라도 - 책임 인정의 용이성에 대하여는 제동을 걸 수 있을지 모르나, 책임 제동의 정당성(책임질 만한 사유가 존재하는 경우에 한하여 책임을 인정하는 것.)을 기할 수는 없으며, 지나친 거래 보호를 억제할 수 있을지는 모르나 정당하게 거래 보호와 정적 보호를 조화시킬 수는 없다고 생각된다.

이에 관하여 판례는 무권대리행위가 비정상적이거나 이례적인 경우(대법원 1995.9.26. 선고, 95다23743 판결), 구체적으로 후견인으로부터 제한능력자 소유의 부동산을 매수하는 경우(대법원 1997.6.27. 선고, 97다3828 판결), 어음 자체에 위조자의 권한이나 어음행위의 진정성을 의심하게 할 만한 사정이 있는 경우(대법원 2000.2.11. 선고, 99다47525 판결), 대리권 수여 여부를 본인에게 쉽게 확인할 수 있는 경우(대법원 1992.11.27. 선고, 92다31842 판결) 또는 상대방이 금융기관인 경우(대법원 1990.1.23. 선고, 88다카3250 판결)에 그 권한 유무나 본인의 의사를 조사·확인할 의무를 인정하였다.(그 밖에 대법원 2002.7.12. 선고, 2002다19254 판결도 참조) 반면, 해당 대리행위에 필요한 일체의 서류를 소지하고 있는 경우(대법원 1997.7.8. 선고, 97다9895 판결), 특히 보증보험연대보증에서 본인 발급의 인감증명서가 구비된 경우(대법원 2002.3.26. 선고, 2003자2478 판결, 사인간의 일반보증에서 판례는 다른 입장을 취한다.) 또는 동종의 거래가 반복된 경우(대법원 1989.5.23. 선고, 88다카22626 판결)에 조사·확인 의무가 부정되었다.

## 7. ‘정당한 이유’의 존재에 대한 증명책임

일반적으로 ‘정당한 이유’를 어떻게 이해하는가에 따라 그 견해가 나뉜다.

### 1) 본인이라는 견해

제126조의 선의·무과실에 관해서는 법문상 상대방에게 증명책임이 있는 것같이 보이나, 제125조 및 제129조의 표현대리와 다르게 다루어야 할 특별한 이유가 없으므로 본인에게 증명책임이 있다고 한다. 따라서 본인이 상대방의 악의 또는 과실 있음을 증명하여야 한다. 제126조도 선의의 상대방을 보호하기 위한 거래안전에 관한 규정이기 때문이다.<sup>89)</sup>

89) 박윤직, 앞의 책 399면.

## 2) 상대방이라는 견해

일부 견해는 제126조가 상대방이 표현대리인에게 대리권이 있다고 믿고 있음을 요건으로 하고 있기 때문에 그 주장·증명책임은 상대방에게 있다고 한다. 왜냐하면, 여기서 증명의 대상이 되는 ‘정당한 이유’는 어디까지나 상대방이 대리권이 있다고 믿은 데 대한 ‘정당한 이유’를 말하는 것이지, 단지 상대방이 대리권이 있다고 믿은 것이 상당하다고 판단되는 객관적 이유를 의미하는 것이 아니기 때문이라고 한다.<sup>90)</sup> 또 다른 견해도 민법은 선의 및 무과실보다 엄격한 ‘정당한 이유’를 요건으로 해서 정당한 이유가 있는 때에 한하여 예외적으로 본인의 책임을 인정하기 때문에 정당한 이유에 대한 증명책임은 표현대리를 주장하는 상대방에게 있다고 한다.<sup>91)</sup>

## 3) 판례의 입장

판례도 결과에 있어서는 상대방이 주장 및 증명책임을 진다는 입장이다. 즉 제126조의 의한 표현대리행위로 인정된다는 점의 주장 및 증명책임은 그것을 유효하다고 주장하는 자에게 있다고 한다.(대법원 1968.6.18. 선고, 68다694 판결 참조)

## V. 結語

우리 판례는 제126조의 월권표현대리를 ‘기본대리권’ 과 ‘정당한 이유’ 라는 구조에 맞게 이 요건을 운영하고 있긴 하지만, 결과에 있어서는 왜 실인이 위조·도용된 경우에도 정당한 이유가 긍정되어 본인이 책임을 져야 하는 부당한 결과에 도달하게 되는지를 설명하고 있지 않다. 이는 ‘기본대리권’ 과 ‘정당한 이유’ 의 2요건 구조하에서 상대방측에서 본 객관적 사정만을 전제로 정당한 이유를 판단하는 판례의 태도는 위의 사례에 충분히 대처할 수 없다는 것을 의미한다. 다시 말해서 실인의 ‘소지’는 대리권을 징표하는 사실에 불과하기 때문에 그것은 정당한 이유를 긍정하는 요소의 하나에 불과하다. 그렇다면 실인의 ‘소지’와 그 외에 어떠한 다른 요소가 합쳐져야 비로소 정당한 이유가 성립한다고 해야 하고 그 다른 요소가 본인의 귀책요소이고 그 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)이란 대리인의 권한을 넘은 대리행위에 대하여 본인에게 책임을 부담케 하는 것이 상당하다고 인정될

90) 고상룡, 앞의 책, 588면.

91) 이영준, 앞의 책, 544면; 김상용, 앞의 책, 634면; 이은영, 앞의 책, 642면; 지원립, 앞의 책, 336면.

만한 사정을 말한다. 그리고 이러한 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)은 정당한 이유의 유무를 판단할 때 고려되어야 한다.

그런데 최근에 정당한 이유의 존재를 부정한 사례에서는 상대방에게 본인측 사정의 조사·확인 의무를 부과하는 경향이 보인다. 이러한 경향은 기본대리권과 정당한 이유라고 하는 요건구조의 판단틀은 유지하면서, 대리권함에 관한 상대방의 조사·확인 의무를 확대하여 상대방의 과실 유무를 인정함으로써 정당한 이유의 성립을 제한하려는 의도라고 생각된다.<sup>92)</sup> 현행 민법의 통설과 판례는 본인에게의 조사·확인 의무에 대한 고려를 법률구성상 배제하고 있지 않은 것으로 보이며, 상대방이 월권행위에 대하여 어떻게 대응하였는가라고 하는 의미에서 상대방 또는 제3자의 본인에게의 조사·확인 유무는 제126조의 적용을 증명해야 하는가, 그렇지 않은가를 판단함에 있어서 중요한 사실로 인정되어야 하고 그렇다고 한다면 상대방 또는 제3자의 조사·확인 의무도 정당한 이유 판단에 고려되어야 할 요소의 하나로 인정하는 것이 당연하다.<sup>93)</sup> 따라서 제126조의 '정당한 이유'의 판단은 상대방측에서 본 객관적 외부사정 뿐만 아니라, 본인측의 내부사정도 포함하여 종합적으로 판단해서 표현대리를 인정하고 본인에게 책임을 부담케 하는 것이 법정책적으로 바람직하다고 본다.<sup>94)</sup>

요컨대 우리 민법상의 표현대리가 추구하는 궁극의 목적은 본인의 이익과 상대방의 이익의 조화를 꾀하는 것이다. 그런데 통설·판례는 거래의 안전 보호의 측면에 치중한 결과 표현대리의 요건을 확장시켜서 무권대리행위에 대하여 본인에게 무거운 이행 책임을 부담케 하고 있다. 그러나 통설·판례와 같이 어느 한쪽으로부터 편중된 해석은 타당하지 않다고 생각된다. 따라서 표현대리의 성립 여부를 판

92) 대판 1992.6.9. 92다11473; 대판 1995.2.17. 94다34425; 대판 1997.3.25. 96다51271; 대판 1997.6.27. 97다3828 이러한 상대방의 조사·확인 의무는 오히려 본인과 대리인의 관계가 부부간일 때 요구된다고 해야 한다. 부부간에는 일방이 타방의 실인을 소지하거나 위조·도용하는 대리행위에 있어서, 상대방은 그 위험에 상응하는 정도의 주의의무가 높아진다.(星野英一/安永正昭, 앞의 책, 536면)

93) 이처럼 본인의 조사·확인 의무를 상대방에게 인정하게 되면 외관에 드러나지 않았던 본인측 사정이 표현대리의 성립에 관한 판단 안으로 들어오게 될 가능성이 있다고 한다.(中畝寬樹, 앞의 논문, 66면)

94) 일본의 최고재판소가 월권표현대리에 있어서의 2요건 구조, 즉 기본대리권의 존재와 정당한 이유의 존재라는 구조를 유지하면서 이익형량론적 사고를 관철하기 위해 대리권 조사·확인 의무라고 하는 매개적 구성에 이르게 되었고, 이익형량의 결과 정적 안전을 보호하려고 할 경우에는 대리권 조사·확인 의무를 꺼내들어 정당한 이유를 부정하고, 동적 안전을 보호하려고 결단한 때에는 대리권 조사·확인 의무를 언급함이 없이 정당한 이유를 긍정하는 태도를 취하고 있다고 한다.(橫濱辯護士會, 앞의 책, 318면)

단함에 있어서 거래의 안전을 위해 희생되는 본인의 귀책근거를 명확히 하지 않으면 안 된다. 표현대리의 이론적 근거인 권리외관이론은 거래의 안전 보호의 요청에만 관심을 기울여 왔을 뿐 선의의 제3자를 보호함으로써 불이익을 입는 진정한 권리자의 보호에 관해서는 무관심한 태도를 보여왔다. 그러므로 본인책임의 인정에 있어서 본인측에 무권대리행위의 효과를 귀속시키는 것을 정당화할 수 있는 귀책요소 내지 귀책성(귀책사유)을 요구하면서 일정한 사정이 있는 경우에는 상대방에게도 조사·확인<sup>95)</sup>의무라는 귀책요소를 요구함으로써, 즉 정당한 이유를 요구함으로써 표현대리 제도의 궁극적 목적인 정적 이익과 동적 이익이 조화를 이룰 수 있을 것이라고 생각된다.

(논문투고일 : 2016.02.16, 심사개시일 : 2016.03.02, 게재확정일 : 2016.03.25)



▶ 최 문 기

표현대리, 귀책요소, 선의·무과실책임, 정당한 이유, 증명책임

95) 결국 조사·확인<sup>95)</sup>의무의 부과로는 - 앞서 말한 방법상의 문제점은 차치하고라도 - 책임 인정의 용이성에 대하여는 제동을 걸 수 있을지 모르나, 책임 제도의 정당성(책임질 만한 사유가 존재하는 경우에 한하여 책임을 인정하는 것)을 기할 수는 없으며, 지나친 거래 보호를 억제할 수 있을지는 모르나, 정당하게 거래 보호와 정적 보호를 조화시킬 수는 없다고 생각하는 견해도 있다. 일본의 판례의 태도에 대해서 상대방에게 조사·확인<sup>95)</sup>의무를 무제한으로 인정해 버린다면 오히려 표현대리를 무제삼을 여지는 없게 되고, 단적으로 말하자면 표현대리 제도의 존재 의의를 상실하게 된다고 비판하는 견해로는 安永正昭, 앞의 논문, 48面 이하

## 【참 고 문 헌】

- 고상룡, 「민법총칙」, (법문사, 2003)
- 곽윤직, 「민법총칙」, (박영사, 2002)
- 곽윤직/김재형, 「민법총칙」, (박영사, 2012)
- 곽윤직/차한성, 「민법주해」 [Ⅲ], (박영사, 1995)
- 김기선, 「한국민법총칙」, (법문사, 1991)
- 김광년, “권한을 넘은 표현대리에 있어서 소위 기본대리권에 관한 소고(1),(2),(3)”,  
사법행정 제18권 제5,7,8호 한국사법행정학회, 1977
- 김상용, 「민법총칙」, (법문사, 2003)
- 김중환/김학동, 「민법총칙」, (박영사, 2006)
- 김학동, “표현대리와 본인의 귀책성”. 「민사법학」 제 9·10호, (한국민사법학회, 1993.7)
- \_\_\_\_\_, “일권표현대리에 관한 학설 판례의 변천” 「민법학의 회고와 전망」 민법전  
시행삼십주년기념 논문집, (한국민사법학회, 1993)
- \_\_\_\_\_, “미성년자의 법정대리”, 「가족법학논총(박병호교수환갑기념논문집) I, 1991,
- \_\_\_\_\_, “일권표현대리에서의 「정당한 이유」 에 관한 판례분석(상)”, 사법행정 제  
34권 제12호, (한국사법행정학회, 1994)
- \_\_\_\_\_, “일권표현대리에서의 「정당한 이유」 에 관한 판례분석(하)”, 사법행정(제  
35권 제1호), 한국사법행정학회. 1994)
- 박찬주, “권한을 넘는 표현대리에 관한 몇 가지 문제”, 「영산법률논총」 제5권 제2  
호, (영산대학교 법률교육연구원, 2008)
- \_\_\_\_\_, “표현대리와 무권대리의 관계”, 「법학연구, 제48권 제2호, (부산대학교 법  
과대학·법학연구소, 2008.2)
- 백태승, 「민법총칙」, (법문사, 2006)
- 송덕수, 「민법강의」 (상), (박영사, 2004)
- 양창수/김재형, 「계약법」, (박영사, 2011)
- 윤양중, “건설회사의 현장소장이 한 채무보증행위의 회사에 대한 효력” 대법원판례  
해설 제22호, (법원도서관, 1995.5), 251면 이하
- 윤형렬, 「민법총칙」, (법영사, 2006)
- 이성희, “민법 제126조의 표현대리에 관한 고찰”-본인의 귀책사유에 대한 입론을  
중심으로, 「비교법연구」 제3권, (배재대학교, 비교법연구소, 2008)

- \_\_\_\_\_, “표현대리에 있어서 본인 귀책근거에 관한 연구”, (성균관대학교 대학원 박사학위 논문, 2009)
- 이영준, 「한국민법론」, (박영사, 2003)
- 이용박, “표현대리에 있어서의 수권행위의 성질과 대리권의 무인성”, 연구논집 제19호, (동국대학교 대학원, 1989)
- \_\_\_\_\_, “표현대리의 법리에 관한 연구 법률외관이론에 의한 체계적 해석이론제시를 중심으로”, (동국대학교대학원 박사학위논문, 1990)
- 이은영, 「민법총칙」, (박영사, 2005)
- 이화숙, “부부별산재와 일상가사대리권, 그리고 표현대리와의 긴장관계”, 「민사법학」 제13·제14호, (한국사법행정학회, 1996)
- 정충건, “표현대리의 법적구성과 그 적용에 관한 연구”, 박사학위청구논문, (단국대학교 대학원, 1988)
- \_\_\_\_\_, “표현대리의 본질”, 「현대 민법의 전망(범주 서영배 박사 회갑기념논집)」, (1995)
- 지원림, 「민법강의」, (홍문사, 2013)
- 최문기, 민법총칙 강의, (세종출판사, 2007)
- \_\_\_\_\_, “민법 제126조의 표현대리에 있어서 본인과 상대방의 귀책요소에 관한 일고찰” 「재산법연구」 제30권 제3호, (한국재산법학회, 2013)
- 민의원 법제사법위원회 민법안심소위원회, 「민법안심의록」 상권, (1957)
- 好美清光, “本人の實印を 所待する代理人と金融機關との間で 繼續的去來契約上の債務につき締結された連帶保證契約と民法第110條の代理權ありと信ずべき正當の有無”、民商法雜誌 (第66卷 第1号), (有斐閣, 1991)
- 中舍寬樹, “民法110條-表現代理”, 「法律時報」 第78卷 第10号, (2006)
- 河上正二, “表見代理とその1”, 法學セミナー, (日本評論社, 2006)
- 我妻 滌, 新訂 民法總則, (岩波書店, 2007)
- 多田利隆, 「信賴保護における歸責-理論」, (信山社, 1996)
- 木村常信, 表見代理の法的構成-表見代理·有權代理論-,ジュリスト増刊 民法の争點, (有斐閣, 1978)
- 浜上則雄, “表見代理不法行爲說” 「阪大法學」 第59,60合併號, (1966)
- 中島玉吉, “表見代理論”, 「京都法學會雜誌」 第五卷 第二號, (1910)

\_\_\_\_\_, 「外觀優越-法理」, (千倉書房, 1976)

喜多了祐, “カナリスの表見責任論について”, 「企業と法」, (有斐閣, 1977)

星野英一/安永正昭, 「民法講座」 第1卷(民法總則), (有斐閣, 1984)

\_\_\_\_\_, 「法學講義民法1 總則」, (悠悠社, 2007)

安永正昭, “越權代理と歸責性”, 「現代私法學の課題と展望」(中), (有斐閣, 1982)

鳩山青夫, “民法 110条の適用範圍”, 「民法研究」 I, (1925)

於保不二確/椿壽夫, 「注釋民法」(4), (有斐閣, 1969)

奧田昌道/安永政昭, 「法學講義民法1 總則」, (悠悠社, 2007)

長屋治助/福永禮治, “越權喻越の義見代理”, 判タ 430,14

石田熹久夫, “ソソポジウム 表見代理”, 「私法」 26,26

横浜辯護士協會, 「表現代理の判例と實務」, (1974)

C.W. Canaris, 「Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht」, (München. 1971)

Craushaar, “Die Bedeutung der Rechtsgeschäftslehre für die Problematik der Scheinvollmacht”, Acp 174

Gotthardt, 「Der Vertrauensschutz bei der Anscheinsvollmacht im deutschen und im französischen Recht」, (1970)

Wellspacher, 「Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht」, (1906)

Meyer, 「Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht」, (1909)

---

**Abstract**

---

## **A Study on the Theory of Judicial Precedents about Existence of Justifiable Reason of the Article 126 in Civil Act**

Choi, Moon-Ki

On existence of justifiable reason the great part of jurists and judicial precedents believe the agent had the right of agency by the other party even on overstepping in question, and understand that the belief is identical with no-fault, or liability without fault. And existence of justifiable reason is judged on the assumption of objective conditions seen from the other party in the transaction.

Therefore, when existence of justifiable reason is judged from subjective observations as in the cases of the great part of jurists and judicial precedents, conditions of the principal that may not be judged subjectively including, for instance, the apparent representation bestowed of the right of agency forged or stole the principal's seal or registration documents for embezzlement are difficult to consider in the judgment of justifiable reason. Although on an apparent agent is essentially the agent without authority, the principal has to have the effects identical from agency with authority. Therefore, under apparent representation the principal cannot reject the performance requiring of the other party and should be burdened with responsibility of performance. Nevertheless, the great part of jurists and judicial precedents have discussed apparent representation just as a system for protecting the other party, not focusing on the protection of the principal's profit.

Such tendency has been considerably criticized, and recently some jurists seek to the balance between dynamic and static profit by limiting the scope of recognition of the protection of the other party by self-responsibility or self-responsibility factors of the principal. As above-mentioned, when existence of justifiable reason is understood as liability without fault of the other party, it may be impossible to consider the conditions of the principal, or self-responsibility factors in the decision of existence of justifiable reason.

However, when existence of justifiable reason and the liability without fault of the other party are regarded as separate requirements for each other, they can be considered in the decision of existence of justifiable reason. In this context, the intervention of the static profit of the principal and the dynamic profit of the other party can be obtained from existence of justifiable reason with the function of general provisions.



---

▶ Choi, Moon-Ki

apparent representation, factor of attribution, liability in good faith/  
without fault, justifiable reason, burden of proof

# 특허무효심판 심결에 대한 심결취소소송의 심리범위: 무제한설에서 제한설로!\*

양 성 미\*\*

정 차 호\*\*\*

I. 서론	3. 중국
II. 특허무효심결 취소소송의 심리범위에 관한 기본적 법리	4. 대만(지구)
1. 심결취소소송의 소송물	5. 일본
2. 특허무효심판에서의 일사부재리 원칙	IV. 특허무효심판 심결에 대한 심결취소소송에서의 심리범위 제한설 도입의 필요성
3. 심결취소소송의 심리범위	1. 항고소송 법리 적용의 오류
4. 심리범위 무제한설	2. 특허법 타 규정과의 충돌
5. 심리범위 제한설	3. 일사부재리 원칙과의 충돌
6. 소결	4. 필요적 심판전치주의와의 충돌
III. 심리범위 제한설 관련 주요국의 법리	5. 정정심판제도와의 충돌
1. 미국	V. 결론
2. 독일	

## 【국 문 요 약】

이 글은 특허무효심판의 심결에 대한 심결취소소송에서 심판에서 다루어지지 않았던 새로운 증거가 제출될 수 있는지 여부에 관한 소위 심리범위 무제한설 및 제한설을 비교법적으로 분석하였다. 그 분석에 따라 다음과 같은 사실을 발견하였다. 첫째, 미국, 중국, 독일은 심리범위 제한설을 운용한다. 일본에서는 한 때 제한설 및 무제한설에 관한 논란이 있었으나, 최고재판소 대법정 판결에 의하여 제한설이 정착이 되었다. 둘째, 대만은 한 때 제한설을 운용하였으나 2008년 제정된 지식재산사건심리법이 무제한설을 명문으로 인정하기 시작하였다. 우리나라 대법원은 무제한설을 선택하여 왔는데, 필자는 다음과 같은 이유로 제한설이 타당하다고 주장

\* 이 글은 양성미(梁聖美)의 성균관대학교 법학전문대학원 박사학위 청구논문(“특허무효심판 관련 몇 가지 쟁점에 관한 연구”)에 포함된 내용을 수정, 보완한 것이다.

\*\* 중국변호사.

\*\*\* 성균관대학교 법학전문대학원 교수(교신저자).

한다. 첫째, 필요적 심판전치주의가 적용되는 특허무효심판 사건에서 심판 경유의 이익이 실질적으로 보장되어야 한다. 둘째, 일사부재리 원칙과의 조화를 위해서 심리범위 제한설이 적용되어야 한다. 셋째, 심리범위 무제한설은 일정 부분 특허심판원의 지위 및 역할을 무시하는 것이므로 타당하지 않다. 넷째, 정정심판 청구시기를 제한할 수 있도록 하기 위하여 심리범위 제한설이 운용되어야 한다.

## I. 서론

특허무효심판에서 심결이 무효심판 청구인의 청구를 기각하는 경우 그 청구인(또는 참가인)은 특허법원에 동 심결에 대한 취소소송을 제기할 수 있다.<sup>1)</sup> 동 심결 취소소송에서 원고(청구인)가 심판에서 제시하지 않았던 새로운 증거를 자유롭게 제출할 수 있는지 여부에 대하여 오랫동안 논란이 있어 왔고, 그 논란은 비교적 최근까지 계속되고 있다.<sup>2)</sup> 한편에서는 특허법원이 1심의 역할을 수행한다는 점 등의 이유로 새로운 증거가 자유롭게 제출될 수 있다고 주장하며, 그러한 법리를 ‘심리범위 무제한설’이라고 칭한다. 다른 한편에서는 특허무효심판에 적용되는 필요적 전치주의의<sup>3)</sup> 취지를 살려야 한다는 점 등의 이유로 새로운 증거가 제출될 수 없다고 주장하며, 그러한 법리를 ‘심리범위 제한설’이라고 칭한다.<sup>4)</sup>

심리범위 제한설 및/또는 무제한설에 관하여는 이미 많은 검토가 있었지만, 필자는 다음과 같은 이유로 새로운 검토가 필요하다고 생각한다. 첫째, 심리범위 제한설 또는 무제한설은 어느 한 설이 일방적으로 타당한 것이 아니어서 두 설의 비교우위에 대한 재검토, 재확인 of 필요성이 상존한다. 둘째, 기존의 논문은 일본의 법리를 비교적 상세히 소개하기는 하여도 미국, 중국, 대만, 독일 등에서의 법리에 대하여 제대로 이해, 소개를 하지 못하였으므로 보다 충실한 비교법적 연구가 추가될 필요가 있다. 셋째, 기존의 논문이 간과한 측면 및 과소평가한 측면에 대한 재검토가 필요하다. 결론적으로 이 글은 심리범위 무제한설이 제법 타당하나, 심리

1) 특허법 제186조 제1항(“심결에 대한 소 및 심판청구서나 재심청구서의 각하결정에 대한 소는 특허법원의 전속관할로 한다.”).

2) 비교적 최근의 연구는 다음이 제시된다. 김원오, “특허심판제도와 그 운영을 둘러싼 쟁점과 과제”, 「법학연구」 제13집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2010; 김용진, “현행 법규와 법률수요자의 입장에서 본 심결취소소송의 심리 범위 운영의 문제점과 개선방안 : 지식재산권심판에 관한 법률개정안 제시를 겸하여”, 「민사소송」 제14권 제1호, 한국민사소송법학회, 2010; 김우수, “민사소송법상 특별항고(특별항고)의 법적 성격 및 심리범위”, 「공법연구」 제38권 제4호, 한국공법학회, 2010; 홍봉규, “특허심결취소소송의 심리범위”, 「공법연구」 제37집 제1-2호, 한국공법학회, 2008. 기존의 자료는 [참고문헌]에 망라되어 있다.

3) 1998년 행정소송법의 개정에 따라 대부분의 행정심판은 임의적 전치주의에 따르고 필요적 전치주의에 따르는 경우는 극히 제한적이다. ① 공무원 징계에 관한 소송에 있어서 소청절차, ② 국제·지방세 등 조세소송에 있어서 이의신청, 심사청구 및 심판청구절차, ③ 토지수용위원회의 재결에 관한 소송에 있어서 중앙토지수용위원회의 이의재결절차 등. 특허무효심판도 필요적 전치주의에 따른다.

4) 심리범위 (무)제한설은 ‘특허’무효심판에 국한된 쟁점은 아니나, 이 글에서는 논의를 ‘특허’무효심판에 집중한다. 이 글에서의 논의가 실용신안은 물론 상표, 디자인 등 다른 권리에 관한 당사자에게 심판에도 활용될 것이다.

범위 제한설이 더 타당한 이유를 제시한다.

## II. 특허무효심결 취소소송의 심리범위에 관한 기본적 법리

### 1. 심결취소소송의 소송물

심결의 위법성 여부를 판단하는 심결취소소송은 항고소송이며, 항고소송의 소송물은 행정처분의 위법성 일반, 즉 행정처분의 주체·절차·형식 또는 내용상의 위법이라는 것이 일반적 이해이다.<sup>5)</sup> 이러한 통설과 판례에 의하면 심결의 위법성의 전제가 되는 심결의 개개의 위법사유는 공격·방어방법에 불과한 것이다. 심결의 실제적 판단의 위법은 발명의 특징, 선행기술의 특징, 신규성·진보성의 판단 등이 법리 오해로 인하여 위법하게 된 경우 등을 의미하는데, 심결취소소송에 있어서 심리판단의 대상이 되는 것은 심판관이 심결에서 청구를 기각한 판단이 위법한지 여부이며, 발명이 특허성을 구비하였는지 여부가 아니다.<sup>6)</sup> 심결의 절차적 위법이란 당해 심결이 성립되는 과정에서의 절차적 위법을 의미하는데, 판단 유탈, 심리 미진, 채증법칙 위반 등을 절차적 위반으로 보는 견해도 있으며,<sup>7)</sup> 이와 달리 심판 절차상의 강행규정 위반만을 절차적 위반으로 (좁게) 보는 견해도 있다.<sup>8)</sup>

심결취소소송이 특허심판원의 심결의 실제적·절차적 위법성 여부를 심리한다는 점에서 일반 행정처분의 취소소송과 다를 바가 없다. 따라서 특허무효심판청구에 대한 심결의 취소소송에 있어서는 심판청구인이 주장하는 무효사유의 존부에 대한 판단이 심리의 대상이 된다. 그러나 심결취소소송은 일반 행정사건과 달리 그 취소의 대상이 되는 심결이 민사소송 절차에 준하는 준사법 절차라고 할 수 있는 엄격한 심판 절차에 의하여 행하여진다는 점 및 특허법 규정이 심결을 반드시 거치

5) 대법원 2002. 6. 25. 선고 2000후1290 판결(“심판은 특허심판원에서의 행정절차이며 심결은 행정처분에 해당하고, 그에 대한 불복의 소송인 심결취소소송은 항고소송에 해당하여 그 소송물은 심결의 객체적 절차적 위법성 여부라 할 것이다.”).

6) 전상우, “특허심결취소소송의 소송물과 심리범위”, 『지식재산21』 2004년 11월호, 특허청, 2004, 40면.

7) 심결의 심리미진, 채증법칙 위배, 판단유탈은 심결의 결론에 영향을 미칠 수 있다면 절차위배로서 심결취소사유가 된다고 한다(이두형, “심결취소소송의 소송물과 심리범위”, 『특허소송연구』 제2집, 특허법원, 2001, 16면).

8) 판단유탈, 심리미진, 채증법칙 위반 등은 결국 그로 인하여 실제상의 판단이 위법하게 된 것으로 이해한다(전상우, 앞의 논문, 40면 각주6).

도록 강제한다는 점에서 특수한 성격이 있다. 즉 일반 행정소송에서는 소송의 목적물이 원칙적으로 행정청의 원처분이고 다만 재결 그 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한하여 재결을 소송의 목적물로 할 수 있다는 ‘원처분주의’를 취하고 있는데 반해, 특허무효심판의 심결취소소송은 심판원의 심결 그 자체를 바로 심리의 대상으로 삼는다는 점에서 서로 차이가 있다.<sup>9)</sup> 여기에서 심결취소소송의 경우에는 일반 행정소송과 달리 당사자는 특허심판원의 심판절차에서 판단된 위법사유에 한하여 다룰 수 있고, 특허법원은 그러한 사유만을 심결의 위법사유로서 심리판단 하여야 하는지의 심리범위에 대한 문제가 발생한다. 가령 심판 단계에서 주장된 무효사유와 다른 사유가 주장되고 이러한 주장을 증명하기 위하여 새로운 증거가 제출되는 경우에 이를 어떻게 취급할 것인지 여부인데,<sup>10)</sup> 이러한 심결취소소송의 심리범위는 주로 심결의 실제적 위법사유 중 소송에서 제기할 수 있는 범위를 정하는 것으로 심결취소소송의 소송물과 구별된다.<sup>11)</sup>

## 2. 특허무효심판에서의 일사부재리 원칙

일사부재리 원칙이 심리범위 (무)제한설에 강한 영향을 미친다. 특허법 제163조는 “이 법에 의한 심판의 심결이 확정된 때에는 그 사건에 대하여는 누구든지 동일사실 및 동일증거에 의하여 다시 심판을 청구할 수 없다”고 규정하여 일사부재리 원칙을 규정하고 있는데, 이러한 일사부재리 원칙이 적용되는 범위는 심결취소소송의 심리범위와 밀접한 관련이 있다. 심결취소소송의 심리범위를 넓게 보는 경우에는 그만큼 동일사실 및 동일증거의 범위가 넓어져 일사부재리의 효력이 미치는 객관적 범위가 넓어지고, 이에 따라 당사자는 물론 제3자의 소권 행사에 상당한 제약이 가해질 수 있다. 반면, 심결취소소송의 심리범위를 좁게 보면, 그만큼 동일사실 및 동일증거의 범위가 좁아져 일사부재리의 효력이 미치는 범위가 좁아지게 되고, 이는 소송의 남발로 이어져 법원의 심리부담 증가, 법적 안정성 훼손, 특허권자의 부담 증가 등을 초래할 수 있다.

9) 따라서 특허법원은 사실심의 1심법원입과 동시에 특허소송은 1차적 처분이 아닌 심결이라는 2차적 처분을 그 대상으로 하고 있으며, 특허소송의 대상이 되고 2차적 처분인 심결이 준사법적 절차를 거친 심결이라는 점에서 소송법적 심급관계는 아니라 하더라도 실질적으로는 항소심적 성격이 강하다고 한다(홍봉규, “특허심결취소소송의 심리범위”, 「공법연구」 제37집 제1-2호, 2008, 424면).

10) 이재환, “심결취소소송의 심리범위”, 「정보법 판례백선 I」, 박영사, 2006, 707면.

11) 그러나 심리의 대상으로서의 소송물과 심리범위는 혼용되고 있는 실정이라고 한다(이두형, 앞의 논문, 14면).

### 3. 심결취소소송의 심리범위

민사소송법 제203조는 “법원은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 판결하지 못한다”고 규정하고 있기 때문에 민사소송의 법원은 당사자가 신청한 범위 이내에서만 판단하여야 하고,<sup>12)</sup> 당사자가 신청한 범위를 벗어나는 사항에 대하여 판단할 수 없다. 행정소송법 제8조 제2항은 “행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 민사소송법의 규정을 준용한다”고 규정하고, 제26조에서 “법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다”고 규정하고 있으므로 원칙적으로 행정소송에 있어서도 민사소송법 제203조의 처분권주의가 적용되며, 법원은 원고의 청구 범위를 벗어나 심리·판결할 수 없고, 다만, 청구의 범위 내에서 당사자가 주장하지 아니한 ‘사실’에 대하여 직권으로 판단할 수 있을 뿐이다.<sup>13)14)</sup>

그런데 특허법 제186조 제1항은 “심결에 대한 소 및 심판청구서나 재심청구서의 각하결정에 대한 소는 특허법원의 전속관할로 한다”고 규정하고, 제189조 제1항은 “법원은 제186조제1항의 규정에 의하여 소가 제기된 경우에 그 청구가 이유있다고 인정할 때에는 판결로써 당해 심결 또는 결정을 취소하여야 한다”고 규정하고 있을 뿐 심판과 심결취소소송의 관계 및 법원의 심리범위에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않으므로 심결취소소송에서 특허법원의 심리범위가 어느 정도까지 인정되는지에 대해서는 법원의 해석에 따를 수밖에 없다. 특허법원의 소송절차는 일반 행정소송의 절차와 다른 특수한 성격을 가지므로 심리범위를 정함에 있어 행정소송의 이론을 그대로 받아들일 수가 없다. 일반 행정소송은 전심절차와는 심급적 연계가 없기 때문에 소송에 있어서 전심절차에서 주장하지 않은 공격·방어방법을 주장할 수 있고, 법원은 이를 심리하여 행정처분의 적법 여부를 판단할 수 있다. 그러나 특허무효심판에 대한 심결취소소송에서는 심판의 심결이 전심적 성격을 가

12) 절차의 개시, 심판의 대상, 절차의 종결에 대하여 당사자에게 주도권을 주어 그의 처분에 맡기는 입장을 처분권주의라고 한다.

13) 즉 청구의 범위를 벗어나지 않는 한도 내에서 필요하다고 인정하는 경우에 직권탐지주의 내지 직권심리주의를 적용할 수 있다고 한다(전상우, 앞의 논문, 53면).

14) 대법원 1987. 11. 10. 선고 86누491 판결(“행정소송에 있어서도 행정소송법 제14조에 의하여 민사소송법 제188조가 준용되어 법원은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 판결할 수 없는 것이고, 행정소송법 제26조에서 직권심리주의를 채용하고 있으나 이는 행정소송에 있어서 원고의 청구범위를 초월하여 그 이상의 청구를 인용할 수 있다는 의미가 아니라 원고의 청구범위를 유지하면서 그 범위 내에서 필요에 따라 주장의 사실에 관하여도 판단할 수 있다.”).

진 사실상의 1심으로 작용하는 면도 있기 때문에 이러한 특수한 성격에 대한 고려가 있어야 할 것으로 보인다.<sup>15)</sup> 따라서 심리범위에 관한 논의는 그러한 특수한 성격에 대한 이해를 전제로 하는데, 이하에서는 심리범위에 대한 학설을 검토해 보고, 합리적인 심리범위 설정에 대한 논의를 진행하고자 한다.

#### 4. 심리범위 무제한설

##### 가. 개요

무제한설은 심결취소소송의 심리범위에 대하여 통상의 항고소송과 마찬가지로 사실심리의 범위에 제한이 없고, 당사자는 심결에 포함되지 않았던 위법사유를 주장·증명할 수 있고 법원도 이를 채용하여 판결의 기초로 할 수 있으며, 새로운 증거를 제출할 수 있다는 견해이다.<sup>16)</sup> 이러한 무제한설에 의하면 심판은 특허심판원에서의 행정절차이며, 그에 따른 심결은 행정처분이므로 특허심판원의 심결에 불복하는 소송은 항고소송의 일종인 재결취소소송이라고 할 수 있고,<sup>17)</sup> 따라서 소송물은 심결의 실제적·절차적 위법성 여부이며 법원은 그 사실심리에 아무런 제한 없이 심리하여 판결할 수 있다고 한다.<sup>18)</sup> 따라서 당사자는 심판절차에서 심리되지 않았던 사실이나 증거를 자유롭게 제출할 수 있고, 법원은 그 사실심리에 아무런 제한 없이 심리하여 판결할 수 있다. 무제한설은 기본적으로 특허법원의 제1심 법원의 지위를 강조하고 있으며, 법원에 의한 재판을 통한 권리구제를 우선시 한다는 점에서 제한설과 다른 입장에 있다.<sup>19)20)</sup>

15) 특허법원 지적재산소송실무연구회, 「지적재산소송실무」, 2010, 92면에는 심결취소소송의 대상이 되는 심결은 특허청 산하 기관으로서 기술에 관한 전문가들로 구성되어 있는 특허심판원에서 행하여지고, 그 절차도 민사소송절차에 준하는 준사법절차라고 할 수 있는 엄격한 심판절차에 의하여 행하여져 심결 자체에 결론에 이르는 이유를 붙여야 하며(특허법 제166조 제2항), 심결취소소송은 심판전치주의를 거쳐 특허법원의 전속관할로 되어 있다는 특수한 성격을 가지고 있다고 한다.

16) 임병웅, 「특허법」, 한빛지적소유권센터, 2012, 1083면; 윤선희, 「특허법(제5판)」, 법문사, 2012, 1010면.

17) 다만, 무제한설은 특허법이 특허심결취소소송의 목적물을 심결로 규정하여 행정소송법상 재결취소소송에 상응시키는 구조를 취하고 있으나, 특허심결을 행정소송법상의 재결이 아닌 원처분으로 파악한다. 이러한 논리에 대해서 만약 특허심결을 행정소송법상 재결로 본다면 심결 고유의 위법 이외에는 다룰 수 없기 때문에 국민의 재판청구권을 제한 내지 박탈하는 결과가 된다고 한다(김용진, “심결취소소송의 무제한적 심리범위에 대한 비판적 고찰과 개선 방안”, 「인권과 정의」 제296호, 2001, 77면).

18) 항고소송에 있어서 당사자는 전심절차에 주장하지 아니 한 공격·방어방법을 소송절차에서 주장할 수 있고, 법원은 이를 심리하여 행정처분의 적법 여부를 판단할 수 있다.

19) 제한설은 특허법원은 실질적으로 특허심판의 심결에 대한 항소심적인 불복절차이므로 특허심판에서 심리·판단되지 아니한 새로운 주장 및 증거제출을 허용할 수 없다는 견해이다(윤선희, 앞

### 나. 심리범위 무제한설의 논거

심결취소소송에 있어 법원의 심리범위와 관련하여 무제한설이 타당하다고 하는 견해는 다음의 근거를 내세우고 있다.

첫째, 특허심결취소소송의 소송물과 심리범위의 문제는 입법의 불비에서 비롯된 것으로 해석에 의할 수밖에 없으며, 직권탐지주의가 적용되는 심판절차에서 모든 무효사유는 소송물로서 잠재적 심판의 대상이 된다. 따라서 당사자의 입장에서 보면 모든 무효사유의 위법성 일반이 되고 법원의 입장에서 보면 심리범위가 되므로 무제한설이 타당하다고 한다.<sup>21)</sup>

둘째, 우리나라는 기술심리관이 소송심리에 직접 관여하고, 기술적 사항에 관하여 소송관계인에게 질문을 할 수 있도록 하는 등 전문기술적 지식을 보충하는 제도를 충분히 마련하고 있기 때문에 국민의 정당하고 신속한 재판을 받을 권리를 보장하여야 한다는 점에서 무제한설이 부족하지 않다고 한다.<sup>22)</sup>

셋째, 민주주의 최고 이념인 국민제일주의에 따라 당사자의 소송상의 청구(소송물)에 어떠한 제한도 가해서는 아니 된다고 한다.<sup>23)</sup>

넷째, 무제한설을 취하는 경우 당사자는 심결에서 판단하지 않았던 일체의 위법사유를 주장·증명할 수 있으며, 법원도 이를 채용하여 판결의 기초로 할 수 있으므로 당사자의 권리구제에 보다 충실할 수 있다고 한다.<sup>24)</sup>

다섯째, 특허법원이 사실관계를 판단하는 유일한 법원이라는 점에서 만약 심리범위 제한설에 의하여 특허법원이 사실판단에 있어서 제한을 받으면 헌법상 규정된 법관에게 재판받을 수 있는 권리의 침해가 될 수 있다는 점도 제기된다.

이러한 논거에 따라 우리 대법원은 무제한설의 입장을 취하고 있는데, 특허법원은 99허871 판결에서 “특허법원에서 기술에 관하여 전문지식을 갖고 있는 기술심리관이 소송의 심리에 참여하므로 거절사정불복심판의 경우 외에는 국민의 신속한 재판을 받을 권리를 보장하기 위하여 심결취소소송의 심리범위에 제한을 두지 아

---

의 책, 1010면).

20) 홍봉규, 앞의 논문, 434면.

21) 이상경, 앞의 책, 95면.

22) 위의 책, 96면. 특히 무제한설에 의하여 당사자에게 소송물 구성의 제한을 해제하고 법원에 대하여 심판의 범위의 제한을 풀어버리면 심결취소소송마다 소송물이나 심리의 범위가 변동되지 아니하는 이점이 있게 된다고 한다.

23) 황한식, “특허심결취소소송의 심리범위”, 「법조」 제46권 제6호, 1997, 44면.

24) 홍봉규, 앞의 논문, 435면.

니하고 심판절차에서 주장하지 아니한 새로운 인용고안에 대하여 심리하는 것이 타당하다”고 판시한 바 있으며, 98허768 판결에서도 “심판은 특허청에서의 행정절차이며 심결은 행정처분에 해당하고, 그에 대한 불복의 소송인 심결취소소송은 항고소송에 해당하여 그 소송물은 심결의 실체적, 절차적 위법성 여부라 할 것이어서 심결취소소송의 법원은 그 사실심리에 아무런 제한 없이 스스로 심리하여 판결할 수 있다 할 것이며, 특히 이 사건과 같은 권리범위확인심판은 사실상 당사자간 실용신안권의 침해를 둘러싼 민사분쟁의 성격을 띠고 있다 할 것이므로 특허법원에서 사실심리에 어떠한 제한을 가할 합리적인 이유가 없다 할 것”이라고 판시하였다.

#### 다. 심리범위 무제한설에 대한 비판

이러한 무제한설에 대해서 당사자가 심판절차에서 자료를 제출하지 않고 소송에 와서야 제출함으로써 소송의 지연이 우려되고, 소송자료의 반복제출 등의 문제점이 제기될 수 있다는 비판이 있으며, 특허제도에 있어서 이러한 입장은 특허심판원의 존재의 필요성을 위협하며,<sup>25)</sup> 심결취소소송의 의의나 성격에도 반한다는 견해도 존재한다.<sup>26)27)</sup> 특히 일반적인 행정소송이 행정청이 행한 1차적 처분을 심판의 대상으로 하고 있음에 반하여 심결취소소송은 특허심판원의 심결이라는 2차적 처분을 심리의 대상으로 하고 있는 점,<sup>28)</sup> 특허심판은 전문적이고 기술적인 면을 고려하여 준사법절차인 특허심판원 심판절차를 통하도록 하여 심결취소소송이 전심적 성격을 갖는다는 점, 특허심판원의 심결이 확정되면 그 심결은 대세적 효력

25) 특허심판원의 기술적인 의견을 경험한 자가 승산이 없다고 판단하여 특허법원에서 새로운 주장 및 증거를 제출하기 위한 목적으로 이용하는 경우에 심판절차는 의례적인 통과절차로 전락하게 되어 심판절차가 공동화될 위험이 있다고 한다(김용진, 앞의 논문, 89면).

26) 유주선, “심결취소소송의 심리범위에 대한 고찰”, 「경영법률」 제17집 제2호, 2006, 981면.

27) 특히 우리나라가 특허법원을 신설한 가장 큰 이유가 헌법상 신분이 보장된 법관에 의한 사실심 재판이 없다는 점에서의 위헌문제를 해결하기 위함이었다는 것에 비추어 볼 때, 무제한설의 견해를 그대로 받아들이기 어렵다고 한다(황한식, “특허심결취소소송의 심리범위”, 「민사소송(I)」, 한국사법행정학회, 1998, 348면).

28) 특허법 제186조 제6항은 “심판을 청구할 수 있는 사항에 관한 소는 심결에 대한 것이 아니면 이를 제기할 수 없다”고 규정하고 있으므로 심결취소소송은 심결에 대해서만 인정되므로 심결취소소송에서는 심결의 이유에서 판단한 사항에 관해서 위법한 심결이 내려졌는지 여부만을 다루어야 한다고 한다(유주선, 앞의 논문, 996면). 이와 같은 이유는 심결의 위법성 여부에 대한 판단은 심판에서 주장·제시된 사항을 바탕으로 내려진 심결을 그 대상으로 하는 것이기 때문에 심판에서 주장되거나 제시된 바가 전혀 없는 새로운 주장이나 증거에 기초하여 이러한 사항을 전혀 고려한 바가 없는 심결의 위법성 여부를 논할 수 없는 것이라고 한다(구대환, “심결취소소송의 심리범위와 기술심리관의 역할”, 「법제연구」 제37호, 2009, 275면).

을 가지므로 누구든지 동일사실 및 동일증거에 의하여 다시 심판을 청구할 수 없는 점 등을 고려하면 심리범위의 무제한설에 대한 재검토가 필요하다고 본다.<sup>29)</sup>

## 5. 심리범위 제한설

위에서 살펴 본 무제한설이 심결취소소송이 심판절차에 관하여 복심적 구조를 갖는다는 점에 무게를 두는 것과 달리 심결취소소송이 심판전치구조를 취하고 있다는 점에 특별한 의미를 두어 심리의 대상을 제한하려는 견해를 제한설이라고 하는데,<sup>30)</sup> 이러한 제한설은 제한의 범위, 근거 등에 따라 동일사실·동일증거설과 개별적 고찰설 등으로 나누어진다. 이하에서 그것들을 검토한다.

### 가. 동일사실·동일증거설

심결취소소송의 소송물이 심결의 위법성 일반이라는 점에 대해서 이를 부정하지 않지만, 특허심판원이 행한 심결의 실제적 위법성은 특허심판원의 심판의 대상을 넘어서 존재할 수 없으므로 실제적인 면에서 심결취소소송의 심리범위는 특허심판원의 심판의 대상에 의해 한정되어야 한다는 것이고, 특허법상 심판전치주의(제186조 제6항)는 법원의 부담경감을 도모하려는 기능 이외에 기술적 사항에 관하여 전문가인 심판관의 판단을 통하여 보다 정확하고 안정적인 판단을 하려는 기능이 있는 것을 무시할 수 없으므로 특허소송이 법률전문가인 법원에 의하여 이루어지게 되는 특수성을 고려하여 특허소송의 심리범위에 있어서 특허심판원의 심판의 대상 내지 특허소송의 소송물과 연계하여 법적 형량을 통하여 특허소송의 심리범위를 이론화해야 한다고 한다.<sup>31)</sup> 이러한 견해에 의하면, 심결취소소송의 심리범위는 당해 특허심판원의 심판절차에서 현실적으로 다투어지고 심리·판단된 특정한 무효사유에 해당하는 구체적 사실에 한정하는 것이 타당하고, 그 구체적 사실을 주장·증명하여 이것과 동일성을 주장하는 것에 대한 무효사유로서 특허심판원의 심판대상으로 보고, 이것을 특허소송의 소송물로 보아야 한다는 것이다.<sup>32)</sup> 따라서

29) 같은 견해로 유주선, 앞의 논문, 998면; 이두형, 앞의 논문, 45면; 전상우, 앞의 논문, 65면; 홍봉규, 앞의 논문, 440면.

30) 특허법원, 앞의 책, 30면.

31) 전병서, “일본의 특허심결취소소송의 심리범위에 관한 고찰”, 「인권과 정의」 제254호, 1997, 91면.

32) 전병서, 위의 논문, 92면에서는 신규성에 대하여 특허법 제29조 제1항 제1호에 있어서 공지발명, 공연실시된 발명, 제2호의 반포된 간행물에 기재된 발명에 해당하는 구체적 사실은 각각 복수로 존재할 가능성이 있어 그 구체적인 사실을 주장·입증하여 이것과 동일성을 주장하는 것은 신규성 상실에 대한 무효원인(특허법 제29조1항)으로서 특허심판원의 심판의 대상으로 본다.

심판에서 판단되지 아니한 새로운 주장 및 증거의 제출은 허용되지 않아야 한다고 주장한다.

이러한 주장의 논거로 첫째, 특허심판이 독립된 심판관에 의하여 소송절차에 준한 엄격한 준사법적 절차에 의하여 이루어진다는 점, 둘째, 심판전치주의와 심급생략제도의 취지에 비추어 심판은 심결취소소송의 전심으로서의 성격을 가지고 있으므로 당사자는 적어도 사실인정에 관하여는 법원의 판단을 받기 전에 특허청 심판관의 판단을 받을 이익을 가지고 있기 때문에 심결에서 판단되지 않은 특허요건을 법원에서 판단하는 것은 당사자의 전심경유의 이익을 빼앗는 결과가 되므로 허용되어서는 아니 되는 점, 셋째, 특허법 제163조의 확정심결의 일사부재리의 효력범위는 동일사실·동일증거에 한정된다는 점 등이 제시되고 있다.<sup>33)</sup>

#### 나. 개별적 고찰설

개별적 고찰설은 기본적으로 심결취소소송의 심리범위에 대해서 무제한설의 입장에 따르고 있으나, 양당사자 소송과 일당사자 소송을 구별하여 심리범위를 달리 보는 견해이다.<sup>34)</sup> 즉 무제한설을 전제로 하면서 일당사자 심판이나 심판의 유형에 따라 정도의 차이를 두어 심리범위를 정한다.

이 견해에 의하면, 양당사자 심판 중 권리범위확인심판은 사실상 당사자간의 특허권 침해를 둘러싼 민사분쟁으로 특허법원에서의 사실심리에 어떠한 제한을 가할 합리적인 이유가 없고, 무효심판의 경우에도 무권리자에 특허된 경우 또는 조약에 위반된 경우(특허법 제133조 제1항, 제1호 내지 제3호, 제5호)에 대한 심판 역시 일반 민사사건에 유사한 것으로 특허법원에서의 사실심리를 제한할 합리적 이유가 없지만, 무효심판 중 신규성과 진보성 결여를 이유로 하는 심판의 경우에는 기술적인 문제이고, 특허심판원과 특허법원의 기능과 권한을 합리적으로 분배한다는 점에서 특허심판원의 심결에 어떠한 법적 의의나 역할을 인정하고 특허법원의 사실심리를 제한할 필요도 있으며, 특허심판원의 준사법적 절차에 의해 무효심결을 하고, 특허법 제163조에 따라 무효심결이 확정되면 대세적 효력이 있어 누구든지 동일사실 및 동일증거에 의하여 다시 심판을 청구할 수 없게 되어 있으므로 이러한 심결의 효력과 관련하여 동일사실·동일증거를 심판에 있어서 심리판단의 대상으로 하여야 하고, 심결의 적부를 다루는 취소소송에서의 심리범위도 이에 제한되

33) 홍봉규, 앞의 논문, 436면.

34) 송영식, “특허법원의 관할과 심리범위”, 「인권과 정의」 제248호, 1997, 61면.

어야 한다고 한다.<sup>35)</sup> 즉 특허법원의 취소소송 절차와 특허심판원에서의 심판 절차는 절차상 상관관계가 없고, 양자는 심급관계가 없으므로 특허심판이 심결취소소송의 전심적 ‘성격’을 갖더라도 속심구조는 아니므로 동일사실 및 동일증거에 의한 심판청구의 금지를 규정한 특허법 제163조가 실질적 의미를 가진 특허무효심판에 한하여 사실심리를 제한하여 특허심판과 특허법원의 합리적 권한배분의 관점에서 또는 특허법 제163조와 모순가능성을 이유로 심결취소소송에서 심리범위를 무제한적으로 허용할 수 없다는 것이다.<sup>36)</sup> 그래서, 양당사자 심결에서는 새로운 증거를 제출하더라도 특허법원이 이에 대해서 충분히 대응할 수 있으므로 이른바 전심경유의 이익을 박탈할 염려가 없기 때문에 특허소송에서 심리범위를 제한할 이유는 없다는 것이다.<sup>37)</sup>

## 6. 소결

심결취소소송의 심리범위에 대한 문제는 특허법원과 특허청의 권한분배와 관련된 상당히 어렵고도 미묘한 문제가 아닐 수 없다. 심결취소소송에서의 심리범위의 문제는 “심판 단계에서 주장된 무효사유가 아닌 다른 사유를 주장할 수 있는가”라는 소송 실무적으로도 매우 중요한 의미를 갖는 문제로 그 해결이 용이하지 않은 것이 사실이다. 이러한 심리범위와 관련하여 현재 대법원의 입장은 원칙적으로 무제한설을 취하여 심판단계에서 제출하지 아니하였던 새로운 주장과 자료의 제출도 허용하고 있다.<sup>38)</sup> 그러나 무제한설에 따라 특허법원에서 당사자가 새로운 주장이나 증거를 자유롭게 제출할 수 있게 되면 그로 인하여 심결이 취소되는 경우에는 심판에서 청구이유의 보정을 제한하는 실익이 없어지고, 심결에 대한 신뢰도가 저하될 것이며, 이로 인하여 심판 절차는 의례적인 통과절차에 지나지 않게 되어 본래 특허심판원의 심결을 경유하도록 강제한 취지가 무색하게 될 것이다. 특히 특허심판은 전문적이고 기술적인 점을 고려하여 특허심판원이라는 전문기관을 통해 민사소송과 유사한 준사법적인 절차를 거쳐 하는 것으로 심결취소소송의 전심적 성격을 갖는다는 점, 특허심판원이 준사법적 절차에 따라 심결을 하고 그 심결이 확정되면 대세적 효력이 있어 누구든지 동일사실 및 동일증거에 의하여 다시 심판

35) 송영식, 위의 논문, 61-62면.

36) 홍봉규, 앞의 논문, 437면.

37) 송영식, 앞의 논문, 62면.

38) 다만, 법원은 거절결정불복심판의 심결취소소송에서 피고가 심사·심판의 단계에서 제출하지 아니하였던 주장 및 자료를 제출하는 것을 제한하고 있다.

을 청구할 수 없는 점 등을 고려한다면 현재의 통설과 판례가 취하고 있는 심리범위의 무제한설에 대한 재검토가 요구된다.

### III. 심리범위 제한설 관련 주요국의 법리

#### 1. 미국

미국에서의 심리범위 제한설은 미국 연방대법원이 제시한 *Chenery* 원칙이 지배한다. *Chenery* 원칙에 따르면, 행정기관의 결정에 대하여 법원은 그 결정의 근거가 되는 이유 외의 다른 이유로 그 결정을 지지할 수 없고,<sup>39)</sup> 행정기관의 결정을 지지하면서 다른 이유로 대체할 수 없다.<sup>40)</sup> *Chenery v. SEC* 사건에서 증권거래위원회(SEC)가 연방수자원공사(Federal Water Service Corporation)의 임원들은 회사에 대한 신의성실의 의무(fiduciary duty)로 인하여 우선주(preferred stock)를 매입할 수 없는 것으로 결정하였다. 이 결정에 대하여 연방수자원공사가 법원에 제소를 하였고, 연방대법원은 SEC의 결정을 파기하면서 사건을 SEC로 환송하였다. 이 장면에서 대법원은 SEC가 연방수자원공사 임원들이 우선주를 매입하지 못하게 하는 다른 근거가 있지만, 기존의 SEC가 제시한 이유(신의성실)로는 SEC의 결정이 부적절하다는 것이다.<sup>41)</sup> 즉, 법원은 행정기관인 SEC가 제시한 이유가 아닌 다른 이유로 SEC의 결정을 지지할 수는 없다고 보았다. 파기된 사건과 관련하여 SEC는 이번에는 다른 이유를 근거로 임원들이 우선주를 매입할 수 없다고 결정하였다. 이 결정이 다시 제소되었고, 연방대법원은 그 이유에 따른 결정을 지지하였다.<sup>42)</sup> *Chenery II* 법원은 법원이 행정기관이 결정의 근거로 한 이유에 따라서만 그 결정을 지지할 수 있게 하는 것은 의회에 의하여 부여된 행정기관의 독자적 권한에 법원이 개입하지 않게 하는 것이라고 설명하였다.<sup>43)</sup>

39) *SEC v. Chenery Corp.* (*Chenery I*), 318 U.S. 80, 95 (1943) (“an administrative order cannot be upheld unless the grounds upon which the agency acted in exercising its powers were those upon which its action can be sustained.”).

40) Amy R. Motomura, *Rethinking Administrative Law’s Chenery Doctrine: Lessons from Patent Appeals at the Federal Circuit*, 53 Santa Clara L. Rev. 817, 823 (2013) (“The decision must be judged based on the grounds relied upon in the record—not on post hoc justifications—and the court cannot substitute its own rationale for the decision.”).

41) *Chenery I*, at 87-88.

42) *SEC v. Chenery Corp.* (*Chenery II*), 332 U.S. 194, 199 (1947).

43) *Chenery II*, at 196 (“When the case was first here, we emphasized a simple but fundamental rule of administrative law. That rule is to the effect that a reviewing court, in dealing with a determination or judgment which an administrative agency alone is authorized to make, must

이러한 *Chenery* 원칙은 특허사건에서도 그대로 적용된다. 일반적으로는 미국 연방관할항소법원(CAFC)은 특허심판원이 무효사유로 제시하지 않았던 새로운 사유를 심리할 수 없고,<sup>44)</sup> 특별한 경우에 한정하여 새로운 사유를 심리할 수 있을 뿐이다.<sup>45)</sup> 혹자는 *Chenery* 사건과 *In re Margolis* 사건, *In re Thrift* 사건은 모두 일 당사자 사건이므로 동 판례의 법리가 특허무효, 재심사 등 양 당사자 사건에는 적용될 수 없다고 주장할 수 있다. 우리 법에서도 일 당사자 사건인 거절결정불복심판의 심결에 대한 취소소송에서는 심리범위 제한설을 적용하고, 양 당사자 사건인 무효심판의 심결에 대한 취소소송에서는 심리범위 무제한설을 적용하여 두 절차를 구분하고 있다는 점에 착안하면 제기 가능한 주장이라고 생각된다.

그러나, 미국에서는 우리나라의 무효심판에 대응되는 양 당사자 재심사(inter partes reexamination)에 있어서도 심리범위 제한설이 적용된다. *K/S Himpp* 사건에서 CAFC는 특허청의 규칙이 양 당사자 재심사 청구인이, 제한된 경우를 제외하고는, 재심사 청구에서 인용되지 않았던 새로운 선행기술 증거를 CAFC 절차에서 제출할 수 없게 한다고 판시한 바 있다.<sup>46)</sup> 동 특허청의 규칙은 재심사 개시의 결정 후 청구인은 ① 심판관의 사실판단을 반박하기 위하여 필요한 증거, ② 특허권자의 답변을 반박하기 위하여 필요한 증거, ③ 청구인에게 처음으로 알려진 증거에 한정하여 새로운 증거를 제출할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>47)</sup> 즉, 미국의 경우에는 CAFC에서 새로운 증거가 제시되지 못하는 것은 물론 특허심판원에서조차 새로운 증거의 제출이 제한되는 것이다. 물론, 이러한 제한은 재심사 개시를 결정하기 위하여 특허성에 관한 의문을 제기하는 새로운 증거를 요구하는 미국의 독특한 제도로 인한 것이지만, 이러한 제한의 취지는 우리 제도에도 영향을 미친다. 즉, 새로운 증거의 제출을 원천적으로 차단하는 미국 법리에 기초하면 우리 특허법이 심결

---

judge the propriety of such action solely by the grounds invoked by the agency. If those grounds are inadequate or improper, the court is powerless to affirm the administrative action by substituting what it considers to be a more adequate or proper basis. To do so would propel the court into the domain which Congress has set aside exclusively for the administrative agency.”).

44) *In re Margolis*, 785 F.2d 1029, 1032 (Fed. Cir. 1986) (“it is inappropriate for this court to consider rejections that had not been considered by or relied upon by the Board.”); *In re Thrift*, 298 F.3d 1357, 1367 (Fed. Cir. 2002).

45) *In re Cominsky* 사건에서 CAFC는 발명의 성립성에 관하여는 심판원에서 심리하지 않았더라도 CAFC가 처음으로 심리할 수 있다고 판시하였다.

46) *K/S Himpp v. Hear-Wear Technologies, LLC*, 751 F.3d 1362, 1367 (Fed. Cir. 2014) (“The PTO’s rules make clear that an inter partes reexamination requester may not, except in limited circumstances, submit new prior art evidence that was not cited in the reexamination request.”).

47) 37 C.F.R. § 1.948.

취소소송에서 새로운 증거의 제출을 금지하는 것은 당연한 것이다.

## 2. 독일

독일에서는 침해소송을 다루는 민사법원에서는 특허무효를 판단할 수 없고, 특허무효를 판단하는 별도의 연방특허법원(Federal Patent Court)만이 특허무효소송을 전속 관할한다.<sup>48)49)</sup> 특허무효소송에서의 소장(complaint)에는 새로운 선행기술이 제시될 수도 있고 독일특허청 또는 유럽특허청에서 검토되었던 선행기술이 제시될 수도 있다.<sup>50)</sup> 1심법원인 연방특허법원은 원고가 제출한 증거를 검토함은 물론이고 직권으로 새로운 증거를 추가할 수 있다.<sup>51)</sup> 새롭게 제출된 선행기술에 대응하여 특허권자는 신규사항을 추가하지 않는 범위 및 특허등록 당시의 권리범위를 초과하지 않는 한도에서 청구항을 정정할 수 있다.<sup>52)</sup> 2009년 절차의 개정으로, 모든 관련 사실은 1심 단계에서 제출되어야 하고,<sup>53)</sup> 2심법원인 연방대법원은 원칙적으로 1심법원에서 결정된 사실에 기초하여 판단하여야 한다.<sup>54)</sup> 다만, 특허법원의 판단과 관련된 사실에 대하여 구체적인 의심이 있는 경우에 한하여 새로운 사실이 도입될

48) Alexander Harguth, *Quick Guide for US Counsel: Patent Litigation in Germany*, 2012, p. 4 (“Only one court in Germany, the Federal Patent Court in Munich, has the exclusive jurisdiction to adjudicate nullity actions aimed at invalidating a German national patent or the German part of a European patent.”).

<<http://www.mwe.com/files/Uploads/Documents/News/wp0312a.pdf>>.

49) Bardehle Pagenberg, *Patent Invalidity Proceedings*, 2013, p. 5 (“First instance patent invalidity proceedings are heard by the Federal Patent Court in Munich, following the principle of German patent law according to which questions concerning patent validity are to be decided by a specialised court with judges having technical expertise.”).

<[http://www.bardehle.com/fileadmin/contentdocuments/broschures/Patent\\_invalidity\\_proceedings.pdf](http://www.bardehle.com/fileadmin/contentdocuments/broschures/Patent_invalidity_proceedings.pdf)>.

50) *Id.* p. 6 (“An invalidity complaint may be based on new prior art as well as on prior art which has already been evaluated during examination or opposition proceedings by the German Patent and Trademark Office or by the European Patent Office.”).

51) *Id.* (“In the first instance, the court principally investigates and evaluates the facts on its own motion (*ex officio*). This means that a plaintiff who has initiated patent invalidity proceedings in theory has no obligation to actively further these proceedings. The court could even search and introduce new prior art to the proceedings.”).

52) *Id.* p. 7 (“The patentee may amend the claims of the patent in the course of the invalidity proceedings within the scope of the original disclosure and within the scope of protection of the patent as granted.”).

53) *Id.* p. 7 (“This is because since the revision of the procedural rules for invalidity proceedings, which became effective for all complaints filed on or after October 1, 2009, all potentially relevant facts must be introduced to the proceedings already in the first instance.”).

54) *Id.* p. 7 (“According to the new procedural rules for the second instance proceedings, the Federal Supreme Court has to base its decision, as a matter of principle, on the facts determined in the first instance.”).

수 있다.<sup>55)</sup>

독일은 특허청 심판원을 경유하도록 하는 심판전치주의를 폐기하고 1961년 특허법원을 도입하였다. 동 법원의 도입에 있어서 특허청의 심판관들을 기술판사로 영입하여 특허청의 전문성을 특허법원에 이식한 것이다. 심판원의 심결을 거치지 않고 특허법원에서 바로 특허무효에 대하여 판단하므로 그 법원에서 새로운 선행기술이 제출될 수 있는 것은 당연하다. 우리 특허무효심판에서 새로운 선행기술이 제출될 수 있는 것과 같은 원리이다. 특허법원에서 새로운 선행기술이 제출될 수 있는 점과 상응하여 (특허권자의 권리를 보호하기 위하여) 특허권자는 청구항을 정정할 수 있다. 독일에서도 새로운 선행기술과 특허발명의 정정의 관계를 인정하고 있다. 특허법원은 선행기술 제출 및 특허정정의 기한을 정하고 그 기한이 지나면 새로운 선행기술의 제출도 불가능하고 청구항의 정정도 불가능하게 된다.<sup>56)57)</sup> 특허법원은 사실심이고 연방대법원은 법률심이므로 특허법원에서 제출되지 않았던 선행기술이 연방대법원에서 새롭게 제출되지 않아야 하는 것은 당연해 보인다. 다만, 아주 예외적인 경우에 한하여 새로운 선행기술의 제출이 가능할 뿐이다.

독일과 다르게 우리나라는 특허무효의 판단에 있어서 심판전치주의를 운용한다. 심판전치주의 아래에서 특허법원은 심판관의 심결에 대하여 심리한다. 물론, 우리 특허법원 단계에서 직권탐지가 가능하지만 그 직권탐지가 심판전치주의의 범위를 초과하여서는 곤란하다. 즉, 직권탐지는 심판관의 심결이 정당한지 여부를 판단하기 위한 목적을 위한 것에 그쳐야 하며 특허법원이 심판전치주의의 범위를 초과하며 완전히 새로운 판단을 하기 위한 정도에까지 미쳐서는 아니되는 것이다.

55) *Id.* p. 7 (“There are narrow exceptions, for example if there are specific indications which cast doubt on the facts of relevance for the decision as they were determined by the Federal Patent Court. New facts can only be submitted to a very limited extent, for instance, if they concern an issue which has observably been overlooked or regarded as immaterial by the Federal Patent Court, or if the non-assertion does not involve negligence of the respective party.”).

56) 독일 특허법 제83(4)조(“The Patent Court can reject means of attack or defense by one party or an amendment to a legal action or a defendant’s defense using an amended version of the patent that have been filed only after expiry of a time limit as stipulated herefor in subsection (2), and the Patent Court can render a decision without any further investigation if 1. considering the new submission would require postponement of the date for the hearing already scheduled and 2. said party has not provided sufficient grounds for the delay and 3. said party was instructed as to the consequences of not observing a time limit. The reasons given for the excuse will have to be credibly shown.”).

57) <<http://patlit.blogspot.de/2012/12/new-matter-in-2nd-instance-nullity.html>>.

### 3. 중국

중국의 경우 특허행정소송의 성격을 법원이 행정기관(특허복심위원회)이 행한 행정행위의 위법 여부를 심리하는 것이라고 본다.<sup>58)</sup> 따라서 소송의 심리범위는 행정기관이 행한 구체적 행정행위인 ① 관련 법령의 적절한 적용 여부, ② 충분한 증거를 바탕으로 행정행위를 행하였는지 여부, ③ 절차의 위법 여부 등을 판단한다.<sup>59)</sup> 그러므로 특허소송에서 새로이 제출한 증거(신증거)는<sup>60)</sup> 특허행정기관(특허복심위원회)이 행정행위를 하는 데에 있어 판단의 근거가 되지 않은 것이므로 이를 근거로 특허행정기관이 한 행위의 위법성 여부를 판단하는 것은 적절치 않다고 보는 학설이 지배적이다.<sup>61)</sup>

최고인민법원의 “행정소송증거 문제에 관한 규정(关于行政诉讼证据若干问题的规定)” 제59조는 “피고는 행정절차에서 법정절차에 따라 원고에게 증거제출을 요구하며 원고는 법에 따라 증거를 제출하여야 한다. 그런데 제출을 거절하고 소송절차 중에 증거를 제출하였을 경우에는 인민법원은 일반접수불가로 처리한다”고 규율한다.<sup>62)</sup> 즉 당사자가 관련 증거를 특허행정절차 중에 제출하지 않고, 행정소송 중에 제시한 증거는 일반적으로 법원이 그 증거를 고려하지 않는다.<sup>63)</sup> 이와 같은 규정을 둔 취지는 원고가 행정절차를 경시하여 행정절차가 유명무실해지는 것을 방지하기 위해서이다.<sup>64)</sup> 만약 일방 당사자가 행정절차 중에 함부로 행정처리에 협조하지 않고 증거제시를 거절하고, 행정소송에서 행정절차 중에 제시되지 않았던 증거를 제시하여 행정행위를 뒤집는 것을 목적으로 하는 경우에는 행정절차가 무력화될 수 있으므로 이러한 행위를 방지하여 행정절차의 실효성을 확보하고자 하는 것이다.<sup>65)</sup>

58) 李永红, “关于在专利无效宣告请求审查程序中的举证责任及证据认定问题”, 「中国专利与商标」, 1996, 43页

59) 吴文英, “从‘避孕组合物’药品专利看复审和无效宣告程序中证据的使用”, 中国发明与专利, 2011, 95-96页; 徐晖, 专利无效宣告请求中“新的证据”的界定, 安徽科技, 2004, 30-31页.

60) 여기에서 신증거라 함은 행정기관(특허복심위원회)이 특허무효 여부를 판단할 당시 제출되지 않고, 특허소송에서 공격·방어방법의 수단으로 제출된 증거를 의미한다.

61) 魏聪, “浅议专利无效行政诉讼中当事人提交新证据的价值和意义”, 中国发明与专利, 2013, 74页

62) 关于行政诉讼证据若干问题的规定 第59条(“被告在行政程序中依照法定程序要求原告提供证据, 原告依法应当提供而拒不提供, 在诉讼程序中提供的证据, 人民法院一般不予接受.”)

63) 晏辉, “专利侵权行政诉讼中止裁定及判决形式的适用”, 知识产权, 2004, 39页

64) 殷勇·李金刚, “论行政程序外证据的采纳与认定——以《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第五十九条为例”, 上海市第二中级人民法院.

<<http://www.shezfz.com/view.html?id=6904>>.

2008년 일중행초자 제1290판결(北京市第一中级人民法院 2008 一中行初字第1290号判决书)에 따르면 “증거 제17호는 당사자가 1심에서 제시한 신증거로서 해당 증거는 무효절차 중에서 제시되지 않았으며, 특허복심위원회의 결정절차에서도 이를 고려하지 못하였기 때문에 1심법원에서 해당 증거를 주동적으로 인용하는 것은 부당하다”고 판시하였다.<sup>66)</sup>

다만 최고인민법원의 행정소송증거 문제에 관한 규정(关于行政诉讼证据若干问题的规定) 제59조의 해석에 의하면, 소송절차에서 신증거에 관하여 일방 당사자에 의해서 행정소송절차 중에 보충된 증거는 ‘일반적으로’ 받아들이지 않는 것이지 절대적으로 받아들이지 않는 것은 아니라고 한다.<sup>67)</sup> 또한 반드시 행정절차 중 관련 증거가 제시되지 않았던 이유를 심리하여야 하며, 다른 한편으로는 만약 해당 특허가 무효선고를 받은 경우에는 해당 권리인의 다른 보완조치가 없을 때에는 법원은 해당 권리인이 소송절차에서 보충한 증거를 받아들일 수 있다.<sup>68)</sup> 다만, 해당 권리인의 보완조치가 있었을 때에는 새로운 증거 배제규칙(안건외증거배제규칙)을 엄격히 적용하여야 한다.<sup>69)</sup>

법원에서 새로운 증거를 채택하는 경우 다음의 4가지 원칙을 고려해야 한다. 첫째, 상식적(常識性) 증거인 경우에는 이를 채택할 수 있다.<sup>70)</sup> 둘째, 현행 기술증거의 경우에는 신중하게 참고하여야 한다. 셋째, 기타 증거는 일반적으로 채택하여서는 아니 된다. 넷째, 특허권자에게 새로운 증거에 대항하여 권리를 보완할 수 있는 적당한 기회를 부여하여야 한다.<sup>71)</sup>

#### 4. 대만(지구)

- 
- 65) 孔祥俊, “审理专利商标复审行政案件适用证据规则的若干问题”, 「法律适用」, 最高人民法院, 2005, 54页.
- 66) 北京市第一中级人民法院 (2008) 一中行初字第1290号判决书; 北京市高级人民法院 (2009) 高行终字第724号判决书.
- 67) 孔祥俊, “审理专利商标复审行政案件适用证据规则的若干问题”, 「法律适用」, 最高人民法院, 2005, 55页.
- 68) 石必胜, “专利创造性判断的证据规则”, 中国专利与商标, 2012, 71页.
- 69) 孔祥俊, “审理专利商标复审行政案件适用证据规则的若干问题”, 「法律适用」, 最高人民法院, 2005, 56页.
- 70) 李镇江, “浅析创造性审查中的公知常识举证问题”, 「专利法第22条-创造性理论与实践」, 知识产权出版社, 2012, 487页; 李鹏鹏, “专利审查及无效案件‘公知常识’举证问题研究”, 华东政法大学硕士论文, 2012, 25页.
- 71) 毛隼, “浅析创造性判断中相关证据的认定——评最高人民法院(2011)行提字第8号案”, 中国发明与专利, 2012, 91页.

대만에서는 특허무효심판(舉發)에 관한 행정소송에서 쟁점주의(爭點主義)를 채용하고 있다.<sup>72)</sup> 즉, 쟁점별로 별도의 사건을 형성한다는 것이다. 따라서 각 독립한 입증사건마다 한 쟁점으로 보고 있다. 특허무효심판에서의 증거제출은 특허법(專利法) 제57조 제1항의 규정에 의한다.<sup>73)</sup> 실무상 당사자 진행주의(當事人進行主義)를 원칙으로 한다.<sup>74)</sup> 해당 특허가 무효사유를 가지는지 여부는 무효심판 청구인의 진술에 의하며 제출된 증거만을 심사한다. 특허전책기관(專利專責機關)은<sup>75)</sup> 당사자가 제출한 증거에 대해서만 직권조사의무가 있다. 그러나 당사자가 제출한 증거 이외의 증거를 수집할 의무는 없다.<sup>76)</sup> 또한 특허전책기관의 심리는 무효심판 청구인이 제출한 이유 및 증거를 바탕으로 심사하며, 심리과정에서 무효심판 청구인의 관련성 있는 보충이유 및 보충증거는 이를 접수하고 심사하여야 한다. 그러나 무효심판 청구인이 특허법의 규정에 따라 추가적으로 제출한 이유 및 증거가 법정기간을 초과하거나 따로 새로운 이유 및 새로운 증거를 제출한 경우에는 특허전책기관은 소송경제원칙에 의하여 원칙적으로 이를 받아들이지 않는다.<sup>77)</sup> 따라서 무효심판 청구인이 추가적으로 제출한 이유 및 증거는 절차상 법정기간 내에 제시되어야 한다. 다만, 이러한 기간의 성질은 불변기간이 아니므로 법정기간을 도과하였다더라도 행정기관의 심결이 확정되지 아니 한 경우에는 무효심판 청구인이 추가적으로 제시한 (새로운) 이유 및 증거를 기간도과를 이유로 그 접수를 거부하여서는 아니 된다.<sup>78)79)</sup>

72) 최고행정법원94년도판자 제927호 판결(最高行政法院94年度判字927號判決).

73) 第五十七條 任何人對於經核准延長發明專利權期間，認有下列情事之一，得附具證據，向專利專責機關舉發之：一、發明專利之實施無取得許可證之必要者。

二、專利權人或被授權人並未取得許可證。

三、核准延長之期間超過無法實施之期間。

四、延長專利權期間之申請人並非專利權人。

五、申請延長之許可證非屬第一次許可證或該許可證曾辦理延長者。

六、以取得許可證所承認之外國試驗期間申請延長專利權時，核准期間超過該外國專利主管機關認許者。

七、核准延長專利權之醫藥品為動物用藥品。

專利權延長經舉發成立確定者，原核准延長之期間，視為自始不存在。但因違反前項第三款、第六款規定，經舉發成立確定者，就其超過之期間，視為未延長。

74) 최고행정법원94년도판자 제1434호 판결(最高行政法院94年度判字1434號判決)에 따르면 당사자진행주의의 의미는 소송에서 법원은 당사자의 주장한 사유 및 증거의 바탕으로 판시한다. 즉 법원은 직권적으로 증거 수집하지 아니한다.

75) 대만에서의 특허전책임기관이란 특허국을 말하며, 우리의 특허청에 해당한다.

76) 最高行政法院90年度判字第2374號判決.

77) 最高行政法院90年度判字第952號判決.

78) 最高行政法院86年5月份庭長評事聯席會議決議.

행정소송법 상 행정법원은 직권에 의하여 사실관계를 조사하고 당사자 주장에 구속되지 아니한다. 다만, 이러한 원칙이 특허무효심판 행정소송사건에 동일하게 적용되는 것은 아니다.<sup>80)</sup> 행정법원의 직권조사사항은 원래 무효심판에서의 이유 및 증거와 동일한 범위 내에서만 직권조사를 하여야 한다. 예를 들면 특허전책기관이 증거능력이 없는 것으로 인정한 무효심판증거에 대해서 무효심판 청구인이 행정소송 절차에서 이를 보강하여 제출한 증거는 보강증거에 속하는 것으로 법원은 이를 고려하여 심사하여야 한다.<sup>81)</sup>

원래 무효심판에서 고려되지 않았던 새로운 증거는 행정법원이 심사하고 고려하거나 직권에 의하여 조사하는 범위 내에 속하지 않는다. 이러한 이유는 특허행정쟁송사건에서는 실무적으로 특허무효심판에서 쟁점주의를 채택한 결과이다. 행정법원의 심사범위는 무효심판 단계에서 제출한 무효사유 및 증거에 제한되며, 원처분이 이루어진 후 새로운 무효사유 혹은 새로운 증거를 제출하는 경우는 별개의 안건으로 무효심판을 청구하여야 한다.<sup>82)</sup>

특허취소소송의 성격은 특허전책기관의 확정된 처분을 취소하는 것으로 행정소송의 본질은 취소소송이다. 취소소송의 심사대상은 쟁점이 된 행정처분의 적법성이다. 따라서 특허전책기관이 처분의 적법성 여부에 대한 판단 기준은 처분 당시의 사실양태 및 유효한 법령을 기준으로 한다. 행정처분이 이루어진 이후의 사실양태나 법률의 변경은 원처분기관이 행정처분 당시에는 예측할 수 없는 사정이므로 처분 이후에 사실양태 및 법률이 변경된 것을 이유로 원처분이 위법하다고 할 수 없다. 따라서 행정소송에서는 원칙적으로 새로운 증거를 제한하는 것이다.

위와 같은 대만의 심리범위 제한설은 큰 변화를 겪게 된다. 2008년 지식재산법원이 설립된 이후 무효심판사건 등 특허소송사건을 심리하는 법관은 지식재산에 관한 전문적인 지식을 보유하고 있으며, 관련 분야의 기술심판관을 충분히 활용할 수 있으므로 특허소송단계에서도 새로운 증거를 판단할 수 있는 충분한 능력을 보유하고 있다.<sup>83)</sup> 이에 따라 지식재산사건심리법 제33조 제1항이<sup>84)</sup> 행정소송 중에

79) 臺北高等行政法院93年度訴字第1865號判決.

80) 行政訴訟法第125條(行政法院應依職權調查事實關係,不受當事人主張之拘束。判長應注意使當事人得為事實上及法律上適當完全之辯論。審判長應向當事人發問或告知,令其陳述事實、聲明證據,或為其他必要之聲明及陳述;其所聲明或陳述有不明瞭或不足者,應令其敘明或補充之。席法官告明審判長後,得向當事人發問或告知)

81) 臺北高等行政法院93年度訴字第2043號判決.

82) 最高行政法院94年度判字第1727號判決.

83) 陳國成, “專利有效性爭議司法審查之研究-以美日及我國法為中心”, 國立交通大學科技管理研究所科

새로운 증거를 채택할 수 있도록 하여 특허권의 유효성에 관한 분쟁의 조속한 해결 및 분쟁의 일회적 해결을 도모하고 있다.<sup>85)</sup> 특히 많은 특허무효심판의 경우 당해 발명이 신규성 혹은 진보성이 없다는 이유로 청구되고 있다. 따라서 발명이 신규성 혹은 진보성이 있는지 여부를 판단할 때 선행기술을 하나 또는 둘 이상을 결합하면서 당해 발명과 비교를 통하여 판단할 수 있는 것이다. 예를 들어 선행기술 둘 이상을 결합하여 판단할 경우 특허무효심판에서 이미 하나를 증거로 제시하였고, 나머지는 소송을 통하여 제시하는 경우 ‘무제한설’을 채택하여야 분쟁을 한 번에 해결할 수 있는 장점이 있는 것이다.<sup>86)</sup>

다만, 이에 대해서 행정소송의 취소소송은 처분 당시의 사실양태 및 법령을 기준으로 하여야 하는데, 이와 같이 특허소송에서 새로운 증거를 판단할 수 있도록 하는 것은 취소소송의 본질에 반할 수 있다는 비판이 제기되고 있다.<sup>87)</sup> 당사자가 행정소송에서 제시하는 ‘신증거’는 특허전책기관이 특허의 유·무효라는 처분을 확정할 때 없었던 사실양태라고 할 수 있으며, 즉 당해 무효심결의 적법성 여부의 판단 기준은 심결하는 당시의 사실양태가 이미 아닌 것이다. 이것은 행정소송법상의 취소소송의 기본적 법리에 반하는 것이라는 견해이다.<sup>88)</sup>

당사자가 ‘신증거’를 반복하여 제시하면서 소송의 진행을 방해할 수 있다는 견해도 있었는데 이러한 경우를 방지하기 위해서 지식재산사건심리법 실시세칙 제40조에서는 당사자가 ‘신증거’를 제시하는 것이 의도적으로 소송을 지연하기 위한 목적인 것으로 판단되는 경우, 법원은 행정소송법 제132조, 민사소송법 제197조 제2항

技法律組博士論文, 2013, 136-137頁.

84) 智慧財產案件審理法 第33條(關於撤銷、廢止商標註冊或撤銷專利權之行政訴訟中, 當事人於言詞辯論終結前, 就同一撤銷或廢止理由提出之新證據, 智慧財產法院仍應審酌之。智慧財產專責機關就前項新證據應提出答辯書狀, 表明他造關於該證據之主張有無理由。)

85) 立法院公報第96卷第10期院會記錄, 520-52頁(“立法說明記載: 爰設本條規定, 容許在行政訴訟中, 仍得補提關於撤銷、廢止理由之新證據, 以期減少就同壹商標或專利權有效性之爭執, 因循環發生行政爭訟, 而拖延未決之情形。”)。

86) 陈国成, “我国商标专利行政诉讼之变革”, 「科技法学评论」第3卷, 國立交通大學, 258頁。

87) 민사소송법 제196조 제1항 참조(攻擊或防禦方法, 除別有規定外, 應依訴訟進行之程度, 於言詞辯論終結前適當時期提出之。當事人意圖延滯訴訟, 或因重大過失, 逾時始行提出攻擊或防禦方法, 有礙訴訟之終結者, 法院得駁回之。攻擊或防禦方法之意旨不明瞭, 經命其敘明而不為必要之敘明者, 亦同。)

88) 台湾最高行政法院92裁字第717号, 2003年6月21日(“因此, 舉聳人就關於專利權應撤銷之證據, 如未於舉發審定前提出, 縱於行政訴訟中補提, 行政法院通常認為該證據未經行政機關(智慧財產局)審查, 且行政法院所欲解決之課題乃在於「行政處分是否有違法不當」, 而智慧財產局作成行政處分所依據之證據理由並不包括該專利權人於審定做成之後所補提之證據理由, 故行政法院不予斟酌。不過, 如為課予義務訴訟, 法院實務上多數見解比較傾向在同一訴訟標的範圍內, 得提出新證據。”)。

을 원용하여 청구를 기각하여야 한다고 규정하고 있다.<sup>89)</sup>

대만 지식재산사건심리법은 취소소송에서 당사자가 ‘신증거’를 제시하는 경우 특허전책기관이 그 증거에 관하여 답변서를 제출하여야 한다고 규정하고 있는데,<sup>90)</sup> 이 규정의 입법 당시에 특허전책기관으로부터의 반대의견이 있었다. 그 이유는 특허전책기관이 취소소송에 참가할 때의 역할이 불분명하기 때문이라고 생각된다. 특허전책기관이 취소소송에 참가하는 경우 소송법에 의한 어떤 당사자 적격을 가지는지가 문제이다. 특허전책기관의 의견에 의하면 특허전책기관이 ‘신증거’에 관한 답변서를 제출하는 것이 소송에서 당사자 어느 한편이 공격, 방어하는 것을 보조하는 것으로 볼 수 있기 때문에 행정기관의 중립성에 반하는 것이라고 반대하였다. 심결취소소송에서 특허전책기관의 역할 문제는 ‘신증거’를 제시하는 주체의 문제와도 연관성이 있다. 대만 심리법 제33조에 의하면 ‘당사자’가<sup>91)</sup> ‘신증거’를 제시할 수 있다고 하는데 여기에 특허전책기관도 포함하는지 여부가 문제되고 있다.

## 5. 일본

일본에서 통상의 항고소송에 있어서는 증거제출에 제한이 없지만, 심결취소소송에만 증거제출에 제한이 있다. 이 점에 대하여 학설은 제한설, 무제한설로 나뉜다.

### 가. 제한설<sup>92)</sup>

심결취소소송에서 심리판단의 대상에 일정한 기준을 두어 제한하려는 견해인 제한설은 세부적으로 실질적 증거법칙설, 동일법조설, 동일사실·동일증거설로 분류된다.

89) 智慧財產案件審理細則 第40條. 關於撤銷、廢止商標註冊或撤銷專利權之行政訴訟中, 當事人於言詞辯論終結前, 就同一撤銷或廢止理由之範圍內, 所提出之新證據, 法院仍應審酌。但當事人意圖延滯訴訟, 或因重大過失, 未依訴訟進行程度, 於言詞辯論終結前之適當時期提出新證據, 而有礙訴訟之終結者, 法院得依行政訴訟法第一百三十二條準用民事訴訟法第一百九十六條第二項規定駁回之。智慧財產專責機關就前項新證據依本法第三十三條第二項規定應提出答辯書狀時, 得請求法院酌留相當之準備期間。

90) 智慧財產案件審理法 第33條 ②智慧財產專責機關就前項新證據應提出答辯書狀, 表明他造關於該證據之主張有無理由。

91) 행정소송법에 의한 당사자의 범위는 원고, 피고 및 행정소송법 제41조, 제42조에 의한 소송참가인이다.

92) 池淵裕介, “審判制度に関する今後の諸課題の調査研究”, 「知財研紀要」, 知的財産研究所, 2007, 1-2頁.

## (1) 실질적 증거법칙설

독점금지법<sup>93)</sup> 제80조, 제81조에 규정되어 있는 실질적 증거법칙(substantial evidence rule)을<sup>94)</sup> 특허법에도 적용할 수 있다고 하여, 심결의 판단이 실질적 증거에 기인한 것이라고 인정할 수 있는 한 법원은 심결의 사실인정에 구속된다고 보는 견해이다.<sup>95)</sup> “심결의 위법심사 시 당사자는 소송단계에서 심리절차에서 제출하지 않았던 사실이나 증거에 기초하여 심결의 당부를 공격할 수 없다는 것이다.”<sup>96)</sup> 그러나 행정기관의 심판절차가 사법적 절차에 준한다고 하지만, 이것이 과연 다른 사법절차에 준할 정도로 공정한 것으로 볼지에 대하여 의문이다.<sup>97)</sup> 또한 명문의 규정도 없이 실질적 증거법칙을 심결취소소송에 유추 적용하여 법원에 의한 새로운 증거조사를 전면적으로 제한하는 것은 합당하지 않다는 비판이 있다.<sup>98)99)</sup>

## (2) 동일법조설

심리범위를 무제한적으로 확장하는 것은 심판제도의 취지를 몰각케 하므로 심결이 판단의 기초로 한 사항에 한하여 법원이 심리할 수 있다는 견해이다. 즉 법에 규정되어 있는 특정한 거절이유 또는 무효사유의 범위를 넘어서 심판에서 쟁점으

93) 私的獨占の禁止及び公正取引の確保に關する法律

94) 실질적 증거법칙이란, 영미법계에서 발전된 이론으로, 자본주의 경제의 급속한 발전으로 행정권이 확대되고 행정청의 전문화에 의해 법원이 기술적·전문적인 영역에서 사법기능을 제대로 수행하지 못하므로, 기술적인 사항에 대하여 행정청이 준사법권을 행사하게 되었다. 따라서 특수한 전문기술이 필요한 행정 분야에서 행정기관의 사실인정에 대한 판단이 그 절차에서 제출된 자료에 기하여 이성적인 인간이 합리적으로 판단하여 도달할 수 있는 것이라고 인정되면 법원이 이에 구속된다는 것이다(홍봉규, “특허심결취소소송의 심리범위”, 「공법연구」 제37집 제1-2호, 한국공법학회, 2008, 430-431면에서 인용).

95) 兼子一, “審決の司法審査”, 「岩松裁判官還曆記念論文集・訴訟と裁判」, 有斐閣, 1956, 459頁(中山信弘, 「特許法」, 弘文堂, 2010, 276頁에서 재인용).

96) 김인기, “심결취소소송에 있어서 심리범위-일본 최고재판소 대법정 판결의 효력범위를 중심으로-”, 「창작과 권리」 제34권 제8호, 세창출판사, 1997, 60면.

97) 홍봉규, 앞의 논문, 431면(“행정기관의 사실인정 판단능력에 대하여 이성적이며 합리적일 것을 요구하는데, 심판절차가 사법적 절차에 준한다고는 하나, 행정관료에 의한 행정청의 판단이라는 점에서 다른 사법절차에 준할 정도로 공정한 것으로 볼 수 있는지 의문이다.”).

98) 塩野宏, 「行政法 II」, 有斐閣, 1994, 41頁.

99) 이와 관련된 판례는 다음과 같다. “最高裁判所昭和35. 12. 20. 판결의 상고 이유(이 사건의 상고 대리인은 兼子一)로서 주장되었는데, “... 원심이 사실심이고, 「사적 독점금지 및 공정절차의 확보에 관한 법률」 제81조와 같은 규정이 없는 이상 심결에 대한 소라고 하여서 소론[실질적 증거법칙]과 같이 풀이할 수 없다. 소론은 입법론으로서는 별론으로 하고, 현행법의 해석으로서는 결국 독자의 견해라고 할 수 밖에 없고, 취할 수가 없다”고 하여 위 최고재판소 판결로 부정되었다.”(안대진, “특허심결취소소송의 심리범위에 관한 고찰”, 「지식재산21」 통권 제66호, 특허청, 2001, 102면).

로 되지 않았던 “다른 법조에 규정되어 있는 거절이유 또는 무효사유에 대하여는 심리할 수 없으나, 동일한 법조의 범위 내라면 새로운 주장이나 증거제출도 가능하다고 한다.”<sup>100)</sup>

### (3) 동일사실·동일증거설

동일사실·동일증거설은 심결의 이유에서 판단된 동일사실 및 동일증거에 한하여 법원이 심리할 수 있다는 설로, 확정심결의 일사부재리의 효과가 미치는 범위가 동일사실과 동일증거인 점에 비추어 볼 때, 심결취소소송의 심리범위도 심판에서 다루어진 구체적인 사유에 한정되어야 하며, 새로운 사실의 주장 및 증거의 제출은 허용되지 않는다는 견해로, 일본의 통설 및 관례의 입장이다.<sup>101)</sup> 또한 당사자는 적어도 사실인정에 관하여 심결취소소송 전에 특허청의 판단을 받을 이익 즉, 심판 경유의 이익을 가지는 것으로 인정하여야 하며, “심결에서 판단되지 않았던 것을 심결취소소송에서 판단하는 것은 당사자의 심판 경유의 이익을 박탈하는 것이 된다고 한다.”<sup>102)</sup>

이 외에도 기술적 특수성으로 인하여 기술적 전문성을 가진 특허청의 심판을 중시한다는 견해가 있다.<sup>103)</sup> 또한 재판관의 부담경감을 위하여 또는 심결서에 이유가 기재되어 있는 것 등을 근거로서 재판소의 사실심리의 범위를 한정하는 것이라는 견해도 있다.<sup>104)</sup>

### 나. 무제한설

무제한설은 심판단계에서 심리되지 않았던 사실과 증거를 심결취소소송에 있어서 자유롭게 제출할 수 있다는 것이다. 심결취소소송의 심리범위는 심결의 위법성 일반이며 일반 행정처분에 대한 항고소송과 마찬가지로 사실심리의 범위에 제한이 없고, 당사자는 심결에 포함되어 있지 아니한 일체의 위법사유를 주장·입증할 수 있다는 것이다.<sup>105)</sup> 즉 심결취소소송의 당사자는 무효심판에서의 무효사유 전부에

100) 失野邦雄, 「最高裁判所判例解説」, 民事篇(上), 日本法曹會, 1968, 335頁(홍봉규, 앞의 논문, 430면에서 재인용).

101) 中山信弘, 「特許法」, 弘文堂, 2010, 274-276頁; 高林龍, 「特許法」第3版, 有斐閣, 2008, 242-244頁.

102) 김인기, 앞의 논문, 61면.

103) 中山信弘, 「特許法」, 弘文堂, 2010, 277頁.

104) 中山信弘, 「特許法」, 弘文堂, 2010, 278頁.

105) 林田力, 「審決取消訴訟の審理範圍」, 1999; 紋谷暢男, 「注釈特許法」, 有斐閣, 1986, 364頁.

대해 위법성을 주장할 수 있다고 한다.

무제한설을 주장하는 근거로 심결의 성질, 법관의 부담, 심판제도의 구조와 운영상의 문제, 전심판단을 받을 이익 등 제한설이 내세우는 어떠한 이유도 법원에 의한 행정처분의 전면심사라는 헌법상의 대원칙에 대한 예외를 인정할 만한 충분한 근거가 되지 못한다는 점을 든다.<sup>106)</sup> 그러나 무제한설을 적용할 경우 준사법기관인 특허심판원의 기능을 무시하게 되고, 당사자에게는 특허심판원에서 심판받을 권리를 침해하게 되며, 심판 자료를 모두 다시 제출해야 하므로 소송경제에도 반한다는 비판이 있다.<sup>107)</sup>

#### IV. 특허무효심판 심결에 대한 심결취소소송에서의 심리범위 제한설 도입의 필요성

특허무효심판 심결에 대한 심결취소소송에서 심리범위 제한설을 적용하는 것이 타당한지 아니면 심리범위 무제한설을 적용하는 것이 타당한지의 선택은 상대적인 것이라고 생각한다. 즉, 어느 한 설이 절대적으로 타당하고 다른 한 설은 절대적으로 타당하지 않은 것이 아니라, 각 설이 나름대로의 논리적 근거를 가지고 있는 것이다. 우리 대법원이 일관되게 심리범위 무제한설을 지지하여 왔다는 점은 무제한설이 더 타당하다는 강력한 근거가 된다.<sup>108)</sup> 그러나, 대상 판결에 대한 비판의 글이 꾸준히 발표되어 왔다는 점은 무제한설이 약점을 가지고 있다는 증거가 된다. 한편, 미국,<sup>109)</sup> 중국<sup>110)</sup> 등의 국가가 심리범위 제한설을 적용하여 왔다는 점은 무제한설에 의문을 제기하는 타당한 근거가 된다. 더욱이, 우리나라와 관련 법제가 매우 유사한 일본이 과거에는 심리범위 무제한설을 적용하다가 현재는 심리범위 제한설이 통설이고 판례의 입장인 점에<sup>111)</sup> 근거하면 심리범위 제한설이 더 타당하

106) 本間崇, 「特許訴訟讀本」(新增補版), 信山社, 1993, 219頁(안대진, “특허심결취소소송의 심리범위에 관한 고찰”, 「지식재산21」 통권 제66호, 특허청, 2001, 100-101면).

107) 本間崇, “審判審決取消訴訟の關係”, 「日本工業所有權法學會 年報」第6號, 1983, 126頁.

108) 대법원 2002. 6. 25. 선고 2000후1290 판결, 2003. 2. 26. 선고 2001후1617 판결, 2009. 5. 28. 선고 2007후4410 판결 등.

109) K/S Himpp v. Hear-Wear Technologies, LLC, 751 F.3d 1362, 1367 (Fed. Cir. 2014) (“The PTO’s rules make clear that an inter partes reexamination requester may not, except in limited circumstances, submit new prior art evidence that was not cited in the reexamination request.”).

110) 关于行政诉讼证据若干问题的规定 第59条(“被告在行政程序中依照法定程序要求原告提供证据, 原告依法应当提供而拒不提供, 在诉讼程序中提供的证据, 人民法院一般不予接受.”)

111) 中山信弘, 「特許法」, 弘文堂, 2010, 274-276頁; 高林龍, 「特許法」第3版, 有斐閣, 2008,

다는 주장에 무게가 실린다. 대만의 경우, 과거에는 법의 해석에 따라 심리범위 제한설을 적용하다가 2008년 지식재산법원을 설립하면서 제정된 지식재산사건심리법 제33조 제1항이 심리범위 무제한설을 규정하여<sup>112)</sup> 현재는 심리범위 무제한설이 적용된다. 그러나, 그 규정에 대한 비판이 있다.<sup>113)</sup> 이러한 외국의 해석 및 입법사태에 근거하면 심리범위 무제한설에 대한 재평가의 필요성은 여전히 상존한다고 생각된다. 이하에서, 이 글은 기존의 글과는 조금 다른 논거 및 조금 다른 이유로 심리범위 제한설이 타당함을 주장한다.

### 1. 항고소송 법리 적용의 오류

대법원은 심결취소소송이 항고소송에 해당하고 그 소송물은 심결의 실체적, 절차적 위법성 여부이므로 당사자는 심결에서 판단되지 않은 처분의 위법사유도 심결취소소송 단계에서 주장, 증명할 수 있다고 실시한다.<sup>114)</sup> 그런데, 특허무효심판의 심결에 대한 심결취소소송은 일반적인 항고소송과 다른 특이한 성격을 가지므로, 일반적인 항고소송의 소송물 법리를 특허무효심판 심결취소소송에 바로 적용하기에는 무리가 있다. 첫째, 일반적인 심결취소소송은 임의적 전치주의가 적용되는데 반해 특허무효심판 심결취소소송은 필요적 전치주의가 적용된다는 점을 명심하여야 한다. 행정소송법이 다른 대부분의 행정심판에 임의적 전치주의를 적용하는데, 특허법이 유독 특허무효심판에 대하여 필요적 전치주의를 적용하는 이유를 간과하지 않아야 한다. 둘째, 일반적인 행정소송으로서의 항고소송은 행정청과 민원인의 양당사자 구조를 가지는데 반해, 특허무효심판 심결취소소송은 특허권자와 무효심판 청구인의 양당사자 구조를 가지는 점에서 일반적인 항고소송 소송물 법리를 적용하는 데에 무리가 있다는 점을 유의하여야 한다.

242-244頁.

112) 智慧財產案件審理法 第33條(關於撤銷、廢止商標註冊或撤銷專利權之行政訴訟中, 當事人於言詞辯論終結前, 就同一撤銷或廢止理由提出之新證據, 智慧財產法院仍應審酌之。智慧財產專責機關就前項新證據應提出答辯書狀, 表明他造關於該證據之主張有無理由。

113) 台灣最高行政法院92裁字第717號. 2003年6月21日(“因此, 舉聲人就關於專利權應撤銷之證據, 如未於舉發審定前提出, 縱於行政訴訟中補提, 行政法院通常認為該證據未經行政機關(智慧財產局)審查, 且行政院所欲解決之課題乃在於「行政處分是否有違法不當」, 而智慧財產局作成行政處分所依據之證據理由並不包括該專利權人於審定做成之後所補提之證據理由, 故行政法院不予斟酌。不過, 如為課子義務訴訟, 法院實務上多數見解比較傾向在同一訴訟標的範圍內, 得提出新證據。”)

114) 대법원 2002. 6. 25. 선고 2000후1290 판결.

## 2. 특허법 다 규정과의 충돌

특허무효심판 심결취소소송에 심리범위 무제한설을 적용하는 하나의 논거가 특허법에 관련 규정이 없으므로 해석에 의하여 동 설을 적용할 수 있다는 것이다. 물론, 특허법이 심리범위 제한설, 무제한설에 관하여 명시적으로 규율한 규정을 가지고 있지는 않다. 그러나, 심리범위 제한설 또는 무제한설을 선택함에 있어서 법원은 특허법의 다른 규정과의 상충관계를 검토하여 다른 규정과 조화되는 설을 선택하는 것이 마땅하다. 특허법은 필요적 심판전치주의 및 일사부재리 원칙을 규율하는 규정을 두고 있는데, 심리범위 무제한설은 그 두 규정과 조화되지 못하는 것이다.

## 3. 일사부재리 원칙과의 충돌

심리범위 무제한설에 의하면 심결에서 선행기술A를 근거로 신규성을 다투다가 심결취소소송에서 선행기술B를 새로이 제출할 수 있다는 것이다. 즉, 심결은 선행기술A에 근거해서는 신규성이 부정되지 않는다고 판단하였지만, 특허법원 판결은 선행기술B에 근거해서 신규성을 판단할 수 있다는 것이다. 만약, 특허법원이 선행기술B에 근거해서도 신규성이 부정되지 않는다는 판결을 하고 심결이 확정된 경우, 일사부재리 원칙이 적용되는 범위는 어떻게 되는 것인가?

특허법 제163조는 심결이 확정된 경우 그 사건에 대하여는 누구든지 동일 사실 및 동일 증거에 의하여 다시 심판을 청구할 수 없다고 규정한다. 위 예에서, 확정 심결이 다른 증거는 선행기술A뿐이다. 그러므로, (이전의 청구인을 포함하여) 누구든지 선행기술B를 근거로 새로운 무효심판을 청구할 수 있는 것이다. 이러한 반복 청구는 일사부재리 원칙을 몰각하는 것이고, 특허법의 명문 규정을 무력화 하는 것이다. 그러한 상황을 방지하기 위해서는 심리범위 제한설이 적용되어야 하는 것이다.

## 4. 필요적 심판전치주의와의 충돌

일반적인 행정심판에는 임의적 심판전치주의가 적용됨에도 불구하고, 특허무효심판에는 필요적 심판전치주의가 적용된다. 입법자가 특허무효심판에 특별히 그러한 지위를 부여한 의도는 특허무효심판을 반드시 경유하는 것이 양 당사자의 이익 및 공익에 부합하기 때문이라고 믿었기 때문이다. 그렇다면, 그 경유가 형식적인

것에 그쳐서는 아니되고 실질적인 것에도 미쳐야 한다. 즉, 형식적으로만 심판을 거치는 것이 아니라, 실질적인 판단내용도 심판을 거쳐야 하는 것이다. 심판에서 선행기술A를 근거로 판단하였는데, 특허법원에서 선행기술B를 근거로 판단한다면 선행기술B에 대하여는 심판을 경유하지 않은 것으로 보아야 한다. 특허법이 특별히 규정한 필요적 심판전치주의 아래에서 당사자는 심판에서 먼저 판단을 받을 이익이 보장되어야 하는데, 그 이익은 형식적 경유의 이익이 아니라 실질적 경유의 이익이어야 한다. 그러므로, 특허법이 규정한 심판 당사자의 이익을 보장하기 위해서 심리범위 제한설이 적용되어야 한다. 그렇다면 현행 특허법의 해석에 의해서는 심리범위 제한설이 타당한 것이고, 만약, 심리범위 무제한설을 채택하기 위해서는 대만의 사례와 같이 입법을 통하여 특허법이 규정하는 필요적 심판전치주의 및 일사부재리 원칙에도 불구하고 그 규정을 초월하는 새로운 규정을 도입하여야 하는 것이다.

### 5. 정정심판제도와의 충돌

현행 심리범위 무제한설로 인하여 특허법원 단계에서 새로운 증거가 자유롭게 제출될 수 있고, 그에 따라 특허권자의 권리를 보호하기 위하여 정정심판의 청구도 자유롭게 허용된다. 특허를 무효시킬 수 있는 새로운 증거가 제시되면 특허의 정정도 허용하는 것이 당연하다. 특허의 일부 무효사유가 존재하여 특허 전부가 무효되는 상황을 방지할 필요가 있는 것이다. 그래서, 심리범위 무제한설은 정정심판 청구시기 무제한설로 이어진다. 그런데, 무효심판과 정정심판이 동시에 진행되는 경우, 어느 한 심판이 먼저 확정됨에 따라 다른 심판의 절차는 무의미해지는 결과를 초래한다. 즉, 무효심판 사건이 대법원 계류 중 정정심판이 먼저 확정되면 대법원은 원심판결을 파기할 수밖에 없게 되어,<sup>115)</sup> 그 이전에 무효심판 사건을 다룬 특허법원 판사 및 대법원 대법관은 ‘헛수고’를 한 것이 된다. 그러한 헛수고를 방지하기 위해서는 정정심판을 청구할 수 있는 기간을 제한할 필요가 있다. 그러나, 심리범위 무제한설은 그러한 제한을 불가능하게 한다. 특허법원 단계에서 새로운 증거의 제출이 가능하다면 특허권자를 보호하기 위하여 정정심판의 청구도 가능하여야 하는 것이다. 무효심판 사건에서의 판사 및 대법관의 헛수고를 방지하기 위해서는 정정심판 청구시기를 제한할 수 있어야 하고, 그를 위해서는 심리범위

115) 대법원 2001. 10. 12. 선고 99후598 판결.

제한설이 적용되어야 하는 것이다.

## V. 결론

이 글은 특허무효심판의 심결에 대한 심결취소소송에서 심판에서 다루어지지 않았던 새로운 증거가 제출될 수 있는지 여부에 관한 소위 심리범위 무제한설 및 제한설을 분석하였다. 그 분석에 따라 기존의 법리는 일반적인 항고소송에 적용되는 것이나, 특허무효심판 심결취소소송에 적용되기에는 무리가 있다고 생각하게 되었다. 심리범위 무제한설은 우리 대법원이 일관되게 지지하여 온 것이지만, 외국의 사례, 국내에서의 비판 등을 감안하면 그 설이 장래에 변경될 가능성이 적지 않다고 생각한다. 이 글은 다음과 같은 이유로 심리범위 제한설이 타당하다고 주장하며, 가까운 장래에 대법원 판결을 통해서 또는 국회 입법을 통해서 동 설이 도입되기를 희망한다.

첫째, 필요적 심판전치주의가 적용되는 특허무효심판 사건에서 심판 경유의 이익이 실질적으로 보장되어야 한다. 특허법원에서 새로이 제출되는 증거에 대하여는 심판을 경유하지 않은 것으로 보아야 한다. 둘째, 일사부재리 원칙과의 조화를 위해서 심리범위 제한설이 적용되어야 한다. 확정 심결에서 다루지 않은 새로운 증거에는 일사부재리 원칙이 적용될 수 없고 그러므로 특허법원에서 다루었던 그 새로운 증거를 기초로 새로운 심판의 청구가 가능한 것이다. 셋째, 심리범위 무제한설은 일정 부분 특허심판원의 지위 및 역할을 무시하는 것이므로 타당하지 않다.<sup>116)</sup> 법원은 특허무효심판 사건에서의 심판원의 준사법적인 기능 및 일차적 판단의 역할을 인정하여야 한다. 넷째, 정정심판 청구시기를 제한할 수 있도록 하기 위하여 심리범위 제한설이 운용되어야 한다. 방만한 심리범위 무제한설은 방만한 정정심판 청구와 연결되는데, 그 연결고리를 끊어야 한다. 그래서 절제된 심리범위 제한설과 절제된 정정심판 청구제도가 운영되어야 한다. 심리범위 무제한설로 인하여 판사 및 대법관이 헛수고를 하는 경우가 많은데, 아이러니 하게도 그 무제한설은 판사 및 대법관이 채택한 것이다. 기존의 많은 판결로 인하여 판사 및 대법관이 그 오류를 자체적으로 시정하기가 난망해 보인다. 그렇다면, 특허청이 정부 입법을 통하여 그 오류를 시정하는 노력을 시작하여야 한다.

116) 本間崇, “審判審決取消訴訟の關係”, 「日本工業所有權法學會 年報」第6號, 1983, 126頁.

CAFC의 심리범위는 심판원에서의 기록에 포함된 사항에 한정된다.<sup>117)</sup> 그러므로, CAFC 절차에서 새로운 증거(new evidence)를 제출하는 것이 허용되지 않는 것은 물론이고, 새로운 주장(new argument)을 하는 것도 허용되지 않는다.<sup>118)</sup> *In re Schreiber* 사건에서<sup>119)</sup> 특허권자는 CAFC 절차에서 처음으로 해당 선행기술이 특허 발명의 기술분야에 속하지 않는다는 주장을 하였는데, CAFC는 그 주장을 심판원이 판단한 바가 없으므로 특허권자가 CAFC 단계에서 그러한 새로운 주장을 할 수 없다고 설시하였다. 즉, 해당 선행기술이 심판원 절차에서 심리된 증거라고 하더라도 그 증거와 관련된 새로운 주장이 허용되지 않는 것이다. 이런 의미에서 CAFC는 심판원이 판단한 사항에 대하여 그 판단이 적절하였는지에 대해서만 재심할(review) 뿐, 심판원이 심리하지 않은 증거, 주장에 대하여 새로이 심리하지 않는다는 것이 미국의 법리라고 요약할 수 있다.

일사부재리 원칙이 동일사실 및 동일증거에 미친다는 점을 감안하고, 위 미국의 법리를 감안하면, “특허법원은 심판원이 심리한 사실 및 증거만 심리할 수 있다”는 규정을 아래와 같이 신설할 수 있을 것이다. 나아가, 독일,<sup>120)121)</sup> 대만의<sup>122)</sup> 경우와 같이 특허무효심판 절차에서 선행기술을 제출할 수 있는 기한 및 특허를 정정할 수 있는 기한을 정하여 심판의 신속을 도모하여야 한다.

117) *Howmedica Osteonics Corp. v. Zimmer, Inc.*, --- F.3d ---- (Fed. Cir. 2016) (“our review of that decision is limited to the ‘four corners’ of that record.”) (citing *In re Gartside*, 203 F.3d 1305, 1314 (Fed. Cir. 2000)).

118) *In re Watts*, 354 F.3d 1362, 1369 (Fed. Cir. 2004)

119) *In re Schreiber*, 128 F.3d 1473, 1479 (Fed. Cir. 1997)

120) 독일 특허법 제83(4)조(“The Patent Court can reject means of attack or defense by one party or an amendment to a legal action or a defendant’s defense using an amended version of the patent that have been filed only after expiry of a time limit as stipulated herefor in subsection (2), and the Patent Court can render a decision without any further investigation if 1. considering the new submission would require postponement of the date for the hearing already scheduled and 2. said party has not provided sufficient grounds for the delay and 3. said party was instructed as to the consequences of not observing a time limit. The reasons given for the excuse will have to be credibly shown.”).

121) <<http://patlit.blogspot.de/2012/12/new-matter-in-2nd-instance-nullity.html>>.

122) 最高行政法院90年度判字第952號判決.

특허법 제186조 제6항 (법률 제14035호)	특허법 제186조 제6항 개정방안
특허취소를 신청할 수 있는 사항 또는 심판을 청구할 수 있는 사항에 관한 소는 특허취소결정이나 심결에 대한 것이 아니면 제기할 수 없다.	특허취소를 신청할 수 있는 사항 또는 심판을 청구할 수 있는 사항에 관한 소는 특허취소결정이나 심결에서 심리한 사실 및 주장에 대한 것이 아니면 제기할 수 없다.

(논문투고일 : 2016.02.19, 심사개시일 : 2016.03.02, 게재확정일 : 2016.03.25)



▶ 양 성 미, 정 차 호

심리범위, 제한설, 무제한설, 특허무효심판, 심결취소소송, 특허법원

## 【참 고 문 헌】

### I. 국내 자료

- 김용진, “현행 법규와 법률수요자의 입장에서 본 심결취소소송의 심리 범위 운영의 문제점과 개선방안 : 지식재산권심판에 관한 법률개정안 제시를 겸하여”, 「민사소송」 제14권 제1호, 한국민사소송법학회, 2010.
- 김용진, “심결취소소송의 무제한적 심리범위에 대한 비판적 고찰과 개선 방안”, 「인권과 정의」 제296호, 2001.
- 김우수, “민사소송법상 특별항고(특별항고)의 법적 성격 및 심리범위”, 「공법연구」 제38권 제4호, 한국공법학회, 2010.
- 김원오, “특허심판제도와 그 운영을 둘러싼 쟁점과 과제”, 「법학연구」 제13집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2010.
- 김인기, “심결취소소송에 있어서 심리범위-일본 최고재판소 대법정 판결의 효력범위를 중심으로-”, 「창작과 권리」 제34권 제8호, 세창출판사, 1997.
- 송영식, “특허법원의 관할과 심리범위”, 「인권과 정의」 제248호, 1997.
- 안대진, “특허심결취소소송의 심리범위에 관한 고찰”, 「지식재산21」 통권 제66호, 특허청, 2001.
- 유주선, “심결취소소송의 심리범위에 대한 고찰”, 「경영법률」 제17집 제2호, 2006.
- 윤선희, 「특허법(제5판)」, 법문사, 2012.
- 이두형, “심결취소소송의 소송물과 심리범위”, 「특허소송연구」 제2집, 2001.
- 이상경, 「지적재산권소유법」, 육법사, 1998.
- 이재환, “심결취소소송의 심리범위”, 「정보법 관례백선 I」, 박영사, 2006.
- 임병웅, 「특허법」, 한빛지적소유권센터, 2012.
- 전병서, “일본의 특허심결취소소송의 심리범위에 관한 고찰”, 「인권과 정의」 제254호, 1997.
- 전상우, “특허심결취소소송의 소송물과 심리범위”, 「지식재산21」 2004년 11월호, 2004.
- 특허법원 지적재산소송실무연구회, 「지적재산소송실무」, 2010.
- 홍봉규, “특허심결취소소송의 심리범위”, 「공법연구」 제37집 제1-2호, 2008.
- 황한식, “특허심결취소소송의 심리범위”, 「법조」 제46권 제6호, 1997.
- 황한식, “특허심결취소소송의 심리범위”, 「민사소송(I)」, 한국사법행정학회, 1998.

## II. 국외 자료

### 가. 미국문헌

Alexander Harguth, Quick Guide for US Counsel: Patent Litigation in Germany, 2012.

Amy R. Motomura, Rethinking Administrative Law'S Chenery Doctrine: Lessons from Patent Appeals at the Federal Circuit, 53 Santa Clara L. Rev. 817 (2013).

Bardehle Pagenberg, Patent Invalidity Proceedings, 2013.

### 나. 중국(대만)문헌

李永红, “关于在专利无效宣告请求审查程序中的举证责任及证据认定问题”, 「中国专利与商标」, 1996.

吴文英, “从‘避孕组合物’药品专利看复审和无效宣告程序中证据的使用”, 中国发明与专利, 2011.

魏聪, “浅议专利无效行政诉讼中当事人提交新证据的价值和意义”, 中国发明与专利, 2013.

晏辉, “专利侵权行政诉讼中诉讼中止裁定及判决形式的适用”, 知识产权, 2004.

孔祥俊, “审理专利商标复审行政案件适用证据规则的若干问题”, 「法律适用」, 最高人民法院, 2005.

石必胜, “专利创造性判断的证据规则”, 中国专利与商标, 2012.

李镇江, “浅析创造性审查中的公知常识举证问题”, 「专利法第22条-创造性理论与实践」, 知识产权出版社, 2012.

李鹏鹏, “专利审查及无效案件‘公知常识’举证问题研究”, 华东政法大学硕士学位论文, 2012.

毛璉, “浅析创造性判断中相关证据的认定——评最高人民法院(2011)行提字第8号案”, 中国发明与专利, 2012.

陳國成, “專利有效性爭議司法審查之研究-以美日及我國法為中心”, 國立交通大學科技管理研究所科技法律組博士論文, 2013.

陈国成, “我国商标专利行政诉讼之变革”, 「科技法学评论」第3卷, 國立交通大學.

### 다. 일본문헌

池寫裕介, “審判制度に關する今後の諸課題の調査研究”, 「知財研紀要」, 知的財産研究所, 2007.

兼子一, “審決の司法審査”, 「岩松裁判官還暦記念論文集・訴訟と裁判」, 有斐閣, 1956.

塩野宏, 「行政法 II」, 有斐閣, 1994.

失野邦雄, 「最高裁判所判例解説」, 民事篇(上), 日本法曹會, 1968.

中山信弘, 「特許法」, 弘文堂, 2010.

高林龍, 「特許法」 第3版, 有斐閣, 2008.

紋谷暢男, 「注釈特許法」, 有斐閣, 1986.

本間崇, 「特許訴訟讀本」(新增補版), 信山社, 1993.

本間崇, “審判審決取消訴訟の關係”, 「日本工業所有權法學會 年報」第6號, 1983.

---

**Abstract**

---

## **Review Scope of a Trial Revocation Litigation Against a Patent Invalidation Trial Holding**

Sung Mei LIANG, Chaho JUNG

This paper comparatively analyzed so-called review scope limitation theory and non-limitation theory regarding the issue whether in a trial revocation litigation, a new evidence can be submitted which was not considered in the preceding trial. Under the analysis, this paper finds the followings. Firstly, the U.S.A., China and Germany operate review scope limitation theory. Japan once operated non-limitation theory, but a Supreme Court en banc decision adopted limitation theory. Secondly, Taiwan (area) once operated limitation theory, but the IP Case Adjudication Act of 2008 introduced a new provision which recognizes non-limitation theory. Even though the Korean Supreme Court chose non-limitation theory, under the following reasons, this paper proclaims merits of the limitation theory. Firstly, in a patent invalidation trial for which necessary trial-first theory is applied, the interest to be considered by a trial must be guaranteed. Secondly, for harmonization with res judicata doctrine, review scope limitation theory must be applied. Thirdly, review scope non-limitation theory is not appropriate, because it disregards status and function of the Patent Trial & Review Board. Fourthly, to restrict period for patent amendment, review scope limitation theory must be operated.



---

▶ Sung Mei LIANG, Chaho JUNG

Review Scope, Limitation Theory, Non-limitation Theory, Patent  
Invalidation Trial, Trial Revocation Litigation, Patent Court

# 환태평양경제동반자협정(TPP)의 원산지 판단 기준

이 제 회\*

I. 서론	III. TPP에 따른 무역규범 변화와 글로벌 밸류체인 확대
II. TPP의 원산지 규정	1. 무역규범의 변화
1. 원산지 규정의 목적	2. 글로벌 밸류체인(GVC)의 개념
2. 기체결 FTA의 원산지 규정	3. TPP를 통한 역내 GVC 확대
3. TPP의 원산지 규정	VI. 유사누적제도의 활용을 통한 역내 GVC 참여 검토
4. 시사점	1. TPP 불참에 대한 대응
	2. 유사누적제도의 도입 검토
	V. 결론

## 【국 문 요 약】

자유무역협정은 양자간 FTA를 넘어 메가 FTA로 불리는 다자간 FTA로 확대되고 있으며 대표적인 사례가 2015년 10월 타결된 환태평양경제동반자협정(TPP)이다. TPP는 세계 최대 경제규모의 경제 공동체로 높은 수준의 시장개방과 규범을 목표로 한다. 이에 따라 TPP는 관세철폐, 서비스 시장 개방은 물론 노동, 환경, 국영기업 등에 대한 강화된 기준을 요구한다.

TPP의 원산지 규정은 단일원산지를 원칙으로 하여 FTA 협정간 상이함으로 인해 발생하는 무역애로를 해소하고자 한다. 또한 원산지 재료뿐만 아니라 비원산지 재료에 대해 역내에서 이루어진 부가가치의 누적도 인정하는 완전누적제도(full cumulation)를 채택하고 있다. 이는 한·미 FTA는 물론 다자간 FTA인 한·EU FTA, 한·ASEAN FTA에서 회원국 간 원산지 재료에 대해서만 누적을 인정하는 것보다 원산지 판단 가능성을 높인 것이다. 또한 섬유·의류는 원사기준(yarn forward rule)을 적용하여 TPP 역내산 원사를 사용하여 역내에서 모든 생산이 이루어져야 원산지 상품으로 인정받게 된다. 이와 같이 TPP의 원산지 규정은 최종재에 대한 특별 관세 혜택을 위해 역내 분업화와 회원국 간 투자를 촉진한다.

중간재 수출비중이 높은 한국의 수출 경쟁력을 높이기 위해 TPP 역내 글로벌

\* 전국경제인연합회 책임연구원, 법학박사.

밸류체인의 참여가 필요하다. 다만 TPP 참여에 따른 경제적 영향 분석과 경쟁취약 분야에 대한 대책 마련이 선행되어야 한다. TPP 참여가 어려울 경우, TPP 회원국과 기존에 체결한 FTA의 개정을 통해 유사누적의 도입을 검토해 볼 수 있다. 그러나 TPP 회원국이 아닌 제3국의 중간재를 TPP 협정을 통해 역내 원산지로 인정한다면 이는 다른 TPP 회원국의 수출에 부정적인 영향을 미치며 단일원산지 원칙의 예외인 만큼 TPP 회원국 전체의 동의가 필요하다. 한국, TPP 역내 중간재 수입국, TPP 역내 최종재 수입국의 3국간 양자 FTA가 체결되어야 유사누적의 활용이 가능한 만큼 유사누적체도는 TPP의 현실적인 대안이 아니다. TPP를 통해 기체결 FTA를 개선하고, 상이한 원산지 규정으로 인한 기업의 'FTA 피로현상'을 해소할 수 있다. 장기적으로 기체결한 FTA의 원산지 표준화 작업을 통해 협정 간 통일성과 연계성을 높일 필요가 있다.

## I. 서론

자유무역협정(Free Trade Agreement, 이하 FTA)은 변화하는 경제환경에 대응하고, 국가 경쟁력을 높이기 위해 추진된다. 이제는 양자간 FTA를 넘어 메가 FTA로 불리는 다자간 FTA가 활발히 추진되고 있다. 대표적인 다자간 FTA로 미국, 일본, 호주, 베트남 등 12개국이 참여하는 TPP(Trans-Pacific Partnership, 한태평양경제동반자협정), 한국, 중국, 일본, 인도 등 16개국이 참여하는 RCEP(Regional Comprehensive Economic Partnership, 역내포괄적경제동반자협정), 미-EU FTA의 성격을 갖는 TTIP(Transatlantic Trade and Investment Partnership, 범대서양무역투자동반자협정) 등을 들 수 있다.

이 중, TPP가 타결되어 세계 최대의 경제권을 형성하였다.<sup>1)2)</sup> TPP는 시장개방 범위와 규범수준에 대한 회원국 간 의견 대립으로 협상이 지연되었지만 협상을 주도한 미국이 2015년 6월 의회에서 무역협상촉진권한(Trade Promotion Authority, TPA)을 부여받으며 협상의 타결 가능성을 보여주었다. 이 후, 잔여 쟁점인 자동차 원산지 기준, 바이오의약품 특허보호기간, 낙농품 시장개방 등에 대한 회원국 간 합의가 이루어지며 2015년 10월 TPP는 타결되었다.<sup>3)</sup> 2016년 2월에는 협정문에 대한 회원국의 서명이 이루어지며 회원국의 국내 비준 절차만을 남겨두고 있다. 회원국은 TPP 발효 지연을 막기 위한 규정을 마련하였다. 이에 따라 협정문 서명 후, 2년 간 모든 회원국이 각국의 비준 절차를 완료하지 못하더라도 역내 GDP의 85% 이상을 차지하는 최소 6개 이상의 회원국(원체약국)의 비준절차가 완료된 경우, 비준이 완료된 회원국을 대상으로 위 2년이 만료된 60일 이 후, TPP 협정은 발효된다(협정문 제30.5조).<sup>4)</sup>

1) TPP는 싱가포르, 뉴질랜드, 칠레, 브루나이가 참여하여 2006년 발효된 P4(Pacific 4)에 기초한다. 이 후, 2008년 미국, 호주, 베트남, 페루, 2010년 말레이시아, 2012년 캐나다, 멕시코, 2013년 일본의 참여로 현재의 12개국 체제(미국, 일본, 캐나다, 호주, 멕시코, 말레이시아, 싱가포르, 칠레, 페루, 뉴질랜드, 브루나이, 베트남)가 형성되었다.(Ian F. Fergusson / Mark A. McMinimy / Brock R. Williams, "The Trans-Pacific Partnership (TPP): In Brief", CRS Report (Congressional Research Service, 2016) 1~2면.)

2) TPP에 참여하는 12개국의 명목 GDP는 28조 461억 달러로 전 세계 GDP의 36.3%를 차지한다.(14년 기준, IMF자료)

3) TPP를 통해 18,000개 이상의 품목에 대해 관세철폐가 즉시 또는 중장기적으로 이루어진다. 양허 제외 품목을 제외한 관세 철폐율은 품목 수 기준 99.9%, 교역액 기준 99.9%이다.(일본 경제산업성 보도자료, 2015년 10월 20일자.)

한국의 TPP 참여를 반대하는 입장에서는 TPP 12개국 중, 일본·멕시코를 제외한 10개국과 FTA를 체결한 만큼 TPP 참여에 따른 경제적 효과가 크지 않다고 주장한다. 반면 TPP 참여가 필요하다는 입장은 TPP를 통해 역내 단일시장이 구축되고, 역내 글로벌 밸류체인(global value chain)이 확대되는 만큼 일본 등 TPP 회원국과의 대등한 경쟁을 위해 TPP 참여가 필요하다고 본다. TPP를 통한 역내 단일시장 구축의 핵심은 누적원산지 규정이다. TPP는 원산지 규정을 통해 역내 생산을 하나의 공정으로 보아 회원국간 분업을 촉진하고, 관세혜택을 부여하는 만큼 원산지 규정에 대한 이해가 필요하다.

본고는 기체결 FTA와의 비교를 통해 TPP 협정문의 누적원산지 규정을 분석하고자 한다. 또한 TPP의 누적원산지 규정이 역내 글로벌 밸류체인에 미치는 경제적 영향을 살펴보고, 기존 FTA 협정의 개정을 통해 TPP 역내시장에 참여할 수 있는 대안을 살펴보고자 한다.

## II. TPP의 원산지 규정

### 1. 원산지 규정의 목적

#### (1) 원산지 규정의 역할

원산지 규정(rules of origin)은 국가 간 수출입 물품의 원산지를 정해 특혜관세 등의 적용 대상을 결정하는 역할을 한다. 양자간 FTA에서도 제3국의 원재료·중간재 등을 수입하여 물품을 제조·수출하는 경우, 원산지 인정 여부에 따라 관세혜택이 결정되는 만큼 원산지 규정은 중요하다.

원산지 규정은 목적에 따라 특혜 원산지 규정(preferential rules of origin)과 비특

---

4) Article 30.5: Entry into Force

2. In the event that not all original signatories have notified the Depositary in writing of the completion of their applicable legal procedures within a period of two years of the date of signature of this Agreement, it shall enter into force 60 days after the expiry of this period if at least six of the original signatories, which together account for at least 85 per cent of the combined gross domestic product of the original signatories in 2013 have notified the Depositary in writing of the completion of their applicable legal procedures within this period.

해 원산지 규정(non-preferential rules of origin)으로 나뉜다. 특혜 원산지 규정은 FTA, 관세동맹(customs union) 등과 같이 특정국가의 물품에 대한 관세혜택의 부여를 목적으로 우회수입 등 제3국 제품의 무임승차를 방지하고자 한다. 반면 비특혜 원산지 규정은 수입제한, 반덤핑·상계관세 부과 등의 무역정책을 목적으로 한다.<sup>5)</sup> 무역협정과 품목마다 다른 원산지 규정은 무역협정의 참여 및 관리 비용을 증가시키고, 원산지 규정의 복잡성은 당사국간 무역 촉진을 저해하기도 한다.<sup>6)</sup>

원산지 규정은 협정문에서 일반적 원산지 규정(rules of general)과 품목별 원산지 규정(Product Specific Rules, PSR)으로 규정한다. 일반적 원산지 규정은 원산지 규정에 대한 일반 원칙으로 품목별 원산지 규정에서 별도로 규정하지 않는 한 협정 대상에 해당하는 모든 품목에 적용된다.

## (2) 원산지 규정의 적용 기준

### i) 일반 기준

원산지 규정의 적용기준은 크게 완전생산기준과 실질적 변형기준으로 나뉜다. 완전생산기준은 당사국에서 전적으로 생산되는 품목에 대해 원산지를 인정한다. 그러나 동 기준은 일부 농업과 광업제품 등에 대해서는 원산지 판단 기준이 될 수 있지만 중간재 교역이 활발한 세계화 시대에는 적용 대상이 제한적일 수밖에 없다.<sup>7)</sup> 따라서 2개국 이상에 걸쳐 생산된 상품에 대한 원산지 판단 기준으로 의미를 갖는 것은 실질적 변형기준에 해당하는 세번변경기준과 부가가치기준(Regional Value Content, RVC)이다.

세번변경기준은 특정 당사국이 제3국에서 수입되는 원재료, 부품 등을 실질적으로 변경하여 상품의 세번(HS Code)이 변경된 경우, 세번이 변경된 국가를 원산지 국가로 인정한다. 어느 단계의 세번변경을 원산지로 인정하느냐에 따라 CC(HS코드 2단위 변경기준), CTH(HS코드 4단위 변경기준), CTSH(HS코드 6단위 변경기준)로 나뉜다. 부가가치기준은 제품의 생산단계별 부가가치를 판단하여 당사국에서 창출

5) 조미진/안경애, “한국 FTA 원산지 규정의 비교와 국내기업의 FTA 활용현황에 관한 분석”, 「무역학회지」 제36권 제3호 (한국무역학회, 2011) 85~86면.

6) Paul Brenton, “Preferential Rules of Origin”, Preferential Trade Agreement Policies for Development: A Handbook (World Bank, 2011) 175면.

7) 김한성, 「한·미FTA 규정의 특성 및 활용전략」 (대외경제정책연구원, 2008) 73면.

한 부가가치가 협정문에서 규정한 비율을 충족하는 경우, 원산지 상품으로 인정한다. 수출국은 세번변경기준이 CTSH, 부가가치기준이 낮을수록 원산지 적용에 유리한 만큼 이를 선호한다.<sup>8)</sup> 세번변경기준은 비특혜 원산지 규정과 일관성을 가지며 규정의 명확성, 판단의 용이성 등의 장점이 있지만 세번 자체가 원산지 판단을 목적으로 하지 않는 만큼 별도의 품목별 원산지 규정이 필요하다는 단점이 있다. 부가가치기준은 품목별 원산지 기준보다 포괄적인 규정이 가능하지만 적용하기 복잡하다는 단점이 있다.<sup>9)</sup>

## ii) 원산지 규정의 완화

완전생산기준과 실질적 변형기준은 다른 국가에 걸쳐 생산된 상품에 대해 원산지 인정을 제한하는 만큼 이를 완화하기 위해 최소허용기준(de minimis)과 누적기준(accumulation) 등이 규정된다. 최소허용기준에 따라 세번변경이 이루어지지 않은 상품이지만 상품의 생산에 사용된 비원산지 재료의 가치가 크지 않은 경우(한·미 FTA는 10% 미만으로 규정), 원산지 상품으로 인정한다.

원산지 누적기준은 FTA 회원국의 원산지로 인정되는 재료는 타 회원국에 의해 원산지로 인정되어야 한다는 원칙에 기초한다.<sup>10)</sup> 원산지 누적기준으로 양자누적, 유사누적, 완전누적이 있다. 양자누적(bilateral cumulation)은 양자간 FTA에서 상대국의 재료·공정에 대한 원산지 인정을 의미한다. 유사누적(diagonal cumulation)은 일정한 조건의 경우,<sup>11)</sup> 제3국의 재료를 역내산으로 인정한다. 유사누적을 적용하는 국가 간에는 공통의 원산지 규정을 채택하며 이들 국가 내 이동의 경우, 원산지 상태는 유지된다.<sup>12)</sup> 완전누적(full cumulation)은 비원산지 재료에 대해 역내에서 이

8) 김상겸 외, 「APEC 경제통합과 원산지 규정 : 경제적 효과와 APEC의 협력 과제」 (대외경제정책연구원, 2011) 33면.

9) Paul Brenton, 앞의 글, 164면.

10) Brian Staples / Laura Dawson, "Made in the world: Defragmenting rules of origin for more efficient global trade" (Canadian Council of Chief Executives, 2014) 13면.

11) 예를 들어, 양자 FTA를 맺은 A국과 B국이 각각 C국과 양자 FTA를 맺은 경우, A국이 C국의 재료를 사용하여 B국에 수출하는 경우, 해당 상품을 A국의 원산지 상품으로 인정한다.

(European Commission, 「A User's Handbook : to the Rules of Preferential Origin used in trade between the European Community, other European Countries and the countries participating to the Euro-Mediterranean Partnership」 (2008) 12~13면.)

[http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/customs/customs\\_duties/rules\\_origin/preferential/article\\_782\\_en.htm](http://ec.europa.eu/taxation_customs/customs/customs_duties/rules_origin/preferential/article_782_en.htm)

12) Richard Baldwin, "Multilaterilising Regionalism: Spaghetti bowls as building blocs on the path to global free trade", Working Paper 12545 (National Bureau of Economic Research, 2006) 31면.

루어진 부가가치에 대한 원산지 인정을 의미한다.<sup>13)</sup>

## 2. 기체결 FTA의 원산지 규정

### (1) 한·미 FTA

한·미 FTA는 협정문 본문에서 원산지 적용의 일반 기준을 규정하며 부속서에서 품목별 원산지 기준, 개성공단 제품에 대한 원산지 적용 기준 등을 규정하고 있다. 원산지 기준으로 완전생산기준, 세번변경기준, 부가가치기준 등을 적용한다. 완전생산기준에 따라 전적으로 어느 당사국 또는 양 당사국의 영역에서 완전하게 획득 또는 생산된 상품, 원산지 재료로만 양 당사국의 영역에서 생산된 제품을 원산지 상품으로 인정한다.<sup>14)</sup> 또한 품목에 따라 세번변경기준과 부가가치기준이 적용된다. 역내 부가가치의 계산은 원칙적으로 수입자, 수출자, 생산자가 공제법 또는 직접법을 선택적으로 사용할 수 있으며 자동차의 경우, 순원가법의 선택이 가능하다.<sup>15)</sup>

한·미 FTA는 누적원산지 판단에 있어 재료누적과 공정누적을 인정한다(협정문 제6.5조).<sup>16)</sup> 재료누적 기준에 따라 당사국은 타 당사국의 원산지 상품 또는 재료를 수입하여 상품을 생산하는 경우, 타당사국의 상품 또는 재료를 당사국의 재료로 간주한다. 또한 공정누적 기준에 따라 원산지 기준을 충족하는 상품이 하나 이상의 생산자에 의해 어느 한 쪽 또는 양 당사국의 영역 내에서 생산되는 경우, 원산지 상품으로 인정한다.

의류에 대해서는 별도의 원산지 기준을 규정하여 원사기준(yarn forward rule)이 적용된다. 이에 따라 당사국 내에서 생산된 원사를 사용하여 제직·편직을 거쳐 재단·봉제 등의 최종공정까지 당사국 내에서 이루어져야 원산지 상품으로 인정된

13) Maria Donner Abreu, "Preferential rules of origin in regional trade agreements", Working Papers(ERSD-2013-05) (WTO, 2013) 10면. ; European Commission, 앞의 책, 14~15면.

14) 한·미 FTA 협정문 제6.1조 참조.

15) 한·미 FTA 협정문 제6.2조 참조.

16) Article 6.5: Accumulation

1. Each Party shall provide that originating goods or materials of one Party, incorporated into a good in the territory of the other Party, shall be considered to originate in the territory of the other Party.
2. Each Party shall provide that a good is originating where the good is produced in the territory of one or both of the Parties by one or more producers, provided that the good satisfies the requirements in Article 6.1 and all other applicable requirements in this Chapter.

다.<sup>17)</sup> 의류에 대한 원산지 적용 기준을 완화하기 위해 최소허용수준(비원산지 섬유 원료 또는 원사의 총 중량이 전체 중량의 7퍼센트 이하), 세트의 취급(비원산지 상품의 총 가치가 관세가격의 10% 이하) 기준을 충족하는 경우, 원산지 상품으로 간주한다. 또한 공급부족재료에 대해서는 공급부족재료 목록(short-supply list)을 작성하여 위 목록에 기재된 제3국의 원료·원사·원단에 대해서는 원산지를 인정한다.

개성공단 등 역외가공지역에서 생산되는 상품에 대한 원산지 기준을 부속서에서 규정하고 있다.<sup>18)</sup> ‘한반도 역외가공지역위원회’를 설립하여 위원회에서 규정한 개성공단 등 한반도 역외가공지역에서 생산된 상품을 원산지로 인정한다.

## (2) 한·ASEAN FTA

한·ASEAN FTA는 한국이 ASEAN 회원국과 체결한 다자간 FTA이다.<sup>19)</sup> 한·ASEAN FTA에서의 원산지 규정은 상품 협정(대한민국과 동남아시아국가연합 회원국 정부간의 포괄적 경제협력에 관한 기본협정하의 상품무역에 관한 협정)의 부속서3에서 규정하고 있다. 원산지 판단기준으로 완전생산기준, 세번변경기준, 부가가치기준을 적용한다. 품목별 원산지 규정에 별도의 규정이 없는 한 HS코드 4단위 세번변경(CTH)이 이루어거나 역내 부가가치 비율(RVC)이 40% 이상을 충족하는 상품에 대해 원산지를 인정하며, 역내 부가가치 계산은 집적법, 공제법을 선택적으로 사용할 수 있다.<sup>20)</sup>

한·ASEAN FTA는 다수의 국가가 참여하는 만큼 누적원산지의 규정이 중요하다. 원산지 누적과 관련하여 원산지 상품이 최종재의 재료로 타 당사국의 역내에서 사용된 경우, 최종재의 작업·가공이 이루어진 당사국의 원산지 상품으로 간주하여 재료누적을 인정한다(부속서3 제7조).<sup>21)</sup> 의류 품목은 원칙적으로 역내에서 재단·봉제

17) 부속서 4-가 : 수입 당사국은 제51류, 제52류, 제54류, 제55류, 제58류 또는 제60류의 방직용 섬유상품이 다음으로부터 어느 한 쪽 또는 양 당사국의 영역 내에서 완전히 형성되고 마무리된 것인 경우, 원산지 상품으로 간주한다.

18) 부속서에서는 역외가공지역 선정 기준의 예시로 ① 한반도 비핵화를 향한 진전, ② 역외가공지역이 남북한 관계에 미치는 영향, ③ 역외가공지역의 환경·노동기준, 노동·임금·경영 관행 등을 들고 있다(부속서 22-나 제3조).

19) ASEAN은 총 10개 회원국(인도네시아, 말레이시아, 필리핀, 싱가포르, 태국, 브루나이, 베트남, 라오스, 미얀마, 캄보디아)이 참여하며, 상품(‘05년), 서비스(‘07년), 투자(‘09년) 협정이 차례대로 체결되었다.

20) 한·ASEAN FTA 부속서3 제4조 참조.

21) Rule 7: Accumulation

Unless otherwise provided for in this Annex, a good originating in the territory of a Party, which

의 공정이 수행되어야 한다고 규정하여 역내에서 특정 공정의 수행을 조건으로 원산지를 인정한다.<sup>22)</sup>

개성공단 생산 상품의 원산지 인정에 대한 직접적 규정은 없다. 그러나 부속서3 제6조에서<sup>23)</sup> 특정상품에 대해서는 역내에서 수출된 재료에 대해 역외가공지역에서 생산되어 역내로 재수입된 경우, 원산지 상품으로 인정하여 개성공단에 대한 역외가공을 인정한다.

### (3) 한·EU FTA

한·EU FTA는 원산지 기준을 ‘원산지 제품의 정의 및 행정협력의 방법에 관한 의정서’(Protocol Concerning the Definition of Originating Products and Methods of Administrative Cooperation)를 통해 협정문과 별도로 규정하고 있다.<sup>24)</sup> 동 FTA는 기존 EU가 체결한 FTA에서 원산지 규정으로 고수한 ‘세번변경기준 및 부가가치기준’의 결합기준이 아닌 ‘세번변경기준 또는 부가가치기준’의 선택기준을 규정하여 원산지 인정 기준을 완화하였다.<sup>25)</sup> 한·EU FTA는 다른 FTA와 마찬가지로 완전생산기준, 세번변경기준(HS코드 4단위 또는 6단위 변경), 부가가치기준, 주요공정기준에 따라 원산지를 판정하고, 누적기준, 미소기준 등을 보완기준으로 활용한다.

누적원산지와 관련하여 다른 쪽 당사국을 원산지로 하는 재료를 사용하여 일정 수준 이상의 공정을 거쳐 당사국 내에서 제품이 생산된 경우, 해당 상품을 당사국의 원산지 상품으로 인정하여 재료누적을 인정한다.<sup>26)</sup> EU는 1997년 범유럽

---

is used in the territory of another Party as material for a finished good eligible for preferential tariff treatment, shall be considered to be originating in the territory of the latter Party where working or processing of the finished good has taken place.

22) 의류제품의 경우(제61류~제63류의 상당수), 부속서3 부록2에서 “cut and sewn in the territory of any party”라고 규정하여 당사국 어디서든 특정한 공정이 이루어지는 경우, 원산지를 인정하고 있다.(강준하, “FTA원산지 규정상 누적에 관한 전략적 접근”, 「국제경제법연구」 제13권 제1호 (한국국제경제법학회, 2015) 19면.)

23) Rule 6: Treatment for Certain Goods

Notwithstanding Rules 2, 4 and 5, certain goods shall be considered to be originating even if the production process or operation has been undertaken in an area outside the territories of Korea and ASEAN Member Countries (i.e. industrial zone) on materials exported from a Party and subsequently re-imported to that Party.

24) 채형복/황해륙, “한·EU원산지 규정에 관한 연구”, 「법학논고」 제32권 (경북대학교 법학연구원, 2010) 603면.

25) 외교통상부, 「한·EU FTA 상세설명자료」(2012) 90면.

26) 한·EU FTA 의정서 제3조 참조.

(Pan-Euro) 원산지 규정을 통해 FTA 체결에 있어 원산지 규정의 통일성을 추구하였다. 다만 누적원산지 규정은 협정별로 달라 한국, 칠레, 멕시코와의 FTA에서는 양자누적, 남아프리카공화국과는 유사누적,<sup>27)</sup> EEA(European Economic Area, 유럽 경제 지역), 모로코, 튀니지와는 완전누적을 채택하였다.<sup>28)</sup>

한-EU FTA는 섬유 및 의류제품에 대한 원산지 기준으로 섬유사와 직물은 원사 기준(yarn forward rule), 의류는 제직기준(fabric forward rule)을 채택하고 있다. 이에 따라 역외산 직물을 사용하여 역내에서 가공공정을 거친 의류에 대해서도 원산지를 인정한다. 개성공단 상품에 대해서는 한-미 FTA와 동일하게 한반도역외가공 위원회를 통해 원산지 상품으로 인정할 수 있도록 규정하고 있다.

### 3. TPP의 원산지 규정<sup>29)</sup>

TPP 협정문에서 원산지 규정은 원산지 챕터(rules of origin and origin procedures)에서 관세특혜 대상이 되는 역내 원산지 상품의 인정 기준과 증명 절차를 규정하고 있다. 섬유 및 의류제품에 대한 원산지 기준은 별도의 챕터에서 규정하고 있다.

TPP의 원산지 규정은 단일원산지 규범(a single set of rules of origin)을 원칙으로 하여 회원국 간 동일한 품목에 대해서는 동일한 원산지 규정이 적용된다. 또한 수출자, 생산자, 수입자 스스로 원산지 증명서를 발급할 수 있도록 하였다.<sup>30)</sup> 이를 통해 국가마다 상이한 원산지 규정으로 인해 발생하는 스파게티볼 효과(spaghetti bowl effect)를 해소하고, 원산지 증명 절차를 간소화하여 회원국간 무역을 촉진하고자 한다.

협정문 제3.2조에서 ① 한 국가 또는 다른 회원국의 영역에서 완전하게 획득되거나 생산된 상품, ② 원산지 재료로만 한 국가 또는 다른 회원국의 영역에서 완전하게 생산된 경우, ③ 비원산지 재료를 사용하여 한 국가 또는 다른 회원국의

27) 남풍우/안재진, “EU와 FTA 체결협상에 따른 범유럽 원산지 규정 운용의 특징 분석과 대응방안 연구”, 「무역학회지」 제32권 제4호 (한국무역학회, 2007) 4면, 10면.

28) Maria Donner Abreu, 앞의 글, 10면.

29) 이하의 TPP 협정문은 2016년 2월 TPP 회원국이 서명한 영문 협정문에 기초한다.

30) Article 3.20: Claims for Preferential Treatment

1. Except as otherwise provided in Annex 3-A (Other Arrangements), each Party shall provide that an importer may make a claim for preferential tariff treatment, based on a certification of origin completed by the exporter, producer or importer.

영역에서 완전히 생산된 상품이 부속서 3-D(품목별 원산지 규정)의 모든 적용 가능한 요건을 충족하는 경우, ④ 기타 원산지 캡터의 다른 규정을 충족하는 경우, 원산지 상품으로 인정한다.<sup>31)</sup> 동조 제1항, 제2항은 완전생산기준을 의미하며 제3항은 부속서의 규정에 따른 세번변경기준, 부가가치기준을 의미한다. 부가가치의 산정에 있어 비원산지 재료의 가치를 기초로 한 경우, 공제법(build-down)을 적용하고, 원산지 재료의 가치를 기초로 한 경우, 집적법(build-up), 집중법(focused value)을 적용한다. 다만 자동차에 대해서는 순원가법(net cost)을 적용할 수 있다.<sup>32)</sup> 이 중, 집중법은 한-미, 한-EU, 한-ASEAN FTA 등 한국이 체결한 FTA에서 규정하지 않은 부가가치 산정기준이다. 집중법은 원산지 증명을 위한 부가가치 산정에 있어 특정 재료만 고려하여 판단하는 만큼 원산지 증명 절차의 간소화를 통한 통관절차 개선에 기여한다.<sup>33)</sup>

TPP 협정의 누적원산지 규정은 원산지 재료뿐만 아니라 비원산지 재료에 대한 역내 생산활동의 누적을 인정하는 완전누적제도를 채택하고 있다.<sup>34)</sup> 협정문 제3.10

31) Article 3.2: Originating Goods

Except as otherwise provided in this Chapter, each Party shall provide that a good is originating if it is:

- (a) wholly obtained or produced entirely in the territory of one or more of the Parties as established in Article 3.3 (Wholly Obtained or Produced Goods);
- (b) produced entirely in the territory of one or more of the Parties, exclusively from originating materials; or
- (c) produced entirely in the territory of one or more of the Parties using non-originating materials provided the good satisfies all applicable requirements of Annex 3-D (Product-Specific Rules of Origin),

and the good satisfies all other applicable requirements of this Chapter.

32) TPP 협정문 제3.5조 참조.

33) Department of Foreign Affairs, Trade and Development of Canada, "Technical Summary of the Agreement", 2015.

(<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/understanding-comprendre/index.aspx?lang=eng>)

34) 일본은 TPP에서의 완전누적방식이 일본의 기체결 EPA(Economic Partnership Agreement) 중, 멕시코(협정문 제27조), 페루(협정문 제43조)의 누적제도와 동일하다고 설명한다.(内閣官房 T P P 政府対策本部, “環太平洋パートナーシップ協定 (T P P 協定) の概要” (2015) 14면.)

\* 일-페루 EPA 협정문 Article 43: Accumulation

For the purposes of determining whether a good is an originating good of a Party:

- (a) an originating good of the other Party which is used as a material in the production of the good in the former Party may be considered as an originating material of the former Party;
- (b) the production in the other Party may be considered as that in the former Party; and
- (c) the production carried out at different stages by one or more producers within the Party or in the other Party may be taken into account, when the good is produced using non-originating materials,

provided that such good has undergone its last production process in the exporting Party and

조<sup>35)</sup> 제1항에 따라 당사국은 상품이 하나 이상의 생산자에 의해 하나 이상의 회원국의 영역에서 생산된 경우, 해당 상품이 원산지 상품 규정과 다른 적용 가능한 요건을 충족하면 원산지 상품으로 인정해야 한다. 동조 제2항에서 당사국은 하나 이상 회원국의 원산지 상품 또는 재료가 다른 회원국의 영역에서 다른 상품을 생산하는데 사용된 경우, 다른 회원국을 원산지로 간주해야 한다고 규정하여 원산지 재료 또는 상품에 대한 공정 및 재료누적을 인정한다. 동조 제3항은 비원산지 재료를 통한 생산이 회원국 내에서 이루어지는 경우, 비원산지 재료에 대해 회원국에서 이루어진 생산활동에 대한 누적을 인정하고 있다. 즉, 원산지 규정을 충족하지 않는 비회원국의 재료에 대한 누적을 인정하는 완전누적을 통해 역내 상품의 원산지 판단 가능성을 높이고 있다.

이외에 일반적인 FTA와 마찬가지로 원산지 적용의 확대를 위해 미소기준을 적용한다(제3.11조).<sup>36)</sup> 이에 따라 비원산지 재료가 부속서의 품목별 원산지 규정을 충족하지만 모든 비원산지 재료의 가치가<sup>37)</sup> 상품가치의 10%를 초과하지 않는 경우, 원산지 상품으로 인정하며, 이는 한·미 FTA와 동일한 수준이다.

TPP의 섬유·의류의 원산지 인정 기준은 한·미 FTA와 전체적으로 동일하다. 섬유와 의류(textiles and apparel)에 대해서는 원사기준이 원칙적으로 적용된다.<sup>38)</sup> 이에

---

such production process goes beyond the operations provided for in Article 42(Non-Qualifying Operations).

35) Article 3.10: Accumulation

1. Each Party shall provide that a good is originating if the good is produced in the territory of one or more of the Parties by one or more producers, provided that the good satisfies the requirements in Article 3.2 (Originating Goods) and all other applicable requirements in this Chapter.
2. Each Party shall provide that an originating good or material of one or more of the Parties that is used in the production of another good in the territory of another Party is considered as originating in the territory of the other Party.
3. Each Party shall provide that production undertaken on a non-originating material in the territory of one or more of the Parties by one or more producers may contribute toward the originating content of a good for the purpose of determining its origin, regardless of whether that production was sufficient to confer originating status to the material itself.

36) Article 3.11: De Minimis

1. Except as provided in Annex 3-C (Exceptions to Article 3.11 (De Minimis)), each Party shall provide that a good that contains non-originating materials that do not satisfy the applicable change in tariff classification requirement specified in Annex 3-D (Product-Specific Rules of Origin) for the good is nonetheless an originating good if the value of all those materials does not exceed 10 percent of the value of the good, as defined under Article 3.1 (Definitions), and the good meets all the other applicable requirements of this Chapter.

- 37) 재료의 가치는 조정가치를 기준으로 하여 수입 재료의 경우, 국제 운송비용을 포함한 수입당시의 거래가격으로 한다(협정문 제3.7조).

따라 TPP 역내산 원사를 사용하여 역내에서 제직·편직하고, 재단·봉제까지 이루어져야 원산지 상품으로 인정되어 특혜관세 혜택을 위한 우회수출을 막고, 당사국간 원부자재의 조달을 촉진한다. 비원산지 섬유가 전체 섬유 중량의 10% 이하인 경우, 원산지 상품으로 인정하여<sup>39)</sup> 한·미 FTA(7%)보다 원산지 인정 기준을 완화하고 있다. 이는 원사·직물의 자급력이 낮은 개도국 회원국의 입장을 고려한 것으로 보인다. 또한 공급부족재료 목록(short-supply list)을 허용하여 역내에서 조달하기 어려운 원사·원단 등이 공급부족재료 목록에 등재된 경우, 역외산이어도 협정 발효일로부터 7년간 역내 재료로 인정할 수 있다.<sup>40)</sup>

#### 4. 시사점

FTA의 원산지 규정에 있어 원산지 판단의 수단은 대부분 유사하다. 완전생산기준, 세번변경기준, 부가가치기준 등이 활용되고, 원산지 인정 범위를 확대하기 위해 누적기준, 미소기준 등을 마련하고 있다. 그러나 최근의 활발한 중간재 교역을 감안하면 누적원산지 규정은 중요할 수밖에 없다.

TPP는 다자간 FTA인 만큼 누적원산지 규정이 한·미 FTA 등 양자 FTA와 다르다. 다자간 FTA인 한·EU FTA, 한·ASEAN FTA와 비교하면 한·EU FTA, 한·ASEAN FTA는 원칙적으로 회원국간 원산지 재료에 대한 재료누적을 인정하지만 TPP는 회원국간 원산지 재료에 대한 재료·공정 누적을 인정한다. 또한 TPP는 비원산지 재료에 대한 누적도 인정하는 완전누적제도를 도입하여 역내에서 이루어진 부가가치를 원산지 산정에 있어 적극 반영하고 있다. 섬유·의류는 원사기준을 적용하여

38) TPP 협정문 부속서 4-A 참조.

39) Article 4.2: Rules of Origin and Related Matters

3. A textile or apparel good classified in Chapters 61 through 63 of the Harmonized System that contains non-originating fibres or yarns in the component of the good that determines the tariff classification of the good that do not satisfy the applicable change in tariff classification set out in Annex 4-A (Textiles and Apparel Product-Specific Rules of Origin), shall nonetheless be considered to be an originating good if the total weight of all those fibres or yarns is not more than 10 per cent of the total weight of that component and the good meets all the other applicable requirements of this Chapter and Chapter 3 (Rules of Origin and Origin Procedures).

40) Article 4.2: Rules of Origin and Related Matters

9. Non-originating materials marked as temporary in Appendix 1 (Short Supply List of Products) to Annex 4-A (Textiles and Apparel Product-Specific Rules of Origin) may be considered as originating under paragraph 7 for five years from the date of entry into force of this Agreement.

역내에서 모든 공정이 이루어지도록 규정하고 있다.

TPP의 누적원산지 규정은 역내에서의 중간재 교역을 촉진하는 동시에 역내산 제품에 대한 원산지 인정을 확대하고 있다. 회원국의 역내 활동에 대한 우월적 이익을 보장하여 한국이 TPP 역내에서 TPP 회원국과 대등한 경쟁을 어렵게 만들고 있다.

현실적으로 누적원산지가 적극 활용되기 위해서는 원산지 증명절차의 현실적인 문제도 고려되어야 한다. 최종재의 수출자가 완전누적을 활용하기 위해서는 중간재의 원산지 구조를 파악해야 하고, 이에 따른 원산지 서류도 구비해야 하지만 이는 중간재 생산자의 경영상 비밀에 해당할 수 있는 만큼 용이하지 않을 수 있다. 또한 개발도산국의 원산지 관련 행정제도의 신뢰성 문제도 해결되어야 하며, 최종수입국이 최종수출국 이전의 원산지 적합 여부를 검토할 수 있는 관할 문제도 해소되어야 한다.<sup>41)</sup> TPP 발효 후, 역내에서의 원산지 누적제도의 활용을 높이기 위해서는 원산지 입증 절차의 구체적인 집행 규정이 필요할 것으로 보인다.

### Ⅲ. TPP에 따른 무역규범 변화와 글로벌 밸류체인 확대

#### 1. 무역규범의 변화

TPP는 일반적인 통상협정의 범위를 넘어 21세기의 새로운 이슈를 포괄한다. 기존 FTA에서 다루지 않거나 선언적 의미에 그친 노동, 환경, 국영기업에 대한 강화된 기준을 요구한다. 이는 시장원칙에 따른 공정경쟁 조성과 더불어 상품·서비스의 이동이 노동·환경 규범 등을 준수하는 경우에만 가능하도록 규정한 만큼 이를 간략히 살펴볼 필요가 있다.

TPP 협정문은 총 30개 챕터로 이루어져 있다.<sup>42)</sup> 노동 챕터에서 TPP는 개도국의

41) Brian Staples / Laura Dawson, 앞의 글, 13~14면.

42) <TPP 협정문의 구성>

1. 최초규정 및 정의	2. 상품의 무역	3. 섬유 및 의류
4. 원산지 규정	5. 관세행정 및 무역원활화	6. 무역구제
7. 위생 및 식물위행 조치	8. 무역에 대한 기술장벽	9. 투자

회원국도 국제노동기구(ILO)의 노동기준을 준수하도록 규정하여<sup>43)</sup> 가장 강력한 노동권을 보장한 무역협정으로 평가받는다.<sup>44)</sup> TPP 회원국은 1998년 ILO 선언상의 결사의 자유와 단체교섭권 인정, 강제노동 철폐, 아동 노동의 폐지 및 가혹한 형태의 아동 노동 금지, 고용상 차별 철폐에 관한 노동권을 국내 법령과 관행에 따라 채택·유지해야 한다.<sup>45)</sup> 또한 최저임금제 및 근로시간 준수, 작업장 안전을 법으로 보장해야 하며(제19.3조)<sup>46)</sup> 무역·투자를 촉진하기 위해 노동기준을 약화시켜서는 안된다(제19.4조).<sup>47)</sup>

환경챕터에서는 환경오염, 불법어획 등에 대처하기 위한 회원국의 의무를 규정하고 있다. 무역 또는 투자 촉진을 위한 환경법 완화를 금지하며(제20.3조),<sup>48)</sup> ‘멸

10. 국경간 서비스 무역	11. 금융 서비스	12. 일시적 입국
13. 통신	14. 전자상거래	15. 정부조달
16. 경쟁 정책	17. 국영기업 및 지정독점	18. 지적재산권
19. 노동	20. 환경	21. 협력 및 역량 축적
22. 경쟁 및 사업 원활화	23. 개발	24. 중소기업
25. 규제 일관성	26. 투명성 및 반부패	27. 행정 및 제도 규정
28. 분쟁 해결	29. 예외	30. 최종 조항

43) 말레이시아의 경우, 근로자의 여권을 보관한 관행을 법으로 금지해야 하며, 베트남은 노동조합을 공산당의 영향력으로부터 독립적으로 운영하도록 해야 한다.(월스트리트저널 인터넷판, 2015년 10월 5일자.)

(<http://www.wsj.com/articles/pacific-trade-deal-gives-u-s-increased-power-to-push-nations-to-improve-labor-practices-1444058329>)

44) The White House, “Fact sheet : How the Trans-Pacific Partnership (TPP) Boosts Made in America Exports, Supports Higher-Paying American Jobs, and Protects American Worker”, 2015. (<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/10/05/fact-sheet-how-trans-pacific-partnership-tpp-boosts-made-america-exports>)

45) 이는 한-미 FTA협정문의 기본노동권 조항(제19.2조)과 동일하다.

46) Article 19.3: Labour Rights

1. Each Party shall adopt and maintain in its statutes and regulations, and practices thereunder, the following rights as stated in the ILO Declaration<sup>3</sup>, 4:

(a) freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining;  
 (b) the elimination of all forms of forced or compulsory labour;  
 (c) the effective abolition of child labour and, for the purposes of this Agreement, a prohibition on the worst forms of child labour; and  
 (d) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation.

2. Each Party shall adopt and maintain statutes and regulations, and practices thereunder, governing acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health.

47) Article 19.4: Non Derogation

The Parties recognise that it is inappropriate to encourage trade or investment by weakening or reducing the protections afforded in each Party’s labour laws.

중위기에 처한 야생 동·식물종의 국제거래에 관한 협약'(Convention on International Trade in Endangered Species of wild flora and fauna, CITES)의 준수 의무를 규정하고 있다(제20.17조). 또한 해양 보존을 위해 과잉 어획된 어족에 부정적인 영향을 주는 국가의 수산보조금이 금지된다(제20.16조).<sup>49)</sup>

국영기업(State-Owned Enterprises, SOEs) 칩터의 적용대상이 되는 국영기업은 주로 상업적 활동에 관여하는 기업으로 당사국이 기업 지분의 50% 이상을 직접 소유, 투표권의 50% 이상 지배, 이사회의 다수를 선임할 수 있는 권한을 갖는 기업을 의미한다(제17.1조).<sup>50)</sup> 동 협정에 따라 국영기업은 상업 활동에 있어 비차별 원칙(non-discriminatory treatment)과<sup>51)</sup> 상업적 고려(commercial considerations)에<sup>52)</sup>

48) Article 20.3: General Commitments

6. Without prejudice to paragraph 2, the Parties recognise that it is inappropriate to encourage trade or investment by weakening or reducing the protection afforded in their respective environmental laws. Accordingly, a Party shall not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, its environmental laws in a manner that weakens or reduces the protection afforded in those laws in order to encourage trade or investment between the Parties.

49) Article 20.16: Marine Capture Fisheries

2. In this regard, the Parties acknowledge that inadequate fisheries management, fisheries subsidies that contribute to overfishing and overcapacity, and illegal, unreported and unregulated (IUU) fishing<sup>11</sup> can have significant negative impacts on trade, development and the environment and recognise the need for individual and collective action to address the problems of overfishing and unsustainable utilisation of fisheries resources.

50) Article 17.1: Definitions

state-owned enterprise means an enterprise that is principally engaged in commercial activities in which a Party:

- (a) directly owns more than 50 per cent of the share capital;
- (b) controls, through ownership interests, the exercise of more than 50 per cent of the voting rights; or
- (c) holds the power to appoint a majority of members of the board of directors or any other equivalent management body.

51) Article 17.4: Non-discriminatory treatment and commercial considerations

1. Each Party shall ensure that each of its state-owned enterprises, when engaging in commercial activities:

- (a) acts in accordance with commercial considerations in its purchase or sale of a good or service, except to fulfil any terms of its public service mandate that are not inconsistent with subparagraph (c)(ii);
- (b) in its purchase of a good or service,
  - (i) accords to a good or service supplied by an enterprise of another Party treatment no less favourable than it accords to a like good or a like service supplied by enterprises of the Party, of any other Party, or of any non-Party; and
  - (ii) accords to a good or service supplied by an enterprise that is a covered investment in the Party's territory treatment no less favourable than it accords to a like good or a like service supplied by enterprises in the relevant market in the Party's territory that are investments of investors of the Party, of any other Party, or of any non-Party; and

기초해 상업 활동을 수행해야 한다. 비차별 원칙에 따라 당사국은 국영기업의 상업적 구매 및 판매에 있어 다른 회원국의 기업을 당사국, 회원국, 비회원국보다 불리하게 대우해서는 안된다. 상업적 고려에 따라 국영기업은 관련 사업 및 산업에 속하는 사기업이 구매·판매에서 고려하는 가격, 수량, 유용성, 시장성, 운송 등에 기초해 상업적 활동을 수행하여야 한다. 또한 당사국은 국영기업에 대한 직·간접적인 비상업적 지원을 통해 타 회원국의 이해에 부정적 영향을 미치는 조치를 취할 수 없다(제17.6조).<sup>53)</sup> 미국의 의회조사국은 TPP의 국영기업 관련 조항이 말레이시아, 베트남에서의 공공부문 개혁을 이끌 것이며, 향후 TPP에 참여할 수 있는 중국도 변화시킬 가능성 있다고 분석하고 있다.<sup>54)</sup>

## 2. 글로벌 밸류체인(GVC)의 개념

제품의 생산에서 있어 원재료, 중간재, 생산, 판매 등의 일련의 흐름을 서플라이 체인(공급망)이라고 하며, 생산 단계별 최적의 효율을 강조하여 상품을 최적의 장소에서 개발하고, 최적의 장소에서 조달·생산하여 최종 소비시장으로 공급하는 것이 밸류체인(Value Chain, 가치사슬)이다.<sup>55)</sup> 이를 전 세계로 확대하여 생산 단계의

---

(c) in its sale of a good or service,

- (i) accords to an enterprise of another Party treatment no less favourable than it accords to enterprises of the Party, of any other Party, or of any non-Party; and
- (ii) accords to an enterprise that is a covered investment in the Party's territory treatment no less favourable than it accords to enterprises in the relevant market in the Party's territory that are investments of investors of the Party, of any other Party, or of any non-Party.

52) Article 17.1: Definitions

commercial considerations means price, quality, availability, marketability, transportation, and other terms and conditions of purchase or sale; or other factors that would normally be taken into account in the commercial decisions of a privately owned enterprise in the relevant business or industry.

53) Article 17.6: Non-commercial Assistance

- 1. No Party shall cause adverse effects to the interests of another Party through the use of non-commercial assistance that it provides, either directly or indirectly, to any of its state-owned enterprises with respect to:
  - (a) the production and sale of a good by the state-owned enterprise;
  - (b) the supply of a service by the state-owned enterprise from the territory of the Party into the territory of another Party; or
  - (c) the supply of a service in the territory of another Party through an enterprise that is a covered investment in the territory of that other Party or any other Party.

54) Ian F. Fergusson / Mark A. McMinimy / Brock R. Williams, 앞의 글, 13면.

55) ABeam 컨설팅(강승현 역), 「PLM전략」 (한스컨텐츠, 2006) 56면.

부가가치 극대화를 위해 생산을 각 국으로 분산한 것이 글로벌 밸류체인(Global Value Chain, 이하 GVC)이다.<sup>56)</sup> 즉, GVC는 최종재에 대한 경쟁력을 높이기 위해 생산 단계별 경쟁력에 기초하여 경쟁력을 갖춘 국가에서 부품 등을 생산하여 제3 국가에서 조립 등이 이루어지는 국가 간 분업이다. 석유 등 에너지를 제외한 전 세계 무역의 50% 이상('09년 기준)이 중간재일 만큼 국가 간 분업은 일상화되고 있다.<sup>57)</sup> 이는 지금의 무역이 글로벌 구매자와 공급자에 의해 이루어지는 '조정된 무역(coordinated trade)'임을 의미한다.<sup>58)</sup> 무역을 '상품의 교역'이 아닌 '역할의 교역(trade in tasks)'으로 보는 것도 최종 상품의 경쟁력 확보를 위한 국가 간 분업 개념을 강조한 것이다.<sup>59)</sup>

GVC에 따른 생산의 세계화(globalization)가 선진국에서의 실업증가, 임금저하 등으로 이어진다는 주장도 가능하다. 그러나 GVC를 활용한 역외 아웃소싱기업의 생산성 증가로 관련 기업은 낮은 가격에 중간재와 최종재를 공급할 수 있다. 이는 다른 영역에서의 사업 확대에 따른 고용 증가로 이어질 수 있다. 다만 생산성 향상에 따른 고용증가는 오랜 기간에 걸쳐 이루어지고, 단기적으로 노동집약적 제조업은 선진국에서 임금이 저렴한 동아시아 지역으로 이동하는 만큼<sup>60)</sup> 역외 아웃소싱은 일자리 전치효과(job displacement effect)를 가져올 수 있다. 그러나 GVC가 선진국의 경우, 개도국보다 우위에 있는 고부가가치 산업에서의 고용을 창출하는 만큼<sup>61)</sup> 일자리 수의 단순 비교만으로 GVC 효과를 판단할 수는 없다.

### 3. TPP를 통한 역내 GVC 확대

#### (1) TPP 국가의 GVC 현황

56) 이준호 외, “글로벌 가치사슬 편입을 통한 중소기업의 글로벌 경쟁력 강화 과제” (중소기업연구원, 2013) 19면.

57) WTO/IDE-JETRO, “Trade patterns and global value chains in East Asia : From trade in goods to trade in tasks” (2011) 4면.

58) 이준구, “휴대전화 글로벌 가치사슬에서의 경제적·사회적 고도화”, 「국제노동브리프」 제11권 제4호 (한국노동연구원, 2013) 6면.

59) Richard Baldwin/Frédéric Robert-Nicoud, “Trade-in-goods and trade-in tasks : An integrating framework”, WPS 13-10-3, (University of Geneva, CEPR and SERC, 2013) 2면.

60) IMF, “Trade Interconnectedness : The world with global value chains” (2013) 13면.

61) 최남석, 「10대 주요수출상품의 경쟁력 분석 : 경제적 복합성을 중심으로」 (한국경제연구원, 2014) 49면.

OECD/WTO의 부가가치 기준 무역 통계(Trade in Value Added (TiVA) database)를 통해 글로벌 생산구조와 밸류체인을 파악할 수 있다. 이 중, ‘수출에 있어 해외 부가가치 비중’(foreign value added contents of gross export)은 해당 국가의 수출에 있어 해외 국가의 원재료와 중간재가 차지하는 비중을 보여준다. 해외부가가치 비중이 높다는 것은 해당 국가의 수출에 있어 제3국의 원재료, 핵심부품 등에 대한 의존도가 높다는 것을 의미한다.

TPP 국가 중, 수출에 있어 해외부가가치의 비중이 높은 국가는 싱가포르(41.8%), 말레이시아(40.6%), 베트남(36.3%), 멕시코(31.7%) 등이며, 이들 국가는 GVC에서 최종재의 생산기지 역할을 수행한다. 예를 들어, 멕시코에서의 생산은 선진국의 핵심 부품 등을 수입하여 상대적으로 저렴한 노동력의 활용과 북미 지역 수출에 있어 NAFTA를 통한 관세혜택이 가능하다는 점에서 선호된다. 베트남, 말레이시아는 저렴한 노동비용을 바탕으로 글로벌 생산기지로 주목받고 있으며 TPP 발효 시, 관세혜택이 예상되는 만큼 이들 국가를 중심으로 한 밸류체인은 확대될 것으로 보인다. 또한 TPP 발효에 따른 개도국의 지식재산권, 투자자 보호제도 등의 강화 역시 선진국의 개도국 투자 확대로 이어지며 GVC 확대를 촉진할 것이다.

<TPP 회원국의 수출에 있어 해외부가가치 비중>

국 가	1995년	2011년
호주	12.1%	14.1%
캐나다	24.1%	23.5%
칠레	14.2%	20.2%
일본	5.6%	14.7%
멕시코	27.3%	31.7%
뉴질랜드	16.9%	16.7%
미국	11.5%	15.0%
말레이시아	30.5%	40.6%
싱가포르	42.4%	41.8%
베트남	21.3%	36.3%
페루	-	-
브루나이	-	-

\* OECD 통계(Trade in Value Added(TiVA) Oct. 2015)

## (2) TPP를 통한 역내 GVC의 확대

TPP의 원산지 규정이 실제로 산업의 GVC에 미치는 영향을 살펴보기 위해 이하에서는 TPP의 대표적인 수혜산업으로 지적되는 섬유산업을 살펴본다.

베트남은 저렴한 노동력을 바탕으로 북미 의류 수출의 생산기지로 활용되며 의류·신발의 최대 생산국으로 부상하였다. 베트남은 중국을 대체할 생산거점으로 주목받고 있지만 저렴한 인건비와 풍부한 노동력에만 의존하여 중국과 한국 등에서 원사·직물 등의 중간재를 수입하여 의류를 생산하는 산업구조를 가지고 있다.<sup>62)</sup>

미국의 베트남 의류(61류~63류)에 대한 수입관세는 6.9~12.8%이다.<sup>63)</sup> TPP 발효 시, 베트남의 대미 의류수출 상위 3대 품목의 관세는<sup>64)</sup> 즉시 또는 최대 13년차에 철폐된다. 이에 따라 미국은 중미 지역으로부터의 의류 수입을 TPP 역내의 베트남으로 대체하는 등 수입선의 변화가 예상된다.<sup>65)</sup>

베트남은 대미 수출 시, TPP의 원사기준에 따른 특혜관세 혜택을 위해 중간재의 수입을 한국·중국에서 일본 등 TPP 역내 국가에서 전환할 것으로 보인다. 중간재 수입국을 TPP 역내로 전환하는 것은 원가가 증가하더라도 TPP의 관세혜택이 클 수 있기 때문이며<sup>66)</sup> 이는 무역협정에 따른 GVC의 재편을 의미한다.

62) KOTRA, “베트남 섬유·의류산업 동향과 전망” (2014)

([http://www.globalwindow.or.kr/gw/overmarket/GWOMAL020M.html?BBS\\_ID=10&MENU\\_CD=M10103&UPPER\\_MENU\\_CD=M10102&MENU\\_STEP=3&ARTICLE\\_ID=5015971](http://www.globalwindow.or.kr/gw/overmarket/GWOMAL020M.html?BBS_ID=10&MENU_CD=M10103&UPPER_MENU_CD=M10102&MENU_STEP=3&ARTICLE_ID=5015971))

63) 의류의 단순평균 MFN관세는 61류 6.9%, 62류 10.1%, 63류 12.8%이다.

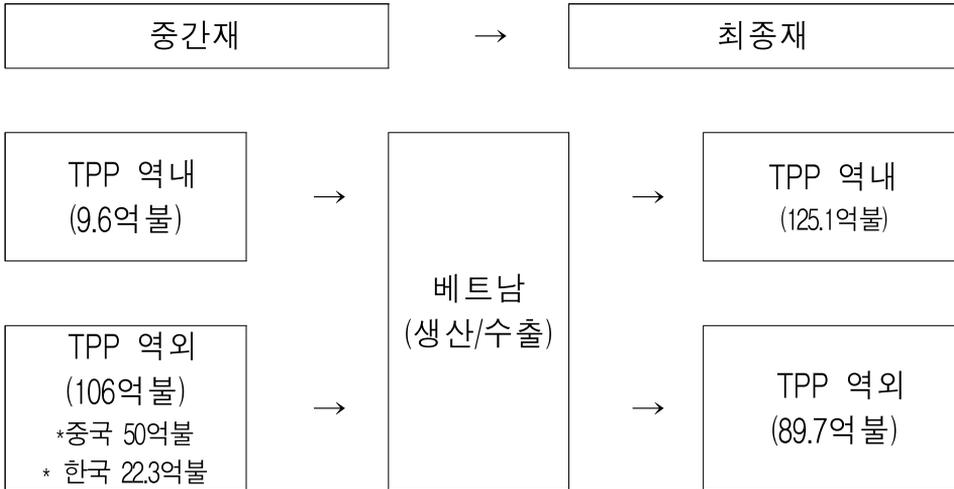
64) 미국의 대 베트남 의류 수입 상위 3대 품목의 수입관세.

- 스웨터류(면류, HS 611020, 단순평균관세 10.8%), 스웨터류(인조섬유, HS 611030, 단순평균관세 15.3%), 여성바지(HS 620462, 단순평균관세 8.2%)

65) Michaela D. Platzer, “U.S. Textile Manufacturing and the Trans-Pacific Partnership Negotiations” (Congressional Research Service, 2014) 18면.

66) World Bank, “Global Economic Prospects” (2016) 225~226면.

<TPP역내 섬유 및 의류산업의 GVC 현황>67)



\* 자료 : UNcomtrade(2013년 기준)

VI. 유사누적제도의 활용을 통한 역내 GVC 참여 검토

1. TPP 불참여에 대한 대응

TPP의 누적원산지 규정에 따라 역내 분업화가 촉진되고, 회원국 간 투자도 활발히 이루어질 수 있다. 또한 TPP의 높은 시장개방에 따라 한국이 기체결한 FTA를 통해 누리는 협정상 이익 또한 감소할 수밖에 없다. 한국이 TPP 역내에서 회원국과 대등한 경쟁을 펼치기 위해서는 한국의 TPP 참여가 필요하다. 한국의 TPP 참여 결정에 앞서 경제적 영향 분석, 경쟁취약 분야에 대한 대책 마련 등이 선행되어야 함은 당연하다.

67) \* 중간재는 양모 등 원재료를 제외한 원사, 원단 등을 의미한다.  
 - HS코드 제50류~제60류(제5101제~제5105호, 제5201제~제5203호, 제5301제~제5305호 제외)  
 \* 최종재는 섬유완제품(의류, 모포 등)을 의미한다.  
 - HS코드 제61류~제63류

TPP 참여가 어려운 경우, 기체결 FTA의 활용을 높여 TPP 불참에 따른 피해를 최소화할 필요가 있다. 이는 TPP 불참뿐만 아니라 향후 한국이 TPP 후발 참여국으로 기존 회원국과의 협상력을 높이기 위해서라도 필요하다. 한국은 TPP 12개국 중, 일본·멕시코를 제외한 10개국과 FTA를 체결한 만큼 FTA 체결국 간의 유사누적제도를 활용하여 한국산 중간재 및 최종재를 TPP 역내산으로 인정받는 방법을 생각해볼 수 있다.<sup>68)</sup>

## 2. 유사누적제도의 도입 검토

유사누적은 FTA의 당사국이 아닌 다른 국가에서 공급한 재료를 관련국 간 합의에 따라 역내산으로 인정하는 것을 말한다. EU의 Pan-Euro 모델의 경우, 유사누적 적용을 위해서는 역외국에서 공급한 재료가 최종 생산품 가치의 일정 비율 이하일 것을 요구하기도 한다.<sup>69)</sup>

유사누적은 우리가 체결한 대부분의 FTA에서 규정하고 있지 않지만 한·캐나다 FTA에서 자동차 부품 등에 일부 적용되고 있다. 동 FTA에서는 자동차 부품(제87류)이 미국에서 수입된 경우, 해당 부품을 원산지로 인정한다고 규정하여 유사누적을 통해 미국산 부품에 대한 원산지를 인정하고 있다.<sup>70)</sup> 다른 국가간 FTA를 살펴보면 미국·중남미 FTA(CAFTA-DR, U.S. - Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement)에서는 미국, 멕시코, 중남미 국가간 섬유류(62류)에 대해 유사누적을 인정하고 있다.<sup>71)</sup> 이에 따라 멕시코산 원사·원단을 사용하여 중남미 지역에서 의류를 생산하고, 미국에 수출하는 경우, 특혜관세 혜택을 받을 수 있다.

앞서 살펴 본 섬유 산업의 경우, TPP 발효에 따라 한국의 대미 수출은 물론 베트남으로의 원사·원단 수출이 위축될 수 있다. 이를 보완하기 위해 한국-베트남-미국 3개국간 합의에 따라 한국산 원사·원단을 사용하여 베트남에서 생산한 의류를

68) 강준하, 앞의 글, 21~22면.

69) Paul Brenton, 앞의 글, 166~167면.

70) 한·캐나다 FTA 부속서 3-1 품목별 원산지 규정 참조.

71) Appendix 4.1-B Article 1.

For purposes of determining whether a good of chapter 62 of the Harmonized System is originating, materials used in the production of such a good that are produced in Canada or Mexico and that would be originating under this Agreement if produced in the territory of a Party shall be considered as having been produced in the territory of a Party.

미국에 수출하는 경우, 원산지를 인정하여 특혜관세 혜택을 부여하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 그러나 한국-미국, 한국-베트남 사이에는 양자 FTA가 체결되어 있지만 미국과 베트남은 TPP를 통해 관세혜택이 이루어지는 만큼 이는 일반적인 유사누적 구조와 다르다.

위와 같이 미국이 TPP 회원국이 아닌 제3국의 중간재를 TPP 협정을 통해 역내 원산지로 인정하는 것은 다른 TPP 회원국의 수출에 부정적인 영향을 미칠 수밖에 없고, TPP의 단일원산지 원칙에 위배되는 만큼 회원국 전체의 동의가 필요하다. 따라서 미국이 한국산 중간재를 활용한 베트남산 제품의 원산지를 인정하기 위해서는 미국-베트남 간 양자 FTA를 별도로 체결해야 하는 만큼 현실적인 방법이 아니다. 다만 베트남산 중간재를 한국에서 생산하여 미국에 수출하는 경우에는 기체결한 한·미 FTA의 개정을 통해 가능하다. 그러나 산업적인 측면에서 한국은 저렴한 노동력, 시장접근성 등을 기초로 한 생산기지의 역할을 수행하기보다 핵심소재·부품 등의 고부가가치 중간재를 수출한다. 최종 수출국으로의 한국은 TPP 역내 GVC에서 효과적인 분업형태가 아니다.

미국이 TPP 회원국 중, 양자 FTA를 맺은 호주, 칠레, 페루, 싱가포르를 대상으로 유사누적의 활용이 가능하지만 이들 국가는 한국의 대미 수출을 위한 생산기지로서의 역할이 크지 않은 만큼 유사누적 도입을 통한 TPP 역내 GVC 참여 효과는 제한적이다.

## VI. 결 론

한국은 51개국과 FTA를 체결하고 있지만 대부분 양자 FTA이며 FTA별 원산지 규정, 입증 절차 등은 상이하다. 반면 TPP는 단일원산지를 규정하여 회원국간 원산지 규정을 통일하고, 원산지의 완전누적을 통해 TPP 역내 분업화를 촉진하고 있다. 한국은 TPP 불참에 따른 TPP 역내 밸류체인의 배제로 인한 피해를 최소화하기 위해 기체결 FTA를 통한 유사누적제도의 활용을 생각할 수 있다. 그러나 유사누적을 활용하기 위해서는 한국, TPP 역내 생산국, TPP 역내 수입국 모두 TPP와 별개의 양자 FTA가 체결되어야 효과적인 활용이 가능한 만큼 현재의 상황에서 유사누적의 효과는 제한적이다.

한국은 2013년 TPP에 공식적으로 관심표명을 하였다.<sup>72)</sup> 한국의 TPP 참여 여부는 협정문 분석과 공청회, 경제적 타당성 검토 등 「통상조약의 체결절차 및 이행에 관한 법률」의 절차에 따라 결정된다.<sup>73)</sup> 그동안 한국은 'FTA 허브 국가'를 목표로 활발하게 FTA를 체결하였지만 이제는 FTA의 양적 우위에서 벗어나 질적 우위에 나서야 할 때이다. TPP를 통해 기체결 FTA를 개선하고, 국가별 상이한 원산지 규정으로 인한 기업의 'FTA 피로현상'을 해소할 수 있다. 장기적으로 TPP 이외의 국가와도 기존에 체결한 FTA 원산지 규정의 표준화를 통해 협정 간 통일성과 연계성을 높일 필요가 있다.

TPP 참여에 따른 수혜 산업과 피해 산업이 존재한다는 점에서 TPP 참여 여부에 대한 사회적 논란은 불가피하다. 특히, 후발 참여국으로서의 불리한 위치에서 협상을 진행해야 하는 어려움도 있다. 정부는 TPP 참여에 대한 경제적 분석을 객관적으로 수행하고, 정책결정 과정의 투명성을 높여 TPP 참여 논란에 따른 사회적 비용을 최소화해야 한다.

(논문투고일 : 2016.02.22, 심사개시일 : 2016.03.02, 게재확정일 : 2016.03.25)



### ▶ 이 제 회

환태평양경제동반자협정, 원산지 규정, 완전누적, 글로벌 밸류체인, 유사누적

72) 관심표명은 한국의 TPP 참여 가능성을 확인하기 위해 기존 TPP 회원국과 참여조건에 대해 '예비 양자협정'을 갖는 것을 의미한다.(산업통상자원부 보도자료, 2013년 11월 29일자.)

73) 산업통상자원부 보도참고자료, 2015년 10월 5일자.

## 【참 고 문 헌】

### I. 단행본

- 김상겸 외, 「APEC 경제통합과 원산지 규정 : 경제적 효과와 APEC의 협력 과제」  
(대외경제정책연구원, 2011)
- 김한성, 「한·미FTA 규정의 특성 및 활용전략」 (대외경제정책연구원, 2008)
- 외교통상부, 「한·EU FTA 상세설명자료」 (2012)
- 최남석, 「10대 주요수출상품의 경쟁력 분석 : 경제적 복합성을 중심으로」 (한국  
경제연구원, 2014)
- ABeam 컨설팅(강승현 역), 「PLM전략」 (한스컨텐츠, 2006)
- European Commission, 「A User's Handbook : to the Rules of Preferential Origin  
used in trade between the European Community, other European Countries  
and the countries participating to the Euro-Mediterranean Partnership」  
(2008)

### II. 논문 / 언론

#### 1. 국내 문헌

- 강준하, “FTA원산지 규정상 누적에 관한 전략적 접근”, 「국제경제법연구」 제13권  
제1호 (한국국제경제법학회, 2015)
- 남풍우/안재진, “EU와 FTA 체결협상에 따른 범유럽 원산지 규정 운용의 특징 분석과  
대응방안 연구”, 「무역학회지」 제32권 제4호 (한국무역학회, 2007)
- 산업통상자원부 보도자료, 2013년 11월 29일자.
- 산업통상자원부 보도참고자료, 2015년 10월 5일자.
- 이준규, “휴대전화 글로벌 가치사슬에서의 경제적·사회적 고도화”, 「국제노동브리프」  
제11권 제4호 (한국노동연구원, 2013)
- 이준호 외, “글로벌 가치사슬 편입을 통한 중소기업의 글로벌 경쟁력 강화 과제”  
(중소기업연구원, 2013)
- 조미진/안경애, “한국 FTA 원산지 규정의 비교와 국내기업의 FTA 활용현황에 관한

분석”, 「무역학회지」 제36권 제3호 (한국무역학회, 2011)  
채형복/황해룡, “한-EU원산지 규정에 관한 연구”, 「법학논고」 제32권 (경북대학교 법학연구원, 2010)  
KOTRA, “베트남 섬유·의류산업 동향과 전망” (2014)

## 2. 해외 문헌

Brian Staples / Laura Dawson, “Made in the world: Defragmenting rules of origin for more efficient global trade” (Canadian Council of Chief Executives, 2014)  
IMF, “Trade Interconnectedness : The world with global value chains” (2013)  
Department of Foreign Affairs, Trade and Development Canada, “Technical Summary of the Agreement” (2015)  
Ian F. Fergusson / Mark A. McMinimy / Brock R. Williams, “The Trans-Pacific Partnership (TPP): In Brief”, CRS Report (Congressional Research Service, 2016)  
Maria Donner Abreu, “Preferential rules of origin in regional trade agreements”, Working Papers(ERSD-2013-05) (WTO, 2013)  
Michaela D. Platzer, “U.S. Textile Manufacturing and the Trans-Pacific Partnership Negotiations” (Congressional Research Service, 2014)  
Paul Brenton, “Preferential Rules of Origin”, Preferential Trade Agreement Policies for Development: A Handbook (World Bank, 2011)  
Richard Baldwin, “Multilaterilising Regionalism: Spaghetti bowls as building blocs on the path to global free trade”, Working Paper 12545 (National Bureau of Economic Research, 2006)  
Richard Baldwin/Frédéric Robert-Nicoud, “Trade-in-goods and trade-in tasks : An integrating framework”, WPS 13-10-3 (University of Geneva, CEPR and SERC, 2013)  
The White House, “Fact Sheet : How the Trans-Pacific Partnership (TPP) Boosts Made in America Exports, Supports Higher-Paying American Jobs, and Protects American Worker” (2015)  
World Bank, “Global Economic Prospects” (2016)

WTO/IDE-JETRO, “Trade patterns and global value chains in East Asia : From trade in goods to trade in tasks” (2011)

内閣官房T P P 政府対策本部, “環太平洋パートナーシップ協定 (T P P 協定) の概要” (2015)

월스트리트저널 인터넷판, 2015년 10월 5일자.

일본 경제산업성 보도자료, 2015년 10월 20일자.

Abstract

## **A study on rules of origin in the Trans-Pacific Partnership**

Jehee Lee

The Trans-Pacific Partnership (TPP) has created the world's largest free trade economic bloc ever created in the 21 century, representing 36.3 percent of the world's Gross Domestic Product (GDP) from its signatories, the United States, Japan and 10 other Asian Pacific nations. Aside from eliminating or reducing tariffs on goods, TPP mandates "higher standards" on labor, environment, state-owned enterprises and so on.

Parties to the TPP agree on a single set of rules of origin that defines whether a good originates from a signatory country and is therefore eligible for preferential TPP tariff benefits. Among others, full cumulation is adopted in its rules of origin, to promote supply chains and investment across the member countries.

Full cumulation means that materials or goods produced in one TPP nation and exported to another will be treated as if the said materials or goods originated in the second country, regardless of whether the former country was able to confer originating status. The scope of cumulation defined in the TPP's rules of origin is broader than in the Korea-U.S., the Korea-EU or the Korea-ASEAN free trade agreements (FTAs). Furthermore, textiles and apparel are required to use yarn, fabric, and other textiles from any one or a combination of TPP partner countries to make them eligible for TPP preferential tariff benefits.

As international trade is shifting from trade in goods to trade in

tasks, trade in intermediate goods currently surpasses more than 50 percent of the trade in non-fuel merchandise. Considering that such global value chain is affected from trade policies, the TPP's rules of origin would also have impacts on the global and regional supply chain of trade and investment.

Korea needs to respond to the new waves of changes in the global trade to multiple regional trade agreements from the bilateral ones. To navigate the transition well and stay more competitive, it is highly necessary for Korea to take a comprehensive consideration on the participation in the TPP, as trade in intermediates goods accounts for over half of Korea's total trade.

Some argue that if current conditions do not allow Korea to join the TPP, it might be a way for Korea to amend existing FTAs, signed with 10 of the 12 TPP original signatories, to take advantage of diagonal cumulation. But this is not a practical option in that different rules of origin in the 10 FTAs need to be identical and TPP members should sign bilateral FTAs.



▶ Jehee Lee

TPP, rules of origin, full cumulation, Korea FTA, global value chain



# 프라이버시 보호를 위한 무인항공기(드론) 규제 개선 방안 연구\*

백 수 원\*\*

- |                     |                          |
|---------------------|--------------------------|
| I. 도입               | III. 국내 드론 규제 현황 및 정비 방안 |
| II. 드론(무인항공기) 규제 현황 | 1. 드론의 문제점과 규제 현황        |
| 1. 국내 규제 현황         | 2. 드론 규제 방향              |
| 2. 해외 규제 현황         | IV. 맺는 글                 |

## 【국 문 요 약】

드론은 그 장점에도 불구하고 안전사고의 위험, 관련 법규의 미비, 사생활 침해 등 불안정한 요소가 많이 남아있는 것이 사실이다. 다행히 가장 많은 우려를 사고 있는 사생활 침해문제의 경우 이를 방지하고자 비행금지 구역을 설정하거나 얼굴을 확인할 수 없도록 처리하는 소프트웨어 기업 속속 나타나고 있다. 추락으로 인한 사고 피해를 최소화하기 위해 에어백, 낙하산과 같은 안전장치 수요도 증가하고 있다.

우리나라도 무인항공기(드론)와 자율주행자동차를 차세대 주력 산업으로 육성하기 위해 대대적 규제개혁에 들어갔다. 무인항공기 규제가 대폭 완화될 예정이며, 규제가 풀리면 무인항공기의 가시권 밖 비행, 야간 비행, 고(高)고도 시험비행 등이 허용된다. 또한 시험비행 허가를 일괄 처리하는 등의 실증 시범사업도 추진한다.

해외 각국 또한 드론 관련 규제 정비를 진행함에 따라 2016년 상업용 드론시장 및 생태계 확장 및 성장이 예상되고 있다. 하지만 사고 위험도 높아지고 있어 이에 대한 대비책 마련도 시급한 과제로 떠오르고 있다.

\* 이 연구는 송원대학교 교내연구비 지원으로 수행되었습니다.

\*\* 송원대학교 국방공무원학과 조교수, 법학박사.

따라서 드론 자체가 갖는 커다란 장점에도 불구하고 드론 사용이 가져올 부작용에 대한 냉정한 고찰도 주목되어야 한다. 그러나 드론 자체를 원천적으로 규제하기 보다는 그 사용 방식에 대한 규제에 접근하여 산업 활성화와 프라이버시 보호라는 두 개의 헌법적 가치를 조화롭게 보호할 필요가 있다.

따라서 우리나라의 드론 규제도 진일보할 필요가 있고, 현재의 방식에서 벗어난 전문적이면서도 실질적인 규제 방안이 마련될 필요가 있다. 특히 정보통신기술의 적용에서는 그 이용자의 개인정보 보호를 중심에 두는 것이 장기적이고 궁극적인 관점에서 최선의 상태를 이끌어낼 수 있으며, 이는 관련된 설계의 최초 단계에서부터 이루어질 때 비로소 가능할 것이다. 따라서 국민의 개인정보 보호에 투입되는 자원을 추가적인 비용이나 손해로 여기지 않음을 넘어 프라이버시 보호를 최고의 가치로 삼아 드론 규제 방안이 채택될 때, 오히려 드론은 활성화될 수 있고 다양한 영역에서 사용될 수 있을 것이다. 이러한 판단 하에 드론 자체의 설계 및 신뢰성, 안전성과 운항 관련 규정은 마련되어야 하며, 무인기 안정성 검증 및 상용화 전 제도 정비를 위해 무인기실증시험특구를 지정을 통해 산업 발전에 기여할 수 있는 안전한 드론 이용이 가능한 접점을 찾아낼 수 있을 것이다.

## I. 도입

전 세계 드론 시장은 오는 2020년에 20조원 규모로 성장할 것으로 예상되는 가운데, 우리 정부에서 드론 산업을 본격적으로 육성하겠다는 의지를 내비쳐 국내 드론 산업의 성장이 가속화될 것으로 보인다.

하지만 아직 안전사고의 위험, 관련 법규의 미비, 사생활 침해 등 불안정한 요소가 많이 남아있는 것이 사실이다. 아직 '체공 시간'을 해결하기 위한 연구개발도 지속적으로 이뤄져야 하고, 하드웨어 발전에 치중된 국내의 경우, 소프트웨어의 발달이 균형 있게 일어나야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 정부는 드론을 통한 산업계 전반에 걸친 긍정적인 시너지 효과에 더 무게중심을 두고 구체적인 육성방안을 발표했다. 실제로 드론의 확산에 따른 부정적 요소로 지적된 부분들이 연관 산업의 발전을 제고하고, 수요를 확대하며, 새로운 시장을 형성하고 있다.

가장 많은 우려를 사고 있는 사생활 침해 문제의 경우 이를 방지하고자 비행 금지 구역을 설정하거나 얼굴을 확인할 수 없도록 처리하는 소프트웨어가 속속 나타나고 있다. 또한 드론 추락으로 인한 사고 피해를 최소화하기 위해 에어백, 낙하산과 같은 안전장치 수요도 증가하고 있다.

이처럼 드론 산업의 성장에 따라 플랫폼을 제공하는 기업이 늘어날 것이고, 수많은 연관 산업이 함께 성장하면서 드론으로 인해 새로운 산업 생태계가 조성될 것으로 기대된다. 특히 사물인터넷 기술의 발달로 드론에 인터넷 환경이 부과되었을 나오는 시너지는 무궁무진해진다.<sup>1)</sup>

이에 따라 한국도 무인항공기(드론)와 자율주행자동차를 차세대 주력 산업으로 육성하기 위해 대대적 규제개혁에 들어갔다.

산업통상자원부와 미래창조과학부, 국토교통부는 '융합신산업 창출을 위한 규제개혁 성과와 추가과제'를 발표하였고, 동 보고에 따르면 무인항공기 규제가 대폭 완화될 예정이며, 규제가 풀리면 무인항공기의 가시권 밖 비행, 야간 비행, 고(高)고도 시험비행 등이 허용된다. 또한 시험비행 허가를 일괄 처리하는 등의 실증 시

1) 김현경, '개인정보'와 '사물정보'의 규제 차별성에 관한 연구-사물인터넷 환경 하에서 서비스를 중심으로-, 성균관법학 제27권 제3호, 2015 제42면.

법사업도 추진한다. 이로서 한국도 드론 산업을 제대로 육성할 토대가 마련됐다. 무인기 지상제어 전용주파수(5GHz 대역) 세부기술기준도 마련할 예정이다. 이에 따라 우리보다 앞서 드론 규제에 관하여 발표한 해외 각 국의 기준을 검토하고 우리 실정에 맞는 가이드라인이 마련되기 위하여 우리나라의 드론 규제 현황과 해외 기준과의 차이점 분석을 통해 우리나라 드론 규제의 나아갈 방향을 개괄적으로나마 모색해 보기로 한다.

## II. 드론(무인항공기) 규제 현황

### 1. 국내 규제 현황

드론은 현재 항공법상 150kg 초과는 ‘무인항공기’, 150kg 이하는 ‘무인비행장치’ (항공법 시행규칙 제14조 제6호 가목)<sup>2)</sup>로 분류하고 있고, 150kg 이하에 대해서는 12kg 이하, 12kg~150kg 2단계로 분류하고 있다.<sup>3)</sup>

‘무인항공기’인 드론은 항공법 시행규칙 제20조(특별감항증명의 대상)에 해당되어 동법 제15조 제3항 제2호에 따른 특별감항증명을 받아야지만 운항이 가능하다. 물론 드론의 특성상 무선설비(계기착륙시설 수신기, 전방향표지시설, 거리측정시설)나 구급용구 및 승무원 안전벨트, 산소저장 및 분배장치 등을 갖출 것을 요하지 아니하며, 항공종사자의 자격 증명을 요하지 않는다는 점에서 일정부분 규제 완화적 측면이 있다. 그러나 드론을 비행시키고자 할 경우 아래 1호에서 18호까지 규정된 내용을 기재하여 관계기관 장의 허가를 받게 하기 때문에 사실상 자유로운 이용이나 상업적 활용은 어렵다고 판단된다.<sup>4)</sup>

2) 항공법 제2조 제28호에서 국토교통부령으로 정하는 무인비행장치란, 사람이 탑승하지 아니하는 것으로서 무인동력비행장치(연료의 중량을 제외한 자체중량이 150킬로그램 이하인 무인비행기 또는 무인회전비행장치)와 무인비행선(연료의 중량을 제외한 자체중량이 180킬로그램 이하이고 길이가 20미터 이하인 무인비행선)을 의미한다.(항공법 시행규칙 제14조)

3) 국제민간항공협약 부속서 2에 따르면 항공기란 ‘대기에 체공하는 지지력을 지표에 대한 공기의 반작용 이외의 공기의 반작용으로부터 얻는 기계’로 규정하고 있다. Annex 2 to the Convention on International Civil Aviation. Rules of the Air. International Standards chapter 1. Definitions “Aircraft: Any machine that can derive support in the atmosphere from the reactions of the air other than the reactions of air against the earth’s surface.” 참고.

4) 항공기의 사용 용도와 관련하여서는 Convention Relating to the Regulation of Aerial Navigation 제 30조( Chapter VII. State Aircraft Article 30.) 참고.

The following shall be deemed to be State aircraft:

그 내용으로, 1. 성명·주소 및 연락처, 2. 무인항공기의 형식, 최대이륙중량, 발동기 수 및 날개 길이, 3. 무인항공기의 등록증명서 사본 및 식별부호, 4. 무인항공기의 표준감항증명서 또는 특별감항증명서 사본, 5. 무인항공기 조종사의 자격증명서 사본, 6. 무인항공기의 무선국 허가증 사본(「전파법」 제19조에 따라 무선국 허가를 받은 경우에 한정한다), 7. 비행의 목적·일시 및 비행규칙의 개요, 육안식별운항계획(육안식별운항을 하는 경우에 한정한다), 비행경로, 이륙·착륙 장소, 순항고도·속도 및 비행주파수, 8. 무인항공기의 이륙·착륙 요건, 9. 무인항공기에 대한 다음 각 목의 성능(운항속도, 일반 및 최대 상승률, 일반 및 최대 강하율, 일반 및 최대 선회율, 최대 항속시간, 그 밖에 무인항공기 비행과 관련된 성능에 관한 자료) 및 통신을 위한 주파수와 장비(대체통신수단을 포함한 무인항공기와 항공교통관제기관 간의 통신, 지정된 운용범위를 포함한 무인항공기와 무인항공기 통제소 간의 통신, 무인항공기 조종사와 무인항공기 감시자 간의 통신(무인항공기 감시자가 있는 경우에 한정한다)) 11. 무인항공기의 항행장비 및 감시장비(SSR transponder, ADS-B 등) 12. 무인항공기의 감지·회피성능 13. 다음 각 목의 경우에 대비한 비상절차(무인항공기와 항공교통관제기관 간의 통신이 두절된 경우, 무인항공기와 무인항공기 통제소 간의 통신이 두절된 경우, 무인항공기 조종사와 무인항공기 감시자 간의 통신이 두절된 경우(무인항공기 감시자가 있는 경우에 한정한다)), 14. 하나 이상의 무인항공기 통제소가 있는 경우 그 수와 장소 및 무인항공기 통제소 간의 무인항공기 통제에 관한 이양절차, 15. 소음기준적합증명서 사본(법 제16조제1항에 따라 소음기준적합증명을 받은 경우에 한정한다), 16. 해당 무인항공기 운항과 관련된 항공보안 수단을 포함한 국가항공보안계획 이행 확인서, 17. 무인항공기의 적재 장비 및 하중 등에 관한 정보, 18. 무인항공기의 보험 또는 책임범위 증명에 관한 서류와 같은 매우 복잡한 양식의 서류를 제출하는 것으로 구성되어 있고, 이러한 신청을 지방항공청장 또는 항공교통센터장이 받은 후 항공교통의 안전에 지장이 없다고 인정되는 경우에는 비행을 허가하도록 하고 있다.

뿐만 아니라 무인항공기를 비행하려는 자는 1. 인명이나 재산에 위협을 초래할 우려가 있는 비행을 시키지 말 것 2. 인구가 밀집된 지역과 그 밖에 사람이 많이

---

(a) Military aircraft

(b) Aircraft exclusively employed in State service, such as Posts., Customs, Police. Every other aircraft shall be deemed to be private aircraft. All State aircraft other than military, customs and police aircraft shall be treated as private aircraft and as such shall be subject to all the provisions of the present Convention. 참고.

모인 장소의 상공을 비행시키지 말 것 3. 법 제38조제2항에 따른 관제공역·통제공역·주의공역에서 항공교통관제기관의 승인을 받지 아니하고 비행시키지 말 것 4. 안개 등으로 인하여 지상목표물을 육안으로 식별할 수 없는 상태에서 비행시키지 말 것 5. 별표 8에 따른 비행시정 및 구름으로부터의 거리 기준을 위반하여 비행시키지 말 것 6. 야간에 비행시키지 말 것 7. 그 밖에 국토교통부장관이 정하여 고시하는 사항을 지킬 것 등이 요구된다. 따라서 드론 사용에 관한 비교적 높은 규제기준을 가지고 국토교통부령이 제정된 상황이다.<sup>5)</sup>

또한 초경량비행장치사용 사업을 경영하려는 자는 국토교통부령으로 정하는 자본금, 인력 등의 등록 기준에 따라 국토교통부장관에게 등록하도록 하고 있다. 이러한 항공법상의 규정에도 불구하고 무인항공기의 중량, 운용고도, 속도, 크기 등에 따라 지상피해 위험성, 산업적 측면을 고려한 차등화 된 세부 분류가 필요하다는 지적이다.

한편, 드론을 상용화 하는데 있어 검토하여야 할 또 하나의 법규로 위치정보보호법이 있다. 드론은 이러한 항공법상의 규제에 더하여 우리 위치정보보호법의 규제를 받게 된다. 사물의 위치정보를 기반으로 하고 있는 모든 서비스는 기본적으로 위치정보보호법의 규제를 받게 되는데, 동법은 우리나라 고유의 규제법이며, 이 법에 의할 경우 “누구든지 개인 또는 소유자의 동의를 얻지 아니하고 당해 개인 또는 이동성이 있는 물건의 위치정보를 수집·이용 또는 제공하여서는 아니 되므로” 이동성 있는 사물의 위치정보를 기반으로 하는 사물인터넷서비스 사업자의 경우에는 매우 어려운 상황에 놓일 수밖에 없다.<sup>6)</sup>

위치정보보호법과 더불어 드론이 상용화될 경우 개인정보 보호법 또한 반드시 검토되어야 한다.<sup>7)</sup> 드론을 이용한 영상 감시 시스템은 기존의 인력을 통해 가능하던 추적, 감시 등의 행위를 무인으로 할 수 있기 때문에 매우 활용도가 높고, 특히 군인, 소방관, 경찰관 등 위험 지역에서 임무를 수행하는 요원들의 경우 원격지에

5) 항공법상 규제 수준이 지나치게 비행안전을 위협하고 있다는 지적이 제기되기도 한다. 예를 들어 항공법 제23조 제3항상 무인항공기 이용을 위해서는 ‘초경량비행장치 조종자 증명’을 받도록 되어 있으나, 실제로는 동 시행규칙 즉, 국토교통부령 제66조의2 제6호에서 12Kg이하의 무인비행장치의 경우 신고의무를 면제하고 있고 따라서 안전점검의 예외로 하는 등 예외의 범위를 너무 넓게 설정되어 있다. 항공법상 무인항공기 규제의 문제점에 관한 글로는 박신욱, 무인항공기에 의한 소유권 및 사생활 침해에 관한 연구, 민사법학 제70호, 2015, 414면 이하 참고.

6) 김현경, 앞의 논문, 제48면.

7) 무인항공기의 활동으로 인해 발생할 수 있는 무인항공기를 통하여 수집된 정보와 관련된 문제에 관한 글로는 Hofmann-Höy, Datensammeln aus der Luft: Rechtliche und gesellschaftliche Implikationen von Drohnen, DSRI-Tagungsband, 2014, 407면 이하 참고.

서 감시 시스템을 이용하여 임무 진행과정을 관찰할 수 있다. 그러나 필연적으로 개인정보 침해 등 프라이버시 침해가 뒤 따르게 되고 규제의 필요성도 제기된다.<sup>8)</sup> 특히 드론의 자유로운 비행으로 인해 수집된 각종 정보와 이들 정보의 조합 또는 다른 정보와의 연계로 인하여 생성되는 정보들은 대체로 물적 정보로서 그 정보가 소비자와의 관계에서 갖는 의미 내지 중요성에 차이가 있다. 따라서 다양한 정보들이 어느 범위에서 개인정보자기결정권의 보호 대상이 된다고 할 것인지를 결정하고 이를 보다 명확히 규정해야 할 필요가 있다. 명시적으로 개인정보인 것과 개인정보가 아니지만 보호의 필요성이 있는 정보를 구분하고 보호의 내용을 달리하는 조치가 요구되는 것이다.<sup>9)</sup>

이밖에도 드론 상용화에 있어 마약밀수 및 교도소 밀반입 활용, 사생활 침해, 사람 및 사물과 여객기와의 충돌위험, 테러위협, 드론 택배와 같은 무선네트워크 활용 시 해킹가능성 등의 위험을 안고 있다. 따라서 드론의 상용화에 있어 산업 활성화와 안전관리 사이에 '규제 딜레마'가 발생하고 있기에, 성장과 안전 두 마리 토끼를 모두 잡아야 하는 어려움이 있다.

이러한 딜레마 속에서 산업통상자원부와 미래창조과학부, 국토교통부가 대통령 주재 규제 개혁 장관 회의에 보고한 '융합신산업 창출을 위한 규제개혁 성과와 추가과제'가 발표되었고 무인항공기(드론)의 시험비행 규제가 대폭 해소가 예상되고 있다. 먼저, 무인항공기에 대해 그동안 제한됐던 가시권 밖, 야간, 고(高)고도 시험비행을 시범사업자에게 허용한다. 또한 시험비행 허가 일괄처리 등을 통한 실증 시범사업을 추진할 계획이며, 무인기 지상제어 전용주파수 세부기술기준도 마련한다.

정부는 안전성 검증 시범사업의 시범공역을 선정한 바 있다. 부산 중동 장사포, 대구 달성군 구지면, 강원 영월 덕포리, 전남 고흥 고소리 등 4곳에서 드론 안전성 검사가 가능해진다. 대한항공, 유콘, KT, 대한통운 등 15개의 시범사업자도 선정한 상태다. 고속도로의 경우 경부·영동 서울요금소~신갈~호법 구간 총 41km에서 내년 2월부터 자율주행 시범운행이 가능하다. 또한 정부는 시험 운행 허가 요건 등에 대한 특례를 마련하고 도로정비 등을 즉시 진행하기로 결정했다. 이처럼 민간

8) 정우정·최성근·최정훈, 드론을 이용한 실시간 항공감시 스마트 추적 알고리즘에 관한 연구, 한국통신학회 2015년 하계종합학술발표회 발표논문, 2015, 194면 이하 참고.

9) European Commission Task Force for Smart Grids, Expert Group 2: Regulatory recommendations for data safety, data handling and data protection report issued on February 16, 2011, 28~30면 참조. ([http://ec.europa.eu/energy/gaselectricity/smartgrids/doc/expert\\_group2.pdf](http://ec.europa.eu/energy/gaselectricity/smartgrids/doc/expert_group2.pdf).)

용 무인항공기 시대가 도래하고 있지만 아직 전담 체계가 구축되어 있지 못하며, 주무 부처조차도 예산 타당성 조사는 기획재정부, 개발 및 연구는 산업통상자원부, 운용 솔루션 개발, 주파수 할당은 미래창조과학부, 인증, 운용 및 관리 체계 마련은 국토교통부로 하는 등 명확한 전담 부처를 찾기 어려운 구조로 되어 있다.

정부가 본격적으로 드론과 자율주행차를 육성하기로 한 만큼 기술 뿐 아니라 안전에 관한 법령 정비도 지속적으로 이뤄져야 한다는 지적도 나온다. 미국의 경우 드론으로 인한 사생활 침해 문제가 사회문제로 거론되고 있다. 국내에서는 드론을 CCTV 즉, 개인정보보호법상 영상정보 처리기기로 보고 규제해야 한다는 의견이 나오기도 했지만 아직 구체적인 대책은 마련되어 있지 않다.<sup>10)</sup>

## 2. 해외 규제 현황

### (1) 규제 동향

세계 무인기 시장이 연평균 10%씩 증가해 2023년에는 125억 달러 규모로 성장하고, 특히 민간 무인기 시장은 연평균 35% 증가해 8억8000만 달러 규모로 예측되고 있다.

시장조사 기관인 BI 인텔리전스는 2023년 세계 드론 시장 규모는 117억 6000만 달러에 이르며 이 중에서 군사적 목적이 아닌 상업적 용도의 드론 시장은 약 12%로 예상했다.

미국 방위컨설팅사 틸 그룹은 무인항공기 시장 규모를 2014년 64억 달러에서 2023년에는 두 배 수준인 115억 달러에 이르러 10년 여간 시장규모가 총 910억 달러가 넘을 것으로 추정했다. 미국가전협회(Consumer Electronics Association:미국가전협회) 역시 2015년 세계 드론 시장이 작년보다 55% 성장한 1억3000만 달러까지 커지고 5년 뒤는 10억 달러까지 증가할 것으로 전망했다.<sup>11)</sup>

특히 국제무인시스템협회(Association for Unmanned Vehicle Systems International)는 미국 연방항공청(FAA: Federal Aviation Administration)가 드론의 상업적 이용

10) 사생활침해 논란으로 버지니아주 시의회는 드론 사용 금지 결의안을 통과시키기도 하였다. Cameron Vigilano and etc "Assembly rejects McAuliffe's drone recommendations", Henrico Citizen, April 16, 2015. [http://www.henricocitizen.com/news/article/assembly\\_rejects\\_mcauliffes\\_drone\\_recommendations0416#.VUfkAbAcS00](http://www.henricocitizen.com/news/article/assembly_rejects_mcauliffes_drone_recommendations0416#.VUfkAbAcS00) 참조.

11) 인공지능탑재를 주요 기능으로 하는 6세대 전투기가 개발되기도 하였다. 뉴데일리, 2015.3.8. <http://www.newdaily.co.kr/news/article.html?no=237433> 참조.

제한을 해제할 경우 3년 이내에 136억 달러(약 15조원) 이상의 경제 활동 효과와 7만개의 일자리 창출 효과를 얻을 수 있을 것으로 추산한 바이다. 이에 따라 쉐컴, 소니 등 글로벌 기업이 상업용 드론 시장 참여를 선언하면서 글로벌 기업들의 참여가 활발해지고 있으며, 드론 전문제작 업체, 스타트업 기업, 구글 아마존 등 인터넷 기업들까지 그 참여를 확대하고 있다. 또한 쉐컴이 드론 업체 유닉에 약 6천만 달러 투자를 발표한 바 있으며, 전용 플랫폼을 개발하고 드론을 출시할 예정이다. 일본의 소니 또한 드론 스타트업이라는 드론 개발 업체와 조인트 벤처사를 설립하고 올해 안에 드론 서비스 제공 계획을 발표하는 등 다양한 분야의 글로벌 기업에서 상업용 드론 제작 및 서비스 제공 계획을 발표하며 드론 생태계 참여 기업 확대가 전망되고 있다.

## (2) 각 국의 규제 현황

### 1) 일본

과거 일본에서는 1980년대부터 드론과 같은 비행체를 사용해 왔는데, 농업인구의 노령화에 따른 조치로 주로 농업용으로 활용해 왔다. 동일본 대지진 이후로는, 무인비행로봇(무인항공기)을 사용한 재해 대책 등의 사업에 진출하는 기업이 급증하고 있다. 예를 들어, 일본 보안경비업체 ALSOK는 ‘드론’을 활용해 대규모 태양광 발전소(메가 솔라) 정기 점검 서비스를 시작했다. 이처럼 무인항공기를 이용한 사업을 전개하는 민간 기업이 증가함에 따라 구체적인 운영 규칙을 마련해 안전성을 확보할 필요가 생겼다.

현재 일본 항공법에서는 무선 조종에 대해 “비행에 영향을 미칠 우려가 있는 행위”를 제외하고는 자유롭게 날 수 있다고 되어 있으며, 기본적으로 무인항공기도 이 법의 적용을 받고 있다. 즉 상업용 무인항공기는 공항 주변과 항공교통 관제권역을 제외하고는 지상에서 250m까지, 항공로 내에서도 지상에서 150m까지의 높이는 신고나 신청을 하지 않고도 비행할 수 있다.

이러한 일본 항공법상의 규제로는 드론에 대한 규제가 완벽하지 않기 때문에 일본총무성은 2015년 6월, 드론으로 촬영한 영상 취급에 관한 가이드라인을 발표하였다. 주요 내용을 살펴보면, 원칙적으로 드론에 탑재한 카메라를 주거 지역에 향하지 않도록 촬영방향을 지정하여야 하고, 촬영한 영상을 인터넷상에서 공개할 경우에는 거주자의 얼굴과 자동차번호, 세탁물 등 생활 상황을 추정할 수 있는 사적인 물건을 촬영할 경우 모자이크처리를 할 것과, 실제 전기 통신 사업자로 하여금

영상의 제거 의의를 접수할 수 있는 방법 제시 등을 제시하고 있다.

한편 규제하는 측면 외에도 드론 활용에 관해서도 일본 정부가 큰 관심을 갖고 있는데, 대표적으로 드론 택배 활성화를 검토하고 있고, 향후 3년 내에 실현시키겠다는 목표를 세우고 대대적으로 규제를 완화를 추진하고 있다. 그러나 드론 활성화에 따른 부작용을 걱정하는 목소리도 커지고 있는 상황이기 하다. 일례로 일본 도쿄시 경찰청은 지난해 5월 한 드론이 총리 관저로 날아든 것이 계기로 드론 포획 부대 창설 작업에 들어갈 예정이다. 또한 드론을 이용하여 방사능을 띠고 있는 모래를 실어 날리는 등 심각한 테러에 쓰일 가능성이 제기되면서 일본 정부가 발각 뒤집혔고 이에 따라 가로 2m, 세로 3m의 그물을 단 드론을 띄워 위험 드론을 포획하는 훈련을 공개적으로 수행하기도 하는 등 드론 이용의 필요성은 절감하면서도 규제에 관하여서도 점차 그 수위를 높여가는 모양새라고 할 수 있다. 이러한 입장을 반영하여 일본 정부는 무인항공기가 다닐 수 있는 비행구역과 고도 등의 자세한 운용규칙을 항공법에 담아낼 전망이다. 다만, 아베 정권은 성장 전략의 주축중 하나로 '로봇에 의한 새로운 산업 혁명'을 내걸고 있어,<sup>12)</sup> 규칙 제정에 있어서 로봇이나 무인항공기에 의한 사업 기회를 크게 빼앗지 않도록 배려할 것으로 보인다. 이 밖에도 기존 항공법에서 항공기를 '사람이 탈 수 있는 것'이라고 되어 있는 부분을 수정하는 작업과, 전파법이나 부정 액세스 금지법 등 무인항공기의 운용 관련 법률까지 추가 검토하여 향후 방향성을 제시할 예정이다.<sup>13)</sup>

## 2) 중국

군사용 드론 시장은 미국이 선도하고 있으나, 상업용 드론 생산은 중국 정부의 지원에 힘입어 중국 기업들이 70% 가까이 차지하고 있으며, 중국 기업인 DJI<sup>14)</sup>가 상업용 드론 시장을 선도하는 등 중국 기업들의 약진이 이어지고 있다.<sup>15)</sup>

12) 일본 정부는 로봇혁명실현회의를 개최하여 5년간의 전략방안을 발표했다. 앞으로 이 전략방안에 따라, 무인항공기의 비행 고도 운영규정 등을 마련해야 하는 항공법, 로봇의 원격 조작에 관한 전파법 등이 포함된 5개법을 개정할 계획이다. 이밖에 드론, 무인자동차 등을 실험할 수 있는 '미래 기술 특구'를 지정해 기업을 유치, 개발 거점을 만든다는 구상도 하고 있다. <http://dronelawjapan.com/>

13) <http://www.japantimes.co.jp/news/2016/02/21/business/tech/anti-drone-firms-work-counter-devices-tiny-battle-skies/#.VsmbstumUk>

14) DJI는 독일 마이크로컴퓨터가 지배하던 모형 헬기 시장을 잠식했다는 평가를 받고 있으며, 개발된 드론은 최고속도 56km/h, 상승 속도는 15m/s를 선회하고 장착된 카메라로 1080/30P 또는 1080/60i의 동영상 촬영이 가능하며 14메가픽셀 이미지를 촬영 할 수는 최신형의 무인항공기라고 평가받는다. 이경수·전용국·손영주·이혜영, 스마트한 세상의 스마트한 군 하늘을 지배하는 소형 무인 항공기 드론, 국방과 기술, 2014, 79면 참고.

항공기 소유자 및 조종사 협회(AOPA, Aircraft Owners and Pilots Association)에 따르면 중국에는 현재 약 10,000명의 드론 전문 운영자들이 있으며 그 숫자 역시 빠르게 성장하고 있다. 반면에 이에 따른 사고도 발생하고 있다. 제품을 드론으로 배달했다가 보행자가 놀라 소리쳐 경찰이 출동한 사건부터, 3명의 드론 운영자들이 사전승인 없이 베이징 공항의 동쪽부분에서 감시 및 지도제작 작업을 하다가 이상접근(Air-miss)을 일으키는 사고도 있었다. 당시 베이징 공항에 군인 1,226명, 군용기 123대 및 2대의 제트기 등이 출동했고 10대 이상의 항공편이 지연되는 항공 패닉을 일으키기도 하였다.<sup>15)</sup>

중국은 드론 사용의 안전성 확보와 함께 드론의 중국 산업 개발을 상당히 고려한 규정을 채택하였다. 이는 하나로 통합된 법률(중화인민공화국 민용항공법)으로써, 전용 인프라(비행구역) 신설과 드론 기업들의 세계시장 진입에 대해 초점을 맞추고 있다.

다른 한편으로는 중화인민공화국 비행기준법 준칙에 따라 조종사 라이선스를 발급받아야 하는 드론 운영자에 관해 다루고, 인증 시스템상의 비행 자격요건을 구체화하고 있다. 중국 민항총국(China Civil Aviation Administration)은 중량 7kg이상의 드론을 운영하고자 하는 자는 라이선스를 발급하고, 유인항공기와 공유하는 통합 공역에서 비행하거나 중량 116kg 이상의 드론의 경우 조종사 라이선스와 드론 인증을 요한다. 또한 통제구역에서의 드론 비행은 사전 승인을 신청해야 한다.

이러한 법의 적용을 해석하면, 7kg 이하의 드론은 조종사 라이선스가 필요 없고, 116kg 미만의 항공기가 통합 공역에서 운항하는 경우 항공관제소에 정보를 제출했다면 사전승인이 없이 비행할 수 있게 된다. 따라서 중국에서는 비 허가 비행이라고 하더라도 불법 비행은 아니다. 다만 공공에 위협을 주기 때문에 기소될 수도 있을 것이다. 분명한 점은 중국은 드론 규제보다는 산업 활성화 측면을 보다 강조하고 있고, 따라서 허가 없이 비행하는 사업자라고 할지라도 처벌하지 않는 것을 목표로 하고 있다는 평가를 내릴 수 있을 것이다.

### 3) 미국

15) 중국은 많은 인구수만큼이나 빠른 드론 조종자들이 배출되고 있다. 중국의 드론 상업화에 관한 자세한 내용은 [http://europe.chinadaily.com.cn/business/2014-08/18/content\\_18436980.htm](http://europe.chinadaily.com.cn/business/2014-08/18/content_18436980.htm) 참고.

16) <http://www.suasnews.com/2014/11/32433/chinas-uasregulation-an-interesting-precedent/>

미국과 유럽 또한 상업용 드론 이용 확대에 따라 규제 재정비를 추진 중이다. 드론 관련 법·제도는 상업용 이용을 위한 규정보다는 무인항공체로서 중량, 사용 목적을 기준으로 관리되는 경우가 대부분이었으나, 드론의 개인 이용 확대 및 다양한 서비스 요구로 관련 규제 재정비가 진행되고 있다.

미국 연방항공청(FAA)<sup>17)</sup>은 상업용 드론 도입을 허용하는 가이드라인을 발표했다. FAA의 드론 운용 규정은 항공기에 준하는 복잡한 규제가 아니라 자동차 운전·등록을 방불케 하는 완화된 내용이라 ‘드론 전성시대’를 알리는 신호탄이 되고 있다. 월스트리트저널(WSJ)은 “드론의 대중화 시대를 예고하는 미국 항공 정책의 획기적 이정표”라고 보도하기도 하였다.<sup>18)</sup>

FAA는 드론 가이드라인으로 과속 금지, 과적 금지, 저고도 운용, 조종자 필기 시험 등을 정했다. 안전을 위해 상업용 드론의 최고 속도는 시속 100마일(161km) 미만으로 제한하고, 무게도 최대 55파운드(25kg) 이내로 한정했다. 드론이 날아다니는 하늘의 ‘차선’도 항공기에 위협이 되지 않도록 고도 500피트(152.4m) 이하로 규정했다. 드론 조종 면허증은 17세 이상으로 필기시험을 통과하면 얻을 수 있고, 이후 200달러(약 22만원)를 내고 드론을 등록하면 운용이 가능하다. 면허증은 2년마다 시험을 치르고 갱신한다. 이는 자동차를 등록하는 것처럼 드론 면허·운용을 대폭 간소화한 것으로 평가할 수 있다. 단 지상의 자동차와는 달리 FAA는 조종자가 드론을 눈에 보이는 거리 내에서만 조종하고, 공항 5마일(8km) 이내에선 드론 날리기를 불허했다. 물론 단기적으로는 아마존·구글·알리바바 등 무인기를 이용한 배달 서비스를 준비 중인 업체들에 타격이 될 것으로 보인다. 특히 원격조종자가 낮 시간에 드론을 식별 가능한 시야 내에서만 운용하도록 한 조항은 무인기에 부착된 카메라를 이용해 먼 거리까지 비행할 수 없다는 것을 의미하는 것으로 무인기를 이용한 원격 배달이 사실상 어렵게 된다. 아마존에서는 FAA의 규제안에 대해 "무인기 배달 서비스의 발전이 가로막히게 됐다"는 성명을 발표하였고, 다른 국가에서 먼저 배달 서비스를 개시할 수 있음을 시사했다. FAA의 드론 운용 관련 기준 설정과정에 산업계 대표로 참여한 무인기 전문지 SUASNEWS의 한 편집장은

17) 미국은 연방항공청이 ‘드론’의 주무부처이며 비교적 안전과 법적 문제로 드론 허가에 신중을 기한다는 평가를 받고 있다. 변완일·김종범·황진영, 민간용 무인항공기 시대를 대비한 국내 정책 방향, 한국항공우주학회 학술발표회 논문집, 2014, 951면

18) 미국 정부는 같은 취지로 CIA가 조종자가 되어 무인항공기를 사용하는 것이 국내법상 저촉이 없음을 확고히 하고 있다고 한다. 박지현, 무인항공기에 대한 법적쟁점연구, 홍익법학 제16권 제2호, 2015, 93면 이하 참고.

"이번 규제로 송유관 감시, 보도사진 촬영 등 많은 분야에서도 제약이 발생할 것"이라고 우려하는 성명을 발표하기도 하였다.

특히 FAA는 인명 피해의 위험이 있는 본토 내의 상업적 무인기를 이용한 배달 행위가 불법임을 밝혔고<sup>19)</sup> 주 정부차원에서는 28개 주 이상이 드론을 금지하는 법률을 고려하는 등 상업용 무인항공기 사용에 개방적이지 않으며, 민간 유인항공기와의 통합 및 프라이버시에 대한 사안을 다루는 속도가 느려 무인항공기의 급속한 성장은 주춤하고 있는 상황이다. 또한 드론의 용도에 따른 정의가 불분명한 문제점도 제기된다. 상업용과 레크레이션용 무인항공기의 정의가 모호하다는 것인데, 일반적으로 상업용은 최종적으로 수익을 창출하는 것으로 알고 있지만, 여전히 논쟁의 여지가 있다. 예를 들어, 저널용 드론의 경우에는 상업용으로 보아야 할 것인지 레크레이션용으로 보아야 할 것인지 상당히 애매하기 때문이다.

그럼에도 불구하고, 미국 정부는 2012년 2월 오바마 대통령이 민간무인기 시대를 예견하고 “2012 현대화 개정 법률(Modernization and Reform Act of 2012)”에 서명함에 따라, 무인항공기 관련 법적 제도들이 수립되는 2016년 이후의 상업용 무인기를 향한 사회적 공감대가 형성되어 있다. 물론 핵심기술 개발 및 정책 규정 통합과 사회적 해결과제들로 인해 일정이 지연되고 있으나, FAA는 2008년부터 구상해 온 소형 무인항공기 시스템(Small UAS)의 운영을 국가공역체계(NAS)에 포함시키기 위한 방법을 구현하고 있다. FAA는 2009년 4월에도 항공규정제정위원회(ARC: Aviation Rule-making Committee)에서 소형 무인항공기 시스템이 안전하게 국가공역체계에 통합될 수 있음을 제안한 바 있다. 이후 FAA는 소형 무인항공기 시스템의 운영을 국가공역체계에 포함시키기 위한 규정제정 작업을 해 왔다. 여러 법률적 근거에 의거하여 FAA와 미국 교통부(Department of Transportation)는 2015년 2월 15일 “미국 소형 무인항공시스템의 운영과 자격증명에 관한 규정(안)”을 고시하였다. 그러나 이 규정(안)은 어디까지나 초안일 뿐 발표일로부터 60일간 우편, 전자민원, 팩스, 방문 등 다양한 방식으로 의견을 받고 이를 살펴보고, 필요할 경우 반영해야 하는 과정이 남아 있다. 또한 제기된 의견이나 관련 문서들은 모든 사람이 공람하도록 되어 있는 것이 규칙제정 프로세스의 특이점이다. 상기 규정(안)은 크게 규칙제정의 배경, 상황/기종별 적용가능성, 개념정의, 운영규정, 운영자

19) 실제로 미국에서는 다윈 에어로스페이스에서 타코콥터라는 타코를 배달하는 드론을 개발한 이후 원통형 브리또 배달 드론, 피자배달을 위한 도미콥터 등의 다양한 상업용 드론이 개발되고 있는 실정이다. 이경수·전용국·손영주·이혜영, 앞의 논문, 81~82면 참고.

격, 등록, 표시(Marking), 관리감독, 규정 제정시 비용과 편익 등에 대한 내용을 주요 골격으로 하며, 주요 조항들을 요약하면 아래와 같이 운항제한, 조종사 자격증명과 책임, 항공기 요구조건 및 모형항공기로 나눌 수 있으며 NO Drone Zone 과 같은 공간적 규제를 포함하고 있다.<sup>20)</sup>

FAA의 이와 같은 규정에 대해 일반대중은 드론 등 무인기의 안전한 운영에 초석이 될 것이라고 보면서도, 앞으로 드론의 운영이 폭발적으로 증가하게 될 경우 발생할 수 있는 사고나 위험 가능성에 대해 우려를 표하고 있다. 테러에 이용될 가능성, 통상적으로 500피트 아래에서 운행되는 헬기와의 운행 간섭 혹은 충돌위험성, 전기계통의 오작동이나 배터리 방전으로 지상에 추락하거나 건물에 충돌할 위험성 등의 다양한 위험성이 제기되고 있다. 향후 이러한 위험성들을 감안하여 FAA이 규정을 어떻게 보완할지 주목된다. 또한 FAA가 하나의 산업으로서 무인항공기 시장의 확대라는 시각과 기존 항공기들의 안전한 운영 및 국민의 안전을 지키고자 하는 관점을 적절히 조화시켜 나갈 것으로 기대된다. 이 밖에 미국에서도 가시권 밖 드론 운행 규제, 즉 드론운항 규제를 완화할 예정으로 향후 상업용 드론 확대가 예측되고 있다.

FAA의 가이드라인은 실제 적용되려면 공청회 등 수년이 더 필요하다. 그럼도 드론 산업은 새로운 사업 영역으로 각광받고 있다. 경작지 모니터링 등의 농업 분야, 건축물·도로·공사 등의 항공 촬영, 고층 빌딩 외부 관리 등 사람이나 항공기가 필요했던 작업들이 드론의 진출 분야다. FAA는 “상업용 드론 규정이 실제 적용되면 3년 내 7000여개 업체가 뛰어들 것”이라고 예측했다.<sup>21)</sup>

#### 4) 유럽연합

영국, 독일 등 유럽의 대부분이 유럽항공안전청(EASA, European Aviation Safety Agency)의 관할권에 속한다.<sup>22)</sup> EASA는 Regulation (EC) No216/2008에 따라, 중량 150kg을 초과한 드론에 대해서만 규제하고 있다. 해당 항공기는 사람이 살지 않는 지역에서 운용되어야 하며, 안전과 환경을 위한 감항증명과 운항허가를 받아야 한

20) <https://www.faa.gov/uas/>

21) <http://nationalsecurityzone.medill.northwestern.edu/droneproject/>

22) EASA는 유럽위원회(European Commission)에서 유럽 무인조종기 관련 로드맵을 지원하고, 향후 15년간 민간용 드론의 개발과 비제한 공역으로의 통합업무도 담당하고 있다. 그 로드맵은 ①연구개발, ②안전 규정 및 기술 기준, ③프라이버시 및 데이터 보호와 보험 및 책임에 관한 보완 조치 등 3개의 기둥으로 구성되어 있다.

다.<sup>23)</sup>

반면에 실험용 및 아마추어용 드론이나 군사용 및 비군사용 드론 그리고 중량 150kg 이하의 민간 드론은 모형항공기와 마찬가지로 EU 각국의 개별적인 규제를 받는다. 단, 장난감의 경우 연소엔진의 내부 장착여부를 떠나 비행이 가능하면

Directive 2009/48/EC 규정에 따른다.<sup>24)</sup> 유럽위원회는 민간용 드론 활용을 위한 단일 유럽시장을 형성하고, 드론이 갖고 있는 모든 종류의 위험에 대해 안전한 법적 체계의 수립과 드론을 유럽의 항공 시스템의 안전 및 보안부문에 통합시키고, 프라이버시 보호 및 시장 개발과 유럽의 산업을 지원하는 조치들을 추진하고 있다.<sup>25)</sup>

이 외에도 EASA는 조종사의 자격요건에 관한 권고안과 자체 Rule-making Programme을 두어 RMT.0229, RMT.0230, RMT.0235. 등 세 가지 규칙제정을 위한 작업 중에 있다.<sup>26)</sup>

### III. 국내 드론 규제 현황 및 정비 방안

#### 1. 드론의 문제점과 규제 현황

##### (1) 드론의 문제점

무인항공기가 추락한 사고는 미국에서 2008년 11월 미국 육군정보학교에서 이착륙 비행을 하던 중 추락한 사건이 있었다. 또한 2008년 레이시온(Raytheon)의 시험기인 코브라(Cobra)는 콜로라도 스프링스(Colorado Springs)에서 미공군사관학교의 경기장의 조명기와 충돌하였으나 인명피해는 없었다. 그러나 이와 같이 무인항

23) <http://www.euractiv.com/section/digital/news/europe-s-first-civil-drone-law-gets-a-boost-in-parliament/>

24) <https://easa.europa.eu/easa-and-you/civil-drones-rpas>

25) 유럽위원회에서는 ‘안전, 보안, 프라이버시, 책임 등은 물론 유럽의 민간용 드론의 점진적 개발을 지원하는 전략(A New era for a aviation-Opening the aviation market to the civil use of remotely piloted aircraft systems in a safe and sustainable manner)’을 통해 동 내용을 발표하였다.

26) EASA는 JARS(Joint Authorities for Rulemaking on Unmanned Systems)의 회원이기도 하기 때문에 호주, 이스라엘, 노르웨이, 폴란드, 카타르, 마셜도니아, 러시아, 남아프리카 공화국, 스페인, 스웨덴, 스위스 및 미국과 공동으로 드론 규제 정책 마련에 협력하고 있다. <http://www.icao.int/Meetings/RPAS/RPASSymposiumPresentation/Day%202%20Workshop%201%20Airworthiness%20Ron%20van%20de%20Leijgraaf%20-%20Joint%20Authorities%20for%20Rulemaking%20of%20Unmanned%20Systems.pdf> 참고.

공기 사고는 인명피해와 함께 재산상의 손실들이 발생하게 될 것으로 예상된다. 추락 사고로 인해 기체가 지상 또는 건물 또는 사람에게 부딪쳐 피해를 발생하는 것을 의미한다. 실제로 무인항공기들은 기존의 유인 항공기보다 사고 발생 비율이 높다. 예를 들면, 무인항공기는 유인항공기에서 사용할 수 있는 제빙(製氷) 시스템이 부족하고, 추운 날씨에서 작동할 때 항공기의 날개에 결빙(結氷)이 생기는 것을 관찰 할 수 있는 조종사가 없는 상태에서, 무인항공기들은 유인항공기들보다 빙결에 관련된 사고에 있어서 더 취약하기 때문이다.

또한 무인항공기는 공중충돌 사고는 기체 상호간 또는 무인항공기와 유인항공기 간에 직접 또는 간접으로 공역에서 충돌하여 기체의 파괴 또는 기내에 있는 물건이나 사람에 대하여 손실을 발생케 하는 경우가 빈번하다. 이러한 사고의 개념에 따라 무인항공기는 사고 시 지상의 인명이나 재산, 유인기와 동일공역 사용 시 유인기와 충돌가능성이 있다. 무인항공기는 통상적인 항공기에 장착되는 충돌 회피시스템을 장착하고 있지 않거나, 타 항공기를 인지하고 회피할 수 있는 원시적인 시스템을 갖고 있다. 그래서 기내에 조종사가 있다면 충돌에 유연하게 대비할 수 있지만 무인항공기의 그렇지 못하다. 또한 무인항공기 레이더 성능이 향상되지 않는다면 민간 항공기와의 충돌 시 막대한 인명피해와 재산피해를 발생시킬 것이다. 실제로 이라크와 아프가니스탄에서 2004년 8월 카불(Kabul)에서 100명의 승객을 태운 아프간 에어라인(Afghan Airline)의 제트기와 독일 육군 무인항공기가 공중 충돌이 할 수 있었던 사건이 있었다.

뿐만 아니라 무인항공기 소음도 무시할 수 없다. 비행 중의 소음과 지상에서의 소음으로 나눌 수 있다. 비행 중의 소음은 이륙 후 지상의 소음 레벨이 문제가 되지 않는 일정 고도까지 도달하는 사이와 일정 고도에서 착륙 시까지 항공기에서 발생하는 소음이다. 지상에서의 소음은 이륙 시까지 지상에서 발생하는 소음과 항공기의 지상시험, 정비를 위해 엔진을 기체에 장착한 상태에서 시운전할 때 발생하는 소음이다. 실제로 2003년에는 강원도 양양의 한 주민이 무인항공기 소음에 대한 민원을 제시한 사건도 있었다.

이와 더불어 무인항공기 상용화로 인하여 제기 되는 사생활침해 문제는 개인의 사적 영역에 속하는 얼굴이나 행동을 국가(군용)에서 촬영하고 그것을 수록·관리하는 것은 헌법이 보장하고 있는 인격권(초상권 등), 사생활 비밀과 자유 그리고 자기정보결정권 등을 침해할 수 있다. 무인항공기 고성능 카메라를 통한 녹화물 등은 촬영되는 사람들의 초상권과 정보자기결정권 침해 문제를 야기할 수 있다.

무인항공기는 주택, 사무실 등의 내·외부에 범죄예방 및 시설안전을 목적으로 운용될 수 있으며, 대규모 사업장(조선소·건설현장)에서 근로 모니터링을 목적으로 활용이 가능하다. 만일 민간에서 무인항공기를 활용하여 고층과 저층 빌딩의 건물 내부를 촬영하는 것은 사생활 침해를 더욱 가중시키는 것이다. 무인항공기 비행은 제3자에 의하여 의도적으로 불법 복제가 될 수 있다.

## (2) 규제 현황

항공법상 드론은 ‘항공기에 사람이 탑승하지 아니하고 원격·자동으로 비행할 수 있는 항공기, 즉 무인항공기를 의미하며 동 법 제 2조 제2호 마목에 규정되어 있다. 기술적으로는 항공기 본체와 조종시스템까지 포괄한다는 의미의 ‘무인항공기체계’(UAS:unmanned aircraft system)가 일반적으로 쓰이지만, 이 외에도 원격조종항공기(RPA: remotely-piloted aircraft), 무인비행장치(UAV: unmanned aerial vehicle) 등으로도 불리며, 특히 드론(Drone)은 이들과 주로 군사 정찰기 또는 전투기를 의미할 때 쓰인다는 점에서 구분할 수도 있다.<sup>27)</sup> 그러나 무인전투기로 드론이 이용되는 경우는 하나의 무기체계에 불과하므로 새로운 법 정비를 요한다고 보기는 어렵다.<sup>28)</sup> 따라서 민간에서 활용되는 드론에 관한 규정 검토가 드론 규제의 본질이라고 할 수 있다.

드론은 조종사가 탑승하지 않는다는 점에서 안전장치 등에 관한 규제는 비교적 간단히 제정될 수밖에 없다는 특징이 있다<sup>29)</sup>. 국제민간항공의 중요 협약인 국제민간항공협약(Convention on International Civil Aviation)<sup>30)</sup>에 근거하여 국제민간항공기구(International Civil Aviation Organization)에서 드론의 민간 사용에 관한 논의가 전개되고 있다. 국제민간항공기구는 무인항공기에 대한 전력적 지침을 개발할 필요가 있다는 공감대 하에 드론이 국제민간항공협약 상의 ‘항공기’에 해당한다는 해

27) 배종인, 국제규범의 형성과정과 그 촉진·장애 요인에 대한 고찰: 무인항공기에 대한 국제적 규제 움직임의 사례로 하여, 국제법평론 제36권, 2012, 63면.

28) 이렇게 무인전투기를 하나의 무기체계에 불과한 것으로 보는 관점만 있는 것은 아니다. 무인전투기가 국제적 규제가 없는 가운데 확산되기 용이하다는 점을 고려할 때 무인전투기의 허용 요건이 논의되어야 함을 주장하기도 한다. 대표적으로 Richard Falk, “The Menace of Present & Future Drone Warfare”(12 Feb. 2012), (<http://richardfalk.wordpress.com/2012/02/12/the-menace-of-present-future-dronewarfare>) 참고.

29) 그러나 무인항공기(드론)을 조종하는 자격증, 즉 무인항공기 조종사 자격 및 교육훈련에 대한 법률 제정은 필요하다. 같은 의견으로 김선이·최병철, 무인항공기 사고로 인한 운영자의 법적 책임 연구, 법학연구 통권 제44집, 2015, 241면.

30) 1944. 12월 미국 시카고에서 채택되어 1947년 4월 4일 발효하였으며, 1952년 11월 11일 가입서를 기탁하여 1952년 12월 11일(조약 제38호) 우리나라에서도 발효하였다.

석을 낸 바 있으며 다만, 실제로 기존 항공기 조종사 면허 등에 관한 세부사항이 그대로 적용될 수는 없음을 명시한 바 있다.<sup>31)</sup> 이에 따라 2012년 우리나라 항공법상 무인항공기 관련 규정이 정비되었다.

드론 자체를 사용하는 것 자체가 국내법적으로나 국제법적으로 적절하지 않다는 의견도 있으나, 드론을 사용하는 방식이 문제라는 의견이 보다 타당하다. 예를 들어 무기로 사용될 우려가 있다는 이유로 모든 도구의 사용이 금지될 수 없는 것과 같이 드론 규제는 본질적으로 그 자체에 대한 규제보다는 방식에 대한 규제로 나아가야 할 것으로 판단된다.<sup>32)</sup>

드론은 그 자체로도 새로운 규범적 논의가 필요하지만 사물인터넷이라는 기술 결합을 통해 그 활용이 극대화되는 특징을 갖고 있다. 사물인터넷은 “센서를 내장하고 있으며 대체 인간의 명시적인 개입이 없이 스스로 작동하는 사물들이 인터넷을 통해 연결됨으로써 상호간에 상시적인 정보의 공유가 가능한 환경 내지 이것을 가능하게 하는 기술과 서비스의 집합을 가리킨다고 할 수 있으며, 이는 여러 유형의 기술과 서비스를 광범위하게 포함하는 융복합적이고 다층적인 개념”<sup>33)</sup>이라고 볼 때 드론 또한 사물인터넷의 한 종류로 이해될 수도 있으므로 사물인터넷 관련 규정을 검토할 필요성도 제기된다. 특히 드론 제어(컨트롤)를 위한 장치로 인터넷 장착은 상업화를 위한 거의 필수적 사항이라고 할 수도 있을 것이다. 기술적 발전이 매우 고도화되어 사물의 지능적·자율적 통신이 가능한 사물지능통신(Machine to Machine)도 가능하고 인공지능 형태로 자체 판단 능력을 갖출 수도 있을 것이지만,<sup>34)</sup> 드론 조종자와의 상호작용을 완전히 배제하는 형태로 드론의 활용이 이루어지리라고는 짐작되지 않는다. 그렇다면 드론 상용화에 있어 중요한 규제 과제 중 하나는 바로 ‘정보보호’가 된다. 문제는 ‘정보보호’를 완전히 이루는 것이 매우 어렵다는 점에 있다. 즉 드론에 있어 정보보호가 필요한 영역은 드론 자체가 수행할 임무 하달부터 수행 완료라는 전 과정이 될 것이다. 따라서 플랫폼, 네트워크, 기기(단말기기) 상호간의 정보보호를 요한다. 이러한 플랫폼, 네트워크, 단말기기라는 다양한 경로를 통해 해킹 등의 침입이 있을 수 있다는 점에서 드론은 큰 위험성을

31) 이러한 내용은 국제민간항공기구내에서 무인항공기 관련 부속서를 단계적으로 개정하기로 의견을 모은 다음 항행위원회의 심의를 거친 뒤 이사회가 항공규칙을 2012년 개정하면서 공개되었다.

32) 무인항공기를 사용하는 방식이 문제라는 의견과 무인항공기 자체가 문제라는 의견으로 대립되는 견해에 관한 연구로 박지현, 앞의 논문, 86면 이하 참고.

33) 홍석한, 미국의 마루인터넷 발전과 법적 대응 -개인정보 보호 문제를 중심으로-, 헌법학연구 제21권 제3호, 336면.

34) 심우민, 사물인터넷 개인정보보호의 입법정책, 헌법학연구 제21권 제2호, 2015, 4면.

안고 있다.

게다가 드론이 영상촬영 등의 장비를 갖추고 이용될 경우 가져올 프라이버시 침해 문제, 드론 추락에 따른 재산 파손 혹은 무단 침입의 문제 등을 고려하지 않을 수 없다.

그러나 한편 드론은 비교적 최신 기술로 탄생한 영역이고 따라서 범 규범을 지나치게 엄격하게 할 경우 기술 발전의 저해라는 결과를 고민하지 않을 수 없게 된다. 따라서 비교적 탄력있는 규제 방법인 가이드라인 등을 통해 실험적으로 접근하는 것도 새로운 기술에 대처하기에는 좋은 규제 방법이 될 수 있을 것이다.<sup>35)</sup> 이러한 가이드라인 형식의 규제는 정부부처가 매우 선호하는 방식이라고 보여진다. 대국민 수용적 측면에서 용이할 뿐 아니라 행정부 자체 내에서 큰 부담 없이 제정 및 적용이 가능하고, 실질적으로는 법령만큼 효과도 있다. 또한 문제가 발생하여도 쉽게 수정이 가능하다는 장점이 있으므로 행정 부처들은 신기술에 대한 규제 방식을 채택할 때 이러한 가이드라인을 통한 해결을 종종 모색하므로,<sup>36)</sup> 드론의 경우에도 채택 가능한 규제 방법으로 판단된다.

## 2 드론 규제 방향

### (1) 국내 드론 활용 현황

우리나라의 무인기는 군 정찰용으로 발전해 왔다. 70년대 저급표적기를 시작으로, 1990년대에는 군단급, 사단급, 대대급 체계개발과 민수용 무인기로서 저고도 근접감시 무인기 'KUS-9', 소형 장기 체공형 무인기 '두루미' 개발 사업을 통하여 저고도 정찰용 고정익 무인기 시스템의 독자개발 능력 보유하게 되었다. 또한 중고도 무인기 분야는 2013년 중고도 무인기 탐색개발을 통하여 중고도 무인기 독자개발 능력을 확보하고 고도 무인기 기술개발 기반을 마련하였으며, 수직이착륙 무인기 분야에서는 스마트무인기 기술개발 사업을 통하여 독자개발 능력을 확보하였다.

그럼에도 불구하고, 전반적인 민간용 무인기의 활용은 과거 일본 야마하에서 제

35) 범형식적 측면에서 볼 때 가이드라인, 지침 등의 형태를 연성법적 규제모델로 볼 수 있을 것이다. 심우민, 앞의 논문, 14면 이하 참고.

36) 대표적으로 방송통신위원회가 주도한 '빅데이터 가이드라인'의 경우에도 빅데이터 활용을 통한 신 성장 동력 발굴의 필요성은 있으나 법령으로 만들기에는 '개인정보보호법'과의 관계를 고려할 때 사회적 저항이 있다는 점을 고려한 것으로 보인다.

작한 헬리콥터형 드론을 이용한 농업용도가 중심이었으며, 최근 들어 제한적이지만 방송 영상 촬영 등 활용영역을 확장하고 있다. 그동안 축적한 국내 무인기 기술능력을 감안할 때 공공/상업 용도로 해안 경비, 불법조업 어선 감시, 산불 감시, 물류 배송, 화물기 무인화, 원양에서의 어군 탐지 등 다양한 목적의 무인기 개발 역량을 보유하고 있어 향후 전망은 밝다고 할 수 있다.

이처럼 민간용 무인기의 시대가 도래하고 있지만 아직 국내 정부는 FAA에서 전담하는 미국과는 달리 정부의 무인기를 전담하는 전담 체제가 구축되어 있지 못한 실정이다. 현재 기획재정부(예산 타당성 조사), 산업통상자원부(무인기 개발 R&D 지원), 미래창조과학부(운용 솔루션 개발지원, 주파수 할당), 국토교통부(인증, 운용 및 관리 체계 마련) 네 곳이 담당하고 있으며, 군용의 경우에는 방위 사업청에서 주관하고 있다. 최근 산업통상자원부에서 산업엔진사업을 통해 무인기

개발 사업을, 국토교통부가 인증체계와 운항기술 기준 등을 수립하는 연구 사업을 각자 준비하고 있으나, 보다 체계적이고 효율적인 협력 체계 구축이 필요하다. 이를 바탕으로 충돌회피, 통합 관제 기술 등 통합운항에 필수적인 기술 개발을 투자하고, 운항허가, 운항규칙, 조종사 증명 등 일반적으로 적용할 수 있는 기준을 수립하여 법제화하여야 한다. 또한 무인기 조종 및 정비 인력 양성, 기지국 건설 등 운항인프라 구축을 준비하여야 한다.

개발되는 무인기는 해양, 산간 지역 등 안전한 곳에서 시험 운용을 하면서 안전성 입증하고, 인증 기준을 마련하여야 한다. 미국은 FAA에서 2013년 12월부터 무인기 전용 시험지역 6곳 선정하여 공역 사용 허가 등 편의를 봐주고 있다.

국내에는 현재 전라남도 고흥에서 대부분의 시험이 수행되고 있으나, 시설 수요 증가로 포화 상태이며, 공역 사용 허가도 한계 상황이다.

국내 무인항공기 주파수 법제화 및 표준화도 필요하다. 현재 무인기 전용으로 할당된 5,030~5,091MHz 대역은 1년 마다 재허가가 필요한 실험 국가에서 무인기 통신전용의 항공기국으로 지정할 필요가 있다.

국내 무인기 산업은 95%를 상회하는 높은 국산화율과 참여업체의 88% 이상이 중소기업인 것이 특징이다. 중소기업 육성 정책을 통하여 미래 신 성장 엔진 중의 하나로 대두되는 무인기 분야 중소기업을 지원하여 전문화 및 가격 경쟁력을 키워야한다.<sup>37)</sup>

37) 변완일·김종범·황진영, 민간용 무인항공기 시대를 대비한 국내 정책 방향, 한국항공우주학회 학술 발표회 논문집, 2014, 950면 이하 참고.

## (2) 정책 방향

다양한 방면에서 활용 가능하다는 장점에도 불구하고, 드론의 운영체제는 보안에 취약하다. 대다수의 드론은 상용무선통신망과GPS를 이용하여 가동되기 때문이다.<sup>38)</sup> 미국에서도 드론을 이용한 사생활 침해가 벌어지고 있는 것은 물론 드론 추락으로 인한 사고가 빈번하게 일어나고 있다.

상업용 드론이 백악관 건물 남동쪽을 들이받는 사건도 있었고, 일반 시민들과 드론으로 인한 각종 불편을 호소하고 있는 실정이다. 특히 미국의 경우 인터넷 구매 사이트 등을 통해 비교적 용이하고 저렴한 가격으로 드론을 구매할 수 있기 때문에 드론으로 인한 피해는 매우 크며 테러 등에 활용될 수 있다는 우려로 인하여 미국 미시간공대의 연구진은 최근 아예 포획용 그물을 12m 거리까지 쏘아서 드론을 잡는 드론을 공개하기도 하는 등 유해성에 관한 논란도 크게 증가하고 있는 추세라고 할 수 있다.

얼마 전 미 연방항공청(FAA)이 취미생활용 드론의 경우조차 의무적으로 교통부에 등록하도록 방침을 바꾸는 등 드론 규제 수위가 높아지고 있는 점을 참고해 애초부터 맞춤형 가이드라인을 만들어나가야 할 것이다. 규제대상이 애매하거나 상황에 따라 규제가 점점 강화되는 쪽으로 흐를 경우 되레 시장이 위축될 가능성이 크다. “현재 드론에 대한 주무기관이 기획재정부, 산업통상자원부, 미래창조과학부, 국토교통부로 산재된 것도 문제”라고 지적된 바 있으며, “문제될 수 있는 법적 쟁점들에 대해 해외 선진사례를 꼼꼼히 분석하고, 그에 대응하는데 주안점을 뒀어야 할 것”이라며 “드론 운행안전과 산업발전 사이의 균형을 꾀하며 우리의 정책방향과 실정에 맞는 법제보완 내지 개발을 하는 유기적인 노력이 필요하다.”<sup>39)</sup> 고 본다.

또한 드론이 사생활의 비밀과 자유 내지 개인정보자기결정권의 침해에 대한 위험요소를 증대시키는 효과를 내포하고 있는바, 드론의 활용에 따른 편의의 증대가 일상화되는 만큼 위험 역시 일상화될 가능성이 크다. 이에 기술적·제도적으로 개인정보 보호를 위하여 시스템을 정비하는 것과 더불어 무엇보다 드론 개발 단계에서부터 개인정보 침해의 위험을 차단할 수 있는 방안을 마련하는 것이 특히 강조될

38) 김중수, 드론의 활용과 안전 확보를 위한 항공법상 법적 규제에 관한 고찰, 법학논집 제39권 제3호, 2015, 268면 이하 참고.

39) [http://www.naeil.com/news\\_view/?id\\_art=182920](http://www.naeil.com/news_view/?id_art=182920)

필요가 있다. 즉, 드론 자체에 일정한 규제를 가함으로써 개인정보 침해를 사전적으로 예방하기 위한 방안이 적극적으로 검토되어야 하며 이와 관련해서는 Security by Design 및 Privacy by Design의 적용이 핵심적인 수단이 될 수 있을 것으로 본다. Security by Design은 정보통신망을 설계할 때 즉, 시스템 설계과정에서 정보보호 조치를 고려하여야 한다는 개념으로 이해하고, Privacy by Design은 제품에 대한 개인정보보호 조치를 고려하여야 한다는 개념으로 이해된다. 양 개념은 무한히 증가하는 대규모의 네트워크화 된 데이터 시스템에서 발생하는 프라이버시 관련 문제점에 대한 인식에서 출발한 것이다.<sup>40)</sup> 기본원칙으로 ①사후적 대응(Reactive)이 아닌 사전적 대응(Proactive), 피해의 구제가 아닌 예방으로부터 시작하여, ②기본 설정값(Default Setting)으로서의 프라이버시, ③기획 단계(Design)에서부터의 프라이버시에 대한 고려, ④Zero Sum이 아니라 Positive Sum을 추구하는 모든 기능성의 보장, ⑤수집에서부터 시작하여 개인정보가 다루어지는 전체 주기(Full Lifecycle)에 걸친 보호, ⑥가시성 및 투명성의 확보, 그리고 무엇보다 ⑦사용자 중심의 설계를 통한 개인의 프라이버시 존중을 제시하고 있다.<sup>41)</sup> 위와 같은 기본원칙은 정보통신 기술의 지속적인 발전에 따라 커져만 가는 개인정보에 대한 침해의 위험성에도 불구하고, 이들 원칙을 준수하여 서비스나 정보통신제품이 생산, 유통, 관리, 폐기되도록 한다면 궁극적으로 이용자와 서비스 제공기관 양자 모두에게 이익(=positive sum)이 되는 구조를 형성할 수 있다는 신념을 반영하고 있다.

따라서 정보통신기술의 적용에서는 그 이용자의 개인정보 보호를 중심에 두는 것이 장기적이고 궁극적인 관점에서 최선의 상태를 이끌어낼 수 있으며, 이는 관련된 설계의 최초 단계에서부터 이루어질 때 비로소 가능하다는 것으로 정리할 수 있다. 이용자의 개인정보 보호에 투입되는 자원을 사업자의 추가적인 비용이나 손해로 여기지 않고, 이용자에게 대한 존중을 최고의 가치로 삼아 보다 적극적이면서도 예방적인 조치를 시도함으로써 개인정보의 보호가 모든 활동의 근본적인 기준이 된다면 결국 모두에게 이익이 되는 긍정적인 결과가 된다는 견지에서 드론 활용 또한 접근되어야 한다.<sup>42)</sup>

40) Privacy by Design의 의미와 기원에 관하여는 Ann Cavoukian, Privacy by Design, Information and Privacy Commissioner of Ontario 참조. <<http://www.ipc.on.ca/images/Resources/privacybydesign.pdf>>

41) Ann Cavoukian, Operationalizing Privacy by Design, Information and Privacy Commissioner, 2012, 12면 이하. <<http://www.ipc.on.ca/images/Resources/operationalizing-pbd-guide.pdf>>

42) Privacy by design에 관한 주요 내용 소개는 백수원, 스마트그리드 환경에서 개인정보 보호를 위한 법적 과제 -지능형전력망법 개정방향 모색을 중심으로-, 과학기술법연구 제19집 제2호, 25면 이하 참고.

드론의 활성화에 따라 필요한 규제 영역이 위와 같다면 드론산업의 활성화를 위한 조치도 아울러 병행되어야 한다. 국내 드론산업의 활성화를 저해하는 요소들 중 하나로 비행시험을 위한 전용공역이 부족하기 때문이라는 지적이 나오고 있다. 국내법에 따르면, 국토교통부는 안전 및 군사안보 등의 이유로 드론 운행을 전국 18개 장소로 제한했으며, 전파법과 항공법에 따라서 드론 조정의 무선기기는 10MW 출력 이하로, 드론 통제가능 거리는 100~200m가량만 허락하고 있다. 아직까지 드론 자체의 설계 및 신뢰성, 안전성과 운항 관련 규정은 마련되지 않은 실정이다. 이에 따라 무인기 안정성 검증 및 상용화 전 제도 정비를 위해 무인기실증시험특구를 지정한 것은 바람직한 일이다. 따라서 국정감사에서 드론의 육안범위 밖 비행이 금지되어 무인기 개발 및 활용이 제한되고 있기에 고성능 무인기 개발에 심각한 저해요소가 되고 있다는 지적이 제기되기도 하는 등 산업 활성화 차원에서라도 보다 안전한 드론의 사용이 필요하며, 지정된 영역 내에서 충분한 검증이 이루어져야 할 것이다.

#### IV. 맺는 글

드론은 군사용으로 개발됐으나, 최근에는 영상촬영·농업·운송 등 다양한 상업용 분야로 확대되며 관련 시장이 폭발적으로 증가하고 있다. 썬킵, 구글, 아마존 등 다양한 글로벌 기업에서 상업용 드론 시장 참여를 선언하고 있으며, 미국, 유럽 등 각국이 드론 관련 규제 정비를 진행함에 따라 2016년 상업용 드론 시장 및 생태계 확장 및 성장이 예상되고 있다. 하지만 사고 위험도 높아지고 있어 이에 대한 대비책 마련도 시급한 과제로 떠오르고 있다. 특히 각종 재난 방지에 활용하는 등 그 장점이 크게 부각되고 있는 실정이다.<sup>43)</sup>

드론 자체가 갖는 커다란 장점에도 불구하고 드론 사용이 가져올 부작용에 대한 냉정한 고찰도 주목되어야 한다. 그러나 드론 자체를 원천적으로 규제하기 보다는 그 사용 방식에 대한 규제로 접근하여 산업 활성화와 프라이버시 보호라는 두 개의 헌법적 가치를 조화롭게 보호할 필요가 있다.

43) 재난 방지를 위한 드론 활용은 매우 연구가 활발하게 이루어지는 영역이라고 할 수 있으나 오작동 해소 등의 과제를 안고 있다. 홍유식·서권구·김승천·최용수·안현식·이규대, 드론을 이용한 재난 안전 판단 시스템, 2015년 대한전자공학회 하계학술대회 논문집, 2015.1424면 이하 참고.

일본, 중국, 미국 및 유럽연합을 비롯한 세례 여러 나라에서는 이미 드론 활성화를 위한 정책이 입안되고 있고, 동시에 드론 규제를 담당할 전담부처 마련 등으로 부작용을 최소화하고자 하는 규제도 시도되고 있다. 따라서 우리나라의 드론 규제도 진일보할 필요가 있고, 현재의 방식에서 벗어난 전문적이면서도 실질적인 규제 방안이 마련될 필요가 있다. 특히 정보통신기술의 적용에서는 그 이용자의 개인정보 보호를 중심에 두는 것이 장기적이고 궁극적인 관점에서 최선의 상태를 이끌어 낼 수 있으며, 이는 관련된 설계의 최초 단계에서부터 이루어질 때 비로소 가능할 것이다. 따라서 국민의 개인정보 보호에 투입되는 자원을 추가적인 비용이나 손해로 여기지 않음을 넘어 프라이버시 보호를 최고의 가치로 삼아 드론 규제 방안이 채택될 때, 오히려 드론은 활성화될 수 있고 다양한 영역에서 사용될 수 있을 것이다. 이러한 판단 하에 드론 자체의 설계 및 신뢰성, 안전성과 운항 관련 규정은 마련되어야 하며, 무인기 안정성 검증 및 상용화 전 제도 정비를 위해 무인기 실증시험특구를 지정을 통해 산업 발전에 기여할 수 있는 안전한 드론 이용이 가능한 접점을 찾아낼 수 있을 것으로 평가한다.

(논문투고일 : 2016.02.22, 심사개시일 : 2016.03.02, 게재확정일 : 2016.03.16)



▶ 백 수 원

드론, 무인항공기, 프라이버시 by 디자인, 드론 규제, 개인정보보호

## 【참 고 문 헌】

- 김선이·최병철, 무인항공기 사고로 인한 운영자의 법적 책임 연구, 법학연구 통권 제44집, 2015
- 김중수, 드론의 활용과 안전 확보를 위한 항공법상 법적 규제에 관한 고찰, 법학논집 제39권 제3호, 2015
- 김현경, ‘개인정보’와 ‘사물정보’의 규제 차별성에 관한 연구-사물인터넷 환경 하에서 서비스를 중심으로-, 성균관법학 제27권 제3호, 2015
- 박신욱, 무인항공기에 의한 소유권 및 사생활 침해에 관한 연구, 민사법학 제70호, 2015
- 박지현, 무인항공기에 대한 법적쟁점연구, 홍익법학 제16권 제2호, 2015
- 변완일·김종범·황진영, 민간용 무인항공기 시대를 대비한 국내 정책 방향, 한국항공우주학회 학술발표회 논문집, 2014
- 배종인, 국제규범의 형성과정과 그 촉진·장애 요인에 대한 고찰: 무인항공기에 대한 국제적 규제 움직임을 사례로 하여, 국제법평론 제36권, 2012
- 백수원, 스마트그리드 환경에서 개인정보 보호를 위한 법적 과제 -지능형전력망법 개정방향 모색을 중심으로-, 과학기술법연구 제19집 제2호, 2013
- 심우민, 사물인터넷 개인정보보호의 입법정책, 헌법학연구 제21권 제2호, 2015
- 이경수·전용국·손영주·이혜영, 스마트한 세상의 스마트한 군 하늘을 지배하는 소형 무인 항공기 드론, 국방과 기술, 2014
- 정우정·최성근·최정훈, 드론을 이용한 실시간 항공감시 스마트 추적 알고리즘에 관한 연구, 한국통신학회 2015년 하계종합학술발표회 발표논문, 2015
- 홍석한, 미국의 마루인터넷 발전과 법적 대응 -개인정보 보호 문제를 중심으로-, 헌법학연구 제21권 제3호
- 홍유식·서권구·김승천·최용수·안현식·이규대, 드론을 이용한 재난 안전 판단 시스템, 2015년 대한전자공학회 하계학술대회 논문집, 2015
- Ann Cavoukian, Operationalizing Privacy by Design, Information and Privacy Commissioner, 2012
- European Commission Task Force for Smart Grids, Expert Group 2: Regulatory recommendations for data safety, data handling and data protection report issued

on February 16, 2011

Hofmann-Hödl, Datensammeln aus der Luft: Rechtliche und gesellschaftliche Implikationen von Drohnen, DSRI-Tagungsband, 2014

Richard Falk, The Menace of Present & Future Drone Warfare, 2012

<http://www.icao.int/Meetings/RPAS/RPASSymposiumPresentation/Day%202%20Workshop%201%20Airworthiness%20Ron%20van%20de%20Leijgraaf%20-%20Joint%20Authorities%20for%20Rulemaking%20of%20Unmanned%20Systems.pdf>

<https://www.faa.gov/uas/>

<http://nationalsecurityzone.medill.northwestern.edu/droneproject/>

<http://www.euractiv.com/section/digital/news/europe-s-first-civil-drone-law-gets-a-boost-in-parliament/>

<https://easa.europa.eu/easa-and-you/civil-drones-rpas>

[http://www.naeil.com/news\\_view/?id\\_art=182920](http://www.naeil.com/news_view/?id_art=182920)

<http://www.ipc.on.ca/images/Resources/privacybydesign.pdf>

<http://www.ipc.on.ca/images/Resources/operationalizing-pbd-guide.pdf>

[http://europe.chinadaily.com.cn/business/2014-08/18/content\\_18436980.htm](http://europe.chinadaily.com.cn/business/2014-08/18/content_18436980.htm)

<http://dronelawjapan.com/>

[http://ec.europa.eu/energy/gaselectricity/smartgrids/doc/expert\\_group2.pdf](http://ec.europa.eu/energy/gaselectricity/smartgrids/doc/expert_group2.pdf)

<http://www.japantimes.co.jp/news/2016/02/21/business/tech/anti-drone-firms-work-counter-devices-tiny-battle-skies/#.VsrnbstumUk>

<http://richardfalk.wordpress.com/2012/02/12/the-menace-of-present-future-dronewarfare>

<http://www.newdaily.co.kr/news/article.html?no=237433>

<http://www.suasnews.com/2014/11/32433/chinas-uasregulation-an-interesting-precedent/>

[http://www.henricocitizen.com/news/article/assembly\\_rejects\\_mcauliffes\\_drone\\_recommendations0416#.VUfkAbAcS00](http://www.henricocitizen.com/news/article/assembly_rejects_mcauliffes_drone_recommendations0416#.VUfkAbAcS00)

---

**Abstract**

---

## **A Study On the Improvement Scheme of Regulation on Drone**

**Baek, Soo-won**

Drone is a fact that in spite of its advantages still a lot of unstable factors such as risk, lack of relevant laws and regulations, especially in privacy. Fortunately, most cases concern incidents of privacy issues that appeared to set, for example, no-fly zone to prevent it.

Korea has entered a major regulatory reform to foster unmanned aircraft (drones) and the Autonomous cars with next-generation flagship industries. Unmanned aircraft are expected to be greatly eased regulation, regulation is released, such as unmanned aircraft flying out visibility range, night flying, high altitude test flight is permitted. It also promotes demonstration pilot projects, such as batch test flight permission.

Many foreign countries also have a plan for commercial drone market and ecosystem expansion and growth is expected to continue as the drone regulatory overhaul. But it also increases the accident risk preparedness prepare for it has emerged as an urgent task.

Therefore, despite the huge advantage of having the drone itself and sober consideration should also be noted that the side effects of using drones to import. But the approach to the regulation of their use, rather than how to regulate the drone itself, fundamentally there is a need to harmonize the two constitutional protection of valuable industrial revitalization and protection of privacy.

Therefore, it is necessary to also advanced drone regulation of

Republic of Korea, to the better system compare to the current regulation. It could be provided with a substantial way. Design and reliability of the drone itself under this judgment. Safety and flight regulations should be established by specifying validation and commercialization former system maintenance can secure drones used to contribute to the industrial development contacts and it will be able to find.



---

▶ Baek, Soo-won

Drone, Unmanned Aircraft, Privacy by Design, Drone Regulation, Personal Information Protection

# 成均館法學

第28卷 第1號



法學研究所

2016



## 성균관대학교 『成均館法學』 편집위원회 운영규정

제1조 (목적) 이 규정은 법학연구소 규정 제13조에 따른 편집위원회의 구성 기타 운영에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (구성) 편집위원장 및 편집위원은 4년제 대학(법학전문대학원 포함)의 전임교원 및 법조실무가 가운데서 7인 이상을 소장이 위촉한다.

제3조 (편집위원의 임기) ① 편집위원장 및 편집위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

② 소장은 특별히 필요하다고 인정되는 경우에 임기가 종료되지 아니한 위원을 운영위원회의 동의를 얻어 해촉할 수 있다. 또한 소장은 해촉된 위원을 교체하기 위하여, 또는 사임한 위원을 승계하기 위하여, 기타 필요한 경우에 편집위원을 새로 선임할 수 있고, 그 임기는 퇴임한 위원의 잔여임기로 한다.

제4조 (편집위원회 업무 등) 편집위원회는 다음 각호의 사항을 처리한다.

1. 『성균관법학』에 게재를 신청한 원고의 심사를 위한 심사위원의 선임
2. 심사결과의 평가와 게재 여부의 결정
3. 심사결과에 대한 이의의 처리

제5조 (논문심사의 위촉) ① 투고된 원고는 원칙적으로 편집위원장을 통해 위촉된 심사위원에 의하여 1편당 3인에 의하여 심사된다.

② 심사위원은 원칙적으로 외부 심사위원 2인 이상으로 한다. 단, 부득이한 사정이 있는 경우 이러한 내·외부 심사위원의 비율을 변경할 수 있다.

③ 편집위원장은 당해 논문의 전공분야의 박사학위자 또는 당해 논문제목과 동일 또는 유사한 선행 논문을 발표한 전문가에게 심사를 위촉함을 원칙으로 한다.

④ 논문심사에 있어서 심사위원과 투고자의 인적사항은 밝히지 않는다.

제6조 (게재 결정) ① 편집위원회는 개별심사원의 의견을 종합하여 법학연구소 심사규칙 제4조 제1항 및 제2항에 따른 심사결과가 모두 “수정 후 게재” 이상인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 게재를 허용한다.

② 논문심사의 결과에 “대폭 수정 후 차호 재심사”가 들어있는 경우에는 재심사의 진행가능성 및 수정지시의 준수 여부 등을 고려하여 게재여부를 결정한다.

③ 법학연구소 심사규칙 제4조 제2항에 따른 심사결과가 일치하지 않는 경우 또는 심사결과에 “게재유보”가 포함되어 있는 경우 편집위원장은 당해 논문을 심사하지 않은 다른 1인의 심사위원에게 재심사를 의뢰할 수 있다.

④ 동일인(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 공

개하지 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 있는 날로부터 15일 이내에 그 결정에 대해 통지를 받을 권한을 가진다.
- ③ 피조사자는 통지를 받은 날로부터 7일 이내에 재심을 청구할 권한을 가진다.

제9조 (연구윤리위반에 대한 조치) 위원회는 제2조의 연구윤리위반에 대하여 다음의 조치를 취한다.

1. 투고된 원고에 대한 게재 거부
2. 게재된 경우라면 성균관법학 논문목록에서 삭제
3. 투고자에 대하여 3년 이상 성균관법학에 논문투고 금지
4. 법학연구소 홈페이지에 위반사항 공고
5. 투고자의 소속 기관장에 위반사항 통보

제10조 (위원의 비밀유지의무) 위원장과 위원은 위원회의 직무와 관련하여 취득한 사항에 대하여 비밀을 유지하여야 한다.

제11조 (연구윤리에 대한 교육) 연구윤리위원장은 법학연구소장과 협의하여 연구윤리를 확산하고 부정행위를 방지하기 위한 교육을 정기적으로 실시한다.

제12조 (운영예산) 위원장은 위원회의 운영 및 조사에 필요한 예산을 책정하여 지급할 수 있다.

제13조 (타규정의 준용) 성균관대학교 '연구윤리 및 진실성 확보를 위한 규정'을 준용한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2007년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

## 성균관대학교 「成均館法學」 투고규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구소에서 발행하는 성균관법학(이하 학술지)에 게재할 논문 투고에 관한 사항을 정하는 것을 목적으로 한다.

제2조 (투고자격) ① 투고 요청논문은 다음 각호에 해당하는 자에 한한다.

1. 성균관대학교 법학전문대학원 교수
2. 성균관대학교 법학연구소 연구원
3. 전국의 법과대학 및 법학전문대학원 교수, 판사, 검사, 변호사
4. 법학 박사학위 과정 이상인 자
5. 기타 편집위원회의 승인을 얻은 자

② 상기의 자격을 가진 자는 공동저술이 가능하며, 공동저자의 경우에는 제1저자가 주저자가 된다.

제3조 (투고원고) 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.

1. 발표논문 : 본 연구소 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 따로 투고된 논문
3. 판례평석
4. 기타 편집위원회에서 학술적 가치가 있다고 인정한 번역물과 서평 등

제4조 (원고제출) ① 학술지에 논문을 게재하고자 하는 자는 원고를 각각 발간일 60일 전까지 원고파일을 온라인 논문 투고 및 심사 시스템 홈페이지 (<https://icls.jams.or.kr>)에 제출함을 원칙으로 한다. 단, 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 원고제출은 그 다음날까지 할 수 있다.

② 투고자는 법학연구소가 제공한 논문투고 신청서 및 논문연구윤리 확인서 및 논문사용권 등 위임동의서를 제출하여야 한다. 이를 이행하지 아니한 자는 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.
5. 주석은 각주로 처리합니다.
6. 논문은 '아래한글'로 다음의 규격에 따라 작성합니다.
  - 가. 본문: 왼쪽 여백 25, 오른 여백 25, 들여쓰기 5, 줄간격 170, 글꼴 바탕, 글자크기 10.5
  - 나. 각주: 왼쪽 여백 3, 오른 여백 0, 들여쓰기 -3, 줄간격 150, 글꼴 바탕, 글자크기 9
7. 직접 인용할 때에는 “”를 사용하고 강조할 때는 , 방점 또는 밑줄을 사용합니다.
8. 출전은 필자, 논문명, 서명, 판수, (출판사, 간행 년도) 인용면수 순으로 표시합니다.  
[예: 김갑돌, “상법의 이념”, 『成均館法學』 제11호 (법학연구소, 1999) 1쪽]  
외국출전은 그 나라의 표준적인 표시방법에 따라 표시할 수 있습니다.

[예: Joe A. Kim, “Corporate Governance”, 27 A.A.L.Rev. 103, 107~109 (1997)]

9. 국문 또는 한자로 표기되는 저서는 「」로, 논문은 “”로 표시합니다.
10. 국문 또는 한자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 쪽 또는 면으로, 로마자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 p. 또는 S. 로 인용면수를 표시합니다.
11. 국내 판결은 선고 법원, 선고일, 판결 또는 결정, 사건번호의 순으로 표시하고 [예: 대법원 1995. 1. 1. 선고, 1994가1111 판결], 외국의 판결은 그 나라의 표준적인 인용방법에 따릅니다.
12. 외국 인명이나 지명은 우리말로 표기하고 명확히 하고자 할 때에는 ()안에 언어를 표시합니다. [예: 화이트(James J. White)]
13. 공저자는 ‘/’를 사용하여 표기합니다. [예: 김갑돌/이을순/박명희]
14. 면수나 연도 등에서 ‘부터 까지’를 나타내는 부호로 ‘-’이 아닌 ‘~’를 사용합니다.
15. 영문 성명, 논문명, 판결명 등에서 첫 자 이외에는 소문자로 표기합니다.
16. 일본어 논문명, 서명 등은 번역하지 않고 그대로 표기합니다.
17. 기념논문집은 「xxx 기념논문집」 또는 「○○○-xxx 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.



## 法學研究所 운영위원회

- 연구소장 임건면
- 운영위원 김일환, 김천수, 박광민, 성재호, 정호열, 최봉철, 최준선

## 法學研究所 편집위원회

- 편집위원장 김일환(성균관대학교)
- 편집위원 권건보(아주대학교), 김재범(경북대학교)  
김해원(전남대학교), 김홍식(안동대학교)  
노명선(성균관대학교), 윤석찬(부산대학교)  
윤종민(충북대학교), 정경영(성균관대학교)  
정차호(성균관대학교)

## 法學研究所 윤리위원회

- 윤리위원장 최봉철(성균관대학교)
- 윤리위원 노수환(성균관대학교), 오상현(성균관대학교)  
이해완(성균관대학교), 정상현(성균관대학교)  
정재황(성균관대학교), 패트리샤 계디(성균관대학교)  
한석훈(성균관대학교)

- 연락처 : 서울시 종로구 명륜동 3가 53번지 성균관대학교 법학관 303호 법학연구소
- 전 화 : (02) 760-1288 Fax : (02) 760-1289
- Homepage : [http://law.skku.edu/law/menu\\_5/sub5\\_1.jsp](http://law.skku.edu/law/menu_5/sub5_1.jsp)
- 온라인논문투고 및 심사시스템 : <https://fics.jams.or.kr>
- E-mail : [ics@skku.edu](mailto:ics@skku.edu)



이 학술지는 2015년도 정부 재원(교육부)으로 한국연구재단의 지원을 받아  
출판되었음.

This journal was supported by the National Research Foundation of Korea  
Grant funded by the Korean Government(MOE).

## 成均館法學

第28卷 第1號

1판 1쇄 인쇄 2016년 03월 31일

1판 1쇄 발행 2016년 03월 31일

발행인 : 임건면

발행처 : 성균관대학교 법학연구소

주소 : 110-745 서울특별시 종로구 명륜동 3가 53

전화 : (02)760-1288

팩시밀리 : (02)760-1289

E-mail : icls@skku.edu

등록번호 : 1992년 12월 22일 제1-1469호

ISSN 1229-943X