lex mercatoria의 21세기적 의의

손 경 한*

【목 차】

I. 서론
II. lex mercatoria의 개념과 역사적 발전
1. lex mercatoria의 정의
2. 해상분야의 lex mercatoria-lex maritima
가. 개설
나. 로도스 해법(Rodian maritime law)
다. 중세의 해법
라. lex maritima의 발전
3. 중세의 lex mercatoria
4. 우리나라의 자율규범

III. 20세기 lex mercatoria의 발전
1. 개설
2. 국제상업회의소의 활약
3. 국제기구의 lex mercatoria 성문화 작업
가. 개설
나. 사법통일국제협회(UNIDROIT)의 작업
다. UN국제거래법위원회(UNCITRAL)의 작업
라. 유럽계약법위원회의 작업
마. 초국법원칙(Trans-Lex Principles)의 정립 작업
4. 중재와 lex mercatoria
가. lex mercatoria와 국제상사중재간의 관계
나. 절차적 lex mercatoria로서의 중재
다. 중재판정에 의한 lex mercatoria 실체규범의 형성
라. lex mercatoria를 적용한 중재판정의 법원에 의한 집행
5. lex mercatoria의 다른 영역에의 확장
가. lex constructionis
나. lex petrolea
다. lex sportiva
라. lex medicinae
마. lex technologia

IV. lex informatica의 형성과 발전
1. 사이버스페이스와 lex informatica
2. lex informatica의 발전
가. 통일도메인이름분쟁해결방침
나. 표준 디지털 저작권 라이선스
다. 인터넷에 관한 모델법
라. 인터넷에 관한 모델계약서 등 자율규범
마. 인터넷권리헌장
바. 사이버 관습
3. lex informatica에 대한 전망

* 손경한 (성균관대학교 법학전문대학원 교수·변호사)

V. lex mercatoria의 법적 쟁점
1. lex mercatoria와 규범공동체
가. 공동체의 lex mercatoria 정립
나. lex mercatoria에 대한 민주적 통제
2. lex mercatoria의 존재 형태
가. 개설
나. 모델법 등의 lex mercatoria화
다. 국제조약 및 국제통일입법의 lex mercatoria적 성격
3. lex mercatoria의 적용
가. 당사자가 lex mercatoria를 준거법으로 지정할 자유
나. 중재인의 lex mercatoria 적용
다. 법원의 lex mercatoria 적용
라. 법의 일반원칙으로서의 lex mercatoria의 적용
마. lex mercatoria우선의 원칙
바. lex mercatoria의 입증
4. lex mercatoria의 집행(enforcement)
가. lex mercatoria의 집행방법
나. lex mercatoria의 자율적 집행
(1) 관련 공동체의 재재
(2) 도메인이름판정의 집행
(3) 은행보증의 활용

VI. 21세기에 있어서 lex mercatoria의 국내외적 의의
1. 개설
2. 국제거래에 있어서의 lex mercatoria의 역할
3. 한국법상 lex mercatoria의 역할

VII. 결론

【국 문 요 약】

본고는 21세기에 있어서 lex mercatoria를 현대적으로 조명해 보고자 하였다. 먼저 lex mercatoria의 개념을 살펴보고, 역사적으로 해상법에서 출발하여 중세의 lex mercatoria를 고찰한 뒤 국제상업회의소의 활약, 국제기구의 Lex mercatoria 법전화, 중재에 있어서의 lex mercatoria 등 20세기 lex mercatoria의 발전을 검토하였다. 이어 사이버스페이스의 등장에 따른 lex informatica의 형성과정과 lex informatica의 미래를 살펴보았다. 다음으로 lex mercatoria의 적용을 중재에 있어서의 적용과 법원에 의한 적용으로 나누어 lex mercatoria의 적용이 확대되어 감을 지적하였다. 마지막으로 신국가주의로 복귀하는 세계 사회에 있어 lex mercatoria의 긍정적인 역할을 검토하고 이를 실효화하기 위한 노력을 경주할 필요가 있음을 지적하였다. 특히 lex mercatoria의 행위규범으로서의 기능과 분쟁 예방기능에 주목하였다.

I. 서론

한국의 법률가를 포함한 대부분의 국민은 실정법론자인 것처럼 보인다. 한국사회가 입법만능주의에 빠진 대표적인 사례가 김영란법이다. 3·5·10이라는 구체적인 금액까지 법령에 명시하여 식사, 선물, 부조금의 한도를 정하여 강제하고 있다.[1] 심지어는 퇴근 후 부하직원들에게 카톡 지시를 하지 말라는 법안까지 제안되어 있는 나라이다.[2] 우리는 법의 한계를 명백히 인식하여야 한다. 그리고 어떻게 법을 만들어 가야하며 수범자들이 이를 어떻게 준수하도록 할 수 있는지에 대한 성찰을 해 보아야 한다. 그동안 우리는 서구의 법제 특히 실정법체계를 수용하여 이를 적용하는데 급급하여 왔다. 우리 몸에 맞지 않는 옷을 입은 우리는 때로는 그 옷을 찢기도 하고 벗어 던지기도 하였다. 이제 우리는 우리 몸에 맞는 옷과 법을 가져야 할 때가 되었다. 우리에게 맞는 법을 모색함에 있어 과거에 한 것처럼 시행착오적 입법을 되풀이 할 것이 아니라 우리 생활 속에 스며있는 법규범을 발견하는 작업을 하여 나갈 필요가 있다.

이런 관점에서 서구에서 국가의 개입 없이 민간 그룹에서 발전되어온 lex mercatoria의 존재는 우리에게 많은 시사점을 제시하고 있다. 중세에는 국가법의 문제점을 극복하기 위하여 lex mercatoria가 생겨났으며 근대국가의 등장과 아울러 lex mercatoria는 자취를 감추었으나 20세기 후반 국제무역의 증대는 당해 분야에서 확립된 원칙과 관행에서 발전하여 실정법이나 조약과 함께, 때로는 실정법이나 조약에 우선하여 적용되는 새로운 lex mercatoria를 출현시켰다. 특히 lex mercatoria를 성문화한 국제상사계약원칙(Unidroit Principles of International Commercial Contracts)과 유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law), 유럽연합의 계약법 통일 노력은 lex mercatoria의 형식에 새로운 가능성을 보여 주었으며 국제상사중재에서 lex mercatoria가 광범하게 수용됨으로써 재판규범으로서의 기능을 과시하였다. 더욱이 세계화의 진전과 본격적인 정보사

---

1) 동법의 정식명칭은 "부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률(약칭: 청탁금지법)"으로 2015. 3. 27. 법률 제13278호로 제정되어 2016. 9. 28.부터 발효된다.

2) 2016. 6. 더민주당의 신경민 의원은 이른바 '퇴근 후 카톡 금지법'을 발의하였는바 그 내용은 업무 시간 외 카톡 같은 메신저나 문자·전화로도 업무 지시를 하지 못하도록 하고 만약 퇴근 이후 직장 상사가 카톡으로 업무 관련 지시를 할 경우 부하 직원이 회사에 신고를 하면 불이익을 받을 수 있게 한다는 것이다.
http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2016/06/30/2016063002848.html

회의 도래로 인하여 lex mercatoria는 더욱 그 범위를 확대하여 왔다.

그러나 세계화에 대한 반동으로 최근 불어 닥친 신국가주의(neo-nationalizm)[3]는 국제거래법질서의 안정적인 발전에 lex mercatoria의 역할이 더욱 강조되어야 함을 보여주고 있다.

이에 본고는 세계화된 정보사회에 있어서 lex mercatoria의 21세기적 의미를 탐구하고 나아가 lex mercatoria가 우리 한국 사회에 주는 교훈을 검토하여 보고자 한다. 이를 위하여 먼저 lex mercatoria의 개념과 중세 이전의 역사적 과정을 살펴보고(II), lex mercatoria가 부활한 20세기에 있어서의 lex mercatoria의 발전상을 조감한 뒤(III), 오늘날 다방면으로 전개되고 있는 lex mercatoria의 대표적인 영역으로 lex informatica의 형성과 발전을 검토한다(IV). 이와같은 lex mercatoria에 대한 현상을 분석한 다음 lex mercatoria에 관한 오늘날의 법적 쟁점을 검토함으로써(V), 21세기에 있어서 lex mercatoria의 국내외적 의의(VI)를 끌어내는 연구를 하여 보고자 한다.

II. lex mercatoria의 개념과 역사적 발전

1. lex mercatoria의 정의

lex mercatoria는 일반적으로 특정국가법체계와 무관하게 국제거래의 틀에서 자발적으로 생성된 법규범이라 정의할 수 있다.[4] 종래 lex mercatoria는 상관습법 또는 상인법으로 번역하여 왔으나 관습법에 한하지 않는다는 점에서, 또는 상인에 관한 국가법을 배제한다는 점에서 적절한 번역이라 할 수 없다. 본고에서는 수용가능한 번역이 만들어질 때까지 당분간 lex mercatoria라는 용어를 원어 그대로 사용하기로 한다. lex mercatoria를 초국상사법(transnational commercial law)과 동일시하는 견해도 있으나 초국가법은 성문법과 불문법을 모두 포함하고 그 제정 권력에 국가도 포함될 수 있다는 점에서 원칙적으로 불문법이고 그 제정 권력에 국가가 포함되지 않는 lex mercatoria와는 구별된다.[5]

---

3) 미국의 세계 패권국가로서의 지위 약화, 중국의 국력상승과 이에 대한 일본의 견제심리, 영국의 EU탈퇴 등으로 촉발된 21세기 국가주의를 말한다.

4) Goldman, B., Contemporary Problems in International Commercial Arbitration, in Julian D.M. Lew (ed.), 1986, pp. 113-125, at 116.

5) Goode, R., New Developments in International and Consumer Law, Ziegel, J.S. (ed.), Hart Publishing, Oxford, 1998, pp. 3-35, at 4.

실정법론자들은 lex mercatoria가 의회나 법원과 같은 입법 권력에 의하여 만들어진 법이 아니라는 점에서 그 존재를 부정하고 그 실무적 가치도 실증적으로 존재하지 않는다는 입장[6]을 취하기도 한다. 그러나 법규범이 반드시 법률이나 판례에 의하여만 생성되는 것이 아니고 사적 입법(private law making)도 가능하고 또 후술하는 바와 같이 구속력 있는 사적 입법이 생겨나고 있는 현실에서는 lex mercatoria의 존재를 부정할 수는 없다고 할 것이다.

lex mercatoria의 기원을 로마시대의 만민법(ius gentium)[7]에서 찾는 견해도 있으나 대체로 중세 유럽 상인 간에서 통용된 상관습법에서 유래한다고 보는 것이 통설적인 견해이다. 19세기에 등장한 국제거래규범을 신(新)lex mercatoria(new lex mercatoria) 또는 lex mercatoria의 부활이라고 부르나 본고에서는 이를 구별하지 않고 lex mercatoria로 통칭하기로 한다. 근대의 lex mercatoria는 상관습뿐 아니라 표준계약서, 자율계약, 거래관행, 국재상사중재에의 회부 등으로 국가법에서 독립한 자신들의 규범체계를 창설하였다. 나아가 후술하는 바와 같이 lex mercatoria는 상사법의 영역에 한정되지 않고 스포츠법, 보건의료법, 과학기술법 등의 영역으로 확산되고 있으며 정보사회의 도래와 함께 폭발적으로 그 영역이 확산되어 가고 있으므로 본고에서는 상관습법, 법의 일반원칙, 관행적으로 사용되는 표준계약서, 중재판정례 등 사적 입법(private law making) 즉 입법주체가 국가가 아닌 법규범 일체를 lex mercatoria라 부르기로 한다.

lex mercatoria와 구별하여야 할 개념으로 ius mercatorum과 ius commune이 있다. lex mercatoria가 관습법 등 비국가법적 자율규범을 의미하여 국가법을 배제하는데 반하여 ius mercatorum은 국가법인 상인법을 말하거나 적어도 포함한다는 점에서 차이가 있다.[8] ius commune(또는 jus commune)은 영국의 보통법(common law)과 구별되는 유럽대륙의 보통법, 즉 중세 이후 로마 유스티니아누스법전의 재발견과 수용으로 형성된 유럽 전역에 통용된 로마법과 교회법(cannon law)을 의미한다는 점에서 lex mercatoria와 다르다.[9]

---

6) Drahozal, Christopher R., Contracting out of National Law: An Empirical Look at the New Law Merchant, 80 Notre Dame L. Rev. 523(2005).

7) 만민법은 로마인간에 적용되는 시민법과는 구별되는 로마인과 외국인간의 상사 관계를 규율하는 법체계였다. 만민법에 관하여는 오세혁, 비토리아와 수아레즈의 萬民法 사상, 法學論文集, Vol.34 No.2, 2010. 참조.

8) Fortunati, Maura, The fairs between lex mercatoria and ius mercatorum, in Voto Piergiovanni, From lex mercatoria to comercial law, 2005, pp.113-114.

9) Ibbetson, David John, Common Law and Ius Commune, 2001 p.20.

lex mercatoria의 법적 성격에 관하여는 (i) 널리 자치적 법질서를 의미한다고 보는 견해, (ii) 국가법을 대체하는 규범으로 보는 견해 및 (iii) 단순히 준거 국가법을 보충하는 국제거래의 관행과 기대의 집합으로 보는 견해로 나눌 수 있다. 그러나 lex mercatoria가 단순히 국가법을 대체하거나 보충하는데 그치는 것은 아니므로 lex mercatoria는 널리 국가가 입법 권력에 근거하여 만든 법규범을 제외한 자치적 법질서 내지 비국가법의 성격을 가진다고 하는 것이 타당할 것이다.

2. 해상분야의 lex mercatoria-lex maritima

가. 개설

lex mercatoria가 가장 일찍 발달된 영역은 해상법분야였으며 이를 lex maritima라 부른다.[10] lex maritima가 일찍이 발달한 이유는 먼저 해상운송과 해난사고의 특수성으로 인하여 특정국가의 법을 적용하기가 어려웠고 해상무역은 고대부터 발달하였던바 법체계가 정비되지 않은 고대국가에서 해상의 영역에 적용될 규범을 체계화하기는 어려워 법의 공백지대로 남아 있었던 탓이었다고 할 수 있다.

나. 로도스 해법(Rodian maritime law)

인류 최초의 해상법인 로도스해법은 기원전 800년 이전에 성립되었다. 로도스해법전은 그리스의 로도스섬의 주민들이 형성한 것으로 공동해손, 선박우선특권, 선박압류 등에 관한 규정이 있었던 것으로 알려지고 있다.[11] 로도스해법의 법적 성격은 명확하지는 않으나 로도스섬의 재판관할권이 미치는 범위 내에서는 실정법처럼 하나의 강제규범으로 적용되었을 것으로 보이지만 그 외의 그리스나 로마의 법원에서 로도스해법이 적용되었다면 이는 그리스나 로마의 실정법으로서 적용되었다고는 보기 어렵고 lex mercatoria, 좁게는 lex maritima로서 적용되었다고 할 수 있을 것이다. 즉 로도스의 영향권 내에 있는 지역의 해상사건에만 적용

10) Tetley, William, The Lex Maritima, in Carbonneau, Thomas E., Lex Mercatoria and Arbitration, Rev. Ed. 1998 pp.43-52.

11) 로도스해법에 관한 고전적 연구는 Robert D. Benedict, THE HISTORICAL POSITION OF THE RHODIAN LAW, 18 Yale L. J. 223 (1909)참조. 이 로도스해법은 로도스법(Lex Rhodia)로 알려진 7세기 비잔틴제국의 상거래 및 항해 법과는 구별하여야 한다.

되는 법규범으로서 국가법이 일반규범이라면 로도스권역 내에서 해상사건에만 특용되는 특별규범의 성격을 가졌다고 볼 수 있다.

다. 중세의 해법

9세기부터 12세기에 걸쳐 유럽에서는 중세상인들의 무역이 활발해 짐에 따라 해사관습법이 발전하였다. 그 중 대표적인 것이 아말피표법(Amalphitan Table), 올레론해법(Rolls of Oleron), 해사영사법(Consolato del Mare) 및 위즈비해법(Laws of Wisby)이다.

먼저 아말피표법(Amalphitan Table, Tables of Amalfi)은 11세기 당시 자유도시이자 무역도시였던 아말피공화국의 상법전인바 당시 지중해의 해상법을 수집정리하여 하나의 체계로 편찬한 것으로 그후 오랫동안 지중해 연안 국가에서 통용되었다.[12] 이어 당시 북유럽에서 영향력이 있었던 해상법은 1160년경 프랑스에서 공포된 올레론해법(Rolls of Oleron)[13]이었다. 동법은 전문 47개조로 구성되어 있으며 북유럽에서의 와인무역에 관한 당사자의 권리의무를 규정하였다. 특히 항해에 있어서의 선장과 선원의 권리의무와 공동해손, 해난구조 등 해난사고의 처리에 관한 규정을 포함하고 있다. 14세기 지중해에서는 바르셀로나 영사법원(Consular Court of Barcelona)이 해사관습을 집대성하여 해사영사법(Consolato del Mare)를 편찬하였다.[14]

북구에서는 16세기 위즈비해법(Laws of Wisby)의 성립을 보게 되었는바 위즈비해법은 위즈비항구가 있는 고틀랜드(Gotland)섬에서 채택한 해사관습법전으로 위 올레론 해법을 전승한 것이라고 한다. 프랑스 루이 14세의 1681년 해사대칙령(grande ordonnance de la marine d'août 1681)은 이러한 해사관습을 전면적으로 성문화한 것으로 영국 민법박사회관(Doctors' Commons)[15], 영국해사법원(English Admiralty Court) 그리고 유럽의 해사법원에서 원용되었다. 견해에 따라서는 이 중세의 해법만을 lex maritima라고 부르고 영미법에서는 이를 일반

---

12) Flanders, Henry. A Treatise on Maritime Law, 1852, pp.9-10. 아말피표법의 내용은 실전되었다고 한다.

13) 조문은 http://www.admiraltylawguide.com/documents/oleron.html. Shepard, James W., The Rôles d'Oléron - A Lex Mercatoria of the Sea?, in Piergiovanni, Vito (ed), From Lex Mercatoria to commercial law (2005), S. 207쪽 이하.

14) Azuni, Domenico Alberto, The Maritime Law of Europe Vol 1, 1806, p.359

15) 중세 이곳에 종교법원과 해사법원이 있었다고 한다.

해상법(general maritime law)이라고 한다.[16]

라. lex maritima의 발전

lex maritima는 관습법의 형태로 뿐 아니라 해운에서 사용되는 서식, 약관 및 규칙의 형태로 발전하였다. 선하증권, 용선계약, 해상보험증권, 협회적하약관(Institute Cargo Clause : ICC), 협회선박기간보험약관(Institute Time Clauses-Hulls), 공동해손(general average)에 관한 국제법협회(ILA)의 1877년 요크-앤트워프규칙(York and Antwerp Rules: YAR) 등을 그 예로 들 수 있다. 그 후 해상법은 성문의 조약[17]이나 국제통일규칙[18]의 형태로 발전하였고 상사중재판정례도 그 법원을 형성하고 있다.[19]

3. 중세의 lex mercatoria

진정한 lex mercatoria의 기원은 중세의 상인법(law merchant)에 있다고 할 것이다. 11세기 초 서유럽에서의 국제무역의 성행, 특히 한자동맹과 같은 자유도시간의 교역의 증가는 그 상인들 간에 형성된 관습이 상인법정에서 강제적으로 적용되었다. 예컨대 북독일의 교역의 중심도시였던 뤼벡(Luebeck)[20]의 상인법정

---

16) William Tetley, THE GENERAL MARITIME LAW - THE LEX MARITIMA, 20 Syracuse J. Int'l L. & Com. 105, Spring, 1994

17) 해상운송에 관한 1955년 "헤이그규칙"(Hague Rules), 즉 "선하증권에 관한 규칙의 통일을 위한 국제협약"(International Convention for the Unification of Certain Rules relating to Bills of Lading), 1968년 "헤이그 비스비규칙(Hagure Visby Rules)", 즉 "선하증권의 국제통일협약에 관한 개정 의정서(Protocol to Amend the Interna- tional Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading)" 1978년 "함부르그규칙"(Hamburg Rules) 즉 "해상화물운송에 관한 UN협약"(United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea), 1980년 "국제화물복합운송에 관한 UN협약(United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods)", 2008년 로테르담규칙 즉 해상에 의한 국제 물품 운송을 위한 계약에 관한 유엔 협약, 항공운송에 관한 "국제항공운송협약(Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Transport by Air)" 등이 있다.

18) 예컨대 국제해사위원회(CMI)에서 채택한 1990년 "해상화물운송장에 관한 통일규칙(Uniform Rules for Sea Waybills)", "전자식 선하증권에 관한 규칙(Rules for Electronic Bills of Lading)", 1988년 "복합운송서류에 관한 UNCTAD/ICC규칙(UNCTAD/ICC Rules for Multimodal Transport Document)"이 있다.

19) Tetley , Int'l. M. & A. L., 2003, Chap. 1, at pp. 1-30.(William Tetley. Glossary of Maritime Law Terms, 2nd Ed., 2004)
http://www.mcgill.ca/maritimelaw/glossaries/maritime/

20) 1375년 샤를르 4세 황제는 뤼벡과 함께 베니스, 로마, 피사 및 프로렌스를 제국의 5대 영예(Glories of the Empire)로 명명하였던바 뤼벡이 지중해를 제외하고는 유일하게 거명되었다.

에서 내려진 판정은 한자동맹에 가입한 200개의 도시에서 집행되었다고 한다. 이는 상인들이 중세 유럽의 봉건제도 하에서 개별화되고 흠결이 많은 로마법과 교회법의 부적절한 적용을 극복하고 상거래에 적합한 법을 창설한데서 비롯된 것으로 18세기 근대국가가 성립하여 자국법의 적용을 강제하고 lex mercatoria의 존재를 부정하기 시작할 때까지 약 800년간 존재하였던 법규범이다.

4. 우리나라의 자율규범

우리나라에서 서구의 lex mercatoria에 대응할 수 있는 농촌사회의 자율규범으로 향약(鄕約)[21]을 들 수 있다. 향약은 조선시대 향촌 사회의 자치규약으로 조선 중기 지방 사림이 농민·노비 등 하층민의 지배를 강화하기 위하여 유교 윤리를 기반으로 향촌의 공동 조직을 재구성한 것으로 우리사회에 유교적 예속(禮俗)의 보급과 정착에 크게 공헌하였다. 향약은 그 시행 시기나 지역에 따라 다양한 내용을 담고 있으나, 대체로 德業相勸, 過失相規, 禮俗相交, 患難相恤을 기본 덕목으로 하는 상부상조 정신에 기초하고 있다. 보통 몇 개의 자연촌을 합친 규모로 운영되었으며 양반신분의 상계(上契)와 상민신분의 하계(下契)를 합친 형태의 동약(洞約)으로 상세한 규정을 만들었으며 농민들을 향촌사회에 긴박시켜 토지로부터의 이탈을 막고 공동체적으로 결속시킴으로써 체제의 안정에 큰 기여를 하였다.[22] 그러나 조선 후기 향약은 관료체계에 흡수되었다. 또한 조선 시대의 상거래제도는 어음제도나 수표제도처럼 국법에 의하기 보다는 상인들 간의 관습에 기초하고 있다.

III. 20세기 Lex mercatoria의 발전

1. 개설

20세기 중반 제2차 세계대전이 끝나고 평화의 시대가 찾아와 국제무역이 활발하게 이루어지게 되자 다시 lex mercatoria가 태동하기 시작하였다. 그 이전인

---

21) 향약은 시행주체 ·규모 ·지역 등에 따라 향규(鄕規) ·일향약속(一鄕約束) ·향립약조(鄕立約條) ·향헌(鄕憲) ·면약(面約) ·동약(洞約) ·동계(洞契) ·동규(洞規) ·촌약(村約) ·촌계(村契) ·이약(里約) ·이사계(里社契) 등 다양한 명칭으로 불리었으며 명종때 이황이 실시한 예안향약과 선조때 이이가 실시한 해주향약이 그 대표적인 사례이다

22) 향약의 구성과 그 사회복지적 기능에 관하여는 곽효문, 조선조 향약의 복지행정기능과 의의, 행정논총 제14권 제1호(1975) 23쪽 이하 참조.

제1차 세계대전 직후인 1919년에 창립된 국제상업회의소(ICC)는 아래에서 보는 것처럼 새로운 무역규범을 창설하는 노력을 시작하였으나 20세기 후반에 접어들 무렵인 1950년대 말에서 1960년대 초에 걸쳐 프랑스, 스위스 및 영국에서 각각 신 lex mercatoria의 법리가 생성, 발전함으로서 그 이론적 배경을 확보하였다. 프랑스의 Berthold Goldman은 1956년 수에즈운하회사를 특정국에 속하는 회사가 아니라 국제적 법질서에 직접적인 지배를 받는 국제회사로 규정 지웠으며 같은 해 스위스의 Wolfgang Luithlen은 자치적 상사법은 국가법을 보충하는 것이 아니라 역으로 국가법이 자치적 상사법을 보완한다고 주장하였다.[23] 영국에서는 1961년 Clive M. Schmitthoff가 당사자 자치의 우월에 따른 자율(self-regulation)에 기초하여 진화한 국제거래의 자치법으로서의 신상인법(New Law Merchant)의 존재를 주장하였다.[24] 이러한 견해들은 후일 초국법으로서의 국제상거래법으로 발전하였다.[25] 20세기의 신 lex mercatoria는 세가지 방향에서 형성되었는바 첫째 국제상업회의소를 중심으로 하는 상관습의 성문화작업, 둘째 국제기구를 중심으로 하는 모범법(model law) 내지 원칙(principles) 제정 작업 그리고 국제상사중재와 관련한 lex mercatoria의 형성이 바로 그것이다. 이하에서는 이를 순차적으로 살펴보기로 한다.

2. 국제상업회의소의 활약

국제상업회의소(ICC)는 1919년 창립 직후인 1923년 국제중재법원을 창설하여 국제상사분쟁을 중재로 해결하기 시작하였으며 1933년 최초로 “화환신용장통일규칙(Uniform Customs and Practice for Documentary Credits : UCP)”를 채택한 이래[26] 1936년에는 정형적 국제거래조건에 관한 “무역거래조건의 해석에

---

23) Goldman, Berthold, La Compagnie de Suez, societe internationale, Le Monde, 4th Oct. 1956 , p. 3; von Wolfgang Luithlen, Einheitliches Kaufrecht und autonomes Handelsrecht, 1956 [Berger, Klaus Peter, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, 2nd Revised Edition, 2010 pp.368-370의 영역본 및 pp.3-4에서 재인용]

24) Schmitthoff, Clive M., international Business Law: A New Law Merchant(1961), in Cheng, Chia-Jue, Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law, 1988. pp.20-37.

25) 예컨대 Berger, Klaus Peter, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, 2nd Revised Edition, 2010; Dalhuisen, Jan H,.Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law Volume 1 The New Lex Mercatoria and its Sources, 6th Revised Edition, 2016 등.

26) 그후 수차의 개정을 거쳐 현재에는 2007. 7.에 개정된 UCP 600을 사용하고 있으며 한편 전자상거래를 위하여 2001. 11. e-UCP, 즉 ‘전자적 제시를 위한 화환신용장통일규칙 및 관행 보칙 1.0판(Supplement to the Uniform and Practice for Documentary Credits for Electronic Presentatio

관한 국제규칙(International Rules for the Interpretation of Trade Terms, 약칭으로 International Commercial Terms : Incoterms)"을 성안하였다.[27] 이어 1937년에 최초의 국제광고강령(International Code of Advertising Practice)을 제정하였고, 1956년에는 추심에 관한 통일규칙(Uniform Rules for Collections, URC)[28], 1967년 상업어음추심통일규칙(Uniform Rules for the Collection of Commercial Paper), 1992년 통일독립보증규칙(Uniform Rules for Demand Guarantees, URDG, 2010년 개정), 1998년 국제스탠바이신용장규칙(International Standby Practices), 2002년 국제표준은행거래규칙(International Standard Banking Practice, ISBP), 2002년 전문 신용장 분쟁해결 규칙(Rules for Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise, ICC DOCDEX Rules)을 각 제정하여 시행하고 있다. 그 외 국제상업회의소는 국제매매계약, 국제대리점계약, 프로젝트턴키계약 등 각종의 표준계약서 내지 모델계약서를 제정하여 관계자들이 사용할 수 있도록 하고 있다.[29]

이와 같은 국제상업회의소의 국제거래규범 정립활동은 큰 호응을 얻어 국제거래에 종사하는 자들이 자발적으로 이 규범을 이용하고 있다. 이러한 ICC의 성공적인 사적 규범제정이 lex mercatoria의 법리를 발전시키는데 커다란 기여를 하였다.

---

n-Version 1.0)을 제정하여 2002. 4. 1.부터 시행한 이래 2007. 7. 1. 그 개정판인 e-UCP1.1판을 시행하고 있다.

27) Incoterms는 주지하는 바와 같이 수차례의 개정을 거쳐 현재에는 Incoterms 2010이 시행되고 있다.

28) 수차의 개정을 거쳐 1996. 1. 1.부터 URC 522를 시행하고 있다.

29) 예컨대 ICC Model Commercial Agency Contract, ICC Model Confidentiality Agreement, ICC Model Distributorship Contract, ICC Legal Handbook for Global Sourcing Contracts, ICC Model Mergers and Acquisitions Contract (Share Purchase), ICC Force Majeure Clause, ICC Model Occasional Intermediary Contract - Non-Circumvention and Non-Disclosure Agreement, ICC Model International Sale Contrac, ICC Model International Transfer of Technology Contract, ICC Model International Trademark Licence, ICC Model Turnkey Contract for Major Projects, ICC Model Subcontract, Using Franchising to Take Your Business International, Drafting and Negotiating International Commercial Contracts - A Practical Guide, ICC Principles to Facilitate Commercial Negotiation, Notes from the Field - Negotiating Around the World, ICC Anti-corruption Clause, Developing Neutral Legal Standards for International Contracts 등이 있다.

3. 국제기구의 lex mercatoria 성문화 작업

가. 개설

국제상업회의소의 성공적인 lex mercatoria 성문화 작업에 힘 받은 사법통일국제협회(UNIDROIT)와 유엔국제거래법위원회(UNCITRAL) 등 국제기구는 국제거래에 관한 조약을 성안하는 한편 모델법이나 국제거래원칙 형식의 lex mercatoria를 만들기 시작하였다. 이들 국제기구를 운영하는 규칙 또한 또 다른 lex mercatoria를 형성하고 있다.

나. 사법통일국제협회(UNIDROIT)의 작업

1926년 국제연맹의 산하기관으로 설립된 사법통일국제협회(UNIDROIT)는 상법의 국제적 표준화를 위하여 장기간 활동하여 왔으며 상거래에 관한 수많은 국제 조약을 성안하였고[30] 나아가 모델법과 국제계약원칙을 제정하여 왔다. 동협회가 제정한 모델규범으로는 1998년 국제 상위 프랜차이즈계약 가이드(Guide to International Master Franchise Arrangements) 및 2002년 모델프랜차이즈공개법(Model Franchise Disclosure Law)이 있고 특히 동 협회가 1994년, 2004년 및 2010년에 각 공표한 국제상사계약원칙(Principles of International Commercial Contracts. PICC)은 오늘날 대표적인 lex mercatoria로 자리 잡고 있다.[31]

---

30) 동 협회가 제정한 국제조약으로는 1964년 국제물품매매에 관한 통일법(A Convention relating to a Uniform Law for the International Sale of Goods 1964, ULIS) 및 국제물품매매계약의 성립에 관한 통일법(A Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods 1964, ULF)를 비롯하여 1970년 여행계약에 관한 국제협약(International Convention on Travel Contracts, Brussels), 1973년 국제유언양식통일법협약(Convention providing a Uniform Law on the Form of an International Will, Washington, D.C.), 1983년 국제물품매매대리점협약(Convention on Agency in the International Sale of Goods, Geneva), 1988년 국제금융리스협약(UNIDROIT Convention on International Financial Leasing, Ottawa) 및 국제팩토링협약(UNIDROIT Convention on International Factoring, Ottawa), 1995년 도난문화재협약(UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, Rome), 2001년 국제이동장비담보협약(Convention on International Interests in Mobile Equipment, Cape Town) 및 항공기에 관한 의정서(Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Aircraft Equipment, Cape Town)등 이 있다.

31) 野原もなみ, ユニドロワ国際商事契約原則の準拠法適格性, 法律学研究54号 (2015) 297 참조.

다. UN국제거래법위원회(UNCITRAL)의 작업

1966년 UN산하기구로 설립된 국제거래법위원회(UNCITRAL)는 국제거래법의 통일에 큰 기여를 하였다. 동 기구는 1980년 국제매매협약(CISG)을 비롯한 국제거래에 관한 조약을 제정하는 외에[32] 각종 규칙과 모델법 등을 성안하였다.먼저 중재에 관하여는 1976년 UNCITRAL 중재규칙(UNCITRAL Arbitration Rules, 2010년 개정), 1980년 UNCITRAL 조정규칙(UNCITRAL Conciliation Rule),1982년 UNCITRAL 중재 규칙에 근거하는 중재에 관계된 중재 기관 및 그 외의 관련 기관을 지원하기 위한 권고(UNCITRAL Arbitration Rules), 1985년 국제상사 중재 모델법(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 2006년 개정), 1996년 중재절차구성노트(UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings), 2002년 국제상사조정모델법(UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation)을 각 채택하였다.

한편 무역에 관련하여서는 1982년 국제 운송 책임 제한 조정을 위한 통화 단위 조항과 책임협약(Provisions on a Unit of Account and Adjustment of Limit of Liability in International Transport and Liability Conventions), 1983년 불이행시 지급약정액 계약조항 통일규칙(Uniform Rules on Contract Clauses for an Agreed Sum Due upon Failure of Performance), 1992년 국제 구상무역 법률가이드(UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transactions)를 성안하였다. 국제 결제에 관하여는 1992년 국제 채권이체에 관한 모델법(Model Law on International Credit Transfers), 1996년 전자상거래모델법(UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce), 2001년 전자서명모델법(U

32) 그 외 1974년 국제물품매매시효협약(Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods), 1978년 해상물품운송협약(United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, Hamburg Rules), 1988년 국제환어음 및 국제약속어음 협약(United Nations Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes), 1991년 국제거래 운송터미널 운영자 책임협약 (United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade), 1995년 독립 보증 및 보증 신용장협약(United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit), 2001년 국제거래 영업채권의 양도 협약(United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade), 2005년 국제계약상 전자교신사용협약(United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts), 2008년 로테르담규칙 즉 국제물품해상운송계약협약(United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, Rotterdam Rules), 2015년 조약기반 투자가-국가중재 투명성협약(United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration)을 각 제정하였다.

NCITRAL Model Law on Electronic Signatures)을 제정하였고, 건설 및 플랜트 공사에 관하여는 1987년 국제 공업시설건설계약 초안 법률가이드(UNCITRAL Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works), 1993년 물품 및 건설 조달 모델법(UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods and Construction), 1994년 물품, 공사 및 서비스 조달 모델법(UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services), 2000년 민간 융자 인프라 정비 프로젝트에 관한 입법 가이드(UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects), 2003년 민간 융자의 인프라 정비 프로젝트에 관한 모델 입법 규정(Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects), 2011년 공공조달모델법(UNCITRAL Model Law on Public Procurement) 등을 성안하였다.

또한 금융거래에 관하여는 2007년 담보거래입법가이드(UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions) 및 2010년 지식재산권 담보에 관한 보충입법 가이드(UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions: Supplement on Security Rights in Intellectual Property)를 작성하여 입법에 참고하게 하였다. 파산법에 관하여는 1997년 국제도산모델법(UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency), 2004년 도산법 입법가이드(UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law) 및 2009년 국제 도산 협력 실무가이드(UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation)를 편찬하였다.

라. 유럽계약법위원회의 작업

1982년 유럽계약법위원회(Commission on European Contract Law, 일명 Lando위원회)는 유럽계약법의 통일 작업을 시작하여[33] 1995년 유럽계약법원칙 제1부를, 1999년 제2부를, 2002년 제3부를 각 완성하였다. 이 유럽계약법원칙은 1994년의 UNIDROIT의 국제상사계약원칙과 유사한 내용을 가지고 있다. 유럽계약법위원회의 작업을 이어 받은 유럽민법전연구회(The Study Group on a Euro

33) 이를 소개한 국내 문헌으로는 박영복, EU 私法의 전개, EU연구 제32호 2012 pp.57~102; 김영두, 유럽계약법에 대한 최근의 논의, 연세대 법학연구 제15권 제1,2호, 2005 pp.221-247.

pean Civil Code, SGECC)는 이 유럽계약법원칙을 기초로 2009년 공통참조기준초안(Draft Common Frame of Reference, DCFR)을 공표하였다.[34] 이 초안은 유럽의 전계약법분야를 법전화하려는 시도였으며 공통유럽매매법규정(EU Regulation for a Common European Sales Law, CESL)초안에 포섭되고 있다.[35] 오늘날 계약당사자들은 DCFR을 준거규범으로 하여 계약을 체결할 수 있다.[36]

마. 초국법원칙(Trans-Lex Principles)의 정립 작업

유럽에서는 1992년 초국법원칙(Trans-Lex Principles)이라는 이름으로 lex mercatoria의 목록을 공표하기 시작하였다.[37] 초국법원칙은 lex mercatoria가 점진적으로 성문화될 수 있다는 생각에서 비롯되었으며 중재판정, 국내법, 국내판례, 국제협약, 연성법규범, 표준계약서로부터 lex mercatoria를 정리한 작업의 결과이다. 지금은 쾰른대학교의 초국법센터(Center for Transnational Law, CENTRAL)의 Klaus Peter Berger교수가 이 작업을 주도하고 있으며 2016년 현재에는 130개의 원칙과 규칙이 성안되어 있다.[38] 이 초국법원칙은 중재인과 중재사건을 대리하는 변호사들이 원용하고 있으며 국제계약을 초안하는데 활용되고 있다.

4. 중재와 lex mercatoria

가. lex mercatoria와 국제상사중재간의 관계

실체규범인 lex mercatoria와 분쟁해결제도로서의 국제상사중재는 국가법체계

---

34) http://www.storme.be/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf 그 상세한 해설에 관하여는 Christian von Bar and Eric Clive(eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR), 6 Volumes, 2010. Oxford Press 참조. 국내소개문헌으로는 권영준, 유럽사법(私法)통합의 현황과 시사점- 유럽의 공통참조기준초안(Draft Common Frame of Reference)에 관한 논쟁을 관찰하며, 비교사법 제18권 제1호(통권 제52호), 2011.3, pp. 35-78 참조.

35) 공통유럽매매법규정은 2014. 2. 유럽의회의 긍정적 표결에도 영국의 반대로 한 때 정지상태에 있었으나 Brexit로 다시 탄력을 얻고 있다.

36) Emmert, Frank, The Draft Common Frame of Reference (DCFR) - The Most Interesting Development in Contract Law Since the Code Civil and the BGB, Indiana University Robert H. McKinney School of Law Research Paper No. 2012-08, March 17, 2012 참조.

37) http://www.trans-lex.org/principles/참조.

38) 그 목록은 Klaus Peter Berger, Creeping Codification ,of Mew Lex Mercatoria, 2nd ed. 부록 III 및 http://www.trans-lex.org/principles/참조.

로부터 독립한 자치적 법체계를 수립하는 것을 가능하게 하였다. 즉 중재인들과 중재기관은 lex mercatoria의 형성에 하나의 축을 담당하였다.[39] 이와 같은 국제상사중재의 발전과 그에 관한 법규법의 형성에는 1958년 성립된 "외국중재판정의 승인과 집행에 관한 UN협약"(United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards : 뉴욕협약)의 역할이 지대하였다.[40]

나. 절차적 lex mercatoria로서의 중재

뉴욕협약 하에서 중재인들은 먼저 스스로 중재에 관한 규범을 정립하였다.[41] 중재조항독립의 원칙(doctrine of separability), 중재인의 자기권한 판단권(Kompetenz-Kompetenz), 중재적격성(arbitrability) 등 중재 절차에 관한 규범도 중재인들이 발전시켰다. 이는 중재 자치(arbitral autonomy)에 기초를 두고 있다고 설명되나 중재자치의 법리 그 자체가 lex mercatoria라고 말할 수 있다. 나아가 중재의 진행에 있어 증거와 절차에 관한 관습적 규칙도 형성되었다. 이러한 성과를 반영하여 UN국제거래법위원회(UNCITRAL)는 1976sus UNCITRAL중재규정을 제정한데 이어 1985년 "모델국제상사중재법"(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)을 채택하여 각국에 통일적 중재법의 도입을 권장하였다.[42]

다. 중재판정에 의한 lex mercatoria 실체규범의 형성

중재인들이 중재사건에 lex mercatoria를 실체규범으로 적용한 것은 이미 오래되었다. UNCITRAL 모델중재법 제28조 제1항은 중재판정부는 당사자가 분쟁의 실체에 적용하기 위하여 선택한 법규범(rules of law)에 따라 판단한다고 규

---

39) Lando, O., The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration, 34 ICLQ 747(1985)

40) 물론 뉴욕협약이전에도 제네바 협약, 제네바의정서 등 중재에 관한 국제조약이 있었으나 그 역할은 제한적이었으므로 제2차 세계대전 후 급증한 국제거래와 그에 관한 분쟁을 중재에 의하여 해결할 필요성에 따라 1958년 뉴욕의 UN본부에서 유엔경제사회이사회와 국제상업회의소(ICC)를 중심으로 뉴욕협약을 성안하였다.

41) Nottage, L., Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration, 2003. 이 모델법은 2006년 개정되었다.

42) 이러한 중재절차에 관한 규범은 더욱 발전하여 중재인의 임시적처분제도와 긴급중재인제도가 채택되었다. 중재인의 임시적처분제도와 긴급중재인제도에 관하여는 손경한 외, 중재판정부의 임시적 처분 등에 대한 법원의 역할, 대법원 연구보고서 2015 참조.

정한다. 여기에서 말하는 법규범에는 lex mercatoria와 같은 초국적 법원칙이 포함되는 것으로 이해되고 있다. 중재인들이 적용한 비국가 규범은 중재판정의 비공개로 인하여 자세히 알 수는 없으나 계약의 이행과 재협상에 있어서의 신의칙 준수의 원칙, 계약준수의 원칙(pacta sunt sevanda), 불가항력(force majeure)의 법리, 손해경감의 원칙, 금반언칙, 국제도덕에 반하는 계약의 집행불가능성 등의 법리를 적용하였다.[43] 중재인들이 이미 형성된 lex mercatoria를 적용함은 물론 스스로 lex mercatoria의 형성에 참여하고 있다. 중재인들이 lex mercatoria를 발전시키는 과정은 형평법법원의 판사가 형평법을 형성한 것과 유사하다.[44]

중재인에 의한 lex mercatoria 형성은 상거래법에 한정되지 않고 예컨대 지식재산거래나 주식거래에 있어서도 발견된다. 지재권 라이선스의 관행은 세계적으로 동일하고 또 국가법이 대체로 정치하지 못하므로 lex mercatoria가 형성될 여지가 많다. 독점적 라이선시의 침해금지청구권과 그의 독점적 권리는 지식재산의 실용의무와 관련되어 있다는 법리 등이 바로 그것이다.[45] 주식거래나 다국적기업의 국제파산에서도 그 예를 발견할 수 있다.

라. lex mercatoria를 적용한 중재판정의 법원에 의한 집행

중재판정의 집행도 초국법질서에 기초를 두고 있다는 견해가 힘을 얻어 가고 있다. 중재지에서 취소된 중재판정을 승인, 집행하는 사건이 증가하는 것도 이러한 취지에서 인 것으로 관측된다. 형식적으로는 국가 법원이 승인하는 절차를 거치지만 이는 국가가 자국 내 집행권을 독점하고 있는 결과일 뿐이라는 것이다. 이러한 관점의 수용여부를 떠나 오늘날 국가의 중재판정 집행에의 관여는 자국 공서의 보호를 위한 최소한에 그치고 있다. lex mercatoria의 적용을 포함한 법 적용의 오류는 중재판정 취소 사유나 집행거부사유에 해당하지 않으므로 당사자의 명시적인 지정이 없음에도 중재인이 임의로 lex mercatoria를 적용한 중재판

---

43) Howarth, Richard J, *LEX MERCATORIA:* CAN GENERAL PRINCIPLES OF LAW GOVERN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS?, (2004) 10 Canterbury Law Review 36

44) Dalhuisen, Jan H. Hendrik, International Arbitrators as Equity Judges, May 6, 2014 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2433507;
Dalhuisen, Jan, The Modern Lex Mercatoria and International Arbitration, http://opiniojuris.org/2012/04/05/the-modern-lex-mercatoria-and-international-arbitration/

45) Dessemontet, François, 'Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace' (2001) 18 *Journal of International Arbitration* 487, p.497.

정도 법원이 승인, 집행함에 지장이 없을 것이다.[46]

5. lex mercatoria의 다른 영역에의 확장

lex mercatoria는 전통적인 상거래 영역을 넘어 다른 분야로까지 확산되고 있다. 이를 차례로 보면 아래와 같다.

가. lex constructionis

건설분야에는 lex constructionis라 불리는 lex mercatoria가 형성되고 있다.[47] lex constructionis는 건설업계에서 일반적으로 수용된 건설법원칙을 말하는 바 건설법이 발달되어 있지 않은 나라에서 법원으로 기능한다. 그 원칙에는 계약준수의 원칙(pacta sunt servanda), 사정변경의 원칙(rebus sic stantibus), 정보제공의무 등 상대방 당사자의 이행에 조력할 것을 요구하는 신의칙, 지시받은 공사변경은 계약 위반에 해당하지 않는다는 원칙, 발주자가 현장을 제공하는 경우 발주자가 상이한 현장조건으로 인한 유불리를 감수한다는 원칙, 건설의 방법과 순서는 시공자가 선택한다는 원칙, 공기연장청구는 신속하게 하여야 한다는 원칙, 손해경감의무, 당사자가 클레임을 신속하게 제기하지 않으면 이를 할 수 없다는 원칙, 클레임은 그 근거와 함께 제기되어야 한다는 원칙, 발주가가 이미 알고 있어 클레임이 제기된다는 것을 아는 경우 통지를 면제한다는 원칙 등을 그 예로 들고 있다.[48] 건설선진국에는 이러한 법원칙들이 승인되고 있으므로 건설계약의 준거법을 선택하거나 분쟁 해결에 참고할 필요가 있다. 오늘날은 국제 컨설팅 엔지니어링 연맹(Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils/International Federation of Consulting Engineers, FIDIC)의 표준건설계약 내지 약관[49]과 기타 국제건설관련기관의 표준건설계약 내지 약관[50]이 널리 통용됨으로

---

46) Rivkin, David W., Enforceability of Arbitral Awards Based on Lex Mercatoria, 9 Arb. Int'l 67 (1993)

47) Molineaux, C., Moving Toward a Construction Lex Mercatoria A Lex Constructionis," J. Int'l Arb. 14(1)(1997), pp. 55-66.

48) John W. Hinchey & Troy L. Harris, International Construction Arbitration Handbook, 2016 § 3:18 Authorities chosen by parties—Lex mercatoria and lex constructionis principles참조.

49) FIDIC약관으로는 (i) 단순시공약관(Conditions of Contract for Construction, "Red Book"), (ii) 설계·시공약관(Conditions of Contract for Plant & Design Build, "Yellow Book"), (iii) EPC턴키약관(Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects, "Silver Book"), (iv) 약식약관(Short Form of Contract, "Green Book"), (v) 설계·시공·운영약관(Conditions of Contract for Design, Build and Op

써 새로운 lex constructionis를 형성하고 있다.

나. lex petrolea

국제석유개발사업과 관련하여서는 lex petrolea라 불리는 법규범이 형성되어 있다. lex petrolea는 19세게 이래 국제적으로 활발하게 진행되어 온 석유자원의 소유, 채굴, 개발, 거래, 수송 및 석유회사의 국유화(expropriation) 등에 관한 관련자의 권리의무에 관한 것이다. 통상 석유자원의 개발에 관한 규범은 탐사 및 채굴 공유 계약(Exploration and Production Sharing Agreement, EPSA), 양허계약(Concession Agreement) 또는 운용계약(Operating Agreement)에 반영된다.[51]

다. lex sportiva

lex sportiva는 국제 스포츠 단체가 정립한 법규범 체계를 말하며 초국적 성격을 가진다.[52] 그 연원은 19세기말 국제올림픽위원회(IOC)의 설립에 있으나 20세기 후반 국제스포츠산업의 급격한 성장으로 프로선수들의 활동무대가 만들어 졌고 이들은 세계적인 스포츠인 공동체를 구성하고 자율적인 법체계를 형성함으로써 lex sportiva가 성립되었다.[53] 더욱이 스포츠분쟁을 스포츠중재법원(Court of

---

erate Projects, “Gold Book”) 등 시공에 관한 약관 외에 모델컨설팅서비스계약(FIDIC Client/Consultant Model Services Agreement, “White Book”),용역하도급계약(FIDIC Sub-Consultancy Agreement), 합작(컨소시엄)계약(FIDIC Joint Venture (Consortium) Agreement, “JVA”) 등이 있다.

50) 일본엔지니어링진흥협회(ENAA)의 1986년 프로세스 플랜트 국제건설표준계약조건(Model Form – International Contract for Process Plant Construction), 1996년 발전 플랜트 국제건설표준계약(Model Form – International Contract for Power Plant Construction), 유럽국제시공자협회(EIC)의 1994년 설계·시공 계약조건(Conditions of Contract for Design and Construction Projects), 국제상업회의소(ICC)의 2003년 산업설비공급을 위한 모델턴키계약(ICC Model Contract for the Turnkey Supply of an Industrial Plant),2007년 대형공사를 위한 모델계약(ICC Model Contract for Major Projects), ICE(Institute of Civil Engineer)약관, JCT(Joint Contrac Tribunal)약관, AIA(American Institute of Architects)약관, NEC(New Engineering Contracts)약관, SIA(Singapore Institute of Architects)약관, 싱가포르PSSCOC(Singapore Public Sector Standard Conditions of Contract for Construction Works)약관, REDAS(Real Estate Development Association of Singapore)약관 등이 있다.

51) Bishop, R. Doak, International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea, Yearbook of Commercial Arbitration 1998, p. 1131이하. http://www.trans-lex.org/131500; Kim Talus, Scott Looper, and Steven Otilla, Lex Petrolea and the Internationalization of Petroleum Agreements: Focus on Host Government Contracts, Journal of World Energy Law & Business 5 (3) July 2012, pp. 181-193

52) Siekmann, Robert C.R., Soek, Janwillem (Eds.), Lex Sportiva: What is Sports Law? 2012

arbitration for Sports, CAS)라는 자율적 분쟁해결기구에서 해결함으로써 국제스포츠법의 자율성은 더욱 제고되고 있다.[54]

라. lex medicinae

보건의료인들이 보건의료에 관하여 자율적으로 제정한 제 규범으로[55] 그 구속력이 문제되는 바 미국의 판례는 환자의 동의 없는 의약 실험을 금지하는 국제적 연성규범은 국제관습법의 지위를 획득하였다고 보았다. 즉 미국 법원은 미국의 외국불법행위법(Alien Tort Statute)를 적용함에 있어 뉘른베르그 강령, 헬싱키 선언, 국제의료기관평의회 지침 및 시민적 및 정치적 권리 규약 제7조를 근거로 환자의 동의 없는 의약 실험 금지 규범은 국제관습법이라고 판시하였다.[56]

마. lex technologia

과학기술업계 스스로가 만든 법규범으로 민립 과학기술법이라 할 수 있다. 예컨대 과학기술윤리규범, 과학기술단체의 규범, 과학기술사규, 과학기술거래약관, 컴퓨터 코드, 컴퓨터 처리 시스템, 기술표준 등이 lex technologia의 내용으로 거론된다. 과학기술법의 영역에서는 과학기술의 비약적 발전과 변화에 대응하여

---

53) Kolev, Boris, Lex sportiva and Lex Mercatoria, The International Sports Law Journal, Jan 1, 2008

54) 한국 수영선수 박태환은 2014. 9. 금지약물 검사에서의 양성반응으로 국제수영연맹(FINA)으로부터 2016. 3. 2.까지 18개월간 선수자격을 정지 당하는 징계를 받았고 대한체육회로부터는 도핑 규정 위반으로 경기단체에서 징계를 받은 후 3년이 지나지 않은 자는 국가대표가 될 수 없다는 내부 규정에 따라 리우올림픽에 출전할 수 없게 되었던바 2016. 7. 1. 서울동부지방법원이 리우 올림픽에 출전을 허용하는 가처분 결정을 하였음에도 대한체육회는 2016. 7. 8. 스포츠중재법원이 박태환의 리우올림픽 출전을 허락하는 임시적 처분을 내린 후에야 2016. 8. 리우 올림픽 출전을 허락하였다. 이 사건은 lex sportiva의 국내법에 대한 우월을 보여주는 대표적인 사례가 되었다. http://biz.heraldcorp.com/view.php?ud=20160708000913

55) 예컨대 1949년 국제의료윤리장전(International Code of Medical Ethics), 1964년 인간을 대상으로 하는 의학연구에 관한 윤리 원칙-헬싱키 선언(Declaration of Helsinki-Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects, 1964), 1973년 미국병원협회(American Hospital Association)의 환자의 권리 장전(AHA Patient's Bill of Rights, 1973, 1992), 1978년 알마아타선언(Declaration of Alma-Ata at International Conference on Primary Health Care, 1978), 1981년 환자의 권리에 관한 리스본 선언, 1991년 정신질환자 보호 및 정신건강관리증진 원칙을 들 수 있다.

56) Abdullahi v. Pfizer, Inc.,562 F.3d 163 (2009, cert. denied). 이 사건에서 법원은 동 규범이 "sufficiently specific, universally accepted, and obligatory for courts to recognize a cause of action to enforce the norm"하여 국제관습법이 된다고 판시하고 나아가 동 사건에 있어서 나이지리아정부의 관여는 외국불법행위법상의 국가행위요건(state action requirement)을 충족한다고 판시하였다.

새롭고 혁신적인 법규범의 필요성은 크나 이를 입법하는 데에는 복잡한 절차와 정치적 고려, 그리고 시간이 소요되므로 헌장(charter), 원칙(principles), 지침(guideline), 행위규범(code of conduct), 모델법(model law), 선언(declaration; statement) 등의 자율법의 형태로 존재하는 것이 많다.[57] 또한 규범화한 기술거래약관, 제3자도 준수하는 기업의 기술 사규나 기술 관련단체의 규정, 기술표준[58]도 규범성을 가지는 한 lex technologia에 포섭될 수 있다. 이러한 자율법은 사이버공간을 포괄하는 정보기술법의 영역에서 더욱 현저하여 이 법역은 자율정보법(lex informatica)이라 불리는바[59] 이에 관하여는 절을 바꾸어 살펴보기로 한다.

IV. lex informatica의 형성과 발전

1. 사이버스페이스와 lex informatica

인터넷이 대중화되기 시작한 1993년 이래 현실세계가 아닌 컴퓨터, 인터넷 등으로 만들어진 가상의 공간인 사이버스페이스(cyberspace)라는 개념이 등장하였고 1996. 2. 8. 존 페리 바를로(John Perry Barlow)는 사이버스페이스의 국가권력으로부터의 독립을 선언하는 사이버스페이스 독립선언문(A Cyberspace Independence Declaration)을 공표하기도 하였다. 인터넷[60]의 상호운용성을 확보하기 위하여 1998. 8. 18. 인터넷주소관리기구(Internet Corporation for Assigne

57) 과학기술윤리규범에 관한 예로는 미국 공학자협회(NSPE)가 1987년 제정한 공학자윤리강령, 미국국립과학학술원(NAS)과 국가연구평의회(National Research Council, NRC)가 1995년 공동 제정한 '과학자의 연구수행 행동규범', 1999년 7월 1일 부다페스트에서 열린 세계과학회의에서 채택된 과학과 과학지식의 이용에 관한 선언(Declaration on Science and the Use of Scientific Knowledge), 한국과학기술한림원이 2002년 선포한 '과학기술자 헌장'과 2006년 제정한 '과학자의 보편적 윤리강령', 동아시아 공학회의가 2004년 '공학윤리의 선언'을 하고 이에 기초하여 제정한 '아시아 공학인의 윤리지침', 영국과학기술위원회(Council for Science and Technology, CST)가 2005년에 제정한 '과학자의 보편적 윤리강령', 2005년 10월 19 일 제 33차 유네스코총회에서 채택된 유네스코 생명윤리와 인권에 관한 보편선언(Universal Declaration on Bioethics and Human Rights), 일본과학학술회의(Science Council of Japan)가 2006년 채택한 '과학자의 행동규범'등이 있다.

58) 예컨대 ISO등이 정한 기술표준(technical standards) 등인바 이것은 제품이나 공정의 기술적 사양을 정한 것일 뿐 당사자에게 법적인 권리의무를 발생시키는 것이 아니므로 법규범은 아니라는 견해가 있다.

59) 도메인이름분쟁해결규칙(UDRP)을 포함한 ICANN이 제정한 규범이 대표적이다.

60) 인터넷은 정보가 유통하는 물리적 구조(physical infrastructure), 그 구조를 통제하는 코드(code) 그리고 디지털 정보를 담은 컨텐츠(content)의 3개의 층으로 구성되어 있다.

d Names and Numbers, ICANN)[61]가 설립되어 인터넷의 사용을 위하여 필요한 도메인 이름 시스템, 인터넷 프로토콜 주소공간(Internet Protocol (IP) address space) 기타 파라메터들을 관리하고 있다.[62] 또한 사이버공간에는 크고 작은 무수한 사이버 커뮤니티가 형성되어 활동하고 있다.

이러한 인터넷 시스템과 사이버 커뮤니티에 통용되는 법규범이 단기간에 형성되었고 또 지속적으로 형성 중에 있는 바 이처럼 사이버스페이스에 적용되는 법체계를 통상 사이버스페이스법 또는 줄여서 사이버법이라고 하나 사이버법의 자율적 성격을 강조하는 입장에서는 lex informatica라 부른다. lex informatica라는 개념을 처음으로 주장한 사람은 Reidenberg교수인데 동교수는 lex informatica를 기술과 네트워크의 규범제정력이 만들어낸 보편적 법을 의미하는 것으로 사용한다.[63] 아래에서는 lex informatica의 발전과정을 유형별로 살펴본다.[64]

2. lex informatica의 발전

가. 통일도메인이름분쟁해결방침

성공적으로 안착한 lex informatica의 예는 인터넷주소관리기구가 만든 통일도메인이름분쟁해결방침이다. 동 기구는 인터넷 도메인 이름의 등록과 사용에 관한 분쟁을 신속하고 저렴하게 해결하기 위하여 세계지적재산권기구(WIPO)와 함께 통일도메인이름분쟁해결방침(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, UDRP 이하 “분쟁해결방침”) 및 동 규칙(Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, 이하 “분쟁해결규칙”)을 제정하여 자신이 정한 실체규범과 절차규범에 따라 분쟁해결을 하고 그 집행도 스스로 함으로써 전 세계적인 호응을 얻어 UDRP는 도메인이름분쟁해결방법의 총아로 등장하였다. UDRP는

61) https://www.icann.org/

62) 2013년 ICANN은 인터넷에 새로운 "일반 최상위 도메인"제도의 도입을 승인하여 6백만 개를 넘는 13개의 새로운 최상위 도메인을 도입하였으며 2016. 9.부터 ICANN과 인터넷주소배정처(Internet Assigned Numbers Authority, IANA)는 미국 상무부의 통제를 벗어나 순수한 민간 자율기구로 되었다.

63) Reidenberg, J.R., Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology , 76(3) Tex LR 553 (1998). 그는 lex informatica가 네트워크상의 정보유통을 위한 단일의 불변적인 규범을 정립할 수 있고 정보유통의 방침을 관행화 내지 자동화 할 수 있다고 주장하였다.

64) 사이버 자율규범의 법원성에 관한 상세한 논의는 손경한, 과학기술법의 법원, 과학기술과 법 제2권 2010, 3쪽이하 참조.

자족적 자율규범으로서 lex informatica의 대표적이 예라고 할 수 있다.

각국은 UDRP를 본받아 국가도메인이름분쟁해결절차를 마련하였는바 예컨대 영국의 경우 Nominet's Dispute Resolution Service(DRS)절차에 따라 도메인이름분쟁을 해결하고 있으며[65] 한국의 경우 인터넷주소자원에 관한 법률을 제정, 도메인이름분쟁을 인터넷주소분쟁조정위원회의 조정으로 해결하도록 하였다. 이는 lex informatica를 실정법화한 한 예라고 할 수 있다.[66]

나. 표준 디지털 저작권 라이선스

인터넷에서 통용되는 소프트웨어 기타 디지털 저작물의 라이선스와 관련하여 소프트웨어 일반 공중 라이센스(GPL)와 크리에이티브 커먼즈 라이센스(CCL)이 대표적인 규범으로 자리잡고 있다. 소프트웨어의 무상사용에 관하여 1980년대부터 자유소프트웨어재단이 만든 GNU 일반 공중 라이센스(GNU General Public License, GNU GPL 또는 GPL)가 광범하게 사용되고 있다.[67] 대표적인 GPL은 리눅스 커널(Linux kernel)이 이용하는 라이센스로서 라이센스 조건을 가진 프로그램을 사용하여 새로운 프로그램을 만들게 되면 2차적 프로그램 역시 같은 조건으로 라이센스를 허용할 의무를 진다. GPL은 오늘날 자유 소프트웨어 저작물 이용에 가장 널리 쓰이고 있으며, 위키피디아를 포함한 대부분의 GNU 프로젝트는 GPL과 “완화 일반 공중 라이센스(GNU Lesser General Public License, LGPL)”[68]의 조건에 따라 이용되고 있다.[69]

한편 저작물을 합법적으로 공유함을 촉진하기 위하여 2001년 설립된 민간단체 크리에이티브 커먼즈(Creative Commons)는 2002. 12. 16.에 크리에이티브 커먼즈 라이센스(Creative Commons Licenses, CCL)조건을 제정하였다. 이 저

---

65) http://www.nominet.uk/domains/resolving-uk-domain-disputes-and-complaints/

66) 한편 미국은 1999년 반(反)사이버스쿼팅 소비자보호법(Anticybersquatting Consumer Protection Act, ACPA)을 제정하여 UDRP외에 미국 법원에 제소하는 길도 열어두고 있다.

67) www.gnu.org/licenses/gpl.html

68) 초기에는 GNU Library General Public License라고 하였는데 소프트웨어 라이브러리에 쓰기 위한 것으로 무상사용조건을 링크하여 사용하는 프로그램에까지는 적용하지 않는 조건으로 완화한 것이다. 모든 LGPL의 조건에 따르는 프로그램이나 프로젝트는 동시에 GPL의 조건에 따르고 있다.

69) GPL은 자유소프트/공개소프트 라이센스로 허락되는 모든 소프트웨어 패키지의 약 60%를 점하고 있다. Open Source License Resource Center, Black Duck Software. http://www.blackducksoftware.com/oss.

작권 라이센스의 조건으로는 (i) 저작자 표시(BY), (ii) 저작자 표시-비영리(BY-NC), (iii) 저작자 표시-비영리-변경 금지(BY-NC-ND), (iv) 저작자 표시-비영리-동일조건 변경 허락(BY-NC-SA), (v) 저작자 표시-변경 금지(BY-ND), (vi) 저작자 표시-동일조건 변경 허락(BY-SA)의 6가지가 있다.[70] 이 조건중의 일부는 디지털저작물의 무상 라이선스(royalty free license)에 관한 규범으로 발전하고 있다.

다. 인터넷환경에서의 모델법 등의 제정

lex informatica에서 빼 놓을 수 없는 영역이 모델규범이다. UNCITRAL은 일찍이 1985년 컴퓨터 기록의 법적 가치에 관한 권고(Recommendations to Governments and international organizations concerning the legal value of computer records)를 채택한 이래 1996년 성안한 전자상거래모델법(UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce), 2001년 전자서명모델법(UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures)을 제정하였고 2007년 전자 상거래에의 신뢰의 촉진 : 전자 인증 및 서명 방법의 국제적 사용에 관한 법적 쟁점(Promoting confidence in electronic commerce: legal issues on international use of electronic authentication and signature methods)을 채택하였다.

한편 국제상업회의소는 2001년 안전한 디지털 상거래를 위한 일반 관행(General Usage for International Digitally Ensured Commerce (GUIDEC Version II)을 성안하고 2002년 전자적 제시를 위한 화환신용장통일규칙 및 관례의 보칙(Supplement to the Uniform and Practice for Documentary Credits for Electronic Presentation, eUCP라 통칭한다)을 공표하여 전자상거래에서 신용장의 사용에 관한 규칙을 정하였다. 2006년 정보사회 지원 사업행동(Business Action to Support the Information Society, BASIS)을 설치하여 기업인이 정보사회에의 대처하도록 하였고, 2007년 UCP 600과 함께 1.1판(Version 1.1)을 공표한 바 있다. 2015년에는 사업자를 위한 사이버보안가이드(ICC Cyber Security Guide for Business)를 공표하였다. 그 외에도 수많은 국제기구에서 사이버법에 관한 모델법과 가이드를 제시하고 있다.

---

70) http://creativecommons.org/. 이 라이센스조건을 우리나라 실정에 맞추어 수정하는 작업을 사단법인 한국정보법학회가 하여 2007. 5. 버전 3.0을 발표하였다. http://www.creativecommons.or.kr/xe/?mid=main

라. 인터넷에 관한 모델계약서 등 자율 규범

1998년 국제상업회의소가 “초국경 데이터 유통에 관련한 계약에 사용하기 위한 모델조항(Model Clauses for Use in Contracts involving Transborder Data Flows)을 성안하였고 2000년 UN/CEFACT가 전자상거래계약서(Electronic Commerce Agreement)를 제정하여 그 사용을 권고하였다, 국내적 자율규범의 예로는 일본이 2002년 전자상거래준칙[71]과 우리나라의 2008년 디지털콘텐츠이용표준약관을 들 수 있다. 특히 일본의 전자상거래준칙은 일본 경제산업성이 공표하여 국가법의 형태로도 볼 수 있으나 연성법의 형식을 취한다는 점에서 자율규범에 가까운 형태이다.

마. 인터넷권리헌장

2005년 "인터넷상 권리와 원칙을 위한 역동적 연합(the Internet Rights and Principles Dynamic Coalition, IRP)"이 창립되어[72] "인터넷상 인권과 시회정의를 위한 10대 권리와 원칙(The 10 Internet Rights and Principles for Human Rights and Social Justice)"[73]을 발표하였고 이어 2010년 "인터넷상 인권 및 원칙 헌장(Charter of Human Rights and Principles for the Internet)"을 제정하였다.[74] 동 헌장은 인터넷과 관련하여 접속권, 차별받지 않을 권리, 자유와 안전에 대한 권리, 인터넷을 통해 발전할 권리, 표현과 정보의 자유, 종교와 신념의 자유, 온라인상 집회와 결사의 자유, 사생활 보호를 받을 권리, 디지털자료를 보호받을 권리, 인터넷상 및 인터넷에 관한 교육을 받을 권리, 문화를 누릴 권리 및 알 권리, 아동의 권리, 장애인의 권리, 일할 권리, 공적인 일에 온라인상 참여할 권리, 소비자의 권리, 건강 및 사회 서비스를 받은 권리, 법적 구제와 공정한 재판을 받을 권리, 적절한 사회적 및 국제적 질서에 대한 권리를 규정하고 있

---

71) 동준칙은 2006.2. 개정되었다. 개정준칙의 국문번역문은 한국저작권위원회 조사자료 2006-02 참조.

72) 그 이전에 2002년 국제적 민간단체인 진보통신연대(The Association for Progressive Communications, APC)가 인터넷 접속권, 표현 및 결사의 자유, 알 권리,학습과 창작의 공유, 사생활 보호, 이러한 제 권리 보호의 실현 등을 규정한 인터넷권리헌장(Charter for Internet Rights)을 제정한 바 있었다. http://www.apc.org/en/system/files/APC_charter_EN_0.pdf

73) http://internetrightsandprinciples.org/node/397

74) 2010년 동 단체의 인터넷 가버넌스 포럼(Internet Governance Forum)에서 버전 1.0을 채택하였으며 이어 버전 2.0이 공표될 예정이다.

다.[75] 이러한 인터넷상 인권 및 원칙 헌장의 전부 또는 일부는 법의 일반원칙으로서의 성격을 가지고 있고 그렇지 않다 하더라도 그 정당성으로 인하여 상당한 규범력을 가지고 있어 법규범으로서 현실적으로 적용될 수 있을 것이다.

바. 사이버 관습

1996년 인터넷이 공중에 개방된 이래 오늘날까지 사이버공간상에는 수많은 관행이 관습으로 자리 잡았다.[76] 예컨대 인터넷상에서 정보서비스를 이용하기 위하여 성명(user name)과 비밀번호(password)를 입력하는 관행, 타인의 웹사이트에 자유로이 링크하는 관행,[77] 받은 이메일을 자유롭게 제3자에게 전달(forwarding)하는 관행, 일정시간 웹브라우저가 사용되지 않으면 자동적으로 연결을 단절하는 관행, 입력한 정보의 삭제 등 중요한 결과를 가져오는 행위를 하는 이용자의 행위의사를 확인하는 관행,[78] 전자상거래에 있어서 수신확인을 요구하는 관행 등등 수많은 관행이 확립되었는바 이러한 관행은 사이버공간상 관습이 되었거나 확립된 법적 관행으로서 규범력을 가지는 범위 내에서는 lex informatica가 될 수 있다고 할 것이다.

3. lex informatica에 대한 전망

lex informatica는 사이버공간에 적용되는 무수한 자율규범으로서 사이버공간의 독자성, 개방성, 역동성으로 인하여 급속히 발전하고 있고 그에 관한 수많은 연구[79]가 이루어지고 있으며 당사자가 이를 계약조건의 일부로 실질법적 지정을

---

75) Horner, Lisa, Charter of Human Rights and Principles for the Internet: Version 1.1 http://www.freedomofexpression.org.uk/files/DRAFTVersion1.1%283%29.pdf

76) 인터넷상의 관행에 관한 상세한 논의는 Polanski,, op cit, 305-346.

77) 여기서 말하는 링크는 프레이밍이나 이른바 딥 링크(deep link)가 아닌 단순링크(smple link)를 말한다.

78) 예컨대 정보서비스제공자가 이용자에게 “Are you sure?'라고 다시 묻는 관행을 말한다.

79) Howe, Catherine, Lex Informatica, www.curiouscatherine.info/2011/07/03/les-informatica/ 2011. 7. 3; Mefford, Aron, Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article...; Murray, Andrew, Information Technology Law: The Law and Society, https://books.google.co.kr/books?isbn=0199661510 2013; Patrikios, Antonis, Resolution of Cross-border E-business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E-business Usages: The Emergence of the Lex Informatica, http://www.bileta.ac.uk/content/files/conference%20papers/2006/The%20Emergence%20of%20the%20Lex%20Informatica.pdf 2006; Weber, Rolf H, Realizing a New Global Cyberspace Framework: Normative Foundations 2014; Christos Dimitriou, Lex Informatica and Legal Regime: Their Relationship, ssrn.com/ab

한 경우는 물론 그렇지 않다 하더라도 당사자들이 이에 따라 거래를 하는 것이 일반화되었다면 확립된 법적 관행(established law practice)으로서 구속력 있는 규범이 될 수 있다 할 것이다. 향후 lex informatica는 지능정보사회의 진전에 따라 인공지능, 사물인터넷(IoT), 빅 데이터, 클라우드 서비스, 3D프린팅, 전자화폐[80] 등의 결합으로 사회의 제반 영역으로 더욱 더 확장될 것으로 예상되며 이에 따라 사이버공간의 규범으로서는 물론 정보사회 전반에 걸친 lex mercatoria로 발전해 나갈 것으로 보인다.

V. lex mercatoria의 법적 쟁점

1. lex mercatoria와 규범공동체

가. 공동체의 lex mercatoria 정립

lex mercatoria는 거의 항상 lex mercatoria를 만들어 내는 조직 내지 공동체를 전제로 한다. 중세의 상인공동체인 길드(guild), 국제 상업회의소의 회원과 관련 당사자, 해상공동체, 금융공동체 및 사이버 커뮤니티 등은 자신들의 규범을 제정하고 이를 집행함으로써 하나의 규범공동체를 형성하는데 그 특징이 있다. 이 규범공동체는 스스로 규범을 정립할 뿐 아니라 이를 관리하고 집행하는 역할도 담당한다. 공동체에 의한 lex mercatoria의 집행에 관하여는 후술한다.

나. lex mercatoria에 대한 민주적 통제

공동체가 lex mercatoria를 자율적으로 정립함에 있어 그 민주적 정당성을 확보하는 것은 그 규범력의 획득에 있어 중요한 요소이다. 관습에 의하여 lex mercatoria가 정립된 경우에는 그 자체가 민주적 정립과정을 거쳤다고 볼 수 있으나 공동체 내 lex mercatoria 정립과정이 민주적으로 진행되지 못하고 기득권자나 힘센 자의 영향력으로 인하여 비민주적인 lex mercatoria가 형성되어서는 안된다.[81] lex mercatoria의 형성에 있어서도 투명성과 객관성을 담보하는 절차적인

---

stract=2626941, 2015

80) 비트코인 등 블록체인을 기반으로 한 전자화폐는 국가통화를 무력화하는 새로운 결제수단으로 성장하고 있으며 그에 따른 lex informatica도 형성되고 있다.

81) democratic legitimacy of the transnational law-making process의 문제에 관하여는 Levit, Janet Koven, Bottom-Up Lawmaking: The Private Origins of Transnational Law, 15 Indiana law Journal

규범이 마련되어야 할 것이다.

2. lex mercatoria의 존재 형태

가. 개설

앞서본 바와 같이 오늘날 lex mercatoria는 다양한 존재 형태를 보인다. 먼저 lex mercatoria는 전통적으로 관습법의 형태로 존재한다. 둘째 Lex mercatoria는 법의 일반원칙으로 인정받아 법규범으로 존재할 수 있다. 셋째 Lex mercatoria는 헌장(charter), 원칙(principles), 지침(guideline), 행위규범(code of conduct), 모델법(model law), 선언(declaration; statement) 등 이른바 소프트로 (soft law) 내지는 연성법(軟性法)의 형태로 존재하기도 한다. 앞서 본바와 같이 실제로 정보기술법의 영역과 생명과학법의 영역에서는 소프트로 형태의 lex mercatoria를 발견할 수 있다.[82] 소프트로 형태의 lex mercatoria가 재판규범으로서 법원 또는 중재인에 의하여 적용되는 경우가 있다. 넷째 lex mercatoria는 표준계약서 또는 약관의 형태로 존재하기도 한다. 다섯째 lex mercatoria는 조약이나 국제기구의 규칙 속에 존재하기도 한다.[83] 입법절차 내지 조약제정절차를 거쳐, 판례법 국가에서는 판례로 정착됨으로써 실정법화 하는 것이다. 이처럼 실정법화함으로써 lex mercatoria는 비국가적 자율규범으로서의 성격을 상실하게 된다.

나. 모델법 등의 lex mercatoria화

모델법, 연성법, 약관 등이 바로 lex mercatoria가 되는 것이 아니라 그 법적 규범력을 획득하여야 비로소 lex mercatoria가 된다. 모델법 등이 법적 규범력을 얻기 위하여는 당해 거래계에서 그 준수가 기대되어야 한다. 즉 lex mercatoria가 될 수 있기 위해서는 당해 거래계나 분야에서 법적 관행으로서 정착되어야 한

---

of Global Legal Studies 48(2008) http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=ijgls참조.

82) 정보기술에 관련한 소프트로에 관하여는 후술하는 바와 같고, 생명윤리규범에 관련한 소프트로에 관하여는 Andorno, Roberto, "The Invaluable Role of Soft Law in the Development of Universal Norms in Bioethics", paper at a Workshop jointly organized by the German Ministry of Foreign Affairs and the German UNESCO Commission, Berlin, 15 February 2007. Available at: http://www.unesco.de/1507.html

83) Rivkin, David W, Enforceability of Arbitral Awards Based on Lex Mercatoria, 9 Arb. Int'l 67 (1993.

다.

다. 국제조약 및 국제통일입법의 lex mercatoria적 성격

예컨대 국제매매협약은 그 조약에 가입한 국가에 속하는 당사자간에는 직접 적용되지만 협약이 적용되지 않는 당사자 간에도 일종의 lex mercatoria로서 적용될 수 있다. 어느 정도의 국가가 국제조약에 가입하여야 가입하지 않은 국가에도 lex mercatoria로서 적용될 수 있는가에 관하여는 견해의 대립이 있으나 반드시 과반수의 국가가 참여할 필요는 없고 국제사회에서 그 준수가 기대되는지 여부를 기준으로 판단하여야 할 것이다.[84]

3. lex mercatoria의 적용

가. 당사자가 lex mercatoria를 준거법으로 지정의 자유

당사자가 lex mercatoria를 준거법으로 지정한 경우 중재인이나 법원이 이에 구속되는가 하는 점은 종래 논란이 되어 왔다. 그러나 중재에 있어서는 UNCITRAL모델중재법 제28조 제1항이 특정구가의 법 뿐 아니라 법규범(rules of law)를 준거법으로 합의할 수 있음을 명문으로 인정한 이래 각국에서 lex mercatoria를 준거법으로 하는 합의의 유효성을 긍정하고 있다. 재판에 있어서도 국가법이 아닌 법규범을 준거법으로 하는 합의의 효력을 인정하는 추세로 나아가고 있다. 2015년 헤이그 국제상사계약준거법원칙(Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts 2015) 제3조는 국제적으로, 국가상위적으로(supranational) 또는 지역적 레벨에서 일반적으로 수용된 법규범으로서 중립적이고 균형잡힌 일단의 규칙을 당사자들이 선택할 수 있다고 규정한다.[85]

나. 중재인의 lex mercatoria 적용

lex mercatoria를 지정하는 당사자 간의 준거법합의가 있는 경우 중재인이 이

---

84) Howarth, Richard J, *LEX MERCATORIA:* CAN GENERAL PRINCIPLES OF LAW GOVERN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS?, 10 Canterbury Law Review 36(2004).

85) 다만 법정지국법이 이를 불허하는 경우에는 예외를 인정한다. Article 3(Rules of law) The law chosen by the parties may be rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise.

를 적용하여야 함은 앞서 본바와 같다. 문제는 그러한 합의가 없는 경우에 중재인이 lex mercatoria를 준거규범으로 적용할 수 있는가 하는 점이다. 중재법이나 중재규칙이 허용하는 경우에는 가능함에 대하여는 의문이 없다. 중재법이나 중재규칙에 허용규정이 없는 경우에는 가능하다는 견해와 가능하지 않다는 견해가 나누어 질 수 있다. 프랑스 1981년 민사소송법은 당사자간에 법규범(règles de droit)을 준거규범으로 하는 합의가 있는 경우는 물론 없는 경우에도 중재인은 자신이 적절하다고 생각하는 법규범을 적용할 수 있다고 규정한다.[86]

우리 중재법과 대한상사중재원의 상사중재규칙 하에서도 프랑스 민사소송법과 같은 결론에 이를 수 있을 것이다. 국제상사중재규칙 제29조 제1항은 "당사자는 분쟁의 본안에 관하여 중재판정부가 적용할 실체법 및 법원칙에 대하여 자유롭게 합의할 수 있다. 그러한 합의가 없는 경우 중재판정부는 적절하다고 판단하는 실체법이나 법원칙을 적용한다."고 규정하고 있고 대한상사중재원의 중재에 의하거나 그 국제중재규칙을 적용하기로 하는 당사자의 중재합의가 있다면 국제상사중재규칙은 당사자의 합의의 일부로 볼 수 있으므로 결국 당사자가 법원칙의 적용에 합의한바 없다하더라도 중재인은 lex mercatoria를 포함한 적절한 법원칙을 적용할 수 있기 때문이다.[87]

선과 형평에 따른 중재는 당사자의 명시적인 합의가 있어야 가능하나(한국 중재법 및 대한상사중재원 국제상사중재규칙 각 제 29조 제3항 참조) lex mercatoria의 경우는 같은 법리가 적용될 수 없고 달리 보아야 한다. 선과 형평은 추상적 규범으로 그 적용이 제한되어 당사자의 명시적 수권이 없으면 적용하지 못하지만 lex mercatoria는 특정 집단에 적용되는 구체적이고 사실적 규범이므로 명시적인 수권이 없어도 가능하다고 해석되므로 국제중재규칙의 수권이 없더라도 적용할 수 있다고 해석할 수 있을 것이다.[88]

---

86) 동법 제1496조 참조. 프랑스법상 'droit' 는 'loi' 와는 달리 국가법이 아닌 도덕이나 사회적 세력이 만든 규범도 포함하는 것으로 이해되고 있다.

87) 한국을 중재지로 하는 ICC중재에 있어서도 같은 결론이 될 것이다(ICC중재규칙 제17조 참조). 물론 중재규칙에 그러한 규정이 없는 경우에는 lex mercatoria의 적용이 제한될 수 있을 것이나 이점도 해석에 맡겨져 있다고 보아야 할 것이다.

88) 스포츠계의 lex mercatoria인 lex sportiva는 스포츠중재재판소(Court of Arbitration for Sports, CAS)가 적용하고 그 판정은 국제스포츠단체에 의하여 집행되므로 특정국의 실정법에 구애되지 않는다.

다. 법원의 lex mercatoria 적용

당사자의 합의를 불문하고 법원이 lex mercatoria를 포함한 비국가법을 적용하는 것이 대하여는 저촉법적 안정성이나 규범을 집행할 법원의 부재를 이유로 Lex mercatoria를 준거법으로 인정하지 않는 견해가 있다.[89] 그러나 법의 형성주체가 중요하지 집행가능 여부는 중요하지 않고 법적 공동체는 지역적 공동체에 한하지 않고 직업적 공동체나 권역적 공동체[90]도 있을 수 있다. 후술하는 바와 같이 UDRP는 이를 스스로 집행할 메커니즘을 보유하고 있다. 집행기관을 보유하고 있는지 여부가 결정적인 요소가 될 수는 없다. 또한 위에서 본 바와 같이 최근의 국제적 추세는 적어도 당사자의 합의가 있는 경우에는 중재는 물론 일반재판에 있어서도 lex mercatoria를 포함한 법규범(rules of law)을 적용할 수 있도록 허용하고 있다. 문제는 당사자의 수권이 없는 재판의 경우이다.

이와 관련하여 주목하여야 할 국제조약은 1996. 12. 25. 발효한 미주간 국제계약준거법 협약(Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts)이다. 동 협약 제10조는 "특정 사건에 있어서 정의와 형평의 요구를 충족시키기 위하여 일반적으로 수용된 상거래 관행과 관례 뿐 아니라 국제상사법의 지침, 관습 및 원칙을 적용하여야 한다."[91]고 규정하여 lex mercatoria의 법규범성을 정면으로 인정하고 있다. 이 미주간 협약의 규정은 향후 재판의 준거규범이 어떻게 발전되어 나가야 함을 극명하게 보여 주고 있다.[92] 따라서 동 협약의 규정은 준거법에 관한 새로운 lex mercatoria로서 우리 법원에 의하여도 원용될 가능성이 있다고 믿는다. 그 외에도 우리 법원은 lex mercatoria를 관습법으로 인정하거나 국내법의 일반원칙으로 인정하여 또는 조리에 따르면 같은 결과가 됨을 논증하여 이를 적용할 수 있을 것이다.

---

89) 横溝 大, 「抵触法の対象となる『法』に関する若干の考察－序説的検討－」筑波ロー・ジャーナル6号, 元永和彦教授追悼論文集 2009 www.lawschool.tsukuba.ac.jp/pdf.../tlj.../tlj-06-yokomizo.pdf

90) 예컨대 사이버공간과 현실공간간에는 사이버법의 독자성을 인정하는 견해에 따르면 준거법의 지정문제가 발생할 수 있다.

91) Article 10 In addition to the provisions in the foregoing articles, the guidelines, customs, and principles of international commercial law as well as commercial usage and practices generally accepted shall apply in order to discharge the requirements of justice and equity in the particular case.

92) 동협약에 관하여는 高杉直, 1994年の国際契約の準拠法に関する米州条約について, 帝塚山法学, 第1巻, 174-206, 1998-03 참조.

라. 법의 일반원칙으로서의 lex mercatoria의 적용

법의 일반 원칙(general principles of law)이라 함은 대부분의 국가법체제에서 타당한 법의 원칙을 말한다. 국제사법재판소 규칙(Statute of the International Court of Justice) 제38조[93]는 "문명국에 의하여 승인된 법의 일반원칙(general principles of law recognized by civilized nations)"을 국제법의 법원으로 열거하고 있다. 법의 일반원칙으로는 신의칙, 계약준수의 원칙, 금반언칙, 실질적 위반을 이유로 하는 계약해제권 등이 열거되며 중재판정례에서 법규범으로 채택되고 있다.[94] 법의 일반원칙은 lex mercatoria와 무관하게 실제 사건에 적용될 수 있다.[95][96] lex mercatoria와 법의 일반원칙은 서로 다른 개념이나 국가법이 아니라 초국법의 성격을 가진다는 점에서 공통하다. 앞서 본바와 같이 lex mercatoria속에 법의 일반 원칙이 포함되어 있을 수 있고 lex mercatoria가 법의 일반원칙으로 격상될 수 있다.

한국법상 법의 일반원칙에 해당하는 lex mercatoria는 국내법과 동일한 효력을 가지고 적용될 여지가 있다. 즉 한국 헌법 제6조 제1항은 "헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 갖는다."고 규정하므로 lex mercatoria가 "일반적으로 승인된 국제법규"에 해당한다면 국내법과 함께 적용될 수 있기 때문이다. "일반적으로 승인된 국제법규"의 의미에 관하여는 견해가 나누어지고 있으나 "문명국에 의하여 승인된 법의 일반원칙"까지도 포함된다고 본다면[97] lex mercatoria가 법의 일반 원칙에 속하는 범위

---

93) 국제사법재판소 규칙(Statute of the International Court of Justice) 제38조는 국제법의 법원으로 아래 항목을 열거하고 있다.
(a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
(b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
(c) the general principles of law recognized by civilized nations;
(d) judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

94) Howarth, Richard J, *LEX MERCATORIA:* CAN GENERAL PRINCIPLES OF LAW GOVERN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS?, (2004) 10 Canterbury Law Review 36,

95) 즉 국가법을 국제상사에 적용함으로 인한 문제점을 해결하는 방법으로 법의 일반원칙을 적용한다는 설명으로는 Berger, Klaus Peter, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, 2nd Revised Edition, 2010 pp.35-36.

96) Howarth, Richard J, *LEX MERCATORIA:* CAN GENERAL PRINCIPLES OF LAW GOVERN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS?, (2004) 10 Canterbury Law Review 36

97) 김철수, 헌법학 개론, 2004, 245쪽 및 전광석, 한국헌법론, 2004, 120쪽은 국제사회에서 일반적

내에서는 국내법과 같은 효력을 가지므로 재판규범이 될 수 있을 것이다.

마. lex mercatoria우선의 원칙

국가법과 lex mercatoria가 충돌하는 경우 어느법을 우선적으로 적용할 것인가가 문제된다. 국가법 중 강행규정은 lex mercatoria에 우선하여 적용된다. 반면 국가법 중 임의규정에 대하여는 lex mercatoria가 우선하여 적용된다고 할 것이다. 그것은 lex mercatoria가 국가법의 특별법적 지위에 있기 때문이다.[98] 특별법 우선의 원칙은 일종의 법의 일반원칙으로서 준거법에 불구하고 적용된다고 할 것이다. 위에서 본 미주간 국제계약준거법 협약 제10조도 이러한 lex mercatoria우선의 원칙을 규정한 것이라 할 수 있다.

바. lex mercatoria의 입증

lex mercatoria의 적용에 있어서는 lex mercatoria의 존재에 대한 입증이 문제된다. 일반적으로 입증의 대상이 법이냐 사실이냐에 따라 그 입증책임의 귀속이 달라진다. 외국법의 증명에 있어서 보는 것처럼 법으로 성질 결정하는 한 법원이 이를 조사, 적용하여야 한다. 그러나 lex mercatoria의 존재의 입증에 있어서는 법의 일반원칙으로서 인정되는 경우를 제외하고는 사실적인 요소가 강하므로 외국법의 증명문제와는 달리 보아야 한다. 따라서 법의 일반원칙에 근거하는 경우 외에는 lex mercatoria의 존재를 주장하는 자에게 입증책임이 있다고 보는 것이 타당할 것이다.

4. lex mercatoria의 집행(enforcement)

가. lex mercatoria의 집행방법

lex mercatoria의 본질은 자율 규범으로서 스스로 이를 준수하여야 한다는데

으로 그 규범성이 인정된 조약 내지 일반적으로 승인된 조약은 “일반적으로 승인된 국제법규”에 포함된다고 한다. 반대설은 일반적으로 승인된 국제법규에는 국제관습법만 포함된다고 하나(정인섭, 신국제법강의[개정판], 2011, 99쪽, 김대순, 국제법론[제17판], 2013, 257쪽. 김정건, 장신, 이재곤, 박덕영, 국제법, 2010, 140쪽 등) 이는 우리 헌법이 국제관습법에 한하지 아니하고 그 범위를 넓혀 “일반적으로 승인된 국제법규”까지 포함하여 규정하고 있다는 점에서 문리해석의 원칙에 반하는 협애한 해석으로 부당하다 할 것이다.

98) lex mercatoria에게는 상관습법과 동등한 효력이 인정되기 때문이다. 대한민국 상법 제1조 참조.

있다. lex mercatoria의 존재나 해석에 의문이 있는 경우 국제상업회의소 등 유관기관은 이에 대하여 유권해석을 내릴 수 있으며 당사자는 그 유권해석에 따라 권리의무를 부담하게 된다. 그러한 유권해석이 없거나 불복하는 당사자는 법원이나 중재인에게 분쟁의 해결을 신청하여 무엇이 lex mercatoria인가를 확인 받을 수 있다. 당사자는 법원이나 중재인이 선언한 lex mercatoria를 준수하여 스스로 그에 따른 의무를 이행하여야 한다. 만약 법원이 lex mercatoria를 적용한 판결을 내리거나 중재인이 lex mercatoria를 적용한 중재판정을 내렸음에도 불구하고 당사자가 이를 이행하지 않는 경우에는 판결과 중재판정의 집행절차에 따라 집행할 수밖에 없다. 법원은 스스로 lex mercatoria를 적용한 판결을 집행할 수 있으며 lex mercatoria를 적용한 중재판정을 승인, 집행할 수 있음은 물론이다.[99]

나. lex mercatoria의 자율적 집행

법원이나 중재인의 판단에 따른 강제적인 집행에 의존하지 않고 자율적으로 lex mercatoria를 집행하는 것이 이상적이다. 그와 같은 방법에는 아래와 같은 경우가 있다.

(1) 관련 공동체의 재재

lex mercatoria를 보유하고 있는 각종 공동체/커뮤니티는 lex mercatoria를 준수하지 않는 구성원에 대하여 자체적인 징계규정에 따라 재재를 과할 수 있다. 공동체는 lex mercatoria를 준수하지 않는 구성원에 대하여 블랙리스트의 대상으로 삼거나, 공동체 내에서의 상업적 신용이나 사회적 평판을 격하시키는 조치를 취하거나, 공동체 내에서 활동할 수 있는 자격을 일정기간 정지시키거나, 중대한 lex mercatoria위반의 경우에는 공동체의 구성원에서 배제하는 등의 방법을 사용한다.[100] 중세 상인집단인 길드에서 가장 무거운 징벌은 길드 구성원의 자격을 박탈하는 것이었고 오늘날 사이버 커뮤니티에서도 제명이라는 극단적인 재재방법을 보유함으로써 당해 사이버 커뮤니티 내 lex mercatoria의 규범성을

99) Rivkin, David W, Enforceability of Arbitral Awards Based on Lex Mercatoria, 9 Arb. Int'l 67 (1993

100) Berger, K.P., op.cit., p. 29.

확보하고 있다.

(2) 도메인이름판정의 집행

통일도메인이름 분쟁해결방침에 따르면 도메인 이름의 등록인은 등록시 자신이 등록하는 도메인 이름이 제3자의 권리를 침해하지 않으며 만약 제3자(신청인)가 분쟁해결방침규칙에 따라 권리를 주장하는 경우에 중재절차에 유사한 의무적 행정절차(Mandatory Administrative Proceeding)에 응할 의무를 부담하는 조건으로 도메인이름을 등록한다. 신청인도 분쟁해결방침에 따라 도메인 이름의 등록 말소, 이전 또는 변경을 신청할 수 있어 분쟁해결방침은 등록인과 신청인 모두를 구속한다. 즉 분쟁해결방침은 등록기관을 매개로 등록자와 절차 신청인의 순차적인 동의에 의하여 구속력을 갖추는 구조를 갖추고 있다.[101] 등록기관은 이 행정절차에서 내려진 판정에 따라 의무적으로 도메인이름 등록을 말소하거나 이전 등록을 하여야 한다.[102] 따라서 분쟁해결방침은 당사자들이 자력 집행할 수 있는 자족적 규범이라 할 수 있다.

(3) 은행보증의 활용

lex mercatoria의 자율적 집행방법으로 은행보증을 활용할 수 있다. 계약을 체결하는 당사자는 계약의 이행을 담보하기 위하여 은행의 독립계약보증(independent contract guarantee)제도를 이용할 수 있을 뿐 아니라 나아가 중재판정의 자발적 이행을 담보하기 위하여도 독립이행보증제도를 이용한다.[103] 이처럼 독립보증제도를 이용함으로써 법원의 조력 없이도 lex mercatoria의 자족적 집행이 이루어 질 수 있다.

VI. 21세기에 있어서 lex mercatoria의 국내외적 의의

1. 개설

위에서 살펴 본바와 같이 lex mercatoria는 고대 그리스시대부터 그 맹아를

---

101) hpweb사건에 관한 제1차 대법원판결인 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결 참조.
102) 분쟁해결방침 제3조 참조. 다만 당사자가 일정기간 내에 법원에 제소한 경우에는 예외이다.
103) Requejo, Marta, Lex Mercatoria, International Arbitration and Independent Guarantees, Transnational Legal Theory, Vol. 3, No. 4, 2012, pp. 345-370. 이 경우 보증금액은 이행을 담보할 정도의 고액이어야 할 것이다.

발견할 수 있으며 해상법을 중심으로 발전하여 오다가 중세 상인법으로서 꽃 피었고 20세기 자유무역시대에 신 lex mercatoria로서 재인식되어 그 규범성을 인정받고 21세기 정보사회에는 더욱 그 영역을 확대하여 나가고 있음을 알 수 있다. 그러나 아래에서 보는 바와 같이 21세기에 있어서 lex mercatoria의 국내외적 의의와 역할은 재조명을 필요로 하는 상황에 놓여 있다.

2. 국제거래에 있어서의 lex mercatoria의 역할

1988년에 발효한 국제매매협약(CISG)과 1994년에 발효한 세계무역기구협정(WTO Agreement)는 국제거래규범의 양대 축이라 할 수 있다. 그 때 정점을 찍은 국제거래규범의 통일작업은 그 이후 보이지 않는 내리막길을 걷기 시작하였고 이를 상징적으로 보여준 사건이 영국의 EU탈퇴, 즉 브렉시트(Brexit)이다. 미국은 2016년 대선에서 누가 당선되든 보호무역주의 기조를 취할 것이고 이는 세계적인 현상으로서 날이 갈수록 심화될 것이 예상된다. 20세기 후반을 풍미하던 팍스 아메리카나(Pax Americana)는 이제 종언을 고하였다. 세계 각국은 블록화 하여 자국이나 지역 중심으로 변할 가능성이 점증하고 있다. 중세 봉건적 국가제도가 재현되어 각국은 제각기 다른 법역(jurisdiction)으로 파편화할 위험에 봉착하였다. 이러한 신국가주의하에서 다시 국제협약을 통하여 통일적인 세계규범을 만들 가능성은 희박해지고 말았다. 이는 그동안 통일적인 자유무역체제의 혜택을 12분 누려왔던 한국에게는 큰 재앙이 되고 있다. 이런 세계 규범사에 있어서의 큰 변혁은 lex mercatoria의 역할을 재평가하게 한다. 21세기에 있어서 통일적인 세계규범의 정립은 11세기 중세 유럽의 lex mercatoria가 하였듯이 21세기 lex mercatoria에 의하여 성취될 수 있을 것이다. lex mercatoria의 존재의의를 인정하고 그에 법적 규범력을 부여하려는 노력을 경주하여야 할 것이다. 우리는 세계 속의 한국을 위하여 lex mercatoria에 좀 더 많은 관심을 쏟아야 할 것이다.

3. 한국법상 lex mercatoria의 역할

우리나라는 지난 30년간의 노력으로 상당한 수준의 법치주의를 이룩하였다. 국민들은 분쟁이 발생하면 법원에 가서 해결하려고 한다. 이는 법치주의의 중요한 징표이다. 그러나 한국 사회에는 과도한 분쟁이 발생하고 있으며 그 많은 분쟁을 해결하기 위하여 법원은 과중한 부담을 지고 있다. 또 법원이 내리는 어떤

판결이 정당한 것인지 의문이 드는 경우도 있다. 그런 의문이 드는 이유는 사안에 적용하는 실정법이 잘못되었거나 법을 발견하는 법관의 관점에 문제가 있어서일 것이다.

국회의 입법에도 많은 문제가 지적되고 있다. 법의 내용이 객관적으로 정당한 경우보다는 정치적, 대중영합적 입법이 되기 쉽다. 경우에 따라서는 입법이 지나친 일반화로 인하여 구체적 타당성이 없거나 이해관계에 함몰되어 다수의 권익이 희생되는 경우도 발견된다. 졸속 입법과 지연 입법도 큰 문제이다. 다수의 이해관계를 절충하다 보면 새로운 상황에 제대로 대처할 수 없고 대체로 보수적, 현상유지적인 경향을 띤다.

위와 같은 문제를 해결하기 위하여 우리는 lex mercatoria와 같은 자율규범에 주목할 필요가 있다. lex mercatoria는 기본적으로 행위규범이다. 공동체의 구성원이 어떻게 행동하여야 하는가를 알려주는 규범이다. 우리 입법부나 사법부는 규범이라면 재판규범으로 생각하고 행위규범으로서의 기능을 경시하는 경우를 보인다. 우리는 재판규범과 함께 행위규범을 정립하려는 노력을 하여야 한다. 분쟁이 발생하여 재판에 가기 전에 행위의 기준이 명확하다면 예측 가능한 행동이 가능함으로 인하여 분쟁의 발생 빈도를 감소시킬 수 있다. 남소와 남고소에 시달리고 있는 한국 사회에서 예측 가능한 행동을 할 수 있는 기준이 있다면 상황의 개선에 도움이 될 것이다.

lex mercatoria는 국제 국내를 막론하고 공동체법의 성격을 가진다.[104] 공동체법에 관련한 분쟁은 그 공동체가 보유한 자율적 분쟁해결기구에 의하여 해결할 수 있다. 우리나라에는 국가법만 있고 공동체법은 존재하지 않는 것처럼 보인다. 공동체법이 있어도 당사자, 대리인, 법원 모두가 공동체법을 무시하고 국가법에 의존하려는 경향을 보인다. 국가법은 완벽하지 않다. 국가법의 완벽성에 대한 기대는 환상이다. 국가법은 공동체법과 같은 비국가법에 의하여 보완되어야 한다. 21세기를 살아갈 우리는 공동체법의 가치를 재발견하여야 한다. 우리 사회에 존재하는 무수한 공동체가 스스로 규범을 세우고 그것을 집행할 수 있도록 도와주고 그 능력을 제고시켜 주어야 한다. 법조인은 lex mercatoria와 같은 공동체법

104) 따라서 입법주체가 국가가 아닌 법이 다른 처지, 다른 이익, 다른 환경을 가진 양 당사자에게 강제적인 규범의 역할을 할 수 있는 가능성은 현실적으로는 존재하지 않으며 이해가 상충하는 양 단체에 자율규범을 적용하는 것이 불가능하다. 다만 공동체의 범위를 확장하여 다른 공동체에 속한 자를 포섭할 수 있다면 그 자에 대하여도 lex mercatoria를 적용할 수 있게 될 것이다.

을 발견하고 이를 법규범으로 인정하려는 노력을 하여야 한다. 그렇게 함으로써 분쟁발생을 줄이고 발생한 분쟁을 스스로 해결할 수 있도록 할 수 있을 것이다.

나아가 우리는 lex mercatoria의 수시성(隨時性)[105]과 유연성에 주목할 필요가 있다. lex mercatoria는 변화하는 사회 상황에 맞추어 적의 수정, 변경될 수 있다. 반면 국가법은 경직적이다. 국가법을 제정하는 데에는 시간이 소요되고 정치적인 이유로 소기의 입법 목적을 달성하지 못하는 경우가 생긴다. lex mercatoria는 법현실과 국가법 제정시까지의 시간적 간극을 메워주고 현실적 부정합을 교정해 주는 역할을 할 수 있다. 마지막으로 법으로서의 지위를 인정받은 lex mercatoria는 이미 검증을 받은 것이므로 그 정당성으로 인하여 손쉽게 국가법으로 입법될 수 있고 오랫동안 국가법으로서 규범력을 보유할 수 있다.

VII. 결론

마지막으로 lex mercatoria와 같은 자율규범의 발전을 위한 법원의 역할을 강조함으로서 본고를 마무리하고자 한다. 먼저 법원은 인내심을 가지고 lex mercatoria와 같은 자율규범을 발견하여 이를 사안에 적용하려는 노력을 하여야 할 것이다. 법원은 자율규범의 존부에 관한 석명권을 행사하고 당사자의 주장 입증을 촉구하여야 한다. 단기적으로는 사건처리에 시간이 걸리지만 수년, 수십년을 두고 보면 법원의 사건 부담을 줄이고 사안에 적절한 재판을 함으로써 사법부에 대한 국민의 신뢰를 제고할 수 있게 될 것이다.

이제 서양법을 계수, 적용하는 형식적 법적용을 넘어 우리의 법 감정과 현실에 맞는 실질적 법치주의를 구현하는 시스템을 갖추어야 할 시기가 되었다. 이를 위하여 법원 내에 lex mercatoria연구 커뮤니티를 두고 사법정책연구원에서도 한국적 lex mercatoria를 연구하는 것도 한 가지 방법이 될 수 있다.[106] 우리 사법부는 법원을 바로 세우기 위한 노력의 방향을 전면적으로 전환하여야 할 시기가 되었다.

앞에서 본바와 같이 우리나라는 국제적으로도 lex mercatoria와 같은 초국상

105) 여기에서 수시성이라 함은 필요에 따라 수정, 변경될 수 있는 가능성을 말한다.

106) 과거 법원내에 진보적 판사를 중심으로 "우리법연구회"가 결성되었다가 그 정치적 성격으로 해체되었다고 하는바 그 연구대상이 한국적 lex mercatoria와 같은 것이었다면 이를 부활하는 것이 타당할 것이다.

사법을 고양할 시기가 되었다. 한국을 포함한 각국의 상사법원은 국제사법에 따라 특정국가의 법만을 적용하거나 자국법 적용에 함몰되지 말고 국제상사법질서를 형성하는 lex mercatoria를 적극적으로 발견, 적용하여야 한다. 또한 lex mercatoria를 적용한 중재판정을 적극적으로 승인, 집행하는 등 lex mercatoria가 가능한 한 빨리 법규범으로 정착될 수 있도록 도와줌으로써 통일적인 국제거래 규범의 부재로 인한 거래비용을 감소시킬 수 있을 것이다. 또한 법정지법을 적용한 판결보다 lex mercatoria을 적용한 판결이 외국 법원으로부터 상대적으로 용이하게 승인, 집행 받을 수 있게 될 것이다.

국제거래에 있어서 lex mercatoria를 발견, 적용, 발전시키기 위하여 국제상사법원을 설치할 필요가 있다고 할 것이다. 국제상사법원은 과거 국제상사중재의 중재인이 그랬듯이 스스로 lex mercatoria를 발견하고 이를 국제상사사건에 적용할 수 있을 것이기 때문이다. 이러한 견지에서 싱가포르가 최근 국제상사법원(singapore International Commercial Court, SICC)을 설치한 것은 주목할 만하다.[107] 희망컨대 우리나라도 국제사건에 대해 전문성 있고 공정한 재판을 할 수 있는 국제상사법원을 설치하여 싱가포르 국제상사법원과 경쟁체제를 구축함으로써 한국을 포함한 제 국가의 국제거래의 안전과 번영, 나아가 lex mercatoria의 정착에 기여할 수 있기를 기대한다.

107) http://www.sicc.gov.sg/

(논문투고일: 2016.09.05, 심사개시일: 2016.09.05, 게재확정일 : 2016.09.23)

손 경 한

상인법, 상관습법, 자율규범, 자율정보법, 법의 일반원칙

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

김철수, 헌법학 개론, 2004.

전광석, 한국헌법론, 2004.

정인섭, 신국제법강의[개정판], 2011.

김대순, 국제법론[제17판], 2013.

김정건, 장신, 이재곤, 박덕영, 국제법, 2010.

심우민, 정보사회 법적규제의 진화, 한국학술정보, 2008

II. 국내 논문

곽효문, 조선조 향약의 복지행정기능과 의의, 행정논총 제14권 제1호, 1975.

권영준, 유럽사법(私法)통합의 현황과 시사점- 유럽의 공통참조기준초안(Draft Common Frame of Reference)에 관한 논쟁을 관찰하며, 비교사법 제18권 제1호(통권 제52호), 2011.3.

김기영, 超國家法 (Non-State Norms)을 통한 私法의 국제적 통일에 관한 小考 - 大陸法과 普通法이라는 法系的 시각을 중심으로, 인권과 정의 2007. 8.

김영두, 유럽계약법에 대한 최근의 논의, 연세대 법학연구 제15권 제1,2호, 2005.

박영복, EU 私法의 전개, EU연구 제32호 2012

서헌제, lex mercatoria로서의 UNIDROIT Principles, 통상법률 통권 제33호, 2000. 6.

손경한, 과학기술법의 법원, 과학기술과 법 제2권 2010, 3쪽 이하.

안건형, UNIDROIT 원칙의 적용규칙에 관한 국제중재 판정사례 연구, 比較私法, 제18권 제4호, 2011.

오석웅, 국제상사중재판정의 준거법선택에 있어서 당사자자치의 원칙 : 당사자에 의한 lex mercatoria의 선택과 준거법 분할지정의 가능여부를 중심으로, 중재연구, 제17권 제1호, 2007.

오석웅, 독일중재법상 Lex Mercatoria의 적용, 法學論集, 제30권 제1호, 2008.

오석웅, 국제상사중재에 있어서 무국적중재판정의 의의와 승인 및 집행. 원광법학 제26권 제4호, 2010.

오석웅, 국제물품매매계약에 관한 UN협약의 적용에 있어서 당사자자치의 원칙, 法學論集, 제31권 제1호, 2009.

이영석, 국제상사중재의 준거법 : 법규범(rules of law)을 준거법으로 하는 경우를 중심으로, 國際私法硏究, 제16권, 2010.

장복희, 국제상사중재에 있어서 상관습법, 아주법학 제9권 제2호 (2015. 8.), http://www.earticle.net/article.aspx?sn=253144

홍성규, 국제상사중재에서 UNIDROIT원칙의 적용사례 분석 중재연구, 제21권 제1호, 2011.

III. 외국 서적

Azuni, Domenico Alberto, The Maritime Law of Europe Vol 1, 1806.

Basile, Mary E., Jane F. Bestor;Daniel R. Coquillette & Charles Donahue, Lex Mercatoria & Legal Pluralism: A Late Thirteenth-Century Treatise & Its Afterlife, Ames Foundation Publications Series, 1998

Beawes, Wyndham, Lex mercatoria Volume 1; or, A complete code of commercial law being a general guide to all men in business, 2012

Beawes, Wyndham & Joseph Chitty, Lex Mercatoria: Or, A Complete Code of Commercial Law; Being a General Guide, 2015

Berger, Klaus Peter, The Creeping Codification of Lex mercatoria, Kluwer, 1999

Berger, Klaus Peter, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, 2nd Edition, 2010

Caines, George, An enquiry into the law merchant of the United States, or, Lex mercatoria americana: on several heads of commercial importance, 2 volumes, 2011

Carbonneau, Thomas E., Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Merchant Law, 1990

Carbonneau, Thomas(ed), Lex Mercatoria and Arbitration, Revised Edition, Juris Publishing, 1998

Dalhuisen, Jan H,.Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law Volume 1 The New Lex Mercatoria and its Sources, 6th Revised Edition, 2016

Dasser, Felix, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und lex mercatoria, Zürich, 1989

De Ly, Filip, International Business Law and Lex Mercatoria 1992

Elcin, Mert, The Applicable Law to International Commercial Contracts and the Status of Lex Mercatoria - With a Special Emphasis on Choice of Law Rules in the Euro, 2010

Goldman, Berthold & C.M-. Heggs, European commercial law, 1973

Goldman, Berthold, Philippe Fouchard and Philippe Kahn, The Rebirth of the LexMercatoria by the French School,

Langen, Eugen, Transnational Commercial Law, 1973

Malynes, Gerard, The merchant's almanac of 1622 or Lex mercatoria: the ancient law-merchant, 1996

Malynes, Gerard, Consuetudo, Vel, Lex Mercatoria: Or, the Ancient Law-Merchant 2 vols. Reprint Edition, 2014

Piergiovanni, Vito, From lex mercatoria to commercial law, 2005

Polanski, Customary Law of the Internet: In the Search for a Supranational Cyberspace Law, T.M.C. ASSER PRESS, 2007.

Toth, Orsolya, The Lex Mercatoria in Theory and Practice, 2014

IV. 외국 논문

Andorno, Roberto, "The Invaluable Role of Soft Law in the Development of Universal Norms in Bioethics", paper at a Workshop jointly organized by the German Ministry of Foreign Affairs and the German UNESCO Commission, Berlin, 15 February 2007.

Baron, Gesa, "Do the UNIDROIT Principles Form a New Lex Mercatoria?"

15 Arb. Int. 115 (1999)

Benedict, Robert D., THE HISTORICAL POSITION OF THE RHODIAN L AW, 18 Yale L. J. 223 (1909).

Berger, Klaus Peter, The Concept of the "Creeping Codification" of Trans national Commercial Law,

Bishop, R. Doak, International Arbitration of Petroleum Disputes: The Dev elopment of a Lex Petrolea, Yearbook of Commercial Arbitration 19 98, p. 1131.

Bonell, Michael Joachim, "Das autonome Recht des Welthandels", 42 Rabel sZ 485 (1978)

Borchers, Patrick J., "The Triumph of Substance over Rules of Choice in International Commercial Transactions: From the Modern Lex Merca toria to Modern Standards", in Raish / Schaffer (eds.), Introduction t o Transnational Legal Transactions, New York et al. (Oceana) 1995, 139-158

Carbonneau, Thomas, Arbitral Law-Making, 25 MICH. J. INT'L L. 1183. 1 206 (2004)

Carbonneau, Thomas, Commercial Peace and Political Competition in the C rosshairs of International Arbitration, 18 Duke Journal of Comparativ e & International Law 311-338(2008)

Carbonneau, Thomas , The Revolution in Law through Arbitration56 Clev. St. L. Rev. 233(2008)

Carbonneau, Thomas, Arguments in Favor of the Triumph of Arbitration, 10 CARDOZO J. CONFLICTRES. 395(2009)

Carbonneau, Thomas, Judicial Approbation in Building the Civilization of Ar bitration, 113 PENN ST. L. REV. 1343(2009)

Carbonneau, Thomas, Freedom and Governance in U.S. Arbitration Law, 2 Global Bus. L. Rev. 59 (2012)

Carbonneau, Thomas, The Rise in Judicial Hostility to Arbitration: Revisitin g Hall Street Associates, 14 Cardozo J. Conflict Resol. 593(2013)

Dikovska, I. A., Lex Mercatoria Implemented by International Commercial

Arbitration, Journal of Eastern European Law, Vol. 2015, Issue 12 (2015), pp. 18-24,

Fortunati, Maura, The fairs between lex mercatoria and ius mercatorum, in Voto Piergiovanni, From lex mercatoria to comercial law, 2005, pp.113-114.

Freeman, "Lex mercatoria: its emergence and acceptance as a legal basis for the resolution of international disputes", IX ADRLJ (1997) 289-300

Gabor, Francis A., "Stepchild of the New Lex Mercatoria: Private International Law form the United States Perspective", 8 Nw. J. Int'l L. and Bus. 538-560 (1988)

Gimenez-Corte, Cristián, Lex Mercatoria, International Arbitration and Independent Guarantees: Transnational Law and How Nation States Lost the Monopoly of Legitimate Enforcement, Transnational Legal Theory, Volume 3, Number 4, 2012, pp. 345-370(26)

Goldman, Berthold, La Compagnie de Suez, societe internationale, Le Monde, 4th Oct. 1956 , p. 3; [english translation, Berger, Klaus Peter , The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, 2nd Edition, 2010, pp. 368-370.

Goldman, Berthold, "The applicable law: general principles of law", in Julian Lew (ed.), Contemporary Problems in International Arbitration, London (Kluwer) 1986, 113.

Goldman, Berthold, "Le lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux; realités et perspectives", Clunet 1979, 475.

Goldman, Berthold, "Lex Mercatoria", 3 Forum Internationale 194 (1983).

Goldstájn, Aleksandar, "The New Law Merchant, J.B.L. 1961, 11.

Goldstájn, Aleksandar, "The New Law Merchant Reconsidered", in Law and International Trade, Festschrift für Clive M Schmitthoff, F. Fabricius (ed), 1973, 171.

Goldstájn, Aleksandar, "Reflections on the Structure of the Modern International Trade", in Petar ?arevi (ed.), International Contracts and Conf

lict of Laws, London 1990, 14-35.

Goode, R., New Developments in International and Consumer Law, Ziegel, J.S. (ed.), Hart Publishing, Oxford, 1998, pp. 3-35.

Horner, Lisa, Charter of Human Rights and Principles for the Internet: Beta Version 1.1

Howe, Catherine, Lex Informatica,

Hunter, Martin, "Publication of Arbitration Awards and Lex Mercatoria", 54 Arbitration 55 (1988)

Lando, Ole, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", 34 ICLQ 747 (1985)

Lowenfeld, Andreas F., "Lex Mercatoria: An Arbitrator's View" 6 Arb. Int. 133 (1990)

Maniruzzaman, Abdul, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration", 14 Am. U. Int'l L. Rev. 657 (1999)

Mayer, Pierre, "Mandatory rules of laws in international arbitration", 2 Arb. Int. 274 (1986)

Mefford, Aron, Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet

Mustill, Michael, "Contemporary Problems in International Commercial Arbitration: A Response", 17 Int'l Bus Law 161 (1989)

Lord Mustill, "The New Lex Mercatoria - the First Twenty-five Years" in Bos and Brownlie (ed.), Liber Amicorum for Lord Wilberforce, Oxford 1987, 149-183 and 2 Arb. Int. 86 (1988)

Murray, Andrew, Information Technology Law: The Law and Society,

Nottage, Luke, "The Vicissitudes of Transnational Commercial Arbitration and the Lex Mercatoria: A View from the Periphery", 16 Arb. Int. 53-78 (2000)

Patrikios, Antonis, Resolution of Cross-border E-business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E-business Usages: The Emergence of the Lex Informatica,

Paulsson, Jan, "Le lex mercatoria dans l'arbitrage CCI", RevA.1990, 55

Reese, Willis, "Commentary on Professor Gabor's Stepchild of the New Lex Mercatoria", 8 Nw. J. Int'l L. and Bus. 570-573 (1988)

Reidenberg, J.R., Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology , 76(3) Tex LR 553 (1998)

Rivkin, David W., Enforceability of Arbitral Awards Based on Lex Mercatoria, 9 Arb. Int'l 67 (1993)

Schmitthoff, Clive M., International Business Law: A New Law Merchant(1961), in Cheng, Chia-Jue, Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law, 1988. 20-37.

Schmitthoff, Clive M. "International Trade Law and Private International Law", in: Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle II, 1963, 264.

Schmitthoff, Clive M., "Das neue Recht des Welthandels, 28 RabelsZ 47 (1964)

Schütze, Rolf A., "The Precedential Effect of Arbitration Decisions", 11 J. Int. Arb. 69 (1994)

Stein, Ursula, Lex mercatoria - Realität und Theorie, Frankfurt am Main 1995.

Stoecker, Christoph W. O. "The Lex Mercatoria": To What Extent does it Exist?" 7 J. Int. Arb 101 (1990)

Tetley, William, The Lex maritime, in Carbonneau, Thomas E., Lex Mercatoria and Arbitration, Rev. Ed. 1998 pp.43-52

Weber, Rolf H, Realizing a New Global Cyberspace Framework: Normative Foundations

Weyrauch, Walter Otto & Maureen Anne Bell, Autonomous Lawmaking: The Case of the "Gypsies" 103 Yale Law Journal 1993, pp. 23-399

Wilkinson, Vanessa L. D., "The New Lex Mercatoria - Reality or Academic Fantasy?" 12 J. Int. Arb. 103 (1995).

野原もなみ, ユニドロワ国際商事契約原則の準拠法適格性, 法律学研究54号 (2015) 297

高杉直, 1994年の国際契約の準拠法に関する米州条約について, 帝塚山法学, 第1巻, 174-206, 1998-03

横溝大,「抵触法の対象となる『法』に関する若干の考察－序説的検討－」筑波ロー・ジャーナル6号, 元永和彦教授追悼論文集 2009.

Abstract

Role of lex mercatoria in 21 Century

Kyung Han Sohn, Esq.

This article explores the social implications of lex mercatoria in t he 21st century in the world as well as in Korea. The lex mercato ria may be defined "a set of general principles, and customary rule s spontaneously referred to or elaborated in the framework of inte rnational trade, without reference to a particular national system of law." The notion of the lex mercatoria is not new. With the rise of nationalism and the codification of customary law in the 19th centu ry, the law merchant was incorporated into the municipal laws of a nation. However, in the latter part of 20th century, social groups, s uch as the community of merchants, have became capable of produ cing legal rules in addition to the national legislation by parliament. Moreover, in the past years, arbitrators have applied the lex merca toria and it has been recognized by national law and by the court. The needs to study lex mercatoria as a self-regulation have been proved both in Korea and in the world communities. Development o f lex mercatoria in various local, international and cyberspace com munities will supplement the shortcomings of positivism and fragme ntation of national or municipal law in 21 century.

Kyung Han Sohn, Esq.

lex mercatoria, rules of law, lex informatica, self-regulation norm, general principle of law.

한국 국제거래법학의 과제*

석 광 현**

【목 차】

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 국제거래법학의 개념, 영역과 특성
1. 국제거래법학의 개념
2. 국제거래법학의 영역
3. 국제거래법의 특성
Ⅲ. 우리나라에서 국제거래법학의 발전과 현황
1. 국제거래법학의 기초: 국제거래법 영역의 국제규범의 도입
2. 국제거래법학회의 창립과 활동
3. 로스쿨의 설립과 국제거래법 전임교수의 충원
4. 국제거래법 영역의 전문서적의 간행
5. 법무부 국제거래법연구단의 설치와 운영 및 통상법률의 간행
6. 법원의 국제사건전담재판부 설치와 운영
7. 국제상사중재 활성화를 위한 노력
Ⅳ. 우리나라 국제거래법학의 문제점과 장래의 과제
1. 총체적 과제
2. 법학계의 연구인력의 확충, 연구영역의 전문화와 연구의 활성화
3. 법학계와 법조 실무계의 협력의 강화 및 산학연계의 활성화
4. 국제거래법학과 다른 법학 분야의 연계
5. 국제거래법학 영역에서 학문 후속세대의 양성
6. 외교부와 법무부 내 국제거래법 전문가의 부재와 개선방안
7. 법원 전담재판부와 국제규범연구반의 운영의 개선
8. 변호사단체의 활동과 지원
9. 일부 상학자들의 행태와 개선방안
Ⅴ. 맺음말

---

* 이 글은 필자가 2016. 8. 30. 성균관대학교에서 개최된 한범 손경한 교수 정년기념식 및 학술대회에서 발표한 글을 다수 수정·보완한 것이다.

** 서울대학교 법학전문대학원 교수

【국 문 요 약】

'국제거래법'의 개념에 관하여는 다양한 견해가 있으나 대체로 다양한 국제거래에서 제기되는 문제와 관련된 법영역이고 이를 다루는 법학분야를 '국제거래법학'이라고 할 수 있다. 다만 여기에서는 국제상거래법 또는 국제상법이라는 의미의 국제거래법을 중심으로 논의한다. 사실 한국은 다른 어느 나라보다도 국제거래법 연구의 필요성이 큰 나라임에도 불구하고 우리나라에서는 국제거래법의 필요성과 중요성에 대한 인식이 부족하다. 여기에서는 한국의 국제거래법학이 지난 30년 가까운 세월 동안 이룩한 발전 내지 성취와 현황을 점검하고 장래의 과제를 논의한다. 구체적으로 국제거래법학의 개념, 영역과 특성(Ⅱ.), 우리나라에서 국제거래법학의 발전과 현황(Ⅲ.), 우리나라 국제거래법학의 문제점과 장래의 과제(Ⅳ.)와 맺음말(Ⅴ.)의 순서로 논의한다.

한국 국제거래법학의 발전을 위한 각 직역별 과제는 아래와 같이 정리할 수 있다. 첫째, 법학계에서는 로스쿨에 실무 출신의 전임교수를 확충해야 한다. 둘째, 법조 실무계에서는 국제거래를 다루는 변호사들의 전문성을 제고하기 위해 노력해야 하고 실무상의 쟁점을 소개함으로써 학계의 연구를 촉진해야 한다. 셋째, 산업계는 예방법학의 중요성을 인식하고, 나아가 협상 및 거래단계에서부터 변호사를 적극 활용하도록 해야 한다. 나아가 법학계와 법조 실무계 및 산업계 간의 연계와 협력을 강화해야 한다. 넷째, 법무부에서는 국제거래법연구단의 내실을 기하도록 노력해야 하고, 국제거래법 분야의 전문성을 구비한 법무부 자체의 인력을 양성해야 한다. 전문인력 양성의 필요성은 외교부에도 타당하다. 다섯째, 법원에서는 해사·국제거래전담부를 운영하는 데 만족할 것이 아니라 더 큰 비중의 국제거래사건이 전담부에 배당될 수 있도록 해야 하며 전담부 법관의 전문성을 심화하기 위해 노력해야 한다. 여섯째, 로스쿨 학생들로서는 점차 커지는 국제거래법의 중요성을 정확히 인식하고, 로스쿨 재학 중에는 우선 기본적 국제법무 지식을 쌓기 위해 노력해야 한다.

Ⅰ. 머리말

국제거래에는 다양한 분야가 있다. 가장 기본적인 분야는 국제물품매매(또는 국제동산매매)이고, 그에 수반되는 국제대금결제, 국제운송(해상/항공/육상)과 국제보험이 있으며, 나아가 국제금융, 국제투자(국제 M&A 포함), 국제지재권거래, 국제건설, 국제에너지거래, 국제조선(국제선박건조)이 있고, 국제엔터테인먼트거래도 부상하고 있다. 이런 거래는 대상에 따라 물품, 자본과 용역에 관한 거래 등으로 분류할 수도 있고, 거래형태에 착안하여 국제전자상거래를 별도로 분류할 수도 있다. '국제거래법'의 개념에 관하여는 아래(Ⅱ.1.)에서 논의할 예정이나 대체로 다양한 국제거래에서 제기되는 문제와 관련된 법영역이고 이를 다루는 법학분야를 '국제거래법학'이라고 이해할 수 있다.

근자에는 영국의 유럽연합 탈퇴(Brexit)를 계기로 자유무역주의가 퇴조하고 보호무역주의가 다시 고개를 들고 있는데, 이는 1960년대 이래 개방경제를 근간으로 경제성장을 견인해 온 한국에게 커다란 위험요소가 되고 있다. 그 동안 한국은 국내적으로는 자유민주주의와 시장경제체제를 확립하고, 대외적으로는 제2차 세계대전 이후 형성된 국제질서, 즉 GATT(General Agreement on Tariffs and Trade)와 WTO(세계무역기구)를 중심으로 하는 자유무역체제에 근거하여 비약적인 경제성장을 이룩하였다. 그리고 한국의 민주화도 그러한 경제성장으로 이룩한 물적 토대에 힘입은 바 크다. 구체적으로 우리 기업들은 국제무역은 물론이고 해외건설, 선박건조와 해외자원개발 등의 분야에서 대규모의 국제거래를 수행하였기 때문에 사실 한국은 어느 나라보다도 국제거래법 연구의 필요성이 큰 나라이다. 그럼에도 불구하고 우리나라에서는 일반인들은 말할 것도 없고 법률가들조차도 국제거래법의 중요성은 물론이고 그 필요성조차 제대로 인식하지 못하고 있다.

여기에서는 한국의 국제거래법학이 지난 30년 가까운 세월 동안 이룩한 발전 내지 성취와 현황을 점검하고 장래의 과제를 논의한다. 우선 국제거래법학의 개념, 영역과 특성(Ⅱ.)을 일별하고, 이어서 우리나라에서 국제거래법학의 발전과 현황(Ⅲ.), 우리나라 국제거래법학의 문제점과 장래의 과제(Ⅳ.)와 맺음말(Ⅴ.)의 순서로 논의한다. 여기에서 한국 국제거래법학의 과제[1]를 다루는 데 있어서는 한

1) 익명의 심사자는 "세계적 국제거래법학의 과제에 대한 기본적 성찰이 있어야 한국 국제거래법학

국 국제거래법학의 발전을 위하여 각 직역이 담당하는 과제를 중심으로 논의한다. 왜냐하면 그것이 더욱 시급한 문제이기 때문이다. 또한 국제거래법은 '거래법'[2]인 국제상거래법(international business transactions law) 또는 국제상법(international commercial law)의 영역과, '규제법'인 국제경제법(또는 국제통상법)(international economic law)[3]의 영역으로 대별하는데, 후자는 국제(공)법의 일부로 또는 그와 연계하여 논의하는 경향이 있으므로 여기에서는 전자를 중심으로 논의한다.[4] 이 글은 통상의 법학논문과 달리 국제거래법학이 나아갈 방향을 다루고 있는데, 현재 상황에 대한 필자의 평가를 담고 또한 장래과제를 다루는 점에서 부득이한 면이 있다.[5] 앞으로 이 주제에 관하여 더 깊이 숙고한 뒤 가능하다면 보다 체계적인 글을 쓰고자 한다.

Ⅱ. 국제거래법학의 개념, 영역과 특성

1. 국제거래법학의 개념

국제거래법학의 대상이 되는 국제거래법의 개념은 논장에 따라 다양하나 ① 최협의로 국제거래를 직접[6] 규율하는 사법(私法)적 법규의 총체라고 이해할 수도 있고(이런 의미의 국제거래법은 '국제상거래법' 또는 '국제상법'이다), ② 협의로 국제거래를 직접 규율하는 법규의 총체라고 이해할 수도 있으며(이는 최협의의 국제거래법 + 공법적 규제), ③ 광의로는 협의의 국제거래법 + 국제경제법(국제통상법)으로 이해할 수도 있다.[7][8] ④ 최광의로는 광의의 국제거래법 + 국제거래

의 과제가 부각될 수 있다"는 지적을 하였다. 이는 원론적으로는 타당하나, 현재 국제거래법의 개념 내지 과제에 관한 국제적 컨센서스가 있는지 의문이고 가사 있더라도 필자가 이를 파악하기는 쉽지 않으므로 여기에서 다루지는 않는다.

2) 사실 '거래법'의 의미도 다의적이다. 예컨대 '단체법'과 대비되는 개념으로 거래법을 사용하기도 하고, '사업법'과 대비되는 개념으로 사용하기도 한다.

3) 국제경제법의 개념은 박노형 외, 국제경제법, 보정판(박영사, 2013), 7면 이하.

4) 손경한, "卷頭 斷想: 21세기 한국 국제거래법학의 과제", 국제거래법연구 제20집 제2호(2011. 12), iv면 이하는 이 글보다 거시적인 관점에서 그리고 국제경제법을 포함하는 광의의 국제거래법의 개념을 기초로 국제거래규범의 정립 방향과 한국 국제거래법학의 과제를 제시한다.

5) 이 점을 지적하는 익명의 심사자의 의견은 타당하다.

6) 이처럼 '직접'이라는 요소를 포함시킨다면 간접법인 협의의 국제사법(즉 준거법결정원칙을 정한 저촉법)은 배제되고 실질법만을 의미하게 된다. 실질법이라 함은 법적용규범(또는 간접규범)인 저촉법(또는 국제사법)에 대비되는 개념으로, 우리 민·상법과 같이 저촉법(또는 국제사법)에 의하여 준거법으로 지정되어 특정 법률관계 또는 쟁점을 직접 규율하는 규범을 말한다. 우리 국제사법은 이 용어를 사용하지 않으나 이는 강학상 확립되었고 판례도 정면으로 인정하는 개념이다. 예컨대 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다18355 판결; 대법원 1991. 12. 10. 선고 90다9728 판결.

로부터 발생하는 분쟁해결의 법리(즉 국제소송법과 국제중재법 등 절차법)도 포함시킬 수도 있는데, 이는 국제거래를 다루는 과정에서 필요한 다양한 법리를 국제거래법의 틀 안에서 다룰 수 있다는 실용주의적 관점에서 장점이 있다. 이를 표로 정리하면 아래와 같다.

① 최협의	② 협의	③ 광의	④ 최광의
국제상법=국제거래를 직접 규율하는 私法的 법규의 총체	최협의+공법적 법규=국제거래를 직접 규율하는 법규의 총체	③-1: 협의+국제경제법	③-1 광의+국제소송, 국제중재, 국제도산
		③-2: 협의+국제소송, 국제중재, 국제도산	

이처럼 국제적으로 정립된 국제거래법의 개념이 있는 것도 아니고, 논자에 따라 다양한 개념을 사용하고 있는 실정이다. 이는 민법이나 상법과 달리 국제거래법은 단행법전이 있는 것도 아니며, 오랜 역사와 전통을 가진 것이 아니라 비교적 근자에 발전하고 있는 법영역이기 때문이다. 따라서 국제거래법 개념의 불확실성과 다양성으로 인하여 국제거래법 전체를 관통하는 공통된 속성 내지 지도원리는 없다며 국제거래법과 국제거래법학의 정체성에 대한 의문을 가질 수도 있다. 달리 말하자면 '국제거래법'이란 통일된 또는 응집력 있는 법체계가 있는 것이 아니라 이는 본질적으로 모자이크적 성격을 띤다고 평가할 수도 있다.[9]

만일 ④를 따른다면, 국제거래법은 다양한 국제거래분야에 공통적으로 적용되는 법리를 다루는 부분(총론)과, 각 분야별 영역에 적용되는 법리를 다루는 부분(각론)으로 구분할 수 있다. 전자는 개별 국제거래법 영역에 관계없이 공통적으로 타당한 것으로 대체로 국제사법, 국제소송법,[10] 국제중재법과 국제도산법을

7) 장효상, 新稿 國際經濟法(법영사, 1996), 39면 이하; 이상돈, 國際去來法(중앙대학교 출판부, 1992), 1면 이하 참조.

8) ④는 ③-1을 전제로 한다. 반면에 ③-2는 ②를 전제로 하면서 국제상거래로부터 발생하는 분쟁해결의 법리를 포함시킨다. 본문에는 적지 않았으나 ①을 전제로 하면서 국제상거래로부터 발생하는 분쟁해결의 법리를 포함시킬 수도 있으므로 다양한 조합이 가능하다. 국제거래법의 개념은 서헌제, "國際經濟法과 國際去來法의 槪念과 範圍", 국제거래법연구 제5집(1996. 6.), 185면 이하 참조.

9) 이상돈(註 7), 3면 참조. 이는 그곳에서 소개하는 미국 책에 대한 평가이다.

10) 정확히 말하자면 국제소송법의 범위를 국제민사소송법으로 한정할 수 있는데, 그와 국제사법의 관계도 논란의 여지가 있다. 국제사법의 개념을 국제민사소송법을 포함하는 의미로 넓게 파악

포함한다. 쉽게 말하면, ④를 따르면 국제상법은 물론이고, 외국환거래법, 국제경제법, 국제소송법, 국제중재법과 국제사법까지도 국제거래법에 포함되는 데 반하여,[11] ①을 따르면 국제상법만이 국제거래법이 된다. 다만 비록 ①을 따르더라도 국제거래에 따른 당사자의 법률관계를 제대로 이해하기 위해서는 "국제사법, 국제소송법, 국제중재법과 국제도산법"에 대한 이해가 필수적이다. 여기에서는 위 분야의 지식을 '기본적 국제법무 지식'이라 부른다.

위 ③의 맥락에서, 과거 우리나라에서는 국제거래법을 광의로 이해하는 경향이 있었으나, 그 후 강학상 국제거래법을 국제상거래법의 의미로 좁게 파악하고, 국제경제법(또는 국제통상법)은 별도로 취급하는 경향이 점차 강화되어 거의 정착된 것으로 보인다.[12] 이는 사법시험과 변호사시험 과목의 분류에 의하여 영향을 받은 결과이다. 다만 사법시험과 변호사시험의 목적상 국제거래법에서는 국제물품매매계약에 관한 UN협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 이하 "매매협약"이라 한다)[13]만을 다루지만 이는 편의상의 조치이지 국제거래법학의 범위가 매매협약에 국한되지 않음은 물론이다.

할 수도 있다.

11) 송상현, "商去來의 國際化와 商法의 過去, 現在, 未來", 상사법연구 제10집/상법제정 30주년기념특집호(1992), 389면 이하는 국제거래법은 국제사회에서 개인, 국가, 기업, 지방자치단체, 기타 각종 거래행위주체가 제반 경제활동을 하는 관계에 적용되는 실체법적, 절차법적, 공법적, 사법적(私法的), 목적적, 수단적 법체계를 총괄한다고 넓게 파악하면서, 국제거래법의 총론에는 국제계약에 관한 기본이론과 국제거래분쟁을 해결하는 소송, 중재등의 메커니즘, 그리고 국제파산의 문제가 포함되어야 한다고 한다. 서헌제(註 8), 186면도 국제거래법을 넓게 파악하여 그에는 국제경제법, 국제상거래법과 국제분쟁절차법이 포함된다고 한다. 다만 이런 견해도 국제사법을 명시적으로 논의하지는 않는 것 같다. 국제사법에는 국제가족법과 국제상속법도 포함되고, 국제거래법의 통일을 목표로 하는 UNCITRAL과 국제사법의 통일을 목표로 하는 헤이그국제사법회의가 병존하고 있음을 고려한다면 국제사법(협의든 광의든 간에)을 국제거래법에 포함시키는 것은 적절하지 않다. 더욱이 국제사법에는 국제거래법에 포함시킬 수 없는 광의의 국제친족법과 국제상속법이 있다. 이 분야에 관한 한 국제사법은 국제거래법과 별도로 갈 수밖에 없다.

12) 다만 이런 방향의 진화가 바람직한 것인지는 의문이다. 이처럼 국제거래법, 국제경제법 나아가 국제(공)법으로 분화되다 보니 넓은 의미의 국제법무의 체계적 이해가 어렵게 된다. 근자에 국제투자법을 별도로 다루는 경향마저 보이고 있음은 우려되는 바이다. 물론 국제(공)법과 국제경제법을 기초로 국제투자법을 더 깊이 연구하자는 취지라면 반대할 이유가 없다.

13) 필자는 일반적으로 'Convention'을 협약이라고 번역한다. 그러나 이를 '조약'으로 번역하면서 그것이 "국내 문헌의 전통적인 통례에 따르는 것이기도 하다"는 지적이 있다. 장준혁, "브뤼셀 제1규정상 출판물에 의한 명예훼손의 불법행위지 관할", 成均館法學 제25권 제1호(2013. 3.), 70면, 註 4는 이호정 교수의 국제사법 교과서를 인용하면서 그런 견해를 피력한다. 하지만 국제사법 문헌에서는 몰라도 국제법 문헌은 대체로 'Convention'을 협약이라고 번역하는데, 필자의 기본적 입장은 원칙적으로 정부가 관보에 공표하는 국문본을 따르자는 것이다. 중재법 제39조도 뉴욕협약을 언급하면서 "외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약"이라고 부른다.

2. 국제거래법학의 영역

위에서 본 것처럼 국제거래 내지 국제거래법의 영역에는 국제물품매매, 국제대금결제, 국제운송(해상/항공), 국제보험, 국제금융, 국제투자(국제 M&A 포함), 국제지재권거래, 국제건설, 국제에너지거래, 국제조선(국제선박건조), 국제엔터테인먼트거래와 국제전자상거래 등의 다양한 영역 내지 분야가 있다. 따라서 이를 망라하는 국제거래법학도 국제물품매매계약법, 국제금융거래법, 국제투자거래법 등처럼 분야별로 분화될 수 있다.

3. 국제거래법의 특성

국제거래 내지 국제거래법의 특성은 논자에 따라 다르나 ① 국제거래법 분야의 다양성, ② 준거규범의 다양성(조약, 국제규칙, 국내법 등)과 불확실성, ③ 분쟁해결의 어려움, ④ 영미계약법의 우세[14]와 ⑤ 복수국가의 공법적 규제의 개입 등을 들 수 있다.[15] 위 ②와 ③의 특성으로 인해 국제거래법을 제대로 이해하기 위하여는 기본적 국제법무 지식이 필수불가결하다.[16] 주의할 것은, 하나의 국제거래에서도 어느 한 국가의 법률이 아니라 다양한 국가의 법률 기타 규범이 적용된다는 점이다. 한국 회사와 독일 회사가 공동으로 투자하여 중국에 회사를 설립하기로 하는 국제합작투자계약(JVA) 또는 국제주주간계약(shareholders' agree

---

14) 익명의 심사자는 영미법계의 법이 적용되는 주요원인은 미국 등이 우리의 시장이라는 사실에 있다고 지적한다. 물론 우리 기업이 미국 시장에 진출할 때 미국법이 규율하는 점은 그렇게 설명할 수 있다는 점에서 의견에 감사한다. 하지만 영국에 진출하지 않는 경우에도, 즉 영국과 관련이 없는 국제거래에서도 영국법을 준거법으로 지정하는 현상은 그렇게 설명할 수는 없다. 필자가 여기에서 영미법의 우세를 말하는 것은 영미시장에의 진출과 직접 관련이 없는 국제거래(예컨대 영미와 관련이 없는 국제건설계약 또는 선박건조계약 등)를 주로 염두에 둔 것이다.

15) 그 밖에 준거규범의 통일화를 들기도 한다. 예컨대 이태희, 國際契約法: 理論과 實務, 2001년 전정판(법문사, 2001), 5면 이하; 최준선 외, 로스쿨 국제거래법: 이론과 사례(2010), 5면 이하 참조. 필자의 생각으로는 준거규범의 다양성은 국제거래법의 특성인 반면에, 제한된 국제거래 분야에서만 준거규범이 통일 내지 조화되었을 뿐이므로 아직은 준거규범의 통일화를 별도의 특성으로 열거하지 않는다. 준거규범이 이렇듯 다양하므로 국제거래법에서는 그 준거규범을 연구하는 것이 중요하고, 다른 법영역에서처럼 비교법적 연구가 강조되지는 않는다. 비교법적 연구는 오히려 국제규범을 정립하기 위한 준비작업으로서 커다란 의미를 가진다.

16) 익명의 심사자는 "최근 국제거래법 각론이 논의되고 있으나 총론과의 연계가 부족하므로 이를 강화하는 방안을 모색하여야"한다는 의견을 피력하였다. 심사자가 말하는 국제거래법의 총론이 정확히 무엇인지 파악하기 힘드나 필자로서는 본문의 기본적 국제법무 지식이 국제거래법의 총론에 속한다고 본다. 나아가 국제거래법의 각론에 공통되는 법리로서는 예컨대 다양한 국제거래 분야에 공통되는 '국제계약법', 즉 국제사법의 한 분야로서의 국제계약법이 아니라 실질법으로서의 국제계약법을 생각할 수 있고 아래에서 소개하는 국제상사계약원칙이 그에 해당한다고 볼 수 있다.

ment)을 생각해 보자.

한국 회사(K)	국제계약(JVA 또는 주주간계약)	독일 회사(G)
회사법적 측면은 속인법인 한국법이 규율	계약의 준거법(예컨대 중국법)이 규율	회사법적 측면은 속인법인 독일법이 규율

이처럼 하나의 거래에 따른 당사자의 권리와 의무를 이해하자면 한국과 독일 회사법과 국제계약의 준거법을 정확히 파악하고, 각법이 규율하는 사항의 범위를 정확히 획정해야 한다. 여기에서는 국제계약의 준거법이 중국법인 사례를 들었지만 당해 거래의 내용(예컨대 합작투자회사의 설립지)에 따라 인도네시아법과 같은 제3국법일 수도 있다. 주주간계약이 아니라 금융계약, 라이선스계약 또는 용선계약일 수도 있다. 이 모든 거래가 국제거래법의 문제로 다루어지지만 그 내용은 당해 거래의 준거법에 따라 다르다는 것이다. 따라서 국제거래법을 이해하기 위해서는 국제사법에 대한 지식이 필수적이다. 국제사법을 '국제거래의 기본법' 또는 '국제거래의 관문'이라고 부르는 것은 이런 이유에서이다.

위 ④로 인해 영미계약법이 준거법이 되는 경우 우리 법률가들과 법학자들은 어려움에 직면한다. 이는 불가피하고 우리가 영미 법률가들과 경쟁하기에는 원초적 한계가 있다고 할 수도 있다. 그러나 모든 국제거래에서 영미계약법이 준거법이 되는 것은 아니다. 당사자가 준거법을 선택할 수 있는 국제계약법의 영역에서는[17] 한국법이 준거법이 될 수 있도록 우수한 콘텐츠를 담아야 하고, 나아가 국제거래의 당사자들이(특히 우리 기업들이) 한국법을 선택하도록 홍보를 강화하고 교육함으로써 한국법의 영토를 확장해야 한다. 이것이 한국법을 국제화하는 길이다. 속되게 말하면 준거법은 변호사에게는 누구의 밥그릇인지를 결정한다.

필자는 대체로 국제거래법은 다양한 국제거래에서 제기되는 문제를 실제로 해결하기 위하여 필요한 법이라고 본다. 따라서 그 대상이 종래와 같은 법의 분류(즉 민법, 상법, 지식재산권법 등)의 어디에 속하는가에 따라 구획을 나누는 것이 아니라 그런 문제를 해결하기 위하여 필요한 법리를 활용하는, '실무지향적 내지

17) 이 점에서 주로 국제계약에 의해 형성되는 국제거래법 영역은, 콘텐츠가 우수하든 아니든 간에 확실한 고유의 영토를 가지고 있는 형법이나 공법과 처지가 다르다. 즉 가사 우리 형법의 내용이 미흡하더라도 국내 형사사건은 그에 의해 규율되고 그 고유 영토를 상실하지는 않는 데 반하여 국제거래법은 그렇지 않다는 것이다. 이 점에서 국제거래법은 민법이나 형법 영역과 달리 대부분 외국 변호사, 외국 법원과 외국 법학계에 맡길 수 있다.

실용주의적 접근방법'을 중시한다.[18] 따라서 국제거래법을 제대로 이해하자면 그 개념정의에 관계없이 아래와 같은 지식이 필요하다.

> ① 국내거래법[19] 지식 + ② 외국어(특히 영어) 지식 + ③ 기본적 국제법무 지식 + ④ 약간의 영미사법(私法), 특히 영미계약법에 대한 지식, ⑤ 당해 영역에 통용되는 규범과 관행에 대한 지식 + ⑥ 당해 영역의 공법적 규제[20]에 대한 지식

따라서 국제거래법에서는 예컨대 해상법의 경우 해상운송계약 기타 상법 해상편의 규정을 이해하는 것으로 족한 것이 아니라, 국제거래에서 제기되는 실무적 문제를 해결하기 위하여 필요한 광범위한 법리를 이해할 것이 요구된다. 최협의(또는 협의)의 국제거래법의 핵심은 ⑤가 될 것이다. 이는 국제거래의 분야에 따라 조약(매매협약, 몬트리올협약), 통일규칙(신용장통일규칙)과 국제관행 또는 국제관습(인코텀즈)일 수도 있고, 경우에 따라서는 특정국가의 국내법(해상보험에서 영국의 Marine Insurance Act 1906 또는 2015. 그런 지배적인 국내법이 없을 경우에는 준거법인 국내법)이나 약관(예컨대 건설계약에서 FIDIC 조건 또는 파생금융계약에서 ISDA[21] Master Agreement)일 수도 있다. 그에 더하여 계약의 준거법이 허용하는 범위 내에서 당사자들은 계약자유의 원칙을 최대한 활용한다.

국제거래법의 법원(法源)의 일부는 조약의 형태로 존재하므로 그런 국제거래법은 형식적으로는 국제법이라고 할 수도 있다. 그러나 조약의 형태가 아닌 국제거래법의 法源이 존재하므로(인코텀즈와 UCP600과 같은 국제규칙과 국내법 등) 국제거래법 전반을 국제법이라고 할 수는 없다. 더욱이 내용적으로 보면 국제거래법은 국제법이 아니다. 국제법의 개념을 어떻게 파악하는가에 따라 달라지겠지만, 국제법을 국가와 국가 또는 예외적으로 국가와 개인 간의 법률관계를 규율하는 규범의 총체로 이해한다면, 통상 기업과 기업 간의 법률관계를 다루는 국제거

18) 서헌제(註 8), 186면도 국제거래법을 어떻게 파악할지는 개념적 접근보다는 어떻게 파악하는 것이 거래현실에 대한 법적 뒷받침으로서 타당한가라는 보다 실용적인 태도를 취해야 한다고 설명한다.

19) 다만 국제에너지 또는 자원거래에 관하여는 상응하는 국내거래가 매우 제한적이다. 그 경우에는 국내거래법 지식이란 결국 민법상의 계약법 지식이 된다.

20) 대표적인 것은 각국의 외국환거래법과 대외무역법 등이다. 대외무역법에 초점을 맞추면 국제경제법을 포함하는 광의의 개념과 접점이 있게 된다. 그 밖에 세계적인 금융위기 후에 점차 강화되고 있는 금융규제법 등의 규제법도 이에 포함된다. 나아가 조세법도 포함시킬 수 있는데, 국제거래의 실무상 국제조세법은 매우 중요하다. 상세는 이창희, 국제조세법(박영사, 2015); 오윤, 국제조세법론(최신판)(삼일인포마인, 2016); 최선집, 국제조세법 강론(영화조세통람, 2014) 참조.

21) ISDA는 'International Swaps and Derivatives Association, Inc.'를 말한다.

래법은 국제법이 아니라는 것이다.[22]

Ⅲ. 우리나라에서 국제거래법학의 발전과 현황

여기에서는 우리나라 국제거래법학이 이룩한 발전 내지 성취라는 맥락에서 의미가 있는 중요사건들을 간단히 정리해 본다. 시기적으로는 국제거래법학회의 설립 이후를 중심으로 한다. 다만 여기의 정리는 필자의 주관적 판단에 따른 것이다.

1. 국제거래법학의 기초: 국제거래법 영역의 국제규범의 도입

위에서 본 것처럼 국제거래법의 특성의 하나는 국제거래를 규율하는 규범의 다양성이다. 주로 우리 실정법이 연구대상이 되는 다른 법 영역과 달리 국제거래법 영역에서는 다양한 국제규범이 연구대상이 된다. 그런 국제규범에는 예컨대 조약(매매협약, 몬트리올협약), 통일규칙(신용장통일규칙)과 국제관행(인코텀즈) 등이 있고, 경우에 따라서는 특정국가의 국내법(해상보험에서 영국 Marine Insurance Act 1906과 2015)이나 약관(건설계약에서 FIDIC 조건 또는 파생금융계약에서 ISDA Master Agreement)이 국제적으로 통용된다. 우리나라는 과거 국제거래를 규율하는 국제규범, 특히 조약의 수용에 소극적 태도를 견지하였다가 근자에는 다소 적극적인 자세로 전환하였으나 아직 충분한 것은 아니다.

구체적인 국제규범의 존재양식과 내용은 국제거래법의 영역별로 다른데, 우리가 받아들인 국제규범으로는 매매계약에서는 매매협약(CISG), 인코텀즈(2010), 신용장법에서는 신용장통일규칙(UCP600),[23] 항공운송계약에서는 헤이그의정서와 몬트리올협약 등이 있다.[24] 특히 2005. 3. 1. 매매협약의 국내발효는 우리 사

---

22) 그러나 국제거래법은 국제법의 일부라는 견해도 있다(김정호, 국제거래법(고려대학교 출판부, 2002), 2면.

23) 그 밖에도 국제상업회의소(ICC)가 채택한 청구보증통일규칙(URDG758), 국제보증신용장규칙(ISP98), 국제표준은행관행(International Standard Banking Practice for the Examination of Documents under Documentary Credits. ISBP) 등이 있다.

24) 그 밖에도 UNCITRAL 1985년 모델중재법과 2006년 개정 모델중재법이 있고 UNCITRAL 1997년 모델국제도산법이 있다. 한국은 1999년 12월 모델중재법을, 2016년에는 개정 모델중재법을 대폭 받아들였으며, 2006년 4월 발효된 "채무자 회생 및 파산에 관한 법률"에서 모델국제도산법을 받아들였다. 중재법은 석광현, 국제상사중재법 제1권(박영사, 2007), 55면 이하; 국제도산법은 석광현, ""채무자 회생 및 파산에 관한 법률"(이른바 통합도산법)에 따른 국제도산법", 국제사법과 국제소송 제5권(박영사, 2012), 499면 이하 참조.

법(私法)의 국제화에 획을 그은 일대사건이다. 그 밖에도 UNIDROIT(사법통일 국제협회 또는 국제연구소)의 2010년 국제상사계약원칙(Principles of International Commercial Contracts)[25](이하 "국제상사계약원칙"이라 한다)이 있다.[26] 따라서 우리는 필요한 국제규범을 수용하고 이를 집중적으로 연구할 필요가 있다.[27] 과거 우리 법률가들은 국제규범에 별로 관심이 없었으나[28] 근자에는 관심을 두기 시작하였고, 특히 법무부가 아래(5.)에서 언급하는 국제거래법연구단의 창설과 운영을 통하여 지속적인 관심을 표시하고 있음은 다행스러운 일이다.

우리나라는 조약에 가입할 경우 대체로 그 발효에 즈음하여 공식적인 국문번역을 관보에 공표한다. 반면에 신용장통일규칙과 인코텀즈 같은 경우에는 과거 통일적인 국문번역이 없었기에 논자에 따라 상이한 국문번역을 사용하였다. 근자에는 대한상공회의소를 중심으로 통일적인 국문번역문을 작성하고 있어 다행이다.[29]

'한국의 국제거래법'을 구성하는 대상의 존재형식은 다양하고 각각은 조약이나 신용장통일규칙처럼 국제적 연원을 가지는 것일 수도 있고 영국 해상보험법처럼 국내 법률일 수도 있다. 따라서 민법 또는 상법과 달리 한국의 국제거래법이라는 것은 한국이 제정한 것이라는 의미가 아니라 한국 기업들이 당사자가 되는 국제거래를 규율하는 규범으로 이해할 수 있다. 즉 입법주체의 측면에서 국가로서의

---

25) 위 국제상사계약원칙은 1994년에 채택되었고 그 후 2004과 2010년에 범위가 확대되었다. UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts(2004)를 참조. 2004년 원칙의 국문번역문은 오원석·최준선·허해관, UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004(법문사, 2006)로 간행되었다. 소개는 최흥섭, "「국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙」의 적용문제," 국제거래법연구 제8집(2000), 83면 이하; 최준선, "國際商事契約에 관한 UNIDROIT原則의 成立과 展望," 企業構造의 再編과 商事法: 박길준교수화갑기념논문집(1998), 80면 이하 참조. 이는 2010년에도 확대개편되었다.

26) 규범을 국제적으로 통일 또는 조화하는 방법은 석광현, 국제물품매매계약의 법리: UN통일매매법(CISG) 해설(박영사, 2010), 13면 참조.

27) 우리는 일본법을 극복하는 수단으로 국제규범을 적절히 활용할 필요가 있다.

28) 과거에는 이는 무역학자들의 연구대상이었다. 주요 국제무역법규의 영문과 국문번역을 수록하고 간결한 해설을 붙인 책자는 법률가들이 아니라 무역학자들에 의하여 간행되었다. 양영환·서정두(편저), 國際貿易法規-매매·결제·운송·보험·중재-, 제4판(삼영사, 2003) 참조. 필자는 과거 "이런 자료를 간행한 무역학자들의 노고를 높이 평가하면서, 우리 법률가들이 이런 과제를 무역학자들에게 맡긴 것을 부끄럽게 생각한다"고 솔직히 고백한 바 있다. 석광현, "國際貿易去來에서 발행되는 환어음에 관한 몇 가지 문제점", 국제사법과 국제소송 제3권(박영사, 2004), 87면 註 11 참조.

29) 예컨대 UCP600 공식번역 및 해설서(대한상공회의소, 2007); 국제표준은행관행 ISBP 745 공식번역 및 실무가이드(대한상공회의소, 2013), ISP98 보증신용장통일규칙 공식번역 및 해설(대한상공회의소, 2008) 등이 그런 사례이다.

한국이 등장하는 것이 아니라 규율대상의 측면에서 한국의 기업들-자연인이든 법인이든-이 등장한다. 그러한 규범은 국가로서 한국이 당사자가 되기로 결정함으로써 한국의 국제거래법에 편입되기도 하고 국가로서 한국의 의사와 관계없이 국제거래에 사실상 적용됨으로써 한국의 국제거래법을 구성하기도 한다. 이처럼 다양한 규범이 한국의 국제거래법을 구성하므로 해석론의 대상과 그 방법도 다양하다. 나아가 입법론도 예컨대 한국 민법을 우리가 입법적으로 어떻게 개선할 것인가라는 양상이 아니라, 경우에 따라 어떤 조약을 성안해야 하는가일 수도 있고, 한국이 기존의 어떤 조약에 가입할지 여부의 문제일 수도 있으며 입법으로써 해결할 수 없는 경우도 있다.

2. 국제거래법학회의 창립과 활동[30]

가. 국제거래법학회의 창립과 학회지의 간행

우리나라에서 국제거래법학의 발전을 위한 기폭제는 1990. 11. 17. 국제거래법학회의 창립이라고 할 수 있다. 물론 우리 기업들이 당사자가 되는 국제거래와 그에 따른 국제거래의 실무는 이전부터 존재하였고 주로 대형로펌들이 국제거래를 다루어 왔으나 그런 거래의 학술적 연구를 표방한 단체는 없었다. 국제거래법학회는 국제거래에 관심이 있는 대학교수, 정부공무원, 법조인, 기업인, 금융인 등이 힘을 합쳐 창립한 순수한 민간학술연구단체인데[31] 초대회장을 맡은 송상현 당시 서울법대 교수가 창립의 주도적인 역할을 하였다.[32] 국제거래법학회는 "財貨, 資本, 사람, 서비스 등의 國際的 移動 즉 國際去來를 規律하는 法(이하 "國際去來法"이라 칭한다)분야의 學術的 硏究와 硏究者 相互間의 交流 및 共同硏究 등을 촉진하고 이울러 국내외 學會 및 關聯團體와의 협력을 도모함으로써 國際去來의 증진과 이 분야의 교육, 연구체계와 그 準據規範의 定立에 기여함을 目的으로 한다".[33] 비법인이던 국제거래법학회는 2000. 6. 24 법무부의 감독을 받는 사단법인으로 전환되었다. 국제거래법학회는 1992년 4월 국제거래법연구 창간호를

30) 학회의 소개와 연혁 등은 정홍식, "국제거래법학회 소개", 선진상사법률연구 통권 제72호(2015. 10.), 227면 이하 참조.

31) 송상현, "창간사", 국제거래법연구 창간호(1992), 3면.

32) 또한 송상현 교수는 상법의 영역확장을 위하여 국제상거래법에 관한 선도적 논문을 발표하였다. 송상현, "國際去來法 序說", 商法論集(仁山鄭熙喆先生回甲紀念)(경문사, 1979), 337면 이하가 그것이다(이는 心堂 法學論濚 Ⅱ(박영사, 2007), 361-390면에도 수록되었다).

33) 학회의 목적을 정한 회칙 제2조 참조(http://www.kitla.re.kr/intro/encyclic. php).

간행한 이래 최근 2016년 7월 말 25집 제1호까지 학회지를 꾸준히 간행하고 있다.[34] 국제거래법학회는 창립 시부터 국제상거래법뿐만 아니라 국제경제법도 함께 다루어 왔다.

나. 산하연구회의 설립

국제거래법학회는 다양한 분야의 연구를 활성화하기 위하여 학회 산하에 몇 개의 연구회를 설립하였다. 그에는 국제금융법연구회, ISD연구회, 국제에너지법연구회, 국제매매법연구회와 국제건설법연구회가 있었으나 국제에너지법연구회와 국제건설법연구회는 2015년 3월 국제건설·에너지법연구회로 통합되었다. 국제매매법연구회는 2009년 3월부터 매월 정기연구회를 개최하여 매매협약에 대한 공동연구를 수행함으로써 우리나라에서 매매협약에 대한 연구에 기여하였으나 2015년 말까지 활동 후 주춤하였다가 7월에 다시 활동을 재개하였다. 현재로서는 산하연구회 중 가장 늦은 2013년 9월 국제건설법연구회(회장 정홍식 교수)로 발족한 국제건설·에너지법연구회가 가장 활발히 활동하고 있다.

다. 심당국제거래학술상의 도입

국제거래법학회는 국제거래분야 연구에 대한 의욕을 고취하고 국제거래의 진작에 기여할 목적으로 2007년 심당국제거래학술상을 도입하고(이는 당시 회장이던 손경한 교수가 제안한 것이었다) 2008년부터 2016년까지 9회에 걸쳐 시상한 바 있다. 심당국제거래학술상은 국제상거래법 분야뿐만 아니라 국제경제법 분야의 논문과 저서를 대상으로 하는데, 특기할 점은 법학논문에 한하지 않고 국제거래에 관련된 모든 주제에 관한 논문과 저서를 대상으로 하는 점이다. 수상자에게는 상패와 부상을 지급하는데 종래 부상으로 500만원을 지급하고 있다. 학회의 어려운 재정형편을 고려하면 상당한 규모라고 할 수 있다.

라. 국제거래법학회와 법원 내 국제거래법연구회의 공동 세미나

국제거래법학회는 법원 내 국제거래법연구회와 공동으로 매월 6월 경에 세미나를 개최하고 있는데, 이는 2002년에 개시되어 2016년 개최된 공동세미나가

34) 2004년 간행된 제13집까지는 매년 1회 간행하였으나, 2005년 간행된 제14집부터는 7월과 12월에 제1호와 제2호로 각각 간행하고 있다.

제15회였던 것으로 알고 있다.[35] 여기에서는 실제로 우리 법원에서 다루어진 사건을 논의함으로써 학회 회원들로서는 법원의 실무상 쟁점을 이해하고, 법관들로서는 사건 해결을 위하여 필요한 학계의 의견을 청취함으로써 상호 교류를 제고하고 우리 국제거래법학의 발전에 기여하고자 노력하고 있다. 위 공동세미나는 양측의 발표자가 발표를 하고 상대방 측의 토론자가 토론을 하는 형식을 취한다.

마. 독립적인 한국국제경제법학회의 설립

위에서 본 것처럼 국제거래법학회는 창립 시부터 국제상거래법만이 아니라 국제경제법을 함께 다루었다. 그러나 국제경제법을 전공하는 학자들은 2003년 한국국제경제법학회를 설립하여 지금까지 운영하고 있다. 그 결과 국제거래법학회는 국제경제법의 비중을 줄임으로써 국제경제법에 관한 한 국제거래법학회의 역할이 축소된 것이 사실이다. 필자는 국제거래법학회 산하에 국제상거래법 분과와 국제경제법 분과를 두는 원래의 모습이 바람직하다고 믿는다.[36] 끊임없이 새로운 학회를 설립하려는 우리 법학계의 경향은 여러 모로 부작용을 초래하고 있다.

3. 로스쿨의 설립과 국제거래법 전임교수의 충원

2009년 법학전문대학원(또는 로스쿨. 이하 “로스쿨”이라 한다)의 설치를 계기로 일부 로스쿨들이 국제거래법 전임교수를 충원하였으나, 대부분의 로스쿨들이 그렇게 한 것은 아니다.[37] 학교에 따라 다르지만 국제거래법과 국제사법을 함께 담당하는 전임교수를 뽑는 경향이 있는 것 같다.[38] 일부 로스쿨은 특성화분야로 국제법무를 선정하였다.[39] 그러나 근자에 변호사시험의 합격률이 낮아짐에 따라 로스쿨에서의 특성화는 퇴색하고 있다. 이런 현상은 로스쿨 도입의 취지를 망각

---

35) 2002년에는 제61회 월례발표회 형식을 취하였다. 국제거래법학회 활동일지, 국제거래법연구 제11집(2003), 323면.

36) 박노형 외(註 3), 8면은 국제경제법과 국제거래법(국제상거래법을 의미)은 그 성격, 주체, 객체 및 규율방법이 다르므로 양자를 통합하려는 것은 법학방법론상 잘못이라고 한다.

37) 물론 로스쿨이 설치되기 전에도 국제거래법과 국제사법 전임교수를 둔 대학이 없었던 것은 아니다. 실제로 필자는 1999년 3월 국제거래법과 국제사법 전임교수로 한양대 법대에 부임한 바 있다.

38) 한국법학교수회에서 간행한 2015년 교수수첩에 따르면 서울대, 고려대와 한양대 등이 이런 유형에 속한다. 이화여대와 중앙대의 경우 교수수첩에는 기재되어 있지 않지만 국제거래법 전임교수가 국제사법을 담당하는 것으로 알고 있다.

39) 예컨대 서울대, 고려대, 성균관대와 동아대 로스쿨 등이 그런 사례인 것으로 알고 있다.

한 처사로서 시정되지 않으면 아니된다.

하지만 로스쿨 전체를 보아도 국제거래법의 한 분야인 국제해상법 분야를 담당하는 전임교수의 충원은 부족한 것 같아 유감이다.[40] 과거 해상법 학자들은 해상법의 특성의 하나로 국제성을 열거하면서도 정작 국제해상법의 논점을 충실히 다루지는 않았으나,[41] 해상법이 진정한 해상법이 되기 위하여는 국제해상법이어야 한다. 또한 종래 강학상 선박건조계약은 해상법에 포함되지 않았지만 이도 함께 다루는 것이 바람직하다. 따라서 로스쿨에서도 해상법을 국제거래법과 연계하여 교육할 필요가 있다고 본다.

4. 국제거래법 영역의 전문서적의 간행

국제거래법 영역의 전문서적만이 아니라 논문도 많이 간행되었음은 물론이다. 다만 이 글의 성격과 지면의 제약으로 인해 여기에서는 주요 단행본만 언급한다.[42] 우선 로스쿨에서의 교육을 위한 국제거래법 교재들이 있다.[43] 그 전에도 국제거래법 분야의 선구적인 서적들이 있었다.[44] 그 밖에 분야별로 다양한 문헌이 있다.[45] 국제물품매매계약에 관하여는 최흥섭 교수의 저서와 필자의 졸저가

---

40) 해상법의 특성으로 인하여 국제거래법 전임교수가 해상법을 담당하기는 쉽지 않다. 필자도 해상법 강의는 하지 않는다. 과거 서울법대의 전임교수의 수가 적었을 때에도 송상현 교수가 해상법을 담당했는데 전임교수가 60명에 가까운 서울대 로스쿨에 현재 해상법 전임교수가 없다는 것은 유감이다. 국제거래법과 해상법을 함께 강의할 수 있는 실무 출신의 전임교수를 충원할 필요가 있다.

41) 필자는 이 점을 지적한 바 있다. 석광현, "海事國際私法의 몇 가지 문제점—준거법을 중심으로", 국제사법과 국제소송 제5권(박영사, 2012), 241면. 근자에 해법학자들 간에도 국제해상법에 대한 인식이 많이 확산되었음은 다행이다.

42) 근자에 간행된 국제거래법 영역의 박사논문도 정리할 필요가 있으나 반영하지 못하였다. 국제거래법학회에서 발표를 했던 분들의 논문으로는 오정환, "原油가스 探査開發權의 취득에 관한 法的 硏究-Farmout 거래를 중심으로-", 한양대학교 대학원 법학박사학위논문(2011. 2.); 문화경, "국제물품매매에서 지식재산권 침해로 인한 분쟁해결에 관한 연구", 이화여자대학교 대학원 법학박사학위논문(2013. 1.); 박찬동, "국제대출계약에서 진술 및 보장 조항에 관한 법적 연구-영미 판례법을 중심으로-", 고려대학교 대학원 법학박사학위논문(2013. 12.); 한종규, "國際物品賣買協約上 原狀回復義務의 國際私法的 爭點 硏究", 성균관대학교 대학원 법학박사학위논문(2014.)과 위에 소개한 저서의 기초가 된 김승현, "FIDIC 국제건설 표준계약조건 연구", 서울대학교 대학원 법학박사학위논문(2014. 8.) 등이 있다.

43) 서헌제, 국제거래법 제4판(법문사, 2006); 최준선, 국제거래법 제10판(삼영사, 2015); 이기수·신창섭, 국제거래법 제6판(세창출판사, 2015); 안강현, 로스쿨 국제거래법 제2판(2016); 최준선 외(註 15) 등이 그것이다. 그 밖에 김상만, 국제거래법(두남, 2011)도 있다.

44) 예컨대 장효상, 國際經濟法(박영사, 1985), 장효상(註 7), 이상돈(註 7), 백충현·정인섭·최승환, 國際去來法(한국방송통신대학교, 1993) 등을 들 수 있다. 이들이 다루는 국제거래법의 범위는 근자의 서적보다 범위가 넓다는 점에 특색이 있는데, 장효상 교수의 저서는 특히 그러하다.

45) 예컨대 금융에 관하여는 석광현·정순섭 공편저, 국제금융법의 현상과 과제(소화, 2009. 3.); 정

기본적 문헌이라고 할 수 있다.[46] 김인호 교수가 정리한 판례집[47]도 간행된 바 있다. 무역학자(또는 상학자. 이하 양자를 호환적으로 사용한다)가 쓴 저서들도 있다.[48] 신용장 분쟁이 많았던 과거에는 유중원 변호사와 채동헌 변호사의 저서가 주요 문헌이었다.[49] 해상운송에 관하여는 해상법 교과서들과 서헌제 교수의 저서[50]가 있고, 항공운송에 관하여는 김두환 교수와 최준선 교수의 저서[51]가 있다. 근자에 미국식 cases and materials의 형식을 취한 문헌으로는 정영철 변호사의 저서[52]가 있다. 국제거래법 분야에서 주목할 만한 근자의 문헌은 김승현 미국 변호사의 저서이다.[53] 이는 국제건설계약에서 제기되는 실무적인 논점과 이론적 검토를 적절히 결합한 저서로서 국제거래법 분야의 모범적인 사례인데,[54] 이 저서로 인해 김승현 박사는 2016년 3월 국제거래법학회로부터 심당국제거래학술상을 수상하였다. 그 밖에 국제계약서 작성의 실무를 위한 문헌들도 다수 간행되었다.[55] 그 밖에 국제중재에 관한 저서들이 있다.[56]

우영·현용석·이승철, 해양금융의 이해와 실무(2판)(한국금융연수원, 2012)이 있고 그 밖에 국제금융에 관하여는 한국금융연수원에서 국제금융과 관련된 전문서적을 간행하고 있다. 예컨대 최성현·신종신, 국제금융관계법률(한국금융연수원, 2011), 홍대희, 국제채 및 신디케이티드론(한국금융연수원, 2012)이 그것이다.

46) 최흥섭, 유엔국제매매법－국제물품매매계약에 관한 유엔협약－(1997); 최흥섭, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약 해설(법무부, 2005). 석광현(註 26). 초기의 문헌으로는 임홍근·이태희(공편), 國際物品賣買契約에 관한 UN協約上의 諸問題(삼지원, 1991)가 있다.

47) 김인호, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약 사례연구Ⅰ(법무부, 2004)과 Ⅱ(법무부, 2006).

48) 예컨대 오세창, 국제물품매매법(학문사, 1998); 강병창, 國際統一賣買法(형설, 2000); 오원석·하강헌, 국제물품매매법(박영사, 2004) 등이 있고, 근자에는 심종석, 국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)의 해석과 적용(삼영사, 2015), 심종석, 국제상사계약의 이론과 실제(대구대학교 출판부, 2009)이 간행되었다.

49) 채동헌, 국제거래와 법-신용장 편-(청림출판, 2004); 유중원, 信用狀論: 信用狀의 法理 및 信用狀統一規則의 逐條解說(육법사, 1998); 유중원, 국제무역과 판례(청림출판, 2005); 유중원, 신용장-법과 관습(상)(하)(각 청림출판, 2007). 그에 앞서서는 임홍근, 荷換信用狀의 法的構造(삼지원, 1991)가 있다.

50) 서헌제, 콘테이너 복합운송인의 책임법리(삼지원, 1986).

51) 김두환, 國際航空法學論(한국학술정보, 2005); 최준선, 國際航空運送法論(삼영사, 1987).

52) 정영철, 국제거래법: 에너지(박영사, 2012). 정영철, 기업인수 4G(박영사, 2010)도 있으나 후자는 국제거래를 염두에 둔 것은 아니다.

53) 김승현, 국제건설계약의 법리와 실무-FIDIC 계약조건을 중심으로-(박영사, 2015).

54) 강은경, 계약에서 공연장까지: 국제공연계약의 이론과 실제(이클라세, 2005)도 유사한 시도이나 법리의 분석이 취약하다. 과거 이태희, 國際契約法: 理論과 實務(학연사, 1990)는 법리의 분석은 약하더라도 실무적 가치가 있었으나, 이태희(註 15)에 이르러서는 제대로 update 되지 못한 것 같아 아쉽다.

55) 예컨대 한국수출입은행, 영문국제계약해설, 개정증보판(2006), 한국무역협회, 국제무역 계약 사례(2003); 이헌영, 글로벌 시대를 대비한 국제계약사례집(바른지식, 2004); 김지수, 영문국제계약 실무해설, 개정증보판(대명출판사, 2014) 등을 들 수 있다. 특정 분야의 문헌으로서는 김연신(박수만 감수), 영문 선박건조 계약서 작성실무(박영사, 2008)가 있다.

5. 법무부 국제거래법연구단의 설치와 운영 및 통상법률의 간행

법무부는 2002년부터 국제법무과 검사, 교수, 변호사로 구성된 「국제거래법연구단」을 설치, 운영하면서 그 중 일부 위원을 선발하여 UNCITRAL(국제거래법위원회)의 6개 실무작업반(Working Group)에 지속적으로 파견하고 있다. 작업반은 각각 조달, 중재, 운송, 전자상거래, 도산과 담보를 다룬다. 헤이그국제사법회의도 일부 위원이 파견된 적이 있다. 나아가 그와 관련된 연구보고서[57]와 기타 전문연구서적을 간행하고 있다.[58] 이는 우리나라에서 국제거래법학의 발전에 귀중한 계기를 마련하였다. 국제거래법연구단은 부정기적으로 연구단 세미나를 개최하기도 하는데 장래에는 국제거래법연구단의 활동이 UNIDROIT 회의와 헤이그국제사법회의[59]의 참가로 이어지도록 체계화되기를 기대한다.[60] 나아가 국제거래법연구단을 구성하는 교수들이 국제회의에 참가하는 데 그칠 것이 아니라 한국에서 당해 분야의 논의를 주도하는 등 더 적극적 역할을 하도록 유도할 필요가 있다.

또한 법무부가 1995년 2월 창간하여 발행해온 '통상법률'은 국제통상 관련 외국법률을 비롯해 각종 법률자료와 논문 등을 소개하고 있다. 비록 국제경제법 논문의 비중이 더 크기는 하지만 국제거래법 논문도 수록하고 있다. 법무부가 이런 전문잡지를 간행하는 것의 적절성에는 논란의 여지가 있으나 그것이 국제거래법학의 발전을 위해 도움이 되는 것은 사실이다. 이상의 활동을 기초로 법무부는 2012년 1월 인천 송도에 UNCITRAL의 아시아 태평양지역사무소를 개설하였고,

---

56) 예컨대 목영준, 상사중재법론(박영사, 2011), 석광현(註 34)과 김갑유 외, 중재실무강의(박영사, 2012) 등이 있다. 강병근, 국제 중재의 기본 문제(소화, 2000)와 장문철, 현대 중재법의 이해(세창, 2000)도 있고, 그 밖에 무역학자들이나 중재 실무가들이 쓴 "무역분쟁과 상사중재" 또는 유사한 제목의 서적들이 있다. 또한 한국중재학회가 있고 학회지로 중재연구를 간행하고 있다.

57) 연구보고서가 해마다 간행되는지는 불분명하나 예컨대 2012년에는 국제거래법연구단 국제회의 참가 연구보고서가 간행된 바 있다.

58) 그의 일환으로 예컨대 필자는 국제채권양도협약(법무부, 2002), 증거조사에 관한 국제민사사법공조 연구(법무부, 2007)와 UNCITRAL 담보권 입법지침 연구(법무부, 2010)를 간행한 바 있다. 그 밖에도 전자2005년 채택된 UN의 전자계약협약(Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts)을 다룬 왕상한, 전자계약의 현안과 과제－UN 전자계약협약을 중심으로－(법무부, 2008)가 있고, 근자에는 신희택, 국제투자분쟁에서의 UNCITRAL 중재규칙 활용 실무(법무부, 2013)도 간행되었다.

59) 엄밀하게 말하면 국제가족법과 관련된 회의는 국제거래법의 영역에 속하지 않는다고 할 수도 있으나 굳이 그럴 이유가 있는지는 의문이다.

60) 필자의 경험에 따르면 미국대표단은 대체로 국무부 담당자, 로스쿨 교수와 대형로펌의 변호사 등으로 구성되었다. 특히 당해 분야의 전문성을 가진 대형로펌의 변호사가 프로보노 서비스의 일환으로 참석하는 것은 매우 인상적이었다. 우리 로펌의 변호사들도 이처럼 공익업무를 보다 다양화할 필요가 있다.

그 후 UNCITRAL과 공동세미나를 개최하는 등 다양한 활동을 이어가고 있다. 앞으로 UNCITRAL 아시아 태평양지역사무소가 우리 국제거래법과 국제거래법학의 발전에도 도움이 될 수 있기를 희망한다.

6. 법원의 국제사건전담재판부 설치와 운영

법원은 종래 국제사건전담재판부를 두고 있었는데(그 효시는 서울지방법원이 1994. 3. 1. 국제거래 및 상사사건 전담부를 창설한 것이었다), 2016. 2. 서울고등법원과 서울중앙지방법원 및 부산지방법원이 전담부를 확대하여 해사·국제거래전담부를 지정하였고, 단독재판부 1곳을 해사·국제거래·기업 전담재판부로 지정하였으며, 또한 부산지방법원은 민사합의부를 해상·지적재산권 전담재판부로 지정하였다고 한다. 전담재판부의 설치는 순환근무를 하는 법관들이 국제거래에 관하여 전문성을 제고하고 이를 통하여 적정한 재판을 함으로써 재판에 대한 신뢰를 제고하기 위한 것인데, 실제로 그런 목적에 기여하였다고 생각한다.

법원은 그 밖에도 2006년 1월 판사들로 구성된 국제규범연구반(이는 국제상거래, 지식재산권과 국제소송분야별 연구그룹으로 세분된다)을 창설, 운영하고 있는데, 동연구반은 국제규범을 연구하고 판사들을 다양한 국제회의에 참석시키고 있으며, 2008년 이래 연구보고서와 참가보고서를 묶어서 "국제규범의 현황과 전망"이라는 책자를 매년 간행하고 있다.[61] 국제규범연구반은 "21세기 국제화 시대를 맞이하여 사법부의 국제경쟁력을 제고하기 위해서 전 세계적으로 진행되는 국제규범의 마련에 동참하는 노력과 국제규범에 대한 체계적인 연구"가 필요하기 때문이라고 그 창설의 취지를 설명한다.[62] 필자는 법원의 이러한 노력을 높이 평가한다. 다만, 후자에는 이견이 없으나 전자, 즉 국제규범의 마련에 동참하는 노력을 과연 법원이 해야 하는지는 논란의 여지가 있다. 더욱이 국제규범연구반에서의 활동이 일정한 기간에 한정되는 것을 보면 법관이 연구반을 떠난 뒤에도 전

---

61) 서울지방법원은 1997년에 '국제거래 상사 소송의 실무'라는 단행본을 간행하였는데, 이는 대법원 판결뿐만 아니라 전국 각급 법원의 국제거래, 상사사건 관련 판결들 중에서 선례적 가치가 있는 것을 선정하여 체계적으로 분류하고 법리적 설명을 부가하여 작성한 문헌이다. 이는 국제거래법과 국제사법 연구자들에게 생생한 판례를 제공하고, 실무에서 문제되는 쟁점을 소개해준 귀중한 문헌이었다. 필자는 위 책자가 머리말에서의 다짐처럼 그 후에도 수정, 보완되기를 기대하였으나 후속작업은 이루어지지 않았고, 단지 법관들을 위한 비교적 소략한 국제거래재판실무편람만이 간행된 것으로 보인다(2001년, 2006년 개정판).

62) 국제규범의 현황과 전망-2007년 국제규범연구반 연구보고-(법원행정처, 2008)에 수록된 장윤기 당시 법원행정처장의 머리말 참조.

문성을 유지하는 것은 쉽지 않아 보인다. 법원에서는 해사·국제거래전담부를 운영하는 데 만족할 것이 아니라 더 큰 비중의 국제거래사건이 전담부에 배당될 수 있도록 운영해야 하며 전담부 법관의 전문성을 심화하기 위해 노력해야 한다.

7. 국제상사중재 활성화를 위한 노력

근자에 우리나라는 중재산업을 활성화하기 위한 노력을 기울이고 있다. 예컨대 2013년 5월 서울국제중재센터(Seoul International Dispute Resolution Center, "Seoul IDRC" 또는 "SIDRC")의 설립도 그의 일환이다. 다만 중요한 것은 한국이 중재의 심리장소가 되는 것이 아니라 중재지가 되는 것이다. 2016년 중재법의 개정도 그의 연장선상에 있다. 정부는 2015년 "중재산업 진흥에 관한 법률"의 제정을 시도하였으나 성사되지 못하였고 다시 입법을 추진하고 있다.[63] 필자는 정부와 각계가 국제상사중재를 활성화하기 위해 노력하는 것은 환영하지만, 국제상사중재법학의 연구를 활성화하기 위한 노력은 별로 보이지 않는 점이 아쉽다. 실무가들은 중재법학, 특히 국제상사중재법학에 대한 연구는 선진국에 맡기고 우리는 실무만 열심히 하면 된다고 믿는 것 같다. 솔직히 국제상사중재에 관한 한 현재 우리나라에는 실무만 있고 법학계는 거의 없다고 할 수 있다.[64] 우리 중재법과 대한상사중재원의 국제중재규칙을 국제화하고 외국변호사들이 중재사건을 널리 담당하는 현실에서 발생하는 부작용인지 모르겠다. 우리가 중재 선진국으로부터 배워야 함은 물론이지만, 국제중재 커뮤니티에서 우리의 목소리를 내고 우리만의 국제상사중재제도를 정립하는 것은 우리 법학계의 연구가 없이는 불가능한 일이다.

Ⅳ. 우리나라 국제거래법학의 문제점과 장래의 과제

위에서 본 우리나라 국제거래법학의 현황에서 드러난 문제점과 이를 개선하기 위한 우리가 총체적으로 실현해야 할 과제를 보고 이어서 직역별 과제를 정리해 보면 아래와 같다.

---

63) 손경한 외, "중재산업활성화를 위한 국가지원 필요성 연구(2016)" 참조.

64) 위에서 언급한 것처럼 한국중재학회가 있으나 이는 중재'법'학회는 아니며 '중재연구'에 수록되는 국제상사중재 관련 논문 중에는 법학적 기초가 약한 논문들도 많이 있다.

1. 총체적 과제

매매협약은 Lando 위원회의 유럽계약법원칙[65]과 UNIDROIT의 국제상사계약원칙에도 큰 영향을 미친 결과 이제 매매협약의 개념과 용어는 국제계약법의 공용어(*lingua franca*)가 되었다. 근자에는 위 트로이카를 기초로 세계계약법원칙(내지 세계계약법)(World Contract Law)을 만들자는 제안도 있으므로[66] 우리도 그런 작업에 능동적으로 참여해야 한다. 무엇보다도 새로운 국제규범을 성안하는 국제기구 기타 국제포럼[67]에 적극적으로 참가하여 우리의 목소리를 담기 위해 노력해야 한다.[68][69] 나아가 국제상사계약원칙을 포함하여 기타 상인법(*lex mercatoria,* law merchant)[70]의 형성과 발전에도 관심을 기울여야 한다.

2. 법학계의 연구인력의 확충, 연구영역의 전문화와 연구의 활성화

모두에 언급한 것처럼 국제거래법의 영역은 매우 다양하다. 위 모든 영역에서

---

65) 국문번역은 올 란도·휴 빌 편/김재형 역, 유럽계약법 원칙(제1·2부)(박영사, 2013) 참조. 이제는 유럽연합의 공통참조기준안(Draft Common Frame of Reference. DCFR)도 고려해야 한다. 후자는 우선 박영복(편집대표), EU사법(Ⅱ)(한국외국어대학교 출판부, 2010), 3면 이하 참조.

66) Ole Lando, "CISG and Its Followers: A proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", 53 Am.J.Comp.L. 379 (2005) 참조.

67) 사법(私法) 분야에서 국제규범을 통일 내지 조화하기 위하여 노력하는 국제기구에는 UNCITRAL, UNIDROIT와 헤이그국제사법회의가 있다. 전 2자는 주로 실질법의 통일 내지 조화를 목표로 하는 데 반하여 헤이그국제사법회의는 광의의 국제사법규범의 통일 내지 조화를 목표로 한다. 국가가 회원이 되는 국제기구는 아니지만 그 밖에도 국제상업회의소의 역할을 무시할 수 없다.

68) 손경한(註 4), vii면도 동지.

69) 이와 관련하여 근자에 이영준 변호사가 주도적으로 추진하는 아시아계약법원칙(PACL) 성안 작업도 주목할 만하다. 아시아민상법학 제6특별호 아시아특별법원칙 채무이행·불이행편 초안연구(2014)와 韓中日民商法統一硏究所 사이트 http://www.kcjlaw.co.kr/ 참조.

70) 이는 대체로 국제상거래에서 통용되는 통일적인 법규를 의미한다. 광의로는 통일법을 창설하는 조약, 법의 일반원칙, 국제법, 국제기구의 규칙과 국제적으로 흔히 사용되는 조항 등을 포함하나, 협의로는 국제상거래에서 자생적으로 발생하여 발전하고 특정 국내법과 관련이 없는 일반원칙과 관행을 말한다. 상인법의 존재를 인정하는 학자들 간에도 그 구체적인 내용에 관하여는 견해가 일치하지 않는다. 이는 상인법을 구체적 원칙의 목록으로 이해하는 견해의 접근방법이다. 한편 기능적 접근방법을 취하는 견해는 상인법의 목록을 작성하는 대신 특정한 문제가 발생한 때에 이를 해결하기 위하여 적절한 상인법의 규칙 내지는 원칙을 특정하는 것을 목적으로 한다. 석광현, 국제상사중재법 제1권(박영사, 2007), 154면, 註 32 참조. 우리 문헌은 우선 서헌제, "lex mercatoria로서의 UNIDROIT Principles," 통상법률 통권 제33호(2000. 6.), 85면 이하 참조. 상인법은 국제거래법상의 의문뿐만 아니라, 법의 개념과 효력에 관한 법철학적 의문을 제기하고, 국제거래의 당사자가 상인법을 준거규범으로 지정할 수 있는지의 여부에 관한 국제사법(소송의 맥락)과 중재법(국제중재의 맥락)상의 의문을 제기한다. 마침 손경한 교수는 정년기념 최종강의의 주제를 "lex mercatoria의 21세기적 의의"로 선정하였다. 2016. 8. 30. 개최된 한범 손경한 교수 정년기념식 및 학술대회 자료집, 29면 이하 참조. 원래 lex mercatoria는 기본적으로 상인간에 형성된 국제규범을 말하는 데 반하여, 손경한 교수의 lex mercatoria는 그것보다 더 넓은 범위의 자율규범을 의미하는 것으로 보인다.

우리 기업들이 활발하게 활동하고 있고 대형로펌의 변호사들과 그런 기업들의 사내변호사들을 중심으로 국제거래법 영역의 실무가 이루어지고 있다. 문제는 이런 실무가 국제거래법학계와는 거의 단절된 채 이루어지고 있다는 점이다. 특히 사내변호사들의 수가 급증한 결과 상당히 중요한 세력으로 성장하였으나 이들, 특히 외국 변호사들은 국제거래법학회와는 교류가 활발하지 않다. 따라서 국제거래법 영역에서는 실무는 있으나 학계는 제 기능을 하지 못하고 있다고 해도 과언이 아니다. 이것은 다른 법학 영역과 달리 국제거래법에서는 그의 법적 기초가 반드시 한국법이 아니라는 점과, 마찬가지로 반드시 한국 법학자가 법리를 제공해야 하는 것도 아니기 때문이다.[71]

이런 상황 하에서 우리는 국제거래법 영역에 대한 실무와 연구를 포기하고 외국 법률가들과 법학자들에게 아웃소싱하는 방안을 고려할 수 있다. 이는 논리적으로는 가능하지만 우리가 원하는 방향이 아니고, 우리가 지난 수십년 간 추구해 온 방향도 아니다.[72] 우리 정도의 인력과 국력을 가진 국가가 국제거래법에 대한 연구를 포기하는 것은 상상할 수 없다. 따라서 비록 힘든 길이기는 하지만 결국 국제거래법의 실무와 연구를 우리 법률가들과 법학자들이 담당하지 않을 수 없다(물론 외국 법률가들 및 외국 법학자들과 상호 협력 내지 경쟁하면서). 그러자면 국제거래법학의 연구는 우리 법학자들이 주도해야 하는데 이를 위해서는 국제거래법학회 활동이 활성화되어야 하고, 그 중심에는 로스쿨의 국제거래법 전임교수가 있어야 한다. 물론 전임교수의 충원이 모든 문제를 해결할 수는 없지만 이는 필요조건이라는 것이다. 그런데 국제거래법학자들이 그들의 분야를 전문화하기는 쉽지 않다. 현재 일부 로스쿨에는 국제거래법 전임교수들이 있으나 변호사시험에 맞추어 매매협약을 중심으로 강의하고 있고 그들이 국제사법을 가르치고 있다. 따라서 그들이 국제거래법 영역 중 관심분야를 정하여 그 분야를 깊이 연구할 필요와 기회가 별로 없다. 또한 로스쿨교수는 제도적으로 실무와 단절된 탓에 최근 실무 동향을 정확히 알기도 어렵다. 위에서 본 것처럼 국제거래법은 실무와의 관련성이 큰 분야이다. 형편이 나은 실무(국내외의) 출신 교수들과 달리 학계 출신

71) 이 점에서 국제거래법 영역은 민법, 상법, 형법과 같은 국내법 영역과는 크게 차이가 있다.

72) 필자는 영국법원 내지 영국중재와 영국법으로의 도피를 통렬하게 비판한 바 있다. 석광현, “외국법제로의 과도한 도피와 國際私法的 思考의 빈곤”, 법률신문 제3926호(2011. 4. 11.), 13면 참조. 근자에는 해법학회를 중심으로 이런 문제의식을 제기하고 이를 시정하기 위한 노력의 필요성이 제기되고 있다. 우리나라에 해사법원을 설립하자는 주장도 그런 조치의 일환이다. 상세는 김인현, “한국해사법정·중재제도 도입에 대한 연구”, 한국해법학회지제 37권 제2호(2015. 11.), 7면 이하 참조.

교수들은 다양한 국제거래의 실무를 잘 알지 못하기에 연구와 강의대상이 매매협약 및 관련 분야로 제한될 가능성이 크다. 따라서 국제거래법 전임교수의 충원만으로 전문화가 달성되는 것은 아니지만, 우선은 학문적 관심을 가진 실무 출신 교수들을 로스쿨에 확충하고, 나아가 그들이 더욱 분발해서 다양한 국제거래법 분야에서 제기되는 쟁점을 파악하여 실무에 도움이 되는 연구결과를 생산하도록 유도해야 한다. 그 과정에서 특정영역에 관심을 가진 국제거래법 전임교수가 영역별로 전문성을 구비한 국내거래법 전임교수와 협력하여 함께 연구하는 방안을 활성화해야 한다.

나아가 국제거래법학을 연구함에 있어서는 위 표에서 언급한 ⑤ 당해 영역에 통용되는 규범과 관행에 대한 지식을 심화하기 위해 노력해야 한다. 그런 규범이 조약인 경우는 물론이고 영국 해상보험법과 같은 국내법이더라도 마찬가지이다. 이 점에서 영국법을 소홀히 취급하는 종래 우리 법학계의 태도는 시정되어야 한다. 나아가 장기적으로 한국법이 국제거래를 규율하기에 적합한 콘텐츠를 담을 수 있도록 노력하고, 한국법이 조약을 통해서 또는 당사자들의 선택을 통해서 국제거래를 규율하는 규범이 될 수 있도록 꾸준히 노력해야 한다.

국제거래법학에서 국제규범을 연구하는 때에는 국내법 영역과 다른 양상이 벌어진다. 예컨대 민법이나 상법 영역에서는 우리가 연구하는 주요대상은 한국의 민법과 상법이므로 한국 법학자들 및 법률가들이 비교우위를 가질 수 있으나 반하여 국제규범(예컨대 매매협약, 신용장통일규칙, 몬트리올협약, 뉴욕협약 등)을 연구하는 때에는 그렇지 않다. 왜냐하면 동일한 국제규범을 대상으로 외국 법학자들 및 법률가들과 경쟁하기 때문이다. 이는 이미 국제화된 국제법과 국제경제법 영역에서는 당연한 현상이나 사법(私法) 영역에서는 아직 생소한 것이 사실이다. 앞으로 이런 현상은 더욱 확산될 것이다. 종래 우리 법학계는 주로 학생들과 초심자들을 위해 외국문헌을 우리 말로 풀어내는 단순재생산작업을 하는 경향이 있으나 장래에는 이를 극복하고 외국과 경쟁하지 않으면 아니 된다. 이를 위해서는 무엇보다도 우리 법학자들과 법률가들의 배전의 노력이 필요하고, 국제규범의 성안 과정에서부터 적극적으로 참여해야 한다.[73]

---

73) 이와 관련하여 익명의 심사자는 "한국 국제거래법학계가 UNCITRAL과 교류를 강화하여 UNCITRAL의 활동에 참여할 필요가 있고, 한국 국제거래법학을 외국에 소개하고 개발도상국의 국제거래법학자와의 교류를 증대하는 등 한국 국제거래법의 세계화 작업이 필요하다"는 취지의 의견을 피력하였다. 필자도 그에 동의하기에 그런 의견이 있었음을 밝혀 둔다.

3. 법학계와 법조 실무계의 협력의 강화 및 산학연계의 활성화

가. 법조 실무계와의 협력의 강화

대부분의 법학 분야가 그렇지만 위에서 언급한 바와 같이 국제거래법학은 상당히 실무지향적인 성격이 강하므로 법조 실무계와 국제거래법학의 협력은 더욱 중요하다. 현재로서는 실무는 국제거래법 분야에서 다양하게 이루어지고 있지만 학계는 존재하는지조차 의문시 될 정도이다. 규모가 그렇게 크지는 않지만 서울지방변호사회에도 국제거래법커뮤니티가 있고 수시로 모임을 가지고 있다. 그러나 다른 커뮤니티와 비교할 때 전문화가 충분히 이루어지지 않았고, 더욱이 이런 활동은 국제거래법학계와 아무런 연계 없이 이루어지고 있는 것으로 보이는 점에서 국제거래법학의 발전에 크게 기여하지 못하고 있는 것으로 보인다.

필자의 생각으로는 다양한 분야에서 국제거래법 영역을 다루는 법조 실무가들이 실무에서 발생하는 쟁점을 소개함으로써 학계에 문제를 제기하고[74] 학계가 실무계의 요청에 부응함으로써 양자의 교류가 활성화되어야 하는데 지금으로서는 그런 선순환구조가 형성되어 있지 않다. 현재로서는 학계가 그만한 역량을 갖추고 있는지도 의문이나, 국제거래법학회는 과거 학계에서 소홀히 취급되어온 국제 M&A(2011년 10월), 국제합작(2012년 6월), 국제건설(2013년 5월), 국제선박건조 및 선박금융(2013년 11월), 국제자원개발(2014년 5월), 국제특허권거래(2014년 11월), 국제문화콘텐츠(2015년 3월)와 국제스포츠거래(2015년 7월) 등의 다양한 주제로 학술대회를 개최하여 실무의 수요를 일부나마 충족시키고자 노력하였다.[75] 학계와 실무계의 내실 있는 연계를 가능하게 하자면 다양한 국제거래 분야의 실무 경험을 가진 법률가들이 로스쿨의 국제거래법 교수가 되어야 하고, 교수가 된 후에도 실무를 접하거나 실무가들과 교류할 수 있는 포럼(국제거래법학회 또는 산하연구회 등)을 가져야 한다.[76] 이런 인프라가 구축되어 있지 않은 현

---

74) 당연한 것이지만, 실무가가 반드시 학계로 자리를 옮겨야 하는 것은 아니고 실무계에 있으면서도 충실한 논문을 쓰거나 아니면 문제 제기를 하는 것으로도 족하다는 말이다.

75) 정홍식(註 36), 228면 참조.

76) 이런 이유로 로스쿨교수의 겸직금지를 일부 완화해야 한다. 실무교수들의 실무취급을 전면 금지하는 것은 실무교수로서의 본질을 훼손한다. 일정기간(예컨대 5년) 실무를 떠나 있으면 더 이상 실무교수라고 하기도 어려우므로 실무에 정통한 실무교수를 충원하자면 매 5년마다 기존 교수를 교체해야 한다. 하지만 이는 비현실적이므로 실무교수들에게 제한적으로나마 실무를 겸할 수 있게 하거나 적어도 로펌의 고문으로서 실무의 변화를 따라가는 기회는 허용해야 한다(물론 그로 인한 부작용은 최소화해야 한다). 근자에 왜곡되고 있는 사외이사 허용보다는 이것

재로서는 국제거래법 분야에서 법조 실무계와 학계의 연계는 기대하기 어렵다. 하지만 이런 상태가 지속하는 것은 우리나라에서 국제거래법의 생태계를 위해서도 결코 바람직하지 않다.

활발한 국제적 영업활동을 하는 산업계의 수요에 부응하자면 법률가들의 전문성을 제고해야 한다. 전 세계 고객을 상대하는 영미 로펌은 풍부한 인력을 확충하고 전문성을 고도화할 수 있다. 실제로 국제거래에서 가장 경쟁력이 있는 것은 전 세계 고객을 상대로 하는 영국 변호사(solicitor)들이다.[77] 반면에 제한된 한국 고객을 상대하는 한국 로펌은 인력을 확충하기 어렵고 전문성을 심화시킬 수도 없는 빈곤의 악순환이 일어나기 쉽다.[78] 그렇다고 이를 포기할 수는 없다. 우리가 꾸준히 노력하면서 전문화를 심화한다면 우리나라에서도 국내법에서 금융거래법 전공자와 운송계약법 전공자가 구분되듯이 장래에는 국제금융거래법 전공자와 국제운송법전공자가 구분되고, 변호사들의 전문영역도 더 세분화될 것이다. 그 시기를 앞당기기 위해 노력하자는 것이다. 이를 위해서는 국제거래법학회 산하연구회를 활성화시킬 필요가 있는데 국제건설·에너지법연구회를 제외하고는 그것이 쉽지 않다는 어려움이 있다. 특히 로스쿨 교육을 통하여 국제거래법을 담당할 전문변호사들을 양성해야 하는데, 이는 아래(Ⅳ.4.나.)에서 논의한다.

이 더 의미가 있다. 로스쿨제도 도입 초기에는 제도의 안착을 위해 불가피한 면이 있었지만 시간이 흐름에 따라 완화할 필요가 있다는 것이다. 과거 일본에서는 변호사자격이 없는 교수에게도 변호사자격을 주었고(이제는 폐지되었지만) 그가 로스쿨 교수와 변호사직의 겸직을 허용한다. 우리는 변호사자격이 있는 로스쿨 교수의 겸직도 불허하는데 이는 서글픈 일이다. 솔직히 필자는 이제는 이런 개선방안을 논의하기를 기대했었다. 하지만 법무부가 사시존치론을 통하여 로스쿨제도 자체를 흔들고 있는 우리 현실에서 필자의 기대는 사치일 것이다. 로스쿨 별로 실무교수를 충원하는 대신 법원과 검찰로부터 파견을 받는 방안도 고려할 수 있다.

77) 실제로 국제금융, 해상운송, 선박건조, 국제건설 등 다양한 국제거래법 분야의 실무와 법리를 다루는 주요 문헌들의 상당부분은 영국 변호사들의 저술이다. 나아가 많은 국제거래 분쟁들은 영국에서 소송이나 중재를 통해 해결되고 있다.

78) 법원의 경우에도 유사한 빈익빈 부익부 현상이 발생한다. 국제거래에서 영국법이 준거법으로 선호되는 현상에 수반하여 영국 법원이 관할법원으로 선호되고 있다. 특히 세계의 법정을 자처하는 영국 법원은 국제재판관할합의를 널리 인정하는 데 반하여, 우리 법원은 사건과 법원 간의 합리적 관련성이 있는 경우에만 전속적 관할합의의 효력을 인정하므로 그보다는 소극적이다(예컨대 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다20093 판결 등 참조). 이러한 차이가 우리 법원이 국제사건을 다룰 기회를 스스로 제한하는 요소로 작용하기도 한다. 또한 런던은 선호되는 중재지의 하나이므로 영국법원은 자연스럽게 중재 관련 사건을 다룰 기회를 많이 가지게 된다. 참고로 런던상사법원(London Commercial Court)의 사건은 2012년에 비하여 2013년에 16% 증가하였는데, 2008년-2113년 사이 런던상사법원의 당사자들의 약 62%가 외국인(자연인 및 법인)이었다고 한다. Richard Fentiman, International Commercial Litigation, 2nd Edition (2015), para. 1.92 참조.

나. 산학연계의 활성화

다른 법학 영역과 달리 국제거래법 영역에서는 한국 변호사는 배제되고 외국 변호사가 처리하는 경우도 많다. 외국 변호사가 한국 국제거래법학자의 도움을 받을 이유는 없다. 한국 기업들은 무수히 많은 국제거래의 당사자가 되고 있음에도 불구하고 이는 외국 변호사의 일감일 뿐이고, 한국 법률가는 그로부터 아무것도 배울 수 없고, 한국 국제거래법학계에도 아무런 기여를 하지 못하는 현상이 발생한다. 우리 변호사들이 이런 기회를 많이 가지지 못하는 것은 결국 우리 산업계가 변호사를 아예 사용하지 않거나, 사용하는 경우에도 한국 변호사 대신 외국 변호사를 사용하는 경우가 많기 때문이다.

첫째, 우리 산업계가 변호사를 사용하지 않는 문제를 개선하자면 산업계가 예방법학[79]의 중요성을 인식하도록 계몽하는 수밖에 없다. 과거 변호사의 역할을 분쟁발생 후 소송수행을 하는 것으로 이해하였던 우리나라에서는 거래단계에서 변호사를 활용하는 방안에 대해 무관심하고 무지하다. 이는 사무변호사의 개념에 익숙하지 않은 탓이기도 하다.[80] 변호사를 사용하지 않는 것이 당장은 비용을 절감하는 것처럼 보이지만, 협상과정에서부터 변호사를 활용함으로써 계약조건을 자신에게 유리한 방향으로 유도하고, 불필요한 분쟁을 예방하며 분쟁 발생 시에 유리한 지위를 점할 수 있다면 변호사 비용을 충분히 보상하고도 남을 것이다. 쉽게 이야기하면 다음과 같다. 즉 국제거래의 당사자인 우리 기업은 당해 거래의 상업적인 측면에만 관심을 가지는 경향이 있다. 그것이 중요함은 물론이지만 자신의 권리와 의무를 정확히 이해하자면 당해 거래의 준거법이 어느 법인지를 알고 나아가 변호사의 도움을 받아 준거법의 주요내용을 파악하고 있어야 한다. 그런데 준거법이 구구하게 되면 기업으로서는 법률비용과 거래비용이 증가하게 되므로 국제적인 통일규범을 제정하고자 노력하게 된다. 이는 국제거래법의 발전의 역사가 잘 보여주는 바와 같다. 우리 기업들은 상업적 측면에만 관심을 가지는 탓에 그 밖에 준거법이 무엇이고 그 내용이 무엇인지, 나아가 통일적인 국제규범

---

79) 실무가들은 분쟁 발생 후 사후처리만을 염두에 두는 것이 아니라 분쟁을 예방하기 위해 노력할 필요가 있다. 법학자들도 예컨대 국제계약법의 논의를 하는 과정에서 법리만을 설명하는 데 그치지 않고 법적 위험을 예방하기 위하여 필요한 조치(예컨대 계약서에 담을 내용 제시 등)와 같은 실무적 지침을 제공하는 데도 관심을 가져야 한다. 본문의 예방법학은, 이처럼 분쟁 예방적 기능을 강조하고 그에 봉사하는 법학이라는 의미이다.

80) 이와 달리 barrister(법정변호사)와 solicitor(사무변호사)를 구별하는 영국에서는 고객을 도와 계약의 협상과 계약서의 작성을 담당하는 변호사(즉 solicitor)의 역할을 쉽게 이해할 수 있다.

을 제정할 필요성을 깨닫지 못하고 있다.

둘째, 우리 산업계가 외국 변호사를 선호하는 문제를 개선하자면 우리 변호사들이 산업계의 애국심에 호소하는 것으로는 충분하지 않다. 한국 변호사업계가 우선 전문성과 실력을 기르고 소통상의 장점 등을 잘 살려서 경쟁력을 확보하는 수밖에 없다. 또한 우리 산업계로서도 한국 법률가를 양성하는 방안이 장기적으로 자신들에게 도움이 된다는 점을 이해해야 하고 또한 도움이 될 수 있도록 만들어야 한다.

이는 개별기업의 문제이기도 하나 우리 산업계 나아가 사회 전반에 만연한 예방법학의 중요성에 대한 몰이해에 기인한다. 예컨대 우리나라에서 매매협약이 2005. 3. 1. 발효되었음에도 불구하고 우리 무역업계가 매매협약에 대해 큰 관심을 보이지 않는 것은 솔직히 이해할 수 없다. 이는 우리 사회가 법률가들에게 분쟁발생 후 사후처리만을 기대할 뿐 분쟁예방기능을 기대하거나 맡겨오지 않는 탓이고, 나아가 무역업계가 국제물품매매계약법을 포함한 국제거래법은 물론이고 사법적(私法的) 쟁점 전반에 대해 무관심하기 때문이다. 하지만 한국이 제대로 된 법치국가이고, 무역업계가 예방법학의 실무적 중요성을 깨닫고 있다면, 무역업계를 위하여 무역전문가와 법률전문가가 함께 집필한 실무지침서가 벌써 간행되었어야 하고, 나아가 매매협약에 따라 이루어지는 거래와 그렇지 않은 거래의 규모를 파악하고, 매매협약의 발효가 판례, 민법 개정작업과 무역실무에 미친 영향 등 그로 인한 파급효과를 평가하기 위한 노력이 있었어야 한다. 나아가 영미법이 우선하는 법 영역과 비교할 때 매매협약과 같은 통일규범이 있는 영역이 상대적으로 우리 법률가들에게 덜 불리할 것으로 추정되는데 과연 그런지 등도 검토할 필요가 있다. 그것이 1960년대 이래 무역입국의 기치를 내걸고 무역을 통해 성장해온 나라의 위상에 걸맞은 일이다. 이는 무역업계만의 문제는 아니다. 근자에는 세계적인 경기침체로 인하여 위 분야에서 우리 기업들의 지위가 급속히 약화되고 있지만, 우리 건설사들이 1960년대 해외건설시장에 진출한 뒤 경험을 축적하고 그 후 상당 기간 동안 주도적 역할을 하였음에도 불구하고 우리 산업계는 그 기회를 활용하여 국제건설법 내지 국제건설계약법 영역에서 명성을 날리는 우리 법률가나 법학자를 배출하지는 못하였고, 우리 건설업계와 법률가들은 일본의 ENAA(일반재단법인엔지니어링협회: Engineering Advancement Association of Japan)[81] 표준계약조건과 같은 약관을 제시하지도 못하였다. 국제조선시장에서도 사정은 마찬가지이다. 우리 조선업계는 선박건조계약 분야에서 일본의 SAJ (The

Japanese Shipowners' Association. SAJ) Form과 같은 표준약관도 제시하지 못하였다.[82] 이처럼 우리 산업계의 지원을 받을 수 있었음에도 불구하고 우리 사회가 법률가나 법학자를 양성하지 못한 것은 단적으로 우리 사회와 법학계 및 법조 실무계의 무관심과 의지 결여에 기인하는 것이고 총체적으로 무능한 탓이다.

다. 법률시장의 개방과 국제거래법학의 위기

다른 법학 영역과 달리 국제거래법학의 위기는 법률시장의 개방과도 직접 관련이 있다. 위에서 언급한 것처럼 종래에도 우리 기업들의 국제거래에서 한국 변호사가 아니라 외국 변호사들이 상당 부분 업무를 처리하고 있는데 법률시장의 개방이 진행될수록 이런 현상은 더욱 가속화될 것이다. 그런데 외국 변호사와 한국 변호사의 경쟁은 법률시장이 완전 개방될 경우 모든 법 영역에 영향을 미칠 것이나, 그 일차적인 대상은 국제거래법 영역일 수밖에 없다. 즉 법률시장 개방의 충격을 받는 일차적 전장은 국제거래법 영역이라는 말이다. 여기에서 한국에서 국제거래법학의 위기를 말하지 않을 수 없다. 즉 한국 변호사가 다양한 국제거래 영역을 다룰 기회가 확보되어야 실무도 처리하고 그 분야에서 제기되는 쟁점을 해결하는 과정에서 국제거래법학의 발전을 기대할 수 있음은 당연한데, 그런 업무를 외국 변호사가 담당하게 된다면 한국 변호사는 실무를 통하여 경험을 축적할 기회를 상실하고 이는 한국 법원과 한국 국제거래법학의 기회 상실로 이어질 것이기 때문이다. 따라서 이런 문제에 대처하기 위해 노력해야 하고, 나아가 이를 전화위복의 기회로 삼기 위해서도 노력해야 한다. 대처방안은 위(가.와 나.)에서 논의한 바와 같다.

---

81) https://www.enaa.or.jp/EN/ 참조.

82) 중국해사중재위원회(China Maritime Arbitration Commission. CMAC)도 2011년 표준계약서, 즉 CMAC Standard Newbuilding Contract (Shanghai Form)을 공표하였다. 이는 Simon Curtis, The Law of Shipbuilding Contracts, 4th edition (Routledge, 2012), Appendix B에도 수록되어 있다. 대한상사중재원도 2006년 한국해법학회에 의뢰하여 8종의 해사표준계약서를 제정하였는데, 그에는 선박매매표준계약서(KORSALE 2006)와 조선표준계약서(KORSHIPBUILD 2006)도 포함되어 있다. 양식과 해설은 대한상사중재원 사이트(자료-표준계약서) 참조. 그러나 조선표준계약서는 SAJ Form에 지나치게 의존한 것이고 그 존재조차 널리 알려져 있지 않다. 특히 운송계약이나 선하증권과 달리 선박매매와 조선계약은 과거 해법학회에서 다루는 분야도 아니었으므로 표준계약서를 작성하는 과정에 민법학자들과 국제거래를 다루는 변호사들의 광범위한 참여가 필요했다고 본다.

4. 국제거래법학과 다른 법학 분야의 연계

위에서 언급한 바와 같이 국제거래법 영역은 대체로 그에 대응하는 국내거래가 있다. 따라서 국제거래법학을 연구하자면 대응 국내거래법에 대한 지식을 구비하고 그와의 연계 하에서 접근하는 것이 바람직하다.

가. 민법학과의 연계

국제거래는 대부분 국제계약에 의해 이루어진다. 물론 국제거래법 영역에서 계약만이 문제되는 것은 아니고 다양한 법률분야의 쟁점이 제기되지만 그 기본은 계약법이다. 이런 의미에서 계약법에 대한 이해는 국제거래법을 공부하는 데 있어서 가장 기본이 된다. 그렇다고 해서 우리 민법에 따른 계약법리가 그대로 국제계약 나아가 국제거래에 타당한 것은 아니다. 왜냐하면 국제거래에서 체결되는 계약은 주로 국제계약이고 그 준거법은 한국법일 수도 있으나 많은 경우 외국법이기 때문이다.

이처럼 한국법이 국제계약의 준거법이 될 수 있다면 우리 민법학자들도 국제계약에 더 관심을 가져야 한다. 예컨대 국제계약의 존재를 고려하여 민법에 조문을 둘 필요성도 생각해 볼 필요가 있을 것이다.[83] 민법 교과서에 대한 아쉬움을 하나만 언급한다. 대부분의 민법 또는 계약법 교과서는 계약의 분류를 소개하나 국내계약과 국제계약의 분류를 언급하지 않는다. 21세기 한국의 계약법 교과서라면, 국제성의 유무에 따라 계약을 국내계약과 국제계약으로 분류할 수 있다는 점과 국제계약의 특성을 소개하고, 국제동산매매계약에서 준거법의 다양성으로 인한 불편을 덜고자 국제사회가 인코텀즈와 매매협약을 채택하였다는 점과 한국도 가입한 매매협약의 주요내용을 간단하게나마 소개해야 한다.

나아가 우리 민법학자들의 매매협약에 대한 무관심도 이해하기 어렵다. 필자는 한국의 모든 민법학자들이 매매협약을 연구하고 가르쳐야 한다고 믿으며, 상법총칙과 상행위를 가르치는 상법학자들도 마찬가지이다. 그러나 많은 우리 민상법

---

83) 대법원판결은 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상채권의 경우 특별한 사정이 없는 한 원화채권만을 인정한다. 채무불이행에 관한 대법원 1997. 5. 9. 선고 96다48688 판결과 불법행위에 관한 대법원 1995. 9. 15. 선고 94다61120 판결 참조. 준거법이 외국법인 경우에는 손해배상의 통화는 그 외국법에 따를 사항이다. 위 대법원 판결은 합리적 근거가 없으므로 실제 손해가 외화로 발생한 경우에는 외화로 지급을 명해야 한다. 그러나 만일 대법원 판례가 변경되지 않는다면, 국제계약에서는 비록 준거법이 한국법이더라도 외화로 지급을 명할 수 있도록 허용하는 조문을 민법에 추가하는 방안도 고려할 필요가 있다.

학자들에게 매매협약은 별로 마음에 들지 않는 규범체계이며, 체약국이 꾸준히 증가하는 것 역시 달갑지는 않지만 외면할 수도 없는 불편한 현실일지 모르겠다. 우리가 매매협약을 공부하는 의의는 다음과 같다. 첫째, 매매협약은 그 자체로서 매우 중요하다. 즉 우리는 매매협약이 적용되는 사건을 해결하기 위해 매매협약을 알아야 한다. 점증하는 우리 법원 판결을 보면 이런 필요성을 쉽게 깨달을 수 있다. 둘째, 매매협약은 대륙법계와 영미법계의 타협의 산물이므로 매매협약의 연구는 영미 매매계약법, 나아가 영미 계약법을 이해하는 기회를 제공한다. 셋째, 매매협약의 연구를 통해 우리 민상법의 개정에 대한 시사점을 도출할 수 있다. 다만 유감스럽게도 2015년 추진되었던 민법 개정작업에서 매매협약에 대한 고려는 충분하지 않았던 것 같다.[84] 넷째, 위에서 언급한 것처럼 매매협약의 개념과 용어는 국제(매매)계약법의 공용어가 되었고, 이를 기초로 세계계약법원칙 나아가 세계계약법을 만들자는 제안도 있으므로 매매협약의 연구는 그런 작업과 관련해서도 큰 의미가 있다.

또한 근자의 민법 문헌들은 비교법적 고찰이라는 명목으로 다양한 외국법을 소개한다. 이는 환영할 만한 일이다. 그런데 많은 국제계약이 외국법에 의하여 규율되고 있으므로 국제거래법에서는 외국사법과 외국계약법에 대한 연구의 필요성이 매우 크다. 우리 민상법 학자들의 비교법적 연구는 해석론이나 입법론을 위한 것임에 반하여, 국제거래법 학자들은 구체적 사건을 해결하기 위한 보다 실천적인 목적에서 외국사법에 대한 비교법적 연구를 하는 점에 차이가 있다. 이런 이유로 민법학에서의 활발한 비교사법과 비교계약법 연구는 국제거래법학과 국제사법학의 발전에 귀중한 자산이 된다는 점을 지적해 두며, 우리 민상법 학자들이 그들의 비교법 연구가 그런 실천적 맥락에서도 의미가 있음을 인식하기를 기대한다.

솔직히 필자는, 계약법에 관한 한 현재처럼 "민법 / 상법 / 국제거래법"으로 구분하여 칸막이를 치고 어느 한 영역만을 담당할 것이 아니라 모든 민법학자들, 상법학자들과 국제거래법학자들이 위 3개 영역을 모두 다루는 것이 바람직한 방

84) 민법 중 매매편의 개정은 고려되지 않으며 다만 계약해제를 채무자의 귀책사유에 의한 채무불이행과 연계하는 현행 민법의 태도는 개정될 가능성이 크다. 법무부 민법개정자료발간팀(편), 2013년 법무부민법개정시안, 조문편 민법개정총서6 (2013), 167면 이하 참조. 논의는 법무부 민법개정자료발간팀(편), 2013년 법무부민법개정시안, 채권편上 민법개정총서9 (2013), 313면 이하 참조. 민법개정작업에서 매매협약보다도 DCFR이 더 큰 의미를 가지는 것 같다는 생각도 든다. DCFR의 조문은 법무부, 유럽민사법의 공통기준안 총칙·계약편(2012)(안태용 역)과 법무부, 유럽민사법의 공통기준안 비계약편(2015)(가정준 역)으로 번역간행된 바 있다.

향이라고 생각한다. 로스쿨 도입을 계기로 일부 민법 학자들이 과거처럼 민법전의 편제에 따라 강의와 저술을 하는 대신 '계약법'이라는 새로운 체제를 도입하고 있는[85] 현재는 더욱 그러하다. 하지만 새로운 편제를 시도하는 교수들도 민법의 영역만을 바라 볼 뿐이고 상법상의 계약과 국제계약을 계약법의 영역에서 편입하지 않고 있는 것으로 보여 아쉬움이 있다.

나. 상법학과의 연계

위에서 언급한 바와 같이 최협의의 국제거래법은 국제상법이다. 여기에서 국제거래법과 상법의 밀접한 관련을 이해할 수 있다. 따라서 상법, 그 중에서도 거래법을 담당하는 교수들은[86] 국제상법을 함께 다루지 않으면 아니 된다. 송상현 교수는 거의 40년 전에 우리 상법학을 국제거래에도 적용해야 할 법체계로서 확대, 재정립하기 위해 국제상거래법, 국제투자관계법과 국제적 기술협력관계법을 상법이 새로이 다루어야 할 영역으로 언급한 바 있다. 그러나 현재 위 영역은 국제거래법으로 인식되는 탓에 대부분의 상법학자들은 그에 별로 관심을 보이지 않는 기형적인 모습을 보이고 있다. 정부는 국제거래법의 중요성을 인식한 결과 국제거래법의 교육과 연구를 강화할 목적으로 사법시험에서 국제거래법을 선택과목의 하나로 도입하였고, 변호사시험도 그런 체제를 유지하였으며 로스쿨은 국제거래법 전임교수들을 뽑았다. 그러나 그 결과 많은 상법학자들이 국제거래법을 함께 다루게 된 것이 아니라,[87] 거꾸로 많은 상법학자들이 국제거래법을 포기하고 '국제성'이 제거된 신토불이 상법으로 퇴행하는 모습을 보이고 있는 것은 아닌지 우려된다.[88]

상법 교수들, 특히 상법총칙과 상행위를 가르치는 교수들이 매매협약에 거의 관심을 보이지 않는 것은 이해할 수 없다. 특히 많은 상법학자들이 "상법의 국제화 경향"을 운위하는 점[89]에 비추어 더욱 그러하다. 매매협약에조차 관심을 보이

---

85) 예컨대 양창수·김재형, 민법 Ⅰ: 계약법(박영사, 2010) 참조. 제2판(2015)도 같다.

86) 이 글에서 말하는 상법교수들은 거래법을 담당하는 교수들을 가리키고, 단체법인 회사법에만 관심을 가진 교수들은 포함하지 않는다.

87) 물론 상법과 국제거래법을 함께 담당하는 모범적인 상법 교수들도 있다.

88) 송상현(註 11), 389면은 "상법전에서 독립되는 국제거래법의 범위"라는 제목을 달고 있으나 이는 그런 국제거래법의 영역이 상법전에 적힌 상법에 의해 규율되지 않는다는 의미이지 그것이 실질적 의미의 상법 또는 상사법이 아니라는 취지는 아니다. 위 논문도 상법제정 30주년기념학술대회에서 "제3부: 상사법의 특수문제"라는 주제의 일환으로 발표된 것이다.

89) 예컨대 이철송, 商法總則·商行爲(2015), 29면. 노혁준, "『서울대학교 法學』 50년의 회고: 상법학

지 않는 상법학자들이 어떻게 상법의 국제화를 말할 수 있는지 모르겠다. 현재처럼 많은 상법학자들이 상법이 아니라는 이유로 매매협약을 다루지 않는다면 상법은 국제화되는 순간 국제거래법으로 변질되고 더 이상 상법일 수 없다는 말이 된다. 다소 거친 표현이지만, 상법이 국제거래법을 포용하지 않는다면, 그리고 상법학자들이 국제거래법을 외면하고 다루지 않는다면 국제화된 상법은 국제거래법의 영역에 속할 뿐이고 상법의 영역에는 속하지 않는다는 것인데 그렇다면 상법 자체는 국제화될 수 없다는 말이 된다.[90] 주지하는 바와 같이 해상법 영역에서 우리나라는 헤이그-비스비규칙과 같은 조약에 가입하는 대신 그 내용을 상법에 편입하는 접근방법을 취하고 있는데, 상법학자들이 말하는 "상법의 국제화"가 그런 경우에 한정되는 것은 아닐 것이다. 특히 해상법이 가지는 국제성을 고려한다면 해상법을 국제거래법의 일부로서 인식할 때 비로소 그의 실천적인 의미를 살릴 수 있다.

또한 환어음에 관한 법리는 국제거래를 떠나서는 거의 의미가 없다. 하지만 국제거래법에 관심이 없는 상법교수들이 어음·수표법, 특히 환어음법을 가르치는 현실은 유감스러운 일이다.[91] 이와 관련하여 대법원 1998. 4. 23. 선고 95다36466 전원합의체 판결도 아쉬움을 남긴다. 어음법(제75조)은 약속어음의 필요적 기재사항으로 발행지의 기재를 요구하므로 모든 약속어음에는 발행지가 기재되어야 한다. 그럼에도 불구하고 위 전원합의체 판결의 다수의견은 어음면의 기재 자체로 보아 '국내어음'으로 인정되는 어음에는 발행지의 기재가 없어도 유효하다고 판시하였다. 즉 발행지 기재요건은 국제어음에만 요구된다는 것이다. 어음법은 1930년 제네바에서 채택된 "환어음과 약속어음에 관한 통일협약"을 수용한 것인

분야", 『서울대학교 法學』 제50권 제2호(통권 제151호)(2009. 6.), 354면은 "역동적이고 국제적인 성격을 띠고 있는 상법학의 특성"이라고 한다.

90) 40여년 전에 정희철 교수는 아래와 같이 지적한 바 있다. "모든 面에서 發展一路를 거듭하고 있는 우리나라의 現實情에서 유독 法律分野에 있어서는 解放後 그리 큰 발전을 보지 못하고 있는 것은 매우 유감스러운 일이며, 法學의 分野를 固定的 國內法規에 한정하지 않고 經濟發展에 따른 社會情勢의 변동과 이 변동에 따른 法運營의 변화를 가져와야 할 것이다. 法은 現實社會에 맞고 이에 순응할 때에 비로소 法의 支配를 받는 國民들의 支持를 받을 수 있는 것이며, 變遷하는 社會와 동떨어진 法이나 法學이란 매우 現實과 거리가 먼 죽은 法이나 法學이 되고 만다. 이러한 관점에서 現實的으로 close up된 Incoterms의 문제를 취급한 것은 좀더 산 法을 연구하여 法社會學的으로 이 문제를 다루고 싶었던 까닭이다." 정희철, "Incoterms의 법률적 의의와 타당근거", 서울대학교 법학 제13권 제2호(통권 28호)(1972), 50면. 이제 인코텀즈는 국제거래법에 속하는 논점이고 더 이상 상법의 영역에 속하지 않는다고 말하고 싶은지 우리 상법학자들에게 묻고 싶다.

91) 이 점은 석광현(註 28), 84면에서도 지적하였다.

데, 제네바협약은 국제어음만이 아니라 국내어음도 규율하는 점에 특색이 있고, 이 점에서 국제어음만을 규율하는 국제연합의 1988년 “국제환어음 및 국제약속어음에 관한 협약”과 다르다. 이런 적용범위의 차이는 국제거래규범의 통일 내지 조화라는 관점에서는 매우 중요한 착안점으로서 우리 법원이 쉽게 무시할 수 있는 사항이 아니다.

우리 상법은 해상운송과 해상보험에 관한 조문을 두고 있으나 이는 매우 제한적인 범위 내에서 적용된다. 국제운송의 경우 영국법이 준거법으로 지정되는 경우가 많기 때문이다. 즉 상법 조문은 준거법이 한국법인 사안에서는 의미가 있으나 영국법이 준거법인 경우에는 원칙적으로 의미가 없다.[92] 특히 위에서 언급한 것처럼 우리나라는 조약의 내용을 상법에 편입하는 방법을 취하고 있으나 이는 잘못이다. 그렇게 할 경우 조약을 번역하는 과정에서 의미가 변질되어 규범의 국제적 통일이라는 조약 본래의 취지를 위태롭게 할 뿐만 아니라, 적용범위를 정한 조문들이 탈락되는 결과 통일규범의 적용범위가 왜곡되기 때문이다.

다. 기타 법학 영역과의 연계

국제거래법에는 대체로 그에 상응하는 국내법 영역이 있다. 예컨대 국제금융법에는 국내금융법이, 국제 M&A법에는 국내 M&A법이, 국제지재권거래법에는 국내지재권거래법이, 국제운송법에는 국내운송법이 있다. 따라서 국내금융법의 전문가가 국제금융법을, 국내 M&A법의 전문가가 국제 M&A법을, 국내지재권거래법의 전문가가 국제지재권거래법을, 국내운송법 전문가가 국제운송법을 다루는 것이 자연스럽다.

그러나 국내법(특히 국내거래법) 분야를 전공하는 교수들은 대개 국제거래법에는 관심이 없거나 국제거래법의 중요성에 대한 인식이 부족하거나, 아니면 관심과 인식이 있더라도 ‘기본적 국제법무 지식’이 부족한 경우가 많고, 아니면 영어 구사능력이 불충분한 탓에 많은 국내거래법만을 다룰 뿐이고 그에 상응하는 국제거래법 영역을 다루지 않는 경향이 있다. 우리나라에는 다양한 법영역의 전문가들이 많지 않은데 그들이 국제거래법으로 진출하지 않는 것은 매우 아쉬운 일이

92) 따라서 영국법에 대한 연구는 상당히 중요하다. 심재두, 海上保險法(길안사, 1995); 심재두, 海上運送法(길안사, 1997); 박세민, 영국보험법과 고지의무(세창출판사, 2004)는 이 점에서 의미가 있다. 영국계약법 일반에 관하여는 이호정, 영국계약법(경문사, 2003)이, 미국계약법에 관하여는 엄동섭, 미국 계약법 Ⅰ(2010)과 Ⅱ(2012)가 있다. 일본에는 島田眞琴, 国際取引のためのイギリス法(慶應義塾大学出版会, 2006)이라는 단행본도 있다.

다. 바꾸어 말하자면 어느 법학 분야든 우리의 인력 풀은 소규모인데 이를 국내와 국제로 양분함으로써 경쟁력이 더 약화되고 있다는 것이다. 제한된 인적 자원을 효율적으로 활용하기 위해서는 양자를 통합하여 운영할 필요가 있으므로 앞으로는 각 국내법 분야의 전문가들이 국제거래법에도 관심을 기울여야 한다.

5. 국제거래법학 영역에서 학문 후속세대의 양성

가. 로스쿨 설립의 부작용

과거에는 사법시험과 관계없이 법학계로 진출하는 연구자 집단이 있었고 그들이 한국 법학계를 이끌어 온 것이 사실이다. 그런 연구자 집단은 처음부터 사법시험에 관심이 없었거나 사법시험에 합격하지 못한 사람들로 구성되었다. 그러나 실무가들이 점차 학계로 진출하였고, 로스쿨의 도입을 계기로 대거 로스쿨의 교수가 되었다. 이는 실천학문인 법학의 속성에 비추어 바람직한 현상이다. 문제는 이제는 법학계로 진출하는 연구자 집단은 사라지게 되었다는 점이다. 로스쿨의 졸업생들은 대부분 변호사 자격을 취득하고 실무가로서 경력을 시작하게 되기 때문이다. 물론 로스쿨이 설치되지 않은 법과대학에서 법학자들을 배출하는 길은 열려 있으나 그들이 다수의 연구자를 양성할 수 있을 것으로 기대할 수는 없다. 따라서 일본과 달리 로스쿨과 법학부의 병설을 금지한 우리나라의 법학계로서는 장래 학문 후속세대를 어떻게 양성할지를 고민해야 한다. 이는 국제거래법학에서도 다를 바 없다. 당분간은 로스쿨 졸업생들이 법률사무소 등에서 실무를 경험한 뒤 실무의 필요에 따라 또는 연구를 위해 학교에 돌아와 연구에 정진할 것을 기대해야 할 것이나, 이를 위한 다양한 제도적 지원방안을 강구해야 할 것이다. 이는 비단 국제거래법학만이 아니라 다른 법학분야에도 타당한 이야기이다. 예컨대 로펌에 따라 문화가 다를 수 있지만, 근시안적 시각에서 젊은 변호사들에게 과도한 업무부담을 주는 대신, 업무에 크게 지장이 없는 범위 내에서 젊은 변호사들의 박사과정 진학을 물질적으로나 정신적으로 권유하는 분위기를 조성하고 그 과정을 통하여 자연스럽게 전문성을 심화할 수 있도록 지원해야 한다. 물론 변호사의 업무분야와 박사과정 전공분야 간의 정합성이 필요함은 물론이다. 실무와 이론을 겸비한 법률가가 경쟁력을 가질 수 있으므로 장기적인 관점에서는 그것이 당해 로펌의 경쟁력을 강화하는 길이라는 점을 깨달아야 한다.

나. 로스쿨 국제거래법교육의 강화 및 변호사시험과의 연계

근본적으로 로스쿨에서 국제거래법 교육을 강화해야 한다. 근자에 변호사시험 과목 중 선택과목으로서 국제거래법(국제사법 포함)이 가장 선호되고 있다.[93] 이는 결코 바람직한 현상은 아니다. 그러나 이것이 국제거래법학의 발전을 위해 해로울 것은 없지만 도움이 되는 것도 아니다.[94] 전임교수도 없는 로스쿨의 학생들이 수험전략으로 국제거래법을 선택하는 현실은 분명 잘못된 것이고, '교육을 통한 법률가의 양성'이라는 로스쿨의 설립취지에도 반한다. 전임교수가 있는 로스쿨에서조차 학생들이 국제거래법 강의를 수강하지 않은 채 변호사시험에서 선택하는 것은 더 큰 문제이다. 주요 로스쿨에는 국제거래법을 가르칠 수 있는(국제거래법만을 전담해도 좋고 국제사법 또는 국제민사소송법과 함께 담당해도 좋다) 전임교수를 충원해야 한다. 그리고 현재와 같이 선택과목을 시험과목으로 요구한다면,[95] 로스쿨에서 국제거래법강의를 수강하지 않은 로스쿨생의 국제거래법 선택을 차단해야 한다. 로스쿨에서 국제거래법교육을 강화해야 하는 또 다른 이유는 그들이 국제거래를 다루는 국내외 기업의 사내변호사로 취업할 가능성을 제고하기 위한 것이다. 근자에 한국 내 사내변호사의 규모가 크게 증가하고 있는데 그 자리를 놓고 한국 변호사와 외국, 특히 미국 변호사들 간의 경쟁이 벌어지고

---

93) 2012년부터 2015년까지 4년간 변호사시험 선택과목별 평균 응시자는 국제거래법이 39.3%로 응시자 10명 중 4명이 국제거래법을 선택하였다고 한다. 2014년까지는 노동법이 환경법에 앞섰으나 2015년에는 환경법이 22.4%로 2위에 올랐고 노동법은 18.7%로 3위로 밀렸으며, 경제법(10.9%), 국제법(3.3%), 지적재산권법(3.3%), 조세법(2.2%) 등이 그 뒤를 이었다고 한다. 2016. 8. 4. 법률저널 기사(http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idx no=36648) 참조. 만일 2014년 6월말 이래 법무부가 추진하는 바와 같이 정치한 국제재판관할규칙을 국제사법에 포함시킨다면 국제사법의 조문이 대폭(약 40개 조) 늘어날 것이므로 이런 경향에 영향을 미칠 수도 있다.

94) 이는 과거 사법시험에서 국제사법(당시 섭외사법)이 1996년까지 오랜 세월 동안 부동의 1위의 선택과목의 지위를 점하였는데 그 기간 동안 객관식 문제집은 더 팔렸는지 모르겠지만 그에 힘입어 우리 국제사법학이 발전한 것은 아니었던 데서 알 수 있다.

95) 필자는 선택과목을 시험과목에서 제외하는 것이 바람직하다고 본다. 이는 로스쿨생들에게 변호사시험 준비의 부담을 덜어주기 위한 것이지 그 분야를 교육하지 말자는 취지는 아니다. 하지만 만일 이를 제외하면 현실적으로는 그 분야의 강의가 제대로 이루어지지 않을 가능성이 크다. 변호사시험 중 전문법률분야 선택과목 제도는 전문분야 교육에 도움이 되지 않으므로 폐지하자는 주장도 있다. 박준, "법학전문대학원에서의 이론교육과 실무교육", 저스티스 통권 제151권(2015. 12.), 346면. 그러나 선택과목 제도가 전문분야 교육에 전혀 도움이 되지 않는 것은 아니다. 우리나라에서는 민법이나 상법과 같은 실질법 영역에서 국제사법에 대한 교육이 거의 이루어지지 않는 탓에 로스쿨 졸업생의 대부분이 국제사법의 존재조차도 알지 못한 채 졸업하고 있다. 따라서 졸업 후 국제거래를 취급하려는 로스쿨 학생들이 국제사법을 수강하고 이를 선택과목으로 선택하는 것은 권장할 필요가 있다. 덧붙여 우리의 삶이 국제화된 21세기의 법률가를 양성하기 위해서는 국제거래법과 달리 국제사법은 로스쿨에서(변호사시험이 아니라) 필수과목이 되어야 한다고 믿는다.

있다. 미국 변호사라고 해서 국제거래법을 잘 아는 것은 아님에도 영어를 잘 한다는 이유로 국제거래를 잘 다룰 것이라는 오신하여 미국 변호사를 선발하는 사례도 있는 것 같아 유감이다. 주의할 것은, 현재 변호사시험의 국제거래법 과목은 그 대상이 매매협약에 한정되어 있는데, 국제물품매매계약이 가장 전형적이고 기본적인 국제거래유형이라는 점과 현실적으로 다른 국제거래법 분야를 포함시키기 어려운 점을 고려한 실무적인 어려움 때문이지 국제거래법의 영역이 매매계약에 한정되지 않는다는 점이다.[96] 또한 현재 변호사시험에서 국제거래법과 국제사법은 각각 별도로 출제되고 있고 쟁점의 교착을 전제로 하지 않는다.

종래 국제거래를 다루는 우리 변호사들은 미국 등 외국에서 LL.M. 과정을 밟는 경우가 많다. 이는 영어를 익히기 위한 목적도 있지만 미국법과 미국식 법학교육을 접하는 유익한 기회이기도 하다. 부지런한 사람들은 뉴욕주 등의 변호사시험을 준비하고 자격을 취득하기도 한다. 우리 법과대학과 대학원이 그런 기회를 제공하였더라면 하는 아쉬움이 있지만, 크게 보자면 우리 법률가들이 개인적인 노력과 희생을 통하여 자신들의 실력을 배양하는 것이라고 생각하고 이를 좋게 평가한다. 다만 해외유학의 목적지가 미국 일변도여서는 아니 된다. 국제거래에서 영국법이 차지하는 위상을 고려하면 영국으로도 유학을 가야 하고, 또한 특정 국가(중국, 러시아 또는 베트남)에서 또는 그 국가와 관련된 실무를 할 생각이라면 당해 국가로 유학을 가야 한다.[97] 그러나 그 경우에도 국제거래를 주로 다루게 될 것이므로 외국에서 현지 법률과 실무를 익혀야 함은 물론이나, 기본적 국제법무 지식은 한국에서 구비하는 것이 바람직하다는 점을 유념해야 한다. 그 이유는 이는 한국에서도 배울 수 있는 것을 뿐만 아니라, 국가에 따라서는 기본적 국제법무에 관한 법리가 발전하지 않은 경우에 있기 때문이다.

일부 로스쿨 학생들은 Vis Moot (The Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot)에 커다란 관심을 가지고 있다. 국제상거래, 그

---

96) 2009년에 국제거래법학회 차원에서 최준선 외(註 15)를 집필하는 과정에서 그 범위를 둘러싸고 논란이 있었다. 매매협약에 한정하자는 소수 의견도 있었으나, 다수의 견에 따라 그것이 로스쿨 국제거래법 교육의 기본서라는 점에서 국제매매계약을 중심으로 하지만, 국제거래법의 범위에 관한 오해를 주어서는 아니 된다는 이유로 그 범위를 넓게 잡기로 하고, 국제매매를 기본으로 하고, 관련된 국제결제, 국제운송과 국제보험을 포함하고, 기타 국제거래(즉 국제대리점계약과 국제판매점계약, 국제전자상거래, 국제지적재산거래, 국제플랜트·건설거래, 국제투자거래, 국제금융거래)를 포함시키고, 더 나아가 국제거래분쟁의 해결로서 국제협상, 국제민사소송과 국제상사중재를 포함시키기로 하였다.

97) 근자의 보도에 따르면 변호사들의 해외유학 판도가 미국 위주서 러시아, 싱가포르와 이란 등으로 다양화되고 있다고 한다. 법률신문 제4437호(2016. 8. 11.), 1면 참조.

중에서도 국제물품매매계약에서 발생하는 분쟁을 대안적 분쟁해결수단인 중재에 의해 해결하는 사례를 다룰 기회를 제공함으로써 학생들에게 국제거래법과 국제중재법의 공부를 촉진하려는 것이 Vis Moot의 목적이다. 필자는 이런 활동에 적극 참여하려는 로스쿨생들의 열의를 높이 평가한다. Vis Moot에 참가할 계획을 가진 학생들이라면 로스쿨에서 먼저 매매협약을 다루는 국제거래법, 국제중재법을 공부하고 대회를 준비해야 하며, 대회 참가 후에도 그 분야에 관심을 가지고 공부하고 경력을 쌓아가는 것이 자연스럽다. 즉 Vis Moot에의 참가가 일회성 행사에 그칠 것이 아니라 자연스럽게 로스쿨에서 국제거래법, 국제상사중재법과 국제민사소송법 등에 대한 관심과 공부로 이어져야 한다. 그러나 일부 학생들은 Vis Moot 참가에만 관심을 가질 뿐이고 국제거래법과 국제중재법에 대하여는 별 흥미가 없는 것 같다. 그것이 사실이라면, 다소 심한 표현일 수 있으나 Vis Moot가 영어를 자유롭게 구사할 수 있는 일부 로스쿨생들만의 스펙쌓기 수단으로 전락할 우려마저 있다. 하지만 그렇게 되어서는 아니 된다.

또한 사법(私法)과목을 가르치는 모든 교수님들께서는 스스로 국제적 사안을 다루지는 않더라도 로스쿨 학생들에게 교수님들의 강의는 국내적 사안을 위한 것이라는 점과, 만일 외국적 요소가 있으면 국제거래법과 국제사법이 개입하므로 국제적 사안에 관심이 있으면 반드시 국제거래법과 국제사법을 알아야 한다는 점을 깨우쳐 주어야 한다. 그렇게 해야 모든 로스쿨 학생들이 비록 내용은 모르더라도 국제거래법과 국제사법의 존재와 중요성을 알고 수강신청을 할 가능성이 있기 때문이다. 로스쿨 학생들로서는 국제거래법의 중요성을 정확히 인식하고, 로스쿨 재학 중에는 우선 기본적 국제법무 지식을 쌓기 위해 노력해야 한다.

나아가 일반대학원에서의 교육을 강화해야 함은 물론인데 결국 장래의 국제거래법 연구자는 일반대학원에서 양성할 수밖에 없기 때문이다. 법학전문박사학위과정을 설치한 로스쿨의 경우에는 그곳에서도 연구자를 양성할 수 있다. 장래 로스쿨 교수의 충원 방안은 두고 보아야 하겠지만 좋은 논문과 업적을 통하여 능력을 증명한 연구자가 우위를 점하게 될 것이다.

6. 외교부와 법무부 내 국제거래법 전문가의 부재와 개선방안

사실 각종 국제회의에 참석하여 조안의 성안에 우리의 목소리를 담기 위한 노력은 1차적으로 외교부에서 담당해야 할 일이라고 생각된다. 실제로 UNCITRA

L, UNIDROIT와 헤이그국제사법회의에서 개최되는 각종회의에 참석하는 대표단에는 현지 공관의 고위외교관이 대표를 맡는 것이 관례이다. 그러나 우리 외교부는 국제거래법, 기타 사법(私法)분야의 국제규범에는 관심도 별로 없고, 전문성을 구비한 인력도 갖추고 있지 못하다. 필자의 생각으로는 가장 큰 문제는 이것이 자신들이 담당해야 할 업무라는 점에 대한 인식이 없는 것으로 보인다는 점이다. 이는 결국 우리 사회가 전문가를 제대로 평가하고 존중하지 않는 탓이다. 법무부 내에도 국제거래법과 국제사법 전문가를 두어야 한다. 이를 실현하자면 검사들이 순환보직의 원칙에 따라 법무부에서 잠시 업무를 담당하는 현행 제도를 개선해야 할 것이다. 결국 변호사 자격을 구비한 젊은 인력을 선발하고, 그런 변호사들이 외교부와 법무부에서 보람을 가지고 장기적으로 근무하면서 당해 분야의 전문성을 축적할 수 있는 인프라를 구축하고 그런 인력을 우대하는 분위기를 조성해야 한다. 그나마 다행인 것은 근자에 인사혁신처가 공직의 전문성을 높이기 위해 '전문직 공무원 인사규정' 제정안을 성안하고 전문직 공무원 제도를 도입하고자 한다는 점이다. 보도에 따르면 국제통상, 재난·안전, 질병관리, 세제, 연구·개발(R&D) 등이 그 대상으로 고려되고 있다는데 여기에서 언급한 국제거래법 분야도 대상에 포함되어야 할 것이다.

7. 법원 전담재판부와 국제규범연구반의 운영의 개선

법원에서는 해사·국제거래전담부를 운영함으로써 법관의 전문성을 제고하였고 당사자의 재판에 대한 신뢰를 제고하는 데 기여하였다. 그러나 현재는 일부의 국제거래사건만이 전담재판부에 배당되고 있다고 하는데 가능하면 더 큰 비율의 국제거래사건을 전담재판부에 배당하고, 나아가 전담재판부 법관의 전문성을 심화하는 조치를 취해야 한다. 국제규범연구반의 운영을 법관의 외국 유학 및 국제거래전담부의 운영과 연계하는 방안도 고려할 필요가 있다.

8. 변호사단체의 활동과 지원

위에서 언급한 것처럼 서울지방변호사회의 국제거래법커뮤니티는 수시로 모임을 가지고 있으나, 아직은 전문화가 부족하고, 국제거래법학계와 아무런 관련 없이 활동하고 있는 것으로 보인다. 앞으로는 실제로 국제거래를 활발하게 다루는 대형 로펌의 젊은 변호사들과 사내변호사들의 적극적 참여를 유도할 필요가 있

다.

2009년 로스쿨제도의 도입으로 인하여 변호사가 양산되는 시대에 접어들었다. 변호사단체로서는 변호사의 수를 줄이려는 노력을 할 것이 아니라 변호사들의 직역을 확대함으로써 작게는 젊은 변호사들의 활로를 개척해 주어야 하고, 크게는 우리 사회의 법치주의의 확산을 위해 노력해야 한다. 그런 계획의 일환으로 변호사단체는 젊은 변호사들이 국제거래에 관심을 가지고 외국 로펌 등 해외로 진출할 수 있는 길을 모색하고 이를 가능하게 하기 위한 지원을 해야 한다. 이런 의미에서 근자에 대한변협, 법무부, 세계한인변호사회가 '청년변호사 해외진출 아카데미' 개원을 하는 등 청년변호사의 해외진출을 위한 노력을 하는 것을 높이 평가한다. 이것이 이른바 'OK프로젝트'[98]인데 이는 청년법조인들에게 국제 업무 기회를 제공하여 대한민국 법률서비스 산업의 국제경쟁력 강화 및 청년법조인 취업 기반을 마련하기 위한 것으로, 장기 인턴 과정[99]과 단기 인턴 과정[100]이 있다. 이러한 교육이 제대로 이루어진다면 법률시장의 개방을 활용하여 청년법조인들이 외국 로펌에 진출할 수 있는 기회도 점차 확대할 수 있을 것이다.

필자가 위 아카데미의 정확한 강의내용은 알지 못하나 그 핵심은 국제거래법 영역이 되어야 한다. 우리 변호사가 해외진출을 한다면 어느 외국의 국내거래가 아니라 당해 외국과 한국간의 국제거래를 주로 다루게 될 것이 명백하기 때문이다. 그리고 그 과정에서 가장 기본적인 국제거래인 동산매매를 규율하는 매매협약은 물론이고, 위에서 언급한 기본적 국제법무 지식을 제공하는 것이 필수적이라는 점을 지적해 둔다.

9. 일부 상학자들의 행태와 개선방안

우리나라에서 국제거래법학의 특징은 과거 상학자들이 주도하였다는 점이다. 근자에는 이런 경향이 많이 약화되었지만 과거 특히 국제거래법학회가 창립되기 전에는 그런 현상이 현저하였다. 필자는 무역학자들(또는 상학자들. 이는 무역상

98) OK는 "overseas experience for Korean young lawyer project"를 말한다. http://www.ok project.or.kr/okproject/introduce/introduce1.do 참조.

99) 이는 법무부·대한변협·세계한인법률가회 공동으로 「O.K. 아카데미」 개설하여 국제 업무에 정통한 변호사 등을 강사진으로 섭외하여 청년법조인들을 교육하고, 아카데미 수료자들을 해외 로펌 또는 국내 로펌 해외사무소 등에 장기 인턴으로 파견하는 것이다.

100) 이는 예비법조인들을 1년 중 상·하반기 두 차례에 걸쳐 해외 로펌, 국내 로펌 해외사무소, 국제기구(IBA, UNHCR 등) 등에 단기 인턴으로 파견하는 것이다.

무를 다루는 분들을 말한다)이 종래 우리 기업들의 국제무역거래에서 발생하는 이론적·실무적 쟁점에 관한 연구와 논의를 주도하였을 뿐만 아니라, 특히 우리 법률가들의 지원을 별로 받지 못한 상태에서 법적인 쟁점의 해결에도 크게 기여하였음을 인식하고 이를 높이 평가한다. 이는 국제무역거래, 특히 인코텀즈와 매매협약과 같은 국제물품매매계약의 영역, 신용장과 같은 국제결제의 영역은 물론이고 국제운송, 국제보험과 국제중재 등의 영역에서 두드러진 현상이었다.

그러나 일부 무역학자 또는 상학자들은 법학적 기초가 취약한 탓에 제대로된 법학논문을 쓸 수가 없음에도 불구하고 만용을 부리는 경우가 많았다. 특히 국제거래에서 발생하는 법적인 쟁점을 논의할 때에는, 법률가들에게는 당연한 것이지만 국제적인 통일규범이 존재하지 않는 한, 우선 당해 법률관계의 준거법을 정하고 그 준거법에 따라 일관성을 유지해야 한다. 그러나 일부 무역학자들은, 우리 법상의 해석론을 전개할 때에도 자신의 기호에 따라 한국법, 일본법, 영국법과 미국법을 恣意的으로 조합한 뒤 마치 그것이 보편타당한 해결책인 양 제시하는 경우가 적지 않다. 특히 우리 법에 대한 충분한 고려 없이 영미법계의 학설과 판례를 추종하는 모습은 위험하기까지 하다. 물론 모든 무역학자들이나 상학자들이 그런 행태를 보이는 것은 아니다.[101] 문제는 법학적 기초가 약한 일부 상학자들이 법학논문을 쓰고 있고 심사위원들이 그 잘못을 걸러내지 못한 채 학회지에 공간하고 있는 점이다. 논문 발표와 학회 활동은 상학자들이 스스로 결정한 일이니 필자가 용훼할 일이 아니다. 그러나 한국연구재단이 일부 상학자들의 함량 미달인 논문이나 학회지를 제대로 심사하지 못하고 심지어 연구비까지 지원하는 것은 심각한 문제이다. 이는 마땅히 시정되어야 한다.

필자가 원하는 것은, 일부 무역학자들을 비난하는 것이 아니라 무역학자들과 법학자 내지 법률가들의 연구성과를 적절히 결합하여 시너지효과를 발휘하도록 하는 것이다. 다만 그러기 위하여는 무역학자들은 본연의 업무인 무역 기타 상학에 관한 논문에 집중하는 것이 바람직하고, 경우에 따라 법학논문을 쓰고자 할 때에는 법학자들에게도 설득력을 가질 수 있도록 법학적 기초를 구비한 충실한 논문을 작성해 달라는 것이다.

---

101) 무역학자들 중에는 법학을 전공한 분들도 있고, 우리나라에서 무역학이나 상학을 전공하고 국내외에서 법학박사학위를 받은 분들도 있다. 필자가 이런 분들의 연구업적을 비난하는 것은 아니다.

Ⅴ. 맺음말

커다란 내수시장을 가지고 있는 미국, 중국과 일본과 달리 무역의존도가 훨씬 높고 개방경제를 근간으로 하는 한국의 법률가들은 국제거래법에 큰 관심을 가져야 한다. 21세기 인간의 삶과 기업활동의 국제화가 점차 심화되어 가는 현실 속에서 국제거래법학은 세월의 흐름과 더불어 그 중요성이 점차 커지는 법학영역이다. 국제거래법학회가 창립된 1990년과 비교하면 인프라가 상당히 구축되었고 상황이 많이 개선되었지만 아직도 매우 부족하다. 한국 국제거래법학의 발전을 위한 각 직역별 과제는 아래와 같이 정리할 수 있다.

첫째, 법학계에서는 로스쿨에 실무 출신의 국제거래법 전임교수를 확충해야 한다. 민상법학계는 물론이고 국내거래법을 다루는 다른 법 분야의 학자들도 국제거래법에 관심을 가지고, 실무에서 제기되는 쟁점을 파악하여 실무에 도움이 되는 연구결과를 생산해야 한다. 나아가 국제거래법학을 연구함에 있어서는 위 표에서 언급한 ⑤ <u>다양한 국제거래 영역에 통용되는 규범과 관행에 대한 지식</u>을 심화해야 한다. 둘째, 법조 실무계에서는 국제거래를 다루는 변호사들의 전문성을 제고해야 하고 그들이 실무에만 매몰될 것이 아니라 적어도 실무상의 쟁점을 소개함으로써 우리 학계의 연구를 촉진해야 한다. 셋째, 산업계는 예방법학의 중요성을 인식하고, 나아가 협상 및 거래단계에서부터 변호사를 적극 활용해야 하고, 가급적 한국 변호사들에게 그런 기회를 제공해야 한다. 나아가 법학계와 법조 실무계 및 산업계 간의 연계와 협력을 강화해야 한다. 넷째, 법무부에서는 국제거래법연구단의 내실을 기하도록 노력해야 하고, 연구단을 구성하는 교수들이 국제회의에 참가하는 데 그칠 것이 아니라 한국에서 당해 분야의 논의를 주도하는 등 더 적극적 역할을 하도록 유도하며, 나아가 국제거래법 분야의 전문성을 구비한 법무부 자체의 인력을 양성해야 한다. 외교부도 국제거래법 분야의 전문인력을 양성해야 한다. 다섯째, 법원에서는 해사·국제거래전담부를 운영하는 데 만족할 것이 아니라 더 많은 국제거래사건을 전담부에 배당해야 하며 전담부 법관의 전문성을 심화하는 조치를 취해야 한다. 나아가 국제규범연구반의 운영을 법관의 외국유학 및 국제거래전담부의 운영과 연계할 필요도 있다. 여섯째, 로스쿨 학생들로서는 장래의 진로가 무엇이든 간에, 점차 커지는 국제거래법의 중요성을 정확히 인식하고, 로스쿨 재학 중에 '기본적 국제법무 지식'을 쌓기 위해 노력해야

한다. 다만 그것이 민상법 등 국내법에 대한 공부를 소홀히 하는 구실이 되어서는 아니 된다. 왜냐하면 국제거래법은 민상법 등 국내법에 대한 탄탄한 기초 위에서만 제대로 공부할 수 있는 영역이기 때문이다.

물론 필자의 제안을 모두 실현하더라도 가까운 장래에 한국 법률가들이 영국 법률가들처럼 다양한 국제거래법 분야에서 주도적 역할을 하기는 어렵다. 분야에 따라 차이는 있지만, 영국법과 영국 법률가들은 국제거래에 관하여 오랜 세월에 걸쳐 판례와 실무를 쌓음으로써 전통과 신뢰를 구축하였고, 두터운 전 세계 고객층을 확보하고 있으며, 영국에는 국제법무가 영국의 법조 실무계와 법학계에는 물론이고 나아가 국가경제적으로도 매우 중요하다는 점에 대한 확고한 인식이 있기 때문이다.[102] 그렇더라도 한국 법률가들로서는 우선 우리 기업들이 당사자가 되는 거래에서 우리 몫은 차지해야 하고, 적어도 한중일 기업 간의 거래에서는 일정한 역할을 할 수 있어야 할 것이다. 솔직히 근자에 빠르게 국제화하는 중국 기업들과 개방된 중국 로펌들의 성장을 보면서 우리의 법률시장 개방정책이 적절한지에 대한 의문이 들고, 우리 사회가 국제거래법을 이렇게 홀대한다면 장래에는 우리 기업들이 중국 기업들 및 동남아 기업들과의 거래 시 혹시 중국법원(또는 홍콩법원이나 싱가포르 국제상사법원)에서 중국법(또는 홍콩법이나 싱가포르법)에 따라 재판을 받는 시대가 오는 것은 아닌지 모르겠다.[103]

---

102) 근자에 싱가포르가 아시아에서 영국법원과 영국법에 대신하려는 노력을 기울이고 있음은 주목할 만하다. 즉 싱가포르는 우선 국제상사중재를 활성화하기 위해 꾸준히 노력하는 한편, 2015년 1월 5일에는 싱가포르 국제상사법원(Singapore International Commercial Court. SICC)을 설립하였다. 이는 싱가포르 정부가 중재와 소송을 아울러 싱가포르를 진정한 국제분쟁해결의 중심지로 만들기 위한 노력을 하고 있음을 보여준다. 상세는 http://www. sicc.gov.sg/About.aspx?id=21 참조.

103) 알리바바의 약관에 따르면 알리바바와 한국 소비자 간의 분쟁은 홍콩법원에서 홍콩법에 따라 해결하도록 규정되어 있다. Terms of Use 제12.7조 참조. 문언은 https://rule.alibaba. com/rule/detail/2041.htm.

(논문접수일 : 2016.09.02, 심사개시일 : 2016.09.05, 게재확정일 : 2016.09.23)

석 광 현

국제거래법학, 법학계, 법조 실무계, 학문후속세대, 국제규범, 국제 경제법

【참 고 문 헌】

I. 한국문헌

강병근, 국제 중재의 기본 문제(소화, 2000)
강병창, 國際統一賣買法(형설, 2000)
강은경, 계약에서 공연장까지: 국제공연계약의 이론과 실제(이클라세, 2005)
김갑유 외, 중재실무강의(박영사, 2012)
김두환, 國際航空法學論(한국학술정보, 2005)
김상만, 국제거래법(두남, 2011)
김승현, "FIDIC 국제건설 표준계약조건 연구", 서울대학교 대학원 법학박사학위논문(2014. 8.)
_____, 국제건설계약의 법리와 실무-FIDIC 계약조건을 중심으로-(박영사, 2015)
김연신(박수만 감수), 영문 선박건조 계약서 작성실무(박영사, 2008)
김인호, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약 사례연구Ⅰ(법무부, 2004)
_____, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약 사례연구Ⅱ(범무부, 2006)
김정호, 국제거래법(고려대학교 출판부, 2002)
김지수, 영문국제계약실무해설, 개정증보판(대명출판사, 2014)
노혁준, "『서울대학교 法學』 50년의 회고: 상법학 분야", 『서울대학교 法學』 제50권 제2호(통권 제151호)(2009. 6.)
대한상공회의소, UCP600 공식번역 및 해설서(2007)
_____, 국제표준은행관행 ISBP 745 공식번역 및 실무가이드(2013)
_____, ISP98 보증신용장통일규칙 공식번역 및 해설(2008)
목영준, 상사중재법론(박영사, 2011)
문화경, "국제물품매매에서 지식재산권 침해로 인한 분쟁해결에 관한 연구", 이화여자대학교 대학원 법학박사학위논문(2013. 1.)
박노형 외, 국제경제법, 보정판(박영사, 2013)
박세민, 영국보험법과 고지의무(세창출판사, 2004)
박영복(편집대표), EU사법(Ⅱ)(한국외국어대학교 출판부, 2010)
박준, "법학전문대학원에서의 이론교육과 실무교육", 저스티스 통권 제151권(201

5. 12.)
박찬동, “국제대출계약에서 진술 및 보장 조항에 관한 법적 연구-영미 판례법을 중심으로-”, 고려대학교 대학원 법학박사학위논문(2013. 12.)
백충현·정인섭·최승환, 國際去來法(1993)
법무부 민법개정자료발간팀(편), 2013년 법무부민법개정시안, 조문편 민법개정총서6 (2013)
_____, 2013년 법무부민법개정시안, 채권편上 민법개정총서9 (2013)
법무부, 유럽민사법의 공통기준안 총칙·계약편(2012)(안태용 역)
_____, 유럽민사법의 공통기준안 비계약편(2015)(가정준 역)
법원행정처, 국제규범의 현황과 전망-2007년 국제규범연구반 연구보고-(2008)
서울지방법원, ‘국제거래 상사 소송의 실무’(1997)
서헌제, 콘테이너 복합운송인의 책임법리(삼지원, 1986)
_____, “國際經濟法과 國際去來法의 槪念과 範圍”, 국제거래법연구 제5집(1996. 6.)
_____, “lex mercatoria로서의 UNIDROIT Principles,” 통상법률 통권 제33호(2000. 6.)
_____, 국제거래법 제4판(법문사, 2006)
석광현, 국제채권양도협약(법무부, 2002)
_____, 국제사법과 국제소송 제3권(박영사, 2004)
_____, 국제상사중재법 제1권(박영사, 2007)
_____, 증거조사에 관한 국제민사사법공조 연구(법무부, 2007)
_____, UNCITRAL 담보권 입법지침 연구(법무부, 2010)
_____, 국제물품매매계약의 법리: UN통일매매법(CISG) 해설(박영사, 2010)
_____, 국제사법과 국제소송 제5권(박영사, 2012)
석광현·정순섭 공편저, 국제금융법의 현상과 과제(소화, 2009. 3.)
손경한, “卷頭 斷想: 21세기 한국 국제거래법학의 과제”, 국제거래법연구 제20집 제2호(2011. 12)
송상현, “國際去來法 序說”, 商法論集(仁山鄭熙喆先生回甲紀念)(경문사, 1979)
_____, “창간사”, 국제거래법연구 창간호(1992)
_____, “商去來의 國際化와 商法의 過去, 現在, 未來”, 상사법연구 제10집/상법

제정 30주년기념 특집호(1992)
신희택, 국제투자분쟁에서의 UNCITRAL 중재규칙 활용 실무(법무부, 2013)
심재두, 海上保險法(길안사, 1995)
_____, 海上運送法(길안사, 1997)
심종석, 국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)의 해석과 적용(삼영사, 2015)
_____, 국제상사계약의 이론과 실제(대구대학교 출판부, 2009)
안강현, 로스쿨 국제거래법 제2판(박영사, 2016)
양영환·서정두(편저), 國際貿易法規-매매·결제·운송·보험·중재-, 제4판(삼영사, 2003)
양창수·김재형, 민법 Ⅰ: 계약법(박영사, 2010)
엄동섭, 미국 계약법 Ⅰ(법영사, 2010)
_____, 미국 계약법 Ⅱ(법영사, 2012)
오세창, 국제물품매매법(학문사, 1998)
오원석·하강헌, 국제물품매매법(박영사, 2004)
오원석·최준선·허해관, UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004(법문사, 2006)
오윤, 국제조세법론(최신판)(삼일인포마인, 2016)
오정환, "原油가스 探査開發權의 취득에 관한 法的 硏究-Farmout 거래를 중심으로-", 한양대학교 대학원 법학박사학위논문(2011. 2.)
올 란도·휴 빌 편/김재형 역, 유럽계약법 원칙(제1·2부)(박영사, 2013)
왕상한, 전자계약의 현안과 과제－UN 전자계약협약을 중심으로－(법무부, 2008)
유중원, 信用狀論: 信用狀의 法理 및 信用狀統一規則의 逐條解說(육법사, 1998)
_____, 국제무역과 판례(청림출판, 2005)
_____, 신용장-법과 관습(상)(청림출판, 2007)
_____, 신용장-법과 관습(하)(청림출판, 2007)
이기수·신창섭, 국제거래법 제6판(세창출판사, 2015)
이상돈, 國際去來法(중앙대학교 출판부, 1992)
이창희, 국제조세법(박영사, 2015)
이철송, 商法總則·商行爲(2015)
이태희, 國際契約法: 理論과 實務(학연사, 1990)
_____, 國際契約法: 理論과 實務 전정판(법문사, 2001)

이호정, 영국계약법(경문사, 2003)
임홍근, 荷換信用狀의 法的構造(삼지원, 1991)
임홍근·이태희(공편), 國際物品賣買契約에 관한 UN協約上의 諸問題(삼지원, 1991)
장준혁, "브뤼셀 제1규정상 출판물에 의한 명예훼손의 불법행위지 관할", 成均館法學 제25권 제1호(2013. 3.)
장효상, 國際經濟法(박영사, 1985)
_____, 新稿 國際經濟法(박영사, 1996)
장문철, 현대 중재법의 이해(세창, 2000)
정영철, 기업인수 4G(박영사, 2010)
_____, 국제거래법: 에너지(박영사, 2012)
정우영·현용석·이승철, 해양금융의 이해와 실무(2판)(한국금융연수원, 2012)
정홍식, "국제거래법학회 소개", 선진상사법률연구 통권 제72호(2015. 10.)
정희철, "Incoterms의 법률적 의의와 타당근거", 서울대학교 법학 제13권 제2호(통권 28호)(1972)
채동헌, 국제거래와 법-신용장 편-(청림출판, 2004)
최선집, 국제조세법 강론(영화조세통람, 2014)
최성현·신종신, 국제금융관계법률(한국금융연수원, 2011)
최준선, 國際航空運送法論(삼영사, 1987)
_____, "國際商事契約에 관한 UNIDROIT原則의 成立과 展望," 企業構造의 再編과 商事法: 박길준교수화갑기념논문집(1998)
_____, 국제거래법 제10판(삼영사, 2015)
최준선 외, 로스쿨 국제거래법(2010)
최흥섭, 유엔국제매매법－국제물품매매계약에 관한 유엔협약－(1997)
_____, "「국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙」의 적용문제," 국제거래법연구 제 8 집(2000)
_____, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약 해설(법무부, 2005)
한국수출입은행, 영문국제계약해설, 개정증보판(2006)
한국무역협회, 국제무역 계약 사례(2003)
한종규, "國際物品賣買協約上 原狀回復義務의 國際私法的 爭點 硏究", 성균관대학교 대학원 법학박사학위논문(2014.)

홍대희, 국제채 및 신디케이티드론(한국금융연수원, 2012)

II. 외국문헌

Curtis, Simon, The Law of Shipbuilding Contracts, 4th edition (Routledge, 2012)

Fentiman, Richard, International Commercial Litigation, 2nd Edition (Oxford University Press, 2015)

Lando, Ole, "CISG and Its Followers: A proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", 53 Am.J.Comp.L. 379 (2005)

UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts (2004)

島田眞琴, 国際取引のためのイギリス法(慶應義塾大学出版会, 2006)

Abstract

The Task of the Study of International Business Transactions Law of Korea

Kwang-Hyun SUK

There are diverse views on the definition of international business law or international business transactions law (hereinafter the "international business transactions law"). International business transactions law could be broadly defined as an area of law that deals with issues arising from international transactions, and the sector of legal science dealing with that area could be described as the study of international business transactions law. However, in this article, "international business transactions law" is used to refer mainly to international commercial law. In fact, Korea is a country that urgently requires more research of international business transactions law. However, in reality, the necessity and importance of international business transactions law is not well recognized in Korea. In this article, the author reviews the achievements made in the study of international business transactions law in Korea for the past three decades or so, its current status and future tasks. More concretely, the author deals with the following issues: the concept, scope and characteristics of the study of international business transactions law (Chapter Ⅱ.), the development and current status of the study of international business transactions law in Korea (Chapter Ⅲ.), the problems and future tasks of the study of international business transaction law in Korea (Chapter Ⅳ.), followed by some concluding remarks (Chapter Ⅴ.).

The tasks, which each sector of Korea has to achieve in order to further develop the study of international business transactions law in Korea, may be summarized as follows. First, the circle of legal academics should recruit more qualified practicing lawyers as professors in charge of international business transactions law. Second, the circle of legal practitioners should make efforts to enhance the expertise of the practicing Korean lawyers dealing with international business transactions and facilitate academic research by presenting practical issues to the academia. Third, various industries of Korea should realize the importance of preventive legal science and try to utilize lawyers at the negotiation and transaction stages. In addition, the cooperation among the academia, practicing lawyers and the industry should be strengthened. Fourth, the Ministry of Justice should make efforts to make the current "International Business Law Research Group" more fruitful and should foster its own personnel equipped with expertise in international business transactions law. This also holds true for the Ministry of Foreign Affairs. Fifth, the Korean Judicature should ensure that larger portion of international business transactions law cases be actually assigned to the "Special Panels in Charge of International Cases and Maritime Cases" and make further efforts in order to enhance the expertise of the judges belonging to the Special Panels. Sixth, law school students should understand that the international business transactions law is becoming more and more important and try to acquire during law schools the basic knowledge of law required to deal with international business transactions.

Kwang-Hyun SUK

study on international business transactions law, legal academics, legal practitioners, international norms, international economic law

국제사법학의 과제

장 준 혁*

【목 차】

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 현대 국제사법학의 주요 논제
1. 국제사법의 법원: 국제법적 국가관할권의 획정이냐 각국 국내법의 자율적 규율이냐
2. 국제사법의 통일이냐 다양성이냐
3. 국제사법의 입법기술: 확실성이냐 유연성이냐
4. 국경을 넘는 인적 이동의 대중화, 일상화는 무엇을 요구하는가: 속인적 연결점의 문제
5. 속지주의의 재정립
6. 당사자자치의 역할
Ⅲ. 국제사법의 학문적 교육의 과제
1. 교과과정의 체계적 정비
2. 국가시험의 출제
Ⅳ. 나가며

【국 문 요 약】

국제사법의 몇 가지 총론적 문제들은 예나 지금이나 국제사법의 발달에 있어 중요한 논제가 되고 있다. 국제사법이 국제법(국제공법)과 국가법(국내법) 중 어느 쪽의 형태로 존재하는 것이 적절한지에 관해서는, 현대 국제사법학에서도 여전히 견해의 대립이 있다. 또한, 국제사법의 국제적 통일과 다양성의 요구 사이에서, 그리고 준거법결정의 확실성과 유연성의 요청 사이에서 적절한 균형을 기하는 일은 여전히 어려운 과제이다. 보다 구체적으로는, 국경을 넘는 사람의 이동이 빈번해지고 국제적 법률관계의 양상이 다양해지는 데 대하여, 연결원칙을 어떻게 변용시켜 갈 것인가의 문제가 있다. 사람의 속인법을 어떤 기준에 따라 정하는 것이 타당한지의 문제, 속지주의의 개념을 역외적용까지 포함하여 재정립하는 문제, 그리고 당사자자치의 타당범위를 정하는 문제 등이 현대 국제사법학의 중요 과제로 떠올라 있다. 오늘날의 국제사법과 국제사법학은 각론에서 이러한 문제들에 대응함과 동시에 총론(일반이론)적인 논의를 병행함으로써 체계적인 접근을 꾀할 필요가 있다.

이와 관련하여, 국제재판관할을 국가재판권의 대물적 한계로 본다든지, 민법

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

스스로 그 인적·장소적 효력범위를 국내적 사안으로 제한하고 있다고 보면서 (좁은 의미의) 국제사법의 역할을 그 연장선상에 놓는 사고방식도 극복될 필요가 있다. 이러한 사고방식으로는 현대 국제사법을 설명하는 데 한계가 있다. 더구나 이러한 견지가 국제법설과 결부되는 경우에는, 국제사법의 공통적 입법추세로부터 국제관습법이 생성될 수 있으므로, 각국은 국제공법의 일반원칙에 의하여 구속받을 것을 두려워하여, 자국 국제사법을 명확한 형태로 발달시키는 데 주저하게 될 수 있다. 그 결과, 국제사법의 활력 있는 발달이 저해될 수 있다.

아울러 실무가와 학자를 양성하기 위한 국제사법학의 교육에 있어서도, 국제사법의 위상과 역할에 대한 정확한 이해를 바탕으로 교과과정과 국가시험이 정비되어야 한다. 국제사법 개론강의를 3학점 정도로 제공하는 일은 모든 법학전문대학원과 법과대학에 필수요소라 할 수 있다. 나아가, 국제회사법, 국제계약법, 국제유가증권법, 국제금융법, 국제해상법, 국제운송법, 국제지식재산권법, 국제가족법, 국제상속법, 국제민사절차법, 국제상사중재(법), 국제도산법 등으로 각론강의가 적절히 개설될 필요도 있다.

국가시험에서의 국제사법의 비중도 개선을 요한다. 국가시험제도가 법학교육에 미치는 영향을 고려할 때, 변호사시험과 사법시험에서 국제사법의 출제비중과 배점이 왜소화되어 있는 부분은 큰 문제이다. 국제사법은 국제민사소송법과 준거법의 문제를 포괄한다. 그리고 물권, 계약상 채권, 계약외 채권, 유가증권, 지식재산권, 해상 등의 재산관계로부터 사람, 친족, 상속 등 다양한 분야에 걸친다. 그럼에도 불구하고 '국제물품매매계약'만을 문제삼는 '국제물품매매협약'과 50 대 50으로 출제하는 것은 균형이 맞지 않는다. 국제물품매매협약에는 15-20% 정도를 안배하는 것이 적절하리라 생각된다. 그리고 과목명은, 국제법과 노동법이 그러하듯이, "국제사법"이라고만 하면서 시행령과 시행규칙에서 국제물품매매협약이 함께 출제됨을 명시하는 정도가 적절할 것이다. 현재의 "국제거래법"이라는 시험과목명은, 국제사법에 국제물품매매협약을 덧붙여 출제하고 있는 것과 맞지 않고, 법학도로 하여금 국제사법의 본질과 역할에 대한 정확한 이해를 하지 못하도록 방해하므로 시정할 필요가 있다. 나아가, 중장기적으로는 국제사법(국제민사소송법 포함)과 국제물품매매협약을 모두 필수과목인 "민사법"의 출제범위에 포함시키는 방안에 대하여 학계의 합의를 이끌어내는 것이 타당할 것이다. 국가시험제도가 법학교육에 미치는 영향을 고려할 때, 이러한 시험제도상의 문제에 대한 학계의 깊은 관심이 요망된다.

Ⅰ. 들어가며

한암 손경한 선생의 정년퇴임 기념 학술행사의 구두발표 주제 중 하나로 “국제사법학의 과제”가 편성되어 필자에게 맡겨졌다. 만년 초심자 신세를 면치 못하는 필자의 수준에서는, 앞으로 연구의 대주제로 염두에 두어야 할 국제사법의 핵심 과제들을 돌아보는 기회로 삼아야 할 것 같다.

국제사법학은 국제사법의 학문적 연구이다. 그러므로 국제사법학의 과제는 국제사법을 학문적으로 충실히 연구하는 것이다. 이 자리에서 국제사법학의 과제를 묻는 것은, 아마도 오늘날 국제사법학이 당면한 현안을 넓은 맥락에서 묻는 취지로 생각된다. 따라서 이 글의 전반부(II)에서는 현대 국제사법이 직면하고 있는 중요 논제들을 개관하여 보고자 한다.

그런데 大學 제도가 보편화된 오늘날, 학자는 敎育者와 硏究者를 겸한다. 그래서 “敎授”라는 직업은 “교육·연구자(enseignant-chercheur)”라고 지칭되기도 한다.[1] 학문적 교육(academic education)은 학계의 중요한 역할 중 하나이다. 이런 의미에서, 국제사법학의 과제를 이야기할 때에는 국제사법학자의 양성과 국제사법의 학문적 교육도 포함시켜 이야기할 수 있을 것 같다. 그래서 ‘국제사법학자의 양성과 국제사법의 학문적 교육의 과제’에 관해서도 간략히 이야기하여 보고자 한다(III).

이 글은 넓은 의미의 국제사법을 대상으로 하지만, 좁은 의미의 국제사법에 조금 더 비중이 두어질 것이다. 그것은 국제민사소송법의 대부분이 저촉법이라기보다 절차법의 성질을 가지는 데 기인한다.

Ⅱ. 현대 국제사법학의 주요 논제

장소적 저촉법에 주어지고 있는 과제는 장소에 따라 다른 내용으로 존재하는 법규들 중에서 장소적으로 가장 적절한 법을 지정하고 적용하는 것이다. 또한, 저촉법이 실체사법, 절차법, 기본권 보장, 공법 등과의 관계에서 저촉법이 할 수

1) 프랑스에서 그렇다. 일본어와 한국어의 “敎授”의 辭典的 의미는 교육자(enseignant)에 초점이 맞추어져 있다. 그래서 “敎授”와 “敎師”는 조어기술상 구별될 뿐, 어원적으로는 본질적 구별이 없다. 이러한 점은 프랑스어에서 대학교 교수와 고등학교 교사를 총칭하여 “professeur”라고 하는 것에도 나타난다.

있는 역할도 함께 생각해 볼 수 있다. 이런 과제의 수행과 관련하여 현대 국제사법이 마주하고 있는 주요 논제들을 균형있게 선별하여 개관하는 일은 필자의 역량을 넘어선다. 아래에서는 우선 머리에 떠오르는 대로 몇 가지 주제들에 관하여 필자의 생각을 적어 보고자 한다.

1. 국제사법의 법원: 국제법적 국가관할권 획정이냐 각국 국내법의 자율적 규율이냐

국제사법이 實定的 國際公法으로 이미 존재하고 있다고 보거나, 국제사법 통일조약을 통하여 국제사법을 국제공법화하여야 한다고 보는 견해(국제법설)도 있다. 國際私法은 國際公法[2]에 의한 국가주권의 효력범위(타당범위) 획정("국가관할권" 획정)을 의미한다고 보기도 하고, 국제사법의 내용에 대한 보편주의(universalisme)[3]를 실현하기 위해서는 국제사법이 국제공법의 지위를 가지고 존재하는 것이 이상적이라고 하기도 한다. 국제법설의 입장에서는 오늘날 각국의 국제사법이 다양한 형태로 존재하는 것은 병리현상으로 보게 된다. 이 병리현상은 국제공법의 실현을 위한 실효성 있는 장치가 마련되어 있지 않은 탓에 방치되어 있는 것으로 보게 된다. 국제법설(국제법주의)의 관점에서는, 조약에 의한 국제사법의 통일은 이러한 문제상황의 발전적 해소라는 의미를 가진다.

국제사법이 기본적으로 국가법으로 존재한다고 보는 입장(國家法說)에서는 국제사법이 국가별로 다양한 내용을 가지는 것은 자연스러운 일로 본다. 국가법설(국가법주의)의 입장에서도, 각국 국제사법을 통일하거나, 조화하거나, 다양성을 유지하면서 조정하는 것이 가능하다. 국제사법의 통일이나 조화는 반드시 인위적인 법(恣意法)의 설정을 의미하는 것은 아니다. 국가법으로 존재하는 국제사법규범도 내용적으로는 자연법의 반영일 수 있다.[4] 국제입법이나 국제적으로 공통된

---

2) 이 글에서는 "국제공법"과 "국제법"을 동의어로 쓴다. 해외에서는 국제공법과 국제사법을 포괄하여—영미에서는 여기에 外國法까지 더하여—"국제법(international law, droit international)"이라고 부르기도 하나, 한국에서는 그런 용례가 별로 보이지 않는다. 일본에서도 사정은 비슷하다. 다만 일본에서는 근래에 국제공법과 국제사법을 아우르는 의미의 "국제법"이라는 상위개념을 "國際關係法"이라는 이름 하에 되살리려는 시도가 있는 듯하다. 일본에서 법학전문대학원이 도입되면서 재정비된 "新司法試驗"의 선택과목 편제로부터 이러한 경향을 엿볼 수 있다. 국제공법은 "國際關係法: 公法系"로, 국제사법은 "國際關係法: 私法系"로 부른다. 전자에는 국제경제법이 포함되고, 후자에는 국제거래법이 포함된다.

3) 국제사법에서의 보편주의(universalisme)과 개별주의(particularisme)의 대립에 관해서는 P. Mayer et V. Heuzé, Droit international privé, 11e éd., LGDJ, 2014, nos. 72-75 참조.

4) 국제주의(internationalism, internationalisme)와 국가주의(nationalisme)의 구별은 여기에서 말하는

법원칙의 再錄(restatement)에 있어서는, 자연법의 발견·추출, 우연한 공통성의 추출, 실용적 타협의 방법이 사용될 수 있다.

國際私法에서의 實體準據法과 國際裁判管轄[5]의 결정이 國家主權의 타당범위(國家管轄權의 획정)의 문제가 아니라 事案을 규율하기에 適切한 實體私法과 法院의 결정이라고 보는 한은, 국가법설의 틀 내에서도 自然法論이 얼마든지 주장될 수 있다. 국가법설의 입장에 서는 한, 자연법론의 기반 위에서 각국 국제사법에 공통된 국제사법원칙이 보급되거나, 각국 국제사법 간에 공통된 내용이 귀납적으로 발견되더라도, 국제사법이 그 범위에서 국제공법과 일체화되는 것은 아니다. 나아가 그러한 공통적 내용들이 國際公法의 法源 중 하나인 "法의 一般原則(general principles of law)"[6]으로 인정되더라도, 그럼으로써 국제사법이 국제공법에 '흡수'되는 것이 아니다. 국제공법질서가 그 흠결을 보충하기 위해 국내법질서들에 공통된 국제사법원칙을 "법의 일반원칙"이라는 이름으로 원용하는 것[7]은 다음과 같은 것이다. 각국은 고유의 국제사법을 가지고 있다. 그러나 국제공법질서는 독자적인 국제사법을 가지고 있지 않다. 국제재판소에서 민사관계의 준거법을 판단하게 될 때, 국제공법질서는 이러한 문제점에 직면하게 되고, 이러한 흠결을 보충하기 위하여 각국 국제사법의 공통점에 준거하여 판단하여야 할 때 각국 국제사법의 공통된 부분을 '꾸어 쓰는' 것에 불과하다. 한국 민법 제1조에서 법의 흠결을 "條理"로서 보충할 때 해외의 입법례와 해석론을 참고하여 문명국가의 법에 공통된 규범을 추출하여 원용하는 것과 마찬가지이다.[8] 국제공법의 연원

국제법설과 국가법설의 구별과는 다른 것이다. 국제주의와 국가주의에 관해서는 P. Mayer et V. Heuzé, 전게서, no. 76 참조. Albert A. Ehrenzweig, Conflicts in a Nutshell, 3d ed., 1974, § 6-1 - § 8-10, pp. 20-38에서는, 國際·州際私法 분야에서 미국의 학설과 판례, 그리고 법재록(restatement of the law)에서 나타난 국제주의(internationalism)와 지역법(주법·국가법)주의{"지역법이론(local law theory)"}를 개관한다. Ehrenzweig는 자연법론도 국제주의로 분류한다. 상게서, § 8-1, p. 25.

5) "국제재판관할"과 "국제재판관할권"의 용어 간에는 개념상 차이는 없고, 문맥에 맞도록 쓰면 된다. 受訴法院이나 그 소속국(法廷地國)의 '권한'을 가리킬 때에는 '權' 자를 붙이는 것이 자연스럽다.

6) 國際司法裁判所 規程(Statute of the International Court of Justice) 제38조 제1항 c호{"문명국가들에 의하여 승인되는 일반적 법원칙(the general principles of law recognized by civilized nations)"}.

7) 이 때 "법의 일반원칙"은 국제공법의 '存在形式으로서의 法源'은 아니지만 '認識根據로서의 法源'에는 해당한다. 민법 제1조의 "條理"도 마찬가지이다: 民法注解(I) - 總則(1)(郭潤直 대표편집, 博英社, 1992)(崔秉祚 집필부분), 제1조, 27면(민법학계의 통설은 反對, 그 인용은 같은 곳 참조).

8) 民法注解(I) - 總則(1)(1992)(崔秉祚 집필부분), 제1조, 54면 참조(민법 제1조의 條理는 국제공법 분야에서 헌법 제6조 제1항에 의해 포섭되는 "文明國에 의하여 승인된 法의 一般原則 또는 原

으로 "법의 일반원칙"을 이야기하는 것은 원래 그런 것이다. 그런데 국제사법에서의 실체준거법의 결정을 '국가 立法管轄權의 국제적 타당범위(한계)'의 설정으로, 국가법원의 국제재판관할의 결정을 '국가 裁判權(司法權)의 국제적 타당범위(한계)'의 설정으로 설명하는 경우에는, 그러한 두 가지 점에 대한 규율에서 자연법적 요소나 각국법에 공통된 요소를 발견하게 될 때, 이를 가리켜 '일반적으로 승인되는 국제법(국제공법)원칙'[9]이라고 보는 방향으로 흐르기 쉬워질 수 있다.[10]

이와 관련하여, 한국의 실체법이나 절차법 학계의 표준적 문헌에서는, 實體準據法의 결정과 國際裁判管轄의 문제를 國家立法權이나 國家司法權의 한계의 논리로 설명하는 경향이 보인다.[11] 즉, 국제사법은 '편면적 저촉규정'(편면적 국제재판관할규정과 편면적 법률저촉규정[12]))으로 구성하는 것이 기본형이어야 한다고 보면서, 한국의 국제재판관할을 인정하고 한국 실체사법을 적용하는 문제가 한국의 입법권과 사법권의 타당범위(효력범위)에 대한 제한(즉 국가입법권과 국가사

理"와 같은 것이다). 그러나 한국 민법과 국제공법에서의 법의 흠결(존재형식으로서의 법의 흠결)의 양상이 다르고, 규율대상이 다른 만큼, 민법 제1조의 "條理"와 국제공법에서 말하는 '법의 일반원칙"로서 원용되는 구체적 규율내용은 종종 상이할 수 있다. 崔秉祚의 위 서술취지도 민법 제1조의 조리 개념을 이해하고 그 구체적 인식자료를 정함에 있어, "[헌법 제6조 제1항]을 통하여 지시되는 '일반적으로 승인된 國際法規'……[와]의 精神史的 연결점"에 유념하여야 한다는 취지일 뿐이다. 民法注解(I) - 總則(1)(1992)(崔秉祚 집필부분), 제1조, 54면.

9) 대한민국 헌법 제6조 제1항은 "一般的으로 승인된 國際法規"은 국내법질서를 구속한다고 규정한다. 독일 기본법(Grundgesetz) 제25조가 "국제법의 일반원칙(Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes)"이 국내법에 우선함을 명시하는 것과 같은 취지이다. 한국 헌법 제6조 제1항의 "國際法規"라는 표현 때문에 성문법에 국한된다고 볼 필요는 없다. 위 규정에서 "法規"는 "法規範"이라는 의미로 이해할 수 있고, 국제공법의 개별 원칙의 존재형식은 국제공법질서가 알아서 정할 문제이기 때문이다. 국제공법의 일반원칙의 구속력은 '조약을 비롯한 국제공법의 국내법상의 지위' 문제와는 차원을 달리하는 문제이다.

10) Restatement (Third) of Foreign Relations Law § 421 (1987)에서도 국제재판관할법의 궁극적 기준을 "합리성(reasonableness)"이라고 하면서 국제공법의 일반원칙에 일치시키려는 시도가 행해졌다.

11) 이 글은 國際"私"法을 다루는 글이므로, '민사관계'에 대한 준거법과 국제재판관할만을 언급한다. 또, 재판권과 국제재판관할에 관한 언급도 '국가'법원의 그것만을 언급하는 것이다.

12) "법률저촉규정"이라는 용어는 프랑스어의 "règles de conflict de lois"을 번역한 용어이다. 독일어로는 "저촉규정(Kollisionsreglen)"이라고만 하면 곧 법률저촉규정만을 말한다. 이를 따른다면 "법률저촉규정"이라는 표현보다는 "저촉규정"이라는 간명한 표현을 쓰는 것이 좋을 것 같아 보인다. 그러나 "저촉규정"이라는 표현은 (독일어권을 벗어나는 순간) '民事司法秩序 간의 저촉'—즉 프랑스어로 "재판관할저촉(conflit de juridictions)"—까지 포함하는 의미가 될 수 있어 곤란하다. "저촉법(Kollisionsrecht)"이라는 용어를 '준거법 결정에 관한 법'의 의미로, 즉 '좁은 의미의 국제사법'(좁은 의미의 '저촉법')의 의미로 쓰는 것은 독일어권에서는 일반적이지만 영어권이나 프랑스어권에서는 낯설다. 영어나 프랑스어권에서 "저촉(conflict of laws, conflit de lois)법"이라 하면 국제민사소송법과 좁은 의미의 국제사법을 모두 포함하는 의미이다.

법권의 경계획정)이라고 보는 사고방식이다. 이런 사고방식은 논리적으로만 보면, 국제법설의 영향에 따라 국제공법이 한국의 입법관할을 한계짓고 획정지워주고 있다고 보는 견해로 귀결될 수도 있다. 또, 후베르(Huber)의 국제사법 학설[13]처럼 하나의 주권국가가 다른 주권국가들의 존재를 의식하여 스스로 자발적으로(국제공법의 요구에 의해서가 아니라는 의미에서 자발적으로) 자국의 입법관할을 정형적으로 한계짓고 있다고 파악하는 견해로 귀결될 수도 있다. 한국의 민사소송법 학계와 민상법 학계에서 표명하고 있는 입장은 후자 쪽인 것으로 보인다. 그렇기 때문에 이런 학설경향은 실제로는 無害한 것처럼(즉 이에 대한 문제제기의 실익이 없는 것처럼) 보여지기도 한다. 그러나 좀 더 자세히 보면 구체적 문제점을 확인할 수 있다.

먼저 한국 민사소송법 표준서를 보면, 國家司法權의 對物的(物的) 限界가 곧 國際裁判管轄의 문제라고 서술하는 예가 많다.[14] 이것은 마치 간명하면서도 유효

---

13) 李好珽, 國際私法, 經文社, 1981, 51-52면 참조.

14) 註釋 新民事訴訟法(I)(韓國司法行政學會, 2003)(金能煥 집필부분), [제2조 前論], 114면; 이시윤, 新民事訴訟法(제10판, 2016), 博英社, 61면; 鄭東潤·庾炳賢, 民事訴訟法(제4판, 2014), 法文社, 105-106면; 金洪奎·姜泰源, 民事訴訟法(제2판, 2010), 三英社, 36-37, 41면; 김홍엽, 민사소송법(제6판, 2016), 박영사, 40면 등. 註釋 新民事訴訟法(I)(韓國司法行政學會, 2003)(金能煥 집필부분), [제2조 前論], 114면은 이것이 國家法(국내법) 차원에서 자발적(자율적)으로 國家司法權의 對物的 限界를 정하는 것임을 분명히 한다. 金洪奎·姜泰源, 상게서는 국가의 민사재판권의 물적 효력범위에 섭외사건이 포함되는 것은 국제재판관할이 있을 때에 한한다고 서술하기도 하고(36-37면), 민사재판권의 "物的 범위"와 "涉外事件에 대하여 미치는 범위"를 별개의 문제인 것처럼 언급하기도 하지만(41면), 국제재판관할을 국가의 민사재판권의 효력범위의 문제로 보는 점은 분명하다. 宋相現·朴益煥, 民事訴訟法(新訂7판, 2014), 박영사, 58면은, 제목에서는 국제재판관할을 민사재판권 "行使"의 대물적 한계라고 하면서도, 본문에서는 "우리나라 법원이 행사할 수 있는 재판권의 한계의 문제"라고 서술한다. 후자의 서술은 '재판권의 행사의 한계'가 아니라 '재판권의 한계'를 이야기하는 취지로 이해된다. 宋相現·朴益煥은 같은 면에서 국제재판관할은 "재판권의 한계의 문제이기도 하고, 국가간의 재판업무의 분담문제로 볼 수도 있다"고 덧붙인다. 국제재판관할을 '국가재판권의 대물적 한계' 문제로 보지 않을 수 있다고 언급한 부분은 주목할 만하다. 그러나 국제재판관할을 '국가재판권의 대물적 한계'로 설명하느냐 '재판업무의 국제적 분담'에 관한 (법정지국의) 절차법적 규율일 뿐이라고 설명하느냐 사이에서 전자 쪽으로 기운 점은 아쉽다. 그런데 한국 민사소송법학계의 다수설이 국제재판관할을 재판권의 대물적(물적) 효력범위(한계)의 문제로 서술하는 태도의 유래에 대해서는, 이것이 일본법과 일본 민사소송법 학설의 영향이라는 지적이 있다. 석광현, 국제민사소송법: 국제사법(절차편), 박영사, 2012, 34면("구[2002년 전면개정 전] 민사소송법 제203조 제1호가 국제재판관할이라고 규정해야 할 것을 재판권이라고 규정하고, 다수의 민사소송법 학자들이 일본 학설을 따라 부당하게도 국제재판관할을 재판권의 대물적 제약으로 설명한 데 있다"). 2002년 전면개정 전 민사소송법(1960년 4월 4일 법률 제547호) 제203조 제1호의 "法律 또는 條約으로 外國法院의 裁判權을 否認하지 아니한 일"이라는 규정은 일본 민사소송법(明治 23년 = 1890년 4월 21일 법률 제29호) 제200조 제1호가 "法令 또는 條約에서 外國裁判所의 裁判權을 부인하지 않을 것"이라고 규정한 것을 표현만 조금 다듬어 그대로 옮긴 것이다. 이는 독일 민사소송법 제328조 제1항 제1호(2008년 12월 17일에 개정된 조문으로 인용함)가 "외국법원이 속하는 국가의 법원들이 독일 법률에 의하면 관할이 없는(nicht zuständig) 경우"라고 규정하여 분명히 '국제재판관할'을 언급하

적절한 설명처럼 보여지기도 한다. 그리고 主權免除[15]는 국가사법권의 대인적(인적) 한계로 설명하고[16] 國際裁判管轄은 국가사법권의 대물적(물적) 한계로 설명함으로써 주권면제와 국제재판관할이 다른 성질의 문제임을 분명히 할 수 있는 듯이 보이기도 한다. 그러나 이러한 논리와 서술방법에는 중요한 문제가 있다.

첫째, 국제재판관할을 국가사법권의 대물적 타당범위의 제한으로 설명하는 것도 논리적으로는 가능하다. 그러나 이렇게 설명하는 경우에는, 각국 국제재판관할법 내의 보편타당한 내용이나 공통된 내용들을 놓고, 성급히 일반적 국제관습법[17]의 인식자료로 삼게 되기 쉽다. 주권면제법에서는 '각국의 주권면제법'에서

고 있는 것과 대조된다. 독일 학설은 국제사법학계 뿐만 아니라 민사소송법학계에서도 다음의 두 가지 점을 명확히 한다. 첫째, 재판권과 국제재판관할권의 문제를 분명히 구별한다. 예: Lüke, Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 58, 84; Othmar Jauernig(金洪奎 역), 獨逸民事訴訟法, 신원문화사, 1992(Zivilprozessrecht, 21. Aufl. 1985의 번역), 32면. 둘째, 국가법원의 국제재판관할권을 국가재판권의 물적 효력범위의 문제로 서술하지 않는다. 이연주, "국제재판관할의 체계적 지위에 관하여", 민사소송 제18권 1호(2014. 5.), 13면(독일 문헌 인용). 예컨대 Lüke, 전게서, Rn. 57 ff.에서 민사재판권의 한계에 대하여 서술하는 것을 보면, 민사재판권(민사사법권)의 '물적 한계'에 대한 언급이 아예 없다. 한국 문헌 가운데에도 호문혁, 민사소송법(제11판, 2013), 法文社, 17-19면은 같은 태도이다. 한편, 독일 민사소송법 교과서에서도 국제재판관할을 재판권의 '행사범위'의 문제로 설명하는 예는 있다. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, § 31 Rn. 1(국제재판관할은 "각국이 그 재판권……을 사물적(사항적) 그리고 인적으로 어떤 범위에서 행사할지"의 문제이다). 다만 이 교과서는 국가법원의 국제재판관할권이 기본적으로 각국의 국내법의 문제임을 분명히 하고(§ 31 Rn. 1), "통설에 의하면 국제법은 내국관련에 관하여 아무런 최소요구(최소기준)도 알지 못한다"고 덧붙임으로써(§ 31 Rn. 2), 각국의 국제재판관할에 관한 국내법적 법과 실무로부터 국제공법의 일반원칙이 간취(도출)될 가능성을 나름대로 차단하고 있다.

15) 이 글에서 "주권면제"라 하면 외교면제나 영사면제 등으로 특화된 하위영역도 포함하는 넓은 의미이다.

16) 국내 문헌의 서술을 보면, 국가의 민사재판권(民事司法權)의 인적 범위(타당범위)의 문제로서 주권면제만을 언급하는 예는 적다. 오히려 '국가 민사재판권의 인적 효력범위에 대한 일반론'으로서 '국가 재판권이 자국민과 국내 소재자에 일반적으로 미친다'거나 '국내에 소재하는 자에게 일반적으로 미친다'는 서술도 함께 하는 예가 많다. 자국민과 국내 소재자에게 효력이 미침을 언급하는 예로는 金洪奎·姜泰源, 전게서, 36면. 독일 문헌으로는 Lüke, 전게서, Rn. 58. 국내 소재자에게 효력이 미침을 언급하는 예로는 이시윤, 전게서, 59면; 김홍엽, 전게서, 36면. (한편, 鄭東潤·庾炳賢, 전게서, 47면에는 이런 서술이 없다. 그 대신, 절차법에 대한 법정지법주의는 당사자의 국적도 불문한다는 서술이 있을 뿐이다. 타당한 태도이다.) 즉, 다수의 민사소송법 교과서에서는 국가 민사재판권의 인적 타당범위의 문제로서 '자국민'과 '국내 소재자'에게 효력이 미침을 언급한다. 이것이 재판권의 인적 효력범위의 '보편성'을 강조하기 위하여 그 인적 효력범위에 속하는 경우를 예시한 취지라면 문제는 없다. 그러나 '국적'과 '국내 소재'에 의해서만 국자재판권의 인적 효력범위에 속하게 된다는 취지라면 이는 정확한 것이 아니다. 가령 한국법원에 소장을 제출하였거나 단순히 한국법원에 被訴된 '외국 거주 외국인'에게도 한국의 민사재판권은 미친다. 민사소송법의 장소적 타당범위(영토고권에 의한 민사재판권 독점)나 국제재판관할로 다루어져야 할 문제를 굳이 국가재판권의 '인적 효력범위' 문제로 파악하려 할 필요는 없다.

17) 일반적으로 타당하는(가령 일정한 지역에서만 타당하는 것이 아닌) 국제관습법을 말한다. 이것은 헌법 제6조 제1항이 말하는 "一般的으로 승인된 國際法規"에 포함된다. 民法總則(I) - 總則

보편타당하거나 공통된 내용을 발견하여 '일반적 국제관습법으로서의 주권면제법'의 내용을 끌어내는 작업을 하게 되는데,[18] 그와 같은 작업을 각국 국제재판관할법이나 국제재판관할법 통일조약(내지 국제기구 입법)에 대해서도 하도록 유도할 우려가 있다. 각국의 입법자와 법해석자가 국제재판관할의 문제의 타당한 해결을 꾀하는 것에 대하여, '국제공법의 법리가 어떤 내용이어야 하는가에 대한 입장 표명이자 관행(practice)'이라고 의미부여하는 것이다. 이런 접근방법은 국제재판관할법을 과도하게 국제공법화시킬 수 있어 위험하다. 그리고 각국의 국내법이나 조약에 의한 법통일 작업에 대하여 과도한 의미부여를 함으로써, 각국의 입법자와 법해석자, 그리고 조약교섭당국으로 하여금—국제공법의 일반원칙 형성에 기여할 가능성까지 고려하도록 하여—지나치게 움츠러들게 하여 국제재판관할법의 발달을 위축시킬 수 있다.

둘째, 주권면제는 한 국가가 타국을 재판할 수 없다는 데 이론적 근거를 두어 국가재판권 자체를 제한하는 법리로서, '국가사법권의 인적(대인적) 한계'의 문제로 이야기된다. 그렇지만 구체적 면제범위를 판단함에 있어서는 면제의 인적 범위(재판권의 대인적 한계)와 물적 범위(재판권의 대물적 한계) 양쪽을 정하여야 한다.[19] 국가재판권의 제한법리로서의 주권면제의 물적 범위 문제와의 혼동의 우려를 감수하면서까지 국제재판관할을 '국가재판권의 물적 범위'의 문제라고 부를 실익이 무엇인지 의문이다.

셋째, 민사소송법학의 상당수 문헌이 '국가 사법권의 대물적 한계' 문제로 설명하려 하는 국제재판관할—독일어로는 국제관할(internationale Zuständigkeit)—은,

---

(1)(1992)(崔秉祚 집필부분), 42면.

18) 주권면제법은 이상적으로는 세부적 내용까지 국제공법의 일반원칙으로 존재할 필요가 있다. 그러나 현실적으로는 절대적 면제설과 제한적 면제설 중 어느 것이 타당한지도 국제공법의 일반원칙으로 확립되어 있지 않다. 제한적 면제설을 따를 경우 주권면제가 인정되는 경우와 아닌 경우를 어떤 기준으로 구별할지의 문제에 대해서도 그러하다. 오히려 각국은 자신의 주권면제법을 다양한 형태로 발달시키고 있다. 실정적 국제공법 원칙으로서 주권면제 법리를 내실화하는 작업은, 주권면제에 관한 각국의 법과 실무, (제한적으로 보급된) 조약과 그에 따른 실무 등으로부터 '국제관습법으로서의 주권면제 법리'의 내용을 구체적 내용까지 확인하거나, 주권면제에 관한 국제조약에 의하여 각국 주권면제법을 통일함으로써 이루어지도록 되어 있다. 문영화, "외국국가의 재산에 대한 민사집행법에 의한 강제집행", 성균관법학 제27권 제2호(2015. 6.), 304-305면은 국가법원이 외국국가에 대한 주권면제를 판단함에 있어 국제관습법이 없으면 국내법에 의하여야 한다고 설명하기도 하고(304면), 국내법이 없으면 국제관습법에 의하여야 한다고 설명하기도 한다(305면). 그러나 일반적 국제관습법은 헌법 제6조 제1항에 따라 한국법을 구속하므로, 전자의 서술은 타당하고 후자의 서술은 타당하지 않다.

19) Jauernig(金洪奎 역), 전게서, 30면 참조(주권면제(치외법권)을 物的 治外法權과 人的 治外法權으로 나누어 서술).

그 위반의 효력에 있어서도 재판권(Gerichtsbarkeit) 문제(재판권의 한계 문제)와 구별된다.[20] 한 국가의 민사소송법의 인적, 장소적 타당범위를 침범하는 타국의 고권행위는 전자의 국가의 주권(재판권)의 침해이다. 먼저, 주권면제는 국가 사법권에 대한 實定 국제공법상의 제한이거나 국제공법에 근거한 제한이기를 지향하는 국가법상의 법리이다. 이것의 위반은 곧 주권침해를 의미한다.[21] 다음으로, 한국 民事司法權은 그 장소적 타당범위인 한국 영토 내에서 입법관할권을 독점한다. 그래서 한국의 법원공무원이 외국에서 司法作用(예: 송달의 실행)을 행할 수 없다. 외국의 司法作用이나 司法行政作用이 한국 영토 내에서 행해지는 것은 主權侵害로서 불가하다. 그러나 한 국가(가령 한국)가 국제재판관할권을 가지는 사안에 대해 다른 국가(가령 외국)가 끼어들어 국제재판관할권을 주장하고 행사하더라도, 그것이 곧 주권침해인 것도 아니고, 국제공법 위반으로 직결되는 것도 아니다.[22] 국제재판관할을 과도하게 넓게 긍정하는 것, 즉 과잉관할(exorbitant jurisdiction)이 곧바로 국제공법 위반인 것도 아니다. 또, 국제재판관할권이 없이 내려진 재판도 유효하다. 그것이 한국법원의 재판이면 상고심에서 법률위반(한국법 위반)을 이유로 취소될 수 있고(민사소송법 제423조),[23] (한국의 간접관할법에 어긋나는) 외국법원의 재판이면 한국에서 재판으로서의 효력이 불인정될(민사소송법 제217조 제1항 제1호) 뿐이다.

다음으로, 우리나라의 민상법 표준서 중 상당수에서 좁은 의미의 국제사법을

---

20) 석광현, 국제민사소송법, 박영사, 2012. 33면.

21) 재판권 없이 내려진 판결은 당사자에 대하여 판결효가 미치지 않는다는 의미에서 법률상 당연히 무효이다. 이시윤, 전게서, 66면; 鄭東潤·庾炳賢, 전게서, 115면; 宋相現·朴益煥, 전게서, 62면; 호문혁, 전게서, 967면; 金洪奎·庾炳賢, 전게서, 115면; 석광현, 전게서, 64면. 독일의 통설도 同旨이다. 예: Lüke, 전게서, Rn. 58. 그러나 독일의 소수설은 재판권의 흠결이 '간과'된 채 내려진 본안판결만이 당연무효라고 한다. Jauernig(金洪奎 역), 전게서, 31면.

22) 오히려 각국은 국제재판관할의 규율에 있어 국제공법에 의해 거의 제약받지 않는다. '재판의 거절'로 인하여 기본적 인권으로서의 '재판받을 권리'의 침해가 있어서는 안 된다는 고려와, '아무런 내국관련 없이' 자국의 국제재판관할을 긍정해서는 안 된다는 제한(이를 부정하는 견해로 Rosenberg/Schwab/Gottwald, 전게서, § 31 Rn. 2) 정도가 있을 수 있다고 이야기될 뿐이다. 그러나 그러한 국제공법적 원칙(내지 고려)은 너무 추상적이어서, 국제재판관할법의 구체적 내용형성에 거의 영향을 주지 못한다. Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 20(국제법의 일반원칙 가운데 "대부분의 원칙은 워낙 일반적이어서, 구체적 문제의 해결에 도움되지 않는다"). 이 문헌은 국제재판관할법에서는 아예 국제공법상의 제한이 전혀 없다고 말한다. 상게서, Rn. 21("[한 국가가 타국에서 고권행위를 할 수 없다는 원칙과 주권면제 법리를 제외하면] 각국은 그 국제민사절차법의 형성에 있어 자유롭다. 각국은 자신의 국제재판관할의 범위를 자유롭게 정할 수 있다."). 상게서, Rn. 215면에서도 同旨로 서술.

23) 그것은 일반적으로 절대적 상고이유도 아니다. "전속"적 국제재판관할규칙에 위반된 경우에만 민사소송법 제424조 제1항 제3호의 절대적 상고이유("전속관할에 관한 규정에 어긋난 때")에 해당한다.

민상법의 국제적 효력범위의 구체화장치로 보는 것에 대해 살펴본다. 민상법학계의 표준서에서 민법이나 상법의 인적·장소적 타당범위와 국제사법의 관계를 서술하는 예는 대체로 세 가지 형태로 나뉜다.

첫 번째 유형은 민상법의 속지적 효력범위를 한정적으로 보면서 민상법과 국제사법의 분업관계는 분명히 인정한다. 일국 민법의 인적 타당범위는 당사자의 국적(속인주의)과 국내 소재(속지주의) 어느 하나만 의해서도 인정된다고 하면서, 민법의 인적 타당범위에 대하여 속인주의와 속지주의가 둘 다 인정됨으로써 복수의 국가의 민법의 인적 효력범위가 서로 충돌하는 문제가 생기는데, 이 문제는 민법이 스스로 해결하지 못하고 국제사법에 맡겨질 뿐이라고 한다.[24] 상법 교과과서에도 비슷한 설명이 보인다. 즉, 상법의 인적 효력범위는 당사자의 국적,[25] 장소적 효력범위는 행위지를 기준으로(엄격한 속지주의) 하며, 상법의 인적, 장소적 효력범위를 따지는 것만으로는 법률충돌을 피할 수 없고 그 해결은 국제사법의 몫이라고 한다.[26]

두 번째 유형은 국제사법에 의한 실체준거법의 결정이 국가법의 타당범위의 세부적 획정작업에 불과하다고 본다. 국가 민법의 인적·장소적 효력범위가 국내적인 사안으로 제한된다고 보는 점은 첫 번째 서술유형과 같지만, 민법과 국제사법의 명확한 분업관계를 인정하는 대신, 국제사법은 민법이 못다한 '국가법의 국제적 효력범위 획정작업'을 마무리짓는 역할을 한다고 본다. 그 서술을 인용하면 다음과 같다. 한국 민법은 (그 인적 효력범위에 관한) 속인주의와 (장소적 효력범위에 관한) 속지주의를 병용할 뿐이어서 "어느 나라의 법이 적용되는지"를 끝까지 해결해주지 못한다. 그러므로 복수의 국가의 법이 경합하여 적용되고자 할 때 "어느 나라의 법이 적용되는지"는 국제사법에 의하여 비로소 결정되는 경우가 많다.[27] 국제사법도 각국법(편면적 저촉규정에서는 '내국법')의 場所的(涉外的, 國際的) 適用範圍를 정하는 법이다. 요컨대, 일반사법으로서의 민법이 인적, 장소적 타당(효력)범위를 제한하는 입법의사로 제정되었고, 그래서 국제사법적 규율의

24) 김증한·김학동, 민법총칙(제10판, 2013), 박영사, 50면; 곽윤직·김재형, 민법총칙(제9판, 2013), 박영사, 53면; 김형배·김규완·김명숙, 민법학강의(제14판, 2015), 신조사, 24면; 송덕수, 新민법강의(제8판, 2015), 박영사, A-30, 24면; 강태성, 민법총칙(제6판, 2016), 大明出版社, 46면. 송덕수는 민법의 인적·장소적 "적용범위"라고 표현하지만 내용은 '효력범위'에 대한 것이다.

25) 바로 위 각주에서 든 민법 교과서들과는 달리 당사자의 국내 소재에 대해서는 언급이 없다.

26) 李哲松, 商法總則·商行爲(제13판, 2015), 博英社, 66면; 정경영, 상법학강의(개정판, 2009), 博英社, 24면.

27) 池元林, 民法講義(제14판, 弘文社, 2015), 1-39.

큰 틀은 이미 실체법규 내에 내재하여 있으며, '국제사법'은 나머지 세부문제를 규율하는 세칙에 불과하다는 것이다.

세 번째 유형은 일부 상법 표준서의 설명인데, 국가 상법의 국제적 효력범위는 제한적이지만, 국제사법에 의하여 그것이 다시 확대되기도 하고 축소되기도 한다고 서술한다. 국제사법은 국가법의 섭외적 효력범위를 그대로 유지시키거나 수정하는 법이라고 본다. 상법의 장소적·인적 효력범위는 각각 '영토 내'와 '한국인'에 국한되는데, 국제사법은 각국법에 대한 이와 같은 효력범위 획정에 대한 예외를 정할 수 있고, 그 결과 A국법이 B국에서 속지적으로 적용되기도 하고 A국법이 B국인에 대해 속인적으로 적용되기도 한다는 것이다.[28]

이상과 같은 민상법 표준서들의 설명에는 몇 가지 중요한 문제점이 있다. 세 가지 측면으로 나누어 지적한다.

첫째, 민상법 표준서들의 세 가지 서술에서 공통적으로, 民法 내지 商法의 법규들이 일반적으로 '자기제한적 실체법규'라고 보는 데 문제가 있다. 자기제한적 실체법규라 함은, 속인적 혹은 속지적 차원에서 스스로 국제적 타당(효력)범위를 제한하고 있는 실체법규, 즉 '제한적'인 '장소적 적용의지'를 가지고 입법된 실체법규를 말한다. 自己制限的 實體法規는 예외적이고 드물다. 국제사법과 민법의 학계의 통설을 보면, 一般私法으로서의 民法 내에 그런 법규가 있다고 지적된 것은 아직 단 한 개도 없다. 특별법에서도 판례에서 자기제한적 실체법규로 인정한 대한민국 실체법규는 단 한 개도 없다. 오히려 보편주의적 입법의사, 즉 보편적 적용가능성을 상정하는 입법의사로, 즉 보편적인 '장소적[29] 적용의지'를 가지고 입법되는 것이 일반적이다. 즉, 一國의 실체사법은 특별한 '장소적 적용의지' 없이('장소적 적용의지'에 관하여 특기할 만한 생각 없이 無心하게) 입법되는 것이 일반적이다. 순수한(또는 전통적인) 私法으로서의 성격이 강할수록 더욱 그렇다. 一般私法인 민법은 특히 더 그렇다. 요컨대, 민법을 비롯한 대부분의 실체법규는 '국제적' 적용범위에는 연연하지 않고 無心하게 보편적 적용의지를 가지고 제정되고, 각국의 실체사법이 국제적 법률관계에 어떻게 적용되는지는 각국 국제사법에 맡겨져 있을 뿐이라고 해야 한다. 첫 번째 서술유형에서 민상법과 국제사법의

28) 註釋 商法 - 總則·商行爲(1)(鄭東潤 편집대표, 韓國司法行政學會)(제4판, 2013)(정동윤 집필부분), 70면; 정찬형, 상법강의(상)(제17판, 2014), 박영사, 50면.

29) 여기에서 '장소적'이라 함은 '국제적'인 적용관계를 말한다. 속인법으로 적용되는 것이든, 속지법으로 적용되는 것이든 포괄한다.

역할이 엄격히 나뉜다고 한 점은 타당하다. 그러나 첫 번째 서술례에서도 민상법의 인적·장소적 효력범위가 자기제한적 실체법규처럼 제한되는 것이 일반적이라고 서술하는데, 이는 근거가 약하다.

涉外公法과 국제적 강행법규(국제사법 제7조 참조)를 별론으로 하면, 一國 실체사법규정의 국제적 적용범위가 '그 실체법규의 타당(효력)범위'에서 곧바로 확인되는 경우는 드물다. 개별 국가의 실체사법의 인적, 장소적 효력범위의 획정이 곧 국제사법(혹은 국제사법의 기본골격)이라고 보는 것은 무리이다. 심지어 자기제한적 실체법규도 먼저 國際私法에 의하여 실체관계의 準據法으로 지시됨으로써 비로소 적용이 가능해진다. 어느 실체법규가 국제적 효력범위를 스스로 제한하고 있을 때, 그러한 제한을 적용하기에 앞서 國際私法이 먼저 개입한다.

둘째의 문제점은 두 번째와 세 번째의 서술유형에서 발견된다. 그 두 서술유형에서는 국가 민상법의 입법자가 미리 정해 둔 '인적, 장소적 타당범위'가 국제사법의 규율내용을 결정하는 것이 원칙이라고 말한다. 이처럼 국가입법권의 획정론으로 국제사법 전반을 설명하려 해서는 현대 국제사법을 설명하기 곤란하다. 이것은 드물게 존재하는 자기제한적 실체법규를 식별하고 설명하는 데 쓰여야 할 '실체법규의 인적, 장소적 타당(효력)범위' 개념을 가지고 국제사법 전반을 설명하려 하는 것으로서, 해석론상 무리이다. 당사자자치를 포함한 다양한 연결규칙이 인정되고, 양면적 저촉규정이 지배하며, 외국법의 조사·적용의 문제와 공서양속에 의한 준거외국법의 적용배제 문제가 존재하는 현대 국제사법을 설명하는 데 애로에 부딪친다. 구체적 문제점을 몇 가지만 지적하면 다음과 같다.

① 한국 민상법의 입법자가 스스로 구체적 적용의지를 형성하여 두지 않은 다종다양한 섭외적 법률관계에 한국법이 적용되는 것을 이론적으로 설명하기 곤란하다. 예를 들면, 오늘날의 국제사법 하에서는 당사자자치가 폭넓게 인정된다. 한국과 전혀 관계없는 법률관계에 대해서도 당사자의 의사에 의하여 한국법이 원용될 수 있다(국제사법 제25조). 한국 민법의 입법자가 채권계약법과 이와 관련된 각종 채권총칙, 민법총칙 규정을 입법하면서 '쌍방 계약당사자가 합의하여 준거법으로 원용하면 민법의 효력범위에 넣겠다는 입법의사를 가지고 입법하였다'고 설명하는 것은 어색하다. 그것은 '국제사법이 당사자자치를 인정하여 준거법으로 삼으면 준거법이 되고자 한다'라는 말에 불과하여, 단순한 동어반복일 뿐 별 의미가 없다. 민법학계 통설식의 설명방법의 허점을 형식적으로 메우는 점 외에는 별다른 의미가 없다. 그것은 국제사법의 문제를 무리하게 민법의 국제적 효력범

위의 문제로 삼으려는 시도에 불과하다.

② 현대 국제사법에서는 복수의 준거법을 지정한 뒤 그 중 하나를 우선시키는 규율방법을 종종 채용한다. 누적적 연결, 택일적 연결, 단계적 연결, 보정적 연결 등이 그것이다. 국가 민법의 국제적 효력범위론으로는 이를 설명하기 곤란하다.

③ 준거외국법 불명시 한국법을 보충적으로 적용하는 것(내국법보충설)도 적절히 설명할 수 없다.

④ 公序條項[30](국제사법 제10조)에 의하여 준거외국법의 적용을 배제하고 법정지법을 보충적으로 적용하는 것도 설명하기 곤란하다. '국제적' 公序良俗이 '국내적' 공서양속보다 좁게 이해되는 것도, '국제적' 공서의 개입이 준거외국법의 適用結果가 문제될 때 비로소 인정되는 것도 적절히 설명할 수 없다.

⑤ Huber식 영토주의에 따라 인적(속인적), 장소적(속지적) 타당범위론을 장소적(속지적) 타당범위론(Huber의 제1원칙과 제2원칙)[31]으로 축약하더라도, 이것이 '실체사법의 국제적 타당범위가 곧 국제사법을 결정한다'는 사고방식을 정당화해주는 것은 아니다. 오히려 그러한 사고방식의 무력함을 밝혀 준다. 물론, 현대 국제사법을 Huber식 영토주의'에서 출발하여' 설명하는 것은 논리적으로 가능하다. Huber의 국제사법이론의 출발점을 이루는 영토주의(속지주의)에 따르면, 당사자가 한국법원에서 '재판받기 위해' 한국에 와 있는 것(또는 소장을 제출하거나 소송대리인을 선임하는 등으로 한국의 재판권에 복종하고 있는 것)만으로도 한국법의 '屬地的' 적용이 정당화된다. 그러나 엄격한 속지주의와 禮讓을 가지고 국제사법을 기초지우고자 하는 Huber의 국제사법이론은, 국제사법이 국제공법 아닌 국가법으로 존재하는 것이 정상임을 피력하는 데 초점이 있는 것이지, Huber식 속지주의로부터 현대 국제사법이 도출되는 것이 아니다. '재판받기 위하여 한국 영토 내에 있는 당사자에게도 속지법을 적용한다'는 의미의 Huber식 속지주의는 전면적 법정지법주의를 의미하므로, 다시 '본격적 의미의 국제사법'에 의해 극복되지 않으면 안 된다. 더구나, 양면적 저촉규정을 위주로 구성되는 국제사법(한국의 현행 국제사법도 그러하다)을 설명하는 데까지 나아가면, '논리전개의 출발점'으로서의 'Huber식 속지주의'는 거의 퇴색되어 버리게 된다. 그래서

30) 국제사법학에서는 "公序良俗"을 줄여 "公序"라고 약칭하는 것이 일반적이다.

31) 제1원칙: "各 국가의 法律은 그 嶺土 안에서만 적용되며, 그의 모든 臣民을 구속한다. 嶺土 밖으로는 미치지 못한다." 제2원칙: "한 국가의 嶺土 안에 있는 모든 사람은, 永住者든 一時的 居住者든, 그 국가의 臣民으로 본다." 李好珽, 전게서, 52면의 번역을 전재함.

붸히터(Wächter)의 법정지법주의[32]와 마찬가지로 Huber의 속지주의(법정지법주의)도, 전면적으로 법정지의 실체사법만 적용한다는 것이 아니라, 첫째, 세계적 통설에 구애받지 않고 법정지국 고유의 국제사법을 형성하고자 하며, 둘째, 속지주의를 속인주의에 비하여 다소 강조한다는 점에 특색이 있을 뿐이다.

요컨대, 국제사법적 규율이란 '민상법의 국제적 타당(효력)범위의 구체화'라고 보는 사고방식은 근거가 약하다. 국제사법을 '민법에 내포된 민법의 국제적 타당범위론'을 구체화하는 세부 뒷처리 작업을 하는 법으로 취급하여서는 곤란하다.

민상법의 국제적 효력범위를 제한적으로 보고 국제사법을 그 연장선상에 놓는 견해의 셋째 문제점은, 상술한 두 번째와 세 번째 사고방식이 국제법설에 과도한 무게를 실어주어, 오히려 국제사법의 발달을 저해할 수 있는 점이다.

국제사법의 淵源에 대한 국가법설(국내법설)의 입장에서는, 각국 국제사법이 '최밀접관련'국법을 지정함에 있어 어떤 공통점이 발견되더라도, 이를 놓고 국제사법에 관한 國際慣習法이 생겨났다고 말할 일이 없다. 私法關係의 準據法의 결정을 '국제공법의 문제'로 다루어 그런 국제사법적 규율을 하는 것이 아니기 때문이다. 그러나 국제법설에 따르면 국제사법은 이미 국제공법으로 존재하고 있거나, 아직은 국제사법이 각국의 국가법(국내법)으로 존재하고 있지만 그것이 장차 성문 또는 불문의 국제공법으로 바뀌어야 한다고 본다. 그래서 각국 국제사법 간에 공통점이 발견되는 경우 이를 근거로 국제관습법의 형성을 점검하게 된다.

그런데 문제는 국제사법을 '민법의 국제적 타당범위의 구체화'로 보는 사고방식이 국제법설과 결부되면, '실체법규를 입법하는 국가의 입법관할권'의 국제공법에 의한 경계획정이 곧 국제사법이라고 보는 사고방식으로 흐르게 된다는 점이다. 물론, '각국이 채용한 국제사법규칙이 보편타당한 것으로 널리 보급되면 이에 따라 국제사법의 국제공법화의 폭이 그만큼 넓어지고 각국의 국제사법에 대한 형성자유가 제한된다'는 점은 국제법설의 기본입장에 해당한다. 그런데 '국가 민상법의 인적·장소적 효력범위'론이 국제법설과 결부되면, 이렇게 형성되는, 국제사법에 관한 국제관습법이 '국가가 어떤 인적·장소적 효력범위를 가지는 국내입법을 할 수 있는지' 자체를 제한하는 내용을 가지게 된다고 하게 된다. 이것은 각국의 주권에 큰 위협이 된다. 각국의 국제사법이 명쾌하게 공통된 내용을 가지게 됨으로써, 국가 입법관할권 자체가 제한받게 되는 것이기 때문이다. 그 결과 각국은

32) 李好珽, 전게서, 58-59면 참조.

자국 국제사법에 '보편타당'한 규율을 두고자 힘씀에 있어 불필요하게 조심스러워지게 될 수 있다. 이렇게 하여, 국제법설은 준거법 결정에 관해서도 국제사법의 발달을(특히 각국 국내법에 의한 국제사법의 발달을) 오히려 저해할 수 있다.

끝으로, 민법학계에서 국제사법이 민법의 규율(민법 내에 함축되어 있는 '민법의 국제적 타당범위'에 대한 규율)의 세칙에 불과하다고 보는 서술방식이 왜 부당한지를, 해외의 입법례에 비추어 다시 한번 살펴보고자 한다. 특히, 국제사법(좁은 의미)을 민법총칙에 포함시켰던 독일민법전 제1초안과, 국제사법을 포함하는 민법전인 프랑스민법전이 시사하는 바를 생각해 본다.

독일민법전 제1초안에 민법총칙이 편제상 포함된 것은, '민사실체법'의 총칙이 아니라 '민사법(법률저촉법과 실체사법 포괄)'의 총칙을 표방하였기 때문에 가능하였다. 그러나 독일민법도, 한국민법도 더이상 그런 의미의 민법총칙을 상정하지 않는다. 말하자면, '국제사법'과 '민법'을 함께 묶는 법전은 독일에서도 한국에서도 존재하지 않는다. 한국에서는 이런 형태의 법전 편찬이 시도된 일도 없다. 민사실체법의 일반사법이 민법이라고 보는 입장(예: 한국, 독일, 일본의 민법전)과, '민법총칙에 국제사법을 포함시키는 방식'은 양립불가능하다.

한편, 프랑스민법전은 민법만 규율하지 않고 넓은 의미의 국제사법까지 규율하는 초대형 법전이기를 추구한다. 그러나 실제로는 국제사법에 대해서는 립서비스 차원에서 몇 개의 대원칙만 명시했었다. 각칙규정은 최근에서야 몇 개를 신설했을 뿐이다. 프랑스민법전의 이름만 보면 "민법전(Code civil)"이라 하여 한국 민법과 별로 다르지 않아 보이지만, 프랑스민법전에는 국제사법 규정이 몇 개 있다. 한국 민법학자로서는 민법전에 국제사법이 포함된 것을 보고, 민법의 국제적 타당범위를 구체화하는 것이 곧 국제사법이라고 보아야 하는 것은 아닐까 라는 인상을 받게 될지도 모르겠다.

그러나 프랑스민법전의 국제사법에 대한 접근방법은 한국 민법의 그것과 다를 뿐만 아니라, 한국 민법학설이 내세우는 사고방식과는 현저한 거리가 있다. 첫째, 프랑스민법전은 한국이나 독일의 민법전과 같은 스케일의 법전이 아니다. 넓은 의미의 국제사법도 함께 입법한 법전이다. 둘째, 그럼에도 불구하고 실제 입법작업에서는 국제사법이 소홀히 다루어져 있다. 준거법 결정에 관해서는 매우 포괄적인 규정만 두고 있다가(제3조) 최근에서야 혼인과 친자 등에 관한 국제사법 규정을 몇 개 추가하였을 뿐이다(제309조, 제311-14조 내지 제311-18조, 제370-3조 내지 제370-5조, 제1837조). 국제재판관할에 관해서는 단순하게 국적에 따

라 규율하면 그만이라는 '검증되지 않은 발상'을 입법화한 뒤 아직까지 개정하지 않고 그대로 두고 있다.[33] 따라서 국제사법 규정체계의 입법모델로서의 프랑스민법전의 위상은 그다지 높지 않다. 셋째, 프랑스민법전의 어느 부분을 보아도, '실체사법의 국제적(인적, 장소적) 타당범위로부터 국제사법이 도출된다'는 취지의 규정을 찾을 수 없다.

어느 모로 보든, 국제사법을 민법(에 내포된 민법의 속인적, 속지적 타당범위론)의 구체화로 보려는 시도는 타당성을 가지기 어렵다. 우리나라에서는 본격적인 수준의 성문 국제사법(1910년의 일본 法例 依用, 1961년 涉外私法 입법)이 존재하여 온 지 오래되었다. 그럼에도 불구하고 국제사법을 민법의 국제적 효력범위론의 세칙 정도로 간주하는 설명방식이 지금까지도 지속되고 있는 것은 이해하기 어렵다.

결국, 우리나라에서도 국제사법의 연원에 관한 국제법설과 국내법설에 관심을 가짐에 있어서는, 현대 국제사법 학설에서 존재하는 논의에 초점을 맞출 필요가 있다. 즉, 국제사법 분야에서 국제관습법이나 법의 일반원칙을 광범위하게 찾아보려는 무리한 시도에 휩쓸리는 일은 피하는 현명함을 발휘하면서, 국제사법 통일조약의 역할에 초점을 두는 것이 타당할 것이다. 조약에 의한 국제사법의 통일을 어느 정도의 폭과 속도로 진행하는 것이 적절한지, 국제사법의 법전화를 국제사법 통일조약을 통하여 추구할 것인지 아니면 각국이 국내법으로 국제사법전을 만들고, 국제사법 통일조약은 필요에 따라 부분적으로만 만들지 등에 관심을 기울일 것이 요망된다.

---

33) 프랑스민법전의 제정시에 국제사법 규정에는 그다지 큰 관심을 기울이지 않은 것으로 보인다. 준거법결정에 관한 규정만을 보면, 프랑스민법전에 원래 규정된 것은 부동산소재지법주의(제3조 제2항), 사람의 신분과 능력에 관한 본국법주의(제3조 제3항)라는, 준거법결정에 관한 기본원칙만을 명시한 것과, 민법전 제정 후에 국제사법 학자들에 의하여 '국제적 강행법규의 특별연결론'의 근거조항으로 활용된 조항(제3조 제1항) 뿐이다. 그 외의 국제사법규정들은 근래에 추가된 것으로서, '국제사법'이라는 이름의 법률을 별도로 입법하려는 몇 차례의 시도가 좌절된 후에 민법전 내에 조금의 국제사법규정이라도 규정하기로 한 결과에 불과하다. 그리고 국제재판관할에 관해서도 프랑스민법전 내의 규정은 원고국적관할(제14조)와 피고국적관할(제15조) 규정뿐이다. 이 두 규정은 내용적으로도 문제가 있어, 기초작업이 충분히 이루어진 것으로 보기 어렵고, 다소 즉흥적 발상으로 만들어진 것이 아닌가 생각될 정도이다. 기초작업 중에는, 국제재판관할은 국적국관할로 규율하면 충분하고 또 국적국의 국제재판관할에 대해서는 아무런 제한도 규정할 필요가 없다는 낙관이 지배하고 있었던 듯하다. 특히 제14조와 제15조의 입법적 문제점을 극복하는 일은 해석론에 맡겨져 학설·판례에 큰 짐이 되어 왔다.

2. 국제사법의 통일이냐 다양성이냐

통설은 국제사법의 목표가 국제적 판단일치에 있다고 이야기한다.[34] 그런데 국제사법적 판단의 국제적 일치를 보장하기 위하여, 국제사법을 국제적으로 통일하는 것이 바람직한가? 즉, 국제조약으로 국제사법을 통일하거나, 국가입법의 내용을 통일적으로 형성하도록 노력하여야 하는가? 아니면, 국제적 판단일치라는 목표를 추구하면서도, 다양한 해법의 경쟁을 인정하는 것이 보다 바람직한가?

이 문제에 대하여 한마디로 답하기란 어렵다. 한편으로는, 국제사법의 국제적 통일작업에 수반되는 문제점과 한계가 있다. 인간의 인식능력과 토론을 통하여 최선의 해결에 합의하기에 이르는 능력은 불완전하다. 정치적 입법과정에 수반되는 현실적 요인들도 통일국제사법조약의 내용 형성이 최선의 것이 되지 못하도록 방해할 수 있다. 그러나 다른 한편으로는, 이미 주권국가의 국내적 입법이 실증하였듯이, 통일적 입법이 항상 실행불가능한 것은 아니다. 결국, 국제사법의 통일의 구현가능성은 구체적으로 어느 국가가 어떤 틀 속에서 어떤 입법사항을 놓고 논의하는가와 관련된다.

다른 한편으로는, 각국 국제사법을 통일하지 않고 다양성을 유지하는 방법도 고려되어야 한다.[35] 각국 국제사법의 다양성을 유지하면서 국제적 판단일치를 기하는 방법으로는, 비교법에 입각한 기초(플랫폼)의 통합이나, 일방주의적인 접근이 채용될 수 있다. 첫째, 비교법에 바탕을 두고 각국법을 취급하는 공통적 기초를 발견하는 방법이 있다. 이것은 비교법적 혹은 국제사법적 성질결정론으로 구체화되고 있다. 둘째, 각국 국제사법 간의 차이를 그대로 두면서 법정지 국제사법에 의하여 일방주의적으로 조정하는 방법이 있다. 反定(renvoi)[36]이 이런 일방주의적 접근의 대표적 예이다. 그 외에 "법률관계의 승인"[37]이라든가, 본문제의 준거법을 지정할 때 선결문제에 대한 국제사법적 규율까지 포함하여 본문제준거법에 맡기는 이론(본문제준거법설)도 여기에 속한다.

---

34) 대표적으로 Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 4 II.

35) 독일의 케겔(Kegel)의 학설이 국제적 판단일치를 국제사법의 이익들 중 하나로 위치지우는 태도에는 이러한 관점이 담겨 있다고 할 수 있다. Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 2 I. - IV. 1., S. 131-150; 李好珽, 전게서, 19-31면 참조.

36) 한국 국제사법은 反定의 法理를 일부의 형태로만 인정하는 조심스러운 접근을 하고 있다(국제사법 제9조).

37) 한국 국제사법 학설상으로는 이를 일반이론으로 인정하는 견해는 보이지 않는다.

3. 국제사법의 입법기술: 확실성이냐 유연성이냐

국제사법은 확실성(certainty)과 유연성(flexibility) 각각을 어느 정도까지 추구하는 것이 적절한가? 두 가지 고려는 어느 정도로 양립 내지 조화가 가능한가? 이러한 질문은 국제사법과 국제사법학에서 오래된 문제이다. 또한 벗어날 수 없는 문제인 듯하다. 입법이나 해석론으로 일정한 해결을 채택하더라도, 그에 대한 평가의 문제가 남고, 새로운 방향의 법형성이 요구될 수도 있다.

국제사법학은 그 역사 속에서 때때로 확실성을 전면에 내세웠다. 어떤 저촉법 원칙이 고도의 보편타당성을 인정받게 되었으므로 그에 대한 예외를 인정할 실익은 크게 줄어들었고, 원칙 자체를 규칙 형식으로 못박는 것이 현명하다는 결론에 이르곤 하였다. 다른 법분야에서와 마찬가지로, 종종 역사적 권위와 이론적 권위가 결합되었다. 로마법의 서구 기독교세계에 대한 권위, 코몬로의 역사적 권위, 성문법전의 인지적·심리적 권위는 전자의 예이다. 이론적으로는 자연법 이론이 명시적, 의식적으로, 혹은 암묵적으로든 권위를 빌려 주었다. 확실성을 앞세우고 유연성의 요청을 뒤로 물러나게 한 예는 많다. 법칙학설(법규분류설), 프랑스와 영미의 기득권이론도 그러하다. 본국법주의라든지 피고재판적, 불법행위재판적, 영업소소재지관할 등도 그 예이다. 그러나 입법적으로 유연성을 선호하기도 한다. 최밀접관련원칙에 직접 의거하는 것, 영토주의에 의한 역외적 재판관할을 편의법정지나 적법절차기준에 따르게 하는 영미법계의 접근방법 등이 그 예이다. 기존의 확립된 원칙과 규칙의 권위가 흔들리면서 확실성과 유연성의 쟁점이 부상하기도 한다.

저촉법적 규율에서의 확실성의 요청은 법적 안정성(Rechtssicherheit, legal stability)과 동일시되거나, 섭외적 법률관계에서의 법적 안정성의 요청으로 이어진다.[38] 正義(justice)를 법적 정의로 좁혀 이야기할 때에는, '무엇이 정의로운가'에 대한 진실의 무한하고 다변하는 탐구가 반드시 정당화되는 것은 아니다. 法的 安定性은 正義에서 파생된 관념이지만, 구체적 문제상황 하에서는 종종 법적 안정성에 우위가 놓여진다. 기능적으로는 법적 안정성이 궁극적 정의에 우선하는 일이 자주 있다. 또 그것은 정당한 것이기도 하다. 이러한 고려는 국제사법학에서도 다르지 않다. 확실성을 현저히 우위에 놓은 규칙체계에 대한 믿음이 깨어지더라도, 이로부터 곧바로 '확실성보다 유연성이 중시되어야 한다'는 결론이 나오지

38) 국제사법에서의 법적 안정성의 요청에 관해서는 Kropholler, 전게서, § 4 IV 참조.

는 않는다. 확실성 있는 다른 해결책이 있을 수 있고, 확실성을 조금 덜 추구하는 선에서 적절한 균형이 이루어져야 하는 것일 수도 있기 때문이다. 아마도 '확실성과 유연성의 고려 간의 경중 배분'의 문제는 국제사법학에 대해서도 영원한 숙제일 것 같다.

4. 국경을 넘는 인적 이동의 대중화, 일상화는 무엇을 요구하는가: 속인적 연결점의 문제

국제사법에 있어서의 확실성과 유연성이냐의 문제는 사람의 속인법을 정할 때에도 제기된다. 자연인과 법인 양쪽에 대하여 문제된다.

오늘날 사람은 자신의 연고지에 얽매이지 않고 국경을 넘나들며 활동한다. 오래 동안, 자연인의 국경을 넘는 활동은 귀족, 군인, 대규모 이주정착 등에 한정되었다. 그러나 오늘날은 자연인의 국제적 활동이 누구에게나 가능해져 있다. 정치적인 면에서는 토지(특히 경제생활의 터전으로서의 농토)에 대한 속박이 약화되고, 기술적인 면에서는 교통과 통신이 발달되고 대중화된 결과라고 할 수 있다. 이러한 현실 앞에서, 오늘날의 국제사법은 자연인의 속인법을 어떻게 정하여야 하는지 문제된다.

한편에서는, 속인적 연결점을 확고화, 단일화하는 것이 타당하다고 한다. 사람이 자신의 속인법이 바뀌거나 그 결정기준이 불안정해지리라는 염려 없이 국경을 넘어 자유롭게 이동하고 외국에서 활동을 하고, 신분관계를 맺고, 재산을 소유할 수 있도록 하여야 한다고 주장한다. 이것은 주소 개념에 관하여 법정지법이나 주소지법을 지정한다든지, 재외국민에 대해서도 본국법에 의하게 하는 형태를 띤다. 오늘날에는 국제경제법(通商法)의 사고방식이 국제사법에 침투하여, "국경을 넘는 사람의 자유로운 순환(free circulation of persons across the border)"을 위한 확고한 법적 기반이 저촉법에 의하여 제공되어야 한다는 논리가 제시되기도 한다.

다른 한편에서는, 속인적 연결점의 유동화 내지 다변화가 적절하다고 한다. 그 발상의 근거는, 사람이 국경을 넘어 그의 실질적 본거를 옮기는 것이, 국제사법적으로도 반영되어야 한다는 데 있다. 사람의 실질적 본거의 법을 그의 속인법으로 적용함으로써, 법률관계의 "本據(Sitz)"를 정하고 그곳의 법으로써 그 법률관계를 규율케 한다는 국제사법의 기본사상에 충실할 수 있다고 한다. 사람이 자신

의 본국에 주소를 두고 살다가 다른 나라로 이주한 경우에는, 기존에 살던 국가의 국적이 그 국적법에 의하여 상실되지 않았다든가, 그 국가의 주소법에 따라 그 주소가 상실되지 않았다 하더라도, 그의 속인법을 정하거나 그의 인적 재판적을 정함에 있어 이에 구애받아서는 안 된다고 한다. 그 대신 넓은 의미의 국제사법 전반에 있어, 주소와 국적 양쪽을 대신하여 居所(Aufenthalt)가 연결점이 되어야 한다고 말한다.

5. 속지주의의 재정립

원래 속지주의는 '엄격한 속지주의(strict territoriality)'를 의미하였다. 그리고 법률의 "域外性(extraterritoriality)" 내지 "域外適用(extraterritorial application)"이라고 하면, 사람의 屬人法의 관철을 가리키는 말이었다. 즉, A국에 주소나 국적을 둔 사람에 대하여 그의 속인법을 적용하는 한도에서는, B국 영토 내에서도 A국법을 적용하게 된다는 점을 지칭하였다.

그런데 屬地主義의 엄격성이 완화되면서, 속지주의에 따르기는 하되 '엄격한 속지주의'에는 따르지 않는 형태의 규율이 나타났다. 이것은 한편으로는 이론적 모순인 듯이 보일 수도 있다. 왜냐하면, 속지주의는 17세기 네덜란드의 Huber에 이르러 주권국가 개념에 근거하는 형태로 재정립되었으며, 여기에서 말하는 속지주의는 주권국가의 자국 영토 내의 문제에 관한 입법관할권 독점을 의미하였기 때문이다. 이 단계에서는, 속지주의를 내세워 자국법의 전면적 적용을 원칙으로 내세우고 외국법의 적용을 '禮讓(comitas, comity)'의 차원으로 돌려 놓았다. 그런데 그 다음 단계에서, 국가경제에 대한 개입주의 내지 후견적 국가관에 근거하여, 한 국가가 자신의 속지주의를 자국 영토 밖의 행위에 대해서까지 확대한다는 것이 현대의 '속지법의 역외적용'론이다.

'속지법'이 '역외적용'된다는 논리가 입법적으로 채택되는 예는 자주 볼 수 있다. 미국에서는 독점규제법, 증거개시(discovery)법, 지식재산권법, 금융법 등의 역외적용을 입법적으로 명문화하거나, 입법의사의 합리적(추단적) 해석에서 그 근거를 찾고 있다. 독일 경쟁제한금지법[39]이나 한국 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률'(제2조의2)에서도 법정지의 속지적 법규의 역외적용을 일정한 범위에서 입법적으로 명정하는 예도 볼 수 있다.

---

39) 경쟁제한금지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) § 130(2).

이것은 모든 문제를 해결한 것인가? 한편으로는 그렇게 보여지기도 한다. 국가주권을 내세워 국제법설[40]과 거리를 두고 국내 저촉법의 내용 형성의 자유를 주장하는 입장(국내법설[41])에서, 국가 입법자는 스스로 자국법의 속지적 적용범위를 정하는 행동반경을 충분히 가질 수 있다고 볼 여지가 있다. 그러나 다른 한편으로는 심각한 문제제기를 하기도 한다. 특히 국제법설의 입장에서 그러하다. 국제법설에서는 전통적으로 준거법결정의 문제를 국가 입법관할의 획정 문제로 보았고, 특히 權力關係에서의 公法法規의 적용에 관해서는 오늘날에도 철저히 그렇게 보려고 한다. 게다가, 국제법설은 법률저촉법이 국제공법으로 존재하는 것이 입법론적으로 타당하다고 본다. 그래서 이런 형태의 국제공법적 규율이 국제관습법이나 일반적 법원칙(general principles of law)으로 발달되어 나온 것을 발견하려고 한다.

그런데 이 문제를 단순하게 두 개의 상반되는 입장의 대립으로만 볼 것은 아니다. 오늘날의 통설 내지 다수설이라 할 수 있는 국내법설은 각국의 자국 속지법의 적용이 서로 충돌 없이 공존하는 것을 전제로 한다. 一國法의 域外適用은 이러한 상호불간섭의 균형을 깨뜨릴 수 있다. 국제법설이 말하는 국제공법의 구속이 아니더라도, 국가법 차원에서 이론과 지혜(자제)가 발휘될 여지가 있다. 요컨대 일국법의 역외적용은 사법저촉법 내지 공법저촉법 분야에서 아무 제약 없이 자유분방하게 전개될 수 있는 것은 아니다. 저촉법 이론에 의하여 인도되고 제약되어야 한다.

6. 당사자자치의 역할

근현대 국제사법의 900년 역사 속에서 볼 때, 당사자의 의사 그 자체를 준거법결정의 기준으로 하거나 국제재판관할의 기초로 인정하는 것은 역사가 그리 오래되지 않았다. 현대 국제사법의 중요한 연결원칙 중 하나인 당사자자치의 뿌리는 몇 가지로 이야기될 수 있다.

첫째는 당사자에 의한 연결점의 선언(천명)에 대하여 법정증거주의적으로 구속력을 인정하는 것이다. 대륙유럽에서는 중세유럽의 부족법시대에서부터 "법의 고백(선언)(法의 公示)(professio iuris)"이 인정되었다.[42] 당사자가 스스로 법률문

40) 국제사법의 연원에 관한 국제법설을 말한다.
41) 국제사법의 연원에 관한 국내법설(국가법설)을 말한다.
42) 李好珽, 전게서, 37면.

서(예: 계약서)나 소송에서 자신의 주소를 밝히는 데 따라 그의 속인적 연결점이 확정되었다. 국제소송 발달 초기의 영국에서도 이에 비견될 만한 발달이 있었다. 당사자가 계약서에서 계약체결지를 영국인 것처럼 기재하면 법원에서 실제의 계약체결지를 따지지 않고 이를 받아들여 영국법원의 계약체결지관할(국제재판관할)을 인정하고 법정지법주의에 따라 그 계약에 영국법을 적용하였다.[43]

둘째는 프랑스의 법규분류학자 뒤물랭(Dumoulin)이, 부부재산제의 준거법 결정기준으로서의 혼인주소지법주의에 대하여 불변경주의를 주장한 것이다. 뒤물랭은, 지방에 살던 남녀가 혼인하여 신혼살림을 파리에서 차린 경우, 그 뒤에 고향이나 다른 곳으로 이주하더라도, (당시 선진적인 법으로 인식되었던) 파리 관습법이 그들의 부부재산제를 항구적으로 규율한다고 할 것을 주장하였다.[44] 이것은 당사자의 의사 자체를 연결점으로 삼는 것이 아니라, 어떤 연결점을 가지고 준거법을 정할 것이냐를 생각함에 있어, 당사자의 의사가 반영된 연결점이 어떤 것인지도 고려에 넣는 사고방식이다.

셋째는 계약준거법의 결정기준의 어려움이다. 경제학에서는 국제거래의 실익을 비교우위설에 의하여 설명하곤 한다. 이에 따르면, 경제활동의 여건이 서로 다른 국가 간에서야말로 국제거래가 큰 이익을 가져올 수 있다. 이 이론에 따르면, 국경 양쪽에 있는 계약당사자들이 서로 잘 알지 못하거나 서로 긴밀한 관계를 맺고 있지 않더라도, 국제거래가 성공적으로 일어나 쌍방에 이익을 가져다 줄 수 있고, 쌍방은 서로 계약을 맺고자 한다. 게다가, 쌍무계약 내지 쌍방적 계약이 오늘날의 국제계약의 일반적 형태이다. 이러한 두 가지 이유에서, A국의 甲이 자신의 환경을 이루는 A국법의 적용에 대하여 가지는 이익 내지 기대와, B국의 乙이 B국법의 적용에 대하여 가지는 그것은 종종 대등하다.계약준거법을 객관적 기준에 따라 정하기 위하여 계약체결지법설, 이행지법설, 속인법설, 실무지법설 등 다양한 학설이 나왔지만, 어느 것도 만족스러운 해결을 제공하지 못하였다. 이러한 상황을 타개하는 방법으로, 계약에서의 당사자자치가 각광을 받게 된 점이 있다.[45]

넷째는 意思自治(l'autonomie de la volonté)의 한 내용으로서 당사자자치를

43) 李好珽, 전게서, 56면.
44) 李好珽, 전게서, 47면.
45) 계약에서의 당사자자치를 이렇게 설명하는 견해로 Kegel, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1985, § 18 I, S. 379; 李好珽, 전게서, 280면.

인정하는 사고방식이다.[46] 사적 자치는 인격자유, 소유권자유, 계약자유를 넘어서서 담보물권, 가족법, 상속법 등의 분야로 확대되고 있다. 국제사법에서의 당사자자치도 이러한 실체사법상의 변화를 어느 정도 반영하고 있다. 그래서 계약 뿐만 아니라 여러 분야에서 당사자자치의 인정가능성이 입법론적으로 검토되고 있다. 그러나 다른 한편으로는 당사자자치는 그것이 인정되는 대표적 분야인 계약분야에서도, 경제공법적 고려와의 관계에서 벽에 부딪치고 있다. 일부 국가들은 여전히 계약 분야에서 당사자자치를 부정한다. 법률회피론에 의하여 당사자자치의 효력을 제한하기도 한다. 또, 계약준거법 약정의 자유를 인정하더라도, 공법적 성격 있는 법정지 법규의 절대적 적용에 의하여 약정준거법이 뒤로 물러나기도 한다.

다섯째는 국제상거래에 있어서의 법적 안정성에 대한 높은 요구이다.[47] 이것은 당사자자치의 이론적 근거가 설사 불충분하더라도, 당사자자치를 인정하는 것이 법적 안정성 제고를 위한 실용적 장치가 될 수 있다면 당사자들의 준거법결정의 자유를 승인하려 한다.

Ⅲ. 국제사법의 학문적 교육의 과제

오늘날 국제사법은 기본적으로 국가법으로 존재한다. 국제사법의 국가법시대에 우리는 살고 있다. 그러므로 국제사법학의 교육은 각국별로 이루어지지 않을 수 없다. 물론 이것이 교과내용의 철저한 국가화를 의미하는 것은 아니다. 국제사법학에서 국제사법의 비교연구, 즉 비교국제사법은 매우 중요한 의미와 비중을 가진다. 여기에서는 외국에서 국제사법학을 어떻게 가르치고 있는지도 참고하면서, 한국에서의 국제사법학 교육이 어떤 형태로 이루어지는 것이 타당할지를 생각해 보고자 한다.

당면한 과제를 이야기하는 일은 눈 앞에 놓인 현실을 전제로 한다. 현실의 문

---

46) Jürgen Basedow, "Theory of Choice of Law and Party Autonomy", 성균관법학 제24권 제3호(2012. 9.), 103-148면(그 번역은 장준혁 역, "준거법선택과 당사자자치의 이론"으로 149-189면에 수록) 등.

47) 이 점을 강조하는 견해로는 영국 판례의 固有法(proper law)이론이 대표적이다. Vita Food Products v. Unus Shipping Co., [1939] A.C. 277. 호주의 P. E. Nygh, The Reasonable Expectation of the Parties as a Guide to the Choice of law in Contract and in Tort, Recueil des cours, Vol. 251 (1995)도 이러한 입장이다.

제점을 보고 이를 해결하는 것은, 구체적 현실을 초월하여 형이상학적 진리를 추구하는 것에 못지 않게 중요하다. 문제에서 출발하여 문제의식을 형성하고 그 관점 하에서 문제 해결을 위하여 노력하는 접근방법은, "현실과학" 내지 "현실적 학문"이라고 불리우는 법학에서는 특히 중요하다. 이 자리에서 국제사법 교육의 과제를 말함에 있어서도, 현 실태의 점검에서 첫 발을 디디지 않을 수 없다. 그러나 이 글은 사실의 조사연구를 목적으로 하는 글이 아니다. 이 글에서 필자의 개인적 견문이나 경험에 의존하는 부분이 많은 점에 대하여 너그러운 이해를 구한다.

1. 교과과정의 체계적 정비

가. 현황

국제사법은 중요한 과목이고, 넓은 의미의 국제사법을 한 학기에 개관하는 것이 거의 불가능하다고 할 정도이다. 그럼에도 불구하고 국제사법을 2학점이나 3학점의 독립된 과목으로 편성하는 예가 대한민국의 법학전문대학원에서는 극히 드물다. 오히려 대다수의 법학전문대학원에서는 국제거래법 담당교수가 "국제거래법"이라는 이름의 과목에서 2-3주 가량을 할애하여 국제사법을 간략히 개관하고 있다. 법학전문대학원에 따라서는 아예 국제사법을 전혀 강의하지 않는 예도 드물지 않다.

국제사법 분야의 교과과정을 체계적으로 정비하여 국제사법의 강의가 충실히 이루어질 수 있도록 여러 법학전문대학원 간에 공조가 이루어질 필요가 있다.

성균관대학교 법학전문대학원의 예를 보면, 국제사법(넓은 의미의 국제사법을 다룸, 국제재판관할, 국제적 이중소송과 외국재판의 승인집행은 비교적 간략히 다룸), 국제민사소송법, 국제사법사례연구의 3과목을 편성하고 있다. 다만, 아직 '넓은 의미의 국제사법'이라는 과목군이 제도적으로 자리잡지 않은 관계로, 광의의 국제사법 분야에 귀속시킬 수 있는 여러 과목들이 민사소송법, 상법, 가족법 등의 분야에 분산 개설되어 있다. 첫째, 민사소송법 분야에서 ADR이 편성되어 있다. 국제민사소송법 과목도 원래는 민사소송법 과목군의 일부로 개설되었으나 법학전문대학원 인가신청서 제출 단계에서부터 국제사법 전임교수가 맡는 것으로 조정되어 시행되고 있다. 둘째, 성균관대학교의 경우에는 국제거래법이 상법의 일부로 편성되어 있다. 이것은 국제거래법을 '국제상거래에 특유한 실체법'으로

이해하는 점에서 정확한 이해에 바탕을 둔 것이라 할 수 있다. 또, 상법이 연혁적으로 중세상인법이나 국제거래에 주안을 두고 만들어진 주식회사 제도 등에 뿌리를 두고 있다는 점에서, 상법학이 국내상거래에 치우치지 않고 국제·국내상거래를 아울러 연구대상으로 삼는다는 점에서는 타당성을 가진다. 다만 이것이 국제거래법을 국내상법에 수반되는 부수적 연구대상 정도로 바라보게 하지 않을까 하는 염려가 남지 않는 것은 아니다. 아뭏든 국제거래법에 속하는 과목으로 국제거래법개론, 국제계약법, 국제거래법심화연구, 국제건설계약법 등이 편성되어 있으나, 첫 해인 2009년부터 2016년 2학기까지 실제로 개설된 것은 국제거래법개론뿐이다. 상법 내에는 국제상사중재도 개설되어 있다. 셋째, 민법의 가족법 분야에서 국제가족법을 편성하려고 하였으나, 현재 편성되어 있지는 않다. 과목수의 제한을 고려한 취지로 보인다. 다섯째, 지적재산권법 내에 국제지적재산권법이 편성되어 있다. 여섯째, 국제법 과목군 내에 '아동의 국제적 보호'가 개설되어 있다. 일곱째, 국제도산법이 도산법 전공분야 내에 편성되어 있다.

성균관대학교에서는 법학전문대학원 개원 초기에 교과과정 편성, 관리와 대학원생의 전공분야 관리 등을 위하여 과목군을 분류하면서, 국제공법, 국제사법, 국제거래법을 '국제관계법'으로 묶는 것이 타당하다는 의견도 있었으나, 다수결에 따라 부결되었다. 현재 국제사법은 민사법의 일부로, 국제거래법은 상법의 일부로 편성되어 있다.

서울대학교에는 국제사법 내에 국제사법, 국제민사소송법의 2과목이 편성되어 있다. 국제사법은 매년 개설되고 있으며, 국제민사소송법도 때때로 개설되고 있다. 민법(가족법) 내에 국제가족법이 편성되어 있다. 국제가족법은 아직 실제 개설된 일은 없는 것으로 보인다.

충북대학교에도 국제사법과 국제민사소송법이 각기 편성되어 있다.

기타의 법학전문대학원 가운데에는 국제사법을 독립된 과목으로 강의하는 예와, 국제거래법의 일부로 강의하는 예, 그리고 전혀 강의하지 않는 예가 골고루 보인다. 첫째, 국제사법 과목을 별도로 개설하는 예로는 고려대학교, 연세대학교, 인하대학교, 경북대학교, 아주대학교, 동아대학교 등이 있다. 둘째, 국제거래법의 일부로 몇 주를 할애하여 개관하는 예로는 강원대학교, 충남대학교, 영남대학교, 전남대학교, 부산대학교 등이 있다. 셋째, 전혀 강의하지 않는 예로는 원광대학교 등이 있다.

법학전문대학원이 설치되어 있지 않고 법과대학 체제를 유지하고 있는 경우에

는 국제사법을 독립된 과목으로 강의하는 경우가 오히려 더 일반적인 듯하다. 국민대학교, 숭실대학교, 경찰대학교 등이 대표적인 예이다.

교과과정의 정비에 있어서는 국제사법의 본질과 위상에 대한 인식이 보편화될 필요가 있다. 사실 국제사법이라는 과목명이 세계적으로 보편화된 것임에도 불구하고, 일반인 뿐만 아니라 상당수의 법률가들과 법학도들에게까지 혼란스럽게 여겨지기도 한다. 國際私法과 이름이 비슷한 법으로 국제공법(국제법)이 있다. 그것은 원래 "萬國公法(law of nations)"으로 불리웠다. 해방 후에도 상당 기간 동안 "國際公法(public international law, droit international public)"으로 불리웠다. 그런데 어느 때인가부터, 司法試驗 제도를 기준으로 하면 1963년부터, "國際法"이라는 이름으로 불리게 되었다. 이것은 우리 나라만의 현상은 아니고, 비슷한 시기에 영어권에서, 그리고 일본에서도 나타난 현상이다. 독일어권처럼 오래 전부터 "internationales Recht"라고 하면 국제공법만을 가리킨 경우도 있었다. 그러나 프랑스, 영국, 덴마크, 스웨덴, 핀란드, 미국 등 상당수의 국가의 법학계의 연구·교육체계(연구소 및 교과과정 편제)의 공식적 용어체계를 보면—그 나라에서도 다국적 국제법학자들은 용어를 달리하는 예가 흔히 있기는 하지만—여전히 "국제법(international law, droit international)"을 국제사법과 국제공법을 총칭하는 용어로 쓰는 것을 볼 수 있다.

위와 같은 용어상 혼란가능성에도 불구하고, 한국사회의 국제적 개방성의 증대로 인하여, 법률가집단 및 사회 일반에서 국제사법의 기능과 중요성에 대한 인식이 높아지고 있다. 국제사법 분야의 판례와 학술문헌도 크게 늘고 있다. 법학도들의 관심도 높아지고 있으며, 이미 '넓은 의미의 국제사법'에 대한 연구와 관심의 필요성에 대하여 뚜렷한 확신을 가지고 수강신청하는 경향이 나타나고 있다. 필자 개인적 경험을 들면, 불과 몇 년 전까지만 해도, 국제사법 과목의 첫 시간에 국제사법이 "國際司法裁判所(International Court of Justice)"에서 말하는 "國際司法(internationale Justiz)"인가 라고 묻고, 과목을 잘못 찾아 왔다고 하면서 다른 과목으로 수강신청을 변경하는 일이 한두 명씩은 있었다. 수강신청용 과목정보(수업목표, 수업내용 항목)에 분명히 설명되어 있음에도 불구하고 이렇게 오해할 만큼, 학생들 사이에서 國際私法이 어떤 법인지에 대한 이해가 그다지 높지 않았다. 그러나 법학전문대학원 개원 후 5년이 넘은 최근 1-2년 간에는 필자가 강의하는 국제사법, 국제민사소송법, 국제사법사례연구 강의에서 과목을 잘못 알고 찾아온 수강생을 본 일이 없다.

나. 프랑스 리옹 3대학의 예

한국에서 국제사법 계열의 과목들을 어떤 식으로 편성하여 운영할 것인가와 관련하여, 국제사법의 발달을 선도하는 국가들 중 하나인 프랑스의 예를 참고로 살펴 보는 것은 어떨까 한다. 국제사법 분야에서 주도적 역할을 하는 대학은 다수이지만, 특히 비즈니스 친화적이고 유럽법 및 국제입법 방면으로도 높은 관심을 쏟고 있는 예로서 리옹 3대학의 예를 소개하고자 한다.

프랑스는 학사과정에서 기본과목을 수학한 후, 석사과정에서 전문화를 하도록 한다. 대개의 법률가는 석사과정까지는 필수적으로 이수하고, 실무가 중에도 박사학위까지 소지한 경우가 드물지 않다. 이러한 틀 안에서, 국제사법 분야에서도 이에 특화된 석사과정을 제공하고 이러한 교육기능을 위한 연구기반으로서 국제사법연구소 내지 국제사법·국제거래법연구소나 국제사법·비교사법연구소를 두는 예가 있다.

파리 내의 대학들에서는 다양한 분야에 걸쳐 전문석사과정을 개설하고 있으므로, 여기에서는 파리 외의 지역의 예를 하나만 들어보고자 한다. 프랑스 제2의 도시 리옹의 리옹 3대학(Université Jean Moulin Lyon III)[48]에는 국제사법연구소(Centre de Recherche de Droit International Privé)(약칭 CREDIP)가 따로 설치되어 있다. 이 연구소에서는 "국제사법·비교사법 석사(국제법 부전공)" 과정(2년 과정)이 마련되어 있다. 국제사법연구소 소속 교수는 씨릴 누리싸(Cyril Nourissat)(2009년 창립시 초대 소장), 장 실베스트르 베르제(Jean-Sylvestre Bergé)(현 소장), 에두아르 트레뽀즈(Edouard Treppoz), 라주지 말릭(Laazouzi Malik)의 4명의 정교수와 제라르 아누(Gérard Anou), 니꼴라 부슈(Nicloas Bouche), 블랑딘 드 끌라비에르(Blandine de Clavière), 알랭 드베르(Alain Devers)의 4명의 전임강사(maître de conférence)로, 총 8명이다.[49] 리옹 3대학의 "국제사법·비교사법 석사"과정의 교과과정은 아래와 같다.[50]

---

48) 보통 파리 외의 도시에는 법과대학을 1개로 통합하고 있다. 그러나 리옹의 경우에는 리옹 2대학과 3대학 양쪽에 법학을 전공하는 학과가 설치되어 있다.

49) 리옹 3대학에서 국제사법과 가족법을 전문적으로 연구하는 위그 퓔쉬롱(Hugues Fulchiron) 교수는 국제사법연구소에 소속되어 있지 않고 가족법연구소(Centre de Droit de Famille)의 소장을 맡고 있다.

50) 아래 서술은 리옹3대학 인터넷 홈페이지(http://facdedroit.univ-lyon3.fr) 기재에 의존하였다. <http://facdedroit.univ-lyon3.fr/master-droit-prive-international-et-compare-mention-droit-international-64494.kjsp?RH=1159862634218>(2016. 6. 10. 최종수정).

제1학기(30학점 취득)

기초과목 5개(총 25학점): 국제기구법, 외교관계법 및 조약법, 국제경제법, 국제사법, 국제공법

외국어 1개(2학점): 영어, 스페인어 중 택 1

자유수강(UE libre) 1개(3학점): 법체계 비교

제2학기(30학점 취득)

기본과목 7개(총 27학점): 종합 세미나, 국제분쟁, 국제계약법, 기본권, 인도법, 국제형법, 국제거래법

외국어 1개(2학점); 영어, 스페인어 중 선택

자유수강(UE libre) 1개(3학점): 외교사

제3학기(30학점 취득)

기본과목 3개(총 10학점): 법률저촉법 심화, 재판관할저촉법 심화, 국제상법의 연원

필수 심화과목 3과목(총 8학점): 국제계약법, 국제/유럽 회사/도산법, 국제중재법

선택과목 3과목(총 6학점): 국제/비교절차, 사람과 가족의 국제사법, 국제조세법

외국어 1과목(3학점): 국제상거래의 법률영어

자유수강(UE libre) 1과목(3학점): 지구적(global) 맥락에서의 법의 적용

제4학기(30학점)

필수과목 2개(총 6학점): 유럽 및 비교국제사법(영어 강의), 국제투자법

선택과목 5과목(총 6학점): 국제지적재산권법, 국제금융법, 관세법(통관법)(Droit douanier), 국제운송법, 비교법방법론(영어 강의)

직업교육 2과목(18학점): 조사보고서, 실무수습(임의)

리옹3대학 국제사법연구소 주관으로 개설된 석사과정으로는, 위 석사과정 외에, 영어로만 강의하는 1년제 국제사법 LL.M.과정이 별도로 마련되어 있다(현재 연 등록금 1만불).

리옹대학에서 국제사법 분야에 특화된 석사과정은 국제사법연구소 주관의 국제사법·비교사법 석사과정이지만, 그 외에도, "국제공증인법 석사과정(Master Droit Notarial International, Mention Droit Notarial)"이 있다.[51] 이 과정의 주임교수는 말로리(Malaurie) 민법 시리즈의 가족법 교과서[52] 공저자로도 유명한 국제사법, 가족법 학자인 위그 퓔쉬롱(Hugues Fulchiron) 교수이다. 그 교과과정은 아래와 같다.

제1학기(30학점)

필수과목 5개(22학점): 부부재산제법, 국제사법/담보법(택1), 물권법, 민사집행법, Compatibilité

외국어 1개(2학점)

자유수강(UE libre)(3학점): 경영학

제2학기(30학점)

필수과목 8개(27학점): 상속법, 부부재산세제, 증여유증법, 상법, 건설법, 사법사, 직업적 윤리와 책임, 종합세미나

외국어 1개

자유수강(UE libre)(3학점): 농업법

제3학기(30학점)

국내·국제과정 공통과목 8개(16학점): 물권법, 독일 총괄재산법, 채권법, 선행계약(avant-contrats)의 학설법, 공증실무와 전문가책임법, 건설법, 도시계획법, 공증세무법

국제과정 특별과목 14개(9학점): 국제·유럽가족법, 국제·유럽인법, 국제·유럽 상속·부부재산법, 국내·국제계약·계약집합법, 국제·유럽상법, 총괄재산의 관리-국내 및 국제적 공증사무, 유럽에서의 증서의 유통과 효율성, 국제공증조세, 국제·유럽 회사·단체법, 담보법(유럽 및 국제적 측면)

---

51) 이하의 서술은 이 석사과정을 소개한 리옹3대학 법학과 홈페이지 기재에 의존하였다. <http://www.univ-lyon3.fr/master-droit-notarial-interne-mention-droit-notarial-99804.kjsp?RH=INS-FORMdiscEcoGest>(2016. 7. 4. 최종수정).

52) H. Fulchiron et P. Malaurie, Droit de la famille, 5e éd., LGDJ, 2016.

외국어 1개(2학점): 법률영어

자유수강(UE libre)(3학점): 외국에서의 공증인의 지위와 외국어로 행하는 실무

제4학기(30학점)

구두시험 15학점

실무수습 15학점: 문서작성, 필수수습(Stage obligatoire)

리옹3대학의 "국제사법·비교사법 석사과정"과 이를 주관하는 "국제사법연구소"만 보면, 국제가족법, 국제상속법의 비중이 적어 보일 수도 있다. 그러나 국제가족법과 국제상속법은 다른 석사과정[53]에서 좀 더 중점적으로 다루게 되어 있다

53) 리옹3대학에서 제공하는 석사과정은 다양하다. 2016년 현재 그 목록은 아래와 같다(건강법 분야에 계속교육 석사과정이 다수 있으나 아래에 옮기지는 않았음).
- 비즈니스법 분야(Mention Droit des affaires): 비즈니스법 심화 석사(Master Droit des Affaires Approfondi), 비즈니스법·조세법 석사(Master Droit des Affaires et Fiscalité), 영화·시청각법 석사(Master Droit du Cinéma et de l'Audiovisuel), 예술시장의 법과 조세 석사(Master Droit et Fiscalité du Marché de l'Art), 조세법·실무석사(Master Droit et Ingéniérie Financière), 지식재산권 석사(Master Propriété intellectuelle).
- 보험법 분야(Mention Droit des assurances): 보험법 석사(Master Droit des assurances).
- 금융법 분야(Mention Droit bancaire et financier): 금융법 석사(Master droit bancaire et financier).
- 유럽법 분야(Mention Droit européen): 유럽비즈니스법 석사(Master Droit européen des affaires).
- 조세법 분야(Mention Droit fiscal): 조세법 석사(Master Droit Fiscal).
- 국제법 분야(Mention Droit international): 국제공법 석사(Master Droit International Public), 국제사법.비교사법 석사(Master Droit Privé International et Comparé).
- 공증법 분야(Mention Droit notarial): 국내공증(인)법 석사(Master Droit Notarial Interne), 국제공증(인)법 석사(Master Droit Notarial International).
- 형법 및 범죄학 분야(Mention Droit pénal et Sciences criminelles): 형사기본법 석사(Master Droit pénal fondamental), 국내안보 석사(Master Sécurité Intérieure), 범죄학 석사(Master Pénologie).
- 私法 분야(Mention Droit privé): 가족법 석사(Master Droit de la famille), 계약법·실무 석사(Master Droit et pratique des contrats), 부동산법 석사(Master Droit Immobilier), 사법 기본법 석사(Master Droit privé Fondamental), 농업법 석사(Master Droit rural).
- 공법 분야(Mention Droit public): 공직 석사(Master Carrières Publiques), 환경법 석사(Master Droit de l'Environnement), 公契約法 석사(Master Droit des Contrats Publics), 비즈니스공법 석사(Master Droit Public des Affaires), 공법 기본법 석사(Master Droit Public Fondamental).
- 건강법 분야(Mention Droit de la santé): 건강·사회기구 관리법조인 석사(Master Juriste Manager des structures sanitaires et sociales).
- 사회법 분야(Mention Droit social): 사회보호법 석사(Master Droit de la protection sociale): 사회법ê근로관계 석사(Master Droit Social et Relations du Travail).
- 법제사(法史) 분야(Mention Histoire du droit et des institutions): 법제사 석사(Master Histoire du Droit).

는 점에 주의를 요한다. 또, 위에서는 국제사법에 중점을 둔 석사과정으로 두 개의 예를 들었지만, 그 외에도 국제사법이 중요과목으로 되어 있는 석사과정이 다수 있다. 그 예는 아래와 같다.[54]

비즈니스법 심화 석사(Master Droit des Affaires Approfondi, Mention Droit

---

- 司法·절차·소송법 분야(Mention Justice, procès et procédures): 사법공무원 석사(Master Professions Judiciaires).
- 국제관계 분야(Mention Relations internationales): 국제관계 전문 석사(Master Expertise internationale), 불어경제권 석사(Master Francophonie - nouvelle économie, économie sociale et solidaire), 불어권과 문화 석사(Master Francophonie et culture), 불어권과 지속적 발전 석사(Master Francophonie et développement durable), 불어권과 국제관계 석사(Master Francophonie et relations internationales), 국제·정부간·비정부 프로그램 관리 석사(Master Gestion de programmes internationaux, intergouvernementaux et non-gouvernementaux), 전략적 정보 및 국제적 리스크 석사(Master intelligence strategique et risques internationaux), 국제관계와 외교 석사(Master relations internationales et diplomatie), 국제안보와 방위 석사(Master Sécurite internationale et défense).
- 리스크와 환경 분야(Mention Risques et environnement): 환경 리스크 거버넌스 석사(Master Gouvernance des risques environnementaux).

위 목록에 '건강법', '국제관계', '리스크와 환경' 분야와 범죄학이 포함된 것은 리옹3대학의 법학과가 실질적으로는 법학·정치학·경영학과로서의 성격을 어느 정도는 여전히 가지고 있음을 보여준다.

프랑스의 법학과는 법학·정치학과(법정대학)(Faculté/UFR de Droit et Science Politique)(예: 파리10, 리옹2, 보르도, 몽뻴리에, 니스, 렌느, 베르사이유), 법학·정치학·경제학과(예: 부르고뉴), 법학·정치학·경영학과(법정경대학)(예: 오를레앙), 법학·경제학·경영학과(법경대학)(Faculté de Droit, Économie et Gestion)(예: 스트라스부르) 등의 일부로 존재하는 경우가 많다. 전통적으로 이러한 학과편제를 따르던 대학 중에서는 근래에 법학과(Faculté de Droit)(예: 파리5, 리옹3)나 법과대학(École de Droit)를 독립시키는 예도 있다(예: 파리1, 국립정경대학(Science Po) 파리). 파리2대학은 법학, 경제·경영학·정치·사회학의 3대 분야를 관할하며, 법학과, 경제·경영학과, 정치·사회학과의 연합체 형태로 볼 수 있다. 프랑스의 대학에서 법학과 인접학문의 학제간 연구는 이미 프랑스 법학연구의 전통과 일상생활의 자연스러운 부분을 이루고 있어 새삼스러울 것이 없다. 이는 법학의 학제간 연구를 20세기 중엽에 이르러서야 유난히 강조한 미국 법학계와 대조된다. 미국의 이러한 풍조는 독특한 역사적 경험에 기인한다. 한편으로는 영국의 근대법사에서 법(과 법학)의 정치(와 정치학)으로부터의 독립의 추구에 역점이 두어진 전통이 계승되었다. 다른 한편으로는 영국의 법률가집단의 계급적 성격을 백안시한 나머지, 대학에 법학과를 두지 않고, 학사학위 소지자로서 어느 정도의 실무수습만 하면 누구나 변호사자격을 취득할 수 있게 한 상태로 수백년을 살아 왔다. 뒤늦게 19세기 말에서야 일부 대학에서 직업대학원 형태로 법과대학을 만들기 시작하였지만, 대학 내에서 법학과의 위치는 여전히 어색한 것이어서, 법학과 인접학문 간의 유연한 학제적 연구를 방해하는 걸림돌이 되고 있으며{Norman F. Cantor, Imagining the Law: Common Law and the Foundations of the American Legal System (1999), 서문 참조}, 이러한 경향을 희석, 중화시키기 위하여 의식적으로 학제적 연구를 강조하여야 하는 고충도 종종 따르고 있다. 물론 미국에서도 영국의 옥스포드, 캠브리지대학, 오스트리아의 비엔나대학, 프랑스의 소르본(법학과는 1971년에 파리1-빵떼옹 소르본의 일부로 분리됨) 등 유럽 학계의 영향을 열렬히 흡수하여 온 예일, 하버드, 콜롬비아, 시카고, 버클리 등의 학문적 법과대학원에서는 1930년대 경부터 법학을 대학의 학문적 전통 속의 일부로 자리잡게 하기 위하여 비상한 노력을 기울여 왔다. 또, 근래에 파리1대학의 영향을 많이 받아 법철학, 법사회학, 헌법, 국제사법, 국제법 등에서 강세를 보이고 있는 뉴욕대학(NYU)의 예에도 주목할 필요가 있다.

54) 리옹3대학 법학과 홈페이지의 석사과정 소개에 의존하였다. 법학 분야 석사과정을 종합한 페이지는 <http://www.univ-lyon3.fr/masters-du-domaine-droit-economie-gestion-501805.kjsp?RH=INS-FORMglob>(2016. 7. 26. 최종수정).

des affaires)

비즈니스법 및 조세법 석사(Master Droit des Affaires et Fiscalité, Mention droit des affaires)

영화·시청각법 석사(Master Droit du Cinéma et de l'Audiovisuel, Mention Droit des affaires)

예술시장의 법과 조세 석사(Master Droit et Fiscalité du Marché de l'Art, Mention Droit des affaires)

지식재산권 석사(Master Propriété intellectuelle, Mention Droit des affaires)

보험법 석사(Master Droit des assurances, Mention Droit des assurances)

금융법 석사(Master droit bancaire et financier, Mention Droit bancaire et financier)

유럽비즈니스법 석사(Master Droit européen des affaires, Mention Droit européen)

다. 국제사법 과목군의 편성방식

하나의 과목군 내지 광역분야로서의 '國際私法 및 관련과목 群'은 어떤 식으로 편성되는 것이 바람직할 것인가?

최선의 방법은 國際私法의 주변과목들까지 묶는 하나의 '과목군'으로서 國際私法 분야를 설정하는 방법일 것이다. 이렇게 함으로써, 학생들로 하여금 "국제관계의 기본법"[55]으로서의 국제사법의 위상을 자연스럽게 몸에 익히게 할 수 있다. 그래서 국제관계의 私法의 공부를 國際私法으로부터 출발하고, 다양한 國際的 私法關係 분야에서 저촉법, 실체법, 절차법을 공부하면서도 그것이 국제사법의 일반이론에 대하여 시사하는 바를 생각하도록 길잡이할 수 있다. 구체적 범위에 관해서는 여러 국가사법 선진국의 國際私法 교과서의 예를 참고할 수 있다. 대개는 외인법(오늘날에는 주로 외국'법인'의 지위), 國籍[56]나 "住所(domicile)"[57]의 취

55) 이 표현은 한국 국제사법학사에서 중요한 위치를 가지는 崔公雄 전 특허법원장의 것이다.

56) 프랑스는 국적주의를 원칙으로 하므로 국제사법 교과서에서 國籍을 필수적이고 중요한 주제로 다룬다. 이는 일본과 한국의 국제사법 교과서에서 본받아야 할 점이다.

57) 영국의 국제사법은 영미법계에 독특한 "住所(domicile)" 개념을 가지고 있으며, 이것은 중요한 연결점으로 사용한다. 따라서 영국 국제사법 교과서에서는 "domicile"이 중요한 필수주제로 다루어진다.

득과 상실, 국제민사소송법 등도 국제사법의 범위에 넣고 있다. 또, 國際私法 입문 교과서에까지 넣기는 어렵더라도 국제상사중재법, 국제회사법, 국제도산법 등을 國際私法 분야 과목군에 넣고 있다. 국제사법 분야의 가장 중요한 국제기구인 하그국제사법회의(Hague Conference on Private International Law, La Conférence de La Haye de droit international privé, 1899~)이나 유럽연합 위원회(Commission)의 '국제사법' 담당 조직에서 다루는 사항들의 범위도 대체로 이와 같다.[58] 國際公法 계열로 국제경제법(통상법), 국제인권법, 국제투자법 등의 신종 분야를 분류할 수 있듯이, 國際私法 계열 과목군으로 '좁은 의미의 國際私法', 국제민사절차법, 국제상사중재법, 涉外公法, 국적법, 주소·거소법, 외인법, 국제사법적 문제의 실질법적 해결, 실체특별법(외국관련 있는 사안에 대한 실체법상 특칙을 총칭) 등을 배치할 수 있다. 경우에 따라서는 국제경제법(통상법)을 국제사법 쪽에 넣기도 한다(예: 하그 국제사법 아카데미, 일본 신사법시험). 중남미 국가들의 법률저촉법 통일조약의 총합체인 부스따만떼 법전(Codigó Bustamante)에서도 완전하지는 않지만 이러한 분류를 대체로 따른 일이 있다. 부스따만떼 법전은 국제관계법의 통일을 위한 여러 조약들을 법전 형태로 묶어 제시하였다. 즉, 국제사법을 국제민법과 국제상법으로 대분류하고, 국제사법의 인접분야로 국제형사법에 대해서까지 규정을 두었다.

그런데 국제사법을 하나의 과목군으로서 설정할 만큼 교수 채용과 과목 편성을 하는 데 어려운 여건에 놓이는 경우도 있을 수 있다. 그런 경우에는 다음의 몇 가지 방법 중 하나를 생각해 볼 수 있을 것이다.

첫째, 개별 대학의 여건에 따라서는 '국제(관계)·외국법'이라든지, 넓은 의미의 國際法(국제관계법)의 과목군을 설정하고, 그 아래에 國際公法系와 國際私法系의 두 부문을 두어 커리큘럼을 체계화하는 방법이 있다. 이와 관련하여, 일본 신사법시험에서 광의의 국제법(international law, droit international)을 "國際關係法"이라고 부르고,[59] 선택과목 목록에 "國際關係法: 私法系"와 "國際關係法: 公

58) 하그국제사법회의에서 만든 조약에는 국제상사중재에 관한 것은 없지만, 그 배경에는 하그국제사법회의보다 앞서 국제연합 국제거래법위원회(UNCITRAL)에서 먼저 이 분야의 조약을 만든 사정이 있다. 이렇게 된 데에는, 국제상사중재에 관한 국제조약의 체결에 미국이 적극적으로 나선 점도 하나의 요인이었던 것으로 보인다. 국제도산에 관해서는 하그국제사법회의와 UNCITRAL 양쪽에서 조약을 만드는 데까지는 이르지 못했지만, 유럽연합법으로 Council regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings이 제정되어 시행되고 있다. 유럽연합 회원국 간에 고도의 신뢰가 기초로 되었기 때문에 가능한 일이었다고 할 수 있다.

59) 국제공법학계가 "國際法"이라는 용어를 國際公法의 전유물로 삼은 일은 일본도 예외가 아니었

法系"를 나란히 두는 것도 참고할 만하다. 國際私法에 대한 國際法說의 관점에서는 국제공법과 국제사법을 아우르는 과목군을 설정하는 것이 그야말로 자연스러운 일이라고 할 것이다. 그러나 국내법설의 입장에서도 이처럼 국제공법과 함께 묶어 하나의 과목군을 형성하는 방법을 반드시 부담스럽게 느낄 필요는 없다고 생각된다.

둘째, 다른 실체 분야에 부속시켜 다루는 방법도 있을 수 있다. 가령, 국제사법 전체를 민사법 쪽에 포함시키고, 국제회사법, 국제지적재산권법은 상법 쪽에 배속시키는 것도 가능할 것이다. 또, 국제사법 외의 분야가 세분화되어, 가령 '민사법: 재산관계', '가족법, 상속법과 총괄재산법(신탁 등)', 기업거래법(비즈니스법), 지적재산권법, 회사법 내지 기업법(도산, 법인세법 포함) 등으로 중점적 교육·연구 영역을 구성하게 된다면, 국제사법 각론은 각 실체 분야 쪽에서 과목을 개설하도록 하고(예: 국제계약법, 국제가족법, 국제지적재산권법, 국제회사법, 국제도산법), 국제사법 총론은 국제사법이 특히 중요성을 가지는 일정 분야(가령 기업거래법, 가족·상속·총괄재산법, 절차법)에 맡기는 방법이 있다.

라. 개설과목의 구성

국제사법 개론을 3학점 정도로 강의하고, 나아가 국제민사소송법(또는 국제민사절차법),[60] 국제상사중재(법)[61]의 기본강의를 제공하는 일은 모든 법학전문대학원과 법과대학에 필수요소라 할 수 있다. 이는 각 법학교육기관이 어느 분야에 특화("특성화")하느냐와 상관이 없다. 어느 분야(가령 회사법, 해상법, 가족법, 인권법)로 특화하든, '오로지 한반도 안에서 한국에 사는 한국사람 사이에서 외국법을 전혀 고려하지 않고 일어나는 사안'만 다루겠다 라는 식으로 특화하는 것은 생각할 수 없기 때문이다. 국제사법의 기본지식은 예컨대 회사법실무·소송의 전문

다. 그 결과 국제사법과 국제공법을 통칭하는 상위개념을 가리키는 용어가 남아 있지 않았다. 일본에서 "國際關係法"이라는 새로운 용어를 만드는 고육책을 쓰게 된 배경에는, 국제공법학 분야에서 벌어진 이러한 사정이 있다.

60) 국제민사소송법(International Zivilprozeßrecht)이라 하면 비송절차는 포함하지 않게 된다. 그러나 국제민사절차법(International Zivilverfahrensrecht)이라 하면 비송절차도 포함하게 된다. 다만 이것은 용어상의 정확성을 기할 때의 문제이다. 교과과정상으로는 과목명을 국제민사소송법이라고 하면서 비송절차에 대한 내용도 부수적으로 함께 다룬다 하여 문제될 것은 없을 것이다.

61) 국제상사중재"법"이라는 표현보다 국제상사중재라는 표현이 자주 쓰인다. 이는 국가법원에서의 재판에 비하여 국제상사중재는 계약에 의하여 규율되는 부분이 크다는 점과 관련이 있어 보인다.

가이든, 해상법의 전문가이든, 가족법의 전문가이든, 인권법의 전문가이든 필수불가결의 것이기 때문이다.

나아가, 법학선진국의 예를 참고하여, 각론의 심화된 강의도 적절히 개설될 필요가 있다. 각 법학전문대학원은 그 특성화 분야에서는 국내적 관계에 대한 과목뿐만이 아니라 국제적 관계에 대한 과목도 개설할 것이 요청된다. 국제회사법, 국제계약법(계약 분야의 국제사법)(국제금융법 등을 따로 강의할 수도 있음), 국제유가증권법, 국제해상법, 국제항공법, 국제운송법, 국제지식재산권법(지식재산권 분야의 국제사법 외에 국제사법 문제의 국제공법적 해결도 포함), 국제가족법(국제혼인관계법과 국제친자관계법으로 나눌 수도 있음), 국제상속법, 국제도산법, 국제스포츠법[62] 등 다양한 각론과목의 개설이 검토되어야 할 것이다.

2. 국가시험의 출제

가. 현황과 문제점

국제사법은 전통적으로 변호사시험 내지 사법시험의 1차시험의 독립된 선택과목으로 편성되어 왔다. 1949년 5월 6일 제정 변호사시험령(동일자 시행) 제12조는 7개의 선택과목 중 하나로 "국제사법"을 정하였다(나머지 선택과목은 민사소송법 또는 형사소송법, 파산법, 행정법, 국제공법, 형사정책, 경제학). 1963년 5월 9일 제정 사법시험령(1963년 6월 1일 시행)은 제1차시험의 제2선택 21과목 중 하나로 "국제사법"을 정하였다(나머지는 국사, 법제사, 법철학, 사회학, 사회정책, 상법, 민사소송법, 형사소송법, 행정법, 국제법, 사회법, 행형학, 형사정책, 경제원론, 영어, 중국어, 불어, 독어, 노어, 서반아어). 그 후 개정으로 1차시험의 제1선택 4개 과목 중 하나로 “국제사법”을 정하였다(나머지는 국제법, 사회법, 형사정책). 건국 후 단 한 차례도 시험과목에서 제외된 적이 없으며, 그 과목명이 바뀐 일도 없다. 1962년 涉外私法의 법률명이 “涉外私法”이었음에도 시험과목명이 항상 일관하여 “국제사법”으로 되어 있었던 것은, 넓은 의미의 국제사법, 즉 강학상의 국제사법이 시험범위임을 분명히 하는 취지가 아니었을까 생각된다. 생각컨대 시험과목명을 “국제사법”이라고 한 것은, 1962년 “涉外私法”이 법률저촉법을 다루는 법률이고, 국제사법의 다른 중요한 부분은 다른 국내법령이나 국제

62) 프랑스에서는 디종(Dijon)에 있는 부르고뉴 대학교 법과대학이 국제상사중재와 국제스포츠법에 대한 다양한 강의를 개설하고 있다.

조약, 국제관습법으로 흩어져 존재하고 있음을 반영하는 데 모자람이 없었다고 생각된다.

그러나 2002년의 사법시험법 시행령 개정으로 2003년(제45회 사법시험)부터는 "국제사법"이라는 과목명이 사법시험령에서 사라지고, "국제거래법"이라는 과목의 일부로 포섭되게 되었다. 이 과목명 아래에서 국제사법과 국제매매협약을 50%씩 출제하는 것이 관행화되었다. 2009. 8. 28. 제정된 변호사시험법 시행령(익일 시행)과 그 시행에 있어서도 이 예에 따라, 문1과 문2 중 하나만을(점수기준으로는 160점 중 80점만을) 국제사법에 배당하고 있다.

이것은 몇 가지 중대한 문제점을 낳고 있다.

첫째, 국제사법을 "국제거래법"의 일부로 인식하도록 오도한다. 이는 국제사법의 본질을 이해하는 데 심각한 방해로 작용한다. 예를 들어 재산관계만 놓고 보더라도 국제불법행위법, 국제물권법 등의 분야에서는 '국제거래에서의 사적 자치가 차지하는 위치'를 채권계약과 동열에 놓고 논할 수 없다. 그러나 국제불법행위법, 국제물권법 등을 국제거래법이라는 이름 하에 억지로 밀어넣어버림으로써, 국제사법과 국제사법학의 본질을 왜곡시킨다. 예컨대 국제재판관할은 장소적 관할의 문제라는 점에서 토지관할의 문제와 공통된다. 그러나 국제재판관할은 준거법결정과의 관련 속에서 복잡한 문제가 생기게 된다. 국제재판관할법은 관할법의 일부이면서도 법률저촉법과 관련하여 세부적 문제를 발생시킨다. 그런데 국제사법을 '국제거래에 특유한 법'이라고 이해하게 되는 경우, 국제재판관할과 국내토지관할을 과도하게 분리시켜 서로 전혀 무관한 것으로 다루게 된다. 국내적으로 사법질서가 고도로 통합되어 있는 한국과 같은 경우에는, 국제재판관할법이 장소적 관할법의 발달을 주도하고 토지관할법도 국제재판관할법의 발달상의 상당부분을 반영하면서 따라오도록 하여야 한다.[63] 그런데, 거꾸로 국제재판관할과 국내토지관할이 아예 본질적으로 다른 문제인 것처럼 다루게 된다면, 이런 조율은 불가능해지고, 국제재판관할법은 민사소송법 학자들의 관심대상 밖에 놓이게 되며, 국내토지관할법은 국제재판관할법의 발달 움직임으로부터 고립, 낙후되고 국제적 정합성을 잃게 될 우려가 있다.

둘째, 국제사법의 중요성에 비하여 배점이 지나치게 적다. 변호사시험에서 국

63) 국제입법례를 보더라도, 국제재판관할법을 통일하면서 부분적으로 국내토지관할법까지 함께 통일하기도 하는 예를 볼 수 있다. 브뤼셀 제1규정이 그 대표적 예이다. 이는 "민사소송법의 유럽연합법화"라고 불리우는 새로운 현상으로 나타나고 있다.

제사법은 半 과목에 불과하다. 강학상의 국제사법은 국제재판관할, 준거법의 결정, 국제적 이중소송, 외국재판의 승인집행을 중요한 내용으로 한다. 관할저촉법과 법률저촉법은 규율의 원리와 방식 자체를 상당히 달리한다. 실체 분야로 보면, 사람, 법률행위, 물권, 채권, 친족, 상속, 어음수표, 해상, 법인, 지적재산권, 경제공법, 소비자보호, 근로관계 등에 이르는 다양한 분야에 걸친다. 재판권의 면제, 외국에서의 송달 등 실무상 중요한 문제를 범위에서 제외하더라도 여전히 광범위하다. 이런 다양한 분야를 놓고, 1개 배경사안을 제시하고 최대 4개 가량의 질문을 하여 응시자의 기본지식을 테스트한다는 것은 불가능에 가깝다. 분야별로 편중된 출제를 피할 수 없고, 응시자의 논점 분석능력을 점검하기도 어렵다. 국제사법을 半과목으로 왜소화시킨 데 따른 폐해는, 100% 사례풀이형으로 출제되는 변호사시험에서 특히 커질 수 밖에 없다. 이런 우려는 지금까지 실시된 변호사시험에서도 고스란히 현실화되었다. 제1회부터 제4회까지는 재산관계와 친족·상속의 법률문제를 하나의 배경사안에 포함시켜 출제한 관계로 사실관계가 상당히 부자연스러워졌다. 제5회에는 아예 사람, 친족, 상속을 전혀 출제하지 않았다. 중요 논점임에도 불구하고 전혀 출제되지 못한 경우도 있다. 제1회부터 제5회까지 자연인, 법인은 단 한 차례도 출제되지 않았다. 난이도에 있어서도 판례와 학설의 심도 있는 논의를 요하는 문제가 출제되기 어려웠다. 때로는 아예 판례나 학설이 거의 출제되지 않았다(제1회, 제2회, 제4회, 제5회). 혹은 갑자기 특별법 분야나 특이한 판례가 출제되어 不意打로 작용하였다. 제4회에는 신용장에 의한 무역대금결제와 관련하여 개설은행과 인수은행 간의 법률관계를 어떤 내용의 법률관계로 볼지의 문제가 출제되었는데, 판례를 알면 득점을 하고 판례를 쓰지 못하면 큰 감점을 당하게 되었다.

반면에, “국제거래법”의 이름 하에 나머지 50%(160점 중 80점)을 차지하는 국제물품매매협약 쪽에서는 사정이 반대이다. 이 협약이 다루는 논점이 한정되어 있고, 입법적으로 이미 해결된 부분이 많아, 출제할 만한 논점은 고갈되고, 배점 비중을 채우는 데 곤란을 겪고 있다. 여기에서는 ‘매매’ 사안에서 문제될 수 있는 모든 문제를 테스트하는 것도 아니다. 실체문제 중에서도 국제물품매매협약에 규정되었거나 그 해석에 맡겨진 사항에 한정되어 출제된다. 기타의 실체문제(예: 행위무능력, 착오 등을 이유로 한 취소, 상계, 소멸시효, 계약체결상 과실책임)에 대한 준거법결정이나, 의무이행지관할과 같은 실무상으로도 중요한 문제는 전혀 출제되지 않도록 되어 있다. 실제 출제예를 보면, 협약 제1조에 따른 직접적용과

간접적용이 단골로 출제되고, 일정 상황에서 매도인과 매수인의 구제방법을 묻는 몇 가지 문제유형이 반복출제되고 있다. 게다가, 국제물품매매협약 자체가 이미 매도인과 매수인 각자의 구제방법을 나열식, 매뉴얼식으로 친절히 규정하고 있어, 변별력을 높이는 데에도 한계가 있다. 출제가능한 문제유형이 거의 고갈된 것이 아닌가 하는 지적도 나오고 있다. 이러한 배경 하에서, 국제사법 쪽에서 여러 가지 법률관계를 억지로 하나의 배경사안에 묶어 '단답형' 식으로 돌출질문을 하고, 답을 맞추느냐 여부에 따라 혹독한 감점을 하는 방식으로 불의의 과락자를 만들어내는 식으로 운영되고 있는 것이 아닌가 하는 수험생들의 고충의 목소리가 나오고 있다.

셋째, 거래법 분야가 국제사법의 중심적 분야인 것으로 착각하고, 이에 치우쳐 공부하도록 오도할 우려가 있다. 거래법이라 함은 채권계약 및 그에 따른 물권변동, 그리고 채권계약에 부수된 거래관련적 채권관계(예컨대 급부부당이득)나 담보물권관계를 말한다. 이 분야는 오히려 실체사법의 국제적 통일경향이 강한 분야이고, 국제사법의 역할이 상대적으로 적다고 할 수 있다. 그럼에도 변호사시험의 실시에 있어서는 마치 거래법을 전면에 내세운 듯한 인상을 주고 있다.

넷째, "국제거래법"이라는 실무관련적 옴니버스형 신종과목을 과목명으로 내세움으로써, '실무가가 연구하고 가르치기에 적합한 과목'인 것처럼 비춰질 수 있다. 혹은 '학술적으로 연구할 필요까지는 없고 로펌 등에서 국제거래를 다루던 변호사가 은퇴하여 실무경험의 전수 차원에서 가르치면 좋은 과목'으로 보여지게 한다. 그러나 이러한 관념 내지 인상은 국제사법과 국제물품매매협약의 어느 쪽에도 맞지 않는다.

그러나 국제사법학은 정치철학과 법철학, 법학방법론과 유달리 깊이 관련된,[64] 고도로 학문적인 분야이다. 국제사법의 높은 학문성은 국제사법에서 사용하는 개념과 법률용어들[65]의 난해함이 흔히 타 분야의 법학자들로부터 불평 내지 놀림의 대상이 되기까지 하는 데에서도 드러난다. 또, 국제사법에서 법률관계의 획정기준을 실질사법과 차별화하는, 고도로 기능화된 접근방법은 실질법 학자들에게 난해하고 복잡한 접근방법 내지는 법개념의 통일성·일관성을 위협하는 교란요소로 오해되기까지 할 정도이다.

---

64) Ehrenzweig, 전게서, § 4, p. 13.

65) 예: 저촉법, 실질법, 연결점, 선결문제의 비독립적 연결, 反定, 기득권이론, 법률관계의 승인, 외국절차의 승인, 국제적 강행법규, 실체특별법.

한편, 국제물품매매협약도 내용에 있어 매매법의 한 입법례에 불과하여, '국제거래에 특유한 법'으로서의 성격이 약하다. 매매법의 연원은 로마법·교회법과 코몬로·형평법에 있지, (가령 해상법처럼) 국제상관습에 연원을 두고 발달되어 온 법분야가 아니다. 또한, 국제매매 분야에서 국제상거래계에서 중요한 관행이 생성중이라고 말하기도 어렵다. 국제물품매매협약은 기능적 면에서 대륙법과 영미법, 독일법과 프랑스법 사이의 공통점을 추출(간취)하고 이를 무색투명한 용어로 표현한 점에 큰 의미가 있다. 그 실용주의적 접근은 比較私法과 國際的 私法統一에 종사하는 법률가들에게 귀감이 된다. 그래서 국제물품매매협약은 국제거래법 분야에서 가장 널리 호응을 얻은 조약이라고 말할 수 있지만, 역설적으로 국제거래법적 고유성이 약한 조약이기도 하다. 여기에 UNCITRAL과 국제거래법학계의 고충이 있는 것이기도 하다.

요컨대, "국제거래법"이라는 이름 하에 국제사법과 국제물품매매협약이라는 두 개의 이질적인 분야를 묶어넣은 것은 여러 모로 부자연스럽고, 법학도에게 불필요하고 무의미한 혼란을 초래할 수 있다. 교수자를 신뢰하고 시험실시관청을 신뢰하는 정직하고 고지식한 법학도라면, 다음과 같은 착각에 빠지기 쉬울 것 같다. 가령 '국제사법이 거래법 분야에서만 중요하다', '국제인법은 중요하지 않다', '국제가족법도 중요하지 않다', '국제불법행위법도 중요하지 않다', '국제재판관할은 출제비중이 적은 것으로 보아(보통 20점 가량) 실무상으로도 별로 중요하지 않다', '국제적 이중소송이나 외국재판의 승인 및 집행은 아무 과목에서도 출제되지 않는 만큼 잘 몰라도 되는 듯하다', '국제송달도 중요하지 않다'라는 등의 착각을 유발할 염려가 있다. 구체적인 규율원리와 관련해서도, '국제가족법이나 국제상속법도 국제거래법의 이념에 맞게 규율되어야 한다'거나, '국제재판관할의 지도이념이 국제거래법의 지도이념과 일치된다'든지, '국제사법의 규율에 있어서는 국제거래계의 요구가 가장 중요하다'라는 잘못된 생각으로 이끌릴 우려가 있다. 이질적 법분야를 어색한 이름 하에 묶음으로써, 법학도를 오도하고 법과 학문의 본질을 왜곡시킬 우려를 무릅쓰게 된다.

나. 해결방안

국제사법의 시험 출제에 있어 반복되고 있는 위와 같은 문제점들의 해결을 위해서는, 우선 국제사법의 과목명을 되찾고, 국제사법의 출제비중, 배점을 최소한도로 필요한 만큼 확보할 필요가 있다. 그 바탕 위에서, 국제재판관할, 준거법, 국제적 이중소송, 외국재판의 승인집행의 문제에 대한 출제비중을 적절히 배분할 필요가 있다. 출제비중의 배분은 실체 분야별로도 이루어져야 한다. 즉, 人法에서 가족법, 상속법, 물권법, 계약상 채권, 비계약상 채권, 그리고 기타의 분야에 걸쳐 대략적인 출제비중을 제시할 필요가 있다.

국제물품매매협약을 국제사법의 '부수과목'으로 다루어, "국제사법" 과목의 출제범위 내에 '국제물품매매협약'을 포함시키는 정도가 타당할 것이다. 그에 맞게 과목명도 "국제사법"으로 환원시키는 것이 타당하다. 변호사시험법 시행령 별표 2의 "「국제사법」 및 「국제물품매매계약에 관한 유엔협약」으로 한다."는 "국제물품매매계약에 관한 유엔협약을 포함한다."로 정리하면 된다. 그리고 국제물품매매협약에 어느 정도의 출제비중을 할애할지는 법무부의 실무로써 정하여 나가면 될 것이다.

이것은 다른 선택과목의 출제방식과도 부합한다. "국제법" 과목에서는 그 과목명을 그대로 유지하면서 국제경제법(통상법)을 곁들여 출제한다. "노동법" 과목에서도 "노동법" 내에서 사회보장법을 함께 출제한다.

국제물품매매협약을 국제사법의 부수적 출제범위에 포함시키는 것에 맞게, 출제와 배점의 비중도 조정할 필요가 있다. 국제법(국제공법) 과목에서 국제경제법을, 그리고 노동법 과목에서 사회보장법을 곁들여 출제하는 경우를 참고하여 20-30% 정도를 양보하는 방안도 생각해 볼 수 있다. 그러나 국제사법은 재산관계와 신분관계를 모두 다루고 '좁은 의미의 국제사법'과 국제민사소송법을 포괄하는, 민사법의 기본법 중의 하나라는 점이 고려되어야 한다. 물품매매계약만을 놓고 본다면, 국제재판관할, 준거법의 결정(착오 등 계약의 유효한 성립에 대한 장애사유라든지, 소멸시효, 상계 등 물품매매협약에서 다루지 않는 논점들에 대하여), 준거외국법의 조사와 적용제한, 국제적 강행법규의 특별연결, 국제적 이중소송, 외국재판의 승인·집행 등의 논점들이 실체법적 논점들과 비교하여 50 대 50의 비중을 가진다고 하여도 무방할 것이다. 그러나 "국제사법"에서는 물품공급형계약 외에도 다양한 역무제공형계약, 대차형계약이 문제되므로, 국제사법의 비중

을 2배 정도로 높게 생각할 필요가 있다. 또, 계약상 채권은 계약외 채권과 함께, 국제사법의 “채권” 부분에서 절반 정도의 비중을 차지할 뿐이므로, 다시 국제사법의 비중을 2배 정도로 높여 잡을 필요가 있다. 게다가, “채권”은 재산관계의 일부를 차지할 뿐이며, 국제사법은 재산관계와 신분관계 양자에 걸친다. 어림잡아 말하더라도, 국제사법의 중요도와 분량은, 매매계약관계만을 배경으로 이야기할 때보다 8배 크다고 할 수 있다. 이에 맞게 출제비율을 배분한다면, 국제물품매매협약에는 9분의 1, 즉 10-15% 가량을 출제하는 것이 적절할 것이다. 넉넉히 양보하더라도, 국제물품매매협약에는 출제와 배점에 있어 15-20%(160점 중 25-30점) 정도를 안배하는 것이 적절하리라 생각된다. 이렇게 하더라도, 한 개의 배경사안(80점)에 대하여 30-40%(25-30점)를 배분하는 것이므로, 그 배점이 적지 않다. 일정한 상황을 놓고 일방의 구제방법과 타방의 항쟁사유를 묻기에 충분하고도 남음이 있을 것이다.

더구나, 이러한 출제비율 조정 자체는 변호사시험 시행령을 개정하지 않고도 가능하다. 변호사시험법 시행령은 별표 2(출제 범위를 정하여 실시하는 시험과목과 그 출제 범위)에서 "국제거래법"은 "「국제사법」과 「국제물품매매계약에 관한 유엔협약」으로 한다."고 규정할 뿐, 그 출제·배점의 비율은 언급하고 있지 않다.

구체적인 출제유형은, 문1(또는 문2)을 재산관계, 문2(또는 문1)을 신분관계로 나누어, 배경사안 자체를 달리하는 것이 좋을 것이다. 재산관계 쪽에서는 법인이나 비법인단체, 대리, 계약(계약준거법으로 적용되는 국제물품매매협약에 관해서도 테스트함), 불법행위, 물권 등을 테스트할 수 있다. 신분관계 쪽에서는 미성년자, 성년후견, 혼인, 친자관계, 상속관계 등을 테스트할 수 있다. 사안유형에 따라 불법행위와 물권은 신분관계 쪽에서 출제할 수도 있다. 국제재판관할과 국제적 이중소송, 외국재판의 승인은, 판례의 현황을 고려할 때 재산관계 쪽에서 출제하는 편이 좀 더 자연스러울 것이다. 그리고 국제사법의 분야가 방대함을 고려하여 ‘상사’관계의 특수분야라 할 수 있는 어음수표, 해상 분야의 국제사법에 대해서는 출제를 보류하는 방법도 생각해 볼 수 있을 것이다.[66] 지적재산권의 출제 여부와

66) 이는 국제재판관할, 국제적 이중소송, 외국재판의 승인·집행, 준거법의 결정, 외국법의 조사 등에 걸치는 국제사법의 다양한 문제들이 종종 해상사건을 배경으로 하여 제기되고, 그런 사안이 변호사시험에서도 출제되는 것이 적절하다는 점을 부정하는 것은 결코 아니다. 다만, 해상관계의 준거법 결정의 문제가 심도 있게 출제되는 것이 변호사시험의 수험생에게 어려울 수 있다는 현실적인 측면을 고려하여 볼 만하다는 것이다.

구체적 범위도 문제된다.

이러한 여러 가지 점들에 관하여 우선 학계 내에서 논의의 장이 마련되어 어느 정도의 공감대를 마련하고, 이를 법무부에 건의하여 반영될 수 있도록 모색하는 것이 바람직할 것이다. 결국은 국제거래법학계로부터 합리적인 양보를 얻어내는 과정을 밟아야 하겠지만, 우선 국제사법학계 내에서 공감과 합의를 이끌어내는 일이 중요할 것이다. 법무부에 제안할 내용은 과목명이 국제사법의 본질에 어긋나는 점을 밝혀 개정하고, 국제사법의 중요도에 맞게 출제비중을 현실화하는 것이므로, '국제사법의 본질'이 무엇인지, 그리고 '국제사법의 출제비중이 하위분야별로 어떻게 배분되는 것이 적절할 것인지'에 대한 충분한 상호대화와 논의가 선행되어야 할 것이다.

한편, 장기적으로는 국제사법과 국제물품매매협약이 모두 필수과목인 "민사법"의 출제범위에 포함되는 것이 바람직할 것이다. 이것은 민법, 상법, 민사소송법이 "민사법" 과목으로 통합출제되는 것과도 부합한다. 국제사법 자체가 민법, 상법, 민사소송법에 대응되는 내용으로 구성되어 있기 때문이다. 또, 국제물품매매협약을 민사법 쪽에서 출제하는 것은, 한국 민법상의 매도인의 담보책임과 채무불이행책임, 위험부담 등에 관한 규율을 국제물품매매협약과 비교하여 분석적 시각에서 공부하도록 촉진한다는 점에서도, 긍정적인 의미를 가질 수 있을 것으로 생각된다.

Ⅳ. 나가며

이상에서는 오늘날 국제사법학의 과제를 일반적인 맥락에서 생각하여 보고, 한국에서 현재의 법학교육제도 하에서 국제사법학을 어떻게 가르칠 것인가에 대해서도 이야기하여 보았다.

국제사법학은 국제사법의 일반이론(총론)으로부터 각론의 방향으로 전개되고, 또 각론으로부터 일반이론으로 돌아오는 두 방향의 흐름의 반복 속에 존재한다. 국제사법의 일반이론의 연구가 지속적으로 수행되는 일도 중요하다. 그렇게 됨으로써, 각론적 연구가 어떤 양상을 띠고 있는지 그리고 바람직한 방향으로 가고 있는지를 점검할 준거점을 가지게 된다. 또, 각론이 분야별로 자세히 연구되는 일도 중요하다. 법과 법학의 존재이유 자체가 실제의 문제의 일관성 있는 해결에 있으며, 각론을 통하여 일반이론이 재검토, 재정립될 수 있다. 국제사법의 일반이

론과 각론은 서로 밀접히 관련지워 연구되어야 한다. 각칙과 각론의 발달은 실질법 분야별로 서로 연관성, 통일성이 없는 산만한 형태로 남아 있어서는 안 되며, 국제사법 총론에 의하여 묶어질 수 있어야 한다. 국제사법의 일반이론이 마치 고정된 실체로 존재하며 각론은 총론의 투사물일 따름인 것으로 오해되어서도 안 된다. 국제사법의 일반이론이 편법적 테크닉으로서의 회피도구(escape device)의 집합으로 격하, 자조하면서 이를 과오용하는 것도 곤란하다. 각 분야에서 각칙의 재검토, 재정립에 몰두하는 가운데, 그 과정 속에서 '일반이론은 어디로 가는가'를 아울러 생각하여야 한다.

법학의 연구와 교육은 서로 단절되어 존재하는 것이 아니다. 모든 학문이 그렇듯이, 국제사법도 먼저 연구되어야 한다. 연구된 것이 있어야 가르칠 수 있다. 그렇지만 연구자이자 교육자로서의 법학교수는 진리와 지혜의 탐구하지만, 연구성과를 혼자 독점하기 위하여 연구하는 것이 아니라, 자신이 이룩한 연구성과를 학습자에게 나누어주기 위하여 연구한다. 연구성과를 학습자와 '자문을 구하는 자'에게 전하고, 그들로 하여금 자신의 내면과의 대화를 통해 스스로 납득하는 데 이르도록 하고자 한다. 배우는 자, 즉 學生도 영원한 학생이 아니다. 법학의 연구자 또는 실무가가 되고자 하는 자이다. 실로, 학자는 영생하지 않으며 학문후속세대를 양성하여 후계자로 삼음으로써 학계의 연속성이 유지된다. 또, 법률실무가는 법학을 실무에 적용하여 법학의 성과의 당부를 점검하고 학계에 피드백을 제공한다.

국제사법의 교육에 있어서는 국제사법의 전문적 연구자·교육자의 양성에 힘을 쏟으면서 교과과정체계의 정비와 변호사시험 과목편성의 정상화을 위해서도 노력할 필요가 있다. 현행 변호사시험의 과목 편성이 국제사법의 교육을 왜소화시키는 악폐를 낳고 있음에 주목하여야 한다. '실체법에 저촉법이 포함'되고, '특수분야(국제거래법)에 일반법(국제사법)이 포함된다'는 이상한 논리로 학생들의 합리적 사고를 저해하고 있음에 주의를 게을리해서는 안 될 것이다. 무엇보다, 국제사법의 다양한 논점들이 분야별로 골고루 그리고 깊이 있게 출제되어, 학생들의 논리적 사고능력과 분석능력을 테스트할 수 있도록 되어야 할 것이다.

(논문접수일: 2016.09.06, 심사개시일: 2016.09.06, 게재확정일: 2016.09.23)

장 준 혁

국제사법의 法源, 민사소송법과 민법의 국제적 효력범위론, 국제사법의 통일, 국제사법규칙의 확실성과 유연성, 상거소, 속지주의, 당사자자치, 국제사법의 교육

【참 고 문 헌】

Basedow, Jürgen, "Theory of Choice of Law and Party Autonomy", 성균관법학 제24권 제3호(2012. 9.), 103-148면(번역: 장준혁 역, "준거법선택과 당사자자치의 이론", 149-189면).

Cantor, Norman F., Imagining the Law: Common Law and the Foundations of the American Legal System (1999).

Ehrenzweig, Albert A., Conflicts in a Nutshell, 3d ed., West, 1974.

Jauernig, Othmar(金洪奎 역), 獨逸民事訴訟法, 신원문화사, 1992.

Kegel, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1985.

Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004

Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006.

Lüke, Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2006.

Mayer, P. et Heuzé, Droit international privé, 11e éd., LGDJ, 2014.

Nygh, P. E., The Reasonable Expectation of the Parties as a Guide to the Choice of law in Contract and in Tort, Recueil des cours, Vol. 251 (1995).

Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilproz키.essrecht, 16. Aufl. 2004.

Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl. 2014.

마쯔히사 미요히코(권경은 역), "일본의 신사법시험과 법과대학원교육의 방법론", 경북대 法學論攷 제32집(2010. 2.), 1-12면.

강태성, 민법총칙, 제6판, 大明出版社, 2016.

곽윤직·김재형, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2013.

金能煥 집필부분, 註釋 新民事訴訟法(I), [제2조 前論], 韓國司法行政學會, 2003.

김증한·김학동, 민법총칙, 제10판, 박영사, 2013.

김형배·김규완·김명숙, 민법학강의, 제14판, 신조사, 2015.

金洪奎·姜泰源, 民事訴訟法, 제2판, 三英社, 2010.

김홍엽, 민사소송법, 제6판, 박영사, 2016.

문영화, “외국국가의 재산에 대한 민사집행법에 의한 강제집행”, 성균관법학 제27권 제2호(2015. 6.), 265-311면.
석광현, 국제민사소송법: 국제사법(절차편), 박영사, 2012.
송덕수, 新민법강의, 제8판, 박영사, 2015.
宋相現·朴益煥, 民事訴訟法, 新訂7판, 박영사, 2014.
이시윤, 新民事訴訟法, 제10판, 博英社, 2016.
이연주, “국제재판관할의 체계적 지위에 관하여”, 민사소송 제18권 1호(2014. 5.), 9-40면.
李哲松, 商法總則·商行爲, 제13판, 博英社, 2015.
李好珽, 國際私法, 經文社, 1981.
정경영, 상법학강의, 개정판, 博英社, 2009.
鄭東潤·庾炳賢, 民事訴訟法, 제4판, 法文社, 2014.
정동윤 집필부분, 註釋 商法 - 總則·商行爲(1)(鄭東潤 편집대표), 제4판, 韓國司法行政學會, 2013.
정찬형, 상법강의(상), 제17판, 박영사, 2014.
池元林, 民法講義, 제14판, 弘文社, 2015.
崔公雄, 國際訴訟, 改訂版, 育法社, 1988.
崔秉祚 집필부분, 民法注解(I) - 總則(1), 제1조, 博英社, 1992.
호문혁, 민사소송법, 제11판, 法文社, 2013.

Abstract

Tasks Ahead for Private International Law

JANG, Junhyok

Some general issues of private internal law have been the focus of academic interest and it is no different today. Opinions still diverge on whether private international law should ideally exist either as public international law or national laws. It is also a difficult task to set a workable balance between the demands of certainty and flexibility in determining the applicable law. More concretely, there is an issue of how choice-of-law principles should adapt themselves to the increased frequency of persons' crossing the border and the diversification of cross-border relationships. Principal issues are, among others, which personal connecting factor should be preferred, how to reestablish the territoriality principle so as to take into account the notion of extra-territoriality, and how much role should be given to the party autonomy. Private international law and its academic study today are asked to deal with these and other issues in each substantive area, and such endeavors should be constantly reexamined and guided by considerations of general theory.

As a related issue, Korean academia should also seriously question the widespread understanding in the Korean civil procedure law academia that conceptualizes international adjudicatory jurisdiction as international reach of national judicial power in terms of subject matter. Also questionable is the idea broadly shared in the Korean civil law literature that identifies a general limit to the personal and territorial reach of national

civil law and regards it as the basis of private international law. Such emphasis on the international reach of national law cannot offer a functional basis of contemporary private international law. It may also hamper lively development of national laws in this area, because a concerted national lawmaking would possibly lead to the creation of a customary international law rule, which will bind each state.

A teacher and researcher of private international law should also ask how best to educate this important branch of law, in a way that meets its important role. Each law school or law faculty should essentially offer courses on Introduction to Private International Law, International Civil Procedure, and International Commercial Arbitration. In addition, law schools and law faculties are advised to consider opening specific courses in their fields of specialization, such as international corporation law, international contract law, private international law of commercial papers, international banking law, international intellectual property law, international maritime law, international transportation law, international family law, international succession law, international bankruptcy, etc.

State examination also needs a reform. Problematically, only a minimal importance is being attributed to private international law. There is a plain imbalance in assigning equal share to private international law and the United Nations Convention on International Sale of Goods (CISG). This does not match the significance of private international law which covers diverse issues from international civil procedure to applicable law, and from civil and commercial cases to personal, family and succession cases. It is submitted that 15-20% share would be appropriate for the CISG, given the broadness of private international law. It is also submitted that the current name of the subject in the national bar examinations, "International Transactions Law" should be renamed to "Private International Law", as it used to called. Also, the CISG should only

mentioned in the enforcement decrees which defines the material scope. In the long run, it is submitted that both private international law and the CISG could be made part of the required subject in the national bar examination.

JANG, Junhyok

Sources of private international law, International reach of civil procedure law and civil law, Unification of private international law, Certainty and flexibility of private international law rules, Habitual residence, Territoriality, Party autonomy, Education of private international law

에세이* : 제4차 산업혁명과 지식재산권법학의 미래

정 진 근**

Ⅰ. 머리말: 무엇이 어떻게 변하고 있나
Ⅱ. 초지능사회와 인공지능: 저작권법제도의 고민
Ⅲ. 초연결사회와 빅데이터: 그나마 쉬워보이는...그러나 동상이몽
Ⅳ. 초연결사회와 유비쿼터스: 언제 어디서나 존재한다. 저작권 침해인가? 기술적 의미의 재해석
Ⅴ. 맺음말: 변화에는 변화로 맞서야 한다.

【국 문 요 약】

본고에서는 초지능사회의 핵심에 있는 '인공지능', 초연결사회의 핵심에 있는 '빅데이터' 그리고 '유비쿼터스'와 관련된 문제들을 -저작권제도를 중심으로- 법사회학적이거나 미래법정책학의 관점에서 살펴본다.

초지능사회의 핵심에 있는 '인공지능'은 객체(object)였던 컴퓨터시스템을 행위의 주체(subject)로 새롭게 등장시키게 하였다는 점에서 검토해 보아야 할 개념이다. 저작권법은 원칙적으로 인간을 저작권의 귀속주체로 한다. 그러나 인공지능이 '뇌'와 비슷한 시스템을 가짐으로써 인공지능도 권리의 주체 또는 책임의 주체가 될 수 있는가라는 문제가 제기된다.

초연결사회와 관련된 지식재산권제도의 문제는 빅데이터로부터 교환되는 정보를 이용하는 것이 저작권을 침해하는가와 관련되어 있다. 2016년 한국에서는 인공지능의 빅데이터 활용과 관련된 알파고와 이세돌 간의 대결이 있었다. 이 때, 제기되었던 기보저작권 논의에 비춰본다면 빅데이터 이용에 대해서 문화의 향상 발전을 위한 전략적이고 지혜로운 고찰이 요망된다할 것이다.

초연결사회의 근저에는 유비쿼터스가 자리잡고 있으며 이를 가능하게 하는

---

* 미래를 예측하기 위해서는 그리고 그 예측을 전달하기 위해서는 법학에서 요구하는 논증의 굴레를 벗어나야한다. 따라서 본 고는 법학의 이야기를 담고 있음에도 불구하고, 제목 그리고 형식은 에세이의 껍질을 이용한다.

** 국립강원대학교 법학전문대학원 교수.

기술 중 중요한 하나는 클라우드 컴퓨팅(cloud computing)이다. 클라우드 컴퓨팅이 저작권법제도에 미치는 영향은 크게 2가지 측면에서 감지된다. 첫째는 분산처리 환경에서 발생하는 복수의 복제를 어떻게 처리할 것인지의 문제이고, 두 번째는 클라우드 컴퓨팅 서비스 제공자의 책임에 관한 문제이다.

제4차 산업혁명의 도래에 따라 우리는 새로운 법제도를 창출해야 하는 과제를 안게 되었다. 이번 과제는 지식재산권제도만의 과제가 아닌 법제도 전반의 과제로 평가되고 인식되고 연구되어야 할 것이다.

Ⅰ. 머리말 : 무엇이 어떻게 변하고 있나

봄을 이루는 물이 시작되는 곳, 이곳 봄내(春川)에도 4차 산업혁명이 미치는 향기가 가득하다. 제3의 혁명이라던 정보화의 물결이 흐르기 시작한지도 어언 30여 년이 흘러 한 세대가 지나갔다. 그동안 X세대니, Y세대니 새로운 세대들이 저 물결처럼 흘러 지났다. 정보혁명과 제4차 산업혁명의 차이는 무엇일까? 신문 지상에는 인공지능, 모바일인터넷, 유비쿼터스와 같은 새로운 단어들이 등장하고 있다.

주요 단어의 의의는 아래와 같다.

- 인공지능 : 인간의 학습능력과 추론능력, 지각능력, 자연언어의 이해능력 등을 컴퓨터 프로그램으로 실현한 기술[1)]
- 모바일인터넷 : 스마트폰이나 노트북과 같은 모바일 장비를 이용해 이동 중에도 인터넷을 매개로 커뮤니케이션, 교재, 정보검색, 거래, 오락 등을 할 수 있는 발전된 인터넷 서비스
- 사물인터넷 : 사물에 센서를 부착해 실시간으로 데이터를 인터넷으로 주고받는 기술이나 환경을 일컫는 것으로서, '인간의 조작'이 개입되지 않는 인터넷 환경
- 자율주행차 : 운전자가 차량을 조작하지 않아도 스스로 주행하는 자동차
- 빅데이터 : 어의적으로는 디지털 환경에서 생성되는 그 규모가 방대하고, 생성 주기도 짧고, 형태도 수치 데이터 뿐 아니라 문자와 영상 데이터를 포함하는 대규모 데이터를 일컫지만, 내면의 어의로는 대규모 데이터를 이용하여 창출하는 산업을 의미한다. 산업혁명 시기의 석탄처럼 IT와 스마트혁명 시기에 혁신과 경쟁력 강화, 생산성 향상을 위한 주요한 원천으로 간주되고 있다.
- 인터페이스 : 사물과 사물 사이 또는 사물과 인간 사이의 경계에서, 상호 간의 소통을 위해 만들어진 물리적 매개체나 프로토콜
- N스크린 : 하나의 멀티미디어 콘텐츠를 N개의 기기에서 연속적으로 즐길 수 있는 기술 또는 서비스

---

1) 네이버 지식백과 참조. 이하 기술되는 단어의 어의도 네이버 지식백과를 참조함.

- 3D프린팅 : 연속적인 계층의 물질을 뿌리면서 3차원 물체를 만들어내는 제조기술로, 시간적·경제적인 효율성과 정확성으로 기계나 산업 분야의 시제품 개발에 사용되어 왔으며 제조업의 새로운 패러다임을 이끌 것으로 예측된다.
- 유비쿼터스 : 사용자가 네트워크나 컴퓨터를 의식하지 않고 장소에 상관없이 자유롭게 네트워크에 접속할 수 있는 정보통신 환경

이들 주요 어휘들이 가리키는 의미는 무엇일까?

자는 이들을 3가지의 키워드로 압축할 수 있다고 생각한다.

그 세 가지는 '초지능사회', '초연결사회' 그리고 '프로슈머사회'이다.

이 중 초지능사회의 중심에는 인공지능이 존재한다. 아울러, 초연결사회의 중심에는 빅데이터와 유비쿼터스가 존재하며, 프로슈머사회의 중심에는 저작툴과 3D프린터가 존재한다. 이와 대비할 때, 모바일인터넷은 이들 사회의 변화를 야기하는 기술적 의미를 가지며, 사물인터넷은 기술적 현상에 대한 중간적 계층의 기술도구를 의미하고, 자율주행차는 기술적 변화에 따른 최상층의 결과적 변화를 의미한다. 아울러, 이러한 기술적 변화를 인간이 수용하기 위해 새로운 인터페이스가 필요하며, 새로운 인터페이스 중 하나가 N스크린이다.[2)]

이 모든 기술적 변화, 기술적 변화에 따른 결과적 변화를 본 고에서 모두 논할 수는 없다. 본 고에서는 초지능사회의 핵심에 있는 '인공지능', 초연결사회의 핵심에 있는 '빅데이터' 그리고 '유비쿼터스'와 관련된 문제들을 저작권제도를 중심으로 법사회학적이거나 미래법정책학의 관점에서 살펴보려고 한다.

---

2) 제4차 산업혁명에 대해 다보스포럼에서는 다음과 같이 정의한다.(정임 연구위원, "2016년 다보스포럼의 주요 내용과 시사점 - '4차 산업 혁명', 글로벌 성장 원동력으로", 현안과 과제(16-2호), 현대경제연구원, 2016, 9쪽 이하)

"제4차 산업혁명은 디지털, 물리적, 생물학적 경계가 없어지면서 기술이 융합되는 것이 핵심 목표이며, 인류가 한 번도 경험하지 못한 새로운 시대를 접하게 될 것임을 강조. 제4차 산업혁명의 대표적인 기술은 인공지능, 로봇, 사물인터넷(IoT), 무인자동차, 3D 프린팅, 나노와 바이오 공학 등임"

이러한 정의는, 필자의 분석과 비교할 때, 추상적이며 무엇보다도 기술과 서비스 그리고 그로 인한 패러다임적 변화의 계층적 분류가 제대로 이루어지지 않았다. 그 외의 자료들 역시 기술적 변화 그리고 기술 간의 융합에 대한 예측이 전부라는 한계가 있다.

이와는 달리 제4차 산업혁명의 시대에는 반도체기술과 같은 기술적 선도만으로는 부족하고, 새로운 서비스와 사업모델 개발이 중요하다는 견해를 피력하는 문헌들을 다소 발견할 수 있다.(황창규 KT회장, "KT가 여는 제4차 산업혁명 신성장동력을 위해! 무엇을 준비해야 하는가?", KEFe 매거진(23권), 한국경영자총협회, 2016; 남유선· 김인숙, "독일의 개방형 의사소통 시스템 "플랫폼" - 독일 제4차 산업혁명을 중심으로", 독일언어문학(70권), 2015 등)

Ⅱ. 초지능사회와 인공지능: 저작권법제도의 고민

저작물은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 말한다(저작권법 제2조 제1호). 즉, 저작권법은 원칙적으로 인간을 저작권의 귀속주체로 한다. 다만, 업무상저작물인 경우에 한해 법인을 저작자로 한다(저작권법 제9조). 이 때에도 권리귀속의 주체는 여전히 '인(人)'이다. 법인 역시 법률규정에 의해 성립함으로써 법인격을 갖게 되는 존재이기 때문이다(민법 제31조 이하). 이들 규정에 따라 인은, 특히 사람은 권리와 의무의 귀속주체가 된다. 반면, 인을 제외한 다른 존재하는 것들은 사물 또는 물건으로 불리는데, 이들은 권리와 의무의 귀속주체가 아닌 객체로 취급된다. 귀속주체는 객체를 이용하고 향유한다.

그렇다면, 인공지능을 포함하는 그 무엇인가[3]는 기존의 물건 또는 사물과 무엇이 다른가? 인간과 무엇이 같은가? 인간이 권리의무의 귀속주체라는 법적 지위에 오를 수 있었던 요건은 무엇인가? 이에 대한 대답은 지나치게 철학적인 문제이다. 인간만이 권리의무의 귀속주체가 될 수 있는 이유에 대해 지식재산권법제도에서는 인간만이 '뇌(腦)'를 가지고 있기 때문이라고 설명한다. 저작물이나 발명은 '뇌의 산물(child of brain)'이라고 설명한다. 특허법도 발명은 인간만이 할 수 있고, 법인은 승계취득에 의해 권리를 가질 수 있다고 설명한다. 저작물 역시 인간만이 창작할 수 있고, 법인은 특별한 법률규정에 의해 저작자가 되는 것으로 의제하거나 승계취득에 의해 권리자가 될 수 있다고 설명한다.

결국, 문제는 인공지능이 가진 '뇌'로부터 비롯된다. 좀 더 정확히 말하자면 인공지능이 가지고 있는 '뇌' 비슷한 시스템과 이를 운용하는 메커니즘으로부터 비롯된다. 인간의 뇌는 "척수와 함께 우리 몸의 중추신경계에 속하는 신체 각 부분을 통솔하는 기관이다. 뇌를 구성하는 약 천억 개의 신경세포들은 끊임없이 정보를 교환하여 근육과 심장, 소화기관 같은 모든 기관의 기능을 조절할 뿐 아니라, 생각하고 기억하고 상상하는 등 인간의 복잡한 정신활동을 일으킨다"고 설명되어진다.[4] 이러한 설명에 의하면 인간의 뇌는 ①신체를 통솔하고, ②신체기관의 기능을 조절하며, ③정신활동을 일으킨다. 이 중 인간의 창조적 개성과 관련있는 것은 세 번째인 정신활동과 관련이 있다.

---

3) 로봇일 수도 있고, 시스템일 수도 있으며, 컴퓨터일 수도 있다.
4) 네이버 지식백과사전 참조.

인간의 정신활동은 신경세포들을 통해 이루어진다. 이들 신경세포들은 정보를 입력받아 교환하고, 새롭게 연산하고, 이를 다시 출력하는 방식으로 동작하는데, 뉴런(neuron)이라고 하는 신경계를 이루는 기본 조직에 의해 입력과 출력이 이루어진다.

인간이 갖는 고유한 특성이라고 생각하는 뇌의 존재에 대해서는 이미 오래전부터 회의적인 시각이 도전장을 내밀기 시작했다. 1995년 일본 오시이 마모루 감독[5]은 공각기동대(攻殼機動隊)라는 애니메이션 영화를 제작했는데, 이 영화의 배경이 되는 시기는 2029년이다. 공각기동대에서 가장 인상적인 설정은 인간과 컴퓨터가 뇌의 정보를 매개로 결합될 수 있다는 점이다. 이러한 설정에 대해 뇌과학자들은 그 가능성을 인정한다. 뇌 역시 정보의 흐름과 교환이라는 점에서 컴퓨터의 구조와 유사하기 때문이다. 영화에서는 이를 '전뇌화(電惱化)'라고 표현하는데, 인간의 뇌 안에 있는 정보가 컴퓨터로 연결될 수 있고, 컴퓨터의 정보 역시 인간의 뇌에 정보로 입력될 수 있다는 것이다. 이로부터 인간 '정체성'의 문제가 발생한다.

다음은 공각기동대에 등장하는 인공지능(극중 '인형사')의 생명체로서의 정치적 망명과 관련된 설명이다.[6]

""생명체로서 정치적 망명을 원한다"는 인형사는 "너는 한낱 프로그램에 지나지 않는다"는 사람들의 공격에 이렇게 맞선다. "인간의 DNA라는 것도 자기 보존을 위한 프로그램에 지나지 않지. 생명이라는 건 정보의 흐름 속에서 태어난 돌연변이일 뿐이고." 인간은 DNA의 '기억'에 의해 유지되는 종족인데, 그 '기억'의 또 다른 방식인 컴퓨터의 등장과 네트워크의 발전은 '인형사'와 같은 새로운 형

---

5) 오시이 마모루 감독은 미래 기계의존적 과학문명의 시대에 "인간이란 무엇인가"라는 본질적 화두를 영화의 주제로 삼아온 작가이자, 리들리 스콧(Ridley Scott) 감독의 <블레이드 러너(Blade Runner)>(1982) 이래로 사이버펑크 영화사에서 가장 주목받는 감독이라고 한다. 사이버펑크(cyberpunk)란 사이버네틱스(cybernetics)와 펑크(punk)의 합성어로, 사이버네틱스는 스스로 목적을 수행하는 자동 기계 관련 분야의 통칭이며 펑크는 '반체제적인 태도'라는 뜻을 갖는데, 결국 사이버펑크란 컴퓨터로 대표되는 첨단 기술과 반체제적인 대중문화, 나아가서는 기계와 인간의 대등한 융합을 시도하는 데서 비롯된 새로운 형태의 반문화적 성격을 갖는, 그리고 네트워크로 구성된 가상공간을 무대로 활동하는 기술과 문화에 대한 아방그르드적 태도를 의미한다. <블레이드 러너>는 최초의 빼어난 사이버펑크로 평가되며, 이후의 대부분의 작품들은 이 영화가 그어놓은 사상적· 미학적 구도 속에서 움직이고 있다고 평가되기도 한다. 이러한 영화들로는 <공각기동대>, <매트릭스>, <이노센스>들이 있는데, 모두 <블레이드 러너>의 변주곡이라고 평가되기도 한다.(안영순, "<공각기동대>와 <이노센스>에 나타난 오시이 마모루의 존재 인식", 순천향인문과학논총(제15집), 2005, 156쪽 및 인터넷 백과사전을 참조)

6) 네이버 지식백과사전 참조.

태의 생명체를 가능하게 만든 것이다. 그 규모를 가늠할 수 없는 방대한 정보의 네트워크 속에서 스스로 정체성을 형성한, 그러면서 기억과 의지를 갖춘 생명체의 탄생이다.”

결국, 인공지능의 문제는 객체(object)였던 컴퓨터시스템이 인공지능이란 이름으로 행위의 주체(subject)로 새롭게 등장하게 되었다는 데 있다. 인공지능이 과거 컴퓨터시스템과 다른 점은 인간의 종속으로부터 벗어나 독립적인 사고(思顧)의 주체가 되었다는 것이다.[7)]

이로부터 인공지능이 권리의 주체라거나 책임의 주체가 될 수 있는지의 문제들이 생긴다. 최근 신문기사에서는 인공지능이 과세의 주체가 될 것인지에 대한 논의가 발견되어지기도 한다. 구글의 자율주행차, 인공지능 의료서비스, 인공지능 주식투자, 인공지능 법률자문에 이르기까지 인공지능에게 인정될 수 있는 잠재적인 권리와 책임의 귀속영역은 다양하고 넓다.

인공지능의 권리와 관련된 논의는 이제 막 걸음마를 시작하고 있다. 인공지능의 권리에 대해 영화에서는 이미 오래 전부터 논의를 시작하고 있지만, 지금에 이르기까지도 그러한 영화는 공상과학영화로 우리 현실과는 다른 문제로서 취급되어 왔다. 그러나 최근 들어서는 인공지능이 갖는 위력이 널리 알려지게 되었는데, 그 결과는 주로 두려움으로 나타나고 있다. 신문들은 연이어 인간이 인공지능에게 빼앗길 직업군들을 나열하기 시작했고, 인간을 뛰어넘는 지능 또는 문제해결능력을 갖는 인공지능으로부터 인간을 어떻게 지켜내야 하는지에 대해 근심하기 시작했다.

이와 관련하여 흥미로운 최근 논의로는 인공지능에 대한 과세의 문제가 있다. 최근 언론보도에 따르면 인공지능이 인간의 일자리를 빠르게 대체하고 있으므로, 인공지능이나 로봇에도 세금을 매기자는 논의가 국회에서 활발하다고 한다.[8)] 반

---

7) 인공지능이 갖는 특징에 따라 형사법의 대상이 될 수도 있다고 보는 논문으로는 Gabriel Hallevy, “I, ROBOT - I, CRIMINAL”--WHEN SCIENCE FICTION BECOMES REALITY: LEGAL LIABILITY OF AI ROBOTS COMMITTING CRIMINAL OFFENSES, 22 Syracuse Sci. & Tech. L. Rep. 1 (2010); 본 논문에서 필자는 로봇을 (i)cammunication, (ii)mental knowledge, (iii)external knowledge, (iv)goal driven behavior, (v)criativity의 5가지 유형으로 구분하고, 인공지능로봇이 그 스스로 범죄의 주체가 될 기능성이 있음을 주장한다. 시기상조로 보이기는 하나, 논의의 출발로서 흥미로운 글이다. Gabriel Hallevy교수의 유사한 글로는 Gabriel Hallevy, THE CRIMINAL LIABILITY OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ENTITIES--FROM SCIENCE FICTION TO LEGAL SOCIAL CONTROL, 4 Akron Intell. Prop. J. 171 (2010)이 있다.

8) “인공지능, 로봇도 세금? ‘기계 과제’ 논의 시작”, sbs 뉴스 2016년 7월 2일자 등 참조.

면, 인공지능이나 로봇에 대한 두려움은 과도한 측면이 있다는 주장도 개진된다. 예를 들어 기계화가 진행된 산업혁명 이후에도 인간이 생산으로부터 소외되고 오로지 소비자로서만 존재할 수 있다는 두려움이 있었지만, 결과적으로는 더 많은 직업들이 창출되었다는 것이다. 따라서 인공지능에 대한 가장 근본적이고 이상적인 접근방법은 자동화나 인공지능화를 이용해 새로운 산업과 일자리를 창출하는 것이라는 긍정적 주장이 개진되기도 한다.[9)10)]

지식재산권의 세계에도 인공지능의 문제는 우리가 풀어야 할 커다란 숙제임이 분명하다. 인공지능의 지식재산권 문제에 대해 가장 활발한 논의를 전개하고 있는 국가 중 하나가 일본인데, 일본의 지식재산전략본부는 지식재산전략본부에 '차세대 지식재산 시스템 검토위원회'를 설치하고 2016년 5월 '2016 지식재산추진계획'을 결정하였는데, 본 보고서에서는 스페인 말라가 대학의 작곡하는 인공지능 '라무스'나 구글의 그림 그리는 인공지능 '딥드림' 등 창작하는 인공지능이 개발되고 있어 인공지능 창작에 대한 투자나 이용을 촉진하기 위해 인공지능의 저작권을 인정할 필요가 있다고 필요성을 전제한 후, 인공지능 개발자 또는 인공지능 이용자의 인공지능을 이용한 저작물 창작에 대한 저작권 인정방안과 그 과정에서 필수불가결한 빅데이터 이용에 대한 법적 정비를 실시하겠다고 밝힌 바 있다.[11)12)13)]

---

9) 이상의 긍정적인 주장의 예로는 이태억(KAIST 산업 및 시스템공학과 교수), "[과학에세이] 인공지능과 일자리 위기", 국제신문 2016년 4월 18일자.

10) 인공지능의 문제에 대해 통일적인 견해는 "멀지 않은 미래에 인공지능이 기억, 추론, 연산, 속도에 있어 인간을 능가하게 될 것"이라는 점이다. 반면, 구글 최고경영자(CEO)인 래리 페이지는 "인공지능이 인간에게 혜택을 가져올 것"이라고 긍정적인 전망을 내놓은 반면, 물리학자 스티븐 호킹은 "생각하는 로봇 개발을 위한 완전한 인공지능의 등장은 인류의 멸망을 가져올 것"이라는 비관적인 전망을 내놓고 있다. 그 외 인공지능에 의한 일자리 잠식 문제 등에서 긍정적인 견해와 비관적인 견해가 팽팽하다.(이시직, "일본의 미래시대를 지배할 '인공지능(AI)' 연구 및 정책 동향", 정보통신방송정책(27권 6호), 2015 참조)

11) 권용수, "[일본] 일본 정부, 인공지능(AI)의 창작물에도 저작권을 인정하는 법 정비 실시", 저작권 동향(2016년 제10호), 2016 참조.

12) 「次世代知財システム検討委員会 報告書(案)～デジタル・ネットワーク化に対応する 次世代知財システム構築に向けて～」, 知的財産戦略本部 検証・評価・企画委員会 次世代知財システム検討委員会, 平成28年４月 참조.

13) 일본은 인공지능의 문제는 단순한 법적 문제가 아니라는 점을 인식하고, 총무성을 중심으로 하는 'ICT 미래상에 관한 연구회'에서는 인공지능기술의 활용과 문제점을, 경제산업성을 중심으로 하는 '로봇 신전략'에서는 로봇의 활용을 위한 경쟁력 강화 문제를 다루는 등 다양한 분야에서 전방위적인 연구가 진행되고 있는 것으로 보인다.(이시직, "일본의 미래시대를 지배할 '인공지능(AI)' 연구 및 정책 동향", 정보통신방송정책(27권 6호), 2015, 25쪽 이하 참조)

우리나라에서도 학자들이 논문을 통해 생각들을 밝히기 시작했는데, 최근에는 법인에서 인공지능을 이용하여 저작물을 창작한 경우에는 업무상저작물로 취급해야 한다는 주장도 제기되고 있다.[14] 그러나 업무상저작물로 취급한다는 근저에는 인공지능의 창작적 행위가 전제되고 있다는 것이며, 법인과 자연인을 달리 취급하는 문제 등 고려해야 할 문제가 매우 많아 보인다.

또한, 인공지능의 문제는 과거 객체로 여겨지던 '인간 외의 대상'이 인간 유사의 사고를 토대로 창작한 결과물에 대한 권리처리를 어떻게 할 것인가의 문제로서 매우 쉽지 않은 문제들을 포함하고 있다. 또한 다른 문제들, 위와 같은 과세문제를 포함하여 수많은 법적 문제들과 관련이 있을 것으로 예상되므로, 그 논의는 매우 진지하면서도 신중하게 진행될 필요가 있다.[15]

인공지능의 저작권 그리고 특허권과 같은 지식재산권 귀속의 문제 역시 다른 법적 논쟁들과 궤를 같이 해야 할 것이다.[16]

Ⅲ. 초연결사회와 빅데이터: 그나마 쉬워보이는...그러나 동상이몽

인공지능의 문제는 그 자체로는 인간 대 컴퓨터의 문제로 보이거나 인공지능이라는 컴퓨터 그 자체의 문제로 인식될 수 있다. 너무 당연한 말같이 느껴지는가? 그렇다면 읽는 이는 아직도 초연결사회에 대해 충분히 이해하지 못 하고 있는 것이다. 왜냐하면, 인공지능의 문제를 '인간 대 컴퓨터' 또는 '인공지능을 갖는 컴퓨터'로 '고립'시켜 이해하는 것은 '초연결'을 배제한 것이기 때문이다.

물론, 앞서 이야기한 바와 같이, 인공지능의 문제는 '초연결'을 배제한 채 관찰하는 것만으로도 지나치게 난해하게 느껴진다. 여기에 '초연결'을 결합시키는 순간 인공지능의 문제는 더욱 복잡하고 난해한 문제로 탈바꿈한다.

---

14) 김윤명, "인공지능(로봇)의 법적 쟁점에 대한 시론적 고찰", 정보법학(제20권 제1호), 2016 참조.

15) 인공지능(AI)와 법의 문제는 이미 1970년대부터 미국과 유럽을 중심으로 연구가 이루어져 독자적 학문분야가 되었다고 하지만, 연구는 주로 인공지능의 법적 활용에 초점이 맞추어져 있는 듯 하다. 이러한 점에서 인공지능을 주체(권리주체, 의무주체, 이익주체 등)로 볼 것인지가 핵심 쟁점으로 부상한 작금의 현실은 새로운 화두를 던지고 있다.(조한상· 이주희, "인공지능과 법, 그리고 논증", 법과 정책연구(16권 2호), 2016 참조)

16) 인공지능과 관련하여 법의 새로운 과제를 개진하고 있는 논문으로는 Matthew U. Scherer, REGULATING ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS: RISKS, CHALLENGES, COMPETENCIES, AND STRATEGIES, 29 Harv. J.L. & Tech. 353 (2016) 참조; 다만, 아직까지 이와 관련된 논의들은 추상적인 방향성을 제시하고 법제도적인 논의를 촉발시키는 수준인 것으로 보인다.

예를 들어 자율주행차가 연인을 태우고 북악산길을 심야에 드라이브한다. 급회전이 필요한 S자 코스와 내리막길들을 내달리고 싶다. 자율주행차는 외기의 온도와 습도, 그리고 지표면의 수막의 두께 등을 알기 위해 기상청의 정보에 접근한다. 기상청은 매우 맑으며 습도가 낮다는 정보를 제공한다. 그러나 실제로는 습하고 냉기류가 흘러 얇은 얼음막이 형성되고 있다. 기상청의 정보를 신뢰한 자율주행차는 미끄러져 사고가 난다. 외부 정보를 신뢰한 인공지능의 책임은 어디까지 인정되는가? 그리고 그 전에 이 도로를 지난 또 다른 자율주행차가 내놓은 주행정보 역시 정보로 활용되고, 이 정보를 이용한 또 다른 인공지능이 내놓은 정보로 통합되면서 정보들이 눈을 뭉치듯이 통합되는 환경에서 이러한 정보를 신뢰한 인공지능의 책임을 따질 수 있는가?

초연결시대의 핵심은, 특히 빅데이터를 활용하는 초연결시대의 핵심은 정보를 제공하는 자와 정보를 제공받는 자 그리고 정보를 가공하는 자 및 정보를 이용하는 자의 구별이 어렵게 된다는 것을 의미한다. 정보가 많은 사물들이 서로 공유하는 대규모의 데이터 집합이며, 정보의 가공방법 및 이용방법 역시 대규모의 데이터 집합에 의해 이루어지는 세계에서, 나와 너를 구별하는 것은 어렵다. 이것이 빅데이터와 초연결기술의 유기적 결합에 의한 세계이다.

너와 나를 구별할 수 없는 초연결사회에서 책임의 문제는, 다행히도, 지식재산권법제도만이 해결해야 하는 영역의 문제는 아니다.[17] 지식재산권법제도는 지식재산권이라는 준물권에 대한 보호여부를 판단하는데 그 역할이 한정된다는 가정하에서 보면, 인공지능의 문제보다는 난이도가 낮은 문제로 보이기도 한다. 물론, 미래사회에도 지식재산권법제도가 준물권에 대한 보호에 국한하여 문제를 바라볼 것인지는 알 수가 없다.

그럼에도 불구하고, 현재 초연결사회와 관련된 지식재산권제도의 문제는 빅데이터 또는 사물인터넷으로부터 교환되는 정보를 이용하는 것이 저작권을 침해하

17) 초연결사회와 관련하여 지금까지 법학계에서 논의되는 주제들은 활성화 전략, 개인정보의 보호, 통신망 등의 제공, 사이버 안보 등의 문제들이 있었다.(박정은· 윤미영, “초연결사회와 미래서비스”, 한국통신학회(31권 4호), 2014; 정원준, “사물인터넷(IoT) 활성화를 위한 법, 제도적 개선방안 연구”, 법과 정책연구(14권 4호), 2014; 정준현, “국가사이버안전법제의 방향에 관한 연구”, 법학논총(39권 4호), 2015; 이준복, “사물인터넷시대에서 정보인권 보장을 위한 법적 고찰”, 홍익법학(16권 3호), 2015; 정준현· 권오민, “개인정보의 수집, 처리, 제3자 제공과 가치창출에 관한 법적 문제연구”, 홍익법학(16권 1호), 2015; 김병운· 고창열, “초연결사회 도래에 따른 유선가입자망 도매제공 법제화 소고”, 과학기술법연구(21권 2호), 2015 등 참조)

는 것인지와 관련된 것이다.[18] 이 문제에 대해 해답은 이미 미국, 영국, 일본 등에서 나오고 있다.

미국에서는 저작물 포함된 빅데이터를 이용하는 행위가 공정이용에 해당하다고 보는 판례가 나오고 있다.[19] 영국에서는 일정한 요건 하에서 빅데이터 이용을 허용하도록 하는 저작권법 개정이 있었다.[20] 일본 역시 영국보다는 더 넓은 범위에서 빅데이터를 이용할 수 있도록 했다.[21][22] 우리나라는 아직 논의가 진행 중이지만 그 답은 이미 정해진 듯 하다. 초연결시대의 쇄국정책(鎖國政策)을 취할 것인가 또는 개방정책(開放政策)을 취할 것인가의 문제라고 생각한다.

빅데이터 등 데이터의 분석에 대해 가장 적극적으로 입법활동을 전개한 국가

---

18) 빅데이터의 이용이 전통적인 저작권법제도 하에서 저작권을 침해하는지의 문제는 이용되는 개별 정보를 토대로 하나하나 검토해야 한다는 것이 지금까지의 일반적인 견해이다.(이지호, "빅데이터의 데이터마이닝과 저작권법상 일시적 복제", 지식재산연구(제8권 제4호), 2013, 201~103쪽 참조)

19) 빅데이터의 이용을 저작물 공정이용으로 보는 판례로는 Authors Guild v. HathiTrust, 755 F.3d 87 (2nd Cir. 2014), White v. West (S.D.N.Y. 2014), Authors Guild v. Google (S.D.N.Y. Nov. 14, 2013) 등이 있다. 이들 판례의 특징은 변형적 이용(transformative use)의 법리를 이용하여 빅데이터 이용이 저작권 침해에 해당하지 않는다고 판단하고 있는데 있다. 이 중에서 빅데이터와 관련이 있는 주요 사례로는 2013년 작가조합과 구글 간에 벌어진 논쟁이다. 이 사례(S.D.N.Y. Nov. 14, 2013)를 보면, 구글이 저작물을 디지털로 변환하여 전자 데이터베이스를 구축함으로써 관련 도서를 검색하고자 하거나 인용구의 내용을 확인하고자 하는 일반 독자, 학자, 연구자 등에게 독서의 목적이 아닌 검색의 목적으로 저작물을 이용할 수 있게 한 것은 기존에 없었던 새로운 방식으로 저작물을 이용할 수 있게 한 '변형적 이용(transformative use)'에 해당하고, 구글이 영리법인이며 Google Books 사업도 상업적 목적을 가지고 있기는 하나 구글은 변환한 저작물을 판매하지 않으며 관련 사이트에 광고를 게재하지도 않는 등 직접적으로 상업화에 관여하지 않았으며 Google Books가 여러 가지 중요한 교육적 목적에 기여하고 있다는 이유로 공정이용을 인정한 바 있다.

20) section 29A of the Copyright, Designs and Patents Act 1988(CDPA)
"An exception to copyright exists which allows researchers to make copies of any copyright material for the purpose of computational analysis if they already have the right to read the work (that is, they have "lawful access" to the work). This exception only permits the making of copies for the purpose of text and data mining for non-commercial research."

21) 제47조의7(정보해석을 위한 복제)
저작물은, 전자계산기에 의한 정보해석(다수의 저작물 기타의 대량의 정보로부터, 당해 정보를 구성하는 언어, 음, 영상 기타의 요소와 관련된 정보를 추출, 비교, 분류 기타의 통계적인 해석을 행하는 것을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 하는 것을 목적으로 하는 경우에는, 필요하다고 인정되는 한도에서 기록매체에의 기록 또는 번안(이에 의하여 창작한 2차적저작물의 기록을 포함한다)을 할 수 있다. 다만, 정보해석을 하는 자의 이용에 제공하기 위해 작성된 데이터베이스저작물에 대하여는 그러하지 아니하다.

22) 일본에서는 제도의 도입과 관련하여 빅데이터의 이용이 저작물의 통상적인 이용형태와 차이가 있어서 저작권자의 정당한 이익을 침해할 경우가 많지 않음에도 불구하고 저작권법상의 복제·번안·개작에 해당될 우려가 있기 때문에 공적인 연구기관 및 산업계에서 연구개발 활동에 위축되고 있는 실정이라는 점이 그 전부터 논의된 바 있다.(이재권, "개정 일본저작권법의 주요 내용에 대한 검토", SW 지적재산권 동향(제22호), 2009, 4쪽 참조)

중 하나인 영국의 아래와 같은 논의[23]는 우리에게 시사하는 바가 있다.

"전자 정보(예를 들면, 과학 잡지의 기사 및 기타 저작물)를 복제함으로써 실행가능한 텍스트와 데이터 마이닝 작업(mining work)과 같은 자동분석기술(Automated analytical techniques)은 패턴, 트렌드 및 기타 유용한 정보를 파악하기 위해 보유 데이터를 분석한다. 이 기술은 저작물 전체를 대량으로 복제하는데, 관련 저작권자 및 출판업자가 이용된 저작물 각각에 특수한 허락을 하지 않거나 일시적인 복제에 머무르지 않는다면, 이 작업을 통해 저작권 침해가 일어날 것이다. 연구자들은 저작권이 과학적 연구에 상당한 가치를 더하는 기술 이용을 방해한다고 주장한다.

만약 충분한 연구자가 관련되어 있었다면 텍스트와 데이터 마이닝 중 어떤 것은 단지 합법적으로 손수 행해질 수 있는 자동적 조치가 취해질 수 있다고 주장한다. 이러한 관점에서 저작권자에 의해 제공된 추가 서비스에 의한 것이 아니라 저작물에 행해진 자동화 및 분석 기술에 의해 제공된 가치가 더해진다.

이러한 점을 고려할 때 비영리적 목적을 갖는 데이터 분석을 허용하는 저작권 제한규정이 필요하다는 의견이 제시된다."

인공지능의 빅데이터 활용과 관련하여 세간의 이목을 집중시킨 사례로는 알파고와 이세돌 간의 세기의 대국이 있었다. 이 대결에서 인간대표인 이세돌은 분투했지만 아쉽게 패배했고, 이세돌의 패배는 인간세상에 커다란 고민을 안겨주었다. 그러나 이 대국을 자세히 들여다보면 이세돌의 패배는 예견된 것이었다. 우선, 알파고는 수천개의 슈퍼컴퓨터를 연결하여 초당 1,000조번 이상의 연산을 할 수 있었고, 빅데이터를 활용하여 연결된 정보를 활용했으며, GPU를 이용하여 바둑판을 얼마든지 겹쳐가며 대국을 이끌 수 있었다. 즉, 연산속도의 불균형과 함께 연결정보를 활용할 수 있었던 점에서 대국은 지나치게 불균형적이었다. 쉽게 말하자면, 알파고는 세상 거의 모든 컴퓨터의 도움을 받을 수 있었고-이세돌은 인간들의 도움을 못 받았지만-, 세상 모든 기보를 훔쳐볼 수 있었다-이세돌은 기보집을 볼 수 없었지만-. 시험으로 치자면 알파고는 컨닝과 오픈북이 가능했다.

물론, 연산속도에서는 알파고가 빠를 수 있었다. 그렇지만, 인간보다 빠른 자동

23) 「Modernising Copyright: A modern, robust and flexible framework」, HM Government, 2012, p.36.

차, 인간보다 빠른 MS사의 엑셀데이터의 연산, 이런 것들이 이상한가? 그렇지 않다면 알파고의 정체를 알기 위해 빠른 연산에 초점을 맞출 필요는 없는 것이 아닌가?

문제는 그 후에 이 사건을 지나치게 진지하게 생각하는 인간들로부터 비롯되었다. 바둑황제 출신인 조훈현 9단이 국회의원이 되었고, 조훈현의원은 기보저작권을 보호해야 한다고 주장했다. 조훈현의원은 문화체육관광부 장관에게 "지난 3월 이세돌 9단과 알파고의 대국은 세계적인 이벤트였고, 이 대국을 조명한 책들이 속속 나오고 있다. 그러나 이 중 일부는 이세돌 9단의 기보를 사용하면서도 대가 지급에는 소극적 태도를 보인다"고 지적했다.[24] 그리고 언론에서는 기보를 무단으로 사용해 대국을 승리로 이끈 알파고와 알파고의 사용자인 구글이 기보에 대해 저작권료를 지급해야 한다고 보도하기 시작했다. 이러한 언론보도는 일견 타당한 측면이 있는 반면, 알파고의 승리로 생긴 반감을 표출하는 측면도 있었다. 어쨌거나 기보저작권의 이면에는 알파고의 기보 무단이용(freeriding)이 있다.[25]

저작권법 제2조 제1호는 저작물을 "인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물"이라고 정의한다. 기보 역시 바둑을 두는 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물에 속할 가능성은 매우 높고, 결국 저작물로 보호될 가능성이 크다. 그러나 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물인 경우에도 모두 저작물이 되는 것은 아니다. 저작권법은 문화의 향상발전을 목표로 하고 있으므로, 문화의 향상발전에 이바지하지 못 하고 오히려 해가 될 수 있는 것은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물일지라도 저작물로 인정받지 못 하는 사례가 종종 있었다. 예를 들어 제호는 저작물로 인정받지 못 하고 있으며,[26] 서체 역시 우리 법원은 문화발전의 도구로서 저작물로 인정하는 것은 바람직하지 않다고 밝힌 바 있다. 그렇다면, 기보는, 그것이 문언적으로는 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물임에도 불구

24) "조훈현, 알파고 기보 무단사용, 기보저작권 보호해야", 연합뉴스 2016년 6월 29일자.

25) 이러한 점에서 기보를 지식재산권이 아닌 '성과참용행위' 등 타인 성과물의 무단이용의 금지에 의해 보호된다고 볼 여지도 있다. 그럼에도 불구하고 지금까지 관련된 논의들은 대체로 지식재산권에 초점을 맞추고 있다.

26) 반면 프랑스에서는 제호를 보호하고 있으며, 우리나라에도 제호가 예외적으로 보호될 수 있다고 보는 견해를 제시하는 학자들이 있다. 그럼에도 불구하고 대체적으로 많은 국가들이 제호의 보호를 부정하고 있으며, 우리나라에도 소위 '행복은 성적순이 아니잖아요' 사건 등에서 제호의 보호가 원칙적으로 배제되고 있다.

하고, 저작물로 보호되는 것이 문화의 향상발전에 이바지할 것이지를 살펴볼 필요가 있다. 특히, 기보저작권 주장의 근저에 있는 알파고의 프리라이딩을 저지할 수 있는지와 구글이 바둑기사들에게 저작권료를 지급할 가능성이 있는지, 이러한 것들을 통해 우리 바둑문화가 한층 더 성숙해질 가능성이 있는지에 대한 검토가 필요하다.[27)]

생각해보면, 기보저작권이 인정될 때 저작권료를 지급할 가능성이 있는 대표적인 이용자들은 1)바둑기원, 2)바둑기사, 그리고 3)알파고의 세 유형으로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 바둑기원은 관행적으로 기보를 활용하여 교육을 해왔는데, 기보저작권이 인정된다면 최대의 저작권료 지급자가 될 것으로 예상된다. 표현을 바꾸자면, 기보저작권의 최대 희생자가 될 전망이다.

둘째, 바둑기사는 오랫동안 바둑기원 또는 다른 프로기사로부터 기보를 활용한 교육을 받아왔는데, 프로바둑기사라면 웬만한 기보를 암기하고 시합에 이를 그대로 이용하거나 응용하여 이용하고 있다. 따라서 바둑기사의 대국은 부분적으로는 다른 기보를 그대로 재현하고 있거나 최소한 다른 기보의 일부분을 응용하여 재현할 가능성이 매우 높다. 저작권법의 해석론에 의하면, 기보의 부분적 유사성 있는 표현이 재현되고 있으므로 복제권 침해가 발생할 여지가 크고, 최소한 응용하여 재현하는 행위 역시 2차적저작물작성권 침해가 될 가능성이 있다. 프로바둑기사는 결정적인 순간에 고민을 하게 될 것이다. “이 수를 놓고 대국을 이기면서 저작권 침해를 할 것인가? 아니면 저작권 침해로부터 자유롭도록 이 수를 포기하고 대국에서 질 것인가?” 바둑기사는 이제 바둑에만 전념해서는 안 되고, 어떠한 변형이 저작권 침해로부터 자유롭고 어떠한 수의 재현이 저작권 침해가 될 것인지를 판단하기 위한 저작권 학습을 병행해야 한다.

셋째, 그렇다면 알파고 또는 알파고의 주인인 구글은 바둑기사에게 기보저작권

---

27) 바둑 기보의 저작물성 판단에 대한 선행연구로는 박성호, “바둑 기보의 저작물성 판단에 관한 연구”, 한국저작권위원회(연구보고서), 2009; 이상정, “기보와 저작권법”, 스포츠와 법(10권 3호), 2007; 최일호, “기보와 저작권법 발표에 대한 토론문”, 스포츠와 법(10권 3호), 2007이 있다. 이들 연구의 공통점은 기보저작권을 인정해야 한다는 견해를 토대로 하고 있다는 점이다. 그럼에도 불구하고, 위 박성호교수의 연구보고서에서는 1916년 미국 체스 잡지(American Chess Bulletin)가 런던 타임스(London Times)를 인용하여 소개한 기사에서 체스게임에 대한 저작권 주장을 일축하고 있다.(박성호, “바둑 기보의 저작물성 판단에 관한 연구”, 한국저작권위원회(연구보고서), 2009, 34~35쪽)

이용의 대가를 지급하게 될 것인가? 사실 이 문제가 기보저작권 문제의 핵심일 수 있다. 그러나 알파고가 기보저작권료를 지급할 것이라는 생각을 바라보는 제3자의 눈에는 '동상이몽(同床異夢)'이란 말이 떠오른다. 왜냐하면 기보의 데이터로서의 특성을 추출하는 행위가 데이터마이닝(data mining)에 해당될 가능성이 높아 보이기 때문이다. 데이터로부터 특정한 문제해결방안을 추출하는 행위에 대해 미국 법원들은 공정이용에 해당되어 저작권 침해로부터 자유롭다는 판례들을 쏟아내고 있고, 영국은 특정한 요건 하에서 데이터마이닝이 공정이용에 해당한다는 저작권법 개정을 완료했다. 일본 역시 영국보다 더 넓은 범위로 데이터마이닝이 저작권제한사유에 해당하는다는 법개정을 완료하였다. 우리나라 역시 빅데이터 활용이 제4차 산업혁명의 중요한 도구라고 인식하고, 빅데이터 활용을 위한 법안 마련에 착수하였다. 전세계적으로 인공지능의 빅데이터 이용은 저작권으로부터 자유로울 가능성이 높아지고 있다.

설령 기보저작권으로부터 자유로울 수 없더라도 인공지능의 내부 메모리에 기보가 저장되어 있고, 저장된 기보로부터 알파고의 신의 한 수가 나왔음을 입증하여 소위 '집행'이 이루어지는 권리구제의 길은 지나치게 멀고 험난해 보인다. 클라우드 환경 하에서 전세계에 잔재해 있는 빅데이터의 소재를 확인하여 복제 여부를 확인하여야 하며, 알파고의 수가 이들 빅데이터로부터 나온 2차적저작물임을 입증하는 절차가 필요하다. 최소한 일개 국가가 홀로 해결할 수 있는 일은 아니다. 바둑을 애호하는 그리고 기보저작권을 보호하자는 전세계의 합의 없이는 불가능해 보인다.

아울러, 새로운 위험이 닥쳐올 수도 있다. 알파고는 하루에도 수천번의 대국을 스스로 또는 동료 인공지능과 함께 만들어낸다. 알파고의 기보저작권은 어떻게 할 것인가? 인공지능의 저작물 창작에 대해서는 앞서 살펴본 바와 같이, 1)인정하지 않는다, 2)업무상저작물로 보호한다, 3)알파고를 만든 자가 저작권을 갖는다, 4)인공지능인 알파고가 저작권을 갖는다의 네 가지 주장이 전개될 수 있다. 결론이 어떻게 날 것인지는 아무도 모른다. 그러나 만약 2번, 3번 또는 4번의 방법으로 인공지능 창작물을 보호한다면, 알파고와 알파고의 주인인 구글은 기보저작권의 최대 권리자가 될 것이다. 하루에 수천건의 기보를 만들어 낼 수 있으므로... 일정시간이 흐른 뒤 바둑기원 그리고 바둑기사들은 이세돌이 아닌 알파고에 상상할 수 없이 많은 저작권료를 지급해야 할지 모른다. 이러한 세상이 기보저작권을 주장하는 사람들이 원하는 미래사회인가, 그리고 이러한 사회가 바둑문화를

향상발전시킬 것인지에 대한 전략적이고 지혜로운 고찰이 요망된다.

Ⅳ. 초연결사회와 유비쿼터스: 언제 어디서나 존재한다. 저작권 침해인가? 기술적 의미의 재해석

초연결사회의 근저에는 유비쿼터스가 자리잡고 있다. 신의 존재. 언제 어디서나 존재한다. 언제 어디서나 존재하기 위해 하나의 존재는 여러 개의 복제물로 존재해야 하고, 여러 개의 복제물은 하나로 보여야 한다.

유비쿼터스를 가능하게 하는 기술 중 중요한 하나는 클라우드 컴퓨팅(cloud computing)이다. 클라우드 컴퓨팅은 기술적 어휘임에도 불구하고, 그 의미는 철학적이고 최소한 비확정적이고 유동적인 어휘로 쓰인다. 기술이란 객관적인 방법으로 재생반복될 수 있어야 한다는 그간의 통념을 깨고, 클라우드 컴퓨팅은 기술을 구름 속에 숨겨놓았다. 언제 어디서나 존재하기 위해 역설적으로 그 존재를 명확하게 드러내서는 안 된다.

사람들은 정보를 언제 어디서나 보고 듣고 싶어했다. 과거에는 정보가 사람들을 이동시켰다. 책을 보고 싶으면 서점이나 도서관으로 가야했다. 어제 쓰던 논문을 쓰기 위해 학교의 연구실로 간다. 영화를 보기 위해 영화관으로 가야 한다.

그러나 클라우드 컴퓨팅은 정보 이용의 주도권을 사람에게 내주었다. 정보가 사람을 따라다닌다. 구름 속에 감추어진 정보는 사람을 따라다니며 정보를 쏟아붓기 시작했다. 사람들은 정보를 원하는 모든 장소와 시간에 이용할 수 있게 되었다. 그리고 N스크린으로 지칭되는 클라우드 컴퓨팅 활용기술은 새로 보기시작할 위치를 신경쓰지 않고도 TV에서 보던 영화를 스마트폰으로 이어볼 수 있게 하고 있다.

<사람을 따라다니는 정보구름>

클라우드 컴퓨팅은 또다시 그 안에 기술적 개념을 내재하고 있는데, 가상화기술과 분산처리기술이 가장 중요한 핵심적인 기술개념이다. 즉, 클라우드 안에 숨어있는 상품과 서비스를 가상화기술을 이용하여 추상적인 하나로 만들고, 분산처리기술을 통해 세계 각국에 산재해있는 이용자들에게 하나로 보여주게 되는 것이다. 이를 반영하여 클라우드컴퓨팅 발전 및 이용자 보호에 관한 법률[28] 제2조 제1호는 "클라우드 컴퓨팅"이란 집적·공유된 정보통신기기, 정보통신설비, 소프트웨어 등 정보통신자원을 이용자의 요구나 수요 변화에 따라 정보통신망을 통하여 신축적으로 이용할 수 있도록 하는 정보처리체계를 말한다고 정의하고 있으며, 동조 제2호는 "클라우드컴퓨팅기술"이란 클라우드컴퓨팅의 구축 및 이용에 관한 정보통신기술로서 가상화 기술, 분산처리 기술 등 대통령령으로 정하는 것을 말한다고 규정하고 있다. 가상화 기술이란 집적·공유된 정보통신기기, 정보통신설비, 소프트웨어 등 정보통신자원을 가상으로 결합하거나 분할하여 사용하게 하는 기술을 의미하며(시행령 제2조 제1호), 분산처리 기술이란 대량의 정보를 복수의 정보통신자원으로 분산하여 처리하는 기술로 정의된다(시행령 제2조 제2호).

클라우드 컴퓨팅은 클라우드 컴퓨팅 서비스를 가능하게 한다. 클라우드 컴퓨팅 서비스에 대해서는 "클라우드 컴퓨팅 이용자가 그 서비스 제공자로부터 소프트웨어, 서버, 네트워크, 스토지리(storage) 등 각종 컴퓨터 자원을 필요한 만큼만 신축적으로 빌려서 사용하고 그렇게 사용한 양에 대하여만 비용을 지불하는 서비스"라고 정의하는 견해도 있으며,[29] "복수의 중앙 집중화된 대형 데이터센터를 가상화 기술로 통합해 정보기술(IT) 자원을 온디멘드(on demand)로 제공하는 모델로서 이용자는 인터넷을 기반으로 소프트웨어 등 필요한 IT자원을 구매하거나 소유하지 않고 빌려서 사용하고 그에 따른 사용료를 지급하는 서비스를 말한다"고 정의하는 견해[30] 등이 제시되고 있는데, 이들 견해의 공통점은 저작물의 이용형태를 물권적 이용이 아닌 서비스적 이용관점에서 보고 있다는 점이다.

이러한 논의를 토대로 하되 기술과 서비스를 구분하여 정의를 하자면, "클라우드 컴퓨팅이란 산재해 있는 컴퓨터 자원인 정보처리, 저장, 통신수단을 가상화기술 또는 분산처리 기술을 이용하여 하나의 컴퓨터 자원처럼 활용하는 기술적

---

28) 약칭: 클라우드컴퓨팅법(시행 2015.9.28. 법률 제13234호).

29) 박준석, "클라우드 컴퓨팅 환경에서의 저작권 문제와 해결방안 토론문 Ⅲ", 제5회 저작권 제도개선 토론회, 문화체육관광부/한국저작권위원회, 2011.5.18,, 36쪽.

30) 손승우, "클라우드 컴퓨팅 환경에서의 저작권 문제와 해결방안", 제5회 저작권 제도개선 토론회, 문화체육관광부/한국저작권위원회, 2011.5.18,, 3쪽.

사상"을 의미하며, "클라우드 컴퓨팅 서비스란 클라우드 컴퓨팅 기술을 이용하여 컴퓨터 자원인 인프라(infra), 플랫폼(platform), 소프트웨어(software), 데이터(data)를 이용자의 컴퓨터에 저장하지 않고, 서비스 제공자로부터 제공받아 이용하고 계약에 따른 대가를 지급하는 서비스"를 의미한다고 정의할 수 있다.

클라우드 컴퓨팅이 저작권법제도에 미치는 영향은 크게 2가지 측면에서 감지된다.[31]

첫째는 분산처리 환경에서 발생하는 복수의 복제를 어떻게 처리할 것인지의 문제이다. 즉, 하나의 복제가 아닌 복수로 발생하는 복제에 대해 물리적이거나 기계적 복제 하나하나가 복제권 침해로 인정될 것인지 또는 전체로서 하나의 복제로 취급될 것인지의 문제이다. 프로그램코드역분석 또는 저작권제한의 문제들에서 저작권법제도는 오랫동안 복제의 하나하나를 구별해왔다. 예를 들어 우리 저작권법 제102조의3 제1항 제6호를 보면 정당한 권한에 의하여 프로그램을 이용 중인 자만이 시험을 위한 '또다른' 복제를 가능하도록 하고 있고, 동조 제2항 역시 정당하게 취득한 프로그램 사용자만이 유지보수를 위해 프로그램을 일시적으로 '다시 한번 더' 복제할 수 있도록 규정한다. 아울러, 제101조의4에서는 프로그램역분석을 프로그램저작권제한의 하나로 명시하고 있는데, 그 근저에는 역분석으로 프로그램이 '또 다시' 복제되고 이로서 복제권이 침해된다는 생각이 자리잡고 있다. 그렇다면, 하나의 복제권을 가진 자가 클라우드 컴퓨팅으로 저작물을 제공하기 위해 수백개의 서버에 복제하는 행위는 매우 많은 수의 복제권 침해로 해석될 수 있다.[32][33]

두 번째는 클라우드 컴퓨팅 서비스 제공자의 책임에 관한 문제이다. 이와 관련되는 저작권법의 규정은 온라인서비스제공자의 책임이다. 그러나 온라인서비스제공자의 책임은 현재 네 가지 형태로 규정되어 있는데, 클라우드 컴퓨팅 서비스는

---

31) 저작권제도 이외의 영역에서도 많은 법적인 쟁점들을 발견할 수 있다. 대표적인 것으로는 데이터의 소유문제, 진정성의 문제, 보안문제, 관할권의 문제, 멸실에 의한 복구 및 책임의 문제 등이 있다.(Sharon D. Nelson, John W. Simek, IS CLOUD COMPUTING INEVITABLE FOR LAWYERS?, 38-AUG Wyo. Law. 24 (2015); Dr. Gavin W. Manes, CLOUD COMPUTING, 50-FALL Ark. Law. 40 (2015) 참조)

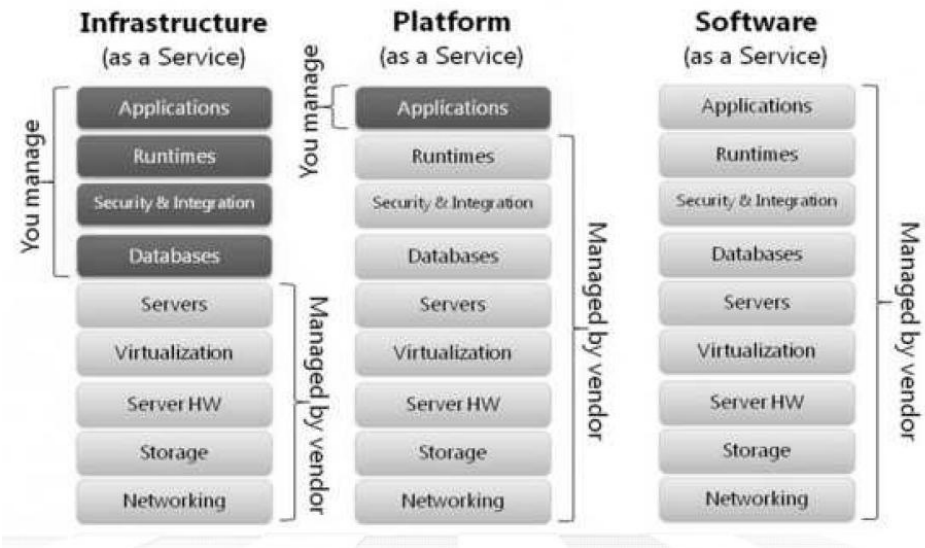
32) 클라우드 컴퓨팅의 복제 역시 침해로 볼 수 있지만 밀레니엄저작권법 하에서 공정이용 등으로 볼 수 있다는 견해로는 Marc Aaron Melzer, COPYRIGHT ENFORCEMENT IN THE CLOUD, 21 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 403 (2011) 참조.

33) 이와 같은 문제들을 해결하기 위해 일본은 최근 '부수적 복제'를 공정이용으로 보는 저작권법 개정(제30조의2)을 하였다.

그 자체로 비확정적인 서비스 개념을 제시하므로 그 유형과 책임의 범위를 확정하기 어렵다.

일반적으로 클라우드 컴퓨팅에 의해 제공되는 서비스는 크게 SaaS(Software as a Service), PaaS(Platform as a Service), IaaS(Infrastructure as a Service)로 나뉜다. 그리고 이들 서비스에 따라 서비스제공자의 통제권한 및 능력은 다르게 나타난다.

<클라우드 서비스의 종류와 서비스 제공자의 통제 권한 및 능력>



<클라우드 서비스의 종류에 따른 관리영역>

이와 같은 기술적이거나 서비스적인 면들을 고려할 필요가 있다. 즉, 서비스 제공자의 통제권한에 따라 그 책임을 묻게하는 법리가 요구된다.

이러한 기술적이거나 서비스적인 문제들은 쉽게 인식가능한 것으로서, 문제해결 역시 매우 쉬운 영역에 속할 것으로 예상된다. 그럼에도 불구하고, 저작권법제도는 이처럼 쉬운 영역마저도 같은 속도로 따라잡지 못 하고 있다.

지속적으로 변하는 정보기술, 정보와 기술을 보호하는 지식재산권법제도, 이들 간의 동기화는 가장 중요하면서도 필수적인 요구사항이 될 것이다. 지식재산권법제도가 새롭게 변화하는 물결들과 같은 속도를 유지해야 하는 이유이다. 속도의 상대성은 현재를 그리고 세상을 왜곡한다.

Ⅴ. 맺음말 : 변화에는 변화로 맞서야 한다.

지식재산권법제도의 미래 또는 정보법학의 미래는 어떠할까를 생각하기 위해서는 미래 기술과 미래 서비스 그리고 미래 정보환경을 예측하여야 한다. 지식정보사회는 인간이 중심이 되어온 주체, 인간이 이용해오던 객체, 그리고 인간이 이용해오던 환경을 바꾸고 있다. 이러한 변화는 인간의 철학과 조리와 상식을 뛰어넘는 미래학자로서의 법학자를 요구하고 있다.

구체적으로는 지식정보라는 무형의 재산을 인정하게 한 제2차 산업혁명과 인터넷을 통해 무형적 유통을 가능하게 한 제3차 산업혁명에 뒤이어, 정보의 생산과 제공 주체가 인간이 아닐 수 있고 정보의 이용 역시 객체 간에 이루어지는 제4차 산업혁명의 시대에 필요한 법제도가 요구되고 있다. 제2차 산업혁명에서 인간은 유형의 재화라는 틀을 깨고 무형의 정보재화를 인정하였고, 제3차 산업혁명에서 인터넷을 통한 유통에 대해 정보전달권 또는 공중송신권의 개념을 도입하였듯이, 제4차 산업혁명의 도래에 따라 우리는 새로운 법제도를 창출해야 하는 과제를 안게 되었다.

이번에 맞이할 우리의 과제는 물권적 틀 속에서 준물권을 창출했던 제2차 산업혁명과는 달리, 그리고 저작물의 이용이라는 틀 속에서 공중송신권을 창출했던 제3차 산업혁명과는 달리, 인간이라는 그리고 사물이라는 거대한 틀을 고민해야 하게 되었다. 이것이 제4차 산업혁명이 산업은 물론이거니와 법제도에 미칠 파고의 높이를 인식하게 해줄 것으로 생각된다. 그리고 이번 과제는 지식재산권제도만의 과제가 아닌 법제도 전반의 과제로 평가되고 인식되고 연구되어야 한다.

새로운 변화에는 변화로 맞서야 한다. 그리고 그 변화를 맞이하는 자는 기존의 것으로부터 틀을 깨고 맞설 수 있어야 한다. 그리고 법제도 연구자 간의 융합연구가 필요하게 되었다. 융합이라는 단어는 기술적으로 또는 서비스에서만 쓰이는 단어가 아니라 법제도에서도 중요한 가치가 되었다.

그 미래는 호기심을 낳고 그 미래는 창의를 낳고, 법제도는 호기심과 창의를 통해 온고지신의 미덕으로 새롭게 변화될 것이다.

(논문투고일: 2016.09.02, 심사개시일: 2016.09.05, 게재확정일 : 2016.09.23)

정 진 근

제4차 산업혁명, 초지능사회, 초연결사회, 클라우드 컴퓨팅, 인공지능, 빅데이터, 알파고, 저작권, 지식재산권, 공정이용

【참 고 문 헌】

권용수, “[일본] 일본 정부, 인공지능(AI)의 창작물에도 저작권을 인정하는 법 정비 실시”, 저작권 동향(2016년 제10호), 2016

김병운· 고창열, “초연결사회 도래에 따른 유선가입자망 도매제공 법제화 소고”, 과학기술법연구(21권 2호), 2015

김윤명, “인공지능(로봇)의 법적 쟁점에 대한 시론적 고찰”, 정보법학(제20권 제1호), 2016

남유선· 김인숙, “독일의 개방형 의사소통 시스템 “플랫폼” - 독일 제4차 산업혁명을 중심으로”, 독일언어문학(70권), 2015

박성호, “바둑 기보의 저작물성 판단에 관한 연구”, 한국저작권위원회(연구보고서), 2009

박정은· 윤미영, “초연결사회와 미래서비스”, 한국통신학회(31권 4호), 2014

박준석, “클라우드 컴퓨팅 환경에서의 저작권 문제와 해결방안 토론문 III", 제5회 저작권 제도개선 토론회, 문화체육관광부/한국저작권위원회, 2011. 5.18

손승우, “클라우드 컴퓨팅 환경에서의 저작권 문제와 해결방안", 제5회 저작권 제도개선 토론회, 문화체육관광부/한국저작권위원회, 2011.5.18

안영순, “<공각기동대>와 <이노센스>에 나타난 오시이 마모루의 존재 인식”, 순천향 인문과학논총(제15집), 2005

이상정, “기보와 저작권법”, 스포츠와 법(10권 3호), 2007

이시직, “일본의 미래시대를 지배할 ‘인공지능(AI)’ 연구 및 정책 동향”, 정보통신방송정책(27권 6호), 2015

이준복, “사물인터넷시대에서 정보인권 보장을 위한 법적 고찰”, 홍익법학(16권 3호), 2015

이지호, “빅데이터의 데이터마이닝과 저작권법상 일시적 복제”, 지식재산연구(제8권 제4호), 2013

이재권, “개정 일본저작권법의 주요내용에 대한 검토”, SW 지적재산권 동향(제22호), 2009

정원준, “사물인터넷(IoT) 활성화를 위한 법, 제도적 개선방안 연구”, 법과 정책연구(14권 4호), 2014

정임 연구위원, “2016년 다보스 포럼의 주요 내용과 시사점 - ‘4차 산업 혁명’, 글로벌 성장 원동력으로”, 현안과 과제(16-2호), 현대경제연구원, 2016

정준현, “국가사이버안전법제의 방향에 관한 연구”, 법학논총(39권 4호), 2015

정준현· 권오민, “개인정보의 수집, 처리, 제3자 제공과 가치창출에 관한 법적 문제연구”, 홍익법학(16권 1호), 2015

조한상· 이주희, “인공지능과 법, 그리고 논증”, 법과 정책연구(16권 2호), 2016

최일호, “기보와 저작권법 발표에 대한 토론문”, 스포츠와 법(10권 3호), 2007

황창규 KT회장, “KT가 여는 제4차 산업혁명 신성장동력을 위해! 무엇을 준비해야 하는가?”, KEFe매거진(23권), 한국경영자총협회, 2016

「Modernising Copyright: A modern, robust and flexible framework」, HM Government, 2012

Dr. Gavin W. Manes, CLOUD COMPUTING, 50-FALL Ark. Law. 40 (2015)

Gabriel Hallevy, “I, ROBOT - I, CRIMINAL”--WHEN SCIENCE FICTION BECOMES REALITY: LEGAL LIABILITY OF AI ROBOTS COMMITTING CRIMINAL OFFENSES, 22 Syracuse Sci. & Tech. L. Rep. 1 (2010)

Gabriel Hallevy, THE CRIMINAL LIABILITY OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ENTITIES--FROM SCIENCE FICTION TO LEGAL SOCIAL CONTROL, 4 Akron Intell. Prop. J. 171 (2010)

Marc Aaron Melzer, COPYRIGHT ENFORCEMENT IN THE CLOUD, 21 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 403 (2011)

Matthew U. Scherer, REGULATING ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS: RISKS, CHALLENGES, COMPETENCIES, AND STRATEGIES, 29 Harv. J.L. & Tech. 353 (2016)

Sharon D. Nelson, John W. Simek, IS CLOUD COMPUTING INEVITABLE FOR LAWYERS?, 38-AUG Wyo. Law. 24 (2015)

「次世代知財システム検討委員会　報告書(案)～デジタル・ネットワーク化に対応する　次世代知財システム構築に向けて～」, 知的財産戦略本部　検証・評価・企画委員会 次世代知財システム検討委員会, 平成28年４月

Abstract

Essay: New role of IP Law system on the 4th industrial revolution

JEONG, Jin Keun

This article deals with the issues – focusing on the copyright system - of 'Artificial Intelligence' as the key point of Superintelligence society, and 'Big Data' and 'Ubiquitous Environment' as the key of Hyper Conn ection Society in terms of the legal sociology, or the future of legal poli cy studies.

We would need to review the word, AI, which is at the center of S uperintelligence society, and changes Computer System from the object o f legal action to the subject of it. By copyright law, a person is fundam entally the subject of copyright. However, a question has been raised as to whether AI, with similar systems in mind, could also have copyright or legal liability.

The matter of IP systems related to Hyper Connection Society is wh ether it infringes a copyright to use information exchanged from Big Dat a. In 2016, the case of Alphago vs Lee Sedol in Korea related to AI ex ploiting big data. Considering the discussion on the copyright of the Bad uk records from that case, strategic studies on using Big Data would be necessary for the purpose of contributing to the improvement and develo pment of culture.

Ubiquitous Environment forms the basis of Hyper Connected Society, which was made possible by one of the most recent developments in tec

hnology, cloud computing. Cloud computing effects the copyright system in roughly two ways: the first is how it treats multiple duplication in a distributed processing environment, and the second is the liability of the cloud computing service provider.

In the 4th industrial revolution, we are facing the challenges of build ing a new legal system. These challenges must be assessed, recognized, a nd researched as the duty of the overall legal system rather than the cop yright system.

JEONG, Jin Keun

The 4th industrial revolution, Superintelligence society, Hyper connection society, Cloud computing, Artificial intelligence, Big data, Alphago, Copyright, Intellectual Property

과학기술법학의 과제*

조 용 진**

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 과학기술법학의 개념과 학문의 요건
1. 학문의 개념과 그 대상
2. 법학의 개념과 그 대상
3. 과학기술법학의 개념과 연구방법론
Ⅲ. 과학기술법학과 과학기술법제의 현황
1. 과학기술법학의 현황
2. 과학기술법제의 현황
3. 과학기술법의 특징과 시사점
Ⅳ. 과학기술법학의 나아갈 길
1. 총론적 입장
2. 과학기술법학의 법이념-법원리-법규칙 체계화
3. 과학기술법학의 연구방법론 개발
4. 과학기술법학의 교육과정 개발
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

올해는 ‘알파고’와 ‘가습기 살균제 사건’을 접하면서 그 어느 때보다 과학기술이 주는 편익과 위험이라는 이중적 면을 절실히 경험하고 있다. 이러한 사건을 통해 과학기술법학이 얼마나 중요한지를 실감하고 있으나 정작 과학기술법학이 무엇인지, 미래 과학기술법학이 가야할 길이 어디인지라는 본질적 질문에 대해서 현재 속 시원하게 답하고 있지는 못한 실정이다. ‘학문’이라는 개념으로부터 학문의 3대 내지 2대 요건을 추출할 수 있다. 학문의 3대 요건은 ‘행위(결과)’. ‘대상’, 그리고 ‘방법’이 될 수 있고, 2대 요건은 ‘행위(결과)’와 ‘방법’이 일체화된다면 ‘대상’과 ‘방법’이 될 수 있다. 과학기술법학은 ‘과학기술법 또는 과학기술법에서의 여러 현상을 법학 연구방법론을 이용하여 연구하는 활동 또는 그런 지식체계’로 정의해 볼 수 있다. 이러한 정의에 충실하게 과학기술법학을 발전시키기

---

* 본 논문은 “한범 손경한 교수 정년기념 학술대회”에서 발표한 것을 수정·보완한 것임.
** 한국식품연구원 책임연구원·과학기술연합대학원대학교 교수, 농학박사·법학박사

위해서는 과학기술법학의 연구대상을 명확히 할 필요가 있으며, 과학기술법학의 연구방법론으로서 법학의 일반연구방법론 뿐만 아니라 과학기술법학에 특유한 연구방법론을 개발할 필요가 있다. 그 연구방법론의 예로서, 과학기술의 진흥법과 안전법의 정합성을 도모하는 '정합성 법리 모델'을 제시해 보았다. 또한, 최근 주목을 받고 있는 '사전주의의 원칙'을 과학기술법학에 특유한 연구방법론으로 개선하여 적용할 필요성을 제시하였다. 과학기술법학의 경우, 무엇보다도 과학기술의 진흥법과 안전법을 정합적으로 추구하는 법이념-법원리-법규칙의 체계성을 개발할 필요성이 절실하다. 여기서 법이념은 과학기술진흥법과 과학기술안전법을 통괄하는 이념이 되어야 하고, 과학기술진흥법을 위한 법원리와 법규칙은 과학기술안전법을 위한 그것들과 정합적 관계를 형성할 수 있도록 해야 한다. 끝으로, 전국의 법학전문대학원에서 과학기술법학의 개념과 교육과정을 공유하는 노력이 있어야 하며, 그것을 실천하는 교재의 개발이 뒤따라야 한다. 과학기술법학은 결코 과학기술과 법이라는 병렬개념이 아니라 그들이 융합된 학문이 되도록 해야 한다.

Ⅰ. 서론

2016년 3월의 봄, 찬 기운이 채 가시지 않고 있었으나 한국을 중심으로 세계는 뜨거운 기운으로 가득했다. 바로 '알파고'라는 바둑의 인공지능이 인간과 세기의 대결을 펼쳤기 때문이다. 이세돌 9단은 경기 전 승리를 장담하였으나 결과는 '알파고'의 4승1패로 나타났다. 이러한 결과를 놓고 인공지능이 인간을 지배할 날이 멀지 않았다고 소동 아닌 소동을 일으켰는데, 인공지능이 인간사회를 이롭게 할 것이라는 낙관론과 인공지능의 위험이 인간사회를 위태롭게 할 것이라는 비관론이 맞서고 있다. 두 입장의 차이가 극명하게 나뉘어 대립하는 모습을 보이는 것은 아마도 인공지능의 실체를 아직 제대로 이해하지 못하고 있을뿐더러 향후 인공지능의 궁극적 모습을 가늠하기 어려운 탓 때문일 것이다.

한편에선, '가습기 살균제 사건'[1]이 대한민국을 뜨겁게 했다. 검찰의 본격적인 수사가 진행됨에 따라 십 수 년이 된 사건의 실체가 수면 위로 떠올랐고, 오랜 기간 수많은 사망자를 포함하여 엄청난 수의 사상자가 지속적으로 발생하였음이 확인되었으며, 앞으로도 그 피해가 계속 이어질 것으로 예상되는 사건으로 확인되었음에도 불구하고 이 사건은 '가습기 살균제' 출시 이후부터 지금까지 국가와 기업의 역할과 태도에 대해 분노를 느끼지 않을 수 없도록 만들고 있다. 대한민국을 뒤흔들고 있는 '가습기 살균제 사건'은 초기에 '가습기 살균제'의 실체를 제대로 이해하지 못하였고, 이에 따라 그것의 영향을 제대로 평가하지 못했기 때문으로 발생한 사태이며, 꽤 많은 시간이 지나서야 사건의 실체와 그 영향을 파악하기 시작한 사건이다. '가습기 살균제 사건'은 과학기술법의 문제를 종합적으로

1) '가습기 살균제'는 1994년 11월 16일 국내 주요경제일간지에서 "독성실험결과 인체에 전혀 해가 없다"라는 회사의 입장을 소개하면서 국내회사가 처음으로 가습기 살균제를 개발했다는 기사를 보도함으로써 생활제품으로 등장하였으나, 이로부터 약 17년이 지난 2011년 5월 11일 "미확인 바이러스 폐질환으로 산모들이 잇달아 사망한다."는 언론의 보도가 있었고, 동년 8월 31일 보건복지부 산하 질병관리본부가 "가습기 살균제 사용 시 원인미상 폐손상이 47.3배 높다"는 역학조사 결과를 발표함으로써 '가습기 살균제 사건'은 수면 위로 올라왔다. 결국, '가습기 살균제 사건'으로 인한 피해자는 총 357명으로 파악되었고, 심지어 사망자만 112명에 달했다. 더구나 놀라운 사실로서 PHMG (polyhexamethylene guanidine), PGH (Oligo(2-(2-ethoxy)ethoxyethyl guanidinium chloride)) 같은 물질은 '가습기 살균제'로 사용되었을 뿐만 아니라 다른 용도의 살균제나 방향제의 주요 성분으로 이미 사용되고 있었음에도 '가습기 살균제 사건'을 계기로 '흡입독성'이 새롭게 밝혀진 것이다(조용진, 「첨단과학기술법제의 정합성 법리」, 성균관대학교 박사학위논문, 2015, 7-8면에서 재인용); 최근 '가습기 살균제'의 피해는 장기간에 걸쳐 엄청난 규모로 발생한 사실이 확인된 바, 사망 464명, 상해 1,875명으로 파악되었으며, 피해가 계속 확인될 경우 그 규모는 더욱 커질 것으로 예상되고 있다(중앙일보, 2016. 6. 16일자 보도).

대변하고 있다고 하여도 과언이 아닐 것이다. 흔히 '가습기 살균제 사건'은 '세월호 사건'과 비교되기도 하는데 두 사건은 과학기술과 관련된 사건이라는 점에서 공통점이 있으나 본질적으로 성질을 달리하는 특징을 가진다. 즉, '세월호 사건'은 당초 법규나 규정을 준수하였다면 일어나지 않았을 것이나 '가습기 살균제 사건'은 지켜야 할 법규나 규정이 무엇인지도 인지하지 못한 채[2] '가습기 살균제'의 왜곡된 편익만이 강조되어 우리의 일상생활 속으로 들어와 널리 사용되어 엄청난 피해를 초래하였고, 그럼에도 불구하고 사건 초기 그 실체를 파악하기가 매우 어려웠을 뿐만 아니라 사건의 전모가 밝혀지기까지 오랜 시간과 노력이 소요되었다는 점이다.

'가습기 살균제 사건'은 우리에게 중요한 시사점을 던져주고 있다. 우리나라는 지난 수십 년 동안 과학기술을 통해 국민경제의 발전을 도모해 오고 있는 바,[3] 헌법을 위시하여 수많은 과학기술 관련 법률[4]이 제정되어 시행되고 있음에도 불구하고 과학기술의 편익과 위험을 제대로 이해하지 못하였고 이러한 원인으로 인해 그 편익과 위험을 규율하는 법제가 제대로 작동되지 않았다는 점이다.

이러한 사건을 접하면서 과학기술법학이 얼마나 중요한지를 실감하게 하고 있으나 정작 과학기술법학이 무엇인지, 미래 과학기술법학이 가야할 길이 어디인지라는 본질적 질문에 대해서 현재 속 시원하게 답하고 있지는 못한 실정이다. 마침 한범 손경한 교수께서 정년퇴임을 맞아 개최되는 기념심포지엄에서 이러한 문제를 다루게 된 것을 다행으로 생각한다. 왜냐하면 한범 손경한 교수께서 일찍이 과학기술법에 관심을 가지고 그 개념과 법원(法源), 범위, 각종 과학기술개별법의 현황 등 다양한 시각에서 소중한 연구를 수행하셨고, 학문적으로 과학기술법학의 틀을 잡기 위한 노력을 해 오셨기 때문이다. 그럼에도 불구하고 과학기술법학은 과거 지나온 궤적보다 앞으로 가야할 길이 더 멀다는 점을 부인하기 어렵기 때문이기도 하다. 뿐만 아니라 과학기술과 법 내지는 과학기술법에 대한 연구사례는

---

2) 국가가 '살균제'라는 물질에 대해 법령과 규정에 따라 적극적으로 관리하였거나 합리적 의심을 하여야 했던 사건이라고 보며, 또는 이미 사용하고 있던 물질이라도 피부접촉과 호흡흡입의 영향은 확연히 다르게 나타나기 때문에 그 폐해 면에서 뚜렷이 구분하여 취급하여야 했다고 본다.

3) 「헌법」 제127조에서 "국가는 과학기술의 혁신과 정보 및 인력의 개발을 통하여 국민경제의 발전에 노력하여야 한다."고 명시하고 있다.

4) 「과학기술기본법」을 제외하고 2015년 12월 현재, 66개의 과학기술진흥법률들과(조용진, 앞의 학위논문, 23면), 2014년 11월 현재, 13개의 과학기술안전법률들이 시행되고 있다(조용진, 앞의 학위논문, 41면).

각종 학술지나 학술대회를 통해 발표되고 있으나 과학기술법학의 개념에 대해서는 아직 생소하게 여겨지고 있다. 다만 본 논문에서 과학기술법학이 무엇인지 충실히 정립한 내용을 제시할 수는 없지만 과학기술법학의 정립이 필요하다는 점을 제시하는 것만으로도 의미가 있다고 본다. 이에 따라 본 논문에서는 제대로 연구의 깊이가 깊지 않은 졸고임에도 불구하고 먼저 과학기술법학의 개념을 살펴보고, 우리나라 과학기술법학의 현황을 파악해 본 후 과학기술법학이 나아갈 길을 제시하여 향후 과학기술법학이 제대로 정립되도록 함에 있어 조그만 밑거름이 되도록 하는 데 큰 의의가 있다고 본다.

Ⅱ. 과학기술법학의 개념과 학문의 요건

1. 학문의 개념과 그 대상

학문의 사전적 정의로서 국어사전에는 “어떤 분야를 체계적으로 배워서 익힘, 또는 그런 지식”이라고 소개하고 있다. 각 분야별 사전적 정의로서 법학은 “법질서와 법 현상 따위를 연구하는 학문”이라고 소개하고 있고, 경제학은 “경제 현상을 분석하고 연구하는 학문”이라고 소개하고 있으며, 공학은 “공업의 이론, 기술, 생산 따위를 체계적으로 연구하는 학문”이라고 소개하고 있다.[5] 이러한 학문의 정의에서 알 수 있듯이 사전적으로 학문을 정의함에 있어 학문이라는 행위가 무엇인지를 기술하고 있고, 그 행위의 대상을 명시하고 있으며, 뿐만 아니라 그 행위를 하는 방법을 드러내 놓고 있다.

여기서 학문의 정의를 위해 요구되는 요건을 추출해 낼 수 있는 바, 학문의 정의에서는 배우고 익히고 연구하는 ‘행위(결과)’라는 요건, 법학에서와 같이 법이라는 ‘대상’을 표시하는 요건, 그리고 체계적이라는 ‘방법’의 요건이 필수적으로 요구됨을 알 수 있다. 즉, 하나의 학문이 정립되기 위해서는 ‘행위(결과), 대상, 방법’이라는 3대 요건이 필수적이다. 그리고 이러한 학문의 3대 요건을 2대 요건으로 압축할 수도 있는데, 학문의 2대 요건은 ‘대상’과 ‘방법’으로 줄일 수 있을 것이다, 왜냐하면 특정한 학문은 특정한 대상에 대해서 특정한 방법을 적용하는 것이므로 ‘행위(결과)’와 ‘방법’은 불가분의 관계가 되거나 서로 일체화 된다고 볼 수 있기 때문이다.

---

5) 네이버 국어사전(국립국어원 제공).

한편, 교육학용어사전에 의하면, 학문(disciplines)은 “학자들이 연구활동을 한 결과를 축적해 놓은 지식체계”라고 기본적으로 정의하고 있으면서도 학문을 ‘결과’로서의 학문과 ‘과정’으로서의 학문으로 구분하고 있다. 즉, 학문은 ‘결과’에 해당하는 지식체계로서의 학문과 그 결과를 도출해 내는 ‘과정’으로서의 학문으로 구분하고 있는데, ‘과정’으로서의 학문은 ‘활동’으로서의 학문에 해당하여 탐구방법이 포함되어야 함을 명시하고 있다.[6)]

2. 법학의 개념과 그 대상

법학은 일반정의로서 앞에서 소개한 사전적 정의를 활용하여 ‘법 질서와 법현상 따위를 대상으로 하여 체계적인 방법을 통해 얻어진 지식체계 또는 그 연구활동’이라고 재구성하여 정의할 수 있다. 여기서 법 질서와 법현상 따위가 무엇인지, 체계적인 방법이 무엇인지, 그리고 얻어진 지식체계 또는 연구활동이 무엇인지에 대해서 구체적으로 파악해 보아야 하지만 법학에서 학문의 3대 요건인 행위, 대상, 방법이 구체적으로 무엇인지 소개하기 위해서는 많은 지면이 요구되는 일이다. 다만 본 논문에서는 법학의 여러 영역 중에서 법철학과 헌법학에 대해서 그 요건들을 살펴봄으로써 법학의 요건이 무엇인지 가늠해 보고자 한다.

법철학이란 학문이 무엇인지 가장 압축적으로 정의하고 있는 예를 소개하면 “법에 대한 철학적 성찰”이라고 할 수 있다.[7)] 여기서 학문의 3대 요건을 도출해 보면, 법철학이라고 하는 학문의 대상은 법이고, 학문의 방법은 철학적 방법이며, 학문의 행위는 성찰이라 할 수 있다. 김정오 등은 법철학이라고 하는 학문에 대해서 그 대상을 구체적으로 나열하고 있는 바, 그 대상을 크게 이론적인 문제들과 실천적인 문제들로 구분하고 있고, 이론적인 문제들은 법의 개념, 법의 본성, 법과 도덕의 관계, 법과 정의, 법의 해석 등을 포함하고 있으며, 실천적인 문제들은 법치주의, 시민불복종, 생명공학, 환경, 정보사회 등을 포함하고 있다고 소개하고 있다.[8)] 특히, 법철학의 대상으로서 법과 도덕의 관계를 중요한 테제로 다루고 있는 바, 법과 도덕의 ‘분리 가능성 테제’와 ‘필연적 관련성 테제’로 구분하면서 전자는 법실증주의를 대변하고 있고, 후자는 자연법론을 대변하고 있다고 소개하고 있다.[9)]

---

6) 서울대학교 교육연구소, 교육학용어사전, 하우동설, 2011.
7) 김정오/최봉철/김현철/신동룡/양천수, 「법철학: 이론과 쟁점」, 박영사, 2012, 14면.
8) 각주 7).

법철학의 방법에 관한 한, 법철학은 철학의 영향을 받아 발전하였기 때문에 마찬가지로 철학의 방법에 의존하여 왔다고 소개하고 있고, 법철학에 사용된 주요 철학적 방법으로서 현상학적인 방법, 해석학적인 방법, 분석철학, 언어철학 등이 법철학의 방법으로서 사용되어 왔다고 소개하고 있다.[10] 한편, 법철학의 방법을 다른 관점에서 구분해 볼 때, 이론적인 연구와 실천적인 연구라는 방법이 있다. 이론적인 탐구방법은 법의 정의(定義), 법의 본성, 법과 도덕의 관계, 법의 해석 등을 대상으로 할 때 사용되어 왔고, 실천적인 탐구방법은 법치주의, 생명공학, 정보사회 등과 같이 개별적인 문제들을 대상으로 할 때 사용되고 있다고 소개하고 있다.[11]

한편, 헌법학이라고 하는 학문은 사전적으로 "헌법 및 헌법에서의 여러 현상을 연구하는 학문"이라고 정의하고 있다.[12] 이러한 사전적 정의에서는 헌법학의 대상에 대해서는 명시적으로 나타내고 있으나 헌법학의 방법론에 대해서는 전혀 표현하고 있지 않다. 헌법학의 방법론에 관한 한, 아마도 법학의 일반적 방법론에 의존한다고 보아야 할 것이다.

먼저, 헌법학의 대상이 '헌법 및 헌법에서의 여러 현상'이라고 사전적으로 표시한 것을 구체적으로 살펴 볼 필요가 있다. 성문헌법의 경우, 제정된 헌법 조문이 구체적인 헌법학의 대상이 됨은 명확하지만 관습헌법의 경우에는 그 내용이 무엇인지 명확히 제시하기가 어려울 수 있는데 이러한 이유는 헌법학자마다 다른 견해를 가질 수 있기 때문이다. 또 다른 헌법학의 대상으로서 '헌법에서의 여러 현상'의 구체적인 내용을 다루는 것도 관습헌법의 경우와 유사하게 그 대상을 명확히 하기가 어려울 수 있다. 헌법에서의 여러 현상은 시대적 또는 사회적 여건에 따라서 달라질 수 있으므로 성문헌법에서 규정하고 있지 않은 헌법의 기본원리들도 헌법학의 대상이 될 수 있기 때문이다. 우리 「헌법」을 예로 들면, 생명권에 대해서는 전혀 명문규정을 두고 있지 않지만 헌법학의 대상으로 당연시 하고 있다.[13] 일반적으로, 헌법학의 대상이 되는 '헌법 및 헌법에서의 여러 현상'에 포함

9) 김정오/최봉철/김현철/신동룡/양천수, 앞의 책, 6면.
10) 각주 9).
11) 김정오/최봉철/김현철/신동룡/양천수, 앞의 책, 7면.
12) 네이버 국어사전(국립국어원 제공).
13) "인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리, 즉 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선험적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이다."라고 선언하고 있다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바

되는 것으로서 국민주권, 기본권의 보장, 공동체의 보장, 국가구조원리, 민주국가원리, 법치국가원리, 국가형태원리 등이 있다.[14)]

이러한 법철학과 헌법학의 대상을 이해하는 것을 바탕으로 하여 법학의 대상을 일반화 한다면 제정법의 법제는 물론이고 법질서, 법현상, 법원리 등과 같이 법의 전반에 대해서 법학은 그 대상으로 삼고 있다고 보아야 할 것이다. 그리고 헌법학의 방법론은 법학의 방법론으로서 널리 알려진 개념법학, 목적법학, 실정법학, 자연법학, 법해석학, 비교법학 등 법학의 일반 방법론에 따른다고 보아도 무방할 것이다.

3. 과학기술법학의 개념과 연구방법론

가. 과학기술법학의 개념

이제까지 논의된 바와 같이 학문을 정의하는 태도를 과학기술법학에 적용한다면, 과학기술법학이란 기본적으로 **'과학기술법 또는 과학기술법에서의 여러 현상을 법학연구방법론을 이용하여 연구하는 활동 또는 그런 지식체계'**라고 정의할 수 있다. 이러한 정의는 학문의 정의에 필요한 3대 요건 또는 2대 요건을 모두 구비한 정의로 볼 수 있다. 즉, 학문의 3대 요건에 따르면, 과학기술법학의 대상은 과학기술법 또는 과학기술법에서의 여러 현상이 되고, 과학기술법학의 방법은 법학의 연구방법론이며, 행위는 그러한 대상에 대해서 주어진 방법으로 연구하는 활동 내지 그 결과가 될 것이다. 또한 학문의 2대 요건에 따르면, 과학기술법학의 방법과 행위는 일체화되어 '법학의 연구방법론으로 연구하는 활동(결과 포함)'이 하나의 요건이 되고, 나머지 다른 하나의 요건인 대상은 '과학기술법 또는 과학기술법에서의 여러 현상'이 될 것이다.

나. 과학기술법학의 대상

과학기술법학에 대한 앞의 정의에서 과학기술법학의 대상은 과학기술법 또는 과학기술법에서의 여러 현상이라고 하였다. 그러면 과학기술법이 무엇인지에 대해서 보다 구체적으로 살펴 볼 필요가 있다.

먼저, 과학기술법이 무엇인지 살펴보고자 한다. 여기에 대해 필자는 선행연구

---

81).

14) 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2013, 123-189면.

를 정리하여 다음과 같이 소개하고자 한다.[15]

> "*과학기술법은 최광의, 광의 또는 협의로 보는 관점에 따라 그 내용을 달리 한다. 최광의의 과학기술법이란 '과학기술에 관한 일체의 규범'을 말하고, 광의로는 '과학기술의 진흥과 과학기술의 위험에 대비하는 규범 일체'를 말하며, 협의로는 '과학기술의 진흥을 위한 행정법 규범'을 말한다고 한다.[16] 유사하게, 또 다른 정의를 보면, 좁은 의미의 과학기술법은 '자연과학적 활동을 촉진하고 그러한 성과의 상업적 활동을 촉진하는 행정법'을 말하고, 넓은 의미의 과학기술법은 '좁은 의미의 과학기술법에 지적재산권관련법 및 과학기술폐해의 규제법까지 포함한 것'이라고 말한다고 하고 있다.[17]*"

이러한 과학기술법의 정의에 따르면, 과학기술법학의 대상이 되는 과학기술법의 범주가 행정법의 범주와 유사한 것으로 잘못 인식될 가능성이 나타날 수 있다. 왜냐하면, 용어를 정의할 때 최광의, 광의, 그리고 협의의 관점에서 다룬 개념들 중에서 법조 현장이나 통상의 연구에서는 광의 또는 협의의 개념들에 의해 강한 구속력이 주어지는 경향이 있기 때문이다. 특히, 정부 주도로 과학기술 진흥정책을 추진하는 국가에서는 과학기술법을 행정법의 범주에서 다루는 경향이 짙기 때문이다.

그러나 과학기술법학을 본격적으로 발전시키기 위해서는 과학기술법학의 대상을 본질적으로 다룰 수 있어야 한다. 즉, 과학기술법 또는 과학기술법에서의 여러 현상은 공법뿐만 아니라 사법에서도 심도 있게 다룰 수 있는 기회를 제공해야 한다. 이러한 태도를 견지한다면, 존재하는 법제의 성질이나 형태를 고려하여 과학기술법학의 대상을 규정할 것이 아니라 과학기술법의 존재 이유를 먼저 숙고하여 과학기술법학의 대상을 규정해야 할 것이다.

과학기술법의 존재 이유는 시원규범으로서 우리 「헌법」[18]에서 규정하고 있듯이 과학기술의 진흥을 위한 입장에서 비롯된다. 또 다른 과학기술법의 존재 이

---

15) 조용진, 앞의 학위논문, 18면.
16) 손경한, 「과학기술법」, 진원사, 2010, 7면.
17) 이상수, "우리나라 과학기술법체계의 문제점: 과학기술진흥계획을 중심으로", 「과학기술법연구」 제6집, 한남대학교 과학기술법연구원, 2000, 220면.
18) 각주 3).

유는 우리 「헌법」에서 다양한 기본권 보장[19]을 규정하고 있듯이 과학기술의 위험으로부터 생명, 재산, 환경을 보호할 목적으로 과학기술의 안전을 위한 입장에서 비롯된다 할 것이다. 이런 관점을 따른다면 과학기술법학의 대상은 크게 2개 영역으로 구분할 수 있는 바, 첫째, 과학기술진흥법 또는 과학기술진흥법에서의 여러 현상, 둘째, 과학기술안전법 또는 과학기술안전법에서의 여러 현상으로 구분해 볼 수 있다. 이러한 구분이 필요한 이유는 과학기술법학을 단순히 과학기술법의 정의에 기준을 두는 것보다는 과학기술진흥법과 과학기술안전법 각각의 정의에 기준을 두는 것이 그 대상을 설정함에 있어 더욱 명확해지기 때문이다. 이러한 태도에 따라 본 논문에서는 과학기술진흥법과 과학기술안전법의 개념이 무엇인지 검토해 보고자 하는 바, 여기서는 필자의 선행연구를 소개하는 것으로 대신하고자 한다. 과학기술법학의 두 연구대상의 하나인 과학기술진흥법에 대한 필자의 견해는 다음과 같다.[20]

"과학기술진흥법이란 '과학기술의 혁신 내지 연구개발의 촉진, 지적재산권 등의 제도에 의한 과학기술의 보호, 연구개발된 과학기술의 관리와 활용을 포함하는 과학기술의 진흥을 위한 규범'으로 정의하고 있다.[21] 과학기술진흥법에 대해서는 대체로 이와 유사한 정의를 사용하고 있다.[22] 이러한 과학기술법과 과학기술진흥법의 정의를 비교하면 과학기술진흥법은 협의의 과학기술법에 해당한다고 볼 수 있다.

그러나 과학기술진흥법은 협의의 과학기술법의 범위를 넘어서는 규범으로 이해하여야 할 것이다. 앞에서 소개한 협의의 과학기술법의 정의에 대한 두 견해는 과학기술의 진흥을 위한 행정법의 범주로 제한하고 있는데, 사실 과학기술진흥법은 앞의 정의에서도 짐작할 수 있듯이 기업이나 개인의 과학기술진흥과 과학기술보호에 관한 일체의 규범을 총칭하고 있기 때문이다. 이러한 입장에 따라 과학기술진흥법제는 국가 등 공적 영역에서 작용하고 있는 과학기술

---

19) 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 생명권, 사생활권, 통신비밀과 자유권, 인간다운 생활을 할 권리, 환경권, 건강권 등.

20) 조용진, 앞의 학위논문, 18-19면.

21) 손경한, "과학기술진흥법제의 체계적 고찰", 「과학기술과 법」, 제1권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2010, 75면; 손경한, 앞의 책, 52면.

22) 송종국/오준근/정상조, 「과학기술관계법제의 현황과 정비방안」, 과학기술정책관리연구소/한국법제연구원, 1994, 10-11면.

진흥에 관련된 법제뿐만 아니라 사적 영역에서 작용하고 있는 과학기술진흥에 관한 규범 모두를 포함한다고 보아야 한다."

또 다른 과학기술법학의 연구대상의 하나인 과학기술안전법에 대한 필자의 선행연구를 소개하면 다음과 같다.[23]

"*과학기술안전법을 정의해 보면, 보편적인 진리나 법칙의 발견을 목적으로 한 체계적인 지식이나, 과학 이론을 실제로 적용하여 자연의 사물을 인간 생활에 유용하도록 가공하는 수단을 이용함에 있어 위험이 생기거나 사고가 날 염려가 없도록, 또는 그런 상태가 되지 않도록 하는 법으로 정의해 볼 수 있다. 한편, 손경한 교수는 과학기술안전법이란 '과학기술의 위험으로부터 인간을 안전하게 지키기 위한 법제도'라고 정의하고 있다.*[24]

그런데, 위의 두 정의에서는 안전의 객체 내지 대상이 명확하지 않다는 점이 있다. 이러한 점을 해결하기 위하여 무엇을 위한 안전인지 구체적으로 살펴보면, 인간 내지 인간 생활의 안전은 첫째, 인간의 생명 또는 신체가 안전한 상태, 둘째, 인간이 법적 권리에 근거하여 소유하는 재산이 안전한 상태, 셋째, 물, 공기, 토양과 같이 인간이 공동으로 활용하는 공공재, 즉 주거 및 자연환경이 안전한 상태로 이해할 수 있다. 이러한 안전의 객체의 구분에 따르면, 과학기술안전법은 다시 협의의 과학기술안전법과 광의의 과학기술안전법으로 나누어 정의해 볼 수 있다. 협의의 과학기술안전법을 정의해 보면, 과학기술의 위험으로부터 인간의 생명 또는 신체와, 재산을 안전하게 지키기 위한 법이 협의의 과학기술안전법이라고 정의할 수 있다. 유사하게, 광의의 과학기술안전법이란 과학기술의 위험으로부터 인간의 생명 또는 신체와, 재산, 그리고 주거 및 자연환경을 안전하게 지키기 위한 법이라고 정의할 수 있다."

다. 과학기술법학의 연구방법론

이제, 과학기술법학의 연구방법론에 대해서 살펴보자. 과학기술법학이 법학의

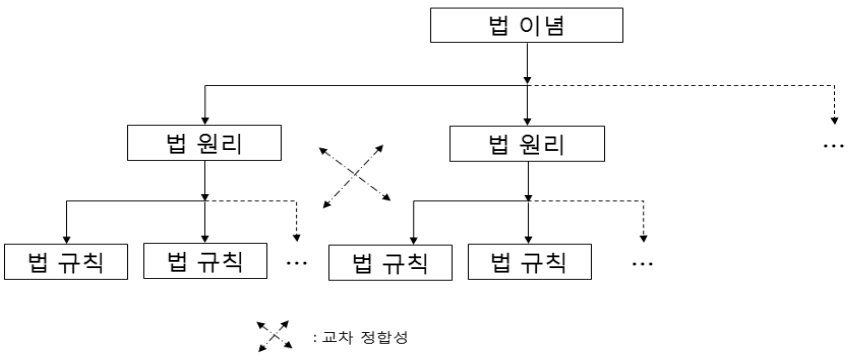
---

23) 조용진, 앞의 학위논문, 26면.
24) 손경한, 앞의 책, 26면.

한 영역에 해당한다고 이해한다면 과학기술법학의 연구방법론도 법학의 방법론으로서 널리 알려진 개념법학, 목적법학, 실정법학, 자연법학, 법해석학, 비교법학 등 법학의 일반 방법론에 따른다고 보아도 무방할 것이다.

그러면 과학기술법학에 특유한 연구방법론이 필요하지는 않는지에 대해 살펴보아야 한다. 앞에서 과학기술법학의 개념과 대상을 고찰해 보았을 때, 과학기술법학은 과학기술의 진흥과 안전이라는 두 수레바퀴가 함께 나란히 가야한다는 시사점을 얻을 수 있다. 최근, 우리나라에서 국가적 관심사로 다루어지고 있는 '가습기 살균제 사건'이 주고 있는 교훈이 과학기술의 편익과 위험을 동시에 고려해야 한다는 점이란 것으로써 명확히 알 수 있듯이 과학기술은 진흥과 안전을 동시에 바라다보는 관점이 필요하며, 이를 법제로써 뒷받침할 수 있을 때 그 이념을 실현할 수 있기 때문이다.

필자는 이러한 문제에 대해서 법의 정합성에 관한 이론을 제시한 후[25], 과학기술법제의 정합성 이론을 개발하여 과학기술법제의 연구방법론의 하나로 제시한 바 있다.[26] 필자가 제안한 과학기술법학에서 특유한 연구방법론을 요약하여 소개하면 다음과 같다.



<그림 1> 정합성 법리의 기본모델
(출처: 조용진, 성균관대학교 법학박사학위논문, 2015, 127면)

<그림 1>은 법체계에서 정합성을 형성한 법규범들 사이의 관계를 모델로써 나타낸 것이다. <그림 1>과 같은 정합성 법리의 기본모델을 과학기술법학에 적용

25) 조용진, 앞의 학위논문, 125-137면.
26) 조용진, 앞의 학위논문, 137면-152면.

하면, 과학기술진흥을 위한 법제는 특정한 법원리 아래에서 구체적인 법규칙[27]들이 만들어지거나 해석될 것이고, 또 다른 영역에서는 과학기술안전을 위한 법제가 동반되어야 함을 나타내는 것이다. 물론, 과학기술진흥법제와 과학기술안전법제는 공히 그 추구하는 법이념이 같아야 한다.

여기서 가장 중요한 개념의 하나가 '**교차정합성**(intersectional integrity)'이다. 즉, 정합성을 형성하는 과학기술법제는 과학기술진흥법으로 인해 과학기술안전법이 저촉되지 않아야 하며, 반대로 과학기술안전법으로 인해 과학기술진흥법이 저촉되지 않아야 한다는 이론이다. 교차정합성 문제에 있어서 만약 과학기술진흥과 과학기술안전이 서로 상보하는 영향을 미치는 경우에 대해 필자는 이를 '**상보성의 원리**(complementary principle)'에 따른 '**적극적 교차정합성**(active intersectional integrity)'을 형성한다고 하였고, 한편 서로 저해하지도 서로 상보하지도 않는 관계라면 이를 '**무모순성의 원리**(non-contradictory principle 또는 consistent principle)'에 따른 '**소극적 교차정합성**(passive intersectional integrity)'을 형성한다고 하였다.[28] 이러한 관계를 비유적으로 설명하면, 자동차의 속도기술은 브레이크와 조향기술이 함께 할 때 발전하고, 브레이크와 조향기술이 향상되면 자동차의 속도기술은 더욱 발전할 수 있음과 유사하다 할 것이다. 실제로 존재하는 법제의 한 예를 들면, 원자력진흥법과 원자력안전법의 관계이다.

따라서, 과학기술법학의 정립 내지 발전을 위해서는 그것에 특유한 연구방법론이 필요한데, 그 특유한 연구방법론의 하나로서 과학기술진흥과 과학기술안전을 동시에 추구하는 과학기술법의 정합성 법리가 사용될 수 있으며, 앞으로 새로운 연구방법론이 계속해서 제시되어야 할 것이다.

Ⅲ. 과학기술법학과 과학기술법제의 현황

1. 과학기술법학의 현황

가. 이론적 발전

총론으로서, 과학기술법학은 종래에 과학기술진흥법학에 경도되었으나 최근 과학기술안전법학에 대한 관심이 고조되고 있다. 특히, 과학기술 진흥법과 안전법

27) 법규칙은 법률, 시행령, 시행규칙 등의 법규범을 포함하며, 법률, 시행령, 시행규칙 등을 구성하는 법문도 대상이 된다.

28) 조용진, 앞의 학위논문, 132-136면.

간의 정합성에 관한 연구도 진행되고 있는 바, 과학기술진흥을 위한 법제가 과학기술의 안전을 희생하지 않으며 과학기술안전을 위한 법제가 과학기술의 진흥을 결코 저해하지 않는다는 이론적 토대를 마련하는 데 주안점을 두고 있다.[29] 각론에 있어서 주목할 만한 사항으로서, 정보기술법에 관한 연구는 비약적인 발전을 하였고, 생명과학법에 대한 연구도 소위 '황우석 교수 사건' 이후로 규제 위주의 관점에서 벗어나 최근 진흥과 안전의 정합적 관점에서 다시 주목을 받고 있다. 그 외 에너지기술법, 환경기술법, 나노기술법, 우주기술법 등에 대한 연구가 태동되고 있다.

나. 학술 현황

현재, 과학기술법학이 명실상부하게 학문적 관점에서 정립되어 있다고 보기는 어려울 것이다. 다만, 과학기술법학과 과학기술법제는 엄밀한 의미에서 일치 하지 않지만 '과학기술과 법' 또는 '과학기술법'에 관한 학술 활동을 살펴봄으로써 과학기술법학의 형편을 가늠해 보는 수단으로 활용할 수 있으므로 여기서는 그 동안의 학술 활동의 결과물로서 '과학기술과 법' 또는 '과학기술법' 관련의 단행본과 학술지의 면에서 학술 현황을 살펴보고자 한다.

단행본 도서로는 "과학기술과 법(조성종, 전일주, 삼영사, 2016)", "과학기술과 법: 사례와 이론 중심(오승한, 기한재, 2014)", "과학기술과 법의 대화(윤권순, 법문사, 2012)", "과학기술과 법(김성진, 동인, 2011)", "과학기술과 법(오승한, 기한재, 2011)", "과학기술법(손경한, 진원사, 2010)", "과학기술과 법(정병일, 한티미디어, 2010)", "과학기술과 법(정상기, 글누리, 2009)", "과학기술법제(연기영, 박춘엽, 김상겸, 보명BOOKS, 2008)", "과학기술과 법(서울대학교 기술과법센터, 박영사, 2007)", "사이버공간 과학기술과 법(성정엽, 인제대학교출판부, 2007)", "현대 과학기술과 법(임규철, 동국대학교출판부, 2007)", "과학기술과 법(정상기, 한남대학교출판부, 2005)", "과학기술법제정사: 한중일 교류를 중심으로(이경희 외, 세창출판사, 2004)", "과학기술혁신과 법(이경희 외, 세창출판사, 2001)", "과학기술관계법의 이해(정현수 외, 푸른세상, 2001)" 등이 있다. 2000년 이후, 과학기술과 법의 관계가 우리 사회에 미치는 영향이 점점 확대되고 있는 경향을

29) 대표적인 연구사례로서 '첨단과학기술법제의 정합성 법리(성균관대학교 법학박사 학위논문, 2015)'가 있다.

반영하여 단행본의 출판이 꾸준히 이어지고 있다. 그럼에도 불구하고 거의 대부분의 도서들은 과학기술과 법의 관계 또는 과학기술법제의 현황을 다루고 있을 뿐 본격적인 과학기술법학을 다루고 있다고 보기는 어려운 실정이다.

한편, 과학기술법을 전문으로 다루는 학술지의 현황을 살펴보면, 연구재단 등재지로서 "과학기술법연구(한남대학교 과학기술법연구원)[30]"가 있고, 비등재지로서는 "과학기술법학(한국과학기술법학회)[31]", "Law & Technology(서울대학교 기술과법센터)[32]", "과학기술과 법(충북대학교 법학연구소)[33]" 등이 있다.

다만 학술지에 수록되는 논문들은 법해석의 측면이나 입법의 측면에서 대부분 법제의 성격, 특징, 문제점 등을 다루고 있고, 과학기술법학의 학문적 토대를 이루는 법원리나 법연구방법론 등을 다루는 데 있어서는 매우 제한적이라 할 수 있다.

이러한 학술활동은 특히 첨단기술 등장에 따른 정책 입안 및 입법 운동, 연구세미나 개최, 학술지 발간 등을 위해 1995년에 설립한 한남대학교 과학기술법연구원, 역시 같은 해 설립한 (사)기술과법연구소, 2003년 설립한 서울대학교 기술과법센터, 그리고 2009년 설립한 한국과학기술법학회 등의 기관이나 단체의 선구적 활동에 의해 촉진되었음을 부인하기 어렵다.

다. 교육기관 및 교육과정 현황

과학기술법학의 현황을 파악하기 위한 한 방편으로서 교육기관 및 교육과정의 현황을 살펴보는 방법이 있다. 2016년 현재, 우리나라에는 서울대학교 법학전문대학원을 비롯하여 25개 법학전문대학원이 운영되고 있다. 이 중에서 과학기술 분야를 특성화 분야로 채택하고 있는 법학전문대학원으로는 IT 분야의 경북대, 의료·과학기술 분야의 연세대, 의·생명과학의 원광대, 생명의료 분야의 이화여대, 지적재산 분야의 인하대와 충남대, 과학기술 분야의 충북대 등이 있다. 여기서 충북대의 경우는 '과학기술법무'를 하나의 독립된 영역으로 다루고 있는 대표적인 대학이고, 대부분의 대학의 경우, '과학기술과 법' 또는 유사 교과목으로 하나

30) 1995년 제1권 제1호를 발간한 이래, 2009년 한국연구재단의 등재후보지를 거쳐서 2015년 등재지로 승격되었으며, 2016년 2월 현재 제22권 제2호를 발간하였다.

31) 2010년 2월 '과학기술과 법'의 학술지명으로 창간호를 발간하였고, 2011년 12월에 발간된 제3권은 학술지명을 '과학기술법학'으로 개명하였으며, 2015년 12월 현재 제7권을 발간하였다.

32) 2005년 7월 창간호를 발간하였고, 2016년 5월 현재 제12권 제3호를 발간하였다.

33) 2011년 6월 창간호를 발간하였고, 2016년 6월 현재 제7권 제1호를 발간하였다.

의 강좌를 개설하는 수준에 머무르고 있는 실정이다. 성균관대의 경우에는 전공 분류상 '지적재산권법전공' 속에 하나의 교과목으로서 '저작권법', '특허법'과 함께 '과학기술과 법'이 포함되어 있다.

2. 과학기술법제의 현황[34)]

가. 일반 현황

우리나라가 매우 짧은 기간에 세계적으로 모범적인 산업화 국가로 성장하게 된 것은 많은 요인에 기인하고 있지만 그 중에서도 활발한 과학기술법제의 입법과 집행에 기인하는 바가 매우 크다는 점을 부인하기 어렵다. 특히 행정부에 의한 행정 입법을 통해 시의적절하게 과학기술진흥에 관한 일반 법제와 개별 법제가 도입되었고, 이러한 법제는 실제적으로 산업화 진흥을 견인하는 역할을 하였다. 또한, 법원에서는 과학기술과 관련된 다양한 사건에 대해서 과학기술법 판례를 정립해 오고 있다.[35)]

여기서는 과학기술법학의 대상이 되는 과학기술법제의 현황을 살펴보고자 한다. 우리나라에서 시행되고 있는 과학기술 관련법제는 학문적 체계에 기반을 두고 형성되었다고 보기는 매우 어렵다. 필요성이 제기될 때마다 하나씩 관련 법률을 제정하여 시행해 왔다는 점을 부인하기 어렵기 때문이다.

과학기술법제는 그 법제의 유형을 분류하는 기준에 따라 다르게 파악해 볼 수 있다. 흔히, 과학기술법의 유형을 분류함에 있어, 과학기술을 연구·개발하는 단계부터 성과를 활용하는 단계까지 그 단계별 기준에 따라 분류할 수 있는 바, 과학기술혁신법제, 과학기술보호법제, 과학기술관리활용법제로 구분하고 있고, 과학기술혁신법제를 더욱 세분하여 과학기술혁신기반법제, 기초기술혁신법제, 응용기술혁신법제로 구분하고 있다.[36)]

또 다른 분류 기준으로 법원(法源)의 체계상의 기준이 적용될 수 있는데, 「헌법」의 시원규범, 「과학기술기본법」과 같은 기본법, 「기초연구진흥 및 기술개발지원에 관한 법률」, 「산업기술혁신 촉진법」, 「기술의 이전 및 사업화 촉

---

34) 본 논문에서 과학기술법제의 현황에 대한 내용은 '첨단과학기술법제의 정합성 법리(조용진, 성균관대학교 법학박사 학위논문, 2015)'에서 일부 발췌하여 재구성한 것임.

35) 한국과학기술법학회에서 발간하는 '과학기술법학'에서는 매호마다 과학기술입법과 과학기술판례에 관한 사례를 정리하여 소개하고 있다.

36) 손경한, 앞의 책, 53면.

진에 관한 법률」 등 각종 과학기술 관련 개별법으로 구분할 수 있다.[37]

그런데 위의 두 가지 방법 중에서 전자의 방법에 의한 분류 기준에 따라 과학기술법제의 현황을 파악한다면 문제점들이 나타날 수 있다. 가장 중요한 문제점으로서 하나의 법률 안에는 과학기술혁신에 관한 규정, 과학기술보호에 관한 규정, 과학기술관리활용에 관한 규정을 함께 포함할 수 있어 그 법률의 성격과 특징을 함축적으로 파악하기가 매우 어렵다는 점이다. 예를 들면, 「과학기술기본법」에는 연구개발 추진(제11조), 연구개발 성과관리 및 활용촉진(제11조의3), 연구개발성과의 보호(제16조의2), 과학기술인력의 양성(제23조), 연구개발시설(제28조) 등과 같이 과학기술의 혁신, 보호, 활용, 기반 등의 규정을 함께 갖추고 있다.

따라서 본 논문에서는 후자의 방법과 같이 법규범의 체계상의 분류 기준에 따라 과학기술법제의 현황을 파악해 보려고 하되, 먼저 과학기술진흥법과 과학기술안전법으로 구분한 후, 시원규범, 기본법, 각종 개별법의 현황을 소개하고자 한다.[38]

나. 과학기술진흥법제의 현황

1) 「헌법」에서의 과학기술진흥 규정

「헌법」은 최고규범으로서의 특성을 가지므로[39] 과학기술에 관한 법의 법원(法源)[40]을 「헌법」에서 찾을 수 있다. 「헌법」이 가지는 최고규범의 지위는 다른 법규범에 의해 만들어지는 것이 아니라 헌법제정권을 가진 권력에 의해 만들어지는 시원규범으로 부여되므로 과학기술에 관한 법의 출발도 「헌법」에서 비롯된다 할 것이다.

우리 「헌법」은 과학기술의 진흥과 관련하여 다양한 규정을 두고 있다.[41] 첫

---

37) 조용진, 앞의 학위논문, 20면.

38) 본 논문에서는 선행연구의 결과 중 관련 내용을 요약·인용하여 소개하고자 하는 바, 과학기술진흥법의 현황(조용진, 앞의 학위논문, 20-24면)과 과학기술안전법의 현황을 구분하여 소개하고자 한다(조용진, 앞의 학위논문, 29-47면).

39) 정종섭, 앞의 책, 30면: 헌법이 최고규범이라는 것은 한 공동체 내의 법규범의 구조에서 헌법이 최고, 최상의 지위에 있다는 것을 말한다.

40) 손경한, "과학기술법의 법원(法源)," 「과학기술과 법」 제2권, 한국과학기술법학회, 2010, 3면.

41) 손경한 교수에 의하면, 우리 「헌법」은 과학기술과 관련하여 6대 책무를 부과하고 있는 바, 과학기술진흥을 위한 5대 책무와 과학기술안전을 위한 하나의 책무를 제시하고 있다고 한다(손경한, 앞의 책, 14면).

째, 모든 국민은 학문의 자유를 가진다고 선언함으로써[42] 과학기술의 자유를 보장하고 있다. 둘째, 발명가와 과학기술자의 권리를 보호하고 있다[43]. 셋째, 과학기술의 혁신을 규정하고 있다.[44] 넷째, 과학기술의 정보와 인력의 개발을 규정하고 있다.[45] 다섯째, 국가는 국가표준제도를 확립하도록 하고 있다.[46] 여섯째, 과학기술의 진흥을 위한 기구를 둘 수 있도록 하고 있다.[47]

2) 「과학기술기본법」에서의 과학기술진흥 규정

2001년 1월 16일 제정된 「과학기술기본법」[48]은 제1조의 목적에서 밝히고 있듯이 "과학기술발전을 위한 기반을 조성하여 과학기술을 혁신하고 국가경쟁력을 강화함으로써 국민경제의 발전을 도모하고 나아가 국민의 삶의 질 향상과 인류사회의 발전에 이바지함을 목적으로 한다."고 명시하여 과학기술의 진흥에 주된 가치를 두고 있다.

우리나라는 과학기술의 진흥을 위해 법제 면에서 지난 수십 년간 지속적인 노력을 거듭해 왔으며,[49] 「과학기술기본법」은 종래의 「과학기술진흥법」과 「과학기술혁신을 위한 특별법」을 폐지하면서 발전적으로 통합하여 입법된 법률이다. 동법은 제정 전, 긴 준비기간 동안 종합적인 입법방안을 검토한 결과로 탄생되었던 바, 동법의 제정으로 발생할 법령정비 수요를 분석하여 행정위원회, 특수법인체 조직 등을 포함하는 행정조직법제 및 행정작용법제의 정비방안과, 관련 개별법제의 정비방향을 분석한 결과를 토대로 동법이 기본법으로서의 지도원리를 제공하기 위해 기본법의 지위를 가지고 탄생하였다.[50]

---

42) 「헌법」 제22조 ① 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.
43) 「헌법」 제22조 ② 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.
44) 「헌법」 제127조 ① 국가는 과학기술의 혁신과 정보 및 인력의 개발을 통하여 국민경제의 발전에 노력하여야 한다.
45) 각주 43).
46) 「헌법」 제127조 ② 국가는 국가표준제도를 확립한다.
47) 「헌법」 제127조 ③ 대통령은 제1항의 목적을 달성하기 위하여 필요한 자문기구를 둘 수 있다.
48) 동법이 시행됨으로써 종래의 「과학기술진흥법」과 「과학기술 혁신을 위한 특별법」은 폐지되었다.
49) 오준근/정상조/최성근/배승희, 「과학기술혁신과 법제개선」, 한국법제연구원, 1993, 전 범위.
50) 오준근/김명연/박수훈/손희두/송영선/송종국/이동선/이종영/최영훈/최철영, 「과학기술기본법(안) 입법의견분석」, 한국법제연구원, 1999, 전 범위; 오준근, 「21세기 지식기반사회를 대비한 과학기술기본법의 제정방안」, 한국법제연구원, 1999, 전 범위; 오준근, 「과학기술기본법 제정에 대비한 과학기술 관련법령 정비방안」, 한국법제연구원, 2000, 전 범위.

동법은 모두 35개 조항과 부칙으로 구성된 기본법으로서 수많은 과학기술 개별법에 대해 헌장과 총괄규범의 성격을 가지고 있다.[51] 동법의 주요 내용을 보면, 과학기술정책의 수립 및 추진체제를 규정하고 있고(제7조 내지 제10조), 과학기술 연구개발 추진 및 연구개발성과의 활용에 대한 규정을 두고 있다(제11조 내지 제20조). 또한, 과학기술투자 및 인력자원의 확충에 대한 규정을 두고 있고(제21조 내지 제25조), 과학기술기반 강화 및 혁신환경 조성에 대한 규정을 두고 있다(제26조 내지 제35조).

3) 과학기술진흥 관련 기본법 현황

2015년 12월 현재, 법제처 국가법령정보센터를 통해 법제명에서 과학, 기술, 또는 과학기술을 포함하는 과학기술진흥법은 24건[52]으로 조사되었고, 「항공우주산업개발 촉진법」, 「정보통신산업 진흥법」, 「지능형 로봇 개발 및 보급 촉진법」 등과 같이 형식적인 면이 아니라 실질적인 내용에서 과학기술진흥을 위한 법률은 42건[53]으로 조사되어 모두 66개의 법률이 과학기술진흥법으로 시행되고

---

51) 손경한, 앞의 책, 54면.

52) 1.건설기술 진흥법, 2.과학관의 설립·운영 및 육성에 관한 법률, 3.과학교육 진흥법, 4.과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률, 5.국가과학기술 경쟁력 강화를 위한 이공계지원 특별법, 6.국제과학비즈니스벨트 조성 및 지원에 관한 특별법, 7.기술신용보증기금법, 8.기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률, 9.기초연구진흥 및 기술개발지원에 관한 법률, 10.나노기술개발 촉진법, 11.농림수산식품과학기술 육성법, 12.민·군기술협력사업 촉진법, 13.보건의료기술 진흥법, 14.비파괴검사기술의 진흥 및 관리에 관한 법률, 15.산업기술단지 지원에 관한 특례법, 16.산업기술연구조합 육성법, 17.산업기술혁신 촉진법, 18.수산과학기술진흥을 위한 시험연구 등에 관한 법률, 19.식품·의약품 등의 안전기술 진흥법, 20.엔지니어링산업진흥법, 21.여성과학기술인 육성 및 지원에 관한 법률, 22.중소기업 기술혁신 촉진법, 23.중소기업기술 보호 지원에 관한 법률, 24.환경기술 및 환경산업 지원법.

53) 1.건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률, 2.게임산업진흥에 관한 법률, 3.곤충산업의 육성 및 지원에 관한 법률, 4.국가정보화 기본법, 5.국가초고성능컴퓨터 활용 및 육성에 관한 법률, 6.국제과학비즈니스벨트 조성 및 지원에 관한 특별법, 7.기상산업진흥법, 8.김치산업 진흥법, 9.낙농진흥법, 10.농업기계화 촉진법, 11.농촌진흥법, 12.뇌연구 촉진법, 13.물의 재이용 촉진 및 지원에 관한 법률, 14.발명진흥법, 15.방사선 및 방사성동위원소 이용진흥법, 16.산업융합 촉진법, 17.생명공학육성법, 18.소재·부품전문기업 등의 육성에 관한 특별조치법, 19.소프트웨어산업 진흥법, 20.식품산업진흥법, 21.신에너지 및 재생에너지 개발·이용·보급 촉진법, 22.쌀가공산업 육성 및 쌀 이용 촉진에 관한 법률, 23.연구개발특구의 육성에 관한 특별법, 24.우주개발 진흥법, 25.원자력 진흥법, 26.이러닝(전자학습)산업 발전 및 이러닝 활용 촉진에 관한 법률, 27.임업 및 산촌 진흥촉진에 관한 법률, 28.전통주 등의 산업진흥에 관한 법률, 29.정보보호산업의 진흥에 관한 법률, 30.정보통신 진흥 및 융합 활성화 등에 관한 특별법, 31.정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률, 32.정보통신산업 진흥법, 33.지능형 로봇 개발 및 보급 촉진법, 34.지능형 전력망의 구축 및 이용촉진에 관한 법률, 35.천연물신약 연구개발 촉진법, 36.특정연구기관 육성법, 37.학술진흥법, 38.한옥 등 건축자산의 진흥에 관한 법률, 39.한의약 육성법, 40.항공우주산업개발 촉진법, 41.핵융합에너지 개발진흥법, 42.협동연구개발촉진법.

있는 것으로 파악되었다. 여기서 기본법의 형식으로 제정된 법률은 「국가정보화 기본법」단 1개의 법률에 불과하였다.

4) 과학기술진흥 관련 개별법 현황

선행연구 사례에서 2012년 기준으로, 한국법령정보센터가 제공하는 법령에서 과학기술분야 법률은 모두 268건으로 파악되었고, 이 중에서 과학, 기술, 과학기술, 연구, 개발, 연구개발이라는 6개의 주제어로 재분류한 결과, 99개의 과학기술 법률들이 존재하는 것으로 분석되었다고 보고하고 있다.[54] 이러한 99개의 과학기술법들은 여러 가지 기준에 따라 영역별로 구분할 수 있다고 하여, 정책목적에 따라 분류하면 "기술개발법제(29개 법률), 성과평가법제(1개 법률), 기술보호법제(9개 법률), 기술활용법제(2개 법률), 인프라일반법제(15개 법률), 연구기관육성법제(16개 법률), 인력양성법제(6개 법률), 기술표준법제(3개 법률), 조직법제(5개 법률), 과학기술안전법제(12개 법률), 과학기술윤리법제(1개 법률)" 등 11개 군으로 분류할 수 있다고 하였고, 한편으로 기술 분야를 기준으로 분류하면, "정보통신기술(6개 법률), 생명공학기술(15개 법률), 나노기술(1개 법률), 에너지·환경기술(12개 법률), 우주항공기술(3개 법률), 문화·콘텐츠기술(2개 법률), 원자력기술(7개 법률), 공통기술(53개 법률)" 등 8개 기술영역의 법률로 구분할 수 있다고 하였다.[55]

한편, 앞에서 살펴본 바와 같이 과학기술의 개념을 보다 엄격하게 적용하면 66개의 과학기술진흥법이 조사된 바, 법제명에서 과학, 기술, 또는 과학기술을 포함하는 과학기술진흥법 24건[56] 모두는 기본법의 형식이 아닌 일반법이나 특별법의 형식으로 법제화되어 있고, 법률의 내용에서 과학기술진흥을 포함하는 법률 42건[57] 중에서는 「국가정보화 기본법」을 제외한 41개 법률이 일반법이나 특별법의 형식으로 법제화되어 있었다.

54) 양승우/이세준/최지선/이명화/김재경/정도채, 「과학기술 법제 분석 및 개선방안」, 과학기술정책연구원 정책연구 2012-07, 2012, 160면.
55) 양승우/이세준/최지선/이명화/김재경/정도채, 앞의 보고서, 175-177면.
56) 각주 52).
57) 각주 53).

다. 과학기술안전법제의 현황

1) 「헌법」에서의 과학기술안전 규정

과학기술진흥법의 법원(法源)을 「헌법」에서 찾은 것과 유사하게 과학기술안전법의 법원(法源)도 최고규범으로서의 특성을 가지는 「헌법」에서 찾을 수 있다.[58] 「헌법」의 최고규범 지위는 다른 법규범에 의해 만들어지는 것이 아니라 헌법제정권력에 의해 만들어지는 시원규범으로 부여되므로 과학기술안전에 관한 법의 출발도 「헌법」에서 비롯된다 할 것이다.

「헌법」의 가장 중요한 기능 중의 하나가 기본권의 보장이므로[59] 앞에서 살펴본 과학기술안전법의 개념과 내용으로 보아 과학기술위험의 관리는 생명, 재산, 환경 등을 대상으로 하고 있어 「헌법」의 기본권을 보장하기 위한 구체적 법률로서 과학기술안전법의 도입이 필요함을 짐작할 수 있다.

그러나 우리 「헌법」에서 과학기술이란 문언을 명시적으로 규정하고 있는 유일한 조문은 제9장 경제 제127조 제1항이다. 즉, "국가는 과학기술의 혁신과 정보 및 인력의 개발을 통하여 국민경제의 발전에 노력하여야 한다."고 규정하고 있다. 한편, 제2장 국민의 권리와 의무 제22조 제2항에서 간접적으로 과학기술을 포섭하고 있는 바, "저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다."고 하여 과학기술과 관련된 전문가로서 과학기술자의 권리를 보호하는 규정을 두고 있다. 이러한 조문에서 알 수 있듯이 과학기술에 대해 우리 「헌법」이 가지는 기본적인 입장은 과학기술의 진흥에 있다.

그렇다고 우리 「헌법」이 과학기술안전법의 법원이 될 수 없다는 주장은 할 수 없을 것이다. 과학기술안전과 관련하여 우리 「헌법」에서 명시적 문언을 두고 있지는 않지만 「헌법」의 여러 문언들은 과학기술안전법의 법원으로서의 역할을 한다고 해석함이 타당할 것이다. 과학기술위험의 대상은 1) 개인의 신체 또는 재산에 대한 위험, 2) 사회의 집단에 대한 위험, 3) 사회시스템에 대한 위험, 4) 인간의 존엄에 대한 위험을 포함하고 있으므로 과학기술안전법의 법원은 우리 「헌법」에서 규정하고 있는 인간의 존엄과 가치(「헌법」 제10조 제1문 전단), 행복추구권(「헌법」 제10조 제1문 후단), 생명권,[60] 사생활권(「헌법」 제17조),

58) 손경한, 앞의 논문, 2010, 3면.

59) 정종섭, 앞의 책, 35면: 헌법에서 국민의 자유와 권리를 정한다는 것은 공동체의 구성원이 보유하고 행사하는 일정한 자유와 권리를 공동체의 최고법에 보장하는 것을 의미한다고 소개하고 있다.

60) 각주 13).

통신비밀과 자유권(「헌법」 제18조), 인간다운 생활을 할 권리(「헌법」 제34조),[61] 환경권(「헌법」 제35조),[62] 건강권(「헌법」 제36조)[63] 등 여러 가지 기본권 보장에 기초를 두고 있는 바, 이러한 규정은 과학기술안전법에 대한 「헌법」의 기본원리 또는 지도원리임이 분명하다. 즉, 우리 「헌법」에는 과학기술안전이라는 명시적 문언이 존재하지 않으나 각종 기본권들이 명시적으로 규정되어 있고 그 기본권들은 과학기술안전법을 위한 기본원리 또는 지도원리로서 작동하고 있음을 부인할 수 없다.

2) 「과학기술기본법」에서의 과학기술안전 규정

앞에서 살펴본 바와 같이, 「과학기술기본법」은 제1조의 목적에서 밝히고 있듯이 과학기술의 진흥에 주된 가치를 두고 있다. 그럼에도 불구하고 과학기술안전에 관하여 '과학기술의 역기능 방지'와 '연구 안전환경의 조성'에 관한 규정을 두고 있다. 즉, 동법 제16조의7에서 "정부는 연구개발성과 또는 과학기술 활동이 국가·사회·개인에게 해를 끼치거나 윤리적 가치를 침해하지 아니하도록 필요한 조치를 강구하여야 한다."고 규정하고 있고, 제34조에서 "정부는 대학이나 연구기관 등에 설치된 과학기술분야 연구실의 안전한 환경을 확보하기 위하여 필요한 시책을 세우고 추진하여야 한다."고 규정하고 있다. 이러한 규정은 과학기술의 안전에 관한 규정임에는 틀림이 없지만 과학기술의 위험을 사전에 예방하고 위험을 진압하며 위험을 치유하는 과학기술안전법의 관점에서 보면 소극적 규정에 불과하므로 적극적 규정으로 보기에는 한계가 있다고 할 것이다.

3) 과학기술안전 관련 기본법 현황

2014년 11월 현재, 안전과 관련하여 모두 35개의 법률이 있음을 확인할 수 있었다.[64] 그 중에서 기본법으로 법제화되어 있는 법률은 「재난 및 안전관리 기본법」, 「제품안전기본법」,「식품안전기본법」으로서 특정 분야 또는 영역의 안전에 대한 기본법에 머물고 있을 뿐 과학기술 전반에 대한 기본법은 아직 마련

61) 헌법 제34조 제1항은 "모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다."고 규정하고 있다.
62) 헌법 제35조는 " ① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다. ②환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다." 고 규정하고 있다.
63) 헌법 제36조 제3항은 "모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다."고 규정하고 있다.
64) 2014년 11월 3일 현재, 국가법령정보센터 검색결과.

되어 있지 않다.

「재난 및 안전관리 기본법」[65]은 제1조에서 각종 재난으로부터 국민의 생명과 신체를 보호하기 위하여 제반 사항을 규정하는 법률이라고 선언하고 있다. 동법에서 각종 재난은 자연재난과 사회재난으로 구분하고 있다. 자연재난에는 태풍, 홍수, 호우, 강풍, 풍랑, 해일, 대설, 낙뢰, 가뭄, 지진, 황사, 조류 대발생, 조수, 그 밖에 이에 준하는 자연현상으로 인하여 발생하는 재해가 포함되고, 사회재난에는 화재·붕괴·폭발·교통사고·화생방사고·환경오염사고 등으로 인하여 발생하는 일정 규모 이상의 피해와 에너지·통신·교통·금융·의료·수도 등 국가기반체계의 마비, 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 따른 감염병 또는 「가축전염병예방법」에 따른 가축전염병의 확산 등으로 인한 피해가 포함된다.[66] 여기서 사회재난과 관련해서 동법이 과학기술안전법을 부분적으로 포섭하고 있다고 하겠다.

「제품안전기본법」[67]은 입법의 목적(제1조)과 기본이념(제2조)에서 제품의 안전성 확보를 통해 국민의 생명을 보호함으로써 안전한 사회를 추구함을 밝히고 있다. 동법은 국가 및 지방자치단체에게 제품의 안전에 관한 정책을 수립할 책무를 부여하고 있고, 제품의 안전성을 검증하기 위한 기준 또는 규칙을 국제기준에 부합하도록 시행하거나 노력할 책무를 부여하고 있다(제4조). 동법에 의거하여 제품의 안전성 확보를 위한 주요수단으로서 제품의 안전성조사를 할 수 있고(제9조), 제품의 제조·설계 또는 제품상 표시 등의 결함이 발견되었을 때 그 제품을 수거·파기·수리·교환·환급·개선조치 또는 제조·유통의 금지, 그 밖에 필요한 조치를 할 수 있다(제10조). 그러나 「제품안전기본법」은 「식품안전기본법」의 경

---

65) 동법은 각종 재난으로부터 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위하여 재해 및 재난 등으로 다원화되어 있는 재난관련 법령의 주요 내용을 통합함으로써 재난의 예방·수습·복구 및 긴급구조 등에 관하여 필요한 사항을 정리하려는 이유로 2004년 3월 11일 법률 제7188호로 제정되었고, 2014년 11월 현재 24차 개정 법률이 시행되고 있다.

66) 도시화의 진전에 따라 다중이용업소의 재난발생 가능성이 증가함에 따라 관련 특별법의 필요성이 제기되고 있는 바, 다중이용업소의 안전을 관리하여 소비자의 생명이나 신체를 보호하는 것은 국가나 공공기관의 의무이기 때문이다(이종영, "다중이용업소의 안전관리를 위한 제도적 방안", 「법과 정책연구」 제6집 제1호, 한국법정책학회, 2006, 229면).

67) 동법은 2011년 제정되었으며, 1967년에 제정된 「공산품품질관리법」, 이의 개정 법률인 「품질경영 및 공산품안전관리법」, 1974년 제정된 「전기용품안전관리법」을 기반으로 구축되었던 제품안전 관리체계를 제품안전 관련 기본법의 도입을 통해 새롭게 체계화한 것으로 평가하고 있다(Jung-Gon Kim and Tae-Hwan Kim, Comparative study of safety regulations: focused on the applied frameworks of ensuring product safety in Korea and Japan, *Journal of the Korea Society of Disaster Information*, Vol. 10 No. 1, 2014, p.117).

우와 달리 입법의 목적(제1조)에서 재산에 대한 피해를 예방하는 목적을 밝히고는 있으나 환경의 안전에 대한 조문이나 문언은 담고 있지 않다.

식품안전과 관련하여, 「식품위생법」을 포함한 27개 개별 법률 및 관련 법령에 대해 기본법의 지위를 갖는 「식품안전기본법」[68]에서 국가 및 지방자치단체는 국민이 건강하고 안전한 식생활을 영위하도록 식품 등의 안전에 관한 정책을 수립하고 시행할 책무를 지도록 규정하면서 식품과 식품성분에 관한 기준 또는 규격을 정함에 있어 국민의 생명과 안전을 고려한 과학적 기준을 설정하도록 하여(동법 제1조 및 제4조) 생명과 안전에 대해서 명시적으로 규정하고 있다. 특히, 동법 동조에서 국민의 생명과 안전을 고려해야 함은 국가 및 지방자치단체의 책무로 규정하고 있는 점은 기본법으로서의 지위에 적절한 조문이라 할 수 있다. 또한 동법은 국가나 지방자치단체의 식품안전정책에 대한 알권리를 보장하고 사업자에게 국민의 건강에 유익하고 안전한 식품을 생산, 판매해야 하는 책무를 부과함으로써 국민의 신체 또는 생명의 안전을 도모하고 있다(제5조). 그리고 「식품안전기본법」에서 식품안전정책을 수립하여 추진하도록 하고(동법 제2장), 국민건강에 위해를 발생시키는지의 여부를 판단하고자 사전 위해성평가와 사후 위해성평가를 실시할 수 있도록 하는 등 식품안전관리의 과학화(동법 제4장)를 다루고 있는 규정들은 기본법으로서의 역할을 수행하도록 하는 수단을 명시하고 있다. 그러나 동법은 재산의 안전과 환경의 안전에 관한 규정을 포함하고 있지는 않다.

한편, 법제명상 기본법의 범주에는 들지 않지만 실제적으로 과학기술안전과 관련하여 기본법의 역할을 하고 있다고 평가할 수 있는 법률로서 「화학물질의 등록 및 평가 등에 관한 법률」과 「화학물질관리법」이 있다. 2013년 5월 22일에 제정되어 2015년 1월 1일부터 시행되고 있는 「화학물질의 등록 및 평가 등에 관한 법률」은 EU의 REACH (Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals)[69] 도입과, 일본 등 주요 교역국에서 화학물질 관리를

68) 이 법은 제1조에서 식품의 안전에 관한 국민의 권리·의무와 국가 및 지방자치단체의 책임을 명확히 하고, 식품안전정책의 수립·조정 등에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 국민이 건강하고 안전하게 식생활을 영위하게 함을 목적으로 한다고 선언하고 있다; 류창호는 「식품안전법제의 체계화에 관한 연구: 식품안전기본법의 입법제안을 중심으로」(한국법제연구원 연구보고서, 2004년 11월)를 통해 종래 식품안전과 관련하여 개별법령이 구비되어 있음에도 불구하고 개별법의 사각지대를 해소하고 "farm to table"의 전 과정에서 식품의 안전성확보를 도모하고자 하는 입법제안을 한 바 있다.

69) EU가 화학물질과 화학물질이 함유된 제품으로부터 국민의 건강을 보호하고 자국 산업의 경쟁

강화하고 있는 추세에 대응하고자 제정한 법률이다. 동법은 일정한 화학물질을 제조·수입하려는 자는 제조·수입 전에 환경부장관에게 등록하도록 하고, 환경부장관은 화학물질의 유해성과 위해성을 평가하여 해당 화학물질을 유독물, 허가물질, 제한물질·금지물질 등으로 지정할 수 있도록 하는 등 화학물질의 유해성 및 위해성의 체계적인 관리 체계를 마련하고 위해우려제품의 안전관리체계를 마련함으로써 화학물질과 화학물질을 함유한 제품으로 인한 피해를 사전에 예방하고 국민건강 및 환경을 보호하려는 것을 목적으로 하고 있다.

「화학물질관리법」은 당초 「유해화학물질관리법」의 제명으로 1990년 8월 1일 제정되어 이듬해 2월 2일부터 시행된 법률로서 제정이유로 "화학물질의 유해성을 심사하고, 유해화학물질을 적정하게 관리함으로써 국민보건 및 환경보전에 이바지 하려는 것임."이라고 소개되었다. 이어「유해화학물질관리법」은 2013년 6월 4일자로 전부개정을 통해 법률의 제명이 「화학물질관리법」으로 변경되었으며, 2015년 1월 1일부터 시행되고 있다. 동법은 종래의 「유해화학물질관리법」으로는 화학물질 관리 및 화학사고 대응에 한계가 있다는 지적에 따라 화학물질에 대한 통계조사 및 정보체계를 구축하여 국민의 알권리를 보장하고, 유해화학물질의 취급기준을 구체화하며, 화학사고 장외영향평가제도 및 영업허가제 신설 등을 통해 유해화학물질 예방관리체계를 강화하며, 화학사고 발생 시 즉시 신고의무를 부여하고, 현장조정관 파견 및 특별관리지역 지정 등을 통해 화학사고의 신속한 대응체계를 마련하여 화학물질의 체계적인 관리와 화학사고의 예방을 통해 화학물질의 위험으로부터 국민 건강 및 환경을 보호하는 법률로서의 위상을 정립하려는 목적을 가지고 있다.

4) 과학기술안전 관련 개별법의 현황

앞에서 소개한 3개의 안전관련 기본법, 화평법, 화관법을 제외한 30개 안전관련 개별법률 중에서 과학기술과 밀접한 관련이 있는 13개 개별법률의 현황을 살펴보고자 한다.[70] 여기서, 13개 개별법을 '생명신체의 안전에 관한 법제', '에너지 관련물질의 안전에 관한 법제', '위험물 및 연구자 안전에 관한 법제'로 나누어 볼 수 있다. '생명신체의 안전에 관한 법제'에는 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」과 「인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률」 2개 법률이 포함될 수 있고,

---

력을 높이기 위하여 도입한 화학물질의 등록·평가제도.

70) 2014년 11월 3일 현재, 국가법령정보센터 검색 결과.

‘에너지 관련물질의 안전에 관한 법제’에는 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」과 「원자력안전법」 2개 법률이 해당된다고 볼 수 있으며, ‘위험물 및 연구자 안전에 관한 법제’에는 「고압가스 안전관리법」, 「산업안전보건법」, 「생활주변방사선 안전관리법」, 「석면안전관리법」, 「송유관 안전관리법」, 「승강기 시설 안전관리법」, 「연구실 안전환경 조성에 관한 법률」, 「위험물안전관리법」 및 「전기용품안전 관리법」의 9개 법률이 포함될 수 있다. 이와 같이 과학기술안전 관련 개별법은 대부분 위험물안전법제 및 연구자안전법제에 해당하는 것으로 파악되었다.

각 개별법의 특징을 도출해 보면, 그 법률의 입법목적과 적용대상에 따라 특징을 달리하고 있다. ‘생명신체의 안전에 관한 법제’는 생명과 신체에 위해를 끼치는 것을 방지함을 주요 목적으로 하고 있는 바, 해당 위원회에서 심의 또는 감독하는 기능을 강하게 부여하고 있다. 특히, 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」에서는 연구나 취급에 대한 사전심의 및 감독을 강화하였고, 「인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률」에서는 기증에 관한 동의 규정을 구비하고 있으면서 비밀유지를 요구하고 있다. 그러나 두 법률 모두는 위험 전보 또는 구제에 대한 규정이 미흡하거나 마련되어 있지 않은 한계를 가지고 있다.

‘에너지 관련물질의 안전에 관한 법제’에 속하는 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」과 「원자력안전법」에 대해서 살펴보면, 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」의 주요 특징은 생명, 신체나 재산상의 손해를 보상하기 위한 보험가입을 의무로 규정하고 있으나, 환경위험에 대한 전보규정을 구비하고 있지 않다. 그에 비해 「원자력안전법」의 주요 특징은 환경보전을 위한 영향평가, 조사, 보전조치 등의 규정을 명시하고 있고, 원자력이용과 이에 따른 안전관리 중에 방사선에 의하여 입은 신체 또는 재산피해 보상 규정을 구비하고 있으나, 간접적이거나 장기간 경과 후 초래되는 피해에 대한 구제 규정이 미흡할뿐더러 보험제도를 도입하고 있지 않다.

마지막으로, 위험물 및 연구자 안전에 관한 개별법에 대한 각 법률의 주요 특징을 살펴보면, 「고압가스 안전관리법」은 생명·신체나 재산상의 손해 보상을 위한 보험가입의 의무를 부과하고 있으나 환경안전규정은 없다. 「산업안전보건법」에서는 유해·위험예방조치에서 보건조치를 명시하고 있고, 안전·보건지도사의 손해배상책임을 명시하고 있으나, 생명·신체나 재산상의 손해에 대한 위험전보 규정이 미흡하고, 환경안전 규정이 없다. 「생활주변방사선 안전관리법」의 경우,

사전 주의조치 및 교육 규정이 있으나 강력하지 못하고, 위험전보 규정이 미흡하다. 「석면안전관리법」에서는 토지 등 재산상의 손실보상 규정이 있으나, 생명·신체상의 피해보상 또는 배상 규정이 없고, 사전예방 조치 및 교육 규정이 미흡하다. 「송유관 안전관리법」의 경우, 토지 등 재산상의 보상 규정이 있으나 환경안전 규정이 없다. 「승강기시설 안전관리법」은 타인의 손해배상 책임을 규정하고 있고 보험제도를 도입하고 있다. 「연구실 안전환경 조성에 관한 법률」의 한계로 비법인 연구기관 연구실에는 적용할 수 없다는 점이다. 「위험물안전관리법」의 경우, 예방 및 안전교육을 명시하고 있으나, 위험물은 인화성 또는 발화성 등의 성질을 가지는 것에 국한하고 있고, 생명·신체나 재산, 환경상의 손해에 대한 위험전보규정이 미흡하다. 마지막으로, 「전기용품안전 관리법」에서는 전기용품으로 비롯된 피해 발생 시 구제 방법 및 범위 규정이 미흡하다.[71]

종합적으로, 위의 13개 법률 중에서 생명·신체나 재산상의 손해보상을 위한 위험전보규정을 명시하고 있는 법률은 「고압가스 안전관리법」, 「산업안전보건법」, 「석면안전관리법」, 「승강기시설 안전관리법」, 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」, 「원자력안전법」의 6개 법률에 불과한 것으로 파악되었고, 그나마 「석면안전관리법」은 생명·신체상의 손해에 대한 보상이나 배상은 포함되어 있지 않다. 또한, 과학기술안전법의 요건 중 가장 중요한 사항은 위험이 발생되지 않도록 하는 사전예방임에도 불구하고 이를 위한 사전조치나 교육을 강제하고 있는 규정이 미흡하였다.

한편, 과학기술안전과 관련하여 위험이 발생하더라도 위험에 따른 피해의 크기와 폭이 예상하기 어려운 특징을 고려한다면 위험치유를 위한 보험제도가 효과적일 수 있는데 조사대상의 13개 법률 중에서 보험제도를 도입하고 있는 법률은 「고압가스 안전관리법」, 「승강기시설 안전관리법」, 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」의 3개 법률이었다.

3. 과학기술법의 특징과 시사점

가. 과학기술진흥법의 특징

과학기술진흥법은 자연과학, 공학, 농학, 의학 등과 같이 과학기술 분야의 분류

71) 전기용품의 편익과 안전의 추구는 타협점을 찾아야 하는 바, 미래에 발생할 수 있는 피해가능성을 완벽하게 배제할 수 없기 때문이다(이종영, “전기용품의 안전관리제도”, 「공법학연구」 제11권 제3호, 한국비교공법학회, 2006, 337면).

에 따라 그에 상응하는 법제로 구분할 수 있는 한편, 진흥의 대상에 따라 과학기술혁신법, 과학기술 인적자원 개발법, 과학기술보호법, 과학기술표준법 등으로 구분할 수 있는 것과 같이 매우 다양한 구분 기준에 따라 나누어 볼 수 있다.

일반적으로 각종의 개별법들은 기술개발, 성과평가, 기술보호, 기술활용, 인프라, 연구기관 또는 관리기관, 인력양성, 기술표준, 과학기술안전 또는 과학기술윤리 등의 관점에서 과학기술진흥법을 분류하고 있다.[72]

그러나 각종의 개별법들은 과학기술진흥법을 구분하는 기준으로 바로 앞에서 나열한 다양한 내용의 규정을 하나의 법률에서 구비하는 경우가 많기 때문에 특정 개별법이 그러한 기준의 어느 한 영역에 속하는 법률이라고 단정하기가 매우 곤란한 점이 있을 뿐만 아니라 「게임산업진흥에 관한 법률」과 같이 정보기술과 문화·콘텐츠기술을 복합적으로 규정하고 있는 법률들도 다수가 있기 때문에 기술분야를 기준으로 하여 특정 영역의 법률이라고 단정 짓기도 쉬운 일이 아니다.

또 다른 특징의 하나로서, 각종 개별법들이 하나의 일관된 체계에 따라 제정된 것이 아니라 필요성이 제기될 때마다 제정된 사유로 인하여 매우 많은 과학기술진흥법들의 시행으로 인해 복잡성, 중복성, 공백성 등의 문제점을 야기할 우려가 있다는 점이다.

나. 과학기술안전법의 특징

과학기술안전법의 특징을 파악하기 위해서는 먼저 과학기술위험의 특징을 이해할 필요가 있다. 과학기술위험의 3대 특징으로 위험원인 및 책임 규명의 난해성, 위험의 잠복성 및 장기성, 위험의 광역성 및 국제성을 도출할 수 있다.

이러한 과학기술위험의 주요 특징을 바탕으로 하여 과학기술안전법이 가져야 하는 특징을 도출한다면 다음과 같다. 즉, 과학기술안전법은 과학기술의 편익과 위험이라는 양면성을 전제로 한다는 점, 과학기술에는 부작용이 불가피하게 따른다는 점, 과학기술로 인한 재해의 경우 완벽한 위험배제가 아니라 적정한 위험관리가 핵심이라는 점 등을 특징으로 하고 있다.[73]

그러므로 과학기술안전법에서는 과학기술위험을 관리함에 있어 위험의 크기에 비례하는 법적 규제가 이루어져야 한다. 여기서 과학기술위험의 절대적 크기가

---

72) 손경한, 앞의 책, 16-23면; 양승우/이세준/최지선/이명화/김재경/정도채, 앞의 보고서, 전 범위 참조.

73) 손경한, 앞의 책, 171-173면.

매우 커서 생명, 재산, 환경 등의 측면에서 부정적 영향이 전 인류에게 미칠 정도라면 그 위험은 철저히 봉쇄되어야 할 것이다.

반면, 과학기술의 위험이 원천봉쇄를 해야 할 정도가 아니라면 과학기술의 편익과 위험에 대해서 이익형량을 해야 할 필요가 있다. 이때 이익형량을 함에 있어 단순히 과학기술의 편익과 위험만을 단순비교해서는 안 될 것이고 생명피해의 측면, 재산피해의 측면, 또는 환경피해의 측면, 나아가서 종합적 측면을 기초로 하여 과학기술의 편익과 위험에 대한 이익형량이 이루어져야 한다.

다. 현행 법제의 시사점

한 국가가 과학기술의 진흥정책을 수립하여 시행함에 있어 과학기술법제가 근거법으로서 뒷받침이 될 때 그 법제는 과학기술의 발전에 필요한 활동을 법적으로 규정함으로써 과학기술의 진흥을 위해 결정적인 역할을 하고, 나아가서 과학기술의 발전에 필요한 사회적 여건을 형성하는 역할을 한다. 그러나 과학기술진흥을 위한 관련법이 많다고 반드시 좋은 점만 있는 것은 아니다. 과학기술 영역별로 또는 대상기술별로 수많은 개별법이 존재할 때 자칫 복잡성, 모순성, 중복성 등의 현상을 야기할 우려가 있기 때문이다.[74] 더구나 현대의 과학기술은 개별과학기술을 초월하여 다학제간 과학기술 내지 융·복합적 과학기술을 지향하고 있고, 심지어 과학기술이 인문학과의 융합을 지향하고 있어 과학기술 영역별 내지 세부 분야별의 개별법은 과학기술의 발전에 걸림돌로 작용할 가능성도 있다.

우리 「헌법」은 과학기술안전법의 법원으로서 지위를 가지고 있는 것이 확인되었음에도 불구하고 과학기술진흥을 주된 가치로 형성되었기 때문에 그 한계를 가지고 있는 것도 확인되었다. 역시 과학기술안전관련 기본법이나 개별법 모두 「헌법」의 한계의 연장선상에 놓여 있어서 온전한 과학기술안전법으로서의 역할이 제한적임을 확인할 수 있었다.[75]

오늘날 과학기술은 다양화 및 고도화되고 있을 뿐만 아니라 융합화되고 있어 과학기술의 각 영역별이나 과학기술이 적용된 개별 대상물 입장에서 과학기술의 위험을 다루는 법제는 한계를 가질 수밖에 없는 형편에 놓여 있다. 과학기술의 안전은 어느 과학기술 영역에서나 어느 과학기술적용 대상물에서도 생명, 재산,

---

74) 이상수, 앞의 논문, 220면.

75) 조용진/손경한, “과학기술안전법제의 현황과 개선방안”, 「과학기술법학」 제6권, 한국과학기술법학회, 2014, 25-33면.

환경의 측면에서 과학기술위험의 예방, 진압, 치유의 기능을 구비한 법제를 요구하고 있다는 점을 고려한다면 현행 과학기술안전법제는 개선되거나 새롭게 태어나야 한다는 점을 지적하지 아니 할 수 없다.

종합적으로, 「헌법」을 필두로 「과학기술기본법」은 과학기술의 진흥과 안전을 조화롭게 규율할 수 있어야 하고, 개별법 사이에서도 모순성이나 중복성을 피하여 전체적으로 정합성을 이룰 수 있어야 한다. 이를 위해서는 「헌법」에서도 과학기술의 안전을 규율하는 규정이 명시될 필요가 있고, 「과학기술기본법」은 과학기술의 진흥과 안전에 관한 기본법의 지위에 충실하도록 일반적 규정을 갖추도록 해야 하며, 개별법에서는 중복이나 불필요한 규정을 제거하여 간소화하여야 한다. 과학기술의 진흥과 안전을 조화롭게 규율하고 법제간의 모순성이나 중복성을 피하여 전체적으로 정합성을 이룰 수 있는 방안을 찾아야 한다.

Ⅳ. 과학기술법학의 나아갈 길

1. 총론적 입장

과학기술법학을 발전시키기 위해 주목해야 할 총론적 관점은 다음과 같다.

첫째, 공·사법 망라적 법체계의 정립이 필요하다. 현재의 과학기술법학은 공법적 측면에 경도되어 있다. 심지어 종래에 과학기술법을 행정법과 동일시한 입장이 있었음을 부인하기 어렵다. 과학기술법학의 사법적 측면에 대한 연구를 강화하여 균형을 도모하고, 공·사법을 융합한 법체계를 수립할 필요가 있다.

둘째, 과학기술진흥법학의 과제로서, 과학기술의 연구개발법에 관한 일반적 법원칙의 정립이 필요하며, 나아가 과학기술인력법에 대한 연구가 필요하다. 국가 또는 공공기관의 연구개발 뿐 아니라 개인, 기업, 사설연구소 등의 연구개발과 인력양성 그리고 연구성과 관리, 활용에 관한 일반적 법원칙의 정립이 필요하다.

셋째, 과학기술안전법학의 과제로서, 과학기술안전법학에 대한 총론적 과제를 연구하여야 한다. 구체적인 예로서, 과학기술의 위험을 예방하기 위한 법학과 관련하여 사전주의의 원칙에 관한 심도 있는 연구가 필요하다. 과학기술위험진압의 일반적 법원칙의 정립과 과학기술위험치유의 일반적 법원칙의 정립이 요망된다.

넷째, 과학기술법학 교육의 과제로서, 법학전문대학원에서의 교육만으로는 한계가 있고 이공계대학에서 법학에 대한 수요가 있으므로 법학개론, 지식재산법학과 함께 과학기술법학을 강의, 교육하여 과학기술법에 대한 사회적 수요에 부응

하는 한편 과학기술법학의 저변을 확대할 필요가 있다.

2. 과학기술법학의 법이념-법원리-법규칙 체계화

과학기술법학을 제대로 정립하기 위해서는 기본에 충실해야 할 것이다. 특정 영역이나 특정 과학기술에 관한 단편적인 법률을 필요에 따라 무차별적으로 쏟아내는 현실에서는 과학기술법학을 정립하기가 더욱 어려워지기 때문이다. 무엇보다도 하나의 학문을 정립하기 위해서는 그 학문의 3대 요건 내지 2대 요건을 충실히 다루어 연구해 나가야 하며, 그 노력이 쌓이면 그 학문은 저절로 정립되어질 것이다.

죄형법정주의가 학문적으로 체계화됨으로써 형법학은 하나의 학문 영역으로 견고해졌고, 사적자치의 원칙이 자본주의 체제 하에서 체계화됨으로써 민법학이 견고하게 형성되었듯이, 과학기술법학도 학문의 2대 요건인 대상과 방법이 체계화되어야 한다.

이러한 관점에서 과연 과학기술법학도 하나의 독립된 영역으로서 존재하는가, 아직 존재하지 않으면 앞으로 정립될 가능성이 있는가를 묻지 않을 수 없다. 이에 대해서 과학기술법학은 수동적 입장을 탈피하여 능동적 입장으로 전환하지 않으면 안 된다. 즉, 현재의 과학기술법학의 실체에 대한 논의보다 더 중요한 것은 미래의 과학기술법학의 실존을 만들어내어야 한다는 점이다.

한편, 법학에서 하나의 독립된 학문이 형성되기 위해서는 연구대상과 방법이라는 학문의 일반 요건의 관점뿐만 아니라 특정 법영역에 특유한 법이념-법원리-법규칙의 일관체계성이 요건으로 요구된다. 과학기술법학의 경우, 이러한 관점에서 다음과 같은 법이념-법원리-법규칙을 제시해 볼 수 있다.[76]

<과학기술법학의 법이념>

· 인간의 존엄과 가치 존중
· 과학기술자의 자율성과 창의성 존중
· 경제와 사회 발전의 원동력
· 자연환경 및 사회윤리적 가치와의 조화

76) 조용진, 앞의 학위논문, 143-148면.

<과학기술법학의 법원리: 과학기술진흥의 관점>

· 학문자유의 원칙

· 과학기술자 권리보호의 원칙

<과학기술법학의 법규칙: 과학기술진흥의 관점>

· 학문의 자유: 학문의 대상 명확성, 학문의 범위 명확성

· 과학기술자의 권리보호: 권리주체의 명확성, 권리객체의 명확성, 보호범위의 명확성, 보호기간의 명확성

<과학기술법학의 법원리: 과학기술안전의 관점>

· 과학기술 위험에 대한 합리적 예방의 원리

· 과학기술 위험에 대한 신속한 진압의 원리

· 과학기술 위험에 대한 적절한 치유의 원리

<과학기술법학의 법규칙: 과학기술안전의 관점>

· 과학기술 위험의 합리적 예방: 위험에 대한 평가, 예측, 예방수준

· 신속한 진압: 위험진압의 주체, 진압수단, 진압방법

· 적절한 치유: 손해의 책임, 배상·보상의 대상, 배상·보상의 범위

이러한 법이념-법원리-법규칙의 체계를 일관체계화하기가 결코 쉽지 않다. 과학기술법학의 대상인 과학기술법 내지 관련 현상들은 그 내부에서 항상 편익과 위험이라는 가치가 공존하고 있기 때문이다. 이러한 본질적 문제를 해결하는 데 있어 유용한 방법론의 하나로 바로 '정합성의 원리'가 있으며, 이 원리가 법해석이나 입법에서 작동할 수 있도록 학문적 토대를 마련하여 제공할 필요가 있다.

3. 과학기술법학의 연구방법론 개발

과학기술법학에서 특유한 연구방법론의 하나로서 앞에서 '정합성 법리 모델'을 제시하였던 것처럼 과학기술법학에 특유한 다양한 연구방법론을 개발할 필요가 있다. 흔히 법학이란 기본적으로 과거를 반영한 학문이라고 하지만 과학기술법학은 과거를 반영한 학문이면서 동시에 미래를 지향하는 학문이 되어야 하기 때문

이다. 과학기술은 탐구와 모험을 뿌리로 하여 진흥되어 왔기 때문에 본질적으로 잠재적 위험을 내포하고 있다. 그 잠재적 위험을 과학기술법학이 규율할 수 있도록 하기 위해서는 특유한 연구방법론이 개발되어야 한다.

다른 연구방법론의 하나로서 '사전주의의 원칙(precautionary principle)'의 연구방법론을 들 수 있다. 사전주의의 원칙(precautionary principle)은 잠재적 위험에 대해 사전에 주의하여 그 위험의 발생을 예방하거나 발생한 위험으로 인한 피해를 최소화하는 조치에 대한 원칙을 말한다. 이러한 개념은 이미 그 위험의 실체를 명확히 알고 있으면서 단지 발생을 예방하는 '사전예방의 원칙(preventive principle)'과는 구별되는 개념이다.[77] 사전주의의 원칙은 이미 환경법 등의 법체계에서 활용되고 있는 익숙한 개념임에도 불구하고 실제적으로 사전주의의 원칙을 법제에 적용하여 구체적인 위험 회피 내지 발생한 위험에 따른 피해구제를 실행하는 데 있어서는 여전히 추상적 개념에 머무르고 있는 한계를 보이고 있다. 이에 대한 선행연구의 견해를 소개하면 다음과 같다.[78]

"첫째, 잠재적 위험에 대한 인식의 문제이다. 과학기술은 기본적으로 과거에 경험하지 못했거나 이해하지 못한 현상에 대한 도전이다. 이러한 과학기술의 속성을 받아들인다면 해당 과학기술로 인한 위험도 제대로 이해하지 못하고 있는 상태를 의미한다. 그러므로 과학기술로 인한 잠재적 위험이 인간의 합리적 이성에 의해 현실화될 가능성이 없는 경우에는 그 잠재적 위험을 관리하도록 강제할 수는 없는 노릇이다. 즉, 사전주의의 원칙은 최소한 현실화될 잠재적 위험을 대상으로 한다는 점을 인식할 필요가 있다.

둘째, 사전주의원칙을 적용함에 있어 사전주의 조치의 수준 내지 정도의 문제이다. 과학기술로 인한 잠재적 위험을 관리함에 있어 관리의 수단이 과학기술적으로 실현가능해야 하며, 이를 법적으로 뒷받침할 수 있어야 한다. 입법의 영역이건 재판의 영역이건 사전주의원칙이 선언적 수준에 머물러 있으면 사전주의원칙의 실효성을 얻을 수 없기 때문이다. 또한, 사전주의의 조치 수준 내지 정도를 지나치게 엄격하게 요구하게 되면 사전주의원칙은 과학기술의 진보를 가로막는 규제로 기능할 우려가 발생한다. 그러므로 사전주의의 조치 수준

77) 조용진, 앞의 학위논문, 111면.
78) 조용진, 앞의 학위논문, 115면.

내지 정도를 설정함에 있어 잠재적 위험을 관리하는 과학기술의 수준, 비용 등을 감안한 비례의 원칙이 적용되어야 한다.“

이러한 견해를 따른다면, 사전주의의 원칙을 과학기술법학에서 특유한 연구방법론으로 활용하기 위해서는 보다 세밀한 방법론으로 거듭나야 한다. 사전주의의 원칙은 단지 하지 못하게 하는 사전예방의 원칙과 다름을 인식해야 하기 때문이다.

4. 과학기술법학의 교육과정 개발

과학기술법학은 미래사회를 대비함에 있어 필수적으로 요구되는 학문 영역이 될 것으로 전망된다. 인공지능, 무인자동차, 사물인터넷, 인공장기 등 과거에는 상상하기조차 어려운 과학기술들이 현실로 나타나기 시작하고 있다. 이러한 과학기술의 산물 내지 그 부산물들이 사회시스템에서 사용될 때 기대되는 편익이 주어지겠지만 예상치 못한 위험 또는 부작용도 나타날 수 있기 때문이다. 심지어 인간의 뇌 전부 또는 일부를 인공뇌로 대체하는 시기도 멀지 않았다는 전망들이 쏟아져 나오고 있다.

이에 대비하기 위해서는 법학전문대학원의 교육과정 중에서 과학기술법학의 영역을 독립적으로 교육할 수 있는 교육과정의 개발이 절실하다. 앞서, 교육과정의 현황을 살펴보았을 때 보았듯이 현재는 몇 개의 대학을 제외하면 독립적인 과학기술법전공의 교육과정이 개설되어 있지 않다. 더구나 주요 법학전문대학원들에서는 과학기술법이 지식재산권법전공의 하위개념으로 개설되어 일개의 교과목에 불과한 실정이다. 이런 형편에 현재의 과학기술법 교과목이 과학기술법학의 교과목으로 평가할 수 있는지조차 의심스럽다.

법학전문대학원에서 과학기술법학이 독립적인 영역으로 발전하기 위해서는 몇 가지 과제를 해결해야 할 것이다. 첫째, 모든 대학에서 과학기술법학의 개념을 공유할 수 있는 교과내용을 개발해야 한다. 둘째, 개발된 교과내용을 교수와 학생들이 공유할 수 있는 교재를 개발해야 한다. 셋째, 과학기술법학은 과학기술과 법이라는 병렬개념이 아니라 그들이 융합된 학문영역이 되도록 해야 한다.

Ⅴ. 결론

올해는 연초부터 과학기술과 관련된 사건으로 나라가 들끓었다. ‘알파고’라는 인공지능이 보인 잠재력은 우리로 하여금 편익에 대한 기대와 위험에 대한 걱정을 동시에 불러일으켰고, ‘가습기 살균제 사건’은 부지불식간에 공포를 유발하여 모든 화학제품을 불신하게 만들고 있다. 사실, 후자의 사건은 과학기술적 전문지식 이전에 합리적 이성만이 작동하였더라도 엄청난 피해를 회피하거나 줄일 수 있었던 사건이었음에도 불구하고 오히려 어설픈 과학기술적 지식의 활용에 따른 결과물이라 아니할 수 없다. 하물며 첨단의 과학기술이 융·복합적으로 나타나는 미래의 과학기술에 대한 대비는 과연 가능할까라는 의심이 들지 않을 수 없다.

그렇다고 오늘날 과학기술의 편익을 거부하고 과거사회로 돌아가지고 주장하는 것은 결코 아니다. 오히려 첨단의 과학기술로부터 얻을 수 있는 편익을 더욱 증진시키고 동시에 과학기술의 잠재적 위험을 막을 수 있는 방안을 적극적으로 찾아야 한다. 이런 기능을 수행할 수 있는 것이 바로 과학기술법학이다. 법학의 일반기능이 안전한 사회를 만드는 데 있다고 한다면 과학기술 중심의 사회를 안전하게 만들기 위해서는 과학기술법학이 일반기능으로 작동하여야 할 것이다.

현재, 과학기술법학은 제대로 정립된 학문이라고 보기에는 아직 부족한 점이 너무 많다. 지금의 과학기술법학은 명실상부한 과학기술법학이 아니라 과학기술과 법 또는 과학기술법에 머물고 있다고 보는 것이 틀리지 않을 것이다. 현장에는 수많은 과학기술법 내지 관련법이 존재하지만 그 존재만으로 과학기술법학이 정립되어 있다고 보기는 어려울 것이다. 제대로 정립된 과학기술법학이 나타날 때 과학기술법들은 보다 체계성을 가질 수 있을 것이다. 과학기술의 진흥과 안전에 관한 체계성이 정합적으로 구축될 수 있도록 과학기술법학이 기능을 한다면 법의 중복과 공백을 해소하여 과학기술 중심의 사회를 더욱 안전하게 만들 뿐만 아니라 사회적 낭비를 제거할 수 있을 것으로 믿어 의심치 않는다.

(논문투고일: 2016.09.02, 심사개시일: 2016.09.05, 게재확정일: 2016.09.23)

조 용 진

과학기술법학, 학문의 개념, 학문의 요건, 연구방법론, 과학기술법의 특징

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

김성진, 「과학기술과 법」, 동인, 2011.

김정오/최봉철/김현철/신동룡/양천수, 「법철학: 이론과 쟁점」, 박영사, 2012.

서울대학교 교육연구소, 「교육학용어사전」, 하우동설, 2011.

서울대학교 기술과법센터, 「과학기술과 법」, 박영사, 2007.

성정엽, 「사이버공간 과학기술과 법」, 인제대학교출판부, 2007.

손경한, 「과학기술법」, 진원사, 2010.

연기영, 박춘엽, 김상겸, 「과학기술법제」, 보명BOOKS, 2008.

오승한, 「과학기술과 법」, 기한재, 2011.

오승한, 「과학기술과 법: 사례와 이론 중심」, 기한재, 2014.

윤권순, 「과학기술과 법의 대화」, 법문사, 2012.

이경희 외, 「과학기술법제정사: 한중일 교류를 중심으로」, 세창출판사, 2004.

이경희 외, 「과학기술혁신과 법」, 세창출판사, 2001.

임규철, 「현대 과학기술과 법」, 동국대학교출판부, 2007.

정병일, 「과학기술과 법」, 한티미디어, 2010.

정상기, 「과학기술과 법」, 한남대학교출판부, 2005.

정상기, 「과학기술과 법」, 글누리, 2009.

정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2013.

정현수 외, 「과학기술관계법의 이해」, 푸른세상, 2001.

조성종, 전일주, 「과학기술과 법」, 삼영사, 2016.

Ⅱ. 논문

손경한, “과학기술진흥법제의 체계적 고찰”, 「과학기술과 법」, 제1권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2010.

손경한, “과학기술법의 법원(法源),” 「과학기술과 법」 제2권, 한국과학기술법학회, 2010.

이상수, “우리나라 과학기술법체계의 문제점: 과학기술진흥계획을 중심으로”, 「과학기술법연구」 제6집, 한남대학교 과학기술법연구원, 2000.

이종영, “다중이용업소의 안전관리를 위한 제도적 방안”, 「법과 정책연구」 제6집 제1호, 한국법정책학회, 2006.

이종영, “전기용품의 안전관리제도”, 「공법학연구」 제11권 제3호, 한국비교공법학회, 2006.

조용진/손경한, “과학기술안전법제의 현황과 개선방안”, 「과학기술법학」 제6권, 한국과학기술법학회, 2014.

Jung-Gon Kim and Tae-Hwan Kim, Comparative study of safety regulations: focused on the applied frameworks of ensuring product safety in Korea and Japan, *Journal of the Korea Society of Disaster Information*, Vol. 10 No. 1, 2014.

Ⅲ. 연구보고서

송종국/오준근/정상조, 「과학기술관계법제의 현황과 정비방안」, 과학기술정책관리연구소/한국법제연구원, 1994.

양승우/이세준/최지선/이명화/김재경/정도채, 「과학기술 법제 분석 및 개선방안」, 과학기술정책연구원 정책연구 2012-07, 2012.

오준근/정상조/최성근/배승희, 「과학기술혁신과 법제개선」, 한국법제연구원, 1993.

오준근, 「21세기 지식기반사회를 대비한 과학기술기본법의 제정방안」, 한국법제연구원, 1999.

오준근/김명연/박수훈/손희두/송영선/송종국/이동선/이종영/최영훈/최철영, 「과학기술기본법(안) 입법의견분석」, 한국법제연구원, 1999.

오준근, 「과학기술기본법 제정에 대비한 과학기술 관련법령 정비방안」, 한국법제연구원, 2000.

Ⅳ. 학위논문 및 기타

조용진, 「첨단과학기술법제의 정합성 법리」, 성균관대학교 박사학위논문, 2015.

중앙일보, 2016. 6. 16일자.

Abstract

A Matter for Progress of Science and Technology Law Disciplines

Yong-Jin Cho

In this year, we have really experienced the impacts, in both the sides, of the benefit and risk from science and technology through the cases of 'AlphaGo' and 'humidifier sterilizer'. Even though these cases reminded us of the importance of science and technology law disciplines, we are, actually, wondering about the substantial questions that what is science and technology law disciplines and what is its future. We can extract the three or two requirements of disciplines from its concept. The three requirements of disciplines are 'action including the result from it', 'object', and 'methodology'. The three requirements can be reduced to the two requirements of 'object' and 'methodology' when 'action' is merged into 'methodology'. Utilizing the above concept, the science and technology law disciplines can be defined by 'study for science and technology law and its related phenomena by means of legal study methodology, or legal knowledge system obtained from the study'. For progress of science and technology law disciplines, it is necessary to specify the study object and to develop the study methodology. In this article, 'a model of legal integrity for promotion and safety laws of science and technology was introduced as a study methodology. Also, as for 'precautionary principle', a modification peculiar to science and technology law disciplines is required. Meanwhile, the systemicity of 'legal ideology-legal principle-legal rule' should be constructed under the legal integrity for promotion and safety laws of science and technology. Finally, a curriculum and teaching materials for education of science and technology law disciplines

should be developed. In conclusion, the science and technology law disciplines is not a parallel relation between science and technology and law, but is their convergence.

Yong-Jin Cho

Science and Technology Law Disciplines, Concept of Disciplines, Requirement for Disciplines, Study Methodology, Characteristics of Science and Technology Law

【研究論文】

법조윤리 교육 및 시험에 관한 설문조사 분석*
- 시사점과 개선방안 -

김 재 원**

【목 차】

I. 머리말 II. 법조윤리 담당교수 설문조사 분석 1. 강의 경험 2. 과목 개설 시기 3. 인정 학점 4. 성적 평가방식 5. 강의 교재 6. 공통 교재 7. 법조윤리시험 출제방식	8. 시험 출제범위의 예견가능성 9. 법조윤리 교육 전반에 관한 평가 10. 교수 응답 요약 III. 법학전문대학원 재학생 설문조사 분석 IV. 서술형 응답 및 제안 1. 교수 의견과 제안 2. 학생 의견과 제안 3. 상호 공통점 및 차이점 V. 개선방안

【국 문 요 약】

현직 부장판사와 검사장이 직무관련 비리 혐의로 구속되는 등 최근 법조계는 치욕과 수난을 겪고 있다. 그 어느 때보다 법조윤리 제고를 위한 개혁이 절실하다. 전관예우 근절을 위한 제도적 장치도 요구된다. 이러한 폐습이 장래에 재발되지 않도록 예비 법조인의 산실인 법학전문대학원의 법조윤리 교육을 바로 잡고 내실화해야 한다. 이를 위해 현재 법학전문대학원의 교육 및 시험에 관한 실태 파악이 필요하다. 교육현장의 목소리를 경청하고 문제점을 파악하는 것이 개선방안 마련을 위한 첫 걸음이어야 한다.

전국 법학전문대학원 재학생과 법조윤리 담당교수들에게 법조윤리 교육과 시험에 관한 설문조사가 처음으로 실시되었다. 이 설문조사는 법조윤리협의회의 주

---

* 필자는 한범 손경한 교수님과 함께 성균관대에 9년간 재직하면서 손교수님으로부터 많은 가르침과 격려를 받았습니다. 손교수님의 정년기념호로 발간되는 이번 성균관법학에 교수님께 대한 존경과 감사의 마음을 담아 졸고를 기고합니다.

** 金宰源 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, 미국 워싱턴 DC 변호사

도로 실시되었고 법학전문대학원협의회의 협조를 통해 응답지의 회수가 이루어졌다. 설문지는 교수용과 학생용 두 가지였다. 교수용 설문지에는 25개 법학전문대학원에 재직하는 27명의 법조윤리 담당 교수가 응답하였고, 학생용 설문지에는 24개 법학전문대학원에 재학 중인 1,132명의 학생이 응답했다. 법조윤리협의회와 법학전문대학원협의회는 이 설문조사의 분석을 필자에게 전속적으로 의뢰했다.

전국 법학전문대학원의 1천명이 넘는 학생이 응답한 대규모 설문조사는 매우 귀중한 자료이다. 이 설문조사의 결과를 널리 공유하고 법조윤리 교육과 시험에 대한 개선방안을 모색하기 위해 필자는 이 논문을 작성하였다. 이 논문에서는 1,150 여개 응답지를 분석하여 객관식 문항에 대한 응답은 통계화하고 주관식 문항의 응답은 응답자의 표현을 가능한 그대로 인용하는 방식으로 정리하였다. 그리고 담당교수들과 수강학생들의 문제의식과 의견을 요약하며, 시사점과 개선방안을 제시한다.

I. 머리말

2009년 3월에 25개 법학전문대학원이 출범했다. 법학전문대학원의 도입 이유 중 하나는 직업윤리 의식이 투철한 법조인의 양성이었다.[1] 그래서 법조윤리는 법학전문대학원의 필수과목으로 지정되었다.[2] 또한 법무부가 주관하는 법조윤리시험에 합격해야만 변호사 자격을 취득할 수 있도록 했다[3]. 법조윤리시험은 2010년 이후 매년 1회 실시되고 있다. 법조윤리시험에 응시하기 위해서는 법학전문대학원의 법조윤리 과목을 이수해야 한다.[4] 4지선다형 문제로 출제되는 법조윤리시험 합격에 필요한 점수는 만점의 70%이다.[5]

법학전문대학원에서 법조윤리 교육이 시작되고 법무부의 법조윤리시험이 시행된 지 5년이 경과한 2014년 가을, 전국 법학전문대학원 재학생과 법조윤리 담당교수에게 법조윤리 교육과 시험에 관한 설문조사가 실시되었다. 이 설문조사는 법조윤리협의회[6]의 주도로 실시되었고 법학전문대학원협의회의 협조를 통해 응답지의 회수가 이루어졌다. 설문지는 교수용과 학생용 두 가지였다. 교수용[7] 설문지에는 25개 법학전문대학원에 재직하는 27명의 법조윤리 담당교수가 응답하였고, 학생용[8] 설문지에는 24개 법학전문대학원에 재학 중인 1,132명의 학생이 응답했다.

법조윤리협의회와 법학전문대학원협의회는 이 설문조사의 분석을 필자에게 전속적으로 의뢰했다. 분석 결과의 일부는 2015년 1월에 필자가 법무부에 제출한 연구용역 보고서, 「법학적성시험 개선에 관한 연구」에 사용되었다. 그러나 이 보고서는 현재까지 외부에 공개되지 않고 있다. 전국 법학전문대학원의 1천명이 넘는 학생이 응답에 참여한 설문조사는 매우 귀중한 자료이다. 이 설문조사의 결

---

1) 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 제2조.
2) 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 시행령 제13조 제1항.
3) 변호사시험법 제8조 제1항; 동 시행령 제8조 제1항.
4) 변호사시험법 시행령 제3조 제1항.
5) 변호사시험법 시행령 별표 4. 총 40문항 시험에서 12문항까지 틀려도 합격하나 13문항 이상을 틀리면 불합격한다.
6) 이 설문조사의 초안은 법조윤리협의회에 파견된 이성일검사가 작성하고, 필자를 포함한 법조윤리협의회 자문위원들의 검토를 거쳐 완성되었다.
7) 교수용 설문지는 총 19개 문항으로 이 중 11개는 객관식 선택형, 8개는 주관식 서술형이다.
8) 학생용 설문지는 총 28개 문항으로 이 중 16개는 객관식 선택형, 6개는 주관식 서술형 그리고 6개는 선택형과 서술형의 혼합 형식이다.

과를 널리 공유할 필요성이 있다는 생각에서 필자는 이 논문을 작성하였다.

직무관련 비리 혐의로 현직 검사장과 부장판사가 구속되는 등, 연이어 터진 법조계의 비리 때문에 대법원장이 대국민 사과를 했다.[9] 우리 법조계는 수난과 위기를 겪고 있다. 법조윤리 제고를 위한 획기적 방안이 그 어느 때보다 절실하다. 전관예우 근절을 위한 제도적 장치도 요구된다.[10] 장래 이러한 일이 재발되지 않도록 예비 법조인의 산실인 법학전문대학원의 법조윤리 교육을 바로 잡고 내실화해야 한다. 이를 위해 현재 법학전문대학원의 법조윤리 교육 및 시험에 관한 정확한 실태 파악이 필요하다. 교육현장의 목소리를 경청하고 문제점을 파악하는 것이 개선방안 마련을 위한 첫 걸음이다.

II. 법조윤리 담당교수 설문조사 분석

전국 25개 법학전문대학원에는 필수과목인 법조윤리를 강의하는 전임교원이 1명 이상 있다. 이들 모든 법학전문대학원의 법조윤리 담당교수 중 27명이 본 설문에 응했고 그 응답 내용을 분석한 것이 아래와 같다.

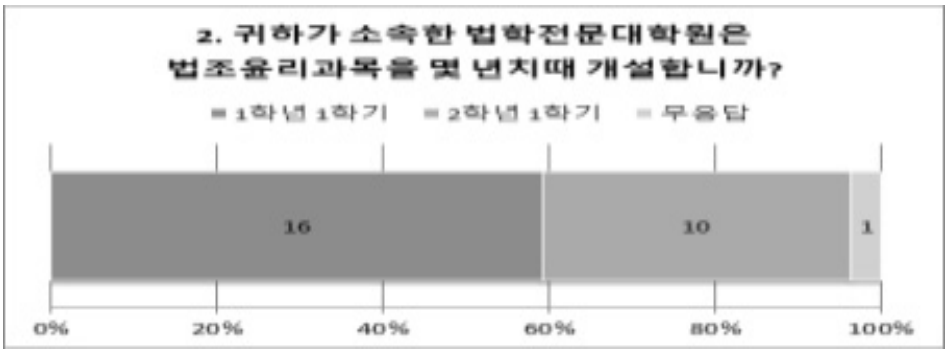
1. 강의 경험

법학전문대학원에서 법조윤리를 강의한 기간을 묻는 질문에서 1학기 내지 2학기동안 강의했다고 답한 교수가 가장 많았고, 그 다음으로는 5학기 내지 6학기동안 강의했다는 응답이 많았다. 전체 응답자가 27명에 불과하고 임의적으로 구

9) "법관구속 참담... 10년 만에 또 고개 숙인 대법원장", <연합뉴스> 2016. 9. 6.
10) 양건, 「법앞에 불평등한가? 왜?」(법문사, 2015), 319-321면.

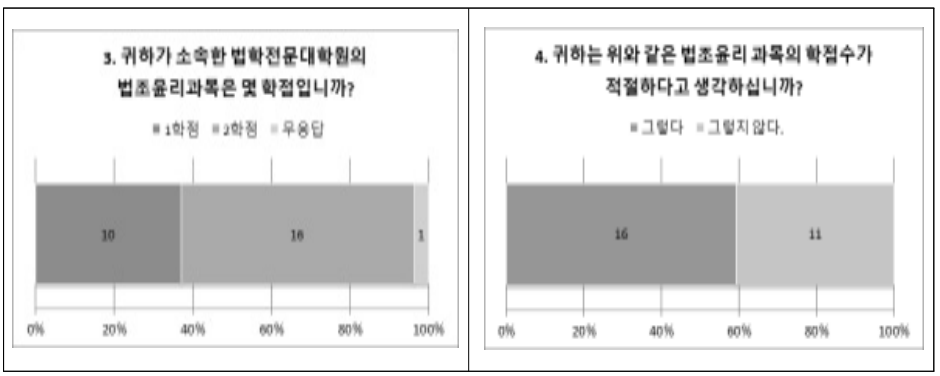
분한 기간에 응답한 수가 1~2명 차이밖에 없기 때문에 이 설문의 응답이 통계로서 큰 가치는 없다. 하지만 이 통계는 몇몇 법학전문대학원이 법조윤리 전담교수를 두지 않고, 매년 강의배정 시에 법조윤리 강의경험이 거의 없는 이들에게 이 과목을 배정하지 않나 하는 의구심을 갖게 한다.

2. 과목 개설 시기



27명의 응답 교수들 중 16명이 1학년 1학기에 법조윤리 과목을 개설하고 있으며, 그 나머지 교수들은 2학년 1학기에 개설하고 있다고 답했다.

3. 인정 학점

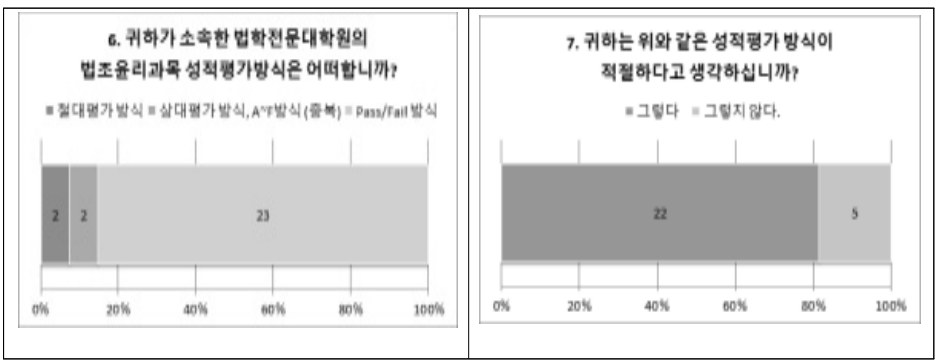


과반수가 넘는 교수가 자신이 속한 법학전문대학원의 법조윤리 학점은 2학점이라고 답하였고, 그 나머지 학교는 1학점이었다. 응답 교수 중 절반이 넘는 이들이 현재의 학점수가 적절하다고 응답하였지만, 적절치 않다고 응답한 교수도 4

0%에 이르렀다.

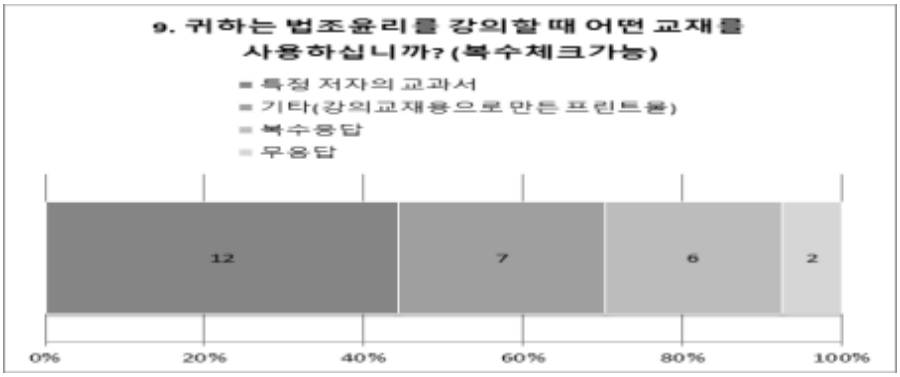
학점수의 적절성에 관한 주관식 설문에 학점수와 강의시간의 부족을 지적한 교수들이 많았다. 과목의 중요성과 내용의 방대함 때문에 강의시간은 주당 3시간 이상이어야 한다는 주장; 소속 대학의 현재 학점과 시수로는 “가장 기초적인 내용을 전달하는 데 그친다”는 응답; “학점이 적으면 학생들의 관심이 소홀해 질 수” 있다는 의견이 있었다. 설문에 답한 교수들은 1학점은 절대 부족이고 최소한 2학점 이상이어야 한다고 서술했다. 소속 법학전문대학원이 “현재 주 2시간에 1학점인데, 적어도 주 3시간에 2학점은 되어야 한다”고 기술한 교수도 있어서, 학점수와 강의시수를 달리 운영하는 학교가 있을 알 수 있다.

4. 성적 평가 방식



대부분의 법학전문대학원이 법조윤리 과목의 성적 평가방식을 P/F(Pass or Fail)로 하고 있으며, 이러한 평가 방식을 대부분의 교수가 적절하다고 응답하였다. 소속 법학전문대학원의 성적 평가방식에 관한 의견을 묻는 주관식 설문에 대해, Pass/Fail 방식에 대한 부정적 기술이 많았다. “P/F 성적평가 방식이라 대부분의 학생이 P를 받을 것이라고 생각하여 수업을 소홀히 한다”는 응답; “P/F 방식에서 실제 F를 주기 어려우므로 절대평가가 적절하다”; “학생들의 수업태도가 진지하지 않으며, 실력에 따른 적절한 성적부여가 어렵다” 등의 의견을 기술했다. 반면에 P/F 방식이 아닌 상대평가를 하고 있는 법학전문대학원의 교수는 “상대평가의 기준을 완화해야” 한다는 의견을 적었다.

5. 강의 교재



법조윤리 과목을 강의할 때 사용하는 교재에 관한 질문에서 특정 저자의 교과서를 사용한다는 응답자가 가장 많았고, 프린트 등 기타 교재를 사용한다고 답한 응답자가 그 다음으로 많았다. 특정 저자의 교재 및 기타 교재를 같이 사용한다는 응답자도 전체 응답자의 20%에 달했다.

강의 교재에 관한 주관식 설문에는 특정 교과서와 그 외 참고서를 함께 사용한다는 응답이 가장 많았고, 그 다음은 담당교수 자신이 만든 '강의안'이라고 답했다. "교수의 개별적 체험과 변호사협회의 징계자료집"; "변호사협회 질의회신자료, 판례, 인터넷 자료, 신문, 논문 등"; "기존에 출간되어 있는 법원의 자료 등을 참고"; "변호사협회 발행 변호사법축조해설 · 판례집 등"; "법령 및 최신기출문제, 최신판례 등 프린트물"이라는 서술이 이었다.

6. 공통 교재

법조윤리 수강생들이 법무부가 주관하는 법조윤리시험에 합격해야 하는 현

실을 고려하여, 법무부 주관의 공통 교재가 필요하다고 생각하느냐는 질문에 응답 교수의 67%가 필요성에 동의하지 않았다. 하지만 공통 교재의 필요성에 관한 주관식 설문에서는 공통 교재의 필요성을 기술한 응답도 있었다.

공통 교재가 필요 없다는 취지의 주관식 응답 중에는 "법조윤리에 대한 관점이 다양하고, 주된 내용에 대한 생각이 다를 수 있기 때문"; "윤리를 획일적으로 교육하는 것은 바람직하지 않음"; "직업윤리를 다루는 것이므로 개개인의 세계관, 윤리관의 다양성을 존중하는 것이 원칙임. 과목을 '국민윤리'화하는 것은 바람직하지 않다고 봄" 등의 기술이 있었다. 또 "5년간의 법조윤리시험의 시행으로 그 출제범위가 특정되어 있으며, 그에 대비한 법조윤리 교과서가 여러 교수들에 의하여 출간되어 수업교재로 사용 중이며, 대학은 물론 대학원에서도 어떤 과목의 공통 교재를 사용하는 전례가 없음"; "담당 교수의 재량에 따른 자유로운 강의를 위해 공통 교재가 부적절하다"; "법조윤리에서 획일적인 교육은 과목의 성격상 바람직하지 않음, 다만 법조문, 변호사회의 규정 등은 통일적으로 교육해야 하므로 법무부나 변협에서 이런 로스쿨 법조윤리 규정집을 만들어 배포했으면 좋겠음" 같은 의견도 있었다.

공통 교재가 필요하다는 취지의 서술은 "법조삼륜의 질서를 수립하기 위해서 공통교재가 필요하다고 생각됨"; "시험에 있어서 동일한 무기로 평가할 필요성 및 법조윤리의 기준이 동일하여야 예비변호사들이 후에 변호사로서 생활할 시 윤리판단상황에서 동일한 판단을 내릴 수 있어 혼란을 피할 수 있으며, 변호사생활의 법적 안정성이 보장될 수 있을 것으로 사료되므로 공통된 교재가 필요"; "전 로스쿨생이 의무적으로 응시하고, 일정 점수이상 취득해야 한다면 강의내용과 분량을 어느 정도 한정하는 것이 좋기 때문" 같은 응답이 있었다.

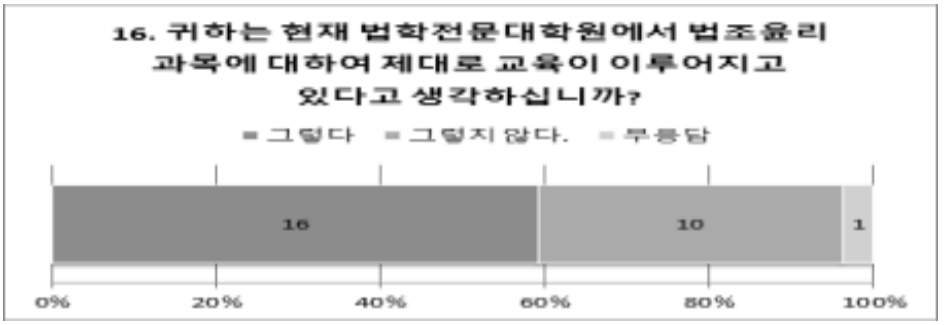
7. 법조윤리시험의 출제방식

응답자의 과반수가 넘는 교수들이 현행 법조윤리시험의 객관식 출제 방식에 찬성하는 것으로 나타났다. 하지만 서술형 응답에서는 다음과 같은 반대 의견과 보완 의견이 기술되었다. “객관식 문제 수는 줄이고, 주관식 문제도 출제하는 것이 직업윤리적 딜레마에 관한 응시자의 대처능력을 측정하는 데 도움이 됨”; “직업 ‘윤리’에 필요한 기본소양을 객관식으로 평가가 가능한지 모르겠으며, 한계가 있음.” 그리고 “사례형 주관식 출제”가 필요하다는 의견과 “무시험이 적절”하다는 응답도 있었다.

8. 시험출제 범위의 예견가능성

현행 법조윤리시험의 출제범위가 예견가능하다고 본 교수가 전체응답자의 59%로 제일 많았고, 응답 교수 26명 중 10명이 약간 예견가능하다고 답했다. 현재 법무부가 시행하는 법조윤리시험에 관한 주관식 설문에서, 출제범위는 예견가능하다고 보면서도 문제의 관해 비판적 의견이 많이 기술되었다. “관련법령이 지나치게 세분화”; “문제를 위한 문제가 많음”; “법조윤리와 직접 관련이 없는 변호사법 및 시행령 또는 변호사회 회칙의 지엽적인 내용을 묻는 문제들이 출제됨”; “시중에 판매되는 교재의 양이 상당함에도, 시험에서는 이를 벗어나는 문제들이 다수 출제되는 경향이 있음”; “매해 난이도 편차가 크고, 때로는 별로 도움이 안 될 지엽적 지식을 평가하기도 함”; “현재 문제 수준은 실무를 경험한 사람으로서 다소 높음. 난이도를 낮출 필요가 있음. 그렇지 않으면 법조윤리도 다른 과목처럼 암기용 과목이 될 가능성이 큼” 같은 응답이 있었다. 출제범위가 불분명하고 유동적이라는 지적도 이었다.

9. 법조윤리 교육 전반에 관한 평가



현재 법학전문대학원에서 이루어지고 있는 법조윤리 교육에 대해 긍정적인 평가가 62.5%로 부정적인 평가를 능가했다. 하지만 주관식 서술에서는 현행 법조윤리 교육에 관한 비판적 기술이 적지 않았다. “학생들의 태도, 당연히 Pass 전제함. 이 과목을 이수해야 법조윤리시험 응시자격을 취득하므로 Fail은 없다고 여김”; “변호사시험과 취업에 학생들이 몰입되어 있어서 법조윤리에 대한 관심을 끌어내기 어려움”; “윤리의 고양보다는 시험위주교육, 변호사시험에 대한 학생들의 부담감”; “시험대비에 치우쳐 법조인의 윤리교육에 부적합”; “비법학 전공자에게 1학년 1학기에 법조윤리를 가르치는 것이 부적절하며, 1학점의 시간도 부족함”; “강의시간이 부족해서 시험위주로만 가르침”; “1학점 수업으로 교재의 진도 따라잡기에 급급함”; “1학년 1학기 편성은 기본적인 법률지식 없이 법조윤리를 먼저 접하게 되어 예비변호사들로서의 고민이나 성찰 없이 시험을 위한 수업으로 전락되는 경향이 있음. 또한, 윤리 한계상황에 부딪쳤을 때 법조인의 윤리기준에 따라 행동할 수 있으려면 다양한 법조윤리 사례를 접하여야 하나, 수업시간 부족 및 국가고시 대비로 인해 주로 암기사항 위주로 교육이 이루어지고 있음” 같은 의견을 기술했다.

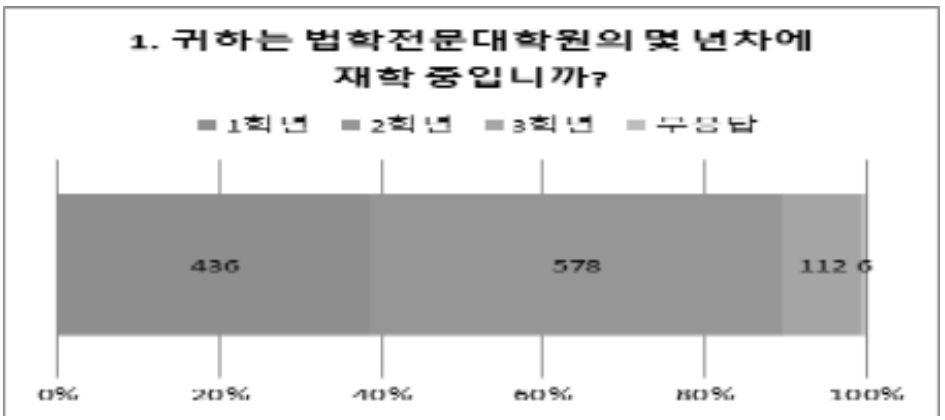
10. 교수 응답 요약

법학전문대학원에서 이루어지고 있는 법조윤리 교육 전반에 관한 평가에서 62.5%의 교수가 긍정적으로 답했다. 과반수이상의 교수는 법조윤리 강의 학점이 최소한 2학점, 바람직하기로는 3학점을 주장한다. 강의 개설시기에 관해서는 1학년 1학기는 너무 이르다는 인식을 많이 가지고 있다. 학업 평가방식으로 현재 대

다수 학교가 택하고 있는 Pass/Fail 방식에 대체로 만족하나 '완화된 상대평가' 방식을 선호하는 교수도 있다. 전국 공통 법조윤리 교재의 필요성에 관해서는 67%가 부정적이었다. 하지만 법조윤리시험에 대비하여 법무부와 대한변호사협회가 관련 법령과 규정을 모아서 제공해 주길 희망하는 이들이 있었다. 법무부의 법조윤리시험에 대해 출제범위의 예견가능성을 60%의 교수가 긍정적으로 보았으나, 시험 내용과 방식에 관해서는 이견을 표명했다. 현재와 같은 객관식 출제만이 아니라, 직업윤리적 딜레마[11] 상황을 주고 사례에 관한 주관식 서술을 요구하는 문제도 함께 출제할 것을 제안하기도 했다. 시험 내용이 판례나 법령의 암기위주로 출제되는 것의 시정도 요구했다.

III. 법학전문대학원 재학생 설문조사 분석

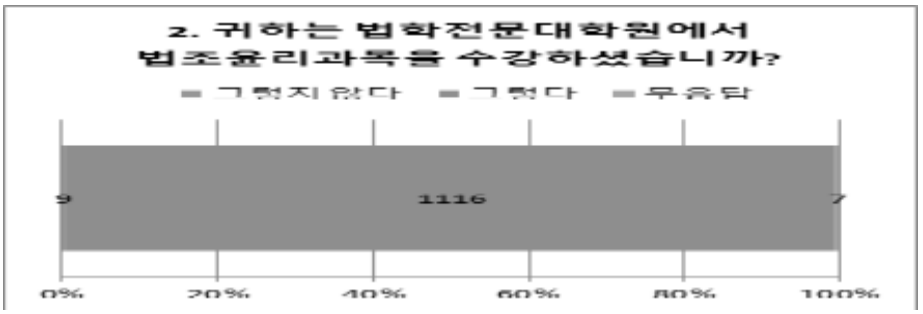
1. 응답자의 법학전문대학원 학년



설문조사에 응한 법학전문대학원 학생 중 2학년의 비율이 절반가량으로 가장 많았다. 1년의 비율이 그 다음으로 많았고, 3학년은 전체 응답자의 약 10%에 불과했다.

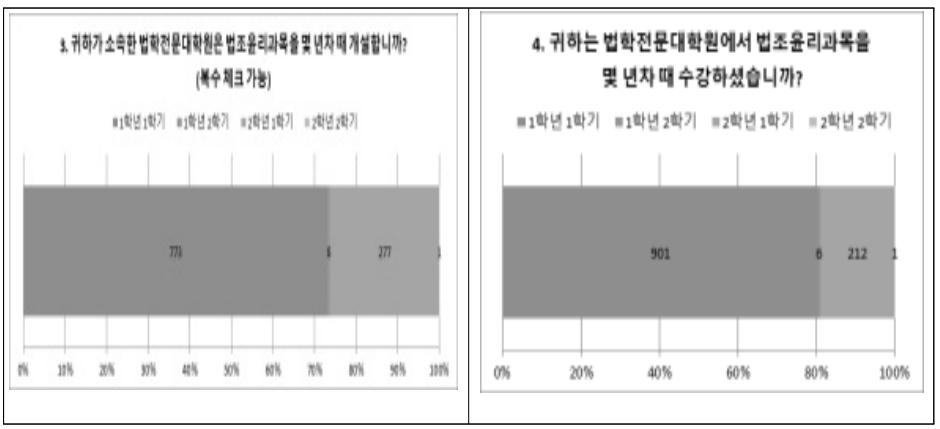
11) 김재원, "변호사 업무의 윤리적 딜레마", 「법과 사회」제24호 (법과사회이론학회, 2003), 269-270면.

2. 법조윤리 과목 수강 여부



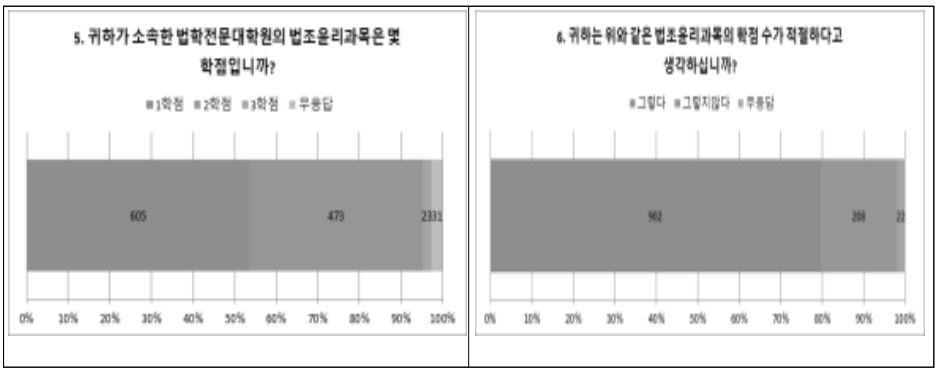
설문조사에 응한 거의 대부분의 학생이 법조윤리 과목을 수강했다.

3. 법조윤리 과목 개설학기 및 수강학기



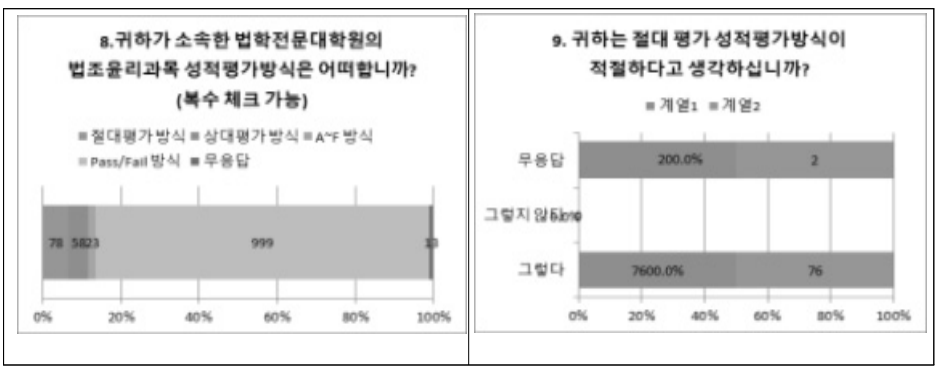
응답자가 재학하는 법학전문대학원에서 법조윤리 과목이 언제 개설되는지에 관한 질문에 1학년 1학기라고 대답한 학생이 가장 많았고, 그 다음으로는 2학년 1학기에 개설된다고 답한 학생이 많았다. 자신이 법조윤리 과목을 수강한 학기도 1학년 1학기 때가 가장 많았다.

4. 인정 학점



응답자가 재학중인 법학전문대학원의 법조윤리 과목 인정 학점 수가 1학점이라고 대답한 학생의 비율이 전체 학생의 절반을 넘는 것으로 나타났고, 2학점이라고 대답한 학생의 비율이 그 다음으로 높게 나타났다. 응답자의 약 80%가 이와 같은 학점 수가 적절하다고 생각했다. 법조윤리 학점이 적절하냐는 주관식 설문에는 부정적 응답이 많았다. “실제 수업시간은 3시간인데 그에 비해서 인정학점이 너무 적다”는 의견도 있었다. 1학점이면 충분하다는 의견을 기술한 학생은 7명에 불과했다.

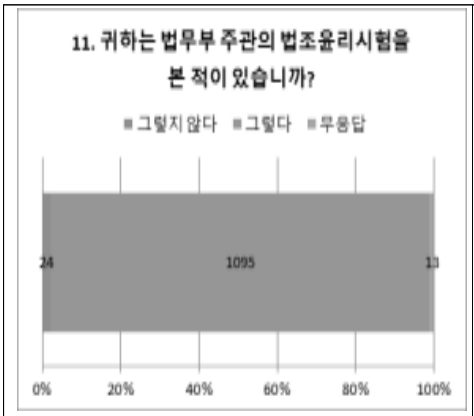
5. 성적 평가방식

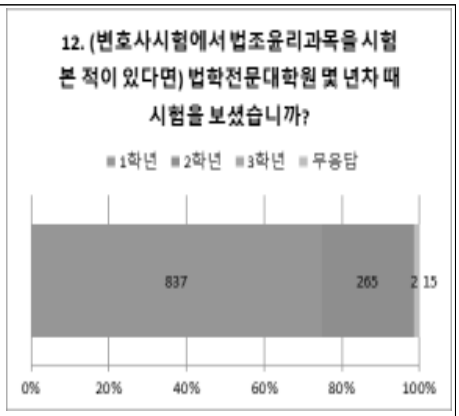


대부분의 법학전문대학원은 법조윤리 과목의 성적 평가방식을 P/F(Pass or Fail)로 하고 있으며, 이러한 성적 평가 방식을 거의 대부분의 학생이 적절하다고 답했다. 주관식 설문에서 평가방식의 문제점을 제기한 학생들은 모두 상대평가

방식을 적용받는 학교의 학생들이었다. 이들은 “윤리는 부담 없이 평가해야 한다, 절대평가로 평가해도 충분하다”; “상대평가로 하면 부담이 가중된다” 등의 이유로 P/F 방식으로 바꿀 것을 주장했다.

6. 법조윤리시험 응시 경험





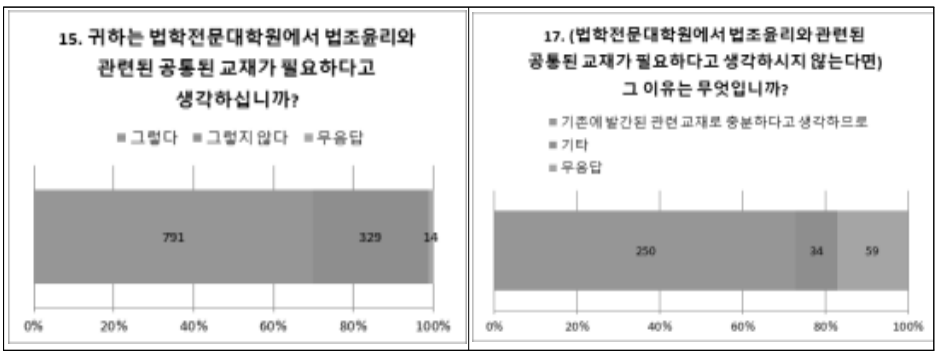
응답자의 대부분은 법무부가 주관하는 법조윤리시험을 응시한 경험이 있었고, 이들 중 1학년 때 시험에 응시했다는 학생이 74.7%로 가장 많았다.

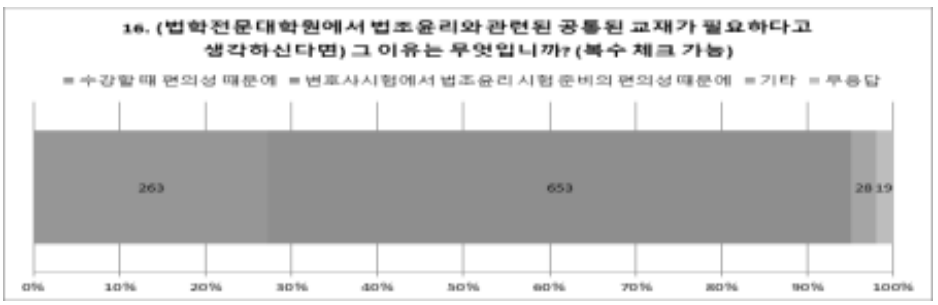
7. 과목 교재

법조윤리 수강 당시 교재가 있었다고 답한 학생의 비율이 과반수였고, 교재가 없었다고 한 학생은 전체 응답자의 약 30% 정도였다. 수강할 당시 교재가 있었다고 답한 학생들을 대상으로 한 추가 질문에서 교재의 유형으로는 특정 저자의 법조윤리 교재를 담당교수가 사용했다는 응답이 가장 많았다. ‘기타’ 항목을 선택

한 학생들은 담당교수가 만든 파워포인트 슬라이드나 유인물 또는 학교 자체제작 교재를 가지고 수강했다고 답했다.

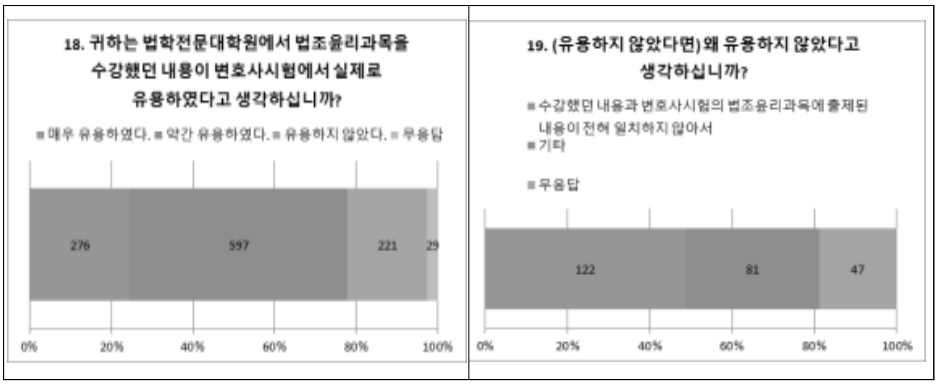
8. 공통 교재





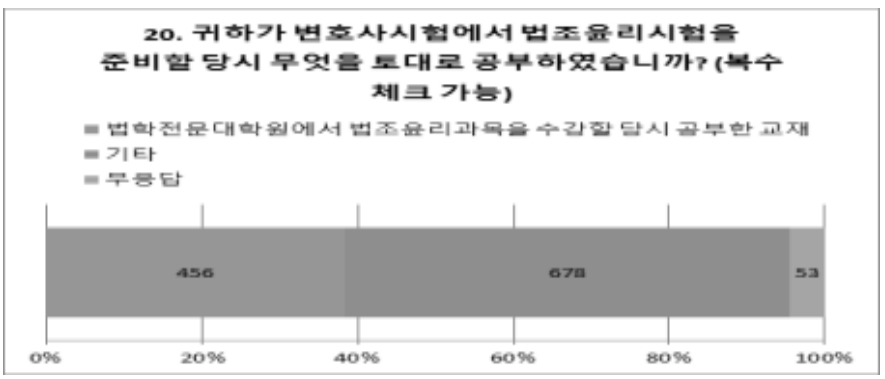
전국 모든 법학전문대학원에서 공통으로 사용하는 법조윤리 교재의 필요성에 대한 설문에 필요하다고 답한 학생이 가장 많았다. 필요하다고 생각하는 이유는 법무부가 시행하는 공통의 법조윤리시험 대비 편의성 때문이라고 답한 학생이 가장 많았다. 공통 교재가 필요하지 않다고 답한 학생들에게 그 이유를 묻자, 기존에 발간된 교재들로 충분하다는 응답이 가장 많았다. 주관식 설문에는 공통 교재가 필요하지 않은 이유를 주로 적고 있다. “모든 학교가 같은 책을 볼 필요는 없다. 교수님의 재량사항이다”; “윤리는 저마다의 생각과 관점이 다르기 때문에 공통 교재를 만들 필요는 없다”; “다양한 논의가 가능하도록 공통 교재가 필요 없다” 등의 응답이었다.

9. 법조윤리 과목수강과 법조윤리시험의 연계성



법학전문대학원의 법조윤리 과목을 수강한 것이 법무부가 시행하는 법조윤리시험에서 유용했느냐는 설문에 '약간 유용하였다'고 답한 학생이 가장 많았고, '매우 유용하였다'고 답한 학생이 그 다음으로 많았다. 모두 합쳐 유용했다는 응답이 전체 응답자의 77.7%, 유용하지 않았다고 답한 학생이 약 20%였다. 유용하지 않았다고 답한 학생들에게 그 이유를 묻자, 거의 절반에 가까운 학생이 수강했던 내용과 법조윤리시험의 출제 내용이 전혀 일치하지 않아서라고 답했다. 주관식 설문에는 "수업이 부실하게 운영되고 사실상 쉬어가는 시간인 것처럼 운영됨"; "시험이 조문에서 출제되어 수업과는 맞지 않음" 같은 기술이 있었다.

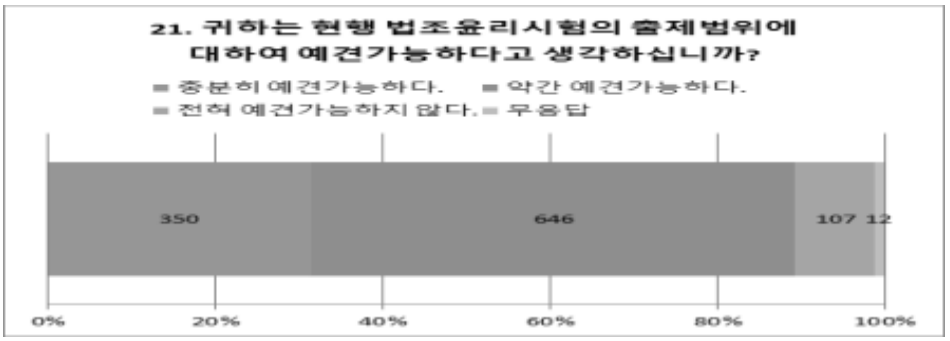
10. 법조윤리시험 공부 방법



법무부 시행 법조윤리시험 준비 당시 무엇을 토대로 공부하였는지 묻는 질문에 과반수의 학생이 법조윤리과목 수강 당시의 교재가 아닌 기타 자료로 공부하

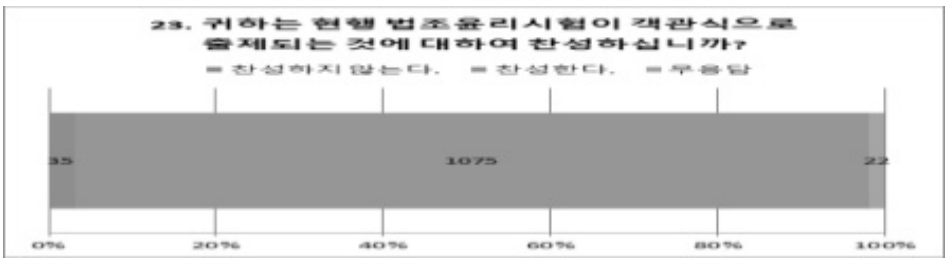
였다고 답하였다. 주관식 설문에서도 “학원 강사의 교재나 학원 강의”를 이용해 법조윤리시험에 대비했다는 서술이 많았다.

11. 법조윤리시험 출제범위의 예견가능성



법무부 시행 법조윤리시험의 출제범위가 예견 가능한지에 관한 설문에 ‘약간’ 예견 가능하다고 답한 학생이 58%로 ‘충분히’ 예견 가능하다는 응답 31%보다 많았다. 출제범위가 약간 예견 가능하거나 전혀 예견 가능하지 않다고 대답한 학생들에게 그 이유를 묻자, 절반이 넘는 학생들이 공통 교재가 없어서라고 답하였다. 또한 주관식 설문에서는 “시험에서 많은 사람을 떨어지게 하려고 점점 구석에서 문제를 내는 것 같음”; “출제기관에서 영역 범위를 전혀 한정하지 않아서, 법조문 외우기 시험이 됨”; “형소법 등의 쟁점도 출제됨”; “해마다 난이도나 경향이 바뀌고 있음” 등의 기술이 있었다.

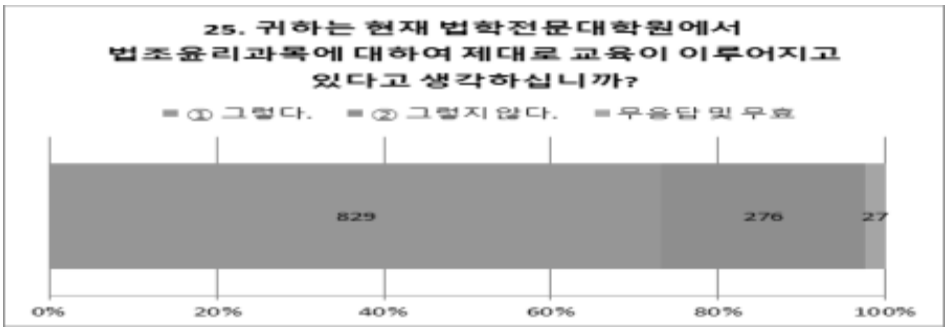
12. 법조윤리시험 출제방식



95%의 학생들이 현재와 같이 객관식 문제만으로 법조윤리시험을 출제하는 것에 긍정적 응답을 했다. 하지만 주관식 설문에는 다른 의견도 기술되어 있다.

“윤리를 객관식으로 측정할 수 없으므로 사례형 출제가 적절하다”; “시험을 보지 말고 학점이수로 대체해야 한다” 등의 응답이다.

13. 법조윤리 교육 전반에 관한 평가



응답자의 73%가 법학전문대학원의 법조윤리 교육에 관해 긍정적인 평가를 했다.

14. 학생 응답 요약

법조윤리 교육 전반에 대해 응답자의 73%가 긍정적 평가를 했고, 법조윤리시험을 객관식 문제만으로 출제하는 것에는 95%가 긍정적이었다. 자신이 수강한 법조윤리 수업이 법조윤리시험의 준비와 합격에 유용했다는 응답은 77.7%였다. 응답자의 74.7%는 1학년 때 법조윤리시험에 응시했다고 하니 이들은 모두 1학년 1학기에 법조윤리를 수강한 것이다. 많은 학생들이 법조윤리 과목의 학점으로 1학점을 받았고, 이들 중 상당수가 학점 시수를 최소한 2학점/2시간으로 늘리길 원했다. 성적평가 방식으로는 절대 다수가 Pass/Fail 방식을 선호했다. 법조윤리 시험 대비를 위해 전국 공통 교재가 필요하다는 응답은 필요없다는 응답의 3배에 달했다.

IV. 서술형 응답 및 제안

1. 교수 의견과 제안

법학전문대학원에서 법조윤리 과목에 대해 제대로 교육이 이루어지지 않고 있다고 생각하는 교수들이 제시한 개선방안은 다음과 같다:

“법률에 대해 기본적 지식을 습득한 후 1학년 2학기 또는 2학년 정도에 수업 편성을 하여 법조윤리가 변호사 생활을 함에 있어 어떤 방식으로 문제될 수 있는지를 스스로 고민할 수 있도록 하여야 하며, 수업시간의 충분한 확보로 다양한 한계사례를 접할 수 있는 기회 부여가 필요함”; “법조윤리과목을 1학점으로 배정하는 것은 충분한 교육을 하기에 절대적으로 부족한 시간이므로 최소한 2학점 이상은 되어야 할 것임. 법조윤리 교육은 가능한 법조실무가가 담당하여야 함”; “학교별 법조윤리 교육 내용의 교류, 공유가 필요”; “윤리교육의 내실화를 위해 외부강의 필요”; “강의 외에 세미나, 워크숍 등 보강. 법률봉사제도의 도입.” 그리고 P/F가 아닌 상대평가제가 바람직하다는 의견, 3학점으로 하자는 제안, 선택과목으로 지정하자는 주장도 있었다. 법조윤리시험에 관해서는 “법조윤리시험을 억지로 어렵게 출제할 필요가 없음, 지엽적 판례 중심의 출제는 곤란, 기출문제의 일부 중복출제도 허용되어야 함”; “법조인 또는 예비법조인에 대한 법조윤리 의식의 평가 또는 분석을 통하여 법조윤리교육의 바람직한 방향을 모색할 수 있는 사업의 추진이 필요함” 같은 의견이 있었고, 법무부 시행 시험 자체를 폐지하자는 주장도 있었다.

2. 학생 의견과 제안

현재 법학전문대학원에서 법조윤리 교육이 제대로 이루어지지 않는다고 생각하는 학생들에게 그 이유를 서술하라는 설문에는 다음과 같은 응답들이 있었다:

“부적절한 수강시기”; “P/F 방식이어서 참여도나 공부의 양이 부족함”; “강의 담당자의 의욕이 없고 수업 내용이 부실하다”; “강의와 시험의 연계성이 없다”; “공통된 교재가 없어서 혼란스럽다”; “무엇을 배워야 하는지 범위가 불분명하다”; “변호사법 암기에 불과하다”; “수업시간이 너무 한정적이고 짧다”; “다른 과목에 비해 중요도가 낮아서, 수업이 형식적으로 이루어진다.”

이러한 문제점들에 대해 학생들이 제시한 개선방안은 아래와 같다:

“법조윤리 강의는 2학년때 개설하고, 3학점 과목으로 변경한다”; “케이스 위주로 교육한다”; “강의와 시험의 연관성을 높인다”; “계획적이고 체계적인 수업과정의 준비가 필요하다”; “공동교재를 개발한다”; “교수님 개개인의 노력이 더 필요하다”; “명확한 범위를 설정한다”; “법조윤리를 전문적으로 가르쳐주는 분을 초빙해야 한다.” 법조윤리시험에 관해서는 “시험의 난이도를 일정하게 유지해 달

라"; "1년에 2회 시험을 응시할 수 있게 해 달라"라는 의견이 있었다. 한편 법조윤리시험을 아예 폐지하고, 강의 이수 학점으로 대체하자는 주장도 있었다.

3. 상호 공통점 및 차이점

법학전문대학원의 법조윤리 교육과 법무부가 시행하는 법조윤리시험에 관해 법조윤리 담당교수들과 수강 학생들 사이에 광범위한 공감대가 형성되어 있음을 설문조사를 통해 확인할 수 있다. Pass/Fail 방식의 학점부여와 객관식 위주의 법조윤리시험에 대해 대다수 교수와 학생이 찬성한다. 법조윤리 교육의 정상화를 위해 학점과 시수를 늘려야 한다는 데 대부분 동의한다.

반면 첨예한 시각차와 의견 대립도 드러난다. 공통 교재[12)]의 필요성에 관해 대다수의 교수들이 부정적 견해를 표명한 것에 비해, 대다수의 학생들은 긍정적인 견해를 표출했다. 시험을 쳐서 합격을 해야 하는 학생과 강의와 출제를 담당하는 교수의 입장 차이가 이러한 견해차를 만들었다고 할 수 있다. 또한 수강시기에도 분명한 입장차가 있다. 대다수 학생들은 1학년 1학기에 수강하기를 원하나 많은 교수들은 최소한 기본법 과목들의 수강 이후에 법조윤리를 수강하길 원한다. 교수들의 생각이 옳더라도 시험을 매년 1회만 실시하는 현 제도 아래에서 학생들은 시험 응시기회를 늘리려고 교수들의 뜻을 따르지 않을 가능성이 높다.

현행 법조윤리시험 출제범위의 예견가능성에도 의견이 크게 갈렸다. 교수 응답자들 중에는 출제범위가 '충분히' 예견가능하다는 응답이 59%로 가장 많은 반면, 학생들은 58%가 '약간' 예견가능할 뿐이라고 답했다. 약간 예견 가능하거나 전혀 예견가능하지 않다고 답한 학생들 중 상당수는 그 이유가 공통 교재가 없기 때문이라고 답했다.

V. 개선방안

이 설문조사를 통해 법학전문대학원의 법조윤리 교육과 법무부가 시행하는 법조윤리시험의 여러 문제점들이 드러났다. 이러한 문제점들을 개선하기 위해서는 여러 가지 개혁이 필요하지만, 특히 강의담당 교원, 강의 개설시기, 법조윤리시험

---

12) 한인섭 외 5인 공저, 「법조윤리」, (박영사, 2010)은 법조윤리 강좌의 공통 교재를 목표로 한국학술진흥재단의 교재개발지원사업의 지원을 받아 집필되었다. '문제 중심 학습(problem-based learning)' 모델을 취한 이 책은 출판 초기에 여러 법학전대문대학원에서 교재로 사용되었으나 이후 다양한 교재들이 출판되면서 교재로 채택하는 학교들이 줄었다.

의 내용과 횟수 및 시기 그리고 입학전형의 근본적 변화가 반드시 필요하다.

법학전문대학원이 출범하기 전, 법과대학이나 법학부에 법조윤리 과목을 개설한 대학이 거의 없었다. 사법연수원에서만 법조윤리 교육이 이루어져 왔다.[13] 법조윤리를 학문적으로 연구한 이들이 거의 없는 우리 현실에서 우수한 강의 담당자를 찾는 것은 쉽지 않다. 장기적으로는 법학전문대학원 출신 법률가들이 대학원에서 법조윤리를 전공한 후 법조윤리 강의를 담당할 수 있을 것이다. 그런 상황이 도래하기 전까지 법조윤리에 관심을 가진 법조경력 실무교원이 이 분야를 지속적으로 연구하고 강의를 맡을 수 있도록 제도적 지원이 필요하다. 법조윤리에 관심을 가진 교수가 판사·검사·변호사 경험이 풍부한 교내외 인사들과 팀티칭의 형태로 수업을 진행하도록 하는 것도 좋은 방법이다.[14] 일부 법학전문대학원에서는 다른 실무 교과목의 배정에서 후순위에 처한 신진 실무교원에게 법조윤리 강의를 맡기는 드러났다. 법조윤리 교과목의 특성과 중요성을 생각하면 이러한 강의 배정은 없어야 한다.

법조윤리 교육이 제대로 이루어지기 위해서는 수강 시기가 중요하다. 2009년부터 법학전문대학원이 개설된 25개 주요 대학의 법학부가 신입생 모집을 중단했다. 따라서 현재는 물론, 향후 법학전문대학원에 진학하는 이들의 절대 다수는 학부에서 법학을 전공하지 않은 이들이다. 이들에게 법학전문대학원 첫 학기에 법조윤리를 수강하게 하는 것은 매우 부적절하다. 법조윤리를 제대로 수강하기 위해서는 헌법, 민법, 형법, 민·형사소송법, 행정법, 상법 등 기본 과목들과 법철학, 법제사, 법사회학 등 기초법 정도는 먼저 이수해야 한다. 참고로 미국 로스쿨들도 1학년의 필수과목을 이수한 이후에 법조윤리 과목을 수강하게 한다.[15] 그런데 이런 주장은 현실을 외면한 이상론이다. 현실은 매년 8월에 법무부가 시행하는 법조윤리시험에서 자유로울 수 없다. 관련 법령[16]은 법조윤리시험을 매년 1회 이상 실시하도록 하나, 시행 6년째인 현재까지 법무부는 매년 1회만 실시하고 있다. 재학 중 최대 3회의 응시 기회만 가지는 학생들이 3학년 때는 변호사시험 준비에 집중하기 위해 2학년 때까지 법조윤리시험에 합격하려고 한다. 그러기

13) 김재원, “법조윤리의 교육과 시험: 한국과 미국의 비교법적 고찰”, 「성균관법학」 제22권 3호 (성균관대 법학연구소, 2010), 1123~1124면.

14) 최단비, “법학전문대학원에서의 법조윤리 교육의 실태와 개선방향: 일본의 운영상황을 참고로”, 「원광법학」 제30권 2호 (원광대 법학연구소, 2014), 66~67면.

15) Roger C. Cramton and Susan P. Koniak, “Rule, Story, and Commitment in the Teaching of Legal Ethics”, 38 *William and Mary Law Review* 145 (1996), p.171.

16) 변호사시험법 제8조 제4항; 변호시험법 시행령 제5조 제1항.

위해서 1학년 여름 방학부터 법조윤리시험에 응시하려고 한다. 이러한 학생들의 여망과 요구 때문에 대다수 법학전문대학원들이 법조윤리를 1학년 1학기에 개설하고 있다.

앞에서 언급한 이유로 법조윤리를 2학년 2학기에 수강하게 하는 것이 가장 바람직하다. 그런데 이것이 실현되기 위해서는 법조윤리시험의 시기와 횟수가 조정되어야 한다. 법조윤리시험을 8월 시험 외 2월 시험을 추가하여 연 2회 시행해야 한다. 그래서 재학 중 최소한 2회의 응시 기회를 주어야 한다. 또한 우리가 모델로 한 미국의 경우처럼, 변호사시험 합격 전후 2~3년내 법조윤리시험에 합격하면, 변호사 자격취득이 가능하도록 제도를 개선해야 한다. 즉, 변호사시험 합격 후에 법조윤리시험에 합격하는 것을 허용해야 한다. 개별 법학전문대학원의 2학년 2학기 이전 설강과 수강 허용을 막고, 전국 법학전문대학원들이 같은 시기에 법조윤리 과목을 개설하도록 하려면 법학전문대학원협의회의 결의와 함께 법학전문대학원 평가에 이를 반영해야 한다.

설문조사를 통해 잘 드러났듯이, 법조윤리 교육의 내실화는 법조윤리시험의 변화 없이는 기대하기 어렵다. 많은 학생들은 객관식 시험을 선호하고 있으나 현재의 시험이 지엽적인 규정이나 판례의 암기된 지식을 가지고 "보고 찍는" 시험이 되었음을 알 수 있다. 법조윤리 교육의 핵심은 직업윤리적 딜레마 상황에 관한 고민의 시간을 제공하는 것이다. 그런데 객관식 문제만의 출제는 학생들에게 법조윤리에 마치 '정답'이 있는 듯한 인상을 심어줄 위험이 있다.[17] 따라서 담당교수들의 응답에 제시된 사례형 주관식 출제도 병행해야 한다. 시험시간도 연장하여 순발력 측정 시험이 되지 않도록 해야 한다.

법조윤리 수업의 질적 향상과 평가방법의 개선만으로 충분하지 않다. 법조윤리는 법조윤리 강의시간에만 가르쳐서는 안 된다. 법학전문대학원의 모든 강의와 실습은 법률가의 직업윤리적 문제를 고민하면서 진행되어야 한다. 그리고 더 근본적 개선을 위해 입학전형의 변화가 동반되어야 한다. 명문대학을 좋은 성적으로 졸업하고 어학점수와 법학적성시험 성적이 좋은 사람을 선발하는 현재의 입시전형이 근본적으로 달라져야 한다. 법률가는 남을 돕는 직업이다. 자신의 이익을 우선하지 않고 다른 사람을 위해 성심껏 일할 의지와 자질이 있으며 윤리의식이

17) Mary C. Daly, Bruce A. Green and Russell G. Pearce, "Contextualizing Professional Responsibility: A New Curriculum for a New Century", 58 *Law & Contemporary Problems* 193 (1996), pp.195~196.

투철한 사람을 선발하는 입학전형으로 방향전환이 필요하다.

(논문투고일 : 2016.09.05, 심사개시일 : 2016.09.05, 게재확정일 : 2016.09.23)

김 재 원

법학전문대학원, 법조윤리, 법조윤리시험, 설문조사, 개선방안

【참 고 문 헌】

I. 국내 문헌

양 건, 「법앞에 불평등한가? 왜?」, (법문사, 2015)

한인섭·한상희·김재원·이상수·김희수·김인회·정한중, 「법조윤리」 제3판, (박영사, 2014)

김재원, "변호사 업무의 윤리적 딜레마", 「법과 사회」 제24호, (법과사회이론학회, 2003), 257~275면

_____, "법조윤리의 교육과 시험: 한국과 미국의 비교법적 고찰", 「성균관법학」 제22권 3호, (성균관대 법학연구소, 2010), 1121~1144면

최단비, "법학전문대학원에서의 법조윤리 교육의 실태와 개선방향: 일본의 운영을 참고로", 「원광법학」 제30권 2호 (원광대 법학연구소, 2014), 59~81면

II. 국외 문헌

Roger C. Cramton and Susan P. Koniak, "Rule, Story, and Committment in the Teaching of Legal Ethics", 38 *William & Mary Law Review* 145 (1996)

Mary C. Daly, Bruce A. Green and Russell G. Pearce, "Contextualizing Professional Responsibility: A New Curriculum for a New Century", 58 *Law & Contemporary Problems* 193 (1996)

Paul T. Hayden, "Putting Ethics to the (National Standardized) Test: Tracing the Origins of the MPRE", 71 *Fordham Law Review* 1299 (2003)

Abstract

A Thorough Analysis of the Nationwide Survey on Legal Ethics Education and Testing
- Findings and Suggestions -

JaeWon Kim

It is impossible to overemphasize the importance of ethical practice a mong legal profession to gain the public trust on the legal system as well as the rule of law in general. There have long been a notorious practice, called "predecessor's privilege." The practice means that retiring judges a nd prosecutors, serving as practicing attorneys around their previous work site, have enjoyed special treatment from their incumbent former colleagu es. It has raised serious conflict of interest problems, and spawned a dee p distrust in the court in general and the criminal justice system in partic ular. This practice has also unduly expensive legal fees. The Korean citiz ens were recently outraged when high-ranking elite judges and top prose cutors were arrested for illegal and unethical behaviors.

Under the circumstances, this paper presents a groundwork for prop osing the reform measures of higher ethical practice. It first thoroughly e xamines and analyzes a recent survey on law school's legal ethics educati on as well as on the national legal ethics examination administered by the Ministry of Justice. The survey seems exceptionally valuable because it is the only one done on these subjects by such a large scale. Among 25 law school nationwide, 27 law professors from all 25 law schools who teach l egal ethics courses and 1,132 law students from 24 law schools who took such courses and sat for the national ethics exam responded this survey.

After carefully examining these responses, the paper provides a goo d statistics and summaries of the opinions of those professors and student

s on various questions. Based on the thorough research on these findings, this paper not only organize the voice of the survey participants, but also critically analyze the current problems, and suggests some reform measur es to realize better ethical practice among the Korean legal profession.

JaeWon Kim

Law School, Legal Ethics, National Legal Ethics Examination, Survey, Reform Measures

재판 중계의 헌법적 의의와 비교법적 고찰

김소연*

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 사법(司法)과 재판제도
1. 권력분립 내에서 사법(司法)의 의의
2. 사법의 기능과 특성
3. 사법작용으로서의 재판제도
Ⅱ. 사법절차의 기본원칙으로서 공개재판원칙
1. 공개재판원칙의 헌법적 의의와 이중성
2. 재판 '공개'의 의미와 적용범위
3. 공개재판원칙의 제한과 그 기준
Ⅲ. 공개재판원칙의 실현으로서 재판 중계
1. 공개재판원칙의 실현방법의 변화와 재판 중계의 개념
2. 재판 중계의 헌법적 의의
3. 재판 중계의 이중적 측면
: 재판 중계에 의해 침해되는 기본권
4. 재판 중계에 대한 현행법상의 규정과 비교법적 검토의 필요성
Ⅳ. 미국에서의 재판 중계
: 시범프로그램 운영의 활성화
1. 기술의 발전에 따른 재판 중계 허용가능성의 증가
2. 재판 중계를 위한 시범프로그램 운영
3. 연방대법원의 재판 중계 허용을 위한 미국의회의 움직임과 법률안
Ⅴ. 독일에서의 재판 중계
: 재판의 특성에 따른 법규범의 적용
1. 독일기본법 제5조와 Honecker 소송에 대한 연방헌법재판소 판결
2. 법원조직법 제169조 제2문과 이에 대한 연방헌법재판소 판결
3. 연방헌법재판소법 제17a조에 대한 해석
Ⅵ. 결론

【국 문 요 약】

재판 중계는 사법의 투명성 확보를 통한 국가권력의 통제와 공정한 재판의 담보를 통한 당사자의 권리구제를 헌법적 실현의의로 갖는다. 하지만 재판 중계는 기본권침해상황을 야기할 수도 있다. 공개된 정보로 인해 소송당사자와 재판관계인의 인격권과 사생활의 자유 등이 침해될 수 있고, 무죄추정원칙의 훼손으로 인해 소송당사자의 공정한 재판을 받을 권리가 침해될 수도 있다. 그리고 재판 중계는 사법의 독립성을 침해하는 상황을 야기할 수도 있는데, 이는 재판 중계를 통한 언론과 대중의 과도한 관심이 법원의 판결에 직·간접적인 영향력을 행사할 수 있기 때문이다.

* 고려대학교 법학연구원 전임연구원, 법학박사

재판 중계는 공개재판원칙의 실현으로 이해될 수 있는 만큼, 헌법 제27조 제3항 후단과 헌법 제109조에서 법률적 토대를 찾을 수 있을 것이다. 그리고 이것은 다시 법원조직법 제57조(재판의 공개)·제58조(법정의 질서유지)·제59조(녹화 등의 금지)와 「법정 방청 및 촬영 등에 관한 규칙」을 통해 구체화되고 있다고 해석될 수 있을 것이다. 하지만 이러한 규정만으로 재판 중계 제도를 해석하고 운영해나가기에는 아직 많은 부분에서 보완이 필요하다.

재판 중계 제도를 형성하고 그에 대한 입법정책을 수립함에 있어서는 오랜 시간 동안 재판 중계에 대하여 연구를 한 외국의 재판 중계 제도에 대한 비교법적 고찰이 도움이 될 수 있을 것이다. 타국에서 허용되고 있는 재판 중계 제도는 재판과정에 대한 기자들의 사진촬영 및 텔레비전 방송 허용여부 등에 대해 오랜 논란을 거쳐 이루어진 결과물이라고 할 수 있기 때문이다.

이와 관련하여 미국은 -일부 법원을 제외하고- 재판 중계를 허용하고자 하는 경향이 많은 법원에서 계속적으로 증가하고 있다고 할 수 있다. 재판 중계를 위해 법원이 꾸준히 운영하고 있는 시범프로그램 및 그에 대한 결과 검토는 재판 중계의 적용가능성과 적용시의 문제점에 대해 우리 법질서 내에 시사점을 줄 수 있을 것이다. 그리고 헌법재판의 재판 중계와 관련해서는 독일의 입법례를 고려해볼 수 있을 것이다. 독일은 헌법재판과 관련하여 재판 중계를 허용하는 경우를 독일연방헌법재판소법에 규정하고 있는데, 우리나라와 독일이 헌법재판권한을 일반법원(최고법원)이 아닌 특정헌법재판기관에 부여하고 있다는 점을 고려하면, 독일법조문의 검토는 우리나라의 재판 중계에 대한 입법에 있어서 비교법적 의의를 가질 수 있을 것이다.

Ⅰ. 서론

우리 법원이 처음으로 재판 중계를 허용한 사건은 대법원 2013.6.20. 선고 2010도14328 전원합의체 판결이었다. 이것은 베트남국적의 여성이 남편의 학대를 이기지 못하고 당시 13개월 된 아들을 데리고 베트남으로 떠난 행위가 형법 제287조의 미성년자약취죄 또는 형법 제289조의 국외이송약취죄가 성립하는지에 대한 재판이었다. 2013년 3월 21일, 대법원은 이 재판의 변론과정에 대한 재판 생중계를 텔레비전과 인터넷 포털사이트 네이버(www.naver.com)를 통해 실시하였다.[1)]

그 후 법원은 세월호 관련 사건에서 관련 대법원 규칙(「법정 방청 및 촬영 등에 관한 규칙)을 개정하여 피해자 가족들을 위해 2014년 8월 19일, 수원지법 안산지원에 광주지법에서 열린 세월호 관련 재판을 생중계 하였다.[2)] 그리고 2015년 6월 26일, 대법원은 바람을 피워 혼외자를 낳고 가출한 유책배우자의 이혼청구 사건에 대한 전원합의체 판결의 '공개변론'을 열고,[3)] 이를 대법원 홈페이지와 네이버를 통해 인터넷으로, 한국정책방송(KTV)을 통해 케이블방송으로 생중계하였다.[4)]

올해 6월 16일에는 권선택 대전시장의 공직선거법 위반 혐의 사건에 관한 공개변론을 법원홈페이지와 한국정책방송(KTV) 등을 통해 생중계 하였으며,[5)] 9월 22일에는 관습법상 물권으로 인정해 온 분묘기지권을 그대로 인정·유지할지의 여부에 대한 전원합의체 판결의 공개변론을 법원 홈페이지와 네이버, 대법원 youtube live 생중계 및 한국정책방송(KTV)을 통해 생중계하였다.[6)]

재판 중계에 대한 우리 법원의 이러한 현황을 보면, 재판 중계 불허의 입장이

---

1) "대법원 재판 사상 첫 TV 생중계", 파이낸셜 뉴스 (2013. 3. 14), 27쪽.

2) 이를 위해 안산지원은 410호 민사중법정을 '영상중계법정'으로 바꾸고 대형스크린 등 영상중계 장치를 설치하였다. 안산지원 관계자는 항소심 재판까지 생중계할 계획이라고 밝혔다(경향신문, "광주지법 세월호 재판, 안산지원에서 생중계", (2014. 8. 19. 15:37), http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201408191537351&code=940301).

3) 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결.

4) 로이슈, "대법원 전원합의체 공개변론…외도 가출 유책배우자 이혼 가능?", (2015. 6. 27. 14:39), http://www.lawissue.co.kr/news/articleView.html?idxno=22278.

5) 충청매일, "권선택 대전시장 대법원 공개 변론 16일 생중계", (2016. 6. 12. 15:59), http://www.ccdn.co.kr/news/articleView.html?idxno=427178.

6) 법률저널, "'토지소유권보다 조상숭배', 분묘기지권 사라지나", (2016. 8. 24. 12:36), http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=41618.

과거에 비해 완화되어 가고 있다고 평가할 수 있을 것이다. 하지만 그와 동시에 아직까지도 여전히 극히 이례적인 경우에만 재판 중계를 인정하고 있다고 판단할 수 있을 것이다.

우리 법원은 주로 국민생활에 큰 파급효를 주거나 공익적 측면이 강조되는 사안에서 이례적으로 재판 중계를 허용하고 있다는 것을 확인할 수 있다. 이렇게 볼 때, 우리 법원의 재판 중계는 사회 내 국민의 의식변화에 대한 확인과 국민과의 소통을 목적으로 시행되고 있다고 이해될 수 있을 것이다.[7] 그러나 국민의 의식변화는 정보통신 및 과학기술의 계속적인 발전과 맞물려 점차 빠르게 진행되고 있으며, 그럼으로써 재판 중계에 대한 필요성 역시 더욱 증가하게 될 것이다. 특히 종이가 아닌 전산화 처리가 가능한 형태로 정보를 저장할 것을 요구하고 있는 정보화 사회의 심화현상도 재판 중계에 대한 필요성 증가의 요인으로 작용할 수 있을 것이다.

하지만 재판 중계의 필요성이 증가하였다는 이유만으로 재판 중계를 단번에 시행할 수는 없다. 전산화 된 정보공개를 수반하는 오늘날의 재판 중계는 그것이 시행·운영됨에 따라 발생할 수 있는 여러 가지 위험성에 대한 평가와 대책마련이 시행 이전에 심도 깊게 논의되어야 한다.

그러므로 이를 위해서는 우선적으로 헌법을 비롯한 현행법규범이 재판 중계를 어떻게 규정하고 있는지에 대해 '법해석적으로 접근'하는 것이 필요할 것이다. 즉 재판 중계가 헌법에 규정된 공개재판원칙에 근거하는 것인 만큼, 공개재판과 재판 중계가 헌법적으로 어떠한 의의를 갖는지, 그리고 이를 구체화하는 현행법규범이 이러한 헌법적 의의를 실현하고 있는지에 대해 판단해보아야 할 것이다.

그리고 점차 그 필요성이 증가하고 있는 재판 중계와 관련하여, 이 문제에 대해 선행적으로 연구를 수행해 온 타국의 입법례에 대한 '비교법적인 접근방법'도 필요할 것이다. 재판 중계에 대한 타국의 법 규정·판례변경을 통한 재판 중계의

---

7) 우리 법원은 전원합의체 판결 사안과 관련해서 재판 중계를 허용하고 있는 경향을 보인다는 것을 알 수 있다. 유책배우자의 이혼청구 허용여부에 대한 재판 중계와 타인의 토지 위에 성립한 분묘기지권에 대한 재판 중계는 해당 사안에 관한 국민의 의식변화를 확인하고자 하는 목적에서 시행되었다고 해석할 수 있을 것이다. 그리고 전원합의체 판결은 아니지만 재판 중계가 허용된 세월호 사건은 여전히 사회적 관심이 집중된 사안이라는 점에서, 대전시장의 공직선거법 위반혐의에 대한 사건은 국민생활에 큰 영향을 미칠 수 있는 사전선거운동에 대한 사안이라는 점에서 재판 중계에 대한 필요성을 인정할 수 있을 것이다.
그러므로 현재 우리 법원의 재판 중계는 사회적 문제에 대해 국민과 함께 고민하고 토론하며 해결책을 찾고자 하는 공익적·정책적 차원의 방향성을 가지고 진행되고 있다고 판단할 수 있을 것이다.

법리 발전·재판 중계를 위한 타국 법원들의 시범프로그램 및 그 운영결과 등의 검토는 우리 법질서 내에서 재판 중계 제도에 관한 입법을 할 때, 법률이 반영할 수 있고 반영해야 하는 기준을 제시해 줄 수 있다는 점에서 중요성을 가질 수 있을 것이다.

Ⅱ. 사법(司法)과 재판제도

1. 권력분립 내에서 사법(司法)의 의의

우리 헌법은 제101조에 "사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다."고 하여 사법에 관하여 규정하고 있다. 그러나 이 규정만으로는 사법이 구체적으로 무엇이며, 사법권이 무엇에 관한 권한인지, 그리고 현실적으로 법원이 행사하는 사법권의 범위가 어느 정도인지에 대해서 설명할 수 없다.[8] 다만 이 규정이 헌법 제40조 및 제66조 제4항과 더불어 삼권분립에 관한 규정임을 고려하면, 헌법상의 사법에 대한 개념 및 사법권의 내용에 대해서는 권력분립 안에서 설명되어야 할 필요성과 당위성을 갖는다고 해석할 수 있을 것이다.

권력분립 안에서 사법은 입법·집행과 구별되는 '법판단작용'이라고 할 수 있다. 입법이 법치주의의 틀 안에서 법률을 제정하며 다른 국가작용을 위한 기준과 지침을 설정하는 역할을 담당한다면, 사법은 설정된 기준을 통해 구체적 문제에 대한 판단을 내리는 역할을 한다고 할 수 있다.[9] 입법이 제정한 법률에 의해 구속된다는 점에서 사법은 집행과 동일하게 넓은 의미의 법집행작용에 속한다. 그러나 집행작용 중 행정작용에서의 법은 행정이 수행해야 할 행위규범인 데 반해, 사법에서의 법은 판단규범으로서 작용한다는 점에서 양자는 차이를 갖는다.[10]

따라서 사법은 '구체적인 법적 분쟁이 발생한 경우, 헌법과 법률의 구속을 받는 독립적인 국가기관이 당사자로부터 소송을 제기 받아 구속력 있는 결정을 내리는 국가작용'이라고 정의내릴 수 있을 것이다.[11]

---

8) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010, 831쪽.
9) 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2015, 1041쪽.
10) 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2015, 1042쪽.
11) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010, 832쪽; 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2016, 1331쪽.

2. 사법의 기능과 특성

법적인 분쟁해결작용이라는 점에서 사법은 '당사자의 정당한 권리 보장'과 '법적 평화 확보'를 주된 기능으로 한다. 사법이 이 기능을 담당하기 위해서는 무엇보다도 재판작용이 수행되는 동안 사법의 공정성·객관성·독립성이 유지되어야 한다.

사법의 공정성과 객관성이란 사법기관이 법적 분쟁에 관련되지 않은 중립적인 제3자적 입장에서 객관적이며 공정하게 법에 합당한 것이 무엇인지를 결정해야 한다는 것을 의미한다. 그리고 사법의 독립성이란 그 결정을 내림에 있어서 법원과 법관이 사건의 당사자뿐만 아니라, 국가로부터도 영향을 받지 않고 독립될 것을 뜻한다.

그 외에도 사법은 구체적인 법적 분쟁의 발생을 전제로 한다는 점에서 사후적으로 반응하는 국가작용이라는 특성을 가지며, 당사자의 신청·제소에 의해 개시된다는 점에서 -입법과 집행에 비해- 소극적·수동적인 성격의 국가작용으로 이해될 수 있다.

3. 사법작용으로서의 재판제도

권력분립 내에서 사법은 법판단작용으로 이해되는 만큼, 사법의 대상은 정치적·사회적 분쟁이 아닌 법적 분쟁이다. 그렇기 때문에 사법의 판단기준은 법이며, 사법은 법에 따라 서로 대립되는 내용을 주장하는 양 당사자 중 누구의 주장이 현재 법적으로 옳은지에 대해 판단한다.

사법은 재판제도를 통해 권리구제의 객관성과 공정성을 담보하며, 이를 통해 당사자의 기본권을 보호하고 법치국가적 질서를 유지하고자 한다.[12] 재판제도를 통해 보장되고 구제되는 당사자의 권리는 사안에 따라 다르게 구체화되지만, 재판제도 자체는 헌법 제27조의 재판청구권의 구체화 및 실현으로 이해될 수 있을 것이다.

재판청구권은 국가에 대하여 '재판'을 청구할 수 있는 권리이다. 재판청구권이 실효성을 갖기 위해서는 단순히 '재판'을 받을 권리를 인정하는 것만으로는 충분하지 않고, 그것이 권리구제에 실질적으로 도움이 되는 재판이어야 한다.[13][14] 따

12) 사법은 당사자의 권리를 구제하기 위해 민사·형사·행정재판권과 같은 법적 쟁송권을 독점하는데, 법치국가적 질서유지의 측면에서 이것은 법적 통일성의 확보로 이해될 수 있다.

라서 이 때의 재판은 '신속하고 공정한 재판'을 의미한다.

공정한 재판이 되기 위해서는 재판절차의 공정성이 담보되어야 한다. 불공정한 재판절차는 공정한 재판결과를 담보할 수 없을 뿐만 아니라, 그 자체로 재판청구권에 대한 침해가 되기 때문이다. 현행 재판제도는 공정한 재판절차를 담보하기 위해 무기의 평등과 자의(恣意)의 금지를 모든 소송절차에 요구하고 있다.[15] 무기의 평등은 소송절차에서 당사자의 대등성을 확보하기 위한 것으로, 당사자주의와 구두변론주의에 입각한 대심(對審)구조가 이를 구체화한 것이라고 할 수 있다.[16][17] 그리고 자의의 금지는 -모든 국가작용에서도 그러하지만- 특히 사법절차에 있어서 공정한 재판을 위해 강조되고 있다. 자의적인 사법절차를 배제하기 위해 헌법은 공개재판원칙을 규정하고 있다.

Ⅲ. 사법절차의 기본원칙으로서 공개재판원칙

1. 공개재판원칙의 헌법적 의의와 이중성

재판의 공개성에 대한 요청은 재판의 객관성과 공정성을 담보하기 위한 것으로, 이해관계가 없는 제3자에게 심리와 판결을 방청할 수 있게 하는 제도를 말한

---

13) 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2015, 881쪽.

14) 재판청구권에 대하여 헌법재판소는 "헌법 제27조는 "모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다."고 규정하여 재판청구권을 보장하고 있고 이 때 재판을 받을 권리에는 민사재판, 형사재판, 행정재판뿐 아니라 헌법재판도 포함된다. 헌법 제27조 제1항이 규정하는 '법률에 의한' 재판청구권을 보장하기 위해서는 입법자에 의한 재판청구권의 구체적인 형성이 필요하지만, 이는 상당한 정도로 권리구제의 실효성이 보장되도록 하는 것이어야 한다."고 판시하였다(헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122, 판례집 25-2상, 494, 504).

15) 관할권을 가진 법원에 의한 재판도 절차상 정당한 재판을 위해 요구되는 것이다.

16) 헌법재판소는 "재판청구권은 재판절차를 규율하는 법률과 재판에서 적용될 실체적 법률이 모두 합헌적이어야 한다는 의미에서의 법률에 의한 재판을 받을 권리뿐만 아니라, 비밀재판을 배제하고 일반 국민의 감시 하에서 심리와 판결을 받음으로써 공정한 재판을 받을 수 있는 권리를 포함하고 있다. 이 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증하는 등 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 820)."고 하여, 당사자주의 및 구두변론주의를 공정한 재판을 받을 권리에 대한 구체화로 설명하고 있다.

17) 대심구조를 취하지 않는 비송사건절차·가사소송절차·파산절차 등이 재판절차의 공정성을 침해한 것인지가 문제될 수 있다. 그러나 이 절차들은 실체적인 권리·의무를 다투는 것이 아니라 실체적 권리·의무를 전제로 하여 진행되는 것이고, 법원이 합목적성을 견지한 채 후견적·감독적 입장에서 재량권을 행사함으로써 사인 간의 법률관계의 내용을 형성하는 것이다. 따라서 대심구조를 택하지 않고 있다 하더라도 재판절차의 공정성을 침해한 것은 아니라고 할 수 있다(권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010, 615쪽; 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2015, 886~887쪽).

다.[18][19] 우리 헌법도 제27조 제3항에서 "모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체 없이 공개재판을 받을 권리를 가진다."고 하여 공개재판원칙을 규정하고 있다.[20]

그러나 공개재판의 필요성은 형사재판뿐만 아니라 모든 재판에 요구되어야 하는 것이므로, 이것은 형사피고인의 기본권일 뿐만 아니라 일반 국민의 기본권으로서 이해되어야 할 필요성과 당위성을 갖는다. 이에 따라 우리 헌법 제109조 제1문은 "재판의 심리와 판결은 공개한다."고 하여 공개재판원칙을 사법절차의 기본원칙으로서 규정하고 있고, 법원조직법 제57조에서 이를 구체화하고 있다.[21]

이러한 공개재판원칙은 국가권력에 대한 통제의 의의를 갖는데, 이것은 사법의 특징인 공정성·독립성의 확보와 불가분의 관계를 맺는다. 공개재판을 통한 판결의 투명성은 재판의 공정성에 대한 국민의 신뢰를 증진시킬 수 있다. 이 경우 증진된 국민의 신뢰는 다시 재판절차와 법원에 대한 국민의 통제로 작용할 수 있게 된다. 이러한 과정은 재판절차의 자의금지와 밀실재판의 배제로 이어져, 재판의 공정성

---

18) 권영성, 「헌법학원론」, 박영사, 2010, 614쪽; 김일수, "재판공개의 원칙", 「고시계」 제326호 (국가고시학회, 1984), 141쪽.

19) 공개재판원칙은 프랑스혁명 후 국민이 국가권력의 행사를 통제해야 한다는 계몽정신의 영향으로 확립된 것이라고 할 수 있다. 프랑스의 '개혁 형사소송법'은 절대군주제 하에서의 규문재판(糾問裁判)을 폐지하고, 법원활동의 투명성을 보장하기 위해 공개주의원칙을 도입하였는데, 이것이 이후 유럽 각국의 형사소송법의 기본원칙으로 채용되며 발전해나가 오늘에 이르게 된 것이다(한동섭/정문식/김형일, 「사법의 투명성과 개방성 확보를 위한 재판방송 실시 방안에 관한 연구」, 법원행정처, 2012, 16~17쪽; 송희진, "형사재판에서의 공개주의", 「연세법학연구」제7집 제2권 (연세법학회, 2000), 113~114쪽).

20) 형사소송절차에서 재판의 공개에 관한 규정이 위반된 때에는 절대적 항소이유가 되며, 민사소송의 경우에도 타당하지 않은 비공개 결정은 절대적 상고이유가 된다.
형사소송법 제361조의5(항소이유)
다음 사유가 있을 경우에는 원심판결에 대한 항소이유로 할 수 있다.
9. 공판의 공개에 관한 규정에 위반한 때

민사소송법 제424조(절대적 상고이유)
① 판결에 다음 각호 가운데 어느 하나의 사유가 있는 때에는 상고에 정당한 이유가 있는 것으로 한다. 5. 변론을 공개하는 규정에 어긋난 때

21) 헌법 제109조
재판의 심리와 판결은 공개한다. 다만, 심리는 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는 법원의 결정으로 공개하지 아니할 수 있다.

법원조직법 제57조(재판의 공개)
① 재판의 심리와 판결은 공개한다. 다만, 심리는 국가의 안전보장, 안녕질서 또는 선량한 풍속을 해칠 우려가 있는 경우에는 결정으로 공개하지 아니할 수 있다.
② 제1항 단서의 결정은 이유를 밝혀 선고한다.
③ 제1항 단서의 결정을 한 경우에도 재판장은 적당하다고 인정되는 사람에 대해서는 법정 안에 있는 것을 허가할 수 있다.

확보의 선순환을 형성하게 된다. 또한 공개재판원칙은 타국가기관의 공권력 등이 법원이나 법관에 대해 비밀리에 영향을 미치는 것을 방지함으로써, 사법부의 독립성 보장에도 기여한다.

두 번째로 공개재판원칙은 당사자의 권리구제, 나아가 기본권보장의 의의를 갖는다. 이는 공개재판원칙이 실체적 진실발견의 주요한 수단으로서 작용하기 때문이다. 공개재판원칙에 따라 재판이 공개될 경우 방청객 중 누군가가 진실을 알고 있을지도 모른다는 위험은 증인 또는 소송당사자가 소송절차에서 거짓진술을 하지 못하게 억제하는 효과를 낳을 수 있다.[22] 그리고 이것은 특히 형사소송절차에서의 피고인의 이익보장으로 연결된다.

그러나 공개재판원칙은 소송관계인의 인격이나 명예의 불가침한 영역을 침해할 수 있다는 위험성을 가지고 있다. 그리고 재판절차와 법원에 대한 국민의 통제 및 거짓진술의 억제효과는 실질적으로 실효성이 낮을 수 있으며, 증인이 한 번도 대중 앞에 서보지 않았거나 이를 불편하게 여기는 경우 이것은 오히려 증인의 심리를 위축·당황시켜 진술을 원활하게 하지 못하게 만들 가능성도 있다.[23] 또한 공개재판은 범죄행위를 저지르고도 법적 분쟁으로부터 효과적으로 벗어날 수 있는 방어전략을 알리는 수단으로 악용될 가능성도 있다.[24] 따라서 공개재판원칙은 그것의 부정적인 측면을 축소시킬 수 있도록 공개의 적용범위와 제한의 기준을 신중하게 정하는 것이 필요하다.

2. 재판 '공개'의 의미와 적용범위

공개재판원칙에서 재판 '공개'의 의미는 장소와 관련하여 '재판이 열리는 공간이 개방되어 있음, 곧 재판의 진행이 재판참여를 위한 출입이 자유로운 공간에서 이루어져야 함'을 의미한다고 할 수 있다. 그리고 방청인의 측면에서 이것은 '누구든지 법정에 방청인으로 참여할 수 있는 기회를 갖고 있음'의 의미라고 할 수 있을 것이다.[25] 따라서 정당한 이유 없이 방청인의 재판장 출입이 거부·제한되는

22) 정선주, "민사소송절차에서 공개재판의 원칙과 비밀보호", 「서강법학연구」 제2권 (서강대학교 법학연구소, 2000), 171쪽.
23) 정선주, "민사소송절차에서 공개재판의 원칙과 비밀보호", 「서강법학연구」 제2권 (서강대학교 법학연구소, 2000), 174쪽.
24) 김재윤, "독일과 한국의 공개주의와 그 제한에 관한 비교법적 고찰-공개주의의 확대로서 TV공개주의에 관한 최근 독일의 논의를 중심으로-", 「형사법연구」 제21권 (한국형사법학회, 2004), 303쪽.
25) 정문식, "재판방송의 헌법적 문제와 가능성 - 재판방송의 헌법적 정당성과 허용방안을 중심으

것은 공개재판원칙에 반하는 것이 될 수 있다.

하지만 공개재판원칙은 '방청에 대한 추상적인 기회를 제공하는 것'일 뿐이다. 그렇기 때문에 실제로 법정에 방청인이 전부 착석하고 있어야 하는 것을 요구하지는 않는다. 그리고 공개재판원칙은 헌법에 규정된 사법(司法)절차의 기본원칙으로 이해될 수는 있지만, 그 자체에서 재판방청에 대한 개인의 주관적인 권리가 도출된다고 보기는 어려울 것이다.[26] 따라서 개인이 특정재판에 대한 방청을 기본권으로서 주장하거나, 방청인 수의 제한 자체를 기본권침해로 주장하는 것은 법리적으로 어려울 수 있다.[27]

공개재판원칙에서 공개되는 재판의 범위는 우리 헌법 제109조 제1문에 근거할 때, '심리'와 '판결'로 한정된다. 심리는 법원의 소에 대한 응답, 즉 판결을 하기 위해 그 기초가 되는 재판자료(주로 사실과 증거)를 수집하는 것을 말한다.[28] 민사소송에서의 구두변론과 형사소송에서의 공판기일의 절차가 이에 해당한다고 할 수 있다. 그리고 판결은 법원이 원칙적으로 변론(필요적 변론)을 거쳐 하는 재판으로서, 법정의 형식을 갖춘 판결서를 작성하고 이에 기하여 선고함으로써 성립되는 것을 의미한다.[29]

로", 「법학논총」 제31집 제1호 (한양대학교 법학연구소, 2014), 148쪽.

26) 대법원은 환경권에 기초하여 손해배상청구권과 같은 사법(私法)상의 권리가 직접적으로 도출되기는 어렵다는 태도를 취하였다(대법원 1995. 5. 23. 선고 94마2218 판결). 이와 같은 판례의 입장에 비추어보면, -형사피고인의 기본권(헌법 제27조 제3항)이 아니라- 헌법질서의 내용인 공개재판원칙 규정(헌법 제109조)에서 기본권이나 구체적 청구권이 도출된다고 주장하는 것은 -환경권의 경우보다 상대적으로 더- 어려울 것이라고 생각된다.
그러나 우리 헌법재판소는 대한민국과일본국간의어업에관한협정비준등 위헌확인에서 "헌법 제3조의 영토조항은 우리나라의 공간적인 존립기반을 선언하는 것인바, 영토변경은 우리나라의 공간적인 존립기반에 변동을 가져오고, 또한 국가의 법질서에도 변화를 가져옴으로써, 필연적으로 국민의 주관적 기본권에도 영향을 미치지 않을 수 없는 것이다. 이러한 관점에서 살펴본다면, 국민의 개별적 기본권이 아니라 할지라도 기본권보장의 실질화를 위하여서는, 영토조항만을 근거로 하여 독자적으로는 헌법소원을 청구할 수 없다할지라도, 모든 국가권능의 정당성의 근원인 국민의 기본권 침해에 대한 권리구제를 위하여 그 전제조건으로서 영토에 관한 권리를, 이를테면 영토권이라 구성하여, 이를 헌법소원의 대상인 기본권의 하나로 간주하는 것은 가능한 것으로 판단된다(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139 등, 판례집 13-1, 676, 694-695)."라고 하여, 헌법 제3조의 영토조항을 토대로 영토권이라는 기본권을 도출해 낸 경우도 있었다.

27) 방청권을 발행하여 방청인의 수를 제한하는 것이 공개재판주의에 반하는지에 대하여, 대법원은 "법원이 법정의 규모·질서의 유지·심리의 원활한 진행 등을 고려하여 방청을 희망하는 피고인들의 가족·친지 기타 일반 국민에게 미리 방청권을 발행하게 하고 그 소지자에 한하여 방청을 허용하는 등의 방법으로 방청인의 수를 제한하는 조치를 취하는 것이 공개재판주의의 취지에 반하는 것은 아니다."라고 판시하였다(대법원 1990. 6. 8. 선고 90도646 판결).

28) 정동윤/유병현/김경욱, 「민사소송법」, 법문사, 2016, 304쪽.

29) 정동윤/유병현/김경욱, 「민사소송법」, 법문사, 2016, 702쪽.

3. 공개재판원칙의 제한과 그 기준

공개되는 재판의 범위와 관련하여 '판결'에 대해서는 제한 규정이 없다. 하지만 '심리'에 대해서는 헌법 제109조 단서와 법원조직법 제57조 제1항 단서에서 '국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때' 공개재판을 제한할 수 있다고 명시하고 있다.

이 경우 문제되는 것은 심리의 공개를 제한하는 조건으로서 명시된 국가의 안전보장·안녕질서·선량한 풍속이라는 개념이 지나치게 추상적이고 포괄적이라는 점이다. 공개재판원칙은 사법의 공정성·독립성의 확보와 실체적 진실을 추구할 수 있지만, 그와 비례하여 소송당사자의 인격을 비롯한 기본권을 침해할 가능성이 크다. 그러므로 국가의 안전보장·안녕질서·선량한 풍속을 해치는 경우를 지나치게 좁게 해석하는 것은 지양되어야 할 것이다.[30]

안녕질서의 개념을 지나치게 협의로 보지 않는다면, 실체적 진실의 발견은 '안녕질서'의 개념에 포함되어 해석될 가능성이 존재한다. 독일의 법원조직법도 제172조에서 심리의 공개를 제한하는 경우를 규정하고 있는데,[31] 동조 제1호 규정인 '국가의 안전, 공공질서 또는 미풍양속을 위태롭게 할 염려가 있는 경우'는 우리 헌법 제109조 단서 및 법원조직법 제57조 제1항과 많이 유사하다. 독일에서는 '박수, 야유, 구호에 의해 방청인의 일부가 심리를 반복적 또는 지속적으로 방해하는 것'을 법원조직법 제172조 제1호에 규정된 안녕질서에 반하는 경우로 해석하고 있다.[32] 이러한 독일의 해석을 고려하면, 방청인에 의한 심리의 방해는

---

30) 김재윤, "독일과 한국의 공개주의와 그 제한에 관한 비교법적 고찰-공개주의의 확대로서 TV공개주의에 관한 최근 독일의 논의를 중심으로-", 「형사법연구」 제21권 (한국형사법학회, 2004), 310쪽.
이를 예시적인 규정으로 보는 견해도 있다(정문식, "재판방송의 헌법적 문제와 가능성 - 재판방송의 헌법적 정당성과 허용방안을 중심으로", 「법학논총」 제31집 제1호 (한양대학교 법학연구소, 2014), 149쪽).

31) § 172 [Ausschluss der Öffentlichkeit]
Das Gericht kann für die Verhandlung oder für einen Teil davon die Öffentlichkeit ausschließen, wenn
1. eine Gefährdung der Staatssicherheit, der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit zu besorgen ist, 1a. eine Gefährdung des Lebens, des Leibes oder der Freiheit eines Zeugen oder einer anderen Person zu besorgen ist,
2. ein wichtiges Geschäfts-, Betriebs-, Erfindungs- oder Steuergeheimnis zur Sprache kommt, durch dessen öffentliche Erörterung überwiegende schutzwürdige Interessen verletzt würden,
3. ein privates Geheimnis erörtert wird, dessen unbefugte Offenbarung durch den Zeugen oder Sachverständigen mit Strafe bedroht ist,
4. eine Person unter 18 Jahren vernommen wird.

32) Meyer-Goßner, Lutz, and Bertram Schmitt, Strafprozessordnung: StPO, C.H. Beck, 2009, §172

실체적 진실발견의 어려움, 즉 안녕질서를 해치는 경우가 될 수 있으므로 이 경우 비공개 심리 역시 가능할 수 있을 것이다.

하지만 심리와 관련하여 재판의 비공개를 결정하는 데 있어서 가장 중요한 기준이 되어야 하는 것은 무엇보다도 소송당사자의 기본권침해 여부가 되어야 할 것이다. 이는 재판제도가 달성하고자 하는 것이 당사자의 기본권보장이기 때문이다. 따라서 당사자의 권리구제를 위해 실체적 진실을 발견해가는 과정이 오히려 당사자의 기본권을 계속적으로 침해하는 상황이 된다면, 법원은 재판의 비공개에 대한 결정을 고려해야 할 것이다.

이러한 입장에서 우리 법원은 형사소송 중 재사회화의 중요성이 크게 고려되는 소년범죄의 경우에는 원칙적으로 심리를 공개하지 않고 있으며(소년법 제24조 제2항),[33] 피해자의 사생활보호가 특히 중요하게 요청되는 성폭력범죄의 심리에 있어서도 이를 공개하지 않을 수 있다고 규정하고 있다(「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제31조 제1항).[34]

공개재판의 제한에 있어서 소송당사자의 기본권보장 여부는 민사소송의 경우에도 동일하게 적용될 수 있다. 민사소송은 공개재판을 통한 실체적 진실의 발견에 대한 기대감이 형사소송보다 적을 수 있기 때문에, 경우에 따라서 민사소송에서의 재판의 비공개 여부는 형사소송절차에서보다 더 크게 요청될 수도 있다. 특히 소송의 내용이 개인정보나 기업의 영업비밀과 밀접한 관련성을 갖는 경우, 이러한 요구는 더욱 커질 수 있을 것이다.[35]

GVG Rn. 3.

33) 소년법 제24조(심리의 방식)
① 심리는 친절하고 온화하게 하여야 한다.
② 심리는 공개하지 아니한다. 다만, 소년부 판사는 적당하다고 인정하는 자에게 참석을 허가할 수 있다.

34) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제31조(심리의 비공개)
① 성폭력범죄에 대한 심리는 그 피해자의 사생활을 보호하기 위하여 결정으로써 공개하지 아니할 수 있다.
② 증인으로 소환받은 성폭력범죄의 피해자와 그 가족은 사생활보호 등의 사유로 증인신문의 비공개를 신청할 수 있다.
③ 재판장은 제2항에 따른 신청을 받으면 그 허가 및 공개 여부, 법정 외의 장소에서의 신문 등 증인의 신문 방식 및 장소에 관하여 결정할 수 있다.
④ 제1항 및 제3항의 경우에는 「법원조직법」 제57조(재판의 공개)제2항·제3항 및 「군사법원법」 제67조제2항·제3항을 준용한다.

35) 이와 관련하여 국가가 후견적인 입장에서 개인의 생활관계를 확인하는 비송사건은 비공개원칙을 따르고 있다. 원칙적으로 비송사건은 비송사건절차법이 적용되는 등 민사소송법과는 다른 원칙에 의해 지배된다. 하지만 최근에는 소송사건의 비송화(非訟化)현상이 나타나고 있으므로(정동윤/유병현/김경욱, 「민사소송법」, 법문사, 2016, 15쪽), 비송사건이라고 하여 무조건적으

Ⅲ. 공개재판원칙의 실현으로서 재판 중계

1. 공개재판원칙의 실현방법의 변화와 재판 중계의 개념

공개재판원칙 하에서 재판의 공개는 '재판에 관심 있는 모든 사람은 계속 중인 재판에 관하여 특별한 어려움 없이 적시에 정보를 제공받을 수 있어야 한다.'는 의미를 포함하고 있다.[36] 과거 재판에 대한 정보제공은 전통적으로 법정공개라는 직접공개 방법을 통해서 이루어졌다. 그러나 오늘날의 방송·통신기술의 발달과 정보화 사회로의 진입은 재판에 대한 정보제공의 방법을 다양하게 변화시키고 있다.

방송·통신기술의 발달과 결합한 언론매체의 발전은 TV중계나 라디오방송 등의 간접적인 방법을 통해 법정 외에 있는 자들에게 재판에 대한 정보를 제공하는 것까지 가능하게 만들었다. 거기에 더하여 새로운 통신매체의 출현과 페이스북(face book), 트위터(twitter) 등의 사회관계망서비스(SNS)의 등장은 재판에 대한 정보를 TV방송이나 라디오방송 이외의 모습으로 제공할 가능성까지 증가시키고 있다.[37][38]

과거 재판 중계의 개념이 TV카메라를 통한 재판의 생중계 내지 녹화방송을 뜻하는 것이었다면, 오늘날의 재판 중계는 일반인이 이용가능한 모든 기술적 수단을 통한 중계로 확장되고 있다고 할 수 있다. 따라서 앞으로의 재판 중계는 '공개된 재판정에서 전개되는 재판과정을 TV방송과 라디오방송뿐만 아니라 IT기술의 발전에 따른 여러 가지 다양한 매체들을 통해 (음성)녹음 및 (영상)녹화하

로 심리의 비공개원칙을 적용하는 것은 타당하지 않을 수 있다.
특히 가사비송사건 중 실종선고의 취소나 재산관리자의 변경 등은 널리 알리는 것이 당사자나 제3자의 권리보호에 더 적합할 수 있기 때문에 반드시 비공개로 진행하지 않아도 될 가능성이 존재한다. 그와 반대로 가사소송사건 중 개인의 사생활이 많이 노출될 수 있는 이혼이나 친생자관계존부 확인 등은 비공개로 진행되어야 할 필요성이 크다(정선주, "민사소송절차에서 공개재판의 원칙과 비밀보호", 「서강법학연구」 제2권 (서강대학교 법학연구소, 2000), 180쪽).
비송사건절차법 제13조(심문의 비공개)
심문(審問)은 공개하지 아니한다. 다만, 법원은 심문을 공개함이 적정하다고 인정하는 자에게는 방청을 허가할 수 있다.

36) 정문식, "재판방송의 헌법적 문제와 가능성 - 재판방송의 헌법적 정당성과 허용방안을 중심으로", 「법학논총」 제31집 제1호 (한양대학교 법학연구소, 2014), 148쪽.

37) 스마트폰의 보급·확산은 재판과정의 녹음이나 녹화를 별다른 장비 없이 손쉽게 이루어질 수 있게 만들고 있으며, 재판내용의 실시간 트위팅은 재판 중계와 비슷하거나 경우에 따라서는 재판 중계보다 더 큰 효과를 창출할 수 있다.

38) 한동섭/정문식/김형일, 「사법의 투명성과 개방성 확보를 위한 재판방송 실시 방안에 관한 연구」, 법원행정처, 2012, 73쪽.

여, 재판정에 참여하지 못한 일반 대중에게 실시간으로 또는 차이를 두고 전달하는 것'을 의미하는 방향으로 나아갈 수 있을 것이다.[39]

2. 재판 중계의 헌법적 의의

재판 중계의 헌법적 의의는 재판 중계가 실현하고 있는 공개재판원칙과의 연장선 속에서 파악할 수 있을 것이다. 재판 중계도 공개재판원칙과 동일하게 국가권력에 대한 통제와 당사자의 기본권보장이라는 헌법적 의의를 갖고 있다. 하지만 재판 중계는 방송매체를 통해 법정 외의 곳에 존재하는 국민에게 재판을 공개하는 것이라는 특징에 따라, 일반 국민의 알권리 실현의 의의도 갖는다.

국민이 국가의 정치·경제·사회·문화구성원으로서 생활하기 위해서는 우선적으로 다양한 정보원이 제공하는 정보를 충분히 수령할 수 있어야 한다. 정보수령과 관련하여 국민의 알권리는 의견의 형성과 표현의 전제로서 기능한다는 점에서 중요성을 갖는데, 재판 중계는 법정 밖의 일반 국민에게 재판에 대한 정보를 제공한다는 점에서 국민의 알권리 실현의 주요한 수단으로서 작용할 수 있다.[40]

그리고 재판 중계를 통한 국민의 알권리 실현은 국민의 법의식과 지식을 고양시킬 수 있다.[41] 이것은 범죄에 대한 국민의 알권리 등의 모습을 통해,[42] 법의 준수 및 법규범의 실현으로 연결되어 국가공동체의 안정화에 기여할 수 있을 것이다.[43] 또한 이것은 사법작용에 대한 국민의 통제(사법에 대한 언론기관의 통제)를 가능하게 하여, 사법의 투명성 보장의 의의로도 연결될 수 있을 것이다.

---

39) 한동섭/정문식/김형일, 「사법의 투명성과 개방성 확보를 위한 재판방송 실시 방안에 관한 연구」, 법원행정처, 2012, 74쪽.

40) 재판 중계는 방송을 통해서 이루어지는 경우가 많은데, 이 경우 재판방송은 대중매체로서 취재의 자유 또는 보도의 자유에 의해 보호받을 수 있다. 특히 법정 밖의 일반 국민에게 이루어지는 재판방송은 여론형성의 공적 기능의 수행으로 이해될 수 있다는 점에서, 재판방송을 위한 정보의 수집행위(취재)와 보도와 관련된 모든 행위는 보장의 필요성을 갖는다.

41) 법원의 입장에서는 재판 공계를 통해 해당 사안에 대한 국민적 정서나 사회상황을 인식할 수도 있다.

42) 대법원은 "일반 국민들은 사회에서 발생하는 제반 범죄에 관한 알권리를 가지고 있고 수사기관이 피의사실에 관하여 발표를 하는 것은 국민들의 이러한 권리를 충족하기 위한 방법의 일환이라 할 것"이라고 판시하였다(대법원 1999. 1. 26. 선고 97다10215,10222 판결).

43) 김재윤, "독일과 한국의 공개주의와 그 제한에 관한 비교법적 고찰-공개주의의 확대로서 TV공개주의에 관한 최근 독일의 논의를 중심으로-", 「형사법연구」 제21권 (한국형사법학회, 2004), 312쪽.

3. 재판 중계의 이중적 측면 : 재판 중계에 의해 침해되는 기본권

그러나 재판 중계도 공개재판원칙과 마찬가지로 양면성을 갖는다. 재판 중계는 국민의 알권리를 실현하는 것이 될 수 있지만, 소송당사자의 기본권을 침해하는 상황을 야기하는 것이 될 수도 있다.

먼저 소송당사자나 증인이 공개를 원하지 않는 경우 그들의 모습을 녹음하거나 녹화하는 것은 인격권과 사생활 침해의 소지가 있으며,[44] 기업의 경우에는 영업비밀에 대한 침해가 될 가능성을 갖는다.[45] 특히 오늘날과 같이 정보디지털화가 진행되고 있는 상황에서의 재판 공계는 정보기본권의 보호와도 맞물려 중요하게 고려되어야 한다. 디지털화 된 정보는 전파속도와 범위가 빠르고 넓은 만큼, 단 한 번의 공개로도 광범위한 피해를 야기할 수 있다. 그리고 그 공개된 정보의 내용이 잘못되었을 경우 사후수정이 어렵다는 점에서 이는 개인의 잊혀질 권리의 침해로까지 이어질 수 있다.

두 번째로 재판의 중계는 무죄추정 원칙(헌법 제27조 제4항)과 정당한 재판을 받을 권리를 침해할 위험성을 갖는다. 재판과정의 공개는 유죄판결의 확정 전인 피고인이라 하더라도 -재판에 공개되었다는 것 자체만으로- 일반 국민에게 그를 유죄로 인식시키게 만들 가능성이 크다. 일반 국민과 언론의 관심이 과도할 경우, 이것은 형사재판관계자들에게도 영향을 주어 수사에서 공판절차에 이르기까지 보장되어야 하는 무죄추정의 원칙의 훼손으로 이어질 수 있다.[46]

---

44) 인격권 중에서도 특히 초상권의 침해가 문제될 수 있다. 대법원은 초상권에 대하여 “사람은 누구나 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리를 가지는데, 이러한 초상권은 우리 헌법 제10조 제1문에 의하여 헌법적으로 보장되는 권리이다(대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결).”라고 하여, 초상권을 헌법 제10조 제1문에서 파생되는 권리라고 정의하고 있다.
헌법재판소도 초상권은 헌법 제10조에서 구체화되는 인격권에서 파생된 것으로 설명하고 있다. 의료법 제19조의2 제2항 위헌확인에 관한 헌법불합치 판결에서 반대의견을 표명한 이동흡 재판관은 “헌법 제10조에서 도출되는 인격권에는 인격의 형성·유지·표현권 등이 포함되어 있고, 일반적 인격권으로 거론되는 것으로는 명예권, 초상권, 성명권, 음성권 등이 있다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010 등, 판례집 20-2상, 236, 261).”고 하며, 초상권을 일반적 인격권으로 설명하고 있다.

45) 설령 소송당사자가 공개에 대하여 동의하였다고 하더라도 기본권침해 상황이 소멸되는 것도 아니다. 경우에 따라서 그것은 소송당사자가 -여론에 자신의 무죄를 호소하는 방법 등을 통하여- 자신에게 유리한 판결을 얻기 위해 자신의 기본권침해 상황을 수용한 것이라고 이해될 수 있기 때문이다(정문식, “재판방송의 헌법적 문제와 가능성 - 재판방송의 헌법적 정당성과 허용방안을 중심으로”, 「법학논총」제31집 제1호 (한양대학교 법학연구소, 2014), 158쪽).

46) 후에 피고인이 무죄를 선고받았다 하더라도 이미 그의 명예는 회복이 어려울 정도로 훼손되어 있을 수 있고, 이것은 피고인을 계속적인 기본권침해 상황에 놓이게 한다는 점에서 문제가 된

그리고 중계되는 재판에 대한 사회적 관심이 지나치게 클 경우, 여론은 사법에 대한 통제가 아닌 법관의 판단에 영향력을 행사하는 수단으로 오용될 수 있다. 만약 법관이 사회적 비판이 두려워 -법리적 근거와 양심에 따른 소신 있는 재판이 아니라- 사회분위기에 휩쓸린 재판을 하게 된다면,[47] 그것은 소송당사자의 정당한 재판을 받을 권리를 침해하는 결과를 야기할 수 있다. 그리고 이것은 법원을 "일반에 만연된 선판단과 기대의 희생물"로 전락시킨다는 점에서 사법부의 독립을 침해하는 것으로 이어지게 된다.[48]

세 번째로 재판 중계는 국민의 알권리를 보장하기도 하지만 그와 동시에 그것을 침해할 가능성도 가지고 있다. 재판 중계 역시 기본적으로는 방송이기 때문에, 어떠한 재판을 방송할 것인지에 대한 선별과정을 거치게 된다. 이 과정에서 재판을 중계하는 주체가 민영방송국일 경우, 방송되는 재판은 사회적 관심이 높거나 선정적인 사건들로 과열될 수 있다.[49] 그리고 촬영된 영상을 녹화하여 방송하는 경우 편집의 과정에서 재판에 대한 왜곡이 발생할 수도 있다.[50] 경우에 따라서는 편집 자체가 사법의 투명성을 약화시키는 원인이 되는 것이다.

재판 중계를 담당하는 대중매체는 -법정의 방청좌석 수의 제한을 넘어- 일반 국민에게 법정과 범죄에 대해 최대한 많은 정보를 전달하는 데 가장 효과적인 수단이다. 그런데 대중매체가 국민에게 전달하는 정보를 취사선택하여 왜곡하는 경우 이는 언론에 의한 잘못된 여론 조성이 될 수 있고, 국민의 알권리에 대한 침해를 일으킬 수 있다.[51]

다.

47) 강동욱, "형사재판에 대한 중계방송 제도도입의 문제점에 관한 고찰", 「법과 정책연구」제10집 제2호 (한국법정책학회, 2010), 8쪽.

48) 변종필, "공개주의와 의사소통구조", 「형사정책연구」제9권 제4호 (한국형사정책연구원, 1998), 111쪽.

49) 공익적 내용을 다루고 있는 사안이어서 법원이 재판 중계를 결정했다 하더라도, 그것이 대중의 관심을 끌 만큼 자극적이거나 선정적이지 않다는 이유로 이를 방영할 방송사가 없을 경우도 발생할 수 있다(한동섭/정문식/김형일, 「사법의 투명성과 개방성 확보를 위한 재판방송 실시 방안에 관한 연구」, 법원행정처, 2012, 243쪽).

50) 정문식, "재판방송의 헌법적 문제와 가능성 - 재판방송의 헌법적 정당성과 허용방안을 중심으로", 「법학논총」제31집 제1호 (한양대학교 법학연구소, 2014), 159쪽.

51) 재판 중계방송의 편집이 소송당사자 중 특정인에게 호의적이거나 또는 적대적인 감정을 가질 수 있게 이루어지는 경우, 이것은 소송당사자의 공정한 재판을 받을 권리와 사법의 공정성을 침해하는 것이 될 수 있다.

4. 재판 중계에 대한 현행법상의 규정과 비교법적 검토의 필요성

재판 중계는 공개재판원칙의 실현으로 이해될 수 있으므로, 공개재판원칙에 대한 헌법 제27조 제3항과 제109조는 재판 중계에 대한 헌법적 근거로서 이해될 수 있을 것이다. 그리고 법원조직법 제57조(재판의 공개), 제58조(법정의 질서유지), 제59조(녹화 등의 금지)는 이러한 헌법을 구체화한 규정이라고 할 수 있을 것이다.

법원조직법 제59조는 "누구든지 법정 안에서는 재판장의 허가 없이 녹화, 촬영, 중계방송 등의 행위를 하지 못한다."고 하여, 중계방송의 원칙적 금지를 규정하고 있다. 그러나 재판장의 허가가 있다면 중계방송이 허용될 수 있다고 하고 있으므로, 우리 법원은 재판 중계에 대한 허가주의를 채택하고 있다고 해석할 수 있을 것이다.[52]

법원조직법 제59조는 대법원규칙인 「법정 방청 및 촬영 등에 관한 규칙」에서 다시 구체화되고 있다.「법정 방청 및 촬영 등에 관한 규칙」제3조는 재판장의 허가 없는 녹음, 녹화, 촬영, 중계방송 등을 하는 자를 제지하거나 퇴정할 수 있다고 규정하고 있으며, 동규칙 제4조는 촬영 등의 제한을, 동규칙 제5조는 촬영 등의 행위 시의 주의사항을 규정하고 있다.[53]

---

52) 조규범, "재판방송에 대한 입법론적 소고", 「입법학연구」제10집 제2호 (한국입법학회, 2013), 217쪽.

53) 「법정 방청 및 촬영 등에 관한 규칙」
제3조(퇴정명령 등): 재판장은 다음 각호에 해당하는 자에 대하여 이를 제지하거나 또는 퇴정을 명할 수 있다.
1. 재판장의 허가없이 녹음, 녹화, 촬영, 중계방송 등(이하 '촬영 등 행위'라 한다)을 하는 자
2. 음식을 먹거나 흡연을 하는 자
3. 법정에서 떠들거나 소란을 피우는 등 재판에 지장을 주는 자
제4조(촬영등의 제한)
① 법원조직법 제59조의 규정에 의한 재판장의 허가를 받고자 하는 자는 촬영 등 행위의 목적, 종류, 대상, 시간 및 소속기관명 또는 성명을 명시한 신청서를 재판기일 전날까지 제출하여야 한다.
② 재판장은 피고인(또는 법정에 출석하는 원, 피고)의 동의가 있는 때에 한하여 전항의 신청에 대한 허가를 할 수 있다. 다만, 피고인(또는 법정에 출석하는 원, 피고)의 동의 여부에 불구하고 촬영등 행위를 허가함이 공공의 이익을 위하여 상당하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.
제5조(촬영등 행위시의 주의)
재판장이 제4조의 규정에 의하여 허가를 할 때에는 다음 각호의 제한을 하여야 한다.
1. 촬영등 행위는 공판 또는 변론의 개시전에 한한다.
2. 법단 위에서 촬영등 행위를 하여서는 아니된다.
3. 촬영등 행위로 소란케 하여서는 아니된다.
4. 구속피고인에 대한 촬영등 행위는 수갑 등을 푼 상태에서 하여야 한다.
5. 소년에 대하여는 성명, 연령, 직업, 용모등에 의하여 당해 본인임을 알아볼 수 있을

그리고 재판 중계에 대해 법원의 허가주의의 입장과 관련하여 「법정 방청 및 촬영 등에 관한 규칙」제6조는 재판장의 명에 의한 중계 목적 녹음·녹화·촬영에 대해 규정하고 있다.[54] 그러나 이 규칙은 재판 중계에 대한 일반적 허용을 규정한 것이 아니라 예외적으로 허용되는 경우, 즉 재판정의 수용인원에 대한 한계나 재난 또는 이에 준하는 사유로 직접 재판에 출석하기 어려운 경우에 대한 한계를 극복하기 위해서 신설된 것이라고 할 수 있다.[55]

이러한 점을 고려해보면, 재판 중계에 대한 우리 법원의 입장은 원칙적 불허·예외적 허용의 입장을 취하고 있다고 할 수 있다. 그런 만큼 재판 중계에 대한 우리 법규범 체계도 아직 미비한 상태라고 할 수 있을 것이다. 따라서 재판을 중계함에 있어서 발생할 수 있는 문제상황을 대비하고 법규범체계를 형성하기 위해서는 타국의 재판 중계에 대한 비교법적 검토가 필요할 것이다.

이와 관련하여 미국의 경우는 법원의 꾸준한 노력으로 재판 중계를 허용하는 법원이 계속적으로 증가하는 추세를 보인다는 점에서, 독일의 경우에는 헌법재판과 관련하여 재판 중계에 대한 법조문이 규정되어 있다는 점에서 비교법적 고찰의 의의를 가질 수 있을 것이다.

정도로 촬영등 행위를 하여서는 아니된다.

54) 「법정 방청 및 촬영 등에 관한 규칙」
제6조(재판장의 명에 의한 중계 목적 녹음·녹화·촬영)
① 재판장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 공판 또는 변론의 전부 또는 일부에 하여 중계를 목적으로 한 녹음, 녹화 또는 촬영을 명할 수 있다. 1. 소송관계인의 수가 재판이 진행되는 법정의 수용인원보다 현저히 많아 법정질서 유지를 위하여 필요한 경우2. 재난 또는 이에 준하는 사유로 인하여 다수의 인명피해가 발생한 사건에서 당사자, 피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다) 중 상당수가 재판이 진행되는 법원으로부터 원격지에 거주하여 법정에 직접 출석하기 어려운 경우에 중계장치가 갖추어진 원격지의 법원에서 재판진행을 시청할 수 있도록 하는 것이 참여 보장을 위하여 상당하다고 인정되는 경우② 제1항의 경우 재판장은 녹음물, 녹화물 또는 촬영물을 다음 각 호에서 정하는 바에 따라 일정한 시설에서 중계하도록 할 수 있다.1. 제1항 제1호의 경우 : 소속 법원 내의 시설2. 제1항 제2호의 경우 : 원격지 법원 내의 시설③ 제2항의 경우 다음 각 호의 1에 따라 사전에 승인을 받아야 한다.1. 제2항 제1호의 경우 : 소속 고등법원장(특허법원장을 포함한다) 또는 지방법원장(가정법원장 또는 행정법원장을 포함한다)의 승인2. 제2항 제2호의 경우 : 법원행정처장의 승인④ 재판장은 중계에 의하여 소송관계인의 개인정보가 침해되지 않도록 필요한 조치를 취할 수 있다.

55) 「법정 방청 및 촬영 등에 관한 규칙」제6조는 세월호 사건을 계기로 2014년에 신설된 것이다. 특히 동조 제1항 제2호는 대형 인명 피해가 발생한 사건의 경우 '사실심 재판을 일정 부분 중계하는 것이 피해자 및 그와 관계된 자들에 대한 배려가 될 수 있다'는 인식을 바탕에 두고 신설된 것이라고 할 수 있다(대법원 보도자료, "세월호 사건 재판 등에서의 재판 중계 관련 대법원규칙 개정", 사법지원실 (2014. 8. 6.), 2쪽).

Ⅳ. 미국에서의 재판 중계 : 시범프로그램 운영의 활성화

1. 기술의 발전에 따른 재판 중계 허용가능성의 증가

재판 중계를 불허하는 미국 주법원의 입장은 1965년 에스테스 판결에서 우선적으로 확인할 수 있다.[56] 언론기관은 재판 시작 전부터 피고인 에스테스(Billy Sol Estes)의 사기혐의에 대해 보도를 시작하였다. 재판 도중 언론기관의 방송은 제한·금지되었지만, 유죄결정 후 에스테스는 언론보도가 형사재판 과정 중에도 보장되어야 하는 자신의 헌법상의 권리를 침해하였다며 항소하였다.[57] 이에 대해 텍사스(Texas) 항소법원은 에스테스의 항소를 기각하였지만, 연방대법원은 그의 주장을 받아들였다.

Estes v. Texas 판결은 연방대법원이 처음으로 법정 촬영의 금지를 다룬 사건이다. 연방대법원은 'TV방송은 배심원들의 공정한 재판 수행을 잠재적으로 방해할 수 있고, 증인이 증언하는 것에 대해 무서움을 느끼거나 과장하여 증언을 하게 만들 수 있다. 그리고 TV방송은 판사들에게도 심리적으로 영향을 주어 판결을 내릴 때 집중할 수 없게 만들 수 있고, 마지막으로 피고인에게 압력을 행사하거나 피고인과 변호사 사이의 내밀한 관계형성을 방해할 위험성이 있다.'고 판시하였다.[58] 그러나 재판에 대한 TV방송금지를 결정한 이 판결의 입장이 기술발전에 따른 미래의 변화된 상황에서도 적용되는 것은 아니라고 보았다.[59]

Estes v. Texas 판결에서의 보여준 재판 중계에 대한 연방대법원의 부정적인 입장은 Chandler v. Florida 판결에서 긍정적인 방향으로 변화하는 모습을 보였다.[60] 챈들러는 Estes v. Texas 판결을 근거로 법정 내 TV촬영이 수정헌법 제14조에서 보장하고 있는 자신의 헌법상의 권리를 침해하였다고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 이에 대하여 'Estes v. Texas 판결에서 결정된 재판 내 중계금지는 절대적인 것이 아니며, Estes v. Texas 판결 당시에는 방송 중계 기술이 상대적으로 초기의 것이었던 것에 비해 현재의 재판 중계 기술은 많은 발전을 이루었고, 따라서 재판의 중계가 피고인의 권리를 침해하지 않는다.'고 보았다.[61]

---

56) Estes v. Texas, 381 U.S. 532 (1965).
57) Estes v. Texas, 381 U.S. 532, 532, (1965).
58) Estes v. Texas, 381 U.S. 532, 533, (1965).
59) Estes v. Texas, 381 U.S. 532, 552, (1965).
60) Chandler v. Florida, 449 U.S. 560 (1981).

그리고 판결을 내리는 데 있어서 배심원에게 선입견을 갖게 할 수 있다는 위험성만으로 재판 중계를 절대적으로 금지하는 것은 정당하지 않다고 보았다.[62]

Estes v. Texas 판결 당시 연방대법원은 큰 촬영 장비를 필요로 하는 텔레비전 중계기술이 재판 관련자들의 심리에 영향을 미치고 재판을 방해한다고 보았다. 그러나 Chandler v. Florida 판결에 와서는 기술의 발달을 고려하여 텔레비전 방송이 공정한 재판을 받을 피고인의 권리를 침해하지 않는다고 보았다. 재판 중계에 대한 Chandler v. Florida 판결에서의 연방대법원의 이러한 견해 변화는 텔레비전이 보편적인 언론매체가 되었다는 점과 중계기술이 재판을 방해하지 않을 정도로 발전했다는 점에 기초하여 이루어진 것이라고 할 수 있다. 그리고 이러한 입장은 중계기술이 더 발달한 오늘날의 경우에 비추어봤을 때 여전히 시사점을 갖는다.

2. 재판 중계를 위한 시범프로그램 운영

미국의 재판 중계에 대한 불허의 입장이 점진적으로 완화되고, 나아가 재판 중계가 활성화될 수 있었던 원인으로는 '시범프로그램(pilot program)의 운영'을 꼽을 수 있을 것이다.[63]

시범프로그램의 운영과 관련해서는 Hollingsworth v. Perry 사건의 재판변론절차의 중계 준비과정을 고려해 볼 수 있을 것이다. 이 사건은 연방법원 차원에서 처음으로 다루어지는 동성문제라는 점에서 세간의 관심이 집중될 수밖에 없었다. 이에 따라 캘리포니아(California) 북부 연방지방법원은 변론준비절차의 방송을 위한 '시범프로그램' 실시를 고려하였다. 시범프로그램 실시와 관련하여 연방제9순회항소법원 판사회의는 '위 항소법원 관할 내에 있는 연방지방법원 재판정에서 일정한 제한 아래 카메라 사용을 허용하는 시범프로그램을 실시하되, 이러한 프로그램의 대상이 될 사건은 연방제9회순회항소법원장과 연방지방법원장의 협의에 따라 선정하기로 결정한다.'고 발표하였다.[64] 이로 인해 재판 중계를 일

61) Chandler v. Florida, 449 U.S. 560, 570-574, (1981).

62) Chandler v. Florida, 449 U.S. 560, 575, (1981).

63) Chandler v. Florida 판결이 재판 중계 될 수 있었던 것도 플로리다(Florida) 주 대법원의 시범프로그램과 그에 대한 시험 연구가 1년 동안 진행되었기 때문이라고 할 수 있다(손태규, "국민의 알권리와 법정 촬영 및 방송 -한국과 외국의 비교 연구-", 「공법연구」 제40집 제4호 (한국공법학회, 2012), 42쪽).

64) 박성윤, "변론절차의 방송, 멀고도 먼 길", 「해외사법소식」 제73호 (법원행정처 인사총괄심의관실, 2010), 21~22쪽.

반적으로 금지했던 캘리포니아 북부 연방지방법원 규칙 77-3조가 개정되는 등 입법의 정비도 진행되었다. 하지만 이러한 노력에도 불구하고 이 재판은 중계되지 못했는데, 이는 재판 중계를 원하지 않는 피고가 2010. 1. 9. 연방대법원에 변론절차방송금지를 요구하는 잠정처분신청을 냈고, 이것이 받아들여졌기 때문이다.[65]

이 판결 후, 재판 중계가 법정에 어떤 영향을 미치는지에 대한 연구를 목적으로 하는 시범프로그램이 2011년 7월 18일을 시작일로 하여 진행되었다.[66] 이 시범프로그램은 연방법원을 대상으로 한 두 번째 프로그램이었는데, 첫 번째 시범프로그램은 1991년 7월 1일부터 1993년 6월 30일까지 이루어진 것이었다. 3년 동안 진행된 첫 번째 시범프로그램은 재판 중계에 대해 긍정적인 평가를 내렸다. 하지만 첫 번째 시범프로그램의 성과는 -긍정적인 결과에도 불구하고- 연방법원 내 카메라 설치로 이어지지 못하였는데, 이는 평가 당시 문제되고 있었던 O. J. Simson 사건의 변론준비절차에서 언론기관이 보여준 지나친 과열보도 때문이었다.[67]

그 후 시행된 이 두 번째 프로그램도 첫 번째 프로그램과 마찬가지로 3년의 기간을 잡고 시행되었다. 하지만 시행과정 중에 운영기간이 확대되어 두 번째 시도는 1년 연장된 2015년에 7월 17일에 마무리 되었다. 특히 시범프로그램 운용 네 번째 해에는 더 많은 법원에서 이 시범프로그램을 받아들여 시행하였다.[68]

---

65) 캘리포니아 북부 연방지방법원은 개정된 규칙 77-3조에 따라 재판 중계를 하기 위해 연방제9순회항소법원장에게 공식적인 승인을 요청하는 결정을 하였고, 피고 측은 이러한 결정이 나자 급하게 이에 대해 항고하였다(2010. 1. 7.). 다음날 항소법원은 피고 측의 항고를 기각하였는데, 같은 날 연방제9순회항소법원은 캘리포니아 북부 연방 지방법원의 요청을 승인하는 결정을 내렸다(2010. 1. 8.). 이에 대해 피고 측은 2010. 1. 9. 연방대법원에 피고가 제기할 재항고신청이 받아들여질지의 여부가 판단되기 전까지 변론절차방송을 금지해달라는 잠정처분신청을 냈다(박성윤, "변론절차의 방송, 멀고도 먼 길", 「해외사법소식」 제73호 (법원행정처 인사총괄심의관실, 2010), 22~23쪽).
이에 대해 연방대법관 9인 중 5인은 '재판 중계를 허용할 수 있도록 법원규칙을 개정할 당시, 연방법(28 U.S.C. §2071(b))에 규정된 적합한 공지와 의견수렴 기회제공(give appropriate public notice and an opportunity for comment)의 절차가 위반되었고, 당시 상황이 절차 배제를 요구할 만큼의 급박한 필요성(28 U.S.C. §2071(e); immediate need)을 가지고 있다고 보기도 어렵기 때문에' 피고의 재항고신청이 받아들여질 가능성이 있다고 판단하여, 잠정처분신청을 받아들였다 (Hollingsworth v. Perry, 558 U.S. ___ (2010)).

66) Courts Selected for Federal Cameras in Court Pilot Study, United State Courts (June 8, 2011), http://federalevidence.com/pdf/2011/05_May/JCUS.Camera.Pilot.pdf

67) Osterreicher, Mickey H. "Cameras in the Courts: The Long Road to the New Federal Experiment." Reynolds Ct. & Media LJ 1 (2011), pp. 238~239.

68) Federal Judicial Center, Video Recording Courtroom Proceedings in United States District Courts: Report on a Pilot Project Federal Judicial Center 2016, CreateSpace Independent Publishing

3. 연방대법원의 재판 중계 허용을 위한 미국의회의 움직임과 법률안

미국은 시범프로그램의 운영을 통해 재판 중계 불허의 인식을 변화시키려고 하고 있지만, 연방대법원은 아직도 많은 경우에 있어서 재판 중계에 대해 소극적인 입장을 취하고 있다.[69] 2000년 대선과 관련된 Bush v. Gore 사건에서 주요 방송사들은 연방대법원에 실시간 재판방송을 신청하였지만, 연방대법원은 구술변론내용을 녹음해서 언론에 제공하였을 뿐, 방송사들의 신청은 기각하였다. 2006년 이후 연방대법원은 판결 선고 이후 몇 시간 내에 구두변론내용을 언론에 제공하는 등의 변화된 모습을 보이기도 하였다. 그러나 여전히 TV촬영을 통한 재판 중계에 대해서는 많은 부분에 있어서 부정적인 입장을 고수하고 있다.[70]

이러한 연방대법원의 입장에 대해 미국 상원과 하원은 2005년부터 연방대법원 내의 재판 중계 허용의 취지를 담은 법안(Sunshine in the Courtroom Act)을 계속적으로 제출하고 있다. 2015-2016년 현재에도 해당 법률안이 상원[71]과 하원[72]에 각각 제출되어 있는 상태이다.

상원의 하원의 법안은 공통적으로 '재판의 중계가 소송당사자의 적법절차에 대한 권리를 침해하지 않는 한, 재판장은 재량으로 사진촬영·녹음·방송·TV중계를 허용할 수 있다.'고 규정하고 있다. 그리고 증인보호와 관련하여, '증인의 신청에 의해 증인의 얼굴과 음성을 불분명하게 할 수 있고, 재판 중계에 있어서 증인을 확인할 수 없게 차폐(遮蔽)할 수 있으며, 재판장은 증인에게 이러한 요청을 할 수 있음을 고지해야 한다.'고 규정하고 있다. 하지만 배심원 선택과정이나 재판절차 내의 배심원에 대한 중계는 절대적으로 금지하고 있다.

Platform, 2016, p. 1.

69) 형사재판에 관한 연방규정(Federal Rules of Criminal Procedure) 제53조는 여전히 재판정 내에서의 사진촬영과 방송을 금지하고 있다.
Rule 53. Courtroom Photographing and Broadcasting Prohibited
Except as otherwise provided by a statute or these rules, the court must not permit the taking of photographs in the courtroom during judicial proceedings or the broadcasting of judicial proceedings from the courtroom.

70) Mauro, Tony. "Let the cameras roll: Cameras in the court and the myth of Supreme Court Exceptionalism." Reynolds Ct. & Media LJ 1 (2011), pp. 266~267.

71) S.783 - Sunshine in the Courtroom Act of 2015
https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/783

72) H.R.917 - Sunshine in the Courtroom Act of 2015
https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/917
하원의 법안은 사법위원회(House Committee on the Judiciary)뿐만 아니라, 법원·지적재산권·인터넷 분과위원회(Subcommittee on Courts, Intellectual Property, and the Internet)에도 회부된 상태이다.

증인의 차폐와 관련하여 상원 법안은 하원 법안과는 다르게 의무적 지침서를 규정하도록 하고 있다. 이에 따르면 사법협의회(Judical Conference of the United States)는 동 법률 제정 후 6개월 이내에 취약한 증인-범죄피해자, 미성년 피해자, 피해자의 가족, 협조적인 증인, 위장 중인 법집행공무원 또는 비밀수사관, 증인의 이동과 보호를 규정한 연방법 제18장 제3521조의 적용 대상인 증인, 18세 이하의 미성년자를 포함한 증인-에 대한 차폐조치의 내용을 의무적으로 제정해야 한다.[73] 상원의 법안은 증인에 대한 차폐 외에도 '개인의 안전·재판의 보안·미래 또는 현재 진행 중인 법집행의 완전성·사법적 이익이 위협된다고 볼 수 있는 정당한 이유가 있을 때' 재판장의 재량으로 개인의 음성과 얼굴을 차폐할 수 있도록 규정하고 있다.[74]

그리고 상원 법안은 '협의내용이 재판의 공식적인 녹음에 해당하지 않는다면, 변호사와 소송당사자 사이·소송당사자의 공동변호사 사이·변호사와 재판장 사이의 협의내용이나 상대방 변호사와의 협의내용은 음성녹취나 방송할 수 없다.'고 규정하여, 변호인과 소송당사자 간의 신뢰보호 등을 보장하려고 하고 있다.[75] 또한 상원 법안은 재판의 중계가 침해할 수 없는 법원의 고유권한에 대해 다시 한 번 강조하고 있는데, 이에 따르면 '증인보호를 위한 법원 고유의 권한이나 개인의 안전·법적 절차의 격식 및 완전성 보장을 위해 방청인을 퇴정시키는 법원의 고유권한'은 제한될 수 없다.[76]

---

73) MANDATORY GUIDELINES.—Not later than 6 months after the date of enactment of this Act, the Judicial Conference of the United States shall promulgate mandatory guidelines which a presiding judge is required to follow for obscuring of certain vulnerable witnesses, including crime victims, minor victims, families of victims, cooperating witnesses, undercover law enforcement officers or agents, witnesses subject to section 3521 of title 18, United States Code, relating to witness relocation and protection, or minors under the age of 18 years. The guidelines shall include procedures for determining, at the earliest practicable time in any investigation or case, which witnesses should be considered vulnerable under this section.

74) DISCRETION OF THE JUDGE.—The presiding judge shall have the discretion to obscure the face and voice of an individual, if good cause is shown that the photographing, electronic recording, broadcasting, or televising of the individual would threaten—
(i) the safety of the individual;
(ii) the security of the court;
(iii) the integrity of future or ongoing law enforcement operations; or
(iv) the interest of justice.

75) NO BROADCAST OF CONFERENCES BETWEEN ATTORNEYS AND CLIENTS.—There shall be no audio pickup or broadcast of conferences which occur in a court proceeding between attorneys and their clients, between co-counsel of a client, between adverse counsel, or between counsel and the presiding judge, if the conferences are not part of the official record of the proceedings.

Ⅴ. 독일에서의 재판 중계 : 재판의 특성에 따른 법규범의 적용

1. 독일기본법 제5조와 Honecker 소송에 대한 연방헌법재판소 판결

독일기본법 제5조 제1항 제2문은 '출판의 자유와 방송 및 영상을 통한 보도의 자유'를 보장하고 있다.[77] 보장되는 방송의 자유의 범위를 좁게 볼 경우 그것은 단순한 보도에 한정되겠지만, 넓게 볼 경우 그것은 -보도뿐만 아니라- 제반 방송 프로그램의 기획·제작·편성·전송을 모두 포함하게 된다.[78] 재판 중계의 방법으로서 논의되는 라디오방송과 TV방송은 기본법 제5조의 보장범위 내에 속한다고 이해할 수 있을 것이다.[79]

재판 중계와 기본법 제5조 방송의 자유의 관계에 대해서는 독일연방헌법재판소의 에리히 호네커(Erich Honecker) 소송을 생각해볼 수 있을 것이다. 이 소송에서는 '심리가 아닌, 심리의 휴식시간 및 심리개시 전과 후의 과정'에서 TV촬영을 제한한 재판장의 명령이 독일기본법 제5조 제1항의 방송의 자유에 대한 적절한 제한이었는지의 여부가 문제되었다.[80] 즉 재판장의 TV촬영 제한명령의 근거

---

76) INHERENT AUTHORITY.—Nothing in this Act shall limit the inherent authority of a court to protect witnesses or clear the courtroom to preserve the decorum and integrity of the legal process or protect the safety of an individual.

77) Artikel 5
(1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.
(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

78) 최우정, 「주요국가의 방송통신법제에 관한 비교법적 연구 -독일-」, 한국법제연구원, 2009, 45쪽.

79) 그러나 방송의 자유의 보장 범위에 'TV방송사나 그 대표자가 재판의 심리에 참여할 기회를 요구할 권리'까지 포함되는 것은 아니라고 본다(김재윤, "독일과 한국의 공개주의와 그 제한에 관한 비교법적 고찰-공개주의의 확대로서 TV공개주의에 관한 최근 독일의 논의를 중심으로-", 「형사법연구」 제21권 (한국형사법학회, 2004), 312쪽).

80) 독일 통일 후 동독의 독일통일사회당의 총비서관이자 국가수반이었던 에리히 호네커(Erich Honecker)와 다수의 중요한 정치인들에 대한 형사소송이 1992년 11월 12일 베를린 지방법원 형사 제27부에서 개시되었다. TV방송국들은 이 소송에 관해 보도하고자 하였고, 독일 TV방송국 ZDF(Zweites Deutsches Fernsehen)는 8월 31일 재판장에게 1개의 카메라 팀과 3명의 사진사에게만 법정출입을 허용하는 합동대표취재 해결책을 제안하였다.
그러나 11월 3일 해당 법원의 재판장은 TV촬영은 법정 밖의 안전한 장소에서만 허용될 수 있고, 법정 내에서는 허용될 수 없다고 결정하였다. ZDF는 재판장의 이러한 명령에 헌법소원을 제기하였다. 헌법소원을 의식한 재판장은 11월 9일 자신의 명령을 변경하여 공판 첫 날 약 5분간 TV방송국 중 1개의 카메라 팀과 2명의 사진사가 공판 개시 전에 촬영을 할 수 있도록 허가

가 된 법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz) 제176조가 방송의 자유에 대한 제한을 규정하고 있는 독일기본법 제5조 제2항의 일반 법률에 속하는지, 그리고 그 경우 제한의 비례성이 준수되었는지의 여부가 문제되었다.[81][82]

연방헌법재판소는 '법원조직법 제176조는 신문이나 방송을 특별히 지칭하는 것이 아니라 모든 사람을 적용대상으로 하는 것이기 때문에, 해당 법률은 기본법 제5조 제2항에서 규정하는 일반 법률로서 이해될 수 있다.'고 보았다.[83] 하지만 법원조직법 제176조를 근거로 하여 이루어진 TV촬영의 전면적인 금지는 비례성이 충족되지 않아 부적절한 것이라고 판단하였다.[84] 연방헌법재판소는 '소송당사자의 기본권은 카메라 한 대 만으로도 침해될 수 있지만, 그 경우에도 재판장이 카메라의 위치·시간·촬영기간·제재부과 등의 지시를 내림으로써 그 침해를 줄일 수 있다.'고 보았기 때문이다.[85]

2. 법원조직법 제169조 제2문과 이에 대한 연방헌법재판소 판결

재판 중계와 관련하여 독일의 법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz) 제169조 제1문은 우리의 법원조직법 제57조 제1항과 유사하게 '판결의 선고와 결정의 고지를 포함한 법원의 심리는 공개한다.'고 하며 공개재판원칙을 규정하고 있다.[86] 그러나 동조 제2문은 우리 법원조직법 제57조와는 다르게, '라디오와 TV로 방송하는 것, 그리고 공중에의 상영 또는 그 내용의 공표를 목적으로 하는 음성녹음이나 영상녹화는 허용되지 않는다.'고 하여, 공개재판원칙의 배제로서 재판 중계의 불허에 대해 언급하고 있다.[87]

하였다. 그러나 ZDF는 이 명령에 대해서도 다시 헌법소원을 제기하였다(김재윤, "독일과 한국의 공개주의와 그 제한에 관한 비교법적 고찰-공개주의의 확대로서 TV공개주의에 관한 최근 독일의 논의를 중심으로-", 「형사법연구」 제21권 (한국형사법학회, 2004), 322~323쪽).

81) 호네커 소송에서는 법원조직법 제169조 제2항은 적용되지 않았는데, 이는 심리 외의 부분에 대한 재판 중계를 다루었기 때문이다.

82) § 176 [Sitzungspolizei]
Die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung obliegt dem Vorsitzenden.

83) BVerfGE 91, 125, 136f.

84) BVerfGE 91, 125, 138.

85) BVerfGE 91, 125, 138f.

86) 법원조직법 제169조는 '공개'를 '신념이나 국적에 무관하게 특별한 어려움 없이, 심리의 장소와 일시를 알 수 있다.'와 '사실상의 여건 내에서 법원에 입장하는 것이 자유로워야 한다.'의 의미로 해석하고 있다. 그러나 이것이 법정에서의 모든 과정을 알 수 있다는 의미로 해석되는 것은 아니라고 한다(Meyer-Goßner, Lutz, and Bertram Schmitt, Strafprozessordnung: StPO, C.H. Beck, 2009, §169 GVG Rn. 3).

독일은 방송으로 확정되지 않은 녹음·녹화라 하더라도 내용공표를 목적으로 행해지는 것이라면 법원조직법 제169조 제2문에 의해 금지된다고 해석하고 있다.[88] 이 해석에 따르면 일반에 공표하는 것이 아니라 재판내용을 기록으로 남기기 위한 녹음과 녹화는 허용될 수 있다.[89] 그러나 동조 제2문의 해석과 관련하여 문제되는 부분은 이것을 '절대적인 규정', 즉 이 조문을 법원 또는 소송관계자가 -녹음이나 녹화와 같은- 금지된 행위에 대해 동의하거나 이를 바랬는지의 여부와 상관없이 절대적으로 적용되는 것으로 해석하고 있다는 점에 있다.[90]

뉴스전문 TV방송국 n-tv는 '법정심리 및 판결의 선고 시에 TV촬영이 허용되는지의 여부'와 관련하여, 법원조직법 제169조 제2문에 대해 헌법소원을 제기하였다.[91] 이에 대해 연방헌법재판관 다수는 해당 조문이 헌법에 합치된다는 판결을 내렸다. 5명의 재판관은 소송의 무제한적인 공개는 '소송관계자의 인격권, 공정한 절차의 요구 및 판결의 효율성, 방해 없이 이루어지는 법과 진실의 추구'와 대치되는 것이므로,[92] TV촬영의 절대적인 금지가 헌법에 반하는 것은 아니라고 보았다. 그러나 3명의 재판관은 예외가 인정되지 않는 이러한 절대적인 금지에 대하여 반대의견을 표명하였다. 이는 행정법원의 소송절차처럼 소송관계자의 인격권에 대해 특별한 보호가 필요하지 않는 소송절차가 있을 수 있다는 점 때문이었다.[93]

---

87) § 169 [Öffentlichkeit]
Die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse ist öffentlich. Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen sowie Ton- und Filmaufnahmen zum Zwecke der öffentlichen Vorführung oder Veröffentlichung ihres Inhalts sind unzulässig.

88) Meyer-Goßner, Lutz, and Bertram Schmitt, Strafprozessordnung: StPO, C.H. Beck, 2009, §169 GVG Rn. 9.

89) 한동섭/정문식/김형일, 「사법의 투명성과 개방성 확보를 위한 재판방송 실시 방안에 관한 연구」, 법원행정처, 2012. 168쪽.

90) Kissel, Otto Rudolf, and Herbert Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz: GVG, C.H. Beck, 2008, §169 Rn. 69.

91) BVerfGE 103, 44.

92) BVerfGE 103, 44, 64.

93) BVerfGE 103, 44, 77f.

3. 연방헌법재판소법 제17a조에 대한 해석

절대적 규정으로 해석되는 법원조직법 제169조 제2문의 녹음·녹화의 제한은 '심리'에만 적용되는 것이다.[94] 그러나 법원조직법 제169조 제2문은 연방헌법재판소의 심리에서는 적용되지 않는다.

연방헌법재판소법(Bundesverfassungsgerichtsgesetz) 제17a조 제1항은 -법원조직법 제169조 제2문과는 달리- '구두변론을 할 때'와 '법원이 재판당사자들의 출석을 확인할 때까지', 라디오와 TV로 방송하는 것 그리고 공중에의 상영 또는 그 내용의 공표를 목적으로 하는 음성녹음이나 영상녹화를 허용하고 있다. 그러나 동조 제2항에서 다시 그것이 제한되는 경우를 규정하고 있는데, 이에 따르면 당사자나 제3자에게 보호해야 할 이익이 있는 경우와 질서정연한 재판의 진행이 필요한 경우, 동조 제1항에서 허가한 녹음이나 녹화 또는 그것의 중계는 전적으로 또는 부분적으로 금지될 수 있고, 부과지침 엄수를 조건으로 가진 채 허용될 수 있다.[95]

연방헌법재판소법 제17a조 제1항은 연방헌법재판소 절차의 특수성 때문에 규정된 것이라고 이해될 수 있을 것이다. 법원조직법 제169조 제2문이 재판 중계를 금지하였던 이유는 '재판참여자의 공정한 재판을 받을 권리, 재판참여자가 자신의 모습이나 언행에 관해 갖는 권리, 공적인 자아형성의 권리' 등을 보장하기 위해서였다.[96] 그러나 연방헌법재판의 소송절차에서는 법원조직법 제169조 제2문이 보장하고자 하였던 재판청구권 및 일반적 인격권에 대한 침해가 좀처럼 발생하지 않을 수 있다. 이는 연방헌법재판의 소송관계인이 일반인이 아닌 기관의

---

94) Meyer-Goßner, Lutz, and Bertram Schmitt, Strafprozessordnung: StPO, C.H. Beck, 2009, §169 Rn. 8.

95) § 17a
(1) Abweichend von § 169 Satz 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes sind Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen sowie Ton- und Filmaufnahmen zum Zwecke der öffentlichen Vorführung oder der Veröffentlichung ihres Inhalts zulässig
1. in der mündlichen Verhandlung, bis das Gericht die Anwesenheit der Beteiligten festgestellt hat,
2. bei der öffentlichen Verkündung von Entscheidungen.
(2) Zur Wahrung schutzwürdiger Interessen der Beteiligten oder Dritter sowie eines ordnungsgemäßen Ablaufs des Verfahrens kann das Bundesverfassungsgericht die Aufnahmen nach Absatz 1 oder deren Übertragung ganz oder teilweise ausschließen oder von der Einhaltung von Auflagen abhängig machen.

96) 한동섭/정문식/김형일, 「사법의 투명성과 개방성 확보를 위한 재판방송 실시 방안에 관한 연구」, 법원행정처, 2012. 173쪽.

대표 또는 소송대표자인 경우가 많기 때문이다.[97] 그리고 연방헌법재판소송에서 제기된 헌법적 질문들이 정치적 의미와 사회적 참여를 불러일으키는 내용을 갖고 있고, 그런 만큼 공개적으로 토론되는 경우가 많다는 점 역시 같은 이유로 작용할 수 있을 것이다.[98]

Ⅵ. 결론

앞서 살펴보았듯이 재판 중계는 사법의 투명성을 바탕으로 한 국가권력의 통제뿐만 아니라, 공정한 재판을 통한 소송당사자의 권리구제, 나아가 국민의 알권리 실현이라는 기본권보장을 가능하게 하는 것이다. 하지만 그와 비례하여 재판 중계는 재판관계자의 인격권을 비롯한 사생활의 자유와 정보기본권을 침해할 위험성이 있다. 또한 무죄추정의 원칙과 공정한 재판을 받을 권리를 침해할 수 있고, 판결을 내림에 있어서 언론이라는 외부의 영향력으로 인해 사법의 독립성을 침해할 수도 있다.

그러나 재판 중계와 관련하여 제기되는 이러한 문제상황은 재판 중계의 당위성을 저해하는 본질적인 문제라기보다는, 이를 구체화하는 과정에서 파생되는 부수적인 우려라고 할 수 있다.[99] 따라서 법제도의 신중한 형성을 통해 그 피해상황을 줄일 수 있을 것이며, 이를 위해서는 재판 중계에 대한 비교법적 검토가 중요하게 고려되어야 할 것이다.

재판 중계에 대한 미국의 시범프로그램 운영사례는 '재판 중계 제도가 가진 부정적인 측면이 실제 재판 중계를 수행하는 과정에서 얼마만큼 발현되고, 재판에 영향력을 미치는지를 판단'하는 데 좋은 자료가 될 수 있을 것이다. 그리고 재판 중계에 대한 독일의 법원조직법과 연방헌법재판소법에 대한 체계분석 및 해석은 우리 법원조직법에 대한 하나의 선례로서 작용하여, '재판 중계에 대한 당위성과 그 실현에 대한 헌법적 의의를 높이는 데 기여'할 수 있을 것이다. 특히 우리나라와 독일이 헌법재판권한을 일반법원(최고법원)이 아닌 특정헌법재판기관에 부여하고 있다는 점을 고려하면, 헌법재판 중계에 대해 규정하고 연방헌법재판소법

---

97) Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des BVerfGG und des Gesetzes über das Amtsgehalt der Mitglieder des BVerfG, BT-Drs. 13/7636 v.15.5.1997, S. 7.

98) Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des BVerfGG und des Gesetzes über das Amtsgehalt der Mitglieder des BVerfG, BT-Drs. 13/7636 v.15.5.1997, S. 7.

99) 한동섭/김형일, "재판중계의 법적 쟁점 해소를 위한 방안 연구", 「법학논총」 제31집 제2호 (한양대학교 법학연구소, 2014), 64쪽.

제17a조가 갖는 시사점은 더욱 크다고 할 수 있을 것이다. 비단 미국과 독일뿐만이 아니라, 재판 중계에 대한 논의는 여러 나라에서 다각적인 연구와 실험 등을 통해 진행 중이며, 재판 중계에 대한 허용도 점점 증가하고 있는 추세라고 할 수 있을 것이다.

우리 법원도 느리지만 재판 중계의 불허가 점차적으로 완화되고 있는 모습을 보이고 있다. 그러나 여전히 우리 법원은 기자들에게조차 재판기록을 위한 휴대전화 및 태블릿PC 등의 사용을 금지하고 있다. 하지만 오늘날의 촬영기술의 발달은 법정 내에 초소형 카메라를 몰래 반입·소지하는 것을 가능하게 만들었고, -초소형카메라가 아니라 하더라도- 스마트폰만으로 재판과정을 쉽게 녹음·녹화할 수 있게 만들었다. 오히려 이렇게 몰래 수집한 재판과정에 대한 정보가 부정확하게 편집되거나 악의적으로 왜곡되어 유포되었을 경우 발생할 수 있는 문제는 더욱 크다고 할 수 있다.

그러므로 재판의 중계가 갖는 사법의 투명성의 의미를 변질시키기 않기 위해서는 이를 담보할 수 있는 재판 중계 제도가 심도 있게 검토되어야 한다. 그리고 이 경우 고려될 수 있는 내용으로는 중계를 하는 주체가 누구여야 하는지, 그리고 중계를 하는 방법은 어떠해야 하는지 등이 있을 것이다.

중계의 주체와 관련된 것은 법원과 방송사 중 누가 영상녹화의 담당주체가 되는 것이 재판의 공정성과 투명성 확보에 더 적합한지가 문제될 수 있을 것이다. 방송사가 주체가 되는 경우에는 공영방송사와 민영방송사의 경우로 나누어서 각 경우에 대한 장·단점을 비교해볼 수 있을 것이다. 중계방법으로는 생중계와 녹화중계를 생각해 볼 수 있을 것이다. 생중계의 경우에는 재판의 실제 과정을 있는 그대로 보여준다는 점에서 사법의 투명성 확보에는 긍정적이지만, 재판 내 돌발상황이나 그 과정에서 발생할 수 있는 소송당사자 및 관계자의 기본권침해 예방에는 취약할 수 있다는 문제가 있다. 반면 녹화중계의 경우에는 정보공개로 인한 기본권침해 예방에는 효과적일 수 있지만 편집을 통한 재판 왜곡의 위험성이 있다.[100]

재판이나 사법절차를 실제로 경험한 국민이 많지 않다는 것을 고려하면, 재판

100) 그리고 재판 중계 시 원고와 피고간의 화면현출시간이 동등성을 갖추었는지 등도 고려되어야 할 것이다. 그 외에도 중계대상에 따라 중계의 범위를 다르게 설정할 가능성도 존재해야 할 수 있을 것이다. 이와 관련해서는 각급 법원에 따른 것과 재판의 종류에 따른 것을 고려해볼 수 있을 것이다.

중계는 간접적이지만 국민들의 사법제도에 대한 이해수준을 높이는 데 교육적인 효과를 갖는 것이라고 할 수 있을 것이다.[101] 이 경우 재판 중계는 사법기관의 국가권력 행사에 대한 국민의 통제, 즉 통치권에 대한 주권자로서의 국민의 통제를 실질적으로 가능하게 만든다는 점에서 민주주의의 및 국민주권의 실현과도 연결될 수 있을 것이다.

하지만 우리나라에서 재판 중계에 대한 사법기관의 시도는 아직 시작 단계이며, 이에 대한 국민의 관심도 아직은 낮은 상태라고 할 수 있다. 재판 중계가 갖는 부정적인 측면이 재판 중계를 구체화하는 방법에 따라 축소될 수 있다는 것을 고려하면, 재판 중계를 통한 사법의 투명성 확보와 공정한 재판의 구현은 국가기관과 국민 모두의 의지와 노력이 필요한 것이라고 이해할 수 있을 것이다.

101) 한동섭/정문식/김형일, 「사법의 투명성과 개방성 확보를 위한 재판방송 실시 방안에 관한 연구」, 법원행정처, 2012, 239쪽.

(논문투고일: 2016.09.04, 심사개시일: 2016.09.05, 게재확정일: 2016.09.23)

김 소 연

사법의 투명성, 공정한 재판, 공개재판원칙, 재판 중계, 재판방송

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010.

장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2015.

정동윤/유병현/김경욱, 「민사소송법」, 법문사, 2016.

최우정, 「주요국가의 방송통신법제에 관한 비교법적 연구 -독일-」, 한국법제연구원, 2009.

한동섭/정문식/김형일, 「사법의 투명성과 개방성 확보를 위한 재판방송 실시 방안에 관한 연구」, 법원행정처, 2012.

한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2016.

Federal Judicial Center, Video Recording Courtroom Proceedings in United States District Courts: Report on a Pilot Project Federal Judicial Center 2016, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2016.

Goldfarb, Ronald L. TV or not TV: Television, Justice, and the Courts, NY U Press, 1998.

Kissel, Otto Rudolf, and Herbert Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz: GVG, C.H. Beck, 2008.

Meyer-Goßner, Lutz, and Bertram Schmitt, Strafprozessordnung: StPO, C. H. Beck, 2009.

Ⅱ. 논문

강동욱, “형사재판에 있어서 공개주의의 의미와 그 내용에 관한 고찰”, 「한양법학」 제21권 제1집 (한양법학회, 2010), 215~232쪽.

_____, “형사재판에 대한 중계방송 제도도입의 문제점에 관한 고찰”, 「법과정책연구」 제10집 제2호 (한국법정책학회, 2010), 613~629쪽.

김일수, “재판공개의 원칙”, 「고시계」 제326호 (국가고시학회, 1984), 141~152쪽.

김재윤, “독일과 한국의 공개주의와 그 제한에 관한 비교법적 고찰-공개주의의 확대로서 TV공개주의에 관한 최근 독일의 논의를 중심으로-”, 「형사

법연구」 제21권 (한국형사법학회, 2004), 297~332쪽.

김태형, “재판에 대한 방송의 허용 여부에 관하여”, 「저스티스」제130호 (한국법학원, 2012), 128~164쪽.

박성윤, “변론절차의 방송, 멀고도 먼 길”, 「해외사법소식」제73호 (법원행정처 인사총괄심의관실, 2010), 20~24쪽.

변종필, “공개주의와 의사소통구조”, 「형사정책연구」제9권 제4호 (한국형사정책연구원, 1998), 109~140쪽.

손태규, “국민의 알권리와 법정 촬영 및 방송 -한국과 외국의 비교 연구-”, 「공법연구」제40집 제4호 (한국공법학회, 2012), 29~62쪽.

송희진, “형사재판에서의 공개주의”, 「연세법학연구」제7집 제2권 (연세법학회, 2000), 113~129쪽.

정문식, “재판방송의 헌법적 문제와 가능성 - 재판방송의 헌법적 정당성과 허용방안을 중심으로”, 「법학논총」제31집 제1호 (한양대학교 법학연구소, 2014), 143~170쪽.

정선주, “민사소송절차에서 공개재판의 원칙과 비밀보호”, 「서강법학연구」제2권 (서강대학교 법학연구소, 2000), 169~189쪽.

조규범, “재판방송에 대한 입법론적 소고”, 「입법학연구」제10집 제2호 (한국입법학회, 2013), 213~242쪽.

한동섭/김형일, “재판중계의 법적 쟁점 해소를 위한 방안 연구”, 「법학논총」제31집 제2호 (한양대학교 법학연구소, 2014), 53~72쪽.

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des BVerfGG und des Gesetzes über das Amtsgehalt der Mitglieder des BVerfG, BT-Drs. 13/7636 v. 15.5.1997.

Marder, Nancy S. "Judicial transparency in the twenty-first century", in Judicial Transarency and the Rule of Law, Pound Civil Justice Institute (2016).

Mauro, Tony, "Let the cameras roll: Cameras in the court and the myth of Supreme Court Exceptionalism", Reynolds Ct. & Media LJ 1 (2011).

Osterreicher, Mickey H. "Cameras in the Courts: The Long Road to the New Federal Experiment." Reynolds Ct. & Media LJ 1 (2011).

Ⅲ. 판례

대법원 1990. 6. 8. 선고 90도646 판결.
대법원 1995. 5. 23. 선고 94마2218 판결.
대법원 1999. 1. 26. 선고 97다10215,10222 판결.
대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결.
대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결.
헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808 이하.
헌재 2001. 3. 21. 99헌마139 등, 판례집 13-1, 676 이하.
헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010 등, 판례집 20-2상, 236 이하.
헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122, 판례집 25-2상, 494 이하.
BVerfGE 91, 125.
BVerfGE 103, 44.
Chandler v. Florida, 449 U.S. 560 (1981).
Estes v. Texas, 381 U.S. 532 (1965).
Hollingsworth v. Perry, 558 U.S. ___ (2010).

Abstract

A comparative legal analysis of the broadcasting of courtroom proceedings

Kim, Soyeon

There are two sides to the trial broadcasting. Having significance for judicial transparency and independence constitutionally, the trial broadcasting has contributed to control power of state and guarantee of fundamental human rights. But it could clearly lead to undermine fundamental liberties. One of the main concerns is the possibility of grave intrusion into privacy and an abuse of human rights. During the courtroom proceedings, the release information of the litigants and witness could undermine their personal rights and privacy of personal life. And trial broadcasting could make the people think that the defendants are guilty. It could violate the principle of the presumption of innocence and the right to a fair trial.

The trial broadcasting could be required by the principle of public trial. The principle of public trial is provided in the article of 27. 3 and the article 109 of our Constitution. The trial broadcasting is also based on the same provisions of Constitution and could be subjected to the article 57(Opening of Trials to Public), the article 58(Maintenance of Order in Court), the article 59(Prohibition of Videotape Recording, etc.) of Court Organization Act. But it is insufficient to interpret and operate the broadcasting of courtroom proceedings in our court by only these provisions. It might be that legislation about trial broadcasting is necessary.

There were various discussions and experiment with trial broadcasting in other countries over the years. A comparative legal analysis of the broa

dcasting of courtroom proceedings in United States and German would hel p to make legislative policy about trial broadcasting in our legal system. I n United States, federal court were piloting Cameras in the Courtroom pro ject. Their outcomes analysis might have important implications for the wa y to reduce the negative aspects of trial broadcasting. And considering our Constitution and Court Organization Act have similar legal provisions to Germ an law, to interpret Grundgesetz, Gerichtsverfassungsgesetz, Gerichtsverfassun gsgesetz might be useful to legislate law about trial broadcasting in our legal system.

Kim, Soyeon

Judicial Transparency, Right to Fair Trial, The principle of Public Trial, Cameras in the Courts, Trial Broadcasting

지능정보사회의 규범설정 기본원칙에 대한 고찰

김민호*
이규정**
김현경***

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 지능정보사회로의 패러다임 변화
1. 지능정보기술의 발전
2. 각국의 지능정보사회 대응 전략
3. 사회패러다임의 변화와 규범재정립의 필요성
Ⅲ. 지능정보기술의 특성과 규범의 한계
1. 지능정보기술의 특성
2. 현행규범의 한계와 입법방향
Ⅳ. 지능정보사회 규범설정의 기본원칙
1. 인본중심 기술구현
2. 인간의 권리유일성
3. 무차별·공정서비스
4. 사회책임의 강화
5. 사생활의 존중
6. 인간의 일할 권리 보장
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

최근 지능정보기술에 기반 한 지능정보화의 급속한 진전으로 전 세계적으로 경제시스템과 사회구조를 근본적으로 변화하는 패러다임의 전환기에 있다고 할 수 있다. 이러한 지능화된 서비스는 우리의 삶의 질을 향상시키고 새로운 지식에의 접근성 향상 등으로 새로운 기회를 제공할 것으로 예상 된다. 반면 노동대체, 부의 양극화, 프라이버시 침해 등 우려도 크다. 따라서 본 연구는 바람직한 지능정보사회의 안착, 즉 인간에게 이로운 '지능정보사회'의 구현을 위해 반드시 필요한 입법정책 방향과 기본원칙을 제안하였다. 입법방향으로 i)'지능정보사회 인프

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수
** 한국정보화진흥원 연구위원
*** 서울과학기술대학교 조교수, 교신저자

라‘ 의 구축, ii) 국가사회 신뢰구축을 위한 위기관리시스템의 마련, iii)기술 중심 입법 한계 타파를 제안하였다. 그리고 지능정보사회 규범설정시 반드시 지켜져야 하는 기본원칙으로 i)인본중심 기술구현, ii)인간의 권리유일성, iii)무차별·공정서비스, iv)사회책임의 강화, v)사생활의 존중, vi)인간의 일할 권리 보장을 제안하였다.

Ⅰ. 서론

최근 정보통신기술과 인공지능(AI) 기술이 서로 접목되면서 이른바 '지능정보사회'로의 패러다임 전환에 대한 논의가 본격화되고 있다. 사물인터넷(IoT)·AI·로보틱스·빅데이터 등 인간과 사물의 사고 능력을 획기적으로 향상시키는 지능정보기술의 급속한 발전은 기계로 생산능력을 획기적으로 높인 산업혁명, 컴퓨터·인터넷으로 인간의 정보활용 능력을 대폭 향상시킨 정보혁명에 이어, 인간과 사물의 인지·사고 능력을 강화시키는 지능혁명을 가져 올 것으로 여겨지고 있다.[1] 이처럼 지능정보기술에 기반 한 지능정보화의 급속한 진전으로 인해 전 세계적으로 경제시스템과 사회구조를 근본적으로 변화하는 패러다임의 전환기에 있다고 할 수 있다. 이러한 지능화된 서비스는 우리의 삶의 질을 향상시키고 새로운 지식에의 접근성 향상 등으로 새로운 기회를 제공할 것으로 예상 된다. 그러나 '지능정보사회'에 대한 낙관론만 있는 것은 아니다. 기술혁신이 계속 인류를 이롭게 할 것인가를 놓고 벌였던 유명한 TED논쟁에서 각각 찬반의 입장이었음에도 불구하고 에릭 브린욜프슨 교수와 로버트 고든 교수는 둘 다 '기술의 발전이 불평등을 심화시킨다'라는 것에 동의하였다. 노동대체, 부의 양극화, 기계종속성 등에 대한 우려와 두려움 또한 크다.

기술자체는 가치중립적이며 결국 인간이 어떠한 관점으로 기술을 활용하고 이끌어 가는가에 따라서 세상은 달라질 수 있다. 본 연구는 바람직한 지능정보사회의 안착, 즉 인간에게 이로운 '지능정보사회'의 구현을 위해 반드시 필요한 입법정책 방향과 기본원칙을 모색하고자 한다. 이를 위해 지능정보기술의 특성을 분석하고 관련 법제도의 한계를 탐구하고자 한다.

Ⅱ. 지능정보사회로의 패러다임 변화

1. 지능정보기술의 발전

현재 정보통신기술(ICT)에 인공지능(AI)[2] 기술이 접목된 '지능정보기술'의 비약

1) 이정아, 지능화 시대, 새로운 대한민국으로 디자인하라, IT & Future Strategy 보고서(NIA) 제1호 (2016.3.31.), 4면.

2) 인공지능 기술은 인간의 인지능력, 학습능력, 이해능력, 추론능력 등을 실현하는 기술로서, 컴퓨터의 소형화·고속화·대용량화 등 인공지능의 하드웨어적 기반을 바탕으로 패턴인식, 기계학습, 전문가 시스템, 인공신경망, 자연어 처리 등 다양한 분야의 소프트웨어 기술과 융합하면서 더욱 발

적인 발전과 이를 기반으로 한 '지능정보화'의 촉진은 전세계적인 화두가 되어 있다. 2010년대 초부터 급부상하기 시작한 지능정보기술은 지금까지의 정보통신기술과는 전혀 다른 기능으로 사회·경제 전반을 혁신하여 종전의 '지식정보사회'에서 '지능정보사회'로 그 패러다임을 급속히 전환할 것으로 예측된다.

<지능정보기술의 등장과 발전 단계>

지능정보기술	등장 시기	단계
모바일(이동형) 로봇	'07~'13	'07~'12(도입기), '13(기대 절정기)
지능형 로봇(Smart Robot)	'14~'15	'14~'15(도입기)
뇌·과학 인터페이스	'10~'15	'10~'15(도입기)
기계학습(Machine learning)	'15	'15(기대 절정기)
3D 바이오 프린팅	'11~'15	'11~'15(도입기)
스마트 어드바이저(예: IBM 왓슨)	'14~'15	'14~'15(기대 절정기)
자율주행자동차	'10~'15	'10~'15(기대 절정기)
클라우드컴퓨팅(Cloud Computing)	'08~'14	'08(도입기), '09~'11(절정기), '12~'15(침체기), '12(하이브리드클라우드 기대 절정기)
사물인터넷(IoT)	'11~'15	'11~'12(도입기), '13~'14(기대 절정기), '15(IoT 플랫폼 기술 도입기)
빅데이터(Big Data)	'11~'13	'11(도입기), '12~'13(기대 절정기)
양자 컴퓨터(Quantum Computing)	'00, '05~'06. '09~'15	'00, '05~'06, '09~'15(도입기)
인간 증강(Human Augmentation)	'09~'15	'09~'15(도입기)
생체음향 센싱(Bioacoustic Sensing)	'13~'15	'13~'15(도입기)
가상비서(Virtual Personal Assistants)	'14~'15	'14~'15(도입기)
자연어 처리(Natural Language Processing)	'02, '11~'15	'02, '11~'12(도입기), '13~'14(절정기), '15(침체기)
시맨틱웹(Semantic Web)	'01, '03	'01(도입기), '03(절정기)

출처 : 가트너, '2006~2015 신기술 라이프싸이클' 내용을 재정리(이정아, 4면에서 재인용·재구성).

전하고 있다. 현대경제연구원, 인공지능(AI) 관련 유망산업 동향 및 시사점, 지속가능한 성장을 위한 VIP 리포트, 14-33(통권 584호)(이원태, 인공지능의 규범이슈와 정책적 시사점, KISDI Premium Report, 15-07(2015.12.7.), 2면에서 재인용).

지능정보기술은 사람의 정보활용 능력을 높여주는 정보통신기술과 달리 인간의 의사결정력을 높이고, 사물의 사고력을 가능케 하여 혁명적 변화를 가져올 것으로 전망된다. 즉, 정보통신기술이 비즈니스와 일상생활에서 인간의 정보활동을 지원하는 보조적 도구 역할을 했다면, 지능정보기술은 인간을 지원할 뿐만 아니라 스스로 작동·판단해 작업을 수행한다. 인공지능·인지시스템·IoT·로보틱스·3D프린팅·나노기술·유전공학·양자컴퓨터 등 다양한 지능정보기술이 광범위하게 결합·융합되고, 드론 배송, 자율주행차, 실시간 번역, 음성·안면인식, 자율로봇 활용 등 인간의 인식·판단·행동을 필요로 하는 작업이 지능정보기술을 기반으로 실현될 것이다. 또한 지능화된 사물의 사고능력이 획기적으로 향상되어 주체적으로 상황을 판단·제어해서 문제를 해결함으로써 사물·시스템의 무인화를 촉진할 것이다.[3]

이미 지능정보기술에 기반한 지능정보형 서비스와 제품이 다양하게 보급되어 생활서비스와 비즈니스 분야에 활용되고 있다. 인공지능 기술을 이용한 의료검진과 원격수술, 드론 배송, 자율주행차, 스마트 어드바이저, 가상현실(VR)·증강현실(AR) 기반의 몰입형 엔터테인먼트, 지능형 로봇 등 다양한 제품과 서비스가 속속 현실화되고 있고, 조만간 스스로 인식·판단하여 전투를 수행하는 전투로봇도 개발되어 실전 배치될 것으로 보인다.[4]

지능정보기술은 체스·장기·바둑 등 정형화된 분야에서는 이미 인간의 능력을 추월한 부분도 있으며, 지능정보기술의 발전 추세를 볼 때 머지않은 장래에 인간의 능력을 완전히 대체하거나 뛰어넘을 수도 있다는 전망도 나오고 있다.[5]

2. 각국의 지능정보사회 대응 전략

최근 들어 자율주행차, 로봇, 드론 등 지능정보기술을 기반으로 한 새로운 산업에 대한 각국의 정책과 글로벌 ICT 기업의 투자와 연구개발 등 국가간 경쟁이 가속화되고 있다.[6] 특히 지능정보기술을 기반으로 한 지능정보화는 이른바 '제4차 산업혁명'을 주도하는 핵심으로 인식되고 있으며,[7] 각국은 이러한 기술과 산업에

---

3) 이정아, 전게보고서, 5면.

4) 세계 40여개 국가에서 인공지능을 장착한 전투용 로봇 개발에 들어 갔으며, 러시아는 2020년까지 지능형 전투로봇을 개발할 계획으로 있다. NEWSIS, 2016.8.7.

5) 유엔 미래보고서(State of Future)는 인공지능이 인간을 뛰어넘는 시기를 2045년으로 예측하였고, 미국의 컴퓨터 과학자이자 미래학자인 레이 커즈와일(Ray Kurzweil)은 2029년쯤 컴퓨터가 인간 지성의 수준에 도달하거나 능가할 것이라고 전망한 바 있다. 이정아, 전게보고서, 8면; http://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1003464221&plink=ORI&cooper=NAVER 참조.

6) 이원태, 인공지능의 규범이슈와 정책적 시사점, KISDI Premium Report, 15-07(2015.12.7.), 2면.

서의 새롭고 혁신적 패러다임 변화가 경제시스템과 사회구조의 변화를 유발하여 지능정보사회로 진화할 것으로 보고 발빠르게 대응하는 양상이다.

미국·독일·일본 등 선진국들은 국가 경쟁력 제고와 미래 지능정보사회 구현을 위해 국가 차원의 다양한 정책과 프로젝트를 추진하고 있다. 지능정보기술 기업을 가장 많이 보유한 미국은 다국적 기업 기반의 서비스 발전, 독일은 지능정보기술 기반 제조업 혁신, 영국은 스타트업 육성 등을 위해 지능정보기술을 적극 활용하는 전략을 추진하고 있다. 그리고 일본은 인공지능과 로봇 등 지능정보기술의 발전을 위해 인공지능기술전략회의 를 발족하는 등 적극적으로 대응하고 있으며, 중국도 정보화와 지능정보화를 축약해서 추진하는 정책으로 속도를 내고 있다.[8)]

우리 정부도 전세계적인 제4차 산업혁명에 대응하여 지능정보기술 확산에 따른 경제사회의 미래 변화상을 분석하고 바람직한 지능정보사회 실현을 위한 국가 차원의 중장기 종합대책 수립 및 추진을 위하여 미래창조과학부에 '지능정보사회 추진단'을 설치하여 지능정보사회 관련 정책의 범정부 조정자 역할을 수행하도록 할 계획이다.[9)] 지능정보사회 추진단은 1) 지능정보사회 중장기 종합대책 및 실행계획 수립, 2) 지능정보기술 확산에 따른 경제사회 구조변화 분석 및 대응방향 수립, 3) 지능정보기술 확산에 따른 미래 일자리 구조 변화 분석 및 대응방향 수립, 4) 지능정보기술 및 서비스의 사회 확산을 위한 전략 수립, 5) 지능정보산업 육성 및 서비스 분야의 혁신 전략 수립, 6) 지능정보사회에 필요한 창의인재 육성 방안 마련, 7) 지능정보사회에 대응한 법제도 개선 및 역기능 대응, 8) 지능정보사회에 대비하는 핵심 사업 추진, 9) 관계기관 협력에 관한 사항 등의 업무를 수행한다.

3. 사회패러다임의 변화와 규범재정립의 필요성

정보통신기술과 인공지능기술의 결합을 통한 기술혁신과 지능정보화는 경제·산

---

7) 제4차 산업혁명은 제1차 산업혁명(1760~1840), 제2차 산업혁명(19세기 후반~20세기 초반), 제3차 산업혁명(1960대 시작, 컴퓨터·디지털·인터넷 중심) 이후 지능정보기술 주도의 경제·산업구조 혁신 단계를 의미한다. 제3차 산업혁명은 컴퓨터와 인터넷을 통한 전산화·자동화·온라인화와 정보활용이 강조되었다면, 제4차 산업혁명은 사물의 지능화·자율화와 인공지능기술을 통하여 인간의 지적능력의 한계 극복에 그 특징이 있다.

8) 지능화시대를 대비한 각국의 주요 정책과 프로젝트에 관한 내용은 이정아, 전게보고서, 14~15면 참조.

9) 미래창조과학부는 금년 7월 26일 '지능정보사회 추진단의 설치 및 운영에 관한 규정안'(총리훈령)을 행정예고하였다.

업구조의 변혁 뿐만 아니라 사회문화 전반에 커다란 변화를 가져올 것으로 전망된다. 지능정보화의 진전은 우선 산업과 경제시스템의 급속한 변화를 가져올 것이며, 정부서비스 및 생활 분야의 편의성도 비약적으로 향상시킬 것으로 보여진다. 제조업·서비스업 등 주요 산업분야에서는 생산방식의 지능화로 인하여 전통적 산업영역과의 경쟁구도가 크게 변화하고, 대량 맞춤형 생산이 가능한 수요자 중심의 경제시스템이 실현되고, 지능정보기술에 앞선 ICT 기업, 특히 글로벌 ICT 기업들이 기존 산업재편을 주도할 것으로 판단된다. 그리고 고용·노동분야에서도 지능정보화에 따른 신규 일자리 창출이 기대되지만, 반면에 인공지능과 로봇 등에 의해 인간노동이 대체되거나 일자리가 소멸되는 상황도 예측할 수 있다.[10)]

한편 지능정보화의 진전은 다양한 사회문제를 노출할 가능성도 있다. 정보지능기술을 활용한 대량의 개인 데이터를 수집·분석·이용함으로써 사생활 침해의 위험이 더욱 증가하고, 지능정보기술이 실생활의 모든 사물과 사람에 직접 연결되면 해킹 등 기존 사이버공간의 보안위험이 현실세계까지 전이·확대되어 정보보안의 부담이 가중될 수 있다. 그리고 지능정보기술의 도입·활용 역량에 따라 개인간에는 고용·소득의 양극화와 정보의 격차를 야기하고, 기업간에는 승자에 의한 부가가치 독식이라는 심각한 경제·사회문제를 노출할 우려도 있다.

그리고 지능정보기술과 정보·데이터 이용의 신뢰성 확보문제도 이슈로 등장할 수 있다. 이용자에게 적합한 정보수집과 의사결정과정에서 지능정보기술로 최적화된 결과만 선택받고 차선의 정보·서비스는 외면당할 우려가 있으며,[11)] 인공지능기술에 의한 형식논리적 데이터 분석이 정보를 왜곡하여 소수집단의 인권을 침해하거나[12)] 마케팅의 공정성을 저해할 위험성도 제기되고 있다. 그밖에도 인간의 지적 능력을 뛰어 넘는 지능적 개체들에 대한 인간의 통제 가능성 상실 우려와 윤리성 확보 문제,[13)] 자율적 판단기능을 가진 인공지능, 로봇 등의 행위에 대한

10) 일본의 경우 지능정보기술의 발전으로 인해 2030년 고용자 수가 2015년과 비교해 735만명 줄어들 것으로 전망하고 있다. 세계일보, 2016.4.29, 10면.

11) 이정아, 전게보고서, 23면.

12) 예컨대, 인공지능 알고리즘을 이용하여 빅데이터를 분석한 '범죄 정의시스템 데이터'에 히스패닉, 흑인, 여성, 무슬림 등이 마약, 총기, 강간 등에 더 많이 출현하게 되고, 이에 근거한 경찰의 불심검문이 그들에게 많이 이루어지지만 경찰의 직무는 합리적인 것으로 평가받는 경우를 들 수 있다. 박한우, 인공지능과 빅데이터의 역습, 동아일보, 2016.8.3. A29면 참조.

13) 이는 인공지능의 발전을 우려하는 논쟁들의 가장 대표적인 이유라 할 수 있으며, 이러한 논쟁들은 인공지능이 비약적으로 발전해 인간의 지능을 뛰어넘는 시점을 말하는 특이점(特異點, singularity) 개념과 연관성이 많다. 특이점에 대해 가장 구체적인 전망을 한 사람은 레이 커즈와일(Ray Kurzweil)이다. 심우민, 인공지능 기술발전과 입법정책적 대응방향, 국회입법조사처 이슈와 논점, 2016.3.18(제1138호) 참조.

책임소재 문제, 인공지능기술을 활용한 창작물의 저작권 문제 등 지금까지 우리가 겪어보지 못한 다양한 법적 이슈가 나타날 것으로 예상된다.

이처럼 지능정보화의 추진과 지능정보사회의 도래는 지금까지와는 다른 새로운 차원의 이슈를 제기하면서 새로운 규범체계의 정립을 요구하고 있다. 따라서 현재 우선 과제인 지능정보화를 통한 산업 차원의 성장동력 육성을 위해 지능정보기술 관련 제품 및 서비스의 개발을 지원하고 법적 걸림돌을 제거하는 노력과 함께, 지능정보사회를 구현하고 운영하기 위한 기본적인 법원칙을 정립하고, 관련 법체계를 새로운 지능정보사회 패러다임에 맞게 개편·재정립하기 위한 체계적인 준비가 필요하다.

Ⅲ. 지능정보기술의 특성과 규범의 한계

1. 지능정보기술의 특성

지능정보사회는 지능정보기술을 기반으로 한다. 지능정보기술이라 함은 인공지능기술을 바탕으로 데이터활용기술, 인지기술, 사물인터넷기술, 클라우드컴퓨팅 등을 통하여 인지·학습·추론 등 인간의 고차원적인 정보처리 활동을 구현하는데 활용되는 기술을 말한다. 지능정보기술은 정보기술과 밀접한 관련을 가지며 정보기술을 필연적으로 활용함에도 불구하고 그 역할과 활용방식이 다르다.

우선, 정보기술은 정보의 물리적 활용 중심이라고 할 수 있다. 정보기술을 활용하여 각 사회의 부가가치를 증진시키는 것이 주된 목적이며 인간활동의 보조적·수동적 역할에 그쳤다고 볼 수 있다. 반면, 지능정보기술은 물리적 활용에 그치는 것이 아니라 인간의 정신활동을 보강 혹은 대체한다. 지능형 SW기술, 시스템 기술(고성능컴퓨터, 뉴로모픽칩 등), 기초기술(뇌과학, 인지과학 등) 등 인지·학습·추론 등 인간의 고차원적인 정보처리 활동을 구현하는 기술인 인공지능기술이 기반이 되기 때문이다. 인간만이 실질적으로 독점하고 있던 높은 수준의 사고능력을 인류 역사상 거의 최초로 사물도 구사할 수 있게 된다는 것이다.[14] 따라서 지능정보기술에 의해 인간의 고차원적 판단까지 가능해 지므로 기술이 행위의 주체로서 기능할 수 있다. 다음으로 생산성의 획기적 성장이다. 산업혁명, 정보혁명 모두 생산성을 획기적으로 높였지만, 앞으로 다가올 지능정보기술은 그 이상

14) Brynjolfsson, Erik & McAfee, Andrew. The Second Machine Age : Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies., 2014.

으로 생산성자체를 성장 시키게 된다. 실질적으로 존재하는 자동화된 물리적 공간에서 클라우드나 네트워크를 통해 제조·생산을 할 수 있도록 하여 생산성과 효율성을 높이고자 하는 시도가 이미 존재하며, 인공지능이 인간의 단순 반복적인 업무를 대체하게 됨으로써 노동 생산성 역시 크게 증가할 것으로 보인다.[15] 또한 그 활용영역 역시 정보기술에 비해 너 넓은 범용성을 지니게 된다. 인지 학습 추론능력을 통해 인간의 노동을 완전히 대체가능하므로 어느 분야에서나 활용이 가능하다. 그 차이를 '강한 인공지능'(Strong AI) 혹은 '범용 인공지능'(AGI: Artificial General Intelligence)과 '약한 인공지능'(Weak AI)으로 나누어 설명하기도 한다. 즉 '약한 인공지능'(Weak AI)은 특정 기능만 수행할 수 있는 인공지능이므로, 그 활용도가 제한적이다. 즉 약한 인공지능'은 사람을 대체(Replacing)하는 것 보다 사람을 돕는(Helping)데 더 초점을 둔다. 때문에 인간이 하는 일을 대체할 수 있는 '강한 인공지능'(Strong AI) 혹은 '범용 인공지능'(AGI: Artificial General Intelligence)을 만드는 것을 지향한다.[16] 그리고 정보기술과 관련된 자산이 인프라·하드웨어·소프트웨어 중심이라면, 지능정보기술의 핵심은 '알고리즘'과 '데이터'이다. 데이터 자원으로 경제력의 부가가치 창출하므로 데이터의 양과 질이 경쟁력 확보의 핵심요소이다. 특히 지능사회는 알고리즘이 경쟁력의 근간이 되는데 알고리즘을 위해서는 정확한 데이터가 많을수록 좋기 때문에 데이터 확보에서 앞선 나라와 기업이 그만큼 유리할 수밖에 없다.

이러한 지능정보기술의 특성은 궁극적으로 고용 및 직업 변화, 새로운 역기능 유발 등 정보사회와는 차원이 다른 사회, 경제. 문화적 환경의 변화를 초래하게 된다.

---

15) 인공지능으로 자동화된 생산 시스템은 기존에 높은 인건비 등으로 인해 오프쇼어링(off-shoring, 기업이 생산비 절감 등을 위해 생산기지를 해외로 옮기는 현상) 정책을 펴왔던 선진국들의 인건비 문제를 해결해 줄 수 있게 되어, 일부 선진국들에서는 제조업 회귀 현상이 발생할 수 있다. 이미 미국에서는 제조업 강화 전략의 일환으로 최근 몇 년 전부터 리쇼어링(re-shoring, 해외에 나간기업이 다시 자국으로 돌아오는 현상) 정책을 추진하기 시작하였다. 김윤정 외, 인공지능 기술 발전이 가져올 미래 사회 변화, R&D InI,, KISTEP, 2016, 57-58면.

16) Nilsson, Nils J. (2005). "Human-Level Artificial Intelligence? Be Serious!"AI Magazine (Winter).: 69. 그러나 실제로 많은 전문가들은 강한 인공지능의 실현가능성에 대해 부정적이거나 아주 오랜 시간이 걸린다고 생각한다고 한다. 따라서 '인간-기계-자연'으로 이루어진 삼원적 세계관의 실현의 구성을 전제로 정책고안을 하는 것은 비실용적이며, 보다는'기술이 매개하는 이원적 세계관'을 발전시키는 것이 보다 유용하다는 견해가 있다. 황종성, 지능사회의 패러다임 변화 전망과 정책적 함의, 정보화정책 제23권 제2호, 2016 여름, 5~6면.

2. 현행규범의 한계와 입법방향

가. '지능정보사회 인프라'의 구축

지금까지 기술에 대한 법제도의 역할은 물적·인적 투자를 통해 기술을 부양함으로서 산업진흥과 연계시키는 것이 주된 내용이었다. 법률에 예산지원, 시범사업 등 각종 진흥 시책의 추진근거를 마련함으로서 국가의 자원을 투자하여 관련 산업을 부흥하고자 하였으며, 기술이 야기할 수 있는 폐해를 예측하여 이를 예방하고 부작용이 커지지 않도록 규제를 마련하였다.

이미 지능정보기술과 관련된 발전의 속도는 가파르게 진행되면서 산업지형에 큰 변화를 야기하고 있다.[17] 자율주행자동차, 드론, 로봇 등 각종 지능정보기술이 탑재된 장치 및 서비스가 상당부분 상용화에 근접해 있다. 그러나 현재 지능정보기술의 기반이 될 수 있는 입법체계는 정보기술과 관련된 세부 개념요소들이 정책 어젠다로 채택되어 있는 법률들로 산재되어 있다. 소프트웨어(「소프트웨어산업진흥법」), 정보화(「국가정보화 기본법」), 데이터(「공공데이터의 제공 및 이용활성화에 관한 법률」), 정보통신융합(「정보통신 진흥 및 융합활성화등에 관한 특별법」) 등 IT와 관련된 부분적·단절적 개념들이 개별 법률들의 핵심정책으로 각각 추진되고 있다.[18] 승자독식과 쏠림 현상(tipping phenomenon), 글로벌 유행성 등 IT의 본질적 특성은 IT가 내재되어 있는 '지능정보기술'에도 그대로 적용된다. 따라서 현재 IT중심의 단편적 입법체계를 뛰어넘어 '지능정보사회'라는 종합적·독립적 법령상 개념을 정립하고 그와 관련된 인프라 구축을 위한 기반을 마련하는 것이 필요하다.

지능정보사회 인프라는 크게 물리적 인프라, 사회적 인프라, 인적 인프라로 나누어 볼 수 있다. '물리적 인프라'는 유무선 기술, 지능데이터의 구축, 각종 뇌연구, 슈퍼컴퓨터 기술, 플랫폼 등 지능정보사회의 실질적 물적 기반을 의미한다. 이러한 영역은 정부의 직접적 지원정책지원이 가장 큰 영향을 미칠 수 있다. '사회적 인프라'는 지능정보사회의 각종 제도, 규율이다. 예를 들어 최소한의 필수적

---

17) 마켓 앤 마켓(Market&market)사는 인공지능 관련 서비스(광고, 미디어 등)의 글로벌 시장규모가 4.2억 달러('15년)에서 64%의 성장으로 50억 달러('20년)(연합뉴스, 2016)로, 헥사(HEXS)사는 인공지능 기술을 탑재한 스마트기기(Smart Machine)의 글로벌 시장규모가 연간 19.7%의 성장으로 153억 달러('20년)로전망하고 있다(HEXA, 2015)(BCC, 2014·2016). 우리나라의 한국통신(KT) 경영연구소는 2조 2천억 원('20년), 11조원('25년), 27.5조원('30년)으로 한국시장을 전망하고 있다(연합뉴스. "국내 인공지능 시장 규모 2030년 27 조원 추정."보도자료. 2016년 3월 10일).

18) 비IT 관련 법률로는 '뇌연구 촉진법', '지능형 로봇 개발 및 보급 촉진법' 등이 있다.

서비스에 대한 품질관리, 사회적 약자 및 생명신체 안전과 관련된 규율 등이다. 이러한 인프라에 대한 신뢰성이 확보되어야 국민들이 지능정보기술과 서비스에 대해 우호적 인식을 가지게 된다. '인적 인프라'는 지능정보사회 인력양성과 관련된다. 단순히 기술인력 양성뿐만 아니라, 관련된 영향을 판단할 수 있는 사회과학·인문철학 관련 인력양성도 포함된다. 더 넓게는 기술서비스 수용자의 인식 선도 차원에서 볼 때 국민과 기업의 기술수용도를 높일 수 있도록 하는 전국민적 지능정보사회 기초소양 증진을 포함한다.

나. 국가사회 신뢰구축을 위한 위기관리시스템의 마련

지능정보사회에 있어서 정부의 역할은 단순히 기술과 산업을 발달시키고 그 부작용을 예방한다는 접근으로는 곤란하다. 2016년 1월 20일부터 스위스에서 열린 다보스포럼은 현재를 4차 산업혁명사회라 칭하며 새로운 패러다임의 수용을 예고했다. "서로 다른 기계·사람·산업들의 상호 작용을 통해 우리의 삶과 일하는 방식을 바꾸는 첨단기술을 활용하는 새로운 물결", "모든 것이 연결되고 보다 지능적인 사회"를 4차 산업혁명 사회라 명명하며, IoT와 인공지능을 기반으로 사이버와 현실세계가 네트워크로 연결된 통합 시스템으로 지능형 CPS(cyber-physical system)를 구축한다는 것을 강조하였다. 이러한 상황에서 정부의 역할을 기존의 산업사회와 정보사회의 단순한 연장선으로 봐서는 곤란하다.

한편 지능정보기술은 인간 혹은 정부의 인위적 개입이 없어도 국가의 역할이 요구되는 영역의 최적화를 달성할 수 있다.[19] 재난대응, 사회범죄 대응, 공공서비스 무인화 등 정책집행에 있어서, 교통량 조절, 에너지 조절, 물자수급 등 자원배분에 있어서 인간 혹은 정부의 인위적 개입 없이 그 최적화가 이루어질 수 있다. 따라서 지능정보기술은 이러한 정부의 전통적 역할을 위축시킬 수 있다. 그럼에도 불구하고 이러한 기술적 수단에는 시스템 실패의 가능성이 항상 존재하며 그 원인파악이 힘들기 때문에 그 여파와 위험성은 더 크다. 일단 시스템 실패가 발생하면 걷잡을 수 없을 정도의 피해와 부작용이 나타난다. 지능화가 진행될수록 시스템 통제에 필요한 필수적인 데이터를 확보하지 못하고 기술들 간복잡한 상호작용을 정확하게 이해하지 못하기 때문에 인간의 대응능력은 무력해 질 수 밖에 없다.[20] 자율주행 자동차 주행 중 사전에 프로그램 되지 않은 갑작스러운 상황이

19) Hickman, Leo. "How algorithms rule the world." The Guardian (2013.7.1.). https://www.theguardian.com/science/2013/jul/01/how-algorithms-rule-world-nsa 2016.8.18. 확인

발생하여 사상자가 발생할 수 있고, 인공지능 기술을 활용한 자동 투자 시스템이 잘못된 정보를 학습하게 되어 잘못된 판단으로 큰 경제적 손실을 야기할 수도 있다. 특히 전쟁에서 사용될 목적으로 만들어진 자율살상무기시스템(LAWS: Lethal Autonomous Weapons Systems)이 프로그램 상의 오작동 등으로 인하여 무고한 시민들을 살상하였을 경우, 그 여파는 걷잡을 수 없다. 개인 정보 학습을 통해 성능을 자체적으로 향상시키도록 설계되어 있는 인공지능 기기에 해킹하여 주요한 개인 정보를 유출하는 문제도 발생 가능하다. 특히 후자와 같은 개인정보 유출 문제는 인공지능 개체가 입수한 데이터를 클라우드 등을 통해 인공지능 시스템 전체가 공유할 경우 여기서 공유되는 개인 정보들이 엄격히 관리되지 않으면 정보 유출 문제나 사생활 침해 등의 문제가 심각해 질 수 있다.[21]

따라서 한편으로는 지능기술의 발전을 촉진하면서도, 다른 한편으로는 지능기술에 대한 관리, 통제능력을 강화하는 것이 중요한 입법과제가 된다.[22] 예측 불가능한 위기에 신속 정확하게 체계적으로 대응할 수 있는 적극적 국가위기예측 및 관리시스템이 필요하다. 입법의 역할은 이러한 시스템 실패에 대응하는 위기관리 체계를 구축하는 것이다. 지능정보사회의 위기관리를 위한 조직적·정책적 내용이 정치하게 법령에 규정되어야 한다.

다. 기술 중심 입법 한계 타파

현재의 법은 IT의 진흥 혹은 규제를 담고 있는 기술 중심적 법이다. 정보통신 진흥, 정보통신 융합, 방송통신 융합 등 IT 중심의 정책추진을 근간으로 하고 있는 입법이 대부분이다. 그러나 지능정보기술을 바탕으로 하는 지능정보사회는 궁극적으로 인간존엄을 바탕으로 지능정보기술과 사회윤리적 가치가 조화를 이루고 지능정보기술이 사회발전의 원동력이 되어 행정・경제・문화・산업 등 전 분야의 가치를 창출하고 발전을 이끌어가는 사회로 설계되어야 한다. 기술중심이 아닌, 인본에 기반 한 정책설계가 중요하다. 즉 기술이 미치는 영향을 고려하여 사회전체를 디자인하는 사회정책이 필요하다.

지능정보사회와 관련하여 노동대체, 부의 양극화, 탈물질 경제, 생산방식의 혁

---

20) Pasquale, Frank, The Black Box Society : The Secret Algorithms that Control Money and Information. Harvard University Press. 2015.

21) 김윤정 외, 인공지능 기술 발전이 가져올 미래 사회 변화, R&D InI,KISTEP, 63면

22) 황종성, 지능사회의 패러다임 변화 전망과 정책적 함의, 정보화정책 제23권 제2호, 2016 여름, 15면

명적 변혁 등 현재 쟁점으로 떠오르고 있는 기술에 의한 변화는 이미 20여 년 전 정보화가 본격화되던 시점에도 제기되었던 이슈들이라며, 인지컴퓨터, 딥러닝 등 지능기술의 발전에 대해서는 그 성과를 인정하면서도 이것들이 과거에 없던 새로운 사회현상을 만드는 것으로 보지 않는 견해도 있다.[23] 그러나 기존의 변화와는 분명히 다른 부분이 있다. 일례로 기계와 일자리의 관계에 있어서 기계가 인간의 일자리를 위협할 것이라는 예측은 항상 있어왔다. 19세기 영국에서 산업혁명으로 실업자가 된 노동자들이 공장을 습격해 방직공장을 때려 부수는 '러다이트 운동(Luddite Movement)'처럼 기계는 노동자의 일자리를 빼앗는 원흉이었다. 그러나 노동자들의 예상과는 달리 산업혁명으로 시작된 기계문명의 발달은 얼마 지나지 않아 더 풍부한 일자리를 만들어 냈다. 그러나 현재는 그렇지 않다. 2000년대부터 기업 생산성이 높아져도 고용은 증가하지 않는 현상이 나타나고 있다. 그 원인을 기술의 급속한 발전으로 설명한다.[24] 지금까지의 사회변화, 농경사회에서 산업사회로 그리고 정보사회로 변혁하는 과정에서 노동력은 대체는 반드시 또 다른 노동시장의 창출로 이어졌고, 이는 기계의 인간대체력이 인간의 물리적 행위에 대한 대체 중심이었기 때문이다. 인간의 사고를 보조하고 도와줄 수 있는 기술은 가능했으나, 이를 완전히 대체할 수 있는 것은 아니었다. 그러나 인공지능으로 인한 전문 서비스 직종의 대체는 기존의 산업화·자동화와 달리 고도의 정신노동을 대체한다는 점에서 단순·육체노동의 대체와 달리 파급 범위가 광범위할 것으로 예상된다.

기술은 주로 실험을 통해 결과를 도출한다. 그러나 그러한 결과가 가지는 사회적 영향력은 어떠한 경우에는 완전한 예상이 가능하기도 하지만 대부분 부분적 예상에 그치며 기술자 자신도 전혀 예상할 수 없거나 예상하지 못한다. 지능정보기술의 사회적 파급력은 주로 후자의 경우가 대부분이다. 따라서 기술 혁신에 따른 사회적·경제적·문화적 변화를 담을 수 있는 법제도 마련이 필요하다. 이는 기술 중심의 정책추진 기반이 아닌 인본, 종교, 철학이 기반이 된 정책추진 기반을 반드시 포함하여야 한다. 그 일환으로 새로운 유형의 사회적 합의·소통 기반이

---

23) Schwab, Klaus. The Fourth Industrial Revolution. World Economic Forum. 2016.

24) 경제학자 제라드 번스타인은 생산성과 고용율의 격차가 점점 벌어지는 현상을 "뱀의 입"으로 설명하고 있다. 무인자동차가 상용화되면 자동차 부품 제조 부문에서 88만명, 딜러와 AS분야에서 302만명, 트럭·버스·택시 운전사 600만 명 등 무려 1000만 개의 일자리가 사라진다고 한다. 무인자동차로 인해 새로 생겨나는 일자리는 개발하고 연구하는 전무가 몇몇 뿐이다. 앞으로는 무인자동차의 생산도 로봇과 3D프린터가 담당할 것이니 말이다. KBS제작팀, 명견만리, 로봇이 대체 못할 직업을 가져야 하나, 인플루엔셜, 2016, 113-114면.

마련되어야 한다. 규범적·논리적 논리의 심층적 연구와 공론화 환경 조성이 바탕이 된 국가공동체 가치의 다변화에 대한 사회적 가치/합의, 소통기반 마련이 필요하다. 즉 사전예방적 조치, 억제, 규제 등의 필요성을 판단함에 있어서, 단순히 산업경제적인 측면에서 비용/편익 분석에 의존하는 전문가주의를 극복하고, 기술민주주의적 시각에서 미래를 결정하는데 일반인의 인식을 반영하는 즉 일반시민이나 전문가 등으로부터 광범위한 의견 수렴 및 정책적 제언이 가능하도록 소통·참여 시스템을 구비할 필요가 있다.

Ⅳ. 지능정보사회 규범설정의 기본원칙

1. 인본중심 기술구현

지난 2015년 영국 런던 '디자인 뮤지엄(Design Museum)'에서 주최한 '올해의 디자인(Designs of the Year)' 후보에 '다니엘 프로젝트(Daniel Project)'가 선정되었다. '다니엘 프로젝트'는 '낫 임파서블 랩(Not Impossible Labs)'이라는 곳에서 3D 프린터를 이용해 의수·의족을 개발하는 연구 프로젝트를 말한다. 이 연구실의 설립자 '믹 에블링(Mick Ebeling)'은 2012년 남수단 내전으로 두 팔을 잃은 14살 소년 다니엘 오마르(Daniel Omar)를 비롯한 팔다리를 잃은 수많은 불쌍한 어린이들에게 값싸고 질 높은 의수·의족을 제공할 수 있도록 3D 프린터를 이용해 의수·의족을 개발하는 연구 프로젝트를 시작하였다. 보철업체인 로보핸드(Robohand)의 창립자 리처드 밴 아스(Richard Van As), 3D 프린팅 업체 프린트알봇(PrintRBot)의 창업자 브룩 드럼(Brook Drumm), 신경과학자 데이비드 푸트리노(David Putrino) 등의 도움을 받아 단 6시간의 제작시간과 100달러의 비용으로 의수를 만드는 기적을 일구어 냈다. 다니엘은 두 팔을 잃은 지 2년여 만에 처음으로 혼자 밥을 먹을 수 있었다. 여러 행동을 완벽히 구현할 수 있는 첨단 의수는 아니지만 100달러에 불과한 비용으로 단지 6시간이면 만들 수 있는 의수·의족은 수많은 저개발국가나 저소득층 아이들에게 커다란 힘이 될 수 있을 것이다. 더욱이 그들에게 3D프린터를 제공하고 의수·의족 제작법을 교육시켜 그들이 직접 의수·의족을 만들 수 있도록 함으로써 일회성 행사에 그친 것이 아니라 지속적인 지원이 가능하도록 했다는 점도 높이 살만하다. 두 팔을 잃고 차라리 죽고 싶다던 어린 소년에게 100달러짜리 의수는 희망이고 미래였다. 이것이 바로 인간의 존엄과 가치를 구현하는 인본중심의 기술이라 할 것이다.

우리 「헌법」 제10조에는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다. 여기서 말하는 ‘인간’이란 고립된 개체로서의 개인주의적 인간이나 국가권력의 객체로서의 인간을 의미하는 것이 아니라 개인 대 사회라는 관계에서 인간 고유의 가치를 훼손당하지 않으면서 사회관계를 가지며 사회에 소속된 인간을 의미한다. 인간의 ‘존엄’은 인간을 인간으로 만드는 인격 그 자체, 즉 ‘인격 주체성’을, 인간의 ‘가치’란 인간의 인격과 평가, 즉 ‘인격의 내용을 이루는 윤리적 가치’를 말한다. 주체성이란 자신의 의식과 결단으로 자신 스스로를 규율하고 사회관계를 형성하는 능력을 의미한다.

지능정보기술은 인간의 지능에 근접해 가는 기술이다. 따라서 지금까지 존재하던 그 어떤 기술보다 인간의 존엄과 가치에 대한 본질적 문제와의 충돌이 불가피할 것으로 보인다. 지능정보기술이 다니엘 프로젝트처럼 인간의 존엄과 가치를 구현하는 기술이 될 수도 있고 인간의 존엄과 가치를 훼손하는 기술이 될 수도 있다. 지능정보기술이 인간의 자유로운 의식과 결단을 방해하거나 대체하여 인간의 주체성을 훼손해서는 안 된다. 기술은 인간의 행복추구활동의 도구일 뿐, 기술이 인간의 주체성을 대체할 수는 없다. 어떠한 경우에도 인간이 기술에 대한 자율적 통제권을 상실해서는 안 된다.

또한 기술은 인간의 존엄성을 유지할 수 있는 윤리적 가치를 벗어나서는 안 된다. 지금까지 인류가 발전시킨 기술은 인간의 명령(입력)을 기반으로 하기 때문에 윤리적 가치의 문제는 기술에 대해 명령(입력)하는 인간의 몫이었다. 하지만 지능정보기술이 고도화되면 매번 기술이 구동될 때마다 인간의 명령(입력)을 필요로 하지 않고 기술 스스로 구동되는 수준까지 진화될 것으로 예상된다. 따라서 인간의 윤리적 가치를 벗어나거나 벗어날 수 있는 가능성이 있는 지능정보기술은 처음부터 사전에 철저히 배제되어야 한다. 인간의 존엄과 가치의 구현이 지능정보사회의 근본적·궁극적 지향점이 될 수 있도록 지능정보기술은 인본중심 기술구현을 제1의 기본원칙으로 하여야 한다.

2. 인간의 권리유일성

「민법」 제3조는 '사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다.'라고 규정하여 사법상 법률관계에서 권리주체는 ‘사람’이라는 것을 분명히 밝히고 있다. 물론 법률에 의해 인격이 창설되는 이른바 ‘법인’도 권리의 주체가 될 수 있다. 하

지만 법인에게 법인격을 부여한 것은 단체의 구성원 모두가 법률관계에 참여해야 하는 번거로움을 피하고, 구성원 개인의 재산과 단체의 재산을 구분함으로써 거래 상대방을 보호하려는 것이다. 법인은 사람의 법률행위를 편하게 하기 위하여 창설한 제도이다. 따라서 진정한 의미의 권리주체는 '인간'이다.

「민법」뿐만 아니라 대부분의 법령 역시 법령의 수범자 또는 행위주체(권리주체)를 '.....하는 자', '....하는 사람' 등으로 표현하여 '사람'이 주체임을 분명히 하고 있다. 하지만 법령의 표현 중에는 '....하는 때에는', '.....할 경우에는 ' 등과 같이 권리주체나 행위주체에 대한 표현을 생략하고 행위나 권리의 요건만을 규정하는 경우도 상당히 존재한다. 이러한 경우에도 지금까지는 '사람'이 주체가 된다는 것에 대해 의문이 없었다. 그러나 지능정보기술이 고도화되면 '인간'만이 권리주체가 될 수 있다는 명제가 흔들릴 수 있다.

지난 2007년 미국 뉴욕에서는 헴슬리(Leona Helmsley)라는 사람이 자신의 애완견에게 1천200만 달러를 상속하는 유언장이 공개되어 세상의 이목을 집중시킨 적이 있었다. 물론 이후 소송을 통해 실제 상속은 200만 달러로 조정되었지만 그래도 '사람'이 아닌 '동물'이 상속 및 소유권의 주체가 되었다는 점에 주목할 필요가 있다. 노후에 함께 지내던 로봇 펫(robot pet)에게 재산을 상속하는 유언장이 얼마든지 나올 수 있다. 물론 현행 민법은 상속인의 범위를 한정하고 있다.[25] 하지만 상속권을 주장하는 자가 없는 때에는 가정법원은 피상속인과 생계를 같이 하고 있던 자, 피상속인의 요양간호를 한 자 기타 피상속인과 특별한 연고가 있던 자의 청구에 의하여 상속재산의 전부 또는 일부를 분여할 수 있다.[26] 그렇다면 피상속인의 요양간호를 하던 로봇에게 상속이 가능한 것인가? 법문언은 '....한 자'라고 규정되어 있으므로 '사람'을 전제한 것임에 틀림없다. 하지만 '자'의 의미가 '인간'만을 의미한다는 명백한 증거 역시 없다. 지금까지 사람과 기계(도구)의 구분이 분명할 수 있었던 것은 기계는 독자적 '인식'과 '판단'을 할 수 없었기 때문이다. 만약 기계(로봇이나 프로그램 등) 독자적 인식과 판단을 한다면 문제는 달라진다. 따라서 지능정보기술을 기반으로 하는 로봇 등 기계의 권리주체성에 대한 문제제기가 충분히 있을 수 있다.

사법관계에서의 문제뿐만 아니라 지능정보기술을 기반으로 하는 로봇 등 기계에게 「형법」상 행위책임을 물을 수 있는 것인지 또는 「행정법」상 행정객체로

25) 민법 제1000조.
26) 「민법」 제1057조의2.

서 행정명령 등의 수령자가 될 수 있는 것인지 등의 문제도 발생할 수 있다. 따라서 지금까지는 불필요했던 작업일 수 있으나 지능정보기술이 고도화되고 있는 상황에서는 인간만이 유일한 권리주체가 될 수 있다는 명제를 법령상 구체화할 필요가 있다. 종래 당연히 되었던 것이라도 지능정보기술이 더 고도화되기 전에 미래의 혼란을 미리 방지하기 위해서라도 '인간의 권리유일성'을 명확히 천명해야한다는 것이다.

3. 무차별·공정서비스

지능정보서비스는 모든 국민이 공정하고 비차별적으로 향유할 수 있어야 한다. 시장경제질서 하에서 서비스는 비용을 지불하여야 한다. 지능정보서비스 역시 정당한 대가를 지불하고 서비스를 제공받는 것이 당연하다. 그런데 지능정보사회가 고도화되면 지능정보서비스는 전기·가스·수도 등과 같은 기초생활서비스 못지않게 인간 생활의 필수적 기반이 될 것이다. 필수적 기반서비스란 만약 해당 서비스를 제공받지 못할 경우 인간이 인간다운 생활을 할 수 없을 정도의 생활밀착적 서비스를 말한다.

종래 이러한 서비스는 주로 국가가 제공하였다. 이를 이른바 공역무 또는 공공서비스의 일종으로 이해하였다. 공역무 또는 공공서비스는 광의적 개념으로는 국가의 공행정작용으로 정의할 수 있으나 협의적 개념으로는 국가가 국민들에게 필수적 생활기반서비스를 제공하는 등 공익활동을 의미한다.[27]

국가가 이러한 공공서비스를 제공할 때에는 이른바 공공서비스의 기본원칙을 준수하여야 한다. 물론 사기업이 위임·위탁·특허 등으로 공공서비스를 제공할 때에도 공공서비스의 기본원칙을 준수하여야 한다. 공공서비스의 기본원칙은 평등의 원칙, 계속성의 원칙, 적응(適應)의 원칙이다.

평등의 원칙은 「헌법」상 기본권인 평등원칙에서 나온 것이지만 모든 서비스 이용자에게 언제나 동일한 서비스를 제공하라는 기계적 평등을 의미하는 것이 아니다. 비례원칙 등을 통하여 개별적 상태를 고려한 평등을 의미한다.[28] 따라서 공익상 필요에 따라 가격의 차별, 우선적 서비스 등도 가능하다. 하지만 종교적

---

27) Didier Linotte, Achille Mestre, Raphael Romi, 'Service publics et Droit public economique', Litec, 1992, p.50. Alain-Serge Mescher- iakoff, 'Droit des services publics' P.U.F. 1991, p.62.; 이광윤, 행정법이론, 성균관대학교 출판부, 2000, 544면 재인용.

28) 이광윤, 앞의 책, 544면.

신념, 정치적 견해, 신분 등에 따라 서비스를 제공함에 있어 차별이 행해져서는 안 된다는 기본적 틀을 벗어나서는 안 된다.

계속성의 원칙은 공공서비스가 임의로 중단되어서는 안 된다는 원칙이다. 따라서 채산성을 이유로 공급을 중단한다든가 전면적인 파업을 할 수 없다.[29] 이 원칙에서 최소 서비스(minimum service)의 원칙 또는 보편적 서비스(universal service)의 원칙이 파생되었다.

적응의 원칙은 기술적 발전이나 법체계의 변화에 따른 공급의 질적·양적 개선을 통하여 최상·최적의 공공서비스를 제공해야하는 원칙을 말한다. 과거 프랑스에서 가스등이었던 가로등을 전기등으로 교체한 것이 이에 해당한다.[30]

모든 지능정보서비스가 공공서비스에 해당하는 것은 아니다. 특히 사기업에 의해 제공되는 서비스의 경우 이를 공공서비스와 동일한 원칙으로 규제할 수는 없다. 하지만 지능정보사회가 고도화되어 지능정보서비스가 인간 생활의 필수적 기반서비스가 된다면 이를 단순히 서비스 제공자와 이용자의 관계로만 볼 수 없다. 공공서비스에 준하는 공익성이 강조되어야 할 것이며, 공공서비스의 원칙이 부분적이나마 적용되어야 할 것이다.

현재 우리나라는 국가가 기간통신서비스를 제공하지 않는다. 하지만 공중전화서비스는 보편적 역무로 지정돼 있어 서비스 제공 과정에서 발생하는 손실을 매출 300억원 이상인 통신사업자가 분담하고 있다. 이는 「전기통신사업법」에서 정하고 있는 제도이다. 「전기통신사업법」 제4조 제1항은 '모든 전기통신사업자는 보편적 역무를 제공하거나 그 제공에 따른 손실을 보전(補塡)할 의무가 있다.'고 규정하고 있고, 제2조 10호는 '보편적 역무'를 '모든 이용자가 언제 어디서나 적절한 요금으로 제공받을 수 있는 기본적인 전기통신역무를 말한다.'라고 규정하고 있다.

지능정보사회가 고도화되면 이러한 공공서비스의 원칙, 보편적 역무 등의 법리를 충분히 고려하여, 인간이 인간다운 생활을 할 수 있는 생활밀착적 지능정보서비스는 모든 국민이 공정하고 비차별적으로 향유할 수 있도록 제도를 설계하고 법제를 정비해야할 것이다.

---

29) 이광윤, 앞의 책, 544면.
30) 이광윤, 앞의 책, 545면.

4. 사회책임의 강화

지금까지 법적 책임의 문제는 주로 '가해자와 피해자'의 개념이 중심이었다. 또한 가해자와 피해자가 다수라 할지라도 이들 간의 관계가 비교적 명확히 드러나므로 책임배분에 있어서 특별히 첨예한 이슈가 제기된 것은 아니다. 그러나 지능정보사회가 고도화되면 법적 책임을 지는 가해자가 명확히 드러나지 않을 수 있다. 우선 책임의 당사자로 대두될 수 있는 자는 기존의 전통적 기기 제조업자, 네트워크 사업자, 플랫폼 사업자, 여러 가지 디바이스를 융합하여 새로운 기기를 제조하는 자 등이라고 할 수 있다. 기존의 전통적 기기제조업자란 자율주행기술이 적용되기 전의 기존의 자동차 제조업자, 스마트 기술이 적용되기 전에 만들어진 기존의 냉장고, TV, 에어콘 등의 제조업자를 말한다.

이처럼 기기의 제조업자가 특정될 수 있는 환경에서는 제조자의 제조물책임, 사용자의 소유 및 점용자책임, 상대방의 과실 유무 등을 판단하여 책임을 물으면 된다. 하지만 지능정보기술이 접목된 서비스는 계속해서 사용자에 의해서 또는 기기 스스로 진화·발전하기 때문에 제조자, 제공자, 사용자, 이용자 등이 분명하게 특정 또는 구분되지 않을 수 있다. 그만큼 책임관계가 불분명하고 복잡해질 수 있다는 것이다.

이러한 책임관계의 복잡성과 불명확성은 사적 관계에만 발생이 예상되는 것이 아니라 국가 또는 행정책임도 복잡하게 만들 수 있다. 지능정보기술은 무수히 많은 장치(devices), 플랫폼(platform), 클라우드 네트워킹(cloud networking) 등이 결합되어 서비스가 이루어질 것이며, 이러한 장치나 서비스들 중에는 국가로부터 인허가 등 진입규제와 다양한 행위규제를 받는 경우도 있을 것이다. 그런데 만약 국가가 이들 서비스에 대한 인허가를 잘 못하거나 마땅히 해야 할 행위규제(감독, 통제 등)를 하지 않아 국민이 피해를 입은 경우 행정상 손해배상책임(국가배상책임)의 문제가 발생할 수 있다. 또한 국가가 서비스의 안전성 확보를 위해 '인증' 등을 행할 경우 인증의 잘못으로 인하여 발생하는 침해에 대해서도 법적 책임의 문제가 발생할 수 있다.

이처럼 사법관계 또는 행정법관계에서 손해배상책임이 성립되기 위해서는 우선 가해자가 특정되어야 하고, 가해자의 행위와 손해발생 사이에 인과관계가 성립되어야 하며, 가해자의 고의 또는 과실을 입증하여야 한다. 행정상 손해배상책임의 성립요건은 여기에 가해공무원의 위법성이 추가로 요구된다. 이들 책임성립

요건에 대한 입증책임은 모두 피해자에게 있다. 그렇다면 가해자의 특정이나 구분이 불가능하거나 인관관계 및 가해자의 고의·과실에 대한 입증이 곤란한 경우에는 손해 발생에도 불구하고 손해에 대한 배상을 받을 수 없는 경우가 발생할 수 있다. 또 다른 문제로 설사 가해자에 대한 특정과 인과관계 등의 입증을 통하여 배상책임을 물을 수 있게 된 경우에도 피해의 규모가 너무 광범위하거나 배상액이 너무 커서 가해자의 자력으로는 피해자를 완전히 구제할 수 없는 경우도 빈번할 것이다.

이처럼, 지능정보사회가 고도화될 경우 전통적인 책임의 법리로는 완전한 피해구제가 곤란할 수 있다. 따라서 책임의 사회화 또는 사회책임의 강화가 필요하다. 책임의 법리를 개인의 문제로 취급하기보다는 사회적 문제로 인식하여 '책임의 사회적 배분'을 위한 법이론의 개발과 법제의 정비가 필요하다.

지능정보사회가 고도화되어 인간의 삶의 질이 향상되는 것과 비례하여 위험도 같이 증가할 것으로 보인다. 위험에 대한 사회적 배분을 위해서 지능정보서비스의 제공자와 이용자에게 미리 책임비용을 배분하여 재원을 마련하고, 책임소재가 불분명하거나 손해발생의 범위가 너무 광범위하여 가해자에게 배상자력이 없는 때에는 미리 적립된 사회적 비용으로 구제하는 시스템 마련이 필요하다.

5. 사생활의 존중

지능정보서비스는 인간의 사생활을 존중하도록 설계되어야 한다. 원래 사생활 존중의 원칙은 국가 공권력으로부터 간섭과 침해를 받지 않는 개인의 자유로운 영역을 보장하는 공권의 일종이었다. 그것이 확장되어 개인이 타인으로부터 원하지 않는 간섭과 사적 생활을 침해받지 않을 권리로 확대되었다. 이와 유사한 개념으로 이른바 프라이버시권이 있다. 이는 미국 연방대법원장 워런(Sammuel D. Warren)과 대법관 브랜다이스(Louis D. Brandeis)가 청년시절인 1890년 하버드 로리뷰(Harvard Law Review)에 기고한 'The Right to Privacy'라는 논문[31]에서 처음 사용한 개념이다. 사생활 존중과 프라이버시권은 연역적·국가적 배경은 다르지만 그 이념이나 내용상 유사 또는 동일 개념으로 취급하여도 무방할 것으로 보인다.

---

31) Warren and Brandeis, The Right to Privacy, Harvard Law Review Vol. IV, December 15, 1890 No. 5, pp. 193-220.

프라이버시권이 등장한 배경을 살펴보면, 당시 미국은 유명인사의 사생활을 폭로하는 옐로저널리즘이 성행하였고 이로 인해 유명인사의 명예가 훼손되어도 당시의 명예훼손 법리만으로는 구제가 곤란한 경우가 많았다. 이에 워런과 브랜다이스는 새로운 개념으로서 프라이버시권을 인정할 필요가 있다고 주장하면서, 프라이버시란 '타인의 방해를 받지 않고 개인의 사적인 영역(personal space)을 유지하고자 하는 이익 또는 권리'라고 설명하였다.[32]

이후 미국 연방대법원은 판례를 발전시켜 프라이버시권의 2가지 보호법익을 제시하였는데, 하나는 '사적인 사항이 공개되는 것을 원치 않는 이익(interest in avoiding disclosure of personal matters)'이고 다른 하나는 '자신의 중요한 문제에 대하여 자율적이고 독자적으로 결정을 내리고자 하는 이익(interest in independence in making certain kinds of important decisions)'이다.[33] 국내 헌법학자들 전자를 소극적 침해배제권이라 할 수 있는 '프라이버시권'으로, 후자를 적극적 보호형성권으로서 이른바 '개인정보자기결정권'이라고 설명한다. 또한 「헌법」 제17조의 "모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다."의 규정을 전단과 후단으로 나누어, 전단의 '비밀침해배제'는 프라이버시권을, 후단의 '자유 침해배제'는 개인정보자기결정권을 각각 보장하는 「헌법」적 근거라고 설명하는 학자도 있고, 프라이버시를 개인정보자기결정권의 포섭적 개념, 상위개념으로 보는 학자도 있다. 「헌법」 학자들의 견해를 종합해 보면, 프라이버시를 좁게 해석하여 '비밀 보호'라는 소극적 방해배제의 권리로 이해한다면 '자유 결정'이라는 적극적 보호형성권인 개인정보자기결정권과 구별적 개념이며, 프라이버시를 넓게 해석하여 '사생활의 비밀 및 자유'를 방해받지 않을 뿐만 아니라 정보주체가 스스로 침해배제를 위한 결정권을 행사할 수 있는 것으로 해석한다면 프라이버시는 개인정보자기결정권을 포함하는 상위의 개념이 될 것이다. 물론 프라이버시는 「헌법」 제17조에 의해서만 보장되는 것이 아니라 제16조 주거의 자유, 제18조 통신의 비밀 등을 통해서도 보장된다.

프라이버시와 개인정보자기결정권의 관계에 대한 헌법학자들의 논의는 별론으로 하고, 지능정보시회가 고도화될수록 더욱 고민해야하는 것은 사생활의 존중,

---

32) Warren and Brandeis, op. cit., p. 193.

33) MEYER v. STATE OF NEBRASKA, 262 U.S. 390 (1923), GRISWOLD v. CONNECTICUT U.S. 381 U.S. 479 (1965), STANLEY v. GEORGIA 394 U.S. 557(1969) 등.

즉 프라이버시 보호이다. 개인정보자기결정권은 좁은 의미의 프라이버시에 비해 제도적 측면이 강하므로 법률을 통해 제도적으로 보장하면 된다. 하지만 프라이버시는 제도라는 규제의 틀로 보장되는 것이 아니다. 과거에는 타인과의 대면적 관계를 피하면 프라이버시가 침해될 가능성은 거의 없었다. 하지만 정보통신기술의 발달로 인해 타인과의 관계가 네트워크나 가상공간을 통해 확장되면서 자신의 의지와 관계없이 또는 자기도 모르는 사이에 자신의 프라이버시가 침해될 수 있는 환경에 노출되었다. 지능정보기술은 그 특성상 최초 설계된 서비스에 머무르는 것이 아니라 지속적인 자가 진보가 가능하므로 프라이버시 침해에 대한 예측이 더욱 곤란할 것으로 예견된다. 따라서 지능정보사회가 고도화될수록 지능정보기술을 개발할 때에는 프라이버시 침해가능성에 대한 영향 및 예측평가를 철저히 해야 한다. 프라이버시 침해가능성이 명백하지만 침해배제를 위한 적절한 대응방안이 없는 경우에는 그 기술의 유용성이 크더라도 개발을 금지해야할 것이다.

6. 인간의 일할 권리 보장

노동의 사전(辭典)적 의미는 '인간에게 필요한 것들을 얻기 위해 노력하는 활동'이다. 하지만 노동은 인간에게 필요한 것을 얻기 위한 수단적 개념보다는 인간의 자아실현을 위한 활동이라는 목적적 개념으로 무개중심이 이동하고 있다. 따라서 노동은 '일 해야 하는 의무'가 아니라 '일 할 권리'라는 권리적 개념으로까지 확장되었다. 그만큼 노동은 인간의 삶에 있어 중요한 부분을 차지하고 있다. 그런데 지능정보사회가 고도화되면 '좀 더 편하게 일할 수 있는 것'이 아니라 '할 일이 없는 상태'가 될 수도 있다. 로봇을 비롯한 지능정보기술이 인간의 노동을 대체할 것으로 예상되기 때문이다. 물론 로봇이 대체할 수 없는 일도 있겠지만 상당부분 일자리를 로봇에게 내주어야 할 것으로 보인다.

1차 산업혁명으로 기계화가 시작되었을 때도 노동환경이 변화되었을 뿐 일자리가 사라진 적은 없다. 노동 현장이 농장에서 공장으로 바뀌거나 일자리가 농촌보다는 도시에 더 많아진 것일 뿐 일 할 곳이 줄기보다는 늘어났다. 2차, 3차 산업혁명 때도 마찬가지로 일자리의 질적 변화는 있었지만 양적으로 일자리가 심각하게 줄어든 적은 없다. 하지만 지능정보사회가 고도화되면 1차에서 3차 산업혁명 때와는 달리 일자리가 심각한 수준으로 줄어들 것이다.

이에 대한 대비가 필요하다. 동유럽국가들은 선진국들의 현지공장을 유치하면

서 공장의 자동화율을 일정수준 이하로 제한하거나 고용인력의 최소 정수를 보장할 것을 요구하는 경우가 많다. 자국민의 일자리를 늘리기 위한 정책이다. 자동화율 또는 로봇 대체율을 제한할 필요가 있다. 인간의 노동환경을 편하게 하거나 노동시간을 최소화해서 삶의 질을 높이는 순기능은 극대화하면서, 그렇지만 인간이 일을 할 수 있는 최소한의 환경은 조성해야 한다. 생산성과 유용성에만 함몰되면 결국에는 시장의 붕괴로 산업도 망할 수밖에 없는 것이 경제구조다. 지능정보기술 역시 궁극적으로 인간을 위한 기술이므로 인간의 본성적 특성인 일할 자유와 권리를 침해해서는 안 된다. 인간의 일할 권리가 보장될 수 있도록 제도적 시스템을 미리 미리 준비해야할 것이다.

Ⅴ. 결론

'타임머신'이라는 용어를 처음 사용한 것으로 유명한 영국의 문명비평가인 허버트 조지 웰스(Herbert George Wells)는 "적응하든지, 죽든지 선택하라, 이것은 자연이 한결같이 요구하는 냉혹한 명령이다."[34]라는 짧은 용어로 그의 역사관을 표현하였다. 그러나 '노동의 종말'의 저자 제러미 리프킨(Jeremy Rifkin)은 "첨단 기술과 정보화 사회, 경영혁신은 인간의 삶을 풍족하게 만드는 것이 아니라 오히려 일자리를 사라지게 만들 것이다"라고 예견하였다.

지능정보사회의 도래를 부인할 수는 없다. 그렇다면 웰스의 예측처럼 죽지 않기 위해 적응하여야 한다면 '잘' 적응하여야 한다. 리프킨의 결과로 끝나지 않도록 '잘' 적응하는데 우리 모두의 현안을 모아야 할 시기이다. 그 첫 단계는 무엇을 위하여 적응하여야 하는 가이다. 그 답은 당연히 '기술'도 '시장'도 '경제'도 '국가'도 아니라 '인간'이다. 인간에게 이롭게 하는 것이 궁극적 목표이므로 이에 부합하게 입법을 고민하고 재편하여야 한다. 본 연구는 이러한 인식을 기반으로 향후 지능정보사회가 나아가야할 입법방향과 기본원칙을 제안하였다. 입법방향으로 i)'지능정보사회 인프라' 의 구축, ii) 국가사회 신뢰구축을 위한 위기관리시스템의 마련, iii)기술 중심 입법 한계 타파를 제안하였다. 그리고 지능정보사회 규범설정시 반드시 지켜져야 하는 기본원칙으로 i)인본중심 기술구현, ii)인간의 권리유일성, iii)무차별·공정서비스, iv)사회책임의 강화, v)사생활의 존중, vi)인간의 일할 권리 보장을 제안하였다.

---

34) H.G. 웰스, '짧은 세계사(A Shoirt History of the World)', 1922

이카루스는 지나치게 높이 날아오르는 순간 자신이 만든 밀랍 날개가 뜨거운 태양에 녹는 바람에 땅에 떨어져 죽고 만다. 프랑켄슈타인(Frankenstein)에서 프랑켄슈타인 박사가 만든 기괴한 창조물은 혼란을 일으키고 궁극적으로는 창조자를 죽음으로 내몬다. 기술혁신이 우리의 삶 속에서 이카루스의 날개나 프랑켄슈타인의 창조물로 전락해서는 안 된다. 불가피하게 '지능정보사회의 도래'를 맞이할 수밖에 없는 기술적 환경에서 그렇게 되지 않도록 지능정보사회 구현을 위한 법제도의 설계시 반드시 이러한 원칙이 반영되어야 할 것이다.

(논문투고일: 2016.08.18, 심사개시일: 2016.09.05, 게재확정일: 2016.09.23)

김 민 호, 이 규 정, 김 현 경

지능정보사회 패러다임, 지능정보기술, 인공지능, 규범설정의 기본원칙, 지능정보사회 입법방향

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

구본권 「로봇시대, 인간의 일」, 서울: 어크로스. 2015.

박영숙, 제롬 글렌, 유엔미래보고서 2045, 교보문고, 2015.

이광윤, 행정법이론, 성균관대학교 출판부, 2000.

알렉로스(안기술 역), 알렉로스의 미래산업보고서, 사회평론, 2016.

장시형, 김명남 역, 특이점이 온다, 김영사, 2007.1.7(Ray Kurzweil, The singularity is near : when humans transcend biology, Penguin Books, 2006.9.26)

Ⅱ. 논문

고인석, “아시모프의 로봇 3법칙 다시 보기: 윤리적인 로봇 만들기”, 철학연구 제93권, 철학연구회. 2011.

김병운. “인공지능 동향분석과 국가차원정책제언.”「정보화정책」, 23(1), 2016.

김윤정 외, 인공지능 기술 발전이 가져올 미래 사회 변화, R&D InI,, KISTEP, 2016,

박서기·황경태, “빅데이터 보안 분야의 연구 동향 분석.”「정보화정책」, 23(1), 2016.

배일한, “원격로봇에 기본권 부여, 가능한가: 로봇 텔레프레즌스의 정치실험 연구”, ICT 인문사회 융합동향 제11호, 정보통신정책연구원, 2015.

성태윤·박찬희·박기영, “IT를 통한 고용창출: 정책 이슈와 제안.”「정보화정책」, 16(2), 2009.

심우민, 인공지능 기술발전과 입법정책적 대응방향, 국회입법조사처 이슈와 논점, 2016.3.18(제1138호)

윤건·이건·박정훈. “규제와 진흥 관점에서 바라본 ICT 거버넌스 개편방향 연구.”「정보화정책」, 20(2), 2013.

윤영석·조성균·이현우. “사물인터넷 신뢰연구와 시사점: EU FP7을 중심으로.”「정보화정책」, 23(1), 2016.

이원태, 인공지능의 규범이슈와 정책적 시사점, KISDI Premium Report, 15-07

(2015.12.7.)

이정아, 지능화 시대, 새로운 대한민국으로 디자인하라, IT & Future Strategy 보고서(NIA) 제1호(2016.3.31.),

한상기, “인공지능에 대한 사회적 합의와 윤리 논의가 필요한 이유”, ICT 인문사회 융합동향 제10호, 정보통신정책연구원. 2015.

현대경제연구원(2014), “인공지능(AI) 관련 유망산업 동향 및 시사점”, 《지속가능한 성장을 위한 VIP 리포트》, 14-33(통권 584호).

황종성, 지능사회의 패러다임 변화 전망과 정책적 함의, 정보화정책 제23권 제2호, 2016 여름.

Bostrom, Nick & Yudkowsky, Eliezer, “The Ethics of Artificial Intelligence”, Cambridge Hanbook of Artificial Intelligence, William Ramsey and Keith Frankish(eds.), Cambridge University Press. 2011.

Brynjolfsson, Erik & McAfee, Andrew. The Second Machine Age : Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies., 2014.

Calo, Tyan, “Robotics and the Lessons of Cyberlaw”, California Law Review, Vol. 103., 2015.

Calo, Ryan, “Robotics and the New Cyberlaw”, California Law Review, Vol. 103, No. 3, 2015

Darling, Kate, “Extending Legal Rights to Social Robots”, Presented at We Robot Conference. April 2012.

Abstract

Study on the basic principles of the norms of intelligent information society

Kim, Minho
Lee, Kyujeong
Kim, Hyunkyung

In recent years, based on intelligence information technology, intelligence information society is being progress rapidly and It can be said that we are at the turn of the paradigm the world economic system and social structure are fundamentally changing. These intelligent services is expected to enhance our quality of life, improve the accessibility to the new knowledge and open new opportunities. Whereas there is even greater concern, such as labor substitution, wealth polarization and invasion of privacy. Therefore, this study proposes the legislation policy directions and basic principles necessary for the implementation of intelligence information society benefit to humans. Legislative policy directions are as follows:: i) construction of intelligent information society infrastructure, ii) preparation of a crisis management system in order to ensure social reliability, iii) Overcoming limitations of technology - oriented laws. And the basic principles that must be observed when setting norms of intelligence information society is as follows: i) the technical implementation that Humanism is centered up, ii) the uniqueness of human rights, iii) without discrimination, fair service, iv) the strengthening of social responsibility v) respect for privacy, vi) ensuring human rights to work.

Kim, Minho · Lee, Kyujeong, · Kim, Hyunkyung

paradigm of the intelligent information society, intelligent information technology, artificial intelligence, basic principles necessary for the implementation of intelligence information society, legislation policy directions of intelligence information society.

정보통신기반의 공법적 의의와 과제*

박 상 돈**

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 정보통신기반의 개념
Ⅲ. 정보통신기반의 범위와 유형
Ⅳ. 정보통신기반의 공공재적 성격과 국가와의 관련성
Ⅴ. 정보통신기반 민간화에 대한 공법적 대응
1. 정보통신기반 민간화의 전개
2. 정보통신기반 민간화의 문제점
3. 정보통신기반 민간화 대응을 위한 공역무의 재구성
Ⅵ. 정보사회의 고도화와 정보통신기반 환경 변화에 대한 공법적 대응
1. 지능정보사회 대응기반 마련
2. 위험사회에서 안전 확보의 기반 마련
3. 공유와 참여의 기반 마련
Ⅶ. 결론

【국 문 요 약】

정보통신기술의 획기적 발전은 정보통신의 공급을 원활하게 하면서 정보사회의 하부구조를 이루는 기반인 정보통신기반을 형성하게 되었다. 정보통신기반이란 '정보의 생산, 활용(수집·가공·저장·처리), 유통(송신·수신)과 관련되는 일련의 활동의 기초가 되는 바탕 또는 토대'라고 정의할 수 있다. 정보통신기반의 유형은 정보통신망, 정보통신기기, 소프트웨어, 데이터베이스, 정보통신표준이라고 할 수 있으며, 이들은 정보통신기반이라는 총체적·추상적 개념의 구성요소로서 규범적 의미를 부여받는 범위가 된다.

정보통신기반은 공공재적 성격을 지니고 있으며, 국제질서 형성에 따른 적극적 대응을 통한 주권의 확립이라는 대외적 의미와 보편적 정보통신 구현을 통한 국민의 삶의 질 향상이라는 대내적 의미를 지닌다. 이는 모두 국가의 역할과 관계가 불가분의 관계가 있다.

---

* 이 논문은 필자의 박사학위논문인 "헌법상 정보통신기반에 대한 국가책임에 관한 연구"(성균관대학교 박사학위논문, 2016)의 제2장 중 일부를 발췌하여 재구성하고 수정·보완한 것이다.

** 국가보안기술연구소(NSR) 선임연구원, 법학박사.

오늘날 정보통신기반의 민간화에 따라 민간의 비대화와 사적 이익의 충돌, 새로운 정보통신의 등장에 따른 정보격차의 심화, 디지털 위험이라는 새로운 위험의 증대 등의 문제점이 나타나고 있으며, 정보사회의 발달에 따라 정보통신기반 환경의 변화도 여러 가지로 이루어지고 있다. 그러한 여러 가지 현상에 대응하기 위하여 정보통신기반에 대한 국가의 책임과 역할을 정립하고 관련된 공법적 과제의 해결을 모색하는 것이 요구된다. 이는 헌법적 가치와도 관련이 되는 문제이며, 바로 그러한 점에서 정보통신기반의 공법적 의의가 있다.

Ⅰ. 서론

오늘날 지역마다 약간의 차이는 있으나, 과거에 비하여 정보화가 많이 진전되었으며, 선진국들은 고도 정보사회에 이미 진입한 상황이다. 정보통신기술은 정보의 생산, 활용, 유통의 모든 제반 과정에서 사용되는 기술수단을 총체적으로 표현하는 개념이며, 오늘날에는 컴퓨터기술, 전기기술, 정보통신망기술, 통신기술, 디지털 기술 등의 총체적인 결합의 형태로 나타난다. 정보통신기술의 획기적 발전은 정보통신의 공급을 원활하게 하여 정보사회의 기반을 제공하게 되었다.[1] 국가는 적어도 국민들이 불편 없이 정보에 접근하고 이용할 수 있기 위하여 정보사회의 물질적 기반을 이루는 정보통신의 인프라로서 정보통신망을 구축하고 그에 따르는 정보통신기기 등 각종 정보하부구조를 건설해야만 하는 책임에서는 벗어날 수 없다.[2]

한편 자본주의는 지속적으로 발전하여 고도화되었고, 여기에 더하여 이른바 신자유주의 기조에 힘입어 자본의 영향력이 확대되고 공공부문의 민간화 현상이 나타나고 있다. 이는 이른바 효율성의 향상이라는 점에서는 긍정적 효과가 있다는 평가도 가능할 수 있겠으나, 그 효율성의 실제 내용이 과연 공공성이라는 측면에서도 바람직한 것인지는 추가적으로 검토가 필요한 문제이다. 정보사회의 전개와 같이 과학기술에 따른 사회의 급격한 변화, 신자유주의의 확산에 따른 부작용 등에 따라 현실에서 야기되는 문제는 개인의 책임 하에 해결하는데 한계가 있를 수 없으며, 개인이 모인 집합체인 사적 집단이 해결하기도 어렵다. 특히 이윤을 추구하는 기업에 해결을 맡기는 것은 곤란할 것이다. 여기서 국가가 일정한 역할을 할 필요성이 제기될 수 있다.

상기한 바와 같은 현실 인식에 따른 규범적 대응방안을 모색하고자 한다면 정보하부구조로서 정보통신기반이 공법적으로 어떠한 의의가 있는지, 그리고 관련된 규범적 문제의 해결방향은 어떠하여야 하는지에 대하여 검토할 필요가 있다. 그러한 검토를 통하여 정보통신기반에 대한 국가의 책임을 수행하는데 필요한 관련 법규범의 구체적 해석방안과 향후 개선방안을 강구할 수 있는 기초를 마련할

---

1) 정보통신기술의 발전상과 기능에 관하여 자세한 내용은 최동수, 「정보, 정보인, 정보사회」(법문사, 2012), 40면 이하 참조.

2) Friedrich Schoch, “Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung”, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer(VVDStRL) 57, Walter de Gruyter, 1998, S. 198.

수 있다.

Ⅱ. 정보통신기반의 개념

현행 법률에서는 정보통신의 공급을 원활히 하는 기초이자 정보사회의 기반이 되는 정보하부구조에 해당하는 대상들을 통칭하는 용어로서 '정보통신기반'이 사용되고 있다. 규범적 논의의 대상을 지칭함에 있어서 현행 법률에서 정한 용어가 큰 문제가 없다면 해당 용어를 그대로 활용하는 것이 무리가 없다. 생각건대 '정보통신기반'은 정보통신의 기초이자 기반을 의미하는 용어로서 비교적 적절한 표현이며 그대로 활용이 가능하다고 본다. 정보통신기반이란 '정보', '통신', '기반'이라는 세 가지 어휘의 결합으로 생성된 용어이며, 정보통신기반의 개념을 파악하기 위해서는 이 세 가지 어휘의 의미부터 살펴보아야 한다.

정보란 무엇인지에 대하여 일반적으로 통용되는 개념은 없으나 '합리적 결정을 행하거나 문제를 해결하는데 도움을 주는 의미내용을 가진 기호'라고 할 수 있다.[3] 한편 현행 법률상 정보란 '특정 목적을 위하여 광(光) 또는 전자적 방식으로 처리되어 부호, 문자, 음성, 음향 및 영상 등으로 표현된 모든 종류의 자료 또는 지식'을 말한다.[4] 이는 전자적 정보의 일상화에 따른 정보개념의 변화를 반영한 것이라고 할 수 있다. 한편 현행 법률상 통신이란 우편물 및 전기통신을 통칭한다.[5] 우편물이란 서신(書信) 등 의사전달물, 통화(송금통지서를 포함) 및 소형포장우편물을 지칭하는 통상우편물과 통상우편물 외의 물건을 포장한 우편물을 지칭하는 소포우편물을 의미하며,[6] 전기통신이란 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 부호·문언·음향 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 의미한다.[7]

정보와 전기통신은 매우 긴밀한 관계이며, 오늘날 양자를 함께 붙여서 '정보통신'이라고 표현하는 경우가 많다. 법률상 정보의 개념요소인 '부호, 문자, 음성, 음향 및 영상'은 전기통신의 개념요소인 '부호·문언·음향 또는 영상'과 동일한 의미라고 할 수 있다. 이는 정보와 전기통신의 긴밀한 관련성을 법률에 적절히 반

3) 김일환, "지식정보사회에 대비한 헌법개정의 필요성과 방향에 관한 서설적 고찰", 「세계헌법연구」 제15권 제2호(국제헌법학회 한국학회, 2009), 259~260면.
4) 「국가정보화 기본법」 제3조 1호.
5) 「통신비밀보호법」 제2조 1호.
6) 「우편법」 제1조의2 1호.
7) 「전기통신기본법」 제2조 1호.

영한 것으로 평가할 수 있으며, 전기통신[8]의 주요한 기능은 부호·문언·음향 또는 영상의 형태로 구현된 정보를 송·수신하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 정보통신이란 광의로는 상대방에게 정보를 전달하는 과정이며, 협의로는 멀리 떨어져 있는 컴퓨터들을 통신회선으로 연결하여 분산되어 있는 정보를 공유하는 것을 의미한다.[9] 현행 「국가정보화 기본법」은 정보통신을 '정보의 수집·가공·저장·검색·송신·수신 및 그 활용, 이에 관련되는 기기(器機)·기술·서비스 및 그 밖에 정보화를 촉진하기 위한 일련의 활동과 수단'이라고 정의한다.[10] 이러한 정의의 개념요소는 크게 세 가지로 묶을 수 있다. 첫째, '정보의 수집·가공·저장·검색·송신·수신 및 그 활용'이다. 둘째, '이(정보의 수집·가공·저장·검색·송신·수신 및 그 활용)에 관련되는 기기(器機)·기술·서비스'이다. 셋째, '그(기기(器機)·기술·서비스) 밖에 정보화를 촉진하기 위한 일련의 활동과 수단'이다. 정보의 수집·가공·저장·처리는 모두 활용이라고 통칭할 수 있다. 그리고 정보의 송신·수신은 정보의 유통이라고 통칭할 수 있다. 그렇다면 새로운 정보의 생산은 누락되어 있다는 점이 드러난다. 새로운 정보의 생산을 정보통신의 개념요소에 포함시키는 것이 필요하다. 그리고 기기(器機)·기술·서비스는 정보의 생산·활용·송신·수신의 수단이며, 정보화를 촉진하기 위한 일련의 활동과 수단 역시 수단적 의미를 내포하고 있다. 이러한 수단적 요소들은 후술하는 '기반'에 해당하는 것이기 때문에 정보통신'기반'의 개념에 포섭되어야 하며 정보통신의 개념요소로 포함하는 것은 적절하지 않다. 한편 「정보통신 진흥 및 융합 활성화 등에 관한 특별법」은 정보통신을 '전기통신설비 또는 컴퓨터 등을 이용하거나 활용한 정보의 수집·가공·저장·처리·검색·송신·수신 및 서비스 제공 등과 관련되는 기기·기술·서비스 및 산업 등 일련의 활동과 수단'이라고 정의한다.[11] 이 경우 그 개념요소에 새로운 정보의 생산이 누락되어 있는 점은 「국가정보화 기본법」과 동일하다. 그리고 정보의 활용, 유통 등과 등위로서 서비스 제공을 굳이 별도의 개념요소로 둘 필요가 있는지 의문이다. 일련의 활동과 수단의 종류에 서비스가 재차 명시되어 있기 때문이다. 또한 일련의 활동과 수단의 형태에 기기·기술·서비스와 산업을 함께 묶어서 표현하는 것도 정보통신의 일반론적인 정의로는 문제가 있다. 기기·기술·서비스와 산업이 등위로서

8) 이하에서는 별도의 표기가 없는 한 '통신'이란 전기통신을 의미한다.
9) 정진욱/안성진/이원혁/김현철, 「정보통신 배움터」(생능출판사, 2015), 10면.
10) 「국가정보화 기본법」 제3조 1호.
11) 「정보통신 진흥 및 융합 활성화 등에 관한 특별법」 제2조 제1항.

동일한 범주에 포함되기에는 무리가 있다. 산업은 기기·기술·서비스에 관한 경제적 활동으로서 다른 범주의 개념이 된다. 다만 이는 「정보통신 진흥 및 융합 활성화 등에 관한 특별법」의 취지상 특별히 강조하는 차원에서 표현한 것이라고 이해될 수는 있다. 결론적으로 정보통신의 일반론적인 개념은 '정보의 생산, 활용(수집·가공·저장·처리), 유통(송신·수신)과 관련되는 일련의 활동'이라고 할 수 있다. 그리고 여기서 정보란 전자적 정보를 포함하는 것이다.

현행 법률에서 기반의 정의는 명시되지 않은 상태이며, 이에 따라 현행 법률은 정보통신기반의 정의를 '정보통신망과 이에 접속하여 이용되는 정보통신기기, 소프트웨어 및 데이터베이스 등'[12]이라고 하는데 그치고 있다. 이는 정보통신기반의 유형을 열거한 것이며, 법의 규율을 받는 정보통신기반의 범위를 확인하기에는 유용하지만 개념의 일반론적인 정의라고 할 수는 없다. 기반이란 기초가 되는 바탕, 또는 사물의 토대를 의미한다. 따라서 일단은 정보통신기반의 정의를 정보통신의 기초가 되는 바탕 또는 토대라고 제시할 수 있고, 정보통신의 일반론적인 개념을 활용하여 정보통신기반의 정의를 더욱 구체적으로 제시하면 '정보의 생산, 활용(수집·가공·저장·처리), 유통(송신·수신)과 관련되는 일련의 활동의 기초가 되는 바탕 또는 토대'라고 할 수 있다.

정보통신기반은 사회기반시설, 기반시설, 국가기반체계, 국가기반시설, 정보통신기반시설 등의 유사용어와 일정부분 일치하는 부분이 없지 않으나 동의어는 아니다. 특히 정보통신기반시설과 정보통신기반의 차이점에 유의하여야 한다. 정보통신기반시설은 '정보통신에 기반'하는 국가적·사회적 주요 분야의 시설이며, 정보통신기반은 '정보통신의 기반'이라는 점에서 차이가 있다.[13]

Ⅲ. 정보통신기반의 범위와 유형

상기한 정보통신기반의 정의 중 '기초가 되는 바탕 또는 토대'의 범위가 어디까지인지 규명하여야 정보통신기반 개념에 규범적 의미를 부여할 준비가 이루어진다. 정보통신기반이란 물리적인 정보통신망과 정보통신기기, 소프트웨어, 그리고 그 주변환경인 사회제도, 문화, 이용관습을 포함하는 사회간접자본이라고 하기도 한다.[14] 이는 정보통신에서 기초가 되는 바탕 또는 토대의 범위를 넓게 본

12) 「국가정보화 기본법」 제3조 12호.

13) 정보통신기반과 유사용어의 비교에 관하여 자세한 내용은 박상돈, "헌법상 정보통신기반에 대한 국가책임에 관한 연구"(성균관대학교 박사학위논문, 2016), 18면 이하 참조.

것이다. 하부구조 또는 기반 내지 기반시설을 지칭하는 'infrastructure'의 표준적인 정의개념은 일반적으로 연상하는 대규모의 네트워크와 같은 물리적 자원뿐만 아니라 분야별 체제의 프레임워크나 기초를 의미하는 넓은 범위를 나타내기 때문에,[15] 상기한 바와 같은 범위의 제시가 타당성이 전혀 없지는 않다. 그러나 이는 사실상 사회를 구성하는 제반 요소 전체가 정보통신기반이라는 의미와 마찬가지이며, 규범으로 특별히 규율할 대상을 정하는데 필요한 내용을 밝히지 못하기 때문에 규범적 측면에서는 지나치게 넓은 범위이며 아무런 실익을 주지 못한다. 따라서 정보통신의 활용과 직접적으로 관련이 있는 요소를 배제하지 않으면서 규범으로 규율할 대상을 정할 수 있도록 정보통신기반의 범위를 한정하여야 한다. 정보통신기반의 범위를 명확히 하는 것은 '기초가 되는 바탕 또는 토대'를 구체화하는 것으로서, 정보통신기반의 개념에 실체적 의미를 부여하는 역할도 한다.

현행 「국가정보화 기본법」 제3조 12호에서는 정보통신기반을 '정보통신망과 이에 접속하여 이용되는 정보통신기기, 소프트웨어 및 데이터베이스 등'이라고 정의한다. 「국가정보화 기본법」의 모체인 과거의 「정보화촉진 기본법」에서는 '초고속정보통신기반'이라는 용어를 사용하면서, 이를 '실시간으로 동영상정보를 주고 받을 수 있는 수준 이상의 고속·대용량의 정보통신망과 이에 접속되어 이용되는 각종 정보통신기기·소프트웨어 및 데이터베이스 등'이라고 정의한 바 있다. 여기서 용어상의 '초고속'에 해당하는 정의의 요소인 '실시간으로 동영상정보를 주고 받을 수 있는 수준 이상의 고속·대용량의'를 제외하면 법률상 정보통신기반의 정의는 별다른 변동 없이 이어져오고 있음을 알 수 있다.

생각건대 현행 법률상의 정보통신기반 정의는 정보통신기반의 주요 구성요소가 되는 세부 유형들을 비교적 적절히 담아내어 정보통신기반의 범위를 제시하고 있다고 본다. 정보통신의 기반은 정보통신망과 같은 기반시설뿐만 아니라 그러한 기반시설에 부수되거나 기반시설을 일반인들이 실제로 활용할 수 있게 하는 정보통신기기, 정보통신기기를 활용하는 도구가 되는 소프트웨어, 정보통신망을 통해 전송하고 정보통신기기를 활용하여 송·수신하거나 처리하는 내용물인 정보를 공

---

14) 최동수, 전게서, 157면. 해당 문헌에서는 국가정보통신기반이라는 용어를 사용하지만 '국가'라는 용어를 정보통신기반과 함께 사용하는 것은 정보통신기반에 관한 문제에서 국가의 후견자적 지위를 주장하는 것으로 보일 소지가 있기 때문에 별다른 합리적인 이유가 없는 이상 굳이 국가정보통신기반이라고 할 이유는 없다고 본다.

15) Brett M. Frischmann, Infrastructure: The Social Value of Shared Resources, Oxford, 2010, pp. 3~4.

급하는 데이터베이스가 모두 포함되어야 한다. 이것들이 온전히 갖추어져야 정보통신의 기초 또는 토대가 마련되었다고 할 수 있다. 다만 상기한 네 가지 요소 외에도 앞에서 살펴본 광의의 정보통신기반 개념의 구성요소 중 '사회제도, 문화, 이용관습을 포함하는 사회간접자본'의 일종인 정보통신표준을 정보통신기반의 주요 개념요소로서 포함시킬 필요가 있다. 앞에서 지적한 바와 같이 막연하게 '사회제도, 문화, 이용관습을 포함하는 사회간접자본'이라고 하는 것은 규범적으로 아무런 의미를 줄 수 없으나, 직접적으로 관련되는 형태로서 정보통신표준이라고 한정하는 것은 규범의 규율대상을 충분히 특정 시키고 규범적 의미를 부여할 수 있다.

정리하자면, 정보통신기반의 유형은 정보통신망, 정보통신기기, 소프트웨어, 데이터베이스, 정보통신표준이라고 할 수 있으며, 이들은 정보통신기반이라는 총체적·추상적 개념의 구성요소로서 규범적 의미를 부여받는 범위가 된다. 교통과 비교하여 정보통신기반의 구성요소들을 살펴보면 다음과 같다. 고속도로, 철도 등의 교통망은 정보통신망과 같다. 승객과 화물은 교통망을 통하여 이동하고 부호, 문자, 음성, 음향 및 영상 등으로 이루어진 정보는 정보통신망을 통하여 전송된다. 승객과 화물의 이동수단은 승용차, 버스, 기차 등 수송수단이며 정보의 전송수단은 컴퓨터, 전화기 등 정보통신기기이다. 교통망과 수송수단은 원활한 교통이 이루어지도록 하기 위하여 정해진 규격과 규약을 준수하여야 하며 정보통신망과 정보통신기기는 이용자 상호간의 통신과 주고받은 정보의 활용에 어려움이 없도록 정보통신표준에 따른 기술적 요건들을 준수하여야 한다.[16]. 여기에 더하여 수송수단과 교통망의 작동원리 및 운용체계는 소프트웨어이며, 수송수단에 담겨 교통망을 따라 이동하는 여객과 물류는 데이터베이스에 비유할 수 있다.

Ⅳ. 정보통신기반의 공공재적 성격과 국가와의 관련성

본래 대부분의 주요 국가에서는 통신사업을 국가기관이 직접 수행하거나 공공기관이 수행하는 형태가 일반적이었다. 정보통신의 근대적 기원인 우편과 전신, 전화 등 통신의 발전은 본래 정치적, 군사전략적 이유에서 이루어졌다. 우편 및 전기 통신의 본래 주요 목적은 정부 행정 활동의 편익을 확보하고 국가를 내란 및 외환으로부터 보호하는 것이었다. 고전적인 서신의 발송에 비해서 통신 전달

16) 이에 관하여 자세한 내용은 최동수, 전게서, 157~158면 참조.

의 가속화를 가져왔던 전신의 도입에 있어서도 정치적·군사적 이유가 결정적이었다.[17] 이에 따라 안전과 질서 관련 업무를 담당하는 자가 통신의 설립과 운영을 관장하게 되었다. 예를 들면 독일에서 전기 통신의 도입은 군대의 관리 하에 이루어졌다.[18]

우편 및 통신 제도의 확대가 대규모로 실행되면서 우편과 통신에서 공익성이 전면에 등장하였다.[19] 통신의 공익성이 부각됨에 따라 통신 관련 기반시설은 공공재와 같이 취급되었으며, 오늘날 과학기술의 발달로 종전의 통신이 정보통신으로 변화하면서도 그러한 성격은 여전히 유지된다. 즉 정보통신기반의 공공재적 성격은 여전히 부인될 수 없다. 정보통신기반은 정보의 디지털화를 이끌어내고 모든 정보가 동일한 형식으로 처리되는 것이 가능하도록 하는 공공재로서 정보사회의 하부구조를 형성한다. 정보사회에서 정보통신기반은 국가발전의 원동력이 되는 사회간접자본으로 기능하고 있다. 이에 따라 각국은 정보통신기반 구축을 국가적 사업으로 추진한다. 공공재로서의 성격을 지니는 재화 및 서비스는 소비에 있어서의 비경합성 또는 비배제성 때문에 시장에서는 공급이 불충분하거나 아예 공급되지 않을 수 있다.[20] 그 때문에 공공재는 국민생활에 필수적인 전력·가스·수도·전기통신·교통 등의 서비스를 제공하는 사업인 공익사업을 통하여 제공되어 왔다. 공익사업은 국가·공공단체뿐만 아니라 개인이나 사법인(私法人)도 수행할 수 있으나, 그 요금책정 등은 정부의 통제 아래 두어 국민을 독점적 지위자의 횡포로부터 보호한다.[21] 즉 공익사업은 개별 사업에 따라 정도의 차이는 있으나 일정부분 국가의 책임 하에 이루어지게 된다. 종래에 국가의 자연 독점 개념에 따르면 특정의 사회기반시설 실행 영역에서는 유일한 국가적 기업이 더욱 훌륭하게 효율적인 조건으로 급부를 제공할 수 있으며, 시장에서의 경쟁 도입은 역효과를 낳으며 공익 손실로 이어질 것이라고 하였다. 전기통신이 국가로부터 상당부분 자유화된 이후에도 여전히 공익성은 전기통신의 본질적인 기본 원칙을 제시하였다.[22] 그리고 이는 과거의 단순한 통신에서 정보통신으로 발전된 오늘날에도

---

17) Georg Hermes, Staat1iche Infrastrukturverantwortung, Mohr Siebeck, 1998, S. 271 f.
18) Matthias Freund, Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation, C. H. Beck, 2002, S. 10.
19) Matthias Freund, a.a.O., S. 14.
20) 하연섭, “공공성과 재무행정: 정치·경제·관리적 측면을 중심으로”, 윤수재/이민호/채종헌 편, 「새로운 시대의 공공성 연구」(법문사, 2008), 857면.
21) 이종수, 「행정학사전」(대영문화사, 2009), 72면.
22) Matthias Freund, a.a.O., S. 15.

본질적으로 변함이 없다고 할 수 있다.

정보통신기반을 구축하는 이유는 공공재의 제공을 통하여 새로운 국제질서 형성에 적극적으로 대응하고 보편적 정보통신을 구현한다는 두 가지 측면에서 살펴볼 수 있다.[23] 전자는 대외적으로 국제경쟁력 강화뿐만 아니라 정보사회라는 새로운 환경에서 변화하는 새로운 국제질서 속에서 국가의 주권을 확립하여 다른 국가와 구분되도록 해당 국가의 정체성을 보전한다는 점에도 의미가 있다. 후자는 대내적으로 국민 누구나 필요한 정보통신을 가능하도록 하여 생존배려를 제공하고 삶의 질을 향상시킨다는 점에서 의미가 있다. 국제질서 형성에 따른 적극적 대응을 통한 주권의 확립이라는 대외적 의미와 보편적 정보통신 구현을 통한 국민의 삶의 질 향상이라는 대내적 의미는 모두 국가의 역할과 관계가 불가분의 관계가 있다고 할 수 있다. 따라서 정보통신기반은 국가와 불가분의 관계이며 어떠한 형태로든 국가가 관여할 수밖에 없고 국가가 책임을 질 필요성이 존재하게 된다.

Ⅴ. 정보통신기반 민간화에 대한 공법적 대응

1. 정보통신기반 민간화의 전개

앞서 논한 바와 같이 우편과 통신에서 공익성이 부각되면서 오직 국가만이 관련 이행 책임을 다할 수 있다는 확신이 존재하던 시기가 있었다. 즉 오직 국가기관만이 통신 업무의 필수적인 균형성, 신뢰성 등을 보장할 수 있다고 평가되었다.[24] 그러나 종래의 복지국가가 심각한 재정적 압박에 노출되면서 국가를 시장으로부터 퇴출시키려는 신자유주의적 입장이 대두되면서 오늘날 세계 각국에서는 민간화의 확산에 따라 우편과 통신이 민간부문으로 이전되는 양상을 보이고 있다.[25] 그러한 경향은 이는 정보사회의 도래에 따라 정보통신기반에 관하여 그대로 적용되며, 한국에서도 동일한 양상을 보여 왔으며, 과거에 공기업이 수행하던 정보통신기반 구축과 운영은 민간화되어 있다.[26]

---

23) 최동수, 전게서, 159면.

24) Peter Badura, Das Verwaltungsmonopol, Duncker&Humbolt, 1963, S. 198 f.

25) 현재 한국에서 영어의 privatization 또는 독일어의 Privatisierung은 민간화(民間化), 민영화(民營化), 사유화(私有化), 사화(私化) 등 다양한 용어로 번역되고 있으며, 본 논문에서는 민간화를 사용하기로 한다.

26) 해외 주요국과 한국의 정보통신기반 민간화 전개과정에 관하여 자세한 내용과 관련 참고문헌은 박상돈, 전게논문, 46면 이하 참조.

2. 정보통신기반 민간화의 문제점[27)]

가. 민간의 비대화와 이익의 충돌

공익을 지향하는 우편과 통신의 개념은 우편과 통신 부문에서 국가적 독점권의 근거가 되었다. 이러한 점에서 국가의 독점이 받아들여졌다.[28)] 그러나 오늘날 정보통신에서 국가의 독점에 대한 지지는 힘을 잃은 상태이며, 이는 일정부분 타당성이 없지 않다. 그러나 그에 대한 반대급부로서 정보통신 기업이 지나치게 확대되는 양상이 새로운 문제가 되고 있다. 특히 기간통신사업자의 성장은 새로운 부작용의 근원이 되는 모습을 보이기도 한다. 기간통신사업은 다른 산업에 비하여 진입장벽이 높고 대규모 기업의 독과점적 형태로 운영되고 있기 때문에 어떤 의미에서는 독과점의 주체가 종래의 국가에서 기업으로 이행된 것에 불과하며, 다만 이른바 효율성의 증대와 재정적자의 제거를 위하여 그러한 이행을 감수한 것으로 볼 수 있다. 그러나 독과점 지위에서 사적 주체로서 이익을 추구하면서 공공재와 무관한 일반적인 독점 기업과 다를 바 없는 모습도 나타나고 있다. 이

---

27) 정보통신기반의 민간화에 따른 새로운 갈등의 양상을 잘 보여주는 사례로서 2012년에 스마트TV에 관하여 정보통신망을 운용하는 통신사와 스마트TV를 제조하는 정보통신기기 제조사 간의 주목할 만한 분쟁이 있었다. 스마트TV는 인터넷을 이용하여 온라인상의 모든 콘텐츠를 양방향으로 송·수신할 수 있으며, 방송국이 제공하는 콘텐츠뿐만 아니라 인터넷 상의 콘텐츠 시장에 있는 것이라면 모두 시청이 가능하다는 특징이 있다. 당시 해당 통신사는 해당 제조사의 스마트TV 이용에 따라 인터넷 트래픽이 폭증한다는 이유로 해당 스마트TV에 대한 접속제한 조치를 시행할 계획이라고 밝혔다. 통신사측은 스마트TV에 대한 인터넷망 접속제한이 인터넷 이용자 보호 및 시장 질서회복을 위한 불가피한 선택이며 데이터양이 폭증하면 IT 생태계 자체가 공멸할 수 있다고 항변했다. 주무부처인 방송통신위원회는 통신사의 접속제한 조치에 유감을 표명하며 접속제한 계획을 이용자에 대한 이익 저해 행위로 규정하고 법적 검토를 통해 제재조치를 취하겠다는 입장을 밝혔다. 이러한 대립양상은 통신사가 방송통신위원회의 중재안을 받아들이고 접속 제한 조치가 해제되면서 일단락되었다. 스마트TV의 특징과 스마트TV에 관한 접속제한 사건에 관하여 자세한 내용은 황태희, “스마트 TV 서비스 시장의 경쟁과 규제-망 중립성 논의를 중심으로-”, 「법학논집」 제18권 제3호(이화여자대학교 법학연구소, 2014), 173면 이하 참조. 상기 사례는 비교적 큰 후유증 없이 마무리되었으나, 향후에도 그렇게 해결되리라는 보장은 전혀 없으며, 오늘날 급격히 변화하는 정보통신 환경에서 정보통신기반을 둘러싼 분쟁이 증가할 것이라는 신호를 보내고 있다. 상기 사례에서 물론 일차적으로 다루어야 할 사항은 중립성의 문제일 것이나, 그 이면에는 정보통신에서 민간의 역할이 커지면서 과거에는 당연히 공공의 것으로서 모두가 사용할 수 있는 것으로 여겼던 정보통신망의 성격이 변화되었다는 점, 그리고 이에 따라 관련 사안에서도 민간 사업자가 당사자이고, 국가는 당사자의 지위가 아니라 중재자 내지 관리감독자의 지위에 높여있다는 점, 그리고 사업자 간 분쟁이 결과적으로는 일반 국민에게 불편을 끼쳤다는 점 등에 주목하여야 한다. 해당 사건의 주요 관계자가 공개석상에서 “네트워크는 공공재가 아니라 기업이 구축한 사유재산”이라고 발언한 사실은 사적 주체로서 민간 기업과 국가의 관계 및 공공성에 관한 문제가 해당 사건의 기저에 존재하고 있음을 알려준다. 해당 발언에 관하여 자세한 내용은 디지털타임스, “방통위, 스마트TV 접속차단 보상책 지연 맹비난”(2012. 2. 22.) 참조.

28) Georg Hermes, a.a.O., S. 316 ff.

는 다른 정보통신 관련 사업자와 충돌을 야기하거나 이용자인 일반 국민의 이익을 저해할 우려가 있다.

나. 정보격차의 심화

정보격차의 개념은 다양하게 제시되고 있다.[29] OECD에서는 '개인·가정·기업 및 지역 간 서로 상이한 사회경제적 여건에서 비롯된 정보통신기술에 대한 접근 기회와 다양한 활동을 위한 인터넷의 이용에 있어서의 차이'라고 한다.[30] 현행 「국가정보화 기본법」에서는 정보격차를 '사회적, 경제적, 지역적 또는 신체적 여건으로 인하여 정보통신서비스에 접근하거나 정보통신서비스를 이용할 수 있는 기회에 차이가 생기는 것'이라고 정의한다.[31] 이는 격차가 접근성뿐만 아니라 구체적인 이용형태에서도 발생할 수 있다는 의미를 내포한다. 정보격차 연구의 초기에는 기술이나 하드웨어에 대한 접근의 문제로서 주로 경제적 요인과 밀접한 관련이 있는 물리적인 접근성의 관점에서 논의하여 왔다. 그러나 이러한 관점은 정보격차를 단순화하여 물질매체와 디지털 정보의 활용을 구분하지 않고 동일시한다는 비판을 받았다. 특히 인터넷 보급률이 높아지면서 접근에 대한 격차는 점차 해소되고 있는 점 등은 새로운 격차의 요소를 설명하게 만들고 있다.[32] 이러한 흐름은 정보격차가 단순히 컴퓨터의 사용능력에 따른 문제에 그치는 것이 아니라 인간의 존엄성을 해치고 사회적인 불평등 문제를 야기시킬 수 있는 매우 중요한 문제라는 인식을 전제로 한다고 할 수 있다. 민간화의 심화에 따라 정보통신기반의 공공재적 성격이 약화된다면 정보통신기반의 혜택을 제대로 받지 못하는 사각지대의 발생은 확대될 개연성이 커지고 그에 따른 정보격차의 문제는 더욱 심각해질 것이다.

---

29) 정보격차라는 용어 대신 디지털 격차라는 용어를 사용하기도 한다. 생각건대 정보의 수용·생산·활용에서 격차가 발생한다는 결과가 나타나는 것이 문제가 되는 것이고, '디지털'이라는 용어는 그러한 정보를 다루는 기술적 수단에 치우친 어감이 강하다고 판단되기 때문에 정보격차라는 용어가 보다 바람직하다고 본다.

30) OECD, Understanding the Digital Divide, OECD Publications, 2001, p. 5.

31) 「국가정보화 기본법」 제3조 제9호.

32) 이원태/황용석/이현주/박남수/오주현, 「디지털 컨버전스 환경에서 정보격차 해소 및 미디어 리터러시 제고방안 연구」(정보통신정책연구원, 2011), 29면.

다. 새로운 위험의 증대

디지털 위험은 비교적 최근에 생겨난 개념이다. 정보통신기술의 발전과 확산이 가져온 사회전반의 긍정적 변화에 대한 찬사는 여전히 이어지고 있지만, 이러한 변화의 또 다른 측면으로서 혼란스럽고 부정적이며 복잡한 새로운 현상의 발생에 대한 관심도 최근 크게 증가하고 있다.[33] 일상생활에서 정보통신에 대한 의존도가 높아지면서 정보통신의 원활한 이용이 이루어지지 않는 경우가 발생하는 경우 심각하면 국가적 재난을 야기할 가능성을 배제할 수 없다.[34]

사이버범죄와 같이 정보통신에 관련된 위험은 위험의 사회적 피해수준이 심각하고 위험의 사회적 노출 수준도 무차별적이기 때문에 그러한 위험상황에 직면하지 않기 위하여 사회공동체 구성원들의 위험성찰적 노력이 요구된다.[35] 그러나 최근의 민간화 경향은 안전에 대하여 긍정적이지 않은 요소가 나타날 개연성을 배제할 수 없다. 안전을 위한 비용을 단지 소비되어 사라지는 것으로 보고 이윤의 증대를 위한 비용절감의 대상에 포함시키는 등의 행위가 나타날 수 있으며, 민간화의 영향으로 인하여 사회공동체 구성원의 위험성찰이 이루어지지 못할 가능성이 있는 범위가 넓어진다. 이는 사회 전체가 공유하는 위험이자 사고발생시 피해가 큰 고위험에 해당하는 정보통신기반의 안전 침해를 유발할 수 있다.

3. 정보통신기반 민간화 대응을 위한 공역무의 재구성

가. 공역무의 의의

공역무는 일반적으로 공익을 만족시킬 목적으로 공공단체에 의하여 수행되는 활동으로 정의된다. 공역무 개념의 등장 이전인 18세기에 사인을 위한 공권력의 개입은 야경국가의 주요 사무에 해당하던 국방, 외교, 경찰, 사법 등 최소한의 공적 통제를 의미하였으나, 19세기에 들어서 종래의 야경국가, 사법국가에서 국민에게 직접적인 급부를 제공하는 적극국가, 행정국가로 변모하면서부터 공역무가 부각되었다[36] 결국 국가의 역할이 확대되면서 공역무의 수행이 확대되었으며, 이

33) 최홍석/김현준, 「디지털 위험사회 대응 정책방안」(한국정보문화진흥원, 2009), 14면.
34) 정국환/유지연, 「디지털재난, 그 의미와 대응의 새로운 패러다임(KISDI 이슈리포트 09-09)」(정보통신정책연구원, 2009), 7~8면.
35) 홍성만, “위험사회와 공공성 탐색: 불산가스 및 방사능 누출 위험사례를 중심으로”, 「한국정책연구」 제13권 제2호(경인행정학회, 2013), 122면.
36) 李光潤, “公役務와 直接經濟干涉機關으로서의 營造物과 公企業”, 「공법연구」, 제18집(한국공법학회, 1990), 207~209면.

는 국가의 책임을 실현하는 활동의 공법적 형식이라고 평가할 수 있다.

공역무는 크게 세 가지 기본원칙 하에 이루어진다. 첫째, 그 중단이 사회생활상의 중대한 혼란을 야기할 수 있기 때문에 계속되어야 한다는 계속성의 원칙이다. 둘째, 상대적으로 결정되는 공익의 수요변화에 공역무가 적응할 수 있어야 한다는 적응성의 원칙이다. 셋째, 법적 조건을 충족하는 자는 모두 당해 역무상의 급부를 동등하게 수급할 수 있다는 평등성의 원칙이다.[37]

역사적으로 공역무는 기능적 측면과 조직적 측면의 이중적 의미를 가진 개념이라고 한다.[38] 즉 공역무는 기능적 측면에서는 공익적 수요의 충족을, 조직적 측면에서는 행정기관에 의한 직접 수행 또는 관리·운영상의 통제를 필수적인 요소로 한다. 공역무의 수행방식은 전통적으로 행정기관에 의한 직접적 경영, 영조물법인에 의한 경영, 공역무특허를 받은 특허기업에 의한 경영 등이 있다.[39] 공역무의 유형은 행정적 공역무와 상공업적 공역무로 구분된다. 행정적 공역무는 원칙적으로 공법이 적용되며, 상공업적 공역무는 원칙적으로 사법이 적용된다. 그러나 상공업적 공역무도 공익적 수요의 충족을 위한 활동에 필요한 최소한의 공법 적용은 필요하다. 따라서 상공업적 공역무에도 공법이 완화된 형태로 적용되는 것이며, 공법의 적용이라는 공역무의 특성은 상공업적 공역무에도 유효하다.[40] 또한 상공업적 공역무에도 공역무의 기본원칙이 적용된다.[41]

나. 정보통신 분야에서 공역무 개념 재구성의 필요성과 방향[42]

정보통신은 정보사회에서 나타난 통신의 발달상으로서 통신과 공역무의 관계는 원칙적으로 정보통신과 공역무의 관계에서도 동일하다고 할 수 있다. 전통적으로 통신역무는 국민의 일상생활과 필수불가결한 역무의 성격을 지니고 있으며, 공역무에 해당하였다. 그러나 오늘날에는 모든 통신역무가 행정주체에 의하여 이

---

37) 김민호, "행정정보 공동이용의 범위와 한계에 대한 이론적 고찰 및 정책과제", 「토지공법연구」 제43집 제1호(한국토지공법학회, 2009), 569면.

38) 전훈/Jean-Marie Pontier, 「공공서비스법-프랑스 행정법 연구-」(한국학술정보, 2008), 17면.

39) 金東熙, "公役務制度에 관한 硏究", 「서울대학교 법학」 제35권 제2호(서울대학교 법학연구소, 1994), 132~134면.

40) 이광윤, "공공서비스 개념의 범세계화에 관한 연구", 「토지공법연구」 제21집(한국토지공법학회, 2004), 370면.

41) 金東熙, 전게논문, 135면.

42) 여기서 논하고자 하는 공역무는 정보통신의 활용을 가능하게 하는 것을 그 내용으로 하는 역무로서 통신역무 내지 정보통신역무를 의미한다. 따라서 후술하는 전자정부와 같이 '정보통신을 활용하는 공역무'와는 구분된다.

루어지지는 않으며, 공영으로 제공되는 통신역무는 행정적 공역무로 이해할 수 있으나 민영으로 제공되는 통신역무는 이에 해당되지 않는다. 따라서 오늘날에는 통신역무가 전적으로 공역무라고 할 수는 없다.[43] 통신역무의 공역무적 성격이 감소하였다고 하여도 통신이 공역무와 무관하다는 의미는 아니다. 예를 들면 정보통신기기를 활용하여 소비자에게 제공되는 민간사업자의 서비스는 공역무에 해당하지 않으나 그러한 서비스를 제공하는 기반이 되는 정보통신기반의 보장 그 자체는 공역무로 볼 것을 검토할 필요가 있다. 정보화와 정보사회의 등장은 보장국가의 문제상황이 가장 현저히 나타나는 배경이다. 정보사회에서 헌법조화적이며 공익친화적인 정보질서 확립을 위하여 정보통신 관련 급부와 그 사용자에 대하여 충분한 관리를 수행하는 것이 중요한 문제가 되었다. 이는 규제의 완전한 포기를 금지하는 정보질서의 특성을 보여준다.[44] 따라서 행정기관이 아니라 민간이 수행하는 역무는 전적으로 공역무에 해당하지 않는다는 입장은 위험성이 있으며, 그러한 문제를 방지하는데 있어서 상공업적 공역무의 개념이 유용하게 활용될 수 있다. 행정주체에 의하여 수행되지 않는 공익 목적의 역무를 상공업적 공역무로 포섭하면 오늘날 현대사회에서 모든 역무는 공역무로 이해될 수 있고, 국가의 개입이 어떻게 통제되어지는지 해명되지 못한다는 견해도 있다.[45] 그러나 행정주체가 해당 역무를 직접 수행하지는 않더라도 그에 대한 관리·감독 및 조정 등과 같이 행정주체가 관여하는 행위가 있는 경우에는 그러한 관리·감독 및 조정 등의 행위를 공역무로 이해하고, 그러한 공역무의 통제는 헌법과 법률에 의하여 이루어지도록 하면 문제가 없다고 본다. 민간화는 국가가 책임으로부터 탈피되도록 하는 것이 아니라 기능의 변경을 발생시키는 것이며, 기반시설적 생존배려로서 국가가 직접 이행하는 형태의 책임에서 누군가가 이행을 하도록 국가가 규제하는 형태의 책임으로 변화되는 것이다.[46]

따라서 국가는 정보통신기반에 관련되는 활동을 직접적으로 수행하거나 정보통신기반에 대한 관리·감독 및 조정 등의 형태로 관여하여야 한다. 이에 따라 규제행정이 급부행정을 대체하게 되며,[47] 그러한 규제행정은 공역무의 형태로 구체

---

43) 李敏榮, “情報媒體의 規制法理에 관한 硏究-通信放送融合에 따른 形式規制와 規制組織을 中心으로-”(성균관대학교 박사학위논문, 2006), 256면.

44) 洪錫漢, “국가역할의 변화에 따른 규제된 자율규제에 관한 연구-개인정보보호 영역을 중심으로-”(성균관대학교 박사학위논문, 2008), 75면.

45) 李敏榮, 전게논문, 256면.

46) Friedrich Schoch, a.a.O., S.198-199.

화되는 것으로 보아야 한다.

Ⅵ. 정보사회의 고도화와 정보통신기반 환경 변화에 대한 공법적 대응

1. 지능정보사회 대응 기반 마련

오늘날 정보사회의 발달은 유비쿼터스, 지식정보사회 등을 거쳐 지능정보사회의 개념에까지 이르게 되었다. 지능정보사회란 인공지능과 정보통신기술을 결합한 지능정보기술이 핵심적 역할을 하는 사회이며, 곧 도래할 정보사회의 새로운 발전상이라고 할 수 있다. 이에 따라 정부는 지능정보사회에 대비하는 정책의 수립을 추진하게 되었다.[48]

오늘날 국가사회의 하부구조를 이루는 기반시설에서 지능정보사회의 요소는 이미 존재하고 있었고 법률로 규율하는 바가 없지 않았다. 전력망에 정보통신기술을 적용하여 전기의 공급자와 사용자가 실시간으로 정보를 교환하는 등의 방법을 통하여 전기를 공급함으로써 에너지 이용효율을 극대화하는 지능형 전력망, 즉 스마트 그리드가 대표적이며, 이에 관련된 법률로 「지능형전력망의 구축 및 이용 촉진에 관한 법률」이 시행되고 있다. 이는 인공지능 그 자체를 기반시설에 활용한 경우이다. 향후에는 일상에서 인공지능을 활용하는데 필요한 기반을 갖추는 것도 필수적으로 요구될 것이다. 따라서 지능정보사회의 하부구조를 구축할 국가책임은 더욱 확대될 것으로 보인다. 이는 종래에 국가가 하부구조와 기반시설에 대하여 지닌 책임의 본질을 유지하되, 그 구체적 내용은 기술의 발달에 따라 변화되는 것이라고 평가할 수 있다.

2. 위험사회에서 안전 확보의 기반 마련

현대사회를 특징짓는 사회적 위험은 이른바 '위험사회'라는 개념이 제시됨에 따라 커다란 의미를 지니게 되었으며, 오늘날 위험사회 개념은 다양한 학문분야에서 일반적으로 수용되고 있다.[49] 오늘날의 과학기술발전은 다양한 형식으로 사

---

47) Joachim Wieland, "Der Wandel von Verwaltungsaufgaben als Folge der Postprivatisierung", Die Verwaltung(VERW) 28, Duncker & Humbolt, 1995, S. 332.

48) 전자신문, "미래부, 지능정보사회 진입 원년 선언"(2016. 1. 27.).

49) 박광민/이성대, "위험사회의 등장에 따른 형법의 대응", 「성균관법학」 제18권 제3호(성균관대학교 비교법연구소, 2006), 514면.

회적 상실을 초래한다고 한다. 예를 들면 먼 거리를 신속히 이동하게 해주는 교통수단들은 전통사회에서 볼 수 없었던 위험을 안겨주고 있으며, 먹는 음식물에 섞인 인공물질들은 각종 질병들을 야기할 우려가 제기되고 있다.[50]

정보사회에서 나타나는 새로운 위험도 위험사회의 문제에서 벗어나지 않으며, 사이버공간의 확대와 같이 정보통신의 활용에 따른 현상도 현대사회를 위험사회로 특징짓는 위험요소가 된다.[51] 현재 우리나라의 핵심 기반구조가 정보통신 인프라와 같은 정보통신기반을 통해 운영되고 있기 때문에 전방위적 정보보호 안전체계 강화를 위한 시책을 지속적으로 수립 추진하여 안전하고 건전한 정보사회의 구현을 달성하여야 한다. 이를 위하여 오늘날 새로운 정보통신기술의 발전과 그 활용에 대한 기술적 접근은 그로 인하여 나타날 수 있는 문제점을 동시에 고려할 것을 인식하여야 한다. 이는 새롭게 발전되는 기술들의 긍정적인 측면은 살리면서, 이에 따르는 부정적인 측면을 동시에 제거하는 헌법친화적인 첨단과학기술사회의 구축에 기여한다.[52] 그리고 이러한 조치에서 국가는 일정 부분 책임이 있음을 부인할 수 없으며, 특히 다른 문제보다 안전의 문제에서는 국가의 직접적인 책임이 상대적으로 크다는 점을 인식하여야 한다.

3. 공유와 참여의 기반 마련

정보와 지식은 특정인이 독점하는 것은 점차 어려운 관념이 되어가고 있으며, 누구나 정보와 지식의 공유와 활용에 참여할 수 있다. 이러한 정보와 지식은 정보를 체계적으로 집대성하여 데이터베이스를 구축하고 정보통신망 등이 그러한 데이터베이스의 활용에 충분하도록 갖추어져야 보다 많은 사람들에게 혜택을 줄 수 있다.

그리고 사이버공간은 정치과정에서 필요한 각종 정보를 널리 유통하고 제공하는데 기여하며, 민주적 토론의 장으로 활용될 수 있으며, 전자투표의 기술적 수단을 제공한다. 사이버공간은 시민사회의 전자적 확장에 있어 근본적인 기반이 되는 것이다.[53] 이러한 사이버공간은 정보통신기반에 의하여 구현될 수 있다. 따

50) 김종천, “과학기술발전에 따른 리스크·위험방지를 위한 국가의 안전보호의무”,「외법논집」제33권 제1호(한국외국어대학교 법학연구소, 2009), 339~340면.
51) 박광민/이성대, 전게논문, 516면.
52) 金日煥, “情報保安關聯法制整備의 基準과 內容에 관한 硏究”,「토지공법연구」제26집(한국토지공법학회, 2005), 233~234면.
53) 이영우. “전자민주주의에 관한 연구”,「토지공법연구」제60집(한국토지공법학회, 2013), 414면.

라서 정보통신기반은 시민사회의 전자적 확장의 기반의 조성에서 선결되어야 하는 전제가 되며, 정보통신기반의 구축과 보호는 전자민주주의의 토대를 형성하고 유지하는 활동이 된다고 할 수 있다.

한편 정보사회에서 정보통신을 활용한 전자정부의 확대에 따라 통신역무 외에도 일반적인 공역무 전체가 정보통신기반과 불가분의 관계를 맺게 되었다. 정보통신을 활용하는 공역무[54]에는 기존에 존재하였던 공역무의 기본원칙 외에 정보통신을 활용하는 공역무 특유의 원칙으로서 참여성의 원칙, 투명성의 원칙, 경제성의 원칙이 준수되어야 한다. 즉 행정기관간의 협력뿐만 아니라 관련 민간주체와의 공조까지 포함하는 협치로서의 거버넌스를 형성하고, 정부가 보유한 정보 가운데 공개 가능한 정보는 원칙적으로 국민에게 제공하고, 행정절차에서 의견개진이 가능하도록 하면서 그러한 과정에서 개인정보 등에 대해서는 규범명확성과 목적구속성을 통하여 명확성이 견지되어야 하며, 투입되는 자원에 비하여 행정의 능률성 및 효과성이 나타나도록 하여야 한다.[55] 그리고 국가는 그러한 원칙이 실현될 것을 보장할 책임이 있다.

Ⅶ. 결론

정보사회에서 국가가 소멸된다는 것은 성급한 추정이며 정보사회가 국가의 종말을 필연적으로 가져오지는 않는다.[56] 정보가 자본을 대체한다거나 모든 권력으로부터 해방을 가져온다는 것 역시 상당한 무리가 있는 주장이다. 정보통신의 발

---

54) 정보통신을 활용하는 공역무는 정보통신 분야에 해당하는 통신역무를 의미하는 것이 아니라 정보통신을 수단으로 하는 공역무를 의미한다. 이 점에서 앞에서 논한 정보통신 분야의 공역무와는 구분되는 개념이다.

55) 참여성의 원칙, 투명성의 원칙, 경제성의 원칙은 본래 행정정보 공동이용의 법이론적 원칙으로 제시된 바 있다. 그러나 해당 문헌의 맥락을 살펴보면 행정정보 공동이용에 한정하지 않고 정보통신 관련 공역무에 전체적으로 적용할 수 있는 원칙으로서 소개하고 있다. 예를 들면 참여성의 원칙을 설명하는 부분에서는 "정보행정법은 상호협력성과 의사교환성을 기초로 한 협조적 참여로써 행정과정을 갖추어 간다.(김민호, 전게논문, 570~571면)"라고 하고, 투명성의 원칙을 설명하는 부분에서는 "규범명확성 및 목적구속성이 전제될 때 정보행정의 투명성이 확보될 수 있다(김민호, 전게논문, 571면)"라고 하며, 경제성의 원칙을 설명하는 부분에서는 "주로 정보행정에 있어 형식규제 및 이에 대한 행정통제와 관련되는 원칙이라 할 수 있다.(김민호, 전게논문, 571면)"라고 한다. 이러한 서술은 상기한 세 가지 원칙이 행정정보 공동이용을 포함한 정보행정 일반의 원칙으로서 제시된 것임을 알 수 있다. 정보행정을 공역무의 개념으로 재구성하면 정보통신 관련 공역무로 볼 수 있다. 따라서 상기한 견해에 의하면 참여성의 원칙, 투명성의 원칙, 경제성의 원칙은 정보통신 관련 공역무 특유의 원칙으로 볼 수 있다. 행정정보 공동이용의 법이론적 원칙에 관하여 자세한 내용은 김민호, 전게논문, 570~572면 참조.

56) Friedrich Schoch, a.a.O., S. 181.

전이 자본주의의 큰 틀을 변화시킨 것은 아니며 여전히 소유관계와 기본적인 동학은 유지되고 있다.[57] 정보사회에서 민간부문의 성장이 국가의 역할에 일정 부분 변화를 가져올 수는 있으나 국가는 여전히 그 존재가치가 지속된다. 특히 민간의 역할 확대가 반드시 바람직한 결과만을 가져오지는 않으며, 특히 이윤의 문제와 결합되는 경우 전적으로 민간에 일임한다면 강제적으로 부작용을 제거할 수 있는 장치를 마련하기가 어렵게 된다는 점을 인식하여야 한다.

정보통신기반의 구축과 보호에 국가가 나서서 수행하는 역할은 국가가 국민에게 임의로 시혜를 베푸는 것이 아니라 국가가 국민으로부터 부여받고 국민을 위하여 행사하여야 하는 권한을 활용하여 현실상의 필요한 수요를 충족하는 활동을 수행하는 것이다. 국가의 직접적인 이행책임을 축소하는 보장국가의 관념에 의하더라도 정보통신기반에 대한 국가의 역할과 책임은 사라지지 않으며, 최근에 이루어지고 있는 정보통신 환경의 변화는 국가책임에 대한 인식을 새롭게 하고 책임이 이루어지는 체계를 다시 검토할 필요성을 발생시킨다. 정보통신기반은 공공재이며, 국가는 정보통신기반에 대하여 일정한 역할과 책임을 다하여야 한다. 이와 같이 국가와 정보통신기반의 관계가 형성됨에 따라 주권의 확보와 생존배려의 실현이라는 관점에서 민간화에 대응하여야 할 필요성이 존재할 뿐만 아니라 고도화되는 사회변동에 대응하는 하부구조의 건설, 위험사회의 안전 확보, 공유와 참여를 통한 민주적 생활의 기반 향상 등 정보통신기반에 대한 국가의 역할과 책임이 필요한 이유가 복합적으로 제기된다. 이러한 점에서 정보통신기반의 공법적 의의가 발견되며, 정보통신기반의 구축과 보호가 공공성 확보와 사회변동 대응에 관계된 여러 가지 공법적 과제를 내포하고 있음을 알 수 있다. 이러한 과제는 궁극적으로 헌법에 기초한 국가의 행위에 의하여 헌법적 가치를 실현하는 것이라고 평가할 수 있다. 따라서 헌법적 가치로부터 발현되는 정보통신기반에 대한 국가책임의 형성과 그러한 국가책임을 구체화하는 공역무를 위한 개별 법제도 정립에 관한 연구가 다각적으로 이루어질 필요가 있다.

57) 이항우/이창호/김종철/임현경 외, 「정보사회의 이해」(미래인, 2013), 374면.

(논문투고일: 2016.09.02, 심사개시일: 2016.09.05, 게재확정일: 2016.09.23)

박 상 돈

정보통신기반, 공공재, 민간화, 공역무, 국가책임

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국내 단행본

윤수재/이민호/채종헌 편, 「새로운 시대의 공공성 연구」(법문사, 2008)

이원태/황용석/이현주/박남수/오주현, 「디지털 컨버전스 환경에서 정보격차 해소 및 미디어 리터러시 제고방안 연구」(정보통신정책연구원, 2011)

이종수, 「행정학사전」(대영문화사, 2009)

이항우/이창호/김종철/임현경 외, 「정보사회의 이해」(미래인, 2013)

전훈/Jean-Marie Pontier, 「공공서비스법-프랑스 행정법 연구-」(한국학술정보, 2008)

정국환/유지연, 「디지털재난, 그 의미와 대응의 새로운 패러다임(KISDI 이슈리포트 09-09)」(정보통신정책연구원, 2009)

정진욱/안성진/이원혁/김현철, 「정보통신 배움터」(생능출판사, 2015)

최동수, 「정보, 정보인, 정보사회」(법문사, 2012)

최흥석/김현준, 「디지털 위험사회 대응 정책방안」(한국정보문화진흥원, 2009)

Ⅱ. 국내 논문

金東熙, “公役務制度에 관한 硏究”, 「서울대학교 법학」 제35권 제2호(서울대학교 법학연구소, 1994)

김민호, “행정정보 공동이용의 범위와 한계에 대한 이론적 고찰 및 정책과제”, 「토지공법연구」 제43집 제1호(한국토지공법학회, 2009)

金日煥, “情報保安關聯法制整備의 基準과 內容에 관한 硏究”, 「토지공법연구」 제26집(한국토지공법학회, 2005)

_____, “지식정보사회에 대비한 헌법개정의 필요성과 방향에 관한 서설적 고찰”, 「세계헌법연구」 제15권 제2호(국제헌법학회 한국학회, 2009)

김종천, “과학기술발전에 따른 리스크·위험방지를 위한 국가의 안전보호의무”, 「외법논집」 제33권 제1호(한국외국어대학교 법학연구소, 2009)

박광민/이성대, “위험사회의 등장에 따른 형법의 대응”, 「성균관법학」 제18권 제3호(성균관대학교 비교법연구소, 2006)

박상돈, “헌법상 정보통신기반에 대한 국가책임에 관한 연구”(성균관대학교 박사학위논문, 2016)

李光潤, “公役務와 直接經濟干涉機關으로서의 營造物과 公企業”, 「공법연구」, 제1

8집(한국공법학회, 1990)

_____, “공공서비스 개념의 범세계화에 관한 연구”, 「토지공법연구」 제21집(한국토지공법학회, 2004)

李敏榮, “情報媒體의 規制法理에 관한 硏究-通信放送融合에 따른 形式規制와 規制組織을 中心으로-”(성균관대학교 박사학위논문, 2006)

이영우. “전자민주주의에 관한 연구”, 「토지공법연구」 제60집(한국토지공법학회, 2013)

洪錫漢, “국가역할의 변화에 따른 규제된 자율규제에 관한 연구-개인정보보호 영역을 중심으로-”(성균관대학교 박사학위논문, 2008)

홍성만, “위험사회와 공공성 탐색: 불산가스 및 방사능 누출 위험사례를 중심으로”, 「한국정책연구」 제13권 제2호(경인행정학회, 2013)

황태희, “스마트 TV 서비스 시장의 경쟁과 규제-망 중립성 논의를 중심으로-”, 「법학논집」 제18권 제3호(이화여자대학교 법학연구소, 2014)

Ⅲ. 국내 언론보도

디지털타임스, “방통위, 스마트TV 접속차단 보상책 지연 맹비난”(2012. 2. 22.)

전자신문, “미래부, 지능정보사회 진입 원년 선언”(2016. 1. 27.)

Ⅳ. 국외 문헌

Brett M. Frischmann, Infrastructure: The Social Value of Shared Resources, Oxford, 2010

Friedrich Schoch, “Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung”, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer(VVDStRL) 57, Walter de Gruyter, 1998

Georg Hermes, Staat1iche Infrastrukturverantwortung, Mohr Siebeck, 1998

Joachim Wieland, “Der Wandel von Verwaltungsaufgaben als Folge der Postprivatisierung”, Die Verwaltung(VERW) 28, Duncker&Humbolt, 1995

Matthias Freund, Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation, C. H. Beck, 2002

OECD, Understanding the Digital Divide, OECD Publications, 2001

Peter Badura, Das Verwaltungsmonopol, Duncker&Humbolt, 1963

Abstract

The Meaning and Legal Issues of Information and Telecommunications Infrastructure in Public Law

Park Sangdon

The development of information and telecommunications technology p rovide the basis of information society. That is information and telecomm unications infrastructure which means the foundation of actions related pr oduction, use and transmission of information. It is includes network, dev ice, software, database and standard related information and communicatio ns. They are application scope of law for information and telecommunica tions infrastructure.

Information and telecommunications infrastructure is one of public go ods. It has two aspect of response to international order and realization o f universal services to utilize information and telecommunications infrastr ucture. So It is related to sovereignty and service of general interest.

A state has some roles for construction and protection of information and telecommunications infrastructure. That is same in the age of guarant ee state in front of privatization and sophistication of information society.

Accordingly, it is necessary to focus on constitutional state responsibi lity and related laws for Information and telecommunications infrastructur e. There are many legal matters of privatization and sophistication of inf ormation society and it will make expectation that they are solved. That is related to constitutional values. So Information and telecommunications infrastructure has special meaning and significance in public law.

Park Sangdon

Information and Telecommunications Infrastructure, Public Goods, Privatization, Public Service, State Responsibility

인터넷 검색광고의 법적 제문제
- 규제방안 재정립을 중심으로 -

이 병 규*

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 검색광고의 개관
1. 검색광고의 의의와 특성
2. 검색광고의 성장배경과 현대적 가치
3. 검색광고의 법률적 정의
Ⅲ. 검색광고의 규제 재정립
1. 검색광고 규제 일반
2. 규제 체계 현황 검토
3. 검색광고 규제 개선방안
Ⅳ. 검색광고를 둘러싼 여러 법적 문제
1. 검색광고의 법적 제문제
2. 검색광고 매체의 법률적 책임 문제
3. 검색광고 유통구조의 법률적 미비 문제
4. 검색광고 어뷰징 등의 법률적 문제
5. 향후 연구방향
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

인터넷이 발달함에 따라, 이를 중심으로 한 비즈니스 환경도 다각도로 변화하고 있다. 전 세계 주요 인터넷 기업들은 새로운 비즈니스 모델을 기반으로 한 다양한 서비스를 출시하여 기존 산업군의 수익을 상회하는 수익을 기록함과 동시에 그들 스스로의 기업 가치를 높여가고 있다. 검색광고는 이러한 IT 비즈니스에 있어 가장 혁신적이고, 합리적인 비즈니스 모델이다. 그러나 아직까지 법적 정의는 물론, 정책입안자들의 이해도도 높지 않은 상황이다. 인터넷광고 시장이 급격하게 성장하여 법과 제도가 이를 따라가지 못하고 있는 상황이라고는 하나, 우리나라에 도입된 지 십수 년이 지났고, 우리 일상생활의 깊숙이 자리 잡은 광고기법을 충분히 이해하지 못하고 일률적인 규제의 잣대만을 들이대는 것은 적절치 않을 것이다. 따라서 본 논문에서는 검색광고에 대한 이해도를 높이는 차원에서 법률적 논의들을 개략적으로 살펴보고, 인터넷광고 산업계와 이용자가 상호 만족할

* 성균관대 법학전문대학원 학술박사(Ph.D)과정 졸업 / 법학박사

수 있는 규제방향을 제시와 더불어 향후 연구과제 도출을 목적으로 한다. 이 논문에서 제안하는 검색광고와 관련한 규제개선 방안은 다음과 같다. 첫째, 자율규제를 기반으로 한 새로운 검색광고 규제 체계의 수립이 필요하다. 둘째, 검색광고의 정의 등을 명시한 분쟁해결 기준을 마련하는 것이 필요하다. 셋째, 검색광고 규제 부처의 전문성 확보 방안 등을 적극적으로 검토할 필요가 있다.

한편, 검색광고를 둘러싼 여러 법적 문제들이 존재한다. 이러한 법률적 쟁점들은 어떤 문제는 정책적으로 풀어나갈 수 있고, 어떤 문제는 자율규제의 방식으로 풀어나갈 수 있으며, 또 어떤 문제는 법률적 규제 근거가 마련되어야 해결할 수 있는 문제라 할 수 있다. 이를 도출하기 위해 다음과 같은 연구방향을 제시한다. 첫째, 검색광고와 관련한 여러 법적 개념들의 통일성을 갖추기 위한 연구가 필요하다. 둘째, 검색광고를 둘러싼 부정적 요인들의 해결방안을 위한 연구가 필요하다. 셋째, 검색광고 이해관계자들의 위치를 재정립하기 위한 연구가 필요하다.

검색광고를 둘러싼 법적 제문제들이 정리 된다면, 국내 검색광고에 있어서의 규제 혼란은 사라질 것이며, 글로벌 스탠다드에 맞는 시장의 재편 등을 기대해 볼 수 있다. 이는 국내 검색광고 시장의 성장을 자연스럽게 유도할 것이며, 국내 검색광고 기업과 글로벌 검색광고 기업 간의 공정경쟁 등의 기반을 마련해줄 수 있을 것이다.

Ⅰ. 서 론

한국에서 상용 인터넷 서비스가 시작된 지 어느덧 20여 년이라는 시간이 흘렀다.[1] 인터넷은 한국을 비롯한 전 세계 인류의 일상을 완전히 바꾸어 놓았고, 어린아이부터 어른까지[2] 시공간을 불문하고 인터넷을 통해 연결이 되어 있는 것이 현실이다. 이는 '초연결사회(Hyper Connected Society)'[3]라는 신조어로도 표현이 되고 있는데, 즉, 인터넷이라는 새로운 기술이 사람과 사람, 사람과 사물 등을 실시간으로 연결해 주는 핵심 매개 수단으로 자리매김하고 있다는 것을 함축적으로 표현하는 것이라 할 수 있다.

인터넷이 발달함에 따라, 이를 중심으로 한 비즈니스 환경도 다각도로 변화하고 있다. 최근에는 특히, ICT(Information and Communications Technologies) 플랫폼을 기반으로 한 O2O(Online to Offline), IoT(Internet of Things) 등 새로운 유형의 비즈니스 모델이 주목을 받고 있는 상황인데, 전 세계 주요 인터넷 기업들은 이러한 새로운 비즈니스 모델을 기반으로 한 다양한 서비스를 출시하여, 기존 산업군의 수익을 상회하는 수치를 기록함과 동시에 그들 스스로의 기업 가치를 높여가고 있다. 다만, 여기서 한 가지 기존 산업의 관념으로 이해하기 어려운 점이 있다면 주요 인터넷 기업들이 제공하고 있는 상당수의 서비스가 이용자 입장에서 무료로 제공되고 있다는 점이다. 실 예로 네이버, 카카오, 구글 등 주요 인터넷 서비스 기업들은 자사의 대표 서비스인 검색, 메일, 카페, 클라우드 등의 서비스를 무료로 제공하고 있다.[4] 그렇다면 이러한 인터넷 기업들은 어떠한 방식으로 수익을 올릴까? 그 중심에는 바로 '광고'가 있다. 주요 인터넷 기업들은 무료로 서비스를 제공하고, 대신 이용

---

1) 1994년 인터넷 상용서비스 개시, 한국인터넷진흥원,「2015 한국인터넷백서」, 2015.

2) 만 3세 이상 인구 중 인터넷을 이용해본 경험이 있는 '인터넷 경험자'는 85.9%이다. 인터넷 이용자의 38.7%가 주 평균 14시간 이상 인터넷을 이용하고 있으며, 주 평균 인터넷 이용 시간은 13.6시간으로 조사되었다. 한국인터넷진흥원, 상게 자료, 274~277면.

3) 사람과 사람, 사람과 기기, 기기와 기기가 네트워크로 연결된 사회이다. 초연결(Hyper connectivity)은 캐나다 사회과학자인 Anabel Quan, Haase and Barry Wellman에 의해 시작된 용어로 네트워크를 통해 사람 vs. 사람, 사람 vs. 사물, 사물 vs. 사물 등이 통신하여 커뮤니케이션 할 수 있는 상태를 말한다. 이러한 초연결성은 기존과 다른 사회서비스를 만들어내고 이를 통해 새로운 문화와 가치를 형성해 나가는 기반이 된다. 박정은, 윤미영, "초연결사회와 미래서비스",「정보와 통신」제31권 제4호(한국통신학회, 2014), 3면.

4) 한국능률협회컨설팅이 '2015년 올해의 주목받은 신상품'으로 선정한 네이버의 modoo!(모두), 카카오의 카카오택시 등의 서비스 역시 모두 무료로 제공되고 있는 서비스들이다. "카카오택시·기어S2 등 올해 주목받은 신상품", 중앙일보 2015. 12. 30. 보도기사 참조.

자들에게 광고를 노출시켜줌으로써 기업 활동의 수익을 올리는 '양면시장'[5]의 구조를 취하고 있는 것이다. 광고는 인터넷의 시작과 그 역사를 같이한다. 1997년 국내에 인터넷광고가 도입된 이래, 산업의 발전에 힘입어 급속도로 성장하였다. 최근 문화체육관광부가 발표한 '2015 광고산업통계조사'에 따르면 우리나라 전체 광고 산업 규모는 13조 7천 370억 원으로 추산되며, 그 중 인터넷 부문은 3조 2천 278억 원으로 약 29.9%를 차지하는 것으로 확인되었다.[6] 이로써 인터넷광고[7]는 기존의 인쇄광고를 뛰어넘어 방송에 이어 2대 광고매체로 확실히 자리 잡았다는 것을 알 수 있다.

인터넷광고는 크게 노출형광고(Display AD)와 검색광고(Search AD)로 구분할 수 있다. 특히 그 중 검색광고는 2005년 처음으로 노출형광고의 매출을 앞선 이후 전체 인터넷광고 매출의 상당 부분을 차지하며, 인터넷광고 발전의 핵심 견인차가 되었다고 할 수 있는데, 아직까지 법적 정의는 물론, 정책 입안자들의 이해도도 높지 않은 상황이다. 아무리 인터넷광고 시장이 급격하게 성장하여 법과 제도가 이를 따라가지 못하고 있는 상황이라고는 하나, 우리나라에 도입된 지 15년이 지났고, 우리 일상생활의 깊숙이 자리 잡은 광고기법을 충분히 이해하지 못하고 일률적인 규제의 잣대만을 들이대는 것은 정상적인 상황이라고는 볼 수 없을 것이다.

따라서 본 논문에서는 인터넷광고, 특히 검색광고에 대한 이해도를 높이는 차원에서 법적 제문제와 논의 현황들을 개략적으로 살펴보고, 인터넷광고 산업계와 이용자가 상호 만족할 수 있는 규제 방향 제시와 더불어 향후 연구과제의 도출을 그 목적으로 한다.

---

5) 서로 다른 두 타입의 이용자 집단이 플랫폼을 통하여 상호작용을 하며, 이 때 창출되는 가치는 간접적 네트워크 외부성의 영향을 받는 시장을 양면시장이라 말한다. 여기서 플랫폼이란 서로 다른 이용자 그룹이 거래나 상호작용을 원활하게 할 수 있도록 제공된 물리적, 가성적, 또는 제도적 환경을 일컫는다. 플랫폼을 제공하는 사업자는 양측 또는 어느 한쪽에 플랫폼 이용료를 부과함으로써 수익을 창출한다. 플랫폼사업자가 양측에 책정하는 이용료의 수준(level)이나 구조(structure)는 플랫폼 이용자의 수와 거래규모에 영향을 미친다. 이상규, "양면시장의 정의 및 조건", 「정보통신정책연구」 제17권 제4호(정보통신정책학회, 2014), 75면.

6) 우리나라 전체 광고 산업 규모는 13조 7천 370억 원으로 추산되며, 방송부문이 3조7천864억 원(35.1%), 인터넷 부문(온라인·모바일) 3조2천278억 원(29.9%), 옥외부문 1조5천104억 원(14%), 인쇄부문(신문·잡지) 1조2천251억 원(11.4%) 순으로 확인되었다. 문화체육관광부, 「2015 광고산업통계조사」, 2015.

7) 연구자에 따라 '인터넷광고'와 '온라인광고'를 혼용해서 사용하는 것으로 보인다. 필자는 연구 대상을 유, 무선 인터넷을 이용한 광고, 즉, '인터넷광고'라고 통일하여 표현하도록 하겠다.

Ⅱ. 검색광고의 개관

1. 검색광고의 의의와 특성

검색광고(Search AD)란 인터넷이용자가 인터넷 포털사이트 등에서 특정 키워드로 검색을 했을 때 검색결과의 하나로 해당 키워드와 관련이 있는 광고를 노출시키고, 이용자가 노출된 검색광고를 클릭할 경우 해당 링크를 통해 바로 광고주의 웹사이트로 연결해 주는 방식의 인터넷광고 기법을 의미한다.[8] 국내에서는 네이버의 '클릭초이스', Daum(카카오)의 '클릭스' 등이 대표적이며, 해외에서는 구글의 '애드워즈(Adwords)' 등이 대표적인 검색광고 상품이다. 검색광고는 노출형광고(Display AD)와 달리 경매입찰의 방식[9]으로 키워드를 등록하며, 이용자가 광고를 클릭할 때마다 매 클릭 당 일정한 광고비를 지급하는 방식인 CPC(cost per click) 방식을 사용한다.[10] 검색광고는 일반적으로 광고가 노출되었을 때가 아니라, 노출된 광고를 클릭하여

---

8) 검색광고란 이용자가 인터넷 포털사이트에서 검색어를 입력했을 때 해당 검색어(예컨대 '꽃배달' 등)에 광고를 등록한 사이트가 검색결과 화면에 노출되는 광고형식을 말한다. 검색광고를 "검색엔진사이트 이용자들이 광고주가 구매한 특정검색어를 입력하여 검색결과를 요청하는 경우 광고주의 웹사이트를 다른 웹사이트들보다 검색결과의 상위에 노출될 수 있도록 하는 광고방법" 또는 "이용자들이 자발적으로 입력하는 검색어와 관련된 … 검색결과와 같거나 유사한 내용이 텍스트로 제시되는 광고"로 정의하기도 한다. 유대종, "검색광고의 법적 문제에 관한 소고", 「선진상사법률연구」 제34호(법무부, 2006. 3), 5면.

9) 검색광고는 일반적으로 GSP(Generalized Second Price) 방식의 경매를 채택하고 있다. GSP(Generalized Second Price) 방식의 경매란 일반적으로 최고가로 입찰한 광고주를 낙찰시키되 그 입찰 금액이 아니라 두 번째로 높게 입찰된 금액을 기준으로 경매 대가를 지급하도록 하는 경매를 말한다. 검색광고에서의 경매는 통상적으로 광고주가 제시한 입찰가 외에도 해당 광고의 품질을 함께 고려하여 낙찰 여부를 결정하는 이른바 '혼합(Hybrid) 경매' 방식이어서 단지 최고가로 입찰했다고 하여 최고 순위로 낙찰되는 것은 아니다. 이러한 방식의 경매는 이른바 '승자의 저주(Winner's Curse)'와 같이 낙찰받고도 손해를 입는 상황이 발생하는 것을 최소화하는데 기여한다. 네이버, 「네이버 검색광고 스토리」, 2014, 24면; Generalized Second Price(앞으로 GSP로 언급) 경매제도는 현재 검색광고의 위치 배정에 가장 널리 이용되고 있는 경매형태이다. 이 경매는 앞서 살펴 본 이차가격 비밀 경매 제도를 판매되는 재화의 개수가 복수(multi-unit)인 경우로 확장시킨 한 형태이다. 이러한 확장이 필요한 이유는 주어진 검색어에 대해 여러 위치가 판매되고 있는 검색어 광고의 특성 때문이다. 또한, 서로 다른 위치는 상이한 광고효과를 가질 것이기 때문에 이들을 이질적인 재화로 보는 것이 타당하다. 이러한 복수의 이질적인 재화를 판매하기 위한 경매 규칙은 매우 복잡할 가능성이 있음에도 불구하고, 검색광고의 경우 다음과 같은 사실들로 인해 그 복잡성은 상당 부분 줄어든다. 최연구, 김진우, 안소윤, "On-Line 검색광고 경매의 이론소개", 「한국경제학보」 제18권 제1호(연세대학교 경제연구소, 2011), 21면; AMIN SAYEDI, "*Essays on Sponsored Search Advertising*", 「degree of DOCTOR OF PHILOSOPHY in Industrial Administration(Algorithms, Combinatorics and Optimization)」, Tepper School of Business Carnegie Mellon University, 2012, p. 6.

10) 일부 검색광고의 경우 CPT(cost per time) 방식을 사용하기도 한다. 대표적인 상품으로 네이트의 스페셜링크 등의 상품을 들 수 있다.

이용자가 광고주의 웹사이트에 방문한 경우에만 광고비를 지급하므로 저렴한 광고비용으로 시작할 수 있고, 광고주의 의사에 따라 검색어, 광고내용, 광고 노출기간 등을 조절할 수 있으며, 특정 고객층에 타겟팅하여 광고를 집행할 수 있다는 특성이 있다. 이러한 여러 특성들로 인해 광고주의 구성이 대형 광고주 보다는 중소형 광고주가 다수를 차지한다.[11)]

검색광고를 정의하고 있는 법률은 아직까지 존재하지 않는다. 다만, 일부 가이드 및 지침 등에서만 정의를 하고 있는 상황이다. 법원에서는 판례를 통해 "광고주가 검색서비스를 제공하는 포털사이트에 특정 키워드로 자신의 사이트에 대한 광고를 유료로 서비스 신청함으로써 검색결과상 광고주의 사이트가 우선적으로 보여 지도록 하는 광고"[12)] 등으로 설명하고 있다. 상세 내용은 후술하기로 한다.

2. 검색광고의 성장배경과 현대적 가치

가. 성장배경

인터넷광고는 1994년 미국 AT&T社가 'HotWired'라는 사이트에 게시한 배너(Banner)형태의 광고가 그 시초라고 전해지고 있다.[13)] 1996년에 들어서 새롭고 다양한 시도들이 이루어졌고, 특정 키워드의 검색결과에 광고비를 지급하고 짧은 텍스트를 삽입할 수 있는 형태의 광고기법들이 등장하기 시작했는데, 특정 이용자층에 대한 타겟팅이 가능하며, 기존 배너형광고의 단점을 보완할 수 있어서 다수의 광고주들로부터 호응을 얻게 되었다고 한다. 1997년 벤처투자가였던 빌 그로스(Bill Gross)에 의해 설립된 'GoTo.com'은 키워드마다 그에 알맞은 광고를 연결하는 방식의 새로운 광고모델을 제안하였는데, 이것이 오늘날 검색광고의 시초라고 알려져 있다. 'GoTo.com'은 이후 '오버추어(Overture)'로 사명을 변경하고, 당시 인터넷 비즈니스의 혁신을 이끌었던 야후(Yahoo)에 인수됨으로써 본격적으로 검색광고를 성장시키기 시작

---

11) 네이버의 경우 검색광고를 사용하고 있는 광고주는 연간 20만 명이며 이중 월평균 100만 원 이하의 광고비를 지출하는 소액광고주가 90% 이상이다. 네이버, 전게서, 11~13면.

12) 서울중앙지법 2007. 12. 26. 선고 2005가합112203 판결; "사람들이 포털사이트 검색창에 특정 키워드를 사전에 포털사이트로부터 해당 키워드를 이용한 광고 서비스를 구매한 광고주의 사이트 주소와 광고문구가 검색결과 화면의 상단에 게시되도록 하고, 사람들이 그 주소나 광고문구를 클릭하면 해당사이트로 연결되도록 해주는 키워드 검색광고 서비스"로 설명하기도 한다. 서울서부지법 2014. 7. 24. 선고 2013가합32048 판결.

13) Wired, "Oct. 27, 1994: Web Gives Birth to Banner Ads", article 참조; 이시훈 외,「온라인광고의 정책과 제도에 관한 연구」(한국방송광고공사, 2006. 12), 47면; Brad Geddes,「Advanced Google Adwords」(SYBEX, 2010), p. 2.

하였으며, 이와는 별도로 1998년에 설립된 구글(Google)이 2000년 애드워즈(AdWords)라는 검색광고 상품을 출시함으로써, 검색광고 비즈니스는 '야후(오버추어)'와 '구글' 양대 축을 중심으로 급격하게 성장하기 시작했다.[14)]

국내에서는 1995년 다음커뮤니케이션즈(통상적인 표현을 사용하여 '다음'이라 표현한다. 현 '카카오 주식회사')와 1999년 '네이버컴'(통상적인 표현을 사용하여 '네이버'라 표현한다. 현 '네이버 주식회사')이 설립된 이후 본격적인 인터넷의 성장과 더불어 검색광고 서비스가 시작되었다. 2002년 오버추어가 한국에 진출한 이후 네이버와 다음 등 국내 인터넷기업과 제휴를 맺고 '스폰서링크'라는 형태로 본격적인 서비스를 제공하기 시작하였으며, 2004 ~ 2005년을 기점으로 노출형광고의 매출을 넘어서기 시작했다.[15)] 이후 국내에서의 검색광고 매출은 급격히 성장하였고, 2011년 네이버가 오버추어와의 계약을 해지하고, 독자적인 검색광고 상품인 '클릭초이스'를 전면에 노출시킴으로써 검색광고는 제2의 도약기를 맞이하게 된다.[16)] 한편, 과거 검색광고 도입 및 성장기에는 PC 중심의 검색광고를 위주로 발전을 했다면 최근에는 모바일을 중심으로 한 검색광고가 성장 중[17)]이라는 것이 특징이다.

나. 현대적 가치

앞서 살펴본 것과 같이 지난 십 수 년 간 수많은 인터넷 기업들이 검색광고라는 상품을 판매함으로써 얻은 경제적 이익은 상당하다.[18)] 이를 통해 다수의 인터넷 기업들의 기업 가치는 날이 갈수록 상승하였으며, 그중 일부는 시가총액 상위에 랭크되기도 하였다. 그러나 기존 전통 산업과는 다르게, 짧은 시간 동안 급성장을 이룬 것에 대해 부정적인 시각으로 바라보는 이들도 있다. 이들은 검색광고 상품에 대한 가치 효율성 의문, 즉, 광고비는 지속적으로 올라가는데 광고효과는 떨어지는 것 아닌가, 무효클릭[19)] 등으로 인해 결국 수익을 올리는 것은 일부 인터넷 기업이 아닌

---

14) 2002년 구글은 기존 오버추어의 광고모델(특히 입찰방식)을 전면 수정하여 새로운 애드워즈 상품을 출시하였고, 이를 계기로 검색광고 시장은 새로운 변화를 맞이하게 된다. 이러한 새로운 애드워즈의 노출방식은 현대 검색광고의 롤모델이 되었으며, 현재의 검색광고 대부분이 이러한 방식을 차용하고 있다. 네이버, 전게서, 4~5면.

15) (사)한국온라인광고협회에서 발표한 '온라인광고 시장규모 조사'에 따르면 2005년을 기준으로 노출형광고가 3,223억 원, 검색광고가 3,402억 원을 차지하고 있다.

16) "NHN, 오버추어와 결별…자체 검색광고 플랫폼 도입", 매일경제, 2010. 8. 31. 보도기사 참조.

17) "네이버 모바일 검색광고 비중 42%까지 상승", 파이낸셜뉴스 2016. 1. 28. 보도기사 참조.

18) Kai Hui, Bin Gao, Ben He, and Tie-jian Luo, "*Sponsored Search Ad Selection by Keyword Structure Analysis*", 「Advances in Information Retrieval」, Volume 7814 of the series Lecture Notes in Computer Science, 2013, p. 230.

가라고 비판하기도 한다.[20] 정말 검색광고는 부당하게 수익을 올린 것인가? 아무리 값싸고 좋은 물건이라 할지라도 소비자가 찾을 수 없다면 구매도 될 수 없을 것이고, 판매자 입장에서 당연히 광고를 해야 물건을 팔 수 있을 것이다. 그러나 TV, 신문 등의 매체는 광고비가 상대적으로 비싸고, 지면의 한계가 있는 등 여러 가지 현실적 제약 때문에 중소상공인들은 엄두도 내지 못하는 것이 현실이었다. 이런 상황에서 등장한 새로운 마케팅 수단이 검색광고였다. 근래 대부분의 IT 관련 서비스들이 그러하듯 수요자의 요청에 의해 등장하게 된 것이다. 검색광고는 상품 자체가 가지고 있는 특성상 저렴한 금액으로도 광고를 할 수 있으며, 고객 타겟팅이 가능하다는 장점을 가지고 있었다. 이러한 점에서 중소상공인들의 영업활동의 욕구를 충족시키기에 이르렀고, 그 기대에 부응하여 성장하게 된 것이다. 소비자에게는 자신이 찾고자 하는 재화 또는 용역 등을 검색할 수 있게 해주고, 인터넷 기업들은 이를 노출시켜 줌으로써, 과거 소비자가 자신이 원하는 상품을 탐색하는데 소요되던 사회적 거래 비용 등을 절감시켜주는 효과를 가져다주며, 판매자 입장에서도 투자 대비 이익을 얻을 수 있는 순기능[21]을 한 마케팅 수단인 것이다. 이러한 검색광고의 사회적, 경제적 순기능이 지속되는 이상 검색광고는 지속적으로 성장해 나갈 것이며, 그 가치를 입증해 나갈 것이라 기대한다.

---

19) 일반적으로 부정한 목적을 가지고 광고물을 클릭하여 타인에게 광고비를 부과시키는 등의 부정행위에 대하여 '부정클릭', '클릭사기(Click Fraud)', '사기클릭(Fraudulent Click)', '무효클릭(Invalid Click) 등의 용어를 혼재하여 사용하고 있다. 한국인터넷진흥원, 「인터넷광고의 부정클릭 방치를 위한 정책 체계 수립」, 2010. 12, 16면; 검색광고를 클릭하는 이용자의 의도를 명확하게 확인할 수 없다면 '부정'하다고 단언할 수는 없다고 생각한다. 여기서는 '무효클릭'이라는 표현을 사용하도록 하겠다.

20) 과거 소상공인들은 광고 중 폐해가 큰 클릭과옥의 폐지를 주장하며, 표준가격제도를 도입하는 등 정부의 지도감독이 필요하다고 주장한바 있다. "네이버에 단단히 뿔난 소상공, 폭리 폐해 클릭광고 없애라", 파이낸셜뉴스, 2013. 8. 31. 보도기사 참조.

21) 산업조직학회 하계학술대회에서 서울대 경제학부 이상승 교수는 '검색광고를 통해 광고주가 얻는 경제적 잉여의 추산'에 대한 발표를 진행했다. 이상승 교수의 연구에 따르면 네이버 광고주가 검색 광고비로 100원을 지출하면 평균 약 203~231원의 이익을 얻어 광고비를 제외한 순 경제적 이익이 103원~131원에 달할 것으로 추정..전체 광고주의 경제적 가치로 보면, 지난 2013년 기준 네이버의 검색 광고주들은 총 2.74~3.12조 원의 경제적 가치와 1.39~1.77조원의 경제적 잉여를 얻었다는 분석이다. 이상승 교수는 "이를 매출 개념으로 추정할 경우, 네이버 검색광고는 최대 15.6조원의 추가적인 매출을 발생시키는 것"이라고 말했다. "네이버 검색광고, 추가 경제적 가치 15.6조", ZDNet, 2015. 8. 30. 보도기사 참조.

3. 검색광고의 법률적 정의

가. 인터넷광고의 정의와 법적 개념

'광고'를 정의한다는 것은 무척 어려운 일이다.[22] 과거 미국마케팅학회(AMA, American Marketing Association)에서 '광고란 명시된 광고주가 유료로 아이디어와 제품 및 서비스를 비대인적으로 제시하고 촉진하는 것'이라는 정의를 한바 있으나, 사회적 변화, 정보기술의 발달 등으로 인해 광고의 범위가 확장되면서 정의 개념이 모호해지고 있는 상황이다.[23][24] 특히 광고의 범위가 제품, 서비스뿐만 아니라, 공익광고 내지 의견광고, 선거광고 등의 영역까지 확대된 상황이므로 이를 포괄하여 정의해야 할 필요성이 있는 것이 사실이다.

우리나라에서의 광고에 대한 법률적 정의는 광고의 일반법이라 할 수 있는 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」(이하 '표시광고법' 이라 한다) 상의 광고의 정의가 대표적이다. 동법 제2조에서는 광고란 사업자 등이 상품 등에 관한 사항을 법률에서 정하고 있는 매체 또는 방법을 통해 소비자에게 널리 알리거나 제시하는 것을 말한다고 정의하고 있다.[25] 더불어 다양한 개별법[26]에서 광고를 정의하고 있는데,

---

22) '광고행위'는 「상법」상 기본적 상행위 또는 영업적 상행위의 개념 안에 포섭되기도 한다. 「상법」 제46조 제7호에서는 '광고, 통신 또는 정보에 관한 행위'를 기본적 상행위의 하나로 열거하고 있다. 이는 즉, 광고행위 자체를 '기업이 유통활동으로서 하는 영리행위'의 일종으로 볼 수 있다는 것이다. '광고행위' 자체가 기본적 상행위에 해당되기 때문에 실제 광고와 관련한 업무를 자기명의로 하는 자는 '상인'이라 볼 수 있다. 한편, 「상법」상의 광고는 일반 공중에게 기업의 명성 기타 상품 및 서비스를 선전 또는 홍보하는 것으로 이해하는 것이 일반적이다. 최준선, 「상법총칙·상행위법」(삼영사, 2015), 112~113면.

23) 광고(advertising)의 어원은 라틴어의 'advertere'인데, 이는 "돌아보게 하다", "주의를 돌리다"라는 뜻이다. 독일어의 광고 Die Reklame와 불어의 광고 Reclame라는 단어는 '부르짖다'라는 의미의 라틴어 어원 'Clamo'에서 나왔는데, "반복해 부르짖다"는 뜻이었다. 따라서 광고의 어원을 종합하면 광고란 "반복해 부르짖음으로써 주의를 끌게하는 것"이라고 할 수 있다. 1655년 마아큐리아우스 포르티쿠스라고 하는 뉴스북에 신간서의 광고로서 애드버타이즈먼트(advertisement)라는 말이 쓰이고 있는데, 이때부터 이 말이 널리 쓰이게 되었다. 김병희, 「광고의 새로운 정의와 범위」(한경사, 2013), 14면; American Marketing Association(http://www.marketingpower.com).

24) 오늘날 광고는 '광고주가 청중을 설득하거나 영향력을 미치기 위하여 대중매체를 이용하는 유료의비대면적인 의사전달 형태' 또는 '명시된 광고주에 의한 아이디어, 상품, 서비스의 유료형식의 비대인적 제시 및 촉진', '알려진 광고주가 수용자를 설득하거나 영향을 미치고자 매스미디어를 이용하여 행하는 유료형식의 비대인적 커뮤니케이션', '판매, 이용 및 투표 또는 승인 등에 영향을 미치고자 광고주가 자기비용으로 사람, 상품, 서비스, 운동 등에 관하여 인쇄하거나 쓰거나 말하거나, 그려진 제시방법' 등으로 정의되고 있다. 조용혁, "상업광고계약 당사자의 민사책임에 관한 연구", 경희대 박사학위 논문, 2009. 2, 9면.

25) 제2조 제2호 "광고"란 사업자등이 상품 등에 관한 제1호 각 목의 어느 하나에 해당하는 사항을 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조제1호 및 제2호에 따른 신문·인터넷신문, 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 정기간행물, 「방송법」 제2조제1호에 따른 방송, 「전기통신기본법」 제2조제1호에 따른 전기통신, 그 밖에 대통령령으로 정하는 방법으로 소

대부분의 법률이 진흥과 규제를 균형 있게 고려하여 광고를 정의하고 있다기보다는 규제의 대상인 광고를 정의하고 있기 때문에, 이러한 법률상의 광고 정의가 모든 광고형태를 포괄한다고 보기는 어렵다. 앞서 살펴본 「표시광고법」 역시도 해당 법률의 입법취지, 즉, 동법 제1조에서 밝히고 있는 목적에 기재되어 있는 '소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 광고를 방지..' 등을 비추어 생각해보면 광고를 포괄하는 정의라고 보기는 어렵다고 할 것이다.[27]

헌법재판소에서는 광고를 "상품의 품질, 특징, 가격 등의 정보를 제공함으로써 소비자들의 선택을 위한 파단과 의사결정에 보조적인 역할을 수행함과 동시에 구매의사결정에 설득적으로 작용함으로써 구매 욕구를 자극시키고 또한 여러 형태의 표현방식을 동원하여 상품에 대한 사회적 가치를 부여하고, 이러한 과정에서 새로운 생활양식과 가치관을 제시함으로써 새로운 문화를 형성"하는 것으로 보았고,[28] 대법원에서는 "광고는 널리 불특정 다수의 일반인에게 알릴 목적으로 이루어지는 일체의 수단을 말하는 것"이라고 정의[29]하였다. 이처럼 시대와 상황 등에 따라 광고에 대해 각기 다른 정의를 하고 있기 때문에 어떤 내용이 옳고 그르다는 판단하기란 무척 어렵다고 할 수 있다. 다만, 광고에 있어 누군가에게 알리고 설득한다는 기본적인 개념은 동일하다고 보되, 그러한 내용이 전달되는 수단과 내용 등에 따라 각기 다르게 정의된다고 이해할 수 있을 것이다. 앞서 소개한 내용 중 광고를 가장 일반적으로 정의한 내용에 의하면, 결국 인터넷광고는 '인터넷을 매체로 하여 상품 또는 용역에 관한 사항을 소비자에게 널리 알리는 행위' 정도로 정의하는 것이 일반적이라고 볼 수 있다.[30] 물론 여기서도 불명확한 기준에 의해 '인터넷'과 '온라인'

비자에게 널리 알리거나 제시하는 것을 말한다.

26) 우리나라에는 법, 시행령, 시행규칙 등을 합쳐서 약 200여 개 이상의 광고 관련 법규가 산재되어 있다.

27) 조용혁, "인터넷광고 규제의 법적 쟁점", 글로벌 KHU 기업법무 리뷰 제1권 제1호(경희대학교 법학연구소, 2008. 5, 102면.

28) 헌재 1998. 2. 27, 96헌바2 결정.

29) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2001도5530 판결.

30) 인터넷 또는 온라인광고에 대해서는 다수의 정의가 존재하고 있다. 공식적으로 드러난 주요 정의는 다음과 같다. 학술적으로 인터넷광고(Internet Advertising)란 인터넷이라는 정보통신망의 소프트웨어(Software)를 매개체로 하여 제공되는 광고를 말한다. 보다 현실적으로는 인터넷 응용 소프트웨어인 '웹(web)'을 매개체로 하여 제공되는 광고라고 해서 '웹광고'라고 불리기도 하고, 또 실시간 전자적 방식에 의한 광고라는 점에서 '온라인광고'라고 불리기도 한다. 방송통신심의위원회, 「인터넷광고의 내용규제를 위한 법제도 개선방안 연구」, 2010. 12, 11면; '온라인광고'란 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 제2조 제2호에서 규정한 광고 중 온라인으로 제공하는 것을 말한다. 이 규정상의 심의대상이 되는 온라인광고의 범위에 대하여는 온라인광고 심의위원회 심의규정에서 별도로 정한다. (사)한국인터넷자율정책기구 「온라인광고심의위원회 운영

이 혼용되고 있고, 양자의 범위를 어디까지 보아야 하는지에 대해서도 논란이 있을 수 있다. 또한 개념적인 이해와 법률적 이해는 엄연히 구분되어야 하므로 이에 대해서는 구체적인 논의가 이루어져야 할 것이라 생각한다.

법률에서 인터넷광고를 직접적으로 정의하고 있는 것은 「공직선거법」 제82조의7에서 '인터넷 언론사의 인터넷 홈페이지에 선거운동을 위한 광고'라고 정의하고 있는 것이 유일하다. 다만, 공직선거법의 가지고 있는 입법목적에 의해 정의된 것이므로, 인터넷광고의 포괄정의라 하기에는 너무 좁은 정의라고 할 수 있으며, 정보통신망법상 '영리목적의 광고성 정보'를 어떠한 방법으로 포섭할 수 있을지에 대해 모호한 측면이 있다.[31] 공정거래위원회의 '인터넷 광고에 관한 심사지침(공정거래위원회 예규 167호)'에서도 「표시광고법」에 부가적으로 인터넷광고에 대한 정의를 하고 있지만, '사업자(이하 사업자단체를 포함한다)가 인터넷 프로토콜에 기반한 정보통신망, 즉 인터넷을 매체 또는 수단으로 이용하는 광고로서, 배너광고, 팝업·팝언더광고, 검색광고, 이용후기 광고, 사업자 자기 또는 다른 사업자의 인터넷 홈페이지, 블로그 등을 통한 광고 등이 포함 된다' 정도로 단편적인 정의를 하고 있는 상황이라 이를 일반화하기는 어려울 것이다. 과거, 방송통신위원회에서는 인터넷광고를 '광고주가 자신 또는 자신의 상품 등에 관한 정보를 비용의 지급을 통해 타인의 사이트에 게재하거나, 검색엔진 또는 타인의 사이트에 연결시키는 등 정보통신망을 통하여 이용자에게 널리 알리는 행위'로 정의[32]한바 있다.

한편, 제19대 국회에서 한선교 의원이 대표 발의한 「정보통신망법 개정안」[33]에

규정」 제3조 제1호; 인터넷신문광고라 함은 광고주가 인터넷신문사업자의 광고지면을 통해 광고주 자신 또는 자신의 재화, 용역, 브랜드 등에 관한 정보를 노출형광고, 검색광고, 기사형광고 등의 방식으로 독자, 그 밖의 사람에게 널리 알리거나 제시하는 것을 말한다. (사)인터넷신문위원회 「인터넷신문광고 자율규약」 제2조 제1항.

31) 인터넷광고의 정의와 관련하여 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」상 영리목적의 광고성 정보(제50조 내지 제52조의8)가 인터넷광고에 포함되는지와 관련한 문제가 있을 수 있다. 만일 인터넷광고에 포함된다고 하면 인터넷광고와 관련하여 제기되는 각종 법적 규율이 동일하게 적용되어야 하기 때문이다. 이 법은 영리목적의 광고성 정보를 전송 시의 당사자 동의 절차 등을 규정하고 있는 이른바 스팸규제법에 해당된다. 동법에서 영리목적의 광고성 정보의 개념을 규정하고 있지 않지만 문리 해석상 '광고 목적의 정보'로 이해할 수 있어 인터넷광고와는 구분된다고 해석된다. 다만, 사업자의 입장에서는 광고성 정보를 송신하는 것과 인터넷광고를 집행하는 것의 목적이 동일하기 때문에 그 규제관계의 차이가 잘 드러나지 않아 양자를 혼용하고 있는 것으로 보인다. 황창근, "새로운 유형의 인터넷광고 시장 발전을 위한 이용자보호 정책과제"(국회 정책세미나 자료집, 2015. 8. 27), 23면.

32) 방송통신위원회, 「인터넷광고시장 활성화 종합계획」, 2010.

33) 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 일부개정법률안」(의안번호 2594, 한선교 의원 대표발의, 2012. 11. 15.)

따르면 제2조 제1항 제13호에서 '온라인광고란 이용자 그 밖의 다른 사람에게 널리 알리기 위하여 정보통신망을 이용하여 제공되는 광고주, 재화 또는 용역에 관한 정보(온라인광고사업자가 이를 위하여 광고주로부터 대가를 지급받는 경우에 한한다)를 말한다.'로 규정하고 있다. 이는 진흥보다는 규제라는 특성을 염두하고 인터넷광고의 정의에 '대가성'이라는 의미를 부가한 것이 특징이라 할 수 있는데, 인터넷광고의 범위가 점차 확대되고 있는 상황에서 가장 현실적으로 범위를 획정한 것이라 할 수 있다. 사견으로는 이러한 정의가 적어도 규제에서 바라본 시각에서는 가장 현실적인 법률적 정의가 아닐까 생각한다. 그러나 그럼에도 불구하고 인터넷광고의 법률적 정의는 그 문구 하나하나가 미치는 영향이 크기 때문에 산업계 등의 의견을 수렴하는 등 신중한 접근이 필요할 것이다.

나. 검색광고의 법률적 정의 문제

앞에서 살펴본바와 같이 인터넷광고의 경우 일부 법률에서의 언급을 찾아볼 수 있었으나, 검색광고를 정의하고 있는 법률은 존재하지 않는다. 제18대 국회에 발의된 「정보통신망법 개정안」[34]에서 검색광고를 '온라인광고사업자가 대가를 받고 입력된 검색어에 연동하여 사전에 등록된 광고문구 또는 광고대상인 홈페이지의 인터넷주소를 노출하여 주는 온라인광고'로 정의한바 있으나, 결국 사문화 되었으며, 다만, 앞서 소개한 공정거래위원회의 예규 및 일부 정부의 가이드에서만 정의를 하고 있을 뿐이다. 「인터넷 광고에 관한 심사지침(공정거래위원회 예규 167호)」에서는 검색광고를 '소비자가 인터넷 포털사이트 등의 검색창에 특정 검색어를 입력하였을 때 사업자가 자기의 인터넷 홈페이지 등이 검색결과에 나타나게 하여 광고하는 것을 말한다'[35]고 정의하고 있다. 또한, 2014년 공정거래위원회에서 발표한 「검색서비스 산업 모범거래기준」에서는 키워드광고라는 명칭으로 검색광고를 정의하고 있는데, 정보검색 서비스 이용자가 검색어를 입력하면 검색 결과 화면에 검색어와 관련된 광고를 노출시키는 광고 기법을 말한다고 정의하고 있을 뿐이다.[36] 이렇듯 검색

34) 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 일부개정법률안」(의안번호 3750, 진성호 의원 대표발의, 2009. 2. 10.)

35) 「인터넷 광고에 관한 심사지침(제정 2012. 9. 4. 공정거래위원회 예규167호)」 Ⅱ. 용어의 정의 4.

36) 미래창조과학부의 2013년 인터넷검색서비스 발전을 위한 권고안에서는 '검색광고'를 인터넷검색서비스로 포괄하여 홈페이지 등 인터넷 사이트를 운영하는 자가 정보통신망을 통해 다양한 분야의 정보를 종합적으로 수집한 후, 다수의 인터넷 이용자가 기호·단어·문장·음성 등을 정보통신망에 입력하는 방식으로 특정 정보를 요청했을 때 그와 관련된 글·그림·동영상 등의 정보 또

광고를 명확하게 정의하고 있는 법률은 없으며, 그나마 정부의 예규 및 가이드 등에서 일부 검색광고를 정의하고 있으나, 이를 일반화하기에는 어려움이 있다.

법원에서는 검색광고를 '광고주가 검색서비스를 제공하는 포털사이트에 특정 키워드로 자신의 사이트에 대한 광고를 유료로 서비스 신청함으로써 검색결과상 광고주의 사이트가 우선적으로 보이도록 하는 광고 또는 홈페이지 검색창에 특정 키워드를 입력하면, 사전에 피고로부터 해당 키워드를 이용한 광고 서비스를 구매한 광고주의 사이트 주소와 광고문구가 검색결과 화면의 상단에 게시되도록 하고, 사람들이 그 주소나 광고 문구를 클릭하면 해당사이트로 연결되도록 해주는 서비스' 정도로 정의를 하고 있다는 것을 알 수 있다.[37] 이는 학계의 상황도 크게 다르지 않다.[38] 물론 아직까지 검색광고의 법률적 정의는 존재하지 않으나, 법원, 정부, 학계 등 다양한 분야에서 검색광고를 정의하려는 시도가 있어왔다는 것을 알 수 있었다. 그도 그런 것이 검색광고는 이제 더 이상 새로운 유형의 광고기법이 아닌, 일상적으로 가장 많이 사용되는 광고기법, 즉, 전체 인터넷광고의 절반 이상의 비중을 차지하는 중요한 광고수단으로 자리매김하였기 때문이다.

한편, 여기서 각 정의들의 내용을 살펴보다 보면 특징적인 점을 하나 발견할 수 있는데, 그것은 검색광고의 정의가 대부분 큰 개념, 즉 검색어에 연동하여 나타나는 검색결과라는 점은 유사하지만, 검색광고가 나타나는 위치 또는 그 내용에는 차이가 있다는 점이다. 이는 검색광고가 초기 제목, URL(사이트 주소), 설명 등의 정형적인 모습에서 벗어나, 새로운 인터넷환경(예컨대 모바일 환경)에 맞추어 진화해왔기 때문이라 추측된다.[39] 그렇다면 검색광고를 정의하는 것이 무의미할까? 그렇지는 않다고 생각한다. 검색광고가 앞으로도 다양한 형태로 진화해 나갈 것이라는 것

는 정보통신망 상에 있는 해당 정보의 위치를 정보통신망을 통해 이용자에게 제공하는 서비스로 정의하고 있다.

37) 서울중앙지법 2007. 12. 26. 선고 2005가합112203 판결, 서울서부지법 2014.7.24 선고 2013가합32048 판결.

38) "입력된 등록검색어(keyword)에 연동하여 사전에 등록된 광고문구(heading and text) 및 광고대상사이트의 인터넷주소가 노출되는 인터넷광고(유상성을 전제로 함)", 조용혁, 전게 논문, 104면, "검색엔진사이트 이용자들이 광고주가 구매한 특정검색어를 입력하여 검색결과를 요청하는 경우 광고주의 웹사이트를 다른 웹사이트들보다 검색결과의 상위에 노출 될 수 있도록 하는 광고방법", 유대종, 전게 논문, 5면, "광고주가 일정한 키워드나 검색어를 등록해 놓고 이용자가 해당 키워드를 검색하면 사전에 등록된 광고문구와 광고주의 링크를 보여주고, 링크를 클릭하여 광고주의 웹사이트로 연결시켜주는 방식의 광고", 안정민, 최세정, "검색광고 규제에 대한 법적 고찰, 이용자 인식조사를 바탕으로", 「언론과 법」 제13권 제1호(한국언론법학회, 2014), 157~158면.

39) 네이버의 경우 클릭초이스, 클릭초이스 플러스, 클릭초이스 상품광고, 브랜드검색, 파워컨텐츠 등 다양한 형태의 검색광고 상품을 가지고 있으며, 각 상품별 행태는 매우 다양하다.

은 믿어 의심치 않으나, 시장이 고도화 될수록 이와 관련한 법률적 문제들은 더욱 다양하고, 복잡해질 가능성이 높기 때문에 이와 관련한 기준점은 분명히 필요할 것이다. 다만, 검색광고는 법률적 규제로 문제를 해결할 수 있는 대상은 아니다보니, 규제를 목적으로 한 정의는 크게 의미가 없다고 생각한다. 이는 규제적 측면으로 접근을 하기 위해서는 그 정의의 범위를 좁혀야 할 것인데, 지속적으로 진화하는 검색광고를 좁힌 범위로 설명하기는 어렵기 때문이다. 따라서 진흥 또는 분쟁해결을 위한 목적으로 검색광고를 정의한다면, 유상성을 전제로, 인터넷 포털사이트 등에서 특정 키워드와 연계[40]하여 노출되는 결과 값으로써(노출되는 형태는 각 유형별로 상이), 이용자가 노출된 광고를 클릭할 경우 해당 링크를 통해 바로 광고주의 웹사이트 등으로 연결해 주는 방식의 인터넷광고 기법 정도로 정의하는 것이 적절할 것이라 생각한다.

Ⅲ. 검색광고의 규제 재정립

1. 검색광고 규제 일반

국내 광고규제의 상황을 일률적으로 설명하기란 무척 어려운 일이다. 전통적으로 광고 일반법이라 할 수 있는 「표시광고법」을 기본으로 각 업종별로 산재된 개별 광고규정의 적용을 받기 때문이다. 인터넷광고, 특히 우리가 본 논문을 통해 살펴보고자 하는 대상인 '검색광고' 역시 이러한 기존 광고의 규제형태를 그대로 따르고 있다고 볼 수 있는데, 대부분의 법률이 기존 매체(방송, 신문 등)를 중심으로 만들어진 내용이다 보니, 이러한 인터넷광고의 특성을 전혀 반영하고 있지 않다. 그나마 인터넷광고에 대한 내용이 일부 반영되었다 해도 정책 또는 입법 입안자의 이해도가 떨어지다 보니 현실적 특성을 반영하지 못하는 경우가 대부분이라 할 수 있다.[41] 앞서 일부 소개한 정부의 가이드, 즉 공정위의 「인터넷 검색서비스 산업 모범

---

40) 과거 대부분의 정의에서 '키워드를 검색한 결과'로 표현했다면, 본 논문에서는 '키워드와 연계' 등의 표현을 사용했다. 그 이유는 최근 검색광고의 동향 상 단순히 키워드를 검색한 결과를 넘어서 키워드와 연계하여 노출되는 사례들이 다수 발견되고 있기 때문이다. 그러나 이 역시 현 시점을 기점으로 생각한 것일 뿐, 검색광고가 앞으로 어떻게 진화해 나갈 것인지는 지켜봐야 할 것이다.

41) 예컨대, 「건강기능식품에 관한 법률」에서는 광고의 정의에 있어 광고란 라디오·텔레비전·신문·잡지·음성·음향·영상·인터넷·인쇄물·간판 또는 그 밖의 방법으로 건강기능식품에 대한 정보를 나타내거나 알리는 행위를 말한다고 하는 등 인터넷을 이용한 광고 역시 동 법률의 적용대상임을 규정하고 있다. 다만, 동법 시행규칙 제21조 관련 [별표 5] 허위·과대·비방의 표시·광고의 범위에서는 허위, 비방 광고의 내용 등 내용적인 측면의 광고 범위만 나열되어 있을 뿐, 검색

거래기준」과 미래부의 「인터넷검색서비스 발전을 위한 권고안」 등이 검색광고의 특성을 가장 잘 반영하고 있다고 볼 수 있겠지만, 가이드에 불과하고, 단편적인 규제를 위한 목적에서 제정된 것이므로 일반적인 규제의 범주에 들어간다고 보기는 어려울 것이다. 이렇듯 다양한 광고 관련 법률과 더불어 검색광고를 반영하지 못하는 법률 체계 등은 비일관성과 비체계성의 문제를 발생시킬 수 있으며, 각 매체별 규제 형평성의 문제를 발생시킬 수 있다. 아울러 각 업종 광고와 관련된 정부부처가 상이하고 이를 조율할 근거 등이 없기 때문에 광고로 인한 문제가 발생할 경우 부처 간의 원활한 조율이 어려울 가능성이 높다.[42]

한편, 우리나라의 경우 과거부터 광고의 심의가 제도화 되어 있다고 볼 수 있는데, 사전심의와 사후심의 또는 법정심의와 자율심의가 혼재되어 있고, 심의의 주체도 국가로부터 심의업무 위탁을 받은 단체(공무수탁사인)와 자율심의기구가 존재하는 등 복잡한 형태를 띠고 있다. 이마저도 업종별, 매체별로 각기 다른 단체가 존재하고 있어 일반인들이 쉽게 이해하기는 어려운 상황이라 할 수 있다. 인터넷광고와 관련한 주요 심의주체로는 사후심의를 담당하고 있는 '방송통신심의위원회'와 정부기관으로부터 심의업무를 위탁 받은 각 업종별 협회 등이 있으며, 민간 자율심의 주체로는 각 매체사와 한국인터넷자율정책기구(KISO)의 온라인광고심의위원회 등이 대표적이다.

최근 「의료법」상 의료광고 사전심의 제도의 위헌결정[43]으로 인해 현재 일부 업종에서 시행되고 있는 법정 사전심의가 헌법재판소에서 판단하고 있는 사전검열의 범주에 들어가는지, 만일 사전검열의 범주에 들어간다면 규제 패러다임이 변경되어야 하는지 등의 문제가 광고 분야에 있어 가장 큰 관심사로 떠올랐다. 현재 식품(특수용도식품)[44], 건강기능식품(기능성 광고)[45], 의료(위헌결정), 의약품[46], 의료기기[47] 등 국민의 생명과 건강에 큰 영향을 미치는 상품 및 서비스에 대해서 잘못된 광고로 인한 폐해를 방지하고자 광고의 사전심의를 도입하고 있는 상황인데, 헌법재판

광고의 특성 등이 반영되어 있지 않다.

42) 일반 광고와 관련한 주무부처는 공정거래위원회이지만, 인터넷광고의 진흥 등과 관련한 주무부처는 미래창조과학부이다. 각 업종별 광고의 주무부처는 유관 법률의 주무부처라고 보는 것이 타당하다. 이렇듯 주무부처가 다양할수록 중복규제의 문제점은 증가할 수 있다.

43) 의료광고 사전심의는 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하므로 청구인들의 표현의 자유를 침해한다. 헌재 2015. 12. 23. 2015헌바75 결정.

44) 「식품위생법」 제12조의3(표시·광고의 심의)

45) 「건강기능식품에 관한 법률」 제16조(기능성 표시·광고의 심의)

46) 「약사법」 제68조의2(광고의 심의)

47) 「의료기기에 관한 법률」 제25조(광고의 심의)

소의 사전검열에 대한 판단기준이 시대와 상황에 따라 점차적으로 변화하고 있기 때문에(헌재는 과거 건강기능식품 광고 사전심의를 사전검열이 아닌 것으로 판단하였다[48]) 어떠한 방법으로 규제방향을 변경해야 할지 고민을 해야 하는 시점인 것이다. 아래에서는 이러한 전반적인 광고 규제 상황 등을 살펴보고 '검색광고'에 있어 향후 어떠한 규제방향을 설정해야 하는 것이 좋을지, 개선방안을 고민해보고자 한다.

2. 규제 체계 현황 검토

가. 공적(법률적)규제 논의

현재 우리나라 광고규제 관련법규는 크게 광고 일반법에 의한 규제유형과 각 업종별 개별법에 의한 규제유형으로 구분되며, 검색광고 역시 이러한 법률의 영향을 받는다. 일반법에 의한 규제유형에 해당되는 대표적인 법률이 「표시·광고 공정화에 관한 법률」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 등이며, 각 업종별 개별법에 의한 규제유형의 대표적인 법률로는 「의료법」, 「식품위생법」, 「건강기능식품에 관한 법률」 등을 들 수 있다. 그 밖에 청소년유해매체물의 유통규제 차원에서 '청소년보호위원회' 등에 의해 결정·고시된 청소년유해매체물의 광고를 규제하고 있다.[49] 아울러, 2013년과 2014년 각각 미래부와 공정위가 마련한 가이드라인 등이 검색광고와 관련한 대표적인 공적규제 유형이라고 할 수 있다. 이 중 검색광고와 관련한 대표적인 개별법령 몇 가지의 내용과 그 안에서 발생하고 있는 일련의 문제점 및 개선방안 등을 살펴보고자 한다.

(1) 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」

「표시광고법」[50]은 국내 광고 분야의 대표 법률이라 불릴 정도로 포괄적인 광고 관련 규정을 가지고 있다. 특히, 「표시광고법」 상 '거짓·과장의 표시·광고'[51], '기만적인 표시·광고'[52], '부당하게 비교하는 표시·광고'[53], '비방적인 표시·광고'[54] 등의

48) 헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75 결정.
49) 한국인터넷기업협회, 「2015 한국인터넷산업규제백서」, 2005, 163~164면.
50) 앞서 9페이지에서 이미 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」을 '표시광고법'이라 축약한바 있다.
51) 사실과 다르게 표시·광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 표시·광고하는 것을 의미한다(동법 시행령 제3조 제1항).
52) 기만적인 표시·광고는 사실을 은폐하거나 축소하는 등의 방법으로 표시·광고하는 것을 의미한다(동법 시행령 제3조 제2항).

규정은 각 개별 광고의 무분별한 부당광고의 표준을 제공하며, 이용자들을 보호하는 데에 중요한 기준점 역할을 한다고 할 수 있다. 이러한 규정들은 포괄적인 의미에서 검색광고에도 적용이 된다고 볼 수 있고, 이에 따라, 부당한 검색광고를 게재한 동 법에 의해 규제를 받게 되는 것이 당연하다고 할 수 있다. 공정위 예규인 「인터넷광고 심사지침」에서는 사업자가 자기 또는 자기가 취급하고 있는 상품 등과 관련하여 거짓 또는 과장된 검색어를 통해 광고를 하여 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 경우에는 부당한 광고에 해당된다고 하여 검색광고가 부당광고 규제 범위에 포함된다는 것을 명확히 규정하고 있다. 다만, 「표시광고법」상 광고의 정의가 너무 포괄적이다 보니 검색광고의 경우 어느 범위까지를 광고의 범주로 볼 것인가의 문제가 항상 논란이 되고 있다.

통상적으로 '검색광고'란 검색결과 화면상에 노출되는 광고소재, 즉, '제목'과 '사이트 URL', '설명문안' 정도를 검색광고라고 할 수 있는데, 랜딩페이지 또는 랜딩 되는 사이트까지 검색광고의 범주에 포함시켜야 하는지가 실무적으로 문제 시 된다.[55] 만일 검색광고의 범위를 검색결과 페이지에 노출되는 '제목', '사이트 URL', '설명문안' 등에 한정한다면 각 업종별 개별 법률에서 광고 시 의무적으로 표시해야 하는 사항을 기재하지 못해 문제가 될 것이며, 반대로 검색광고의 범위를 랜딩 페이지 또는 랜딩 사이트까지 확장할 경우, 광고 심의 또는 부당광고에 있어서의 광고주의 책임에 있어 논란의 소지가 될 수 있다. 결국 이 역시 '인터넷광고' 또는 '검색광고'의 정의 부재에서 기인한 문제라 할 수 있다. 이에 대해 광고의 정의를 명확히 함으로써 해결을 해야 할지, 별도의 법률 또는 가이드 등을 제정하여 해결을 할지는 많은 논의가 필요할 것이다. 아직까지 학계에서 이러한 부분에 대한 논의가 깊게 이루어지지는 못하고 있으나, 광고 규제의 측면에서 랜딩 페이지 등은 '검색광고'의 대상으로 보지 않는 경향이 강하며, 심의에 있어 랜딩 페이지까지 심의대상에

53) 부당하게 비교하는 표시·광고는 비교 대상 및 기준을 분명하게 밝히지 아니하거나 객관적인 근거 없이 자기 또는 자기의 상품이나 용역을 다른 사업자 또는 사업자단체나 다른 사업자등의 상품등과 비교하여 우량 또는 유리하다고 표시·광고하는 것을 의미한다(동법 시행령 제3조 제3항).

54) 비방적인 표시·광고는 다른 사업자등 또는 다른 사업자등의 상품 등에 관하여 객관적인 근거가 없는 내용으로 표시·광고하여 비방하거나 불리한 사실만을 표시·광고하여 비방하는 것을 의미한다(동법 시행령 제3조 제4항).

55) 인터넷광고에 랜딩페이지를 포함시킬 것인가 하는 문제는 광고의 개념의 문제이고, 또 동시에 광고규율의 대상성에 관한 문제이다. 랜딩페이지란...인터넷이용자의 광고물에 대한 의도된 행위에 반응하여 연결되는 다른 웹 또는 웹페이지의 첫 페이지를 말하는데, 대체로 광고의 대상으로 보지 않는 것이 일반적이다. 황창근, 전게 자료, 28면.

포함시킬지의 문제는 정책적인 문제에 불과하다는 견해가 가장 설득력이 있는 것으로 보인다.[56]

사견으로는 법률적 책임의 명확화라는 측면에 있어, 검색광고의 광고의 범위는 검색결과 화면 등에 노출되는 내용에 한정하여야 할 것이라 생각한다. 랜딩 되는 사이트 등은 광고라기보다는 정보성 영역이라 해야 하는 것이 맞으며, 일부 광고에 표시할 수 없는 사항 등을 보조적으로 표시할 수 있는 보조적 영역에 가깝다고 보는 것이 타당할 것이다.

(2) 「의료법」

불과 작년 연말까지만 해도 누군가 의료광고[57]를 집행하기 위해서는 「의료법」에 근거한 사전심의를 받아야 했다. 의료광고의 사전심의는 타 업종 심의에 비해 비교적 체계가 잘 잡혀있는 있는 편이었으며, 「의료법」에 의해 심의업무 위탁을 받은 대한의사협회, 대한한의사협회, 대한치과의사협회 등의 이른바 '공무수탁사인'이 주체가 되어 활발한 심의업무를 진행하였다. 그러나 헌법재판소의 위헌결정[58]으로 인

56) 온라인광고에 랜딩페이지를 포함시킬 것인가 하는 문제에 대해서는 광고심의 등 여러 분야에서 논란이 되고 있다. 광고 심의에 있어서는 광고와 정보의 구별이 불분명한 온라인광고의 특성에 따라 이를 광고심의의 대상으로 삼아 심사의 대상으로 할 것인가의 정책적인 문제에 불과하다는 견해가 있다. 황창근, "온라인광고 심의의 현황과 과제", KISO 저널 12호(한국인터넷자율정책기구, 2013), 12면.

57) 의료광고에 대한 법률적 정의는 존재하지 않는다. 의료광고에 대하여 보건복지부는 "의료인·의료기관·의료법인이 의료서비스에 관한 사항과 의료인, 의료기관에 대한 사항을 신문, 잡지 등의 매체를 이용하여 소비자에게 널리 알리거나 제시하는 것"이라고 정의하고 있다. 의료광고에 대한 보건복지부의 정의에 대하여 광고의 내용을 굳이 제한할 필요가 없는 이유로 의료광고를 "의료법인 등이 영리를 목적으로 직·간접적으로 시행하는 의료와 관련된 일체의 광고"라고 정의하는 견해도 있다. 의료법 제56조는 의료광고의 주체를 의료법인, 의료기관, 의료인으로 제한적으로 규정하고 있다. 또한 광고라는 행위가 재화의 제공자가 잠재적 재화 소비자에게 자신이 제공하고자 하는 재화와 관련된 정보를 제공하는 것을 핵심으로 한다고 할 때 의료광고는 "의료법인·의료기관 또는 의료인이 자신들이 제공하고자 하는 의료행위와 관련된 정보를 불특정 다수의 일반인에게 알릴 목적으로 행하는 일체의 행위"라고 정의하는 것이 타당할 것이다. 정규원, "의료광고에 대한 법적 규율", 한양대학교 법학논총 제31집 제3호(한양대학교 법학연구소, 2014), 4면; 일반적으로 의료광고란 의료인이나 의료기술 등에 관한 정보 등을 다수인에게 전파하는 것을 말한다. 이상돈·김나경, 「의료법 강의」(법문사, 2009. 6), 98면.

58) 헌법재판소는 헌법이 특정한 표현에 대해 예외적으로 검열을 허용하는 규정을 두지 않은 점, 이러한 상황에서 표현의 특성이나 규제의 필요성에 따라 언론·출판의 자유의 보호를 받는 표현 중에서 사전검열금지원칙의 적용이 배제되는 영역을 따로 설정할 경우 그 기준에 대한 객관성을 담보할 수 없다는 점 등을 고려하여, 헌법상 사전검열은 예외 없이 금지되는 것으로 보아야 하므로 의료광고 역시 사전검열금지원칙의 적용대상이 된다고 판단하였으며, 각 의사협회가 심의를 진행하고 있기는 하나, 여러 가지 사정을 종합하여 살펴보았을 때, 행정권의 영향력에서 벗어나 독립적이고 자율적으로 사전심의업무를 수행하고 있다고 보기 어렵다고 판단하여, 결론적으로 사전검열금지원칙에 위배된다고 판시하였다. 헌재 2015. 12. 23. 2015헌바75 결정.

해 패러다임의 변화가 불가피하게 되었고, 현재는 주무부처인 보건복지부를 중심으로 후속 입법방안을 마련하기 위해 준비 중이다.[59]

한편, 검색광고의 경우 검색광고를 집행하는 주요 매체가 「의료법」에서 규정한 광고심의 대상 인터넷 매체에 해당되어 의료 분야 검색광고를 집행하기 위해서는 사전심의를 받아야만 했다. 그러나 실제 심의과정에서는 여러 가지 문제가 대두되었다. 그 문제점의 내용을 살펴보면 아래와 같다.

첫째, 광고심의 대상 매체의 규제 형평성 문제이다. 「의료법 시행령」은 '정보통신서비스 제공자' 중 전년도 말 기준 직전 3개월 간 일일 평균 이용자 수가 10만 명 이상인 자가 운영하는 인터넷 매체에 광고를 게재하기 위해서는 반드시 사전심의를 받도록 하고 있다. 그러나 '일일 평균 이용자 수가 10만 명 이상'이라는 개념도 모호하며, 그 마저도 인터넷 매체에 대한 심의대상 확대를 했던 2012년 이후 전혀 관리가 이루어지지 않고 있었다.[60] 이런 상황이다 보니 대상 소재가 상대적으로 적은(검색결과에 노출되는 제목, 사이트 URL, 설명문안) 검색광고는 사전심의를 받아야 했고, 심의 대상 소재가 상대적으로 많은 타 인터넷매체 또는 SNS 등은 사전심의 대상에서 제외되는 문제가 발생하기도 했다. 둘째, 형식적 내용의 심의와 심의 일관성 부재의 문제이다. 실제 심의를 담당하고 있는 의사협회만 3곳이고, 심의위원의 구성도 상이하다보니 동일한 형식과 내용에 대해 상이한 판단을 내리는 등의 문제가 발생하기도 했다. 예컨대, 동일 문안과 동일 형식에 대해 A라는 의사협회에서는 게재 허용 판단을 하는데, B라는 의사협회에서는 게재 불가 판단을 하는 것이다. 현재는 헌재의 위헌결정으로 인해 이러한 일련의 문제들이 발생하고 있지는 않으나, 보건복지부의 법률 후속 입법 작업 이후 동일한 문제가 지속될지, 또 다른 문제가 발생할지 지켜볼 필요가 있다. 사견으로 광고심의 패러다임이 사전검열, 즉, 법률에 근거한 사전심의를 배척하는 방향으로 가고 있다고 생각되므로, 의료광고 역시 현재의 자율사전심의 체재[61]를 유지하는 것이 타당하다고 생각한다. 다만, 국민의 건

59) 지난해 12월말 의료광고를 사전 심의하도록 한 의료법 규정이 위헌이라는 헌법재판소의 결정으로 불법 의료광고가 퍼질 우려가 커지자 보건복지부가 제도개선에 나섰다. 복지부는 광고·법률 전문가, 의료단체, 소비자단체, 환자단체 등과 '의료광고 제도개선 전문가 TF'를 구성하고 의료광고 제도개선 방안을 마련하기로 했다고 2일 밝혔다. "복지부, 의료광고 사전심의 위헌결정에 제도개선 모색" 연합뉴스, 2016. 2. 2. 보도기사 참조.

60) 보건복지부에서는 2012년 일일 평균 이용자 수가 10만 명 이상인 인터넷매체 131개를 선정하여 발표한바 있다.

61) 현재 의료광고 심의는 대한의사협회, 대한한의사협회, 대한치과의사협회 등 기존 심의단체를 중심으로 한 자율심의의 방식으로 진행되고 있다. 즉, 심의를 받아야 할지 말지의 문제는 광고주 개인의 의사이다.

강과 생명 등과 연관이 있는 의료광고의 특성 상 자율규제단체를 중심으로 한 의무적 사전심의를 부활시켜야 한다는 목소리가 나올 수도 있는데, 만일 사전심의를 불가피하게 진행해야 하는 상황이라면, 통일된 사전심의기구의 설립을 전제로 의료광고의 내용적 측면을 중심으로 한 합리적 사전심의를 진행해야 할 것이다.[62]

(3) 「식품위생법」, 「건강기능식품에 관한 법률」

현재 「식품위생법」상 영유아식, 체중조절용 조제식품 등 이른바 '특수용도식품'의 광고와 「건강기능식품에 관한 법률」상 건강기능식품의 기능성에 대한 광고를 집행하기 위해서는 법정 사전심의를 받아야 한다. 모든 식품 또는 건강기능식품의 광고(이하 '식품 등 광고'라 한다)가 심의를 받아야 하는 것은 아니고, 식품의 경우 특수용도식품에 한정, 건강기능식품의 경우 기능성 광고에만 한정하여 법정 사전심의를 받아야만 하는 것이다. 검색광고 역시 이러한 법정 사전심의 대상의 범주에 포함되므로 사전심의를 받아야 한다. 다만, 식품 등 광고의 특성 상 제품 자체의 광고인 경우가 많은데, 검색광고의 경우 개별 제품에 대한 광고보다는 다수의 제품들을 판매하고 있는 각 업종의 사이트의 광고가 대다수이기 때문에 검색광고 자체가 식품 등의 광고의 사전심의 대상이 되는 경우는 그리 많지 않다고 볼 수 있다. 한편, 식품 등에 대한 광고 사전심의 역시 의료의 경우와 마찬가지로 비교적 체계가 잘 잡혀있는 편이며, 현재까지도 활발한 심의가 이루어지고 있는 분야이다. 그러나 앞서 살펴본 의료광고가 그러했듯 이러한 식품 등의 광고에 대한 법정 사전심의 역시 사전검열로 인한 논란에서 자유롭지는 못한 상황이라 할 수 있다.

다만, 건강기능식품광고의 경우 그 동안 의료광고와는 다른 양상을 보여 왔다. 헌법재판소는 지난 2010년 건강기능식품의 기능성 표시·광고에 관한 사전심의절차가 사전검열에 해당하지 않으며, 과잉금지원칙에 위반에도 해당되지 않는 등 광고주의 표현의 자유 등 기본권을 침해한다고 보기 어렵다고 판단하였는데, 의료광고와는 정반대의 결정을 내린 것이다.[63] 그러나 의료광고 사전심의에 대한 위헌결정이 이

62) 국민의 생명과 건강권의 보호가 우선이며, 광고로 인한 문제를 배제할 수 없는 상황이므로 강제적 사전심의를 무조건 반대하지는 않는다. 다만, 부득이 사전심의를 의무화해야 하는 상황이라면, 통일된 기준에 의해 규제 형평성이 보장된 상황에서 이루어져야 할 것이다. 아울러, 검색광고 등 새로운 광고유형의 특성을 고려하고, 굳이 심의를 필요로 하지 않는 영역, 즉, 객관적인 정보 제공 영역 등은 심의대상에서 제외해야 할 것이다.

63) 건강기능식품의 표시·광고에 대하여 사전심의를 거치도록 하는 것은 입법목적 달성을 위해 필요한 범위 내인 것으로 보이고, 추구하는 공익이 제한되는 사익에 비해 균형을 벗어난 것으로 볼 수 없다. 따라서 건강기능식품의 기능성 표시·광고를 하고자 하는 자가 사전에 건강기능식

루어진 이상, 건강기능식품 광고의 사전심의 역시 정부의 사전검열에 해당되는지 등에 대한 재검토가 불가피 할 것이며, 규제 패러다임 역시 변화해야 할 것이라 생각된다.

한편, 이러한 사회적 분위기를 감지한 것인지, 식품 관련 주무부처인 식품의약품안전처에서는 지난 4월 21일 식품 및 건강기능식품 광고의 법정사전심의를 자율사전심의로 전환하는 것을 내용으로 한 「식품표시법」제정안을 입법예고 하였다.[64] 즉, 그 동안 여러 법률에 분산되어 있던 식품 관련 규제들을 통합된 하나의 법률에서 관리하는 등 합리적 규제 체계를 마련하겠다는 것이다. 이러한 식약처의 움직임은 의료광고 사전심의 위헌결정 이후 변화된 광고 규제 패러다임을 적극 수용하겠다는 입장으로 해석되며, 광고에 있어서의 자율성을 크게 보장하는 것으로 받아들여지고 있다. 사견으로 이러한 식약처의 움직임은 바람직한 규제의 방향이라고 볼 수 있다고 생각한다. 광고에 있어서의 법정 사전심의를 유지할수록 '정부의 사전검열' 논란은 지속될 것이며, 새로운 유형의 광고에 대한 합리적 규제는 어려워질 것이기 때문이다. 타 분야의 광고 역시 이러한 식약처의 입장과 같이 점차 자율규제의 방향으로 전환하여야 하며, 다만, 악의적 광고주에 대한 견제 대책, 즉, 「식품표시법」상의 내용과 같은 영업자에게 입증책임을 지우는 등의 합리적 방안을 마련해야 할 것이다.

(4) 정부의 가이드라인

지난 2013년과 2014년 '미래창조과학부'와 '공정거래위원회'는 국내 포털 사업자인 네이버와 다음의 불공정거래행위에 대한 조사를 진행하는 과정에서 포털의 검색결과와 광고 구분 등의 내용을 담은 가이드라인을 마련하여 발표하였다.[65] 즉, 2013년 10월 미래창조과학부는 「인터넷 검색서비스 발전을 위한 권고안」을, 다음 해 1월 공정거래위원회는 「인터넷 검색서비스 산업모범거래기준」을 발표하면서 검색광

품협회의 심의절차를 거치도록 하는 것은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반하여 청구인의 표현의 자유 등 기본권을 침해한다고 보기 어렵다. 헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75 결정.

64) 입법예고 된 「식품표시법」의 주요 내용은 ① 분산된 표시·광고 규정 통합, ② 거짓·과장 등 금지하는 표시·광고 기준 정립, ③ 표시·광고 사전심의 제도를 자율심의 제도로 전환, ④ 표시·광고 내용 실증제 도입, ⑤ 소비자 교육·홍보 의무화 등이다. 식품의약품안전처, "식품 관련 법령 이렇게 달라집니다!", 2016. 4. 21. 보도자료 참조.

65) 동 가이드는 법에 대한 예측 가능성을 제공하고 검색서비스 업계의 공정한 거래관행을 유도하기 위해 검색원칙의 공개, 검색서비스 사업자가 통합검색에서 자사의 서비스를 노출시킬 때는 자사 서비스임을 명확히 표시할 것과 검색결과와 광고를 구분할 수 있도록 명확히 표시할 것 등의 내용을 담고 있다. 안정민, 최세정, 전게 논문, 165~166면.

고 사업자에게 이용자가 광고와 그 외의 검색결과를 명확하게 구분할 수 있도록 할 것을 행정지도 형식으로 권고한 것이다. 미래부의 가이드라인이 광고와 정보를 구분하라는 큰 틀만을 제시하고 있다면, 공정위의 가이드라인은 좀 더 구체적으로, ① 광고영역에 "...에 관한된 광고"라는 사실을 기재하고 광고노출 기준에 대한 안내문 제시, ② 검색결과로 노출된 개별 광고 사이트(하이퍼링크)마다 광고임을 표시, ③ 광고 영역을 별도 상자로 표시하고, 해당 상자에 배경색을 설정하여 상자에 테두리를 치는 등으로 일반 검색결과와 명확하게 구분, ④ 광고를 일반 검색결과 우측에 배치하여 검색결과와 광고가 구분되어 있음을 쉽게 알 수 있도록 표시하라는 등의 사항을 명시하고 있다. 네이버 등 국내 검색광고 사업자들은 이러한 정부의 가이드라인에 따라, 2013년 10월부터 광고 영역에 음영표시 등의 조치를 취하고 있다.

한편, 이러한 정부 가이드라인에 의한 규제에는 몇 가지 의문점이 있다. 첫째, 해외사업자와의 역차별 발생 가능성을 사전에 인지했는가 하는 점이다. 가이드라인은 통상적으로 가이드라인을 준수해야 하는 주체의 임의적이고 자발적인 준수 등을 전제로 한다.[66] 즉, 법률이 아니기 때문에 반드시 따라야 하는 것은 아니다. 그러나 국내 규제 상황 상 규제대상인 사업자가 주무부서인 행정기관이 정한 가이드라인의 협력이나 준수를 거부하기는 사실상 어렵다. 따라서 행정기관은 직접적인 유권해석이나 공식적인 입장표명을 피하고, 가이드라인 등을 통해 일정한 방향으로 사업자를 유도하며, 사업자는 규제부처와의 충돌을 피하기 위해 이를 반강제적으로 준수하고 있는 것이 현실이다. 그러나 외국사업자의 경우 이러한 가이드라인을 준수할 의무 등이 없으며, 정부 역시 외국사업자에게 가이드라인의 준수를 강제할만한 법적 권한이나, 수단이 없기 때문에 자칫 국내산업의 위축 및 역차별 문제로 제기될 수 있다는 우려가 있다.[67] 둘째, 가이드라인의 제정을 통해 달성하고자 하는 목적

66) 원래 모범거래기준이나 권고안 등과 같은 가이드라인은 행정기관이 소관사무의 범위에서 일정한 행정목적을 달성하기 위하여 국민에게 임의적인 협조를 구하는 행정지도의 일환이다. 행정지도란 '행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 않도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정작용'으로 정의되고 있다(행정절차법 제2조 제3호). 행정지도는 모든 행정은 법에 근거해야 한다는 법치행정의 관점에서 본다면 예외적인 경우에 사용되어야 하는 것이 원칙이지만 제도의 편의성과 운영의 탄력성 때문에 실무적으로 자주 사용되고 있다. 안정민, 최세정, 상게 논문, 166면.

67) 행정지도 형식의 규제는 국내기업과 외국기업에게 동일한 의미로 다가가지 않는다. 정부에게는 국외사업자에게 법도 아닌 가이드라인의 준수를 부과할 권한이나 우회적인 강제수단이 부여되어 있지 않기 때문이다. 이러한 실질적인 구속력과 더불어 우리의 온라인 시장상황을 함께 고려한다면 국내기업이 처한 환경은 더욱 열악하다. 실제로 이미 국내 검색시장에서 네이버와 다음을 제외하고는 외국기업인 구글이 네이트를 앞섰고, 모바일 검색시장에서 구글은 더 빠르게 그 점유율을 높이고 있다. 이러한 상황에서 외국사업자와 경쟁해야 하는 국내사업자에게 행정

등을 사전에 충분히 검토했는가 하는 점이다. 당초 정부에서는 이용자가 검색광고와 일반 검색결과를 혼동할 가능성이 높다는 이유로 가이드라인 제정의 필요성을 강조했다. 그러나 국내 검색광고 사업자인 네이버와 다음 모두 이미 검색결과와 광고를 구분하는 표시를 하고 있었으며,[68] 국내 포털 검색서비스 이용행태 조사 등에서도 응답자의 상당 부분이 검색결과와 광고를 구분하고 있었던 것이 확인[69]되는 상황에서 굳이 행정지도의 형식을 빌려 사업자에게 부담을 줄 필요가 있었는지 의문이다. 이는 가이드라인 제정 이후 실시된 연구에서도 그 목적에 있어서의 실효성에 대한 의문이 제기되고 있다.[70] 적어도 이용자에게 피해가 우려되는 상황이었다면 사업자의 자발적인 참여를 유도하여 조금 더 합리적인 방법으로 정보와 광고를 구분할 수 있도록 유도하는 것이 더 효과적인 방법이었을지도 모르겠다.

나. 자율규제 논의

(1) 각 검색광고 사업자에 의한 자율규제

네이버, 카카오 등 국내 검색광고 사업자들은 광고게재 프로세스 상에 '검수'라는 과정을 두고 있다. '검수'란 사업자 스스로 제정한 검수기준에 근거하여 작동되는 일종의 필터링 과정이며, 광고게재의 적정성 등에 대한 검토과정이라 할 수 있다. 이러한 검수과정은 사업자의 자기검열에 가깝다고 볼 수 있으므로, 어떻게 보면 가장 강력한 자율규제 수단이라 할 수 있다. 만일, 검색광고 사업자가 이러한 자기검열에 등한시하게 될 경우, 이용자의 신뢰를 잃게 될 것이며, 전환비용이 제로에 가까운 인터넷서비스의 특성상 사업성이 약화될 가능성이 높다. 현재 각 검색광고 사업자들은 사이트검수(사이트의 적법성·적정성 등을 확인하는 과정), 광고검수(광고소

지도형식의 가이드라인은 가장 중요한 재원인 광고의 제시형식조차 마음대로 테스트 해볼 수 없게 만드는 부담으로 작용할 수 있다는 우려가 제기되고 있다. 안정민, 최세정, 전게 논문, 156면.

68) 네이버는 2008년 9월부터 검색광고 영역에 광고를 뜻하는 'AD'라는 문구를 표기해왔으며, 다음도 2011년 2월부터 검색광고의 제목 옆에 'AD'라는 표기를 해오고 있었다.

69) 국내 인터넷 포털 검색서비스 이용행태 조사에 의하면 89%의 응답자가 네이버 검색결과와 섹션이 구분된다고 하였으며, 81.6%가 파워링크를 광고로 인지하고 있음이 확인되었다. 윤성훈, "국내 인터넷 포털 검색 서비스 이용 행태 조사 연구"(한국온라인광고협회, 2013), 10면.

70) 연구결과에 따르면 검색광고 이용자들은 광고표시형식에 영향을 받지 않고 검색광고를 인지하고 일반검색결과와 구분할 수 있었다. 즉 가이드라인 이후의 강화된 광고표시형식은 그 이전의 형식이나 이용자들의 광고인지나 광고의 일반결과 구분을 용이하게 하지 않는다고 볼 수 있다. 또한 모든 형식에 노출되었던 피험자들이 70% 정도의 광고 인지율과 평균값을 상화하는 광고와 일반결과의 차이 인지를 보여줬다는 것에 주목해야 할 결과이다. 안정민, 최세정, 상게 논문, 175면.

재의 적법성·적절성 등을 확인하는 과정), 연관도검수(광고소재와 연결 사이트의 연관성 등을 확인하는 과정) 등의 검수과정을 가지고 있으며, 법률 등에 근거한 검수기준을 토대로 실시간 검수업무를 진행하고 있다.

한편, 검색광고 사업자가 각 정부부처와 MOU 등을 맺고, '통지 및 삭제조치(Notice & Takedown)' 등을 진행하는 방식의 자율규제 방법도 운영되고 있다. 이는 주로 「저작권법」에서 사용되는 방식인데,[71] 예를 들면 특정 규제 기관에서 불법 광고 등의 모니터링을 진행한 후, 그 결과를 업무협약을 맺은 광고매체에 전달하면 해당 매체에서는 이를 삭제함으로써 법적 책임을 면제받는 절차이다. 규제 기관과 각 광고매체가 별도의 협약 등을 맺어야 하며, 규제 기관 입장에서 지속적으로 법률에 근거한 모니터링을 진행해야 한다는 번거로움이 있을 수는 있겠지만, 사후적으로 가장 빠르게 불법 광고의 게재를 중단할 수 있는 합리적 방법이라 할 수 있다. 아직은 자율규제의 한 방편으로 사용되고 있기 때문에, 완벽한 제도라 볼 수는 없지만, 추후 미흡한 부분이 보완되어 입법화 과정을 거친다면 그 효과를 기대해볼만 할 것이다. 현재 네이버 등 각 검색광고 사업자는 식품의약품안전처, 금융위원회, 보건복지부 등 주요 정부부처와 업무협약을 맺고 이러한 프로세스를 운영 중이다.[72]

(2) 한국인터넷자율정책기구(KISO) 온라인광고심의위원회의 자율규제

(사)한국인터넷자율정책기구(KISO)[73] 온라인광고심의위원회는 인터넷광고에 있어서 가장 대표적인 자율심의단체이다. 과거 (사)한국인터넷광고심의기구에 있던 자율

---

71) OSP의 책임을 제한하기 위한 대표적인 제도가 '삭제통지'제도이다. 즉, 해당 OSP의 서비스를 이용한 저작물의 복제·전송에 따라 권리자로부터 저작권이 침해되었다는 통지(notice)를 받았을 때 OSP가 즉시 해당 저작물의 복제·전송을 중단하거나 불법복제물을 삭제(takedown)하는 조치를 취하면, 해당 OSP는 이용자의 위법 행위에 대해 손해배상 등의 책임을 지지 않게 된다. 김경숙, "온라인상의 저작권 침해대응에 관한 비교법적 검토", 「창작과 권리」 2014년 가을호(제76호)(세창출판사, 2014), 38면.

72) 의료광고 사전심의제도에 대한 헌법재판소의 위헌결정 이후인 2016년 2월 2일 보건복지부와 한국인터넷기업협회는 「건전한 의료광고 문화 조성을 위한 업무협약서」를 체결하였는데, 협약 내용 중의 하나로 "보건복지부가 인터넷 상의 의료광고에 대한 모니터링을 통해 불법 의료광고 사실을 발견하여 필요한 조치를 공식적으로 요청하는 경우 협회 및 회원사는 불법 의료광고 게재 중단 등을 위하여 적극 협력한다."가 포함되어 있다. 이러한 업무협약은 의료광고 분야의 자율규제 강화가 이루어지고 있음을 보여주는 대표적인 예로서 매우 긍정적으로 평가될 수 있다. 황성기, "인터넷 환경에서의 의료광고 규제제도 개선방안에 관한 연구", 전북대학교 법학연구 통권 제48집(전북대학교 법학연구소, 2016. 5), 43~44면.

73) (사)한국인터넷자율정책기구(KISO)는 인터넷상에서 발생하는 표현의 자유 등의 문제와 관련하여 공정하고 투명한 정책마련을 위해 설립된 단체이다. 현재 네이버, 카카오 등 11개 회원사가 가입되어 있다.

심의 기능이 (사)한국온라인광고협회를 거쳐 KISO로 이관 된 것인데(2013년부터 심의업무 시행), 네이버, 카카오 등 회원사의 광고에만 한정하여 심의를 진행한다는 것이 특징이다. 현재 총 6명으로 구성된 심의위원이 온라인광고심의위원회 운영규정 및 심의규정을 근거로 심의업무를 진행하고 있다. 이러한 KISO의 온라인광고심의위원회는 정부 또는 외부의 영향을 받지 않는 완전 자율심의의 형태를 띠고 있으므로 공정성, 객관성의 측면을 보장받을 수 있고, 이해 당사자인 각 사업자가 규제에 직접 참여함으로써 실질적 규제 효과를 발휘할 수 있다. 따라서 각 매체사에서 판단할 수 없는 문제나, 사회적 이슈가 될 수 있는 내용의 광고 등에 대해 보다 균형 있고, 합리적인 시각으로 심의할 수 있다는 장점이 있다. 다만, 회원사 위주의 광고를 대상으로 심의를 진행하다보니 타 심의단체에 비해 활발한 심의업무를 진행하지 못한다는 한계성이 지적되고 있다.[74]

3. 검색광고 규제 개선방안

앞서 살펴본 검색광고의 정의 및 규제 체계와 관련한 일련의 문제들은 검색광고와 관련한 규제 개선에 있어 가장 기본적으로 해결되어야 할 과제라고 할 수 있다. 특히, 우리나라와 같이 다수의 광고 규제 법률이 존재하고, 그 법률들이 각 광고의 특성을 반영하고 있지 않으며, 각 법률별로 규제 부처가 상이한 현상이 지속적으로 유지될 경우, 규제의 비일관성과 비체계성은 심화될 것이며, 검색광고 등 광고의 특성을 이해하지 못하는 규제 정책 입안자로 인해 비합리적 규제가 양산될 가능성이 높다. 여기서 가장 우선시 되어야 하는 것은 규제정책 입안자들의 검색광고에 대한 이해도를 높이는 일이겠지만, 이것이 쉬운 일이었다면 앞서 살펴보았던 규제체계가 현재와 같이 복잡한 형상을 띄지는 않았을 것이다. 이러한 내용이 현행 검색광고의 특성을 반영한 새로운 인터넷광고 규제체계가 정립되어야 하는 이유이며, 향후에 풀어나가야 할 과제인 것이다. 아래에서는 이러한 현황 인식을 바탕으로 검색광고의 규제의 재정립을 위한 몇 가지 개선방안을 제안하고자 한다.

---

74) KISO 온라인광고심의위원회의 대표적인 심의사례로 광주광역시청의 '임을 위한 행진곡 온라인 서명운동' 광고 집행 심의의 건을 들 수 있다. 당시 광주광역시청이 '임을 위한 행진곡'을 5·18 민주화운동 공식 기념곡으로 지정될 수 있도록 정부에 촉구하고, 유네스코 세계기록유산 등재를 추진하기 위하여 서명운동을 전개하였는데, 이러한 서명운동을 알리기 위해 광고를 집행하였고, 그 적정성에 대해 심의를 진행한 것이다. 온라인광고심의위원회는 임을 위한 행진곡이 금지곡인지 여부, 의견광고인지 여부 등을 검토한 후 적합으로 결정내린바 있다. 한국인터넷자율정책기구, 온라인광고심의위원회 심의사례(광고2013심02) 참조.

첫째, 자율규제를 기반으로 한 새로운 검색광고 규제 체계의 수립이 필요하다. 앞서 우리나라의 광고 일반 규제와 더불어, 이를 바탕으로 한 기형적 구조의 인터넷 광고 규제체계를 살펴보았다. 우리나라에서 인터넷광고가 도입되어 자리 잡은 지 벌써 십 수 년의 시간이 흘렀지만, 아직까지 인터넷광고는 '신유형광고', '새로운 기술의 광고' 등으로 치부되어 규제체계에 대한 연구 및 개선방안 마련이 지연되고 있는 상황이다. 그러나 그 동안의 경험상 분명히 알 수 있었던 사실은 공적규제와 자율규제가 동시에 작용하는 경우, 인터넷광고에 있어서는 자율규제 경우가 훨씬 높은 규제 효과를 보였다는 점이다. 이는 여러 규제 체계 연구결과를 통해서도 알 수 있는 내용[75]인데, 무엇보다, 규제를 받아야 할 대상이 규제에 참여함으로써 규제의 실효성이 확보된다는 점, 짧은 기간 동안 집행되는 인터넷광고에 있어서 즉각적 조치를 취할 수 있어서 실효성이 확보된다는 점, 공적규제 기능과 산업 기능 간의 인터넷 광고규제에 대한 소통채널을 형성하고 이를 통해 적정한 규제제도의 수립이 가능하다는 점 등 여러 장점을 보이고 있다. 다만, 다른 한편에서는 강제성의 결여 등으로 인한 자율규제의 폐해를 지적하기도 하는데, 이러한 문제야 말로 불법광고에 대한 처벌 등 사후적 공적규제가 제대로 작동하지 않고 있다는 것을 보여주는 것이라 할 수 있다. 자율규제를 기반으로 하되, 사후적 처벌을 강화하고, 일정한 조건을 충족한 사업자에게 면책권을 주는 등의 규제체계를 만든다면 실효적 효과를 거둘 수 있을 것이다.

둘째, 검색광고의 정의 등을 명시한 분쟁해결 기준을 마련하는 것이 필요하다. 앞서 살펴본 바와 같이 법률은 아니지만, 수많은 직역에서 검색광고를 정의하기 위해 노력하였다는 것을 알 수 있었다. 그러나 지속적으로 진화를 거듭하고 있는 검색광고의 특성을 충분히 이해하지 못한 나머지, 오인과 오해의 내용들이 대다수라는 문제가 발생하고 있다. 아울러 검색광고 산업은 지속적으로 발전하고 있고, 향후 다양한 법률적 문제와 이를 통한 분쟁들이 다수 발생할 여지가 있다. 따라서 이를 해결할 수 있는 기준점 마련이 필요한 것이다. 이러한 분쟁해결 기준은 손쉽게 보완·개정해 나갈 필요가 있으므로, 법률일 필요는 없고, 그렇다고 정부가 나서서 강제성을

75) 일반적으로 자율규제(self-regulation)는 정부규제(government regulation)와 대비되는 개념으로 사용된다. 그리고 자율규제란 '자유방임'이 아닌, "민간영역이 전통적인 정부영역에 해당되었던 규제영역에 적극적으로 참여하고, 정부영역은 이러한 민간영역의 활동과 역할에 대해서 적극적으로 협력·지원함으로써, 규제의 합리화 및 효율성을 추구하는 규제방식"으로 정의될 수 있다. 자율규제의 장점으로는 정부규제보다 효율성, 집행과 순응 확보의 용이성, 환경변화의 적응성, 전문성 등에 있어서 우월하다는 점이 제시된다. 황성기, 전게 논문, 40면.

부여할 필요는 없다고 본다. 검색광고 사업자 스스로 공동의 기준을 마련하고, 이를 정부가 존중한다면 그 스스로 강제력을 발휘하여 중요한 판단기준으로 발전해 나갈 수 있을 것이다.

마지막으로 검색광고 규제 부처의 통일 또는 전문성 확보 방안 등에 대한 적극적인 검토가 필요하다. 현재 일반 광고와 관련한 규제부처는 공정거래위원회이지만, 인터넷광고에 대한 유관부처는 미래창조과학부이며, 각 업종별 규제부처는 각 유관 법률의 소관부처로서 매우 복잡한 구조를 띄고 있다. 예컨대, 불법 의료광고에 있어, 보건복지부와 공정거래위원회가 중복 규제를 할 수 있고, 미래창조과학부 역시 이해관계가 있기 상황에서, 이를 규제할 근거가 없으므로 일관된 규제 또는 규제 형평성의 문제가 발생할 수 있다. 따라서 산발적으로 흩어져 있는 검색광고의 규제 부처를 전문성이 있는 하나의 부처로 집중해서 관리하는 것이 필요하며, 이것이 여의치 않다면, 미래창조과학부 등에 전문 담당자를 지정하여 규제 필요시 담당자의 의견을 적극 반영하는 등의 프로세스를 갖추는 방안을 검토해볼 필요가 있다.

Ⅳ. 검색광고를 둘러싼 여러 법적 문제

1. 검색광고의 법적 제문제

검색광고는 국내외 인터넷 사업자의 주요 수입원이며, 인터넷광고에 있어서의 가장 핵심적 비즈니스 모델이다. 그럼에도 불구하고 아직까지 법률적 정의는 물론 지속적으로 논의가 필요한 법률적인 문제들을 가지고 있다. 이는 매체의 법적 책임 문제를 비롯하여 상표권 문제, 어뷰징 문제, 개인정보 문제, 유통구조 문제 등 다양한 분야와 유관 법률에 걸쳐 논의가 진행되고 있는데, 이러한 논의들을 살펴보는 것은 논의 그 자체의 해결을 위한 실마리를 제공할 뿐만 아니라, 검색광고 산업의 질적 성장에도 큰 도움이 될 것이다. 물론 이러한 논의들은 입법적으로 해결할 부분이 있고, 정책적으로 해결할 부분이 있을 것이며, 사업자의 노력으로 해결해야 할 부분이 있을 것이다. 그러나 무엇보다 중요한 것은 앞서 살펴본 바와 같이 검색광고의 특성 등을 올바르게 이해하려는 시도이며, 사업자 입장에서는 문제해결을 위한 끊임없는 노력일 것이라 생각한다. 아래에서는 오랜 시간 동안 주로 논의가 되고 있는 몇 가지 검색광고와 관련한 몇 가지 법률적 문제들을 살펴보고, 이를 통한 향후 연구과제의 도출을 그 목적으로 한다.

2. 검색광고 매체의 법률적 책임 문제

검색광고에 있어, 불법·부당광고로 인한 매체, 즉, 검색광고 사업자의 법적 책임문제에 대해서는 오랜 시간 동안 논의가 되어온 대표적인 문제라 할 수 있다. 특히, 과거 오프라인 매체의 경우는 광고에 따른 책임을 매체가 아닌 광고주에게 귀속되어왔다고 볼 수 있는데,[76] 유독 검색광고 등 인터넷광고에 있어서 그 입장이 달라보이는 것은 검색광고 등이 기존 광고와 다른 특성을 가지고 있다고 해석되기 때문이다.[77] 그러나 「표시광고법」 등 광고 관련 유관법률 어느 곳에도 광고 매체로서의 책임을 규정하지 않고 있으며, 법원 역시 매체에 대하여 손해배상책임 등을 부과한 사례가 없기 때문에, 이러한 문제에 대해서는 결국, 사안에 따른 검토가 필요한 내용 내지는 가능성에 대한 추론만 가능할 것이다.

검색광고 매체에 대한 법률적 책임은 형사적 책임과 민사적 책임 둘 다 가능하다고 볼 수 있다. 다만, 형사적 책임의 경우 매체 스스로가 고의로 불법광고 행위자를 돕거나 묵인한 것이 아닌 이상 '주의의무' 정도의 책임 근거만을 가지고 공범의 형사책임까지 추궁하는 것은 어렵다고 생각된다.[78] 아울러, 앞서 살펴본 바와 같이 검색광고 매체 스스로 법률을 위반하지 않기 위한 적극적인 자율규제 활동을 하고 있으므로 직접적으로 형사적 책임을 묻게 되는 사례는 극히 드물다고 할 수 있다. 다만, 형사책임과 달리 민사책임의 경우에는 과실에 의한 방조가 인정되고 있는데, 이러한 과실은 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이러한 의무에 위반하는 것에 해당되는 것으로 해석된다.[79] 따라서, 검색광고 매체의 법률적 책임 문제는 민사적 책임에 한정하여 살펴볼 필요가 있을 것이다. 이러한 측면에서 검색광고 매체의 법률적 책임과 관련한 문제는 크게 두 부분으로 나누어 검토할 필요가 있다. 첫 번째는 매체가 광고행위의 주체로서의 책임을 질 수 있는가의 문제와 두 번째는 매체가 광고행위의 방조자로서 책임을 질 수 있는가의 문제이다. 그러나 매체의 특성상 일반적으로 광고주의 광고를 매개하는 입장일 것이고, 광고의 주체로서 1차적인 책임은 광고주에게 있다고 볼 수 있으므로, 결국 여기서의 쟁점은 검색광고 매체가 광고주의 불법광고에 대한 방조책임을 부담하는가의 문

---

76) 조용혁, 전게 논문, 106면.

77) 이는 OSP(Online Service Provider)의 책임제한 문제와도 관련이 있다.

78) 방송통신위원회(한국인터넷광고심의기구), 「인터넷광고 건전화 및 활성화를 위한 법제도 개선방안 연구」, 2008. 12, 176면.

79) 이병준, "불법·불건전 인터넷광고에 대한 매체의 책임", 「정보화정책」 제16권 제1호(2009년 봄호)(한국정보화진흥원, 2009), 108면.

제일 것이다.[80]

이러한 책임부담의 가능성을 살펴볼 수 있는 사례가 이른바 '트위스트킴(twistkim)' 사건이다.[81] 동 사건에서 법원은 검색서비스 제공자들은 특별한 사정이 없는 한 원고의 예명 등 특정 검색어로 침해 사이트들이 검색되는 것을 차단하여야 할 주의의무를 지게 된다고는 할 수 없다고 보았다. 검색광고 매체(검색서비스 제공자)의 경우 특별한 사정이 없는 한 자기가 운영하는 공간에 다른 사람에 의하여 제3자의 명예를 훼손하는 글이 게시되고, 그 제공자가 '이를 알았거나 알 수 있었다는 사정만으로 항상' 제공자가 그 글을 즉시 삭제할 의무를 지게 된다고 할 수 없다는 기존 대법원 판례[82]에 따른 것이다. 좀 더 구체적으로는 검색정보를 제공하기 위한 사이트 등록심사의 취지가 등록정보와 사이트 내용의 일치 여부 확인, 사이트 내용 자체의 불법성 여부 확인에 있다고는 볼 수 있어도 이 사건의 경우처럼 사이트의 내용 또는 도메인 이름이 원고의 허락과 같은 정당한 권원에 기한 것인지 여부의 확인에 있다고는 볼 수 없는 점, 광고주의 인격권 침해 행위를 판단하기 용이하지 않은 점 등을 들어 검색광고 매체에게 피해자의 피해신고 등의 요청 없이도 검색을 일반적·사전적으로 차단하여야 할 사회상규 또는 조리 상 의무를 부담한다고 보기 어렵다고 한 것이다. 다만, 이러한 법원의 판단이 반대로는 광고주의 광고 내용 중

---

80) 인터넷 포털은 광고를 게재하고 있거나 적어도 이를 매개하는 매체에 해당하기 때문에 더 이상 광고를 하지 못하게 하거나 해당 홈페이지가 더 이상 검색되지 않도록 할 수 있는 위치에 있는 것이 사실이다. 따라서 피해자들은 인터넷 포털에 대하여 광고의 중지, 차단 그리고 더 나아가서 피해로 인한 손해배상을 청구하게 된다. 이병준, 상게 논문, 107면.

81) 서울중앙지법, 2007. 12. 26. 선고 2005가합112203 판결, 동 사건에 대해서는 과거 다수의 논문에서 그 의의와 내용을 소개해왔다. 주요 내용은 다음과 같다. 음란사이트로 인식될 수 있는 인터넷 사이트를 운영하는 운영자들이 유명 연예인의 예명 '트위스트김'을 무단으로 도메인 이름과 웹페이지의 광고문구로 이용하고 그 예명을 검색어로 인터넷에서 검색이 되도록 하였다. 이러한 행위는 해당 연예인의 명예, 성명권 등 인격권을 침해한 행위인데, 인터넷 검색서비스 제공자들이 피해자의 예명 등 특정 검색어로 타인의 인격권을 침해하는 행위가 발생하기 이전에 인터넷 사이트가 검색되는 것을 차단하여야 할 주의의무를 위반하였다는 이유로 손해배상이 청구되었다.

82) 온라인 서비스 제공자인 인터넷상의 홈페이지 운영자가 자신이 관리하는 전자게시판에 타인의 명예를 훼손하는 내용이 게재된 것을 방치하였을 때 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 지게 하기 위해서는 그 운영자에게 그 게시물을 삭제할 의무가 있음에도 정당한 사유 없이 이를 이행하지 아니한 경우여야 하고, 그의 삭제의무가 있는지는 게시의 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 반론 또는 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도, 당해 사이트의 성격 및 규모·영리 목적의 유무, 개방정도, 운영자가 게시물의 내용을 알았거나 알 수 있었던 시점, 삭제의 기술적·경제적 난이도 등을 종합하여 판단하여야 할 것으로서, 특별한 사정이 없다면 단지 홈페이지 운영자가 제공하는 게시판에 다른 사람에 의하여 제3자의 명예를 훼손하는 글이 게시되고 그 운영자가 이를 알았거나 알 수 있었다는 사정만으로 항상 운영자가 그 글을 즉시 삭제할 의무를 지게 된다고 할 수는 없다. 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002다72194 판결.

불법성이 명확한 부분에 있어 그 불법성이 판단하기에 용이할 경우 방조행위가 인정되어 검색광고 매체에게 광고주와 함께 손해배상책임이 인정될 수도 있음을 의미한다고 볼 수도 있을 것이다. 이는 곧 검색광고 매체가 광고주의 불법광고로 인한 방조책임에서 자유롭지 못한다고 볼 수 있을 것이다.[83]

그렇다면, 검색광고 매체는 항상 민사적 방조책임의 위험을 감수하며 사업을 영위해야 하는가? 만일 검색광고 매체에 광범위한 민사책임을 인정하게 될 경우, 검색광고 산업을 비롯한 인터넷 산업 전체에 위축효과를 불러일으킬 수 있을 것이다. 과거 이에 대한 해결방안으로 검색광고매체 등의 민사책임을 명확화·합리화 시켜주는 방안이 주장된바 있다.[84] 즉, 광고주의 광고행위로 인해 책임을 부담하게 되는 경우에는 그 요건과 범위를 명확하게 확정해줄 필요가 있다는 것이다. 사견으로 이러한 주장에 동의한다. 좀 더 보충하자면 검색광고매체 등의 자율규제 노력에도 불구하고, 검색광고의 특성상 광고주의 실시간 광고 변경 등의 행위가 가능하기 때문에 일부 관리범위를 벗어나는 경우가 발생할 수 있다. 인터넷광고의 특성상 모든 광고를 사업자의 관리범위에 넣고 관리하다는 것은 사실상 불가능하기 때문에, 매체가 일정한 수준의 관리감독을 다한 경우 또는 현실적으로 관리능력을 넘어선 경우라면 이를 감안하여 면책하는 등의 제도개선이 필요하다. 이러한 제도가 현실화되기 위해서는 우선적으로 법률적 근거가 마련되어야 할 것이며, 관련 부처를 중심으로 한 정책적인 뒷받침이 이루어져야 할 것이다.

3. 검색광고 유통구조의 법률적 미비 문제

일반적으로 인터넷광고의 유통구조는 기존 광고를 그대로 답습해온 형태[85]를 띄

---

83) 트위스트킴 사건에서 법원은 입력된 검색어에 따라 광고대상사이트를 검색결과에서 우선적으로 보여주는 검색서비스를 제공하는 경우에는 검색광고매체에게 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있다고 판시하고, 검색광고매체에게 부작위에 의하여 인격권침해를 용이하게 한 방조책임이 있다고 보고 이에 따른 손해배상책임이 발생할 수 있다고 했다. 그러면서 이러한 책임을 묻기 위해서는 피해자의 피해신고나 차단요청의 유무, 침해 사이트의 인격권 침해 여부 판단의 용이성, 침해 사이트에 대한 검색서비스 제공으로부터 경제적 이익을 얻고 있는지 여부, 차단조치의 기술적·경제적 난이도 등을 종합하여 피고 검색서비스 제공자들이 '트위스트김'이란 검색어로 이 사건 검색결과 사이트들이 검색되는 것을 차단하여야 할 주의의무를 부담하고 있는지를 판단하여야 한다고 했다. 즉, 책임이 성립할 적극적인 요인과 함께 이를 부정할 소극적 요인을 함께 언급하고 있다. 조용혁, 전게 논문, 107~108면.

84) 한국인터넷진흥원, 「인터넷광고 관련 국내외 법제도 동향 조사분석 위탁용역」, 2009. 7, 156~157면.

85) 온라인광고 유통체계는 크게 거래주체, 광고비 지급 방식, 보상체계 등으로 설명할 수 있다. 온라인광고 시장의 거래 주체는 일반적으로 광고주, 광고대행사, 미디어렙사(네트워크사업자), 매

고 있다.[86] 검색광고의 유통구조 역시 유사한 상황이며, 다만, 검색광고의 유통구조가 타 인터넷광고의 유통구조와 차이점이 있다면, 검색광고는 광고주, 광고대행사, 매체 등으로 그 구조가 비교적 단순하다는 것이다. 검색광고의 유통구조에 있어, 주된 수익은 광고주가 지급한 광고비에서 기인하는데, 통상 매체는 광고주로부터 받은 광고비를 수익으로 취하고, 일정한 비율의 수수료를 떼어 대행사에게 지급한다.[87] 한편, 방송광고의 경우 이러한 대행사 보상제도가 법제화 되어 있는 상황이라, 별다른 논쟁이 없는 편이지만, 인터넷광고 특히 검색광고의 경우는 관행적으로만 수수료 등이 지급되어 오고 있었기 때문에 이와 관련하여 지속적으로 문제제기가 이루어지고 있는 상황이다. 수년 전부터는 구글 등 해외 검색광고 매체가 수수료 지급 방식을 매체가 대행사에 주던 방식에서, 광고주가 직접 매체에 지급하는 방식[88]으로 정책을 변경한 상황[89]이라 그 논쟁은 더욱 심화되고 있다.

검색광고는 상품의 특성상 타 광고와는 달리 중소상공인인 소액광고주가 주된 고객층을 이루고 있다.[90] 통상 이러한 소액광고주가 검색광고를 게재하기 위해서는

체사, 제작 등 간접적으로 참여하는 기업들 등으로 구성된다. 광고대행사는 온라인광고에 관한 전문적 지식, 기술, 경험을 가진 자들로서 온라인광고를 통해 매출을 올리고자 하는 광고주와 매체의 지면을 판매하여 수익을 창출하여야 하는 매체사 간의 가교 역할을 하고 있다. 또한 모바일광고는 모바일 환경에 특화된 솔루션을 제공하고, 고객데이터 및 효과분석, 리포팅까지 제공하는 통합 광고시스템을 운영하는 모바일광고 플랫폼사가 활동하고 있다. 장석권, "인터넷광고와 법적문제" - 인터넷광고 규제 및 분쟁 사례 -, 인터넷광고에 대한 법적 규율에서의 과제와 전망(한국경제법학회 2015년 추계공동학술대회 자료집, 2015), 10면.

86) 우리나라에서 온라인 광고시장이 짧은 시간 내에 급성장함으로 인하여 유통구조를 형성하는 광고주, 광고대행사, 매체 상호 간의 역할이 정립되지 못하였고, 이에 따른 제도적인 틀이 마련되지 못했다는 비판에 직면하고 있다. 안정민, "검색광고대행사의 법적 지위에 대한 소고", 「언론과법」 제14권 제3호(한국언론법학회, 2015), 272면.

87) 이렇듯 대행사가 수수료를 받는 형태 등을 광고학계에서는 '대행사 보상제도(agency compensation)' 내지는 '대행사 보상체계(agency compensation system)' 등의 용어로 표현하고 있다. 김병희, 박원기, "광고회사 보상제도에 관한 광고인의 인식분석", 「광고PR실학연구」 제2권 제2호(한국광고PR실학회, 2009), 131면.

88) 업계에서는 매체가 대행사에 대행 수수료를 지급하는 방식을 커미션(Commission) 제도, 광고주가 대행사에 대행 수수료를 지급하는 방식을 피(Fee)제도라고 통칭하고 있다.

89) 구글의 수수료 정책 변경에 온라인 광고업계가 한숨짓고 있다. 중소 대행사들은 광고주와 글로벌 인터넷 기업이란 두 '갑' 사이에 끼여 제대로 하소연도 못하는 상황이다. 28일 관련 업계에 따르면, 구글은 지금까지 광고주에게서 받은 광고비 중 일부를 수수료로 직접 대행사에 지급해 오던 관행을 깨고 수수료 지급을 전면 중단했다. 광고를 집행하는 광고주에게서 대행사가 수수료를 받으라는 얘기다. 우리나라 광고 시장은 광고주가 포털이나 인터넷 사이트 등 매체에 광고비를 지급하면 매체가 광고대행사에 수수료를 지급하는 구조다. 이는 우리나라 등 아시아 일부 국가에 남아 있는 관행적 구조다. 구글도 우리나라에서 한동안 이런 관행을 따르다 이번에 광고주가 대행사에 수수료를 내는 해외 관행에 맞춰 정책을 바꿨다. "구글 수수료 정책 변경에 온라인 광고업계 새우등 터진다" 전자신문, 2013. 7. 29 보도기사 참조.

90) 네이버 검색광고를 사용하고 있는 광고주는 연간 20만 명이며, 이중 월평균 100만 원 이하의 광고비를 지출하는 소액광고주가 90% 이상이다. 안정민, 전게 논문, 273면, 국내 검색형광고의

일단 매체에 계정을 생성하여 계약을 맺어야 하며, 이후 어느 정도 검색광고 운영에 대한 지식이 있는 광고주라면 직접적으로 운영을 할 수 있고, 지식이 부족하거나 대량으로 관리를 해야 할 필요가 있는 광고주라면 전문 검색광고 대행사에 의뢰를 하여 광고를 운영할 수 있는 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이 후자와 같이 대행사가 광고운영을 대행해주는 경우라면 광고주를 대신하여 매체가 대행사에 대행수수료를 지급하는데, 업계에서는 통상 그 비율이 15% 정도라고 밝히고 있다.[91]

한편, 이렇듯 복잡한 비용지급 구조를 가지고 있는 검색광고 유통구조가 관행적으로만 이루어져 있다 보니 이를 구성하고 있는 3자(매체, 대행사, 광고주) 간의 계약체계 및 법률적 지위 등이 명확하게 드러나 있지 않으며, 분쟁 발생 시 해결을 위한 기준 등이 마련되어 있지 않다는 문제가 발생하고 있다. 좀 더 실무적으로는 선의의 광고주를 보호하기 위한 장치가 마련되어 있지 않고, 대행사 입장에서는 매체를 대행하는 것인지, 광고주를 대행하는 것인지가 불분명하며, 대행사 스스로 크게 노력을 하지 않아도 수수료가 지급되는 구조이다 보니 경쟁력이 저하될 수 있는 문제가 발생하고 있는 것이다.[92] 더불어 글로벌 추세에도 맞지 않는 부분이 발생하다 보니 이에 대한 개선방안 마련이 필요한 상황이다.

이에 대한 해결방안으로 그 동안 관행적으로만 따르고 있던 검색광고 유통구조를 전면적으로 재검토해야 한다는 주장이 제기되고 있다. 즉, 유통구조를 이루는 각 이해관계자에 대한 명확한 법적 지위 부여와 더불어 계약체계 개선을 이루어야 한다는 것이다. 좀 더 구체적으로는 각 이해관계자들 사이에 지위와 역할에 맞는 명확

주요 광고주는 롱테일(The Long Tail)이다. 노출형광고 상품은 광고 금액이 정해져 있는 정액형 광고상품이 대부분이며 일반적으로 광고상품 금액이 1,000만 원을 상회한다. 그래서 노출형광고의 광고주는 대기업 규모의 광고주들의 비중이 크다. 반면, 검색형광고는 최소 50원에서부터 최대 몇 억 원까지 광고를 게재할 수 있으며, 실시간 자유로이 입찰 단가를 조정하여 광고게재 여부를 결정할 수 있어서 소규모 광고주들도 참여할 수 있다. 한국인터넷진흥원, 「국내외 인터넷광고 유통환경 분석 보고서」, 2009. 8, 94면.

91) 국내 매체의 경우 네이버는 광고비의 15%를, 다음은 광고비의 15~17%를 대행사에게 수수료로 지급하고 있다. 안정민, 전게 논문, 279면.

92) 커미션 위주의 수수료 지급제도는 여러 가지 문제를 발생시키고 있다. 첫째, 광고시장의 발전 저해 문제이다. 광고주, 광고대행사 양자에게 불공정을 야기할 가능성이 높고, 광고대행사간 광고주 유치 경쟁을 발생시킬 수 있다. 둘째, 광고대행사의 경쟁력 저하 문제이다. 광고대행사가 광고주를 위해 투입한 노력과 비용에 상관없이 광고주가 집행하는 광고액에 따라 대행수수료가 결정되는 지급구조는 광고대행사에게 인력개발이나 기술의 개발 등을 통한 인적·기술적 경쟁력을 높이려는 인센티브를 부여하지 못한다. 셋째, 소액광고주에 대한 차별 문제가 발생할 수 있다. 광고비가 클수록 수수료율이 높아지는 현행 구조는 광고대행사로 하여금 광고비 집행규모가 큰 대형광고주에게만 집중하도록 하면서 상대적으로 광고비규모가 적은 소액광고주의 광고에 대한 관리 부실로 이어진다. 안정민, 전게 논문, 281~284면.

한 계약체결을 유도하고, 이를 근거로 각각의 업무를 성실히 수행하도록 하는 제반 환경을 만들어야 한다는 것이다. 이러한 주장에는 글로벌 스탠다드에 따라, '수급자 부담의 원칙' 하에 수수료 지급 방식의 변경을 적극 검토할 필요가 있다는 주장[93]이 배경으로 작용하고 있는데, 사견을 전제로 이에 동의한다. 이미 구글 등 글로벌 검색광고 매체는 이러한 배경에 의해 수수료 체계의 개선을 도모하고 있고, 각 주체 간의 명확한 역할 부담과 자유롭고 유연한 수수료율 책정을 통해 상호 간의 경쟁력 향상에 도움을 줄 수 있기 때문이다. 다만, 이러한 개선방안의 현실적 실현을 위해서는 해결해야 할 문제들이 다수 존재한다. 따라서 이러한 문제들의 해결을 위해 관할부처 등 유관기관을 중심으로 법률적, 정책적 가이드라인 및 분쟁해결 기준 등의 마련을 적극적으로 검토한 후, 이를 근거로 이해관계자들 사이의 입장을 조율해 나간다면 좀 더 변화된 산업생태계를 기대할 수 있을 것이다.

4. 검색광고 어뷰징 등의 법률적 문제

검색광고의 법률적 문제에 있어, 단골로 등장하는 소재 가운데 이른바 '어뷰징(abusing) 문제'와 '무효클릭'의 문제가 있다. 우선 어뷰징이라는 용어가 생소할 수 있는데, 간단히 설명하자면 부정한 목적으로 정상적인 검색광고의 노출을 방해하는 행위 일체를 의미한다고 볼 수 있다.[94] 어뷰징 행위는 누군가를 공격하기 위해서 이

93) 다양한 광고주들의 필요를 반영할 수 있기 위해서는 광고매체가 일률적으로 광고대행사의 수수료를 책정하는 방식보다는 구글의 경우와 같이 광고주와 광고대행사 간에 자유롭고 유연한 방식으로 그들 간의 계약을 통해 각자의 편익과 노력 비용을 반영하는 방식을 도입할 필요가 있다. 광고주와 광고대행사가 자체적으로 책정한 탄력적인 수수료산정 방식은 온라인검색광고 시장에서 각 참가자들의 이해관계를 보다 더 적극적으로 반영하여, 현 상황의 문제점들을 완화시키고 보다 더 나은 방향으로 나아가게끔 할 수 있다. 남재현, "검색광고 유통방식에 대한 경제학적 소고", 「정보통신정책연구」 제23권 제2호(정보통신정책학회, 2016. 6), 73면.

94) 온라인광고 어뷰징에 대한 명확한 개념정의는 아직 존재하지 않는다. 다만 일부 판례나 업계에서 논의되고 있는 온라인광고 어뷰징 행위는 영리를 목적으로 온라인광고 사업자 또는 온라인광고 매체 사업자의 온라인광고 업무를 방해하거나 방해할 우려가 있는 행위로서, 구체적으로는 1) 온라인광고사업자 등의 동의 없이 그 사업자의 온라인광고를 삭제하거나 그 위치, 형태, 우선순위 등을 변경하여 자신 또는 제3자의 온라인광고를 배포, 게시, 전송하는 행위 2) 온라인광고사업자등의 컨텐츠 또는 이용자가 온라인광고사업자등에게 송신한 검색어 등의 데이터를 이용하여 그 사업자의 동의 없이 자신 또는 제3자의 온라인광고를 배포, 게시, 전송하는 행위 3) 온라인광고의 배포, 게시, 전송을 한 주체나 이용자의 방문경로 등과 관련하여 광고주나 이용자를 속이거나 잘 못 알게 할 우려가 있는 행위 4) 1) 내지 3)의 행위에 사용할 수 있는 컴퓨터프로그램을 제작, 전달, 배포하는 행위 등을 지칭하는 용어로 사용되고 있다. 이러한 어뷰징 행위의 대표적 유형으로는 ① 사이드 바 형, ② 광고 레이어 노출형, ③ 광고 변조형, ④ 경로 조작형 등이 있다. 이정훈, "온라인광고 어뷰징행위에 대한 형사법적 고찰", 「중앙법학」 제14집 제1호(중앙법학회, 2012. 3), 79면.

거나, 또는 자신의 이익을 위해서 행하는 경우가 대부분이며, 통상 정상적인 계약관계에서 노출되는 검색광고의 시스템을 조작하여 자신의 광고를 클릭하게 하거나, 제3자의 광고를 클릭하게 하는 행위가 대표적인 예이다. 이러한 어뷰징 행위는 결국 CPC(cost per click) 방식이라는 검색광고 과금체계 특성의 악용한 것이라 볼 수 있는데, 정상적인 계약을 맺은 광고주 입장에서는 광고매체의 신뢰성 저하와 광고 미노출로 인한 영업상 손실, 이용자 입장에서는 의도치 않는 광고 등의 클릭으로 인한 보안상 문제 노출, 광고 매체 입장에서는 검색광고 비즈니스 모델의 심각한 손상 등의 문제를 불러일으킬 수 있는 것이다. 어뷰징 행위는 명백한 사기행위임에도 불구하고, 입법적 미비 등으로 인해 형사처벌을 받는 사례가 많지 않은 것으로 알려져 있다.[95] 이는 어뷰징 행위가 형법상 범죄 유형으로 처벌을 받기 위해서는 특정 구성요건에 해당되어야 하는데, 어뷰징의 개념이 모호한 상황에서 이에 해당하는 법률적 구성요건이 존재하지도 않을 뿐만 아니라, 유사 범죄 해당성을 입증하기가 사실상 쉽지 않기 때문이다. 이러한 현실적인 문제들로 인해 법원에서는 대게 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」위반으로 판단하여 처리하고 있는 것으로 보인다.[96][97]

한편, '무효클릭'과 관련한 문제 역시 검색광고의 법률적 문제에 있어 반드시 검토가 되어야 할 부분이다. 본 논문의 서두에서 언급한 바와 같이 무효클릭은 '부정클릭' 또는 '사기클릭' 등 다양한 용어로도 불리고 있는데, 광고주 입장에서는 광고비의 환불 등과 직접적인 관련이 있으므로, 부정클릭이라고 부르고 있으며,[98] 일반적으로는 클릭 자체의 부정성 등을 판단하기 어렵다는 이유로 광고의 개념인 '무효클릭'이라는 용어로 표현하고 있다.[99][100] 이러한 무효클릭은 어뷰징 행위와 유사하

95) 이정훈, 상게 논문, 80면.

96) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2011도13783 판결.

97) 서울중앙지법 2013. 8. 20. 선고 2012고단6484 판결.

98) 이정훈, "부정클릭의 형사법적 문제점과 대처방안", 「형사정책」 제24권 제2호(한국형사정책학회, 2012. 8), 169면.

99) 일반적으로 검색광고의 주요 과금체계인 CPC방식은 그 특성상 부정클릭의 문제가 발생하기 쉽다. '부정클릭'이란 통상 부정한 목적을 가지고 광고물을 클릭하여 타인에게 광고비를 부과시키는 등의 행위를 지칭하는데, 주로 소액 광고주의 참여가 많은 CPC 방식의 검색광고에서 검색어 입력 후, 광고물 노출 순서가 광고주 사이의 입찰 방식으로 정해지고, 대부분의 광고주들이 광고비를 선금으로 지불하고 광고를 집행하는 경우가 대부분이기 때문에 상위 노출 광고주를 대상으로 한 광고비 소진 목적의 부정클릭이 발생할 가능성이 높다는 것이다. 한국인터넷진흥원, 「인터넷광고의 부정클릭 방치를 위한 정책 체계 수립」, 2010. 12, 6면.

100) "Define the technical life-cycle of a 'click' and outline standard methodologies by which clicks should be measured and counted, including provisions for identifying invalid and/or fraudulent clicks", 미국 IAB(Interactive Advertising Bureau)는 무효클릭 등의 측정위해 'Click

게 검색광고의 CPC(cost per click) 적 특성을 악용하고 있는 것이라 볼 수 있다. 무효클릭이 광고주의 광고비를 빠르게 소진시켜 손해를 발생시키는 것이라면, 어뷰징 행위는 반대로 광고주 광고의 클릭이 일어나지 않도록 하는 행위이기 때문에, 광고주의 직접적인 광고비 손해는 발생시키지 않지만, 영업상 손실이나 이용자 피해를 발생시킨다는 데에 차이가 있다고 볼 수 있는 것이다. 무효클릭은 어뷰징 행위 등에 비해 행위자의 클릭의도 등을 파악하는 것이 어렵고, 피해가 발생하더라도 그 가해자를 특정하기가 어려워 실제 피해가 발생하더라도 이를 처벌하기가 어렵다. 또한 이러한 무효클릭 역시 어뷰징 행위와 마찬가지로 이를 직접적으로 규율하는 법률은 없으며, 문제 발생 시 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제48조(정보통신망 침해행위 등의 금지) 위반 또는 「형법」 제347조의2(컴퓨터등 사용사기) 위반 정도를 검토할 수 있을 것이다. 일각에서는 이러한 무효클릭 행위에 대해 검색광고 매체사가 일부 책임을 지고 광고비를 반환해 주어야 한다는 주장이 제기되기도 하는데, 법원은 광고플랫폼사가 무효클릭에 대해서는 과금이 이루어지지 않도록 하는 합리적 기준을 정하고 운영하면, 그러한 운영의 결과에 대해서는 문제가 없다고 판단하는 등 광고매체사의 책임을 부정하고 있다.[101] 이러한 일련의 이유로 근본적인 문제를 해결하기 위한 개선방안 마련이 필요한 상황이다.

결국, 이러한 문제를 개선하기 위해서는 적극적으로 입법적 논의를 진행시킬 필요가 있다는 생각이다. 물론 그 동안 입법 논의의 움직임이 없었던 것은 아니다. 어뷰징 행위의 경우 근래에 나타난 문제이기 때문에 이에 대한 논의가 그리 자주 있지는 않았지만, 무효클릭의 경우는 수차례 논의가 진행되었다.[102] 특히, 정치권의 지적으로 인해 수차례 입법 시도[103]까지도 있어 왔던 것으로 알려져 있는데, 결국

Measurement Guidelines' 등을 운영하고 있다. "IAB Releases Click Measurement Guidelines, Establishes Parameters for Counting Valid Clicks, Filtering Fraudulent Clicks", http://www.iab.com.

101) 서울고등법원 2014. 8. 21. 선고 2013나2030750 판결.

102) 부정클릭을 방지하기 위하여 관련법에서의 금지 또는 처벌 조항을 포함한 법규가 미비하기 때문에 관련 법제도의 정비가 필요하다는 의견이 종전부터 있어 왔다. 2008년 7월 대한변호사협회의 인권위원회는 '검색광고시장의 법적 문제점'에 대한 세미나를 개최하여 부정클릭에 대한 문제점을 지적하고 이를 위한 법제도 마련의 필요성을 제기하였다. 또한 인터넷광고 관련 국내·외 법·제도 동향 조사·분석 위탁 용역(2009)에서는 부정클릭 문제 해결을 위한 개선방안으로 부정클릭 방지를 위한 처벌조항을 신설해야 함을 언급하고 있다. 최호진, "인터넷 검색광고의 부정클릭과 부정한 명령입력", 「형사판례연구」 제23권(한국형사정책연구원, 2015), 442~443면.

103) 구 정보통신부가 2007년 "온라인광고에서의 부당한 경제적 이익을 취하거나 타인에게 손해를 줄 목적으로 부정행위를 금지"를 내용으로 하는 입법안을 마련하였으나 통과되지 못하였고, 제18대 국회(2009년)에서 진성호 의원이 "부당한 경제적 이익을 취하거나 타인에게 손해를 줄

입법까지는 이르지 못하고, 현재의 상황에 머무르게 된 것이다. 이러한 원인과 문제들을 충분히 검토하고 분석하여 다시 한번 입법의 논의를 진행시킬 필요가 있다고 생각한다. 물론 이를 위해서는 규제를 위한 보호법익 검토가 우선 시 되어야 할 것이며, 입법 또는 정책 입안자로 하여금 어뷰징 행위 및 무효클릭 행위에 대한 범죄해당 가능성 및 그 자체의 행위에 대한 충분한 이해 등이 전제되어야 할 것이다.

5. 향후 연구방향

앞서, 검색광고를 둘러싼 주요 법률적 쟁점 등에 대해 가볍게 살펴보았다. 이러한 법률적 쟁점들을 살펴보면 어떤 문제는 정책적으로 풀어나갈 수 있고, 어떤 문제는 자율규제의 방식으로 풀어나갈 수 있으며, 또 어떤 문제는 법률적 규제 근거가 마련되어야 해결할 수 있는 문제로 구분할 수 있을 것이다. 그러나 한편으로 이해가 되지 않는 부분은 이러한 문제들이 하루 이틀 사이에 벌어진 일이 아니라는 점이다. 즉, 검색광고의 태동 이후 지속적으로 제기되었던 문제들임에도 불구하고, 아직까지도 해결해야 할 과제로 남아 있다는 것이 문제이다. 이는 검색광고가 국내에 도입 된지 십수 년이 흘렀으며, 국내 검색광고의 매출이 수조 원을 넘긴 시점에서 바라보았을 때, 여전히 문제가 되고 있다는 것은 의문이다. 그러나 여전히 검색광고는 진화를 거듭하고 있고, 시장규모도 점차적으로 증가하고 있는 상황이기 때문에 어떤 방식으로든 명확한 정의와 기준 등이 마련되어야 할 것이다. 이러한 관점에서 앞으로 좀 더 깊이 있는 연구가 필요하다는 생각에 몇 가지 연구 방향을 제시하고자 한다.

첫째, 검색광고와 관련한 여러 법적 개념들의 통일성을 갖추기 위한 연구가 필요하다. 앞서 수차례 언급한 바와 같이 아직까지 검색광고의 법적 정의조차 이루어지지 않았고, 이를 둘러싼 여러 법적 개념 역시 제각각으로 이해되고 있다. 예컨대, 무효클릭 자체에 대해 어떻게 이해를 하느냐에 따라, 무효클릭, 부정클릭, 사기클릭 등으로 이해하고 있는 것이다. 따라서 통일성 있는 개념 이해를 위한 연구가 필요하다. 이러한 연구는 반드시 정부 주도로 이루어져야 할 것은 아니라고 본다. 사업자 스스로도 좋고, 사업자 단체여도 좋다. 충분한 논쟁과 연구를 거쳐 일정한 가이드를 제시하고, 이해관계자들의 사후 추인으로 인해 통일성 있는 개념 이해를 유도

목적으로 컴퓨터 등 정보처리장치에 명령을 금지한다"는 내용의 입법안을 내놓았으나 결국 통과가 되지는 못했다.

하는 것이 필요하다.

둘째, 검색광고를 둘러싼 부정적 요인들의 해결방안을 위한 연구가 필요하다. 검색광고는 IT 비즈니스에 있어 가장 혁신적인 모델이었고, 중소상공인들로 하여금 그들의 영업활동 욕구를 충분히 충족시키고 있는 수단이다. 또한, 합리적이고 객관적인 운영 등으로 인해 전 세계적으로 가장 널리 활용되고 있는 마케팅 기법이다. 그러나 일부 부정적인 요인들로 인해 저평가 되고 있는 것이 현실이다. 자율규제의 방식이던, 입법을 통한 규제의 방식이던 부정적 요인을 어떻게 하면 합리적으로 해결할 수 있는가에 대한 연구가 필요하다. 이는 검색광고의 양적·질적 팽창에 있어 가장 큰 마중물 역할 수 있을 것이다.

셋째, 검색광고 이해관계자들의 위치를 재정립하기 위한 연구가 필요하다. 앞서 살펴본 바와 같이 검색광고의 유통구조는 타 인터넷광고에 비해 비교적 단순한 편이다. 다만, 실제 운영구조나 광고비 지불 구조에 있어서는 그리 간단치 않다. 일부는 대행의 대행을 거듭하고 있으며, 음성적 리베이트 경쟁을 불러일으키는 등의 부정적 요인을 발생시키고 있는 상황[104]이기 때문에 이에 대한 해결과 선의의 이해관계자 보호를 위해서는 관계 재정립이 필요하다. 이를 위해서는 동일한 검색광고 상품을 취급하고 있는 구글 등 해외의 사례를 살펴볼 필요가 있는데, 글로벌 스탠다드는 무엇인지, 각 이해관계자가 상호 간의 시너지 효과를 내기 위해서는 어떠한 위치 재정립이 필요한지 적극적으로 검토해 볼 필요가 있다.

물론 상기의 내용 연구에 있어 의미 있는 결과를 도출한다고 하여 모든 문제가 해결되지는 않을 것이다. 그러나 적어도 이러한 연구 과정에서 이해되고 정립된 각각의 논리가 검색광고의 진흥 또는 규제 정책 등에 반영이 될 수 있다면, 좀 더 발전된 형태의 산업생태계 변화를 도모할 수 있을 것이라 기대한다.

Ⅴ. 결론

검색광고는 IT 비즈니스에 있어 가장 혁신적이고, 합리적인 비즈니스 모델이다. 기존 광고와 달리 중소상공인도 손쉽게 광고를 할 수 있으며, 마케팅 효율을 극대화 시킬 수 있다는 장점 때문에 지금까지도 급격히 성장해왔고, 앞으로도 지속적으로 성장해 나갈 것이라 기대되고 있다. 그러나 이러한 검색광고의 양적·질적 성장을 위해서는 극복해야 할 과제가 많다. 이는 입법·정책 입안자들의 이해부족과 더불어

104) 남재현, 전게논문, 72면.

일부 부정적 요인으로 인해 기존 광고의 잣대만으로 검색광고를 측정하려 하기 때문이다. 인터넷광고 특히 검색광고는 일률적 잣대만으로 판단하기 어려운 마케팅 기법이다. 그 안에서는 수많은 광고주들이 실시간으로 경쟁하고 있고, 마치 카멜레온같이 상황에 맞게 변화하는 특성 때문에 사고의 틀에 갇혀서는 이를 도저히 이해할 수 없는 것이 현실이기 때문이다. 따라서 검색광고의 규제는 자율규제를 기반으로 하여, 유연한 사고가 가능한 연성법(Soft Law)[105]의 활용을 적극 검토할 필요가 있다.

앞서, 검색광고의 가치와 법률적 현황, 법적 문제 등을 개략적으로 살펴보았고, 이를 통해 규제 개선방안과 향후 연구과제 등을 도출해보았다. 정부를 비롯한 검색광고 이해관계자들을 중심으로 검색광고와 관련한 법률적·제도적 개선과 연구에 적극적으로 임한다면, 성숙기에 접어든 검색광고의 질적·양적 성장을 기대해볼 수 있을 것이다. 이를 통해 검색광고를 둘러싼 법적 제문제들이 정리될 수 있다면, 국내 검색광고의 규제 혼란 등 문제는 사라질 것이며, 글로벌 스탠다드에 맞는 시장의 재편 등을 기대해 볼 수 있다. 이는 국내 검색광고 시장의 성장을 자연스럽게 유도할 것이며, 국내 검색광고 기업과 글로벌 검색광고 기업 간의 공정경쟁 등의 기반을 마련해줄 수 있을 것이다.

---

105) 연성법에 대한 정의는 연구자별로 다르지만, 많은 법학자들이 연성법과 경성법을 구분하기 위해 법의 구속성과 비구속성이라는 이분법을 사용한다. 입법적 관점에서 보면, 연성법이라는 용어는 현대 국제 관계에서 사용되는 다양한 비법적 구속들을 쉽게 기술한 것이다. 이를 보다 자세히 살펴보면 먼저 연성법은 헌법이나 혹은 법적으로 구속력을 가지는 형식적 절차에 순응하지 않는, 즉 비구속적인 입법적 권력(law-making authority)이라 할 수 있다. 또한, 법의 구속성과 비구속성이라는 이분법을 사용하지 않더라도 연성법은 의무나 법적 구속력을 갖기보다는 '권고적' 성격을 갖는다고 정의할 수 있다. Guzman, Andrew T, and Meyer, Timothy L., "*International Soft Law*", 「Journal of legal Analysis」 2(1), 2010; 박진아, "연성법적 규제 도입의 결정요인에 관한 연구", 「규제연구」 제23권 제2호(한국경제연구원, 2014. 12), 121면 참조.

(논문투고일: 2016.08.22, 심사개시일: 2016.09.05, 게재확정일: 2016.09.23)

이 병 규

검색광고, 인터넷광고, 온라인광고, 광고규제, 자율규제, 검색광고 규제

【참 고 문 헌】

<국내문헌>

단행본

김병희, 「광고의 새로운 정의와 범위」, 한경사, 2013.
네이버, 「네이버 검색광고 스토리」, 2014.
이두희, 「광고론」, 박영사, 2009.
이상돈, 김나경, 「의료법 강의」, 법문사, 2009.
이시훈 외, 「온라인광고의 정책과 제도에 관한 연구」, 한국방송광고공사, 2006.
이원재, 「인터넷광고」, 푸른사상, 2015.
정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2016.
정찬형, 「상법강의요론」, 박영사, 2016.
최준선, 「상법총칙·상행위법」, 삼영사, 2015.

학술논문

김경숙, “온라인상의 저작권 침해대응에 관한 비교법적 검토”, 「창작과 권리」 2014년 가을호(제76호), 세창출판사, 2014.
김병희, 박원기, “광고회사 보상제도에 관한 광고인의 인식분석”, 「광고PR실학연구」 제2권 제2호, 한국광고PR실학회, 2009.
남재현, “검색광고 유통방식에 대한 경제학적 소고”, 「정보통신정책연구」 제23권 제2호, 정보통신정책학회, 2016. 6.
박정은, 윤미영, “초연결사회와 미래서비스”, 「정보와통신」 제31권 제4호, 한국통신학회, 2014.
박진아, “연성법적 규제 도입의 결정요인에 관한 연구”, 「규제연구」 제23권 제2호, 한국경제연구원, 2014. 12.
신인섭, “광고회사 보상제도에 대한 국내 현황 진단”, 「KAA」, 한국광고주협회, 2006.
안정민, “검색광고대행사의 법적 지위에 대한 소고”, 「언론과법」 제14권 제3호, 한국언론법학회, 2015.
안정민, 최세정, “검색광고 규제에 대한 법적 고찰, 이용자 인식조사를 바탕으로”, 「언론과 법」 제13권 제1호, 한국언론법학회, 2014.
유대종, “검색광고의 법적 문제에 관한 소고”, 「선진상사법률연구」 제34호, 법무부, 2006. 3.
윤성훈, “국내 인터넷 포털 검색 서비스 이용 행태 조사 연구”, 한국온라인광고협회,

2013.
이병준, “불법·불건전 인터넷광고에 대한 매체의 책임”, 「정보화정책」 제16권 제1호 (2009년 봄호), 한국정보화진흥원, 2009.
이상규, “양면시장의 정의 및 조건”, 「정보통신정책연구」 제17권 제4호, 정보통신정책학회, 2014.
이정훈, “부정클릭의 형사법적 문제점과 대처방안”, 「형사정책」 제24권 제2호, 한국형사정책학회, 2012. 8.
_____, “온라인광고 어뷰징행위에 대한 형사법적 고찰”, 「중앙법학」 제14집 제1호, 중앙법학회, 2012. 3.
장석권, “인터넷광고와 법적문제” -인터넷광고 규제 및 분쟁 사례-, 인터넷광고에 대한 법적 규율에서의 과제와 전망(한국경제법학회 2015년 추계공동학술대회자료집), 2015.
정규원, “의료광고에 대한 법적 규율”, 한양대학교 법학논총 제31집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2014.
정민하, “인터넷광고 관련 최근 규제동향 및 바람직한 규제 방안”, O2O 시장과 인터넷광고의 발전을 위한 합리적 규제방안(한국경제법학회·한국광고PR실학회 2016년 하계 공동학술대회), 2016. 6. 10.
조용혁, “상업광고계약 당사자의 민사책임에 관한 연구”, 경희대 박사학위 논문, 2009. 2.
_____, “인터넷광고 규제의 법적 쟁점”, 글로벌 KHU 기업법무 리뷰 제1권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 2008. 5.
최연구, 김진우, 안소윤, “On-Line 검색광고 경매의 이론소개”, 「한국경제학보」 제18권 제1호, 연세대학교 경제연구소, 2011.
최호진, “인터넷 검색광고의 부정클릭과 부정한 명령입력”, 「형사판례연구」 제23권, 한국형사정책연구원, 2015.
황성기, “인터넷 환경에서의 의료광고 규제제도 개선방안에 관한 연구”, 「전북대학교 법학연구」 통권 제48집, 전북대학교 법학연구소, 2016. 5.
황창근, “새로운 유형의 인터넷광고 시장 발전을 위한 이용자보호 정책과제”, 국회 정책세미나 자료집, 2015. 8. 27.
_____, “온라인광고 심의의 현황과 과제”, 「KISO 저널」 12호, 한국인터넷자율정책기구, 2013.

기타자료

국가인권위원회, “청소년 보호를 위한 인터넷상의 선정적 광고 개선방안”, 2014. 6.
문화체육관광부, 「2015 광고산업통계조사」, 2015.
방송통신심의위원회, 「인터넷광고의 내용규제를 위한 법제도 개선방안 연구」, 201

0. 12.
방송통신위원회(한국인터넷광고심의기구), “인터넷광고 건전화 및 활성화를 위한 법제도 개선방안 연구”, 2008. 12.
한국인터넷진흥원, “인터넷광고 관련 국내외 법제도 동향 조사분석 위탁용역”, 2009. 7.
_____, 「2015 한국인터넷백서」, 한국인터넷진흥원, 2015.
_____, 「국내외 인터넷광고 유통환경 분석 보고서」, 2009. 8.
_____, 「인터넷광고의 부정클릭 방치를 위한 정책 체계 수립」, 2010. 12.
한국인터넷기업협회, 「2015 한국인터넷산업규제백서」, 2015.
한국인터넷광고재단, 「인터넷광고 자율규제기준 마련 및 자율심의 활성화 방안」, 2016. 5.

<해외문헌>

Brad Geddes, Advanced Google Adwords, SYBEX, 2010.
Guzman, Andrew T, and Meyer, Timothy L., “International Soft Law”, Journal of legal Analysis 2(1), 2010.
AMIN SAYEDI, “Essays on Sponsored Search Advertising”, 「degree of DOCTOR OF PHILOSOPHY in Industrial Administration(Algorithms, Combinatorics and Optimization)」, Tepper School of Business Carnegie Mellon University, 2012.
Kai Hui, Bin Gao, Ben He, and Tie-jian Luo, “Sponsored Search Ad Selection by Keyword Structure Analysis”, Advances in Information Retrieval Volume 7814 of the series Lecture Notes in Computer Science, 2013.
American Marketing Association(http://www.marketingpower.com).

Abstract

Overall legal issue of internet search advertisements

- With a focus on the re-establishment of a means of regulation-

Byoungkyu, Lee

With the advancement of the internet, a business environment centere d-on the internet is also changing in various perspectives. Key internet c ompanies throughout the world are elevating their own corporate values a long with recording of the values that exceed the profits of the existing industries by launching a diverse range of services on the basis of new business models. Search advertisements are the most innovative and ratio nal business model among such IT businesses. However, there still is no legal definition and relatively low level of understanding by the policy m akers. Although the situation is that the law and system is not keeping p ace with the rapid growth of the internet advertisement market, it would be quite inappropriate to apply a uniform criteria of regulations without s ufficiently understanding the technique of advertisement that has been intr oduced several decades ago and deeply rooted in our daily lives in Kore a. Therefore, this thesis aims to briefly examine the legal discussions in order to elevate the level of understanding of internet advertisements, in particular, search advertisements, and to deduce future research tasks alon g with the presentation of the direction of regulations that both the inter net advertisement industry and users can be satisfied with.

The means of improvement of the regulations related to search advertisements proposed in this thesis are as follows. Firstly, there is a need for the establishme nt of a new regulation system for search advertisements on the basis of self-contr

ol. Secondly, there is a need to establish standards for the resolution of disputes t hat stipulates the definition of searchadvertisement, etc. Thirdly, there is a need fo r an assertive review on unification of the government authorities tasked with the regulation of search advertisements. Currently, there exists a diverse range of gove rnment authorities for regulation, thereby inducing the possibility of the problems in consistent regulation or equity in regulation. Therefore, it would be necessary t o seek the means of unifying the government authorities for regulation of the sear ch advertisements that are sporadically scattered into a single professional authorit y, if possible.

Meanwhile, there exit various legal issues surrounding search advertisements. Some of such legal controversial issues can be resolved through policy means wh ile some others can be solved through the format of self-control. Moreover, some are issues that can be resolved only if legal grounds for regulation is established. In order to deduce such means and grounds, the following research direction is pr esented. Firstly, there is a need for research on the unification of various legal co ncepts related to search advertisements. Secondly, there is a need for research for the means of solving the negative factors surrounding search advertisements. Third ly, research for the re-establishment of status of the interested parties of search a dvertisements is necessary.

Byoungkyu, Lee

search advertisements, internet advertisements,
on-line advertisements, advertisement regulations, self-control,
regulations of search advertisements, Sponsored Search Ad

행정심판법상 '재결의 효력 및 그 실효성 확보를 위한 제도'의 難點에 대한 검토*

정 연 부**

【목 차】

I. 논의를 시작하며
II. 행정심판법상 재결의 효력과 실효성 확보 제도의 개관 및 난점
III. 재결의 효력 발생시점 및 적용범위에 대한 검토
IV. 사전적·간접적 실효성 확보 수단의 요건에 대한 검토
V. 사후적·직접적 실효성 확보 수단의 요건 및 한계에 대한 검토
VI. 논의를 마치며

【국 문 요 약】

우리나라 행정심판제도는 소원제도에서 출발하여, 1981년 제5공화국 헌법에서 헌법적 근거를 마련하였다. 행정심판법은 1984년에 제정되어 현행 행정심판제도의 기본골격을 갖추었다. 다만, 행정심판전치주의는 1994년 행정소송법 개정에서 폐지되었고, 재결청을 폐지하고 행정심판위원회에 심의·의결뿐만 아니라 재결권까지 부여하는 것은 2008년 개정에서 이루어졌다. 2010년에는 당사자의 절차적 권리를 강화하기 위하여 임시처분 등을 도입하는 대폭적인 개정이 있었다. 이후 몇 차례 약간의 개정을 거쳐 현재에 이르고 있다.

행정심판에 대한 논의는 위와 같은 행정심판법제의 제·개정에 맞추어 진행되었다. 행정심판의 성격, 행정심판의 기능, 행정심판기관의 구성 및 기능, 행정심판의 실효성 확보 등이 주요 주제가 되었다. 법제도정비에서 완전한 종결이란 있을

---

* 이 논문은 2016년도 원광대학교의 교비 지원에 의하여 수행됨.
** 원광대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.

수 없지만, 이러한 논의의 상당부분은 법률의 제정 및 여러 차례의 개정을 통해 한시적으로 일단락되었다. 그러나 행정심판의 실효성 확보 문제는 여전히 일단락되었다고 보기 어려운 상황이다.

행정심판의 실효성이 확보되지 않는다면 행정심판제도는 사실상 무의미해진다. 이를 방지하기 위해 연구대상으로 삼아야 하는 분야는 '재결의 효력 및 그 실효성 확보를 위한 제도'이다. 행정심판기관의 판단이 실질적인 효력을 갖기 위해서는 우선 '재결의 효력' 범위가 넓게 인정되어야 한다. 그러나 재결의 효력 범위와 관련해 소급효, 기속력 등에서 몇 가지 난점이 존재하고 있다. 다음으로, 재결의 효력이 의미를 갖기 위해서는 '재결의 실효성을 확보하기 위한 제도'에 공백이 없고, 해당 제도가 제대로 작동되어야 한다. 그런데 행정심판법상 재결의 실효성을 확보하기 위한 수단인 직접처분제도가 제대로 활용되지 못하고 있다는 지적이 있다.

본 연구는 위와 같은 인식에서 '행정심판법상 재결의 효력 및 그 실효성 확보를 위한 제도'의 難點을 도출하고 이를 검토하였다. 그리고 모든 검토 과정에서 각각의 난점에 대한 본 연구의 견해를 제시하였다.

Ⅰ. 논의를 시작하며

행정심판은 공법관계에 분쟁이 있는 경우 당사자의 신청에 의하여 행정기관이 당해 분쟁을 심리하여 판단하는 행정쟁송절차로서, 행정기관 스스로 행정의 적법·타당성을 확보하고 행정상대방의 권리를 구제하기 위한 제도이다. 따라서 행정심판은 행정의 자율적 통제와 사법보완적 권리구제 기능을 수행한다.[1)]

그러나 행정심판은 행정기관 자신이 자기 행위의 심판관이 되는 것으로, 이는 제3자에 의한 심판의 원칙에 반한다. 또한, 법원이 아니라 행정기관이 자신의 분쟁을 심판한다는 사실은 행정심판의 실효성을 의심스럽게 한다. 이러한 문제는 행정기관이 자기 행위의 심판관이 됨으로써 얻게 되는 행정의 자율적 통제와 행정소송에 비해 신속한 권리구제라는 행정심판의 기능을 인정하고[2)], 이를 바탕으로 행정심판기관의 독립성 확보와 사법절차의 준용 등을 활용해 보완할 수 있다.[3)]

---

1) 김남철 외, 행정심판 직접처분제도 개선방안 연구, 국민권익위원회 발간자료, 2011, 5-6면; 김중권, 최근의 법률개정에 따른 행정심판제도의 문제점에 관한 소고, 공법연구 제36집 제4호, 한국공법학회, 2008, 495면-496면; 박정훈, 행정심판의 기능-권리구제기능과 자기통제기능의 조화, 행정법연구 제15호, 행정법이론실무학회, 2006, 1면-2면; 여경수, 행정심판에서 재결의 효력, 법학연구 제24권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2013, 173면; 장교식, 행정심판 판결의 효력문제, 일감법학 제10권, 건국대학교 법학연구소, 2005, 81면; 정하중, 행정법개론, 법문사, 2016, 630-631면; 최선웅, 행정심판의 헌법상 근거, 행정법연구 제44호, 2016, 47면-48면.

2) 행정기관이 자신의 행위에 대한 심판관이 된다는 사실은 심판기관의 독립성 관점에서는 문제이지만, 다른 한편으로는 행정심판이 법원에 의한 행정소송의 한계를 보완하는 데 기여하는 원인이 되기도 한다. 법원에 의한 구제는 사법권의 본질에서 오는 한계, 소송절차의 시간 및 비용의 과다로 인한 한계, 증거의 상당부분을 행정기관이 가지고 있어 사실인정이 어렵다는 한계 등이 있다. 반면, 행정심판을 통한 구제는 신속하고 저렴하게 권익을 구제하는 방법이 될 수 있다. 또한, 위법한 처분뿐만 아니라 부당한 처분으로 인한 권익침해에 대해서도 권익 구체를 청구할 수 있다는 것과 행정의 자율적 통제는 행정심판만이 지니는 독자적인 기능이다. 이처럼 행정심판은 심판기관의 중립성 결여라는 한계를 기지고 있지만, 행정소송이 가지고 있지 못한 장점도 가지고 있다.(김용섭, 행정심판위원회제도의 현황과 과제, 원광법학 제26집 제1호, 원광대학교법학연구소, 2010, 423면; 최영규, 행정심판의 기능과 심판기관의 구성-'행정심판의 사법화'에 대한 이의, 행정법연구 제42호, 행정법이론실무학회, 2015, 72면-73면)

3) 「헌법」 제107조 제3항은 "재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다"고 규정하고 있다. 동항에서 문제되는 것은 사법절차의 적용 여부의 문제가 아니라 사법절차 적용의 정도 문제이다. 원래 사법적 심판의 요소에는 판단기관의 독립성·공정성, 대심적 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등이 포함된다. 그러나 「헌법」 제107조 제3항은 사법절차가 준용되어야 한다고만 규정하고 있다. 여기서 '준용'의 의미는 제도의 성질이나 취지에 비추어서 적절하게 적용된다는 의미이지 무조건적인 적용의 강제를 의미하는 것은 아니다. 따라서 행정심판에서 사법적 심판의 요소를 모두 엄격하게 갖추지 않는다고 하여 헌법에 반한다고 할 수는 없다. 다만, 사법절차의 본질적 요소를 전혀 구비하지 않는다면 헌법에 반하게 될 것이다.(김용섭, 앞의 논문, 422-423면; 최선웅, 앞의 논문, 59면-61면);

다만, 행정심판기관의 독립성이 확보되고 사법절차가 준용된다고 하더라도 심리·의결 내용에 따라 행정심판기관이 내리는 종국적 판단이 실질적 효력을 갖지 못한다면, 행정심판의 실효성은 다시 불분명하게 된다. 행정심판법상 행정심판기관의 종국적 판단은 재결이므로, 행정심판이 그 기능을 제대로 수행하기 위해서는 재결의 효력 및 실효성 확보가 필수적이다.[4] 그러나 재결의 효력 및 실효성에 대한 난점을 살펴보면, 재결의 효력 및 실효성이 안정적으로 확보되고 있다고 평가하기는 어렵다.

행정심판기관의 판단이 실질적인 효력을 갖기 위해서는 일단 재결의 효력 범위가 넓게 인정되어야 한다.[5] 그러나 재결의 효력 범위와 관련해 소급효, 기속력 등에서 몇 가지 난점이 존재하고 있다. 또한, 재결의 실효성을 확보하기 위한 제도가 공백 없이 유효하게 작동되어야 재결의 효력이 의미를 갖게 된다. 행정심판법은 재결의 실효성을 확보하기 위하여 직접처분제도를 도입하고 있다. 그러나 직접처분이 실무에서 충분히 활용되지 못하고 있다는 지적이 있다.[6]

재결의 효력 및 그 실효성 확보는 행정심판의 목적을 달성하기 위한 화두 중 하나라고 할 것이다. 이에 본 연구는 행정심판법상 재결의 효력과 실효성 확보제도의 주요 내용을 개관(槪觀)하고, 이와 함께 난점(難點)을 제기한다(Ⅱ). 특히, 재결의 실효성 확보제도에 대해서는 일반적인 접근 방법과는 달리, 사전적·간접적 실효성 확보제도와 사후적·직접적 실효성 확보제도로 구분하여 분석한다. 이것은 본 연구가 행정심판법상 가구제를 재결의 효력 및 실효성 확보 관점에서 사전적·간접적 실효성 확보제도로 살펴보고자 하기 때문이다.

법제도 개관 및 난점 제기에 이어, 난점에 대한 구체적인 검토를 진행한다. 먼저 재결의 효력과 관련하여, 효력 발생시점 및 적용범위에 대해 검토한다(Ⅲ).

헌법재판소 역시 위와 같은 태도를 취하고 있다. 헌법재판소는 "헌법 제107조 제3항은 '재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다'고 규정하고 있으므로, 입법자가 행정심판을 전심절차가 아니라 종심절차로 규정함으로써 정식재판의 기회를 배제하거나, 어떤 행정심판을 필요적 전심절차로 규정하면서도 그 절차에 사법절차가 준용되지 않는다면 이는 위 헌법조항, 나아가 재판청구권을 보장하고 있는 헌법 제27조에도 위반되며, 헌법 제107조 제3항은 사법절차가 '준용'될 것만을 요구하고 있으나 판단기관의 독립성과 공정성, 대심적 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등의 면에서 사법절차의 본질적 요소를 현저히 결여하고 있다면 '준용'의 요청에마저 위반된다"고 판시하였다(헌재 2001. 6. 28. 2000헌바30).

4) 同旨 김남철 외, 앞의 연구자료, 9면.

5) 장교식, 앞의 논문, 84면.

6) 김남철 외, 앞의 연구자료, 2면-3면; 여경수, 앞의 논문, 157면, 173면.

특히, 재처분의무의 적용범위에 대해서는 재결의 유형별로 분석한다. 다음으로 집행정지와 임시처분 등 행정심판법상 가구제를 사전적·간접적인 재결의 실효성 확보 제도로서 검토한다(Ⅳ). 주로 각각의 요건과 관련된 문제를 재결의 실효성 확보라는 관점에서 살펴본다. 이어서 사후적·직접적인 재결의 실효성 확보 제도로서 직접처분제도를 살펴본다(Ⅴ). 이에 대해서는 직접처분의 요건을 행정소송법상 간접강제의 요건과 비교하고, 관련 판례의 태도를 비교·분석한다. 또한, 직접처분의 한계를 법제의 공백과 해석 관점에서 살펴본다. 이상의 모든 검토 과정에서는 각 난점에 대한 본 연구의 의견을 제시하기로 한다.

Ⅱ. 행정심판법상 재결의 효력과 실효성 확보 제도의 개관 및 난점 제기

1) 재결의 효력 개관 및 난점 제기

가) 불가변력 등

행정심판법상 재결(裁決)이란 행정심판의 청구에 대하여 행정심판위원회가 행하는 판단을 말한다.[7] 행정심판법상 재결은 합의제 행정청인 행정심판위원회가 행정법상 분쟁에 대하여 일정한 절차를 거쳐 판단·확인하는 행정행위로서 확인행위이다. 따라서 재결에는 구속력, 공정력, 구성요건적 효력 등이 인정된다. 또한, 재결은 특정한 처분이나 부작위의 위법·부당에 관한 분쟁의 제기인 행정심판청구에 대해 준사법적 심리절차를 거쳐 판단하는 작용으로서, 준사법행위이다. 따라서 재결에는 불가변력이 인정된다. 재결에 불가변력이 인정됨에 따라, 통상의 행정행위와는 달리 행정심판기관 스스로도 재결을 취소 또는 철회할 수 없다.

나) 형성력

행정심판법상 재결의 종류에는 심판청구가 적법하지 아니할 때 그 심판청구를 각하하는 각하재결, 심판청구가 이유 없을 때 그 심판청구를 기각하는 기각재결, 심판청구가 이유 있을 때 내려지는 인용재결이 있다.[8] 이 중 인용재결은 행정심

7) 「행정심판법」 제2조 제3호.
8) 「행정심판법」 제43조.

판 유형에 따라 다양한 형태가 존재한다. 취소심판의 인용재결에는 취소재결·변경재결·변경명령재결 등이 있다. 의무이행심판의 인용재결에는 처분재결·특정처분명령재결·일정처분명령재결 등이 있다. 무효등확인심판의 인용재결에는 무효확인재결·유효확인재결·존재확인재결·부존재확인재결·실효확인재결 등이 있다. 이러한 재결의 형태들은 그 효력 내용에 따라 형성재결, 명령재결, 확인재결 등으로 구분할 수 있다.[9]

비록 행정심판법에 명시적인 규정은 없으나, 행정심판의 인용재결 중에서 형성재결에는 형성력이 인정된다고 보는 것이 일반적이다. 재결의 형성력이란 재결의 내용에 따라 새로운 법률관계가 발생하고 기존의 법률관계가 변경 또는 소멸되는 효력을 말한다.[10] 즉, 형성력이란 원처분에 따른 법률관계가 재결의 내용에 따라 변동되는 효력을 말한다. 형성력은 재결에 따른 법률관계의 변동이라는 내용을 구성하는 형성효, 그 발생시점을 구성하는 소급효, 그 적용범위를 구성하는 제3자효로 이루어진다.

한편, 형성력을 구성하는 형성효·소급효·제3자효 중에서 소급효의 인정여부에 대해서는 재결의 유형별로 다르게 판단하는 견해가 있다.[11] 이 견해는 취소재결에는 소급효를 인정하고, 변경재결은 원칙적으로 장래효를 갖지만 제3자의 이익을 해하지 않는 경우 예외적으로 소급효가 인정된다고 보며, 처분재결에 대해서는 장래효를 인정하고 있다. 이에 대해 특별히 학계의 논의가 보이지는 않지만, 본 연구는 위와 같은 재결의 효력발생시점에 대해 그 타당성을 검토하고자 한다. 구체적인 논의는 'Ⅲ. 재결의 효력 발생시점 및 적용범위에 대한 검토'에서 진행하기로 한다.

다) 기속력

재결의 기속력이란 인용재결이 있으면 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청

9) 취소심판에서 취소재결과 변경재결은 행정심판위원회가 스스로 처분을 하는 것이므로 형성재결에 해당되고, 변경명령재결은 행정심판위원회가 처분청에게 처분을 명하는 것이므로 이행재결에 해당된다. 의무이행심판에서 처분재결은 행정심판위원회가 스스로 처분을 하는 것이므로 형성재결에 해당되고, 특정처분명령재결과 일정처분명령재결은 행정심판위원회가 처분청에게 처분을 명하는 것이므로 이행재결에 해당된다. 무효등확인심판의 무효확인재결·유효확인재결·존재확인재결·부존재확인재결·실효확인재결 등은 모두 처분의 효력이나 존재의 유·무를 확인하는 것이므로 확인재결에 해당된다.

10) 김백유, 행정법치론Ⅰ, 한성대학교출판부, 2009, 1141면.

11) 김백유, 앞의 책, 1142면; 박균성, 행정법강의, 박영사, 2016, 661면; 박윤흔, 행정법강의(상), 박영사, 1996, 790면; 정하중, 앞의 책, 673-674면.

으로 하여금 재결의 취지에 따르도록 구속시키는 재결의 효력을 말한다. 기속력은 인용재결에 인정되는 것으로 보는 것이 통설이다. 그러나 기각재결에 기속력을 부정하는 것에 대해 의문을 제기하는 견해도 있다.[12] 만약 이 주장처럼 기각재결에 기속력을 부정하는 것이 행정심판의 기능이 무시된다는 것이 된다면, 이는 곧 행정심판의 실효성이 확보되지 못한다는 것을 의미한다. 따라서 기각재결에 기속력을 인정할 것인지 여부는 재결의 효력 및 실효성 확보 제도의 난점 중 하나이다. 이에 대해서는 'Ⅲ. 재결의 효력 발생시점 및 적용범위에 대한 검토'에서 살펴보기로 한다.

기속력은 형성력과는 달리 「행정심판법」 제49조에 근거 규정이 있다. 특히, 「행정심판법」 제49조 제1항은 "심판청구를 인용하는 재결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속(羈束)한다"고 규정하고 있다. 여기서 관계 행정청이란 처분청과 일련의 상하관계에 있는 행정청 및 당해 처분과 관계가 있는 행정청을 말한다. 이처럼 기속력의 적용 범위를 넓게 인정하는 것은 재결의 실효성을 확보하기 위한 것이다.[13] 재결의 기속력의 내용으로는 반복금지효, 원상회복의무, 재처분의무가 논의된다. 이 중 재처분의무에 대해서는 「행정심판법」 제49조 제2항 및 제3항에 명시적인 근거 규정이 있다.

반복금지효란 인용재결이 있으면 처분청이 재결의 취지에 반하여, 동일한 사유로 동일인에게 동일한 처분을 반복해서는 안 되는 효력을 말한다.[14] 일반적으로 반복금지효를 기속력의 소극적 효력으로 본다. 원상회복의무는 결과제거의무라고도 한다. 이는 위법·부당한 처분으로 인하여 발생한 상태를 제거하고 원상을 회복해야 할 행정청의 의무를 말한다. 보통 기속력의 적극적 효력은 기속력을 의미하는 것으로 통용되지만, 원상회복의무 역시 기속력의 적극적 효력이라고 할 수 있을 것이다.[15] 재처분의무란 처분청이 재결의 취지에 따라 다시 처분을 해야 할 의무를 말한다. 「행정심판법」 제49조 제2항에서는 처분명령재결에 따른 재처분의무를 규정하고 있으며, 동조 제3항에서는 절차상 하자를 이유로 한 취소재결에 따른 재처분의무를 규정하고 있다. 재처분의무는 기속력의 적극적 효력의 핵심 내용이다.

---

12) 박정훈, 앞의 논문, 5면.
13) 장교식, 앞의 논문, 84면.
14) 김백유, 행정구제법, 동방문화사, 2012, 373면; 대법원 1997.03.14. 선고 95누18482 판결.
15) 同旨 김동희, 행정법Ⅰ, 박영사, 2016, 696면; 장교식, 앞의 논문, 87면.

한편 재처분의무의 인정범위와 관련하여, 명문의 규정이 없는 거부처분취소재결에도 재처분의무를 인정할 수 있는지 여부가 논의된다. 이는 거부처분취소재결의 효력에 대한 문제인데, 거부처분취소재결의 효력을 논할 수 있기 위해서는 먼저 거부처분취소재결이 존재해야 한다. 그리고 거부처분취소재결이 존재하기 위해서는 의무이행심판의 대상인 거부처분에 대해 취소심판이 가능해야 한다. 판례는 거부처분에 대해 취소심판의 제기를 긍정하고, 거부처분취소재결에 재처분의무도 긍정하고 있다.[16] 그러나 학설은 다툼이 있다. 이에 본 연구는 거부처분취소재결에도 재처분의무를 인정할 수 있는지 여부에 대한 견해의 대립을 살펴보고자 한다. 구체적인 논의는 'Ⅲ. 재결의 효력 발생시점 및 적용범위에 대한 검토'에서 분석하기로 한다.

2) 재결의 효력 실효성 확보제도 개관 및 난점 제기

가) 사전적·간접적 실효성 확보제도

잠정적인 권리구제 수단으로 가구제가 있다. 가구제는 본안재결 또는 본안판결 이전에, 잠정적으로 분쟁의 대상이 된 행정작용이나 공법상 권리관계에 대하여 임시적인 효력이나 지위를 정함으로써, 본안재결이나 본안판결이 확정될 때까지 잠정적으로 권리구제를 도모한다.[17] 본안재결이나 본안판결이 확정되기 이전에 사전적으로 잠정적인 권리구제가 필요한 이유는 궁극적으로 본안재결 또는 본안판결의 실효성을 확보하기 위한 것이다.[18] 따라서 가구제는 본안재결 또는 본안판결의 실효성을 확보하기 위한 사전적·간접적인 제도로 볼 수 있을 것이다.[19]

---

16) 대법원 1988.12.13. 선고 88누7880 판결.

17) 김중권, 앞의 논문, 505면; 류지태/박종수, 행정법신론, 박영사, 2011, 697면; 정하중, 앞의 책, 776면.

18) 물론, 가구제가 요구되는 직접적인 이유는 「행정심판법」 제30조 제1항에 따라 집행부정지의 원칙이 적용되기 때문이다; 일부 견해는 행정심판의 권리구제기능과 자기통제기능을 제고하기 위하여 행정심판에 집행정지의 원칙이 도입될 필요가 있다고 주장한다(김중권, 앞의 논문, 505면). 이는 행정심판의 실효성을 확보하기 위해서는 집행정지의 원칙이 도입되어야 한다는 맥락으로 받아들일 수 있다. 생각건대, 행정심판의 권리구제기능과 자기통제기능의 제고와 더불어 행정심판의 성격을 고려한다면, 행정심판에서는 행정소송과는 달리 집행정지의 원칙을 도입할 여지는 큰 것으로 보인다. 행정심판은 임의적이기는 하지만 행정소송의 전심적인 성격을 갖고 있으며, 사후적 행정절차의 성격도 갖는다. 그러나 「행정심판법」 제30조 제1항은 명시적으로 집행부정지의 원칙을 선언하고 있다. 한편, 집행부정지의 원칙에 대해 「행정심판법」 제30조 제2항 이하에서는 예외적으로 집행정지를 규정하고 있다. 또한, 동법 제31조에서는 가처분제도에 해당하는 임시처분을 규정하고 있다. 따라서 현행법 하에서는 집행정지와 임시처분 등 행정심판법상 가구제의 적용 가능성을 확대하는 방법이 행정심판의 실효성을 확보하는 현실적인 수단이 될 것이다.

행정심판법상 가구제에는 집행정지와 임시처분이 있다. 이는 각각 행정소송상 집행정지와 가처분에 대응하는 제도이다. 다만, 행정소송에서 가처분은 행정소송법에 규정이 없으므로 민사집행법상의 가처분을 준용할 수 있을 것인지 여부가 학설과 판례에 의해 처리되는 반면[20], 행정심판에서의 임시처분은 「행정심판법」 제31조에 규정되어 있다는 점에서 논의의 차이가 있다.

행정심판법상 집행정지에 대한 논의는 행정소송법상 집행정지와 마찬가지로, 그 요건의 해석이 문제된다. 즉, '거부처분에 대해 집행정지가 인정될 것인지 여부'와 집행정지의 요건으로 명문의 규정이 없는 '본안청구가 이유 없음이 명백하지 않을 것'이 포함되는지 여부에 대해 견해의 대립이 있다. 한편, 행정소송법에 명문의 규정이 없는 가처분제도와는 달리, 임시처분은 행정심판법에 명문의 규정이 있으므로 제도의 인정여부 자체는 문제되지 않는다. 다만, 임시처분의 요건으로 '명문의 규정이 없는 행정심판청구가 계속 중일 것'이 포함되는지 여부가 검토되어야 한다. 이와 같은 집행정지 및 임시처분에 대한 문제는 모두 각 제도의 요건과 관련된 사항으로 볼 수 있다.

행정심판법상 가구제인 집행정지와 임시처분은 잠정적인 권리구제를 통하여, 사전적·간접적으로 재결의 효력에 대한 실효성을 확보한다. 따라서 거부처분에 대해 집행정지가 인정될 것인지 여부, 집행정지의 요건으로 명문의 규정이 없는 '본안청구가 이유 없음이 명백하지 않을 것'이 포함되는지 여부, 임시처분의 요건으로 명문의 규정이 없는 '행정심판청구가 계속 중일 것'이 포함되는지 여부 등 집행정지와 임시처분에 대한 논의는 모두 재결의 실효성 확보라는 기준에서 판단될 수 있을 것이다. 이에 본 연구는 일반적으로 가구제로 논의되는 집행정지와 임시처분을 사전적·간접적인 재결의 실효성을 확보 제도로 설정하고, 관련 논의를 검토하고자 한다. 구체적인 논의는 'Ⅳ. 사전적·간접적 실효성 확보 수단의 요건에 대한 검토'에서 살펴보기로 한다.

---

19) 同旨 최우용, 일본 개정 행정사건소송법의 가구제에 관한 연구, 공법학연구 제9권 제1호, 한국비교공법학회, 2008, 35면(이 견해는 집행정지의 인정 여부는 권리보호의 실효성과 깊은 관련을 가지고 있으며, 집행정지에 의해서 소의이익이 연장되면 위법한 행정활동에 대한 통제 범위가 확대된다고 본다).

20) 행정소송에 가처분을 준용할 것인지 여부에 대해, 부정설·긍정설·제한적 긍정설 등의 다툼이 있다. 부정설이 다수설이다. 판례도 부정설을 취하고 있다.

나) 사후적·직접적 실효성 확보제도

「행정심판법」 제49조 제2항 재결의 기속력에 의해, 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결(처분명령재결)이 있으면 행정청은 지체 없이 이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따라 처분을 하여야 한다. 처분명령재결에도 불구하고 피청구인이 처분을 하지 아니하는 경우에는 행정심판위원회는 「행정심판법」 제50조 제1항에 따라, 당사자가 신청하면 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간에 이행하지 아니하면 직접 처분을 할 수 있다. 이를 직접처분제도라고 한다.

직접처분제도는 재결의 실효성을 확보하기 위한 제도이다.[21] 특히, 집행정지와 임시처분과 같은 가구제 제도에 비해 상대적으로 사후적·직접적 실효성 확보 제도라고 볼 수 있다. 행정소송의 경우에는 판결의 실효성을 확보하기 위한 사후적·직접적 제도로서 간접강제를 두고 있다. 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우, 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 한다.[22] 행정청이 처분을 하지 아니하는 때에는 법원은 당사자의 신청에 의하여 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다.[23]

행정소송에서는 권력분립상의 한계로 인하여 법원이 직접 처분하는 제도를 둘 수 없으므로, 처분의 이행을 강제하기 위하여 금전적 부담을 지우는 간접강제제도를 둘 수밖에 없다.[24] 그러나 행정심판위원회는 합의제 행정청에 해당되므로, 행정심판위원회가 직접 처분하는 제도를 설치하더라도 권력분립상의 한계가 문제되지 않는다. 따라서 재결의 실효성을 확보하기 위하여 간접강제를 규정하고 있는 행정소송법과는 달리, 행정심판법은 직접처분제도를 규정하고 있다.

행정심판법상 직접처분제도와 행정소송법상 간접강제제도는 비록 동일한 제도는 아니지만, 두 제도 모두 그 취지가 재결 및 판결의 효력인 '재처분의무의 실

---

21) 김남철 외, 앞의 연구자료, 12면; 김남철, 행정심판 재결의 실효성 강화방안: 직접처분과 간접강제를 중심으로, 공법연구 제41집 제2호, 한국공법학회, 2012, 462면; 장교식, 앞의 논문, 88면

22) 「행정소송법」 제30조 제2항.

23) 「행정소송법」 제34조.

24) 김남철, 앞의 논문, 475면; 여경수, 앞의 논문, 166면.

효성을 확보하기 위한 것'이라는 점에서 동일하다. 이러한 공통된 취지에 상응하여, 그 요건에서도 공통적으로 처분청이 재결 또는 판결에도 불구하고 그 취지에 따른 재처분을 하지 않을 것을 요구하고 있다.[25]

한편 판례는 재처분의무의 불이행 요건과 관련하여, 행정심판법상 직접처분 제도와 행정소송법상 간접강제 제도의 사안에 대해 각각 판시하고 있다. 그런데 재처분의무의 불이행이라는 동일한 요건에 대해 판례가 행정심판법상 직접처분 제도가 문제된 사안과 행정소송법상 간접강제 제도가 문제된 사안에서 그 의미를 동일하게 해석하고 있는지 여부가 명확하지 않다. 또한, 행정심판법상 직접강제가 재결의 실효성을 충분히 확보하고 있는지에 대해서도 의문이 있다. 이는 직접강제의 한계에 대한 문제이다. 본 연구는 이와 관련된 문제를 'Ⅴ. 사후적·직접적 실효성 확보 수단의 요건 및 한계에 대한 검토'에서 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 재결의 효력 발생시점 및 적용범위에 대한 검토

가. 재결의 효력 발생시점에 대한 검토

형성효와 소급효로 인하여, 취소재결이 있으면 취소된 처분은 처분시로 소급하여 소멸된다. 변경재결이 있으면 원처분은 처분시로 소급하여 소멸되고, 변경된 처분의 효력은 제3자의 권익침해가 없는 한 처분시로 소급하여 발생한다고 볼 수도 있다. 그러나 판례는 변경재결에 대해 원처분이 변경된 것(변경된 원처분)으로 본다.[26] 한편, 의무이행심판의 처분재결의 경우에는 소급효가 아니라 장래로 향하여 효력이 발생한다는 견해가 있다.[27]

생각건대, 취소심판의 취소재결은 행정청의 적극적인 처분을 취소하는 것이므로 소급효가 인정되는 것이 타당하지만, 의무이행심판의 처분재결은 행정청의 소극적인 거부처분이나 부작위에 대해 행정심판위원회가 재결의 형태로 처분을 하는 것이므로 재결시부터 장래효를 인정하는 견해는 타당해 보인다. 다만, 처분재결의 경우에도 변경재결과 같이 예외적으로 제3자의 권익침해가 없는 한 처분시로 소급하여 재결의 효력이 발생하는 것으로 보는 것이 청구인의 보호에 기여할

25) 「행정심판법」 제50조 제1항; 「행정소송법」 제34조 제1항.
26) 대법원 1993.08.24. 선고 93누5673 판결.
27) 김백유, 앞의 책, 1142면; 박균성, 앞의 책, 661면; 박윤흔, 앞의 책, 790면; 정하중, 앞의 책, 673면.

수 있는 것으로 보인다.

그 이유는 첫째, 행정심판에는 불이익금지 원칙이 적용되므로 인용재결의 내용이 청구인에게 유리하다는 점, 둘째, 처분재결은 의무이행심판의 재결인데 의무이행심판의 대상은 거부처분이나 부작위이고 이는 수익적 행정행위를 전제로 하는 것이므로 처분청의 거부처분이나 부작위에 대한 수익적 처분재결은 적어도 원처분의 제3자가 아닌 청구인에게는 유리하다는 점, 셋째, 제3자의 권익침해가 없는 한 처분시로 소급하여 재결의 효력이 발생하는 것으로 보는 한 제3자의 이익을 충분히 고려할 수 있다는 점, 넷째, 통설과 판례는 의무이행심판의 대상인 거부처분에 대한 취소심판을 긍정하고 있으므로 거부처분에 대한 취소재결이 가능하고, 취소재결에는 소급효가 인정된다. 그렇다면 동일한 거부처분에 대한 의무이행심판의 처분재결에도 소급효를 인정하는 것이 균형성이 있는 것으로 보인다. 끝으로, 거부처분에 대한 의무이행심판의 처분재결도 실질적인 효력은 종전의 거부처분이 취소되고 새로운 처분이 이루어지는 것인데, 이는 취소심판의 변경재결과 유사하다. 따라서 변경재결이 있으면 원처분은 처분시로 소급하여 소멸되고, 변경된 처분의 효력은 제3자의 권익침해가 없는 한 처분시로 소급하여 발생한다고 본다면, 의무이행심판의 처분재결에도 효력 발생 시점에 대한 구조를 동일하게 적용할 수 있을 것이다.

나. 기각재결의 기속력 인정에 대한 검토

통설에 따르면, 기속력은 인용재결에만 인정되는 효력이다. 그러나 이에 대해 기각재결의 기속력을 완전히 부정하는 것은 행정심판의 자기통제적 기능을 무시하는 것이라는 견해가 있다.[28] 이 견해는 행정심판의 자기통제적 기능 관점에서 기각재결에 상대적 기속력을 인정하고자 한다. 여기서 상대적 기속력은 기각재결이 있는 경우 처분청이 직권취소할 수 없도록 하는 절대적 기속력보다 완화된 형태이다. 상대적 기속력이란 처분청이 행정심판기관에 구체적인 이유제시를 통해 처분의 위법성을 설명하고 위원회가 요구하는 경우 그 설명서를 공개하는 조건으로 계쟁처분을 직권취소하는 것을 말한다.[29]

생각건대, 기각재결에도 행정청에 기속력을 인정하는 태도는 행정심판의 자기

28) 박정훈, 앞의 논문, 5면, 11면-12면.
29) 박정훈, 앞의 논문, 5면, 11면-12면.

통제적 기능 강화에 충실한 것으로 보인다. 그러나 기각재결이 있는 경우, 즉 계쟁처분이 위법 또는 부당하다는 신청인의 주장이 기각되었다고 하여, 심판이후 계속적으로 계쟁처분의 적법·타당성이 확정되는 것은 아니라 할 것이다. 따라서 상대적 기속력의 제한 없이 처분청은 계쟁처분의 적법·타당성을 확보하기 위해 직권취소할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 또한, 기각재결에 기속력을 인정하지 않는다고 하더라도, 인용재결의 기속력을 통해 행정심판의 자기통제적 기능적 기능을 확보할 수 있을 것이다. 따라서 재결의 효력 및 실효성을 확보하기 위하여 기각재결에 기속력을 인정하기 보다는, 인용재결의 효력과 실효성 확보를 강화하는 방법이 적절한 것으로 보인다.

다. 재처분의무의 적용범위에 대한 검토

1) 명시적 규정이 있는 재처분의무에 대한 검토

「행정심판법」 제49조 제2항 및 제3항에서 기속력의 적극적 효력인 재처분의무에 대해규정하고 있다. 「행정심판법」 제49조 제2항은 "당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있으면 행정청은 지체 없이 이전의 신청에 대하여 재결의 취지에 따라 처분을 하여야 한다"고 규정하고 있다. 즉, 의무이행심판의 처분명령재결에 대해 재처분의무를 인정하고 있다. 또한, 「행정심판법」 제49조 제3항은 "신청에 따른 처분이 절차의 위법 또는 부당을 이유로 재결로써 취소된 경우에는 제2항을 준용한다"고 규정하고 있다. 즉, 신청을 인용하는 처분에 대한 취소심판에서 절차상 하자를 이유로 한 취소재결이 있는 경우, 그에 대한 재처분의무를 규정하고 있다.

「행정심판법」 제49조 제2항 및 제3항의 태도는 재처분의무를 규정하고 있는 「행정소송법」 제30조 제2항 및 제3항에 대응하는 것으로 보인다. 따라서 행정소송법에서와 마찬가지로, 절차의 위법 또는 부당의 의미는 협의의 절차상 하자뿐만 아니라 무권한 및 형식적 하자를 모두 포함하는 것으로 보아야 할 것이다.[30] 행정행위의 적법요건은 주체·절차·형식·내용으로 구분할 수 있다. 그렇다면 내용을 제외한 나머지를 요소를 광의의 절차상 하자로 보아야, 기속력에 관한 법령에서 인용재결이나 인용판결이 나올 수 있는 적법요건을 모두 반영하는 것이 되기 때문이다.

---

30) 同旨 김동희, 앞의 책, 821면; 박균성, 앞의 책, 872면.

「행정심판법」 제49조 제2항은 거부처분이나 부작위에 대한 인용재결에서 재처분의무가 미치는 사유를 절차상 하자에 제한하지 않고 있다. 반면, 동조 제3항은 신청을 인용하는 처분에 대해 재처분의무가 미치는 사유를 절차상 하자에 제한하고 있다. 이는 거부처분이나 부작위에 대한 의무이행심판과는 달리, 신청을 인용하는 처분에 대한 취소재결에서는 재처분의무가 미치는 사유 중에서 실체법상 하자를 이유로 인용재결을 하는 경우가 제외되는 것처럼 보인다.

재처분의무를 규정하고 있는 「행정소송법」 제30조 제2항 및 제3항에서도 마찬가지이다. 「행정소송법」 제30조 제3항은 신청에 따른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소된 경우에 한해 재처분의무를 규정하고 있다. 만약 신청에 따른 인용처분이 실체법상 위법을 이유로 취소된 경우라면, 다시 그 신청을 인용하는 처분을 하는 것은 판결의 취지에 반하므로 인정될 수 없다. 즉, 신청에 따른 인용처분이 실체법상 위법을 이유로 취소된 경우라면 재처분 의무가 인정되지 않는다. 그러나 신청에 따른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소된 경우라면, 처분청은 판결의 취지에 따라 그 위법 사유를 보완하여 다시 신청을 인용하는 처분을 할 수도 있다. 그러므로 신청에 따른 처분이 절차의 위법을 이유로 취소된 경우에는 재처분의무가 규정될 실익이 있다. 이와 비교해, 거부처분은 절차의 위법을 이유로 취소되든 실체법상 위법을 이유로 취소되든 모두 거부처분이 위법한 것이므로 어떠한 처분을 할 의무가 발생할 수 있다. 따라서 재처분 의무의 발생사유를 절차의 위법을 이유로 취소된 경우에 제한할 필요가 없는 것으로 이해된다.

한편, 처분의 신청이 인용된 경우 처분의 상대방은 이를 소송상 다툴 이유가 없으므로 「행정심판법」 제49조 제3항의 신청에 따른 처분이 절차의 위법 또는 부당을 이유로 재결로써 취소된 경우 역시 「행정소송법」 제30조 제3항과 마찬가지로 주로 제3자효를 갖는 행정행위에서 문제될 것이다. 침익적 효력을 받는 제3자가 제기한 행정심판에서 절차상 하자를 이유로 인용처분이 취소된 경우, 행정청이 적법한 절차를 거친 후 다시 전과 동일한 내용의 처분을 하더라도 이것은 판결의 취지에 따른 처분이 된다. 따라서 행정청에게 재처분의무를 부과하여 신속하게 신청을 인용하는 처분을 하도록 하는 것은 신청인의 권익보호에 기여한다.

2) 변경명령재결의 재처분의무에 대한 검토

위에서 살펴본 바와 같이, 행정심판법이 명문으로 재처분의무를 인정하고 있는 것은 거부나 부작위에 대한 의무이행심판의 처분명령재결과 신청을 인용하는 처분에 대해 절차상 하자를 이유로 하는 취소재결이다. 한편, 「행정심판법」 제43조 제3항에서 "위원회는 취소심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 처분을 취소 또는 다른 처분으로 변경하거나 처분을 다른 처분으로 변경할 것을 피청구인에게 명한다"고 하여, 변경명령재결을 재결의 한 유형으로 인정하고 있다. 그러나 처분명령재결과 마찬가지로 이행재결에 해당하는 변경명령재결에 대해서는 재처분의무에 대한 규정이 없다.

생각건대, 재처분의무를 인정하는 명시적인 규정은 없지만 취소심판의 변경명령재결에도 의무이행심판의 처분명령재결과 마찬가지로 재처분의무가 인정된다고 보는 것이 타당할 것이다.[31] 물론, 기속력의 적극적 효력인 재처분의무는 명시적인 규정이 있는 경우 제한적으로 인정되는 것이 원칙으로 이해된다. 다만, 예외적으로 성질상 재처분의무를 인정하는 것이 가능한 경우라면, 기속력에 관한 일반적인 규정에 근거해 재처분의무를 긍정할 수 있을 것이다. 즉, 변경명령재결도 의무이행명령재결과 동일하게 이행재결의 성질을 가진다는 점, 「행정심판법」 제49조 제1항은 기속력에 관한 일반적인 규정을 두고 있다는 점 등에서 취소심판의 변경명령재결에도 재처분의무를 인정할 수 있을 것이다.

3) 거부처분취소재결의 재처분의무에 대한 검토

가) 거부처분취소심판의 제기 가능성에 대한 검토

재처분의무의 적용범위와 관련하여, 거부처분취소재결에도 재처분의무를 인정할 수 있는지 여부가 논의된다. 이는 현행 행정심판법에 관련 규정이 없기 때문에 야기되는 논의이다. 거부처분취소재결에 재처분의무를 규정하는 재결의 효력 규정만 공백인 것이 아니라, 거부처분에 대해 취소재결을 인정하는 재결의 유형에 대한 규정도 없다. 따라서 거부처분취소재결의 효력을 논하기에 앞서 선결되어야 하는 것은 행정심판법상 의무이행심판의 대상인 거부처분에 대해 취소심판을 제기할 수 있는지 여부이다.

거부처분에 대한 취소심판 제기 가능성에 대해 긍정하는 견해에 따르면, 처분

31) 同旨 박균성, 앞의 책, 662면.

이란 공권력 행사의 거부를 포함하는 개념이고, 「행정심판법」 제5조 제1호에 따르면 취소심판은 처분을 대상으로 하는 행정심판이므로 거부처분에 대한 취소심판이 인정된다.[32] 반면, 「행정심판법」 제5조 제3호는 의무이행심판을 거부처분에 대한 행정심판 유형으로 규정하고 있으므로 거부처분에 대한 취소심판을 인정되지 않는다는 부정설도 있다.[33] 판례는 거부처분취소재결을 인정하고 있으므로, 그 전제조건인 거부처분취소심판을 긍정하고 있는 것으로 보인다.[34]

생각건대, 부정설이 제기하는 바와 같이 현행 행정심판법은 의무이행심판을 거부처분에 대한 행정심판 유형으로 규정하고 있다. 그러나 이러한 태도가 필연적으로 거부처분에 대해 취소심판을 부정하는 것으로 해석되는 것은 아니다. 오히려 거부처분도 분명 처분에 해당되는 것이므로, 거부처분에 대해 취소심판을 인정하는 것이 법리적으로 문제될 것은 없을 것이다. 또한, 법정책적 내지 입법론적으로도 거부처분에 대한 취소심판을 부정할 이유는 없는 것으로 보인다. 오히려 이를 긍정하는 것이 처분의 상대방에게 구제수단을 넓혀주어, 그 권익보호에 기여할 수 있을 것이다.

나) 거부처분취소재결의 재처분의무 인정 여부에 대한 검토

거부처분취소심판을 인정한다면, 거부처분취소재결이 존재할 수 있게 된다. 그러나 거부처분취소재결이 존재할 수 있다고 하여도, 거부처분취소재결에도 재처분의무가 인정되는지 여부가 문제된다. 이는 거부처분취소재결은 해석상 인정되는 것이고 그에 대한 재처분의무를 인정하는 규정 역시 없는 것과는 달리, 「행정심판법」 제49조 제2항 및 제3항은 재처분의무가 인정되는 경우를 제한적으로 규정하고 있기 때문에 발생된다.

거부처분취소재결에 재처분의무를 인정하는 긍정설에 따르면, 재처분의무는 기속력의 일부를 이루는 것인데, 「행정심판법」 제49조 제1항이 기속력에 관한 일반적으로 규정하고 있으므로, 이에 근거해 거부처분취소재결에도 재처분의무를 인정할 수 있다고 본다.[35] 반면, 부정설은 재처분의무는 기속력의 내용 중 적극

32) 홍정선, 행정법특강, 박영사, 2016, 651면 참조; 김동희, 앞의 책, 697면; 박균성, 앞의 책, 662면.
33) 홍정선, 앞의 책, 646면.
34) 대법원 1988.12.13. 선고 88누7880 판결.
35) 김동희, 앞의 책, 697면; 정하중, 앞의 책, 675면.

적 의무이고, 이를 인정하기 위해서는 명문의 규정이 있어야 한다고 본다. 그런데 거부처분취소재결에는 관련 규정이 없으므로, 거부처분취소재결에 따른 재처분의무를 부정한다.[36] 한편, 판례는 거부처분취소재결에 따른 재처분의무를 긍정하고 있다.[37]

생각건대, 재처분의무는 기속력의 적극적 효력이다. 기속력의 소극적 효력과 달리 적극적 효력은 가급적 명시적인 규정이 있어야 할 것이다. 현행 「행정심판법」 제49조 제2항 및 제3항은 제한적으로 재처분의무를 규정하고 있다. 그러나 거부처분취소재결에 대해 재처분의무를 인정하는 규정은 없다. 물론, 규정의 공백이 있다고 하여 관련 효력이 무조건 인정되지 않는다고 볼 수는 없을 것이다. 그러나 해석에 의해 적극적 효력을 인정하려는 경우 그 해석은 엄격하고 제한적으로 이루어져야 할 것이다. 따라서 현행 행정심판법 하에서 거부처분취소재결에 재처분의무를 인정하는 것은 신중할 필요가 있다.

다만, 거부처분에 대해 행정심판을 통한 권리구제가 이루어지기 위해서는 재결의 실효성 확보가 필수적이다. 특히, 재결의 적극적 효력(재처분의무) 인정 및 그에 대한 실효성확보 수단이 마련되어야 한다. 따라서 입법론적으로는 의무이행심판의 처분명령재결과 마찬가지로 거부처분취소재결에 대해서도 재처분의무를 인정하는 것이 필요한 것으로 보인다. 또한, 재처분의무를 인정할 경우 그 실효성을 확보하기 위한 수단 역시 명시적으로 규정하는 것이 요구된다.

Ⅳ. 사전적·간접적 실효성 확보 수단의 요건에 대한 검토

1) 집행정지에 대한 검토

「행정심판법」 제30조에 명시된 집행정지의 요건은 처분이 존재할 것, 심판청구가 계속 중일 것, 중대한 손해 발생의 우려가 있을 것, 손해를 예방할 긴급한 필요가 있을 것, 공공복리에 중대한 영향이 없을 것 등이다. 집행정지가 인정되기 위해서는 우선 처분이 존재하여야 하므로 처분 전과 처분이 소멸된 후에는 집행정지가 인정되지 않는다. 또한, 처분이 존재하지 않는 부작위에 대한 의무이행

36) 박균성, 앞의 책, 662면(이 견해는 거부처분에 대한 취소심판은 긍정하지만, 거부처분취소재결의 재처분의무는 부정한다); 장교식, 앞의 논문, 87면; 홍정선, 앞의 책, 646면(이 견해는 거부처분에 대한 취소심판과 거부처분취소재결의 재처분의무를 모두 부정한다).

37) 대법원 1988.12.13. 선고 88누7880 판결.

심판에서도 집행정지가 인정될 수 없다.

그러나 거부처분에 대한 취소심판이나 의무이행심판에서 집행정지가 인정될 수 있을 것인지 여부에 대해서는 견해의 다툼이 있다. 부정설은 거부처분이 집행정지 된다고 하더라도 신청인의 신청이 받아들여지는 것이 아니라 단지 거부처분이 없었던 상태로 돌아갈 뿐이므로, 거부처분에 대한 집행정지를 인정할 이익이 없다고 본다. 긍정설은 거부처분이 집행정지된다고 하여 처분의 효력이 발생하는 것은 아니지만, 사실상의 구속력이 인정된다고 본다. 제한적 긍정설은 원칙적으로 부정설과 같이 거부처분에 대한 집행정지를 부정하지만, 예외적으로 거부처분에 대한 집행정지로 인하여 보호되는 이익이 있는 경우에는 집행정지를 인정한다.[38] 판례는 부정설을 취하고 있다.[39] 이러한 논의는 행정심판상의 집행정지에서 뿐만 아니라, 행정소송상 집행정지에도 그대로 적용되고 있다.

생각건대, 집행정지는 분쟁대상인 법률관계에 대해 적극적으로 임시지위를 정하는 것이 아니라, '처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행을 정지시키는 소극적 효력을 갖는 제도이다.[40] 따라서 거부처분에 대한 집행정지가 인정되더라도 그 처분이 없었던 것과 같은 상태를 만드는 것에 지나지 아니하므로 부정설이 타당할 것이다. 다만, 거부처분에 대한 집행정지에 대해 행정심판법상의 집행정지와 행정소송법상 집행정지를 동일하게 취급하는 일반적인 태도는 적절하지 않은 것으로 보인다.

집행정지가 재결이나 판결의 실효성 확보 수단이라는 관점에서 거부처분에 대한 집행정지에 대한 인정여부 필요성을 본다면, 행정심판법의 상황과 행정소송법의 상황이 동일하지 않다고 할 수 있다. 행정소송법은 행정심판법과는 달리, 집행정지에 대해 보충적인 성격을 지니는 제도인 임시처분제도를 규정하고 있지 않다. 또한, 행정소송에서 집행정지가 인정되지 않는 경우 검토되는 민사집행법상의 가처분 준용여부에 대해 다수설과 판례는 부정설을 취하고 있다. 따라서 행정소송상 거부처분에 대한 집행정지의 인정여부에 대해서는 제한적 긍정설이 타당한 것으로 보인다. 즉, 행정소송의 경우에는 예외적으로 거부처분에 대한 집행정지로 인하여 보호되는 이익이 있는 경우에는 집행정지를 인정하는 것이 권리구제

38) 박균성, 앞의 책, 807면; 유상현, 행정심판법상의 집행정지제도, 공법학연구 제5권 제3호, 한국비교공법학회, 2004, 509면; 정하중, 앞의 책, 660면.

39) 대법원 1991.5.2. 자 91두15 결정; 대법원 1993.2.10. 자 92두72 결정.

40) 정하중, 앞의 책, 778면.

의 공백을 막고, 판결의 실효성을 확보하는 데 기여할 수 있을 것이다. 반면, 행정심판에서는 임시처분제도가 마련되어 있으므로, 거부처분에 대한 집행정지에 대해 부정설의 논리가 적용되어도 권리구제의 공백이 발생하지 않고, 재결의 실효성 확보에도 문제가 없는 것으로 보인다.

한편, 집행정지의 요건에 명문의 규정이 없는 '본안청구가 이유 없음이 명백하지 않을 것'이 포함되는지 여부에 대해서도 학설의 대립이 있다. 부정설은 집행정지를 본안심판에서의 인용가능성과는 무관한 보전절차로 보고, 본안청구가 이유 없음이 명백하지 않을 것을 집행정지의 요건으로 보지 않는다. 반면, 일반적인 견해와 판례는 긍정설을 취하고 있다. 즉, 본안청구가 이유 없음이 명백하지 않을 것을 집행정지의 소극적 요건으로 본다.[41] 무엇보다도 긍정설은 집행정지는 본안청구가 인용될 경우 그 권리구제의 실효성을 확보하기 위한 제도라는 점을 근거로 든다. 이는 집행정지가 재결의 실효성 확보 수단이라는 관점에서 타당한 것으로 보인다.

2) 임시처분에 대한 검토

「행정심판법」 제31조는 임시처분을 규정하고 있다. 임시처분은 처분 또는 부작위 때문에 당사자가 받을 우려가 있는 중대한 불이익이나 당사자에게 생길 급박한 위험을 막기 위하여 행정심판위원회가 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 임시지위를 정하는 가구제이다.

임시처분은 집행정지의 공백을 보완하기 위하여 2010년 행정심판법 개정에서 도입되었다. 집행정지는 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행을 정지시키는 소극적 효력만 갖는 제도이므로, 적극적으로 행정청에게 일정한 처분의무를 부과할 수는 없다. 따라서 처분이나 부작위 때문에 당사자가 받을 우려가 있는 중대한 불이익이나 당사자에게 생길 급박한 위험을 막기 위한 잠정적인 처분이 필요한 경우를 대비해 행정심판법은 임시처분제도를 규정하고 있다. 특히, 「행정심판법」 제31조 제3항은 "임시처분은 제30조 제2항에 따른 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다"고 규정하고 있다. 즉, 임시처분은 집행정지에 대해 보충성을 지닌다.

임시처분에 대해서는 명문의 규정이 없는 '행정심판청구가 계속 중일 것'이 포

41) 대법원 2004. 5. 17. 자 2004무6 결정.

함되는지 여부를 살펴볼 필요가 있다. 「행정심판법」 제31조에 나타난 임시처분의 요건은 처분 또는 부작위가 위법·부당하다고 상당히 의심될 것, 처분 또는 부작위 때문에 당사자가 받을 우려가 있는 중대한 불이익이나 당사자에게 생길 급박한 위험을 예방할 필요가 있을 것, 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것 등이다.

생각건대, 임시처분이 당사자가 받을 우려가 있는 중대한 불이익이나 당사자에게 생길 급박한 위험을 막기 위한 가구제라는 점과 집행정지의 공백을 보완하고 집행정지에 대해 보충적이라는 점에서 집행정지와 마찬가지로 임시처분도 재결의 실효성을 확보하는 수단이라고 할 것이다. 따라서 임시처분에 대한 논의 기준도 재결의 실효성 확보에 둘 수 있을 것이다. 재결의 실효성 확보라는 관점에서 본다면, 행정심판청구가 계속 중일 것이 임시처분의 요건에 포함되는 것이 필연적이라 할 것이다.

여기서 특히, 행정심판청구가 계속 중이어야 한다는 의미를 명확히 해 둘 필요가 있다. 행정심판청구가 계속 중일 것을 '의무이행심판 청구의 계속'으로 설명하는 견해가 있다.[42] 이 견해는 임시처분을 의무이행심판에 의한 권리구제의 실효성을 보장하기 위한 제도로 이해한다. 이는 임시처분이 집행정지에 대해 보충적으로 적용되는 가구제 수단이라는 점에서 타당하다. 또한, 「행정심판법」 제31조 제3항은 "제1항에 따른 임시처분은 제30조 제2항에 따른 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다"고 규정하고 있다. 결국, 집행정지의 대상이 되지 않는 거부처분이나 부작위의 경우에 임시처분이 적용될 수 있는데, 거부처분이나 부작위에 대한 실효적인 행정심판 유형은 의무이행심판이다. 이 점에서도 위 견해는 타당하다.

그러나 거부처분이나 부작위에 대한 실효적인 행정심판 유형이 의무이행심판이기는 하지만, 다수설과 판례는 거부처분에 대한 취소심판도 긍정하고 있다. 이러한 태도를 반영한다면, '의무이행심판 청구의 계속' 보다는 '행정심판청구가 계속 중일 것'을 요건으로 삼는 것이 적합하다. 그러나 다수설·판례와는 달리, 위 견해는 거부처분 취소심판의 재결의 효력으로 재처분의무를 부정하고 있으며, 행정청이 재처분을 거부하는 경우 의무이행심판을 제기하여야 한다고 보고 있다.[43] 이러한 논리에 따른다면, '의무이행심판 청구의 계속'이라는 요건은 유효한

42) 박균성, 앞의 책, 644면.
43) 박균성, 앞의 책, 662면.

것이 된다. 그러나 본 연구는 앞으로 논의하는 바와 같이, 거부처분에 대해 취소심판의 제기를 긍정하는 입장을 따른다. 따라서 '의무이행심판 청구의 계속'이 아니라, '행정심판청구가 계속 중일 것'을 요건으로 삼은 것이 타당한 것으로 본다.

Ⅴ. 사후적·직접적 실효성 확보 수단의 요건 및 한계에 대한 검토

가. 직접처분의 요건에 대한 검토

1) 직접처분의 요건

행정심판위원회의 직접처분이 인정되기 위해서는 ① 피청구인이 처분명령재결에도 불구하고 처분을 하지 아니할 것, ② 당사자의 신청이 있을 것, ③ 행정심판위원회가 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하였을 것, ④ 시정명령 기간 내에 이행하지 않을 것, ⑤ 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접처분을 할 수 없는 경우가 아닐 것 등이 충족되어야 한다. 여기서 ⑤는 직접처분의 한계로서 의미를 지닌다고 볼 수 있다. 이에 대해서는 '2. 직접처분의 한계에 대한 검토'에서 살펴보기로 한다.

위 직접처분의 요건 중 ① 피청구인이 처분명령재결에도 불구하고 처분을 하지 아니할 것과 ④ 시정명령 기간 내에 이행하지 않을 것은 시간적 요소를 제외하면 두 요건 모두 재처분의무의 불이행을 내용적으로 한다는 점에서 동일하다 할 것이다. 한편, 재처분의무의 불이행은 행정소송법상의 간접강제의 요건에도 포함되어 있다. 행정소송법상 간접강제는 ㉠ 거부처분취소판결이나 부작위위법확인판결이 확정될 것, ㉡ 행정청이 판결의 취지에 따른 재처분의무를 이행하지 않을 것이 요건이다.

2) 재처분의무의 불이행에 대한 판례의 태도

행정심판법상 직접처분과 행정소송법상 간접강제의 공통된 요건인 재처분의무를 이행하지 않을 것(재처분의무의 불이행)에 대해 판례는 각각 해당 사안에서 그 의미에 대해 판시하고 있다.

먼저, 행정심판법상 직접처분의 요건으로서 재처분의무의 불이행과 관련된 사안[44]에서 판례는 "행정심판법 제37조 제2항, 같은법시행령 제27조의2 제1항의

규정에 따라 재결청이 직접 처분을 하기 위하여는 처분의 이행을 명하는 재결이 있었음에도 당해 행정청이 아무런 처분을 하지 아니하였어야 하므로, 당해 행정청이 어떠한 처분을 하였다면 그 처분이 재결의 내용에 따르지 아니하였다고 하더라도 재결청이 직접 처분을 할 수는 없다(밑줄: 필자)"고 판시하였다.[45]

다음으로, 행정소송법상 간접강제 요건으로서 재처분의무의 불이행과 관련된 사안[46]에서 판례는 "거부처분에 대한 취소의 확정판결이 있음에도 행정청이 아무런 재처분을 하지 아니하거나, 재처분을 하였다 하더라도 그것이 종전 거부처분에 대한 취소의 확정판결의 기속력에 반하는 등으로 당연무효라면 이는 아무런 재처분을 하지 아니한 때와 마찬가지라 할 것이므로 이러한 경우에는 행정소송법 제30조 제2항, 제34조 제1항 등에 의한 간접강제신청에 필요한 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다"고 판시하였다.[47]

3) 판례 태도에 대한 검토

직접처분 사안에서 판례는 "당해 행정청이 어떠한 처분을 하였다면 그 처분이 재결의 내용에 따르지 아니하였다고 하더라도 재결청이 직접 처분을 할 수는 없다"고 하였다. 즉, 재결청이 직접 처분을 하기 위해서는 처분의 이행을 명하는 재결이 있었음에도 당해 행정청이 아무런 처분을 하지 아니하였어야 하므로, 당해 행정청이 어떠한 처분을 하였다면 그 처분이 재결의 내용에 따르지 아니하였다고 하더라도 재결청이 직접 처분을 할 수는 없다고 보았다. 이에 따르면, 처분명령 재결에 대해 처분청이 다시 거부처분을 한다고 하더라도 행정심판위원회는 행정심판법상 재처분의무의 실효성을 확보하기 위한 유일한 수단인 직접처분제도를 활용할 수 없게 된다. 위 직접처분 사안도 행정청의 반복된 거부처분이 문제된 경우였다.[48]

---

44) 이하 '직접처분 사안'이라 함.

45) 대법원 2002.07.23. 선고 2000두9151 판결.

46) 이하 '간접강제 사안'이라 함.

47) 대법원 2002.12.11. 자 2002무22 결정.

48) 참고로 직접처분 사안(대법원 2002.07.23. 선고 2000두9151 판결)의 사실관계를 살펴보면 다음과 같다. 원고가 토석채취허가를 신청하였으나, 김제시장으로부터 허가신청거부처분을 받았다. 이에 원고가 불복하여 위 거부처분의 취소 및 의무이행을 구하는 행정심판을 제기하자, 전라북도 행정심판위원회는 위와 같이 허가거부처분을 한 것은 재량권의 한계를 일탈·남용하여 위법하다는 이유로 '피청구인의 청구인에 대한 위 토석채취허가신청거부처분은 이를 취소하고, 허가를 이행하라'고 의결하였다. 이에 따라 재결청(2008년 개정 전 행정심판법은 행정심판에 대한 심리·의결기관인 행정심판위원회와 재결기관인 처분청을 분리하고 있었다)인 피고(전라북

반면, 간접강제 사안에서 판례는 "재처분을 하였다 하더라도 그것이 종전 거부처분에 대한 취소의 확정판결의 기속력에 반하는 등으로 당연무효라면 이는 아무런 재처분을 하지 아니한 때와 마찬가지라 할 것이므로 이러한 경우에는 간접강제신청에 필요한 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다"고 판시하였다. 이 판례에 따르면, '재처분을 하지 않은 경우'란 거부처분에 대한 취소의 확정판결이 있음에도 행정청이 아무런 재처분을 하지 아니한 경우뿐만 아니라, 재처분을 하였다 하더라도 그것이 종전 거부처분에 대한 취소판결의 기속력에 반하는 당연무효인 경우를 포함한다.

위 두 판례를 비교해 보면, 재결 및 판결의 효력인 '재처분의무의 실효성을 확보'라는 동일한 취지를 가지고 있으나, 다만 권력분립상의 한계로 인하여 제도의 형태에 차이가 발생한 것으로 볼 수 있는 행정심판법상 직접처분제도와 행정소송법상 간접강제제도에 대해, 판례는 양자의 동일한 요건인 '처분청이 재결 또는 판결에도 불구하고 그 취지에 따른 재처분을 하지 않을 것'을 다르게 해석하고 있는 것으로 이해된다.

생각건대, 처분청의 재처분의무 불이행을 해석하고 반복된 거부처분이 재처분의무에 반하는지 여부를 포섭함에 있어, 행정심판법상의 직접강제와 행정소송법상의 간접강제를 구분할 필요성은 없는 것으로 보인다. 두 제도 모두 그 취지가 재처분의무의 실효성 확보로서 동일하고, 재처분의무의 불이행은 제도의 취지에 맞추어 요구되는 동일한 요건이다. 이와 같이 동일한 취지에 따른 동일한 요건이라면, 이를 다르게 해석·포섭할 이유가 없다. 따라서 재결이나 판결의 취지에 반하는 반복된 거부처분이 있는 경우, 행정심판의 직접처분의 경우와 행정소송의 간접강제의 경우를 구분하여 재처분의무의 불이행 여부를 다르게 판단할 필요는 없다.

재처분의무의 불이행에 대한 해석·포섭은 '재결이나 판결의 취지에 따른 새로운 처분을 하였는가'를 기준으로 삼아야 할 것이다. 따라서 간접강제 사안에 대

도지사)는 '피청구인의 위 토석채취허가신청거부처분을 취소하고, 허가절차를 이행하라'는 인용재결하였다. 그런데 김제시장은 위 재결 이후 원고의 위 토석채취허가신청에 대한 내용검토 및 현지 확인작업을 거쳐 위 토석채취허가를 할 수 없음을 원고에게 통보하였고, 이에 원고는 피고에 대하여 김제시장이 위와 같이 거부한 토석채취허가신청을 직접 허가할 것을 신청하였는데, 피고는 원고에 대하여 '김제시장이 위 재결의 내용에 따라 허가를 거부하여 재결에 따른 처분을 하였으므로 피고가 직접 처분을 할 수 없다'는 이유로 원고의 위 인용재결직접처분신청을 거부하는 처분을 하였다. 이에 대해 고등법원은 원고의 항소를 기각하였고, 대법원도 상고를 기각하였다.

한 판례와 같이, 행정심판법상의 직접처분에서도 '재결의 취지에 따르지 않은 반복된 거부처분을 한 경우'가 재처분의무의 불이행에 포함된다고 보아야 할 것이다. 특히 '거부처분을 실체법상의 위법사유에 기하여 취소하는 판결이 확정된 경우에는 당해 거부처분을 한 행정청은 원칙적으로 신청을 인용하는 처분을 하여야 한다'는 판례[49]를 고려하면, 기속력에 반하지 않는 특별한 사정이 없는 한 신청을 인용하는 처분을 하지 않는 거부처분은 재처분의무의 불이행으로 보는 것이 타당할 것이다.

만약, 위 직접처분 사안의 "당해 행정청이 어떠한 처분을 하였다면 그 처분이 재결의 내용에 따르지 아니하였다고 하더라도 재결청이 직접 처분을 할 수는 없다" 중에서 "재결의 내용에 따르지 아니하였다"의 의미가 '기본적 사실관계 동일성이 없는 사유를 들어 동일한 내용의 처분을 한 것' 또는 '재결이 있은 이후에 발생한 새로운 법적 또는 사실상태를 이유로 동일한 내용의 처분을 한 것' 등 재결의 기속력에 반하지 않는 경우를 전제로 한 것이라면, 해당 재처분은 재결의 취지에 반하지 않는 적법한 재처분이라 할 것이므로 이에 대해 행정심판위원회가 직접처분을 할 수 없는 것은 당연할 것이다.

나. 직접처분의 한계에 대한 검토

1) 직접처분의 한계

직접처분의 한계에 대해 「행정심판법」 제50조 제1항 단서는 "그 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접 처분을 할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다"고 규정하고 있다. 즉, 처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유가 있는 경우에는 행정심판위원회가 직접처분을 할 수 없다.

행정심판위원회가 직접 처분할 수 없는 대표적인 예로 정보공개처분을 들 수 있다.[50] 처분청의 정보공개거부처분에 대해 행정심판위원회가 정보공개처분명령재결을 하였음에도 처분청이 이를 불이행하고 있는 경우, 직접처분의 요건을 충족한다. 그렇다 하더라도 공개대상이 된 정보를 처분청만이 갖고 있다면, 정보보유의 현실적인 상황에 의해 행정심판위원회가 직접 정보공개처분을 할 수는 없을 것이다. 또한, 이주대책이행청구·유족연금지급이행청구와 같이 처분청의 재정적·

49) 대법원 2001.03.23. 선고 99두5238 판결.
50) 김동희, 앞의 책, 698면; 박균성, 앞의 책, 664면; 정하중, 앞의 책, 676면; 홍정선, 앞의 책, 648면.

행정적 조치를 기다려야 실효를 거둘 수 있는 처분을 행정심판위원회가 직접처분을 할 수 없는 예로 드는 견해도 있다.[51]

2) 한계에 대한 검토

가) 실효성확보 수단의 공백에 대한 검토

위에서 살펴본 정보공개처분에 대해 행정심판위원회가 직접처분을 할 수 없는 것은 정보를 보유하고 있지 않은 현실적인 상황 때문이다. 현실적인 상황에 의해 직접처분을 할 수 없는 경우는 「행정심판법」 제50조 제1항 후단의 "처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접 처분을 할 수 없는 경우"에 해당된다. 이처럼 직접처분의 요건을 충족함에도 직접처분에 대한 한계에 해당되어 직접처분을 할 수 없는 경우, 재결의 실효성을 확보할 방법이 없게 된다. 따라서 이에 대해서는 재결의 실효성을 확보할 수 있는 보완책이 마련되어야 할 것이다.

직접처분제도의 한계로 인한 공백을 보완하기 위하여 간접강제의 도입을 고려할 수 있을 것이다.[52] 간접강제는 행정소송법상 판결의 실효성을 확보하기 위한 제도이다. 특히, 행정심판의 직접강제와 마찬가지로 기속력의 내용인 재처분의무의 실효성을 확보하기 위한 제도이다. 이처럼 제도의 취지가 동일하다는 점과 간접강제는 직접적인 이행강제 수단을 보완하는 성격을 가지고 있다는 점에서, 직접처분제도의 한계에 의해 야기되는 공백을 메우는 데 적합한 것으로 보인다.

한편, 직접처분 제도 자체가 공백인 경우에도 간접강제를 재처분의무의 실효성 확보수단으로 고려할 수 있을 것이다. 행정심판법상 직접처분 자체가 공백인 유형은 다음과 같이 세 가지로 구분할 수 있다.

우선, 재결에 대한 규정조차 없는 경우이다. 거부처분에 대한 취소재결이 이에

---

51) 김남철 외, 앞의 연구자료, 3면; 김동희, 앞의 책, 698면; 최정일, 행정법개론, 동방문화사, 2015, 527면; 그 밖에도 행정심판위원회가 직접 처분을 할 수 없는 경우를 처분의 성질에 의한 경우와 그 밖의 불가피한 사유로 인한 경우로 구분하는 견해도 있다. 이 견해는 '재량권 행사, 자치사무, 정보공개, 예산이 수반되는 경우' 등을 처분의 성질상 직접처분이 불가능한 경우로 보고, '처분당시의 특수한 상황인 민원의 발생, 사업기간의 재설정 필요, 의무이행재결 이후에 법적상황 또는 사실적 상황의 변경' 등을 그 밖의 불가피한 사유로 직접 처분이 불가능한 경우로 본다(김남철, 앞의 논문, 473면). 다만, 어느 유형에 해당하던지 간에 행정심판위원회가 직접 처분할 수 없는 경우라는 점은 동일하다. 따라서 처분의 성질과 그 밖의 불가피한 사유 중 행정심판위원회가 직접 처분할 수 없는 이유가 무엇인지를 불문하고, 모두 그러한 직접처분의 공백이 타당한 것인지 여부와 이를 어떻게 보완할 것인지의 문제로 귀결될 것이다.

52) 同旨 김남철, 앞의 논문, 475면; 김정선, 재결의 집행력 확보 및 온라인 행정심판절차, 법제 제589호, 법제처, 2007, 75-80면; 여경수, 앞의 논문, 164면; 박균성, 앞의 책, 666면.

해당된다. 거부처분에 대한 취소심판의 제기 가능성 및 그 취소재결에 재처분의무를 인정하는 견해를 취한다면, 그 실효성 확보 수단으로서 직접처분제도가 필요할 것이다. 그러나 거부처분에 대한 취소심판 유형, 그에 대한 재결, 재결에 대한 실효성 확보수단에 대한 일체의 규정이 없다.

다음으로 재결에 대한 규정은 있으나, 재처분의무에 대한 규정은 없는 경우이다. 취소심판의 변경명령재결은 「행정심판법」 제43조 제3항에 근거를 두고 있으나, 그 재결의 성격이 의무이행심판의 처분명령재결과 마찬가지로 명령재결에 속함에도 불구하고, 이에 대해 재처분의무 및 직접강제제가 규정되지 않고 있다.

끝으로, 재처분의무가 규정되어 있으나 직접강제제도가 규정되어 있지 않은 경우이다. 신청에 따른 처분이 절차의 위법 또는 부당을 이유로 재결로써 취소된 경우에는 「행정심판법」 제3항에 따라 재처분의무가 인정된다. 그러나 그 실효성을 확보하기 위한 직접강제 규정은 없다.

이상과 같이, 직접처분제도 자체가 공백인 경우에 대해서는 먼저 직접처분 제도를 도입하는 것이 검토되어야 할 것이다. 이와 동시에 간접강제를 도입하여 직접처분 제도의 공백을 보완하는 것도 고려되어야 할 것이다. 간접강제를 도입한다면, 그 판단 기관은 법원이 아니라 행정심판위원회가 되어야 한다.[53] 행정심판에서 간접강제를 도입하는 취지는 재결의 실효성을 확보하기 위한 것이므로, 재결기관에서 판단하는 것이 타당하다. 만약 법원이 간접강제의 판단기관이 된다면, 권력분립상의 한계와 행정심판 기능 중 하나인 행정의 자율적 통제에 대해 문제가 제기될 수 있다.

나) 직접처분의 한계 규정에 대한 해석 검토

「행정심판법」 제50조 제1항 단서 "처분의 성질이나 그 밖의 불가피한 사유로 위원회가 직접 처분을 할 수 없는 경우"의 취지는 기본적으로 행정심판위원회가 직접처분을 함에 있어, 처분청의 권한과 책임을 존중하도록 하는 데 있다 할 것이다.[54] 그런데 행정심판위원회가 직접처분을 하면 행정청은 동조 제2항에 따라 행정심판위원회가 한 처분을 자기가 한 처분으로 보아 필요한 조치를 하여야

53) 同旨 김남철 외, 앞의 연구자료, 99면; 간접강제의 도입방법에 대한 자세한 내용은 '김남철, 행정심판 재결의 실효성 강화방안: 직접처분과 간접강제를 중심으로, 공법연구 제41집 제2호, 한국공법학회, 2012, 477면-479면'을 참조하기 바란다.

54) 김남철 외, 앞의 연구자료, 86면.

한다. 따라서 처분청의 권한과 책임의 존중 범위는 제한적으로 해석되어야 할 것이다.

처분의 성질상 행정심판위원회가 처분을 할 수 없는 경우와 관련하여, 이주대책이행청구·유족연금지급이행청구와 같이 처분청의 재정적·행정적 조치를 기다려야 실효를 거둘 수 있는 처분을 행정심판위원회가 직접처분을 할 수 없는 경우로 보는 태도가 있다.[55] 그러나 '처분청의 재정적·행정적 조치가 요구되는 경우'를 직접처분의 한계 범위에 포함시키는 것은 그 범위가 지나치게 넓은 것으로 보인다. 대부분의 경우 처분은 재정적·행정적 조치가 요구될 것이고, 처분에 대한 재정적·행정적 조치에 대한 권한은 보통 처분청에게 있을 것이다. 그렇다면, 행정심판위원회가 직접처분을 할 수 있는 경우는 재정적·행정적 조치가 필요 없거나, 행정심판위원회가 직접 재정적·행정적 조치 권한을 가지고 있는 처분으로 제한된다는 결론에 이르게 된다. 이러한 결론에 따른다면, 직접처분을 할 수 있는 경우가 실제 얼마나 있을지 의문이다.

특히 「행정심판법」 제50조 제2항에 따르면, 행정심판위원회가 직접처분을 하였을 때에는 그 사실을 해당 행정청에 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 행정청은 행정심판위원회가 한 처분을 자기가 한 처분으로 보아 관계 법령에 따라 관리·감독 등 필요한 조치를 하여야 한다. 즉, 처분청에게 관리·감독 등 필요한 조치를 하여야할 의무가 부과된다. 따라서 처분청의 재정적·행정적 조치를 기다려야 실효를 거둘 수 있는 처분을 행정심판위원회가 직접처분을 할 수 없는 경우로 보는 것은 「행정심판법」 제50조 제2항과 충돌되는 것으로 보인다.

일부견해는 직접처분이 원칙이고, 행정심판위원회가 직접처분을 할 수 없는 경우는 예외이므로, 그 사유를 엄격하게 해석해야 한다고 한다.[56] 이 견해는 처분명령재결 후 사정변경이 생겼고, 행정심판위원회가 자신의 인적·물적 한계로 인하여 처분의 기초자료에 관한 조사를 충실히 할 수 없는 경우를 직접처분을 할 수 없는 예외적인 사유로 들고 있다. 이러한 태도는 예외적인 사유를 제한적으로 해석한다는 점, 예외적인 사유를 행정심판위원회 자신의 내재적 한계에서 찾는다는 점 등에서 타당한 것으로 보인다. 앞에서 살펴본 정보공개의 경우에도 행정심판위원회 자신의 내재적 한계가 있는 경우에 해당한다 할 것이다.[57]

---

55) 김남철 외, 앞의 연구자료, 3면; 김동희, 앞의 책, 698면; 최정일, 앞의 책, 527면.
56) 박균성, 앞의 책, 664면.
57) 同旨 장교식, 앞의 논문, 90-91면.

Ⅵ. 논의를 마치며

우리나라 행정심판제도의 기원은 1951년에 제정되어 사실상 1965년부터 시행된 소원제도에서 찾을 수 있다. 그러나 당시 소원제도는 소원전치주의로 인하여 행정소송의 제기를 방해하는 수단으로 전락하였다. 이에 소원제도의 위헌성 문제가 제기되었고, 1981년 제5공화국 헌법에서는 행정심판의 헌법적 근거를 마련하여 위헌 시비에서 벗어났다. 헌법적 근거가 마련된 후, 1984년 행정심판법이 제정되었다. 이로써 현행 행정심판제도의 기본체계가 마련되었다.[58] 그러나 행정심판전치주의는 1994년 행정소송법 개정에서 폐지되었다. 또한, 2008년 개정에서는 재결청을 폐지하고 행정심판위원회가 심의·의결뿐만 아니라 재결까지 할 수 있도록 하였다. 이는 행정심판의 준사법적 성격을 더욱 강화시켰다. 그 후 2010년 행정심판법은 다시 대폭 개정되었다. 2010년 개정은 행정심판청구사건이 큰 폭으로 증가하고, 행정심판의 준사법절차화에 따른 당사자의 행정심판절차에의 참여 요구가 증가함에 따라 임시처분 등 당사자의 절차적 권리를 강화하기 위한 제도를 도입할 필요성이 커졌기 때문이었다.[59] 이후 몇 차례의 약간의 개정을 거쳐 현재에 이르고 있다.

행정심판에 대한 논의는 위와 같은 행정심판제도의 연혁에 맞추어, 관련 법률의 제·개정 시기를 전·후로 활발하게 진행되었다. 논의는 크게 행정심판의 성격(예: 행정심판이 준사법적인 쟁송절차인가 아니면 행정절차인가), 행정심판의 기능(예: 권리구제수단으로서의 기능과 자기통제기능의 조화), 행정심판기관의 구성 및 기능(예: 행정심판기관의 독립성 확보와 자기통제기능의 수행), 그리고 행정심판의 실효성 확보(예: 직접처분제도와 간접강제제도의 도입) 등과 연계되어 진행되어 왔다. 그리고 현재 상당부분의 논의는 법률의 개정에 의해 한시적으로는 정리되었다고 볼 수 있다.

물론, 법제도 정비에서 완전한 종결이란 있을 수 없다. 예를 들어, 행정소송과 행정심판의 관계를 어떻게 볼 것인가, 권리구제 기능과 자기통제 기능 중에서 어디에 중심을 두어 행정심판을 볼 것인가 등과 같은 논의는 어느 한 시점에서 종

58) 김중권, 앞의 논문, 490면-491면; 안동인, 영국의 행정심판제도 개혁에 관한 소고, 공법연구 제38집 제1호 제2권, 한국공법학회, 2009, 254면.

59) 행정심판법 [법률 제9968호, 2010.1.25., 전부개정] 개정이유 참조; 정형근, 개정 행정심판법의 주요쟁점에 관한 검토, 행정법연구 제27호, 2010, 127면.

결될 수 있는 성질이 아니다. 또한, 그 방향성에 따라 행정심판제도의 구체적인 내용 역시 달라질 수밖에 없다. 다만, 지금까지 활발히 논의되었던 상당부분의 내용이 법률의 개정으로 한시적으로는 일단락되었다고 평가할 수는 있을 것이다. 그러나 행정심판의 실효성 확보 문제는 아직 일단락되었고 보기 어렵다.

행정심판의 실효성 확보를 위해 점검해야 하는 직접적인 분야는 '재결의 효력 및 그 실효성 확보를 위한 제도'이다. 행정심판 기능을 권리구제 기능과 자기통제 기능 중에서 어디에 행정심판의 지향점을 어디에 두든지 간에, 행정심판의 실효성이 확보되지 않는다면 행정심판제도는 사실상 무의미해질 위험에 처할 수 있기 때문이다. 그리고 재결의 효력 및 그 실효성 확보를 위한 제도를 도출함에 있어서는 종래의 관점에 머물지 않고, 재결의 효력 및 그 실효성 확보라는 관점에서 재도출되어야 한다. 이를 통해 재결의 효력 및 그 실효성 확보를 위한 제도를 종합적으로 검토할 수 있다.

본 연구는 위와 같은 인식에서 행정심판법상 재결의 효력 및 그 실효성 확보를 위한 제도의 難點을 도출하고 이를 검토하였다. 또한, 행정심판의 실효성 확보라는 목표를 디디고 서서 각 난점에 대한 견해를 제시하였다. 본 연구의 이와 같은 시도가 2010년 행정심판법 개정이후 관심에서 살짝 멀어진 행정심판법의 실효성 확보에 대한 관심을 다시 컴퓨터 모니터에 띄우는 계기가 되기를 바란다.

(논문투고일: 2016.09.04, 심사개시일: 2016.09.05, 게재확정일: 2016.09.23)

정 연 부

행정심판, 재결, 집행정지, 임시처분, 직접처분, 간접강제

【참 고 문 헌】

김동희, 행정법Ⅰ, 박영사, 2016.

김백유, 행정법치론Ⅰ, 한성대학교출판부, 2009.

김백유, 행정구제법, 동방문화사, 2012.

박균성, 행정법강의, 박영사, 2016.

박윤흔, 행정법강의(상), 박영사, 1996.

정하중, 행정법개론, 법문사, 2016.

홍정선, 행정법특강, 박영사, 2016.

최정일, 행정법개론, 동방문화사, 2015.

김남철 외, 행정심판 직접처분제도 개선방안 연구, 국민권익위원회 발간자료, 2011.

김남철, 행정심판 재결의 실효성 강화방안: 직접처분과 간접강제를 중심으로, 공법연구 제41집 제2호, 한국공법학회, 2012.

김용섭, 행정심판위원회제도의 현황과 과제, 원광법학 제26집 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2010.

김정선, 재결의 집행력 확보 및 온라인 행정심판절차, 법제 제589호, 법제처, 2007.

김중권, 최근의 법률개정에 따른 행정심판제도의 문제점에 관한 소고, 공법연구 제36집 제4호, 한국공법학회, 2008.

박정훈, 행정심판의 기능-권리구제기능과 자기통제기능의 조화, 행정법연구 제15호, 행정법이론실무학회, 2006.

안동인, 영국의 행정심판제도 개혁에 관한 소고, 공법연구 제38집 제1호 제2권, 한국공법학회, 2009.

여경수, 행정심판에서 재결의 효력, 법학연구 제24권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2013.

유상현, 행정심판법상의 집행정지제도, 공법학연구 제5권 제3호, 한국비교공법학회, 2004.

장교식, 행정심판 판결의 효력문제, 일감법학 제10권, 건국대학교 법학연구소, 2005.

정형근, 개정 행정심판법의 주요쟁점에 관한 검토, 행정법연구 제27호, 2010.

최선웅, 행정심판의 헌법상 근거, 행정법연구 제44호, 2016.

최영규, 행정심판의 기능과 심판기관의 구성-'행정심판의 사법화'에 대한 이의, 행정법연구 제42호, 행정법이론실무학회, 2015.

최우용, 일본 개정 행정사건소송법의 가구제에 관한 연구, 공법학연구 제9권 제1호, 한국비교공법학회, 2008.

Abstract

Review on the Cruces of the Administrative Appeal Act : about the Legal System concerning the Effectiveness of Ruling and the Means of Securing Effectiveness

Joung, Youn Boo

Korean Administrative Appeal System which originated in Petition System has had constitutional basis since 1981. Administrative Appeal Act was enacted in 1984 and established the framework of the current Administrative Appeal System. After that, there were some significant amendments of the laws concerning the Administrative Appeal System in 1994, 2008, and 2010. There have been much debate on the Administrative Appeal System whenever the system changed.

There are some main topics in the discussions such as the administrative appeal character, the administrative appeal functions, organizing administrative appeal commission, and the effectiveness of ruling and the means of securing effectiveness. Many subjects have been settled, at least for the time being, with the related laws enacted and revised--even though it is impossible to complete improving legislation. However, it cannot be evaluated whether the problem of the effectiveness of ruling and the means of securing effectiveness has ended.

Unless it secures effectiveness of the Administrative Appeal System, the system could become meaningless. What should be the subject of the study is the effectiveness of ruling and the means of securing effectiveness to prevent the result above from occurring. This study deducts cruces of the legal system on the effectiveness of ruling and the means of secu

ring effectiveness to review those problems. This paper suggests opinion on each difficult problem in the review processes.

First, this research surveys the main contents of the legal system on the effectiveness of ruling and the means of securing effectiveness. It als o points out cruces simultaneously. Next, this study analyzes the problem s concretely. Regarding the effectiveness of ruling, this paper reviews wh en it occurs and the scope of its application. Last, Concerning the means of securing the effectiveness of ruling, this paper looks into some system s such as the Suspension of Execution, Provisional Disposition, Direct Di sposition by Administrative Appeal Commission, etc.

Joung, Youn Boo

Administrative Appeal, Ruling, Suspension of Execution, Provisional Disposition, Direct Disposition by Administrative Appeal Commission, Indirect Compulsion of Judgment on Revocation of Refusal Disposition.

공유물분할소송의 소송물

문 영 화*

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 공유물분할소송의 성질
1. 대법원판례
2. 국내 학설
3. 일본의 공유물분할소송
4. 독일의 공유물분할절차
Ⅲ. 형성소송의 소송물과 형식적 형성소송
1. 형성소송의 개념
2. 형성소송의 소송물
3. 형식적 형성소송
Ⅳ. 공유물분할소송의 심판대상
1. 공유물분할소송의 실제
2. 공유물분할소송의 비송성에 대한 검토
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

이 글은 대법원 2013. 11. 21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결의 다수의견에서 공유물분할판결의 효력과 공유물분할에 관한 조정조서의 효력의 차이의 근거로 든 '공유물분할의 소의 소송물'에 관하여 기존의 판례와 학설 및 비교법적 검토를 해 본 것이다.

우리나라와 일본의 통설은 공유물분할소송이 본질적으로 비송사건인데 민사소송절차로 심리되는 형식적 형성소송에 해당한다고 하면서 그 심리의 주요한 특징으로 처분권주의의 예외, 증명책임의 예외, 불이익변경금지원칙의 예외를 든다.

공유물분할소송에서는 공유물분할방법에 관한 심리에 앞서 원고의 공유물분할청구권에 관한 심리가 이루어지고 원고가 공유물분할청구권을 행사하지 못할 사유가 있는 경우에는 청구기각의 판결이 선고되기도 한다. 통설과 같이 공유물분할소송의 성질을 본질적으로 비송사건이라고 하여 형식적 형성소송이라고 하는 것은 공유물분할소송의 실상과도 맞지 않을 뿐만 아니라, 결국 공유물분할소송의 소송물도 없다고 할 수 밖에 없게 되는데, 이는 판결의 효력 등과 관련하여서도 문제가 있다.

---

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수

우리 민법 제269조 제1항은 분할의 방법에 관하여 협의가 성립되지 아니할 때에는 공유자는 법원에 공유물분할청구를 할 수 있다고 규정하고 있다. 이 규정은 공유자가 법원에 공유물분할을 청구할 수 있는 권리와 법원이 공유물분할청구를 하는 원고에게 공유물분할청구권이 있는지 여부 및 나아가 그 분할방법에 관하여 심리하고 공유자들에게 새로운 권리관계를 형성하는 판결을 하는 근거가 된다. 공유물분할소송의 소송물은 민법 제269조 제1항의 공유물분할청구권(또는 신소송물론의 입장에서는 법원의 재량에 의한 공유물분할을 구할 수 있는 공유자의 지위)이라고 할 수 있다.

공유물분할소송은 분할방법에 관한 청구의 특정이 요구되지 않고 그에 관한 법원의 구속력이 배제된다는 특징이 있는 소송이지만, 이러한 공유물분할소송의 특징이 다른 민사소송, 예를 들면 불법행위에 기한 손해배상청구소송-특히 위자료청구소송-과 공유물분할소송의 성질을 본질적으로 다르다고 할 정도라고 보기는 어렵다고 생각된다.

공유물분할소송은 다수 공유자의 이익을 고려한 합리적인 분할방법을 결정하기 위하여 법관의 재량이 필요하다는 점 이외에 비송사건의 성질을 가지고 있지 않다. 결론적으로 공유물분할소송이 본질적으로 비송사건이어서 형식적 형성소송에 해당한다고 분류하는 통설은 공유물분할소송의 소송물이 있음을 전제로 하는 대법원의 입장과도 괴리가 있으므로 재검토될 필요가 있다.

Ⅰ. 서론

대법원은 2013. 11. 21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결에서 공유물분할판결의 효력과 공유물분할에 관한 조정조서의 효력의 차이에 관하여 의미 있는 판시를 하였다. 위 전원합의체 판결의 다수의견의 내용을 요약하면, '공유물분할의 판결, 즉, 현물분할의 판결은 형성적 효력을 가지고 그 판결이 확정됨으로써 등기와는 상관없이 새로운 소유관계가 창설되지만, 공유물분할소송 중 조정절차에 의하여 당사자들 사이에서 현물분할의 조정이 성립되는 경우는 그에 의하여 새로운 법률관계가 창설되는 것은 아니고 공유자들이 협의한 바에 따라 토지의 분필절차를 마친 후 지분이전등기를 마침으로써 소유권을 취득하게 된다'는 것이다.

위 전원합의체 판결에 대하여는 이미 몇 편의 평석이 발표되었다. 위 판결의 다수의견에 찬성하는 입장으로는, 판결확정 시에 물권변동의 효력이 발생한다는 공유물분할판결의 효력에 관한 종래 판례의 입장에 반대하면서도 조정사건은 수소법원의 사건과는 독립된 별개의 사건으로서 공유물분할소송이 조정절차에서는 이행소송 내지 확인소송의 소송물로 변경되어 조정이 성립된다고 주장하는 견해[1]가 있다. 반면, 공유물분할판결은 민법 제187조에서 규정하고 있는 '판결'에 해당하지 않고, 공유자 사이의 분할협의에 갈음하는 것일 뿐이라는 입장에 서면서 공유물분할판결과 공유물분할에 관한 조정조서의 효력을 달리 볼 수 없다는 견해와,[2] 공유물분할소송 중에 조정이 성립된 경우는 민법 제269조 제1항의 협의와는 다르고 조정은 재판상 화해와 동일한 효력이 있으므로 공유물분할소송 중 조정절차에서 현물분할에 관한 조정조서가 작성되면 그 작성 시에 민법 제187조에 따라 물권변동의 효력이 발생하는 것으로 보아야 한다는 이유로 위 전원합의체 판결의 다수의견에 찬성할 수 없다는 견해[3]가 있다. 공유물분할판결 중 현물분할과 같은 형성적 내용으로 작성된 조정조서가 민법 제187조의 형성판결과 동일한 효력이 있는지에 관하여 상정 가능한 긍정설과 부정설의 논거와 반박을 소개하면

---

1) 최성호, "공유물분할소송에서 조정절차에 회부되어 성립된 조정에 의한 물권변동에 관한 검토", 『법학논고』 제46집(2014. 5.), 경북대학교 법학연구원, 225~252면

2) 송인권, "공유물분할판결의 효력", 『법조』 통권 제693호(2014. 6.), 136~161면; 문준섭, "공유물분할소송에서의 판결 및 조정의 효력", 『민사판례연구 XXXVII』, 민사판례연구회, 박영사(2015. 2.), 111~134면

3) 추신영, "공유물분할과 물권변동의 효력발생시기", 『재산법연구』 제31권 제4호(2015. 2), 177~203면

서 부정설을 취한 위 전원합의체 판결이 현물분할의 판결과 동일한 내용의 재판상 화해, 조정에 갈음하는 결정, 화해권고결정 등에도 영향을 미칠 것이라는 견해[4]도 있다.

대법원은 일찍이 민법 제187조에서 규정하고 있는 '판결'은 '판결 자체에 의하여 부동산 물권취득의 형성적 효력이 발생하는 경우'라고 하였고,[5] '공유물분할청구의 소는 공유자 사이의 기존의 공유관계를 폐기하고 각자의 단독 소유권을 취득하게 하는 형성의 소로서 공유자 사이의 권리관계를 정하는 창설적 판결을 구하는 것'이고 '분할판결의 확정으로 각자의 취득부분에 대하여 비로소 단독소유권이 창설되는 것'이라고 하였다.[6] 학설도 부동산물권변동을 가져오는 민법 제187조의 형성판결의 대표적인 경우로서 공유물분할판결을 든다.[7] 이에 대하여는 1990년대 초반에 공유물분할판결이 당사자의 분할협의에 갈음하여 법률관계를 형성하는 판결이기는 하지만, 등기 없이 그 판결에 의하여 바로 물권변동이 생긴다는 판례와 통설은 재검토되어야 한다는 문제 제기가 있었고,[8] 위 전원합의체 판결에 대한 평석 중 일부도 이러한 입장에 근거하고 있다. 또 민법 제187조의 적용에 있어서 판결이 아니더라도 확정판결과 동일한 효력이 있는 재판상 화해 등이 새로운 법률관계의 형성을 내용으로 하는 것이면 포함된다는 것이 민법학계의 통설적 입장이었다.[9] 이는 민사소송법 제220조에 근거를 둔 것으로서 위 전원합의체 판결의 소수의견에서 지적하는 바와 같이 민사소송법 제220조, 민사조정법 제28조, 제29조[10]의 단순한 논리에 따를 때 통설과 달리 공유물분할소송에서 현물분할의 판결과 그 소송에서 성립된 현물분할의 조정조서의 효력에 차이가 있다는 입장을 취한 다수의견의 견해는 쉽게 받아들이기 어려운바, 위 평석 중

---

4) 신용호, "공유물분할에 관한 조정과 물권변동의 효력 발생 시기와의 관계", 『민사재판의 제문제』 제23권, 민사실무연구회, 사법발전재단(2015), 1165~1179면

5) 대법원 1964. 9. 8. 선고 64다165 판결

6) 대법원 1969. 12. 29. 선고 68다2425 판결

7) 집필대표 곽윤직, 『민법주해 Ⅳ, 물권(1)』, 박영사(1992), 172면; 집필대표 김용담, 『주석 민법 물권(1)』, 한국사법행정학회(2010), 201면; 최종길, "판결에 의한 부동산물권변동", 『법학』 제6권, 제1호, 서울대법학연구소(1964), 107~109면

8) 김황식, "공유물분할의 소는 형성의 소인가?", 『민사재판의 제문제』 제8권, 민사실무연구회(1994), 653~669면

9) 집필대표 곽윤직, 앞의 책, 172면; 집필대표 김용담, 앞의 책, 201면

10) 민사소송법 제220조는 '화해, 청구의 포기·인낙을 변론조서·변론준비기일조서에 적은 때에는 그 조서는 확정판결과 같은 효력을 가진다.'고 규정하고 있고, 민사조정법 제28조는 '조정은 당사자 사이에 합의된 사항을 조서에 기재함으로써 성립한다.'고 규정하고 있으며, 같은 법 제29조는 '조정은 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다.'고 하고 있다.

일부도 이러한 입장에 근거한다.

한편, 위 전원합의체 판결의 다수의견은 공유물분할판결과 공유물분할에 관한 조정조서의 효력에 차이를 두는 근거로서 '조정은 공유물분할의 소의 소송물 자체를 대상으로 하여 그 소송에서의 법원의 판단을 갈음하는 것이 아니어서 본질적으로 당사자들 사이에 협의에 의한 공유물분할이 있는 것과 다를 바 없다'고 하였다. 이 점에 대하여는 소수의견의 지적대로 민사소송법 제262조에 따라 서면에 의한 청구의 변경절차를 거치지 않아서 공유물분할의 소에서 이행의 소 등으로 소송물이 변경되지 않은 상태에서 조정절차에 회부되어 그대로 조정이 성립하였다면 그 조정에서의 소송물과 공유물분할의 소의 소송물이 서로 다르다고 볼 수는 없다는 비판[11]이 제기될 수 있다.

그렇다면 공유물분할소송의 소송물은 무엇일까? 학계의 통설은 공유물분할소송을 형식적 형성소송으로 분류하고 있는데, 이는 실체법상 또는 소송법상 형성소송과 달리 법률관계를 형성하는 요건이 법률에 정해져 있지 않고 법원의 재량에 일임되어 있어서 실질적으로 비송사건이라는 데에 있다.[12] 통설의 입장과 같이 공유물분할소송이 본질적으로 비송의 성질을 가지는 것이라면 소송물이 있을 수 있을까? 종래 판례뿐만 아니라 기존에 발표된 공유물분할소송에 관한 국내 문헌에서도 그 소송물에 관하여는 의미 있게 다루어지지 않았는데, 위 전원합의체 판결의 다수의견은 공유물분할소송의 소송물을 무엇으로 보고 위와 같은 판시를 한 것일까? 이 글은 공유물분할소송의 성질에 관한 기존의 판례와 학설에 대한 검토 및 비교법적인 연구를 통하여 이러한 의문에 대한 나름의 해답을 모색하고자 한다.

II. 공유물분할소송의 성질

1. 대법원판례

대법원은 1969. 12. 29. 선고 68다2425 판결에서 '공유물분할청구의 소는 공

---

11) 추신영, 앞의 글, 199~200면; 송인권, 앞의 글, 159~160면; 문준섭, 앞의 글, 133면; 조정사건이 수소법원의 사건과 독립된 별개의 사건이라는 이유만으로 공유물분할소송이 조정에 회부되는 경우 조정절차에서 이행소송 내지 확인소송의 소송물로 변경되어 조정이 성립된다는 최성호, 앞의 글, 252~253면은 설득력이 부족하다.

12) 집필대표 곽윤직, 『민법주해 V, 물권(2)』, 박영사(1992), 591~592면; 집필대표 김용담, 『주석민법 물권(2)』, 한국사법행정학회(2010), 201면, 90~91면

유자 사이의 기존의 공유관계를 폐기하고 각자의 단독 소유권을 취득하게 하는 형성의 소로서 공유자 사이의 권리관계를 정하는 창설적 판결을 구하는 것이므로 그 판결 전에는 공유물은 아직 분할되지 않고 따라서 분할물의 급부를 청구할 권리는 발생하지 않으며 분할판결의 확정으로 각자의 취득부분에 대하여 비로소 단독소유권이 창설되는 것이므로 미리 그 부분에 대한 소유권 확인의 청구도 할 수 없다'고 하여 공유물분할소송은 형성의 소이고 그 분할판결에 의하여 비로소 분할된 부분에 대한 단독소유권이 창설됨을 선언하였다.[13] 대법원 1989. 9. 12. 선고 88다카10517 판결은 '공유물분할의 소는 형성의 소로서 공유자가 그 분할을 청구하면 법원으로서는 공유자간에 공유물을 분할하지 아니하기로 하는 약정이 있는 등 분할의 장애사유가 있는 것이 아닌 한 당사자가 구하는 분할방법에 구애됨이 없이 어떠한 방법으로 공유물분할청구를 인용하여야 하는 것임은 소론과 같다고 할 것이나, 공유물분할청구는 공유자의 일방이 그 공유지분권에 터잡아서 하여야 하는 것이지 공유지분권을 주장하지 아니하고 목적물의 특정부분을 소유한다고 주장하면서 그 부분에 대하여 신탁적으로 지분등기를 가지고 있는 자들을 상대로 하여 그 특정부분에 대한 신탁해지를 원인으로 한 지분이전등기를 받음에 갈음하여서 할 수는 없는 것이라고 할 것이며, 그러므로 공유물분할의 청구를 하려면 스스로 그가 공유자임을 주장, 입증하여야 하는 것이라고 할 것이다'고 하여 공유물분할소송은 분할의 장애사유가 없는 한 원고가 구하는 방법에 구애되지 않고 분할을 명하여야 하고 원고의 청구를 기각할 수는 없지만, 공유물분할청구는 공유지분권에 근거하여 하는 것이므로 공유관계에 대한 주장, 증명책임은 원고에게 있음을 명확히 하였다. 대법원 1991. 11. 12. 선고 91다27228 판결은 '공유물분할의 소는 형성의 소이며, 법원은 공유물분할을 청구하는 원고가 구하는 방법에 구애받지 아니하고 자유로운 재량에 따라 합리적인 방법으로 공유물을 분할할 수 있는 것이므로, 원고가 바라는 방법에 따른 현물분할을 하는 것이 부적당하거나 이 방법에 따르면 그 가액이 현저히 감손될 염려가 있다고 하여 이를 이유로 막바로 대금분할을 명할 것은 아니고, 다른 방법에 의한 합리적인 현물분할이 가능하면 법원은 그 방법에 따른 현물분할을 명하는 것도 가능하다'고 하여

13) 이 사건의 원심은 분할대상 토지가 원고와 피고들의 공유에 속하고, 원고와 피고들의 각 지분에 따른 대지 분할은 원고가 주장하는대로 별지 도면과 같이 하면 공평하다는 이유로 별지 도면 중 일부분이 원고의 소유임을 확인하고 토지를 분할하여 그 부분에 관한 공유 지분 분할등기 절차를 이행할 것을 명하였다.

공유물분할의 방법에 관해서는 법원의 자유로운 재량이 있음을 더욱 명확히 하였다. 또, 대법원은 1995. 1. 12. 선고 94다30348・30355(반소) 판결에서 '공유물분할은 협의분할을 원칙으로 하고 협의가 성립되지 아니한 때에는 재판상 분할을 청구할 수 있으므로 공유자 사이에 이미 분할에 관한 협의가 성립된 경우에는 일부 공유자가 분할에 따른 이전등기에 협조하지 않거나 분할에 관하여 다툼이 있더라도 그 분할된 부분에 대한 소유권이전등기를 청구하든가 소유권확인을 구함은 별문제이나 또다시 소로써 그 분할을 청구하거나 이미 제기한 공유물분할의 소를 유지함은 허용되지 않는다'고 하면서 원고의 공유물분할의 소를 권리보호의 이익이 없다는 이유로 각하한 원심의 조치가 정당하다고 하여, 공유자들 사이의 분할협의의 성립은 공유물분할소송의 소극적 소송요건에 해당됨을 선언하였다.

위와 같은 대법원판례에 따르면, ①공유물분할소송은 형성소송이고, ②공유물분할방법에 관하여는 법원이 재량권을 가지지만, ③공유물분할청구는 공유지분권에 근거한 것이어서 원고는 공유물분할청구를 할 수 있는 공유자임을 주장・증명하여야 한다.

2. 국내 학설

가. 공유물분할청구권의 행사

민법 제268조 제1항은 '공유자는 공유물의 분할을 청구할 수 있다'고 규정하고, 제269조 제1항은 '분할의 방법에 관하여 협의가 성립되지 아니한 때에는 공유자는 법원에 그 분할을 청구할 수 있다'고 규정하고 있다. 민법 제268조 제1항에 규정된 공유자의 공유물분할청구권의 성질에 관해서는 형성권설과 물권적 청구권설이 대립하고 있다.[14] 판례[15]와 다수설의 입장인 형성권설에 의하더라도 공유물분할청구권의 행사로 형성되는 법률관계는 각 공유자들 사이에서 분할을

14) 물권적 청구권설은, 공유물분할청구권은 공유자가 공유관계에 잠재화되어 있는 공유물분할을 현재화시켜 다른 공유자로 하여금 협의에 응하지 아니하거나 협의가 성립하지 아니하는 경우에는 공유물분할의 소가 제기될 위험을 내세워 협의에 응하도록 하는 법률관계를 형성하는 것으로서, 공유관계에 따르는 물권적 청구권의 한 내용으로 보면 족하다는 견해이다. 김황식, 앞의 글, 658~659면; 川島武宜, 川井健 編, 新版 注釋民法(7) 物權(2), 有斐閣(1988), 468면에서도 공유물분할청구권은 협의에 의한 분할, 재판에 의한 분할의 전제요건으로서 그 행사가 필요한 일종의 물권적 청구권이고, 그것을 형성권이라고 할 필요는 없다고 한다.

15) 대법원 1981. 3. 24. 선고 80다1888,1889 판결은 '공유물분할청구권은 공유관계에서 수반되는 형성권이므로 공유관계가 존속하는 한, 그 분할청구권만이 독립하여 시효에 의하여 소멸될 리 없다고 할 것이며 따라서 그 분할청구의 소 내지 공유물분할을 명하는 판결도 형성의 소 및 형성판결로서 소멸시효의 대상이 될 수 없다'고 하였다.

구체적으로 실현할 법률관계, 즉, 분할에 관하여 협력할 의무일 뿐이어서,[16] 공유물분할청구권의 행사에 의한 법률효과와 관련하여 두 견해의 실질적 차이는 없다.

공유물분할의 소는 법문상으로도 공유자들 사이에서 분할의 방법에 관하여 협의가 성립되지 않을 때 법원에 그 분할을 청구하는 것인바, 공유물분할소송은 공유물분할청구권을 행사한 법률효과에 근거한 것일 뿐, 민법 제268조에서 규정하고 있는 공유물분할청구권의 행사 그 자체는 아니다.[17]

나. 형식적 형성소송설

1990년대 초반까지는 공유물분할소송의 성질에 관하여 형성소송설, 비송사건설, 형식적 형성소송설로 나누어 설명하는 문헌이 있었으나,[18] 현재 국내의 민사소송법 교과서나 주석서 등에서는 공유물분할소송을 형식적 형성소송으로 분류하고 있다.[19]

국내에서는 공유물분할소송의 성질에 관해서 대체로 다음과 같이 설명되어 왔다.

법원이 공유물을 분할하는 것은 다툼이 있는 어떤 법률관계를 확정하는 것이 아니고 공유자간의 협의에 대신하여 공유자간의 기존의 법률관계를 폐지하여 적절한 장래의 법률관계를 창설하는 것이기 때문에 본질적으로 비송사건에 속하지만, 비송사건절차법에 공유물분할에 관한 규정이 없어서 민사소송법 소정의 절차에 의할 수밖에 없기 때문에 형식적으로 민사소송이라고 해석되어야 한다. 공유물분할의 소는 기존의 공유관계를 폐지하고 각자의 단독소유권을 창설하는 판결을 구하는 소이고 이는 각 공유자가 가지는 분할청구권이라는 형성권을 기초로

---

16) 집필대표 곽윤직, 『민법주해 V 물권(2)』, 박영사(1992), 585면; 집필대표 김용담, 『주석 민법 물권(2)』, 한국사법행정학회(2010), 84면

17) 정규상, “공유물분할청구소의 법적 성질”, 『민사판례해설 Ⅱ [물권법]』, 경세원(1992), 142면; 奈良次郎, 共有物分割の訴えについて(一), 判例タイムズ No.579 (1986. 3. 13.), 4면

18) 최문기, “공유물분할에 관한 판례분석”, 『경성법학』 창간호, 경성대학교 법학연구소(1991), 127~128면에서는 형성소송설과 형식적 형성소송설로 나누면서 전자가 다수설이고, 후자가 소수설이라고 기술하고, 이해우, “공유물분할청구의 소의 성격”, 『서울지방변호사회 판례연구』 5집, 서울지방변호사회(1992), 169면에서는 형성소송설, 비송사건설, 형식적 형성소송설로 나누어 설명하면서 형성소송설이 통설, 판례라고 기술하고 있다.

19) 집필대표 김능환·민일영, 『주석 민사소송법(Ⅳ)』, 제7판, 한국사법행정학회(2012), 48면; 이시윤, 『신민사소송법』, 제10판, 박영사(2016), 209면; 김홍엽, 『민사소송법』, 제5판, 박영사(2014), 223면; 호문혁, 『민사소송법』, 제11판, 법문사(2013), 84면; 한충수, 『민사소송법』, 박영사(2016), 166면

하는 것이기 때문에 형성의 소라고 하여야 한다.[20] 공유물분할의 소는 기존의 공유관계를 폐지하고 각자 단독소유를 취득하는 법률관계를 형성한다는 점에서 형성의 소이지만, 형성요건이 법률에 정하여진 것이 아니라 법원의 자유재량에 일임되어 있기 때문에(이런 점에서 소송사건이라기 보다는 비송사건에 가깝다) 형성의 소 중에서도 형식적 형성의 소라고 한다.[21]

공유물분할소송에 대하여 형식적 형성소송이라는 용어를 사용하지 않는 전자의 입장을 형성소송설이라고 칭하더라도 공유물분할소송의 비송적 성질을 부정하거나 형식적 형성소송설과 달리 공유물분할소송의 법률관계를 형성하는 요건이 법률에 정해져 있다고 주장하는 것은 아니라고 이해되는바, 공유물분할소송의 성질에 관한 국내 학설은 차이점을 발견하기가 어렵다.[22]

대법원은 2001. 3. 13. 선고 99다17142 판결에서 민법 제366조 단서에 의한 지료결정청구의 소를 형식적 형성소송이라고 판시하였다. 그런데 공유물분할소송에 대하여는 앞에서 본 바와 같이 '법원은 원고가 구하는 방법에 구애받지 아니하고 자유로운 재량에 따라 합리적인 방법으로 공유물을 분할할 수 있다'는 취지의 판시를 해오고 있음에도 형식적 형성소송이라고 판시한 바는 없다. 공유물분할소송의 성질에 관한 우리 대법원의 입장이 학계의 통설인 형식적 형성소송설을 따른 것인지에 관하여는 깊이 있는 논의 없이 긍정하는 견해[23]가 있을 뿐이다.

그리고 실무상으로 공유물분할소송의 심리와 관련하여 문제로 되는 부분, 즉, ①공유자들 사이에 이미 분할협의가 성립된 경우는 공유물분할의 소를 각하하면서, 분할대상이 실질적인 공유물이 아니라 구분소유적 공유관계에 있는 경우, 공유자들 사이에 유효한 분할금지약정이 있거나 법률상 분할금지의 제한이 있는 경우 등에서는 원고의 공유물분할청구를 기각하는 실무례는 형식적 형성소송설의

---

20) 이용훈, "공유물분할의 소와 이에 관련된 몇 가지 문제에 대하여", 『사법논집』 제4집, 법원행정처(1973), 138~139면; 김소영, "공유물분할의 소에 대하여", 『사법논집』 제24집, 법원행정처(1993), 159~160면; 이영규, "재판에 의한 공유물분할", 『현대 민법의 전망』, 경상대학법학연구소(1995), 762~764면

21) 집필대표 곽윤직, 『민법주해 Ⅴ 물권(2)』, 박영사(1992), 592-593면; 집필대표 김용담, 『주석민법 물권(2)』, 한국사법행정학회(2010), 90-91면; 정규상, 앞의 글, 142면

22) 최성호, 앞의 글, 233~237면에서는 국내와 일본의 학설을 구분하지 않고 공유물분할소송의 성격에 관한 학설을 형식적 형성소송이라는 견해, 제한적 형성소송이라는 견해, 이행소송이라는 견해, 이중의 성격이 있다는 견해로 구분하면서, 공유물분할소송은 공유관계의 폐지와 분할의 실현이라는 두 단계를 포함하는 소송이어서 형성의 소와 이행의 소가 병행하는 성격을 가지고 있다고 한다.

23) 추신영, 앞의 글, 186면

입장에서 어떻게 설명될 수 있는지,[24] ②청구취지는 어느 정도로 기재되어야 하는지,[25] ③원고의 본소청구와 분할방법을 달리하는 반소청구가 허용될 수 있는지, ④부분적 또는 전면적 가액배상에 의한 현물분할을 명하는 경우에 당사자가 청구하지 않은 경우에도 금전지급을 명할 수 있는지, 가액지급과 동시에 소유권이전등기를 명하는 판결의 선고가 가능한지,[26] ⑤공유물분할소송에서 재판상 자백이 성립될 수 있는 영역이 있는지, ⑥원고에게 증명책임이 있는 영역이 있는지[27] 등에 대하여도 형식적 형성소송이라는 공유물분할소송의 성질과 연관한 논의는 제대로 이루어지지 않고 있다.

---

24) 김소영, 앞의 글, 160~163면에서는 협의불성립은 공유물분할소송의 실체적 요건이 아니라, 협의의 성립이 있는 경우에 공유물분할의 소의 이익이 흠결되어 소를 각하하여야 한다고 하면서, 공유물을 분할하지 않기로 하는 합의가 인정되는 경우에는 원고의 청구가 이유 없으므로 청구를 기각하여야 한다고 하고(같은 글, 175면), 남성민, "공유물 분할소송의 심리", 『재판실무연구』, 광주지방법원(2011), 101면에서는 당사자 사이에 약정이나 법률 규정에 의하여 공유물분할이 금지되는 경우에는 공유물분할청구권을 행사할 수 없으므로 그 청구는 기각된다고 한다; 이용훈, 앞의 글 136~137면에서는 공유자들 사이에서 협의가 성립하지 않을 것, 공유자내부관계에서 실질적으로 공유관계에 있어야 할 것(구분소유적 공유관계가 아닐 것) 등을 공유물분할소송의 '소의 요건'으로 설명하고, 이영규, 앞의 글, 764~766면에서는 소송의 당사자는 공유물에 대한 공유자일 것, 공유자 전원이 분할절차에 참여할 것, 분할에 관하여 협의가 성립하지 않을 것을 '소송제기요건'으로 설명하며, 강현중, "형식적 형성소송에 관한 약간의 고찰-실무적 견지에서-", 『저스티스』 제30권 1호, 한국법학원(1997), 105면에서는 공유물분할청구권이 부존재한 경우에는 청구기각판결이 아니라 당사자적격이 없다고 하여 공유물분할의 소를 각하하여야 한다고 한다.

25) 집필대표 곽윤직, 『민법주해 Ⅴ 물권(2)』, 박영사(1992), 592면에서는 청구취지를 단순히 공유물을 분할하여 달라는 식으로 기재하면 청구취지불특정을 이유로 각하되어야 한다고 설명하는 반면, 김소영, 앞의 글, 163면에서는 공유물이 분할되어야 한다는 취지의 청구만 있으면 족하다고 한다; 남성민, 앞의 글, 95~96면도 청구취지에 '공유물분할을 구한다'는 기재만 있으면 충분하다고 한다.

26) 양창수, "전면적 가액보상에 의한 공유물분할판결과 등기방법", 『민법연구』 제9권, 박영사(2007), 132~133면에서는 공유물분할소송이 실질적으로 비송의 성질을 가지는 형식적 형성소송임을 전제로 전면적 가액보상에 의한 현물분할의 경우에 'A가 B에게 oo원을 지급함과 동시에 갑 부동산을 A의 소유로 한다'는 주문이 가능하다고 한다; 진현민, "재판상 공유물분할에 있어서 전면적 가액보상의 허부", 『민사판례연구 XXVIII』, 민사판례연구회, 박영사(2006. 2.), 128~135면에서도 공유물분할소송이 본질적으로 비송사건임을 전제로 전면적 가액보상방식에 의한 공유물분할을 명하는 경우에 당사자의 별도의 청구나 동시이행항변의 유무에도 불구하고 법원은 구체적인 사안에 따라 그 재량에 의하여 지분이전등기절차와 금전지급과의 상환급부를 명할 수 있다고 한다. 남성민, 앞의 글, 120~122면에서도 위와 같은 동시이행의 주문을 선고할 수 있다고 한다.

27) 김소영, 앞의 글, 163면에서는 공유물분할의 소가 형성의 소로서 민사소송법에 의하는 이상 그 심리에 있어서 민사소송법상의 일반원칙을 따르지 않을 수 없고 당연히 변론주의가 적용된다는 전제 하에 공유물분할의 기준이 되는 공유지분의 비율에 관해서는 변론주의가 적용되고, 원고가 주장한 지분의 비율 이상으로 원고의 지분의 비율을 인정할 수 없다고 하고, 남성민, 앞의 글, 96면에서는 공유물분할청구권의 발생요건인 공유관계, 공유지분 등에 대한 주장사실에 대하여는 재판상 자백이 성립한다고 한다.

3. 일본의 공유물분할소송

가. 공유물분할소송의 성질

일본 민법 제256조 제1항은 '각 공유자는 언제든지 공유물의 분할을 청구할 수 있다'고 규정하고, 제258조 제1항은 '공유물의 분할에 관하여 공유자 사이에 협의가 성립되지 아니하는 경우는, 그의 분할을 법원에 청구할 수 있다'고 규정하고 있다. 일본에서는 민법 초안자들이 민법 제258조에 의한 공유물분할청구는 권리의 존부를 대상으로 하는 것이 아니어서 그 분할내용의 결정은 비송사건이라고 논의하였음이 입법자료에 의하여 뒷받침된다고 한다.[28]

공유물분할소송의 성질에 관하여, 민법학에서는 ①비송사건설(다툼이 있는 법률관계를 확정하는 것이 아니고 기존의 법률관계를 폐기하고 적절한 장래의 법률관계를 창설하는 것이어서 비송사건에 속한다는 견해로서, 이 입장에도 법원은 원고의 청구에 구속되지 않고 적절한 방법으로 분할을 할 수 있고 원고의 청구에 지분을 명시하도록 하는 것은 부당히 가중한 요구를 하는 것이라는 견해와 지분 등은 당사자가 명확히 하지 않으면 안 된다는 견해가 있다), ②소송사건설(공유물분할소송은 형성소송이므로 그 성질상 소송사건의 일종이고 비송사건은 아니라는 견해)이 있다. 민사소송법학에서는 ①형식적 형성소송설(법률관계를 창설하는 형성소송에 속하지만 실체법규에 형성요건이 규정되어 있지 않기 때문에 본질적으로는 비송사건의 성질을 가지는 형식적 형성소송이고, 청구기각을 할 여지는 없고, 원고의 주장내용이나 범위에 구속되지 않는다는 견해), ②소송사건설(본질적으로는 비송사건이라고 할 수 있으나 실정법상 민법에서 법원의 사건이라고 하고 있어서 소송사건으로 해석할 수밖에 없다는 견해)이 있다. 민법학에서는 비송사건설이, 민사소송법학에서는 형식적 형성소송설(비송사건설)이 통설적 견해라고 한다.[29]

일본 최고재판소 1987(昭和 62). 4. 22. 판결도 '상속재산분할에 관하여는 민법에 분할의 기준에 관하여 정하고 있는 이외에 절차에 관하여도 가정법원의 비송사건인 상속재산분할심판을 신청할 수 있음에 대하여, 통상의 공유물분할에 관하여는 민사소송법상의 소송절차에 의하여야 할 것이다. 그러나 공유물분할의 소

---

28) 자세히는 秦公正, 共有物分割訴訟の非訟性の再檢討 -共有物分割訴訟における當事者の申立ての拘束力を中心に-(1), 法學新報 117卷 5·6號, 有斐閣(2011), 50면 이하

29) 吉川義春, 共有物分割の訴えにおける原告の申立と分割方法の裁判, 判例タイムズ No.505 (1983. 11. 10.), 222~224면

도 소위 형식적 형성소송에 속하고, 당사자는 단순히 공유물분할을 구하는 취지를 신청하면 충분하고, 법원은 당사자가 현물분할을 신청하더라도 그에 구속되지 않고, 경매에 의한 대금분할을 명하는 것이 가능하며, 그의 본질은 비송사건인바, 그 점에서는 전형적인 비송사건인 가사심판과 다른 점은 없다'고 하였다.

일본에서의 일반적인 논의를 요약하자면, 공유물분할청구는 형성요건이 법정되어 있지 않다는 의미에서 실체법상의 요건이 흠결되어 있기 때문에 본질적으로 비송사건이지만, 공유물분할의 절차에 관하여 비송사건절차법에서 규정하고 있지 않고, 일본 구 민사소송법에 공유물분할소송의 관할에 관한 규정이 명시되어 있었기 때문에 공유물분할청구는 소송의 형식으로 다루어져 왔는데, 그러한 관할에 관한 규정이 없어진 이후에도 비송사건절차에 의하는 것보다 소송절차에 의하는 것이 절차적으로 당사자를 두텁게 보호하기 때문에 여전히 소송의 형식에 의하고 있다는 것이다.[30]

나. 공유물분할소송의 심리

공유물분할소송의 본질이 비송사건이라는 입장에서 당사자는 공유물분할을 구하는 취지를 신청하면 충분하고 분할방법을 지정할 필요가 없으며, 당사자가 구체적인 내용을 명시하더라도 이는 분할방법에 대한 제안에 불과하여 법원은 이에 구속되지 않는다는 것이 일본에서의 통설과 판례의 입장이다.[31]

공유물분할소송의 성질을 형식적 형성소송이라고 하면서도, 실무에서는 청구기각판결이 선고되고 있다고 한다. 즉, 공유물분할청구권의 부존재를 이유로는 청구기각이 아니라 당사자적격의 기초가 되는 사실의 흠결을 이유로 공유물분할의 소를 각하하여야 한다는 견해가 학계의 다수설이었는데, 하급심에서는 청구기각판결을 선고하는 판결례도 적지 않고, 공유물분할청구가 권리남용이라는 이유로 기각한 하급심판결례도 있다고 한다. 재판상 화해와 관련하여 현물분할을 내용으로 하는 화해가 성립되는 데에는 문제가 없으나, 경매에 의한 대금분할을 내용으로 하는 재판상 화해가 가능한지에 대하여는 긍정하는 실무례와 부정하는 실무례가 있으며, 공유물분할청구와 장래이행청구로서 (현물분할판결의 확정에 의하여 개별 공유자가 취득하게 되는 부분에 관한) 등기절차이행청구 및 토지인도청구의

30) 奈良次郎, 共有物分割の訴えについて(二), 判例タイムズ No.580 (1986. 3. 20.), 13면
31) 奈良次郎, 앞의 글, 14면

병합이 실무상으로 허용되고 있다고 한다.[32]

4. 독일의 공유물분할절차

가. 독일 민법의 규정

독일 민법 제749조 제1항은 '모든 지분권자는 언제든지 공유관계의 해소를 청구할 수 있다'고 규정하고 있고, 공유관계의 해소방법과 관련하여 제752조는 현물분할에 관하여, 제753조는 경매분할(매각에 의한 분할)에 관하여 각 규정하고 있다.[33] 독일 민법에는 우리 민법 제269조 제1항이나 일본 민법 제258조 제1항과 같은 재판에 의한 공유물의 분할에 관한 규정은 없다.

독일에서는 민법 제749조 제1항이 각 공유자들에게 다른 공유자들에 대한 공유관계의 해소에 관한 채권적 청구권을 부여하고 있다고 해석한다.[34] 또 우리 민법과 달리 현물분할(독일 민법 제752조)은 ①분할에 의하여 가치의 감소가 없어야 하고, ②동일한 종류로 분할이 가능하여야 하며, ③공유자의 지분에 상응하는 부분으로 분할될 수 있어야 한다는 3가지 조건이 충족되어야 하기 때문에 예외적인 분할방법이고, 매각에 의한 분할(동법 제753조)이 일반적인 분할방법이라고 한다.[35]

독일 민법 초안자들은 공유자들 사이에 분할방법에 관한 협의가 성립되지 않

---

32) 奈良次郎, 「形式的形成訴訟」の特色についての考察, 判例タイムズ No.908 (1996.8.1.), 12~14면

33) 제749조(공동관계폐지청구) ① 모든 지분권자는 언제든지 공유의 해소를 청구할 수 있다.
② 해소를 청구할 권리가 약정에 의하여 영구적으로 또는 일시적으로 배제된 경우에도 중대한 사유가 있는 때에는 해소를 청구할 수 있다. 해지기간의 정함이 있는 경우에도 동일한 요건이 충족되는 때에는 그 기간을 두지 아니하고 해소를 청구할 수 있다.
③ 이 법의 규정에 위배되는 내용으로 해소를 청구할 권리를 배제하거나 제한하는 약정은 무효이다.
제752조(현물분할) 공유의 해소는 공유목적물, 또는 다수의 목적물이 공유관계에 있는 경우에도, 이들 목적물이 가치의 감소 없이, 동일한 종류로, 또 지분권자의 지분에 상응한 부분으로 분할될 수 있는 때에는 현물분할에 의한다. 지분권자들 사이에서 동일한 부분을 분배하는 것은 추첨에 의한다.
제753조(매각에 의한 분할) ① 현물분할이 불가능한 경우에 공유의 해소는 공유목적물을 질물매각에 관한 규정에 따라 매각하고, 또 토지의 경우에는 강제경매에 의하여 매각하고, 그리고 그 매득금을 분할함으로써 한다. 제3자에게 양도될 수 없는 것인 때에는, 목적물은 지분권자 사이에서만 경매되어야 한다.
② 목적물을 매각하려는 시도가 성공하지 못한 때에는, 각 지분권자는 그 반복을 청구할 수 있다. 반복된 시도가 성공하지 못한 경우에는, 그 비용은 그 청구한 자가 부담하여야 한다.

34) J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 · Recht der Schuldverhältnisse, Sellier-de Gruyter·Berlin(2015), S.240

35) J. von Staudingers, a.a.O., S.239

을 때 법원이 재량에 의하여 그 방법을 결정하는 것(Adjudikation, 裁定)과 관련하여, 기본적으로 공유물의 매각에 의한 매득금의 배당을 공유물분할의 원칙으로 하면서 현물분할의 여지를 인정할 뿐, 분할방법에 관한 법관의 재량은 인정하지 않았다고 한다. 이러한 방법을 채용한 이유로는 각 공유자의 공평한 취급, 분할에 관한 비용의 문제, 예상할 수 없는 분할방법에 대하여 심문청구권이 충분히 보장되지 않을 우려, 새로운 절차를 만드는 것에 의한 법관의 부담 증가 등이 거론된다.[36]

독일에서는 1940년대 후반부터 1950년대 사이에 학자들 사이에서 분할방법과 절차의 유연화를 도모하는 관점에서 공유물분할절차의 비송화의 필요성에 관한 주장이 있었지만, 공유물의 분할방법에 관한 법제도상의 변경은 이루어지지 않고 있다.[37] 그러나 BGH는 1970년에 들어와서 독일 민법 제242조[38]에 근거하여 금전보상을 포함하는 현물분할(1972. 1. 31. 판결)과 전면적 가액보상에 의한 분할(1977. 4. 27. 판결)을 인정하는 취지의 판결을 하였는데, 이는 예외적인 것으로서, 독일 민법 제749조 이하의 규정은 특정 공유자에게 공유물에 대한 단독소유권의 취득을 구하는 권리를 원칙적으로는 인정하지 않는 것으로 이해되고 있다고 한다.[39]

나. 공유물분할의 실현

독일에서 공유물분할절차는 소송절차이고 다른 소송절차와 다르지 않다.

독일 민법 제749조 제1항의 공유관계해소청구권을 실현하기 위한 소송은 이행의 소이고, 그 판결도 이행판결이라고 이해되고 있다.[40] 원고는 청구하는 분할방법이 그 판결의 집행에 의하여 실현가능하도록 청구를 하여야 하고, 상대방 공유

---

36) 독일 민법 초안자들의 입장에 대하여는 秦公正, 共有物の分割方法とその訴訟手続：ドイツにおける共有物の分割を中心に, 比較法雜誌 44券 2號(2011), 249~255면 참조; 최종길, 앞의 글, 107~108면에서는 독일 민법은 공유물분할소송에서 분할방법이 법관에 의해서 비로소 확정되고, 공유물분할이 현실적으로 법관의 판결에 의하여 실현되는 로마법 내지 독일 보통법의 공유물분할과정을 채택하지 않았다고 한다.

37) 이에 관한 소개는 秦公正, 共有物の分割方法とその訴訟手続：ドイツにおける共有物の分割を中心に, 256~259면 참조

38) 제242조 채무자는 신의칙에 의하여 거래관행을 고려하여 요구되는 대로 급부를 실행할 의무가 있다.

39) 秦公正, 共有物の分割方法とその訴訟手続：ドイツにおける共有物の分割を中心に, 265면

40) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5 Schuldrecht· Besonderer Teil III, Verlag C.H. Beck München(2013), S.871, 886

자에 대하여는 원고가 청구하는 의사표시를 하거나, 어떤 행위를 하거나 어떤 행위를 수인하라는 판결이 선고된다.[41]

독일 민법 제752조에 의한 현물분할의 실현을 위하여 부동산의 경우에는 등기절차가 필요하다. 재판에 의하여 현물분할을 실현하기 위하여 원고는 목적물의 분할, 추첨, 양도 등 행위의 실행 및 그에 필요한 의사표시의 진술, 분할을 위하여 필요한 준비 조치를 수인할 것 등을 청구할 수 있고, 그 집행은 민사소송법상의 집행절차에 의한다. 현물분할을 청구하는 공유자는 그 청구를 이유 있게 하는 사실을 증명하여야 한다.[42]

독일 민법 제753조에 따른 매각에 의한 분할의 실현에 있어서 토지의 경우에는 집행권원이 필요하지 않다. 독일 강제경매법 제181조 제1항은 공유지의 분할의 경우에 매각을 위한 경매에 집행권원을 필요로 하지 않는다고 규정하고 있기 때문에, 토지의 공유자로 등기된 자는 집행권원 없이 공유지의 강제경매를 신청할 수 있고, 이에 반대하는 공유자는 제3자이의의 소를 제기하여 권리를 주장하여야 한다. 동산과 유가증권의 경우에는 다른 공유자에 대한 판결이 필요하다.[43]

원고가 제752조에 따른 현물분할을 청구하고 상대방이 공유관계의 해소를 다투는 경우에, 공유관계의 해소를 주장하는 자가 공유관계의 존재에 대하여 증명할 의무를 부담하고, 공유관계의 해소를 다투는 자가 계약에 의한 배제, 법률에 의한 해소장애사유의 존재에 관하여 증명책임을 진다. 공유관계의 해소를 주장하는 자가 공유관계의 존재 및 공유관계의 해소를 배제하는 약정이 있으나 공유관계를 해소할 중대한 이유가 존재한다는 것을 증명하지 못하면 공유관계의 해소 자체가 인정되지 않기 때문에 원고의 청구는 기각된다. 구체적인 분할의 방법에 관해서도 증명책임이 문제로 된다. 원고가 제752조에 의한 현물분할을 주장하는 데에 대하여 피고가 그것을 다투거나 제753조의 매각에 의한 분할을 주장하는 경우 또는 그 반대의 경우에, 통설은 현물분할을 주장하는 자가 그 요건사실의 존재에 관하여 증명책임을 부담한다고 한다. 이는 민법 제753조는 독립한 규정

41) 예를 들어, 동산의 분할청구에 있어서 원고는 피고에 대하여 질물매각에 관한 규정에 따라서 물건을 매각하는 것을 수인하고, 이러한 목적을 위하여 물건을 매각할 권한이 있는 집행관에게 인도하고, 매각비용를 공제한 순매득금의 1/2을 원고에게 지급하는 것에 동의할 것을 청구할 수 있다. J. von Staudingers a.a.O., S.240f.

42) J. von Staudingers a.a.O., S.291

43) J. von Staudingers a.a.O., S.297, S.305f.

이 아니라 제752조에 의하여 분할을 구하는 자가 현물분할이 가능하다는 것을 증명하지 못하면 비로소 적용되는 규정이기 때문이라고 한다.[44]

III. 형성소송의 소송물과 형식적 형성소송

1. 형성소송의 개념

우리나라와 일본에서는 일반적으로 형성의 소는 법률관계를 변동시키는 판결(형성판결)을 목적으로 하는 소이고, 형성판결은 형성요건의 존재를 확정하는 동시에 새로운 법률관계를 발생하게 하고 기존의 법률관계를 변경·소멸하게 하는 판결로서 창설적 효과를 가지며, 기존의 법률효과를 확정·실현시키는 선언적 효과를 가진 확인판결이나 이행판결과 구별된다고 설명한다.[45] 그리고 형성의 소는 ①실체법상 법률관계의 변동을 목적으로 하는 실체법상의 형성의 소와 ②소송법상의 법률관계의 변동을 목적으로 하는 소송상 형성의 소, ③성질상 비송사건에 속하지만 형성의 소로 처리되는 형식적 형성의 소로 분류하여 설명하고 있다.[46]

한편, 독일에서는 형성의 소는 일반적으로 허용되는 것이 아니라 법률에 명백히 규정된 구성요건에 제한하여 허용되는 것으로서, 대체로 가사사건, 상사사건, 소송관련사건의 세 그룹으로 나눌 수 있다고 하면서, 진정(echte) 형성소송과 부진정(unechte) 형성소송으로 분류한다. 진정 형성소송은 법원의 판결이 있어야만 법률관계의 형성이 가능한 경우로서 혼인취소소송이나 이혼소송[47]이 이에 속한다. 부진정 형성소송은 법원의 판결에 의하지 않고도 사적 자치에 기초한 합의에 의하여 법률관계의 형성이 가능함에도 당사자 중 일방이 그러한 법률관계의 형성에 합의하지 않는 경우에 상대방의 법률행위를 보충하기 위하여 판결이 필요한 경우로서 독일 상법 제133조에 따른 합명회사(OHG, Offene Handelsgesellschaft)의 해산청구를 들고 있다.[48]

학자에 따라서는 형성소송을 법률관계의 변경의 효력이 판결 확정 후 장래에

---

44) 秦公正, 共有物の分割方法とその訴訟手続：ドイツにおける共有物の分割を中心に, 269~271면

45) 집필대표 김능환·민일영, 앞의 책, 43면; 秋山幹男 外, 第2版追補版 コンメンール 民事訴訟法 III, 日本評論社(2008), 19면; 小山昇, 形成訴訟の訴訟物, 小山昇著作集 第1卷 訴訟物の研究, 信山社(1994. 7.) 178면에서는 형성소송은 법률관계의 형성(변동)이 필요한 경우에 그것을 국가기관 중에서 사법기관인 법원이 소송사건으로 판결에 의하여 처리하는 절차를 의미한다고 한다.

46) 집필대표 김능환·민일영, 앞의 책, 47면; 秋山幹男 外, 앞의 책, 20~21면

47) 독일에서는 협의이혼이 허용되지 않는다.

48) Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Bd. 1, 4.Aufl., Verlag C.H.Beck München(2013), S.1426f.

발생하는 유형(이혼소송 등), 법률관계의 변경의 효력이 그 법률관계의 발생 시까지 과거로 소급하는 유형(독일 민법 제1599조의 친생부인의 소; die Klage auf Anfechtung der Vaterschaft 등), 그리고 법관에게 재량이 허용되는 유형(Gestaltung aufgrund richterlichen Ermessens)으로 구분하고, 셋째 유형에는 독일 민법 제315조 제3항[49] 및 제319조 제1항[50]에 의한 급부의 지정, 제343조 제1항[51]에 규정된 위약금의 감축, 제655조[52]에 규정된 중개료의 감액, 제660조 제1항[53]에 규정된 보수의 분배 등이 해당된다고 한다.[54]

2. 형성소송의 소송물

가. 판례

대법원은 이혼소송에서 있어서는 민법 제840조 소정의 각 이혼사유마다 소송물이 별개이고,[55] 재심소송에서는 구 민사소송법 제422조 소정의 각 재심사유마

---

49) 제315조(당사자 일방에 의한 급부지정) ① 급부가 계약당사자의 일방에 의하여 정하여져야 하는 경우에, 지정은 의심스러운 때에는 공평한 재량에 좇아 행해져야 한다.
② 지정은 상대방에 대한 의사표시로써 한다.
③ 지정이 공평한 재량에 좇아 행해져야 하는 경우에, 행해진 지정은 그것이 공평에 맞는 때에만 상대방에 대하여 구속력이 있다. 그것이 공평에 맞지 아니한 때에는 지정은 판결에 의하여 행해진다; 지정이 지연되는 때에도 또한 같다.

50) 제319조(지정의 무효; 보충) ① 제3자가 지정을 공평한 재량에 좇아 행하여야 하는 경우에, 행하여진 지정은 그것이 명백히 공평하지 아니한 때에는 계약당사자에 대하여 구속력이 없다. 이 경우에 지정은 판결에 의하여 행하여진다; 제3자가 지정을 할 수 없거나 지정할 의사가 없는 때 또는 그것을 지연하는 때에도 또한 같다.

51) 제343조(위약금의 감축) ① 발동된 위약금이 과도하게 많은 경우에는, 채무자의 청구가 있으면 판결에 의하여 이를 적정한 액으로 감축할 수 있다. 적정성의 판단에 있어서 단지 채권자의 재산적 이익뿐만 아니라 그의 모든 정당한 이익이 고려되어야 한다. 위약금이 지급된 후에는 감액을 할 수 없다.

52) 제655조(중개료의 감축) 고용계약 체결 기회의 소개 또는 그 계약의 주선에 대하여 과도하게 많은 중개료가 약정된 경우에는, 채무자의 청구가 있으면 판결에 의하여 이를 적정한 액으로 감축할 수 있다. 중개료가 지급된 후에는 감액을 할 수 없다.

53) 제660조(수인의 협력) ① 보수가 약속된 결과의 달성에 수인이 참여하여 협동한 때에는 광고자는 결과에 대한 각자의 기여를 고려하여 공평한 재량으로 보수를 그들 사이에서 분배하여야 한다. 분배가 명백히 불공평한 때에는 구속력이 없다. 그 경우에 분배는 판결에 의하여 행하여진다.

54) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht 16.Aufl., Verlag C.H.Beck München(2004), S.609f.; Stein/ Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung 22.Aufl., Bd. 4, C.H.Beck München(2008), S.61~66에서는 급부의 내용이 법관에 의하여 결정(보충)되는 소송을 형성소송의 한 유형으로 구분하고, 형성소송에서 법률관계의 형성이 반드시 판결의 주문에서 선고되어야 하는 것은 아니라고 하면서, 위와 같은 소송의 판결에서 법률관계의 형성을 별도로 선고하지 않고 그러한 법원의 결정에 기초하여 특정한 금액의 이행 또는 특정한 급부의 이행을 선고한 경우에 있어서는 법원이 결정한 판결(Die festsetzenden Urteile)은 '숨겨진 형성판결(verdeckte Gestaltungsurteile)'로서 등장하게 된다고 설명한다.

다 소송물이 다르다고 하였다.[56] 한편, 회사설립무효의 소에 대하여는 회사설립무효의 주장이 원고의 청구라고 하면서 구체적인 무효사유는 원고 청구의 범위 내에 속하는 사항에 대한 판단에 불과하다고 하였다.[57]

나. 국내 학설

국내에서는 형성소송의 소송물에 관하여 신·구 소송물론에 따라 각각 다음과 같이 설명한다. ①구 실체법설(구 소송물론)에 의하면 형성소송의 소송물은 실체법상의 형성권 그 자체의 주장이다. ②소송법설(신 소송물론) 중 일지설(일원설)에 의하면 형성을 구할 수 있는 법적 지위의 주장이다. ③소송법설 중 이지설(이원설)에 의하면 청구취지에 표시된 형성을 구할 수 있는 법적 지위의 주장과 이를 뒷받침하는 청구원인인 사실관계의 양자에 의하여 소송물이 구성된다.[58] 구 실체법설에 의하면 특정 형성원인에 기한 법률관계 변동의 주장을 소송물로 보므로 이혼소송의 경우 원고가 주장하는 개개의 형성원인에 따라 소송물이 별개로 인정되고, 소송법설을 취하면 각각의 이혼사유에 따라 소송물이 달라지는 것은 아니라고 보게 된다. 이혼소송의 경우 일원설에 의하면 각각의 이혼사유를 구별하지 않으므로 '심히 부당한 대우'를 한 것과 '부정행위'를 한 것은 동일한 소송

---

55) 대법원 1963. 1. 31. 선고 62다812 판결은 '이혼의 소는 원고가 주장하는 사유에 의한 재판상 이혼청구의 이유의 유무에 관한 판단을 구하는 것이며 민법 제840조 각 호가 규정한 이혼사유마다 재판상 이혼청구를 할 수 있는 것이므로 법원은 원고가 주장한 이혼사유에 관하여만 심판하여야 하며 원고가 주장하지 아니한 이혼사유에 관하여는 심판을 할 필요가 없고 그 사유에 의하여 이혼을 명하여서는 안되는 것이다'고 하였고, 대법원 2000. 9. 5. 선고 99므1886 판결은 '재판상 이혼사유에 관한 민법 제840조는 동조가 규정하고 있는 각 호 사유마다 각 별개의 독립된 이혼사유를 구성하는 것이고, 원고가 이혼청구를 구하면서 위 각 호 소정의 수개의 사유를 주장하는 경우 법원은 그 중 어느 하나를 받아들여 원고의 청구를 인용할 수 있는 것이다'고 하였다.

56) 대법원 1970. 1. 27. 선고 69다1888 판결은 '민사소송법 제422조 소정 각 재심사유는 개개의 재심사유가 독립된 것으로서 어느 한가지 사유를 들어 재심의 소를 제기하였다가 패소판결이 확정되었다고 하더라도 다른 재심사유가 있는 경우에는 그 재심사유로써 다시 재심의 소를 제기할 수 있다'고 하였다.

57) 대법원 1992. 2. 14. 선고 91다31494 판결, 이 판결에서는 모집설립절차 중 창립총회가 개최되지 않았음을 사유로 하는 무효 주장과 발기설립의 절차를 전혀 밟지 않았음을 사유로 한 무효 주장이 문제로 되었다. 위 판결에 대하여는 이혼사유 또는 재심사유와 달리, 법률상 구체적인 무효 또는 취소사유가 명시되어 있지 않은 회사설립무효의 소의 경우는 각 사유마다 소송물이 개별화되는 것이 아니라 그 위법의 주장 자체가 하나의 소송물이고 구체적인 무효사유는 공격방어방법에 불과한 것으로 보고 원고가 주장하는 무효사유와 다른 사유를 들어 설립의 무효를 인정하였다고 하여 변론주의에 위배되지 않는다는 판시는 타당하다는 평석[오세욱, "형성소송의 소송물과 변론주의", 『판례월보』 263호, 판례월보사(1992), 18~22면]이 있다.

58) 정동윤・유병현, 『민사소송법』, 제3판 보정판, 법문사(2010), 248면

물이나, 이원설에 의하면 '심히 부당한 대우'를 한 것과 '부정행위'를 한 것은 사실관계가 다르다고 보아 소송물을 다르다고 보게 된다. 주총결의취소소송의 경우는 구 실체법설과 이원설에 있어서도 일원설과 같이 주주총회의 개개의 잘못에 따라 소송물이 달라지는 것이 아니라 소송물은 주총결의취소청구로서 1개가 된다.[59]

한편, 신 소송물론의 입장에서, 형성소송에서 소송물의 요소는 청구취지에 기재된 법률관계의 형성이고 청구원인에 기재되는 형성원인(형성권)은 소송물의 요소가 아니며 1개의 법률관계의 형성을 구하는 소송물은 1개이고, 수 개의 경합하는 형성원인에 기하여 청구를 하여도 공격방법이 수 개일 뿐 소송물은 1개라는 견해가 있다. 이 견해는 형성소송의 소송물은 그 형성의 대상과 내용으로 동일성이 특정되고 어떠한 형성원인에 기한 주장인가는 특정할 필요가 없다고 한다.[60]

반면, 구 소송물론에 의하여 소송물을 파악하는 것이 현실적으로 가장 적절하다는 입장에서, 형성의 소는 청구취지에 기재된 내용만으로 소송물이 특정되지 않으며 청구의 원인이 되는 실체법적 근거에 따라 소송물이 특정된다는 견해가 있다. 이는 형성판결을 구하는 각 사유의 중요성을 고려하고 심리의 명확성을 제고하기 위하여 이혼이나 재심청구의 각 사유를 독립된 청구원인으로 보는 것이 타당하기 때문이라고 한다.[61]

다. 일본의 학설

일본에서는 신 소송물론이 도입되기 전에 형성소송의 소송물에 관하여 ①형성

---

59) 호문혁, 앞의 책, 132면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 253면에서는 일본에서 구 실체법설을 취하는 학자(兼子)는 취소 자체의 주장이 포괄적으로 하나의 소송물을 구성한다고 하고, 이원설(이지설)을 취하는 학자(三ヶ月)는 소집절차의 흠과 결의방법의 흠을 세분하여 서로 고립된 역사적 사실이 별개의 취소사유를 구성하는 때에는 소송물이 다르다고 한다고 소개하고 있다.

60) 집필대표 김능환·민일영, 앞의 책, 119~121면; 이시윤, 앞의 책, 260~262면, 이 견해는 형성의 대상인 법률관계가 동일하다고 하여도 형성의 내용이 다른 경우에는 별개의 형성이 되는 것이 원칙이나, 형성 내용의 차이에도 불구하고 주총결의취소의 소와 주총결의무효확인의 소는 하자 있는 결의에 의해 발생한 효력의 해소를 구하는 면에서 소송물이 동일하다고 할 수 있으므로 주총결의무효확인의 소를 제기한 경우에도 확정된 사실을 법률적으로 평가해볼 때 취소사유에 해당한다면 청구를 기각하지 않고 결의취소판결을 할 수 있다고 한다. 마찬가지로 이혼소송과 혼인취소소송도 혼인관계의 해소를 구한다는 점에서 소송물이 동일하다고 볼 수 있으며, 행정처분취소소송과 무효확인소송도 행정처분에 의하여 조성된 위법상태의 배제를 목적으로 한다는 점에서 소송물이 동일하다고 한다.

61) 한충수, 앞의 책, 213~215면, 이 견해는 주총결의취소의 소와 주총결의무효확인의 소 사이에는 하자의 종류를 명백히 달리하고 있어서 소송물이 같다고 할 수 없고, 행정처분취소소송과 무효확인소송의 경우도 청구취지가 다르므로 소송물을 달리 보아야 한다고 한다.

권설, ②형성판결청구권설, ③형성원인설로 나누어 설명하는 견해가 있었다.[62] 이는 형성권설은 형성판결에 의하여만 법적 효과가 발생하는 재판상 형성권이 소송물이라고 하고, 형성판결청구권설은 국가에 대하여 형성판결을 요구하는 청구권을 소송물이라고 하며, 형성원인설은 소송물을 이행소송 및 확인소송과 달리 권리로 구성하지 않고 이혼원인, 혼인취소원인 등과 같이 형성원인 또는 형성요건을 소송물이라고 한다고 설명한다.

신·구 소송물론과 관련하여 형성소송의 소송물을 다음과 같이 설명하는 견해도 있다. ①소송물을 구체적이고 개별적인 권리의 주장이라고 하는 입장(구 소송물론)에서는 형성소송의 소송물은 구체적이고 개별적인 형성권의 주장이라고 한다. ②소송물을 추상적인 법적 효과(이익)의 주장 또는 그러한 법적 효과를 구하는 지위의 주장이라고 하는 입장(신 소송물론)에서는 형성이라는 이익을 주장하거나 형성을 구하는 법적 지위에 있다는 주장이라고 한다.[63] 전자의 입장에서는 형성권을 특정하면 소송물을 특정하게 되는데, 법률에 규정된 추상적 사실(이혼의 경우 부정행위), 이를 뒷받침하는 구체적 사실(간통 등의 사실), 법적 효과를 발생하게 하는 개괄적인 사실(혼인을 계속하기 어려운 중대한 원인) 등 형성권의 요건사실을 어떻게 특정 하느냐에 따라 소송물은 다르게 된다. 반면 후자의 입장에서는 소송물에 권리나 요건사실이 개입할 여지는 없고, 형성되는 법적 상태를 다른 종류의 법적 상태와 구별하여 특정하면 된다.[64]

현재 구 소송물론의 입장에서, 형성소송에서 소송물은 법률요건인 형성원인이 되고, 소송물인 형성원인은 그에 기초하여 원고가 판결에 의한 법률관계의 형성을 구할 수 있다는 취지에서 형성권으로 불릴 수 있지만, 실체법상의 형성권과는 구별된다고 설명하는 견해[65]도 있다.

3. 형식적 형성소송

가. 개념

국내 학설은 형식적 형성소송을 판결의 확정에 의하여 권리 또는 법률관계의

62) 鈴木正裕, 形成訴訟の訴訟物, ジュリスト特集 300號, 有斐閣(1964. 6.), 250면; 鈴木正裕, 形成訴訟の訴訟物, 演習民事訴訟法, 有斐閣(1982), 67~71면

63) 小山昇, 形成訴訟における新舊理論の理論構成, 小山昇著作集 第1卷 訴訟物の硏究, 信山社(1994. 7.), 187면

64) 小山昇, 위의 글, 188~190면

65) 伊藤眞, 民事訴訟法 第4版補訂版, 有斐閣(2014), 160면

변동이 초래된다는 점에서는 형성의 소에 속하지만, 형성요건이 법률에 규정되어 있지 않기 때문에 법원이 요건사실의 인정과 그에 대한 법규의 적용이라는 법적 판단을 거칠 수 없어 재량에 의하여 권리 또는 법률관계를 형성하지 않으면 안 되는 소송을 말한다고 정의하거나,[66][67] 형식은 소송사건이지만 실질은 비송사건성의 법률관계의 변동을 구하는 경우로서 구체적으로 어떠한 내용의 권리관계를 형성할 것인가를 법관의 자유재량에 일임하고 있는 형성의 소라고 정의한다.[68]

공유물분할소송 이외에 경계확정소송, 아버지결정소송(민법 제845조)[69]이 형식적 형성소송에 속한다는 데에는 학설상 이론이 없고, 우리 대법원은 지료결정청구소송(민법 제366조 단서)이 형식적 형성소송에 해당한다고 하였다.[70] 그런데 그 외에 형식적 형성소송의 범주에 넣을 수 있는 구체적인 유형에 대하여는 국내에서 견해의 차이가 있다. 지료나 임료증감청구(민법 제286조, 제628조), 위약금이나 손해배상액감액청구(동법 제398조, 제765조), 약정 해난구조료의 변경청구(상법 제851조), 명예회복을 위한 법원의 처분(민법 764조) 등이 이에 속한다는 견해[71], 법원이 침해행위의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치 내지 행위 등을 명할 수 있는 경우(민법 제764조, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제4조 제2항, 제10조 제2항, 특허법 제126조 제2항 등)가 형식적 형성소송의 성질을 띤다는 견해,[72] 법원이 '명예회복에 적당한 처분' 또는 '신용회복에 필요한 조치' 따위를 명할 수 있는 경우(민법 제764조, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제4조 제2항, 특허법 제131조 등, 민사집행법 제305조에 의하여 직권으로 정하는 가처분)가 형식적 형성소송의 성질을 띤다고 하는 견해[73]가 있다.

반면 독일의 민사소송법 교과서, 주석서 등에서는 형식적 형성소송이라는 용어를 찾을 수가 없다. 일본 문헌에 의하면, 형식적 형성소송이라는 용어는 일본에

---

66) 강현중, 앞의 글, 98면

67) 인용문헌에서 형식적 형성소송의 정의를 소송물론과 관련하여 의식을 하고 기술한 것인지는 불분명하지만, 형성요건이 법정되어 있지 않음에 근거한 것으로 보아 구 소송물론의 입장이라고 생각된다.

68) 이시윤, 앞의 책, 209면; 집필대표 김능환·민일영, 앞의 책, 44, 47면; 이는 신 소송물론의 입장이라고 생각된다.

69) 가사소송법 제2조에서 나류 가사소송사건으로 분류되어 있고, 같은 법 제27조에 당사자에 관한 규정이 있다. 보통 '부를 정하는 소송'이라는 용어가 사용되지만, 이 글에서는 가사소송법 제2조 제1항 나목의 표현에 따라 "아버지결정소송"으로 지칭하기로 한다.

70) 대법원 2001. 3. 13. 선고 99다171742 판결

71) 강현중, 앞의 글, 98면

72) 집필대표 김능환·민일영, 앞의 책, 48면

73) 이시윤, 앞의 책, 209면

서 1920년에 처음 사용된 것 같다고 한다.[74] 일본에서는 형식적 형성소송을 본질적으로는 소송사건의 성질이 없고 비송사건의 성질을 갖는 것이기 때문에 실체법상 권리의 성질을 갖지 않는다고 하거나(형성의 기준이 되는 법규 내지 형성요건을 결한다), 본래 이론적으로는 비송사건절차에 의하여 심리되어야 하지만 연혁적·정책적 이유에서 형성소송의 형식으로 심리되어 오고 있는 것이라고 한다.[75] 일본에서는 경계확정소송, 공유물분할소송, 아버지결정소송 이외에 법정지상권의 지대확정소송(일본 민법 제388조)이 형식적 형성소송에 속한다고 한다. 사건 수나 법적 성질 등과 관련하여 이론적으로 검토되는 빈도는 경계확정소송이 다른 소송에 비하여 월등히 높고, 다음으로는 공유물분할소송이며, 아버지결정소송에 대하여는 거의 검토가 되지 않는다고 한다.[76]

나. 심리의 특징

형식적 형성소송은 심리절차에서 통상의 민사소송절차와 다른 특색을 가진다고 설명된다. 당사자의 구체적인 청구내용에 법원이 구속되지 않는 점(처분권주의의 예외), 사실인정이 되지 않더라도 증명책임의 원칙에 기초하여 원고의 청구를 기각할 수는 없고 반드시 어떠한 해결을 하지 않으면 안 되기 때문에(심판의 대상이 직접적인 법률의 당부의 문제가 아니기 때문이다) 형성판결을 해야 하는 점(증명책임의 예외), 처분권주의의 예외가 상급심에서도 적용되므로 제1심보다 항소인에게 더 불이익한 내용의 판결이 선고될 수 있다는 점(불이익변경금지원칙의 예외)이 그 심리의 특징으로 거론된다.[77]

---

74) 奈良次郎, 共有物分割訴訟の若干の問題点について, 判例タイムズ No.854 (1994. 10. 15.), 22면에 의하면, 山田正三박사가 경계확정소송에 대한 판례평석에서 처음 사용하였고, 1945년 이전에 몇몇 교과서 등에서 경계확정의 소, 공유물분할의 소, 아버지를 결정하는 소 등을 형식적 형성소송으로 설명하였다고 한다.

75) 奈良次郎, 「形式的形成訴訟」の特色についての考察, 4면; 秋山幹男 外, 앞의 책, 21면에서는 '공유물분할의 소, 경계확정의 소, 부를 결정하는 소는 판결에 의하여 법률관계의 변동을 목적으로 하는 점에서 형성의 소로 분류되지만, 그 경우에는 형성요건이 법률상 명확히 정해져 있지 않기 때문에 법원이 스스로 진실이라고 인정하는 것에 따라서 재판을 할 수 있고, 언제나 어떤 해결을 주는 형성판결을 하지 않으면 안된다는 것-청구기각의 판결은 할 수 없다는 것-이 특징이어서 형식적 형성의 소라고 부른다'고 한다; 三ケ月章. 民事訴訟法, 弘文堂(1992), 55~56면에서는 '형성소송 중에서 소송의 형식으로 다투어지지만, 형성을 구하는 지위의 존부를 둘러싼 분쟁으로서 구성할 수가 없고, 나아가서 청구기각이라는 관념을 도입할 여지가 없어서 항상 재판에 의한 형성의 필요성이 긍정되며, 법원은 뭔가의 형성을 하지 않으면 안되는 반면, 원고 주장의 내용이나 범위에 구속되지 않는다고 보아야 하는 특수한 형성소송'이라고 설명한다.

76) 奈良次郎, 「形式的形成訴訟」の特色についての考察, 6면

그 밖에 재판실무상으로는, ①당해 권리에 대하여 요건사실이 없다고 한다면 형식적 형성소송에서는 사실에 관하여 재판상 자백이 성립될 수 있는가, ②만약 재판상 자백이 성립될 수 있다고 한다면 어떤 사실에 관하여 가능한가의 문제, ③형식적 형성소송의 본질이 비송사건이라는 점에서 재판상 화해가 가능한가의 문제, ④형식적 형성소송의 본질이 비송사건이라고 할 경우 통상의 민사소송과의 병합이 가능한가 하는 문제, ⑤형식적 형성소송에서는 원고의 청구를 기각할 수 없다고 한다면 경계확정의 소에서 원고의 소유권이 증명되지 않거나, 공유물분할소송에서 목적물에 관한 공유관계가 증명되지 않을 때 당사자적격의 문제로서 소각하판결을 하여야 하는지, 실체상의 청구권이 없는 경우로서 청구기각판결을 하여야 하는지 등이 문제로 제기된다.[78]

일본에서는 형식적 형성소송은 실질적 비송이라고 하여 공유물분할소송, 경계확정소송, 아버지결정소송을 일괄하여 위와 같이 처분권주의의 예외, 증명책임의 예외, 불이익변경금지원칙의 예외로써 설명하는 통설에 대하여 다음과 같이 비판하는 견해가 있다. ①형성소송의 소송물은 형성권이라고 하면서 경계확정소송 등에 있어서 당사자에게는 형성권이 인정되지 않고 국가에게 형성권이 있기 때문에 비송이라고 한다면 형성소송의 소송물인 형성권도 재판 외에서는 행사할 수 없다는 것을 간과한 것이고, 형성소송의 소송물이 형성요건이라는 입장에서 경계확정소송의 형성요건이 법률에 정해져있지 않아서 비송이라고 한다면 법률에 형성요건이 정해져 있더라도 '불공정'과 같이 추상적으로 정해진 경우(일본 상법 제247조 제1항 제3호의 주총결의취소사유)에 있어서 그러한 추상적인 형성요건을 인정하는 것과 경계확정소송에서 경계를 인정하는 것과 사이에 과연 소송과 비송을 준별하는 것이 정당하다고 할 정도로 판단작용에 있어서 질적 차이가 있는 것인지에 대하여 의문이다. ②공유물분할소송, 경계확정소송, 아버지결정소송을 일괄하여 '형식적 형성소송 = 실질적 비송'이라고 판단할 것이 아니라 개별적으로 상세히 살펴서 각각에 대한 합리적인 해결절차를 고안하는 것이 필요하다. ③통설의 입장은 형식적 형성소송의 특질로서 법원의 재량을 들고 있는데, 법원의 재량

77) 奈良次郎, 「形式的形成訴訟」の特色についての考察, 4~5면; 강현중, 앞의 글, 100~101면, 위 글들에서는 법원은 당사자의 신청과 다른 내용의 재판을 할 수 있다는 것은 양적인 것에 한정되지 아니하며 질적으로 다른 내용을 정하여 판단하더라도 적법하다고 풀이된다고 하면서, 100만원의 신청에 대하여 200만원을 증액하여 인용하는 재판을 하는 것도 가능하고, 40만원을 인용하더라도 일부청구 기각의 재판을 할 필요가 없다고 한다; 집필대표 김능환·민일영, 앞의 책, 48면; 이시윤, 앞의 책, 209면; 김홍엽, 앞의 책, 223면

78) 奈良次郎, 「形式的形成訴訟」の特色についての考察, 5~6면

이 공유물분할소송, 경계확정소송, 아버지결정소송에서 같을 수 없고, 특히 아버지결정소송은 일본 인사소송절차법 제31조의 직권탐지주의가 채용되는 점을 고려할 때 실질적으로 비송사건이라고 하는 데에는 재고가 필요하다. ④상소와 관련하여 형식적 형성소송은 실질적 비송이라는 입장을 관철한다면 자기의 주장대로 판결이 선고된 원고도 상소를 할 수 있게 되는데, 그러한 원고에게 상소권을 인정하는 것이 타당한가의 점에서도 공유물분할소송, 경계확정소송, 아버지결정소송에 대하여 개별적으로 재고할 필요가 있다. ⑤소송비용의 문제와 관련하여, 경계확정소송의 경우 당사자가 경계선에 관하여 어떤 주장과 증명을 하지 않은 경우에 소송비용의 부담은 어떤 기준으로 할 것인지가 문제이다.[79]

다. 형식적 형성소송의 소송물

형식적 형성소송의 소송물에 대하여 직접 언급하고 있는 문헌은 찾기가 어렵다. 소송물에 관하여 구 소송물론의 입장을 취하는 일본 학자의 교과서에는 다음과 같은 설명이 있다. 형식적 형성의 소는 법률관계의 변동을 목적으로 하는 점에서 다른 유형의 형성의 소와 그 성질이 동일하지만, 소송물인 형성원인 또는 형성권이 존재하지 않는다는 특징이 있다. 공유물분할소송에서 당사자는 법원에 분할을 청구하면 되고, 어떤 법률요건사실에 기초하여 어떤 내용의 분할이 청구될 수 있는지에 관해서는 규정되어 있지 않다. 따라서 법원의 심판의 대상이 되는 권리관계가 존재하지 않는다. 즉, 소(訴)라는 신청은 존재하지만, 소송상의 청구 또는 소송물은 존재하지 않는다고 할 수 있다. 그런 의미에서 형식적 형성의 소는 소송의 형식을 취하고 있지만 법률관계의 확정을 목적으로 하는 것이 아니고, 그 실질은 비송이며, 단지 대상인 법률관계의 중요성 등의 정책적 이유에서 소송절차로 하는 데에 지나지 않는다. 형식적이라는 표현이 사용되는 것은 그러한 의미이다.[80]

---

79) 佐々木吉男, 形式的形成訴訟の上訴-いわゆる形式的形成訴訟の再検討-, 裁判と上訴 (小室直人·小山昇先生還暦記念), 有斐閣(1980), 67~71면

80) 伊藤眞, 앞의 책, 162~163면, 이 글에서는 형식적 형성소송의 소송법상의 특색으로서 처분권주의와 변론주의가 적용되지 않는다는 것을 든다. 처분권주의와 변론주의는 소송물인 권리관계에 관하여 사적자치의 원칙이 타당하다는 것에 근거를 두는 것이기 때문에, 소송물인 권리관계가 존재하지 않는 형식적 형성소송의 경우에는 위 원칙이 타당하지 않고, 법률관계의 기초가 되는 요건사실이 존재하지 않는 이상, 그것에 관한 진위불명은 있을 수 없으며, 따라서 법원은 경계확정소송에서 경계선이 불명한 것을 이유로 청구기각판결을 할 수 없고, 직권으로라도 어떤 경계선을 정하지 않으면 안된다고 한다.

일본 하급심판결 중에도 '공유물분할의 소는 공유자 사이에 공유물분할의 협의가 성립되지 않는 경우에 그 분할을 청구하는 소이고, 분할을 인용하는 판결의 확정에 의하여 창설적으로 목적물의 분할이 형성되며, 소송물이 되는 청구(형성요건)가 법정되어 있지 않기 때문에, 분할방법에 관하여 법원은 당사자의 신청에 구속되지 않으므로 일반적으로 형식적 형성소송이라고 불리고 있다'고 판시한 것이 있다.[81]

IV. 공유물분할소송의 심판대상

1. 공유물분할소송의 실제

통설인 형식적 형성소송설에 따르면, 공유물분할소송의 청구취지는 'ooo(공유물)의 분할을 구한다'이면 되고, 청구원인은 '원고와 피고가 공유하고 있는 ooo(공유물)의 분할방법에 관하여 협의가 성립되지 않았다'고 주장하면 충분하며,[82] 법원은 자유로운 재량에 따라 가장 합리적인 방법으로 공유물분할을 명하면 된다.

그런데 공유물분할소송의 실제는 위와 같이 간결하지는 않다.

실제 사용되는 공유물분할청구의 청구취지의 기재례는, '서울 서초구 서초동 345-6 대 2,700㎡ 중 별지 도면 표시 1,2,5,6,1의 각 점을 차례로 연결한 선내 (가)부분 1,500㎡를 원고의 소유로, 같은 도면 표시 2,3,4,5,2의 각 점을 차례로 연결한 선내 (나)부분 1,200㎡를 피고의 소유로 분할한다', '별지 목록 기재 부동산을 경매에 부쳐 그 대금에서 경매비용을 공제한 나머지 금액을 원고에게 6/10, 피고에게 4/10의 각 비율로 분할(분할, 배당)한다'와 같이 분할방법을 구체적으로 특정하고 있다.[83] 재판실무에서도 통상의 소와 같이 청구취지를 명확히 할 필요는 없고 법원의 재량권 행사의 기초가 청구취지에 나타나 있으면 충분하다고 하면서도, 공유불분할방법에 대한 원고의 의견은 법원의 심리와 피고의 답변을 위한 출발점이 되므로 재판장의 보정명령이나 참여사무관의 보정권고로써 원고가

81) 東京高裁 1966(昭和 41), 1. 21.판결, 秦公正, 共有物分割訴訟の非訟性の再檢討(四) -共有物分割訴訟における當事者の申立ての拘束力を中心に-. 法學新報 119卷 3・4號, 有斐閣(2012), 7면에서 재인용

82) 佐々木吉男, 앞의 글, 63면

83) 사법연수원, 『2016 민사실무 I』, 사법연수원(2016), 91~92면

바라는 분할방법을 특정하게 하는 것이 바람직하다고 하고, 공유물분할을 구하는 청구취지는 일반 공유관계의 공유자 사이에 분할협의가 성립되지 않았다는 취지의 청구원인에 의하여 뒷받침되어야 한다고 한다.[84]

공유물분할소송의 실무에 있어서, 공유물분할방법에 관한 심리가 이루어지기 전에 당사자가 공유자 전원인가, 공유물분할소송의 대상이 분할할 수 있는 공유물인가,[85] 공유자들 사이에서 분할협의가 성립되어 있는지, 공유자들 사이에 분할금지의 약정이 있는지, 분할을 금지하는 법률의 규정(민법 제215조, 제239조, 제268조 제3항, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제8조)이 있는지, 공유자들 사이에 실질적 지분이 어떻게 되는지[86] 등에 대한 심리가 이루어져야 한다. 공유물분할방법과 관련하여는 통상 현장검증, 측량감정, 시가감정 등의 증거방법이 사용된다.[87]

우리 법원의 실무는 공유물분할소송이 당사자적격을 갖추지 않았거나 이미 분할협의가 성립된 경우에는 이를 각하하고, 분할금지의 약정이 인정되거나 일반 공유관계가 아닌 구분소유적 공유관계가 인정되는 경우에는 원고의 청구를 기각한다. 법원은 원고의 공유물분할청구권의 행사가 적법하고 이유 있다고 인정하는 경우에 비로소 당사자가 청구하는 분할의 방법에 구속되지 않고 법원이 적절하다고 인정하는 방법으로 공유물의 분할을 명하고 있다.[88]

공유물분할방법과 관련하여 대법원은, '원칙적으로는 각 공유자가 취득하는 토

---

84) 법원행정처, 『공유물분할·경계확정 재판실무편람』, 법원행정처(2004), 27면

85) 대법원 2000. 1. 28. 선고 98다17183 판결은 '공유 주식은 공유물분할소송의 대상이 되지만, 주권의 인도청구 또는 양도청구의 권능의 분할을 구하는 공유물분할청구의 소는 민법 제268조에 의하여 허용되지 않는다'고 하고, 대법원 1989. 9. 12. 선고 88다카10517 판결 등은 '구분소유적 공유관계에 있는 경우에는 공유물분할소송이 아니라 지분이전등기청구소송에 의하여야 한다'고 하며, 대법원 1969. 2. 18. 선고 68다2464 판결은 '환지예정지 지정처분이 있는 상태에서는 종전의 지번과 지적에 의한 공유물 분할청구를 할 수 없다'고 한다. 또 대법원 1993. 2. 9. 선고 92다37482 판결은 '공동명의수탁자들이 수탁받은 부동산에 대하여 공유물분할을 하는 것은 명의신탁의 목적에 반하고 신탁자가 명의신탁을 한 취지에도 어긋나며, 특히 종중의 재산을 보존하고 함부로 처분하지 못하게 하기 위하여 다수의 종중원에게 공동으로 명의신탁한 경우에는 더욱 그 취지에 반하는 것으로서 허용되지 아니한다'고 한다.

86) 대법원 2001. 3. 9. 선고 98다51169 판결은 '공유물분할청구소송에 있어 원래의 공유자들이 각 그 지분의 일부 또는 전부를 제3자에게 양도하고 그 지분이전등기까지 마쳤다면, 새로운 이해관계가 형성된 그 제3자에 대한 관계에서는 달리 특별한 사정이 없는 한 일단 등기부상의 지분을 기준으로 할 수밖에 없을 것이나, 원래의 공유자들 사이에서는 등기부상 지분과 실제의 지분이 다르다는 사실이 인정된다면 여전히 실제의 지분을 기준으로 삼아야 할 것이고 등기부상 지분을 기준으로 하여 그 실제의 지분을 초과하거나 적게 인정할 수는 없다'고 한다.

87) 법원행정처, 앞의 책, 30~31면

88) 법원행정처, 앞의 책, 36면

지의 면적이 그 공유지분의 비율과 같도록 하여야 할 것이나, 반드시 그런 방법으로만 분할하여야 하는 것은 아니고, 분할 대상이 된 공유물의 형상이나 위치, 그 이용 상황이나 경제적 가치가 균등하지 아니할 때에는 이와 같은 제반 사정을 고려하여 경제적 가치가 지분 비율에 상응되도록 분할하는 것도 허용되며, 일정한 요건이 갖추어진 경우에는 공유자 상호간에 금전으로 경제적 가치의 과부족을 조정하게 하여 분할을 하는 것도 현물분할의 한 방법으로 허용되고, 나아가 공유관계의 발생원인과 공유지분의 비율 및 분할된 경우의 경제적 가치, 분할 방법에 관한 공유자의 희망 등의 사정을 종합적으로 고려하여 당해 공유물을 특정한 자에게 취득시키는 것이 상당하다고 인정되고, 다른 공유자에게는 그 지분의 가격을 취득시키는 것이 공유자 간의 실질적인 공평을 해치지 않는다고 인정되는 특별한 사정이 있는 때에는 공유물을 공유자 중의 1인의 단독소유 또는 수인의 공유로 하되 현물을 소유하게 되는 공유자로 하여금 다른 공유자에 대하여 그 지분의 적정하고도 합리적인 가격을 배상시키는 방법에 의한 분할도 현물분할의 하나로 허용된다'고 하고,[89] '재판에 의한 공유물분할은 각 공유자의 지분에 따른 합리적인 분할을 할 수 있는 한 현물분할을 하는 것이 원칙이나, 대금분할에 있어 "현물로 분할할 수 없다"는 요건은 이를 물리적으로 엄격하게 해석할 것은 아니고, 공유물의 성질, 위치나 면적, 이용 상황, 분할 후의 사용가치 등에 비추어 보아 현물분할을 하는 것이 곤란하거나 부적당한 경우를 포함한다 할 것이고, "현물로 분할을 하게 되면 현저히 그 가액이 감손될 염려가 있는 경우"라는 것도 공유자의 한 사람이라도 현물분할에 의하여 단독으로 소유하게 될 부분의 가액이 분할 전의 소유 지분 가액보다 현저하게 감손될 염려가 있는 경우도 포함한다'고 한다.[90] 사실심으로서는 합리적인 분할방법을 찾기 위하여 분할 대상인 공유물의 형상이나 위치, 그 이용 상황이나 경제적 가치, 공유관계의 발생원인과 공유지분의 비율 및 분할될 경우의 경제적 가치 및 그 균등 여부, 분할 방법에 관한 공유자의 희망 등의 사정 등에 관한 심리를 하여야 한다.

---

89) 대법원 2004. 10. 14. 선고 2004다30583 판결 등
90) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2002다4580 판결 등

2. 공유물분할소송의 비송성에 대한 검토

가. 소송과 비송

소송과 비송은 재판작용의 성질에 착안하여 구별된다. 즉, 소송사건은 법규에 추상적으로 예정하고 있는 것을 적용하여 분쟁을 해결하는 민사사법(司法)인 반면, 비송사건은 국가가 단적으로 사인간의 생활에 개입하기 위하여 명령처분을 하는 민사행정이다.[91] 소송절차와 비송절차는 ①당사자주의와 직권주의, ②재판의 공개 여부, ③대리인이 변호사로 제한되는가, ④사실인정에 엄격한 증명을 요하는지 자유로운 증명으로 충분한지, ⑤구술변론이 필요적인지 서면심리만으로도 족한지, ⑥재판의 형식이 판결인지 결정인지, ⑦확정재판에 기판력이 있는지 등에서 명확한 차이가 있다. 양 절차를 비교하면 소송절차가 당사자의 절차보장에 있어서는 두텁고, 비송절차는 신속의 요청에 부응하는 특징이 있다.[92] 이러한 절차적 특징을 기초로 할 때 비송사건으로 볼 수 있는 성질로서, ㉠법관의 재량이 필요한 사건, ㉡계속적인 사건이어서 사정에 따라 재판을 취소・변경하지 않으면 안 되는 사건, ㉢신속한 해결을 요하는 사건, ㉣공익적 요소가 강한 사건을 드는 견해도 있고,[93] ㉠형성처분적 성질, ㉡형성처분을 함에 있어서 재량을 필요로 하는 성질, ㉢신속한 해결을 필요로 하는 성질, ㉣사정에 따라서 재판을 변경할 필요가 있는 성질, ㉤이해의 대립이 현실적으로 1:1이라기 보다는 1:집단이라고 하는 형태의 성질(대심구조에 친하다고 볼 수 없는 성질), ㉥프라이버시의 존중이 특별히 요청되는 성질 등을 드는 견해도 있다.[94]

비송절차는 공개, 대심(對審)방식을 취하지 않고 당사자가 절차 내에서 스스로의 주장을 펼치고 공격방어를 할 기회가 충분히 보장되지 않기 때문에 당사자의 절차보장이 두텁다고는 할 수 없지만, 법원이 재량에 의하여 적절한 처분을 간이・신속하게 함으로써 개인 간의 생활관계의 조정을 도모하는 데에 기동성을 발휘

91) 일본의 통설이라고 한다; 일본 최고재 1965. 6. 30. 대법정결정은 법률상 실체적 권리관계 자체에 대한 다툼을 확정하는 절차를 소송이라고 하고, 비송은 실체적 권리의무의 존재를 전제로 하여 법원이 후견적 입장에서 재량권을 행사하여 구체적 내용을 형성하는 것이라고 하였다; 우리 학계에서는 소송과 비송의 구별에 관하여 목적설, 대상설, 실체법설로 나누고 대상설이 다수설이라고 설명한다. 이시윤, 앞의 책, 14~15면

92) 青山善充, 訴訟と非訟 , 別冊 ジュリスト No.169(2003. 12.) 4~5면; 강현중, “소송과 비송”, 『고시계』 통권 322호(1983), 152면에서는 소송절차는 매우 형식적이고 신중한 특징을 갖는데 대하여 비송절차는 운용이 대단히 탄력적이고, 신속・간이함을 위주로 하는 유형적인 특징이 있다고 한다.

93) 鈴木正裕, 訴訟と非訟, 演習民事訴訟法, 青林書院(1987), 32면

94) 新堂幸司, 訴訟と非訟, ジュリスト 增刊 民事訴訟法の爭點[第3版], 有斐閣(1998. 9. 5.), 13면

할 수 있는 절차라는 장점을 가지고 있다. 한편, 비송절차는 공개, 대심, 판결이라는 절차를 취하지 않기 때문에 소송사건을 비송절차로 취급하는 경우에 헌법에 보장된 재판받을 권리를 침해하게 되는 문제가 발생한다. 일본에서는 헌법상의 재판받을 권리의 보장을 위해서 사건의 유형을 단순히 소송사건인가 아닌가로 구분하거나, 절차를 소송절차인가 비송절차인가로 양분할 것이 아니라, 사건의 성질을 세밀히 분석하고 그에 따라서 다양한 절차의 태양 및 그러한 절차의 합리적인 조합을 고안하여야 한다는 견해도 있다.[95]

나. 형식적 형성소송의 비송성

형식적 형성소송으로 분류되는 공유물분할소송, 경계확정소송, 아버지결정소송이 본질적으로 비송사건의 성질을 갖는다고 보는 근거는 동일하지 않다. 아버지결정소송은 사회의 근본인 신분관계의 변동을 생기게 하는 것이기 때문에 공익성이 현저하다는 점을 들고, 경계확정소송도 국가의 구성요소의 기본이 되는 토지의 경계확정은 사인들뿐만 아니라 국가도 중대한 관심을 가지는 것이기 때문에 공익성이 강하다는 점이 강조된다. 한편, 공유물분할소송은 원래 사인 간에 정할 수 있는 것이어서 사적 자치에 맡길 수 있는 영역이지만, 다수의 이해관계인이 있기 때문에 가장 공정한 절차에 의하여 심리하여 재판을 하는 방법이 신뢰를 높이고 적절한 판단을 할 수 있기 때문에 법원에 맡겨진 것인데, 다수인의 이해대립을 해결하기 위해서는 통상 민사소송이 아니라 비송사건으로서 법원의 재량에 위임하는 것이 보다 적절하고 타당한 해결방법을 제시할 수 있다는 것이 그 근거가 된다고 한다.[96]

형식적 형성소송이 본질적으로 비송사건이라는 것이 통설인바, 본질적으로 비송사건인 공유물분할소송 등에 관하여 비송사건절차법을 적용하지 않고 민사사건으로서 취급하여 기본적으로 민사소송법을 적용하여 오고 있는 이유는 다음과 같이 설명된다. 공유물분할소송에 대하여 비송사건절차법이 적용된다면 재판이 결정에 의하여 신속, 간이하게 발령될 수 있으나, 절차에 있어서는 당사자의 절차권이 보장되지 않고, 법원의 재량에 맡겨지는 분야가 넓어지기 때문에 당사자에게는 불안이 커질 우려가 있다. 반면 이를 형식적 형성소송으로 취급함으로써 기

95) 新堂幸司, 앞의 글, 12~13면
96) 奈良次郎, 「形式的形成訴訟」の特色についての考察, 6면

본적으로 당사자는 주장, 증거조사 등에서 충분한 절차를 보장받을 수 있고, 다소 시간이 걸리더라도 신중한 심리가 행해질 수 있으며, 재판으로서는 판결절차가 확보되고, 불복신청도 항소, 상고의 절차를 거칠 수 있다. 이 때문에 이론적으로 다소 애매하고 모순이 있더라도 재판절차에 의하는 것이 최선이어서 종래의 절차대로 해오고 있다.[97]

한편, 형식적 형성소송은 전형적인 비송사건으로부터는 아주 멀리 있고, 민사소송에 훨씬 더 가깝다는 것은 부정하기 어려운 사실인데, 그러한 소송에까지 비송사건의 이름을 씌우는 것은 비송사건의 개념을 극단적으로 비대화하는 것이기 때문에, 그런 종류의 소송을 민사소송과 비송사건절차의 중간에 위치시키고, 중간적 절차 또는 제3의 절차라고 설명하는 것이 소송의 실상에 적합한 설명방법이라는 견해[98]도 있다.

다. 공유물분할소송의 비송성에 대한 재검토

일본에서는 공유물분할소송의 본질이 비송이라는 데에 근거한 형식적 형성소송의 통설적 견해에 대한 재검토를 주장하는 다양한 견해가 있다.

1) 비송성을 긍정하는 견해

형식적 형성소송은 본질적으로 비송이라는 통설의 입장에 강한 비판을 제기하면서, 구체적인 소송유형별로 ①경계확정소송은 본질적으로 민사소송에 속한다고 하고 ②아버지결정소송에 대하여는 입법적으로 폐지를 주장하면서도, ③공유물분할소송에 대하여는 경계확정소송 및 아버지결정소송과 달리 비송성을 긍정하면서 다음과 같이 설명하는 견해가 있다. 공유물분할소송의 당사자는 공유라는 우연한 사유에 의하여 다수가 존재할 수 있는데, 이는 제소하는 당사자에게 구체적인 분할방법이나 내용에 관하여 주장·증명하게 하는 것이 자연스럽고 합리적이라고 할 수 없는 고유의 이유가 된다. 공유물분할소송에서는 경계확정소송 및 아버지결정소송과 달리 당사자가 분할방법이나 내용에 관하여 주장·증명을 요하지 않는다고 할 고유의 합리적인 이유가 있기 때문에, 법원이 당사자의 주장에 구속되지 않는

97) 奈良次郎, 「形式的形成訴訟」の特色についての考察, 6~7면
98) 鈴木正裕, 訴訟と非訟, 38면

것이 당연하다. 또 공유물분할의 한 형태로 취급할 수 있는 상속재산분할이 가정법원의 심판사항으로 취급되고 다양한 형태의 분할이 가능하다. 요컨대 공유물분할은 소송의 형식을 취하고 있지만, 광의로 청산적 절차에 속한다고 할 수 있다. 원고가 분할방법에 대하여 일정한 구체적인 주장을 하였고, 그것이 인용된 경우에 소송형식을 취하는 이상 원고에게 상소의 이익이 없다고 해석할 수 있지만, 현물분할, 경매분할 이외에 다양한 분할의 방법이 가능하기 때문에 소위 불이익변경금지의 원칙 및 이익변경금지원칙의 적용되지 않는다고 할 수 있다.[99]

2) 비송성에 대한 의문을 제기하는 입장

가) 공유관계의 폐지와 분할의 실시방법으로 분류하는 견해(奈良次郎 교수)

이 견해는 1980년 중반에 제기된 것으로서, 공유물분할소송에 있어서는 ①공유관계의 폐지와 ②그 폐지종료에 동반하는 분할의 실시방법이라고 하는 두 가지 측면이 있는데, 양자는 성질을 달리하는 것으로서 서로 다르게 취급해야 한다고 주장한다. 공유물분할의 실시방법에 대한 당사자의 청구는 본질적으로 비송사건이라고 하는 것은 문제가 없지만, 공유물분할의 청구(공유관계의 폐지)는 비송성이 있다고 할 수 없으므로 공유물분할의 청구(공유관계의 폐지)에는 통상의 소송의 성질(처분권주의)에 따른 구속성을 인정할 수 있다는 것이다. 이 견해에 따르면 갑, 을, 병, 정이 공유하는 공유물에 관하여 갑과 을이 공동원고가 되어 병과 정을 상대로 공유관계의 폐지를 청구하는 경우, (갑과을 상호간에는 공유관계의 폐지가 청구된 바 없으므로) 법원은 갑과 을의 공유관계의 존속에 구속되게 된다.[100]

나) 본질적으로 소송사건으로 보아야 한다는 견해(秦公正 교수)

비교적 최근에 새롭게 제기된 견해는 다음과 같다.

공유물분할소송은 ①분할을 신청하는 자가 그러한 분할을 청구할 수 있는가 없는가의 측면과 ②그것이 긍정되는 경우에 구체적으로 분할내용을 어떻게 명해야 하는가라는 두 가지의 측면으로 구별할 수 있다. 전자인 공유물분할청구권의

---

99) 佐々木吉男, 앞의 글, 76~78면

100) 奈良次郎, 共有物分割の訴えについて(二), 判例タイムズ No.580 (1986. 3. 20.), 14면 등; 김황식, 앞의 글, 660~661면에서는 공유관계의 폐지에 관한 다툼은 공유관계의 존부에 관한 다툼이거나 불분할 특약이나 법률에 의한 분할금지에 관한 해석의 다툼에 불과하므로 이것은 분할청구의 전제 문제일 뿐 형성소송의 대상이 되는 것은 아니라고 한다.

존부, 즉, 분할의 가부도 심판대상(소송물)이라고 할 수 있는데, 이는 소송사건이어서 처분권주의가 적용되어야 한다.[101] 후자인 분할방법의 결정도 당사자의 처분이 허용되는 점, 공익성이 높다고 할 수 없는 점, 재량에 의한 판단이 필요하지만 그것이 적극적으로 필요한 사건은 아닌 점, 분할내용을 둘러싸고 당사자의 이해의 대립이 첨예화되는 점, 비공개에 의한 심리의 필요성이 높다고 할 수 없는 점 등을 종합적으로 고려할 때 비송사건절차보다 소송절차에 의하는 것이 적합하다. 현실적으로도 공유물분할소송이 소송의 형식으로 행해지는 사정을 고려할 때, 공유물분할소송은 원칙적으로는 소송절차에 의하여 심리되어야 할 소송사건이지만 그 일부에 법원의 재량에 의한 처리가 필요한 점에서 비송적 요소를 가지는 사건이라고 하는 것이 적절하다.[102]

이 견해는, 공유물분할소송은 전면적으로 비송성을 가지는 사건이 아니고, 권리의 존부를 판단하는 소송사건의 요소를 병존적으로 가지는 것으로서, 당사자의 자치가 존중되어야 하는 소송사건의 일부에 법원의 재량이 인정될 수 있는 비송적인 요소가 있는 것, 즉, 민사소송의 일반적인 원칙을 적용하는 것이 일부 타당하지 않는 부분을 가진 사건이라고 이해한다. 또 이 견해는 전면적 가액보상 분할은 현물분할이나 가격분할과 질적인 차이가 있으므로 원고의 청구에 구속력이 인정되어야 한다고 한다.[103]

---

101) 秦公正, 共有物分割訴訟の非訟性の再檢討(五·完) -共有物分割訴訟における當事者の申立ての拘束力を中心に-. 法學新報 120卷 3·4號, 有斐閣(2013), 4~10면

102) 秦公正, 共有物分割訴訟の非訟性の再檢討(五·完) -共有物分割訴訟における當事者の申立ての拘束力を中心に-. 14~23면, 이 견해는 소송사건 중에도 법원의 재량이 넓게 인정되는 의미에서 비송적 요소를 가진 사건이 있기 때문에 공유물분할소송의 성질을 위와 같이 이해하더라도 무리한 논의는 아니라고 하면서 손해배상소송에서 손해의 발생 자체는 인정되지만 그 손해액의 증명이 불충분한 경우에는 그 청구를 기각하는 것이 아니라 법원이 재량에 의하여 손해액을 정할 수 있고, 또 위자료의 산정에 관하여도 비송적 처리가 필요한 것 등을 그 예가 될 수 있다고 한다; 三ヶ月章, 앞의 책, 18면에서는 현실적으로 법원이 처리해야하는 사건은 소송이나 비송의 성격을 확실히 가지는 것에 한정되지 않고, 형식적으로는 소송으로 처리됨에도 비송적 처리가 적당 또는 필요한 경우도 있다고 하면서, 그 예로서 형식적 형성소송, 가처분방법의 결정, 손해배상, 특히 위자료산정 등이 비송적 처리에 친하다고 볼 수 있다고 한다.

103) 秦公正, 共有物分割訴訟の非訟性の再檢討 -共有物分割訴訟における當事者の申立ての拘束力を中心に-(1), 47면

3. 공유물분할소송의 소송물

가. 일본에서의 논의

일본 최고재판소 1952(昭和 27). 5. 2.판결[104]은, '당해 소의 청구원인은 상고인 소유의 본건 부동산에 관하여 상고인으로부터 피상고인에게 1/2지분을 양도하는 취지의 조정이 당사자 사이에 성립하고, 그의 소유권이전등기를 마쳤지만, 그 조정은 가장의 의사표시에 기한 것이므로 무효라는 것이고, 또 원심판결이 인용한 전 확정판결은 피상고인이 원고가 되어 상고인을 피고로 하여 그 조정에 기하여 취득한 1/2지분권에 기하여 분할청구권이 있다는 것을 원인으로 제기한 공유물분할청구소송에 대한 것이다. 그러므로 전자는 위 조정에 기하여 권리관계의 존부를 소송물로 한 데에 반하여, 후자는 위 조정에 의한 공유권의 취득을 전제로 한 것이라고 할 수 있고 직접 소송물은 공유권에 기한 분할청구권의 존부라는 것이 명확하다. 따라서 위 분할청구소송에 있어서 법원은 앞의 조정에 기한 본건 부동산의 1/2지분이 상고인으로부터 피상고인에게 유효하게 증여되었지만 당사자 사이에 그 공유물의 분할을 청구하지 않기로 하는 계약도 동시에 성립되었기 때문에 피상고인은 그의 분할을 청구할 수 없다는 이유로 피상고인의 청구를 기각하였고 그 판결이 확정되었으므로 그 확정판결에 의하여 소송물인 공유물분할청구권의 존재가 부정된 것에 지나지 않고 그 판결의 이유에서 본건 부동산의 1/2지분이 증여에 의하여 피상고인에게 이전되었다고 판단되었다고 하더라도 그 부분에까지 기판력이 미치지 않는다'라는 판시를 하였다.

위 판결의 의미에 대하여는 다양한 해석이 있다. 奈良次郎 교수는 공유지분권의 부존재를 당사자적격의 흠결에 의한 소의 부적법의 문제가 아니라, 오히려 원고의 청구를 기각한 실체 판결을 용인하고 있다는 것에 주목할 만하다고 한다.[105] 秦公正 교수는 공유물분할청구권이 공유물분할소송의 소송물이 아니라고 한다면 공유물분할청구권의 부존재를 이유로 원고의 청구를 기각한 판결이 확정되더라도 그 판단에 기판력이 생긴다고 할 수 없게 되기 때문에 공유물분할소송에서 공유물분할청구권의 존부가 심판대상이 된다고 주장하면서, 최고재가 위 판결을 통하여 공유물분할소송의 소송물은 공유권에 기초한 공유물분할청구권의 존부라는 것을 분명히 하였다고 한다.[106]

---

104) 最高裁判所民事裁判集(6卷 5号), 483~485면

105) 奈良次郎, 「形式的形成訴訟」の特色についての考察, 12면

반면, 형식적 형성소송의 소송물과 관련하여 공유물분할소송에서 어떤 법률요건사실에 기초하여 어떤 내용의 분할이 청구될 수 있는지에 관해서는 규정되어 있지 않음을 이유로 소송물이 존재하지 않는다고 하는 견해가 있고,[107] 하급심 판결 중에는 공유물분할소송에서 소송물이 되는 청구(형성요건)이 법정되어 있지 않기 때문에 분할방법에 관하여 법원은 당사자의 신청에 구속되지 않는다는 취지의 판시를 한 것(東京高裁 1966(昭和 41), 1. 21.판결)이 있음은 앞에서 본 바와 같다.

나. 우리나라에서의 논의

우리 민사소송법 주석서나 교과서, 학계에서 발표된 논문 등에서 공유물분할소송의 소송물에 관하여 언급하고 있는 문헌은 찾을 수가 없었다. 공유물분할소송의 실무에 관한 문헌에서, 청구병합과 관련하여 '원고가 여러 개의 분할방법을 주장하면서 그 분할방법에 순서를 매겨서 복수의 청구를 할 수 있는지와 관련하여, 실무상으로 현물분할과 경매분할을 주위적, 예비적 청구취지로 청구하거나 분할방법을 달리한 복수의 현물분할을 주위적, 예비적 청구취지로 청구하는 예를 볼 수 있으나, 형성소송의 소송물은 청구취지에 표시된 법률관계의 형성을 구할 수 있는 법적 지위의 주장 내지 판결을 통한 법률관계의 형성의 요구이고, 따라서 공유물분할소송의 소송물은 공유자 지위의 주장 또는 공유물분할판결의 요구로 보아야 하므로 공유물분할방법에 관한 원고의 서로 다른 주장은 독립한 소송물이 아니라 공격방어방법에 불과하다'고 기술하고 있다.[108]

다. 우리 민법 제269조의 의미와 공유물분할소송의 소송물

소송절차에 의하여 진행되어 선고되고 확정된 판결에서 소송물이 없었다는 것은 어떤 의미일까? 소송물이 무엇인가의 문제, 소송물이 같은가 다른가(동일성의 식별 기준)의 문제는 소송물론에 따라 달라질 수 있지만, 법적 분쟁과 관련하여 소송물이 어떤 역할을 하는지(그 실천적 의미)에 대하여는 신·구소송물론의 차이

106) 秦公正, 共有物分割訴訟の非訟性の再檢討(五·完) -共有物分割訴訟における當事者の申立ての拘束力を中心に-, 8~9면
107) 伊藤眞, 앞의 책, 162~163면
108) 법원행정처, 앞의 책, 34면

가 없다. 즉 소송물은 토지관할이나 사물관할, 청구의 특정 여부, 소의 병합, 소의 변경, 중복소송, 처분권주의 위배 여부, 기판력의 범위, 재소금지, 시효중단, 제척기간 준수 등의 판별에 있어서 그 기준이 된다.[109]

통설은 공유물분할소송은 소송절차에 의하여 형성판결이 선고되지만, 형성권 또는 형성원인이 법률에 규정되어 있지 않아서 본질적으로 비송사건이므로 형식적 형성소송이라고 하거나, 비송사건성을 갖는 법률관계의 변동을 구하는 것이어서 구체적인 권리관계의 형성이 법관의 자유재량에 일임되어 있어서 형식적 형성소송에 해당된다고 한다. 민법 제269조의 해석상 공유자에게 특정한 내용의 현물분할을 구하거나 바로 경매에 의한 대금분할을 구할 권리가 있다고 해석할 수는 없다고 하면, 구체적인 분할방법의 결정 또는 공유물분할에 따른 법률관계의 형성은 법관에게 일임된 사항이므로 공유물분할소송은 실질적으로 비송사건이라는 통설의 입장에 따른 설명도 가능하다.

그런데 공유물분할소송을 실질적 비송이어서 형식적 형성소송이고 소송물이 없다고 할 수 있을까? 갑이 공유자라고 주장하면서 공유물분할소송을 제기하였다가 공유자가 아니라는 이유로 청구기각의 판결을 선고받고 그 판결이 확정된 후 다시 동일한 청구를 할 경우 전소 확정판결에 기판력이 있다고 할 수는 없는가? 또, 1/2 지분권자인 갑이 1/2지분권자인 을을 상대로 공유물분할소송을 하여 법원이 현물분할 또는 대금분할의 판결을 하였고 그 판결이 확정되었는데, 그 후 다시 동일한 물건에 대하여 공유물분할소송을 할 경우 갑의 후소에 대하여 전소의 기판력을 이유로 배척할 수는 없는가?[110] 대법원은 1981. 3. 24. 선고 80다1888, 1889 판결에서 '원고는 위 확정판결을 받은 전소에서 공유물 분할청구 소를 제기하여 경매에 의한 매득금의 일정 비율을 분할 취득하라는 판결을 받은바, 이 권리는 공유물분할청구권이므로 소멸시효의 대상이 될 수 없다 할 것이니 이 권리를 10년의 시효기간 경과로 인하여 소멸하였다는 원판시는 공유물분할청구권에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이며, 위 확정판결은 기판력과 집행력이 있다고 할 것이어서 그 확정판결의 원본이 멸실되어 강제집행(경매신청)에 필요한 집행문을 받을 수 없다는 등 특별한 사정이 없는 한, 본 건과 같은 동일한 소를 제기할 소의 이익이 없다'고 판시하여, 공유물분할판결의 기판력을 긍

109) 집필대표 김능환, · 민일영, 앞의 책, 110~111면

110) 兼子一, (新修)民事訴訟法體系, 酒井書店(1957), 41면에서는 비송사건의 재판은 기존의 법률관계나 법률요건에 관하여 기판력을 가지지 않는다고 한다.

정하였다.[111]

앞에서 본 바와 같이 공유물분할소송의 심리과정은 통상의 민사소송의 진행과정과 다르지 않다. 공유물분할소송은 분할방법에 관한 청구의 특정이 요구되지 않고 그에 관한 법원의 구속력이 배제된다는 측면에서 특징이 있는 소송임에는 틀림이 없다. 그런데 이러한 공유물분할소송의 특징이 다른 민사소송과 공유물분할소송의 성질을 (본질적으로) 구별할 정도로 이색적인 것인지에 대하여는 의문이다. 공유물분할소송의 심리는 불법행위에 기한 손해배상청구소송, 특히 위자료청구소송과 크게 차이가 없다. 공유물분할소송에서는 원고가 공유자로서 공유물분할청구를 할 수 있는지, 즉 공유물분할청구권이 있는지를 심리하고 그 다음에 합리적인 공유물분할방법을 결정하기 위한 심리를 하여 판결을 하게 되는데, 이는 불법행위에 기한 손해배상청구소송에서 불법행위의 성립 여부, 즉 손해배상청구권의 발생에 관한 심리를 한 다음에 손해의 범위에 관하여 심리를 하는 것과 다르지 않다(전 단계에서 공유물분할청구권의 존재 및 손해배상청구권의 발생에 대하여는 원고에게 주장·증명책임이 있다). 나아가 공유물분할방법의 심리에 있어서도 원고에게 주관적 증명책임이 있지만 원고가 주장하는 분할방법의 합리성에 관하여 법원이 확신을 가지지 못하더라도 원고의 공유물분할청구를 기각할 수는 없고 공유물의 형상, 위치, 이용 상황, 경제적 가치 등을 심리하여 합리적이고 적정한 분할방법을 판결에 의하여 선언하여야 한다. 이는 손해배상청구소송에 있어서 불법행위로 인한 손해의 발생사실이 인정됨에도 손해액에 관한 당사자의 주장과 증명이 미흡한 경우에 법원이 증명을 촉구하고 경우에 따라서는 직권으로도 손해액에 관하여 심리, 판단하여야 하는 것,[112] 특히 불법행위로 입은 정신적 고통에 대한 위자료 액수를 사실심 법원이 제반사정을 참작하여 재량에 의하여 산정하는 것[113]과 다르지 않다. 다만, 손해배상청구소송은 금전청구이어서 법원의

111) 대법원 2007. 4. 26. 선고 2006다78732 판결에서, 동업관계가 해지되었음에 기초한 공유물분할소송에서 당사자 사이에 공유물을 원고의 단독 명의로 하고 원고가 피고에 일정한 금원을 지급하기로 하는 내용의 조정이 성립된 후, 원고가 피고에게 동업 시 피고의 횡령으로 발생한 손해의 배상을 청구한 사안에 대하여, 원심은 위 조정의 성립에 의하여 손해배상청구권도 소멸하였다고 판단하였는데, 대법원은 '공유물분할사건의 소송물이 아니었던 위 손해배상채권에 조정조서의 효력이 미치려면 그 권리관계가 조정조항에 특정되거나 조정조서 중 청구의 표시 다음에 부가적으로 기재됨으로써 조정조서의 기재내용에 의하여 소송물인 권리관계가 되었다고 인정할 수 있어야 하는데 그러한 기재가 없는 한, 위 손해배상채권이 조정조서의 효력이 미치는 소송물인 권리관계가 되었다고 볼 수 없다'고 하였다.

112) 대법원 1987. 12. 22. 선고 85다카2453 판결, 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다49071 판결, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2010다103451 판결 등

113) 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카57 판결 등

재량은 그 액수를 정하는 데에 행사되므로 결과적으로 단순하게 보이는 면이 있고, 공유물분할소송의 경우는 무궁무진하게 다양할 수 있는 분할방법 중에서 선택을 한다는 면에서 법원이 행사하는 재량은 넓어 보일 수 있지만, 이것은 손해의 배상은 금전배상을 원칙으로 하는 민법 제750조, 제394조와 공유물분할방법을 다양하게 정할 수 있도록 한 민법 제269조의 차이에서 비롯되는 것이라고 할 수 있다.[114)]

민법 제268조는 '공유물의 분할청구'라는 표제 하에 제1항 제1문에서 공유자는 공유물의 분할을 청구할 수 있다고 규정하고, 제269조는 '분할의 방법'이라는 표제 하에 제1항에서 분할의 방법에 관하여 협의가 성립되지 아니할 때에는 공유자는 법원에 공유물분할청구를 할 수 있다고 규정하고 있는바, 민법 제268조의 공유물분할청구권은 공유자가 소송 외에서 행사하는 것으로서 그 권리의 행사에 의하여 형성되는 법률관계는 공유자들 사이에 분할을 구체적으로 실현할 법률관계라는 것이 통설이고, 공유물분할소송이 민법 제268조 제1항의 공유물분할청구권의 행사가 아니라는 점은 앞에서 본 바이다.

민법 제269조 제1항은 공유자에게 법원에 공유물분할청구를 할 수 있음을 규정하고 있는바, 이것이 형성판결인 공유물분할판결을 구하는 공유물분할소송의 법적 근거가 된다. 민법 제269조에서 공유자가 법원에 특정한 내용의 현물분할을 구하거나 현물분할이 가능함에도 경매분할을 우선하여 구할 권리를 도출할 수는 없지만, 공유자가 법원에 공유물분할을 청구할 수 있는 근거는 민법 제269조 제1항이고, 법원이 공유물분할청구를 하는 원고에게 공유물분할청구권이 있는지를 심리하고 나아가 그 분할방법에 관하여 심리, 판단하는 근거도 민법 제269조에 근거한 것이라고 할 수 있다.

공유물분할소송은 민법 제269조 제1항에서 정하고 있는 공유물분할청구권에

---

114) 형식적 형성소송의 심리의 특징이라고 할 수 있는 처분권주의의 예외, 증명책임의 예외, 불이익변경금지원칙의 예외에 관해서 보면, 공유물분할소송에서도 분할방법과 상관없이 원고가 주장하는 원고의 지분 이상으로 분할을 해줄 수 없다[奈良次郎, 共有物分割の訴えについて(四), 判例タイムズ No.584 (1986. 4. 10.), 4면]는 점에서 처분권주의가 적용된다고 할 수 있고, 공유물분할청구권의 존재에 대하여는 원고가 증명책임이 있으므로 증명책임이 적용되며, 불이익변경금지의 원칙도 항소인이 주장하는 지분보다 적게 인정하는 것이 아니라 단지 분할방법을 변경하는 것은 불이익변경에 해당되지 않는다고 볼 수 있다[제1심 판결의 주문에 원고의 나머지 청구 기각이나 항소심 판결 주문에 나머지 항소 기각이 선고되지 않는다. 『민사항소심 판결 작성실무』, 사법발전재단(2006), 155~157면]. 다만, 분할방법에 대하여 주관적으로 불만을 가지는 당사자는 누구나 항소이익을 가지는 것이 공유물분할소송의 특징이라고 할 수 있다.

근거하여 공유관계의 폐기(공유관계의 폐기는 민법 제268조 제1항에 의한 공유물분할청구권의 행사에 의하여 형성되었다)에 따른 새로운 법률관계의 형성을 구하는 형성소송이므로 그 소송물은 민법 제269조 제1항의 공유물분할청구권으로서 형성권이고, 그로 인한 법률관계의 형성(변동)이 (이혼소송이나 주총결의 취소소송의 경우처럼 법률에 바로 규정된 것이 아니라 민법 제269조에서 정하는 범위 안에서) 법관(의 재량)에 의하여 결정되는 경우라고 할 수 있다.[115]

공유물분할소송은 다수의 공유자가 관여할 여지가 있고 다수 공유자의 이익을 고려한 합리적인 분할방법을 결정하기 위하여 법관의 재량이 필요하다는 이외에 비송사건의 성질을 가지고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 공유자에게 구체적으로 정해진 분할방법에 관한 분할청구권이 존재하지 않음을 근거로 공유물분할소송이 본질적으로 비송사건이라고 하여 공유물분할소송에서 확정되는 권리관계, 법률관계가 없다고 할 수는 없다.

V. 결론

이 글은 공유물분할소송과 관련된 여러 쟁점 중에서도 대법원 2013. 11. 21. 선고 2011두1917 전원합의체 판결의 다수의견에서 공유물분할판결의 효력과 공유물분할에 관한 조정조서의 효력의 차이의 근거로서 든 '공유물분할의 소의 소송물'에 관하여 기존의 판례와 학설 및 비교법적 검토를 해 본 것이다.

국내와 일본의 통설은 공유물분할소송을 본질적으로 비송사건인데 민사소송절차로 심리되는 것으로서 형식적 형성소송에 해당한다고 하면서 처분권주의의 예외, 증명책임의 예외, 불이익변경금지원칙의 예외를 그 심리의 중요한 특징으로 든다.

공유물분할소송에서는 공유물분할방법에 관한 심리에 앞서 원고의 공유물분할청구권에 관한 심리가 이루어지고 원고가 공유물분할청구권을 행사하지 못할 사유가 있는 경우에는 청구기각의 판결이 선고되기도 한다. 통설과 같이 공유물분할소송의 성질을 본질적으로 비송사건이라고 하여 형식적 형성소송이라고 하는 것은 공유물분할소송의 실상과도 맞지 않을 뿐만 아니라, 공유물분할소송을 통하여 법률관계를 형성하는 법률적 근거를 부정하고 결국 소송물도 인정할 수 없게 되는데, 이는 판결의 효력 등과 관련하여서도 문제가 있다.

115) 이는 민법 제366조에 근거한 지료결정청구소송의 경우와 같다.

우리 민법 제269조 제1항은 분할의 방법에 관하여 협의가 성립되지 아니할 때에는 공유자는 법원에 공유물분할청구를 할 수 있다고 규정하고 있다. 이 규정에 의하여 공유자가 법원에 특정한 내용의 현물분할을 구하거나 현물분할이 가능함에도 경매분할을 우선하여 구할 수 있는 권리를 도출할 수는 없지만, 이 규정은 공유자가 법원에 공유물분할을 청구할 수 있는 권리와 법원이 공유물분할청구를 하는 원고에게 공유물분할청구권이 있는지 여부 및 나아가 그 분할방법에 관하여 심리하고 공유자들에게 새로운 권리관계를 형성하는 판결을 하는 근거가 된다. 공유물분할소송의 소송물은 민법 제269조 제1항의 공유물분할청구권(또는 신소송물론의 입장에서는 법원의 재량에 의한 공유물분할을 구할 수 있는 공유자의 지위)이라고 할 수 있다.

공유물분할소송은 당사자가 분할방법과 관련한 구체적인 권리를 갖지 않기 때문에 분할방법에 관한 청구의 특정이 요구되지 않고 그에 관한 법원의 구속력이 배제된다는 측면에서 특징이 있는 소송이지만, 이러한 공유물분할소송의 특징이 다른 민사소송, 예를 들면 불법행위에 기한 손해배상청구소송-특히 위자료청구소송-과 공유물분할소송의 성질을 본질적으로 다르다고 할 정도라고 보기는 어렵다고 생각된다.

공유물분할소송은 다수의 공유자가 관여할 여지가 있고 다수 공유자의 이익을 고려한 합리적인 분할방법을 결정하기 위하여 법관의 재량이 필요하다는 점 이외에 비송사건의 성질을 가지고 있지 않는바, 공유물분할소송이 본질적으로 비송사건이어서 형식적 형성소송에 해당한다고 분류하는 통설은 공유물분할소송의 소송물이 있음을 전제로 하는 대법원의 입장과도 괴리가 있으므로 재검토될 필요가 있다.

(논문투고일 : 2016.08.18, 심사개시일 : 2016.09.05, 게재확정일 : 2016.09.23)

문 영 화

공유물분할소송, 비송, 소송, 형식적 형성소송, 소송물

【참 고 문 헌】

국내문헌

Ⅰ. 단행본

김홍엽, 『민사소송법』, 제5판, 박영사(2014)
이시윤, 『신민사소송법』, 제10판, 박영사(2016)
정동윤・유병현, 『민사소송법』, 제3판 보정판, 법문사(2010)
한충수, 『민사소송법』, 박영사(2016)
호문혁, 『민사소송법』, 제11판, 법문사(2013)
법원행정처, 『공유물분할・경계확정 재판실무편람』, 법원행정처(2004)
사법연수원, 『2016 민사실무 I』, 사법연수원(2016)

Ⅱ. 논문

강현중, “형식적 형성소송에 관한 약간의 고찰-실무적 견지에서-”, 『저스티스』 제30권 1호, 한국법학원(1997)
강현중, “소송과 비송”, 『고시계』 통권 322호(1983)
김소영, “공유물분할의 소에 대하여”, 『사법논집』 제24집, 법원행정처(1993)
김황식, “공유물분할의 소는 형성의 소인가?”, 『민사재판의 제문제』 제8권, 민사실무연구회(1994)
남성민, “공유물 분할소송의 심리”, 『재판실무연구』, 광주지방법원(2011)
문준섭, “공유물분할소송에서의 판결 및 조정의 효력”, 『민사판례연구 XXXVII』, 민사판례연구회, 박영사(2015. 2.)
송인권, “공유물분할판결의 효력”, 『법조』 통권 제693호(2014. 6.)
신용호, “공유물분할에 관한 조정과 물권변동의 효력 발생 시기와의 관계”, 『민사재판의 제 문제』 제23권, 민사실무연구회, 사법발전재단(2015)
양창수, “전면적 가액보상에 의한 공유물분할판결과 등기방법”, 『민법연구』 제9권, 박영사(2007)
오세욱, “형성소송의 소송물과 변론주의”, 『판례월보』 263호, 판례월보사(1992)

이영규, “재판에 의한 공유물분할”, 『현대 민법의 전망』, 경상대학법학연구소(1995)
이용훈, “공유물분할의 소와 이에 관련된 몇 가지 문제에 대하여”, 『사법논집』 제4집, 법원행정처(1973)
이해우, “공유물분할청구의 소의 성격”, 『서울지방변호사회 판례연구』 5집, 서울지방변호사회(1992)
정규상, “공유물분할청구소의 법적 성질”, 『민사판례해설 II [물권법]』, 경세원(1992)
진현민, “재판상 공유물분할에 있어서 전면적 가액보상의 허부”, 『민사판례연구 XXVIII』, 민사판례연구회, 박영사(2006. 2.)
추신영, “공유물분할과 물권변동의 효력발생시기”, 『재산법연구』 제31권 제4호(2015. 2)
최문기, “공유물분할에 관한 판례분석”, 『경성법학』 창간호, 경성대학교 법학연구소(1991)
최성호, “공유물분할소송에서 조종절차에 회부되어 성립된 조정에 의한 물권변동에 관한 검토”, 『법학논고』 제46집(2014. 5.), 경북대학교 법학연구원
최종길, “판결에 의한 부동산물권변동”, 『법학』 제6권, 제1호, 서울대법학연구소(1964)

III. 주석서

집필대표 곽윤직, 『민법주해 IV, 물권(1)』, 박영사(1992)
집필대표 곽윤직, 『민법주해 V, 물권(2)』, 박영사(1992)
집필대표 김능환・민일영, 『주석 민사소송법(IV)』, 제7판, 한국사법행정학회(2012)
집필대표 김용담, 『주석 민법 물권(1)』, 한국사법행정학회(2010)
집필대표 김용담, 『주석 민법 물권(2)』, 한국사법행정학회(2010)

외국문헌

I. 독 일

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 · Recht der Schuldverhältnisse, Sellier－de Gruyter·Berlin(2015)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5 Schuldrecht·Besonderer Teil III, Verlag C.H.Beck München(2013)

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Bd. 1, 4.Aufl., Verlag C.H.Beck München(2013)

Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht 16.Aufl., Verlag C.H.Beck München(2004)

Stein/ Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung 22.Aufl., Bd. 4, C.H.Beck München(2008)

II. 일 본

青山善充, 訴訟と非訟 , 別冊 ジュリスト No.169(2003. 12.)

秋山幹男 外, 第2版追補版 コンメンール 民事訴訟法 III, 日本評論社(2008)

伊藤眞, 民事訴訟法 第4版補訂版, 有斐閣(2014)

川島武宜, 川井健 編, 新版 注釋民法(7) 物權(2), 有斐閣(1988)

兼子一, (新修)民事訴訟法體系, 酒井書店(1957)

秦公正, 共有物の分割方法とその訴訟手続：ドイツにおける共有物の分割を中心に, 比較法雜誌 44券 2號(2011)

秦公正, 共有物分割訴訟の非訟性の再檢討 －共有物分割訴訟における當事者の申立ての拘束力を中心に－(1), 法學新報 117卷 5・6號, 有斐閣(2011)

秦公正, 共有物分割訴訟の非訟性の再檢討(四) －共有物分割訴訟における當事者の申立ての拘束力を中心に－. 法學新報 119卷 3・4號, 有斐閣(2012)

秦公正, 共有物分割訴訟の非訟性の再檢討(五·完) －共有物分割訴訟における當事者の申立ての拘束力を中心に－. 法學新報 120卷 3·4號, 有斐閣(20

13)
小山昇, 形成訴訟の訴訟物, 小山昇著作集 第1巻 訴訟物の研究, 信山社(1994. 7.)
小山昇, 形成訴訟における新舊理論の理論構成, 小山昇著作集 第1巻 訴訟物の研究, 信山社(1994. 7.)
佐々木吉男, 形式的形成訴訟の上訴－いわゆる形式的形成訴訟の再検討－, 裁判と上訴 (小室直人 · 小山昇先生還暦記念), 有斐閣(1980)
三ケ月章. 民事訴訟法, 弘文堂(1992)
新堂幸司, 訴訟と非訟, ジュリスト 增刊 民事訴訟法の爭點[第3版], 有斐閣(1998. 9. 5.)
鈴木正裕, 訴訟と非訟, 演習民事訴訟法, 青林書院(1987)
鈴木正裕, 形成訴訟の訴訟物, ジュリスト特集 300號, 有斐閣(1964. 6.)
鈴木正裕, 形成訴訟の訴訟物, 演習民事訴訟法, 有斐閣(1982)
奈良次郎, 共有物分割の訴えについて(一), 判例タイムズ No.579 (1986. 3. 13.)
奈良次郎, 共有物分割の訴えについて(二), 判例タイムズ No.580 (1986. 3. 20.)
奈良次郎, 共有物分割の訴えについて(四), 判例タイムズ No.584 (1986. 4. 10.)
奈良次郎, 共有物分割訴訟の若干の問題点について, 判例タイムズ No.854 (1994. 10. 15.)
奈良次郎, 「形式的形成訴訟」の特色についての考察, 判例タイムズ No.908 (1996. 8. 1.)
吉川義春, 共有物分割の訴えにおける原告の申立と分割方法の裁判, 判例タイムズ No.505(1983. 11. 10.)

[Zusammenfassung]

Der Streitgegenstand von der Klage auf Gemeinschaftsteilung

Moon, Young Hwa

Am 21. 11. 2013. traf der Oberste Gerichtshof eine wichtige Entscheidu ng in Bezug auf die Klage auf Gemeinschaftsteilung, wobei er verkündigte, daß es Unterschied zwischen der Wirkung der Mediation von Realteilung in Zivilprozeß und der Wirkung des Urteils von Realteilung gibt, weil die Mediation das gerichtliche Urteil, das aufgrund des Streitgegenstandes von der Klage auf Gemeinschaftsteilung ergeht, nicht ersetzen kann.

Dieser Aufsatz hat im Vergleich mit Auffassungen Deutschlands und Jap ans sowie mit anderen Entscheidungen untersucht, was der Streitgegensta nd der Klage auf Gemeinschaftsteilung sein soll, weil bis heute keine akad emischen Diskussionen über diese Frage durchgeführt worden sind.

Nach der herrschenden Ansicht in Korea und Japan gehört die Klage auf Gemeinschaftsteilung zu der formellen Gestaltungsklage. Die wichtigen Mer kmale der formellen Gestaltungskage bestehen darin, daß der Verfahren nach der ZPO im Zivilgericht durchgeführt wird, jedoch die folgenden Grun dsätze wie Dispositionsmaxime, Beweislast und Verbot der reformatio in p eius sind beim gerichtlichen Verhandlungsverfahren nicht anzuwenden, weil die Streitsache hauptsächlich zu den Angelegenheiten der freiwilligen Geri chtsbarkeit gehört.

Im prozessualen Verfahren der Klage auf Gemeinschaftsteilung ist es no twendig, die Interessen der mehrere Teilhaber zu arrangieren und das ric hterliche Ermessen für die beste Bestimmung von der Art der Teilung aus zuüben. Außerdem hat die Klage auf Gemeinschaftsteilung keine rechtliche Natur als Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Im gerichtlichen

Praxis gibt es keinen großen Unterschied zwischen dem Verfahren der Kl age auf Gemeinschaftsteilung und dem Verfahren der Klage auf Schadense rsatz. Nach dem Paragraph 269 Absatz 1 KBGB kann der Miteigentümer d ie Teilung des gemeinschaftlichen Gegenstandes im Gericht auch dann gelt end machen, wenn alle Teilhabers sich mit der Art der Teilung nicht einv erstanden haben. Der Miteigentümer hat keinen Anspruch auf eine bestim mte Art der Teilung aufgrund dieser Vorschrift, aber er kann einen Anspr uch auf Rechtsgestaltung(die Teilung des gemeinschaftlichen Gegenstande s) erheben. Durch das Gestaltundsurteil aufgrund dieser Vorschrift kann di e materielle Rechtslage verändert werden.

Ich bin der Meinung, daß die Klage auf Gemeinschaftsteilung gemäß de m Paragraph 269 Absatz 1 KBGB keine großen Unterschiede mit normaler Zivilgerichtsbarkeit aufweisen. Darum sollte die herrschende Ansicht, nach der die Klage auf Gemeinschaftsteilung als die Angelegenheiten der freiwil ligen Gerichtsbarkeit anzunehmen ist, neu geprüft werden.

Moon, Young Hwa

die Klage auf Gemeinschaftsteilung, freiwillige Gerichtsbarkeit, streitige Gerichtsbarkeit, die formelle Gestaltungsklage, der Streitgegenstand

상대방에 대한 무권대리인 책임의 연혁적 고찰*

-이행책임과 손해배상책임의 역사적 단서-

정 상 현**

【목 차】

Ⅰ. 서 설
II. 우리민법 제135조의 입법과정과 연혁적 연구의 필요성
III. 일본민법 제117조의 제정과정
IV. 독일민법 제179조의 제정과정
V. 독일민법 및 일본민법의 이론적 영향과 국제적 입법동향
VI. 결어

【국 문 요 약】

우리민법 제135조는 무권대리인이 자신에게 대리권이 있음을 증명하지 못하고 본인의 추인을 얻지 못하면, 상대방은 그의 선택에 좇아 무권대리인을 상대로 계약의 이행 또는 손해배상책임을 물을 수 있다고 규정한다. 그런데 이와 같이 손해배상책임 외에 이행책임을 규정함으로써 그 책임의 내용과 범위가 무권대리인이 유권대리였다면 본인에게 발생하였을 책임과 동일한 정도 내지 계약이 유효하게 성립된 경우와 유사한 정도의 책임을 지며, 상대방이 손해배상책임을 선택하더라도 유권대리 내지 계약의 유효성을 전제로 신뢰이익이 아닌 이행이익을 배상해야 하는 것으로 파악한다.

그러나 무권대리인은 본인을 위하여 대리행위를 하였을 뿐 스스로 그 계약에 구속될 효과의사가 없었고, 상대방 역시 무권대리인이 아니라 본인과의 법률효과 귀속을 의욕하였을 뿐이므로, 무권대리인과 상대방에게 대리행위로 인한 법률효과를 귀속시킬 수는 없다. 그럼에도 위 규정은 무권대리행위 자체가 불성립이거나 무효인 상태로 상대방에 대한 무권대리인의 '이행책임'을 인정할 뿐만 아니라, 이행책임이 병렬적으로 규정된 논리적 귀결에 따라 상대방이 '손해배상책임'을

* 이 논문은 2014년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2014S1A5A2A01013622)

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수・법학박사

선택하는 경우에 배상범위가 이행이익으로 확대된다. 결국 이 규정과 그에 대한 일반적 해석론은 민법상의 의사표시이론 및 대리효과 귀속원리에 부합하지 않는 결과를 초래하고 말았다.

이러한 해석상의 논란은 무권대리행위의 법률적 효과를 무권대리인 자신에게 귀속시킬 수는 없음에도, 민법 제135조가 무권대리인에게 '이행책임'을 지도록 규정한데서 기인한다. 이것이 독일민법 제179조를 획일적으로 단순화하여 수정한 일본민법 제117조를 비판적 검토 없이 그대로 수용한 우리민법 제135조의 연혁적 한계이다. 그러므로 본 논문의 목적은 우리민법 제135조에 직접적으로 영향을 미친 일본민법 제117조와 독일민법 제179조의 입법과정에 대한 역사적 의미를 검토하고, 이와 다른 내용으로 규정된 최근의 국제적 입법동향과 프랑스 민법 등 손해배상책임만을 규정한 입법례와의 비교검토를 통하여, 우리민법에 대한 바람직한 해석론 및 입법론 제시의 단초로 삼기 위함이다.

I. 서 설

대리권이 없는 자가 본인의 대리인처럼 현명을 통하여 상대방과 계약을 체결한 경우, 본인이 계약을 추인하지 않으면 본인과 상대방 사이에 계약의 효력은 발생하지 않는다(민법 제130조). 이 때 무권대리인(falsus procurator)[1]이 자신에게 대리권이 있음을 증명하지 못하고 본인의 추인을 얻지 못하면, 상대방은 그의 선택에 좇아 무권대리인을 상대로 계약의 이행 또는 손해배상책임을 물을 수 있다(민법 제135조). 그리고 이러한 책임은 대리권의 흠결을 알지 못하고 무권대리인과 계약을 체결한 상대방을 구제하기 위하여 법률이 특별하게 인정한 효과로 알려져 있다.

무권대리인 책임의 규율방식과 관련하여 외국 입법례는 크게 두 가지로 나뉘어 있다. 독일민법이나 일본민법은 우리민법과 마찬가지로 무권대리인의 이행책임과 손해배상책임을 선택적으로 규정하는 반면, 프랑스민법이나 스위스채무법, 최근 유럽의 모범법안이나 국제협약 등은 이행책임 없이 손해배상책임만을 규정하고 있다. 역사적으로 우리민법 제135조는 일본민법 제117조를 경유하여 독일민법 제179조의 기본체계와 내용을 본받은 것으로 파악된다. 다만 독일민법 제179조는 무권대리인의 과실 유무에 따라 책임의 내용을 다르게 규정하였으나, 일본민법 제117조는 그러한 구분 없이 획일적인 이행책임과 손해배상책임을 선택적으로 규정하였고, 우리민법이 이를 그대로 수용하였다.

---

1) 일반적으로 대리권 없이 마치 대리인처럼 타인의 법률행위를 대신 하는 자를 '무권대리인'이라고 한다. 우리 민법전에서도 조문의 제목에 '무권대리'라는 표현을 사용하고 있다(제130조, 제135조). 그러나 '무권'이라는 단어와 '대리인'이라는 단어는 상호 대립적 의미를 갖는 것이어서 하나의 용어로 결합될 수 없다. 왜냐하면 '대리인'이라는 용어는 이미 '대리권을 가지고 현명을 통하여 타인의 법률행위를 대신하고 그 대리행위의 효과를 타인과 상대방 사이에 발생시킬 수 있는 자격을 갖춘 자'를 의미하기 때문이다. 즉 무권대리인은 본질적으로 대리인이 될 수 없는데, 이를 '대리권이 없는 대리인'이라는 의미로 사용하는 것은 용어사용의 모순이다. 앞서 본 민법규정에서 '대리권 없는 자가 타인의 대리인으로 한'이나 '다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은'이라는 표현 역시 '현명을 통하여 대리인처럼 법률행위를 한' 것을 의미하므로, 사실상 '무권대리' 또는 '무권대리행위'라는 용어의 사용을 회피하기 위한 것으로 보인다. 이는 타인권리를 매매한 자(제569조)와 구별되는 대목이기도 하다. 물론 법조문의 제목에서 '무권대리'의 표현이 나타나지만, 법조문의 제목이 어떠한 구속력과 상징성을 가지는 지에 대해서는 별도의 논의가 필요할 것이다. 그러므로 무권대리인은 대리인이 아니라는 전제에서 '무권대리인'보다 '무권대행인'으로, '무권대리행위'는 '무권대행행위'로 표현함이 타당할 것이다. 우리 판례의 하급심에서도 이를 의식한 것인지는 모르지만, 그 판시내용에서 '대행인'이라는 용어를 사용한 예가 있다(광주고등법원 1960. 12. 29. 선고 4294민상202 판결). 향후 이러한 용어사용의 논의가 보다 구체적으로 행해질 것을 기대하고, 본 논문에서는 기존의 용어를 사용하기로 한다.

그런데 이와 같이 손해배상책임 외에 '이행책임'을 선택적으로 규정한 것은 무권대리인 책임의 법적 성격과 근거, 이를 통한 책임의 내용 및 범위에 대한 해석상의 여러 곤란한 문제를 야기한 원인으로 작용하고 있다. 왜냐하면 무권대리인의 이행책임을 규정한 논리적 귀결로서, 무권대리행위는 유효한 것으로 취급되고, 무권대리인은 그가 유권대리였다면 본인에게 발생하였을 책임과 동일한 정도 내지 그와 유사한 정도의 책임을 져야 하며, 설령 상대방이 손해배상책임을 선택하더라도 의제된 유권대리 내지 계약의 유효성을 전제로 신뢰이익이 아닌 이행이익을 배상해야 하는 것으로 해석한다.

그러나 민법 제135조가 적용되는 상황에서 무권대리인은 본인을 위하여 대리행위를 하였을 뿐 스스로 그 계약에 구속될 효과의사를 갖지 않았고, 상대방 역시 본인과의 법률효과 귀속을 의욕하였을 뿐이므로, 그들에게 대리행위로 인한 법률효과가 발생할 수는 없다. 그럼에도 위 규정의 이행책임에 근거하면 무권대리인은 본인에게 발생한 것과 동일한 법률효과 또는 유효한 대리행위에 따른 책임을 지게 되는 것이다. 이러한 결과는 불성립이거나 무효인 무권대리행위를 마치 유효한 것처럼 의제하려는 취지로 볼 수 밖에 없는데, 만일 그렇다면 이러한 의제는 어떤 법원리에 근거하는 것인지 밝혀주지 못한다. 그리고 이와 같은 민법 규정과 그에 대한 일반적 해석론은 민법상의 의사표시이론 및 대리효과의 귀속원리에 부합하지 않는 결과를 초래하고 말았다.

물론 이러한 결과는 독일민법 제179조를 획일적으로 단순화하여 수정한 일본민법 제117조를 비판적 검토 없이 그대로 수용한 우리민법 제135조의 연혁적 한계라고 생각한다. 그러므로 이하에서는 우리민법 제135조에 직접적으로 영향을 미친 이들 입법례의 제정과정과 그 당시의 해석론을 통한 역사적 의미를 검토하고, 이와 다른 내용을 담고 있는 프랑스민법과 유럽모범법안 및 국제협약 등과의 비교검토를 통하여, 우리민법에 대한 바람직한 해석론 및 입법론 제시의 단초로 삼고자 한다.

II. 우리민법 제135조의 입법과정과 연혁적 연구의 필요성

1. 민법 제135조의 입안과 입법자의 의사

(1) 대한민국은 정부수립 이후 기본법전의 제정을 위한 '법전편찬위원회직제'에 따라 '법전편찬위원회'(위원장 김병로 대법원장)를 구성하여 민법전 제정작업에

착수하였다.[2] 동 위원회는 민법전의 기초에 앞서 '민법전편찬요강'을 작성하였으나, 여기서는 무권대리인의 책임에 대하여 아무런 언급이 없다.[3] 이후 법전편찬위원회가 1952년 7월 4일 완성한 민법전 초안은 무권대리인의 상대방에 대한 책임과 관련하여 제130조에서 이를 규정하였다. 즉 당시의 초안을 보면 "草案 第百三十條(無權代理人의 相對方에 對한 責任) 他人의 代理人으로 契約을 한 者가 그 代理權을 證明하지 못하고 또 本人의 追認을 얻지 못한 때에는 相對方의 選擇에 좇아 契約의 履行 또는 損害賠償의 責任이 있다. 相對方이 代理權 없음을 알았거나 알 수 있었을 때 또는 代理人으로 契約한 者가 行爲能力이 없는 때에는 前項의 規定을 適用하지 아니한다"라고 규정되었다.[4]

(2) 초안이 국회에 제출된 후 법제사법위원회의 회의내용을 살펴보면, 정부의 제안이유도 없이, "現行法(당시의 일본민법-필자주) 第一一七條와 同一한 趣旨이나 第二項 中 現行法은「過失로 因하여」代理權 없는 것을 不知한 때라고 규정하고 있는바 草案은「過失로 因하여」를 削除하였다"고 기술되어 있을 뿐이다.[5] 그리고 참고한 외국 입법례로 독일민법 제179조[6], 스위스채무법 제39조[7], 중국민법 제110조[8], 만주민법 제131조를 나열하고, 특히 만주민법 제131조에 대해서

---

2) 정종휴, "한국민법전의 비교법적 계보", 민사법학 제8호, 한국민사법학회, 1990, 60면 이하 ; 김상용, "한국민법의 사적 발전", 민사법연구(2), 법원사, 1997, 3면 이하 ; 양창수, "민법안에 대한 국회의 심의(I)", 한국법사학논총(박병호교수환갑기념논문집II), 1991, 461면 이하

3) 정종휴교수는 정의화 저술의 채권총론(1949) 224-230면에 수록된 '채권법편서에 관한 방침'과 '채권의 효력'에 관한 부분을 소개하였고(정종휴, "한국민법전의 제정과정", 민법학논총(곽윤직교수화갑기념논문집), 박영사, 1985, 8-9면), 양창수교수도 장후영 저술의 현대민법총론(1950) 부록 307-327면에서 전편을 발견하여 소개하였다(양창수, "민법안의 성립과정에 관한 소고", 법학 제30권 제3·4호, 서울대학교, 1989, 211면 이하).

4) 민의원 법제사법위원회 민법안심의 소위원회, 민법안심의록(상권), 1957, 87-88면

5) 전게 민법안심의록(상권), 88면

6) 獨民法 第一七九條. 他人의 代理人으로서 契約을 한 者가 그 代理權을 證明할 수 없고 또 本人이 追認을 拒絶한 때에는 相對方의 選擇에 따라 이에 對하여 履行 또는 損害賠償의 責任을 진다. 代理人이 代理權의 欠缺을 알지 못한 때에는 相對方이 代理權을 信賴한 때문에 받은 損害의 賠償에 있어서만 그 責任을 진다. 但 그 額은 契約이 有效한 境遇에 相對方이 取得할 利益額을 超過할 수 없다. 相對方이 代理權의 欠缺을 알았거나 또는 알 수 있었을 때에는 代理人은 그 責任을 진다("지지 않는다"의 오기-필자주). 代理人의 行爲能力이 制限된 때에도 그러하다. 但 法定代理人의 同意를 얻어 行爲를 한 때에는 그러하지 않다.

7) 瑞債 第三九條. 追認이 明示的 또는 黙示的으로(第一條 第二項) 拒絶된 때에는 代理人으로서 行爲한 者는 相對方이 代理權의 欠缺을 알며 또는 알지 못할 것을 證明하지 않는 限 契約의 消滅에 依하여 發生한 損害의 賠償(第四十一條 以下)을 請求할 것으로 한다. 代理人에 過失있는 境遇에 있어서는 判事는 公平에 適合한 限 其他의 損害의 賠償(第九十七條 以下)을 宣告할 수 있다. 모든 境遇에 있어서 不當利得(第六十二條 以下)에 依한 債權은 이를 保留한다.

8) 中民 第一一〇條. 代理權 없는 者는 他人의 代理人 名義로 한 法律行爲에 關하여 善意의 相對方에 對하여 損害賠償의 責任을 진다.

는 그 내용을 제시하지 않은 채 “草案과 同一하다”고 하였을 정도로, 만주민법에 상당히 의존하였던 것으로 보인다.

만주민법은 1931년 만주사변의 결과 본래 중화민국 영토에 일본의 괴뢰정권으로 건국된 만주국이 일본민법을 모법으로 하고, 구법인 중화민국민법 및 독일, 스위스 등의 민법을 안배하여, 근대적인 색채의 민법전으로 제정한 것이다.[9] 이 법은 무권대리인의 책임에 관하여 제131조에서 규정하였다. 즉 “타인의 대리인으로서 계약을 한 자가 그 대리권을 증명할 수 없거나 본인의 추인을 얻지 못한 때에는 상대방의 선택에 따라 그에 대하여 이행 또는 손해배상의 책임을 진다. 전항의 규정은 상대방이 대리권 없음을 알았거나 이를 알 수 없는 때 또는 대리인으로서 계약을 한 자가 행위능력을 갖추지 못한 때에는 적용하지 않는다.”고 규정하였다.[10] 이는 우리 현행민법 제135조와 완전히 동일한 내용이었고, 그러한 의미에서 입법의사를 추론하기에 더 없이 좋은 입법례로 생각되지만, 그에 대한 구체적 해설은 찾아보기 어려웠다.[11]

(3) 이후의 심의경과로서 국회 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회는 “草案이 「過失로 因하여」를 削除한 것은 進步的이다”라고 평가한 후, 결론적으로 ‘原案에 合意’하였다.[12] 이로써 동 소위원회는 초안 제130조를 전혀 수정하지 않은 상태로 법제사법위원회에 보고하였으며, 제26회 정기국회 본회의에 회부되어서도 심의결과보고와 제안이유, 입법취지 설명에서 별다른 언급이 없었다.[13], 민법제정 당시 법학자들에 의하여 주도된 ‘민법안의견서’에서도 이 규정에 대해서는 아무런 논의가 없었다.[14] 이러한 과정을 통하여 1958년 공포된 현행민법에서는 초안 제130조와 비교하여 내용상의 변화는 없이 두 개의 항으로 나누어 제135조로 규정되었고, 현재에 이르고 있다.

---

9) 자세한 것은 柚木馨, 滿洲國民法總論(I), 有斐閣, 昭和15(1940), 26-35頁

10) 滿洲國 民法 第百三十一条. 他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シタル者ガ其ノ代理権ヲ証明スルコト能ハズ且本人ノ追認ヲ得ザリシトキハ相手方ノ選択ニ従ヒ之ニ対シテ履行又ハ損害賠償ノ責ニ任ズ。前項ノ規定ハ相手方ガ代理權ナキコトヲ知リ若ハ之ヲ知ルコトヲ得ベカリシテトキ又ハ代理人トシテ契約ヲ爲シタル者ガ行為能力ヲ有セザリシトキハ之ヲ適用セズ。柚木馨, 滿洲民法讀本, 有斐閣, 昭和17(1942), 43頁

11) 柚木馨이 1940년과 1942년에 저술한 전제 滿洲國民法總論(有斐閣)은 (I)과 (II)로 나뉘는데, 만주민법의 총칙 부분 중 사기 또는 강박에 의한 의사표시까지만 설명되어 있고, 그 후의 저술이 출간되지 않아 대리부분은 참고할 수가 없었다.

12) 전게 민법안심의록(상권), 88면

13) 국회사무처, 제26회 국회정기회의 속기록, 제29호, 8면, 16면 ; 동 속기록, 제30호, 4면 이하

14) 민사법연구회, 민법안의견서, 일조각, 1957, 54면

(4) 앞서 본 바와 같이 우리민법 제135조에 대한 국회 법제사법위원회의 심의 과정에 참고된 외국법으로는 독일민법 제179조, 스위스채무법 제39조, 중국민법 제110조, 만주민법 제131조가 제시되어 있다. 법계통적으로는 주로 독일법계가 중심이 된다고 할 수 있고, 특히 만주민법은 일본민법의 절대적 영향으로 제정된 것이므로, 우리민법 제135조는 독일민법과 일본민법의 직접적인 영향에 따른 것으로 볼 수밖에 없다. 그런데 심의과정에서 참조한 다른 입법례로서 스위스민법과 중국민법은 계통상 독일법계이지만 무권대리인의 책임에 관해서는 이와 다른 태도를 취하고 있다. 그 법적 효과와 관련하여 외국의 입법례는 크게 두 가지 경향으로 나뉜다. 우리민법과 마찬가지로 이행책임과 손해배상책임을 선택적으로 규정하는 태도와 손해배상책임만을 규정하는 태도가 그것이다. 전자에는 대표적으로 독일민법과 일본민법이 속하고, 후자에는 앞서 본 스위스채무법, 중국민법뿐만 아니라 프랑스민법, 이탈리아민법, 대만민법, 영미법 등이 속하며, 최근의 유럽모범법전이나 국제협약 등도 후자의 입법례로 분류할 수 있다.

2. 무권대리인 책임의 해석론에 대한 의문

(1) 책임의 근거에 대한 해석론

민법 제135조에서 규정하는 무권대리인의 상대방에 대한 이행책임 또는 손해배상책임의 법적 성격과 관련하여, 이를 '법정의 무과실책임'으로 보는 입장이 대다수의 견해를 차지한다.[15] 즉 무권대리인은 본인을 위하여 대리행위를 한 것이고 그 행위의 효과를 본인에게 귀속시키고자 의욕하였을 뿐 자신이 그 계약에 구

15) 곽윤직, 민법총칙, 박영사, 1999, 408면 ; 김증한, 민법총칙, 박영사, 1983, 302면 ; 장경학, 민법총칙, 법문사, 1995, 605-606면 ; 김기선, 한국민법총칙, 법문사, 1991, 324면 ; 김용한, 민법총칙론, 박영사, 1989, 369면 ; 이태재, 민법총칙, 법문사, 1981, 320면 ; 황적인, 현대민법론I, 박영사, 1985, 240면 ; 김주수, 민법총칙, 삼영사, 2004, 449면 ; 고상룡, 민법총칙, 법문사, 2003, 552면 ; 곽윤직・김재형, 민법총칙, 박영사, 2015, 376면 ; 양창수・김재형, 계약법, 박영사, 2010, 237면 ; 김준호, 민법강의, 법문사, 2016, 367면 ; 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2016, 260면 ; 김형배・김규완・김명숙, 민법학강의, 신조사, 2016, 284면 ; 정환담, 민법총칙, 형설출판사, 2003, 394면 ; 고창현, 민법총칙, 법문사, 2006, 478면 ; 강태성, 민법총칙, 대명출판사, 2016, 837면 ; 정기웅, 민법총칙, 법문사, 2015, 408면 ; 김민중, 민법강의, 두성사, 1997, 169면 ; 이상욱・배성호, 민법강의I, 민법총칙・물권법, 형설출판사, 2005, 254면 ; 박영복, 민법총칙, 이컴비즈넷, 2004, 238면 ; 권영준・김진, 민법총칙, 삼조사, 2001, 248면 ; 양형우, 민법의 세계, 진원사, 2016, 293면 ; 박동진, 계약법, 법문사, 2016, 275면 ; 김상용・박수곤, 민법개론, 화산미디어, 2015, 306면, 308면 ; 이덕환, 민법총칙, 율곡미디어, 2012, 656면 ; 강봉석, 민법총칙, 법영사, 2014, 303면. 과실책임으로 구성함이 타당하다는 견해도 있다. 김증한・김학동, 민법총칙, 박영사, 2013, 580면

속될 의사는 없었으며, 상대방 역시 무권대리인과의 효과귀속을 의욕하지는 않았기 때문에, 이 책임을 법률행위 내지 의사표시에 근거한 것으로 이해할 수는 없고, 무권대리인에게 대리권이 있다고 믿은 상대방의 신뢰 등을 보호하기 위하여 법률로 정해진 책임(gesetzliche Haftung)이라고 한다. 그리고 이는 무권대리인이 대리권의 존부에 대하여 선의이건 악의이건, 선의인 경우에도 과실이 있건 없건 제135조에서 규정한 이행책임 또는 손해배상책임을 져야 하므로 일종의 무과실책임이라고 한다. 이러한 태도는 책임의 근거에 대한 표시책임설의 입장[16]이나 위험책임설[17], 신뢰책임설과 표시책임설을 결합하는 입장[18]도 같은 태도를 취한다.[19]

한편 우리 대법원이 무권대리인 책임의 법적 성격이나 근거를 직접적으로 명시한 판결은 보이지 않는다. 다만 제135조 제2항에서 무권대리인이 책임을 면할 수 있는 사유로 상대방이 대리권 없음을 알았거나 알 수 있었다는 사실에 대한 입증책임이 주요 판단의 대상이었고, 이를 통하여 간접적으로 무권대리인 책임의 법적 성격을 밝히는 판례는 발견할 수 있다. 즉 대법원은 "대리권의 유무는 대리

---

16) 이영준, 민법총칙, 박영사, 2007, 663면, 674면 ; 이은영, 민법총칙, 박영사, 2000, 658면 ; 윤형렬, 민법총칙, 법영사, 2013, 663면

17) 양창수, "무권대리인의 책임-민법 제135조의 연혁에 소급하여-", 민법연구 제1권, 박영사, 2004, 134면과 주2, 163면 ; 지원림, 민법강의, 홍문사, 2016, 330면 ; 백태승, 민법총칙, 법문사, 2000, 514-515면 ; 오시영, 민법총칙, 학현사, 2011, 543면 ; 이균룡/편집대표 김용담, 주석민법[총칙3), 한국사법행정학회, 2010, 235면 ; 강용현/편집대표 곽윤직, 민법주해[Ⅲ], 총칙(3), 박영사, 2002, 249면, 250면 ; 홍성재, 민법총칙, 대영문화사, 2003, 243면 ; 송근수, "무권대리인의 책임의 본질", 법학연구 제6집, 경상대학교 법학연구소, 1997.2, 71-73면

18) 김상용, 민법총칙, 법문사, 2000, 653면

19) 표현대리(민법 제125조・제126조・제129조)가 성립된 경우 제135조의 적용 여부에 대해서는 견해가 나뉜다. 즉 표현대리를 넓은 의미의 무권대리로 이해면서 이를 협의의 무권대리와 구별하는 입장에 의하면 표현대리에 대하여 제135조는 적용되지 않고(보충적 효력설, 곽윤직, 전게서, 396면 ; 이태재, 전게서, 320면 ; 김증한, 전게서, 303면 ; 김증한・김학동, 전게서, 579면 ; 장경학, 전게서, 606면 ; 김기선, 전게서, 303면 ; 고창현, 전게서, 464면 ; 김상용, 전게서, 616면 ; 이은영, 전게서, 661면 ; 양창수・김재형, 전게서, 240면 ; 송덕수, 전게서, 244면 ; 백태승, 전게서, 491면 ; 정기웅, 전게서, 409면 ; 홍성재, 전게서, 303면 ; 윤형렬, 전게서, 642면 ; 박동진, 전게서, 277면 ; 김상용・박수곤, 전게서, 307면 ; 이상욱・배성호, 전게서, 255면 ; 양형우, 전게서, 293면 ; 이덕환, 전게서, 657면 ; 강봉석, 전게서, 282면 ; 구연창, "표현대리와 민법 제130-135조", 고시계 1987.3, 100면), 표현대리를 무권대리의 일종으로 이해하는 입장에서는 표현대리에 대해서도 제135조를 적용한다(효과선택설, 고상룡, 전게서, 550면 ; 김용한, 전게서, 386면 ; 김주수, 전게서, 477면 ; 강태성, 전게서, 843면 ; 곽윤직・김재형, 전게서, 377면 ; 김준호, 전게서, 346면, 356면 ; 지원림, 전게서, 292면 ; 이균룡, 전게서, 239면). 한편 표현대리를 유권대리의 아종으로 이해하는 입장에서는 당연히 표현대리에 대하여 제135조는 적용할 수 없을 것이다(이영준, 전게서, 672면). 이에 대한 우리 판례는 보이지 않고, 일본 판례는 소수설에 따라 표현대리의 경우에도 제135조를 적용한다(日最判 昭和62(1987)・9・9, 民集 41・5・16).

인과 본인과의 내부적 관계에 불과하고 제3자로서는 그 대리권의 존부에 대하여 용이하게 알 수 없으므로 대리권이 있다고 믿었던 상대방을 보호함으로써 거래의 동적 안전을 기하기 위하여 민법은 여러 가지의 규정을 두었으나 그 중의 하나로서 민법 제135조에서 규정하는 무권대리인의 무과실책임에 관한 규정을 둔 것"이라고 하면서, "민법 제135조 제2항의 규정은 무권대리인의 무과실책임 원칙에 관한 규정인 제1항의 예외적 규정이라고 할 것이므로 상대방이 대리권이 없음을 알았다는 사실 또는 알 수 있었음에도 불구하고 알지 못하였다는 사실에 관한 입증책임은 무권대리인 자신에게 있다."고 판시하여, 원심법원의 판결을 파기・환송하였다.[20] 이러한 결론은 그 이후의 판결에서도 나타났다.[21]

(2) 책임의 내용에 대한 의문

무권대리인 책임의 법적 성격을 법정의 무과실책임으로 이해하는 일반적인 견해에 비추어 보면, 이 책임의 구체적인 내용에 대하여 거의 예외 없이 무권대리인에게 대리권이 있었더라면 본인에게 귀속되어야 할 효과와 동일한 내용의 책임을 지우는 것이라고 하거나 유효한 계약에 준하는 혹은 유효한 계약 유사의 책임을 무권대리인에게 인정한다.[22] 무권대리행위에 의하여 쌍무계약이 성립한 경우 상대방이 이행책임을 선택[23]하게 되면 무권대리인은 상대방에 대하여 반대급부

---

20) 대법원 1962. 4. 12. 선고 4294민상1021 판결. 이는 소외 A종중 소유인 X임야가 피고 종중원 乙 외 45명에게 명의신탁 되었는데, 원고 甲이 위 X임야의 명의신탁 사실을 알면서 A종중의 위임 여부를 확인하지 않은 채 피고 乙과 매매계약을 체결하였고, 이러한 사실을 알게 된 A종중이 위 매매계약을 부인하면서 소외 B에게 X임야를 매각함으로써, 원고 甲이 입은 손해의 배상을 피고 乙에게 청구한 사안이었다. 이에 대하여 원심법원은 피고 乙의 무권대리행위와 관련하여 상대방인 원고 甲에게 무권대리인의 대리권 유무에 대한 증명책임이 있다고 판단, 원고 패소판결을 하였다(광주고등법원 1961. 7. 20. 선고 60민공685 판결).

21) 소외 A가 피고 乙에 대하여 본건 X토지의 매도에 관한 대리권을 수여하지 않았음에도, 乙이 A의 대리인임을 자칭하고 매도인 본인을 A로 표시하면서, A의 날인이나 위임장도 없이 A의 '대행인'이라고 표시하고 날인하여 원고 甲과 X토지에 대한 매매계약을 체결하였고, 이로 인하여 손해를 입은 甲이 乙에 대하여 손해배상을 청구한 사안이었다. 이에 대하여 원심법원은 원고 甲에게는 피고 乙을 A의 대리인으로 오인한 과실과 乙의 대리권 유무를 확인하지 않은 과실이 있다는 이유로 원고 패소판결을 선고하였으나(광주고등법원 1960. 12. 9. 선고 4293민공465 판결), 대법원은 앞의 판결과 동일한 판시내용으로 원심판결을 파기・환송하였다(대법원 1962. 1. 11. 선고 4294민상202 판결).

22) 곽윤직, 전게서, 408면 ; 김증한, 전게서, 303면 ; 장경학, 전게서, 607면 ; 김용한, 전게서, 370면 ; 이태재, 전게서, 320-321면 ; 김증한・김학동, 전게서, 580면 ; 황적인, 전게서, 240면 ; 곽윤직・김재형, 전게서, 378면 ; 이영준, 전게서, 673면 ; 고상룡, 전게서, 552면 ; 이은영, 전게서, 661면 ; 송덕수, 전게서, 261면 ; 지원림, 전게서, 333면 ; 강태성, 전게서, 843면 ; 박동진, 전게서, 276면 ; 김상용・박수곤, 전게서, 308면 ; 오시영, 전게서, 545면

23) 선택채권으로 보는 견해가 일반적이다. 곽윤직, 전게서, 409면 ; 김용한, 전게서, 370면 ; 김주

청구권을 가지는데[24], 이 역시 법정의 권리로 이해하고 이들에게 동시이행항변권이나 하자담보청구권, 해제·해지권 역시 인정된다고 한다.[25] 이것은 무권대리인이 대리행위의 유효로 인하여 본인이 부담하였을 이행책임보다 무거운 책임을 져야 할 이유는 없기 때문이라고 한다.[26] 그리고 상대방이 손해배상책임을 선택하게 되면, 제135조가 이행책임을 규정하고 유권대리행위와 동일한 효력을 인정해야 한다는 일반적 해석론에 근거하여 손해배상의 범위는 이행이익으로 확대된다.[27] 이러한 해석은 독일민법과 일본민법의 경우에도 마찬가지이다. 독일민법에서 무권대리인은 계약의 기초(Grund des Vertrages)에 근거한 것과 유사하게 법정채무관계로서 이행의무를 부담하고, 반대급부(Gegenleistung)에 대한 권리를 취득하는 것으로 보고 있다.[28] 일본판례 역시 본인과 상대방 사이에 성립되어야 할 계약상의 이행책임과 동일하고[29], 손해배상도 적극적 손해에 대한 배상으로서 대리행위가 유효한 경우에 상대방이 받은 손해나 얻을 수 있는 이익에 대하여 이행이익의 손해를 배상하는 것이라고 판시하였다.[30]

수, 전게서, 451면 ; 곽윤직·김재형, 전게서, 378면 ; 고상룡, 전게서, 552면 ; 김증한·김학동, 전게서, 580면 ; 김상용, 전게서, 656면 ; 이은영, 전게서, 662면 ; 양창수·김재형, 전게서, 238면 ; 송덕수, 전게서, 261면 ; 백태승, 전게서, 516면 ; 지원림, 전게서, 333면 ; 정기웅, 전게서, 409면 ; 강태성, 전게서, 844면) 선택채권으로 보지만 책임이 손해배상책임의 대용이라는 측면에서 동일하지 않다는 견해도 있다. 김기선, 전게서, 325면

24) 이영준, 전게서, 674면 ; 김증한·김학동, 전게서, 580면 ; 양창수·김재형, 전게서, 238면 ; 김준호, 전게서, 369면 ; 정기웅, 전게서, 409면 ; 김상용·박수곤, 전게서, 308면 ; 윤형렬, 전게서, 665면 ; 오시영, 전게서, 545면

25) 이영준, 전게서, 674면 ; 김상용, 전게서, 656면 ; 양창수·김재형, 전게서, 239면 ; 지원림, 전게서, 334면 ; 이은영, 전게서, 663면 ; 김준호, 전게서, 369면 ; 윤형렬, 전게서, 665면 ; 박동진, 전게서, 276면 ; 강용현, 전게서, 251면 ; 이덕환, 전게서, 658면 ; 강봉석, 전게서, 303면

26) 김상용, 전게서, 656면

27) 곽윤직, 전게서, 409면 ; 이태재, 전게서, 321면 ; 김증한, 전게서, 303면 ; 김기선, 전게서, 325면 ; 김증한·김학동, 전게서, 580면 ; 곽윤직·김재형, 전게서, 378면 ; 이영준, 전게서, 677면 ; 고상룡, 전게서, 552면 ; 김상용, 전게서, 657면 ; 이은영, 전게서, 663면 ; 송덕수, 전게서, 261면 ; 백태승, 전게서, 516면 ; 김준호, 전게서, 369면 ; 박영복, 전게서, 239면 ; 정기웅, 전게서, 410면 ; 지원림, 전게서, 334면 ; 양형우, 전게서, 294면 ; 김상용·박수곤, 전게서, 308면 ; 강태성, 전게서, 844면 ; 박동진, 전게서, 276면 ; 이덕환, 전게서, 659면 ; 오시영, 전게서, 545면 ; 강봉석, 전게서, 303면 ; 이균룡, 전게서, 243면. 종래 신뢰이익배상의 입장에 있다가 이행이익의 배상으로 견해를 바꾼 입장도 있다. 장경학, 전게서, 608

28) Karl-Heinz Schramm, Münchener Kommentar zum BGB, Bd.I, Allgemeiner Teil, §§1-240 5.Aufl., C.H.Beck, 2006, 32 zu §179, S.2168 ; Brigitte Frensch, Prütting/Wegen/Weinreich BGB Kommentar, 4.Aufl., Luchterhand, 2009, 15 zu § 179, S.268f. ; Werner Flume, Allgemeiner Teil des BGB, Bd.II, Das Rechtsgeschäft, 3.Aufl., Springer Verlag, 1979, §47 3 b, S.806 ; Hans Brox, Allgemeiner Teil des BGB, Carl Heymanns Verlag, 1984, Rn.554, S.237 ; RGZ 120, 129

29) 日大判 昭和8(1933)·1·28, 民集 12·1·10 ; 日最判 昭和41(1966)·4·26, 民集 20·4·826

30) 日大判 大正4(1915)·10·2, 民錄 21·1560 ; 日最判 昭和32(1957)·12·5, 新聞 83-84·16

그런데 이러한 태도가 무권대리인이 무거운 책임을 져야 한다는 당위적 결론은 전제하고 있지만, 왜 유효한 계약에 유사한 책임이나 본인에게 발생되는 효과와 동일한 책임을 져야 하는 지에 대해서는 구체적으로 설명하지 않는다. 그리고 민법의 기본적 해석원리에 의하면 위와 같은 내용은 논리적으로 타당한 결론에 도달하기 어렵다. 왜냐하면 의사표시의 일반원리에 의할 때, 무권대리행위를 한 경우 무권대리인에게는 그 효과를 본인에게 귀속시킬 의사가 있었을 뿐 자신에게 귀속시킬 의사가 없었고, 상대방 역시 무권대리인과의 법률효과를 의욕한 것이 아니라 본인에 대한 효과를 의욕한 것이므로, 무권대리인과 상대방 사이의 대리행위는 불성립이거나 무효일 것이다.[31] 그럼에도 앞의 일반적인 견해들이 유효한 계약이 체결된 것과 유사하거나 본인에게 발생하는 효력과 동일한 내용의 책임을 무권대리인에게 인정한다는 것은 논리적으로 이해할 수 없다. 오히려 그러한 결론은 무권대리인 책임의 근거를 어떠한 의제의 원리에 기대어 설명하는 편의적 해석은 아닌지 의문이다.

III. 일본민법 제117조의 제정과정

1. 일본민법전 초안

(1) Boissonade의 민법전 초안

일본민법의 제정과정을 살피기 위하여 가장 먼저 접근해야 할 민법안으로서 근대적 일본민법전의 기초를 위하여 제정된 봐소나드(Boissonade)의 일본민법전 초안(Projet de Code civil pour l'empire du Japon)을 들 수 있다. 이는 1886년 일본의 개항을 위한 법적 토대를 마련할 목적에 따라 편찬된 것으로, 형식적으로는 프랑스민법전에 따랐으나, 구체적인 내용은 프랑스민법 제정 후 학설과 판례의 영향을 받은 것이었다.[32] 그 중 무권대리인의 책임과 관련된 내용은 동 초안 제940조의 일부에서 위임계약과 관련하여 언급되고 있다. 즉 "수임인은 그가 책임을 지겠다고 명시적으로 표시하거나 갖지 않은 권한을 가진 것처럼 표시하지 않은 한, 제3자에 대하여 위임자의 계산과 명의로 그와 체결한 행위의 이행

31) Manfred Wolf/Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10.Aufl., C.H.Beck, 2012, §51 II 3, Rn.23, S.638 ; Ulrich Leptien, Soergel Kommentar zum BGB, Bd.2, Allgemeiner Teil, §§104-240, Verlag W. Kohlhammer, 1999, 16 zu §179, S.658 ; Schramm, Münchener Kommentar, 32 zu §179, S.2167 ; BGH NJW 2004, S.774f.

32) 廣中俊雄・星野英一, 民法典の百年 I・全般的考察, 有斐閣, 1998, 9頁

책임을 지지 않는다."고 규정하였다. 이에 대하여 Boissonade는 그 해설에서, "이는 대리인이 계약을 체결한 제3자와의 관계에서 수임인의 채무를 규정한 것"이라고 전제하고, "원칙적으로 수임인이 위임인의 명의로 제3자와 체결한 계약에 대해서는 아무런 책임이 없다고 하면서, 다만 수임인이 위임인의 명의로 그 권한 범위 내에서 법률행위를 하더라도 명시적으로 그 행위에 대한 책임을 지겠다고 보증한 경우나 수임인이 고의(mauvaise foi)나 과실(maladresse)로 자신의 권한(pouvoir) 범위를 초과하여 법률행위를 하면서 제3자에게 권한이 있다고 믿게 한 경우에는 제3자에게 발생한 손해의 배상책임을 위임인에게 귀속시킬 수 없고, 수임인 스스로 책임을 져야 하는 것"이라고 설명하였다.[33]

(2) 구민법 재산취득편 제244조

Boissonade의 민법전 초안을 바탕으로 일본 명치정부는 1888년 '구민법'을 공포하였다.[34] 구민법은 재산취득편 제244조에서 간접적으로 무권대리인의 책임에 대하여 규정하였다. 동 규정은 "대리인이 위임자를 위하여 위임자의 이름으로 제3자와 한 행위의 이행에 대하여 대리인은 그 제3자에 대하여 책임을 지지 않는다. 다만 대리인이 명시적으로 이행책임을 지거나 제3자에 대하여 자기가 갖지 않은 권한을 가지는 것처럼 표시한 때에는 그러하지 아니하다."라는 내용이었다.[35] 특히 이 규정의 단서 중 일부가 후술하는 법전조사회에서 무권대리인의 책임에 대한 초안을 작성할 때 참고되었다.[36] 그러나 Boissonade의 민법초안이나 구민법에서 무권대리인의 책임에 대한 직접적 규정은 나타나지 않는데, 이는 현행 일본민법의 제정과정에서 법전조사회가 참고한 독일민법 초안의 영향이 지대하였다는 반증이 되기도 한다.[37]

---

33) Gustave-Emil Boissonade, Projet de Code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire, t.II, Tokyo, 1888, p.931

34) 자세한 것은 仁井田益太郎, 舊民法, 日本評論社, 昭和18(1943), 5-8頁

35) 舊民法 財産取得編 第二百四十四條. 代理人ガ委任者ノ爲メ委任者ノ名ヲ以テ第三者ト爲シタル行爲ノ履行ニ付テハ代理人ハ其第三者ニ對シテ責ニ任セズ。但代理人ガ明示ニテ履行ノ責ニ任シ又ハ第三者ニ對シテ己レノ有セサル權限ヲ有スルモノノ如ク示シタルトキハ此限ニ在ラズ。

36) 磯部四郎, 民法釋義, 財産取得編, 上卷, 長島書房, 明治24(1889), 800-801頁

37) 平野裕之, "無勸代理無效-未確定法律關係論-", 椿壽夫編, 法律行爲無效の硏究, 日本評論社, 2001, 411-412頁 주9

(3) 법전조사회 초안 제119조와 입법자 의사

일본 구민법이 연기론자들의 반대에 부딪혀 시행되지 못하자[38], 명치정부는 1893년 새로운 민법초안을 마련하기 위하여 '법전조사회'를 구성하였으며, 그 기초위원들은 구민법과 독일민법 제1초안 등의 외국입법례[39], 그리고 일본의 관습을 참고하여 1895년 초안을 확정하였다.[40] 여기서 무권대리인의 책임은 제119조에서 규정되었다. 즉 법전조사회 초안 제119조는 "타인의 대리인으로서 계약을 한 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 얻지 못한 때에는 상대방에 대하여 그 선택에 따라 이행 또는 손해배상책임을 진다. 상대방이 대리권 없음을 알았거나 과실로 인하여 알지 못한 때 또는 그 능력을 갖지 못한 때에는 전항의 책임을 지지 않는다."라고 규정되었다.[41]

이 규정은 문장 형식상의 차이 외에 본질적 내용에 있어서는 현행 일본민법과 거의 동일하다.[42] 그 기초자인 토미이 마사아키라(富井政章) 위원은 "무권대리인의 책임에 대한 두 가지 입법례, 즉 프랑스민법과 같이 손해배상책임만을 규정하고 있는 경우와 독일민법과 같이 이행책임 또는 손해배상책임을 선택적으로 규정한 경우 중, 일본민법 초안은 후자의 입법례를 따른 것으로, 손해배상만으로는 충분하지 않기 때문에 상대방의 선택에 따라 이행책임을 지도록 하여 거래의 편의와 안전을 도모하였다."고 설명하였다.[43] 이와 함께 기초위원들은 "대리권을 갖지 않은 자가 타인의 대리인으로서 계약을 한 경우, 그는 대리권의 흠결을 알았거나 과실로 인하여 알지 못한 때에 불법행위 규정에 의하여 손해배상책임을 지지만, 실제로는 대리권의 존재 및 본인의 추인에 대한 담보책임을 부담하도록

---

38) 中村吉三郎, "明治法制史最終講義－主として法典爭議について－", 早稻田法學 第59卷1・2・3號, 昭和59(1984), 1頁 이하

39) 법전조사회 회의 속기록에 의하면 取(일본 구민법 재산취득편) 제249조, 일본상법 제49조, 제343조, 제345조, 蘭(荷蘭, 네덜란드민법) 제1843조, 伊(이탈리아민법) 제1751조, 瑞債務法(스위스채무법) 제48조, 제49조, モンテネグロ(몬테네그로민법) 제416조 제2항, 제417조, 西(西班牙, 스페인민법) 제1725조, 白草(백러시아, 베를리오즈 초안) 제2083조, 제2084조 제1항, 獨一草(독일민법 제1초안) 제125조, 同二草(독일민법 제2초안) 제146조, 同商(독일상법) 제55조, 印契(인도계약법) 제235조를 참조한 것으로 나타난다. 法典調査會, 民法議事速記錄一, 日本近代立法資料叢書 1, 商事法務硏究會, 140頁

40) 星野通, 明治民法編纂史硏究, ダイヤモンド社, 昭和18(1943), 191頁

41) 法典調査會 草案 第百十九條. 他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シタル者ガ其代理権ヲ証明スルコト能ハズ且本人ノ追認ヲ得ザリシトキハ相手方ニ対シテ其選択ニ従ヒ履行又ハ損害賠償ノ責ニ任ス。相手方ガ代理權ナキコトヲ知リタルトキ若クハ過失ニ因リテ之ヲ知ラザリシトキ又ハ代理人ガ其能力ヲ有セザリシトキハ前項ノ責任ヲ生セズ。法典調査會, 전게 速記錄, 140頁

42) 法典調査會, 전게 속기록, 140頁

43) 法典調査會, 전게 속기록, 141-142頁

하여 거래의 원활을 꾀한 것이 제1항의 취지"이며, 특히 "무권대리인은 계약에 의하여 상대방에게 스스로 권리를 취득하거나 의무를 부담할 의사를 갖지 않았고 상대방 역시 그러한 의사를 갖고 있지 않았기 때문에, 무권대리인이 대리권을 증명하지 못하고 본인의 추인을 얻지 못한 경우에 이행책임을 지는 것은 하나의 예외를 인정한 것"이라고 설명하였다.[44] 그 외 형식상 위 초안은 당초 제1항에서 '…상대방에 대하여 그 선택에 따라'(相手方ニ對ノシテ其選擇ニ從ヒ)로 되어 있었으나, 히지카타 야스시(土方寧) 위원의 의견에 따라 '…상대방의 선택에 따라 그에 대하여'(相手方ノ選擇ニ從ヒ之ニ對シテ)로 수정되었고, 제2항에서 '…대리인이 그 능력을 가지지 않는 때에는'(代理人ガ其能力ヲ有セザリシトキハ)을 '…대리인으로서 계약을 한 자가 행위능력을 갖지 못한 때'(代理人トシテ契約ヲシタ者ガ行為能力ラ有シナカッタトキハ)로 수정하자는 요코다 쿠니오미(横田國臣) 위원의 제안이 수용되어, 자구수정과 함께 법전조사회의 원안으로 확정되었다.[45]

2. 일본민법 제117조의 성립

법전조사회의 초안 제119조는 그 수정안 제117조로서 제9회 제국의회 중의원에 제안되었고, 별도의 항 번호도 부여되었다. 즉 명치정부의 초안 제117조는 제1항 "타인의 대리인으로서 계약을 한 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 얻을 수 없는 때에는 상대방의 선택에 따라 그에 대하여 이행 또는 손해배상의 책임이 있다.", 그리고 제2항은 "전항의 규정은 상대방이 대리권 없음을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때 또는 대리인으로서 계약을 한 자가 그 능력을 가지지 않는 때에는 적용하지 않는다."라고 규정되었다.[46]

이 규정의 제안이유에 대하여, "동조 제1항은 다른 외국의 여러 입법례가 무권대리인의 손해배상책임을 규정하고 있는 것과 달리 상대방의 선택에 따라 이행책임 역시 질 수 있도록 한 것인데, 이것은 앞서 본 '기성법전', 즉 '구민법' 재산취득편 제244조에 따른 것이고, 대리의 통칙을 규정한 일본상법 제343조와 제49

44) 松波仁一郎・仁保龜松・仁井田益太郎, 帝國民法正解, 第2卷, 穗積陳重・富井政章・梅謙次郎 校閱, 東京 日本法律學校, 有斐閣書房, 明治29(1896), 669-670頁

45) 法典調査會, 전게 속기록 159頁

46) 衆議院 提出案 第百十七條. ①他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シタル者ガ其代理権ヲ証明スルコト能ハズ且本人ノ追認ヲ得ザリシトキハ相手方ノ選択ニ従ヒ之ニ対シテ履行又ハ損害賠償ノ責ニ任ス。②前項ノ規定ハ相手方ガ代理權ナキコトヲ知リタルトキ若クハ過失ニ因リテ之ヲ知ラザリシトキ又ハ代理人トシテ契約ヲ爲シタル者ガ其能力ヲ有セザリシトキハ之ヲ適用セズ。廣中俊雄, 民法中修正案(第三編)の理由書, 有斐閣, 昭和62(1987), 282頁

조 역시 동일한 내용으로 규정되었는데, 이 또한 독일 상법규정[47] 및 독일민법초안[48]에 따라 거래의 안전을 유지하기에 적당하다고 인정되었기 때문"이라고 하였다.[49] 또한 동조 제2항에 대해서도 "이것은 법전조사회 초안 제115조[50]에 대응하는 규정인데, 후자는 상대방이 대리권의 흠결에 대하여 악의인 경우와 과실이 있는 선의의 경우를 구별하고 있음에 반하여, 전자는 이를 구별하지 않고 있는데, 이는 대리권의 흠결에 대한 상대방의 부주의를 문책하는 것이고, 나아가 제한능력자를 보호할 필요가 있기 때문"이라고 설명하였다.[51]

法典調査會의 심의를 거쳐 일본 중의원에서는 "대리권의 흠결에 대한 상대방의 인식 여부와 관계없이 무권대리인에게 이행책임 또는 손해배상책임을 지우는 것이 너무 가혹하지 않은가?"라는 모리야 코노스케(守屋此助)와 나카지마 마타코로우(中島又五郎) 중의원의 질문에 대하여, 그 기초위원인 토미이(富井政章)와 우메 겐지로(梅謙次郎)는 "대리권의 흠결을 상대방이 알았거나 알 수 있었던 경우에는 그렇게 할 수 없도록 제117조 제2항에서 규정하였기 때문에 무권대리인의 책임이 가혹한 것은 아니다."라고 답변하였다.[52] 이러한 과정을 거쳐 중의원을 통과한 법안은 귀족원을 거쳐 명치 29년(1896년) 공포되었고, 위 규정은 그 형식이나 내용의 변화 없이 현행 일본민법 제117조로 탄생되었다.[53] 이는 앞서 본 법전조사회 초안 제119조에 비하여 단순한 자구의 차이 외에 실질적으로는 동일한 내용으로 규정되었다.[54] 결과적으로 만주민법 제131조가 우리민법 제135조와 정확히 일치하지만, 구체적인 내용에 있어서는 일본민법 제117조 역시 동일

47) 후술하는 독일상법 제55조

48) 후술하는 독일민법 제1초안 제125조, 제2초안 제146조

49) 未定稿本/民法修正案理由書, 107-108頁 ; 廣中俊雄, 전게 理由書, 167-168頁에 의하였다.

50) 중의원 제출안 제115조. 대리권을 가지지 않는 자가 한 계약은 본인의 추인 없는 사이에 상대방이 이를 취소할 수 있다. 다만 계약 당시 상대방이 대리권 없음을 알고 있었던 경우에는 그러하지 아니하다. 第百十五條. 代理權ヲ有セザル者ノ爲シタル契約ハ本人ノ追認ナキ間ハ相手方ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得但契約ノ當時相手方カ代理權ナキコトヲ知リタクトキハ此限ニ在ラズ。

51) 未定稿本/民法修正案理由書, 108-109頁 ; 廣中俊雄, 전게 理由書, 168-169頁

52) 衆議院 民法中修正案委員會 速記錄, 明治29年(1896) 3月 4日(第4號), 35-36頁 ; 廣中俊雄, 第九回帝國會議の民法審議, 有斐閣, 昭和61(1986), 127-128頁

53) 자세한 것은 廣中俊雄, 전게 民法審議, 74-86頁 ; 仁井田益太郎, 전게서, 26-30頁 참조

54) 日本民法 第百十七条 1. 他人ノ代理人トシテ契約ヲシタ者ガ自己ノ代理権ヲ証明スルコトガデキズカツ本人ノ追認ヲ得ルコトガデキナカッタトキハ相手方ノ選択ニ従イ相手方ニ対シテ履行又ハ損害賠償ノ責任ヲ負ウ。2. 前項ノ規定ハ他人ノ代理人トシテ契約ヲシタ者ガ代理権ヲ有シナイコトヲ相手方ガ知ッテイタトキ若シクハ過失ニヨッテ知ラナカッタトキ又ハ他人ノ代理人トシテ契約ヲシタ者ガ行為能力ラ有シナカッタトキハ適用シナイ。

한 규정이라고 해도 좋을 것이다.

3. 일본민법의 개정

명치 31년(1898년) 시행된 일본민법은 수차례에 걸쳐 부분적으로 개정된 바 있지만[55], 무권대리인의 책임에 관한 규정은 2004년 재산법 분야를 카타카나(カタカナ)에서 히라가나(ひらがな)로 변경하는 변화에 따랐을 뿐이었다.[56] 그런데 2000년대 초반을 기점으로 기존의 민법조문과 관련한 새로운 문제의 등장에 따라 채권법을 현대화하고, 독일채무법의 개정(2002년) 등 외국법이나 국제조약 내지 모델법의 등장으로 국제적 거래사회에 합치되는 민법전을 재편할 필요가 있다는 주장이 팽배하였다.[57] 이러한 취지에 따라 2009년 10월 법무대신이 자문기구인 '法制審議會'에 민법개정을 자문한 것이 계기가 되어, 2009년 11월 24일 '民法(債權關係)部會'(이하 부회)가 설치되어 개정작업을 시작하였다. 부회는 2010년 6월 29일 제11회 회의에서, 현행 일본민법 제117조에 대한 학설과 판례의 경향을 검토하고, 그에 대한 약간의 논의점을 제시한 후, 외국의 입법례를 소개하는 보충설명과 함께, 본격적인 개정검토를 시작하였다.[58] 이로부터 5년여의 개

---

55) 비교적 중요한 개정으로서는 1962년(昭和 37년) 집합주택에서의 권리의무관계를 명확히 할 목적으로 민법에서의 관련 규정을 삭제하고 '건물의 구분소유 등에 관한 법률' 제정, 1971년(昭和 46년) 근저당권제도 신설(제398조의 2 내지 제398조의 22), 1987년(昭和 62년) 특별양자제도 추가(제817조의 2 내지 제817조의 11), 1999년(平成 11년) 후견, 보좌제도의 개정과 보조제도 신설(제7조 내지 제21조, 제839조 내지 제876조의 10), 2006년(平成 18년) 민법의 법인에 관한 규정(제33조 이하)을 거의 삭제하고 '일반사단법인 및 일반재단법인에 관한 법률' 및 '공익사단법인 및 공익재단법인의 인정 등에 관한 법률' 제정 등을 들 수 있다.

56) 日本民法 第百十七条 1.他人の代理人として契約をした者は、自己の代理権を証明することができず、かつ、本人の追認を得ることができなかったときは、相手方の選択に従い、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負う。2.前項の規定は、他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が知っていたとき、若しくは過失によって知らなかったとき、又は他人の代理人として契約をした者が行為能力を有しなかったときは、適用しない。

57) 학계를 중심으로 한 민간차원의 민법개정 관련 연구로서, 2005년 10월 시작된 가토 마사노부(加藤雅信)교수에 의한 '民法改正研究會'와 2006년 10월 7일 시작된 우치다 타카시(内田 貴)교수에 의한 '民法(債權法)改正檢討委員會'가 있다. 특히 후자는 채권편 중심의 민법개정 준비작업과 개정시안의 작성을 위한 모임으로서, 2008년 11월 15일 제9회 전체회의에서 일본민법 제117조의 수정을 위한 같은 내용의 세 가지의 안, 즉 '안 II-3-36 (無權代理人의 責任)'을 제안하였는데(民法(債權法)改正檢討委員會, 參考資料 民法典の編成(法律行爲關係)イメージ, 第1案 21-22頁, 第2案 11頁, 第3案 13-14頁), 이것은 '民法(債權法)改正委員會'가 2009년 1월 24일 전체회의에서 제안한 '안 II-3-30 (無權代理人의 責任)'과 동일하였고(法務省民事局參事官室, 民法(債權法)改正委員會 全體會議, 第5章 「法律行爲」 第3節 「代理及び授權」, 2009. 1. 24, 提案 29頁, 參考資料 90頁), 이후 '法制審議會 民法(債權關係)部會'에서 논의의 기초자료로 삼았다.

58) 民法(債權關係)の改正に關する檢討事項(8) 詳細版, 部會資料 13-2, 109頁

정작업을 통하여 2015년 3월 31일 법무성 제안의 '民法一部改正案'을 확정하였고, 현재 국회의 심의를 기다리고 있다.[59]

이 개정안에서는 현행 일본민법 제117조를 "제1항 중 '증명하지 못하고 또 본인의 추인을 얻을 수 없는 때'(証明することができず、かつ、本人の追認を得ることができなかったときは)를 '증명한 때 또는 본인의 추인을 얻은 때를 제외하고'(証明したとき、又は本人の追認を得たときお除き)로 개정하며, 동조 제2항을 다음과 같이 개정한다. 2.전항의 규정은 다음과 같은 경우에는 적용하지 않는다. 一.타인의 대리인으로 계약을 한 자가 대리권을 가지지 않는 것을 상대방이 안 때, 二.타인의 대리인으로 계약을 한 자가 대리권을 가지지 않은 것을 상대방이 과실에 의하여 알지 못한 때. 다만 타인의 대리인으로 계약을 한 자가 자기에 대하여 대리권이 없다는 것을 안 때에는 그러하지 아니하다. 三.타인의 대리인으로 계약을 한 자가 행위능력의 제한을 받고 있는 때"로 개정해야 한다는 안이 제시되었다. 이러한 개정제안은 현재의 규정과 비교하여, 제1항은 문장형식의 변화에 불과하고, 제2항 역시 제2호의 단서에서 무권대리인이 대리권 없음을 안 경우에는 책임을 져야 한다는 내용이 추가되었을 뿐 본질적인 내용의 변화는 찾아 볼 수 없다.

IV. 독일민법 제179조의 제정과정

1. 독일 보통법이론

로마법에서는 "누구도 타인을 위하여 약속할 수 없다"(Alteri stipulari nemo potest)[60]는 법문에 따라 대리인이 체결한 계약의 효력이 본인에게 귀속될 수는 없었다.[61] 그러나 근대민법전이 편찬되고 독일보통법이론이 전개되면서 대리제도

59) 法制審議會 民法(債權關係)部會의 개정작업은 2011년 2월 8일 제22회 회의에서 중간 논점정리를 위한 논의(부회자료 23)를 거쳐, 2011년 4월 12일 제26회 회의에서 '民法(債權關係)의 改正에 관한 中間的인 論点整理案'을 발표하였고, 2011년 10월 11일 33회 회의 제2독회(4)의 논의(부회자료 29), 2012년 12월 4일 중간시안 작성을 위한 제64회 회의(부회자료 53)를 거쳐, 2013년 2월 26일 제71회 회의에서 '中間試案'을 공표하였다. 2013년 9월 10일 제76회 제3독회(3)에서 요강안을 위한 검토(부회자료 66A), 2014년 6월 10일 제90회 제3독회(17)의 논의(부회자료 79-1, 2), 2014년 8월 5일 제95회 제3독회(22) 논의(부회자료 82-1)를 통하여, 2014년 8월 26일 제96회 회의 제3독회(23)에서 '要綱假案'의 결정으로 부회에서의 민법개정 논의가 일단락되었다. 이후 구체적인 조문안의 표현과 추가적인 논제의 심의를 거쳐 2015년 2월 10일 '要綱案'을 확정, 같은 달 24일 法制審議會 總會에서 원안대로 통과되었다. 이 요강안이 '民法一部改正案'으로 확정된 것이다.

60) Ulpianus, Digesta 45.1.38.17

를 긍정하기 위한 노력이 경주되었고, 종래 불법행위책임에 의한 상대방의 구제 또는 위임계약에서의 특별규정을 통하여 해결하였던 무권대리인의 책임에 관한 논의가 본격적으로 시작되었다.

독일보통법이론에서는 대리제도의 본질을 설명하기 위한 다양한 주장들이 나타났지만, 대리행위 자체의 효과로서 상대방과 본인 사이에 법률관계가 형성된다는 견해[62]가 등장하면서 로마법상의 사고가 파괴되고 이론의 획기적인 전기를 맞게 되었으며[63], 무권대리인이 상대방에 대하여 부담하게 되는 책임에 관하여는 매우 심한 논란이 야기되었다.[64] 그 중에는 무권대리인이 대리권의 흠결을 알면서 고의로 묵비한 경우에 한하여 불법행위책임을 지며 손해배상의 범위는 소극적 이익에 한정된다는 견해도 있었고[65], 단지 무권대리인이 상대방에게 손해를 발생시켰기 때문에 그러한 책임을 져야 한다는 견해도 있었다.[66] 또 다른 견해는 종래 예링(Jhering)에 의하여 주장된 계약체결상의 과실책임을 무권대리행위에 적용하고[67], 무권대리인이 대리권이 없음을 알고서 상대방에게 고지하지 않은 경우뿐만 아니라 단지 과실이 있는 경우에도 그에게 책임을 물을 수 있다고 하면서, 책임의 범위는 신뢰이익의 배상에 한정된다고 하였다.[68] 또한 본인은 무권대리행위를 추인함으로써 상대방을 계약에 구속시킬 수 있지만, 상대방은 본인을 계약에 구속시킬 법적 가능성을 갖지 못하므로, 누군가 계약에 구속되어야 한다면 그는 바로 무권대리인이라고 하는 견해도 있었다.[69] 그럼에도 당시 다수의 지지를

---

61) Max Kaser, Römisches Privatrecht, 6.Aufl., C.H.Beck, 1968, §34 I 2 e, S.133 ; Gaston May, Élément de droit romain, Libraire du recueil général des lois et des arrèts, 1894, n°123 II 1°, p.228 ; Fritz Schulz, Classical Roman Law, Clarendon Press, 1954, p.487 ; 현승종・조규창, 로마법, 법문사, 1996, 693면 ; 최병조, 로마법강의, 박영사, 1999, 339-340면

62) Hermann Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Verlag der Stiller'schen Hofbuchhandlung, 1852, S.232

63) Josef Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, Duncker & Humblot, 1903, S.22

64) Ludwig Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung, Neudruck der Ausgabe, Wien, 1885, S.169 ; Flume, a. a. O., §47, 3 a), S.801

65) 이 견해는 Brinz, Seuffert, Hellmann 등에 의하여 주장되었다고 한다. Mitteis, a. a. O., S.164f. ; Hupka, a. a. O., S.23

66) Gierke나 Reglesberger 등이 주장하는 견해라고 한다. Hupka, a. a. O., S.34

67) Rudolf von Jhering, Culpa in Contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, Die Positiven Vertragsverletzungen, Verlag Gehlen, 1969, S.47. 만일 대리인 스스로가 계약을 체결한다는 견해를 따른다면 그에 대하여 계약체결상의 과실에 관한 원칙(die Grundsätze über contractliche culpa)이 적용된다고 한다.

68) 이 견해는 Laband, Dernburg 등이 주장하고 Mitteis도 같은 입장이라고 한다. Mitteis, a. a. O., S.169f. ; Hupka, a. a. O., S.26

받은 견해는 무권대리인의 묵시적 보증약속에 근거한다는 입장이었다. 이는 무권대리인이 상대방과 계약을 체결하면서 본인의 추인을 받거나 자신에게 대리권이 있다는 사실에 대하여 보증약속을 한 경우에는 그러한 계약상의 책임으로서 이행 또는 이행이익의 배상책임을 지는데, 이러한 보증약속이 무권대리인과 상대방 사이의 계약에 항상 묵시적으로 포함되어 있다는 견해이며, 이에 따르면 무권대리인의 귀책사유 유무는 문제되지 않고 손해배상은 이행이익의 배상으로 해석되었다.[70]

2. 독일 근대민법전의 영향

(1) 프로이센일반주법 제229조

1796년 제정된 프로이센일반주법(ALR)은 위임계약에서 무권대리인의 책임과 유사한 규정을 두고 있었다. 즉 동법 제1장 제13절 제229조는 "타인의 사무를 위임(Auftrag) 받지 않은 상태에서 상대방과 계약을 체결한 자는 본인뿐만 아니라 상대방에 대해서도 책임을 져야 하며, 수임인이 위임인의 지시에 위반하였으나 상대방이 이를 확인하지 않은 경우(제96조) 또는 위임이 철회되었음에도 상대방과 계약을 체결한 경우(제171조), 상대방은 수임인을 상대로 그 책임을 물을 수 있다."고 규정하였다.[71] 다만 그 책임의 내용을 구체적으로 규정하지는 않았으며, 학설은 이에 대하여 계약체결상 과실책임에 관한 일반규정(제1장 제5절 제284조 이하)이 적용될 수 있다고 하였다.[72]

(2) 독일 어음법 제95조와 상법전 제55조

1848년에 제정된 독일 어음법(ADWO, Die Allgemeine Deutsche Wechselordnung) 제95조에서는 무권대리인이 본인이 지는 책임과 동일한 책임을 진다고 규정하고 있다. 구체적으로 그 내용을 규정하지는 않았지만 이행책임을 전제로 하고, 만일 이행할 수 없다면 손해배상책임이 상정되었다. 그리고 1861년 제정된 독일상법전 제55조 역시 이와 동일하게 이행책임과 함께 손해배상책임을 규정하고 있

69) Zimmermann이 이 견해에 따른다고 한다. Mitteis, a. a. O., S.167f. ; Hupka, a. a. O., S.32
70) Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.II, 9.Aufl., Rütten & Leoning, 1906, §74 Anm.7 a, S.369
71) Franz Förster/M. E. Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd.2, 7.Aufl., Berlin, 1896, S.318f.
72) Hupka, a. a. O., S.38

다.[73]

(3) 작센민법 제789조

독일보통법이론의 영향을 받은 작센민법(Sächsisches BGB・1863) 제789조는 오늘날 독일민법 제179조의 원형에 가까운 규정을 두고 있었다. 특히 이 규정은 형식에 있어서 차이가 있지만 독일상법전 제55조에서 상대방이 무권대리인에 대하여 이행책임과 손해배상책임을 선택할 수 있도록 규정한 것으로부터 영향을 받았다.[74] 그리하여 작센민법 제789조는 "대리인으로 계약을 체결한 자가 사전에 대리인으로서의 자격을 갖지 못하거나 그 권한을 넘은 경우에는 그 계약이 후에 본인에 의하여 추인되지 아니하는 한 그 대리인은 계약의 상대방에 대하여 그 선택에 따라 스스로가 계약을 체결한 것과 같은 책임을 지거나 손해배상책임을 진다."고 규정되었다.[75]

3. 독일민법 제179조의 성립과 입법자 의사

(1) 부분초안 제122조

독일민법전 제정을 위한 부분초안(Teilentwurf)은 1882년 게브하르트(Albert Gebhard)에 의하여 제안되었는데, 여기서 무권대리인의 책임에 대해서는 제122조에서 규정되었다. 그 제1항은 "대리권 없이 타인의 대리인으로 법률행위를 한 자는 추인이 거부된 경우에 그로 인하여 스스로 야기한 손해에 대하여 책임을 진다.", 제2항은 "계약에서 상대방은 자신의 선택에 따라 손해배상 또는 이행을 청구할 수 있다."고 규정하였다.[76] 특히 이 규정에서 상대방이 그 선택에 따라 무권대리인에 대하여 손해배상 또는 이행을 청구할 수 있다고 규정한 것은 현행 독일민법의 원형이 되었으며, 당시의 독일 상법전 제55조를 참조한 것이지만, 작센

---

73) Protokolle I, S.4662 ; Mitteis, a. a. O., 164f.

74) Hupka, a. a. O., S.76

75) Sächsisches BGB §789 Hat derjenige, welcher als Stellvertreter den Vertrag geschlossen, die vorgegebene Eigenschaft eines Stellvertreters nicht gehabt, oder seine Befugnisse als solcher überschritten, und wird der Vertrag nicht noch von dem durch ihn Vertretenen später genehmigt, so haftet der Stellvertreter dem Anderen, mit welchem er den Vertrag geschlossen hat, nach der Wahl des Letzteren entweder so, als ob er den Vertrag für seine Person geschlossen hätte, oder für Schadenersatz.

76) Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Einführung, Biographien, Materialien-, Walter de Gruyter, 1978, S.73

민법전 제789조에서 이미 나타난 바 있는 것으로 이들의 직접적인 영향을 받은 것으로 평가되었다.[77]

(2) 독일민법전 제1초안 제125조

독일민법 편찬을 위한 제1위원회(Erste Kommission)는 부분초안 제122조에 대한 심의과정에서, 무권대리인의 책임이 발생되기 위한 상대방 측의 소극적 요건에 대해서는 규정하지 않았다고 전제하였다.[78] 그리하여 이에 대한 심의과정에서 수정안을 제시한 요호오(Johow)는 "상대방이 대리권의 흠결을 알 수 있었을 때와 무권대리인이 그 대리권의 흠결을 알지 못한데 대하여 책임 없는 착오에 빠진 때에는 무권대리인의 책임이 발생되지 않는다."는 내용을 추가하자고 제안하였고, 기초자였던 Gebhard 역시 "상대방이 대리권의 흠결을 알았거나 알았어야 했을 경우에는 무권대리인의 책임이 발생하지 않는다."는 내용을 추가하자고 제안하였다.[79] 부분초안에 대한 심의 끝에 독일민법제정을 위한 제1위원회(Erste Kommission)는 이러한 수정제안을 배제한 채 1888년 제1초안(Entwurf I)을 완성하여 이유서(Motive)와 함께 공표하였는데, 무권대리인의 책임에 관해서는 제125조에서 규정되었다. 즉 제1초안 제125조 제1항은 "계약의 체결에 있어서 자신에게 대리권이 없음을 고지하지 아니한 대리인은 그 계약의 추인이 거부된 경우, 다른 계약자에 대하여 스스로 책임을 진다. 상대방은 그 선택에 따라 이행 또는 불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 있다.", 그리고 제2항은 "대리인의 책임은 상대방이 그 대리권의 흠결을 안 경우에는 발생하지 않는다."라고 규정하였다.

제1초안의 특징은 무권대리인의 책임이 인정되기 위해서 우리민법처럼 무권대리인에게 객관적으로 대리권이 없어야 한다는 요건이 아니라 '무권대리인이 자신에게 대리권이 없음을 고지하지 않은(nicht kundgegeben hat) 경우'에 책임을 지는 것으로 규정되었고, '손해배상책임의 원인이 불이행으로 인한 것'(Schadensersatz wegen Nichterfüllung)임을 명확하게 규정하였다는 점이다. 앞서 본 Gebhard의 부분초안에서도 '대리권흠결'이 객관적인 책임요건으로 규정되었는데, 제1초안에서 '대리권 없음을 고지하지 아니한 자'로 수정된 것은 무권대리인의 책임을

77) Hupka, a. a. O., S.78
78) Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, 2.Teilband, Walter de Gruyter, 1985, S.888
79) Jakobs/Schubert, a. a. O., S.893

인정하기 위한 대리인 측면의 행위표지를 검토하면서, '대리인이 대리권 없음을 표시한 경우'와 '자신에게 대리권이 있다고 적극적으로 표시하였으나 실제로는 대리권이 없는 경우'를 나누어 심의함으로써 단지 '조문 정리상의 필요성'에 따라 삽입된 것이라고 한다.[80]

그리고 무권대리인의 책임이 발생하지 않는 상대방의 요건으로서 대리권의 흠결을 상대방이 알았을 경우로 규정한 것은 당연하게 받아들여졌으나[81], 부분초안에서 Johow와 Gebhard의 제안, 즉 상대방이 대리권의 흠결을 '알 수 있었을 때'와 '알았어야 했을 경우'에도 무권대리인의 책임이 발생되지 않아야 한다는 점에 대하여는 상대방에게 대리권의 존재에 대한 확인의무가 없다고 하여 제1초안에서 제외되었다.[82]

나아가 제1초안은 그 당시 유력하였던 빈트샤이트(Windscheid)의 학설에 따라 '묵시적인 보증약속'(ein stillschweigendes Garantieversprechen)을 무권대리인 책임의 근거로 삼았으며, 손해배상책임 역시 그 원인을 '계약의 불이행'에 따른 것으로 규정하여 이 견해의 영향을 보여주었다.[83] 제1위원회의 논의과정에서 손해배상책임의 성격을 계약체결상의 과실책임(culpa in contrahendo)에 따른 소극적 신뢰이익(negatives Vertrauensinteresse)의 배상에 한정되어야 한다는 견해가 일축되었고, 타인의 대리인으로 행위한 자가 그 '과실의 유무에 관계없이', '대리권이 존재한다는 것 또는 본인의 추인이 사후적으로 있으리라는 점에 대하여 전적으로 책임'져야 하는 것이 거래의 관행이므로, 적극적 이행이익(positives Erfüllungsinteresse)의 배상으로 파악하였다.[84]

(3) 독일민법전 제2초안 제146조

제1초안의 수정에 착수한 제2위원회(Zweite Kommission)는 각계의 의견을 반영하여 1895년 독일연방참의원(Bundesrat)에 제2초안(Entwurf II)을 제출하였으며, 1898년 심의록(Protokolle)과 함께 공표하였다. 이 초안에서 무권대리인의

---

80) 양창수, 전게 무권대리인의 책임, 148-149면

81) Motive zu dem Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Bd.I, 1888, S.244 ; Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd.I, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Decker's Verlag, 1899, S.488

82) Motive I, S.244 ; Mugdan I, S.488

83) Motive I, S.244 ; Mugdan I, S.488f. ; Hupka, a. a. O., 85f.

84) Motive I, S.243f. ; Mugdan I, S.487

책임에 관해서는 제146조에서 규정되었으며, 현행 독일민법 제179조와 같은 내용으로 제안되었다. 다만 제1초안과 달라진 것은 첫째, 제1항에서 무권대리인의 책임이 인정되는 행위표지에 대하여 객관적인 대리권흠결의 의미로 무권대리인이 대리권을 증명하지 못하고 본인의 추인을 받지 못한 경우로 구체화하였으며, 둘째, 제2항에 무권대리인이 자신의 대리권 흠결을 알지 못한 경우에는 이행이익의 한도로 제한되는 신뢰이익의 배상책임규정을 신설하였고, 셋째, 제3항에서 무권대리인의 책임이 발생되지 않는 상대방의 요건과 관련하여 대리권 흠결을 상대방이 안 경우 외에 알아야 했던 경우와 무권대리인에게 행위능력이 없는 경우를 추가하였다는 점이다.

달라진 위 첫째 내용은 제1초안과 같이 '대리권이 없음을 고지하지 아니한 대리인'으로 하게 되면, 무권대리인이 대리권의 흠결을 알면서 이를 고지하지 아니한 경우만을 포함하고, 무권대리인이 대리권의 흠결을 알지 못하였기 때문에 이를 고지하지 아니한 경우는 무권대리인에게 책임을 물을 수 없다는 오해의 가능성이 있다고 하여, '대리권을 증명하지 못하는 한'으로 수정되었다.[85]

그리고 둘째의 내용, 즉 제1초안이 이행이익의 배상으로 파악한 이유는 무권대리인의 책임을 대리권의 존재와 본인의 추인(Genehmigung)에 대한 보증약속에 근거한 것으로 이해하였기 때문이다. 그런데 제2위원회는 그 논의과정에서 무권대리인과 상대방 사이의 계약에 일반적으로 묵시적인 보증약속이 존재한다는 것은 지나친 의제(Fiktion)라고 하였다. 나아가 무권대리인에게 대리권의 흠결에 대하여 귀책사유가 없는 경우, 예를 들어 본인의 의사무능력 등으로 수권행위가 무효이거나 취소될 수 있는 경우 또는 수권증서가 위조되었음을 대리인이 알지 못하는 경우 등에 대하여 상대방이 무권대리인에게 이행이익의 배상을 청구할 수 있다는 것은 너무 가혹하다고 평가하였다. 그리하여 제2위원회는 무권대리인이 대리권의 흠결을 알았던 경우에는 제1초안과 같이 상대방에 대하여 이행이익의 배상을 하고, 이를 알지 못한 경우에는 신뢰이익의 배상에 그치는 것으로 규정하였다.[86]

나아가 무권대리인이 대리권의 흠결을 알지 못한데 대하여 그에게 귀책사유 없는 경우에도 책임을 져야 하는지가 문제되었다. 그리하여 만일 이 경우 무권대리인의 책임을 부정하면 상대방의 보호를 위한 예외적 구제수단을 인정해야 하므

85) Jakobs/Schubert, a. a. O., S.921
86) Protokolle I, S.326 ; Mugdan I, S.751

로 부적절한 개별적 판단방법(unangebrachte Kasuistik)에 빠질 수 있다고 하여, 무권대리인에게 귀책사유가 없더라도 그 책임을 인정하게 되었다. 이것은 위 셋째의 달라진 점에 영향을 미쳐 상대방이 대리권의 흠결에 대하여 알았을 때뿐만 아니라 알았어야 했을 때에도 무권대리인의 책임은 발생하지 않는다고 규정되었다.[87]

(4) 독일민법 제179조의 성립과 그 개정

독일민법 제2초안 제146조는 각서(Denkschrift)와 함께 독일제국의회에 제출되었고, 내용상의 수정 없이 1896년 공포된 현행 독일민법전(BGB) 제179조로 탄생되었다. 즉 독일민법 제179조는 제1항에서 "대리인으로 계약을 체결한 자가 대리권을 증명하지 못하는 한 본인이 계약의 추인을 거절하는 때에는 상대방에 대하여 그 선택에 따라 이행 또는 손해배상의 의무를 진다.", 제2항에서는 "대리인이 대리권의 흠결을 알지 못한 경우에는 그는 상대방에 대하여 상대방이 대리권을 믿음으로 인하여 입은 손해를 배상할 의무를 진다. 그러나 배상액은 상대방이 계약의 유효에 대하여 가지는 이익액을 넘지 못한다.", 그리고 제3항에서는 "상대방이 대리권의 흠결을 알았거나 알아야 했던 경우에는 대리인은 책임을 지지 않는다. 대리인의 행위능력이 제한된 경우에도 그는 책임을 지지 않는다. 그러나 그가 법정대리인의 동의를 얻어 행위한 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정되었다.[88]

1970년대 말 100년 이상 시행되어 온 독일민법의 여러 가지 결함을 시정하고 국제질서에 부합하는 민법전의 보유에 대한 염원에서 그 개정작업이 시작되었다. 이를 위하여 1978년 독일채권법의 개정을 위한 방대한 연구와 조사[89]를 거쳐 채권법개정위

87) Protokolle I, S.330 ; Mugdan I, S.752

88) BGB §179(Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht) (1)Wer als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem anderen Teil nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrags verweigert. (2)Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er nur zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrags hat. (3)Der Vertreter haftet nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, dass er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat.

89) Bundesministerium der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 3

원회의 1991년 최종보고서가 작성되었다.[90] 그 후 독일 연방법무성(Bundesministerium der Justiz)은 공청회와 법률가대회의 토론을 바탕으로 2000년 8월 채권법현대화법률의 토의안(Diskussionsentwurf eines SchuldrechtsModernisierungsgesetzes)을 마련하였고, 이를 바탕으로 한 심포지움, 단행본 출간 등을 거쳐 '채권법 현대화를 위한 법률안'(Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts)을 작성, 2001년 5월 9일 연방참의원(Bundesrat)에 제출하였다.[91] 2001년 5월 14일 연방의회(Bundestag)에 상정되어, 같은 해 10월 11일 통과되었고, 같은 해 11월 29일 공포되어 2002년 1월 1일부터 시행되었다. 그런데 이러한 개정논의에서도 무권대리인의 책임에 관한 제179조는 포함되지 않았고, 독일민법은 기존의 규정을 그대로 유지하고 있다.

V. 독일민법 및 일본민법의 이론적 영향과 국제적 입법동향

1. 독일민법 제179조의 이론적 배경

독일민법 제1초안 제125조의 형성에 직접적인 영향을 준 것은 앞에서 본 바와 같이 Windscheid의 묵시적 보증이론이며, 이로 인하여 책임의 구체적인 내용을 이행책임과 계약의 불이행으로 인한 손해배상책임으로 규정하고, 그 결과 무권대리인의 귀책사유는 문제되지 않으며 손해배상은 이행이익의 배상이 되었다.[92] 그리고 제2초안 제146조의 성립과정에서는 무권대리인과 상대방 사이의 계약에 묵시적인 보증약속이 존재한다는 것은 지나친 의제라고 하여 위 견해가 포기되었고, 무권대리인에게 대리권의 흠결에 대하여 귀책사유가 없는 경우 이행이익의 배상책임을 지우는 것은 너무 가혹하다고 하여, 무권대리인이 대리권의 흠결을 알았던 경우에는 이행이익의 배상을 인정하고, 이를 알지 못한 경우에는 신뢰이익의 배상에 그치는 것으로 규정하였다.[93] 이로써 독일민법은 제1초안과 달리

Bd., 1981-1983

90) Bundesministerium der Justiz, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992

91) BR-Drucksache 338/01

92) Motive I, S.243f. ; Mugdan I, S.487f.

93) 독일민법의 입법자들이 제179조 제2항에서 무권대리인이 대리권흠결에 대하여 선의인 경우에 신뢰이익의 배상책임을 규정한 것은 당시 제1초안 제97조 제3항(착오로 인하여 의사표시가 무효인 경우에 과실 있는 착오자는 상대방에 대하여 신뢰이익을 배상하여야 한다)과 제98조, 제99조를 유추한 것이고, 무권대리인이 선의인 경우 과실이 있느냐 없느냐는 착오와 마찬가지로

상당한 변화를 가져왔고 이것이 현행 독일민법 제179조가 되었다.

현재 독일의 일반적인 견해는 무권대리인의 책임을 법정보증책임(gesetzliche Garantenhaftung), 즉 무권대리인이 자신을 대리인이라고 주장한 사실로 인하여 상대방이 갖게 된 신뢰를 보증하는 것으로 법률에서 정한 책임인 동시에[94], 거래의 안전을 위한 신뢰책임(Vertrauenshaftung)으로서의 성격도 가진다고 한다.[95] 물론 이러한 법정보증책임은 위 제1초안에서 언급된 묵시적 보증약속과는 의미상 다른 것이라고 한다.[96] 무권대리인과 상대방 사이의 묵시적 의사에 근거하는 것이 아니라 무권대리인 자신을 대리인이라고 언명한 것에 대한 책임(Erklärungshaftung)과 무권대리행위로 인하여 본인에게 효과를 귀속시키지 못하는 위험(Risiko)을 무권대리인이 부담해야 한다는 사상이 결합된 것이다.[97] 이는 무권대리인이 자신에게 대리권 없음을 알지 못하였더라도 선의의 상대방보다 대리권의 흠결을 보다 잘 알 수 있는 상황에 있었으므로 무권대리행위로 인한 손해는 무권대리인 스스로 부담해야 한다는 생각에 입각한 것이다.[98]

2. 일본민법 제117조의 해석론에 대한 독일민법학의 영향

우리민법 제135조와 동일한 내용을 규정하고 있는 일본민법전의 제정과정에서, Boissonade는 자신의 초안 제343조에 대한 설명을 통하여, 이는 앞서 본 프랑스민법 제1120조를 참고한 것이고, 프랑스 판례 역시 묵시적인 이행보증으로 해석한다고 서술하였다.[99] 나아가 법전조사회의 초안 제119조에 대한 기초위원들의 견해 역시 무권대리인에게 대리권의 존재 및 본인의 추인에 대한 담보책임

구별할 필요가 없다고 생각하였다. Protokolle I, S.326 ; Mugdan I, S.751

94) Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8.Aufl., C.H.Beck, 1997, §49 II 1, Rn.18, S.938

95) Markus Gehrlein, Juris Praxis Kommentar BGB, Bd.1, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Juris GmbH Saarbrücken, 2005, 1 zu §179, S.984 ; Thomas Ackermann, Nomos Kommentar BGB, Allgemeiner Teil, Bd.1, 2.Aufl., Nomos, 2012, 1 zu §179, S.1195

96) Eberhard Schilken, J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 1, Allgemeiner Teil 5, §§164-240, Sellier de Gruyter, 2009, 2 zu §179, S.237 ; Ackermann, Nomos Kommentar, 1 zu §179, S.1195 ; Schramm, Münchener Kommentar, 1 zu §179, S.2160

97) Stefan Habermeier, Bamberger/Roth Kommentar zum BGB, Bd.1, C.H.Beck, 2003, 1 zu § 179, S.568 ; Schramm, Münchener Kommentar, 1 zu §179, S.2160 ; Frensch, Prütting/Wegen/Weinreich BGB Kommentar, 1 zu § 179, S.267

98) Claus Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, C.H.Beck, 1971, §43 III 2, S.535 ; Schramm, Münchener Kommentar, 1 zu §179, S.2160f. ; Larenz/Wolf, a. a. O., §49 II 1 b), Rn.24, S.940

99) Boissonade, op. cit., p.52 et p.109 n°100

을 부담하도록 하는 것이 제1항의 취지라고 설명하였다.[100] 그러나 일본민법 제117조가 제정되던 당시 법전조사회 기초위원들에 의하여 인식된 독일민법의 영향은 제1초안 제125조이고, 이것은 Windscheid의 묵시적 보증약속이론에 근거한 것이었다. 그렇다면 우리민법 제135조 역시 일본민법 제117조와 독일민법 제1초안 제125조의 직·간접적인 영향에 따른 규정이므로, 무권대리인책임의 근거를 해석하는데 있어서도 대리권의 존재와 본인의 추인에 대한 묵시적 보증약속으로 볼 수 있을 것이다.

3. 우리민법 제135조의 해석론에 대한 직접적 영향

무권대리인의 책임을 상대방의 보호를 위한 무과실의 법정책임이며 손해배상을 이행이익의 배상으로 이해하기 시작한 것은 독일민법이 시행된 후에 등장한 해석론에 기인한다. 특히 독일민법 제1초안을 상당 부분 수정한 제2초안 제146조와 현행 독일민법 제179조에 대한 Hupka의 해석에 근거한 것이며, 이 견해가 하토야마 히데오(鳩山秀夫)에 의하여 일본에 소개됨으로써 동일하게 해석하는 배경이 되었다.

Hupka는 새로운 민법전이 대리관계의 선량한 상대방 보호에 관여하면서 무권대리인의 책임을 법률상의 책임으로 이해하였다고 한다.[101] 특히 독일법의 기반위에서 무권대리인 책임의 법적 근거를 법률행위에 따른 채무법적 손해배생으로 보는 시각이 발견되는 것은 의문이며, 그 연혁적 측면이나 규정 내용에서 어떠한 단어로도 책임의 전제를 무권대리인의 과실이라고 하지는 않았다는 것이다.[102] Windscheid의 보증약속이론에 대해서도 무권대리인이 대리권의 존재에 대하여 작은 의문도 없는 경우, 그에게 보증의사가 처음부터 존재할 수 없다는 것은 너무나 명백하므로, 이러한 설명은 바람직하지 않다고 한다.[103]

하토야마는 Hupka의 견해를 소개하면서 무권대리인 책임은 대리제도의 신용보호를 위하여 인정되는 법정의 무과실책임이라고 하였다.[104] 구체적인 책임의 내용으로서 이행책임은 상대방과 무권대리인 사이에 목적한 채권관계는 성립하지

---

100) 松波仁一郎·仁保龜松·仁井田益太郎, 전게서, 669-670頁
101) Hupka, a. a. O., 83
102) Hupka, a. a. O., 83f.
103) Hupka, a. a. O., 85
104) 鳩山秀夫, 日本民法總論, 岩波書店, 昭和8(1933), 480-481頁

않지만, 본인이 부담해야 하는 채무를 무권대리인이 부담한다는 의미라고 한다.[105] 그리고 손해배상책임이 이행책임과 선택적 병존관계에 있으므로 배상의 범위는 이행이익에 상당하다고 하면서, 이러한 배상범위가 독일민법 제2초안 제146조 제1항과 스위스채무법 제48조 제2항(현행 제39조 제2항)에는 부합하지만, 독일민법 제1초안 제125조에는 반한다고 하였다.[106] 이후의 판례 역시 이러한 학설의 영향으로 "본인과의 사이에 성립되어야 할 계약상의 이행책임과 동일한 것"이라 하였고[107], 손해배상에 대하여도 "본인과 사이에 효력이 발생한 경우와 동일하게 상대방이 받은 손해 및 얻을 수 있는 이익에 대하여 이행에 대신하는 배상을 말하는 것"이라고 판시하였다.[108] 이러한 Hupka와 하토야마의 해석론이 각각 자국의 일반적 견해로 자리 잡았으며, 우리민법의 해석론에도 절대적인 영향을 미친 것으로 보인다.

4. 국제적 입법동향과 손해배상책임만 규정한 입법례

(1) 최근 국제조약이나 유럽계약법의 통일을 위한 법전 내지 모범법안에서는 무권대리인의 책임을 손해배상에 한정하고 있다. 즉 사법통일을 위한 국제연구소(UNIDROIT)[109]가 1983년 제정한 '국제상품매매계약에 있어서 대리에 관한 협약'(Convention on Agency in the International Sale of Goods, CAISG) 제16조[110]나 2010년의 '국제상사계약에 관한 원칙'(Principles of International Commercial Contracts, PICC) 제2.2.6조[111], 그리고 유럽계약법위원회(Commission on European Contract Law, C

105) 鳩山秀夫, 전게서, 480-481頁
106) 鳩山秀夫, 전게서, 481頁
107) 日大判 昭和8(1933)・1・28, 民集 12・1・10
108) 日大判 大正4(1915)・10・2, 民錄 21・1560 ; 日最判 昭和32(1957)・12・5, 新聞 83-84・16
109) 국제사법통일연구소(Institute International pour l'unification du Droit Privé, 영어식 표현으로는 International Institute for the Unification of Private Law)는 독립된 국제기구로 국제적인 사법의 통일을 위하여 1926년 국제연맹의 하부조직으로 설립된 단체이며, 각종 협약 및 조약을 작성하고 있다. 1964년에 제정한 '국제물품매매에 관한 통일법'(A Convention relating to a Uniform Law for the International Sale of Goods, ULIS)과 '국제물품매매계약의 성립에 관한 통일법'(A Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, ULF) 등이 있다.
110) CAISG Article 16 (1)대리권이 없거나 대리권의 범위를 벗어난 대리인은 본인의 추인이 없는 한 대리권이 있거나 대리권 범위 내에서 행위한 것과 동일한 지위에서 상대방에게 발생한 손해를 배상할 책임이 있다. (2)그러나 상대방이 대리권의 흠결이나 대리권 범위 밖의 행위임을 알았거나 알 수 있었을 때에는 그러하지 아니하다. 물론 대리인이 이행하고자 하는 경우에 상대방은 손해배상을 청구하는 대신 이행을 수령할 수 있다. UNIDROIT Explanatory Report, ULR(1983), p.93

ECL)가 2002년 공포한 '유럽계약법원칙'(Principles of European Contract Law, PECL) 제3:204조[112], 2009년 유럽위원회(EC)[113]의 공통참조기준초안(Draft Commom Frame of Reference, DCFR) 제2권 제6장 제107조 제2항 역시 마찬가지이다.[114]

(2) 이러한 국제적 경향은 영미법의 영향이 크다. 물론 영미법이 처음에는 무권대리인이 대리권의 흠결을 알고 대리행위를 한 경우에 한하여 허위(deceit)를 근거로 불법행위책임을 인정하였다.[115] 그러나 1857년 Collen v. Wright 사건[116] 이후 불법행위책임을 배제하는 것은 아니지만[117], 대리권 흠결의 인식과 관계없이 대리권(authority)이나 추인(ratification)의 묵시적인 보증(implied warranty), 즉 무권대리인이 묵시적으로나 추단적으로 상대방에게 자신의 대리권을 주장함으로써 상대방으로 하여금 이를 신뢰하도록 한데 대한 책임으로 설명하였고[118], 그 후에도 많은 판례가 이를 따르고 있다.[119] 나아가 1958년 대리에 관한 제2차 리스테이트먼트 제329조[120]와 2006년의 대리에 관한 제3차 리스테이

111) PICC Art.2.2.6가 '대리권이 없거나 초과한 행위에 대한 대리인의 책임'에 대하여 규정하였는데, 2004년의 PICC Art.2.2.6에서도 동일한 규정을 두었으나 1994년 처음 만들어진 PICC에는 이러한 규정이 없었다. PICC(2010) Art.2.2.6 (1)대리권이 없거나 대리권을 초과하여 행위한 대리인은 본인의 추인이 없는 한 대리권이 있거나 대리권을 초과하지 않은 것과 같은 지위에서 상대방에게 발생시킨 손해를 배상하여야 한다. (2)다만 대리인은 상대방이 대리권의 부재나 대리권한의 초과를 알았거나 알 수 있었을 때에는 책임을 지지 않는다.

112) PECL Article 3:204 (대리권이 없거나 대리권 밖의 대리행위) (1)어떤 자가 대리권이 없거나 대리권의 범위를 벗어나 대리인으로서 행위한 경우, 그러한 행위는 본인과 상대방을 구속할 수 없다. (2)제3:207조에 따른 본인의 추인을 얻지 못하면, 대리인은 유권대리와 동일한 지위에서 상대방에게 발생된 손해를 배상할 책임이 있다. 이 규정은 상대방이 대리인의 대리권흠결을 알았거나 알 수 없었을 경우에는 적용하지 않는다.

113) 유럽위원회(European Commission)가 2011년 공포한 '유럽공통매매법에 대한 유럽의회와 위원회의 규정초안'(Regulation of the European Parliament and of Council on a Common European Sales Law, CESL)에는 대리에 관한 규정이 없다.

114) DCFR Book II, Chapter 6, §107 (II-6:107) (2)본인으로 의도된 자에 의한 추인이 없는 한 그 자(무권대리인)는 제3자에게 그 제3자를 마치 그 자가 권한을 가지고 행위하였을 경우와 마찬가지의 상태에 놓일 수 있도록 손해를 배상할 책임이 있다.

115) Michael Philip Furmston, Law of Contract, 10th Edition, Butterworths, 1981, p.446-447 ; Polhill v. Walter (1832), 3 B. & Ad. 114 ; Smout v. Ilvery (1842), 10 M. & W. 1 ; Randell v. Trimen (1856), 18 C. B. 786

116) 8 E. B. 647

117) Frederick Pollock, Principles of Contract, Additions by Wald and Williston, Fred B. Rothman, 1988, p.119-120

118) Patrick S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, 3rd Edition, Clarendon Press, 1981, p.76 ; Furmston, op. cit., p.447

119) Richardson v. Williamson (1871), L. R. 6 Q. B. 276 ; Oliver v. Bank of England, [1901] 1 Ch 652. 물론 무권대리인과 상대방 사이의 약정으로 묵시적 보증을 배제한 경우에는 이를 적용하지 않는다. Lilly v. Smales, [1892] 1 Q. B. 456 ; Benton v. Campbell, [1925] 2. K. B. 410

120) Restatement (Second) of Agency §329 (대리권을 보증한 대리인) 충분한 능력을 가지지만 계약

트먼트 제6:10조[121]에서도 같은 원리에 따라 규정되었다.

(3) 무권대리인의 책임을 손해배상으로 한정하는 대표적 입법례는 프랑스민법이다. 1804년 제정될 당시 프랑스민법은 대리제도를 알지 못하였으므로, 위임계약에서 무권대리인의 책임과 유사한 규정을 두고 있을 뿐이었다. 프랑스민법 제1120조는 "제3자의 행위를 약속함으로써 제3자를 위하여 채무이행을 보증할 수 있다. 만일 제3자가 채무를 이행하지 않는 때에는 채무이행을 보증하거나 제3자로 하여금 약속을 추인하도록 약정한 자는 그로 인한 손해를 배상하여야 한다." 고 규정하고, 제1997조는 "수임인이 그의 지위에서 체결하는 계약의 상대방에게 자신의 권한을 충분히 고지한 경우에는 그 권한을 넘어서 행한 사무에 대해서도 담보책임을 인수하지 않으며, 다만 수임인이 스스로 책임을 인수한 경우에는 그러하지 아니하다."고 규정하였다.[122] 즉 수임인(mandataire)이 권한의 범위를 고지하고 그 범위를 넘어서 계약을 체결하더라도, 위임인(mandant)의 추인(ratification)에 대하여 보증하지 않는 한, 상대방에 대하여 손해배상책임을 지지 않는다는 소극적 내용을 담고 있다.[123] 다만 수임인이 위임인의 추인을 보증한 경우는 수임인과 상대방 사이의 계약은 유효한 것으로 해석되고[124], 그에 따른 손해배상책임은 계약상의 책임이며, 상대방이 수임인의 권한 없음을 안 경우에도 수임인은 책임을 면하지 못하는 것으로 해석되고 있다.[125]

의 구속에 대한 권한을 갖지 못한 자를 대신하여 상대방과 계약을 체결한 자는 그가 대리권한에 대한 보증을 하지 않았거나 상대방이 대리권 흠결을 알았던 경우 외에는 대리권의 묵시적인 보증에 따라 상대방에게 손해배상책임을 져야 한다.

121) Restatement (Third) of Agency §6:10 (대리권에 대한 보증인의 묵시적 보증) 계약의 구속에 대한 권한을 갖지 못한 자를 대신하여 상대방과 계약을 체결한 자는 본인에 의하여 이행될 것을 기대한 이익의 손실을 포함하여 보증위반으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다. 다만 본인의 추인이 없거나 상대방에게 보증의사가 없음을 명시적으로 표시한 경우 또는 상대방이 대리권의 흠결을 알고 있었던 경우에는 그러하지 아니하다.

122) C. c. Art.1997. Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est personnellement soumis.

123) Phillippe le Tourneau, Répertoire de droit civil mise à jour 2003, 33eannée, T.VII, Mandat, 2003, n°339, p.47 ; Cass. civ. 9 juill. 1872, D. P. 71. 1. 404 ; Cass. 1re civ. 16 juin 1954, Bull. civ. I. n°200

124) Phlippe Malaurie, Laurent Aynès et Pierre-Yves Gautier, Les contrats spéciaux, 4éed., Defrénois, 2009, n°181, p.125

125) Phlippe Malaurie et Laurent Aynès, Cours de droit civil, T.VI, Les Obligations, 6éed., Éditions Cujas, 1995, p.396 et suiv. ; Marcel Planiol et Georges Ripert, Traitré pratique de droit civil français, T.XI, Contrats Civils, 2ième partie, 2éed., L.G.D.J., 1954, n°1497, p.946 ; Murad Ferid/Hans Jürgen Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, Bd.1/1, 2.Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 1994, 1 E, Rn.368, p.370 ; le Tourneau, op. cit., n°340, p.47 ; Cass. com.

한편 최근 프랑스 법무부(Ministère de la Justice)는 행정명령 제2016-131호를 통하여 민법의 개정 법률안으로 제안한 보고서를 공표하였는데[126], 개정채무법은 2016년 10월 1일부터 시행되지만, 여기서 기존의 제1120조는 승낙에 관한 규정으로 변경되고[127], 제1997조에 대한 변화는 보이지 않는다.[128]

(4) 무권대리인의 책임을 손해배상에 한정하는 태도는 스위스채무법, 이탈리아민법, 대만민법에서도 나타난다. 1881년 제정된 스위스채무법은 무권대리인의 책임에 대하여 제48조에서 규정하고 있었으나, 1911년 전면적인 개정에 따라 제39조로 옮겨져 규정되었다. 즉 스위스채무법 제39조는 제1항에서 "추인이 명시적으로 또는 묵시적으로 거절된 경우에 대리인으로 행위한 자는 상대방이 대리권 없음을 알았거나 알 수 있었음을 입증하지 못하면 계약의 실효로 말미암아 발생하는 손해배상을 청구당할 수 있다.", 제2항은 "대리인에게 귀책사유가 있는 경우에 법관은 공평에 맞는 때에는 전항 이외의 손해배상을 인정할 수 있다.", 그리고 제3항은 "모든 경우에 부당이득반환청구권을 남긴다."라고 규정하였다.[129]

---

25 janv. 1994, D. 1994. somm. 211, Bull. civ. IV. n°34

126) 프랑스 법무부(Ministère de la Justice)는 재판절차와 법률규정의 현대화 및 간소화를 위한 민법개정 논의의 결과, 2016년 2월 10일 계약, 일반규정, 채무증거 관련 법률개정을 반영한 행정명령 제2016-131호(Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations)를 공표하였다(Ministère de la Justice, Décrets, arrêtés, circulaires, Journal officiel de la République Française, Texte 25 sur 113, 2016.2.11.). 자세한 것은 남효순, "프랑스채권법의 개정가정과 계약의 통칙 및 당사자 사이의 효력에 관하여", 민사법학 제75호, 한국민사법학회, 2016.6, 97면 이하 ; 김현진, "개정 프랑스 채권법상 계약의 해제·해지", 민사법학 제75호, 한국민사법학회, 2016.6, 281면 이하 참조

127) 개정 프랑스민법 제1120조 법률, 관습, 거래관계 또는 특별한 정황에 비추어 보아야 하는 경우가 아닌 한, 침묵은 승낙이 될 수 없다.

128) 2004년 프랑스민법 제정 200주년을 맞아 민법개정을 위한 초안작성이 시작되었는데, 그 대표적인 것이 2005년 삐에르 까딸라의 초안(Pierre Catala, Avant-projet de réforme du droit des obligation et de la prescription)과 2008년(계약법), 2011년(책임법), 2013년(채권법일반과 시효법)의 프랑소와 떼레 초안(François Terré, Avant-projet de Terré)이다. 프랑스법무부는 2013년 떼레 초안을 기본으로 하고 까딸라 초안을 참조하여 2013년 10월 23일 계약법초안(Avant-projet de contrats), 책임법초안(Avant-projet de responsabilité), 채권법초안(Avant-projet de régime des obligations)을 마련하였다. 최근의 일본민법 개정과정에서 까딸라 초안 제1119-1조를 참고하고 있다. 이는 "(1)대리인이 한 권한범위 내의 행위에 대하여 본인만이 그 의무를 부담한다. (2)다만 대리인은 그 권한을 행사할 때 그의 과실에 의하여 본인의 이름으로 한 행위의 무효원인이 야기된 때에는 책임을 진다."고 규정하였다.

129) OR. Art.39. (1)Wird die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt, so kann derjenige, der als Stellvertreter gehandelt hat, auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens belangt werden, sofern er nicht nachweist, dass der andere den Mangel der Vollmacht kannte oder hätte kennen sollen. (2)Bei Verschulden des Vertreters kann der Richter, wo es der Billigkeit entspricht, auf Ersatz weitern Schadens erkennen. (3)In allen Fällen bleibt die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung vorbehalten.

이에 대한 일반적 견해는 제1항에서 계약의 실효로 말미암아 발생하는 손해의 배상은 신뢰이익의 배상을 의미하고, 제2항에서 무권대리인에게 귀책사유가 있는 경우에 부담하는 손해의 배상은 이행이익의 배상으로 해석한다.[130] 그리고 책임의 성격에 대하여도 불법행위책임이라고 하는 견해도 있고[131], 계약 유사의 성질을 가지는 계약체결상의 과실책임으로 이해하는 견해도 있다.[132] 특히 제3항에서 부당이득반환청구권을 규정하는 것은 매우 이례적인 입법례로 평가받고 있다.

이탈리아민법 제1398조는 "권한 없이 또는 부여된 권한을 초과하여 대리인으로서 계약을 체결한 자는 제3자가 과실 없이 계약의 유효를 신뢰함으로써 입은 손해에 대하여 책임을 진다."고 규정하고 있는데, 무권대리인의 책임에 대하여 이를 선의, 무과실책임으로 이해하고, 손해배상의 범위는 신뢰이익으로 해석한다.

그리고 1929년 제정된 대만민법전은 총칙편 제110조에서 "무권대리인이 타인의 대리인 명의로 한 법률행위는 선의의 상대방에 대하여 손해배상책임이 있다."고 규정하고 있다. 이러한 태도는 1949년 현재의 중화인민공화국 탄생 이전 신해혁명을 통하여 1912년에 건국된 공화제국가로서 중화민국의 민법에서도 동일하게 나타나는데, 이것은 대만이 이전의 중화민국 법제를 계승하고 있기 때문이다.[133] 대만은 1982년 제1차 개정을 시작으로 2012년 제23차 개정에 이르기까지 무권대리인의 책임에 관한 민법 제110조는 제정 당시의 규정을 그대로 유지하고 있다.[134]

VI. 결 어

민법 제135조의 무권대리인 책임에 관하여 그 법적 성격이나 근거, 손해배상 범위 등의 설명을 위한 일반적 견해가 등장하게 된 배경에는 그 규정상의 책임이 서로 조화될 수 없는 내용으로 구성되었다는 근본적 원인이 내포되어 있다. 만일

---

130) Hermann Becker, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Bd.I, Verlag Stämpfli & Cie, 1941, Art.39, Anm.6, S.191 ; Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7.Aufl., Schulthess, 1980, S.152 ; Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Bd.I, 3.Aufl., Polygraphischer Verlag, 1979, S.403

131) Hans Oser/Wilhelm Schönenberger, Zürcher Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Bd.V, Obligationenrecht, Allgemeine Teil, Teilbd.1, Art.1-183 OR, 2.Aufl., Zürich, 1929, N 7 2 zu Art.39

132) Becker, a. a. O., Art.39, Anm.5, S.191 ; von Tuhr/Peter, a. a. O., S.403

133) 중화민국민법 제110조. 대리권 없는 자는 타인의 대리인 명의로 한 법률행위에 관하여 선의의 상대방에 대하여 손해배상의 책임을 진다.

134) 자세한 것은 김성수 역, 대만민법전, 법무부, 2012, 23면 이하

이 규정이 없다면 무권대리인의 책임은 일반불법행위책임으로 구성하여 상대방이 무권대리인에게 손해배상을 청구하는 정도에 그쳐야 할 법률관계이다.[135] 그럼에도 손해배상책임과 병렬적으로 이행책임을 규정함으로써, 마치 대리권이 있었다면 본인에게 발생하게 될 효과와 동일한 법률관계를 무권대리인과 상대방 사이에 발생하는 것처럼 의제하는 해석을 할 수밖에 없도록 하는 원인을 제공한 것이다. 물론 우리민법 제135조가 일본민법을 본받은 것이긴 하지만 일본민법의 제정과정에서도 많은 논란이 있었고, 독일민법 역시 같은 책임내용을 규정하고 있지만 무권대리인이 대리권의 부존재를 알지 못한 경우에 신뢰이익의 배상책임을 물을 수 있도록 규정한 것은 이러한 어려움의 해소를 위한 고려가 작용하였기 때문이다.

이러한 점에서 본 연구의 궁극적인 목적이 앞서 본 프랑스민법이나 스위스채무법, 이탈리아민법 나아가 현재 진행형인 국제조약이나 유럽 계약법 및 모범법안이 지향하고 있는바, 민법 제135조의 개정을 통하여 무권대리인의 이행책임을 삭제하고 손해배상책임만을 규정하는 것이 합리적인 해결방법이라는 것을 암시하고 있다. 특히 무권대리인에게 이행책임을 지우는 것이 거래의 현실에도 부합하지 않는다. 왜냐하면 현재의 규정 아래에서 상대방이 무권대리인에 대하여 이행책임을 묻게 되는 경우, 무권대리행위의 목적물은 본인에게 귀속되어 있는 상태이므로, 무권대리인이 그 목적물을 취득하여 상대방에게 이전한다는 것은 거의 불능에 가깝기 때문이다. 물론 계약의 목적물이 대체물이라면 동종·동량·동질의 물건으로 이행하면 되지만, 이 경우 상대방은 다른 제3자와의 계약으로도 동일한 목적물을 취득할 수 있기 때문에, 반드시 무권대리인을 상대로 이행을 청구해야 할 필요는 없다. 나아가 물가의 변동이 없다고 가정할 때, 상대방이 손해배상청구권을 선택하여 무권대리인으로부터 어느 정도 배상을 받고, 제3자와의 계약을 통하여 본래 자신이 원하였던 목적물을 취득하는 것이 더 큰 이익이 되므로, 상대방이 이행책임을 선택할 가능성은 거의 없다.

한편 손해배상의 범위를 신뢰이익으로 할 것인지 이행이익으로 할 것인지는 반드시 논리적으로 일관되어야 하는 것은 아니지만, 그 범위는 손해배상책임의 전제가 되는 법률관계에 따라 달라진다. 예를 들어 원시적 불능으로 계약이 무효가 된 경우, 우리민법은 이행이익을 초과할 수 없는 신뢰이익의 배상을 규정하고

135) 이에 대하여 일반법과 특별법의 관계에서 일반불법행위에 관한 규정은 적용이 배제되어야 한다는 견해도 있다. 김용한, 전게서, 368-369면

(제535조), 인정여부에 대한 다툼은 있지만 착오로 인한 계약의 취소에 있어서도 신뢰이익의 배상으로 해석하는 반면, 유효한 계약이 전제가 된 채무불이행으로 인한 손해배상책임(제390조)은 이행이익의 배상으로 이해한다. 그런데 이 외에도 무권대리인의 책임에 대해서는 다른 요소를 고려해야 한다. 즉 일본민법의 학설과 판례는 우리민법과 마찬가지로 이행이익의 배상으로 이해하지만, 서양의 다른 민법에는 손해배상책임의 전제가 되는 계약관계의 존재여부 외에 신뢰이익배상과 이행이익배상을 구별하는 다른 기준이 있다. 독일민법과 스위스채무법이 그러하고, 프랑스민법과 영미법의 해석이 그러하다.

무권대리행위를 유효한 계약관계로 해석하지 않는 한 손해배상은 신뢰이익에 한정하여야 할 것인데, 문제는 우리민법이 병렬적으로 이행책임을 함께 규정하고 있기 때문에, 이행이익의 손해배상으로 볼 수밖에 없는 어려움이 있다. 이에 대한 근본적인 해결은 민법 제135조의 개정을 통하여 무권대리인의 이행책임을 삭제하고, 과실책임을 전제로 한 손해배상책임만을 규정하며, 그 배상범위는 무권대리인에게 대리권의 흠결에 대한 과실이 있는 경우 이행이익의 배상을, 과실이 없는 경우 신뢰이익의 배상을 인정하는 것이 타당하다고 생각한다. 우리민법 제135조는 대리권의 부존재에 대한 무권대리인의 과실 여부에 따라 그 책임의 정도를 구별하지 않고 있는데, 이러한 점에서 이를 구별하는 독일민법을 참고할 가치가 있을 것이다. 다만 무권대리인이 대리권의 흠결에 대하여 인식한 경우, 즉 악의인 경우와 인식하지 못한 경우, 즉 선의인 경우로 나누어 배상범위를 달리하는 것은 굳이 고려하지 않아도 좋을 것이다. 왜냐하면 민법상의 책임원리는 형법과 달리 고의와 과실을 구분하지 않고 배상하는 것이 원칙이며, 대리권의 흠결을 인식하면서 대리행위로 나아간 경우라도 고의의 정도에는 이르지 않은 것인데, 이를 선의이며 과실 있는 경우에 비하여 반드시 중한 배상을 명하는 것은 바람직하지 않기 때문이다. 사실 무권대리인이 자신의 대리권 흠결에 대하여 선의이고 무과실인 경우는 매우 희소할 것이다.

(논문접수일: 2016.09.06. 심사개시일: 2016.09.06. 게재확정일: 2016.09.23)

정 상 현

무권대리, 무과실책임, 법정책임, 표시책임, 신뢰책임, 위험인수책임, 위험귀속, 언표, 계약체결상 과실책임, 묵시적 보증약속, 이행이익, 신뢰이익, 타인권리매매

【참 고 문 헌】

1. 국내문헌

강봉석, 민법총칙, 법영사, 2014
강용현/편집대표 곽윤직, 민법주해[III], 총칙(3), 박영사, 2002
강태성, 민법총칙, 대명출판사, 2016
고상룡, 민법총칙, 법문사, 2003
고창현, 민법총칙, 법문사, 2006
곽윤직, 민법총칙, 박영사, 1999
곽윤직・김재형, 민법총칙, 박영사, 2015
구연창, “표현대리와 민법 제130-135조”, 고시계 1987.3
권영준・김진, 민법총칙, 삼조사, 2001
김기선, 한국민법총칙, 법문사, 1991
김민중, 민법강의, 두성사, 1997
김상용, “한국민법의 사적 발전”, 민사법연구(2), 법원사, 1997
_____, 민법총칙, 법문사, 2000
김상용・박수곤, 민법개론, 화산미디어, 2015
김성수 역, 대만민법전, 법무부, 2012
김용한, 민법총칙론, 박영사, 1989
김주수, 민법총칙, 삼영사, 2004
김준호, 민법강의, 법문사, 2016
김증한, 민법총칙, 박영사, 1983
김증한・김학동, 민법총칙, 박영사, 2013
김형배・김규완・김명숙, 민법학강의, 신조사, 2016
민사법연구회, 민법안의견서, 일조각, 1957
민의원 법제사법위원회 민법안심의 소위원회, 민법안심의록(상권), 1957
박동진, 계약법, 법문사, 2016
박영복, 민법총칙, 이컴비즈넷, 2004
백태승, 민법총칙, 법문사, 2000
법무부, 2013년 개정민법해설, 민법개정총서 5, 2013.6.30.
_____, 민법(재산편) 개정자료집, 2004.11
_____, 민법(재산편)개정 공청회, 2001.12.14

송근수, “무권대리인의 책임의 본질”, 법학연구 제6집, 경상대학교 법학연구소, 1997.2
송덕수, 신민법강의, 박영사, 2016
양창수, “무권대리인의 책임-민법 제135조의 연혁에 소급하여-”, 민법연구 제1권, 박영사, 2004
_____, “민법안에 대한 국회의 심의(I)”, 한국법사학논총(박병호교수환갑기념논문집II), 1991
_____, “민법안의 성립과정에 관한 소고”, 법학 제30권 제3・4호, 서울대학교, 1989
양창수・김재형, 계약법, 박영사, 2010
양형우, 민법의 세계, 진원사, 2016
오시영, 민법총칙, 학현사, 2011
윤형렬, 민법총칙, 법영사, 2013
이균룡/편집대표 김용담, 주석민법[총칙3), 한국사법행정학회, 2010
이덕환, 민법총칙, 율곡미디어, 2012
이상욱・배성호, 민법강의I, 민법총칙・물권법, 형설출판사, 2005
이영준, 민법총칙, 박영사, 2007
이은영, 민법총칙, 박영사, 2000
이태재, 민법총칙, 법문사, 1981
장경학, 민법총칙, 법문사, 1995
정기웅, 민법총칙, 법문사, 2015
정종휴, “한국민법전의 비교법적 계보”, 민사법학 제8호, 한국민사법학회, 1990
_____, “한국민법전의 제정과정”, 민법학논총(곽윤직교수화갑기념논문집), 박영사, 1985
정환담, 민법총칙, 형설출판사, 2003
지원림, 민법강의, 홍문사, 2016
최병조, 로마법강의, 박영사, 1999
현승종・조규창, 로마법, 법문사, 1996
홍성재, 민법총칙, 대영문화사, 2003
황적인, 현대민법론I, 박영사, 1985

2. 일본문헌

廣中俊雄, 民法中修正案(第三編)の理由書, 有斐閣, 昭和62(1987)

_____, 第九回帝國會議の民法審議, 有斐閣, 昭和61(1986)

廣中俊雄・星野英一, 民法典の百年 I・全般的考察, 有斐閣, 1998

鳩山秀夫, 日本民法總論, 岩波書店, 昭和8(1933)

磯部四郎, 民法釋義, 財産取得編, 上卷, 長島書房, 明治24(1889)

民法(債權法)改正檢討委員會 全體會議(第9回) 參考資料, 民法典の編成(法律行爲關係)イメージ, 第1案, 第2案, 第3案

法務省民事局參事官室, 民法(債權法)改正委員會全體會議, 第5章「法律行爲」第3節「代理及び授權」, 2009. 1. 24, 提案 參考資料民法(債權關係)の改正に關する檢討事項(8) 詳細版, 部會資料 13-2

松波仁一郎・仁保龜松・仁井田益太郎, 帝國民法正解, 第2卷, 穗積陳重・富井政章・梅謙次郎 校閱, 東京 日本法律學校, 有斐閣書房, 明治29(1896)

柚木馨, 滿洲國民法總論(I), 有斐閣, 昭和15(1940)

柚木馨, 滿洲民法讀本, 有斐閣, 昭和17(1942)

仁井田益太郎, 舊民法, 日本評論社, 昭和18(1943)

法典調査會, 民法議事速記錄 一, 日本近代立法資料叢書 1, 商事法務研究會

星野通, 明治民法編纂史研究, ダイヤモンド社, 昭和18(1943)

衆議院 民法中修正案委員會 速記錄, 明治29年(1896) 3月 4日(第4號)

中村吉三郎, “明治法制史最終講義－主として法典爭議について－”, 早稻田法學 第59卷1・2・3號, 昭和59(1984)

平野裕之, “無勸代理無效-未確定法律關係論-”, 椿壽夫編, 法律行爲無效の研究, 日本評論社, 2001

3. 서양문헌

Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Bd.I, 3.Aufl., Polygraphischer Verlag, 1979

Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd.I, Decker's Verlag, 1899

Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.II, 9.Aufl., Rütten & Leoning, 1906

Brigitte Frensch, Prütting/Wegen/Weinreich BGB Kommentar, 4.Aufl., Luchte rhand, 2009

Bundesministerium der Justiz, Abschlußbericht der Kommission zur Überar beitung des Schuldrechts, 1992

Bundesministerium der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 3 Bd., 1981-1983

Claus Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, C. H.Beck, 1971

Eberhard Schilken, J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 1, Allgem einer Teil 5, §§164-240, Sellier de Gruyter, 2009

Franz Förster/M. E. Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd.2, 7.Aufl., Berlin, 1896

Frederick Pollock, Principles of Contract, Additions by Wald and Williston, Fred B. Rothman, 1988

Fritz Schulz, Classical Roman Law, Clarendon Press, 1954

Gaston May, Élément de droit romain, Libraire du recueil général des lois et des arrèts, 1894

Gustave-Emil Boissonade, Projet de Code civil pour l'empire du Japon acc ompagné d'un commentaire, t.II, Tokyo, 1888

Hans Brox, Allgemeiner Teil des BGB, Carl Heymanns Verlag, 1984

Hans Oser/Wilhelm Schönenberger, Zürcher Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Bd.V, Obligationenrecht, Allgemeine Teil, Teilbd.1, Art.1-183 OR, 2.A ufl., Zürich, 1929

Hermann Becker, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obl igationenrecht, Bd.I, Verlag Stämpfli & Cie, 1941

Hermann Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Ve rträgen, Verlag der Stiller'schen Hofbuchhandlung, 1852

Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Ge setzbuchs, Allgemeiner Teil, 2.Teilband, Walter de Gruyter, 1985

Josef Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, Duncker & Humblot, 1903

Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8.Aufl., C.H.Beck, 1997

Karl-Heinz Schramm, Münchener Kommentar zum BGB, Bd.I, Allgemeiner Teil, §§1-240 5.Aufl., C.H.Beck, 2006

Ludwig Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung, Neudruck der Ausgabe, Wien, 1885,

Manfred Wolf/Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10.Aufl., C.H.Beck, 2012

Marcel Planiol et Georges Ripert, Traitré pratique de droit civil français, T.XI, Contrats Civils, 2ième partie, 2éed., L.G.D.J., 1954

Markus Gehrlein, Juris Praxis Kommentar BGB, Bd.1, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Juris GmbH Saarbrücken, 2005

Max Kaser, Römisches Privatrecht, 6.Aufl., C.H.Beck, 1968

Michael Philip Furmston, Law of Contract, 10th Edition, Butterworths, 1981

Ministère de la Justice, Décrets, arrêtés, circulaires, Journal officiel de la République Française, Texte 25 sur 113, 2016.2.11

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

Murad Ferid/Hans Jürgen Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, Bd.1/1, 2.Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 1994

Patrick S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, 3rd Edition, Clarendon Press, 1981

Phillippe le Tourneau, Répertoire de droit civil mise à jour 2003, 33eannée, T.VII, Mandat, 2003

Phlippe Malaurie et Laurent Aynès, Cours de droit civil, T.VI, Les Obligations, 6eéd., Éditions Cujas, 1995

Phlippe Malaurie, Laurent Aynès et Pierre-Yves Gautier, Les contrats spéciaux, 4eéd., Defrénois, 2009

Rudolf von Jhering, Culpa in Contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, Die Positiven Vertragsverletzungen, Verlag Gehlen, 1969

Stefan Habermeier, Bamberger/Roth Kommentar zum BGB, Bd.1, C.H.Beck, 2003

Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7.Aufl., Schulthess, 1980

Thomas Ackermann, Nomos Kommentar BGB, Allgemeiner Teil, Bd.1, 2.Aufl., Nomos, 2012

Ulrich Leptien, Soergel Kommentar zum BGB, Bd.2, Allgemeiner Teil, §§104-240, Verlag W. Kohlhammer, 1999

Werner Flume, Allgemeiner Teil des BGB, Bd.II, Das Rechtsgeschäft, 3.Aufl., Springer Verlag, 1979

Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Einführung, Biographien, Materialien-, Walter de Gruyter, 1978

Abstract

A Historic Study on the Responsibility of an Unauthorized Representative to His Opponent Party

The Historic Clue on the Performance and Compensation for Damages

Sang-Hyun Jung

The Article 135 of the Korean Civil Code prescribes in the 1st Sentence that if a person who has made a contract as an agent of another can neit her prove his authority nor get the principal to ratify the contract, he sha ll be liable to the other party, at the latter's option, either for the perfor mance of the contract or for the compensation to damages. This article h as followed the Article 179 of the German Civil Code and Article 177 of t he Japanese Civil Code in prescribing the responsibility for the performan ce of the contract or for compensation to damages.

If the other party could have obtained full satisfaction from the principal had the contract been binding on him, the unauthorized agent is liable to t he same extent. In general, legal scholars explain that the ground of agen t's responsibility is for the sake of the protection of third party's reliance, transaction safety and confidence of agent system. They also insist that a gent's responsibility is no-fault liability providing by law. But there are se veral questions as follows in this explanation. Why is the agent liable to t he same extent with principal, despite of having no authority? Why is the agent liable to the performance of the contract, although the contract bet ween the unauthorized agent and the other party is void? Aggravation of agent's responsibility according to the general explanation is one of the fi ctional thought, therefore this explanation take an other run.

I think that the ground of agent's responsibility have to be found in his intention, therefore I suggest the theory of implied warranty as a ground

for that responsibility in this paper. If the agent has not aware his no aut hority, he is liable to the other party for his intention of warranty to the authority of representation. If the agent has aware his no authority, he is liable for his intention of warranty to the principal's ratification. The agen t is in such circumstances liable for breach of an implied warranty that he has the authority or ratification which he purports to have. Of course, this suggestion is not new viewpoint at all, having no originality. The general explanation of the preceding part was insisted by Josef Hupka, on of the german legal scholars, to explain the Article 179 of the German Civil Cod e. The insistence of Hupka is introduced by Hatoyama Hideo, one of the j apanese legal scholars, and generalized in Japan. These interpretation flow s generally to korean civil law.

The most substantial contradiction is that unauthorized agent's responsib ility for the performance of the contract is prescribed in the Article 135 o f the Korean Civil Code. This is the cause of aggravation of agent's respo nsibility and appearance of general explanation. Therefore, I suggest the r evision of Article 135 that he shall be liable to the other party for only c ompensation to damages instead of performance, if a person who has mad e a contract as an agent of another can neither prove his authority nor g et the principal to ratify the contract in the 1st Sentence. Many countries, that is to say, French, Italy, Switzerland, Taiwan Civil Code have a same provision. And this is the lawmaking trend of international convention and european contract law.

Jung Sang-Hyun

unauthorized agent, principal, authority of representation, third party' s reliance, transaction safety, confidence of agent system, no-fault liability, fictional thought, the theory of implied warranty, ratification

창조 금융의 활성화를 위한 법적 과제*

- 기술 금융과 지식재산권 금융을 중심으로-

고 동 원**

【목 차】

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 기술 금융과 지식재산권 금융의 의의 및 비교
1. 기술 및 기술 금융의 의의
2. 지식재산권 및 지식재산권 금융의 의의
3. 기술 금융과 지식재산권 금융의 비교
Ⅲ. 기술 금융의 활성화를 위한 법적 과제
1. 기술 금융의 현황
2. 기술 금융 활성화의 과제
Ⅳ. 지식재산권 금융의 활성화를 위한 법적 과제
1. 지식재산권 금융의 유형
2. 지식재산권 금융 활성화의 과제
Ⅴ. 맺음말

【국 문 요 약】

이 글은 2013년 출범한 박근혜 정부가 추진하는 창조 경제를 위한 창조 금융의 활성화 과제를 살펴보는 데 있다. 창조 금융에서 핵심적인 것은 기술이나 지식재산권을 보유한 창업 혁신 기업이 필요한 자금을 쉽게 조달할 수 있도록 하는 것이다. 이에 따라 이 글은 기술 및 지식재산권 금융의 활성화를 위한 법적·정책적 개선 방안을 제시하고 있다. 법적 개선 과제는 다음과 같다. 첫째, 기술 담보 대출의 활성화를 위해서 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 기술을 담보권 대상으로 명시적으로 규정하여야 한다. 둘째, 「자산유동화에 관한 법률」상의 자산 보유자의 범위를 “신용도가 우량한 법인”에서 “일반 법인”으로 확대하여 기술 또는 지식재산권 보유 기업도 이 법에 근거한 자산 유동화를 할 수 있도록 하여야 한다. 셋째, 신탁회사가 기술을 신탁받을 수 있도록 「자본시장과 금융투자

* 이 논문은 2014년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2014S1A5A2A01015856).
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

업에 관한 법률」상 신탁재산의 범위를 열거하는 대신에 “특정 재산”이라고 하여야 한다. 넷째, ‘기술신용정보’의 개념에 포함된 ‘기술 평가’를 별도의 독자적인 ‘기술평가업’으로 분리하여 인가제나 등록제로 하여야 한다. 다섯째, 종합신용정보집중기관이 영위하고 있는 기술 정보의 수집·집중·관리 업무에 있어서 기술 정보의 수집 대상 기관에 기술과 지식재산권 보유 기업 및 연구기관을 포함시켜야 한다. 여섯째, 투자 중심의 기술 금융을 육성하기 위해서 은행이나 증권회사 등 금융기관이 기술이나 지식재산권 보유 기업에 대한 지분 투자를 활발하게 할 필요가 있으며, 이를 위해서 「은행법」을 개정하여 기술이나 지식재산권 보유 기업에 대하여 의결권 있는 주식 15%를 초과해서 출자할 수 있도록 하여야 한다. 일곱째, 지식재산권 보유 기업이 파산하더라도 지식재산권 사용권자가 해당 지식재산권을 계속 사용하도록 함으로써 지식재산권의 가치를 유지시키기 위해서 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 특례 제도를 도입할 필요가 있다. 한편, 이 글이 제시하는 정책 과제는 다음과 같다. 첫째, 기술 및 지식재산권 금융이 활성화되기 위해서는 효율적인 기술 및 지식재산권 평가 체제 구축과 더불어 기술 및 지식재산권의 거래가 활발히 이루어지는 시장과 이를 운영하는 기술 및 지식재산권 거래소가 필요하고, 이를 위한 기술이나 지식재산권 전문 기업이나 신탁회사를 육성하는 정책이 필요하다. 둘째, 장기적인 관점에서 대출 중심이 아닌 투자 중심의 기술 및 지식재산권 금융 정책이 바람직하므로 이를 위해서 은행 및 증권회사 등 금융기관이 기술이나 지식재산권 기업에 대한 지분 투자를 활성화하기 위한 정책이 필요하고, 더 나아가서 일반 투자자들의 집합투자기구를 통한 간접 투자 활성화를 위해서 세제 혜택 부여 방안이 마련되어야 한다.

Ⅰ. 머리말

‘창조 경제’(creative economy)는 2013년 2월 출범한 박근혜 정부가 제시한 국정 과제 중의 하나이다. 창조 경제가 무엇을 의미하는 지에 대해서는 논란이 있지만, “창의성과 과학 기술, 정보 통신 기술의 융합을 통해 산업이 발전하고 산업과 문화가 융합해 새로운 부가 가치를 창출함으로써 새로운 성장 동력과 일자리를 만들어내는 경제”라고 이해하는 것이[1] 적절하다고 할 수 있다. 대체로 창의력과 산업 간의 융합으로 경제의 혁신을 통한 일자리 창출과 이를 통한 경제 발전을 도모하는 경제 정책이라고 할 수 있다. 결국은 새로운 경제 성장 동력을 찾는데 있어, 창의적인 생각을 가진 기업가들이 창업을 통해 고용을 창출하여 경제 성장에 이바지하는 것에 초점을 두고 있다고 할 수 있다.

그런데 창조 경제를 뒷받침하기 위해서는 이러한 혁신 기업에 자금을 공급해 주거나 고용 창출이 되는 새로운 분야에 자금을 제공해주는 금융의 역할이 중요하게 된다. 즉 창조 경제를 지원해 주는 역할을 하는 것이 바로 ‘창조 금융’(creative finance)이라고 할 수 있다. 금융 당국인 금융위원회도 “창조 금융은 [창조 경제]를 뒷받침하기 위한 금융으로서 부동산 담보 등이 부족한 창업·혁신 기업이 Creative idea(창조적인 지식·기술)를 담보로 보다 손쉽게 자금을 조달할 수 있는 투자 중심의 금융 지원을 의미하며, 기술력과 지식을 평가하고 이를 근거로 위험을 공유하는 시스템을 만드는 것”이라고 하여,[2] 대체로 일자리를 창출할 수 있는 신생 성장 기업에 자금 조달을 쉽게 할 수 있는 방법을 염두에 두고 있다. 금융위원회 및 관련 정부 부처인 특허청, 중소기업청, 국가지식재산위원회도 창조 금융을 위한 여러 가지 정책 방안을 내놓는 등[3] 정부도 창조 금융을 위한 법제 개선 노력을 하고 있다. 이렇듯 창조 금융은 혁신적인 금융 기법으로 새로운

---

1) 김종현, “창조경제를 위한 금융의 역할,” 「주간 금융경제동향」 제3권 제40호, 우리금융경영연구소, 2013. 10. 9, 1면. 원래 창조 경제의 개념은 영국의 경영 전략가인 존 호킨스(John Howkins)가 그의 저서 「창조경제(Creative Economy)」에서 “창의력으로 제조업과 서비스업, 유통업, 엔터테인먼트산업 등에 활력을 불어넣는 것”으로 정의하면서 처음 사용된 것이라고 한다. 위의 글, 1면.

2) 금융위원회, “금융위 간부회의 위원장 말씀사항,” 보도참고, 2013. 4. 8, 1~2면. 당시 신제윤 금융위원회 위원장이 간부회의 시에 언급한 내용이며, 이 자료는 창조 금융의 의미에 대해서 추가 설명을 하고 있다.

3) 금융위원회 등 관계부처합동, “창조경제 실현을 위한 지식재산금융 활성화 방안,” 보도자료, 2013. 7. 30에 보면, 관계 부처에 특허청, 중소기업청, 국가지식재산위원회가 포함되어 있다.

성장 동력을 찾아내는데 기여하는 금융이라고 이해할 수 있다.

그래서 이 글의 목적은 정부가 중점을 두고 있는 창조 금융의 활성화를 위한 법적·정책적 개선 과제를 찾아보는데 있다. 창조 금융은 여러 분야가 있을 수 있지만, 창조 금융이라고 하는 것이 결국은 창업 혁신 기업이 창조적인 지식과 기술을 기반으로 자금 조달을 쉽게 할 수 있는 체제 구축이라는 점을 고려하여, 이 글에서는 기술력을 가진 기업이 자금 조달을 쉽게 할 수 있는 금융, 즉 기술 금융(technology finance)에 대해서 살펴보기로 하고, 또한 기업이 보유한 특허권이나 실용신안권, 상표권 등 '지식재산권'[4]을 활용하여 자금을 조달할 수 있는 금융, 즉 지식재산권 금융(intellectual property finance)에 중점을 두어 고찰하고자 한다. 물론 창조 금융의 분야에는 창업 기업 등이 온라인을 통해 소액 자금을 조달하는 증권형 및 대출형 P2P 금융(peer-to-peer finance)(즉, 온라인 소액 자금 조달 방식)도 포함될 수 있지만, 증권형 P2P 금융의 경우 관련 법인 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」의 개정에 의해 2016. 2. 25.부터 법적 기반이 갖추어져 있고 연구도 이미 상당히 되어 있으며, 대출형 P2P 금융의 경우 비록 법제 기반은 갖추어져 있지 않지만 이미 연구가 되어 있어, 이 글에서는 연구 범위에서 제외하고자 한다.

이 글의 구성은 다음과 같다. 우선 II.에서는 기술 금융과 지식재산권 금융이 비슷하면서도 다른 면이 있어 기술 금융과 지식재산권 금융의 개념을 각각 고찰하면서 차이점을 알아보기로 하고, III.에서는 기술 금융의 활성화를 위한 법적·정책적 과제, IV.에서는 지식재산권 금융의 활성화를 위한 법적·정책적 과제에 대해서 각각 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 기술 금융과 지식재산권 금융의 의의 및 비교

기술 금융과 지식재산권 금융을 이해하고 구별하기 위해서는 우선 기술과 지식재산권의 개념에 대해 살펴볼 필요가 있다. 기술과 지식재산권은 서로 중복되는 부분도 있지만 다른 면도 있기 때문에, 이하에서는 기술과 지식재산권을 비교하여 차이점에 대해서 알아보면서 기술 금융과 지식재산권 금융의 특징에 대해 살펴보기로 한다.

---

4) "지식재산권"의 개념에 대한 자세한 논의는 II.2.가. 참조.

1. 기술 및 기술 금융의 의의

가. 기술의 의의

기술 금융의 의미를 이해하기 위해서는 우선 기술이 무엇인지 알아보아야 한다. 국어 사전에서 찾아본 기술의 뜻은 "어떤 원리나 지식을 자연적 대상에 적용하여 인간 생활에 유용하도록 만드는 구체적이고 실제적인 수단," 또는 "어떤 일을 하거나 어떤 대상을 다루는 방법이나 능력"이라고 하고 있다.[5] 다소 추상적인 내용을 담고 있어 의미를 파악하기가 쉽지 않다. 기술 관련 법률들 중에서는 2000년 제정된 「기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률」(이하 "기술이전법"이라 한다)이 기술에 대한 정의를 하고 있어, 그나마 법적인 의미를 이해하는데 도움이 된다.

기술이전법은 기술을 다음과 같이 정의하고 있다. (i) "「특허법」 등 관련 법률에 따라 등록 또는 출원(出願)된 특허, 실용신안(實用新案), 디자인, 반도체집적회로의 배치설계 및 소프트웨어 등 지식재산," (ii) (i)의 "기술이 집적된 자본재(資本財)," (iii) (i) 또는 (ii)의 "기술에 관한 정보," (iv) "이전 및 사업화가 가능한 기술적·과학적 또는 산업적 노하우"를 말한다(법 제2조 제1호, 시행령 제2조). (i)에서 기술이 지식재산권의 일종이라는 점을 알 수 있는데, 이 점에서 다음에 살펴볼 지식재산권과 비교할 때 그 범위가 지식재산권보다 좁다고 할 수 있다. 왜냐하면 지식재산권에는 저작권이나 상표권 등 기술의 범위에 속한다고 보기 어려운 분야도 있기 때문이다.[6] 반면에 기술의 범위에 "기술에 집적된 자본재," "기술에 관한 정보" 또는 "기술적·과학적 또는 산업적 노하우(know-how)"를 포함하고 있어서,[7] 이런 점에서는 지식재산권보다도 더 넓은 개념이라고

---

5) <http://dic.daum.net/search.do?q=%EA%B8%B0%EC%88%A0>.

6) 물론 저작권이나 상표권이 기술에 해당하지 않는다는 점에 대해 이견이 있을 수 있다. 기술을 어떻게 이해하느냐에 따라 달라지기 때문이다. 그러나 일반적으로 이해하고 있는 기술의 개념에 비추어 보면, 창작물에 대한 권리인 저작권을 기술로 분류하기는 어렵다고 본다. 물론 저작권 중에서 컴퓨터프로그램 저작권은 기술로 인정할 수 있을 것이다. 따라서 기술과 지식재산권의 분류가 절대적인 것은 아닐 것이지만, 여기서는 일반적으로 이해할 수 있는 기술의 개념에 비추어 이렇게 나누어 보기로 한다.

7) "기술에 관한 정보" 내지 "기술적·과학적 또는 산업적 노하우"는 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호법」상의 "영업 비밀"의 일종이라고 이해할 수 있다. 즉 이 법은 '영업 비밀'을 "공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 합리적인 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보"라고 정의하고 있다(제2조 제2호). 그리고 노하우(know-how)는 "기술적 노하우와 영업적 노하우"로 구별할 수 있고, 일반적으로 노하우라고 하면 기술적 노하우를 의미한다고 설명하면서(즉 기술 정보만 지칭), 영업 비밀의 일종이라고 설명하는 견해가 있다. 송영식/이상정/김병일, 「지적재산

볼 수 있다. 즉 기술과 지식재산권이 서로 일치하는 개념은 아니라고 할 수 있다.

그러면 기술도 지식재산권처럼 재산권으로 인정받을 수 있을까? 재산권으로 인정받아야 담보 제공 등을 통하여 금융을 일으킬 수 있기 때문이다. 일반적으로 재산권은 물권(物權), 채권(債權), 무체재산권을 말한다.[8] 따라서 기술은 이 중에서 무체재산권에 해당할 가능성이 크다. 좀 더 자세히 살펴보면, 기술이 특허권이나 실용신안권 등 관련 법률에 의거하여 등록 또는 출원된 지식재산권에 해당하는 경우에는 그러한 지식재산권은 무체재산권의 범위에 들어가기 때문에 재산권으로 인정받는데 문제가 없을 것이다. 기술이전법도 "등록 또는 출원된 . . . 특허 [등]"이라고 하고 있어, 등록되거나 출원된 특허권 등의 기술은 관련 법률에 의거하여 지식재산권으로 인정되고 있다.[9]

문제는 그러한 지식재산권에 해당하지 않는 "기술에 관한 정보," "기술에 집적된 자본재"나 "기술적·과학적 또는 산업적 노하우"가[10] 지식재산권처럼 무체재산권으로 인정받을 수 있느냐 하는 것이다. 이러한 기술은 아직 관련 법에 의해서 지식재산권으로 인정받지 못하고 있기 때문이다. 다시 말하면 무체재산권은 반드시 관련 법률에 의거하여 등록되어 법에 의해 보호받는 권리만을 의미하는가의 문제이다. 그렇게 볼 여지도 있지만, 지식재산권의 하나인 저작권이 "저작물을 창작한 때부터 발생"하고 "어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 아니한다"(저작권법 제11조)는 점을 볼 때, 기술에 관한 정보 등이 비록 관련 법률에서 명확히 보호되는 권리로 규정되어 있지 않지만, 기술에 관한 정보 등 그 자체를 무체재산권으로 인정할 여지는 있을 것이다.[11] 즉 기술에 관한 정보 등이 경제

법」, 세창출판사, 2011, 306면.

8) 이영준, 「민법총칙」, 박영사, 1997, 42면.

9) 예를 들어, 특허법은 "특허권이 설정 등록에 의하여 발생한다"고 하고 있으며(제87조), 디자인보호법도 "디자인권은 설정 등록에 의하여 발생한다"고 하고 있고(제90조), 실용신안법도 "실용신안권은 설정 등록에 의하여 발생한다"고 하고 있으며(제21조), 「반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률」도 "배치설계권은 창작성이 있는 배치설계를 제21조제1항에 따라 설정 등록함으로써 발생한다"고 하고 있다(제6조). 소프트웨어에 대해서는 특별히 등록을 요하도록 하는 법은 없지만 소프트웨어 자체가 경제적·금전적 가치가 있는 것이어서 재산권으로 인정받을 수 있을 것이다.

10) 지식재산을 '법적 지식재산'(legal intellectual property)(특허, 상표, 저작권, 영업 비밀 등을 말한다)과 '경쟁적 지식재산'(competitive intellectual property)으로 구분하면서 노하우(proprietary know-how)를 경쟁적 지식재산의 하나로 보는 견해도 있다. Brian W. Jacobs, "Using Intellectual Property as Secure Financing after the Worst Financial Crisis since Great Depression," *Marquette Intellectual Property Law Review*, Volume 15 Issue 2, 2011, p. 450.

11) 영업비밀 등을 내용으로 하는 정보재산권을 지식재산권의 하나로 분류하는 경우도 있다. 금융

적·금전적 가치가 있는 것으로 인정될 수 있으므로 재산권에 해당한다고 볼 여지가 있는 것이다. 물론 기술에 관한 정보 등이 무체재산권으로 확실하게 인정받기 위해서는 관련 법률에 명확히 규정하는 것이 필요할 것이다.

나. 기술 금융의 의의

일반적으로 금융이란 자금을 융통 내지 조달하는 것을 말하므로 기술 금융이란 기술을 기반으로 한 자금의 조달을 의미한다고 이해할 수 있다. 즉 기술을 보유하고 있는 기업이나 개인이 자금 공급자인 금융기관이나 투자자로부터 필요한 자금을 조달하는 것을 뜻한다고 할 수 있다. "기술 금융은 기술 평가를 통해 기술을 개발하고 사업화하는 기업에게 금융 접근성을 제고하기 위한 활동"이라고 하는 것도[12] 같은 취지로 이해할 수 있다.

우리나라에서 현재 취급되고 있는 기술 금융의 유형은 "기술 융자, 기술 보증, 기술 투자, 기술 신탁"으로 분류할 수 있다.[13] 기술 융자는 은행에서 취급하는 "기술평가(인증서) 대출," 정부가 취급하는 "개발기술사업화자금"이 있으며, 기술 보증은 기술보증기금[14]이 제공하는 "기술 평가 보증"이 있고, 기술 투자는 모험자본(venture capital) 회사가 기술 기업에 투자하는 지분 투자(equity financing)가 있으며, 기술 신탁은 신탁을 활용한 금융 방식으로서 기술신탁관리기관이 관계되는 "기술 유동화 증권 발행 및 자금 조달형 기술신탁"이 있다.[15]

한편, 기술 금융의 특징은 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 기술의 내재적 특성으로 인하여 필요 수준보다 과소 공급됨으로써 발생하는 시장 실패가 보편적이며, 둘째, 기술 보유 기업과 금융 공급자 사이에 기술에 대한 정보 비대칭성(information asymmetry)으로 인하여 금융 공급자의 역선택(adverse selection)[16]이 발생하거나 자금 수요자의 도덕적 해이(moral hazard) 문제[17]가 발생할 수

위원회 등 관계부처합동, "창조경제 실현을 위한 지식재산금융 활성화 방안," 보도자료의 붙임자료, 2013. 7. 30, 2면.

12) 위의 자료, 3면.

13) 위의 자료, 3면.

14) 2016. 3. 29. 개정된 법에 따라 「기술신용보증기금법」이 「기술보증기금법」, 기술신용보증기금이 기술보증기금으로 각각 변경되었다.

15) 금융위원회 등 관계부처합동, 앞의 자료, 3면.

16) 자금 공급자인 금융기관의 경우에 기술 평가에 전문성이 없어 자금 수요자인 기업이 제공하는 정보에 의존할 수밖에 없어 잘못된 선택(즉 부실 대출)을 할 수 있다는 것을 말한다. 조대형, "기술금융 활성화를 위한 정책과제," NARS 현안보고서 제273호, 국회 입법조사처, 2015. 10. 28, 6면.

있으며, 셋째, 유형 자산에 비하여 기술 개발과 사업화 과정에서 기술 평가나 관리가 어려운 불확실한 요소가 존재하며, 넷째, 무형 자산의 성격상 기술이 특정 기업에만 의미가 있는 경우가 대부분이어서 일반적으로 거래 가능성이 낮다는 점이다.[18]

2. 지식재산권 및 지식재산권 금융의 의의

가. 지식재산권의 의의

지식재산권[19]을 정의하고 있는 법률로서는 2011년 제정된 「지식재산기본법」이 있다. 「지식재산기본법」은 '지식재산'을 다음과 같이 정의하고 있다. 즉 '지식재산'을 "인간의 창조적 활동 또는 경험 등에 의하여 창출되거나 발견된 지식·정보·기술, 사상이나 감정의 표현, 영업이나 물건의 표시, 생물의 품종이나 유전자원(遺傳資源), 그 밖에 무형적인 것으로서 재산적 가치가 실현될 수 있는 것"이라고 하고 있다(제3조 제1호). 기술을 하나의 예시로 들고 있어 지식재산의 개념이 기술보다는 넓은 것으로 이해할 수 있다. 더 나아가 「지식재산기본법」은 '신지식재산'이란 개념도 사용하고 있다. 즉 "경제·사회 또는 문화의 변화나 과학기술의 발전에 따라 새로운 분야에서 출현하는 지식재산"을 '신지식재산'이라고 하여(제3조 제2호) 전통적인 지식재산의 범위에 포함시키기 어려운 새로운 분야의 지식재산을 포섭하고 있다.

「지식재산기본법」은 '지식재산권'을 "법령 또는 조약 등에 따라 인정되거나 보호되는 지식재산에 관한 권리"라고 하고 있어(제3조 제3호), 재산권으로 인정하고 있다. 한편, 동산이나 채권(債權) 및 지식재산권에 대한 담보권 설정에 관한 특별법인 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」도 "지식재산권담보권"의 정의에서 ". . . 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 저작권, 반도체집적회로의 배치설계권 등 지식재산권. . ."이라고 하고 있어서(제2조 제4호) 지식재산권의 범위

17) 자금 공급자가 자금을 공급한 이후에 자금을 공급받은 기업에 대한 감시를 철저히 할 수 없어 기업이 기술 개발이나 경영을 제대로 하지 않을 가능성을 말한다. 위의 보고서, 6면.

18) 금융위원회 등 관계부처합동, 앞의 자료, 3면.

19) 국어 사전은 '지식재산권'을 "지적 활동으로 인하여 발생하는 모든 재산권"이라 하고 있다(http://krdic.naver.com/search.nhn?kind=all&quer). 영어로 Intellectual Property Right인데, '지적재산권'이라고도 한다. '무체재산권'(intangible property right)이라는 용어도 쓰이는데, 지식재산권을 포함하는 것으로 이해해도 무방할 것이다. 이 글에서는 관련 법인 「지식재산기본법」이 '지식재산권'이라는 용어를 사용하고 있어 '지식재산권'이라는 용어를 사용하고자 한다.

를 예시하고 있다. 결국 지식재산권은 무형 자산으로서 재산적 가치가 실현될 수 있는 무체재산권으로 분류할 수 있을 것이다.

지식재산권의 범위에 대하여 구체적으로 살펴보면, 지식재산권은 산업재산권, 저작권, 신지식재산권으로 분류할 수 있는데, 산업재산권에는 특허권, 실용신안권, 상표권, 디자인권이 있으며, 저작권에는 저작재산권, 저작인접권, 산업저작권이 있고, 신지식재산권으로는 첨단산업재산권, 정보재산권, 신상표권이 있다.[20] 각 지식재산권의 내용을 살펴보면, 특허권은 "기술적 창작," 실용신안권은 "실용적 창작," 디자인권은 "심미감을 느낄 수 있는 모양," 상표권은 "타 상품과 식별할 수 있는 기호 도형 등," 저작재산권은 "문학 및 예술분야 창작물 실연자," 저작인접권은 "음반제작자의 권리 등," 산업저작권은 "컴퓨터 프로그램, 데이터베이스(DB), 콘텐츠 등," 첨단산업재산권은 "반도체 배치설계, 인공지능, 사업방법 등," 정보재산권은 "영업비밀 등," 신상표권은 "캐릭터, 지리적 표시, 소리상표, 냄새상표 등"을 내용으로 하는 것으로 이해할 수 있다.[21]

나. 지식재산권 금융의 의의

지식재산권 금융도 지식재산권을 기반으로 하여 자금을 조달하는 것이라고 할 수 있다. 즉 지식재산권을 보유한 기업이 그 지식재산권을 기반으로 하여 금융기관이나 투자자 등 자금 공급자로부터 자금을 조달하는 것이라고 할 수 있다. "지식재산(권)의 활용 가치를 높이고 지식재산에 기초하여 금융기능을 제공하는 제반 활동"을 '지식재산(권)금융'이라고 하는 것도[22] 같은 취지로 이해할 수 있다. 조금 더 구체적으로 보면, 지식재산권 금융은 "지식재산(권)을 기초로 자금수요자와 자금공급자 간 자금중개 기능을 수행하거나 유동화, 위험 관리 등 금융 기능[을] 제공"하는 것이라고 할 수 있다.[23] 지식재산권 금융은 "지식재산 기업에 대한 지원(벤처캐피털형)과 지식재산 자체에 대한 투자·대출(창의자본형)"로 구분할 수도 있다.[24] 지식재산권 금융도 기술 금융과 마찬가지로 내재적 특성으로 인하여 필요 수준보다 과소 공급되어 발생하는 시장 실패가 보편적이라는 특징이

20) 금융위원회 등 관계부처합동, 앞의 자료, 2면.
21) 위의 자료, 2면.
22) 위의 자료, 2면.
23) 위의 자료, 2면.
24) 위의 자료, 2면.

있다.[25]

3. 기술 금융과 지식재산권 금융의 비교

앞에서 본 것처럼, 기술 금융과 지식재산권 금융은 중첩되는 분야도 있지만 완전히 일치하는 개념은 아니다. 기술과 지식재산권을 개념 면에서 살펴보면, 특허권, 실용신안권, 디자인권, 반도체집적회로의 배치설계권 등은 기술이면서도 동시에 지식재산권에도 해당한다는 점에서 중첩되는 분야가 된다. 그러나 기술에 관한 정보나 기술적·과학적·산업적 노하우 등은 지식재산권에는 해당하지 않지만 기술로는 인정을 받을 수 있어 오히려 기술의 범위가 더 넓다고 볼 여지도 있다. 반면에 지식재산권은 기술에 해당한다고 볼 여지가 없는 저작권[26]이나 상표권 등을 포함하고 있어[27] 이러한 점에서는 지식재산권의 범위가 더 넓다고 할 수가 있다. 이처럼 기술과 지식재산권은 완전히 같은 개념은 아니라고 할 수 있다.

금융의 측면에서 살펴보면, 기술과 지식재산권 둘 다 재산적 가치가 있는 것으로 인정받을 수 있지만, 기술은 등록이 되지 않는 것도 포함하고 있는 반면에 지식재산권은 법령에 의하여 인정되거나 보호되는 권리라는 점(「지식재산기본법」 제3조 제3호)에서, 지식재산권이 담보 설정의 면에서 금융 수단으로 활용될 여지가 더 크다고 할 수 있다.[28] 예를 들어, 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」은 지식재산권을 명시적으로 담보물로 인정하고 등록 대상이 될 수 있음을 밝히고 있어(제2조 제4호), 지식재산권을 담보로 제공하는데 크게 법적인 문제가 없게 된다. 물론 기술이 등록을 요하는 특허권 등에 해당하는 경우에는 지식재산권과 동일하게 취급될 것이다.

Ⅲ. 기술 금융의 활성화를 위한 법적 과제

1. 기술 금융의 현황

기술 금융은 대출과 투자 방식으로 기술 보유 기업에 대한 자금 지원이 이루어지고 있다. 대출은 은행 등 금융기관이 기술 보유 기업에 대하여 신용 대출하

25) 위의 자료, 3면.
26) 물론 저작권 중에서 '컴퓨터프로그램 저작권'은 기술의 범위에 포함될 수 있을 것이다.
27) 앞의 각주 6)에서 설명한 것처럼, 이러한 구분이 절대적인 기준은 아닐 것이므로 기술의 개념을 어떻게 이해하느냐에 따라 달라질 수도 있을 것이다.
28) 같은 설명으로는 금융위원회 등 관계부처합동, 앞의 자료, 3면.

는 방식으로 주로 이루어지고 있고, 투자는 정부 기금으로 조성한 자금으로 투자조합을 통하여 기술 보유 기업의 지분에 투자하는 방식으로 주로 이루어지고 있다.

가. 대출 형태의 기술 금융

1) 기술평가보증부 대출

은행 등 금융기관이 기술보증기금의 보증을 받아 기술 보유 기업에게 대출해 주는 형태이다. 기술보증기금은 자체 기술 평가 체계에 의하여 평가된 기술평가보증서를 금융기관에게 발급하게 된다.[29] 정부 및 금융기관 등의 출연금으로 조성되는 기술보증기금(「기술보증기금법」 제13조)에 의한 보증으로 자금이 공급됨으로써 사실상 정책 금융의 성격을 갖고 있다고 할 수 있다.

2) 기술평가인증서부 신용 대출

기술보증기금이 발행한 기술평가인증서를 토대로 은행 등 금융기관이 기술 보유 기업에게 신용으로 대출해 주는 형태이다.[30] 이 대출은 보증부 대출이 아니기 때문에 기업에 대한 신용 위험을 은행 등 금융기관이 부담하게 된다. 따라서 은행 등 금융기관은 기술 평가뿐만 아니라 해당 기업의 재무와 경영 상태를 종합적으로 고려하여 대출 여부를 결정하게 된다. 다만 기술 평가 정보를 반영한다는 점에서 다른 일반 신용 대출과 구별되게 된다. 그런데 2014년 7월 기술평가인증서부 신용 대출과 사실상 동일한 '기술 신용 대출' 제도가 도입되면서 그 이후의 실적은 없다.[31] 즉 '기술 신용 대출'로 대체된 것으로 이해할 수 있다.

3) 기술 신용 대출

기술보증기금 뿐만 아니라 다른 기술신용평가기관(technology credit bureau: TCB)[32]이 제공하는 기술 신용 평가를 토대로 은행 등 금융기관이 신용 대출하는 형태이다. 2014년 7월 기술 금융 활성화 정책의 일환으로 도입된 제도이다.

---

29) 조대형, 앞의 보고서, 9면.
30) 위의 보고서, 10면.
31) 위의 보고서, 11면.
32) 2015년 4월말 현재 기술보증기금, 한국기업데이터, 나이스평가정보, 이크레더블 등 4개사이다. 금융위원회, "㈜이크레더블, 4번째 기술신용평가기관(TCB)으로서 업무 개시," 2015. 4. 8. 보도자료. 1면.

기술신용평가기관은 해당 기업의 기술과 신용을 모두 평가하여 기술 등급과 신용 등급을 산출하고 이를 가중 합산하여 기술 신용 등급을 산출한다.[33]

나. 투자 형태의 기술 금융

투자 형태의 기술 금융은 기술 보유 기업에 자본 출자를 하는 것이다. 주로 기술을 보유한 신생 기업이나 창업 혁신 기업에 투자하게 된다. 그러다보니 투자 위험이 커지게 되고 자연히 민간 자본이 투자할 여지가 좁아지게 된다. 그래서 정부가 주도하는 정책 자금에 의한 투자가 이루어지고 있다. 관련 법률로는 「벤처기업육성에 관한 특별조치법」이 있다. 이 법률에 근거하여 정부 및 중소기업진흥공단 등이 출연한 자금으로 2005년 6월 모태(母胎) 집합투자기구인 '중소기업투자모태조합'이 만들어졌다(제4조의2). 이 모태 조합은 자(子)집합투자기구인 중소기업창업투자조합, 한국벤처투자조합, 기업구조조정조합, 경영참여형 사모집합투자기구(private equity fund: PEF), 신기술사업투자조합, 개인투자조합 등에게 출자하고(제4조의2 제3항), 이러한 자(子)집합투자기구가 모험(venture) 기업 등에 출자하는 구조이다.[34]

한편, 민간 부분에서는 창업투자회사를 중심으로 하는 모험자본(venture capital) 투자회사가 중소 모험(venture) 기업에 대한 출자가 이루어지고 있으며, 개인투자자를 중심으로 하여 창업 초기 신생 기업에 주로 투자하는 '천사 투자'(angel investment)도 이루어지고 있다.[35]

2. 기술 금융 활성화의 과제

가. 법적 과제

1) 기술 담보 대출 활성화의 법적 과제

가) 서설

앞서 본 것처럼, 대출 방식의 기술 금융은 기술 신용 대출 방식이 주로 이루어지고 있다. 즉 기술신용평가기관이 평가한 기술 신용 평가를 기초로 하여 은행 등 금융기관이 신용으로 대출해 주는 것이다. 아직 기술신용평가기관의 평가 기

33) 조대형, 앞의 보고서, 12면.
34) 위의 보고서, 17면.
35) 위의 보고서, 18~20면.

법이 정교화 되지 못한 상태에서 기술신용평가기관의 평가 결과에 의지한 신용 대출의 경우 부실 대출 발생 가능성이 커질 수 있다. 이 경우 이에 따른 위험은 금융기관이 떠안을 수밖에 없다. 특히 금융당국이 기술 신용 대출에 대하여 밀어 붙이기식 '종용'을 하고 있어(기술 금융 실적을 은행 혁신성 평가 기준으로 하여 그 순위를 공개하는 것),[36] 은행 등 금융기관이 따라갈 수밖에 없는 처지에 있기 때문에 부실 발생 위험성이 더욱 크다. 위험 관리가 제대로 되지 않으면 신용 대출의 부실화 문제가 대두될 가능성이 있다. 따라서 신용 대출 방식의 개선이 필요한데, 대안으로 검토할 수 있는 것이 기술 담보 대출 방식이다. 그런데 기술을 담보로 설정하는 데에는 검토해야 할 법적 문제가 있다. 이하에서는 이러한 점에 대해서 살펴본다.

나) 기술이 담보 목적물이 될 수 있는지 여부

기술도 담보 목적물이 될 수 있는가? 민법은 권리 질권(質權)의 목적물을 "재산권"이라고 하고 있다(제345조). 즉 기술이 재산권으로 인정된다면 권리 질권의 목적물이 될 수 있는 것이다. 앞서 본 것처럼, 기술 중에서 특허권 등 법률에 의거하여 인정되는 지식재산권에 해당하는 기술인 경우에는 담보물로 인정받는 데에는 문제가 없다. 문제는 기술에 관한 정보 등 관련 법률에 의하여 등록이 되지 않는 기술이 담보 목적물이 될 수 있는가의 문제이다. 이론의 여지가 있지만, 앞서 본 것처럼, 무체재산권이 반드시 관련 법률에 의해 등록이 되어야 발생하는 것이 아니라는 점에서(저작권은 등록을 필요하지 않고 저작물을 창작한 때부터 발생한다. 「저작권법」 제11조), 설령 관련 법에 의하여 등록이 되지 않더라도 재산권으로 인정될 여지는 있을 것이다. 물론 관련 법에 명확하게 규정하는 것이 무체재산권으로 인정받는데 확실하다는 점은 있다.

이런 점에서 기술이 담보물이 될 수 있는지에 대해 의문을 제기하는 견해가 있다. 그 근거는 담보물권법의 기본 원칙의 하나인 "특정성의 원칙"(담보권의 객체는 현존하여 특정되어야 한다는 원칙)에 따를 때, "기술이라고 하는 무형의 존재에 대하여 담보권을 설정하는 것은 허용되지 않고, 기술이 특허권 등과 같이 권리화된 경우에 한해서 특정 가능한 것으로 보인다"라고 하면서,[37] "권리화되지

36) 2014년 하반기부터 은행의 기술 금융 공급 규모, 기업 지원 및 신용 지원 등을 중심으로 평가하고 은행별 순위를 매겨 공개하는 '은행 혁신성 평가 제도'가 대표적인 사례이다. 이에 대해서는 많은 비판이 제기되고 있다. 위의 보고서, 37면.

않는 기술력 자체를 담보의 객체로 하기가 어렵다는 점 및 담보권의 설정·공시·실행 등이 곤란하다는 점 등에 있어서 새로운 입법을 필요로 한다"라는 견해가 있다.[38] 일응 공감이 가는 견해로 보인다. 다만 이 견해는 "권리화된 기술"의 의미를 등록된 기술로 파악하는 것으로 보이는데, 등록이 되어야 권리화 된 것으로 보아야 하는지는 의문이다. 설령 등록이 되지 않더라도 기술 그 자체가 하나의 경제적 가치가 있는 것으로서 재산권이 되고, 따라서 거래 당사자가 그러한 기술에 대해서 담보를 설정하기로 합의하면 담보물로서 가능하다고 볼 수 있을 것이다. 물론 기술이 담보물로서 보다 확실하게 인정되기 위해서 입법적 해결이 필요하다는 점에는 동의를 한다.[39]

한편, 기술이 담보물이 되는 것을 인정하고 있는 관련 법률들도 있다. 기술이전법은 "관계중앙행정기관의 장은 사업화를 촉진하기 위하여 기술을 담보로 한 대출을 촉진하기 위한 사업(이하 "기술담보대출 촉진사업"이라 한다)을 예산의 범위에서 실시할 수 있다"라고 해서(제28조), 기술이 담보물이 될 수 있음을 인정하고 있다. 「중소기업기술 보호 지원에 관한 법률」도 "중소기업청장은 . . . 기술 자료 임치물을 담보로 하는 지원 사업을 추진할 수 있[다]"고 규정하고 있어(제9조 제2항), 기술 자료가 담보물이 될 수 있음을 확인하고 있다.

다만 .「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」상 기술이 담보권 대상이 될 수 있는지는 애매한 점이 있다. 왜냐하면 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」은 지식재산권을 명시적으로 담보 목적물로 인정하고 있지만(제2조 제4호), 기술은 명시적으로 규정하고 있지 않기 때문이다. 따라서 기술 자체가 특허권이나 실용신안권 등 지식재산권에 해당하는 경우에는 담보 목적물로 인정받는데 문제가 없게 된다. 그런데 문제는 기술이 이렇게 지식재산권에만 해당하는 기술이 아닌 경우이다. 지식재산권에 해당하지 않는 기술도 있고, 지식재산권과 혼합되어 있는 기술도 존재한다. 앞서 본 기술에 관한 정보나 기술적 노하우 등이 대표적인 경우이다. 그러면 이런 기술이 과연 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」상 담보 목적물로 인정받아 등록이 가능한지가 문제이다. 해석상 그러한 기술이 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」상 담보물로 인정받기는 어렵다고 본다.

---

37) 류창호, "기술담보제도에 관한 연구," 「외법논집」 제33권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2009. 8, 396면.

38) 위의 논문, 386면.

39) 설령 담보물로 인정된다고 하더라도 담보물 환가의 어려움에 따른 강제 집행상의 한계는 여전히 있을 수 있을 것이다.

기술 자료의 임치(escrow) 제도[40]를 규정하고 있는 「대・중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」상의 기술 자료도 마찬가지의 문제가 발생한다(제24조의2). 이 법은 기술 자료를 "물품등의 제조 방법, 생산 방법, 그 밖에 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치가 있는 것으로서" "특허권, 실용신안권, 디자인권, 저작권 등의 지식재산권과 관련된 정보" 또는 "제조·생산방법과 판매방법 등 그 밖의 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보"라고 하고(법 제2조 제9호, 시행령 제1조의2), 이러한 임치 기술 자료를 임치등록부에 등록할 수 있도록 하고 있는데(법 제24조의3), 이러한 기술 자료가 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」상의 담보 목적물이 될 수 있는지가 문제된다.

다) 기술을 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」상의 담보 목적물로 포함 필요

결국 기술 자료나 기술에 관한 정보 등을 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」상의 담보물로 포섭하기 위해서는 이 법률상의 지적재산권의 범위에 기술을 포함하는 문구를 추가하거나 기술을 별도의 담보물로 추가함으로써 명확하게 할 필요가 있다.[41] 이 경우에 담보권 설정을 위한 등록의 문제가 발생하는데, 현재는 해당 지식재산권을 등록하는 공적 장부(특허원부, 저작권등록부 등)에 등록하도록 하고 있어(제58조 제1항), 지식재산권에 해당하지 않는 기술의 경우 등록할 마땅한 공적 원부가 없게 된다. 따라서 기술을 등록하는 별도의 등록부를 만들 필요가 있다. 물론 임치된 기술 자료의 경우에는 임치 등록부가 만들어져 있으므로(「대・중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」 제24조의3) 그 등록부에 담보권 설정을 등록하는 방안을 검토할 수 있을 것이다.[42] 이러한 법제 기반이 마련될 때 기술 담보 대출이 활성화될 수 있을 것이다.

---

40) 기술 개발 기업과 기술 사용 기업 사이에 기술 거래를 하는 경우에 기술 개발 기업이 기술 자료를 공개하는 대신에 기술 자료를 제3자의 임치기관에 임치하고, 후에 기술 개발 기업이 파산하거나 폐업하는 경우 등 미리 정한 사유가 발생하는 경우에 임치기관이 기술 자료를 기술 사용 기업에게 교부하여 해당 기업이 계속적으로 사업 수행을 하게 하는 제도이다(「대・중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」 제24조의2). 기술 임치 자료는 임치 등록부에 등록하게 된다(제24조의3). 대중소기업협력재단에 설치된 기술자료임치센터에서는 2015년 말 현재 2만 5,185건의 기술자료를 맡아서 임치하고 있다. "대구시, 기술자료 임치제도 확대 시행," 아시아투데이, 2016. 7. 7. 기사(http://www.asiatoday.co.kr/view.php?key=20160707010002924).

41) "기술자료에 해당하는 기술 정보 또는 경영상 정보"를 담보권의 대상으로 추가해야 한다는 주장은 조대형, "기술금융 활성화를 위한 기술담보대출 활용방안," 「이슈와 논점」 제990호, 국회 입법조사처, 2015. 5. 12, 4면.

42) 같은 주장으로는 손승우/정창호/이재성, 「지식재산 담보권에 관한 UNCITRAL 담보거래 입법지침 부속서」, 법무부, 2011, 258면.

2) 기술 자산 유동화의 법적 과제

가) 서설

기술을 기초자산으로 하여 '유동화(securitization) 거래'를 함으로써 기술 보유 기업이 자금을 조달할 수 있는 방법이 있다. 자산 유동화 거래라 함은 대출채권(債權)이나 부동산 등의 재산권인 자산을 특수목적기구(special purpose vehicle: SPV)에게 이전하고, 이 특수목적기구가 자본 시장에서 유동화증권을 발행하여 투자자로부터 자금을 조달하는 방식이다. 유동화증권의 원리금 상환은 기초자산에 발생하는 현금 흐름(cash flow)(예를 들어, 기초자산이 대출채권인 경우 차입자가 상환하는 원금과 이자를 말한다)에 의하게 된다. 따라서 기술을 기초자산으로 한 자산 유동화 거래를 하려면 기술에서 발생하는 현금 흐름(예를 들어, 특허권 기술에서 발생하는 실시료(royalty) 수입 등)이 있어야 될 것이다. 이러한 자산 유동화 거래의 장점은 기초자산이 유동화 거래를 위하여 설립된 특수목적기구에게 이전됨으로써 기초자산이 자산 보유자의 파산 위험이나 신용 위험으로부터 차단된다는 것이다. 즉 설령 자산 보유자가 파산하더라도 자산 보유자의 채권자는 유동화 자산에 대한 청구권을 행사할 수 없게 되는 것이다.

이러한 자산 유동화 거래는 「자산유동화에 관한 법률」에 의거하여 하는 자산 유동화 거래와 이 법률에 의하지 않고 하는 소위 '비등록 또는 비전형' 자산 유동화 거래가 있다. 「자산유동화에 관한 법률」에 따른 유동화 거래의 경우에는 기초자산인 채권 양도의 대항 요건에 대한 특례(제7조)나 질권이나 저당권 취득에 대한 특례(제8조) 및 세제 혜택[43] 등이 주어져 있는 장점이 있는 반면에 금융감독당국에 자산 유동화 계획을 등록해야 하는(제3조) 등 규제를 받아야 하는 단점은 있다. 비등록 자산 유동화 거래의 경우에는 금융감독당국의 규제를 받지 않는 장점이 있지만, 「자산유동화에 관한 법률」에 따른 여러 혜택을 받을 수는 없는 단점이 있다. 따라서 「자산유동화에 관한 법률」에 따른 자산 유동화 거래를 선호하게 된다. 「자산유동화에 관한 법률」은 유동화 대상 자산을 이전받는 특수목적기구의 형태를 회사 형태로 하는 지, 아니면 신탁 형태로 하는 지에 따라 '회사형'과 '신탁형'으로 나누어 규정하고 있다(제2조 제1호 가목, 나목). 회사형은 특수목적기구가 유한회사 형태인 것(제17조)을 말하고, 신탁형은 수탁자가 자산 보유자로부터 기초자산을 신탁받는 형태(제2조 제1호 나목, 다목)를

43) 자산에 대한 등록세 및 취득세의 감면(조세특례제한법 제119조 제1항 제13호), 유동화전문회사의 배당금에 대한 소득 공제(법인세법 제51조의2) 등의 세제 특례가 있다.

말한다. 신탁형 자산 유동화 거래에 대해서는 뒤에서 좀 더 자세히 논하기로 한다.

나) 기술도 자산 유동화 대상 자산이 될 수 있는가?

앞서 본 것처럼, 기술도 무체재산권으로 인정될 여지가 있기 때문에 기술을 기초자산으로 하는 비등록 유동화 거래가 가능할 것이다. 그런데 「자산유동화에 관한 법률」상 기술을 기초자산으로 하는 유동화 거래도 가능한지는 검토를 요한다. 「자산유동화에 관한 법률」은 유동화 대상이 되는 기초자산의 범위를 정하고 있기 때문에 기술이 그 대상 자산에 해당하는지 살펴보아야 한다. 이 법은 유동화 대상이 되는 자산을 "채권·부동산 기타의 재산권"이라고 하고 있다(제2조 제3호). 결국 기술이 "기타의 재산권"에 해당하는지 여부가 문제된다. 여기서 "기타의 재산권"에는 재산적 가치가 있는 것이면 다 해당된다고 보아야 하므로, 앞서 살펴본 것처럼, 기술은 비록 지식재산권에 해당하지 않는 기술일지라도 경제적·금전적 가치가 있는 것으로서 재산권으로 인정될 여지가 있기 때문에 기술이 「자산유동화에 관한 법률」상 유동화 대상이 되는 기초 자산에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

더욱이 기술 유동화의 촉진에 관한 내용을 담고 있는 기술이전법은 "기술자산 유동화"를 "기술[과 그 사용에 관한 권리(기술 등)] 및 기술 등으로 인한 채권·지분과 그 밖의 재산권을 유동화자산으로 하는 「자산유동화에 관한 법률」 제2조 제1호에 따른 자산유동화"라고 함으로써(제2조 제9호) 기술을 대상으로 하는 자산 유동화가 가능함을 규정하고 있다.

다) 기술 보유 기업이 자산 보유자의 범위에 해당하는가?

「자산유동화에 관한 법률」은 자산 보유자의 범위도 규정하고 있다(법 제2조 제2호). 따라서 기술을 기초자산으로 하는 유동화 거래를 「자산유동화에 관한 법률」에 따라 하려면 자산 보유자인 기술 보유 기업이 이 법률이 규정하고 있는 자산 보유자의 범위에 포함되어야 한다. 그런데 「자산유동화에 관한 법률」은 자산 보유자의 범위에 은행 등 금융기관, 지방 공기업이나 공공기관 등을 포함하면서 일반 기업인 경우에는 "신용도가 우량한 법인"으로 한정하고 있다(법 제2조 제2호, 시행령 제2조).

"신용도가 우량한 법인"의 구체적인 기준은 금융위원회가 정하도록 하고 있

는데, (i) “유동화계획의 등록신청서 제출일로부터 1년 이내에 신용평가업자부터 투자적격의 평가등급(당해 법인에 대한 평가등급이 없는 경우에는 당해 법인이 발행한 무보증사채에 대한 평가등급을 말한다)을 받은 법인” 및 (ii) “「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」제9조 제15항 제3호에 따른 주권상장법인(한국거래소가 지정한 관리종목인 경우를 제외한다)”을 말한다(자산유동화업무규정 제2조). 이렇게 자산 보유자의 자격 요건을 제한하고 있는 것은 부실화된 유동화증권이 유통되어 불건전한 자산유동화 시장이 되는 것을 막기 위한 것으로 판단된다.[44] 즉 투자자를 보호하기 위한 것이다. 또한 「자산유동화에 관한 법률」은 저당권이나 질권의 취득에 대한 특례 및 세제 감면 혜택을 부여하는 지원법적인 성격을 갖고 있어, 만약 일반 기업으로 확대하게 되면 자산의 이중 양도 또는 탈세 목적의 양도 등으로 악용될 가능성이 있기 때문에 자산 보유자의 자격을 제한하고 있다는 분석도 있다.[45]

그럼 기술을 보유하고 있는 기업이 이러한 자산 보유자의 자격 요건을 충족할 수 있을까? 우선 해당 기업이 주권상장법인이라면 문제가 없게 된다. “주권상장법인”이라 함은 “증권시장에 상장된 주권을 발행한 법인”을 말한다(「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」제9조 제15항 제3호). “증권시장”이라 함은 “증권의 매매를 위하여 [한국]거래소가 개설하는 시장”을 말하는데(「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」제8조의2 제4항 제1호), 현재 한국거래소가 개설한 증권시장은 유가증권시장, 코스닥(KOSDAQ)시장 및 코넥스(KONEX)시장이 있다.[46] 따라서 기술을 보유한 기업이 적어도 코넥스시장에 상장되어 있다면 「자산유동화에 관한 법률」에 따른 자산 유동화를 하는데 문제가 없게 된다. 그렇지 않으면 “신용평가업자부터 투자 적격의 평가등급”을 받거나 평가 등급이 없는 경우에는 해당 기업이 발행한 무보증 사채에 대해서 투자적격의 평가등급을 받아야 한다. 따라서 투자 적격의 평가 등급을 받지 못하거나 무보증 사채를 발행한 실적이 없으면 「자산유동화에 관한 법률」을 이용한 자산유동화를 할 수 없다는 결론이 된다. 물론 「자산유동화에 관한 법률」에 따르지 않은 소위 ‘비등록자산유동화’를 할 수는 있지만, 앞서 본 것처럼, 「자산유동화에 관한 법률」상의 채권 양도의

44) 같은 취지의 설명은 권재열, “지적재산권의 증권화에 관한 서설적 고찰,” 「증권법연구」 제5권 제2호, 한국증권법학회, 2004. 12, 252면.
45) 자산유동화 실무연구회, 「금융혁명 ABS」, 한국경제신문사, 1999, 302면.
46) 임재연, 「2015년판 자본시장법」, 박영사, 1412면.

특례나 세제 혜택을 누릴 수 없는 불리한 점이 있다.

그렇다면 기술을 보유한 기업이 「자산유동화에 관한 법률」상의 여러 혜택을 받으면서 자산 유동화를 할 수 있도록 할 필요가 있을 것이다. 이렇게 하기 위해서는 자산 보유자의 자격 제한을 없애 '일반 법인'으로 하는 것을 검토해야 한다. 자산유동화는 유동화 자산의 가치에 기초하여 자금을 조달하는 것이므로 자산 보유자 자체의 신용 등급에 연계해서 자산 보유자의 범위를 제한하는 현행 규정 방식이 합리성이 떨어진다는 점에서 자산 보유자의 자격 요건을 없애야 할 필요성에 대한 논거는 충분하다.[47] 이 안이 부담된다면 현행 자산 보유자의 범위에 '기술 보유 기업'을 추가하는 것을 검토할 수 있을 것이다.

더욱이 기술이전법도 정부로 하여금 "기술자산유동화의 촉진에 관한 사항"을 포함하는 기술 이전 및 사업화 촉진 계획을 수립·시행하도록 하고 있다는 점(제5조)에서 이러한 법적 장애는 빨리 없애는 것이 좋을 것으로 본다.

3) 기술 신탁의 법적 과제

가) 서설

신탁(trust) 거래도 특정 재산을 신탁하여 자금을 조달하거나 특정 재산을 관리하는 방법으로 많이 쓰인다. 신탁 거래에 관련된 기본적인 법은 「신탁법」이다. 「신탁법」 제2조는 신탁의 정의를 "신탁을 설정하는 자(이하 "위탁자"라 한다)와 신탁을 인수하는 자(이하 "수탁자"라 한다) 간의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산(영업이나 저작재산권의 일부를 포함한다)을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자(이하 "수익자"라 한다)의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계"라고 하고 있다. 여기서 신탁의 특징은 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산을 "이전" 한다는 점이다. 즉 신탁의 목적으로 재산의 소유권이 수탁자에게 넘어가는 것이다. 이에 따라 위탁자의 파산 위험으로부터 신탁재산이 보호되는 장점이 있게 된다. 이러한 신탁 거래는 자금을 조달하는 방법으로도 쓰인다. 앞서 본 자산 유동화 거래에서 특수목적기구를 신탁의 형태로 하는 방법이다. 또한 신탁 거래는 앞서 본 신탁의 정의에서 보듯이 자산을 관리하는 목적으로 하는 경우도 있다. 기

47) 자산보유자의 범위를 확대하여야 한다는 주장은 김재형, "자산유동화에 관한 법률의 현황과 문제점," 「인권과 정의」 제293호, 대한변호사협회, 2001. 1, 90면.

술을 신탁받은 수탁자가 신탁받은 기술을 관리하여 주는 형태이다. 이하에서는 기술을 활용한 두 가지 형태의 신탁에 대해서 논하기로 한다.

나) 신탁 형태의 유동화 거래

앞서 본 것처럼, 신탁 형태의 자산 유동화 거래가 가능하다. 즉 수탁자가 유동화 대상 자산을 신탁받아 이를 기초로 수탁자가 유동화증권인 수익증권을 발행하고 당해 유동화 자산의 관리·운용·처분에 의한 수익으로 유동화증권의 원리금을 지급하는 방식이다. 「자산유동화에 관한 법률」도 자산유동화의 한 유형으로서 신탁형을 인정하고 있다(제2조 제1호 나목, 다목). 여기서 기술을 신탁으로 하는 「자산유동화에 관한 법률」상의 자산 유동화 거래가 이루어지려면 두 가지 쟁점을 검토해야 한다. 첫째는 기술이 「신탁법」상의 신탁 재산에 해당하느냐 하는 것이고, 둘째는 「자산유동화에 관한 법률」상 신탁 형태에서 수탁자는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 신탁업자로 규정하고 있으므로(제2조 제1호 나목), 이 법률상 기술이 신탁업자가 신탁받을 수 있는 신탁재산의 범위에 포함되는지의 문제이다.

첫 번째 쟁점을 검토해보면, 「신탁법」은 신탁 대상 자산을 "특정의 재산(영업이나 저작재산권[48])의 일부를 포함한다)"이라고 하고 있다(제2조). 기술이 이러한 "특정의 재산"에 포함될 수 있는지에 관한 해석 문제이다. 여기서 재산은 적극재산과 소극재산을 포함하는 의미인데,[49] 재산이라 함은 일반적으로 "경제적·금전적 가치"가 있는 것을 의미하므로[50] 기술도 경제적·금전적 가치가 있다는 점에서 "특정의 재산"의 범위에 포함된다고 할 수 있을 것이다.

두 번째 쟁점을 검토해보면, 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」은 동산, 부동산, 금전, 증권 등을 신탁업자가 신탁받을 수 있는 신탁재산으로 규정하고 있는데,[51] 그 중에서 "무체재산권(지식재산권을 포함한다)"을 신탁재산의 범위에

---

48) 「저작권법」상의 저작재산권을 말하는데, 저작자의 복제권, 공연권, 공중송신권, 전시권, 배포권 및 대여권을 말한다(저작권법 제16조 내지 제21조).

49) 2011년 「신탁법」 개정에 의하여 종전의 "특정의 재산권"에서 "특정의 재산"으로 용어가 변경되었는데, 그 이유는 적극재산뿐만 아니라 소극재산도 신탁재산의 범위에 포섭하기 위해서이다. 그 예로서 영업은 적극재산과 소극재산으로 구성되므로 영업을 신탁재산으로 인정하기 위해서도 필요한 것이다. 법무부, 「신탁법 개정 해설자료」, 선진상사법률연구 통권 제56호 별책부록, 2011. 10, 2면.

50) 홍유석, 「신탁법」, 법문사, 1999, 79면; 이재욱/이상호, 「신탁법 해설」, 한국사법행정학회, 2000, 73면.

51) 제103조(신탁재산의 제한 등) ① 신탁업자는 다음 각 호의 재산 외의 재산을 수탁할 수 없다.

포함하고 있다(제103조 제1항 제7호). 따라서 기술이 지식재산권에 해당하는 것이라면 신탁재산으로 하는데 문제가 없게 된다. 문제는 지식재산권에 해당하지 않는 기술이거나 지식재산권과 혼합된 기술인 경우이다. 지식재산권의 범위를 넓게 해석하면 기술도 포함될 여지가 있을 수 있으나, 명확하지가 않다. 따라서 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」상의 신탁재산의 범위를 넓힐 필요가 있는데, 「신탁법」상의 신탁재산의 범위와 일치시키는 것이 바람직할 것이다. 「신탁법」상 허용되는 신탁재산을 수탁자가 신탁업자라는 이유로 신탁받을 수 없다고 하는 것은 합리성이 떨어진다.

다) 기술 신탁 관리업

기술을 보유하는 기업이 전문성이 있는 신탁업자에게 기술을 신탁한 후 신탁업자가 신탁받은 기술을 관리해주고 거기서 발생하는 수익을 기업에게 돌려주는 방식도 유용하게 쓰일 수 있다. 이렇게 기술을 신탁하게 되면 해당 기술에 대한 분쟁이 발생하는 경우(예를 들어, 기술 보유 기업에 대한 특허 침해 소송이 제기된 경우)에는 신탁업자가 이에 대한 대응을 할 수 있기 때문에 기술 보유 기업의 입장에서는 기술 관리의 부담을 덜 수 있게 된다. 특히 기술 신탁 전문 신탁회사는 기술 분쟁에 전문성을 갖고 있기 때문에 훨씬 효율적으로 기술 분쟁에 대응할 수 있는 장점이 있게 된다. 그리고 기술 보유 기업이 파산하더라도 신탁된 기술은 해당 기업의 파산재단에 속하지 않게 되므로 해당 기술이 계속 유지(즉 해당 기술을 다른 기업이 계속 사용할 수 있게 되는 것)되는 장점도 있다. 특히 이러한 기술 신탁을 이용하게 되면 신탁된 기술의 안정성이 보장되므로 해당 기술의 가치 평가가 높아지는 장점도 있게 된다. 향후 기술 신탁의 활성화 정책이 필요한 이유이다.

이러한 점을 고려하여 기술이전법도 '기술신탁관리업'을 규정하여 기술 신탁을 인정하고 있다. 즉 기술이전법은 '기술신탁관리업'을 "기술보유자로부터 기술과 그 사용에 관한 권리(이하 "기술등"이라 한다)를 신탁받아 기술등의 설정·이전, 기술료의 징수·분배, 기술의 추가 개발 및 기술자산유동화 등 대통령령으로 정하는 관리업무를 수행하는 업(業)"이라고 하고 있다(제2조 제8호). 여기서는 기술신탁관리업의 범위에 기술 자산 유동화도 포함되어 있어서 단순한 관리를 넘어서

---

1. 금전, 2. 증권, 3. 금전채권, 4. 동산, 5. 부동산, 6. 지상권, 전세권, 부동산임차권, 부동산소유권 이전등기청구권, 그 밖의 부동산 관련 권리, 7. 무체재산권(지식재산권을 포함한다)

금융도 포함시키는 의미로 쓰이고 있다. 기술이전법에 의하면, 기술신탁관리업을 영위하고자 하는 자는 산업통상자원부장관으로부터 허가를 받아야 하는데, 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따라 금융위원회로부터 신탁업 인가를 받은 경우에는 별도로 허가받을 필요가 없다(제35조의2 제1항). 즉 금융투자업자인 신탁업자는 별도의 산업통상자원부장관의 허가 없이 기술신탁관리업을 영위할 수 있도록 해주고 있다.

그런데 앞서 본 것처럼, 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」은 신탁재산의 범위를 한정하여 열거하고 있어(제103조 제1항), 기술이 신탁재산에 포함되는지가 명확하지 않아 사실상 금융투자업자인 신탁업자가 기술신탁관리업을 영위할 수 없는 문제가 발생한다. 따라서 신탁업자가 기술신탁관리업을 영위하기 위해서는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」을 개정하여 신탁재산의 범위를 「신탁법」상의 "특정의 재산"이라고 함으로써 「신탁법」과 일치시키는 것이 필요하다고 본다.

4) 기술 평가 업무의 법적 과제

가) 서설

기술 금융은 신뢰할 수 있는 기술 가치 평가를 기반으로 이루어지는 것이므로 효율적인 기술 평가 체제를 구축하는 것이 무엇보다도 필요하다. 효율적인 기술 평가 체제 구축은 기술 금융에 내재된 불확실성과 정보의 비대칭성을 효과적으로 축소시켜주는 역할을 하여[52] 기술 금융의 활성화에 기여할 수 있기 때문에 중요하다. 정부는 이러한 점을 인식하고 2014년 6월 '기술신용평가기관' 제도를 도입하는 방안을 발표하여, 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」(이하 "신용정보법"이라 한다)에 따라 금융위원회로부터 허가를 받은 신용조회회사(제5조)에게 기술신용평가 업무를 겸영 업무(제11조)로서 취급할 수 있도록 하는 등 기술 평가 기반 구축을 위한 제도 개선을 도모하고 있다.[53] 이하에서는 기술 평가 업무와 관련해서 제기될 수 있는 법적 쟁점에 대해서 살펴보기로 한다.

나) 기술 평가의 정의

52) 금융위원회/기획재정부/특허청, "기술 금융 활성화를 위한 기술평가시스템 구축 방안," 보도자료, 2014. 1. 21, 2면.

53) 금융위원회, "기술신용평가시스템 도입을 위한 「신용정보업 감독규정」 개정," 보도자료, 2014. 6. 3, 2면.

관련 법에서 기술 평가는 다음과 같이 정의되고 있다. 기술이전법은 “사업화[54]를 통하여 발생할 수 있는 기술의 경제적 가치를 가액(價額)·등급 또는 점수 등으로 표현하는 것”을 기술 평가라고 정의하고 있다(제2조 제4호). 기술의 사업화에 초점을 둔 기술 평가의 정의라고 할 수 있다. 한편, 「기술보증기금법」도 기술 평가의 정의를 하고 있다. 즉 “해당 기술과 관련된 기술성·시장성·사업성 등을 종합적으로 평가하여 금액·등급·의견 또는 점수 등으로 표시하는 것”이라고 하고 있다(제28조 제1항 제6호). 기술 보증 업무의 목적으로 하는 기술 평가라는 점에서 기술이전법상의 정의보다 조금 더 구체적이고 정교하다고 할 수 있다.

다) 기술 평가 업무와 기술 평가 기관

기술 평가 업무를 하는 기관으로서 기술이전법에 근거하여 중앙행정기관이 지정한 “기술평가기관”이 있다(제35조 제1항). 이 기술평가기관은 기술의 이전[55] 및 사업화의 촉진이라는 정책적 목적을 위한 기술 평가 업무를 하는 기관이라서(제35조 제1항) 일반적인 금융 목적에 부합하는 기술 평가를 하기에는 한계가 있다.

이에 따라 금융위원회는 기술 금융을 활성화시키기 위해서는 보다 전문성이 있는 민간 기관이 기술 평가 업무를 담당하는 것이 필요하다는 인식 하에 ‘기술신용평가기관’ 제도를 도입하는 방안을 발표하였다.[56] 즉 ‘기술신용평가’라는 것은 기술 평가와 신용정보를 연결시키는 개념인 것이다. 이에 따라 신용정보에 관련되는 「신용정보업감독규정」을 2014년 6월 개정하여 ‘신용정보’(개인이나 기업의 신용도나 신용거래능력 등을 판단할 수 있는 정보)[57]의 한 유형으로서 ‘기술신용정보’를 추가하고(제2조의2 제5호),[58] 신용조회회사가 “기술신용정보 산출

54) “사업화”란 “기술을 이용하여 제품을 개발·생산 또는 판매하거나 그 과정의 관련 기술을 향상시키는 것”을 말한다(기술이전법 제2조 제3호).

55) “기술이전”이란 “양도, 실시권 허락, 기술지도, 공동연구, 합작투자 또는 인수·합병 등의 방법으로 기술이 기술보유자(해당 기술을 처분할 권한이 있는 자를 포함한다)로부터 그 외의 자에게 이전되는 것”을 말한다(기술이전법 제2조 제2호).

56) 금융위원회/기획재정부/특허청, 앞의 보도자료, 4면.

57) 신용정보의 범위는 신용정보법 제2조 제1호, 시행령 제2조, 신용정보업감독규정 제2조의2에 규정되어 있다.

58) 제2조의2(신용정보의 범위) 영 제2조제1항제5호자목에서 "금융위원회가 정하여 고시하는 정보"는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 말한다.
5. 기업 또는 법인의 신용정보와 기술(「기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률」제2조제1호

업무"를 겸영 업무로 신고하여 기술 신용 평가 업무를 영위할 수 있도록 해주었다.[59] 2015. 3. 11. 개정되기 전(前) 신용정보법에 의하면, 신용조회회사를 포함한 신용정보회사의 겸영 업무의 범위와 관련하여, 신용정보회사는 신용정보법이 규정하는 업무 이외의 업무일 경우에는 "금융위원회에 미리 신고하고 허가받은 업무와 관련된 업무를 겸업"할 수 있었기 때문에, 이 근거 조항에 의하여 신용조회회사가 '기술신용정보 산출 업무'를 겸영 업무로 영위할 수 있었던 것이다.[60] 이에 따라 기술보증기금(2014. 6. 20. 업무 개시), 한국기업데이터(KED, 2014. 6. 25. 업무 개시), 나이스평가정보(2014. 7. 15. 업무 개시), 이크레더블(2015. 4. 8. 업무 개시) 등 4개의 신용조회회사가 겸영 업무로서 기술 신용 평가 업무를 영위하고 있다.[61]

한편, 2015. 9. 11. 신용정보법 시행령과 「신용정보업감독규정」이 개정되면서 '기술신용정보'의 정의가 보다 구체적으로 규정되었다. 신용정보법은 '신용정보'의 구체적인 유형을 시행령에 위임하고 있는데(제2조 제1호), 이에 따라 신용정보법 시행령은 신용정보의 한 유형으로서 '기술신용정보'를 정의하고 있다. 즉 "신용정보주체가 기업 및 법인인 경우 그 신용을 판단하기 위하여 해당 기업 및 법인의 기술(「기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 기술을 말한다. 이하 같다)과 관련된 기술성·시장성·사업성 등을 종합적으로 평가하고 . . . [다른 신용정보]와 해당 기술에 관한 정보를 활용함으로써 새로이 만들어지는 정보로서 금융위원회가 정하여 고시하는 정보"라고 하고 있다(시행령 제2조 제5호 파목). 신용정보법 시행령에 기술신용정보의 정의를 둠으로써 법적 근거를 보다 확실하게 한 것이다. 시행령에 근거하여 금융위원회가 정하여 고시한 기술신용정보는 "기업 및 법인인 신용정보주체의 신용을 판단하기 위하여 기술평가(「기술신용보증기금법」 제28조제1항제6호의 기술평가를 말한다)를 하고 신용정보와 해당 기업 및 법인의 기술에 관한 정보를 활용함으로써 그 판단의 결

에 따른 기술을 말한다. 이하 같다) 전반에 관한 정보를 종합적으로 활용하여 신용도·신용거래능력 등을 판단한 기술신용평점, 기술신용등급 또는 기술신용평가가액("기술신용정보"라 한다. 이하 같다) <2014.6.11. 신설>. 이 조항은 2015. 9. 11. 개정에 의하여 제2조의2 제5항으로 바뀌면서 내용도 다소 변경되었다.

59) 금융위원회, "기술신용평가시스템 도입을 위한 「신용정보업 감독규정」 개정," 보도자료, 2014. 6. 3, 2면.

60) 금융위원회는 기술신용정보 산출 업무를 허가받은 신용조회업과 관련이 있는 업무로 판단한 것으로 이해할 수 있다.

61) 금융위원회, "㈜이크레더블, 4번째 기술신용평가기관(TCB)으로서 업무 개시," 보도자료, 2015. 4. 8, 1면.

과를 기호, 숫자 등을 사용하여 평점 또는 등급으로 표시한 정보, 그 기술의 가액 또는 평가의견 등"을 말한다(「신용정보업감독규정」 제2조의2 제5항).

기술신용정보의 정의를 검토해보면, 시행령과 「신용정보업감독규정」상의 기술신용정보의 정의가 거의 비슷한 것을 알 수 있고, 기술신용정보라는 것이 단순히 기술 정보만이 아니고 다른 신용정보(신용도나 신용거래능력 등을 판단하는 정보)와 합쳐진 정보를 말한다는 점이 특징적이라고 할 수 있다. 특히 기술 평가의 결과가 반영된다는 점이 다른 일반적인 신용정보와 다른 점이라는 것을 알 수 있다. 즉 기술신용정보라는 개념은 기술 평가와 섞여 있는 것이다.

그런데, 신용정보법이 2015. 3. 11. 개정(2015. 9. 12 시행)되면서 신용조회회사는 공공 목적의 조사 분석 업무를 제외하고는 다른 업무를 겸업할 수 없게 되었다(제11조 제2항). 따라서 향후 신용조회회사가 기술 평가 업무를 포함하는 '기술신용정보 산출 업무'를 더 이상 겸영 업무로서 영위할 수 없게 된다는 결론이 된다. 이에 대해서 다음과 같은 해석도 가능할 수가 있다. 즉 신용정보법이 '신용조회업'을 ". . . 신용정보주체의 신용도·신용거래능력 등을 나타내는 신용정보를 만들어 내는 행위 . . ."라고 하고 있어서(제2조 제8호), 신용조회회사가 신용정보의 하나인 기술신용정보를 만들어 내는 행위를 할 수 있고, 그러한 기술신용정보는 기술 평가를 포함하는 것이므로 별도의 겸영 업무가 아닌 신용조회회사 자체의 업무로 영위할 수 있다고 보는 것이다.

그런데 이렇게 보는 경우에는 일반적인 신용조회업무의 하나로서 기술 평가 업무를 하는 것이기 때문에 별도의 전문 인력이 필요한 기술 평가 업무를 수행할 요건을 갖추었는지 확인할 방법이 없게 된다. 따라서 기술 평가 업무를 별도의 업무로 보아 규제하는 것이 좋을 것으로 본다. 즉 기술신용정보를 만들어내기 위해서는 별도의 중요한 기술 평가 과정을 거쳐야 한다는 점, 기술 평가가 별도의 기술 전문 인력과 기법이 필요하다는 점을 고려할 때 기술평가업을 별도의 업무로 분리하여 인가를 받게 하거나 등록을 하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 이렇게 별도의 업무로 하여 규제를 하는 경우에 어느 법에 반영을 해야 할 지를 생각해보면, 신용평가업을 규정하고 있는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 반영하는 방법이나 신용정보법에 반영하는 방법이 있을 수 있는데, 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」상의 신용평가업은 금융투자상품이나 기업의 신용도를 평가한다는 점(제9조 제26항)에서 기술평가업을 규정하기에는 적합하지 않다고 본다. 따라서 기술 평가가 신용정보와 연결된다는 점에서 신용정보법에 반

영하는 것이 좋을 것으로 본다.

5) 기술 정보 집중 관리 체계 구축의 법적 과제

기술신용평가기관이 기술 평가를 제대로 잘 하려면 우선 관련되는 기술 정보를 잘 파악하고 있어야 한다. 따라서 여러 기술 정보를 한 곳에 모아 집중 관리하는 것이 필요하다. 정부도 이를 인식하고 기술 정보를 효율적으로 집중 관리하는 '기술정보집중기관'(Technology Data Base: TDB) 제도를 도입하기로 하였다.[62] 기술정보집중기관은 일반적으로 "기술정보, 권리정보, 시장정보, 기술 평가 사례 정보 등을 수집·가공"하여 기술신용평가기관과 은행 등 금융기관에 제공하고, 기술 분야별로 산재되어 있는 기술 정보를 기술 보유 기관과의 협력 체제를 구축하여 지속적으로 수집·가공하는 기관이라고 이해할 수 있다.[63]

이에 따라 금융위원회는 신용정보법상의 '종합신용정보집중기관'이 기술 정보의 집중 관리 기관의 역할을 하도록 하는 것으로 하여 기술정보집중기관 제도의 도입을 위한 법적 근거를 만들었다. 이에 따라 처음에는 2014년 6월 「신용정보업감독규정」을 개정하여 신용정보법상의 '종합신용정보집중기관'이 집중 관리할 수 있는 신용정보로서 "기술에 관한 정보 및 기술신용정보"를 추가(제26조의2)하는 방식으로 했다. 그러다가 2015. 9. 11. 신용정보법 시행령을 개정하여 '종합신용정보집중기관'의 업무의 하나로서 "기술신용정보를 만들어 내는 데에 필요한 기술에 관한 정보의 수집·조사 및 처리"를 추가하면서(제21조의2 제2항), 「신용정보업감독규정」 제26조의2를 삭제하였다. 현재 2016년 1월 출범한 '한국신용정보원'이 종합신용정보집중기관으로 허가를 받아 이 업무를 수행하고 있다. 한국신용정보원은 종전 전국은행연합회가 수행하던 종합신용정보집중기관의 업무를 이어받은 비영리 사단법인이다(신용정보법 제25조 제3항).

그런데 이렇게 신용정보법 시행령에 종합신용정보집중기관 업무의 하나로서 기술 정보의 수집 관리 업무를 추가한 것이 적절한지는 검토를 요한다. 신용정보법상 종합신용정보집중기관은 "대통령령으로 정하는 금융기관 전체로부터의 신용정보를 집중관리·활용하는 신용정보집중기관"이다(제25조 제2항 제1호). 즉 금융

62) 금융위원회, "기술신용평가시스템 도입을 위한 「신용정보업 감독규정」 개정," 보도자료, 2014. 6. 3, 2면.

63) 진정구, "신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 일부개정법률안 [의안번호 10928, 박대동의원 대표발의] 검토보고서," 국회 정무위원회 수석전문위원 검토보고서, 2014. 11, 25면.

기관으로부터 신용정보를 수집 관리하는 기관이라 일반 기업으로부터 신용정보를 수집 관리할 수는 없다. 따라서 처음에 「신용정보업감독규정」을 개정하여 종합신용정보집중기관이 집중 관리할 수 있는 신용정보로서 "기술에 관한 정보 및 기술신용정보"를 추가하더라도 기술을 보유하고 있는 일반 기업으로부터 기술신용정보를 수집할 수 없는 문제가 있었다. 그래서 신용정보법 시행령을 개정하여 "기술신용정보를 만들어 내는 데에 필요한 기술에 관한 정보의 수집·조사 및 처리"를 종합신용정보집중기관의 별도의 업무로 추가한 것으로(신용정법 제25조의2, 시행령 제21조의2 제2항 제2호) 이해할 수 있다.

그런데 이렇게 별도의 업무로 규정하더라도 누구로부터 기술 정보를 수집할 수 있는지, 그리고 누구에게 이러한 기술 정보를 제공할 수 있는지는 여전히 불투명하다. 기술 정보 수집과 제공에 관한 별도의 근거 조항을 두어 기술 보유 기업이나 연구기관 등을 포함하여 기술 정보 수집 대상의 범위를 명확하게 규정하고, 기술 정보의 제공 대상 기관에도 기술신용평가기관이나 금융기관을 규정할 필요가 있을 것이다.

6) 투자 중심의 기술 금융을 위한 법적 과제

뒤에서 언급하는 것처럼, 대출 중심의 기술 금융에서 투자 중심의 기술 금융으로 정책 방향을 바꾸는 것이 바람직하다. 현재 정책 금융이나 모험자본(venture capital) 또는 개인 투자자 자금으로 기술 금융 투자가 이루어지는 것은 한계가 있다. 기술 기업에 대한 투자를 활성화시키기 위해서 은행이나 증권회사 등 금융기관에 의한 투자 중심의 기술 금융을 주도하는 것도 필요하다.[64] 이를 위해서 다음과 같은 법적 과제를 생각해볼 필요가 있다.

「은행법」상 은행은 다른 회사의 의결권 있는 발행 주식 총수의 15%까지는 출자할 수 있다(제37조 제1항). 물론 「금융산업의 구조 개선에 관한 법률」 제24조에 따라 은행이 비금융회사의 의결권 있는 주식을 "사실상 지배"(최대주주가 되거나 주주권 행사에 의한 지배 관계가 형성되는 것)[65]하는 수준으로는 소유할 수 없는 제한은 있다. 따라서 은행은 기술 보유 기업(비금융회사에 해당할 것이

64) 물론 은행이 기술 기업에 투자할 때 은행의 건전성에 나쁜 영향을 미칠 수 있으므로 신중해야 한다는 입장이 있을 수 있지만, 은행의 기술 평가 기법이 고도화되어 기술 평가가 제대로 이루어지게 된다면 투자 위험성을 줄일 수 있으므로 투자에 따른 수익을 확보할 수 있는 긍정적인 면이 있을 것이다.

65) 법 시행령 제6조 제2항.

다)의 의결권 있는 주식 15% 이내에서는 "사실상 지배"하지 않는 수준으로 출자할 수 있다. 그런데 「은행법」상 은행은 기술 보유 기업의 의결권 있는 주식 15%를 초과해서 소유할 수는 없다(제37조 제2항).[66] 따라서 우수한 기술을 갖고 있어 성장력이 높은 기업이라 할지라도 은행은 그 기업의 의결권 있는 주식 15%를 초과해서 소유할 수는 없는 것이다. 이런 점을 고려할 때, 「은행법」 제37조 제2항에 기술 보유 기업에 대해서는 금융위원회의 승인을 얻어 의결권 있는 주식 15%를 초과해서 소유할 수 있도록 하는 규정을 추가하여 은행이 성장 가능성이 높은 기술 기업에 대한 지분 투자 한도를 높여주는 것도 검토할 만하다.

한편, 증권회사의 경우는 설립 근거법인 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」상 다른 회사의 주식 소유에 대하여 특별히 승인을 요하는 조항은 없다. 따라서 「금융산업의 구조 개선에 관한 법률」의 적용만 받게 되는데, 이 법 제24조에 따라 기술 기업의 의결권 있는 주식을 "사실상 지배"하지 않는 수준으로는 소유할 수 있다. 다만 금융위원회의 승인 요건에 해당하는 경우, 즉 기술 기업의 의결권 있는 주식 20%를 초과해서 소유하려고 하는 경우에는 금융위원회의 승인을 받아야 한다(제24조 제1항). 이렇게 되면 증권회사가 "사실상 지배"에 해당하는 최대주주는 될 수 없기 때문에, 기술 보유 기업을 사실상 지배하여 경영에 영향력을 행사하려면 은행의 경우와 마찬가지로 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 기술 보유 기업의 의결권 있는 주식 15%를 초과하여 소유하고자 하는 경우에는 금융위원회의 승인을 얻도록 하는 조항을 추가함으로써 「금융산업의 구조 개선에 관한 법률」의 적용을 받지 않고(제24조 제1항 단서) 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따라 출자할 수 있도록 할 필요가 있다.

나. 정책 과제

1) 기술 거래 시장의 활성화 방안과 기술 거래소 설립 필요

앞에서 기술 신용 대출보다 기술 담보 대출이 활성화되어야 한다는 점을 강조하였다. 그런데 기술 담보 대출 시장이 활성화 되려면 금융기관이 담보로 잡은 기술을 처분해서 환가할 수 있어야 한다. 이렇게 되려면 기술이 거래되는 시장이 있어야 한다. 그래야 그 시장에서 대출 금융기관이 기술을 처분해서 자금을 회수

66) 물론 기업구조조정 촉진을 위해서 필요한 경우로서 금융위원회의 승인을 얻는 때에는 15% 초과해서 소유할 수 있지만(은행법 제37조 제2항) 기술 보유 기업이 여기에 해당하는 경우는 거의 없을 것이다.

할 수 있기 때문이다. 이는 뒤에서 언급하는 것처럼 투자 중심의 기술 금융을 활성화하기 위해서도 마찬가지이다. 또한 기술 금융이 발전하려면 기술 보유 기업 인수 합병(M&A) 시장도 활성화되어야 한다. 기술 보유 기업을 인수 합병한다는 것은 결국 기술을 사고 파는 것과 마찬가지이다. 기술 보유 기업의 주요 자산은 기술이 될 것이기 때문이다. 이런 점을 고려할 때 기술 거래 시장이 형성되어야 하고, 이 시장을 개설해서 운영하는 기술 거래소 설립이 필요하다. 이는 효율적인 기술 정보의 집중 체계 및 기술 평가 제도의 구축과 더불어 기술 금융이 성공하기 위한 중요한 기반이 되는 것이다.

기술이전법은 한국기술진흥원으로 하여금 "상설 기술거래시장의 개설·운영 등 기술이전을 위한 중개·알선 지원" 사업을 수행할 수 있도록 하고 있어서(제15조의2 제1항), 한국산업기술진흥원이 기술 거래 시장을 개설하는 주체가 될 수 있도록 하고 있다. 다만, 그 목적이 "기술이전·사업화 촉진사업을 효율적으로 추진"하기 위한 것으로(제15조의2) 제한되어 있어 일반적인 기술 거래소의 역할을 하는 데는 한계가 있다. 따라서 기술이전법 개정을 통하여 향후 한국산업기술진흥원을 확대 개편하여 일반 기술 거래소 역할을 할 수 있도록 하는 방안을 검토할 수 있다. 아니면 새로운 별도의 기술 거래소를 설립하는 방안도 검토할 수 있을 것이다. 이 경우에는 기술 정보의 집중과 기술 평가 및 기술신용정보에 대하여 규정하고 있는 신용정보법에 반영하는 방법이 있을 수 있고, 아니면 별도의 법률을 제정하는 방안(가칭 '기술거래소법')도 검토할 수 있을 것이다.

2) 투자 중심의 기술 금융 육성 정책 필요

현재의 기술 금융 정책은 대출 위주의 기술 금융이 이루어지고 있다는 점이 문제이다. 특히 실적 위주의 대출 기술 금융이 이루어지고 있는 것은 더욱 문제이다. 은행 혁신성 평가에서 기술 대출 금융 실적을 포함시켜 경쟁을 유도하는 정부의 정책이 대표적이다.[67] 이러한 대출 위주의 기술 금융 정책은 한계가 있다. 기술 금융은 위험성이 크다. 정부의 밀어붙이기식 정책의 효험이 다 하면 과거 이명박 정부의 '녹색금융' 사례처럼 기술 금융이 슬그머니 사라져 버릴 가능성이 크다. 은행 등 대출 금융기관이 기술 평가 능력을 제대로 갖추지 못하면 대

67) 금융위원회, "은행 혁신성 평가 관련 향후 추진계획," 보도자료, 2015. 7. 8, 3면. 2016년부터는 종합 평가가 아닌 분야별 평가로 바뀌었지만 여전히 기술 금융 실적 평가는 한다. 위의 보도자료, 2면.

출의 부실 발생 위험성이 크기 때문이다.

따라서 기술 금융의 정책 방향은 투자 중심이 되는 것이 바람직하다. 즉 창업 혁신 기업의 주식이나 지분에 투자하는 투자형 기술 금융이 주가 되어야 한다. 그동안 「벤처기업 육성에 관한 특별조치법」의 제정을 통하여 중소 모험(venture) 기업에 대한 투자 활성화 정책이 정책 금융을 위주로 하여 추진되어 왔다. 그러나 아직 모험 기업에 주로 투자하는 모험 자본(venture capital)의 활발한 투자는 미흡하다. 대안으로 검토할 수 있는 것은 자본력이 있는 은행이나 증권회사 등 금융기관이 기술 기업에 투자하는 것이다. 아직 기술 평가 체제가 제대로 구축되지 않은 상태에서 제도권 금융기관이 기술 기업에 투자하는 것이 위험성이 큰 것은 사실이다. 그러나 장기적으로 볼 때 금융기관 위주의 투자 기술 금융이 되는 것이 필요하다고 본다.[68] 이를 위해서는 효율적인 기술 평가 체제의 구축은 물론 금융기관 자체의 기술 평가 능력도 향상시켜야 한다.

이외에도 기술 기업에 대한 투자를 전문으로 하는 집합투자기구 설정 방안도 마련하여 전문 투자자나 일반 투자자로부터 자금을 조달할 수 있도록 하여 투자가 활발히 이루어지게 하는 것도 필요하다. 이런 점에서 최근 정부가 발표한 기술 기업의 성장 가능성에 초점을 두어 평가하는 투자형 기술 금융 평가 체제의 구축[69]이나 기술 기업 또는 지식재산권관리전문회사(Non-Practicing Entity: NPE)[70]에 주로 투자하는 집합투자기구의 조성[71] 등 투자 중심의 정책 방향은 바람직한 방향이라고 평가할 수 있다.

---

68) 은행, 캐피탈회사, 보험사, 증권사 등 다양한 금융기관이 참여하게 하여 모험자본 시장 내 다양한 금융 지원이 가능한 환경 조성이 필요하다는 주장은 박기홍, "국내 기술 금융의 문제점과 대응방안," 「주간 하나금융포커스」, 하나금융경영연구소, 2015. 6. 8. ~ 6. 14, 7면.

69) 금융위원회, "기술금융 활성화를 위한 투자용 기술금융 평가 개시," 보도자료, 2016. 4. 1 (2016. 4. 1.부터 4개 기술신용평가기관에서 하는 "투자용 기술금융 평가는 기업의 부실 위험 예측에 중심을 둔 기존의 은행권 기술 신용 평가와 달리 기업의 성장 가능성을 예측하는 데 초점을 둔 평가로서 투자 기관이 실제 투자 결정에 이용하는 핵심 요소인 기술 보호성, 수익성, 기업가 정신 등에 대한 투자자 관점의 평가를 강화"한 것이다).

70) 특허 등 우수 지식재산권을 매매하거나 사용권 부여 또는 지식재산권의 사업화 등을 통해 수익을 창출하는 지식재산권 관리 전문 회사를 말한다.

71) 기술형 모험자본 투자 활성화를 위하여 정책금융기관 중심으로 기술에 주로 투자하는 집합투자기구를 조성하거나 기업 특허 등 우수 지식재산권을 발굴하여 지식재산권 자체 또는 지식재산권의 사업화에 투자하는 '지식재산권관리전문회사'(non-practicing entity: NPE) 등에 투자하는 집합투자기구 설정 등이 좋은 사례이다. 금융위원회, "기술금융 체계화 및 제도 개선방안," 보도자료의 붙임자료, 2015. 6. 8, 25면. 2015년 6월 조성된 'KDB 인프라 IP 캐피탈 펀드'가 대표적이다. 한국산업은행과 중소기업은행이 각각 500억 원씩 투자하여 만든 집합투자기구는 우수한 지식재산권과 우수 지식재산권을 보유한 기업에 주로 투자한다. 금융위원회, "특허관리전문회사(NPE)형 IP 펀드 조성," 보도자료, 2015. 6. 29, 1면.

다. 소결

정부가 창조 금융의 일환으로 기술 금융 활성화 정책을 추진하는 것은 바람직하다. 특히 기술 금융의 기반을 다지기 위한 정책 방향은 타당하다고 본다. 예를 들어, 기술 정보 집중 기관을 만들고, 경쟁 체제의 기술신용평가기관을 통한 기술 평가 체제를 구축하는 방향은 바람직하다. 다만 실적 위주의 '밀어붙이기식' 정책은 재고하여야 한다. 앞서 언급한 것처럼, 은행 혁신성 평가 지표에 기술 금융 실적을 포함시켜 은행 간에 실적 경쟁을 시키는 정책이 대표적이다. 이런 실적 위주의 기술 금융 정책 방향은 성공할 수 없다.[72] 특히 기술 신용 대출 위주의 기술 금융 정책은 기술 평가 체제 구축이 제대로 되지 않은 상태에서 추진하는 것이라 자금을 차입한 기술 기업이 부실화 될 가능성이 있고 이에 따른 대출 금융기관 부실화 위험이 커질 수 있다. 따라서 기술 신용 대출보다 기술 담보 대출이 활성화 될 수 있도록 정책 방향을 바꾸어야 한다. 이를 위해서 우선 기술 담보 설정이 보다 용이하도록 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」을 개정하여 기술도 담보물로서 등록할 수 있도록 하여야 한다. 또한, 담보된 기술을 처분하여 환가가 쉽게 되도록 기술 거래 시장을 활성화시키고, 기술 거래소 설립을 추진하여야 한다. 결국 기술 거래 시장의 활성화를 통하여 기술의 유통을 촉진함으로써 기술 금융 투자가 활발히 이루어지게 되는 기반이 마련될 수 있는 것이다.

이외에도 기술 자산 유동화에 의한 자금 조달이 원활히 이루어지도록 「자산유동화에 관한 법률」상의 자산 보유자의 범위에 기술 보유 기업도 포함되도록 하거나, 아니면 자산 보유자의 자격 요건을 없애는 방안이 필요하다. 또한 기술 신탁 관리업의 육성을 위해서는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」상의 신탁업자가 수탁할 수 있는 신탁재산의 범위에 기술도 포함시키거나 「신탁법」상의 규정처럼 신탁재산의 범위를 없애는 방안이 필요할 것이다.

또한 대출 보다는 투자 중심의 기술 금융이 활성화되기 위하여 은행 등 금융기관이 기술 기업에 투자할 수 있도록 「은행법」상의 출자 한도를 높여주는 방안도 검토해야 한다. 더 나아가 기술 기업에 대한 투자를 전문으로 하는 집합투자기구 설정을 통하여 전문 투자자나 일반 투자자의 투자를 확대하기 위한 세제 혜택 부여 등의 정책도 추진될 필요가 있다.

---

72) 은행 혁신성 평가를 토대로 하는 양적 경쟁이 은행 부실화를 초래할 우려가 있다는 주장은 박기홍, 앞의 글, 5면.

Ⅳ. 지식재산권 금융의 활성화를 위한 법적 과제

앞서 살펴본 것처럼, 지식재산권 금융은 기술 금융과 그 대상이 중복되거나 유사한 부분이 많다. 그래서 중복되는 부분은 간단히 언급하고 그렇지 않은 부분 위주로 하여 논의하기로 한다.

1. 지식재산권 금융의 유형

가. 서설

지식재산권을 보유하고 있는 기업 등 창업 기업이 필요한 자금을 원활하게 조달할 수 있도록 하는 것이 창조 금융의 핵심이라고 할 수 있다. 그렇다면 우선 기업이 보유하고 있는 지식재산권을 활용하여 자금을 조달할 수 있는 방법은 어떤 것이 있는지 살펴볼 필요가 있다. 우선 생각할 수 있는 방법은 지식재산권을 담보로 하여 금융기관으로부터 차입하는 전통적인 대출 방식(IP-backed lending)이 있을 것이다. 지식재산권이 재산권의 한 유형이므로 담보 적격으로 인정받는 데는 문제가 없을 것이다. 두 번째는 지식재산권을 기초자산으로 한 유동화 방식(IP-backed securitization)에 의한 자금 조달을 생각할 수 있다. 셋째, 보유하는 지식재산권을 전문 투자자에게 매각하고 기업이 해당 지식재산권의 사용권(license)[73]을 매입하는 방식으로 자금을 조달하는 지식재산권 매각 및 사용료 지급 방식도 있다(IP sale and license back). 넷째, 지식재산권 보유 기업이 차입을 하면서 대출 금융기관에게 지분 인수 권리를 부여하는 '모험 차입'(venture debt) 방식도 있다. 다섯째, 지식재산권 보유 기업에 지분 투자하는 '천사 투자'(angel investment)와 '모험 자본'(venture capital) 투자 방식이 있다. 이하에서는 다섯 가지 자금 조달 방식에 대해서 살펴보기로 한다.

나. 간접 금융(debt finance) 방식

1) 지식재산권 담보 대출(IP-backed Lending)

기업이 보유하는 지식재산권 자체를 담보로 하여 은행 등 금융기관으로부터

73) License는 '실시권,' '사용권,' '이용권' 등으로 번역할 수 있는데, 여기서는 '사용권'으로 쓰기로 한다.

자금을 조달하는 전통적인 방법이 있을 수 있다. 해당 기업이 채무 불이행을 하는 경우에 채권 금융기관은 지식재산권을 강제 집행하거나 지식재산권에서 발생하는 미래 수익(future IP-generated income)에 대한 권리를 양도받게 된다.[74] 이러한 자금 조달 방식에서 간단하면서 자주 쓰이는 방식은 지식재산권 사용권(licensing) 계약이나 사용료 수입(royalty) 계약에서 창출되는 미래의 수입(revenues)을 담보로 하여 자금을 조달하는 방법이다.[75] 전형적으로 저작권료나 특허료 수입을 담보로 하는 대출 방법, 즉 royalty financing이다.[76]

우리나라의 경우 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」이 지식재산권을 담보권의 대상으로 하고 있어(제1조, 제2조 제4호), 지식재산권이 담보 목적물로 인정받는데 문제는 없다. 즉 이 법은 "지식재산권담보권"을 "담보약정에 따라 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 저작권, 반도체집적회로의 배치설계권 등 지식재산권[법률에 따라 질권(質權)을 설정할 수 있는 경우로 한정한다. 이하 같다]을 목적으로 그 지식재산권을 규율하는 개별 법률에 따라 등록한 담보권"이라고 정의하고 있어(제2조 제4호), 지식재산권이 담보 목적물로 인정되고 있음을 알 수 있다. 더 나아가 이 법은 지식재산권을 담보로 제공하는 경우에는 지식재산권을 등록하는 공적 장부(특허원부나 저작권등록부 등을 말한다)에 담보권을 등록할 수 있도록 하여(제58조 제1항), 지식재산권 담보권의 설정 방법으로 등록제를 채택하고 있다.

아직 지식재산권 담보 대출 실적은 활발하지 않은 편이나, 그래도 한국산업은행이 지식재산권 담보 대출을 2013년부터 취급하고 있다. 한국산업은행은 기업당 20억 원 한도 내에서 대출을 하고 있으며, 한국발명진흥회가 평가한 지식재산권 가치 평가 금액 이내에서 담보를 설정하고 있다.[77] 지식재산권 담보 대출의 경우 기업이 채무 불이행을 했을 때 담보물을 처분하여 환가를 해야 하는데, 이를 위해 한국산업은행은 특허청과 공동으로 출자한 '회수지원펀드'를 활용하여 이 집합투자기구가 부실이 발생한 기업의 지식재산권을 매입하여 관리·운용(지식재산권의 매각이나 사용권 부여 등)하는 방식을 채택하고 있다.[78]

---

74) Organization for Economic and Cooperation Development (OECD), "IP-Based Financing of Innovative Firms" in *Enquiries into Intellectual Property's Economic Impact*, 2015, p. 463.
75) Id.
76) Id.
77) 조대형, 앞의 보고서(NARS 현안보고서), 15면.
78) 위의 보고서, 15면.

2) 지식재산권 유동화(IP-backed Securitization)

지식재산권의 유동화를 통하여 자금을 조달하는 방법도 있다. 지식재산권을 활용한 자산 유동화 사례는 미국에서 1997년에 발행된 '보위 채권'(David Bowie bonds)이 대표적이다.[79] 데이비드 보위라는 음악가의 음악 앨범 판매 수입금(즉 음악 저작권)을 기초자산으로 한 유동화를 통하여 5천 5백만 달러 상당의 자금을 조달한 사례이다.[80] 또한 특허권을 기초자산으로 하여 유동화 한 사례도 있다.[81] 이외에도 영상 저작물에 대한 권리를 기초자산으로 한 유동화 사례도 있다.[82] 결국 지식재산권을 기초자산으로 하는 유동화가 되려면 지식재산권에서 발생하는 현금 흐름이 있어야 하므로, 특허권 실시료(royalty) 등의 수입이 있는 경우에 활용할 수 있을 것이다.

앞서 살펴본 것처럼, 「자산유동화에 관한 법률」은 유동화 대상이 되는 자산을 "채권·부동산 기타의 재산권"이라고 하고 있어서(제2조 제3호), 지식재산권도 재산권의 한 유형이므로 지식재산권이 「자산유동화에 관한 법률」상 유동화 대상 자산이 되는 데는 문제가 없다.

신탁 설정에 의한 유동화 거래에 있어서도 「신탁법」이 신탁 대상 자산을 "특정의 재산(영업이나 저작재산권의 일부를 포함한다)"이라고 하고 있어서(제2조), 지식재산권이 신탁 재산에 포함된다고 보는데 문제가 없다. 또한, 신탁을 영업으로 하는 신탁업자에게 적용되는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」도 신탁 재산의 하나로서 "무체재산권(지식재산권을 포함한다)"을 명시적으로 규정하고 있으므로(제103조 제1항 제7호) 지식재산권을 신탁형으로 하는 유동화도 가능할 것이다. 신탁형 유동화의 장점이 신탁된 지식재산권 보유자가 파산하더라도 신탁된 지식재산권이 보유자의 파산 재단에 속하지 않게 되어 지식재산권 보

---

79) Organization for Economic and Cooperation Development (OECD), *op. cit.*, p. 464.

80) Id.

81) 1985년 미국 예일대학교가 에이즈바이러스(HIV virus) 치료약에 대한 특허 독점 사용권(exclusive license)을 제약회사인 Bristol-Myers Squibb Co.에게 허용하고, 2000년 여기서 발생하는 특허권 실시료를 기초자산으로 하여, 특허 사용권(licensing rights)을 양도받은 특수목적기구인 BioPharma Royalty Trust가 유동화증권인 수익증권을 발행하여 투자자들로부터 1억 1,500만 불의 자금을 조달한 바 있다. Federico Munari, Cristina Odasso & Laura Toschi, "IP-backed Finance," pp. 19~20, *available at* <https://www.researchgate.net/publication/44707408_IP-backed_finance>.

82) Dreamworks가 영상 저작물에 대한 권리를 기초자산으로 하여 10억 불을 조달한 바 있으며, Universal Film Funding이 125개 영상 저작물에 대한 권리를 기초자산으로 하여 9억 5천만 불을 조달한 바 있다. 최철, "지식재산권의 수익자산화와 금융구조에 대한 소고," 「외법논집」 제35권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011. 2, 124면.

유자의 신용 위험으로부터 지식재산권이 보호되고 이에 따라 투자자가 보호된다는 점[83]이라는 것은 앞서 언급한 바가 있다.

다만, 앞서 논의한 것처럼, 「자산유동화에 관한 법률」은 자산 보유자의 대상을 한정하여 규정하면서(제2조 제2호), 일반 법인 중 "신용도가 우량한 법인"이라고 하고 있어서, 지식재산권을 보유한 창업 기업이 이에 해당할 가능성이 거의 없어 「자산유동화에 관한 법률」에 따른 자산유동화를 하지 못할 수 있는 문제가 있게 된다. 물론 「자산유동화에 관한 법률」에 의하지 않은 비등록 지식재산권 유동화는 가능할 것이나, 「자산유동화에 관한 법률」에 따른 여러 혜택을 누릴 수 없는 문제가 있다. 따라서 「자산유동화에 관한 법률」상의 자산 보유자의 범위를 넓힐 필요가 있다.

3) 지식재산권 매각 및 사용권 매입 방식(IP Sale and License Back)

이 방식은 지식재산권을 보유하고 있는 기업이 지식재산권을 전문 투자자에게 매각하여 자금을 확보한 후 그 전문 투자자로부터 지식재산권의 사용권(license)을 매입하는 방식으로 자금을 조달하는 방법이다.[84] 일정한 기간이 경과한 후에 해당 기업은 그 지식재산권을 미리 정한 가격으로 다시 살 수 있는 선택권을 보유하게 된다.[85] 이는 양도담보와 비슷한 거래로 이해할 수 있다.[86] 이러한 방식의 장점은 기업이 해당 지식재산권을 사용하면서 단기 운영을 위한 자금을 조달할 수 있다는 점이다.[87] 이러한 거래에서도 매각 가격을 산정하기 위한 지식재산권 가치 평가가 중요하게 된다.

4) 모험 차입(venture debt)

모험 차입은 차입(debt)과 자본 투자(equity finance)의 성격을 동시에 갖는 자금 조달 방식이다.[88] 즉 지식재산권 보유 기업이 대출 금융기관으로부터 자금을 차입하면서 동시에 대출 금융기관에게 그 기업의 지분을 인수할 수 있는 권리

---

83) 같은 설명으로는 맹수석, "지식재산권의 신탁과 유동화 방안," 「증권법연구」 제7권 제2호, 한국증권법학회, 2006. 12, 253, 258~259면.

84) Organization for Economic and Cooperation Development (OECD), *op. cit.*, p. 463.

85) Id.

86) "일종의 양도담보로 볼 수 있다"는 견해는 김승열, 「지식재산금융과 법제도」, 한송 온라인리걸센터, 2015, 102면.

87) Organization for Economic and Cooperation Development (OECD), *op. cit.*, p. 463.

88) Id. at 464.

(warrants for equity)를 부여하는 금융이다.[89] 이러한 금융 방식의 특징은 대출 금융기관의 위험 측정 및 가치 평가 능력과 '인내심 있는 투자'(patient capital)의 역할이 섞여 있다는 점이다.[90] 이러한 모험 차입에서도 지식재산권이 중요한 자산이 되지만, 대출은 여전히 해당 기업의 전체 자산을 담보로 해서 이루지게 된다.[91]

다. 투자 방식

지식재산권을 보유한 기업에 대한 지분 투자도 지식재산권 금융의 한 유형이 될 수 있다. 물론 지분 투자를 함에 있어서 대상 기업의 지식재산권 가치만 보는 것은 아니고 대상 기업의 전체적인 성장 가능성을 고려하여 투자하게 된다.[92] 기술 금융에서 살펴본 바와 같이, 이러한 자본 출자 방식은 '천사 투자'(angel investment)와 '모험 자본'(venture capital) 투자로 이루어진다.[93] 천사 투자는 주로 초기 창업 단계에서 소규모 금액으로 이루어지는 투자 방식이다.[94] 그렇기 때문에 주로 소규모 기업이 투자 대상인 경우가 많고, 지식재산권이 거의 유일한 자산인 기업인 경우도 많다.[95] 모험 자본 투자는 주로 초기 창업 기업 내지는 성장 가능성이 높은 기업에 지분 투자하여 후에 상장을 시켜 투자 금액을 회수하는 것을 목적으로 하는 경우가 많다.[96]

2. 지식재산권 금융 활성화의 과제

지식재산권이 기술의 범위에 포함될 수도 있기 때문에, 앞서 논의한 기술 금융의 활성화 과제는 여기에도 유사하게 적용될 수 있을 것이다. 다만 지식재산권의 권리성이 보다 확실하기 때문에 기술 금융에서 논의한 법적인 문제보다는 불확실성이 덜할 것이다. 따라서 이하에서는 기술 금융 부분과 중복되는 부분은 간단하게 언급하고 지식재산권 금융과 관련되는 부분을 위주로 하여 논의하기로 한다.

---

89) Id.
90) Id.
91) Id.
92) Id. at 468.
93) Id.
94) Id.
95) Id.
96) Id.

가. 법적 과제

1) 개관

지식재산권이 담보권 대상이 될 수 있느냐의 문제는 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에서 지식재산권담보권을 명시적으로 규정하고 있기 때문에 담보권 대상이 된다는 데에 문제는 없다.

지식재산권을 기초자산으로 하는 자산 유동화 방식에 의한 자금 조달에 있어서도 「자산유동화에 관한 법률」은 유동화 대상이 되는 자산을 "채권·부동산 기타의 재산권"이라고 하고 있어서(제2조 제3호), 지식재산권이 재산권의 범위에 포함되는 것은 확실하기 때문에 크게 법적 문제가 없게 된다. 다만 자산 보유자의 범위에서는 지식재산권 보유 기업이 여전히 "신용도가 우량한 법인"에 속하지 않는 한 「자산유동화에 관한 법률」에 따른 자산 유동화를 할 수 없는 한계가 있다. 이 문제는 아래에서 다시 한 번 자세히 논의하기로 한다.

지식재산권 신탁 거래에 관련해서도, 「신탁법」이 신탁 대상 자산을 "특정의 재산(영업이나 저작재산권의 일부를 포함한다)"이라고 하고 있어(제2조), 지식재산권이 "특정의 재산"에 포함되는데 의문의 여지가 없어 신탁을 활용한 금융 거래에서 법적인 문제는 없게 될 것이다. 더 나아가서 신탁업자에게 적용되는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」상 신탁재산의 범위에 지식재산권이 명시적으로 포함되어 있기 때문에(제103조 제1항) 신탁회사가 지식재산권 신탁업을 영위하는데도 법적으로 문제가 없게 될 것이다.

2) 「자산유동화에 관한 법률」상의 자산 보유자의 범위 확대 필요

앞서 본 바와 같이, 「자산유동화에 관한 법률」상의 자산 유동화를 할 수 있는 자산 보유자의 범위는 제한되어 있어, 지식재산권을 보유한 기업이라 하더라도 "신용도가 우량한 법인"에 해당하지 않으면 자산 유동화 거래를 할 수 없는 문제가 있다. 그래서 지식재산권을 보유한 창업 기업 등이 「자산유동화에 관한 법률」상의 여러 혜택을 받으면서 자산 유동화를 할 수 있도록 할 필요가 있다. 이렇게 하기 위해서는 자산 보유자의 자격 제한을 없애 '일반 법인'으로 하는 것을 검토해야 한다. 아니면 자산 보유자의 범위에 '지식재산권을 보유한 기업'을 추가하는 것도 방법이다. 더 나아가 '지식재산권을 보유한 대학교나 개인'을 추가하는 것도 고려할 필요가 있다.[97] 대학교나 개인도 일정한 현금 흐름을 창출할

수 있는 지식재산권을 보유하고 있다면 자산유동화를 통하여 자금을 조달할 필요가 있기 때문이다.

특히 「지식재산기본법」은 정부로 하여금 "지식재산의 유동화(流動化) 촉진을 위한 제도 정비 방안"을 포함하여 "지식재산의 . . . 사업화 등 지식재산의 활용을 촉진"하기 위한 시책을 추진하도록 하고 있기 때문에(제25조 제1항), 이 법의 취지에 부합하기 위해서도 자산 보유자의 범위를 확대하는 것을 적극적으로 검토해야 한다.

3) 지식재산권 평가의 법적 과제

지식재산권 금융도 활성화되려면 지식재산권 가치 평가 체제가 효율적으로 되어 있어야 한다. 앞서 본 바와 같이, 기술신용평가기관 제도가 도입되어 4개의 신용조회회사가 겸영 업무로서 기술 평가 업무를 영위하고 있으며, 기술 평가에 전문성을 갖추기 위한 여러 가지 조치(예를 들어, 투자형 기술 평가 기법의 개발)가 이루어지고 있다.

그러면 이 기술신용평가기관이 지식재산권의 가치도 평가할 수 있는가? 특허권 등의 지식재산권이 기술에 해당한다면 당연히 그러한 지식재산권을 평가할 수 있을 것이다. 문제는 기술의 범위에 포함되지 않는 지식재산권의 경우이다. 저작권이나 상표권 등이 그 예이다. 이러한 지식재산권도 가치 평가가 필요하므로 평가 기관이 있어야 하는데, 기술신용평가기관이 이러한 지식재산권도 평가할 수 있도록 평가 대상의 범위를 넓히는 것도 검토할 수 있을 것이다. 이렇게 하려면 기술신용정보를 정의하고 있는 신용정보법 제2조 제5호 마목에서 기술의 정의인 "「기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률」 제2조 제1호에 따른 기술"에 지식재산권도 포함한다는 문구를 추가할 필요가 있다. 그러면 기술신용평가기관이 기술의 범위에 포함되지 않는 지식재산권도 평가할 수 있는 법적 근거가 될 수 있을 것이다. 물론 기술 평가를 전문으로 하는 기술신용평가기관이 기술의 범위에 포함되지 않는 지식재산권 평가를 잘 할 수 있는지에 대한 의문 제기가 있을 수 있지만, 관련 전문가를 확보한다면 가능할 것이다.

한편, 기술평가업을 별도의 업무로 분류하여 인가를 얻게 하거나 등록을 하도록 해야 한다는 앞에서의 주장은 여기서도 동일하게 적용될 것이다. 즉 지식재산

97) "지적재산권을 가진 기업 및 개인들"도 증권화를 통한 자금 조달을 할 수 있도록 할 필요가 있다는 견해는 권재열, 앞의 논문, 252면.

권을 포함하는 기술 평가업을 신용정보법상 별도의 업무로 규정하는 것이 바람직할 것이다.

4) 지식재산권 정보 집중 관리의 법적 과제

지식재산권 금융이 활성화되려면 지식재산권 가치 평가 체제가 잘 구축이 되어야 하고, 지식재산권 가치 평가 체제가 잘 구축되려면 지식재산권에 관한 정보가 효율적으로 집중 관리되는 체제가 필요하다는 점은 앞서 기술 금융에서 논한 바와 같다. 현재 사단법인 한국신용정보원이 신용정보법상의 종합신용정보집중기관으로서 "기술에 관한 정보의 수집· 조사 및 처리" 업무를 담당하고 있다. 따라서 기술의 범위에 포함되지 않는 지식재산권에 관한 정보의 수집이나 처리를 하기 위해서는 기술의 범위에 지식재산권도 포함한다는 문구를 추가함으로써 종합신용정보집중기관이 지식재산권 정보를 집중하고 관리할 수 있도록 할 필요가 있을 것이다. 또한 종합신용정보집중기관이 지식재산권 정보를 수집할 수 있는 대상 기업의 범위와 정보 제공 대상 기관의 범위를 명확히 할 필요가 있다는 점은 앞서 본 바와 같다

5) 지식재산권 보유 기업의 파산 시 특례 제도 도입 필요

지식재산권 보유 기업이 파산하게 되면 그 지식재산권은 사용하지 못할 가능성이 크다. 앞서 본 바와 같이 신탁 제도를 이용하게 되면 파산 기업의 지식재산권이 보호받을 수 있지만, 그렇지 않은 경우에는 파산 기업의 지식재산권은 보호받을 수 없게 되는 한계가 있다. 더욱이 이렇게 되면 해당 지식재산권의 가치도 크게 떨어지게 되고, 지식재산권을 활용한 금융도 잘 이루어지지 않을 수 있는 문제점이 있게 된다. 이를 해결하는 방안은 지식재산권 보유 기업이 파산하더라도 지식재산권 사용권자(실시권자)가 그 사용권(실시권)을 등록한 경우에는 사용권자(실시권자)가 계속적으로 지식재산권을 사용할 수 있도록 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」상의 특례 제도를 도입하는 것이다.[98] 이렇게 되면 지식재산권이 계속 유지되면서 가치를 유지할 수 있어 그 가치 평가도 높아질 수 있게 된다. 일본이나 미국의 경우도 이러한 제도를 도입하여 실시하고 있다. 미국의 경우 기업이 파산한 경우에도 지식재산권 사용권자가 사용료를 지급하고 그 지식재

98) 이러한 주장은 김승열, 앞의 책, 170면에서도 찾아볼 수 있다.

산권(등록이 되지 않은 지식재산권도 포함)을 지속적으로 사용할 수 있도록 하고 있으며, 일본의 경우에도 특허권자가 파산한 때라도 특허권 사용권자(실시권자)가 그 사용권(실시권)을 등록하여 대항 요건을 갖추게 되면 사용권(실시권) 계약에 대해서 파산관재인의 해제 권한을 제한하도록 함으로써 특허권 사용권자(실시권자)가 계속적으로 지식재산권을 사용할 수 있도록 하고 있다.[99] 지식재산권 사용권자를 보호하고, 지식재산권의 가치를 유지하여 지식재산권 금융의 활성화를 위해서 도입할 필요가 있는 제도이다.

나. 정책 과제

1) 지식재산권 거래 시장 활성화 및 지식재산권 거래소 설립 필요

앞서 기술 금융에서 본 바와 같이, 지식재산권 금융이 성공하려면 지식재산권을 사고 파는 시장이 형성되어야 한다.[100] 지식재산권을 거래하는 시장이 형성됨으로써, 지식재산권 보유자가 언제든지 이를 처분하여 자본화할 수 있고, 거래비용이 낮추어지게 되고, 지식재산권 가치 평가가 제대로 되어, 지식재산권을 기반으로 하는 금융이 발전할 수 있는 것이다. 지식재산권 거래 시장을 운영하는 거래소 설립이 필요한 이유이기도 하다. 이와 더불어 시장에서 지식재산권을 사고 파는 시장 참가자들도 육성해야 한다. 즉 지식재산권 신탁을 전문으로 하는 신탁회사나 지식재산권을 사고 파는 전문회사의 육성이 필요하다. 우리나라에서 지식재산권을 사고 파는 전문 회사로서 2010년 Intellectual Discovery가 설립되었는데,[101] 이는 향후 지식재산권 시장 형성에 좋은 발판이 될 것으로 본다. 또한 지식재산권 담보 대출의 활성화를 위해서도 지식재산권 담보권자가 지식재산권을 처분할 수 있는 시장이 존재하여야 한다. 그러나 현재 이러한 시장이 형성되지 않아 환금화가 쉽지 않은 문제가 있다.[102] 미국 등 선진국에서는 이미 이러한 지식재산권 거래소가 설립되어 지식재산권 거래가 활성화되어 있다.[103]

---

99) 위의 책, 170면.

100) 국내에서 지식재산권 거래가 활발하지 않은 이유 중의 하나로서 지식재산권 분쟁이 발생한 경우에 해결하는데 비용과 시간이 많이 들어가고 지식재산권 침해에 대한 구제책이 미흡하다는 것을 지적할 수 있다. 이를 해결하기 위해서 소송 외의 대체적 분쟁 해결 수단으로서 조정이나 중재 제도를 활성화 하는 방법을 고려할 수 있다. '지식재산권분쟁조정중재원'을 설립하는 것도 방안 중의 하나가 될 수 있을 것이다.

101) 조경칠, "IP 금융의 현황과 발전 방안," 「은행의 IP 금융 활성화 방안」, 한국금융연수원 2013년 제2차 세미나 자료집, 2013. 7. 9, 16면.

102) 이런 문제점을 지적하는 글은 권재열, 앞의 논문, 231면.

2) 지식재산권 투자 활성화 방안

지식재산권 금융이 활성화되기 위해서는 성장사다리펀드 등 정책 자금에 의한 투자 활성화 방안 이외에도 일반 투자자로부터의 투자 유인책도 생각해볼 필요가 있다. 그 방법의 하나로서 직접 투자 방식이 아닌 간접 투자 방식을 택하는 것을 고려할 수 있다. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」」상의 집합투자기구 설정 방식을 이용하는 것이다. 물론 간접 투자 방식이라 할지라도 투자 위험성이 높아(대신에 높은 수익을 올릴 수도 있지만) 투자 활성화가 쉽지 않기 때문에 결국은 세제 혜택을 통한 유인책을 고려해 볼 수 있다.

영국의 사례가 참고가 될 수 있다. 영국 정부는 중소 모험 기업을 대상으로 한 투자 시장을 확대하기 위해 1995년부터 '모험자본투자신탁'(venture capital trust) 제도를 시행하였는데, 투자자에게 투자 금액의 30%만큼 세액을 공제해주고(다만 투자 금액이 20만 유로 이내이고, 5년 이상 장기 투자한 경우에 한한다), 모험자본투자신탁이 투자자에게 분배하는 배당금 및 신탁 수익권 매각에 따른 자본이익에 대해서는 면세 혜택을 부여하고 있다.[104] 즉 일반 투자자로부터 투자 자금을 유치하기 위하여 세제 혜택을 부여하는 방식으로 중소 모험 기업에 대한 투자 활성화 정책을 펴고 있는 것이다.

이러한 사례는 지식재산권에 주로 투자하는 집합투자기구 설정의 경우에도 시사점을 줄 수 있을 것이다. 즉 지식재산권에 일정 비율 이상 투자하는 집합투자기구의 경우 투자자들에게 영국의 사례와 같은 세제 혜택을 부여하는 방안을 고려할 수 있을 것이다. 우리도 지식재산권에 주로 투자하는 집합투자기구가 설정되어 운용되고 있기 때문에[105] 이러한 세제 혜택 부여는 좀 더 많은 일반 투자자들이 지식재산권에 투자할 수 있는 유인책이 되어 지식재산권 금융의 활성화에 도움을 줄 수 있을 것으로 본다.

---

103) 세계 최초의 지식재산권거래소인 '국제지식재산권거래소'(IPXI)가 개설되어 운영되고 있다. 김승열, "IP 금융 관련 제반 법률 문제," 「은행의 IP 금융 활성화 방안」, 한국금융연수원 2013년 제2차 세미나 자료집, 2013. 7. 9, 6면.

104) 이광옥, "신탁을 활용한 창조경제 활성화 방안," 「주간 금융경제동향」 제3권 제20호, 우리금융경영연구소, 2013. 5. 15, 7면.

105) 2013년 1월에 한국산업은행이 중소 중견 기업의 지식재산권에 주로 투자하는 1,000억 원 규모의 투자신탁('KDB Pioneer 지식재산권 사모특별자산투자신탁')을 설립하여 운용하고 있는데, 운용 기간은 7년이고, 중소 중견 기업이 보유한 지식재산권을 매입하거나 그러한 기업의 지분에 대한 투자를 주로 한다(2013년 5월 현재 의류업체 상표권에 50억 원, 우수 특허 보유 기업들의 지분에 50억 원을 투자하였다). 위의 글, 9면.

다. 소결

지식재산권 금융의 활성화 과제는 기술 금융의 활성화 과제와 비슷하다고 할 수 있다. 다만 지식재산권의 권리성이 보다 확실하기 때문에 법적인 불안정성은 덜하다고 평가할 수 있다. 그럼에도 불구하고, 「자산 유동화에 관한 법률」상의 지식재산권을 기초자산으로 하는 유동화 거래에 의한 자금 조달을 위해서는 자산 보유자의 범위에 지식재산권 보유 기업을 포함시킬 필요가 있고, 이를 위해서 현행 "신용도가 우량한 법인"에서 "일반 법인"으로 확대하는 것을 검토해야 한다. 효율적인 지식재산권 평가 체제 구축과 관련해서도 기술신용평가기관이 지식재산권까지 평가할 수 있도록 기술신용정보를 정의함에 있어서 기술의 범위에 지식재산권도 포함하는 문구를 추가하는 것이 필요하다. 기술 정보의 집중 기관인 신용정보법상의 종합신용정보집중기관이 지식재산권 정보도 수집 관리하기 위해서는 수집 관리 대상인 기술의 범위에 지식재산권도 포함시킬 필요가 있다. 이외에도 지식재산권 보유 기업이 파산하더라도 지식재산권 사용권자가 해당 지식재산권을 계속 사용하도록 하여 지식재산권의 가치를 유지시키기 위해서 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」상의 특례 제도를 도입할 필요가 있다.

정책 과제로서는 지식재산권의 거래가 활발히 이루어지는 시장을 조성하기 위한 정책을 펼 필요가 있는데, 지식재산권 거래 시장의 참여자인 지식재산권 전문회사를 육성하는 방안이라든지 지식재산권 관리를 전문으로 하는 신탁회사를 육성하는 방안이 필요하다. 그리고 일반 투자자들이 지식재산권 투자를 보다 활발히 하게 하여 지식재산권 금융을 활성화시키기 위해서 그러한 집합투자기구에 투자하는 투자자들에게 세제 혜택을 부여하는 방안도 검토해야 한다.

Ⅴ. 맺음말

이상에서 창조 금융의 핵심 분야라 할 수 있는 기술 금융과 지식재산권 금융에 관하여 기술 금융과 지식재산권 금융의 차이와 특징, 그리고 기술 금융과 지식재산권 금융의 활성화 과제에 대해서 살펴보았다. 2013년 출범한 박근혜 정부가 추진하고 있는 창조 금융의 정책 방향은 향후 우리나라의 경제 성장의 견인 역할을 할 수 있다는 점에서 긍정적이다. 다시 말해서 현재 많은 문제를 내포하고 있는 대기업 위주의 성장 정책에서 탈피하여 중소기업 위주의 경제 구조를 만들어나가는데 있어서 기술력이 있는 중소 창업 혁신 기업에 자금을 공급해주는

창조 금융 정책은 올바른 정책 방향이다. 다만 정부의 밀어붙이기식 성과 위주의 기술 금융 정책 방향은 재고할 필요가 있다. 정부의 역할은 창조 금융을 활성화시키기 위한 기반을 구축하는 일에 머물러야 한다. 이런 점에서 정부가 추진한 기술신용평가기관 제도나 기술 정보 집중 기관 제도의 도입은 바람직하다고 평가할 수 있다.

그러나 기술 금융과 지식재산권 금융을 활성화시키기 위해서는 법적 문제도 풀어야 할 과제이다. 본문에서 논의한 법적 과제를 정리하면 다음과 같다. 첫째, 현재 기술신용평가기관의 기술 평가에 의존하여 금융기관이 대출을 하는 기술 신용 대출은 아직 기술 평가 기법이 발달하지 못한 단계에서는 부실 발생 가능성의 위험이 크므로, 기술을 담보로 하는 대출 방식으로 전환할 필요가 있는데, 이를 위해서는 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 기술을 담보권 대상으로 명시적으로 규정하여 기술을 담보로 하는 대출이 원활히 이루어지도록 할 필요가 있다. 둘째, 「자산유동화에 관한 법률」상의 자산 보유자의 범위에서 "신용도가 우량한 법인"을 "일반 법인"으로 변경하여 기술이나 지식재산권을 보유한 기업도 기술이나 지식재산권을 활용한 자산 유동화를 통하여 필요한 자금을 쉽게 조달할 수 있도록 하여야 한다. 셋째, 기술의 신탁을 활용한 자금 조달이나 기술 신탁 관리업을 활성화시키기 위해서도 신탁업자가 신탁받을 수 있는 신탁재산의 범위에 기술도 포함시킬 수 있도록 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」상의 신탁재산의 범위를 나열하는 방식에서 「신탁법」과 같이 "특정 재산"이라고 할 필요가 있다. 넷째, 효율적인 기술 평가 체제 구축과 관련해서도 신용정보법상의 기술신용정보의 개념에 기술 평가가 포함되어 있는 것을 별도의 '기술 평가업'으로 분리하여 인가제나 등록제를 통하여 독자적인 '기술 평가업'으로 자리매김할 수 있도록 하고, 기술 평가의 범위에 지식재산권도 포함하도록 하여야 한다. 다섯째, 기술 정보의 집중 체계와 관련해서도 신용정보법상의 종합신용정보집중기관이 하고 있는 기술 정보의 수집 집중 관리 업무에 있어서 그 수집 대상 기업의 범위에 기술과 지식재산권 보유 기업 및 연구기관 등을 포함시키고, 기술 정보 제공 대상 기관에도 은행 등 금융기관을 추가하여 명확하게 할 필요가 있다. 여섯째, 투자 중심의 기술 금융을 육성하기 위해서 은행이나 증권회사 등 금융기관이 기술이나 지식재산권 보유 기업에 대한 투자를 활발하게 할 필요가 있으며, 이를 위해서 은행의 경우 기술이나 지식재산권 보유 기업에 대한 출자를 의결권 있는 주식 15%를 초과해서 할 수 있도록 「은행법」을 개정할 필요가 있다. 일곱째, 지

식재산권 보유 기업이 파산하더라도 지식재산권 사용권자가 해당 지식재산권을 계속 사용하도록 하여 지식재산권의 가치를 유지시키기 위하여 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」상의 특례 제도를 도입할 필요가 있다.

또한 향후 필요한 정책 과제는 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 기술 및 지식재산권 금융이 활성화되기 위해서는 효율적인 기술 및 지식재산권 평가 체제 구축과 더불어 기술 및 지식재산권의 거래가 활발히 이루어지는 시장과 이를 운영하는 기술 및 지식재산권 거래소가 필요하고, 이를 위해서 기술이나 지식재산권 전문 기업이나 신탁회사를 육성하는 정책이 필요하다. 둘째, 장기적으로 기술 및 지식재산권 금융이 활성화되기 위해서는 대출 중심이 아닌 투자 중심의 정책이 바람직하므로 이를 위해서 은행 및 증권회사 등 제도권 금융기관의 기술 및 지식재산권 기업에 대한 지분 투자를 활성화시키기 위한 정책이 필요하고, 또한 일반 투자자들도 집합투자기구를 통해서 간접적으로 투자를 활발히 할 수 있도록 세제 혜택 부여 등의 방안이 마련될 필요가 있다.

(논문투고일: 2016.08.21, 심사개시일: 2016.09.05, 게재확정일 : 2016.09.23)

고 동 원

창조경제, 창조금융, 기술금융, 지식재산권금융, 기술신용정보, 기술신용평가기관, 기술정보집중기관

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

김승열, 「지식재산금융과 법제도」, 한송 온라인리걸센터, 2015

법무부, 「신탁법 개정 해설자료」, 「선진상사법률연구」 통권 제56호 별책부록, 2011. 10

손승우/정창호/이재성, 「지식재산 담보권에 관한 UNCITRAL 담보거래 입법지침 부속서」, 법무부, 2011

송영식/이상정/김병일, 「지적재산법」, 세창출판사, 2011

이영준, 「민법총칙」, 박영사, 1997

이재욱/이상호, 「신탁법 해설」, 한국사법행정학회, 2000

임재연, 「2015년판 자본시장법」, 박영사, 2015

자산유동화 실무연구회, 「금융혁명 ABS」, 한국경제신문사, 1999

홍유석, 「신탁법」, 법문사, 1999

Ⅱ. 논문

권재열, “지적재산권의 증권화에 관한 서설적 고찰,” 「증권법연구」 제5권 제2호, 한국증권법학회, 2004. 12

김종현, “창조경제를 위한 금융의 역할,” 「주간 금융경제동향」 제3권 제40호, 우리금융경영연구소, 2013. 10. 9

김재형, “자산유동화에 관한 법률의 현황과 문제점,” 「인권과 정의」 제293호, 대한변호사협회, 2001. 1

김승열, “IP 금융 관련 제반 법률 문제,” 「은행의 IP 금융 활성화 방안」, 한국금융연수원 2013년 제2차 세미나 자료집, 2013. 7. 9

박기홍, “국내 기술 금융의 문제점과 대응방안,” 「주간 하나금융포커스」, 하나금융경영연구소, 2015. 6. 8. ~ 6. 14

맹수석, “지식재산권의 신탁과 유동화 방안,” 「증권법연구」 제7권 제2호, 한국증권법학회, 2006. 12

류창호, “기술담보제도에 관한 연구,” 「외법논집」 제33권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2009. 8

이광옥, “신탁을 활용한 창조경제 활성화 방안,” 「주간 금융경제동향」 제3권 제20호, 우리금융경영연구소, 2013. 5. 15

조경칠, “IP 금융의 현황과 발전 방안,” 「은행의 IP 금융 활성화 방안」, 한국금융연수원 2013년 제2차 세미나 자료집, 2013. 7. 9

조대형, “기술금융 활성화를 위한 기술담보대출 활용방안,” 「이슈와 논점」 제990호, 국회 입법조사처, 2015. 5. 12

_____, “기술금융 활성화를 위한 정책과제,” NARS 현안보고서 제273호, 국회 입법조사처, 2015. 10. 28

진정구, “신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 일부개정법률안 [의안번호 10928, 박대동의원 대표발의] 검토보고서,” 국회 정무위원회 수석전문위원 보고서, 2014. 11

최철, “지식재산권의 수익자산화와 금융구조에 대한 소고,” 「외법논집」 제35권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011. 2

Jacobs, Brian W., "Using Intellectual Property as Secure Financing after the Worst Financial Crisis since Great Depression," *Marquette Intellectual Property Law Review*, Volume 15 Issue 2, 2011

Munari, Federico, Cristina Odasso & Laura Toschi, "IP-backed Finance," *available at* https://www.researchgate.net/publication/44707408_IP-backed_finance

Organization for Economic and Cooperation Development (OECD), "IP-Based Financing of Innovative Firms" in *Enquiries into Intellectual Property's Economic Impact*, 2015

Ⅲ. 보도자료

금융위원회 등 관계부처합동, “창조경제 실현을 위한 지식재산금융 활성화 방안,” 보도자료의 붙임자료, 2013. 7. 30

금융위원회/기획재정부/특허청, “기술 금융 활성화를 위한 기술평가시스템 구축 방안,” 보도자료, 2014. 1. 21

금융위원회, “㈜이크레더블, 4번째 기술신용평가기관(TCB)으로서 업무 개시,” 보도자료, 2015. 4. 8

금융위원회, “기술금융 활성화를 위한 투자용 기술금융 평가 개시,” 보도자료, 2

016. 4. 1
금융위원회, “은행 혁신성평가 관련 향후 추진계획,” 보도자료, 2015. 7. 8
금융위원회, “기술금융 체계화 및 제도 개선방안,” 보도자료의 붙임자료, 2015. 6. 8
금융위원회, “특허관리전문회사(NPE)형 IP 펀드 조성,” 보도자료, 2015. 6. 29

Abstract

Review of a Legal Framework for Enhancing 'Creative Finance' in Korea

Ko, Dong Won

This article is intended to review a legal framework for enhancing "creative finance," which supports a "creative economy," one of major agenda that the current Park Geun Hye Administration has pursued. The "creative finance" may be defined as financing for start-up companies or small- and medium-sized innovative companies whose main assets consist of technology or intellectual property ("IP"). Thus, this article focuses on the area of technology finance and IP finance, among the fields relating to creative finance. The current Government has taken major measures to boost technology finance and IP finance. The Financial Services Commission, a relevant government commission, among others, has implemented the measures setting up a technology data base system and a technology credit bureau scheme, which enable financial institutions to extend their credits to such start-up innovative companies. However, this articles believes that more tasks need to be taken in order to enhance creative finance.

Therefore, this article suggests the following improvements in terms of legal and policy aspects. First, technology should be specified into the scope of IP rights under the Act Concerning Collateral of Movable Property and Claims in order to enable technology to be included in the category of collateral by filing to the relevant authority. Second, the scope of 'underlined asset owners' in asset-backed securitization transactions under t

he Asset-Backed Securitization Act should be extended to "general compa nies," including start-up innovative companies, deviated from the current "high-credit rating companies." Third, the scope of 'trust assets' entrusted by a trustee company under the Capital Market Services Act should be e xtended to 'technology assets' in order to activate technology finance thro ugh trust transactions. Fourth, a separate "technology credit business" sho uld be set up rather than the current scheme of combining technology cr edit information with general credit information. Fifth, commercial banks should be encouraged to invest in start-up companies by increasing the c urrent 15% ceiling of owning shares with voting rights in such companie s under the Bank Act. Sixth, the collective investment scheme investing i n start-up innovative companies need to be improved to encourage indivi dual investors to invest in such companies by providing tax benefits to i nvestors. Seventh, it is necessary to implement the policy for setting up t he infrastructure of exchange markets for technology and IP and an exch ange for operating such markets by boosting participants in the exchange market, such as "non-practicing entity" (NPE) companies specializing in I P administration as well as trustee companies in charge of managing entr usted technology and IP.

Ko, Dong Won

creative economy, creative finance, technology finance, intellectual property finance, technology credit information, technology credit bureau, technology data base

자본시장법상 시장질서 교란행위에 관한 소고

안 현 수*

【목 차】

Ⅰ. 머리말

Ⅱ. 시장질서 교란행위 규제 도입 경과
1. 2011.7.27. 자본시장법 개정안
2. 2014.12.30. 자본시장법 개정법률

Ⅲ. 시장질서 교란행위 조문에 대한 검토
1. 미공개중요정보이용 규제범위 확대
2. 시세조종행위 규제범위 확대
3. 과징금 제재 및 불공정거래행위 통보

Ⅳ. 영국의 시장질서 교란행위 규제 제도

Ⅴ. 개선방안
1. 형사벌과의 관계
2. 가이드라인의 마련 필요성
3. 과실에 대한 과징금 부과여부
4. 손해배상 책임 등 피해자의 구제

Ⅵ. 결론

【국 문 요 약】

2015년 7월 1일 시행한 자본시장법 개정법률에 따라 도입된 시장질서 교란행위에 대한 과징금 규제는 기존의 자본시장 불공정거래 규제로 적용할 수 없는 규제 공백을 제거하는 한편, 과징금 부과를 통해 불공정거래의 경제적 유인을 제거하고 신속한 제재를 가하는데 그 목적이 있다. 동 규제는 2차 정보수령자 등 미공개정보 규제 대상자를 확대하고, 회사의 내부정보 이외의 시장정보 이용행위도 규제를 가능하게 하는 한편, 시세조종의 목적성 요건을 충족하지 않더라도 시세에 부당한 영향을 주는 행위를 규제할 수 있게 되었다.

그러나 현행 규정은 허수성호가 등 한정된 유형에 대해서만 규제하는 방식으로 조문이 구성되어 있어 새로운 유형의 불공정거래 행위를 포섭하기 어려울 뿐 아니라, 기존 불공정거래 위반혐의가 있는 경우 시장질서 교란행위의 적용이 불가능하므로 시장질서 교란행위를 적극적으로 적용하기 어려운 한계점을 안고 있

* 성균관대학교 법학전문대학원 박사과정

다.

동 규제의 모델이라 할 수 있는 영국의 경우 형사처벌 조항의 요건을 완화하여 시장남용행위 규제제도를 운영하는 한편, FCA(Financial Conduct Authority, 영업행위감독원)가 제재금 부과 뿐 아니라 형사소추를 위한 기소권을 보유하고 있으므로, 형사처벌을 위한 구성요건에 미치지 못하는 불공정거래행위에 대하여 행정청의 판단으로 행정적 제재 여부를 결정할 수 있는 체계를 갖추고 있다.

현행 시장질서 교란행위 제도의 문제점을 개선하기 위해서는 행정청인 금융위원회가 과징금 부과대상 또는 형사처분 대상을 구분할 수 있도록 기준을 마련하고 이를 분류할 수 있도록 할 필요가 있다. 기존 불공정거래와 시장질서 교란행위의 적용대상 분류는 행정청이 부당이득 금액 등 행위의 규모 등을 고려하여 결정할 수 있도록 하는 것이 필요할 것이다. 또한, 영국의 시장행위 준칙과 같은 가이드라인을 통하여 다양한 사례에 대하여 행정제재를 부과하는데 있어서 명확한 기준을 제시할 필요가 있다. 장기적으로는 금융위원회가 결정한 과징금 처분을 독립적으로 종국적인 처분으로 인정할 수 있도록 과징금 부과사건에 대한 수사기관 통보 의무규정을 삭제하는 한편, 기존 불공정거래 구성요건에 해당하지만 형사처벌 수준에 미치지 못하는 행위 전반에 대하여 시장질서 교란행위를 적용할 수 있도록 법령을 정비하는 것이 필요할 것으로 보인다.

Ⅰ. 머리말

「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 “자본시장법”)은 자본시장에서의 ‘공정한 경쟁’ 및 ‘투자자 보호’를 그 주된 목적으로 규정하고 있다[1]. 동법은 이러한 시장의 공정성을 저해하여 다수 투자자에게 피해를 입히는 거래행위를 규제하기 위하여 불공정거래 규제 규정을 두고 있는데, 그 규제는 내부자 등의 미공개정보 이용행위를 규제하는 내부자거래(법 제4편제1장), 시세의 인위적인 조작을 규제하는 시세조종행위(법 제4편제2장) 및 내부자거래·시세조종행위 이외의 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하는 행위 등을 규제하는 포괄적 사기금지 규정인 부정거래행위(법 제4편제3장) 규제로 대별된다.

그러나 기존 형사처벌을 전제로 하는 불공정거래 조항은 엄격한 구성요건의 적용으로 인하여 형사처벌 대상은 아니지만 가벌성이 높은 행위를 규제할 수 없었다. 반면, 미국의 경우 SEC Rule 10b-5와 축적된 판례를 통해 불공정거래에 대해 포괄적으로 적용하는 한편, 형사처벌 또는 과징금 성격의 민사제재금을 부과할 수 있도록 하고 있다. 우리와 불공정거래 법령체계가 유사한 일본 역시 형사처벌과 별도로 과징금을 부과하고 있으며, 영국 역시 불공정거래행위에 대한 형사처벌과는 별도로 금융서비스시장법에 행정제재 대상인 시장남용행위(Market Abuse)를 정의하고 이를 위반하는 자에 대하여 과징금을 부과하고 있다.

2014년 12월 9일 국회를 통과한 자본시장법 개정법률에 따라 도입된 “시장질서 교란행위”에 대한 과징금 규제 제도는 상기 입법례와 국내의 규제현실이 반영된 것으로서, 그 동안 미공개중요정보 이용 등 전통적인 자본시장 불공정거래 규제로 해결할 수 없는 규제공백을 제거하는 한편, 과징금 부과를 통해 불공정거래의 경제적 유인을 제거하고 신속한 제재를 가하는데 그 목적이 있다.

주요 내용을 살펴보면 미공개중요정보이용에 관한 규제 범위를 확대하여 2차 이상의 정보수령자와 정보도용자 등으로 규제 대상자를 확대하는 한편, 규제대상 정보를 기존의 회사업무 관련 미공개중요정보에서 시장정보 등 외부정보로 확대하였다. 시세조종 규제의 경우 ‘매매를 유인할 목적’ 또는 ‘타인에게 그릇된 판단을 하게 할 목적’ 등 시세조종의 목적성 요건을 충족하지 않더라도 시세에 부당한 영향을 주거나 줄 우려가 있는 행위를 규제할 수 있게 되었다. 금융위원회는

1) 자본시장법 제2조.

이러한 시장질서 교란행위 금지 규정을 위반한 자에 대해서는 과징금을 부과할 수 있게 되었으며, 기존 불공정거래 행위 금지 위반에 따른 징역형 부과시 벌금을 필요적으로 병과하도록 하고, 불공정거래행위로 인하여 취득한 재산에 대하여 필요적 몰수·추징을 하도록 함으로써 불공정거래행위의 경제적 유인을 제거하고자 하였다.

다만, 일본법을 계수한 기존의 불공정거래 법규 체계에서 영국의 금융서비스시장법상 시장남용행위 규정체계를 결합한 결과로 우리만의 독특한 규제체계를 갖게 되었다. 따라서 부정거래행위 등 기존 불공정거래 규정과의 관계를 어떻게 정립할 것인지 문제가 숙제로 남게 되었고, 도입된 규정 역시 영국의 규정을 그대로 도입한 것이 아니라 필요한 사항의 일부만 변형하여 반영하였으며, 개별 조문에 대한 구체적인 세부적인 적용례가 제시되지 못하여 각각의 적용대상이 되는 행위가 어떤 것인지에 대한 논란은 불가피하게 되었다.

본고는 시장질서 교란행위 규정의 도입과정을 살펴봄으로써 그 연원을 파악하고, 각각의 규정의 취지와 모델이 되었던 영국의 Market abuse 규제 제도를 살펴본 후, 기존 불공정거래 규제와의 관계를 검토하는 한편, 일부 문제점에 대한 개선방향을 논의해보고자 한다.

Ⅱ. 시장질서 교란행위 규제 도입 경과

1. 2011.7.27. 자본시장법 개정안

2011년 7월 27일 금융위원회에서 입법예고한 자본시장법 개정안은 기존 불공정거래행위에 대한 과징금 부과제도 도입과 함께, 시장질서 교란행위 유형을 신설하여 이에 대해서도 과징금을 부과하도록 하였다. 시장질서 교란행위 금지는 크게 정보이용형 교란행위(제178조의2제1항) 및 시세관여형 교란행위의 2가지 유형으로 규정하였는데, 파생상품시장에서의 시세에 중대한 영향을 미칠 수 있는 정보를 이용하는 행위(제178조의2제1항제1호), 상장증권 또는 장내파생상품의 수요·공급 상황 등에 대한 오해유발행위(동조제2항), 가격왜곡으로 증권 또는 파생상품의 권리행사나 조건성취 여부 등에 영향을 주는 행위(동조 제2항)를 금지 유형으로 반영하였다. 그 외에 시장질서 교란행위 규정에 준하는 행위를 시행령에서 별도로 규정할 수 있는 근거를 마련하여 신종 불공정거래 행위의 발생에 대비한 신속한 입법이 가능할 수 있도록 하였다(동조 제2항제4호). 과징금 부과 대

상을 시장질서 교란행위 뿐 아니라 제174조(미공개중요정보 이용), 제176조(시세조종), 제178조(부정거래행위)의 기존 불공정거래 행위에 대해서도 과징금을 부과할 수 있도록 하였다(제429조의2). 다만, 형사처분과의 중복제재 문제점을 해결하기 위하여 동일한 사유로 법원의 몰수, 추징 등이 있는 경우나 법원의 무죄 판결이 확정된 경우 등에는 과징금 부과처분을 취소할 수 있도록 하였다(제429조의2제2항 및 제3항).

금지유형의 주요내용은 시장질서 교란행위 규제 도입의 계기가 되었던 신동방 사건[2], ELS 주가조작 사건[3], 2010년 옵션쇼크 사태[4]에 대응한 내용이 조문 각각에 투영되었다[5]. 각 조문과 대응될 수 있는 사례는 다음과 같다.

<표1> 제178조의2 시장질서 교란행위 유형 및 관련 사례

조 항	내 용	관련 사례
제1항제1호	파생상품시장 정보 이용행위	옵션쇼크
제1항제2호	특정증권 미공개정보 이용행위	신동방 사건
제2항제1호	수급상황 오해유발·왜곡행위	허수성 호가
제2항제2호	증권·파생상품의 조건성취에 영향을 주는행위(연계시세조종)	ELS 주가조작 사건
제2항제4호	기타 시행령으로 정하는 행위	통정·가장매매, 종가관여 등

동 법안은 일본의 불공정거래 행위에 대한 과징금 제도 및 영국의 시장남용행

2) 신동방 주식회사의 무세제 세탁기 개발이 보도되기 전날 신문기자 A가 동생 B에게 해당 정보를 알려주고 B가 해당 주식을 매수하여 매매차익을 취득한 사건. 대법원은 B에 대하여 2차 정보수령자로서 처벌할 수 없다고 판시(대법원 2001.1.25. 선고 2000도90 판결)

3) ELS의 발생사가 만기일에 해당 기초자산의 주가를 의도적으로 하락시킨 사건. 2009년 4월 SK에너지 주식을 대량 매도해 ELS 조기상환 성취가격을 떨어뜨려 투자자들에게 손실을 안긴 미래에셋을 비롯한 대우증권, 캐나다왕립은행, BNP 파리바 등 4곳의 트레이더에 대해 검찰이 자본시장법 위반 혐의로 기소한 바 있음("ELS 주가조작 증권사 트레이더 첫 무죄 판결", 머니투데이, 2013.4.21)

4) 한국거래소 옵션시장 만기일인 2010.11.11일 한국 도이치증권이 풋옵션을 대량으로 매수한 상태에서 장 종료 10분을 남긴 동시호가 때 주식을 대량으로 매도(2조4,353억원)하는 주문을 수탁처리하여 옵션가격의 기준이 되는 KOSPI200 지수가 급락한 사건. 동 사건으로 인해 회사 내부정보가 아닌 시장정보를 이용하는 경우에 대한 규제 여부에 대한 이슈가 발생한 계기가 되었다. 한국거래소 보도자료, "옵션만기일 주가지수 급락 등 관련 감리결과 회원사에 대한 제재조치" 2011.2.25자.

5) 국회 정무위원회, "자본시장과 금융투자업에 관한 법률 일부 개정법률안 심사보고서", 2014.12, 4면, 14면, 금융위원회 보도자료, "주가조작 등 불공정거래 근절 종합대책", 2013.4.18, 10면.

위 제도의 일부 조문이 반영되었다. 최종 반영된 법률과 비교할 때 기존 불공정거래에 대한 과징금 부과가 가능하고, 법문이 포괄적이며, 기타 규제대상 유형을 시행령에도 반영할 수 있도록 여지를 두어 신종 시장질서 교란행위 유형의 발생 시 대비할 수 있도록 하였다.

그러나 당시 동 법안에 대하여 법무부에서 반대 의견을 제시하여 최종 입법은 무산되었다[6]. 법무부는 불공정거래행위는 본질적으로 형사범죄이므로 과징금을 부과하는 것은 미봉책으로서 기존의 형사처벌마저 형해화할 우려가 높다는 의견을 제시하였다[7]. 반면, 입법 주관부처인 금융위원회는 형사제재와 과징금은 병과가 가능하며, 이미 과징금 제도가 도입된 공시위반의 경우 과징금 부과와 검찰고발 및 통보제도를 운영하고 있는 등 형사처벌이 형해화할 우려가 없다는 입장이었다[8].

이후 금융위원회는 법무부의 의견을 감안하여 시장질서 교란행위에 대해서만 과징금을 부과하는 수정안을 제시하였다[9]. 그러나 법무부는 시장질서 교란행위에 대한 과징금 도입의 필요성은 인정하면서도, 규정상 규제 대상 범위가 포괄적이라는 문제점을 지적하였고[10], 이후 법안 추진은 답보상태에 놓이게 되었다.

당시 정부 당국간 의견 차이는 불공정거래의 과징금 제도 부과로 인한 형사처분의 형해화 여부에 있었으므로, 금융당국의 불공정거래 사안 처리의 독점 우려를 불식할 수 있는 보완책이 마련되어야만 추진이 가능한 상황이었다고 볼 수 있을 것이다.

2. 2014년 12월 30일 자본시장법 개정법률

2013년 3월 11일 박근혜 대통령이 첫 번째 국무회의에서 주가조작 조사 및 처벌의 실효성을 제고할 것을 주문하면서 시장질서 교란행위 규제 입법이 급물살을 타게 되었다. 그해 4월 18일 금융위원회 및 검찰 등 관계기관 합동으로 발표

---

6) 매일경제신문, “자본시장 교란 과징금 강화 무산”, 2011.11.7.자 기사.

7) 구승모, “자본시장법상 불공정거래 수사 현황 및 개선방안-불공정거래행위에 대한 과징금 도입 논의와 관련하여”, 「자본시장에서의 과징금제도 변화방안 세미나」발표자료, 국회입법조사처, 2012.5.23, 38면.

8) 최유삼, “자본시장 불공정거래 규제방향에 대한 의견”, 「자본시장에서의 과징금제도 변화방안 세미나」발표자료, 국회입법조사처, 2012.5.23, 110면.

9) 구승모, 전게서, 70면.

10) 구승모, 전게서, 71면.

한 “주가조작 등 불공정거래 근절 종합대책”은 금융위원회 내 조사 전담부서를 신설하고 Fast Track 제도를 운영하는 한편, 관계기관이 참여하는 증권범죄 합동수사단을 검찰에 설치하고, 자본시장법을 개정하여 불공정거래 행위에 대한 벌금형 및 몰수·추징의 필요적 병과, 시장질서 교란행위에 대한 과징금 제도 신설 등의 내용을 담았다[11].

이후, 김재경 의원의 대표발의로 자본시장법 개정안이 발의되었다. 2011년 입법예고안과 비교할 때 특징은 기존 불공정거래행위에 대한 과징금 부과제도는 도입하지 않는 대신 시장질서 교란행위에 대한 과징금 제도만 도입하였는데, 그 행위 유형은 종전 입법예고안과 큰 차이는 없었다. 다만, 시장질서 교란행위가 기존 불공정거래 금지규정의 구성요건에 해당하는 경우는 적용하지 않도록 하여 형사제재 대상과 명확히 구분하도록 하였다.

동 법안과 관련하여 법무부는 미공개정보 이용행위의 규제요건이 지나치게 포괄적이어서 규율대상이 지나치게 확장될 우려가 있으며, 시세조종행위의 경우 목적성 여부를 제외하고는 객관적 요건이 동일하여 행정처분에 의하여 형사처벌이 배제되는 결과가 초래될 것으로 우려된다는 의견을 밝혔다[12]. 이후, 금융위원회와 법무부의 수정의견이 반영되어 2014년 12월 31일 동 법안의 개정이 이루어졌다.

Ⅲ. 시장질서 교란행위 조문에 대한 검토

1. 미공개중요정보이용 규제범위 확대(제178조의2제1항)

가. 대상 금융투자상품(제178조의2제1항 본문)

법 제178조의2에 따른 미공개정보 이용행위 금지대상 금융투자상품은 상장증권(상장예정법인이 발행한 증권을 포함), 장내파생상품 또는 이들을 기초자산으로 하는 파생상품으로 정하고 있다(법 제178조의2 제1항 본문). 제174조에 따른 미공개중요정보 이용행위 금지규정의 경우 상장법인의 업무 등과 관련된 미공개중요정보 이용행위를 금지하므로 대상 금융투자상품 역시 해당 상장법인이 발행한 증권 및 이를 기초자산으로 하는 금융투자상품으로 한정되는 반면, 제178조의2의 미공개정보 이용행위 금지규정은 상장법인의 업무등과 관련된 미공개정보

11) 금융위원회 보도자료, “주가조작 등 불공정거래 근절 종합대책”, 2013.4.18.
12) 국회 정무위원회, 전게서, 11면, 17면

뿐 아니라 시장정보 등 외부정보의 이용행위도 규제대상에 포함되므로, 대상 금융투자상품의 범위를 장내파생상품 등으로 확대된 것이다.

나. 규제대상자(제178조의2제1항제1호)

다음 각 목의 규제대상자가 제2항에 해당하는 정보를 지정금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래에 이용하거나 타인에게 이용하게 하는 행위를 하여서는 아니된다.

가. 제174조 각 항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로부터 나온 미공개중요정보 또는 미공개정보인 사정을 알면서 이를 받거나 전득(轉得)한 자
나. 자신의 직무와 관련하여 정보(제2호 각 목의 요건을 모두 충족시키는 정보를 말한다. 이하 이 호에서 같다)를 생산하거나 알게 된 자
다. 해킹, 절취(竊取), 기망(欺罔), 협박, 그 밖의 부정한 방법으로 정보를 알게 된 자
라. 나목, 다목의 어느 하나에 해당하는 자로부터 나온 정보인 정을 알면서 이를 받거나 전득(轉得)한 자

당초 발의된 법안은 규제대상자의 범위를 별도로 정하지 않고 '누구든지'라는 포괄적인 표현을 사용했으나, 최종법률은 규제대상자를 명확히 하였다. 법무부는 발의 법안에 대하여 미공개정보 이용행위에 대한 규제요건을 포괄적이고 추상적으로 규정하여 명확성의 원칙에 반한다는 의견을 제시한 바, 이러한 의견이 수용된 것이다[13].

가목은 기존 제174조에 따른 미공개중요정보 이용행위 규제대상자인 회사의 내부자 및 1차 정보수령자로부터 미공개중요정보 또는 미공개정보를 받거나 전득한 자를 규제대상자로 하고 있다. 이는 기존 미공개중요정보 및 미공개정보 이용행위의 규제대상자를 2차 정보수령자 이상의 자로 확대한 것으로서, 그 동안 2차 정보수령자의 경우 1차 정보수령자와의 공범관계가 명확하지 않으면 처벌할 수 없는 문제점을 해소한 것이다. 그런데, 제178조의2제2항이 규제대상 정보를 별도로 규정하고 있음에도, 제1호가목의 경우에만 제174조의 미공개(중요)정보라

13) 국회 정무위원회, 전게서, 11면.

고 명시하고 있으므로, 혼동을 피할 수 있도록 향후 자구수정이 필요할 것으로 보인다. 가목은 규제대상자가 내부자 등으로부터 나온 정보임을 알 것을 요구하는데, 영국의 형사사법법 제57조가 내부정보임을 알 것을 요구하는 반면, 시장남용행위를 규율하는 금융서비스시장법 제118B조 (e)[14]가 행위자가 내부정보임을 알거나 알고 있다고 간주하는 것이 합리적일 것을 요구한다는 점을 비교할 때, 자본시장법 제178조의2제1항제1호가목은 형사사법법 제57조의 수준의 인식 정도를 요구한다고 볼 수 있다. 물론 이러한 정황을 모르고 정보를 취득한 자는 규제대상자에 해당하지 않는다.

나목은 자신의 직무와 관련하여 미공개정보를 생산하거나 알게 된 자이다. 제174조의 내부자는 상장법인의 직무관련성을 요구하나, 회사 외부정보의 이용행위 규제를 위해서는 내부자 및 준내부자 외의 자를 규제해야 하므로, 내부자 등이 아닌 정책정보를 생산하는 공무원, 운용전략 정보를 양산하는 펀드매니저 등의 관련 업무 등의 직무관련성을 요구한다. '직무'의 사전적 의미는 '직책이나 직업상에서 책임을 지고 담당하여 맡은 사무'로 정의하므로[15], 일정한 직업을 가진 자가 담당업무를 수행하면서 생산한 정보를 이용하는 것을 규제할 수 있는 것이며, 예를 들어 일반투자자가 개인적으로 작성한 시황분석자료는 직무와 관련하여 생산된 정보는 아니므로 규제대상에서 제외될 것이다.

다목은 해킹, 절취, 기망, 협박, 그 밖의 부정한 방법으로 정보를 알게 된 자이다. 제174조의 미공개중요정보 이용행위의 경우 내부자가 직무와 관련하여 정보를 알거나 그 정보를 받는 경우만을 규제하므로, 절취 등 불법적인 방법으로 미공개중요정보를 취득한 경우를 규제할 수 없었던 것을 과징금 규제 대상으로 포함하게 된 것이다. 동 규정은 영국 금융서비스시장법 118B조 (d)의 '범죄행위의 결과로 입수한 것'과 내용상 큰 차이가 없다. 해킹, 절취, 기망, 협박, '그 밖의 부정한 방법'으로 예시하였으므로, 그 외의 부정한 방법으로 정보를 알게 된 경우도 규제대상에 포함될 것이다[16]. 해킹, 절취 등 행위는 제178조의 부정거래행위 또는 절도죄 등 형벌조항의 적용도 가능할 것이므로, 이와 관련한 법조경합에

---

14) 118B Insiders: For the purposes of this Part an insider is any person who has inside information— (e) which he has obtained by other means and which he knows, or couldreasonably be expected to know, is inside information.

15) 국립국어원, 표준국어대사전.

16) 금융위원회, 「안전한 자본시장 이용법-꼭 알아야 할 자본시장 불공정거래 제도 해설」, 2015. 5, 47면.

대한 문제가 있을 것이다(이와 관련하여 후술한다).

라목은 나목, 다목에 해당하는 자로부터 나온 정보인 정을 알면서 이를 받거나 전득한 자이다. 전득(轉得)한 자를 규제하므로, 원칙적으로는 나목·다목의 자로부터 나온 정보인 정을 안다면 정보전달단계의 횟수는 상관없이 규제가 미치게 되는 결과가 된다.

다. 규제대상정보

대상정보는 지정금융투자상품의 매매등 여부 또는 매매등의 조건에 중대한 영향을 줄 가능성이 있어야 한다(제178조의2제1항제2호가목). 제174조의 미공개중요정보의 중요도와 관련한 '투자자의 투자판단에 중대한 영향을 미칠 수 있는 정보'와 대응되는 조문이다. 제174조의 정보는 상장법인의 업무 등에 관련된 미공개중요정보로 규정하는 반면, 제178조의2제1항제2호 가목의 정보는 상장법인의 업무관련성을 요구하지 않는다. 금융위원회는 금융투자상품의 가격에 영향을 줄 수 있는 금리정책, 외환정책, 무역수지 상황 등 경제정책방향과 관련된 정책정보, 기관투자자의 주문정보, 유가증권의 수요와 공급 및 시장사정에 관한 언론정보와 같은 시장정보를 외부정보의 예로 들고 있다[17].

그 정보가 투자자들이 알지 못하는 사실에 관한 정보로서 불특정 다수인이 알 수 있도록 공개되기 전이어야 한다(동호나목). 미공개중요정보 이용행위를 규제하는 제174조는 "대통령령으로 정하는 방법에 따라 불특정 다수인이 알 수 있도록 공개되기 전의 것을 말한다"고 규정하고 있고, 시행령은 시장에 미공개중요정보가 일반에 공개되기 위한 주지기간을 설정하고 있다. 제178조의2제1항은 정보공개를 위한 주지기간에 대한 명확한 근거가 없다. 해당 정보가 상장법인의 미공개중요정보인 경우라면 시장질서교란행위와 미공개중요정보 이용행위간 미공개성을 달리 보아야 할 특별한 이유가 없으므로, 시행령 제201조의 주지기간 규정을 준용하여 적용하는 것이 타당하다고 본다. 그러나 상장법인의 미공개정보가 아닌 시장정보라면 다양한 공개방법이 존재할 수 있으므로 현행 시행령 조문의 준용만으로는 주지기간을 특정하기 어려운 면이 있다. 미공개정보 이용을 규제하기 위해서는 공개요건에 대한 명시적 근거는 반드시 필요할 것이다[18]. 단순히 웹사이

17) 금융위원회, 전게서, 45면.

18) 국민의 권리침해에 미치는 영향을 고려할 때 입법의 불비로 보는 입장도 있음. 성희활, "2014년 개정 자본시장법상 시장질서 교란행위 규제 도입의 함의와 전망", 증권법연구 제16권 제1

트에 게재하는 것으로 공개의무를 다하였다고 인정하기는 어려울 것이며, 예를 들어 애널리스트의 조사보고서를 통한 시장정보 이용 경우 조사보고서의 증권사 홈페이지 게시시점 등[19], 신문 등 매체를 통한 공시까지는 아니더라도 정보제공 기능을 수행할 수 있는 매체를 다양하게 규정할 필요가 있다고 본다[20][21]. 시행령이나 금융위원회 규정인 자본시장조사 업무규정에 공개 및 주지기간에 관한 규정을 신설하여 예측가능성을 높이는 한편, 다양한 시장정보 이용 유형에 대해 신속하게 반영할 수 있도록 제도적 보완이 필요할 것으로 생각된다.

라. 내부정보의 이용 기타 적용제외사유

미공개정보를 지정금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래에 이용하거나 타인에게 이용하게 하는 행위를 하여서는 아니된다(제178조의2제1항 본문). 제174조제1항과 조문구성에 차이가 없으므로 제174조의 적용례를 따르면 될 것으로 보인다.

투자자보호 및 건전한 거래질서를 해할 우려가 없는 행위로서 대통령령으로 정하는 경우 및 그 행위가 제173조의2제2항·제174조·제178조에 해당하는 경우는 제외한다(제178조의2제1항 본문). 따라서 기존 불공정거래행위의 구성요건에 해당한다면 형사처벌 수준에 이르지 못하는 악성을 갖는 행위라도 시장질서 교란행위 규정 적용은 불가능하게 된다. '대통령령으로 정하는 경우'는 미공개중요정보 등을 알기 전에 상장증권 등에 관한 계약을 체결하는 등 그 권리·의무를 이행하기 위한 거래 등이 해당하게 된다(시행령 제207조의2).

2. 시세조종행위 규제범위 확대(제178조의2제2항)

가. 허수성 호가 제출

상장증권 또는 장내파생상품에 관한 매매등과 관련하여 거래 성립 가능성이 희박한 호가를 대량으로 제출하거나, 호가를 제출한 후 당해 호가를 반복적으로

호, 2015, 165면.

19) 최준선·한석훈 "미국의 증권집단소송의 현황에 관한 소고" 기업법연구 제12집, 2003.3. 452면.

20) 김연미, "회사 웹사이트를 통한 정보 공시의 문제점", 홍익법학, 12권 2호, 2011, 12면.

21) 일본의 경우 금융상품거래업자의 법인관계정보 이용행위와 관련하여 내부자거래와 달리 정보공개에 대하여 별도의 요건을 구비하고 있지 아니하다. 이와 관련하여 홈페이지 등에서 정보를 공개하는 경우 미공개정보 규제가 말하는 공개(公表)가 아닌 공지로 보아 이를 인정할 여지가 있다는 의견도 있다. 川口恭弘, "法人關係情報", 日本證券經濟研究所 金融商品取引法研究會 研究記錄 第44号(2013.9). 5頁.

정정·취소하여 시세 등에 부당한 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 행위를 금지한다(제178조의2제2항제1호). 동 조항은 시세조종행위 관련 제176조제2항제1호의 매매를 유인할 목적의 시세변동행위에 대응되는 규정이다. 동 조항은 한국거래소의 시장감시규정상 회원의 금지행위 규정 중 허수성호가 제출행위 유형(제4조제5호)이 모델이 되어 반영된 조문이다[22][23]. 거래소의 동 규정의 적용례를 보면, 일반투자자의 매매를 유인하기 위하여 체결가능성이 낮은 대량의 저가 매수호가를 제출함으로써 일반투자자의 매수세가 유입하게 되고, 이를 통해 보유물량의 매도 및 매수호가를 취소하는 방식의 허수성호가 제출을 예로 들 수 있다[24].

기타 ⅰ) 전술한 거래소의 적용례와 같은 허수성호가와 매도를 수반하는 형태뿐 아니라, ⅱ) 매매가 없이 허수성호가만 제출 후 이를 취소하는 형태, ⅲ) 통정매매, 가장매매 등이 수반된 허수성호가 제출행위도 상정해볼 수 있다. ⅰ) 또는 ⅲ) 형태의 경우 매매의 유인 목적이 있거나 여타 불공정거래 행위 유형이 결합된 경우라면 시세조종행위에 해당할 수 있고, 이 경우 제178조의2제2항 단서에 따라 시장질서 교란행위 규정을 적용할 수 없게 된다. ⅱ) 형태의 경우 허수성호가 제출만으로는 시세조종으로 인정되기 어렵고[25], 제178조의2제2항제1호의 조문을 볼때 허수성호가 제출 이외에 다른 요건을 정하지 않았으므로 당연히 동 조문이 적용될 수 있을 것이다. 다만, 예를 들어 알고리즘 프로그램의 오류로 인하여 대량의 하한가 매수호가가 나갔으나 체결이 이루어지지 않고 시세에 미치는 영향도 낮거나 없는 경우라면, "시세에 부당한 영향을 줄 우려"가 있다 하더라도 과실이라는 점과 시장에 미치는 영향이 낮거나 없었다는 점을 고려한다면 동 조문을 그대로 적용하는데는 무리가 따를 것으로 보인다[26].

---

22) 제4조 (회원의 금지행위) 회원 또는 그 임원·직원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.
5. 거래 성립 가능성이 희박한 호가를 대량으로 제출하거나 직전가격 또는 최우선호가의 가격이나 이와 유사한 가격으로 호가를 제출한 후 당해 호가를 반복적으로 정정·취소하여 시세 등에 부당한 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 행위

23) 김정수, "자본시장법상 시장질서 교란행위 - 주요내용과 향후 과제를 중심으로", 금융법학회 춘계학술대회 발표자료, 2015.5.8, 24면.

24) 한국거래소, '2012년 제2차 현물·파생상품시장 정기 및 수시감리 결과에 따른 회원사에 대한 제재조치', 2013.2.21, 한국거래소 보도자료, 2면

25) 서울고등법원 2009.3.19. 선고 2008노2314 판결.

26) 이정수, "시장질서교란행위 도입과 관련한 몇 가지 쟁점들", 증권법연구 제16권 제2호, 2015, 15면.

나. 가장매매 및 통정매매

권리의 이전을 목적으로 하지 않는 가장 매매로 시세에 부당한 영향을 주거나 줄 우려가 있는 행위를 금지한다(제178조제2항제2호). 기존의 시세조종 중 가장 매매 금지규정(제176조제1항제3호)와는 목적성 요건을 제외하고는 문구상 큰 차이는 없다.

손익이전 또는 조세회피 목적으로 통정매매하여 시세에 부당한 영향을 주거나 영향을 줄 우려가 있는 행위를 금지한다(제178조의2제2항제3호). 당초 발의된 법안에서 손익이전 또는 조세회피 목적의 통정매매로 한정하여 그 유형을 구체화하였다는 특징을 가지고 있다. 손익이전 목적의 통정매매 행위는 간헐적으로 적발되는 불공정거래 유형에 해당한다. 대표적인 유형이 유동성이 적은 종목을 대상으로 증권회사 직원이 본인 계좌에서 시가로 매수한 금융투자상품을 시가보다 높은 가격으로 매도 주문을 내고, 위임받은 고객계좌로 매수함으로써 증권회사 직원이 이익을 취하는 형태이다[27]. 이와 같은 매매는 선물·옵션 원월물 종목과 같이 일반투자자의 거래가 적은 종목을 이용하게 되는데, 증여 목적으로 이러한 통정매매를 이용할 유인도 생기게 된다. 이러한 행위는 거래가 적은 금융투자상품을 대상으로 거래가 이루어지므로 불특정투자자에게 피해를 입힐 가능성은 낮다고 볼 수 있다. 이러한 행위 유형은 종전에는 부정거래행위 금지 위반 행위가 적용가능했는데, 이러한 통정매매가 시세에 부당한 영향을 미쳐 일반 투자자에게 피해를 줄 수 있는 행위가 아닐 수도 있다고 보면, 부정거래행위 금지 규정을 적용할 수 있는 행위 유형을 굳이 과징금 부과 대상 유형으로 조문화할 필요까지 있는가 하는 의문이 있을 수 있다. 다만, 시장에 영향을 미치는 악성을 고려할 때 과징금 처분 대상으로 적용하는 것이 타당하다고 판단하여 반영된 입법으로 이해할 수도 있다고 생각된다.

다. 풍문의 유포, 위계 사용 등의 행위

풍문의 유포, 거짓 계책을 꾸미는 등으로 상장증권 또는 장내파생상품의 수요·공급 상황이나 가격에 대하여 타인에게 오판을 유발하거나 가격을 왜곡할 우려가 있는 행위를 금지한다(제178조의2제2항제4호). 동 조항은 당초 발의된 법안에

---

27) 금융감독원, '파생상품시장의 불법적인 통정매매를 이용한 불공정행위와 관련된 투자자 유의사항 안내', 2013.8.5, 금융감독원 보도자료, 1면.

없었던 조항이 최종 반영된 것으로서 부정거래행위에 관한 제178조제2항의 풍문 유포, 위계의 사용 행위 중 '금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래를 할 목적이나 그 시세의 변동을 도모할 목적'이 없더라도 과징금 규제가 가능하도록 반영된 규정이다. 다만 제178조의 부정거래행위는 모든 금융투자상품을 규제대상으로 하는 반면, 제4호는 상장금융상품으로 한정되어 있다는 점에서 대상 금융투자상품이 제한적이다[28]. 판례는 시세조종행위와 부정거래행위는 법조경합관계(특별관계)에 있다고 보고 있고[29][30], 여타 불공정거래 행위에 대하여 보충적으로 적용할 수 있다고 보아[31] 부정거래행위의 포괄성이 인정되고 있다. 따라서, 제178조의2 제2항제4호의 위계 사용행위가 부정거래행위의 경우와 같이 여타 시세교란형 행위 등 시장질서 교란행위 규정의 보충적·포괄적 적용 가능성을 논의할 수 있을 것이다. 다만 동항 제4호의 행위에 대한 과징금 부과기준[32] 산정시 '특정인 대상으로 1회 이상 위반' 등 기준에 대한 표현을 볼 때, 부정거래행위의 경우와 같은 수준의 시세조종성 행위의 공백을 포괄하는 조항으로서의 기능보다는 증권방송의 매수추천을 통한 위계[33] 등과 같이 특정인·불특정 다수를 대상으로 하는 일정한 작위로 한정하여 적용하는 것을 염두한 것으로 생각된다.

3. 과징금 제재 및 불공정거래행위의 통보

가. 시장질서 교란행위에 대한 과징금 부과(제429조의2)

시장질서 교란행위 규정을 위반한 자에 대하여는 5억원 이하의 과징금을 부과하며, 위반행위 관련 거래 이익(손실 회피)액의 1.5배에 해당하는 금액이 5억원을 초과하는 경우에는 그 이익(손실회피)액의 1.5배 이하의 과징금을 부과할 수 있도록 하여 부당이득에 연동하여 최고상한액 없이 과징금을 부과할 수 있도록 하였다. 과징금액을 이익액의 1.5배로 설정한 것은 기존 불공정거래 형사처벌 조

---

28) 김정수, 「내부자거래와 시장질서 교란행위」, SFL그룹, 2016, 436면.
29) 서울고등법원 2011.6.9. 선고 2010노3160 판결.
30) 일본의 경우도 내부자거래와 같은 여타 불공정거래행위가 부정거래행위 규정의 위반이 된다는 점에 대해 학설상 이의가 없다. 鈴本竹雄·河本一郎, 「證券取引法(新版)」(東京: 有斐閣, 1984), 555頁.
31) 김건식, 「자본시장법」, 두성사, 2009. 336면; 정순섭, "자본시장 불공정거래행위에 대한 규제 시스템과 개선과제", 「자본시장 불공정거래행위에 대한 효율적 규제방안 모색을 위한 심포지엄」 자료, 법무부, 2010, 20면.
32) 자본시장조사 업무규정 별표2 '과징금 부과기준' 중 '4. 부과비율의 산정'.
33) 서울중앙지법 2013.7.5. 선고 2013고합55, 97(병합) 판결.

항이 3배 이하로 설정하였으므로(제443조), 가벌성이 낮은 시장질서 교란행위에 대해서는 형사벌보다 1/2 수준으로 낮추어 규정하게 된 것이다[34].

나. 불공정거래행위 통보(제178조의3)

증권선물위원회는 공시위반 및 시장질서 교란행위 금지 규정에 따른 과징금 사건이 장내파생상품 대량보유보고, 미공개중요정보 이용행위, 시세조종행위, 부정거래행위 위반 혐의가 있다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 이를 통보해야 한다(제178조의3제1항). 이 규정은 시장질서 교란행위에 대한 금융위의 과징금 부과 권한 확보에 따른 기존 불공정거래 행위에 대한 형벌의 형해화를 방지하기 위한 목적으로 보인다. 시장질서 교란행위는 그 요건에서도 그 행위가 미공개정보 이용행위, 시세조종행위, 부정거래행위에 해당하는 경우에는 시장질서 교란행위 대상에서 제외하도록 규정하고 있으므로(제178조의2제1항 및 제2항 본문), 검찰에 통보된 과징금 부과사건에 대하여 유죄 확정판결이 있는 경우에는 과징금 부과처분의 취소사유에 해당하게 된다. 만일 무혐의나 무죄의 확정판결을 받은 경우 이론적으로는 과징금 부과처분이 가능하게 될 것이나, 실제 혐의를 벗은 사안에 대하여 과징금 부과처분을 하는 것은 쉽지 않을 것으로 예상된다[35].

현행 규정과 같이 불공정거래행위를 제외하고 과징금을 부과해야 하며, 필요시 수사기관에 통보해야하는 구조로는 형사벌 체계와 독립된 독자적인 과징금 부과를 하기 어려울 뿐 아니라, 금융위원회가 시장질서 교란행위를 적극적으로 적용하기 어려운 구조를 갖게 된다.

Ⅳ. 영국의 시장질서 교란행위 규제 제도

1. 개요

한국 자본시장법상 시장질서 교란행위 규제의 모델이 되고 있는 영국은 불공정거래(내부자거래)를 형사벌로 규제하는 1993년 형사사법법(Criminal Justice Act 1993)과 별도로 2000년 금융서비스시장법(Financial Services and Markets Act 2000)을 제정하여 내부자거래, 시세조종행위 등에 대하여 시장남

34) 국회 입법조사처, 전게보고서, 19면.
35) 김현렬, “과징금 산정방식의 내용 및 개선”, 불공정거래 및 시장질서 교란행위 개선 이슈 토론회 발표자료, 한국거래소, 2015.11.18, 35면.

용행위(market abuse)라는 별도의 요건을 정하여 금전적 제재를 할 수 있도록 규제체계를 개편하였다. 이러한 규제체계의 배경에는 형사벌을 통한 규제가 엄격한 입증 요건을 충족해야 하며, 이로 인해 소추 및 유죄 판결이 어렵고[36], 기존 형사적 규제로 대응하기 어려운 사각지대가 존재한다는 점 등이 고려된 것으로 알려져 있다[37].

2. 대상금융투자상품

시장남용행위 대상 금융투자상품은 적격투자상품(qualifying investment)를 대상으로 한다(FSMA 제118조제1항). 적격투자상품은 EU지침(2003/6/EC Article 1(3))에서 정하는 양도 가능한 증권[38]이나 규제시장에서 거래할 수 있는 모든 증권을 포함하는데(FSMA 제5조), 규제시장의 범위는 런던증권거래소 외에 AIM(Alternative Invest Market) 등도 포함한다(Insider Dealing Order(SI 1994/187))[39]. 규제시장에서 거래할 수 있는 금융투자상품으로 한정하고 있으나, 대상 금융투자상품의 범위는 우리나라의 경우에 비해 폭넓다고 볼 수 있다.

3. 내부자거래 규제

가. 내부자의 범위

금융서비스시장법은 아래와 같은 지위의 결과로 내부정보를 갖는 자를 내부자로 정의하고 있다[40].

---

36) 北村雅史, 「イギリスにおけるインサイダー取引の規制」, 大証金融商品取引法研究会, 2012.11.30, 2頁.

37) 하영태, “자본시장법상 과징금제도 확대도입과 효율적 운영방안”, 경제법연구 제14권1호, 2013, 149면

38) EU지침(2003/6/EC Article1(3))은 금융상품(Financial instruments)으로 양도가능한 증권(transferable securities), 집합투자기구 지분(units in collective investment undertakings), 통화시장상품(money-market instruments), 금융선물(financial-futures contracts), 선도금리계약(forward interest-rate agreements), 금리, 통화 및 주식스왑(interest-rate, currency and equity swaps), 옵션(options), 상품관련 파생상품(derivatives on commodities), EU 회원국의 규제시장 거래가 허용되는 기타 금융투자상품을 포함하고 있다.

39) 이중기, "영국의 시장남용 규제체제", 증권법연구 제1권 제1호, 2000. 314면.

40) 118B Insiders:
For the purposes of this Part an insider is any person who has inside information—
(a) as a result of his membership of an administrative, management or supervisory body of an issuer of qualifying investments,
(b) as a result of his holding in the capital of an issuer of qualifying investments,
(c) as a result of having access to the information through the exercise of his

(a) 적격투자의 발행자의 관리, 경영 또는 감독을 하는 기관의 구성원
(b) 적격투자의 발행인의 자본을 갖는 자
(c) 고용, 전문사무나 의무의 이행을 통해 정보에 대한 접근결과로 알게 된 것
(d) 범죄행위의 결과로 입수한 것
(e) 기타 수단을 통해 얻은 것으로서, 그 자가 내부정보임을 알거나 알고 있다고 보는 것이 합리적인 것

형사처벌 규정인 형사사법법 제57조는 정보수령자가 내부정보임을 알 것을 요구하고 있으나, 과징금 대상인 시장남용행위 관련 제118B조 (e)항은 내부 정보임을 알거나 알고 있다고 보는 것이 합리적이면 된다고 보고 있으므로 그 범위를 상대적으로 확대한 것이다. 자본시장법상 정보이용형 시장질서 교란행위는 규제대상자가 내부자 등으로부터 나온 정보임을 알 것을 요구하므로 기존 미공개중요정보이용행위와 차이가 없고 입증책임 측면에서 영국의 경우보다 상대적으로 엄격한 요건을 적용한 것이라 할 수 있다. (d)항은 형사사법법에 없는 범위으로서 내부자로부터 수령하지 않은 절도 등을 통한 정보 취득의 경우도 시장남용행위 규제대상에 포함될 수 있다. 동 조문은 우리 자본시장법 제178조의2제1항제1호 다목이 정하는 '해킹, 절취, 기망, 협박, 그 밖의 부정한 방법으로 정보를 알게 된 자'와 유사한 조문에 해당한다.

나. 대상행위

첫째로, 문제가 되는 투자상품과 관련한 내부정보에 기반하여 적격투자 또는 관련투자의 거래를 하거나 거래를 하려는 경우를 규제대상행위로 규정한다(FSMA 118(2)). 적격투자만 아니라 관련투자를 포함하는데, 적격투자의 가격에 그 가격이 의존하는 투자를 말한다(FSMA 130(3)). 따라서, 해당 금융투자상품을 기초로 한 파생상품거래도 포함이 된다[41].

두 번째 유형은 내부자가 고용, 전문적 직무 또는 의무의 적절한 이행과정에 의하지 않고 타인에게 내부정보를 공개하는 것이다(FSMA118(3)).

---

employment, profession or duties,
(d) as a result of his criminal activities, or
(e) which he has obtained by other means and which he knows, or couldreasonably be expected to know, is inside information.

41) 北村雅史, 前揭書, 17頁.

세 번째 유형은 (a) 일반적으로 이용가능하지 않지만, 일반 시장 이용자(regular user of the market)가 이용 가능했다면 적격 투자 거래에 영향을 줄 거래조건을 결정할 때 중요하다고 보거나 볼 수 있는 정보에 근거한 행위이고, (b) 일반 시장이용자가 시장 관련 자의 위치에서 합리적으로 기대되는 행위기준을 준수하지 않는 것으로 볼 가능성이 있는 행위이다(FSMA 118(4)). 이 규정은 정보의 특정성이나 정확성을 요구하지 않으며, 시장이용자가 거래의 근거로 하는 것이 불법이라고 생각하는 정보(FSMA 118(4)(b))면 충분하므로 그 범위가 상당히 포괄적이다. 또한, 발행인의 내부정보 뿐 아니라 조사·분석자료와 같은 시장정보도 일반 시장이용자의 거래에 영향을 줄 수 있으므로 그 정보에 기반한 거래행위도 대상행위에 포함될 수 있게 된다. 일반인의 이용 가능 여부는 공중 공람에 제공되는 기록에 게재되는지 여부, 인터넷이나 출판물에 게재되는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하도록 하고 있다[FCA handbook(MAR1.2.12)].

4. 시세조종 행위

시세조종행위의 경우 금융서비스법(Financial Service Act 1986)의 관련 조문이 금융서비스시장법으로 이관되고, 형사벌 대상인 시세조종행위는 동법 제397조에 규정하고, 행정제재 대상인 시장남용행위는 동법 제118조에서 규율하고 있다. 시세조종 관련 시장남용행위는 목적성 요건을 제거하여 포괄성을 부여하였다.

첫째로, (a) 적격투자상품의 공급이나 수요, 가격에 대하여 기만적이거나 오인할(false or misleading) 인상을 주거나 줄 수 있는 거래 또는, (b) 비정상적이거나 인위적인(abnormal or artificial) 수준으로 당해 투자상품의 가격을 유지하는(secure) 거래를 금지한다(FSMA 118(5)). 동 조항은 2011년 입법예고 법안 제178조의2제2항의 시세관여형 교란행위 규정의 원형이 된 규정이다.

두 번째로, 허위의 수단(fictitious devices) 또는 기만 또는 계략(deception or contrivance) 형태를 사용한 거래를 금지한다(FSMA 118(6)).

세 번째로는 당해 정보가 기만적이거나 오인할 것임을 알거나 알았을 것이라고 합리적으로 예상할 수 있는 자가 적격투자상품에 대해 기만적이거나 오인할 인상을 주거나 줄 수 있는 수단을 통해 정보를 유포하는 행위를 금지한다((FSMA 118(7)).

네 번째는 앞의 세가지 유형에 해당하지 않는 행위로서 적격투자상품의 수요, 공급, 가격 또는 가치에 대하여 기만적이거나 오인할 수 있는 인상을 일반 시장이용자에게 줄 수 있는 행위 또는 당해 투자상품 시장을 왜곡하거나 왜곡할 수 있는 행위로서 일반 시장이용자가 보거나 볼 가능성이 있는 행위를 금지한다(FSMA 118(8))[42].

5. 제재금의 부과 등

FCA는 시장남용행위에 관여하거나 다른 사람에게 시장남용행위를 강요 또는 권장을 하는 자에 대하여 제재금을 부과할 수 있다(FSMA 123(1)). FCA는 시장남용행위에 대하여 제재금의 부과 뿐 아니라, 기소권(institutional proceedings)을 부여받고 있으므로(FSMA 401, 402), 시장질서 교란행위에 대한 형사소추 가이드라인[43]을 두어 시장남용행위 뿐 아니라 형사법상 위반의 여지가 있는 경우에 처리방법을 정하고 있다[44].

시장남용행위에 대하여는 FCA가 시장남용행위에 해당하는지 여부에 대한 가

---

42) 118 Market abuse
(5) The fourth is where the behaviour consists of effecting transactions or orders to trade (otherwise than for legitimate reasons and in conformity with accepted market practices on the relevant market) which-
(a) give, or are likely to give, a false or misleading impression as to the supply of, or demand for, or as to the price of, one or more qualifying investments, or
(b) secure the price of one or more such investments at an abnormal or artificial level.
(6) The fifth is where the behaviour consists of effecting transactions or orders to trade which employ fictitious devices or any other form of deception or contrivance.
(7) The sixth is where the behaviour consists of the dissemination of information by any means which gives, or is likely to give, a false or misleading impression as to a qualifying investment by a person who knew or could reasonably be expected to have known that the information was false or misleading.
(8) The seventh is where the behaviour (not falling within subsection (5), (6) or (7))-
(a) is likely to give a regular user of the market a false or misleading impression as to the supply of, demand for or price or value of, qualifying investments, or
(b) would be, or would be likely to be, regarded by a regular user of the market as behaviour that would distort, or would be likely to distort, the market in such an investment, and the behaviour is likely to be regarded by a regular user of the market as a failure on the part of the person concerned to observe the standard of behaviour reasonably expected of a person in his position in relation to the market.

43) The Enforcement Guide, 12.3. Criminal prosecutions in case of market abuse. 기본 원칙은 the Code for Crown Prosecutors에 반영되어 있다.

44) E. P. Ellinger, Eva Lomnicka and Richard Hooley, “Modern Banking Law”, Oxford University Press, 2002, p.29.

이드로서 규정(code)을 운영하도록 규정하고 있으며(FSMA 119(1)), 이에 따라 FCA는 규정의 해석에 대한 구체적인 사례 등을 포함하여 지속적으로 업데이트 되는 Code of Market Conduct[45]를 운영하고 있다.

6. 소결

영국의 시장질서 교란행위 규제는 기본적으로 형사사법법 등 형사처벌 조항을 기반으로 규제요건을 완화하는 방식을 취하는 한편, FCA가 제재금 부과 뿐 아니라 형사소추를 위한 기소권을 보유하고 있으므로, 형사처벌을 위한 구성요건에 못 미치는 회색지대에 있는 불공정거래행위에 대하여 FCA의 판단으로 행정적 제재 여부를 결정할 수 있는 체계를 갖고 있다고 볼 수 있다.

여타 국가의 사례의 경우도 마찬가지인데, 일본의 경우 부정거래행위[46](금융상품거래법 제157조)를 제외한 불공정거래 행위에 대해서는 형사처벌 또는 과징금의 부과가 가능하므로(제173조 등), 금융청의 재량에 따라 위법성이 낮은 불공정거래에 대한 행정제재가 가능하다. 미국은 증권범죄를 포함한 법규위반행위 전반에 대하여 민사제재금 부과가 활성화되어 있는데, 실무적으로 벌금 등 형사벌의 상황을 고려하여 민사제재금의 부과액을 결정하고 있다[47]. FCA의 제재금 부과 실적[48]은 제재금 제도를 운영하는 여타 국가[49]들과 비교할 때 상대적으로 많다고 볼 수는 없지만, FCA가 직접 제재금 부과건과 형사소추건을 구분하여 처리한다는 점을 고려할 때 어느 정도 수긍할 수 있는 처리실적으로 생각된다.

한국은 2011년 최초 입법예고한 자본시장법 개정안을 통해 기존 불공정거래행위와 시장질서 교란행위에 대한 과징금 부과 추진으로 영국과 일본의 제도 형태를 병행함으로써 기존 불공정거래가 다루지 못하는 영역을 규제하고자 하였으나,

---

45) Code of Market Conduct의 세부 내용은 FCA 홈페이지 참조(https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/MAR/)

46) 제157조는 증권거래에 관하여 부정한 수단, 기교를 사용하는 것을 금지하는 포괄조항으로서 위반행위를 유형화하여 위반행위에 의한 경제적 이득의 수준을 정하는 것이 곤란하기 때문에 대상외로 하였다"고 설명하고 있음. 三井秀範(編), 「過徵金制度と民事賠償責任-條解 證券取引法」(2005), 43頁.

47) 안수현, "금융행정 집행수단으로서 과징금제도 검토", 서울대학교 금융법센터 BFL 32호, 2008.11. 86면.

48) FSA(FCA 전신)는 market abuse 관련 2010, 2011년 2년간 15건의 제재금(총 800만 파운드)이 부과된 바 있음. Gower & Davies, Principles of Modern Company Law 9th ed. p.1170(2012).

49) 일본 금융청의 경우 '13년 총 46건, '14년 총 44건(이상 공시위반 과징금 포함)의 과징금 부과 실적을 나타낸 바 있음(금융청 홈페이지(www.fsa.go.kr)에 게시된 과징금 납부명령 목록을 전수조사하여 집계)

최종 입법은 한정된 유형에 대해서만 열거하여 규제하는 방식으로 반영되었다. 법률이 시행된 후 1년이 지난 현재도 과징금 부과사례가 나오지 못하는 것에는 입법조항이 갖는 한계도 한몫하고 있다고 생각된다.

Ⅴ. 개선방안

1. 형사벌과의 관계

최초 시장질서 교란행위 도입 여부와 관련하여 가장 큰 관건은 금융당국과 수사기관간 규제범위를 어떻게 설정하느냐의 문제였다. 2011년 금융위원회의 입법예고안과 관련하여 법무부는 그 개념이 지나치게 포괄적이며, 동 제도 도입으로 인해 기존의 형사처벌마저 형해화 될 우려를 지적하였고,[50] 개정 법률은 기존 불공정거래 행위에 해당하는 경우에는 시장질서 교란행위에서 제외하도록 규정하였다.

국내의 판례와 통설은 과징금과 형벌은 원칙적으로 그 규제목적과 성질이 달라 병과할 수 있다는 태도를 취하고 있다[51]. 따라서, 이론적으로는 국가의 형벌권 행사와 (부당이득 환수목적의) 과징금 부과는 병과가 가능하다. 하지만, 자본시장법 개정 조문은 과징금 부과와 별도로 불공정거래행위에 따른 이익환수 목적으로 그 이익의 1배 이상의 벌금을 필요적으로 병과해야 하며(제443조), 부당이득에 대한 몰수·추징이 법제화(제447조의2)되어 있으므로, 동일행위에 대하여 동일한 성격의 과징금, 벌금 부과 및 몰수·추징이 이루어지게 된다면 당해 중복 제재가 정당성을 갖는지 문제가 될 수 있을 것이다. 적어도 제178조의2 각항 단서의 규정은 이중제재 문제와 관련한 문제는 해소한 측면이 있다.

그러나 형사처벌 여부에 따라 과징금 부과처분의 방향이 결정되는 현행구조는 시장질서 교란행위를 소극적으로 적용하게 되는 원인이 되고, 행정청이 기존 불공정거래행위가 아닌 것으로 판단하여 시장질서 교란행위로 과징금을 부과한 사안에 대하여 다시 형사처분을 받을 수 있도록 통보하는 등 법률적으로 절차를 정한 것은 중복제재 절차를 정한 것이나 다름없으며, 중복된 조사·수사 등 반복되는 절차로 인하여 피조치자에게 과도한 부담을 지우게 된다는 점도 고려할 필요가 있다.

---

50) 구승모, 전게서, 68~71면.
51) 대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결. 김철용, 「행정법I」, 박영사, 2005, 410면.

이중제재 가능성을 배제하면서도 회색지대에 있는 불공정거래를 적극적으로 규제하기 위해서는 형사처벌 대상과 과징금 부과대상을 구분할 수 있는 프로세스가 마련될 필요가 있다고 생각한다. 해당사안이 과징금 부과 대상 또는 형사처분 대상인지 여부는 영국의 The Enforcement Guide, 12.3.과 같은 가이드라인을 제정하고, 금융위원회 및 검사가 참여하는 불공정거래조사·심리기관협의회에서 사건을 분류하는 방식으로 처리하는 것을 고려해볼 수 있을 것이다.

또한, 행정청인 금융위원회가 결정한 과징금 처분을 해당 사안에 대한 독립적이고 종국적인 처분으로 인정받을 수 있도록 과징금 부과사건에 대한 수사기관 통보절차를 삭제하는 것 또한 장기적으로 검토될 필요가 있다고 본다.

절취, 해킹 등이 형벌로 다루어야 할 사항으로서 과징금으로 정하는 것이 타당한지에 대한 문제가 제기될 수 있다.[52] 이론적으로는 과징금 부과는 절취, 해킹 등에 따른 금융투자상품의 거래에 따른 부당이득을 환수하는 목적의 행정처분이므로 범죄에 대한 국가형벌권 행사와 별개로 이루어질 수 있다. 다만, 형사벌과 과징금의 보호법익과 제재의 효과를 고려할 때 행위의 태양이나 악성을 고려하여 절도죄, 부정거래행위 또는 과징금 부과대상을 구분이 필요할 것이고, 이 역시 세부적인 적용기준이 마련될 필요가 있다고 생각한다.

2. 가이드라인의 마련 필요성

시장질서 교란행위 규정은 최초 발의된 법안보다는 그 요건을 구체화하였으나, 처음으로 도입된 제도이므로 그 적용 범위에 대하여 일부 논란의 여지가 있다. 예를 들어 애널리스트의 기업탐방 중 얻게 된 정보 중 어떤 정보가 규제대상 미공개정보인지 여부가 불분명해 일부 증권사가 기업탕방 일정을 취소하는 등 규정의 적용범위에 대한 시장참여자의 혼란이 실제 나타난 바 있다[53]. 정당한 IR 활동 등이 위축되는 것을 막기 위해서는 관련 당사자들이 준수할 수 있는 일정한 기준이 제시될 필요가 있으나[54], 규제대상인 시장정보의 범위나 허수성호가의 정

52) 안수현, “부정거래와 시장질서 교란행위의 관계”, 불공정거래 및 시장질서 교란행위 개선 이슈 토론회 발표자료, 한국거래소, 2015.11.18, 61면.

53) ‘시장질서 교란행위 규제 강화됐지만... 혼란스러운 증권업계’, 조선비즈, 2015.8.11. 기사.

54) 일본의 경우도 내부자거래와 관련한 거래권장행위 규제를 도입할 당시 건전한 IR활동의 우려를 고려한 주관적 요건의 마련이 필요하다는 지적이 있었음. 鈴木克昌ほか,「情報伝達 · 取引推奨行為規制に対する米英からの示唆（下）」,商事法務 2004號(2013) , 28頁, 荻野昭一, 平成25年金商法改正による情報轉達·取引推薦規制の導入, 月刊 資本市場 2013. 11(No. 339), 18頁.

의 등 기존의 불공정거래 규제가 담당하지 않았던 영역에 대해서는 현재 상태에서는 명확한 정의가 마련될 필요가 있다.

영국은 Market Abuse 조항에 대한 세부적인 시장행위준칙(Code of Market Conduct)를 제정하여 구체적인 사례를 들어 행위 유형별로 적용할 수 있는 가이드라인을 제공하고 있다. 영미의 불공정거래 규제는 요건을 상대적으로 추상적으로 규정하고 축적된 판례가 세부지침 역할을 하는 원칙론적 접근방식을 취하므로 이러한 준칙의 필요성이 더욱 요구된다 할 것이다[55]. 우리나라와 일본의 경우는 대체로 열거주의에 기반한 형식주의적 접근방식을 취하고 있다[56]. 자본시장법상 시장질서 교란행위의 경우 영국의 Market Abuse 법규를 참조하여 요건을 구비하였으나, 세부적인 매뉴얼이 제공되지 않아 규제대상자의 혼란을 가중시킨 측면이 있다. 이러한 문제를 보완하기 위하여 금융위원회가 업계와 협의를 거쳐 시장질서 교란행위의 도입배경 및 사례를 설명한 책자를 발간하기도 하였다[57]. 시행 후 기간이 짧은 탓에 법규의 적용례가 없으므로 세부적인 가이드라인을 마련하는 데는 한계가 있을 것으로 생각된다. 장기적으로는 영국과 같은 구체적인 규율화된 준칙이 마련되어 금전적 행정제재를 부과하는데 있어서 명확한 기준이 제시되어야 할 필요가 있다고 생각된다.

3. 과실에 대한 과징금 부과여부

자본시장법상 금융투자업자나 공시위반에 대한 과징금의 부과는 위반행위에 대하여 고의 또는 중대한 과실을 요건으로 하고 있으나(제430조제1항), 시장질서 교란행위는 위반행위 대하여 행위자의 고의 또는 중대한 과실 요건을 적용하지 않으므로, 규정만으로 봤을 때는 경과실에 대해서도 과징금 부과가 가능하다(제430조). 시장질서 교란행위 취지상 형사벌 요건에 해당하지 않는 비범죄화 된 행위를 규제하기 위해서는 고의나 과실에 대한 입증책임을 경감할 필요가 있을 것이다. 그러나 고의나 과실 여부에 대한 판단을 배제할 경우 비난가능성에 상응한 제재를 고려하기 어려워지는 문제가 생길 수 있다[58]. 시장질서 교란행위 유형 중

55) 松尾直彦,『金融商品取引法』, 商事法務, 2011, 516~517頁.
56) 大崎貞和, インサイダー取引規制見直しの概要と今後の課題, 月刊 資本市場, 2013. 3, No. 331, 26頁.
57) 금융위원회, '안전한 자본시장 이용법-꼭 알아야 할 자본시장 불공정거래 제도 해설', 2015.5.
58) 홍대식, "공정거래법상 과징금 제도에 관한 연구", 서울대학교 대학원 박사학위 논문, 2006, 145면.

미공개중요정보의 2차 정보수령자의 정보이용행위나, 허수성 호가의 반복적인 정정·취소행위, 손익이전 또는 조세회피 목적의 통정매매의 경우 행위의 반복성이나 행위의 목적성이 요건이 되므로 행위의 비난가능성 내지 고의성이 명확하다 할 것이나, 시스템 오류로 인한 대량의 허수성 호가 제출이나 업무 중 알게 된 정보가 금융투자상품의 매매 여부에 중대한 영향을 미치는지 여부에 대한 판단이 명확하지 않은 상태에서 이루어진 거래행위 등에 대해 고의와 같은 수준의 과징금을 부과할 수 있을지 여부가 문제가 될 수 있다.

시장질서 교란행위의 모델이 되는 영국 금융서비스시장법상 Market abuse의 경우 고의나 중과실 같은 요건을 요구하지 않으나, 통상적인 시장이용자가 합리적으로 기대되는 행위기준을 충족할 것을 요구하는데, 그 행위기준은 공인투자거래소 등이 정한 규칙, 금융감독기구가 정한 행위기준 및 최선의 시장관행을 포함하는 것으로 하고 있다(제118조제1항b호, c호)[59]. 미국은 증권업 종사자가 고의(willfully)로 증권관계법을 위반한 경우 SEC가 직접 민사제재금을 부과할 수 있다(SEA §21B(a)(1)[60]. 또한, SEC의 민사제재금 부과시 부과대상행위가 고의(deliberate)나 중과실(reckless)을 포함하는지 여부 등을 고려할 수 있도록 하고 있다(SEA §21B(c)(1))[61][62]. 일본은 불공정거래에 대한 과징금 부과시 고의나 과실 요건을 규정하고 있지 않지만, 기본적으로 형벌 대상행위와 과징금 대상행위가 동일하게 적용되고 있고, 부당이득금액이 있는 경우에만 과징금납부명령을 내리도록 하고 있으므로 경과실 또는 부당이득액이 적거나 없는 행위에 대해 과중한 과징금 부과를 할 가능성은 낮다고 볼 수 있을 것이다.

외국의 사례를 살펴 볼 때 적어도 과징금의 부과시 행위자의 고의나 과실 여부가 어느 정도 판단요소로 작용한다는 것을 알 수 있다. 과징금 제도가 형사벌

---

59) 오성근, “영국의 금융서비스·시장법상 시장남용행위규제 및 입법적 시사점”, 비교사법 제14권 4호, 2007, 536면.

60) Rule 10b-5 관련 공소장에는 의도적으로, 알면서, 부주의하게(wilfully, knowingly, recklessly) 등과 병행해서 사용한다. 김학석, "금융투자상품의 부정거래행위에 관한 연구", 고려대 법학박사 학위 논문, 2010.12. 54면.

61) 김정수, ‘자본시장법상 불공정거래에 대한 과징금 도입방안’, 금융위원회 연구용역보고서, 2010, 118면.

62) (c) DETERMINATION OF PUBLIC INTEREST.—In considering under this section whether a penalty is in the public interest, the Commission or the appropriate regulatory agency may consider—

(1) whether the act or omission for which such penalty is assessed involved fraud, deceit, manipulation, or deliberate or reckless disregard of a regulatory requirement

과 같은 비난가능성을 염두한 제도가 아니고 신속한 결정을 내리는데 취지가 있으므로, 과징금 부과대상 여부의 판단요소가 아닌 부과금액의 산정시 판단요소로 적용될 수 있도록 할 필요가 있다.

이와 관련하여 금융위원회의 '자본시장조사 업무규정'은 과징금의 부과비율 산정시 위반행위의 고의가 없는 경우를 하향사유로 규정하고 있으나(규정 별표 2), 세부적인 적용방법을 명시하고 있지는 않다. 공정거래법의 경우 시행령에 '위반사업자의 고의·과실, 위반행위의 성격과 사정 등의 사유'를 고려하여 과징금액을 조정하도록 규정하고 있고(시행령 별표 2), 조정을 위한 세부기준(과징금부과 세부기준 등에 관한 고시)을 마련하고 있다는 점을 참고할 필요가 있다.

4. 손해배상 책임 등 피해자의 구제

기존 불공정거래행위의 경우 피해자에 대한 손해배상책임을 규정하고 있으나(제175조, 제177조, 제179조), 시장질서 교란행위 위반에 대하여는 별도의 손해배상 책임을 규정하고 있지 아니하다. 물론, 민법 제750조에 기한 손해배상청구권을 행사하는 것은 가능하나, 피해자의 거래와 관련한 입증책임 측면에서 상대적으로 불리할 수 밖에 없다.

과징금 부과대상인 자본시장법상 공시위반에 대해서는 당해 증권을 발행한 법인 등에 대한 손해배상 책임을 규정하고 있으며(제162조), 공정거래법을 위반한 사업자 등은 피해자에 대한 손해배상 책임을 규정하고 있다(제56조). 그러나 동 규정들은 법규 위반에 따른 형사처벌 및 과징금 조항이 병존하고 있다는 점, 배상책임을 지는 자가 법인이라는 점에서는 시장질서 교란행위 위반의 경우와 차이가 있다.

아직 시장질서 교란행위에 대한 과징금 부과가 활성화되지 않았다는 점, 허수성호가 등 시장질서 교란행위의 요건을 볼 때 상대적으로 손해배상의 범위의 설정이 용이하지 않을 것이라는 점, 그리고, 과징금 부과의 취지가 불법적 이익의 환수 목적을 가지고 있다는 점을 고려할 때 당장은 손해배상 규정을 반영할 실익이 크지 않으나, 과징금 부과가 활성화되고 관련 사례가 축적된다면 장기적으로 검토할 필요성은 있을 것이다.

한편, 과징금을 국고로 귀속하는 일본과 달리, 미국[63]과 영국의 경우 과징금

63) 미국의 경우 2002년 Sarbanes-Oxley Act에 따라 'Fair Fund'가 만들어져 징수된민사제재금을 투

중 일부분을 피해자 구제기금이나 제보자 포상재원으로 활용하고 있다[64]. 우리나라도 부당이득의 환수라는 취지를 고려할 때, 피해자 구제를 위한 사업에 사용할 수 있는 근거를 마련하는 것을 장기적으로 검토할 필요가 있다고 생각된다[65].

Ⅳ. 결론

기존 불공정거래행위 규제체계의 공백을 제거하기 위하여 시장질서 교란행위에 대한 과징금 부과제도가 도입되었지만, 유사한 제도를 운영하는 영국 등 주요국과 비교할 때 규제범위가 제한적이고, 만일 시장질서 교란행위 대상행위가 기존 불공정거래 행위의 구성요건에도 해당할 경우에는 제178조의2제2항 단서에 따라 시장질서 교란행위 규정 적용을 할 수 없으므로, 설령 그 행위가 형사처벌 수위에 못미치는 행위라 하더라도 시장질서 교란행위 규정을 적용하기 어렵다는 문제점을 갖고 있다.

예를 들어 시세관여형 교란행위의 경우 허수성호가, 가장매매 및 손익이전·조세회피 목적의 통정매매 등으로 그 대상을 한정하고 제178조의2제2항 단서에 따라 기존 불공정거래행위에 해당하면 안되도록 규정하였으므로, 형사처벌 대상이 되지 못하는 회색지대에 있는 시세조종성이 있는 교란행위에 대하여 적용하기 쉽지 않다는 문제가 있다. 또한, 시장질서 교란행위 규제대상인 허수성호가 제출행위가 시세조종의 목적성이 있는 등 시세조종행위의 구성요건을 충족하는 경우, 시장질서 교란행위를 적용할 수 없게 되며, 동 행위가 시세조종행위 규제를 위한 계량적 요건을 미충족하는 경우에는 시세조종행위 처벌도 어렵다는 문제가 있다.

이는 법무부의 기존 불공정거래 규제의 형해화의 우려가 입법으로 반영된 결과로서, 시장질서 교란행위의 규제 대상 여부를 기존 불공정거래 요건과 비교하여 엄격하게 따져야하는 문제점을 만들게 되었고, 시장질서 교란행위의 적용례가 나오기 어려운 요소로 작용되었다고 생각된다.

장기적으로는 기존 불공정거래가 규제하지 못하는 회색지대를 제대로 규제하기 위해서는 영국과 일본의 입법례와 같이 취지에 맞게 회색지대의 불공정거래

자자보호를 위하여 사용할 수 있는 근거가 마련되었다. 하영태, “자본시장법상 과징금제도 확대도입과 효율적 운영방안”, 경제법연구 제14권 1호, 2015, 163면.

64) 김병연, “자본시장법상 불공정거래행위에 대한 과징금제도의 도입”, 상사법연구 제32권 제4호, 2014, 106면.

65) 자본시장연구원, “자본시장 불공정거래 관련 과징금 제도 도입시 구체적 운영방안”, 금융감독원 연구용역보고서, 2013, 152면.

행위를 처리할 수 있도록 시장질서 교란행위의 규제범위를 불공정거래 규제 수준으로 넓히는 한편, 기존 불공정거래와 시장질서 교란행위의 적용대상 여부는 행정청이 부당이득금액 등 행위의 규모 등을 고려하여 결정할 수 있도록 하는 것이 타당하다고 생각한다. 이러한 방향은 불공정거래 적발 측면에서도 효율적이라고 본다. 기존 불공정거래 요건에 해당하지 않는 순수한 허수성호가 행위만 별도로 적발하기 위하여 금융감독자원을 투입할 경우 악질성이 더 큰 시세조종행위의 적발기회를 놓칠 가능성이 높다는 점도 고려할 필요가 있다.

(논문투고일 : 2016.08.17, 심사개시일 : 2016.09.05, 게재확정일: 2016.09.23)

안 현 수

시장질서 교란행위, 불공정거래, 과징금, 자본시장법, 부정거래행위

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

금융위원회, 「안전한 자본시장 이용법-꼭 알아야 할 자본시장 불공정거래 제도 해설」, 2015.

김건식, 「자본시장법」, 두성사, 2009.

김정수, 「내부자거래와 시장질서 교란행위」, SFL그룹, 2016.

김철용, 「행정법I」, 박영사, 2005.

임재연, 「자본시장법」, 박영사, 2011.

Ⅱ. 논문

김정수, “자본시장법상 불공정거래에 대한 과징금 도입방안”, 금융위원회 연구용역보고서, 2010.

“자본시장법상 시장질서 교란행위 - 주요내용과 향후 과제를 중심으로”, 금융법학회 춘계학술대회 발표자료, 2015.

김병연, “자본시장법상 불공정거래행위에 대한 과징금제도의 도입”, 상사법연구 제32권 제4호, 2014.

김학석, "금융투자상품의 부정거래행위에 관한 연구", 고려대 법학박사학위 논문, 2010.

김현렬, “과징금 산정방식의 내용 및 개선”, 불공정거래 및 시장질서 교란행위 개선 이슈 토론회 발표자료, 한국거래소, 2015.

성희활, “2014년 개정 자본시장법상 시장질서 교란행위 규제 도입의 함의와 전망”, 증권법연구 제16권 제1호, 2015.

안수현, "금융행정 집행수단으로서 과징금제도 검토", 서울대학교 금융법센터 BFL 32호, 2008.

“부정거래와 시장질서 교란행위의 관계”, 불공정거래 및 시장질서 교란행위 개선 이슈 토론회 발표자료, 한국거래소, 2015.

오성근, “영국의 금융서비스·시장법상 시장남용행위규제 및 입법적 시사점”, 비교사법 제14권 4호, 2007.

이정수, “시장질서교란행위 도입과 관련한 몇 가지 쟁점들”, 증권법연구 제16권

제2호, 2015.
이중기, "영국의 시장남용 규제체제", 증권법연구 제1권 제1호, 2000.
자본시장연구원, “자본시장 불공정거래 관련 과징금 제도 도입시 구체적 운영방안”, 금융감독원 연구용역보고서, 2013.
정순섭, “자본시장 불공정거래행위에 대한 규제 시스템과 개선과제”, 「자본시장 불공정거래행위에 대한 효율적 규제방안 모색을 위한 심포지엄」자료, 법무부, 2010.
하영태, “자본시장법상 과징금제도 확대도입과 효율적 운영방안”, 경제법연구 제14권1호, 2013.
홍대식, “공정거래법상 과징금 제도에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위 논문, 2006.

Ⅲ. 외국문헌

E. P. Ellinger, Eva Lomnicka and Richard Hooley, “Modern Banking Law”, Oxford University Press, 2011.
Gower & Davies, Principles of Modern Company Law 9th ed, 2012.
鈴本竹雄·河本一郎, 「證券取引法(新版)」, 東京: 有斐閣, 1984.
松尾直彦,『金融商品取引法』, 商事法務, 2011.
北村雅史, 「イギリスにおけるインサイダー取引の規制」, 大証金融商品取引法研究会, 2012.
川口恭弘, “法人關係情報”, 日本證券經濟研究所 金融商品取引法研究會 研究記錄第44号, 2013.
大崎貞和, “インサイダー取引規制見直しの概要と今後の課題”, 月刊 資本市場, No. 331, 2013.
鈴木克昌ほか「情報伝達・取引推奨行為規制に対する米英からの示唆（下）」商事法務 2004號, 2013.
荻野昭一, “平成25年金商法改正による情報轉達·取引推薦規制の導入”, 月刊 資本市場, No. 339, 2013.

Abstract

Study on Market Abuse Regulation under the Financial Investment Services and Capital Markets Act

Hyounsoo, Ann

The Financial Investment Services and Capital Markets Act(hereinafter "The Capital Markets Act") adopted the new regulation on Market abuse that regulates unfair acts on the capital market. The Market abuse regulation imposes a fine on unfair acts which are not up to the present unfair trading regulation.

However, The Market abuse regulation cannot apply the various types of unfair acts because the regulation has limited types of acts. Moreover, The Capital Markets Act requires market abuse must not conform to the unfair trading regulation. This regal situation makes the limit on active application of Market abuse regulation.

The United Kingdom enacted the Market abuse regulation in the Financial Services and Markets Act which regulates as civil penalties. The Fiancial Conduct Authority of United Kingdom has the powers to decide between the prosecution and civil penalty for the unfair acts on the capital market.

For the complementary measures, the Financial Supervisory Authority must have a power to decide whether unfair acts are covered by unfair trading or market abuse regulation as the Financial Conduct Authority. Making the Code of Market Conduct will help the understanding of the detailed market abuse types.

Hyounsoo, Ann

Market abuse, unfair trading, civil penalty, 「Capital Market Act」, Manipulation

계속범과 상태범의 구별기준에서 본 재산국외도피죄의 구성요건 고찰

노 수 환*
이 진 국**

【목 차】

Ⅰ. 문제제기
Ⅱ. 즉시범, 계속범 및 상태범의 개념
1. 즉시범
2. 계속범
3. 상태범
Ⅲ. 계속범과 상태범의 구별기준에 관한 논의
1. 견해의 대립
2. 계속범과 상태범 구별기준의 구체화
3. 계속범과 상태범의 공소시효 및 죄수·경합론적 관점
Ⅳ. 재산국외도피죄의 구성요건유형
1. 재산국외도피죄의 주요내용
2. 재산국외도피죄의 구성요건 유형에 관한 검토
3. 재산국외도피죄의 공소시효 기산점에 관한 이론적 귀결
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

계속범과 상태범의 구별은 실체형법의 영역뿐만 아니라 형식형법인 형사소송법의 영역에서 많은 영향을 미친다. 구성요건 유형으로서 계속범과 상태범의 구분의 출발점은 범죄구성요건 그 자체에 대한 규범적 평가이다. 시간적 계속성(위법상태의 유지)이라는 기준은 계속범을 인정하기 위한 필요조건에 불과하다. 특정한 구성요건을 계속범으로 인정하기 위한 충분조건은 행위자가 창출한 위법한 상태를 기수 이후에도 고의적으로 유지하거나 범죄행위를 중단 없이 지속함으로써 당해 구성요건에 대한 형법적 비난이 선행되는 위법행위뿐만 아니라 기수 이후의 위법상태의 유지에 대해서도 가해질 수 있는 것이어야 한다. 계속범의 인정

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 변호사
** 아주대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

요소로서 '불법성의 강화'의 관점에서 보면 재산국외도피죄의 구성요건은 그러한 도피행위를 함으로써 국가재산의 손실을 가져올 위험을 창출하는 것에 국한되어 있을 뿐이고, 도피 이후의 위법상태가 계속되는 동안 국가재산의 손실에 대한 불법성이 더욱 강화된다고 보기 힘들다. 따라서 재산국외도피죄는 상태범으로 보아야 하고, 공소시효도 재산의 도피시점부터 기산해야 한다.

I. 문제제기

재산국외도피죄를 규정하고 있는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특경법'이라 함) 제4조에 의하면, 법령에 위반하여 대한민국 또는 대한민국국민의 재산을 국외에 이동하거나 국내에 반입하여야 할 재산을 은닉 또는 처분하여 도피시킨 때에는 1년 이상의 징역 또는 당해 범죄행위의 목적물의 가액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에 처하고(특경법 제4조 제1항), 당해 범죄행위의 목적물의 가액이 5억원 이상인 때에는 그 액수를 구별하여 가중처벌한다(특경법 제4조 제2항). 특경법 제4조의 보호법익은 국내 재산의 해외도피 행위로 인한 국부손실을 방지함으로써 국가재산을 보호하는 것이다.[1)]

문제는 특경법 제4조 소정의 재산국외도피죄의 기수시기와 종료(완료)시기가 언제인지 여부이다. 판례의 취지[2)]에 따르면 재산국외도피죄는 법령에 위반하여 대한민국 또는 대한민국국민의 재산을 국외로 이동한 때 또는 국내에 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉·처분하여 도피시킨 때 기수가 된다. 그러나 이러한 국외 이동 또는 국외 도피의 종료시기에 관해서는 지금까지 아무런 논의가 없다. 재산국외도피죄의 종료시기가 법이론과 실무에서 중요한 이유는 일반적으로 재산국외도피의 경우 재산을 국외에 이동 또는 도피시킨 후 수 년 또는 심지어 수십 년이 지난 이후에 그 범행이 발각되는 사례가 적지 않고, 따라서 종료시기를 언제로 보는가에 따라 형사소송법 제252조 제1항(시효의 기산점)과 관련한 공소시효 기산점이 달라지기 때문이다.

특정한 범죄구성요건의 기수시기와 종료시기를 동일하게 볼 것인지, 아니면 기수시기와 종료시기를 달리 보아서 종료시기를 공소시효의 기산점으로 잡을 것인지에 관하여 학계와 실무는 전통적으로 당해 구성요건의 유형을 계속범과 상태범 등으로 구분하여 전자는 종료시점부터, 후자는 기수에 이른 즉시 공소시효가 진행하는 것으로 이해하고 있다. 그러나 공소시효의 기산에 중대한 영향을 미치는 계속범과 상태범의 구별이 이론적으로 명확하게 확립되어 있지 않아 범죄가 기수에 이른 이후에 일정한 위법상태가 지속되는 범죄를 모두 계속범으로 인정할 여지도 존재한다. 한편, 대법원은 종래 범인도피죄의 구성요건 유형을 계속범으로

1) 대법원 2005.4.29. 선고 2002도7262 판결
2) 대법원 1988.6.21. 선고 88도551 판결

이해하여 범인을 도피하게 함으로써 기수에 이르지만 범인도피행위가 끝날 때 비로소 범죄행위가 종료된다고 판시한 바 있다.[3] 그렇다면 특경법 제4조 소정의 재산국외도피죄의 구성요건적 행위도 단순히 '도피'를 내용으로 한다는 점에 비추어 재산국외도피죄의 구성요건 유형을 범인도피죄와 동일하게 계속범으로 평가해야 할 것인지도 문제로 된다.

이상에서 언급한 문제인식을 바탕으로 이 글에서는 구성요건 유형의 하나로 분류되고 있는 계속범과 상태범(또는 즉시범)의 개념과 본질에 관한 논의에 터잡아(아래의 II), 이러한 구성요건 유형의 구별기준에 관한 학설과 판례를 검토하여(아래의 III), 재산국외도피죄의 구성요건 유형을 규명하고자 한다(아래의 IV).

II. 즉시범, 계속범 및 상태범의 개념

계속범과 상태범의 구별은 침해범과 위험범, 결과범과 거동범, 신분범과 일반범 등과 같이 구성요건의 유형(Typus der Tatbestände)에 관한 것이다. 우리나라 학설과 판례는 당해 구성요건이 기수 이후의 일정한 시간적 계속성을 요하는가에 따라 즉시범, 계속범, 상태범으로 3분[4]하거나 계속범과 상태범으로만 2분[5]하기도 한다.

1. 즉시범

즉시범은 법익에 대한 침해 또는 위험발생이 있으면 곧바로 범죄가 기수가 됨과 동시에 종료되는 구성요건을 말한다.[6] 즉시범은 주로 판례에서 사용되는 개

---

3) 대법원 1995.9.5. 선고 95도577 판결

4) 김성돈,「형법총론 제2판」, SKKUP, 2009, 114쪽; 김성천·김형준,「형법총론 제6판」, 도서출판 소진, 2014, 62쪽; 신동운,「형법총론 제6판」, 법문사, 2011, 468-469쪽; 정영일,「형법총론 제3판」, 박영사, 2010, 97쪽.

5) 박상기,「형법총론 제9판」, 박영사, 2012, 91쪽; 배종대,「형법총론 제11판」, 홍문사, 2014, 194-195쪽; 성낙현,「형법총론」, 동방문화사, 2011, 86-87쪽; 손동권·김재윤,「새로쓴 형법총론」, 율곡출판사, 2011, 71-72쪽; 오영근,「형법총론 제2판」, 대명출판사, 2002, 98쪽; 이상돈,「형법강론」, 박영사, 2015, 76쪽; 이재상·장영민·강동범,「형법총론 제8판」, 박영사, 2015, 73쪽; 정성근·박광민,「형법총론 전정2판」, 성균관대학교 출판부, 2015, 103쪽.; 한편, 임웅, 「형법총론 제5전정판」, 법문사, 2013, 95쪽에서는 즉시범과 계속범을 대치시켜서 구분하고 있는데, 여기서 즉시범은 상태범과 동일한 개념으로 보인다.

6) 즉시범과 상태범의 구별에 관하여 학설에서는 상태범 이외에 굳이 즉시범의 유형을 인정할 필요가 없다는 견해(김혜경, "형법상 계속범과 상태범", 법학연구 제13권 제4호, 연세대학교 법학연구소, 2003, 232-235쪽.)와 즉시범과 상태범을 구별하는 것이 타당하다는 견해(윤동호, "농지

념이다.[7] 예컨대 대법원은 “학대죄는 학대행위가 있음과 동시에 범죄가 완성되는 상태범 또는 즉시범이다”[8]고 판시하여 상태범과 즉시범을 동일하게 이해하고 있는 것으로 보이지만 최근의 판례에서는 즉시범이라는 용어만 사용하기도 한다. 대법원이 즉시범에 해당한다고 판시한 사안을 보면, ① 국가보안법 제1조의 제3호의 가입죄[9], ② 국가보안법상 반국가단체구성죄[10], ③ 군형법상의 무단이탈죄[11], ④ 폭력행위등처벌에관한법률 제4조 소정의 범죄단체등조직죄[12], ⑤ 도시계획법 제90조 제2호, 제21조 제2항 소정의 토지형질변경죄[13], ⑥ 무허가 위험물제조소 등 변경행위를 처벌하는 위험물안전관리법 제36조 제2호, 제6조 제1항

법의 무허가농지전용죄가 계속범인지 여부”, 형사법연구 제23권 제1호, 한국형사법학회, 2011, 280쪽)로 대립하고 있다. 즉시범의 유형을 인정할 필요가 없다는 견해는 구성요건의 유형분류는 형법상 구성요건 행위 자체의 특성에서 구해야 한다는 점에서 출발하면서 기수 이후에 불가벌적 사후행위로 되는지의 사정은 개별 범죄의 실행을 기준으로 판단하는 것일 뿐 특정 구성요건 그 자체에서 도출되는 구성요건의 유형과는 무관하므로 즉시범의 예로 들고 있는 구성요건은 상태범에 포섭될 수 있다고 주장한다(김혜경, 앞의 논문, 234-235쪽). 이에 반해 즉시범과 상태범을 구별하는 것이 타당하다는 견해는, 즉시범과 상태범은 모두 위법상태가 존속하는 범죄이므로 위법상태 유지행위가 불가벌적 사후행위인지 여부를 구별기준으로 삼는 것은 옳지 않다는 전제에서 출발하면서도, 상태범도 계속범과 같이 범죄의 기수시점과 종료시점이 일치하지 않을 수 있는 범죄유형일 수 있으므로 범죄의 기수시점과 종료시점이 동일한 즉시범과 구별해야 한다고 이해한다(윤동호, 앞의 논문, 280쪽).

7) 임광주, “몇 가지 유형의 범죄에 대한 재정립”, 법학논총 제25권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2008, 76쪽 및 그곳의 주 8에서는 기수와 종료가 일치하는 범죄라면 기수 이후에는 위법상태는 존속할 수 없고, 따라서 기수 이후에도 위법상태가 존속한다는 상태범을 인정할 수 없다는 전제에서 즉시범을 종료범이라고 부르면서 상태범 개념을 부정한다.

8) 대법원 1986.7.8. 선고 84도2922 판결

9) 대법원 1960.4.5. 선고 4293형상57 판결. 이 판결에서 대법원은 반국가단체 가입행위의 본질에 대하여 “가입절차 완료 후에 있어서는 가입절차 자체에 대한 상태계속의 관념을 용납할 여지가 없다 할 것임에 반하여 체포죄에 있어서는 불법하게 타인의 신체를 붙잡는 동시에 이를 놓아버린다면 폭행 또는 협박 등의 별개의 죄가 성립함은 논외로 하고 자유구속상태의 시간적 계속이 있다 할 수 없으므로 체포죄는 성립될 수 없다 할 것이며 또 감금죄에 있어서도 타인을 불법하게 실내에 인입하는 동시에 퇴거시키거나 언제든지 자유로이 퇴거할 수 있도록 문호를 개방한다면 폭행 또는 협박 등의 별개죄가 성립함은 논외로 하고 자유구속상태의 시간적 계속이 있다 할 수 없으므로 감금죄는 성립할 수 없다 할 것이니 즉시범과 계속범은 그 질에 있어서 다르다 할 것이요, 따라서 가입죄에 있어서는 그 가입절차의 완료로서 완성되고 체포감금죄와 같이 가입절차 그 자체의 시간적 계속을 필요로 하지 아니하므로 이는 계속범이 아니요 즉시범이라 할 것이다”고 판시하였다. 대법원의 판시내용을 보면, 범죄의 구성요건적 행위가 시간적 계속을 상정하고 있는지 여부에 따라 즉시범과 계속범을 구별하는 것으로 이해할 수 있다. 이에 관한 상세한 논의는 최재정, “계속범에 관하여”, 사법연수원논문집 제1집, 사법연수원, 2004, 327쪽 이하 참조.

10) 대법원 1970.11.24. 선고 70도1860 판결

11) 대법원 1983.11.08. 선고 83도2450 판결

12) 대법원 1992.11.24. 선고 92도1931 판결; 대법원 1993.6.8. 선고 93도999 판결; 대법원 1995.1.20. 선고 94도2752 판결

13) 대법원 1998.4.14. 선고 98도364 판결

후단의 위반죄[14], ⑦ 유사수신행위의 규제에 관한 법률 제3조, 제2조 제1호의 유사수신행위죄[15], ⑧ 가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률 제50조 제3호, 제11조 제3항에서 규정하고 있는 '신고를 하지 아니하고 배출시설을 설치한 죄'[16], ⑨ 자동차소유권 이전등록 미신청으로 인한 자동차관리법 제81조 제2호, 제12조 제1항 위반죄[17], ⑩ 구 정당법 제53조, 제22조 제1항 소정의 '국가공무원이나 사립학교 교원이 정당의 당원이 된 죄'와 구 국가공무원법 제84조, 제65조 제1항 소정의 '국가공무원이 정당 그 밖의 정치단체에 가입한 죄'[18] 등이다.

한편, 대법원 전원합의체[19]는 농지법상 '무허가농지전용죄'의 성격과 관련하여, 농지의 전용이 이루어지는 태양을 크게 두 가지로 분류하면서 농지전용행위 자체에 의하여 당해 토지가 농지로서의 기능을 상실하여 그 이후 그 토지를 농업생산 등 외의 목적으로 사용하는 행위가 더 이상 '농지의 전용'에 해당하지 않는다고 할 때에는 허가 없이 그와 같이 농지를 전용한 죄는 즉시범임에 반해 당해 토지를 농업생산 등 외의 다른 목적으로 사용하는 행위를 여전히 농지전용으로 볼 수 있는 때에는 허가 없이 그와 같이 농지를 전용하는 죄는 계속범으로 보아야 한다고 판시하였다.[20] 이 판결의 특징은 하나의 구성요건(무허가농지전용죄)에서 각각의 행위태양을 나누어서 즉시범과 계속범을 인정하고 있다는 점이다. 그러나 즉시범과 계속범의 구별은 범죄구성요건 그 자체의 정형성 내지 범죄구성요건의 특성에 그 초점을 맞추고 있기 때문에 하나의 범죄구성요건 속에서 - 그것도 구성요건에 기술되어 있지 아니한 - 각각의 행위태양별로 그 특성을 달리 평가하는 것은 적절하지 못할 뿐만 아니라 법적 안정성도 해치게 된다. 따라서 하나의 범죄구성요건에 대해서는 그 자체가 어떠한 유형에 해당하는 것인지를 판단해야 하고, 구성요건 속에서 행위태양별로 즉시범과 계속범을 구분하는 방식은 극히 예외적인 경우가 아닌 한 허용되지 않는다고 보아야 한다.

---

14) 대법원 2009.4.9. 선고 2008도11572 판결
15) 대법원 2009.9.10. 선고 2009도5075 판결
16) 대법원 2011.7.14. 선고 2011도2471 판결
17) 대법원 2013.7.25. 선고 2012도15057 판결
18) 대법원 2014.5.16. 선고 2013도929 판결; 유사한 사안으로는 대법원 2014.5.16. 선고 2013도828 판결; 대법원 2014.5.16. 선고 2012도12867 판결; 대법원 2014.6.26. 선고 2013도10945 판결; 대법원 2014.6.26. 선고 2013도16368 판결
19) 대법원 2009.4.16. 선고 2007도6703 전원합의체 판결
20) 이 판례에 대한 평석으로는 송진경, "농지법상 농지전용죄와 범죄의 성격", 비교형사법연구 제11권 제2호, 한국비교형사법학회, 2009, 257쪽 이하; 윤동호, "농지법의 무허가농지전용죄가 계속범인지 여부", 형사법연구 제23권 제1호, 한국형사법학회, 2011, 265쪽 이하 참조.

2. 계속범

학설에서는 일반적으로 구성요건적 행위가 어느 정도 시간적으로 계속되는 구성요건을 계속범으로 이해하고 있다. 계속범의 개념에 관한 학계의 논의를 보면, 범죄가 기수에 이른 이후에도 법익침해 '행위' 및 법익침해 '상태'가 범행종료시까지 계속되는 범죄로 이해하는 견해[21], 범죄가 기수에 이르렀으나 당해 행위와 동일한 행위가 되풀이되는 동안 계속 범죄가 성립하는 범죄유형으로 이해하는 견해[22], 구성요건의 실현으로 범행이 종결된 것이 아니라 행위자의 지속되는 범행의사에 의해 구성요건의 실현이 계속되는 범행으로 이해하는 견해[23] 등이 있으나 그 내용면에서는 거의 유사하다. 이들 견해는 계속범의 속성으로 기수 이후의 일정한 시간적 계속성과 위법상태의 존속 내지 유지를 그 핵심적인 내용으로 하기 때문이다. 계속범의 전형적인 예는 주거침입죄와 감금죄이다. 주거침입죄의 경우 행위자가 주거에 침입함으로써 범행이 기수에 이르지만 주거에서 퇴거할 때까지 범행은 계속되는 것이며, 감금죄의 경우에는 최초의 감금행위에 의하여 신체의 자유가 침해된 상태에서 감금행위가 종료될 때까지 감금죄는 계속 성립한다.

대법원이 계속범에 해당한다고 판시한 구성요건으로는, ① 시장법상 무허가시장개설죄[24], ② 건축법상 무허가 또는 무신고 건축물용도변경행위[25], ③ 주차장법상 부설주차장을 주차장 외의 용도로 사용한 죄[26], ④ 공익법인의 설립 및 운영에 관한 법률상 공익법인이 주무관청의 승인을 받지 않고 수익사업을 한 죄[27], ⑤ 구 건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률상 건설폐기물을 허가받지 아니한 업체에 위탁하여 처리한 죄[28], ⑥ 구 공유수면관리법상 공유수면인 바닷가를 허가 없이 점·사용한 죄[29] 등이다. 그러나 대법원은 이들 범죄가 '.....위법상태가 지속되는 동안 범죄행위도 종료되지 않고 계속되는' 계속범이라고만 단정하여 판시하고 있을 뿐 계속범으로 평가되는 실질적 근거를 제시하지 않고 있다.

---

21) 예컨대 김성돈,「형법총론 제2판」, SKKUP, 2009, 114쪽 참조.
22) 예컨대 신동운,「형법총론 제6판」, 법문사, 2011, 468-469쪽 참조.
23) 예컨대 박상기,「형법총론 제9판」, 박영사, 2012, 91쪽 참조.
24) 대법원 1981.10.13. 선고 81도1244 판결
25) 대법원 2001.9.25. 선고 2001도3990 판결
26) 대법원 2006.1.26. 선고 2005도7283 판결
27) 대법원 2006.9.22. 선고 2004도4751 판결
28) 대법원 2009.1.30. 선고 2008도8607 판결
29) 대법원 2010.9.30. 선고 2008도7678 판결

3. 상태범

마지막으로 상태범이란 구성요건적 행위에 의해 법익침해가 발생함으로써 범죄가 기수로 되고 법익침해 행위도 종료되지만 법익침해의 상태는 기수 및 종료 이후에도 존속되는 범죄를 의미한다.[30] 살인죄, 절도죄, 상해죄 등을 상태범의 대표적인 예로 들고 있다.

대법원은 내란죄의 구성요건 유형에 관하여, "다수인이 결합하여 국토를 참절하거나 국헌을 문란할 목적으로 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭동을 하였을 때 이미 내란의 구성요건은 완전히 충족된다고 할 것이어서 상태범으로 봄이 상당하다"고 판시하고 있다.[31] 또한 횡령죄도 상태범에 해당하므로 횡령행위의 완료 후에 행하여진 횡령물의 처분행위는 그것이 그 횡령행위에 의하여 평가되어 버린 것으로 볼 수 있는 범위 내의 것이라면 새로운 법익의 침해를 수반하지 않은 이른바 불가벌적 사후행위로서 별개의 범죄를 구성하지 않는다고 판시하고 있다.[32]

일반적으로 상태범은 계속범과 대조되어 설명되고 있다. 상태범과 계속범의 구별실익으로는, ① 정범과 공범의 성립시기와 관련하여, 계속범에서는 범행 기수 이후에도 그 위험이 지속되고 있는 한 공동정범과 방조범 성립이 가능함에 반해, 상태범의 경우에는 범행이 기수에 이른 이후에는 공동정범은 성립할 수 없고 다만 본범에 대한 범인은닉이나 장물죄 등과 같은 연결범죄만 성립할 수 있을 뿐이며[33], ② 정당방위 인정 범위와 관련하여, 계속범의 경우에는 범죄의 기수 이후부터 종료시까지 가능한 반면, 상태범은 기수 이후에는 정당방위가 인정되지 않고, ③ 공소시효의 기산점과 관련하여, 계속범은 종료시점부터 공소시효가 기산됨에 반해, 상태범은 범행이 기수에 이름과 동시에 종료되므로 기수시점부터 공소시효가 진행된다.[34]

---

30) 김성돈,「형법총론 제2판」, SKKUP, 2009, 114쪽.
31) 대법원 1997.4.17. 선고 96도3376 전원합의체 판결
32) 대법원 2006.10.13. 선고 2006도4034 판결
33) Roxin, Strafrecht AT, 1997, 275쪽.
34) 그 밖에 계속범과 상태범의 구별실익에 관한 상세한 논의는, 김혜경, "형법상 계속범과 상태범", 법학연구 제13권 제4호, 연세대학교 법학연구소, 2003, 248-255쪽 참조.

III. 계속범과 상태범의 구별기준에 관한 논의

판례는 특정한 구성요건이 계속범이라거나 상태범에 해당한다고 단언적으로 판시하고 있을 뿐 그 구체적인 구별기준을 제시하지 않고 있다. 한편, 통설적 견해에 따르면, 선행하는 위법상태가 계속 유지되기 때문에 그러한 위법상태가 끝났을 때 비로소 범죄가 종료되는 범죄구성요건을 계속범으로 이해하는 반면 법익침해가 발생하면 범죄가 기수로 됨과 동시에 종료되는 범죄구성요건을 상태범으로 이해한다. 이는 범죄의 구성요건적 행위가 시간적 계속성(위법상태의 존속 또는 유지)을 상정하고 있는지 여부에 따라 상태범과 계속범을 구분하는 것으로 이해할 수 있다. 판례도 대체로 이러한 입장에 서 있다. 그러나 '시간적 계속성'이라는 표지를 통하여 계속범과 상태범을 구별하기란 쉽지 않다.

1. 견해의 대립

가. 시간적 계속성에 중점을 두는 견해

이 견해는 우리나라 학설과 판례에서 제시하고 있는 계속범과 상태범의 핵심적 개념내용인 시간적 계속성에 중점을 두어 구성요건의 유형을 분류하고자 한다. 즉, 이 견해는 절도죄나 횡령죄 등 전통적으로 상태범으로 분류되고 있는 범죄에서도 계속범의 개념요소인 시간적 계속성이 요건으로 되는 경우가 있다고 전제한다.[35] 예컨대 전기 등 관리할 수 있는 동력을 절취하는 때에는 일정하게 시간적으로 계속되어야 한다는 것이다. 이 점에 주목하여 계속범과 상태범을 구분함에 있어서는 특정 죄명에 따라 구분하지 말고 먼저 구성요건의 분석을 통하여 그 범죄행위가 구성요건 자체에 시간적 계속성을 포함하고 있는지 여부를 판단하여 시간적 계속성을 요소로 하고 있는 범죄유형인 경우에는 계속범으로 분류를 하고, 나아가 범죄의 구성요건 자체로는 시간적 계속성을 예정하고 있지 않다고 하더라도 구체적인 행위의 태양이나 행위의 객체에 따라서 시간적 계속성이 구성요건적 행위의 일부라고 보여지는 범죄에 대하여도 계속범으로 보는 예외를 허용할 수 있다고 이해한다.[36]

그러나 시간적 계속성설에 대해서는 시간적 계속성이 계속범을 인정할 수 있

35) 최재정, "계속범에 관하여", 사법연수원논문집 제1집, 사법연수원, 2004, 328쪽.
36) 최재정, 앞의 논문, 328쪽.

는 필요조건은 될 수 있어도 충분조건은 될 수 없다는 비판이 제기될 수 있다. 보다 본질적인 문제로는 이 견해가 계속범과 상태범을 구별하는 기준을 구성요건의 정형, 즉 구성요건 그 자체에서 찾는 것이 아니라 구체적으로 발생한 개별 범죄를 기준으로 삼음으로써 결국 계속범과 상태범의 구별을 더 혼란스럽게 만들고 있다는 점이다.

나. 불법성의 내적 강화에 중점을 두는 견해

이 견해는 계속범과 상태범의 구별기준을 불법성의 내적 강화에서 찾고자 한다.[37] 즉, 계속범의 경우에는 계속되는 행위의 결과로 인하여 위법상태가 유지되는 점에서는 상태범과 마찬가지이지만 기수 이후에 불법성이 내적으로 강화되는 경우에는 계속범으로 평가해야 한다는 것이다. 이 견해에 따르면 계속범은 기수 이후에 행위자의 추가적인 작위나 부작위를 통해서 법익에 가해지는 침해 즉, 불법성이 기수시점보다 점차 또는 상당한 정도로 강화되는 범죄유형이다. 여기서 '불법성의 내적 강화'란 이미 침해되었거나 위태화된 법익의 양적 증가(즉, 추가적인 작위 또는 부작위를 통한 법익침해 정도의 점차적 또는 상당한 정도의 강화)를 의미한다.[38]

불법성의 내적 강화에 중점을 두는 견해는 계속범인지 상태범인지 불명확한 사안에서 귀납적으로 기수 이후의 불법성의 내적 강화가 존재하는 것으로 보이는 경우에는 당해 범죄를 계속범으로 보고자 하는 입장이다.[39] 다시 말해서, 원래 계속범과 상태범의 구별은 범죄구성요건 그 자체에서 고유의 속성을 통하여 밝혀내야 하지만, 현실적으로 이러한 구분이 모호한 경우에는 귀납적인 판단을 통해 시간적 경과에 의하여 강화되는 불법성의 증가가 확인되면 이를 계속범으로 평가해야 한다는 것이다.

그러나 이 견해에 대해서는 특정 구성요건이 계속범인지 상태범인지를 처음부터 확정하지 아니한 채 의심스러운 경우에는 귀납적 판단을 통하여(즉, 사후적 판단을 통하여) 계속범 또는 상태범으로 평가할 수 있는 길을 열어둠으로써 구성요건 유형 분류의 객관성을 잃어버리게 될 위험을 안고 있다. 또한 불법성의 내

---

37) 김혜경, "계속범의 본질 -불법성의 내적 강화- 와 유형화", 형사판례연구 제22호, 한국형사판례연구회, 2014, 15쪽 이하.
38) 김혜경, 앞의 논문, 16-17쪽.
39) 김혜경, 앞의 논문, 16-17쪽.

적 강화에 중점을 두어 귀납적으로 평가하게 되면 중범죄는 통상적으로 불법성이 강화된 것으로 볼 수 있으므로 적지 않은 구성요건이 계속범으로 될 수 있다. 나아가 객관적으로 분류되어야 할 기준으로 '불법성의 내적 강화'라는 표지를 사용하는 경우에는 행위자의 주관에 의존하게 되어 결국 심정형법이라는 비판도 제기될 수 있다.

다. 시민자유우선 원칙에 중점을 두는 견해

이 견해는 특정 범죄구성요건이 계속범인지 상태범인지 해석의 여지가 많으므로 계속범인지 상태범인지가 불분명한 경우에는 비교적 짧은 시간적 계속성에 따른 범죄성립의 여부, 공소시효의 기간이나 사후공범의 성립 가능성 등의 문제마다 시민자유우선의 원칙(in dubio pro liberate)에 따라 피고인에게 유리한 방향으로 계속범 또는 상태범의 판단을 내리는 것이 타당하다고 주장한다.[40]

그러나 시민자유우선의 원칙을 강조하는 이 견해에 대해서는, 특정 범죄구성요건이 계속범인지 상태범인지 의심스러울 경우에는 법관에게 각각의 쟁점마다 피고인에게 유리하게 판단하라는 요청에 그칠 뿐 범죄구성요건을 계속범 또는 상태범으로 판단할 구체적인 기준을 제시하는 것은 아니라는 한계가 있다.

라. 형법적 비난에 중점을 두는 견해

이 견해는 행위자가 당해 구성요건을 침해 또는 위태화함으로써 창출한 위법한 상태를 고의적으로 유지하거나 범죄행위를 중단없이 지속함으로써 형법적 비난이 애초의 위법한 상태의 야기뿐만 아니라 그러한 위법한 상태의 유지(내지 존속)에도 관련되어 있는 범죄를 계속범으로 이해한다. 즉, 계속범이 되기 위해서는 당해 구성요건에 대한 형법적 비난이 애초의 법익침해뿐만 아니라 그러한 법익침해로 인한 기수 이후의 위법한 상태의 유지에도 결부되어 있어야 한다는 것이다. 독일의 통설과 판례의 입장이기도 하다.[41] 이에 반해 상태범은 예컨대 상해죄나 손괴죄의 경우와 같이 특정한 위법상태(일반적으로 결과범에서의 결과)를 야기함으로써 기수가 됨과 동시에 종료되는 범죄를 말한다.

독일 연방법원은 특정한 범죄구성요건이 계속범인지의 여부를 판단함에 있어

---

40) 이상돈,「형법강론」, 박영사, 2015, 77-78쪽.

41) BGHSt 36, 255(257) = NJW 1990, 194 = NStZ 1990, 36; BGH NJW 1996, 3424; Dreher/Tröndle, StGB, 47. Aufl., Vorb. §52 Rn. 41; Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl., Vorb. §52 Rn. 11.

본질적인 기준이 되는 것은 바로 당해 처벌규정(즉, 구성요건)의 요소라고 판시하고 있다. 즉, 특정한 범죄구성요건을 계속범으로 평가할 것인지 여부는 당해 범죄구성요건 요소의 해석으로부터 도출되어야 한다는 것이다. 이러한 관점에서 독일 연방법원은 독일 형법 제99조(타국가의 정보기관을 위한 간첩죄) 제1항 제1호(타국의 정보기관을 위하여 독일연방공화국에 적대하는 사실, 물건, 지식의 전달 또는 인도를 내용으로 하는 비밀정보 활동을 수행한 자)가 계속범에 해당하는지 여부를 판단함에 있어, 비밀정보활동의 '수행'이라는 문언이 일정한 시간적 계속이 요구되는 지속적인 활동을 내포하고 있기는 하지만 형법 제99조 제1항 제1호는 범죄행위로 인하여 창출된 위법한 상태의 유지를 구성요건요소로 포함하지 않고 있다는 점을 들어 계속범으로서의 성질을 부정하였다.[42]

독일 연방법원은 형법 제99조 제1항 제1호 소정의 범죄(타국가의 정보기관을 위한 간첩죄)를 계속범으로 볼 수 없는 근거로 현행 형법 제99조 제1항 제1호와 동일한 범죄를 규정하고 있었던 구 형법 제100e조[43]의 개정사를 언급하였다. 구 형법 제100e조는 타 국가의 정부, 정당 등과의 '관계의 유지'라고 규정하고 있었고, 그 당시 연방대법원의 판례도 이를 계속범으로 판단하여 처벌하였으나[44], 그 이후 입법자는 의도적으로 제100e조를 개정하여 현행 형법 제99조 제1항 제1호의 구성요건을 비밀정보활동의 '수행'이라고 명시하여 이를 거동범(Tätigkeitsdelikt)으로 변경하였으므로 더 이상 계속범으로 볼 수 없다는 것이었다. 이러한 연방법원의 판시내용으로부터 구성요건의 계속범 여부는 범죄구성요건의 해석에서 규범적으로 도출되어야 하고, 나아가 구성요건요소(위 사안에서는 비밀정보활동

---

42) BGH NJW 1996, 3424.

43) 1968년 8월 1일까지 발효되었던 형법 제100e조의 규정은 다음과 같다.
제100e조. ① 이 법의 장소적 효력범위 밖에 있는 정부, 정당, 그 밖의 단체나 기관 또는 그러한 정부, 정당, 단체나 기관에서 활동하는 사람과 국가기밀의 전달 또는 제100d조 제1항에 기재된 조치들 중의 하나를 그 대상으로 하는 관계를 맺거나 '유지'한 자는 징역형에 처한다(Wer zu einer Regierung, einer Partei, einer anderen Vereinigung oder einer Einrichtung außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes oder zu einer Person, die für eine solche Regierung, Partei, Vereinigung oder Einrichtung tätig ist, Beziehungen aufnimmt oder unterhält, welche die Mitteilung von Staatsgeheimnissen oder eine der in §100d Abs. 1 bezeichneten Maßnahmen zum Gegenstand haben, wird mit Gefängnis bestraft).
② 이 법의 장소적 효력범위 밖에 있는 정부, 정당, 그 밖의 단체나 기관을 위하여 활동하면서 전항에 기재된 방식으로 타인과 관계를 맺거나 유지한 자도 전항과 동일하게 처벌한다(Ebenso wird bestraft, wer für eine Regierung, eine Partei, eine andere Vereinigung oder eine Einrichtung außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes tätig ist und Beziehungen der in Absatz 1 bezeichneten Art zu einem anderen aufnimmt oder unterhält).

44) BGHSt 15, 230.

의 '수행')가 일정한 시간적 계속성을 전제로 하고 있다는 사실이 곧 당해 구성요건을 계속범으로 인정하는 본질적인 기준이 아니라는 점을 알 수 있다.

계속범인지의 여부를 판단하는 일차적인 기준은 범죄구성요건 그 자체이다. 이러한 의미에서 형법적 비난에 중점을 두는 견해는 계속범의 여부를 범죄구성요건의 속성에 대한 해석, 즉 규범적 검토를 전제로 한다는 점에서 적어도 그 출발점에서는 특정한 범죄구성요건의 계속범 여부를 판단하는 기준으로 활용할 수 있다.

2. 계속범과 상태범 구별기준의 구체화

그러나 독일의 통설과 판례가 취하고 있는 계속범의 개념을 원용하더라도 특정한 범죄구성요건의 유형이 계속범인지의 여부를 확정하기란 쉽지 않다. 당해 구성요건에 대한 형법적 비난이 애초의 위법행위뿐만 아니라 기수 이후의 위법상태의 유지에도 관련되어 있어야 계속범을 인정할 수 있다는 견해에 따르더라도 그 구체적인 의미가 불명확하기 때문이다. 이 점에서 계속범과 상태범의 구별기준을 보다 구체화할 필요가 있다.

가. 시간적 계속성의 불명확성

일반적으로 받아들여지고 있는 계속범의 핵심적 개념요소는 '시간적 계속성'이다. 법익침해로 기수가 된 이후에 선행했던 위법행위가 시간적으로 계속되는(달리 표현하면 위법행위가 유지 또는 존속되는) 구성요건을 계속범으로 인정하는 것이다. 그러나 엄밀하게 보면 모든 범죄구성요건은 그 종료시까지 일정한 정도의 시간적 계속성을 지니고 있다. 의문의 여지없이 상태범으로 평가되고 있는 상해죄의 경우에도 예컨대 행위자가 피해자에게 상해를 가하면서 몇 분간 피해자의 목을 조르다가 다시 풀어주는 경우에는 애초의 상해가 기수에 이른 이후에 일정한 위법상태가 계속되었으므로 계속범으로 볼 여지가 있기 때문이다.[45] 그러나 상해죄에서는 위법한 상태의 유지가 중요한 것이 아니라 그러한 상해의 야기만으로 상해죄의 구성요건에서 규정한 상태가 종료되어 버린다.[46] 따라서 이 경우

45) 이러한 의미에서 LK-Walter, 12. Aufl., Vor §13, Rn. 62에서는 시간적 계속성을 기준으로 계속범과 상태범을 구별하는 것에 의문을 제기하고 있다.

46) BGH NJW 1983, 1746; Fischer, StGB, 59. Aufl., Vor §52 Rn. 58; MünchKomm-StGB/Heintschel-Heinegg, Vor §52 Rn 28.

상해로 인하여 피해자가 상처를 입고 고통을 받는 구성요건적 결과가 지속된다 하더라도 상해죄가 계속범으로 되는 것이 아니다.[47]

또한 이와 반대로 시간적 계속성이 짧다는 이유로 애초의 계속범으로 인정되던 구성요건이 그 계속범으로서의 성질을 잃는 것도 아니다. 예컨대 구성요건적 행위가 어느 정도 시간적으로 계속되어야 성립되는 구성요건을 계속범으로 이해하면서, 방문 밖에서 매우 짧은 시간 동안 잠갔다가 다시 개방한 경우에는 감금으로 볼 수 없다고 평가할 수 있으나, 이는 감금죄의 기수요건에 관한 해석 문제일 뿐이고 계속범의 개념과는 관계가 없다.[48] 다시 말해서 계속범의 개념은 당해 구성요건이 기수에 이른 후에도 법익침해의 종료시까지 그 위법상태가 계속되는 것을 의미할 뿐이다.

이상의 논의를 보면, 시간적 계속성이 계속범과 상태범을 구별하는 본질적인 기준으로 될 수는 없고, 따라서 시간적 계속성 이외에 계속범과 상태범을 구별할 수 있는 실질적인 기준을 발견해야 한다.

나. 계속범의 개념정의와 상태범과의 실질적 구별기준

구성요건의 유형은 형법각칙이나 특별형법의 개별적인 범죄구성요건들을 그 각각의 특성에 따라 분류된다. 이 점에서 구성요건 유형 중의 하나인 계속범과 상태범의 분류도 규범적 관점에서 범죄구성요건 그 자체의 특성에 도출되어야 하는 것이지 개별 구성요건에 포섭되는 구체적인 범죄행위에 착안하여 계속범과 상태범을 구별하는 것은 타당하지 못하다. 예컨대 상해죄는 그 구성요건 자체에 대한 규범적 평가로부터 침해범으로 인식되어야 하는 것이지 상해죄의 구체적인 범죄내용을 고찰하여 어떠한 사안은 결과범이고, 또 다른 사안은 위험범으로 인식하는 것은 타당하지 못한 것이다.

이 경우 계속범과 상태범을 구분하는 일차적인 기준은 당해 구성요건이 일정한 시간적 계속성을 예정하고 있는지의 여부이다. 즉, 계속범이 되기 위해서는 기수 이후부터 종료 시점까지 고의적으로 선행되는 위법상태를 유지 내지 존속시켜야 한다. 예컨대 전형적인 계속범으로 분류되는 감금죄나 주거침입죄의 경우에는 이미 이들 구성요건의 해석으로부터 감금행위나 주거침입이 기수에 이른 이후

---

47) BGH, NStZ-RR 2013, 11.
48) 손동권·김재윤,「새로쓴 형법총론」, 율곡출판사, 2011, 71쪽.

에도 그 위법상태가 계속된다는 점을 도출할 수 있다. 이와 관련하여 물론 시간적 계속성은 당해 구성요건 그 자체의 해석으로부터 도출되어야 한다. 그렇지 않으면 범행 이후 오랜 시간이 경과된 뒤에 발각된 범죄는 모두 시간적 계속성이 인정되는 불합리한 결과를 초래하게 된다.[49]

그러나 시간적 계속성이라는 기준은 계속범을 인정하기 위한 필요조건에 불과하다. 특정한 구성요건을 계속범으로 인정하기 위한 충분조건은 행위자가 창출한 위법한 상태를 기수 이후에도 고의적으로 유지하거나 애초의 위법행위(즉, 범죄행위)를 중단없이 지속함으로써 당해 구성요건에 대한 형법적 비난이 선행되는 위법행위뿐만 아니라 기수 이후의 위법상태의 유지에 대해서도 가해질 수 있는 것이어야 한다. 여기서 형법적 비난은 불법으로 이해할 수 있다. 형법적 비난은 비난이 중한지 약한지 그 정도에서 차이가 나는데, 이러한 비난의 정도는 불법과 동일하게 볼 수 있기 때문이다. 그렇다면 기수 이후의 위법상태의 유지가 형법적으로 비난받을 수 있는 경우는 도대체 어떠한 경우인지 문제가 제기된다. 이에 관해서는 야콥스(Jakobs)가 비교적 정확하게 판단하고 있다.

Jakobs는, “계속범의 경우에는 불법이 행위자의 또 다른 작위 또는 부작위를 통하여 법익에 대한 침해의 정도를 강화시킨다”고 정의하고 있다.[50] Jakobs의 이러한 개념정의에 의하면, 최초의 위법행위(즉, 선행되는 범죄행위)가 기수에 도달한 이후에 또 다른 작위 또는 부작위가 있어야 계속범으로 평가할 수 있고[51], 나아가 이러한 작위 또는 부작위에 의하여 불법이 강화되어야 한다. 여기서 불법이 강화된다는 것은 기수 이후부터 종료시까지의 기간 동안 당해 구성요건의 불법만 강화된다는 것을 의미하는 것이지 계속되는 사실상의 결과(예: 상해죄에서 피해의 정도)가 강화된다는 것을 의미하는 것이 아니다.[52] 따라서 기수 이후에 불법이 강화된다고 평가할 수 없는 구성요건은 계속범으로 보아서는 안되며, 오히려 범죄의 기수와 종료가 동시에 이루어지는 상태범으로 보아야 한다.

---

49) 이와 관련하여 독일 형법 제172조의 중혼죄(Doppelehe)를 예로 들 수 있다. 중혼죄는 혼인 중에 있는 자로서 혼인한 자 또는 기혼자와 혼인한 자를 처벌의 대상으로 삼고 있다. 독일의 통설은 중혼죄를 상태범으로 이해한다. 대표적으로 Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 263쪽 참조. 따라서 중혼죄의 경우에는 중혼을 함으로써 기수가 되고 동시에 종료가 된다. 그런데 논자에 따라서는 중혼이라는 위법상태를 창출한 이후에 그러한 위법상태가 수년 또는 수십년 간 지속되고 있으므로 이를 두고 계속범이라고 평가할 수도 있을 것이다. 바로 이 점에서 ‘위법상태의 계속’이라는 개념이 제시하는 판단의 혼란에 유의할 필요가 있다.

50) Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1993, 6. Abschn. Rn. 81.

51) Struensee, Grundprobleme des Strafrechts, 2005, 131쪽.

52) HK-GS/Steinmetz, §52 Rn. 10.

다. 계속범과 상태범의 예

이상의 구별기준에서 출발해보면, 현행 형법과 특별형법에 들어있는 범죄구성요건을 계속범으로 평가할 것인지, 아니면 상태범으로 볼 것인지 비교적 상세하게 고찰해볼 수 있다.

우선, 전형적인 계속범으로 평가되고 있는 감금죄의 경우 감금행위가 기수에 이르면 장소이전의 자유가 침해되는 상태에 이르게 되지만, 행위자의 부작위로 인하여 감금행위가 계속되어 장소이전의 자유의 침해정도 또는 불법성이 더욱 강화된다.[53] 이에 반해 절도죄에서는 절도행위의 기수로써 타인의 소유권이 침해되지만 행위자가 그 이후의 위법상태가 계속되는 동안 또 다른 작위를 하는 경우에도 타인의 소유권에 대한 침해정도 또는 불법성이 더욱 강화된다고 보기 힘들다. 이 점에서 절도죄를 상태범으로 보는 통설의 태도는 타당하다.

또한 폐기물관리법 제63조 위반죄를 예로 들어 계속범과 상태범의 구분에 관한 의미를 획득할 수 있다. 폐기물관리법 제63조에 의하면, 특별자치시장, 특별자치도지사, 시장군수·구청장이나 공원·도로 등 시설의 관리자가 폐기물의 수집을 위하여 마련한 장소나 설비 외의 장소에 폐기물(이하 '사업장폐기물'이라 함)을 버린 자를 7년 이하의 징역이나 7천만원 이하의 벌금에 처하고, 이 경우 징역형과 벌금형의 병과도 가능하다. 이와 관련하여 행위자가 사업장폐기물을 버렸으나 몇 년이 지난 다음에야 이 범죄가 발각된 경우를 상정해 보자. 이 경우 행위자가 사업장폐기물을 버린 이후에도 그 폐기물은 버려진 채로 남아있기 때문에 애초의 위법상태가 유지 또는 지속된다고 볼 수 있고, 따라서 일응 계속범으로 평가할 여지가 있다. 그러나 폐기물관리법 제63조 위반죄의 구성요건은 행위자가 사업장폐기물을 버리는 행위만 내용으로 하고 있을 뿐 그 이후의 단계에서 행위자의 또 다른 작위 또는 부작위를 통한 불법의 강화를 내용으로 하고 있는 것이 아니다. 이 점에서 폐기물관리법 제63조 위반죄는 행위자가 사업장폐기물을 버림으로써 곧바로 기수에 이르고 종료도 되어 버리는 상태범으로 평가되어야 한다.[54] 이러한 의미에서 대법원이 환경부령이 정하는 사업장폐기물배출자는 사업장폐기물의 종류·발생량 등을 환경부령이 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장에게 신고하여야

---

53) 이와 동일한 취지로는, 김혜경, "계속범의 본질 -불법성의 내적 강화- 와 유형화", 형사판례연구 제22호, 형사판례연구회, 2014, 18쪽.

54) 이러한 의미에서 Schittenhelm, Probleme der umweltgefährdenden Abfallbeseitigung nach §326 StGB, GA, 1983, 324쪽.

하고, 이를 위반한 경우에는 형사처벌 하도록 규정한 구 폐기물관리법 제24조 제2항 및 제61조 제8호 위반죄를 계속범이 아니라 신고를 하지 아니함으로써 곧바로 범죄가 완성되는 상태범이라고 판시한 것은 매우 타당하다.[55]

3. 계속범과 상태범의 공소시효 및 죄수·경합론적 관점

현실적으로 보면 계속범과 상태범의 구별실익은 공소시효와 죄수관계에서 나타난다. 물론 이 중에서 죄수·경합론에 관한 논의는 계속범에 집중되어 있다. 이 점에서 우리나라 판례가 공소시효와 죄수관계에서 계속범과 상태범을 어떻게 바라보고 있는지 검토해볼 필요가 있다.

가. 계속범·상태범과 공소시효

형사소송법 제252조 제1항에 따라서 공소시효는 범죄행위의 종료한 때로부터 진행한다. 따라서 계속범의 경우에는 위법상태가 종료된 때로부터 공소시효가 진행되므로 위법상태의 종료시가 공소시효의 기산점이 된다. 이에 반해 상태범에서는 구성요건적 결과 발생한 시점이 공소시효의 기산점이다.

공소시효의 진행 및 완성과 관련하여 특정 구성요건이 상태범인 경우에는 일반적으로 행위자에게 유리하게 작용하게 된다. 상태범의 경우 구성요건적 결과가 발생한 시점부터 공소시효가 진행되기 때문에 범죄발생 후 수년이 지난 시점에서 범죄가 발각되는 현실에 주목해보면, 공소제기 시점에 이미 공소시효가 완성되어 버리는 경우도 빈번하게 발생할 수 있기 때문이다. 이에 반해 당해 범죄를 계속범으로 보면 공소시효제도가 행위자에 분명하게 불리하게 작용한다. 범죄가 기수에 이른 이후에 수 회에 걸쳐 동일한 범죄를 범한 경우에는 최후의 범죄종료시로부터 공소시효가 기산되기 때문이다.

그러나 상태범이라고 하여 공소시효제도가 반드시 행위자에게 유리한 것만은 아니다. 상태범의 경우에는 각 구성요건적 결과발생시 마다 1개의 죄가 성립하기 때문에 만약 상태범의 구성요건을 수회 위반한 경우에는 각각의 죄마다 공소시효가 진행된다. 또한 수회에 걸쳐 상태범이 범해졌고, 이들 범죄가 포괄일죄로 묶이는 경우에는 계속범의 경우와 같이 최후의 범죄종료시가 공소시효가 기산점이 된다.

---

55) 대법원 2001.12.24. 선고 2001도4506 판결

문제는 우리나라 판례가 특정한 구성요건을 계속범으로 이해하여 공소시효의 기산점을 최후의 결과발생시로 정하는 배경에 적대적 형사정책 또는 엄벌의 의지가 깔려있는 것으로 이해할 여지가 있다는 점이다. 예컨대 대법원은 구 시장법 제4조에 위반하여 허가를 받지 아니하고 시장을 개설한 행위에 대하여 "허가를 받지 아니하고 시장을 개설하는 행위는 계속범의 성질을 가지는 것이어서 허가를 받지 않은 상태가 계속되는 한 무허가 시장개설 행위에 대한 공소시효는 진행하지 아니한다"고 판시하였다.[56] 이 사건에서 대법원은 '시장개설 행위'에 위법상태의 지속을 의미하는 시간적 계속성이 있다는 점에서 출발한 것으로 보인다. 그러나 구 시장법 제10조 제1호의 구성요건은 '허가를 받지 아니하고 시장을 개설하는 행위'만 명시하고 있을 뿐이다. 시장개설 이후의 그러한 위법상태가 계속된다고 하더라도 구 시장법 제10조 제1항의 구성요건으로부터 시장질서를 교란한 불법상이 더욱 강화된다고 보기도 힘들다. 따라서 구 시장법 제10조의 구성요건을 충실하게 해석하면 본죄는 상태범으로 되어야 하고, 무허가 시장개설을 한 시점부터 공소시효가 진행되어야 한다. 그럼에도 대법원이 구 시장법 제10조 제1호의 구성요건을 계속범으로 이해한 배경에는 적대적 형사정책의 의지가 깔려있기 때문인 것으로 보인다.

나. 죄수론에서 계속범의 성격

죄수론 차원에서 계속범이 단순일죄인지, 아니면 포괄일죄로 보아야 할 것인지 견해의 대립이 있다. 다수설은 계속범을 포괄일죄로 이해하고 있다. 계속범을 단순일죄로 보는 주된 근거는 계속범의 경우 범죄행위가 종료될 때까지 동일한 법익침해의 위법상태를 야기하고 유지하기 위한 모든 행위는 형법상 한 개의 행위로 평가되어야 한다는 점에 있다.[57] 이에 반해 포괄일죄설에 의하면, 계속범의 경우에는 위법한 상태가 없어질 때까지 일시적 중단으로 종료되지 않고, 따라서 위법한 상태를 유지하지 위한 행위는 그것으로 인하여 같은 구성요건을 다시 충족하는 경우에도 하나의 행위로서 포괄일죄가 될 뿐이라고 한다.[58]

생각건대, 포괄일죄는 수개의 자연적 행위가 일정한 기준하에 하나의 죄로 묶이는 범죄유형을 말한다.[59] 즉, 포괄일죄는 처음부터 수개의 행위가 존재할 것을

56) 대법원 1981.10.13. 선고 81도1244 판결
57) 대표적으로 임웅,「형법총론 제5정판」, 법문사, 2013, 584쪽.
58) 대표적으로 이재상·장영민·강동범,「형법총론 제8판」, 박영사, 2015, 530쪽.

예정하고 있는 반면, 단순일죄는 하나의 행위를 출발점으로 삼고 있다. 포괄일죄와 단순일죄의 이러한 차이에 주목해보면, 계속범은 자연적으로 분리되는 수 개의 행위를 전제로 하고 있지 않다는 점에서 포괄일죄가 아니라고 보아야 한다.[60] 계속범은 기수에 이르게 된 구성요건적 행위가 기수 이후의 종료시까지 그대로 유지되는 것을 본질로 하는 범죄유형이기 때문에 하나의 계속범 내부에서 수 개의 범죄행위가 존재할 수 없기 때문이다.

다. 계속범의 죄수·경합관계

계속범의 죄수·경합관계는 매우 복잡하게 전개된다.

우선, 계속범에 대한 확정판결의 효력범위가 문제된다. 계속범에 대한 유죄판결의 효력은 판결선고시까지의 위법상태의 야기 및 유지에만 미치기 때문에 판결선고 이후의 위법상태의 유지는 독자적인 범죄로 평가되어야 한다.[61] 판례도 이러한 취지로 판시하고 있다. 즉 대법원은, 주차장법 제29조 제1항 제2호 위반죄(부설주차장을 주차장 외의 용도로 사용한 행위)는 이른바 계속범으로서, 종전에 용도외 사용행위에 대하여 처벌받은 일이 있다고 하더라도 그 후에도 계속하여 용도외 사용을 하고 있는 이상 종전 재판 후의 사용에 대하여 다시 처벌할 수 있다고 판시한다.[62]

문제는 계속범 도중에 상태범을 범한 경우의 경합관계이다. 구체적인 사례상황마다 상상적 경합을 인정할 것인지 실체적 경합이 성립하는지 문제가 등장하기 때문이다.[63] 먼저 계속범의 기회에 또는 계속범이 행해지고 있는 중에 간헐적으로 상태범을 범한 경우에는 당해 계속범과 그 기회에 범한 다른 상태범은 실체적 경합관계에 있다.[64] 예컨대 피해자를 감금시킨 상태를 이용하여 피해자에게 사

---

59) 신동운,「형법총론 제6판」, 법문사, 2011, 732쪽.

60) 김혜경, “영업범의 개념과 죄수관계 - 포괄일죄 또는 실체적 경합 성립여부 -”, 형사판례연구 제19호, 형사판례연구회, 2011, 51쪽.

61) Schönke/Schröder-Lieben/Bosch, StGB, Vorb. §§52 ff, Rn. 87.

62) 대법원 2006.1.26. 선고 2005도7283 판결; 또한 이러한 취지의 판례로는 대법원 2008.5.29. 선고 2008도2099 판결 참조.

63) 계속범의 죄수와 경합관계에 관한 상세한 내용은, 윤동호, “계속범의 죄수 및 경합관계”, 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010, 163쪽 이하 참조.

64) 독일의 통설과 판례의 입장이기도 하다. BGH 18 33 = NStZ 95, 300, Geppert, Grundzüge der Konkurrenzlehre(§§ 52 bis 55 StGB), Jura 1982, 370쪽; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 722쪽; Lackner/Kühl, StGB §52 Rn. 7; Schönke/Schröder-Lieben/Bosch, StGB, Vorb. §§52 ff, Rn. 90.

기도박을 한 경우, 출입국관리법을 위반한 불법체류 기간 중에 범한 절도죄는 각각 감금죄와 사기죄, 출입국관리법위반죄와 절도죄의 실체적 경합관계가 성립한다.[65] 그러나 계속범의 도중에 다른 상태범을 범한 사안이 항상 실체적 경합으로 이어지는 것은 아니다. 형법 제40조의 '1개의 행위'를 실행행위의 부분적 동일성으로 이해하는 경우에는 계속범 도중에 실행된 다른 상태범과 실행행위의 동일성이 인정되는 한 두 죄 간에 상상적 경합이 성립할 수 있기 때문이다. 이러한 사안에서 독일의 판례도 실행행위의 부분적 동일성의 원칙(Grundsatz der Teilidentität der Ausführungshandlung)을 적용하고 있다.[66] 이 원칙에 의하면, 상태범을 실현하는 행위가 동시에 계속범을 전부 또는 일부 충족시킨 경우(즉, 중첩되는 경우)에는 상상적 경합이 되고, 그렇지 않으면 실체적 경합이 된다. 이에 반해 독일의 일부 학설[67]은 행위의 목적과 수단관계에 중점을 두고 있다. 이러한 목적-수단 관계에 의하면, 상태범의 실행이 계속범을 실행하기 위한 수단인 경우(예: 감금하기 위하여 상해를 가한 경우) 또는 이와 반대로 계속범이 상태범을 실행하기 위한 요건을 창출한 경우에는 상상적 경합이 성립한다. 독일의 판례와 일부 학설의 차이는 행위자가 감금(계속범으로서 감금죄)할 목적으로 피해자를 때려 실신시킨 사례(상태범으로서 상해죄)를 보면 분명하게 알 수 있다. 이 사례에서 목적-수단의 관계에서 출발해보면 감금죄와 상해죄간의 상상적 경합이 성립하지만 독일의 판례의 입장(실행행위의 부분적 동일성 원칙)을 따르면 피해자를 실신시킨 행위는 아직 상해죄의 범죄실행으로 볼 수 없으므로 실체적 경합이 될 수 있기 때문이다.

IV. 재산국외도피죄의 구성요건 유형

앞에서 언급한 계속범과 상태범의 법형상에 대한 고찰과 이들 구성요건 유형의 구별기준을 토대로 특경가법 제4조 소정의 재산국외도피죄의 구성요건 유형을 도출할 수 있다. 이를 위해서는 우선 재산국도피죄의 구성요건에 대한 검토가 선행되어야 한다.

---

65) 이러한 의미에서 대법원은, "감금행위가 단순히 강도상해 범행의 수단이 되는 데 그치지 아니하고 강도상해의 범행이 끝난 뒤에도 계속된 경우에는 1개의 행위가 감금죄와 강도상해죄에 해당하는 경우라고 볼 수 없고, 이 경우 감금죄와 강도상해죄는 형법 제37조의 경합범 관계에 있다"고 판시한다(대법원 2003.1.10. 선고 2002도4380 판결).

66) BGHSt 18, 33f = NJW 1962, 2310; BGH, NStZ 1999, 83.

67) Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 33. Aufl., 2003, Rn. 779.

1. 재산국외도피죄의 주요내용

가. 입법취지

특경법 제4조는 1983. 12. 31. 특경법을 제정할 당시부터 이 법에 포함되어 있던 범죄구성요건이다. 특경법은 제5공화국 출범이후 '장영자 어음사기 사건', '명성 사건', '영동개발진흥 사건' 등 경제 범죄와 외화도피 범죄가 빈번히 일어남으로 인해 이에 대한 빗발치는 여론을 등에 업고 1983. 12. 31 법률 3693호로 제정되었다. 특경법의 제정목적은 경제범죄가 날로 대형화·조직화·지능화되고 경제·사회에 미치는 충격과 피해가 막심하여 그 근절대책이 절실한 실정임에도 그 당시 처벌법규는 법정형이 지나치게 가볍거나 벌칙규정의 미비로 말미암아 적절히 대처하지 못하고 있어서 건전한 국민경제윤리에 반하는 거액경제범죄 및 재산국외도피사범에 대한 법정형을 대폭 강화하여 가중처벌하고, 금융기관 임·직원의 금품수수 등 비위를 엄벌함과 아울러 범법자들의 경제활동을 제한함으로써 경제질서의 확립을 도모하고 나아가 국민경제의 발전에 이바지하려는 것이었다.[68]

특경법의 내용 중 재산국외도피죄를 규정한 제4조는 국내의 재산을 해외에 도피시킴으로써 국부에 손실을 가져오는 행위를 처벌함으로써 국가재산을 보호하려는 데 그 목적이 있다.[69]

나. 보호법익

특경법 제4조에 관한 지금까지의 판례에 비추어보면 재산국외도피죄의 보호법익은 국가재산의 보호이다. 문제는 보호되는 정도를 침해결과범으로 볼 것인지, 아니면 추상적 위험범으로 볼 것인지의 여부이다. 특경법 제4조의 구성요건이 '법령을 위반하여 대한민국 또는 대한민국국민의 재산을 국외로 이동하거나 국내로 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉 또는 처분하여 도피시켰을 때'로 규정하고 있는 점, 대법원 판례[70]도 "…..해외에서 임의로 소비, 축적, 은닉 등 지배·관리할 수 있는 상태에 둠으로써 대한민국 또는 대한민국 국민의 재산이 유출될 위험이 있는 상태를 발생하게 하는 것'이라고 판시하고 있는 점 등에 비추어보면, 재산국외도피죄는 재산을 국외로 인동하거나 국외에서 은닉 또는 처분하여 도피

68) 박상기·신동운·손동권·신양균·오영근·전지연,「형사특별법론 개정판」, 한국형사정책연구원, 2012, 397쪽.
69) 대법원 2005.4.29. 선고 2002도7262 판결
70) 대법원 2005.4.29. 선고 2002도7262 판결

시켰을 때 성립하고 도피의 결과를 요하지 않으므로 추상적 위험범으로 해석해야 할 것이다.

다. 구성요건

특경법 제4조 제1항은, '법령에 위반하여 대한민국 또는 대한민국국민의 재산을 국외에 이동하거나 국내에 반입하여야 할 재산을 은닉 또는 처분하여 도피시킨 행위'를 처벌의 대상으로 삼고 있다. 이 점에서 특경법 제4조 제1항은 재산국외도피의 유형을 전단의 '국내재산의 국외 이동에 의한 도피'와 후단의 '국내로 반입하여야 할 재산의 국외에서의 은닉 또는 처분에 의한 도피'로 구분하고 있다. 물론 이 두 가지 행위유형은 모두 법령에 위반되어야 한다. 즉, 특경법 제4조 제1항에 명시되어 있는 '법령에 위반하여'라는 문언은 재산국외도피의 행위태양인 '국외 이동 또는 국외에서의 은닉·처분'과 함께 '국내에 반입하여야 할 재산'도 수식하는 것으로 해석하여야 하므로, 제4조 제1항 후단의 국외에서의 은닉 또는 처분에 의한 재산국외도피죄는 법령에 의하여 국내로 반입하여야 할 재산을 이에 위반하여 은닉 또는 처분시킨 때에 성립한다. 그러므로 '국내에 반입하여야 할 재산'이란 법령에 의하여 국내에 반입하여야 할 의무를 부담하는 대한민국 또는 대한민국 국민의 재산을 의미한다.[71] 물론 이 경우 '법령'에는 법령의 형식적 명칭과 목적이 어떠한지를 가리지 않고 국내 재산의 국외로의 이동을 규율·관리하는 법령을 모두 포함하므로 '외국환 관리에 관한 법률과 법규명령' 뿐만 아니라 '외화 도피 목적의 수출입 가격 조작'을 금지하는 대외무역법 제43조도 포함된다.[72]

특경법 제4조 제1항의 재산국외도피죄는 재산을 국외에서 은닉한다는 인식을 가지고 국내에 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉 또는 처분하여 도피시켰다면 이미 그 범죄는 성립이 되고 그 후 그 재산의 일부가 국내에 다시 반입된 여부나, 혹은 애초부터 그 은닉된 재산을 다시 국내로 반입하여 소비할 의사가 있었는지 여부는 그 범죄의 성립에는 영향을 미치지 않는다.[73] 그 후 그 재산의 일부가 국내에 다시 반입된 여부나 혹은 애초부터 그 은닉된 재산을 다시 국내로 반입하여 소비할 의사가 있었는지 여부는 정상참작의 사유는 될지언정 그 범죄의

71) 대법원 2010.9.9. 선고 2007도3681 판결
72) 대법원 2015.5.29. 선고 2013도3295 판결
73) 대법원 1989.2.14. 선고 88도2211 판결

성립에는 영향을 미치지 아니한다.[74]

그러나 재산국외도피죄는 자신의 행위가 법령에 위반하여 국내재산을 해외로 이동한다는 인식과 그 행위가 재산을 대한민국의 법률과 제도에 의한 규율과 관리를 받지 않고 자신이 해외에서 임의로 소비, 축적, 은닉 등 지배·관리할 수 있는 상태에 두는 행위라는 인식을 가지고 국내재산을 해외로 이동하여 대한민국 또는 대한민국 국민의 재산이 유출될 위험이 있는 상태를 발생하게 하는 것, 즉 도피시킴으로써 범죄는 성립한다고 할 것이나, 처음부터 해외에서의 사용을 예정하지 않고 즉시 반입할 목적으로 송금하였다면, 해외로 이동하여 지배·관리한다는 재산도피의 범의가 있었다고 볼 수는 없다.[75]

2. 재산국외도피죄의 구성요건 유형에 관한 검토

이미 대법원은 특경법 제4조 제1항의 재산국외도피죄의 '성립'시기(즉, 기수시기)에 관하여 판시한 바 있다. 이에 의하면, 재산을 국외에서 은닉한다는 인식을 가지고 국내에 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉 또는 처분하여 도피시킨 때가 기수시기이다.[76] 문제는 재산국외도피죄의 종료시점도 도피시킨 때인지의 여부이다. 이 문제는 재산국외도피죄의 구성요건을 계속범으로 볼 것인지, 아니면 상태범으로 볼 것인지의 여부에 따라 달라진다. 이와 관련하여 핵심적인 개념적 표지는 바로 '도피'행위이다.

가. '도피'의 개념내용

특경법 제4조 제1항에 규정되어 있는 재산국외도피죄의 행위유형은 두 가지이다. 하나는 '국내재산의 국외 이동에 의한 도피'(제4조 제1항 전단)이고, 다른 하나는 '국내로 반입하여야 할 재산의 국외에서의 은닉 또는 처분에 의한 도피'(제4조 제1항 후단)이다.

이미 대법원은, "재산국외도피죄는 자신의 행위가 법령에 위반하여 국내재산을 해외로 이동한다는 인식과 그 행위가 재산을 대한민국의 법률과 제도에 의한 규율과 관리를 받지 않고 자신이 해외에서 임의로 소비, 축적, 은닉 등 지배·관리할 수 있는 상태에 두는 행위라는 인식을 가지고 국내재산을 해외로 이동하여 대한

74) 대법원 1988.6.21. 선고 88도551 판결
75) 대법원 2005.4.29. 선고 2002도7262 판결
76) 대법원 1989.2.14. 선고 88도2211 판결

민국 또는 대한민국 국민의 재산이 유출될 위험이 있는 상태를 발생하게 하는 것, 즉 도피시킴으로써 범죄는 성립한다"[77]고 판시하여 특경법 제4조 제1항 전단의 '국내재산의 국외 이동에 의한 도피'의 구체적인 의미내용을 밝히고 있다.

특경법 제4조 제1항 전단의 도피개념에 대한 판례의 내용은 후단의 도피개념을 해석하는 경우에도 의미있는 접근방식이 될 수 있다.[78] 그렇다면 '국내로 반입하여야 할 재산의 국외에서의 은닉 또는 처분에 의한 도피'란 '법령에 위반하여 국내에 반입하여야 할 재산을 해외에서 임의로 처분·은닉함으로써 대한민국의 법률과 제도에 의한 규율과 관리를 받을 수 없는 상태에 두어 대한민국 또는 대한민국 국민의 재산이 유출될 위험이 있는 상태를 발생하게 하는 것'으로 정의할 수 있다.[79]

그러나 도피의 개념을 이와 같이 정의하는 경우에도 개별사건에서 나타난 행위가 재산국외도피죄에서 의미하는 '도피'에 해당하는 것인지 판단하기 어려운 경우가 있다. 따라서 개념내용이라는 차원을 뛰어넘어 구체적 사건에서 '도피'의 해당여부를 판단할 수 있는 요소들을 발견해야 한다.

나. '도피'의 판단요소

이미선 판사[80]는 재산국외도피죄의 '도피'를 결정하는 요소로 ① 행위의 목적 내지 동기, ② 행위방법 내지 수단 ③ 행위의 결과 등 3가지를 들고 있다.[81] 그러나 재산국외도피죄를 추상적 위험범으로 이해하는 한 행위의 결과는 도피를 결정하는 본질적인 요소가 될 수 없고, 기껏해야 양형의 판단요소에 불과한 것으로 보아야 한다.

행위의 목적 내지 동기는 행위자의 내적 경향과 관련된 판단요소이다. 행위자의 주된 목적이나 동기가 비자금을 조성하거나 사적인 용도로 재산을 취득하는 등 그 동기 자체에 형법적 비난 내지 불법성이 가중되는 경우에는 도피를 인정하는 기초적 정황이 된다.[82] 물론 그러한 동기가 예컨대 현지에서의 원활한 경비

77) 대법원 2005.4.29. 선고 2002도7262 판결

78) 이러한 접근방식으로는 이미선, "특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제4조 제1항 후단의 재산국외도피죄에서 '국내에 반입하여야 할 재산'의 의미 - 2010.9.9. 선고 2007도3681 판결 : 공2010하, 1937 -", 대법원판례해설, 법원도서관, 2011, 885쪽 참조.

79) 이미선, 앞의 논문, 885쪽.

80) 이미선, 앞의 논문, 885-886쪽.

81) 이미선, 앞의 논문, 885쪽.

82) 이미선, 앞의 논문, 885쪽.

조달 등 단지 재산의 사용 내지 관리에 관한 법적 규제를 회피하기 위한 것이어서 그 불법성의 정도가 상대적으로 경미한 경우라도 이를 도피에 해당하지 않는다고 단정할 수는 없다.[83]

또한 행위방법과 수단의 관점에서는 재산을 유령회사 명의의 해외 은행 계좌에 예치하는 등의 방법으로 그 재산의 소재나 그 소유관계를 불명하는 경우 등과 같은 방식으로 이전하는 경우에는 도피를 인정할 징표가 될 수 있다.[84] 이와 관련하여 특경법 제4조는 이미 구성요건요소로서 은폐와 처분을 명시하고 있다.

위 각 요소는 상호 보완적이고 일정 부분 대체가능성도 있어 어떤 행위가 도피에 해당하는지 여부를 판단하는 과정에서 위 요소들을 종합적으로 고려하여야 한다.[85] 개별 사안에서 각 요소에 해당하는 부분을 분리하여 단편적으로 도피를 인정할 요소를 찾아내는 방법은 바람직하지 못하다고 할 것이다.[86]

다. 재산국외도피죄의 구성요건 유형

(1) 재산국외도피죄의 구성요건요소에 관한 검토

앞에서[87] 언급한 바와 같이, 구성요건 유형 분류의 기본적인 출발점은 구성요건 그 자체이다. 구성요건 분류는 형법에 산재하고 있는 구성요건들을 그 특성 내지 속성에 따라 침해범과 위험범, 결과범과 거동범, 일반범과 신분범, 계속범과 상태범 등의 유형으로 분류하는 것을 내용으로 하기 때문이다. 따라서 구성요건의 유형은 규범적 관점에서 구성요건 그 자체의 특성에 도출되어야 하는 것이지 구체적으로 행해진 범죄행위에서 도출되어서는 안된다. 만약 구성요건에 대한 법익침해의 방식과 결과에 주목하여 어떠한 경우에는 계속범이고, 또 다른 경우에는 상태범이 된다고 해석해버린다면 죄형법정주의에 기초한 형법적 금지의 내용을 확정하고 있는 구성요건의 정형성이 무너져 버리게 되고, 이로써 법적 안정성도 떨어트린다. 즉, 하나의 구성요건에서 각각의 경우의 수를 나누어서 계속범과 상태범이 모두 성립 가능한 것으로 이해해 버린다면 그 자체 완결적이어야 할 구성요건의 정형이 깨져버리고 만다. 바로 이 점에서 특정한 행위를 형법적으로 금

83) 이미선, 앞의 논문, 885쪽.
84) 이미선, 앞의 논문, 886쪽.
85) 이미선, 앞의 논문, 886쪽.
86) 이미선, 앞의 논문, 886쪽.
87) 앞의 Ⅲ. 나. (2) 참조.

지함에 있어 세련되고 완결적인 입법자의 입법행위가 요구된다. 따라서 입법 내용의 (부분적) 흠결에도 불구하고 법관이 해석작용을 통하여 이를 보충한다면, 그것은 형법질서에는 허용될 수 없는 법창조임과 동시에 법관의 헌법과 법률에의 구속을 지시하는 헌법에도 반하는 것이다.

다만, 하나의 구성요건 속에 각각 별개의 구성요건으로 볼 수 있는 구성요건요소가 기술되어 있는 경우에는 각 구성요건요소마다 범죄유형을 분류하는 것이 허용되는 것으로 보아야 한다. 이 경우에는 각각 구성요건요소가 독자적 의미를 지니고 있기 때문이다. 예를 들어, 절도죄의 구성요건은 '타인의 재물을 절취'했다고만 규정하고 있으므로 이 경우에는 하나의 범죄유형(상태범)으로만 평가해야 하지만, 특경법 제4조 제1항의 재산국외도피죄의 구성요건은 수개의 행위태양을 명시하고 있고, 이들 구성요건요소는 각각 독자적인 의미를 지니고 있으므로 이러한 행위태양별로 재산국외도피죄의 구성요건 유형을 분류할 수 있을 것이다.

특경법 제4조 제1항의 재산국외도피죄는 '법령을 위반하여 대한민국 또는 대한민국국민의 재산을 국외로 이동하거나 국내로 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉 또는 처분하여 도피시켰을 때' 성립한다. 즉, 재산국외도피죄는 '국외 이동을 통한 도피', '국외에서의 은닉을 통한 도피' 및 '국외에서의 처분을 통한 도피'라는 3개의 행위태양으로 구성되어 있고, 각각의 행위가 독자적인 재산국외도피죄가 성립요소들이다. 따라서 특경법 제4조 제1항의 구성요건 중 '국외에서의 처분을 통한 도피죄'가 1회성의 처분행위로써 기수에 이름과 동시에 종료되므로 이를 상태범으로 평가하더라도 나머지 2개의 구성요건(즉, '국외 이동을 통한 도피'와 '국외에서의 은닉을 통한 도피')이 곧바로 상태범으로 평가되어야 하는 것은 아니다. 각각의 구성요건의 특징을 고찰해서 상태범인지, 계속범인지의 여부를 평가해야 하기 때문이다. 그렇다면 '국외 이동을 통한 도피죄'와 '국외에서의 은닉을 통한 도피죄'를 계속범으로 평가해야 할지 의문이 제기된다.

(2) 불법성의 강화 여부

계속범과 상태범을 구분하는 기준은 시간적 계속성(즉, 기수 이후의 위법행위의 지속) 이외에 행위자가 창출한 위법한 상태를 기수 이후에도 고의적으로 유지하거나 범죄행위를 중단없이 지속함으로써 당해 구성요건에 대한 형법적 비난이 선행되는 위법행위 뿐만 아니라 기수 이후의 위법상태의 유지에 대해서도 가해질 수 있는 것이어야 한다. 다시 말하면 당해 구성요건에 대한 법익침해로 기수가

된 이후부터 종료시까지 기존의 불법성이 강화되어야 한다. 기수 이후에 불법이 강화된다고 평가할 수 있는 구성요건에 한하여 계속범의 성격을 인정할 수 있기 때문이다.

계속범인 주거침입죄의 경우에는 사람이 주거에 침입하여 퇴거하지 아니하거나 감금죄의 경우에는 문밖에서 열쇠로 문을 잠궈서 감금함으로써 행위자가 주거침입죄와 감금죄의 구성요건을 모두 충족하고, 또한 이를 통하여 위법한 상태를 유지하기 위한 자신의 고의를 표현한 것으로 평가할 수 있다. 이에 반해 재산국외도피죄의 구성요건요소인 '은닉을 통한 도피'의 도피시킴으로써 종료된다. 즉, 재산국외도피죄의 구성요건은 그러한 도피행위를 함으로써 국가재산의 손실을 가져올 위험을 창출하는 것에 국한되어 있을 뿐이다. 은닉을 통한 도피를 하여 재산국외도피죄가 기수에 이름으로써 국가재산의 보호라는 법익이 침해되었지만 그 이후의 위법상태가 계속되는 동안 국가재산의 손실에 대한 불법성이 더욱 강화된다고 보기도 힘들다. 요컨대 재산국외도피죄에서 형법적 비난의 중점은 은닉 또는 처분을 통한 재산의 도피에 있는 것이지 도피 이후의 위법상태를 계속 유지했다는 데 있는 것이 아니다. 이 점에서 특경법 제4조의 재산국외도피죄의 구성요건 유형은 계속범으로 볼 것이 아니라 상태범으로 보아야 한다.

(3) 타 범죄구성요건과의 비교

대법원은 범인도피죄가 계속범의 성질을 가진다는 취지로 판시한 바 있다. 즉, "범인도피죄는 범인을 도피하게 함으로써 기수에 이르지만 범인도피행위가 계속되는 동안에는 범죄행위도 계속되고 행위가 끝날 때 비로소 범죄행위가 종료되고, 공범자의 범인도피행위의 도중에 그 범행을 인식하면서 그와 공동의 범의를 가지고 기왕의 범인도피상태를 이용하여 스스로 범인도피행위를 계속한 자에 대하여는 범인도피죄의 공동정범이 성립한다" 고 판시하고 있다.[88] 그렇다면, 특경법 제4조의 재산국외도피죄의 '도피'가 범인도피죄와 동일한 구성요건요소를 규정하고 있다는 점에 착안하여 이를 재산국외도피죄를 계속범으로 인정하는 논거로 삼을 수 있는지 의문이 제기된다.

앞에서 언급한 계속범과 상태범의 구별기준에 의하면, 사실 범인도피죄는 상태범의 성격이 더 짙게 나타나는 구성요건이다. 행위자가 범인을 도피시킴으로써

88) 대법원 1995.9.5. 선고 95도577 판결

기수에 이르고 이로써 종료가 되는 것으로 이해되어야 하는 것이지, 기수 이후에 도피시킨 자의 도피행위의 위법한 상태가 지속된다고 보기 어려울 뿐만 아니라 이로써 범인도피죄의 보호법익(범인에 대한 수사·재판·형집행 등에 관한 국가 형사사법의 작용 내지 기능)에 대한 불법성이 더 강화되었다고 평가하기도 힘들기 때문이다. 더 더욱 납득할 수 없는 것은 계속범의 경우 당해 구성요건이 보호하는 법익을 침해함으로써 기수에 이르고 그 이후 지속되어 온 위법상태를 끝마친 때(예컨대 감금죄의 경우 감금된 피해자를 풀어준 때) 종료되는데, 계속범으로 이해되는 범인도피죄의 경우에는 행위자의 범죄종료시기를 확정할 수 없고, 오히려 죄를 범한 자가 검거된 시점을 범인도피죄의 종료시점으로 잡아야 한다는 점이다. 범죄의 종료가 타인(죄를 범한 자)의 행위와 의사에 의존하게 되는 이상한 문제가 발생한다.

그러나 범인도피죄를 판례와 같이 계속범으로 보든 혹은 이와 달리 상태범으로 보든 여기서 문제되고 있는 재산국외도피죄의 구성요건 유형을 분류함에 있어서는 범인도피죄를 원용하기 힘들다고 보아야 한다. 우선, 재산국외도피죄와 범인도피죄는 그 구성요건적 특성부터 다르다. 그 대상의 면에서 보면 재산을 도피했다는 점과 범인을 도피시켰다는 점에서 다르고 도피의 내용면에서도 범인도피죄는 행위자가 타인(죄를 범한 자)을 도피시킴으로써 성립함에 반해 재산국외도피죄는 행위자가 재산을 도피시킴으로써 성립한다. 따라서 개별 구성요건의 입법취지와 법익 등에 관한 구체적인 고찰없이 '도피'라는 단어에만 중점을 두어 범인도피죄에 관한 기존의 평가를 재산국외도피죄에 그대로 차용하는 것은 개별 구성요건의 특성을 무시한 결과라는 비판을 면하기 어렵다.

한편, 재산국외도피죄의 행위태양인 '은닉을 통한 도피죄'와 유사한 구성요건을 문화재보호법 제92조 제1항에서 찾아볼 수 있다. 문화재보호법 제92조에 의하면, 국가지정문화재(국가무형문화재는 제외)를 손상, 절취 또는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 자는 3년 이상의 징역에 처하고(제1항), 그 밖의 지정문화재 또는 가지정문화재(건조물은 제외)를 손상·절취 또는 은닉하거나 기타의 방법으로 그 효용을 해한 자는 2년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있다(제2항). 이와 관련하여 대법원은 구 문화재보호법 제81조 제2항(현재의 제92조 제2항 제1호와 동일)의 구성요건 중 '은닉을 통하여 효용을 해한 죄'의 구성요건 유형을 밝히고 있다. 피고인이 1989. 12. 23.경부터, 같은 해 7.13. 20:30경 충남 부여군 외산면 만수리 소재 무량사에서 강취되었던 충청남도 지정문화재 제100

호인 관음보살좌상 1점, 지장보살좌상 1점, 보살좌상 1점을 그것이 지정문화재인 정을 알면서 2001. 2. 19. 공소외인에게 감정을 의뢰하려다 적발될 때까지 대구 달서구 소재 포교당 방안에 은닉하여 구 문화재보호법 제81조 제2항을 위반하였다는 사실로 기소된 사안에서, 원심인 부산고등법원[89]은 구 문화재보호법 제81조 제2항에서 지정문화재 등을 은닉한 자를 처벌하도록 한 규정은 지정문화재 등임을 알고 그 소재를 불분명하게 함으로써 발견을 곤란 또는 불가능하게 하여 그 효용을 해하는 행위를 처벌하려는 것이라는 전제하에 그러한 은닉범행이 계속되는 한 발견을 곤란케 하는 등의 상태는 계속되는 것이어서 공소시효가 진행되지 않는 것으로 보아야 한다는 이유로, 은닉행위를 시작한 때로부터 문화재보호법위반죄의 공소시효가 기산되어 이미 그 공소시효가 완성되었다는 피고인의 주장을 배척하였고, 대법원도 구 문화재보호법 제81조 제2항의 내용 및 그 입법취지에 비추어 보면 원심의 위와 같은 판단이 정당한 것이라고 판시하였다.[90] 결국 원심과 대법원은 구 문화재보호법 제81조 제2항의 '은닉을 통하여 효용을 해한 죄'를 계속범으로 평가하고 있다. 그런데 이 판례에서 주목해야 할 부분은 대법원이 설시하고 있는 '구 문화재보호법 제81조 제2항의 내용 및 그 입법취지'이다. 구 문화재보호법 제81조 제2항이 '은닉을 통하여 효용을 해한 죄'에 대하여 법정형의 하한을 올려 '2년 이상의 유기징역'으로 처벌하는 이유는 무엇보다도 문화재 그 자체의 보호가 매우 중요할 뿐만 아니라 문화재의 특성상 일정한 시간의 경과가 문화재의 가치의 상승도 가져오기 때문에 '은닉' 이후의 위법한 상태 그 자체가 비난가능성이 큰 것으로 평가되었기 때문이다. 이 점에서 계속 은닉하는 행위 그 자체가 비난가능성이 큰 것으로 평가되었기 때문이다. 이 점에서 '은닉을 통하여 효용을 해한 죄'는 은닉 이후의 위법한 상태의 불법성이 강화되는 대표적인 경우이다. 또한 원심과 대법원이 구 문화재보호법 제81조 제2항의 '은닉을 통하여 효용을 해한 죄'를 계속범으로 본 배경에는 문화재의 경우 공소시효 제도의 기능을 적극적으로 인정하게 되면 문화재의 보존이라는 문화재보호법의 제정 목적을 달성할 수 없는 경우가 존재하게 된다는 점[91]을 고려한 것으로 보인다. 그러나 특경법 제4조 제1항의 '은닉을 통한 도피죄'의 입법취지는 국내의

89) 부산고등법원 2003.9.24. 선고 2003노487, 556(병합) 판결
90) 대법원 2004.2.12. 선고 2003도6215 판결
91) 이상문, "공소시효배제의 근거와 실제상의 문제점 - 문화재보호법상의 규정을 중심으로 -", 형사법의 신동향 통권 제39호, 대검찰청, 2013, 227쪽.

재산을 해외에 도피시킴으로써 국부에 손실을 가져오는 행위를 처벌함으로써 국가재산을 보호하려는 데 그 목적이 있는 것일 뿐, 문화재보호법상의 '은닉을 통하여 효용을 해한 죄'의 경우와 같이 은닉 이후의 위법한 상태의 불법성이 강화되는 것으로 평가할 수 없다. 정리해보면, '은닉'의 개념은 '은닉'을 구성요건요소로 삼고 있는 모든 구성요건에서 유사하게 해석될 수 있으나, '은닉'이 포함되어 있다고 해서 그러한 구성요건을 모두 계속범 또는 상태범으로 평가할 수는 없는 것이다.

3. 재산국외도피죄의 공소시효 기산점에 관한 이론적 귀결

이상의 논의로부터 특경법 제4조 소정의 재산국외도피죄의 구성요건 유형을 계속범으로 평가하기에는 무리가 따른다. 오히려 구성요건의 정형성의 관점이나 계속범의 개념과 특성에 비추어보면 재산국외도피죄는 상태범으로 이해되어야 한다. 그렇다면 재산국외도피죄의 공소시효 기산점도 '재산을 은닉 또는 처분하는 방법으로 국외에 도피시킨 때'가 되어야 한다. 이러한 결론은 무엇보다도 특경법 제4조에 명시되어 있는 재산의 '이동', '은닉' 및 '처분' 등 3가지 행위태양을 균형적으로 고려할 필요성에서도 도출되는 것이다. 특정한 구성요건 요소는 계속범적 성격을 가지는 반면, 또 다른 특정한 구성요건요소는 상태범으로 평가하는 것은 타당하지 않기 때문이다. 또한 현실적인 관점에서 보면, 재산국외도피죄를 계속범으로 이해하여 행위자가 재산을 국외에 은닉한 채 수십년 간 지났음에도 공소시효가 진행되지 않는다고 이해하는 것은 납득이 되지 않을 뿐만 아니라 적대적 형사정책이 불합리하게 표현된 것이라고 해도 과언이 아니다. 따라서 '이동', '처분'의 경우 상태범으로 그 행위시부터 공소시효가 진행되는 것과 동일하게 '은닉'의 경우에도 상태범으로 그 행위시부터 공소시효는 진행된다.

V. 결론

지금까지 특경법 제4조의 재산국외도피죄를 접근점으로 삼아 형법상 계속범과 상태범의 법리를 논의하였다. 계속범과 상태범의 구별은 실체형법의 영역뿐만 아니라 형식형법인 형사소송법의 영역에서 많은 영향을 미친다. 그럼에도 우리 학계에서는 지금까지 이 쟁점에 관한 논의가 활발하게 진행되지 못하였고, 판례에서도 계속범과 상태범의 구분에 관한 분명한 지침을 찾아볼 수 없다. 이 글을 통

하여 계속범과 상태범의 도그마틱에 관한 논의가 활발하게 진행되기를 기대하면서, 지금까지의 서술내용에 관하여 아래와 같이 결론지우고자 한다.

첫째, 즉시범을 상태범의 하위유형으로 보아야 하고 상태범의 경우 기수와 종료간의 시간적 간격으로 인한 공범성립의 가능성은 개별 범죄의 구체적 적용문제로 보는 것이 타당하다. 따라서 즉시범을 상태범과 별개의 구성요건 유형으로 설정할 필요는 없다.

둘째, 구성요건 유형으로서 계속범과 상태범의 구분의 출발점은 범죄구성요건 그 자체에 대한 규범적 평가이다. 구성요건의 유형은 규범적 관점에서 범죄구성요건 그 자체의 특성에 도출되어야 하는 것이지 구체적으로 행해진 범죄행위에서 도출되어서는 안된다. 시간적 계속성(위법상태의 유지)이라는 기준은 계속범을 인정하기 위한 필요조건에 불과하다. 특정한 구성요건을 계속범으로 인정하기 위한 충분조건은 행위자가 창출한 위법한 상태를 기수 이후에도 고의적으로 유지하거나 범죄행위를 중단없이 지속함으로써 당해 구성요건에 대한 형법적 비난이 선행되는 위법행위 뿐만 아니라 기수 이후의 위법상태의 유지에 대해서도 가해질 수 있는 것이어야 한다. 기수 이후에 불법이 강화된다고 평가할 수 있는 구성요건만 계속범으로 보아야 하고, 그렇지 않은 경우에는 상태범으로 평가해야 한다.

셋째, 하나의 구성요건 속에 있는 여러 개의 구성요건요소를 나누어서 특정한 구성요건요소를 계속범으로 보고 또 다른 특정한 구성요건요소를 상태범으로 평가하는 것은 그 자체 완결적이어야 할 구성요건의 정형성을 깨트린다. 특경법 제4조 제1항 후단의 '처분'은 횡령행위의 경우와 같이 그 자체 상태범의 성격을 지니고 있다는 점만으로도 재산국외도피죄의 계속범으로서의 성격이 부정된다. 나아가 '불법성의 강화'의 관점에서 평가해보는 경우에도 재산국외도피죄의 구성요건은 그러한 도피행위를 함으로써 국가재산의 손실을 가져올 위험을 창출하는 것에 국한되어 있을 뿐이고, 도피 이후의 위법상태가 계속되는 동안 국가재산의 손실에 대한 불법성이 더욱 강화된다고 보기도 힘들다. 따라서 특경법 제4조의 재산국외도피죄의 구성요건 유형은 계속범으로 볼 것이 아니라 상태범으로 보아야 하고, 공소시효도 재산의 도피시점부터 기산해야 한다.

(논문투고일 : 2016.09.05, 심사개시일 : 2016.09.05, 게재확정일 : 2016.09.23)

노 수 환, 이 진 국

계속범, 상태범, 재산국외도피죄, 구성요건 유형, 공소시효

【참 고 문 헌】

I. 국내 단행본

김성돈, 「형법총론 제2판」, SKKUP, 2009.

김성천·김형준, 「형법총론 제6판」, 도서출판 소진, 2014.

박상기, 「형법총론 제9판」, 박영사, 2012.

배종대, 「형법총론 제11판」, 홍문사, 2014.

성낙현, 「형법총론」, 동방문화사, 2011.

손동권·김재윤, 「새로쓴 형법총론」, 율곡출판사, 2011.

신동운, 「형법총론 제6판」, 법문사, 2011.

오영근, 「형법총론 제2판」, 대명출판사, 2002.

이상돈, 「형법강론」, 박영사, 2015.

이재상·장영민·강동범, 「형법총론 제8판」, 박영사, 2015.

임웅, 「형법총론 제5정판」, 법문사, 2013.

정성근·박광민, 「형법총론 전정2판」, 성균관대학교 출판부, 2015.

정영일, 「형법총론 제3판」, 박영사, 2010.

박상기·신동운·손동권·신양균·오영근·전지연, 「형사특별법론 개정판」, 한국형사정책연구원, 2012.

II. 국내 논문

김혜경, “계속범의 본질 -불법성의 내적 강화- 와 유형화”, 형사판례연구 제22호, 형사판례연구회, 2014.

김혜경, “영업범의 개념과 죄수관계 - 포괄일죄 또는 실체적 경합 성립여부 -”, 형사판례연구 제19호, 형사판례연구회, 2011.

김혜경, “형법상 계속범과 상태범”, 법학연구 제13권 제4호, 연세대학교 법학연구소, 2003.

송진경, “농지법상 농지전용죄와 범죄의 성격”, 비교형사법연구 제11권 제2호, 한국비교형사법학회, 2009.

윤동호, “계속범의 죄수 및 경합관계”, 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010.

윤동호, “농지법의 무허가농지전용죄가 계속범인지 여부”, 형사법연구 제23권 제

1호, 한국형사법학회, 2011.
이미선, “특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제4조 제1항 후단의 재산국외도피죄에서 ‘국내에 반입하여야 할 재산’의 의미 - 2010.9.9. 선고 2007도3681 판결 : 공2010하, 1937 -”, 대법원판례해설, 법원도서관, 2011.
이상문, “공소시효배제의 근거와 실제상의 문제점 - 문화재보호법상의 규정을 중심으로 -”, 형사법의 신동향 통권 제39호, 대검찰청, 2013.
임광주, “몇 가지 유형의 범죄에 대한 재정립”, 법학논총 제25권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2008.
최재정, “계속범에 관하여”, 사법연수원논문집 제1집, 사법연수원, 2004.

III. 독일문헌

Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47., neubearb. Aufl., München·C.H.Beck, 1995.
Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Aufl., München· C.H.Beck, 2012.
Geppert, Klaus: Grundzüge der Konkurrenzlehre(§§ 52 bis 55 StGB), Jura, 1982.
HK-GS/Bearbeiter: Dölling, Dieter/Duttge, Gunnar/Rössner, Dieter: Gesamtes Strafrecht. Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden·Nomos, 2011.
Jakobs, Günter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin u.a.·Walter de Gruyter, 1993.
Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin·Duncker & Humblot, 1996.
Lackner, Karl/Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24., neubearb. Aufl., München·C.H.Beck, 2001.
Lackner, Karl: Strafgesetzbuch mit ErläuterungenStGB, 21. Aufl., München· C.H.Beck, 1995.
LK-Bearbeiter: Laufhütte, Heinrich Wilhelm/van Saan, Ruth Rissing/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12., neu bearbeitete Aufl., Berlin·De Gruyter Recht, 2006.

MünchKomm-StGB/Bearbeiter: von Heintschel-Heinegg, Bernd(Bandredakteuer), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 2/1(§§52-79b), München·C.H.Beck, 2005.

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, München·C.H.Beck, 1997.

Schittenhelm, Ulrike: Probleme der umweltgefährdenden Abfallbeseitigung nach §326 StGB, GA(Goltdammer's Archiv für Strafrecht), 1983.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst-Bearbeiter: Strafgesetzbuch Kommentar, 28., neu bearb. Aufl., München·C.H.Beck, 2010.

Struensee, Eberhard: Grundprobleme des Strafrechts, Berlin·BWL, 2005.

Wessels, Johannes/Beulke, Werner: Strafrecht Allgemeiner Teil, 33., neu bearbeitete Aufl., Heidelberg·C.F.Müller, 2003.

<Zusammenfassung>

Der Tatbestandstypus des Delitks gegen die Vermögensflucht nach Ausland unter dem Gesichtspunkt der Unterscheidungskriterien zwischen Dauer- und Zustandsdelike

Roh, Soohwan
Lee, Jinkuk

In der vorliegenden Arbeit haben die Autoren um die Unterschei dungskriterien zwischen Dauer- und Zustandsdelikte unter dem Blick winkel des Delikts gegen die Vermögensflucht nach Ausland gemäss §4 des Gesetzes zum Strafqulifizierung der bestimmten Strafgesetzen diskutiert. Die Dogmatik des Dauerdelikts ist in der koreanischen Stra frechtswissenschaft noch nicht genügend erklärt worden. Der Ausgan gspunkt der Differenzierung zwischen Dauer- und Zustandsdelikte mü sste die Tatbestände als solche sein, um die Formalisierung des Straf tatbestand gewährzuleisten. Dauerdelikte in diesem Sinne sind nur sol che Straftaten, bei denen der Täter den von ihm geschaffenen rechts widrigen Zustand willentlich aufrechterhält oder die deliktische Tätigk eit ununterbrochen fortsetzt, so dass sich der strafrechtliche Vorwurf nicht nur auf Herbeiführung als auch auf die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustandes bezieht. Unter diesen Gesichtspunkte soll de r Tatbestandstypus des in dieser Untersuchung thematisierten Delikts gegen die Vermögensflucht nach Ausland nicht als Dauer- sondern al s Zustandsdelikt angenommen werden. Somit beginnt die Verjährung dieses Delikts mit der Schaffung der Vermögensflucht.

Roh, Soohwan, Lee, Jinkuk

Dauerdelikte, Zustandsdelikte, Delikt gegen Verm gensflucht nachAusland, Typus der Tatbest nde, Verfolgungsverj hrung

전합판결 이후 제기되는 통상임금의 해석상의 쟁점

김 홍 영*

【목 차】

Ⅰ. 논의의 배경
Ⅱ. 통상임금에 관한 노사합의의 효력의 신의칙 적용 여부
1. 전합판결의 신의칙 적용 법리
2. 하급심 판결의 경향
3. 과거 소급분에 대한 노사간의 자주적 해결 가능성 모색 필요
Ⅲ. 재직자 조건, 일정 근무일수 조건 등의 적용 여부
1. 전합판결에서의 고정성 판단 법리
2. 하급심 판결의 경향
3. 비판적 검토
4. 임금구성 체계의 개선 필요
Ⅳ. 선택적 복지비의 통상임금 포함 여부
1. 문제 상황
2. 하급심 판결의 경향
3. 비판적 검토
4. 선택적 복지제도 설정의 유의점
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

이 글에서는 통상임금에 관한 전합판결 이후에 실무상 대두대고 있는 쟁점들인 ① 신의칙의 적용 여부 ② 재직자 조건, 일정 근무일수 조건의 적용 여부, ③ 선택적 복지비의 통상임금 여부 등에 대해 비판적으로 검토한다. 임금이 근로의 대가라는 점, 통상임금은 연장근로, 휴일근로 등을 억제하기 위한 법정가산수당의 계산도구이므로 통상임금의 해석도 연장근로, 휴일근로 등을 억제하는 기능을 상실하지 않는 방향으로 이루어져야 한다는 점, 기업복지제도는 진정한 복지제도로서 실질을 가지고 기능할 수 있어야 한다는 점 등에 기초하여 해석론을 제시한다.

아울러 이 글에서는 노사관계의 안정을 위해 실무상 유의점을 지적한다. 통상임금의 해석상의 쟁점은 결국 대법원 판결을 통해 다시 명확한 판단을 받아야 해결될 수 있겠다. 임금은 항상 계속적으로 지급되어야 하므로 통상임금의 해석에 대한 이견을 지속하는 것은 노사관계의 안정에 도움이 되지 못한다. 과거의 소급분에 대해 자주적으로 해결하는 한편, 미래의 근로조건인 임금구성 체계를 개선

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

하여야 한다. 임금구성 체계의 개선에 따라 통상임금의 해석도 용이해질 수 있어 통상임금의 문제를 궁극적으로 해결할 수 있다.

Ⅰ. 논의의 배경

임금소송에서는 어떤 임금항목이 임금, 또는 평균임금에 포함되는 임금인지, 통상임금에 포함되는 임금인지 등이 종종 다투어진다. 임금, 평균임금, 통상임금 등은 근로기준법령에 그 정의규정이 있지만(근로기준법 제2조 제1항 제5호 및 제6호, 근로기준법 시행령 제6조 제1항 등), 현실 노사관계에서 다양한 명목으로 급여가 지급되어 있어, 특정 항목이 임금, 평균임금, 통상임금인지가 다투어지는 것이다.

임금체불, 퇴직 금품청산 위반 등에 대해 고용노동부는 체불청산지도 행정을 한다. 사용자가 시정을 거부하면 고용노동부는 형사처벌을 받도록 사건을 검찰에 송치한다. 실제로 많은 사건들이 고용노동부의 청산지도 행정 단계에서 해결되고 있다. 체불청산지도 행정에서는 단순한 임금체불 이외에도 연장·휴일근로수당 미지급, 미사용 연차휴가 보상수당 미지급, 퇴직금 미지급 등도 포함되어 다루어진다. 이 때 고용노동부는 자신의 예규에 따라 평균임금에 포함되는 임금, 통상임금에 포함되는 임금 여부를 판단하여 계산한다.

그런데 고용노동부의 예규는 평균임금, 통상임금의 범위를 좁게 파악해 왔다. 반면 법원은 민사소송에서 예규에 구속되지 않고 스스로 판례 법리를 형성하여 그 범위를 확대하여 판단해 왔다.[1] 그래서 민사소송이 제기될 여지가 발생한다.

1990년대에는 퇴직금 지급소송을 중심으로 임금소송이 제기되었다. 장기근속자에 대해 퇴직금 계산에서 차액이 발생할 수 있었기 때문이다. 각종 수당을 통상임금, 평균임금에 포함시켜 다시 계산해달라는 퇴직자 중심의 소송들이었다.

2000년대에 들어와 기업변동, 비정규 확대로 근속년수가 감소했고, 퇴직금 제도는 퇴직연금 제도로 변환되었고, 그간 어느 정도 판례법리가 안정적으로 형성되어, 결과적으로 퇴직금 차액 소송은 퇴조되었다.

그러나 2010년대에 들어와 다시 임금소송이 증가하였다. 이는 법정근로시간을 초과하는 장시간 근로 관행이 심화되어 연장·휴일근로수당의 차액 청구만으로도

---

1) 판례는 계속적·정기적으로 지급된다는 점 또는 일률적으로 지급된다는 점, 지급의무가 지워져 있다는 점 등을 중시하여, 그러한 사정이 인정되는 복리후생금품은 평균임금에 포함되는 임금으로 인정하는 경향이다. 이는 과거 임금인상의 방편으로 복리후생수당을 증가시켜온 관행, 수당의 명목과 달리 일률적으로 지급되고 있다는 지급실태 등을 고려하는 판단으로 평가된다(김홍영, “13. 임금의 판단기준”, 한국노동법학회 편, 「노동판례백선」, (박영사, 2015) 52면).

소송을 제기할 정도에 이르렀고, 특히 정기상여금이 통상임금에 포함되는지가 논란이 되었기 때문이다. 퇴직자가 아니더라도 재직자들이 집단적으로 소송을 제기한다.

대법원은 통상임금의 판단기준에 관해 2013년 말에 갑을오토텍 사건에 대한 전원합의체 판결(이하 '전합판결')을 내렸다. 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결(갑을오토텍 정기상여금 판결) 및 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다94643 전원합의체 판결(갑을오토텍 복리후생수당 판결)이 그것이다. 전합판결은 통상임금의 판단 기준 등 판례 법리를 정리하여 자세히 설명하고 있는데,[2] 그럼에도 여러 사건들마다 각각 나름대로의 차이점이 있어 어떤 결말이 될지 쉽게 단정할 수 없다. 또한 전합판결에서 명백히 판단되지 않은 새로운 쟁점도 등장하고 있다. 후속 판결들로 점차 판례 법리가 구체화되고 있는 중이다.

이 글에서는 전합판결 이후 통상임금 법리의 해석에 있어 실무상 중요한 쟁점으로 부각되고 있는, ① 신의칙의 적용 여부 ② 재직자 조건, 일정 근무일수 조건의 적용 여부, ③ 선택적 복지비의 통상임금 여부 등에 대해 비판적인 검토를 하고자 한다.

Ⅱ. 통상임금에 관한 노사합의의 효력의 신의칙 적용 여부

1. 전합판결의 신의칙 적용 법리

전합판결은 법상 통상임금에 속하는 임금을 통상임금에서 제외하는 노사합의를 무효로 보면서도, 노사합의와 달리 정기상여금을 통상임금에 포함하여 추가 법정수당의 지급을 청구하는 것은 신의칙(신의성실의 원칙)에 위배되어 부인되는 경우를 인정한다. 정기상여금이 통상임금에 포함되지 않는다고 오해하였던 시기의 노사합의를 고려한 판단이다.[3]

---

2) 이철수 교수는 통상임금 전합판결의 의의에 관해, ⅰ) '사전확정성'을 고정성 판단의 핵심 요소로 삼아, 지급액의 절대고정성에 함몰되었던 기존의 논의를 극복하였다는 점에서 긍정적으로 평가하면서도, ⅱ) 재직자 조건을 이유로 한 복리후생비를 제외한 것이 임금이분설의 환생인지 의문이 제기되며, 재직자 조건이나 일정 근무일수 조건에 대한 대법원의 후속 판결을 기다려야 한다는 점에서 한계를 지적한다(이철수, "14. 통상임금의 판단기준", 한국노동법학회 편, 「노동판례백선」 (박영사, 2015) 56-57쪽; 이철수, "통상임금 관련 2013년 전원합의체 판결의 의미와 평가", 「노동법학」 제49호 (한국노동법학회, 2014. 3) 14-23쪽 등).

3) 그럼에도 불구하고 신의칙 적용을 인정하는 전합판결에 대해 학계의 비판이 크다. 예를 들면, ⅰ) 이철수 교수는, 권리는 개별적으로 행사하는 것인데, 권리행사자가 제어할 수 없는 외생변수로 인해 자신의 성실성(in good faith)이 판가름 난다면, 이는 법적안정성을 심각하게 훼손시키는

전합판결이 신의칙[4] 적용을 인정하기 위한 요건은 다음과 같다.

첫째, 노사간에 신의가 형성되어야 한다. 임금협상 과정을 거쳐 이루어진 노사합의에서 정기상여금은 그 자체로 통상임금에 해당하지 아니한다고 오인한 나머지 정기상여금을 통상임금 산정 기준에서 제외하기로 합의하고 이를 전제로 임금수준을 정한 경우를 말한다.

둘째, 정의·형평관념에 어긋나는 근로자측의 사정이 있어야 한다. 근로자 측이 임금협상의 방법과 경위, 실질적인 목표와 결과 등은 도외시한 채 임금협상 당시 전혀 생각하지 못한 사유를 들어 정기상여금을 통상임금에 가산하고 이를 토대로 추가적인 법정수당의 지급을 구함으로써, 노사가 합의한 임금수준을 훨씬 초과하는 예상 외의 이익을 추구하는 경우를 말한다.

셋째, 정의·형평관념에 어긋나는 사용자측의 사정이 있어야 한다. 전술한 둘째의 사정으로 말미암아 사용자에게 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 하는 경우를 말한다.

전합판결은 위와 같은 경우 종국적으로 근로자 측에까지 그 피해가 미치게 되어 노사 어느 쪽에도 도움이 되지 않는 결과를 가져오므로 정의와 형평 관념에 비추어 신의에 현저히 반하고 도저히 용인될 수 없다고 본다. 그러므로 근로자 측의 추가 법정수당 청구는 신의칙에 위배되어 받아들일 수 없다고 본다.

전합판결에서는 정기상여금을 통상임금에 포함시켜 추가 법정수당을 청구하는 것이 신의칙에 위반된다고 판시했다.[5] 또한 전합판결 이후 내려진 대법원 판결인

결과가 초래된다는 점, 당사자의 입장에서 보면 법적 리스크와 소송비용이 증대하게 되고, 소송수행 능력에 따라 판결이 달라질 수 있을 개연성이 높은데, 이것이야말로 '참을 수 없는 부정의'라는 점 등을 지적한다(이철수, "통상임금 관련 2013년 전원합의체 판결의 의미와 평가", 「노동법학」 제49호 (한국노동법학회, 2014. 3) 24-27쪽). ii) 도재형 교수는, 노동법 그 자체가 신의칙의 이념 또는 기초 원리인 '사회적 형평의 고려 또는 이념' 또는 '사회적 조정의 원칙'에 근거한 법제이기 때문에 노동법의 효력을 무력화하는 수단으로서 신의칙을 이용해서는 안 된다고 비판한다(도재형, "통상임금 전원합의체 판결의 검토", 「노동법연구」 제36호 (서울대학교 노동법연구회, 2014. 3) 198쪽). iii) 박은정 교수는, 근본적으로 강행법규를 위반한 노사합의의 효력을 신의칙을 통해 재생시키는 것에 대한 오히려 여러 가지 의문만 발생할 뿐이라고 비판한다(박은정, "강행법규를 위반한 통상임금 노사합의와 신의성실의 원칙", 「인권과 정의」 제443호 (대한변호사협회, 2014. 8) 131-143쪽).

4) 신의성실의 원칙(신의칙)이란 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범을 말한다. 신의칙에 위배된다는 이유로 그 권리행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가지는 것이 정당한 상태에 이르러야 하고 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다.

한국지엠 판결에서도 정기상여금과 관련하여 신의칙 적용을 인정했다.[6)]

신의칙 적용 여부에는 추가 법정수당액, 실질임금 인상률, 회사의 재정 및 경영상태 등을 심리하게 된다. 정기상여금의 비중이 크지 않거나, 연장근로·휴일근로가 많지 않은 경우, (근로자측의 사정 관련) 추가 법정수당액이 규모가 작거나, 실질임금 인상율이 차이가 작거나, (회사측 사정 관련) 회사의 재정 및 경영상태에 영향이 작으므로, 신의칙이 적용되기 어렵다. 반대로 정기상여금의 비중이 크고 연장근로·휴일근로가 많다 하더라도, 신의칙이 적용될지 노사 스스로 판단하기

---

5) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결(갑을오토텍 전합판결): 정기상여금 연 600%(짝수 달 지급. 단협상 산정기초임금에 2만원과 연장근로 35시간분을 합산한 금액의 연 600%). 회사는 상여금이 통상임금에 해당한다는 점을 인식하지 못한 채 노동조합과 상여금을 통상임금에서 제외하는 내용의 단체협약을 체결하였고, 이러한 단체협약에 따른 통상임금 기준을 조합원이 아닌 관리직 직원들에게도 적용하는 것에 대하여 회사와 관리직 직원들 사이에 명시적 또는 묵시적인 노사합의 내지 관행이 있었으며, 상여금이 통상임금에 산입될 경우 근로자들은 당초 노사간 임금협상 등을 통하여 받은 이익을 초과하는 예상 밖의 이익을 기대할 수 있게 되는 한편, 회사로서는 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지게 되어 중대한 경영상의 어려움을 초래한다고 볼 수 있는 사정이 상당히 드러남. 2007년부터 2010년까지의 미사용 연차휴가수당 등의 지급을 구하는 원고의 이 사건 청구가 신의칙에 위배되는지를 살펴보았어야 할 것임. 이 사건 상여금이 통상임금에 산입될 경우 피고가 부담하게 될 추가 법정수당액과 전년도 대비 실질임금 인상률 및 그에 관한 과거 수년간의 평균치, 피고의 재정 및 경영상태 등을 심리하도록 요구.

6) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다116871 판결(한국지엠 판결); 회사와 전국금속노동조합 지엠대우자동차지부(이하 '노동조합'이라고 한다)는 기본급, 근속수당, 가족수당(본인 분 1만원), 라인수당간A, 정비5단계수당5, 복지후생수당을 통상임금 산정의 기초임금으로 하기로 합의하였는데, 이 사건 정기상여금은 근로기준법이 정한 통상임금에 해당하지 않는다는 전제 아래 이를 통상임금 산입에서 제외. 피고와 노동조합은 임금협상을 하면서 임금 총액을 기준으로 기본급 등의 인상률과 각종 수당의 증액 등을 정하였음. 정기상여금은 기본급에 근속수당, 라인수당간A, 정비5단계수당5, 복지후생수당을 합산한 금액의 연 700%로 산정되는데, 앞서 본 통상임금의 산정방식과 이 사건 정기상여금의 산정방식에 비추어 보면, 정기상여금을 통상임금에 산입할 경우 통상임금의 액수는 노사합의로 정한 통상임금의 액수를 훨씬 초과할 여지가 있음. 회사는 자동차를 조립생산하는 회사로 소속 생산직 근로자만 11,000여 명에 달하고, 생산직 근로자의 경우 연장야간휴일 근로 등 초과근로가 상시적으로 이루어지며, 이 사건 정기상여금이 노사합의로 정한 통상임금 산정 기초임금의 연 700%에 달하는 규모인 점 등에 비추어 볼 때, 정기상여금을 통상임금에 산입할 경우 피고가 추가로 부담하게 될 초과근로에 대한 가산임금을 비롯한 법정수당은 임금협상 당시 노사가 협상의 자료로 삼은 법정수당의 범위를 현저히 초과하고, 근로자들이 추가 법정수당을 지급받게 될 경우 그들의 실질임금 인상률은 임금협상 당시 노사가 상호 양해한 임금인상률을 훨씬 초과할 여지가 있음. 회사와 노동조합은 정기상여금이 통상임금에 해당하지 아니한다고 신뢰하여 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 합의하고 이를 기초로 임금협상을 하였으며, 이러한 노사합의에도 불구하고 회사로 하여금 정기상여금이 산입된 통상임금을 토대로 법정수당을 재산정한 다음 이미 지급한 법정수당과의 차액을 추가 지급하도록 할 경우 회사로서는 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지게 되어 중대한 경영상의 어려움을 초래할 여지가 있음. 회사와 노동조합의 임금협상 실태와 정기상여금이 통상임금에 산입될 경우 회사가 부담하게 될 추가 법정수당액 및 원고들을 포함한 생산직 근로자들의 실질임금 인상률, 회사의 재정 및 경영상태 등을 심리하여, 원고들이 이 사건 정기상여금을 통상임금에 산입하여 이를 기초로 미지급 법정수당과 중간정산 퇴직금의 지급을 구하는 것이 신의칙에 위배되는지를 살펴보았어야 할 것임(파기 환송).

어렵다. 신의칙은 법원이 추가수당 청구를 부인한다고 판단하는 구조이므로, 법원이 인정해야 비로소 인정되는 것이기 때문이다. 기업에게 중대한 경영상 어려움이 초래되거나 기업의 존립이 위태롭게 될 수 있다는 사정이 있어야 하는데, 회사의 재정 및 경영 상태를 보아 중대한 경영상의 어려움 등을 평가하는 것은 그 기준이 매우 모호하여 법원의 판단이 자의적일 수 있다는 우려가 제기된다. 또한 노사 당사자에게 명확한 것이 아니므로 신의칙 적용 여부가 소송으로 계속 지속될 우려가 있다.

2. 하급심 판결의 경향

가. 신의칙 적용을 인정한 사례

하급심 판결로서 신의칙 적용을 인정하는 사례가 다수 나타난다.

① 누벨 판결(광주지법 순천지원)[7]에서 순익은 연간 -1억부터 1억 사이에 비해 상여금을 통상임금에 포함할 경우 추가 인건비는 연간 3억원 내외로 너무 커 신의칙 적용을 인정했다.

② 아시아나항공 판결은 1심(서울중앙지방법원)[8]에서는 신의칙 적용을 부정했지만, 2심(서울고등법원)[9]에서는 신의칙 적용을 인정했다. 2심에서는 1) 상여금(연 600%)를 통상임금에 산입할 경우 노사합의로 정한 통상임금의 액수를 훨씬 초과하며(통상임금 甲 43%, 乙 47% 증가), 실질임금인상률은 노사합의를 훨씬 초과하고(2009년 기본급 대비 0% 인상 노사합의 → 甲 2.2%, 乙 14.3% 임금인상 효과), 2) 회사는 1년에 80억원 내지 100억원 비용 추가되며, 2010. 5. 유동성 위기로 인해 채권단에 대하여 약 5,866억원의 채무를 부담하며, 회사의 누적 당기순손실은 1조 110억원에 이름 등을 고려하여, 정기상여금과 관련하여 신의칙 적용을 긍정했다.

③ 부산교통공사 판결(부산지방법원)[10]에서 1) 정기상여금 400%를 통상임금에 포함시키면 통상임금 10% 상승하며, 임금인상률 2배 수치이고, 2) 이미 매년 1천억원 당기순손실 및 1천2백억원 영업손실이 있고, 226억원 추가 지출 예상되

7) 광주지법 순천지원 2014. 4. 23. 선고 2011가합3368 판결.
8) 서울중앙지방법원 2014. 5. 29. 선고 2012가합33469 판결: 인건비 추가 지출은 1.3%에 불과하여 신의칙 적용을 부정.
9) 서울고등법원 2015. 8. 28. 선고 2014나32153 판결.
10) 부산지방법원 2015. 7. 3. 선고 2014가합13507 판결.

며, 1년 운송수입비의 10% 해당되고, 3) 정기상여금이 통상임금에 포함된다면 부산광역시장이 단체협약을 승인하지 않았을 것이며(지방공기업법상 승인 권한 가짐), 이미 1천1백억원의 보조금을 받아왔으며, 피고 공사의 손실 확대가 부산광역시 전체의 재정 건전성을 위협할 수도 있다는 사정 등을 종합 고려하여 신의칙 적용을 인정했다.

④ 현대중공업 판결은 1심(울산지방법원)[11]에서는 신의칙 적용을 부정했지만, 2심(부산고등법원)[12]에서는 신의칙 적용을 인정했다. 2심에서는 1) 노사협의에 따른 임금인상률은 총연봉을 기준으로 할 때 매년 1.10-4.27%이지만 상여금(명절상여 포함)을 통상임금에 포함시켜 계산을 하면 매년 10.64-14.16%에 달하게 되고, 2) 추가분담액 6,300억원은 실적이 가장 양호한 2010년도 당기순이익의 20% 정도이며, 2011년도의 30%, 2012년도의 60%에 달하며, 2014년도는 거액 당기 순손실을 보고 있다는 점을 고려하면 피고가 예측하지 못한 위 추가부담액을 부담한다면 재무적인 위기가 더욱 심화되고, 3) 회사의 부채비율이 악화되고 있으며, 저유가 장기화에 따른 해양플랜트 시장 침체, 건조차질 및 추가적인 원가 투입에 따른 공정효율성 저하 등의 요인으로 수익구조 개선이 불확실하여 신용등급이 하락되었다는 점 등을 고려하여 신의칙 적용을 긍정했다.

나. 신의칙 적용을 부정한 사례

하급심 판결로서 신의칙 적용을 부정하는 사례도 다수 나타난다.

① 고용노동부 직업상담사 판결(서울중앙지방법원)[13]에서 1) 월 6만원 추가, 6.3% 실질임금 인상율에 불과하고, 2) 약 3억5천만원 추가부담액은 대한민국의 재정능력을 고려하면 중대한 경영상의 어려움 초래나 존립 위태의 개연성 부족하여, 신의칙 적용을 부정했다.

---

11) 울산지방법원 2015. 2. 12. 선고 2012가합10108 판결: 법원은 2013년을 기준으로 추가지출액이 총인건비에서 차지하는 비율은 약 4.4%(1,400억 원 ÷ 3조 1,669억 원) 가량인 점, 회사의 당기순이익에서 차지하는 비율을 보면 2009년도 약 6.2%(1,400억 원 ÷ 2조 2,566억 원), 2010년도 약 4.9%(1,400억 원 ÷ 2조 8,353억 원), 2011년도 약 7.1%(1,400억 원 ÷ 1조 9,459억 원), 2012년도 약 12.5%(1,400억 원 ÷ 1조 1,113억 원) 가량이라서 피고의 사업규모와 수익률 등에 비추어 볼 때, 피고에게 그 지급여력이 없다고 할 수도 없는 점, 회사는 매년 추가 미지급액의 4배 가량을 격려금과 성과금으로 지급한 점, 피고가 2012년까지 상당한 당기순이익을 거둬 왔으므로 2014년의 적자에도 재무상태가 매우 악화되어 있을 것으로 보이지는 아니하는 점 등을 고려했다.

12) 부산고등법원 2016. 1. 13. 선고 2015나1888 판결.

13) 서울중앙지방법원 2014. 4. 4. 선고 2012가합100222 판결.

② 대구수성구 환경미화원 판결(대구지방법원)[14]에서 대구수성구의 재정능력을 고려하면 중대한 경영상의 어려움 초래나 존립 위태의 개연성 부족하여 신의칙 적용을 부정했다.

③ 보쉬전장 판결은 1심(대전지방법원)[15]에서는 신의칙 적용을 긍정했지만 2심(대전고등법원)[16]에서는 당기순이익과 사내유보금 등을 종합적으로 살펴본 결과 신의칙을 적용할 이유가 없다며 부정했다. 회사가 이 사건 청구기간동안 생산직 근로자 400여명에게 추가로 지급해야 할 임금총액은 100억~110억원인데, 1심(대전지방법원)은 2009~2013년 당기순이익을 합친 금액(약 44억)보다 2~3배 많다며 근로자들의 소급분 청구가 중대한 경영상의 어려움을 초래한다고 판단했지만, 2심(대전고등법원)은 회사가 매년 66억~159억원의 미처분 이익잉여금을 보유해 왔고, 그중 66억원 내지 110억원을 차기로 이월하는 등 일정한 사내유보금을 확보해 왔다는 점에 주목하면서, 회사의 재정·경영상태와 생산·매출실적, 매출총이익 추이, 사내 이익잉여금 처리, 부채 규모와 내용 및 관리상황, 다른 생산직 근로자들에게도 소송결과에 따라 미지급 법정수당을 지급하겠다고 합의해준 사정 등을 고려하면 근로자들에게 미지급 임금을 지급하더라도 회사가 감당할 수 없을 만큼의 중대한 경영상 어려움이 발생한다고 보기 어렵다면서 신의칙 적용을 부정했다.

다. 하급심 판결례의 경향과 전망

국가나 지방자치단체의 경우 대상자가 적고 금액도 크지 않아 재정능력의 면에서 부담이 적다는 점에서 신의칙 적용이 어렵다는 예측도 가능하다. 반면 공단, 공사의 경우는 부담이 크면 신의칙 적용이 인정된다는 예측도 가능하다. 일반 사기업의 경우도 역시 부담이 커야 신의칙이 적용되기가 용이하다. 장기간 경기 불황이 지속되고 있어 회사의 경영상태가 좋지 않은데도, 금액 비중이 큰 정기상여금을 통상임금에 포함시켜 추가법정수당을 지급 청구하는 경우가 그러하다.

전합판결 이후 초기에는 신의칙 적용 여부를 간단히 판단하는 하급심 판결문이 많았으나, 점차 판결문의 설시 내용이 복잡해져왔으며, 긍정하는 판결문은 그

14) 대구지방법원 2014. 7. 25. 선고 2012가합1102 판결.
15) 대전지방법원 2015. 2. 11. 선고 2013가합1789 판결.
16) 대전고등법원 2016. 8. 18. 선고 2015나791, 2015나807(병합) 판결.

이유에 대해 자세히 논거를 든다. 이는 사용자가 근로자측 사정과 사용자측 사정을 자세히 주장하고 이것이 받아들여지기 때문이다. 특히 고등법원 단계에서 신의칙 적용이 긍정되고 있는 모습도 나타난다.

현대중공업 판결에서는 회사의 재정 및 경영상태에 비추어 추가부담액이 크다는 점을 어느 시점을 기준으로 판단하여야 하는가라는 논점이 제기되었다. 1심 판결은 미지급된 해당 연도(2010-2012년도)를 중심으로 재정 상태를 보았으나, 반면 2심 판결은 판결을 내리는 시점(2014년도 이후)을 중심으로 회사의 재정 상태를 보았다. 법원이 판결을 내릴 때 신의칙을 이유로 추가법정수당 지급을 부정한다는 점에서는 2심 판결의 태도가 타당한 측면이 있다. 그렇지만 회사의 경영이 어려워지면 더욱 지급을 미루는 경향을 막지 못한다는 점, 미지급 이후의 경영상태 악화의 책임은 회사에게 있는데도 정의·형평의 관념으로 신의칙을 적용하려 한다는 점 등의 비판[17]도 타당한 측면이 크다.

3. 과거 소급분에 대한 노사간의 자주적 해결 가능성 모색 필요

신의칙 적용 여부가 문제되는 추가법정수당으로는, 2013년 12월의 전합판결이 내려지기 전까지의 직전 3년간의 연장근로수당·휴일근로수당 등이 대상이 될 수 있다. 전합판결 이후 3년이 다 되어가고 있는 지금의 시점에서는 과거 소급분의 문제를 새로이 제기하는 것은 부적절하며, 오히려 임금구성 체계의 개편이 노사간의 논의로 더욱 중요하다.

기존에 제기된 소송에서는 신의칙 적용 여부가 논점으로 계속 남을 수 있다. 소송 동안 노사관계는 불안해지며 기업발전을 위한 노사협력은 어려워진다. 장기간 경기가 침체되고 있어 회사경영은 계속 어렵고, 상급심으로 올라갈수록 신의칙 적용을 인정할 가능성도 높아져, 소송 중의 화해해결조차도 어려울 수 있다.

재직자들의 소급분 청구는 기업 수입의 한계를 고려하면 앞으로 받을 임금을 줄여서라도 과거의 임금을 달라는 것과 마찬가지이다. 그러므로 임금협상 시 임금인상분과의 연계를 고려하여 소급분 지급 금액을 결정하고 일괄 지급하는 방식으로 노사간에 자주적으로 해결하는 방안을 모색할 수 있겠다.[18] 임금구성 체계

---

17) 양승엽, “미지급된 통상임금 청구의 신의칙 위반 판단 기준”, 「노동리뷰」 2016년 3월호 (한국노동연구원) 77-80쪽.

18) 소급분의 자주적 해결에 관해 자세히는, 김홍영, “통상임금 전원합의체 판결의 의의”, 「노동리뷰」 2014년 2월호 (한국노동연구원) 32-33쪽 참고. 근로자들에게는 기발생 채권에 대한 일부

의 개선, 고용안정 등에 관해 노사간에 합의를 이루어나간다면 임금 안정성이 확보되므로 소급임금분에 대해서도 노사간의 신뢰를 가지고 해결할 수 있다.

소급분 해결을 위한 노사 타협에는 소급분 문제의 잘, 잘못이 어느 쪽에게 있는지 책임을 묻는 방식을 지양하고 노사 존중하는 태도를 견지하여야 가능할 수 있겠다.

Ⅲ. 재직자 조건, 일정 근무일수 조건 등의 적용 여부

1. 전합판결에서의 고정성 판단 법리

전합판결은 통상임금을 부정하는 사정으로 재직자 조건이 있는 경우, 일정 근무일수 조건이 있는 경우 등을 들고 있다. 1) 특정 시점 재직 중일 것을 요건으로 하는 임금은 고정성을 부정한다. 그 임금은 이른바 '소정근로'에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라고 보기 어려우며, 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서 그 지급조건이 성취될지 여부는 불확실하므로 고정성이 결여된다고 본다. 2) 일정 근무일수 충족하여야 지급하는 임금은 고정성을 부정한다. 일정 근무일수의 충족이라는 추가적인 조건을 성취하여야 비로소 지급되는 것이고, 이러한 조건의 성취 여부는 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서 확정할 수 없는 불확실한 조건이기 때문이다.

전합판결과 이후 대법원 판결에서는 설·추석상여금, 하계휴가비, 개인연금지원금, 단체보험료, 선물비, 생일자지원금 등에 재직자 조건이 있어 통상임금성을 부정했다. 고용노동부의 지침은 그 밖의 각종 수당이나 정기상여금의 경우도 마찬가지로 적용될 수 있다고 본다.[19] 전합판결 이후 통상임금성을 부인받기 위한 컨설팅 경향이 나타난다. 임금구성 체계를 개편하지 않고 종전 임금항목을 그대로 유지하면서 종전처럼 통상임금에서 제외하기 위해, 일할 지급 기준은 삭제하고, 재직자 조건이나 일정 근무일수 조건을 추가하면 된다는 컨설팅이다. 이 때문에 오히려 추후 근로자들의 소송이 증가할 가능성이 높다.

포기에 해당할 수 있으므로 이러한 노사합의에 대해 근로자들의 사전 동의나 사후 승인이 필요하다(대법원 2000. 9. 29. 선고 99다67536 판결 참조). 노동조합은 이에 대해 지도와 설득하는 노력을 하여야 한다.

19) 고용노동부는 전합판결 이후 '통상임금 노사지도 지침'을 발표했다(고용노동부, 「통상임금 노사지도 지침」, 2014. 1. 23.). 이 지침은 임단협 교섭을 앞두고 노사간의 혼란을 방지하기 위함이라고 취지를 설명하지만, 해석상의 쟁점들에 대해 지침은 법규범성이 없어 재판에서 판단 기준이 되지 않음에 유의하여야 한다.

각종 수당, 상여금에 통상임금성을 부인받기 위해 재직자 조건이나 일정 근무일수 조건을 붙여 기본급만을 통상임금으로 정하는 사례가 증가한다면 그것은 전합판결이 의도하지 못한 상황이 된다. 모든 수당과 상여금에 그러한 조건을 다는 경우 통상임금은 기본급만이 될 터인데 기본급이 통상적으로 수령하는 임금(연장근로수당등을 제외한 임금 및 정기상여금)의 1/3도 못 미치는 사업장에서도 그 기본급을 기준으로 연장근로수당을 계산하게 된다. 나아가 기본급에도 그러한 조건을 다는 경우 전혀 통상임금은 없게 된다. 이는 노사가 통상임금의 규율을 회피할 수 있는 통로를 열어 통상임금 법리가 근본적으로 훼손될 수 있다.

추후 소송에서 다음과 같은 다양한 논점에 대해 법원의 검토가 예상된다[20]: ① 조건의 유효성 검토(조건 그 자체가 적법하여 유효하다고 평가받아야 함),[21] ② 통상임금성 검토(그러한 조건이 있어 통상임금성이 부정되는 경우는 통상임금 법리의 취지에 비추어 제한적으로 해석되어야 함),[22] ③ 조건성립 검토(그러한 조건이 실제로 존재하는지를 엄격히 판단하여야 함) 등이다.

2. 하급심 판결의 경향

가. 통상임금성을 부정한 사례

정기상여금 등에 재직자 조건이 있다는 이유로 통상임금성을 부정하는 사례가 있다.

① 서울메트로 판결(서울중앙지방법원)[23]에서는 재직자 조건이 있는 정급 상여

---

20) 자세히는 김홍영, “통상임금에 포함시키지 않는 재직자 조건, 일정 근무일수 조건에 대한 비판적 검토”, 「노동법연구」 제37호 (서울대학교 노동법연구회, 2014. 9) 31-82쪽 참고.

21) 또한 i) 김성진 교수는, 재직 조건은 지급기준으로 그 자체가 효력이 없고, 당사자가 고정성급여를 변동성급여로 변경시키기 위해 만들어낸 형식적인 기준에 불과하므로 통상임금을 판단함에 있어 고려할 기준이 아니라고 주장하며, 일정 근무일수 조건은 진정 변동성급여로 인정되는 경우이어야 한다고 주장한다(김성진, “통상성으로 본 대법원의 통상임금법리”, 「노동법학」 제49호 (한국노동법학회, 2014. 3) 44-52쪽; 김성진, “통상임금 판단에 있어서 임금지급기준의 효력”, 「노동법학」 제51호 (한국노동법학회, 2014. 9) 113-122쪽). ii) 김기선 박사는 재직자임금지급규정은 근로자가 근로제공의 대가로 지급받아야 할 임금을 사전에 포기토록 하는 약정으로 무효라고 주장한다(김기선, “재직 중인 자에게만 지급되는 임금도 통상임금이다”, 「노동리뷰」 2014년 4월호, (한국노동연구원) 81쪽).

22) 또한 박은정, “일정 근무일수 조건 및 퇴직자 일할계산조건, 그리고 정기상여금의 고정성 ”, 「노동리뷰」 2015년 3월호 (한국노동연구원) 96-99쪽에서는 특정 임금항목에 대한 지급조건들의 상호관계 속에서 통상임금성의 인정 여부를 결정하여야 한다는 점을 지적한다.

23) 서울중앙지방법원 2016. 1. 29. 선고 2012가합87787 판결: “① 근로기준법은 임금의 구체적인 산정 방법에 관하여는 달리 규정하고 있지 않는바, 사용자가 근로자에게 지급하는 수당 모두가 반드시 근무일수에 비례하여야 할 필요는 없고, 사용자와 근로자가 기업의 재정상태, 근로여건,

수당에 대해 통상임금을 부정했다.

② 대우조선해양 판결(서울중앙지방법원)[24]에서는 급여규칙 및 노사관행에 따라 정기상여금(2, 4, 6, 8, 10, 12월 각 100% 지급)은 지급기준일인 20일 현재 근무자에 한하여만 지급하는 것으로, 고정성을 갖추지 못하여 통상임금에 해당하지 아니한다고 판시했다.

한편, 일정 근무일수 조건과 관련해서도 정기상여금에 대해 통상임금성을 부정하는 판결례가 나오고 있다.

③ 현대자동차 판결(서울고등법원)[25]에서는 정기상여금이 일정 근무일수의 충족이라는 추가적이고 불확실한 조건을 성취하여야 지급되므로(15일 미만 근무자 지급 제외), 고정성을 부정하여 통상임금이 아니라고 판단했다. 현대자동차 1심 판결(서울지방법원)에서는 15일 미만자 지급제외 조건에 대해 유효성을 인정하였다.[26] 법원은 정기상여금에 포상적 성격(비(非)임금성인 포상적 성격)도 복합적으

계산상의 편의 등의 다양한 요소를 고려하여 자유롭게 정할 수 있다. … ③ 피고는 중도 퇴사자 등 지급일에 재직하고 있지 않은 근로자에게는 정급 상여수당을 일할계산하여 지급하지 않는 등 보수규정 시행내규에 따라 정급 상여수당을 일절 지급하지 않았다. 다만 정년퇴직자들을 달리 취급하였으나, 정년퇴직의 특성 등을 고려한 은혜적 조치로 보일 뿐이다. … ⑤ 보수규정 시행내규에서 신규채용자, 결근자, 직위해제자 등에 대하여만 정급 상여수당의 일할 계산이 가능하도록 정하고 있고, 퇴직자에 대하여는 이와 같은 규정을 두고 있지 아니하고 있는바, … 보수규정 시행내규에서 정급 상여수당의 지급에 있어서 신규채용자, 결근자, 직위해제자 등과 퇴직자를 구별하는 것은 '근로관계의 존속' 여부에 따른 것으로 합리성을 인정할 수 있다."

24) 서울중앙지방법원 2016. 6. 23. 선고 2012가합88902 판결.

25) 서울고등법원 2015. 11. 27. 선고 2015나2009033 판결: 짝수 월마다 정기상여금으로 총 600%를 지급하되, 개인별 지급액은 기준기간 내 실근무일수를 기준기간 총 일수로 나누어 일할 계산되지만, 한편 개인별 실 근무일수가 유·무결, 미승인결근, 조합활동 무급시간, 파업, 휴업, 사직대기, 휴직, 정직, 노조전임기간(무급) 등으로 15일 미만 근무한 자에게는 지급을 제외한 사례이다.

26) 1심 판결인 서울지방법원 2015. 1. 16. 선고 2013가합508519 판결에서는 임금지급원칙 위반에 관해, "'임금'이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 일체의 금품을 의미한다. 그런데 최저임금법은 일정 단위의 근로시간에 대해 최소한으로 보장되어야 할 임금의 수준을, 근로기준법은 '통화불', '직접불' 등 임금지급의 방법과 법정수당의 산정 기준 등만을 정하고 있을 뿐, 이들 법령 또한 임금 지급과 관련한 기타의 사항에 대해서는 나아가 규율하지 않고 있다. 사용자가 근로자에게 지급하는 여타의 수당 모두가 반드시 근무일수에 비례하여 지급되어야 할 필연성이나 당위성을 인정할 근거는 없다. 따라서 사용자로서는 당해 기업의 재정상태와 생산성, 근로자의 생산 기여도 등 다양한 요소를 고려하여 해당 근로자 내지 노동조합과의 협의하에 근로의 대가로 지급될 임금의 액수는 물론, 지급조건(단순히 시간에 비례하여 지급할 것인지, 업적·성과를 반영하여 지급할 것인지, 반영한다면 그 정도 및 방법 등), 지급형태(임금지급의 기간을 어떻게 설정할 것인지 등. 근로기준법 제43조 제2항은 임금의 '정기불' 원칙 또한 정하고 있으나, 같은 항 단서를 통해 지급시기를 탄력화 할 수 있는 길을 열어 두고 있다) 등을 자유롭게 정할 수 있다고 봄이 상당하다. 이에 비추어 보면, 피고가 연 750%의 상여금을 정기적으로 지급하기로 하면서도, 상여금 세칙상 지급제외자 규정을 통해 기준기간 동안 15일 미만을 근무하는 것에 그치는 등 생산에의 기여도가 극히 낮다고 평가되는 경우 해당 기준기간에 상응하는 상여금 전액을 지급하지 않기로 하는 요건을 정한 것 또한, 이로써 근로자가 해당

로 가지고 있다고 설명하지만, 짝수 월마다 100%씩 지급되는 정기상여금에 포상적 성격과 임금적 성격이 복합적으로 가진다는 설명은 지나친 의제이며, 통상적으로 모두가 조건이 충족되는데도(2개월간 15일 근무) 포상적 성격을 긍정할 수 있는지 의문이다. 특히 이 사건에서는 개인별 지급액이 실제 근무일수에 따라 일할 계산되어 특별한 포상은 아니고 오히려 15일 미만 근무자에 대한 제재의 성격이 크다. 또한 법원은 지급조건, 지급형태를 자유롭게 정할 수 있다고 보지만, 정기상여금이 짝수 월마다 100%씩 지급되어 금액 비중이 큰데도 2개월 단위로 보아 소정근로일과 비교하여 약 1/3 정도의 날을 근무하지 않으면 아예 지급하지 않는다는 부지급 조건은 과도한 제재로서 합리적인 이유가 없다는 비판이 가능하다.

④ 강원랜드 판결(서울고등법원)[27]에서도 매 홀수 월마다 지급하는 600% 정

기준기간에 지급받은 나머지 임금 총액이 최저임금법상의 기준에 미달한다는 등의 사정이 없는 한 그 효력을 부정할 수 없고, 이와 같은 점은 앞서 본 상여금의 포상적 성격 등에 비추어 보면 더욱 분명하다. 이러한 판단은 비록 피고가 퇴직자들에 대해서는 이 사건 상여금을 일할 지급하였다고 하여 달라지지 않는다. 결국 피고가 이 사건 상여금에 대해 '일정 근무일수 충족 요건'은 부가하면서도, 이른바 '재직자 요건'은 부가하지 않기로 하는 특수한 상여금 제도를 설정한 것이 그 자체로 강행규정에 위배된다고 보기는 어렵다."라고 판시했다.

또한 2심 판결인 서울고등법원 2015. 11. 27. 선고 2015나2009033 판결에서는 지급제외자 규정의 근로기준법 제95조 위반 여부에 관해, "근로기준법 제95조는 취업규칙에서 근로자에 대하여 감급의 제재를 정하여 이미 발생한 임금청구권을 제한할 경우에 그 감액의 한도를 정한 규정이다. 이와 달리 지급제외자 규정은 상여금청구권 발생에 15일 이상 근무일수의 충족이라는 지급조건을 부가한 것이므로 15일 이상의 근무일수를 충족하지 않으면 상여금청구권 자체가 발생하였다고 볼 수 없다. 따라서 지급제외자 규정에 관하여 감급의 제한규정이 적용될 수는 없다. 위와 같은 이유로 지급제외자 규정이 지급제한사유에 불과하여 고정성 판단에 영향을 미칠 수 없다고 볼 수도 없다."고 판시했다.

27) 서울고등법원 춘천제1민사부 2016. 1. 13. 선고 (춘천)2015나392 판결(강원랜드 판결): "① 임금의 지급 여부나 액수 등을 사전에 확정할 수 없게 하는 사후적 근무 상황이나 성적은 일정한 근무일수의 충족과 같은 근태 현황도 포함하므로, 피고가 정기상여금 지급 제외 규정에 따라 소정 근로를 제공하는 외에 일정 근무일수(기준기간 중 15일 이상) 충족이라는 추가적이고 불확실한 조건을 성취한 자들에게만 지급한 이상 정기상여금의 고정성을 인정하기 어려운 점, ② 각종 급여 산정 도구개념으로서 통상임금의 사전적·추상적 성격을 고려하면, 원고들의 주장대로 기준기간 실제 15일 미만을 근무할 가능성이 낮다고 하더라도 그러한 사정만으로 고정성 판단을 달리 할 수는 없는 점, ③ 피고가 상당 기간 정기상여금 지급 제외 규정을 적용해 온 이상 이는 정기상여금의 지급 자격을 설정하는 규범적 효력을 갖춘 것이고, 단지 보충적·예외적 지급조건에 지나지 않는다고 볼 수 없는 점, ④ 기준기간 15일 미만을 근무함에 그치는 등 생산 기여도가 극히 낮은 경우 피고가 해당 기간 정기상여금 전액을 지급하지 않음으로써 근로자가 같은 기간에 지급받는 나머지 임금 총액이 최저임금법 소정 기준에 미달한다는 등의 예외적 사정도 찾아볼 수 없는 점, ⑤ 상여금 지급지침 8조, 연봉제 급여규정 시행세칙 제6조 제1항 제3호에 기준기간 도중 퇴직자에게는 실 근무일수에 해당하는 지급률로 상여금을 산정하여 지급한다고 규정함으로써 정기상여금에 일정 근무일수 충족 요건은 부가하면서도 이른바 재직자 요건은 부가하지 않는 특수한 상여금 제도를 설정한 것 자체로 강행규정을 위반하였다고 보기도 어려워, 피고가 퇴직자들에게는 기준기간 실 근무일수가 15일 미만인 경우에도 정기상여금

기상여금(100%인 기준임금은 기본급에 30만원을 더함)에 대해 기준기간 동안 15일 미만 근무자에게는 지급하지 않는 조건을 이유로 통상임금을 부정했다.[28]

나. 통상임금성을 긍정한 사례

정기상여금에 재직자 조건이 있음에도 불구하고 통상임금성을 긍정하는 사례도 있다.

① 르노삼성자동차 판결(부산지방법원)[29]에서는 정기상여금에 재직자 조건이 있음에도 통상임금을 인정했다. 연 600%로 짝수월마다 지급하는 정기상여금이 재직자 조건이 있지만, 결근 등의 사유가 발생한 경우 근로일수에 따라 일할 계산하여 지급하는 점 등을 종합적으로 고려하여 정기상여금은 소정근로의 대가인 통상임금에 포함된다고 보았다. 재직자 조건이 있는 경우 여러 사정을 종합하여 통상임금에 해당되는지를 판단하는 방식이다.

② 삼양교통 판결(서울북부지방법원)[30]에서는 재직자 조건이 있음에도 정기상

을 일할 지급하였다고 하여 통상임금 여부를 달리 판단할 이유가 없는 점, … 등까지 모두 종합하여 보면, 정기상여금은 소정 근로를 제공하는 외에 기준기간마다 일정 근무일수의 충족이라는 추가 조건을 성취하여야 비로소 지급하는 것이고, 이러한 추가 조건은 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 임의의 시점에 그 성취 여부를 확정할 수 없는 불확실한 조건이므로 임금으로서 고정성을 갖추었다고 할 수 없다."

28) 전술한 현대자동차 판결(1심인 서울지방법원 판결)과 마찬가지의 논리이나, 포상적 성격 운운은 설시하지 않았다. 또한 지급액이 일할로 비례하는 사실관계도 없어 그 부분은 설시하지 않았다.

29) 부산지방법원 2014. 10. 10. 선고 2011가합27496 판결: "재직요건이 임금의 지급 조건이 되어 소정근로의 대가성과 임금의 고정성이 결여되었다고 평가하기 위해서는 그러한 임금이 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정 시점에 재직하지 않는 사람에게는 지급하지 아니하는 반면, 그 특정 시점에 재직하는 사람에게는 기왕의 근로 제공 내용을 묻지 아니하고 모두 이를 지급하는 형태여야 하는바, 여기에는 주로 명절수당, 휴가수당과 같이 특정시점에 특별한 목적의 필요에 대응하여 지급되는 복리후생적 성격이 강한 수당들이 해당된다고 봄이 상당하다. 그런데 피고는 소속 근로자들이 특정시점에 재직한다는 사실만으로 정기상여금 전액을 지급한 것이 아니라 근로자들의 결근 등의 사유가 발생한 경우 근로일수에 따라 일할 계산하여 지급하였는바, 이 점에 비추어 보더라도 정기상여금이 재직요건이 부가된 임금으로서 소정근로의 대가성 및 고정성이 결여된 것이라고 보기는 어렵다."

30) 서울북부지방법원 2015. 7. 15. 선고 2014가합20572 판결: "이 사건 상여금은 근로자 개인의 1월 기본급의 약 50%나 되어 그 전체 급여에서 큰 비중을 차지하고 있는 점, 일반적으로 정당한 사유가 없는 한 해고가 제한되고 경영상 정리해고도 엄격한 요건을 갖춘 때에만 인정되는 근로기준법상 정규직 근로자인 원고들에게 있어서 퇴직이라는 조건은 상당히 이례적인 것이어서, 그러한 이례적 사정에 따라 지급이 제한되는 경우가 근로관계를 형성한 이상 필연적으로 한 번은 있을 수 있다고 하여 이 사건 상여금이 소정 근로의 대가성이 없는 금품이라거나 근로자의 특수하고 우연한 사정에 좌우되는 우발적·일시적 급여라고 보기 어려운 점, 재직 요건이 임금의 지급조건이 되어 소정 근로의 대가성과 임금의 고정성이 결여되었다고 평가하기 위해서는 그러한 임금이 기왕에 근로를 제공하였던 사람이라도 특정 시점에 재직하지 않는 사람

여금이 소정근로의 대가로서 지급되는 급여로서 소정근로의 대가인 통상임금이라 판단했다. 르노삼성자동차 판결(부산지방법원)과는 결근 등에 대해 일할 계산하여 감액 지급한다는 사실관계가 없다는 점이 차이난다. 금액비중이 큰 점, 퇴직은 한 번 있을 이례적 사정인 점, 특정 시점에 특별한 목적의 필요에 대응하여 지급되는 복리후생적 성격이 강한 수당들이 재직자 조건이 적용되는 점, 이미 소정근로를 제공한 경우라면 수당지급 시점에서 재직 조건은 일반적으로 달성되는 조건인 점 등을 고려했다. 결국 이 판결에 따르면 정기상여금은 퇴직자에게 지급하지 않는다는 재직자 조건이 있어도 통상임금 판단에 중요하지 않게 되어 정기상여금은 통상임금으로 인정된다. 정기상여금은 기본급의 수백%에 해당하는 금액을 규칙적으로 지급되어 이미 고정급화 되었다는 현실에 부합하는 판단이라 생각된다.

③ 중소기업은행 판결(서울중앙지방법원)[31]에서는 정기상여금이 재직자 조건에도 불구하고 대상기간 초일(첫 영업일)을 지급일로 하는 경우 지급여부는 확정되므로 고정성이 인정되고 통상임금에 포함된다고 판단했다. 재직자 조건은 지급일을 경과한 후에 입사한 근로자가 정기상여금을 청구할 수 없다는 의미일 뿐 통상임금의 고정성에는 영향을 미치지 못한다는 해석이다.

에게는 지급하지 아니하는 반면, 그 특정 시점에 재직하는 사람에게는 기왕의 근로 제공 내용을 묻지 아니하고 모두 이를 지급하는 형태여야 하는데, 여기에는 주로 명절수당, 휴가수당과 같이 특정 시점에 특별한 목적의 필요에 대응하여 지급되는 복리후생적 성격이 강한 수당들이 해당된다고 봄이 상당한 점, 근로자가 소정 근로를 제공하지 않고도 재직하였다는 이유만으로 지급받을 수 있는 수당이라면 고정성이 부정될 것이지만, 이미 소정 근로를 제공한 경우라면 수당의 지급 시점에 재직한다는 조건은 일반적으로 달성되는 조건에 불과하여 이는 다른 사정과 더불어 고정성을 판단하는 요소 중 하나로만 고려하여야 하는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 상여금은 소정 근로의 대가로서 지급되는 급여로서 정기적·일률적·고정적 임금인 근로기준법상의 통상 임금에 해당한다고 봄이 타당하다."

31) 서울중앙지방법원 2016. 5. 26. 선고 2014가합33869 판결: "고정성 판단의 핵심은 근로자가 연장근로 등을 제공하려는 임의의 날에 해당 임금의 지급 여부 및 지급금액이 확정되어 있는지 여부이므로, 단순히 어떤 임금 항목에 지급일 현재 재직 중일 것이라는 요건이 부가되어 있다는 이유만으로 다른 사정들은 더 이상 볼 것도 없이 곧바로 그 임금은 고정성이 탈락되어 통상임금에 해당하지 않는다고 판단할 것은 아니다.", "(이 사건) 정기상여금은 매년 연 600%를 지급하는데, 구체적으로는 1월, 2월, 5월, 7월, 9월, 11월의 각 첫 영업일에 각 연 100%씩을 지급한다. … 정기상여금은 각 지급 월의 첫 영업일에 지급되므로, 지급 월 첫 영업일에 재직 중인 근로자가 이를 지급받은 후 다음 지급 월 전에 퇴직한다 하더라도 이미 그 근로자는 위 지급 월 첫 영업일부터 퇴직일까지의 근로에 대한 정기상여금은 모두 지급받은 것이다. 즉, 근로자가 1년 중 어느 날에 퇴직을 한다 하더라도 그 근로자는 퇴직일까지의 근로에 대하여 이미 정기상여금을 지급받은 것이다."

3. 비판적 검토[32)]

가. 가산임금으로 연장근로 등을 제한하려는 법의 근본 취지 측면

정기상여금은 지급대상기간마다 일정액을 일정 지급일에 지급한다. 중소기업은행 판결(서울중앙지방법원)과 같이 지급대상기간의 초일을 지급일(또는 지급의 기준일로)로 정하는 것은 이례적이라고도 볼 수 있다. 대개 지급대상기간 중간의 어느 날을 지급일로 한다. 이러한 정기상여금에 재직자 지급 조건을 붙인다면 통상임금에서 제외된다는 해석은, 노사당사자가 임의로 정하는 바에 따라 법이 파악하는 통상임금에 해당되는지 여부가 달라진다는 의미이다. 그러한 해석은 법적 안정성에도 도움이 되지 않고 자칫 법 회피의 방법을 인정하게 된다. 정기상여금은 통상적인 급여 중에 차지하는 비중이 커서, 정기상여금을 통상임금에서 제외한다면 가산임금으로 연장근로 등을 제한하려는 법의 근본 취지가 무너질 수 있다.

나. 부지급 조건으로 임금상실을 초래하는 측면

재직자 조건은 그 반면으로 재직하지 않은 자(퇴직자 및 이후 입사자)의 부지급 조건이라는 점에서 임금상실을 초래하는 불합리가 존재한다. 이미 근로하였음에도 아직 지급일이 도달하기 전에 퇴직하는 경우 이미 근로한 것의 대가가 지급되지 않는다. 중소기업은행 판결(서울중앙지방법원)은 반대의 모습도 시사한다. 지급일 경과 후 입사자의 경우 지급대상기간을 근무하고 있어도 그 근로의 대가가 지급되지 않는다. 이러한 지급조건이 위법이 아니라 유효하다고 인정하려면, 정기상여금은 근로의 대가가 아니라 다른 무엇이라는 변명이 필요하다. 또는 근로의 대가인 임금이라면 소정근로의 제공에도 불구하고 특정 시점의 재직 여부에 따라 지급에 차등을 두는 합리적인 이유를 대어야 한다. 단지 재직 여부라는 사실이 합리적인 이유가 될 수 없다.[33)]

---

32) 이하의 논의는 필자의 노동판례리뷰 글(김홍영, “지급대상기간 초일에 지급하는 정기상여금은 재직자 지급 조건에도 불구하고 통상임금으로 인정”, 「노동리뷰」 2016년 7월호 (한국노동연구원) 102-105쪽)을 보완하였음을 밝혀둔다.

33) 이미 근로를 제공하였음에도 (일정 부분) 임금을 지급하지 않는다는 부지급 조건은 사회통념상의 상당성이 있는 경우여야 예외적으로 적법하고 유효해질 수 있다. 근로기준법은 제17조(근로조건의 명시) 규정에서 근로계약을 체결할 때 임금의 계산방법에 관해 명확히 정하도록 하고 있으며, 제43조(임금 지급) 제2항 규정에서 임금은 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하여야 한다고 규정하여 임금지급의 안정성을 보호하고 있으며, 제7조(강제 근로의 금지) 규정

다시 돌아가 대법원 전원합의체 판결을 살펴보면, 재직자 조건이 문제된 임금항목은 명절상여금, 하계휴가비, 생일자지원금, 연금보험료지원금 등이다. 특정한 날에 돈이 쓰이는 일이 있고 그 돈을 지원해주는 것이 복리후생에 해당한다는 사회통념과, 그 특정한 날이 되기 전에 퇴직하였다면 퇴직 이후 돈이 쓰이는 것까지 기업이 당겨서 지원하지는 않거나 또는 그 특정한 날 이후에 입사하였다면 입사 이전에 돈을 쓴 것까지 기업이 소급하여 지원하지 않더라도 섭섭하지 않다는 사회통념이 그 근저에 있다. 즉 명절상여금 등에 붙어있는 재직자 조건은 '사회통념에 비추어' 적법하고 유효할 수 있다.

임금항목 중에는 재직자 조건에 친(親)한 것과 친하지 않은 것으로 나뉜다. 정기상여금은 재직자 조건에 친하지 않다. 특정한 날에 돈이 쓰이는 일이 있어 지급하는 것이 아니다. 매년 지급주기에 따라 고정적으로 지급되는 고정 상여금이다. 그럼에도 재직자 조건을 붙인다면 오히려 통상 급여의 큰 비중이 되는 정기상여금을 지급받지 못하는 차별이 초래한다. 지급받지 못하는 경우가 극히 이례적일뿐인 경우라면 그럼에도 그런 조건을 둠으로써 진정 의도하는 바가 무엇인지, 단지 통상임금성을 회피하려는 것은 아닌지 의문이 제기된다.

재직자 조건의 문제는 임금일체설 입장에서 임금이분설 입장으로 회귀하려는지, 모든 복리후생수당으로 확대되려는지, 정기상여금과 나아가 거의 대부분의 임금항목까지 광범위하게 확대되려는지 등 여러 우려들이 제기된다. 복리후생수당은 진정한 복리후생의 목적을 상실하면서 형식적 명목만을 남긴 채 소정근로의 대가인 임금으로 전환되었다. 과거에는 김장수당, 월동수당 등도 있었는데, 이제는 김장을 담지 않고 월동을 위해 연탄을 대량구매하지 않는다. 그렇지만 지금도 설·추석 명절에 많은 돈이 필요하다. 광복절에 가슴이 뛰고 기뻐했던 일은 과거의 추억으로 되었을 뿐이다. 국경일에도 '경사'를 느끼지 못한다. 미래 어느 시기에 대다수 사람들이 명절을 쇠지 않는다면 그때의 명절상여금은 명목에 불과하고, 재직자 조건은 사회통념에 반하고, 명절상여금도 통상임금에 해당될 것이다. 재직자 조건의 유효성, 통상임금에 포함시키지 않아도 무방함은 사회통념이 지지하

에서 어떠한 모습이든지 강제근로를 금지하고 있다. 민법 제103조(반사회질서 법률행위) 규정에서 사회질서에 위반하는 행위는 무효로 하고 있다. 이러한 근로기준법상의 임금 보호와 강제근로 금지의 근본취지 및 반사회질서 행위의 무효 등을 고려하면 임금의 지급과 관련한 조건에 있어서도 임금을 상실하게 하는 부지급 조건은 사회통념상의 상당성이 확보되어야 한다. 즉 사회통념상 상당성을 갖추지 못한 재직자 지급 조건은 근로기준법상의 임금 보호(제17조 및 제43조 참조)와 강제근로 금지(제7조 참조)의 근본취지에 어긋나며 반사회질서 행위(민법 제103조 참조)로서 무효이다.

여야 가능하다.

다. 일정근무일수 조건이 부지급 조건으로 작용하는 측면

다음으로, 일정근무일수 조건을 살펴보면, 당해 업무 및 근무형태의 특성을 고려하여 안정적으로 근로제공을 확보할 필요가 높은 경우(예: 노선버스운행업무) 만근을 독려하는 만근수당은 합리적 필요성이 쉽게 인정될 수 있다. 다만 만근수당은 금액비중이 과도하지 않고 적정성을 갖추어야 한다. 근로기준법 제95조(제재 규정의 제한) 규정에서 감급의 제재가 총액이 1임금지급기의 임금 총액의 10분의 1을 초과하지 못한다고 규정한다. 만근수당은 만근을 하지 않은 자에 대해서는 실질적으로 감급의 제재에 해당하므로, 만근 여부에 따라 월 급여의 10%를 초과하여 임금을 상실하게 하는 제도는 위 규정을 위반하고 사회통념상 상당성을 상실한다.

또한 만근수당이 합법적으로 유효하다 하더라도 통상임금성을 부정하는 요소로 해석되어서는 안된다. 만근은 소정근로가 제공되는 통상적인 모습이므로, 만근을 조건으로 하더라도 통상임금이 부정되지 않는다. 하루에 8시간을 근무시간으로 정하듯이, 한 달의 날(토, 일요일을 제외한 날)을 근무일로 정한 것이므로, 만근수당(또는 만근 조건이 있는 임금항목)은 '월의' 소정근로의 대가로서 지급하는 임금이므로 통상임금에 포함된다고 해석하여야 한다.

한편 근로계약상 근로의무가 있는 소정근로 일수보다 적은 일수를 기준으로 지급 여부를 달리하는 임금항목은 일반적으로 합리성을 가질 수 없다(예를 들어 월의 소정 근로일이 20일인 사업장에서 15일까지 근무한 경우 지급하는 수당). 소정근로 일수 전체가 근로의무가 있기에 사용자가 출근·결근에 대해 감독하기 때문이다. 이러한 지급 조건은 통상임금성을 부정하기 위한 탈법행위 의도에서 둔 것일 가능성이 높다. 다만 당해 사업장의 특성상 지나치게 결근자가 많아 출근을 장려하기 위한 목적에서 소정근로 일수 내의 적정한 일수를 제시하고 그 기준을 충족하는 경우 추가로 지급하는 수당(출근장려수당)인 경우에는, 아울러 금액비중이 과도하지 않고 적정하다면, 예외적으로 그 지급조건을 적법하다고 인정할 수 있다. 어떠한 경우에도 지나치게 낮은 일수(예를 들어 월 3일, 5일 등)를 기준으로 하는 경우에는 진정한 출근장려수당이 아니라 통상임금성을 부정하기 위한 탈법행위라고 보아야 한다. 또한 정기상여금의 경우 일정 근무일수를 지급

조건으로 내세운 것은 비록 출근장려의 취지가 인정되더라도 금액비중이 과도하므로 적법성을 인정할 수 없다.

4. 임금구성 체계의 개선 필요

필자는 지급조건의 유효성 문제 등 전합판결에서 쟁점이 되지 않은 여러 다른 문제들에 대해 사법부가 전합판결의 내용을 보완 내지 재해석하는 적절한 판단을 내림으로써 통상임금 법리의 규율력이 유지되기를 기대한다.

그렇지만 판례법리가 명확해지기까지는 오랜 시간이 걸리게 되는데, 임금채권 소멸시효가 3년이라는 점에서 자칫 경영위험이 커질 수 있다. 따라서 재직자 조건이나 일정 근무일수 조건 등을 추가하는 방법은 통상임금의 해법으로 적절하지 않다. 통상임금 문제에 대해 임시처방이 아닌 안정적인 해법이 필요하다.

통상임금의 혼란을 해결하는 방법은 기형적으로 복잡한 임금구성 체계를 단순화하고 합리화하는 것이다. 구체적으로는 1) 정기상여금을 기본급이나 경영성과상여금으로 해체하고, 2) 다양한 명목의 복지수당을 기본급이나 실질 복지제도(예를 들면 선택적 복지제도)로 변환하도록 한다. 임금구성 체계의 개선은 종전의 총 임금수준(연장근로수당 등을 포함한 총 임금수준)을 유지하는 선에서 기본급 등의 액수조정을 하는 방식으로부터 출발하여,[34] 회사의 경영상황, 근로시간 체계의 개선상황에 따라 조율하는 개선이 유용하다.

또한 기존의 기본급이 연공급인 경우 비통상수당, 정기상여금 등의 기본급화는 기존 연공급의 증액보다는 기본급1(연공급), 기본급2(직무급)로 기본급을 2원화하는 것이 유용하다. 법정 정년연령의 상승 등 노령고용의 부담 증가가 완화될 수 있으며, 기본급2는 균일액으로 도입하여 점차 직무급으로 성격을 전환할 수 있다(직무분석 가능 정도에 따른 점진적 개선). 직무급으로 전환하지 않더라도 향후 임금인상은 기본급2의 인상을 중심으로 하면 "임금인상 + 근속기간증가에 따른 연공급증가"라는 이중부담을 완화할 수 있다.

---

34) 통상임금의 증가가 연장근로수당을 증가시키는 효과를 상쇄시키도록 임금구성 체계를 조정하여 개편한다면 기업의 경제적 부담은 일단 증가하지 않게 된다. 기업 부담의 증가 없는 임금구성 체계의 개편 방식에 대해 자세히는, 김홍영, "통상임금의 입법방향", 「노동법학」 제56호(한국노동법학회, 2015. 12) 21-24쪽, <첨부자료: 임금구성 체계 개선 예시> 참고.

Ⅳ. 선택적 복지비의 통상임금 포함 여부[35)]

1. 문제 상황

‘선택적 복지제도’는 기업복지의 한 내용인데, 근로자가 여러 가지 복지항목 중에서 근로자 자신의 선호와 필요에 따라 자율적으로 선택하여 복지혜택을 받는 제도를 말한다. 선택의 한도를 정하는 방법으로 포인트 방식을 사용하기에 ‘복지 포인트’라고도 불리며, 여러 가지 항목 중에서 선택할 수 있기에 ‘카페테리아 복지’라고도 불린다.

전합판결 이후 선택적 복지비가 통상임금에 포함되는지를 명확히 판단한 대법원 판결례는 아직 없다. 이 문제는 하급심에서 서로 다른 판단이 내려지고 있어 향후 대법원에서 정리될 것으로 보인다.

2. 하급심 판결의 경향

가. 통상임금성을 긍정한 사례

① 부산교통공사 판결(부산지방법원)[36)]은 선택적 복지비를 통상임금에 포함되는 임금이라고 판단했다. 선택적 복지비의 사용처에 일부 제한이 있고 당해 연도에 사용한 후 남은 복지점수를 다음 연도로 이월하거나 금전으로 청구할 수 없다 하더라도 마찬가지라고 보았다.

② 근로복지공단 판결(서울남부지방법원)[37)]도 선택적 복지비를 통상임금에 포

---

35) 이하의 논의는 필자의 노동판례리뷰 글(김홍영, “선택적 복지비가 통상임금에 포함되는지 여부”, 「노동법학」 제55호 (한국노동법학회, 2015. 9) 379-382쪽)을 보완하였음을 밝혀둔다.

36) 부산지방법원 2015. 7. 3. 선고 2014가합13507 판결: “피고 공사가 선택적 복지제도를 도입하여 선택적복지제도 운영지침에 따라 매년 초 근로자들에게 복지점수를 배정하고, 근로자들은 배정받은 복지점수 중 일부를 기본항목으로 단체복지보험에 가입하고, 나머지 점수는 자율항목으로 건강관리, 여가활용 등의 목적으로 사용하되, 해당 연도에 사용하고 남은 복지점수에 대해서는 다음 연도로 이월하거나 금전으로 청구할 수 없다. 비록 이 사건 선택적 복지비의 사용처에 일부 제한이 있고 당해 연도에 사용한 후 남은 복지점수를 다음 연도로 이월하거나 금전으로 청구할 수 없다 하더라도 이는 선택적 복지제도의 목적과 취지, 복지비의 지급방법에 따른 사용상의 제약에 불과하다 할 것이므로, 이 사건 선택적 복지비는 소정근로의 대가로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 임금으로 통상임금에 해당된다.”

37) 서울남부지방법원 2016. 5. 26. 선고 2013가합11035 판결.: “피고 소속 직원들은 카드 포인트 형식으로 배분받은 맞춤형 복지 포인트(복지 포인트 1점은 1,000원에 해당) 중 일정 포인트로 단체보험에 가입하고 나머지 포인트는 정해진 물품 내지 용역을 구매하면서 직접 사용하거나 복지카드를 이용하여 구매 후 복지 포인트 차감 신청을 하여 그 결제대금을 지급받을 수 있는 사실, 복지 포인트는 기본복지 점수, 배우자복지점수, 가족복지 점수, 단체보험 복지 점수 등으

함되는 임금이라고 판단했다. 1) 복지 포인트에 사용용도상 제한과 일정 기간 내에 사용하지 않으면 소멸된다는 제한은 소정근로를 제공함으로써 이미 부여받은 복지 포인트의 사후적 활용에 관한 문제에 불과한 것이며, 2) 근로자들은 원칙적으로 해당 복지 포인트 전체에 관한 처분권한을 보유하고 있으므로, 확정적으로 지급된 것으로 평가할 수 있는 점 등을 고려했다.

나. 통상임금성을 부정한 사례

① 국민건강보험공단 판결(서울고등법원)[38]은 선택적 복지비에 대해 통상임금을 부정했다. 사용 기간, 목적 등이 제한되어 있다는 점에 주목하였다.

3. 비판적 검토

필자는 다음과 같은 이유에서 선택적 복지비는 "근로기준법상의 임금이 아니

로 구성되어 해당 조건에 따라 정해진 포인트를 지급받는 사실, 복지 포인트는 매년 단위로 지급되고 신규채용·면직·해임·파면·휴직·파견의 경우 월할 계산되어 지급되는 사실이 인정되고, 이러한 사실에 앞서 본 증거를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉, ① 비록 복지 포인트에 사용용도상 제한과 일정 기간 내에 사용하지 않으면 소멸된다는 제한이 부과되어 있기는 하나, 이는 소정근로를 제공함으로써 이미 부여받은 복지 포인트의 사후적 활용에 관한 문제에 불과한 것으로 보이는 점, ② 복지 포인트를 부여받은 피고 소속 근로자들은 원칙적으로 해당 복지 포인트 전체에 관한 처분권한을 보유하고 있으므로, 원고들에게 확정적으로 지급된 것으로 평가할 수 있는 점, ③ 우리의 현행법상 현실의 근로제공을 전제로 하지 않고 단순히 근로자로서의 지위에 기하여 발생한다는 생활보장적 임금(임금 2분설)을 인정할 수 없으므로, 복지 포인트가 단순히 호의적·은혜적으로 제공된 것에 불과하다고 볼 수는 없는 점, ④ 맞춤형 복지 제도에 관하여는 다른 수당과 마찬가지로 보수규정, 복리후생관리규정 등에 규정되어 있는 점, ⑤ 피고가 기존에 자기개발비용 등 복지항목상 금품을 지급하던 방식이 맞춤형 복지 포인트 제도로 전환된 것으로 보이는 점 등을 더하여 보면, 맞춤형 복지 포인트는 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 임금으로서 통상임금에 해당한다고 봄이 타당하고, 피고가 주장하는 바와 같은 사유만으로 통상임금성이 부정된다고 할 수 없다."

38) 서울고등법원 2016. 1. 15. 선고 2015나2016215 판결. 법원은 이 사건 복지 포인트가 소정근로의 대가로서 통상임금에 해당한다고는 볼 수 없다는 이유로, ① 지정된 용도에 따른 근로자의 구매와 이에 따른 복지 포인트 결제신청의 조건이 성취되어야 금전지급의무가 발생하므로, 위와 같은 별도 조건이 성취되지 않는 한 그 금전지급이 확실히 예정된 것이라고 볼 수 없다는 점, ② 사용기간 내에 사용하지 못하는 경우에도 피고에게 그 미사용 복지 포인트에 상응하는 금전 지급을 청구하거나 다음 연도로 이월하여 사용할 수 없고, 일정한 기한 내 지급결제 신청을 하지 않은 근로자에 대하여는 금전지급의무가 없어, 관념적 수치에 불과한 포인트 배정만으로 근로자가 소정 근로의 대가로서 임금을 확정적으로 취득한 것이라고 볼 수 없다는 점, ③ 복지 포인트의 사용 용도를 현저하게 제한하고 있어, 이는 근로자가 생계수단인 임금을 확실하고, 신속하며, 예상 가능하게 지급받을 수 있도록 하기 위하여 규정한 근로기준법 제43조제1항, 제2항의 임금의 통화·전액·직접·월 1회 이상 정기 지급의 원칙에 반한다는 점, ④ 복지 포인트의 구체적인 배정 금액은 매년 피고의 재정상황, 영업실적, 정책 목표 등을 감안하여 노사합의 등에 따라 달리 정해지고 있어서, 그 포인트가 배정되기 전에는 근로를 제공하는 임의의 시점에 근로자에게 배정될 구체적 포인트를 사전에 확정할 수 없다는 점 등을 고려했다.

므로” 통상임금에도 포함되지 않는다고 생각한다.

가. 근로자복지기본법상의 복지제도

선택적 복지제도는 근로자복지기본법에서 사용자 근로자에게 기업근로복지의 한 내용으로 제공할 수 있도록 근거규정[39]을 두고 있는 법상의 복지제도이다. 이러한 법상의 복지제도를 근로자 개개인에게 지급하는 임금의 성격으로 이해하거나 또는 임금의 성격도 아울러 가지고 있다고 이해하는 것은 신중하여야 한다. 근로자가 근로를 제공하였기에 여러 급여가 지급된다. 그렇다고 모든 급여가 근로의 대가인 임금이라고 해석되어야 하는 것은 아니다. 근로기준법에서 임금이라고 파악하여 규율하려는 목적에 맞게 임금이라는 속성을 적극적으로 가져야 한다. 선택적 복지제도는 법률에 근거한 복지제도이므로, 나아가 근로기준법에서 규율하려는 임금에 해당하기 위해서는 적극적으로 증거를 제시하는 논증이 필요하다.

나. 임금성 복지수당을 비(非)임금성 복지제도로 변화

선택적 복지제도는 종래 임금성을 가진 복지수당에서부터 이제는 비(非)임금성 복지제도로서의 실질을 갖기 위해 그 형식과 내용을 변화한 것이다. 기업복지의 방편으로 종래에는 각종 복지수당의 항목을 설정하고 ‘금액지급’의 형식으로 근로자들에게 ‘일률적’으로 제공되는 결과, 근로자 개개인에게 지급되는 근로의 대가인 임금과 법적 성격에서 차이를 가질 수 없어왔다. 그러나 선택적 복지제도는 사용처를 복지의 목적에 맞게 제약하고, 근로자 자신의 ‘선호와 필요에 따라’ 복

---

39) 근로자복지기본법 제81조(선택적 복지제도 실시) ① 사업주는 근로자가 여러 가지 복지항목 중에서 자신의 선호와 필요에 따라 자율적으로 선택하여 복지혜택을 받는 제도(이하 "선택적 복지제도"라 한다)를 설정하여 실시할 수 있다. ② 사업주는 선택적 복지제도를 실시할 때에는 해당 사업 내의 모든 근로자가 공평하게 복지혜택을 받을 수 있도록 하여야 한다. 다만, 근로자의 직급, 근속연수, 부양가족 등을 고려하여 합리적인 기준에 따라 수혜 수준을 달리할 수 있다.
제82조(선택적 복지제도의 설계·운영 등) ① 사업주는 선택적 복지제도를 설계하는 경우 근로자의 사망·장해·질병 등에 관한 기본적 생활보장항목과 건전한 여가·문화·체육활동 등을 지원할 수 있는 개인별 추가선택항목을 균형 있게 반영할 수 있도록 노력하여야 한다. ② 사업주는 근로자가 선택적 복지제도의 복지항목을 선택하고 사용하는 데 불편이 없도록 전산관리서비스를 직접 제공하거나 제3자에게 위탁하여 제공될 수 있도록 노력하여야 한다. ③ 선택적 복지제도는 사내근로복지기금사업을 하는 데 활용할 수 있다. ④ 제1항과 제2항에 따른 선택적 복지제도의 설계 및 운영에 필요한 구체적인 사항은 고용노동부령으로 정한다.

지 효과를 누릴 수 있도록 근로자의 지불을 후에 '정산 처리될 수 있는 가능성'을 부여하는 방식으로 바꾸었다. 근로자에게 기업시설로 편의를 제공하는 방식(예를 들면, 사내 식당에서의 식사, 사내 수영장의 이용 등)이나 복지 포인트를 전산처리상으로 지급하는 방식이나, 대상자인 근로자들에게 일률적으로 사용가능성을 제공하고 있다는 점에서는 '일률성'이 주목된다. 그러나 임금의 경우 일률적인 지급은 금전을 지급함으로써 종결되는 반면, 선택적 복지제도는 포인트의 지급으로 종결되는 것이 아니라 사용 후 정산 처리됨으로써 종결되면서 그 사용처가 '복지'라는 목적에 부합될 것이 요구된다. 따라서 복지 포인트가 일률적으로 지급되었다 하여도 아직 법상으로는 금전이 지급된 것도 아니고 지급하여야 할 금전 채권채무가 성립된 것도 아니다. 임금이 통화로 지급되어야 하는 이유는 사용처의 제한이 없도록 하기 위함이며 일정기일 지급되어야 하는 이유는 그 지급이 종결되도록 하기 위함이다. 그래야 근로의 대가인 반대급부로서의 임금이라 파악될 수 있어, 근로기준법에서 평균임금, 통상임금 등 임금으로서의 규율 목적에 부합하게 된다. 복지 포인트는 사후 정산 처리됨으로써 실제로 지급된 효과가 발생한다. 복지 포인트를 사용하지 않아 소멸되는 것을 이미 확정된 임금지급채권에 대해 미지급된 임금의 수령을 포기하는 것으로 의제하는 것은 부적절하다.

다. 기업근로복지제도로서의 긍정적 역할

선택적 복지제도는 기업근로복지제도의 하나로서 복지의 향상을 위한 바람직한 제도라는 점을 존중하여야 한다. 복지가 무엇인지, 임금과 구별되는 복지는 무엇인지 명확히 설명하기는 어렵다. 그래도 임금이 일상적인 생활을 위해 사용된다면 조금은 일상적이지 않지만 건강하고 문화적인 생활을 위해 복지 포인트가 요긴하여 사용되는 것으로 구별할 수 있다. 그러한 점에서 복지 포인트는 복지제도로서의 기능을 훌륭하게 수행한다. 영화관람, 도서구매, 여행, 가족회식 등 다양할 수 있다. 임금이 주택비용(월세 등), 자녀 사교육비 등으로 소진되면서 근로자 개인 또는 가족의 삶의 만족도가 낮아지고 있다. 자존감, 복지감성을 높이는데 복지 포인트는 긍정적인 역할을 하고 있다. 통상임금의 범위 확대 여부보다는 근본적으로는 연장근로, 휴일근로 등 장시간 근로의 관행을 개선하는 것이 해결임은 분명하다. 그럼에도 선택적 복지비가 통상임금에 포함됨으로써 선택적 복지제도의 활성화에 사실상 장애가 될까 우려된다.

4. 선택적 복지제도 설정의 유의점

기업에서 선택적 복지제도를 설정함에는 다음의 점들을 주의하여야 근로기준법상의 임금성 여부에 대한 논란을 피할 수 있음은 물론 궁극적으로 기업근로복지제도로서의 실질에 부합할 수 있게 된다.

가. 미사용 포인트의 환가 금지

미사용 포인트를 환가하여 금전으로 지급하지 않아야 한다. 미사용 포인트의 이월을 인정하는 것은 복지제도로서의 속성을 변화시키는 것은 아니나 금전으로 대체될 수 있는 가능성을 인정해서는 안된다. 극단적으로 무한정 이월되더라도 퇴직 시에 금전으로 지급하여서는 안된다. 미사용 포인트는 이월 없이 소멸을 원칙으로 하고, 이월을 인정하더라도 복지 목적에 부합할 수 있도록 제한을 두는 것(예를 들면 1년 또는 2-3년의 지급 총 포인트의 액을 상회하는 누적 이월은 부정)이 적절하다.

나. 복지 목적으로 사용처의 제한

복지 포인트의 사용처로서 상품권 등 유가증권 매입을 인정하여서는 안된다. 상품권 등은 현금으로 쉽게 교환될 수 있음은 물로 그 사용이 복지 목적에 부합되는지를 확인할 수 없어 복지제도에 어긋난다. 전통시장 활성화를 위해 전통시장상품권 구입을 허용하는 경우도 있으나 이는 복지제도로서의 속성에 어긋나므로 바람직하지 않다.

다. 근로복지기금제도와의 연계

기업에 근로복지기금제도가 도입된 경우에는 선택적 복지제도를 사내근로복지기금사업의 사용처로 활용하는 것도 유용하다(근로자복지기본법 제82조 제3항 및 제62조 제1항 제2호 참조). 사용자가 복지 포인트를 직접 지급하는 방식이 아니라 근로복지기금법인이 복지사업으로 제공하는 형태이므로 임금성의 논란을 우회하는 방법이 될 수 있겠다.

Ⅴ. 결론

이 글에서는 통상임금에 관한 전합판결 이후에 실무상 대두대고 있는 쟁점에 대해 올바른 해석방향에 대한 견해를 제시하였다. 임금이 근로의 대가라는 점, 통상임금은 연장근로, 휴일근로 등을 억제하기 위한 법정가산수당의 계산도구이므로 통상임금의 해석도 연장근로, 휴일근로 등을 억제하는 기능을 상실하지 않는 방향으로 이루어져야 한다는 점, 기업복지제도는 진정한 복지제도로서 실질을 가지고 기능할 수 있어야 한다는 점 등에 기초하여 해석론을 제시하였다.

아울러 이 글에서는 노사관계의 안정을 위해 실무상 유의점을 지적하였다. 통상임금의 해석상의 쟁점은 결국 대법원 판결을 통해 다시 명확한 판단을 받아야 해결될 수 있겠다. 현재 대법원에 다수의 사건들이 계류 중이지만 대법원 판결이 내려지기를 마냥 기다릴 수는 없다. 임금은 항상 계속적으로 지급되어야 하므로 통상임금의 해석에 대한 이견을 지속하는 것은 노사관계의 안정에 도움이 되지 못한다. 임금채권이 3년 소멸시효 완성까지 지속된다는 점, 다수의 근로자에게 지급의무가 있다는 점 등 때문에 자칫 거액의 임금체불로 귀결될 우려도 있다. 그러므로 과거의 소급분에 대해 자주적으로 해결하는 한편 미래의 근로조건인 임금구성 체계를 개선하여야 한다. 임금구성 체계의 개선에 따라 통상임금의 해석도 용이해질 수 있어 통상임금의 문제를 궁극적으로 해결할 수 있다. 아울러 연장근로, 휴일근로 등 장시간 근로 관행을 개선하여 통상임금의 계산이 필요 없도록 노사관계 실무를 정착하는 것이 필요하다. 장시간 근로 관행의 개선, 즉 노동의 정상화는 우리 사회의 지속가능한 발전을 위한 경쟁력 강화 차원에서도 필요하다.

(논문투고일: 2016.09.04, 심사개시일: 2016.09.05, 게재확정일: 2016.09.23)

김 홍 영

통상임금, 신의칙, 재직자 조건, 일정 근무일수 조건, 선택적 복지비

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 논문

강선희, “승무수당, CCTV수당, 근속수당과 1일 1,000원씩 지급된 일비는 통상임금에 해당하나 식권은 통상임금이 아니다”, 「노동리뷰」 2015년 9월호 (한국노동연구원) 71-73쪽.

김기선, “재직 중인 자에게만 지급되는 임금도 통상임금이다”, 「노동리뷰」 2014년 4월호 (한국노동연구원) 79-82쪽.

김성진, “통상성으로 본 대법원의 통상임금법리”, 「노동법학」 제49호 (한국노동법학회, 2014. 3) 33-57쪽.

김성진, “통상임금 판단에 있어서 임금지급기준의 효력”, 「노동법학」 제51호 (한국노동법학회, 2014. 9) 99-127쪽.

김재완, “통상임금성을 배제하는 노사합의와 신의칙”, 「인권과 정의」 제443호 (대한변호사협회, 2014. 8) 94-118쪽.

김홍영, “13. 임금의 판단기준”, 한국노동법학회 편, 「노동판례백선」 (박영사, 2015) 50-53쪽.

김홍영, “선택적 복지비가 통상임금에 포함되는지 여부”, 「노동법학」 제55호 (한국노동법학회, 2015. 9) 379-382쪽.

김홍영, “육아휴직급여와 통상임금”, 「노동리뷰」 2014년 11월호 (한국노동연구원) 77-79쪽.

김홍영, “재직자 조건이 부가된 정기상여금과 통상임금”, 「노동리뷰」 2014년 12월호 (한국노동연구원) 90-93쪽.

김홍영, “전년도의 근무실적에 따라 지급되는 업적연봉은 통상임금에 해당”, 「노동리뷰」 2016년 2월호 (한국노동연구원) 83-86쪽.

김홍영, “정기상여금에 재직자 조건이 붙어도 통상임금 인정”, 「노동리뷰」 2015년 10월호 (한국노동연구원) 99-101쪽.

김홍영, “지급대상기간 초일에 지급하는 정기상여금은 재직자 지급 조건에도 불구하고 통상임금으로 인정”, 「노동리뷰」 2016년 7월호 (한국노동연구원) 102-105쪽.

김홍영, “통상임금 전원합의체 판결의 의의”, 「노동리뷰」 2014년 2월호 (한국

노동연구원) 20-34쪽.

김홍영, “통상임금 판결의 의의 및 법·제도 개선방안”, 경제사회발전노사정위원회·국민경제자문회의·한국노동연구원 주최 「임금체계 개편 대토론회」 자료집 (2014. 1. 23) 133-150쪽.

김홍영, “통상임금에 관한 대법원 전원합의체 판결의 의의”, 「한국고용노사관계학회 2014년 동계학술대회」 자료집 (2014. 1. 15) 189-213쪽.

김홍영, “통상임금에 포함시키지 않는 재직자 조건, 일정 근무일수 조건에 대한 비판적 검토”, 「노동법연구」 제37호 (서울대학교 노동법연구회, 2014. 9) 31-82쪽.

김홍영, “통상임금의 입법방향”, 「노동법학」 제56호 (한국노동법학회, 2015. 12) 1-28쪽.

도재형, “통상임금 전원합의체 판결의 검토”, 「노동법연구」 제36호 (서울대학교 노동법연구회, 2014. 3) 179-206쪽.

박은정, “강행법규를 위반한 통상임금 노사합의와 신의성실의 원칙”, 「인권과 정의」 제443호 (대한변호사협회, 2014. 8) 131-143쪽.

박은정, “일정 근무일수 조건 및 퇴직자 일할계산조건, 그리고 정기상여금의 고정성 ”, 「노동리뷰」 2015년 3월호 (한국노동연구원) 96-99쪽.

양승엽, “미지급된 통상임금 청구의 신의칙 위반 판단 기준”, 「노동리뷰」 2016년 3월호 (한국노동연구원) 77-80쪽.

이철수, “14. 통상임금의 판단기준”, 한국노동법학회 편, 「노동판례백선」 (박영사, 2015) 54-57쪽.

이철수, “통상임금 관련 2013년 전원합의체 판결의 의미와 평가”, 「노동법학」 제49호 (한국노동법학회, 2014. 3) 1-31쪽.

Abstract

Interpretational Issues that arise in the Normal Wages after the Decision of the Supreme Court Grand Bench

Kim, Hong Young

This article in interpretational issues that arise in the normal wages after the decisions of the Supreme Court grand bench, ① whether or not that good faith doctrine applies, ② whether or not that incumbent condition, certain number of work-days condition applies, and ③ whether or not that welfare point is included in normal wages, reviews critically and presents the correct interpretation direction on them.

And this article points out the practical considerations for the stability of labor relations. Eventually interpretation of the issues of normal wages can be resolved back to the Supreme Court judgment must be made clear. The wages always are paid continually so that it continued to disagree on the interpretation of the normal wages does not help the stability of labor relations. While solving independently for the past retroactive wage portions, it should also improve the wage configuration system of the future working conditions. If the wage configuration system is to improve, the interpretation of the normal wage can be facilitated. So it can ultimately solve the problems of normal wages.

Kim, Hong Young

normal wage, good faith doctrine, incumbent condition, certain number of work-days condition, welfare point

근로의 권리와 해고 및 기간제근로 제한의 헌법적 근거

정 영 훈*

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 해고 제한의 헌법적 보장에 관한 독일 논의의 검토
1. 초기 연방노동법원의 입장
2. 연방헌법재판소 결정과 그 영향
3. 근로관계의 존속보호에 대한 국가의 보호의무의 실현
4. 독일의 이론적 특징
Ⅲ. 해고 제한의 헌법적 보장에 관한 우리나라 논의의 검토
1. 해고 제한의 헌법적 근거
2. 근로관계의 존속보호에 대한 국가의 보호의무의 실현
3. 해고제한의 헌법적 보장에 관한 검토
Ⅳ. 기간제 근로계약의 존속보호에 대한 헌법적 보장에 관한 검토
1. 독일 노동법상 근로계약 기간 설정 규제와 기본권과의 관계
2. 근로의 권리를 통한 근로계약의 기간 설정에 대한 규제 가능성 검토
3. 현행 기간제법상의 근로계약 기간 설정 규제의 위헌성 검토
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

1997년의 경제위기 이후 줄곧 고용의 안정성보다는 고용의 유연성이 높아지고 있다. 이러한 상황에서 경영계는 정규직 근로자에 대한 해고 규제와 기간제근로 및 파견근로에 대한 규제를 완화해야 노동시장이 효율적으로 작동하고 선순환하며 경제가 성장할 수 있다고 주장하고 있지만, 노동계는 경영계의 논리를 반박하면서 해고와 기간제 근로에 대한 규제를 강화해야 한다고 주장하고 있다. 양측의 주장이 팽팽하게 맞서고 있는 가운데 헌법의 관점에서 이 논의를 지도할 수 있는 헌법규범 및 원리는 무엇이고 그것이 어떠한 의미를 가지는지를 규명하는 것은 매우 중요할 것이다. 헌법이 최고규범이라고 한다면 해고 및 기간제근로의 규제를 둘러싼 논의와 정책은 이와 같은 검토를 통하여 해명된 법규범적 효력의

* 헌법재판소 헌법재판연구원 책임연구관

범위 내에서 이루어져야 할 것이기 때문이다.

본 연구에서는 헌법 제32조에서 보장하고 있는 근로의 권리로부터 해고 규제 및 기간제 근로 규제에 대한 국가의 의무를 도출하는 것에 주력한다. 첫째로는 해고 규제는 헌법 제32조에서 보장하고 있는 근로의 권리로부터 도출되는 보호의무에 근거한 것이라는 점을 논증할 것이다. 둘째로는 근로계약의 기간 설정에 관한 사항은 해고에 관한 사항과 마찬가지로 근로조건의 핵심적 부분에 해당하기 때문에 근로의 권리로부터 도출되는 보호의무에 따라서 국가에 의해서 규율되어야 한다는 점을 논증할 것이다. 마지막으로는 현행 기간제법상의 근로계약 기간 설정 규제는 근로의 권리로부터 도출되는 존속보호의무에 위반될 가능성이 매우 높다는 점을 논증할 것이다.

Ⅰ. 서론

1997년의 경제위기는 우리의 노동생활에서 위험과 불안을 높이는 중요한 계기로 되었다. 특히 고용의 불안정은 그 대표적인 위험과 불안이라고 할 것이다. 당시의 급격한 충격과 해결 과정에서 취해진 해법, 그리고 이로부터 얻은 경험은 거시경제와 노동시장을 둘러싼 많은 요인과 경영 주체들의 인식을 변화시켰고, 이는 고용의 안정성보다는 고용의 유연성을 높이는 방향으로 작용하였다. 경영계는 지속적으로 정규직 근로자에 대한 해고 규제와 기간제근로 및 파견근로에 대한 규제를 완화해야 노동시장이 효율적으로 작동하고 선순환하며 경제가 성장할 수 있다고 주장하고 있지만, 노동계는 정반대의 논리를 주장하고 있다. 양측 모두 자신들의 주장을 정당화할 논거를 상세히 들면서 상대방의 논거가 잘못되었다고 비판하고 있다. 이들 논거가 맞는 것인지를 검증하는 것은 학계의 중요한 역할이며 이에 관한 연구 성과도 방대하다. 하지만 법적인 측면에서, 특히 헌법의 관점에서 이 논의와 정책을 지도할 수 있는 헌법규범 및 원리는 무엇이고 그것이 어떠한 의미를 가지는 것인지에 관해서는 여전히 연구 성과도 부족하고 해명된 바가 매우 미흡하다고 생각된다.

본 연구의 목적은 이와 같은 문제의식에 따라서 해고와 기간제근로를 제한하는 법규범 또는 법적 해석이 헌법적 근거를 가지고 있는지를 검토하고, 그 헌법적 근거는 해고와 기간제근로를 제한하는 법규범 또는 법적 해석에 대해서 어떠한 법규범적 효력을 가지고 있는지를 검토하고 해명하는 것에 있다. 헌법이 최고규범이라고 한다면 해고 및 기간제근로의 규제를 둘러싼 논의와 정책은 이와 같은 검토를 통하여 해명된 법규범적 효력의 범위 내에서 이루어져야 할 것이다. 예를 들어 사용자의 정당한 이유 없는 해고를 금지해야 하는 것이 헌법의 어느 기본권에 따라서 국가에 대해서 부여된 의무라고 한다면 '해고의 자유 원칙'은 우리 법질서에서는 받아들여질 수 없게 된다. 즉, 해고 자유의 원칙을 법제화하거나 법원이 해고 자유의 원칙에 따라서 법을 해석·적용한다면 이러한 국가작용은 위헌이다.

본 연구에서는 위의 검토와 해명을 위해서 먼저 해고 제한의 헌법적 근거 및 관계에 관한 독일의 논의를 독일 연방헌법재판소의 판결을 중심으로 살펴볼 것이다(Ⅰ.). 독일 연방헌법재판소는 기본법 제12조 제1항의 직업의 자유로부터 도출

되는 보호의무를 근거로 하여 해고제한에 관한 국가의 의무를 인정하고 있고, 이러한 판단은 우리 헌법재판소의 결정에도 많은 영향을 미친 것으로 보이기 때문에 독일 연방헌법재판소 결정을 중심으로 한 독일의 관련 논의를 검토하는 것은 본 연구에서 있어서도 매우 중요한 이론적 시사를 줄 것이다. 다음으로 해고 제한의 헌법적 근거 및 관계에 관한 우리나라의 논의를 검토한다(Ⅱ.). 우리 헌법재판소는 헌법 제15조의 직업의 자유와 헌법 제32조 제1항의 근로의 권리로부터 국가의 해고제한의무, 즉 근로계약관계의 존속보호의무를 도출하고 있다. 위에서 언급한 바와 같이 이러한 판단은 독일 연방헌법재판소의 결정으로부터 많은 영향을 받은 것으로 생각되는데, 우리 헌법의 기본권 보장 체계에 비추어 볼 때 이러한 논리가 타당한 것인지에 관해서 검토한다. 세 번째로는 기간제 근로계약의 존속보호에 대한 헌법적 보장에 대해서 검토한다(Ⅳ.). 해고 제한이 기본권으로부터 도출되는 보호의무에 의해서 국가에 명령된 것이라고 했을 때, 기간제 근로자의 근로계약관계의 존속은 기본권에 의해서 어떠한 보호를 받을 수 있을지에 대해서 검토한다. 즉, 우리 헌법, 특히 기본권이 기간의 정함이 있는 근로자, 즉 기간제 근로자의 근로계약관계의 존속을 보호하는 것인지, 보호한면면 그 내용은 무엇인지를 검토한다. 나아가 기간제근로자를 보호하기 위하여 제정된 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '기간제법'이라고 한다)에서 규정하고 있는 존속보호 규정이 위에서 검토한 보호의무에 비추어 볼 때 헌법적으로 어떻게 평가될 수 있을지를 검토하는 것으로 한다. 마지막으로 이상의 검토의 결과를 정리하는 것으로 결론에 갈음한다(Ⅴ.)

Ⅱ. 해고 제한의 헌법적 보장에 관한 독일 논의의 검토

1. 초기 연방노동법원의 입장

가. 바이마르 헌법하에서의 인식

독일의 해고 제한 입법은 1883년에 제정된 제국영업령(Gewerbeordnung für das Deutsche Reich), 1896년에 제정된 민법전(BGB), 1897년에 제정된 상법전(HGB)으로 거슬러 올라갈 정도로 매우 오랜 역사를 가지고 있지만, 이들 법률에서 규정된 해고 제한은 해고 예고의 기간(Kündigungsfrist)을 정하고 있는 것에 지나지 않는다. 따라서 이들 법률의 해고 제한은 해고 제한의 진정한 목적이라고

할 수 있는 사용자의 해고로부터 근로계약관계의 존속을 보호(Bestandschutz, Bestandssicherung, Bestandsgarantie)하는 것은 아니었다. 이들 법령의 제정·시행 이후에 해고의 사유를 제한함으로써 해고로부터 근로관계의 존속을 보호하는 입법의 필요성은 바이마르공화국이 성립되기 전부터 제기되었지만, 현행 해고제한법이 제정된 1951년까지 근로자 일반을 적용대상으로 하여 해고로부터 근로관계의 존속을 보호하는 입법은 존재하지 않았다고 할 수 있다. 이 기간에 해고로부터 근로자를 보호하는 가장 중요한 역할을 한 것은 1920년에 제정된 종업원대표회의법(Betriebsrategesetz)[1]상의 해고규제였다.[2] 동 법 제84 내지 제86조에서는 해고가 근로자의 행위 또는 사업소의 경영 상황에 비추어 볼 때 부당하게 가혹한 경우에는 당해 근로자는 종업원대표위원회에 해고에 대한 이의 제기(Einspruch)를 할 수 있다고 규정하고 있었는데 이의 제기를 받은 종업원대표위원회는 해고가 부당하게 가혹한지를 심사하여 그 이의에 정당한 이유가 있다고 인정되는 경우에는 사용자와 당해 해고의 처리에 관하여 교섭할 의무가 있었다. 만약 이러한 교섭이 타결되지 못하는 경우 종업원대표위원회 또는 당해 근로자는 노동법원에 해고의 유효성을 다투는 소송을 제기할 수 있었다.

그런데 종업원대표회의법이 시행되던 때에는 1919년에 제정된 바이마르 헌법이 이미 시행되어 있었고 동 헌법 제151조 제1항에서는 모든 사람의 인간다운 삶을 보장하기 위한 정의의 원칙에 따른 경제질서, 제157조 제1항에서는 노동력에 대한 특별한 보호, 제163조 제2항에는 근로의 기회 보장이 규정되어 있었지만, 종업원대표회의법에 의한 해고 제한과 이들 조항과의 관계에 대해서 언급한 문헌은 발견되지 않는다. 특히 바이마르 헌법 제163조 제2항 제1문은 "모든 독일인은 경제적인 노동에 의하여 자신의 생계를 유지할 수 있는 기회가 부여되어야 한다"고 규정하고, 제2문에서는 "적절한 노동의 기회가 주어질 수 없는 경우에는 그 사람의 필요한 생계 유지에 대한 배려가 이루어진다"고 규정하고 있었는데, 당시의 문헌을 보면 제1문과 제2문이 국가에 대해서 부여한 과제[3]를 일자리의 소개(Arbeitsvermittlung)와 실업급부(Arbeitslosenfürsorge)에 관한 입법으로

1) 종업원대표회의법은 1952년에 제정된 현행 사업소조직법(Betriebsverfassungsgesetz)의 전신이라고 할 수 있는데, 종업원대표회의법은 나치의 집권 이후 1934년 국민노동질서법(Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit)의 제정에 따라서 폐지되었다.

2) Ulrich Preis, 1. Teil. Grundlagen zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen in: Ascheid/Preis/Schmidt(Hsrg.), *Kündigungsrecht*, C.H.Beck, München 2012, S. 3.

3) 바이마르 헌법 제163조 제2항 제3문에서는 "상세한 것은 특별한 제국 법률로 정한다"고 하고 있었다.

이해하고 있을 뿐이다.[4]

나. 연방노동법원의 이해

제2차 세계대전 이후 1949년에 제정된 독일의 헌법, 즉 기본법(Grundgesetz)에는 바이마르 헌법과는 달리 사회적·경제적 질서 및 사회적 기본권에 관해서는 의도적으로 규정하지 않았기 때문에[5] 해고 제한과 헌법과의 관계를 논할 때는 기본법 제12조 제1항의 직업의 자유[6]와 제20조 제1항의 사회국가 조항[7]이 가장 중요한 의의를 가지게 되었다.

그런데 초기 연방노동법원은 해고 제한을 통한 근로관계의 존속 보호를 이해함에 있어서 기본법 제12조의 의의에 대해서는 소극적인 태도를 보이면서 주로 기본법 제20조의 사회국가원칙에 더 많은 의의를 부여하는 경향에 있었다.[8] 독일 연방노동법원은 설립 초기부터 "해고제한법에 의한 존속보호는 기본법 제20

---

4) Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. Ausgust 1919*, Berlin 1930, S. 741; Hans Carl Nipperdey, Artikel 163, in : Hans Carl Nipperdey(Hrsg.), *Die Grundrechte und Grundpflichte der Reichsverfassung*, Bd. Ⅲ, Reimar Hobbing, Berlin 1930, S. 501ff.

5) 바이마르 헌법과 달리 독일 기본법에서 사회적·경제적 질서 및 사회적 기본을 의도적으로 규정하지 않은 이유는 두 가지인데, 첫 번째는 기본법의 잠정적 성격 때문이다. 즉, 1949년 기본법 제정 시에 독일은 동서독으로 분단되어 있었기 때문에 기본법 제정 당시의 독일의 상황을 통일 이전의 잠정적 상황으로 이해하여 의도적으로 경제질서에 관한 조항을 두지 않았다고 한다. 두 번째로는 바이마르 헌법에서 규정된 사회적 기본권을 둘러싼 이론적·실제적 문제점들을 고려하여 사회적 기본권에 관한 규정을 기본법에 수용하지 않고 단지 "인간적 자유권 중 중요한 권리"만을 규정하게 되었다고 한다(홍성방, "독일기본법과 사회적 기본권", 「서강법학」, 제11권 제2호(2009), 50~51쪽). 그렇지만 독일 기본법에서 사회적 기본권 조항이 전혀 존재하지 않는 것은 아니다. "어머니(Mutter)는 공동체의 보호와 돌봄을 받을 권리를 가진다"고 규정하고 있는 기본법 제6조 제5항에 대해서 학설은 대체로 사회적 기본권 조항으로 이해하고 있다(Dietrich Murswiek, Gurndrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte in: Isensee/Kirchhoh(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IX, C.F. Müller Heidelberg 2011, S. 589; Frauke Brosius-Gersdorf, Art. 6 in: Horst Dreier(Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd Ⅰ, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, S. 925; Peter Badura, Art. 6 in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein(Hrsg.), *Maunz-Dürig Grundgesetz*, C.H.Beck, München 2005, Rn. 151, 179; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. Ⅳ/1, C.H. Beck, München 2006, S. 542; Tobias Aubel, *Der verfassungsrechtliche Mutterschutz*, Duncker & Humblot, Berlin 2003, S. 91).

6) 기본법 제12조
(1) 모든 독일인은 직업, 직장, 직업훈련을 받을 장소를 자유롭게 선택할 권리를 가진다. 직업의 수행은 법률에 의하여 또는 법률을 근거로 하여 규제될 수 있다.

7) 기본법 제20조
(1) 독일연방공화국은 민주적이고 사회적인 연방국가이다.

8) Matthias Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2001, S. 460f.

조 제1항과 제28조 제1항에 규정되어 있고, 제79조 제3항에 따라서 헌법적으로 확고히 되어 있는 사회국가의 원칙(Grundsatz des soziales Staates)을 실현하는 것이다"라고 이해하였지만[9], 해고제한법에 의한 존속보호와 기본법 제12조의 직업의 자유의 관계에 대한 언급이 보이지 않았다.

그런데 1970년대에 들어서게 되면 기본법과 제12조의 직업의 자유와 해고제한에 의한 존속보호와 관계에 대해서 명확히 언급한 판결들이 등장한다. 연방노동법원은 해고가 기본법 제12조의 직업의 자유의 침해를 주장할 수 없다고 하면서 그 이유를 다음과 같이 들고 있다.[10]

"직장에 대한 자유로운 선택이 보장되어 있더라도 관련 법률 규정 또는 계약상의 합의를 근거로 하여 근로자를 해고할 수 있는 것은 배제되지 않는다. 해고의 유효성은 직업의 자유의 제한이라는 관점에서 심사될 수 없다. 사람들이 기본법 제12조 제1항으로부터 이른바 기본권의 제3자적 효력을 인정하다고 하여도 그것으로부터 사법적으로 해고의 무효가 도출될 수는 없다. 직장의 상실에 의해서 발생하는 불이익(Härten)은 사회국가원리에 따라서 해결되어야 하는데, 사회국가원리는 일반적이고 특별한 해고제한법을 통해서 구체화되고 또한 민법 제138조 및 제242조도 사법상의 해고에 적용되어야 한다는 점을 통해서 보충된다."

이와 같은 연방노동법원의 이해는 이미 학계에서 유력하게 주장되고 있던 견해[11]가 반영한 것이라고 할 것이다.

2. 연방헌법재판소 결정과 그 영향

해고 제한과 기본법의 관계에 대한 위와 같은 이해에 큰 변화를 준 것은 연방헌법재판소였다.[12] 1991년 4월 24일의 연방헌법재판소 결정은 해고 제한의 헌법적 근거를 기본법 제12조 제1항의 직업의 자유로부터 도출함으로써 해고제한과 기본법과의 관계에 대한 새로운 이해를 확립하는 계기로 되었다. 동 결정은 양자의 관계에 대해서 다음과 같이 설시하고 있다.[13]

---

9) BAGE 1, 128(132f); 1, 136(138).
10) BAGE 28, 176(183); 29, 136(247f); 38, 318(324).
11) Otto Bachof, Freiheit des Berufs :in Bettermann/Nipperdey/Scheuner(Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. III 1, Duncker & Humblot, Berlin 1958, S. 251.
12) Matthias Ruffert, a.a.O., S. 461.
13) BVerfGE 84, 133(146f).

"기본법 제12조 제1항 제1문은 직업의 자유로운 선택 외에 직장의 자유로운 선택도 보장한다. …… 직장의 자유로운 선택이라는 기본권의 대상은 선택한 직업에 있어서 구체적인 활동가능성을 포착하는 개인의 결정이다. 특히 종속적 취업에 있어서 계약 상대방의 선택도 여기에 해당된다. 직업의 자유로운 선택이 직업을 받아들일 것인지에 관한 판단에만 국한되지 않고 직업의 계속과 종료도 포함하는 것처럼 직장의 자유로운 선택은 구체적인 활동가능성에 관한 판단 외에 그 활동가능성을 유지할지 또는 그만둘지에 관한 개인의 의지에도 관계된다. 기본권은 이러한 선택의 자유를 제한하는 국가의 모든 행위로부터 보호하는 기능을 한다. 선택 가능한 직장을 얻는 것을 국가가 방해하거나 특정한 직장에서 취업할 것을 개인에게 강요하거나 직장의 포기를 요구하는 경우가 특히 이러한 경우에 해당될 것이다. 이에 대하여 자신이 원하는 직장에 취업할 기회의 제공을 요구하거나 일단 선택한 직장에서의 취업의 존속을 요구하는 것은 직장선택의 자유와는 관련이 없다. 마찬가지로 기본권은 사적인 처분에 근거한 직장의 상실로부터 근로자를 직접적으로 보호하지 않는다. 국가는 단지 기본법 제12조 제1항으로부터 도출되는 보호의무를 지는데, 현행 해고제한법의 규정들은 이 보호의무를 충분히 고려하고 있다."

위 결정의 이와 같은 이해는 연방헌법재판소의 입장으로 확립되었다.[14] 이러한 이해는 1991년 12월 11일의 연방노동법원의 판결이 위의 설시를 그대로 인용함으로써 연방노동법원에 의해서도 즉시 수용되었고[15] 이후 연방노동법원의 입장으로 확립되었다.[16]

3. 근로관계의 존속보호에 대한 국가의 보호의무의 실현

근로관계의 존속보호를 위한 국가의 보호의무가 기본법 제12조 제1항의 직업의 자유로부터 도출된다고 하더라도 연방헌법재판소가 설시하고 있는 것처럼 근로자는 국가에 대해서 직업의 자유를 원용하여 자신이 원하는 직장에서의 취업 또는 자신이 선택한 근로관계의 존속을 직접 청구할 수는 없다. 기본법 제12조 제1항의 직업의 자유로부터 도출되는 것은 어디까지나 보호의무이고 이 보호의무는 사용자의 사법적인 처분 권한에 의해서 근로자의 직장 선택의 자유가 부당

14) BVerfGE 84, 133(146f); 85, 360(372f); 92, 140(150); BVerfGE 97, 169(175)
15) BB 1992, 1831(1832).
16) BAGE 86, 105(110f).

하게 침해되는 것으로부터 보호해야 할 의무이기 때문이다. 더구나 이 보호의무는 사용자의 해고권에 근거한 일자리의 상실에 대해서 "직접적으로" 보호하는 것도 아니다. 따라서 사용자의 해고로부터의 보호의무의 내용은 직장선택의 자유를 충분하고 효과적으로 보호하기 위하여 국가가 해고를 제한하는 법규범을 제정하는 것을 내용으로 한다.

연방헌법재판소는 일정 수 이하의 종업원을 고용하는 사업소에서 근무하는 근로자에 대해서는 해고제한법의 적용을 배제한 해고제한법상의 조항(이하 '적용배제조항'이라고 한다)이 기본법 제12조 제1항이 보호하는 직업선택의 자유를 침해한다는 이유로 제기된 헌법소송에서 이러한 보호의무의 실현에 대해서 명확히 판단하였다.[17] 동 결정은 "기본법 제12조 제1항은 입법자가 이 기본권으로부터 도출되는 해고제한에 대한 의무를 충분히 이행하지 않는 경우에만 침해될 수 있다."고 하면서 이러한 보호의무의 위반 여부를 판단하는 논리를 다음과 같이 제시하고 있다. 동 결정은 먼저 이 문제의 핵심은 사적 계약관계에서 대립하는 양 당사자의 이익충돌, 즉 근로자와 사용자의 기본권적 지위의 충돌에 있는데, 입법자는 이 문제를 충돌하는 기본권이 서로 간에 실제적 조화(praktische Konkordanz)가 이루어질 수 있도록 해결하여야 한다고 한다. 따라서 동 결정은 해고 보호에 있어서 이러한 실제적 조화가 이루어지고 있지 않은 상황에서만, 즉 "당해 기본권의 의의와 범위를 고려할 때 어느 일방의 기본권적 지위가 다른 계약당사자의 이익보다 열위에 놓여 있어서 더는 적절한(angemessene) 조정이 이루어지고 있다고 말할 수 없을 때에만 기본권에 의한 보호의무의 위반이 존재한다고 확정될 수 있다."고 한다. 동 결정은 적용배제조항의 위헌 여부의 판단에 관한 구체적인 기준에 대해서는 다음과 같이 설시하고 있다.

"기본권에 의해서 보호되는 사용자의 이익이 매우 중요하다는 점으로부터 볼 때 영세사업소의 근로자에 대해서 일자리의 상실이라는 큰 법적인 위험(Risiko)이 요구될 수 있을 것이다. 여기에서 실정 법률에 의한 해고제한으로부터 배제되어 있다고 하더라도 이 근로자는 해고로부터 완전히 보호받지 못하는 것이 아니라는 점이 중요하다. 해고제한법의 규정들이 적용되지 않는 경우에도 근로자는 민법의 일반조항에 의해서 양속 또는 신의에 어긋나는(sitten- und treuwidrige) 사용자의 해고권의 행사로부터 보호될 수 있다. 이러한 일반조항의 해석·적용에서

17) BVerfGE 97, 169(176ff).

기본권의 객관적인 내용(objektive Gehalt der Grundrechte)도 고려되어야 한다. 여기에서 중요한 원칙들은 특히 기본법 제12조 제1항으로부터 도출될 것이다. 사법상의 처분에 의한 일자리의 상실로부터 일자리를 최소한의 수준에서 보호해야 하는 것은 헌법적으로 국가가 반드시 이행하여야 하는 것으로서 이러한 최소보호(Mindestschutz)는 모든 경우에 보장되어야 한다. 이러한 보호가 구체적인 사안에서 어느 정도에 미치는 것인지는 노동법원에서 의해서 판단되어야 한다."

이와 같은 일반적인 판단 기준에 따라서 동 결정은 민법의 일반조항을 통해서 이루어지는 사용자에 의한 해고로부터의 보호는, 기본법 제12조 제1항의 직업의 자유로부터 도출되는 보호의무에 따라서 국가가 반드시 이행하여야 하는 최소보호의 수준을 충족한다고 판단하였다. 그런데 여기서 한 가지 유의해야 할 점은 이러한 최소보호의 내용은 근로계약 당사자 간에 대립하는 구체적인 이익 상황을 어떻게 적절하게 조정할 것인지에 달려 있다는 점이다. 즉, 이 사건에서는 영세사업소의 근로자의 이익과 영세 사업소를 운영하는 사용자의 이익을 어떻게 적절하게 조정할 것인지가 최소보호의 내용을 결정하게 된다. 이렇게 존속보호에 관한 국가의 보호의무의 위반 여부를 판단하는 데 있어서 그 최소한도의 수준을 이행하고 있느냐를 기준으로 판단하고 있는 것은 사용자와 근로자 간의 이익 충돌을 적절하게 조정하는 데 있어서 국가, 특히 입법자에게 폭넓은 재량을 인정하지 않을 수 없기 때문이다.[18] 즉, 이익충돌을 둘러싼 경제적·사회적 제반 조건에 대해서 검토하고 충돌을 해결할 입법이 장래에 미칠 영향 등을 예측하는 것은 입법자의 정치적 책임 영역에 속하기 때문이다.[19]

4. 독일의 이론적 특징

위에서 살펴본 1991년 4월 24일의 연방헌법재판소의 결정은 해고 제한, 즉 존속보호는 직업의 자유, 특히 직상선택의 자유로부터 도출되는 보호의무를 국가가 법규범적으로 이행한 결과물이라는 점을 확인하고 있다는 점에 가장 큰 의의가 있다고 할 것이다. 즉, 기본법 제12조 제1항으로부터 도출되는 보호의무에 따라서 국가, 특히 입법자는 해고로부터 근로관계의 존속을 보호하는 법규범을 제

18) BVerfGE 97, 169(176).
19) BVerfGE 97, 169(176)

정해야 할 의무를 진다는 것이다. 다음으로 주목되는 점은 그 논증에 있다고 할 수 있다. 종래 연방노동법원이 원용하고 있던 사회국가원칙은 그 내용이 매우 추상적인 것이다. 따라서 이로부터 해고제한에 관한 국가의 의무를 직접 이끌어 내는 것은 결코 쉬운 것이 아닐 것이다. 하지만 직장선택의 자유는 자신이 선택한 직장에서의 근로 활동을 계속 수행할지 아니면 그만둘지에 관한 선택을 보호하는 것이기 때문에 해고에 대한 국가의 보호의무를 도출할 수 있는 헌법이론적 근거와 논증이 보다 용이해지고 그 설득력을 강화될 수 있을 것이다.

이와 같은 논증과 결론이 가능한 것은 독일 기본권 이론의 발전에 힘입은 것이라고 할 것이다. 자유권적 기본권의 가장 중요한 기능은 당해 기본권이 보호하는 행위영역에 국가가 개입·간섭하는 것을 방어·배제하는 것에 있지만, 기본권 이론의 발달함에 따라서 기본권의 기능(또는 작용)은 국가에 의한 자유 영역에 대한 제약의 배제뿐만 아니라 사인(私人)에 의한 자유영역의 침해도 국가에 의해 보호되어야 한다는 인식에 이르렀다. 이러한 국가의 기본권 보호의무는 연방헌법재판소에 의해서 주도적으로 제기되고 발전된 것이라고 평가된다.[20] 특히 태아의 생명을 타인의 위법한 침해, 즉 낙태로부터 보호해야 할 국가의 의무를 인정한 1957년 2월 25일의 이른바 제1차 낙태결정[21]은 국가의 기본권 보호의무를 확립하는 데 큰 공헌으로 한 것으로 평가된다.[22] 이와 같이 독일 연방헌법재판소는 기본법 제12조 제1항의 직업의 자유로부터 도출되는 근로관계의 존속보호에 대한 국가의 의무를 인정한 연방헌법재판소의 결정이 나오기 전부터 기본권 보호의무를 인정하고 있었기 때문에 근로관계의 존속보호에 대한 국가의 의무를 인정하는 것도 이론적으로 볼 때 아주 새로운 것이라고는 할 수 없을 것이다.

하지만 사용자에 의한 해고가 근로자가 선택한 직장에서의 근로 활동을 계속 수행할지 아니면 그만둘지에 관한 선택을 보호하는 직장선택의 자유를 침해하는 행위로 보면서 국가는 사용자의 해고로부터 근로자의 직장선택의 자유를 보호하

---

20) Josef Isensee, § 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhoh(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IX, C.F. Müller, Heidelberg 2011, S. 426.

21) 이 사건에서는 임신 12주전까지는 형법상의 낙태죄의 처벌을 면제하는 형법 조항이 태아의 생명권을 침해하는 것, 즉 태아의 생명을 보호할 국가의 보호의무를 위반한 것인지가 다투어졌다. 제1차 낙태결정 및 제2차 낙태결정(1993. 5. 28)에 관한 상세한 소개 및 검토에 대해서는 홍완식, "독일연방헌법재판소의 낙태판결에 대한 고찰", 「강원법학」, 제10권(1998), 537~570쪽을 참조.

22) Horst Dreier, Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG, in: Horst Dreier(Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. I , Mohr Siebeck, Tübingen 2013, S. 112; Matthias Ruffert, a.a.O., S. 141.

여야 한다는 연방헌법재판소의 판단은 고용관계와 같은 사법관계에 있어서 사회적 정의를 요구하는 사회국가원칙에 따라서 국가가 개입해야 하는 당위성을 매우 설득력 있게 논증하고 있다는 점에서 큰 의미를 지니고 있다고 할 것이다.

물론 이러한 보호의무의 위반 여부는 근로자와 사용자 사이에 대립하는 이익이 적절하게 조정되고 있는지를 면밀하게 고찰하면서 실제로 부여된 보호가 최소한의 수준을 충족하고 있는지에 따라서 판단될 것이다. 독일 연방헌법재판소는 1993년 5월 28일의 이른바 제2차 낙태결정에서 기본권 보호의무 위반 여부의 심사기준으로서 "과소금지(Untermaßverbot)"를 명확히 하였기 때문에[23] 이러한 최소보호의 충족 여부라는 심사기준도 그다지 새로운 것이 아닐 것이다. 제2차 낙태결정이 "과소금지에 위반되지 않으려면 법질서에 의한 보호의 형성은 최소한도의 요구에 상응하여야 한다."고 하고 있는 점을 보면[24], 이러한 의미의 과소금지에 의한 심사는 최소보호의 충족 여부에 의한 심사와 본질적으로 다르지 않을 것이기 때문이다.[25]

Ⅲ. 해고 제한의 헌법적 보장에 관한 우리나라 논의의 검토

1. 해고 제한의 헌법적 근거

우리 헌법은 1948년에 제정된 제헌 헌법 제17조 제1항에서 "모든 국민은 근로의 권리와 의무를 가진다."고 규정한 이래 줄곧 근로의 권리를 기본권의 형태로 명확히 규정하고 있다. 따라서 우리나라에서는 근로기준법에서 규정하고 있는 해고 제한의 헌법적 근거를 근로의 권리에서 찾으려고 하는 견해가 이미 1980년대 중후반부터 등장하기 시작하였다.[26] 그러나 당시의 노동법학의 지배적인 견해는 근로의 권리는 국가와 국민 간의 관계에 대해서 적용되는 것이기 때문에 근로의 권리를 근거로 사용자에 의한 해고의 자유를 제한할 수 없다고 보고 있었다.[27] 이러한 경향은 1990년대에 들어서면서 근로의 권리 보장으로부터 사용자

---

23) BVerfGE 88, 203(254).

24) BVerfGE 88, 203(366).

25) 과소금지의 관념을 처음으로 언급한 Canaris가 과소금지를 언급한 것은 기본권 보호의무에 관한 입법자의 형성 재량의 한계를 설정하기 위한 것이었는데, Canaris는 "헌법적으로 명령된 보호의 최소수준(Schutzminimum)이 하회되는 경우, 보호규정의 결여는 헌법에 위반된다."고 하고 있다(Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, in: AcP 184(1984), S. 228).

26) 이영희, "근로권에 관한 새로운 인식과 접근", 「현대 민상법의 연구 - 이재철박사화갑기념논문집)」, 법문사, 1984, 661~784쪽; 이홍재, 「해고제한에 관한 연구」(서울대학교 박사학위 논문), 1988, 59쪽.

의 해고가 제한될 수 있다는 학설이 유력하게 제기되면서 변화하기 시작하였다.[28]

이와 같이 근로의 권리로부터 해고 제한의 헌법적 근거를 찾고 하는 학설의 경향이 강해지는 상황에서 헌법재판소는 2002년 11월 28일에 이 쟁점에 관한 매우 중요한 결정을 내렸다.[29] 이 결정에서는 복수의 연구기관들을 하나의 연구기관으로 통합하면서 기존의 연구기관들의 재산상 권리·의무를 새롭게 설립되는 연구기관에 승계하는 방법으로 통합 대상인 각 연구기관들의 이사회가 승계될 재산과 권리·의무의 범위를 의결하여 주무장관에게 신청하게 함으로써 통합 대상인 각 연구기관들에 근무하고 있던 직원들 모두가 새롭게 설립되는 연구기관에 당연히 승계되지 않을 수 있도록 한 한국보건산업진흥원법 부칙 제3조의 위헌 여부가 다투어졌다.

먼저 헌법재판소는 해고 제한의 헌법적 근거를 근로생활과 직접적 관련을 가지고 있는 직업의 자유와 근로의 권리에서 찾고 있다. 헌법재판소는 우리 헌법상의 경제 질서는 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회국가원리를 수용하고 있다는 점과 노동질서는 경제 질서를 구성하는 중요한 요소 중의 하나이며 노동시장 및 노동관계에 관하여 헌법은 제32조, 제33조에서 근로의 권리와 근로3권을 보장하는 등의 내용을 담고 있고 제15조에서 직업의 자유를 보장하고 있다는 점을 들어 "이 사건과 같이 근로관계의 존속보호가 헌법적으로 문제되는 경우에 보다 구체적인 준거가 될 수 있는 헌법규정은 우선적으로 제15조(직업의 자유)와 제32조 제1항(근로권)을 들 수 있다"고 하고 있다.[30]

다음으로 "직업의 자유와 근로관계의 존속보호"의 관계에 대해서 다음과 같이 설명하고 있다.[31]

"직업선택의 자유는 직장선택의 자유를 포함한다. 헌법재판소도 일찍이 직업선택의 자유에 직장선택의 자유가 포함된다고 설시한바 있다(헌재 1989. 11. 20.

---

27) 김치선, 「노동법총설」, 서울대학교 출판부, 1988, 121쪽; 심태식. 「노동법개론」, 법문사, 1981, 98쪽; 박상필, 「한국노동법」, 대왕사, 1988, 86쪽.

28) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 1991, 545쪽; 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 1994, 591쪽; 김소영, 「해고사유에 관한 연구」(고려대학교 박사학위 논문), 1991, 18~19쪽; 조경배, 「고용보장의 노동법적 원리와 구조에 관한 연구」(서울대학교 박사학위 논문), 1997, 92~93쪽.

29) 헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668.

30) 헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 677.

31) 헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 678.

89헌가102, 판례집 1, 329, 336). 직장선택의 자유는 특히 근로자들에게 큰 의미를 지닌다.

직장선택의 자유는 개인이 그 선택한 직업분야에서 구체적인 취업의 기회를 가지거나, 이미 형성된 근로관계를 계속 유지하거나 포기하는 데에 있어 국가의 방해를 받지 않는 자유로운 선택·결정을 보호하는 것을 내용으로 한다. 그러나 이 기본권은 원하는 직장을 제공하여 줄 것을 청구하거나 한번 선택한 직장의 존속보호를 청구할 권리를 보장하지 않으며, 또한 사용자의 처분에 따른 직장 상실로부터 직접 보호하여 줄 것을 청구할 수도 없다. 다만 국가는 이 기본권에서 나오는 객관적 보호의무, 즉 사용자에 의한 해고로부터 근로자를 보호할 의무를 질 뿐이다."

그리고 이어서 "근로의 권리와 근로관계의 존속보호"의 관계에 대해서 다음과 같이 설명하고 있다.[32]

"근로의 권리는 사회적 기본권으로서, 국가에 대하여 직접 일자리(직장)를 청구하거나 일자리에 갈음하는 생계비의 지급청구권을 의미하는 것이 아니라, 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리에 그친다. 근로의 권리를 직접적인 일자리 청구권으로 이해하는 것은 사회주의적 통제경제를 배제하고, 사기업 주체의 경제상의 자유를 보장하는 우리 헌법의 경제질서 내지 기본권규정들과 조화될 수 없다.

마찬가지 이유로 근로의 권리로부터 국가에 대한 직접적인 직장존속청구권을 도출할 수도 없다. 단지 위에서 본 직업의 자유에서 도출되는 보호의무와 마찬가지로 사용자의 처분에 따른 직장 상실에 대하여 최소한의 보호를 제공하여야 할 의무를 국가에 지우는 것으로 볼 수는 있을 것이다."

이와 같이 헌법재판소는 헌법 제15조의 직업의 자유로부터 "사용자에 의한 해고로부터 근로자를 보호할 의무"를, 그리고 헌법 제32의 근로의 권리로부터 "사용자의 처분에 따른 직장 상실에 대하여 최소한의 보호를 제공하여야 할 의무"를 도출하고 있는데, 이러한 두 의무의 내용에는 아래에서 보는 것처럼 아무런 차이가 없다. 헌법재판소는 그 내용에 있어서 아무런 차이가 없는 보호의무를 직업의 자유와 근로의 권리로부터 각각 인정하고 있는 것이다.

---

32) 헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 678~679.

2. 근로관계의 존속보호에 대한 국가의 보호의무의 실현

위에서 본 헌법재판소의 결정은 제15조와 제32조 제1항에서 도출되는 근로관계의 존속보호에 대한 국가의 보호의무 위반 여부에 대해서 각각 다음과 같이 판단하고 있다.

먼저 직업의 자유로부터 도출되는 존속보호에 대한 국가의 보호의무 위반 여부에 대해서 헌법재판소는 "직장유지에 관한 근로자의 이익은, 자신의 계획에 부합하는 근로자를 채용하고 그 숫자 또한 자신의 기준에 따라 제한할 수 있는 사용자의 이익 –이 또한 직업의 자유, 경제활동의 자유에 의하여 보장되는 것인데–과 상충한다"고 하면서 "입법자는 이와 같이 충돌하는 기본권적 지위나 법익을 형량하고 조정하여야" 하는데, 이 경우 "합리적 형량이라고 도저히 볼 수 없을 정도로 근로자나 사용자 중 어느 일방의 기본권지위가 다른 상대방에 비하여 현저히 낮게 평가된 경우에만 직업의 자유의 보호의무 위반을 인정할 수 있을 것이다."고 하고 있다. 이렇게 직업의 자유의 보호의무 위반 여부를 매우 엄격하게 판단하는 이유에 대해서 헌법재판소는 "이러한 형량과 조정은 일차적으로 입법자의 몫으로서 … 갈등관계를 야기하는 경제적, 사회적 조건에 대한 평가, 그에 대한 입법이 장차 어떤 결과를 가져올 것인지에 대한 예측은 정치적 책임에 맡겨야" 하기 때문에 "입법자는 여기에서 광범위한 입법형성권을 가"지고 있다는 점을 들고 있다.[33]

다음으로 근로의 권리로부터 도출되는 존속보호에 대한 국가의 보호의무의 위반 여부에 대해서 헌법재판소는 "위에서 본 직업의 자유에서 도출되는 보호의무와 마찬가지로 사용자의 처분에 따른 직장 상실에 대하여 최소한의 보호를 제공하여야 할 의무를 국가에 지우는 것으로 볼 수는 있을 것이나, 이 경우에도 입법자가 그 보호의무를 전혀 이행하지 않거나 사용자와 근로자의 상충하는 기본권적 지위나 이익을 현저히 부적절하게 형량한 경우에만 위헌 여부의 문제가 생길 것이다."라고 하고 있다.[34]

그런데 헌법재판소의 이러한 설시는 해고제한법상의 '적용배제조항'이 기본법 제12조 제1항이 보호하는 직업선택의 자유를 침해하는지, 즉 직업선택의 자유로부터 도출되는 보호의무에 반하는지를 심사한 독일 연방헌법재판소 결정의 설시

33) 헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 678.
34) 헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 679.

와 거의 동일하다는 것을 쉽게 알 수 있다. 다른 점이 있다면 앞에서 본 독일 연방헌법재판소 결정의 설시 중에서 기본권 충돌과 조정에 관한 내용을 우리 헌법재판소는 직업의 자유로부터 도출되는 존속보호에 대한 국가의 보호의무의 위반 위부에 관한 심사에서 설시하고, 최소보호에 관한 설시는 근로의 권리로부터 도출되는 존속보호에 대한 국가의 보호의무의 위반 위부에 관한 심사에서 설시하고 있다는 점뿐일 것이다.

3. 해고제한의 헌법적 보장에 관한 검토

가. 이론적 의문점

위에서 본 헌법재판소 결정이 해고 제한의 헌법적 근거를 헌법 제32조 외에 헌법 제15조의 직업의 자유에서 찾고 있다는 점은 매우 흥미롭다. 동 결정이 나오기 전까지 해고 제한의 헌법적 근거를 헌법 제32조, 즉 근로의 권리에서 구하는 견해들이 유력하게 주장되고 있었지만, 헌법 제15조에서 찾으려는 학설이나 법원의 판결은 발견되지 않기 때문이다. 이 점은 특히 동 결정의 반대의견에서는 국가에 의한 해고제한의무의 근거로서 헌법 제15조를 전혀 언급하고 있지 않은 점과 대조된다.

그런데 동 결정의 법정의견을 보면 헌법 제15조와 제32조로부터 국가의 해고제한의무를 도출하면서도 각각의 조항으로부터 도출되는 해고제한의무의 내용이 어떠한 차이가 있는지 분명하지 않다. 오히려 앞에서 본 독일 연방헌법재판소 결정의 설시에 비추어 보면 독일 연방헌법재판소가 직업의 자유로부터 도출한 보호의무의 위반 여부 심사와 관련하여 설시한 것을 우리 헌법재판소는 기계적으로 두 부분으로 나누어 설시하고 있는 것처럼 보인다. 즉, 논리적으로 수미일관된 하나의 논리와 논증을 두 부분을 나누어 놓은 것에 불과한 것으로 보인다. 이렇게 보면 우리 헌법재판소가 설시하고 있는 직업의 자유로부터 도출되는 존속보호에 대한 국가의 보호의무와 근로의 권리로부터 도출되는 존속보호에 대한 국가의 보호의무는 동일한 내용의 것이라고 이해할 수밖에 없을 것이다. 이 점은 위의 헌법재판소 결정의 법정의견이 당해 사건의 심판대상 법률조항의 위헌 여부를 판단함에 있어 각각의 조항으로부터 도출되는 해고제한의무를 위반하였는지를 각각 구분하여 검토하지 않고 단지 “이 사건 법률조항의 위헌 여부”라고 하여 위헌성을 심사한 뒤에 “그러므로 이 사건 법률조항은 헌법 제11조의 평등원칙에 위배

되거나 헌법 제15조의 직업의 자유, 헌법 제32조의 근로의 권리를 침해한다고 볼 수 없"다라고 결론 내리고 있는 점으로부터도 강하게 추정된다.[35]

그렇다면 동일한 내용을 갖는 해고제한의무를 자유권적 기본권인 헌법 제15조의 직업의 자유와 사회적 기본권이라고 분류되는 헌법 제32조의 근로의 권리에서 각각 도출하는 것이 타당한가라는 의문이 제기된다.

나. 해고제한의 헌법적 근거에 대한 검토

1) 학설

위에서 제기한 의문은 우리 헌법의 기본권 체계, 즉 우리 헌법은 자유권적 기본만을 규정하고 있는 독일 기본법과 달리 사회적 기본권도 규정하고 있다는 점에서 비롯된다. 앞에서 본 독일 연방헌법재판소의 결정이 해고제한의무를 자유권적 기본권인 직업의 자유로부터 도출한 것은 근로의 권리를 포함한 사회적 기본권이 헌법상 명문으로 규정되어 있지 않은 사정에 기인한 것이라고도 볼 수 있을 것이다. 이에 비하여 우리 헌법에는 사회적 기본권인 근로의 권리가 보장되어 있는 이상 굳이 독일과 같은 법해석은 불필요한 것으로 생각될 수도 있을 것이다.[36] 하지만 문제의 핵심은 과연 헌법 제15조의 직업의 자유와 제32조 제1항의 근로의 권리로부터 해고제한의무가 도출될 수 있느냐에 있을 것이다.

이 점과 관련하여 현재 견해가 대립되고 있다. 먼저 헌법 제15조로부터 해고제한의무를 도출하는 것을 비판하는 견해는 직업의 자유는 연혁적인 측면에서 자유로운 경제 질서의 보장과 깊은 관련이 있는 것으로서 근로자보다는 사업주의 직업의 자유가 보다 더 큰 비중을 차지하는 권리이기 때문에 직업의 자유로부터 해고제한의무를 도출하는 경우에는 해고 제한에 있어서 사용자와 근로자의 법적 지위나 법익이 충돌할 때 근로자의 보호가 소홀히 될 가능성이 있다고 한다.[37] 다음으로 헌법 제32조 제1항의 근로의 권리로부터 해고제한의무를 도출하는 것을 비판하는 견해는 "헌법재판소는 근로의 권리라는 사회적 기본권으로부터 보호의무가 나올 수 없다는 것을 단호하게 배제하지 못하는 실수를 범하고 있다"고 한다.[38]

---

35) 헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 682~683.

36) 이달휴, "근로권과 해고제한의 근거 - 헌법재판소 결정의 비판적 검토 -", 「공법학연구」, 제13권 제2호(2012), 114쪽.

37) 이달휴, 앞의 논문, 114~115면.

전자의 견해는 직업의 자유와 근로의 권리에서 모두 해고제한의무가 도출될 수 있다는 점을 부정하지는 않는 것으로 보인다. 다만, 직업의 자유로부터 해고제한의무를 도출하는 경우에는 근로자의 이익에 대한 보호가 소홀히 될 수 있기 때문에 근로의 권리로부터 해고제한의무를 도출하는 것이 타당하다고 보고 있는 듯하다. 이러한 해석은 근로의 권리로부터 도출되는 해고제한의무의 수준이 직업의 자유로부터 도출되는 해고제한의무의 수준보다 높기 때문에 전자를 적용해야 한다는 것으로 이해될 수 있다. 이는 결국 기본권 경합과 본질적으로 동일한 문제로서 당해 기본권 주체를 가장 강하게 보호할 수 있는 기본권이 우선하여 적용되어야 한다는 것[39]을 주장하고 있는 것과 아무런 차이가 없을 것이다. 이에 비하여 후자의 견해는 기본권 이론상 사회적 기본권으로부터는 "보호의무"가 도출될 수 없다고 보는 듯하다. 즉, 보호의무는 방어권을 주된 기능으로 하는 자유권적 기본권으로부터만 도출될 수 있다고 이해하는 듯하다. 이 견해는 전자의 견해와는 달리 헌법 제32조의 근로의 권리로부터는 해고제한의무를 도출하는 것은 기본권 이론에 맞지 않는다는 입장이라고 할 것이다.

2) 검토

결론적으로 말하면 위에서 본 두 견해는 모두 타당하지 않다. 먼저 직업의 자유로부터 해고제한의무를 도출하는 것을 비판하는 견해에 대해서 보면 이 견해는 직업의 자유로부터 도출되는 해고제한의무의 수준은 근로의 권리로부터 도출되는 해고제한의무의 수준보다 낮을 수 있다는 우려에 근거하고 있지만 이러한 우려에는 별다른 근거가 없다. 이 견해는 직업의 자유는 연혁적인 측면에서 자유로운 경제 질서의 보장과 깊은 관련이 있는 것으로서 근로자보다는 사업주의 직업의 자유가 더 큰 비중을 차지하는 권리라고 보고 있지만, 과연 이렇게 이해할 근거가 어디에 있는지 의문이다. 앞에서 본 연방헌법재판소 결정을 다시 보면 "당해 기본권의 의의와 범위를 고려할 때 어느 일방의 기본적권 지위가 다른 일반 계약당사자의 이익보다 열위에 놓여 있어서 더는 적절한 조정(angemesse Ausgleich)이 이루어지고 있다고 말할 수 없을 때"에 보호의무의 위반이 확정된다고 하고 있을 뿐이다. 이러한 심사에 있어서 적용되는 기준은 과소금지일 것인데, 과소금

38) 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2016, 1010면.
39) 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2016, 941면; 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2016, 392면; 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2016, 276면.

지원칙은 근로의 권리로부터 도출되는 보호의무에 대해서도 적용되는 심사기준일 수 있다는 점을 생각해 보면, 위와 같은 비판은 아무런 근거가 없는 것이라고 할 것이다.

다음으로 근로의 권리로부터 해고제한의무를 도출하는 것을 비판하는 견해에 대해서 보면, 애초부터 사회적 기본권으로부터는 보호의무라는 것이 도출될 수 없다고 보고 있지만, 이러한 주장은 타당하지 않다. 물론 국가에 대해서 일정한 적극적 행위, 즉 급부를 요구하는 것을 내용으로 하는 사회적 기본권에 있어서 제3자가 이러한 권리를 위법하게 침해한다는 것을 관념하는 것은 매우 부자연스러울 수 있다. 자유권적 기본권은 방어권이 주된 기능이고, 일정한 보호영역이 상정되어 있기 때문에 이러한 보호영역에 대한 제한은 국가뿐만 아니라 제3자도 가능할 수 있다. 따라서 사회적 기본권에 있어서는 자유권적 기본권과 같은 제3자에 의한 위법한 침해로부터의 보호라는 것을 관념할 수 없기 때문에 보호의무를 말하는 것이 타당하지 않다는 주장도 일리가 있을 것이다. 이러한 견해는 근로의 권리를 단순히 일할 기회에 관한 권리로만 이해하고 있는 것에 터잡고 있다고 생각된다. 그러나 이러한 이해는 헌법 제32조 전체 구조를 잘못 이해한 것이라고 생각된다. 헌법 제32조 제1항 제1문은 근로의 권리를 규정하고 있지만, 동 항 제2문, 그리고 제3항 내지 제6항은 근로생활에서 국가의 특별한 보호가 필요한 주체나 상황을 규정하고 있다. 헌법 제32조 제1항 제1문의 근로의 권리는 그 자체로서 독자적인 내용을 가지면서도 동 항 제2문 그리고 제3항 내지 제6항에 의해서 구체화되고 있는 것으로 이해해야 한다. 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리와 동 조 제3항 내지 제6항의 관계에 대한 헌법학계의 다수설과 헌법재판소의 이해도 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리는 동 조 제3항 내지 제6항에 의해서 구체화되고 있다고 이해하고 있다.[40] 이와 동일하게 헌법 제32조의 구조도 헌법 제32조 제3항 내지 제6항은 헌법 제32조 제1항의 근로의 권리를 구체화하고 있는 것으로 이해할 수 있을 것이다. 헌법재판소는 헌법 제32

40) 이덕연, 제34조, 헌법학회편 헌법주석Ⅰ, 박영사, 2013, 1125; 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52, 판례집 14~2, 904("헌법은 제34조 제1항에서 모든 국민의 "인간다운 생활을 할 권리"를 사회적 기본권으로 규정하면서, 제2항 내지 제6항에서 특정한 사회적 약자와 관련하여 "인간다운 생활을 할 권리"의 내용을 다양한 국가의 의무를 통하여 구체화하고 있다. …… 헌법이 제34조에서 여자(제3항), 노인·청소년(제4항), 신체장애자(제5항) 등 특정 사회적 약자의 보호를 명시적으로 규정한 것은, '장애인과 같은 사회적 약자의 경우에는 개인 스스로가 자유행사의 실질적 조건을 갖추는 데 어려움이 많으므로, 국가가 특히 이들에 대하여 자유를 실질적으로 행사할 수 있는 조건을 형성하고 유지해야 한다'는 점을 강조하고자 하는 것이다.

조 제1항의 근로의 권리와 제3항의 관계에 관해서 "헌법 제32조 제3항은 '근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.'라고 규정하여 국민의 "근로의 권리"를 보호할 것을 천명"하고 있거나[41] "헌법 제32조 제3항은 위와 같은 근로의 권리가 실효적인 것이 될 수 있도록「근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다」'고 하여 근로조건의 법정주의를 규정하고 있고"라고 하고 있다.[42] 이렇게 보면 근로의 권리로부터 해고제한의무를 도출하는 것을 비판하는 견해는 직업의 자유와 근로의 권리를 모두 규정하고 있는 우리 헌법의 기본권 체계에도 맞지 않는 해석으로서 독일의 기본권이론에 지나치게 경도되어 있다는 비판을 피할 수 없을 것이다. 이러한 해석은 결국 우리 헌법에서 명문으로 보장하고 있는 근로의 권리를 형해화할 우려가 있다.

헌법 제32조 제3항 내지 제6항이 근로자에 대한 특별한 보호를 규정한 것이고, 이것이 동 조 제32조 제1항의 근로의 권리를 구체화하고 있는 것이라면 논리적으로 근로의 권리는 근로조건에 대한 보호를 요구할 수 있는 권리도 포함하고 있다고 보는 것이 타당하다. 즉 근로의 권리는 "보호"를 요구하는 권리이기 때문에 근로의 권리로부터 보호의무를 도출한다고 하여도 이론적으로 아무런 문제가 없다. 헌법재판소가 헌법 제32조 제3항에서 근로조건의 기준을 인간의 존엄성이 보장되도록 법률에서 정하도록 한 이유에 대해서는 "사용자에 비하여 경제적·사회적으로 열등한 지위에 있는 개별 근로자의 인간존엄성의 실현"에 있는 것이라고 밝히고 있는 점[43]이나 "여자의 근로는 특별한 보호를 받으며"라고 하고 있는 헌법 제32조 제4항, 그리고 "연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다"라고 하고 있는 제32조 제5항을 보아도 이 점은 쉽게 알 수 있을 것이다. 이렇게 인간다운 수준의 근로조건의 보호나 여성 근로자·연소 근로자에 대한 특별한 보호를 규정한 것은 경제적·사회적인 역관계에서 우위에 있는 사용자가 계약의 자유를 내세워 근로자, 여성근로자, 연소근로자를 비인간적인 조건 또는 부당한 조건에서 근로에 종사시키는 것을 막고자 한 것이라고 할 수 있다. 헌법재판소가 근로의 권리에는 근로의 권리가 "일할 자리에 관한 권리"만이 아니라 "일할 환경에 관한 권리"도 함께 내포하고 있다고 하고 있는 것도 바로 이와 같은 이해에 기반하고 있기 때문이다.[44]

---

41) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 297, 303.
42) 헌재 2008. 9. 25. 2005헌마586, 판례집 20-2상, 556, 561.
43) 헌재 1999. 9. 16. 98헌마310, 판례집 11-2, 373, 381.

따라서 헌법 제32조 제1항과 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다”고 하는 제3항으로부터 국가의 해고제한의무를 도출하는 것에는 이론적으로 별다른 문제가 없을 것이다.

다. 해고제한의무에 있어서 직업의 자유와 근로의 권리의 관계

하나의 사건이나 상황에서 둘 이상의 기본권이 동시에 작용하는 경우가 있을 수 있는데, 이를 통상 기본권 경합이라고 부른다.[45] 예를 들어 등록된 출판사가 음란 또는 저속한 간행물을 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해하였다고 인정되는 경우 등록청이 그 출판사의 등록을 취소할 수 있도록 한 법률 조항은 언론·출판의 자유, 직업선택의 자유 및 재산권을 경합적으로 제약한다고 할 수 있다. 그런데 해고제한의무에 있어서 직업의 자유와 근로의 권리는 기본권 경합관계과 같은 경합관계에 있다고 보기 어려울 것이다. 왜냐하면, 앞에서 본 바와 같이 직업의 자유로부터 도출되는 해고제한의무나 근로의 권리로부터 도출되는 해고제한의무의 내용이 동일하고, 따라서 심사기준도 동일하여 어느 기본권에 근거하더라도 심사의 결과에는 아무런 차이가 없기 때문이다.

해고제한의무에 관해서는 직업의 자유와 근로의 권리는 경합관계에 있기보다는 일반법과 특별법의 관계에 있다고 보는 것이 타당할 것이다. 일반법과 특별법의 관계에 관해서 헌법재판소는 “공직취임권은 국가 등에게 능력주의를 존중하는 공정한 공직자선발을 요구할 수 있는 권리라는 점에서 직업선택의 자유보다는 그 기본권의 효과가 현실적·구체적이므로, 공직을 직업으로 선택하는 경우에 있어서 직업선택의 자유는 공직취임권을 통해서 그 기본권보호를 받게 된다고 할 수 있다”고 하여 공직이라는 직업에 있어서는 직업선택의 자유의 적용을 배제하고 공직취임권의 침해 여부만을 심사하고 있다. 근로자와 사용자 간에 체결되는 계약에 의해서 설정되는 근로조건에 관한 국가의 헌법적 의무는 직업의 자유로부터 도출될 때보다 근로의 권리로 도출될 때 더욱 현실적·구체적인 효과를 부여할 수 있을 것이다. 헌법 제32조 제3항 내지 제6항에 의해서 제1항의 근로의 권리는 더욱 구체화될 수 있기 때문이다. 해고의 정당성에 관한 실체적·절차적 기준은 근로조건의 가장 핵심적인 내용에 속하기 때문에 해고제한의무는 근로의 권리로부

---

44) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 297, 304.
45) 정종섭, 전게서, 391; 한수웅, 전게서, 509.

터 도출될 때에 더욱 현실적이고 구체적인 효과를 가질 수 있을 것이다. 헌법재판소는 “근로기준법에 마련된 해고예고제도는 근로조건의 핵심적 부분인 해고와 관련된 사항일 뿐만 아니라, 근로자가 갑자기 직장을 잃어 생활이 곤란해지는 것을 막는 데 목적이 있으므로, 근로자의 인간 존엄성을 보장하기 위한 합리적 근로조건에 해당한다”고 하면서 “근로관계 종료 전 사용자로 하여금 근로자에게 해고예고를 하도록 하는 것은 개별 근로자의 인간 존엄성을 보장하기 위한 최소한의 근로조건 가운데 하나에 해당하므로, 해고예고에 관한 권리는 근로의 권리의 내용에 포함된다”[46]고 하고 있는 점에 비추어 보아도 사용자에 의한 해고로부터의 보호에 있어서는 근로의 권리가 직업의 자유에 우선하여 적용되어야 할 것이다.

Ⅳ. 기간제 근로계약의 존속보호에 대한 헌법적 보장

1. 독일 노동법상 근로계약 기간 설정 규제와 기본권과의 관계

가. 독일 노동법상 근로계약 기간 설정 규제 개관

2001년에 제정된 독일의 단시간 근로 및 기간제 근로에 관한 법률(Gesetz uber Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsvertrage) 제14조 제1항은 “근로계약의 기간 설정은 실질적인 사유에 의해서(durch einen sachlichen Grund) 정당화될 때에만 허용된다.”고 규정하고 있다. 만약 이러한 사유[47]가 존재하지 않은 경우에는 근로계약의 기간 설정에 관한 근로자와 사용자의 합의는 무효로 되어 당해 근로계약은 기간의 정함이 없는 근로계약으로 된다.

그런데 이러한 기간제 근로계약에 대한 규제는 이미 1930년대로 거슬러 올라갈 정도로 오랜 역사를 가지고 있다. 독일 제국노동법원(Reichsarbeitsgericht)은 1932년 7월 2일 판결에서 기간제 근로계약이 연쇄적으로 체결되는 경우(Kettenarbeitsvertrage)에 있어서 사용자가 기한의 합의를 주장하는 것이 해고제한법률을 회피하기 위한 목적이 인정될 때에는 이를 권리의 남용으로 보아 기간 설정에

46) 헌재 2015. 12. 23. 2014헌바3, 판례집 27-2하, 553, 556.

47) 근로계약의 기간 설정을 정당화하는 실질적인 사유에 대해서는 단시간 근로 및 기간제 근로에 관한 법률 제14조 제1항 제2문에서 8가지를 규정하고 있다. 이에 관한 상세한 검토에 대해서는 권혁, “기간제 근로계약관계에 대한 노동법적 통제 - 독일 단시간 및 기간제 근로계약법(TzBfG) 시행 전·후에 제기된 노동법상의 쟁점을 중심으로 -”, 「산업관계연구」, 제16권 제2호(2006), 203~205쪽.

관한 합의의 법적 효력을 부정하였다.[48] 그런데 이후 1951년에 해고제한법을 제정하면서도 근로계약의 기간 설정에 관해서는 아무런 규정을 두지 않았기 때문에 기간제 근로에 대한 노동법적 통제는 해고제한법 제정 이후에도 별도의 법규범이 존재함이 없이 법원에 의해서 이루어졌다.

독일 연방노동법원은 1960년 이전까지는 위에서 본 독일 제국노동법원의 법리에 따라서 판단하고 있었지만, 1961년 10월 11일 판결에서 기간 설정을 실질적으로 정당화시킬 수 있는 사유가 존재하는 경우에만 그 합의가 유효하며, 만약 그러한 사유가 존재하지 않는 경우에는 기간 설정에 관한 합의는 무효로 되어 당해 근로계약은 기간의 설정이 없는 근로계약으로 된다고 하였다.[49]

나. 기간 설정 규제와 직업의 자유의 관계

기본법 제12조 제1항의 직업의 자유로부터 도출되는 근로관계의 존속보호를 위한 국가의 보호의무와 근로계약의 기간 설정과의 관계에 관해서 최초로 입장을 밝힌 것은 독일 연방노동법원이었다. 연방노동법원의 1991년 12월 11일 판결은 1991년 4월 24일의 연방헌법재판소 결정의 관련 설시를 그대로 인용한 뒤에 "사법적인 처분에 근거한 직장(Arbeitsplatz)의 상실로부터 근로자를 보호하기 위한 모든 여타의 규정들(Regelungen)도 기본법 제12조 제1항 제1문에서 도출되는 국가의 보호의무에 따른 해고제한규정에 속"하는데 "근로관계의 기간 설정에 관한 합의의 유효성에 관해서 연방노동법원의 판결에 의해서 발전되어 온 원칙들 및 법률상의 원칙들도 또한 이러한 해고제한규정에 속한다."고 하였다. 그리고 이어서 "이에 따르면 근로계약의 기간 설정은 헌법을 근거로 하여(von Verfassungs wegen) 완전히 허용되지 않는 것도 아니고 또한 아무런 제한 없이 허용되는 것도 아니다."고 하였다.[50] 이 설시 중에서 가장 주목되는 부분은 독일연방노동법원이 종래 발전시켜 온 근로계약의 기간 설정에 관한 규제 법리도 기본법 제12조 제1항으로부터 도출되는 보호의무에 따른 것이라는 점과 근로계약의 기간 설정은 이러한 보호의무를 이유로 한다고 하여도 완전히 허용되지 않는 것도 아니지만 이러한 보호의무로 인하여 무제한적으로 허용될 수 없다고 하고 있는 점

48) Hans-Jürgen Dörner, § 620 in: Harald Schliemann(Hrsg.), Das Arbeitsrecht im BGB, Gruyter, Berlin 2002, S. 547.
49) Hans-Jürgen Dörner, a.a.O., S. 547ff.
50) BB 1992, 1831(1832).

이다.

위의 연방노동법원의 판결은 근로계약 기간의 설정과 기본법 제12조 제1항으로부터 도출되는 보호의무의 관계에 대해서 매우 짧게 언급하는 데 그쳤으나, 1997년 6월 11일의 연방노동법원의 판결은 이 점에 대해서 다음과 같이 매우 소상하게 언급함으로써 양자의 관계를 명확히 하였다.[51]

"기간 만료에 의한 근로관계의 종료는 사적 자치에 의한 규율에 근거하는 것이다. 그러한 규율을 통하여 계약당사자는 합의된 반대급부를 교환함으로써 자신의 직업적 행위가능성을 제한한다. 계약당사자는 어떠한 범위에서 그들이 자신의 상반되는 이해관계를 조정할 것인지를 직접 결정한다(BVerfGE 81, 242, 254). 그러나 사적 자치는 기본법에 구속되는 유효한 법률의 범위 내에 존재한다. 해고에 의한 근로관계 종료의 영역에서 국가는 특별한 보호의무를 진다. 입법자는 현행 해고제한규정을 통해서 이러한 보호의무를 충분히 이행하였다. 특별한 보호의무는 기본권에 대한 과도한 제한(unverhältnismäßigen Beschränkung)으로부터 근로자를 보호하며 근로계약의 당사자의 상호적인 기본권적 지위를 적절하게(angemessen) 조정한다. 기간의 설정 또는 근로관계의 해지 조건의 설정에 의한 근로관계의 종료에 있어서 노동법원은 기간 설정을 통제함으로써 이러한 임무를 수행한다. 이러한 기간설정의 통제는, 기간의 설정은 민법 제620조에 의해서 원칙적으로 가능하지만 강행적인 해고보호규정에 의한 보호를 근로자로부터 박탈한다는 인식을 전제로 하고 있다. 따라서 모든 기간 설정은 그것을 정당화하는 실질적인(sachlich) 사유를 필요로 한다. 만약 기간 설정에 실질적인 사유가 존재하지 않는다면 계약 내용의 형성은 객관적으로 볼 때 기능위반적이고(funktionswidrig) 남용적이라고 하여야 하고, 이러한 기능위반적이고 남용적 형성은 기본권에 의해서 보호되는 근로자의 지위를 과도하게 제한하는 것이다(im übermaß beeinträchtigt). 다른 한편 실질적인 사유가 존재한다면 근로계약 당사자의 상호적인 기본권적 지위의 적절한 조정이 보장되는 것이다(BAG 7. Senat, 11. Dezember 1991).

이 판결에서 주목되는 부분은 크게 두 가지라고 할 수 있다. 첫째로 사적 자치는 기본법에 구속되는 유효한 법률의 범위 내에 존재한다는 점이다. 근로계약을 체결하는 양 당사자인 근로자와 사용자가 합의하여 근로계약 기간을 설정하는 것

51) BAGE 86, 105(110f)

은 사적 자치에 따라서 허용되는 것이지만, 이러한 사적 자치는 기본법, 특히 기본권에 구속되는 유효한 법률의 내에서만 인정될 수 있다는 점이다. 앞에서 본 1991년 12월 11일의 연방노동법원의 판결은 "근로관계의 기간 설정에 관한 합의의 유효성에 관해서 연방노동법원의 판결에 의해서 발전되어 온 원칙들 및 법률상의 원칙들도 또한 이러한 해고제한규정에 속한다."고 함으로써 근로계약의 기간 설정에 관한 사적 차치를 제한하는 법률의 의미를 명확히 해명하고 있다.

둘째, 기간 설정에 관한 합의에 있어서도 기본법 제12조 제1항의 직업의 자유로부터 도출되는 보호의무에 따라서 노동법원은 기간 설정을 통제할 의무를 지고 있다는 점이다. 이는 근로계약에 있어서 기간 설정에 대한 연방노동법원의 통제법리는 제12조 제1항의 직업의 자유로부터 도출되는 보호의무에 따른 것임을 의미한다. 셋째, 기간 설정에 있어서 실질적인 사유가 존재하지 않는다면 그것은 "기본권에 의해서 보호되는 근로자의 지위를 과도하게 제한하는 것"이며, "실질적인 사유가 존재한다면 근로계약 당사자의 상호적인 기본권적 지위의 적절한 조정이 보장되는 것"이라고 보는 점이다. 이는 직업의 자유로부터 도출되는 보호의무가 효과적이고 충분하게 이행되기 위해서는 기간 설정에 있어서 실질적인 사유가 요구되어야 한다는 것을 의미한다.[52] 다시 말하면, 근로계약의 기간 설정에 있어서 실질적인 사유가 존재하지 않는 것은 원칙적으로 근로자의 직업의 자유를 과도하게 제한하는 것으로 된다는 것이다.

2. 근로의 권리를 통한 근로계약의 기간 설정에 대한 규제 가능성 검토

앞에서 본 바와 같이 근로의 권리에는 일할 자리에 관한 권리뿐만 아니라 일할 환경에 관한 권리도 포함된다고 이해하는 데 있어서 이론은 없다. 헌법재판소는 일할 환경에 관한 권리에 대해서 "건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리"라고 이해한다.[53] 여기서 근로조건의 의미에 대해서 헌법재판소는 "임금과 그 지불방법, 취업시간과 휴식시간, 안전시설과 위생시설, 재해보상 등 근로계약에 의하여 근로자가 근로를 제공하고 임금을 수령하는 데 관한 조건들"이라고 하여[54] 해고에 관한 사항은 근로조건으로 언급하고 있지 않지만, 앞에 본 바와 같이 헌법재판소는 해고와 관련

52) Hans-Jürgen Dörner, a.a.O., S. 620.
53) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 297, 304.
54) 헌재 2003. 7. 24. 2002헌바51, 판례집 15-2상, 103, 118.

된 사항을 "근로조건의 핵심적 부분"이라고 하고 있다.[55] 헌법재판소는 해고에 관한 사항을 근로조건의 핵심적 부분이라고 하고 있는데, 여기에는 "해고의 예고"와 같은 해고의 절차적인 사항뿐만 아니라 정당한 이유 없는 해고를 금지하고 있는 근로기준법 제23조 제1항이나 경영상 이유에 의한 해고를 제한하고 있는 근로기준법 제24조와 같이 정당한 해고의 조건도 역시 근로조건의 핵심적 부분으로서 일할 환경에 관한 권리로부터 도출되는 해고제한의무의 내용으로 될 것이다.

통상적으로 "해고"란 사용자가 근로자의 의사에 반하여 근로계약관계를 일방적으로 종료시키는 의사표시를 말한다. 그런데 근로계약관계가 종료되는 사유는 단지 해고에 국한되지 않는다. 근로계약상의 권리·의무의 일신전속적 성격상 당사자가 사망하거나 법인인 사용자가 청산되는 경우에 근로계약관계는 종료한다. 또한, 사용자와 근로자가 근로계약의 존속 기간에 합의한 경우에도 근로계약은 원칙적으로 기간의 만료와 함께 종료한다. 이외에도 사용자와 근로자가 근로계약의 종료 사유에 대해서 합의한 경우에도 그 사유의 충족에 의하여 근로계약은 종료할 수 있다. 물론 근로계약의 당사자 간에 또는 사용자와 노동조합이 근로계약의 종료 사유를 합의하였다고 하더라도 근로자의 의사와 관계없이 사용자에 의해서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것이라면 성질상 이는 해고에 해당한다.[56] 근로관계의 종료 사유에 관한 합의 중에서 해고에 해당되지 않는다고 판단되는 대표적인 것으로는 근로계약 기간의 만료와 정년제를 들 수 있다.[57]

해고는 사용자에 의한 일방적인 의사에 의하여, 즉 근로자의 의사에 반하여 일

---

55) 헌재 2015. 12. 23. 2014헌바3, 판례집 27-2하, 553, 556; 헌법재판소는 그 외에도 "근로기준법 등에 규정된 연차유급휴가는 근로자의 건강하고 문화적인 생활의 실현에 이바지할 수 있도록 여가를 부여하는데 그 목적이 있으므로 이는 인간의 존엄성을 보장하기 위한 합리적인 근로조건에 해당한다. 따라서 연차유급휴가에 관한 권리는 인간의 존엄성을 보장받기 위한 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리로서 근로의 권리의 내용에 포함된다 할 것이다."라고 하고 있다(헌재 2008. 9. 25. 2005헌마586, 판례집 20-2상, 556, 561).

56) 대법원 1993.10.26. 선고 92다54210 판결.

57) 대법원 2008.2.29. 선고 2007다85997 판결("그 당연퇴직사유가 근로자의 사망이나 정년, 근로계약 기간의 만료 등 근로관계의 자동소멸사유로 보이는 경우, 위와 같은 당연퇴직사유를 규정한 취업규칙이 유효한 이상 그러한 사유의 발생만으로 그 사유발생일 또는 소정의 일자에 당연히 근로관계가 종료하는 것으로 보아야 하고(대법원 1995. 4. 11. 선고 94다4011 판결, 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007두2067 판결 등 참조), 정년 등과 같은 근로관계의 자동소멸사유로 인한 퇴직처리는 법률상 당연히 발생한 퇴직의 사유 및 시기를 공적으로 확인하여 알려주는 '관념의 통지'에 불과할 뿐 근로자의 신분을 상실시키는 '해고처분'과 같은 새로운 형성적 행위가 아니다(대법원 1997. 10. 24. 선고 97누1686 판결, 대법원 1997. 11. 11. 선고 97누1990 판결 등 참조)").

자리가 상실된다는 점에서 근로계약기간의 만료 및 정년의 도달에 의한 일자리의 상실과는 다르다. 하지만 근로계약기간의 만료와 정년의 도달이 해고는 아니지만, 일자리의 상실을 가져온다는 점에서 해고와 질적으로 다를 것이 없다. 특히 기간제 근로에 있어서는 근로계약의 기간 설정이 사용자와 근로자의 합의에 의한 것이라고 하여도 사용자에 비하여 경제적·사회적으로 열등한 지위에 있는 근로자의 입장에서는 기간제 근로를 진심으로 바라지 않으면서도 일자리를 얻기 위하여 기간제 근로를 부득이하게 선택하는 경우도 있고, 사용자의 입장에서는 상시적으로 존재하는 일자리이지만 해고에 대한 법적 제한을 피하기 위하여 기간제 근로자로 채용하는 경우가 있을 수 있다. 만약 근로계약의 기간 설정에 관한 사항이 근로의 권리에 의해서 규율되지 않는 것이라고 한다면, 즉 근로의 권리가 근로계약의 기간 설정에 관한 사적 자치에 일정한 한계로서 작용하지 못한다면 근로의 권리로부터 도출되는 해고제한의무는 이렇게 무제약적으로 허용되는 기간제 근로계약 체결의 남발에 의해서 잠탈됨으로써 공허하게 될 위험성마저 있을 것이다.

앞에서 본 근로계약의 기간 설정과 기본권 보장의 관계에 관한 연방노동법원의 설시는 기본권 제12조 제1항의 직업의 자유로부터 도출되는 보호의무에 따라서 근로계약의 기간 설정이 통제되어야 한다는 것이었지만, 앞에서 본 바와 같이 우리 헌법의 기본권 체계에서는 이러한 보호의무는 직업의 자유보다는 근로의 권리에서 도출된다는 보는 것이 타당하기 때문에 독일 연방노동법원의 위와 같은 입장은 근로계약의 기간 설정 통제와 근로의 권리와의 관계에 대해서도 충분히 적용될 수 있을 것으로 생각된다.

따라서 근로계약의 기간 설정에 관한 사항은 해고에 관한 사항과 마찬가지로 "근로조건의 핵심적 부분"이라고 하고 해야 하고, 이 사항은 일할 환경에 관한 권리로부터 도출되는 보호의무에 따라서 국가에 의해서 규율되어야 할 것이다. 요컨대 헌법 제32조 제1항 제1문의 근로의 권리 및 제3항으부터 도출되는 해고제한의무의 본질이 근로계약의 존속보호에 있다고 한다면 이러한 존속호보의무는 근로계약에 있어서 기간의 설정에 관한 근로계약 당사자의 사적 자치의 한계로서 작용해야 한다고 할 것이다. 하지만 이와 같은 해석이 가능하다고 하여도 그 구체적인 한계가 무엇인지를 밝히는 것은 또 다른 검토를 필요로 한다. 헌법재판소가 밝힌 바와 같이 이러한 보호의무는 "사용자의 처분에 따른 직장 상실에 대하여 최소한의 보호를 제공하여야 할 의무"이고, 그 위반은 "입법자가 그 보호의무를 전혀 이행하지 않거나 사용자와 근로자의 상충하는 기본권적 지위나 이익을

현저히 부적절하게 형량한 경우에만" 발생할 것이기 때문이다. 따라서 이 문제에 대해서는 아래에서 다시 검토한다.

3. 현행 기간제법상의 근로계약 기간 설정 규제의 위헌성 검토

가. 현행 노동법상 근로계약 기간 설정 규제의 내용

현행 노동법상 근로계약 기간 설정의 규제는 크게 두 가지로 나눌 수 있을 것이다. 첫째로는 기간제법의 제정 이전부터 판례에 의해서 확립되어온 이른바 갱신기대권의 법리이고, 다른 하나는 기간제법 제4조에 따른 보호이다.

전자의 갱신기대권의 법리란 "기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되며, 근로계약을 갱신 체결하지 못하면 사용자의 갱신 거절의 의사표시가 없어도 당연 퇴직되는 것이 원칙"이지만 "근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간이 만료되더라도 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는, 사용자가 이를 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없"다는 것이다. 그런데 이렇게 갱신의 거절이 효력이 없다고 하더라도 "기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일"한 것으로 된다.[58] 갱신기대권의 법리란 이와 같이 매우 엄격한 요건 하에서 갱신기대권이 인정되는 것이고, "근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성"되어 있는지도 여러 사정을 종합적으로 살펴서 판단해야 하는 것이기 때문에 그 인정의 예측가능성이 현저히 떨어진다. 또한, 설사 갱신기대권이 인정되어 갱신의 거절이 효력이 없다고 하더라도 기간 만료 후의 근로관계는 종전의 기간제 근로계약이 갱신되는 것으로 간주되는 효과밖에 없다.

이에 비하여 기간제법 제4조에 의한 보호는 훨씬 강하다. 기간제법 제4조 제1

58) 대법원 2015.04.09. 선고 2013두11499 판결.

항은 사용자는 원칙적으로 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서 또는 기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서 기간제근로자를 사용할 수 있다고 하고 있고, 다만 예외적으로 동 조 제1항 단서 각 호에서 정하고 있는 사유[59]가 있는 경우에는 2년을 초과하여 기간제 근로자를 사용할 수 있도록 하고 있다. 그런데 사용자가 동 조 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제 근로자를 사용하는 경우에는 그 기간제 근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 간주된다(동법 제4조 제2항). 이와 같은 기간제법에 의한 기간 설정의 통제는 독일과는 달리 근로계약의 기간 설정을 정당화하는 실질적인 사유가 존재하느냐에 의하는 것이 아니라(이른바, 입구규제) 그 사유를 불문하고 단지 총 사용기간만을 통제하는 것이다(이른바 출구규제).

나. 기간제법 제4조의 존속보호의무 위반의 검토

1) 보호의무 위반 여부의 심사기준

헌법재판소는 해고제한의무의 위반 여부의 판단에 있어서 그 의무는 “사용자의 처분에 따른 직장 상실에 대하여 최소한의 보호를 제공하여야 할 의무”이고, 그 위반은 “입법자가 그 보호의무를 전혀 이행하지 않거나 사용자와 근로자의 상충하는 기본권적 지위나 이익을 현저히 부적절하게 형량한 경우에만” 발생한다고 하고 있는데, 이러한 심사는 본질적으로 과소금지원칙과 다를 것이 없을 것이다.

과소금지원칙에 의한 심사의 논증 구조에 관해서는 여전히 많은 논란이 있으나[60] 독일 연방헌법재판소의 결정 중에서 처음으로 과소금지를 기본권 보호의무에 대한 입법자의 형성 재량의 한계로서 언급한 제2차 낙태결정에서는 “보호의 범위와 종류를 구체적으로 확정하는 것은 입법자의 과제”이며 “헌법이 규정하고 있는 것은 목적으로서의 보호이지 보호의 구체적인 형성이 아니다”고 하여 입법

59) 기간제법 제4조 제1항 단서의 사유란 ① 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우, ② 휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우, ③ 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우, ④「고령자고용촉진법」 제2조제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우, ⑤ 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우, ⑥ 그 밖에 ① 내지 ⑤에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우이다.

60) 과소금지원칙의 논증 구조를 둘러싼 학설의 논의 상황에 관해서는 정영훈, 「사회보장에 대한 헌법상 권리의 침해 여부에 관한 심사기준」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 76~81쪽을 참조.

자의 폭넓은 재량을 강조하면서, 과소금지에 위반되지 않기 위해서는 “대립하는 법익을 고려하면서 적절한 보호를 규정하는 것이 필요”한데, 이 때 “중요한 것은 그 보호가 그 자체로서 효과적이어야 한다는 것”이며 “입법자가 취한 조치는 적절하고 효과적인 보호를 위하여 충분한 것(für einen angemessenen und wirks amen Schutz ausreichend sein)”이어야 한다고 하고 있다.[61] 과소금지원칙에 대한 헌법재판소의 이해도 이와 동일하다.[62]

이와 같은 과소금지원칙의 핵심적인 내용은 그것의 최소보호에 있는데, 이러한 최소보호의 요구를 입법자가 취한 조치가 충족하기 위해서는 그 조치는 “적절하고 효과적인 보호를 위하여 충분한 것”이어야 한다. 아래에서는 이러한 기준에 따라서 현행 노동법상 근로계약 기간 설정 규제가 존속보호의무에 반하는지에 대해서 검토하는 것으로 한다.

2) 위반 여부의 검토

앞에서 본 독일 연방노동법원은 근로계약의 기간 설정에 대한 통제에 있어서 기간 설정에 있어서 “실질적인 사유”가 존재하여야만 근로계약 당사자의 상호적인 기본권적 지위의 적절한 조정이 보장되는 것이라고 하고 있다. 이는 실질적인 사유가 없다면 근로자의 기본권적 지위가 과도하게 제한된다는 것인데, 다시 말하면 기간 설정에 의해서 근로자의 기본권적 지위가 과도하게 제한되는 것을 막으려면 기간 설정에 대해서 실질적 근거를 요구해야 한다는 것이라고 할 수 있다. 독일 연방노동법원의 논리에 비추어 보면 우리 기간제법에서 기간 설정에 관해서 실질적 사유를 요구하지 않는 것은 근로의 권리 침해의 가능성이 매우 높다고 할 수 있다. 이를 과소금지원칙에 비추어 보면 이렇게 실질적 사유가 존재할 것을 요구하는 것은 과소금지원칙에 위반되지 않기 위한 최소한도의 보호라고도 할 수 있을 것이다.

위에서 언급한 바와 같이 과소금지원칙은 입법자가 취한 조치가 “적절하고 효과적인 보호를 위하여 충분한 것”이어야 하는데, 현재 기간제법 제4조에 의한 보호가 기간제 근로자의 근로의 권리의 보장을 효과적으로 보호하기 위하여 충분한 것인가라는 의문이 제기될 수 있을 것이다. 헌법재판소는 기간제법 제4조 제1항

61) BVerfGE 88, 203. 254f(제2차 낙태결정의 국문번역은 독일통일관련연방헌법재판소판례번역자료집, 1997, 헌법재판소, 75~198쪽을 참조).
62) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110 등, 판례집 9-1, 90, 120~122.

이 기간제 근로자의 계약의 자유를 침해하는지 여부를 심사한 결정에서 결론적으로 합헌결정을 내렸지만, 동 결정의 반대의견은 기간제법 제4조 제1항이 "목적으로 하는 고용불안의 해소나 근로조건 개선에는 별 효과가 없거나 있다고 하더라도 미미하다"고 하면서 "법정의견이 제시하는 기간제법 시행 이후의 일부 고용안정 현상이나 비정규직 고용동향분석에 관한 통계라는 것도 현실을 제대로 반영하고 있지 못하거나 일시적인 착시(錯視)현상에 불과한 것"으로 보이며 "무기계약직으로의 전환은 일부 공기업, 공공부문이나 금융기관 등의 직역에서 이루어지고 있을 뿐, 청구인들이 근무하는 직장을 포함한 대부분의 중소기업에서는 상황이 전혀 다르다는 것이 변론에서 나타나고 있다"고 비판하고 있다.[63] 현재의 기간제법 제4조와 같이 총사용기간을 규제하는 경우 사용자는 총사용기간이 2년을 넘지 않도록 근로계약의 기간을 근로자와 합의함으로써 사업 운영에 큰 부담을 지지 않고 동 법 제4조의 규제를 얼마든지 피할 수 있다. 따라서 이러한 방식으로는 기간제 근로자의 근로관계의 존속이 효과적이면서도 충분하게 보호될 수는 없을 것이다. 이러한 평가는 법원의 판례에 의해서 확립된 갱신기대권의 법리에 의해서 보완된다고 해도 마찬가지이다.

사용자가 기간제 근로자를 사용함에 있어서 근로계약의 기간 설정에 부합하는 실질적인 사유가 없음에도 사용자가 근로계약에 기간을 설정한다면 이러한 사용자의 의도는 주로 해고제한규범을 회피하고자 하는 것에 있다고 할 것이다. 이렇게 해고제한규범이 쉽게 회피 가능한 법적 상황은 "합리적 형량이라고 도저히 볼 수 없을 정도로 근로자의 기본권적 지위가 사용자에 비하여 현저히 낮게 평가된 경우"라고 해야 할 것이다. 즉 현행 기간제법 제4조에 의한 근로계약의 기간 설정 통제는 근로의 권리로부터 도출되는 보호의무에 반할 가능성이 매우 높다.

물론 기간제 근로자의 근로관계 존속을 보호하기 위한 방법은 다양할 수 있다. 예를 들어 기간제 근로자의 퇴직은 고용보험법상의 실업급여 지급의 원인이 되므로 그 원인 제공자인 사용자에 대해 부담금을 증액하거나 2년 경과 후 무기계약직으로 전환시키지 않을 경우 상당한 정도의 수당을 부담시키는 등과 같이 기간제 근로자 사용 비용을 정규직 근로자 사용 비용보다 높게 하여 무기계약직 전환을 간접적으로 강제하는 방안도 생각해 볼 수 있을 것이다. 이와 같은 간접강제도 제도의 설계에 따라서는 기간제 근로자의 근로관계의 존속을 효과적으로 충분

63) 헌재 2013. 10. 24. 2010헌마219 등, 판례집 25-2하, 248, 262.

하게 보호할 수 있을 것이다.

독일과 같이 근로계약의 기간 설정에 있어서 실질적 사유를 요구하는 방법과 위에서 든 예와 같이 무기계약직 전환을 간접적으로 강제하는 방법 중에서 어느 것이 과소금지원칙에 따른 효과적이고 충분한 보호를 부여하는 것인지에 대해서는 쉽게 판단할 수 없을 것이다. 간접적인 강제의 경우에도 이론적으로는 기간제 근로자 사용 비용을 정규직 근로자 사용 비용보다 높게 설정하는 경우에 기간제 근로자를 사용할 유인이 거의 없어질 수 있기 때문이다.

이러한 방법의 다양성에도 불구하고 비교적 어렵지 않게 판단될 수 있는 것은 현재 기간제법 제4조와 같이 총사용기간을 제한하는 방법은 근로의 권리로부터 도출되는 존속보호의무에 반할 가능성이 매우 높다는 점이다. 위에서 언급한 바와 같이 총사용기간을 제한하는 방법은 사용자에 의해서 쉽게 회피 가능한 방법이기 때문에 기간제 근로자의 근로의 권리를 효과적이고 충분하게 보호할 수 없을 뿐만 아니라 사용자가 총사용기간을 2년 이내로 제한하여 기간제법상의 규제를 회피함으로써 기간제 근로자가 동일한 사용자와의 사이에 계속적인 근로관계를 유지할 수 있는 기회마저 박탈하는 결과를 낳기 때문이다.

Ⅴ. 결론

이상에서는 해고 규제 및 기간제 근로 규제가 헌법상의 근거를 가지고 있는지, 그렇다면 그 헌법상의 근거는 무엇인고 그 법규범적 효력은 무엇인지에 대해서 검토하였다. 이러한 결과는 다음과 같이 정리된다.

첫째, 해고 규제는 헌법 제32조에서 보장하고 있는 근로의 권리로부터 도출되는 근로조건 보호의무에 근거한 것으로 보아야 한다. 이러한 보호의무에 따라서 국가는 사용자의 해고로부터 근로자의 근로관계의 존속을 보호하기 위하여 최소한도의 조치를 취하지 않으면, 이는 동 의무의 위반으로 되어 근로의 권리를 침해하는 것으로 될 것이다. 헌법재판소는 이와 같은 해고제한의무를 헌법 제15조의 직업의 자유와 헌법 제32조의 근로의 권리로부터 도출하고 있으나 직업의 자유보다 근로의 권리가 해고 제한이라는 근로조건에 있어서 근로자를 보다 구체적이고 현실적으로 보호할 수 있기 때문에 해고제한의무 위반 여부를 심사할 때에는 근로의 권리의 침해 여부만을 심사하는 것이 타당할 것이다.

둘째, 근로계약의 기간 설정에 관한 사항은 해고에 관한 사항과 마찬가지로

“근로조건의 핵심적 부분”이라고 하고 해야 하고, 이 사항은 일할 환경에 관한 권리로부터 도출되는 보호의무에 따라서 국가에 의해서 규율되어야 할 것이다. 근로계약 기간은 사용자와 근로자의 합의에 설정되는 것이기 때문에 근로계약의 기간 만료를 해고라고 볼 수는 없지만, 기간의 만료에 의하여 일자지를 상실한다는 점, 사용자에 비하여 경제적·사회적으로 열등한 지위에 있는 근로자의 입장에서는 기간제 근로를 진심으로 바라지 않으면서도 일자리를 얻기 위하여 기간제 근로를 선택하는 경우가 많다는 점, 사용자의 입장에서는 상시적으로 존재하는 일자리이지만 해고에 대한 법적 제한을 피하기 위하여 기간제 근로자로 채용하는 경우가 많다는 점을 생각해 보면, 근로계약의 기간 설정도 근로의 권리에 의해서 규율될 수 있어야 한다. 만약, 근로의 권리가 근로계약의 기간 설정에 관한 사용자와 근로자의 사적 자치에 일정한 한계로서 작용하지 못한다면, 근로의 권리로부터 도출되는 해고제한의무도 기간제 근로계약 체결의 남발에 의해서 잠탈됨으로써 공허하게 될 것이다.

셋째, 현행 기간제법상의 근로계약 기간 설정 규제는 근로의 권리로부터 도출되는 존속보호의무에 위반될 가능성이 매우 높다. 이와 같은 보호의무의 위반 여부는 과소금지원칙에 따라서 판단되는데, 과소금지원칙은 입법자가 취한 조치가 적절하고 효과적인 보호를 위하여 충분하여야 한다는 것을 요구한다. 하지만 현재 기간제법 제4조에 의한 보호는 총사용기간만을 규제하고 있기 때문에 사용자는 기간제 근로자의 총사용기간을 2년 이내로 함으로써 매우 용이하게 이 규제를 회피할 수 있기 때문이다. 따라서 현행 기간제법상의 근로계약의 기간 규제는 기간제 근로자의 근로의 권리를 효과적으로 보호하기 위하여 충분한 것이라고 할 수 없어서 과소금지원칙에 반한다고 할 것이다.

(논문투고일: 2016.09.04, 심사개시일: 2016.09.05, 게재확정일: 2016.09.23)

정 영 훈

직업의 자유, 근로의 권리, 해고, 해고 제한, 기간제 근로자, 기간제 근로 제한

【참 고 문 헌】

I. 국내 문헌

권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 1991.

권 혁, “기간제 근로계약관계에 대한 노동법적 통제 - 독일 단시간 및 기간제 근로계약법(TzBfG) 시행 전·후에 제기된 노동법상의 쟁점을 중심으로 -”, 「산업관계연구」, 제16권 제2호(2006).

김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 1994.

김소영, 「해고사유에 관한 연구」(고려대학교 박사학위 논문), 1991.

김치선, 「노동법총설」, 서울대학교 출판부, 1988.

박상필, 「한국노동법」, 대왕사, 1988.

성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2016.

심태식. 「노동법개론」, 법문사, 1981.

이달휴, “근로권과 해고제한의 근거 - 헌법재판소 결정의 비판적 검토 -”, 「공법학연구」, 제13권 제2호(2012).

이덕연, 제34조, 헌법학회편 헌법주석Ⅰ, 박영사, 2013.

이영희, “근로권에 관한 새로운 인식과 접근”, 「현대 민상법의 연구 - 이재철박사화갑기념논문집」, 법문사, 1984.

이흥재, 「해고제한에 관한 연구」(서울대학교 박사학위 논문), 1988.

정영훈, 「사회보장에 대한 헌법상 권리의 침해 여부에 관한 심사기준」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015.

조경배, 「고용보장의 노동법적 원리와 구조에 관한 연구」(서울대학교 박사학위 논문), 1997.

정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2016.

한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2016.

허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2016.

홍완식, “독일연방헌법재판소의 낙태판결에 대한 고찰”, 「강원법학」, 제10권(1998).

독일통일관련연방헌법재판소판례번역자료집, 헌법재판소, 1997.

II. 외국 문헌

Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, in: AcP 184(1984).

Dietrich Murswiek, Gurndrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte in: Isensee/Kirchhoh(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IX, C.F. Müller, Heidelberg 2011.

Frauke Brosius-Gersdorf, Art. 6 in: Horst Dreier(Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd I , Mohr Siebeck, Tübingen 2013.

Hans Carl Nipperdey, Artikel 163, in : Hans Carl Nipperdey(Hrsg.), *Die Grundrechte und Grundpflichte der Reichsverfassung*, Bd. Ⅲ, Reimar Hobbing, Berlin 1930.

Hans-Jürgen Dörner, § 620 in: Harald Schliemann(Hrsg.), *Das Arbeitsrecht im BGB*, Gruyter, Berlin 2002.

Horst Dreier, Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG, in: Horst Dreier(Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. I , Mohr Siebeck, Tübingen 2013.

Josef Isensee, § 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhoh(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IX, C.F. Müller, Heidelberg 2011.

Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. Ⅳ/1, C. H. Beck, München 2006.

Matthias Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2001.

Otto Bachof, Freiheit des Berufs :in Bettermann/ ipperdey/Scheuner(Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. III 1, Duncker & Humblot, Berlin 1958.

Peter Badura, Art. 6 in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein(Hrsg.), *Maunz-Düri g Grundgesetz*, C.H.Beck, München 2005.

Tobias Aubel, Der verfassungsrechtliche Mutterschutz, Duncker & Humblot, Berlin 2003.

Ulrich Preis, 1. Teil. Grundlagen zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen in: Ascheid/Preis/Schmidt(Hsrg.), Kündigungsrecht, C.H.Beck, München 2012.

Abstract

The right to work and grounds of restrictions on dismissal and fixed-term work

Young-Hoon, Jung

Since the economic crisis in 1997, the flexibility of employment has been increasing over the stability of employment. Under such circumstances, business communities have insisted that restrictions on dismissal of regular workers and regulations of fixed-term work and temporary work agency be relaxed so that labor market can function efficiently, which triggers virtuous circle of economy ultimately resulting in economic growth, on the other hand, labor communities have insisted that regulations on dismissal and fixed-term work be strengthened while refuting the logics of business communities. In the midst of the two contradicting arguments standing against each other, it has significant meanings to study the constitutional standard and principle and their implications from the constitutional point of view that may shed light on this discussion. Provided that the Constitution is the supreme norm, discussions and policies on regulations of dismissal and fixed-term work should be made within the scope of effects of rule of law explained by such reviews.

This study focuses on drawing the state's obligations to regulate dismissal and fixed-term work form the right to work guaranteed under the Constitution Article 32. First, it will demonstrate that restrictions on dismissal are based on duty to protect emanating from the right to work guaranteed under the Constitution Article 32. Second, it will prove that matters on

fixing the period of employment contract constitute essential parts of emp loyment terms and conditions same as matters on dismissal, therefore, the y shall be regulated by the state according to the duty to protect coming from the right to work. Last but not least, it will discuss that regulations of fixing the period of employment contract under the current fixed-term work law are highly likely to be in violative of the duty to protect drawn from the right to work.

Young-Hoon, Jung

Freedom of occupation, Right to work, Dismissal, Restrictions on Dismissal, Fixed-term work, Restrictions on Fixed-term work

특허발명의 실시태양에 관한 입법론적 고찰

김석준(Suk-Joon KIM)*

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 특허법 제2조 제3호
1. 개념 및 역할
2. 구체적 태양
3. 개정의 연혁
Ⅲ. 비교법적 고찰
1. WTO/TRIPs
2. 일본
3. 미국 및 중국
4. 독일 및 영국
Ⅳ. 개정의견
1. 소지
2. 청약
3. 수출
4. 네트워크를 통한 양도
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

특허발명이 무단으로 실시되는 경우 특허침해가 되어 침해금지청구 내지 손해배상청구의 대상이 될 수 있다. 다만 어떠한 태양을 특허발명의 실시로 볼 것인지 여부가 문제인데, 우리를 비롯한 대다수 국가는 이에 대해 법률로 규정하고 있다. 특허는 형태가 없는 재화를 보호대상으로 하고 있기 때문에 그 침해의 형태가 다양하므로 특허권에 의해 독점되는 대상에 관한 명확성을 담보하기 위하여 실시의 태양을 법률에서 직접 규정하고 있는 것이다. 이와 같은 실시는 특허법을 관류하는 개념으로 특히, 특허침해의 성립요건 중 하나로서 매우 중요한 역할을 하고, 이에 따라 수범자의 예측 가능성을 담보하고자 명문으로 명확히 하고 있는 것이다. 다만, 이와 같은 실시의 태양에 관한 명문 규정을 실시의 예시라고 보기 어렵고, 한정열거적으로 이해하여야 한다. 한편, 이러한 실시의 태양에 관한 구체

* 변리사, 법학박사

적 규정은 산업 환경에 부응할 수 있어야 하는데, 그렇지 않으면 특허침해에 있어 불합리한 결론을 초래할 수도 있기 때문이다. 이에 본고에서는 우리 특허법상 실시의 태양에 대해 비교법적으로 고찰하고, 실시의 태양으로서 소지, 청약, 수출 및 네트워크를 통한 양도를 중심으로 개정 의견을 제시하고자 한다. 이로써 우리 특허법이 관련법과 균형을 맞추고 국제 추세에 부응하며, 법적 안정성을 높여 궁극적으로는 특허법이 실효적으로 기능하는데 기여하기 위함이다.

Ⅰ. 서론

특허권자는 업으로 특허발명을 실시할 권리를 독점한다(특허법 제94조). 따라서 이러한 특허발명이 무단으로 실시되는 경우 특허침해가 되어 침해금지청구(특허법 제127조) 내지 손해배상청구(특허법 제128조 제1항)의 대상이 될 수 있다. 다만, 어떠한 태양을 특허발명의 실시로 볼 것인지 여부가 문제인데, 우리를 비롯한 대다수 국가는 이를 법률로 규정하고 있다. 특허는 형태가 없는 재화를 보호대상으로 하고 있기 때문에 그 침해의 형태가 다양하므로 특허권에 의해 독점되는 대상에 관한 명확성을 담보하기 위한 것이다.[1] 구체적으로 우리 특허법은 발명을 물건발명과 방법발명으로 크게 나누고, 다시 방법발명을 단순방법과 제조방법으로 세분하여 실시의 태양을 규정하고 있는데, 물건발명의 경우 그 물건을 생산·사용·양도 등을 하는 행위를 실시의 태양으로 규정하고 있고, 단순방법발명의 경우 그 방법을 사용하는 행위를 실시의 태양으로 규정하고 있으며, 제조방법발명의 경우 그 방법을 사용하는 행위 외에 그 방법에 의하여 생산한 물건을 사용·양도 등을 하는 행위를 실시의 태양으로 규정하고 있다. 이러한 실시의 개념은 후술하는 바와 같이 특허법을 관류하는 개념으로 특히, 특허침해의 성립요건 중 하나로서 매우 중요한 역할을 하고 있다. 이에 우리 특허법은 침해 판단 등에 대한 수범자의 예측 가능성을 담보하고 그로써 법적 안정성을 높이고자, 실시의 개념을 명문으로서 규정하고 있는 것이다.

다만, 이처럼 실시의 태양에 관한 명문 규정을 실시의 예시라고 보기는 어렵고, 한정열거적으로 이해하여야 하기 때문에 실시의 정의규정이 산업 환경에 발을 맞추지 못하면 불합리한 결론을 초래할 수도 있다. 즉, 논리적으로 실시로 취급해야 하는 태양이 실시의 정의규정에 포함되어 있지 못한 경우도 문제이고, 특허실무상 실시로 취급되지 않아도 좋거나, 오히려 정책적인 측면에서 실시로 취급되지 않아야 하는 태양이 실시의 개념에 계속하여 존치되고 있다면 이 또한 문제이다. 이에 본고에서는 우리 특허법상 실시의 태양에 대해 비교법적으로 고찰하고, 이와 관련하여 개선의 여지가 있는 실시태양에 대해 개정의견을 제시하고자 한다. 다만, 단순방법발명의 경우는 현행 특허법과 같이 그 방법을 사용하는 행위로 규정하면 족하고, 제조방법발명의 경우는 그 방법을 사용하는 외에 그 방

1) 특허청, 「조문별 특허법 해설」, 2007, 9쪽.

법에 의하여 생산된 물건발명을 규율하게 되는바, 결국 물건발명의 취급과 다르지 않으므로 본고에서는 물건발명의 실시태양을 중심으로 고찰하도록 한다.

Ⅱ. 특허법 제2조 제3호

1. 개념 및 역할

전술한 바와 같이 우리 특허법은 실시 개념을 물건발명, 단순방법발명, 제조방법발명으로 나누어 규정하고 있다. 구체적으로 ① 물건발명의 경우 그 물건을 생산·사용·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약(양도 또는 대여를 위한 전시를 포함한다. 이하 같다)을 하는 행위를 실시의 태양으로 규정하고 있고, ② 단순방법발명의 경우 그 방법을 사용하는 행위를 실시의 태양으로 규정하고 있으며, ③ 제조방법발명의 경우 그 방법의 사용 외에 그 방법에 의하여 생산한 물건을 사용·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위를 실시의 태양으로 규정하고 있다. 특허법은 물건발명, 단순방법발명 및 제조방법발명이 각각 어떤 개념을 갖는 것인지를 구체적으로 규정하고 있지 않지만, 발명의 종류에 따라 특허권의 효력을 달리할 필요성에 기초해서 편의상 이와 같이 구별하고 있는 것으로 볼 수 있다.[2] 나아가 특허법에서 이처럼 구체적으로 실시의 태양을 열거하고 있는 이유는 무체재화인 특허의 실시태양이 다양하기 때문이며, 명문을 통해 수범자의 예측가능성 및 법적 안정성을 도모한 것으로 볼 수 있다. 또한 이러한 취지에서 특허법상 실시의 구체적 태양은 실시의 예시라고 보기 어렵고, 한정열거적으로 이해하여야 한다. 나아가 특허발명의 무단 실시는 침해죄를 구성하므로 죄형법정주의(헌법 제12조 등) 측면에서도 특허법상 실시의 구체적인 태양을 실시의 예시로 볼 수는 없을 것이다. 한편, 이러한 실시 개념의 정의는 특허법을 관류하며 매우 중요한 역할을 한다. 우선 특허침해가 성립하기 위해서는 정당한 권원이 없는 자가 유효한 특허권의 보호범위 내에서 특허발명을 업으로 실시하여야 하는데, 여기서 실시는 특허침해의 성립요건으로서 중요한 역할을 하게 되는 것이다.[3] 그리고 특허법상 실시의 개념은 특

2) 서울중앙지방법원 2008. 1. 31. 선고 2006가합58313 판결.

3) 다만, 특허침해가 항상 특허발명의 실시를 전제로 하는 것은 아니다. 예컨대, 특허법은 산업입법으로서 업으로서 실시만을 특허법상 실시로 보기 때문에 개인적 실시나 가정적 실시는 특허발명의 실시가 될 수는 있지만 특허침해라고 볼 수 없다. 반면 간접침해에서 전용품의 실시는 특허발명의 실시는 아니지만, 특허침해로 간주된다(특허법 제127조).

허성 판단과도 연관되어 있다. 대표적으로 발명의 설명에 관한 기재요건(특허법 제42조 제3항 제1호)을 예시할 수 있다. 구체적으로 발명의 설명은 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람이 그 발명을 쉽게 실시할 수 있도록 기재되어야 하는데, 이는 특허출원된 발명의 내용을 제3자가 명세서만으로 쉽게 알 수 있도록 공개하여 특허권으로 보호받고자 하는 기술적 내용과 범위를 명확하게 하기 위한 것으로,[4] 해당 특허발명이 물건발명이라면 특허법 제42조 제3항 제1호의 실시는 그러한 물건에 대한 생산, 사용 등의 행위를 말하므로, 통상의 기술자가 특허출원 당시의 기술수준으로 보아 특수한 지식의 부가 없이 발명의 설명에 기재된 사항에 의하여 그 물건을 생산, 사용 등을 할 수 있는지 여부로 판단하게 되는 것이다.[5]

2. 구체적 태양

특허실무상 물건발명의 대표적인 실시태양으로 생산, 사용 및 양도를 들 수 있다. 우선 물건발명의 생산이란 무형의 기술적 사상인 발명을 이용하여 유형화된 물건을 만들어내는 행위를 말한다. 나아가 여기서 생산은 발명의 모든 구성요소를 가진 물건을 새로 만들어내는 모든 행위를 의미하므로, 공업적 생산에 한하지 않고 가공, 조립 등의 행위도 포함된다.[6] 나아가 물건발명의 생산은 반드시 조립, 가공 등 물리적 행위를 직접 수행하는 것에 한정되는 것이 아니고, 당사자의 의사나 계약 등에서 정한 법적 지위, 생산 대상물의 성격, 생산 관련 주된 의사결정의 주체 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 생산의 주체로서 평가할 수 있을 만한 법적 지위에 있었다면 그 직접적인 실시 행위자로 판단할 수 있다.[7] 또한 특허제품의 수리나 개조에 불과한 것이라도 본질적인 구성요소에 관한 것으로서 실질적으로는 재(再) 생산에 이를 정도의 것이라면 이에 포함된다고 보아야 한다.[8] 다음으로 물건발명의 사용이란 발명이 추구하는 목적이나 효과를 실현하기 위해 그 발명을 사용하는 것을 말한다. 따라서 그 발명의 본래 목적이나 효과와 무관한 사용은 본 규정의 사용이라 볼 수 없다. 그리고 물건발명의 양도란 특

4) 대법원 2015. 9. 24. 선고 2013후525 판결.
5) 대법원 2016. 5. 26. 선고 2014후2061 판결.
6) 특허법원 2007. 7. 13. 선고 2006허3496 판결.
7) 서울고등법원 2012. 11. 21. 선고 2012나14441 판결.
8) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002도3445 판결.

허제품의 소유권을 의사표시에 의하여 타인에게 유상 또는 무상으로 이전하는 것을 말한다. 이러한 양도와 궤를 같이 하여 우리 특허법은 물건발명의 대여도 특허법상 실시로 규정하고 있으며, 일정한 시기에 반환할 것을 조건으로 하여 타인에게 유상 또는 무상으로 빌려주는 행위를 의미한다. 한편, 의약품의 생산 및 양도 즉, 판매를 위하여 식품의약품안전처에 대해 행하는 등록이나 허가신청(약사법 제31조)이 특허법상 실시인지 여부가 문제된 바 있는데, 명문의 규정상 특허법상 실시라 볼 수 없어 특허침해의 여지가 없는 것으로 보았다.[9] 특허법상 규정된 실시의 태양은 한정열거적이고, 이 중 어디에도 해당되지 않기 때문에 타당한 판시라고 볼 것이다. 한편, 특허법이 규정하고 있는 위와 같은 각각의 실시태양은 특허권의 효력상 독립적이며, 어느 하나의 실시 행위는 다른 실시 행위에 영향을 미치지 않는다(실시행위의 독립성). 따라서 특허권자는 하나의 특허를 두고 각각 다른 실시태양으로 한정하여 실시권을 설정할 수도 있으며, 이 때 실시권자의 권리범위는 당해 실시태양에 한정되고, 가사 실시권자라고 하더라도 그 설정된 실시태양의 범위를 벗어나는 실시에는 특허침해가 성립하게 된다. 대법원 또한 옥수수차 제조방법에 관하여 생산 전용실시권만을 가지고 있고, 판매권은 없음에도 불구하고 그 제품을 상당량 제조한 후 이를 무단 판매하였다면 특허권을 침해한 것이라고 판시하였다.[10]

3. 개정의 연혁

우리 특허법이 현행법과 같이 실시의 구체적 태양을 규정한 것은 1990. 9. 1. 시행 개정법부터이다.[11] 입법 당시에도 현행 특허법과 같이 발명의 카테고리를 세 가지로 나누어 규정하되, ① 물건발명의 경우 그 물건을 생산·사용·양도·대여·수입 또는 전시(양도나 대여를 위한 경우에 한한다. 이하 같다)하는 행위를 실시의 태양으로 규정하였고, ② 단순방법발명의 경우 그 방법을 사용하는 행위를 실시의 태양으로 규정하였으며, ③ 제조방법발명의 경우 그 방법의 사용 외에 그 방법에 의하여 생산한 물건을 사용·양도·대여·수입 또는 전시하는 행위를 실시의 태양으로 규정하고 있다. 이 점 현행 특허법과 비교하여 큰 차이가 없으며, 이후 1996. 7. 1. 시행 개정법을 통해 양도 또는 대여의 청약이 추가된 이래 다른 개

9) 서울남부지방법원 2001. 6. 15 선고 2001카합1074 판결.
10) 대법원 1983. 7. 26. 선고 83도1411 판결.
11) 법률 제4207호, 1990. 1. 13. 전부개정.

정 없이 현재에 이르고 있다.[12] 실시의 개념은 특허제도의 양대 축이라고 할 수 있는 특허성과 침해를 관류하며 매우 중요한 역할을 하고 있기 때문에 수범자의 예측 가능성을 담보하고 그로써 법적 안정성을 높이고자, 오래전부터 특허법이 구체적 태양을 제시한 것이다. 다만, 이러한 실시의 정의규정이 산업 환경에 부응하지 못하면 현행법과 같이 구체적으로 규정하지 않은 때보다 오히려 해석론상 불합리한 결론에 이를 수도 있다. 이에 이하에서는 외국의 경우를 비교법적으로 살펴 우리 특허법상 실시의 정의규정에 대해 고찰하고자 한다.

Ⅲ. 비교법적 고찰

1. WTO/TRIPs

무역관련 지적재산권 협정(Agreement on Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights; 이하 'WTO/TRIPs'라 한다)에서도 발명을 물건(product)인 경우와 방법(process)인 경우로 나누어 규정하고 있다. 우선 물건발명인 경우 그 물건의 생산(making), 사용(using), 판매를 위한 제안(offering for sale), 판매(selling), 이와 같은 행위를 목적으로 하는 수입(importing for these purposes)을 실시의 태양으로 규정하고 있다.[13] 다음으로 방법발명에서 단순방법의 경우는 그 방법의 사용(using), 제조방법의 경우는 그 방법의 사용은 물론, 그 방법을 통해 직접적으로 얻은 물건(the product obtained directly by that process)의 사용, 판매를 위한 제안, 판매, 이와 같은 행위를 목적으로 하는 수입을 실시의 태양으로 규정하고 있다.[14] 우리 특허법은 WTO/TRIPs가 규정하고 있지 않은 대여를 따로 규정하고 있다는 점에 차이가 있으나, 양도에 포함되는 것으로 해석될 수 있다. 그리고 WTO/TRIPs에서도 우리 특허법과 같이 수출을 실시의 태양으로 규정하고 있지 않다.[15] 한편, WTO/TRIPs에서 규정하고 있는 판매를 위한 제안 및 판매는 우리 특허법상 각각 양도의 청약, 양도와 근사한 취지로 볼 수 있는데, 우리 특허법이 규정한 실시태양의 순서와 다소의 차이가 있다. 물건은 생산하고, 사용하며, 나아가 제3자에게 양도를 청약하여, 제3자에게 양도하기에 이르는 것이므로 WTO/TRIPs의 순서가 물건발명에 대한 시계열 실시의 순서로서 우리의

12) 법률 제5080호, 1995. 12. 29. 일부개정.
13) WTO/TRIPs Art 28. 1(a).
14) WTO/TRIPs Art 28. 1(b).
15) WTO/TRIPs Art 28. 1(a).

특허법보다 적절한 측면이 있다. 다만, 구체적인 실시태양을 규정함에 있어 선후 관계에 법률적 차이가 있는 것은 아니다.

2. 일본

일본 특허법은 우리와 같이 발명의 카테고리를 물건발명, 단순방법발명 및 제조방법발명으로 구분하여 실시의 개념에 대한 정의규정을 두고 있다. 특히 물건발명의 경우 그 물건의 생산(生産), 사용(使用), 양도(讓渡), 양도의 신청(申請), 수출(輸出) 또는 수입(輸入)을 실시의 태양으로 규정하고 있으며, 이와 궤를 같이 하여 방법발명의 침해를 규율하고 있다.[16] 우리 특허법상 실시의 정의규정과 가장 흡사한 입법례이기 때문에 구체적인 차이점을 고찰할 필요가 있는데, 세 가지 다른 점이 있다. 첫째, 우리는 양도와 대여를 병렬적으로 규정하고 있는 반면, 일본의 경우는 양도의 괄호규정으로 "양도 및 대여를 의미한다"고 규정함으로써 대여가 양도에 포함되는 것으로 보고 있다. 둘째, 2006년 일본 특허법이 물건에 프로그램(プログラム) 등이 포함되는 것으로 개정함에 따라 양도 등에 "그 물건이 프로그램 등인 경우에는 전기통신회선을 통한 제공을 포함한다"고 추가적으로 규정하고 있는 점이다. 셋째, 우리와 달리 수출의 경우도 실시의 태양으로 취급하고 있다.

3. 미국 및 중국

미국 특허법은 우리나 일본의 경우와 달리 실시 개념에 대한 정의규정을 따로 두고 있지는 않다. 다만, 특허의 존속기간 내에 제3자가 무단으로 특허발명을 미국 내에서 생산(make), 사용(use), 판매를 위한 제안(offer to sell), 판매(sell)하는 행위와 미국으로 수입(import)하는 행위를 특허침해로 규정하고 있다.[17] 한편, 중국 특허법의 경우도 미국과 같이 실시의 구체적인 태양을 특허침해에 관한 규정으로 갈음하고 있으며, 그 태양 또한 생산(生产), 사용(使用), 판매의 허락(许诺销售), 판매하는 행위 등으로 미국과 크게 다르지 않다.[18] 이 점 중국 특허법과 미국 특허법이 정의규정 및 특허권의 효력에 관한 입법방식에 있어 매우 근사

16) 일본 특허법 제2조 제3항.
17) 미국 특허법 제271조(a).
18) 중국 특허법 제11조.

한 입장을 견지하고 있는 점에서 비롯된 것으로 볼 수 있다.

4. 독일 및 영국

독일 특허법은 우리나 일본의 경우와 같이 실시에 대한 정의규정을 별도로 두고 있지는 않고, 미국이나 중국과 같이 특허침해와 관련하여 실시의 태양을 규정하고 있다. 다만, 우리와 같이 발명의 카테고리를 물건발명, 단순방법발명 및 제조방법발명으로 구분하여 침해의 태양을 규정하고 있으며, 물건발명의 경우 그 물건의 생산(herzustellen), 사용(gebrauchen), 거래에 제공(anzubieten in Verkehr), 이와 같은 행위를 목적으로 하는 소지(besitzen) 또는 수입(einzuführen)을 실시의 태양으로 규정하고 있다.[19] 나아가 방법발명의 침해 또한 이와 궤를 같이 규정하고 있다.[20] 독일 특허법은 우리와 같이 수출을 실시의 태양으로 규정하고 있지는 않지만, 우리와 달리 소지를 실시의 태양으로 규정하고 있다. 한편, 영국 특허법도 독일 특허법과 동일하게 발명의 실시태양을 규정하고 있다.[21]

Ⅳ. 개정의견

앞서 비교법적으로 고찰한 것과 마찬가지로 우리를 비롯한 대다수 국가는 발명에 대한 실시의 개념을 법률로 규정하고 있고, 이에 큰 차이는 없다. 하지만 구체적인 실시의 태양에 다소의 차이가 존재한다. 한편, 전술한 바와 같이 특허법상 실시는 특허제도를 관류하는 개념으로 궁극에는 특정한 실시의 태양이 특허법에 규정되었는지 여부가 특허침해의 인정 등에서 매우 중요한 의미를 가질 수 있다. 이에 이하에서는 우리 특허법상 규정된 실시의 태양과 관련하여 개선의 여지가 있는 실시태양에 대해 개정의견을 구체적으로 서술하고자 한다.

1. 소지

우리 특허법은 전술한 독일 특허법과 달리 소지를 침해의 전제가 되는 실시의 태양으로 규정하고 있지 않다. 이에 소지를 특허법상 실시의 태양으로 볼 것이지 여부를 고찰하고자 한다. 우선 물건을 소지하게 된 경위는 세 가지로 나누어 볼

19) 독일 특허법 제9조 제1항.
20) 독일 특허법 제9조 제2항 및 제3항.
21) 영국 특허법 제60조 제1항(a).

수 있다. 정당한 권원 없는 자가 스스로 생산하여 소지하는 경우, 정당한 권원이 없는 타인이 생산한 것을 양수하여 소지한 경우 그리고 자연 발생적인 것을 소지하게 된 경우이다. 이에 이하에서는 우리 특허법상 실시 개념에 소지를 포함하는 것이 타당한 것인지 여부를 위와 같이 세 가지 경우로 나누어 조명하도록 한다. 첫째, 정당한 권원 없는 자가 스스로 생산하여 소지하는 경우를 살핀다. 소지는 생산을 전제로 하고, 이러한 생산은 현행 우리 특허법상 실시로 규정되어 있으므로 소지를 특허법상 실시태양으로 추가하여 규정하는 것에는 실익이 없다. 나아가 무단으로 생산하여 소지하고 사용에까지 이르게 된다면, 형사상으로도 이는 불가벌적 사후행위로 보거나, 특허권을 침해하는 일련의 행위로서 각 행위 간 필연적 관련성이 당연히 예상되는 경우로서 포괄일죄의 관계에 있어,[22] 소지만을 독자적으로 규정할 필요는 없다. 둘째, 자연 발생적인 것을 소지하게 된 경우와 관련하여서도 소지를 특허법상 실시의 태양에 포함시켜 규정할 실익은 존재하지 않는다. 왜냐하면 특허법상 보호대상이 되는 발명은 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도한 것을 말하므로(특허법 제2조 제1호), 자연 발생적인 물건 그 자체에 특허의 보호를 인정할 수 없으며, 결국 이러한 물건의 소지 그 자체에 특허침해가 문제될 여지가 없기 때문이다.

그러나 이하에서 검토하는 바와 같이 정당한 권원이 없는 타인이 생산한 것을 양수하여 소지한 경우에는 소지를 특허법상 실시의 태양에 추가하여 규정할 필요성이 있을 수 있다. 우선 정당한 권원이 없는 자가 생산한 물건을 양수하여 제3자가 소지하게 된 경우, 그 물건을 생산 또는 양도한 자에게 특허침해 책임이 인정됨은 명백하다. 다만, 우리 특허법이 양수 내지 소지를 실시의 태양으로 규정하고 있지 않기 때문에 제3자의 양수 내지 소지 행위에 특허침해가 인정될 수 없다. 물론, 정당한 권원이 없는 타인이 생산한 특허제품이라고 하더라도, 제3자인 양수인이 그러한 물건을 소지하는 것은 결국 특허제품을 사용하거나 다시 양도하고자 하는 경우가 대부분일 것이고, 사정이 그러하다면 소지 이후의 물건의 사용 등을 문제 삼아 특허침해의 금지를 청구하거나 손해배상을 청구할 수 있을 것이다. 그러나 특허제품의 양수인이 그러한 물건을 사용하거나 판매하는 시점에 이르러서야 특허침해를 물을 수 있다면 특허제도의 예방적 기능이 부족하다는 비판을 피할 수 없다. 즉, 그러한 물건의 무단 사용으로 인하여 특허권자에게 실질

22) 대법원 1960. 10. 26. 선고 4293형상326 판결.

적인 손해가 발생하기 이전인 소지 단계에서 제지할 필요가 있는 것이다. 즉, 소지를 발명의 실시태양 중 하나로 추가하여 특허침해를 저지하는 것이 오히려 근본적 해결책이 될 수 있다. 우리 특허법상 실시의 태양에 양수나 소지가 포함되어 있지 않고, 실시태양의 한정열거적 성격을 고려할 때, 위와 같이 소지를 추가하는 개정은 의미가 있을 것이다. 이에 소지를 실시의 태양으로 규정하여 양수하여 소지한 자에게도 특허침해의 성립을 긍정하고, 특허권자에게 실질적인 손해가 발생하는 것을 미연에 방지하는 조치가 필요할 것이다. 특히, 분업(分業)되어 있는 현재의 산업 특성을 고려할 때 타인이 생산한 것을 양수하여 소지하는 경우가 대부분일 것이고, 특허제품을 무단으로 생산한 자는 물론 위와 같은 측면에서 침해제품을 양수하여 소지한 자에게도 특허침해의 책임을 부담시킬 필요가 있은 이상 이러한 추가의 필요성은 지지될 수 있을 것이다.

다만, 소지를 특허법상 실시에 추가하는 것에 대해 다음과 같은 반론이 있을 수 있다. 우선, 현행 특허법상 물건의 소지가 실시의 태양에 포함되어 있지는 않지만, 굳이 이를 추가하여 규정하지 않더라도 침해예방청구(특허법 제126조)나 침해금지가처분을 활용할 수 있다는 주장이 있을 수 있다. 물론, 특허권자 또는 전용실시권자는 자기의 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대하여 그 침해의 예방을 청구할 수 있다(특허법 제126조 제1항). 이는 민법상 점유의 보전에 있어서 방해의 예방과 대응하는 개념이라고 할 수 있다(민법 제206조). 이에 비록 물건의 소지가 특허법상 실시의 태양은 아니어서 특허침해가 부정된다고 하더라도 특허침해예방 청구를 통하여 동일한 효과를 얻을 수 있다고 해석될 여지가 있는 것이다. 하지만 특허법상 특허침해로 인정하는 것과 특허침해로 인정하지 않는 것에는 차이가 크다. 특히, 침해예방청구가 인정되기 위한 추가적인 요건으로서 침해할 우려의 해석과 관련하여 특허침해의 의도만으로는 부족하고, 침해의 준비행위가 완성되어야 한다는 것이 판례이며,[23] 따라서 조치로서 제한이 따른다. 즉, 침해예방청구는 특허침해의 성립을 전제로 한 것이 아니기 때문에 태생적으로 특허침해에 대응하는 조치와 비교하여 제한적인 것이다. 따라서 소지를 특허법상 실시의 태양에 명확히 기재함으로써 침해로 인정하는 것에 실익이 있다고 생각된다. 한편, 민사소송의 보전처분으로서 침해금지가처분이 가능하다는 점에 대해 살핀다.[24] 이러한 침해금지가처분은 특허법이 보호대상으로 삼고 있는 기술의 수

23) 서울고등법원 1998. 7. 4. 선고 88나7745 판결.
24) 법원행정처, 「특허소송실무」, 1998, 244쪽.

명주기가 최근 점차 짧아져 특허침해에 간이하고 신속하게 대응할 필요성이 있다는 점에서 인정되는 것이다. 하지만 이러한 침해금지가처분이 인정되기 위해서는 보전하여야 할 실체법상 권리인 피보전 권리가 인정되어야 하고 그 권리에 대한 보전의 필요성이 소명되어야 한다.[25] 여기서 피보전 권리에 침해예방청구권이 포함될 수 있으나 통상적으로 침해금지청구권이 침해금지가처분 신청의 피보전 권리가 되는 것이 보통이고, 이러한 침해금지청구권은 특허침해의 성립을 전제로 하는 권리이다. 즉 대다수의 침해금지가처분은 침해의 성립을 전제로 하는 것인 반면, 현행법상 특허제품의 소지는 특허법상 실시에 해당하지 않아 특허침해가 성립하지 않아 문제될 여지가 있다. 나아가 침해금지가처분 결정이 있은 후 본안소송에서 가처분채권자의 패소가 확정된 경우, 가처분채권자는 자신의 고의 또는 과실 부존재에 대한 반증이 없는 한 그 가처분으로 인하여 채무자가 입은 손해에 대해 배상할 책임을 부담해야 하는 제도이기도 하다.[26] 따라서 침해금지가처분도 널리 활용되고 있는 제도임은 별론, 특허권자가 활용하는데 부담이 따르는 제도이다.

다음으로 특허제품의 소지는 생산의 후발적 행위이고, 사용의 선결적 행위에 해당하므로 현행 특허법이 실시의 태양으로 규정하고 있는 생산 또는 사용에 포함되는 것으로 해석하면 족하다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 우리 특허법상 실시의 개념은 전술한 바와 같이 한정열거적이라고 보아야 하고, 이는 반대해석의 여지를 남겨 해석론에 부담이 되므로 명확히 할 필요가 있다. 그리고 특허제품의 소지자가 추후 그러한 물건을 사용하거나 양도할 때 비로소 특허침해를 인정하면 족하다는 주장이 있을 수 있다. 특허법은 특허권자에게 소정의 기간만큼은 배타적 지위를 부여함으로써 경쟁 우위를 보장하는데 의미가 있다. 따라서 특허제품을 소지하는 것만으로는 그러한 경쟁 우위에 해가 되지 않고, 시장에서 유통되는 시점 즉, 특허제품이 시장에서 사용되거나 판매되어야 실질적인 경쟁유인이 생기며, 그로써 특허권자의 손해가 발생할 수 있다는 것은 사실이다. 그러나 특허법은 특허침해의 발생을 저지함은 물론, 특허권자의 손해 발생을 미연에 방지하는 역할도 해야 한다. 나아가 전술한 바와 같이 특허제품의 소지를 특허법상 실시의 태양으로 규정할 경우 특허침해에 따른 실질적인 손해 발생을 저지하는 효과가 있을 것으로 예상되므로 이에 주저할 필요는 없을 것이다. 특히, 손해의

25) 대법원 2005. 8. 19. 2003마482 결정.
26) 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다52513 판결.

발생을 방관하고, 그와 같은 손해의 배상청구만을 정밀화하고, 강화한다면 이른바 특허괴물(patent troll)이나 소송대리인의 이익에만 도움이 될 것이다. 한편, 개인적 소지가 문제될 수 있는데 특허법이 산업입법이라는 측면에서 특허실무상 개인적 사용에는 특허침해가 성립하지 않는 것으로 보는 것과 궤를 같이 하여 취급할 수 있을 것이다. 이상 특허법상 실시의 태양에 소지를 추가하는 것에 실(失)보다는 득(得)이 많음을 논증하였다. 이에 우리도 독일이나 영국 특허법과 같이 소지를 특허법상 실시의 개념에 포함하여 명확히 하는 것이 더 바람직할 것으로 생각된다.[27] 침해의 발생을 예방하는 것도 물론 중요하지만 병행하여 손해의 발생을 예방하는 일도 중요하며, 침해금지예방청구와 같은 수단에 그칠 것이 아니라 침해성립요건으로서 실시의 개념에서 실체적으로 규율하는 것이 특허권의 실효적 보호라는 본래의 목적에 부응할 수 있기 때문이다. 다만, 특허권의 효력범위가 지나치게 해석되지 않도록 소지의 목적을 독일이나 영국의 경우와 같이 사용이나 양도 등의 목적으로 소지하는 경우로 한정할 필요는 있을 것이다.

2. 청약

우리 특허법상 실시의 구체적 태양은 1990년 도입되었고,[28] 이후 1996년 단 한 번의 개정이 있었는데,[29] 바로 물건발명의 실시태양에 양도 등의 청약을 추가한 것이다. 이러한 추가는 전술한 바와 같이 WTO/TRIPs에서 규정한 실시의 태양으로서 판매를 위한 제안(offering for sale)을 반영한 것으로 볼 수 있다.[30] 한편, 청약이란 일방이 타방에게 일정한 내용의 계약을 체결할 것을 제의하는 상대방이 있는 의사표시를 의미하는바,[31] 결국 물건발명에서 양도의 청약은 발명이 화체된 물건을 양도하는 것을 내용으로 하는 계약을 성립시킬 목적으로 하여 상대방에게 행하는 의사표시라고 정의할 수 있다. 다만, 이러한 의사표시에 불과한 청약을 실시의 태양으로 규정하여 궁극적으로는 특허침해로 보는 것에 의문이 있다.[32] 예컨대, 한국에만 특허가 있는 상황에서 기술의 거래나 라이선싱을 위한

27) 독일 특허법 제9조 제1항 및 영국 특허법 제60조 제1항(a).
28) 법률 제4207호, 1990. 1. 13. 전부개정.
29) 법률 제5080호, 1995. 12. 29. 일부개정.
30) WTO/TRIPs Art 28.
31) 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2011, 17쪽.
32) 물론, 특허침해가 성립하였다고 하여 당연히 손해배상까지 인정되어야 한다는 것은 아니다. 이에 대한 자세한 내용은 정차호, “특허권 침해제품의 국내 생산 후 수출에 대한 손해배상액 산정”, 「법학논고」 제53집(2016. 2), 210쪽 참조.

특허 박람회가 한국에서 개최된 경우를 상정해 볼 수 있다. 이 때 일방이 타방에게 한국이 아닌 외국에서 특허제품을 생산하여 양도하겠다는 내용으로 청약한 경우, 그러한 청약을 특허침해로 취급하는 것이 타당한지 여부가 문제인 것이다. 우선, 이를 특허침해로 취급하는 것은 특허제도의 전통적인 입장인 속지주의(territorial principle) 원칙과 조화롭지 못한 측면이 있다. 속지주의 원칙이란 물건발명에 관한 특허권자가 그 물건에 대하여 가지는 독점적 실시에 관한 권리는 특허권이 등록된 국가의 영역 내에서만 효력이 미친다는 것을 말한다.[33] 따라서 특허권의 행사는 그 특허권을 부여 받은 국가 내에서만 행사할 수 있다. 이에 한국에서만 특허권이 설정등록 되었다면 그러한 특허권의 행사는 한국 내에서의 양도에 미치는 것이고, 외국에서의 양도에 미칠 수 없다. 즉, 실질적인 실시행위라고 할 수 있는 양도가 외국에서 이루어질 것이라면, 굳이 그를 내용으로 하는 형식적인 의사표시까지 실시의 태양에 포함시켜 특허침해로 취급하는 것은 의문의 여지가 많다. 또한 이와 같은 계약의 의사표시를 특허에 관한 실시의 태양으로 취급하는 것은 우리가 아시아의 특허 허브로 거듭나는 것에도 장애가 될 여지가 있다. IP5의 과반은 아시아 국가인 한국, 일본, 중국이 점하고 있고, 현재 이에 해당하는 모든 국가가 아시아의 특허 허브로 거듭나는 것을 표방하고 있는 상황이다. 특히, 중국은 최근 베이징, 상하이 및 광저우에 특허사건을 관할하는 법원을 확대 설치하고, 특허관련 국제회의나 국제박람회를 다수 유치하고자 노력하고 있기도 하다. 이처럼 명실상부한 아시아의 특허 허브로 거듭나기 위해서는 선도적인 특허분쟁 해결기관과 더불어 활성화된 기술 거래시장을 마련할 필요가 있는데, 청약과 같은 의사표시를 특허의 실시태양으로 규정하는 것은 기술 거래시장이 활성화되는데 법리적 걸림돌이 될 여지가 있는 것이다. 나아가 우리 특허법상 양도의 청약에는 양도를 위한 전시까지 포함하고 있어 이와 같은 우려는 심화될 여지가 있으며(특허법 제2조 제3호 가목 괄호), 실질적으로 우리의 특허분쟁에서 양도의 청약이 문제된 사례를 찾아보기 어렵다는 점까지 고려하면 오히려 특허법상 이를 규정할 필요가 있는지 여부에 대한 신중한 재검토가 필요하다. 다만, 협정 위반의 문제를 고려하여 우리에게 보다 적합하도록 유연한 해석이 가능한 용어로의 변경을 검토할 필요가 있다.

---

33) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다42110 판결.

3. 수출

전술한 바와 같이 우리 특허법상 실시 개념이 도입된 1990. 9. 1. 시행 개정법부터 수입은 물건발명의 실시태양으로 규정되어 있었다.[34] 다만, 수출은 이에 배제된 상태로 현재에 이르고 있다. 일면 수출은 양도에 포함되는 개념으로 이해될 여지가 없지 않지만, 특허법에 있어 속지주의 원칙을 고려할 때 다른 국가가 결부되는 수출을 양도에 포함하여 해석하는 것에는 무리가 있다. 즉, 수출을 실시의 개념에 포함시킬 당위가 있다면 별도로 규정하는 것이 바람직하다. 물론, 전술한 바와 같이 WTO/TRIPs나 중국의 경우는 우리와 같이 수출을 특허법상 실시의 태양으로 규정하고 있지 않다.[35] 나아가 미국의 경우도 수입을 특허침해의 태양으로 규정하고 있지만,[36] 수출은 특허침해에서 배제하고 있다. 하지만 미국에서 설정등록 받은 특허권에 침해가 성립될 수 있는 물건발명의 수출 교섭은 가사 미국 특허의 효력범위 밖인 외국에서 양도가 이루어진다고 하더라도 미국 내에서의 그러한 교섭이 이루어진 이상 판매를 위한 제안으로 보아 특허침해로 취급하고 있다.[37]

한편, 위와는 반대로 수출을 실시의 태양으로 규정한 예도 있다. 특허법의 관련법으로서 우리의 디자인보호법은 2011. 7. 1. 시행 개정법을 통하여,[38] 실시의 태양에 수출을 포함시켰다(디자인보호법 제2조 제7호).[39] 특히, 특허법과 함께 신품종에 대한 병렬적 보호수단으로 2013년 입법된 식물신품종보호법에서도 수입과 더불어 수출을 실시의 태양으로 규정하고 있는데(식물신품종보호법 제2조 제7호),[40] 이와 같은 병렬적 보호수단으로서 발명의 실시태양에 있어 차이가 있는 것은 바람직하지 못하다.[41] 나아가 전술한 바와 같이 일본의 경우 2006년 특

---

34) 법률 제4207호, 1990. 1. 13. 전부개정.

35) WTO/TRIPs Art 28. 1(a) 및 중국 특허법 제11조.

36) 미국 특허법 제271조(a).

37) *Rotec Industries, Inc. v. Mitsubishi Corp.* 215 F.3d 1246 (Fed. Cir. 2000).

38) 법률 제10809호, 2011. 6. 30. 일부개정.

39) 구체적으로 현행 디자인보호법 제2조 제7호에서는 실시를 "디자인에 관한 물품을 생산·사용·양도·대여·수출 또는 수입하거나 그 물품을 양도 또는 대여하기 위하여 청약(양도나 대여를 위한 전시를 포함한다)하는 행위"로 규정하고 있다.

40) WTO/TRIPs는 미생물을 제외한 동물과 식물은 특허의 대상에서 제외할 수 있더라도 변종식물의 경우에는 강학상 식물 육종가의 권리(plant breeder's right)라 하여 특허법이나 특별법 또는 양자의 조합으로 보호할 것을 요구하고 있고[WTO/TRIPs Art 27. 3(b)], 이에 우리는 신품종에 대해 특허법과 식물신품종보호법을 통하여 병렬적으로 보호하고 있다.

41) 구체적으로 식물신품종보호법 제2조 제7호에서는 실시를 "보호품종의 종자를 증식·생산·조제·양도·대여·수출 또는 수입하거나 양도 또는 대여의 청약(양도 또는 대여를 위한 전시를 포함한다)

허법 개정을 통하여 수출을 실시의 태양으로 명확히 규정하고 있다.[42] 수출을 특허법상 실시의 태양에 추가하는 것에 대해 반론도 적지 않았으나, 일본 특허청은 수출품의 통관단계에서 침해제품을 저지하여 특허권자를 실효적으로 보호하고, 국제적 조류에 부응하며, 일본이 특허제품의 경유지에 해당할 경우에 대비할 필요가 있다는 점에서 개정을 추진한 것이다. 한편, 우리 특허법상 수출을 실시의 태양에 추가하는 것과 관련하여 일본의 입법 당시와 마찬가지로 반론이 있다. 특히, 수출의 개념은 관세법 제2조 제2호의 수출로 이해되고, 동법에서는 내국물품을 외국으로 반출하는 것을 수출로 정의하고 있으므로 이와 같은 반출행위가 이루어지기 위해서는 침해제품의 양도가 전제되지 않을 수 없다는 점에서 따로 수출을 실시의 태양에 규정할 실익이 적다는 것 등을 이유로 한다.[43] 그러나 특허법상 규정된 구체적인 실시태양은 한정열거적으로 엄격하게 해석할 필요가 있기 때문에 굳이 관세법을 통한 해석론을 펼치기 보다는 우리 특허법상 명확히 규정하는 것이 수범자의 예측가능성 측면에서 바람직할 것으로 생각된다.

4. 네트워크를 통한 양도

최근 물건발명의 실시에 대한 정의규정에 있어, 물건에 프로그램 및 이에 준하는 것을 포함시키고, 물건의 양도 또는 대여에 정보통신망을 통한 제공을 포함시키는 것을 내용으로 하는 개정안이 발의된 바 있다.[44] 다만, 실시의 태양에 온라인 네트워크를 통한 양도를 추가하는 것은 결국 프로그램의 특허 대상성(patent-eligibility) 내지 물건성에 대한 논의를 전제로 하는 것이기 때문에, 본고에서 논하고 있는 실시의 태양 그 자체에 관한 문제라고 보기는 어렵다. 다만, 이에 대해 보충적으로 간략히 살피면 일본의 2006년 개정과 궤를 같이 하는 개정안으로 볼 수 있다.[45] 구체적으로 프로그램이 CD-ROM 등과 같은 기록매체를 통하지 않고 온라인 네트워크를 통해 유통되고 있다는 실시태양에 관한 거래현실을 반영한 것이다. 하지만 위와 같은 개정안은 입법에 이르지는 못하였고, 2014. 7. 1. 시행 개정 특허·실용신안 심사기준을 통하여 기록매체 청구항(Beauregard Clai

---

을 하는 행위"로 규정하고 있다.

42) 일본 특허법 제2조 제3항.

43) 특허청, 「지식재산기반 창조경제 구현을 위한 특허법 전면개정방안 연구」, 2014, 85쪽.

44) 지식경제부 공고 제2011-514호.

45) 일본 특허법 제2조 제3항 제1호.

m)[46]에 더하여 컴퓨터프로그램 청구항을 특허심사실무상 인정하는 것으로 일단락 된 상태이다. 다만, 2006년에 개정된 일본 특허법과 같이 우리 특허법이 프로그램의 물건성을 규정하기에 이른다면,[47] 온라인 네트워크를 통한 양도를 기존의 실시태양으로 규정되어 있던 양도에 포함되는 것으로 해석하기 보다는, 우리의 특허청 개정안 내지 일본 특허법과 같이 별도의 실시태양으로 규정하거나, 기존의 양도에 대한 괄호 규정으로 그에 포함됨을 명확히 할 필요가 있을 것이다. 재언컨대 특허법상 규정된 실시의 태양은 예시라기보다는 한정열거적으로 이해하여야 하고, 이에 법적 안정성을 확보할 수 있어야 하기 때문이다.

Ⅴ. 결론

특허법상 실시의 정의는 특허법을 관류하는 규정이다. 특히, 실시는 특허침해의 성립요건 중 하나로서 실무상 매우 중요한 개념에 해당한다. 이에 우리 특허법은 수범자의 예측 가능성 측면에서 실시의 개념을 명문으로 명확히 하고 있으며(특허법 제2조 제3호), 개별적, 구체적으로 규정된 각각의 태양은 한정열거적으로 이해되어야 한다. 나아가 이러한 특허법이 규정하고 있는 각각의 실시태양은 특허법의 보호대상인 기술에 관한 이전이나 라이선싱 환경에 부응할 수 있어야 하는데, 우리 특허법상 실시의 정의는 1990년 도입된 이래 큰 변화 없이 현재에 이르고 있다. 따라서 특허에 관한 다양한 법리가 정비된 현시점에서 다시금 실시에 관한 구체적 태양에 대해 충분히 검토하고, 정돈해야 하는 시기에 이르렀다고 할 것이다. 즉, 실시로 취급해야 하는 태양이 실시의 정의규정에 포함되어 있지 못한 경우도 문제이고, 실시로 취급되지 않아도 좋거나, 오히려 실시로 취급되지 않아야 하는 태양이 실시의 개념에 계속하여 존치되고 있다면 이 또한 문제인 것이다. 특허법은 기술적 사상의 창작을 보호대상으로 하고 있기 때문에, 그러한 기술이 이루는 산업 환경에 충분히 대응할 수 있어야 하고, 그래야만 기술발전 촉진이라는 특허법 본래의 역할을 다 할 수 있다.

이에 따라 우선, 우리 특허법상 실시의 태양에 독일이나 영국 특허법과 같이

---

46) *In re Beauregard*, 53 F.3d 1583 (Fed. Cir. 1995).

47) 다만, 온라인 네트워크를 통한 양도 등을 실시의 태양으로 규정할 것인지 여부에 대한 선결적 논의가 되는 컴퓨터프로그램의 특허적격에 관한 논의는 최근까지도 이어지고 있으며, 최근 미국의 경우 *Alice* 판결[*Alice Corp. Pty. Ltd. v. CLS Bank Intern.*, 134 S.Ct. 2347 (2014)]을 통하여 엄격한 입장을 취한 바 있다.

소지를 추가하는 것을 신중히 검토할 필요가 있다. 특허법상 손해의 발생은 특허침해를 전제로 하는 것이지만 다른 국면의 것이고, 침해의 발생을 예방하는 것만큼이나 손해의 발생을 저지하는 것도 중요하며, 형식적인 수단에 그칠 것이 아니라 실시의 개념에서 실체적으로 규율하는 것이 특허권의 실효적 보호라는 본래의 목적에 부합하기 때문이다. 다만, 특허권의 효력범위가 과도하게 해석되지 않도록 소지의 목적을 앞선 입법례와 같이 사용이나 양도 등을 목적으로 하는 소지에 한정할 필요는 있을 것이다. 다음으로, 양도 등의 청약에 대해 재고할 필요가 있다. 물론 협정에 따라야 하는 문제가 있으나, 의사표시에 불과한 청약을 실시의 태양으로 규정하여 궁극적으로는 특허침해로 보는 것에 의문이 있기 때문이다. 특히, 이러한 현행법의 규정은 전술한 바와 같이 속지주의와 조화롭지 못하고, 나아가 우리가 아시아의 특허 허브로 거듭나는 것에 걸림돌이 될 여지가 있다는 점을 고려하여야 하며, 이에 유연한 해석이 가능한 용어의 재검토가 필요하다. 마지막으로 2013년 식물신품종보호법 제정 등과 궤를 같이 하여 우리 특허법상 실시의 태양에 수출을 추가하는 것을 신중히 고려할 필요가 있다. 나아가 프로그램의 특허적격에 관한 논의는 별론으로 하고, 만일 우리 특허법이 향후 2002년 일본 특허법 개정과 같이 프로그램의 물건성을 특허법으로 규정하게 된다면 온라인 네트워크를 통한 양도가 실시태양의 하나임을 특허법상에서 명확히 할 필요가 있을 것이다. 이로써 우리 특허법이 관련법과 균형을 맞추고, 국제 추세에서도 한 발 앞설 수 있으며, 나아가 법적 안정성을 높여 궁극적으로는 특허법이 실효적으로 기능하는데 기여할 수 있을 것이다.

(논문투고일: 2016.09.04, 심사개시일: 2016.09.05, 게재확정일: 2016.09.23)

김 석 준

발명의 실시, 실시의 태양, 소지, 수출, 청약

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

김준호, 「민법강의」, 법문사, 2011.

법원행정처, 「특허소송실무」, 1998.

신혜은, 「특허법의 이론과 실무」, 양진사, 2010.

저작권위원회, 「컴퓨터프로그램 보호방식에 관한 비교연구」, 2012.

조영선, 「특허법(제4판)」, 박영사, 2013.

특허청, 「조문별 특허법 해설」, 2007.

특허청, 「지식재산기반 창조경제 구현을 위한 특허법 전면개정방안 연구」, 2014.

특허청, 「특허·실용신안 심사기준」, 2015.

특허청, 「특허법 일부개정 법률안 설명 자료」, 2011.

Epstein, Micheal A., Modern Intellectual Property, 5th ed., Aspen Publishers (2013).

Goldstein, Paul & Anthony R. Reese, Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines, 6th ed., Foundation Press (2012).

Hacon, Richard & Jochen Pagenberg, Concise European Patent Law, 2nd ed., Kluwer Law International (2009).

Harrison, Jeffrey L., Law and Economics, Thomson West (2003).

McJohn, Stephen M., Intellectual Property Examples & Explanations, 4th ed., Wolters Kluwer Law & Business (2013).

Mueller, Janice M., Patent Law, 3rd ed., Aspen (2009).

Schulte, Rainer, Patentgesetz. Kommentar, Carl Heymanns verlag, 8.Aufl., 2008.

Ⅱ. 논문

김관식, “컴퓨터프로그램의 특허법상 보호에 관한 특허법 제2조 개정시안의 법적 의의 및 과제”, 「법학연구」 제23권 제1호 (2012. 6).

정차호, “특허권 침해제품의 국내 생산 후 수출에 대한 손해배상액 산정”, 「법학논고」 제53집(2016. 2).

정차호, “특허권 및 전용실시권의 개념 재정립”, 「성균관법학」 제22권 제3호 (2010. 12).

ソフトウエア委員会(第1部会), ソフトウエア関連発明の保護に関する現行特許法の問題点, パテント, Vol.56 No.2 (2002).

春秋會政策研究會, インターネット時代特許制度上の問題點, パテント, Vol.55 No.11 (2002).

Abstract

Legislative consideration on concepts of working of invention

Suk-Joon KIM

This article is related to concepts of working of invention. Concretely, in case of invention of a thing the term working means manufacturing, using, selling, leasing, importing the thing or offering to sell or lease the thing (including displaying a thing for the purpose of sale or lease). The definition of working of invention is very significant particularly in patent infringement. Thus patent law specify concrete items of workings of invention to promote legal stability and predictability of society. Furthermore these items are attributive in the principle of legality. Therefore what are specified or not, as items of workings of invention is a very important.

Thus this paper make a study about the current patent law provisions of items of workings of invention comparatively, and proposes amendments. Firstly, it is needed to add stocking(such as Germany patent law or the United Kingdom patent law) for the effective protection of patent rights. Secondly, it is needed to modify offering for sale. Thirdly, it is needed to add exporting(as Japanese Patent Law revised in 2006) to items of working of invention. Lastly, Provision on-line is need to be added to items of working of invention clearly, if patent-eligibility of computer program is sentenced in patent law. Patent law amendment as mentioned could contribute to promotion of the development of technologies consequentially to protect patent rights effectively.

Suk-Joon KIM

working of invention, concepts of working, stocking, exporting, offering for sale