

成均館法學

第28卷 第2號



法學研究所

2016

발 간 사

무더운 여름 날씨와 더불어 이제 2016년도 1학기가 마무리되어 갑니다.

성균관법학 제28권 제2호를 발간하게 되었습니다. 이번 성균관법학에는 엄중한 심사를 거쳐 모두 6편의 논문을 게재하게 되었습니다. 지난 호에 비하여 적은 편수의 논문을 게재하게 되었는데, 이는 엄격한 논문심사의 결과가 아닌가 생각합니다.

이러한 엄격한 논문심사를 거쳐 이번호에 게재된 주옥같은 논문은 학기 중에 강의와 업무의 막중한 부담감 속에서 얻은 결과물이기에 그 의미가 더욱 크다 하겠습니다. 그 어느 때보다 필자들에게 감사의 말씀을 전하고 싶습니다. 또한 훌륭한 논문을 투고했음에도 불구하고 이번호에 게재되지 못한 필자 여러분에게도 죄송한 마음과 감사의 말씀을 전합니다. 앞으로도 성균관법학에 대한 많은 관심과 애정을 부탁드립니다. 이러한 소중한 마음은 앞으로 성균관법학의 발전에 튼튼한 밑거름이 될 것입니다.

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

앞으로도 성균관법학의 발전을 위한 많은 관심과 애정을 부탁드립니다.

더운 여름 건강에 유의하시고, 여러분의 건승과 학문적 성취를 기원합니다.

2016. 6. 30.

법학연구소장 임 건 면

目 次

研究論文

- 헌법상 국가책임에 관한 이론적 고찰 박상돈·김일환 1
- 첨단과학기술사회에서 이동형영상정보처리기기 이용 확산에 따른
개인영상정보 보호방안에 관한 연구 장인호 31
- 行政調達契約의 性質에 대한 研究 이광윤·김철우 79
- 자연환경보전법상의 생태·자연도에 대한 법적 고찰 강현호 109
- 채권자지체에 관한 몇 가지 논점 이선희 135
- UNCITRAL의 담보거래제도 모델법에 관한 연구 이혜리 171

CONTENT

Articles

- A Theoretical Study on Constitutional State Responsibility
..... Park Sangdon·Kim Il Hwan 1
- A Study on the Protection of Personal Video Information according
to the Spread of Utilization of Mobile Video information Equipment
..... Chang, Inho 31
- L'étude sur le contrat administratif
..... Lee, Kwang Youn·Kim, Chul Woo 79
- Eine Untersuchung über den Rechtscharakter von Ecologique Naturelle
Karte(ENK) nach dem Naturschutzgesetz Kang, Hyun Ho 109
- Some issues about default by obligee Sun Hee Lee 135
- Study on the UNCITRAL's Draft Model Law on
Secured Transaction Lee Hye Ri 171

헌법상 국가책임에 관한 이론적 고찰

박 상 돈*

김 일 환**

I. 서론	4. 책임의 대상인 헌법상 의무
II. 헌법상 국가책임의 의의	5. 책임의 객체인 국민
1. 책임에 관한 일반이론	IV. 헌법상 국가책임의 성격
2. 헌법상 국가책임의 개념	V. 헌법상 국가책임의 규범적 현실화
III. 헌법상 국가책임의 구성요소	1. 헌법에서 정하는 책임의 확인
1. 구성요소 도출원리	2. 새로운 헌법사항의 창설
2. 책임의 주체인 국가	3. 법령에 의한 책임의 구체화
3. 책임의 심급인 헌법적 가치	VI. 결론

【국 문 요 약】

오늘날 사회변동은 급격히 이루어지고 있으며, 한편에서는 공공성의 구현에 대한 새로운 요구가 제기되고 있다. 헌법은 규범성뿐만 아니라 사실성도 지니기 때문에 사회적 현상과 밀접한 관련이 있으며, 국가의 기본법으로서 국가와 그 구성원을 규율하기 때문에 국가에 의한 공공성의 구현과도 밀접한 관련이 있다. 따라서 국가가 어떻게 사회적 문제에 대하여 규범적인 책임을 부여받을 수 있는지에 대한 확인이 필요하며, 이를 위하여 헌법상 국가책임에 대한 고찰이 이루어져야 한다.

본 논문에서는 법적 책임과 비법적 책임을 모두 포괄하는 범위의 일반적 책임 개념에 기초하여 헌법상 국가책임에 대한 논의를 진행하면서 그 구성요소와 성격을 규명하고자 하였다. 헌법상 국가책임의 구성요소는 주체인 국가, 심급인 헌법적 가치, 대상인 헌법상 의무, 객체인 국민이다. 국가는 국가권력의 행사주체인 협의의 국가와 통일된 의사를 결정하고 그에 따라 협의의 국가를 형성하는 인적·공간적 공동체인 광의의 국가를 모두 포함하는 개념이다. 헌법적 가치는 광의의 국가가 중요하다고 판단하고 그러한 의사를 표현한 가치에 헌법이라는 규범을 매개로 하여 규범력을 부여한 것이다. 헌법상 의무는 헌법의 규범적 요구에 따라 도출

* 국가보안기술연구소(NSR) 선임연구원

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

된 당위이며, 그러한 규범적 요구는 기본권규정, 제도보장규정, 국가목표규정을 통하여 제시된다. 국민은 주권의 보유자이자 행사자인 동시에 기본권의 주체인 개인이며, 그러한 국민의 주권 행사는 광의의 국가를 통하여 단일불가분한 공동체의 의사결정 결과라는 형태로 표출된다. 헌법상 국가책임은 외형상으로는 법적 책임이며, 내용상으로는 법적 책임과 비법적 책임의 성격을 모두 지닌다.

어떠한 새로운 문제가 사회의 자율적인 영역에 맡길 수 없고 국가가 무엇인가 조치를 취하여야 하는 사안인 경우에는 일차적으로 현존하는 헌법적 가치 및 헌법상 의무를 통하여 해당 사안에 대한 국가책임이 인정되는지 확인하여 그에 따른 법적 책임을 국가에 부여하고, 그것이 불가능하다면 해당 사안에 대한 국가의 비법적 책임에 규범력을 부여하고 헌법상 국가책임으로 전환시키는 헌법 개정을 하게 된다.

I. 서론

오늘날 현대사회는 정보사회의 전개와 같이 과학기술에 따른 사회의 급격한 변화가 나타나고 있으며, 한편으로는 신자유주의의 확산에 따른 부작용을 겪은 바 있다. 이러한 상황에 따라 이전에 예상하지 못하였던 다양한 문제가 현실에서 야기되고 있다. 그러한 문제가 중대한 경우에는 개인의 책임 하에 해결할 수 없으며, 개인이 모인 집합체인 사적 집단이 해결하기도 어렵다. 여기서 국가가 일정한 역할을 할 필요성이 제기된다. 그러나 그러한 책임이 반드시 규범적으로 보장되어 있는 것은 아니다. 규범에서 정하지 않은 바에 대하여는 법적 책임이 발생하지 않으며, 이는 책임의 실질적인 달성을 기대하기 어렵게 한다. 따라서 현존하는 법규범에 근거하여 현실의 문제를 해결하는 것과 동시에, 아직 법규범에 반영되지 않은 현실의 문제를 법규범의 영역으로 포섭하는 과정이 필요하다. 그렇다면 현실의 문제와 법규범을 연결하는 고리가 무엇인지에 대하여 고찰할 필요가 있다. 그리고 그러한 과정은 국민 개개인이나 사적 집단이 아니라 국가의 책임을 규범적으로 확보하는 것을 목표로 하기 때문에 궁극적으로는 국가의 기본법인 헌법과 관련지어져야 한다. 그러한 점에서 국가와 헌법이 존재하는 의의가 있다.¹⁾

국가는 현실의 문제에 헌법적 차원에서 대응할 필요가 있으며, 이는 법적인 문제뿐만 아니라 비법적인 사실적 영역의 문제와 관련되기도 한다. 따라서 협소한 범주의 법적인 책임에 그치지 않고 포괄적인 범위의 일반론적 책임개념을 활용하여 헌법상 국가의 책임이 무엇인지를 모색하는 것이 필요하다. 법적인 책임과 비법적인 책임을 모두 포함하는 책임개념을 활용함으로써 사실적인 면과 규범적인 면을 모두 고려할 수 있으며, 법규범의 규율 영역 바깥에 있는 국가의 비법적인 책임을 어떻게 법적 책임으로 포섭하는지의 문제에 대한 해답을 구할 수 있다. 또한 국가책임에 일정 수준의 도덕적 성격과 미래지향적 성격을 부여함으로써 이미 발생한 불법적 결과에 대하여 국가가 지는 책임뿐만 아니라 국가가 존재하는 이유와 필요성에 의하여 부여받는 책임까지 확인할 수 있고 국가가 앞으로 어떤 활동을 해야 하는지를 검토할 수 있다. 특히 실체가 없는 공리담론에 그치지 않고, 헌법이라는 규범을 매개로 하여 규범적 의미를 파악하고 법규범의 구체적 해석방안

1) 정보사회의 발달과 같은 현대사회의 급격한 변화 상황에서 국가와 헌법은 소멸되지 않으며 새로운 역할과 기능이 모색되어야 한다는 견해에 관하여 자세한 내용은 金日煥, “憲法上 새로운 情報秩序確立을 위한 序說的 考察”, 「헌법학연구」 제7권 제1호(한국헌법학회, 2001), 220면 이하 참조.

및 개선방안까지 강구하여야 한다.

II. 헌법상 국가책임의 의의

1. 책임에 관한 일반이론

한국어에서 책임의 사전적 개념은 ‘도맡아 해야 할 임무나 의무’, ‘어떤 일의 결과에 대하여 지는 의무나 부담, 또는 그 결과로 받는 제재’, ‘불법행위를 한 사람에게 법률상의 불이익이나 제재가 가해지는 일’ 등이다.²⁾ 그러나 학술적 측면에서 그 개념이 합의된 바는 없다.

서구에서 책임에 해당하는 개념을 지칭하는 용어들, 즉 영어의 responsibility, 독일어의 Verantwortung 등은³⁾ 대화와 언어능력을 전제로 한다. 예를 들어 Verantwortung이라는 단어 속에 들어있는 Antwortung, 즉 대답은 질문을 필요로 한다. 질문에 대하여 대답을 하려면 질문을 들으려는 의지와 들을 수 있는 능력을 전제로 한다. 그리고 질문에 대한 대답과 그 대답에 대한 판단을 통하여 책임의 귀속이 결정된다. 따라서 책임의 과정은 질문하는 자, 대답하는 자, 판단하는 자로 구성되고, 여기에 물음, 대답, 판단의 내용이 첨부되어야 한다.⁴⁾ 한국어에서 ‘책임’이라고 표현하는 용어는 상기한 responsibility, Verantwortung 외에도 법에 속박되고 위반에 대하여 처벌을 받는다는 맥락의 의미에서는 영어의 liability, 독일어의 Schuld⁵⁾ 등이 있다. 한편 영어에서는 ‘accountability’라는 어휘가 있는데 이는 서구의 다른 언어에서는 잘 보이지 않는 특유한 표현이며, 도의적 책임까지 의미하는 responsibility와 구별하여 회계적인 계산의 문제와 형벌적인 의미를 내포되었다고 한다.⁶⁾⁷⁾

2) 민중서림 편집국, 「엡센스 국어사전」(민중서림, 2015), 2455면.

3) 국가의 기반시설책임이라는 의미의 독일어인 ‘Staatliche Infrastrukturverantwortung’은 영어로 ‘state responsibility for infrastructure’라고 표현된다. 따라서 독일어의 ‘Verantwortung’는 영어의 ‘responsibility’와 동의어로 사용된다고 보아도 무방할 것으로 본다. 이러한 용례로는 Georg Hermes, “Foundations and Structure of State Responsibility for Infrastructure”, Journal of Network Industries 1, Kluwer Academic Publishers(2000), pp.223~243 참조.

4) 변순용, “현대윤리학에서 책임윤리에 대한 규범적 접근”, 「국민윤리연구」 제55호(한국윤리학회, 2004), 154면.

5) 한국어에서 책임으로 번역되는 독일어는 ‘Verantwortung’ 외에도 ‘Haftung’, ‘Schuld’, ‘Verantwortlichkeit’ 등이 있다. ‘Haftung’은 죄에 대한 비난성을 배제한 민사상 책임개념이고, ‘Schuld’은 형사상 죄책의 개념이며, ‘Verantwortlichkeit’는 정책적 관점에 중점을 둔 귀책성 내지 대책성의 개념이라고 한다. 이에 관하여 자세한 내용은 신영호, 「독일법률용어사전」(한국학술정보, 2009), 316면 및 520면 참조.

6) 김제선, “사회복지의 책임성 변화에 대한 비판적 고찰”, 「한국사회복지행정학」 제12권 제2호(한국

책임 개념은 일반적인 인간 개인으로서 또는 선행적 주체로서 인지, 행위, 의무적 존재 등의 모든 가능성의 토대를 형성하는 안정적인 인간다운 사람으로서의 개인이라는 관념에 연결되어 있다.⁸⁾ 따라서 본래 인간만이 사건에 대해서 책임을 지거나 자신의 결정에 대해서 책임을 부담할 수 있으며, 개인의 책임에 비교할 수 있는 집단적인 책임의 모델은 존재하지 않았다.⁹⁾ 그러나 이러한 고전적인 책임 모델은 복잡한 과학 기술의 위험성에 직면하여 특히 환경문제 등에서 생태학적 원인과 결과 간 인과관계의 불투명성에 의해서 문제시되고 있다.¹⁰⁾ 따라서 개인적 차원을 넘어 집단적인, 더 나아가서 국가적인 책임의 모델을 형성할 필요성이 제기될 수 있다. 그리고 종래에는 책임의 조건으로서 다른 행위를 할 수 있었다는 대안적 가능성을 요구함에 따라 어떤 사건이나 행위에 대해 행위자가 대안적 가능성의 통제력을 가졌는지의 여부를 묻고 이에 따라 행위자에게 책임을 귀속시켰기 때문에 과거지향적이고 인과적인 책임의 성격이 강하였다. 그러나 종래보다 책임의 개념을 확장하면 책임의 조건으로서 대안적 가능성을 요구하는 대신에 주의를 기울이거나 돌보는 것이 책임의 주체에게 달려있는, 즉 앞으로 수행하여야 할 미래지향적인 책임을 포괄하게 된다.¹¹⁾

2. 헌법상 국가책임의 개념

헌법상 국가책임의 개념은 영어의 ‘responsibility’, 독일어의 ‘Verantwortung’과 유사한 관념에 기초하여야 한다. 헌법상 국가책임을 모색하는 주된 목적 중 하나가 사회변동과 같은 사실적 측면에 국가가 대응하는 책임을 찾고자 하는 것이기 때문이다. 따라서 영어의 liability, 독일어의 Schuld에 해당하는 관념은 일단 배제된다. 한편 영어의 Accountability에 해당하는 의미는 영어 외의 다른 언어에서 보편적으로 활용된다고 보기 어려우며, 이는 헌법에 관한 논의에서도 마찬가지이다. 유럽 국가의 헌법에는 각료책임(ministerial responsibility)과 같이 ‘responsibility’를 다루거

사회복지행정학회, 2010), 25면.

7) 법적인 책임과 비법적인 책임을 포괄하는 개념인 responsibility 및 Verantwortung에 해당하지 않는 책임개념은 이하의 논의대상에서 제외함을 밝혀둔다.

8) Niklas Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Suhrkamp(1997), S. 1016 ff.

9) Kurt Bayertz, “Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung”, in ders (Hrsg.), Verantwortung: Prinzip oder Problem, WBG(1995), S. 32.

10) Karl-Heinz Ladeur, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, Duncker & Humblot(1995), S. 69 ff.

11) 노영란, “정보윤리에서 책임의 성격과 유형”, 「철학」 제86집(한국철학회, 2006), 76~77면.

나 독일식의 책임(Verantwortung)을 다루는 경우는 있지만 ‘accountability’를 명백히 다루는 규범은 없다고 한다.¹²⁾ 따라서 헌법상 국가책임의 논의 대상으로는 ‘accountability’보다 ‘responsibility’ 또는 ‘Verantwortung’의 관념이 더 보편성을 지닌다.

헌법상 국가책임이라는 용어의 취지는 다음과 같다. 우선 ‘책임’ 앞에 ‘국가’를 붙여서 ‘국가책임’이라는 용어를 사용하는 취지는 국가가 지는 책임이라는 의미를 나타내기 위해서이다. 즉 책임의 주체를 나타낸다. 책임개념이 개인적 차원을 넘어 확장되면 국가가 책임의 주체가 되는 것도 자연스럽게 된다. ‘헌법상’이라는 수식어를 붙이는 이유는 국가책임의 판단에 관한 규범을 명확히 밝히기 위함이다. 국가가 수행하는 행위에 대한 법적 판단은 헌법 외에도 다른 여러 가지 규범으로 판단할 수 있기 때문에 국가책임을 판단하는 근거가 되는 최종 심급을 정확히 명시할 필요가 있다. 특히 국가책임이라는 용어가 국제법상 다루어지는 타국에 대한 국가의 책임귀속 문제에서 사용되거나 국가의 배상책임 문제에서 사용되는 경우가 많기 때문에 이러한 문제와 구별하고자 하는 것이다. 헌법상 국가책임은 국가 내부의 문제로서 국제법에 의하여 다루어지는 것이 아니고, 국가 내부의 문제 중에서도 과거를 다루는데 그치지 않고 확장된 책임개념에 기초하여 미래까지 다루고자 하는 취지가 있기 때문이다.

이상의 논의결과를 종합하여 헌법상 국가책임의 개념을 다소 투박하게 제시하면 ‘국가가 헌법에 근거하여 판단되는 사항에 대하여 지는 책임’이라고 할 수 있다. 그러나 이는 헌법상 국가책임의 개념을 실효성있게 제시하지는 못한 것이다. 따라서 헌법상 국가책임의 구성요소를 활용하여 그 개념의 실제적인 내용을 미리 제시하자면 ‘국가가 헌법적 가치 앞에서 헌법적 의무에 대하여 국민에게 지는 책임’이라고 정의내릴 수 있다.

Ⅲ. 헌법상 국가책임의 구성요소

1. 구성요소 도출원리

일반론적인 책임의 구성요소는 논자에 따라 일치된 것은 아니며, 다양한 형태가 제시되고 있다. 그 중에서 주체, 심급, 대상이 가장 최소한의 핵심적인 요소라고

12) Mark Bovens, “New Forms of Accountability and EU-Governance”, Comparative European Politics 5(1), Palgrave Macmillan(2007), p. 106.

할 수 있다. 책임의 명제를 “A가 B 앞에서 C에 대한 책임을 진다”라고 표현하면 ‘A가’는 주체, ‘B 앞에서’는 심급, C에 대한’은 대상에 해당한다.¹³⁾ 주체는 책임을 행하는 자이다. 심급은 판단의 단계나 수준을 의미하며,¹⁴⁾ 제재의 근거로서 기능한다. 대상은 행위 또는 행위의 결과 및 과제를 의미한다.¹⁵⁾ 책임의 구성요소에서 가장 기본이 되는 것은 이들 세 가지이지만 해당 책임의 성격에 따라 이들로부터 파생되는 관련 개념들도 책임의 구성요소가 될 수 있다.¹⁶⁾ 따라서 책임의 구성요소는 해당 책임의 성격에 따라 다르게 나타날 수 있다.

헌법상 국가책임에 책임의 구성요소를 적용한다면 헌법상 국가책임도 주체, 심급, 대상이 최소한도의 구성요소이다. 책임의 구성요소는 해당 책임의 성격에 따라 다른 파생개념들이 추가될 수 있음을 밝힌 바 있다. 따라서 헌법상 국가책임의 성격상 상기한 최소한도의 세 가지 구성요소 외에 다른 파생개념이 구성요소가 될 수 있는지를 추가적으로 검토할 필요가 있다. 법규범과 관련된 영역의 연구에서는 심급 대신 관계자로서 귀속의 객체라는 요소를 활용하여 주체, 객체,¹⁷⁾ 대상이라는 세 가지 요소가 책임의 전형적인 형태를 구성한다는 견해도 있고,¹⁸⁾ 한편으로는 심급과 객체를 모두 포함하여 책임의 구성요소를 주체, 심급, 객체, 대상이라는 네 가지 요소로 보는 견해도 있다.¹⁹⁾ 어느 견해에 의하더라도 주체와 대상은 책임의 구성요소에 해당되며, 헌법상 국가책임에서 심급과 객체를 어떻게 볼 것인가가 문제이다. 생각건대 헌법상 국가책임이 궁극적으로는 헌법이라는 규범에 관련된 법

13) 주체, 심급, 대상 등 책임의 구성요소들이 책임의 명제에서 어떠한 문구로 나타나는지에 관하여 자세한 내용은 김양현/노영란/변순용/임채광, “책임개념에 대한 실천윤리적 해명”, 『법한철학』 제39집(법한철학회, 2005), 310~311면 참조.

14) 예를 들어 “경제가 최고 심급이다”라고 하면 세상은 정치나 문화 등 다양한 요소에 의하여 중층적으로 결정되지만, 어떠한 판단을 내릴 때 경제가 가장 많은 영향을 부여한다는 의미이다(小川仁志, 이용택 옮김, 『철학 용어 사전』(미래의창, 2014), 214면).

15) Hans Lenk, “Gewissen und Verantwortung als Zuschreibungen”, Zeitschrift für philosophische Forschung 41(4), Vittorio Klostermann GmbH(1987), S. 573.

16) Silke Schicktanz/Mark Schweda, “The Diversity of Responsibility: The Value of Explication and Pluralization”, Medicine Studies 3(3), Springer(2012) p.133.

17) 귀속의 객체는 책임의 주체, 즉 책임의 대상이 되는 행위를 수행하여야 하고 책임이 귀속되는 자와는 책임관계를 매개로 하여 대칭 관계에 놓여있는 자이다. 따라서 귀속의 객체를 책임의 객체라고 표현하여도 무리가 없을 것이다. 책임의 구성요소 중 주체, 심급, 대상은 모두 그 앞에 ‘책임의’라는 말이 생략된 것으로 보아도 무리가 없다면 책임의 객체를 ‘객체’라고 표현하여도 무리가 없을 것으로 판단된다.

18) 김영환, “위험사회에서의 책임구조: 자연 재해에 대한 법적 담론”, 『홍익법학』 제14권 제1호(홍익대학교 법학연구소, 2013), 826면.

19) Jann Holl, “Verantwortung zwischen sozialer Ordnung und individualer Freiheit”, in Ernst-Joachim Lampe(Hrsg.), Verantwortlichkeit und Recht, Westdeutscher Verlag(1989), S. 40~42.

적 책임이라는 점을 고려하면 주체, 심급, 대상, 객체가 모두 구성요소라고 하는 것이 타당하다고 본다. 법적 책임은 책임의 존재여부를 판단하는 기준이 되는 법적 근거가 중요한 역할을 한다. 따라서 책임 판단의 요소인 심급은 결코 배제될 수 없다. 그리고 법적 책임은 윤리적 책임과 같은 비법적 책임과 달리 관련 문제의 실제적 해결 수단으로 소송이 활용되는 것과 같이 헌법상의 책임 문제는 헌법재판을 통하여 실제적인 판단과 해결이 이루어진다. 헌법재판은 당사자적격이 확인되는 것을 전제로 하며, 헌법재판의 당사자적격을 확인하려면 누구에 대한 책임을 다루는 문제인지 밝혀져야 한다. 따라서 책임에 관련된 행위와 그러한 행위에 따른 효과의 귀속이 있는 객체를 구분하여 구성요소로 볼 필요성이 있다. 결국 헌법상 국가책임의 구성요소는 주체, 심급, 대상, 객체라고 할 수 있다.

헌법상 국가책임의 주체는 상기한 바와 같이 국가이다. 헌법상 국가책임의 심급은 헌법적 가치이다. 따라서 헌법적 명제로 표현된 공동체의 가치, 즉 헌법상 국가책임의 존재 여부와 대상은 헌법적 가치에 근거하여 판단하여야 한다. 헌법상 국가책임의 대상은 헌법상 의무이다. 책임의 대상은 어떠한 행위를 하여야 하는지에 대한 문제이다. 책임이 이루어졌다고 인정되려면 유효한 규범과 합치되는 선한 행위가 이루어져야 한다.²⁰⁾ 헌법상 국가책임에서 유효한 규범이란 헌법을 의미하며, 유효한 규범과 합치되는 선한 행위란 헌법상 발현되는 의무를 수행하는 헌법합치적 행위를 의미하게 된다. 헌법상 국가책임의 객체는 주권자이자 헌법적 가치인 기본권을 향유하는 자인 국민이다. 국민은 주권자로서 헌법적 가치를 결정하고 규범화함으로써 의무를 창출하여 국가에 그러한 의무를 수행할 것을 요구하는 동시에, 그러한 요구의 실현에 따라 헌법적 가치를 누리게 된다. 이러한 구성요소들의 구체적 내용이 무엇인지를 살펴보는 것이 바로 헌법상 국가책임의 구체적 내용을 확인하는 과정이 된다.

2. 책임의 주체인 국가

가. 국가의 의의

국가는 그 자체로서 복잡한 주제를 형성하기 때문에 확정적 개념을 정할 수 없으며, 불가결한 다양성과 상대성을 지닌 다의적 개념이다. 따라서 국가는 법학적 측면에서도 중요한 기초적 주제가 되고 있다.²¹⁾

20) 김영환, 전제논문, 826면.

21) 이승우, 「國家論」(두남, 2010), 77면.

국가관을 바라보는 시각의 차이에 의하면 국가의 개념은 사회학적 국가개념과 법학적 국가개념, 국내법적 국가개념과 국제법적 국가개념, 정태적 국가개념과 동태적 국가개념, 협의의 국가개념과 광의의 국가개념으로 구분될 수 있다고 한다. 사회학적 국가개념은 국가의 생성과 존립과정을 과학적으로 인식하고자 하는 사회학적 연구를 통하여 도출되는 것이고, 법학적 국가개념은 국가의 표준규범인 법률을 중심으로 하여 국가를 인식하고자 하는 법학적 연구를 통해 도출되는 것이다. 국내법적 국가개념은 국가의 법적 정의를 국내법적 관점에서 시도하는 구체적-특수적 국가개념이고, 국제법적 국가개념은 국가의 법적 정의를 국제법적 관점에서 시도하는 구체적-일반적 국가개념이다. 정태적 국가개념은 국가를 이미 선제하는 것으로 전제하는 것이며, 동태적 국가개념은 국가가 선제되어 있고 고정된 것이 아니라 계속 변화하는 것이라고 보는 것이다. 협의의 국가개념은 국가를 통치조직 내지 국가권력의 행사자로 보고 사회와 국민 개개인에 대한 대립물로서 이해하는 것이며, 광의의 국가개념은 국가를 사회까지 전체적으로 아우르는 추상적 의미의 공동체로서 이해하는 것이다.²²⁾

생각건대 헌법이라는 규범과 관련된 문제에서 모색하고자 하는 국가의 개념은 사회학적 국가개념보다는 법학적 국가개념 내지 법규범적 국가개념²³⁾에 더 가까울 수밖에 없다. 다만 사회학적 국가개념을 전적으로 배척하는 것이 아니라 상대적으로 법규범적 국가개념에 더 많은 비중을 두는 것으로 이해되어야 한다. 헌법은 모든 법률의 기초가 되는 법으로서 법규범적 국가개념의 근간을 이룬다는 점을 전제로 하면 국내법적 국가개념과 동태적 국가개념이 적절하다는 점을 도출할 수 있다. 헌법의 세계화가 보편적인 현상으로 확실히 자리잡았다고 보기에는 아직 무리가 있기 때문에 일단 헌법은 국내법으로 보아야 한다. 또한 헌법은 일반적인 법률보다 개정의 빈도가 적을 수밖에 없기 때문에 별도의 개정이 없더라도 미래의 사회변동에 대응할 필요성까지 충족하여야 할 필요성이 있는 규범이다. 사회변동은 정태적 국가개념보다 동태적 국가개념에 더욱 부합될 개연성이 높다.

한편 협의의 국가개념과 광의의 국가개념은 양립가능하며 모순되는 개념이 아니라고 본다. 헌법에서 국가란 용어는 국가권력의 행사주체와 일정 범위의 인적·공

22) 국가관을 바라보는 시각의 차이에 의하여 나타나는 다양한 국가의 개념에 관하여 자세한 내용은 이승우, 전제서, 78~87면 참조.

23) 법학적 국가개념은 법률 등 법규범에 기반하여 도출하는 개념이기 때문에 법학적 국가개념을 법규범적 국가개념으로 지칭하는 것은 무리가 없을 것으로 본다. 이하에서는 ‘법학적 국가개념’ 대신 ‘법규범적 국가개념’이라는 용어를 사용한다.

간적 공동체라는 두 가지 의미로 활용되며,²⁴⁾ 전자는 협의의 국가개념과 같은 맥락이고 후자는 광의의 국가개념과 같은 맥락으로 볼 수 있다. 생각건대 국가권력의 행사주체와 인적·공간적 공동체는 양립이 불가능한 개념이 아니다. 통상 정부라고 표현하는 국가권력의 행사주체는 인적·공간적 공동체로부터 국가권력의 행사에 관한 수권을 통하여 국가권력을 해당 공동체를 위한 목적으로 행사할 수 있게 되었다고 보아야 한다.²⁵⁾ 다만 광의의 국가인 인적·공간적 공동체가 주권자인 것은 아니며, 공동체를 구성하는 개별 국민들이 주권자이다. 개별 주권자들이 주권을 행사하여 공동체의 통일된 의사를 결정하고, 그러한 의사의 내용에 따라 수권이 구체적으로 이루어지고 협의의 국가를 구성함으로써 전체로서의 국가가 완성되는 것이다.

나. 국가의 기능

국가의 기능은 현대 헌법국가의 발전단계에 따라 근대국가, 민주적 법치국가, 사회적 법치국가의 세 가지로 나누어 설명하는 것이 가장 일반적인 기준이라고 한다. 헌법국가로의 발전의 초기단계인 근대국가 단계에서 국가의 목적과 기능은 질서와 평화의 유지이다. 민주적 법치국가 단계에서 추가된 국가의 기능은 정치적·법적 자유와 평등의 보장이다. 사회적 법치국가 단계에서 추가된 국가의 기능은 실질적 자유와 평등의 보장이다.²⁶⁾

이러한 국가의 기능은 일종의 단계적 피라미드를 형성한다. 즉 이전 단계에서 등장하였던 국가의 기능은 그 이후에 계속 유용하다.²⁷⁾ 이는 과거의 역사적 사실에 의하면 타당하다고 할 수 있다. 예를 들어 질서와 평화의 유지를 위한 군대와 경찰 조직은 근대 국가에서뿐만 아니라 민주적 법치국가와 사회적 법치국가에서도 형태와 운영방식 등에서 변화가 있을 뿐 질서와 평화의 유지를 위한 강제력을 보

24) 현행 한국 헌법에서 사용되는 국가의 개념을 주민 공동체, 영토 공동체, 국가권력 행사주체로서의 정부라는 세 가지로 나누고 각 조문에서 의미하는 국가의 개념이 이 세 가지 중 무엇에 해당하는지를 확인한 바에 의하면 정부를 의미하는 경우가 가장 많으며, 주민 공동체 또는 영토 공동체를 의미하는 경우도 상당수 발견되고 있다(김주영, “현행 헌법상의 ‘국가’ 개념에 관한 고찰”, 『법학논총』 제20집(숭실대학교 법학연구소, 2008), 117~126면). 주민 공동체와 영토 공동체를 모두 공동체라는 하나의 유형으로 단순화하면 주권 내지 국가권력을 매개로 하여 국민과 영토라는 일정 범위의 인적·공간적 토대에 기반하여 형성되는 인적·공간적 공동체라고 지칭할 수 있다.

25) 全鍾杓, “공동체로서의 국가와 정부”, 『서울대학교 法學』 제55권 제4호(서울대학교 법학연구소, 2014), 303면.

26) 이승우, 전계서, 124~129면.

27) 이승우, 전계서, 124면.

유하고 행사한다는 본질은 변하지 않은 상태로 계속 존재하여 왔다. 이는 국가의 기능으로서 질서와 평화의 유지가 계속 유용하다는 점을 의미한다.

다. 국가와 사회의 관계

사회라는 용어의 의미는 군주가 지배하던 시대에는 군주가 지도하고 조종하는 국가의 영역에 포섭되어 있다가 근대 유럽에서 국가의 영역으로부터 벗어나는 현상이 나타난 생활영역이라고 할 수 있다.²⁸⁾ 근대 이전에는 군주를 비롯하여 국가의 정치권력을 행사하는 집단이 경제권력을 직접적으로 행사하였으나, 근대 이후에는 경제과정이 시장 매커니즘에 의하여 매개되면서 정치와 경제는 구별되었다. 한편 경제 외에도 여러 가지 사회적·문화적 활동이 이루어지는 제반 영역들이 사회 구성원들의 자발적 의사에 의하여 이루어지는 사적인 활동영역으로 조직되면서 이러한 영역들도 정치와 구별되게 되었다.²⁹⁾ 이러한 과정을 통하여 국가와 사회는 동의어가 아니며 별개의 개념이라는 관념이 형성되었다고 할 수 있다.

한국 헌법은 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”라는 제119조 제1항과 같이 국가의 영역과 구별되는 사회의 영역이 존재함을 전제로 하고 있다.³⁰⁾ 이는 헌법이라는 규범을 통하여 국가의 개념이 법적으로 구성되고 있음을 의미한다. 그리고 한국에서는 과거 민주화 운동의 역사에서 알 수 있는 바와 같이 국가와 시민사회의 갈등이 존재한 바가 없지 않기 때문에 국가와 사회의 구별의 필요성도 인정될 수 있다. 다만 현대의 민주주의와 사회국가원리 등을 고려하면 국가와 사회의 분리는 극복되어야 한다는 것이 거의 일치된 의견이며, 양자는 필연적으로 결합과 혼합현상이 나타나고, 사회국가원리가 여전히 유효한 상황에서 국가가 없는 사회는 존재하지 않을 것이라고 한다.³¹⁾ 즉 국가와 사회는 구별되어야 하는 개념이지만 반드시 분리되어야만 하는 것은 아니다.

3. 책임의 심급인 헌법적 가치

가. 헌법적 가치의 의미

28) 김승환, “국가와 사회의 구별”, 「공법연구」 제26집 제1호(한국공법학회, 1998), 438면.

29) 서울대학교 정치학과 교수, 「정치학의 이해」(박영사, 2003), 163면.

30) 김승환, 전제논문, 451면.

31) Ernst-Wolfgang Böckenforde, 金孝全 옮김, “國家와 社會의 憲法理論의 區別”, 「동아법학」 제4호 (동아대학교 법학연구소, 1987), 145~146면.

가치의 개념은 일의적으로 파악될 수 없지만 일반적으로 ‘어떤 종류의 좋음 또는 바람직한 것’으로 이해된다. 좋은 삶 또는 성공적 삶은 각 개인들의 다양한 삶의 가치에 따라 주관적으로 정하여진다. 이러한 주관적 개별적 가치의 표상들이 모여 일반적으로 한 사회의 주요한 선 개념과 객관적 가치를 형성한다. 공동체 구성원은 객관적인 사회적 가치와 선을 내면화하면서 이상을 형성하고 자신의 삶을 계획한다.³²⁾

헌법은 규범, 가치, 힘이 끊임없이 긴장과 갈등을 만들어내는 현장이다.³³⁾ 헌법의 형성과 효력에서 가치가 중요한 역할을 수행하지만 가치만이 절대적 의미를 지니지는 않는다. 헌법은 제정 또는 개정을 통하여 형성되면서 중요한 가치를 정하여 규범화하고, 그러한 제정 또는 개정은 국민의 헌법제정권력 내지 헌법개정권력 행사에 의하여 표출된 인적·공간적 공동체의 통일된 의사에 의한다. 중요한 가치를 정한다는 점에서는 가치에 중점을 두는 견해가 의미를 지니며,³⁴⁾³⁵⁾ 헌법제정권력 내지 헌법개정권력이라는 힘에 기초하여 결정한다는 점에서는 힘에 중점을 두는 견해가 의미를 지닌다.³⁶⁾ 한편 그러한 가치의 선정과 결정을 통하여 헌법이 형성되면 규범의 형태를 지니게 된다. 이를 통하여 규범력이라는 효력이 부여될 수 있는 외적 요건을 갖추게 되며, 헌법이 성립한 이후의 후속세대들은 직접 헌법의 형성에 참여하지 않았더라도 현존하는 헌법 규범을 통하여 무엇이 헌법적 가치로서 중요한 가치인지 알 수 있게 된다. 이 점은 규범에 중점을 두는 견해가 의미를 지닌다.³⁷⁾ 결국 헌법의 형성과 효력의 발생은 규범, 가치, 힘 중 어느 한 가지에 전적으로 의존하지 않으며 복합적 요인에 의하여 이루어짐을 알 수 있다. 즉 국민이 인적·공간적 공동체인 광의의 국가가 나타내는 의사를 형성하는 힘의 행사를

32) 이상형, “가치와 규범, 그 대립과 종합”, 『사회와 철학』 제29집(사회와 철학 연구회, 2015), 274면

33) 오세혁, “國家와 規範·價值·힘-公法學 方法論에 관한 法哲學的 考察-” 『공법연구』 제29집 제1호 (한국공법학회, 2000), 60면.

34) 헌법학에서 가치에 중점을 두는 통합주의에 의하면 “군인은 용감하여야 가치가 있다”라는 가치 판단을 전제로 하여 “군인은 용감하여야 한다”라는 규범이 성립한다고 한다(오세혁, 상계논문, 70면).

35) 가치에 중점을 두는 견해가 의미를 지닌다는 것은 어디까지나 헌법에서 가치의 역할에 대한 주의를 환기하였다는 점에 주목한 것이며, 통합주의가 중시하는 가치의 내용을 따른다는 의미는 아니다. 따라서 개인의 자유와 다양한 이해관계를 반영하고 전체의 통합과는 무관한 가치도 중요한 가치로서 헌법적 가치가 될 수 있다.

36) 헌법학에서 힘에 중점을 두는 결단주의에 의하면 헌법은 힘에 바탕하여 헌법제정권력자가 내린 정치적 결단에 의하여 형성되고, 그러한 힘이 효력의 근거가 된다고 한다(오세혁, 전계논문, 72면).

37) 헌법학에서 규범에 중점을 두는 규범주의에 의하면 “군인은 용감하여야 한다”라는 규범이 있기 때문에 “군인은 용감하여야 가치가 있다”라는 가치판단이 가능하다고 한다(오세혁, 전계논문, 70면).

통하여 무엇이 중요한 가치인지를 정하고, 그러한 가치를 규범의 형태로 정돈한 것이 헌법이다. 정리하자면 힘은 헌법을 형성하는 주체에 관련되고, 가치는 헌법의 내용에 관련되며, 규범은 헌법의 외형에 관련된다. 그리고 헌법적 가치란 국가가 중요하다고 판단한 가치로서 헌법이라는 규범의 내용을 이루면서 규범으로서의 형태에 따라 그에 상응하는 규범력을 부여받은 가치라고 할 수 있다. 모든 헌법은 특유의 이념 및 가치질서를 내용으로 하고 있으며, 각 헌법에 내재하는 이념 및 가치질서는 해당 헌법의 핵심적 내용이라고 할 수 있다.³⁸⁾

나. 헌법적 가치의 규범적 구조

헌법적 가치는 가치라는 명칭으로서 별도로 명시되어 선언되는 것이 아니라 헌법 내의 여러 규정에 흡수된 상태로 산재되어 있다. 한국의 경우 헌법이 추구하는 궁극적인 가치는 헌법 전문에서 찾을 수 있다. 헌법 전문에 의하면 “...우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서...헌법을...개정한다.”라고 명시하고 있다. 따라서 현행 한국 헌법은 국민의 안전, 자유, 행복에 이바지하고자 만들어진 것이며, 이는 헌법제정의 목적이자 헌법이 추구하는 궁극적 가치이다.

그러나 헌법적 가치를 실제로 실현하는 것, 그리고 침해받지 않도록 보호하는 것은 헌법 전문에서 궁극적 가치를 선언하는 것만으로는 해결되지 않는다. 헌법전문은 여러 가지 가치들을 정하여 성문화하고 있으며, 그러한 헌법적 가치는 기본권의 형태로 나타날 수도 있고 그 외의 다른 형태로 나타날 수도 있다. 즉 여러 가지 가치들 중에서 헌법이 보호하여야 할 가치가 헌법적 가치이고, 그러한 헌법상 가치는 보호의 정도에 따라 기본권이라는 권리로서 보호되는 경우도 있고 권리로서 보호되는 정도에까지는 이르지 못하는 경우가 있는 것이다.³⁹⁾ 그리고 기본권을 보장하고 헌법상 원리를 준수하는 과정을 통하여 헌법적 가치를 실현함으로써 국민의 안전, 자유, 행복을 영원히 확보하는 것이 헌법에 의하여 정당성을 부여받는 대한민국이라는 국가가 존재하는 목적이 된다.

다. 헌법적 가치의 종류

헌법적 가치의 종류는 헌법원리, 기본권, 제도보장, 국가목표 등으로 제시할 수

38) 權寧星, 「憲法學原論」(법문사, 2011), 12면.

39) 鄭宗燮, 「憲法學原論」(박영사, 2012), 290~291면.

있다. 각각의 의미와 가치와의 관련성을 살펴보면 다음과 같다.

헌법원리란 헌법의 이념적 가치인 동시에 헌법을 지배하는 지도원리이다.⁴⁰⁾ 헌법재판소 판례에 의하면 헌법재판소는 “우리 헌법은…자유민주주의를 헌법질서의 최고 기본가치로 파악하고…”⁴¹⁾라고 판시하여 헌법원리가 헌법적 가치임을 명시하고 있다.⁴²⁾ 헌법원리는 헌법원칙보다 상위의 범주이며, 헌법원칙은 헌법원리를 보다 구체적으로 표현하는 것이다.⁴³⁾ 따라서 헌법원리는 헌법 전체의 성격을 좌우할 정도로 비중이 있으며, 그 적용을 통하여 헌법질서의 형성방식과 방향이 달라질 수 있는 원리어야 한다. 이러한 기본원리에 해당하는 것으로 비교적 합의가 이루어지고 있는 것은 민주주의원리, 법치주의원리, 사회국가원리이다.⁴⁴⁾

기본권이란 자연권사상에 바탕을 둔 천부인권론에 기초하여 실정헌법상 보장하고 있는 일련의 자유와 권리에 관한 규범적 이해의 체계로 볼 수 있다.⁴⁵⁾ 기본권은 헌법의 중심가치이며 헌법질서의 형성과 유지는 기본권을 중심으로 체계화된다. 오늘날 기본권은 주관적 공권이자 객관적 가치질서로 인정받고 있다. 헌법을 가치질서로 볼 때, 헌법이 지향하는 가치를 가장 잘 표현하는 것은 기본권이며, 기본권은 헌법이 지향하는 중심적인 가치라고 할 수 있다.⁴⁶⁾

제도보장이란 주관적 권리가 아닌 객관적 법규범인 객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것으로서, 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 정한 것이다.⁴⁷⁾ 제도보장에서 다루는 헌법적 가치는 불가치적인 제도가 아니고, 공동체에게 필요한 가치를 반영한 제도의 본질을 유지하는 것이다. 따라서

40) 헌법재판소 2001. 3. 21. 선고 99헌마139 등 병합결정.

41) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2000헌마238 등 병합결정.

42) ‘자유’민주주의라는 용어의 타당성에 대하여 논쟁이 있으나, 이에 대한 검토는 본 논문에서 다루지 않기로 한다. 상기 논쟁에 관하여 자세한 내용은 이춘구, “자유민주주의의 공법적 고찰-민주주의 논쟁 중심으로-”, 『법학연구』 제34집(전북대학교 법학연구소, 2011), 384면 이하 참조.

43) 白守原, “헌법상 투명성 원칙에 관한 연구”(성균관대학교 박사학위논문, 2011), 75면.

44) 장영수, 『헌법학』(홍문사, 2014), 140면. 이와 동일하게 보편적으로 인정되는 헌법의 기본원리가 민주주의, 법치주의, 사회국가원리라는 점을 전제로 하는 것으로 추정될 수 있는 문헌으로는 강일신, “헌법상 기본무의 실현”, 『공법학연구』 제15권 제1호(한국비교공법학회, 2014), 110~113면 ; 金晟俊, “헌법상 정보국가원리에 관한 연구”(동국대학교 박사학위논문, 2009), 123~130면 ; 이준일, “세 가지 국가원리의 관계-이성법적 국가원리로서 민주적·사회적 헌법국가-”, 『안암법학』 제23호(안암법학회, 2006), 1면 이하 참조.

45) 成樂寅, “基本權의 概念과 範圍—一般理論”, 『基本權의 概念과 範圍에 관한 研究』(헌법재판소, 1995), 15면.

46) 장영수, 전거서, 421-422면.

47) 헌법재판소 1997. 4. 24. 선고 95헌마48 결정.

이는 공동체의 주관적 가치판단과 관련성이 있고, 헌법적 가치로서 인정될 수 있다.

국가목표란 헌법상의 규정을 통하여 달성하고자 하는 국가기관의 행위에 대한 지시와 지침이다. 국가목표는 헌법이 추구하는 가치 중 특정 가치를 실현하기 위하여 국민 개개인에게 주관적 권리는 부여하지 않으면서 국가에게 가치의 실현을 요구하는 것이다. 그러한 가치는 개개인에게 배분하기에는 적절하지 않은 것으로서 특히 개개인이 국가에 대하여 헌법을 근거로 직접 청구하는 것이 공동체의 유지나 지속가능한 발전에 적절하지 않은 것이다.⁴⁸⁾ 즉 국가목표는 헌법적 가치 중에서 권리로서 보호되는 정도에까지는 이르지 못한 것에 해당한다.

4. 책임의 대상인 헌법상 의무

가. 헌법상 의무의 의의

한국어에서 의무의 사전적 개념은 ‘사람으로서 마땅히 하여야 할 일, 곧 맡은 직분’, ‘법률로써 강제로 하게 하거나 하지 못하게 하는 일’⁴⁹⁾ 등이다. 헌법상 의무란 헌법이 하게 하거나 하지 못하게 하도록 정한 바에 따라 마땅히 하여야 할 내지 직분이라고 할 수 있다. 의무는 영어로 ‘duty’와 ‘obligation’이라는 두 가지로 번역될 수 있으며, 양자는 의미상 분명한 차이가 있다고 한다. ‘duty’는 조직체의 역할 관계에서 형성되며, ‘obligation’은 약속관계나 보상적 관계에서 형성된다.⁵⁰⁾

헌법상 의무란 ‘헌법 규범을 통하여 도출되는 의무’이며, 헌법 규범의 존재로부터 도출된 당위라고 할 수 있다. 헌법에서 정한 의무는 계약 등에 따른 약속이나 보상적 관계라기보다는 국가이기 때문에 또는 국민이기 때문에 하여야 하는 것이다. 따라서 헌법상 의무는 국가 단위의 공동체라는 조직체의 역할 관계에서 형성되는 것으로서 ‘duty’의 관념으로 보아야 한다. 특히 헌법상 국가책임과 관련되는 헌법상 국가의 의무는 그러한 성격이 명백하다. 헌법상 국가책임은 확장된 책임개념에 기초한 미래지향적 요소를 상당부분 포함하고 있음을 앞에서 밝힌 바 있다. 이와 같은 미래지향적 책임은 역할 내지 기능에 의하여 기대되거나 요청되는 것이다.⁵¹⁾ 따라서 헌법상 국가책임은 책임의 주체인 국가가 귀속의 객체인 국민에게

48) 鄭宗燮, 전계서, 296-297면.

49) 민중서림 편집국, 전계서, 2014면.

50) ‘duty’와 ‘obligation’의 의미상 차이에 관하여 자세한 내용은 李鍾殷, “플라톤, 홉스, 롤스에 있어서 義務라는 概念의 區分”, 『한국정치학회보』 제17집(한국정치학회, 1983), 19-21면 참조.

51) 김양현/노영란/변순용/임채광, 전계논문, 309면.

채무 등의 이행을 약속하거나 손해에 대한 보상을 하여야 하는데서 발생하는 책임은 아니며, 관련되는 헌법상 국가의 의무는 국가라는 지위 그 자체로부터 발생하는 책임준수의 기대 및 요청에 의하여 형성되는 의무이다.

나. 헌법상 의무와 헌법상 국가책임의 관계

책임의 개념은 의무를 핵심적인 요소로 포함한다. 책임은 권한 및 행동의무와 연결되어 있다고 한다. 즉 권한이 할당된 자는 그 권한을 질서있게 이행할 의무를 지고, 이에 대하여 책임을 진다는 것이다.⁵²⁾ 책임과 의무를 사실상 동의어로 보고 책임은 의무로서 정립되어 있는 사항을 의미한다고 할 수도 있다.⁵³⁾ 이러한 기존의 논의들을 살펴보면 설령 책임과 의무를 동의어로 보지는 않더라도 어떠한 책임이 있다는 것은 책임의 주체가 마땅히 하여야 하는 일이 의무로서 존재함을 전제로 한다는 점은 명백하다.

특히 법적 책임에서는 의무 개념이 중요한 의미를 지닌다. 책임의 대상은 어떠한 행위를 하여야 하는지에 대한 문제이며, 책임이 이루어졌다고 인정되려면 유효한 규범과 합치되는 선한 행위가 이루어져야 한다.⁵⁴⁾ 여러 가지 규범 중에서 법규범은 강제력을 지닌 의무를 부과하는 형태의 명제를 제시한다. 법적 책임은 법적 효력을 지닌 법규범에서 정한 의무에 의하여 창설되고, 비법적인 책임도 새로운 법규범을 통하여 종전에 없던 의무가 생성되면 이를 매개로 하여 법적인 책임으로 전환될 수 있다. 반대로 종전의 법규범이 변경되거나 제거되어 법적 의무가 소멸되면 본래 법적인 책임이었던 것이 비법적인 책임으로 전환될 수도 있다.⁵⁵⁾ 헌법상 국가책임에서 유효한 규범이란 헌법을 의미하며, 헌법도 다른 법규범과 마찬가지로 강제력을 지닌 의무를 부과하는 형태의 명제를 제시한다. 결국 국가가 헌법상 국가책임을 다하고자 한다면 헌법상 의무를 수행함으로써 유효한 규범과 합치

52) 朴在胤, “독일 공법상 국가임무론에 관한 연구-우리나라 전력산업과 관련하여-”(서울대학교 박사학위논문, 2010), 78면.

53) 강형철, “사이버 커뮤니케이션과 공익”, 『사이버커뮤니케이션학회』 제17호(사이버커뮤니케이션학회, 2006), 34면.

54) 김영환, 전계논문, 826면.

55) 법적 의무의 소멸에 따른 비법적인 책임으로의 전환으로는 간통죄의 폐지에 의한 간통행위의 비범죄화가 대표적인 예가 될 수 있다. 간통죄가 폐지됨에 따라 간통죄가 부과하던 형사적 측면의 법적 책임은 소멸된다. 그러나 간통이 부도덕하다는 점이 소멸된 것은 아니기 때문에 간통행위에는 여전히 도덕적 측면의 비법적인 책임이 존재한다. 그리고 법적인 책임의 생성과 소멸은 부분적으로만 이루어지는 것도 가능하다. 간통행위에 대한 형사적 측면의 법적 책임(Schuld)은 소멸되었으나 민사적 측면의 법적 책임(Haftung)은 여전히 존재한다.

되는 행위를 하였다는 인정을 받아야 한다고 할 수 있다. 그러한 의무를 부여하는 명령은 헌법에서 도출되며, 궁극적으로는 주권자 내지 헌법제정권자인 국민이 형성한 인적·공간적 공동체인 광의의 국가가 명령을 내리는 것이다.

다. 헌법상 의무와 권리의 관계

권리와 의무의 관계에 대한 논의는 이익설과 의사설이라는 두 가지 견해를 중심으로 전개되었다. 고전적 의미에서 이익설이란 법에 의하여 부과된 의무로부터 이익을 얻는 것이 권리라는 견해이며, 의사설이란 일정한 법률관계에서 권리주체의 의사가 다른 주체의 의사보다 우월한 지위에 있음을 법적으로 인정하는 것이 권리라는 견해이다⁵⁶⁾ 민사법상의 권리가 아닌 공법상의 권리는 의사설에 의한 권리의 특징을 나타내지 않는다.⁵⁷⁾ 따라서 공법학의 관점에서는 이익설을 채택하는 것이 타당하다고 본다.

이익설에 의하면 의무는 권리로부터 도출되기도 하고 그 외의 규범적 요구로부터 도출되기도 한다.⁵⁸⁾ 즉 의무 중에는 권리와 무관한 의무도 있는 것이며, 권리와 무관한 법규범도 법적 의무의 존재를 나타내는 표지가 될 수 있다. 이를 헌법상 국가의 의무와 기본권의 관계에 대입시킨다면 헌법상 국가의 의무는 그 반대급무로서 국민의 기본권이 존재하여야만 발생하는 것이 아니며, 기본권과 무관한 헌법상 의무도 존재할 수 있게 된다.

라. 헌법상 의무와 헌법원리의 관계

원리란 누군가의 의욕이 개입되지 않은 개념으로서 당위적인 것을 의미하지는 않는다.⁵⁹⁾ 헌법원리는 헌법적 가치를 담은 여러 규정들에서 공통적으로 존재하는 원리로서 지도원리라는 특성상 기본권규정, 제도보장규정, 국가목표규정 등 헌법상의 여러 규정을 통하여 종합적으로 구성되는 것이다. 헌법재판소는 “우리 헌법은…자유민주주의를 헌법질서의 최고 기본가치로 파악하고, 이러한 헌법질서의 근간을 이루는 기본적 가치를 ‘기본질서’로 선언한 것이다. 우리 재판소도 “우리 헌

56) 金度均, “법적 권리에 관한 연구(Ⅰ)”, 「서울대학교 법학」 제43권 제4호(서울대학교 법학연구소, 2002), 197면.

57) 金度均, 상계논문, 203면.

58) 金度均, 전계논문, 206면.

59) 조우영, “중등학교 법 교육을 위한 우리나라 현행 헌법의 핵심적 가치·원칙 체계 이해”, 「시민교육연구」 제46권 4호(한국사회과교육학회, 2014), 148면.

법은 자유민주적 기본질서의 보호를 그 최고의 가치로 인정하고 있고, 그 내용은 모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서를 말한다. 구체적으로는 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등을 의미한다”고 천명한 바 있다⁶⁰⁾라고 판시한 바 있다. 그 논증구조를 보면 기본가치로서 자유민주주의라는 헌법원리를 상정하고, 그러한 기본가치의 근간을 이루는 또다른 가치들을 묶어서 질서라고 지칭한다. 그리고 질서의 구체적 내용으로 기본권, 각종 제도, 헌법원칙 등이 다양하게 포섭된다. 상기 판례의 논증구조에 초점을 맞추어 살펴보면 헌법원리를 헌법적 가치로 보고, 그러한 헌법원리는 헌법의 다양한 규범이 조합되어 형성된다는 것을 알 수 있다. 헌법원리는 특정 규정이 요구하는 당위가 아니라 그러한 규정들의 존재를 체계적으로 정리한 결과로서의 성격이 있다. 따라서 헌법원리 그 자체가 직접적으로 특정한 헌법상 의무를 도출한다고 할 수는 없다. 그러나 가치의 존재를 바탕으로 하여 형성된 원리이기 때문에 가치와 무관하지 않으며, 그 때문에 헌법의 이념적 가치이자 지도원리로서 기능할 수 있다. 따라서 헌법원리는 개별 헌법상 의무를 직접 도출하지는 않지만 헌법상 의무 관련 문제에 대한 판단기준으로서는 기능할 수 있는 것이다.

마. 헌법상 의무를 부여하는 규범적 요구

헌법의 규범적 요구는 사회적 문제를 헌법적 가치에 합치되도록 해결하기 위한 것으로서 단지 그때그때 발생하는 사회적 문제의 개별적 대처뿐만 아니라 궁극적으로 헌법적 가치를 실현하는 것으로 연결된다. 헌법적 가치가 실현되려면 일정한 행위가 요구되어야 하고 그러한 요구는 헌법을 통하여 드러나야 한다. 헌법적 가치는 헌법원리, 기본권, 제도보장, 국가목표를 통하여 실현됨은 앞에서 살핀 바와 같다. 그렇다면 이러한 헌법적 가치에 입각하여 개인이 해결할 수 없는 사회적 문제를 해결하기 위하여 국가에게 제시되는 규범적 요구가 제시되어야 한다. 그러한 규범적 요구들은 국가가 반드시 행하여야 하는 일정한 행위 유형을 밝힌다고 이해하는 것이 타당하다. 반드시 행하여야 한다는 것은 곧 당위로서 의무의 발생을 의미하기 때문에 이로부터 국가가 수행하여야 하는 헌법상 의무도 이끌어낼 수 있다. 다만 헌법원리는 헌법상 의무 관련 문제에 대한 판단기준이 되지만 의무 그

60) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2000헌마238 등 병합결정.

자체를 직접적으로 이끌어내지 못함을 앞에서 밝혔다. 그렇다면 헌법상 국가의 의무는 헌법원리를 제외한 나머지 헌법적 가치인 기본권의 보장, 제도보장을 통한 제도의 본질성 유지, 국가목표의 실현을 위하여 국가가 하여야 하는 행위를 실행하는 것이어야 한다. 이로부터 헌법상 국가의 의무는 기본권보장 의무, 제도보장 의무, 국가목표 실현 의무라는 세 가지로 유형화할 수 있다.

5. 책임의 객체인 국민

가. 국민의 의의

국민이란 국가에 속하는 개개의 자연인이다.⁶¹⁾ 국민이 누구인지를 결정하는 문제에서 헌법이나 국적법 등 관련 법규범은 적절한 기준을 제시하는데 한계가 있다. 국민들은 일정한 징표를 공유한다. 따라서 국민임을 결정하는데 필요한 표지로서 국민이 공유하는 징표가 무엇인지를 밝히는 것이 중요하며, 이는 국민이란 무엇이며, 어떠한 사람을 국민으로 볼 것인지를 정하는데 있어서 핵심적 요소가 된다.⁶²⁾

국민을 언어와 전통, 관습과 정서, 종교와 같은 문화적 요소들이 포함된 일정한 객관적 요소를 공유하는 사람들이라고 보는 것을 객관주의라고 하고 특정한 국민 정신, 국민의식 또는 국민감정과 같은 주관적 요소를 공유하는 사람들이라고 보는 것을 주관주의라고 한다면, 종래에 한국은 객관주의적 경향을 보여 왔고, 문화적 요소보다 혈연 내지 혈통을 강조하는 경향이 강하다는 특징이 있었다.⁶³⁾ 생각건대 한국에서는 객관주의 중심의 절충설이 타당하다고 본다. 객관주의에서 국민의 징표는 혈연이 아니더라도 언어와 같은 문화적 요소 등 여러 가지가 있으며, 이는 외국으로부터 유입된 사람도 극복할 수 있는 사항이라고 본다. 역사적으로 유럽과 달리 단일한 언어 등 동일한 문화적 요소가 이어져 왔던 한국의 경우에는 종래의 객관주의적 경향을 굳이 폐기할 필요성은 없다. 다만 혈통에 치우친 형태의 객관주의는 지양되는 것이 바람직하며, 객관적 요소를 보완하는 차원에서 주관적 요소를 적절히 고려할 필요가 있다.

61) 權寧星, 전제서, 117면.

62) 조한상, “국민의 헌법적 의미-객관주의와 주관주의를 중심으로”, 『법학연구』 제48호(한국법학회, 2012), 79~80면.

63) 조한상, 전제논문(주67), 82면.

나. 국민의 헌법상 지위

일반적으로 국민의 헌법상 지위는 주권보유자로서의 지위, 주권행사자로서의 지위, 기본권의 주체로서의 지위, 피치자 내지 의무주체로서의 지위 등으로 구별되어 왔다.⁶⁴⁾ 한국 헌법 제1조 제2항은 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”라고 하여 국민이 주권보유자이자 주권행사자임을 밝히며, 그 외에도 전문과 제7조 제1항, 제8조 제2항에서 이야기하는 국민이 이에 해당한다. 또한 제2장에서는 국민의 권리와 의무를 정함으로서 국민이 기본권의 주체이자 의무의 주체임을 밝힌다.⁶⁵⁾

기본권의 주체 또는 의무의 주체인 국민은 개개의 자연인을 지칭한다는 점에서는 큰 이견이 없으나, 주권보유자 또는 주권행사자인 국민에 대하여는 견해의 차이가 있다. 종래에는 주권보유자 또는 주권행사자로서의 국민은 추상적 단일체 또는 유권자의 총체라는 견해가 제시된 바 있으며,⁶⁶⁾ 한편으로는 주권을 행사하는 추상적 단일체 또는 유권자의 총체인 국민은 허구적 의제이며, 국민은 다양성을 지닌 수많은 인간의 집단을 상징적으로 표현하는 관념적 크기이고 주권자인 동시에 국가권력의 정당성근거라는 견해가 있다.⁶⁷⁾ 전자의 견해는 헌법이 상정하는 인간상으로서 개인주의적 인간상과 전체주의적 인간상의 절충적 형태인 인격주의적 인간상⁶⁸⁾의 자주적 성격과 배치된다. “근대적 대의제도는 국가의 정치적 단위로 개인만을 인정한다. 따라서 현대 선거제도의 원리는 그 개인의 민주주의적 정치참여의 실현을 기하는 정치원리로 국민 각자의 인격주의에 바탕을 두고 있다.”⁶⁹⁾ 라고 하는 헌법재판소 판례에서 보이는 바와 같이 인격주의적 인간상은 집단적 주권보유자 내지 집단적 주권행사자의 개념을 배제한다.⁷⁰⁾ 한편 후자의 견해는 주권을 행사하는 국민의 존재가 실재하고 있음에도 불구하고 이를 부정한다는 점에서 문제점이 있다.⁷¹⁾ 생각건대 주권과 관련하여 국민은 모든 집단적·추상적 성격을

64) 도회근, “사회통합을 위한 국민 개념 재고”, 『저스티스』 제134-2호(한국법학원, 2013), 431면.

65) 權寧星, 전거서, 120~121면.

66) 權寧星, 전거서, 132면; 金哲洙, 『憲法學新論』(박영사, 2013), 175~177면.

67) 허영, 『한국헌법론』(박영사, 2013), 674면.

68) 權寧星, 전거서, 376면; 허영, 전거서, 331면; 장영수, 전거서, 559면.

69) 헌법재판소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 결정.

70) 朴晸澈, “통치권의 정당화원리로서 국민주권”, 『공법연구』 제31집 제1호(한국공법학회, 2002), 400~401면.

71) 국민을 국가권력의 정당성근거로 보는 견해의 문제점에 관하여 자세한 내용은 오충환, “국민을 통치권의 정당화원리로 보는 것에 대한 비판”, 『헌법학연구』 제17권 제1호(한국헌법학회, 2011), 8~12면 참조.

배제하고 주권을 보유하고 행사하는 개개인으로 이해되어야 하며, 국민이 모여서 집단적으로 주권을 행사하더라도 이는 단일성과 통일성에 바탕한 집단적 성격을 지닌 것이 아니라 다양한 성격을 지닌 복수의 개인들이 한데 모인 것이라는 관점에서 보아야 한다. 일견 이는 지나치게 개인주의적 인간상을 전제로 한 것으로 보일 수 있으나, 후술하는 바와 같이 개별 국민의 주권 행사는 광의의 국가를 통하여 그 의사결정이 표출되기 때문에 국민과 공동체의 상호작용이 존재하며 개인주의에 치우치지 않는다.

상기한 국민의 네 가지 지위 중에서 피치자 내지 의무주체로서의 지위는 헌법상 국가책임의 객체가 아니고 반대로 국가에게 책임을 지는 주체인 국민을 나타낸다. 따라서 헌법상 국가책임의 객체가 되는 국민이란 주권보유자, 주권행사자, 기본권의 주체로서의 지위를 가질 때 성립된다고 보아야 한다.

다. 광의의 국가와 국민의 구별

집단적 성격을 지닌 단체로서의 국민이라는 관념을 배제한다면 국민들이 공동의 징표를 공유한다는 것은 어디까지나 각 개인들이 개별적으로 지닌 특성에서 공통점이 있다는 것을 의미하는 것이고 해당 징표 하에 뭉쳐진 집단이 곧 국민이라는 의미는 아니라고 보아야 한다. 여기서 광의의 국가와 국민을 구별할 수 있는 단서를 발견할 수 있으며, 광의의 국가 개념의 유용성이 발견된다. 광의의 국가는 일정한 범위의 인적·공간적 공동체로서 이를 이루는 구성원 개개인에는 초점이 맞추어져 있지 않다. 국민은 광의의 국가를 구성하는 개인 각자를 의미하거나 개인이 모인 집합으로서 광의의 국가라는 인적·공간적 공동체의 일부가 된다. 광의의 국가는 주권에 의하여 표출된 국민의 의사결정 결과⁷²⁾를 단일불가분한 형태로 나타낸다. 이것은 바로 주권에 의하여 표출된 국민의 합의에 기초한 공동체의 결정이다. 이른바 주권행사기관으로서 국민⁷³⁾이라는 것은 바로 그러한 의사결정 결과를 표현하는 광의의 국가와 유사한 것이며, 이를 국민이라고 표현하는 것은 부적절하다.

이상의 논의에 의하면 헌법상 국가책임의 주체가 협의의 국가인 경우는 물론이고 광의의 국가인 경우에도 헌법상 국가책임의 객체인 국민과 명백히 구별된다. 헌법의 규범적 요구에서 주체가 협의의 국가로 해석되는 경우에 국가권력의 행사

72) 국민의 의사결정 결과의 현실적인 형태는 어떠한 사안에 대한 국민적 공감대에 따른 합의일 수도 있고, 선거 결과 및 국민투표 결과일 수도 있다. 선거 결과 및 국민투표 결과도 궁극적으로는 국민적 공감대에 따른 합의의 한 형태라고 할 수 있다.

73) 金哲洙, 전계서, 176~177면.

주체인 국가는 국민에게 책임을 진다. 그리고 헌법의 규범적 요구를 수행하여야 하는 주체가 광의의 국가로 해석되는 경우에도 인적·공간적 공동체인 국가가 그 구성원인 국민에게 책임을 진다. 결과적으로 헌법상 국가책임의 주체와 객체는 동일하지 않고, 헌법상 국가책임이 국가가 자신에 대하여 행하는 책임의 형태로는 형성되지 않으며, 국민이 헌법재판 등을 통하여 국가에게 책임을 묻고 시정을 요구하는 것이 자연스럽게 인정된다.

IV. 헌법상 국가책임의 성격

헌법상 국가책임의 전제로서 설정한 책임의 개념은 법적인 책임과 비법적인 책임으로 분화될 수 있다. 법적인 책임은 민사책임, 형사책임 등을 의미한다. 비법적인 책임은 도덕적 책임, 정치적 책임, 역사적 책임 등을 의미한다.⁷⁴⁾ 즉 헌법상 국가책임은 모두 법적인 책임과 비법적인 책임을 망라하는 범위에 있다. 한편 헌법이라는 법규범과 불가분의 관계에 있다. 따라서 헌법상 국가책임은 외형상 법적 책임에 속한다고 할 수 있으며, 이는 모순점이 없다.

헌법상 국가책임은 내용상 법적 책임과 비법적 책임 중 어느 한 가지의 특성만 나타나지 않으며, 다중적·다의적 성격을 지닌다. 이는 헌법의 특성에 기인한다. 헌법은 규범의 일종이지만 다른 규범에 비하여 역사성, 이념성, 정치성 등 사실적 측면이 상당수 포함된다. 즉 헌법은 국가의 기본법이라는 규범성을 지니는 동시에 정치적 공동체의 존재형태와 기본적 가치에 관한 합의라는 사실성도 지닌다.⁷⁵⁾ 헌법사항 중에는 본래 비법적인 사항이었다가 정치적 공동체의 존재형태와 기본적 가치에 관한 국가구성원의 합의를 거쳐서 헌법의 일부로서 규범화됨으로써 법적인 사항으로 변화한 것들이 존재한다. 특히 사회권이나 환경권 등에 관한 책임이 그러한 경우에 속한다. 이들 권리는 자유권적 기본권과는 달리 근대 헌법의 생성시기부터 법적 권리로 인정받고 그에 따른 책임이 존재하였던 것이 아니며, 사회의 변화와 발전에 따라 추가적으로 헌법에 권리로 편입되면서 이들 권리의 보장에 대한 책임이 형성되었던 것이다. 따라서 헌법사항을 통하여 확인되는 헌법상 국가책임 중에는 본래 비법적인 책임이었던 것이 상당수 있을 수 있으며, 그러한 책임에 관한 규정이 향후에도 헌법에 추가될 가능성이 충분히 있다. 이는 현재 비법적

74) 양천수, “책임구상의 다양한 지평 -한스 요나스의 책임원칙을 예로 하여-”, 『안암법학』 제30호 (안암법학회, 2009), 154~155면.

75) 權寧星, 전거서, 6면.

인 책임이라도 미래에는 법적인 책임으로 변화할 가능성이 있음을 의미한다. 이러한 점을 고려하면 헌법상 국가책임의 내용은 단지 법적 책임의 관점에서뿐만 아니라 비법적 책임의 관점에서도 검토되어야 한다.

V. 헌법상 국가책임의 규범적 현실화

1. 헌법에서 정하는 책임의 확인

어떠한 사회적 문제에 대하여 국가가 무엇인가 조치를 취하여야 할지, 아니면 자율적인 사회의 영역에 맡겨야 할지를 규범적 측면에서 결정하고자 한다면 해당 사안에 대하여 헌법상 국가책임이 존재하는지 여부를 파악하는 것이 선행되어야 하며, 이는 헌법 해석 또는 헌법 변천을 통하여 해당 사안에 대한 헌법상 국가책임이 인정될 수 있는지를 파악하는 과정을 요구하게 된다. 헌법상 국가책임의 근거가 되면서 그 내용을 제시하는 규범은 헌법에서 나타나며, 그러한 규범의 구체적이고 객관적인 형태는 헌법전의 조문이다. 헌법상 국가책임이 문제되는 사안이 있는 경우 헌법상의 규정들을 통하여 제시된 규범적 요구가 해당 사안에 대하여 명시적으로 국가의 헌법상 의무를 요구하는지, 또는 해당 사안이 명시적으로 의무를 요구하지는 않더라도 간접적으로 국가의 헌법상 의무를 이끌어낼 정도로 현재의 헌법적 가치와 관계가 있다고 인정될 수 있는지를 파악하여야 한다. 그 준거가 되는 규정으로서 국가가 주체이고 국민이 객체인 헌법적 가치와 헌법적 의무를 나타내는 규정은 기본권규정, 제도보장규정, 국가목표규정이다. 국가의 헌법상 의무가 요구된다고 인정된다면 국가가 해당 의무를 수행할 당위를 이끌어내고, 그러한 당위는 해당 행위에 대하여 국민에게 지는 책임을 국가에게 부여함으로써 헌법상 국가책임이 성립한다.

2. 새로운 헌법사항의 창설

특정 문제에 대하여 국가가 무엇인가를 하여야 하는 현실적 필요성이 강하게 존재하고, 국가가 해당 문제에 대한 책임을 져야 된다는 국민적 공감대가 형성되어 있는 경우에 해당 문제에 규범적 해결을 현존하는 헌법사항에만 의존하고자 한다면, 해당 문제가 헌법적 의무 및 헌법적 가치와 관계가 없다고 판정되는 순간 규범적 해결은 더 이상 나아가지 못한다. 따라서 그러한 경우에는 헌법에서 미처 정하지 못한 영역 또는 헌법에서 정한 바는 있으나 충분한 정도에 이르지 못한 영역

의 새로운 사회적 문제를 해결하는데 필요한 헌법상 국가책임을 도출할 수 있도록 새로운 헌법사항을 신설하여 본래 규범 바깥에 존재하던 국가의 책임을 헌법의 범주 내로 포섭하여 헌법상 국가책임을 따른 규범력을 부여하여야 한다. 즉 비법적 책임이라는 이유로 규범력이 결여되어 국가의 책임이 공허해지는 상황을 제거하기 위하여 헌법에 근거한 법적인 책임으로 전환시키는 것이다. 따라서 국민이 주권을 행사하여 해당 책임을 헌법사항으로 충분히 포섭하기 위한 헌법의 개정을 요구하는 것이 필요하다. 이는 기본적 가치에 대한 새로운 합의인 것이다. 이를 통하여 비법적 책임이 법적인 책임으로 전환되며, 그러한 책임은 본래 비법적 책임이었기 때문에 해당 헌법사항의 규범을 해석하고 적용함에 있어서 법적인 측면뿐만 아니라 비법적인 측면에서 비롯된 사항까지 고려하여야 한다. 이를 통하여 헌법은 국가의 기본법이라는 규범성뿐만 아니라 기본적 가치에 관한 합의라는 사실성까지 실질적 의미를 지니게 된다. 이에 따라 앞에서 언급한 바와 같이 헌법상 국가책임은 법적 책임뿐만 아니라 비법적 책임에서 나타날 수 있는 특성을 내포하게 되는 것이다.

3. 법령에 의한 책임의 구체화

헌법의 해석을 통하여 헌법상 국가책임을 존재가 인정되거나 헌법 개정을 통하여 새로운 헌법상 국가책임을 창설되는 경우 해당 책임 달성의 현실화를 위한 법령이 필요하게 된다. 즉 헌법상 국가책임은 법령을 통하여 구체화된다. 헌법을 정점으로 하는 법체계에서 헌법상 국가책임을 성립하면 법령은 헌법상 국가책임의 달성에 기여하는 구체적인 사항을 정하게 되는 것이다. 법령에서는 영어의 liability, 독일어의 Haftung, Schuld 등에 해당하는 법적 책임이 헌법에서보다 더욱 명확하고 상세하게 국가에게 부여된다.

VI. 결론

헌법상 국가책임은 새로운 사회변동에 대한 국가의 적절한 대처와 공공성의 확보 등에 필요한 국가의 역할을 규범적으로 적절히 제시하기 위한 개념이다. 헌법상 국가책임은 헌법적 가치를 실현하고 보호하는 것을 기준으로 하여 설정되어야 한다. 그리고 그러한 책임은 헌법상 국가의 의무를 제시하는 규범적 요구에 의하여 그 내용이 구체화된다. 헌법상 국가책임은 현존하는 헌법에서 도출하기도 하지

만, 헌법적 가치에 대한 국민의 새로운 합의와 그에 따른 국가의 의무를 생성하여 창출해 낼 수도 있다. 헌법상 국가책임 개념은 국가가 그 존재목적에 충실하게 하고 궁극적으로는 주권자인 국민에 대한 책임을 지도록 하는 규범력의 근원이 무엇 인지를 제시한다는 점에서 의의가 있다고 평가할 수 있다.

포괄적 범위의 일반론적인 책임에 기초한 헌법상 국가책임 개념은 헌법과 같은 법규범에 의하여 명시적으로 부여되는 법적 책임뿐만 아니라 법규범 바깥의 영역에 있으면서 국가의 책임이 요구되는 비법적 책임을 헌법에 포섭할 수 있는 길을 제시하여 국가의 역할에 관한 헌법적 규율이 가능한 범위를 넓힌다. 이는 개인의, 또는 사적 집단의 능력으로 해결이 불가능한 사회변동의 대응과 공공성의 확보를 국가가 자연스럽게 책임질 수 있도록 한다.

헌법상 국가책임을 모색하고 그에 따른 규범적 대치를 실행함으로써 주권자인 국민을 위한 헌법적 가치의 정립과 보호가 실현될 수 있고, 정보사회의 부작용, 소득의 양극화와 같은 여러 가지 문제들을 해결할 수 있을 것이다. 이를 위하여 헌법상 국가책임을의 실체화가 필요하며, 이는 헌법상 국가책임을의 네 가지 구성요소인 국가, 헌법적 가치, 헌법상 의무, 국민의 규범적 의미를 구체적으로 모색하고 그 과정에서 확인되는 문제점을 제거할 방법을 마련할 필요성을 제기한다. 그리고 현존하는 헌법상 국가책임으로는 무엇이 있는지, 현재 또는 미래에 추가되어야 하는 헌법상 국가책임으로는 무엇이 있는지에 대한 검토도 필요하며, 아울러 새로이 추가되어야 하는 헌법상 국가책임을의 법적 성격을 충족시킬 수 있는 규범적 요구를 실정법에서 어떻게 표현할 것인지에 대한 검토도 필요하다. 이를 통하여 국가가 현재뿐만 아니라 미래까지 대비할 수 있는 규범적 해결방안을 제시하고 실체화할 수 있을 것이다. 헌법상 국가책임을 고찰함에 있어서 국가의 책임은 계약 등에 의한 일반적인 법적 책임과 다르고, 규범적 측면의 근원이 되는 헌법도 일반적인 법규범과 다르다는 점을 염두에 두어야 한다.

(논문투고일 : 2016.05.12, 심사개시일 : 2016.06.01, 게재확정일 : 2016.06.15)



▶ 박 상 돈 · 김 일 환

국가책임, 국가, 헌법적 가치, 헌법상 의무, 국민

【참 고 문 헌】

I. 국내 단행본

- 權寧星, 「憲法學原論」(법문사, 2011)
金哲洙, 「憲法學新論」(박영사, 2013)
민중서림 편집국, 「엣센스 국어사전」(민중서림, 2015)
서울대학교 정치학과 교수, 「정치학의 이해」(박영사, 2003)
신영호, 「독일법률용어사전」(한국학술정보, 2009)
이승우, 「國家論」(두남, 2010)
장영수, 「헌법학」(홍문사, 2014)
鄭宗燮, 「憲法學原論」(박영사, 2012)
허영, 「한국헌법론」(박영사, 2013)

II. 국내 논문

- 강일신, “헌법상 기본의무의 실현”, 「공법학연구」 제15권 제1호(한국비교공법학회, 2014)
강형철, “사이버 커뮤니케이션과 공익”, 「사이버커뮤니케이션학보」 제17호(사이버 커뮤니케이션학회, 2006)
金度均, “법적 권리에 관한 연구(I)”, 「서울대학교 법학」 제43권 제4호(서울대학교 법학연구소, 2002)
金晟俊, “헌법상 정보국가원리에 관한 연구”(동국대학교 박사학위논문, 2009)
김승환, “국가와 사회의 구별”, 「공법연구」 제26집 제1호(한국공법학회, 1998)
김양현/노영란/변순용/임채광, “책임개념에 대한 실천윤리적 해명”, 「범한철학」 제39집(범한철학회, 2005)
김영환, “위험사회에서의 책임구조: 자연 재해에 대한 법적 담론”, 「홍익법학」 제14권 제1호(홍익대학교 법학연구소, 2013)
金日煥, “憲法上 새로운 情報秩序確立을 위한 序說的 考察”, 「헌법학연구」 제7권 제1호(한국헌법학회, 2001)
김제선, “사회복지의 책임성 변화에 대한 비판적 고찰”, 「한국사회복지행정학」 제12권 제2호(한국사회복지행정학회, 2010)
김주영, “현행 헌법상의 ‘국가’ 개념에 관한 고찰”, 「법학논총」 제20집(숭실대학교

- 법학연구소, 2008)
- 노영란, “정보윤리에서 책임의 성격과 유형”, 「철학」 제86집(한국철학회, 2006)
- 도희근, “사회통합을 위한 국민 개념 재고”, 「저스티스」 제134-2호(한국법학원, 2013)
- 朴旻澈, “통치권의 정당화원리로서 국민주권”, 「공법연구」 제31집 제1호(한국공법학회, 2002)
- 朴在胤, “독일 공법상 국가임무론에 관한 연구-우리나라 전력산업과 관련하여-”(서울대학교 박사학위논문, 2010)
- 白守原, “헌법상 투명성 원칙에 관한 연구”(성균관대학교 박사학위논문, 2011)
- 변순용, “현대윤리학에서 책임윤리에 대한 규범적 접근”, 「국민윤리연구」 제55호(한국윤리학회, 2004)
- 成樂寅, “基本權의 概念과 範圍—一般理論”, 「基本權의 概念과 範圍에 관한 研究」(헌법재판소, 1995)
- 양천수, “책임구상의 다양한 지평 -한스 요나스의 책임원칙을 예로 하여-”, 「안암법학」 제30호(안암법학회, 2009)
- 오세혁, “國家와 規範·價值·힘-公法學 方法論에 관한 法哲學的 考察-” 「공법연구」 제29집 제1호(한국공법학회, 2000)
- 오충환, “국민을 통치권의 정당화원리로 보는 것에 대한 비판”, 「헌법학연구」 제17권 제1호(한국헌법학회, 2011)
- 이상형, “가치와 규범, 그 대립과 종합”, 「사회와 철학」 제29집(사회와 철학 연구회, 2015)
- 李鍾殷, “플라톤, 흄스, 롤스에 있어서 義務라는 概念의 區分”, 「한국정치학회보」 제17집(한국정치학회, 1983)
- 이준일, “세 가지 국가원리의 관계-이성법적 국가원리로서 민주적·사회적 헌법국가-”, 「안암법학」 제23호(안암법학회, 2006)
- 이춘구, “자유민주주의의 공법적 고찰-민주주의 논쟁 중심으로-”, 「법학연구」 제34집(전북대학교 법학연구소, 2011)
- 全鍾杙, “공동체로서의 국가와 정부”, 「서울대학교 法學」 제55권 제4호(서울대학교 법학연구소, 2014)
- 조우영, “중등학교 법 교육을 위한 우리나라 현행 헌법의 핵심적 가치·원칙 체계 이해”, 「시민교육연구」 제46권 4호(한국사회과교육학회, 2014)

조한상, “국민의 헌법적 의미-객관주의와 주관주의를 중심으로”, 『법학연구』 제48호(한국법학회, 2012)

III. 국외 문헌

Georg Hermes, “Foundations and Structure of State Responsibility for Infrastructure”, Journal of Network Industries 1, Kluwer Academic Publishers(2000)

Hans Lenk, “Gewissen und Verantwortung als Zuschreibungen”, Zeitschrift für philosophische Forschung 41(4), Vittorio Klostermann GmbH(1987)

Jann Holl, “Verantwortung zwischen sozialer Ordnung und individueller Freiheit”, in Ernst-Joachim Lampe(Hrsg.), Verantwortlichkeit und Recht, Westdeutscher Verlag(1989)

Karl-Heinz Ladeur, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, Duncker & Humblot(1995)

Kurt Bayertz, “Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung”, in ders (Hrsg.), Verantwortung: Prinzip oder Problem, WBG(1995)

Mark Bovens, “New Forms of Accountability and EU-Governance”, Comparative European Politics 5(1), Palgrave Macmillan(2007)

Niklas Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Suhrkamp(1997)

Silke Schicktanz/Mark Schweda, “The Diversity of Responsibility: The Value of Explication and Pluralization”, Medicine Studies 3(3), Springer(2012)

IV. 번역 문헌

Ernst-Wolfgang Böckenforde, 金孝全 옮김, “國家와 社會의 憲法理論的 區別”, 『동아법학』 제4호(동아대학교 법학연구소, 1987)

小川仁志, 이윤택 옮김, 『철학 용어 사전』(미래의창, 2014)

Abstract

A Theoretical Study on Constitutional State Responsibility

Park Sangdon

Kim Il Hwan

Demands for publicness nowadays are growing as society changes rapidly. As constitutional law has not only a normative but also a factual nature, it is closely associated with social phenomena. It is also closely related to the implementation of publicness by the state, as it functions as the state's fundamental law that regulates the state and its constituents. It is therefore necessary to define how a state takes the normative responsibility for its social matters, giving consideration to the constitutional state responsibility.

This article is intended to discuss the constitutional responsibility of a state, based on the concept of the common responsibility to cover all legal and non-legal responsibilities. The constitutional state responsibility has four components: a state as a subject; the constitutional value as instance; the constitutional duty as the object of actions; and the people as the object of attribution. The concept of a state embraces both narrow and broad meanings. The former is an institution that exercises the governmental power, and the latter refers to a human-spatial community to determine the common will and to establish the state in the narrow meaning. A state in the broader sense decides the core values, which are expressed as the constitutional values in the constitutions. Its constitutional duty is an oughtness derived from the legal demands based on the

constitutional provisions on the fundamental rights, system guarantee, and state objectives. People refers to individuals who possess and exert the sovereignty, and the collective exercise of their sovereign rights is expressed as a single and indivisible intent of the community through the state in the broader meaning. As such, the nature of the constitutional state responsibility bears both legal and non-legal responsibility, despite its appearance as a legal responsibility alone.

Where emerging social issues require state actions and cannot be resolved by the autonomy of the society, the first step is to review the existing constitutional values and duties to determine whether the state bears responsibility over the matter at hand. If it is impossible by the current constitution, then an amendment of the constitution to accord normative power to the state's non-legal responsibility and convert to a constitutional state responsibility will be considered.



▶ **Park Sangdon · Kim Il Hwan**

State Responsibility, State, Constitutional Value, Constitutional Duty,
People

첨단과학기술사회에서 이동형영상정보처리기기 이용 확산에 따른 개인영상정보 보호방안에 관한 연구

장 인 호*

I. 문제제기	
II. 첨단과학기술사회에서 이동형영상정보처리기기이용 확산의 의미와 기본권 침해위험성	
1. 이동형영상정보처리기기의 개념정의와 적용분야	1. 국제적 동향
2. 이동형영상정보처리기기의 기본권침해위험성	2. 국내의 관련입법실태
3. 이동형영상정보처리기기에 의한 개인영상정보 침해방지를 위한 헌법적 보장	3. 개인영상정보 보호체계의 문제점
4. 이동형영상정보처리기기에 의한 개인영상정보 침해방지를 위한 국가의 의무	4. 개인영상정보 보호를 위한 입법적 대응 필요성 증대
III. 이동형영상정보처리기기 이용 확산에 따른 개인영상정보 보호에 관한 국내외동향 분석과 현행 법제도상 문제점 검토	IV. 이동형영상정보처리기기의 이용 확산에 따른 개인영상정보 보호방안의 방향과 내용
	1. 방향
	2. 고려할 사항
	3. 보호방안의 구체적인 내용
	4. 법제정비를 통한 개인영상정보 보호 강화 및 인간의 존엄성·가치 구현
	V. 결론

【국 문 요 약】

최근 다양한 분야에서 드론(Drone)기기·웨어러블(Wearable)기기·차량용블랙박스 등 이동형영상처리기기의 이용이 점차 확산되고 있다. 더욱이 드론(Drone)기술·스마트글래스기술 등 이동형영상처리장치에 적용되는 일부첨단기술은 현재 각국에서 신성장산업을 위한 중요한 첨단기술로까지 주목받고 있다. 이로 인하여 앞으로 이동형영상처리기기가 레저용·농업용·운송용범죄수사용·건설관리감독용 등과 같이 다양한 용도로 수많은 분야에서 급격하게 개발·판매·사용·거래·상용화될 것으로 전망되고 있다.

* 경찰대학 조교수, 법학박사.

이와 같이 앞으로는 과거와 달리 폐쇄회로텔레비전(CCTV) 등의 고정형영상정보 처리기기 뿐만 아니라 차량용(Black box)영상처리기기·무인항공기(Drone)영상처리기기·웨어러블(Wearable)영상처리기기 등과 같이 누구나 언제 어디서든 촬영이 가능한 이동형영상정보처리기기의 급격한 이용과 확산으로 인하여 개인의 사적인 정보가 침해될 위험성이 증폭되고 있다.

특히, 개인정보 중에서도 개인영상정보는 개인의 얼굴·신체부위는 물론 레저활동·업무활동 등과 같은 개인일상생활의 전체과정을 포함하고 있어 개인의 사생활에 있어서 사적으로 내밀한 영역인 개인영상정보가 다양한 분야에서 그 활용이 급증하고 있는 수많은 이동형영상정보처리장치에 의하여 무분별하게 수집·저장·기록·유출될 위험성이 현격하게 점증되고 있는 상황이다.

그러나 다양한 분야에서 첨단영상정보처리기술이 급격하게 발전하고 있는 상황에도 불구하고 현행 개인영상보호법체계는 CCTV 등과 같은 고정형영상정보처리기에 주로 초점이 맞추어져 있을 뿐 수많은 분야에서 그 활용도가 증대된 이동형영상정보처리장치에 의한 개인영상정보의 무분별한 수집·저장·유출·오남용 등의 침해위험성에 대비한 법제도적 대응이 충분하게 이루어지지 않고 있다.

무엇보다 이동형영상정보처리기기의 운영과정에서 무분별하게 수집될 수 있는 개인의 전신·얼굴·옷차림새·레저활동 등의 개인영상정보는 개인을 손쉽게 식별할 수 있는 정보이자 개인의 내밀한 영역과 관련된 정보이다. 이러한 개인영상정보가 언제 어디서든 무분별하게 수집될 경우 「헌법」상 보장된 개인의 사생활의 비밀과 자유가 침해되는 것은 물론 개인의 인간존엄성과 가치도 훼손될 수밖에 없다.

그럼에도 불구하고 최근 이동형영상정보처리장치에 의해서 무분별하게 개인영상정보가 수집될 위험성이 증대되고 있지만, 이를 방지할 별도의 규정이 마련되지 못했다. 이에 따라 드론기기·웨어러블기기 등의 이동형영상정보처리기기 활용에 따른 개인영상정보 침해될 위험성은 공공부문은 물론 민간부문에서도 크게 증대되었다. 하지만, 법제도적 측면에서의 이동형영상정보처리장치에 대한 관리·감독이 충분히 이루어지지 않고 있는 것이 현재의 실태이다.

이와 같이 사적인 개인영상의 무분별한 침해로 인해 발생한 피해복구가 합리적인 수준에 도달하기도 용이하지 않는 상황에서 개인영상정보보호에 있어 최소한의 법적 규제마저 없는 법적 공백이 계속될 경우 개인의 사생활은 물론 개인의 사적인 영상정보보호를 통하여 실현될 수 있는 인간의 존엄성마저 훼손될 위험성을 전혀 배제할 수 없어 헌법상 보장되는 사생활의 비밀과 자유 등에 대한 규범력을 현

실에서 실효적으로 보장할 수 없어 되어 헌법국가를 실현시킬 수 없다.

그러므로 본 연구에서는 이동형영상정보처리기기에 대한 법제도적인 대응방안의 필요성이 검증되고 있는 첨단과학기술사회에서 중요한 사적영역의 내밀한 정보인 개인영상정보의 주체가 자신의 영상정보가 언제 어디서 수집되고 언제 누구에게 어느 범위까지 공개되고 또 이용되도록 할 것인지를 통제할 수 있도록 개인영상정보 보호를 위한 법제도적인 측면에서의 고찰을 통하여 헌법친화적인 이동형영상정보 처리기기이용환경 및 기술사회 구축을 위한 방안을 살펴보고자 한다.

I. 문제제기

최근 전 세계적으로 드론(Drone)기술·웨어러블(Wearable)스마트기기제작·자동차용 영상사고기록장치인 차량용블랙박스 등과 관련된 新기술이 급격하게 발전하면서 이동형영상처리기기의 이용이 다양한 분야에서 급격한 속도로 확산되고 있다. 이와 같이 이동형영상정보처리기기가 대중화될 가능성이 점차 증대되고 각 국에서 이동형영상정보처리기기기술이 新성장동력으로 까지 주목받으면서 수많은 분야에서 이동형영상정보처리기술의 상용화·융합화¹⁾·첨단화²⁾에 대한 관심이 점차 고조되고 있다.

이에 따라 과거에는 개인영상정보가 폐쇄회로텔레비전(CCTV) 등과 같은 고정형 영상정보처리기기의 이용에 의해서 주로 침해되었다면, 최근에는 이동형영상처리장치와 관련된 기술의 발전과 관련시장의 급속한 성장으로 인하여 스마트글래스·드론 등과 같은 이동형영상정보처리기기의 활용이 점차 증가하면서 수많은 개인영상정보가 무분별하게 침해될 위험성이 점증하고 있는 상황이다.

더욱이 공공분야는 물론 민간분야에서도 드론(Drone)기술·웨어러블(Wearable)스마트기기·차량용블랙박스 등과 같은 수많은 이동형영상정보처리장치의 활용이 가능하게 됨에 따라 누구든지 언제어디서나 손쉽게 촬영할 수 있게 되어 살아 있는 개인의 중요한 정보 중 하나인 사적인 개인영상이 무분별하게 수집·저장·유출 등이 될 수 있는 위험성³⁾도 함께 증대되었다.

이와 같이 최근 새로운 기술발달로 인하여 고정형영상정보처리기기 뿐만 아니라 언제어디서나 무차별적으로 촬영이 가능한 이동형영상정보처리기기에 의해서도 수많은 개인의 다양한 영상정보가 무분별하게 침해될 위험성이 급증한 만큼 이동형

1) 예를 들어, 이동형영상정보처리기기 중 하나인 드론을 살펴보면, 드론기기에 장착하거나 융합할 수 있는 기술로는 드론을 초소형화하는 나노기술(NT), 태양열발전을 통한 드론기기동력원기술, 탄소섬유 등의 드론기기경량화기술, 각 소프트웨어기술, 빅데이터처리·사물인터넷(IoT)기술, RFID 기술 등이 있다.

2) 전 세계적으로 이동형영상정보처리기술이 급속하게 발전하고 점차 첨단화되면서 과거와는 달리 고화질카메라·지능형카메라 등이 장착이 된 여러 종류의 이동형영상정보처리장치가 개발·판매되고 있다.

3) 예를 들어, 드론(Drone) 등을 이용하여 저고도상공에서 지상을 촬영하는 사업자가 점차 증가하고 있다. 그리고 이동형영상정보처리기기를 이용하여 도심에서 촬영할 경우 피촬영자는 촬영 중인지도 전혀 인지하지 못한 채 자신의 개인적인 영상이 고스란히 저장장치에 담기게 된다. 또한 스마트 글래스 등과 같은 웨어러블기기도 마찬가지로 피촬영자가 촬영 중인 상태를 인식하지 못하는 경우가 많다.

영상정보처리장치에 의해서 개인영상정보라는 개인정보가 침해되는 것을 방지해야 할 필요성이 점증되고 있다.

그러나 고정형영상정보처리기기를 이용하여 타인의 개인영상을 무단으로 수집하거나 유포하는 것은 현행 법률로도 제재할 수 있지만, 드론(Drone)·웨어러블(Wearable)기기 등과 같이 최근에 급격하게 개발·발전·확산되고 있는 이동형영상정보처리기기들로 촬영한 타인의 개인영상정보 등의 영상수집과정에는 사실상 어떠한 규제도 없는 것이 현실이다.

이러한 상황에서 오늘날과 같은 첨단과학기술시대에 새로운 기술의 급격한 발달로 인하여 이동형영상저장기기가 이용된 개인영상의 수집과정에서 수많은 국민의 개인정보가 무분별하게 침해될 가능성이 매우 급격하게 증가하고 있는 상황에서 모든 개인들이 타인의 간섭을 받지 않고 사적 생활을 자율적으로 형성할 수 있는 인격적 자율성이 침해될 수밖에 없는 만큼 이동형영상정보처리장치의 보급·사용 및 확산으로 인하여 침해될 수 있는 개인영상정보보호방안이 조속한 시일 내에 마련되어야 할 필요성이 매우 크다.

무엇보다 개인영상정보는 중요한 개인정보 중 하나로 개인의 사적인 영역과 관련된 사항으로 개인영상정보가 이동형영상정보처리기기를 활용하는 국가기관 또는 민간기관에 의해서 무분별하게 수집·저장·유출될 경우 개인영상정보가 대용량의 컴퓨터를 관리하는 국가기관 또는 민간단체에 의해 좌우될 위험성을 배제할 수 없게 된다. 이는 곧 수많은 개인이 안심하고 사생활의 비밀과 자유를 영위할 수 없게 되어 사회질서 파괴는 물론 더 나아가 한 국가의 최고법규범인 「헌법」상 보장된 개인의 사생활의 비밀과 자유 등과 같은 국민의 기본권이 침해될 수 위험성마저 내포하고 있다.

이와 같이 앞으로 우리의 주변의 다양한 분야에서 이동형영상정보처리장치가 급속하게 보편화 되면서 이를 손쉽게 이용할 수 있는 기회가 증가하면 할수록 이동형영상기기의 활용에 의해서 부지불식간에 무분별하게 개인의 사적인 영상정보가 침해될 위험성도 점차 빠르게 증가할 수밖에 없기 때문에 사생활의 자율적 형성에 있어 중요한 개인영상정보보호를 위한 법적 측면에서의 대응을 더 이상 미룰 수 없다.

그러므로 본 연구에서는 첨단과학기술사회에서 과거와 달리 고정형영상정보처리기기 뿐만 아니라 이동형영상정보처리기기의 이용 확산에 따라 이동형영상처리기기의 영상정보수집과정에서 개인영상정보가 대량으로 수집·저장되기 시작하면서

개인의 사적인 정보인 개인영상정보의 유출·침해행위도 크게 증폭되고 있는 상황에서 다양한 분야의 개인영상정보 보호를 위한 합리적인 방안즉, 헌법친화적인 이동형영상정보처리기기이용환경 및 기술사회 구축을 위한 방안을 살펴보고자 한다.

II. 첨단과학기술사회에서 이동형영상정보처리기기 이용 확산의 의미와 기본권 침해위험성

1. 이동형영상정보처리기기의 개념정의와 적용분야

가. 이동형영상정보처리기기의 개념과 특징

「헌법」과 「개인정보보호법」에서 개인영상정보에 대해 명확히 규정하고 있지 않지만, 「개인정보보호법」 제2조 제7호에 따르면, ‘영상정보처리기기’란 일정공간에 지속적으로 설치되어 사람의 개인영상 또는 사물영상 등을 촬영하거나 개인영상정보⁴⁾ 또는 사물영상정보를 유·무선망을 통해 전송하는 장치로서 대통령령으로 정하는 장치⁵⁾라고 명문화하고 있다. 또한 동법 제2조 제1호에 의하면, ‘개인정보’란 “살아 있는 개인의 정보로 성명·주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아 볼 수 없는 정보로서 해당정보만으로는 특정개인을 알아 볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아 볼 수 있는 것을 포함한다고 명시하였다.

이러한 규정에 비추어 볼 때, ‘이동형⁶⁾영상정보처리기기⁷⁾란 일정한 공간에 지속적으로 설치되어 사람·사물 등을 촬영하는 폐쇄회로텔레비전(CCTV) 등의 고정형영상정보처리기기와는 달리 언제어디서든 손쉽게 이용이 가능할 수 있도록 간편히

4) 「표개인정보보호준지침」 제2조 제9호 : ‘개인영상정보’란 영상정보처리기기에 의하여 촬영·처리되는 영상정보 중 개인의 초상·행동 등 사생활과 관련된 영상으로 해당 개인의 동일성 여부를 식별할 수 있는 정보를 의미한다.

5) “영상정보처리기기의 범위”에 관한 「개인정보보호법시행령」 제3조에 따르면, 「개인정보처리법」 제2조 제7호에서 “대통령령으로 정하는 장치”란 ‘폐쇄회로텔레비전’으로, “일정공간에 지속적으로 설치된 카메라를 통해 영상 등을 촬영한 영상정보를 유무선폐쇄회로 등의 전송로를 통해 특정장소에 전송하는 장치” 또는 “가목에 따라 촬영되거나 전송된 영상정보를 녹화·기록하는 장치”를 말한다. 또한 동법 동조 동호에서 “대통령령으로 정하는 장치”란 “일정공간에 지속적으로 설치된 기기로 촬영한 영상정보를 그 기기를 설치·관리하는 자가 유무선 인터넷을 통해 어느 곳에 서나 수집·저장처리장치인 네트워크카메라”를 의미한다.

6) ‘이동(移動型)’은 움직여 옮긴다는 성질을 말하는 것으로 한번 정한 곳에 변경하지 아니하고 꼭 붙어있는 성질을 인 ‘고정형(固定型)’의 반대개념으로 장소제약 없이 언제어디서든 이용이 손쉬운 이동성과 활동성을 내포한 의미이다.

7) 다양한 분야에서 판매·활용되고 있는 이동형영상정보처리기기에는 무인항공기인 드론(Drone)기기·웨어러블스마트기기인 스마트글래스(Wearable Smart Glass)·자동차용영상사고기록장치인 블랙박스(Black Box) 등이 있다.

휴대가능하고 이동과 장소에 제약을 최소화한 기기들로 이동성·휴대성 등의 특징을 기반으로 사람 또는 사물의 영상 등을 촬영하거나 이를 유·무선망을 통해 전송하는 장치임을 알 수 있다.

최근 많은 분야에서 이용자가 확산된 이동형영상정보처리기기는 이동성⁸⁾·휴대성⁹⁾·융합성¹⁰⁾·은밀성¹¹⁾·연계성¹²⁾·침단성¹³⁾ 등의 특징으로 말미암아 과거에 비해 개인영상정보가 침해될 위험성이 증대되었다.¹⁴⁾

나. 이동형영상정보처리기기의 적용분야와 발전전망

초기에 드론·스마트글래스·차량용블랙박스 등의 이동형영상정보처리기기는 개인적인 목적으로 활용되기 보다는 정찰용·방범용·방송용·군사용 등 특정목적에 위해 공공분야에서 주로 사용되어 왔지만 최근 그 판매가격과 이용비용이 낮아지면서¹⁵⁾ 레저용·농업용·택배용 등 민간의 여러분야로도 그 이용이 점차 확대되고 있다. 이에 따라 레저용·상업용·완구용 등의 다양한 목적¹⁶⁾을 달성하기 위해서 이동형영상

8) '이동성'이라는 특징으로 말미암아 폐쇄회로 텔레비전(CCTV: Closed Circuit Television) 등과 같이 일정한 공간에 지속적으로 설치되는 고정형영상정보처리기기와는 다르게 언제 어디서든 누구나 손쉽게 그 이동이 가능하다.

9) 이동형영상정보처리기기의 '휴대성'이라는 성질이 있어 한 지역에서 다른 지역으로 빠르게 이동할 수 있음은 물론 개인이 소지가 가능해 많은 사람이 방송촬영·개인사진촬영 등의 개인휴대용을 이유로 이용하고 있으며 그 수도 매년 급증한다.

10) '융합성'이라는 특징으로 인하여 나노기술(NT), RFID기술 등과 결합할 경우 눈에 잘 안보일 정도로 초소형화할 수 있거나 대량의 개인영상정보는 물론 많은 정보가 수집·유출될 수 때문에 개인영상정보가 침해될 위험성이 급증할 수밖에 없다.

11) '은밀성'이라는 특징이 있기 때문에, 제3자에 의해 개인영상정보가 촬영되는 상황을 인식하기가 쉽지 않다.

12) '연계성'이라는 특징으로 인해 스마트폰, 컴퓨터, 노트북, 태블릿 등의 수많은 전자기기들과 연결할 수 있고 연계된 전자기기에 다운로드한 다양한 앱들의 기능도 함께 사용이 가능하여 한번 개인영상정보가 수집되고 저장된 후 개인영상정보를 통제하기 어렵다.

13) 이동형영상정보처리기기는 '침단성'이라는 특징을 갖고 있기 때문에 침단화된 기기들로 지상 수십미터에서도 고정밀로 촬영이 가능한 고성능카메라장치를 장착할 수 있을 정도로 발전속도가 매우 빠른 가운데 상업화로 인해 매년 새로운 기능이 장착된 많은 제품이 쏟아져 나오기 때문에 법제도가 이동형영상정보처리기기의 발전 속도에 따라가지가 용이하지 않을 정도이다.

14) 이러한 이동형영상정보처리기기의 특성으로 말미암아 다양한 분야에서 편리하게 사용될 수 있는 장점이 있는 반면에 그 특징으로 말미암아 이동형영상정보처리기가 개인사생활에 중요한 개인의 얼굴·신체·행동 등의 개인영상정보를 개인영상정보주체가 알 수 없을 정도로 빠르고 손쉬운 방법으로 수집·저장·유출 등에 악용될 부정적 측면도 있다.

15) 국내외적으로 이동형영상정보처리기기의 저가화추세에 따라 과거와 달리 높은 가격이 아니라 청소년도 부담 없이 구입할 수 있을 정도로 저가화된 등 저가이동형영상정보처리기가 개발·판매되고 있다.

16) 첨단과학기술이 새로 개발·융합·적용·상용화의 과정을 거치면서 초기에 군사용 등 특정분야에서만 한정·적용되는 것에 벗어나 배송용·농업용·레저용·방범용·산불관리용·건설현장감독·산업용 등 다양한 분야에서 여러 목적으로 활용되기에 이르렀고, 이동형영상정보처리기기의 기

정보처리장치의 공급이 확산되고 있는 추세로 많은 분야에서 해당기기들이 판매·사용되고 있다.

앞으로 드론기기·웨어러블기기·차량용블랙박스¹⁷⁾ 등 다양한 이동형영상정보처리 기기의 이용이 다양한 분야에서 여러 목적을 위해 각 연령층으로 점차 확대될 것으로 예상됨에 따라, 이동형영상정보처리기기 수의 증가와 함께 그 이용자도 역시 급격하게 증가되고 관련시장도 점차 확대될 것으로 전망되고 있다. 이와 같이 이동형영상정보처리기기는 공공부분·민간부분 등 모든 분야에서 급격하게 발전될 것으로 예상¹⁸⁾되고 있으며, 앞으로 이동형영상정보처리기기 시장은 급성장할 것으로 기대되고 그 이용도 확대될 것으로 전망된다.

2. 이동형영상정보처리기기에 의한 기본권 침해위험성

가. 헌법현실변화로서 이동형영상정보처리기기 이용에 따른 新유형의 기본권 침해위험성 급증

1) 첨단과학기술사회에서 이동형영상정보처리기기 활용으로 인한 개인영상정보 침해위험성 증대

첨단과학기술시대이자 정보화시대에는 국외뿐만 아니라 국내에서도 이동형영상정보처리기기의 첨단화와 보급이 급증하는 사회변화가 급속히 이루어지고 있다.¹⁹⁾ 이러한 가운데 이동형영상정보처리장치의 이용영역이 점차 확산되면서 국가기

술발전속도가 가속화되면서 해당기술이 적용되는 분야 또한 확대되는 추세이다.

17) 강상현·김호성, “영상정보처리기기 운영 확산에 따른 개인정보보호 이슈 분석”, Internet&Security Focus 2013 4월호, 2013, 56-57면 ; “차량용블랙박스는 차량내부에 설치된 CCTV와 달리 차량의 주변을 촬영하는 것이 주목적으로 차량에 설치되어 차량 주행중에 차량 전·후면, 좌우측면 등을 지속적으로 촬영하여 기록하는 이동형영상기기이다. 차량용블랙박스는 촬영된 영상정보를 SD카드 휴대용 메모리카드에 주로 저장하여 가능하고 스마트폰성능이 향상되면서 블랙박스앱을 설치하여 간이 블랙박스로 이용하는 경우도 있으며, 블랙박스자체에서 무선랜기술을 지원하여 스마트폰과 연동하는 제품도 등장하였다. 교통사고 시 증거영상의 확보나 주차 중 차량보호 등의 목적으로 사용되며, 최근 보급량이 크게 증가하는 추세이다. 또한, 차량용 블랙박스 설치 시 자동차 보험료를 할인해주고 있고, 모든 차량 생산 시 의무적으로 블랙박스를 장착하게 하는 「교통안전법」 개정안이 발의되는 등 앞으로도 지속적으로 그 수요가 증가할 것으로 전망된다”고 한다.

18) 이동형영상정보처리기술의 발전과 그 대중화는 산업전반에 적지 않은 영향을 주고 있으며, 각종 기술들과 결합되면서 다양한 분야가 함께 성장할 수 있고 이를 통해 기존사업의 역량강화 움직임도 나타나고 있다. 그 결과 이동형영상정보처리기술은 시장규모가 지속적으로 성장하고 이용 중인 이동형영상정보처리기기도 역시 급격히 증가할 것으로 추정된다.

19) 현재는 물론 앞으로 첨단과학기술사회이자 정보화사회로의 급속한 진전에 직면한 상황에서 기존의 고정형영상처리정보처리기기 보다 발전한 새로운 영상정보처리기술의 급격한 발달로 인하여 스마트폰·드론·블랙박스 등과 같은 이동형영상정보처리기기의 보급이 더욱 확산될 가능성이 높아졌다.

관²⁰⁾을 비롯해 私人에 의해 개인의 영상정보가 언제어디서나 손쉽게 촬영될 수 있어 「헌법」이 개인에게 보장하고 있는 인간으로서의 존엄과 가치·사생활 비밀과 자유·행복추구권·인격권·개인정보자기정보결정권 등과 같은 개인의 기본적인 인권이 침해될 위험성이 증대되었다.

특히, 우리나라에서도 이동형영상정보처리기기의 개발·판매·이용 등이 급격하게 증가하고 그 성능이 빠르게 향상되고 있는 상황에서 국민의 사적인 영역인 개인의 얼굴·행동·표정 등과 같은 개인의 중요한 개인영상정보가 침해될 위험성이 현격하게 상승하고 그 침해의 비용²¹⁾·양상²²⁾ 등도 많이 달라지고 있다.

무엇보다 「헌법」상 보장하는 가치인 개인정보의 보호를 구체화한 「개인정보보호법」 제1조에 비추어 볼 때, 이동형영상정보처리기기로 촬영될 수 있는 개인영상정보는 개인에 관한 사적인 정보로서 성명·주민등록번호 등과 같이 그 정보만으로도 특정 개인을 바로 알아볼 수 있거나 직접 알아 볼 수 없더라도 주변환경·활동시간·장소·소리 등의 다른 정보와 결합해 알아보고 특정할 수 있는 중요한 개인정보지만, 공공분야는 물론 민간분야 양 분야에서 이동형영상정보처리기기의 사용 과정에서 개인영상정보라는 개인정보가 침해될 위험성은 더욱 상승했다.²³⁾

이에 따라 첨단기술 중 하나인 이동형영상정보처리기기기술 발전으로 인하여 개인의 영상정보가 언제어디서나 촬영될 수 있기 때문에 무분별한 촬영으로 인해 개인의 사적인 영상정보가 무작위로 수집·저장·유출될 수 있어 개인영상정보 침해로 인해 개인의 사생활의 비밀·자유²⁴⁾ 등 기본권이 침해될 위험성이 현격하게 높아

20) 김일환, “첨단과학기술사회에서 효율적인 기본권보호에 관한 예비적 고찰”, 「헌법학연구」 제1권 제2호, 한국헌법학회, 2011, 353-389면 ; 첨단과학기술시대에 국가는 국민의 권리를 통제하는 기존방법보다 더 효과적으로 통제방법을 위해 첨단기술을 이용한 새로운 방법을 활용 및 확대하는 과정에서 국민의 기본적 인권이 심각하게 침해될 가능성이 상승하였다.

21) 박문석, “인터넷에서의 길거리사진서비스와 사생활침해의 문제”, 「유럽헌법연구」 제3호, 유럽헌법학회, 2008, 226면 ; “오늘날 정보통신기술의 발전에 의해 개인정보의 수집·통제의 사회적·경제적 비용이 과거에 비해 많이 감소했으며, 이러한 비용감소는 대량의 개인정보의 수집·통제를 가능하게 하고 있다. 따라서 개인정보의 수집·통제의 사회적·경제적 비용이 낮아짐에 따라 사생활의 자유와 보호가 역시 감소하고 있다”라고 한다.

22) 최근에는 스마트폰, 원격기기 등으로 간편하게 조작할 수 있는 이동형영상정보처리기들이 개발·판매·사용되고 있어 언제어디서나 어른은 물론 아동까지 누구나 원한다면 개인의 영상정보 등 사생활을 용이하게 수집할 수 있으며, 녹화한 개인의 사적인 영상정보가 불법적으로 악용될 위험성도 매우 증가하였다.

23) 이로 인하여 첨단화·고성능화되고 있는 이동형영상정보처리기에 의하여 개인영상정보가 손쉽게 언제어디서나 부지불식간에 수집·저장·유출 등이 된다면 개인의 사적인 영역의 심각한 침해를 초래하여 개인정보라는 개인적인 기본권 침해는 물론 「헌법」상 국가가 실현해야 할 궁극적인 목적이기도 한 인간의 존엄성과 가치가 제대로 실현될 수 없다.

24) 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2015, 612면 ; “사생활의 보호는 개인의 인격과 직접 연결되는 중요

질 수밖에 없다.

2) 이동형영상정보처리기기 이용하는 국가기관 또는 私인에 의한 개인영상정보 침해위험성 급증

최근 전 세계적으로 웨어러블장치·드론 등과 같은 이동형영상정보처리기기들의 첨단화·보급화 등으로 인하여 그 구입·이용비용이 대폭 감소하면서 국가²⁵⁾는 물론私人²⁶⁾ 즉, 일반사업자와 심지어 개인들이 사업용·취미여가용·운송용 등 다양한 목적으로 고성능광학카메라 등이 장착된 이동형영상정보처리장치를 이용하기에 이르면서 공공기관 이외의 법인·단체·개인 등 여러 이용자들²⁷⁾에 의해 개인영상정보가 침해될 위험성이 폭발적으로 증가하게 되었다.

3) 무분별하게 유출된 개인영상정보로 인한 국가통제수단 전략 및 제2차·제3차 피해위험성 증대

오늘날과 같은 정보화 사회에서 대량의 정보가 한번 유출된 될 경우 대량의 정보를 다루는 기업²⁸⁾ 등의 사인이 운영하는 사이트 등에 의해 개인영상정보가 사이버공간상에서 노출될 가능성이 높다. 이러한 가운데 차량용블랙박스²⁹⁾·드론·스마트

한 보호가치를 갖는 것으로 사생활의 자유로운 형성과 비밀유지는 개인의 삶에 있어 높은 가치를 갖는 것이기 때문에 함부로 침해되어서는 안 된다”고 한다.

25) 현재 2001. 8. 30. 99헌바92등 ; “사생활의 자유란 사회공동체의 일반적인 생활규범의 범위 내에서 사생활을 자유롭게 형성해 나가고 그 설계 및 내용에 대해서 외부로부터의 간섭을 받지 아니할 권리이며, 사생활과 관련된 사사로운 자신만의 영역이 본인의 의사에 반해서 타인에게 알려지지 않도록 할 수 있는 권리인 사생활의 비밀과 함께 헌법상 보장되고 있는 것이다”고 한다.

26) 장영수, 앞의 책, 525-526면 ; “오늘날에는 사인에 의한 기본권 침해도 여러 측면에서 문제되고 있다. 이러한 문제는 기본권의 충돌 문제이자 기본권의 대사인적 효력의 문제로 나타나고 있으며, 국가의 기본권보호의무를 인정함으로써 사인 상호간의 관계에서 불법적인 기본권침해가 발생했을 경우에도 국가가 이에 개입하여 기본권을 보호하는 적극적 활동이 요청이다”고 한다.

27) 「개인정보보호법」 제2조 제5호에 따르면, 영상정보처리기와 관련된 ‘개인정보처리자’란 업무를 목적으로 개인영상정보 등이 포함된 개인의 사적인 정보파일을 운영하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 살아 있는 개인의 정보로 개인을 알아 볼 수 있는 정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 말한다고 규정하고 있다.

28) Andrew Murray, 「Information Technology Law」, OXFORD University Press, 2013, p. 38-p. 39 ; “오늘날 google 등 사이버공간상에서 활동하는 기업 중 상당수가 대량의 정보를 저장하는 시스템을 구축하고 엄청난 양의 정보를 이용해 이익을 창출한다”고 한다.

29) 강상현·김호성, 앞의 자료, 58면 ; “이동형영상기기인 차량용블랙박스의 촬영된 영상정보를 SD카드·휴대용메모리카드에 주로 저장하여 가능하고 스마트폰성능이 향상되면서 블랙박스앱을 설치해 간이블랙박스로 이용하는 경우도 있으며, 블랙박스자체에서 무선랜기술을 지원하여 스마트폰과 연동하는 제품도 등장했다. 이로 인해 최근 인터넷상에 사고영상이나 블랙박스로 촬영한 개인영상 등을 업로드하여 공개하는 일이 많이 발생하고 있으며, 심지어 개인영상을 촬영하여 돈을 요구하는 등 블랙박스영상으로 인한 개인영상정보의 침해·피해가 현실화되고 있다”고 한다.

글래스 등에 의한 무분별한 개인영상정보 수집·저장위험성이 통제될 수 없다면 제2차·제3차 피해 등의 범죄에 악용될 위험성 또한 증대될 수밖에 없다.³⁰⁾ 더욱이 오늘날과 같은 개인영상정보 등의 개인정보가 전산화되어 기록·저장·사용되는 고도의 정보화사회³¹⁾에서 이동형영상정보처리기기에 의해 개인영상정보가 수집·저장된 후 사이버공간³²⁾으로 유출된다면 개인이 국가기관의 통치대상으로 전락될 위험성을 전혀 배제할 수 없을 뿐만 아니라 한번 유출된 개인영상정보에 대한 통제가 용이하지 않기 때문에 무분별하게 유출된 개인영상정보로 인한 제2차·제3차 등과 같은 또 다른 피해위험성마저 발생할 가능성이 증대될 수밖에 없다.

나. 이동형영상정보처리기기 이용에 따른 국내외 개인영상정보침해 위험성 급증

1) 국내외에서의 개인영상정보 침해현황과 사례

해외에서도 새로운 기술발달로 인하여 나타난 드론·스마트글래스 등과 같은 새로운 이동형영상정보처리기기에 의하여 개인의 사적인 개인영상정보가 언제 어디서나 부지불식간에 촬영될 수 있는 위험성이 높아지면서 개인의 사적 영상정보가 수집·침해되는 사례들이 점차 증가하고 있는 추세이다.³³⁾ 우리나라에서도 드론기술·웨어러블기술·차량용블랙박스³⁴⁾ 등의 급격한 발전·보급과 해당기술 응용 제품이 점차 보편화되면서 새로운 이동형영상정보처리기기에 의하여 개인의 영상정보가 언

30) 비록, 현행 「개인정보보호법」으로 개인영상정보 이용·폐기 등의 규제가 가능하다고 하지만 드론·웨어러블기기·차량용블랙박스 등과 같은 이동형영상정보처리기기의 급격한 발달로 인하여 개인의 사적인 얼굴, 전신, 행위, 표정 등의 영상정보가 무분별하게 수집·저장·유출될 위험성은 점증되고 있다.

31) 전광석, 「한국헌법론」, 집현재, 2014, 326-327면 ; “오늘날과 같은 고도의 정보사회, 그리고 국가의 계획활동에 비중이 두어져 있는 시대에는 국가가 개인의 생활과 관련된 정보를 수집할 필요가 있다. 또 정보수집 및 처리기술이 비약적으로 발전하면서 이는 개인의 정보수요를 충족시키지만, 바로 같은 방법을 통하여 개인의 신상과 관련된 정보가 수집·배포되고, 자신의 정보가 의도하지 않는 방법과 목적으로 사용되는 위험에 처하게 되었다. 따라서 새로운 정보처리기술에 의하여 위협되는 개인정보와 관련하여 보호의 중점이 놓이는 것은 당연하다”고 한다.

32) Lawrence Lessig(김정호 역), 「코드 2.0 - 사이버공간의 법이론」, 나남, 2002, 179-184면 ; “사이버스페이스는 하나의 공간이 아닌 많은 공간이 존재하며 각 성격은 동일하지 않고 차이가 있어 공동체·교환·대화 등은 인구학적 접근만으로 그 다양성 등을 설명할 수 없다”고 한다.

33) 예를 들어, 이동형영상저장장치인 드론은 범죄자추적용, 도로순찰용, 교통상황관측용, 대테러방지용, 대규모농장가축관리용, 탐사보도용, 재해현장수색·구조용, 일반가정보안용, 과학연구용, 농작물병충해예방살충제살포용, 산불예방용, 사진측량용, 광고제작용 등 시장의 여러 분야에서 그 이용가능성이 더욱 상승하고 있다.

34) 차건상/신용태, “택시영상기록장치의 프라이버시 보호방안”, 「정보통신」 제38권 제3호, 정보과학회, 2011, 230-231면 ; “택시영상기록장치의 설치가 활성화 될 경우 택시 전방과 내부 등에 최소 2대만 설치해도 약 509,732대의 영상기록장치가 전국방방곡곡을 누비며 개인영상정보를 수집하게 된다”고 한다.

제어디서나 손쉽게 촬영될 수 있는 위험성이 외국과 마찬가지로 점차 상승하고 있는 중으로 개인의 인격적 자율영역에 관한 사항을 자신의 의사에 반해 공개당하지 않을 권리인 사생활의 비밀³⁵⁾의 침해위험성도 점증했다.

2) 개인영상정보침해 위험성 급증에 따른 헌법적 대응근거 및 보장 필요성

이동형영상정보처리기술·정보화처리기술 등의 첨단과학기술이 급격하게 발달하면서 드론·웨어러블스마트기기·차량용블랙박스 등이 등장하면서 개인영상정보 및 사생활정보가 심각하게 침해될 새로운 위험성³⁶⁾이 나타났다. 이에 따라 「헌법」이 보장하는 사생활영역에 대한 침해위험성이 전반적으로 확대되면서 「헌법」 제17조를 근거로 개인영상정보 등 사생활의 비밀과 자유를 실효적으로 보장할 수 있으며, 「헌법」 제17조의 구체화법인 「개인정보보호법」 등의 입법과 그 개선을 통해 첨단과학기술, 정보화로의 변화 등의 현실을 반영함으로써 이동형영상정보처리기기에 의한 개인영상정보 침해를 방지할 수 있다.

3. 이동형영상정보처리기기에 의한 개인영상정보 침해방지를 위한 헌법적 보장

가. 개인영상정보보호의 헌법적 근거

「헌법」 제17조는 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다”고 명시함으로써 자기의 의사에 반하여 사생활의 내용을 공개당하지 아니할 권리, 사생활의 자유로운 형성과 전개를 방해받지 아니할 권리 그리고 자신에 관한 정보를 스스로 관리·통제할 수 있는 권리, 자기의 정보가 타인에게 의하여 취득·개시될 수

35) 양건, 「헌법강의Ⅰ」, 법문사, 370-371면 ; “사생활의 비밀을 침해받지 않을 권리는 본래 소극적인 자유권의 성격을 갖는 것이다. 그런데 행정기관이나 사적 기관이 개인에 관한 여러 정보를 방대하게 수집, 관리하는 현대의 정보화사회에 있어서 사생활의 권리는 더 적극적인 자기정보통제권, 즉 자기에게 관한 정보를 스스로 통제할 수 있는 권리로 확대되고 있다”고 한다.

36) 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 689-690면 ; “「헌법」이 사생활영역으로부터 정보를 수집하는 것에 대하여 보호하고 있지만, 첨단과학기술의 발달에 따라 새로운 통신기술이 출현함에 따라, 사생활영역에 대한 침해가능성의 양과 질이 크게 증가함으로써 사생활의 보호는 새로운 국면을 맞이하게 되었다. 전화, 마이크를 이용한 도청가능성, 녹음기, 사진기 등의 출현은 모든 장소에서 사적인 대화를 도청할 수 있고 또는 사생활관련 사진을 은밀히 촬영하여 당사자의 동의 없이 유포할 수 있는 등, 완전히 새로운 형태의 침해가능성을 열어 놓았다. 이러한 형태의 침해는 공간적으로 제한된 영역인 주거에 대한 침해라는 차원에서는 더 이상 파악될 수 없는 성질의 것이다. 이처럼 사생활에 대한 침해의가능성이 전면적으로 확대됨에 따라, 헌법은 사생활을 위협하는 새로운 현상에 대하여 적절판 보호를 제공할 수 있도록, 제17조에서 사생활의 비밀과 자유를 규정함으로써 사생활영역을 포괄적으로 보장하고자 하고 있다”고 한다.

있는 정도를 결정할 수 있는 권리 등³⁷⁾을 인간이라면 내외국인을 불문³⁸⁾하고 헌법적으로 보장하고 있다.³⁹⁾이러한 자유로운 인격형성 및 발현에 있어 중요한 사생활의 비밀 및 자유가 실현되기 위해서는 개인정보는 필수불가결적으로 보호되어야 한다.

그리고 개인영상정보는 특정개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있는 만큼 개인정보자기결정권⁴⁰⁾의 보호대상이므로 개인의 사적인 영상정보를 대상으로 한 이동형영상정보처리기기에 의한 수집·보관·처리 등의 행위는 제한되어야 하며, 개인영상정보가 언제 어디서 누구에 의해 어떻게 수집되고 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있도록 법제도적인 차원에서 실효적인 관리·감독방안을 위한 개선안이 마련되어야 한다.

이러한 점에서 이동형영상정보처리기기의 이용과정에서 개인정보 중 하나인 개인영상정보가 무분별하게 침해된다면 이는 주민등록번호 등과 같은 다른 개인정보가 유출되는 것 이상으로 개인의 사생활의 비밀 등 기본권을 침해할 위험성⁴¹⁾이 있으므로 국가가 개입하여 개인영상정보라는 중요한 개인영상정보가 침해되는 것을 방지함으로써 「헌법」상 보장되는 개개인의 사생활의 비밀과 자유가 실현되도

37) 김백유, 「헌법학(II)」, 조은, 2010, 415-417면 ; “사생활의 비밀·자유보장은 인격적 존재로서의 인간이 소극적으로는 사생활의 내용·명예·신용 등을 침해받지 않고, 적극적으로 자유로운 사적 생활·활동을 영위할 수 있도록 하는 것이다”고 한다.

38) 임지봉, “CCTV 설치의 헌법적 문제점”, 「고시계」 제49권 제3호, 2004 ; 우리 「헌법」 제17조를 근거로 헌법상에서 기본권으로 보장하고 있는 사생활의 비밀과 자유는 존엄성과 가치를 가진 사람이라면 내국인·외국인의 구분을 불문하고 모든 인간에게 주어진 기본권으로 생존한 모든 사람에게 보장된다.

39) 이러한 「헌법」상 명문을 근거로 보장된 사생활의 비밀과 자유는 모든 인간이 누려야 하는 사생활의 영역이 자유롭게 형성·전개될 때 비로소 실현될 수 있는 것으로 누구에 의해서도 본인의 의사에 반하여 개인의 사적인 개인정보 중 하나인 개인영상정보는 헌법이 보호하는 가치로서 언제 어디서나 공개·침해되어서는 안 된다.

40) 현재 2005. 5. 26. 99헌마513 ; “개인정보자기결정권 보호대상이 되는 개인정보는 헌법 제17조의 비밀·자유, 헌법 제10조 제1문의 존엄·행복추구권 등에 근거를 둔 것으로 개인정보자기결정권 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체정보이며, 반드시 개인이 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함하며, 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다”고 한다.

41) 차건상/신용태, 앞의 논문, 223면 : “자동차용영상사고기록장치 즉 차량용블랙박스 중 하나인 택시영상기록장치는 교통사고 예방·조사 및 범죄예방 측면에서 그 필요성이 매우 높아 법인택시를 중심으로 설치가 빠르게 확산되고 있지만 법률적 규제 근거가 없음에 따라 택시영상기록장치에 의해 무분별하게 수집된 개인영상정보는 초상권 침해, 사생활 침해, 근로자 감시 등의 인권적 침해의 소지가 있음에도 개인영상정보에 대한 침해를 방지할 수 없다”고 한다.

록 해야 한다.

나. 헌법상 개인의 사적인 내밀한 보호영역으로서 개인영상정보 보호

「개인정보보호법」 제2조에서 명시하고 있듯이, 웨어러블기기·드론 등과 같은 이동형영상정보처리기에 의해서 침해될 위험성이 현저하게 높아진 ‘개인영상정보’란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명·주민등록번호 등과 마찬가지로 개인을 알아 볼 수 있는 정보인 개인정보에 포함되며, 해당정보만으로는 특정개인을 알아 볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아 볼 수 있는 사적영역⁴²⁾을 의미한다.

특히, 정보주체의 의사와 무관하게 국가 또는 민간이 사용하는 이동형영상처리기에 의해 개인영상정보가 무분별하게 수집·침해될 경우 개인의 인격에 밀접히 연관된 정보로 타인에게 알리고 싶지 않은 사생활의 기본적 정보이자 그 정보주체의 인격에도 영향을 미치는 개인의 내밀한 영역인 개인영상정보가 침해된다.⁴³⁾

따라서 이동형영상정보처리기의 이용 확산으로 인하여 침해될 위험성이 현저하게 높아진 개인영상정보는 개인의 얼굴·용모·전신·신체일부·일상생활모습 등을 포함하는 것으로 해당정보만으로도 특정 개인을 바로 알아 볼 수 있는 확률이 높은 정보이자 개인의 내밀한 사적영역과 관련되는 것으로 특별한 보호가 필요하다.

4. 이동형영상정보처리기에 의한 개인영상정보 침해방지를 위한 국가의 의무

가. 국가의 개인영상정보보호의무

우리나라 「헌법」 제10조에서 “...모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며...국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적인 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”라고 명시함으로써 국가는 불가침의 기본권의 확인하는 동시에 입법부·행정부·사법부 등 국가기관이나 타인에 의하여 위법하게 침해받지 않도록 보호해

42) 현재 2003. 10. 30. 2002헌마518 ; 헌법재판소는 「도로교통법」 제118조 위험확인사건에서 개인의 사생활 보호영역의 판단기준에 따르면, 개인의 사생활보호영역이 우선 개인의 내밀한 영역, 개인의 생존과 인격발휘에 필수불가결한 기본적인 요소, 자기정보결정권의 요소 등이 인정될 수 있는 것으로 개인의 사적영역은 내밀하고 사향으로 특별한 보호가 수반되어야 한다.

43) 이동형영상정보처리기에 의해 침해될 위험성이 높아진 개인영상정보는 국가 또는 민관기관으로부터 어떤 간섭도 받지 않을 선택과 결정에 관한 사항으로 공공·민간부분에서 이용이 확대된 이동형영상정보처리기에 의해 정보주체의 개인정보자기결정권이 침해될 경우 개인영상정보의 정정 또는 삭제를 요구할 수 있는 자기정보결정권이 인정되어야 한다.

야 할 의무인 기본권보장의무⁴⁴⁾가 국가⁴⁵⁾에게 있음을 천명하였다.⁴⁶⁾

이와 같이 「헌법」 제2문에 따라 국가기관에 부여된 기본권보호의무에 따라 개인영상정보도 개인의 중요한 정보로서 인간의 존엄과 개인의 사생활과 관련 있는 사안인 만큼 개인영상정보의 보호 필요성이 점증되고 있는 상황에서 국가와 지방자치단체는 개인정보의 목적 외 수집, 오용·남용 및 무분별한 감시·추적 등에 따른 폐해를 방지하여 인간의 존엄성과 개인의 사생활 보호를 도모하기 위한 시책을 강구하여야 할 책무⁴⁷⁾가 있다.

특히, 입법기관은 입법권의 행사를 통하여 국민의 기본권을 보장할 의무를 적극적으로 실현할 수 있다.⁴⁸⁾ 따라서 현행 「개인정보보호법」 만으로는 드론·스마트웨어러블기기 등의 이동형영상장치의 침해로부터 「헌법」 상 보장된 내밀한 영역과 관련된 개인영상정보의 보호가 미흡하므로 입법기관은 개인영상정보보호와 관련해 법률개선의무를 이행함으로써 개인사생활이 최대한 보장될 수 있도록 노력해야 한다.

나. 개인영상정보보호를 위한 입법부의 관련입법 및 법률개선 필요성 급증

최근 드론기기·스마트웨어러블장치·블랙박스 등과 같은 이동형영상저장기기의 기술의 발달 및 보급과 관련해 그 제품의 이용자 수가 현격하게 급증하고 있는 상황에서 중요한 개인정보 중 하나인 개인의 영상정보가 무분별하게 촬영되고 수집되

44) 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2015, 971면.

45) 따라서 모든 국가기관은 국민과 동반자로서의 지위에 있으며, 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것만을 금지하는 소극적인 것으로 한정된 것이 아니라 적극적으로 사인의 침해로부터 기본권을 보호할 의무를 부여받았으므로 입법부·행정부 및 사법부 등 모든 국가기관은 개인영상정보가 함부로 공개당하지 아니하고 개인이 개인영상정보를 스스로 관리·통제하며, 자신의 개인영상정보가 타인에게 취득·개시될 경우 이를 결정할 수 있도록 함으로써 개인이 자유로운 사생활을 형성하고 전개할 수 있도록 보장해야 한다.

46) 표명환, “헌법 제10조 제1문의 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무”, 「토지공법연구」 제53집, 한국토지공법학회, 2011, 336면; “헌법 제10조 후문에 따라 기본적 인권을 국가가 확인하여야 한다는 것의 의미는 국가가 국민이 갖는 기본적인 인권의 존재를 인정하고 이를 존중하여야 하는 것을 말하는 것으로 소극적으로는 국민의 기본적 인권을 국가기관이 침해해서는 안 된다는 것과 함께 적극적으로는 기본적인 인권의 존재를 발견하고 이를 인정해야 한다는 의무를 의미한다”라고 한다.

47) 「개인정보보호법」 제5조 제1항.

48) 성낙인, 앞의 책, 972면; “국가는 기본권의 실현을 위한 법령과 제도를 정비함으로써 기본권의 최대한 보장에 힘써야 한다. 여기서 입법부에 의한 기본권의 구체화가 특히 중요한데, 이는 현실적 상황을 충분히 고려하지 않을 수 없는 정책적 판단의 문제라 할 수 있다. 하지만 여기에도 기본권최대보장의 요청을 외면해서는 안 된다는 한계가 따르게 마련이다. 따라서 기본권보호입법이 흠결되거나 충분하지 아니한 경우에는 입법자에게 입법의무가 부과되거나 입법개선의무가 존재하게 된다”고 한다.

고 악용될 가능성이 점증되고 있다.⁴⁹⁾

따라서 국가는 헌법의 규범력을 보장하는 데 있어서 제1차적인 의무⁵⁰⁾를 지고 있으므로 「헌법」상 보장된 국민의 기본권을 보장을 통하여 헌법의 규범력이 될 수 있도록 하기 위해서 노력해야 한다. 이를 위하여 국가와 지방자치단체는 정보주체의 권리를 보호하기 위해 법령의 개선 등 필요한 시책을 마련하여야 한다.⁵¹⁾

이를 위해 국가기관은 개인영상정보의 보호를 위한 위하한 계획을 수립해야 한다.⁵²⁾ 특히, 국가기관 중 입법부는 이동형영상정보처리기기기술 등의 첨단과학기술의 급속한 발전에 의하여 만들어지는 다양한 분야에서의 위협으로부터 사회구성원의 기본적인 인권을 보호하기 위한 입법적 보완⁵³⁾을 위하여 관심을 가져야 한다.

Ⅲ. 이동형영상정보처리기기 이용 확산에 따른 개인영상정보보호에 관한 국내외동향 분석과 현행 법제도상 문제점 검토

1. 국제적 동향

가. 국외의 논의와 관련규제동향

1) 국제적인 개인영상정보 보호논의배경

최근에 드론·웨어러블기기 등과 같은 여러 종류의 영상정보처리기기가 개발되고 그 보급이 점차 여러 목적을 이유로 다양한 분야로 확산⁵⁴⁾되면서 과거보다 급격하

49) 이러한 상황에서 이동형영상정보처리기기를 이용하는 국가기관 또는 사인에 의하여 무분별하게 수집·저장되는 개인영상정보가 유출되어 사이버공간에서 노출되면서 발생할 개인의 내밀한 사적 영역의 무분별한 침해로 사인들 간만의 불법행위책임법리로만 해소하기가 용이하지가 않는 것이 현실이다.

50) 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2015, 57-58면 : “헌법의 규범력을 보장함에 있어 제1차적 의무를 지고 그 역할을 수행하는 것은 당연히 국가이며, 국가는 구체적으로 입법권, 행정권, 사법권, 헌법재판권을 통하여 헌법의 규범력을 유지·보장할 뿐 아니라, 헌법을 부정하고 파괴하려는 온갖 기도와 행위에 대응해 그에 필요한 조치를 취함으로써 헌법의 규범력을 보장하여 입헌주의와 헌법국가를 실현시킨다”고 한다.

51) 「개인정보보호법」 제5조 제2항.

52) 「개인정보보호법」 제5조 제3항에 의하면, 국가와 지방자치단체는 개인정보의 처리에 관한 불합리한 사회적 관행을 개선하기 위하여 개인정보처리자의 자율적인 개인정보 보호활동을 존중하고 촉진·지원하여야 한다. 동법 동조 제4항에 따르면, 국가와 지방자치단체는 개인정보의 처리에 관한 법령 또는 조례를 제정하거나 개정하는 경우에는 이 법의 목적에 부합되도록 하여야 한다.

53) Hensel/Bizer/Führ/Lange/(김경제/이상해/최정일/김상겸 공역), 「입법평가의 적용」, 한국법제연구원, 2011, 61-62면; 국민을 특히 첨단과학기술적 발전과정에서 나타나는 여러 가지 위협으로부터 보호하여 할 국가의 보호업무 등을 입법에 반영하는데 있어 입법평가 등을 통해 보다 나은 입법과 함께 국가급부의 질이 상승될 수 있도록 노력해야 한다.

54) BizFact, “5년 동안 약439대 드론 수출입”, BizFact, 2015. 03. 17. ; “국내외적으로 무인항공기드

게 그 영상정보처리기기의 이용자수가 급격하게 증가함에 따라 개인의 사적인 개인영상정보가 손쉽게 수집·유출될 위험성은 증가하였다.

이에 따라 국내외적으로 관련시장이 급속도로 성장하는 가운데 각국 간의 드론·웨어러블기기 차량용블랙박스 등의 거래도 함께 급증함에 따라 개인영상정보 보호의 필요성이 요망되고 있다.

2) 개인영상정보 보호에 관한 해외의 관련규제동향

드론기술·웨어러블기술 등 이동형영상처리기술의 개발·발달 및 상용화에 따른 개인영상정보 등과 같은 개인정보 침해로 인하여 개인의 사생활의 자유와 비밀이 침해되는 것은 몇몇 국가의 문제만이 아니라 전 세계의 많은 국가들에서 발생하는 것으로 관련 법제도가 그 양태가 조금씩 다르지만 존치·운영되고 있다.

이러한 가운데 국제사회는 공공 또는 민간 부문을 망라한 개인정보의 국제유통 실태 및 문제점을 경제적·사회적·법적 차원에서 파악한 후 개인정보보호에 관한 기본지침을 제시하기 위해 노력하였다.⁵⁵⁾ 그 결과 국제연합(UN)이 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」을 제시하였고, 「경제협력개발기구(OECD)가 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」을 마련하기에 이르렀다.

그리고 미국·유럽연합 등 전 세계 각국은 국제연합(UN)과 경제협력개발기구(OECD)에서 제시한 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」, 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」 등의 여러 내용과 원칙들을 자국의 개인정보보호 법체계에 영향을 미치게 되었다. 이러한 지침과 가이드라인은 전 세계 각 국에서 이동형영상정보처리기기 이용에 따른 무분별한 개인영상정보침해를 방지하기 위한 방향 및 구체적 보호방안 마련에 있어 고려해야할 필요성이 증대됐다.

나. 개인영상정보 보호를 위한 국제사회의 기준

론의 국제적인 거래가 활발하게 이루어지고 있는 것으로 조사되었으며, 최근 약439대의 드론(UAV)이 국가 간의 거래를 통해 이동한 것으로 추정되고 있다. 스톡홀름국제평화연구소(SIPRI) 자료에 따르면, 2010~2014년 국가 간 거래된 드론은 모두 약439대로, 2005년부터 2009년까지의 약322대보다 약36.3% 증가하였다”고 한다.

55) 오늘날 개인정보보호, 개인영상정보보호, 사생활의 비밀과 자유 보장은 몇몇 국가에서만 중요한 가치로 인정되는 사항이 아닌 전 세계적으로 보호해야 할 인류의 공동과제이자 국제규범상의 중요한 가치이다.

1) UN의 「개인정보파일의 규율에 관한 지침」

국제연합(UN)의 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」⁵⁶⁾은 합법성·공정성원칙⁵⁷⁾, 정확성원칙⁵⁸⁾, 목적구체성원칙⁵⁹⁾, 관련개인접근원칙⁶⁰⁾, 비차별원칙, 보안원칙, 감독·제재, 국제적 정보의 유통 등을 규정하고 있다. 이러한 국제연합이 제시한 지침상의 여러 원칙들은 이동형영상정보처리기기의 이용과정에 있어 개인의 사적영역의 중요한 개인정보 중 하나인 개인영상정보보호를 위해서도 지켜져야 한다.

2) OECD의 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」

경제협력개발기구(OECD)의 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」⁶¹⁾은 수집제한원칙⁶²⁾, 이용제한원칙⁶³⁾, 안전성확보원칙⁶⁴⁾, 개인참가원칙⁶⁵⁾,

56) UN은 1948년 「세계인권선언」 제12조와 1966년 시민·정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights) 제17조에서 사생활보호를 국제규범상 보편적 인권으로 인정 후 기술발전·정보화·자동화와 사생활자유에 관심을 갖고 1990년 총회결의서 「컴퓨터화된 개인정보파일규율에 대한 지침(Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files)」을 채택했다.

57) 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」상 “합법성·공정성원칙”(Principle of Lawfulness and Fairness)에 따르면, 개인에 관한 사적 정보는 합법적인 방법으로 수집·처리되어야만 하고, UN헌장에 명시된 목적과 원칙에 반해서는 아니 된다.

58) 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」상 “정확성원칙(Principle of Accuracy)”에 의하면, 정보를 수집하거나 저장하는 사람 및 이에 관하여 책임 있는 담당자는 개인정보를 정기적으로 검사하여 수록된 정보가 정확한 정보인지를 검토해야 한다.

59) 「“목적구체성원칙(Principle of Purpose-specification)”에 따르면, 개인정보를 수집·처리의 목적은 구체적이고 정당해야한다. 따라서 수집·저장되는 모든 개인정보는 구체화된 목적과 관련해 필요한 것이어야 하고, 그런 개인정보는 관련개인의 동의가 없는 한 다른 목적으로 사용되거나 공개되면 안 되며, 수집된 개인정보는 구체화된 목적을 위해 필요한 기간이 경과 후 저장하면 안 된다.

60) 관련개인접근원칙(Principle of Interested-person Access)에 의하면, 개인정보가 수집·정장된 경우 관련당사자는 이런 정보가 어떻게 처리·사용되는지에 관하여 알 권리가 있으며, 잘못되거나 정확하지 않은 정보의 삭제권 등 권리를 갖는다.

61) 정보통신기술발달 및 정보화사회의 도래로 인하여 OECD는 1977년 Wien에서 “정보의 국제유통과 사생활보호에 관한 국제심포지엄”을 개최한 자리에서 공공부문과 민간부문을 총망라한 개인의 사적정보에 대한 국제적인 유통현황과 문제를 경제·사회적 및 법의 측면에서 분석하고 개인정보를 위한 기본적인 사항과 지침내용을 제시한 후 1980년 “사생활 보호와 개인정보의 국제적 유통에 관한 지침(OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data)”를 채택하였다.

62) 수집제한원칙(Collection Limitation Principle)에 의하면, “개인정보수집은 원칙적으로 제한되어야 하고, 합법적이며 정당한 절차에 의하여 정보주체의 인지도 동의를 얻어 수집되어야 한다는 수집방법에 관한 원칙이다.

63) 「이용제한원칙(Use Limitation Principle)」에 따라 개인정보는 정보주체동의를 있거나 법률규정에 의한 경우를 제외하고 목적특정원칙에 의하여 특정목적 이외 다른 목적으로 공개·이용·기타 사용에 제공되어서는 아니 된다.

책임원칙⁶⁶⁾, 공개원칙, 정보정확성원칙, 목적특정원칙 등이 있으며, 경제협력개발기구가 마련·제시한 개인정보보호에 관한 여러 원칙들은 이동형영상정보처리기기 이용에 의해서 침해될 수 있는 개인의 사적영역인 영상정보 보호를 위해서도 중요하다.

다. 각국에서의 입법동향

1) 미국

미국⁶⁷⁾에서 드론·스마트웨어러블기기 등의 이동형영상정보처리장치가 군사용 등 특정목적을 벗어나 레저용·배달용·건축감독용 등으로 상용화되면서 新성장산업으로 주목을 받고 그 활용이 급증하였다.

이에 따라 개인정보 특히 개인영상정보와 관련하여, 이동형영상정보처리기기에 의한 개인영상정보의 무분별한 수집·저장 등의 침해가 문제됨에 따라 법제도적인 측면에서 「무인항공기의 이용에 따른 사생활보호가이드라인」, 「경찰의 무인항공기 사용에 관한 규제법안」, 「무인항공기의 활용에 따른 개인정보방지법안」, 「개인정보보호법개정안」 등이 법제도적으로 논의되고 있다.

그리고 미국에서 국제연합(UN)과 경제협력개발기구(OECD)에서 제시한 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」, 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」 등의 여러 내용과 원칙들이 개인정보보호법체계의 내용과 일반적인 원리로 인용되고 있다.⁶⁸⁾

64) 「안전성 확보의 원칙」(Security Safeguards Principle)에 의하면, 개인정보는 분실 혹은 불법적인 접근·훼손·과파·사용·변조·공개 등의 위험으로부터 적절한 안전보호조치에 의해 보호되어야 한다.

65) 개인참가원칙(Individual Participation Principle)에 의하면, 개인은 자신에 관한 정보의 소재에 관한 정보관리자 또는 기타의 사람으로부터 확인할 수 있고, 자신의 정보를 합리적 기간 내에 합리적인 비용과 방법에 의하여 알기 쉬운 형태로 통지 받을 권리가 있다. 또한 이러한 권리가 거부되었을 경우, 그 이유를 요구하고 이의를 신청할 수 있으며, 그 이의가 인정된 경우에는 그 정보의 파기·정정·보완을 요구할 수 있는 권리를 가진다.

66) 「책임원칙(Accountability Principle)」에 따르면, 정보관리자는 위의 7개의 원칙을 준수할 수 있는 조치를 취할 책임을 진다. 이 책임에는 법적 책임뿐만 아니라 자기규범에 의한 책임도 포함된다.

67) 이처럼 국제사회에서 개인의 사적인 영역 즉 사생활의 비밀과 자유에 대한 보호를 실현하기 위해 제시한 개인정보의 보호를 위한 원칙들과 그 내용들은 한 개인의 자유로운 인격형성 및 발현을 위해서 필수불가결한 자유로운 사적영역에서의 활동을 판결 통해 확보해 온 역사를 가진 미국에서도 개인정보보호를 통한 사적영역의 보호 및 자유로운 행위 보장을 목적으로 이러한 국제적인 지침에 따르고 있으며, 연방대법원의 1973년 Roe v. Wade판결을 시작으로 한 개인의 자유로운 사적영역에 대한 보호를 강조해 온 미국에서의 「개인정보보호법제」도 적지 않은 영향을 주게 된다.

특히 미국에서는 차량용블랙박스의 이용률이 높지 않은 반면에 드론 등의 이용 자수는 급증하고 있고 방법·수사 등을 위하여 무인항공기를 사용할 경우 드론 등 무인항공기를 이용하여 수집하는 정보의 범위를 최소화하고 있다. 또한 범죄수상의 목적에서 벗어나거나 관련성이 없는 정보를 폐기하는 등 개인영상정보에 대한 최소한의 수집·보유⁶⁹⁾를 통하여 사전적인 측면에서 규제를 하려고 노력하고 있다.

2) 유럽

유럽연합은 미국과 마찬가지로 국제연합(UN)과 경제협력개발기구(OECD)에서 제시한 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」, 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」 등의 여러 내용과 원칙들을 자국의 개인정보보호 법체계의 내용과 일반적인 원리로 인용하였다. 무엇보다, 컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」, 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」 등의 원칙과 내용은 유럽에서도 스마트웨어러블장치·블랙박스·드론 등과 같은 이동형영상정보처리장치가 급속도로 성장하고 있는 상황에서 개인정보보호를 위한 방향을 설정하는 가이드라인으로서 중요한 의미를 지닌다. 아울러, 1995년에 제정된 유럽연합의 EU준칙도 경제개발협력기구(OECD)가 제시한 지침의 방향과 내용에 기초하고 있으며, 그 이후 「개인데이터의 취급에 관한 개인정보 및 해당 데이터의 자유로운 이동에 관한 유럽의회 및 이사회 규칙안(General Data Protection Regulation)」, 「개인데이터의 취급에 관한 개인정보 및 해당 데이터의 자유로운 이동에 관한 유럽의회 및 이사회 규칙안」 등의 내용에도 반영되고 있다. 이러한 규칙안들상의 원칙들과 내용들은 고정형영상정보처리기는 물론 이동형영상정보처리장치를 포함한 영상정보처리기기들에도 적용될 수 있는 것으로 개인정보보호의 중요한 지침이다.

68) 김일환, “미국 개인정보보호 관련 기관의 역할과 권한에 대한 비판적 고찰”, 「미국헌법연구」 제22권 제3호, 2011, 23면 ; “미국의 「연방프라이버시법」은 국가기관들에게 관련되며 필요한 개인정보만을 저장하고, 정보주체가 가능한 정보만큼 정보를 수집하고, 정확하고 완전하게 기록을 보존하며, 기록의 안전을 충실하게 보호하기 위한 행정적·기술적 보호대책을 확립하기 위하여 제정되었다”고 한다.

69) 김선이, “무인항공기의 사생활침해에 대한 법적대응-미국정책,입법안분석을 중심으로”, 「한국항공우주정책법」 29권 제2호, 한국항공우주정책법학회, 2014, 141-143면 ; “현재 미국 무인항공기 산업은 사법당국과 일부 대학 등 약80개 정도의 기관에서 FAA의 허가를 받아 범죄자 추적이나 연구 목적으로 무인기를 운영하고 있다”고 한다.

라. 우리나라의 시사점

우선, 국제사회는 1960년부터 이미 개인의 내밀한 영역인 사적영역인 사생활의 보호의 중요성을 인식하기 시작하였으며 이를 실천하기 위하여 1990년 국제연합(UN)총회의 결의로 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침(Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files)」 등을 채택하였다.⁷⁰⁾ 아울러, 이러한 국제규범이 국제법상 효력을 넘어 각 국가에서 국내법적 효력을 기반으로 개인정보 등이 실질적으로 보호되어 개인의 사생활의 비밀·자유 등이 실현될 수 있도록 「개인정보보호법」 등의 제도화를 추구하고 있다.⁷¹⁾ 이에 따라 각국은 개인의 사적인 내밀한 영역의 보장을 위하여 개인정보보호법제 등의 입법제도를 마련하였으며, 고정형영상정보처리기기·이동형영상정보처리기기 등과 같은 새로운 기술발전에 따라 침해될 수 있는 개인영상정보보호를 위해서 법제도가 마련 및 개선을 위해 노력하고 있다. 따라서 개인영상정보도 국제사회가 그 보호의 중요성과 필요성을 표명한 여러 개인정보들 중 하나이므로 입법적인 보완에 있어 국제사회에서 제시한 원칙들과 내용이 반영되어야 할 필요성이 적지 않다.⁷²⁾

두 번째, 드론·스마트웨어러블기기 등 이동형영상정보처리기기는 최근 신기술산업 분야에서 가장 빠른 속도로 성장하고 있는 분야로 개발·발전·첨단화·산업화가 급속히 진행되고 있는 분야이다 보니 발전과 개발에 주로 초점이 맞추어져 있고 개발 및 발전·이용·산업화 등의 과정에 있어 개인영상정보 침해 등의 위험성에 대한 논의와 법적 대응이 소홀한 경우가 적지 않다. 이러한 상황은 우리나라⁷³⁾에서

70) 1990년 국제연합(UN)총회의 결의로 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침(Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files)」 회원국들은 국제적인 가치로 부상한 개인정보의 보호를 위하여 해당 개인정보보호법을 제정할 경우, 이를 참고하여 각 국은 해당국가의 현황에 맞게 이행절차 및 방안을 정해야 하며, 비록 동가이드라인은 강제력이 없지만 UN은 여러 회원국은 동 원칙을 반영하여 개인정보보호를 위한 「개인정보보호법」 제정 등 개인정보보호법체계마련에 노력하고 있다.

71) 이러한 측면에서 볼 때, 국제연합의 「개인정보파일의 규율에 관한 지침」, 경제개발기구의 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」 등과 같은 개인정보보호를 위한 국제적인 가이드라인은 비록 구속력은 없지만 이동형영상처리기기에 의한 개인영상정보침해를 방지하기 위해서 지켜져야 하는 중요한 원칙들이므로 이를 지속적으로 관련법제도에 반영함으로써 개인영상정보의 보호와 관련하여 국제규범과 국내법의 정합성을 확보하기 위해서도 노력해야 한다.

72) 따라서 국제연합(UN)의 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」에서 개인정보보호차원에서 규정한 합법성·공정성원칙·정확성원칙·목적구체성원칙·관련개인접근원칙·비차별원칙 등과 경제협력개발기구(OECD)의 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」상 언급한 수집제한원칙·정보정확성원칙·목적특정원칙·이용제한원칙·안전성확보원칙·공개원칙·개인참가원칙·책임원칙 등은 개인영상정보의 보호에 있어서도 지켜져야 한다.

73) 예를 들어 이동형저장장치의 대표적인 장치 중 하나인 드론은 최근 신기술산업 분야에서 가장

도 마찬가지로 경제적 가치에 주로 초점이 맞추어져 있어 개인영상정보 보호를 위한 대한 법제도적 측면에서의 관심이 필요하다.

세 번째, 이동형영상저장처리기기의 특성을 고려한 법제도적인 대응이 필요하다. 그러나 이동형영상저장처리기술이 적용된 드론·웨어러블장치 등 여러 기기들은 공통적으로 일정한 특성이 있음에도 불구하고, 서로의 활용양태·산업화정도·국가지원 정도 등에서 상당한 차이가 크기 때문에 일률적으로 적용하기가 용이하지 않아 각각의 이동형영상저장처리기기에 대한 법적 통제가 용이하지 않다.

네 번째, 이동형영상정보처리기기 이용증가와 그 적용범위의 확대에 따라 해당 장치의 이용과정에서 개인영상정보가 침해되는 문제는 단순히 몇몇 분야에만 해당되는 문제가 아니라 전반 분야에서 발생하는 문제이기 때문에 일부 법규제만으로는 현재와 같은 다양하고 수많은 이동형영상저장처리기기를 충분히 통제할 수 없어 이동형영상저장처리기술이라는 첨단기술 발달속도에 법제도가 못 따라가고 있음을 알 수 있다.⁷⁴⁾ 다섯 번째, 이동형영상정보처리기기의 이용으로 수집될 개인영상정보는 수집·저장된 이후 인터넷 사이버공간 상에 유출될 경우 확산속도가 매우 빠르고 또 확산된 지역도 광범위하기 때문에 수집단계에서 최소한의 수집 또는 사전예방적인 방안이 마련되지 않는다면 한번 유출된 개인영상정보가 인터넷상에서 재생산·반복되는 것을 방지하기가 용이하지 않다. 이러한 측면에서 볼 때, 범 죄수사용·방법용 등으로 이동형영상정보처리기기를 이용할 경우 수집단계에서의 최소한의 수집 또는 수집 후 사용목적에 반하면 조속한 폐기 등의 수단을 마련해야 할 필요성이 큼을 알 수 있다.

여섯 번째, 국외에서도 이동형영상정보처리기기는 공공분야에서 군사무기용을 넘어 단속용·관리·감독용 등의 다목적으로 다양한 분야에서 활용되면서 그 사용범위가 대폭 확대되는 동시에 개인영상정보 침해위험성⁷⁵⁾도 함께 현격하게 상승하고 있어 이에 대한 관심도 함께 고조되고 있다. 뿐만 아니라 민간부문⁷⁵⁾에서도 고성

빠른 속도로 성장하고 있고 미래창조과학부는 무인이동체인 드론과 자율주행차의 활용을 높이기 위한 5개년 사업 방안을 계획하고 있을 정도이다.

74) 아울러 독자적으로 개인영상정보보호를 위한 현재 각국에서 운영하는 개인정보보호법과 관련된 법규상에서 개선할 것인지 아니면 독자적인 각각의 드론 및 사생활보호법, 웨어러블스마트기기 및 사생활보호법 등을 제정할 것인지 여부에 대한 논의가 준비단계에 있지만 기술의 발전 속도에 법제도가 따라가지 못함으로서 입법적 공백은 물론 개인영상정보의 침해가 발생하고 있다.

75) 신관우, “민간경비의 영상 빅데이터 활용을 위한 과제-개인영상정보 보호를 중심으로-「한국민간경비학회보」 제14권 제1호, 한국민간경비학회, 2015, 221-222면 ; 미국 등을 중심으로 영상을 통해 안면 및 객체인식을 이해하는 기술 등이 점차 발달하고 그 기술이 민간경비에도 이용되고 있다. 이에 따라 민간부문 경비영역에 있어 영상정보처리기기의 객체인식을 통해 침입감

능영상기록장치가 장착된 이동형영상정보처리기기 등장으로 인하여 군사용·방송용 등을 넘어 운송용·시설감독용·레저용 등으로 까지 확대되면서 다양한 분야에서 수많은 이용자들이 드론·스마트글래스 등을 손쉽게 활용하고 있는 추세이며, 이러한 과정에서 이동형영상정보처리기기를 이용한 몰카·도촬 등에 의한 개인영상정보 침해문제도 발생할 위험성도 더욱 증대하였다.

2. 국내의 관련입법실태

가. 관련 입법현황

개인영상정보의 보호와 관련하여 국내에서의 관련 입법현황을 살펴보면, 국제적으로 확립된 개인정보보호 관련 규범 마련의 영향으로 개인정보보호를 위한 법제도를 구체화하여 「헌법」상 보장되고 개인의 사생활의 자유 및 비밀을 보호해야 할 필요성에 따라 2011년 「개인정보보호법」이 제정⁷⁶⁾되기에 이르렀다. 그리고 개인영상정보 보호와 관련하여, 개인정보보호 강화를 목적으로 제정된 「개인정보보호법」을 근거규정으로 공공부문에서 마련된 「공공기관영상정보처리기기 설치·운영 가이드라인」과 민간부문에서 마련된 「민간분야 영상정보처리기기 설치·운영 가이드라인」이 있다. 또한, 드론·웨어러블스마트기기 등은 각개 법률에서 규정하고 있으며, 예를 들어 드론의 경우는 「항공법」·「전파법」 등과 같은 관련된 개별법 등에서 규정하고 있다.

나. 「개인정보보호법」

「개인정보보호법」은 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명·주민등록번호·영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보를 의미하는 개인정보⁷⁷⁾의 수집·생성·연계·연동·기록·저장·보유·가공·편집·검색·출력·정정·복구·이용·제공·공개·파기, 그 밖에 이와 유사한 행위인 처리 및 보호에 관한 사항을 정함으로써 개인의 자유와 권리를 보호하고, 나아가 개인의 존엄과 가치를 구현함을 목적으로 입법되었다.⁷⁸⁾ 동법은 개인정보보호정책수립·개인정보처리·개인정보안전관리·정보주체권리보장·개인정

사·열굴검출·도난방지·이상행동감시 등을 실시간 감시·저장·수집할 수 있는 가능성이 점증했다.

76) 2011년 정보화 사회로의 변화에 따라 살아 있는 개인에 관한 사적정보보호강화를 위해 본인의 동의 없이 개인의 내밀한 영역에 관한 정보수집·활용금지, 개인정보의 제3자 제공금지 등을 위해 「개인정보보호법」이 제정되기에 이르렀다.

77) 「개인정보보호법」 제2조 제1호.

78) 「개인정보보호법」 제1조.

보분쟁조정위원회·개인정보단체소송·벌칙 등의 내용을 담고 있다.

동법은 개인정보보호원칙과 관련하여, 개인정보처리자는 개인정보의 처리 목적을 명확하게 해야 하고 그 목적에 필요한 범위에서 최소한의 개인정보만을 적법하고 정당하게 수집하여야 한다.⁷⁹⁾ 동법 동조 제2항에 따라, 개인정보처리자는 개인정보의 처리목적에 필요한 범위에서 적절히 개인정보를 처리해야 하며, 목적 외 용도로 활용하면 된다.⁸⁰⁾ 동법은 영상정보처리기의 설치·운영 제한과 관련하여, 누구든지 “법령에서 구체적으로 허용하고 있는 경우”, “범죄의 예방 및 수사를 위해 필요한 경우”, “시설안전 및 화재 예방을 위하여 필요한 경우”, “교통단속을 위해 필요한 경우”, “교통정보의 수집·분석 및 제공을 위하여 필요한 경우”를 제외하고는 공개된 장소에 영상정보처리기를 설치·운영하여서는 아니 되며⁸¹⁾ 이를 지키지 않을 경우 처벌한다.⁸²⁾

다. 「공공기관 영상정보처리기기 설치·운영 가이드라인」

「공공기관영상정보처리기기 설치·운영가이드라인」⁸³⁾은 공공기관의 영상정보처리기기 설치·운영 및 영상정보처리기기에 의하여 촬영·처리되는 영상정보들 개인의 초상·행동 등 사생활과 관련된 영상으로 해당 개인의 동일성 여부를 식별할 수

79) 「개인정보보호법」 제3조 제1항.

80) 「개인정보보호법」 제3조 제4항에 따르면, 개인정보처리자는 개인정보의 처리 방법 및 종류 등에 따라 정보주체의 권리가 침해받을 가능성과 그 위험 정도를 고려하여 개인정보를 안전하게 관리하여야 한다. 동법 동조 제5항에 의하면, 개인정보처리자는 개인정보 처리방침 등 개인정보의 처리에 관한 사항을 공개하여야 하며, 열람청구권 등 정보주체의 권리를 보장하여야 한다. 동법 동조 제6항에 의하면, 개인정보처리자는 정보주체의 사생활 침해를 최소화하는 방법으로 개인정보를 처리하여야 한다. 동법 동조 제7항에 따르면, 개인정보처리자는 개인정보의 익명처리가 가능한 경우에는 익명에 의하여 처리될 수 있도록 하여야 한다.

81) 「개인정보보호법」 제25조 제1항.

82) 「개인정보보호법」 제72조 : 동법의 벌칙규정에 따라 영상정보처리기기의 설치 목적과 다른 목적으로 영상정보처리기기를 임의로 조작하거나 다른 곳을 비추는 자 또는 녹음기능을 사용한 자, 거짓이나 그 밖의 부정한 수단이나 방법으로 개인정보를 취득하거나 개인정보 처리에 관한 동의를 받는 행위를 한 자 및 그 사정을 알면서도 영리 또는 부정한 목적으로 개인정보를 제공받은 자, 직무상 알게 된 비밀을 누설하거나 직무상 목적 외에 이용한 자 중 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

83) 「공공기관영상정보처리기기 설치·운영 가이드라인」은 「개인정보보호법」 제25조 동법 시행령 제22조부터 제27조까지 및 표준개인정보보호지침 제3장의 내용을 구체적으로 설명한 것으로, 기존의 「공공기관CCTV관리가이드라인」이 2010년에 폐지되었기 때문에 「개인정보보호법」의 관련규정과 동 가이드라인에 따라 공공분야에서의 영상정보처리기기를 운영해야 한다. 「공공기관영상정보처리기기 설치·운영가이드라인」은 2012년 3월 5일 제정하고, 2012년 12월 1일 1차 개정한 바 있으며, 공개비공개된 장소 추가보완, 안내판 설치 장소 구체화, 영상정보 보관 및 파기, 위수탁 내용 보완, 제공 시 준수사항 및 절차 구체화 등 일부 수정사항을 반영하여 2차 개정, 2015년 1월 12일부터 시행됐다.

있는 정보를 의미하는 개인영상정보 보호에 대하여 공공기관이 준수하여야 할 사항을 업무담당자가 쉽게 이해할 수 있도록 기준을 제시함을 목적으로 마련되었다.

「공공기관영상정보처리기기 설치·운영가이드라인」에 밝힌 기본원칙에 따라 운영되어야 한다. 동 가이드라인의 세부내용과 관련해 살펴보면, “영상정보처리기기 설치·운영 제한”과 관련하여, 누구든지 공개된 장소에 영상정보처리기기를 설치·운영하는 것은 원칙적으로 금지되며 다른 법익의 보호를 위해 필요한 경우 예외적으로 설치·운영이 허용된다. 또한, “사생활침해 우려 장소 설치·운영 금지”에 관련해, 불특정다수가 이용하는 공개된 장소라도 현저히 사생활침해우려가 있는 장소는 영상정보처리기기 설치·운영이 금지된다.

라. 「민간분야 영상정보처리기기 설치·운영 가이드라인」

「민간분야 영상정보처리기기 설치·운영 가이드라인」⁸⁴⁾은 민간부문의 영상정보처리기기 설치·운영·개인영상정보보호를 위한 준수사항을 업무담당자가 쉽게 이해할 수 있도록 기준제시의 목적으로 마련됐다. 동가이드라인에서 밝힌 기본원칙을 살펴보면, 영상정보처리기기를 설치·운영하려는 자는 개인의 사적인 사생활이 침해되지 않도록 영상정보처리장치를 최소한으로 설치·운영하여야 하며, 개별 구체적인 사안에서 아래의 각 원칙이 구현될 수 있도록 적용·운영하여야 한다.

동가이드라인의 세부내용을 살펴보면, 불특정 다수가 이용하는 공개된 장소라도 현저히 사생활 침해 우려가 있는 장소는 영상정보처리기기 설치·운영이 금지되어야하기 때문에, 개인의 신체를 노출시킬 우려가 있는 목욕실·화장실·탈의실·기타 신체의 노출 외에도 개인의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 장소의 내부를 볼 수 있도록 영상정보처리기기를 설치·운영하는 행위는 금지된다.⁸⁵⁾

84) 「민간분야 영상정보처리기기 설치·운영가이드라인」은 「개인정보보호법」 제25조, 동법 시행령 제22조부터 제27조까지 및 표준개인정보보호지침 제3장의 내용을 구체화한 것이다. 「개인정보보호법」의 시행으로 기존의 「택시내 CCTV 설치관련 개인정보보호가이드라인」은 2010년 폐지되었기 때문에 「개인정보보호법」의 관련규정과 동 가이드라인에 따라 민간 분야에서 영상정보처리기기를 운영해야 한다.

85) 영상정보처리기기 설치·운영 시 정보주체가 쉽게 알아볼 수 있도록 안내판을 설치하여야 한다. 이 경우 안내판은 촬영범위 내에서 정보주체가 알아보기 쉬운 장소에 설치하며, 안내판의 크기나 위치는 자율적으로 정하되, 정보주체가 손쉽게 인식할 수 있도록 안내판에 몇 가지의 목록을 기재해야 한다. 여기서 안내판에 기재해야 할 사항으로는 “설치 목적 및 장소”, “촬영 범위 및 시간”, “관리책임자의 성명 직책 및 연락처”, “영상정보처리기기 설치·운영을 위탁한 경우 위탁받는 자의 명칭 및 연락처”가 있다.

3. 개인영상정보 보호체계의 문제점

가. 현행 「개인정보보호법」상 개인영상정보 보호여부

웨어러블스마트기기·드론·차량용블랙박스 등의 이동형영상정보처리기기 이용과정에서 수많은 개인영상정보가 용이하게 수집되고 저장·유출될 수 있는 상황이지만 이를 통제할 수 있는 법적 근거 불충분하지 않다.⁸⁶⁾

「개인정보보호법」상 영상정보처리기기는 고정형영상정보처리기기를 지칭하는 것으로 일정한 공간에 지속적으로 설치되어 해당 공간을 지속적으로 촬영하는 촬영의 지속성을 의미하는 것을 말하므로, 차량 외부를 촬영하는 블랙박스는 「개인정보보호법」상 영상정보처리기기 즉 고정형영상정보처리기기에 해당하지 않고 이동형영상정보처리기기에 해당한다.⁸⁷⁾ 이와 같이 「개인정보보호법」상의 영상정보처리기기의 범위에는 이동형영상정보처리기기는 포함하지 않고 고정형영상정보처리기기만을 의미하도록 협소하게 개념과 범위를 정의하고 있다.

따라서 현행 「개인정보보호법」상으로는 고정형영상정보처리기기만의 규정만이 명시⁸⁸⁾되고, 이동형영상정보처리기기에 의한 정보수집의 과정을 통제할 수 있는 법적 근거가 없다는 것이 현실이다. 이와 같이 현행 「개인정보보호법」에서는 일정공간에 지속적으로 설치된 카메라를 통하여 영상 등을 촬영하거나 촬영한 영상 정보를 유무선 폐쇄회로 등의 전송로를 통하여 특정 장소에 전송하는 장치인 폐쇄회로텔레비전과 일정한 공간에 지속적으로 설치된 기기로 촬영한 영상정보를 그 기기를 설치·관리하는 자가 유무선 인터넷을 통하여 어느 곳에서나 수집·저장 등의 처리를 할 수 있도록 하는 장치인 네트워크카메라에 대해서만 영상정보처리

86) 예를 들어 드론(Drone)의 경우를 살펴보면, 초소형카메라가 발달하고 초소형드론이 등록의무대상에서 제외한 것을 비추어 볼 때, 국토교통부가 제작·배포한 「드론조종자준수사항」에도 일반 초상권 관련 법률을 제외하면 이들을 제어할 규정이 없어 드론을 이용한 사생활 침해 등을 충분히 방지할 수 없다.

87) 다만, 차량에 설치되어 차량 내부를 촬영하는 CCTV는 차량 내부라는 일정한 공간을 지속적으로 촬영하는 것으로 「개인정보 보호법」상 영상정보처리기기에 해당한다.

88) 「개인정보보호법」 제2조 제7호에 따르면, 「영상정보처리기기」란 “일정한 공간에 지속적으로 설치되어 사람 또는 사물의 영상 등을 촬영하거나 이를 유·무선망을 통하여 전송하는 장치로서 대통령령으로 정하는 장치를 말한다”라고 명시하고 있다. 또한 “영상정보처리기기의 범위”에 관한 「개인정보보호법시행령」에 따르면, 「개인정보보호법」 제2조 제7호에서 “대통령령으로 정하는 장치”란 “다음 각 호의 장치로 1. 폐쇄회로 텔레비전: 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 장치가, 일정한 공간에 지속적으로 설치된 카메라를 통하여 영상 등을 촬영하거나 촬영한 영상정보를 유무선 폐쇄회로 등의 전송로를 통하여 특정 장소에 전송하는 장치나, 가목에 따라 촬영되거나 전송된 영상정보를 녹화·기록할 수 있도록 하는 장치 2. 네트워크 카메라: 일정한 공간에 지속적으로 설치된 기기로 촬영한 영상정보를 그 기기를 설치·관리하는 자가 유무선 인터넷을 통하여 어느 곳에서나 수집·저장 등의 처리를 할 수 있도록 하는 장치”를 말한다고 규정하고 있다.

기기로 정의하고 있어서 드론·웨어러블기기·차량용블랙박스 등과 같은 이동형영상정보처리기기에 대한 규정이 전혀 없다.⁸⁹⁾

심지어 영상정보처리기기안내판설치 관련규정 상향규정, 개인정보처리방침 포함 항목추가 등 「개인정보보호법」의 일부개정⁹⁰⁾되었지만 영상정보처리기기의 대상에 고정형영상정보처리기기 이외에 이동형영상정보처리장치에 대한 명확하고 구체적인 규정이 없어 과학기술발달과 정보화 사회로의 급격한 변화에 적절하게 대응하여 헌법상 보장된 개인의 사생활의 비밀과 자유, 정보자기결정권 등을 실효적으로 보호하기가 용이하지 않다.

따라서 폐쇄회로텔레비전·네트워크카메라 등 고정형영상정보처리기기에 관한 규정만이 주로 있는 현행 「개인정보보호법」·「공공기관 영상정보처리기기 설치·운영 가이드라인」·「민간분야 영상정보처리기기 설치·운영 가이드라인」 등에 의한 개인영상정보보호체계로는 국외뿐만 아니라 국내에서도 관련시장과 이용이 급증하고 있고, 이동형·휴대성·은닉성 등의 특성을 갖고 있는 드론기기·차량용블랙박스·웨어러블기기 등과 같은 이동형영상정보처리기기에 의한 개인영상정보의 침해를 효과적으로 방지할 수 없다.

나. 이동형영상정보처리기기의 제작·수입 단계상 문제점

최근 영상장치장착드론·웨어러블기기 등의 이동형영상정보처리기기의 이용과 관련시장이 급격하게 확대되면서 군사용·정찰용·방법·치안용·방송촬영용 등의 목적을 비롯해 레저용·관측용·농업용·산업용 등으로 민간부분에서의 그 이용도 급증하면서 이동형영상정보처리장치의 제작과 수입도 함께 급증하였다.

이러한 가운데 국외는 물론 국내에서 이동형영상정보처리기기의 제조하는 경우⁹¹⁾가 급증하고 있을 뿐만 아니라 외국으로부터 이동형영상정보처리장치를 수입

89) 예를 들어, 차량용블랙박스와 관련하여 「개인정보보호법」을 살펴보면, 동법에서는 그 규제대상을 일정한 공간에 지속적으로 설치되어 촬영하는 고정형영상장치처리기기로서 한정하고 있어 차량용블랙박스, 드론, 웨어러블기기 등과 같이 이동형영상장치는 해당하지 않는다. 그리고 「민간분야 영상정보처리기기 설치·운영가이드라인」에서도 차량내부가 아닌 외부촬영에 이용되는 차량용블랙박스에 대해 「개인정보보호법」상 영상정보처리기기에 해당하지 않는다고 하고 있어 사실상 차량용블랙박스에 의한 개인영상정보에 대한 제재가 전무한 실정이다.

90) 2016년 「개인정보보호법」 개정에서 개인정보처리자가 민감한 정보처리 시 안전성 확보필요조치의무화, 개인고유식별정보처리자의 안전성조치여부 정기조사, 개인정보범죄처벌강화 등과 같이 주민등록번호수집법정주의강화, 민간정보안전성확보조치 및 개인정보수집출처고지의무화를 통하여 개인정보처리시 안전성 확보를 위한 규정을 강화하였다.

91) 국외에서 이미 이동형영상정보처리기기에 대한 제조와 판매가 성황을 이루는 가운데 국내에서도 드론, 웨어러블기기 등을 제조하고 판매하는 회사들이 빠르게 설립·성장하고 있는 가운데 국

하는 경우⁹²⁾도 점증되고 있다. 더욱이 지금까지 드론기기·웨어러블기기 등을 수출 하였던 외국기업들이 국내에 직접 진출하여 판매전시장까지 만들고 국내에서 직접 판매를 하는 경우⁹³⁾마저 나타나고 있다.

무엇보다 고정형영상정보처리기와는 달리 이동형영상정보처리기기의 이용목적은 군사용·방송용·레저용 등과 같이 매우 다양하기 때문에 그 제작 및 수입 단계에서부터 개인의 사적인 영상정보의 무분별하게 촬영·수집·저장될 수 있는 위험성을 미리 방지함으로써 개인정보를 보호해야할 필요성이 적지 않지만 이에 대한 통제가 제대로 이루어지고 있지 않은 것이 현실이다.⁹⁴⁾

다. 이동형영상정보처리기기의 이용·운영상 문제점

개인영상정보의 보호차원에서 이동형영상정보처리기기의 이용상 문제점은 “이동형영상정보처리기기에 의한 개인영상정보 이용 및 운영상 문제점”, “이동형영상정보처리기기에 의한 개인영상정보 수집 및 처리상 문제점”, “이동형영상정보처리기기에 의한 개인영상정보 관리 및 감독상 문제점” 등으로 구분하여 살펴볼 수 있다.

우선, “이동형영상정보처리기기에 의한 개인영상정보 이용 및 운영상 문제점”과 관련하여 살펴보면, 이동형영상정보처리기기가 광범위한 지역과 다양한 분야에서 사용되고 있지만 그 이용 및 운영의 과정에서 침해될 수 있는 개인영상정보 등에 대한 법제도적인 대응이 미흡하다.⁹⁵⁾

내외 이동형영상정보처리기기제조사들 간의 경쟁이 더욱 치열해지고 있다.

92) 금강일보, “사람위한 기술혁명 드론, 고공비행 씨앗을 뿌리다”, 금강일보, 2016. 04. 25. ; “최근 드론의 활용과 관련시장이 급속도로 확대되고 있는 가운데, 국내에서도 방제 및 작황조사 등 농업분야에서 드론을 이용하는 추세가 점차 증가하고 있으나, 대부분 수입되거나 수입부품을 조립한 드론을 구매해 활용하고 있다”고 한다.

93) 이뉴스투데이, “드론부터 침구까지...중국이 물려온다..DJI·샤오미 본격 상륙”, 이뉴스투데이, 2016. 04. 03. ; “세계적으로 군사용 등을 제외한 일반 촬영·레저용 드론 시장의 70% 이상을 점유하고 상업용드론(Drone)에서 글로벌시장 1위로 자리 잡고 있는 기업인 DJI가 2016년 3월 우리나라에도 판매점을 홍대입구역 인근에 개장하였다. DJI 플래그십 스토어에는 소비자들이 직접 드론을 조종해보고 설명을 들을 수 있는 체험 공간 ‘플라잉존’과 다양한 드론 제품이 준비돼 있다. 이미 드론 마니아층에서 DJI의 인지도가 높은 데다 정부에서도 드론을 미래 먹거리 산업으로 강조하고 있어 많은 언론과 소비자들의 발길을 끌었다”고 한다.

94) 드론은 완구라도 전과법의 인증을 받아야 통관이 가능하지만 그 외의 이동형영상정보처리기기의 대부분이 이러한 인증절차라 제대로 마련되어 있지 않다. 특히, 개인정보보호의 측면에서의 인증절차는 드론을 비롯하여 이동형영상정보처리기기에 대한 제제가 충분하지 않다.

95) 예를 들어, 최근 그 이용이 급증하고 있는 이동형영상정보처리기기 중 하나인 드론(Drone)기기는 「항공법」상 규정되어 있지만 드론기기의 이용 및 운영과정에서 발생할 수 있는 개인영상정보의 침해를 방지할 규정이 전무하다. 또한 「개인정보보호법」상 여러 이동형영상정보처리기기들

그리고, “이동형영상정보처리기기에 의한 개인영상정보 수집 및 처리상 문제점”을 살펴보면, 이동형영상정보처리기기는 리모콘과 본체가 무선통신을 주고받을 수 있어 수집한 영상을 손쉽게 인터넷사이버공간에 전송하거나 올릴 수 있다.⁹⁶⁾ 따라서 현재 이동형영상정보처리기기 이용은 과거 고정형영상정보처리기기 사용으로 인해 발생할 수 있는 개인정보침해 보다 더 심각한 개인영상정보 침해가 발생할 수밖에 없는 구조이다.

그러나 얼마나 많은 이동형영상정보처리기기가 생산·제작·수입·조립 등이 진행되고 있는지에 대한 실태파악 조차 충분하게 이루어지고 있지 않다. 이에 따라 이동형영상정보처리기기에 의한 개인영상정보 침해실태조사도 제대로 이루어지고 있지 않아 언제어디에서 얼마나 많은 개인의 사적인 개인영상정보가 이동형영상정보처리기기의 이용과정에서 수집·저장·유출 등이 되고 있는지에 파악이 전무한 실정이다.

라. 이동형영상정보처리기기의 관리·감독상 문제점

공공부문은 물론 민간부분에서 이동형영상정보처리기기의 이용이 급증하면서 개인영상정보의 무분별한 수집·저장 등이 문제되고 있지만, 이에 대한 관리·감독이 충분히 이루어지지 않고 있다. 더욱이 이동형영상정보처리기기는 그 특성상 휴대하기가 용이하고 사용자가 은닉하기도 쉽기 때문에 사람들의 눈에 관찰되지도 않을 뿐더러 하늘을 날거나 빠르게 이동할 수 있어 기존의 방식대로의 관리·감독이 용이하지 않지만 현재의 「개인정보보호법」상의 관리·감독의 방식은 고정형영상정보처리기기에 초점이 맞추어져 있을 뿐이다.

따라서 공공분야 또는 민간분야 양 분야에서 드론·웨어러블장치·블랙박스 등과 같은 최신의 이동형영상정보처리기기가 급속도로 개발·보급·판매·이용되고 있지만 급증하는 수많은 이동형영상정보처리기기를 합리적으로 관리·감독할 수 있는 법제도적인 대응이 충분하게 마련되지 못한다면 개인의 영상정보가 손쉽게 수집·저장·

중 하나인 드론의 사용에 의한 무분별한 개인영상정보의 수집을 방지할 규정을 별도로 마련해 두고 있지 않아 드론을 비롯해 웨어러블기기 등의 이동형영상정보처리기기에 의한 개인영상정보 침해문제에 대한 법제도적 측면에서의 관리·감독이 제대로 이루어지지 않고 있다.

96) 예를 들어, 차량용블랙박스의 경우를 살펴보면, 주·정차는 물론 주행을 하면서도 계속적으로 운전차량의 주변의 영상을 촬영하는 과정에서 손쉽게 주변도로영상은 물론 도로주변 과 차량주변에 있는 개인의 수많은 영상정보가 광범위한 지역에서 순식간에 수집될 수밖에 없다. 또한 스마트폰·앱 등과 연계하면 차량용블랙박스에 수집·저장된 개인영상정보의 유출이 용이함에도 불구하고 이에 대한 법규정이 전무하다.

유출될 수 있는 구조적인 문제에 직면하게 될 위험성이 크다.

4. 개인영상정보 보호를 위한 입법적 대응필요성 증대

가. 이동형영상정보처리기기 이용 확산에 따른 개인영상정보 보호방안 논의필요성 점증

이동형영상정보처리기술의 발전에 따라 침해될 위험성이 상승하고 있는 개인영상정보는 다른 개인정보들과 결합하여 개인의 전체적·부분적 인격형성의 자유로운 발현에 있어서 영향을 미칠 수 있는 정보이고 그 자체로서도 개인의 내밀한 사항에 관한 사적인 정보로 사회생활의 영역에서 무분별하게 노출되어야 하는 자연스러운 정보가 아니므로 엄격한 보호의 대상이 되어야 한다.

이처럼 현행 「개인정보보호법」상의 영상정보처리기는 일정한 공간에 지속적으로 설치되어 사람 또는 사물의 영상 등을 촬영하거나 이를 유·무선망을 통하여 전송하는 장치⁹⁷⁾로서 「개인정보보호법」은 고정형영상정보처리기에 초점이 맞춘 규정만을 담고 있다 보니 이동형영상정보처리장치를 합리적으로 관리·감독하여 개인영상정보 침해를 최소화시키는 것이 용이하지 않다. 따라서 이동형영상정보처리기기의 사용이 더욱 급증하면 할수록 개인영상정보가 침해될 위험성도 상승할 수밖에 없는 현실에서 개인영상정보보호방안에 대한 논의의 필요성이 점증되고 있다.

나. 개인영상정보 보호를 위한 이동형영상정보처리기기 관리·감독강화와 입법적 보완의 필요성 요망

「헌법」의 보호대상인 개인의 내밀한 영역인 개인정보 중 하나인 개인영상정보는 사생활에 밀접히 연결될 수밖에 없는 얼굴·전신·행동 등이 영상이라는 형태로 존재하는 정보이므로 누구에 의해서도 함부로 침해되어서는 안 된다. 이러한 측면에서 개인영상정보보호를 위하여 이동형영상정보처리기기를 관리·감독할 수 있는 법규를 마련함으로써 개인영상정보의 주체의 정보자기결정권⁹⁸⁾이 보다 두텁

97) 「개인정보보호법」 제2조 제7호.

98) 헌재 2005. 05. 26. 선고99헌마513결정 ; “개인정보란 개인의 동일성을 식별할 수 있는 일체의 정보를 말한다. 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에만 국한되지 않고, 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다. 개인정보의 자기결정권이란 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위에서 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 수 있어야 한다”

게 보호될 수 있도록 해야 할 필요성이 매우 크며, 이를 위한 이동형영상정보처리기의 관리·감독이 강화해야 할 것이다. 이러한 이유로 이동형영상정보처리기에 의한 개인영상정보의 침해는 방지되어야 하며, 국가는 그러한 위험으로부터 개인 영상정보를 보호하는 일정조치를 취할 의무가 있으며, 특히 입법기관은 이런 의무 실현을 위해 관련법·제도의 개선⁹⁹⁾·정비를 위해 노력해야 한다.

따라서 헌법상 사생활 등의 기본권 보장이라는 중요한 헌법적 가치를 실현하기 위하여 우리 「헌법」 제40조를 근거로 입법권을 민주적 정당성을 갖춘 입법부에 부여한 만큼, 입법부는 영상정보처리기기 주변 환경의 급속한 변화에 따라 개인영상정보침해 위험성이 상승하고 있는 헌법현실의 변화 속에서 개인영상정보의 안전한 보호를 위해 이동형영상정보처리기기를 적절히 관리·감독할 수 있도록 장기적인 안목에서 관련법과 제도를 정비해야 한다.

IV. 이동형영상정보처리기기의 이용 확산에 따른 개인영상정보 보호방안의 방향과 내용

1. 방향

가. 추진방향

전 세계적으로 이동형영상정보처리기기의 급격한 발전과 상용화에 따라 이동형 영상정보처리장치로 촬영한 개인영상정보의 침해위험성이 국내에서도 급증하였지만, 현행 「개인정보보호법」으로는 이동형영상정보처리기기 촬영으로 수집·저장·유출될 수 있는 개인영상정보를 충분히 보호하기가 용이하지 않다.¹⁰⁰⁾

「헌법」 및 국내의 관련 법제상의 원칙 등에 따라 관련법제의 정비를 추진함으

99) 홍완식, 「입법학연구」, 피엔씨미디어, 2014, 262-263면 ; “법률이 자주 개정된다고 하는 것은 한편으로는 법률의 실효성과 타당성을 제고하고 입법환경의 변화에 탄력적으로 대응하는 입법 활동으로 이해할 수 있지만, 다른 한편으로는 입법에 신중성이 결여되었다거나 법률의 안정성과 예측가능성을 떨어뜨리고 있다고 볼 수 있다. 따라서 사회현실의 빠른 변화가 법률의 개정 빈도를 증가케 하는 이유이고, 법률의 신속하고 탄력적인 입법할 때도 있지만, 신중하고 장기적인 안목의 입법이 우선적으로 달성되어야 한다”

100) 이와 같이 현행 「개인정보보호법」상의 규정에 근거하여 국민의 기본적인 생활영위에 있어서 중요한 개인영상정보에 대한 보호가 충분하지 않음으로 이동형영상정보처리기기에 의한 개인영상정보 침해라는 개인의 사적영역의 침해를 방지하기 위해서는 「개인정보보호법」을 개선하고 이동형영상정보처리기기 유형별로 존치하는 각각의 개별법들과 연계방안, 각각의 독자적인 이동형영상정보처리기기 개인영상정보보호를 위한 방향 등이 국민의 권선서스를 기반으로 모색되어야 할 것이다.

로써 공공기관은 물론 이를 이용하려는 방송촬영 등과 같은 업무 또는 사진촬영 등의 개인적 목적으로 법인·단체 및 私人 등이 이동형영상정보처리기기를 이용하는 과정에서 무분별하게 개인영상을 수집·저장등하지 않도록 하여 헌법상 국민에게 보장된 사생활의 자유와 비밀·자기정보결정권 등이 침해되지 않도록 해야 한다.¹⁰¹⁾

또한 이동형영상저장장치리장치의 특성을 고려하고 개인정보보호에 관한 국제적인 규범과 원칙에 따라 관련 법제정비를 추진하여 국제사회에서 중요한 가치로 인정되고 있고 우리 「헌법」 및 관련하위법률상에서도 보장의 필요성을 인정하고 있는 개인정보보호, 사생활비밀과 자유보호라는 가치를 보호하기 위하여 개인영상정보보호에 대한 적절한 법제도적인 대응을 함으로써 국제법규와 국내법의 정합성을 확보해야 한다.

이를 통하여 국외는 물론 국내의 전 지역에서 활발하게 개발·판매·이용·거래 등이 되고 있는 이동형영상정보처리기기에 의해 불필요하게 개인영상정보가 수집·저장·이용되는 관행을 철폐하고 개인영상정보보호 강화를 통해 안전한 개인정보보호 기반 및 법체계를 구축할 수 있도록 관련법제정비가 추진되어야 할 것이다.

나. 고려해야할 원칙들

이동형영상정보처리기기의 이용에 의해 무분별하게 개인영상정보가 촬영되면서 수집·저장되는 것을 방지하기 위해서는 국제연합(UN)의 「개인정보파일의 규율에 관한 지침」, 경제협력개발기구(OECD)의 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」·「개인정보보호법」·「공공기관 영상정보처리기기 설치·운영 가이드라인」 등에서 밝힌 여러 원칙들 중 이동형영상정보처리장치로 촬영되는 개인영상정보 보호를 위하여 적용될 필요성이 있는 원칙들이 법과 제도에 반영되고 지켜져야 한다.

무엇보다 이동형영상정보처리기기를 이용하는 국가기관·법인·개인 등에 의해서 개인영상정보가 수집·저장된 이후에 유출되어 사이버공간상 등에 유출될 경우 제2차·제3차의 범죄에 악용될 위험성은 물론 사실상 통제하기 어려울 정도로 얼굴·신

101) 앞으로 국제법의 국내법 관계가 깊어지는 상황에서 개인정보보호 사항은 각종 국제규범의 내용에 포함된 만큼 개인정보보호와 관련된 국제규범과 국내법규의 정합성이 확보될 수 있도록 국제사회에서 개인정보보호를 위해서 제시한 「개인정보파일의 규율에 관한 지침」, 경제개발기구의 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」 등을 개인영상정보보호 법 체계에도 반영해 국제규범과 국내법규의 연계성을 한층 더 강화하는 동시에 국제규범이 우리나라 법제도에도 합치하도록 노력해야 한다.

체 등의 개인영상정보가 확대·재생산될 가능성이 매우 높다. 따라서 개인영상정보의 효과적인 보호를 위해서는 개인영상정보가 이동형영상정보저장장치에 의해 침해된 후의 사후구제방법보다는 예방¹⁰²⁾에 초점을 맞추어 사전예방적인 측면에서의 보호가 법제도적으로 뒷받침되어야 한다.

2. 고려해야할 사항들

가. 이동형영상정보처리기기의 개념 및 범위 확대

최근 이동형영상정보처리기기에 의해서 개인정보가 침해될 위험성이 현저하게 높은 상황에서 개인정보보호를 위해 「개인정보보호법」, 「공공기관 영상정보처리기기 설치·운영 가이드라인」, 「민간분야 영상정보처리기기 설치·운영 가이드라인」 등이 마련되었지만 현행 개인정보보호법체계상의 영상정보처리기기는 고정형 영상정보처리기기에만 초점이 맞추어져 있어 이동형영상정보처리에 의한 개인영상정보 수집·저장·유출 등의 침해를 효과적으로 방지할 수 없다. 따라서 앞으로 스마트폰·웨어러블기기·차량용블랙박스·드론기기 등과 같은 이동형영상정보처리기기에 대한 법적 개념정의·제도적 기준 등을 마련하여 우리 「헌법」상 보호되어야 할 가치인 개인영상정보가 무분별하게 침해될 수 없도록 하는 최소한의 법제도적 규율장치¹⁰³⁾가 필요하다.

나. 이동형영상정보처리기기 특성 고려한 개인영상정보의 침해실태조사 및 영향평가 실시

개인영상정보가 효과적으로 보호되기 위해서는 이동형영상정보처리기기가 갖고 있는 이동성·휴대성·융합성·은밀성·연계성·침단성 등의 여러 가지 특성들을 고려하여 개인영상정보보호를 위하여 개인정보보호법체계를 개선해야 실효성 있는 개선

102) Amdress R·Edwards(오수길 옮김), 「지속가능성 혁명(The Sustainability Revolution)」, 시스템아, 2010, 76-78면 ; “예방원칙을 반대하는 측에서는 새로운 기술이나 발견에 잠재된 모든 영향을 과학적으로 예상하는 것이 불가능하다고 주하지만 최근 들어 급속히 발달한 기술 분야에서도 예방원칙이 요구되고 있다. 이러한 예방원칙은 1992년 리우선언 원칙15, 1992년 기후변화협약 등 여러 국제조약에서도 찾아 볼 수 있으며, 그 실현을 위해서 안전성에 대한 책임과 안전성 입증의 요구된다”고 한다.

103) 강상현·김호성, 앞의 자료, 56-57면 ; 예들 들어 “블랙박스 등으로 촬영된 개인의 사적영상이 인터넷 등을 통해 유포될 경우 그 유포행위에 대해서는 명예훼손·모욕죄 등으로 처벌할 수 있으나 친고죄에 해당하기 때문에 피해자 본인만이 처벌을 요청할 수 있다. 피해자 사실을 파악한 시점에서는 이미 피해를 수습하기 어려운 경우가 많다고 한다”고 하므로 이에 대한 제도적 기준이 마련될 필요성이 적지 않다.

방안이 마련될 수 있다.¹⁰⁴⁾ 또한, 이동형영상정보처리장치가 다용도로 많은 부분에서 활용되기 때문에 개인영상정보 침해위험성도 상승했지만 이에 대한 개인영상정보 침해실태조사¹⁰⁵⁾는 충분히 이루어지고 있지 않아 언제어디서어느 정도로 개인영상정보가 수집·저장·유출되고 있는지 그 파악이 용이하지 않다.

라. 개인영상정보 침해에 대한 관리감독 및 민간·국제협력 강화

고정형영상정보처리기기 이외에 이동형영상정보처리기기를 개인정보보호체계의 범위에 포함시켜 이동형영상정보처리장치에 의한 개인영상정보의 침해를 방지해야 한다. 또한, 드론·차량용블랙박스·스마트글래스 등 해마다 쏟아져 나오는 새로운 이동형영상정보처리기기의 사용자가 급증한 상황에서 이를 관리·감독할 인력이 부족하며¹⁰⁶⁾, 사실상 민간협력 없이는 충분한 관리·감독이 이루어질 수 없다. 또한, 국내외에서 많이 이용하는 이동형영상정보처리장치를 이용한 개인영상정보의 무분별한 침해에 대한 충분한 통제가 이루어지기 위해서는 국제협력도 함께 강화해 나가야만 한다.

마. 교육·홍보 및 처벌 강화

이동형영상정보처리기기의 이용자급증과 함께 이동형영상정보처리장치에 대한 개인영상정보침해가 증가하고 있지만 이에 대한 적절한 교육과 홍보가 전혀 이루어지지 않고 있다. 아울러, 스마트웨어러블기기·드론 등과 같은 이동형영상정보처리기기는 기존의 고정형영상정보처리장치와 비교해서 상대적으로 언제어디서나 무분별하게 방대한 양의 개인영상정보를 수집할 수 있는 위험성이 적지 않은 만큼 이동형영상정보처리기기에 의하여 개인영상정보가 수집·침해될 경우 고정형영상정

104) 예를 들어 현행법상 이동형영상정보처리기기 중 하나인 차량용블랙박스 등을 포함시키는 형태로 개정이 이루어지게 될 경우 「개인정보보호법」 제25조에 따라 각호에 규정된 예외사유에 해당하지 않는 한 차량용블랙박스의 설치가 자체가 금지된다. 이처럼 이동형영상기기들의 각각 특징들을 고려하지 않으면 이런 결과가 초래될 가능성이 있으므로 실효적 대안마련을 위한 검토가 요망된다.

105) 예를 들어 가격이 고가에 형성된 고급차량에 주로 장착되었던 차량용블랙박스가 최근 그 설치비용이 급감하면서 차량용블랙박스의 대중적인 보급으로 인하여 많은 차량에 설치·이용되고 있지만 차량용블랙박스에 대한 적절한 규제 및 보완정책이 전무한 상황이다.

106) 신영진/정형철/강원영, “공공분야 개인정보보호 정책 집행과제의 우선순위 분석 - 개인정보보호 수준진단 지표의 선정 및 중요도를 중심으로-”, 「정보보호학회논문지」 제22권 제2호, 한국정보보호학회, 2012, 384-385면; “개인정보보호환경을 조성하기 위해서는 제도적 기반에 있어서 개인정보보호에 관한 조의 및 인력을 확충하고 갱신정보보호에 관한 규정을 강화하는 것이 무엇보다 중요하다”고 한다.

보처리기기 보다 더 강력한 처벌이 마련·조치되어야 할 것이다.

바. 기술융합으로 인한 개인영상정보의 보호계획 마련

오늘날과 같은 첨단과학기술시대에 정보화의 급격한 변화로 인하여 다양한 기술의 융합¹⁰⁷⁾되어 이동형영상정보처리기기기술도 정보기술(IT)·나노기술(NT),RFID기술¹⁰⁸⁾ 등 각종기술들과 결합하면서 그 편리성과 이용범위가 확장되고 있다.¹⁰⁹⁾ 이러한 이동형영상정보처리기기기술과 다른 기술의 융합으로 개인영상정보가 수집·저장된 이후 유출될 경우 제2차·제3차 피해가 증폭될 수 없다.¹¹⁰⁾ 따라서 개인영상정보 등의 개인정보가 실효적으로 보호되기 위해서는 기술융합 등의 기술적 변화에 따른 기술적 기반¹¹¹⁾ 마련과 함께 합리적인 개인정보보호 추진체계 및 법제도적 기반 마련이 중요하다.

사. 관리·감독을 위한 첨단장비·재정 확보 및 기술개발지원

이동형영상정보처리기기의 첨단성·융합성 등의 특징으로 이동형영상정보처리기에 의한 개인영상정보 수집에 대한 통제를 할 경우 첨단화된 전자장비가 필수적이다. 아울러, 이러한 첨단전자장비를 마련하는 데 있어서 적지 않은 비용이 예상되므로 지속적으로 이동형영상정보처리기기로 인한 사생활의 비밀과 자유 침해

107) 박명숙·제품 글렌, 「유엔미래보고서 2045」, 교보문고, 2015, 288-289면 ; “인류의 약 47%가 인터넷을 사용하고, 69억 명이 스마트폰을 사용하고 있으며, 그 밖에도 다양한 디지털 장치가 실시간 다중 네트워크상에서 통신할 수 있도록 지원되고 있다. 새로운 형태의 기술은 전 세계적으로 정보, 기술 등의 융합에서 나타나기 시작하고 있다. 컴퓨터와 스마트폰의 가격이 계속 하락하고 용량이 증가하고 사용이 용이해지고 있다. 예를 들어 휴대전화는 컴퓨터, GPS, 전화, 카메라, 프로세서, 자명종, 연구보조, 음악플레이어, 손전등, 신문, 번역기, 영화관, 그리고 TV와 결합해 개인의 전자동반자가 되었다. 온라인 상점의 목록에는 100만개 이상의 스마트폰 애플리케이션이 있다”고 한다.

108) 장수성, “영상정보처리장치(CCTV)와 개인정보보호에 관한 연구, 석사학위논문(동아대학교법무대학원), 2014 36-37면 ; 「개인정보보호법」 제23조에서는 정보주체의 사생활을 ”고 한다. 개인의 민감한 사생활을 심각하게 침해할 위험성이 있는 민감한 개인정보에 대해 그 처리를 금지하고 있으나, 최근 RFID기술을 적용한 태그 등에 의해 침해될 가능성이 적지 않다.

109) 예를 들어, 최근 이동형영상처리치기에 목적물 이외의 사람이나 사물의 식별을 용이하지 않게 만드는 마스크(masking) 등과 같은 기술이 개발되어 일부에서 적용되면서 이동형영상장치기기 이용을 인식하기가 용이하지 않아 개인영상정보의 침해 위험성은 증폭되고 있지만 이에 대한 실태조사 및 조사도 전혀 이루어지고 있지 않고 있다.

110) 따라서 이동형영상정보처리기기와 다른 기술의 융합으로 인하여 개인영상정보가 침해되지 않도록 법제도적인 차원에서의 대비는 물론 법제도에 더 잡은 기술적 대응 대비계획도 함께 마련해야할 필요성이 점증되고 있다.

111) 신영진/정형철/강원영,, 앞의 논문, 384-385면 ; “개인정보보호환경의 조성을 위한 기반확충이 우선되어야 하며, 개인정보처리과정을 안전하게 운영할 수 있는 개인정보보호시스템을 기술적 구축하는 것이 중요하다”고 한다.

방지하기 위해서는 첨단장비·첨단시설 등을 지원을 위한 안정적 재정보호와 함께 개인영상정보보호를 위한 기술적 대책¹¹²⁾에 대한 뒷받침도 마련되어야 한다.¹¹³⁾

3. 보호방안의 구체적인 내용

가. 공공분야의 법제정비방안

1) 현행 법규정상 개인영상정보 보호한계

공공 부문은 주민등록정보, 정보공개, 교육 분야 등에서 개인정보 보호에 관한 관련된 법률을 두고 있었다. 과거 공공기관의 PC와 CCTV 등의 장치에 의해 처리되는 개인정보를 보호하기 위해 1994년에 처음 제정되어 그동안 공공부문의 개인정보 보호의 대표적인 법률이었던 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」이 1995년부터 시행되다. 2011년 동법이 폐지되고 개인정보보호를 더 강화하기 위해 2011년 「개인정보보호법」이 제정·시행되었다. 그 이후 크고 작은 개인정보 개인정보침해사건들을 발생하는 과정에서 「개인정보보호법」은 몇 차례 개정되었다. 아울러, 개인정보보호의 수준을 획기적으로 강화기 위한 목적으로 제정된 「개인정보보호법」을 근거규정으로 공공분부에서 개인의 영상정보보호를 위하여 마련된 「공공기관영상정보처리하기 설치·운영 가이드라인」이 있다.¹¹⁴⁾

그러나 공공분야에서 고성능카메라를 장착된 무인항공기¹¹⁵⁾·스마트글래스·고성능

112) 신윤녀/전명근, “영상감시 시스템에서의 얼굴 영상 정보보호를 위한 기술적 관리적 요구사항”, 「정보보호학회논문지」 제24권 제1호, 한국정보학회논문지, 2004, 97-99면 ; “영상에서 바이오인식 기술의 하나인 얼굴영역 등의 검출을 통해 발생할 수 있는 개인영상정보를 보호하기 위해서 영상정보처리기기로부터 획득된 사람의 영상정보를 바탕으로 얼굴인식 등을 통해 자동화된 처리를 시도하는 기술들이 개발되고 있다. 특히 영상감시시스템에서 취득되는 영상이나, 이미 취득되어 저장되어 있는 영상에서 개인의 프라이버시를 침해 할 수 있는 소지가 가장 높은 것은 얼굴영상이다. 예를 들어 특정 구역의 차량출입을 감시하는 시스템의 경우, 자동차 이외의 개인을 식별할 수 있는 얼굴영상 영역은 마스킹 기법을 이용하여 개인식별이 되지 않도록 하여야 한다”고 한다.

113) 아울러, 급속하게 발전하는 영상기술의 첨단화·고성능화 등의 상황에서 이동형영상정보처리기가 공공부분 또는 민간부분을 구분하지 않고 그 도입 및 활용 가능성이 높아짐에 따라 이동형영상정보처리기에 의한 개인영상정보 침해를 효과적으로 방지하기 위해서는 법제도 그 자체의 개선도 중요하지만 이동형영상정보처리기의 이용 확산추세에서의 개인영상정보보호를 위한 기술적 대책과 함께 개인영상보호기술의 개발 및 도입을 제도적으로 지원할 필요성이 크다.

114) 교육 분야의 「교육기본법」과 「초·중등교육법」, 공공·행정분야에서의 「주민등록·전자정부·공공기관의 정보공개에 관한 법률」, 의료 분야에서의 「의료법」, 「건강검진기본법」, 「응급의료에 관한 법률」, 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」 등이 있다.

115) 박창석, “무인항공기와 사생활의 자유-무인기 활용 기반 조성을 위한 법제도 구축 시론”, 「공법연구」 제43집 제3호, 한국공법학회, 2015, 286-287면 ; “무인항공기는 공익을 목적으로 사용된다면 여러 가지로 운용될 수 있다. 이를테면 공공부문에서는 교통법규위반 단속용·교통호

카메라장착한 블랙박스 등과 같은 이동형영상정보처리기기에 의한 개인영상정보침해의 위험성이 높아지고 있기 때문에 공공부문에서 사적 생활형성에 있어 중요한 개인영상침해를 방지하기가 용이하지 않은 것이 현실이다. 그럼에도 불구하고 현재 공공분야에서의 개인정보보호를 위해 마련된 「개인정보보호법」이 제정된 후에도 개인정보는 끊임없이 위협을 받아왔다. 더욱이 국내외적으로 범죄수사·방법목적 등에 드론·차량용블랙박스 등과 같은 이동형영상처리기기들이 개발·활용 등이 되고 있는 상황에서 개인영상정보가 침해될 위험성은 더욱 증대하였지만 현행 개인정보보호법체계는 이에 적절히 대응하고 있지 못하다.¹¹⁶⁾

따라서 공공부문에서 교육기관 등의 공공기관에서 교육용·방법용 등의 특정목적으로 이동형영상저장처리기기를 사용할 경우 개인영상정보의 침해가 일상화되고 그 피해의 규모가 증폭될 가능성을 배제할 수 없기 때문에 입법적 보완 및 법제도 정비 등을 통하여 공공분야에서 이동형영상정보처리기기를 이용한 개인영상정보에 대한 통제를 강화해야할 필요성이 크다.

2) 공공분야에서 정비방안의 구체적인 내용

고정형영상저장처리의 이용에 있어서 각 국가 간에 차이가 있으나 대부분 OECD 등 국제사회에서 제시한 원칙에 맞추어 영상저장처리의 운영기준을 마련하고 있다. 이러한 측면에서 볼 때 공공분야에서도 OECD 등에서 국제사회에서 개인정보보호를 위해 제시한 원칙들이 이동형영상저장처리기기의 이용에 있어서도 지켜야 한다.

무엇보다 개인사생활의 자유 및 비밀 보호라는 헌법적인 요청에 따라 구체화된 개인정보자기결정권의 보호는 공공분야에서도 지켜져야 한다. 이에 따라 개인의 본인의 정보인 개인영상정보를 본인이 관리·통제할 수 있도록 함으로써 국가가 개인영상정보 등의 개인정보를 이용해 개인을 통제하는 수단으로 전략하는 것을 방지해야 한다.¹¹⁷⁾

를조사용·버스전용차선위반단속용·쓰레기무단투기단속용 등으로 활용할 수 있다. 그리고 방법을 목적으로 한 방법용과 수배차량 감지용·산림청이나 지방자치단체에서 설치한 산물감시용 등에 적극 활용이 가능하다”고 한다.

116) 예를 들어, 현재 「개인정보보호법」 제5조에 따르면, “공공기관은 소관업무를 수행하기 위하여 필요한 범위 안에서 개인정보화일을 보유할 수 있다”고 있지만, 과거의 고정형영상정보처리기기와는 전혀 다른 양상으로 개인영상정보를 수집·저장하는 이동형영상정보처리기기가 사용되는 사회적 변화에 현행 개인정보보호법체계가 충분히 반영하기 어렵다.

117) 따라서 공공분야에서 국가가 개인영상정보를 무분별하게 개인의 동의 없이 수집하는 것을 제한하고, 국가가 관리하고 있는 개인영상정보의 이용과 타인 제공을 금지하는 것은 물론 그 열

이를 위해서 공공분야에서 웨어러블기기·드론 등의 이동형영상저장장치처리기가 범죄수사·방법용 등으로 이용될 경우 범인수색의 용이성이라는 장점과 동시에 개인영상정보의 침해증폭이라는 측면에서 볼 때, 이동형영상저장장치처리기의 사용에 있어서 정보수집이 최소한으로 이루어지도록 해야 한다.

또한, 이동형영상정보처리기에 의해서 개인영상정보가 침해되었을 경우 공공기관의 해당영상정보를 해당당사자에게 알려주고 또한 본인이 열람·삭제 등을 할 수 있도록 법제도적인 장치가 마련되어야 한다.

공공분야에서 이동형영상정보처리기를 이용할 경우에는 불특정다수의 개인영상정보가 무분별한 침해되는 것을 방지하기 위해서 사전에 알릴 수 있는 기능을 첨부하거나 이용목적·이용시간·이용지역 등에 대하여 엄격한 규제가 마련되어야 한다. 아울러, 한번 이동형영상저장장치처리에 의해 수집·저장·유출된 개인영상정보에 대한 효과적인 통제방안이 사실상 용이하지 않으므로 공공부분에서의 공공기관들이 개인영상정보를 수집하기 전에 사전에 미리 예방 할 수 있는 방안이 마련되어야 한다.¹¹⁸⁾

따라서 각 지자체·경찰청·교육기관 등의 국가기관에서 이동형영상저장장치처리기를 사용할 경우 관련 법적 근거를 마련해야 한다. 이를 위해서는 현재 「개인정보보호법」 제2조 제7호상의 영상정보처리기의 범위를 확장하여 이동형영상저장장치처리기도 통제할 수 있도록 해야 한다. 이러한 규정들을 「개인정보보호법」상의 내용에 포함시켜 개인영상정보에 대한 보호 및 관리감독을 강화해야 할 방안을 고려해야 할 필요성이 크다.

나. 민간분야의 법제정비방안

1) 현행 법규정상 개인영상정보 보호한계

민간부문에서의 개인정보보호와 관련된 법규를 살펴보면, 민간부문에서 개인영상정보보호를 위해 마련된 「민간분야 영상정보처리기기 설치·운영가이드라인」을 비롯하여 금융·신용정보법에서의 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」·「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」 등이¹¹⁹⁾ 있다. 이와 같이 민간의 다양한 분

람 및 정정을 요구할 수 있도록 하여 공공분야에서 개인이 자신의 개인영상정보를 충분히 통제·관리·감독 등 할 수 있도록 해야 한다.

118) 신용녀/전명근, 앞의 논문, 97-99면 ; 개인영상정보를 처리하는 공공기관들이 개인영상정보를 수집하는 단계에서부터 얼굴, 신체일부 등을 잘 볼 수 없도록 투명하거나 뿌연 색감으로 처리하여 혹시 유출되어서 다른 제3자에 의해서 악용될 수 없도록 법제도적인 규정보완과 함께 이러한 조치가 수반되어야 할 것이다.

야에 개인정보보호에 관한 법률들은 많이 있지만 사실상 이동형영상정보처리기기 이용과정에서 유출될 개인영상정보를 보호할 법규는 제대로 마련되어 있지 않다.

더욱이 민간분야에서 민간무인항공기¹²⁰⁾·스마트글래스·고성능카메라장착블랙박스 등의 이동형영상정보처리기기에 의한 개인영상정보침해 위험성이 높아졌지만, 민간부문에서 몰카용·경비용 등을 위한 이동형영상정보처리기기에 의한 개인영상침해를 방지하기가 용이하지 않다. 오늘날과 같이 공공기관 보다 민간의 수많은 부분에서 레저용·경비용 등의 목적으로 그 사용자가 폭발적으로 증가하고 있기 때문에 민간분야에서의 이동형영상정보처리기기에 의한 개인영상정보침해를 방지하기 위한 법제도적인 개선 및 정비 필요성이 매우 크다.

2) 민간분야에서 정비방안의 구체적인 내용

최근 민간분야에서 이동형영상정보처리기기들의 사용은 폭발적으로 증가한 상황이고, 현재 어디서 얼마나 많은 이동형영상정보처리장치들이 개발·판매·수입되고 있는지 전혀 파악조차 안 되고 있으므로 이를 파악할 수 있는 제도·방안·전수조사 등을 고려할 필요가 있다. 뿐만 아니라 드론·웨어러블기기 등의 이용의 시간·위치·者 등을 알 수 있게 하여 이동형영상정보처리장치의 사용 방법 및 실태가 충분히 파악될 수 있게 하는 동시에 이동형영상정보처리기기에 의한 사적인 개인영상정보의 불법적인 유출·이 발생할 경우 책임소재를 분명히 할 수 있다.

그리고 사실상 민간 부분에서 개인정보가 보호와 관련해서는 드론의 경우는 「항공법」·「전파법」 등에 의존해야 하는 상황이다. 또한 현재 많이 사람들이 이용하고 있는 차량용블랙박스의 이용과정에서의 개인영상정보의 침해를 방지하기 위해서 차량용블랙박스를 규제할 경우 사실상 차량용블랙박스를 사용할 수 없게 되는 등의 문제가 발생하므로 이런 부분에 대해서는 직접적인 이용자들과 개인영

119) 이외에도 위치정보사업 및 위치기반서비스사업에서의 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」이 있다. 의료 분야에서의 「의료법」, 「건강검진기본법」, 「응급의료의료에 관한 법률」, 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」 등이 있다.

120) 박창석, 앞의 논문, 287면 ; “민간무인항공기는 주택·사무실 등의 내·외부에 범죄예방 및 시설 안전을 목적으로 설치·운영될 수 있으며 조선소, 건설현장 등 대규모 사업장에서 근로 모니터링 등의 목적으로 활용이 가능해 침해요소를 가중시킨다. 또한 무인항공기의 진보된 기술은 음성 등에 대한 녹음까지 가능하며 이는 사생활 침해의 범위를 넓힐 수 있다고 할 수 있다. 도시 지역의 경우 대부분 아파트단지 및 주택가를 중심으로 주거지역을 형성하고 있고, 시민들은 출·퇴근 및 일상생활이 대부분 주거지역을 중심으로 이루어지고 있다. 무인항공기가 민간 상용이 된다면 무분별하게 주택가 등 시민이 많이 거주하는 곳에서 사용하게 되어 피촬영자는 자신이 원치 않는 모습을 노출하게 되고, 이를 촬영자가 영상물로 갖게 된다”고 한다.

상정보로 인한 피해자들의 의견을 수렴하여 법제도에 반영해야 할 것이다.

따라서 민간분야에서 사업자, 개인 등이 이용하는 이동형영상정보처리기기로부터 개인영상정보를 보호하기 위하여 독자적인 「드론법」·「웨어러블스마트기기법」·「차량용블랙스법」 등을 마련할 것인지 아니면, 민간의 다양한 분야에서의 개인영상정보 보호를 위한 법규의 마련여부를 각계각층 다양한 분야에서 이동형영상정보처리기기를 이용하고 있는 사용자와 관련자들을 포함한 국민의 의견을 수렴해서 정해져야 할 것이다.

무엇보다 민간분야는 물론 공공분야 양 부문에서 이동형영상정보처리기기 이용 확산에 따른 개인영상정보의 보호를 위하여 국제연합(UN)의 「컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침」·경제협력개발기구(OECD)의 「사생활보호와 개인정보의 국제유통에 관한 가이드라인」·「개인정보보호법」상 원칙에 더 잡아, “기술융합으로 인한 개인영상정보 보호계획 마련”, “교육·홍보 및 처벌 강화”, “관리·감독을 위한 첨단장비 및 재정확보”, “개인영상정보 침해에 대한 관리감독 및 민간·국제협력 강화”, “개인영상정보의 침해실태조사 및 영향평가 실시”, “이동형영상정보 처리장치의 개념 및 범위 확대” 등을 웨어러블스마트기기·차량용블랙박스·드론 등과 같은 여러 이동형영상정보처리기기의 각각 특성을 고려하여 법제도적으로 반영되어야 한다.

4. 법제정비를 통한 개인영상정보보호 강화 및 인간의 존엄성·가치 구현

가. 이동형영상정보처리기기로 촬영한 개인영상정보 보호방안마련 및 개인정보보호 강화

최근 이동형영상정보처리기기의 제작 및 수입이 급속하게 증가하고 있지만 성장동력 또는 기술개발에 초점을 맞추고 주로 접근하다보니 급격한 제작과 수입으로 인하여 우리 주변에서 급증하고 있는 이동형영상정보처리기의 이용으로 인한 개인영상정보라는 개인정보가 무분별하게 부지불식간에 침해될 위험성에 대해서는 검토할 필요성이 매우 크지만 이에 대한 법적 대응이 불충분하다. 따라서 앞으로 이동형영상정보처리기기를 이용한 무분별한 촬영으로부터 개인영상정보를 적절하게 보호하기 위한 방안을 충분히 마련함으로써 개인정보보호를 더욱 강화해 나가야 한다.

나. 헌법친화적인 이동형영상정보처리기기 이용사회 구축과 개인의 존엄성·가치 구현

우리 「헌법」에서 사생활의 비밀과 자유를 보장하고 있고, 이를 구체화하기 위해 마련된 「개인정보보호법」 제1조에서 개인정보의 처리 및 보호에 관한 사항을 정함으로써 개인의 자유와 권리를 보호하고, 나아가 「헌법」상 국가가 실현해야 할 궁극적 목적이고도 한 개인의 존엄성과 가치를 구현¹²¹⁾함이 입법목적임을 밝혔으므로 국가기관 또는 사인의 이동형영상정보처리기기 이용과정에서 개인의 영상정보가 무분별하게 침해되지 않고 보호될 수 있도록 제도적인 장치를 마련되어야 한다.

이러한 점에서 이동형영상정보처리기기를 이용하여 개인영상정보를 수집·저장·유통 등의 침해행위는 인간의 존엄성 존중의 구체적 내용이 되는 인격의 자유로운 발현과 법적 안정성을 그 보호법익으로 하는 사생활 비밀·자유 불가침을 침해하는 행위¹²²⁾로 이를 방지하게 된다면 「헌법」상 보장된 사생활의 자유 보호는 물론 인간의 존엄성의 실현을 침해¹²³⁾될 수밖에 없다.

무엇보다 「헌법」상 보장하는 인간의 존엄성과 가치는 개인의 개인운명결정권이 전제되는 것¹²⁴⁾이므로 인간의 존엄성과 가치가 실현되기 위해서는 개인영상정보를 보호할 수 있도록 이동형영상정보처리기기를 안전하게 이용할 수 있는 헌법친화적인 이동형영상정보처리기기이용환경을 조성해야 한다. 따라서 이동형영상정보처리기기의 이용자인 국가기관, 법인, 개인 등에 의한 무분별한 수집·유통·오용·남용으로부터 개인영상정보를 보호함으로써 국민의 사생활 등의 권리와 이익을 증진하고, 나아가 인간의 존엄과 가치를 구현함으로써 개인영상정보 보호, 사생활의 비밀과 자유 보장, 기본권보장체제 유지¹²⁵⁾ 등과 같은 헌법적 가치가 현

121) 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2007, 480-485면 ; “우리 헌법 제10조는 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 수 있는 권리를 천명하면서, 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적인 인권을 확인하고 이를 보장할 의무가 있음을 강조하고 있다”고 한다.

122) 김백유, 앞의 책, 415-417면 ; “헌법이 보호하고자 하는 개인의 사생활이란 개인의 가장 깊은 곳에 자리한 자아의 외부로부터 불가침을 전제로 한 것으로, 인격의 자유로운 발현과 인간으로서의 존엄성을 유지하게 하는 핵심영역이다”고 한다.

123) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 1995, 342-343면 ; “인간의 존엄성존중은 모든 기본권의 이념적 전제인 동시에 모든 기본권보장 목적이므로, 이런 목적을 달성하는 데 필요한 자유·권리는 어느 것이나 보장되어야 한다. 또한 이런 목적달성을 방해하는 행위는 금지되고, 그 침해행위는 헌법 제10조 제1문 전단에 위배되어 불법행위가 된다”고 한다.

124) 허영, 「한국헌법론」, 2009, 324-326면 ; “인간의 존엄과 가치에 관한 규정은 우리나라 기본권 질서의 가치적인 핵심으로서의 성격을 갖기 때문에 헌법에 미쳐 열거되지 아니한 자유와 권리도 그것이 사회통합의 가치적인 원동력으로서의 의미를 갖는 것이라면 마땅히 인간의 존엄과 가치의 구체적인 표현형태라고 보아야 한다”고 한다.

실로 부터 괴리되지 않고 헌법의 규범력이 지속적으로 구현될 수 있는 헌법국가¹²⁶⁾를 실현해야 나가야 한다.

V. 결론

과거에 군사용·공공시설관리감독용 등 국가기관에서 주로 이동형영상저장처리기술을 독점하여 사용해 오다가 최근에 민간 부문의 다양한 분양에서 이동형영상저장처리기술의 발전으로 드론·웨어러블기기 등이 급속도로 상용화되면서 테러·사생활침해 등의 문제가 제기되면서 전 세계 여러 나라들이 新성장동력 논의 이외에 이동형영상저장처리기술에 대한 적절한 규제 논의 및 관련법안의 마련을 위해서 고심하고 있다.

이러한 가운데 최근 이동형영상정보처리기술의 개발·발전·판매·이용 등이 급격하게 이루어지면서 우리 주변에서 활용되는 이동형영상정보처리장치의 수도 함께 급증하였을 뿐만 아니라 그 활용 분야도 점차 확대되어 감에 따라 이동형영상정보처리장치의 대중화가 급속하게 이루어지고 있다. 이와 같이 이동형영상정보처리기술의 급격한 발전과 관련시장의 확대에 따라 이동형영상정보처리장치가 이용된 개인영상의 수집과정에서 많은 개인정보가 무분별하게 침해될 가능성이 급증하였다.

이러한 상황은 우리나라도 마찬가지여서 이동형영상정보처리기술과 관련된 기술이 급속하게 발전하고 있음에 따라 국내에서도 개인영상정보가 침해될 위험성이 더욱 상승하고 있는 가운데 우리 「헌법」이 명시적으로 천명한 가치인 개인사생활의 비밀과 자유 등과 같은 국민의 기본적 인권이 실효적으로 보장이 될 수 있도록 개인의 사적인 영역에 해당하는 개인영상정보가 이동형영상정보처리장치의 이용과정에서 충분히 보호될 수 있는 합리적인 법제도개선방안이 조속히 마련되어야 할 필요성이 요망되고 있다.

무엇보다 우리 「헌법」은 제17조에 따르면, “모든 국민은 사생활의 비밀과 자

125) 김백유, 「헌법학(I)」, 한성, 2016, 1111-113면; “현대 헌법국가 특히, 자유민주적인 기본질서의 토대 하에 일정한 헌법질서를 구축하는 헌법국가는 국민주권의 원리를 이념적 기초로 하는 민주공화제를 정치적 기본체제로 하고, 인간의 존엄성존중을 핵심내용으로 하는 기본권보장체계를 기본적 가치질서로 한다”고 한다.

126) 정종섭, 앞의 책, 57-58면; 헌법이 사회변화와 상황에 충분히 대응하지 못하면 헌법규범력을 유지할 수 없게 되어 규범적 헌법이 될 수 없다. 이 경우 헌법은 사회를 통합하고 규율능력을 상실하여 명목적·장식적 헌법으로 전락할 수밖에 없다. 이런 측면에서 볼 때 헌법이 다양한 분야에서 빠르게 변하는 사회현실변화에 적합하게 현실적응성을 높임으로써 사회현실 규범력을 지속적으로 유지할 경우에만 헌법국가로서 존재할 수 있다.

유를 침해받지 아니 한다”라고 헌법상 개인의 사생활의 비밀과 자유를 명문으로 규정함에 따라 내외국인을 불문하고 인간으로서 존엄성을 갖는 모든 개인이 자신만의 고유한 삶을 영위할 수 있도록 하고 있다. 이와 같이 「헌법」상의 보호되는 가치는 개인의 사생활이란 개인의 가장 깊은 곳에 자리한 자아의 외부로부터 불가침을 전제로 한 것으로, 인격의 자유로운 발현과 인간으로서의 존엄성을 유지하는 핵심영역인 만큼 개인영상정보의 불가침은 개인의 사적인 비밀과 자유는 물론 인격적 발현과 존엄성을 유지하는 데 있어 매우 중요하다.

특히, 개인의 얼굴표정·전신·옷차림, 기분상태, 활동 등을 포함한 개인영상정보는 개인의 사생활을 고스란히 노출시키는 정보이자 언제어디서 어떠한 옷차림으로 어떻게 활동하는 지에 관한 것으로 개인을 직접적으로 손쉽게 식별하게 하고 경우에 따라서는 사회적 판단 등의 대상이 될 수 있는 정보인 개인영상정보는 함부로 그 정보로서의 보호 필요성을 낮게 평가해서는 안 되는 개인의 중요정보이기 때문에 타인의 동의 없이 타인에게 무분별하게 수집·저장·이용·유출 등이 되고 싶지 않은 것은 물론 국가권력의 수집·보관·이용 등으로부터 보호되어야 한다.

이러한 측면에서 국가기관 중 입법권을 행사하는 입법부는 급속하게 이동형영상 저장처리기기기술의 보급과 사용이 급증하는 가운데 개인의 내밀한 사적영역을 보여주는 개인영상정보의 안정적인 보호를 위하여 관련입법을 하거나 관련법규를 개선을 통하여 중요한 개인정보 중 하나인 개인영상정보를 보호를 위해 노력해야 한다.

그러나 이동형영상정보처리기기는 기존의 고정형영상정보처리기기보다 이동하기가 쉽고 은닉도 쉬우므로 기존의 개인정보보호법체계로는 현행 개인영상정보를 보호하기가 용이하지 않으므로 이동형영상정보처리기기의 특성을 고려하여 촬영 또는 모니터링 등의 시점에서의 개인영상정보 보호 등의 대책을 마련해야 할 필요성이 크다.

무엇보다 공공분야와 민간분야 양 부문에서 고정형영상정보처리기기와 마찬가지로 이동형영상정보처리기기의 사용이 점차 증가하는 가운데 개인영상정보에 대한 보다 더 엄격한 관리·감독을 위한 법제정비방안을 마련하여 개인영상정보를 충분히 보호함으로써 헌법상 보호되고 있는 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권 등이 실현될 수 될 수 있도록 하여 개인의 존엄과 인격이 자유롭게 발현될 수 있도록 해야 한다.

따라서 무분별하게 침해될 수 있는 개인영상정보침해를 최소화하고 자기의 의사

에 반하여 개인영상정보의 내용을 공개당하지 않고 자유로운 개인생활의 전개를 방해받지 아니하며 자신에 관한 개인영상정보를 스스로 관리·통제할 수 있으며, 자신의 개인영상정보가 타인에 의해 취득·개시될 수 있는 정도를 결할 수 있는 헌법상의 권리를 실효적으로 실현시킬 수 있도록 개인정보보호체계에서 나타난 문제점을 해결하기 위한 입법적 보완이 시급하다.

이를 통하여 「헌법」상 보장된 개인의 사생활의 비밀과 자유를 보호조항이 헌법현실과 유리되지 않고 보호될 수 있도록 헌법의 규범력을 유지하고 그 실효성을 보장함으로써 개인이 자신이 원하는 자유로운 사적 활동을 영위할 수 있는 자유를 존중하고 개인인격의 자유로운 발현을 통하여 인간의 존엄성과 가치도 실질적으로 구현되는 헌법친화적인 기술이용사회 및 헌법국가를 실현해 나가야 할 것이다.

(논문투고일 : 2016.05.15, 심사개시일 : 2016.06.01, 게재확정일 : 2016.06.15)



▶ 장 인 호

영상정보처리기기, 이동형영상정보처리기기, 개인정보, 개인영상정보
개인정보보호, 개인영상정보보호, 헌법친화적인 기술이용사회, 인간존엄성.

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 김백유, 「헌법학(I)」, 한성, 2016.
- _____, 「헌법학(II)」, 조은, 2011.
- 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2007.
- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 1995.
- 박명숙·제롬 글렌, 「유엔미래보고서 2045」, 교보문고, 2015.
- 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2015.
- 양 건, 「헌법학 강의 I」, 법문사, 2007.
- 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2015.
- 전광석, 「한국헌법론」, 집현재, 2014.
- 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2015.
- 허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2009.
- 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2015.
- 홍완식, 「입법학연구」, 피엔씨미디어, 2014.
- Andress R·Edwards(오수길 옮김), 「지속가능성 혁명(The Sustainability Revolution」, 시스테마, 2010.
- Andrew Murray, 「Information Technology Law」, OXFORD University Press, 2013.
- Hense/Bizer/Führ/Lange/(김경제/이상해/최정일/김상겸 공역), 「입법평가의 적용」, 한국 법제연구원, 2011.
- Lawerence Lessig(김정오 역), 「코드 2.0: 사이버공간의 법이론」, 나남, 2009.

II. 논문

- 강상현·김성호, “영상정보처리기기 운영 확산에 따른 개인정보보호 이슈 분석”, Internet&Security Focus 2013 4월호, 2013.
- 김선이, “무인항공기의 사생활침해에 대한 법적 대응-미국정책, 입법안분석을 중심으로”, 「한국항공우주정책법」 제29권 제2호, 한국항공우주정책법학회, 2014.
- 김일환, “첨단과학기술사회에서 효율적인 기본권보호에 관한 예비적 고찰”,

- 「헌법학연구」 제1권 제2호, 한국헌법학회, 2011.
- , “미국 개인정보보호 관련 기관의 역할과 권한에 대한 비판적 고찰”, 「미국헌법연구」 제22권 제3호, 2011.
- 박문석, “인터넷에서의 길거리사진서비스와 사생활침해의 문제”, 「유럽헌법연구」 제3호, 유럽헌법학회, 2008.
- 박창석, “무인항공기와 사생활의 자유-무인기활용기반조성을 위한 법제도 구축시론”, 「공법연구」 제43권 제3호, 한국공법학회, 2015.
- 신관우, “민간경비의 영상 빅데이터 활용을 위한 과제”, 한국민간경비학회회보 제14권 제1호, 한국민간경비학회, 2015.
- 신용녀/전명근, “영상감시시스템에서의 얼굴 영상 정보보호를 위한 기술적 관리적 요구사항”, 정보보호학회논문지 제24권 제1호, 한국정보학회, 2004.
- 신영진/정형철/강원영, “공공분야 개인정보보호 정책 집행과제의 우선순위 분석 - 개인정보보호 수준진단 지표의 선정 및 중요도를 중심으로-”, 「정보보호학회논문지」 제22권 제2호, 한국정보보호학회, 2012.
- 이석호, “CCTV개인영상정보보호를 위한 오프라인객체추적”, 「한국정보통신학회논문지」 제18권 제12호, 한국정보통신학회, 2014.
- 임지봉, “CCTV 설치의 헌법적 문제점”, 「고시계」 제49권 제3호, 2004.
- 장수성, “영상정보처리장치(CCTV)와 개인정보보호에 관한 연구, 석사학위논문(동아대학교법무대학원), 2014.
- 전현재, “블랙박스 감시의 특징” 석사학위논문(경북대학교), 2013.
- 조민상/신승균, “무인항공기 발전에 따른 국가중요시설 보호방안”, 「융합보안논문지」, 융합보안학회, 제15권 제3호, 2015.
- 차건상/신용태, “택시영상기록장치의 프라이버시 보호방안, 「정보과학논문지」 제38권 제3호, 한국정보과학회, 2011.
- 표명환, “헌법 제10조 제1문의 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무”, 「토지공법연구」 제53집, 한국토지공법학회, 2011.

Abstract

A Study on the Protection of Personal Video Information according to the Spread of Utilization of Mobile Video information Equipment

Chang, Inho

In recent years, the technology of ultramodern portable electronic video recorder device develops so fast in great applauds. Furthermore, many countries, including the Republic of Korea, try to support portable video information processing equipment as the major growth engines in the future. As a result, The usage of mobile video information equipment like drone, smart glasses, vehicle black box etc has soared at rapid-fire pace over the past several years and changes our lifestyle as many people prefer convenient life.

But some fear using mobile video image processing equipment could infringe on personal information, especially personal image information. Illegally accessed personal video information can be wrongfully used by the users of portable video information processing equipment such as national organization, private institution, drone user, black vehicle box user, smart equipment user and son on.

Above all, collecting personal video information without the consent of the person is a significant privacy concern. With the technology of movable video tap recorder, it seems the debate on indiscriminate infringement of personal video information will continue. This poses a

threat to personal video information and human rights, and consequently to human dignity. Like this, mobile video information equipment technology can be used either for good or for evil.

Many fundamental rights such rights to privacy and secrecy as are based on fundamental rights are on human dignity. Infringement of personal information, especially personal video information is a threat to privacy and human dignity. This means nation should stop violation of personal image information by governmental institution or individuals using video information processing equipment such as drone, black box, smart glasses etc.

Therefore current personal information law system should be improved to prevent misuse of mobile video information equipment in drastic changes of portable video information processing equipment technology and realize constitution-friendly technological society. And, The legislature of the Republic of Korea should improve the legal system regarding personal information finally help the victims relieve their personal video information and guarantees the constitutional rights of the people such as privacy and restore their human dignity.



▶ **Chang, Inho**

Video Information Processing Equipment, Mobile Video Information Processing Equipment, Personal Information, Personal Video Information, Personal Information Protection, Personal Video Information Protection, Constitution-friendly Technological Society Human Dignity.

行政調達契約의 性質에 대한 研究

— 「國家를 當事者로 하는 契約에 관한 法律」을 중심으로—

이 광 윤*

김 철 우**

I. 序 說	III. 關聯 大法院 判例에 대한 檢討
II. 行政契約의 公法的 位相	1. 81누366 판결
1. 行政契約의 性質에 대한 外國의 論議와 國內法制	2. 2001다33604 판결
2. 「국가계약법」이 적용되는 行政契約의 性質	IV. 佛蘭西에서 行政契約에 대한 規律
3. 行政作用法關係와 國庫理論의 發展	1. 公共市場法典과 EU 公共調達法制
	2. 行政契約의 公法的 特性
	V. 結 論

【국 문 요 약】

行政契約은 과거 權威의인 警察國家에서는 그 허용가능성에 대하여는 논란이 많았으나, 오늘날 行政이 民主化되고 다양한 행정요구에 대한 協力이 중시됨에 따라 그 중요성이 강조되었다.

우리나라에서 行政契約이 주로 활용될 수 있는 영역은 行政調達契約과 공공서비스 特許가 있다. 이 중 공공서비스 特許에 대하여 학설은 전통적으로 一方的 行政行爲로 分類하여 왔으나, 「사회기반시설에 대한 민간투자법」에서는 公法上 契約인 行政契約으로 규율되고 있다. 반면에 行政調達契約의 경우 과거 獨逸의 國庫理論의 영향으로 우리나라 學說과 判例는 여전히 私法上 契約으로 보아 民事訴訟의 對象으로 이해하면서도, 不正當業者에 대한 制裁措置에 대하여는 處分性을 인정하여 抗告訴訟의 對象으로 보는 論理的인 矛盾이 존재한다. 國家의 管理行政 領域에서 當事者 一方이 모두 行政主體임에도, 法的手段의 選擇에 따른 根據法律이 무엇인가에 따라 契約의 性質을 달리 취급하는 것은 非論理的일 뿐만 아니라 단순히

* 성균관대학교 법학전문대학원 행정법 교수

** 성균관대학교 법학전문대학원 전문박사과정수료(행정법 전공), 경인법무법인 변호사

‘當事者 對等’을 표방하는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」의 문언에 얽매어 行政調達契約을 반드시 私法上 契約으로 이해할 필요는 없다. 왜냐하면 우리나라에서는 종래 獨逸의 國庫理論에 따라 公法上 契約을 ‘對等한 當事者’ 사이의 계약이라고 설명해 왔으므로 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제5조(계약의 원칙)의 규정만으로는 公法上 契約인지 아니면 私法上의 契約인지 판별이 되지도 않을 뿐 아니라 동법 제5조의2(청렴계약), 제27조(부정당업자의 입찰 참가 자격 제한), 제27조의2(과징금), 제28조(이의신청) 규정을 통해 公法上 契約으로 볼 여지가 많기 때문이다. 따라서 佛蘭西처럼 行政調達契約을 公法上 契約으로 보는 전제하에 落札者決定이나 不正當業者制裁措置와 같은 公權力 行使에 대하여 處分性を 인정하여 抗告訴訟을 허용하는 것이 훨씬 論理的이며, 行政訴訟法の 改正案 중 當事者訴訟의 對象으로 行政契約을 명시할 필요가 있다. 참고로 佛蘭西에서 법률에 규정이 없는 경우 判例에 따라 계약당사자 중 일방이 공법인이며, 계약의 목적이 공공서비스를 수행하는 경우와, 그렇지 않더라도 계약내용에 보통법에 대한 일탈조항을 포함하면 行政契約으로 보는데 이는 우리나라에서 公法上 契約인 行政契約을 판단하는 기준으로 참고할 수 있다.

나아가 立法論으로는 「조달사업에 관한 법률」과 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 및 「사회기반시설에 대한 민간투자법」 등을 포괄하는 行政契約에 관한 單一한 法典을 제정할 필요가 있으며, 私法上 契約의 原則은 行政의 公益性을 확보하는데 난점이 있을 뿐 아니라 플라이너(Fleiner) 교수가 경고한 ‘行政의 私法에로의 逃避(Flucht in das Privatrecht)’를 정당화할 위험이 있는 바, 궁극적으로는 公法上 原則을 수용하고, 글로벌 시대의 商去來法에 있어 世界法으로 통하는 유럽연합의 공공조달 지침과 동일하게 行政調達契約에서 발주기관의 범위를 정부기관 뿐 아니라 공법인과 공기업까지 확대하여 세계적인 조류에 동참해야 할 것이다.

I. 序 說

본 연구는 넓게는 行政契約,¹⁾ 그 중에서도 현행 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 ‘국가계약법’이라 한다)에 근거하여 行政主體와 私人 相互間에 이루어지는 行政調達契約²⁾의 公法的 性格을 糾明해 보는 것을 목표로 한다. 行政調達契約의 法的 性格에 대한 논의는 公法과 私法の 區分에서 시작하여 行政의 分類과 같은 전통적인 문제를 내포하며 行政法 研究의 역사적 전개과정에 따라 그 접근방식을 달리하여 왔다.

오늘날 우리 大法院은 과거 獨逸의 國庫理論의 영향을 받아 아무런 근거도 없이 行政調達契約의 本質을 ‘私法上 契約’으로 파악하면서도, 契約締結의 과정에서 행하여진 不正當業者에 대한 入札參加資格 制限措置에 대하여는 公法關係에서 나타나는 處分性을 인정하여 論理的 一貫性을 缺如하고 있다.³⁾ 大法院의 이러한 입장은 「국가계약법」 제5조(계약의 원칙)의 규정, 즉 “契約은 서로 對等한 입장에서 當事者의 合意에 따라 체결되어야 하며”라는 문언에 충실한 해석으로 보인다.

하지만 行政契約을 公法上 契約의 유형으로 보는 見解에서도 行政契約에 관하여 ‘對等한 當事者 사이의 契約’으로 정의⁴⁾하고 있으므로 단순히 「국가계약법」에서 제5조의 규정내용 만으로는 私法上 契約인지 公法上 契約인지 여부를 가리는 합리적인 기준이 될 수 없다.

하지만 行政調達契約은 契約 當事者의 意思合致에 따라 權利 또는 義務를 발생시키는 法律關係를 뜻하는 契約이라는 用語에도 불구하고, 구체적인 내용에 있어서는 公法的인 色彩를 띠고 있는 영역이 분명히 존재한다는 점을 간과할 수 없으

1) 行政契約이라는 用語에 대하여 行政法 教科書에서는 行政主體가 당사자로 되어 있는 公法上 契約과 私法上 契約을 모두 포함하는 의미로 이해하는 입장과 公法關係와 私法關係의 구별을 전제로 行政主體의 公法上 契約에 대하여 한정하는 입장으로 나뉘어 있으나, 行政法을 行政에 대한 國內 公法으로 정의하고 行政上 法律關係를 公法關係와 私法關係로 나누고 있으므로, ‘行政契約’이라는 용어는 行政主體의 公法上 契約에 한정하고 대신 行政主體의 公法上 契約과 私法上 契約을 아우르는 用語로 行政上 契約이라는 用語를 사용하는 것이 논리적이다. 이광운, 「신행정법론」, 법문사, 2007, 106면. 이하에서 언급하는 行政契約은 논의의 편의를 위하여 行政上 契約을 뜻한다.

2) 조달계약이란 국가, 지방자치단체 기타 행정주체가 행정수요의 충족을 위해 사인과 체결하는 물품매매계약과 건축공사 기타 용역에 관한 도급계약을 의미하고 이는 국가 등이 당사자로 체결하는 계약 중 일부이고, 공법상 계약과 사법상 계약의 경계에 있는 것으로서 양자를 포괄하는 행정계약의 하부유형이라고 할 수 있다. 박정훈, “행정조달계약의 법적성격”, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2010, 170면.

3) 대법원 1983.12.27. 선고 81누366, 대법원 20012. 12. 11. 선고 2001다33604 판결 등.

4) 홍정선, 「행정법특강(제5판)」, 박영사, 2006, 311면.

며, 심지어 契約過程에서 落札者 決定이나 不正當業者에 대한 制裁와 같이 行政廳이 優越한 地位에서 公權力을 發動하는 경우도 있으므로 구체적인 계약 내용에 대하여 정확한 분석 없이 私法上 契約으로 보는 一般化하는 大法院의 태도에는 의문이 있다.

이러한 문제의식을 바탕으로 公法學 내에서 行政調達契約의 정확한 座標를 설정하기 위하여 먼저 行政調達契約의 上位概念인 行政契約의 公法學에서 位相과 行政契約이 가지는 性質을 살펴보고 獨逸의 國庫理論의 현대적 의미를 되짚어 본다(Ⅱ). 이를 토대로 行政訴訟實務에서 大法院이 行政調達契約을 바라보는 시각에 대하여 비판적인 관점에서 문제점을 진단한 뒤(Ⅲ), 끝으로 比較法的 研究價値가 있는 佛蘭西의 行政契約에 대한 法制를 살펴봄(Ⅳ)으로써 行政契約의 性質에 대한 인식의 전환과 입법론적인 시사점을 도출하는 것이 본 研究의 주된 목표라고 할 것이다.

Ⅱ. 行政契約의 公法的 位相

1. 行政契約의 性質에 대한 外國의 論議와 國內法制

行政契約은 行政主體와 國民 사이 또는 行政主體 相互間에 직접 또는 간접으로 行政目的을 수행하기 위하여 이루어지는 合意를 의미한다.⁵⁾ 과거 국민의 행정에 대한 一方的 服從義務를 강조하였던 오토마이어(Otto Mayer)에 따르면 국가와 국민 사이에는 契約이 불가능하므로 행정청과 국민간의 동의라고 하는 것은 국민의 동의에 의하여 국민이 公法關係의 一方的 行爲, 즉 국가주권의 표시인 행정청의 의사에 服從하는 것으로 이해하였다. 이는 학설과 판례에 의해 지지를 받아 獨逸 行政法學界에서 지배적인 지위를 차지하였고, 이는 相對方 同意를 요하는 行政行爲의 관념으로 대치되었다.⁶⁾ 하지만 이러한 오토마이어(Otto Mayer) 생각과는 달리 1884년과 1886년, 로닝(Loening)과 스텡겔(Stengel)의 행정법 교과서에서 이미 行政行爲 概念과 함께 公法上の 契約을 行政의 다른 處分의 형태로 소개되었으며, 라반트(Laband)는 계약의 측면에서, 국가는 지배자이기 때문에 그에게 유익하다고 생각되는 모든 법적 형태를 마음대로 이용할 수 있다고 설명하는 등 行政契約은 19

5) 김도창, 「일반행정법론(상)」, 제4전정판, 청운사, 1992, 511면.

6) 이광윤, 전거서, 103면.

세기 獨逸 行政法學界에서 알려져 인정되었다.⁷⁾ 이후 Willibalt Apelt와 같이 행정계약을 지지하는 학자들이 늘어났고,⁸⁾ 급기야 1976년 제정된 獨逸 行政節次法에서 公法上 契約이 명시적으로 허용됨으로써,⁹⁾ 행정활동에는 명백한 군주의 주권이 깃들여 있다는 오토마이어(Otto Mayer)의 주장이 더 이상 유지될 수 없게 되었다.¹⁰⁾

한편 佛蘭西에서는 19세기까지는 행정청이 체결하는 契約을 公權力의 행사로 간주하지 않았고, 意思의 合致가 있는 순간부터 公權力의 範圍를 벗어나 私인들이 체결하는 契約과 동일한 것으로 보아 私法이 적용되었다. 하지만 1873. 2. 8. 관할쟁의재판소는 Blanco 판결에서 ‘行政은 私人間的 關係를 규율하는 민법전의 원칙에 의하여 규정되지 아니하고, (중략) 공공서비스의 필요성과 국가의 권리와 사인의 권리를 조정할 필요성에 따라 달라지는 특별한 법칙이 있다.’고 하여 行政契約을 公法領域에 포함시켰다.¹¹⁾

佛蘭西는 19세기 이후 自由主義 기간 동안 經濟自治 原則의 범위 내에서 국가가 점차 경제 분야에 대한 개입을 확대해 나갔는데 특히 기술적인 측면에서 독점을 요하는 공공서비스를 수행하는 기업들(철도, 전기, 주택사업 등)이 대거 출현하게 되었다. 이 과정에서 국가는 공공서비스의 特許¹²⁾라는 형식을 빌어 공공서비스에 대한 介入을 하였는데 이 때 이루어지는 공공서비스 特許契約이 바로 公法上 契約이다.

우리나라의 경우, 현재 行政主體와 行政客體 相互間에 行政契約을 체결할 수 있다는 점에 대하여는 異見이 없으며, 私法上 契約과는 구별되는 公法上 契約의 특

7) 박수혁 역(Hartmut Maurer 저), 「독일행정법」, 사법발전재단, 2010, 301면.

8) Willibalt Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920.

9) 독일 행정절차법 제54조에서는 법규에 위반되지 아니하는 한 공법상 계약의 체결을 허용함과 동시에 행정행위에 갈음하여 행정행위의 상대방과 행정계약 체결이 가능함을 규정하였다.

10) 독일 공법학에서 오토마이어(Otto Mayer)가 이룩한 학문적 성과와 이론적 업적에 대하여는 박정훈, “독일공법학과 오토마이어(Otto Mayer)”, 공법학의 형성과 개척자, 박영사, 2007 참조

11) Le TC se détermine en faveur du juge administratif, sans se référer à la théorie de l'État débiteur alors en déclin. Il estime que “la responsabilité qui peut incomber à l'État [...] par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public [...] a des règles spéciales qui varient selon les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés”

12) 19세기 번창된 공공서비스에 대한 개입은 국가의 直接運營方式 또는 공공서비스 特許를 통해 이루어지는데, 그 중 공공서비스 特許란 행정청이 사인 또는 영조물법인에게 그들의 경영적 책임 하에 공공서비스를 운영하도록 하는 계약으로서 特許契約의 상대방은 공공서비스 이용의 대가로 이용자들로부터 사용료를 받는다.

수성도 대체로 인정하고 있다.¹³⁾

현재 행정실무에서 行政契約은 사인에 대하여 행정사무를 위탁하거나 임의적 공용부담, 환경보전협정, 공무원관계설정을 위해 이루어지고 있다.¹⁴⁾ 나아가 行政契約에 대한 法制로 個別法에서 별도의 관련근거 규정을 두고 있는 경우도 있고 (「민영고도소 등의 설치운영에 관한 법률」 등), 국가 또는 지방자치단체가 당사자로서 체결하는 계약에 대한 一般法으로는 「국가계약법」이 제정되어 있다. 또한 國家契約에 대한 特別法¹⁵⁾으로서 조달사업의 공공성을 고려하면서도 효율적으로 수행하기 위하여 조달사업의 운영 및 관리에 필요한 사항을 정하기 위하여 「조달사업에 관한 법률」(이하 ‘조달사업법’이라 한다)과 사회기반시설에 대한 민간의 투자를 촉진하여 사회기반시설의 확충·운영을 도모하기 위해 「사회기반시설에 대한 민간투자법」(이하 ‘민간투자법’이라 한다)이 제정되어 있다.

참고로 「민간투자법」도 넓은 의미에서 調達行政의 영역을 대상으로 한다는 점에서 「국가계약법」과 목적이 동일하며, 법적수단의 선택에 따라 민간투자법 대상 사업인 사회기반시설을 「국가계약법」에 따른 재정사업의 일환으로 추진할 수 있음에도 실무에서는 「민간투자법」에 따른 실시협약에 대하여는 私法上 契約으로 이해하지 않고 있다.¹⁶⁾

13) 행정주체가 체결하는 계약에 대하여 公法上의 契約과 私法上의 契約으로 엄격하게 구분하는 대신 行政契約이라고 하는 公私法의 구별을 넘어서 統合的인 觀點에서 파악하려는 입장으로 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2001, 204면; 천병태, 「행정법총론」, 삼영사, 2000, 397면.

14) 김철용, 「행정법」, 박영사, 2011, 307면.

15) 「국가계약법」 제3조에서 “국가를 당사자로 하는 계약에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.”고 규정하는 바 「국가계약법」과 「조달사업법」 및 「민간투자법」은 一般法과 特別法 關係이며 國家契約의 세부유형으로 調達契約이 존재하는 것이다.

16) 이문성, “공공서비스 민간투자사업의 법적 성질과 규제에 관한 연구”, 성균관대학교 법학전문대학원 박사학위청구논문, 2015, 32~33면. 이에 대한 법제처 유권해석을 보면 “실시협약의 체결은 단순한 사법적, 일반적 계약관계로는 볼 수 없으며 실시협약의 체결이라는 법률적 행위로서 사업시행자 지정이라는 행정처분이 동시에 발생하는 복합적인 행위라고 보아야 할 것인 바, 이에 반하여 국가계약법에 따른 낙찰 및 계약의 경우 계약의 확정(중략) 본 계약에 별도의 행정처분적 성격은 없으며, 그 계약의 목적물, 계약금액, 이행기 등 계약의 주요한 내용과 조건은 입찰 공고와 입찰자의 입찰에 의하여 당사자의 의사가 합치됨으로써 낙찰자를 결정할 때에 이미 확정된 것으로 볼 수 있으므로, 국가계약법상 입찰, 낙찰, 및 계약의 성립과 민간투자법에 따른 사업계획서의 제출, 협상대상자의 지정 및 사업시행자의 지정행위를 포함한 실시협약의 체결은 그 법적 성격을 달리하고 있음을 알 수 있고, 이에 따라 민간투자법에 따른 협상대상자의 지정 및 사업시행자의 지정행위를 포함한 실시협약의 체결에 관한 규정은 국가계약법 제3조에 따라 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 해당하는 것으로 보아 국가계약법의 해당규정이 배제된다.”고 하였다(법제처, 2011. 9. 8.자 안건번호 11-0449).

2. 「국가계약법」이 적용되는 行政契約의 性質

行政契約, 그 중에서도 「국가계약법」이 적용되는 行政調達契約은 民事契約과는 달리 계약의 성립에서부터 이행의 완료에 이르기까지 절차가 복잡하며, 그 과정에서 이루어지는 行政作用들 중에는 行政行爲와 行政契約의 장점을 결합하기 위하여 兩者의 形式이 혼재되기도 하는 특성을 지니고 있다. 예컨대 일반적인 行政調達契約의 節次는 ①계약방법의 결정, ②입찰공고, ③입찰, ④낙찰자결정, ⑤계약체결, ⑥계약이행, ⑦이행완료 및 대가지급으로 이루어지며, 「국가계약법」은 제10조와 제11조에서 낙찰자결정과 계약체결을 분리하여 규정하고 있는데 이 중 落札者決定은 「국가계약법」이 행정청에게 부여한 권한을 행사하는 것으로 公權力行使의 性質을 갖는다(異論存在).¹⁷⁾ 그 외 나머지 계약체결과 관련하여서도 「국가계약법」은 제5조(계약의 원칙)에서 계약은 서로 對等한 입장에서 당사자의 合意에 따라 체결되어야 한다고 하여 마치, 私經濟主體 相互間 체결하는 私法上 契約처럼 규정하고 있으나, 반면 동법 제5조의2¹⁸⁾에서는 清廉契約을, 제27조의2와 제28조에서 과징금과 이의신청을 각각 규정하여 公益的 必要에 의하여 행정청에게 優越한 地位를 부여하는 公法的 色彩를 띠는 조항을 발견할 수 있다.¹⁹⁾

따라서 현재 「국가계약법」의 규정으로는 「국가계약법」이 적용되는 行政契約이라고 할지라도 그것이 公法上 契約인지 아니면 私法上 契約인지 여부를 판별할 수 없으며, 계약내용을 세부적으로 검토하는 작업이 선행되어야 한다.²⁰⁾

그럼에도 불구하고, 현재 「국가계약법」이 준거법이 되어 광범위하게 활용되고 있는 行政調達契約의 法的性質에 대하여 아직까지 명확하게 정리되지 못하고 있으며, 判例 역시 사안에 따라 理論的인 一貫性보다는 당사자의 권리구제의 필요성이

17) 강지은, “프랑스 행정법상 분리가능행위(l'acte détachable)에 관한 小考”, 행정법연구, 행정법이론 실무학회, 2011, 400면.

18) 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 국가를 당사자로 하는 계약에 있어서 투명성 및 공정성을 높이기 위하여 입찰자 또는 계약상대자로 하여금 입찰·낙찰, 계약체결 또는 계약이행 등의 과정(준공·납품 이후를 포함한다)에서 직접적·간접적으로 금품·향응 등을 주거나 받지 아니할 것을 약정하게 하고 이를 지키지 아니한 경우에는 해당 입찰·낙찰을 취소하거나 계약을 해제·해지할 수 있는 조건의 계약을 체결하여야 한다.

19) 조달사업법 제3조의2 에서도 “조달청장은 기업의 사회적 책임을 장려하기 위하여 조달절차에서 환경, 인권, 노동, 고용, 공정거래, 소비자보호 등 사회적·환경적 가치를 반영할 수 있다.”고 규정하고 있다(2016. 7. 28. 시행).

20) 반면, 행정주체의 國庫關係에서의 활동에 대하여는 국가계약법, 국유재산법, 공유재산 및 물품관리법 등에서 특수한 규율을 하고 있는 경우가 있는데 이들 특수한 규정은 공법규정이 아니라 사법규정이라고 보는 견해로 박균성, 「行政法論(上)」, 박영사, 2010, 89면.

인정되는 경우 具體的 妥當性이라는 行政訴訟의 機能的 觀點에서 접근하여 혼선을 빚고 있다는 점이다.

특히 전통적인 대륙법계의 영향으로 인해 公法과 私法을 엄격하게 구분하여 二元的 體系를 유지하고 있는 우리의 法制 하에서 특정 法律關係가 公法關係인지 私法關係인지에 따라 소송을 제기할 수 있는 管轄法院, 提訴期間, 訴訟節次 등이 완전히 달라지며, 公法關係라고 하더라도 當該 行政作用이 公權力의 行使로 평가될 수 있는지 여부에 따라 爭訟形態가 달라진다는 점에서 行政作用의 性質을 分析하여 분류하는 것은 行政法學의 始發點이자 存在理由라고 할 것이다.²¹⁾

나아가 이처럼 行政契約이 이루어지는 節次過程 內에서 權力的 性質을 갖는 行政作用과 非權力的 性質을 갖는 行政作用이 모두 포함되는 경우 뿐 아니라 하나의 行政作用에 行政契約와 行政行爲, 두 가지 形式이 모두 활용될 수도 있을 것이다.²²⁾ 이하에서는 行政作用法關係에 대한 분석과 아울러 지금까지 行政調達契約의 성질을 규명하는데 理論的 道具로 활용되고 있는 傳統的인 國庫理論과 行政私法論의 沿革의 發展過程을 追跡해 보기로 한다.

3. 行政作用法關係와 國庫理論의 發展

가. 行政作用法關係의 傳統的인 分類方式

전통적으로 우리나라 행정법교과서에서는 獨逸行政法의 영향을 받아 行政作用法關係를 權力關係, 管理關係, 國庫關係로 분류하여 왔다. 이 중 權力關係란 행정주체가 公權力 行使의 주체로서 優越的 地位를 가지고 행정객체인 국민에 대하여 명령·강제하는 관계를 뜻하고, 管理關係란 행정주체가 비권력적인 관리자의 지위에서 공공복리를 위하여 공기업을 경영하거나 공적재산을 관리하는 법률관계로 원칙적으로는 民事訴訟의 대상이 되는 私法關係이지만 실정법상 명문의 규정이 있거나

21) 公法關係와 私法關係의 구별과 관련한 판결례로는 국유 또는 공유재산의 사용·수익에 대한 허가(대법원 1998. 2. 27. 선고 97누1105판결)와 무단점유에 대한 변상금부과처분(대법원 1998. 2. 23. 선고 87누1046, 1047판결), 서울시 시립무용단원의 위촉계약(대법원 1995. 12. 22. 선고 95누4636판결), 구 「공익사업을 위한 토지의 취득 및 보상에 관한 법률」에 근거한 협의취득(대법원 1981. 5. 26. 선고 80다2109판결), 구 「예산회계법」에 따른 입찰보증금 국고귀속조치(대법원 1983. 12. 27. 선고 81누366판결) 등 다수가 있는데 우리 행정법 전반을 아우르는 논점이다.

22) 가령 行政廳이 私人和 行政契約를締結하면서, 行政契約의 個別條項에 條件과 期限을 부가하면서 特定處分을 發令하기로 하는 내용을 行政契約에 포함시키기로 합의하였으나, 이후 條件이나 期限이 성취되었음에도 행정처분을 발령하지 않는 경우 어떠한 소송형태를 선택할 것인지의 문제.

법률관계의 해석상 私法關係와 구별되는 공공성이 실증되는 한도 내에서 公法關係가 되며, 國庫關係란 행정주체가 國庫의 주체로서 국민을 대하는 경우에는 私法關係로 본다는 것이다.²³⁾

이 중 權力關係가 公法關係에 속한다는 점에 대하여는 의문의 여지가 없다. 문제는 管理關係와 國庫關係인데, 管理關係의 경우 원칙적으로 私法關係이나 공법적 특수성이 인정되는 범위 내에서 公法關係가 된다는 식의 두리몽실한 설명은 公·私法의 二元的 體系를 유지하는 우리 법질서에서 받아들일 수 없으며, 과연 公法關係가 되는 기준점이 무엇인지, 지속적인 논란과 다툼으로 법적안정성을 저해할 뿐이며 아래에서 살펴볼 國庫關係 중 ‘行政私法’과의 차이는 무엇인지, 본질적으로 구별되는 것인지에 대하여도 의문이다.²⁴⁾

왜냐하면 박균성 교수는 管理關係의 예로 公法上 契約關係 등을 들면서 한편 행정에서 필요한 물품의 구매계약, 청사·도로·교량의 건설도급계약, 국유재산(잡종재산)의 매각, 수표의 발행, 금전차입 등은 國庫關係의 예로 들고 있는데 물품의 구매계약이나 건설도급계약은 항상 私法關係라는 것인지 만일 公法上 契約으로 평가되는 경우 그 성격을 管理關係로 보아야 하는지 명확한 설명을 하지 않고 있다. 나아가 管理關係를 公法關係의 범주로 분류하면서 “행정주체가 사인과 對等한 關係에서 公行政을 수행함에 있어서(공익목적을 달성하기 위하여 사업을 수행하거나 재산을 관리함에 있어서) 국민과 맺는 관계”라는 식의 개념정의를 하거나 그러면서 “管理關係에 있어서도 예외적이기는 하나 행정주체에게 優越한 特權이 인정”된다는 식의 논리구성은 私法關係와 구별되는 公法關係의 特殊性은 무엇인지 나아가 管理關係의 本質이 무엇인지를 파악함에 있어 다소 모호하다.²⁵⁾²⁶⁾

23) 이광윤, 전거서 109면.

24) 박정훈 교수는 “行政私法 영역은 형식적으로 私法에 의거하지만, 실질적으로는 給付行政에 해당한다고 할 수 있고, 이러한 행정활동에는 私法과 다른 특수한 내용의 법령이 적용되는 것이 아니라서 이를 형식적으로 제2의 공법영역(非權力行政)에 편입시키지는 못하더라도 실질적으로 그와 동일하게 취급하여야 한다고 설명하고 있다. 박정훈, 전거서 178면.

25) 박균성, 전거서, 88면. 또한 下級審이지만 判例도 횡단보도설치와 관련하여 설치권자와 시공회사와의 시설물설치계약에 대하여 ‘公法的 色彩가 강한 民法上の 都給契約’이라는 다소 애매한 판시를 하였다(광주고등법원 1998. 4. 24. 선고 97구3209 판결).

26) 같은 맥락에서 현재 대부분의 행정법 교과서에서 公法上 法律關係에 대한 소송인 (실질적 의미의)當事者訴訟을 소개하면서, ‘對等 當事者’ 사이의 公法上の 權利 또는 法律關係 그 자체를 訴訟物로 하는 소송이라고 개념을 정의한다거나, 營造物法人의 성격을 분류하면서 ‘中間法人’ 내지는 ‘特殊法人’이라는 용어를 사용하는 것은 기본적으로 公益을 목적으로 하는 ‘不平等’한 법률관계인 行政法關係 즉 公法關係의 본질을 흐리는 오해의 소지가 있는 표현이라는 점에서 再考되어야 한다.

나. 國庫理論의 발전과 行政私法論의 現代的 意味

國庫關係 또는 國庫理論(Fiskalische Verwaltung)은 獨逸에서 行政法이 탄생하기 전 慣習法으로서 民法만 존재하던 絕對主義 시절 개인의 權利救濟를 위하여 국가의 행위 중 최소한 國庫關係에서 만큼은 私人和 마찬가지로 私法에 기속시키기 위하여 만들어진 理論이다.

國庫理論이 태동할 당시 국가는 公權力의 주체로서의 고권적으로 활동하는 국가와 국가의 재산관계를 위탁받은 國庫의 주체로서 활동하는 국가로 二分化 되었는데, 이와 같이 국가를 本質이 다른 두 개의 법인으로 分割하는 것은 국가의 재산관계를 고권적인 영역으로부터 분리시킴으로써 최소한 國庫關係에 있어서만은 국가도 법적인 책임을 져야 한다는 것으로 근대 法治國家의 탄생이전 부분적 법치시절에 獨逸에서 나타났던 관념이다.²⁷⁾

하지만 19세기 후반부터 근대 法治國家가 성립하고 탄생한 行政法에 의하여 시민의 자유와 권리를 보장하기 위하여 公法은 公行政(公權力)을 통제하기에 이르렀고 아울러 行政救濟制度가 발전됨에 따라 行政作用에 대하여 私法上的 權利救濟보다 더욱 엄격한 公法的 羈束을 마련하고 있기 때문에 위와 같은 국가의 이중인격은 오늘날 완전히 포기되었다.²⁸⁾ 그 결과 國庫理論은 오히려 行政의 私法으로의 逃避를 정당한 하는 수단으로 전락하였기 때문에 바이마르 시대에 이르러서는 私法形式으로 이루어지는 行政이라고 하더라도 公法的 統制가 필요하다는 공감대가 형성되었고 그 일환으로 이루어진 노력 중 하나가 權力行政 뿐만 아니라 給付行政까지도 公法領域으로 편입된다는 ‘給付行政理論(Leistungsverwaltung)’과 ‘行政私法論(Verwaltungsprivatrecht)’이다.²⁹⁾

따라서 이제 國庫는 특정영역에서 행정주체의 활동형식에 지나지 않으며, 다만 전통적인 國庫理論의 틀 속에서 行政私法論이 발전하였다. 行政私法論이란 獨逸의 볼프(H. Wolff)에 의해 정립된 理論으로 행정주체가 私法形式으로 공공서비스 제공 등의 행정목적, 즉 公的任務를 수행하는 경우(국영운수사업, 전기·수도·가스공급, 폐기물처리사업 등)에도 당해 작용은 형식적으로는 國庫行爲이나, 실질적으로는 엄격한 의미의 國庫行爲는 아니므로 그 법률관계는 私法에 의해서만 규율되는 것이 아니고, 일정한 公法規定 내지는 公法原理에 의하여 制限·修正을 받는다는 理論

27) 정하중, “私法行政의 基本權羈束”, 行政法の 理論과 實際, 법문사, 2012, 5면, 이광운, 전게서, 109면.

28) 정하중, 전게서, 6면.

29) 박정훈, 전게서, 176~177면.

이다.³⁰⁾ 이로써 오늘날 國庫關係는 행정주체의 國庫支援活動이나 收益經濟活動을 의미하는 狹義의 國庫와,³¹⁾ 行政私法 關係로 나누어 설명하고 있는 것이 일반적이다.³²⁾

하지만 公法인 行政法關係 뿐 아니라 私法關係 역시 행정의 주체가 행정청이라는 점과 공익실현 작용이라는 점, 국가는 수단이나 권력 면에서 본질적으로 사인과 不平等한 것이므로 完全한 平等이 이루어질 수 없고 相對的인 정도의 차이만 있을 뿐이다. 특히 行政私法과 狹義의 國庫作用을 분리하여 설명하는 교과서에도 狹義의 國庫作用인 調達行政과 營利活動에 대하여 公法的 制限을 긍정하는 입장을 취한다거나,³³⁾ 國庫關係에 있어서도 公正性 擔保의 견지에서 일정한 制限과 規制가 이루어지고 있다고 전제한 뒤, 이러한 特殊한 規律이 公法的 性格을 가지고 당해 행위의 本質的 部分에 관한 것일 때에는 公法關係로 볼 수 있다는 설명하고 있다.³⁴⁾

따라서 행정주체가 私人和 物품구매계약을 하거나 건설도급계약과 같은 行政調達契約를 체결하는 경우 과거 權力說의 觀點에서 초기의 國庫理論에 따라 무조건 私法上 契約으로 볼 것이 아니라, 利益說의 觀點에서 ‘公益을 목적으로 하는 不平等한 法律關係인가’ 여부에 따라 해당 法律關係에 行政의 特權이 강하게 작용하여 行政訴訟의 對象이 되는 관계로 볼 것인지 아니면 다소 不平等하나 대체로 私法關係를 적용시켜 民事訴訟의 對象으로 할 것인가를 기준으로 삼는 것이 합리적이다 (M. Hauriou에 의한 公的 管理關係와 私的 管理關係의 區分).³⁵⁾

30) 김동희, 전계서, 76면. 이는 독일의 전통적인 國庫理論의 틀 속에서, 종래의 國庫作用을 行政私法과 狹義의 國庫作用으로 나누어 이해하려는 입장으로 1953년 독일민법학회에서 Siebert에 의하여 처음 제안되고 Wolff에 의하여 정립되었다. 이 理論은 현대행정의 본질적 기능을 生存配慮에 두고(공법영역의 확대) 이러한 生存配慮行政은 公行政에 귀속되어 公法原理에 의해 규율되어야 하나 이 영역에서 행정주체가 전통적인 法形式選擇의 自由의 原則에 따라 私法形式을 통해 활동하는 경우에도 이른바 私法으로의 逃避(Flucht in das Privatrecht)를 허용해서는 안 된다는 논리가 이론적 근거로 뒷받침되고 있다. 정하중 전계서, 8면.

31) 國庫支援活動은 행정주체가 행정목적을 수행하는데 소요되는 재화나 역무를 조달하며 공사도급과 같이 용역을 제공하는 작용을 의미하며, 收益經濟活動이란 행정주체가 본래의 행정임무의 수행에 필요한 재원을 유지하고 확충하기 위한 활동이다. 정하중, 전계서, 6면.

32) 홍정선 교수는 狹義의 國庫를 행정청이 공적임무의 수행에 전제가 되는 調達行政과 공행정목적의 직접적인 수행과는 상관없이 수익확보를 위해 행하는 營利活動으로 분류하여 설명하기도 한다. 홍정선, 전계서, 334면.

33) 홍정선, 전계서, 334~335면.

34) 김동희, 전계서, 75면. 이른바 行政私法 領域의 擴大

35) 특히 오늘날까지 과거 18세기 이전 독일의 유습에 집착하여 국가의 물품구매계약이나 정부공사

Ⅲ. 關聯 大法院 判例에 대한 檢討

1. 대법원 1983.12.27. 선고 81누366 판결

가. 事實關係

1) 원고는 1980. 3. 29. 충북 복선 음성-충주 통신케이블공사의 입찰공고에 따라 60,780,000원을 입찰금액으로 예정하고 이 100분의 10을 초과한 금 7,000,000원을 같은 해 4월 10일 그 입찰보증금으로 납부하고 같은 달 11일 16시경 조달청 중앙 보급창입찰실에 대리인인 소외 김학경을 참여시켜 입찰하게 하였는데 위 소외인은 입찰서상 입찰금액난에 60,780,000원을 기재한다는 것이 착오로 6,078,000으로 잘못 기재하여 투찰하였고 계약담당공무원인 소외 김덕현이 개찰한 결과 위 6,078,000원이 예정가격이하의 최저입찰금액으로 지정되고 원고를 낙찰자로 선언하였다.

2) 이후 위 소외인은 위 입찰금액의 기재가 60,780,000원의 착오에 인한 기재임을 깨닫고 즉시 개찰현장에서 착오에 인하였음을 고하고 위 김덕현에게 입찰취소의 의사표시를 하였으나 위 김덕현은 위 착오에 인한 것임을 인정하지 아니하였다.

3) 한편 피고는 1980. 4. 12. 및 같은 달 17일 두 차례에 걸쳐서 시한을 정하여 원고에게 본건 공사계약 체결서류의 제출 및 같은 법 시행령 제77조 소정의 계약보증금과 같은 영 제102조 소정의 차액보증금의 지급을 통고하였으나 원고가 이에 불응하자 원고를 부정당업자로 보고 ①원고가 이 사건 공사입찰보증금으로 납부한 7,000,000원을 국고로 귀속시키는 조치를 하고, ②같은 법 제70조의18, 같은 법 시행령 제89조 제1항 제5호에 따라 원고에게 1980. 4. 26.부터 같은 해 10.25까지 6월간 입찰참가 자격정지(제한) 처분을 하였다.

도급계약과 같은 行政調達契約 = 國庫關係 = 私法上 契約으로 보는 것은 논리적 연관관계도 없
을 뿐 아니라 公法關係로 다루어져야 할 성격의 法律關係임에도 대부분 民事訴訟의 對象으로
삼고 있다는 점에서 公法關係를 보는 시각이 아직까지 ‘處分’중심적 權力說의 觀點이라는 것을
그대로 반영하고 있으며, 이에 더하여 當事者訴訟을 對立하는 ‘對等’당사자 간의 公法上의 權利
또는 法律關係 그 자체를 訴訟物로 하는 소송이라고 개념정의의 하여 民事訴訟과의 구분마저도
어렵게 한다는 점에서 반드시 再考되어야 할 것이다.

나. 判決要旨

1) 「예산회계법」³⁶⁾에 따라 체결되는 계약은 사법상의 계약이라고 할 것이고 동법 제70조의5의 입찰보증금은 낙찰자의 계약체결의무이행의 확보를 목적으로 하여 그 불이행시에 이를 국고에 귀속시켜 국가의 손해를 전보하는 사법상의 손해배상 예정으로서의 성질을 갖는 것이라고 할 것이므로 입찰보증금의 국고귀속조치는 국가가 사법상의 재산권의 주체로서 행위 하는 것이지 공권력을 행사하는 것이거나 공권력작용과 일체성을 가진 것이 아니라 할 것이므로 이에 관한 분쟁은 행정소송이 아닌 민사소송의 대상이 될 수밖에 없다고 할 것이다.

2) 원고의 대리인이 입찰금액을 60,780,000원으로 기재한다는 것이 착오로 금 6,078,000원으로 잘못 기재한 것은 시설공사 입찰유의서(재무부회계예규 1201, 04-101) 제10조 제10호 소정의 입찰서에 기재한 중요부분의 착오가 있는 경우에 해당되어 이를 이유로 즉시 입찰취소의 의사표시를 한 이상 피고(조달청장)는 본 건 입찰을 무효로 선언함이 마땅하므로 원고가 이 사건 공사계약체결에 불응하였음에는 정당한 이유가 있다고 할 것이니 원고를 부정당업자로서 6월간 입찰참가자격을 정지한 피고의 처분은 재량권을 일탈하여 위법하다.

다. 評釋

1) 대법판결은 「예산회계법」에 따라 체결되는 行政調達契約을 앞서 살펴본 國庫理論에 따라 私法上の 契約(私法關係)으로 보아 民事訴訟의 對象이라는 이유로 입찰보증금 국고귀속조치 취소청구에 대하여는 원판결을 취소하고 소를 각하하였고, 그로부터 파생된 入札參加資格 制限措置에 대하여는 公法關係로서 抗告訴訟의 對象이 되는 處分을 보았다. 이에 대하여 하나의 계약관계에서 파생된 여러 개의 법률관계가 公法關係와 私法關係로 並存할 수 있음을 확인한 점에서 의의가 있다고 평가하는 견해도 있지만,³⁷⁾ 行政調達契約에 대하여 곧바로 私法上 契約으로 본 것도 문제이고, 과연 對等한 當事者 사이에서 체결되는 私法上 契約으로 평가된

36) 과거 「예산회계법」에 따라 체결된 계약은 1995. 1. 5. 제정되고 같은 해 7. 6.부터 시행된 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(법률 제4868호) 부칙 제2조(경과규정)에 따라 동법에 의하여 체결된 계약으로 보았다. 원래 行政調達契約은 1961. 12. 19 제정된 구 「예산회계법」에 포함되어 예산과 회계의 한 부분을 구성하였지만, 1993년에 이르러 WTO가 출범하여 1997. 1. 1.부터 WTO 정부조달협정이 우리나라에 발효되게 되었고 시장개방에 대비하기 위하여 독자적인 「국가계약법」을 제정한 것이다.

37) 안철상, “공법관계와 사법관계의 구별”, 행정판례평선, 박영사, 2011, 85면.

私法關係에서 公權力의 行使로 평가되는 구체적인 處分을 도출할 수 있는지에 대하여도 의문이다.

참고로 獨逸에서 우리의 入札參加資格制限에 상응하는 發注制限措置(Auftragssperre)에 대하여 民事上 意思表示로 이해하여 民事訴訟의 대상으로 보았고, 이는 철저히 行政調達契約을 위한 入札과 落札의 關係를 契約法的인 構造로 接近하였던 점과 무관하지 않다.³⁸⁾

2) 상술한 大法院 論理는 이른바 佛蘭西의 '分離可能行爲理論'(l'acte détachable)과 매우 흡사하다. '分離可能行爲理論'이란 佛蘭西에서 越權訴訟과 完全審判訴訟이라는 二元的 訴訟構造 하에서 一方的 行政行爲(l'acte administratif unilatéral)는 越權訴訟의 對象으로, 雙方的 行政行爲(l'acte administratif contractuel)는 完全審判訴訟의 對象으로 보는 것이 일반적이지만, 이해관계 있는 제3자 또는 예외적으로 계약당사자도 行政契約에 관한 소송 중 行政契約의 체결이나 이행에 있어서 이루어지는 公權力의 特性을 가지는 작용(계약체결결정 이나 거부결정, 계약해지결정 등)은 行政行爲의 性格을 가지므로 行政契約에서 分離하여 이를 越權訴訟을 허용함으로써 適法性 統制가 가능하다는 이론이다.³⁹⁾ '分離可能行爲理論'은 行政契約 이외에도 가령 統治行爲, 選舉領域, 租稅訴訟, 私法에 속하는 領域, 收用과 같은 다른 公法分野까지 확대되었다. 佛蘭西의 行政契約 分野에서 國事院(Conseil d'Etat)에 의하여 인정된 '分離可能行爲'는 계약체결결정, 계약체결에 관련되는 행위, 행정입법 조항, 계약의 이행단계에서의 조치로 나눌 수 있는데,⁴⁰⁾ 대상판결에서의 入札參加資格 制限措置는 계약체결에 관련되는 행위로서 '分離可能行爲理論'에 따르면 계약으로부터 分離되어 越權訴訟의 對象이 되어 대상판결과 동일한 결론에 이르고, 다만 佛蘭西에서는 行政調達契約을 포함한 行政契約을 기본적으로 公法上 契約으로 접근한다는 점에서 私法上 契約으로 보는 우리와 다르다.

38) 박훈민, “독일행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2014, 192면, 박정훈, 전게서, 183면.

39) 강지은, 전게논문(각주12), 375~376면. 이는 獨逸에서 國庫理論에 따라 行政調達契約을 私法上 契約으로 이해하는 경우에도 落札者決定은 行政行爲이므로 取消訴訟을 제기해야 한다는 이른바 ‘二段階說(Zwei-Stufen-Theorie)’과도 유사하다.

40) 강지은, 전게논문, 387면.

2. 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결

가. 事實關係⁴¹⁾

1) 채무자는 2000. 11. 4. 광주 제2농수산물도매시장 건립공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)에 관한 입찰공고를 하면서 ① 그 입찰에 참가할 자격을 '입찰공고일 현재 최근 10년 이내에 준공된 공사로서 건축법시행령 제3조의4 관련 [별표 1] 판매 및 영업시설 중 도매시장 및 소매시장에 해당하는 국내단일발주공사 건축연면적 40,686㎡ 이상 시공실적이 있는 업체'로 제한하고, ② 낙찰자 결정방법에 관하여 국가계약법 시행령 제42조 및 지방자치단체시설공사적격심사세부기준(행정자치부예규 제49호 및 제60호, 이하 '세부기준'이라 한다)에 의하여 예정가격 이하로서 최저가로 입찰한 자 순으로 적격심사절차에서 당해 계약의 이행능력을 심사하여 종합평점이 90점 이상을 얻은 자로 정하였다.

2) 채무자 경리관은 2000. 11. 13. 이 사건 공사의 입찰에 관한 현장설명에서 입찰참가자격에서 정한 '판매 및 영업시설' 시공실적의 인정범위에 관하여 '용도가 판매시설(복합시설은 판매시설만 해당), 건축법시행령 제3조의4 관련 [별표 1]의 "판매 및 영업시설" 중 도매시장, 소매시장(유통산업발전법에 의한 시장·대형점·대규모소매점 기타 이와 유사한 것을 말한다)'라고 기재된 설명서를 배포하였다.

3) 2000. 12. 18. 입찰을 실시한 결과 5개 공동수급체가 참여하여 참가인들로 구성된 공동수급체가 3위의 저가입찰자가 되고, 채권자를 대표로 한 공동수급체는 4위의 저가입찰자가 되었는데, 최저가입찰자 및 제2위의 저가입찰자는 적격심사서류를 제출하지 아니하여 적격심사대상자에서 제외됨에 따라 참가인들의 공동수급체가 적격심사대상자가 되었다.

41) 본 건은 채권자(동부건설 주식회사)가 채무자(광주광역시)에게 채무자가 입찰공고 및 입찰설명서 내용대로 입찰참가자격인 시공실적을 평가하였다면 채권자 등이 적격자로 인정되어 낙찰자로 결정되었을 것임에도 이를 잘못 평가하여 참가인 등이 적격자로 판정받아 낙찰 받게 되었다는 이유로 채권자를 포함한 공동입찰자들에게 낙찰적격심사대상자의 지위에 있음을 임의로 정하는 내용 및 본안판결 확정시까지 참가인(금광기업 주식회사, 낙찰자)등으로 하여금 본 건 공사의 이행을 금지하는 내용의 가처분을 신청한 사건이다. 대법원은 낙찰자결정방법에 대한 국가계약법령과 지방자치단체 시설공사적격심사세부기준(행정자치부예규)의 法規性을 否定하여 對外的 拘束力을 인정되지 않는다고 전제한 뒤, 시공실적 및 시공경험점수를 잘못 평가하였다고 하더라도 낙찰자 결정과 도급계약이 무효가 되는 것으로 아니라고 판단하였으나 원심법원에서는 행정청이 입찰공고에서 정한 적격심사의 기준에 따라 시공실적을 평가하여 낙찰자 결정을 하였는지 여부에 대하여 심리를 하였다.

4) 세부기준에 의하면, 수행능력평가 중 시공경험 평가와 관련하여 공동수급체의 경우 당해 공사의 평가기준과 공동수급체 구성원 각각의 시공경험에 공사참여 지분율을 곱하여 산정한 후 이를 합산한 실적을 대비하여 평가하고, 공사실적 합계의 점수배점에 관하여 당해 공사의 평가기준 규모 대비 100% 이상 20점, 70% 이상 18점, 40% 이상 14점, 20% 미만 12점을 부여하도록 되어 있다.

5) 채무자는 참가인 금광기업 주식회사가 제출한 서류에 의하여 그 적격을 심사하면서 시공경험 평가항목에서 연면적 41,268.65㎡의 송원백화점 건물과 연면적 48,171㎡의 순천 까르푸 건물을 시공한 금광기업의 이 사건 공사참여 지분율 55%에 따라 그 시공실적을 합계 49,191.8075㎡ $\{=(41,268.65\text{㎡} + 48,171\text{㎡}) \times 0.55\}$ 로 보고 이 사건 공사의 평가기준 규모인 40,686km²를 상회한 것으로 인정하여 만점인 20점을 배점함에 따라 종합점수가 90.18이 되어 위 적격심사기준에 의한 적격자로 판명하였다.

6) 채무자는 이후 2000. 12. 30. 참가인들의 공동수급체를 낙찰자로 결정하고 2001. 1. 5. 이 사건 공사도급계약을 체결하였고, 참가인들은 같은 달 12일 공사착공계를 제출한 후 토지를 정리하고 현장사무소를 설치하였다.

나. 判決要旨

1) 「국가계약법」은 국가가 계약을 체결하는 경우 원칙적으로 경쟁입찰에 의하여야 하고(제7조), 국고의 부담이 되는 경쟁입찰에 있어서 입찰공고 또는 입찰설명서에 명기된 평가기준에 따라 국가에 가장 유리하게 입찰한 자를 낙찰자로 정하도록(제10조 제2항 제2호) 규정하고 있고, 같은 법 시행령에서 당해 입찰자의 이행실적, 기술능력, 재무상태, 과거 계약이행 성실도, 자재 및 인력조달가격의 적정성, 계약질서의 준수정도, 과거공사의 품질정도 및 입찰가격 등을 종합적으로 고려하여 재정경제부 장관이 정하는 심사기준에 따라 세부심사기준을 정하여 결정하도록 규정하고 있으나, 이러한 규정은 국가가 사인과의 사이의 계약관계를 공정하고 합리적·효율적으로 처리할 수 있도록 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무처리에 관한 필요한 사항을 규정한 것으로, 국가의 내부규정에 불과하다 할 것이다.

2) 계약담당공무원이 입찰절차에서 「국가계약법」 및 그 시행령이나 그 세부심

사기준에 어긋나게 적격심사를 하였다 하더라도 그 사유만으로 당연히 낙찰자 결정이나 그에 기한 계약이 무효가 되는 것은 아니고, 이를 위배한 하자가 입찰절차의 공공성과 공정성이 현저히 침해될 정도로 중대할 뿐 아니라 상대방도 이러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우 또는 누가 보더라도 낙찰자의 결정 및 계약체결이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위에 의하여 이루어진 것이 분명할 경우 등 이를 무효로 하지 않으면 그 절차에 관하여 규정한 「국가계약법」의 취지를 몰각하는 결과가 되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 무효가 된다고 해석함이 타당하다.

다. 評釋

1) 對象判決에서 大法院은 “「지방재정법」에 의하여 준용되는 「국가계약법」에 따라 지방자치단체가 당사자가 되는 이른바 公共契約은 私經濟의 主體로서 상대방과 對等한 위치에서 체결하는 私法上の 契約으로서 그 본질적인 내용은 私人間的 契約과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 私的自治와 契約自由의 原則 등 私法의 原理가 그대로 적용된다 할 것이다.”고 하여 公共契約을 “私經濟의 主體로서 상대방과 對等한 위치에서 체결하는 私法上の 契約”이라고 판시함으로써 지방자치단체가 公經濟의 主體로서 활동하는지 아니면 私經濟의 主體로서 활동하는지 따져 보지도 않고 과거 國庫理論에 따라 곧바로 국가가 私經濟 主體로 활동한다고 단정한 채 私法上 契約으로 단정 짓고 있다는 점에서 분명 문제가 있다.⁴²⁾

참고로 大法院은 이와 달리 契約의 구체적인 내용을 따져보아 公益을 목적으로 하는 不平等한 契約이므로 公法上 契約으로 판단한 사례가 있다(대법원 2003. 2. 26. 선고 2002두10209 판결 계약자지위존재확인).⁴³⁾ 이 사건에서 契約은 約定書에 의하여 체결되었는데 約定書의 내용은 공공사업이라는 공익을 위한 용역업체 선정에 대한 승인, 일방적 약정해지, 약정에 관한 이견에 대한 일방적 해석권 등의 불

42) 이러한 判例의 태도로 인해 본 건에서 채무자인 광주광역시와 참가인인 금광기업 주식회사를 낙찰자로 결정하여 체결한 行政調達契約(工事都給契約) 역시 私法關係임을 전제로, 채권자는 채무자를 상대로 民事保全第次인 地位保全假處分 신청을 한 것으로 보인다.

43) 계약당사자가 연안화물부두 축조 타당성 조사용역계약에 위반하여 타당성 조사용역이 시행되기도 전에 사업시행자로 선정되었음을 전제로 입찰공고 등 일련의 행위를 한 경우, 조사용역계약의 계속적 성격과 공익적 성격에 비추어 이는 계약당사자 사이의 신뢰관계를 파괴하고 그 공익성을 저해함으로써 계약관계의 계속을 현저히 곤란하게 한다는 이유로 위 조사용역계약이 지방해양수산청장의 해지통고로 적법하게 해지되었다고 한 사례.

平等 條項을 포함하고 있어 公法上 契約으로 보고 있음에 반하여, 對象判決은 契約內容에 상관없이 성급하게 私法上의 契約으로 단정하고 있다.

2) 뿐만 아니라 ‘落札者決定’에 대한 違法性 判斷이 본래의 契約의 效力에 어떠한 영향을 미치는지 兩者의 關係가 문제된다. 이는 落札者인 제3자의 信賴保護와 行政의 法律適法性이 衝突되는 문제로, 먼저 ‘落札者決定’이 處分性을 가지는지 여부와 그에 따른 소송유형의 선택, 그리고 ‘落札者決定’에 대한 不服訴訟의 結果가 이후 기 체결된 國家契約의 效力에 어떠한 영향을 미치는지가 문제의 핵심이다. 「국가계약법」 제28조는 ‘落札者決定’에 관련된 사항에 대하여 불이익을 받은 자는 그 행위를 取消하거나 是正하기 위한 異議申請을 할 수 있다고 규정하고, 異議申請의 措置에 異意가 있는 경우 國家계약분쟁조정위원회에 調停을 위한 再審을 청구할 수 있고, 이 때 위원회는 필요한 경우 調停이 완료될 때까지 입찰절차를 연기 또는 계약체결 中止를 명할 수 있다.

문제는 이후 調停에 대하여 不服하여 訴訟段階까지 가는 경우인데 國家계약분쟁조정위원회의 調停의 성질이 무엇인지는 명확하지 않지만, 大法院은 국가 등이 실시하는 入札에서 落札者와 체결된 契約에 의하여 이미 그 이행이 완료된 경우, 落札者決定의 無效를 이유로 한 落札者地位에 대한 確認의 소의 確認의 利益은 없다고 판시하여 ‘落札者決定’에 대한 소송 역시 民事訴訟의 對象으로 본다(대법원 2004. 9. 13. 선고 2002다50057 판결).⁴⁴⁾

3) 뿐만 아니라 “「국가계약법」은 국가가 契約을 체결하는 경우 원칙적으로 競爭入札에 의하여야 하고(제7조), 국고의 부담이 되는 競爭入札에 있어서 入札公告 또는 入札說明書에 명기된 평가기준에 따라 국가에 가장 유리하게 입찰한 자를 낙찰자로 정하도록(제10조 제2항 제2호) 규정하고 있고, 같은 법 시행령에서 당해 입찰자의 이행실적, 기술능력, 재무상태, 과거 계약이행 성실도, 자재 및 인력조달가

44) 따라서 이 경우에는 부득이 對象判決과 마찬가지로 분쟁의 일회적 해결을 위하여 民事執行法上 假處分節次와 落札者에 대해 訴訟告知를 하여 訴訟參加를 유도해야 할 것이다. 하지만 근본적으로는 이 앞서 본 ‘入札參加資格 制限措置’와 ‘落札者決定’ 달리 판단하는 근거가 있는지는 매우 의문이다. 참고로 佛蘭西에서는 公共調達契約 締結 全 분쟁이 생긴 경우, 입찰참가자는 법원에 契約締結 전 ‘緊急審理節次(référé précontractuel)’를 이용할 수 있으며, 이 절차에서 법원은 의무 위반자에 대하여 契約의 締結 또는 그와 관련된 결정의 이행을 정지할 것을 명령할 수 있다. 또한 契約履行의 과정에서 발생한 분쟁의 경우, 법원은 위법한 행위로 인해 발생한 손해의 배상을 명할 수 있으며 契約의 全部 또는 一部の 無效를 선언할 수 있다.

격의 적정성, 계약질서의 준수정도, 과거공사의 품질정도 및 입찰가격 등을 종합적으로 고려하여 재정경제부장관이 정하는 심사기준에 따라 세부심사기준을 정하여 결정하도록 규정하고 있으나, 이러한 규정은 國家가 私人和의 사이의 契約關係를 공정하고 합리적·효율적으로 처리할 수 있도록 관계 공무원이 지켜야 할 契約事務處理에 관한 필요한 사항을 규정한 것으로, 국가의 內部規定에 불과하다 할 것이다.”고 하여 시행령 및 시행규칙의 法規性을 否定하고 있는데, 법률 제7조와 제11조 등의 委任에 의하고 行政의 相對方을 拘束하는 命令에 대하여 어떠한 근거에서 法規性을 否定하는 것인지 의문이다. 이는 시행령의 위임을 받은 시행규칙의 경우도 마찬가지며, 시행령과 시행규칙이 아닌 예규와 같은 형식으로 규율되는 경우에도 對外的 拘束力이 인정되는 法令補充規則로 보아야 할 것이다.

4) 이에 반해 최근 大法院은 “「국가계약법」 제11조 규정내용과 국가가 일방당사자가 되어 체결하는 계약의 내용을 명확히 하고 국가가 사인과 계약을 체결할 때에는 국가계약법령에 따른 계약서를 따로 작성하는 등 요건과 절차를 이행하여야 할 것이고, 설령 국가와 사인 사이에 계약이 체결되었더라도 이러한 법령상 요건과 절차를 거치지 아니한 계약은 효력이 없다.”고 판시하여 「국가계약법」상의 요건과 절차를 거치지 않고 체결한 國家와 私人間의 私法上 契約은 無效라고 판시하였다(대법원 2015. 1. 15. 선고 2013다215133 판결). 물론 이 판결에서 「국가계약법」에 따라 체결된 계약을 여전히 私法上 契約으로 보고 있지만, 대상판결과는 달리 「국가계약법」상 契約締結 方式에 관한 規定의 性格을 私法上 契約의 效力에 影響을 미치는 强行法規로 보는 듯하다.

그럼에도 대상판결에서는 이와 달리 어떠한 이유에서 契約締結에 있어서 相對方을 정하는 落札者決定 방법에 대한 국가계약법령의 규정을 단순히 국가 內部規定으로 보는 것인지 이해하기 어렵고 2013다215133 판결과 區別되는 本質的인 差異가 있는지도 의문이다.

나아가 私法上 契約이라고 前提하였음에도 입찰절차에서 「국가계약법」 및 그 시행령이나 그 세부심사기준에 어긋나게 적격심사를 한 경우 이를 위배한 하자가 입찰절차의 公共性과 公正性이 현저히 침해될 정도로 중대할 뿐 아니라 상대방도 이러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우 이를 無效로 하지 않으면 그 절차에 관하여 규정한 「국가계약법」의 취지를 몰각하는 결과가 되는 特別한 事情이 있

는 경우에 無效가 된다고 解釋하는 것은 非論理的인 解釋이다.

IV. 佛蘭西에서 行政契約에 대한 規律

1. 公共市場法典(Code des marchés publics)과 EU 公共調達法制⁴⁵⁾

佛蘭西에서는 行政調達契約을 私法上 契約과는 본질을 달리하는 公法契約으로 이해한 결과, 내부적인 行政規則으로 行政調達契約을 규율해온 獨逸과는 달리 별도의 독자적인 법령이 제정되었고, 이와 같은 公共市場契約에 대한 규정이 유럽연합에서도 그대로 채택되어 佛蘭西법이 범세계화를 선두 하였다.

行政調達과 公共市場에 관한 佛蘭西의 法制는 대부분이 1964년 7월 17일 Décret의 형식으로 제정되었으며, 이것이 舊 公共市場法典을 구성하였다. 이는 2001년 3월 7일 Décret에 의하여 개편되었고(136개 조항), 이후 2004년 1월 7일(138개 조항)과 2006년 8월 1일(295개 조항) Décret에 의하여 재차 개편되었다. 2006년 8월 1일 제정된 新 公共市場法典(Décret)은 2004년 3월 31일 만들어진 유럽연합의 2004/17/EC와 2004/18/EC 이 두 개의 지침을 반영하기 위해 만들어졌는데, 제1조에는 “公共市場契約은 공사, 소모품 또는 서비스에 대한 그들의 요구를 충족하기 위해, 제2조에 정의된 발주기관⁴⁶⁾과 공공 또는 민간경제 운영주체사이에 체결된 유상계약이다.”고 규정하고 있다.⁴⁷⁾

佛蘭西의 영향을 받은 商去來法에 있어서 世界法으로 통하는 EU 공공조달지침에서도 “公共市場契約은 이 지침에 정의된 공사의 수행, 물품의 공급 또는 서비스의 공여를 목적으로 하는 다수의 경제주체와 하나 또는 다수의 발주기관 사이에 문서로 체결하는 유상계약이다.”라고 규정하여⁴⁸⁾ 佛蘭西와 동일한 定義 규정을 두

45) Jacqueline MORAND-DEVILLER, 「Droit administratif(édition 2009)」, Montchrestien, 473~475p 정리요약.

46) 제2조에서는 발주기관은 한편으로는 국가와 국가에 속하는 공법인과 다른 한편으로는 지방자치단체와 지방자치단체에 속하는 공법인이 될 수 있다고 규정하고 있다. “Les pouvoirs adjudicateurs sont d’une part l’État et ses EP autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, d’autre part les collectivités territoriales et les EP locaux.”

47) Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l’article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services(Art. 1 du CMP 2006).

48) Les marchés publics sont des contrats conclus à titre onéreux conclus par écrit entre un ou

고 있으며 이는 모든 會員國에 적용된다.

EU 공공조달지침은 EU 회원국 정부 또는 그 산하기관이 사업을 발주하는 경우 자국의 업체 뿐 아니라 회원국의 업체에게도 동등한 기회를 부여하는 것을 목적으로 하며, 종래에는 정부조달에 관한 지침이 4개로 운영되다가⁴⁹⁾ 복잡하고 어려워 접근이 불가능하다는 비판에 따라 Directive 2004/17/EC, Directive 2004/18/EC 이 2개의 지침으로 통합되어 시행됨으로써 조달절차를 간소화하였다(이 중 2004/18/EC가 물품, 공사, 용역에 관한 전통적인 통합지침인 반면, 2004/17/EC는 물, 에너지, 운송, 우편서비스 같은 공익산업(Utility)분야에 적용되는 지침이다). 또한 1989년(공공조달), 1992년(공익산업)부터 시행된 지침이 적용된 계약에 대하여 경쟁입찰에서 탈락한 입찰자의 구제를 위하여 위법한 결정의 취소, 손해배상 및 이들 구제가 독립된 기구에서 이루어지도록 공공조달에 관한 구제지침(Directive 89/665/EEC)과 공익산업에 관한 구제지침(Directive 92/13/EEC)이 운용되고 있었으나, 2007년에 들어와 권리구제에 관한 지침(Directive 2007/66/EC)으로 통합되었다.

이후 유럽집행위원회는 2010년 ‘영리하고, 지속가능하고, 사회통합적인 성장을 위한 유럽 2020년 전략’을 수립하면서, 지식과 혁신에 기반한 경제발전, 저탄소·자원절약·경쟁에 기반한 경제의 증진, 사회와 지역통합을 이끌어낼 수 있는 높은 고용률 강화를 목표로 추구하고, 이와 같은 EU의 상황을 반영하여 2014년에 이르러 공공조달지침(Directive 2014/24/EU)과 공익산업지침(Directive 2014/25/EU)이 개정되었으며 기존에 별도의 지침이 존재하지 않았던 特許(Concession)에 대하여 별도의 지침이 제정되었다(Directive 2014/23/EU).⁵⁰⁾

佛蘭西에서는 종래 公共市場法典이 적용되는 公共契約의 法的性格에 대하여 논란이 있었으나, 經濟와 財政分野에서 긴급한 조치를 대상으로 하는 2001년 12월

plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive(Art. 1 de la directive 2004/18/EC du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services).

49) 유럽공동체(EC)에서 공공조달법제는 1971년 제정된 공공공사조달에 관한 지침(71/305/EEC)을 시작으로 1977년에는 물품조달에 관한 지침(77/62/EEC)이 제정되었으며 이후 1990년대 초반에 이르러서는 물품에 관한 지침(Directive 93/36/EEC), 공사에 관한 지침(Directive 93/37/EEC), 용역에 관한 지침(Directive 92/50/EEC), 물, 에너지, 교통, 우편 등 4개의 영역에 대하여 공익산업(Utility)에 관한 지침(Directive 93/38/EEC)을 두었다. 그 외 김대인, “EU 공공조달법제에 대한 연구”, 행정법연구(2015. 2.), 행정법이론실무학회, 167~168면.

50) 김대인, 전계논문, 170면.

11일 법률(MURCEF) 제2조⁵¹⁾에서 “公共市場法典의 적용을 받는 去來(契約)은 계약의 대상, 형태, 가격을 불문하고 行政契約의 性格을 띤다.”고 하여 行政法院 管轄에 속하게 되었으며, 유럽연합 역시 이를 公法上 契約이라고 부르지 않는지만 그 내용은 동일하며 이에 관한 분쟁을 유럽사법재판소(ECJ)에서 처리하고 있으므로 行政訴訟으로 처리하는 佛蘭西의 경우와 동일하다.

2. 行政契約의 公法的 特性

佛蘭西에서 行政契約의 주요 분야는 公共市場契約(Les marchés publics), 공공서비스 委任契約(Les délégations de service public),⁵²⁾ 公共債券契約(emprunt public),⁵³⁾ 民資誘致契約(offre de concours),⁵⁴⁾ 公物占用契約이 있다. 佛蘭西 經濟分野에서 公共市場이 차지하는 비중은 國內總生産(PIB)의 8%를 차지할 만큼 상당하다. 이 중 公共市場契約은 가격과는 무관하게 행정주체가 사기업에 건물 건축이나 관리는 위임하는 工事都給契約과 제품이나 자재를 구매하는 物品調達契約, 그리고 청소나 연구위탁과 같은 일정한 用役提供契約으로 분류되며, 이로써 私法上 性格을 가지는 一般 管理行爲들이 行政契約의 문제에 속하게 되었다.⁵⁵⁾ 행정청은 行政契約을 체결함에 있어 私法上 契約과 다른 특권을 향유하는데 이는 ‘Régime administratif’에 따른 公私法의 구별이 없는 미국의 ‘정부계약(Government Contract)’의 경우에도 마찬가지이다. 구체적으로 살펴보면 먼저 契約締結 段階에서 행정청은 契約條項을 일방적으로 결정할 수 있으며 계약의 상대방은 가격의 결정을 제외하고는 행정청이 제시한 조건을 수락하거나 거부할 수 있을 뿐이다. 또한 契約履行 段階에서 행정청은 契約內容의 履行을 指揮하고 監督하며, 契約內容을 修正할 수 있고, 계약의 상대방으로 하여금 직접 이행을 요구할 수 있으며, 公益을

51) "Les marchés passés en application du Code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs."

52) 공공서비스 위임계약에는 계약 당사자들 사이에 권리와 의무가 분배되는 공공서비스 위탁계약과 행정청이 사인 또는 영조물 법인에게 그들의 경영적 책임 하에 공공서비스를 운영하도록 하는 계약으로 특허계약의 상대방은 공공서비스이용의 대가로 이용자로부터 사용료를 받는 공공서비스 특허계약이 있다.

53) 公共債券契約은 사인이 국공채를 매입하는 계약이다.

54) 民資誘致契約은 사인이 공공공사에 재정적, 물질적으로 협력하는 계약을 말한다.

55) 2008년 C.E.에서 발표한 보고서에 따르면, 2006년에는 178,735건의 계약이 체결되었는데 그중에 157, 959건은 지방공공계약이었다. 그리고 대부분의 공공계약의 계약금액은 9,000유로 미만이었다. 공공시장계약의 총액은 국내총생산(PIB)의 8%를 차지하는데, 약 6백억 유로이며, 그중 국가가 당사자가 된 계약은 320억 유로이고 지방자치단체와 관련된 계약은 280억 유로이다.

理由로 一方의 契約解止權도 가진다.⁵⁶⁾

이와 같은 行政의 特權의 결과 계약의 이행조건이 달라져서 계약 상대방에게 추가적인 부담이 발생한 경우 행정청은 이로 인하여 발생한 損失額 全部를 辨償하여야 하며(王子行爲理論, La théorie du fait du prince), 계약당사자의 의사와 무관한 不可抗力적인 경제적 파탄과 같은 특수한 상황에서 계약 상대방이 契約履行을 계속할 수 있도록 損害額의 一部를 전보해야 한다(豫測不能理論, La théorie de l'imprévision).

V. 結 論

公行政 領域에서 行政契約이 활용될 수 있는 대표적인 분야는 행정목적 달성에 필요한 인적·물적 수단을 확보하고 관리하는 것을 내용으로 하는 '行政調達契約'과 사인에게 공공서비스를 수행할 수 있도록 하는 '공공서비스 特許'이다.

하지만 상술한 대로 우리 大法院은 여전히 中世 獨逸의 慣習法인 國庫理論의 영향으로 行政調達契約에 대하여 私法關係로 파악하고 있는 반면, 그 과정에서 파생된 不正當業者에 대한 制裁措置는 處分으로 보아 行政訴訟의 對象으로 보는 畸形的인 태도를 취하고 있다. 이는 과거 獨逸에서 國庫理論의 觀點에서 行政調達契約은 私法關係라고 하더라도 落札者決定은 行政行爲이므로 行政訴訟을 제기하여야 한다는 이른바 二段階理論과 흡사하다.⁵⁷⁾

하지만 현재 獨逸은 調達契約의 본질이 私法關係라는 전제하에 유럽연합의 공공조달 지침이 적용되는 일정규모이상⁵⁸⁾의 공공발주에 대하여 발주심판소(Vergabekammer)에 심판을 신청할 수 있고, 발주심판소 결정에 불복이 있으면 通常法院인 高等法院(Oberlandesgericht)의 발주재판부(Vergabesenat)에 2주 이내 即時抗告를 제기할 수 있도록 하여⁵⁹⁾ 二段階理論이 적용될 여지는 縮小되었다.

56) 이광윤, 전거서, 115~117면.

57) 이 理論은 1950년대 給付行政領域이 公法關係의 한 축으로 구성되기 전 給付拒否決定에 대하여 取消訴訟을 제기하기 위하여 주장된 것으로 給付의 方法과 節次(2단계)는 非權力的이지만 相對方의 決定(1단계)은 權力的이므로 取消訴訟을 제기할 수 있다는 것이다. 하지만 이후 給付行政理論의 발달에 따라 給付行政 역시 公法關係로 편입되었고, 1960년 行政法院法이 제정되어 行政行爲가 아닌 公法的 行政作用에 대하여도 禁止訴訟과 一般履行訴訟이 허용됨으로써 이 理論의 의의가 반감되었다고 평가된다. 박정훈, 전거서, 190면.

58) 물품·용역조달계약은 부문별로 20만 ECU, 40만 ECU, 60만 ECU이고, 건축공사계약은 500만 ECU이었다. 박정훈, 전거서, 184면(각주21번).

59) 박정훈, 전거서, 191~195면.

따라서 佛蘭西와 같이 行政調達契約을 公法上 契約으로 보는 전제하에 落札者決定이나 不正當業者制裁措置와 같은 公權力 行使에 대하여 處分性を 인정하여 抗告訴訟을 허용하는 것이 훨씬 論理的이며, 行政訴訟法 改正案에 當事者訴訟의 對象으로 行政契約을 명시할 필요가 있다.⁶⁰⁾ 단 落札者決定의 경우 실효적인 권리구제를 위하여 事前 落札者決定을 입찰참가자들에게 通知하면, 落札者決定에 대하여 豫防的 不作爲訴訟을 제기하는 방식도 가능하지만 이 역시 行政訴訟法 개정을 통한 입법적 보완이 필요하다.

한편, 공공서비스 特許의 대표적 사례로 ‘서울특별시메트로 9호선 운임신고 반려 처분 취소사건(2012구합15029 판결)’에서 서울행정법원은 「민자투자법」에 따른 실시협약에 대하여 ‘협약대상자를 민간투자법상 사업시행자로 지정하여 일정한 公法上 權能을 부여하는 효력을 가지는 行政契約에 해당한다.’고 판시⁶¹⁾하여 행정의 핵심과제인 공공서비스를 「국가계약법」에 따라 재정사업의 일환으로 추진하는 사업인지 「민간투자법」에 따라 민간투자방식으로 진행되는 사업인지, 즉 根據法律에 따라 契約의 性質을 달리 취급하고 있다.

생각건대, 國家의 管理行政 領域에서, 當事者 중 一方이 모두 國家임에도, 法的手段의 選擇에 따른 根據法律이 무엇인가에 따라 契約의 性質을 달리 보는 것은 非論理的인 접근방식일 뿐만 아니라, 「국가계약법」상 단순히 ‘當事者 對等’을 標榜하는 문언에 집착하여 行政調達契約을 만드시 私法上 契約으로 이해할 필요는 없다. 왜냐하면 우리나라에서는 종래 獨逸의 國庫理論에 따라 公法上 契約을 ‘對等한 當事者’ 사이의 계약이라고 설명해 왔으므로 「국가계약법」 제5조(계약의 원칙)의 규정만으로는 「국가계약법」상 계약이 公法上 契約인지 아니면 私法上의

60) 만일 調達契約을 私法上 契約으로 보아 私法原則이 적용된다면, 행정청은 私的自治의 原理에 따라 契約相對方 選擇의 自由가 있으므로 누구와 어떠한 방식으로 계약을 체결하건 제3자가 문제 삼을 수 없을 뿐만 아니라 私法關係에서 公權力 行使가 導出된다는 것 역시 매우 부자연스럽다.

61) [事實關係] 이 사건은 원고 서울특별시 도시철도 9호선 주식회사가 피고 서울특별시장을 상대로 運賃申告返戻處分取消訴訟을 제기한 사건이다. 원고는 민간투자실시협약에 따라 피고에게 최초 운임을 1,582원으로 신고하였으나, 피고는 이후 원고에게 ‘개통 시 운임수준을 현 도시철도 요금 수준인 900원으로 정하고, 수도권 운영기관 간 연락 운임정산에 지장이 없도록 시스템을 구성하라’는 監督命令을 발령했다. 이후 원고는 9호선에 대한 순승차 및 환승수요 분석을 기초로 요금을 재산정하는 내용을 제시한 바 이를 토대로 기본운임을 900원에서 1,550원으로 조정하는 내용으로 運賃變更申告書를 제출하였으나 피고는 이를 返戻하였고 이에 取消訴訟을 제기하였다. 이 문성, 전계논문, 170~172면.

契約인지 판별이 되지도 않을 뿐 아니라 오히려 「국가계약법」 제5조의2(청렴계약), 제27조(부정당업자의 입찰 참가자격 제한), 제27조의2(과징금), 제28조(이의신청) 규정 등을 통해 公法上 契約으로 볼 여지가 많기 때문이다.

결국 調達契約이나 공공서비스 特許契約이든, 국·공유 재산에 관한 계약이든 아니면 講學上 公法上 契約으로 분류되는 공무원채용계약이나 보조금 지급에 관한 계약이든지 간에, 당해 계약을 公法上 契約, 즉 行政契約으로 분류하기 위해서는 궁극적으로 私益보다 公益을 우선해야 할 입법정책상 行政의 特權이 부여되는 관계인지에 따라 판단하여야 할 것이다. 참고로 佛蘭西에서는 行政契約에 대한 判斷基準으로 명문의 규정이 없는 경우 당사자 중 어느 일방이 행정주체이며, 계약의 목적이 공공서비스를 수행하기 위한 것이거나 普通法에 대한 逸脫條項을 구비하고 있을 것⁶²⁾을 제시하고 있는 바, 우리의 경우에도 개별적인 계약의 성질을 규명하는데 일용 참고할 가치가 있다.

이러한 맥락에서 調達契約인 ‘연안화물부두 축조 타당성 조사용역계약’에 따른 契約者地位存在確認의 訴에서 契約은 約定書에 의하여 체결되었는데, 約定書의 내용은 공사사업이라는 공익을 위한 용역업체 선정에 대한 승인, 일방적 약정해지, 약정에 관한 이견에 대한 일방적 해석권 등의 不平等 條項을 포함하고 있어 公法上 契約이라고 평가하여 公法上 當事者訴訟으로 訴가 제기되었음에도 却下判決 대신 本案判斷을 내린 대법원 2003. 2. 26. 선고 2002두10209 판결이나, 行政調達契約은 아니지만, 어린이 대공원 매점관리 위탁계약의 성질을 公法上 契約으로 보고, 계약과 관련한 행위 중 入札參加資格制限, 落札者決定 등은 行政處分に 해당하며 관리위탁료의 부과와 같이 이미 계약에서 정해진 내용 그대로 이행을 청구하는 경우에는 관계법령이나 계약에서 정한 바에 따라 상대방의 의사 여하에 불구하고 행정청이 일방적으로 정하여 부과하는 경우에도 행정처분에 해당한다고 할 수 없다고 판단한 서울행정법원 2007. 6.29. 선고 2007구합10020 판결은 주목해 볼 필요가 있다.

62) 이광윤 전제서, 109~110면. 여기서 일탈조항이란 당사자에게 민법이나 상법에 의하여 자유로이 동의하는 성격과는 이질적 권리를 부여하거나 의무를 부과하는 것으로서 집행절차에 의하여 채권을 확보하는 등의 私法關係에서는 불가능한 예외조항을 두거나 공법인에게 감독권을 인정하거나 계약의 중지와 해제를 결정할 권한을 주는 등 계약상대방에 대한 우월적 지위를 부여하거나 계약이 규정하지 아니하는 부분에 대하여 행정청의 조건명세서에 의하는 등의 경우에 行政契約으로 본다는 것이다.

향후 중장기적인 立法論으로는 「정부조달법」과 「국가계약법」 및 「민간투자법」 등을 포괄하는 행정계약에 대한 單一한 法典을 제정하여 公法上 契約의 판단 기준과 적용범위, 행정청 계약의 수정권한과 계약당사자의 권리 등을 규정하는 것이 요구된다.

또한 현재 「국가계약법」 제5조에서 규정하고 있는 私法上 契約의 原則으로는 行政의 公益性을 확보할 수도 없을 뿐 아니라 플라이너(Fleiner) 교수가 경고한 ‘行政의 私法에로의 逃避(Flucht in das Privatrecht)’현상을 정당화할 위험이 상존하기 때문에 반드시 개정되어야 할 것이며, 국가계약법 제4조에는 정부조달계약의 발주기관을 정부기관에 한정하고 있으나, 이를 유럽연합 지침(Directive 2004/18/EC)과 동일하게 국가, 지방자치단체, 행정적 공법인, 공기업으로 확대하여 세계 주요 국가들이 공동으로 채택하는 국제규범을 따름으로써 글로벌 시대에 발맞추기 위한 노력을 경주하여야 할 것이다.

(논문투고일 : 2016.05.09, 심사개시일 : 2016.06.01, 게재확정일 : 2016.06.21)



▶ 이광윤 · 김철우

행정계약, 행정사법, 공공서비스 특허, 분리행위이론, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 김도창, 「일반행정법론(상)」, 제4전정판, 청운사, 1992
- 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2001
- 김철용, 「행정법」, 박영사, 2011
- 박균성, 「行政法論(上)」, 박영사, 2010
- 박수혁(Hartmut Maurer 저), 독일행정법, 사법발전재단, 2010
- 박정훈, 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2010
- 이광윤, 「신행정법론」, 법문사, 2007
- 홍정선, 「행정법특강」, 제5판, 박영사, 2006
- Jacqueline Morand-Deville, 「Droit administratif」, Montchrestien, 2009

II. 논문

- 강지은, “프랑스 행정법상 분리가능행위(l'acte détachable)에 관한 小考”, 행정법연구, 행정법이론실무학회, 2011
- 김대인, “EU 공공조달법제에 대한 연구”, 행정법연구(41), 행정법 이론실무학회, 2015
- 박재현, “프랑스의 행정계약에 관한 연구”, 경희법학(Vol.44 No.2), 경희법학연구소, 2009
- 박훈민, “독일행정법상 국고이론에 관한 비판적 연구”, 서울대학교대학원 법학박사 학위논문, 2014
- 안철상, “공법관계와 사법관계의 구별”, 행정판례평선, 박영사, 2011
- 이광윤, “민주적 국가경영을 위한 행정의 계약화” 성균관법학, 2001
- 이문성, “공공서비스 민간투자사업의 법적성질과 규제에 관한 연구”, 성균관대학교 법학전문대학원 박사학위청구논문, 2015
- 이상호, “政府調達契約에 관한 公法的 照明”, 연세대학교 대학원박사학위청구논문, 2009
- 정하중, “私法行政의 基本權羈束”, 行政法の 理論과 實際, 법문사, 2012

Résumé

L'étude sur le contrat administratif

Lee, Kwang Youn

Kim, Chul Woo

Les contrats administratifs, dont la nécessité était contestée à l'époque autoritaire, voient de nos jours considérablement augmenter leur importance avec la démocratisation du milieu administratif et la croissance de la coopération entre l'Etat et sa civil.

En Corée du Sud, la concession de service public et la fourniture constituent deux domaines principaux de ces contrats. La première a été traditionnellement considérée comme un acte administratif unilatéral au sein de la doctrine du pays, mais elle est maintenant définie comme un contrat administratif qui appartient au droit public par la Loi relative aux investissements privés sur les infrastructures.

Quant aux contrats de fourniture, il manque de cohérence : influencée autrefois par la théorie de Fiskus, la doctrine et les jurisprudences sud-coréennes veulent toujours voir ce contrat comme celui de droit privé qui fait partie de la jurisprudence judiciaire, tandis que, lors d'une faute d'un fournisseur, on laisse recourir au recours d'annulation qui appartient à la juridiction administrative. Il n'est d'ailleurs pas raisonnable de diviser les contrats conclus par l'Etat(y compris ses EP ainsi que les collectivités locales et leurs EP) en celui de droit public et celui de droit privé selon la loi à laquelle appartient chacun d'entre eux, et d'insister pour prendre les contrats de fourniture pour celui privé en s'attachant à la Loi relative aux contrats

conclus par l'Etat : en fait, cette dernière accorde une position égale aux deux parties du contrat comme le font les contrats de droit privé. La doctrine sud-coréenne qui a suivi autrefois la théorie allemande, a longtemps considéré un contrat administratif comme un contrat signé entre deux parties égales. Il n'est donc pas correct de vouloir dire qu'un contrat conclu par l'Etat fait partie forcément du droit privé selon seulement la dite loi. Plusieurs clauses de cette dernière laissent, au contraire, entendre que les contrats conclus par l'Etat soient publics : il s'agit de al.2 de l'article 5(concernant les contrats honnêtes), de l'article 27(l'accès limité à l'appel d'offre pour les fournisseurs fautifs), de al.2 de l'article 27(amendes), de l'article 28(réclamation)...etc. Ainsi il serait plus raisonnable de qualifier les contrats de fourniture signés par l'Administration de publics, et de reconnaître que l'administration exerce du pouvoir public dans le choix du fournisseur ou les pénalités sur les fournisseurs fautifs, pour enfin ouvrir la voie d'annulation. Pour cela, il faudrait soumettre le contrat administratif au plein contentieux. En plus, il est nécessaire d'établir un code unique relatif aux marchés publics qui régira les marchés de fourniture, les contrats par l'Etat ainsi que les investissements privés sur les infrastructures. Il faudrait également soumettre les contrats administratifs au droit public plutôt qu'à celui privé : en effet, les contrats privés empêchent de réaliser des intérêts publics.

Enfin, pour aller de pair avec les tendances internationales dont les directives de l'EU(2004/18/EC) et le code des marchés publics français, il serait aussi désirable de mettre les personnes morales de droit public et les entreprises publiques dans les pouvoirs adjudicateurs qui sont pour le moment limités aux seules organisations administratives.



► Lee, Kwang Youn · Kim, Chul Woo

Contrats administratifs, Concession de service public, Théorie de l'acte d'attachable, Le contentieux administratif, Loi relative aux contrats conclus par l'Etat.

자연환경보전법상의 생태·자연도에 대한 법적 고찰

강 현 호*

- | | |
|--------------------------------|-----------------------------|
| I. 서설 | 2. 환경처분으로서 생태·자연도의 작성행위 |
| II. 생태·자연도 규율 법령 | 3. 행정규제의 일종으로서 생태·자연도의 작성 |
| 1. 자연환경보전법상 생태·자연도 | 4. 토지이용규제의 일종으로서 생태·자연도의 작성 |
| 2. 폐광지역 개발 지원에 관한 특별법상의 생태·자연도 | IV. 생태·자연도의 등급조정과 제3자 보호규범성 |
| 3. 환경영향평가법상의 생태·자연도 | V. 결론 |
| III. 생태·자연도의 법적 성질 | |
| 1. 환경계획으로서 생태·자연도 | |

【국 문 요 약】

우리는 최근 알파고와 이세돌의 바둑대결을 통해서도 알 수 있듯이 눈부신 과학기술의 발달을 경험하면서 생활하고 있다. 과학기술의 발달은 행정의 여러 영역에서도 영향을 미치는데, 환경법의 영역에서도 환경의 보호를 위하여 생태·자연도라는 지도를 작성하게 되었다. 원래는 환경보호를 위하여 일단의 지역에 대한 생태적 가치, 자연성, 경관적 가치 등을 조사하여 이를 지도로서 표시한 것으로서 하나의 사실적인 자료로서 이용될 것으로 보였으나, 이러한 조사자료를 통해서 일단의 지역을 등급화하게 되면서 법적인 의미가 부여되기 시작하였다. 나아가 생태·자연도상 등급의 구분이 개발계획이나 토지이용과 연관을 맺게 되고 하나의 기준으로 등장하게 되었다. 그리하여 생태·자연도 내지 생태·자연도 작성행위에 대한 법적인 성격을 규명할 필요성이 등장하였다. 처음에는 특별한 의미를 두지 아니한 과학기술의 발달에 따른 기법에 대해서 그 법적인 의미를 규명하는 작업들이 지속적으로 요구되는데, 생태·자연도 내지 생태·자연도의 작성행위는 환경계획, 환경처분, 환경규제작용 그리고 「토지이용규제기본법」상의 규제행위로서의 성격을 지닌다. 그

* 강현호, 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

러므로 이러한 법적 성격에 부합되는 생태·자연도 수립 내지 결정절차가 마련될 것이 요청된다.

그리고 생태·자연도의 법적 의미에 비례하여 사업시행자 내지 토지소유주가 일단의 지역에 대한 개발을 위하여 생태·자연도의 등급을 하향조정(Herabsetzung der Stufe)하여 달라는 신청에 대해서 관할행정청이 인용하여 주는 경우에는 이로 인하여 환경적인 영향을 받게 될 수 있는 인근주민이 이에 대해서 불복하여 등급조정처분을 취소하여 달라는 소를 제기할 수 있을 것이며, 사업시행자 내지 토지소유주의 생태·자연도 등급을 하향 조정하여 달라는 신청을 거부(Ablehnung)하는 경우에는 행정의 상대방이 거부처분취소소송을 제기할 수 있을 것이다. 또는 주민이 인근에 위치하고 있는 토지에 대하여 생태·자연도의 등급을 상향 조정하여 달라고 요청하는 경우에 이를 인용하는 경우에는 토지소유주가 행정소송을 제기할 수 있을 것이고, 만약에 거부하는 경우에는 인근 주민이 그러한 거부에 대해서 행정소송을 제기할 수 있을 것인바, 이러한 행정소송에 있어서 소송요건으로서 원고적격의 문제에 대해서 생태·자연도를 규율하는 법령의 제3자 보호규범성과 관련하여 현재까지 판례는 부정적이나, 이에 대해서는 생태·자연도의 등급결정 내지 등급조정이 미치는 법적 효과 그리고 환경상 이익이 중요하게 등장하는 점 등을 고려하여 전향적인 자세가 요청된다.

I. 서설

인간은 창조적인 존재로서 삶의 여러 분야에서 다양한 과학기술을 발달시키고 있다. 최근에는 알파고와 이세돌의 바둑시합을 통해서 인공지능(AI: Artificial Intelligence)의 발달도 관찰할 수 있었다. 환경보호와 관련하여서도 이러한 혜택이 돌아가고 있는데, 그 중의 하나가 생태·자연도(Ecological Natural Karte, The Ecosystem and Nature Map)라는 지도의 개발이다. 생태·자연도라는 지도는 이미 세계 각국에서 환경보전을 위해서 많이 활용되고 있는 지도라고 할 수 있는데¹⁾, 우리나라에서도 생태·자연도를 환경보전에 활용하고 있다.²⁾ 생태·자연도에 대해서 개념도 정의를 내리고 있는데, “환경부가 전국 산·하천·내륙습지·호소·농지·도시 등에 대하여 생태적 가치, 자연성, 경관적 가치 등을 조사하여 1등급(보전)·2등급(훼손 최소화)·3등급(개발) 권역과 별도관리지역(법률상 보호지역)으로 구분하여 등급화한 지도를 말한다”라고 정의되고 있다.³⁾ 생태·자연도 작성은 1997년 자연환경보전법이 개정되면서 법제화되었으며, 1990년대에 제작한 녹지자연도 등급 및 전국자연환경조사 결과를 바탕으로 2005년 3월 생태·자연도 초안이 탄생하였고, 그 후 지속적인 조사에 기초하여 2007년 4월 생태·자연도가 고시되었다.⁴⁾ 그런데, 이러한 생태·자연도가 다른 나라들에서는 지도로서의 환경보전이라는 공익을 위해서 보조적 내지 사실적인 기능을 수행하는데 그치고 있으나, 우리나라에서는 생태·자연도라는 지도에 법적인 의미를 부여함으로써 인하여, 생태·자연도의 작성과 그 등급의 구분은 개발계획의 수립이나 토지이용에 있어서 커다란 영향을 가져오게 되는 것이 문제이다.⁵⁾ 생태·자연도라는 과학적 기법을 법령에 도입할 당시에는 이러한 법

1) 참조: <http://www.fao.org>; <http://www.arcgis.com>.

2) 전성우/조경진/정희철, 생태자연도 작성 및 활용을 위한 원격탐사기법 연구 III - 하천주변 습지분류도 작성을 중심으로 -, KEI/2000 연구보고서, 2000. 11, 1면 이하.
신영철/민동기, 생태자연도 1등급지의 경제적 가치 추정, 자원·환경경제연구 제14권 제1호, 2005, 25면.

박지훈 외 7인, 생태·자연도를 활용한 생태취약성평가와 보전전략, 한국사지리지리학회지 제25권 제4호(2015), 103면 이하.

Bundesamt für Naturschutz: <http://www.bfn.de/>.

3) 자연환경보전법 제2조 제14호.

4) <http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=931890&cid=43667&categoryId=43667>.

5) 안경환 외 8인, 생태·자연도의 관·민원 현황에 대한 고찰, 환경영향평가 Vol. 24, No. 1(2015), 100면: 독일과 미국에 있어서의 제도들은 대부분 녹지공간을 기반으로 단일 또는 복합적인 내용으로 유형을 분리하거나 국지적인 범위를 지도로 표현한 것에 반해 생태·자연도는 국토전반을 대상으로 생태계 구성 요소들을 총합하여 등급화한 것으로 차별성을 가진다.

적 효과에 대해서는 커다란 의식을 하지 아니한 것으로 사료된다. 생태·자연도와 같은 과학적인 발달로 인하여 생성되는 다양한 정보들이 법령으로 편입되는 경우에 사실적인 차원에서 머무르는 것이 아니라, 국민의 행동에 영향을 미치는 방향으로 작동하게 될 수도 있는데, 바로 자연환경보전법상의 생태·자연도가 그러한 예가 될 수 있다. 특히 행정청이 국민의 행동을 통제함에 있어서 그 기준으로 작용하게 되는데, 바로 여기서 생태·자연도의 법적 성질(rechtlicher Charakter)에 대한 규명이 요청된다.⁶⁾ 이러한 생태·자연도에 대해서는 아직까지 외국에서도 그 법적 성격에 대해서 규명된 적이 없는 고로 아마도 생태·자연도의 법적 성격과 관련하여 본 논문이 최초의 논문이 되리라 사료된다. 다음에서는 먼저 생태·자연도를 규율하는 법령에 대해서 고찰하여 본 연후에(II), 자연환경보전법상의 생태·자연도가 법적으로 평가할 때 어떠한 성질을 지니는지에 대해서 분석하여 보고(III), 생태·자연도에 대한 등급조정의 요청(Antrag auf Änderung der Stufe von Ecological Natural Karte)이 있는 경우에 이에 대해서 관할행정청이 인용하거나 거부하는 경우에 행정소송법적으로 이를 다룰 수 있는가와 관련하여 생태·자연도의 등급조정과 제3자 보호규범성에 대해서 고찰한다(IV).

II. 생태·자연도 규율 법령

생태·자연도는 과학적인 기법을 자연환경의 조사 내지 보호에 활용하는 것이라고 볼 수 있는데, 그런데 이러한 생태·자연도를 작성하는 것이 국민이나 다른 법주체에게 법적인 영향을 미치고 있다면 사실행위(Realakt)의 차원을 넘어서 법적으로 중요한 의미가 있는 행위가 될 수 있다. 다음에서는 생태·자연도와 관련된 법령들을 고찰하기로 한다.

1. 자연환경보전법상 생태·자연도

자연환경보전법령에서 생태·자연도에 대한 규정을 두고 있는 법령이 있는데, 살펴보면 다음과 같다: 자연환경보전법 제11조(자연환경정보망의 구축·운영 등) 제1

6) 안경환 외 8인, 생태·자연도의 관·민원 현황에 대한 고찰, 환경영향평가 Vol. 24, No. 1(2015), 99면 이하: 2005년에 최초의 생태·자연도 국민열람(안)이 공개되어 1,419건의 관련된 관·민원이 발생하였으며, 일부 수정을 거쳐 2007년에 고시되었다. 2012년에 두 번째 생태·자연도 국민열람(안)이 공개되었으며, 1,263건의 관·민원이 접수되었다. 2007년에 고시된 생태·자연도의 등급조정을 위한 관원과 민원은 182건이 접수되었으며, 2013년까지 159건이 수정·보완 고시되었다.

항에서는 환경부장관은 자연환경에 관한 지식정보의 원활한 생산·보급 등을 위하여 생태·자연도 등을 전산화 한 자연환경종합지리정보시스템(이하 "자연환경정보망"이라 한다)을 구축·운영할 수 있도록 규정하고 있다. 동조는 생태·자연도의 탄생의 배경을 설명하는 조항으로서 자연환경에 관한 지식정보의 원활한 생산·보급이라는 목적으로 생태·자연도가 탄생하게 된 것이다. 생태·자연도는 환경부장관이 작성주체가 되고 있으며, 이러한 생태·자연도의 법적 의미에 대한 규율은 외견상 보기에 는 생태·자연도가 단순하게 환경행정의 보조적인 기능을 수행하는 것으로 보기가 쉽다.

그런데 환경행정에 있어서 사실적인 수단으로서 내지 보조적인 수단으로서의 생태·자연도의 기능을 코페르니쿠스적으로 전환(Kopernikanische Wendung)하기 시작하는 조항이 바로 동법 제34조 제1항이다. 자연환경보전법 제34조(생태·자연도의 작성·활용) 제1항에 의하면 “환경부장관은 토지이용 및 개발계획의 수립이나 시행에 활용할 수 있도록 하기 위하여 제30조 및 제31조의 규정에 의한 조사결과를 기초로 하여 전국의 자연환경을 다음의 구분에 따라 생태·자연도를 작성하여야 한다. 1. 1등급 권역 : 다음에 해당하는 지역 가. 「야생생물 보호 및 관리에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 멸종위기 야생생물(이하 "멸종위기야생생물"이라 한다)의 주된 서식지·도래지 및 주요 생태축 또는 주요 생태통로가 되는 지역 나. 생태계가 특히 우수하거나 경관이 특히 수려한 지역 다. 생물의 지리적 분포한계에 위치하는 생태계 지역 또는 주요 식생의 유형을 대표하는 지역 라. 생물다양성이 특히 풍부하고 보전가치가 큰 생물자원이 존재·분포하고 있는 지역 마. 그 밖에 가목 내지 라목에 준하는 생태적 가치가 있는 지역으로서 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 지역) 2. 2등급 권역 : 제1호 각목에 준하는 지역으로서 장차 보전의 가치가 있는 지역 또는 1등급 권역의 외부지역으로서 1등급 권역의 보호를 위하여 필요한 지역 3. 3등급 권역 : 1등급 권역, 2등급 권역 및 별도관리지역으로 분류된 지역의 지역으로서 개발 또는 이용의 대상이 되는 지역 4. 별도관리지역 : 다른 법률의 규정에 의하여 보전되는 지역중 역사적·문화적·경관적 가치가 있는 지역이거나 도시의 녹지보전 등을 위하여 관리되고 있는 지역으로서 대통령령이 정하는 지역.”

생태·자연도의 등급 및 그 내용에 대해서 도표를 만들어 보면 다음과 같다:

7) 자연환경보전법 시행령 제24조(생태·자연도 1등급 권역에 포함되는 지역) 법 제34조제1항제1호 마목에서 "대통령령이 정하는 기준에 해당하는 지역"이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 지역을 말한다.<개정 2007.4.4.> 1. 자연원시림이나 이에 가까운 산림 또는 고산초원 2. 자연상태나 이에 가까운 하천·호소 또는 강하구.

생태·자연도의 등급 및 내용	
등급	내용
1등급	가. 야생동·식물보호법 제2조의 규정에 의한 멸종위기야생동·식물(이하 "멸종위기야생동·식물"이라 한다)의 주된 서식지·도래지 및 주요 생태축 또는 주요 생태통로가 되는 지역 나. 생태계가 특히 우수하거나 경관이 특히 수려한 지역 다. 생물의 지리적 분포한계에 위치하는 생태계 지역 또는 주요 식생의 유형을 대표하는 지역 라. 생물다양성이 특히 풍부하고 보전가치가 큰 생물자원이 존재·분포하고 있는 지역 마. 그 밖에 가목 내지 라목에 준하는 생태적 가치가 있는 지역으로서 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 지역 - 자연원시림이나 이에 가까운 산림 또는 고산초원 - 자연상태나 이에 가까운 하천, 호소, 강하구
2등급	1등급에 준하는 지역으로서 장차 보전의 가치가 있는 지역 또는 1등급 권역의 외부지역으로서 1등급 권역의 보호를 위하여 필요한 지역
3등급	1등급 권역, 2등급 권역 및 별도관리지역으로 분류된 지역외의 지역으로서 개발 또는 이용의 대상이 되는 지역
별도 관리 지역	다른 법률의 규정에 의하여 보전되는 지역중 역사적·문화적·경관적 가치가 있는 지역이거나 도시의 녹지보전 등을 위하여 관리되고 있는 지역으로서 대통령령이 정하는 지역 - 자연공원(국립·도립·군립공원), 생태·경관보전지역, 습지보호지역, 백두대간보호지역, 야생동·식물(특별)보호구역, 수산자원보호구역, 산림유전자원보호구역, 천연기념물 및 천연보호구역 등

자연환경보전법 제34조 제1항에서 생태·자연도를 등급에 따라서 구분(Klassifikation)을 시도하였고, 이러한 구분에 근거하여 토지이용 및 개발계획의 수립이나 시행에 있어서 등급의 구분에 따라서 활용할 수 있게 됨에 따라서 토지이

용에 중요한 개입도구(Eingriffsinstrument)로 변환이 되게 된다. 생태·자연도의 이러한 활용에 대해서 입법자가 어느 정도로 의식을 하고 있었는지는 모르지만, 동 규정에 의거하여 생태·자연도 내지 생태·자연도의 작성이 환경행정법상의 작용으로서 공권력의 행사(öffentliche Gewalt)의 일종으로 자리매김을 하는데 있어서 중요한 근거가 되었다. 동법 제34조 제2항에서는 “환경부장관은 생태·자연도를 효율적으로 활용하기 위하여 제1항제1호 내지 제3호의 권역을 환경부령이 정하는 바에 따라 세부등급⁸⁾을 정하여 작성할 수 있다.”라고 하여 토지이용에 대한 기준에 환경부장관이 환경부령을 통해서 개입할 여지를 부여하고 있는바, 우선 이러한 세부등급의 작성을 환경부령에 위임하는 것의 헌법적 정당성(verfassungsrechtliche Legitimität)이 문제될 수 있다. 왜냐하면 생태·자연도의 등급에 따라서 국민의 기본권의 행사가 직접적이고 구체적으로 침해될 소지가 있기 때문이다.

동법 제34조 제4항 제2문 후단에서는 “그 밖에 생태·자연도의 작성기준 및 작성방법 등 작성에 필요한 사항과 제1항의 규정에 의한 생태·자연도의 활용대상 및 활용방법에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”⁹⁾라고 하여서 생태·자연도의 활용대상 및 활용방법에 대해서 행정부의 개입 여지를 부여하고 있다. 생태·자연도의 활용이라는 단어가 단순히 사실적으로 이용하는 듯한 의미를 부여하는 것 같지만, 실제로는 관할행정청이 인·허가 등의 행정처분을 발급함에 있어서 기준으로 작용하거나 영향을 미치는 것으로서 법적으로 볼 때 중요한 의미가 있으므로 헌법상의 위임의 법리에 따라서 구체적으로 범위를 정하여 위임을 하여야 하는바, 헌법에 위반될 소지가 있다고 사료된다. 생태·자연도의 법적 의미가 고양됨에 따라서 동법 제34조 제5항에서는 “환경부장관은 생태·자연도를 작성하는 때에는 14일 이상 국민의 열람을 거쳐 작성하여야 하며, 작성된 생태·자연도는 관계중앙행정기관의 장 및 해당 지방자치단체의 장에게 이를 통보하고 고시하여야 한다.”라고 하여 국민에게 열람을 할 수 있도록 하고 관계행정기관의 장 및 지방자치단체의 장

8) 자연환경보전법 시행규칙 제16조(생태·자연도의 세부등급) 법 제34조제2항의 규정에 따른 세부등급은 다음 각 호와 같다. 1. 법 제34조제1항제2호의 규정에 따른 생태·자연도 2등급 권역의 경우 가. 완충보전지역 : 법 제34조제1항제1호 각 목에 준하는 지역으로 장차 보전의 가치가 있는 지역 또는 1등급 권역의 외부지역으로서 1등급 권역 보호를 위하여 필요한 지역 나. 완충관리지역 : 2등급 권역 중 가목의 지역을 제외한 지역 2. 법 제34조제1항제3호의 규정에 따른 생태·자연도 3등급 권역의 경우 가. 개발관리지역 : 개발 또는 이용의 대상이 되는 지역이나 부분적으로 관리가 필요한 지역 나. 개발허용지역 : 3등급 권역 중 가목의 지역을 제외한 지역.

9) 자연환경보전법 시행령 제27조(생태·자연도의 작성방법 등) ① 환경부장관은 법 제34조제4항의 규정에 따라 관계 중앙행정기관 및 시·도지사와 협의하여 생태·자연도의 작성지침을 정하고, 그에 따라 생태·자연도를 작성하여야 한다. <개정 2007.4.4.>

에게 통보하도록 규정하고 있다. 그런데 이는 국민에게 열람만 시켜주고 이의신청에 대한 규정이 없는 점이 문제로 지적될 수 있으며, 또한 관계중앙행정기관의 장 및 지방자치단체의 장에게도 어떠한 협의 내지 동의를 구하는 절차를 누락하고 있다. 동법 제34조 제6항 제1문에서는 “시·도지사는 환경부장관이 작성한 생태·자연도를 기초로 하여 관할 도시지역의 상세한 생태·자연도(이하 “도시생태현황지도”라 한다)를 작성할 수 있다.¹⁰⁾”라고 하여 시·도지사가 도시지역에 대해서는 상세한 생태·자연도를 작성할 수 있도록 권한을 부여하고 있다.

생태·자연도 작성과 관련된 방법을 그림으로 표현하면 다음과 같다.¹¹⁾



토지의 이용과 관련하여 생태·자연도의 법적 의미를 보장하는 규정으로는 자연환경보전법 제43조(도시의 생태적 건전성 향상 등)를 들 수 있다. 동조 제1항에 의하면 “국가 또는 지방자치단체는 도시의 생태적 건전성을 높이기 위하여 도시지역 중 훼손·방치된 지역을 복원하거나 다음 각 호의 지역이 훼손되지 아니하도록 노력하여야 한다. 1. 제12조에 따른 생태·경관보전지역 2. 제34조제1항제1호에 따른 생태·자연도 1등급 권역”이라고 규정하여 훼손되지 아니하도록 노력할 의무를 국가 또는 지방자치단체에게 부과하고 있다. 자연환경보전법 시행령 제27조(생태·자연도의 작성방법 등) 제1항에 의하면, 환경부장관은 법 제34조제4항의 규정에 따라 관계 중앙행정기관 및 시·도지사와 협의하여 생태·자연도의 작성지침을 정하고,

10) 자연환경보전법 시행규칙 제16조의2(도시생태현황지도의 작성방법) ① 시·도지사는 법 제34조제6항 후단에 따라 관할 도시지역의 상세한 생태·자연도(이하 “도시생태현황지도”라 한다)를 다음 각 호의 방법으로 작성한다. 1. 토지이용 현황, 토지피복(土地被覆) 현황, 지형, 식생 현황, 동식물상(動植物相) 및 그 밖에 해당 지역의 특성에 따른 주제도 등으로 구분하여 작성 2. 축척 5천분의 1 이상 지도에 작성 ② 제1항에서 규정한 사항 외에 도시생태현황지도의 작성방법은 환경부장관이 정하여 고시한다.[본조신설 2013.9.23.]

11) <http://egis.me.go.kr/ba/ezmlIntroPage.do?mode=5>.

그에 따라 생태·자연도를 작성하도록 규정하여, 관계 중앙행정기관 및 시·도지사와 협의하여 작성하도록 규정하고 있다. 동조 제2항에 의하면, “관계 중앙행정기관의 장 및 시·도지사는 제1항의 규정에 따라 작성된 생태·자연도의 권역별 구분 등에 대한 수정·보완을 환경부장관에게 요청할 수 있다. 이 경우 현지 확인의 내역 또는 객관적 자료 등을 첨부하여야 한다.”라고 하여 사후적인 수정·보완을 요청할 수 있는 권리를 부여하고 있다.¹²⁾ 자연환경보전법 시행령 제28조(생태·자연도의 활용대상 등)에서는 생태·자연도의 법적 의미와 관련하여 보다 세부적으로 규율하고 있다. 제28조 제1항에서 “법 제34조제4항의 규정에 따른 생태·자연도의 활용대상은 다음 각 호와 같다. 1. 「환경정책기본법」 제14조·제17조 및 제18조에 따른 국가 환경종합계획·환경보전중기종합계획 및 시·도환경보전계획 2. 「환경영향평가법」 제9조 및 제43조에 따른 전략환경영향평가협의 대상계획 및 소규모 환경영향평가 대상사업 3. 「환경영향평가법」 제22조에 따른 영향평가 대상사업 4. 그 밖에 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장이 수립하는 개발계획 중 특별히 생태계의 훼손이 우려되는 개발계획”라고 하여 환경계획의 수립이나 환경영향평가의 대상사업의 결정 그리고 기타 개발계획의 수립에 있어서 활용 즉 영향(Einfluß)을 끼치도록 규정하고 있다. 자연환경보전법 시행령 제28조(생태·자연도의 활용대상 등) 제2항에서 “환경부장관, 관계 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 계획을 수립하거나 개발사업에 대한 협의를 하고자 할 때에는 생태·자연도의 등급권역별로 다음 각 호의 기준을 고려하여야 하며, 환경부장관은 이를 위하여 생태·자연도를 제공하여야 한다. 1. 1등급 권역 : 자연환경의 보전 및 복원 2. 2등급 권역 : 자연환경의 보전 및 개발·이용에 따른 훼손의 최소화 3. 3등급 권역 : 체계적인 개발 및 이용”이라고 토지이용과 관련된 기준을 제시하고 있는바, 이러한 기준의 제시로 인하여 생태·자연도의 처분성이 보다 구체화되고 있다.

2. 폐광지역 개발 지원에 관한 특별법상의 생태·자연도

「폐광지역 개발 지원에 관한 특별법」 제8조(생태·자연도 1등급 권역 개발의

12) 참조: 자연환경보전법 시행령 제27조(생태·자연도의 작성방법 등) ③환경부장관은 생태·자연도를 작성함에 있어 기초 자료로 활용하기 위하여 녹지의 자연적 상태 및 인위적 변화상황 등을 나타내는 녹지자연도를 작성할 수 있다. ④제3항의 규정에 따른 녹지자연도의 작성 등에 관하여 필요한 사항은 환경부장관이 정한다.

특례)에서도 “도지사 또는 시장·군수는 진흥지구¹³⁾의 개발을 촉진하기 위하여 필요한 경우에는 「자연환경보전법」 제34조에 따른 생태·자연도(自然圖) 1등급 권역에 해당하는 지역을 환경부장관과 협의하여 진흥지구의 개발계획에 포함하여 개발할 수 있다. 다만, 대통령령으로 정하는 지역¹⁴⁾은 그러하지 아니하다.”라고 규정하여 진흥지구의 개발계획의 수립에 있어서 생태·자연도의 법적 의미가 있는 것으로 보고 있다.

3. 환경영향평가법상의 생태·자연도

「환경영향평가법」 제51조(환경영향평가의 협의 절차 등에 관한 특례) 제1항에서 “사업자는 환경영향평가 대상사업 중 환경에 미치는 영향이 적은 사업으로서 대통령령으로 정하는 사업¹⁵⁾에 대하여는 대통령령으로 정하는 환경영향평가서(이하 “약식평가서”라 한다)를 작성하여 제25조에 따른 의견 수렴과 제27조에 따른 협의 요청을 함께 할 수 있다.”라고 규율하고 있는바, 환경영향평가 대상사업 중에서 환경에 미치는 영향이 적은 사업이라고 하더라도 생태·자연도 1등급 권역에 해당하는 경우에는 약식절차에 따라 환경영향평가를 실시할 수 없는 법적 효력을 받는다.

III. 생태·자연도의 법적 성질

생태·자연도의 법적 성질을 고찰하여 보자면 생태·자연도 그 자체는 하나의 사실적 환경행정활동(faktische Umweltverwaltungshandlung)으로 볼 수 있으나, 생태·자연도가 작성되어서 법적인 영향을 끼치는 경우에는 이를 사실적인 작용의 차원에

13) 참조: 「폐광지역 개발 지원에 관한 특별법 시행령」 제3조(폐광지역진흥지구의 지정) ① 산업통상자원부장관은 폐광지역 중 다른 산업을 유치하기 곤란한 지역의 경제를 진흥하기 위하여 필요한 경우에는 도지사의 신청을 받아 폐광지역진흥지구(이하 “진흥지구”라 한다)를 지정할 수 있다. <개정 2013.3.23> ② 진흥지구의 지정은 「지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률」 제9조에 따른 개발촉진지구 중 특별한 개발이 필요한 지역으로서 대통령령으로 정하는 요건에 해당하는 지역에 대하여 한다.

14) 폐광지역 개발 지원에 관한 특별법 시행령에 아직까지 필요한 규정이 마련되어 있지 아니하다.

15) 환경영향평가법시행령 제64조(약식절차 대상사업의 범위) 법 제51조제1항에서 “대통령령으로 정하는 사업”이란 다음 각 호의 모두에 해당하는 사업을 말한다. 1. 대상사업의 규모가 별표 3에 따른 최소 환경영향평가 대상 규모의 200퍼센트 이하인 사업으로서 환경에 미치는 영향이 크지 아니한 사업 2. 사업지역에 환경적·생태적으로 보전가치가 높은 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 지역이 포함되지 아니한 사업 가. 「자연환경보전법」 제34조에 따른 생태·자연도 1등급 권역 나. 「습지보전법」 제8조에 따른 습지보호지역 및 습지주변관리지역.

두기는 어렵고 환경행정법상의 계획적 작용 내지 처분 나아가 규제적 행정작용으로 평가되어야 할 것이다.

1. 환경계획으로서 생태·자연도

환경을 보호하는 것을 목적으로 하는 환경행정을 수행함에 있어서 중요한 수단의 하나로써 환경계획(Umweltplanung)을 들 수 있다. 환경계획이란 큰 틀에서는 행정계획의 일종으로서 환경보전 내지 환경보호라는 행정목표를 설정하고 이를 달성하기 위하여 적절한 수단들을 분류하는 것으로 볼 수 있는바, 생태·자연도 역시 이러한 환경계획의 범주에 포함될 수 있는지가 문제될 수 있다. 이러한 문제제기는 생태·자연도를 외부에 알림에 있어서 '고시'라는 형식을 사용하는 것을 통해서도 보장될 수 있다.¹⁶⁾

자연환경보전법 제34조(생태·자연도의 작성·활용) 제1항에 의하면 토지이용 및 개발계획의 수립이나 시행에 활용할 수 있도록 하기 위하여 전국의 자연환경을 등급으로 구분하고 있는바, 일종의 환경계획으로 볼 여지가 없지는 아니하다. 환경계획으로 보는 경우에는 계획의 유형상 전문계획(Fachplanung)으로 볼 수 있을 것이다. 자연환경보전법 시행령 제27조(생태·자연도의 작성방법 등) 제1항에 의하면, 환경부장관은 관계 중앙행정기관 및 시·도지사와의 협의를 거쳐 생태·자연도의 작성지침을 정하고, 그에 따라 생태·자연도를 작성하도록 규정하고 있다. 생태·자연도의 성격과 관련하여 계획성을 지니고 있으므로 자연환경보전법 제34조 제5항에서 국민의 절차적 참여 및 관계중앙행정기관의 장 및 해당 지방자치단체의 장에 대한 통지(Unterrichtung)를 규정하고 있다.

생태·자연도의 환경계획으로서의 성격을 긍정하는 경우에는 계획의 수립과 관련하여 보다 상세한 절차적 규정(Verfahrensregelungen)이 마련될 필요가 있다. 통상적으로 계획은 수립절차(Aufstellungsverfahren)와 계획확정절차(Planfeststellungsverfahren)로 구분하여 고찰할 필요가 있는바, 생태·자연도의 작성에 있어서는 그러한 구분이 명확하지 아니하며, 환경부장관이 주도적으로 작성하도록 규정되어 있다. 생태·자연도의 수립절차에 있어서는 이해관계인의 참여절차가 다만 형식적으로 규정되어 있을 뿐이다. 14일간 국민에게 열람하는 것으로 되어 있으나, 그에 따른 이

16) 전국 생태·자연도(生態·自然圖) 일부 수정·보완 고시 [시행 2015.1.8] [환경부고시 제2014-262호, 2015.1.8., 일부개정] 1. 대상지역 : 경기도, 강원도, 충청북도, 경상북도, 경상남도 일부지역, 2. 근거법령 : 자연환경보전법 제34조 제1항 내지 제5항, 3. 생태·자연도 수정·보완 내용.

의제기절차와 이의제기의 경우에 처리방법 등에 대해서 보다 상세한 규율이 요청된다고 할 것이다. 계획적 행정작용의 경우에 그 법적 성질을 어떻게 볼 것인가와 관련하여 다시금 논의가 있을 수 있는바, 행정계획에 있어서 도시·군관리계획의 경우에도 입법행위설, 행정행위설, 특별행위설 또는 개별성질설 등 다양한 학설이 주장되고 있는바, 이는 생태·자연도에 대한 행정소송의 제기 가능성(Klageerhebung)과 결부시켜서 논할 필요가 있다.

2. 환경처분으로서 생태·자연도의 작성행위

생태·자연도의 작성은 과학기술의 발달이 가져온 환경행정에 대한 보조적인 수단으로 여겨지기가 쉽다. 따라서 생태·자연도의 작성과 관련하여 법적인 의미를 충분히 고려하지 아니하고 단지 사실적인 수단으로서 평가하기 쉽다. 그러나 생태·자연도의 작성이라는 행위는 우리 행정절차법 내지 행정소송법상의 “처분(Verwaltungsakt)”으로서 자리매김 할 수 있는 지가 문제될 정도로 대단히 법적인 의미(rechtliche Bedeutung)가 크다고 볼 수 있다. 행정절차법 제2조 제2호 내지 행정소송법 제2조 제1호에 의하면, “처분(Verwaltungsakt bzw. Verwaltungsverfügung)”이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법 집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다고 볼 수 있는데, 생태·자연도의 작성행위가 이러한 공권력의 행사(Ausübung der öffentlichen Gewalt)에 해당되는지가 중요하다. 생태·자연도의 처분성을 긍정하는 경우에는 행정절차법상의 여러 절차들 그 중에서도 특히 권익을 제한하는 처분인 경우에는 사전통지(Benachrichtigung)와 의견제출절차(Anhörungsverfahren)를 거쳐야 한다.¹⁷⁾

행정작용의 처분성과 관련하여 우리 판례의 입장을 살펴보면, 행정청의 어떤 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지의 문제는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법 집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고, 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 견련성, 그리고 법치행정의 원리

17) 행정절차법 제21조(처분의 사전 통지) ① 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 다음 각 호의 사항을 당사자등에게 통지하여야 한다. 1. 처분의 제목 2. 당사자의 성명 또는 명칭과 주소 3. 처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거 4. 제3호에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법 5. 의견제출기관의 명칭과 주소 6. 의견제출기한 7. 그 밖에 필요한 사항.

와 당해 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다고 판시하고 있다.¹⁸⁾ 이러한 판례의 입장을 고려하여 볼 때, 생태·자연도의 처분성의 판단에 있어서 가장 중요한 기준은 국민의 권리·의무에 어떠한 영향을 미치는가가 될 것으로 보이는데, 생태·자연도의 작성은 결국 자연환경보전법 제34조(생태·자연도의 작성·활용) 제1항에서 토지이용 및 개발계획의 수립이나 시행에 활용하게 되고 개별적인 사업의 인·허가에 영향을 끼치고 있으며, 자연환경보전법 시행령 제28조(생태·자연도의 활용대상 등) 제2항에서 환경부장관, 관계 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장 등의 관할행정청은 계획을 수립하거나 개발사업에 대한 협의를 하고자 하는 경우에 생태·자연도의 등급을 기준으로 활용하고 있는 점에 근거하여 볼 때, 국민의 권리·의무에 구체적인 영향을 끼친다고 볼 수 있을 것이므로, 그 처분성을 긍정할 수 있을 것이다. 우리 판례의 입장에 의거하더라도 처분이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법 집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다는 행정소송법 내지 행정절차법상의 법규정적 의미 외에도, 행정청의 어떤 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지의 문제는 구체적인 경우 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 관련성, 그리고 법치행정의 원리와 당해 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다는 입장을 견지하고 있다. 이러한 입장에 의거할 때, 생태·자연도의 작성행위는 그 등급구분에 의거하여 국민이 소유하는 토지에 대한 개발행위가 제한을 받는다는 점에서 그 처분성을 부인하기는 어렵다고 사료된다.

생태·자연도의 작성행위의 경우는 기왕에 논의되었던 토지의 현황을 밝힌 “지적도”나 “토지대장” 등의 법적 기능과 유사한 바, 이와 관련하여 우리 판례는 처음에는 그 처분성을 부정하였으나¹⁹⁾, 그 후 처분성을 긍정하는 점²⁰⁾도 생태·자연도 작

18) 대법원 2014.04.24. 선고 2013두7834 판결[사전심사결과통보처분취소]; 대법원 1992. 1. 17. 선고 91누1714 판결; 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005두4397 판결 등 참조.

19) 대법원 1995. 12. 5. 선고 94누4295 판결 【토지분할등거부처분취소】: 토지대장에 일정한 사항을 등재하거나 등재된 사항을 변경하는 행위는 행정사무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것이고 그 등재나 변경으로 인하여 당해 토지에 대한 실체상의 권리관계에 어떤 변동을 가져오는 것은 아니어서 소관청이 그 등재사항에 대한 변경신청을 거부한 것을 가리켜 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다.

20) 대법원 2013. 10. 24. 선고 2011두13286 판결[토지대장말소처분취소]: 토지대장은 토지에 대한 공법상의 규제, 개발부담금의 부과대상, 지방세의 과세대상, 공시지가의 산정, 손실보상금액의 산정 등 토지행정의 기초자료로서 공법상의 법률관계에 영향을 미칠 뿐만 아니라, 토지에 관한

성행위의 처분성을 긍정하는데 주요한 논거가 될 수 있으리라 사료된다.

3. 행정규제의 일종으로서 생태·자연도의 작성

생태·자연도의 작성은 원래는 과학기술의 발달을 활용하여 환경보전이라는 행정 목적을 달성하기 위한 수단으로 활용될 것이 예정되었으나, 그 실질은 환경보전이라는 공익을 위하여 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 기능을 수행하게 되었다. 이러한 생태·자연도의 기능은 행정규제기본법 제2조(정의) 제1항 제1호에서 정의하는 “행정규제(Verwaltungsregulierung)”에 해당될 가능성이 높다고 볼 것이다.²¹⁾ 「행정규제기본법」상의 행정규제에 해당되는 경우에는 특히 제4조(규제법정주의)에 근거하여 규제의 법적 근거와 명확성이 요구되며, 나아가 규제가 법률에 직접 규정되어야 한다는 점이다.

생태·자연도와 관련하여 규제의 내용이 근거법률인 자연환경보전법에서 직접적으로 규정되어 있는가가 의문이 들 수 있을 것이다. 설령 규제의 세부적인 내용은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있으나, 이러한 조건이 준수되고 있다고 보기에는 어려운 점들이 있다. 생태·자연도로 인한 국민의 권리·의무에 대한 규제의 구체적인 내용은 자연환경보전법 시행령 제28조(생태·자연도의 활용대상 등)에 와서 비로소 나타나고 있는바, 생태·자연도로 인하여 국민이 받게 되는 권리·의무의 제한에 대해서 자연환경보전법 자체에 직접적으로 규율할 필요가 있다고 사료된다. 물론 보다 세

소유권보존등기 또는 소유권이전등기를 신청하려면 이를 등기소에 제출해야 하는 점 등을 종합해 보면, 토지대장은 토지의 소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지 소유자의 실제적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로, 이러한 토지대장을 직권으로 말소한 행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다: 대법원 2004. 4. 22. 선고 2003두9015 전원합의체 판결 【지목변경신청반려처분취소청구각하취소】: 구 지적법(2001. 1. 26. 법률 제6389호로 전문 개정되기 전의 것) 제20조, 제38조 제2항의 규정은 토지소유자에게 지목변경신청권과 지목정정신청권을 부여한 것이고, 한편 지목은 토지에 대한 공법상의 규제, 개발부담금의 부과대상, 지방세의 과세대상, 공시지가의 산정, 손실보상가액의 산정 등 토지행정의 기초로서 공법상의 법률관계에 영향을 미치고, 토지소유자는 지목을 토대로 토지의 사용·수익·처분에 일정한 제한을 받게 되는 점 등을 고려하면, 지목은 토지소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으로서 토지소유자의 실제적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 지적공부 소관청의 지목변경신청 반려행위는 국민의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

21) 행정규제기본법 제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. "행정규제"(이하 "규제"라 한다)란 국가나 지방자치단체가 특정한 행정 목적을 실현하기 위하여 국민(국내법을 적용받는 외국인도 포함한다)의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로서 법령등이나 조례·규칙에 규정되는 사항을 말한다.

부적인 내용들은 하위법령에 위임이 될 수도 있으나 일단 모법에서 구체적으로 범위를 정하여 위임하여야 하는 헌법적 제한을 준수하여야 할 것이다. 우리 헌법 제75조와 제95조가 요청하는바는, 의회가 법률을 통해서 입법을 위임하는 경우에 위임의 근거가 되는 법률 그 자체로부터 무엇 내지 어떠한 사항을 위임하는지에 대해서 명확하고도 예측가능하도록 규율하여야 한다는 것이다. 이는 대통령령, 총리령 또는 부령 등에 규정될 내용 및 범위가 수권법률에서 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어야 함을 의미한다.²²⁾ 우리 판례가 장차 이러한 규정들의 불명확성을 언급하면서 행정입법에 있어서 방향을 제시하기를 바라마지 않는다.²³⁾

4. 토지이용규제의 일종으로서 생태·자연도의 작성

생태·자연도의 작성으로 인하여 가장 직접적인 영향을 받는 분야가 바로 토지의 이용(Bodennutzung)과 관련된 분야라고 할 수 있을 것이다. 이러한 점에서 생태·자연도의 작성과 그로 인한 등급의 분류는 토지이용규제기본법 상의 규제(Regulierung)에 해당된다고 볼 수도 있을 것이다. 토지이용규제기본법 제2조(정의) 제1호에서

22) 헌법 제75조 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다. “헌법재판소 2012.8.23. 선고 2010헌바28 전원재판부 【구토양환경보전법 제2조 제3호 등 위헌소원】: 이 경우 법규범의 의미내용은 법규범의 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로 결국 당해 법률조항이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다. 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2002헌바82 전원재판부: 그 예측가능성의 유무는 당해 특정법조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다: 대법원 2007. 5. 17. 선고 2006두8648 전원합의체 판결: 위임의 목적·내용·범위와 그 위임에 따른 행정입법에서 준수하여야 할 목표·기준 등의 요소가 미리 규정되어 있는 것을 가리키며, 이러한 위임이 있는지 여부를 판단함에 있어서는 직접적인 위임 규정의 형식과 내용 외에 당해 법률의 전반적인 체계와 취지·목적 등도 아울러 고려하여야 한다: 대법원 2004. 01. 29. 선고 2003두10701: 위임명령은 법률이나 상위명령에서 구체적으로 범위를 정한 개별적인 위임이 있을 때에 가능하고, 여기에서 구체적인 위임의 범위는 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라지는 것이어서 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 위임명령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률이나 상위명령으로부터 위임명령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하나, 이 경우 그 예측가능성의 유무는 당해 위임조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 그 위임조항이 속한 법률이나 상위명령의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 위임조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하고, 나아가 각 규제 대상의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토함을 요한다.”

23) 박정훈, “행정입법에 대한 사법심사: 독일법제의 개관과 우리법의 해석론 및 입법론을 중심으로”, 행정법연구 제11호(2004, 상반기), 128면: 이상덕, 독일 행정법원법에서의 법규명령에 대한 추상적 규범통제, 재판자료 : 외국사법연수논집(31) 제124집(2012년), 325면: 정태용, 건설분야 법령에 있어서의 위임입법의 이론과 실제, (순간)법제 606호 (2008.06), 30면.

는 “지역·지구등”에 대해서 정의를 내리고 있는데, 이는 지역·지구·구역·권역·단지·도시·군계획시설 등 명칭에 관계없이 개발행위를 제한하거나 토지이용과 관련된 인가·허가 등을 받도록 하는 등 토지의 이용 및 보전에 관한 제한을 하는 一團의 토지(토지와 연결한 해수면으로서 토지와 같이 제한되는 경우에는 그 해수면을 포함한다. 이하 같다)로서 제5조 각 호에 규정된 것을 말한다고 규정하고 있으며, 그리고 동법 제5조(지역·지구등의 신설 제한 등)에 의하면, 지역·지구등은 다음 각 호에 규정된 것 외에는 신설(지역·지구등을 세분하거나 변경하는 것을 포함한다. 이하 같다)할 수 없다고 규정하면서 다음의 각호를 규정하고 있다: 1. 별표에 규정된 지역·지구등 2. 다른 법률의 위임에 따라 대통령령에 규정된 지역·지구등으로서 이 법의 대통령령에 규정된 지역·지구등 3. 다른 법령의 위임에 따라 총리령, 부령 및 자치법규에 규정된 지역·지구등으로서 국토교통부장관이 관보에 고시하는 지역·지구등.

생태·자연도의 작성으로 인한 등급의 분류는 개발행위를 제한하거나 토지이용과 관련된 인가·허가 등을 받도록 하는 등 토지의 이용 및 보전에 관한 제한을 하는 기능과 결부(Koppelung)되어 있는 점에서 토지이용규제기본법상의 지역·지구등의 지정에 해당된다고 볼 여지가 없지 아니하다고 사료된다.

이러한 경우에는 「토지이용규제기본법」 제6조(지역·지구등의 신설에 대한 심의) 제1항²⁴⁾ 및 제6조의2(행위제한 강화등에 대한 심의)에 따른 심의절차를 거쳐야 할 것이다. 그리고 토지이용규제기본법 제8조(지역·지구등의 지정 등) 제1항 제1문에서는 중앙행정기관의 장이나 지방자치단체의 장이 지역·지구등을 지정(변경을 포함한다. 이하 같다)하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 미리 주민의 의견을 들어야 한다고 규정하고 있으나, 자연환경보전법 제34조 제5항에서는 환경부장관은 생태·자연도를 작성하는 때에는 14일 이상 국민의 열람을 거쳐 작성하도록 규정하고 있어서, 주민의 의견을 듣는 절차가 미비하다고 볼 수 있다.

24) 토지이용규제기본법 제6조(지역·지구등의 신설에 대한 심의) ① 중앙행정기관의 장이나 지방자치단체의 장은 지역·지구등을 신설하는 내용으로 법령 또는 자치법규를 제정하거나 개정하려면 해당 법령안 또는 자치법규안을 입법예고하기 전에 신설될 지역·지구등이 다음 각 호의 기준에 부합하는지에 대하여 제15조에 따른 토지이용규제심의위원회(이하 "위원회"라 한다)의 심의를 국토교통부장관에게 요청하여야 한다. 1. 기존의 지역·지구등의 지정 목적 또는 명칭과 유사하거나 중복되지 아니할 것 2. 지역·지구등의 신설에 명확한 목적이 있을 것 3. 지역·지구등의 지정 기준과 지정 요건 등이 구체적이고 명확할 것 4. 지역·지구등에서의 행위제한 내용이 그 지정 목적에 비추어 다른 지역·지구등과 균형을 유지할 것 5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항.

IV. 생태·자연도의 등급조정과 제3자 보호규범성

사업시행자 내지 토지소유주가 일단의 지역에 대한 개발을 위하여 생태·자연도의 등급을 하향조정(Herabsetzung der Stufe)하여 달라는 신청에 대해서 관할행정청이 인용하여 주는 경우에는 이로 인하여 환경적인 영향을 받게 될 수 있는 인근주민이 이에 대해서 불복하여 등급조정처분을 취소하여 달라는 소를 제기할 수 있을 것이다. 만약에 사업시행자 내지 토지소유주의 생태·자연도 등급을 하향 조정하여 달라는 신청을 거부(Ablehnung)하는 경우에는 행정의 상대방이 거부처분취소소송을 제기할 수 있을 것이다. 또는 주민이 인근에 위치하고 있는 토지에 대하여 생태·자연도의 등급을 상향 조정하여 달라고 요청하는 경우에 이를 인용하는 경우에는 토지소유주가 행정소송을 제기할 수 있을 것이고, 만약에 거부하는 경우에는 인근주민이 그러한 거부에 대해서 행정소송을 제기할 수 있을 것이다.

이러한 소송에 있어서 생태·자연도 등급조정신청을 거부당한 상대방에게는 처분의 상대방이론(Adressatentheorie)²⁵⁾에 근거하여 원고적격(Klagebefugnis)을 인정받을 수 있으나, 주민이 생태·자연도 등급조정신청을 인용하는 처분에 대해서 행정소송을 제기하는 경우에는 원고적격(Klagebefugnis des Dritten)의 인정여부가 문제될 수 있을 것이다. 다음에서는 주민의 원고적격에 대해서 살펴보고, 우리 판례의 입장을 살펴보기로 한다.

원고적격을 논함에 있어서 생태·자연도 내지 그 작성과 관련된 법령을 고찰하는 경우에 그로부터 과연 제3자 보호규범성(drittschützender Normcharakter)을 도출할 수 있는가가 중요하다. 제3자 보호규범성의 인정여부가 바로 행정소송에 있어서 원고적격의 문제와 결부되어 있기 때문이다. 행정소송의 원고적격과 관련하여 행정소송법 제12조는 ‘법률상 이익이 있는 자’에게 원고적격을 인정하는데, 여기서 법률상 이익(gesetzliches Interesse)이란 대체로 주관적 공권(subjektives öffentliches Interesse)이라고 볼 수 있다. 주관적 공권의 인정요건으로서는 오토마 뵐러(Ottmar Bühler)의 이론이 지배적 이론으로 평가받고 있는데, 그에 따르면 첫째, 행정주체에게 의무를 근거지우는 기속법규(verbindliche Normen)가 존재하고 있으며, 둘째, 이

25) Wolff/Decker, VwGO VwVfG, § 42, Rn. 87 f.; Kopp/Schenke, Kommentar zur VwGO, § 42, Rn. 69: 상대방이론이란 행정소송의 원고가 부담적 행정처분의 직접적인 상대방인 경우에는 통상적으로 기본법 제2조 제1항으로부터 그의 권리가 관련되어 있기 때문에 원고적격이라는 전제조건이 요구되지 아니한다는 이론이다.

러한 기속법규가 행정목적의 실현뿐만 아니라 특정 국민의 이익도 함께 보호하고 있어야 한다고 보고 있다. 여기서 둘째의 요건을 일컬어 제3자 보호규범성이라고 할 수 있다. 제3자 보호규범성의 인정여부와 관련하여 보호규범론(Schutznormtheorie)이 주창되고 있는바, 그에 따르면, 공법의 영역에서는 입법자가 입법을 행함에 있어서 주로 공익을 위하여 입법을 하므로, 명시적으로 사익을 보호하는 경우는 찾아보기 어려우므로 법령의 해석을 통하여 사익보호성이 긍정되는 경우에 주관적 공권의 성립을 긍정할 수 있다는 이론이다.²⁶⁾ 사익보호성을 발견함에 있어서 당해 행정작용의 근거가 되는 법령만으로 한정하지 아니하고, 절차법규 내지는 관련법규 등을 포함하고 있다.²⁷⁾

처분의 직접상대방이 아닌 제3자 내지 인인에 대해서 행정처분을 다룰 원고적격을 인정하는 법적인 근거는 소위 제3자 고려명령에 근거하고 있다. 즉, 건축법 및 환경법상의 제3자와 관련하여 독일에서는 “제3자 고려명령(Das Gebot der Rücksichtnahme)”이 주장되고 있는바, 개별법령을 헌법합치적·목적론적으로 해석하여 제3자 고려명령이 해석상 도출될 수 있는 법규에 대해서는 제3자인 인인들의 사익보호성을 긍정하는 점에 그 의의가 있다.²⁸⁾ 제3자 고려명령과 관련된 연방행정법원의 결

26) Wolff/Bachof/Stober, VerwR, Band I, § 43 Rn. 12.

27) 대법원 2015.07.23. 선고 2012두19496 판결[이사선임처분취소·이사선임처분취소]: 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 취소소송을 제기하여 당부의 판단을 받을 자격이 있다. 여기에서 말하는 법률상 보호되는 이익은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말하고, 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 일반적·간접적·추상적 이익과 같이 사실적·경제적 이해관계를 갖는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 아니한다. 또 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 법률상 이익은 당해 처분의 근거 법규의 명문 규정에 의하여 보호받는 법률상 이익, 당해 처분의 근거 법규에 의하여 보호되지는 아니하나 당해 처분의 행정목적 달성을 위한 일련의 단계적인 관련 처분들의 근거 법규에 의하여 명시적으로 보호받는 법률상 이익, 당해 처분의 근거 법규 또는 관련 법규에서 명시적으로 당해 이익을 보호하는 명문의 규정이 없더라도 근거 법규 및 관련 법규의 합리적 해석상 그 법규에서 행정청을 제약하는 이유가 순수한 공익의 보호만이 아닌 개별적·직접적·구체적 이익을 보호하는 취지가 포함되어 있다고 해석되는 경우까지를 말한다.

대법원 2008.4.10. 선고 2008두402 판결【담배소매인지정처분취소】: 법률상 보호되는 이익이라 함은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말하고, 일반적으로 면허나 인·허가 등의 수익적 행정처분의 근거가 되는 법률이 해당 업자들 사이의 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 것도 그 목적으로 하고 있는 경우, 다른 업자에 대한 면허나 인·허가 등의 수익적 행정처분에 대하여 미리 같은 종류의 면허나 인·허가 등의 수익적 행정처분을 받아 영업을 하고 있는 기존의 업자는 경쟁자에 대하여 이루어진 면허나 인·허가 등 행정처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 행정처분의 취소를 구할 원고적격이 있다(대법원 2006. 7. 28. 선고 2004두6716 판결 등 참조).

28) BVerwGE 52, 122 ff. Amtlicher Leitsatz: Dem (objektivrechtlichen) Gebot der Rücksichtnahme kommt drittschützende Wirkung zu, soweit in qualifizierter und zugleich individualisierter Weise auf schutzwürdige Interessen eines erkennbar abgegrenzten Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen

정을 살펴보면 다음과 같다: 원고들은 농장주(참가인)에게 부여된 새로운 돈·비사 설치허가를 다투었다. 원고들의 4채의 단독주택은 도로의 동편에 위치하고 있으며, 각각 1948년, 1950년, 1965년 그리고 1968년에 건축허가가 발급되었고, 주택 주위의 평지는 경작지로 이용되고 있었다. 원고들의 주택 맞은 편 즉 도로의 서편에 참가인의 농업용 건물들 및 돈사, 차고와 농기계 보관실, 헛간 등이 위치하고 있다. 참가인은 1970. 7. 19에 건축허가를 발급받아 현대식 돈사를 설치하고 비육용 돼지 300~350 마리를 사육하고자 하였다. 원고들의 주택들로부터 25미터 이격된 돈사설치허가에 대해서 원고들은 허가처분취소소송을 제기하였다. 동 판결에서 연방행정법원은 건축허가처분의 직접적인 상대방이 아닌 제3자인 원고들에게 원고적격을 긍정하였다. 이러한 제3자 고려명령은 Felix Weyreuther 교수의 논문을 통하여 처음 소개되었는데, Weyreuther 교수는 건축행정청이 신청인에 대하여 건축허가를 발급하고자 근거법령들을 해석·적용하는 경우에 인인(隣人)들의 보호가치 있는 이익을 고려하여야 한다는 원칙으로서, 건축허가로 인하여 보호가치 있는 제3자의 법적 이익이 직접적으로 침해되는 경우에는 건축행정청은 건축허가를 발급하여서는 아니되며, 발급된 건축허가에 대해서 제3자인 인인들에게는 원고적격이 인정되어서 행정소송을 제기할 수 있다고 하였다.²⁹⁾ 물론 여기서도 제3자인 인인들에게 원고적격이 인정되기 위해서는 다음의 두가지 요건을 갖추어야 하는데, 첫째, 인인들에게 개별적, 직접적이고도 구체적인 특별한 법적 지위가 부여되어 있어야 하며, 둘째, 이러한 법적 지위에 대한 침해가 사회적 형평, 지역적 요소 그리고 수인가능성을 고려할 때 특별한 침해(eine qualifizierte Betroffenheit)로 간주되어야 한다.³⁰⁾

생태·자연도의 근거법령과 관련하여서도 이와 관련된 행정소송을 제기하기 위하여는 생태·자연도를 규율하는 법령으로부터 과연 제3자 보호규범성을 도출할 수

ist.

Faßbender, Rechtsschutz privater Konkurrenten gegen kommunale Wirtschaftsbetätigung, DÖV 2005, S. 93.

29) Weyreuther, Felix, Das bebaungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme und seine Bedeutung für den Nachbarschutz, BauR 1975, S. 1 f.

30) Schlichter, Otto, NVwZ 1983, 641(644).

Knauber, Raffael, Das Gebot der Rücksichtnahme - der Schlüssel zur Begründung subjektiver Rechtsmacht jetzt auch im wasserrechtlichen Nachbarschutz, NVwZ 1988, S. 999: Er mußte über eine besondere Rechtsposition verfügen, die er in das Genehmigungsverfahren einbringen konnte, womit der Kreis der Rücksichtnahmeberechtigten "verengt und individualisiert" wird und die Beeinträchtigung dieser Rechtsposition muß über das Sozialadäquate, Ortsübliche und Zumutbare hinausgehen, d. h. es muß eine qualifizierte Betroffenheit vorliegen.

있는가가 문제된다. 아무튼 생태·자연도와 관련하여 하나의 판례가 나와서 이에 대한 법적 고찰을 할 수 있는 계기가 된 점은 고무적이나, 아직까지 우리 판례는 생태·자연도의 등급조정처분에 대한 행정소송에서 주민의 원고적격을 부정하고 있다. 사실관계를 요약하여 살펴보면, 공주시 일대(이하 ‘이 사건 지역’)는 2000년 전국자연환경조사 결과 침식산지³¹⁾로서 자연·경관이 우수하다는 근거로 생태·자연도 1등급으로 지정되었다. 그런데, 방홍산업개발 주식회사(이하 ‘방홍산업개발’)는 채석단지 개발을 위하여 충청남도 도지사에게 이 사건 지역 일대에 관하여 생태·자연도의 등급 수정을 요구하였고, 충청남도 도지사는 2008. 12. 3. 환경부에 이 사건 지역에 대하여 생태·자연도 일부 수정·보완을 요청하였던바, 환경부장관은 법령에 따라서 국립환경과학원의 현장조사를 실시한 후, 2008. 12. 30. 이 사건 지역이 ‘침식산지 및 기반암 풍화층’ 지형으로 2001년 지형경관조사결과인 I 등급에서 III 또는 IV등급으로 하향 조정할 수 있다는 결과를 보고 받았다. 이에 환경부장관은 이 사건 지역의 생태·자연도 등급을 1등급에서 이 사건 지역을 구분하여 생태·자연도 2등급 또는 3등급으로 수정하는 내용을 포함한 생태·자연도 일부 수정·보완(안)을 관보 및 환경부 홈페이지에 열람 및 공고를 실시하였고, 그 후 생태·자연도 작성위원회 심의·의결을 거쳐 2009. 2. 18. 이 사건 지역의 생태·자연도 등급을 1등급에서 2, 3등급으로 수정한 내용을 포함하여 생태·자연도 수정·보완을 고시하였다(이하 ‘이 사건 등급조정’). 이러한 이 사건 등급조정에 대해서 원고는 환경부장관을 상대로 “환경부장관이 2009. 2. 18. 공주시 (주소 1 생략), 같은 리 (주소 2 생략), 같은 리 (주소 3 생략) 부동산에 관하여 한 생태·자연도 등급조정 처분이 무효임을 확인한다.”는 주위적 청구취지의 행정소송을 제기하였다.

서울행정법원과 서울고등법원은 “생태·자연도의 작성 및 등급변경 근거가 되는 자연환경보전법 제34조 제1항 및 같은 법 시행령 제27조 제1항, 제2항은 생태·자연도를 토지 이용 및 개발계획의 수립이나 시행에 활용하여 자연환경을 체계적으로 보전·관리하기 위한 것일 뿐, 개발계획의 수립이나 시행을 함에 있어 생태·자연도 등급권역에 따른 기준을 고려하게 됨으로써 1등급 권역을 이용하는 지역 주민들이 가지는 생활상 이익은 직접적이고 구체적으로 보호하고 있지 않음이 명백하고, 지역주민들이 가지는 이익은 1등급 권역 지정에 따른 환경보호라는 공공의 이익이 달성됨에 따라 반사적으로 얻게 되는 이익에 불과하므로, 지역주민에 불과한 원고는 이 사건 등급조정의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다(원고가 이 사건 등

31) 지형형성의 외적 작용 가운데 특히 침식이 주된 힘으로 형성된 산지를 의미한다.

급조정의 피해로 주장하는 분진, 지하수 오염 등은 이 사건 등급조정에 따른 피해가 아니라 산지관리법에 따른 산지전용허가 또는 지하수법에 따른 지하수 개발허가(신고)에 의한 것으로 보일 뿐이다. 또한, 원고는 이 사건 등급조정을 다투어야 방홍산업개발의 채석단지 개발을 막을 수 있다는 취지로 주장하나, 위 채석단지 개발 사업이 환경영향평가 대상사업이고, 원고가 환경영향평가 대상지역 내의 주민이라면, 원고로서는 채석단지 개발에 필요한 광물 채취 허가 등에 대하여 직접 그 위법을 다투면 될 것으로 보일 뿐이다). 따라서 이 사건 소 중 주위적 청구 부분은 부적법하다.”라는 판결을 내렸다.³²⁾ 대법원 역시 하급심 판결을 지지하면서, “환경부장관이 생태·자연도 1등급으로 지정되었던 지역을 2등급 또는 3등급으로 변경하는 내용의 생태·자연도 수정·보완을 고시하자, 인근 주민이 생태·자연도 등급 변경처분의 무효 확인을 청구한 사안에서, 생태·자연도의 작성 및 등급변경의 근거가 되는 구 자연환경보전법(2011. 7. 28. 법률 제10977호로 개정되기 전의 것) 제34조 제1항 및 그 시행령 제27조 제1항, 제2항에 의하면, 생태·자연도는 토지이용 및 개발계획의 수립이나 시행에 활용하여 자연환경을 체계적으로 보전·관리하기 위한 것일 뿐, 1등급 권역의 인근 주민들이 가지는 생활상 이익을 직접적이고 구체적으로 보호하기 위한 것이 아님이 명백하고, 1등급 권역의 인근 주민들이 가지는 이익은 환경보호라는 공공의 이익이 달성됨에 따라 반사적으로 얻게 되는 이익에 불과하므로, 인근 주민에 불과한 갑은 생태·자연도 등급권역을 1등급에서 일부는 2등급으로, 일부는 3등급으로 변경한 결정의 무효 확인을 구할 원고적격이 없다”고 판시하였다.³³⁾

그러나, 이러한 대법원의 판결은 생태·자연도가 지니는 법적 의미와 관련하여 다소 미약하게 바라본 것은 아닌가 사료된다. 생태·자연도와 관련하여 생태·자연도 작성지침이 제정되어 있는바, 동 지침은 제1조(목적)에서 자연환경보전법시행령 제27조제1항에 따라 생태·자연도 작성에 관하여 필요한 사항을 정함을 목적으로 하고 있으며, 동지침 제16조(등급의 수정·보완 신청) 제1항에서는 “생태·자연도의 권역별 구분(이하 “등급”이라 한다)에 대한 이의가 있는 자는 관계 중앙행정기관의 장 또는 시·도지사를 경유하여 국립생태원장에게 생태·자연도 등급의 수정·보완을 신청할 수 있다.”라고 규정하여 제3자에게 이의신청권을 부여하고 있다.³⁴⁾ 물론 이

32) 서울행정법원 2011.02.25. 선고 2010구합19492 판결[생태·자연도등급조정처분무효확인], 서울고등법원 2011.10.28. 선고 2011누10647 판결[생태·자연도등급조정처분무효확인]: 제1심 판결은 정당하므로 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 한다.

33) 대법원 2014.2.21. 선고 2011두29052 판결 [생태·자연도등급조정처분무효확인].

러한 지침의 법적 성격과 관련하여 아직까지는 확립되지는 못하였지만 상위법령에 위임의 근거가 있는 경우에는 그 법규성을 인정할 수도 있다고 사료된다. 참고로 도시·군관리계획과 관련하여 주민의 입안제안 내지 변경제안에 대한 거부와 관련하여 판례는 처분성을 긍정하고 있는바, 생태·자연도의 작성행위 역시 그 계획성과 관련하여 이러한 판례를 원용할 수도 있을 것이다.³⁵⁾ 생태·자연도의 등급결정은 개발계획의 수립이나 구체적인 사업의 인·허가와 밀접한 관련이 있고, 나아가 환경영향평가에 있어서도 그 의미를 지님에 비추어 볼 때 이를 단순히 반사적 이익으로 평가절하 하는 것은 문제가 없다고 할 수는 없을 것이다. 더구나 이제는 환경에 대한 이익이 대단히 중요한 이익으로 자리매김을 하게 되는 시점에 이르러 생태·자연도에 대한 규정과 관련하여 전반적으로 새로운 평가를 내려야 할 것으로 사료된다.

V. 결론

과학기술의 발달은 우리 인류에게 커다란 소망을 제시하기도 하지만, 때로는 그 폐해에 대해서 가늠하기 어려운 점들도 나타나고 있다. 생태·자연도라는 지도가 컴퓨터와 같은 과학기술의 발달로 가능하게 된 것이기는 하지만, 생태·자연도가 수행하는 기능이 다만 환경행정에 있어서 사실적이고 보조적인 역할을 넘어서게 될 때 법적인 측면에서는 가늠하기 어려운 위험이 배태되는 것으로 볼 수 있다.

생태·자연도를 규율하는 자연환경보전법령들을 고찰하여 보면 생태·자연도의 법적 기능에 대해서 충분하게 인지를 하지 못한 채로 입법되었으며, 외견적인 모습과는 달리 생태·자연도는 국민의 기본권 특히 토지의 이용이나 개발과 같은 측면

34) 생태·자연도 작성지침: [시행 2015.7.17] [환경부예규 제547호, 2015.7.17., 일부개정] 제12조(생태·자연도 1등급 권역 작성기준) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 생태·자연도 1등급 권역으로 작성한다. 1. 식생 ... 제13조(생태·자연도 2등급 권역 작성기준) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 생태·자연도 2등급 권역으로 작성한다. 1. 식생 ...

35) 대법원 2015. 3. 26. 선고 2014두42742 판결 [도시계획시설결정폐지신청거부처분취소] : 이들 규정에 헌법상 개인의 재산권 보장의 취지를 더하여 보면, 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 사람과 같이 당해 도시계획시설결정에 이해관계가 있는 주민으로서는 도시시설계획의 입안권자 내지 결정권자에게 도시시설계획의 입안 내지 변경을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

대법원 2004. 04. 28. 선고 2003두1806 판결[도시계획시설변경입안의제안거부처분취소]: 도시계획구역 내 토지 등을 소유하고 있는 주민으로서는 입안권자에게 도시계획입안을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 신청권이 있다고 할 것이고, 이러한 신청에 대한 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 할 것이다.

에서 인·허가의 기준으로 작용하게 된다. 이러한 생태·자연도가 법적으로 중요한 기능을 수행함에 따라서 생태·자연도의 법적 성격을 규명할 필요성이 생기고, 생태·자연도는 자연환경보전법상 환경계획, 환경행정처분, 행정규제기본법상 환경행정규제 그리고 토지이용규제기본법상의 규제에 해당한다고 볼 수 있다.

생태·자연도의 등급조정과 관련하여 이해관계가 있는 자는 그러한 등급조정에 대해서 행정소송법적으로 소구할 수 있는바, 문제는 일차적으로 원고적격의 문제요 다음에는 본안심리의 문제라고 할 수 있다. 본안에서의 판단은 결국 처분의 위법성 그 자체에 대해서 다룰 것인바, 우선 원고적격을 인정받아야 한다. 원고적격은 “법률상 이익”이 있는 자가 제기할 수 있는바, 자연환경보전법상 생태·자연도의 작성과 관련하여 국민에게 법률상 이익이 긍정될 수 있는가와 관련하여, 생태·자연도의 등급결정 내지 등급조정이 미치는 법적 효과 그리고 환경상 이익이 중요하게 등장하는 점 등을 고려할 때 생태·자연도를 규율하는 법령의 제3자 보호규범성을 긍정할 수 있을 것이며, 향후에는 생태·자연도를 규율하는 법적 체계에 대해서 전반적으로 새롭게 규율을 하여야 할 것으로 사료된다.

(논문투고일 : 2016.05.29, 심사개시일 : 2016.06.01, 게재확정일 : 2016.06.21)



강현호

자연환경보전법, 생태·자연도, 환경계획, 상대방이론, 제3자 보호규범성, 원고적격, 행정규제

【참 고 문 헌】

- 박정훈, “행정입법에 대한 사법심사: 독일법제의 개관과 우리법의 해석론 및 입법론을 중심으로”, 행정법연구 제11호(2004, 상반기).
- 박지훈 외 7인, 생태·자연도를 활용한 생태취약성평가와 보전전략, 한국사진지리학회지 제25권 제4호(2015), 103-113면.
- 신영철/민동기, 생태자연도 1등급지의 경제적 가치 추정, 자원·환경경제연구 제14권 제1호, 2005, 25-50면.
- 안경환 외 8인, 생태·자연도의 관·민원 현황에 대한 고찰, 환경영향평가 Vol. 24, No. 1(2015), 99-109면.
- 이상덕, 독일 행정법원법에서의 법규명령에 대한 추상적 규범통제, 재판자료 : 외국사법연수논집(31) 제124집(2012년).
- 전성우/조정건/정희철, 생태자연도 작성 및 활용을 위한 원격탐사기법 연구 III - 하천주변 습지분류도 작성을 중심으로 -, KEI/2000 연구보고서, 2000. 11.
- 정태용, 건설분야 법령에 있어서의 위임입법의 이론과 실제, (순간)법제 606호 (2008.06).

Bundesamt für Naturschutz: <http://www.bfn.de/>.

Faßbender, Rechtsschutz privater Konkurrenten gegen kommunale Wirtschaftsbetätigung, DÖV 2005, S. 93.

Knauber, Raffael, Das Gebot der Rücksichtnahme - der Schlüssel zur Begründung subjektiver Rechtsmacht jetzt auch im wasserrechtlichen Nachbarschutz, NVwZ 1988, SS. 997-1000.

Wolff/Bachof/Stober, VerwR, Band I, § 43 Rn. 12.

Weyreuther, Felix, Das bebaungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme und seine Bedeutung für den Nachbarschutz, BauR 1975, S. 1 f.

Abstract

Eine Untersuchung über den Rechtscharakter von Ecological Nature Karte(ENK) nach dem Naturschutzgesetz

Kang, Hyun Ho

Die naturwissenschaftliche Entwicklung geht sehr schnell in die Höhe. Neulich können wir durch den Go-Wettkampf zwischen AlphaGo und Sedoll Lee erfahren. Diese artige Entwicklung geschieht auch im Bereich des Umweltschutzes z.B. in der Form von Ecological Nature Karte(ENK). Am Anfang entwickelte ENK mit der unterstützenden Funktion für den Naturschutz, mit der Zeit ist ENK dadurch als Steuerungsinstrument eingesetzt, daß ENK je nach dem Wert der Schutzwürdigkeit in vier Stufen Stufe I, Stufe II, Stufe III und Besondere Stufe eingegliedert wird.

Das rechtliche Problem beginnt gerade dort, wo diese Stufenverteilung mit dem Erlaubnisvorbehalt oder Genehmigungsvorbehalt für Vorhabenzulassung zusammengeschlossen wird. Obwohl ENK am Anfang für diesen Zweck nicht geschaffen worden sein könnte, wird ENK für die Nutzungskontrolle von Grund und Boden gebraucht. Wegen dieser Funktion von ENK gibt es verschiedene Rechtsbehelfe gegen die Einstufung des Gebietes für eine besondere Stufe.

Darum ist es der Rechtscharakter von ENK zu untersuchen und als Umweltplanung, umweltrelevanter Verwaltungsakt, Verwaltungsregulierung

und auch Feststellung des Gebietes nach dem jeweiligen Gesetz zu qualifizieren.

In dieser Zeit gab es ein Urteil vom koreanischen Höchstgericht im Bezug auf ENK. Die Drittbetroffenen von der Herabsetzung der Stufe von ENK erhob eine verwaltungsrechtliche Klage gegen den Umweltminister, weil dieser ein bestimmtes Gebiet mit der Stufe I nach der Stufe II herabgesetzt hatte. In dieser Klage beurteilte das koreanische Höchstgericht, daß die Kläger keine Klagebefugnis hatten, denn die Gesetze, die ENK regeln, keinen drittschützenden Normcharakter besaß. Jedoch gibt es andere Meinung gegen dieses Urteil, und mit dem Rücksicht auf die Wichtigkeit des Umweltschutzes, die Tendenz der Erweiterung der Klagebefugnis und auch die gesetzliche Regelung ist m.E. die Klagebefugnis zu bejahen.



▶ **Kang, Hyun Ho**

Klagebefugnis, Ecological Natural Karte, Naturschutzgesetz, Drittschützende Norm, Adressatentheorie, Umweltplanung, Verwaltungsakt, Verwaltungsregulierung, Klagebefugnis

채권자지체에 관한 몇 가지 논점

이 선 회*

I. 序	III. 채권자지체의 요건으로서 수령불능 또는 수령거절
1. 채권자지체의 의의	1. 개설
2. 연구의 대상	2. 수령불능과 이행불능의 구별
II. 채권자의 수령의무에 관한 최근의 입법동향	3. 정당한 수령거절의 경우
1. 개설	IV. 채권자지체의 효과와 변제제공, 위험의 이전
2. 독일 민법	1. 변제제공과의 관계
3. 미국 통일상법전	2. 위험이전과의 관계
4. UN 국제매매협약과 그 영향	V. 結
5. 소결	

【국 문 요 약】

채권자지체제도는 급부의 실현에 관하여 수령 기타 채권자의 협력이 필요한 경우에, 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행의 제공을 하였음에도 불구하고 채권자가 그 협력을 하지 아니함으로써 급부가 실현되지 아니하였을 때, 채권자와 채무자 이해관계를 조정하여, 성실한 채무자를 구제하기 위하여 만들어진 제도이다.

본고는 채권자지체론을 현대 민법에서 재검토가 이루어지고 있는 채권관계론, 채무불이행, 위험부담, 하자담보책임에 대한 논의와의 관계에서 검토하였다.

먼저 대량의 상품거래가 계약관계의 중추를 이루고 있는 현대사회에서 채권자의 수령의무에 대한 최근의 입법동향을 살펴보았다. 그리고 채권자지체의 요건론과 관련하여, 그 중 수령불능 또는 수령거절의 의미를 명확하게 하기 위하여, 수령불능과 이행불능과의 구별에 대한 논의를 살펴보고, 수령거절에 있어서는 하자담보책임이 관련되는 정당한 수령거절에 해당하는 경우를 고찰하였다. 채권자지체의

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, 변호사

효과론과 관련하여, 변제제공의 효과 및 위험의 이전과의 관계를 살펴보았다.

마지막으로 향후의 채권자지체론은 일반적인 법률관계를 상정한 추상적인 논의보다는 매매, 도급, 고용 등 대표적인 계약유형에 있어서 법률관계를 구체적으로 해결할 수 있는 논의가 중심적 위치를 차지하여야 할 것이라는 필자의 생각을 피력하였다.

I. 序

1. 채권자지체의 의의

채권자지체라 함은, 급부의 실현에 관하여 수령 기타 채권자의 협력이 필요한 경우에, 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행의 제공을 하였음에도 불구하고 채권자가 그 협력을 하지 아니함으로써 급부가 실현되지 아니한 상태에 있는 것을 말한다.¹⁾

채무의 이행은, 채무의 내용인 급부의 성질에 따라서, 채무자 단독으로 완료할 수 있는 경우도 있지만, 대개의 채무에 있어서는 이행행위의 착수, 그 실행과정 또는 최종단계 등 차이는 있으나 급부의 실현 내지 완료를 위해서는 채권자의 협력을 필요로 한다.

그런데 채무자가 채무의 이행에 관하여 자기편에서 하여야 할 것을 다 하였는데도 채권자로부터 필요한 협력을 얻지 못하여 이행을 완료하지 못하고, 언제까지나 채무로부터 해방되지 않을 뿐 아니라, 이행지체에 의하여 발생하는 부담이나 불이익을 입지 않으면 안된다고 한다면 채무자에게 가혹하다. 이러한 점에서 채권자와 채무자 이해관계를 조정하여, 성실한 채무자를 구제하기 위하여 만들어진 것이 채권자지체제도이다.²⁾

우리 민법은 이 제도를 채무자가 제공한 변제를 채권자가 수령하지 아니한 경우, 특히 물건인도채무에서 채무자가 점유의 이전을 제공하였는데도 채권자가 이를 수취하지 아니한 경우에 초점을 맞추어 규정하고 있다.³⁾ 제400조는 채권자지체에 관한 원칙규정이고, 제401조 내지 403조는 채권자지체의 효과 중 대표적인 것을 열거하고 있다.

2. 연구의 대상

본고에서는 채권자지체의 요건 및 효과와 관계되는 몇 가지 논점에 대하여 고찰하고자 한다.

먼저 채권자지체의 법적 성질과 관련하여, 수령의무의 준부에 대한 최근의 입법

1) 양창수/김재형, 「민법 I 계약법(제2판)」, 박영사, 2015, 418면.

2) 곽윤직 편집대표, 「민법주해 IX」, 박영사, 1995, 706~707면(이은영 집필부분); 김상용, 「채권총론(제2판)」, 화산미디어, 2014, 205면; 지원림, 「민법강의(제13판)」, 홍문사, 2015, 996면 등.

3) 양창수/김재형, 400면.

동향을 알아보고자 한다. 그 다음은 채권자지체의 요건론과 관련된 것이다. 그 중 가장 중요한 요건인 수령불능 또는 수령거절의 의미를 명확하게 하기 위하여, 수령불능과 이행불능과의 구별에 대하여 고찰하기로 한다. 그리고 수령거절에 있어서는 하자담보책임이 관련하여 정당한 수령거절에 해당하는 경우를 살펴보기로 한다. 마지막으로 채권자지체의 효과론과 관련하여, 변제제공의 효과 및 위험의 이전과의 관계를 논하고자 한다.

II. 채권자의 수령의무에 관한 최근의 입법동향과 판례

1. 개설

채권자지체의 법적 성질은 채권자지체제도를 이해함에 있어서 오랜 논쟁의 대상이 되어왔다. 이는 채권자지체의 효과로서 법률이 규정한 효과만을 인정할 것인지 그 외에도 채무불이행의 효과에 해당하는 해제와 손해배상까지 인정할 것인지, 이와 관련하여 채권자지체의 성립요건으로서 채권자의 귀책사유를 요할 것인지 등과 관련된다. 그리고 이 논쟁의 중심에 서는 것은 과연 채권관계에 있어서 채권자의 수령 내지 협력의무를 인정할 것인가에 있다. 그런데 이에 대한 논쟁은 다른 문헌에서도 이미 충분히 다루어졌으므로, 이에 대한 상세는 생략하고자 한다.

본고에서는 우리나라의 채권자지체제도에 직접적인 영향을 끼친 것은 독일민법을 개관하고, 나아가 최근의 국제적인 법 통일의 견지에서의 움직임에 국한하여 살펴봄, 이러한 움직임이 향후 우리 민법에 미칠 영향에 대하여 살펴보기로 한다.

2. 독일 민법

독일민법은 1896년 공포되어 1900년부터 시행되었다. 독일민법의 제정과정에서는, 근대 시민사회와 자본주의의 사회적 배경 하에, 일반적으로 채권자가 채무자의 채무이행에 협력해야 할 법적인 의무는 없지만 채권자에게 발생한 우연한 사정이 채무자에게 부담이 되어서는 안 된다는 사상이 지배하는 한편, 예외적으로 특정한 계약유형에서는 협력의무를 법적으로 규정할 수도 있다는 의견도 관철되었다. 그로 인하여 일반적으로, 채무자의 채무이행에 필요한 채권자의 수령 등 협력은 채무일 뿐이고 본래적 의미의 법적 의무는 아니어서, 이러한 협력의 지체가 '채무'의 불이행은 아니라는 태도 하에 채권자지체의 요건과 효과에 대한 규정을 두었다(제

300조 내지 304조).⁴⁾

이러한 태도는 2002년 독일민법을 개정함에 있어서도 유지된 것으로 보인다. 개정법 제241조 제2항은 “채권관계는 그 내용에 좇아 각 당사자에 대하여 상대방의 권리, 법익 및 이익에 배려할 의무를 지을 수 있다”고 규정하고 있으나, 위 규정이 채권자의 일반적 수령의무를 부과하는 것은 아니라고 해석된다.⁵⁾

한편 매매·도급에서는 법적인 의무인 수취의무(*Abnahmepflicht*)⁶⁾를 규정하였다. 이 수취의무는 보통의 수령(*Annahme*)과 구별되는 것으로서, “매수인을 물건의 점유로부터 해방시키는 것”, 즉 “물건의 보관의무를 면하게 하는 사실상의 행위”를 의미한다.⁷⁾

그런데 매매, 도급, 고용 등에 있어서 수취의무의 법적 성격에는 약간의 차이가 있다.

매매계약에서의 전형적 의무를 규정하고 있는 제433조는 제2항에서 “매수인은 매도인에게 약정한 대금을 지급하고 또한 매매물건을 수취할 의무를 진다”고 규정하는데 위 수취의무는 원칙적으로 계약의 부수의무에 불과하며, 그 위반의 효과로는 지연손해의 배상(제280조, 286조)만이 인정되고 계약해제(324조)는 허용되지 않는다고 한다. 예외적으로 당사자의 특약이 있거나 계약의 성질상 매도인이 목적물의 수취 자체에 특별한 이익을 갖는다고 인정되는 경우에 수취의무가 주된 의무가 되어 계약해제도 인정되는데, 이 경우에는 채권자의 귀책사유를 요한다고 한다.⁸⁾

반면, 도급계약의 경우에 도급인은 일의 성질상 수취가 배제되는 경우가 아닌 한 계약에 좇아 완성된 일을 수취할 의무를 부담한다(제640조 제1항). 매매와는 달리 위 수취의무는 주된 의무로 해석되고, 위반시 계약해제도 인정된다.⁹⁾

4) 이론의 역사적 전개과정에 대한 상세는 김상용, 207면; 이은영, 「채권총론(제4판)」, 박영사, 2009, 398~399면; 김진우, 「독일의 채권자지체론 : 채권자지체의 법적 성질을 중심으로」, 「한독법학」 15호(2004. 5), 167~194면; 박정기, “독일민법에 있어서 채권자의 수령의무”, 「법학논고」 32집(2010. 2.), 경북대학교, 424면 등 참조.

5) 제철웅, “위험부담”, 「아세아민상법학」 제2호, 2009, 157면.

6) 김형배, 「채권총론(제2판)」, 박영사, 1998, 299면은 *Abnahmepflicht*를 수취의무라고 번역하였다. 김진우, 전제논문, 167면도 같다. 한편 일본의 「新版注釋民法(10)」, 481면(潮見 佳男 집필부분)은 이를 인취의무라고 번역한다. 수령(*Annahme*)과 인취(*Abnahme*)의 구별을 전제로 한 것인데, 인취는 수취와 같은 의미로 사용하므로 결국 위 김형배, 김진우 교수의 번역과 같다고 볼 수 있다. 「민법주해 IX」, 701면(이은영 집필부분)은 이를 *Annahmepflicht*라고 하면서 인수 의무로 번역하였다. 그러나 이은영, 「채권총론」, 399면에서는 독일법의 *Abnahmepflicht*를 인수 의무라고 칭한 것을 보면, 위 민법주해의 표현은 오기가 아닌가 생각된다.

7) 「민법주해 IX」, 701면(이은영 집필부분); 서광민, “채권자지체의 법리구성상의 문제점”, 「김형배 교수 기념논문집」, 1994, 322면.

8) 「민법주해 IX」, 701, 702면(이은영 집필부분).

그런데 고용계약의 경우에는 사용자에게 수취의무를 전제로 한층 더 엄격한 태도를 취한다. 그리하여 사용자의 수령지체로 인하여 제공하지 못한 노무에 대하여, 노무자는 약정된 보수를 추후 급부의무의 부담 없이 청구할 수 있다고 규정한다(제615조 제1문). 노무급부의 수령지체의 경우에 채무자에게 임금청구권을 유지시키는 것이라고 한다.¹⁰⁾ 2002년 개정으로 위 제615조에 제3문이 추가되어 사용자는 노동손실에 대하여 경영상 위험을 부담하는 경우에도 위 제1문에 따른 임금위험부담을 지게 됨을 명시하였다. 그러나 어떤 경우에 사용자의 경영위험에 관한 부담이 발상하게 되는지는 명시하지 않았다.

3. 미국 통일상법전

영미법에서는 독일법의 채권자지체에 해당하는 법제도 내지 법관념이 뚜렷하게 형성되어 있지 않다. 그러나 매매에 있어서 이행의 제공(tender of performance) 또는 인도의 제공(tender of delivery)에 대해서는 판례가 축적되어 판례법을 형성하였고, 미국통일매매법 제43조, 미국통일상법전(Uniform Commercial Code) 제2-311조¹¹⁾ 등으로 성문법화되었다.

미국통일상법전¹²⁾은 “매도인의 의무는 이전과 인도이며 매수인의 의무는 계약에 따른 수취와 지불이다”(제2-301조)라고 규정함으로써, 매수인의 인수 의무를 명문으로 인정하고, 인수(acceptance)에 대한 상세한 규정을 두고 있다. 인수는 단순히 물건의 물리적 점유(Physical Possession)를 취득하는 수령(receipt)¹³⁾과는 달리, 물품을 검사할 합리적 기회를 가진 매수인이 매도인에게 물건이 계약에 적합하다는 것 또는 계약에 적합하지 않으나 그것을 보유하겠다는 의사를 표시한 때 이루어진다.¹⁴⁾

매수인이 부당하게 물건의 인수를 거절하거나 물건의 인수를 철회한 경우 등에

9) 「민법주해 IX」, 702면(이은영 집필부분); 서광민(註 7), 322면; 일본 「新版注釋民法(10)」, 481면(潮見 佳男집필부분).

10) 일본 「新版注釋民法(10)」, 519면(潮見 佳男집필부분).

11) 매매에 있어서 당사자 일방의 이행에 상대방의 협력이 필요함에도 제대로 협력이 이루어지지 않았을 때, 그 당사자로서는 그 자신의 이행의 지연으로 인한 책임으로부터 면제되며, 합리적인 방법으로 이행으로 나아갈 것인지 또는 협력의 실패를 계약위반(breach of contract)으로 취급할 것인지를 선택할 수 있다고 규정한다.

12) 2002년 개정된 통일상법전은 <https://www.law.cornell.edu/ucc>에서 검색가능하다.

13) UCC 제2-103조(1)(c).

14) UCC 제2-606조.

있어서, 피해를 입은 매도인은 손해배상을 청구하는 등 구제방법을 취할 수 있고, 중대한 계약위반의 경우에는 매매계약을 해제(cancellation)하는 것도 가능하다(제2-703조). 계약위반에 기한 책임은 원칙적으로 당사자의 귀책사유를 요하지 아니하는 절대적 책임(doctrine of absolute contracts)이다.¹⁵⁾

위험부담에 관해서는 매매계약을 세 가지 유형으로 나누어 규정하고 있다(제2-509조). 매도인의 영업장소 내에서 매수인이 계약에 의하여 구입한 물건의 점유를 이전받는 경우를 예로 들면, 매도인이 상인인 경우에는 매매목적물을 매수인이 수령한 경우에 비로소 위험부담이 매수인에게 이전되고 그 외의 경우에는 이행의 제공이 있는 때에 위험이 매수인에게 이전된다(제2-509조의 제3항). 매수인이 수령거절권을 행사할 수 있을 정도로 계약내용에 맞지 않는 물건을 매도인이 제공하거나 이행제공하게 되면, 매수인이 물건의 하자를 치유하거나 매수인이 이를 수령하기 전에는 매도인이 위험을 부담한다. 계약내용에 적합한 매매목적물에 대하여 매수인이 수령을 거절하거나 또는 매수인에게 위험이 이전되기 전에 매수인이 계약위반을 한 경우에는 매매목적물의 멸실이 매수인의 수령거절이나 계약위반 사실로부터 상업상 적당한 시기에 이루어졌다면, 매도인은 그의 보험에 의해 보상되지 않는 범위 내에서 매수인이 위험을 부담하도록 할 수 있다(제2-510조).

4. UN 국제매매협약과 그 영향

가. 국제연합(UN)이 1980년 채택한 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; 이하 UN 국제매매협약이라 한다)¹⁶⁾도 독립적인 채권자지체제도를 알지 못한다.

그러나 제60조는 매수인의 인수 의무(obligation to take delivery)를 부과하고, 그 위반이 현저한 계약위반으로 간주될 수 있는 경우에는 매도인이 손해배상청구(제79조)나 계약해제(제64조)를 할 수 있도록 규정한다.¹⁷⁾ 일방 당사자의 작위 또는

15) 이은영, 「채권총론」, 399~400면; 명순구, 「미국계약법입문(제2판)」, 법문사, 2008, 168~170면; 김진우, 「채권자지체론의 문제점과 임법론」, 「민사법학」 20호(2001.7.), 227면; 김영희, 「미국법상 계약위반에 관한 연구」, 「민사법학」 70호(2015. 3.), 577, 578, 580면.

16) 위 협약은 UNCITRAL(UN Commission on International Law)의 산출물이다. 1988. 1. 1. 부터 효력을 발생하였고, 2010년을 기준으로 74개국 이상이 채택하였다. 동산에 관한 국제상거래계약의 체결과 그 매매계약상의 권리의무에 관하여 규율하고 있는데, 미국 통일상법전의 영향이 컸다고 평가된다. 이하 위 협약의 개관과 위 협약상 매수인의 수취의무, 위험부담 등 내용에 대한 상세는 석광현, 「국제물품매매계약의 법리」, 박영사, 2010, 3면, 19면, 226~230면, 242~258면 등 참조.

17) 김진우(註 15), 227면; 제철웅, 131면.

부작위로 상대방의 채무가 불이행된 경우, 그 채무불이행을 원용할 수 없도록 규정하고 있는데(제80조), 이는 채권자의 협력의무를 전제하고 있는 것이라고 한다.¹⁸⁾

UN 국제매매협약은 이에 더하여 매수인에게 인수의무의 위반에 있을 때에, “물품을 점유하거나, 또는 기타의 방법에 의해 그 처분을 지배할 수 있는” 매도인은 “그 물품에 관하여 그 상황 하에서 합리적인 보존조치를 취하지 않으면 안 된다”고 규정한다(제85조 전단). 이 물품보존의무는 매수인에게 위험이 이전된 경우(제69조)에 중요하다. 또한, 물품보존의무를 지는 매도인은, 일정의 경우에, 그 물품을 매각할 수 있다(제88조), 그리고 매도인은 매수인으로부터 합리적비용의 상환을 받을 때까지 물품을 유치할 수 있다(제85조 후단).¹⁹⁾

UN 국제매매협약은 우리 민법 제537조, 제538조와 같은 위험부담규정을 두지 않았다. 그러나 매수인에게 위험이 이전된 후에 물품이 멸실 또는 훼손되더라도 매수인은 대금지급의무를 면하지 못한다고 하면서(제66조 본문), 위험이 이전되는 시기에 관하여 ①운송을 포함하는 매매의 경우(제67조), ②운송 중인 물품의 매매의 경우(제68조) ③그 밖의 경우(제69조)로 나누어 규정하고 있다. 위 ③은 운송을 포함하지 않는 매매의 경우로서, 매수인이 목적물을 수령한 때에 위험이 매수인에게 이전된다.²⁰⁾

채무불이행에 대하여 불가항력적인 사유가 아닌 한²¹⁾ 무과실책임을 원칙으로 하므로 우리민법 제537조나 제538조 제1항 제1문과 결론은 기본적으로 다르지 않다. 그런데 제538조 제1항 제2문, 즉 채권자지체의 사안은 채무자의 책임 없는 사유로 목적물이 멸실·훼손된 경우에 위험이 채권자에게 이전되는 일반원칙을 두고 있지 않다는 점에서 우리 법과는 상당히 다르다. 그러나 채권자인 매수인의 인수의무의 위반이 있을 때, 즉 우리민법에서 말하는 채권자지체 시에 물품의 위험은 채권자인 매도인으로부터 채무자인 매수인에게 이전되므로(제69조 제1항), 매도인이 목적물을 점유하는 상황에서 물품을 보존하기 위한 합리적인 조치를 취하였음에도 목적물의 멸실로 이행불능이 되었다면 매도인은 반대급부를 청구할 수 있다. 다만, 아직 특정되지 않은 물품이 매매목적물인 경우, 특정되기 전까지는 위험이 이전되

18) 제철웅, 전제논문, 129면.

19) 일본 「新版注釋民法(10)」 482면(潮見 佳男집필부분).

20) 석광현, 330면.

21) 제79조의 불가항력에 기인하였다면 채권자는 특정이행을 청구할 수도 없고 손해배상을 청구할 수도 없다. 즉 위험은 채무자가 부담한다.

지 않는다(제69조 제3항).²²⁾

나. UN 국제매매협약이 동산에 관한 국제상거래계약의 매수인에게 인수의무를 부과한 것은, 그 후 세계적으로 큰 영향을 미치고 있다.²³⁾

1) UNIDROIT²⁴⁾ 국제상사계약원칙(Principles of International Commercial Contracts)²⁵⁾은, 1994년에 공표되고 2005년 및 2010년에 개정되었는데, “각 당사자는, 상대방의 의무의 이행을 위해 협력할 것이 합리적으로 기대되고 있을 때에는, 상대방에게 협력하여야 한다”고 규정하여(Art. 5.1.3), 협력의무(duty to cooperate)를 선언하고 있다. UN 국제매매협약과 유사하게, 채무불이행이 채권자의 작위나 부작위에 기한 경우에는 채권자는 채무자의 불이행을 원용할 수 없다는 규정도 두고 있다(Art. 7.1.2)

채권자지체에 관하여 아무런 규정을 두지 않았고, 우리 민법 제537조, 제538조와 같은 위험부담규정을 두지 않았지만, 실제적인 결론은 UN 국제매매협약의 경우와 유사하다.²⁶⁾

2) 또한, 유럽연합 내에서의 계약법의 통일을 위해 작업을 진행하고 있던 학자 그룹인 유럽계약법위원회가 2002년 최종 공표한 “유럽계약법원칙(Principles on European Contract Law)”²⁷⁾도 채권자지체나 위험부담에 관한 별도의 규정이 없다.

다만, “각 당사자는, 상대방에 대하여, 계약이 완전히 실현되기 위해서 협력할 의무를 진다”고 하고(1:202), 채권자측이 이행에 협력하지 않는 경우를 불이행(non-performance)에 포함시키고 있다(1:301(4)). 이는 계약전반에 관해 정형적으로 협력의무를 인정한 것이다. 이로써 채권자의 협력불이행이 채무불이행으로 성립될 수 있지만, 위 불수령 등이 불가항력에 기인한 경우에 채무자는 불이행책임으로 채권자에게 특정이행을 청구하거나 손해배상을 청구할 수는 없다(8:108). 또한 UN

22) 제철웅, 129~132, 138면.

23) 일본 「新版注釋民法(10)」, 482~484면(潮見 佳男집필부분).

24) 프랑스어 공식명칭인 Institut international pour l'unification du droit privé 의 약어로서 ‘사법의 통일화를 위한 국제기구’로 번역된다.

25) UN 국제매매협약과는 달리 계약법 일반에 적용되는 법원칙을 정리한 것으로서, 매매나 그 외 개별계약에 적용되는 특수한 법원칙을 다루지 않는다.

26) 제철웅, 139~141면.

27) 유럽계약법원칙은 유럽연합 공동체가 계약법의 일반적인 규정(rule)으로 적용하기 위해 만든 것으로서, 당사자들이 계약에 편입시키거나 위 원칙에 의하여 규율되는 것에 동의함으로써 위 원칙이 적용된다(1:101 참조).

국제매매협약과 마찬가지로 채무자가 급부목적물을 점유하고 있는 동안에는 이를 보관하기 위한 합리적인 조치를 취하도록 규정하고 있다(7:110).²⁸⁾

3) 1999년에 성립한 중국계약법²⁹⁾도, UN 국제매매협약의 영향을 받아, “당사자는 성실신용의 원칙에 따라, 계약의 성질, 목적 및 거래의 관습에 비추어, 이하에서 드는 의무를 이행하지 않으면 안 된다”고 하고, 그 가운데에 협력의무를 포함시키고 있다(제60조). 이 의무위반에 의해, 채권자에게 위약책임이 발생한다(제107조 이하). 또한 채권자가 수령을 지체한 경우에, 채무자에게는 공탁권이 주어진다(제101조).³⁰⁾

5. 소결

우리민법상 채권자의 수령의무를 일반적으로 인정할 것인가에 대하여 채무불이행설³¹⁾과 법정책임설³²⁾의 오랜 논쟁이 계속되었다. 절충설로서, 일반적으로는 채권자의 수취의무를 인정하지 않지만 매매·도급·임치와 같은 계약유형에서 부수적 의무로서 채권자에게 신의칙상 수취의무를 인정해야 한다는 견해³³⁾ 및 채권자의 수령의무를 법적 의무로 파악하면서 귀책사유 여하에 따라 채권자지체의 효과에 차등을 두어야 한다는 견해³⁴⁾, 법정책임설의 기본적인 입장에 따르면서도 귀책사유

28) 제철웅, 143~145면.

29) 법제처 제공의 세계법제정보센터(www.world.moleg.go.kr)중 중국계약법 번역문(이규철 역) 참조.

30) 그 외에 채권자지체에 관한 스위스채무법 제91조 내지 95조의 규정 및 대만민법 제234~241조의 규정에 대한 내용은, 민법주해 IX」 702~703, 715~716면(이은영 집필부분) 및 김성수 역, 「대만민법전」, 비교민법총서 2, 법무부(2012. 12.) 등을 참조하라.

31) 박윤직, 「채권총론(6판)」, 박영사, 2009, 102~103면; 김기선, 「한국채권법각론(제2전정판)」, 법문사, 1982, 171면; 김용한, 「채권법총론」, 박영사, 1983, 170면; 현승중, 「채권총론」, 일신사, 1979, 138. 위 설을 다수설이라고 표시하고 있는 문헌들이 있지만 - 김상용, 205면; 「민법주해 IX」, 86면(이은영 집필부분) 등 - 현재의 다수설이라고 볼 수 있는지는 의문이다.

32) 최식, 「신채권법총론」, 박영사, 1963, 209면; 권오승, 「민법의 쟁점」, 법원사, 1990, 249면; 이은영, 「채권총론」, 402~403면; 양창수/김재형, 419~420면; 지원립, 997~998면; 송덕수, 「채권법총론(제2판)」, 박영사, 2015, 205~206면; 김준호, 「민법강의(제21판)」, 법문사, 2015, 1133~1134면 등. 김증한, 채권총론, 1988면, 73면은 채무불이행설의 입장이었으나 김증한/김학동, 「채권총론」, 1998, 173면 이후 법정책임설을 취한다.

33) 김형배, 332~333면 ; 정기웅, “채권자지체”, 「사법행정」 33권 9호(1992.9.), 45면. 한편 이은영, “채권자지체”, 「민법학논총 : 후암 박윤직 교수 화갑기념논문집」, 박영사, 1985, 382~383면은, 채권자의 협력이 계약의 본질적 부분을 이루는 경우에만 예외적으로 채권자의 수령의무가 인정된다고 하고, 이러한 경우의 수령의무는 주된 의무로 보아야 하며, 위 의무의 위반에 대해서는 손해배상청구권과 아울러 계약해제권을 인정하여야 한다고 주장한 바 있다. 그러나 이은영, 채권총론, 박영사, 1992, 339면 이후에는 법정책임설을 취하고 있다.

34) 이호정, 「채권법총론」, 한국방송통신대학교출판부, 1991, 40~41면. 서광민(註 7), 341~342면은 채

가 있는 경우에는 공평의 견지에서 신의칙 또는 묵시의 특약에 의하여 채무자에게 계약해제권과 손해배상청구권을 인정하여야 한다는 견해³⁵⁾ 등도 있다.

개인적인 견해로는 권리본위적인 근대민법의 특성, 우리민법이 모델로 삼은 독일민법의 해석론, 현행민법상 채권자지체제도의 규정위치 등에 비추어 볼 때 해석론으로서 법정책임설에 찬동한다. 그리고 독일과 같은 명문의 규정이 없는 우리나라의 경우에 매매, 도급 등 한정된 유형의 계약에서 일률적으로 채권자에게 수취의무를 인정하는 것에도 무리가 있다고 생각된다.

그러나 입법론으로서의 매매, 도급 등 특정한 계약유형이나 특히 그 중에서도 신속한 처리를 요하는 상품매매에 있어서는 최근의 국제협약이나 입법례 등에서 보는 바와 같이 채권자의 협력의무로서 인수의무를 인정하는 것을 입법론으로서 적극적으로 검토할 필요가 있다고 생각된다. 비록 채권관계에서 당사자 간의 유기적인 협력의무를 인정하는 것이 과거 채국주의적인 협동체이론으로부터 유래된 면은 있지만, 거래의 신속한 처리와 아울러 사회적 형평이나 신뢰보호를 이루고자 하는 현대 민법에서 의미를 가질 수는 있다고 할 것이다. 나아가 해석론으로서도 적어도 매매계약 중 사안에 따라서는 그 구체적인 특성을 감안하여 신의칙이나 묵시적인 약정을 매개로 매수인의 인수의무를 승인하고 그 의무위반에 대해서는 손해배상청구와 나아가 계약해제까지도 인정할 필요성이 있을 것으로 생각된다.³⁶⁾

Ⅲ. 채권자지체의 요건으로서 수령불능 또는 수령거절

1. 개설

민법 제400조로부터 채권자지체의 요건은 대체로 'i) 급부의 성질상 급부의 실현에 수령 기타 채권자의 협력이 요구될 것 ii) 이행의 제공이 있었을 것 iii) 이행이 가능할 것³⁷⁾ iv) 채권자의 수령불능 또는 수령거절' 이 있을 것을 든다. 그 외에 채

무의 이행에 채권자의 협력이 필요한 채무에 있어서는 채권자의 수령의무 내지 협력의무가 신의칙상 일반적으로 인정된다는 전제 하에 위와 같은 견해를 주장한다.

35) 김상용, 211~212, 215면.

36) 우리민법 제400조와 유사한 단 한 개의 조문만을 가지고 있는 일본의 경우, 最高裁 1971. 12. 16. 判決(民集 25・9・1472)에서 해석론으로서 신의칙에 의한 매수인의 인취의무를 인정한 예가 있다.

37) 위 요건을 독립된 채권자지체의 요건으로 삼지 않고 변제제공의 전제문제로 파악하여 이행제공에 흡수시키기도 하고(일본「新版注釋民法(10)」, 516, 518면(潮見 佳男집필부분) 참조), 수령불능에 대한 설명에 포함시키기도 한다(김상용 212~213면, 양창수/김재형, 421면; 김준호, 1135

권자의 수령불능 또는 수령거절에 채권자의 귀책사유를 요하는지에 대하여 법정책임설과 채무불이행책임설의 대립이 있다.³⁸⁾

수령거절은 거절의사를 필요로 한다고 보아, 그렇지 않은 수령불능의 경우와 대립적으로 해석할 수도 있으나, 채권자의 의사에 기초하는 수령거절이든 불가항력 내지는 채권자 측의 주관적 사정에 의한 수령불능이든, 채무이행을 위한 제공에 대하여 수령 내지 협력이 결여되기 때문에 채권의 실현을 완수할 수 없는 상태에 있다는 점에서 수령거절과 수령불능의 구별은 그다지 의의가 있는 것은 아니다.

이것보다는 불능이라는 점에서 공통적인 수령불능과 이행불능에 있어서 그 구별·한계가 중요한 의미를 가진다. 채권자지체를 정의하고 있는 우리민법의 제400조에 해당하는 독일민법 제293조는 수령불능에 대해서는 규정하고 있지 않으나³⁹⁾ 해석론으로서는 우리 민법과 차이가 없다.

한편 수령거절에 있어서는 그것이 정당한 것인지가 문제된다. 정당한 수령거절의 경우에는 채권자지체가 성립하지 않기 때문이다.

2. 수령불능과 이행불능의 구별

가. 문제의 제기

예를 들어 i) 환자의 남편으로부터 왕진을 의뢰받은 의사의 도착 전에 환자가 사망한 경우와, ii) 노무급부에 있어서 사용자측의 과실(ii-1) 또는 불가항력적인 자연력에 의하여(ii-2) 공장이 소실되어 공장이 조업불능 상태가 된 경우(이른바 목적이 소멸한 경우)와 같이 채무자의 이행행위가 불가능한 것은 아니나 사회관념상 무의미한 때가 있다. 반면 iii) 왕진을 의뢰한 환자가 의사의 도착 전에 자연히 완쾌된 경우와, iv) 건물을 철거하는 채무에 있어서 사용자가 과실로 제3자에게 건물철거를 시키거나(iv-1), 지진이나 폭풍으로 인해 건물이 자연히 무너져버린 경우(iv-2)(이른바 목적도달)와 같이 급부의 결과가 채무자의 행위 이외의 방법으로 실현되는 때가 있다.⁴⁰⁾

면; 송덕수, 206~207면; 김용담 편집대표, 「주석민법(제4판) 채권총칙(2)」, 사법행정학회, 93~95면(유남석 집필부분) 참조).

38) 귀책사유의 유무가 양설과 부관하다는 반론도 있다.

39) 제293조 [수령지체] 채권자는 그에게 제공된 급부를 수령하지 아니하면 지체에 빠진다.

40) 김증한/김학동, 101~102면; 양창수/김재형, 421면; 이병준, “독일 채권법개정과 우리 민법개정: 일반채무불이행법상 불능으로 인한 급부의무의 소멸을 중심으로”, 「민사법학」 28호(2005.6.), 273면.

개념적으로는 이행이 불능인데 이행제공을 한다는 것은 있을 수 없는 것이나, 현상적으로는 채무자 측에서 준비를 마치고 스스로의 노무나 기술을 제공한 시점에 이미 이행이 불능하였다는 것이 사후에 판명되는 경우도 있다. 이 때 객관적으로 이행제공이 불가능하였다는 점에 중점을 두어 이행불능으로 볼 것인지 아니면 채무자 측의 입장에 중점을 두어 수령불능으로 볼 것인지가 문제된다.

그런데 여기서 이행불능인가 수령불능인가의 판단은 그 결론 여하에 따라 다음과 같은 중대한 효과상의 차이를 가져온다. 즉, 이행불능에 해당하면 그것이 채무자에게 귀책사유 없이 발생한 때에는 당해 채무를 소멸시키고 나아가 쌍무계약에 있어서는 채무자의 반대채권도 소멸된다(제537조). 그러나 수령불능에 해당하면 채권자가 채권자지체 책임을 질 뿐 쌍무계약에 있어서 채무자는 그대로 반대채권을 가지며, 그 후 급부가 쌍방에 책임 없는 사유로 불능이 되더라도 채무자는 여전히 반대채권을 가지게 된다(제538조 제1항 제2문).

나. 판단기준으로서 영역설의 내용 및 그에 대한 비판

(1) 우리나라 영역설의 내용

위 문제에 관하여 종래의 통설은 급부를 불가능하게 한 장애가 채권자 또는 채무자 가운데 어느 쪽의 영향범위 내에서 생겼는지를 표준으로 하여 채권자의 영역, 즉 그에 의하여 지배되는 위험영역으로부터 연원하는 것이면 채권자지체가 인정되고, 그것이 채무자의 영역에서 연원하는 것이면 이행불능이 인정된다는 이른바 영역설이다. 그리고 채권자지체에 해당할 경우에는 채권자가 책임을 지게 된다고 한다.⁴¹⁾

위 영역설은 직접적으로는 일본의 영역설로부터 영향을 받은 것으로 보이는데, 이는 我妻 榮의 이론을 기반으로 한다. 我妻 榮은 “이행이 불가능하기 때문에 수령도 불능이라고 할 때에는 수령불능이 아니”라고 하면서도, 다만, 그 구별은 곤란한 경우가 많다고 하고, “이행의 가능을 수령불능의 전제로 삼는 것은 한쪽에 치우치므로, 급부를 불능하게 하는 원인이 채권자와 채무자 중 어느 쪽의 지배에 속하는 범위 내의 사유에 기초하는지를 표준으로 하여, 채무자의 사유에 기초할 때

41) 박윤직, 179면; 김용한, 173면; 김주수, 130면; 김중환/김학동, 177면; 현승중, 140면; 황적인, 「현대민법론 III」, 박영사, 1987, 123면; 송덕수 207면. 양창수/김재형, 422면은 위 내용을 소개하면서 급부장애가 채권자나 채무자의 영역이 아닌 중립영역에서 연원하는 것도 이행불능에 포함시키고 있으나, 이 점을 명시하는 학설은 찾기 어렵고 오히려 채권자지체로 관념하는 것 같다.

에는 이행불능에 지나지 않으나, 채권자의 사유에 기초할 때에는 수령불능의 효과 ‘도’ 발생시키는 것이라고 해석함이 정당하다”고 한다.⁴²⁾

위 영역설의 정의에 의하면, 위 i) 내지 iv)의 예들은 급부장애가 채권자의 위험 영역에서 연원하는 것이기 때문에 채권자지체가 될 수 있을 뿐이고 이행불능은 아니다.

그런데 우리나라에서 영역설을 주장하는 학자는 대체로 채권자지체에 대하여 채무불이행책임설을 취하여 채권자의 귀책사유를 요한다. 이에 따르면 결과적으로 ii-1), iv-1) 만이 채권자지체에 해당한다.⁴³⁾

(2) 영역설의 연원

영역설은 원래 독일에서 형성된 이론으로서, 그 중 노무계약에 관한 이론인 경영위험이론은 독일 연방노동법원에 의하여 지지를 받았다. 위 이론은 근로자의 노무급부가 원료나 동력의 공급중단, 정부의 명령 등과 같은 경영상의 원인으로 인한 사용자의 휴업으로 말미암아 실현될 수 없는 경우에는 마치 사용자의 수령지체가 있는 것과 마찬가지로 보아서 제615조 제1문⁴⁴⁾에 기하여 노무자의 반대채권, 즉 임금채권이 존속하도록 하는데 의의를 가진다.⁴⁵⁾

(3) 우리나라의 영역설에 대한 비판

독일의 영역설은 우리나라의 종래 통설이 이해하듯이 어떠한 급부장애에 대하여 그것이 이행불능에 속하는가 채권자지체에 속하는가를 구분하는 기준을 제공하는 이론으로 발전된 것이 아니다. 그것보다는 고용계약의 이행과 관련하여 이행불능과 채권자지체 중 어느 것에 속하는지 구분이 어려운 경영장애에 있어서, 위 구분을 포기하고 경영장애의 원인이 사용자측에서 발생한 경우에는 노무자보호의 관점에서 독일민법 제615조 제1문을 적용하여 마치 수령지체와 같이 반대급부의 위험을 사용자에게 부담시키려는 이론으로 발전한 것이다.

42) 일본 「新版注釋民法(10)」 521~522면(潮見 佳男집필부분) 참조.

43) 다만, 송석수, 207면은 법정책임설의 입장에 있으면서도 영역설을 취하는데, 채권자의 영역에서 급부장애가 생긴 경우에도 영구적인 불능은 이행불능이라고 함으로써 위 예들에 대하여 동일한 결론에 도달한다.

44) “사용자의 수령지체로 인하여 제공하지 못한 노무에 대하여, 노무자는 약정된 보수를 추후 급부의무의 부담 없이 청구할 수 있다.”

45) 하경호, “고용계약에 있어서의 반대급부위험의 부담”, 「민사법학」 9·10호(1993.7.), 300~306면; 「민법주해(IX)」, 719면(이은영 집필부분); 이은영, 「채권각론」, 184면; 양창수/김재형, 422면. 그 외 독일 학설의 최근의 동향에 대해서는 김상용, 213면 참조.

그런데 우리 민법에는 독일민법 제615조 제1문과 같은 규정이 없어, 독일의 영역설과 같은 기준으로 경영장애가 채권자지체에 해당한다고 하여 사용자에게 책임을 지게 하는, 즉 반대급부의무를 당연히 부담시킬 근거가 없다.⁴⁶⁾ 따라서 우리민법의 해석상 고용계약은 물론 계약 전반에서 이행불능과 채권자지체를 구분하는 기준으로서 위 이론을 적용하는 것에는 무리가 있다. 더욱이 위 이론이 채권자지체의 성립에 채권자의 귀책을 요하는 채무불이행설과 결합하지 않는 경우에는, 채권자의 영역에서 발생한 불가항력적 사유에 기한 급부장애도 채권자지체에 해당하는 것으로 되어 그 범위가 부당하게 넓어진다는 문제점도 있다.

(4) 대안적 견해

채권자지체의 성질에 대하여 법정책임설을 취하는 학자들 중에서는 영역설의 부당성을 지적하면서, 급부장애의 위험을 누가 부담하는 것이 공평한 것인가의 관점에서 해결하여야 한다는 견해를 제시하기도 한다. 그러나 통일된 내용을 가진 것은 아니다.

다만, 채권자지체제도가 급부가능을 전제로 하고 채권자지체시부터 채무의 이행이 다시 행해질 때까지 채무자의 불이익을 구제하기 위한 잠정적 효과만을 규정하는 것으로 파악한다는 점은 대체로 공통된다. 그리하여 채권의 목적인 급부의 실현이 급부장애에 의하여 종국적으로 불능인 경우에는 그 급부장애가 누구의 위험영역에서 연원하는지를 불문하고 채권자지체가 성립하지 않고 이행불능의 법리에 따른다고 한다.⁴⁷⁾ 따라서 위의 i)의 사례에서 환자의 사망으로 의사는 치료를 할 수 없으므로 종국적 급부불능으로서 채권자지체의 문제는 아니고, 채무자인 의사에게 귀책사유가 없으므로 그의 진료채무가 소멸하게 된다.

위 견해들 중 하나로서, 급부장애를 채권자의 행태에 기인하는 경우와 당사자의 적 사정에 기인하는 경우를 구분하여 고찰하는 견해가 있다. 전자의 경우는 급부

46) 김형배, 340~342면; 하경효(註 45), 308-316면; 서광민(註 7), 333-335면.

47) 김형배, 336~337면; 서광민(註 7), 333~337면; 김상용, 214면; 양창수/김재형, 422면. 이은영, 「채권자론(제5판)」, 박영사, 2005, 143면은 영역설을 지지하였으나 이은영, 「채권총론」, 407면에서는 영역설의 기본은 유지하면서도, 채권자의 영역에 이르기 전에 변제를 불가능하게 만드는 사정이 생긴 때에는 채무자의 귀책사유로 인한 이행불능 또는 불가항력에 의한 급부불능으로 파악된다고 하여, 당초의 견해를 다소 수정한 것으로 보인다. 한편, 지원림, 998면은 급부가 일시적 또는 영구적으로 불가능한 경우에 지체 또는 불능의 문제가 발생한다고 하고, 급부불능인지 채권자지체인지의 판별은 채권자의 협력이 있었다면 채무자가 그의 급부를 실현할 수 있었는지 여부에 따라 그가 급부를 실현할 수 없었다면 급부불능, 실현할 수 있었다면 채권자지체가 성립한다고 한다.

장애가 영구적인지 일시적인지에 따라 앞서 본 바와 같이 처리하되, 그 중 채권자가 수령하지 않은 채무자의 급부행위가 정기행위일 경우에는 이를 절대적 정기행위와 상대적 정기행위로 나누어 절대적 정기행위의 경우는 급부불능으로, 상대적 정기행위의 경우는 채권자지체가 된다고 한다. 그리고 후자의 경우는 급부불능으로 처리하되 다만 그 불능에 대하여 채권자의 작위 또는 부작위가 원인이 되었거나 반대급부를 지급하지 않으면 신의칙에 반하는 경우에는 제538조 제1항 전단에 포함되는 이른바 채권자의 책임 있는 사유에 의한 급부불능 즉 채권자위험부담의 문제가 될 것이라고 한다.⁴⁸⁾

또한 우리나라에서 이행불능과 채권자지체의 구별은 급부장애에 대하여 누가 책임을 지느냐와 관련하여 채권자의 반대급부청구권을 인정할 것인가와 관련되는데, 위 i)의 사례와 같이 채무가 영구적 급부불능의 상태에 있는 경우에도 이를 위험부담의 법리로만 해결할 것은 아니고, 의사인 채권자가 지출한 비용은 공평의 법리에 따라 청구할 수 있도록 하여야 한다는 견해도 있다.⁴⁹⁾

(5) 판례

대법원은, 사용자의 부당한 해고처분이 무효이거나 취소된 경우에는 위 해고처분 이후 피해고자의 근로자로서의 지위는 계속되고 있었던 것이 되고, 근로자가 그 동안 근로의 제공을 하지 못한 것은 사용자의 귀책사유로 인한 것이라 할 것이니 근로자는 민법 제538조 제1항에 의하여 계속 근로하였을 경우에 받을 수 있는 임금전부의 지급을 청구할 수 있다는 태도를 취한다.⁵⁰⁾

종래의 통설은 이를 영역설에 기한 것으로 파악하였던 것으로 보이나,⁵¹⁾ 부당한 해고처분으로 인한 근로의 미제공은 사용자의 귀책사유에 기한 것이므로 영역설에 의해서만 가능한 결론은 아니다.

다. 영구적·종국적 불능과 일시적 불능

1) 앞서 본 영역설에 관한 이론의 전개 및 그에 대한 비판과 영역설의 대안으로서 나온 다양한 견해들을 종합하면, 결국 이행불능과 수령불능을 구분하는 기준으로 가장 중요한 것은 급부불능이 영구적·종국적인지 일시적인지 여부라고 할 것

48) 김형배, 336~337, 339~345면.

49) 김상용, 214면; 서광민(註 7), 338면.

50) 대법원 1981.12.22. 선고 81다626 판결.

51) 「민법주해(IX)」, 719면(이은영 집필부분)은 영역설을 설명하면서 말미에 이 판례를 들고 있다.

이다.⁵²⁾

채권의 목적인 급부의 실현이 급부장애에 의하여 영구적·종국적으로 불능인 경우에는 그 급부장애가 누구의 위험영역에서 연원하는지를 불문하고 채권자지체가 성립하지 않고 이행불능의 법리에 따라야 할 것이다. 반면 급부장애가 일시적이어서 채무자의 급부가 그 장애의 제거 후에 추완가능한 것인 때에는 채권자지체의 성립여부가 고려될 여지가 있는 것이다.

위와 같은 기준에 의하면 앞서본 i) 내지 iv)의 예들은 모두 채권자지체에 해당할 여지가 없다. 그리고 반대급부의 부담문제는 일단 위 기준에 의하여 채권자지체와 이행불능이 구별된 후에 위험부담의 문제로서 별도로 해결하여야 할 것이다.

2) 한편 독일 민법 제299조는 기한의 정함이 없는 지참채무 또는 기한 전 변제의 경우에, 채권자에게 제공된 급부를 수령하지 못할 일시적 장애가 있다고 하여도 수령지체가 되지 않는다고 한다. 우리 민법은 이에 해당 규정은 없다. 그러나 위 독일 민법규정에서 규정하고 있는 상황을 유효한 이행제공의 문제로 파악한다면 동일한 결론에 도달할 수 있다.

왜냐하면 이행의 제공은 당사자·대상·장소는 물론 시기의 면에서도 적합하여야 하기 때문이다. 변제기 전의 변제도 유효하지만, 위와 같은 이행제공에 대하여 채권자지체가 발생한다면 채권자에게 변제기 전에도 언제든지 수령할 수 있는 상태로 준비될 것을 요구하므로 문제가 있다.

위와 같은 채무자의 이행제공에 대하여 채권자지체의 효과가 발생되기 위해서는 채무자가 채권자에게 급부에 적합한 시기를 사전에 통고하여야 할 것이고, 그렇지 않다면 채무의 내용에 좇은 이행제공으로 보지 않거나, 적어도 채권자지체의 효과를 바로 발생시키기에 상당한 불수령으로 볼 수는 없을 것이다.⁵³⁾

3. 정당한 수령거절의 경우

정당한 수령거절의 경우에는 채권자지체가 생기지 않는다. 그러나 실제 이행과정에서는 채권자의 수령거절이 정당한 태도인지 여부가 문제되는 경우가 있다.

52) 김형배, 336~337면; 서광민(註 7), 335~337면; 이은영, 「채권총론」, 407~408면; 양창수/김재형, 422면.

53) 김중환/김학동, 176면; 지원림, 999~1000면; 김준호, 1135면, 일본 「新版注釋民法(10)」, 520면(潮見 佳男집필부분) 참조.

가. 특정물채무의 경우

1) “특정물의 인도가 채권의 목적인 때에는 채무자는 이행기의 현상대로 그 물건을 인도하여야 한다”는 제462조의 해석과 관련하여, 다수설은 채무자가 이행기의 현상대로의 목적물을 인도함으로써 채무는 목적을 달성하여 소멸하는 것으로 이해한다(완전이행설). 그 현상이 당초의 목적물보다 악화된 것이고 그 악화에 대하여 채무자에게 선관주의에 의한 보존의무의 위반이 있으면 그에 따른 손해배상 책임을 부담하고, 물건에 하자가 있으면 하자담보의 문제가 될 뿐, 그 인도는 완전한 이행이 된다는 것이다.⁵⁴⁾

그러나 위와 같은 다수설을 비판하면서 제462조는 본래의 특정물과 법적 동일성을 유지하는 변화가 있는 것에 불과한 경우에 한하여 유효한 변제의 제공이 된다는 의미라고 이해하는 해석론(변제제공설)이 있다.⁵⁵⁾

양설은 하자담보책임의 본질에 관한 법정책임설과 채무불이행책임설 중 어느 견해를 취하는지, 특정물의 현상인도의무와 선관주의의무와의 관계를 어떻게 파악하는지와 관련이 있다. 그러나 어느 입장을 취하는지 여부와는 무관하게, 채무자가 채권자에게 제공한 특정물의 동일성이 유지되는 한, 손상이나 일부멸실 등의 하자를 이유로 채권자가 위 특정물의 수령을 거절할 수 없으며, 만약 수령을 거절하는 경우에는 채권자지체의 책임을 진다고 해석하는 것으로 보인다.⁵⁶⁾

2) 위와 같은 논의는 과거 독일민법의 해석론에 영향을 받은 것이었다. 그런데 2002년부터 시행된 개정 독일민법은 매도인으로 하여금 매수인에게 물건하자 및 권리하자 없는 물건을 공여하여야 할 의무를 부과함으로써(제433조 제1항 후문) 특정물도그마를 입법적으로 폐기하고, 하자 있는 물건을 공여한 경우에는 채무불이행을 구성한다는 법리를 채택하게 되었다. 매도인이 하자 있는 급부를 한 때는

54) 박운직, 98~99면; 김중환/김학동, 355면; 황적인, 7면; 송덕수, 63면.

55) 김용한, 508면; 김주수, 368면; 김형배, 65면; 이은영, 「채권총론」, 100면; 김상용, 427-429면(단, 종래 「채권총론(개정판 증보)」, 법문사, 2003, 452면에서는 다수설의 견해를 취하였음); 지원립, 931-933면. 한편 양창수/김재형, 305-306면은 기본적으로 변제제공설을 긍정적으로 평가하면서도 적극적인 해석론에서는 충분히 만족스럽지 못하다고 한다. 그러면서 위 제462조는 채권자를 위한 규정일 뿐, 채무자에 대해서는 이행기 이후에 목적물에 사실적인 변화가 생긴 경우에도 ‘이행기의 현상대로’ 목적물을 인도하도록 위 의무의 내용을 불리하게 확장하는 의미를 가진다고 한다.

56) 「민법주해 IX」, 709면(이은영 집필부분). 다만, 지원립, 932~933면은 권리부여형 인도의무와 수익종결형 인도의무로 나누어, 전자의 경우에는 채무의 내용에 좇은 성상을 갖추지 못한 특정물의 인도를 거절한 경우는 채권자지체가 성립하지 않는다고 한다.

그의 계약적 의무를 완전히 이행하지 않은 것으로 권한 없는 일부급부가 되므로(제266조) 매수인이 그 목적물의 하자를 인식한 때에는 채권자지체에 빠지지 않고 그 수령을 거절할 수 있다(제294조, 제320조 참조). UN 국제매매협약이나 유럽계약법원칙이 제시하고 있는 세계적인 추세에 따른 것이라고 할 수 있다.⁵⁷⁾

우리나라에서도 입법론적으로 같은 내용을 명문화하고 특정물의 현상인도의무를 규정하고 있는 위 462조를 삭제하여야 한다는 논의가 있다.⁵⁸⁾

그렇지만 현행법 하에서도 제462조가 있다고 하여 현상인도가 언제나 유효한 변제에 해당한다고 볼 것은 아니라고 할 것이므로, 이행기의 현상목적물에 위 변제 제공설이 말하는 '본래의 특정물과 법적 동일성을 유지하지 못하는 정도의 하자'가 있는 경우뿐 아니라, 그 정도에 이르지 않더라도 담보책임에서 계약해제의 요건으로 들고 있는 '계약의 목적을 달성하지 못할 정도의 하자'가 있다면, 위 하자를 이유로 특정물의 수령을 거절할 수 있는 것이 아닌가 생각된다.

나. 종류채무의 경우

종류채무는 당사자가 약정한 특정방법에 따라 사실상 목적물의 분리가 이루어지거나⁵⁹⁾ "채무의 이행에 필요한 행위를 완료하거나 채권자의 동의를 얻어 이행할 물건을 지정한 때"에 종류물에 대한 이행채무의 특징이 이루어져 특정물채무가 된다(제375조 제2항 참조).

따라서 채무자가 종류물 중 채권자에게 제공할 목적물을 분리하여 이를 변제제공하였다면 늦어도 그 수령시점에서는 특정물채권으로 전환하게 되는 것이므로,⁶⁰⁾ 그 이후에는 앞서 본 특정물채무에 대한 설명이 적용된다.

이와 같이 종류물이 특정된 후에는 물건이 훼손된 경우에도 민법 제462조에 의하여 이행기의 현상대로 훼손된 물건을 인도하면 적법한 변제제공으로 보게 되므로, 특정물이 인도된 이상 원칙적으로 불완전이행의 문제는 발생하지 않으며 경우에 따라서 하자담보책임이 문제될 뿐이라고 한다.⁶¹⁾

또한 현행 민법은 종류물을 수령하기 전에 물건을 표면적으로 보는 이외에 그

57) 김대정, “매도인의 담보책임에 관한 민법규정의 개정을 위한 일제언”, 「민사법학」 49-1호(2010.06), 239~242면; 김형배 외, 「독일 채권법의 현대화」, 법문사, 2003, 67면.

58) 김대정, 전계논문, 248면.

59) 박윤직 편집대표, 「민법주해 VIII」, 박영사, 1995, 151면(송덕수 집필부분).

60) 「민법주해 VIII」, 152면(송덕수 집필부분).

61) 이러한 다수설에 대하여 이를 불완전이행으로 다루어야 한다고 견해도 점차 유력해 지고 있다. 그 찬반 논의에 대한 詳論은 「민법주해 VIII」, 118면(송덕수 집필부분) 참조.

이상의 면밀한 검사를 위하여 수령을 지연시킬 수 있는 기회를 채권자에게 부여하지 않는다. 다만, 수령 후 목적물에 하자가 있음을 발견하면 채무자에게 하자담보 책임을 추궁할 수 있도록 하고 있고, 그 책임의 내용으로서 하자 없는 물건을 청구할 권리가 포함되어 있다. 이러한 입법태도는 개정 전의 독일민법에서 유래하는 것이지만, 수령과 검사를 분리하는 것은 현대의 상품거래에는 맞지 않는 측면이 있다.⁶²⁾

그런데 이론적으로는 위에서 말한 종류물의 특정 중 ‘사실상 목적물의 분리’ 또는 ‘채무의 이행에 필요한 행위의 완료’나 ‘채권자의 동의를 얻어 이행할 물건을 지정’하는 것은 수령 전에도 이루어질 수 있다. 그러나 수령 전에 이미 특정이 이루어졌다고 보게 되면 그 이후의 시점에서는 하자를 이유로 수령을 거절할 수 없다는 결론에 이른다.

이러한 부당한 결론을 피하기 위해서는, 특정은 채무자가 급부할 목적물을 한정 시킴으로써 조달부담을 제한하고 급부위험을 채권자에게 이전시키는 데 그 실질이 있는 것이며 본래의 종류물채권자체가 특정물채권으로 변환되는 것은 아니라든지, 종류물이 특정되어 특정물채권이 된다고 하더라도 이를 수령하기 전에 제공된 물건을 표면적으로 보아 약정한 종류나 품질에 해당하지 않는다는 등 흠이 있다는 등의 사유를 발견하였다면 물건의 계약부적합성을 이유로 정당하게 수령을 거절할 수 있고, 이는 채권자지체를 구성하지 않는다고 해야 할 것이다.⁶³⁾ 그리고 어차피 종류물에 있어서 하자담보책임의 내용으로서 완전물급부청구권이나 계약의 해제권 등을 인정하는 터이므로, 굳이 하자를 이유로 하는 수령거절을 허용하지 않고 추후 하자담보책임으로 해결하는 것보다는, 애초에 하자를 이유로 수령을 거절할 수 있도록 하는 것이 타당하다고 생각한다.⁶⁴⁾

참고로 상법 제69조 제1항은 “상인간의 매매에 있어서 매수인이 목적물을 수령할 때에는 지체 없이 이를 검사하여야 하며 하자 또는 수량의 부족을 발견한 경우에는 즉시 매도인에게 그 통지를 발송하지 아니하면 이로 인한 계약해제, 대금감액 및 손해배상을 청구하지 못한다”라고 규정하여 상거래의 신속한 처리와 매도인

62) 「민법주해(IX)」, 709면(이은영 집필부분).

63) 안법영, “종류물의 특정과 채권자지체, 그리고 하자담보책임 - 특정과 급부위험의 재인식을 위한 소고”, 「김형배교수 정년퇴임기념논문집 사회변동과 사법질서」, 박영사, 2000, 142~149면.

64) 「민법주해 VIII」, 142면(송덕수 집필부분)은 제581조를 적용하여 위와 같은 결과를 인정하고, 김중환/김학동, 37~38면은 제581조 제2항이 바로 적용되는 것은 아니나 번거로움을 피하기 위하여 같은 결과를 인정한다.

의 보호를 위하여 매수인의 목적물 검사·하자통지의무를 규정하고 있다.⁶⁵⁾ 이러한 매수인의 검사 및 통지의무 또한 매도인에게 하자담보책임을 묻기 위한 전제조건으로 기능한다. 그런데 위 규정에는 수령 전에 검사하여 하자를 발견하였을 때에는 수령을 거절할 수 있다는 취지가 포함되어 있다고 할 것이다.

그리고 대규모유통업거래에서 공정한 거래질서를 확립하고 대규모유통업자와 납품업자 간 대등한 지위에서 상호 보완적으로 발전할 수 있도록 하고자 하는 목적에서 제정된 “대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률” 제9조는 원칙적으로 대규모유통업자의 수령거절을 금지하면서도 대통령령으로 정하는 사유가 발생한 경우에는 수령을 거절할 수 있도록 하고 있는데, 그 위임에 따른 시행령 제7조는 ‘납품받은 상품이 납품업자의 책임 있는 사유로 인하여 훼손된 경우’(1호)나 ‘납품받은 상품에 결함이 있는 경우’(2호) 등의 정당한 사유가 있는 경우에는 수령을 거부할 수 있도록 규정하고 있다.

그러므로 종류물이 특정된 후에도 수령 전에 하자가 발견된 경우에 채권자가 수령을 거절할 수 있게 하는 것은, 적어도 종류물의 경우에는 앞서 본 개정된 독일 민법의 입장과도 일치하게 된다고 할 것이다.

다. 일부의 변제제공

일반적으로 일부이행은 채무의 내용에 좇은 이행이 아니다.⁶⁶⁾ 따라서 채권자가 이를 수령하지 않더라도 채권자지체에 빠지지 않는다. 그리고 그 일부변제의 수령이 적법하게 거절된 경우에는 급부 전부에 대하여 이행지체가 성립한다.

단, 특약이나 다른 관습으로 일부변제가 허용되는 경우에는 채권자가 그것을 수령하지 않으면 그 부분에 관하여 채권자지체가 발생한다. 가령 할부매매 등 대금을 분할지급하기로 하는 계약이 그러하다.⁶⁷⁾

65) 편집대표 정동윤, 「주석상법(4판) 총칙·상행위(1)」, 사법행정학회, 2013, 448면(김연미 집필부분).

66) 대법원 1984.9.11. 선고 84다카781 판결.

67) 「민법주해 IX」, 718면(이은영 집필부분); 양창수, “민법 제401조와 제461조의 경계획정”, 「민법연구 제1권」, 박영사, 1991, 299면.

IV. 채권자지체의 효과와 변제제공, 위험의 이전

1. 변제제공과의 관계

가. 제400조와 제461조의 관계

1) 제400조는 “채권자가 이행을 받을 수 없거나 받지 아니한 때에는 이행의 제공있는 때로부터 지체책임이 있다”고 규정한다. 그런데 여기에서 ‘이행의 제공’은 제460조에서 말하는 ‘변제의 제공’을 의미한다는 점에서 우리나라의 학설이 일치한다.⁶⁸⁾ 그리고 제461조는 “변제의 제공은 그때로부터 채무불이행의 책임을 면하게 한다.”고 규정한다.

2) 제400조와 제461조 양 규정의 형식에 의하면, 채권자지체책임이 발생하고 채무불이행책임의 면제가 발생하는 시점은 양자 모두 이행(변제)의 제공이 있는 때이다. 이렇게 보게 되면, 우리민법이 변제제공의 효과를 채권자지체책임의 발생과 채무불이행책임의 면제라는 두 부분으로 나누어 규정한 것으로서, 변제제공은 채무자의 이행의 측면에서 본 개념이고, 채권자지체는 채권자의 불수령이라는 측면에서 본 개념이라는 관점의 차이가 있을 뿐이라고 볼 수도 있다.⁶⁹⁾

3) 일본에서는 채권자지체의 효과로서 우리민법의 제400조와 같은 내용의 규정 하나만을 두고 있어서 변제제공의 효과와 채권자지체의 효과가 동일한 것인지 아닌지에 대하여 논의가 있다. 법정책임설은 채권자지체가 변제제공의 효과로서 불이행책임의 면제에서 더 나아가 그 이상의 보호를 채무자에게 부여하려는 점에서 변제제공보다 넓은 내용을 가지지만, 양자가 굳이 상호배제관계에 있다고까지 말할 필요는 없다고 한다.⁷⁰⁾ 반면, 我妻 榮으로 대표되는 채무불이행책임설에 의하면, 귀책사유의 유무에 관계없이 인정되는 변제제공의 효과와 채권자의 귀책사유를 요건으로 손해배상 및 계약해제까지 인정되는 채권자지체의 효과는 명확히 다

68) 「민법주해 IX」, 717면(이은영 집필부분); 박윤직, 258면; 김기선, 165면; 김용한, 172면; 김주수, 130면; 김중환/김학동, 175면; 현승중, 139면; 황적인, 124면; 김준호, 1136면.

69) 「민법주해 IX」, 707면(이은영 집필부분). 이 견해에 의하면, 우리 민법과는 달리 독일민법은 변제제공을 하지 않아도 채권자지체가 생기는 경우(제296조-채권자가 행하여야 할 행위를 적시에 하지 않은 경우)와 제공을 하여도 채권자지체로 되지 않는 경우(제299조-일시적 수령장애의 경우)를 명시하는 등으로 양자를 뚜렷이 구분하는 태도를 취한다고 한다.

70) 奥田昌道の 견해로서 일본 (舊)「注釋民法(10)」, 253~254면(奥田昌道 집필부분) 참조.

르며, 전자에 흡수되지 않는 것을 채권자지체책임의 고유한 내용이라고 보았다.⁷¹⁾

그러나 최근의 논의로는, 기본적으로 채권자의 수취의무를 전제로 채무불이행설의 입장을 취하면서도 채권자지체를 채무불이행의 일종으로 파악하는 것이 바로 채권자지체의 요건으로 채권자의 귀책사유를 요하는 것은 아니라고 하면서, 채권자지체의 효과는 변제제공의 효과를 포함하며 그 외에 채권자의 귀책사유를 요하는 보관의무의 경감, 증가비용청구권, 위험의 이전이나 손해배상책임과 해제권의 발생 등의 효과가 있다고 파악하는 견해가 유력하게 주장되고 있다.⁷²⁾ 또한 법정책임설의 입장에 서면서도 채권자지체의 효과와 변제제공의 효과를 양자를 준별하여야 한다는 주장도 있다.⁷³⁾ 한편으로는 채권자지체의 효과와 변제제공의 효과는 준별되어야 하지만, 양자의 관계를 어떻게 볼 것인지의 문제와 채권자지체의 법적 성질론이 직결되는 것은 아니라는 주장도 있다.⁷⁴⁾

4) 우리 학설상으로도 양자의 관계에 대하여 채권자지체 성질론의 연장선에서 그 효과로서 계약해제권과 손해배상청구권을 인정할 것인지에 대하여 논쟁이 있다. 그리고 제401조 내지 제403조의 내용과 위험부담의 이전(제538조 제1항 후단) 외에 i)채무자의 이행지체책임 면제(제461조)와 ii)변제공탁권 발생(제487조)을 포함시킬 것인지도 민법 시행 초기에 문제되었다.⁷⁵⁾

그러나 최근에는 채권자지체의 법적 성질론과 관련된 논의 이상의 것은 찾기 어렵고, 위 i), ii)에 대해서는 법정책임설을 취하면서도 단순한 변제제공의 효과일 뿐 채권자지체의 효과로 보지 않는 견해도 있다.⁷⁶⁾

71) 我妻 榮, 「新訂債權總論」, 1964, 235면; 일본 「新版注釋民法(10)」 511면(潮見 佳男집필부분).

72) 이는 星野英一, 幾代通 등의 견해로서, 현행 일본 민법전 기초당시의 지배적 견해이기도 하고(梅謙次郎, 富井政章), 我妻 榮 이전에 鳩山秀夫의 법정책임구성을 부정한 末弘嚴太郎의 견해이기도 하였다고 한다. - 일본 「新版注釋民法(10)」, 512면(潮見 佳男집필부분) 참조.

73) 平井宜雄의 견해라고 한다. - 일본 「新版注釋民法(10)」, 511면(潮見 佳男집필부분) 참조.

74) 일본 新版注釋民法(10)의 저자인 潮見 佳男의 입장이다. 일본 「新版注釋民法(10)」, 513~514면(潮見 佳男집필부분) 참조.

75) 「민법주해 IX」, 707면(이은영 집필부분)은 변제제공효과와 채권자지체 효과의 관계가 채무불이행책임설을 취하는지 법정책임설을 취하는지에 따라 다르게 이해된다고 하지만, 최근 이에 대하여 언급하는 문헌은 찾기 어렵다. 민법시행 초기에 법정책임설의 입장인 최석, 207면은 위 i), ii)를 포함시키고, 채무불이행설의 입장인 박윤직, “변제제공과 채권자지체와의 관계”, 「사법행정」 5권 10호(1964. 9.) 26면은 제외시켰다. 그러나 김기선, 174~175면은 채무불이행설을 취하면서도 이들을 포함시켰다.

76) 김증한/김학동, 178면은 ii)와 관련하여 공탁요건이 채권자지체요건과 일치하지만 공탁권이 반드시 채권자지체의 효과로서 생기는 것은 아니라고 하고, 양창수/김재형, 423면은 설명의 편의상 위 i), ii)를 변제제공의 효과로 다루는 것이 적절할 것이라고 한다.

5) 생각건대, 우리 민법은 일본 민법이 알지 못하는 제401조 규정을 두고 있어서, 채권자지체에 대한 성질론과는 관계없이, 위 제401조의 내용을 포함하는 채권자지체의 효과가 제461조에 의하여 단순히 채무불이행책임을 면하게 하는 변제제공의 효과가 같은 수는 없다고 할 것이다. 그렇게 본다면, 앞서 2)에서 제기한 해석가능성⁷⁷⁾과는 달리, 위 400조 규정은 변제제공을 채권자지체의 요건 중 하나로 본 것일 뿐, 변제제공의 효과와 채권자지체효과를 동시(同視)할 수는 없고, 채권자지체의 법적 성질론과는 관계없이 양자가 구분된다고 할 것이다.

그리고 양자 간의 관계에 대한 논의의 중점은 채권자지체 중 채무자책임의 경감(제401조)과 변제제공의 효과(제461조)를 어떻게 조화롭게 해석할 것인가에 모아진다.

나. 제401조와 제461조 간의 관계

(1) 법률규정의 개관

제401조는 “채권자지체 중에는 채무자는 고의 또는 중대한 과실이 없으면 불이행으로 인한 모든 책임이 없다”고 규정함으로써 채권자지체 중에 채무자의 주의의무를 경감하고 있다. 반면, 제461조는 “변제의 제공은 그때로부터 채무불이행의 책임을 면하게 한다”고 규정하고 있다.

통상 채무불이행책임은 이행지체, 이행불능, 불완전이행 등을 포괄하는 개념이고, 이는 채무자의 고의 또는 과실로 인하여 발생하게 된다. 그런데 제401조는 채권자지체 중에 발생하는 모든 유형의 채무불이행에 대하여 채무자의 고의 또는 중과실이 없는 한 책임을 면하게 하는 규정인가? 만일 그렇다면 변제의 제공으로 인한 채무불이행책임을 면제를 규정하고 있는 제461조와 정면으로 모순된다.

혹시 고의 또는 중과실의 대상인 채무 내지 주의의무에 차이가 있는 것은 아닌가? 그러나 제401조는 경감되는 채무의 내용에 대해서는 명시하지 않았다. 민법 제정과과정에서의 기록이나 위 조문의 초안인 “채권자지체 중에는 채무자는 그 책임 있는 사유가 없으면 불이행으로 인한 모든 책임이 없다”와는 다른 내용으로 현행 민법이 제정된 계기를 마련한 민사법연구회의 민법안의견서에도 이와 관련되는 내용은 없다.

77) 법정책임설을 취하는 이은영, 409~410면은 채권자지체의 효과는 변제제공과 공탁의 효과를 포함하여 종합적으로 이해되어야 한다고 하는데, 이는 양자가 기본적으로 동일하다는 견해인 것으로 보인다.

(2) 해당 독일 민법규정의 입법이유 및 해석론

제400조는 채권자지체라는 독자적 법제도를 알고 있는 독일민법 제300조 제1항을 모범으로 한 일본민법 제413조⁷⁸⁾를 계수한 것인 반면, 제461조는 채권자지체 제도를 알지 못하는 프랑스민법 제1257조⁷⁹⁾를 모범으로 한 일본민법 제492조⁸⁰⁾를 직접 계수한 것이다.⁸¹⁾ 그런데 앞서 본 바와 같이 일본 민법에는 우리민법 제401조와 같은 규정을 두지 않았다.

제401조는 독일민법 제300조 제1항을 모델로 한 것인데, 위 독일민법 규정에 경감되는 채무의 내용에 대해서 명시하지 않은 것은 우리민법의 경우와 마찬가지로이다. 그러나 위 조항에 대하여 설명하고 있는 독일민법 제1초안의 이유서(Motive)에 의하면, 채권자지체로 인한 주의의무의 감경은 모든 채무에 무제한적으로 적용되는 것이 아니라 채무자가 보관하고 있는 급부목적물에 대한 주의가 문제되는 한도에서 인정된다고 한다. 이러한 입법이유에 기하여 독일의 통설은, 제300조 제1항의 문언에도 불구하고 채권자지체 중에 발생한 이행불능에 대해서만, 특히 급부목적물의 멸실·훼손에 대해서만 적용된다고 한다. 그리고 적극적 채권침해나 부수의무 위반과 같은 경우에는 위 조항의 적용이 없다고 일치하여 해석하고 있다고 한다.⁸²⁾

(3) 우리 민법의 해석론

그렇다면 우리민법 제401조도 모태가 되는 독일민법 제300조의 해석을 참조하여, 경감되는 주의의무는 목적물을 멸실·훼손으로부터 보존하는 주의의무와 관련하여 의미를 갖는다고 보아야 할 것이다. 현재 학설상으로도 적어도 이 점에서는 이론이 없다. 그리고 이 점은 계약에 의하여 성립한 채무관계 뿐 아니라 법률의 규정에 의하여 성립된 채무관계에도 적용된다. 따라서 특정물채무에 있어서 선관주의의무(제374조)가 위 규정에 의하여 경감되며, 종류채무에서도 목적물 특정(제375조 제2항)이 이루어진 후에는 특정물채무와 마찬가지로 위 주의의무가 경감된다.⁸³⁾

나아가 특정물채무에 있어서 채무자가 인도할 목적물을 전혀 손에 넣지 못한 경

78) “채권자가 채무이행을 받는 것을 거부하거나 또는 받을 수 없는 경우에는 그 채권자는 이행의 제공이 있는 때부터 책임을 진다”

79) “채무자의 현실제공에 이은 공탁은 채무자를 면책시킨다”

80) “채무자는 변제 제공시부터 채무불이행으로 인하여 생기는 일체의 책임을 면한다”

81) 김진우(註 15), 265면.

82) 양창수, 364면.

83) 「민법주해 IX」 729~730면(이은영 집필부분); 「주석민법 채권총칙(2)」, 103면(유남석 집필부분).

우에 목적물이나 재료·노무자 등을 조달할 의무, 종류채무가 특정되지 않은 단계에서 채무자가 종류물을 조달의무 등도 위 경감되는 주의의무에 포함하는지도 문제될 수 있다. 우리나라에서는 아직 논의가 활발하지는 않다.⁸⁴⁾ 그러나 앞서 본 독일의 논의에 비추어 보면, 위와 같은 주의의무는 목적물의 멸실·훼손으로부터 보존할 주의의무의 범주에 속하지 않으므로 제401조의 적용이 없다고 할 것이다.

그리고 제461조는 변제제공이 있을 때로부터 채무자가 지체책임을 지지 않는다는 의미로 해석하여야 할 것이므로,⁸⁵⁾ 앞서 본 바와 같이 목적물의 멸실·훼손으로 인한 이행불능에 적용되는 제401조와는 규율대상을 달리 한다고 할 것이다. 이행불능이 발생한 경우에는 채무가 소멸하거나 손해배상의무로 책임의 모습이 바뀌므로 이 한도 내에서는 제461조가 적용될 여지가 없다 할 것이다.

또한 변제제공이 있는 후 채무자가 채무를 새로이 이행함에 있어서 경과실로 불완전이행을 하거나 부수의무를 위반하여 적극적 채권침해가 발생하는 경우에도 이는 목적물의 보존의무와는 관계가 없으므로 그 채무불이행책임을 면하게 된다고는 할 수 없을 것이다.⁸⁶⁾ 제461조의 해석에 의하여 변제제공 후에는 지연이자가 발생하지 않지만, 이 점은 제401조와는 관련이 없다.

2. 위험이전과의 관계

가. 개설

쌍무계약에서 채권자지체가 있으면 대가위험이 채권자에게 이전된다.

쌍무계약에서 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유에 의하여 이행불능이 되었을 경우에 채무자가 반대채권을 가지는지 여부가 소위 대가위험의 문제이다. 우리 민법은 그 경우에 채무자가 반대채권을 상실한다고 하여 채무자위험부담주의를 택하고 있다(제537조).

그러나 채권자지체 중에 이행불능으로 된 때에는 비록 그것이 당사자 쌍방에게 책임 없는 사유로 생긴 것일지라도 채권자가 위험을 부담하게 된다(제538조 제1항 후문). 즉 채무자는 급부의무를 면하고 상대방에 대하여 반대급부의 이행을 청구할 수 있다. 이와 같이 채권자지체 중에 채권자에게 위험이 이전하는 근거는, 채권자

84) 이에 대한 독일의 학설 및 판례의 태도에 대해서는 「민법주해 IX」, 730~731면(이은영 집필부분) 참조.

85) 김진우(註 15), 262면.

86) 양창수, 366면.

가 제때에 수령하였더라면 채무자가 이행을 완료할 수 있었으며 따라서 그 시점 이후 멸실 등의 손실은 채권자에게 그 위험이 돌아가야 한다는 점에 있다.⁸⁷⁾

위 설명은 특정물채무에 적용된다.

그러나 종류채무의 경우에도 목적물의 분리와 변제제공으로 목적물이 특정되면 특정물채무에 있어서와 같이 채권자지체에 빠지는 시점에서 채권자에게 위험이 이전한다. 우리 민법에는 이에 관하여 명문의 규정은 없으나, 독일민법은 제300조 제2항에서 종류채무의 경우, “채권자가 제공된 물건을 수령하지 아니함으로써 지체에 빠지는 시점에서 위험은 채권자에게 이전한다.”고 규정한다.

나. 고용계약의 경우

(1) 문제의 소재

고용계약에서 노무자의 급부의무와 관련하여, 위험부담에 관한 민법규정은 급부와 반대급부의 일회적 교환을 내용으로 하는 채권관계를 기초로 하고 있기 때문에 장기간 계속적인 급부를 목적으로 하는 고용계약관계에 무제한적으로 적용될 수 있는지에 대하여 의문을 가지게 한다.

예를 들어 공장이 소실되어 노무자의 노무제공이 불가능한 경우에, 노무자가 제공하지 못한 노무에 대한 임금청구권이 유지되는지를 검토해 보기로 하자.

공장의 소실이 사용자의 귀책사유에 기한 경우에 노무자는 제538조 제1항 제1문에 의하여 반대급부인 임금청구를 할 수 있지만, 사용자의 귀책사유에 기하지 않은 경우에는 위 규정에 의하여 임금청구를 할 수 없고 제537조의 채무자위험부담주의가 적용된다. 그런데 제538조 제1항 제2문은 적용될 여지가 없는 것일까?

(2) 독일민법 제615조와 관련된 논의

계속적 고용계약관계에서 정해진 시점에 노무가 급부되지 못하면 시간의 경과와 함께 급부가 불능이 된다는 이른바 노무급부의 시간적 확정성, 정기채무성 및 추후급부불능성만을 강조하게 되면, 노무급부를 채권자가 수령하지 못하면 바로 급부불능이 성립되어 사용자의 수령지체는 원칙적으로 고려될 수 없다.⁸⁸⁾

그런데 독일민법 제615조는 사용자의 수령지체로 인하여 제공하지 못한 노무에 대한 노무자의 임금청구권에 대하여 규정하고 있다. 이와 관련하여, 위 615조가 의

87) 김형배, 339면; 지원립, 1001면.

88) 하경효(註 45), 297면.

미하는 수령지체는 노무자가 급부능력과 급부의사가 있음에도 불구하고 사용자의 불수령으로 인하여 노무가 급부되지 못하는 경우를 포함하는 것으로 본다. 사용자의 불수령이 있으면 노무급부불능에도 불구하고 위 615조가 적용된다는 것이다. 사용자가 자신의 귀책사유에 의하지 않은 사업장의 경영장애로 인하여 노무급부를 수령하는 것이 객관적으로 불가능한 경우에도 위 제615조의 수령지체가 성립한다는 것은 채무자위험부담원칙이 고용계약에서 수정받고 있다고 할 수 있다.⁸⁹⁾

일본에서는 독일민법 제615조와 같은 명문의 규정이 없더라도 계속적 급부관계에 있어서 수령지체가 바로 지체 중의 급부에 대한 불능을 초래하게 되는 것이므로 이후 불수령이 계속되는 한 그 사이에 있어서의 노무급부의 이행불능의 위험은 사용자가 부담하고, 채무자는 현실의 노동을 하지 않고서 임금청구권은 유지할 수 있다는 것으로 설명하기도 한다.⁹⁰⁾

(3) 우리 민법의 해석론

우리민법은 독일민법 제615조에 해당하는 규정이 없다. 또한 제538조 제1항 제2문을 적용하려면, 경영장애로 인하여 노무급부를 객관적으로 수령할 수 없어서 일단 사용자의 불수령으로 인한 수령지체가 성립하고 노무급부의무의 정기채무성으로 말미암아 곧바로 급부불능이 된다고 하여야 할 것이나, 이와 같은 전제가 일반적으로 받아들여지고 있는 것 같지는 않다. 그렇다면 앞서 본 상황을 사용자의 수령지체로 관념하기 어렵고, 또한 사용자가 노무자의 변제제공에 대하여 수령을 지체하였다는 점만으로 노무자의 반대급부청구권의 위험이 사용자에게 이전된다는 결론이 도출되지는 않는다. 따라서 제538조 제1항 제2문을 적용하기 어렵다.⁹¹⁾

위 경우 노무자의 임금청구권을 인정하기 위하여 제538조 제1항 제1문에서 말하는 “채권자의 책임 있는 사유”를 넓게 해석하려는 시도도 있다. 판례에 의하더라도 위 “채권자의 책임 있는 사유”는 채권자의 어떤 작위나 부작위로 말미암아 급부불능이 생겼고 채권자가 이를 피할 수 있었던 것이라는 의미에서 신의칙상 비난을 받을 수 있는 사유로 비교적 넓게 해석하여⁹²⁾ 이와 같은 해석론이 가능하도록 하고 있다.

구체적으로는 i) 위 “채권자의 책임 있는 사유”를 채권자의 위험영역에서 발생한

89) 하경효(註 45), 305~306면

90) 일본「新版注釋民法(10)」 522, 530~531면(潮見 佳男집필부분).

91) 하경효(註 45), 312면.

92) 대법원 2004. 3. 12. 선고 2001다79013 판결

모든 경영장애를 포섭하는 의미로 내용을 확장하여 해석하는 견해와⁹³⁾ ii) 위와 같이 채권자의 책임 있는 사유를 넓게 해석하더라도 이에 포섭되지 않는 경우에는 근로기준법 제46조 제1항을 적용하여 사용자의 휴업수당지급의무를 인정하고자 하는 해석론이 있다.⁹⁴⁾

ii)와 같이 해석하는 이유로는 근로기준법 제46조 제1항이 “사용자의 귀책사유에 의하여 휴업하는 경우에 사용자는 휴업기간 중 당해 근로자에 대하여 평균임금의 100분의 70 이상의 수당을 지급하여야 한다”고 규정하고 있는 점을 든다. 사용자에게 귀책사유가 있는 경영장애로 인하여 근로자의 근로제공이 불가능하게 된 경우에, 근로자는 근로기준법에 의하여 휴업수당을 청구할 수 있지만, 민법에 의하여 임금을 청구하는 것보다 불리하게 되는데, 이러한 결과는 근로자의 보호를 위한 특별법으로서의 근로기준법의 성질과 정신에 비추어 부당하다. 그래서 일단 민법 제538조 제1항에서 규정하고 있는 채권자의 책임 있는 사유를 넓게 해석하되 이것에 의하더라도 포섭되지 않은 경우를 위 근로기준법에서 규정하고 있는 사용자의 귀책사유에 의하여 휴업하는 경우로 이해하는 것이다.

다. 채권자의 귀책사유와 위험의 이전

채무불이행설에 있어서는 채권자지체의 성립에 채권자의 귀책사유를 요한다는 것인바, 만일 채권자의 귀책사유가 없으면 채권자지체로 인한 위험의 이전도 발생하지 않는가 하는 의문이 있다. 그러나 귀책사유의 요부는 손해배상청구권 및 해체권의 성부와만 관계된다는 견해를 취한다면, 채무불이행설에 의하더라도 채권자지체에 채권자의 귀책사유가 없어도 그 이후 시점에서 위험은 채권자에게 이전된다고 할 것이다.

그런데 채권자지체로 인한 위험의 이전은 제401조의 규정이 더해짐으로써 채권자의 부담을 가중시킬 수 있다. 즉, 제401조에 의하여 채무자에게 불이행책임을 지울 수 없는 채무자의 경과실을 위 제538조 제1항의 “당사자 쌍방의 책임 없는 사유”로 볼 수 있다면, 채권자지체 중 채무자의 경과실에 의하여 이행불능이 된 경우에 채권자 자신의 청구권은 상실하면서도 상대방인 채무자의 반대급부청구권은 상실되지 않기 때문이다. 이와 같이 보게 된다면, 실제로 있어서 채권자지체의 가

93) 「민법주해 IX」, 719면(이은영 집필부분) 및 이은영, 「채권각론(제5판)」, 박영사, 2005, 183-184면에서는 이러한 해석론을 영역설이라고 소개한다.

94) 김형배, 343~345면; 하경효(註 45), 315~316면; 서광민(註 7), 339~340면.

장 큰 효과는 오히려 이 점에 있다고도 할 수 있다.

채무자의 경과실이 제538조 1항 후문에 있어서 당사자 쌍방의 책임 없는 사유와 같은 것으로 평가되는지에 대하여 견해가 대립한다.

(1) 긍정설

제538조 제1항 후문의 규정취지가 채권자지체의 법적 효과로서 규율된 제401조 이하의 규정과 그 취지를 달리 하지 않는다는 등의 이유로, 채권자지체 중에는 채무자에게 경과실이 있는 경우에도 채무자는 제538조 제1항 후문의 의미에서 책임이 없는 것으로 보아 채권자가 위험을 부담한다고 해석하는 견해이다.⁹⁵⁾ 현재 다수설의 지위를 점하고 있다.

그 근거는 대체로 다음과 같다.

먼저 제538조 제1항 후문의 규정취지가 계약목적의 실현이 채권자의 태만으로 인하여 좌절됨으로써 발생할 수 있는 위험을 마치 계약이 이행된 것같이 채권자에게 부담지우려고 한다는 점에서 제401조의 취지와 다르지 않고, 입법사적으로도 위 제401조는 독일민법 제300조 제1항을 계수한 것인데, 독일민법이 쌍무계약에 있어서 반대급부위험에 대해서는 별도로 규정하고 있으면서 귀책사유의 해석은 채권자지체의 효과에 관한 제300조 제1항을 적용하고 있는 점이 고려되어야 할 것이라고 한다.⁹⁶⁾

또한, 채무자는 이행지체 후의 이행불능에 대하여 채무자에게 과실이 없어도 책임을 져야 하는데(제392조), 채권자지체에 있어서도 이와 균형을 맞출 필요가 있고, 다른 한편으로는 만일 채권자가 변제를 수령하였다면 당연히 반대채무를 이행하였어야 했을 것이므로 채무자의 경과실을 당사자 쌍방의 책임 없는 사유와 같이 보더라도 이를 불공평하다고 볼 수 없기 때문이라는 이유를 든다.⁹⁷⁾

(2) 부정설

제538조 제1항 후문은 채무불이행책임과는 무관하게 채권자지체 중 양 당사자

95) 이은영, 「채권총론」, 410면; 임정평, “채권자지체에 관한 소고”, 법학논총 23집, 1997, 단국대학교, 47면; 하경효, “채권자지체와 그 효과로서의 위험이전”, 「고시연구」 제22권 11호(1995.11.), 191~193면; 곽윤직 편집대표, 「민법주해 XIII」, 박영사, 1995, 108면(최병조 집필부분); 양창수/김재형, 425면.

96) 하경효(註 95), 191~193면.

97) 양창수/김재형, 425면.

의 귀책사유 없이 발생한 급부불능의 경우에 위험부담의 원칙을 정한 것인 반면, 제401조는 채권자지체 중에 채무자의 귀책사유의 범위를 통상의 경우보다 축소하되 어디까지나 채무자의 채무불이행책임을 경감하려는 점에 목적이 있는 것이다. 이와 같이 양 조문의 규범목적이 다름에도 불구하고 제401조에 의하여 채권자지체 중 채무불이행책임을 인정하지 않는 경과실을 제538조 제1항 후문의 ‘당사자 쌍방의 책임 없는 사유’에 해당한다고 보는 것은 타당하지 않다고 한다.⁹⁸⁾

만약 채무자의 경과실을 위 조문이 의미하는 바의 ‘채무자의 책임 없는 사유’로 보게 되면 채무자는 자기의 경과실로 인한 이행불능에 대한 책임을 면하면서도 상대방의 반대급부는 청구할 수 있게 되어 이중으로 보호를 받는 결과가 되는데 이는 부당하다고 주장한다.

(3) 사건

입법연혁적인 면을 감안한 해석론으로서는 긍정설의 논거를 수긍할 수 있다.

그러나 제401조의 취지를 충분히 이해한다고 하더라도, 채권자지체 중에 일률적으로 채무자의 주의의무를 경감시킬 필요가 있는지에 대해서는 근본적인 의문이 있는데다가,⁹⁹⁾ 채권자지체의 상태에서도 채무자가 이행책임을 면하는 것은 아님에도 불구하고 위와 같이 제401조에 의하여 경감된 주의의무를 위반하여 목적물이 멸실된 경우에 위 제401조의 효과에 더하여 굳이 제538조 제1항 후문을 적용하여 대가위험을 이전할 필요는 없을 것으로 생각된다.

V. 結

채권자지체론은 현대 민법에서 재검토가 이루어지고 있는 채권관계론, 채무불이행, 위험부담, 하자담보책임에 대한 논의와 밀접한 관계를 갖는다.

채권자지체의 본질론과 관련하여, 권리본위적인 근대민법의 특성과 우리민법이 모델로 삼은 독일민법의 해석론 및 현행민법상 채권자지체제도의 규정위치 등에

98) 서광민, “채권자지체와 반대급부의 위험부담”, 『고시연구』 제21권 11호(1994. 11.), 187, 188면.

99) 예를 들어 앞서 본 바와 같이 동산에 관한 국제상거래계약에 적용되는 UN 국제매매협약은 수령지체 중 채무자의 책임 없는 사유로 목적물이 멸실·훼손된 경우에 위험이 채권자에게 이전되는 일반원칙을 두지 않고 있으며, 제85조 전단에서는 목적물을 점유하고 있는 매도인에게 그 물품에 관하여 그 상황 하에서 합리적인 보존조치를 취할 의무를 부담시키고 있다. 제철웅, 160면은 적어도 채권자지체 중 채무자가 목적물을 점유하고 있다면 그의 주의의무를 경감시키는 규정을 없애는 것이 필요할 것이라는 입법론을 제시한다.

비추어 볼 때 해석론으로서 수령의무를 인정하지 않는 법정책임설이 타당하다고 생각한다. 그러나 입법론으로서는 매매 등 특정한 계약유형, 특히 그 중에서도 신속한 처리를 요하는 상품매매에 있어서는 최근 국제협약 등이 취하는 태도에서 보는 바와 같이 채권자의 협력의무로서 인수 의무를 인정하는 것을 적극적으로 검토할 필요가 있다고 생각된다.

채권자지체의 요건론과 관련하여, 수령불능과 이행불능을 구별함에 있어서, 영역설에 의하여 이행불능이나 수령불능이나를 2분하기보다는 채권자의 영역에 이르기 전에 발생한 급부불능의 사태가 위험부담 문제로 될 수도 있다는 점을 염두에 두어야 할 것으로 생각된다. 그리고 수령거절에 있어서는 변제제공에 있어서 특정물도그마를 극복하는 이론이 필요하다고 생각되며 그렇게 되면 목적물의 하자를 이유로 한 수령거절에 대한 관념도 달라져야 할 것으로 생각된다.

채권자지체의 효과론과 관련하여, 변제제공의 효과 및 위험부담의 이전과의 관계를 살펴보았다. 먼저 채권자지체는 변제제공 효과와는 구별되는 제도라는 점을 확인하였다. 그리고 채무자의 경과실에 의한 이행불능도 위험부담을 이전하는 결과를 낳는다는 다수설의 해석론에 대해서는 회의적인 입장을 피력하였다.

결국 거래의 획일화 및 대량화, 국제화로 특징지워지는 매매계약 등에 있어서 구체적인 사안의 특성을 감안하여 채권자의 인수 의무를 인정할 수도 있고, 변제제공의 내용과 관련하여 하자를 이유로 수령을 정당하게 거절할 수 있으며, 위험의 이전에 있어서도 채무불이행론과 관련하여 근본적인 의문을 가질 필요가 있다고 생각된다.

(논문투고일 : 2016.05.13, 심사개시일 : 2016.06.01, 게재확정일 : 2016.06.21)



▶ 이 선 희

채권자지체, 협력의무, 수령불능, 변제제공, 위험부담

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 곽윤직, 「채권총론(제6판)」, 박영사, 2009
- 권오승, 「민법의 쟁점」, 법원사, 1990
- 김기선, 「한국채권법각론(제2전정판)」, 법문사, 1982
- 김상용, 「채권총론(제2판)」, 화산미디어, 2014
- 김용한, 「채권법총론」, 박영사, 1983
- 김주수, 「채권총론」, 삼영사, 1988
- 김준호, 「민법강의(제21판)」, 법문사, 2015
- 김증한, 「채권총론」, 박영사, 1988.
- 김증한/김학동, 「채권총론(제6판)」, 박영사, 1998
- 김형배, 「채권총론(제2판)」, 박영사, 1998
- 김형배 외, 「독일 채권법의 현대화」, 법문사, 2003
- 명순구, 「미국계약법입문(제2판)」 법문사, 2008
- 석광현, 「국제물품매매계약의 법리」, 박영사, 2010,
- 송덕수, 「채권법총론(제2판)」, 박영사, 2015
- 양창수/김재형, 「민법 I 계약법(제2판)」, 박영사, 2015
- 이은영, 「채권총론(제4판)」, 박영사, 2009
- 이은영, 「채권각론(제5판)」, 박영사, 2005
- 이호정, 채권법총론, 한국방송통신대학출판부, 1991
- 지원림, 「민법강의(제13판)」, 홍문사, 2015
- 최식, 「신채권법총론」, 박영사, 1963
- 황적인, 「현대민법론 III」, 박영사, 1987
- 현승중, 「채권총론」, 일신사, 1979
-
- 곽윤직 편집대표, 「민법주해」 VIII, IX, XIII, 박영사, 1995.
- 김용담 편집대표, 「주식민법(제4판) 채권총칙(2)」, 한국사법행정학회, 2013
- 정동윤 편집대표, 「주식상법(제4판) 총칙·상행위(1)」, 한국사법행정학회, 2013

II. 논문

- 곽윤직, “변제제공과 채권자지체와의 관계”, 「사법행정」 5권 10호(64.9.)
- 김대정, “매도인의 담보책임에 관한 민법규정의 개정을 위한 일제언”, 「민사법학」 49-1호(2010. 6)
- 김영희, “미국법상 계약위반에 관한 연구”, 「민사법학」 70호(2015. 3.)
- 김진우, “채권자지체론의 문제점과 입법론”, 「민사법학」 20호(2001.7.)
- 김진우, “독일의 채권자지체론 : 채권자지체의 법적 성질을 중심으로”, 「한독법학」 15호(2004. 5)
- 서광민, “채권자지체의 법리구성상의 문제점”, 「김형배교수 기념논문집」, 1994
- 서광민, “채권자지체와 반대급부의 위험부담”, 「고시연구」 제21권 11호(1994. 11.)
- 안법영, “종류물의 특정과 채권자지체, 그리고 하자담보책임 - 특정과 급부위험의 재인식을 위한 소고”, 「김형배교수 정년퇴임기념논문집 사회변동과 사법질서」, 2000
- 양창수, “민법 제401조와 제461조의 경계획정”, 「민법연구 제1권」, 박영사, 1991
- 이병준, “독일 채권법개정과 우리 민법개정 : 일반채무불이행법상 불능으로 인한 급부위무의 소멸을 중심으로”, 「민사법학」 28호(2005.6.)
- 이은영, “채권자지체”, 「민법학논총 : 후암 곽윤직교수 화갑기념논문집」, 박영사, 1985
- 임정평, “채권자지체에 관한 소고”, 「법학논총」 23집, 단국대학교, 1997
- 정기웅, “채권자지체”, 「사법행정」 33권 9호(1992.9)
- 제철웅, “위험부담”, 「아세아민상법학」 2호, 2009
- 하경효, “고용계약에 있어서의 반대급부위험의 부담”, 「민사법학」 9·10호(1993.7.)
- 하경효, “채권자지체와 그 효과로서의 위험이전”, 「고시연구」 22권 11호(1995.11.)

III. 일본문헌

- 我妻 榮, 「新訂債權總論」, 1964
- (舊) 「注釋民法(10)」, 有斐閣, 1987
- 「新版注釋民法(10)」, 有斐閣, 2003

Abstract

Some issues about default by obligee

Sun Hee Lee

The obligee is in default if he does not accept the performance tendered to him. Even though the obligee does not have an obligation to accept tendered by obligator in general, the civil law gives some advantages to obligator offered who sincerely offered performance to obligee.

This paper deals with some issues about default by obligee.

Firstly, I searched recent international and domestic legislations about obligation to accept.

Secondly, in relation with the requirement of default by obligee, I investigated the distinction between impossibility of performance and failure to acceptance. I studied lawful refusal of acceptance in relation with defect, as well.

Lastly, I looked into Section 401 providing that the obligator is, during the period of the default of the obligee, only responsible for intent and gross negligence. It relates about the effect of tender of performance and passing of risk.



► **Sun Hee Lee**

default by obligee, obligation to cooperate, failure to accept, tender of performance, burden of risk

UNCITRAL의 담보거래제도 모델법에 관한 연구*

- 동산·채권담보법과의 비교를 중심으로 -

이 혜 리**

I. 서론

II. UNCITRAL 담보거래 입법지침에 관한 주요 쟁점

1. 담보권의 종류와 내용-단일한 “담보권(security right)”의 개념 도입
2. 적용범위
3. 담보권의 효력
4. 담보권의 공시방법-통지등기방식

III. UNCITRAL 담보거래 입법지침에 관한 평가

1. UNCITRAL 담보거래 입법지침의 통일화 작업
2. 적용범위
3. 담보권의 효력
4. 담보권의 공시방법-통지등기방식

IV. 동산·채권담보법의 시사점

1. 통일된 개념의 담보권
2. 적용범위
3. 담보권의 효력
4. 담보권의 공시방법-통지등기방식

V. 결론

【국 문 요 약】

한국에서는 2010. 6. 10. “동산·채권 등의 담보에 관한 법률”(이하 동산·채권 담보법)이 제정되어 2012. 6. 11. 부터 시행되고 있다. 입법 과정에서 미국통일상법전(Uniform Commercial Code) 9편의 많은 영향을 받은 UNCITRAL 입법지침의 내용이 고려되었으나, 모두 채택되지는 않았다. 본 논문은 UNCITRAL 담보거래 모델법상 주요한 제도임에도 불구하고 한국법에 도입되지 않은 제도들의 내용을 자세히 살펴보고, 위 제도들에 관한 국내·외 학자들의 평가도 충분히 고려하여 위 법 개정 과정에 반영함이 타당한지 여부를 고찰하고자 한다.

* 본 논문은 2016년도 원광대학교 교비 지원에 의해서 연구되었음.

** 원광대학교 법학전문대학원 조교수.

UNCITRAL 담보거래 모델법과 동산·채권 담보법을 비교해보면, ① 동산·채권 담보법은 UNCITRAL 담보거래 모델법과 달리 단일한 “담보권”의 개념이 없다는 점, ② 양자는 담보권설정자, 담보물에 대한 범위에 있어서도 차이가 있다는 점, ③ 동산·채권 담보법에서는 동산담보권의 등기를 성립요건으로 규정한 반면, UNCITRAL 담보거래 모델법은 동산담보약정으로 동산담보권이 성립하고 등기는 대항요건으로 삼고 있다는 점, ④ 등기방식에 있어서도 두 제도는 각기 다른 제도를 취한다는 점 등의 차이점을 갖는다.

담보권은 채권적 거래에 수반하는 것으로서 국제적 통일성을 추구할 수 있는 분야처럼 보인다. 그러나 담보권은 물권으로서 한 국가의 전통과 문화를 고려하여 제정국가가 제정한 강행규범에 의해 규율되는 분야이기도 한 것이다. 이러한 측면에서 볼 때 통일된 담보권의 개념을 선불리 도입하여 기존제도에 대대적인 수정을 가하는 것을 회피한 동산·채권 담보법의 태도는 바람직해 보인다. 또한 민법과의 전체적인 조화를 고려하여 담보권의 효력에 있어서 동산과 채권을 달리 정한 것도 바람직하다. 다만, 현재 동산·채권 담보법이 정하고 있는 인적 제한은 점차적으로 자연인으로 범위를 확장하되 개인정보보호나 소비자의 보호를 위한 대책도 함께 고려되어야 할 것이다. 그 밖에 전자산담보제도나 통지등기제도는 일부 조건들이 성취되는 것을 전제로 추후에 도입하는 것을 적극적으로 고려하는 것이 바람직하다고 생각된다.

I. 서론

2016년 세계경제전망을 다룬 한 연구보고서에 따르면, 미국 통화정책 정상화에 따른 금리인상의 충격이 주변국에 큰 영향을 미치고, 중국 및 신흥국의 경제성장 둔화가 심화될 경우, 세계경제는 예상보다 더 심각한 경기침체의 가능성이 있다고 한다.¹⁾ 이러한 경제침체의 원인 중 하나는 경쟁을 위한 운용자금이 필요함에도 자금조달의 비용증가, 경제 불확실성 지속 등으로 인해 투자심리 악화가 계속되고 있다는 것이다.

경제주체가 자금을 조달하는 방법 중 대표적인 것이 담보거래이다. 부동산은 그 담보거래의 가치도 크고, 공시방법이 잘 갖춰져 있어 담보거래가 활성화되어 있다. 반면, 동산이나 채권 담보거래의 공시방법은 동산의 경우 점유, 채권의 경우 채무자에 대한 통지 등으로서 그 공시방법이 부동산에 비하여 제3자에 대한 공시방법에 있어서 한계가 존재한다. 한편, 동산이나 채권은 부동산을 능가하는 가치를 가질 수 있기 때문에 부동산과 같은 안정된 공시방법이 존재한다면, 이는 담보거래 금융을 늘릴 수 있는 좋은 방안이 될 것이다.

담보거래금융을 활성화시키기 위한 방안으로서 UNCITRAL은 2002년부터 각국의 담보법 입법에 모델을 제시하고자 입법지침(UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, 이하 UNCITRAL 입법지침)²⁾, 그리고 담보등기실행에 관한 UNCITRAL 지침(UNCITRAL Guide on the Implementation of a Security Rights Registry) 등에 대한 작업을 진행하였다. 이러한 연구 결과를 바탕으로 UNCITRAL 제6실무작업반(Working Group VI)에서는 2013년 12월부터 담보거래에 관한 모델법(이하 “담보거래 모델법”) 초안 작성을 진행하면서 회의에서 논의된 담보거래 모델 법안을 공식 웹사이트에 소개하고 있다.³⁾

한편 한국에서는 2010. 6. 10. “동산·채권 등의 담보에 관한 법률”(이하 동산·채권 담보법)이 제정되어 2012. 6. 11. 부터 시행되고 있다. 법률제정 과정에서 미국 통일상법전(Uniform Commercial Code) 9편의 많은 영향을 받은 UNCITRAL 입법지

1) 정성춘 외, 2015년 11월 24일자 오늘의 경제 - 2016년 세계경제전망 -, 대외경제정책연구원, 2면.

2) 담보입법지침의 초안에 대한 내용은 김재형, “UNCITRAL 「담보거래에 관한 입법지침 초안」 논의”, 「비교사법」 제13권 4호(2006), 41면 이하; 윤성근, “담보거래에 관한 UNCITRAL 입법가이드와 국내 담보거래 현황”, 「국제거래법연구」 제15집 2호(2006) 참조

3) http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/6Security_Interests.html 위 웹사이트에 소개된 내용은 최종 법안이 아님에 주의할 것

침의 내용이 동산담보법 법안 심의 과정에서 고려되었으나, 모두 채택되지는 않았다.⁴⁾ 기존의 아직 도입되지 않은 제도들에 대한 간략한 언급 뿐 상세한 설명 및 분석은 미흡한 실정이다. 위와 같은 입법 경위 등을 고려할 때, UNCITRAL 담보거래 입법지침상 주요한 제도임에도 불구하고 한국법에 도입되지 않은 제도들의 내용을 자세히 살펴보고, 위 제도들에 대한 많은 국내·외 학자들의 평가도 충분히 고려하여 위 법 개정 과정에 반영 여부를 결정하는 것이 바람직할 것이다.

따라서 본 논문은 UNCITRAL 담보거래 입법지침 중 한국 동산·채권 담보법이 도입하지 않은 주요 제도⁵⁾에 대하여 소개하고, 그 제도의 평가 및 우리 법에의 도입 여부에 관하여 살펴보는 것을 목표로 한다. 먼저 II.에서는 UNCITRAL 담보거래 입법지침의 주요쟁점을 소개하고, III.에서는 II에서 다룬 주요 제도들에 대한 평가를 살펴봄⁶⁾, IV.에서는 위 분석을 토대로 하여 동산·채권 담보법에 도입 여부 등 우리법에의 시사점을 서술하고자 한다.

II. UNCITRAL 담보거래 입법지침에 관한 주요 쟁점

UNCITRAL 담보거래 입법지침과 동산·채권 담보법을 비교해보면, ① 동산·채권 담보법은 UNCITRAL 담보거래 입법지침과 달리 단일한 “담보권”의 개념이 없다는 점, ② 양자는 담보권설정자, 담보물에 대한 범위에 있어서도 차이가 있다는 점, ③ 동산·채권 담보법에서는 동산담보권에 관한 등기를 그 성립요건으로 규정한 반

4) 기존 논의에 따르면, 통일된 담보권의 개념을 도입할지 여부에서 UNCITRAL 입법지침의 영향을 미친 미국통일상법전의 내용을 간략히 언급하였으나, 결국 통일된 담보권 개념을 도입하지 않았다는 결론만을 언급하고 있다[김재형, “「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」의 주요쟁점-개정안 작성과정의 논의를 중심으로”, 「민사법학」 제61호(2012), 11면]. 가령, 동산·채권 담보법 입법과정에서 UNCITRAL 담보거래 입법지침상의 등기제도인 통지등기방식에 관한 논의가 있었으나, 결국 위 제도가 아닌 서류등기방식이 채택되었다. 그리하여 통지등기방식을 취하지 않았음에도 불구하고 여전히 위 제도를 도입해야 한다는 견해[김재형, 앞의 논문(각주 4)]와 도입을 반대하는 견해[정소민, “채권담보거래의 이론적 변화와 전망”, 「민사법학」 제56호(2011), 135면, 김현진, 「동산 채권담보권 연구」, 경인문화사 2013, 448-449면]로 나뉘어 있다.

5) 동산·채권 담보법상 주요쟁점으로 다루지는 부분은 ① 새로운 담보권의 도입 여부, ② 담보등기의 도입여부, 도입방식, 관장기관, ③ 담보약정의 범위 문제, ④ 인적 적용범위, ⑤ 담보목적물의 범위, ⑥ 담보권의 내용과 효력, ⑦ 담보권의 실행방법, ⑧ 담보등기와 선의취득 문제, ⑨ 기존 담보제도의 개선, ⑩ 실행법 규정에 대한 예외 규정을 둘 것인지 여부, ⑪ 지적재산권 담보권의 취급 등을 들 수 있다. 김재형, 앞의 논문(각주 4), 8면. 동산·채권 담보법 전반을 소개한 논문으로는 김재형, “동산담보권의 법률관계”, 「저스티스」 제137권(2013); 박현일, “동산담보관리와 정보화 제고의 필요성”, 경희법학 제49권 제1호(2014); 김용길, “동산·채권담보제도의 도입과 과제에 대한 고찰”, 「가천법학」 제4권 제1호(2011); 정소민, 앞의 논문(각주 4) 등 참조.

6) 이 부분에서는 한국에 도입하지 않은 제도의 평가 및 필요한 한도 내에서 전반적인 평가도 함께 논의될 수 있을 것이다.

면, UNCITRAL 담보거래 입법지침은 동산담보약정으로 동산담보권이 성립하고 등기는 대항요건으로 삼고 있다는 점, ④ 등기방식에 있어서도 두 제도는 각기 다른 제도를 취한다는 점 등의 차이점을 갖는다. 따라서 이러한 부분을 중심으로 논의 하도록 한다.

1. 담보권의 종류와 내용-단일한 “담보권(security right)”의 개념 도입

UNCITRAL 담보거래 모델법 제2조에 따른 담보권은 “동산에 대하여 계약에 의하여 성립된 권리로서 지급 또는 채무의 이행을 담보하는 권리”이고, 이는 채권의 완전한 양도에 있어서 양수인의 권리를 포함하는 개념이다. 당사자들이 “담보권”으로 명시해야만 성립되는 것은 아니다.⁷⁾ UNCITRAL 담보거래 모델법에서는 담보권을 미국의 security interest 개념에 대응하는 security right이라는 개념으로 단일하게 파악하고 있다. 이러한 개념은 ‘단일하고 포괄적 담보제도(single comprehensive regime for secured transaction)’를 확립하라는 담보입법지침의 핵심적 내용을 반영한 것인데, 이는 담보권 개념을 실질적·기능적으로 정의한다. 따라서 단일한 담보권 개념 하에서 소유권유보부 매매 또는 담보 목적의 채권양도의 경우 형식상 매매일지라도 실질적으로 담보권의 성질을 가지므로 담보권으로 인정된다.

그러나 UNCITRAL 담보거래 입법지침도 담보자산의 종류에 따른 차이를 완전히 부정하는 것은 아니고, 가령 소유권유보권과 금융리스와 같은 취득금융에는 담보권의 내용상 특수한 지위를 부여한다(UNCITRAL 입법지침, 도입 para. 56. 권고 8항). 그러나 주의할 것은 양도담보는 취득금융이 아닌 통상의 담보권으로 다뤄진다.⁸⁾

2. 적용범위

동산·채권 담보법은 담보권설정자를 “법인(상사법인, 민법법인, 특별법에 따른 법인, 외국법인)⁹⁾과 상업등기법에 따라 상호등기를 한 자”로 제한한다. UNCITRAL 담보거래 입법지침은 소비자가 담보권자인 경우에는 법의 적용을 배제하지만, 그 밖의 경우 담보권설정자, 채무자, 또는 담보권자의 범위를 폭넓게 인정하고 있

7) 권영준, 「UNCITRAL WG VI 담보거래 모델법에 관한 논의 분석과 전망」, 법제연구원, 2014, 33면.

8) 석광현, 「UNCITRAL의 담보권 입법지침과 우리나라의 동산·채권담보법제」, 법무부, 2009,

9) 동산·채권 담보법 제2조 5호

다.¹⁰⁾

UNCITRAL 담보거래 입법지침은 담보 목적물에 대해서도 아무런 제한이 존재하지 않는다. 즉, 무형·유형 또는 현재·장래의 모든 종류의 동산, 부합물, 계약상 또는 비계약상의 채권, 유가증권, 물품증권, 예금채권, 독립적 확약 하의 대금채권, 그리고 지적재산권이 담보의 목적물이 될 수 있다.¹¹⁾ UNCITRAL 담보거래 입법지침은 동산·채권 담보법과 달리 “전 자산담보권(all-asset security)”를 허용하고 있는데, 이는 담보권설정자의 모든 자산을 담보하는 것이다. 부동담보(floating security)¹²⁾가 대표적인 예로서 채무자가 목적물을 특정하지 않고, 범위만 정하여 담보를 제공하는 것이다.¹³⁾ 위 제도를 통하여 기업은 보유한 집합물 또는 무체물을 포괄하여 하나의 담보권을 설정할 수 있으므로, 기업은 영업 중 담보물을 자유롭게 처분·교체할 수 있다. 미국은 미국상법전의 제9-204조와 제9-205조를 두어 재고자산 및 유동성이 큰 자산에 대하여도 담보권을 설정할 수 있도록 규정하였다. 제9-204조에 따르면, 담보약정에서 담보권이 설정된 후 채무자가 나중에 취득한 재산에 대하여 담보권을 설정하기로 하는 조항은 유효하다. 이러한 추후취득재산조항의 유효성을 인정한 것은 통일상법전 제9편에서 가장 중요한 혁신으로 평가받는다.¹⁴⁾ 영국은 회사법¹⁵⁾과 도산법에 부동담보 규정을 두고 있다. 이러한 제도가 활성화된 영미에서는 중소기업이 금융기관에 제공하는 전체 담보의 약 3분의 2가 재고품과 기계설비, 채권, 유가증권이고 부동산담보의 비중은 3분의 1에 그치고 있다고 한다.¹⁶⁾

이렇듯 UNCITRAL 담보거래 입법지침이 담보권설정자, 채무자, 담보권자, 담보물에 있어서 큰 제한을 두고 있지 않은 점은 다양한 경제주체들이 신용거래에 있어서 담보자산 가치의 활용을 극대화 할 수 있도록 하기 위함이다.

10) 권고 2

11) 권고 2

12) 기업저당 역시 하나의 담보약정으로 기업에 현존하는 자산과 장래의 자산을 한꺼번에 담보로 제공할 수 있는 담보권을 허용한다는 점에서 전자담보권에 포함된다.

13) 박원일, “미국의 부동담보제도”, 「비교사법」 제10권 4호(2003), 177면.

14) 김재형, “동산담보제도의 개혁방안 - 등록제도의 도입에 관한 시론 -”, 민사법학 제30호(2005), 13-14면.

15) 영국 회사법 제4편의 ‘담보 등록’에서는 담보의 범위를 확대하고 영업권·지적재산권 등의 무체재산권, 토지나 토지에 부착된 권리, 사채발행 보증을 위한 담보, 회사 재산의 전부 또는 일부에 대한 부동담보 등을 인정하고 있다. 정찬형, “영국의 1989년 개정회사법의 주요내용”, 법률신문 1991. 3. 14(No. 2012).

16) 류창호, “기업담보제도의 도입에 관한 연구 - 유동담보법리(floating charge)를 중심으로-”, 「외법논집」 제32집(2008), 298-299면.

3. 담보권의 효력

UNCITRAL 담보거래 모델법상 담보권은 당사자간의 합의, 즉 담보약정만으로 성립하지만 제3자에게 대항하기 위해서는 등기라는 공시방법을 구비하거나 점유이전을 해야 한다고 규정하고 있다(제15조). 등기는 제3자 입장에서 볼 때 더욱 확실한 공시방법이므로 점유이전보다는 더욱 우월하다. 담보약정에는 당사자의 특정, 피담보채무의 기재, 담보 재산의 기재, 담보제공자의 서명, 약정일자 표시가 필요하다.¹⁷⁾ 그리고 담보약정은 서면으로 작성되어야 하지만, 전자상의 서류로도 서명요건은 충족될 수 있다.

동산채권담보의 제3자효에 있어서 UNCITRAL 담보거래 모델법의 특이점은 담보자산으로부터 발생한 수익(proceeds, 이하 ‘수익’이라 함)에 관한 규정이다. 수익이라 함은 담보자산의 매각 또는 기타 처분 또는 추심, 임대 또는 라이선스, 수익의 과실, 천연과실, 배당금, 보험대금, 하자나 손실로 인하여 발생하는 권리를 포함하여 담보자산으로부터 받은 모든 것을 의미한다.¹⁸⁾ 이와 같은 수익은 원래의 담보자산의 ‘가치변형물’로서, 한국법에서는 물상대위의 객체와 유사한 개념으로 볼 수 있다. UNCITRAL 담보거래 모델법에 따르면, 담보권자가 담보물에 관하여 제3자에 대한 대항요건을 갖추면 그 효력은 별도의 등기 또는 점유이전을 하지 않더라도 담보자산의 수익(proceeds)에 미친다(제16조 제1항). 그러나 수익에 대한 공시방법은 아직 따로 갖춰지지 않았기 때문에 거래안전에 위협한다. 따라서 UNCITRAL 담보거래 모델법은 수익에 대한 자동적 제3자효 기간에 제한을 두고 있다(제17조 제2항).

4. 담보권의 공시방법-통지등기방식

UNCITRAL 담보거래 입법지침은 통지등기방식을 취하는데, 이는 특정한 담보거래에 관하여 금융명세서에 기재하여 등기하는 것으로서 공동신청주의의 원칙을 따르지 않는다.(제4장 para 18) 이러한 통지등기방식이 서류등기방식과 다른 가장 큰 차이점은 담보계약서의 원본 또는 사본 등 담보서류의 제출을 요구하지 않는다는 것이다. 일단 등기가 완료되면, 제3자에 대한 효력을 발생시키고 우선순위를 보호하는 기능을 하므로 담보권자가 그 내용의 정확성에 대해 책임을 지고 등기해야

17) A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4, paras. 35-36.

18) UNCITRAL 담보거래 모델법 제2조

한다는 것이다.¹⁹⁾ 따라서 통지등기방식은 담보등기부를 열람하는 제3자로 하여금 담보권의 존재함을 통지하는 역할을 할 뿐 자세한 내용을 공시할 수는 없는 한계가 있으나, 절차가 매우 단순하고, 등기관은 담보계약의 존재를 확인하지 않기 때문에 행정상 부담이 적다. 아울러 서류를 제출하지 않아도 되기 때문에 전자등기 제도로 운영되기에 적합하다는 것이 가장 큰 장점이다. 입법지침은 가능한 등기 기록을 전자방식의 형태로 생성, 관리할 것을 권고하는데 이는 기록을 통합하고 정보를 집중함에 있어서 효율적이다.²⁰⁾ 전자등기제도를 채택할 경우, 사람이 수동으로 작업할 때 발생할 오류를 최소화하고, 등기신청과 등기가 완료된 시점 사이의 시간간격이 거의 발생하지 않아 간극으로 인한 혼란도 방지된다. 나아가 운용비용이 줄고, 등기관의 기망이나 부패한 행동으로 인한 위험도 감소되며, 등기소 운영 시간 외에도 검색이 가능하다는 장점이 있다.

III. UNCITRAL 담보거래 입법지침에 관한 평가²¹⁾

1. UNCITRAL 담보거래 입법지침의 통일화 작업

담보 역할을 하는 담보물의 가치를 공시하는 것은 매우 중요한 일이다. 왜냐하면, 일단 공시를 통해 담보권이 유효하게 설정되면, 채무자는 그의 재산에 대한 본래의 가치를 잘 활용할 수 있고, 아울러 채권자 입장에서는 담보거래의 위험이 줄어드는 것이다. 위험이 줄어드는 이유는, 채무자의 재산에 의해 담보된 대출은 채권자로 하여금 채무불이행시 재산에 대한 상환청구권을 부여하기 때문이다. UNCITRAL 입법지침에서 언급된 연구결과에 따르면, 채무불이행의 위험이 줄어들에 따라, 신용의 활용은 늘어나고 신용의 비용은 줄어든다. 그리하여 대주가 거래에 내재된 위험이 높다고 인식하는 나라에서는, 그 만큼 신용비용이 늘어나는데, 이는 대주가 고위험인 만큼 더 큰 보상을 바라기 때문이다. 따라서 대주가 신용거래를 안전하게 할 수 있도록 담보거래법을 바꾸는 것이 필요하다고 설βολ리 판단하기 쉽다.²²⁾

19) 제4장 para 18

20) 권고 54 (e)

21) 여기서는 앞서 언급한 동산·채권 담보법과 UNCITRAL 담보거래 모델법 사이의 차이점(① 단일한 “담보권”의 개념, ② 담보권설정자, 담보물에 대한 범위, ③ 담보권의 성립요건 및 대항요건, ④ 등기방식)에 중점을 두어 UNCITRAL 담보거래 모델법에 대한 평가를 살펴보도록 한다.

22) 입법지침 배경 A/CN.9/WG.VI/WP.2 at para 2; the Asia Development Bank, *Secured Transactions Law Reform in Asia: Unleashing the Potential of Collateral* (Manila, Asian Development Bank,

그러나 모든 나라가 UNCITRAL 담보거래 입법지침을 통해 담보거래제도를 통일화, 현대화함으로써 경제발전의 결과를 만들어낸 것은 아니다. 일례로 미국통일상법전 9편으로부터 큰 영향을 받은 “담보에 관한 남북아메리카 대륙 공동협력체(the Organisation of American States, OAS)모범법”을 살펴보자. OAS 모범법은 미국통일상법전의 현대적이고 통일된 담보거래법을 계수하였음에도 불구하고 대체로 실패하였다는 평가를 받고 있다.²³⁾ 그러한 평가의 근거로는, 담보거래를 촉진하기 위한 미국통일상법전의 규정들이 남미에서 다양한 사업을 하는 외국 다국적기업에만 유리했을 뿐 국내기업에는 큰 도움이 되지 못했다는 점 등이 지적된다.²⁴⁾ 이렇듯 통일된 모델법이 미국 등 채권국가에 유리하다는 점은 상업금융협회(Commercial Finance Association)의 활동에 주목해도 알 수 있다. 상업금융협회는 미국의 은행, 채권자들로 구성된 조직으로서 UNCITRAL 입법지침을 제정하는데 큰 역할을 하였다.²⁵⁾ 상업금융협회는 입법지침을 제정하는 과정에서 미국통일상법전 제9편의 조문을 최대한 반영하도록 노력하였다. 상업금융협회는 미국기업이 해외에서 기업활동을 함에 있어서 더 편하고 익숙한 환경을 만들기 위한 것이라고 공식적으로 밝힌 바 있기도 하다.²⁶⁾ 따라서 미국통일상법전에 기반을 둔 UNCITRAL 담보거래 모델법에 기반을 둔 법리의 무비판적인 도입은 자국의 이익을 해할 수도 있음을 염두에 둘 필요가 있다.

2000).

23) OAS 모범법에 대한 일반론은 다음의 문헌 참고 : B Kozolchyk and J Wilson, 'The Organisation of American States: The New Model Inter-American Law on Secured Transactions' (2002) 7 Uniform Law Review 69; J Wilson 'Secured Financing in Latin America: Current Law and the Model Inter-American Law on Secured Transactions' (2000) 33 Uniform Commercial Code Law Journal 43. Valuable preliminary material can be found at (2001) 18 Arizona Journal of International and Comparative Law.

24) D Fernandez Arroyo and J Kleinheisterkamp, 'Inter-American Model Law on Secured Transactions' (2002) 4 Yearbook of Private International Law 251-252.

25) 상업금융협회 공식 웹사이트인 www.cfa.com 의 다음의 공식입장 참조: “The Commercial Finance Association has been actively involved in the drafting of the legislative guide on secured transactions since the process began in 2002 and continues to play a key role in its development” (업데이트 28.06.2011).

26) 상업금융협회 임원의 공식입장 참조 <http://www.un.org/News/Press/docs/2004/eco56.doc.htm> 'This guide is of great interest to my trade association... CFA members, which include large United States banks but also smaller lenders, often make loans to companies located in other countries supported by collateral. The guide will help countries to modernize their laws, so that lenders who are interested in making loans in other countries will know with certainty and predictability what their rights and obligations are.'

2. 적용범위

UNCITRAL 담보거래 모델법은 그 인적 적용범위를 대체적으로 넓게 인정하고 있다. 그러나 위 모델법은 소비자가 담보권 설정자인 경우는 법의 적용대상에서 제외하고 있다(제1조 제4항). 이는 소비자의 권리는 소비자에 관한 특별법에 따라 규율하는 것이 타당하다는 정책적 고려에서 비롯된 것으로 보인다. 아울러 소비자가 채권자의 요구에 따라 자신의 생활에 반드시 필요한 자산에 대해서도 담보권을 설정하는 것에 대한 우려도 작용하고 있다. 그러나 이러한 정책적 입장에도 불구하고 UNCITRAL 입법지침이 소비자에 대한 제한을 철폐해야 한다고 보는 견해²⁷⁾가 있는데, 위 견해의 논거는 다음과 같다. 첫째, 소비자가 담보권설정자가 되는 경우라고 하여 담보거래 모델법이 일반적으로 적용되지 않을 이유가 없다. 둘째, 담보권설정자가 해당거래에서 상인인지 아니면 소비자인지 여부를 가리는 것은 쉽게 판단하기 어려운 미묘한 사안이 될 수 있는데 이러한 구별 없이 일률적으로 법을 적용하는 것이 간단하고 명료하다. 마지막으로 소비자가 생필품을 담보물로 제공하는 것은 소비자보호법의 규정을 통해서 막을 수 있고, 일정한 종류의 자산에 대하여 담보권을 설정할 수 없도록 함으로써 해결해 나갈 수 있을 것이다.²⁸⁾

다음으로 전자담보권에 대한 분석 및 평가를 살펴보도록 한다. UNCITRAL 입법지침이 전자담보권을 유효하게 인정하는 것은 가장 중요한 특징 중의 하나로 평가받고 있다.²⁹⁾ 이러한 포괄적 담보권을 인정하지 않는 국가들도 있다. 가령 EU 구성국 중 어느 나라도 동산에 대한 포괄적 담보권제도를 발전시키려 하지 않는다.³⁰⁾ 포괄적 담보권을 부정하는 근거로는 다음의 두 가지를 들 수 있다. 첫째, 한 사람의 담보채권자가 채무자의 모든 재산을 독점할 수 있는데, 이는 특히 도산의 경우에 무담보채권자가 전혀 보호를 받지 못할 수 있다는 문제를 내포한다.³¹⁾ 둘

27) 권영준, 앞의 책(각주 6), 101면.

28) UNCITRAL 담보거래 모델법 제1조 제5항에 따르면, 이 법은 개인, 가족 또는 가정의 목적으로 이루어진 거래 당사자의 보호에 관한 특별법 하에서 발생한 담보채권에 따른 담보설정자 또는 채무자의 권리와 의무에 영향을 미치지 않는다고 한다. 소비자보호법의 적용을 받는 담보거래는 이에 따른 보호를 받을 수 있다.

29) G McCormack, 'American Private Law Writ Large? The Uncitral Secured Transactions Guide' (2011) ICLQ vol 60, p. 607.

30) See E-M Kieninger (ed), *Security Rights in Movable Property in European Private Law* (CUP, Cambridge, 2004) p. 648. See also U Drobnig, 'Present and Future of Real and Personal Security' (2003) *European Review of Private Law* 623; C Bourbon-Seclet, 'Cross-border security interests in moveable property' (2005) *JIBLR* p. 419.

31) 김재형, 앞의 논문(각주 2), 64면.

제, 특정 자산은 어떤 경우에도 담보권의 목적물로 제공되어서는 안 됨에도 불구하고 전자담보권 설정 시 모든 자산이 포함되므로 담보권 설정자의 보호 문제가 발생한다.³²⁾ 특히 첫 번째 문제점은 만약 채무자, 즉 담보권설정자의 자산 중 일부가 일반 채권자들의 몫으로 담보권이 설정되어 있지 않는 자산으로 따로 할당될 수 있다면 크게 문제될 것이 없다. 이와 관련해서 영국의 할당제(carve-outs)를 살펴볼 필요가 있다. 영국법에 따르면, 기업담보를 실행할 때 일정한 비율 부분을 일반채권자에게 할당한다. 그 비율은 법률에 의해 정해지는데, 최대한 할당될 금액은 60만 유로를 넘을 수 없다.³³⁾ 미국에서도 이와 같은 할당제를 미국통일상법전에 도입할 지 여부에 대한 논의가 있었다. 미국의 학자 Elizabeth Warren의 제안에 따르면, 할당제는 채무불이행시를 기준으로 채무자의 자산 가치의 80%를 초과하는 담보부채권은 무담보채권으로 간주한다는 것이다.³⁴⁾ 따라서, 채무자가 담보로 제공한 자산의 가치가 총자산 가치의 80% 이하일 때에는 담보부채권은 여전히 담보부채권으로 존재하지만, 80%를 넘는 경우 초과부분은 무담보채권으로 전환되며 이 경우 담보채권자는 손해를 입게 된다.³⁵⁾ 그러나 이러한 제안은 미국통일상법전에 반영되지 못했다. 왜냐하면, 미국통일상법전 제정위원회는 이러한 할당제는 담보권의 우선변제권에 대한 제한으로서 담보거래의 활성화에 큰 걸림돌로 작용할 것이라고 판단했기 때문이다.³⁶⁾ 아울러 위 제안은 영국의 할당제와 달리 담보권을 실행할 때가 아닌 채무불이행시를 기준으로 채무자의 자산 중 일부를 무담보채권자에게 할당하는 것을 내용으로 하므로 기준시점에 대한 문제도 거론되었다. 할당제를 도입할 경우, 담보로 활용할 수 있는 자산이 줄어들게 된다. 실제로 미국 법무부의 평가에 따르면, 할당제는 사업에 필요한 자금 조달에 어려운 소기업 또는 농가에 부정적 영향을 미칠 수 있다.³⁷⁾

32) McCormack, 앞의 논문(각주 27), 608면

33) G McCormack, *Secured Credit under English and American Law* (CUP, Cambridge, 2004) 46-48 and 108-112.

34) E Warren, 'An Article 9 set-aside for Unsecured Creditors' (1997) 51 Consumer Fin. L.Q. Rep. 323, p. 325.

35) 정소민, “파산법상 불법행위채권자 보호에 관한 연구 -담보거래제도와 불법행위제도 사이의 긴장관계를 중심으로-”, 「법조」 제61권 6호(2012), 28면.

36) 정소민, 앞의 논문(각주 33), 29면.

37) SL Harris and CW Mooney, 'Measuring the Social Costs and Benefits and Identifying the Victims of Subordinating Security Interests in Bankruptcy' (1997) 82 Cornell L Rev 1357.

3. 담보권의 효력

UNCITRAL 입법지침에 따르면, 담보약정을 하면 담보권의 효력이 생기고, 담보 등기를 하면 제3자에 대하여 대항력이 발생한다.³⁸⁾ 담보약정을 할 경우 담보권의 효력이 발생하는 것으로 규정하는 방안은 담보권의 성립을 앞당긴다는 장점이 있다.³⁹⁾ 그러나 우리나라와 같이 물권변동에 있어서 형식주의를 취하는 경우에는 동산담보의 성립에 있어서 등기나 인도를 요하지 않는 것은 형식주의에 반하게 되므로, UNCITRAL 입법지침을 수용함에 어려움이 있다. 이러한 부분에 대해서는 후술 하도록 한다.

다음으로 동산담보물권의 제3자효와 관련하여 논의되는 수익(proceeds)에 대한 평가를 살펴보도록 한다. 그 소개에 앞서 UNCITRAL 담보거래 모델법상 제도로서 동산·채권 담보법에서는 채용하고 있지 않은 우선권제도에 대해 먼저 설명하기로 한다. UNCITRAL 담보거래 모델법에 따르면, 유형자산의 소유권유보부매매와 금융리스 등 취득금융을 위한 담보권⁴⁰⁾을 유형자산의 인도 후 단기간 내에 통지등기를 할 경우 그에 앞서 등기한 다른 통상의 담보권보다 우선한다. 즉, 취득담보권은 설정과 동시에 자동적으로 제3자에 대해 유효하고, 비록 제3자가 선순위로 등기를 하였다고 하더라도, 그에 대해서도 최우선 순위를 가진다.⁴¹⁾ 만약 개인이 상점에서 개인 용도로 도서를 구입하고, 소매상인은 매매대금이 지급될 때까지 도서에 대한 소유권을 유보한다면, 소매상인은 취득담보권을 취득하고, 제3자에 대해 최우선순위를 갖게 된다. 위와 같은 최우선 순위가 일반적으로 공급되는 물품의 수익(proceeds)에 있어서 어느 범위까지 확장되어야 하는지는 매우 복잡한 문제로서 많은 논란을 불러일으키고 있다.⁴²⁾ 범위를 넓게 인정할 경우 먼저 담보권 등기를 한 자일지라도 최우선순위자에 비해 불리한 지위에 놓일 수 있는 경우가 많아져 우선 담보권자의 이익을 해하게 된다.

38) 석광현, 앞의 책(각주 7), 294면.

39) 김재형, 앞의 논문(각주 4), 26면.

40) 취득담보권(Acquired security credit)이란 매매수익 또는 그 이외의 관련 채무를 담보하기 위해 유형자산 또는 지식재산권에 관하여 설정된 담보권으로서 그 실행을 위해 담보권자가 그 자산을 취득할 수 있도록 한 것이다. UNCITRAL 담보거래 모델법 제2조

41) UNCITRAL 담보거래 모델법 제49조

42) McCormack, 앞의 논문(각주 27), p. 621.

4. 담보권의 공시방법-통지등기방식

통지등기방식이 갖는 가장 큰 특징은 담보계약 자체가 기록되는 것이 아니고, 제한된 정보를 제공하는 금융명세서를 기록한다는 점이다.⁴³⁾ 통지등기제도는 인적 편성주의를 따르고 있다. 담보거래를 하고자 하는 자는 등기된 공시를 통해 제3자가 관련된 담보물에 대해 담보권을 가지고 있을 수 있다는 것만 확인할 수 있을 뿐, 더 자세한 사항은 조사해야 알 수 있기 때문에 등기의 진정성에 대한 조사를 사인(私人)에게 부담시키는 제도이다. 이러한 제한된 정보만을 금융명세서에 기입하도록 함으로서 개인정보 유출을 막을 수 있는 것 또한 장점으로 평가된다.

여러 담보거래에 관하여 하나의 등기 설정을 하는 것도 가능하다.⁴⁴⁾ 다수의 담보거래를 한 당사자들은 한 번의 등기를 통해 각 거래에 대해 개별적으로 등기하는 경우에 비해 시간과 비용을 절약할 수 있다.⁴⁵⁾

통지등기는 담보거래 이전 또는 이후에 이루어진다. 즉, 사전등기(advance registration)를 통해 담보거래 당사자들은 합의하기 전, 즉 아직 협상을 마치지 않은 경우에도 담보거래계약을 체결하려는 의사를 등기할 수 있다. 물론 이러한 사전등기는 일정한 기간 내에 확정등기(confirmatory filing)가 이뤄지지 않는 경우 무효가 된다. 이러한 사전등기는 그 등기시점에 따라 제3자에 대한 효력발생시기가 결정되므로 사전등기를 한 담보권자는 합의한 시점에 등기한 자보다 더 일찍 제3자에 대한 대항요건을 갖출 수 있다. 당사자들이 담보거래 후 많은 일을 처리해야 하는 반면 담보거래계약 체결 전에는 비교적 시간적 여유가 있기 때문에 이 역시 당사자들의 시간이 효율적으로 활용하는데 기여한다는 평가를 받는다.⁴⁶⁾

IV. 동산·채권담보법의 시사점

1. 통일된 개념의 담보권

담보권 개념에 있어서 통일적 접근방법은 하나의 통일적 담보권이라는 단일 개념을 창설한다. 반면, 비통일적 접근방법은 소유권유보부매매 등 담보적 기능을 가진 권리를 담보권에서 배제하면서도 이들을 담보권과 유사한 방식으로 규율한다.

43) 권고 54와 57

44) 권고 67과 68

45) McCormack, 앞의 논문(각주 27), p. 615.

46) McCormack, 앞의 논문(각주 27), p. 615.

단일한 개념의 “담보권(security right)”은 물권법정주의를 따르는 한국과 같은 대륙법계 국가에서는 한계를 갖는다.⁴⁷⁾ 물권법정주의로 인해 소유권유보부 매매 등을 통한 당사자의 의사가 실질적으로 담보권을 성립시키는 것이라 해도 법률상 담보물권에 해당해야만 담보권으로 인정될 수 있다는 것이다. 즉, 기존의 담보제도를 없애고 새로운 담보권으로 통일하여, 질권, 양도담보, 소유권유보부매매 등을 하나의 담보권으로 정의하고 일괄적으로 규율하는 것은 혼란만을 야기한다는 것이다.⁴⁸⁾ 동산·채권 담보법의 입법과정에서 양도담보 등의 제도개선 논의가 있었으나 입법에 오랜 시간이 걸릴 것이라는 이유로 채택되지 않았다고 한다.⁴⁹⁾ 따라서 질권, 양도담보 등 기존의 담보제도와 동산·채권 담보법이 병존하고, 위 법을 통해 새로운 담보권을 창설하되 이는 통일된 개념은 아닌 것으로 입법이 되었다. 새로운 담보권은 동산을 담보목적물로 하는 동산담보권(법 제2조 제2호)과 금전채권을 담보 목적으로 하는 채권담보권(제2조 3호)으로 나뉜다.

이렇게 기존의 제도가 병존하더라도 동산·채권 담보법을 통한 새로운 담보등기 제도는 적극적으로 활용될 여지가 있다. 새로운 담보등기는 양도담보에 비하여 절차상 더 복잡할 수 있지만, 후순위 담보권 설정이 가능하다는 점⁵⁰⁾ 등 기존 제도보다 유리한 부분이 있기 때문이다.

그러나 기존제도와 병존함으로 인한 혼란이 있을 수 있다. 가령, A가 B를 위해 동산양도담보를 먼저 설정하고, A가 다시 C 명의로 동산담보등기를 경료한 경우⁵¹⁾에는 논리를 구성함에 있어 어려움이 있다. 동산양도담보의 경우 양도담보권자인 B에게 소유권이 이전되기 때문에 동산양도담보권이 설정된 후 이중으로 양도담보가 설정된 경우 제2양도담보권은 무효이다.⁵²⁾ 따라서 이러한 논리를 일관하게 되면 동산담보권자는 담보권을 취득할 수 없다는 결과에 도달한다. 동산·채권 담보법을 제정할 당시 양도담보의 공시 수단인 점유개정 보다는 담보등기에 우선순위를 주자는 견해가 있었으나 양도담보권자의 권리를 해하게 될 것이라는 이유로 채택

47) 권영준, 앞의 책(각주 6), 100면.

48) 김재형, 앞의 논문(각주 5), 660면

49) 김재형, 앞의 논문(각주 4), 12-13면.

50) 동산양도담보의 경우 이중양도담보가 판례(대법원 2004. 10. 28. 선고 2003다30468 판결)상 부정되었는데 동산·채권 담보법으로 인해 동일한 동산에 관하여 수개의 동산담보권의 성립이 가능하게 되었다.

51) 한편, 동산담보등기 후 양도담보가 설정된 경우에는 동산담보등기한 자가 1순위, 그리고 양도담보권자가 2순위로서 양도담보권자는 담보권이 있는 상태로 소유권을 취득한다.

52) 대판 1988. 12. 27, 87누1043(공 1989, 244).

되지 않았다.⁵³⁾ 이에 대한 처리방안으로 ① 동산양도담보의 법적 성질에 있어서 신탁적 소유권이전설로 처리하자는 견해, ② 동산양도담보의 법적 성질에 있어서 담보권설로 해결하자는 견해, ③ 양도담보권이 설정된 경우라도 담보를 설정할 권한이 담보설정자에게 유보된 것으로 보자는 견해 등이 있다.⁵⁴⁾ 그러나 기존 판례 태도인 ①에 따를 경우 동산담보권자는 유효한 담보권을 취득하지 못하게 되는데 이는 동산·채권 담보법의 취지에 반하는 것이 된다. 아울러 동산양도담보는 점유개정이라는 공시방법을 취하는바 설사 동산담보권자 보다 나중에 양도담보가 설정되었을지라도 양도담보권자와 양도담보권설정자가 통정하여 허위로 담보권의 취득시기를 앞당길 수 있다. 이는 결국 동산양도담보의 법적 성질에 대한 판례의 태도가 바뀌지 않는 한, 기존 제도가 병존함으로 인해 양도담보설정 후 동산담보등기를 한 담보권자를 위협하는 요소로 작용할 것이다. 이러한 위협이 존재한다면, 동산·채권담보법을 통해 안정된 공시방법을 통해 담보거래를 활성화하자는 그 목표는 쉽게 달성되기 어려울 것이다.

2. 적용범위

1) 담보권설정자의 인적 제한

동산·채권 담보법은 담보권자설정자를 법인 또는 상업등기법에 따라 상호등기를 한 자로 제한하고 있는바 이에 대해서는 의견이 찬반으로 나뉘고 있다.⁵⁵⁾

우선 이러한 제한에 대해 찬성하는 견해는 1) 대규모의 채권양도를 통한 채권의 유동화 또는 증권화 그리고 동산의 양도를 통한 자금의 조달이 필요한 것은 대부분 법인 기업이라는 점, 2) 동산담보등기부와 채권담보등기부는 담보권설정자를 기준으로 인적 편성⁵⁶⁾이 이루어지는데 법인은 그 명칭, 소재지가 변경되더라도 전산화된 법인등기부를 통하여 변경 후의 내용을 쉽게 파악할 수 있고, 일반인들이 등기부를 쉽게 열람할 수 있어서 공시의 효율을 극대화할 수 있다는 점, 3) 개인은 개인정보보호상 담보권 설정자의 주민등록지를 제3자에게 공개하기 어려우며, 비법인사단 등 공시방법이 명확하지 않은 권리주체도 적용범위에 포함되어 인적 편성주의에 따른 공시가 어렵다는 점, 4) 자연인이 담보권설정자일 경우 생활에 필요

53) 김재형, 앞의 논문(각주 4), 24면.

54) 김재형, 앞의 논문(각주 4), 24면.

55) 국회 법제사법위원회 소위원회에서 동산·채권 담보법의 인적 적용범위를 확대할 것인지에 관하여 논란이 있었다. 김재형, 앞의 논문(각주 4), 4면.

56) 동산·채권 담보법 제2조 8호

한 동산에 대하여도 담보 제공을 강요받을 위험이 있다는 점을 그 논거로 들고 있다.

반면, 1) 법인이 아닌 자연인도 동산·채권 담보등기제도를 이용할 필요가 있다는 점, 2) 정당한 근거 없이 법인과 자연인을 차별하는 것은 헌법상 평등원칙에 반한다는 점, 3) 법인이 아닌 단체나 개인을 차별적으로 취급하여 동산·채권담보등기를 이용하는 것을 원천적으로 봉쇄하는 것은 과잉규제라는 점, 4) 담보권설정자를 법인에 한정하는 것은 인적편성주의와 무관하고 법인등기부를 연계하여 법인등기부에 담보거래를 공시하는 것은 오히려 법인이 부실기업 이미지로 낙인효과가 발생할 수 있어 적절하지 못한 점, 5) 자연인은 주민등록 등을 통해 특정될 수 있어서 담보등기에 아무런 장애가 없고, 담보권설정자의 개인정보의 침해 문제는 공개될 자료의 범위를 제한하는 것으로 해결할 수 있다는 점을 들어 인적 범위의 확장을 주장하는 견해도 있다.⁵⁷⁾ 담보권 설정자의 개인정보침해 문제에 대하여 일부 국가는 제3자가 등기를 검색할 경우에는 정당한 이유를 요구하기도 하는데 이러한 추가적인 절차로 개인정보는 보호될 수 있다는 점을 지적하기도 한다.⁵⁸⁾

실질적으로 자연인이 동산·채권에 담보권을 설정할 수 없다면, 부동산을 소유하지 않은 자연인은 무담보로 금전소비대차계약을 체결해야 한다. 그렇다면 자연인은 결국 고율의 이자를 부담할 수밖에 없고,⁵⁹⁾ 이는 법인과 비교할 때 자연인에게 부당한 결과를 초래하는 것이다. 자연인까지 적용범위를 확대시키고, 특정 품목에 대한 담보설정을 제한하는 방법을 취하거나 또는 소비자를 인적 범위에서 배제하는 방식을 취하는 것이 적절해 보인다.

2) 전자산담보권의 도입 가능성

우리나라에는 ‘일물일권주의’의 원칙에 따라 배타적인 권리가 인정되는 담보물권의 대상이 특정될 것을 요하기 때문에 부동담보제도는 인정되지 않고 있다. 그와 유사한 기능을 하는 제도로서 공장저당, 광업재단저당, 담보부 사채신탁, 집합물양도담보 등이 거론되고 있다. 공장저당의 경우 포괄적 담보제도로써 금융기관의 담보부 대출에 많이 활용되나, 공장형 기업에 한하여만 이용가능하다는 단점이 있다. 광업재단저당은 재단에 속한 재산은 일괄하여 양도, 처분, 경매할 수 있으나,

57) 김재형, 앞의 논문(각주 5), 667-668면.

58) 권영준, 앞의 책(각주 6), 41면.

59) 김재형, 앞의 논문(각주 4), 23면.

재산구성의 변경이 빈번할 경우 재단목록의 변경절차가 복잡하고, 많은 비용이 든다. 담보부 사채신탁의 경우, 회사채에 물상 담보를 붙여 원리금 상환을 확실히 한 제도로서 동일한 담보에 대하여 여러 차례 사채를 발행할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 사채발행 절차가 매우 복잡하고 발행비용도 많이 든다는 것은 차치하더라도 개별재산에 대해 일일이 담보권설정 절차를 밟아야 한다는 번거로움이 있다. 마지막으로 재고재산을 담보로 제공할 수 있는 유력한 제도인 집합물 양도담보는 담보권설정이 비교적 용이하나 담보물이 특정성을 갖추지 못할 경우 효력이 문제될 수 있다.⁶⁰⁾

따라서 일부에서는 다음의 기준과 조건이 갖춰질 경우 한국법이 부동담보제도를 성공적으로 도입할 수 있을 것이라고 한다. 첫째, 채권자의 입장에서 신용위험(credit risk)을 줄이고, 채무자로서도 금융조건(financing terms)을 개선할 수 있어야 한다. 기업이 보유하는 자산 중에서 부동산담보 일변도에서 벗어나, 종래 담보로 활용되기는 어려웠으나, 자산가치가 높은 것(재고자산 등)부터 활용할 수 있어야 한다. 셋째, 부동담보제도를 도입하더라도 도산법과 조화를 이뤄야 한다. 마지막으로 내·외국인을 차별하지 말아야 한다,⁶¹⁾ 그 밖에도 위 견해는 중요한 동산이나 권리는 채무자가 계속 사용수익하면서 채권자에게 담보로 제공하는 방안 즉 이중양도를 막기 위한 공시방안을 갖춰야 한다는 조건이 있었으나 위 조건은 동산·채권 담보법에 의하여 해결되었다고 본다.

전자산담보권은 매우 중요한 문제이다. 만약 채권자의 담보권의 효력이 모든 유형의 자산에 미치면, 채권이 좀 더 확고하게 담보되므로, 저렴한 비용으로 더 많은 신용을 제공할 수 있을 것이므로 그 도입에 대해 재고하는 것도 의미가 있을 것이다.

3. 담보권의 효력

동산과 채권 모두 대항요건주의를 취하고 있는 UNCITRAL 담보거래 모델법과 달리 동산·채권 담보법은 동산담보권은 약정에 따른 동산담보권의 득실변경은 담보등기부에 등기하여야 효력이 생긴다고 하여 성립요건주의를 취하고 있다(제7조 제1항).⁶²⁾ 이는 우리 민법이 인도를 동산물권변동의 성립요건으로 하는 것과 균형

60) 박원일, 전계논문(각주 12), 194면.

61) 박원일, 전계논문(각주 12), 197면.

62) 동산·채권 담보법 제7조 제1항

을 맞추기 위한 것으로 보인다.⁶³⁾ 반면에, 채권의 경우 UNCITRAL 담보거래모범법과 마찬가지로 동산·채권담보법도 동산의 경우 담보등기를 함으로써 동산담보권이 성립하는 데 반하여, 채권의 경우 담보계약을 체결함으로써 채권등기담보권이 성립하고 다만 담보등기를 함으로써 제3자에 대한 대항요건을 구비하는 것으로 규정한다(동산·채권 담보법 제34조 제1항). 다만 대항요건의 내용이 기존의 권리질권의 경우 확정일자 있는 통지나 제3채무자의 승낙이 있어야 채무자 이외의 제3자에게 대항할 수 있었던 것과 다를 뿐이다. 앞서 언급한 바와 같이 UNCITRAL 입법지침과 같이 당사자 간의 담보약정을 성립요건으로 할 경우 담보권 성립시기는 등기절차가 종료된 후가 아니라 그에 앞선 약정 시이므로 더 빨리 앞당긴다는 장점이 있다. 그러나 우리 민법이 동산질권의 경우 인도를 성립요건, 채권질권의 경우에는 확정일자 있는 통지 또는 승낙을 대항요건으로 규정하고 있는바 이러한 제도와와의 조화를 고려할 때 동산·채권 담보법이 위와 같이 규정한 것은 바람직하다 할 것이다. 물론 우리 민법에도 위와 같은 일반원칙에 반하는 예외규정이 있기는 하다. 가령, 재단법인의 출연재산 귀속시기에 관한 민법 제48조 규정에 관하여 판례⁶⁴⁾는 부동산 물권변동의 등기를 성립요건으로 하지 않고 대항요건으로 하고 있는 것으로 해석하고 있다. 이러한 민법 제48조의 취지는 재단법인은 출연재산이 있어야 성립하므로 출연재산이 부동산인 경우, 법인의 성립시기를 등기가 경료된 후가 아닌 출연재산을 귀속하기로 합의한 시점으로 정하기 위함이다.⁶⁵⁾ 즉, 재단법인의 재

63) 한편 동산담보등기에 현행 동산의 인도에 갈음하는 효력을 인정할 경우 담보등기에 의해 동산담보물권을 선의취득하는 것이 가능하게 되는데, 이를 인정할 경우 기존 담보제도를 병존시키되 그 성립의 선후에 따라 우선순위를 두고자 함에 있어 모순된 결론이 발생할 수 있다. 만약 점유개정에 의한 동산양도담보가 설정된 후 동산담보등기가 이뤄졌는데 후자가 선의취득일 가능하다고하면 이는 먼저 이뤄진 동산양도담보가 우선해야 하는 결론에 모순된다. 그리하여 인도에 갈음한다는 표현을 하는 대신 물권변동의 성립요건으로 규정하였다. 김희동, “동산담보등기의 효력과 선의취득”, 「법학논총」 29집(2013), 219-220면.

64) 재단법인의 설립함에 있어서 출연재산은 그 법인이 성립된 때로부터 법인에 귀속된다는 민법 제48조의 규정은 출연자와 법인과의 관계를 상대적으로 결정하는 기준에 불과하여 출연재산이 부동산인 경우에도 출연자와 법인 사이에는 법인의 성립 외에 등기를 필요로 하는 것은 아니지만, 제3자에 대한 관계에 있어서, 출연행위는 법률행위이므로 출연재산의 법인에의 귀속에는 부동산의 권리에 관한 것일 경우 등기를 필요로 한다. 대법원 1979.12.11. 선고 78다481 전원합의체 판결

65) 민법개정준비작업의 과정에서 법무부 법무자문위원회의 민법(채산법)개정특별분과위원회는, “제1항 및 제2항의 경우에 그 권리변동에 등기, 인도 등이 필요한 출연재산은 이를 갖추어야 법인의 재산이 된다”는 규정을 동조 제3항으로 신설하자는 「개정시안」을 제시하고 있다. 그리고 그 개정제안의 취지에 관하여는, “[물권변동에 관한] 형식주의의 원칙을 이 경우에 관하여도 관철하는 것이 타당하다”는 것이다. 양창수, “財團法人出損財産의 歸屬時期에 관한 獨逸民法의 規定: 民法 제48조의 改正과 관련하여”, 「민법연구」 제7권, 2005, 81-82면.

산적 기초의 보호라는 측면에서 형식주의에 반하는 조문을 둔 것이다. 한편 동산·채권 담보법의 경우에도 재단법인과 유사하게 규정할 필요가 있는가? 다시 말해, 동산 담보권의 성립시기를 등기보다 앞서는 약정 시로 앞당겨야 할 절대적 필요가 있는지에 대해서는 의문이 든다. 만약 등기방식을 앞서 언급한 통지등기방식으로 전환한다면, 등기가 더욱 신속하게 이뤄질 수 있으므로 논의의 실익은 더욱 없을 것으로 보인다.

앞서 언급한 수익(proceeds)의 개념은 국제금융실무에 사용되어 국제채권양도협약에도 큰 의미를 가짐에도 불구하고 물권과 채권을 준별하는 한국 법제의 특성상 동산·채권 담보법에 도입되지 못하였다. 우리 민법에 따르면, 담보자산의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 인하여 설정자가 받을 금전 기타 물건에 대하여 물상대위가 인정되지만 담보자산의 매도와 임대인 경우 담보물에 대해 추급이 가능하기 때문에 그 수익에는 물상대위가 인정되지 않는다. 동산·채권담보법에 따르면, 모든 담보물적물을 매각, 임대한 경우 담보권설정자가 받을 금전 기타의 물건에 대하여도 지급 또는 인도전에 압류할 것을 조건으로 물상대위를 인정한다(제14조). 그러나 처분이 당연히 예상되는 재고의 경우 매각시마다 수익의 지급전에 압류를 해야 한다면 효율적이지 않다.⁶⁶⁾ 매매대금이 현금으로 지급되거나 설정자의 예금계좌로 이체된 경우에는 채무자의 일반재산에 혼입되어 특정성을 잃게 되기 때문에 압류를 요하는 것이다. 그러나 미국통일상법전 §9-315(b)(2)에 따르면, 금원이 혼화되어도 그 특정성을 잃지 않는다는 전제로 혼화된 금전에 담보권의 효력이 미치게 되면, 그것은 대위목적물이 된다고 한다. 입금된 순서대로 출금되고 남은 잔액에서 담보권자는 우선변제를 받는 등의 방법으로 예금채권에 담보력이 미치는 범위를 정한다.⁶⁷⁾

4. 담보권의 공시방법-통지등기방식

동산·채권 담보법에 따른 공시방법은 담보등기부상의 등기이다. 동산거래법은 UNCITRAL 담보거래 모델법과 달리 서류등기방식을 취하고 있다. 즉 등기신청에

66) 석광현, 앞의 책(각주 7), 192면; 김영신, “「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」의 쟁점에 관한 검토”, 법학논총 제17권 제3호(2010), 344-345면.

67) 김병두, “「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」의 동산담보의 법률관계에 대한 고찰”, 「비교사법」 제18권 2호(2011), 398면에 따르면, 한국 민법이 이러한 미국통일상법전의 법리를 계수하여 예금계좌의 담보권의 효력이 미치는 것을 인정해야 한다고 주장한다. 위 논문에서는 멸실, 훼손 또는 공용징수에는 압류를 요하나, 매매, 임대차에는 압류를 요하지 않는 것이 타당하다고 한다.

있어서 등기원인을 증명하는 서면을 신청서와 함께 제출할 것과 등기사항으로서 담보권에 관한 상세한 내용을 기재할 것을 규정하고 있다. 통지등기방식이 채권자의 일방적인 통지에 의해 등기되는 사인(私人)에게 등기의 주도권을 내어주는 제도인, 반면 서류등기제도는 권리의 존재를 심사하는 즉, 국가가 여전히 등기의 주도권을 가지고 있는 제도라 할 수 있다.⁶⁸⁾ 서류등기제도는 등기의 진정성을 더 중시하는 제도인 반면 통지등기제도는 절차상 신속성과 효율성을 더 중시하는 제도이다.

그렇다고 해서 통지등기제도가 진정성을 전혀 고려하지 않는 제도라 할 수는 없다. 통지등기제도 하에서도 일단 채권자의 일방적 통지에 의하여 등기가 이루어지더라도 채무자의 사전승인 또는 사후승인을 얻지 못하면 그 등기는 말소된다. 나아가 채권자의 일방적인 통지에 의하여 등기가 이뤄지지만 만약 부정확한 등기가 이루어지면 사후에 당사자의 신청 또는 법원의 직권에 의하여 말소되도록 함으로써 그 부정확성을 해소한다.

동산·채권 담보법이 채택한 서류등기방식은 우리나라 물권변동의 제원칙과 등기체제에 맞는 것이라면서 통지등기제로 전환할 경우 혼란이 초래되고 비용이 발생한다는 이유로 통지등기제도로 전환되는 것을 반대하는 견해가 있다.⁶⁹⁾ 그러나 현실적으로 통지등기제도가 세계적인 흐름⁷⁰⁾에 맞고, 제도의 취지상으로도 동산이나 채권의 담보등기는 부동산 담보등기 보다 더 신속하고 효율적이며 유연하게 이뤄지는 것이 타당하다.⁷¹⁾ 당장 통지등기제도로 전환하는데 비용이 발생할 수는 있으나, 통지등기제도를 도입할 경우 전자등기가 가능해짐으로 인한 비용 절감을 고려해 볼 때 장기적으로는 이로 인한 혜택이 그 비용을 상회할 것이다.⁷²⁾

V. 결론

UNCITRAL 담보거래 모델법과 동산·채권 담보법은 동산과 채권에 대한 담보거래를 활성화시키자는 유사한 목적을 공유하고 있다. 그러나 미국의 통일상법전의 큰

68) 권영준, 「UNCITRAL 담보등기제도실행에 관한 지침 연구」, 한국법제연구원, 2013, 95면.

69) 정소민, 앞의 논문(각주 4), 136면.

70) UNCITRAL 뿐만 아니라 유럽의 공통참조기준초안(Draft Common Frame of Reference, DCFR)은 통지등기방식을 취하고 있다. 이에 대해서는 정소민, “채권담보제도의 현대화-DCFR과 우리나라 채권담보제도의 비교를 중심으로-”, 민사법학 제61호 (2012) 참조

71) 권영준, 앞의 책(각주 66), 97면.

72) 석광현, 「UNCITRAL 담보권 입법지침 연구」, 법무부, 2010, 18면.

영향을 받은 UNCITRAL 담보거래 모델법을 우리법에 반영할지 여부를 판단함에 있어서 가장 중요한 점은 그 모델법의 구체적인 내용들이 한국법 하에서 잘 운용될 수 있는지 여부일 것이다. 특히 담보법은 물권법과 채권법이 교차하는 분야에서 채권자는 담보제도를 통해 채무자의 자발적인 채무이행을 독려하는 한편, 채무 불이행시 채권회수의 현실적 가능성을 높일 수 있다. 즉, 담보권은 채권적 거래에 수반하는 것으로서 국제적 통일성을 추구할 수 있는 분야처럼 보인다. 그러나 담보권은 물권으로서 한 국가의 전통과 문화를 고려하여 제정국가가 제정한 강행규범에 의해 규율되는 분야이기도 한 것이다.

이러한 측면에서 볼 때 통일된 담보권의 개념을 선불리 도입하여 기존제도에 대대적인 수정을 가하는 것을 회피한 동산·채권 담보법의 태도는 바람직해 보인다. 또한 민법과의 전체적인 조화를 고려하여 담보권의 효력에 있어서 동산과 채권을 달리 정한 것도 바람직하다. 다만, 현재 동산·채권 담보법이 정하고 있는 인적 제한은 점차적으로 자연인으로 범위를 확장하되 개인정보보호나 소비자의 보호를 위한 대책도 함께 고려되어야 할 것이다. 그 밖에 전자산담보제도나 통지등기제도는 앞서 언급한 조건들이 성취되는 것을 전제로 추후에 도입하는 것을 적극적으로 고려하는 것이 바람직하다고 생각된다.

(논문투고일 : 2016.05.23, 심사개시일 : 2016.06.01, 게재확정일 : 2016.06.21)



▶ 이 해 리

UNCITRAL, 담보거래법, 동산채권담보법, 담보권, 담보신용,
담보거래에 관한 입법지침, 동산, 채권, 등록, 등기

【참 고 문 헌】

[국내문헌]

1. 단행본

권영준, 「UNCITRAL 담보등기제도실행에 관한 지침 연구」, 한국법제연구원, 2013
 _____, 「UNCITRAL WG VI 담보거래 모델법에 관한 논의 분석과 전망」, 법제연구
 구원, 2014

김현진, 「동산 채권담보권 연구」, 경인문화사 2013

석광현, 「UNCITRAL의 담보권 입법지침과 우리나라의 동산·채권담보법제」, 법무부,
 2009

_____, 「UNCITRAL 담보권 입법지침 연구」, 법무부, 2010,

2. 논문

김병두, “「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」의 동산담보의 법률관계에 대한 고찰”,
 「비교사법」 제18권 2호, 2011

김영신, “「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」의 쟁점에 관한 검토”, 법학논총 제
 17권 제3호, 2010

김용길, “동산·채권담보제도의 도입과 과제에 대한 고찰”, 「가천법학」 제4권 제1호,
 2011

김재형, “동산담보제도의 개혁방안 - 등록제도의 도입에 관한 시론 -”, 민사법학
 제30호, 2005

_____, “UNCITRAL 「담보거래에 관한 입법지침 초안」 논의”, 「비교사법」 제
 13권 4호, 2006

_____, 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」의 주요쟁점 -개정안 작성과정의 논
 의를 중심으로-, 「민사법학」 제61호, 2012

_____, “동산담보권의 법률관계”, 「저스티스」 제137권, 2013

류창호, “기업담보제도의 도입에 관한 연구 - 유동담보법리(floating charge)를 중심
 으로-”, 「외법논집」 제32집, 2008

박형일, “미국의 부동담보제도”, 「비교사법」 제10권 4호, 2003

_____, “동산담보관리와 정보화 제고의 필요성”, 경희법학 제4권 제1호, 2014

양창수, “財團法人出損財産의 歸屬時期에 관한 獨逸民法의 規定 : 民法 제48조의

改正과 관련하여”, 「민법연구」 제7권, 2005

윤성근, “담보거래에 관한 UNCITRAL 입법가이드와 국내 담보거래 현황”, 「국제거래법연구」 제15집 2호(2006)

정소민, “채권담보거래의 이론적 변화와 전망”, 「민사법학」 제56호, 2011

_____, “채권담보제도의 현대화-DCFR과 우리나라 채권담보제도의 비교를 중심으로-”, 민사법학 제61호, 2012

_____, “파산법상 불법행위채권자 보호에 관한 연구 -담보거래제도와 불법행위제도 사이의 긴장관계를 중심으로-”, 「법조」 제61권 6호, 2012

[해외문헌]

C Bourbon-Seclet, 'Cross-border security interests in moveable property' (2005) JIBLR
U Drobnig, 'Present and Future of Real and Personal Security' (2003) European Review of Private Law

SL Harris and CW Mooney, 'Measuring the Social Costs and Benefits and Identifying the Victims of Subordinating Security Interests in Bankruptcy' (1997) 82 Cornell L Rev 1357

E-M Kieninger, Security Rights in Movable Property in European Private Law (CUP, Cambridge, 2004)

G McCormack, Secured Credit under English and American Law (CUP, Cambridge, 2004)

_____, 'American Private Law Writ Large? The Uncitral Secured Transactions Guide' (2011)

E Warren, 'An Article 9 set-aside for Unsecured Creditors' (1997) 51 Consumer Fin. L.Q. Rep. 323

Abstract

**Study on the UNCITRAL's Draft Model Law
on Secured Transaction**

— Focus on Comparing with

"Act on Security over Movable Property, Receivables, etc"—

Lee Hye Ri

On June, 10th. 2011, "Act on Security over Movable Property, Receivables, etc(hereinafter "the Act") was legislated and came into effect on June 11th, 2012 in Korea. In making the Act, there was a lot of discussion on "UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions(hereinafter "UNCITRAL Legislative Guide")" which was greatly influenced by the Uniform Commercial Code Article 9 of United States. Some features were adopted by the Act but the others were not, although they were the significant features of UNCITRAL Legislative Guide. This paper reviews those major policies of UNCITRAL Legislative Guide which the Act failed to adopt, and tries to evaluate whether the Act should be amended to incorporate them.

Major difference between UNCITRAL Legislative Guide and the Act are as follows : ① There is no single and uniform concept of "security rights" under the Act. ② The definition of "person who has created a security interest" and "collateral" are different(the meaning under the Act is narrower in scope than UNCITRAL Legislative Guide). ③ Unlike under the Act, registration is not required for creating movable

security rights but merely required for claiming against the third party under UNCITRAL Legislative Guide. ④ The way to register the security rights are different.

Security rights are created by contractual transactions and seems to fall on the category of law which can be governed by international uniform law. However, a law on security rights is a part of property laws which are mainly made up of mandatory rules reflecting the traditions and cultures of a society. The Act averted from instituting the uniform concept of "security rights" and incurring massive amendment of existing rules, which deserves credit. It is also desirable to make a difference between movables and receivables in legal effect, considering harmony with Civil Code, under which "delivery" is required for transferring rights in movables. However, the restriction on eligibility under the Act should be discarded so that more people can create and utilize security rights. Adopting notice registration would contribute to enhancing convenience. With certain conditions, adopting all-asset-security scheme could also ensure enlarged availability of funds to the small and medium-sized enterprises in Korea.



▶ **Lee Hye Ri**

The Act on Security of Moveable Property, Receivables etc., security rights, movable security rights, receivables security rights, security registration

成均館法學

第28卷 第2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 게디(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
- 온라인논문투고 및 심사시스템 : <https://icls.jams.or.kr>
- E-mail : icls@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2號

1판 1쇄 인쇄 2016년 06월 30일

1판 1쇄 발행 2016년 06월 30일

발행인 : 임 건 면

발행처 : 성균관대학교 법학연구소

주 소 : 110-745 서울특별시 종로구 명륜동 3가 53

전 화 : (02)760-1288

팩시밀리 : (02)760-1289

E-mail : ics@skku.edu

등록번호 : 1992년 12월 22일 제1-1469호

ISSN 1229-943X

