

明 知 法 學

제23권 제2호



2025

명지대학교 법학연구소

設 立 精 神

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

주후 1956년 1월 23일

設 立 者 유 상 근

教 育 方 針

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

理 事 長 현 세 용

刊 行 辭

2025년 변화와 성공의 상징으로 여겨지는 청사(靑蛇)의 해가 밝았습니다만 안타깝게도 평안하게 덕담을 나누기에는 하 수상한 시국이 아닌가 합니다. 지난해 12월 3일 대통령의 느닷없는 비상계엄 선포는 다행스럽게도 다수 시민들의 참여 속에 국회에 의해 신속하게 해제되었습니다만, 이후 진행된 대통령에 대한 내란죄 수사 및 기소와 더불어 헌법재판소의 탄핵심판절차가 계속되는 가운데 급변하는 국내외 정세 속에서 극심한 국론의 분열로 이어지고 있습니다. 작금의 사태는 대한민국의 법치주의와 민주주의의 현주소에 관한 실로 다양한 고민거리를 안겨 주고 있습니다만, 누구보다도 법학 연구자들에게 더욱 무거운 책임과 과제를 부여하고 있는 듯합니다. 모쪼록 법학이 이 혼란스러운 사회에 올바른 길을 제시하는 역할을 다할 수 있도록 모두가 더욱 노력해야겠습니다. 아울러 정의의 실현에 기반한 조속한 시국의 정상화를 간절히 기원합니다.

2004년 4월 대학부설연구소로 승격한 명지대학교 법학연구소가 간행해 온 『명지법학』이 이번 호로 제23권 제2호가 되었습니다. 지금까지 『명지법학』의 지속적인 출간이 이루어지고, 나아가 한국연구재단의 등재학술지로 자리매김할 수 있도록 오랜 세월 물심양면으로 노력해주신 모든 분들께 다시 한번 깊은 감사의 말씀을 전합니다.

이번 호에도 교내·외의 여러 분들께서 법학계의 다양한 분야에 걸친 다수의 논문들을 투고해 주셨는데, 엄정한 심사를 통해 총 17편의 논문이 수록되게 되었습니다. 이 가운데에는 특히 본 연구소의 간사이신 안수길 교수님의 노력의 일환으로 본 연구소가 관여하게 된 학술대회에서 발표된 논문도 두 편이 포함되어 있습니다. 여러모로 어려운 여건 속에서도 연구소의 활동 영역을 넓히고자 애쓰시는 안 간사님께 심심한 감사의 말씀을 전하면서, 본 연구소는 향후 더욱 다양한 학술 활동을 모색할 것을 다짐합니다. 아울러 옥고를 투고해 주신 모든 분들께 다시 한 번 감사의 말씀을 전하며, 앞으로도 본지에 지속적인 관심을 가져주실 것을 부탁드립니다.

끝으로, 본지가 발간되기까지 힘써 주신 많은 분들 가운데, 특히 이윤제 편집위원장님 이하 여러 편집위원님들과 연구소 운영을 총괄해주고 계신 안수길 간사님, 그리고 실무상 많은 수고로운 일을 맡아주신 이재희 교육조교께 다시 한번 감사드립니다. 앞으로도 『명지법학』의 지속적인 발전을 응원하며, 올 한 해 모든 분들이 각자의 자리에서 더욱 정진하시어 뜻하신 바 큰 성취

를 이루시는 귀한 시간이 되기를 기원합니다.

2025년 2월
명지대학교 법학연구소장
김 주 영

목 차

[간 행 사]

[연구논문]

Can criminal law still be social control in the AI age?
..... NEZU Koki / 1

日本におけるデジタル証拠の搜索と押収
..... 中村真利子 / 17

선거운동 연령 제한에 대한 연구
- 현재 2024. 5. 30. 2020헌마1743 결정에 대한 평석을 중심으로 -
..... 기현석 / 33

국가연구개발혁신법상 연구개발성과의 실시·소유·활용에 관한 검토
..... 조희래 · 김동준 / 55

독일 규제법상 공법상 계약의 허용성과 한계
- 통신·에너지·철도 분야의 최근 판례를 중심으로 -
..... 정의석 / 83

성폭력처벌법 제3조 제1항 구성요건의 올바른 해석과 입법적 제언
..... 신이철 / 107

의료형사책임에서의 양형기준에 관한 고찰
..... 백경희 · 장연화 / 131

인터넷 방송인 노동 권리 보호 연구
..... 환이즈 · 왕징 / 157

중국 회사법상 주주권 출자 하의 지배권 이전 회사 법규제의 고찰
..... 안란 / 177

블록체인 기반 가상자산의 私法적 성질에 관한 소고 - Unidroit 「디지털 자산과 사법 원칙」에 관한 비판적 소개를 중심으로 -	신지혜 / 195
경제력집중의 한 유형으로서 소유집중에 관한 고찰	홍명수 / 221
계쟁물 승계인과 기관력의 주관적 범위	석현수 / 241
근저당권에 의한 경매와 확인의 소의 보충성	서창원 / 259
러시아연방의 소송시효제도에 관한 검토	이승진 / 281
CISG 제39조 관련 최근 CLOUT 판례의 검토	최성수 / 321
미국 변호사 시험 출제·평가 방식의 변화 및 시사점	김면기 · 이소라 / 349
무력 사용 금지 원칙과 무기 수출의 법적 책임 - 국제사법재판소 판례 분석을 중심으로 -	조장현 / 377

[부 록]

「명지법학」 편집규정	399
「명지법학」 투고규정	402
「명지법학」 연구윤리 규정	404
「명지법학」 원고작성 지침	407

Can criminal law still be social control in the AI age?*

NEZU Koki**

논문요지

AI advancements are transforming crime prevention, potentially making offenses like shoplifting impossible through technologies like AI surveillance and automated stores. This fundamentally challenges the existing criminal law system, which is built on the premise of crime being possible, because AI crime prevention system could cut out such possibilities. Two main paths forward are conceivable: 1) Shrink the criminal justice system, relying heavily on AI-driven preventative measures and shifting the focus to administrative policing for minor infractions. 2) Preserve the criminal justice system by re-evaluating and emphasizing the value of "freedom of stupidity".

검색용 주제어: Artificial Intelligence, Criminal Law, Punishment, Social Control, Crime Prevention

· 논문제출: 2025. 01. 02. · 심사개시: 2025. 01. 09. · 게재확정: 2025. 01. 27.

I. Introduction — Crime prevention by AI technology and the social role of criminal law

What role can criminal law play in crime prevention in the AI age which is likely to arrive in the future? In particular, what would the relationship between

* This paper is an english translation of a report given by the author in japanese at the 'Forum of Young Researchers of the Criminal Law Society', a joint academic conference of the Korean Association of Criminal Law, the Korean Comparative Criminal Law Society, Inha University and Myongji University, held on 9 August 2024. I would like to thank Professor Sugil An and Professor Junhyouk Choi for their great support in organising the symposium. I would also like to thank Gavin Hurley for english proofreading.

** Assistant Professor, Niigata University, Japan

AI-based crime prevention systems and criminal law systems be when AI-equipped robots and crime prevention systems are able to predict crimes in advance, identify potential criminals and intervene timely to prevent them?

The idea of being able to predict and prevent crime may seem like a science-fiction fantasy. But already in 2019, AI-powered surveillance cameras have been released which can detect suspicious behaviour.¹⁾ These surveillance cameras are security systems that use so-called deep learning technology to train AI in detecting suspicious behaviour, such as being frightened or looking around and facilitate early detection of shoplifters to catch them red-handed. Of course, the mere fact that surveillance cameras are equipped with AI does not prevent crime; at best, it only improves the accuracy of early detection and facilitates reporting and arrest.

However, what about when combined with shop structures such as ‘walk-through shops’²⁾? Walk-through shops are shops where customers enter, have their smartphones or credit cards scanned by a reader, pick up the goods, and automatically pay as soon as they leave the shop. For example, if such shops are equipped with the above-mentioned AI surveillance cameras, and if the entrance and exit are locked when suspicious behaviour is detected or when a customer tries to take unpaid goods out of the shop, etc., and if a system is set up whereby the customer cannot leave the shop unless the shoplifting attempt is made and the insufficient amount of goods are returned to the shelf, shoplifting is even cut off from that possibility in such a shop.

If AI and other technologies (or a combination of both) make it possible in the future to prevent crime by designing a structure in advance that makes it impossible to commit a crime, there is no doubt that this could play a major role in crime prevention, because preventive intervention is possible at a point before any criminal risk arises.³⁾

On the other hand, the criminal law system (with some exceptions, such as preliminary offences) only begins to function when the attempt of the offence has been committed at the earliest opportunity. In other words, intervention by the criminal law system will always lag behind intervention by AI in terms of time, as criminal legal intervention is only possible when a risk of infringement of legal interests⁴⁾ has arisen. The role of the criminal law system would then

1) <https://www.nbcnews.com/mach/science/here-s-how-ai-could-help-catch-shoplifters-act-ncna984566> (last accessed 2024/12/13)

2) <https://www.nttdata.com/jp/ja/trends/data-insight/2023/1211/> (last accessed 2024/12/13)

3) Research that attempts to prevent crime by creating structures and situations that make it impossible or extremely difficult to commit a crime (situational crime prevention), based on knowledge gained from analysing crime-prone structures, locations and situations, already existed before the advent of AI. For example Ronald V. Clarke, *Situational Crime Prevention Successful Case Studies*(Second Edition), 1997, Harrow and Heston Publishers.

4) Concept introduced in criminal law systems belonging to the continental legal system.

diminish as the rate and accuracy of crime prevention increases with the development of AI technology.

In the following section, looking ahead to the AI age in the near future, we examine social control methods in the coming AI age and consider whether the criminal law system can still make some contribution to such social control. Therefore, we will first focus on what it means to use AI technology and advanced technology, which will play a major role in future social control methods (II.). This is followed by consideration of the impact the use of AI for social control methods, in particular for crime prevention, would have on the current criminal law system (III.). Finally, based on the aforementioned, I would like to introduce some researches on whether or not the criminal law system could make any contribution to social control in the age of AI, and if so, to what extent and on what basis the criminal law system should be maintained(IV.).

This paper deals with the conceptual issues relating to the entire social design of the future of the criminal law system. Furthermore, the author believes that the subject of this paper has its roots in the question of the value of ‘freedom’. Therefore, due to the author’s limited ability, this paper does not deal with the individual interpretative issues of individual laws and regulations. Of course, the author is well aware of the importance of discussions on, for example, privacy-related and data protection-related legal areas in surveillance technology, but since this paper is concerned with examining the ‘ideal future social design’, it is necessary to consider these individual legal issues in a separate paper. For the same reason, this paper will not deal with the issue of AI technology itself in depth. In this discussion, it may be argued that ‘modern AI has not reached that level of prediction accuracy yet’, that ‘there is a problem to be overcome in the use of AI, namely the frame problem...’, or that ‘the use of AI can rather distort society, so to speak echo chamber...’. While these are indeed problems unique to AI technology, they are not discussed head-on within this paper. This paper is about a vision of future society, not about the current state of technology. The question addressed within this paper can be formulated as follows: ‘Assuming that a time comes in the future when AI technology and other advanced technologies, which are even more advanced than now, make it possible to predict the occurrence of crimes with a high level of accuracy and reliability, thereby making it technically possible to prevent crimes before they occur, where will the criminal law system be in such a society?’

The original term is Rechtsgut in German, which refers to the interests that the (penal) law seeks to protect by prohibiting or ordering certain acts. For example, the crime of murder seeks to protect ‘human life’ in the sense that it prevents people from being killed through the legal prohibition ‘not to kill’. Hence, the phrase ‘the legal interest protected by the offence of murder is human life’.

II. What does it mean to use AI (, or to not use AI)?

Before we move on to criminal law, let us consider, what it means to use AI and, conversely, what it means to not use it. When do we use AI? For example, we can use a smartphone weather forecasting application to predict the movement of rain clouds in real time and to check the probability of precipitation to help us decide whether or not to carry an umbrella when leaving home, or use a map application to find a recommended route to our destination, taking into account traffic jam information, etc.

So, when AI predictions reach a stage where they can be said to be of a considerable degree of trustworthy accuracy, what does ‘not using AI’ or ‘not following AI predictions’ means? For example, assuming that the weather forecasting app predicts a 90% precipitation rate for tomorrow, the next morning, when you leave for work, it is quite cloudy but not yet raining. You decide that you don’t need to carry an umbrella because it would be a baggage item. Is that decision really rational? Or consider a situation where you are in a hurry to meet a friend. You have just five minutes to go before the meeting time. As it is your first time walking in the area, you use the map app to search for a route, and according to the app’s navigation system, you can reach the meeting place in three minutes if you take the recommended route. Nevertheless, there is an option to take a diversion route that is different from the recommended route and risk being late, but why should we bother with such an option?

‘Not carrying an umbrella although it is almost certain to rain’ or ‘taking the long way round even though you are in a hurry’ certainly can still exist factually as a possible option. Nevertheless, it can be said that both are irrational options and there is no reason to dare to choose in any case. However, irrational or not, ‘freedom’ refers to this ‘extent’ of options. Freedom cannot be conceived of in a situation where there are no other options. However, this extent of options is nothing more than to risk making a mistake when the correct answer is already known, then the choice may be called ‘freedom of stupidity’. Thus, the use of AI can lead to the denial of the value of freedom because it always leads to the optimal solution.⁵⁾

To take a step further, I would like to conduct another thought experiment. This thought experiment involves two Daddy Long Legs. The first Daddy Long Legs asks. ‘I have a 50,000 Korean Won bill in my right hand and a 100 Korean Won coin in my left hand. I will give you whichever one you want. Now which one would you want?’ Let’s call this situation A. The other Daddy Long Legs is a little bit coercive. When he appears, he walks up to you, says ‘Here, I’ll give you this’, hands you a 50,000 Korean Won bill and leaves. We shall call this

5) 大屋雄裕『自由か、さもなくば幸福か—二一世紀の〈あり得べき社会〉を問う』筑摩書房(2020)

situation B.

Important in this thought experiment is not the question ‘In situation A, would you rather choose 50,000 Korean Won bill or 100 Korean Won coin?’ The question to be asked in this thought experiment is, ‘Which situation is situationally superior by comparing situation A and situation B?’. In examining which situation is superior, we should clarify the differences between situation A and situation B. In Situation A, we are given a choice between receiving 50,000 Korean Won bill or 100 Korean Won coin. In situation B, on the other hand, we are given 50,000 Korean Won bill without a choice. In other words, the difference between situation A and situation B is whether or not we are given the freedom to choose 100 Korean Won coin. So how should we judge the existence or non-existence of this ‘freedom to choose the 100 Korean Won coin’? From a very naive libertarian approach, the more options there are, the more room for freedom is created, so it would seem that situation A, where the freedom to choose 100 Korean Won coin is given, is superior. However, what about when examined from the perspective of ‘optimisation’ by AI technology? From the perspective of optimality, it is of no benefit to ‘choose the 100 Korean Won coin’ from situation A. If the choice is between the 50,000 Korean Won bill and the 100 Korean Won coin, it is obvious that no one would choose the 100 Korean Won coin. In fact, as in situation A, being given the option of choosing the 100 Korean Won coin could even lead to meaningless psychological warfare. ‘If I say 50,000 Korean Won bill, will people think I’m being greedy...?’. If so, it is sufficient to offer only the option that maximises profit. Since it is more efficient to eliminate ‘freedom of stupidity (choosing 100 Korean Won coin in this case)’, situation B, in which the ‘100 Korean Won coin’ option is eliminated, would be superior from the point of view of optimality.

III. Impact of AI technology on criminal law system

So far, we have reviewed the implications of using or not using AI. AI may eliminate freedom as the extent of options as worthless, as it derives the optimum solution from a large volume of information. This is because it is nothing but folly to risk choosing an incorrect solution although there already is a ‘correct’ one as the optimum solution. What consequences will this have for the criminal law system when the use of AI becomes more common?

Now, we would like to review the basic structure of the criminal law system. The criminal law system is a system for responding to crime with punishment, and the starting point of the system is that the criminal law defines crime. The basic premise is that it is factually possible to commit such a criminal offence (‘ad impossibile nemo obligatur’).

The important point is this idea of ‘factually possible’. The freedom not to carry an umbrella in the earlier example, is factually possible and in the sense that one can make the choice, and since one is not inconveniencing anyone, it is safe also to call this a moral freedom. On the other hand, the freedom to make a diversion and be late is a factually possible choice, but it is doubtful that it is a moral freedom, since being late for a meeting causes an inconvenience by making people wait for you. Of course, there is no legal prohibition against being late, so there may be a legal freedom to be late.

In short, ‘factually possible’ means that the option can be taken as a purely factual matter, rather than as a normative question of whether it is permissible on a moral or legal level.

Let us now consider what it means for a criminal legal system to assume that the commission of a crime is ‘factually possible’.

At the beginning of this paper, I introduced ‘AI security cameras’ and ‘walk-through shops’. These are a shoplifting monitoring system and a system that automatically deducts payment from electronic money or other means. The combination of these systems makes shoplifting in the shop almost impossible. Furthermore, it is possible to design systems that make shoplifting impossible in principle, for example by locking automatic doors to prevent them from opening if a customer is behaving in a suspicious manner, or by directly debiting money from a bank account by means of AI camera-based identification. Here, the commission of a crime becomes factually impossible.⁶⁾

Shoplifting is used here as an example, but it should be clear that when the AI age arrives, this elimination of factual possibility will not be limited to shoplifting. This is because, from the perspective of optimality, the ‘freedom to commit crimes’ is the epitome of a freedom of stupidity and should be the first freedom to be eliminated.

If this were to happen, however, the criminal law system would lose its place as a social control. This is because the advent of the AI age eliminates the factual possibility of committing a crime. As we have just confirmed in the section on the basic structure of the criminal law system, the criminal law system, which advocates crime prevention, paradoxically, is based on that commission of crime is factually possible. Under a social design in which AI technology and other advanced technologies have eliminated even the factual

6) Alternatively, the possibility of crime can be nipped in the bud by accurately predicting the occurrence of crime in advance and deploying police officers and security guards in advance. For more information on research into crime prevention through such predictive policing, see Walt L Perry, Predictive policing: The role of crime forecasting in law enforcement operations, Rand Corporation, 2013. And as a discussion of the usefulness of using AI for this predictive policing, Manuel A. Utset, Predictive policing and criminal law, in/John McDaniel and Ken Pease, Predictive Policing and Artificial Intelligence, 163-181.

possibility of committing a crime, then the criminal legal system will never work.

Investing significant resources in a social system that does not work is indeed suboptimal. If this is the case, the criminal law system could become useless for social control in the AI age. Does this mean that we, as criminal law scholars, are no longer up to the task?

IV. Two possible approaches

The author believes that there are two main approaches where the criminal law system could take in the AI age. One is an approach that does not go against the current trend of the times, but rather acknowledges upfront that the criminal law system can never make much of a contribution to social control in the AI age, and shifts towards enhancing proactive administrative police activities rather than criminal penalties.

The other approach is to maintain the criminal law system as it has been in the past by finding positive significance in and explaining the value of 'freedom of stupidity' somehow, which is subject to exclusion as an antonym for optimality. The various approaches to each position are reviewed below.

1. Decriminalisation & more proactive administrative police activities

The first approach is to hand over the core of social control to AI and other advanced technologies, and to retire the criminal law system from the front line of crime prevention. The criminal law system is a large-scale and high-cost system that only begins to operate when a serious criminal problem arises, then determines the sentence through investigation and trial, and executes that sentence. The criminal law system should only deal with very exceptional cases which AI and other advanced technologies for crime prevention fail to deal with, and only those cases that can be dealt with by the criminal law system. The earlier example, which combines surveillance cameras with automatic payment shops and locks the exit if payment cannot be made, would only be considered in a case where the criminal law comes into play if, for example, the offender has exceeded the scope of prior prediction by smashing through a locked glass door and escaping.

This idea of reducing the criminal law system to the minimum amount necessary seems to be in direct conflict with the active criminal legislative trend of recent decades towards greater application of punishment and earlier punishment. However, in terms of the principles of criminal law, this active use

of the criminal law system is rather contrary to the supplementation of criminal law. Since the criminal law system is considered to be *ultima ratio*, i.e. the last resort of the state, the criminal law system should not be actively used in the first place if there are other, more lenient measures which could be taken.

Therefore, actual crime prevention and social control is likely to shift in emphasis to proactive administrative police activities, such as focused patrols in areas where crimes are predicted to occur, or pinpointing and questioning suspicious behaviour through AI-based predictions.⁷⁾ In doing so, the system will be enhanced with warnings for danger and administrative (non-penal) fines for minor deviations, rather than a system in which penalties are imposed only after a crime has been committed, which is a high burden for both the society and the offender.⁸⁾ In this sense, the criminal law system is likely to become partially like administrative law.

2. Maintaining the criminal law system through the underlying value of ‘freedom of stupidity’.

In contrast, attempts to maintain the criminal law system can of course be considered. One traditional approach would be to dismiss the use of AI and other advanced technologies for crime prevention by criticising them as paternalism. As mentioned earlier, the implication of the use of AI is that the prediction of an optimum solution leads to the consequence of other options being rendered worthless, and in some cases eliminated. However, the libertarian assumption is that the exercise of freedom should essentially be left to each individual, and that there is no such thing as ‘wise freedom’ or ‘freedom of stupidity’.⁹⁾ If this is the case, then the approach is to criticise the exclusion of options other than the optimal solution by the design of the social structure as an imposition of values, i.e. as nothing short of paternalism, and to oppose the use of AI. The recent discussion of the power of architecture is discussed in the context of the example of ‘Google Ostracism’.

It is estimated that the majority of internet users currently use Google’s search engine. Although Google does not disclose its search algorithm, it is clear that Google is in a position to control access to certain information. Suppose, for example, that Google changes its algorithm so that the author’s information appears only in the bottom 10,000 positions in the search rankings. Then, no matter how many papers the author writes or reports at research conferences, the information will practically almost disappear from the public eye. It would be as if I had been ostracised by the internet. The power of architecture is thus

7) Perry, *supra* note 6. Utset, *supra* note 6.

8) 大屋・前掲注5)

9) John Start Mill, *On Freedom*, 1859.

about restricting people's freedom unnoticed by redesigning the structure itself. One way of thinking about this is to dismiss AI crime prevention systems by directing this criticism to architectural power directly at AI and other advanced technology crime prevention systems.

However, even libertarians, who would normally be vehemently opposed to paternalism, are internally divided on the power of architecture. Lawrence Lessig criticises the power of architecture, and tries to link it to traditional theories of paternalism and exclude it.¹⁰⁾ On the other hand, one of the most famous contemporary libertarian, Cass Sunstein, welcomes the architecture, interpreting it as providing incentives for better action, and in this respect, it is rather an enhanced freedom("Nudge").¹¹⁾

A different approach is taken by German criminal law scholar, Christoph Burchard. The problem with the criminal law system in the AI age is that the freedom to commit crimes is plucked from its factual possibility. Therefore, if it can be argued that there is some positive value in the existence of that the freedom to commit crimes, it can be argued that it should not be eliminated. From this line of questioning, Burchard gives the example of civil disobedience. Civil disobedience refers to the behaviour of risking to commit the offence in question and raising the issue by not obeying the law in order to argue that a legal system is wrong.¹²⁾ Burchard uses homosexuality as an example to illustrate the value of factual possibility to commit offence. Until the modern era, European countries prohibited homosexuality with criminal penalties. In response, homosexuals have carried out the 'crime' of homosexuality as an objection to the wrongness of this law, and have also initiated various political activities. As a result, the homosexuality provision was abolished and discrimination against homosexuals was reviewed, leading to the modern idea of 'diversity'. In this sense, Burchard argues that sometimes issues are raised and the desired legal system is achieved because the possibility of the commission of a crime was left open.¹³⁾ He proposes that the criminal law system should be maintained in a way

10) ローレンス・レッシング (山形浩生譯) 『CODE VERSION 2.0』翔泳社 (2007) [Lawrence Lessig, Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0]

11) キャス・サンステーン 『選擇しないという選擇—ビッグデータで変わる「自由」のかたち』勁草書房 (2017) [Cass R. Sunstein, Choosing Not to Choose: Understanding the Value of Choice]. According to this view, the elimination of options that do not/should not have to be actively chosen (in the interest of this paper, the commission of a crime), based on predictions and evaluations by AI, rather allows time and willpower to be used for other choice-making behaviours, and thus such restrictions on choice rather encourage freedom ("nudge").

12) 瀧川裕英=宇佐美誠=大屋雄裕 『法哲學』有斐閣 (2021) 352頁。

13) Christoph Burchard, (Was bleibt vom) Strafrecht in der Big Data-Überwachungsgesellschaft?, ZStW 135(4), S.793-826. This article can be read in Japanese, see 根津洸希譯・仲道祐樹監譯「ビッグデータ監視社會の刑法(に何ができるか)?」比較法學57卷3号71-108頁(It can be downloaded at the following URL: https://researchmap.jp/koki_nezu/others/46127047). This paper presents a rather summary of the lecture given by Burchard during his visit to Japan, on which the paper is based. (His lecture in

that leaves room for this kind of ‘bottom-up freedom’, as he puts it, because freedom of stupidity has its value.¹⁴⁾

This may be one way of explaining, but in my opinion, there is some doubt as to the generalization of this argument. It is true that current criminal law and offences may have some arbitrary elements, as they are defined by the legislator, the person in power at the time. It may indeed seem dangerous in some respects to control arbitrarily defined codes of conduct at the level of their factual possibilities in order to ensure their thoroughness. The punishment of homosexuality mentioned by Burchard may be a typical example of arbitrary or religious punishment, however, it is highly questionable whether it is worth leaving the crime of theft, for example, viable for the same reasons. If it is asked whether it is conceivable that society and the legal system would be better off if theft were in fact possible, it is difficult to answer the question. The author believes that it may be tough to defend the entire criminal law system on the basis of this argument alone, as it is unlikely that the logic which could be used in the issue of homosexuality can be transferred directly to all crimes.

V. Summary — Instead of conclusions

This paper discusses not only criminal law but also a wide range of other topics under the theme ‘Can criminal law still be a social control in the age of AI?’. The paper can be summarised as follows. The combination of these technologies has the potential to fundamentally cut out the factual possibility of crime while the criminal law system, which has a solely reactive structure – punishing acts that violate orders and prohibitions by norms – only begins to operate when a crime is committed. There, of course, the basic premise is that the crime is in fact executable, i.e. the existence of ‘freedom of stupidity’. However, predictive and optimising systems based on AI and other advanced technologies can render such ‘freedom of stupidity’ worthless and eliminate it. The criminal law system would then no longer be able to do very much in the AI age: it would be tasked with supplementally dealing only with the very few cases which slip through the net of the AI predictive, proactive crime prevention system. If we want to maintain the criminal law system in its current form, the implication of the use of AI, i.e. against the devaluing and elimination of

Japanese can also be downloaded in following URL: https://researchmap.jp/koki_nezu/others/46833950).

14) Although the theoretical structure is different, one way of basing the existence value of the possibility of committing a crime may be the foundation of the right of stupidity. 若松良樹『醜い自由—ミル「自由論」を読む』成文堂 (2021) modifies the ‘tragedy of the commons’ in game theory and, assuming a situation of ‘tragedy of co-existence’, argues that even ‘ugly freedom’, which may seem immoral at first glance, has a value.

‘freedom of stupidity’, then we will need to re-locate the value of freedom. In this case, however, we criminal law scholars must, on the one hand, say that the criminal law system prevents crime and protects the legal interest, and on the other hand, as a consequence of defending freedom of stupidity, we must ourselves assert the value of the ‘factual possibility of the commission of a crime’, i.e. the paradoxical claim that ‘it is good to be able to commit a crime’.

Which is the dystopia and which the utopia: a completely safe society without freedom under AI surveillance, or an imperfect but in that sense free society in which the risk of crime can never be wiped out?

VI. Postscript: response to questions

This paper is an english translation of a report given by the author in japanese at the ‘Forum of Young Researchers of the Criminal Law Society’, a joint academic conference of the Korean Association of Criminal Law, the Korean Comparative Criminal Law Society, Inha University and Myongji University, held on 9 August 2024. I would like to take this opportunity to respond to Professor An Sugil’s perceptive and meaningful questions at the symposium.

QUESTION 1.

It could be predicted that as AI-based crime prevention systems develop, crime will decrease and the role of criminal law will shrink accordingly. However, it could also be predicted that as AI-based crime prevention systems develop, crime will also evolve in step with them. In this view, it seems likely that the criminal law will not be reduced in size, but what does the author think?

ANSWER 1.

The author also thinks that it is correctly pointed out that while some crime types are reduced by AI, there are also crime types that emerge or increase due to AI. However, it is somewhat questionable whether or not this would reduce the role of criminal law. This is because, although this paper has mainly used AI as an example, it is not AI technology itself which is important for future social control, but rather situational crime prevention.¹⁵⁾ It seems possible that AI may change criminal strategies, but it is still possible to eliminate the factual possibility of crime in advance by designing ‘situations’ and ‘structures’ which make even such altered criminal strategies impossible. For example, it is

¹⁵⁾ See, *supra* note 4.

conceivable that AI-based high-precision optical camouflage (“stealth camouflage”) could make theft easier by making it impossible to be seen by surveillance cameras. However, while technology can remove their appearance, it cannot remove their body heat, so it is still possible to counter this by equipping surveillance cameras with heat source sensors and the like.

It is important to note that this series of crime prevention measures are technological changes to the situation and structure and not legal interventions. The age in which AI is used in crime and new crime types appear is likely to arrive, but in such an age, crime prevention by (criminal) law would not be able to keep up. This is because legislation based on democracy takes a considerable amount of time for decision-making due to its structure. For example, if we make a law banning the use of stealth camouflage, it would normally take years to draft, submit, promulgate and enforce. In this context, more emphasis is expected to be placed on situational crime prevention based on advanced technologies such as AI.

QUESTION 2.

It has been suggested that criminal law may find itself with the dilemma of defending ‘freedom of stupidity’ in the AI age, however, if the prediction that crime will evolve together in the age of artificial intelligence, and the importance of liberal criminal law is based upon the recognition that freedom is harmful or harmless to others, and not that freedom is wise or stupid, then we need not worry about falling into the above dilemma.

ANSWER 2.

It is true that, on the premise of liberalism and value relativism, there is no ‘wise’ or ‘foolish’ freedom, and that whether or not a freedom is permissible is all about whether or not it infringes on the freedom of others. On this basis, the subject of this article can be reduced to the question: ‘Is there freedom to infringe on the freedom of others?’. Since a crime is essentially an infringement of another person’s freedom, it would be more compatible with the libertarian Harm Principle¹⁶⁾ to make such an act virtually and circumstantially impossible, e.g. by means of AI. However, this would mean that the criminal law would have no place in a society where crime and the risk of crime are prevented before they occur, due to the structure of the criminal law, which imposes penalties for crimes. If we still want to prolong the life of the criminal law system, this paper fears that criminal law scholars will themselves have to argue that AI should not be used to prevent crimes before they occur, thereby leaving

16) Mill, *supra* note 9.

the risk of crime in place.

[참고문헌]

- Burchard, Christoph, (Was bleibt vom) Strafrecht in der Big Data-Überwachungsgesellschaft?, ZStW 135(4), S.793-826, 2023.
- Clarke, Ronald V., Situational Crime Prevention Successful Case Studies(Second Edition), Harrow and Heston Publishers, 1997.
- Mill, John Start, On Freedom, 1859.
- Perry, Walt L, Predictive policing: The role of crime forecasting in law enforcement operations, Rand Corporation, 2013.
- Utset, Manuel A., Predictive policing and criminal law, in/John McDaniel and Ken Pease, Predictive Policing and Artificial Intelligence, 2021.
- 大屋雄裕『自由か、さもなくば幸福か—二一世紀の〈あり得べき社会〉を問う』筑摩書房 (2020)
- キャス・サンスティーン『選択しないという選択—ビッグデータで変わる「自由」のかたち』勁草書房 (2017) [Cass R. Sunstein, Choosing Not to Choose: Understanding the Value of Choice]
- クリストフ・ブルヒャート (根津洸希訳・仲道祐樹監訳) 「ビッグデータ監視社会の刑法 (に何ができるか) ?」比較法学57巻3号71-108 (2024)
- 滝川裕英=宇佐美誠=大屋雄裕『法哲学』有斐閣 (2021)
- ローレンス・レッシング (山形浩生訳) 『CODE VERSION 2.0』翔泳社 (2007) [Lawrence Lessig, Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0]
- 若松良樹『醜い自由—ミル「自由論」を読む』成文堂 (2021)

[Abstract]

刑事法システムはAI時代の社会統制手法たりうるか？

根津洸希*

AI技術の発展によって犯罪予防に大きな変化がもたらされるであろう。たとえば、AI搭載監視カメラや自動決済型店舗の導入によって、万引きを事実的に不可能とするような構造・状況を創り出すことも可能である。これは刑事法システムにとってその存在を揺るがしうる変化である。なぜなら、刑事法システムは犯罪の実行が事実的には可能であることを大前提としており、しかしAI防犯システムはそのような事実的可能性をその芽から摘み取ってしまうからである。このような状況に対し、大別して2つのアプローチが考えられうる。① 今後はAI防犯システムを社会統制の基軸に据え、刑事法システムは潔く犯罪予防の第一線から退き、AI防犯システムの網の目を潜り抜けた極例外的な事例にのみ対応するというアプローチと、② 「愚かな自由」の価値を再定位することで刑事法システムを維持するアプローチである。

Key Words: AI, 刑法, 刑罰論, 社会統制, 犯罪予防

* 新潟大学 法学部 助教

日本におけるデジタル証拠の搜索と押収*

中村真利子**

논문요지

日本では、サイバー犯罪条約の締結にあたって国内法を整備し、2011年の刑事訴訟法改正により、プロバイダから必要なデータを提出してもらう「提出命令型の押収」として記録命令付差押え、捜査機関が利用者の端末からサーバにアクセスして必要なデータを複写する「サーバからのデータの押収」としてリモートアクセス捜査を導入した。いずれも、サーバが国外にある場合に国家主権の問題を生じさせるのかについて活発な議論がなされており、本稿では特にこの点を検討した。

記録命令付差押えに関しては、サーバへのアクセスはプロバイダ自身の行為であるから主権侵害を生じさせないというのが、立法担当者の見解である。これに対して、サイバー犯罪条約の締約国についてのみ主権侵害を生じさせないという立場によれば、依然として主権の問題を考える必要がある。リモートアクセス捜査に関しては、捜査機関がサーバへアクセスすることから、利用者の同意が得られない場合には、相手国の承諾を取り付けるか国際捜査共助によるべきであるというのが、立法担当者の見解である。しかし、リモートコンピューティングが発達した現代社会において、いずれの捜査手法であっても、プロバイダが管理するデータ又は利用者がアクセスできるデータに関し、捜査という文脈でサイバー空間に国境を設けることが妥当なのか、改めて問う必要があるように思われる。

검색용 주제어: 디지털証拠, 사이버 범죄,提出命令, 리모트 액세스捜査

・ 논문 제출: 2025. 01. 02. ・ 심사 개시: 2025. 01. 09. ・ 게재 확정: 2025. 01. 27.

I.はじめに

日本では、欧州評議会の策定したサイバー犯罪に関する条約（以下、「サイバー犯罪条約」という。）の締結にあたって国内法を整備するため、2011年、「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律」（平成23年法律第74号）が制定された。この改正により、デジタル証拠の搜索と押収に関連して導入された捜査手法として、記録命令付差押え

* 本稿は、2024年8月9日（金）に仁荷大学校で開催された、韓国刑事法学会・韓国比較刑事法学会・仁荷大学校・明知大学校共同学術大会 若手刑事法学者フォーラム「韓日刑事法における新たな争点」において発表した報告原稿を加筆・修正したものである。

** 中央大学国際情報学部准教授・博士（法学）

(刑訴法218条 1 項) 及びリモートアクセス捜査 (同条 2 項) がある。

記録命令付差押えは、「電磁的記録を保管する者その他電磁的記録を利用する権限を有する者に命じて必要な電磁的記録を記録媒体に記録させ、又は印刷させた上、当該記録媒体を差し押さえる」捜査手法である(刑訴法99条の2)。つまり、サーバを物理的に特定してサーバごと差し押さえるという従来の捜査手法の代わりに、令状によれば協力的であると思われる国内のプロバイダに対する提出命令型のデータの押収を認めるものである。

リモートアクセス捜査は、差し押さえるべき物が電子計算機である場合に、「当該電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体であつて、当該電子計算機で作成若しくは変更をした電磁的記録又は当該電子計算機で変更若しくは消去をすることができることとされている電磁的記録を保管するために使用されていると認めるに足りる状況にあるものから、その電磁的記録を当該電子計算機又は他の記録媒体に複製した上、当該電子計算機又は当該他の記録媒体を差し押さえる」捜査手法である。つまり、捜査機関が、プロバイダやサーバを物理的に特定することなく、差押対象物であるコンピュータからサーバにアクセスし、データを押収することを認めるものである。

本稿では、これらの捜査手法に関して、課題と展望を概観することとしたい。

II. 提出命令型のデータの押収

1. 国内のプロバイダが管理する国外サーバの場合

記録命令付差押えは、サイバー犯罪条約18条 1 項aを担保するために新設された。この規定は、締約国が自国の権限のある当局に、「自国の領域内に所在する者に対し、当該者が保有し又は管理している特定のコンピュータ・データであつて、コンピュータ・システム又はコンピュータ・データ記憶媒体の内部に蔵置されたものを提出するよう命令すること」を行う権限を与えるため、必要な立法その他の措置をとることを求めるものである。

この提出命令の対象となる者の範囲は「自国の領域内に所在する者」であるが、「保管し又は管理している」というのは、データが保管されている記録媒体を自国の領域内で物理的に保有している場合だけではなく、自国の領域内から正当な権限に基づいてデータの提出を自由に管理できる状況にある場合も含まれると考えられている¹⁾。したがって、自国のプロバイダが他国でサーバを管理している場合も、提出命令の対象であるということになる。

立法担当者は、この点について、「記録命令付差押えが我が国に所在する者に対して行われ、その者が対象となる電磁的記録を保管又は利用する権限を有する限り、当該電磁的記録が外国に所在するサーバ等の記録媒体に記録されている場合であっても、記録行為自体は、その命令を受けた者によって行われるものであり、これにより記録された他の記録媒体を捜査機関が差し押さえたとしても、外国の主権を侵すものとは考えられない」との見解を示している²⁾。

これに対し、プロバイダによるこれらの行為は捜査機関の「命令」に基づくものであって、やはり

1) Council of Europe, Explanatory Report to the Convention on Cybercrime (hereinafter “Explanatory Report”) at 29, <https://rm.coe.int/16800cce5b>, last accessed Dec. 25, 2024.

2) 杉山徳明=吉田雅之「『情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律』について(下)」法曹時報64巻5号1049頁、1068頁(注6)(2012年)。

国家主権の問題が生じ得るものの、サイバー犯罪条約の締約国については、提出命令の対象となるデータが外国にある場合も提出命令を行うことが可能であることを締約国が合意したものといえるとの見解もある³⁾。しかし、国内のプロバイダに対する提出命令型のデータの押収に関しても主権の問題が生じ得るとすれば、締約国以外の外国との関係では、なお記録命令付差押えと国家主権について考える必要があるということになり、その都度、サーバの場所を物理的に特定する必要も生じる。ただし、プロバイダがサーバの設置国を教えてくれるとは限らず、仮に設置国が判明したとしても、それが締約国以外であれば、相手国の同意を取り付けるか、国際捜査共助によるべきであるということになってしまうのではないと思われる。

また、立法担当者の見解のように、（通常の業務と同様）プロバイダ自身の行為であるから主権の問題は生じないとする立場に対しては、罰則がないとしても捜査機関の「命令」に従う義務があるということであれば、プロバイダにとっては、捜査機関が自ら実施していることと同じであるのではないかと批判も考えられよう。しかし、一般的に、搜索行為が存在しない、つまり押収行為のみであるという点は、処分を受ける者に対するプライバシーの干渉の程度が小さいといえ、この点は、法的に大きな差異を生じさせる。

2. 国外のプロバイダの場合

記録命令付差押えが由来するサイバー犯罪条約18条1項aに加えて、同項bもまた、締約国が自国の権限のある当局に、「自国の領域内でサービスを提供するサービス・プロバイダに対し、当該サービス・プロバイダが保有し又は管理している当該サービスに関連する加入者情報を提出するよう命令すること」を行う権限を与えるため、必要な立法その他の措置をとることを求めている。いずれも国内のプロバイダに対する提出命令にかかわるものであるが、国外のプロバイダに対する提出命令に関する動向も注目される。

一つ目は、2018年に制定されたアメリカ合衆国のCLOUD法（Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act）である⁴⁾。これは、自国のプロバイダに対してデータの提出を求める開示命令に関して、そのデータが国外のサーバに蔵置されている場合に、開示命令の効力が及ぶことを明らかにするものである。さらに、自国のプロバイダが、行政協定を締結した外国に対して一定の情報を開示することを認める規定も置かれている。2019年にはイギリス、2021年にはオーストラリアとの間で行政協定が締結されて既に発効に至っている。このような枠組みは、数年かかることもあるといわれる国際捜査共助に代わる新たな国際協力の形として期待される。

二つ目は、データの押収に関する国際協力を強化するため新たに策定された「協力及び電子的証拠の開示の強化に関するサイバー犯罪に関する条約の第二追加議定書」（以下、「第二追加議定書」という。）であり⁵⁾、日本も、2022年に行われた署名開放式典でこれに署名している。具体的には、ドメイン名の登録サービスを提供する団体に対するドメイン名の登録情報の要請

3) 川出敏裕「コンピュータ・ネットワークと越境捜査」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）414頁。

4) 詳細に関しては、四方光「【講演】米国クラウド法の意義と我が国の課題」警察学論集73巻1号48頁（2020年）、尾崎愛美=小向太郎「米国一越境搜索とCLOUD法」指宿信=板倉陽一郎編『越境するデータと法—サイバー捜査と個人情報保護を考える』（法律文化社、2023年）131頁以下参照。

5) 詳細に関しては、中村真利子「サイバー犯罪条約の第二追加議定書によるサイバー犯罪捜査の変化」成均館法学（성균관법학）35巻1号513頁（2023年）参照。

(第二追加議定書 6 条)、プロバイダに対する加入者情報の開示命令(第二追加議定書 7 条)といった、他の締約国における団体及びプロバイダとの直接の協力を強化する手続のほか、他の締約国に対して、プロバイダに対する加入者情報又は通信記録の開示命令の執行を要請すること(第二追加議定書 8 条)、さらには緊急事態において、プロバイダからのデータの迅速な開示を受けるために連絡部局を通じて即時の援助を求める要請を発すること(第二追加議定書 9 条)を認める内容となっている。

いずれも、日本における実務上の影響はまだ明らかではなく、CLOUD法に関する行政協定の動きはないほか、第二追加議定書に関しても、日本は、「加入者情報の開示に関し、インターネット・サービス・プロバイダとの直接協力を規定する一部の規定は、個人情報や通信の秘密の保護等の観点から現行国内法と整合性を保つため、議定書が定める留保規定に基づき留保する予定」であると指摘されている⁶⁾。しかし、国外のプロバイダを介する方法による国際協力強化の姿勢は、サイバー犯罪捜査の実効性を確保するためにも必要となろう。

もっとも、国外のプロバイダが他国でサーバを管理していることも当然にあり、それが締約国以外であっても問題なしとしない限りは、なお主権の問題を考えなければならないということになる。そうすると、プロバイダが他国の領域に適法にサーバを設置している場合において、プロバイダ自身の行為であっても主権侵害が生じ得るとの立場は、現代の情報社会において限界があるようにも思われる。

3. 罰則付きの電磁的記録提供命令の創設

記録命令付差押えにおいては、令状に「記録させ若しくは印刷させるべき電磁的記録及びこれを記録させ若しくは印刷させるべき者」も記載され(刑訴法219条1項)、その執行を受けたプロバイダはこれに応じる義務を負う。しかし、義務違反に対する罰則はないことから、相手方の協力が期待できる場合に用いることのできる捜査手法であるといえる。必要なデータが保存されているサーバを管理しているプロバイダさえ判明すれば良いという点では、比較的簡便なデータの押収方法といえるが、相手方の協力が見込めない場合には通常の差押えによることになり、この場合にはサーバの物理的な特定が求められる。また、最終的にデータが記録された「有体物」の押収をするという意味では、必要なデータが保存されているサーバ自体を差し押さえるような従来の押収方法に通ずるものがある。

そこで、法務大臣の諮問第122号を受けて、法制審議会は2024年2月、記録命令付差押えを廃止して、罰則付きの電磁的記録提供命令を創設する内容での答申をした⁷⁾。具体的な内容は、以下の通りである。

1 裁判所による電磁的記録提供命令

(1) 裁判所は、必要があるときは、電磁的記録を保管する者その他電磁的記録を利用する権限を有する者に対し、電気通信回線を通じて電磁的記録を裁判所が指定する記録媒体に記録させ若しくは移転させる方法又は電磁的記録を記録媒体に記録させ若しくは移転させて当該記録媒

6) 外務省「協力及び電子的証拠の開示の強化に関するサイバー犯罪に関する条約の第二追加議定書」概要 (<https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/100476214.pdf>、2024年12月25日最終閲覧)。

7) 法制審議会第199回会議(2024年2月15日開催)配布資料3「要綱(骨子)」(<https://www.moj.go.jp/content/001413269.pdf>、2024年12月25日最終閲覧) 21頁参照。

体を提出させる方法により、必要な電磁的記録を提供することを命ずることができるものとし、ただし、記録媒体に移転させる方法による提供は、電磁的記録を保管する者に対してのみ命ずることができるものとする。

(2) (1)の命令は、提供させるべき電磁的記録及び提供の方法を指定してするものとする。

(3) 被告人、被疑者又は弁護人は、あらかじめ証拠を保全しておかなければその証拠を使用することが困難な事情があるときは、第1回の公判期日前に限り、裁判官に(1)の命令を請求することができるものとし、その請求を受けた裁判官は、その処分に関し、裁判所又は裁判長と同一の権限を有するものとする。

2 命令拒絶事由

1 (1)により、公務員若しくは公務員であった者が保管し、若しくは利用する権限を有する電磁的記録又は医師、歯科医師、助産師、看護師、弁護士（外国法事務弁護士を含む。）、弁理士、公証人、宗教の職に在る者若しくはこれらの職に在った者が業務上委託を受けたため、保管し、若しくは利用する権限を有する電磁的記録の提供を命ずるときについて、刑事訴訟法第103条から第105条までと同様の規律を設けるものとする。

3 目録の交付

1 (1)の命令により電磁的記録を提供させた場合には、その目録を作り、1 (1)の命令を受けた者に、これを交付しなければならないものとする。

4 移転をさせた電磁的記録の原状回復

(1) 1 (1)の命令により移転させた電磁的記録について、当該命令を受けた者に保管させないこととする理由がなくなったときは、被告事件の終結を待たないで、決定で、当該命令を受けた者に対し、当該電磁的記録の複写を許し、又は当該電磁的記録が記録された記録媒体を交付しなければならないものとする。

(2) (1)の決定をするについては、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴かなければならないものとする。

5 捜査機関による電磁的記録提供命令

(1) 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、裁判官の発する令状により、電磁的記録を保管する者その他電磁的記録を利用する権限を有する者に対し、電気通信回線を通じて電磁的記録を検察官、検察事務官若しくは司法警察職員が指定する記録媒体に記録させ若しくは移転させる方法又は電磁的記録を記録媒体に記録させ若しくは移転させて当該記録媒体を提出させる方法により、必要な電磁的記録を提供することを命ずることができるものとし、ただし、記録媒体に移転させる方法による提供は、電磁的記録を保管する者に対してのみ命ずることができるものとする。

(2) (1)の令状には、被疑者又は被告人の氏名、罪名、提供させるべき電磁的記録、提供させるべき者、提供の方法、有効期間及びその期間経過後は提供を命ずることができず令状はこれを返還しなければならない旨並びに発付の年月日その他裁判所の規則で定める事項を記載し、裁判官が、これに記名押印しなければならないものとする。

(3) (1)の令状は、処分を受ける者にこれを示さなければならないものとする。

(4) 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、(1)の命令をする場合において、必要があるときは、裁判官の許可を受けて、(1)の命令を受ける者に対し、みだりに(1)の命令を受けたこと及び提供を命じられた電磁的記録を提供し又は提供しなかったことを漏らしてはならない旨を命ずることができるものとする。

(5) (4)の許可の請求は、(1)の令状の請求をする際に、検察官、検察事務官又は司法警察職員からしなければならないものとする。

(6) 裁判官は、(4)の許可をするときは、(1)の令状にその旨を記載するものとする。

(7) 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、(4)の命令をした場合において、その必要がなくなったときは、その命令を取り消さなければならないものとする。

6 捜査機関による電磁的記録提供命令についての準用

2 から 4 (1)までは、検察官、検察事務官又は司法警察職員がする 5 (1)の命令について準用するものとする。

7 不服申立て

(1) 裁判所がした 1 (1)の命令又は 4 (1)の複写の許可若しくは記録媒体の交付に関する決定に対しては、抗告をすることができるものとする。

(2) 1 (3)により裁判所と同一の権限を有する裁判官がした 1 (1)の命令又は 4 (1)の複写の許可若しくは記録媒体の交付に関する裁判に対しては、準抗告をすることができるものとする。

(3) 検察官、検察事務官又は司法警察職員がした 5 (1)若しくは(4)の命令又は 6 において準用する 4 (1)の処分に対しては、準抗告をすることができるものとする。

8 罰則

(1) 正当な理由がなく 1 (1)又は 5 (1)若しくは(4)の命令に違反したときは、その違反行為をした者は、1 年以下の拘禁刑又は300万円以下の罰金に処するものとする。

(2) 法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務に関して(1)の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その法人又は人に対しても(1)の罰金刑を科するものとする。

9 記録命令付差押え（刑事訴訟法第99条の2）の廃止

記録命令付差押え（刑事訴訟法第99条の2）を廃止すること。

10 その他所要の規定の整備

この電磁的記録提供命令は、記録命令付差押えの対象となるデータを、記録媒体の差押えを伴わずにオンラインで取得することが、被処分者の負担を軽減させ、捜査の迅速性にも資することになるということが期待されて提案されたものである⁸⁾。そして、強制処分としての実効性をより一層担保するための方策として、命令に応じない場合に制裁を科すこととされた⁹⁾。今後、改正に向けた動きがみられるものと思われるが¹⁰⁾、協力的なプロバイダに対しては、対象となるデータのプライバシーの内容・程度に応じて、任意処分としての捜査関係事項照会（刑訴法197条2項）を併用していくことになろう。

8) 法制審議会刑事法（情報通信技術関係）部会第1回会議（2022年7月29日開催）議事録9-10頁〔大賀真一委員発言、佐久間佳枝委員発言〕参照。

9) 法制審議会刑事法（情報通信技術関係）部会第3回会議（2022年9月26日開催）議事録20-21頁〔成瀬剛幹事発言〕参照。

10) なお、2024年の通常国会（1月召集）での審議・成立を目指していたとされるが、他の改正案の審議に時間を要し、見送られることとなった。

Ⅲ. サーバからのデータの押収

1. 越境リモートアクセス捜査

リモートアクセス捜査は、サイバー犯罪条約32条を受けて新設されたものである。この規定は、締約国に対して、他の締約国の許可なしに「自国の領域内にあるコンピュータ・システムを通じて、他の締約国に所在する蔵置されたコンピュータ・データにアクセスし又はこれを受領すること」を認めている。もっとも、「コンピュータ・システムを通じて当該データを自国に開示する正当な権限を有する者の合法的かつ任意の同意が得られる場合に限る」との限定が付されている。それ以外の場合に関しては合意が形成されなかったとされるが¹¹⁾、第二追加議定書においても進展がみられなかった。そこで、サーバの利用者の同意が得られない場合における越境リモートアクセス捜査に関して考える必要がある¹²⁾。

立法担当者は、「一般には、電磁的記録を複写すべき記録媒体が他国の領域内にあることが判明した場合において、〔サイバー犯罪〕条約第32条によりアクセス等を行うことが許されている場合に該当しないときは、当該他国の主権との関係で問題を生じる可能性もあることから、この処分を行うことは差し控え、当該他国の同意を取り付けるか、捜査共助を要請することが望ましいのではないかと考えられる」との見解を示している¹³⁾。

したがって、対象となるサーバが国外にある可能性があるという場合、処分を受ける者の同意を得て実施するというのが捜査実務となっている。一般的には、リモートアクセス捜査を許可する令状の発付は得るものの、その執行はせずに被処分者の同意を得るようである。しかし、被処分者は被疑者である場合もあり、自己に不利益なデータが押収されることに同意しないことも十分に考えられるほか、強制処分として搜索を開始した後に国外サーバが対象となる可能性に気が付き、任意処分に切り替えて被処分者の同意を得ることとした場合、この点について十分に説明しなければ、同意の任意性が疑われることもあり得る。

実際に、最高裁判所が初めてリモートアクセス捜査に関して判断した最決令和3年2月1日刑集75巻2号123頁¹⁴⁾の事案では、被処分者から得た同意の任意性が否定された。しかし、最高裁判所は、「電磁的記録を保管した記録媒体が同条約の締約国に所在し、同記録を開示する正当な権限を有する者の合法的かつ任意の同意がある場合」、つまりサイバー犯罪条約32条に該当する場合に、「国際捜査共助によることなく同記録媒体へのリモートアクセス及び同記録の

11) Explanatory Report, *supra* note 1, at 53.

12) See Mariko Nakamura, *Remote Access Investigation Across Borders*, HUFs Global Law Review 13(2) 1 (2021).

13) 杉山=吉田・前掲注2、1095頁。

14) この決定の紹介・解説として、例えば、吉戒純一「判解」ジュリスト1562号98頁（2021年）、前田雅英「判批」WLJ判例コラム227号（2021年）、田中優企「判批」法学教室490号149頁（2021年）、四方光「判批」法学教室491号75頁（2021年）、星周一郎「判批」刑事法ジャーナル69号264頁（2021年）、川出敏裕「判批」論究ジュリスト37号121頁（2021年）、指宿信「判批」Law & Technology 92号40頁（2021年）、同「判批」Law & Technology 93号32頁（2021年）、岩崎正「判批」新判例解説Watch 29号225頁（2021年）、大橋充直「判批」捜査研究848号56頁（2021年）、中野目善則「判批」令和3年度重要判例解説147頁（2022年）、水谷恭史=関口和徳「判批」季刊刑事弁護109号140頁（2022年）、横山裕一「判批」日本大学法科大学院法務研究19号95頁（2022年）、北嶋良蔵「判批」研修892号17頁（2022年）、成瀬剛「判批」ジュリスト1577号160頁（2022年）、池田公博「判批」刑事訴訟法判例百選〔第11版〕54頁（2024年）がある。

複写を行うことは許されると解すべきである」とするのみで、サイバー犯罪条約32条の範囲を超えているこの事案で、主権の問題が生じ得るかどうかについては判断していない。ただし、違法収集証拠排除法則¹⁵⁾にいう「重大な違法」があるとはいえないとして、証拠能力は否定しなかった。

さらに、三浦守裁判官の補足意見では、「本件においては、……リモートアクセスの対象である記録媒体は、日本国外にあるか、その蓋然性が否定できないものであって、〔サイバー犯罪〕条約の締約国に所在するか否かが明らかではないが、このような場合、その手続により収集した証拠の証拠能力については、〔法廷意見〕の説示をも踏まえ、権限を有する者の任意の承諾の有無、その他当該手続に関して認められる諸般の事情を考慮して、これを判断すべきものと解される」とされており、少なくとも国内の証拠法の問題としては、サーバの所在地や被処分者の同意の任意性それ自体を決定的な要素ととらえていないことが示唆される¹⁶⁾。

グローバル化した情報社会においては、サイバー犯罪捜査の対象となるサーバが国外に設置されていること、あるいはどこの国にあるのかさえわからないことは珍しいことではない。前述の通り、国内のプロバイダが管理するサーバであっても、必ずしも国内にあるとは限らない上に、たとえ利用者の同意を得たとしても、そのサーバが締約国にない場合にはサイバー犯罪条約32条の射程は及ばない。したがって、サーバが国外にある可能性があるというにとどまる場合にまで国際捜査共助によるべきということになると、実質的にリモートアクセス捜査の道が閉ざされてしまうことにもなりかねない。世界的にクラウドサービスが提供されていることを考慮すると、その所在地を明らかにしなければならないということになれば、このような状況に適切に対処することができなくなってしまうのである¹⁷⁾。

そこで、少なくとも、利用者が普段からIDやパスワードのほかは特に制限なくアクセスできる領域についてののみリモートアクセス捜査、つまり複写行為のみが行われる場合、国家主権の問題は生じないとの考え方も示されている¹⁸⁾。このような場合、具体的な嫌疑を前提とした捜査差押許可状の発付を受けてリモートアクセス捜査を実施することから、利用者の権利・利益に関しては司法審査を経ているといえ、特に他国やそのプロバイダに対する物理的な侵害を生じさせたり、その国民を含む利用者を常に監視したりするような態様は考えにくいからである¹⁹⁾。

15) 最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁において採用された、「証拠物の押収等の手続に、憲法35条及びこれを受けた刑訴法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない」と認められる場合においては、その証拠能力は否定される」というルールである。

16) なお、下級審である大阪高判平成30年9月11日高刑速(平30)344頁は、国内の証拠法の問題として、相手国が越境リモートアクセス捜査を認識し、これを国際法上違法であると評価する場合はさておき、サーバが他国に設置されている可能性があるというにとどまる場合には、国内の刑事裁判において適用される証拠法には影響を与えないとの見解を示している。この判決の紹介・解説として、例えば、栗田理史「判批」研修849号25頁(2019年)、指宿信「判批」新判例解説Watch 24号187頁(2019年)、宇藤崇「判批」法学教室462号157頁(2019年)、中島宏「判批」法学セミナー768号130頁(2019年)、深野友裕「判批」警察学論集72巻4号151頁(2019年)がある。

17) 北嶋・前掲注14、27頁、滝沢誠「越境リモートアクセスとそれにより得られた証拠の証拠能力」法学新報129巻6・7号91頁、106頁(2023年)。

18) 例えば、川出敏裕「サイバー犯罪の捜査」警察学論集71巻9号157頁、174頁(2018年)、中野目善則「サイバー犯罪の捜査と捜査権の及ぶ範囲—プライバシーの理解の在り方、法解釈の在り方、他国へのアクセスの及ぶ範囲等の観点からの検討」警察政策22巻130頁、134-142頁、147-154頁(2020年)、星周一郎「サイバー空間の犯罪捜査と国境・覚書き」警察学論集73巻4号71頁、81-86頁(2020年)、北嶋・前掲注14、28-29頁。

19) もっとも、相手国がこのような越境リモートアクセス捜査を認識し、これを国際法上違法であると評価する場合には、違法収集証拠排除法則にいう重大な違法が認められる可能性のほか(川出・前掲注3、430頁、滝沢・前掲注17、109頁)、主権侵害の原状回復措置としてのデータの破棄の結果、これを

2. 差押え後のリモートアクセス搜索

リモートアクセス搜索を許可する令状には、通常の搜索・差押えの場合に記載すべき事項（刑訴法219条1項）のほか、「差し押さえるべき電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体であつて、その電磁的記録を複写すべきものの範囲を記載しなければならない」とされており（同条2項）、アクセスする範囲を示すことが求められている。この範囲が、「差し押さえるべき電子計算機」と一体的に利用されている部分であると考えられており²⁰⁾、差押えに先立ってサーバへのアクセスを行うことが想定されている。

なお、日本では、令状によらない搜索・差押えが認められるのは非常に限定的であり、逮捕に伴う場合のみである（刑訴法220条1項2号）。さらに、リモートアクセス搜索を実施するためには、必ず前述のような令状が必要であるから、逮捕の現場においてもリモートアクセス搜索を行うことはできない。

リモートコンピューティングが普及した現在では、スマートフォンやパソコンで表示されるデータが、その端末に保存されているとは限らない（もちろん、越境リモートアクセスの可能性も否定できない）。そうすると、スマートフォンやパソコンが証拠となりそうな場合、できる限りリモートアクセス搜索を許可する令状を入手しておくことが望ましいということにもなりそうであるが、捜査実務では、そのような運用にはなっていないという。

また、差押えの現場で、利用者の端末やサーバにアクセスするためのパスワード等が判明していないこともある。捜査機関は、被処分者に対して、パスワードを教えるなど「必要な協力」を求めることができ（刑訴法222条1項・111条の2）、「必要な処分」として、自ら又は専門的知識を有する補助者を用いて、差し押さえるべき物である端末を操作することもできる（刑訴法222条1項・111条1項）。しかし、被処分者が協力に応じないことに対する制裁はなく、技術的・時間的な制約によって、パスワードの解除ができないまま差し押さえざるを得ない場合があることも指摘されている²¹⁾。

このように、令状による場合もそうでない場合も、ひとまず差し押さえた上で、同様のリモートアクセス搜索を実施する方法を模索する必要がある。差押え後にリモートアクセス搜索を実施する方法として、比較的広範な強制処分である検証（刑訴法218条1項）が考え得る。利用者の端末を検証の対象とする令状に基づき実施する場合に関しては、東京高判平成28年12月7日高刑集69巻2号5頁²²⁾において判断されている（上告中）。実際には、メールサーバへのアクセスが行われた事案であるが、捜査機関としては、検証に伴う必要な処分（刑訴法222条1項・129条）として許容されると考えたようである。しかし、「本件検証は、本件パソコンの内容を複製した

証拠として利用できなくなる可能性や（笹倉宏紀「コンピュータ、ネットワークに関連する経済犯罪」芝原邦爾ほか編『経済刑法—実務と理論』（商事法務、2017年）572頁）、違法収集証拠排除法則とは別の「手続的正義」の観点から証拠能力が否定される可能性も指摘されている（指宿・前掲注16、189-190頁）。なお、越境搜索一般に関し、刑訴法に基づく捜査機関の捜査権限は、属地主義により他国では行使し得ないとする限定説と、抽象的には全世界に及んでいるものの、国際法の遵守義務（憲法98条2項）により制約を受けるとする外国主権制限説のうち、本決定は前者を否定し、間接的に後者を支持したとの見解もある（四方光「リモートアクセスと捜査手法」刑事法ジャーナル79号149頁、150頁、152-153頁（2024年））。

20) 杉山=吉田・前掲注2、1092頁。

21) 新宅孝昭「リモートアクセスに関する諸問題」警察学論集76巻4号94頁、96頁（2023年）。

22) この判決の紹介・解説として、例えば、山内由光「判批」研修832号13頁（2017年）、宇藤崇「判批」法学教室445号152頁（2017年）、四方光「判批」刑事法ジャーナル58号143頁（2018年）、笹倉宏紀「判批」平成29年度重要判例解説182頁（2018年）がある。

パソコンからインターネットに接続してメールサーバにアクセスし、メール等を閲覧、保存したものであるが、本件検証許可状に基づいて行うことができない強制処分を行ったものである」として、違法であると結論付けられた。

強制処分である検証については、原則として令状によることとされており（刑訴法218条1項）、令状には「検証すべき場所若しくは物」を記載しなければならない（刑訴法219条1項）。この事案では、差し押さえたパソコンを対象とする検証許可状に基づいて、別の記録媒体であるメールサーバにアクセスしているのに、令状によらない検証（刑訴法220条1項2号）が認められる場合ではないのに、令状に記載された「検証すべき場所若しくは物」を超えて検証したものであるとして許されないと考えられたものと思われる。差し押さえたパソコンを利用してサーバに接続する権限が付与されたわけではないことからすると、法律に基づかない強制処分を行ったものとして、強制処分法定主義（刑訴法197条1項但書）に反することになるのである²³⁾。

また、検証に伴う必要な処分としては、「身体の検査、死体の解剖、墳墓の発掘、物の破壊」にとどまらず、検証を行うにあたって必要なあらゆる処分をすることができると考えられている²⁴⁾。しかし、この必要な処分は検証の目的を達成するために必要な限度でのみ行うことができるから、差し押さえたパソコンを対象とする検証許可状の効力が、令状に「検証すべき場所若しくは物」として記載されていないメールサーバに及ぶとは考えられないということになる²⁵⁾。

これに対して、サーバを検証の対象とする令状を入手した場合に関しては、まだ裁判例は確認できていない。この点、差押え後に、現行のリモートアクセス捜査（差押え）を実施することは、既に差し押さえた端末を改めて差し押さえる、あるいは留置を継続する必要があるにもかかわらず押収を解いて再度差し押さえるという構成になってしまい、妥当とはいえない²⁶⁾。また、リモートアクセス捜査は改正法によって新設された場合にのみ行うことができるとして、検証としてのリモートアクセス捜査を否定する見解もある²⁷⁾。

もっとも、立法過程で、その他の方法によるリモートアクセス捜査を排除する意思が明らかにされたというわけではなく²⁸⁾、リモートアクセス捜査によるデータの検索、コピーはまさに検証としての性質を有するという見解も示されている²⁹⁾。この場合、リモートアクセス捜査を許可する搜索差押許可状と同様に、検証の対象である「電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体であつて、その電磁的記録を複写すべきものの範囲」を記載することで、複写の対象を特定することになるものと思われる³⁰⁾。

23) 新宅・前掲注21、98頁。

24) 河上和雄ほか『大コンメンタル刑事訴訟法 第3巻〔第2版〕』（青林書院、2010年）34頁〔岩橋義明=辻裕教〕。

25) 笹倉・前掲注22、183頁。

26) なお、利用者の端末に対する搜索差押許可状が発付されている場合、憲法35条との関係では既に要件が満たされているとして、差押え後にリモートアクセス捜査をするにあたって、その対象が利用者の端末であってもサーバであっても、改めて検証許可状を取得する必要はないとの立場を示す論考として、川澄真樹「リモートアクセス捜査を巡る問題についての基礎的な一考察」法学新報130巻1・2号63頁、74-79頁（2023年）。現行のリモートアクセス捜査の規定に対しても懐疑的な立場であろうか。また、利用者の端末の差押えにあたっての特定と、サーバのアクセス範囲の特定とが一致するとは限らないようにも思われる。

27) 宇藤・前掲注22、152頁、早乙女宜宏「リモートアクセスによる差押えに伴う問題点の一考察」日本大学法科大学院法務研究16号61頁、67頁（2019年）。

28) 川出・前掲注18、157頁、171-173頁、笹倉・前掲注22、183頁、四方・前掲注22、146-147頁、滝沢・前掲注17、103頁、新宅・前掲注21、103頁。

29) 中野目・前掲注18、130頁、142-147頁、山内・前掲注22、19-20頁、四方・前掲注22、146-147頁。

手続的な問題として、検証にあたっては令状を呈示することとされているが（刑訴法222条1項・110条）、サーバの管理者が個々の利用者の利用する記録領域に保管されているデータについて一般的に権限を有しない場合には、個々の利用者が自由にアクセスすることのできる記録領域に対して、司法審査を経た上でアクセスする限りにおいて、その管理者を被処分者にとらえる必要はないとすれば³¹⁾、リモートアクセス捜査を許可する搜索差押許可状と同様に、個々の利用者への令状呈示で足りるということになろう。

また、検証によることとなった場合、検証は準抗告の対象とされていないため（刑訴法430条参照）、不服を申し立てる手段を欠くことになる。押収のように物の占有取得を伴うわけではないことが考慮されたものと思われるが、差押え後のリモートアクセス行為について、「まさに検証」であるとして、例えば写真撮影と類似するものととらえることも可能ではあろう³²⁾。もっとも、現行のリモートアクセス捜査が予定するリモートアクセス後の差押えのように、実質的にはデータの押収といえることから、検証によるとしても、押収に準じて取り扱う必要があるようにも思われる³³⁾。

IV. 結びに代えて

以上、日本におけるデジタル証拠の搜索と押収に関して、プロバイダから必要なデータを提出してもらった「提出命令型の押収」と、捜査機関が利用者の端末からサーバにアクセスして必要なデータを複写する「サーバからのデータの押収」に分けて、その概要と課題、今後の動向を論じた。

「提出命令型の押収」に関しては、サイバー犯罪条約18条1項a)に応じる形で記録命令付差押えが導入されたが、国家主権との関係では、その対象となる国内のプロバイダが国外でサーバを管理している場合のほか、第二追加議定書やCLOUD法で想定されているような国外のプロバイダに対する提出命令型の押収も問題となり得る。国内のプロバイダを対象とする場合についても、相手方の協力が得られることが前提であることから、その実効性を確保するために、記録命

30) 星周一郎「リモートアクセスによる搜索・差押え・検証と『必要な処分』」研修877号3頁、7-9頁（2021年）、新宅・前掲注21、103頁。

31) 貴志浩平「ハイテク犯罪と捜査手続」捜査研究47巻10号18頁、20-21頁（1998年）、長沼範良「ネットワーク犯罪への手続法的対応」ジュリスト1148号212頁、216頁（1999年）。国境を越えるリモートアクセス捜査について同様の考え方を示すものとして、四方・前掲注22、148-149頁がある。

32) 記録命令付差押え及びリモートアクセス捜査が導入されたのと同じ改正で、差し押さえるべき物が電磁的記録に係る記録媒体である場合において、その差押えに代えて、必要なデータのみ複写・印刷・移転して押収することができるようになっている（刑訴法222条1項・110条の2）。このうち「移転」とは、データを複写した上で、元の端末からはそのデータを削除する処分であり、この場合は被処分者の手元にデータが残らない。押収物については、留置の必要がない場合には、被疑事件の終結を待たずに還付することになる（刑訴法222条1項・123条1項）。「移転」の処分に関しては、データが複写された記録媒体が被処分者の物である場合はそれ自体を還付すれば良いが、捜査機関が準備した物であるような場合、一種の原状回復措置として、その記録媒体を交付し、又はデータの複写を許すことになっている（刑訴法222条1項・123条3項）。そうすると、被処分者の手元にデータが残る「複写」及び「印刷」の場合は、還付やこれに代わる措置は予定されていないことになる。このように、捜査機関が、（最終的に有体物を差し押さえているとはいえ）データのみを押収したといえるような場合に、原状回復すべき「押収」とはとらえられていないと考えられる。ただし、この場合も、押収行為はあることから準抗告の対象とはなる。

33) なお、不服申立ての手段がないからといって、必ずしも検証許可状に基づくリモートアクセスを行うことができないとはいえないとの指摘もある（新宅・前掲注21、104頁）。

令付差押えを廃止して罰則付きの電磁的記録提供命令が新設される見込みである。ただし、立法担当者の見解のように、プロバイダ自身の行為であることから主権侵害を生じさせないとするのであれば格別、必要なデータが保存されているサーバの所在地がサイバー犯罪条約の締約国以外である場合には、依然として主権の問題を考える必要がある。

「サーバからのデータの押収」に関しては、サイバー犯罪条約32条を受けてリモートアクセス捜査が導入されたが、同様に国家主権との関係で、その対象となるサーバが国外にある場合、捜査機関がどのように対処すべきなのかが問題となる。サーバの所在地がサイバー犯罪条約の締約国であれば利用者の同意を得て実施し、それがかなわない場合又はサーバの所在地がサイバー犯罪条約の締約国以外である場合は、相手国の承諾を取り付けるか国際捜査共助によるべきであるというのが、立法担当者の見解でもある。

しかし、リモートコンピューティングが発達した現代社会において、「提出命令型の押収」であっても「サーバからのデータの押収」であっても、プロバイダが管理するデータ又は利用者がアクセスできるデータに関し、捜査という文脈でサイバー空間に国境を設けることが妥当なのか、改めて問う必要があるように思われる³⁴⁾。

なお、本稿は、中央大学2022年度特定課題研究費の助成を受けたものである。

34) 捜査機関がサイバー空間の国境を越える場合に主権侵害となり得るとの立場も、緊急性がある場合やサーバの所在地が判明しない場合には、そのまま実施できるということであれば、(国内)法は不可能を強いないとしても、(特に国際法との関係で)整合性があるといえるのか、疑問が残るように思われる。

【参考文献】

<判例・裁判例>

最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁
最決令和3年2月1日刑集75巻2号123頁
東京高判平成28年12月7日高刑集69巻2号5頁
大阪高判平成30年9月11日高刑速（平30）344頁

<書籍・論文>

Mariko Nakamura, *Remote Access Investigation Across Borders*, HUFs Global Law Review 13(2) 1 (2021)
池田公博「判批」刑事訴訟法判例百選〔第11版〕54頁（2024年）
指宿信「判批」新判例解説Watch 24号187頁（2019年）
指宿信「判批」Law & Technology 92号40頁（2021年）
指宿信「判批」Law & Technology 93号32頁（2021年）
岩崎正「判批」新判例解説Watch 29号225頁（2021年）
宇藤崇「判批」法学教室445号152頁（2017年）
宇藤崇「判批」法学教室462号157頁（2019年）
大橋充直「判批」捜査研究848号56頁（2021年）
尾崎愛美=小向太郎「米国—越境搜索とCLOUD法」指宿信=板倉陽一郎編『越境するデータと法—サイバー捜査と個人情報保護を考える』（法律文化社、2023年）131頁以下
川出敏裕「サイバー犯罪の捜査」警察学論集71巻9号157頁（2018年）
川出敏裕「コンピュータ・ネットワークと越境捜査」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）409頁以下
川出敏裕「判批」論究ジュリスト37号121頁（2021年）
河上和雄ほか『大コンメンタール刑事訴訟法 第3巻〔第2版〕』（青林書院、2010年）
川澄真樹「リモートアクセス捜査を巡る問題についての基礎的な一考察」法学新報130巻1・2号63頁（2023年）
貴志浩平「ハイテク犯罪と捜査手続」捜査研究47巻10号18頁（1998年）
北嶋良蔵「判批」研修892号17頁（2022年）
栗田理史「判批」研修849号25頁（2019年）
新宅孝昭「リモートアクセスに関する諸問題」警察学論集76巻4号94頁（2023年）
早乙女宜宏「リモートアクセスによる差押えに伴う問題点の一考察」日本大学法科大学院法務研究16号61頁（2019年）
笹倉宏紀「コンピュータ、ネットワークに関連する経済犯罪」芝原邦爾ほか編『経済刑法—実務と理論』（商事法務、2017年）551頁以下
笹倉宏紀「判批」平成29年度重要判例解説182頁（2018年）
四方光「判批」刑事法ジャーナル58号143頁（2018年）
四方光「【講演】米国クラウド法の意義と我が国の課題」警察学論集73巻1号48頁（2020

年)

四方光「判批」法学教室491号75頁 (2021年)

四方光「リモートアクセスと捜査手法」刑事法ジャーナル79号149頁 (2024年)

杉山徳明=吉田雅之「『情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律』について(下)」法曹時報64巻5号1049頁 (2012年)

滝沢誠「越境リモートアクセスとそれにより得られた証拠の証拠能力」法学新報129巻6・7号91頁 (2023年)

田中優企「判批」法学教室490号149頁 (2021年)

中島宏「判批」法学セミナー768号130頁 (2019年)

長沼範良「ネットワーク犯罪への手続法的対応」ジュリスト1148号212頁 (1999年)

中野目善則「サイバー犯罪の捜査と捜査権の及ぶ範囲—プライバシーの理解の在り方、法解釈の在り方、他国へのアクセスの及ぶ範囲等の観点からの検討」警察政策22巻130頁 (2020年)

中野目善則「判批」令和3年度重要判例解説147頁 (2022年)

中村真利子「サイバー犯罪条約の第二追加議定書によるサイバー犯罪捜査の変化」成均館法学(성균관법학)35巻1号513頁 (2023年)

成瀬剛「判批」ジュリスト1577号160頁 (2022年)

深野友裕「判批」警察学論集72巻4号151頁 (2019年)

前田雅英「判批」WLJ判例コラム227号 (2021年)

星周一郎「サイバー空間の犯罪捜査と国境・覚書き」警察学論集73巻4号71頁 (2020年)

星周一郎「リモートアクセスによる捜索・差押え・検証と『必要な処分』」研修877号3頁 (2021年)

星周一郎「判批」刑事法ジャーナル69号264頁 (2021年)

水谷恭史=関口和徳「判批」季刊刑事弁護109号140頁 (2022年)

山内由光「判批」研修832号13頁 (2017年)

横山裕一「判批」日本大学法科大学院法務研究19号95頁 (2022年)

吉戒純一「判解」ジュリスト1562号98頁 (2021年)

<統計・資料>

Council of Europe, Explanatory Report to the Convention on Cybercrime,
<https://rm.coe.int/16800cce5b>

外務省「協力及び電子的証拠の開示の強化に関するサイバー犯罪に関する条約の第二追加議定書」概要 (<https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/100476214.pdf>)

法制審議会刑事法(情報通信技術関係)部会第1回会議(2022年7月29日開催)議事録

法制審議会刑事法(情報通信技術関係)部会第3回会議(2022年9月26日開催)議事録

法制審議会第199回会議(2024年2月15日開催)配布資料3「要綱(骨子)」

(<https://www.moj.go.jp/content/001413269.pdf>)

[Abstract]

Search and Seizure of Digital Evidence in Japan

NAKAMURA, Mariko*

The Japanese Code of Criminal Procedure was amended in 2011 to ratify the Convention on Cybercrime (Budapest Convention) and introduced “seizure of records created under a record copying order,” which is a type of seizure to order Internet Service Providers (ISPs) to provide necessary data to the law enforcement, and “remote access investigation,” which is a type of search and seizure for the law enforcement to access servers from the user’s computer and copy necessary data. Both types of search and seizure provoke controversy about the sovereignty when servers exist in foreign countries. The author especially considers this issue in the article.

The legislative staff explains that “seizure of records created under a record copying order” would not cause the sovereignty issue because the access to servers is a conduct of ISPs themselves. Some scholars think that this understanding is the case only for member countries of the Budapest Convention, which still creates a need to discuss the sovereignty issue. In case of “remote access investigation,” since the law enforcement access servers, the legislative staff explains that it must gain agreement of the other country or take a measure of International Assistance in Investigation when it cannot obtain the user’s voluntary consent. However, in this modern world of remote computing, the reasonableness of drawing national borders should be considered, within the context of investigation, about data that ISPs control or users can access.

Key Words: Digital Evidence, Cybercrime, Production Order, Remote Access Investigation

* Associate Professor, Faculty of Global Informatics, Chuo University, PhD. in Law

선거운동 연령 제한에 대한 연구

- 현재 2024. 5. 30. 2020헌마1743 결정에 대한 평석을 중심으로 -

기 현 석*

논문요지

2024년 5월 30일 헌법재판소는 2020헌마1743 결정에서 재판관 7대 2의 의견으로 선거권 행사 연령에 도달하지 못한 18세 미만 미성년자의 선거운동을 금지한 구 공직선거법 제60조 제1항 제2호 선거운동제한조항이 청구인의 정치적 표현의 자유를 침해하지 않는다고 결정하였다. 이 사건에서 헌법재판소의 재판관들은 다음의 법적 쟁점을 두고 찬반이 나뉘어졌다.

첫째는 선거운동 제한 연령은 반드시 선거권 제한 연령과 동일해야 하는가 하는 것이었다. 둘째는 정당법 개정으로 정당원의 자격을 획득할 수 있게 된 16세 이상의 미성년자도 선거운동을 할 수 없는가 하는 것이었다. 이와 관련하여 본 연구는 선거운동제한조항이 16세 이상 미성년자의 선거운동의 자유를 침해한다고 본 이 사건 2인 재판관의 반대의견과 결론을 같이하면서도 다음의 보완 논거를 제시하고 이를 기초로 입법적 대안을 모색해 보았다.

첫째, 선거권 연령 제한과는 달리, 선거운동 연령 제한은 선거의 공정성이라는 입법목적의 달성에 기여하는 바가 매우 미약한 수단이다. 정치적 판단능력을 충분히 갖춘 성인 유권자가 사회적 권력관계에서 열위에 놓인 미성년자의 무분별한 선거운동으로 인하여 왜곡된 선거권 행사를 하게 되는 경우를 상정하기는 쉽지 않을 것이기 때문이다. 따라서 기본권의 최대 보장이라는 관점에서 선거운동 제한 연령은 선거권 제한 연령보다 완화될 수 있다.

둘째, 선거운동제한조항은 미성년자의 구체적 사정을 고려하지 아니하고 미성년자의 선거운동의 자유를 획일적으로 제한하고 있다. 그러나 피해를 최소화하는 대안을 모색함에 있어 반드시 연령이라는 단일의 기준만을 고집할 필요는 없다. 따라서 16세 이상의 미성년자에 대한 논의에 더하여, 미성년자의 정당가입 여부, 직계존속의 공직선거 출마 여부 등의 구체적 사정에 근거하여 예외를 허용하는 대안이 검토될 필요가 있다.

이상의 논의를 기초로 할 때, 현실적인 대안은 미성년자의 구체적 사정을 이유로 예외적으로 선거운동을 허용하는 것이다. 미성년자가 정당원이거나 직계존속이 공직선거에 출마한 경우, 학내 모의투표로 인하여 불가피한 경우 등에는 선거운동을 허용하는 예외를 인정할 수 있을 것이다. 한편 이상적인 대안은 선거운동과 관련된 일체의 연령제한을 폐지하는 것이다. 다만 학내 면학 분위기 조성 등을 위한 선거

* 명지대학교 법과대학 교수

운동 제한의 법적 근거를 둘 필요가 있다면, 이는 민주시민교육의 활성화라는 큰 틀에서의 별도 논의를 거쳐 공직선거법이 아닌 교육관련법 등에 그 근거를 마련하는 것이 바람직할 것이다.

검색용 주제어: 선거권, 선거운동, 표현의 자유, 민주시민교육, 선거연령

· 논문제출: 2025. 01. 04. · 심사개시: 2025. 01. 09. · 게재확정: 2025. 01. 27.

I. 서론

헌법재판소 2024. 5. 30. 2020헌마1743 결정(이하 ‘대상결정’이라 한다)¹⁾은 선거권 행사 연령에 도달하지 못한 18세 미만의 국민에 대하여 선거운동을 금지한 구 공직선거법 제60조 제1항 제2호(이하 ‘선거운동제한조항’이라 한다)²⁾가 청구인의 선거운동의 자유를 침해하지 아니한다고 판시하였다. 이 사건에서 대두된 주요 쟁점 중 하나는 대상결정의 선례인 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287 결정³⁾에서 그러하였던 것과 마찬가지로, 선거운동의 자유가 인정되는 연령을 선거권이 인정되는 연령에 연동시키는 것이 과연 합리적인가 하는 것이었다. 이에 헌법재판소 전체 9인 재판관 중 7인의 재판관은 법정의견으로 “선거운동의 자유는 선거권 행사의 전제”라 할 수 있으므로 “입법자가 선거운동의 자유가 인정되는 연령을 18세 이상으로 정한 것”이 불합리하다고 보기 어렵다는 이유에서 선거운동제한조항은 청구인의 선거운동의 자유를 침해하지 않는다고 판시하였다.⁴⁾ 그러나 2인의 재판관은 반대의견을 통하여 이 사건 선거운동제한조항은 “합리적인 이유 없이 선거운동의 자유가 인정되는 연령을 선거권이 인정되는 연령에 연동”시키고 있으므로 청구인의 선거운동의 자유를 침해한다고 판시하여 법정의견과 견해를 달리하였다.⁵⁾

공직선거법의 선거운동제한조항을 위반할 경우 동법 제255조 제1항은 “3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금”에 처하도록 규정한다. 이에 그동안 선거운동이 허용되는 연령과 관련하여서는 실제 사건들을 통하여 사회적 논란이 야기되기도 하였다. 2020년 8월에는 선거운동 과정에서 특정 후보자를 지지하는 선거 연설을 한 사

1) <공직선거법 제16조 제2항 등 위헌확인(공직선거법 위헌확인 사건)>(기각, 각하) [공보 33 2, 953~960쪽]. 이하 대상결정은 ‘결정문(2024), 00면’의 형태로 인용하기로 한다.

2) 대상결정은 구 공직선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되고, 2022. 1. 18. 법률 제1879 0호로 개정되기 전의 것) 제60조 제1항을, 대상결정의 선례인 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287 결정은 구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제60조 제1항을 다루고 있는데 선거운동 제한 연령이 18세와 19세로 1년의 차이가 나기는 하지만 이는 여기서 다루는 주요 쟁점과 관련하여 의미 있는 문언의 변화가 있는 것으로 볼 수는 없으므로 위 두 조항을 모두 ‘선거운동제한조항’으로 약칭하기로 한다.

3) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287. <공직선거법 제15조 제1항 등 위헌확인 (연령에 따른 선거권, 피선거권, 선거운동의 자유 및 정당 of 자유 제한에 관한 사건)>(기각, 각하) [판례집 26 -1하, 223~ 258쪽]. 이하에서 2024년 결정의 선례인 2014년 헌법재판소 결정은 ‘결정문(2014), 00면’의 형태로 인용하기로 한다. 동 결정의 자세한 내용은 II장에서 후술한다.

4) 재판관 이종석. 이은애. 이영진. 문형배. 김형두. 정정미. 정형식의 법정의견

5) 재판관 김기영, 이미선의 반대의견

람이 미성년자인 것이 드러나 이를 지시한 이에게 벌금형이 부과된 사건이 있었다.⁶⁾ 이후 국가인권위원회는 2021년 12월 16일 개최한 전원회의에서 “청소년의 정치적 참여권을 더욱 폭넓게 보장”한다는 취지에서 선거운동제한조항을 포함한 공직선거법 등의 연령기준을 개선할 것을 행정안전부장관 및 중앙선거관리위원회위원장에게 권고하고 국회의장에게 관련 법률의 조속한 통과를 위한 의견표명을 하기로 결정하였다.⁷⁾ 한편 여러 선거를 치르면서 지속적으로 공직선거에 출마한 후보자와 불가분의 관계에 있다고 할 직계비속이 미성년자라는 이유만으로 선거운동이 불허되는 문제가 불거지자 이는 “천륜(天倫)에 반하는 일”이라는 비판과 함께 공직선거법 개정의 필요성이 논의되기도 하였다.⁸⁾

그러나 10년 만에 이뤄진 헌법재판소에서 다시 ‘기각’ 결정이 내려짐으로써 헌법재판소를 통한 문제의 해결은 당분간 기대하기 곤란하게 되었다. 이에 본 논문은 이번 헌법재판소 결정에서 쟁점별로 전개된 찬반 논의를 심화하여 분석하고, 이를 기초로 바람직한 입법적 대안을 제시하고자 한다. 여기서 결론을 일부 선회하여 말하자면, 구체적으로 본 논문은 선거운동 연령 제한 제도에 대한 2024년 헌법재판소 결정의 반대의견과는 결론을 같이하면서도 추가적으로 논의가 이뤄질 여지가 있었던 부분을 언급하고자 한다.

이에 본 논문은 다음의 순서로 작성되었다. 먼저 위에서 소개한 2024년의 헌법재판소 결정의 내용 및 이와 관련된 사항들을 간략하게 정리하고(II) 다음으로 평석을 곁하여 선거운동제한조항에 대한 헌법재판소 결정에서 나타난 각각의 논점들에 대해 추가적으로 논의될 필요가 있는 부분을 언급하고자 한다(III). 이어서 이상의 논의를 기초로 선거운동 연령 제한과 관련하여 현실적 대안과 이상적 대안을 각각 제안하고(IV) 마지막으로 지금까지의 모든 내용을 요약·정리하면서 글을 마치기로 한다(V).

II. 사건의 개요와 헌법재판소의 결정 요지

1. 선례: 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287

헌법재판소는 이미 2014년 4월 24일 「2012헌마287」 사건에서 선거권 행사 연령과 선거운동 허용 연령을 19세 이상으로 정하여, 현행 공직선거법상의 선거권 및 선거운동 허용 연령인 18세 이상과 한 살의 차이가 날 뿐 양자가 연동되어 있다는 점에서는 동일한 구조를 갖고 있었던, 구 공직선거법의 선거운동제한조항에 대한 헌법소원심판에서 재판관 6대 3의 의견으로 기각결정을 내린 바 있다.

6) 부산지방법원 서부지원 2020. 8. 20. 2020고합94

7) 국가인권위원회, “청소년 정치적 참여권 더 폭넓게 증진해야”, 국가인권위원회 보도자료, 2022.1. 18. 1쪽.

8) 국회 세미나에 참석한 신광호 중앙선거관리위원회 법제과장은 후보자·예비후보자의 미성년자 직계비속이 선거운동을 못하도록 막는 것은 천륜에 어긋나는 것이라고 설명하면서 공직선거법의 해당조항의 개정에 찬성한다고 말한 바 있다. 신광호, “선거운동의 자유 확대와 유권자의 알 권리 강화”, 선거운동 규제와 표현의 자유 : 공직선거법 쟁점과 개정 방향 토론회 세미나 자료(주최: 국회의원 진선미, 국회의원 윤소하, 국회의원 이재정, 국회의원 박주민, 시민사회단체연대회의, 정치개혁 공동행동, 국회시민정치포럼 ; 주관: 국회의원 유승희, 참여연대), 2017, 57쪽.

2014년 결정에서 헌법재판소의 법정의견과 반대의견이 갈리게 된 법적 쟁점은 크게 보아 두 가지로 정리될 수 있다. 첫째는 선거권 연령에 선거운동 연령을 연동시키는 것이 과연 합리적인가 하는 것이었다. 둘째는 양자를 연동시키는 것이 불합리하다는 것을 전제로 할 때 적어도 중등교육을 마침으로써 어느 정도는 정치적 판단능력이 갖춰졌을 것으로 보이는 18세 이상 19세 미만의 사람에게는 선거운동의 자유를 허용할 수 있지 않는가 하는 것이었다.⁹⁾ 법정의견과 반대의견은 과잉금지원칙을 적용함에 있어 목적의 정당성 및 수단의 적합성에 대해서는 의견의 일치를 보았으나 ‘피해의 최소화’ 및 ‘법익의 균형성’에 대한 판단에 있어 상기(上記)한 두 가지 쟁점을 두고 각각 의견을 달리하였다.

먼저 6인 법정의견¹⁰⁾은 “입법자는 민법상 행위 능력이 있는 성년 연령(만 19세)을 기준으로 선거권 행사 연령과 선거운동의 자유가 인정되는 연령을 동일하게” 정하고 있는데 “이를 현저하게 불합리하거나 자의적이어서 입법형성권의 재량의 범위를 일탈한 것이라고 볼 수는 없으므로” 침해의 최소화 및 법익의 균형성을 위배하였다고 볼 수 없고 따라서 “19세 미만인 청구인들의 선거운동의 자유를 침해하지 않는다.”고 판단하였다.¹¹⁾ 반면 3인의 반대의견¹²⁾은 “선거권과 선거운동의 자유가 ‘선거’라는 측면에서 연관성은 가지나, 그렇다고 하여 동일성 내지는 상호불가분성을 가진다고는 볼 수 없다”고 전제하면서¹³⁾ 먼저 피해의 최소성에 대한 판단에 있어서 19세 미만의 사람 그중에서도 특히 “고등교육과정으로의 진입이나 취업을 앞둔, 중등교육을 마치는 연령인 18세부터 19세의 사람은 선거에 있어서 적어도 자신들의 정치적 의사를 표현할 정도의 의식수준은 갖추었다”고 할 것이므로 “19세 이상의 사람에게만 선거운동의 자유를 인정하는 것은 침해최소성을 벗어난 과도한 제한”이며 “정치적 판단능력이 인정되는 18세 이상 19세 미만인 사람들의 선거운동을 제한한다고 하여 선거의 공정성이 얼마나 확보될 것인지 의문인 점에서 법익의 균형성도 충족하지 못하므로” 이 사건 선거운동 제한조항은 “18세 이상 19세 미만인 사람들의 선거운동의 자유를 침해한다.”고 보았다.¹⁴⁾

2. 이후의 법령 개정 및 2024년 결정의 사건 개요

2014년의 헌법재판소 결정 이후인 2020년 1월 14일 국회는 선거권 및 선거운동 허용 연령을 19세에서 18세로 하향하는 것을 포함한 공직선거법의 개정을 단행하였다.¹⁵⁾ 따라서 일단 2014년 결정에서 찬반 의견이 갈리게 되었던 18세 이상 19세 미

9) 결정문(2014), 226쪽.

10) 이정미, 김창중, 안창호, 강일원, 서기석, 조용호 재판관

11) 결정문(2014), 241-244쪽.

12) 박한철, 김이수, 이진성 재판관

13) 결정문(2014), 250-251쪽.

14) 결정문(2014), 251-252쪽.

15) 공직선거법 일부개정법률(2020. 1. 14. 법률 제16864호) 2020. 1. 14. 공포. 개정법의 시행일은 공포일과 동일한 2020. 1. 14.이었고(동법 부칙 제1조) 실질적으로 동법이 적용된 시점은 2020. 4. 15. 실시된 제21대 국회의원 선거부터였다. 국가법령정보센터 홈페이지 <<https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=213313&ancYd=20200114&ancNo=16864&efYd=20200114&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202&ancYnChk=0#0000>>(최종 검색일: 2024. 12. 15.)

만인 사람의 선거운동 허용에 대한 문제는 입법적으로 해결되었다. 그러나 공직선거법에서의 연령기준에 대한 문제점들이 모두 해소된 것은 물론 아니었다.

본 논문이 주된 논의의 대상으로 삼고자 하는 2024년의 대상결정은 이러한 연령기준의 문제점들이 종합적으로 드러난 사건이었다. 이 사건의 청구인은 각각 2022년 6월 1일 치러진 제8회 전국동시지방선거와 2024년 4월 10일 치러진 제22대 국회의원총선거에 출마하고자 하였던 사람들이다. 청구인들은 원래 국회의원, 지방자치단체장, 지방의원 등의 피선거권 기준이 되는 연령을 25세 이상으로 정하였던 구 공직선거법 제16조 제2항과 동조 제3항의 연령기준을 이유로 해당 선거에 출마를 못하게 되자 각자 자신의 공무담임권 등이 침해된다는 이유로, 2020년 12월 31일 헌법소원심판을 청구하였다.¹⁶⁾ 이후 청구인들은 2021년 1월 11일에 다시 선거운동 연령을 제한하는 조항인 공직선거법 제60조 제1항 제2호와 국회의원 선거권이 있는 18세 이상의 자에게만 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있도록 정한 구 정당법 제22조 제1항에 대한 심판청구를 추가하였다. 이에 본 논문의 주제인 선거운동제한조항의 위헌성 여부에 대한 판단이 약 10년 만에 헌법재판소에서 다시 이뤄지게 되었다.

그런데 이 사건의 심판청구가 이뤄진 다음인 2021년 12월 31일, 국회는 국회의원선거와 지방선거에서의 피선거권 연령을 선거권 연령과 동일하게 만 25세에서 만 18세로 낮추는 것을 내용으로 하는 공직선거법 일부개정법률안을 본회의에서 통과시켰다.¹⁷⁾ 이어서 2022년 1월 21일 국회는 다시 정당의 발기인 및 당원의 자격이 인정되는 연령(이하 ‘당원자격 연령’으로 약칭함)을 만 18세에서 만 16세로 낮추는 것을 주요 내용으로 하는 정당법 일부개정법률안을 본회의에서 통과시켰다.¹⁸⁾

여기서 당원자격 연령이 낮춰진 것은 공직선거법상 피선거권 연령이 낮춰진 데 따른 법률간 정합성을 갖추기 위한 노력으로 볼 수 있다. 만일 피선거권 연령과 당원자격 연령을 똑같이 만 18세 이상으로 둘 경우, 일정 기간 이상 정당에서 활동한 경력을 기반으로 정당의 공직후보자 추천을 받게 되는 통례를 감안할 때, 어떤 사람이 만 18세가 되자마자 정당에 가입한다 하더라도 갓 정당에 가입한 이들에게 실질적인 피선거권이 보장될 가능성이 거의 없을 것이었기 때문이다.¹⁹⁾ 그런데 이로 인하여 다시 뒤에서 상술하게 될 법률간 정합성의 문제가 하나 더 대두되게 되었다. 정당에 가입하여 정당원으로 활동하게 될 16세 이상 18세 미만의 사람에게 정작 정당원의 가장 중요한 활동이라 할 선거운동이 금지되는 문제가 발생하게 되었기 때문이었다.

아무튼 이상의 법 개정으로 인하여 이 사건에서 “피선거권조항과 정당법조항은 더 이상 청구인에게 적용될 여지가 없게” 되었으므로 이 부분에 한하여는 “심판청구의 주관적 권리보호이익”도 소멸하게 되었고, “권리보호이익이 인정되는 부분은 선거운동제한조항에 대한 것만”이 남게 되었다.²⁰⁾ 이에 이 사건은 다음에서와 같이 선거운동제한조항에 대하여만 다음과 같이 헌법재판소의 판단을 받게 되었다.

16) 결정문(2024), 954쪽.

17) 2022. 1. 18. 법률 제18790호

18) 2022. 1. 21. 법률 제18792호. 이날 개정된 정당법 제22조 제1항 전문(前文)은 “16세 이상의 국민은 공무원 그 밖에 그 신분을 이유로 정당가입이나 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정에 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다.”고 정한다.

19) 결정문(2024), 959쪽.

20) 결정문(2024), 956쪽.

3. 대상결정: 현재 2024. 5. 30. 2020헌마1743 결정

(1) 법적 쟁점 및 심사기준

이 사건의 주된 법적 쟁점은 다음의 두 가지로 정리된다. 첫째, 지난 2014년 결정에서 논의된 것과 마찬가지로, ‘선거권이 인정되는 연령’과 ‘선거운동의 자유가 인정되는 연령’이 반드시 동일해야 하는지, 그리고 여기서 입법자의 합리적 의도를 찾아볼 수 있는지가 하나의 쟁점이 되었다. 둘째, 정당법 개정에 따라 당원자격 연령이 16세 이상으로, 선거운동 허용 연령이 18세 이상으로, 서로 다르게 되었으므로 공직선거법이 정당법과 정합성을 가지는지가 새로운 쟁점으로 대두되게 되었다. 이에 헌법재판소는 “선거운동의 자유는 언론·출판·집회·결사의 자유보장 규정에 의한 보호를 받는다는 점에서 선거운동 제한 규정의 위헌 여부에 대하여는 과잉금지원칙에 의한 심사를 함이 타당”하다고 보면서 과잉금지원칙을 이 사건의 주된 쟁점들에 대한 판단기준으로 삼으면서,²¹⁾ 법정의견과 반대의견 모두 선거운동제한조항의 입법목적적 선거의 공정성이라 할 때 이는 정당한 목적이며 이러한 목적을 달성하기 위하여 선거운동연령을 제한하는 것이 적합한 수단이라는 점에는 동의하면서도,²²⁾ ‘침해의 최소성’에 대한 판단 과정에서 이 사건의 두 가지 주요 쟁점에 대해 의견을 달리 하였다.

(2) 선거권 연령과 선거운동의 자유가 인정되는 연령을 동일하게 정한 것이 합리적인지 여부

법정의견은 침해의 최소성 판단에 있어서 우선 선거운동제한조항이 18세 미만인자의 선거운동만을 제한하고 있을 뿐이고, 선거운동과 구분되는 여타의 정치적 의사표현을 제한하는 것은 아니라는 점, 선거운동제한조항은 선거권을 박탈하는 것이 아니라 18세에 이를 때까지의 기간 동안만 선거운동의 자유를 ‘유예’하는 취지를 갖고 있다는 점을 강조하였다.²³⁾

이어서 법정의견은 앞서 언급한 이 사건의 첫 번째 쟁점과 관련하여, 선거운동 연령을 선거권 연령에 연동시킨 입법자의 의도를 다음과 같이 해석한다. 먼저 입법자는 “18세 미만인 미성년자의 경우에는 정치적 자율성의 불충분, 보호자에의 의존성 내지 경험의 부족으로 정치적 판단이나 의사표현의 왜곡 위험이 있는 점 및 교육적인 부작용” 등을 이유로 ‘선거권 연령’을 18세 이상으로 정하였다.²⁴⁾ 그런데 “선거운동의 자유는 선거권 행사의 전제”라고 볼 수 있다.²⁵⁾ 따라서 “18세 미만인 사람들의

21) 결정문(2024), 957쪽.

22) 결정문(2024), 957쪽. 법정의견이 명시적으로 목적의 정당성, 수단의 적합성 등의 표제에 따라 각 단계별 심사를 진행하였음에 반하여 반대의견은 별도의 단계별 표제를 명시하지 아니하였다. 다만 반대의견의 모두에 “선거의 공정성을 확보하기 위하여 정치적 판단능력이 미약한 사람의 선거운동의 자유를 제한할 필요가 있는데, 연령은 정치적 판단능력의 유무를 가르는 기준이 될 수 있다.”고 언급한부분은 반대의견 또한 선거운동제한조항의 목적의 정당성과 수단의 적합성을 긍정한 것으로 이해된다. 결정문(2024), 959쪽.

23) 결정문(2024), 957~958쪽.

24) 결정문(2024), 958쪽.

25) 결정문(2024), 958쪽.

정치적 판단능력이 선거권을 행사하기에 미약하다면 선거운동의 자유를 행사함에 있어서 필요한 정치적 판단능력도 미흡하다”고 볼 수 있다.²⁶⁾ 이에 입법자는 “선거권 연령을 제한한 것과 같은 취지에서 입법자가 선거운동의 자유가 인정되는 연령을 18세 이상으로 정한 것”이므로 여기에는 합리적 이유가 있다.²⁷⁾

이에 대하여 대상결정의 반대의견은 “선거권과 선거운동의 자유가 ‘선거’라는 측면에서 연관성”을 가지는 것은 사실이나 그렇다고 하여 선거권과 선거운동의 자유가 동일성 내지 상호불가분성을 가진다고는 볼 수 없고, 따라서 “국정 참여수단인 선거권이 인정되는 연령과 선거에 있어서 정치적 표현활동의 일환인 선거운동의 자유가 인정되는 연령이 반드시 동일해야만 하는 것은 아니다”라고 판단한다.²⁸⁾

(3) 정당법 개정에 따른 관련 법률과의 정합성

법정의견은 앞서 언급한 두 번째 쟁점에 대해서는 다음과 같이 판단한다. 먼저 “입법자가 법 개정을 통해 16세 이상 18세 미만인 사람의 정치적 판단능력이 정당활동에 참여하는 데에는 충분한 수준에 이르렀다고 보면서도, 이들의 선거운동은 여전히 금지하는 것이 헌법적 한계를 일탈한 것은 아닌지” 의문을 가질 수는 있다.²⁹⁾ 그러나 선거운동이 정당활동의 유일한 구성요소는 아니다.³⁰⁾ 따라서 대상결정의 법정의견은 선거운동제한조항으로 인하여 선거운동이 허용되지 않는다 하더라도 그것이 “불합리하다고는 볼 수 없고 선거운동제한조항이 18세 미만인 사람들의 선거운동의 자유에 관하여 침해의 최소성을 위배하였다고도 할 수 없다”고 판시하였다.³¹⁾

이에 대하여 대상결정의 반대의견은 입법자가 원래 정당법 제정시에는 “국회의원 선거권을 행사하기 위해 요구되는 정치적 판단능력과 정당의 발기인 및 당원이 되기 위해 요구되는 정치적 판단능력을 동일”한 것으로 보아 선거권 연령과 정당자격 연령을 동일하게 규율하였으나, 공직선거법의 피선거권 연령이 18세로 낮춰지자 “청소년이 정당추천후보자로 공직선거에 출마할 수 있도록” 당원자격 연령을 16세로 완화하면서 입법과정에서 다음의 두 가지 점을 새롭게 판단하였다고 해석한다. 첫째, 정당의 구성원에게 요구되는 정치적 판단능력이 반드시 선거권 행사에 요구되는 정치적 판단능력과 동일할 필요는 없다. 둘째, 16세 이상 18세 미만의 사람에게도 정당의 구성원으로 활동하는 데 필요한 정치적 판단능력이 인정된다.³²⁾ 따라서 반대의견이 보기에 입법자가 정당의 구성원으로 활동하는데 필요한 정치적 판단능력을 인정한 16세 이상 18세 미만의 사람에게 선거운동제한조항이 “정당활동의 핵심이라고 할 수

26) 결정문(2024), 958쪽.

27) 결정문(2024), 958쪽.

28) 결정문(2024), 959쪽.

29) 결정문(2024), 958쪽.

30) 법정의견은 18세 미만의 정당원이라 하더라도 “정당의 당원이 되어 당직에 취임하고 당비를 납부하거나 후원회에 후원금을 기부할 수 있고, 공직선거법에 위반되지 않은 방법으로 후원금 기부의 고지·안내를 할 수도 있으며, 특정 정당이나 공직선거의 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)를 지지·추천하거나 반대함이 없이 자당의 정책이나 정치적 현안에 대한 입장을 인쇄물 등을 이용하여 홍보하거나 당원모집을 하는 등”의 통상적인 정당활동을 할 수 있고 “소속 당원만을 대상으로 하는 당내경선에서는 경선운동이 허용”된다는 점을 든다. 결정문(2024), 958쪽.

31) 결정문(2024), 958쪽.

32) 결정문(2024), 959쪽.

있는 선거운동을 금지”하는 것은 “관련 법률 사이의 정합성에 저촉”되는 것임과 동시에 “합리적인 이유 없이 선거운동의 자유가 인정되는 연령을 선거권이 인정되는 연령에 연동”시키는 것이어서 이들의 선거운동의 자유를 침해하는 것이다.³³⁾

III. 평석

1. 첫 번째 쟁점: 선거권 연령과 선거운동 연령의 연동

공직선거법 제1조는 “이 법은 「대한민국헌법」과 「지방자치법」에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적으로 한다.”고 정한다. 따라서 공직선거법상의 모든 기본권 제한규정에 대한 입법자의 입법목적은 선거의 공정성 내지 선거와 관련한 부정을 방지하는 것으로 이해될 수 있다.

다만 공직선거법이 두고 있는 각각의 제한규정에 있어 입법목적으로서 선거의 공정성이라는 개념은 매우 다의적인 개념으로 사용된다.³⁴⁾ 그러나 적어도 공직선거법이 선거권 및 선거운동의 연령을 제한하는 목적으로서 선거의 공정성이란 개념은 관련 판례를 통하여 비교적 그 구체적인 내용을 쉽게 파악할 수 있다. 헌법재판소는 2013. 7. 25. 「2012헌마174」 사건에서 입법자가 ‘선거권’을 제한하는 목적에 대해 “19세 미만으로서 아직 고등학교를 졸업하지 못한 학생들은 개인적인 차이를 감안하더라도 아직 정치적·사회적 시각을 형성하는 과정에 있거나 일상생활에 있어서도 현실적으로 부모나 교사 등 보호자에게 어느 정도 의존할 수밖에 없는 상황이므로, 이들의 정치적 의사표현이 민주시민으로서의 독자적인 판단에 의한 것인지 의문이 있을 수 있고, 그러한 의존성으로 말미암아 정치적 판단이나 의사표현이 왜곡될 우려도 있다.”고 판시한 바 있다.³⁵⁾ 대상결정의 법정의견도 선거운동제한조항의 입법목

33) 결정문(2024), 959~960쪽

34) 공직선거법 및 방송법 규정에 있어 공정성 개념의 모호성으로 인하여 발생하는 문제에 대한 비판적 분석으로는 김효연, “선거와 방송의 공정성 - 공직선거법과 방송법의 규정을 중심으로 -” 헌법학연구 제27권 제1호(2021. 3), 270-275쪽 참조. 한편 헌법재판소는 선거의 공정성에 대해서 “국민의 선거의 자유와 선거운동 등에 있어서의 기회의 균등이 담보되는 것”이라고 하면서 선거의 공정성과 선거운동의 자유의 관계에 대해 “선거운동 등 정치적 표현의 자유는 선거의 공정성을 전제로 인정되는 것이며, 선거의 공정성은 그러한 자유의 한정원리로 기능할 수 있다”고 하여 양자가 대립적인 관계에 놓여 있다는 일반적인 세간의 인식을 확인한 바 있다. 헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734 등, 음선필 교수도 같은 맥락에서 선거의 공정성이란 “선거권자의 다양한 의사를 정확하게 반영”하기 위하여 “선거과정에서 정치적 경쟁의 공정성 확보를 요구하는 원칙”으로서 “선거과정의 경쟁자인 후보자 및 정당간의 공정한 경쟁”을 핵심으로 한다고 설명한다. 그러나 음선필 교수의 견해에 따르면 헌법재판소의 입장과는 달리 선거의 자유와 공정성은 대립적인 개념이라기보다는 차원이 다른 보완적 개념으로서 이해되어야 할 것인데 “선거권자의 다양한 의사를 정확하게 반영”하기 위해서는 궁극적으로 “선거운동의 자유가 선행적으로 보장”되어야 할 것이라는데 기인한다. 음선필, “한국 지방선거에서의 공정선거 확보방안”, 유럽헌법연구 제7호(2010. 6.), 108쪽.; 음선필, “선거의 완전성”, 홍익법학 제15권 제3호(2014), 107쪽.; 同旨 허진성, “선거의 공정성에 관한 한 고찰 - 규범의 인식과 실천이라는 관점에서 -”, 언론과 법 제15권 제2호(2016), 44-45쪽.

35) 헌재 2013. 7. 25. 2012헌마174

적 또한 선거권 연령을 제한하는 해당조항의 구체적 입법목적과 대체로 동일한 것으로 이해하고 있다. 대상결정의 법정의견은 선거운동제한조항의 입법목적에 대해 “선거권을 행사할 만한 정치적 판단능력을 인정하기 어려운 사람에게 선거운동의 자유를 인정하는 경우에는 정확하고 충분한 정보에 기초하지 않은 선거운동이 행하여질 우려가 있고, 이러한 선거운동에 의하여 유권자가 왜곡된 정치적 결정을 내리게 되어 결국 선거의 공정성을 해할 우려가 발생하게 된다.”고 판시한다.³⁶⁾ 따라서 이들 결정례를 종합하면, 선거권 행사에 있어 유권자가 ‘외부의 어떠한 사유’로 인하여 원래 의도하였던 바와는 다른 왜곡된 결정을 내리는 것을 방지하는 것이 ‘선거권’ 연령 제한조항과 ‘선거운동’ 연령제한조항의 공통된 입법목적이라 할 수 있다.

그런데 이 지점에서 정치적 판단능력이 미흡한 사람이 선거권을 행사할 수 있게 되었을 때 선거의 공정성이 훼손되는 정도와, 단지 선거운동이 허용됨으로써 선거의 공정성이 훼손되는 정도를 과연 같은 수준으로 볼 수 있는지에는 의문을 제기할 수 있다고 본다. 다시 말해 선거권 연령을 제한하는 것과는 다르게 선거운동 연령을 제한하는 것이 선거의 공정성이라는 입법 목적을 달성하는 수단으로서 그 효과를 충분히 담보할 만한 것인지 의문스럽다. 다음에서는 이러한 의문을 뒷받침하기 위하여 과거 미성년자와 마찬가지로 선거권 및 선거운동의 자유가 제한되었으나 민법상 성년후견제도가 도입된 현재에는 아무런 제한을 받지 아니하게 된 정신장애인의 사례를 검토하기로 한다.³⁷⁾ 먼저 정신장애인의 선거권 행사로 인하여 선거의 공정성이 훼손된 것으로 볼 수 있는 구체적 사례로는 다음과 같은 것이 있다.³⁸⁾

“0000당 당직자가 운영하는 장애인 보호시설이 지적장애인 원생들을 000 0000당 후보 유세 현장에 동원한 데 이어 사전투표에까지 동원됐다는 의혹이 제기됐다. 단순히 원생들을 사전투표소에 데리고 간 것이 아니라 투표소에서 0 후보의 기표란에 도장을 찍게끔 사전에 연습을 시켰다는 내용이다. ... 각급 선관위의 선거체험교육에서는 후보자들의 이름이 ‘기호 1번 백두산’, ‘기호 2번 한라산’ 처럼 실제 선거와는 다른 후보자 이름을 쓴다. 그런

36) 결정문(2024), 957쪽.

37) 과거 공직선거법은 한정치산자와 금치산자의 선거권 및 선거운동의 자유를 제한하였다. 현재에도 공직선거법 제18조 제1항 제1호 및 동법 제60조 제1항 제3호에 따라 금치산자는 선거권과 선거운동의 자유가 제한된다. 다만 민법상 성년후견제도가 도입되고 난 이후 현재에는 민법의 경과규정에 의해 과거에 내려진 금치산선고의 효력이 모두 소멸하여 현실적으로 정신장애를 이유로 선거권 및 선거운동의 자유를 제한받는 경우는 존재하지 않게 되었다. 정신장애인의 법적 개념 및 이들에 대한 선거권 제한의 연혁에 대한 자세한 소개는 기현석, “정신적 장애인의 선거권 제한 논의에 대한 고찰”, 토지공법연구 제47집 제2호(2016. 2.), 622-624쪽 참조.

38) 선거의 공정성만을 가장 중요한 법익으로 본다면 미성년자의 경우와 마찬가지로 정치적 판단능력이 미흡한 지적장애인의 경우에도 선거권 행사를 제한하는 것이 가장 효과적인 수단이 될 수 있다. 이에 현행 공직선거법은 성년후견제도의 도입으로 그 실효성을 상실한 것이기는 하지만, 여전히 금치산자를 선거권 행사가 제한되는 자의 범주에 포함시키고 있다. 여기서 정치적 판단능력이 미흡한 유권자의 선거권 행사를 연령 등의 기준에 의해 일률적으로 제한하는 것이 바람직한지에 대한 논의는 본 논문의 연구 범위를 벗어나는 것이다. 그러나 선거의 공정성을 이유로 선거권 부여에 요구되는 정치적 판단능력을 지나치게 높은 기준으로 설정하는 것은 보통선거원칙에 위배될 소지를 안고 있다는 점을 분명히 언급해 두기로 한다. 가장 바람직한 대안은 지적장애인의 선거권을 박탈하는 것이 아니라 선거권을 부여하되 이들의 진정한 의사가 투표결과에 반영될 수 있도록 선거과정에 ‘정당한 편의’를 제공하는 것이라 할 수 있다. 선거과정에 장애인에 대한 정당한 편의제공의 내용에 대한 보다 자세한 논의는 기현석, 앞의 글(2016), 632-635쪽 참조.

데 이 시설에서 발견된 투표용지는 실제 후보들의 기호와 이름이 그대로 적혀 있었다. 시설 차원의 별도의 ‘사전투표 교육’이 있었다는 증거다.”³⁹⁾

위 사례에서 장애인 보호시설의 운영자는 부당한 영향력의 행사를 통하여 자신이 관리하는 시설의 장애인들에게, 사실상 대리투표와도 그 실질이 다르지 않다고 할 수 있는, 일종의 강제투표를 시도하였다.⁴⁰⁾ 그런데 만일 개표 결과 당선자와 낙선자 사이의 표차가 얼마 나지 않는 경우라면 이러한 강제투표의 사례가 비록 소수에 그친다 하더라도 선거결과를 바꿀 수도 있는 만큼 선거의 공정성이 훼손될 수 있을 것이다.

한편 정치적 판단능력이 미흡한 것으로 평가받는 사람에게 선거운동의 자유가 허용됨으로써 선거의 공정성이 훼손되었다고 주장할 만한 사례로는 다음과 같은 것이 있다.

“000 0000당 대선후보의 배우자인 000씨의 제주 유세에 도내 장애인시설 장애인들과 직원들이 집단 동원돼 시설 원장이 고발됐다는 언론 보도가 나왔다. ... 제주도선거관리위원회와 0000당 제주도당 등에 따르면 지난달 27일 0씨의 제주시민속오일장 유세 당시 도내 장애인주간보호시설 직원과 장애인 원생 등 50여 명이 집단 동원됐다.”⁴¹⁾

그런데 위의 사례에서 운영자의 강압에 의해 동원된 시설거주 장애인들의 선거운동이 실제 선거결과에 영향을 미치는 정도는 이들이 선거권을 직접 행사하는 경우에 비하여 대단히 한정적이다. 정치적 판단능력이 충분히 갖춰진 비장애인 유권자가 정신장애인의 선거운동에 영향을 받아 원래의 결정과는 다른 선거권 행사를 하게 되리라는 주장에는 의문을 가져 볼 필요가 있다.⁴²⁾

정신장애인의 경우와 마찬가지로 정치적 판단능력을 충분히 갖춘 성인 유권자가 사회적 권력관계에서 열위에 놓이기 쉬운 미성년자의 무분별한 선거운동에 의해 왜곡된 선거권 행사를 하게 될 가능성은 그리 크지 않을 것이다. 특히 사회적 권력관계라는 관점에서 보면, 미성년자성인 유권자의 관계와는 반대의 경우, 즉 사회적 권력관계에서 우위에 있는 주체에게 선거운동을 금지하는 입법례도 고려될 필요도 있다. 즉 공직선거법은 일반 유권자를 대상으로 자신의 ‘우월한 지위를 이용한 선거운동’이 가능하다는 이유에서, 언론인,⁴³⁾ 공무원⁴⁴⁾ 등의 선거운동을 제한하였거나 제한

39) 서울신문, 2017. 5. 17. <<https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20170505500069>>

40) 시설거주 장애인의 선거권 행사과정에서의 문제점에 대한 보다 자세한 논의는 기현석, “시설거주 장애인의 선거권과 선거의 원칙”, 세계헌법연구 제21권 제2호(2015), 69-75쪽 참조.

41) 서울신문, 2017. 5. 4.

<https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20170504500158&wlog_tag3>

42) 정신장애인이 특정 후보자나 정당에 대해 비방·흑색선전을 한다고 할 때 이러한 불법적인 선거운동이 비장애인 유권자에 미칠 영향력은 대단히 제한적일 것이다. 다만 예컨대 지역 내 장애인 학교 설립과 같이, 장애인 정책과 밀접한 관련이 있는 후보자·정당을 지지하거나 반대하기 위한 선거운동이라면, 정신장애인의 선거운동이 비장애인 유권자에게 의미 있는 영향력을 가질 가능성이 없지 않다. 따라서 가장 극단적인 상황으로는 정신장애인 본인은 별다른 정치적 입장이 없으나 부모 등의 강요로 지역 내 장애인 학교의 설립을 지지하는 후보자의 선거운동을 돕는 경우 해당 후보자의 당선에 기여하는 경우를 상정해볼 수 있다. 그런데 이처럼 사회적 권력관계에서 열위에 놓인 이들의 선거운동이 사회적 영향력을 가지게 되는 경우라면, 이러한 선거운동의 영향력을 두고 과연 선거의 공정성을 훼손하는 것으로 보아 이를 금지하여야 할지는 의문이다.

하고 있다.

다만 정치적 판단능력이 미흡한 이들에게 선거운동이 허용될 때, ‘선거의 공정성 이외’의 공익에 미치는 부정적 영향까지 외면할 필요는 없다고 본다. 예컨대 앞의 사례에서도 선거운동이 허용됨으로 인하여 시설거주 정신장애인의 인권이 불필요하게 침해되었다는 지적이 제기될 수도 있을 것이다. 미성년자에 대해서도 마찬가지로 선거운동이 허용될 경우 전반적인 청소년 인권에 미칠 부정적 영향을 고려하지 않을 수 없다.

그러나 선거의 공정성 이외의 공익에 미치는 부정적 영향을 근거로 현재의 선거운동제한조항의 효용을 긍정하는 것은 다음의 이유에서 곤란하다고 본다.⁴⁵⁾ 예컨대 II장에서 살펴본 대상결정의 법정의견은 현재의 선거운동 연령 제한 제도의 합리성을 긍정하는 논거의 하나로 “교육적인 부작용”을 들고 있다.⁴⁶⁾ 그러나 이러한 주장들은 도리어 현재의 선거운동 연령 제한 제도가 정작 선거의 공정성이라는 공직선거법상 규제의 입법목적의 달성에는 별다른 역할을 하지 못한다는 점을 반증하는 것일 뿐이다. 사실 현재의 선거운동 연령제한 제도 관련 논의에서 우리사회 각계의 실질적인 관심은 ‘선거의 공정성’이 아니라, 미성년자의 선거운동 허용에 따른 ‘학내의 면학 분위기 훼손’ 또는 ‘교육의 정치적 중립성 위배’ 등에 있는 보인다.⁴⁷⁾

43) 헌법재판소는 언론인의 선거운동을 금지하였던 구 공직선거법의 해당조항에 대해 언론인의 개인적 선거운동을 허용하되 언론인의 지위를 이용한, 즉 매체를 활용한 선거운동은 금지된다고 판단한 바 있다. 현재 2016. 6. 30. 2013헌가1. 헌법재판소 이러한 결정에 따라 2020년 12월에 개정된 공직선거법은 구법상의 선거운동 금지 규정을 삭제하였다(공직선거법 제60조 제1항 제5호). 이에 대한 자세한 설명 및 평석은 이상명, “선거운동의 주체에 대한 소고”, 법과 정책연구 제22집 제3호(2022. 9.), 109-113쪽 참조. 이상명 교수는 우월적 지위를 이용한 선거운동이 문제라는 점에서 대통령 당선인의 경우에는 공직선거법상 공무원의 신분이 아니므로 현재는 선거운동의 자유가 인정된다 하더라도 이를 법률 개정으로 금지하는 것이 타당하다고 주장한다. 이상명, 같은 글, 114-115쪽.

44) 현행 공직선거법 제60조 제1항 제4호는 일정한 예외를 전제로 국가공무원법 제2조에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조에 규정된 지방공무원의 선거운동을 금지한다. 선거운동이 금지되는 공무원의 범위와 공무원의 선거운동을 금지하는 근거에 대한 보다 자세한 논의는 윤영미, “선거규제의 불명확성에 대한 검토-공직선거법의 공무원에 대한 중립의무 규정들을 중심으로-” 안암법학 제29권(2009. 5.), 4-7쪽 참조.

45) 김지혜 연구관은 연령을 기준으로 한 청소년의 기본권 제한에 대한 헌법재판소의 합헌 결정에는 세 가지 논리가 작용한다고 본다. 즉 무능력 논리, 보호 논리, 유예 논리가 그것인데 청소년을 무능력한 존재로 봄으로써 입법형성권을 넓게 형성하는 근거를 마련하고, 청소년 보호의 명목으로 국가적 통제를 넓게 승인하며, 유예논리 즉 언젠가 청소년도 성인이 된다는 논리로 기본권 제한과 차별에 대한 해명을 피하는 오류를 드러낸다고 설명한다. 김지혜, “미성숙 전제와 청소년의 기본권 제한-헌법재판소 선거연령 사건과 셋다운제 사건을 중심으로-”, 공법연구 제43집 제1호(2014. 10.), 118-123쪽.

46) 결정문(2024), 958쪽.

47) 예컨대 국가인권위원회는 청소년의 선거운동 제한제도의 개선안을 제시하면서, 개선안으로 인하여 예상되는 사회적 우려의 주된 내용이 ‘학교의 정치화’ 내지 ‘입시에 방해’에 있다고 보고, 이러한 우려를 반박하는 결정문을 발표한 바 있다. 동 결정문에서 국가인권위원회는 선거의 공정성에 대한 사회적 우려에 대한 반박 논리에는 약 반 페이지 정도를 할애한 반면 학교의 정치화 내지 입시에 방해가 된다는 우려에 대한 반박 논리에는 3페이지 정도를 할애했다. 자세한 내용은 국가인권위원회, 청소년 정치적 참여권 증진을 위한 제도개선 권고 및 의견표명, 국가인권위원회 결정문, 2021. 12. 6. 8-10쪽을 참조. 한편 선거운동 연령 제한과 맥락을 같이하는 선거권연령 제한의 주요 논거인 ‘교육적 부작용’ 논거의 한계를 지적하는 논문으로는 다음의 논문을 참조하기 바람. 김효연, “선거권연령에 관한 헌법재판소결정의 주요논거에 대한 비판적 검토: 현재 2014. 4. 24. 2012헌마287의 평석”, 헌법연구 제2권 제2호(2015. 9.), 367-368쪽.

그런데 18세 미만 미성년자의 선거운동을 허용함으로써 훼손될 수 있는 선거의 공정성 이외의 ‘학내 면학 분위기’와 같은 공익을 보호하기 위해서는, 공직선거법이 아닌 교육관련법⁴⁸⁾에 규제의 근거를 마련하는 것이 법적 정합성을 충족하는 방안이라고 본다.⁴⁹⁾ 무엇보다도 이러한 법적 정합성을 확보할 때, 정규 교육과정을 이수하지 아니하는 다수의 미성년자에게 공직선거법의 선거운동제한조항으로 인하여 정치적 표현의 자유가 부당하게 제한되는 일이 발생하지 않게 될 것이기 때문이다.⁵⁰⁾

한편 선거권 연령제한과는 달리 선거운동 연령제한은 선거의 공정성이라는 공익 실현에 상대적으로 미미한 효과를 가지는 수단이라는 지금까지의 주장에 대한 추가적인 근거로는 외국의 입법례를 들 수도 있다고 본다. 오늘날 일본 정도를 제외하면 민주주의가 공고화된 대다수 국가들은 선거권 행사에 연령제한을 두면서도 선거운동에 대한 연령제한 규정을 두는 예는 거의 찾기 힘들다.⁵¹⁾

여기서 지금까지의 주장을 정리하자면 다음과 같다. 먼저 선거운동 연령을 제한하는 것은 선거권 연령을 제한하는 것보다는 선거의 공정성이라는 입법목적 달성에 훨씬 효과가 떨어지는 수단이다.⁵²⁾ 따라서 선거의 공정성을 이유로 선거권 제한과 선거운동 제한의 연령기준을 연동시키는 것은 기본권 제한의 최소화라는 측면에서 결코 타당성을 인정받을 수 없는 것이다.⁵³⁾

48) 일본의 경우 공직선거법의 개정으로 선거권이 부여된 18세 이상의 고등학생들은 “공직선거법의 개정에도 불구하고 교육기본법 제14조 제2항 등에 의하여 학내 수업뿐만 아니라 학내 사회 활동, 동아리 활동 등도 교육활동의 일환이라는 점에서 정치적 활동을 행하는 것이 금지되며 방과 후 및 휴일 등에도 학교 내의 물적 시설을 활용한 선거운동도 금지”된다. 따라서 일본에서 18세 이상의 학생에게 허용되는 선거운동은 방과 후 및 휴일 등에 학교 밖에서 행해지는 정치적 활동에 한정된다. 중앙선거관리위원회, “각국의 선거권 연령과 학제 비교”, 중앙선거관리위원회 선거연수원(제도연구부)(2017. 4.) 60-62쪽.

49) 선거운동을 제한하는 입법목적이 선거의 공정성이 아니라면 공직선거법이 아닌 타법에 규제의 근거를 마련하여야 할 것이다. 예컨대 공무원의 선거운동을 금지하는 수단으로써 달성하고자 하는 입법목적으로는 선거의 공정성 이외에도 헌법 제7조에 근거를 둔 공무원의 정치적 중립성을 들 수 있다. 이에 공무원의 선거운동을 금지하는 근거 규정은 공직선거법 이외에도 국가공무원법(제65조), 및 지방공무원법(제57조) 등에서도 찾아볼 수 있다.

50) 김효연 교수는 국가인권위원회 및 구 행정자치부의 통계에 의할 때 예컨대 2014년을 기준으로 전체 17세 인구는 67만여 명이고, 고등학교 재학 중인 17세 인구는 60만여 명으로, 고등학교에 재학하지 않는 청소년의 숫자도 상당하다는 점을 들어 교육적 부작용을 이유로 선거권 연령 하한을 반대하는 견해를 비판한다. 김효연, 앞의 글, 367쪽.

51) 결정문(2024), 958쪽.

52) 앞서 살펴본 바와 같이 대상결정에서, 반대의견에 속한 2인의 재판관을 포함한 헌법재판소의 모든 재판관들은 적어도 선거운동 연령을 제한하는 것이 선거의 공정성이라는 입법목적 달성에 효과적인 수단이라는 점에는 의문을 표시하지 않았다. 필자도 선거운동제한조항이 매우 낮은 수준이더라도 선거의 공정성이라는 입법목적 달성에 효과가 있는 수단이라는 점 자체를 부인할 수는 없다고 본다. 그러나 이럴 경우에는 법익의 균형성 단계의 판단에서 해당 수단을 선택하여 ‘실제로 달성될 수 있는 공익’에 비해 해당 수단을 선택하여 침해되는 ‘사익’이 현저하게 크다는 점이 반드시 고려되어야 할 것이다. 그러나 우리 헌법재판소가 법익의 균형성을 침해의 최소성과 구분되는 독자적인 심사기준으로 인정한 사례가 전무하다[강일신, “과잉금지원칙의 논증방식 - 침해최소성·법익균형성 심사를 중심으로 -”, 충남대학교 법학연구 제30권 제1호(2019), 192쪽]는 점에서 입법목적 달성에 효과가 미미한 수단에 대한 위헌성을 규명하는 것은 결국 침해의 최소성 단계에서 다소 모호한 방식으로 고려되거나 혹은 대상결정에서와 같이 간과되기 쉽다는 점은 또다른 문제로 지적될 수 있다고 본다.

53) 김지혜 연구관은 구체적 연령이 문제가 되는 경우에 이는 피해의 최소성에서 다룰 것이나 더 근본적으로 연령을 기준으로 기본권 제한의 대상을 구분하는 것 자체가 문제가 되는지를 묻는 경우에는 이를 수단의 적합성 단계에서 검토하여야 할 것이라고 본다. 김지혜, 앞

2. 두 번째 쟁점: 16세 이상 18세 미만의 사람에게 선거운동의 자유를 허용해야 하는지

선거운동 연령 제한과 관련된 결정으로 II장에서 소개된, 2014년의 첫 번째 헌법재판소 결정과 2024년의 대상결정은 모두 심판 당시의 선거운동 허용 연령보다 낮은 ‘연령’을 대안으로 삼아 침해의 최소성을 논하였다는 점에서 공통점을 가진다. 그리고 2014년의 결정과 2024년의 대상결정의 반대의견은 각각 민법상 성인연령이 18세 이상이라는 점(2014년 결정)과 정당법상 정당원 자격이 인정되는 연령이 16세 이상이라는 점(2024년 대상결정)과 같은 해당 제도 바깥의 법률과의 관계에서 넓은 의미에서의 법적 정합성을 확보하기 위하여 전개되었다고 할 수 있다.⁵⁴⁾ 그러나 만일 이러한 정합성의 요청이 없었다고 전제하고 살펴본다면, 침해의 최소성 논증과정에서 18세 미만의 자에게 선거운동을 금지하는 것과 엄밀한 의미에서 동일한 수준의 효과를 기대할 수 있는, 18세보다 하향 조정된 연령을 대안으로 상정하는 것은 쉽지 않은 일이다.⁵⁵⁾ 이에 헌법재판소는 연령기준이 법적 쟁점이 된 일련의 사건들에서 구체적인 연령의 문제는 입법재량으로 해결해야 할 문제라고 언급하는 것에 그치고 있다.⁵⁶⁾

그런데 현 제도에서 실제 사용되고 있는 수단(18세 미만인 미성년자의 선거운동 금지)보다 “기본권을 덜 제한하지만 ‘거의’ 동등한 효과를 갖는 대안”을 모색한다고 할 때, 연령 이외의 기준으로, 18세 미만인 미성년자 개인의 ‘구체적 사정’을 고려한 대안을 비교의 대상에 넣을 수 있다고 본다.⁵⁷⁾

18세 미만의 미성년자에게 선거운동이 금지됨으로써 입게 되는 개인의 피해의 크기가 모든 경우에 동일한 것은 아니다. 이미 서론에서 언급한 바와 같이, 직계존속이 공직선거의 후보자로 출마한 미성년자의 경우 해당 미성년자가 입게 되는 피해의 크기는 후보자 등과 직접적인 관련을 맺지 않은 대다수의 성인 유권자에 비해서도 훨씬 클 수 있다. 다른 한편으로는 대상결정의 반대의견이 대안으로 언급한 모든 16세

의 글, 126쪽.

54) 학계에서는 체계정당성원리의 세부원칙으로 결과정합성을 들고 있으며, 결과정합성이란 “법 위반의 효과가 동일하지 않음으로 인해 서로 모순된 법적 결과를 초래해서는 아니된다”는 원칙을 말한다. 홍완식, “체계정당성의 원리에 관한 연구”, 토지공법연구 제29집(2005), 470쪽. 따라서 하나의 행위에 대해 적용되는 법률에 따라서 법적 효과가 다르게 된다면 결과정합성에 위배된다고 할 수 있다. 한편 결과정합성을 넓은 의미로 사용할 때 법률의 정합성으로 표현된다. 임지봉 “법률의 체계성과 정합성 제고를 위한 입법적 과제”, 숭실대학교 법학논총 제45집(2019. 9), 150쪽.

55) 인간의 정치적 판단능력이 적어도 현행법상 선거운동이 허용되는 연령인 18세에 이를 때까지, 꾸준히 상승하리란 점에는 특별히 이의를 제기할 수 없을 것이기 때문이다.

56) 헌법재판소는 선거권 연령을 19세로 제한한 공직선거법 등의 위헌성을 다룬 사건(헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287) 및 16세 미만의 사람에게 오전 0시부터 6시까지 인터넷 게임의 제공을 금지한 청소년보호법의 위헌성을 다룬 사건(소위 ‘셋다운제’ 사건; 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659등)에서도 연령기준에 대해 입법재량을 폭넓게 인정하였다.

57) 다만 기본권 주체 개인의 구체적 상황을 고려한 대안들은 결국 “개인에게 그것을 수인할 수 있는지를 묻는 과정”이라고 볼 것이므로 침해의 최소성 단계가 아닌 법익균형성 단계에서 고려되어야 할 사항이 아닌가 하는 의문을 제기할 수도 있을 것이다[강일신, 앞의 글, 211쪽; 김현철, “위헌심사기준으로서 비례원칙”, 국가법연구 제19집 제1호(2023), 125쪽 참조]. 다만 지금까지 헌법재판소의 모든 결정들은 법익의 균형성에서 이뤄져야 할 판단을 침해의 최소성 단계에서 미리 수행하였다고 할 수 있는바, 여기서는 논의의 범위를 너무 넓히지 않기 위해 대상결정의 침해의 최소성 판단에 덧붙여 이 문제를 다루기로 한다.

이상 18세 미만의 미성년자가 아니더라도, 적어도 실제로 정당에 가입한, 나아가 정당의 당직을 맡은 미성년자의 경우에도 선거운동제한조항으로 인하여 해당 미성년자가 입게 되는 피해의 크기는 대다수의 성년 유권자에 비해서도 훨씬 클 수밖에 없다. 따라서 헌법재판소는 대상결정에서 미성년자의 구체적 사정에 따른 예외를 허용하는 제도를 위헌성 판단과정에서 검토할 수 있었다고 본다.

IV. 입법정책적 검토

1. 재판규범으로서의 헌법과 입법규범으로서의 헌법

‘재판규범으로서의 헌법’과 ‘입법규범으로서의 헌법’은 과잉금지원칙이라는 동일한 심사기준을 공유하지만 각 단계별 판단은 다를 수밖에 없다. 헌법이 재판규범으로 작용할 때에는 과잉금지원칙을 통한 법률의 위헌성을 심사함에 있어 목적의 정당성부터 법익의 균형성까지 매 단계별로 불가피하게 입법형성의 자율적 영역을 의식할 수밖에 없을 것이기 때문이다. 따라서 어떤 법률이 위헌인지 여부와 과연 바람직한 것인지 여부는 ‘다른 차원의 문제’라 할 수 있다.⁵⁸⁾ 이에 다음에서는 지금까지의 논의와는 달리 “헌법재판소가 형성해 온 위헌법률심사의 기준에 머물 것이 아니라, 보다 적극적으로 더 나은 입법의 가능성과 기준을 모색”하는 차원에서 선거운동 연령제한 제도의 대안을 모색하기로 한다.⁵⁹⁾

2. 현실적·단기적 대안

(1) 정당원인 미성년자

II장에서 소개한 현행 정당법과 공직선거법의 연령제한 규정들에 따라, 현실에서는 정당원인 미성년자들은 당원들만의 투표로 후보자를 선출하는 경선에서는 경선운동을 할 수 있으나 당원과 당원이 아닌 자에 투표권을 부여하는 경선에서는 경선운동조차 금지되는 매우 복잡한 상황이 연출되고 있다.⁶⁰⁾ 이에 앞서 III장에서 언급한 바와 같이 현실적인 대안으로는 모든 16세 이상 18세 미만의 미성년자가 아니더라도 적어도 이미 정당에 가입한 동일한 연령대의 미성년자에게만이라도 선거운동의 자유를 우선 허용하는 방안을 고려해 볼 수 있다.

58) 예컨대 침해의 최소성에 대한 판단에 있어서도 복수의 수단이 가져오는 피해의 성질이 다르고 따라서 형량이 쉽지 않은 경우 헌법재판의 단계에서는 가능한 한 입법재량을 넓게 인정하게 될 것이다. 정종섭, 헌법학, 박영사, 2022, 375쪽.

59) 입법규범으로서 과잉금지원칙에 대한 자세한 논의는 홍완식, “헌법재판소의 결정을 통해 본 입법의 원칙”, 헌법학연구 제1권 제4호(2009. 12), 516쪽을 참조.

60) 중앙선거관리위원회, “학생 등의 선거운동·정당활동 관련 정치관계법 사례 안내”, 중앙선거관리위원회, 2022, 11-12쪽.

(2) 후보자의 직계비속인 경우

공직선거법 제60조 제1항은 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제1호에 해당하는 사람(대한민국 국민이 아닌 자)이 예비후보자·후보자의 배우자인 경우와 제4호부터 제8호까지의 규정에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존비속인 경우에는 그러하지 아니하다.”고 정한다. 여기서 미성년자는 제2호에 규정을 두고 있어 제4호부터 제8호까지의 선거운동을 할 수 있는 직계비속의 범위에서 제외된다. 공직선거법이 후보자의 직계비속이라는 신분을 이유로 선거운동을 할 수 있는 예외사유로 정하는 4호부터 제8호까지의 공무원, 예비군 중대장급 이상의 간부, 통·반장 등의 경우보다 후보자의 미성년자인 자녀가 선거운동을 해야 할 필요성이 결코 작다고 할 수 없으므로 III장에서 언급한 것처럼 미성년자도 후보자의 직계비속인 경우 선거운동을 할 수 있도록 해당 조항의 개정이 필요하다고 본다.⁶¹⁾

(3) 학내 모의투표를 통한 선거운동

지난 2021년 2월 중앙선거관리위원회는 서울시교육청이 추진하였던 초·중·고등학교생을 대상으로 하는 모의투표가 공직선거법 위반의 소지가 있다고 의결하였다.⁶²⁾ 학내 모의투표와 관련하여 미성년자의 선거운동이 문제가 된 것 또한 다소 복잡한 사정에 기인한다.⁶³⁾ II장에서 살펴본 대로 선거권 연령이 18세로 낮아짐에 따라 고등학교 3학년 재학생 중 일부는 선거권을 행사할 수 있게 되었다. 이에 모의투표 과정에서 “교원이 학생을 대상으로 특정 정당·후보자만의 공약을 분석·발표하게 하거나, 특정 정당·후보자를 지지하는 이유를 발표하게 하거나, 특정 정당·후보자에게 유·불리한 발언이나 평가를 하거나, 학부모의 정당·후보자에 대한 지지도를 조사하게 하는 등의 행위”가 본 논문의 주제라 할 선거운동제한조항에 위반될 소지가 있게 된 것이었다.⁶⁴⁾

61) 공직선거의 예비후보자나 후보자의 직계비속의 경우에는 선거운동 연령 제한 기준을 하향 조정해야 한다는 주장의 타당성에 대해서는 이미 국회에서 한 차례 논의가 전개된 바 있다. “직계비속의 경우 예비후보자·후보자와 불가분의 가족 관계라는 특수성을 고려해야 한다는 주장”이 제기되었기 때문이다. 당시 박완주 민주당 의원은 “고등학생인 아들이 ‘우리 아버지를 뽑아달라’고 하면 공직선거법 위반이라면서 예비후보자·후보자의 직계비속일 경우 18세 이하여도 선거운동을 허용하는 단서조항을 두는 게 형평성 있을 듯 하다”고 말했고 이에 장제원 의원은 “직계존비속은 모두 완화해야 한다는 공감대는 있었고, 선거운동 연령 인하 문제는 투표권과 연계해서 해야 한다”고 말하면서 관련 논의를 마무리했다고 한다. NEWS1, 2019. 1. 4. <<https://www.news1.kr/politics/assembly/3516990>>, 최종검색: 2024. 12. 1.

62) 서울신문, 2021. 2. 6. <<https://www.seoul.co.kr/news/politics/2020/02/06/20200206500130>>, 최종검색: 2024. 11. 15.

63) 중앙선거관리위원회가 학내 모의선거를 불허한 가장 큰 이유는 공무원의 정치적 중립성을 정한 공직선거법 제51조에는 미성년자의 선거운동을 제한하는 공직선거법 제60조 제1항 제2호의 문제가 아닌 공무원의 정치적 중립성을 정한 동법 제60조에 근거한 것이었다.

64) 인천광역시 교육감(민주시민교육과장)이 교원의 민주시민교육 등에 대하여 질의한 데 대한 회답으로 중앙선거관리위원회는 “교원이 학생을 대상으로 특정 정당·후보자만의 공약을 분석·발표하게 하거나, 특정 정당·후보자를 지지하는 이유를 발표하게 하거나, 특정 정당·후보자에게 유·불리한 발언이나 평가를 하거나, 학부모의 정당·후보자에 대한 지지도를 조사하게 하는 등 교육과정에서 공무원의 중립을 해하거나 선거운동 또는 선거에 영향을 미

이에 국회에서는 공직선거법 일부개정법률안 발의 등을 통하여 학내 모의투표의 활성화를 시도한 바 있다.⁶⁵⁾ 동 개정안은 선거운동으로 보지 아니하는 행위에 “학교 등 교육활동을 목적으로 하는 기관에서 추진하는 모의투표를 포함한 선거교육활동”을 추가하고(공직선거법 제1항 제7호의 신설), 선거운동을 할 수 없는 사람의 예외를 정한 공직선거법 제60조 제1항 단서에 “제2호(미성년자)에 해당하는 사람이 모의투표를 포함한 선거교육활동에 참여하는 자인 경우”라는 문구를 삽입하는 한편, 선거여론조사심의위원회의 규제를 받지 않는 여론조사의 범위에 “교육 분야에서 순수한 교육 목적으로 실시하는 여론조사”를 추가(공직선거법 제8조의8 제4호의 개정)하는 것을 주요 내용으로 하였다.

학내 민주시민교육의 활성화라는 측면에서 모의투표를 포함한 선거교육이 더욱 확대되어야 할 것이라는 점에는 의문의 여지가 없다. 따라서 향후 학내 모의투표와 관련된 미성년자의 선거운동에 대한 규제는 동 개정안의 내용대로 폐지되는 것이 바람직하다고 본다.

2. 이상적인 대안

지난 21대 국회에서는 교사 출신인 강민정 의원 등을 중심으로 선거운동제한조항을 삭제하여 성년, 미성년 구분 없이 모든 국민이 선거운동을 할 수 있도록 하는 공직선거법 일부개정법률안이 발의된 바 있다.⁶⁶⁾ 이상의 논의를 종합하여 볼 때, 궁극적으로는 외국의 입법례와 마찬가지로 선거운동에 대해서는 아예 연령제한을 둘 필요가 없다는 주장이 설득력을 가진다고 본다.⁶⁷⁾

3. 학교의 정치화에 대한 보완 방안

미성년자의 선거운동을 전면적으로 허용하는 방안에 대해서는 교원과 다른 학생의 학습권을 침해할 소지가 있다는 점에서 우려의 목소리가 나오고 있다.⁶⁸⁾ 여기서 ‘학

치는 행위를 하는 경우에는 공직선거법 제9조·제60조·제85조·제86조·제254조 등에 위반되며, 학생이 강단 등에서 다수의 학생을 대상으로 특정 정당·후보자에 대한 연설에 이르는 방법으로 선거운동을 하는 경우 행위 시기 및 양태에 따라 공직선거법 제60조·제101조·제254조 등에 위반”된다고 답변하였다. 중앙선거관리위원회, 교원의 민주시민교육 등에 관한 질의회답, 2020. 3. 4. <<https://law.nec.go.kr/necwWqreInqy1030.do?genActiontypeCd=2ACT1010&qnaId=QWQ202003050001>>, (최종검색: 2024. 11. 29.)

65) 공직선거법 일부개정법률안(김영배의원 대표발의), <의안번호 5651>. 2020. 11. 23.

66) 오마이뉴스, 2023. 1. 28. <https://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002898100&CMPT_CD=P0010&utm_source=naver&utm_medium=newsearch&utm_campaign=naver_news>

67) 다음의 기사는 선거운동 연령 제한 폐지에 국회가 앞장설 것을 촉구하고 있다. “민주사회를 위한 변호사모임 부산지부 정상규 변호사는 “지난해 투표권이 18세로 개정되면서 선거운동을 할 수 있는 연령도 낮아졌는데 앞으로 (국회가) 이를 확대하는 방향으로 가야 한다”고 말했다. 그는 “현행 선거법은 (정치적 기본권을) 과도하게 제약하고 있다”면서 “적어도 포괄적인 선거운동 자유는 아예 연령제한을 둘 필요가 없다고 본다”고 의견을 제시했다.” 오마이뉴스, 2020. 8. 27. <https://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002670625&CMPT_CD=P0010&utm_source=naver&utm_medium=newsearch&utm_campaign=naver_news> (최종 검색일: 2024. 12. 1.)

68) 김범주, “청소년 정치적 기본권 보장의 법적 쟁점”, 청소년 정치적 기본권 보장을 위한 과

내 면학 분위기 유지’ 등의 주제는 본 논문의 연구 범위를 넘어서는 것이므로 관련 대안에 대한 자세한 고찰은 뒤로 미루기로 한다.⁶⁹⁾ 다만 III장에서 언급한 바대로 학생의 학습권 보장 등과 같은 교육기본권의 보장은 선거의 공정성을 목적으로 하는 공직선거법과 체계정합성이 맞지 않으므로 교육관련법률에 그 근거를 두는 것이 바람직하다고 본다.

V. 결론

지금까지의 내용을 간략하게 정리하면 다음과 같다. 헌법재판소의 대상결정은 두 가지 쟁점을 두고 찬반의견이 갈리게 되었다. 첫째, 선거권 제한 연령과 선거운동 제한 연령을 모두 18세 미만으로 동일하게 두어야 하는지. 둘째, 정당가입이 허용되는 16세 이상 18세 미만의 미성년자에게도 선거운동의 자유를 제한하여야 하는지.

이에 대해 본 논문은 먼저 선거운동 연령 제한은 선거의 공정성이라는 입법목적의 달성에 있어 수단의 적합성을 의심받을 정도로 매우 미약한 효과만을 가진다는 점에 근거하여 선거권 제한 연령보다 훨씬 완화된 기준을 채택할 것을 주문하였다. 다음으로 본 논문은 대안의 마련에 있어 구태여 연령이라는 단일의 기준을 상정할 필요는 없으며 미성년자의 구체적 사정 등을 고려하여 보다 다양한 대안을 검토할 필요가 있다고 보았다.

그리고 이상의 논의를 기초로 입법적 대안을 마련함에 있어서는 단기적이고 현실적인 대안과 장기적이고 이상적인 대안을 나누어 생각해 볼 필요가 있는데 궁극적으로는 선거운동 연령제한은 폐지하는 것이 바람직하다고 보았다.

제, 국회 입법조사처 세미나자료(2024), 48쪽.

69) 지난 국회에서는 선거권 연령이 18세로 낮춰짐에 따라 학교에서 선거운동이 과열되지 않도록 학교와 학교 인근의 선거운동을 제한하는 것을 내용으로 하는 다음과 같은 공직선거법 일부개정법률안들이 발의된 바 있다. 광상도의원안(의안번호 제2192695호)은 공직선거법에 제59조의2를 신설하여 “학생이 학교에서 오전 8시부터 오후 6시까지는 공직선거법에 따른 선거운동을 할 수 없도록 하고 이를 위반한 경우 100만원 이하의 벌금에 처하도록 하였고”, 이영의원안(의안번호 제2103107호)은 학교에서 등교일에 투표참여를 권유하는 행위를 제한하는 규정을 신설하도록 하였고(제58조의2 제5호 신설), 정우택의원안(의안번호 제211578호)은 학교에서의 선거운동이나 당내경선운동을 하지 못하도록 제한하는 규정을 신설하는 것을 주된 내용으로 하였다(제58조의3 신설). 김범주, 위의 글, 같은 쪽.

[참고문헌]

- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2024.
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2022.
- 강일신, “과잉금지원칙의 논증방식- 침해최소성·법익균형성 심사를 중심으로 -”, 충남대학교 법학연구 제30권 제1호, 2019. 2.
- 국가인권위원회, 청소년 정치적 참여권 증진을 위한 제도개선 권고 및 의견표명, 국가인권위원회 결정문, 2021. 12. 6.
- 기현석, “시설거주 장애인의 선거권과 선거의 원칙”, 세계헌법연구 제21권 제2호, 2015.
- 기현석, “정신적 장애인의 선거권 제한 논의에 대한 고찰”, 토지공법연구 제47집 제2호, 2016. 2.
- 김범주, “청소년 정치적 기본권 보장의 법적 쟁점”, 청소년 정치적 기본권 보장을 위한 과제, 국회 입법조사처 세미나자료, 2024.
- 김지혜, “미성숙 전제와 청소년의 기본권 제한-헌법재판소 선거연령 사건과 섰다운제 사건을 중심으로-”, 공법연구 제43집 제1호, 2014. 10.
- 김현철, “위헌심사기준으로서 비례원칙”, 국가법연구 제19집 제1호, 2023.
- 김효연, “선거권연령에 관한 헌법재판소결정의 주요논거에 대한 비판적 검토: 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287의 평석”, 헌법연구 제2권 제2호, 2015. 9.
- 김효연, “선거와 방송의 공정성 - 공직선거법과 방송법의 규정을 중심으로 -” 헌법학연구 제27권 제1호, 2021. 3.
- 신광호, “선거운동의 자유 확대와 유권자의 알 권리 강화”, 선거운동 규제와 표현의 자유 : 공직선거법 쟁점과 개정 방향 토론회 세미나 자료(주최: 국회의원 진선미, 국회의원 윤소하, 국회의원 이재정, 국회의원 박주민, 시민사회단체연대회의, 정치개혁 공동행동, 국회시민정치포럼 ; 주관: 국회의원 유승희, 참여연대), 2017.
- 윤영미, “선거규제의 불명확성에 대한 검토-공직선거법의 공무원에 대한 중립의무규정들을 중심으로-” 안암법학 제29권, 2009. 5.
- 음선필, “한국 지방선거에서의 공정선거 확보방안”, 유럽헌법연구 제7호, 2010. 6.
- 음선필, “선거의 완전성”, 홍익법학 제15권 제3호, 2014.
- 이상명, “선거운동의 주체에 대한 소고”, 법과 정책연구 제22집 제3호, 2022. 9.
- 임지봉, “법률의 체계성과 정합성 제고를 위한 입법적 과제”, 숭실대학교 법학논총 제45집 2019. 9.
- 중앙선거관리위원회, 각국의 선거권 연령과 학제 비교, 중앙선거관리위원회 선거연수원(제도연구부), 2017. 4.
- 중앙선거관리위원회, “학생 등의 선거운동·정당활동 관련 정치관계법 사례 안내”, 중앙선거관리위원회, 2022.
- 허진성, “선거의 공정성에 관한 한 고찰 - 규범의 인식과 실천이라는 관점에서 -”, 언론과 법 제15권 제2호, 2016.
- 홍완식, “체계정당성의 원리에 관한 연구”, 토지공법연구 제29집, 2005.
- 홍완식, “헌법재판소의 결정을 통해 본 입법의 원칙”, 헌법학연구 제1권 제4호, 2009.

12.

- 공직선거법 일부개정법률안(김영배의원 대표발의), <의안번호 5651>. 2020. 11. 23.
서울신문, 2017. 5. 17. <<https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20170505500069>>
서울신문, 2021. 2. 6. <<https://www.seoul.co.kr/news/politics/2020/02/06/20200206500130>>,
서울신문, 2022. 1. 12. <<https://www.seoul.co.kr/news/2022/01/12/20220112500171>>
오마이뉴스, 2020. 8. 27. <https://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002670625&CMPT_CD=P0010&utm_source=naver&utm_medium=newsearch&utm_campaign>
오마이뉴스, 2023. 1. 28. <https://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002898100&CMPT_CD=P0010&utm_source=naver&utm_medium=newsearch&utm_campaign=naver_news>
중앙선거관리위원회, 교원의 민주시민교육 등에 관한 질의회답, 2020. 3. 4. <<https://law.nec.go.kr/necwWqreInqy1030.do?genActiontypeCd=2ACT1010&qnaId=QWQ202003050001>>,
NEWS1, 2019. 1. 4. <<https://www.news1.kr/politics/assembly/3516990>>

부산지방법원 서부지원 2020. 8. 20. 2020고합94
헌재 2013. 7. 25. 2012헌마174
헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659등
헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287
헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734 등
헌재 2016. 6. 30. 2013헌가1
헌재 2024. 5. 30. 2020헌마1743

[Abstract]

Study on the age limit for election campaigning
- As a Commentary on the 2020Hun-Ma1743 Decision, May 30,
2024, Constitutional Court of Korea -

Kee, Hyun Suk*

On May 30, 2024, the Constitutional Court decided in its decision of 2020 Heonma 1743 that the provisions of the Public Official Election Act, which prohibited the election campaign of minors under the age of 18, did not violate the Constitution. In this case, the judges of the Constitutional Court were divided over the following legal issues.

The first was whether the age limit for election campaigns should be the same as the age limit for election rights. The second was whether even those aged 16 to under 18 who could become party members could not campaign. In this regard, this study shared the conclusion with the dissenting opinions of the two judges in this case that the election campaign restriction provisions violate the freedom of the election campaign of those aged 16 to 18, but presented the following supplementary arguments and sought legislative alternatives based on this.

First, unlike the age limit for voting rights, the age limit for election campaigns is a very weak means of contributing to the achievement of the legislative purpose of fairness in elections. This is because it would not be easy to assume that adult voters with sufficient political judgment will exercise their distorted voting rights due to the reckless campaign of minors who are inferior in social power relations. Therefore, the age limit for election campaigns may be less than the age limit for election rights in terms of the maximum guarantee of basic rights.

Second, the election campaign restriction clause uniformly restricts the freedom of minors to campaign without taking into account the specific circumstances of minors. Therefore, in assuming an alternative that minimizes damage, it is not necessary to insist on a single criterion of old age. It is necessary to consider an alternative that allows exceptions based on specific circumstances, such as whether minors join a political party and whether direct descendants run for public office.

Based on the above discussion, a realistic alternative is to allow exceptional election campaigns due to the specific circumstances of minors. Exceptions to

* Professor, College of Law, Myongji University

allow election campaigns may be granted if a minor is a party member or parents run for public office, or if it is inevitable due to a mock vote in the school. Of course, the ideal alternative is to abolish any age limit related to election campaigns. However, if it is necessary to establish a legal basis for restricting election campaigns to create an atmosphere for study in schools, it would be desirable to establish a basis for education-related laws, not the Public Official Election Act, through separate discussions in a large framework of revitalizing democratic citizenship education.

Key Words: Right to vote, election campaign, freedom of expression, civic education, voting age

국가연구개발혁신법상 연구개발성과의 실시·소유·활용에 관한 검토*

조희래** · 김동준***

논문요지

중앙행정기관별로 다르게 운용되고 있는 국가연구개발사업이 통합적·체계적으로 운영될 수 있도록 범부처 공통규범을 마련하기 위해 제정된 것이 국가연구개발혁신법(이하 ‘혁신법’이라 한다)이다. 이 글은 연구개발성과의 실시·소유·활용과 관련한 혁신법 규정을 검토해 보았고 다음과 같은 결론을 도출하였다.

첫째, 연구개발성과의 정의는 유형·무형의 성과를 구분하지 않음으로써 성과에 대한 소유의 원칙과 관련하여 문제점을 내포하고 있다. 또한, 혁신법 시행령에서 열거한 구체적 성과 태양 중 의미가 명확하지 않은 것도 있다. 따라서 신품종이나 표준 등의 연구개발성과는 관련 법률을 참고하여 그 의미를 명확히 하고, 유형적 성과와 무형적 성과의 소유 측면에서의 취급은 다르게 해야 할 것이다.

둘째, 연구개발성과 실시의 정의는 ‘실시’의 대상이 무엇인지를 명확히 할 필요가 있다. 혁신법은 연구개발성과 중 무형적 성과로 ‘지식재산권’을 포섭하는 한편, 실시의 정의는 특허법을 참고하였다. 하지만 특허법상 실시의 정의는 특허권이 아닌 특허발명을 대상으로 하는 것이다. 이러한 이유로 ‘양도’의 대상이 무엇인지 혼동할 수 있다. 예를 들어, 연구개발성과로 물건의 발명에 대한 특허권이 발생한 경우 ‘양도’의 대상이 물건의 발명을 구현한 ‘물건’인지 물건의 발명에 대한 ‘특허권’인지 불명확하다. 연구개발성과가 무형의 지식재산권인 경우 ‘수출’을 실시행위로 보는 것이 타당한지도 의문이다. 따라서 ‘연구개발성과’의 정의에서 ‘지식재산권’ 및 ‘특허’라는 용어를 각각 ‘지식재산’과 ‘특허발명’으로 수정할 필요가 있다.

셋째, 연구개발성과가 유형적 성과인지 무형적 성과인지 구분하지 않고 소유의 원칙을 정한 것은 문제가 있다. 승계 후 소유의 원칙이나 공동 연구에 따른 공동 소유의 원칙을 유형적 성과에도 적용하는 것은 어색하다. 또한, 공동 소유의 경우에 소유 비율을 정하는 기준인 기여도의 의미가 불명확하다. 어떤 경우에 연구개발성과를 연구자가 소유하는 것인지도 명확하지 않다. 따라서 유형적 성과와 무형적 성과를 구분하여 연구개발성과의 소유에 대해 규정할 필요가 있고, 공동 소유의 경우 소유비율 산정의 근거가 되는 기여도의 의미를 명확히 하며, 어떤 경우에 연구개발

* 이 글은 국가지식재산위원회 정책연구보고서(지식재산 관점의 정부 R&D 제도 개선 방안 연구)의 내용 중 필자들의 집필 부분을 수정·보완한 것이다.

** 특허법인 PCR 대표변리사(제1 저자).

*** 충남대학교 법학전문대학원 교수(교신 저자).

성과를 “연구자가 소유”할 수 있는지도 명확히 할 필요가 있다.

넷째, 혁신법은 연구개발성과의 활용에 있어 연구개발기관 우선 원칙만 규정하고 공동관리규정상 참여기업 우선 원칙과 국내 중소·중견기업 우선 원칙은 반영하지 않았다. 이러한 변화가 연구개발성과에 대한 직접 실시가 곤란한 공공연구기관에 미치는 영향이나 기업의 국가연구개발 과제 참여나 국내 산업에 미치는 영향을 지속적으로 검토하여 제도 개선이 필요한지 살펴볼 필요가 있다.

검색용 주제어: 국가연구개발혁신법, 연구개발성과, 연구개발성과의 실시, 연구개발성과의 소유, 연구개발성과의 활용

· 논문제출: 2024. 12. 29. · 심사개시: 2025. 01. 09. · 게재확정: 2025. 01. 27.

I. 서론

우리나라의 연구개발비는 지속적으로 증가해 왔다.¹⁾ 2022년의 경우 총 연구개발비는 전년 대비 10조 5,108억원(10.3%)이 증가한 112조 6,460억원으로 세계 6위 수준이며, 국내 총생산(GDP) 대비 연구개발비 비중은 5.21%로 세계 2위 수준이다.²⁾ 이처럼 양적인 측면에서 연구개발비 규모가 지속적으로 확대되어 왔지만, 질적인 측면에서의 연구개발 성과는 아직 미흡한 상황이다. 높은 연구개발비 투자 비중에 비해 질적 성과가 미흡한 이유는 여러 가지가 있겠지만 낡고 복잡한 정부 연구개발 관리 시스템도 주요 원인으로 지적되고 있다.³⁾ 정부 연구개발 사업의 공통규범 성격을 가진 「국가연구개발사업의 관리 등에 관한 규정(대통령령, 이하 ‘공동관리규정’이라 한다)」은 2001년 제정되었다. 연구개발 환경을 공동관리규정 제정 당시와 비교해 보면 정부 연구개발 예산은 2000년 3.75조원에서 2017년 19.4조원으로, 연구개발 관리 부처는 2000년 20개에서 2017년 35개(부·처·청·위원회 기준)로, 연구개발 사업/과제 수는 2000년 204/16,812개에서 2017년 568/61,280개로 급변하였지만 공동관리규정의 내용에는 큰 변화가 없었다.⁴⁾ 또한 공동관리규정 외에 각 부처·사업별로 연구개발 관리와 관련하여 개별 법률 및 112개에 달하는 관리규정(행정규칙)이 별도로 운영되고 있었다.⁵⁾

1) 국회 과학기술정보방송통신위원회 전문위원 김건오, 국가연구개발 혁신을 위한 특별법안 검토보고서, 2019. 3., 4면에서 2017년까지의 자료를 기초로 제시한 분석이다. 2018년부터 연구개발활동결과보고서가 발간된 2022년까지도 연구개발비는 계속 증가한 것으로 확인된다. 한국과학기술기획평가원, 「2022년도 연구개발활동결과보고서」, 2024. 2., 4면.

2) 한국과학기술기획평가원, 위의 보고서(2022년도 연구개발활동결과보고서), 4면. 연구개발비를 재원별로 보면 정부·공공 대 민간·외국이 약 23:77로 민간·외국 비중이 높는데(한국과학기술기획평가원, 위의 보고서, 7면), 2024년 정부 연구개발비는 2023년에 비해 감소한 바 있다. 2024년도 정부 연구개발예산은 2023년(정부 연구개발예산은 29조 3,163억원) 대비 9.5%(2조 7,794억원) 감소한 26조 5,369억원이다. 한국과학기술기획평가원, 「2024년도 정부 연구개발예산 현황분석」, 2024, 요약문.

3) 국회 과학기술정보방송통신위원회 전문위원 김건오, 앞의 보고서, 7면.

4) 국회 과학기술정보방송통신위원회 전문위원 김건오, 앞의 보고서, 7면.

연구개발 투자 대비 질적 성과가 미흡한 문제점을 극복하기 위해 중앙행정기관별로 다르게 운용되고 있는 국가연구개발사업이 통합적·체계적으로 운영될 수 있도록 범부처 공통규범을 제정할 필요성에 대응하여 마련된 것이 국가연구개발혁신법(이하 ‘혁신법’이라 한다)이다.⁶⁾ 즉, 공동관리규정 및 각 부처의 개별 연구개발 법률과 관리규정을 일원화하여 모든 정부 연구개발 사업에 적용되는 원칙과 기준을 확립하려는 것이 혁신법 제정의 취지이다. 혁신법은⁷⁾ 시행령과⁸⁾ 시행규칙도⁹⁾ 제정되어 2021년부터 시행 중인데, 국가연구개발사업의 추진에 관하여 다른 법률에 우선하여 적용한다(혁신법 제4조). 혁신법은 정부가 추진하는 전체 국가연구개발사업에 관하여 종합적인 기준을 담고 있으며 연구개발성과의 소유 및 활용에 관한 내용(제16조 및 제17조), 연구개발성과의 실시에 관한 내용(제18조)도 포함하고 있다. 혁신법 시행일에 공동관리규정은 폐지되었기 때문에 국가연구개발사업의 성과에 대한 소유·활용·실시에 대해서는 혁신법이 적용된다. 폐지된 공동관리규정에서도 국가연구개발사업의 성과에 대한 소유·활용·실시에 대해 규정하고 있었는데 혁신법에 어떻게 반영되었는지, 보완이 필요한 점은 없는지 검토해 볼 필요가 있다. 이 글에서는 연구개발성과에 대한 소유·활용·실시를 중심으로 혁신법에 대해 검토해 본다.

II. 국가연구개발혁신법의 주요 내용

1. 국가 연구개발 관리 규정 체계의 변화

혁신법 제정으로 국가 연구개발 관리 규정 체계가 변화되었다. 혁신법 제정 전에는 과학기술기본법에 연구개발과제 관련 조항이 있었고¹⁰⁾ 국가연구개발사업의 관리 등에 대해서는 공동관리규정이 마련되어 있었다. 하지만 혁신법 제정으로 국가연구개발사업에 대해서는 혁신법과 동법 시행령 및 시행규칙이 적용되고 기존의 공동관리규정은 폐지되었다. 법률로 규정할 필요가 있는 내용을 대통령령인 공동관리규정에서 규정하고 있던 문제를 해결한 것이다.

구체적으로 보면, 과학기술기본법에 규정되어 있던 국가연구개발사업의 추진(제11

5) 국회 과학기술정보방송통신위원회 전문위원 김건오, 앞의 보고서, 7-8면.

6) 국가연구개발 혁신을 위한 특별법안(이철회의원 대표발의, 의안번호: 17585)의 제안이유.

7) 법률 제17343호(2020. 6. 9. 제정, 2021. 1. 1. 시행)로 제정된 후 몇 차례 개정되었다. 현행 법은 법률 제19235호(2023. 3. 21., 일부개정, 2023. 9. 22. 시행)이다. 한편, 2024. 2. 27. 일부개정된 법률 제20354호가 2025. 2. 28.부터 시행될 예정이다(연구개발과제평가단에 포함될 수 없는 대상으로 최근 3년 이내에 연구개발과제 평가에 관한 법령을 위반하여 행정처분 또는 과태료 부과처분을 받거나 형벌을 받은 사람을 추가하는 내용임).

8) 대통령령 제31297호(2020. 12. 29. 제정, 2021. 1. 1. 시행). 혁신법 시행령도 이후 몇 차례 개정되었고 현행 시행령은 대통령령 제34936호(2024. 10. 8. 타법 개정, 2024. 10. 8. 시행)이다.

9) 과학기술정보통신부령 제66호(2021. 1. 4. 제정, 2021. 1. 4. 시행). 혁신법 시행규칙도 이후 몇 차례 개정되었고, 현행 시행규칙은 과학기술정보통신부령 제121호(2024. 2. 6., 일부개정, 2024. 2. 6. 시행)이다.

10) 구 과학기술법(2020. 6. 9. 법률 제17343호로 개정되기 전의 것) 제11조(국가연구개발사업의 추진); 제11조의2(참여제한 등); 제11조의3(성과의 소유·관리); 제11조의4(기술료의 징수 및 사용); 제16조의2(성과 보호 및 보안).

조),¹¹⁾ 국가연구개발사업에 대한 참여제한 등(제11조의2), 국가연구개발사업성과의 소유·관리 및 활용촉진(제11조의3), 기술료의 징수 및 사용(제11조의4), 국가연구개발사업의 보안(제11조의5), 연구개발성과의 보호 및 보안(제16조의2)¹²⁾에 대한 규정을 삭제하여 혁신법으로 이관하고,¹³⁾ 공동관리규정에 포함되어 있던 내용 중 일부를 법률에서 직접 규정하고 있다.¹⁴⁾

이와 같은 국가 연구개발 규정 체계 변화로 ① 범부처 공통규범을 마련하였고, ② 국가연구개발사업에 대한 주요 내용을 대통령령인 아닌 법률에서 규정하게 되었다는 점에서 긍정적으로 평가된다. 하지만 내용적 측면에서 기존 규정 체계의 장점을 수용하면서 과거 지적되어 오던 문제점은 해소하고 있는지 여부와 새로운 법률을 제정하면서 내용적으로 미흡한 점은 없는지 여부에 대해서는 검토가 필요하다. 이하에서는 혁신법 중 연구개발성과에 대한 소유·활용·실시에 대한 내용을 우선 정리해 본 다음 이에 대해 검토해 본다.

2. 연구개발성과의 소유·활용 관련 내용

혁신법 중 연구개발성과의 소유·활용 관련 주요 내용은 다음과 같다.

첫째, 법률에서 정의 규정을 마련하여 용어의 의미를 명확히 하고 있다. 종래 다수의 개별 법률에서 명확한 정의 없이 사용되고 있던 ‘국가연구개발사업’의 정의규정을 마련하고 있고, 연구개발성과, 연구개발성과의 실시에 대해 법률에서 정의하고 있는 점이 특징이다(혁신법 제2조).

둘째, 연구개발성과 소유의 경우, 과학기술기본법에서는 국가의 소유로 할 수 있는 경우에 대해 규정하는 외에는 연구개발성과의 소유에 대해 사실상 공동관리규정에 위임하고 있었던 반면, 혁신법에서는 연구개발성과의 소유에 대한 기본원칙을 정한 다음 사안별 구체적 내용은 혁신법 시행령에 위임하고 있는 점이 특징이다.

11) 다만, 국가연구개발사업의 추진과 관련하여, “중앙행정기관의 장은 기본계획에 따라 맡은 분야의 국가연구개발사업과 그 시책을 세워 추진하여야 한다”는 기본적인 내용은 존치하였다. 과학기술기본법 제11조 제1항.

12) 다만, “정부는 보호할 가치가 있는 국가연구개발사업 및 민간연구개발의 성과(이하 “연구개발성과”라 한다)에 대하여는 지식재산권의 설정 등을 통하여 보호될 수 있도록 적극 지원하여야 한다”는 제16조의2 제1항은 존치하였다.

13) ① 제11조(국가연구개발사업의 추진) 중 존치된 제1항을 제외한 나머지 내용은 혁신법 전반에, ② 제11조의2(국가연구개발사업에 대한 참여제한 등)의 내용은 혁신법 제31조(국가연구개발사업 관련 부정행위의 금지), 제32조(부정행위 등에 대한 제재처분), 제33조(제재처분의 절차 및 제검토 요청 등) 및 제34조(제재처분의 사후관리)에, ③ 제11조의3(국가연구개발사업성과의 소유·관리 및 활용촉진)의 내용은 혁신법 제16조(연구개발성과의 소유·관리) 및 제17조(연구개발성과의 활용)에, ④ 제11조의4(기술료의 징수 및 사용)의 내용은 혁신법 제18조(기술료의 징수 및 사용)에, ⑤ 제16조의2(연구개발성과의 보호 및 보안) 중 존치된 제1항을 제외한 나머지 내용은 혁신법 제21조(국가연구개발사업 등의 보안)에 각각 반영되었다. 과학기술정보통신부·한국과학기술기획평가원, 「국가연구개발혁신법 매뉴얼」, 2024. 4., 8면.

14) 예를 들면, ① 공동관리규정 제2조(정의)에 규정된 ‘실시’의 정의 등의 내용이 수정되어 혁신법 제2조(정의)에, ② 공동관리규정 제20조(연구개발성과의 소유) 및 제21조(연구개발성과의 활용촉진)의 내용이 수정되어 혁신법 제16조(연구개발성과의 소유·관리) 및 제17조(연구개발성과의 활용)와 혁신법 시행령 제32조(연구개발성과의 소유), 제34조(연구개발성과의 활용) 등에 각각 반영되어 있다. 과학기술정보통신부·한국과학기술기획평가원, 앞의 매뉴얼, 2024. 4., 9-10면.

셋째, 연구개발성과 활용의 경우, 과학기술기본법에서는 전적으로 공동관리규정에 위임하고 있었는데 혁신법에서도 법률에서는 기본적 내용(연구개발성과가 널리 활용될 수 있도록 필요한 조치를 하여야 한다는 내용)만을 규정한 다음 구체적인 내용은 시행령에서 정하고 있는 점에서 규정 체계 측면에서는 큰 차이가 없다. 다만, 공동관리규정과 혁신법 시행령은 구체적인 내용에서 차이점이 존재한다.

이하에서는 연구개발성과 및 그 실시의 의미, 연구개발성과의 소유, 연구개발성과의 활용으로 구분하여 혁신법 및 그 시행령의 내용을 구체적으로 검토해 본다.

III. 연구개발성과 및 그 실시 관련 검토

1. 연구개발성과

혁신법상 연구개발성과의 정의 규정은 연구개발과제의 수행 과정에서 또는 그 결과로 인하여 창출 또는 파생되는¹⁵⁾ 유형·무형의 성과를 모두 포섭하면서도 대표적인 성과들을 시행령에서 상세하게 제시하고 있다.¹⁶⁾ 즉, 혁신법 및 동법 시행령의 경우 유형적 성과와 무형적 성과를 포괄하여 연구개발성과로 정의한 다음¹⁷⁾ 성과의 소유에 대한 취급에 있어서도 유형적 성과와 무형적 성과에 대해 별다른 구분을 하고 있지 않은 점이 특징이다(혁신법 제16조 및 혁신법 시행령 제32조). 하지만 연구개발성과를 유형과 무형의 성과로 구분하지 않음으로써 후술하는 소유의 원칙과 관련하여 문제점을 내포하고 있으며, 시행령에서 열거한 구체적인 성과 태양이 무엇을 의미하는지 명확하지 않은 측면도 있다. 이하 혁신법 시행령 제3조에 제시된 연구개발성과 중 몇 가지에 대해 구체적으로 검토해 본다.

15) 공동관리규정에서는 “수행과정에서 얻어지는”이라고만 되어 있었는데(공동관리규정 제20조 제1항 및 제2항) 혁신법에서는 “수행 과정에서 또는 그 결과로 인하여 창출 또는 파생되는”이라고 규정하고 있다. “그 결과로 인하여”의 의미와 “파생”의 의미가 분명하지 않은 점은 있지만 공동관리규정보다 그 적용 범위를 확대하려는 것으로 이해된다.

16) 공동관리규정의 경우 제20조(연구개발성과의 소유)에서 유형적 성과(연구기자재, 연구시설·장비, 시작품(試作品) 및 연구노트 등)와 무형적 성과(지식재산권, 연구보고서의 판권 등)를 구분하고, 연구개발성과의 등록·기탁과 관련하여 제25조(연구개발정보의 관리) 제13항에서 논문, 특허, 보고서 원문, 연구시설·장비, 기술요약정보, 생명자원, 소프트웨어, 화합물, 신물질 등의 연구개발성과를 열거하고 있었다. 혁신법 시행령 제3조에 열거된 연구개발성과는, 1. 제품, 2. 시설·장비, 3. 논문, 4. 특허 등 지식재산권, 5. 법 제12조제4항부터 제6항까지의 규정에 따른 연차보고서, 단계보고서, 최종보고서 또는 성과활용보고서의 원문, 6. 연구개발과제에서 창출 또는 파생된 기술의 요약정보, 7. 생명자원, 8. 소프트웨어, 9. 화합물(化合物), 10. 신물질, 11. 표준, 12. 그 밖에 제1호부터 제11호까지에서 규정한 성과에 준하는 유형·무형의 성과이다. 혁신법은 기존 공동관리규정상 연구개발성과의 내용을 반영하면서 제품(제1호), 표준(제11호) 및 제1호부터 제11호까지에서 규정한 성과에 준하는 유형·무형의 성과(제12호)를 추가하고 있다.

17) 혁신법 제2조 제5호(“연구개발성과”란 연구개발과제의 수행 과정에서 또는 그 결과로 인하여 창출 또는 파생되는 제품, 시설·장비, 지식재산권 등 대통령령으로 정하는 유형·무형의 성과를 말한다.).

1) 특허 등 지식재산권(제4호)

혁신법 시행령 제3조 제4호는 연구개발성과의 하나로 ‘특허 등 지식재산권’이라고 규정하고 있는데¹⁸⁾ ‘연구개발성과’가 ‘실시’의 대상이라는 점을 고려하면¹⁹⁾ ‘지식재산권’이 아닌 ‘지식재산’을 연구개발성으로 정의하는 것이 타당해 보인다. 또한, 아래에서 열거하는 성과 유형 중 ‘지식재산(권)’으로 볼 수 있는 것들은 제4호와 중복되는 측면도 있다.

2) 생명자원(제7호)

혁신법 시행령 제3조 제7호에 연구개발성과의 하나로 규정된 ‘생명자원’의 의미가 무엇인지는 명확하지 않다. 몇 가지 법률에서 생명연구자원,²⁰⁾ 생물자원,²¹⁾ 유전자원,²²⁾ 농업생명자원,²³⁾ 농업생물자원,²⁴⁾ 해양수산생명자원,²⁵⁾ 해양수산생명유전자

18) 공동관리규정에서는 무형적 성과의 한 유형으로 ‘지식재산권’을 규정하여 연구개발성과에 관한 모든 지식재산권이 포섭되도록 규정되어 있었다(공동관리규정 제20조 제2항).

19) 혁신법 제2조 제9호(“기술료”란 연구개발성과를 실시(연구개발성과를 사용·양도·대여 또는 수출하거나 연구개발성과의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위를 말한다. 이하 같다)하는 권리를 획득한 대가로 실시권자가 제17조제1항에 따른 연구개발성과소유기관에 지급하는 금액을 말한다.”); 혁신법 제18조 제1항(“연구개발성과소유기관은 연구개발성과를 실시하려는 자와 실시권의 내용 및 범위, 기술료 및 기술료 납부방법 등에 관한 계약을 체결하고 해당 연구개발성과의 실시를 허락할 수 있다. 이 경우 연구개발성과소유기관은 기술료를 징수하여야 한다.”) 등. 한편, 혁신법상 ‘실시’의 정의는 특허법을 참고한 것으로 설명되고 있는데, 특허법의 경우 ‘실시’의 대상은 ‘(특허) 발명’이지 특허권이 아니다. 특허법 제2조(실시의 정의), 제100조(전용실시권) 및 제102조(통상실시권) 등 참조.

20) 생명연구자원의 확보·관리 및 활용에 관한 법률 제2조 제1호(“생명공학연구의 기반이 되는 자원으로 연구 또는 산업적으로 실질적, 잠재적 가치가 있는 동물, 식물, 미생물, 인체유래 연구자원 등 다양한 생물체의 실물(實物, 유전자원을 포함한다)과 관련 정보 등을 말한다.”).

21) 생물다양성 보전 및 이용에 관한 법률 제2조 제3호(“생물자원”이란 사람을 위하여 가치가 있거나 실제적 또는 잠재적 용도가 있는 유전자원, 생물체, 생물체의 부분, 개체군 또는 생물의 구성요소를 말한다.”).

22) 생명연구자원의 확보·관리 및 활용에 관한 법률 제2조 제2호(“유전자원”이란 유전의 기능적 단위를 포함하는 식물·동물·미생물 또는 그 밖에 유전적 기원이 되는 유전물질 중 실질적 또는 잠재적 가치를 지닌 물질을 말한다.”); 생물다양성 보전 및 이용에 관한 법률 제2조 제4호(“유전자원”이란 유전(遺傳)의 기능적 단위를 포함하는 식물·동물·미생물 또는 그 밖에 유전적 기원이 되는 유전물질 중 실질적 또는 잠재적 가치를 지닌 물질을 말한다.”); 유전자원의 접근·이용 및 이익 공유에 관한 법률 제2조 제1호(“유전자원”이란 「생물다양성 보전 및 이용에 관한 법률」 제2조제4호의 유전자원을 말한다.”).

23) 농업생명자원의 보존·관리 및 이용에 관한 법률 제2조 제1호(“농업생명자원”이란 「농업·농촌 및 식품산업 기본법」 제3조제1호에 따른 농업에 실제적이거나 잠재적인 가치가 있는 동물, 식물, 미생물 등 생물체의 실물(實物)과 그 실물을 이용하여 파악된 유용한 사실 등의 정보를 말한다.”).

24) 농업생물자원의 보존·관리 및 이용에 관한 법률 제2조 제2호(“농업생물자원”이란 「농업·농촌 및 식품산업 기본법」 제3조제1호에 따른 농업에 실제적이거나 잠재적인 가치가 있는 유전자원, 생물체, 생물체의 부분, 개체군 또는 생물의 구성요소를 말한다.”).

25) 해양수산생명자원의 확보·관리 및 이용 등에 관한 법률 제2조 제1호(“해양수산생명자원”이란 생명공학연구 또는 산업을 위하여 실제적이거나 잠재적인 가치가 있는 자원으로 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다. 가. 해양동식물, 해양미생물 등 해양생물체의 실물(實物)과 그 실물을 이용하여 파악된 유용한 사실 등의 정보, 나. 해양수산생명유전자원, 다. 「수산자원관리법」 제2조제1항제1호에 따른 수산자원 및 수산자원에 관련된 미

원,²⁶⁾ 유전물질²⁷⁾ 등에 대해 정의하고 있는데, 이러한 정의 규정을 참고하면 생명자원은, ‘연구 또는 산업적으로 실질적, 잠재적 가치가 있는 동물, 식물, 미생물, 인체유래 자원 등 다양한 생물체의 실물(實物, 유전자원을 포함한다)과 관련 정보 등’을 의미하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 생명자원 중에는 특허법상 ‘발명’이나(소위 생명공학관련발명) 식물신품종보호법상 ‘품종’에 해당하여 그 대상(발명이나 품종)에 대해 특허권이나 품종보호권이 발생할 수 있는 것도 있어 ‘특허 등 지식재산권’과 중복되는 측면이 있다. 다른 한편, 생명자원 관련 ‘발명’을 창작하거나 ‘품종’을 육성하는 과정에서 창출 또는 파생되는 생물체의 ‘실물(현물)’은 유형적 성과에 해당한다고 볼 수 있다. 또한, 생물체 관련 ‘정보’의 경우에는 무형적 성과에 해당하며 지식재산권의 대상이 될 수 있는 것과 그렇지 않은 것이 존재할 수 있다.

3) 소프트웨어(제8호)

소프트웨어는²⁸⁾ 저작권법상 저작물, 특허법상 발명에 해당할 수 있다. 즉, 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물은 컴퓨터프로그램저작물로 저작권법의 보호대상이 되며(저작권법 제2조 16호), 컴퓨터프로그램이 특허법상 발명에 해당하여 특허법의 보호대상이 될 수도 있다.²⁹⁾ 또한, 연구개발 과정에서 창출 또는

생물 등 생물체의 실물과 그 실물을 이용하여 파악된 유용한 사실 등의 정보”).

26) 해양수산생명자원의 확보·관리 및 이용 등에 관한 법률 제2조 제2호(“해양수산생명유전자원’이란 유전의 기능적 단위를 포함하는 해양동식물 및 해양미생물과 그 밖의 기원(起源)물질로서 실제적이거나 잠재적인 가치를 지닌 유전물질을 말한다.”).

27) 해양수산생명자원의 확보·관리 및 이용 등에 관한 법률 제2조 제3호(“유전물질’이란 유전의 기능적 단위를 포함하는 식물, 동물, 미생물 및 그 밖의 기원물질을 말한다.”).

28) “소프트웨어”란 컴퓨터, 통신, 자동화 등의 장비와 그 주변장치에 대하여 명령·제어·입력·처리·저장·출력·상호작용이 가능하게 하는 지시·명령(음성이나 영상정보 등을 포함한다)의 집합과 이를 작성하기 위하여 사용된 기술서(記述書)나 그 밖의 관련 자료를 말한다(소프트웨어 진흥법 제2조 제1호); “프로그램”이라 함은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 “컴퓨터”라 한다)내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 것을 말한다(구 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제1호); “컴퓨터프로그램저작물”은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 “컴퓨터”라 한다) 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물을 말한다(저작권법 제2조 제16호); 中山信弘, 「特許法(第4版)」, 弘文堂, 2019, 108頁(“소프트웨어란 프로그램을 작성하여 실행시키기 위한 시스템으로 요약하면 컴퓨터의 사용방법(순서)이라고도 할 수 있을 것이다. 그 중심은 프로그램이지만, 프로그램뿐 아니라 시스템 설계서, 플로우차트, 매뉴얼 등도 광의의 소프트웨어에 포함된다. 프로그램이란 컴퓨터에서 정보처리를 행하기 위한 명령의 조합이며 그와 같은 것이 자연법칙을 이용하고 있는지 여부가 문제 된다.”). 이상의 내용을 참고하면 소프트웨어가 컴퓨터프로그램을 포섭하는 넓은 개념이지만 이 글에서는 컴퓨터프로그램과 같은 의미로 사용한다. 컴퓨터프로그램 발명의 성립성에 대해서는 김관식, “컴퓨터프로그램 발명의 성립성”, 「특허관례연구 개정판(한국특허법학회 편)」, 박영사, 2012, 11-18면 참조.

29) 특허청, 「기술분야별 심사실무 가이드」, 기타(구 기술분야별 심사기준), 제10장 컴퓨터 관련 발명, 2024. 1., 61면(“컴퓨터 관련 발명에서 소프트웨어에 의한 정보처리가 하드웨어를 이용하여 구체적으로 실현되는 경우에는 해당 소프트웨어와 협동하여 동작하는 정보처리 장치(기계), 그 동작 방법, 해당 프로그램을 기록한 컴퓨터로 읽을 수 있는 매체, 매체에 저장된 컴퓨터프로그램은 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 발명에 해당한다. 다만, 컴퓨터프로그램은 컴퓨터를 실행하는 명령에 불과한 것으로 컴퓨터프로그램 자체는 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작이 아니므로 발명이 될 수 없다.”).

파생되어 매체에 저장된 실물로서의 컴퓨터프로그램은 유형적 성과로 볼 수도 있을 것이다.

4) 화합물(化合物)(제9호)

‘화합물’을³⁰⁾ 창작한 경우 특허법상 발명에 해당할 수 있고 해당 화합물(물건의 발명)에 대해 특허를 받은 경우 무형적 성과로서 특허권(지식재산권)이 발생한다. 다른 한편, 발명 과정에서 창출 또는 파생된 화합물 ‘실물’의 경우 유형적 성과로 볼 수 있다.

5) 신품종(제10호)

품종이란 식물학에서 통용되는 최저분류 단위의 식물군으로서 식물신품종보호법상 품종보호 요건(식물신품종보호법 제16조)을 갖추었는지 여부와 관계없이 유전적으로 나타나는 특성 중 한 가지 이상의 특성이 다른 식물군과 구별되고 변함없이 증식될 수 있는 것을 말한다(식물신품종보호법 제2조 제2호). 신규성 등 품종보호요건(식물신품종보호법 제16조)을 충족한 품종의 경우 품종보호를 받을 수 있다(품종보호권). 품종보호권은 지식재산권의 일종이므로 ‘특허 등 지식재산권’과 중복된다. 다만, ‘신품종’이 식물신품종보호법상 품종보호요건을 충족한 품종을 의미하는 것인지 명확하지 않다. 한편, 식물 신품종을 개발한 경우 특허법상 발명에 해당하여 특허권의 대상이 될 수도 있다.³¹⁾ 또한, 식물 신품종 개발 과정에서 창출 또는 파생된 품종 현물은 유형적 성과에 해당할 것이다.

6) 표준(제11호)

표준의 의미가 무엇인지 명확하지 않다. 국가표준기본법에서는 ‘국가표준’에 대해,³²⁾ 산업표준화법에서는 ‘산업표준’에 대해³³⁾ 정의하고 있지만 혁신법상 표준이 정

30) 특허청, 앞의 심사실무 가이드, 제9부 화합물 분야 심사실무가이드, 2024. 1., 9103면(“화합물은 두 종류 이상의 화학원소가 결합하여 만들어진 화학물질을 말하는 것으로 유기화합물, 무기화합물, 금속원소와 결합한 유기금속화합물이 모두 화합물에 포함된다.”). 화합물의 발명 성립성에 대해서는 특허청, 앞의 심사실무 가이드, 9301-9304면 참조.

31) 특허청, 앞의 심사실무 가이드, 제4부 식물 분야 심사실무가이드, 2024. 1., 4101면(“식물분야 심사실무 가이드는 신규식물 자체 또는 신규식물의 일부분에 관한 발명, 신규식물의 육종방법에 관한 발명 및 식물의 번식방법에 관한 발명에 적용된다.”); 윤태식, 「특허법」, 박영사, 2024. 10., 257면(구 특허법은 식물발명특허의 대상을 무성적으로 번식하는 변종식물에 한정하고 있었으나 2006년 특허법 개정에 의해 유·무성 번식방법 등에 관계없이 식물이나 그 유전자·세포·세포주, 식물의 일부분(화분, 종자 등), 식물육종방법 등에 대해서도 특허를 받을 수 있다는 취지).

32) 국가표준기본법 제3조(“1. “국가표준”이란 국가사회의 모든 분야에서 정확성, 합리성 및 국제성을 높이기 위하여 국가적으로 공인된 과학적·기술적 공공기준으로서 측정표준·참조표준·성문표준·기술규정 등 이 법에서 규정하는 모든 표준을 말한다. 2. “국제표준”이란 국가 간의 물질이나 서비스의 교환을 쉽게 하고 지적·과학적·기술적·경제적 활동 분야에서 국제적 협력을 증진하기 위하여 제정된 기준으로서 국제적으로 공인된 표준을 말한다. 3. “측정표준”이란 산업 및 과학기술 분야에서 물상상태(物象狀態)의 양의 측정단위 또는 특정량의 값을 정의하고, 현시(顯示)하며, 보존 및 재현하기 위한 기준으로 사용되는 물

확히 무엇을 의미하는지는 알기 어렵다. 성과에 대한 소유의 취급을 제대로 하기 위해서도 그 의미를 명확히 할 필요가 있다. 예를 들어, 국가표준기본법상 ‘측정표준’의 경우 “산업 및 과학기술 분야에서 물상상태(物象狀態)의 양의 측정단위 또는 특정량의 값을 정의하고, 현시(顯示)하며, 보존 및 재현하기 위한 기준으로 사용되는 물적 척도, 측정기기, 표준물질, 측정방법 또는 측정체계”를 말하는데, 측정방법이나 측정체계는 무형적 성과로 볼 수 있지만 측정기기나 표준물질은 유형적 성과로 봐야 할 것이다.

7) 정리

이상의 검토 내용을 토대로 보면 혁신법상 연구개발성과의 정의 규정에 다음의 내용을 반영한 수정이 필요해 보인다. 우선 유형적 성과와 무형적 성과를 모두 포섭할 수 있는 연구개발성과(예를 들면, 생명자원, 소프트웨어, 화합물, 신제품, 표준 등)의 경우 이 점을 분명히 하여 성과의 소유 측면에서 다른 취급이 가능하도록 할 필요가 있다. 또한, 신제품이나 표준 등의 연구개발성과는 관련 법률을 참고하여 혁신법에서 의미하는 바를 명확히 할 필요가 있다. 나아가 연구개발성과가 ‘실시’의 대상이라는 점을 고려하여 혁신법 제2조 제5호와 동법 시행령 제3조 본문 및 제4호에서 ‘지식재산권’을 ‘지식재산’으로, ‘특허’를 ‘특허발명’으로 수정할 필요가 있다.³⁴⁾

2. 연구개발성과의 실시

<표 7> 연구개발성과 실시의 정의: 혁신법 전·후 비교

공동관리규정	혁신법
“실시”란 법 제11조의4제1항에 따라 연구개발성과를 사용(연구개발성과를 사용하여 생산하는 경우를 포함한다), 양도(기술이전을 포함한다), 대여 또는 수출하는 것을 말한다.	연구개발성과를 사용·양도·대여 또는 수출하거나 연구개발성과의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위를 말한다.

적척도, 측정기기, 표준물질, 측정방법 또는 측정체계를 말한다. 4. “국가측정표준”이란 관련된 양의 다른 표준들에 값을 부여하기 위한 기준으로서 국가적으로 공인된 측정표준을 말한다. 5. “국제측정표준”이란 관련된 양의 다른 표준들에 값을 부여하기 위한 기준으로서 국제적으로 공인된 측정표준을 말한다. 6. “참조표준”이란 측정데이터 및 정보의 정확도와 신뢰도를 과학적으로 분석·평가하여 공인된 것으로서 국가사회의 모든 분야에서 널리 지속적으로 사용되거나 반복사용할 수 있도록 마련된 물리화학적 상수, 물성값, 과학기술적 통계 등을 말한다. 7. “성문표준”이란 국가사회의 모든 분야에서 총체적인 이해성, 효율성 및 경제성 등을 높이기 위하여 자율적으로 적용하는 문서화된 과학기술적 기준, 규격 및 지침을 말한다. 8. “기술규정”이란 인체의 건강·안전, 환경보호와 소비자에 대한 기만행위 방지 등을 위하여 제품, 서비스, 공정(이하 “제품등”이라 한다)에 대하여 강제적으로 적용하는 기준을 말한다.”).

33) 산업표준화법 제2조 제1호(“산업표준”이란 산업표준화를 위한 기준을 말한다.“).

34) 지식재산기본법에 따르면, “지식재산”이란 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 것을 말하며(제3조 제1호), “지식재산권”이란 법령 또는 조약 등에 따라 인정되거나 보호되는 지식재산에 관한 권리를 말한다(제3조 제3호).

공동관리규정상 ‘실시’의 정의와 혁신법상 ‘실시’의 정의는 연구개발성과의 사용, 양도, 대여, 수출을 포함하는 점에서 공통된다. 다만, 혁신법에서는 ‘청약’ 행위가 추가된 점과 공동관리규정에서 ‘사용하여 생산’하는 경우를 명시적으로 ‘사용’에 포함하였던 부분과³⁵⁾ ‘양도’에 ‘기술이전’을 포함한다는 내용을 삭제한 점에서 차이가 있다(위 <표> 참조).³⁶⁾ 이러한 혁신법상 ‘실시’의 정의와 관련하여서는 다음과 같은 문제가 있다.

첫째, 성과의 유형에 따라 ‘실시’의 의미가 달라질 수 있는 점을 고려하지 않았다는 점이다. 공동관리규정과 혁신법 모두 특허법상 ‘실시’의 개념을 참고한 것으로 보이는데 그 중 ‘물건’의 발명에 대한 실시의 정의를 차용한 것으로 보인다. 특허법에서는 발명을 ‘물건’의 발명과 ‘방법’의 발명으로 구분하고 있고, ‘물건’의 발명에 대해서는 ‘물건의 발명’을 구현한 ‘물건’을 생산, 사용, 양도, 대여, 양도·대여의 청약, 수입하는 것을 실시로 정의하고 있으며, ‘방법’의 발명의 경우에는 그 ‘방법’을 사용하거나, 사용의 청약을 하는 행위를 실시로 정의하고 있다(‘사용의 청약’이 2019년 특허법 개정에 의해 추가됨).³⁷⁾ 연구개발성과 중 제품, 시설, 장비 등 유형적 성과의 경우 ‘물건’의 발명에 대한 실시 행위인 사용, 양도, 대여, 양도·대여의 청약 등을 상정할 수 있어 큰 문제는 없는 것으로 보인다. 하지만 무형적 성과인 ‘지식재산권’ 등에 대한 ‘실시’는 유의할 필요가 있다. 특허권을 예로 들면 연구개발성과로서의 무형적 성과를 특허권의 대상인 ‘발명’으로 보는지 아니면 ‘특허권’ 자체로 보는지에 따라 ‘실시’에 대한 정의를 다르게 할 필요가 있는데 공동관리규정과 혁신법 모두 이러한 점을 고려하지 않고 있는 것으로 보인다. 특허법상 실시의 대상은 ‘특허권’이 아닌 ‘발명’이며 발명의 유형 중 ‘물건의 발명’이 존재하므로 ‘양도’, ‘대여’, ‘양도·대여의 청약’ 등을 실시에 포함할 것이다.³⁸⁾ 하지만 공동관리규정과 혁신법 모두 ‘지식재산권(특허권 포함)’을 ‘연구개발성과’로 정의하여 ‘실시’의 대상으로 하기 때문에 문제가 있다. 앞서 지적한 바와 같이 ‘연구개발성과’의 정의에서 ‘특허 등 지식재산권’을 ‘특허발명 등 지식재산’으로 수정할 필요가 있다.

35) 연구개발성과를 사용하여 생산하는 경우를 사용 행위에 포함한다는 괄호 부분이 혁신법에서 삭제된 이유는 확인하지 못했다. 다만, 특허가 물건의 발명인 경우(생명자원, 화합물, 신물질 등)와 관련된 물건의 발명 포함)에는 연구개발성과를 사용하여 생산하는 행위가 실시 행위에 여전히 포섭될 필요가 있어 보인다.

36) 혁신법상 실시의 정의는 특허법 등과 부합하도록 수정한 것이라고 설명하고 있다. 과학기술정보통신부, 국가연구개발혁신법 설명자료, 2021. 2., 41면. 이재훈·유지은, “국가연구개발혁신법 주요 내용과 시사점”, 「KISTEP Issue Paper」 2020-09(통권 제287호), 한국과학기술기획평가원, 2020. 6., 7면(“특허법 등 현행 법률과의 체계를 고려하여 실시의 의미를 명확히 규정”)도 같은 취지로 설명하고 있다. 당초 의안(2018. 12. 18. 이철희의원 대표발의, 의안번호 2017585)에서는 제2조 제6호에서 “연구개발성과의 실시”란 연구개발성과를 사용·양도·대여 또는 수출하는 것을 말한다고 정의하고 있었다. 해당 의안에서 공동관리규정과 실시의 정의를 다르게 한 이유에 대한 설명은 찾아볼 수 없다. 이후 소관위 심사, 법사위 체계자구심사를 거쳐 본회의에서 최종 가결된 법안에서는 기술료(제2조 제9호)의 정의에 실시의 정의가 포함되고 양도·대여의 청약이 실시의 내용에 추가되었다.

37) 특허법상 실시의 개념의 대해서는 정상조·박성수 공편, 「특허법 주해 I」(김관식 집필 부분), 박영사, 2020, 38-40면; 윤태식, 앞의 책, 70-73면 참조.

38) 中山信弘, 「特許法(第4版)」, 弘文堂, 2019, 340頁(“따라서 실시의 개념은 당해 특허 청구범위의 구성요소를 충족하는 행위를 기본으로 하여, 당해 행위에 의해 만들어진 물건에도 미치며(양도나 당해 물건의 사용), 그것 이외에 특허권자의 이익을 실질적으로 위태롭게 하는 주변행위에까지 미칠 필요가 있다.”); 高林龍, 「標準特許法(第3版)」, 有斐閣, 2011, 93頁(“특허권의 효력이 미치는 것은 특허발명의 실시에 대해서다.”).

둘째, 실시 행위 중 ‘양도’의 대상이 무엇인지 혼동할 수 있다. 공동관리규정과 혁신법 모두 ‘지식재산권’을 ‘연구개발성과’로 정의하고 있고 ‘연구개발성과’의 ‘실시’ 행위에 연구개발성과의 ‘양도’를 포함하고 있으므로 문언상으로 보면 연구개발성과가 지식재산권(특허권 등)인 경우 연구개발성과의 양도는 지식재산권(특허권 등)의 양도로 볼 여지가 있다. 하지만 특허법상 실시행위로서의 양도는 ‘물건의 발명을 구현한 물건’을 양도하는 것을 의미하지 ‘물건의 발명에 대한 특허권’의 양도를 의미하지는 않는다.³⁹⁾ 연구개발성과가 지식재산권인 경우 ‘연구개발성과의 양도’가 무엇을 의미하는지 분명하지 않고 예를 들어 연구개발성과로 물건의 발명에 대한 특허권이 발생한 경우 ‘양도’의 대상이 물건의 발명을 구현한 ‘물건’인지 물건의 발명에 대한 ‘특허권’인지 불명확하다. 이런 측면에서도 ‘연구개발성과’의 정의에서 ‘특허 등 지식재산권’을 ‘특허발명 등 지식재산’으로 수정할 필요가 있다. 한편, 종래 공동관리규정은 ‘양도’의 정의에 ‘기술이전’을 포함하고 있었는데, 공동관리규정에서 별도로 기술이전을 정의하고 있지는 않지만 기술이전법상 ‘기술이전’의 정의에는 실시권 허락뿐 아니라 ‘양도’도 포함된다.⁴⁰⁾ 즉, 공동관리규정의 경우 ‘양도’에 ‘기술이전’이 포함되고 ‘기술이전’에 다시 ‘양도’(여기서의 양도는 기술에 대한 권리(특허권 등)의 양도라고 보는 것이 타당해 보임)가 포함되는 것이어서 ‘양도’의 의미가 혼란스럽다. 그런 점에서 혁신법이 ‘기술이전’을 ‘양도’에 포함하지 않은 것은 바람직하다고 볼 수 있다.⁴¹⁾ 다만, 현행 혁신법이 연구개발성과를 ‘지식재산’이 아닌 ‘지식재산권’으로 정의하고 있는 점에서 만일 연구개발성과의 ‘실시’에 ‘지식재산권의 양도’를 포함하려는 것이 입법 취지라면 명확한 문구를 통해 이 점을 분명히 하는 것이 바람직할 것이다.

셋째, 연구개발성과의 ‘수출’이 무엇을 의미하는지 여부와 실시 행위로서 ‘수출’을 포함한 이유가 명확하지 않다. 개별 지식재산권법에서 보호대상의 ‘실시’ 행위에 ‘수출’을 포함한 경우도 있지만(디자인보호법, 식물신품종보호법), ‘수출’을 포함하지 않은 경우도 있다(특허법·실용신안법,⁴²⁾ 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률). 또한, 수출을 연구개발성과의 실시 행위에 포함하더라도 ‘양도’의 경우와 마찬가지로 연구개발성과가 무형의 ‘지식재산권’인 경우 ‘수출’을 실시행위로 보는 것이 타당한지

39) 中山信弘·小泉直樹 編, 「新.注解特許法(上卷)」, 青林書院, 2017, 48頁(“양도란 물건의 발명인 특허발명을 화제한 특허제품에 대한 이전이다. 특허제품의 이전에 있어서 대가를 받는지 여부는 묻지 않는다고 해석되므로 유상에 의한 판매는 물론 무상배포와 같은 행위에 대하여도 양도 개념에 해당할 수 있다.”). 생산에 대하여도, 발명의 카테고리가 물건의 발명인 경우에 있어서 특허발명이 구현화 되어 있는 물건(특허제품)을 새롭게 만들어 내는 행위를 원칙적으로 의미하는 것이라고 할 수 있다고 설명하고 있다. 中山信弘·小泉直樹 編, 前掲書, 42頁.

40) 기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률(기술이전법) 제2조 (“2. “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 것을 말한다.”).

41) 다른 조문(혁신법 시행령 제41조 기술료의 사용 등)에서는 ‘기술이전’이라는 용어를 사용하고 있다.

42) 현행 특허법·실용신안법에는 실시 행위에 수출이 포함되지 않지만, 실시 행위에 수출을 포함하는 특허법·실용신안법 개정안이 제안되어 2024. 12. 27. 국회 본회의에서 원안대로 가결되었다(특허법 일부개정법률안(이철규의원 대표발의, 발의연월일: 2024. 9. 25., 의안번호: 2204271)이 대안반영폐기되고 대안(의안번호: 2206928)이 가결됨). 한편, 특허법상 실시 행위에 수출을 추가할 필요성에 대해서는, 김동준, “특허법상 실시행위에 수출 추가의 필요성”, 「성균관법학」 제33권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2021. 12., 343-385면 참조.

의문이다. ‘수출’을 실시행위에 포섭한 일부 지식재산권법의 경우에도 실시의 대상은 지식재산권이 아니라 성과인 지식재산의 내용을 구현한 물건임이 분명하므로,⁴³⁾ ‘연구개발성과’의 정의에서 ‘특허 등 지식재산권’을 ‘특허발명 등 지식재산’으로 수정할 필요가 있다.

3. 소결론

혁신법에서 유형·무형의 성과를 모두 연구개발성과로 포섭하면서도 대표적인 성과들을 시행령에서 상세하게 제시한 점과, 연구개발성과 실시의 정의를 특허법 등과 부합하도록 수정한 점은 긍정적으로 평가되지만, 연구개발성과 및 그 실시와 관련하여 다음과 같은 개선이 필요해 보인다.

우선, 연구개발성과의 정의는 유형·무형의 성과를 구분하지 않음으로써 성과에 대한 소유의 원칙과 관련하여 문제점을 내포하고 있다. 또한, 혁신법 시행령에서 열거한 구체적 성과 태양 중 의미가 명확하지 않은 것도 있다. 따라서 신품종이나 표준 등의 연구개발성과는 관련 법률을 참고하여 그 의미를 명확히 하고, 유형적 성과와 무형적 성과의 소유 측면에서의 취급은 다르게 해야 할 것이다.

다음으로, 연구개발성과 실시의 정의는 ‘실시’의 대상이 무엇인지를 명확히 할 필요가 있다. 혁신법은 연구개발성과 중 무형적 성과로 ‘지식재산권’을 포섭하는 한편, 실시의 정의는 특허법을 참고하였다. 하지만 특허법상 실시의 정의는 특허권이 아닌 특허발명을 대상으로 하는 것이다. 따라서 ‘연구개발성과’의 정의에서 ‘지식재산권’ 및 ‘특허’라는 용어를 각각 ‘지식재산’과 ‘특허발명’으로 수정할 필요가 있다.

IV. 연구개발성과의 소유 관련 검토

혁신법 제정 전 과학기술기본법에서는 연구형태와 비중, 연구개발성과의 유형 등을 고려하여 국가연구개발사업의 성과를 ‘연구기관 등’의 소유로 하되 일정한 경우⁴⁴⁾ 예외적으로 국가의 소유로 할 수 있다는 원칙적인 내용만 규정하고 구체적 내용은 공동관리규정에 위임하고 있었다(과학기술기본법 제11조의3). 한편, 공동관리규정에서는 유형적 성과, 무형적 성과, 국제공동연구의 경우를 구분하여, ① 유형적 성과는 주관연구기관 소유를 원칙으로 하고, ② 무형적 성과는 (i) 단독 개발의 경우 각 연구기관의 단독 소유를, (ii) 공동 개발의 경우 공동 연구기관의 공동 소유를 원칙으로 하며, ③ 국제공동연구의 경우 국내 기관이 소유하거나 우선적 실시권을 획득할 수

43) 디자인보호법 제2조 제7호(“‘실시’란 다음 각 목의 구분에 따른 행위를 말한다. 가. 디자인의 대상이 물품(화상은 제외한다)인 경우 그 물품을 생산·사용·양도·대여·수출 또는 수입하거나 그 물품을 양도 또는 대여하기 위하여 청약(양도나 대여를 위한 전시를 포함한다. 이하 같다)하는 행위”); 식물신제품보호법 제2조 제7호(“‘실시’란 보호품종의 종자를 증식·생산·조제(調製)·양도·대여·수출 또는 수입하거나 양도 또는 대여의 청약(양도 또는 대여를 위한 전시를 포함한다. 이하 같다)을 하는 행위를 말한다.”).

44) 1. 국가안보를 위하여 필요한 경우; 2. 연구개발성과를 공공의 이익을 목적으로 활용하기 위하여 필요한 경우; 3. 연구기관 등이 국외에 소재한 경우; 4. 그 밖에 연구기관 등이 소유하기에 부적합하다고 인정되는 경우.

있도록 노력하여야 한다고 규정하고 있었다(공동관리규정 제20조 제1항부터 제3항).

혁신법의 경우, 연구개발성과에 대한 권리를 기관이 ‘승계’ 후 소유하도록 한 점, 연구자가 연구개발성과를 소유하는 경우를 규정한 점, 공동연구의 경우 기여도를 기준으로 소유 비율을 정하도록 한 점, 위탁연구개발기관은 연구개발성과를 소유할 수 없도록 한 점에 특징이 있는데 이하 해당 내용들에 대해 검토해 본다.

1. 연구개발성과에 대한 권리 ‘승계’ 후 기관 소유 원칙

혁신법에 따르면, 연구개발성과는 해당 연구개발과제를 수행한 연구개발기관이 연구자로부터 연구개발성과에 대한 권리를 ‘승계’하여 소유하는 것을 원칙으로 하는데(혁신법 제16조 제1항), 연구개발과제의 수행 과정에서 또는 그 결과로 인하여 창출 또는 파생되는 제품, 시설·장비, 지식재산권 등 대통령령으로 정하는 유형·무형의 성과가 모두 ‘연구개발성과’에 해당한다(혁신법 제2조에서 5호).⁴⁵⁾ 위와 같은 연구개발성과에 대한 권리 ‘승계’ 후 기관 소유 원칙은 기본적으로 모든 연구개발성과에 대한 권리가 원천적으로 연구자에게 있음을 전제로 한 것으로 보이는데⁴⁶⁾ 다음과 같은 문제가 있다.

특허 등 지식재산권의 경우에는 일반적으로 발명자주의나 창작자주의에 따라 원천적으로는 연구자에게 권리가 속하는 것으로 볼 수 있을 것이다.⁴⁷⁾ 하지만 시설, 장비, 제품 등 유형적 성과의 경우에는 근로자로서의 연구자의 노동의 산물로 보아야 할 것이며 지식재산권법과 같은 특별한 법규정이 없다면 원천적으로 사용자인 연구개발기관이 소유하는 것으로 봄이 타당하므로 ‘승계’ 후 기관 소유 원칙을 적용하는 것이 적절하지 않다. 공동관리규정에서 연구성과의 소유에 대한 일반적인 원칙을 규정하지 않은 문제를 혁신법이 해결하고 있는 점은 바람직하지만 법문상 내포된 위와 같은 문제를 해결할 필요가 있다. 따라서 “연구개발성과는 해당 연구개발과제를 수행한 연구개발기관이 해당 연구자로부터 연구개발성과에 대한 권리를 승계하여 소유하는 것을 원칙으로 한다.”는 규정은 “연구개발성과는 해당 연구개발과제를 수행한 연구개발기관이 소유하는 것을 원칙으로 한다. 이 경우 해당 연구자가 연구개발성과에 대한 권리를 보유하고 있는 경우에는 법률의 규정 또는 계약에 의하여 해당 권리를 연구개발기관이 승계하여 소유하는 것을 원칙으로 한다.”로 개정하는 것이 바람직하다.

45) 국가연구개발혁신법 시행령 제3조(연구개발성과)에서는 법 제2조제5호에서 “제품, 시설·장비, 지식재산권 등 대통령령으로 정하는 유형·무형의 성과”란 다음 각 호의 성과를 말하는 것으로 규정되어 있다. 1. 제품, 2. 시설·장비, 3. 논문, 4. 특허 등 지식재산권, 5. 법 제12조제4항부터 제6항까지의 규정에 따른 연차보고서, 단계보고서, 최종보고서 또는 성과 활용보고서의 원문, 6. 연구개발과제에서 창출 또는 파생된 기술의 요약정보, 7. 생명자원, 8. 소프트웨어, 9. 화합물(化合物), 10. 신물질, 11. 표준, 12. 그 밖에 제1호부터 제11호까지에서 규정한 성과에 준하는 유형·무형의 성과.

46) 과학기술정보통신부·한국과학기술기획평가원, 앞의 매뉴얼, 95면.

47) 다만, 업무상저작물의 경우에는 원천적으로 사용자에게 속하게 된다(저작권법 제9조).

2. 연구자가 소유하는 경우

혁신법은 제16조 제1항에서 연구개발성과에 대한 연구자의 권리 ‘승계’ 후 기관 소유 원칙을 규정하고 있고, 동조 제2항에서는 연구개발성과의 유형, 연구개발과제에의 참여 유형과 비중에 따라 연구개발성과를 연구자가 소유하거나 여러 연구개발기관이 공동으로 소유할 수 있다고 규정하고 있다.

연구개발성과를 연구자가 소유하는 경우에 대해 종래 공동관리규정에서는 규정된 바가 없었는데 혁신법이 제정되면서 추가된 것이다. 즉, 연구개발기관이 연구자로부터 연구개발성과에 대한 권리를 승계하여 소유하는 것을 원칙으로 하면서도 예외적으로 “연구개발성과의 유형, 연구개발과제에의 참여 유형과 비중에 따라” 연구자의 소유로 할 수 있는 경우가 있는 것처럼 규정되어 있으나, 실제로 어떤 경우에 연구개발성과를 연구자의 소유로 할 수 있는지 알기 어렵다. 구체적으로 보면, 우선 특허 등 지식재산권(무형적 성과)에만 적용되는 것인지, 그렇지 않으면 유형적 성과(제품, 시설, 장비 등)에도 적용되는 것인지 명확하지 않다. 또한, 특허 등 지식재산권(무형적 성과)에 적용되는 경우 연구자에게 원천적으로 귀속되는 권리에 대한 승계를 기관이 ‘포기’하는 형태로 연구자에게 최종 귀속되도록 하는 것을 의미하는지 명확하지 않다.⁴⁸⁾ 나아가 참여 연구자가 복수인 경우에는 연구자 사이의 공유를 의미하는지 아니면 연구책임자의 소유로 하는 것인지 명확하지 않다. 이러한 의문을 해소할 수 있는 명확한 규정 마련이 필요해 보인다.

3. 공동연구의 경우

혁신법 시행령은 ‘연구개발성과의 소유’와 관련하여 여러 연구개발기관이 공동으로 연구개발과제를 수행하는 경우 그 연구개발성과의 소유에 관한 세부기준을 정하고 있는데(혁신법 시행령 제32조 제1항 각호), 혁신법 제정 전의 규범이었던 공동관리규정과 큰 차이가 있는 것으로 보인다.

공동관리규정에서는 연구개발성과의 소유와 관련하여 크게 유형적 성과와 무형적 성과로 나누어 규정하고 있었다. 즉, 유형적 성과의 경우에는 주관연구기관 소유의 원칙이 적용되고(예외적으로 참여기관의 소유로 할 수 있음),⁴⁹⁾ 특허 등의 무형적 성과의 경우에는 무형적 성과를 창출한 기관이 단독소유하고 공동으로 개발한 경우에는 공동소유로 하도록 하고 있었다.⁵⁰⁾ 다만, 공유시 지분 등에 대한 규정이 없어 현

48) 공동관리규정 제20조 제5항 단서에는 “다만, 연구개발성과 소유기관이 연구개발성과에 대한 권리를 포기하는 경우에는 해당 연구개발과제를 수행한 연구책임자에게 무상(無償)으로 양여할 수 있다.”라고 규정하고 있어 “연구자”의 “소유”가 아닌 “연구책임자”에게 “무상 양여”할 수 있는 규정은 두고 있었다. 혁신법의 내용이 공동관리규정 제20조 제5항 단서를 포섭한 것인지 명확하지 않다. 국가연구개발혁신법 매뉴얼에서도 어떤 경우에 연구자가 소유할 수 있는지에 대한 설명은 없다. 과학기술정보통신부·한국과학기술기획평가원, 앞의 매뉴얼, 93-96면 참조.

49) “다만, 공동연구기관, 위탁연구기관 및 참여기업(이하 “참여기관”이라 한다)이 소유의 조건으로 부담한 연구기자재, 연구시설·장비는 해당 참여기관의 소유로 할 수 있다.”라고 단서가 규정되어 있어 예외적으로 참여기관의 소유를 허용하고 있다(공동관리규정 제20조 제1항).

50) 이 경우에도 단서조항인 “다만, 무형적 성과를 소유할 의사가 없는 연구기관이 있는 경우에는 협약에서 정하는 바에 따라 함께 연구를 수행한 연구기관이 단독 또는 공동으로 소유

실적으로는 합의를 보아야 하는 문제 등이 있었다.

반면 혁신법에서는 유형적 성과와 무형적 성과를 구분하지 않고, 연구개발성과의 유형, 연구개발과제에의 참여 유형과 비중에 따라 여러 연구개발기관이 공동으로 소유할 수 있다고 규정하고 있으며(혁신법 제16조 제2항), 그 세부기준은 시행령에서 정하고 있다(혁신법 시행령 제32조 제1항). 이하 혁신법 시행령 제32조 제1항 각호별로 나누어 살펴본다.

1) 각자 소유하는 경우(혁신법 시행령 제32조 제1항 제1호)

여러 연구개발기관이 각자 연구개발성과를 창출한 경우에는 연구개발성과를 창출한 연구개발기관이 해당 연구개발성과를 소유한다(혁신법 시행령 제32조 제1항 제1호). 이 부분은 내용적으로 무리가 없는 것으로 보인다. 다만, 혁신법 제16조 제1항에서 ‘승계 후 소유’ 원칙을 규정하고 있으므로 “여러 연구개발기관이 각자 연구개발성과를 창출한 경우: 연구개발성과를 창출한 연구개발기관이 해당 연구개발성과를 소유한다.”를 “여러 연구개발기관이 각자 연구개발성과를 창출한 경우: 연구개발성과를 창출한 연구개발기관이 해당 연구개발성과를 소유한다. 이 경우 해당 연구자가 연구개발성과에 대한 권리를 보유하고 있는 경우에는 법률의 규정 또는 계약에 의하여 해당 권리를 연구개발기관이 승계하여 소유한다.”로 개정하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

2) 공동 소유하는 경우(혁신법 시행령 제32조 제1항 제2호)

여러 연구개발기관이 공동으로 연구개발성과를 창출한 경우에는 연구개발성과를 창출한 기여도를 기준으로 소유비율을 정하되, 연구개발기관 간의 협의에 따라 연구개발성과의 소유비율 및 연구개발성과 실시 등에 관한 사항을 정한 경우에는 그 협의에 따른다(혁신법 시행령 제32조 제1항 제2호).⁵¹⁾ 이는 내용적으로 보면 지식재산권 등의 무형적 성과를 대상으로 한 것으로 보인다. 하지만 이 점이 규정상 명확하지 않기 때문에 형식적으로는 ‘연구개발성과’ 전반에 미칠 수 있는 것으로 해석되어 유형적 성과의 경우에도 무형적 성과와 동일한 기준에 따라 공동소유를 할 수 있는 것으로 볼 여지도 있다. 따라서 유형적 성과와 무형적 성과를 구분하여 연구개발성과의 공동 소유에 대한 원칙을 규정할 필요가 있다.

한편 본 호의 경우에는 “연구개발성과를 창출한 기여도를 기준으로 소유비율”을

할 수 있다.”고 규정하고 있는데 이는 특허법 제33조 제2항에서 “2명 이상이 공동으로 발명한 경우에는 특허를 받을 수 있는 권리를 공유한다.”고 규정하고 있고, 제44조에서 “특허를 받을 수 있는 권리가 공유인 경우에는 공유자 모두가 공동으로 특허출원을 하여야 한다.”고 규정하고 있기 때문에 “무형적 성과를 소유할 의사가 없는 연구기관”에 대해서는 “특허출원을 하지 않을 수 있는 권리”를 보장하고 특허를 받기를 희망하는 연구기관에 대해서는 특허를 받을 수 있는 권리를 공유하고 있는 자들 중 특정인의 출원 포기에 의하여 특허를 받을 수 없게 되는 문제를 해결할 수 있는 단서조항으로 보인다.

51) ‘공동 소유’의 경우에도 ‘각자 소유’의 경우와 마찬가지로, 무형적 연구개발성과와 같이 연구자가 연구개발성과에 대한 권리를 보유하고 있는 경우에는 법률의 규정 또는 계약에 의하여 해당 권리를 연구개발기관이 승계하여 소유한다는 점을 규정상 명확히 할 필요가 있다.

정하도록 하면서 “기여도”가 무엇인지를 밝히고 있지 않아⁵²⁾ 향후 당사자인 기관간의 협의가 없는 경우에는 분쟁의 소지가 크다. 즉, 유형의 연구개발성과라면 그래도 기여도의 측정이 상대적으로 쉬울 수도 있지만 지식재산권 등의 무형의 연구개발성과라면 기여도가 무엇을 의미하는지를 특정하기는 쉽지 않을 것이다.⁵³⁾

3) 주관연구기관이 소유하는 경우(혁신법 시행령 제32조 제1항 제3호)

위탁연구개발기관이 연구개발성과를 창출한 경우에는 주관연구개발기관이 소유한다(혁신법 시행령 제32조 제1항 제3호). 종래 공동관리규정의 경우 무형적 성과에 대해 복수의 연구기관이 공동으로 개발한 경우 그 무형적 성과는 공동으로 개발한 연구기관의 공동 소유로 하도록 규정하고 있었으므로(공동관리규정 제20조 제2항), 주관연구기관과 위탁연구기관이 공동으로 개발한 경우 두 기관 간의 공동 소유가 가능하였다.⁵⁴⁾ 하지만 혁신법 시행령에서는 위탁연구개발기관이 연구개발성과를 창출한 경우에는 주관연구개발기관이 소유하도록 규정하고 있고, 혁신법 매뉴얼에서는 그 이유를 위탁연구는 주관연구개발기관 연구의 일부를 특수한 전문지식이나 기술이 필요한 경우 등에 대해 예외적인 사유로 다른 기관에 맡겨 수행하는 연구이기 때문이라고 설명하고 있다.⁵⁵⁾ 즉, 위탁연구의 경우 공동 개발에 대한 공동 소유 원칙을 변경한 것으로 보인다. 이처럼 주관연구개발기관과 위탁연구개발기관의 연구개발성과 공동소유는 불가능하므로 성과에 대한 지분을 설정하려면 ‘공동연구개발기관’으로서 연구개발과제를 분담하여 공동으로 수행하는 수밖에 없다.⁵⁶⁾ 위탁연구개발성과를 주관연구개발기관이 소유하는 것의 당부는 별론으로 하고 해당 내용은 우선 ‘승계 후 소유’ 원칙과의 관계에서 검토가 필요하다. 즉, 혁신법은 연구개발성과에 대한 권리가 원천적으로 연구자에게 있음을 전제로 하여 연구개발기관이 연구자로부터 연구개발성과에 관한 권리를 승계하여 소유하는 것임을 명시하고 있다(혁신법 제16조 제1항). 따라서 위 원칙에 대한 예외라고 볼 수 있는 위탁연구의 경우 (국가 소유의 경우와⁵⁷⁾ 마찬가지로 중앙행정기관의 장이 연구개발과제협약에 해당 내용을 포함하도록 혁신법 시행령을 개정할 필요가 있다.

한편, 위탁연구의 연구개발성과에 적용되는 주관연구개발기관 소유 원칙은 다음과 같은 문제를 야기할 수 있다. 우선 위탁연구개발기관에서 직무발명에 대한 특허를

52) 한편, 혁신법 매뉴얼에서는, 특정 연구개발성과에 대한 각 연구자의 실제 기여도를 기준으로 산정하되, 기여도 산정이 어려운 경우에는 기여도가 같은 것으로 간주한다고 설명하고 있으나(과학기술정보통신부·한국과학기술기획평가원, 앞의 매뉴얼, 98면), 기여도에 대한 설명으로 충분하다고 보기 어렵다.

53) 일반적으로 특허 등의 창출에 있어서는 기술적 사상의 창작에 실질적으로 기여한 지적인 기여가 매우 중요할 수밖에 없지만, 국가연구개발사업 등의 경우는 사업의 목적 등을 고려할 때 단순히 지적인 기여를 중요시 할 것인지, 아니면 다른 고려요소로 무엇을 더 고려할 수 있을 것인지 등에 대한 연구가 필요하다.

54) 과학기술정보통신부·한국과학기술기획평가원, 앞의 매뉴얼, 98면.

55) 과학기술정보통신부·한국과학기술기획평가원, 앞의 매뉴얼, 95면.

56) 과학기술정보통신부·한국과학기술기획평가원, 앞의 매뉴얼, 98면. 위탁연구개발기관은 성과를 소유할 수 없으나, 연구개발성과를 창출하였다면 시행령 제34조제2항에 따라 우선적으로 연구개발성과를 실시할 수 있다.

57) 혁신법 시행령 제32조 제3항(“중앙행정기관의 장은 법 제16조제3항에 따라 연구개발성과를 국가의 소유로 하는 경우 연구개발과제협약에 해당 내용을 포함시켜야 한다.”).

받을 수 있는 권리의 예약승계 규정을 마련하고 있지 않은 경우에는 원시적으로 연구자(발명자)에게 귀속되는 특허를 받을 수 있는 권리를 위탁연구개발기관이 승계하는 것이 곤란할 수 있으며 이러한 경우 결과적으로 주관연구개발기관이 이를 소유하는 것이 곤란하다. 한편, 위탁연구개발기관에서 직무발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리를 예약승계규정을 통해 승계한 경우에도 위탁연구개발기관은 종업원인 연구자에 대하여 정당한 보상을 하여야 하는데(발명진흥법 제15조 제1항), 이 규정(혁신법 시행령)에 따라 위탁연구개발기관이 주관연구개발기관으로 연구개발성과를 이전한 경우 과연 ‘정당한 보상’을 하는 것이 가능할지 의문이다. 특히 연구개발성과 실시에 관한 계약에 따라 주관연구개발기관에 경제적 이익이 발생하더라도 위탁연구개발기관에 대해 보상할 필요가 없으므로 위탁연구기관과 그에 소속된 연구자에게는 다소 불합리한 상황이 발생할 수 있을 것으로 보인다.

4) 참여기업 등에 대한 양여

공동관리규정에서는 일정한 경우⁵⁸⁾ 연구개발성과를 참여기업·실시기업 또는 다른 적절한 기관(국내에 있는 기관을 우선적으로 고려하여야 한다)에 양여할 수 있는 규정을 두고 있었는데(공동관리규정 제20조 제5항), 혁신법에는 이러한 규정이 존재하지 않는다. 즉, 공동관리규정에 따르면 연구기관이 기업과 컨소시엄을 구성하여 연구를 수행한 경우에 이에 대한 기술료 납부 등이 끝난 경우라면 참여기업이 연구개발성과를 우선적으로 양여받을 수가 있었다. 하지만 이러한 규정(참여기업 우선 원칙)이 삭제됨에 따라 참여기업이라고 하더라도 연구개발성과를 우선적으로 양여받을 수 없게 되고, 결과적으로는 참여기업이 원치 않는다 하더라도 연구개발기관과 같이 수행한 연구개발성과가 경쟁기업으로 양여되는 경우도 발생할 수 있다. 아울러 양여시 국내에 있는 기관을 우선적으로 고려하여야 한다는 내용(국내 기관 우선 원칙)도 혁신법에 반영되지 않음에 따라 외국 기관과 국내기관이 동일한 입장에 서게 되는데, 국가연구개발사업 성과의 원천이 우리나라 국민의 세금 등 공공자금의 투입이라는 점을 고려한다면 다른 기관에 양여하는 경우 가급적이면 국내 기관으로 양여될 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다.

4. 소결론

공동관리규정에서 연구개발성과의 소유에 대한 일반적인 원칙을 규정하지 않은 문제를 혁신법이 해결한 점은 바람직하지만, 연구개발성과의 소유와 관련하여 다음과 같은 개선이 필요해 보인다. 우선, 연구개발성과가 유형적 성과인지 무형적 성과인지 구분하지 않고 소유의 원칙을 정한 것은 문제가 있다. 승계 후 소유의 원칙이나 공동 연구에 따른 공동 소유의 원칙을 유형적 성과에도 적용하는 것은 어색하다. 또한, 공동 소유의 경우에 소유 비율을 정하는 기준인 기여도의 의미가 불명확하다. 어떤

58) 유형적 성과의 경우에는 연구개발성과 소유기관이 참여기업 또는 실시기업으로부터 해당 성과의 가액 중 정부 출연금 지분에 상당하는 금액을 기술료 등으로 회수한 경우이며, 무형적 성과의 경우에는 연구개발성과 소유기관이 참여기업 또는 실시기업으로부터 법 제11조의4제1항에 따른 기술료의 징수를 완료한 경우이다. 공동관리규정 제20조 제5항 각호.

경우에 연구개발성과를 연구자가 소유하는 것인지도 명확하지 않다. 따라서 유형적 성과와 무형적 성과를 구분하여 연구개발성과의 소유에 대해 규정할 필요가 있고, 공동 소유의 경우 소유비율 산정의 근거가 되는 기여도의 의미를 명확히 하며, 어떤 경우에 연구개발성과를 “연구자가 소유”할 수 있는지도 명확히 할 필요가 있다.

V. 연구개발성과의 활용 관련 검토

연구개발성과의 활용과 관련하여 혁신법은 종래 공동관리규정상의 참여기업 우선 실시 원칙(공동관리규정 제20조 제2항)과 국내 중소·중견기업 우선 실시 원칙(공동관리규정 제20조 제1항)을 폐지하고 연구개발기관 우선 실시 원칙만을 규정하고 있는데(혁신법 시행령 제34조 제2항) 이러한 변화가 갖는 의미에 대해 검토해 본다.

1. 참여기업의 실시

1) 참여기업의 의미

공동관리규정에서는 정의 규정에서 연구기관과 참여기업⁵⁹⁾을 구분하고 다시 연구기관은 주관연구기관,⁶⁰⁾ 협동연구기관,⁶¹⁾ 공동연구기관,⁶²⁾ 위탁연구기관⁶³⁾으로 세분하고 있었다. 이러한 정의규정에 따르면, 연구기관은 연구개발과제(세부과제 포함)를 ‘수행’하는 기관이고 참여기업의 경우 연구개발과제를 수행한다는 점은 분명하지 않고 연구개발성과를 실시할 목적으로 해당 연구개발과제에 필요한 연구개발비의 일부를 부담하는 기업이다. 한편, 공동관리규정 제20조 제1항 단서에서는 주관연구기관과 협동연구기관을 제외한 공동연구기관, 위탁연구기관, 참여기업은 ‘참여기관’으로 정의하고 있고 ‘유형적 성과’에 대한 권리 귀속을 원칙적으로 주관연구기관(세부과제의 경우 협동연구기관)의 소유로 하면서도 ‘참여기관’이 소유의 조건으로 부담한 유형적 성과에 대해서는 참여기관의 소유로 할 수 있음을 정하고 있었다. 또한, 참여기업 외

59) 공동관리규정 제2조 제9호(“‘참여기업’이란 연구개발성과를 실시할 목적으로 해당 연구개발과제에 필요한 연구개발비의 일부를 부담하는 기업, 「산업기술연구조합 육성법」에 따라 설립된 산업기술연구조합, 그 밖에 중앙행정기관의 장이 정하는 기관을 말한다.”); 공동관리규정 제2조 제9호의2(“‘연구개발수요기업’이란 참여기업 중 해당 연구개발과제의 수행에 따라 개발되는 제품·장치·서비스의 구매를 목적으로 연구개발과제에 참여하여 개발되는 제품·장치·서비스의 성능평가·검증을 수행하는 기업을 말한다.”).

60) 공동관리규정 제2조 제2호(“‘주관연구기관’이란 국가연구개발사업의 연구개발과제(이하 “연구개발과제”라 한다)를 주관하여 수행하는 기관을 말한다.”).

61) 공동관리규정 제2조 제3호(“‘협동연구기관’이란 연구개발과제가 2개 이상의 세부과제로 나누어질 경우, 협약으로 정하는 바에 따라 연구개발과제의 세부과제(이하 “세부과제”라 한다)를 주관하여 수행함으로써 주관연구기관과 협동으로 연구개발과제를 수행하는 기관을 말한다.”).

62) 공동관리규정 제2조 제4호(“‘공동연구기관’이란 협약으로 정하는 바에 따라 연구개발과제를 주관연구기관과 분담하거나 세부과제를 협동연구기관과 분담하여 공동으로 추진하는 기관을 말한다.”).

63) 공동관리규정 제2조 제5호(“‘위탁연구기관’이란 협약으로 정하는 바에 따라 주관연구기관으로부터 연구개발과제의 일부 또는 세부과제의 일부를 위탁받아 수행하는 기관을 말한다.”).

의 자가 실시를 원하는 경우로서 해당 연구개발성과를 공동 소유한 참여기업이 동의한 경우에는 참여기업 외의 자가 실시할 수 있도록 하고 있었다(공동관리규정 제21조 제2항 제2호). 이상의 내용을 종합해 보면, 공동관리규정상 참여기업은 국가연구개발사업에 ‘참여’하는 ‘기업’으로, ① 연구개발성과를 실시할 목적으로 해당 연구개발과제에 필요한 연구개발비의 일부를 부담하며(공동관리규정 제2조 제9호), ② 연구개발성과 중 소유의 조건으로 부담한 유형적 성과에 대해서는 그 성과를 소유할 수 있고(공동관리규정 제20조 제1항 단서), ③ 연구개발성과(무형적 성과 포함)를 공동 소유하는 것도 가능하다(공동관리규정 제21조 제2항 제2호). 연구개발의 무형적 성과 중 특허권을 상정할 경우, 특허권 공유자는 (공유자 사이에 특약이 없는 한) 다른 공유자의 동의 없이도 특허발명을 자유롭게 실시할 수 있으므로(특허법 제99조 제3항), 이와 같은 경우에 공동관리규정상 참여기업 우선 실시의 원칙은 큰 의미를 갖는 것이라고 보기 어렵다. 오히려 국가연구개발과제에 참여(실시 목적으로 연구비만 부담 혹은 연구비도 부담하고 연구개발과제도 일정 부분 수행)하였지만 결과적으로 성과에 대해서는 소유하지 않는 경우에 해당 참여기업에 실시에 대한 우선권을 주는 의미로 이해된다. 즉, 연구기관의 경우 스스로 성과를 실시하는 것이 곤란한 사정을 고려하여 국가연구개발사업의 성과 활용을 활성화하기 위해 실시능력이 있는 기업을 상정하여 ‘참여기업’이라는 개념을 설정한 것으로 보인다.

한편, 혁신법 및 동법 시행령에서는 ‘참여기업’이라는 용어를 사용하고 있지 않다. 즉, 기업 등을 포함하여 국가연구개발사업을 수행하는 기관·단체를 연구개발기관의 정의에 포섭한 다음 연구개발기관을 ① 주관연구개발기관(연구개발과제를 주관하여 수행하는 연구개발기관), ② 공동연구개발기관(주관연구개발기관과의 연구개발과제협약에 따라 연구개발과제를 분담하여 공동으로 수행하는 연구개발기관), ③ 위탁연구개발기관(주관연구개발기관으로부터 연구개발과제의 일부(특수한 전문지식 또는 기술이 필요한 부분으로 한정한다)의 위탁을 그 소관 중앙행정기관의 장의 승인을 받아 수행하는 연구개발기관)으로 구분하고 있다(혁신법 시행령 제2조 제2항). 또한, 국가연구개발사업의 연구개발비를 정부가 지원하는 연구개발비와 연구개발기관이 부담하는 연구개발비(기관부담연구개발비)로 구분한 다음(혁신법 제13조 제1항), 기업(중소기업, 중견기업, 공기업, 기타 기업)에 해당하는 연구개발기관의 경우 기관부담연구개발비를 부담하게 하고 있다(혁신법 시행령 제19조 제1항).⁶⁴⁾ 정리해 보면, 기업도 연구개발기관에 포함하여 연구개발성과의 소유 등에 있어서 동일한 원칙을 적용하되 기업이 연구개발기관인 경우에는 연구개발비를 일정 부분 부담하도록 하고 있는 점이 혁신법 및 동법 시행령의 특징이다.

64) 물론 기업인 연구개발기관이 기관부담연구개발비를 부담하지 않게 할 수도 있다. 혁신법 시행령 제19조 제2항(“중앙행정기관의 장은 제1항에도 불구하고 제1항 각 호의 연구개발기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 기관부담연구개발비를 부담하지 않게 할 수 있다. 1. 해당 연구개발기관의 연구개발성과를 국가 소유로 하는 경우, 2. 해당 연구개발기관이 위탁연구개발기관으로서 연구개발과제의 일부를 수행하는 경우, 3. 「국가과학기술 경쟁력 강화를 위한 이공계지원 특별법」 제18조제2항에 따라 신고한 연구개발서비스업자가 시험·분석 등 연구개발서비스의 제공만을 목적으로 하는 공동연구개발기관으로서 연구개발과제를 수행하는 경우.”).

2) 참여기업 우선 실시(공동관리규정) v 연구개발기관 우선 실시(혁신법)

공동관리규정에서는 참여기업이 있는 경우 연구개발성과에 대해서는 참여기업이 실시하는 것을 원칙으로 천명하고 있었지만,⁶⁵⁾ 혁신법에는 이러한 규정이 마련되어 있지 않다. 혁신법에서는 기업도 명시적으로 연구개발기관에 포함하고 있기 때문에 연구개발기관 유형 중 위탁연구개발기관에 해당하는 경우를 제외하고는 연구개발성과를 단독 또는 공동으로 소유할 수 있게 된다(혁신법 시행령 제32조 제1항). 한편, 연구개발성과소유기관은 직접 연구개발성과를 실시하거나 연구개발성과를 실시하려는 자와 기술실시계약을 체결하는 등 활용에 필요한 조치를 해야 하며(혁신법 시행령 제34조 제1항), 연구개발성과소유기관의 장은 기술실시계약을 체결하는 경우 대상 연구개발성과를 창출한 연구개발기관이 우선적으로 연구개발성과실시를 할 수 있도록 해야 한다(혁신법 시행령 제34조 제2항). 즉, 혁신법 및 동법 시행령에 따르면 기업이 국가연구개발사업을 수행하여 연구개발기관에 해당하고 연구개발성과를 소유하는 경우에는 직접 실시할 수 있게 되고 해당 연구개발성과를 창출하였지만 연구개발성과를 소유하지 않는 경우에는 실시에 대한 우선권을 갖게 되므로 국가연구개발사업에 참여하는 ‘기업’에 대해 우선 실시권이 보장되어 있는 것으로 볼 수 있다.

물론 국가연구개발사업을 수행하여 연구개발기관에 해당하는 기업이 연구개발성과 창출에 전혀 기여하지 않는 경우에는 성과의 실시에도 우선권이 보장되지 않을 것이다. 이와 같은 경우를 상정하는 것이 쉽지 않아 보이지만 만에 하나 기업이 국가연구개발과제 수행에 참여하였음에도 불구하고 성과의 소유도 성과 실시에도 우선권도 보장받지 못하는 경우가 발생한다면, ‘참여기업 우선의 원칙’을 폐지한 것이 다음과 같은 문제를 발생시킬 여지가 있는 것으로 보인다.⁶⁶⁾ 일반적으로 국가연구개발사업과 관련하여 기업은 대학 및 정부출연연구기관 등의 공공연구기관과 함께 컨소시엄 형태로 사업에 참여한다. 이러한 형태는 과거에 비하여 국가연구개발사업 성과의 활용이 강조되면서 기술사업화 등이 중요시되는 경향에 따라 증가하고 있는 것으로 보인다. 기업이 이러한 사업에 참여하는 요인은 다양할 것이나, 많은 기업들은 연구개발성과를 사업화하기 위하여 참여하고 있다고 볼 수 있다. 이 경우 기업이 실시권을 보장받을 수 있는 가장 확실한 방법은 연구에 실질적으로 참여하여 기술적 사상의 창작에 기여하는 방법으로 특허권자가 되는 것이다.⁶⁷⁾ 다만, 혁신법상 연구개발

65) 공동관리규정 제21조 제2항. 물론 참여기업 우선 원칙에 대한 비판도 있었다. 양동우, “개방형 혁신체제 하에서의 합리적 R&D 협력 거버넌스 구축 방안”, 특허청 정책연구과제 보고서, 2010. 10., 49면(“국가연구개발사업에 참여한 기업에게 실시계약 여부를 선택할 수 있도록 규정으로 명시한 것은 자칫 참여기업의 실시계약 미체결로 인하여 기술의 사장 및 국가 예산의 낭비를 초래할 수 있음.”).

66) 공동관리규정 제21조 제1항에서 “.....연구개발성과가 널리 활용될 수 있도록 출원 중인 지식재산권을 포함한 연구개발성과를 대상으로 기술실시계약을 체결하는 등 연구개발성과를 활용하는 데에 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 참여기업 외의 자와 기술실시계약을 하려는 때에는 국내의 기술실시 능력이 있는 중소기업 및 중견기업(「중견기업 성장촉진 및 경쟁력 강화에 관한 특별법」 제2조제1호에 따른 중견기업을 말한다. 이하 같다)을 우선적으로 고려하여야 한다.”라고 규정하고 있어 참여기업 우선의 원칙은 중소기업 우선의 원칙에 선행하는 원칙으로 볼 수 있을 것이다. 이에 따라 대기업이라고 하더라도 해당 사업에 참여하는 것을 통하여 중소기업에 우선하여 해당 기술을 실시하는 것이 가능하였다.

67) 이 경우에는 일반적으로는 공공연구기관과 참여기업이 특허권을 공유하는 형태로 성과를 소유하게 되는데 공공연구기관의 입장에서는 기술료도 징수할 수 없는 불리한 상황에 놓일 가능성이 높아지게 된다.

발기관인 기업이 성과에 대한 우선 실시권을 인정받지 못하는 경우도⁶⁸⁾ 있을 수 있으므로 기업으로서는 국가연구개발사업 참여를 결정함에 있어 보다 전략적인 고려가 필요하게 될 것이다. 참여기업 우선의 원칙이 보장되지 않는 혁신법에 따를 경우, 국가연구개발사업에 참여하지 않은 기업도 참여기업과 동등하게 실시를 위한 계약을 할 수 있는 지위에 있을 수 있게 됨으로써 연구자와 공공연구기관의 입장에서는 기술이전을 위한 협상 대상자가 확대되는 효과가 있다.⁶⁹⁾ 하지만 국가연구개발사업 참여기업을 물색하는 측면에서는 다소 어려움이 있을 것으로 보인다. 기업이 과제 수행에 참여하는 주된 이유는 연구개발성과의 실시이므로 참여한 기업이 불합리하게 실시에서 배제되는 경우는 발생하지 않도록 하되 해당 기업으로부터 기술료를 징수하여 연구개발성과 소유기관의 연구자에 대한 보상 등이 이루어질 수 있도록 하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

2. 국내 중소·중견기업 우선 실시 원칙 폐지

공동관리규정에서는 연구개발성과를 활용하는 데 있어 국내의 기술실시 능력이 있는 중소기업 및 중견기업을 우선적으로 고려하도록 하고 있었으나(공동관리규정 제21조 제1항), 혁신법 및 시행령에서는 이러한 규정이 삭제되었다. 종래 국내 중소·중견기업 우선 실시 원칙에 대해서는 다음과 같은 비판도 있었다. 즉, ① 사업화나 후속 연구개발에 대규모의 투자나 축적된 선행기술이 필요한 경우 또는 해외진출 등 마케팅 역량이 극히 중요한 경우에 이 규정이 제약으로 작용하고 있고, ② 동 규정은 국내 기업 우선실시 원칙을 준수하기 위하여 실질적으로 어떤 절차를 거쳐야 하는지 규정되어 있지 않으며, ③ 어떤 경우에 ‘해외’로 기술을 이전할 수 있는지 예외 조항도 마련되어 있지 않다는 지적이다.⁷⁰⁾ 또한, 중소기업에 치중된 기술이전 구조는 사업화 가능성 외에 다른 공익적 고려에 기인한 측면이 있는데, 투자규모가 커서 중소기업이 활용하기 곤란한 기술의 경우 대기업 등도 적시에 이전받아 활용할 수 있

68) 기업이 연구개발기관으로 과제 수행에 참여하더라도 실시의 대상인 무형적 성과의 창출에는 기여하지 않는 경우.

69) 부가적으로 종래 공동관리규정상 요구되던 참여기관의 정당한 사유 소명을 위한 시간 및 행정노력 등을 줄일 수 있는 효과도 있을 것이다. 공동관리규정 제21조 제2항(“참여기업이 있는 경우 연구개발성과에 대해서는 참여기업이 실시하는 것을 원칙으로 하며, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 참여기업 외의 자가 실시할 수 있다. 1. 연구개발성과를 일반에 공개하여 활용할 목적으로 수행하는 연구개발과제의 경우, 2. 참여기업 외의 자가 실시를 원하는 경우로서 해당 연구개발성과를 공동 소유한 참여기업이 동의한 경우, 3. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우로서 참여기업이 정당한 사유가 있음을 소명하지 못한 경우, 가. 연구개발과제 종료 후 1년 이내에 참여기업이 실시계약을 체결하지 아니한 경우, 나. 참여기업이 약정한 기술료를 1년 이상 납부하지 아니한 경우, 다. 참여기업이 기술 실시계약을 체결한 후 연구개발성과를 활용하는 사업을 정당한 사유 없이 1년 이내에 시작하지 아니하거나 그 사업을 1년 이상 쉬는 경우, 4. 참여기업이 연구개발성과에 대하여 실시할 의사가 없음을 표명한 경우, 5. 그 밖에 중앙행정기관의 장이 참여기업 외의 자가 실시할 필요가 있다고 인정하는 경우.”).

70) 부경호, “국가 연구개발 성과의 귀속·활용 제도의 통시적 고찰 및 개선 방향”, 「한국기술혁신학회 2017년도 추계학술대회 논문집」, 한국기술혁신학회, 2017. 11., 1198-1201면(당초 규정의 취지는 기술이전의 대상으로 중소·중견 기업만을 허용하기 위해서라기보다는 대기업 또는 중소·중견기업 중 선택이 가능한 상황에서 조건이 유사하거나 큰 차이가 없다면 중소·중견기업을 선택하도록 권장하는 데 있었을 것으로 봄).

도록 기술의 상용화 가능성을 극대화할 필요가 있다는 지적도 비슷한 입장에 있는 것으로 보인다.⁷¹⁾ 나아가 국내 실시 우선 규정의 모호성으로 인해⁷²⁾ 해외로의 기술 이전이 곤란하다는 지적도 있었다.⁷³⁾ 아무튼 혁신법하에서는 연구개발성과를 실시함에 있어서 대기업의 참여가 용이하게 된 측면이 있고, 이는 기술료의 상승에도 긍정적인 영향이 있을 것으로는 보인다. 다만, ① 기술의 도입을 위한 자금력 등의 차이가 현실적으로 존재하는 상태에서 대기업과 중소·중견 기업 간 공정한 경쟁이 이루어지기 어려울 수 있을 것이며, 더구나 ② (i) 대기업이 중소기업의 해당기술에 대한 실시를 막을 목적 등으로 기술도입을 하고자 하는 경우 혹은 (ii) 중소·중견 기업이 해당 기술과 관련한 초기시장을 개척한 후에 대기업이 진입을 시도하는 경우 등 다소 적절하지 않은 상황도 발생할 수 있다.

한편, 국내 중소·중견기업 우선의 원칙이 없어진 상황에서 해외 대기업으로의 기술이전이 용이하게 된 측면도 있다. 이는 연구자의 입장에서는 기술료 수입에 따른 연구자 보상이 증가할 가능성이 높아지기 때문에 바람직한 개정일 수도 있으나,⁷⁴⁾ 국내 산업적인 영향도 다각도로 고려할 필요가 있으며,⁷⁵⁾ 공공재원이 투입된 국가연구개발사업 성과라는 관점에서 혁신법 제정을 살펴볼 여지도 있을 것이다. 향후 혁신법 제정에 따른 기술이전 시장의 변화를 관찰하여 종합적으로 대응하거나 법을 개정할 필요가 있을 것이다.⁷⁶⁾

71) 정동덕, “국가연구개발사업 중소기업 우선제도에 관한 소고: 관련 규정의 용어 정의 및 해석”, 「벤처창업연구」 제11권 제4호(통권46호), 한국벤처창업학회, 2016. 8., 206면. 일본·EU는 우리나라의 중소기업 우선제도와 같은 유사한 제약이 없으며, 미국의 경우 유사한 규정이 있으나 중소기업으로의 이전율은 47%로서 동 제도가 전략적으로 운영되고 있다고 한다.

72) 유병돈, “국가연구개발사업 성과의 해외 기술이전시 제도적 규제 및 개선방향”, 「한국기술혁신학회 2014년도 춘계학술대회 자료집」, 한국기술혁신학회, 2014. 5., 107면(“국내 기업 실시 우선원칙만을 선언하고 있을 뿐 실질적으로 어떤 절차를 거쳐야 하는지에 대한 부분은 규정되어 있지 않아 실무에서는 어떻게 하여야 하는지 명확하지 않다는 문제가 대두되고 있다.”).

73) 유병돈, 앞의 논문, 110면(“국가연구개발사업의 관리 등에 관한 규정에서 국가연구개발사업의 수행결과 도출된 연구성과를 소유한 기관은 연구개발결과를 활용하는 데 필요한 조치를 하도록 규정하고 있는데, 연구개발결과를 해외 기관으로 이전하고자 하는 경우에는 참여기업 우선 실시, 국내 중소기업 우선 고려, 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률상 보호 대상 기술 여부 확인, 전략물자 여부 확인, 국가핵심기술 여부 확인 등의 복잡한 규제를 통과한 후에야 가능하다. 이러한 규제는 기술수지 악화를 야기하는 하나의 중요한 원인으로 볼 수 있으며, 국제적 오픈 이노베이션이 이루어지고 있는 시장에서 국내 기술의 경쟁력을 약화시킬 수 있는 원인이 되기도 한다.”).

74) 인텔렉추얼 벤처스가 국내 대학기술을 매집한 사례가 있었으며, 최근 중국 기업들이 우리나라 대학기술에 관심을 보이는 사례가 다수 있는 것으로 보도된바 있다. 이 경우 해당 기술을 국내 기업 등으로 이전하는 경우보다는 기술료를 높게 받을 가능성이 커지게 된다.

75) 일반적으로 해외 기업이 국내 기술을 도입하여 제품의 경쟁력이 높아짐으로써 관련 국내 기업의 경쟁력 저하 등을 염려하는 목소리가 있으나, 이는 필연적으로 벌어질 결과라고 보기는 어렵고, 기술과 시장의 성숙단계, 기업의 규모 등에 따라 국내 산업에 미치는 영향은 다를 것으로 보인다.

76) 국내 기업 우선 원칙 수정의 필요성에 대한 견해로 조희래·김동준, “공공연구기관의 기술이전 활성화를 위한 법제 개선방안”, 「법학연구」 제30권 제4호, 충남대학교 법학연구소, 2019. 11., 114-115면(“국가연구개발사업 성과 활용에 대해 규정하고 있는 공동관리규정에서는 ‘국내 중소·중견기업 우선원칙’을 규정하고 있는데, 두 가지 측면에서의 제도 개선이 필요하다고 생각된다. 먼저 우선 원칙의 예외로 될 수 있는 요건을 명확히 할 필요가 있다. 즉, 어떤 경우에 ‘국내 중소·중견기업’ 외의 기업에 기술이전을 할 수 있는지 명확히 할 필요가 있다. 구체적 요건에 대해서는 검토가 필요하지만 기술이전법 시행령 개정 내용도 참

3. 연구개발기관 우선 실시 원칙

한편, 연구개발성과소유기관의 장은 기술실시계약을 체결하는 경우 대상 연구개발 성과를 창출한 연구개발기관이 우선적으로 연구개발성과실시를 할 수 있도록 해야 한다는 규정이 혁신법 시행령 제34조 제2항에 신설되어 있다. 이는 연구개발성과의 실시에 있어 연구개발기관에 대한 우선권 부여의 의지를 담은 조항으로 보인다. 하지만 현실에 있어서 연구개발기관 중 상당수는 대학 및 정부출연연구기관 등의 공공연구기관일 가능성이 높으며, 이 경우 극히 예외적인 경우를 제외하고는⁷⁷⁾ 연구개발기관이 직접적으로 연구개발성과를 실시할 가능성은 없는 것으로 보아야 한다. 왜냐하면 대학이나 정부출연연구기관은 그 설립 목적상 기술사업화라는 영리활동을 하는 것이 부적절하거나 불가능하기 때문이다. 그래서 현재 많은 대학들의 경우에는 대학 기술지주회사 및 그 자회사나 교수창업에 의한 방식으로 기술사업화를 시도하고 있으며, 정부출연연구기관의 경우에도 연구소기업 등을 통한 기술사업화를 시도하고 있다. 하지만 이들이 기관과의 인적·조직적 연관성은 높을지 몰라도 법적으로는 엄연히 별개의 조직이라는 점에 유의할 필요가 있다.

이와 같은 상황을 고려하면, “연구개발성과를 창출한 연구개발기관이 우선적으로 연구개발성과실시를 할 수 있도록 해야 한다”는 것은 연구개발기관이 공공연구기관인 경우에는 현실적으로는 작동할 수 없는 조문으로 볼 수 있다. 연구개발기관이 연구개발성과에 대한 직접적 실시가 곤란한 공공연구기관인 경우에는 해당 연구개발기관과 특수한 관계에 있는 기관을 나열한 후 그 기관에 대하여 실시우선권을 주도록 개정하는 것이 혁신법의 취지에 부합할 수 있을 것이다.

4. 소결론

혁신법은 연구개발성과 활용에 특별한 제약을 주지 않고, 최대한 원활한 성과활용을 추구하는 것을 원칙으로 하고 있다.⁷⁸⁾ 이를 위해 연구개발성과의 활용과 관련하여 연구개발기관 우선 원칙 정도만 규정하고 공동관리규정상 참여기업 우선 원칙이나 국내 중소·중견기업 우선 원칙은 반영하지 않았다. 이로 인해 연구개발성과의 활용 촉진, 기술료 수입 및 연구자 보상 증가 등 긍정적 효과가 기대되는 측면도 있다. 다만, 이러한 변화가 연구개발성과에 대한 직접 실시가 곤란한 공공연구기관에 미치는 영향이나 기업의 국가연구개발 과제 참여나 국내 산업에 미치는 영향 등을 지속적으로 검토하여 제도 개선이 필요한지 살펴볼 필요가 있다.

고할 필요가 있다. 또한, ‘국내 기업’ 요건의 경우 ‘국내 실시’ 요건으로 대체하는 것을 검토해 볼 필요가 있다. ‘국내 기업’ 판단이 항상 용이한 것은 아니고 우리나라 산업발전이라는 측면에서 보면 ‘국내 실시’라는 것이 더 중요한 요소이므로 미국의 입법례를 참고하여 제도 개선을 검토해 볼 필요가 있다.” 등이 있다.

77) 대학에서의 학교기업 등에 의한 실시는 제외한다.

78) 과학기술정보통신부·한국과학기술기획평가원, 앞의 매뉴얼, 101면.

VI. 결론

중앙행정기관별로 다르게 운용되고 있는 국가연구개발사업이 통합적·체계적으로 운영될 수 있도록 범부처 공통규범을 제정할 필요성에 대응하여 마련된 것이 혁신법이다. 혁신법 시행에 따라 종전 공동관리규정은 폐지되었기 때문에 국가연구개발사업의 성과에 대한 소유·활용·실시에 대해서는 혁신법이 적용된다. 폐지된 공동관리규정에서도 국가연구개발사업의 성과에 대한 소유·활용·실시에 대해 규정하고 있었는데 혁신법에 어떻게 반영되었는지, 보완이 필요한 점은 없는지 검토해 보았고 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.

첫째 ‘연구개발성과’의 의미와 관련하여, 혁신법상 정의 규정은 연구개발과제의 수행 과정에서 또는 그 결과로 인하여 창출 또는 파생되는 유형·무형의 성과를 모두 포섭하면서도 대표적인 성과들을 시행령에서 상세하게 제시함으로써 공동관리규정보다 개선된 측면도 존재한다. 하지만 유형·무형의 성과를 구분하지 않음으로써 성과에 대한 소유의 원칙과 관련하여 문제점을 내포하고 있으며 시행령에서 열거한 구체적인 성과 태양이 무엇을 의미하는지 명확하지 않은 측면도 있다. 따라서 신제품이나 표준 등의 연구개발성과는 관련 법률을 참고하여 그 의미를 명확히 하고, 유형적 성과와 무형적 성과의 소유 측면에서의 취급은 다르게 해야 할 것이다.

둘째, 혁신법상 ‘실시’의 정의와 관련하여서는 다음과 같은 문제가 있다. ① 성과의 유형에 따라 ‘실시’의 의미가 달라질 수 있는 점을 고려하지 않았다는 점이다. 연구개발성과 중 제품, 시설, 장비 등 유형적 성과의 경우 ‘물건’의 발명에 대한 실시 행위인 사용, 양도, 대여, 양도·대여의 청약 등을 상정할 수 있어 큰 문제는 없는 것으로 보인다. 하지만 무형적 성과인 ‘지식재산권’ 등에 대한 실시는 유의할 필요가 있다. 특허권을 예로 들면 연구개발성과로서의 무형적 성과를 특허권의 대상인 ‘발명’으로 보는지 아니면 ‘특허권’ 자체로 보는지에 따라 실시에 대한 정의를 다르게 할 필요가 있는데 공동관리규정과 혁신법 모두 이러한 점을 고려하지 않고 있는 것으로 보인다. ② ‘양도’의 대상이 무엇인지 혼동할 수 있다. 연구개발성과가 지식재산권인 경우 ‘연구개발성과의 양도’가 무엇을 의미하는지 분명하지 않고 예를 들어 연구개발성과로 물건의 발명에 대한 특허권이 발생한 경우 ‘양도’의 대상이 물건의 발명을 구현한 ‘물건’인지 물건의 발명에 대한 ‘특허권’인지 불명확하다. ③ 연구개발성과의 수출이 무엇을 의미하는지 여부와 실시 행위로서 ‘수출’을 포함한 이유가 명확하지 않다. 또한, 수출을 연구개발성과의 실시 행위에 포함하더라도 ‘양도’의 경우와 마찬가지로 연구개발성과가 무형의 지식재산권인 경우 ‘수출’을 실시행위로 보는 것이 타당한지 의문이다. 따라서 이러한 점을 고려하여 ‘연구개발성과’의 정의에서 ‘지식재산권’ 및 ‘특허’라는 용어를 각각 ‘지식재산’과 ‘특허발명’으로 수정할 필요가 있다.

셋째, ‘연구개발성과의 소유’와 관련하여, 공동관리규정에서 연구개발성과의 소유에 대한 일반적인 원칙을 규정하지 않은 문제를 혁신법이 해결하고 있는 점은 바람직하지만 연구개발성과가 유형적 성과인지 무형적 성과인지 구분하지 않고 소유의 원칙을 정한 것은 문제가 있다. 승계 후 소유의 원칙을 유형적 성과에도 적용하는 것은 어색하며, 혁신법 규정에 따른 경우 공동 연구에 따른 공동 소유의 경우 유형적 성과에 대해서도 공동소유를 할 수 있는 것으로 볼 여지가 있다. 또한, “연구개발성과를 창출한 기여도를 기준으로 소유비율”을 정하도록 하면서 “기여도”가 무엇인지를

밝히고 있지 않아 향후 당사자인 기관간의 협의가 없는 경우에는 분쟁의 소지가 크다. 한편, 연구개발성과를 “연구자가 소유”하는 경우에 대해 종래 공동관리규정에서는 규정된 바가 없다가 혁신법이 제정되면서 추가되었는데 그러한 경우가 어떤 경우 인지가 명확하지 않다. 따라서 유형적 성과와 무형적 성과를 구분하여 연구개발성과의 소유에 대해 규정할 필요가 있고, 공동 소유의 경우 소유비율 산정의 근거가 되는 기여도의 의미를 명확히 하며, 어떤 경우에 연구개발성과를 “연구자가 소유”할 수 있는지도 명확히 할 필요가 있다.

넷째, ‘연구개발성과의 활용’과 관련하여, 혁신법은 참여기업이라는 용어를 더 이상 사용하지 않고 기업도 연구개발기관의 한 유형에 포함한 다음 실시에 있어서도 연구개발기관 우선 원칙 정도만 규정하고 있다. 국가연구개발과제에 참여하는 기업이 성과의 실시와 관련하여 혁신법상 ‘연구개발기관 우선 원칙’을 적용받는 것이 종래 공동관리규정상 참여기업 우선 원칙을 적용받는 경우와 비교할 때 큰 차이가 발생하지 않는다면 문제가 없겠지만 혹시 문제의 소지가 없는지는 면밀하게 검토해 볼 필요가 있다. 또한, 공동관리규정에서는 연구개발성과를 활용하는 데 있어 국내의 기술실시 능력이 있는 중소기업 및 중견기업을 우선적으로 고려하도록 하고 있었으나, 혁신법 및 시행령에서는 이러한 규정이 삭제되었다. 이로 인해 대기업의 참여나 해외 기업으로의 기술이전도 용이하게 되고 기술이전 수입도 증가하여 연구자의 입장에서는 기술료수입에 따른 연구자 보상이 증가할 가능성이 높아지기 때문에 바람직한 개정일 수도 있으나, 국내 산업적인 영향도 다각도로 고려할 필요가 있으며, 공공재원이 투입된 국가연구개발사업 성과라는 관점에서 혁신법 제정을 살펴볼 필요도 있을 것이다. 향후 혁신법 제정에 따른 기술이전시장의 변화를 관찰하여 종합적으로 대응하거나 법을 개정할 필요가 있을 것이다.

[참고문헌]

<국내문헌>

윤태식, 「특허법」, 박영사, 2024. 10.

정상조·박성수 공편, 「특허법 주해 I」, 박영사, 2020.

김관식, “컴퓨터프로그램 발명의 성립성”, 「특허관례연구 개정판(한국특허법학회 편)」, 박영사, 2012.

김동준, “특허법상 실시행위에 수출 추가의 필요성”, 「성균관법학」 제33권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2021. 12.

부경호, “국가 연구개발 성과의 귀속·활용 제도의 통시적 고찰 및 개선 방향”, 「한국기술혁신학회 2017년도 추계학술대회 논문집」, 한국기술혁신학회, 2017. 11.

양동우, “개방형 혁신체제 하에서의 합리적 R&D 협력 거버넌스 구축 방안”, 특허청 정책연구과제 보고서, 2010. 10.

유병돈, “국가연구개발사업 성과의 해외 기술이전시 제도적 규제 및 개선방향”, 「한국기술혁신학회 2014년도 춘계학술대회 자료집」, 한국기술혁신학회, 2014. 5.

이재훈·유지은, “국가연구개발혁신법 주요 내용과 시사점”, 「KISTEP Issue Paper」 2020-09(통권 제287호), 한국과학기술기획평가원, 2020. 6.

정동덕, “국가연구개발사업 중소기업 우선제도에 관한 소고: 관련 규정의 용어 정의 및 해석”, 「벤처창업연구」 제11권 제4호(통권46호), 한국벤처창업학회, 2016. 8.

조희래·김동준, “공공연구기관의 기술이전 활성화를 위한 법제 개선방안”, 「법학연구」 제30권 제4호, 충남대학교 법학연구소, 2019. 11.

과학기술정보통신부·한국과학기술기획평가원, 「국가연구개발혁신법 매뉴얼」, 2024. 4.

과학기술정보통신부, 국가연구개발혁신법 설명자료, 2021. 2.,

국회 과학기술정보방송통신위원회 전문위원 김건오, 국가연구개발 혁신을 위한 특별 법안 검토보고서, 2019. 3.

특허청, 「기술분야별 심사실무 가이드」, 2024. 1.

한국과학기술기획평가원, 「2024년도 정부연구개발예산 현황분석」, 2024.

한국과학기술기획평가원, 「2022년도 연구개발활동결과보고서」, 2024. 2.

<해외문헌>

中山信弘, 「特許法(第4版)」, 弘文堂, 2019.

中山信弘·小泉直樹 編, 「新.注解特許法(上卷)」, 青林書院, 2017.

高林龍, 「標準特許法(第3版)」, 有斐閣, 2011.

[Abstract]

A review on implementation, ownership and utilization of research and development outcomes under the National Research and Development Innovation Act

Cho, Heerae*, Kim, Dongjun**

The National Research and Development Innovation Act (hereinafter ‘the Act’) was enacted to establish common standards across ministries so that national research and development projects, which are operated differently by each ministry, can be operated in an integrated and systematic manner. This article reviewed the provisions of the Act related to the implementation, ownership, and utilization of research and development (hereinafter ‘R&D’) outcomes and drew the following conclusions.

First, the definition of R&D outcomes is problematic in relation to the principle of ownership of R&D outcomes because it does not distinguish between tangible and intangible outcomes. In addition, some of the specific outcomes listed in the Enforcement Decree of the Act have unclear meanings. The meaning of new varieties or standards should be clarified, and tangible and intangible outcomes should be treated differently in relation to the principle of ownership.

Second, the definition of implementation of R&D outcomes needs to clarify what the object of ‘implementation’ is. The Act includes ‘intellectual property rights’ as intangible R&D outcomes, and the definition of implementation refers to the Patent Act. However, under the Patent Act, the objects of implementation are patented inventions, not patent rights. For this reason, there may be confusion about what the object of an ‘assignment’ is. For example, if the R&D outcome is a patent for an invention of a product, it is unclear whether the object of the ‘assignment’ is the ‘product’ that implements the patented invention or the ‘patent right’ for the invention. In cases where R&D outcomes are intellectual property rights, it is also questionable whether it is appropriate to define ‘export’ as an act of implementation. Therefore, in the definition of ‘R&D outcomes’, the terms ‘intellectual property right’ and ‘patent’ need to be revised to ‘intellectual property’ and ‘patented invention’, respectively.

Third, it is problematic to establish the principle of ownership without distinguishing whether the R&D outcomes are tangible or intangible. It is not appropriate to apply the principle of institutional ownership after succession from researchers or the principle of joint ownership of joint research outcomes to

* Patent Attorney, Managing Partner, Intellectual Property Law Firm PCR

** Professor, School of Law, Chungnam National University

tangible R&D outcomes. In addition, the meaning of contribution, which is the standard for determining the ownership ratio in the case of joint ownership, is unclear. It is also unclear in which cases researchers own the R&D outcomes. Therefore, when defining the ownership principle, it is necessary to distinguish between tangible and intangible outcomes. In addition, in the case of joint ownership, the meaning of contribution, which is the basis for calculating the ownership ratio, must be clarified. Furthermore, it is necessary to clarify in what cases the R&D outcomes can be “owned by researchers.”

Fourth, the Act only stipulates the principle of giving priority to R&D institutions in utilizing R&D outcomes, and does not adopt the principle of giving priority to participating companies or to domestic small and medium-sized enterprises. It is desirable to continuously review the impact of these changes on companies' participation in national R&D projects and domestic industries to determine whether revision of the Act is necessary.

Key Words: National Research and Development Innovation Act, Research and Development Outcomes, Implementation of Research and Development Outcomes, Ownership of Research and Development Outcomes, Utilization of Research and Development Outcomes

독일 규제법상 공법상 계약의 허용성과 한계 - 통신·에너지·철도 분야의 최근 판례를 중심으로 - * **

정 의 석***

논문요지

이 논문에서는 독일 규제법상 공법상 계약의 허용성과 한계에 관하여 살펴보았다. 독일 행정절차법 제54조는 공법상 계약을 원칙적으로 허용하고 있으나, 개별법 또는 법률의 해석을 통해 계약 형식이 금지되는 경우도 있다. 이러한 전제 하에서 독일 네트워크 산업 중 통신·에너지·철도 분야에서 공법상 계약의 허용성과 한계에 관한 최근 판례를 검토하였다. 통신 분야에서는 투자약정 형태의 공법상 계약이 긍정적으로 평가되었다. 법원은 이러한 공법상 계약이 전기통신법의 핵심 목적인 통신망 고도화와 공정경쟁을 조화롭게 달성할 수 있는 방안이라고 판단했다. 반면 에너지(가스) 분야에서 법원은 규제면제가 에너지 시장의 경쟁과 공급 안정성에 직접적 영향을 미치는 중대 사안이므로 당사자 간 합의에 기초한 계약 형식은 부적절하다고 판단하였다. 또한 철도 분야에서도 법원은 철도망과 같은 필수설비의 이용조건을 계약으로 정하는 것은 시장의 공정경쟁과 제3자 보호를 저해할 수 있다고 판단하여 공법상 계약의 활용을 제한하였다.

이와 같이 독일에서는 산업별 특성과 규제목적에 따라 공법상 계약의 허용 여부를 달리 판단하고 있다. 이는 우리나라에도 중요한 시사점을 제공한다. 현재 우리나라의 규제행정에서는 행정행위, 행정지도 등 다양한 수단을 활용하고 있으나 공법상 계약에 대한 논의는 많지 않다. 공법상 계약은 규제의 유연성, 효율성을 높이고 피규제자의 자발적 협력을 이끌어낼 수 있다는 장점이 있지만, 시장 경쟁을 저해하거나 제3자의 권리를 침해할 수 있다는 위험성도 있다. 따라서 공법상 계약을 규제수단으로 도입하기 위해서는 개별 규제영역의 특성을 충분히 고려한 법리 발전이 필요하다. 또한 현행 행정기본법 제27조는 공법상 계약의 일반적 허용 가능성과 공공성 및 제3자 이해관계 고려의무만을 규정하고 있으므로, 공법상 계약의 요건과 한계가 입법을 통하여 더욱 구체화될 필요가 있다.

검색용 주제어: 공법상 계약, 네트워크 산업, 규제법, 공정경쟁, 제3자 보호

· 논문제출: 2024. 12. 21. · 심사개시: 2025. 01. 09. · 게재확정: 2025. 01. 27.

* 이 논문은 서울대학교 법학전문대학원 학문후속세대양성센터의 연구지원을 받아 작성한 것이다.

** 이 논문의 심사 과정에서 소중한 의견을 주신 심사위원들께 깊은 감사를 드린다.

*** 서울대학교 법학연구소 객원연구원, 법학박사, 변호사

I. 서론 : 독일 규제법에서의 공법상 계약의 등장

독일의 규제법(Regulierungsrecht)은 현대 행정법의 새로운 분야로서 1990년대를 기점으로 본격적으로 발전해 왔다.¹⁾ 이는 통신·에너지·철도와 같은 네트워크 산업에서 국가 역할이 변화해 온 것과 관련이 있다.²⁾ 이들 공공서비스는 과거 국가가 시민에게 직접 제공했으나, 이제는 대부분 민간 영역에서 제공하는 것으로 전환되었다. 이에 따라 국가는 해당 급부의 직접 제공자에서 감독자이자 규제자로서 새로운 역할을 담당하게 되었다.³⁾ 이러한 변화의 배경에는 네트워크 산업의 고유한 특성이 자리 잡고 있다. 네트워크 산업은 대규모 기반시설이 필요하므로 단일 사업자가 운영하는 것이 경제적 효율성 측면에서 유리하다. 그러나 이러한 독점적 구조는 시장실패와 같은 위험성을 초래할 수 있으므로 공익 보호를 위해 국가의 규제가 불가피하다.⁴⁾ 따라서 독일의 규제법은 독점의 폐해를 방지하면서도 민간의 효율적 운영을 보장함으로써 공공서비스를 균형적으로 제공하여야 할 과제를 안고 있다.⁵⁾ 한편 시장의 전문화 및 기술의 고도화 과정에서 새로운 문제가 대두되었다. 민간 사업자들이 각 산업 분야에서 규제기관보다 더 깊은 전문성과 실무 경험을 축적하게 되면서, 규제기관이 시장을 일방적으로 통제하는 전통적 방식으로는 효과적인 규제가 어렵다는 인식이 확산되었다. 이에 규제기관은 피규제자의 전문성과 경험을 활용하면서 협력적 관계를 구축하는 새로운 접근법을 모색하게 되었고, 그 결과로서 공법상 계약이 주목받게 되었다. 공법상 계약은 규제기관과 피규제자가 대등한 위치에서 이해관계를 조율함으로써 더 현실적인 규제방안을 도출할 수 있게 하였다. 또한 계약의 구속력을 통해 피규제자의 규제 이행을 법적으로 담보할 수 있다는 점도 중요한 장점이 되었다.⁶⁾

이러한 배경에서 이 논문에서는 독일 규제법상 공법상 계약의 허용성과 한계를

1) 독일 규제법에 관한 선행연구로는(발행연도 순) 이원우, “통신시장의 구조변화 하에서 공공성확보를 위한 법적 규제: 독일의 경험과 그 교훈을 중심으로”, 「법학논총」 제18권(2001.), 161-188면; 황태희, “독립적 규제기관으로서의 독일 연방 망 규제청의 조직과 권한”, 「행정법연구」 제18호(2007.), 71-85면; 계인국, “규제행정법의 관념과 개요에 대한 소고 - 「행정규제기본법」상 규제의 관념과 규제법상 규제관념의 비교”, 「안암법학」 제42호(2013.), 645-680면; 김태오, “방송통신 규제기관의 최종결정권과 사법심사 - 독일 연방행정법원(BVerwG)의 규제재량을 중심으로 -”, 「성균관법학」 제26권 제3호(2014.), 107-142면; 윤강욱, “독일 철도법상 망규제에 관한 연구”, 「행정법연구」 제43호(2015.), 243-266면; 이재훈, “행정청의 민주적 정당성 - (독일) 통신규제청의 지시로부터의 자유 논의를 중심으로 -”, 「공법연구」 제45집 제4호(2017.), 189-222면; 계인국, “독일 경제행정법의 기본방향과 최근 전개양상 - 영역의 확대와 작용수단의 변화 -”, 「행정법연구」 제52호(2018.), 79-103면; 길준규, “독일의 재생에너지 가속화 전략 및 입법에 관한 경제행정법적 고찰 - 독일의 Osterpaket를 중심으로 -”, 「경제규제와 법」 제17권 제1호(2024.), 266-287면 등이 있다.

2) Heusch/Ullrich/Posser, *Handbuch Verfassungsrecht in der Praxis* 1. Aufl., 2024, § 18 Regulierungsrecht, Rn. 1.

3) Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl., 2004, S. 139 ff.

4) Frenzel, “*Das Regulierungsverwaltungsrecht als öffentliches Recht der Netzwirtschaften*”, 「JA」 2008, S. 868 (870).

5) Frenzel, a.a.O., S. 872.

6) Siegel, “*Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Regulierungsrecht*”, 「JZ」 2022, S. 899 (899 ff.).

검토하고자 한다. 먼저 이론적 차원에서 공법상 계약의 허용성에 관한 일반 법리를 살펴보고(이하 II.), 이어서 통신·에너지·철도 분야의 최근 판례를 통해 실제 적용 사례와 그 한계를 분석한 뒤(이하 III.), 마지막으로 이러한 논의가 우리나라에 주는 시사점을 도출하고자 한다(이하 IV.).

II. 공법상 계약의 허용성에 관한 일반 법리

1. 공법상 계약의 원칙적 허용

독일 행정절차법 제54조는 “법에 위반되지 않는 한, 공법영역의 법률관계는 계약을 통해 설정, 변경 또는 소멸될 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이는 행정청이 전통적인 일방적 행정행위에만 의존할 필요 없이, 계약이라는 유연한 수단을 통해 시민과의 법률관계를 형성할 수 있음을 의미한다. 특히 동조 제2문은 행정행위 대신 계약을 체결할 수 있다고 명시함으로써, 계약이 행정행위와 동등한 지위의 행정 수단이 될 수 있음을 분명히 하고 있다. 이를 통해 행정청은 상황에 따라 더 협력적인 방식으로 행정 목적을 달성할 수 있게 되었다. 이처럼 행정절차법이 적용되는 영역에서는 행정은 법이 특별히 금지하지 않는 한 공법상 계약을 체결할 수 있다. 일반적으로 행정이 국민의 권리를 제한하거나 중요한 결정을 할 때는 개별적 법률의 수권이 필요하지만, 공법상 계약은 제54조의 일반적 수권만으로도 가능하다는 것이 통설⁷⁾ 및 판례⁸⁾이다. 이러한 차이는 계약이 당사자의 합의를 전제로 한다는 점에서 법치주의적 정당성을 이미 확보하고 있다고 보기 때문이다.

이와 같이 공법상 계약이 폭넓게 허용되는 것은 현대 행정법이 추구하는 협력적 행정의 모습을 잘 보여준다. 행정은 시민과 계약을 통해 합의를 이룸으로써 법적 안정성을 확보하고 합의 내용에 대한 수용도를 높일 수 있다. 또한 이는 시민을 행정의 일방적인 명령 대상이 아닌 대등한 파트너로 인정함으로써, 협력을 통해 공익을 실현한다는 새로운 행정의 모습을 보여주는 것이기도 하다.⁹⁾

2. 법률에 의한 계약 형식의 명시적 금지

공법상 계약의 원칙적 허용에도 불구하고, 개별 법영역에서는 법률에 의해 계약 형식이 명시적으로 금지될 수 있다. 이때 중요한 것은 단순히 개별 계약의 내용이 적법한지가 아니라, 해당 영역에서 계약이라는 행정 수단 자체가 허용되는지 여부이다. 따라서 계약의 구체적 내용과 관계없이 그 형식의 허용 여부를 일반적이고 추상적인 관점에서 판단해야 한다.¹⁰⁾

7) Fehling, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 5. Aufl., 2021, § 54 Rn. 3; Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 10. Aufl., 2023, § 54 Rn. 4; Tegethoff, in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 24. Aufl., 2023, § 54 Rn. 1a 등.

8) BVerwG NJW 1973, 1895.

9) Schlette, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, 2000, S. 339 ff.

10) Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), a.a.O., § 54 Rn. 99.

규제법 영역에서 계약 형식의 명시적 금지는 독일 전기통신법(Telekommunikationsgesetz) 제211조 제1항에서 찾아볼 수 있다. 동 조항에 따르면 연방네트워크청(Bundesnetzagentur)의 결정부(Beschlusskammer)는 제2부의 사안들, 즉 제91조 제9항의 사안(주파수 할당을 위한 배분절차 명령), 제100조의 사안(주파수 경매 또는 입찰 등 배분절차의 실시) 및 제101조의 사안(주파수 거래, 임대, 공동사용을 위한 주파수 영역의 지정)에 대해 반드시 행정행위를 통해 결정을 내려야 한다.

이러한 계약 형식의 명시적 금지는 규제법 영역을 넘어 다른 행정법 분야에서도 광범위하게 나타난다. 행정절차법상 능력시험, 적성시험 및 이와 유사한 시험에서의 행정청의 활동(행정절차법 제2조 제3항 제2호), 조세통칙법(Abgabenordnung)에 의한 연방 또는 주의 세무행정청의 절차(행정절차법 제2조 제2항 제1호), 형사소추, 질서 위반의 소추와 처벌 등의 절차(행정절차법 제2조 제2항 제2호), 특허청과 특허청에 설치된 중재부서에서의 절차(행정절차법 제2조 제2항 제3호), 사회법전(Sozialgesetzbuch)에 따른 절차(행정절차법 제2조 제2항 제4호) 등에서 계약 형식이 금지된다. 또한 공무원의 임용, 해임, 급여, 연금 등에 관한 계약도 허용되지 않으며[연방공무원법(Bundesbeamtengesetz) 제10조 제2항, 공무원신분법(Beamtenstatusgesetz) 제8조 제2항], 도시계획 영역에서는 건설기준계획(Bauleitplanung)¹¹⁾의 수립 의무에 관한 계약이 명시적으로 금지된다[연방도시계획법전(Baugesetzbuch) 제1조 제3항].

3. 법률의 해석을 통한 계약 형식의 금지

법률이 명시적으로 금지하지 않더라도 법률의 해석을 통해 계약 형식의 금지가 도출될 수 있다. 즉, 법률의 의미와 목적, 체계를 종합적으로 검토했을 때 계약이라는 행정작용 형식이 해당 법영역의 본질에 맞지 않는다고 판단되는 경우가 그러하다.¹²⁾ 다만 단순히 법률이 행정행위와 같은 일방적 형식만을 규정했다고 해서 바로 계약 형식이 금지된다고 볼 수는 없으며, 법률의 전반적 취지와 목적이 깊이 있게 검토되어야 한다.¹³⁾ 이러한 해석을 통한 계약 형식의 제한은 EU법의 이행과정에서 특히 중요한 의미를 갖는데, EU법이 회원국에게 원칙적으로 법률을 통해 이행할 것을 요구하기 때문이다.¹⁴⁾ 이는 계약이라는 형식만으로는 EU법이 지향하는 법질서의 일반적 구속력과 통일성을 제대로 확보하기 어렵다는 판단에서 비롯된 것이다. 물론 EU 지침이 명시적으로 합의 방식을 허용하는 예외적인 경우에는 계약 형식의 이행도 가능하다.¹⁵⁾

한편 대부분의 법률들은 대개 계약이라는 형식 자체를 금지하기보다 특정한 내용의 계약만을 제한한다는 점에 주목할 필요가 있다.¹⁶⁾ 다만 법률이 금지하는 내용이

11) 건설기준계획이란 독일 지방자치단체가 연방도시계획법전에 따라 토지의 건축 또는 기타 사용을 준비하고 지도하는 것을 의미한다. 지방자치단체는 그의 관할지역의 건축관계에 대한 규제와 형성에 관하여 자기 책임하에 건설기준계획을 수립할 수 있는 권한을 갖는다(제2조 제1항).

12) Tegethoff, in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.), a.a.O., § 54 Rn. 42.

13) Rozek, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 4. Aufl., 2024, § 54 Rn. 64.

14) Gurlit, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, 2000, S. 265.

15) EuGH NVwZ 1991, 868.

16) Ziekow/Siegel, *Entwicklung und Perspektiven des Rechts des öffentlich-rechtlichen*

계약의 본질적 요소와 관련된 경우라면, 결과적으로 계약 형식 자체가 허용되지 않는 것으로 볼 수 있다.¹⁷⁾ 그러나 금지 여부가 불분명한 경우에는 행정절차법상 공법상 계약의 원칙적 허용성을 고려해, 계약 형식이 허용되는 쪽으로 해석하는 것이 바람직하다.¹⁸⁾

III. 통신·에너지·철도 분야의 최근 판례 분석

1. 공법상 계약에 의한 통신망 투자약정을 기반으로 한 규제처분

[BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 - 6 C 8/17]

(1) 사실관계

가. 기존 통신시장의 규제 현황 및 관련 당사자들의 지위

Deutsche Telekom(이하 ‘피고보조참가인’이라 한다)은 독일 전역의 통신망을 보유한 시장지배적 사업자였다. 피고보조참가인은 통신시장이 자유화된 이후에도 각 가정과 건물로 연결되는 구리 전화선(가입자회선)을 독점적으로 보유함으로써 시장지배력을 계속 유지했다. 이러한 시장지배력으로 인해 피고 연방네트워크청은 피고보조참가인에게 다른 통신사업자들이 이 전화선을 사용할 수 있도록 허용하는 의무를 부과해왔다. 이에 따라 전국적 통신망을 운영하는 원고 역시 피고보조참가인의 전화선을 빌려서 통신사업을 운영하는 경쟁사업자 중 하나였다.

피고 연방네트워크청은 2011년 3월 21일의 규제처분(Regulierungsverfügung)을 통해 피고보조참가인에게 다른 사업자들이 전화선을 온전히 임대하여 자유롭게 사용할 수 있도록 허용할 것을 명령했다. 이는 경쟁사업자가 피고보조참가인의 전화선을 마치 자신의 것처럼 직접 사용할 수 있다는 의미로, 구리선으로 된 전화선을 통째로 빌려서 자신만의 통신서비스를 제공할 수 있게 하는 것이다. 이러한 규제처분은 피고 연방네트워크청이 전기통신법에 근거하여 시장지배적 사업자에게 특정한 의무를 부과하는 행정행위로서, 경쟁사업자들이 시장지배적 사업자의 통신망을 이용할 수 있도록 보장하여 통신시장의 경쟁을 촉진하는 것을 목적으로 한 것이었다. 이러한 규제체계 하에서 피고보조참가인의 통신망은 약 8,000개의 통신국사(주배선반)를 거점으로 하여, 여기서 최대 550m 거리에 있는 약 40,000개의 분배함(각 가정으로 통신선을 나누어주는 장치)을 통해 약 650만 명의 소비자들에게 서비스를 제공하고 있었다. 이처럼 방대한 통신망에 대한 경쟁사업자들의 사용권은 통신시장의 공정한 경쟁을 보장하는 핵심 요소였기에, 이에 대한 변경은 시장 전체에 큰 영향을 미칠 수 있었다. 특히 원고는 이 사용권을 기반으로 자신의 통신사업을 운영해왔기 때문에, 사용권이 제한되거나 변경될 경우 원고의 사업에 직접적인 타격이 예상되는 상황이

Vertrages - Teil 1 -, 「VerwArch」 2003, S. 593 (605).

17) Siegel/Eisentraut, “Der Vertrag im Öffentlichen Wirtschaftsrecht”, 「VerwArch」 2018, S. 454 (478).

18) Siegel in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), a.a.O., § 54 Rn. 100.

었다.

나. 벡터링 기술의 도입과 새로운 규제 필요성

한편 피고보조참가인은 기존 네트워크의 성능을 높이기 위한 기술 혁신을 지속적으로 추진해왔다. 1999년에는 ADSL(Asymmetric Digital Subscriber Line) 기술을 도입했고, 2006년부터는 더 빠른 속도를 제공하는 VDSL2(Very High Speed Digital Subscriber Line 2) 기술을 도입했다. VDSL2 기술은 이론상 200Mbit/s의 양방향 데이터 전송속도를 달성할 수 있었다. 그러나 구리선이 길어질수록 전기 신호가 약해지고 품질이 저하되는 ‘선로감쇠’ 현상으로 인해, 실제로는 짧은 구리선에서만 고속 서비스가 가능했다. 이는 멀리 있는 스피커의 소리가 작아지는 것과 같은 원리였다. 피고보조참가인은 이러한 기술적 한계를 극복하기 위해 벡터링(Vectoring) 기술 도입을 검토하게 되었다.

벡터링 기술은 여러 전화선 사이에서 발생하는 전기적 간섭(혼선)을 제거하는 기술이다. 전화선 다발을 통해 여러 통신사가 동시에 서비스를 제공할 경우, 각 선들 사이에서 상호 간섭이 발생한다. 벡터링 기술은 이러한 간섭 신호를 미리 예측하여 이를 상쇄하는 반대 신호를 만들어내는데, 이는 마치 노이즈 캔슬링 헤드폰이 외부 소음을 제거하는 것과 같은 원리이다. 이를 통해 데이터 전송속도를 크게 높일 수 있었다. 다만 이 기술에는 중요한 제약이 있었다. 한 구역의 모든 전화선을 단일 통신사업자가 독점적으로 사용해야만 기술이 제대로 작동한다는 점이었다. 이러한 벡터링 기술의 특성은 기존 규제체계와 근본적인 갈등을 일으켰다. 기존 규제처분은 여러 통신사업자가 전화선을 공동으로 사용할 수 있도록 보장했지만, 벡터링 기술은 한 사업자의 독점적 사용을 전제로 했기 때문이다. 이러한 상황에서 피고 연방네트워크청은 두 가지 목표를 동시에 달성해야 하는 과제에 직면했다. 하나는 벡터링 기술을 통한 통신망 고도화라는 공익이었고, 다른 하나는 통신시장의 경쟁 보장이라는 규제목적이었다. 특히 전기통신법 제2조 제2항 제5호가 정한 ‘차세대 고성능 공공 통신망의 구축’이라는 정책목표와, 통신시장의 경쟁 활성화라는 규제목표를 어떻게 조화시킬 것인가가 중요한 과제로 대두되었다.

다. 투자약정과 규제처분의 결합

이러한 상황에서 2015년 초, 피고보조참가인은 피고 연방네트워크청에 새로운 해결책을 제시했다. 피고보조참가인은 2018년 말까지 약 10억 유로를 투자하여 통신망을 전면 개선하겠다는 계획을 내놓았다. 구체적으로는 통신국사로부터 반경 550m 이내의 모든 통신설비를 최신 VDSL2-벡터링 기술로 교체한다는 내용이었다. 이 제안의 핵심은 피고보조참가인이 대규모 투자를 법적 구속력이 있는 약정으로 보장하는 대신, 해당 지역에서 벡터링 기술을 단독으로 사용할 수 있는 권한을 얻는 것이었다. 다만 피고보조참가인은 경쟁사업자들의 불이익을 보완하기 위해 ‘Layer2-비트스트림 접근’이라는 새로운 방식의 통신망 이용을 제공하기로 했다. 피고 연방네트워크청은 이 제안을 체계적으로 검토하기 위한 절차를 진행했다. 우선 통신시장의 모든 이해관계자들에게 의견 제출 기회를 주었고, 2015년 3월 13일에는 이들이 한자리에 모여

의견을 나눌 수 있는 공개 심리를 개최했다. 이와 함께 자체 전문부서에 의뢰하여 해당 지역의 초고속인터넷 공급 현황과 VDSL 백터링 기술의 전면 도입 시 예상되는 영향을 분석하도록 했다. 또한 피고보조참가인의 투자약정을 공법상 계약으로 체결할 수 있는지에 대한 법률 검토도 전문가에게 의뢰했다. 이에 대해 통신사업자 단체들도 별도로 법률 의견을 받아 제출했다. 이러한 검토 과정을 거쳐 2016년 2월, 피고보조참가인은 구체적인 투자계획을 새로 제시했다. 여기에는 투자 진행상황을 지속적으로 감독할 수 있는 방안이 포함되었고, 특히 피고보조참가인은 “백터링 근거리 구역” 관련 최종 결정이 공표된 후 30개월 동안은 철회할 수 없다는 점을 공증받은 투자약정을 제출했다.

이러한 시도는 통신사업자의 자발적 투자를 법적 구속력 있는 약정으로 확보하면서, 이를 기반으로 규제내용을 조정함으로써 통신망의 기술 발전과 시장 경쟁 보장이라는 두 가지 목표를 조화롭게 달성하려는 새로운 시도였다. 이러한 방식이 제시되자 여러 통신사업자들이 자신들의 담당 가능 지역에 대한 투자약정서를 제출하면서, 투자약정을 전제로 한 규제 변경이라는 새로운 규제방식에 대한 논의가 통신시장에서 활발하게 이루어졌다. 이 과정에서 피고 연방네트워크청은 투자약정과 연계한 규제방식이 전기통신법의 목적에 부합하는지 검토했다. 특히 통신망의 기술 발전을 위한 투자를 유도하면서도 시장의 공정경쟁을 보장할 수 있는지가 핵심 쟁점이었다. 이러한 검토는 새로운 규제방식의 도입 가능성을 타진하는 것이었다. 기존에는 규제기관이 일방적으로 의무를 부과하는 방식이 주를 이루었으나, 이제는 통신사업자의 자발적 투자약정을 공법상 계약으로 받아들여 법적 구속력을 부여하고 이를 토대로 규제 내용을 정하는 혁신적 접근을 시도하고자 한 것이다.

라. 소송의 제기 및 경과

이러한 검토 끝에 피고 연방네트워크청은 2016년 9월 1일 새로운 규제처분을 발령했다. 이 처분은 피고보조참가인과 체결한 공법상 계약에 따른 투자약정을 토대로 기존의 전화선 사용 의무를 대폭 변경하는 내용을 담고 있었다. 원고는 이 규제처분에 대해 취소소송을 제기했으나 쾰른 행정법원에서 패소했고,¹⁹⁾ 이에 연방행정법원에 상고를 제기했다. 원고의 핵심 주장은 전기통신법상 규제는 행정행위의 형태로만 이루어져야 하며, 피고 연방네트워크청이 사업자와 공법상 계약을 체결하여 투자약정을 받고 이를 기반으로 규제처분을 한 것은 법적으로 허용되지 않는다는 것이었다.

(2) 연방행정법원의 판단

가. 전기통신법상 공법상 계약의 허용성과 한계

연방행정법원은 전기통신법상 규제처분의 본질적 성격을 검토하면서, 규제처분이 단일한 의무가 아닌 여러 개별 의무들의 집합체라는 점을 강조했다. 각각의 의무가 독립적으로 변경 가능하다는 이러한 해석은 매우 중요한 의미를 가졌다. 이를 통해

19) VG Köln Urt. v. 17.3.2017 - 9 K 8589/16.

피고 연방네트워크청은 기존의 규제처분을 전면적으로 변경하지 않고도 일부분만 수정하여 공법상 계약이라는 새로운 규제방식을 도입할 수 있게 되었기 때문이다.

법원은 또한 피고 연방네트워크청의 광범위한 규제 권한을 적극적으로 인정했다. 전기통신법 제13조²⁰⁾에 따라 피고 연방네트워크청은 규제 조치의 선택과 조합에 있어 폭넓은 재량을 가진다고 본 것이다. 법원은 피고 연방네트워크청이 이러한 재량을 행사하여 투자약정을 공법상 계약으로 규율할 수 있다고 판단하였다. 이에 따라 피고 연방네트워크청은 통신사업자가 제공할 통신망 접근방식이나 대체적 이용방식의 기본적 기준은 규제처분으로 정하고, 그 의무의 세부적 이행방법은 공법상 계약에 의한 투자약정으로 마련할 수 있게 되었다. 다만 법원은 이러한 공법상 계약의 활용에도 분명한 한계가 있음을 명시했다. 우선 계약은 피고 연방네트워크청의 규제 재량을 사전에 제한하지 않는 범위에서만 허용된다고 보았다. 이는 공법상 계약이 규제기관의 감독 권한을 약화시키는 수단으로 남용되어서는 안 된다는 점을 분명히 한 것이다. 또한 계약은 반드시 규제처분 이전 단계에서만 체결될 수 있으며, 전기통신법 제2조 제2항의 규제목적과 제2조 제3항의 규제원칙이라는 틀 안에서 이루어져야 한다고 판시했다.

나. 백터링 기술 도입을 위한 공법상 계약의 활용

연방행정법원은 구리케이블망에 대한 백터링 기술 도입이 갖는 법적 의미를 검토했다. 법원은 이러한 기술 개선이 단순한 시설 개량이 아니라, 통신법 제2조 제2항 제5호가 정한 ‘차세대 고성능 공공 통신망 확충’이라는 규제목적을 실현하는 것이라고 보았다. 이러한 전제하에 피고보조참가인의 백터링 기술 도입을 위한 투자약정은 규제재량의 범위 내에서 공법상 계약으로 규정될 수 있다고 판단했는데, 이는 통신망 기술발전을 위한 대규모 투자를 유도하면서도 이를 법적으로 담보할 수 있는 적절한 수단이 될 수 있다고 본 것이다. 특히 법원은 공법상 계약이 단순한 투자약정의 차원을 넘어 통신망 고도화와 시장 경쟁 보장이라는 상충하는 이익들을 조정하는 유용한 도구로 기능할 수 있다고 판단했다.

나아가 법원은 백터링 기술의 특성상 단일 사업자에게만 접근권한을 부여해야 한다는 점을 인정했다. 이는 기존의 완전 세분화된 접근 의무와 배치되지만, 기술발전을 위한 불가피한 제한이라고 보았다. 다만 법원은 이러한 독점적 권한이 공법상 계약을 통한 투자약정이 법적으로 보장된 경우에만 허용될 수 있으며, 경쟁사업자들을 위해 Layer2-비트스트림 접근과 같은 적절한 대체수단이 제공되어야 한다고 강조했다. 또한 법원은 이러한 대체수단이 기존의 물리적 회선 접근에 상응하는 수준으로 경쟁사업자들의 이익을 보장할 수 있다고 판단했다.

20) 전기통신법 제13조는 규제처분에 관한 상세 규정을 두고 있다. 연방네트워크청은 상당한 시장지배력을 가진 기업에 대해 의무를 부과하거나 변경·유지할 수 있고(제1항), 부과된 의무를 철회할 수도 있다(제2항). 이러한 규제처분은 관련 시장의 문제에 부합하고, 비용편익을 고려할 때 적절하며, 법 제2조의 목적에 비추어 정당화될 수 있어야 한다(제3항). 특히 연방네트워크청은 공동투자 제안에 대한 구속력 있는 약정이 있는 경우 원칙적으로 추가적인 의무 부과를 자제해야 하나, 경쟁 문제 해결을 위해 필요한 경우에는 예외적으로 의무를 부과할 수 있다(제4항).

다. 소결: 공법상 계약과 규제처분의 결합을 통한 새로운 규제방식의 인정

이러한 검토를 바탕으로, 연방행정법원은 피고 연방네트워크청의 새로운 규제방식이 적법하다고 판단하여 원고의 청구를 기각했다. 법원은 피고 연방네트워크청이 공법상 계약을 통해 피고보조참가인의 투자약정을 확보하고, 이를 토대로 기존의 전화선 이용 의무를 변경할 수 있는 폭넓은 규제재량을 가진다고 보았다.

특히 법원은 규제처분의 개별 요소들을 분리하여 변경할 수 있다고 인정함으로써, 공법상 계약과 규제처분을 연계한 새로운 방식의 법적 근거를 마련했다. 법원은 전기통신법 제13조에 따른 규제처분이 단일한 행정행위로서 불가분의 성격을 갖는 것이 아니라, 부과된 의무와 그에 대한 세부조건들을 독립적으로 검토하고 변경할 수 있다고 보았다. 이러한 해석을 바탕으로 법원은 공법상 계약으로 확보된 투자약정을 규제처분의 일부 내용을 변경하는 근거로 활용할 수 있으며, 이는 전기통신법의 핵심 목적인 통신망 고도화와 공정한 경쟁 보장을 조화롭게 달성할 수 있는 방안이라고 판단했다. 또한 백터링 기술의 기술적 특성상 불가피한 독점적 사용권한도 법적 구속력이 있는 투자의무와 충분한 대체수단 제공을 전제로 허용됨으로써, 공익과 사익이 적절히 형량된 것으로 평가했다.

(3) 평가

가. 통신법상 공법상 계약의 새로운 활용과 균형적 한계 설정

이 판결은 통신규제 분야에서 공법상 계약의 적극적 활용 가능성을 인정하는 동시에 그 한계를 명확히 설정했다는 점에서 의의가 있다. 법원은 통신규제 영역에서도 행정절차법상 공법상 계약이 적용될 수 있음을 확인하고, 투자약정이라는 새로운 규제수단을 승인했다. 이는 규제법이 경직된 명령통제 방식에서 벗어나 유연하고 협력적인 방향으로 발전할 수 있는 계기가 되었다.

법원이 규제당국과 사업자 간의 투자약정을 공법상 계약의 형태로 구체화한 것은 규제행정의 새로운 시도로 평가할 수 있다. 이러한 방식은 사업자의 자발적 투자를 법적으로 담보하면서도 규제의 실효성을 확보할 수 있다는 장점이 있었고, 기존의 일방적 행정행위에서 벗어나 협력적 규제의 가능성을 보여주었다는 점에서도 의미가 있다. 다만 법원은 이러한 새로운 시도를 긍정하면서도 공법상 계약의 내용이 전기통신법의 규제목적과 원칙에 부합해야 한다는 한계를 분명히 함으로써, 규제행정에서 공익과 사익이 조화를 이룰 수 있도록 하였다.

나. 규제수단의 결합을 통한 규제 효과 제고

이 판결에서 또 다른 중요한 의의는 공법상 계약과 규제처분을 함께 활용하는 새로운 규제방식을 인정했다는 점이다. 투자약정이라는 공법상 계약과 이에 기초한 규제처분을 결합함으로써, 각각의 장점을 살리고 단점을 보완할 수 있음을 보여주었다. 이를 통해 기술 투자의 촉진과 경쟁의 보장이라는 서로 다른 규제 목표를 함께 달성할 수 있는 가능성을 열었다는 데 의미가 있다.

이와 같은 규제수단의 결합은 규제의 실효성을 높이는 동시에 피규제자의 규제 수용성도 제고하였다. 공법상 계약으로 사업자의 자발적 협력을 이끌어내고, 이를 바탕으로 한 규제처분으로 공익적 목표를 달성하는 이러한 접근 방식은 다른 규제 분야에서도 참고가 될 수 있을 것이다. 특히 투자약정을 통해 구체적이고 예측가능한 의무를 부과하는 한편, 그에 상응하는 규제상 혜택을 주어 사업자가 적극적으로 참여할 수 있게 한 점도 의미가 있다. 더불어 이러한 결합방식은 벡터링 기술처럼 새로운 기술이 기존 규제체계와 충돌할 때의 해결책을 제시했다. 법원은 기술적 특성상 불가피한 독점적 사용을 인정하되, 이를 공법상 계약에 따른 투자약정이라는 공익적 의무와 연계시켰다. 또한 Layer2-비트스트림 접근 등 대체수단을 경쟁사업자들에게 보장하게 함으로써, 기술혁신과 공정경쟁이 조화를 이루는 균형 잡힌 해결방안을 제시했다.

2. 가스관 규제면제 결정에서의 공법상 계약의 허용 여부 [BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – EnVR 36/21]

(1) 사실관계

가. OPAL 가스관의 개요 및 관련 당사자들의 지위

OPAL 가스관은 독일 그라이프스발트 인근 루브민에서 독일-체코 국경의 브란도프 연결지점까지 연결된 천연가스 수송관으로서, Nord Stream 1을 통해 러시아에서 독일과 중부 유럽으로 공급되는 가스의 육상 운송을 담당하는 핵심 기반시설이었다. 중이 가스관은 유럽의 에너지 안보와 시장 경쟁에 지대한 영향을 미치는 전략적 기반시설로서의 위상을 가지고 있었다. 특히 가스관의 용량 배분과 이용 조건은 유럽 가스시장의 경쟁 구조와 직결되는 사안이었기에, 규제당국의 엄격한 관리·감독이 요구되었다.

이러한 상황에서, OPAL 가스관의 운영 및 규제를 둘러싸고 독일의 가스시장 규제기관인 피고 연방네트워크청과 가스관 운영자들 간의 법적 분쟁이 발생하였다. 이 사건에서 원고3은 OPAL 가스관의 공동 운영자 중 하나이며, 원고2는 원고1을 지주 회사로 하여 Nord Stream 1과 OPAL의 연결용량을 확보함으로써 독일 및 여타 유럽 국가들에 대한 가스 공급을 담당하는 기업이었다.

나. 2009년 규제면제 결정의 주요 내용과 실무상 한계

피고 연방네트워크청은 2009년 OPAL 가스관에 대해 규제면제 결정을 내렸다. 구체적으로 2월과 7월에 원고3의 신청을 받아들여 시간당 32백만 킬로와트시(kWh/h)에 해당하는 가스 수송량에 대해 가격과 이용 조건에 대한 규제를 면제했다. 이로써 해당 용량에 대해서는 가스관 운영사가 자율적으로 사업을 운영할 수 있게 되었다. 다만 이러한 규제면제는 가스관 운영 시작일로부터 22년간만 적용되며, 체코 가스시장의 시장지배적 사업자들은 OPAL 가스관 연간 방출 용량의 50% 이상을 예약할 수 없다는 제한이 있었다. 그러나 실제 운영 과정에서 이러한 제한적 규제면제는 한

계를 드러냈다. OPAL 가스관의 수송 용량 상당 부분이 제대로 활용되지 못하는 문제가 발생한 것이다. 이에 2013년 원고들은 피고 연방네트워크청에 규제면제 내용을 다시 검토해줄 것을 요청했다.

이 과정에서 전통적인 행정행위만으로는 복잡한 시장 상황과 다양한 이해관계를 효과적으로 조율하기 어렵다는 점이 분명해졌다. 특히 가스 수송과 관련된 기술적 요건, 시장참여자들의 상업적 이해관계, 나아가 EU 차원의 에너지 정책까지 고려해야 하는 상황에서 새로운 규제방식의 필요성이 제기되었다. 이러한 상황은 시장참여자들이 자발적으로 협력하면서도 시장 변화에 유연하게 대응할 수 있는 방안을 모색하게 된 계기가 되었다.

다. 2016년 공법상 화해계약의 체결과 분쟁의 발생

피고 연방네트워크청과 원고들은 전통적 행정행위 방식의 한계를 극복하고자 대화를 시작했다. 2015년에 피고 연방네트워크청이 원고들의 신청을 기각하면서 잠시 어려움을 겪었지만, 소송보다는 협상이 현실적인 해결책이 될 수 있다는 데 양측이 뜻을 모았다. 당시 가스 시장이 매우 복잡했고 여러 이해관계자들의 입장을 고려해야 했기에, 협상을 통한 실질적 해결이 필요했던 것이다. 여러 차례 논의 끝에 2016년 5월, 양측은 행정절차법 제55조²¹⁾를 근거로 공법상 화해계약을 체결했다. 이 계약은 기존 규제면제 결정을 원고들에게 좀 더 유리하게 바꾸는 것이 핵심이었다. 다만 이런 변화가 EU 가스시장의 경쟁과 안정성에 영향을 줄 수 있어서, EU 집행위원회의 승인을 받아야만 효력이 발생하도록 했다.

EU 집행위원회는 2016년 10월 말 화해계약의 큰 틀을 승인하면서 일부 수정을 요구했다. 양측은 이를 수용해 그해 11월 수정된 화해계약을 체결했다. 새 계약은 2009년의 용량 제한을 폐지하는 대신, 가스관 연결용량의 절반(약 15.9백만 kWh/h)을 다른 사업자들에게 개방하도록 했다. 이렇게 개방된 용량은 2009년 규제면제 기간 동안 이용료 규제가 면제되었고, 나머지 용량도 규제는 받지 않았지만 정해진 조건에서만 쓸 수 있었다. 이렇게 OPAL 가스관의 새로운 운영체계가 만들어지는 듯했다. 하지만 곧 뜻밖의 문제가 생겼다. 폴란드가 EU 집행위원회의 화해계약 승인 결정이 무효라며 소송을 냈기 때문이다. EU 일반법원은 2019년 9월에 위원회 결정을 무효로 판단했고, 이는 2021년 7월 유럽사법재판소에서 최종 확정됐다. 이에 피고 연방네트워크청은 2019년 9월 13일 긴급조치를 내놓았다. 원고3에게는 화해계약에 따른 가스관 용량 경매를 즉시 멈추고 기존 경매로 인한 가스 운송도 중단하라고 명령했다. 원고1과 원고2에게도 이미 예약한 가스관 용량으로 가스를 운송하는 것을 금지했다.

라. 소송의 제기 및 경과

원고들은 이러한 긴급조치에 불복하여 항고를 제기하였다. 항고법원은 원고들의

21) 행정절차법 제55조(화해계약) 제54조 2문의 의미에서의 공법상 계약으로서, 사실관계나 법률관계에 대한 합리적 검토 시 존재하는 불확실성을 상호 양보를 통해 해소하는 계약(화해)은, 행정청이 그 불확실성을 해소하기 위해 화해 체결이 적절하다고 재량에 따라 판단하는 경우에 체결될 수 있다.

청구 중 원고1에 대한 가스 운송 신청 금지 부분만을 취소하고 나머지 청구를 기각하였다. 즉, 원고3에 대한 경매 중단과 운송 금지, 원고2에 대한 가스 운송 신청 금지는 유지되었다. 이에 원고2와 원고3은 항고법원의 허가를 받아 연방대법원에 법률항고(Rechtsbeschwerde)²²⁾를 제기하였다.

이 법률항고에서 원고들은 EU 집행위원회의 승인 결정이 무효로 선언되었더라도 이미 체결된 화해계약 자체의 효력은 존속한다고 주장하였고, 따라서 피고 연방네트워킹의 가스 운송 중단 및 경매 금지 등의 긴급조치가 위법하다고 다투었다. 이에 따라 이 사건의 핵심 쟁점은 에너지 규제 영역에서 공법상 계약이라는 행정수단의 적법성, 특히 에너지경제법 제28a조에 따른 규제면제를 공법상 계약의 형식으로 행할 수 있는지 여부로 귀결되었다.

(2) 연방대법원의 판단

가. 에너지경제법상 공법상 계약의 허용성과 한계

연방대법원은 공법상 계약이 행정절차법 제54조에 의해 인정되는 행정작용의 한 형태임을 확인하였다. 이에 따라 규제기관은 행정행위를 대신하여 계약을 행정작용의 수단으로 선택할 수 있으며, 행정절차법 제54조 제1문의 일반적 수권만으로도 계약 체결이 가능하다고 판시하였다. 즉, 법률이 명시적으로 금지하지 않는 한 원칙적으로 허용된다는 입장을 취한 것이다. 다만 연방대법원은 이러한 일반적 허용성에도 내재적 한계가 존재한다고 판단하였다. 법률의 명시적 금지가 없는 경우에도 계약 형식이 배제될 수 있으며, 이는 해당 법률의 의미와 목적, 전체적 체계의 해석을 통해 도출될 수 있다는 것이다. 특히 법원은 공법상 계약이 관련 법률의 규제목적에 저해하거나 우회하는 수단으로 활용되어서는 안 된다고 강조하였다. 이는 공법상 계약 역시 법치주의 원칙의 테두리 내에서 이루어져야 함을 의미한다.

이러한 전제하에 연방대법원은 에너지경제법 제28a조의 규제면제 결정을 공법상 계약의 형식으로 행할 수 없다고 판단하였다. 규제면제가 에너지 시장의 경쟁과 공급 안정성에 직접적 영향을 미치는 중대 사안인 만큼, 당사자 간 합의에 기초한 계약 형식은 부적절하다고 본 것이다. 특히 법원은 규제면제 결정의 본질이 객관적 요건의 충족 여부에 대한 엄격한 심사에 있다고 보았는데, 당사자들의 타협과 양보를 전제로 하는 공법상 계약은 이러한 객관적이고 엄격한 심사가 요구되는 규제면제 결정과 조화되기 어렵다고 판단했다. 나아가 규제당국의 독립적이고 전문적인 판단을 통한 공정경쟁의 보장이라는 관점에서, 계약 형식은 규제당국의 독립성과 전문성을 저해할 우려가 있다고 보았다. 또한 법원은 규제면제 결정이 제3자의 권리와 이익에 미치는 영향을 중요한 고려요소로 지적하였다. 규제면제를 공법상 계약으로 행할 경우 그 영향을 받는 제3자들의 실효적 권리구제가 곤란해질 수 있다는 것이다. 따라서 규제면제 결정은 행정청의 일방적이고 구속력 있는 처분의 형식으로 이루어져야 하며, 상세한 이유제시와 투명한 절차가 보장되어야 한다는 입장을 취하였다.

22) 법률항고란 우리나라 행정소송에서의 상고와 유사한 제도이다. 이 사건에서는 에너지경제법 제86조 제1항에 근거하였다(“본안에 관하여 고등법원이 내린 결정에 대해서는, 고등법원이 법률항고를 허가한 경우에 한하여 연방대법원에 법률항고를 제기할 수 있다.”).

결론적으로 연방대법원은 규제면제 결정이라는 행정작용의 특수성과 중요성, 제3자의 권리보호 필요성 등을 종합적으로 고려하여, 이를 공법상 계약으로 규율하는 것은 허용될 수 없다고 판단하였다.

나. EU법상 규제면제 결정의 특수성과 공법상 계약의 제한

한편 연방대법원은 EU 기능조약(AEUV) 제194조와 EU 가스지침(Richtlinie 2009/73/EG)과의 관계 측면에서도 독일 에너지경제법상 규제면제에 대한 공법상 계약의 허용 여부도 상세히 검토했다. EU 가스지침은 제36조 제6항부터 제9항에서 규제면제 절차의 핵심 요소로 회원국 규제당국의 일방적 결정과 유럽위원회의 감독을 규정하고 있으며, 법원은 이러한 절차적 요구사항이 당사자 간 합의를 전제로 하는 계약 방식과 본질적으로 조화되기 어렵다고 보았다. 특히 EU 가스지침은 규제면제 결정에 대해 상세한 이유 제시와 절차의 투명성, 유럽위원회의 심사와 승인을 요구하는데, 계약 내용이 당사자들의 교섭과 타협의 결과물이 될 경우 이러한 요구사항들을 충분히 충족시키기 어렵다고 보았다. 나아가 법원은 계약 형식이 EU 가스지침이 요구하는 객관적이고 철저한 심사를 어렵게 만들 수 있다는 점도 지적했다.

법원은 또한 EU 기능조약과 가스지침의 근본적 목적인 회원국 간 에너지 시장의 통합과 공정경쟁 보장에도 주목했다(EU 기능조약 제194조 제1항). 규제면제 결정이 공법상 계약 형태로 이루어질 경우 회원국마다 상이한 기준과 내용의 계약이 체결될 수 있고, 이는 EU 차원의 통일적 에너지 정책 수립과 집행을 어렵게 만들 수 있다고 보았다. 특히 규제면제 결정은 EU 전체 에너지 시장에 중대한 영향을 미칠 수 있으므로, 보다 객관적이고 투명한 절차를 통해 이루어져야 한다는 점을 강조했다(EU 가스지침 제36조 제6항 내지 제9항). 이러한 관점에서 법원은 공법상 계약이라는 형식이 EU 기능조약과 가스지침이 추구하는 근본적 목적과 조화되기 어렵다고 판단했다.

법원은 유럽위원회의 감독 기능 측면에서도 공법상 계약은 한계가 있다고 판단했다. EU 가스지침에 따르면 유럽위원회는 회원국 규제당국의 규제면제 결정을 심사하고 필요시 수정이나 거부를 할 수 있으나(제36조 제9항, 제10항), 이미 당사자 간에 합의된 계약 내용을 사후적으로 수정하거나 거부하는 것은 실무적으로 매우 어렵다는 점에서 위원회의 실효적 감독 기능이 약화될 수 있다고 보았다. 특히 계약 내용이 당사자들의 이해관계를 반영한 복잡한 협상의 결과물인 경우, 이를 부분적으로 수정하거나 조건을 부과하는 것이 사실상 불가능할 수 있다는 점을 지적했다. 이러한 맥락에서 법원은 EU 가스지침이 규정한 위원회의 감독 기능이 실질적으로 작동하기 위해서는 일방적 행정행위의 형식이 더 적절하다고 판단했다.

다. 소결: 화해계약의 무효와 규제당국의 재량권 행사의 정당성

연방대법원은 이상의 점들을 고려하여 이 사건에서 문제된 화해계약이 무효라고 판단했다. 법원은 이 계약이 처음부터 무효였으므로, 이에 근거한 권리의무 관계도 원칙적으로 인정될 수 없다고 보았다. 다만 법원은 이미 이루어진 거래의 청산 문제는 법적 안정성과 신뢰보호의 원칙을 고려하여 별도의 법리에 따라 해결되어야 한다

고 판시했다. 또한 법원은 피고 연방네트워크청이 2019년 9월 13일 취한 긴급조치의 적법성에 대해서도 상세히 검토했다. 피고는 당시 원고3에게 가스관 용량 경매의 즉시 중단과 기존 경매에 따른 가스 운송의 중지를, 원고1과 원고2에게는 가스관 용량을 이용한 운송 신청의 금지를 명령했는데, 법원은 이러한 조치들이 적법한 재량권 행사라고 판단했다. EU 일반법원의 결정으로 EU 집행위원회의 승인이 무효가 된 상황에서, 피고가 신속하게 시장 질서를 회복하기 위해 취한 이러한 긴급조치는 비례 원칙에도 부합하는 정당한 것이라는 이유에서였다. 법원은 특히 에너지 시장의 특수성과 공익적 성격을 고려할 때, 규제당국의 신속하고 효과적인 개입이 필요하다고 보았다.

더불어 법원은 권리구제의 관점에서도 중요한 판단을 내렸다. 법원은 화해계약 방식이 채택될 경우 이해관계 있는 제3자의 권리구제가 실질적으로 제한될 수 있다는 점을 지적했다. 특히 에너지 시장과 같이 다수의 이해관계자가 얽힌 영역에서는, 규제적 결정이 반드시 행정행위의 형식으로 이루어져야 한다고 강조했다.

(3) 평가

가. 에너지경제법상 공법상 계약의 한계 설정

이 판결에서 연방대법원이 에너지 규제영역에서 화해계약을 제한한 핵심 이유는 경쟁질서의 보호였다. 기존에는 행정청이 공법상 계약을 체결할 때 제3자의 권리가 문제되면, 행정절차법 제58조 제1항²³⁾에 따라 그 제3자의 동의를 받는 것으로 충분했다. 그러나 법원은 에너지 시장에서는 이러한 개별적인 동의만으로는 부족하다고 보았다. 법원은 에너지 시장의 경쟁질서가 단순한 개별 사업자의 이익을 넘어서는 객관적 가치라고 보았고, 이에 따라 이를 보호하기 위해서는 공법상 계약이라는 수단 자체를 사용할 수 없다고 판단했다.

이러한 판단은 공법상 계약의 한계에 관한 중요한 법리를 발전시켰다. 법원은 제3자 보호라는 문제가 단순한 내용적 심사에 그치지 않고 행정작용 형식의 선택에도 영향을 미칠 수 있다고 보았다. 즉 계약의 핵심적 내용이 시장의 경쟁질서와 조화될 수 없는 경우, 이는 해당 내용의 위법성을 넘어 계약이라는 형식 자체가 부적절하다는 결론으로 이어진다는 것이다. 법원은 특히 에너지 시장과 같이 다수의 이해관계자가 얽힌 영역에서는, 개별 당사자와의 계약보다는 모든 시장참여자에게 일률적으로 적용되는 행정행위가 더 적절한 규제수단이 된다는 점을 분명히 했다.

나. EU법과의 정합성 측면에서의 의의

이 판결에서 법원은 국내 규제법과 EU 법체계의 정합성 문제를 심도 있게 검토했다. 독일의 에너지경제법은 EU 기능조약과 가스지침이라는 상위법 체계와의 정합성을 유지해야 하므로, 규제수단의 선택 역시 이러한 범위 내에서 제한될 수밖에 없다는 것이다. 특히 EU의 핵심 목표인 역내 시장 통합이라는 관점에서 회원국의 규제

23) 행정절차법 제58조(제3자 및 행정청의 동의) ① 제3자의 권리를 침해하는 공법상 계약은 해당 제3자가 서면으로 동의한 경우에만 효력이 발생한다.

방식이 EU법과 정합성을 유지해야 한다고 보았다. EU 기능조약 제194조가 회원국 간 에너지 시장의 통합을 명시하고 있는 것도 이를 뒷받침한다. 이러한 전제 하에서 법원은 규제당국이 개별 사업자와 비공개적으로 계약을 체결하여 규제 내용을 정하는 방식이 EU법의 체계 및 근본 원칙과 부합하지 않는다고 판단했다. 이는 다른 회원국 사업자들의 시장 진입을 어렵게 만들어 EU 기능조약이 추구하는 시장 통합을 저해할 수 있기 때문이다. 또한 EU법이 요구하는 규제의 투명성과 객관성 원칙도 당사자들의 교섭과 타협을 전제로 하는 계약 방식과는 본질적으로 조화되기 어렵다고 보았다.

법원은 EU 집행위원회의 감독 권한과 공법상 계약의 정합성 여부도 검토했다. 당사자들이 개별적으로 합의한 복잡한 계약 내용을 위원회가 효과적으로 심사하고 필요시 수정을 요구하는 것이 현실적으로 어려워 EU법과의 정합성을 확보하기 어렵다는 점을 지적한 것이다. 이러한 한계는 EU 차원의 일관된 규제정책 실현을 저해할 수 있다. 결국 법원은 EU법과의 정합성 측면에서 공법상 계약의 활용에는 근본적인 제약이 따른다고 보았다. 이는 EU의 제도적 구조와 규제목적에 대한 깊이 있는 이해를 바탕으로 한 것으로서, 향후 회원국들이 EU법과의 정합성을 고려하여 규제수단을 선택할 때 중요한 기준이 될 것으로 보인다.

3. 철도망 할증료 조정을 위한 공법상 계약의 허용 여부

[BGH, Kartellsenat, Urteil v. 5.4.2022 – KZR 84/20]

(1) 사실관계

가. 독일 철도시장의 구조와 관련 당사자들의 지위

독일의 철도시장은 철도 시설을 보유한 기반시설 회사와 열차를 실제로 운행하는 운송회사로 나뉘어 있었다. 이 사건의 피고인 독일철도 네트워크 주식회사(DB Netz AG, 이하 ‘피고 독일철도’라 한다)는 독일 최대의 철도 기반시설 회사로, 전체 철도망의 80% 이상을 보유하고 있었다. 이처럼 철도망에 대해 사실상 독점적 지위를 가진 피고 독일철도는 공정한 경쟁을 위해 다른 운송회사들에게 자사의 철도망을 개방해야 했다. 이는 앞서 본 통신규제 관련 판례에서 기간통신망을 보유한 회사가 다른 통신사들에게 망을 빌려주어야 하는 것과 비슷한 의무였다.

이 사건의 원고는 작센 지역의 철도 운송회사였던 작센철도 주식회사(Städtebahn Sachsen GmbH, 이하 ‘작센철도’라 한다)의 파산관리인이다. 작센철도는 2011년부터 2014년까지 피고 독일철도의 철도망을 이용해 근거리 여객열차를 운영했다. 이 과정에서 작센철도를 비롯한 모든 운송회사들은 피고 독일철도의 철도망을 이용하기 위해 사용료를 지불해야 했다.

나. 할증료 부과를 둘러싼 분쟁과 규제기관의 개입

이러한 선로사용료와 관련하여, 피고 독일철도는 기본 사용료 외에도 ‘지역계수(Regionalfaktoren)’라는 명목으로 추가 요금을 부과했다. 이는 기본 사용료에 특정

계수를 곱하여 할증료를 매기는 방식이었다. 예를 들어 지역계수가 1.61이면 기본 사용료에 61%를 추가로 내야 했다. 피고 독일철도는 이러한 할증료가 지역별로 다른 철도망 운영비용을 반영한 것이라고 설명했다. 그러나 이러한 추가 요금은 작센철도를 비롯한 여러 지역 철도회사들에게 큰 부담이 되었다. 특히 피고 독일철도가 이 할증료를 모든 구간에 동일하게 적용하지 않고 특정 구간에만 선별적으로 부과했다는 점에서, 운송회사들 사이의 차별 문제가 제기되었다. 또한 이러한 추가 비용 부담은 새로운 회사들의 시장 진입을 어렵게 만드는 등 시장 경쟁을 제한하는 결과를 낳았다.

이러한 상황에서 철도회사들의 불만이 커지자 연방네트워크청이 이 문제를 조사하기 시작했다. 연방네트워크청은 철도시장의 공정한 경쟁 환경을 조성하고 피고 독일철도의 시장지배력 남용을 방지하기 위해 면밀한 조사를 진행했다. 그 결과 2010년 3월 5일, 연방네트워크청은 피고 독일철도의 지역계수 부과가 무효라고 결정했다. 이는 작센철도와 같은 중소 철도회사들을 보호하고 철도시장의 경쟁을 촉진하기 위한 조치였다.

다. 할증료 조정을 위한 공법상 계약의 체결

연방네트워크청의 무효 결정에 대해 피고 독일철도는 즉시 이의를 제기했다. 이의 절차가 진행되던 중 양측은 소송보다는 협상을 통한 해결이 현실적인 해결책이 될 수 있다는 데 뜻을 모았다. 당시 가스 시장이 아닌 철도 시장이 매우 복잡했고 여러 이해관계자들의 입장을 고려해야 했기에, 협상을 통한 실질적 해결이 필요했던 것이다. 여러 차례 논의 끝에 양측은 2010년 7월 30일 공법상 화해계약을 체결했다. 이 계약의 핵심은 할증료를 단계적으로 폐지하는 것이었다. 구체적으로 피고 독일철도는 2011년 12월 11일 이후부터는 할증료를 전혀 부과하지 않기로 했고, 그 이전 기간(2010년 12월 12일부터 2011년 12월 10일까지)에는 기존보다 낮은 할증료를 적용하기로 했다.

이 화해계약은 연방네트워크청의 전면 무효 결정과 피고 독일철도의 기존 운영방식 사이의 조정을 시도했다. 이는 피고 독일철도 입장에서는 할증료의 즉각적인 폐지가 재정과 철도망 운영의 안정성에 영향을 미칠 수 있었고, 작센철도를 비롯한 철도회사들은 계약의 직접 당사자는 아니었으나 할증료 부담의 경감이 필요한 상황이었기 때문이다. 이러한 상황에서 계약은 할증료의 단계적 폐지를 선택했다. 그러나 작센철도가 이미 지불한 할증료의 반환 문제는 이 계약에서 다루어지지 않았다.

라. 소송의 제기 및 경과

이후 작센철도의 파산관리인인 원고는 부당하게 지불된 할증료의 반환을 요구하는 소를 제기했다. 원고는 2010년 12월 12일부터 2011년 12월 10일까지 작센철도가 지불한 감액된 할증료 부분, 약 400만 유로의 반환을 청구했다. 원고의 주장은 다음과 같았다. 첫째, 연방네트워크청의 2010년 3월 5일자 무효 결정이 여전히 유효하므로 이 기간의 할증료 부과에는 법적 근거가 없다는 것이다. 둘째, 이후 체결된 공법상 계약은 작센철도와 같은 제3자의 동의 없이 그들의 권리를 침해하는 방식으로 체

결되었으므로 법적 효력이 없다는 것이었다. 이 사건에 대해 각급 법원은 서로 다른 판단을 내렸다. 1심인 프랑크푸르트 지방법원은 원고의 주장을 전면적으로 받아들여 피고 독일철도에게 약 400만 유로의 반환을 명령했다. 반면 2심인 프랑크푸르트 고등법원은 2020년 9월 15일 판결에서 원고의 청구를 기각했다. 2심 법원은 특히 연방 네트워크청과 피고 독일철도가 체결한 공법상 계약이 유효하며, 이에 따라 감액된 할증료의 부과는 정당하다고 판단했다. 이에 원고는 연방대법원에 상고를 제기했다.

(2) 연방대법원의 판단

가. 철도법상 공법상 계약의 허용성과 한계

연방대법원은 행정절차법 제54조가 공법상 계약을 행정수단으로 인정하고 있어, 행정청이 일방적 행정행위 대신 계약을 선택할 수 있다고 보았다. 다만 법률이 명시적으로 금지하지 않더라도, 해당 법률의 목적과 체계상 계약방식이 부적절한 경우가 있으며, 특히 계약방식으로 인해 규제효과가 약화되거나 공익보호가 소홀해져서는 안 된다고 강조했다. 이러한 관점에서 법원은 철도법상 공법상 계약의 허용 여부를 검토했다. 법원은 연방네트워크청의 규제처분이 철도시장의 공정경쟁을 보장하는 핵심수단이므로, 그 효력은 법적 안정성과 예측가능성을 위해 명확히 보장되어야 한다고 보았다. 이에 따라 철도망과 같은 필수시설의 이용조건을 정하는 처분은 투명하고 객관적인 절차로만 변경할 수 있다고 보면서, 규제처분의 변경은 새로운 처분으로만 가능하다고 판단했다.

법원은 또한 철도법이 추구하는 규제목적과 공법상 계약의 관계도 면밀히 검토했다. 철도법은 시장지배적 사업자의 차별적 행위를 방지하고 모든 철도운송사업자에게 공정한 접근 기회를 보장하는 것을 핵심 목표로 하는데, 법원은 공법상 계약을 통한 규제내용의 변경이 이러한 목적 달성을 저해할 수 있다고 보았다. 이는 계약의 당사자가 아닌 다른 사업자들의 이해관계를 충분히 고려하기 어렵고, 규제의 통일성과 일관성이 훼손될 수 있기 때문이다. 결론적으로 법원은 철도법의 체계상 규제처분의 변경은 공법상 계약이 아닌 새로운 행정행위의 형태로 이루어져야 한다고 판단했다.

나. 제3자 보호의 관점에서 본 공법상 계약의 한계

연방대법원은 공법상 계약이 제3자의 권리보호에 미치는 영향에 대해서도 중점적으로 검토했다. 법원은 철도시장에서 시장을 지배하는 회사와 규제기관이 맺은 계약이 다른 경쟁 회사들의 법적 지위에 직접 영향을 미칠 수 있다는 점에 주목했다. 특히 철도망과 같은 필수 시설의 이용 조건이 계약으로 변경될 경우, 계약에 참여하지 않은 철도회사들의 영업활동과 경쟁력이 크게 영향을 받을 수 있다고 보았다. 이러한 맥락에서 법원은 행정절차법 제58조가 정한 제3자의 동의 요건이 실질적으로 중요하다고 판단했다.

나아가 법원은 공법상 계약을 통한 규제가 제3자의 실질적 권리구제를 어렵게 만든다는 점도 지적했다. 즉 행정행위의 경우 이해관계인이 행정소송을 통해 그 적법

성을 다룰 수 있지만, 계약의 경우 그 내용을 다투거나 변경을 요구하기가 상대적으로 어렵다는 것이다. 특히 계약 내용이 당사자들의 합의로 결정되면서 제3자의 이익이 제대로 고려되지 못할 위험이 있다고 보았다. 법원은 철도시장처럼 많은 이해관계자가 얽힌 분야에서는 이러한 위험이 더 크다고 판단했다. 이러한 분석을 토대로 법원은 제3자 보호의 관점에서도 공법상 계약이 적절한 규제수단이 될 수 없다고 결론내렸다.

다. 소결: 공법상 계약의 무효에 따른 할증료의 반환

이러한 검토를 바탕으로, 연방대법원은 이 사건의 공법상 계약이 무효라고 판단했다. 법원은 이 계약이 무효인 이유는 단순히 계약 내용이 위법해서가 아니라 일반철도법의 체계상 계약이라는 행위형식 자체가 허용되지 않기 때문이라고 보았다. 특히 법원은 연방네트워크청의 최초 규제처분이 계속 효력을 가지며, 이후 체결된 공법상 계약으로는 이를 바꿀 수 없다고 명확히 했다. 결과적으로 법원은 원고의 청구를 받아들여, 할증료 부과의 근거가 된 공법상 계약이 무효임을 확인하고 이미 낸 할증료를 돌려받을 수 있도록 했다. 이로써 작센철도의 파산관리인인 원고는 약 400만 유로를 돌려받을 수 있게 되었다.

(3) 평가

가. 철도법상 공법상 계약의 한계 설정

이 판결은 철도법 영역에서 공법상 계약의 활용 가능성과 한계를 명확히 했다는 점에서 중요한 의미를 가진다. 특히 철도망과 같은 필수설비의 이용조건을 규율하는 경우, 계약 형식이 배제될 수 있음을 분명히 했다. 이러한 입장은 철도망에 대한 비차별적 접근과 공정한 경쟁이라는 규제목적을 달성하기 위해서는 개별 계약보다 모든 사업자에게 일률적으로 적용되는 행정행위가 더 적절한 수단이라는 인식을 반영한 것이다.

철도시장의 특수성을 고려할 때, 이러한 한계 설정은 더욱 의미가 있다. 철도망은 독점적 성격을 가진 필수설비이므로, 이에 대한 공정한 접근이 보장되어야만 실질적인 시장 경쟁이 가능하다. 특히 망 이용료는 경쟁의 핵심 조건인데, 이를 시장지배적 사업자와의 개별 계약으로 정하게 되면 자칫 차별적 대우가 발생할 우려가 크다. 이 사건의 할증료 문제는 이러한 우려를 잘 보여주는 사례다. 할증료가 지역별로 다르게 적용되면서 특정 노선의 철도회사들이 상대적으로 불리한 지위에 놓이게 되었고, 이는 결국 시장 전체의 경쟁 질서를 훼손하는 결과로 이어졌다. 이 판결은 이러한 철도시장의 현실을 정확히 인식하고, 차별 없이 모든 사업자에게 공평하게 적용되는 행정행위가 더 바람직한 규제수단임을 제시했다는 점에서 의미가 있다.

나. 제3자 보호의 관점에서의 의의

이 판결은 앞서 본 OPAL 가스관 규제면제 사건처럼 규제영역에서 제3자의 권리

보호가 가지는 중요성을 다시 한번 확인했다는 점에서 의미가 있다. 철도망도 가스관과 마찬가지로 필수설비이며 공정한 접근 보장이 시장 경쟁의 전제조건이 되므로, 이러한 영역에서는 계약 당사자가 아닌 제3자의 권리를 실질적으로 보호할 필요가 있다는 점이 강조되었다. 특히 망 이용료와 같이 경쟁의 핵심이 되는 조건이 문제가 될 때는 제3자의 권리보호가 더욱 중요한 고려사항이 된다.

두 판결은 모두 공법상 계약이 제3자에게 미치는 영향에 주목하면서, 규제영역에서는 개별 계약보다 모든 시장참여자에게 공평하게 적용되는 행정행위가 더 나은 수단이 될 수 있음을 보여주었다. 이는 규제행정의 특성상 제3자 보호가 단순한 절차적 요건을 넘어 규제수단을 선택할 때도 핵심적으로 고려해야 할 요소가 될 수 있다는 점을 잘 보여준다는 측면에서 의미가 크다.

IV. 결론 : 우리나라에의 시사점

이상의 검토에 의하면, 독일 규제법상 공법상 계약의 허용 여부는 일률적으로 판단할 수 없음을 알 수 있다. 법원은 각 규제영역에서 공법상 계약의 허용 여부를 판단함에 있어 법률의 명시적 규정 유무뿐만 아니라 해당 법률의 목적과 체계, 규제대상인 산업의 고유한 특성까지 종합적으로 고려했다. 이러한 독일의 접근법은 우리나라에 중요한 시사점을 제공한다. 현재 우리나라는 행정행위, 행정지도 등 다양한 규제수단을 활용하고 있으나, 공법상 계약에 대한 논의는 상대적으로 부족하다. 그러나 대규모 투자가 필요한 네트워크 산업 분야에서는 공법상 계약이 효과적인 규제수단으로서 기능할 수 있다. 이는 앞서 본 독일의 통신규제 사례에서 공법상 계약을 통한 투자약정이 통신망 고도화와 공정경쟁이라는 두 가지 규제목적을 조화롭게 달성한 것에서 잘 나타난다. 다만 특정 분야에서는 공법상 계약의 도입에 있어서 신중한 접근이 필요하다. 독일의 에너지·철도규제 사례와 같이 계약 형식이 오히려 시장경쟁을 저해하고 제3자의 권리를 침해할 우려가 있는 경우가 존재할 수 있기 때문이다.

따라서 공법상 계약을 새로운 규제수단으로 도입하기 위해서는 개별 네트워크 산업의 특성을 고려한 법리 발전이 선행되어야 한다. 또한 현행 행정기본법은 제27조에서 공법상 계약의 일반적 허용 가능성과 공공성 및 제3자 이해관계 고려의무만을 규정하고 있어, 구체적인 절차와 한계에 관한 상세한 규정이 미비한 실정이다. 이에 공법상 계약의 절차적 요건과 한계를 명확히 하는 입법적 보완도 필요하다. 결론적으로, 우리나라에서도 각 산업의 고유한 특성과 규제목적을 면밀히 검토하여 공법상 계약을 규제수단으로서 단계적으로 도입한다면, 이는 규제행정의 실효성을 높이는 동시에 공익과 경쟁질서를 보호하는 유용한 수단이 될 수 있을 것이다.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 계인국, “규제행정법의 관념과 개요에 대한 소고 - 「행정규제기본법」 상 규제의 관념과 규제법상 규제관념의 비교”, 「안암법학」 제42호(2013.), 645-680면.
- 계인국, “보장행정의 작용형식으로서 규제 - 보장국가의 구상과 규제의미의 한정 -”, 「공법연구」 제41집 제4호(2013.), 155-184면.
- 계인국, “독일 경제행정법의 기본방향과 최근 전개양상 - 영역의 확대와 작용수단의 변화 -”, 「행정법연구」 제52호(2018.), 79-103면.
- 길준규, “독일의 재생에너지 가속화 전략 및 입법에 관한 경제행정법적 고찰 - 독일의 Osterpaket를 중심으로 -” 「경제규제와 법」 제17권 제1호(2024.), 266-287면.
- 김태오, “방송통신 규제기관의 최종결정권과 사법심사 -독일 연방행정법원(BVerwG)의 규제제량을 중심으로 -”, 「성공관법학」 제26권 제3호(2014.), 107-142면.
- 윤강욱, “독일 철도법상 망규제에 관한 연구”, 「행정법연구」 제43호(2015.), 243-266면.
- 이재훈, “행정청의 민주적 정당성 — (독일) 통신규제청의 지시로부터의 자유 논의를 중심으로 —”, 「공법연구」 제45집 제4호(2017.), 189-222면.
- 이원우, “통신시장의 구조변화 하에서 공공성확보를 위한 법적 규제: 독일의 경험과 그 교훈을 중심으로”, 「법학논총」 제18권(2001.), 161-188면.
- 황태희, “독립적 규제기관으로서의 독일 연방 망 규제청의 조직과 권한”, 「행정법연구」 제18호(2007.), 71-85면.

<서양문헌>

- Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 5. Aufl., 2021.
- Frenzel, “Das Regulierungsverwaltungsrecht als öffentliches Recht der Netzwirtschaften”, 「JA」 2008, 868.
- Gurlit, Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000.
- Heusch/Ullrich/Posser, Handbuch Verfassungsrecht in der Praxis 1. Aufl., 2024.
- Kopp/Ramsauer (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 24. Aufl., 2023.
- Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000.
- Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 4. Aufl., 2024.
- Siegel, “Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Regulierungsrecht”, 「JZ」 2022, 899.
- Siegel/Eisentraut, “Der Vertrag im Öffentlichen Wirtschaftsrecht”, 「VerwArch」 2018, 454.
- Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 10. Aufl., 2023.

Ziekow/Siegel, “Entwicklung und Perspektiven des Rechts des öffentlich -
rechtlichen Vertrages - Teil 1 -”, 「VerwArch」 2003, 593.

[Abstract]

**The Permissibility and Limits of Public Law Contracts
in German Regulatory Law**
- Focusing on Recent Cases in Telecommunications, Energy, and
Railway Sectors -*

Chung Eui Seok**

This study examines the permissibility and limits of public law contracts in German regulatory law. Section 54 of the German Administrative Procedure Act principally permits public law contracts. However, in regulatory areas, contract forms may be prohibited by individual laws, such as Article 211(1) of the German Telecommunications Act, or by laws in specific legal domains. Additionally, even when not explicitly prohibited by law, contract forms may be restricted through legal interpretation. Under these premises, this study analyzed recent cases concerning the permissibility and limits of public law contracts in German network industries, particularly in telecommunications, energy, and railway sectors. In telecommunications, public law contracts in the form of investment commitments were positively evaluated. The court determined that such public law contracts could harmoniously achieve the core objectives of telecommunications law: network advancement and fair competition guarantee. Notably, the court's recognition of regulatory methods combining public law contracts with regulatory dispositions was significant. In contrast, in the energy (gas) sector, the court found contract forms based on party agreements inappropriate, as regulatory exemptions directly affect market competition and supply stability. Similarly, in the railway sector, the court restricted the use of public law contracts, holding that determining usage conditions for essential facilities like railway networks through contracts could impede fair competition and third-party protection.

As shown above, the permissibility of public law contracts in regulatory administration can vary depending on industry characteristics and regulatory objectives. This provides important implications for the use of public law contracts in Korean regulatory administration. Currently, Korean regulatory administration employs various means including administrative acts, administrative guidance, certification systems, and self-regulation. However, discussion about the potential use of public law contracts remains insufficient. While public law contracts have advantages in enhancing regulatory flexibility, efficiency, and voluntary cooperation from regulated

* This article was funded by the Center for Future Scholars at Seoul National University School of Law.

** Visiting Research Fellow, Seoul National University Law Research Institute, Ph.D. in Law, Attorney at Law

entities, contract forms may conversely hinder market competition or infringe upon third-party rights. Therefore, introducing public law contracts as new regulatory tools requires careful consideration of individual regulatory characteristics. Additionally, legislative supplements clearly defining the requirements and limits of public law contracts are necessary.

Key Words: Public Law Contract, Network Industry, Regulatory Law, Guarantee Administration, Fair Competition

성폭력처벌법상 제3조 제1항(주거침입 등 강간 등 죄) 구성요건의 올바른 해석과 입법적 제언*

신 이 철**

논문요지

성폭력범죄를 처벌하는 법률으로는 기본법인 형법과 함께, 특별법인 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 있다. 특히 성폭력처벌법 제3조 제1항은 평온과 안전을 특별히 보호받아야 하는 개인의 사적 공간에 침입한 자가 저지른 성폭력범죄에 엄정하게 대응하기 위하여 그 불법과 책임을 전반적으로 무겁게 평가해서 엄중하게 처벌(무기 또는 7년 이상의 징역)함으로써 성폭력범죄에 대한 사회 일반의 경각심을 높이고 범죄예방 강화라는 형사정책적인 의미를 분명히 갖고 있다. 그러나 주거침입죄와 강간죄 등 성폭력범죄와 경합범이 아니라 특별법을 통하여 가중하려면 행위방법의 위험성 등 이를 정당화 할 수 있는 근거가 있어야 할 것이고, 아울러 형벌을 가중하는 구성요건은 피고인의 이익을 위하여 제한적으로 해석할 필요성도 있게 된다. 그래서 성폭력처벌법을 무제한으로 적용하기 보다는 -가해자의 주거침입 당시에 성폭력범죄의 피해자가 주거에 있었던 경우를 제외하고는- 동일한 기회에 피해자가 동일한 경우에만 제한적으로 적용해야 한다는 입장이 일응 타당하다고 생각된다. 따라서 입법론적으로는 구성요건 자체에서 “타인의 주거에 침입하여 그 기회에 그 피해자를 강간 등을 한 자는 ……에 처한다.”와 같이 명시하는 것도 검토해볼 시점이 되었다고 본다.

그리고 성폭력처벌법 제3조 제1항은 주거침입죄를 범한 사람이 성폭력범죄를 범한 경우를 구성요건으로 하므로, 두 범죄의 구성요건요소가 결합함으로써 그 불법과 행위자에 대한 비난가능성이 무겁게 평가된다. 그런데 형법상 주거침입죄에 해당하는 행위 유형의 범위도 넓고, 성폭력범죄 또한 그 행위 유형이 매우 다양한 가운데, 이들 범죄가 서로 결합되어도 행위 태양의 다양성이 없어지는 것은 아니므로, 그 법정형의 폭은 개별적으로 각 행위의 불법성에 맞는 범위로 처벌이 정해질 필요가 있다고 생각한다.

검색용 주제어: 성폭력처벌법, 주거침입죄, 강간과 강제추행, 성적 자기결정권, 결합범

· 논문제출: 2024. 12. 22. · 심사개시: 2025. 01. 09. · 게재확정: 2025. 01. 27.

* 이 논문은 2024년도 원광디지털대학교의 교비 지원에 의해서 수행됨(This paper was supported by Wonkwang Digital University in 2024).

** 원광디지털대학교 경찰학과 교수, 법학박사.

I. 서론

성폭력범죄를 처벌하는 법률으로는 기본법인 형법과 함께, 기본적인 성범죄보다 더 죄질이 나쁜 성범죄를 강하게 처벌하기 위한 특별법으로 성폭력범죄의 처벌등에 관한 특별법(이하 ‘성폭력처벌법’이라고 한다) 및 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 ‘아청법’이라고 한다)을 두고 있다. 예컨대 형법에서는 강간죄는 3년 이상의 유기징역에 처하고, 강제추행죄는 10년 이하의 징역 또는 1,500만원 이하의 벌금에 처하지만, 주거침입 등과 성폭력범죄가 결합되면 단순히 형법이 아니라, 성폭력처벌법 제3조 제1항에서 무기 또는 7년 이상의 징역으로 처해진다.

이와 관련하여 과거 성폭력범죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 친고죄로 규정되어 있었는데, 이는 개인의 인격 내지는 사생활과 불가분적 관계에 있기 때문에 법이 적극적으로 개입하지 않고 그 소추나 처벌여부를 개인의 의사에 맡겨온 것으로 볼 수 있다. 그러나 2013년 형법과 성폭력처벌법을 개정하여 모든 성폭력범죄에 대하여 친고죄 규정을 삭제하였다. 또한 아동·청소년을 대상으로 한 성폭력범죄는 친고죄에서 2008. 2. 4. 반의사불벌죄로 변경되었다가 다시 2013.6.19. 개정을 통하여 모든 성범죄를 비친고죄로 변경하는 변화가 있었다. 다만, 친고죄 폐지규정은 법률 시행시점인 2013. 6. 19.이후에 발생한 성폭력범죄에만 적용되므로 그 이전에 발생한 친고죄 규정 범죄는 그대로 유지되고 있다.

그리고 미수범 및 예비·음모는 처벌하고(제15조 및 제15조의2),¹⁾ 공소시효에 관한 규정(형사소송법 제249조부터 제253조까지 및 군사법원법 제291조부터 제295조까지)의 적용을 배제하여(제21조 제3항) 13세 미만의 사람을 대상으로 한 성폭력범죄에 대한 법적제재를 항구화하였다. 성폭력법 제3조 제1항의 죄는 특강법 제2조 제1항 제3호, 제4호에 해당하면 특정강력범죄가 되어(동법 제2조 제2항) 처벌 및 절차 등에서 특별한 취급을 받게 된다.

최근 1인 가구가 급격히 늘면서 가장 안전해야 할 집에서도 얼마나 안전을 위협받고 있는지를 보여주는 사례로 신림동에서 술에 취해 귀가하던 여성을 뒤쫓아가 여성의 집 문까지 열고 들어가려 했던 이른바 ‘신림동 강간미수’사건에서 주거침입만 인정되어²⁾ 크게 논란이 되거나, 화장실로 끌고가 유사강간을 함으로써 주거침입 이전에 유형력이 행사된 경우에도 성폭력처벌법 주거침입 유사강간죄로 인정될 수 있는가에 대하여 적지 않은 논의가 있었다.³⁾ 이런 가운데 성범죄 특별법(성폭력범죄의 처벌등에관한특별법)에서 ‘주거침입’을 한 뒤 성범죄를 저지른 가해자에게 특히 엄중하게 처벌하는데, 이는 계획적인 경우가 많을 뿐만 아니라, 성적 자기결정권이 매우 심각하게 침해되고 나아가 가정의 평화까지 무너뜨릴 수 있기 때문이다. 그러나 한편으로는 주거에서의 성폭력범죄를 가중처벌하므로 그 구성요건은 피고인의 이익을 위해서라도 제한적으로 해석할 필요성도 있게 된다. 본 논문에서는 성폭력처벌법 제3조 제1항의 주거침입 성폭력범죄의 연혁과 범죄의 성격을 살펴보면서(Ⅱ), 그 범죄성

1) 참고로 2020.5.19. 개정으로 성폭력처벌법 제3조 제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 사람은 3년 이하의 징역으로 처벌하도록 신설하였다.

2) 서울중앙지법 2019. 10. 16. 선고 2019고합52; 서울고등법원 2020. 3. 24. 선고 2019노2405; 대법원 2020. 6. 25. 선고 2020도4246 판결(상고기각).

3) 대법원 2021. 8. 12. 선고 2020도17796 판결.

격 및 보호법익에 따라서 주거침입 성폭력범죄의 구성요건을 합리적으로 해석한 다음(Ⅲ), 처벌과 함께 관련된 문제를 다루고(Ⅳ) 그 과정에서 성폭력특별법상 범죄구성요건의 지나친 확장적용을 막을 수 있도록 필요하고도 적절한 입법론을 제시하면서 결론(Ⅴ)을 내리기로 한다.

Ⅱ. 연혁과 범죄의 성격

1. 입법적 연혁

(1) 1994.1.15. 제정된 ‘성폭력 범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률’⁴⁾에는 ‘야간주거침입절도죄나 특수절도죄를 범한 자’만이 본죄의 주체로 규정되어 있었다. 따라서 당시에 선고된 대법원 판례에 의하면 강간의 범행을 목적으로 피해자의 주거에 침입한 경우에 주거침입죄와 강간죄의 실체적 경합범으로 처벌하고 있었고,⁵⁾ 그 때문에 야간주거침입절도나 특수절도죄를 범한 자가 성폭력범죄를 범한 경우와 마찬가지로 피해자의 주거에서 행해지는 성폭력범죄를 가중처벌할 필요성이 있게 되었다. 그 외에도 당시의 대법원 판례가 본죄의 주체는 ‘야간주거침입절도죄나 특수절도죄를 범한 자’로 한정되고, 본 죄의 미수범까지 여기에 포함되는 것으로 풀이할 수는 없다⁶⁾고 판시함으로써 미수범을 본죄의 주체에서 제외하고 있었다.

이러한 사정을 고려하여 1997. 8. 22. 개정 법률에서는 주거침입을 범한 자를 추가함에 동시에 ‘야간주거침입절도죄·특수절도죄의 미수범’ 또한 본죄의 주체로 추가하는 대신에, 그 법정형에서 사형을 삭제하고 있다.

(2) 그런데 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’은 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례와 성폭력범죄의 피해자 보호 등에 관한 사항을 함께 규정하고 있어 각 사항에 대한 효율적 대처에 한계가 있었으며, 또한 상이한 내용의 규범을 함께 규정하고 있어 전문성을 약화시킨다는 비판이 적지 않았다. 그리하여 2010. 4. 15. ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’중 성폭력범죄의 처벌에 관한 사항만 분리하여 현행 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 별도로 제정되었다. 이때 성폭력범죄가 해마다 지속적으로 증가하고 날로 흉포화되며 다른 범죄에 비해 재범 가능성이 높고 은밀하게 행해지므로 이를 근본적으로 예방하기 위해서는 성범죄자에 대한 처벌강화와 재범방지 등을 위한 제도의 보완이 필요하여 과거보다 강화된 내용(예컨대 친족관계에 의한 강간 등에서 친족범위를 4촌 이내의 인척까지 확대, 13세 미만의 미성년자에 대한 성폭력범죄 처벌을 강화 등)을 입법화하였다.

이러한 사정으로 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’의 내용 중에서 성폭력범죄의 처벌 등 관련 특례규정을 모두 삭제하고 그 제명을 ‘성폭력 범죄의 피해자보호 등에 관한 법률’로 변경하여 존속하다가, 같은 날 제정된 ‘성폭력방지 및

4) 동법이 제정된 이후 모두 14차례 개정을 통하여 보호적 기능을 강화하여 새로운 구성요건을 대폭 확대하고 법정형을 상향 조정하였다. 물론 법률개정으로 법정형이 중하게 변경된 경우 행위시법인 구법이 적용된다.

5) 대법원 1997. 7. 11. 선고 97도1312 판결.

6) 대법원 1995. 4. 7. 선고 95도94 판결.

피해자보호 등에 관한 법률’이 2011.1.1. 시행됨에 따라 폐지되게 된다.

(3) 기존 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조 (특수강도 강간 등)에 있던 규정을 2010. 4. 15. 제정된 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 제3조로 옮겨 현재에 이르고 있다. 다만, 2012. 12. 18. 개정으로 형법 제297조의2(유사강간)도 추가되었다. 또한, 성폭력처벌법이 각종 성폭력범죄에 더욱 엄정하게 대응하는 취지로 2020. 5. 19. 개정되면서 법정형의 하한이 ‘징역 5년’에서 ‘징역 7년’으로 상향 조정되었다.

2. 범죄 성격과 신분범 여부

본죄는 주거침입죄 등을 범한 후에 사람을 강간⁷⁾하는 등의 행위를 하여야 한다. 이 범죄의 성격에 관하여 학설은 단순히 특정범죄와 결합했을 뿐이므로 포괄일죄의 한 유형으로 결합범으로 해석하는 견해,⁸⁾ 특정범죄를 저지른 자만이 범행주체가 될 수 있도록 규정된 점을 근거로 신분범으로 보는 견해, 신분범이자 결합범의 성격을 모두 갖는 것으로 이해하는 견해 등 다양하게 주장될 여지가 있다.

이에 대법원은 ‘성폭력처벌법 위반(주거침입강제추행)죄는 형법 제319조 제1항의 주거침입죄 내지 건조물침입죄와 형법 제298조의 강제추행죄의 결합범’이라고 하면서도⁹⁾, ‘피고인이 피해자를 강간할 목적으로 아파트 내부의 공용부분에 들어온 행위는 주거침입행위이므로 성폭력처벌법 소정의 주거침입죄의 신분을 가지게 되었음은 분명하다’고 판시¹⁰⁾함으로써 신분범의 입장으로 보는 반면에, 헌법재판소의 경우는 ‘주거침입을 한 자가 강간행위를 한 경우에는 성폭력처벌법상 주거침입강간죄라는 결합범으로 가중처벌되는 것이 현행 형벌체계이라거나’, ‘주거침입강간죄를 결합범으로 취급하여 무기 또는 5년 이상(현재는 7년이상)의 징역에 처하도록 한 것이 과도하다고 할 수 없다’고 결정¹¹⁾한 바 있는데 결합범의 입장에 서 있는 것으로 이해된다.

생각건대 신분범에서 형법상 ‘신분’이라 함은, 남녀의 성별, 내외국인의 구별, 친족관계, 공무원인 자격과 같은 관계뿐만 아니라 널리 일정한 범죄행위에 관련된 범인의 인적 관계인 특수한 지위 또는 상태를 지칭하며, 행위관련적이 아니라 행위자관련적 요소여야 하는 것으로 이해하는 이상,¹²⁾ 행위요소인 범죄행위로 인하여 취득하

7) 강간죄는 사람을 강간하기 위하여 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박을 개시한 때에 그 실행의 착수가 있다고 보아야 할 것이지(대법원 2000. 6. 9. 선고 2000도1253 판결 등 참조), 실제 간음행위가 시작되어야만 그 실행의 착수가 있다고 볼 것은 아니다(대법원 2003. 4. 25. 선고 2003도949 판결, 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004도7892 판결 등 참조). 유사강간죄의 경우도 이와 같다(대법원 2021. 8. 12. 선고 2020도17796 판결).

8) 정현기, 결합범의 제한해석 -동일한 기회에, 동일한 피해자의 법익을 침해할 것-, 사법논집 제69집, 법원도서관, 2019, 354면; 이주원, 특별형법, 홍문사, 2023, 463면. 또한 주거등 침입행위와 강간등 행위를 결합한 형태의 새로운 구성요건을 신설하여 가중처벌하고 있는 조항에 해당한다는 견해로는 이동희/류부곤, 특별형법 제5판, 박영사, 2021, 301면.

9) 대법원 2012. 3. 15. 선고 2012도914 판결; 대법원 2022. 8. 25. 선고 2022도3801 판결. 위 죄가 성립하려면 형법 제319조가 정한 주거침입죄 내지 건조물침입죄에 해당하여야 한다.

10) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도4335 판결.

11) 헌법재판소 2004. 6. 24. 선고 2003헌바53 전원재판부 결정.

12) 행위자에게 특별한 지위·상태·관계등이 계속적으로 유지되어야 하는가에 대하여 논의가 있으나, 다수설은 신분에 계속성을 요구하지 않는다(김신규, 형법총론강의, 박영사, 2018, 483면;

는 상태를 신분으로 보기가 곤란하다는 점, 가중처벌하는 근거도 범행주체보다는 범행객체인 피해자의 범죄피해 가중에서 찾는다면 결합범으로 이해될 수 있을 것이다.

그럼에도 불구하고 주거침입죄 등을 범한 후에 사람을 강간하는 등의 행위를 하여야 하는 일종의 ‘신분범’으로 이해하게 된다면, 피고인이 강간 등 죄의 실행행위어나아가기 전에 ‘주거침입죄를 범한 자’의 신분을 갖추었는지에 대하여 반드시 살펴야 한다. 이때 만약 그 선후가 바뀌어서 먼저 강간 등의 죄를 범한 자가 그 후 주거침입죄 등을 범한 경우에는 성폭력처벌법 제3조 제1항의 죄에 해당하지 않고 강간죄 등과 주거침입죄 등의 실체적 경합범이 될 뿐이다.¹³⁾ 판례도 피고인이 주점에서 술을 마시던 중 화장실을 간다고 하여 자신을 남자화장실까지 부축해 준 피해자를 건조물인 주점 여자화장실로 끌고가 문을 잠근 후 강제로 입맞춤을 하고, 저항하자 용변칸에 밀어넣은 후 피고인의 성기를 피해자 구강에 넣으려고 하고 피고인의 손가락을 피해자의 성기에 넣으려고 한 사안에서, 강제적인 물리력의 행사는 유사강간을 위해 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박을 개시한 경우에 해당하며 여자화장실에 들어가기 전 이미 유사강간죄의 실행행위를 착수했으므로, 성폭력처벌법상 주거침입 유사강간죄를 범할 수 있는 지위인 ‘주거침입죄를 범한 자’에 해당되지 않는다”고 판시¹⁴⁾하여 같은 입장이다.

III. 구성 요건

성폭력처벌법 제3조 제1항(주거침입 강간 등)에서 형법 제319조 제1항(주거침입), 제330조(야간주거침입절도), 제331조(특수절도) 또는 제342조(미수범, 다만 제330조 및 제331조의 미수범으로 한정)의 죄를 범한 사람이 형법 제297조(강간), 제297조의2(유사강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간, 준강제추행)의 죄를 범한 경우에 성립하는 범죄이다. 보통 주거에서 성적 자기결정권이 침해당한다면 그로 인한 피해는 보다 심각할 수 있으며, 더 나아가 이러한 범행이 배우자 또는 가족이 목격하는 가운데 행해진 경우라면 피해자의 성적 자기결정권의 침해를 넘어 생활의 기초단위로서 한 가정을 파괴하는 결과에까지 이르게 될 수 있기 때문에 입법자는 -주거침입죄 등과 강간죄 등의 경합범으로 처벌하지 않고- 이러한 법익침해자에게 그 불법에 상응하는 책임을 묻고 그와 같은 범죄를 예방하고 근절하기 위한 형사정책적 고려를 하고 있다. 즉, 주거침입죄 등 특정 범죄에 수반하여 발생한 성폭력범죄의 중대한 법익침해를 고려하여 결합범으로 가중처벌 하도록 특별법인 성폭력처벌법에서 주거침입 강간 등 죄의 구성요건을 둔 것으로 그 의의가 있다.¹⁵⁾

권오걸, 결합범과 신분범, 실행의 착수시기 — 대법원 2021. 8. 12. 선고 2020도17796 판결을 중심으로 —, 법학논총, 전남대학교 법학연구소, 2023, 245면).

13) 손동권/손민정, 주식 특별형법, 율곡출판사, 2022.161면.

14) 대법원 2021.8.12. 선고 2020도17796 판결.

15) 헌법재판소 2006. 12. 28. 선고 2005헌바85 전원재판부 결정.

1. 주체

먼저, 성폭력처벌법 제3조 제1항의 주체는 주거침입, 야간주거침입절도, 특수절도를 범한 자, 그리고 야간주거침입절도 및 특수절도의 미수범이다. 여기서 -제331조 제2항의 특수절도는 비록 주거침입이 구성요건으로 되어 있지 않지만- 형법 제319조 제1항(주거침입)과 제330조(야간주거침입절도), 제331조 제1항(특수절도)은 모두 주거침입이 그 구성요건으로 되어 있다.

가. 주거침입죄를 범한 자(미수범 제외)

성폭력처벌법 제3조 제1항의 주체는 먼저 형법 제319조 제1항(주거침입)의 죄를 범한 사람'이라고 규정하고 있다. 여기서 문제될 수 있는 첫 번째 쟁점은 과연 건조물 등 침입죄를 범한 사람도 주체가 될 수 있는가에 있다. 생각건대 성폭력처벌법 제3조 제1항은 '주거침입죄를 범한 사람'이라고 규정한 것이 아니라, '형법 제319조 제1항(주거침입)의 죄를 범한 사람'이라고 규정하고 있고, 또한 괄호 안의 '주거침입'은 제2항의 퇴거불응을 제외하고 제1항만을 지칭하는 것으로 이해되므로 주거뿐만 아니라 관리하는 건조물, 선박, 항공기 또는 점유하는 방실을 침입한 경우에도 성립할 수 있다고 봄이 타당하다.

두번째 쟁점으로는 성폭력처벌법 제3조 제1항의 주체에 형법 제320조(특수주거침입)의 죄를 범한 자도 포함되어야 하는가에 있다. 학설은 성폭력처벌법 제3조 제1항은 형법 제319조 제1항(주거침입)만 규정을 두고 있을 뿐 제320조는 명문으로 규정되어 있지 않다는 점을 근거로 제외된다는 견해¹⁶⁾와 포함되어야 한다는 견해¹⁷⁾가 대립되고 있다. 생각건대 명문의 규정상으로는 형법 제320조가 제외되어 있는 것은 분명하지만, 성폭력처벌법 제3조 제1항이 주거침입행위를 범한 자가 강간 등의 죄를 범한 경우를 가중처벌하고 있다는 취지를 감안해 본다면 형법 제320조(특수주거침입)의 죄를 범한 자를 포함한다고 보는 것이 보다 자연스럽고 더 논리적일 수 있다. 그렇다면 주거에 침입하여 강간 등을 저지른 사람에게 성폭력처벌법 제3조 제1항이 적용된다면, 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하고 주거에 침입하여 강간 등을 저지른 사람에게 굳이 제외할 이유를 찾기가 어렵게 된다. 이러한 불필요한 논란을 해소하기 위해서는 입법을 통하여 명문으로 해결하는 것이 바람직할 것이다. 여기서 만약 포함하지 않는다는 견해에 의하면 특수주거침입죄와 특수강간죄의 경합범으로 처리될 것이다.

16) 이주원, 특별형법 제8판, 홍문사, 2023, 451면. 이 견해에 의하면 성폭력처벌법 제3조 제1항은 본죄의 주체로 주거침입죄를 범한 자(기수범에 한함), 야간주거침입절도죄를 범한 자(기수범 및 미수범), 특수절도죄를 범한 자(기수범 및 미수범)으로 규정되어 있어 5가지 유형이다. 그리고 행위 태양으로 강간죄, 유사강간죄, 강제추행죄, 준강간죄·준강제추행죄로 규정되어 있어 5가지 유형이 있다. 따라서 세분화 하면 총 25개의 유형이 나온다고 설명하고 있다.

17) 박상기/전지연/한상훈, 형사특별법, 2013, 201면. 특수주거침입죄(형법 제320조)를 범한 자도 포함되어야 한다면 -특수주거침입의 죄에 미수까지 포함한다면 10개 유형이 더 가능하여- 성폭력처벌법 제3조 제1항은 35개의 유형이 나올 것이다.

1) 주거침입의 의미

가) ‘주거’의 범위

먼저 ‘주거’는 사람이 일상생활을 위하여 점거하는 장소를 말하는데, 단순한 가옥 자체 이외에 정원 등 위요지를 포함한다.¹⁸⁾ 그리고 판례는 다가구용 단독주택이나 다세대주택·연립주택·아파트 등 공동주택의 내부에 있는 엘리베이터, 공용계단과 복도 등 공용부분도 역시 그 거주자들의 사실상 주거의 평온을 보호할 필요성이 있으므로 특별한 사정이 없는 한 사람의 주거에 해당한다고 판시¹⁹⁾하고 있다.

그리고 성폭력처벌법상의 ‘주거’의 범위에는 앞서 살펴본 바대로 건조물, 선박, 항공기 또는 점유하는 방실도 포함되며, 여기서 건조물은 주위벽 또는 기둥과 지붕 또는 천정으로 구성된 구조물로서 사람이 기거하거나 출입할 수 있는 장소를 말하고,²⁰⁾ 또한 단순히 건조물 그 자체만을 말하는 것이 아니고 위요지를 포함한다. 다만 위요지가 되기 위해서는 건조물에 인접한 그 주변토지로서 관리자가 외부와의 경계에 문과 담 등을 설치하여 그 토지가 건조물의 이용을 위하여 제공되었다는 것이 객관적으로 명확히 드러나야 한다.²¹⁾ 여기서 ‘상가건물 내 엘리베이터 앞 공간’ 등도 주거(건조물)의 범위에는 포함된다고 해야 한다. 다만, 일반인의 출입이 허용되는 상가이며 열려져 있는 출입문을 통하여 통상적인 출입방법으로 들어갔으며 상가건물의 CCTV도 상가건물의 용도와 성질 등에 비추어 볼 때 -외부인의 출입을 통제하기 위한 것이 아니고- 상가건물의 일반적 관리를 위한 것이라면 관리자의 주거 등의 사실상 평온상태가 침해되었다고 볼 사정이 없으므로 후술하는 ‘침입’에는 해당하지 않게 된다.

한편 주거침입죄의 객체에는 주거와 건조물 외에 ‘선박과 항공기’(신체·주거수색죄의 객체인 ‘자동차’는 포함하지 않음)도 평온과 안전을 보호해야 할 필요성이 있으므로 포함되지만, -그 대소는 불문하지만- 적어도 사람의 주거에 사용할 수 있는 정도는 되어야 한다. 그리고 건조물 내에서 거주자가 사실상 지배관리하는 일구획을 말하는 ‘점유하는 방실’ 또한 포함되는데 건조물내 사무실, 여관방,²²⁾ 산후조리원의 입원실²³⁾ 등이 여기에 해당한다. 판례는 ‘건조물에 설치된 화장실’도 화장실 이용자가 평온하게 사용중인 경우에는 점유하는 방실에 해당한다는 입장²⁴⁾이다.²⁵⁾

18) 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도1363 판결; 이미 수일 전에 2차례에 걸쳐 피해자를 강간하였던 피고인이 대문을 몰래 열고 들어와 담장과 피해자가 거주하던 방 사이의 좁은 통로에서 창문을 통하여 방안을 엿보던 상황이라면 피해자의 주거에 대한 사실상 평온상태가 침해된 것으로, 피고인의 행위는 주거침입죄에 해당한다(대법원 2001. 4. 24. 선고 2001도1092 판결).

19) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도4335 판결; 대법원 2009.10.7. 선고 2005도5351 판결.

20) 대법원 1989. 2. 28. 선고 88도2430, 88감도194 판결 등 참조

21) 대법원 2004. 6. 10. 선고 2003도6133 판결; 대법원 2005. 10. 7. 선고 2005도5351 판결. 건물신축 공사현장의 ‘타워크레인’은 건설기계의 일종으로서 작업을 위하여 토지에 고정되었을 뿐이고 운전실은 기계를 운전하기 위한 작업공간 그 자체이지 건조물침입죄의 객체인 건조물에 해당하지 않는다.

22) 헌법재판소는 피해자가 투숙한 모텔(헌법재판소 2004. 6. 24. 선고 2003헌바53 전원재판부 결정)과 시정되지 않은 게스트하우스(헌법재판소 2020. 9. 24. 선고 2018헌바171 전원재판부 결정) 등도 주거로 보아 주거침입 강간죄를 인정하고 있다.

23) 대법원 2018. 4. 10. 선고 2017도16256 판결.

24) 대법원 2012. 8. 23. 선고 2012도815 판결.

나) ‘침입’의 의미와 판단기준

성폭력처벌법 제3조 제1항의 형법상 주거침입죄 등과 강간죄 등의 결합범의 경우에서 주거침입에 해당하는지는 형법상 주거침입죄가 정한 ‘침입’에 해당하여야 한다는 전제가 충족되어야 한다. 주거침입죄의 구성요건적 행위인 ‘침입’은 - 과거의 대법원 판례는 거주자의 의사를 중심으로 판단하였지만- 주거침입죄의 보호법익인 사실상 주거의 평온과의 관계에서 해석하여야 하므로, ‘침입’은 거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것을 말한다. 이에 해당하는지 여부는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양을 기준으로 판단함이 원칙이므로 -사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것이라면 대체로 거주자의 의사에 반하겠지만,- 거주자의 의사에 반한다는 거주자의 주관적 사정만으로 바로 침입에 해당한다고 볼 수는 없다.²⁶⁾ 거주자의 의사에 반하는지는 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양 인지를 평가할 때 고려할 요소 중 하나이지만 주된 평가 요소가 될 수는 없다. 이는 종래 의사침해설(거주자 의사에 반하여 주거에 들어갔는지 위주로 판단)을 변경하여 평온침해설(사실상 평온을 해치는 행위 태양을 위주로 판단)로 입장을 변경한 결론이라고 보아야 한다. 이러한 평온침해설에 따르더라도 거주자의 승낙없이 몰래 무단으로 주거에 출입하거나 출입당시 거주자 등이 직접적으로 표시한 출입금지나 제한을 어기고 출입하는 무단출입은 사실상의 주거평온을 침해하는 행위태양에 해당하게 된다.

그리고 행위자가 거주자의 승낙을 받고 주거에 들어갔지만 범죄나 불법행위 등을 목적으로 한 출입이거나 혹은 거주자가 행위자의 실제 출입목적에 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되는 경우 ‘침입’에 해당하려면 출입하려는 주거등의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리방식과 상태, 행위자의 출입경위와 방법 등을 종합적으로 고려하여 행위자의 출입 당시 객관적·외형적으로 들어난 행위태양에 비추어 주거의 사실상 평온상태가 침해되었다고 평가되어야 한다. 종래 판례 중에는 과거 의사침해설에 따라 피고인이 피해자가 사용중인 공중화장실의 용변칸에 노크하여 남편으로 오인한 피해자가 용변칸 문을 열자 강간할 의도로 용변칸에 들어간 것이라면 피해자가 명시적 또는 묵시적으로 이를 승낙하였다고 볼 수 없어 주거‘침입’죄에 해당한다고 판시²⁷⁾한 바 있지만, 평온침해설에 따라 어떤 입장으로 정리될지 귀추가 주목된다.

25) 이에 대하여 다중이용장소에 성적목적으로 침입하는 행위의 구성요건을 성폭력처벌법 제12조에 입법화하였으므로 용변칸을 침입한 행위는 형법상 주거침입죄가 아니라, 성폭력처벌법 제12조로 의율되어야 한다는 견해로는 한병기, 성폭력처벌법 제3조 제1항의 ‘주거’에 대한 제한적 해석론 - 대법원 2003. 5. 30 선고 2003도1256 판결에 대한 재조명 -, 형사법의 신동향, 대검찰청, 2021, 373면.

26) 대법원 2021.9.9. 선고 2020도12630 판결(전합). 교제하다가 헤어진 피해자의 주거에 승낙없이 비밀번호를 입력하거나 조작하는 방법으로 공동주택의 공동현관에 출입한 경위는 침입에 해당하지만(대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도15507 판결), 음식점 영업주로부터 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 각 음식점의 방실에 들어간 경우에는 - 설사 영업주가 행위자의 실제 출입목적에 알았더라도 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도- 침입에 해당하지 않는다(대판 2021.9.9., 2020도12630); 대법원 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결 등 참조

27) 대법원 2012. 8. 23. 선고 2012도815 판결.

그 다음으로 문제되는 것은 ‘공동주거’의 경우이다. 공동주거는 여러 사람이 하나의 생활공간에서 거주하는 성질에 비추어 볼 때 공동거주자 각자는 사실상 주거의 평온이라는 법익이 다소간 제약될 수밖에 없으며, 공동거주자는 서로 용인한 것으로 보아야 한다. 부재중인 일부 공동거주자에 대하여 주거침입죄가 성립하는지를 판단함에도 이러한 주거침입죄의 보호법익의 내용과 성질, 공동주거관계의 특성을 고려하여야 한다. 공동거주자 개개인은 각자 사실상 주거의 평온을 누릴 수 있으므로 어느 거주자가 부재중이라고 하더라도 ‘사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 들어가거나 그 거주자가 독자적으로 사용하는 공간에 들어간 경우’에는 그 거주자의 사실상 주거의 평온을 침해하는 결과를 가져올 수 있다.

그러나 ‘공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙’을 받아 통상적인 출입방법에 따라 들어간 경우라면, -설령 그것이 부재중인 다른 거주자의 의사에 반하는 것으로 추정된다고 하더라도- 주거침입죄의 보호법익인 사실상 주거의 평온을 깨트렸다고 볼 수는 없다.²⁸⁾ 한편으로, 공동거주자 상호간에는 특별한 사정이 없는 한 공동생활의 장소에 자유로이 출입할 수 있고 이러한 이용을 금지할 수 없다. 그럼에도 불구하고 정당한 이유없이 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입을 금지한 경우 이에 대항하여 -설령 출입문의 잠금장치를 손괴하는 등 다소간의 물리력을 행사하여- 공동 생활장소에 들어갔더라도 금지한 공동거주자의 사실상 주거의 평온이라는 법익을 침해하는 행위라고는 볼 수 없으므로 -재물손괴죄는 별도로 하고- 적어도 주거침입죄는 성립하지 않는다.²⁹⁾

그리고 ‘공동주택의 공용부분 출입’과 관련하여, ‘거주자가 아닌 외부인’이 공동주택의 공용 부분에 출입한 것이 공동주택 거주자들에 대한 주거침입에 해당하는지 여부가 문제된다. 이를 판단할 때에도 공용 부분이 일반 공중에 출입이 허용된 공간이 아니고 주거로 사용되는 각 가구 또는 세대의 전용 부분에 필수적으로 부속하는 부분으로서 거주자들 또는 관리자에 의하여 외부인의 출입에 대한 통제·관리가 예정되어 있어 거주자들의 사실상 주거의 평온을 보호할 필요성이 있는 부분인지, 공동주택의 거주자들이나 관리자가 평소 외부인이 그곳에 출입하는 것을 통제·관리하였는지 등의 사정과 외부인의 출입 목적 및 경위, 출입의 태양과 출입한 시간 등을 종합적으로 고려하여 ‘주거의 사실상 평온상태가 침해되었는지’의 관점에서 객관적·외형적으로 판단하여야 한다. 따라서 아파트 등 공동주택의 공동현관에 출입하는 경우에도, 그것이 주거로 사용하는 각 세대의 전용 부분에 필수적으로 부속하는 부분으로 거주자와 관리자에게만 부여된 비밀번호를 출입문에 입력하여야만 출입할 수 있거나, 외부인의 출입을 통제·관리하기 위한 취지의 표시나 경비원이 존재하는 등 외형적으로 외부인의 무단출입을 통제·관리하고 있는 사정이 존재하고, 외부인이 이를 인식하고서도 그 출입에 관한 거주자나 관리자의 승낙이 없음은 물론, 거주자와의 관계 기타 출입의 필요 등에 비추어 보더라도 정당한 이유 없이 비밀번호를 임의로 입력하거나 조작하는 등의 방법으로 거주자나 관리자 모르게 공동현관에 출입한 경우

28) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결. 피고인이 甲의 부재중에 甲의 처 乙과 혼외 성관계를 가질 목적으로 乙이 열어준 현관 출입문을 통하여 甲과 乙이 공동으로 거주하는 아파트에 3회에 걸쳐 들어간 경우 주거침입죄가 성립하지 않는다.

29) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도6085 전원합의체 판결. 이때 함께 들어간 외부인의 출입 및 이용 행위가 통상적인 공동생활 장소의 출입 및 이용행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로 평가할 수 있는 경우라면 외부인도 주거침입죄가 성립하지 않는다.

와 같이, 출입 목적 및 경위, 출입의 태양과 출입한 시간 등을 종합적으로 고려할 때 공동주택 거주자의 사실상 주거의 평온상태를 해치는 행위태양으로 볼 수 있는 경우라면 공동주택 거주자들에 대한 주거침입에 해당할 것이다.³⁰⁾

그러나 일반인의 출입이 허용된 상가 등 영업장소에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어갔다면 특별한 사정이 없는 한 건조물침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다. 설령 행위자가 범죄 등을 목적으로 영업장소에 출입하였거나 영업주가 행위자의 실제 출입 목적을 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 그러한 사정만으로는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 영업장소에 들어갔다고 평가할 수 없으므로 침입행위에 해당하지 않는다.³¹⁾ 이러한 판결의 취지에 따르면, 일반인의 자유로운 출입이 허용되는 상가와 주거의 자유를 더욱 보호할 필요성이 있는 주거의 경우, 주거 등의 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리 방식과 상태 등에 따라 침입에 해당하는지가 달리 평가될 수 있음을 알 수 있다.

2) 주거침입의 기수

성폭력처벌법 제3조 제1항의 주체에 주거침입죄의 미수범이 포함되느냐의 문제가 제기될 여지도 있지만, 성폭력처벌법 제3조 제1항에서 미수범이 주체가 될 수 있는 경우로는 명문으로 야간주거침입절도죄(형법 제330조) 및 특수절도죄(형법 제331조)의 미수범으로 한정하고 있으므로 주거침입죄의 미수범이 제외되고 있음이 분명하므로 본죄의 주체가 될 수 없다. 그렇다면 성폭력처벌법 제3조 제1항의 주체에는 주거침입죄의 ‘기수범’에만 한정되며, 주거침입죄의 기수시기는 ‘신체가 주거에 들어간 때’이다. 이와 관련하여 다수설은 주거에 신체의 전부가 들어가야 하므로 신체의 일부만 주거 안으로 들어간 경우에는 미수가 된다는 전부침입설의 입장을 취하고 있지만,³²⁾ 대법원 판례는 신체의 일부만 타인의 주거 안으로 들어갔다고 하더라도 - 물론 사실상 주거의 평온을 해하는 정도에 이르지 아니하였다면 주거침입죄의 미수에 그치나- 주거의 사실상 평온을 해할 수 있는 정도에 이르렀다면 기수가 된다는 일부침입설의 입장³³⁾을 취하고 있다. 따라서 주거에 신체가 들어가지 않고 출입문을 잡아당기거나 방문고리를 잡아 주거침입죄의 실행에 착수하였다고 하더라도 주거침입죄의 미수범이므로 성폭력처벌법 제3조 제1항의 주거침입 강간 등 죄의 주체가 될 수는 없다.

참고로, 성폭력처벌법 제3조 제1항의 죄의 미수범은 처벌된다(제15조). 주거침입 강간죄 및 주거침입 강제추행죄 등은 사람의 주거 등을 침입한 자가 피해자를 간음, 강제추행 등 성폭력을 행사한 경우에 성립하는 것이므로, 실행의 착수시기는 - 주거

30) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도15507 판결; 대법원 2022. 8. 25. 선고 2022도3801 판결. 각 아파트의 공동현관에는 CCTV가 설치되어 있는데, 이는 외부인의 출입을 통제·감시하기 위한 것이다.

31) 대법원 2022. 8. 25. 선고 2022도3801 판결. 피고인이 야간에 피해자를 뒤따라가 상가건물 1층에 출입하였다고 하여도 건조물 침입행위가 있었다고 단정하기 어렵다.

32) 김성돈, 형법각론 제5판, SKKUP, 2018, 268면; 이재상/정영민/강동범, 형법각론, 박영사, 2016, 238면.

33) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94도2561 판결.

침입 등의 행위를 한 때가 아니라- ‘주거침입 행위 후 강간죄 등의 실행행위에 나아간 때’이다. 대법원도 성폭력처벌법 제3조 제1항의 주거침입 준강간죄 등의 실행의 착수시기는 주거침입행위 당시가 아니라 준강간죄 등의 실행에 나아간 때로 보면서,³⁴⁾ 피고인이 잠을 자고 있는 피해자의 옷을 벗긴 후 자신의 바지를 내린 상태에서 피해자의 음부 등을 만지고 자신의 성기를 피해자의 음부에 삽입하려고 하였으나 피해자가 몸을 뒤척이고 비트는 등 잠에서 깨어 거부하는 듯한 기색을 보이자 간음행위로 더 나아가는 것을 포기한 것이라면, 준강간죄의 실행에 착수하였다고 볼 수 있겠으나, 자신의 성기를 드러내지도, 피해자의 옷을 벗기지도 않은 채 그저 피해자의 옷 위로 음부 등을 만진 정도라면 이는 준강제추행의 기수가 될 뿐, 준강간의 실행에 착수하였다고 보기는 어렵다고 한다.

나. 야간주거침입절도·특수절도죄를 범한 자(미수범 포함)

본죄의 주체는 ‘야간주거침입절도·특수절도죄를 범한 사람’으로 규정되어 있기 때문에, ‘단순 절도죄(제329조)를 범한 사람’은 - 주거침입을 수반하지 않는 한- 본죄의 주체가 될 수 없다.³⁵⁾ 따라서 ‘단순 절도를 범한 자’가 강간 등의 죄를 범한 때에는 성폭력처벌법 제3조 제1항의 죄가 성립될 수 없으며, 단지 절도죄와 강간 등 죄의 실체적 경합범으로 처벌될 뿐이다.

(1) 야간주거침입절도(미수범 포함)

성폭력처벌법 제3조는 형법 제330조(야간주거침입절도)와 제342조(제330조의 미수범)의 죄를 범한 사람이 본죄의 주체가 될 수 있다고 규정하고 있다. 여기서 형법 제330조(야간주거침입 절도죄)는 ‘야간에 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박, 항공기, 점유하는 방실에 침입하여 타인의 재물을 절취한 자는 10년 이하의 징역에 처한다’고 규정하고 있다. 여기서 주거침입행위는 주거침입죄의 구성요건과 동일하게 해석되며, 이러한 주거침입행위가 거주자의 평온이 강하게 요청되는 시간대인 ‘야간’에 이루어지는 경우 피해자는 보다 더 큰 공포심과 불안감을 느낄 수 있을 것이고, 야간에 주거 등에 침입하여 저질러지는 절도범행은 단순절도나 주간에 주거 등에 침입하여 저질러지는 절도에 비하여 죄질과 범정이 더 무거운 것이다. 여기서 야간주거침입죄의 실행의 착수시기는 절취의 의사로 주거에 침입한 단계에서 이미 실행의 착수를 인정하므로 야간주거침입절도 강간 등의 죄는 주거침입의 실행에 착수한 이상 주거침입죄의 기수 또는 절도의 기수 여부를 불문하게 된다. 다만, 판례는 야간주거침입절도에서 야간의 적용범위는 ‘주거침입시’만이고 절취행위시는 아니라는 판시하

34) 대법원 2011. 12. 13. 선고 2011도9593 판결 참조

35) 형법 제332조에 규정된 상습절도죄를 범한 범인이 범행의 수단으로 주간에 주거침입을 한 경우, 주간 주거침입행위의 위법성에 대한 평가가 형법 제332조(상습절도), 제329조(단순절도)의 구성요건적 평가에 포함되어 있다고 볼 수 없으므로 주간 주거침입행위가 별개로 주거침입죄를 구성하며, 형법 제332조에 규정된 상습절도죄를 범한 범인이 그 범행 외에 상습적인 절도의 목적으로 주간에 주거침입을 하였다가 절도에 이르지 아니하고 주거침입에 그친 경우, 주간 주거침입행위는 상습절도죄와 별개로 주거침입죄를 구성한다(대법원 2015. 10. 15. 선고 2015도 8169 판결).

고 있다. 즉, 야간에 절취목적으로 주거에 침입한 경우에는 주거에 침입한 행위의 단계에서 이미 야간주거침입절도의 실행에 착수한 것이고³⁶⁾ 주거침입이 주간에 이루어진 경우에는 - 절취행위가 야간에 이루어지더라도- 야간주거침입절도죄가 성립하지 않게 된다.³⁷⁾ 반면에 야간에 주거에 침입한 이상 절취행위가 주간에 이루어지더라도 야간주거침입절도죄가 성립하게 된다.

(2) 특수절도(미수범 포함)

형법 제331조 제1항의 특수절도는 ‘야간에 문이나 담 그 밖의 건조물의 일부를 손괴하고 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박, 항공기 또는 점유하는 방실에 침입하여 타인의 재물을 절취한 자는 1년이상 10년 이하의 징역에 처한다’고 규정하고 있다. 주거침입이 그 구성요건으로 되어 있으므로 성폭력처벌법 제3조 제1항(주거침입 강간 등)의 주체에 해당한다는 점에 의문이 없다.

문제는 형법 제331조 제2항의 특수절도가 ‘흉기를 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 타인의 재물을 절취한 자도 제1항의 형(1년이상 10년이하의 징역)에 처한다’고 규정하고 있다. 이에 형법 제319조 제1항(주거침입)과 제330조(야간주거침입절도), 제331조 제1항(특수절도)은 모두 주거침입이 그 구성요건으로 되어 있지만, 형법 제331조 제2항 만큼은 주거침입이 그 구성요건으로 되어 있지 않아서 제외되는 것이 아닌가하는 의문이 제기될 수 있다.³⁸⁾ 그러나 법문상 분명하게 ‘형법 제331조’라고 되어 있을 뿐이고 결코 ‘형법 제331조 제1항’이라고 규정하고 있지는 않다는 점과, 그 취지 또한 강간행위가 흉기 휴대나 2인 이상이 합동하는 상황에서 이루어지는 경우에는 피해자는 두려움으로 인해 쉽게 항거 불능의 상태에 빠지게 되고, 가해자는 범죄수범이 대담해지고 잔인해 질 가능성이 있어 피해자에 대한 구체적 위협성과 사회일반에 대한 위협성이 모두 증가한다는 점에서 주거에서 강간이 이루어지는 경우와 마찬가지로 가중처벌의 필요성이 인정된다는 점 등을 종합적으로 고려해 볼 때 당연히 본죄의 주체가 될 수 있다고 해야 한다. 그리고 특수절도 강간 등의 죄는 특수절도의 실행에 착수한 이상 특수절도죄의 기수여부를 불문한다.

2. 행위 - 강간 · 유사강간 · 강제추행 · 준강간 · 준강제추행

성폭력처벌법 제3조 제1항의 행위는 형법 제319조 제1항(주거침입) 등을 범한 사람이 형법 강간, 유사강간, 강제추행 및 준강간 · 준유사강간 · 준강제추행의 죄를 범하여야 한다. 그 내용은 형법의 강간 및 강제추행의 죄 등의 내용과 동일하다.

36) 대법원 1970.4.24. 선고 70도507 판결.

37) 대법원 2011.4.11. 선고 2011도300, 2011감도5 판결.

38) 형법 제331조 제2항의 특수절도에 있어서 주거침입은 그 구성요건이 아니므로, 절도범인이 그 범행수단으로 주거침입을 한 경우에 그 주거침입행위는 절도죄에 흡수되지 아니하고 별개로 주거침입죄를 구성하여 절도죄와는 실체적 경합의 관계에 있게 된다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도9667 판결).

가. 강간·유사강간·강제추행

(1) 강간

강간이 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 한다.³⁹⁾ 이때 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의

내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 상황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다.⁴⁰⁾ 또한 강간의 폭행·협박과 간음 사이에는 인과관계가 있어야 하나, 폭행·협박이 반드시 간음행위보다 선행되어야 하는 것은 아니다.

(2) 유사강간

유사강간은 폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외)의 내부에 성기를 넣거나, 성기·항문에 손가락 등 신체(성기는 제외)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 하는 것이다. 먼저 폭행 또는 협박의 개념이나 그 정도에 관해서는 강간죄의 경우와 같다. 따라서 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도여야 한다(최협의). 다만, 문제는 피해자가 방어할 틈도 없이 기습적으로 유사성교행위를 한때에도 유사강간죄가 성립할 것인가에 있다(이른바 기습유사강간). 이에 대법원 판례는 사우나 수면실에 누워있는 피해자를 갑자기 껴안고 손가락을 피해자의 항문에 집어넣은 경우 유사강간죄로 처벌하고 있는 바,⁴¹⁾ 피해자의 의사에 반하는 기습유사강간이 이루어진 이상 그 힘의 대소강약은 문제되지 않는다고 할 것이다.⁴²⁾

다음으로, 유사강간행위는 제1유형으로 성기 이외의 구강·항문 등 신체내부에 성기를 넣는 행위이다. 이는 성기를 피해자의 성기이외의 신체의 ‘내부’⁴³⁾에 삽입하는 것을 말한다(예 : 남성간에 폭행·협박으로 항문성교).⁴⁴⁾ 따라서 성기를 넣는 것은 강간죄이기 때문에 제외하였으며, 성기로 신체 ‘외부’를 마찰하는 등의 행위는 제외된다. 한편, 성기구조를 고려할 때 성기를 넣는 행위의 주체는 남자로 제한된다고 해야 하므로 여자는 본 행위 태양의 경우에서만 단독정범이 될 수 없고 남자와의 공동정범 또는 남자를 도구로 이용하는 간접정범이 가능할 뿐이다.

그리고 제2유형으로는 성기·항문에 성기 이외의 신체의 일부·도구를 넣는 행위가

39) 강간죄는 사람을 강간하기 위하여 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박을 개시한 때에 그 실행의 착수가 있다고 보아야 할 것이지(대법원 2000. 6. 9. 선고 2000도1253 판결 등 참조), 실제 간음행위가 시작되어야만 그 실행의 착수가 있다고 볼 것은 아니다(대법원 2003. 4. 25. 선고 2003도949 판결, 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004도7892 판결 등 참조). 유사강간죄의 경우도 이와 같다.

40) 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도5395 판결; 대법원 2001. 10. 30. 선고 2001도4462 판결 등 참조.

41) 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016도14099 판결.

42) 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016도14099 판결; 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016도14770 판결 참조.

43) 구강과 항문이외의 신체의 내부로서 눈이나 귀가 포함될 수 있는지가 문제되고, 이를 긍정한다고 하더라도 강제추행죄와의 경계가 불명확해 질 수 있다는 지적으로는 김성돈, 앞의 책, 183면.

44) 군형법은 폭행·협박없는 항문성교도 2년이하의 징역으로 처벌하고 있다(군형법 제92조의6).

다. 여기서 신체의 일부나 도구를 넣는 대상은 ‘성기·항문’으로 제한되므로 구강에 신체의 일부(손가락 등)나 도구를 넣는 행위는 제외된다. 그리고 넣는데 사용되는 신체의 일부는 손가락 이외에 혀·발가락 등도 포함된다. 또한 도구는 반드시 성욕의 자극 등을 목적으로 제작된 것으로 제한되지 않는다. 본 행위태양의 주체는 남녀를 불문한다.

(3) 강제추행

강제추행은 폭행 또는 협박으로 추행하는 것으로서, 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함된다.

여기서 폭행 또는 협박의 정도와 관련하여 기존의 대법원 판례는 폭행행위 자체가 곧바로 추행에 해당하는 경우(이른바 기습추행형)에는 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문한다고 판시⁴⁵⁾하는 한편, 폭행 또는 협박이 추행보다 시간적으로 앞서 그 수단으로 행해진 경우(이른바 폭행·협박 선행형)에는 상대방의 항거를 곤란하게 하는 정도의 폭행 또는 협박이 요구된다고 판시⁴⁶⁾하여 왔다.

그러나 대법원 전원합의체 판결은 강제추행죄의 ‘폭행 또는 협박’은 상대방의 항거를 곤란하게 할 정도로 강력할 것이 요구되지 아니하고, 상대방의 신체에 대하여 불법한 유형력을 행사(폭행)하거나 일반적으로 보아 상대방으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지(협박)하는 것이라고 보아야 한다고 판시⁴⁷⁾함으로써 1983년도부터 40여년간 유지되어 온 기준을 완화하는 변경이 이루어졌다. 그리고 어떠한 행위가 강제추행죄의 ‘폭행 또는 협박’에 해당하는지 여부는 행위의 목적과 의도, 구체적인 행위태양과 내용, 행위의 경위와 행위 당시의 정황, 행위자와 상대방과의 관계, 그 행위가 상대방에게 주는 고통의 유무와 정도 등을 종합하여 판단해야 한다.

한편으로 강제추행에서 ‘추행’이라 함은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것으로, 성적 자유를 침해당했을 때 느끼는 성적 수치심은 부끄럽고 창피한 감정만으로 나타나는 것이 아니라 다양한 형태로 나타날 수 있다.⁴⁸⁾ 그리고 추행 행위에 해당하기 위해서는 추행 행위자가 대상자를 상대로 실행하는 것으로 충분하고, 그 행위로 말미암아 대상자가 성적 수치심이나 혐오감을 반드시 실제로 느껴야 하는 것은 아니다.

45) 대법원 2002.4.26. 선고 2001도2417 판결. 다만 이 경우 피해자의 성적 자유를 침해할 뿐아니라, 일반인의 입장에서 추행행위로 평가될 만한 행위이어야 한다.

46) 대법원 2007.1.25., 선고 2006도5979 판결.

47) 대법원 2023. 9. 21. 선고 2018도13877 전원합의체 판결. 본 판결은 강제추행죄의 폭행 또는 협박을 법문언 그대로 해석하자는 취지이지, 법 해석만으로 “비동의 추행죄”를 인정하는 취지는 아니다.

48) 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019도16258 판결.

나. 준강간·준강제추행

성폭력처벌법 제3조 제1항은 ‘형법 제299조【준강간, 준강제추행】의 죄를 범한 경우’라고 하고 있는 바, 형법 제299조는 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2 및 제298조의 예에 의하여 처벌된다고 규정하고 있다. 따라서 준강간·유사강간, 준강제추행은 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 유사성교, 강제추행함으로써 성립하는 범죄로서, 정신적 또는 신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람에게 성적 자기결정권을 보호해 주는 것을 보호법익으로 하고 있다.⁴⁹⁾

결국, 본죄의 행위는 심신상실 또는 항거불능상태를 이용하여 간음·유사성교 또는 추행하는 것이다. 여기서 ‘심신상실’의 상태는 정신기능의 장애로 인하여 정상적인 판단능력이 없는 상태를 말하며, 심신장애라는 생물학적 기초에 제한되지 않으므로 제10조의 책임무능력보다는 그 범위가 넓다고 본다. 따라서 완전무의식 상태뿐만 아니라(예: 수면, 인사불성) 정신기능의 이상으로 인하여 통상인의 동의로 볼 수 없는 경우도 포함된다(예: 주취중인 부녀 또는 백치인 부녀의 동의). 판례⁵⁰⁾도 “수면 중”인 여자에 대한 간음시도를 ‘항거불능의 상태를 이용한 준강간 미수죄’로 본 것이 있는 반면, ⁵¹⁾ 어렴풋이 잠에서 깨어나 누구냐 라고 묻은 여자에 대한 간음에 있어서 피해자가 ‘심신상실 상태’에 있었다고 할 수 없다고 한 것이 있다.⁵²⁾

그리고 ‘항거불능’의 상태의 의미는 형법 제302조에서 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자의 처벌에 관하여 따로 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 형법 제297조, 제298조와의 균형상 심신상실 이외의 원인 때문에 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다고 보아야 할 것이다.⁵³⁾

따라서 피해자가 깊은 잠에 빠져 있거나, 술·약물 등에 의해 일시적으로 의식을 잃은 상태에 있는 경우, 그리고 피해자가 완전히 의식을 잃지는 않았더라도 잠을 자거나 술·약물 등의 사유로 정상적인 판단능력과 대응·조절능력을 행사할 수 없는 상태에 있었다면 준강간·준강제추행의 항거불능상태에 해당한다.

문제는 소위 ‘알코올 블랙아웃’이 이에 해당하는지 문제가 된다. 원래 ‘알코올 블랙아웃(black out)’은 중증도 이상의 알코올 혈중농도, 특히 단기간 폭음으로 알코올 혈중농도가 급격히 올라간 경우 그 알코올 성분이 외부 자극에 대하여 기록하고 해석하는 인코딩 과정(기억형성에 관여하는 뇌의 특정 기능)에 영향을 미침으로써 행위자가 일정한 시점에 진행되었던 사실에 대한 기억을 상실하는 것을 말한다. 알코올 블랙아웃은 인코딩 손상의 정도에 따라 단편적인 블랙아웃과 전면적인 블랙아웃이 모두 포함한다. 그러나 알코올의 심각한 독성화와 전형적으로 결부된 형태로서의 의식상실의 상태, 즉 알코올의 최면진정작용으로 인하여 수면에 빠지는 의식상실(passing out)과 구별되는 개념이다.

49) 대법원 2000. 5. 26. 선고 98도3257 판결.

50) 대법원 1976. 12. 24. 선고 76도3673 판결.

51) 대법원 2000. 1. 14. 선고 99도187 판결.

52) 대법원 2000. 2. 25. 선고 98도4355 판결.

53) 대법원 2000. 5. 26. 선고 98도3257 판결.

따라서 음주 후 준강간 또는 준강제추행을 당하였음을 호소한 피해자의 경우, 범행 당시 알코올이 위의 기억형성의 실패만을 야기한 알코올 블랙아웃 상태였다면 피해자는 기억장애 외에 인지기능이나 의식 상태의 장애에 이르렀다고 인정하기 어렵지만, 이에 비하여 피해자가 술에 취해 수면상태에 빠지는 등 의식을 상실한 패싱아웃 상태였다면 심신상실의 상태에 있었음을 인정할 수 있다.⁵⁴⁾

IV. 처벌 및 관련문제

1. 처벌

현행 성폭력법 제3조 제1항은 주거침입, 야간주거침입절도(미수범 포함), 특수절도(미수범 포함)죄를 범한 사람이 강간, 유사강간, 강제추행죄, 준강간·준강제추행죄를 범한 경우 무기 또는 7년이상(종래에는 5년이상)의 징역에 처한다고 규정하고 있다.⁵⁵⁾

이러한 규정과 관련하여 (i) 주거침입을 한 자가 -강도나 상해죄를 범한 경우와 달리- 강간 등 성폭력범죄만을 가중처벌하고 있더라도, 강간죄의 보호법익인 성적자기결정권은 개인의 인격과 불가분으로 연결되어 있어 피해자들의 피해가 매우 크고 피해자의 가정존립도 파괴할 가능성이 있기 때문에 불법의 정도가 크다는 점에서 가중처벌은 정당하다. (ii) 주거침입에 강간이 결합되는 경우에서 야간주거침입절도죄나 특수절도죄에 결합된 경우와 동일한 범정형으로 처벌하더라도 헌법재판소는 -강간죄가 주거침입이나 야간주거침입절도, 특수절도 중 어느 범죄와 결합하는지는 범정형에 결정적인 요소가 아니며- 사생활의 중심이 되는 주거에서 피해자의 인격적인 침해와 더불어 그 가정의 파괴를 가져올 수도 있는 강간행위가 있었다는 점이 높은 범정형을 정당화한다고 결정⁵⁶⁾한 바 있다. (iii) 모든 주거침입 강간죄 등이 가정 파괴범이라고 할 수 없음에도 불구하고 범정형을 가중하고 있더라도, 이는 성폭력범죄가 가정을 파탄으로 내모는 일이 많다는 사실에 대한 형사정책적 고려가 입법의 한 이유가 된 것이므로 과도한 형벌이라고 볼 수 없어서 과잉금지원칙에 반하는 것은 아니다.

(iv) 주거침입 등의 행위와 결합된 성폭력범죄가 강간·유사강간·강제추행 등은 -범죄장소를 매개로 하지만- 유형별 불법성에 차이가 있음에도 불구하고 동일한 범정형을 규정한 경우 과도하다는 지적⁵⁷⁾이 있었지만, 개개의 구체적 사건에서 법관의 양형으로 불법과 책임을 일치시킬 수 있다면 극복할 수 있거나 크게 문제가 되지 않

54) 대법원 2021. 2. 4. 선고 2018도9781 판결.

55) 참고로 특수강도(미수범포함)의 죄를 범한 사람이 강제추행의 죄를 범한 경우에는 사형·무기·10년이상의 징역에 처한다. 그리고 성폭력처벌법에는 흉기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대하여 성범죄를 범하거나 2명이상이 합동하여 강제추행죄를 범한 경우 3년이상의 유기징역으로 가중처벌(동법 제4조 제2항) 및 친족이 강제추행을 한 경우(동법 제5조 제2항) 5년 이상의 유기징역으로 가중처벌하고 있다. 또한 신체적 또는 정신적 장애가 있는 사람을 객체로 한 경우도 3년 이상의 유기징역 또는 3천만원 이상 5천만원 이하의 벌금으로 가중 처벌된다(제6조 제3항).

56) 헌법재판소 2004. 6. 24. 선고 2003헌바53 결정.

57) 박상기/신동운/손동권/신양균/오영근/전지연, 형사특별법론, 한국형사정책연구원, 2009, 672면.

으며,⁵⁸⁾ 특히, 헌법재판소는 강제추행이란 그 범위가 매우 넓기 때문에 강간의 경우에 비해 그 피해가 상대적으로 경미하고 불법의 정도도 낮은 경우가 많은 것이 사실이지만, 성기에 이물질을 삽입하여 성적 쾌감을 얻는 가학적인 행위(Sadistic Rape), 항문·구강성교 등 강간의 경우보다 죄질이 나쁘고 피해가 중대하여 강간한 경우에 비하여 반드시 가볍다고 단정할 수는 없고 오히려 더 무거운 처벌을 하여야 할 필요도 있으므로, 법정형을 동일하게 정하였다고 하여 이를 두고 형벌체계상의 균형을 잃은 자의적인 입법이라고 할 수는 없다고 함으로써 헌법상 평등원칙·과잉금지의 원칙에 위반되지 않는다는 결정⁵⁹⁾을 한 바 있다. 그리고 이와 관련하여 앞에서 지적한 강간에 못지 않은 강제추행행위의 대부분이 형법상 유사강간죄가 별도로 신설된 바가 있지만, 형법상 유사강간죄에 해당하지 않는 통상적인 추행행위를 한 경우라도 사안에 따라서는 여전히 강간이나 유사강간보다 무겁게 또는 적어도 동일하게 처벌해야 할 필요가 있다면 이러한 논리는 그대로 유지될 수 있을 것이다. 주거침입 성폭력범죄를 주거침입죄와 성폭력범죄의 단순한 합으로 보지 않고 새로운 구성요건의 창출이라는 점을 고려하면 충분히 이해가 간다. 다만, 현행 성폭력처벌법은 법정형을 ‘무기 또는 7년 이상의 징역’으로 상향됨에 따라 같은 판단이 유지될지가 주목되었는데, 2023년 헌법재판소는 마침내 ‘주거침입 강제추행죄’ 부분에 대하여 법정형의 하한이 일률적으로 높게 책정하여 다른 법률상 감경사유가 없는 한 법관이 정상참작감경을 하더라도 집행유예를 선고할 수 없도록 되어 형벌개별화의 가능성이 극도로 제한되므로 책임과 형벌간의 비례원칙에 위반되었다는 이유로 위헌결정⁶⁰⁾을 선고한 바 있다. 그러나 야간주거침입절도미수범의 준강제추행죄의 법정형을 ‘무기징역 또는 7년 이상의 징역’으로 정한 것과 관련한 성폭력처벌법 제3조 제1항 위헌법률심판 사건에서는 재판관 7(합헌)대 2(위헌) 의견으로 합헌 결정했다.⁶¹⁾

58) 헌법재판소 2006. 12. 28. 선고 2005헌바85 결정; 헌법재판소 2013. 7. 25. 선고 2012헌바320 결정 참조.

59) 헌법재판소 2006. 12. 28. 선고 2005헌바85 결정. 주거침입강제추행죄라는 구성요건을 별도로 신설한 것은 필요하고도 바람직한 입법조치라고 보면서 비교적 중한 법정형을 정한 것 역시 수긍할 만한 합리적인 이유가 있어 책임과 형벌간의 비례원칙을 위반한 것은 아니라고 보았다. 또한 법관의 양형을 통하여 그 불법의 정도에 알맞은 구체적 타당성을 도모할 수 있어 현저한 형벌체계상의 정당성이나 균형성을 상실하여 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다고 결정을 하였다. 다만 2015년 헌법소원 사건에서는 5인의 한정위헌의견이 있었으나 정족수 미달로 해당규정이 헌법에 위반되지 않는다는 그동안의 결정(헌법재판소 2013.7.25., 2012헌바320 결정을 그대로 유지한 바 있다(헌법재판소 2015. 10. 21. 선고 2015헌바166 결정).

60) 헌법재판소 2023. 2. 23. 선고 2021헌가9 등. 위헌결정으로 인하여 해당 법률 또는 법률조항은 소급하여 그 효력을 상실하게 된다.

61) 헌법재판소 2023. 2. 23. 선고 2022헌가2 전원재판부 결정. 그리고 타인의 주거에 침입해 강제추행을 시도했다가 미수에 그쳤더라도 상해를 입힌 경우에는 무기징역 또는 10년 이상의 징역형으로 가중처벌토록 한 성폭력처벌법은 합헌으로 결정한 바 있다(헌법재판소 2021. 5. 27. 선고 2018헌바497 전원재판부 결정). 입법자는 이러한 중대한 법익침해에 관해 단순히 형법상의 주거침입죄와 강제추행치상죄의 경합범으로 처벌해서는 이 같은 범죄를 예방하고 척결하기에 미흡하다고 보고, 결합범으로 더 무겁게 처벌해 그 범행행위에 상응하는 책임을 묻고 이러한 범죄를 예방하고 근절하겠다는 형사정책적 고려에 따라 특별형법인 성폭력처벌법에 ‘주거침입 강제추행치상죄’라는 새로운 범죄의 구성요건을 별도로 신설한 것이다.

2. 관련문제

가. 주거침입의 피해자와 성폭력범죄의 피해자가 다른 경우

현행 성폭력처벌법 제3조 제1항은 “주거침입죄, 야간주거침입절도죄, 특수절도죄를 저지른 자가 강간, 유사강간, 강제추행, 준강간, 준강제추행을 저지른 경우를 처벌한다.”라는 형식으로 규정을 두고 있다. 이러한 규정은 마치 주거침입죄를 범한 자가 강간 등의 범행에 나아가기만 하면 -피해자가 누구였는지를 불문하고- 결합범으로 처벌될 수 있는 것처럼 해석될 여지가 충분히 있다. 이와 관련하여 실제로 주거침입의 피해자와 성폭력범죄의 피해자가 동일한 경우에는 주거침입 당시에 피해자가 주거에 있을 필요가 없으므로 나중에 주거에 들어온 피해자에게 성폭력을 한 경우에도 주거침입 성폭력범죄가 인정됨에는 의문이 없다.⁶²⁾

문제는 주거침입의 피해자와 성폭력범죄의 피해자가 다른 경우(예 : 만취된 여자를 인근 주택계단으로 데려가 성폭력범죄를 하는 경우 또는 주거권자가 아닌 자가 방문하여 주거 안에서 머물고 있던 중 주거침입을 한 가해자로부터 성폭력범죄를 당한 경우)에도 주거침입 성폭력범죄가 성립한다고 볼 수 있는가에 대하여 논의가 있다. 이에 대한 학설로는 각 피해자가 반드시 동일해야 할 필요는 없다는 긍정설(비동일설)⁶³⁾과 가중처벌된다는 점을 근거로 각 개별범죄가 동일한 기회에 발생하고 그 피해자가 동일한 경우에만 허용된다는 부정설(동일설)⁶⁴⁾의 대립이 있다. 대법원 판례에 나타난 바에 의하면 주거침입강간(강제추행)죄가 성립한다고 보았던 대부분의 사안이 행위자가 피해자의 집 또는 집 일부로 볼 수 있는 공용부분에 들어와서 강간 또는 강제추행을 범한 사건인 것은 사실이지만, 주거 등의 주체와 강간 등의 피해자가 반드시 동일해야 하는 것은 아니라는 입장으로 보인다.

생각건대 -경합범이 아닌- 법정형이 현저히 높은 결합범으로 처벌하려면 가중처벌을 정당화할 수 있는 근거가 존재해야 할 것이다. 그렇다면 먼저 사생활의 중심이자 인간 행복의 최소한의 조건으로서 평온과 안전이 보장되어야 하는 주거에서 성범죄를 당한다면 그로 인한 피해자에게 가중된 피해와 그 위험성(예 : 가정파괴범) 때문에 더욱 심각할 수 있으므로 그 불법에 상응하는 책임을 묻는 한편, 그와 같은 범죄를 예방하기 위하여 -주거침입죄와 성범죄의 경합범이 아닌 - 결합범으로 가중처벌하도록 한 입법취지 및 죄형법정주의의 원칙상 형벌법규의 해석은 엄격하여야 한다는 점을 고려해 볼 때, 주거침입죄와 성범죄의 피해자가 동일하지 않은 경우에는 주거침입 행위로 인하여 성범죄의 피해가 가중된다고 보기 어려우므로 성폭력처벌법을 무제한으로 적용하기 보다는 동일한 기회에 피해자가 동일한 경우에만 제한적으로 적용해야 한다는 입장이 일응 타당하다고 생각된다. 다만, 주거침입 성폭력범죄가

62) 서울고법 2022. 12. 16. 선고 2022노2146 판결(상고기각, 확정) 참조.

63) 이정덕, 주거침입 성폭력범죄에 관한 소고-성폭력범죄의 실행의 착수시기를 중심으로-, 사법 68호, 사법발전재단, 2023, 618면;

64) 정현기, 앞의 논문, 358면. 이와 관련하여 피해자가 다른 경우에도 가중처벌조문이 적용된다고 바로 말하기는 어렵다는 견해로는 최준혁/조지만, 성폭력범죄의 처벌등에 관한 특별법에서의 주거침입강간죄의 적용범위, 형사정책 제27권 제3호, 한국형사정책학회, 2015, 204면. 본죄의 법정형이 월등히 높은 점을 감안하여 제한적으로 해석할 필요가 있다는 입장으로는 이주원, 앞의 책, 452면.

모두 가정과피범이 아니고 가정 과탄으로 내 물리는 경우가 많다는 점을 고려한 입법이라고 이해한다면 적어도 가해자의 주거침입 당시에 성폭력범죄의 피해자가 주거에 있었던 경우에 한해서는 반드시 동일할 필요는 없다고 본다.

나. 주거침입 후 비로소 성폭력범죄의 고의가 발생한 경우

가해자가 주거침입 당시에는 성폭력범죄의 고의가 없었지만, 주거 등에 침입한 후 성폭력범죄의 고의가 생겨 피해자에 대한 성폭력범죄를 저지른 경우에도 주거침입 성폭력범죄가 성립할 수 있는가에 있다. 하급심 판례 중에는 주거침입 당시 성폭력범죄의 고의 유무는 주거침입 성폭력범죄의 성립에 영향을 미치지 않는다는 취지로 판시⁶⁵⁾한 바 있으며, 대법원도 주거침입죄를 범한 후에 사람을 강간하는 등의 행위를 하여야 하는 일종의 신분범이라고 하면서, ‘가해자가 주거침입 당시에 성폭력범죄의 고의가 없다고 하더라도 주거 등을 침입한 자가 피해자에 대한 성폭력범죄를 저지른 경우에도 주거침입 성폭력범죄가 성립한다’고 판시하고 있다.

생각건대 야간주거침입절도죄의 실행의 착수는 야간에 타인의 재물을 절취할 목적으로 사람의 주거에 침입한 때로 보고 있는 반면에,⁶⁶⁾ 주거침입 강간(강제추행)죄는 사람의 주거에 침입한 자가 피해자를 간음, 강제추행 등 성폭력을 행사한 경우에 성립한다는 규정형태에 비추어 볼 때 판례의 태도가 타당하다고 본다.

다. 주거침입후 상당시간 경과후 성폭력범죄를 저지른 경우

주거침입후 상당시간 경과후 성폭력범죄를 저지른 경우에도 주거침입 성폭력범죄가 성립하는지 여부는 주거침입죄를 범한 사람의 신분을 상실하는 시점과 관련이 있다. 이에 판례는 가해자가 주거에 머무는 것을 피해자의 - 명시 또는 묵시적- 승낙이 있으면 주거침입죄를 범한 신분을 상실하는 것으로 보고 - 주거침입 성폭력범죄가 아닌- 주거침입죄와 성폭력범죄의 경합범의 성립만을 인정한 바 있다.⁶⁷⁾ 다만, 단순한 시간의 경과만으로 판단할 것은 아니고, 가해자와 피해자의 관계 및 대화여부, 피해자가 가해자에게 퇴거를 요구하였는지 여부 등을 종합하여 판단해야 할 것이다.

라. 공소장 변경과 죄수 문제

법원이 ‘주거침입 강간미수’의 공소사실을 공소장변경 없이 직권으로 ‘주거침입 강제추행죄’로 인정하면 위법이다. 왜냐하면 현재 성폭력처벌법 제3조 제1항에는 두 죄가 동일한 조문에 법정형이 동일하게 규정되어 있는 것은 맞지만, 주거침입에 의한 강간미수의 경우에는 미수감경(형법 제25조 제2항)을 할 수 있어 법원의 감경여부에 따라 처단형의 하한에 차이가 발생할 수 있다는 점에 비추어 보면 그러한 미수감경의 가능성을 배제하는 것은 피고인의 방어권의 행사에 실질적으로 불이익을 초래할 염려가 있기 때문이다.⁶⁸⁾

65) 서울고법, 2022. 12. 16. 선고 2022노2146 판결(상고기각, 확정)

66) 대법원 2006. 9. 14. 선고 2006도2824 판결.

67) 수원지법 평택지원 2016. 7. 27. 선고 2016고합49 판결(항소기각, 상고기각, 확정).

그리고 피고인이 피해자의 주거에 침입하여 강간하려다 미수에 그침과 동시에 자기의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 수사단서를 제공하고 진술한 것에 대한 보복 목적으로 그를 폭행한 경우, 강간 범행 과정에서 한 폭행행위는 단순한 폭행이 아니라 보복의 목적을 가지고 한 것으로서 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9 제2항의 구성요건에 해당하는데, 그것이 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(주거침입강간등)죄의 구성요건에 완전히 포섭되지 않는 점, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(보복범죄등)죄가 범죄 신고자 등의 보호 외에 국가의 형사사법 기능을 보호법익으로 하는 죄인 데 반하여 강간죄는 개인의 성적 자기결정권을 보호법익으로 하는 죄로서 양(兩)죄는 그 보호법익을 달리하는 점 등에 비추어 볼 때, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(보복범죄등)죄가 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(주거침입강간등)죄에 흡수되는 법조경합의 관계에 있다고 볼 수 없고 양죄는 상상적 경합관계에 있다.⁶⁹⁾

V. 결 론

성폭력범죄를 처벌하는 법률으로는 기본법인 형법과 함께, 특별법인 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 있다. 특히, 성폭력처벌법 제3조 제1항은 평온과 안전을 특별히 보호받아야 하는 개인의 사적 공간에 침입한 자가 저지른 성폭력범죄에 엄정하게 대응하기 위하여 그 불법과 책임을 전반적으로 무겁게 평가하여 엄중하게 처벌(무기 또는 7년 이상의 징역)함으로써 성폭력범죄에 대한 사회 일반의 경각심을 높이고 예방 강화라는 형사정책적인 의미를 분명히 갖고 있다. 그러나 주거침입죄와 강간죄 등 성폭력범죄와 경합범이 아니라 특별법을 통하여 가중하려면 행위방법의 위험성 등 이를 정당화할 수 있는 근거가 있어야 할 것이고, 아울러 형벌을 가중하는 구성요건은 피고인의 이익을 위해서는 제한적으로 해석될 필요성도 있게 된다. 그래서 성폭력처벌법을 무제한으로 적용하기 보다는 -가해자의 주거침입 당시에 성폭력범죄의 피해자가 주거에 있었던 경우를 제외하고는- 동일한 기회에 피해자가 동일한 경우에만 제한적으로 적용해야 한다는 입장이 일응 타당하다고 생각된다. 그렇다면 법적 안정성과 피고인의 권리 보호를 모두 고려한 현실적이고 구체적인 개선 방안이 필요하게 되는데, 입법론적으로는 구성요건 자체에서 “타인의 주거에 침입한 기회에 그 피해자를 강간 등을 한 자는 ……에 처한다.”와 같이 명시하는 것을 검토해 볼직하다. 그리고 성폭력처벌법 제3조 제1항은 주거침입죄를 범한 사람이 성폭력범죄를 범한 경우를 구성요건으로 하므로, 두 범죄의 구성요건요소가 결합함으로써 그 불법과 행위자에 대한 비난가능성이 무겁게 평가된다. 그런데 형법상 주거침입죄에 해당하는 행위 유형의 범위도 넓고, 성폭력범죄 또한 그 행위 유형이 매우 다양한 가운데, 이들 범죄가 결합된다고 하여 행위 태양의 다양성이 사라지는 것은 아니므로, 그 법정형의 폭은 개별적으로 각 행위의 불법성에 맞는 처벌을 할 수 있는 범위로 구체적으로 정할 필요가 있다고 생각한다.

68) 대법원 2008. 9.1 1. 선고 2008도2409 판결.

69) 대법원 2012. 3. 15. 선고 2012도544, 2012전도12 판결.

[참고문헌]

<단행본>

- 김성돈, 형법각론 제5판, SKKUP, 2018.
김신규, 형법총론강의, 박영사, 2018
박상기/신동운/손동권/신양균/오영근/전지연, 형사특별법론, 한국형사정책연구원, 2009.
박상기/전지연/한상훈, 형사특별법, 2013,
손동권/손민정, 주식 특별형법, 율곡출판사, 2022.
이동희/류부곤, 특별형법 제5판, 박영사, 2021.
이재상/정영민/강동범, 형법각론, 박영사, 2016.
이주원, 특별형법, 홍문사, 2023,

<논문>

- 정현기, 결합범의 제한해석 -동일한 기회에, 동일한 피해자의 범익을 침해할 것-, 사법논집 제69집, 법원도서관, 2019.
권오걸, 결합범과 신분범, 실행의 착수시기 — 대법원 2021. 8. 12. 선고 2020도17796 판결을 중심으로 —, 법학논총, 전남대학교 법학연구소. 2023.
한병기, 성폭력처벌법 제3조 제1항의 ‘주거’에 대한 제한적 해석론 - 대법원 2003. 5. 30 선고 2003도1256 판결에 대한 재조명 -, 형사법의 신동향, 대검찰청, 2021.
이정덕, 주거침입 성폭력범죄에 관한 소고-성폭력범죄의 실행의 착수시기를 중심으로-, 사법 68호, 사법발전재단, 2023.
최준혁/조지만, 성폭력범죄의 처벌등에 관한 특별법에서의 주거침입강간죄의 적용범위, 형사정책 제27권 제3호, 한국형사정책학회, 2015.

[Abstract]

**Correct interpretation and legislative suggestions of
the constituent requirements of Article 3 (1) of
the Sexual Violence Punishment Act**

Shin Yi-Chul*

The Sexual Violence Crime Penalty Act includes the Criminal Law of the Basic Corporation and the Special Act on the Punishment of Sexual Violence Crimes of Special Corporations.

It also clearly has a criminal policy meaning of raising public awareness of sexual violence crimes and strengthening prevention by severely punishing them (life imprisonment or imprisonment for more than 7 years) in Article 3 (1) of the Sexual Violence Punishment Act.

However, in order to increase sexual violence crimes such as residential invasion and rape through special laws, there must be a basis for justifying them, such as the risk of the method of conduct, and the constitutional requirements for increasing punishment need to be interpreted limitedly for the benefit of the defendant.

Therefore, rather than applying the Sexual Violence Punishment Act indefinitely – except when the victim of a sexual violence crime was in the residence at the time of the perpetrator's invasion of the residence – it is reasonable to apply it only if the victim is the same at the same opportunity.

Therefore, from a legislative perspective, the constituent requirements themselves are "anyone who broke into another person's residence and raped the victim at that opportunity..." It is also advisable to consider specifying as "to be punished by".

In addition, Article 3 (1) of the Sexual Violence Punishment Act constitutes a case in which a person who commits a home invasion crime commits a sexual violence crime, so the possibility of accusation against the illegality and the actor is heavily evaluated by combining the components of the two crimes.

However, under the criminal law, the range of behavioral types corresponding to residential invasion crimes is wide, and sexual violence crimes also have a wide variety of behavioral types, and the combination of these crimes does not eliminate the diversity of behavioral aspects, so I think it is necessary to set the scope of punishment individually suitable for the illegality of each act.

* Professor, department of police administration, Wonkwang Digital University.

성폭력처벌법상 제3조 제1항(주거침입 등 강간 등 죄) 구성요건의 올바른 해석과 입법적 제언
/ 신이철

Key Words: Sexual Violence Punishment Act, The crime of invading a residence, Rape and forced harassment, The right to sexual self-determination, a combined crime

의료형사책임에서의 양형기준에 관한 고찰*

백 경 희** · 장 연 화***

논문요지

우리나라의 경우 의료형사책임에 적용되는 형법 제268조에서 업무상과실과 중과실을 구별하면서도 법정형은 동일하게 규정되어 있고, 실무에서는 의료형사책임에서 주로 업무상과실치사상죄로만 기소하고 법원도 중과실 여부를 구체적으로 판단하지 않고 있다. 그리고 양형위원회의 양형기준에서도 양자를 명시적으로 나누어 규율하고 있지 않으며, 또한 의료사고에 대한 별도의 기준을 마련하고 있지 않은 상황이다.

우리나라 형법상 업무상과실치사상죄와 중과실치사상죄의 법정형은 동일하게 규정되어 있지만, 의료과실의 특수성과 비난 가능성에 따른 구별의 필요성, 그리고 외국의 법제를 고려할 때, 의료과실에 있어서 단순과실과 중과실은 구분될 필요가 있다. 현재 기소 단계에서 대부분의 의료과실이 업무상과실치사상죄로 기소되고 있다는 점을 감안할 때, 중과실로 판단되는 경우 법원의 양형을 통해 그 차이를 반영하는 것이 가능할 것이다. 또한, 우리나라의 의료사고 안전망 구축 측면에서 환자에 대한 실효적인 보상과 의료인의 수사·사법 절차 부담 완화를 목적으로 논의되고 있는 ‘의료사고 처리특례법안’에서도, 특례 적용의 예외 사유로 ‘중과실’이 포함되어 있어 이러한 구분의 필요성을 뒷받침하고 있다.

이러한 관점에서 양형기준에서 의료중과실은 특별양형인자로서 행위와 관련한 가중요소로서 판단되어야 하고, 의료진 사이의 협업 관계에서 각자의 지위, 환자의 체질적 소인 등 인체의 다양성으로 발생하는 상황이나 환자의 진료 거부행위 등은 감경요소로서 명시되어야 할 것이다. 이러한 양형기준이 마련된다면, 법원에서도 보다 명확한 기준에 따라 의료과실 사건을 판단할 수 있게 되며, 궁극적으로 법적 안정성과 국민의 신뢰를 확보하는 데 기여할 수 있을 것이다. 또한, 의료진의 불필요한 형사적 부담을 완화하면서도 환자의 권리를 보호하는 균형 잡힌 법적 환경을 조성할 수 있을 것이다.

검색용 주제어: 의료형사책임, 의료과실, 중과실, 의료중과실, 양형기준

· 논문제출: 2024. 12. 25. · 심사개시: 2025. 01. 09. · 게재확정: 2025. 02. 05.

* 이 논문은 인하대학교의 지원에 의하여 연구되었음.

** 제1저자, 인하대학교 법학전문대학원 교수

*** 교신저자, 인하대학교 법학전문대학원 교수

I. 서론

정부는 2024년 초에 ① 의료인력 확충, ② 지역의료 강화, ③ 의료사고 안전망 구축, ④ 보상체계 공정성 제고라는 4대 개혁 과제로 구성된 필수의료 패키지를 발표하였다. 이 중 의료사고 안전망 구축의 측면에서는 첫째 의료인에 대해서 충분한 환자 권리구제를 전제로 한 형사처벌 특례법 체계 도입과 보험·공제에 기반한 민사소송 및 고액 배상 부담을 완화하는 것을, 둘째 피해자에 대해서 실효적 보상체계 마련하고 소송 전 의료인과 피해자 간 소통 및 합의를 통해 소모적인 소송을 최소화하고 신속·충분한 구제를 보장하는 것을 각각 제시하였다.¹⁾ 그리고 의료인에 대한 형사처벌 특례 도입은 2024. 2. ‘의료사고 처리특례법안’으로 구체화되었다. 동법안에 대해서는 특정 전문가 집단에게만 특혜를 제공한다는 비판에서부터, 헌법재판소가 교통사고처리특례법상 불처벌 예외 사유에 해당하지 않는다면 종합보험 또는 공제의 가입으로 피해자가 입은 상해의 경중을 구별하지 않고 일괄적으로 처벌되지 않도록 한 것이 피해자의 재판절차진술권을 침해한다는 이유로 위헌으로 판시하였던 조항²⁾을 동법안에서 유사하게 규정하고 있어 위헌 소지가 존재한다는 지적도 존재한다.

특히 우리나라에서 의료과실로 인한 업무상과실치사상죄로 기소되어 법원의 판단을 받을 때 실질적으로 중과실에 해당하는 경우만 유죄로 처벌되고 있다가거나 이미 양형기준을 통해 고려가 이루어지고 있다는 주장을 하면서 의사에 대한 의료사고 처리 특례의 실익이 크지 않을 것이라는 예측도 있다. 우리나라의 경우 의료형사책임에 적용되는 형법 제268조에서 업무상과실·중과실치사상죄를 규정하여 과실과 중과실을 구별하면서도 법정형은 동일하게 규정되어 있고, 실무에서는 의료형사책임에서 업무상과실치사상죄로만 기소하고 법원도 중과실 여부를 구체적으로 판단하지 않고 있다. 그리고 양형위원회의 양형기준에서도 양자를 명시적으로 나누어 규율하고 있지 않은 상황이다. 그렇기 때문에 의료형사책임에서 실제 중과실을 범조실무에서 어느 정도 현실적으로 반영하고 있는지 살펴볼 필요가 있다.

의사의 업무상과실·중과실치사상죄와 관련하여 사례분석과 연도별 통계를 통해 형사처벌 현황을 추측하여 분석한 선행 연구가 존재하지만,³⁾ 수사기관이나 법원행정처에서 의료사고를 중심으로 의사의 직역에 관한 업무상과실·중과실치사상죄를 객관적으로 통계화하지 않고 있어 근원적으로 자료의 한계가 있다.⁴⁾ 이 때문에 본고에서도 양형위원회의 현행 업무상과실·중과실치사상죄에서 양형기준이 실제 의료형사책임에 어떻게 적용되고 있는지에 대하여 불완전한 자료를 분석하는 것보다는 사회적으로 이슈가 되었던 분석을 위한 2개의 대상 판결을 대표적으로 제시하여 양형 내역을 구체적이고 실증적으로 확인하는 작업을 수행하고자 한다. 이를 통해 의료사고와 관련

1) 보건복지부 홈페이지, <https://www.mohw.go.kr/menu.es?mid=a10715020000>

2) 헌법재판소 2009. 2. 26.자 2005헌마764,2008헌마118(병합) 전원재판부 결정.

3) 이진국·김기영, “의사의 업무상과실치사상 책임에 관한 실증적 분석과 정책적 함의”, 「한국의료법학회지」 제29권 제2호, 한국의료법학회, 2021, 53-84면.

4) 김형선·이진국·김기영, 「의료행위의 형벌화 현황과 시사점」, 대한의사협회 의료정책연구소, 2022. 11., 4면에서 “의사의 업무상과실치사상죄에 대하여 알 수 있는 자료는 검찰청 「범죄분석」 뿐임에도 불구하고, 피해자의 형사 고소 경향을 추측하기에는 무리가 있을 뿐만 아니라 몇 명의 의료인(의사)이 형사재판을 받았는지에 대하여는 알 수가 없다.”고 하여 연구 분석의 한계를 서술하기도 하였다.

한 업무상과실·중과실치사상죄의 양형기준에 있어 반영되어야 할 양형요소에 대하여 고찰하도록 하겠다.

II. 분석 대상판결

1. 위장관 유착박리수술 후 사망 사건

(1) 범죄사실

가. 피고인은 2014. 10. 17. 16:45경부터 20:00경까지 피고인이 운영하는 병원 3층에서 피해자 공소외인을 상대로 복강경과 복강경용 초음파 절삭기 등을 이용하여 위장관 유착박리 수술⁵⁾을 하였다. 복강경을 이용한 수술은 일반적인 개복술에 비하여 통증이 적은 것이 보통인데 피해자는 수술 직후인 2014. 10. 17. 20:10경부터 지속적으로 강한 통증을 호소하였다. 피해자의 백혈구 수치는 2014. 10. 18.경 $16.9 \times 10^3/\mu\text{L}$, 2014. 10. 19.경 $14.9 \times 10^3/\mu\text{L}$ 로 정상 수치를 초과하고 있었다. 2014. 10. 19. 09:05경 피해자의 흉부를 촬영한 엑스레이 사진에는 좌측 횡격막 상부에 공기 음영이 있어 심낭기종과 종격동기종의 소견을 보여 퇴원조건을 갖추지 못하였지만, 피해자는 2014. 10. 19. 13:17경 피고인의 허락을 받아 퇴원하였다. 이후 피해자는 고열과 통증이 계속되자 2014. 10. 20. 05:10경 피고인의 병원을 다시 방문하였고, 진통제로 통증이 줄어들자 같은 날 08:02경 귀가하였다.

나. 피해자는 2014. 10. 20. 16:57경 다시 피고인의 병원을 방문하였는데 피해자의 체온은 38.8도, 맥박은 분당 137회였다. 피고인은 복부초음파 검사를 한 결과 장 부종과 압통이 있으나, 수분저류가 발견되지 않고 반발통이 없다고 보아 복막염은 아니라고 판단하였고, 피해자는 같은 날 18:15경 귀가하였다.

다. 피해자는 2014. 10. 22. 04:40경 왼쪽 가슴 통증, 복통, 오심을 호소하며 피고인의 병원을 방문하였다. 피해자는 같은 날 복부팽만 증상, 가슴의 답답함과 좌측 어깨 방사통을 호소하였고, 12:40경 병실에서 의식을 잃었다. 피고인은 즉시 심폐소생술을 시작하고 기도삽관 등 응급조치를 취한 후 피해자를 ○○○○병원으로 전원시켰고, ○○○○병원 의료진은 피해자에게 복막염, 장 유착, 심낭압전의 소견을 확인하고 응급으로 개복수술 등의 치료를 하였지만, 피해자는 2014. 10. 27. 20:19경 범발성 복막염에 의한 심낭압전에 따른 저산소 허혈성 뇌손상으로 사망하였다.

라. ○○○○병원 의료진에 의한 수술 과정에서 피해자의 상부 소장 70-80cm 하방 부위에서 1cm의 천공이 발견되었고, 피해자에 대한 부검 과정에서 약 0.3cm 크기의 심낭 천공과 그에 대응하는 위치에서 횡격막 천공이 확인되었다.

5) 구체적인 방법은 소장, 대장, 위, 복막 사이에 유착된 부위를 박리하고 그 과정에서 약해진 소장 부위를 봉합하며, 위(胃) 대만 부위를 따라 길이 15cm의 위벽을 위 내강 쪽으로 1회 집어넣어 주름을 만든 다음 봉합하는 것이다.

(2) 법원의 판단

대법원은 원심이 “피해자와 같이 장 유착 상태가 심하고 주변 장기들도 많이 약해져 있는 경우에 유착박리술 이후 지연성 천공은 예상되는 합병증이므로 그 발생 가능성을 염두에 두고 계속 피해자의 경과를 관찰하는 등의 조치를 할 주의의무가 있다. 복강경을 이용한 수술은 일반적인 개복술에 비하여 통증이 적은 것이 보통인데도 피해자는 수술 이후부터 지속적으로 강한 통증을 호소하였고, 2014. 10. 19. 09:05 촬영한 피해자의 흉부 엑스레이 사진에는 중격동기종과 심낭기종의 소견이 확인되었다. 이런 상황에서 피해자에게 고열, 메스거림 등의 증상이 있고 심한 복통이 상당한 기간 지속되었으며 높은 백혈구 수치, 빈맥 증상이 있었던 점 등에 비추어 피고인으로서의 지연성 천공 등으로 인한 피해자의 복막염 가능성을 예견하였거나 이를 예견할 수 있었다고 보아야 한다. 따라서 피고인은 피해자에게 이에 관한 위험성을 제대로 고지·설명하고, 경과 관찰이나 필요한 검사를 통하여 피해자의 상태를 정확하게 진단하고 이에 대해 조치를 하거나 이러한 조치를 할 수 있는 병원으로 전원시킬 주의의무가 있다.”고 하면서 “피고인은 이러한 주의의무를 게을리하여 피해자가 수술 후 보인 증상을 통상적인 통증으로 안일하게 판단하여 피해자에게 지연성 천공 등 예상되는 합병증에 대한 위험을 제대로 고지·설명하지 않았고, 퇴원 조건을 갖추지 못한 피해자에 대한 퇴원을 허락하였다. 나아가 피고인은 피해자가 재차 병원을 방문하였을 때에도 복막염이 아니라고 속단한 채 피해자에게 필요한 적절한 검사나 치료를 하지 않고, 피해자가 마지막으로 병원에 온 이후에도 허혈성 심질환으로만 의심하여 이에 대한 조치만 취하였을 뿐이다. 그 결과 심장 전문의 등과의 협진을 통한 정확한 원인 규명과 이에 따른 필요한 처치나 전원을 지체하는 등으로 피해자로 하여금 제때에 필요한 조치를 받지 못하게 한 과실이 있다.”고 판단하고 같은 취지에서 피고인에게 수술 후 피해자에게 발생한 복막염의 진단과 처치 과정에서 과실이 있다는 것에 업무상 과실치사죄에서 말하는 과실에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다고 판시하였다.⁶⁾

2. 장정결제 처방·투여 후 사망 사건

(1) 범죄사실

가. A는 X병원 소화기내과 위장관 파트의 임상조교수로서, 소속 전공의를 지도·감독하며 그 전공의들과 함께 환자를 진료하던 의사이고, B는 위 병원 내과 2년차 전공의로서 소화기내과 위장관 파트에서 근무하면서 A의 지도·감독하에 환자를 진료하던 의사이다. 피해자 C(82세)는 뇌경색 등을 이유로 위 병원 신경과 진료를 받던 중 2016. 6. 24. 복부 X-ray와 CT 촬영 등을 통해 ‘회맹관을 침범한 상행 대장 종양’, ‘마비성 장폐색(腸閉塞), 회맹장관 폐색에 의한 소장 확장’이 의심된다는 내용의 영상판독(1차 판독, 구두 판독) 소견을 받게 되자 대장암 치료 등을 위해 2016. 6. 25. 소화기내과 위장관파트로 전과되었고, 이에 따라 피고인 A가 피해자에 대한 주

6) 대법원 2018. 5. 11. 선고 2018도2844 판결.

치의로 지정되었으며, B는 A의 지도·감독하에 피해자의 진료를 함께 담당하게 되었다.

나. A, B는 2016. 6. 25. 진료기록에 그 치료목표를 ‘Ileus(장폐색)의 호전’으로, 목표일을 ‘2016. 7. 9.’로 기재하였으며, A는 당일 12:00경 회진 과정에서 피해자의 가족들에게 대장암 여부를 확인하기 위해 필요한 대장 내시경 검사와 관련하여 피해자가 고령이고 뇌경색이 있어 위험하므로 그 시행 여부를 가족들과 상의해 보라는 취지로 말하였다. 그런데 B는 2016. 6. 26. 09:00경 진찰을 하면서, 피해자에게 복부 팽만이나 압통이 없으며 배변이 되고 있다는 이유로 2016. 6. 27. 대장 내시경 검사를 할 수 있다고 판단한 후, 당시 집에 있던 A에게 전화로 위 사실과 피해자 및 가족들의 동의도 받았다고 보고하였고, 이에 A는 피해자에 대한 대장 내시경 검사와 장정결제(腸淨潔劑)인 쿨프렙(coolprep) 투여를 승인하였다. B는 “2016. 6. 26. 저녁 피해자에게 쿨프렙 2L를 30분 간격으로 4회에 나누어 투여하고, 다시 다음 날 05:00경 같은 요령으로 2L를 추가 투여하되, 쿨프렙 복용 시 환자를 반드시 앉혀서 aspiration(사레 걸림) 되지 않도록 하라.”는 내용의 처방(오더)을 한 후 11:00경 퇴근하였다.

다. B는 피해자에게 장폐색 의심 소견의 영상판독이 존재함에도 대장 내시경 검사와 쿨프렙 투여를 실시하게 된 이유, 필요성, 발생할 수 있는 부작용 등을 피해자와 그 가족들에게 충분히 설명하지 않은 채 2016. 6. 26. 오전경 “대장 내시경 검사가 아니라 간단한 생체조직 검사를 실시한다.”는 취지의 말만 하고 월요일인 2016. 6. 27. 오전에 대장 내시경 검사 실시 사실을 알려주지 않은 상태에서 A에게는 피해자와 그 가족들의 동의를 받았다고 보고하였다.

라. 2016. 6. 26. 오후 진료기록부를 통해 피해자에 대하여 대장 내시경 검사와 쿨프렙 투여가 예정되어 있는 사실만을 인식한 당직의사 D와 E가 피해자와 그 차녀에게 그 사실을 말하자 가족들은 주치의 A의 권품을 받기 전에 대장 내시경 검사를 받을 수 없다고 항의하였다. 이러한 사실을 퇴근 후 집에서 전화로 전달받은 B는 구체적인 설명 없이 “대장 내시경 검사를 하는 것이 아니라 간단한 생체조직 검사를 실시한다.”는 취지의 말만 하였다.

마. B가 작성한 처방에 따라 2016. 6. 26. 20:00경부터 약 3시간에 걸쳐, 위 병원 간호사 등이 통상인에 대한 것과 같은 방법으로 피해자의 비위관(鼻胃管)을 통해 500cc들이 쿨프렙 4봉지 총 2L를 물에 타서 연속으로 투여하였다. 그러자 피해자의 장폐색으로 쿨프렙 투여로 인한 gas와 장내 분변 등이 제대로 체외로 배출되지 못한 채 대장 내 팽압 증가로 장벽이 얇아지면서 2016. 6. 27. 01:00경 이후 장천공이 발생, 장내 분변 등이 체내로 유출되었고, 이에 따라 호흡곤란, 혈액 내 산소포화도 감소 등의 부작용이 발생함으로써 피해자는 다발성 장기부전으로 인하여 2016. 6. 27. 21:37경 사망에 이르렀다.

(2) 법원의 판단

가. 전공의 B의 경우

B의 경우 대법원에 상고하지 않아 2심에서 판결이 확정되었는데, 1심과 동일하게 금고 10개월에 처하면서 2년간 형의 집행이 유예되었다.⁷⁾ 2심은 피해자와 같이 장폐

색이 의심되는 환자를 상대로 부득이하게 대장 내시경 검사를 실시할 필요성이 있고, 이를 위해 쿨프랩을 투여할 수밖에 없는 경우 부작용의 발생을 최대한 억제하고 부작용 발생 시 그 정도를 완화시키는 한편 그에 대한 적절한 대처가 가능하도록 통상적인 경우보다 소량씩 나누어 쿨프랩을 투여하면서 그에 따른 배변(설사)의 유무나 횟수 및 배변량, 복부 팽창의 유무와 정도 등 쿨프랩 투여 후 환자의 상태 변화를 관찰하여 추가 투여나 투여 중단 여부를 결정하는 등 신중한 처치가 필요하다고 하면서 전공의의 지위에 있는 B로서는 “쿨프랩 투여 후 환자의 상태 변화와 부작용의 발생 여부 및 그에 따른 신속하고 적절한 조치를 위하여 환자의 상태를 잘 알고 있는 주치의가 병원에 머무르는 동안에 쿨프랩을 투여하거나, 그것이 곤란한 경우에는 쿨프랩 투여에 관여하는 당직의사나 간호사 등 의료진에게 환자의 상태를 주지시키고 쿨프랩 투여방법상의 주의사항 및 이상반응 발생 시 대처요령에 대해서 미리 고지하는 한편, 연락체계를 구축하여 그들로 하여금 환자 상태와 이상반응 발생 여부를 보고하게 하거나 직접 주치의가 그들에게 이를 문의, 확인하는 등으로 부작용의 발생을 방지·억제하고, 그 발생 시 이에 적절히 대처할 수 있도록 하여야 할 업무상 주의의무가 있다.”고 보아 의료과실을 인정하였다.⁸⁾

나. 임상조교수 A의 경우

A에 대해 2심은 금고 1년에 처하면서 3년간 형의 집행을 유예한다고 선고하였지만,⁹⁾ 대법원은 무죄 취지로 파기·환송하였다.¹⁰⁾ 즉, 대법원은 “전공의가 분담한 의료행위에 관하여 내과 교수에게도 주의의무 위반에 따른 책임을 인정하려면, 부분 장폐색 환자에 대한 장정결 시행의 빈도와 처방 내용의 의학적 난이도, 내과 2년차 전공의임에도 소화기내과 위장관 부분 업무를 담당한 경험이 미흡하였거나 기존 경력에 비추어 보아 적절한 업무수행을 기대하기 어렵다는 등의 특별한 사정이 있었는지 여부 등을 구체적으로 심리하여 전공의에게 장정결 처방 및 그에 관한 설명을 위임한 것이 합리적이지 않았다는 사실에 대한 증거가 있었는지를 판단하였어야 한다.”고 하면서, “피고인 A(내과교수)가 피고인 B(전공의)를 지휘·감독하는 지위에 있다는 사정만으로 직접 수행하지 않은 장정결제 처방과 장정결로 발생할 수 있는 위

7) 서울중앙지방법원 2022. 1. 13. 선고 2020노2928 판결.

8) B의 설명의무 위반의 경우 2심은 “환자가 질병 치료를 위해 입원하여 의료진에게 진료를 의뢰한 경우에도, 의사가 대장 내시경 검사 및 이를 위한 쿨프랩 투여 등 신체에 중요한 침습(侵襲)의 결과를 초래할 수 있는 구체적인 의료행위를 할 때에는 미리 그 의료행위의 내용과 필요성, 부작용 및 위험성, 이를 하지 않을 경우의 예상 결과 등을 환자나 그의 보호자에게 충분히 설명함으로써, 그들로 하여금 신중한 판단을 거치게 하여 그 동의 또는 승낙을 받은 후 당해 의료행위를 하여야만 적법한 진료행위가 될 수 있으므로, 피고인들이 위와 같은 상태에 있는 피해자에게 대장 내시경 검사 및 이를 위한 쿨프랩 투여를 시행하기로 하였다면 피해자와 그 가족들에게 이를 설명하고, 이들이 그 위험성을 충분히 인식한 상태에서 그 시술 여부를 스스로 결정할 수 있도록 조치해야 할 업무상 주의의무가 있다.”고 하면서 B가 피해자와 그 가족들에게 쿨프랩 투여의 필요성과 위험성 및 부작용을 충분히 설명하지 않은 것은 쿨프랩 투여의 위험성 및 부작용을 명확하게 인식하거나 진지하게 고려하지 않은 때문으로 보이며, 이러한 설명의무위반과 피해자의 사망 사이에 인과관계가 있다고 인정하였다.

9) 1심인 서울중앙지방법원 2020. 9. 10. 선고 2018고단8530 판결에서는 B와 동일하게 금고 10개월에 처하면서 판결확정일로부터 2년간 형의 집행을 유예하였다.

10) 대법원 2022. 12. 1. 선고 2022도1499 판결.

협성에 관한 설명에 대하여 책임이 있다고 단정한 원심에 의사의 의료행위 분담에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 제대로 하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다”고 하였다. 이에 따라 파기·환송심에서는 A에 대해 최종적으로 무죄를 선고하였다.¹¹⁾¹²⁾

III. 양형 일반론과 업무상과실·중과실치사상죄에 관한 양형기준

1. 양형에 관한 일반론

(1) 양형의 의의

형법은 성문의 법률에 어떤 행위가 범죄에 해당하고 그 범죄에 대하여 어떤 처벌을 할 것인가가 미리 규정되어 있어야 한다는 죄형법정주의(罪刑法定主義)에 따라 일정한 범죄에 대해 일정한 종류와 범위의 형벌이 규정되어 있다. 형은 개개의 구성요건에 규정되어 있는 형벌인 법정형, 이 법정형에 법률상 및 재판상의 가중·감경을 한 처단형. 법원이 처단형의 범위 내에서 구체적으로 형을 정하여 당해 피고인에게 선고하는 형인 선고형으로 구별할 수 있다. 그리고 양형이란 법정형에 법률상의 가중·감경 또는 재판상의 감경(작량감경)을 한 처단형의 범위에서 구체적으로 선고할 형을 정하는 것을 말한다.¹³⁾ 형법을 지배하는 최고의 원리는 책임주의이므로 양형의 기초와 한계는 행위자의 책임이 되고, 예방의 목적을 고려할 수밖에 없다.¹⁴⁾¹⁵⁾

11) 서울중앙지방법원 2023. 4. 28. 선고 2022노3159 판결.

12) 임상조교수의 책임과 관련하여 소속 의료기관의 규모나 상대방 의사의 지위나 경험, 환자에 대한 담당 여부 등에 따라 지휘·감독의 정도가 달라지므로, 임상조교수라는 이유만으로 담당 수련의들의 처치와 치료결과를 직접 주시하고 지시할 주의의무가 있다고 보기 어렵다는 견해와 케를 같이하는 판단이라고 보인다.; 황만성, “환자의 진료에 있어서의 의료과실”, 「형사판례연구(19)」, 한국형사판례연구회, 2011, 593면.

13) 이재상·장영민·강동범, 「형법총론(제12판)」, 박영사, 2024, 624면; 양형을 법률적 양형과 법관의 양형으로 구분하여 전자는 입법자의 입법단계에서의 양형을 말하고, 후자는 양형판단을 위하여 법률이 제시하고 있는 형벌의 범위내에서 법관이 구체적인 형벌을 확정하는 것으로 구분하는 견해로는 오경식·김혜경, “법률적 양형의 기본원리와 방향”, 「형사법의 신동향」 제33호, 대검찰청, 2011. 12., 250-251면.

14) 이재상 외, 위의 책, 625면; 신동운, 「형법총론(제16판)」, 법문사, 2024, 853면; 이형국·김혜경, 형법총론(제7판), 법문사, 2023, 623면; 김한균, “양형상 책임 반영과 예방 고려”, 「형사소송 이론과 실무」 제15권 제3호, 한국형사소송법학회, 2023. 9., 134면.

15) 양형에 있어 책임과 예방이 어떻게 합리적으로 조화를 이루게 할 것인가에 관하여는 견해의 대립이 있다. 단계이론은 형량은 불법과 책임의 정도에 따라 정하고 형벌의 종류와 집행여부는 예방의 목적만을 고려하여 결정해야한다고 주장하는데, 이 설에 대하여는 형량결정에 예방의 목적을 배제하는 것은 부당하다는 비판이 제기된다. 유일형이론(점형이론)은 책임은 언제나 유일하게 고정된 크기를 지니므로 이에 합치하는 정당한 형벌도 하나일 수밖에 없다고 보는데 이 설에 대하여는 그 주장이 가설에 지나지 않고 상대적 부정기형의 선고를 수용하지 못하는 이론이라는 비판이 있다. 범주이론(책임범위이론)은 책임에 일치하는 정당한 형벌을 정확하게 확정할 수 있는 것이 아니라 어느 정도 탄력적으로 형벌의 상한과 하한이 책임의 범위에 포용될 수 있으므로 이 범위 내에서 예방의 목적을 고려하여 양형을 해야 한다고 주장한다.; 이형국 외, 위의 책, 622면; 배종대, 「형법총론(제18판)」, 홍문사, 2024, 596-597면.

형법에서는 직접적으로 양형의 기준에 대하여 명문으로 규정한 내용은 없으나, 형법 제51조(양형의 조건)에서 양형에서 참작하여야 하는 사실을 규정하고 있다. 동 규정에서는 ① 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, ② 피해자에 대한 관계, ③ 범행의 동기, 수단과 결과, ④ 범행 후의 정황을 규정하고 있는데, 범죄자의 주관적 측면과 범행의 객관적 측면을 모두 고려하도록 하고 있어 책임반영(양형책임) 및 예방적 고려(예방양형)의 양형원리를 인정하고 있다고 볼 수 있다. 또한 명문의 규정은 없으나 이미 법적 구성요건요소로 되어 있는 상황은 양형에 있어서 이중으로 평가되어서는 안된다(이중평가의 금지).¹⁶⁾ 형법 제51조에서 위와 같은 양형 조건들의 구체적 조건을 예시적으로는 나열하고 있으나¹⁷⁾ 책임과 예방요소를 체계화하여 제시한다고 보기는 어렵다. 다만 동 규정은 행위와 관련된 사유와 피고인, 즉 행위자와 관련된 사유들이 함께 나열되어 있으므로 법관으로 하여금 합리적 양형판단을 위해서 범행에 대한 객관적 책임만큼 범죄행위자의 주관적 책임과 특별예방적 고려가 중요하므로 양형의 조건이 되는 모든 사항을 참작하도록 권고하는 의미도 있다고 볼 수 있다.¹⁸⁾ 또한 법원조직법 제81조의6(양형기준의 설정 등)에서는 보다 명확하게 양형과 관련하여 기준점을 제시하고 있는데, 동조 제2항 제1호에서 “범죄의 죄질, 범정(犯情) 및 피고인의 책임의 정도를 반영할 것”이라고 하여 양형의 기초가 피고인의 책임이라는 것을 명시하고 있다. 또한 동항 제2호에서 “범죄의 일반예방과 피고인의 재범 방지 및 사회복귀를 고려할 것”라고 하여 일반예방과 특별예방의 목적을 명시하고 있다. 그리고, 동조 제3항에서는 양형기준의 설정이나 변경시 고려할 사항으로 ① 범죄의 유형 및 범정형, ② 범죄의 중대성을 가중하거나 감경할 수 있는 사정, ③ 피고인의 나이, 성품과 행실, 지능과 환경, ④ 피해자에 대한 관계, ⑤ 범행의 동기, 수단 및 결과, ⑥ 범행 후의 정황, ⑦ 범죄 전력(前歷), ⑧ 그 밖에 합리적인 양형을 도출하는데 필요한 사항을 규정하고 있다.

(2) 양형의 재량성

양형에 관하여 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결에서는 “형법 제51조의 사항과 개전의 정상이 현저한지 여부에 관한 사항은 널리 형의 양정에 관한 법원의 재량사항에 속한다고 해석되므로, 상고심으로서 형사소송법 제383조 제4호에 의하여 사형·무기 또는 10년 이상의 징역·금고가 선고된 사건에서 형의 양정의 당부에 관한 상고이유를 심판하는 경우가 아닌 이상, 선고유예에 관하여 형법 제51조의 사항과 개전의 정상이 현저한지 여부에 대한 원심판단의 당부를 심판할 수 없고, 그 원심판단이 현저하게 잘못되었다고 하더라도 달리 볼 것이 아니다.”라고 하여 법관의 재량사항이라고 보고 있다.¹⁹⁾ 이는 입법자가 정한 범정형의 범위 내에서 개별 범죄행위에 가장 적합한 구체적 형벌내용은 재판관의 자유로운 합리적 판단에 맡겨진 것이라는 것이다.²⁰⁾ 그러나 양형에 관한 법관의 재량은 단순한 재량판단에

16) 이형국 외, 위의 책, 625면; 이재상 외, 위의 책, 627면.

17) 2017. 8. 24. 2017도5977 전원합의체 판결; 이형국 외, 위의 책, 623면; 신동운, 위의 책 853면.

18) 김한균, 위 논문, 138-141면.

19) 대법원 2017. 9. 26. 선고 2017도8304 판결, 대법원 2020. 9. 3. 선고 2020도8358 판결 등

20) 방희선, “양형의 본질과 양형기준에 관한 소고”, 「형사법의 신동향」 제34호, 대검찰청,

속하는 것이 아니라 입법자가 정한 원리와 지침에 따라 당해 사건에 맞는 형벌, 즉 입법자가 정한 형을 찾아내는 규범인식의 법 적용 행위이기에, 수권 범위 내에서 재량으로 택하는 ‘선택’의 문제가 아니라 법정형 내에서 가장 적절한 형을 찾아내는 ‘구체화’ 행위에 속한다는 것이라는 점에서²¹⁾ 법적으로 구속된 재량을 의미한다.²²⁾²³⁾

(3) 양형위원회의 양형기준 적용

가. 양형기준 설정의 연혁

2007. 1. 26. 법원조직법 제8편(제81조의2 내지 제81조의12)이 신설되고, 이에 근거하여 같은 해 4. 7. 제1기 양형위원회가 출범한 후, 2009. 7. 1. 살인, 성범죄, 뇌물, 강도, 횡령·배임, 위증, 무고 등 7개 범죄군에 대한 양형기준이 시행되었다(2009. 4. 24. 의결). 그 이후 제8기 양형위원회에 이르기까지 47개 범죄군 등에 대하여 양형기준이 의결·시행되었고,²⁴⁾ 현재 제9기 양형위원회(2023. 4. 27.~현재)에서는 스토킹범죄 양형기준, 지식재산·기술침해범죄 및 마약범죄 수정 양형기준을 2024. 3. 25. 의결하여 2024. 7. 1.부터 시행하고 있다.²⁵⁾

2012. 2., 10면.

21) 방희선, 위 논문, 11면.

22) 이재상 외, 위의 책, 612면.

23) 위 2001도6138 전원합의체 판결의 대법관 송진훈, 이용우, 배기원의 반대의견에서는 양형이 기본적으로 법관의 재량인 것은 인정하나 대법원이 법령해석의 통일과 사회를 지도할 가치를 선언하는 ‘최고법원’으로서의 기능과 하급심의 잘못을 바로잡아 당사자를 구제하는 ‘3심법원’으로서의 기능을 함께 요구받고 있기에, 재량판단사항에 관하여 하급심의 조치를 심사범위에 두고 시정하여야 한다고 하고 있다. 이는 양형에 있어 법관의 재량을 단순한 자유재량이 아니라고 보는 것이기에 시사하는 바가 크다.

24) https://sc.scourt.go.kr/sc/krsc/criterion/explan/apply/apply_01.jsp

양형위원회	설정대상 범죄군
제1기	살인범죄군, 뇌물범죄군, 성범죄군, 강도범죄군, 횡령·배임범죄군, 위증범죄군, 무고범죄군
제2기	약취·유인범죄군, 사기범죄군, 절도범죄군, 공문서범죄군, 사문서범죄군, 공무집행방해범죄군, 식품·보건범죄군, 마약범죄군
제3기	증권·금융범죄군, 지식재산범죄군, 폭력범죄군, 교통범죄군, 선거범죄군, 조세범죄군, 공갈범죄군, 방화범죄군
제4기	배임수증재범죄군, 변호사법위반범죄군, 성매매범죄군, 체포·감금·유기·학대범죄군, 장물범죄군, 권리행사방해범죄군, 업무방해범죄군, 손괴범죄군, 사행성·게임물범죄군
제5기	근로기준법위반범죄군, 석유사업법위반범죄군, 과실치사상변범죄군, 도주·범인은닉범죄군, 통화·유가증권·부정수표단속법위반범죄군, 대부업법·채권추심법위반범죄군
제6기	명예훼손범죄군, 유사수신행위법위반범죄군, 전자금융거래법위반범죄군
제7기	디지털 성범죄군, 주거침입범죄군, 환경범죄군
제8기	관세범죄군, 정보통신망·개인정보 범죄군, 교통범죄 벌금형

25) <https://sc.scourt.go.kr/sc/krsc/intro/greet/purpose.jsp>

나. 양형기준의 설정 지표의 분류

양형기준은 형법상 서로 다른 구성요건으로 규정되어 있으나 범죄행위의 속성과 보호법익이 동일한 구성요건들을 묶어서 한 개의 범죄군으로 설정한 후 그 안에서 다시 세부적인 수개의 범죄유형을 구분하는 개별적 양형기준제 방식을 취하고 있다.²⁶⁾

그리고 위와 같이 범죄유형을 분류한 후 종래의 양형실무에 대한 통계분석을 기초로 적정한 처단형의 범위로 감경·기본·가중의 3단계로 구분하여 형량범위를 제시하고 있다. 양형인자는 특별가중인자와 특별감경인자, 일반가중인자와 일반감경인자로 구분되어 있는데, 권고형량범위를 선택하는데 있어서는 특별가중인자와 특별감경인자를 비교하여 감경·기본·가중 가운데 하나의 형량범위를 정하게 된다.²⁷⁾ 이는 특별양형인자에 대한 질적 평가를 통해 양형기준의 지침적 기능과 예측가능성을 보다 강화하고자 한 것이다.²⁸⁾

2. 업무상과실·중과실치사상죄에 관한 양형기준

(1) 업무상과실·중과실치사상죄의 구성요건과 특성

형법은 원칙적으로 고의범만 벌하고 과실범은 예외적으로 처벌하고 있다. 사람의 생명과 신체는 중요한 법익이므로 형법은 과실로 인하여 사람의 생명과 신체를 침해하는 경우를 과실치사상죄로 처벌하고 있는데, 이에 대한 가중적 구성요건으로 업무상과실·중과실치사상죄가 규정되어 있다(형법 제268조).²⁹⁾³⁰⁾ 업무상과실·중과실치사상죄는 과실범이기에 기본적으로 주의의무위반, 결과발생, 주의의무위반과 결과 사이에 인과관계가 인정되어야 한다. 그리고 양 죄 모두 반의사불벌죄에 해당하지 않는다. 업무상과실치사상죄와 중과실치사상죄는 형법 제268조에서 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금이라는 동일한 범정형으로 규정되어 있다. 이는 업무상과실과 중과실의 그 불법성이 동일하다고 보는 것이다.³¹⁾

중과실치사상죄의 경우 중대한 과실로 사람을 사망이나 상해에 이르게 함으로써

26) 양형위원회 출범 초기에 양형기준의 기본구조와 관련하여 모든 범죄 혹은 대부분의 범죄에 대하여 동일적으로 적용되는 ‘종합적인 양형기준제’방식과 개별범죄군별로 독립적인 양형기준을 설정하는 ‘개별적 양형기준제’방식의 선택을 두고 논의되었는데, 결국 기본적으로는 개별 범죄군별 양형기준을 설정한 영국의 양형기준 모델에 기초하여 설정하게 되었다.; 탁희성·김한균·김성언·최석윤, 「형사정책과 사법제도에 관한 연구 (IV) - 양형기준제 시행에 따른 양형합리화정책 성과분석 및 평가 -」, 형사정책연구원, 2010, 100-101면.

27) https://sc.scourt.go.kr/sc/krsc/criterion/explan/apply/apply_02.jsp

28) 탁희성 외, 위 보고서, 106면.

29) 이재상·장영민·강동범, 형법각론(제13판), 박영사, 2023, 75면.

30) 본죄의 가중근거에 대하여는 ① 위험한 업무에 종사하는 사람에게서는 고도의 주의의무가 요구되기 때문에 이를 태만히 한 경우 가중처벌된다는 견해(불법가중설), ② 업무자와 일반인의 주의의무는 동일하지만 업무자는 고도의 주의능력이 있으므로 위법성이 크다는 견해, ③ 주의의무는 동일하지만 업무종사자는 일반인과는 다른 전문적 지식이나 기술을 가지고 있으므로 결과발생에 대한 예견가능성이 크다는 견해(책임가중설), ④ 업무자에게는 축적된 경험으로 인한 고도의 주의의무 및 예견가능성이 인정된다는 견해(불법·책임가중설) 등이 있다.; 송규영 집필부분, 편집대표 조균석, 형법주해 VIII-각칙(5), 박영사, 2023, 627면.

31) 배종대, 위의 책, 90면.

성립하는데, 중대한 과실이란 주의의무위반의 정도가 현저한 경우, 즉 조금만 주의하였더라면 결과의 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 이를 게을리한 경우로 분류된다.³²⁾³³⁾ 중대한 과실이 있었는지 판단은 구체적 사안에서 건전한 사회의식에 비추어 판단해야 한다.³⁴⁾

(2) 업무상과실·중과실치사상죄에 관한 양형기준

가. 양형위원회의 업무상과실·중과실치사상죄와 관련한 양형기준 설정

업무상과실·중과실치사상죄와 관련한 양형기준은 제5기 양형위원회에 의해 과실치사상범죄³⁵⁾에 포함되어 양형기준 대상 범죄군으로 설정되었고, 2016. 7. 1. 그 기준이 처음 마련되어 시행되었다(2016. 3. 8. 의결). 해당 양형기준을 설정할 당시 조사된 업무상과실치사상죄의 평균형량은 7.10월이었는데, 형량분포를 보면 금고 6월이 전체의 45.7%로 가장 많고, 그 다음으로는 금고 8월이 22.5%, 그 뒤로 금고 4월, 금고 10월 순으로 높은 비율을 나타내었기에 기본영역의 형량을 '4월~10월'로 설정되었다.³⁶⁾ 그 이후 제8기 양형위원회에서 양형기준 전반에 걸쳐 합의 관련 양형요소를 정비하기로 한 후 2021. 7. 1.(2021. 3. 29. 수정)과 2022. 3. 1.(2021. 12. 6. 수정) 2차에 걸쳐 수정된 후 시행되어 현재에 이르고 있다. 2차에 걸친 수정에서 기본적인 형량은 변화가 없었고, 제1차 수정에서는 특별양형인자의 감경요소 중 '피해자에게도 사고 발생 또는 피해 확대에 상당한 과실이 있는 경우'가 삭제되었다. 이는 위 용어가 사고의 발생이나 피해 확대에 관하여 피해자를 타하는 것처럼 받아들여질 수 있고, 특별감경인자인 '사고 발생 경위에 특히 참작할 사유가 있는 경우'에 흡수되어 반영될 수 있기에 삭제되었다. 제2차 수정에서는 일반양형인자 중 가중요소인 '합의 시도 중 피해야기(강요죄 등 다른 범죄가 성립하는 경우는 제외)'라는 내용이 추가되었다.

2024년 기준 양형위원회는 형법 제268조와 관련하여 업무상과실·중과실치사상죄를 제2유형으로, 업무상과실·중과실치사죄를 제3유형으로 분류하여 아래와 같이 양형기준과 양형인자를 설정하고 있다.³⁷⁾

32) 이재상 외, 형법각론, 83면.

33) 행위자 정도의 연령이나 경험·지식을 가진 사람으로서 약간의 주의만 하더라도 쉽게 결과발생을 예견할 수 있을 것임에도 불구하고, 그와 같이 예견될 수 있는 결과에 대해 주의를 다하지 않아 결과발생에 이르게 한 행위를 말한다.; 대법원 1997. 4. 22. 선고 97도538 판결.

34) 대법원 1980. 10. 14. 선고 79도305 판결.

35) 형법 제266조 과실치사죄는 처음 양형기준을 설정할 당시 양형위원회는 징역형에 한정하고자 하는 원칙을 견지하고 있었고, 과실치사죄는 법정형이 '500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료'로서 징역형이나 금고형이 규정되어 있지 않았기에 양형기준 설정 범위에서 제외되었으며, 현재까지도 포함되어 있지 않다.

36) 김세중, 「과실치사상범죄 양형기준안 설명자료」, 양형위원회, 2021, 13면 (<https://sc.scourt.go.kr/sc/krsc/board/BoardViewAction.work?gubun=2&currentPage=&searchWord=&searchOption=all&sqnum=1249>) ; 법정형(5년 이하)이 동일하고 평균형량(6.65월) 및 형량분포도 유사한 교통범죄 양형기준 중 일반 교통사고의 제1유형 '교통사고 치상'의 권고형량 범위와 동일하게 설정하였다고 한다.

37) https://sc.scourt.go.kr/sc/krsc/criterion/criterion_38/accidental_homicide_01.jsp

참고로 과실치사죄가 제1유형임.

[표 1] 양형기준과 양형인자

구분	감경	기본	가중
업무상과실·중과실치상	~ 6월	4월 ~ 10월	8월 ~ 2년
업무상과실·중과실치사	4월 ~ 10월	8월 ~ 2년	1년 ~ 3년

(금고형 기준)

구분		감경요소	가중요소
특별 양형 인자	행위	- 사고 발생 경위에 특히 참작할 사유가 있는 경우 - 경미한 상해가 발생한 경우 (2유형)	- 중상해가 발생한 경우(2유형) - 주의의무 또는 안전·보건조치 의무 위반의 정도가 중한 경우
	행위자 /기타	- 청각 및 언어 장애인 - 심신미약(본인 책임 없음) - 처벌불원 또는 실질적 피해 회복 (공탁 포함)	- 동종 누범
일반 양형 인자	행위		- 중상해가 아닌 중한 상해가 발생한 경우(2유형)
	행위자 /기타	- 보험 가입 - 진지한 반성 - 형사처벌 전력 없음 - 상당한 피해 회복(공탁 포함)	- 사고 후 구호조치를 취하지 아니한 경우 - 범행 후 증거은폐 또는 은폐 시도 - 이중누범, 누범에 해당하지 않는 동종전과 - 합의 시도 중 피해 야기(강요죄 등 다른 범죄가 성립하는 경우는 제외)

나. 양형기준 중 의료사고 관련 감경·가중 인자

의료사고의 경우 의료행위가 타인의 생명을 구하고 신체의 완전성을 확보한다는 구명성이라는 특성을 지니고 있어 목적 자체가 선의(善意)이며, 의료행위의 대상인 인체는 외관, 체질, 면역력, 가족력, 특이성 등 다양성을 지닌다는 체질적 소인으로 인해 의료인이 최선의 업무상 주의의무를 다하더라도 발생이 가능하다.³⁸⁾

이러한 특수성으로 인해 의료사고와 관련하여 양형기준 중 고려해야 할 감경 또는 가중인자를 살펴보면, 우선 특별감경인자로서 ‘사고 발생 경위에 특히 참작할 사유가 있는 경우’를 고려하여야 한다. 공동의료행위와 같은 분업적 공동작업행위 과정에는 일종의 신뢰의 원칙이 적용되며, 특히 분업에 참가한 의료인 사이에 지시나 감독관계가 존재하지 아니하고 참가 의료인들이 대등한 입장에서 각기 자신의 분업영역에

38) 신현호·백경희, 「의료분쟁의 이론과 실제 (상)」, 박영사, 2022, 42-43면.

대한 독자적인 의료조치를 취할 수 있는 경우(수평적 분업)에는 원칙적으로 신뢰의 원칙이 적용되어 업무상과실 자체가 부정되므로, 공동작업자의 영역에서 발생한 과실이 피고인의 과실을 유발한 경우로서, 공동작업자 사이의 상하관계 등에 따라 신뢰의 원칙이 제한되어 업무상과실이 인정되는 경우에도 공동작업자의 과실에 대한 예견가능성이 낮은 경우에는 피고인에 대한 비난가능성도 낮다고 볼 수 있다. 그러므로 이 경우 및 이에 준하는 경우를 행위와 관련한 특별감경인자로 반영하는 것으로 설정되었다.³⁹⁾

특별가중인자로 ‘주의의무 또는 안전·보건조치의무 위반의 정도가 중한 경우’와 관련하여 ① 술 또는 약물에 취하여 정상적인 작업이 곤란한 상태에서 업무를 담당한 경우, ② 면허 등 법정자격을 갖추지 아니한 채 업무를 담당하거나 그러한 자로 하여금 업무를 담당하게 한 경우, ③ 대규모 인명피해와 직결될 수 있는 필수적 안전의무를 위반한 경우와 그 밖에 이에 준하는 경우가 해당되는데, 이들 요소가 행위와 관련한 특별가중인자로 반영되었다. 해당 부분에서 의료행위 중 업무상 주의의무를 위반한 경우를 구체적으로 적시하지는 않았으나, 만약 생명·신체를 대상으로 이루어지는 의료행위에 있어서 근본적으로 준수하여야 하는 엄중한 수칙을 위반한 경우에는 의료사고에 대한 업무상과실·중과실치사상죄의 특별가중인자로서 같은 맥락에서 반영될 수 있는 요소이다. 그리고 일반가중인자로서 ‘중상해가 아닌 중한 상해’는 치료기간이 약 4-5주 이상인 경우를 기준으로 하되, 후유장애 또는 심한 추상장애가 남거나 위험한 부위의 상해에 해당하거나 추가 상해가 예상되는 경우를 의미한다.⁴⁰⁾

IV. 의료과실에 대한 양형기준 적용 및 세분화

1. 의료과실에 대한 양형기준의 세분류 필요성

(1) 의료과실에 대한 양형기준의 세분류 필요성

의료사고에 관련하여 보면, 의료사고는 의료행위를 업무로 하는 경우 발생하는 것이기에 기본적 구성요건인 과실치사상죄에 해당할 여지가 없고 바로 업무상과실치사상죄에 해당하는 것으로 봐야 하는데, 그 과실이 경과실이든 중과실이든 구분 없이 업무상과실치사상죄에 해당할 수 있어 법정형이 동일한 중과실죄로 의율할 별도의 필요성을 인정하기가 어렵게 된다.⁴¹⁾

39) 과실치사상범죄 양형기준안 설명자료, 19-20면.

40) 과실치사상범죄 양형기준안 설명자료, 22-24면.

41) 대법원 1972. 5. 9. 선고 72도701 판결을 보면 피고인이 중과실치사죄로 기소되었는데, 그 내용은 피고인이 완구상 점원으로서 완구배달을 하기 위하여 자전거를 타고 소매상을 돌아다니는 일을 하고 있었는데, 자전거를 타고 배달하는 과정에서 내리막길에서 만연히 주의의무를 하지 않고 과속으로 운행하는 바람에 도로 좌측에서 우측으로 횡단하려던 피해자를 전방 약 5미터 지점에서 뒤늦게 발견하고 급정거를 하였으나 미급하여 그를 자전거 앞바퀴로 충돌 전도시켜 부상을 입힌 것이었다. 원심에서는 위 사고는 피고인의 단순한 과실에서 나온 사고라고 하는 것은 몰라도 중대한 과실에서 나온 사고라고는 볼 수 없다하여 무죄판결을 선고하고 있었는데, 이에 대하여 대법원에서는 피고인이 그 자전거를 운전하는 업무에 종사 중 업무상 필요한 주의의무를 태만한 탓으로 타인의 신체에 상해를 입혔다고 한다

하지만 의료사고가 의료인이 환자의 생명을 구하고 신체의 완전성을 회복하기 위한 의도로 수행한 의료행위 과정에서 발생하였다고 하더라도, 의료인이 반드시 지켜야 하는 진단·치료상의 기본 규칙을 소홀히 하는 근본적인 과실은 엄중히 다루어져야 할 필요가 있다. 외국의 법제에서도 의료인의 중과실을 구분하는 움직임이 있는데, 독일과 일본의 실례를 들 수가 있다. 독일의 경우 판례를 통해 객관적 관점에서 확립되고 검증된 의학상의 인식과 경험에 반하는 것이어서 의료인이 해서는 안 되는 것이기 때문에 허용될 수 없는 경우 중대한 과실로 정의하여 왔고, 환자의 권리 증진을 위한 법률(Gesetz Zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten)로서 민법에 의료계약이 포함되는 과정에서, 독일민법 제630조h 제5항에서 중대한 의료과실이 있고 그 과실이 생명 등 침해를 야기하는 원인이 되었다면 법률상 의료과실을 추정함으로써 사실상 증명책임 전환의 효과를 가져오도록 하기도 하였다. 그리고 당시 독일의 입법이유서에서 ‘i) 항상 준수되어야 하는 진단상 및 치료상 기본규칙을 소홀히 한 경우와 같은 기본적 과실, ii) 근본적인 진단상 과실, iii) 의료인에게 부과된 증상을 조사하거나 증상을 유지할 의무에 대한 중대한 위반, iv) 질병이 있는 기관 대신 건강한 기관을 잘못 제거하는 것, v) 정보고지의무의 범위 내에서의 중대한 잘못된 정보 고지를 중대한 의료과실의 예로 들고 있다.⁴²⁾ 일본의 경우에도 사망사건에 관한 의료사고 조사제도를 의료법에 도입하는 과정에서 사안의 조사와 검토를 통해 의료 중과실의 가능성이 있을 때 수사기관에 통지하는 형태를 고려하면서 의료 중과실의 논의가 구체화되었고,⁴³⁾ 특히 일본구급의학회 특별위원회가 2008. 10. 후생노동성에 제출한 ‘의료에 기인한 업무상 과실치사죄가 적용되는 범위에 관한 보고서’에서 ‘중대한 혹은 명백한 과실’을 언급하면서 이에 대하여만 의료관계자에 대해 형사상의 업무상 과실치사상죄를 적용하는 것이 타당하다는 주장을 한 바 있다.⁴⁴⁾ 후자에서는 주사 약제를 주입하는 과정에서의 오류, 수술 시 환자의 동일성이나 수혈 시 혈액형의 동일성 확인 등을 거론하고 있다.⁴⁵⁾

(2) 의료사고처리특례법안에서의 의료중과실

의료사고처리특례법안에서는 ‘일반적 의료행위의 경우 업무상 과실이나 중과실로 인하여 발생한 손해의 결과에 대하여 책임보험이나 공제에 가입하였다면 반의사불벌죄에 해당하여 피해자의 명시적인 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다’고 하고(제4조 제2항 본문), ‘의료인이 종합보험이나 공제에 가입한 경우 업무상과실치상죄나 중

면 이는 공소사실에서 적시한 바와 같이 업무상 과실치상죄에 해당할 것임에도 불구하고 원심이 위와 같이 설치한 것은 법률을 그릇 적용한 위법이 있었다고 하였다. 즉, 중과실치상의 경우 업무로 인한 행위로 보기 어려워 업무상과실치상으로 기소되지 못하는 경우에 적용의 의미가 크다는 것으로 볼 수 있다.

42) Parzeller, M./Zedler, B., “Das Patientenrechtegesetz (PatRG) - Teil 3: Beweislast in Haftungsfragen und kritisches Fazit(Mit 1 Tabelle)”, Archiv für Kriminologie, 233(1), 2014, SS.7-8.

43) 홍태석, 위의 논문, 187면; 上田正和, 刑事医療事件と刑事訴訟手続, 大宮ニローレビュー第5号, 大宮 法科大學院大學, 2006, 27頁.

44) 日本救急醫學會, 医療における業務上過失致死罪が適用される範囲, 厚生労働省報告書, 2008. 10.

45) 백경화·심영주, “의료 중과실에 대한 법적 고찰”, 「사법」 통권 제39호, 사법발전재단, 2017, 255면.

과실치상죄를 범하더라도 공소를 제기할 수 없다’고 하고 있어(제5조 제1항 본문) 업무상 과실과 중과실을 구별하지 않고 있다. 다만 제4조 제2항 단서에서 특례를 적용하지 않는 예외 사유로 12가지를 열거하고 있는데, 이 중 의료법 제24조의2 제1항에 따라 설명하고 동의를 받은 내용과 다른 내용의 수술, 수혈, 전신마취로 의료사고가 발생한 경우(제5호), 진료기록과 다른 의약품이 투여되거나 용량 또는 경로가 진료기록과 다르게 투여되어 의료사고가 발생한 경우(제6호), 환자나 수술 부위를 착오하여 다른 환자나 부위를 수술한 경우(제7호), 약제에 대한 필수적인 과민반응조사를 하지 아니하고 약제를 투여한 경우(제8호), 혈액형이 일치하지 아니하는 혈액을 수혈한 경우(제9호)는 대표적인 의료 중과실에 해당하는 사유로서 처벌의 필요성을 인정한 것으로 보인다.⁴⁶⁾

(3) 검토

현행 형법상 업무상 과실치사상죄와 업무상 중과실치사상죄의 법정형은 같은 조문에서 동일하게 규정되어 있고, 법조 실무에서도 의료형사책임에서 의료과실을 경중으로 나누어 판단하고 있지 않는 상황이다.⁴⁷⁾ 일례로 수혈시 혈액형 오류와 관련한 대법원 1998. 2. 27. 선고 97도2812 판결을 보면, 피고인은 내과 인턴이고 공동피고인은 간호사로, 피고인이 직접 수행해야 할 수혈행위를 공동피고인 간호사로 하여금 수행하게 하였는데, 공동피고인 간호사가 다른 환자에게 수혈할 혈액과 오인하여 다른 혈액형의 혈액을 피해자에게 수혈하여 피해자가 급성 용혈성 수혈부작용 등으로 사망에 이르게 된 것이었다. 앞서의 독일과 일본의 사례에 의할 때 간호사인 공동피고인의 행위는 중과실행위라고 파악할 수 있을 것이나, 우리나라에서는 피고인과 공동피고인 모두 ‘업무상과실치사죄’로 기소되었고 법원에서도 그에 따라 판단을 받게 되었던 것을 볼 수 있다.

그러나 과실과 중과실은 개념에 있어서도 구별이 될 뿐만 아니라 의료사고처리특별법안에서는 중과실로 파악할 수 있는 일련의 행위에 대해 특례를 배제하는 방향을 설정하고 있는 점을 고려할 때 의료사고에 있어서는 무엇이 중과실인지를 확정하여 책임의 정도를 달리해야 할 필요가 있다.⁴⁸⁾ 즉, 의료인의 과실 유무를 판단할 때 같은 업무와 직종에 종사하는 보통인의 주의 정도를 표준으로 하고 사고 당시의 일반적인 의학수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 그 과실의 정도를 살펴야⁴⁹⁾ 단순히 의료인의 과실이 경과실이 아닌 중과실로 인정되는 경우라면 중상해에 해당하는지 여부를 불문하고 이를 단순히 업무상과실치사상죄가 아니라

46) 장연화·백경희, “의료사고의 책임 분배 제도에 대한 고찰 — 의료사고처리특별법안과 외국의 법제에 관한 비교를 중심으로 —”, 「과학기술과 법」 제15권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2024. 6., 192-194면.

47) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다54478 판결의 경우 공무원 신분의 공중보건직사의 의료과실로 인한 국가배상책임이 문제되어 그 요건상 중과실인지 여부가 문제된 사안에서 중과실인지 경과실인지 여부를 판단하기도 하였으나, 형사책임에서 중과실로 특정하여 언급한 판결은 찾아볼 수 없었다.

48) 황만성, “의료행위의 형사책임에 있어서 중과실의 개념과 유형에 관한 고찰”, 「의생명과학과 법」 제32권, 원광대학교 법학연구소, 2024. 12., 220-221면.

49) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015도8165 판결, 대법원 2018. 5. 15. 선고 2016도13089 판결 등.

중과실치사상죄로 의율하여 불법성이 더 큰 점을 부각하여 차이를 두는 것이 타당하다. 특히 양형요소에 있어서도 특별양형인자 중 가중요소로 ‘안전·보건조치의무 위반의 정도가 중한 경우’는 ‘중과실’에 해당하는 부분을 표출하고 있는 것으로 보인다.⁵⁰⁾ 또한 양형기준 중 특별양형의 감경사유로서 의료사고와 관련한 환자의 체질적 소인이나 환자가 의료진의 지시를 따르지 않은 진료협력의무 위반⁵¹⁾ 등 환자적 요인 등을 포함시켜 놓을 필요성이 있다.

2. 분석 대상판결에 대한 양형기준의 적용 분석

위와 같이 의료사고에서 의료중과실에 해당하는 것으로 파악된다면 현재의 양형기준 중 특별가중인자로서 주의의무 위반의 정도가 중한 경우로 파악할 수 있을 것이다. 한편 피고인이 전공의의 신분을 지닌 경우⁵²⁾나 환자의 체질적 소인과 진료협력의무 위반 등은 특별감경인자로서 사고 발생 경위에 특히 참작할 사유가 있는 경우로 판단할 수 있을 것으로 보인다. 아래에서는 이러한 측면에서 해당 판결들의 1심과 항소심을 실증적으로 분석해 보기로 한다.

(1) 위장관 유착박리수술 후 사망 사건

가. 1심

1심에서는 공소사실 중 업무상비밀누설의 점 및 의료법위반의 점은 무죄로 보고 업무상 과실치사죄를 적용하여 피고인을 금고 10월에 집행 유예 2년을 선고하였다.⁵³⁾ 또한 양형기준과 관련하여 ‘업무상과실치사죄에 대한 양형기준은 2016. 7. 1.부터 시행되었는데, 양형기준은 양형기준의 효력이 발생한 이후 법원에 공소제기된 범죄에 대하여 적용하므로(양형위원회 운영규정 제20조), 2015. 8. 26. 공소제기된 판시 업무상과실치사죄에 대하여 위 양형기준이 적용되지 아니한다.’고 판시하면서 선고형의 결정시 양형의 이유로서 불리한 정상과 유리한 정상을 기술하였다.

위 사건은 현재의 양형기준표에 의하면 ‘업무상과실치사죄’로 제3유형에 해당하며, 양형의 이유로서 판시된 불리한 정상과 유리한 정상은 아래 [표 2]와 같이 정리된다.

50) 만약 의료사고처리특례법안이 원안대로 제정되는 경우라면, 이러한 행위의 경우 의료사고처리특례의 적용 예외 대상으로 중과실치사죄로 기소될 필요성이 있다고 생각된다.

51) 이에 관하여는 백경희, “환자의 진료협력의무와 의사의 의료과실”, 「의료법학」 제13권 제1호, 대한의료법학회, 2012, 91-123면 참조.

52) 신동훈, “수직적 의료분업과 형사책임의 제한”, 「성균관법학」 제36권 제1호, 성균관대학교 법학연구원, 2024, 158-161면; 정웅석, “분업적 의료행위에 따른 형사책임관계”, 「의료법학」 제15권 제2호, 2014, 418면.

53) 서울동부지방법원 2016. 11. 25. 선고 2015고합203 판결.

[표 2] 양형기준에 따른 1심 양형이유의 분석

구분		감경요소	가중요소
특별 양형 인자	행위	- 사고 발생 경위에 특히 참작할 사유가 있는 경우 o 피고인이 2014. 10. 20.에 이르러서는 복막염의 가능성을 염두에 두고 피해자에게 관련 검사를 위한 입원을 지시하는 등 미흡하나마 자신의 능력 범위에서는 일정한 노력을 한 것으로 보인다. ⁵⁴⁾ o 피해자가 2014. 10. 20. 피고인의 입원 지시에 따르지 않았는바, 그러한 사정도 피해자의 사망이라는 결과를 초래한 원인의 하나가 되었다고 볼 수 있다. (피해자의 진료협력의무 위반)	- 주의의무 또는 안전·보건조치 의무 위반의 정도가 중한 경우 o 피고인은 이 사건 수술 이후 일련의 과정에서 피해자가 호소하는 통증의 원인을 규명하여 대처하기 위한 조치를 제대로 취하지 못하였(다). (여러 개의 중첩된 의료과실 존재 ⁵⁵⁾)
	행위자/기타	해당사항 없음	해당사항 없음
일반 양형 인자	행위	해당사항 없음	해당사항 없음
	행위자/기타	- 형사처벌 전력 없음 o 피고인에게 전과가 없다.	o 피고인은 피해자의 유족들로부터 용서를 받지 못하였고, 피해자의 유족들에게 피해 보상도 전혀 하지 못하고 있다.

나. 항소심

이 사건의 원심은 1심을 전부 파기하고 업무상과실치사의 점 외에 의료법 위반의 점을 인정하면서⁵⁶⁾ 형이 더 무거운 업무상과실치사죄에 정한 형에 경합범 가중하되, 동종의 형으로 간주하여 징역형으로 처벌하여 결국 1년의 징역형을 선고하였다.⁵⁷⁾

54) 판결에서 언급된 양형사유에 대하여 표 안에서 ‘o’이하에 원문대로 표시함(이하 표도 동일).

55) 법원이 의료형사책임에서 단독 과실이 아닌 복수에 의한 과실 경합에 의한 것인지를 양형 판단요소로 하고 보고 있는 견해로 홍태석, “의료사고에 있어 과실범의 양형판단과 특수성 - 한국과 일본의 판례를 통하여 -”, 「의생명과학과 법」 제31권, 원광대학교 법학연구소, 2024. 6, 88면.

56) 구 의료법(2016. 5. 29. 법률 제14220호로 일부 개정되기 전의 것) 제19조(정보누설금지) 위반.

57) 서울고등법원 2018. 1. 30. 선고 2016노3983 판결.

이에 업무상과실치사죄를 기준으로 현재의 양형기준을 적용하여 양형이유를 정리하면 다음 [표 3]과 같다.

[표 3] 양형기준에 따른 항소심 양형이유의 분석

구분		감경요소	가중요소
특별 양형 인자	행위	- 사고 발생 경위에 특히 참작할 사유가 있는 경우 - o 피고인이 수술 도중에 수술도구로 직접 피해자의 소장 내지 횡격막, 심낭에 천공을 시켰다고 단정하기 어려운 점 - o 피해자가 피고인의 입원 지시를 한 차례 따르지 않았고, 예약된 진료시간에 병원에 오지 않기도 하여 적절한 진단과 치료가 다소 지연된 측면이 있음을 부인하기 어려운 점 (피해자의 진료협력의무 위반)	- 주의의무 또는 안전·보건조치의무 위반의 정도가 중한 경우 - o 피고인은 이 사건 수술 이후 피해자가 계속하여 통증을 호소하였음에도 적절한 조치를 취하지 않았다.
	행위자/기타	해당사항 없음	해당사항 없음
일반 양형 인자	행위	해당사항 없음	해당사항 없음
	행위자/기타	o 피고인에게 아직 다른 범죄로 처벌받은 전력은 없는 점	o 당심에 이르기까지 피고인은 피해자의 유족들로부터 용서를 받지 못하였고, 피고인 스스로 피해자의 유족들에게 피해회복조치를 취한 바도 없다.

다. 분석

1심과 항소심 모두에서 피해자의 진료협력의무 위반을 특별양형인자의 행위적 감경요소로 보고 있음을 알 수 있다. 그리고 항소심에서는 피고인이 수술도구로 직접 피해자의 소장 등을 천공시켰다고 단정하기 어려운 점을 인정하면서 중첩된 의료과실의 인정에 있어 소극적 입장을 취하였음을 알 수 있는데, 그럼에도 불구하고 1심보다 중한 형이 선고된 것은 실제적 경합관계인 의료법위반의 점이 유죄로 인정됨으로서 책임이 가중된 것으로 보인다.

(2) 장정결제 처방·투여 후 사망 사건

가. 1심

위 사건에 대하여 1심은 양형기준에 대하여 제3유형 업무상과실치사죄에 해당한다고 파악하여 특별양형인자는 없다고 보았다.⁵⁸⁾ 하지만 앞서와 같이 현재의 양형기준에 따라 불리한 정상과 유리한 정상을 정리하면 아래 [표 4]와 같다.

[표 4] 양형기준에 따른 1심 양형이유의 분석

구분		감경요소	가중요소
특별양형인자	행위	- 사고 발생 경위에 특히 참작할 사유가 있는 경우 o 피고인이 담당한 역할과 지위 (수직적 분업, 전공의 신분)	- 주의의무 또는 안전·보건조치 의무 위반의 정도가 중한 경우 o 피고인들의 과실이 가볍지 아니하고
	행위자/기타	해당사항 없음	해당사항 없음
일반양형인자	행위	해당사항 없음	해당사항 없음
	행위자/기타	o 전과가 없는 점 o 기타 피고인의 연령, 환경, 범행 후의 정황 등 이 사건 기록과 변론에 나타나는 양형의 조건이 되는 사정	o 피해변제를 위한 노력을 다하였으나 피해자 유족들의 거부로 인하여 합의가 진행되지 않는다고 주장하나, 이 사건 소송 경과 등에 비추어 피해 변제를 한 것에 준하다거나 참작할 만한 사정으로 볼 수 없는 점

나. 항소심

항소심 또한 위 사건의 양형기준과 관련하여 제3유형 업무상과실치사죄에 해당한다고 파악하여 특별양형인자는 없다고 보았다.⁵⁹⁾ 그러나 동일한 방식으로 현재의 양형기준을 적용하면 항소심의 불리한 정상과 유리한 정상은 [표 5]와 같이 정리된다.

58) 서울중앙지방법원 2020. 9. 10. 선고 2018고단8530 판결.

59) 서울중앙지방법원 2022. 1. 13. 선고 2020노2928 판결.

[표 5] 양형기준에 따른 항소심 양형이유의 분석

구분		감경요소	가중요소
특별 양형 인자	행위	- 사고 발생 경위에 특히 참작할 사유가 있는 경우 - o 대장암 의심소견과 장폐색 및 뇌경색 등의 기저질환이 있는 고령의 피해자에 대한 진단 및 치료를 위해 대장 내시경 실시는 필요하였던 점, 앞서 본 바와 같이 피해자의 나이나 건강상태 등을 고려하면 수술 등 외과적인 진단·치료방법이나 경과관찰이 대장 내시경의 실시보다 더 나은 방법이라고 단정할 수는 없는 점 (의학적 적응성, 체질적 소인) - o 피고인 B은 당시 전공의(레지던트)로서 아직 배우는 과정에 있었고, 담당한 역할과 지위 (전공의 신분)	- 주의의무 또는 안전·보건조치의무 위반의 정도가 중한 경우 - o 피고인들은 영상검사결과 장폐색 의심 소견이 있고 적어도 부분 장폐색 상태일 가능성이 높은 피해자에 대한 쿨프랩 투여의 부작용 및 위험성을 경시하여 위와 같은 피해자의 상태나 쿨프랩 투여의 부작용 및 위험성을 피해자나 그 보호자에게 제대로 알리지 아니하였을 뿐만 아니라, 위와 같은 피해자에 대한 쿨프랩 투여 과정에서 요구되는 주의의무를 다하지 않은 업무상 과실로 인하여 …… 피고인들의 업무상 과실이 가볍지 아니하고 - 범행 후 증거은폐 또는 은폐 시도 - o 피고인들은 현재까지도 자신들의 잘못을 인정하고 반성하지 않고 있으며, 수사과정에서도 일관된 진술보다는 전후 모순되거나 이전 진술을 반복하는 진술을 하는 등으로 수사에 협조하지 않았으며, 사후에 진료기록을 변경하였다.
	행위자 /기타	해당사항 없음	해당사항 없음
일반 양형 인자	행위	해당사항 없음	해당사항 없음
	행위자 /기타	- o 이 사건 범행 이전에 형사상 처벌을 받은 전력이 없는 점 - o 피고인들의 나이, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 기록과 변론에 나타나는 양형의 조건이 되는 사정	o 아직 피해자의 유족들로부터 용서를 받거나 합의를 하지 못하였고, 피해자의 유족들은 피고인의 엄벌을 바라고 있다.

다. 검토

1심에서는 다소 간단히 양형요소를 판단하고 있음에도 피고인의 전공의(레지던트) 신분으로서의 역할과 지위를 특별양형인자 중 행위적 감경요소로 보고 있음을 알 수 있다. 항소심에서는 이에 더하여 해당 의료행위의 필요성(의학적 적응성)과 피해자의 체질적 소인을 특별양형인자 중 행위적 감경요소로 추가하고 있음을 알 수 있다.

3. 특별양형인자 중 행위적 요소에 관한 검토

형량범위는 양형요소 중 특별양형인자를 고려하여 결정하게 되기에, 의료사고와 관련한 업무상과실치사상죄 및 중과실치사상죄에 있어서도 특별양형인자를 살펴봄이 더 필요하고, 그 중 행위적 요소를 구별하여 보는 것이 의료형사책임의 양형 사유가 분명해질 수 있는 것으로 판단된다.

위에서 본 바와 같이 의료형사책임과 관련하여 업무상과실치사상죄로 기소됨이 대부분이기에, 중과실로 인한 의료사고의 경우 그 과실은 특별양형인자의 가중요소로 판단될 수 있을 것이다. 다음으로 환자의 체질적 소인 등 인체의 다양성으로 발생하는 상황이나 환자의 진료 거부행위, 의료진 사이의 협업 관계에서 각자의 지위⁶⁰⁾는 사고 발생 경위에 특히 참작할 사유가 있는 경우로서 특별양형인자의 감경요소로서 역할을 할 수 있을 것으로 보인다.

위에서 분석한 판례 및 외국의 법제, 의료사고처리특별법안의 특례 적용 예외사유 등을 종합적으로 고려하여 양형기준상 특별양형인자를 해당 사유에서 세분하여 예로서 기재한다면 의료형사책임의 양형의 사유가 분명해질 수 있을 것이라 생각된다. 이를 정리하면 아래 [표 6]과 같다.

[표 6] 의료형사책임의 양형기준

구분		감경요소	가중요소
특별 양형 인자	행위	- 사고 발생 경위에 특히 참작할 사유가 있는 경우 o 의료인의 지위, 업무 (수직적 분업 또는 전공의 등) o 피해자에 대한 의학적 적응성 o 피해자의 체질적 소인 o 피해자의 진료협력의무 위반	- 주의의무 또는 안전·보건조치 의무 위반의 정도가 중한 경우 o 동의내용과 상이한 의료행위 o 환자 또는 진료 부위의 동일성 착오 o 수혈 혈액형 착오 o 의약품투여시 처방과 상이한 투약용량 및 투약경로 시행 o 필수적 검사의 누락

60) 특히 전공의라는 신분은 교육을 받는 지위도 있기 때문에 의료사고의 처벌이 예방과 교육적 측면에서 이루어지고 있음을 고려한다면 특별감경인자에 해당한다고 보아야 할 것이다.; 홍태석, 위의 논문, 89면.

V. 결론

우리나라 양형위원회에서는 종래의 양형실무에 대한 통계분석을 기초로 양형기준을 설정하였다는 점에서 경험적 방법을 기본으로 하였다. 물론 양형위원회는 양형기준을 설정함에 있어 불합리한 양형편차를 해소하기 위해 경험적 접근 방식을 토대로 국민의 법감정, 양형이 관대하다고 생각하는 정도, 범죄 유형별 범죄증가율·발생건수 범죄의 특별예방·일반예방의우선순위 등을 고려하여 규범적인 조정을 하였다는 점에서 규범적 판단을 완전히 배제하지 않은 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 양형위원회가 취한 기본적인 방법으로 택한 경험적 방법에 의한 양형인자 도출은 양형위원회가 처한 여러 한계적 여건 하에서 불가피한 측면이 있지만, 양형실무의 답습이라는 근본적인 문제점을 노출할 수밖에 없다.⁶¹⁾

이는 의료형사책임에 적용되는 형법 제268조 업무상과실·중과실치사상죄의 양형기준에서도 나타나고 있다. 우리나라 형법 규정상 그 법정형은 동일하게 규정되어 있더라도 의료과실에 있어서 비난가능성에 따른 구별의 필요성과 의료사고의 특수성, 외국의 법제 등을 고려해 볼 때 의료과실에 있어 단순과실과 중과실은 구분되어야 하는데, 현재 기소단계에서 업무상과실치사상죄로 대부분 기소됨을 고려할 때 중과실로 판단될 경우 이를 법원의 양형 부과 정도를 통해 구현될 수 있을 것이다.⁶²⁾ 이러한 관점에서 종래의 양형실무를 통계 수치화하여 의료형사책임에서의 양형기준으로 사용하는 것보다는 의료중과실은 별도의 특별양형인자로서 행위와 관련한 가중요소로서 판단되어야 할 것이다. 또한 의료진 사이의 협업 관계에서 각자의 지위, 환자의 체질적 소인 등 인체의 다양성으로 발생하는 상황이나 환자의 진료 거부행위 등을 감경요소로서 명시해야 할 것이다. 이러한 양형기준이 마련된다면, 법원에서도 보다 명확한 기준에 따라 의료과실 사건을 판단할 수 있게 되며, 궁극적으로 법적 안정성과 국민의 신뢰를 확보하는 데 기여할 수 있을 것이다. 또한, 의료진의 불필요한 형사적 부담을 완화하면서도 환자의 권리를 보호하는 균형 잡힌 법적 환경을 조성할 수 있을 것이다.

61) 김재봉, 「우리나라 양형기준제의 문제점과 개선방안」, 대검찰청, 2013, 51면.

62) 최민영, “의료사고처리특별법안의 형법적 타당성 검토”, 「의생명과학과 법」 제32권, 원광대학교 법학연구소, 2024. 12., 287면.

[참고문헌]

<단행본>

- 김세종, 과실치사상범죄 양형기준안 설명자료, 양형위원회, 2021.
- 김재봉, 우리나라 양형기준제의 문제점과 개선방안, 대검찰청, 2013.
- 김형선·이진국·김기영, 「의료행위의 형벌화 현황과 시사점」, 대한의사협회 의료정책연구소, 2022. 11.
- 배종대, 「형법총론(제18판)」, 홍문사, 2024.
- 배종대, 「형법각론(제14판)」, 홍문사, 2023.
- 신동운, 「형법총론(제16판)」, 법문사, 2024.
- 신현호·백경희, 「의료분쟁의 이론과 실제 (상)」, 박영사, 2022.
- 이재상 · 장영민 · 강동범, 「형법총론(제12판)」, 박영사, 2024.
- 이재상 · 장영민 · 강동범, 「형법각론(제13판)」, 박영사, 2023.
- 이형국 · 김혜경, 형법총론(제7판), 법문사, 2023.
- 탁희성 · 김한균 · 김성언 · 최석윤, 「형사정책과 사법제도에 관한 연구 (Ⅳ) - 양형기준제 시행에 따른 양형합리화정책 성과분석 및 평가 -」, 형사정책연구원, 2010.
- 편집대표 조균석, 「형법주해 VIII-각칙(5)」, 박영사, 2023.

<국내논문>

- 김한균, “양형상 책임 반영과 예방 고려”, 「형사소송 이론과 실무」 제15권 제3호, 한국형사소송법학회, 2023. 9.
- 방희선, “양형의 본질과 양형기준에 관한 소고”, 「형사법의 신동향」 제34호, 대검찰청, 2012. 2.
- 백경희, “환자의 진료협력의무와 의사의 의료과실”, 「의료법학」 제13권 제1호, 대한의료법학회, 2012.
- 백경희·심영주, “의료 중과실에 대한 법적 고찰”, 「사법」 통권 제39호, 사법발전재단, 2017.
- 신동훈, “수직적 의료분업과 형사책임의 제한”, 「성균관법학」 제36권 제1호, 성균관대학교 법학연구원, 2024.
- 오경식 · 김혜경, “법률적 양형의 기본원리와 방향”, 「형사법의 신동향」 제33호, 대검찰청, 2011. 12.
- 이진국·김기영, “의사의 업무상과실치사상 책임에 관한 실증적 분석과 정책적 함의”, 「한국의료법학회지」 제29권 제2호, 한국의료법학회, 2021.
- 장연화·백경희, “의료사고의 책임 분배 제도에 대한 고찰 - 의료사고처리특례법안과 외국의 법제에 관한 비교를 중심으로 -”, 「과학기술과 법」 제15권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2024. 6.

- 정웅석, “분업적 의료행위에 따른 형사책임관계”, 「의료법학」 제15권 제2호, 2014.
- 최민영, “의료사고처리특례법안의 형법적 타당성 검토”, 「의생명과학과 법」 제32권, 원광대학교 법학연구소, 2024. 12
- 황만성, “환자의 전원에 있어서의 의료과실”, 형사판례연구(19), 한국형사판례연구회, 2011.
- , “의료행위의 형사책임에 있어서 중과실의 개념과 유형에 관한 고찰”, 「의생명과학과 법」 제32권, 원광대학교 법학연구소. 2024. 12.
- 홍태석, “의료사고에 있어 과실범의 양형판단과 특수성 - 한국과 일본의 판례를 통하여 -”, 「의생명과학과 법」 제31권, 원광대학교 법학연구소, 2024. 6.

<해외논문>

- Parzeller, M./Zedler, B., “*Das Patientenrechtegesetz (PatRG) - Teil 3: Beweislast in Haftungsfragen und kritisches Fazit(Mit 1 Tabelle)*”, Archiv für Kriminologie, 233(1), 2014.
- 日本救急醫學會, 医療における業務上過失致死罪が適用される範囲, 厚生労働省報告書, 2008. 10.
- 上田正和, 刑事医療事件と刑事訴訟手続, 大宮ローレビュー第5号, 大宮 法科大學院大學, 2006.

[Abstract]

A Study on the Sentencing Standards in Medical Criminal Liability

Baek, Kyoung-Hee*, Chang, Yeon-Hwa**

In Korea, Article 268 of the Criminal Act distinguishes between occupational negligence and gross negligence in cases of medical criminal liability. However, both offenses are subject to the same statutory penalty. In practice, most medical criminal cases are prosecuted as occupational negligence resulting in injury or death, and courts do not specifically assess whether the case involves gross negligence. Furthermore, the Sentencing Commission's sentencing guidelines do not explicitly differentiate between the two offenses, nor do they establish separate standards for medical malpractice cases.

Although the statutory penalties for occupational negligence resulting in death or injury and gross negligence resulting in death or injury are the same under Korean criminal law, there is a need to distinguish between ordinary negligence and gross negligence in medical malpractice cases, considering the unique nature of medical errors, the degree of culpability, and foreign legal systems. Given that most medical malpractice cases are prosecuted under occupational negligence resulting in death or injury, cases involving gross negligence could be reflected through sentencing decisions by the courts. Furthermore, Korea's proposed Medical Accident Handling Special Act, which aims to establish a safety net for medical accidents by ensuring effective compensation for patients and reducing the legal burdens on medical professionals, also includes "gross negligence" as an exception to the application of special provisions, reinforcing the necessity of such a distinction.

From this perspective, gross medical negligence should be recognized as a special sentencing factor and considered an aggravating element in sentencing. Additionally, factors such as collaboration among medical professionals, individual roles and responsibilities, the patient's unique physical condition, or cases where a patient refuses medical treatment should be clearly identified as mitigating factors. Establishing such sentencing guidelines would allow courts to assess medical malpractice cases with greater clarity and consistency, ultimately enhancing legal stability and public trust in the judiciary. Moreover, these guidelines would help reduce unnecessary legal burdens on medical professionals while ensuring a balanced legal framework that protects patient rights.

* First Author: Professor, Inha University Law School

** Corresponding Author, : Professor, Inha University Law School

Key Words: Medical criminal liability, Medical malpractice, Gross negligence, Medical gross negligence, Sentencing standards

인터넷 방송인 노동 권리 보호 연구

환 이 즈* · 왕 정**

논문요지

인터넷 기술의 빠른 발전에 따라 인터넷 방송은 새로운 산업 형태로 급격히 성장하였고, 많은 종사자를 끌어들였다. 그러나 인터넷 방송인이라는 이 새로운 직업군의 노동 권리 보호는 많은 도전에 직면해 있다. 본 연구는 인터넷 방송인의 노동 권리 보호 문제를 심층적으로 탐구하는 것을 목표로 한다. 우선, 인터넷 방송인의 노동 관계의 특수성을 분석한다. 여기에는 업무 성격의 유연성, 수입 모델의 불확실성, 노동 관계의 모호성 등이 포함된다.

이 글은 인터넷 방송인들이 노동 권리 보호 측면에서 겪고 있는 주요 문제를 드러낸다. 예를 들어, 공식적인 노동 계약의 부재, 불안정한 수입, 과도한 근로 시간, 신체적·정신적 건강의 악화, 그리고 비효율적인 권리 보호 경로 등이 그것이다. 이러한 문제들을 해결하기 위해 본 연구는 여러 가지 개선 방안과 제안을 제시한다. 여기에는 법률 제도의 강화, 인터넷 방송인의 법적 지위 명확화, 사회적 인식 변화 촉진, 플랫폼의 책임 의식 강화, 다양한 분쟁 해결 기구의 구축, 산업 자율 규제 강화 등이 포함된다. 이러한 조치들의 시행을 통해, 보다 공정하고 정의로우며 질서 있는 인터넷 방송인의 노동 환경을 구축하고, 방송 진행자의 합법적인 권리를 보장하며, 인터넷 방송 산업의 건강하고 지속 가능한 발전을 촉진하고자 한다.

본 연구는 인터넷 방송인의 노동 권리 보호에 대한 이론적 가치를 제공할 뿐만 아니라, 관련 정책 수립과 실무적 운영에 유익한 참고자료를 제공한다.

검색용 주제어: 인터넷 방송인, 노동 권리, 플랫폼 책임, 법적 보호

· 논문제출: 2024. 12. 26. · 심사개시: 2025. 01. 09. · 게재확정: 2025. 01. 27.

* 동아대학교 국제법무학과 박사과정

** 청도대학교 법학전문대학원 교수

I. 서론

1. 연구배경

노동 권리 보호의 핵심은 노동자의 기본적인 인권과 존엄성을 존중하는 것이다. 그들의 노동 조건, 임금 대우 및 사회 보장을 보장함으로써 사회는 그들의 공헌을 인정하고, 그들이 착취당하거나 소외되는 것을 방지한다. 좋은 노동 조건과 사회 보장은 노동자의 삶의 질을 향상시키고, 그들의 행복감과 소속감을 강화한다. 노동자의 권리는 세계 인권의 중요한 구성 요소이다. 보호를 강화하는 것은 자국의 인권 수준을 높일 뿐만 아니라 세계 인권 사업에 기여하며, 국제 사회가 노동자의 권리에 더 많은 관심을 갖도록 한다. 인터넷 기술의 급속한 발전에 따라, 인터넷 방송은 새로운 형태의 전파 방식으로 빠르게 성장했으며, 현재 정보 전파와 오락의 주요한 방법으로 자리잡았다. 인터넷 방송인, 이 새로운 산업의 핵심 종사자는 다양한 방송 플랫폼을 통해 광범위한 관객에게 자신의 재능을 보여주고, 생활을 공유하며, 상호 작용을 하면서 많은 팬들의 관심을 끌었다.¹⁾ 그러나 인터넷 방송 산업의 급성장에 따라, 인터넷 방송인의 노동 권리 보호 문제가 점차 부각되었으며, 이는 사회의 주요 관심사로 떠오르고 있다.

인터넷 방송 산업의 성장은 젊은이들에게 새로운 취업 기회를 제공할 뿐만 아니라 사회에 큰 경제적 가치를 창출했다. 그러나 산업 발전의 빠른 속도와 혁신성으로 인해 관련 법률과 규제 체계가 아직 완비되지 않아 인터넷 방송인들은 노동 권리 보호에서 많은 어려움에 직면해 있다.²⁾ 한편, 일부 방송 플랫폼은 이익 극대화를 추구하기 위해 방송인의 노동 시간과 수입을 과도하게 착취하여 방송인의 합법적인 권리가 침해되는 상황이 발생하고 있다. 다른 한편으로는 관련 법률과 규정이 미비하고 집행력이 부족하여 인터넷 방송인들이 권리 보호 과정에서 많은 어려움에 직면해 있다. 또한, 인터넷 방송인의 작업 방식은 전통적인 노동자들과 큰 차이가 있으며, 그들의 작업 시간, 장소, 내용은 상대적으로 유연하지만, 이러한 유연성은 노동 권리 보호의 문제를 야기하고 있다.³⁾ 고정된 근무 시간과 장소가 없으며 전통적인 노동 관계와 다른 작업 방식으로 인해 인터넷 방송인들은 전통적인 노동자들과 동일한 노동 권리 보호를 받기 어려운 경우가 많다. 따라서 인터넷 방송인의 노동 권리 보호에 대한 연구는 방송인과 플랫폼 간의 권리와 의무 관계를 명확히 하고, 양측에 공정하고 정의로운 계약 체계를 제공하는 데 도움이 될 뿐만 아니라, 관련 법률과 규정의 개선을 촉진하고 방송인 자체의 권리 보호 의식과 능력을 향상시키며, 이 새로운 직업에 대한 사회적 인식과 이해를 증진하는 데 기여할 수 있다.⁴⁾

1) 吳娜, 史俊杰, “MCN机构与网络主播認定勞動關係存在的困境与思考”, 「河北企業」, 第11期 (2024), 132-135면.

2) 張玉, “网络主播勞動關係的認定”, 「中國價格監管与反壟斷」, 第8期 (2024), 50-52면.

3) 張坤, “數字經濟下网络主播的勞動權益保護”, 「山東工會論壇」, 第30卷第4期 (2024), 85-98면.

4) 楊小佳, “网络主播与經紀公司之間是否构成勞動關係”, 「人民之友」, 第7期 (2024), 55면.

2. 연구의 목적과 의의

본 연구는 신종 직업 군으로서의 인터넷 방송인의 노동 권리 보호 문제를 심층적으로 탐구하는 것을 목적으로 한다. 특히, 노동 권리 보호에서 근로 시간, 휴식 및 휴가, 노동 보수와 복지, 노동 안전과 위생, 사회 보험 및 복지 등 기본적인 노동 권리의 현황과 기존의 주요 문제점을 분석한다. 인터넷 방송 산업이 빠르게 성장하면서 인터넷 방송인은 현대 경제 사회에서 없어서는 안 될 중요한 부분이 되었다. 그러나 이 산업의 특수성과 관련 법률과 규정의 지연으로 인해 인터넷 방송인의 노동 권리 보호는 많은 어려움에 직면해 있다. 체계적인 분석과 연구를 통해 인터넷 방송인의 노동 권리 보호 현황과 문제, 그 근본적인 원인을 밝히고, 효과적인 보호 전략과 조치를 제시하여 인터넷 방송인의 합법적인 권리를 보호하고, 인터넷 방송 산업의 건강하고 질서 있는 발전을 촉진하는 것을 목표로 한다.

본 연구는 노동 권리 보호 이론 체계를 풍부하게 하고 완성하는 데 기여할 수 있다. 인터넷 방송인이라는 신종 직업군의 노동 권리 보호 문제는 그 독특성과 복잡성으로 인해 중요한 의미를 가진다. 본 연구를 통해 인터넷 방송인의 노동 권리 보호에서의 특수성을 깊이 있게 분석하고, 노동 권리 보호 이론 체계의 완성을 위한 새로운 시각과 아이디어를 제시할 수 있다. 본 논문은 인터넷 방송인, 방송 플랫폼 및 관련 감독 기관에 중요한 실천적 지침을 제공한다. 첫째, 본 연구는 인터넷 방송인이 자신의 노동 권리를 더 잘 이해하고, 권리 보호 의식과 능력을 향상시키는 데 도움이 될 수 있다. 둘째, 방송 플랫폼에 대해 본 연구는 그들의 고용 행위를 규범화하고 내부 관리 체계를 개선하는 데 유용한 참고자료를 제공할 수 있다. 셋째, 감독 기관에 대해서는 본 연구가 관련 법률과 규정의 제정 및 개선, 산업 규제 강화에 과학적 근거를 제공하는 데 기여할 수 있다.

II. 인터넷 방송인의 노동 권리 개요

1. 인터넷 방송인의 정의와 특징

인터넷 방송인은 인터넷을 기반으로 실시간 방송, 상호작용, 음성 및 영상 프로그램 업로드 등의 형태로 발언하고 출연하여 네트워크 공연, 시청각 정보 서비스를 제공하는 사람을 말한다. 그들은 비디오, 오디오 등의 형태로 실시간으로 관객과 상호 작용하며, 내용은 게임, 음악, 채팅, 교육 등 다양한 분야를 포함한다. 방송인과 관객 간의 실시간 상호작용은 인터넷 방송인의 가장 큰 매력이다. 관객은 댓글, 채팅, 다리미(彈幕) 등을 통해 방송인과 소통할 수 있으며, 이러한 상호작용성은 관객의 참여감과 소속감을 더욱 강화시킨다.⁵⁾ 방송인은 관객의 관심을 유지하기 위해 지속적으로 새로운 콘텐츠를 창작해야 한다. 이는 그들이 일정한 창의성과 표현 능력을 갖추고, 관객의 요구와 시장의 변화에 적응할 수 있어야 함을 의미한다. 많은 성공적인

5) 劉冉, “數字經濟背景下企業與主播勞動關係的探究”, 「中外企業文化」, 第6期 (2024), 125-127면.

방송인들은 개인 브랜드를 구축하여 팬을 유치한다. 그들은 소셜 미디어에서 적극적으로 자신을 홍보하고, 팬들과의 관계를 유지하며, 팬들의 충성도를 높인다. 방송인의 근무 시간은 상대적으로 유연하며, 자신의 생활 리듬에 맞춰 방송 시간을 조정할 수 있다. 이러한 자유로운 근무 방식은 많은 젊은이들이 이 직업을 선택하는 이유가 된다.

인터넷 방송인의 작업 방식은 일반적으로 실시간 방송, 비디오 녹화, 팬과의 상호 작용 등 여러 가지 과정을 포함한다. 그들은 방송 중에 자신의 재능을 발휘하고, 일상을 공유하며, 질문에 답하는 등의 활동을 한다. 또한, 소셜 미디어에서 자신의 이미지와 팬 관계를 관리하는 일도 중요하다.⁶⁾

인터넷 방송인의 수입 원천은 주로 다음과 같다: 방송 플랫폼은 방송인의 방송방에 광고를 삽입하며, 방송인은 시청자 수와 광고 재생 횟수에 따라 일정한 수입을 얻을 수 있다. 관객은 플랫폼에서 제공하는 보상 기능을 통해 방송인에게 가상 선물이나 현금을 보낼 수 있다. 많은 방송 플랫폼은 관객이 방송인의 채널을 구독하고, 독특한 콘텐츠와 특권을 즐길 수 있도록 허용한다. 구독은 일반적으로 일정 금액을 지불해야 하며, 이 부분의 수입은 방송인의 주요 수입원 중 하나가 된다. 일부 방송인들은 자신의 상품(예: 의류, 액세서리 등)을 출시하여 상품 판매를 통해 수익을 얻기도 한다. 또한, 방송인들은 브랜드와 협력하거나 후원을 받아 브랜드 제품을 홍보하거나 이벤트에 참여하여 수익을 얻을 수 있다.

2. 인터넷 방송인의 노동 권리 내용

(1) 근무 시간 및 휴식과 휴가의 권리

인터넷 방송인은 가상 공간에서 일하지만 여전히 노동자에 해당하며, 따라서 휴식권과 건강 보호를 보장받아야 한다. 중국의 《노동법》에 따르면, 사용자 측은 노동자가 매주 최소 하루는 휴식할 수 있도록 보장해야 하며, 매일 근무 시간은 국가가 정한 기준을 초과해서는 안 된다. 그러나 방송 산업의 특수성으로 인해 근무와 생활의 경계가 모호해지고, 방송인의 근무 시간을 어떻게 정의할 것인지가 큰 문제로 남아 있다.⁷⁾ 그럼에도 불구하고, 인터넷 방송인은 합리적인 방송 시간을 요구할 권리가 있으며, 장시간 연속 근무를 피하고 법정 휴식 및 휴가 시간을 누릴 권리가 있다. 사용자나 방송 플랫폼은 인터넷 방송인의 휴식 및 휴가 권리를 존중하고 보장해야 하며, 과도하게 노동 시간을 착취하거나 건강을 해치는 일이 없도록 해야 한다.

(2) 노동 보수 및 복지의 권리

노동 보수는 노동자가 노동을 제공한 후 받아야 할 보상으로, 노동 권리의 중요한 구성 요소이다. 인터넷 방송인도 노동자로서 노동 보수를 받을 권리를 갖는다. 구체적으로, 인터넷 방송인은 방송 플랫폼이나 사용자 측에 대해 정해진 시간에

6) 占舒琪, “對網絡主播情感勞動的辯証分析”, 「勞動哲學研究」, 第1期 (2024), 327-335면.

7) 熊旺, “網絡主播與平台勞動關係認定研究”, 「南昌大學」, 2024.

정당한 보수를 지급할 것을 요구할 권리가 있으며, 보수 수준은 해당 지역의 최저 임금 기준을 하회해서는 안 된다.⁸⁾ 또한, 인터넷 방송인은 노동을 제공하는 과정에서 사회 보험, 주택 공적 기금, 유급 휴가 등 기타 복지 혜택을 받을 수 있다. 이러한 복지 혜택의 제공 여부는 방송인과 플랫폼 또는 사용자 간의 구체적인 계약과 관련 법률 및 규정에 따라 달라진다. 주의할 점은, 인터넷 방송인의 특수성으로 인해 그들의 노동 보수는 방송 효과, 시청자 수 등과 밀접하게 연관되어 있다는 것이다. 따라서 노동 보수를 정할 때 이러한 요소들이 방송인의 보수에 미치는 영향을 충분히 고려해야 하며, 방송인이 공정하고 합리적인 보수를 받을 수 있도록 보장해야 한다.

(3) 노동 안전 및 위생의 권리

인터넷 방송인은 전통적인 공장이나 사무실과는 다른 작업 환경에서 일하지만, 여전히 노동 안전과 위생 문제에 대한 관심이 필요하다. 그들은 방송을 진행하는 동안 장시간 컴퓨터 앞에 앉아 있거나 마이크와 같은 장비를 사용하는 데 따른 신체적 부담, 그리고 장시간 화면을 보는 것에 의한 시력 문제 등을 겪을 수 있다. 따라서 인터넷 방송인은 방송 플랫폼이나 사용자 측에 대해 노동 안전 및 위생 기준에 부합하는 작업 환경을 제공할 권리가 있다. 예를 들어, 적절한 사무용 의자와 책상을 갖추고, 적절한 화면 밝기와 각도를 조정하며, 필요한 휴식 시설을 제공하는 등의 조치가 필요하다. 또한, 방송 플랫폼이나 사용자 측은 인터넷 방송인에 대해 노동 안전 교육과 훈련을 강화하고, 그들의 자기 보호 의식과 능력을 향상시킬 수 있도록 해야 한다.⁹⁾

(4) 사회 보험 및 복지의 권리

사회 보험 및 복지는 노동자가 노동을 제공하는 과정에서 반드시 누려야 할 중요한 권리이다. 인터넷 방송인 역시 방송 플랫폼이나 사용자 측에 대해 사회 보험료를 납부할 권리가 있다. 이에선 연금 보험, 의료 보험, 실업 보험, 산업 재해 보험, 출산 보험 등이 포함된다. 이러한 사회 보험 항목은 인터넷 방송인이 은퇴, 질병, 실업 등 상황에서 일정한 경제적 보호를 받을 수 있도록 도와준다. 사회 보험 외에도, 인터넷 방송인은 주택 공적 기금, 유급 휴가, 명절 복지 등 기타 복지 혜택을 누릴 수 있다. 이러한 복지 혜택의 제공 여부는 방송인과 플랫폼 또는 사용자 간의 구체적인 계약 및 관련 법률 규정에 따라 달라진다. 주목할 점은, 인터넷 방송인의 특수성으로 인해 그들의 복지 혜택은 방송 효과, 시청자 수 등 여러 요소와 밀접하게 연관되어 있다는 것이다. 따라서 복지 혜택을 정할 때 이러한 요소들이 방송인에게 미치는 영향을 충분히 고려하여, 방송인이 공정하고 합리적인 복지 혜택을 받을 수 있도록 보장해야 한다.

8) 宮成, “平台簽約型網絡主播勞動權益法律保障研究”, 「大連海洋大學」, 2024.

9) 黃榆, “12起公布的典型案例, 一半涉及‘東家是誰’”, 「工人日報」, 2024-05-16 (006) .

Ⅲ. 인터넷 방송인의 노동 권리 보호 현황 분석

1. 법률 규정 및 정책 환경

인터넷 방송인으로서의 새로운 직업군은 기존의 노동 법률 체계 내에서 노동 관계의 인정과 노동 권리 보호에 있어 일정한 도전 과제가 존재한다. 한편, 만약 인터넷 방송인이 방송 플랫폼이나 관련 기관과 정식 노동 계약을 체결하고 양측의 권리와 의무가 명확히 규정된다면, 그들은 전통적인 노동자로 간주되어 노동법에서 규정한 여러 가지 권리를 누릴 수 있다. 이에겐 근무 시간, 휴식 및 휴가, 노동 보수, 사회 보험 등 다양한 권리가 포함된다. 그러나 실제로 많은 인터넷 방송인들은 플랫폼과의 관계가 전통적인 노동 관계가 아니라 위탁 계약, 협력 분배 등의 형태로 이루어져 있다. 이러한 계약 관계는 방송인들이 법적 구제를 요청할 때 노동 관계의 인정 문제를 야기하게 만든다. 따라서 노동 관계의 정의가 모호하거나 애매한 경우, 방송인들은 자신들의 권리를 보호받기 어려운 상황에 직면하게 된다.¹⁰⁾ 또한, 현행 노동 법률과 규정은 인터넷 방송인이라는 신흥 직업군의 특수성을 충분히 고려하지 못하고 있다. 예를 들어, 인터넷 방송인의 근무 시간은 명확하게 정량화하기 어렵고, 심야 방송, 상호작용 후속 방문 등 "숨은 야근" 현상이 빈번하게 발생하며, 이는 방송인의 휴식권을 심각하게 침해한다. 동시에, 방송 수익은 주로 선물 보상, 플랫폼 수수료, 상업적 협력 등 다양한 출처에서 발생하며, 수익 분배 구조가 복잡하고 투명하지 않다. 일부 방송인들은 플랫폼의 부당한 수수료 징수나 보수 미지급 등 문제에 직면하기도 한다. 이러한 특수성으로 인해 현행 노동 법률과 규정은 인터넷 방송인의 노동 권리 보호에 있어 한계가 존재한다.

최근 몇 년 간, 인터넷 방송 산업의 급속한 발전에 따라 국가와 지방 정부는 해당 산업의 발전을 규제하고 유도하기 위해 일련의 정책을 발표했다. 이러한 정책은 인터넷 방송인의 노동 권리 보호에 있어 지원을 제공하는 동시에 일정한 제한을 두고 있다. 지원 측면에서는, 관련 정책이 방송 플랫폼이 공정하고 투명한 수익 분배 규칙을 마련하고, 방송인의 근무 시간, 휴식 권리 등과 관련된 사항을 명확히 할 것을 장려하며, 산업이 건전한 경쟁 질서를 형성하도록 유도하고 있다. 예를 들어, 일부 지방 정부는 라이브커머스 산업 발전을 지원하는 정책을 발표하여, 라이브커머스 기지와 산업 체인 구축을 장려하고, 인터넷 방송인들에게 더 많은 취업 기회와 발전 공간을 제공했다. 또한, 관련 정책은 인터넷 방송 콘텐츠에 대한 규제를 강화하고, 저속하거나 허위적인 불법 행위를 단속함으로써, 인터넷 방송인들에게 더욱 건강하고 긍정적인 직업 환경을 조성하려는 노력을 기울이고 있다.¹¹⁾ 제한 측면에서, 관련 정책은 인터넷 방송인의 노동 권리 보호에 일정한 조건을 부과하고 있다. 예를 들어, 노동 관계의 인정에 있어 관련 정책은 인터넷 방송인과 플랫폼 간에 명확한 노동 관계가 존재해야만 노동법에서 규정한 권리를 누릴 수 있다고 요구하고 있다. 그러나 인터넷 방송인과 플랫폼 간의 협력 관계는 다양하고 복잡하여, 많은 방송인들이 법적 구제를 요청할 때 자신의 노동자 신분을 입증하는 데 어려움을 겪고 있다. 또한,

10) 趙乾宇,張峰,媒介化時代平台數字勞動的異化分析——基於抖音平台主播的數字民族志研究[J]. 當代電視,2024,(05):46-52.

11) 宋嘉麒,“網絡主播的勞動關係研究”,「法制博覽」,第6期(2024),67-69면.

관련 정책은 인터넷 방송인의 노동 권리 보호를 강화하는 동시에, 인터넷 방송 산업에 대한 규제를 강화하고, 방송인의 행동 규범에 더 높은 기준을 설정하고 있다. 이러한 규제는 방송인의 자유로운 활동에 제한을 두기도 하지만, 동시에 업계의 질서를 유지하고 부정적인 영향을 줄이기 위한 노력으로 볼 수 있다.

2. 노동 계약 및 협력 관계

인터넷 방송인과 방송 플랫폼 간의 계약 유형은 다양하다. 주요 계약 유형에는 노동 계약, 방송 서비스 계약(또는 협력 계약), 독점 협력 계약, 초상권 사용 계약, 비밀 유지 계약 등이 포함된다. 이러한 계약 유형은 인터넷 방송인과 방송 플랫폼 간의 관계 성격이 다를 수 있음을 반영한다.¹²⁾

노동 계약: 인터넷 방송인과 방송 플랫폼 간에 노동 관계가 존재할 때, 노동 계약을 체결한다. 이 계약은 양측의 권리와 의무를 명확히 하며, 예를 들어 업무 내용, 근무 시간, 급여, 사회 보험 등과 같은 사항을 규정한다. 이는 방송인의 기본적인 권리를 보호하는 중요한 계약이다.

방송 서비스 계약(또는 협력 계약): 이는 방송인과 방송 플랫폼 간에 가장 일반적인 계약 유형이다. 계약은 방송인의 방송 시간, 방송 내용, 방송 플랫폼의 권리(예: 방송 화면의 사용, 방송 데이터 통계 등) 및 방송인의 권리 보호(예: 방송 수익 분배, 방송 위반 처리 등)를 명확히 한다. 이 계약은 양측의 협력 관계를 강조하며, 방송인은 상대적으로 독립적인 위치에 있다.

독점 협력 계약: 일부 방송인은 특정 방송 플랫폼과 독점 협력 계약을 체결하여, 일정 기간 동안 해당 플랫폼에서만 방송을 진행하도록 한다. 이는 플랫폼의 독점 자원과 이익을 보호하기 위한 계약이다.

초상권 사용 계약: 방송 과정에서 방송인의 이미지가 노출되기 때문에, 방송 플랫폼과 방송인 간에 초상권 사용 계약을 체결한다. 이 계약은 방송 플랫폼이 방송인의 초상권을 사용하는 범위, 사용 기간, 사용 방식 등을 명확히 규정한다.

비밀 유지 계약: 방송 플랫폼의 상업 비밀과 방송인의 개인 정보를 보호하기 위해, 양측은 비밀 유지 계약을 체결한다. 이 계약은 계약 이행 과정에서 다루어지는 비밀 정보에 대한 비밀 유지 의무를 규정한다.¹³⁾

이러한 계약 유형은 인터넷 방송인과 방송 플랫폼 간의 관계의 다양성을 반영한다. 여기에는 전통적인 노동 관계도 있으며, 평등한 협력 관계에 기반한 상업적 협력도 존재한다.

노동 계약과 협력 계약은 인터넷 방송인의 노동 권리 보호에 있어 다음과 같은 두드러진 차이를 보인다:

주체와 관계 성격: 노동 계약의 주체는 명확하다. 한쪽은 사용자(방송 플랫폼), 다른 한쪽은 노동자(인터넷 방송인)로, 노동자는 사용자에게 의한 관리와 지휘를 받아야 한다. 이러한 관계에서 인터넷 방송인은 전통적인 의미의 직원으로 간주되며, 노동법에 의해 규정된 모든 권리를 보장받는다.

12) 王晶莹, “平台資本与粉絲角力下的虚拟主播劳动关系异化”, 「青年記者」, 第1期 (2024), 92-97면.

13) 李萌, “直播平台与主播劳动关系认定研究”, 「黑龍江大學」, 2024.

반면, 협력 계약의 주체는 더 유연하다. 방송인 개인과 방송 플랫폼 또는 매니지먼트 회사 등 여러 형태일 수 있다. 이 경우 양측은 협력 관계를 강조하며, 방송인은 상대적으로 독립적이고 사용자에게 의해 엄격하게 관리되지 않는다. 이러한 관계에서는 인터넷 방송인의 노동 권리 보호가 주로 계약 조항에 의존하게 된다.

작업 내용 및 보수 지급: 노동 계약 하에서, 인터넷 방송인은 일반적으로 사용자(방송 플랫폼)의 요구에 따라 특정 업무를 수행해야 하며, 노동 보수는 대개 고정된 급여와 보너스, 복지 혜택 등으로 구성된다. 반면, 협력 계약 하에서는 방송인의 업무 내용이 더 다양화될 수 있다. 예를 들어, 방송인은 방송 콘텐츠를 자율적으로 기획하거나, 더 큰 창의적 자유를 가질 수 있다. 이 경우, 플랫폼이나 회사는 방송인의 업무에 대한 간섭이 상대적으로 적다.¹⁴⁾ 보수는 주로 방송 수익 분배나 팬들의 선물(도네이션) 등으로 나타나며, 보수의 불확실성이 상대적으로 크다.

법률 적용 및 권리 보호: 노동 계약은 《노동 계약법》 등 전문적인 법률 규정에 의해 조정되며, 노동자의 각종 권리를 보호한다. 예를 들어, 근로 시간, 휴식 및 휴가, 노동 보수, 사회 보험 등은 명확히 규정되어 있다. 반면, 협력 계약은 주로 《민법전》 등 일반적인 민사 법률 규범에 의해 조정되며, 양측의 권리와 의무는 주로 계약을 통해 규정된다.¹⁵⁾ 따라서 협력 계약 하에서는 인터넷 방송인의 노동 권리 보호가 계약 조항의 명확성과 양측의 협상 결과에 더 많이 의존하게 된다.

3. 노동 권리 침해의 주요 표현

(1) 수입 불안정 및 임금 체불

인터넷 방송인은 신흥 직업군으로, 그들의 수입은 주로 방송 도네이션, 광고 협력, 상품 홍보 등 다양한 경로에서 발생한다. 그러나 이러한 다변화된 수입 모델은 수입 불안정 문제를 초래한다. 방송 산업의 경쟁이 치열하기 때문에, 방송인의 유명도와 영향력은 그들의 수입 수준에 직접적인 영향을 미친다. 일부 신입 방송인이나 유명도가 낮은 방송인은 수입 변동이 크고, 수입이 불안정한 상황에 직면할 수 있다. 더 심각한 문제는 임금 체불 현상이다. 일부 방송 플랫폼이나 매니지먼트 회사는 방송인과 계약을 체결할 때 불합리한 급여 구조나 수수료 비율을 설정하여 방송인이 실제로 받는 수입이 예상보다 적게 되는 경우가 있다. 심지어 일부 플랫폼이나 회사는 방송인의 급여를 직접 체불하기도 하며, 이는 방송인에게 경제적 손실과 심리적 압박을 초래한다. 예를 들어, 일부 방송인은 계약서에 명시된 급여 지급일에 급여를 받지 못하고, 여러 차례 독촉하고 협상해도 해결되지 않는 경우가 있다. 이 경우, 방송인은 자신이 받아야 할 노동 보수를 잃을 뿐만 아니라, 권리를 주장하기 위해 많은 시간과 노력을 소모하게 된다.

14) 余竹穎, “平台經濟模式下簽約主播勞動權益保障研究”, 「東南大學學報(哲學社會科學版)」, 第25卷增刊2(2023), 128-131면.

15) 劉宇彤, “基于勞動者權益保護視角的網絡主播用工勞動關係認定研究”, 「北方民族大學」, 2024.

(2) 과도한 근무 시간과 부족한 휴식

인터넷 방송인의 근무 시간이 과도하고 휴식이 부족한 것은 또 다른 주요한 노동 권리 침해의 표현이다. 방송 산업의 특수성 때문에 방송인의 근무 시간은 종종 정량화하기 어렵고, 휴식 권리를 보장하는 명확한 근로 시간 제도가 부족하다. 한편, 인터넷 방송인은 관객을 끌어들이고, 유명도를 높이기 위해 많은 시간을 방송에 투자해야 한다. 일부 방송인은 관객과의 상호작용 및 유대감을 유지하기 위해 심지어 심야나 새벽 시간에 방송을 진행하기도 하여, 근무 시간이 과도하게 초과되는 경우가 있다. 장시간 방송은 방송인의 신체 건강에 해를 끼칠 뿐만 아니라 정신 상태와 업무 효율성에도 부정적인 영향을 미친다. 또 다른 한편으로, 방송 산업의 경쟁이 치열하기 때문에, 일부 방송인은 경쟁력을 유지하기 위해 휴식 시간을 희생하면서까지 방송을 하거나 방송 준비에 시간을 투자해야 한다. 이로 인해 방송인의 휴식 시간이 심각하게 부족하고, 충분한 휴식과 회복을 취할 수 없는 상황이 발생한다.¹⁶⁾ 장기적으로 이와 같은 상황은 방송인의 신체적, 정신적 건강에 심각한 영향을 미칠 수 있으며, 심지어 직무 피로나 퇴직을 초래할 수도 있다. 또한, 일부 방송 플랫폼이나 매니지먼트 회사는 방송인과 계약을 체결할 때 불합리한 방송 시간 요구나 수수료 비율을 설정할 수 있으며, 이는 방송인의 과도한 근무 시간과 부족한 휴식 문제를 더욱 악화시킨다. 이러한 불합리한 계약 조항은 방송인의 합법적인 권리를 침해할 뿐만 아니라, 방송 산업의 건강한 발전을 저해하는 요인으로 작용한다.

(3) 노동 보호 및 사회 보험 부족

인터넷 방송인과 방송 플랫폼 간의 법적 관계가 명확하지 않기 때문에, 많은 방송인들이 전통적인 의미의 노동자 범주에 포함되지 않아 노동법에 의해 규정된 각종 노동 보호를 받기 어렵다. 일부 방송인은 플랫폼과 협력 계약이나 용역 계약을 체결할 뿐, 정식 노동 계약을 체결하지 않으며, 이로 인해 노동 분쟁이 발생했을 때 자신의 합법적인 권리를 보호하는 데 어려움을 겪는다. 예를 들어, 일부 방송인이 방송 중에 침해나 사기 등 불법 행위를 당했을 때, 명확한 노동 관계가 없어서 노동 감독 기관에 신고할 수 없으며, 법적 지원이나 민사 소송을 통해서만 해결할 수 있다. 이 경우, 권리 보호 비용이 매우 높고, 그 효과는 제한적일 수 있다.

사회 보험은 노동자의 중요한 보장 중 하나로, 연금 보험, 의료 보험, 산업 재해 보험, 실업 보험, 출산 보험 등을 포함한다. 그러나 인터넷 방송인과 플랫폼 간의 법적 관계가 명확하지 않기 때문에, 많은 방송인들이 사회 보험 시스템에 포함되지 않는다. 일부 방송인은 플랫폼과 협력 계약을 체결했음에도 불구하고, 플랫폼이 사회 보험 비용을 납부하지 않아 방송인이 질병, 산업 재해, 실업 등의 위험에 처했을 때 적절한 사회 보장을 받을 수 없다. 또한 일부 방송인은 특수한 업무 성격으로 인해, 자유직업자나 개인 사업자 등으로 분류되어 사회 보험을 자발적으로 납부할 수 없으며, 이로 인해 사회 보장의 공백이 더욱 심화된다.¹⁷⁾

16) 鄭卓, “網絡主播勞動關係認定的發展與展望”, 「中國社會保障」, 第12期 (2023), 70-71면.

17) 倪小帆, 劉勇, “‘勞工分層’: 快手平台鄉村主播的數字勞動研究”, 「傳媒觀察」, 第11期

노동 보호와 사회 보험의 부족은 인터넷 방송인의 직업 경력과 생활 질에 심각한 영향을 미친다. 한편, 노동 보호의 부족은 방송인이 노동 분쟁을 겪을 때 자신의 합법적인 권리를 보호하기 어렵게 만들어, 직업적 명예가 손상되거나 경제적 손실이 심각하게 발생할 수 있다. 다른 한편으로, 사회 보험의 부재는 방송인이 질병이나 산업 재해와 같은 위험에 직면했을 때 적절한 경제적 지원과 의료 도움을 받을 수 없게 하여, 그들의 생활에 큰 압박을 가하게 된다.

(4) 직업 발전 제한과 권리 침해

인터넷 방송 산업의 급격한 발전에 따라, 인터넷 방송인은 신종 직업군에서 중요한 부분을 차지하게 되었다. 그러나 이 직업군은 직업 발전과 권리 보호 측면에서 여러 가지 도전에 직면해 있다. 전통적인 직업들과 비교했을 때, 인터넷 방송인의 직업 경로는 명확하지 않다. 많은 방송인들이 직업을 시작할 때 명확한 직업 계획이 부족하여, 개인적인 탐색과 시도에 의존할 수밖에 없다. 이는 그들의 직업 발전에 불확실성과 리스크를 증가시킨다. 방송 플랫폼이나 매니지먼트 회사는 주로 방송인의 즉각적인 수익에 집중하며, 장기적인 직업 발전에 대한 투자는 소홀히 하는 경우가 많다. 그 결과, 방송인은 전문 교육을 받거나 직업 기술을 향상시킬 기회가 상대적으로 적어지며, 이는 그들의 직업 발전 가능성과 공간을 제한하게 된다.¹⁸⁾ 현재, 인터넷 방송 산업은 아직 완벽한 산업 규범을 형성하지 못했다. 이로 인해 방송인들은 직업 발전 과정에서 명확한 지도와 규범이 부족하다. 일부 방송인들은 산업 규범의 부족으로 직업 발전에서 어려움을 겪거나, 심지어 규정을 위반한 행동으로 처벌을 받을 수 있다.

인터넷 방송인과 방송 플랫폼 또는 매니지먼트 회사 간의 법적 관계가 불명확하여, 방송인들은 노동 분쟁이 발생했을 때 자신의 합법적인 권리를 보호하기 어려운 상황에 처하게 된다. 일부 방송인들은 명확한 노동 관계가 없기 때문에 노동법에 의해 규정된 각종 권리를 누리지 못할 수 있다. 인터넷 방송인의 수입은 주로 방송 후원, 광고 협력 등 다양한 경로에서 발생하기 때문에 수입에 큰 불확실성이 존재한다. 일부 방송인들은 수입 불안정으로 경제적 압박을 겪고, 심지어 생계를 유지할 수 없어 직업을 포기해야 하는 상황에 놓일 수 있다. 또한, 노동 관계가 불명확한 이유로 많은 인터넷 방송인들이 사회 보장 시스템에 포함되지 않고 있다.¹⁹⁾ 이로 인해 방송인들은 질병이나 산업 재해와 같은 위험에 직면했을 때 적절한 사회 보장과 구호를 받을 수 없게 된다. 일부 방송인들은 부적절한 언행이나 규정 위반으로 인해 대중의 비난과 여론의 압박을 받게 되어, 직업적 이미지가 손상될 수 있다. 이는 방송인의 개인적인 명예에 영향을 미칠 뿐만 아니라, 직업 발전에도 부정적인 영향을 미칠 수 있다.

(2023), 32-38면.

18) 李斌, 魏西蒙, “銷售主播与家電公司是否存在勞動關係”, 「中國人力資源社會保障」, 第10期 (2023), 58면.

19) 呂鵬, 葛孝, “一个超級网紅的消亡史: 网络主播的數字勞動、身份認同及治理——基于MC天佑的媒介生命史研究”, 「國際新聞界」, 第45卷第8期 (2023), 155-176면.

IV. 인터넷 방송인 노동 권리 보호에 영향을 미치는 요인 분석

1. 법적 제도의 미비

인터넷 방송 등 신종 산업의 급속한 발전으로 전통적인 노동 법률과 규정은 새로운 고용 형태의 노동자에게 적용하기 어려운 상황이다. 인터넷 방송인은 신종 고용 형태의 대표적인 사례로, 그들의 노동 관계 인정, 노동 권리 보호 등에서 많은 도전에 직면하고 있다. 현행 노동 법률과 규정은 주로 전통적인 노동 관계 모델을 바탕으로 만들어졌기 때문에, 인터넷 방송인이라는 신종 직업군의 특성을 완전히 반영하고 적용하기에는 한계가 있다. 구체적으로 말하자면, 인터넷 방송인과 플랫폼 간의 협력 관계, 수입 모델, 근무 시간 등은 매우 유연하고 불확실성이 크기 때문에 전통적인 노동 관계 인정 기준을 그대로 적용하기 어렵다. 또한, 인터넷 방송인의 노동 권리 보호는 사회 보험 납부, 산업 재해 보험 적용, 최저 임금 보장 등 여러 가지 문제에 직면하고 있으며, 이를 해결하기 위해서는 법률과 규정의 명확화와 규제가 필요하다.

인터넷 방송인과 플랫폼 간의 법적 관계 규명이 모호한 점은 그들의 노동 권리 보호에 영향을 미치는 중요한 요인 중 하나다. 인터넷 방송인의 고용 형태는 유연하고 다양하기 때문에, 방송인과 플랫폼 간의 협력 방식도 서로 다르다. 일부는 정식 노동 계약을 체결하는 반면, 다른 일부는 협력 계약이나 용역 계약을 체결하고, 심지어는 일부 방송인들은 플랫폼과 아무런 서면 계약을 체결하지 않기도 한다.²⁰⁾ 이러한 법적 관계의 모호성은 인터넷 방송인이 노동 분쟁에 직면했을 때 자신의 합법적인 권리를 보호하는 데 어려움을 겪게 만든다. 한편으로는 명확한 노동 관계 인정 기준이 부족하여 방송인들이 권리 보호 과정에서 자신과 플랫폼 간의 노동 관계를 입증하기 어려운 경우가 많다. 다른 한편으로는, 노동 관계를 입증할 수 있더라도 관련 법률과 규정의 부재 또는 미비로 인해 방송인들이 충분한 법적 보호를 받지 못할 수 있다.

2. 사회적 인식의 후진성

사회적 인식이 인터넷 방송인과 같은 새로운 고용 형태의 노동자를 인정하고 수용하는 정도는 그들의 노동 권리 보호에 직접적인 영향을 미친다. 전통적인 관념에서는 사람들은 일반적으로 고정된 직업만을 "정상적인 직업"으로 간주하고, 인터넷 방송인과 같은 신생 직업은 "정상적인 일을 하지 않는다"거나 "교묘하게 속임수로 돈을 벌려 한다"는 시각을 가지고 있다. 이러한 뒤떨어진 관념은 인터넷 방송인과 같은 새로운 고용 형태의 노동자들이 사회에서 차별과 불공정한 대우를 받게 하며, 결국 그들의 노동 권리 보호에 부정적인 영향을 미친다.

차별과 편견은 사회 여론뿐만 아니라 법률과 정책의 차원에서도 나타날 수 있다. 예를 들어, 노동 관계의 인정에서 새로운 고용 형태에 대한 깊은 이해 부족으로 인해 관련 법규가 인터넷 방송인과 같은 집단의 특수성을 충분히 고려하지 못해, 그들이 권리 보호를 추구할 때 많은 어려움을 겪게 된다.

20) 李媛媛, “寓工于樂——經驗分享主播的數字勞動實踐”, 「上海大學」, 2023.

인터넷 방송인의 사회적 지위에 대한 인정 정도 또한 그들의 노동 권리 보호에 중요한 영향을 미친다. 인터넷 방송인들이 국가에서 인정하는 새로운 직업이 되었고, 경제적 및 문화적 분야에서 점점 더 중요한 역할을 하고 있음에도 불구하고, 사회에서 인터넷 방송인에 대한 인식과 수용도에는 차이가 있다. 한편, 일부 인터넷 방송인들은 독특한 재능과 매력으로 많은 팬들의 사랑과 존경을 받으며, 사회적 지위가 점차 상승하고 있다. 반면, 일부 인터넷 방송인들은 저속한 내용이나 과장된 홍보 등 부정적인 행동으로 사회적 의혹과 비판을 받기도 하며, 이는 인터넷 방송인 집단 전체의 사회적 이미지에 일정한 영향을 미친다.²¹⁾ 인터넷 방송인의 사회적 지위 인정 정도는 그들의 개인적인 직업 발전뿐만 아니라 노동 권리 보호에도 직접적인 영향을 미친다. 사회에서 널리 인정되고 수용되는 직업 집단은 법적 및 정책적 지원을 더 많이 받을 수 있으며, 그로 인해 자신의 노동 권리를 보다 잘 보호할 수 있다.

3. 플랫폼 책임 의식 부족

플랫폼은 운영 과정에서 종종 자신들의 경제적 이익과 시장 점유율에 더 집중하고, 인터넷 방송인의 노동 권리 보호를 소홀히 여기는 경향이 있다. 일부 플랫폼은 방송인과 계약을 체결할 때, 계약 조항이 불명확하거나 책임 분담이 불분명한 경우가 많아, 방송인이 권리 보호를 요구할 때 어려움을 겪게 된다. 또한, 플랫폼은 프로모션과 운영 과정에서 방송인의 노동 성과에 대한 존중과 보호를 소홀히 하여 방송인의 노동 권리가 더욱 침해되는 상황을 초래할 수 있다. 이익 극대화를 추구하는 일부 플랫폼은 비정상적인 방법을 사용하여 운영 비용을 절감하고, 그로 인해 방송인의 노동 권리가 손상되는 경우가 많다. 예를 들어, 플랫폼은 추천 비율을 높이거나 방송인의 보수를 낮추는 등의 방법으로 운영 비용을 줄이고, 이를 통해 자신의 이익을 증대시킬 수 있다. 이러한 행동은 공정 거래의 원칙을 위반할 뿐만 아니라, 방송인의 합법적인 권리를 침해하는 결과를 낳는다.²²⁾ 또한, 플랫폼은 콘텐츠 검열, 사용자 관리 등에서 소홀히 할 수 있어, 일부 위법 콘텐츠가 유포되거나 방송인에게 불필요한 리스크와 압박을 안겨줄 수 있다. 예를 들어, 일부 플랫폼은 방송인의 방송 내용에 대해 충분히 감독하지 않아 저속한 내용, 폭력적인 내용, 불법적인 내용 등이 방영될 수 있다. 이는 방송인의 이미지와 명성을 손상시킬 뿐만 아니라, 법적 분쟁이나 여론 압박을 초래할 수 있다.

V. 인터넷 방송인 노동권 보호 개선을 위한 방안

1. 법제도 강화

현행 법률은 인터넷 방송인이라는 새로운 직업군에 대한 규제가 미비하다. 특히

21) 楊學友, “主播與傳媒網絡公司是否構成勞動關係”, 「檢察風云」, 第15期 (2023), 56-57면.

22) 謝小英, “網絡主播勞動現實困境及解決路徑——基于馬克思勞動異化理論的考察”, 「科技創業月刊」, 第36卷第7期 (2023), 69-73면.

저작권, 인격권, 노동법 등에서 많은 방송인들이 방송 중 제작한 창작물에 대해 마땅한 법적 보호를 받지 못하고 있다. 따라서 관련 법규를 보완하여 인터넷 방송인을 노동법의 보호 범위에 포함시키고, 그들의 법적 지위를 명확히 하여 보다 포괄적인 법적 보호를 제공해야 한다. 인터넷 방송인의 직업적 특성에 맞춰 특별한 노동법 규정이나 조항을 제정하고, 이들의 근무 시간, 휴식 및 휴가, 급여 지급, 사회 보험 등과 관련된 권리를 명확히 하여, 그들이 제공하는 노동 서비스에 대해 전통적인 노동자들과 동일한 권리 보호를 받을 수 있도록 해야 한다.

인터넷 방송인과 플랫폼 간의 노동 관계 인식은 그들의 노동 권리를 보호하는 전제 조건이다. 그러나 인터넷 방송인의 근무 방식, 근무 시간, 근무 장소가 상대적으로 유연하고, 전통적인 노동 관계와 다른 근무 방식 때문에 그들의 노동 관계 인식은 복잡해진다.²³⁾ 따라서 인터넷 방송인과 플랫폼 간의 고용 관계 인식을 명확히 하기 위한 맞춤형 법률과 규제를 제정할 필요가 있다. 예를 들어, 방송인과 플랫폼 간의 경제적 의존성, 인격적 의존성, 업무 자율성 등 다양한 요소를 종합적으로 판단하여 고용 관계 인식 기준을 설정하고, 방송인이 고용 관계 인정 요건을 충족할 경우 노동법 보호를 받을 수 있도록 해야 한다. 동시에, 법률과 규제는 플랫폼과 방송인 간의 계약 조항을 규제하고, 양 당사자의 권리와 의무를 명확히 하여, 플랫폼이 우위적인 지위를 이용해 방송인의 합법적인 권리를 침해하는 것을 방지해야 한다. 예를 들어, 계약서에는 방송인의 업무 내용, 근무 시간, 임금, 사회 보험 등 핵심 사항을 명확히 기재하여, 방송인이 계약을 체결할 때 자신의 권리와 의무를 충분히 이해할 수 있도록 해야 한다.²⁴⁾ 또한, 플랫폼에서 사용하는 "알고리즘"은 일종의 "무형" 자원으로 "정보 재산"에 해당한다. 따라서 이는 "영업 비밀"로 간주될 수 있다. 플랫폼이 "알고리즘"을 활용하여 노동 결정을 내리고 관리를 수행할 때, 데이터 안전, 권리 침해 위험 및 알고리즘 차별 등의 문제가 발생한다. 따라서 이에 대한 별도의 입법을 할 때, 관련된 영업 비밀에 관한 법률 및 조항과 결합하여 규율할 수 있다.²⁵⁾

법제도를 강화하는 동시에, 법률 홍보를 강화하고, 방송인의 법적 인식을 제고하며, 노동 감독 메커니즘을 구축하고, 노동 분쟁 해결 메커니즘을 개선하는 등 다양한 노력이 필요하다. 이러한 조치들을 종합적으로 시행함으로써 인터넷 방송인에게 보다 포괄적이고 효과적인 법적 보호를 제공하고, 그들의 직업적 건강한 발전을 촉진할 수 있다.

2. 사회적 관념 전환 촉진

인터넷의 빠른 발전에 따라, 인터넷 방송인(스트리머)은 새로운 직업으로서 사회 경제의 여러 분야에 점차 통합되고 있다. 그러나 사회가 새로운 고용 형태의 노동자에 대한 인식과 인정이 부족하여, 인터넷 방송인과 같은 집단은 여전히 노동권 보호에서 많은 도전에 직면해 있다. 따라서 사회적 관념 전환을 촉진하고, 새로운 고용 형태의 노동자에 대한 인식도와 인정도를 높이는 것은 인터넷 방송인 노동권 보호를 개선하는 중요한 조치 중 하나이다. 미디어, 소셜 플랫폼 등 다양한 채널을 통해 새

23) 吳翰, “互聯網直播平台與主播間勞動關係研究”, 「浙江師範大學」, 2023.

24) 薛淑涵, “網絡直播平台與主播之間勞動關係的認定研究”, 「貴州財經大學」, 2023.

25) 劉琳, “算法解釋權與商業秘密保護的衝突化解”, 「行政法學研究」, 2023.

로운 고용 형태의 노동자에 대한 홍보 교육을 강화하고, 더 많은 사람들이 인터넷 방송인 등의 직업 특성, 가치, 사회적 기여를 이해하도록 해야 한다.

성공 사례 전시: 유명한 방송인의 성장 과정, 창업 이야기 등과 같은 인터넷 방송인 등 집단의 성공 사례를 적극적으로 전시하여, 실제 사례를 통해 사회가 이 집단에 대한 인식과 인정도를 높일 수 있다. 인터넷 방송인과 다른 산업의 노동자들 간의 교류 활동을 조직하여 상호 이해를 증진시키고, 산업 장벽을 허물어 새 고용 형태의 노동자에 대한 사회적 인식을 촉진한다.

홍보 교육, 정책 유도 등을 통해 평등한 고용 의식을 촉진하고, 새 고용 형태의 노동자에 대한 차별과 편견을 없앤다. 관련 법규를 완비하여 인터넷 방송인 등 집단의 법적 지위를 명확히 하고, 그들의 합법적인 권리를 보장하며, 법적 공백이나 모호성으로 인한 차별 현상을 줄인다. 새 고용 형태의 노동자들을 위한 피드백 기구를 구축하여 사회에서 발생하는 차별과 편견 문제를 신속하게 수집하고 처리하며, 인터넷 방송인 등 집단에겐 권리 보호 채널을 제공한다.²⁶⁾

사회가 다양한 고용 개념을 확립하도록 장려하고, 각 직업이 고유한 가치와 의미를 가지고 있음을 인식시키며, 전통적인 직업 개념으로 새로운 고용 형태의 노동자들을 판단해서는 안 된다는 점을 강조한다. 인터넷 방송인 등 집단을 대상으로 직업 교육, 기술 향상 등의 서비스를 제공하여 그들의 직업 소양과 경쟁력을 향상시키고, 평등한 고용 의식을 확립할 수 있도록 돕는다. 또한 인터넷 방송인 등 집단에겐 직업 발전 기회와 플랫폼을 제공하고, 예를 들어 산업 포럼, 기술 경연대회 등을 개최하여 그들의 직업 발전과 사회적 지위 향상을 촉진한다.

3. 플랫폼의 책임 의식 강화

플랫폼은 인터넷 방송인의 주요 고용주이자 협력 파트너로서, 인터넷 방송인의 노동 권리 보호에서 매우 중요한 역할을 한다. 따라서 플랫폼의 책임 의식을 강화하고, 관련 법률과 규정을 철저히 준수하도록 하며, 합리적인 수입 분배, 근무 시간 조정 등의 메커니즘을 구축해야 한다. 이를 위해 교육 프로그램이나 세미나를 개최하여 플랫폼 관리자와 운영자에게 《노동법》, 《노동계약법》 등 관련 법률을 교육하고, 그들이 자신들의 법적 책임과 의무를 명확히 인식하도록 해야 한다.²⁷⁾ 플랫폼 관리자는 법률 지식을 자발적으로 배우고, 법적 의식을 향상시켜야 하며, 플랫폼 운영 과정에서 법률과 규정을 엄격히 준수하여 인터넷 방송인의 합법적 권리가 침해되지 않도록 해야 한다. 플랫폼은 수익 분배 규칙을 공개하여 인터넷 방송인이 자신의 수익 출처와 분배 비율을 명확히 이해할 수 있도록 해야 하며, 정보 불균형으로 인해 발생하는 권리 침해를 방지해야 한다. 플랫폼은 합리적인 수익 분배 비율을 설정하여 인터넷 방송인이 자신의 노동 성과에 맞는 보수를 받을 수 있도록 하며, 이는 방송 진행자의 노동 의욕과 만족도를 높이는 데 기여한다. 플랫폼은 인터넷 방송인과 근무 시간과 휴식 시간을 명확히 합의하여 방송 진행자의 합법적인 권리가 보호될 수 있도록 해야 한다. 플랫폼은 인터넷 방송인의 실제 상황과 수용 능력을 고려하여 작업 과중과 초과 근무를 피할 수 있도록 합리적으로 업무와 방송 시간을

26) 王銳, “勞動三分法下平台主播勞動權益保障研究”, 「中南財經政法大學」, 2023.

27) 王嘉懿, “網絡主播與直播平台勞動關係的認定研究”, 「烟台大學」, 2023.

조정해야 한다. 플랫폼은 인터넷 방송인과 정식 계약을 체결하여 양측의 권리와 의무를 명확히 하고, 계약 내에서 방송 진행자가 합법적인 권리를 누릴 수 있도록 해야 한다. 플랫폼은 인터넷 방송인을 위한 권리 보호 메커니즘을 구축하여 방송 진행자가 손쉽게 권리를 주장할 수 있는 통로와 법적 지원을 제공해야 한다. 정부는 인터넷 방송 플랫폼에 대한 감독을 강화하고, 완전한 감독 체계를 구축하여 플랫폼이 운영 과정에서 법과 규정을 엄격히 준수하도록 해야 한다. 법과 규정을 위반하여 인터넷 방송인의 합법적 권리를 침해한 플랫폼에 대해서는 정부가 법에 따라 처벌하고, 인터넷 방송 산업의 건강하고 질서 있는 발전을 보장해야 한다. 플랫폼의 책임 의식을 강화하는 것은 인터넷 방송인의 노동 권리 보호를 개선하기 위한 중요한 조치 중 하나이다.²⁸⁾ 플랫폼에 대한 법률 홍보와 교육을 강화하고, 합리적인 수익 분배 및 근무 시간 조정 메커니즘을 구축하며, 인터넷 방송인의 권리를 실질적으로 보호하고, 감독 및 법 집행 강화를 통해 인터넷 방송인의 노동 권리 보호 수준을 효과적으로 향상시킬 수 있다. 이를 통해 인터넷 방송인의 직업 건강한 발전을 촉진할 수 있다.

4. 다양한 분쟁 해결 메커니즘 구축

인터넷 방송인의 노동 권리 보호 연구에서 다양한 분쟁 해결 메커니즘을 구축하는 것은 매우 중요한 요소이다. 이 메커니즘은 인터넷 방송인이 노동 분쟁에 직면했을 때 신속하고 효과적으로 자신의 권리를 보호할 수 있도록 다양한 경로와 방법을 제공하는 것을 목표로 한다. 노동 분쟁 조정 조직을 구축하고 이를 건강하게 운영하여 조정 업무의 전문성과 독립성을 보장해야 한다. 이러한 조직은 정부, 노동조합, 기업 등이 공동으로 참여하는 조정위원회나 전문 노동 분쟁 조정 기관을 포함할 수 있다. 조정 절차를 간소화하고, 조정 효율성을 높이며, 조정의 수리 범위, 조정 기한, 조정 합의서의 작성 및 이행 등을 명확히 하여 조정 작업이 규범적이고 표준화되도록 해야 한다. 또한, 노동 분쟁 중재 기관을 강화하여 그 권위와 신뢰성을 높여야 한다. 중재 기관은 법에 따라 독립적으로 중재 권한을 행사하고, 중재 판정의 공정성과 합법성을 보장해야 한다.²⁹⁾ 인터넷, 미디어 등 채널을 통해 인터넷 방송인에 대한 법률 홍보와 교육을 강화하고, 그들의 법률 의식과 권리 보호 능력을 향상시켜야 한다. 인터넷 방송인이 자신의 권리와 의무를 이해하고, 노동 분쟁 발생 시 취할 수 있는 법적 경로를 알 수 있도록 해야 한다. 또한, 인터넷 방송인에게 법률 상담, 법적 문서 작성 대행, 소송 대리 등 법률 지원 서비스를 제공해야 한다. 이는 인터넷 방송인이 권리 보호 과정에서 법적 위협과 경제적 부담을 줄이는 데 도움이 될 수 있다. 법률 지원 기금을 설립하여 경제적으로 어려운 인터넷 방송인에게 필요한 경제적 지원을 제공해야 한다. 이는 노동 분쟁 발생 시 인터넷 방송인이 자신의 권리를 보호할 수 있도록 충분한 경제적 능력을 갖추게 할 수 있다. 인터넷 기술을 활용하여 온라인 조정과 중재의 발전을 촉진해야 한다. 이를 통해 인터넷 방송인은 언제 어디서든 조정이나 중재 신청을 할 수 있으며, 권리 보호 비용과 시간 비용을 낮출 수 있다. 제3자 조정 기관을 도입하여 노동 분쟁의 조정 업무에 참여하도록 권장해야 한다. 이러

28) 劉雅娟, “網絡主播與簽約公司之間是否構成勞動關係”, 「湖南農業」, 第5期 (2023), 47면.

29) 張丹妮, “網絡主播勞動關係的司法認定研究”, 「湖北師範大學」, 2023.

한 기관에는 산업 협회, 사회 조직 등이 포함될 수 있으며, 이들은 보다 전문적이고 중립적인 조정 서비스를 제공할 수 있다. 또한, 노동 분쟁 사건에 대한 인민 법원의 심리 작업을 강화하여 사법 판결의 공정성과 권위성을 보장해야 한다.³⁰⁾ 또한, 인민 법원은 노동 분쟁 조정 조직, 중재 기관과의 소통과 협력을 강화하여 분쟁 해결 메커니즘의 다원화와 협동화를 추진할 수 있다. 다원화된 분쟁 해결 메커니즘을 구축하는 것은 인터넷 방송인의 노동 권리 보호를 개선하는 중요한 조치 중 하나이다. 노동 분쟁 조정 및 중재 제도를 보완하고, 인터넷 방송인이 법적 경로를 통해 자신의 권리를 보호할 수 있도록 장려하며, 다원화된 분쟁 해결 채널을 구축하는 등의 조치를 통해 인터넷 방송인에게 보다 포괄적이고 효과적인 노동 권리 보호를 제공할 수 있다.

VI. 결론

인터넷의 급속한 발전과 보급에 따라, 인터넷 방송 산업은 새로운 형태의 오락 방식이자 정보 전파 채널로 자리 잡았으며, 많은 젊은이들이 이 분야에 뛰어들고 있다. 인터넷 방송인은 이 새로운 직업의 대표적인 존재로, 그들의 노동 권리 보호 문제는 사회 각계의 관심을 받고 있다.

인터넷 방송인의 노동 권리 보호 문제를 연구하는 과정에서, 인터넷 방송 산업이 많은 방송 진행자에게 자신을 표현하고 가치를 실현할 수 있는 무대를 제공하는 한편, 이들이 노동 권리 보호 측면에서 여러 가지 도전에 직면하고 있다는 사실이 드러났다. 예를 들어, 일부 방송 진행자와 방송 플랫폼 간에 공식적인 노동 계약이 결여되어 있어 노동 관계가 불분명하며, 방송 진행자들의 수입은 주로 시청자의 기부와 광고 수익에 의존하고 있어 이러한 불안정한 수입 모델은 그들의 삶에 큰 위협을 초래한다. 또한, 긴 시간 동안 고강도의 방송 작업은 방송 진행자들의 신체적, 정신적 건강에 피해를 주고 있다. 이러한 문제를 해결하기 위해 여러 가지 노동 권리 보호 방안을 제시하였다. 이 방안들은 법률 제도의 강화를 포함하여 인터넷 방송인의 법적 지위를 명확히 하고, 인터넷 방송용 고용 관계를 규제하는 법률과 규정을 제정하는 것, 사회적 인식 변화를 촉진하고 새로운 고용 형태 노동자들에 대한 인식과 수용도를 높이며, 이들에 대한 차별과 편견을 없애고 평등 고용 의식을 확립하는 것, 플랫폼의 책임 의식을 강화하여 플랫폼 관리자와 운영자에게 법률 교육을 실시하고 관련 법규를 철저히 준수하도록 하며, 합리적인 수익 분배 및 근로 시간 규정을 마련해 방송 진행자들의 권리를 실질적으로 보호하는 것, 그리고 다각적인 분쟁 해결 기구를 구축하여 노동 분쟁 조정과 중재 제도를 개선하고 방송 진행자들이 법적 경로를 통해 자신의 권리를 보호할 수 있도록 하는 것 등이 포함된다.

하지만 인터넷 방송인의 노동 권리 보호 문제는 단기간에 해결될 수 있는 문제가 아니다. 이는 정부, 산업, 플랫폼, 방송 진행자 등 여러 측의 공동 노력과 협력이 필요하다. 정부는 감독과 법 집행을 강화하여 법과 규정의 시행을 보장해야 하며, 산업은 자율 규제를 구축해 플랫폼과 방송 진행자의 행동을 규제해야 한다. 플랫폼은 사

30) 石笑哈, “我國網絡主播行業非標準勞動關係認定研究”, 「河北經貿大學」, 2023.

회적 책임을 다해 방송 진행자의 합법적 권리를 보호해야 하며, 방송 진행자들은 법적 의식을 높여 자신의 권리를 보호하는 방법을 배워야 한다.

미래를 전망하면서, 인터넷 방송 산업이 건강하고 질서 있게 발전하여 넓은 방송인들에게 보다 공정하고 정의로운 노동 환경을 제공할 수 있기를 기대한다. 동시에 사회 각계가 인터넷 방송인의 노동 권리 보호 문제에 지속적으로 관심을 가지며, 이 문제 해결을 위한 공동의 노력이 이루어져 조화로운 사회 구축과 경제 발전에 기여할 수 있기를 바란다.

[참고문헌]

- 吳娜, 史俊杰, “MCN机构与网络主播認定勞動關係存在的困境与思考”, 「河北企業」, 第11期 (2024)
- 張玉, “网络主播勞動關係的認定”, 「中國價格監管与反壟斷」, 第8期 (2024)
- 張坤, “數字經濟下网络主播的勞動權益保護”, 「山東工會論壇」, 第30卷第4期 (2024)
- 楊小佳, “网络主播与經紀公司之間是否构成勞動關係”, 「人民之友」, 第7期 (2024)
- 劉冉, “數字經濟背景下企業与主播勞動關係的探究”, 「中外企業文化」, 第6期 (2024)
- 占舒琪, “對网络主播情感勞動的辯証分析”, 「勞動哲學研究」, 第1期 (2024)
- 熊旺, “网络主播与平台勞動關係認定研究”, 「南昌大學」, 2024
- 宮成, “平台簽約型网络主播勞動權益法律保障研究”, 「大連海洋大學」, 2024
- 黃榆, “12起公布的典型案例, 一半涉及‘東家是誰’”, 「工人日報」, 2024-05-16 (006)
- 趙乾宇, 張峰, “媒介化時代平台數字勞動的异化分析——基于抖音平台主播的數字民族志研究”, 「当代電視」, 第5期 (2024)
- 宋嘉麒, “网络主播的勞動關係研究”, 「法制博覽」, 第6期 (2024)
- 王晶莹, “平台資本与粉絲角力下的虛擬主播關係勞動异化”, 「青年記者」, 第1期 (2024)
- 李萌, “直播平台与主播勞動關係認定研究”, 「黑龍江大學」, 2024
- 余竹穎, “平台經濟模式下簽約主播勞動權益保障研究”, 「東南大學學報 (哲學社會科學版)」, 第25卷增刊2 (2023)
- 劉宇彤, “基于勞動者權益保護視角的网络主播用工勞動關係認定研究”, 「北方民族大學」, 2024
- 鄭卓, “网络主播勞動關係認定的發展与展望”, 「中國社會保障」, 第12期 (2023)
- 倪小帆, 劉勇, “‘勞工分層’: 快手平台鄉村主播的數字勞動研究”, 「傳媒觀察」, 第11期 (2023)
- 李斌, 魏西蒙, “銷售主播与家電公司是否存在勞動關係”, 「中國人力資源社會保障」, 第10期 (2023)
- 呂鵬, 葛孝, “一个超級网紅的消亡史: 网络主播的數字勞動、身份認同及治理——基于MC天佑的媒介生命史研究”, 「國際新聞界」, 第45卷第8期 (2023)
- 李媛媛, “寓工于樂——經驗分享主播的數字勞動實踐», 「上海大學」, 2023
- 楊學友, “主播与傳媒网络公司是否构成勞動關係», 「檢察風云」, 第15期 (2023)
- 謝小英, “网络主播勞動現實困境及解決路徑——基于馬克思勞動异化理論的考察», 「科技創業月刊」, 第36卷第7期 (2023)
- 吳翰, “互聯网直播平台与主播間勞動關係研究», 「浙江師範大學」, 2023
- 薛淑涵, “网络直播平台与主播之間勞動關係的認定研究», 「貴州財經大學」, 2023
- 劉琳, “算法解釋權与商業秘密保護的冲突化解», 「行政法學研究」, 2023.
- 王銳, “勞動三分法下平台主播勞動權益保障研究», 「中南財經政法大學」, 2023
- 王嘉懿, “网络主播与直播平台勞動關係的認定研究», 「烟台大學」, 2023
- 劉雅娟, “网络主播与簽約公司之間是否构成勞動關係», 「湖南農業」, 第5期 (2023)

張丹妮, “網絡主播勞動關係的司法認定研究”, 「湖北師範大學」, 2023

石笑晗, “我國網絡主播行業非標準勞動關係認定研究”, 「河北經貿大學」, 2023

[Abstract]

Research on the Identification of the Employment Legal Relationship of Online Streamers

Huan-Yizhi,* Wang Jing**

With the rapid development of Internet technology, online live streaming has emerged as a new industry, attracting a large number of practitioners. However, the protection of labor rights for online streamers, as a new occupational group, faces many challenges. This article aims to delve into the issues of labor protection for online streamers. It first analyzes the peculiarities of the labor relationship for online streamers, including the flexibility of work nature, the uncertainty of income, and the ambiguity of labor relationship. This article reveals the main problems in the labor rights protection for online streamers, such as the lack of formal labor contracts, unstable income, excessive working hours, damage to physical and mental health, and poor channels for rights protection. In response to these problems, this article proposes a series of improvement measures and suggestions, including strengthening legal system construction, clarifying the legal status of online streamers, promoting changes in social perceptions, enhancing platform responsibility awareness, a diversified dispute resolution mechanism, and strengthening industry self-discipline. Through the implementation of these measures, it aims to build a fairer, more just, and labor environment for online streamers, to protect the legitimate rights and interests of online streamers, and to promote the healthy and sustainable development of the online live streaming. This study not only has theoretical value for the labor rights protection of online streamers, but also provides useful references for related policy-making and practical operations.

Key Words: Online Streamers, New Forms of Employment, Rights Protection, Employment Legal Relationship, Challenges and Optimization

* Lawyer, PhD student in International Law at Dong-A University in South Korea

** PhD, Professor at Qingdao University's School of Law, Doctoral Supervisor

중국 회사법상 주주권 출자 하의 지배권 이전 규제에 대한 고찰

안 란*

논문요지

본 논문에서는 회사의 지배권이 복잡성, 고도의 집중성, 책임성, 강제성, 비자기이익성 및 유동성 등의 특성을 가진다는 점을 논의한다. 또한 주주권 출자가 회사의 지배권 이전을 초래할 수 있음을 설명하고, 주주권 출자가 지배권 이전을 초래하는 현실적 형태와 법적 규제, 그리고 지배권 이전 규제에서 존재하는 결함 및 개선 방안에 대해 심도 깊게 탐구한다. 특히 주주권 출자에서 발생하는 지배와 통제의 관계, 지배권 이전의 인식, 그리고 주주권 출자의 선의적 인수와 악의적 인수의 여러 상황을 분석한다.

주주권 출자는 기업의 자본 구조를 변화시킬 뿐만 아니라, 기업의 경영 모델과 의사결정 메커니즘에 깊은 영향을 미친다. 외부 투자자가 참여함에 따라 기존 주주들은 지배권 희석의 위험에 직면할 수 있고, 새로운 주주들은 자금력이나 기술적 우위를 바탕으로 더 큰 발언권을 가질 수 있다. 이러한 지배권의 이전은 기업의 장기적인 발전에 깊은 영향을 미친다. 이는 새로운 발전 기회를 가져올 수도 있지만, 내부 갈등과 경영적 도전을 일으킬 수도 있다. 이러한 현상은 기업의 안정적인 발전과 투자자의 이익 보호에 모두 영향을 미치므로 중요한 연구 가치를 가진다.

본 논문은 주주권 출자가 지배권 이전을 초래하는 관련 법률 규정을 정리하고, 주주권 출자가 지배권 이전에 대한 규제에서 존재하는 결함을 분석한 후, 개선을 위한 제안과 의견을 제시한다. 이 논문의 목적은 기업이 주주권 출자 결정을 내릴 때, 지배권 변화에 따른 잠재적 위험을 충분히 고려하고, 주식 구조를 합리적으로 계획하여 기업의 장기적인 안정적 발전을 유지하는 데 도움이 되는 것이다. 또한, 본 논문은 회사법 입법의 개선을 위한 기초 자료를 제공하고, 법치 사회 구축 및 발전을 촉진하며, 더 공정하고 조화로운 사회 환경을 만드는 데 기여하고자 한다.

검색용 주제어: 주주권 출자, 지배권 이전, 자본 구조, 악의적 인수, 신의 의무, 불공정한 관련 거래

· 논문제출: 2024. 12. 26. · 심사개시: 2025. 01. 09. · 게재확정: 2025. 01. 27.

* 동아대학교 국제법무학과 박사과정, 변호사 (304062445@qq.com).

I. 서론

주주권 출자는 현대 기업의 자본 운용에서 중요한 방식으로, 학계와 실무계에서 널리 주목을 받고 있다. 그러나 중국에서는 주주권 출자 형태가 회사법에 포함되지 않은 상태였다. 2024년 7월 1일부터 시행된 「중화인민공화국 회사법」 제48조에서는 주주권을 평가하여 출자할 수 있음을 규정하고 있다. 이 조항은 2018년 회사법을 중요한 방식으로 개정된 것으로, 새로운 「회사법」은 주주의 출자 방식 제도에 실질적인 변화를 가져오며 주주권 출자의 법적 지위를 공식적으로 인정하였다.

한국 회사법 관련 규정에서, 현금 외의 출자 대상은 모두 현물 출자로 간주된다. 한국 「상법」 제299조는 현물 출자의 대상이 경제적 가치를 확정할 수 있고 독립적으로 양도 가능한 재산이어야 함을 규정하고 있다. 또한, 「상법」 제290조는 출자 시 회사 정관에 기재되어야 효력이 발생하는 사항에 대해 규정하고 있는데, 여기에는 현물 출자의 대상, 출자자의 이름, 출자 재산의 종류, 가격, 수량뿐만 아니라 부여될 주식의 종류와 수량도 포함된다. 따라서, 한국에서 주식을 출자 대상으로 삼는 경우, 회사 정관에 명확히 기재되어 있다면 이는 적법하고 유효한 것으로 간주된다.

주주권 출자 방식으로 기업은 새로운 투자자를 유치할 수 있으며, 이를 통해 자본력과 시장 경쟁력을 효과적으로 강화할 수 있다. 그러나 주주권 출자는 기업에 자금 지원을 제공하는 동시에, 주주권 집중을 초래할 수 있으며, 결국 기업의 지배권이 이전될 가능성이 있다. 이는 기업의 운영과 발전에 심각한 영향을 미칠 수 있다. 새로운 주요 주주는 자신의 전략적 의도와 경영 철학에 따라 기업의 경영 전략, 인사 배치, 심지어 기업 문화까지 조정할 수 있다. 이러한 변화는 기존 기업에 기회가 될 수도 있지만, 더 큰 가능성은 도전이 될 수 있다.

주주권 출자란 출자자가 다른 회사에 대해 보유한 주주권을 회사에 출자하고, 회사는 주주로서 다른 회사의 주주권을 취득하고 행사하는 것을 말한다.¹⁾ 본 논문은 이러한 현상에 대해 탐구할 것이다. 회사의 지배권 개념에 대해서는 학계와 실무에서 통일된 결론이 존재하지 않는다. 회사의 지배권은 주주총회의 결의에 중대한 영향을 미치거나, 실제로 회사를 지배할 수 있는 권력이다. 그 기원은 회사에 대한 직접적 또는 간접적인 주주권 투자 관계에 있다.²⁾ 지배권자는 회사의 재무 관리나 경영 정책을 지배할 권한을 가지며, 또한 회사의 이사 및 고위 경영진의 임명과 해임 권한을 행사할 수 있다. 회사의 지배권이 이전될 때, 한편으로 새로운 주요 주주는 기업에 새로운 발전 기회를 제공하고 기업의 빠른 성장을 촉진할 수 있다. 반면, 양측의 경영 철학에 큰 차이가 있을 경우, 기업 내부에서 갈등과 충돌이 발생할 수 있으며, 이는 기업의 안정적인 발전에 영향을 미칠 수 있다.

주주권 출자는 기업에 자금과 자원의 지원을 제공하지만, 동시에 지배권 이전의 위험을 동반한다. 따라서 본 논문은 회사 지배권의 특성, 주주권 출자가 초래하는

1) 趙旭東, 「公司法學」, (高等教育出版社, 2003), 252-253면.

2) 「증권기구조법률적용의견 제1호」(증감법률자 「2007」 15호) 제2조 회사 지배권은 주주총회의 결의에 중대한 영향을 미치거나 회사를 실질적으로 지배할 수 있는 권력으로, 그 근원은 회사에 대한 직접적 또는 간접적인 주식 투자 관계에 있다.

회사 지배권 이전에 대한 법적 규제 및 그 결함, 그리고 이에 대한 개선 방안을 분석함으로써 주주권 출자의 장점을 최대한 발휘하고, 시장 경제의 안정적이고 건강한 발전을 유지하는 데 기여하고자 한다.

II. 회사 지배권의 특성

현대 상업 환경에서 회사 지배권은 복잡하고 다차원적인 개념이다. 이하에서는 회사 지배권의 몇 가지 핵심 특성에 대해 분석한다.

1. 개념의 복잡성

지배권은 시장에서의 게임의 결과이자 법적 구성물이다. 이는 주주들 간의 갈등, 대립, 경쟁을 반영하기도 하고, 주주들 간의 타협, 포용, 협력을 반영하기도 한다.³⁾

회사 지배권에 대한 정의는 중국에서 학문적 측면과 사법 실무에서 상이한 이해를 보인다. 예를 들어, 회사의 결정을 결정할 수 있거나 회사의 결정에 중대한 영향을 미칠 수 있는 경우, 즉 회사 지배권을 보유한 것으로 간주된다.⁴⁾ 발전 방향, 사업 수행, 자산 처분, 인사 관리 등 여러 측면에서 회사의 행동을 장기적이고 엄격하며 종합적으로 지배하는 경우, 이를 회사 지배권을 장악한 것으로 간주한다.⁵⁾ 현재 이론계와 실무계에서는 지배권에 대해 비교적 일반적인 공감대를 형성하고 있다. 지배권은 실제 지배자가 회사의 경영 관리, 의사결정, 인사, 심지어 재산에 대해 지배적인 영향을 미칠 수 있는 능력을 의미한다.⁶⁾ 회사 지배권은 복잡하고 다차원적인 개념이다. 이는 회사 지배구조의 복잡성을 반영할 뿐만 아니라 관련 문제를 이해하고 처리할 때 보다 종합적인 접근이 필요함을 시사한다.

2. 고도 집중성

일반적으로 주주권 구조가 고도로 분산된 것으로 여겨지는 미국 자본 시장에서도, 여전히 한 주체가 지배하는 상장 회사들이 존재한다.⁷⁾ 그러나 지배권이 소수의

3) 劉俊海, “論控制股東和實控人濫用公司控制權時對弱勢股東的賠償責任”, 「法學論壇」, 第2期 (2022), 81-82면.

4) 湖南省長沙市中級人民法院 (2019) 湘 01 民終 3799 号民事判決書
<https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAyODQwMjQ0ODg%3D?searchId=5bebff01a3104d2c9163be2ce60ad296&index=3&q/2024-09-12/10:27>.
福建省高級人民法院 (2020) 閩民申 2846 号民事裁定書
[/https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAzMzQyNjk0ODk%3D?searchId=cel1f554203694278a29da788b007994b&index=1&q/2024-09-14/12:33](https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAzMzQyNjk0ODk%3D?searchId=cel1f554203694278a29da788b007994b&index=1&q/2024-09-14/12:33)。

5) 福建省龍岩市中級人民法院 (2022) 閩 08 民終 313 号民事判決書
<https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAzNzQ0NDY1OTY%3D?searchId=9668ce9473c34fe694e32b16e4587228&index=1&q/2024-09-18/14:27>.

6) 陳潔, “實際控制人公司法規制的體系性思考”, 「北京理工大學學報(社會科學版)」, 第24卷第5期 (2022), 60면.

7) 劉俊海, “論控制股東和實控人濫用公司控制權時對弱勢股東的賠償責任”, 「法學論壇」, 第2期 (2022), 81-82면.

주주나 경영진에게 고도로 집중될 경우, 이 집중성으로 인한 영향은 다방면에 걸쳐 나타난다.

한편, 지배권의 집중은 의사결정 과정의 신속성과 효율성을 보장할 수 있으며, 회사의 안정성을 유지하는 데도 도움이 된다. 다른 한편으로, 과도한 지배권 집중은 위험을 초래할 수 있다. 이는 다른 주주들의 참여도와 적극성을 억제하거나 권력 남용이 발생할 가능성을 초래할 수 있다. 따라서 의사결정의 효율성을 유지하면서 각자의 이익을 균형 있게 조정하고, 권력 남용을 방지하는 방법을 찾는 것이 회사 지배 구조에서 큰 도전 과제가 된다.

3. 책임성 및 비자기의성의 동반

회사의 권력은 권력의 핵심 특성인 강제성, 비자기의성 및 책임성을 충족한다.⁸⁾ 우선, 회사의 지배자는 회사 자체에 대한 책임을 진다. 지배자는 회사의 전략적 방향을 파악하고, 과학적인 경영 결정을 내리며, 관리 리스크를 예방하고 통제하여 회사의 지속 가능한 발전을 위해 노력해야 한다. 둘째, 회사의 지배권은 강제성을 가진다. 이러한 의사결정 권한은 종종 소수의 사람들에게 집중되며, 이들은 이사회나 주주총회 등의 형식을 통해 회사의 중요한 사항에 대해 의결권과 결정권을 행사한다. 직무로서 회사의 권력은 포기할 수 없으며, 「회사법」 제147조 제1항에 규정된 신의성실 의무가 그 좋은 예이다 (현재 새 「회사법」 제180조).⁹⁾ 마지막으로, 회사의 지배권은 비자기의성을 가진다. 이는 회사의 지배자가 권력을 행사할 때, 개인의 이익을 추구하지 않고 회사의 전체적인 이익을 우선해야 한다는 의미이다. 회사 자원도 합리적으로 분배되어야 하며, 지배자는 직권을 남용해서는 안 된다.

4. 유동적인 이전성

주주권은 재산적 속성을 가지고 있으며, 가치를 지니고 있고 양도할 수 있다.¹⁰⁾ 회사의 발전에 따라 주주들 간에 주주권 양도와 거래가 발생하며, 이로 인해 회사의 지배권은 다양한 주주들 사이에서 이동하고 변화한다. 성숙한 자본 시장은 좋은 주주권 거래 메커니즘을 갖추어야 하며, 이를 통해 주주들은 주주권을 원활하게 매입하거나 매도할 수 있어야 한다.

그러나 동시에, 회사 지배권의 흐름과 이전은 내부 갈등과 불안정 요소를 초래할 수 있다. 회사 지배권 이전을 달성하기 위한 수단으로는 비밀 협상, 악의적 인수, 심지어 악의적인 법적 소송 등이 포함될 수 있으며, 이는 경영진의 동요를 초래하고 회사의 정상적인 운영에 영향을 미칠 수 있다.

8) 吳維錠, “公司權力行使的正當程序原則”, 「中國政法大學學報」, 第5期 (2022), 235면.

9) 吳維錠, “公司權力行使的正當程序原則”, 「中國政法大學學報」, 第5期 (2022), 236면.

10) 曹守曄, 「公司法修改條文理解與適用」, (法律出版社, 2024), 第276면.

III. 지배권 이전 법적 규제의 현실적 형태

1. 지배권 이전에 대한 제한적 법적 규제

지배권자가 만약 스스로를 적절히 제어하지 않으면, 지배권을 남용하여 회사의 재산권과 생존권을 침해하고, 경제의 고품질 발전을 저해할 수 있다.¹¹⁾ 따라서 지배권의 합리적인 이전에 대해서는 법이 충분히 중요성을 부여해야 한다.

(1) 우선매수권 제도 준수

다른 회사에서 보유한 주주권 출자는 회사에게 실질적으로 주주권 양도에 해당한다.¹²⁾ 주주권 출자를 진행할 때, 동일하게 「회사법」 제84조의 유한책임회사 우선매수권 규정을 따라야 한다. 만약 주주권 출자가 우선매수권 절차를 거치지 않은 경우, 그 주주권 출자의 행위와 결과에 영향을 미칠 수 있다.

(2) 고위 경영진의 주주권 양도 제한

새로운 「회사법」 제160조 제2항¹³⁾은 회사의 세 가지 주요 인물에 대해 주주권 양도 제한을 규정하고 있다. 이 조항에서는 “창립자 주주권 1년 잠금 기간”에 대한 규정을 삭제했으나, 새로운 「회사법」 제157조¹⁴⁾에서는 주식회사의 정관이 주주권 양도에 제한을 둘 수 있도록 추가했다. 따라서 주식회사는 창립자를 포함한 다양한 주주의 신분에 따라 주주권 양도 제한을 설정하고, 상업적 요구에 더 부합하는 약정을 할 수 있다.

(3) 주주권 양도 규정 제한

새로운 「회사법」 제84조 제2항과 제157조는 모두 주주권 양도가 정관에 따라 이루어져야 한다고 규정하고 있다. “화샤신과 경성주푹 분쟁 사건”에서, 2심 법원은 회사 설립 후 정관이 결의의 법적 속성을 갖는다고 판단했다. 전원 주주(주주총회)의 동의 하에, 법률의 강제 규정을 위반하지 않고, 타인의 이익을 해치지 않는 경우, 회사의 정관은 우선매수권 포기를 약정할 수 있다고 보았다.¹⁵⁾

11) 劉俊海, “論控制股東和實控人濫用公司控制權時對弱勢股東的賠償責任”, 「法學論壇」, 第2期 (2022), 81-82면.

12) 劉貴祥, “關於新公司法適用中的若干問題”, 「法律適用」, 第6期 (2024), 11면.

13) 「중화인민공화국 회사법」은 “회사의 이사, 감사, 고급 관리자는 회사에 보유하고 있는 회사 주식 및 그 변동 상황을 신고해야 하며, 취임 시 확정된 재직 기간 동안 매년 양도하는 주식은 보유한 회사 주식 총수의 25%를 초과할 수 없다. 보유한 회사 주식은 회사 주식이 상장 및 거래된 날로부터 1년 이내에는 양도할 수 없다. 상기 인원은 퇴직 후 6개월 이내에 보유한 회사 주식을 양도할 수 없다. 회사 정관은 회사의 이사, 감사, 고급 관리자가 보유한 회사 주식을 양도하는 데 대해 다른 제한 규정을 둘 수 있다.”

14) 「중화인민공화국 회사법」 제157조는 “주식회사의 주주가 보유한 주식은 다른 주주에게 양도할 수 있으며, 주주 이외의 사람에게도 양도할 수 있다. 회사 정관에 주식 양도에 대한 제한이 있는 경우, 그 양도는 회사 정관의 규정에 따라야 한다.”

실제 사례에서는 일부 회사들이 정관에 주주가 주주권을 양도할 경우, 양수인은 반드시 현금으로만 주주권을 인수할 수 있도록 규정하는 경우가 있다. 따라서,¹⁶⁾ 이러한 경우 주주권 출자가 해당 정관 규정을 충족하지 않을 수 있다.

(4) 모회사 교차 보유의 제한

기업의 교차 주주권 보유는 일반적으로 모회사가 자회사의 주주권을 인수하게 되어 내부 거래가 발생할 수 있다. 이에 따라 국가에서는 기업 간 모회사와 자회사의 교차 주주권 보유를 금지할 필요성이 있다.¹⁷⁾ 새로운 「회사법」 제141¹⁸⁾조는 상장회사의 주주가 해당 상장회사의 주주권을 자회사의 주주권 출자로 활용하는 것을 제한하는 규정을 신설하였다. 즉, 상장회사와 그 자회사 간의 교차 주주권 보유를 금지하는 것이다. 이 규정은 이전 「회사법」 개정 전에는 포함되지 않았으나, 이번 새로운 「회사법」 개정에서 새롭게 추가된 조항이다. 다만, 이 조항은 다른 경우의 교차 주주권 보유에 대해서는 금지 규정을 두지 않고 있다. 또한 이 조항은 자회사가 보유한 주주권을 모회사에 출자하는 행위도 제한하고 있다.

2. 지배와 통제의 구분

주주권 출자는 혼한 자본 운용 방식이며, 이 방식은 주주권 양도와 주주권 집중이라는 법적 결과를 초래할 수 있다.

주주권 구조와 지배 구조가 점차 다변화되고 개방화되며 세계화되는 현대 자본 시장에서, “지배주주”와 “통제주주”는 서로 다른 개념이다.¹⁹⁾ 지배는 일반적으로 50% 이상의 주주권을 보유하거나 특정 주주권 구조나 계약을 통해 지배권을 실현할 수 있다. 주주권 출자는 지배권을 실현할 수 있는 방식 중 하나이다.

통제는 기업의 경영, 관리 등 여러 측면에 대한 영향력을 중시한다. 대주주가 반드시 강자가 아닐 수 있으며, 중소주주가 반드시 약자가 아닐 수 있다.²⁰⁾ 지배권은 희소한 시장 자원인 만큼, 지배주주와 비지배주주 간에는 종종 제로섬 게임이 존재한다. 대주주가 지배권을 상실하면, 연합을 맺은 중소주주들이 지배권을

15) 北京市第二中級人民法院 (2019) 京 02 民終 12459 号民事判決書/ <https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAyOTU0MTc3MDk%3D?searchId=4286c2fb236045fa8374dd9fa10c8fc8&index=1&q/2024-10-02/13:28>.

16) 焦志峰, “有限責任公司章程限制股權轉讓法律分析”, 「河北企業經濟與法」, 第3期 (2024), 155면.

17) 黃瑩, “新常態下企業交叉持股法律風險防範研究”, 「Shanghai Business」, 2022年8月刊, 217면.

18) 「중화인민공화국 회사법」 제141조는 “상장회사의 지배 자회사는 해당 상장회사의 주식을 취득할 수 없다. 상장회사의 지배 자회사가 회사 합병, 질권 행사 등의 이유로 상장회사 주식을 보유한 경우, 보유 주식에 대한 의결권을 행사할 수 없으며, 관련 상장회사 주식을 신속히 처분해야 한다.”

19) 劉俊海, “論控制股東和實控人濫用公司控制權時對弱勢股東的賠償責任”, 「法學論壇」, 第2期 (2022), 82면.

20) 劉俊海, “論控制股東和實控人濫用公司控制權時對弱勢股東的賠償責任”, 「法學論壇」, 第2期 (2022), 82면.

차지하려 하고, 내부의 경영진도 경영 관리 권한을 확대하게 된다. 가장 많은 주주권을 보유한 주주도 약자 집단으로 전락할 수 있다.²¹⁾

3. 지배권 이전의 인정

새로운 「회사법」 제265조²²⁾ 제2항은 지배주주의 정의를 규정하고 있다. 50% 이상의 주주권을 보유하거나 의결권이 주주총회의 결의에 중대한 영향을 미칠 수 있는 주주가 지배주주로 정의된다. 제3항에서는 실제 지배자에 대해 규정하고 있으며, 이는 투자, 계약 또는 기타 방법을 통해 회사를 실제로 지배하는 사람을 의미한다.

「증권선물법 적용 의견 제1호」 제2조²³⁾는 회사의 지배권이 주주총회의 결의에 중대한 영향을 미치거나 실제로 회사의 행동을 지배할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서, 주주권 투자 관계를 검토할 때, 발행인 주주총회 및 이사회 결의에 대한 실질적인 영향, 이사와 고위 경영진의 임명 및 해임에 미치는 역할 등을 종합적으로 분석해야 한다. 중국 증권감독관리위원회 「상장회사 인수 관리 규정」²⁴⁾ 제84조²⁵⁾는 상장회사의 지배권을 보유하는 상황을 규정하고 있다.

4. 주주권 출자로 인한 선의적 인수와 악의적 인수

선의의 인수는 인수자가 목표 회사의 동의를 얻어, 우호적인 협상을 통해 인수 계약을 체결하는 방식이다. 악의적 인수는 적대적 인수, 적대적 인수합병, "야만적인" 인수라고도 불리며, 이 방식은 종종 치열한 경쟁과 대립을 동반하며, 목표 회사의 운영과 직원들에게 부정적인 영향을 미칠 수 있다.

악의적 인수에서 "악의"는 행위자가 특정 행동을 취할 때 그로 인해 발생할

21) 劉俊海, "論控制股東和實控人濫用公司控制權時對弱勢股東的賠償責任", 「法學論壇」, 第2期 (2022), 83면.

22) 「중화인민공화국 회사법」 제265조는 "(二) 지배주주(控股股東): 출자액이 유한책임회사 자본 총액의 50%를 초과하거나, 보유 주식의 주식회사 자본금 총액의 50%를 초과하는 주주를 말한다. 출자액이나 보유 주식 비율이 50% 미만이라도, 그 출자액 또는 보유 주식에 따른 의결권이 주주총회 결의에 중대한 영향을 미칠 수 있는 주주도 포함된다. (三) 실질적 지배자(實際控制人): 투자 관계, 계약 또는 기타 조치를 통해 회사의 행동을 실질적으로 지배할 수 있는 사람을 말한다."

23) 「증권기구법률적용의견 제1호」 (증감법률자 「2007」 15호) 제2조는 "회사 지배권은 주주총회의 결의에 중대한 영향을 미치거나 회사를 실질적으로 지배할 수 있는 권력으로, 그 근원은 회사에 대한 직접적 또는 간접적인 주식 투자 관계에 있다. 따라서 회사 지배권의 귀속을 판단할 때에는 해당 주식 투자 관계를 검토할 뿐만 아니라, 개별 사례의 실제 상황에 따라 발행인의 주주총회 및 이사회 결의에 대한 실질적 영향, 이사 및 고급 관리자의 지명과 임명에 미치는 역할 등 요소를 종합적으로 분석하고 판단해야 한다."

24) 根據2020年3月20日証監會令第166号「關於修改部分証券期貨規章的決定」第五次修訂。

25) 중국증권감독관리위원회 「상장회사 인수 관리방법」 제84조에 따르면, 다음과 같은 상황 중 하나에 해당할 경우 상장회사의 지배권을 보유한 것으로 본다: (一) 투자자가 상장회사의 주주권 50% 이상을 보유한 지배주주인 경우; (二) 투자자가 실질적으로 상장회사의 주식 의결권 30% 이상을 지배할 수 있는 경우; (三) 투자자가 실질적으로 상장회사의 주식 의결권을 통해 회사 이사회 과반수 이상의 구성원 선임을 결정할 수 있는 경우; (四) 투자자가 실질적으로 지배하는 상장회사의 주식 의결권이 회사 주주총회 결의에 중대한 영향을 미칠 수 있는 경우; (五) 중국증권감독관리위원회가 인정하는 기타 상황.

부정적인 결과를 알고 있음에도 불구하고 의도적으로 이를 실행하는 것을 의미한다, 즉 "고의"라고 할 수 있다. "협상"은 악의적 여부를 판별하는 핵심 요소이다. 협상을 진행하고 합의를 이루며 준비를 시작하는 것은 일반적으로 선의의 인수의 시작을 나타낸다. 한편, 주주권 출자는 선의의 인수를 발생시킬 수도 있고, 악의적 인수의 결과를 초래할 수도 있다. 주주권 출자를 받은 회사는 목표 회사와 주주권 출자 주주의 공동 협력 하에 출자를 완료할 수 있으며, 또는 목표 회사가 알지 못한 채 주주권 출자 주주와 직접 출자 계약을 체결하여 원래의 회사 지배권이 이전되는 결과를 초래할 수도 있다.

IV. 주주권 출자에 의한 지배권 이전 규제의 결함

앞서 논의한 바와 같이, 주주권 출자는 회사의 지배권 변화를 초래할 수 있으며, 이로 인해 일련의 법적 문제들이 발생할 수 있다. 그러나 입법과 실무에서는 여전히 많은 문제들이 존재하며, 이에 대한 깊은 고찰과 논의가 필요하다.

1. 우선매수권 동등 조건 인정 기준의 불일치

“동등 조건”은 우선매수권 행사에 있어 실질적인 요건이며, 본질적으로 민법상의 등가유상, 공평 등 기본적인 가치를 회사법에서 구현한 것이다.²⁶⁾

(1) 동등 조건의 인정 기준 이론

“동등 조건”에 대한 논란은 주로 인정 기준과 구체적인 내용에 관한 것이다. 인정 기준에는 주로 세 가지 견해가 있다. 첫 번째 학설은 “절대 동등설”이다. 현실에서 계약은 복잡하고 다양한 형태를 가지므로, 만약 절대 동등설만을 적용하여 인정한다면, 「회사법」의 본질에 반하게 된다. 이 경우 양도인과 제3자가 조건을 자유롭게 설정함으로써 우선매수권 제도가 형해화될 수 있다.²⁷⁾ 본 문맥에서 다른 주주권 출자와 관련하여, 자신이 보유한 주주권을 출자 회사의 주주권, 심지어는 지배권으로 교환하는 경우, 만약 절대 동등설을 적용한다면 원회사의 주주는 이를 달성할 수 없게 된다. 이 경우 주주권 출자 행위는 우선매수권 원칙에서 제외될 것이다. 두 번째 학설은 “상대 동등설”이다. 학자 두완화는 제3자의 대가를 판단의 기준으로 삼되, 이를 완전히 제한하지 않고 구체적인 상황에 따라 “동등 조건”을 양도 주주, 제3자 및 다른 주주들 간의 이익 균형을 위한 메커니즘으로 본다고 주장한다.²⁸⁾ 세 번째 학설은 “절충설”이다. 학자 두완화는 절충설이 사실상 상대

26) 劉貴祥, “關於新公司法適用中的若干問題”, 「法律適用」, 第6期 (2024), 22면.

27) 劉秋花, “論有限責任公司股東優先購買權‘同等條件’認定問題”, 「經濟研究導刊」, 第1期 (2023), 96면.

28) 杜萬華, 「最高人民法院公司法司法解釋(四)理解與適用」, (人民法院出版社, 2017), 398면.

동등설의 추가적인 설명에 불과하다고 본다.²⁹⁾ 현재 학계에서 “동등 조건”에 대한 인정에 관한 주류 견해는 상대 동등설이며, 본 문헌에서도 상대 동등설을 지지하는 입장을 취하고 있다.

(2) 동등 조건의 인정 내용 기준

“동등 조건”에 대한 인정 기준은 주로 세 가지 문제를 포함한다. 첫째, 주주권 양도에서 “음양 계약”의 존재로 인해 주주권 양도 가격이 왜곡될 수 있다. 둘째, 양도된 주주권의 일부에 대해서만 우선매수권을 행사할 수 있는지 여부가 의문이다. 셋째, 부가 조건이 동등 조건에 포함되는지 여부가 문제된다.³⁰⁾

첫째, 주주권 양도에서 “음양 계약”의 존재로 인해 주주권 양도 가격이 왜곡될 수 있다. 이에 대해 두 가지 견해가 존재한다. 첫 번째 견해는 민법에서의 의사 자율 원칙을 고수해야 하므로, 계약서에 명시된 가격을 기준으로 삼아야 한다고 주장한다. 두 번째 견해는 주주권의 실제 가격, 즉 평가 가격을 동등 조건으로 인정해야 한다고 본다. 일부 법원은 계약에 명시된 조건을 동등 조건으로 인정하는 것이 더 적합하다고 판단하며, 회사의 순자산을 기준으로 평가된 가격은 동등 조건 하에서의 양도 가격으로 인정되지 않는다고 본다.

둘째, 부가 조건이 동등 조건에 포함될 수 있는지 여부이다. 사법 실무에서 일부 법원은 부가 조건을 “동등 조건”의 인정 요소 중 하나로 간주하고 있다.³¹⁾ 반면 다른 법원은 부가 조건이 불확실성과 악의적인 공모의 가능성을 가지고 있다고 보고 있다. “동등 조건”의 내용에 대해 법률이 구체적으로 규정하지 않음에 따라, 법원은 “동등 조건”의 내용을 판결할 때 지나치게 넓은 재량권을 행사하게 된다.

셋째, 주주권 양도에서 “부분적으로” 우선매수권을 행사할 수 있는지에 대한 논란이 있다. 이에 대해 “긍정설”, “부정설”, “절충설”이 존재한다. 긍정설을 지지하는 학자들은 회사법이 법적 성질상 사법에 속하며, 사법에서는 “법에 금지되지 않은 것은 모두 허용된다”는 원칙을 강조한다고 주장한다. 부정설에서는 우선매수권을 부분적으로 행사할 경우, 분할된 주주권이 더 이상 지배권 가치를 가지지 않게 될 수 있다고 본다. 일부 법원은 부정설을 지지하는 입장을 취하고 있다.³²⁾ 절충설을 지지하는 학자들은 우선매수권의 부분 행사 여부를 구체적인 상황에 따라 결정해야 한다고 본다. 그러나 이 방법은 실제로 적용하기 어려운 측면이 있다고 지적하는 학자들도 있다.

29) 杜萬華, 「最高人民法院公司法司法解釋(四)理解與適用」, (人民法院出版社, 2017), 397면.

30) 張嘉彥, “有限公司股東優先購買權的‘同等條件’——兼論股東優先購買權的重新定位”, 「貿大法律學」, 第6期(2021), 13-26면.

31) 廣東省佛山市中級人民法院(2019)粵06民終682号民事判決書
<https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAyODM2MDk2OTQ%3D?searchId=9b0c6042049f47869d809280b507c9b3&index=2&q/2024-10-14/13:46>.

32) 廣東省韶關市中級人民法院(2021)粵02民終1293号民事判決書
<https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAzNTIxMjQ5NTY%3D?searchId=87e0d7244f0545b29f4601c4c088dc03&index=1&q/2024-10-16/11:56>.

2. 지배주주의 신의성실 의무 규정 부족

주주권 출자 과정에서 출자하는 지배주주는 자사의 주주권 가치를 저평가하거나, 수수료 회사와 상호 결탁하여 주주권 가치를 과대평가할 수 있다. 이로 인해 다른 주주의 주주권이 희석되며, 또한 출자 회사를 통해 지배권을 획득하거나 이사회 자리를 얻기 위해 양측이 서로 결탁할 수 있다. 비록 지배주주가 사실상 회사의 지배권을 가지고 있고, 지배권의 행사와 권리 남용이 회사 지배 구조의 핵심 문제를 구성하지만, 회사법은 지배주주에게 필요한 주의와 규제를 충분히 제공하지 않고 있다.³³⁾

중국의 새로운 「회사법」 제180조는 지배주주의 신의성실 의무 조항을 추가하였지만, "실제 회사 업무 수행"이 무엇을 의미하는지 명확히 규정하지 않고 있으며, 유형화되지도 않았다. 또한, 새로운 「회사법」 제21조는 회사의 지배주주에 이 의무의 주체라는 점을 강조하지 않으며, 지배주주가 어떻게 권한 남용을 할 수 있는지에 대해서도 자세히 설명하지 않았다. 이 조항에서 지배주주가 보상 책임을 져야 한다는 규정은 새로운 「회사법」 제89조 제3항에서 다른 주주가 회사에 대해 합리적인 가격으로 자신의 주주권을 매도할 권리를 주장할 수 있다는 규정과 충돌을 일으킨다. 이와 관련된 법적 적용 방식에 대해서도 설명이나 해석이 없다. 또한, "지시"가 무엇인지는 추가적으로 설명되지 않았다. 게다가 회사의 지배권을 매각할 때, 지배주주와 회사, 중소 주주 간에 이해 충돌이 발생하는데, 지배주주가 지배권을 매각할 때의 특별한 신의성실 의무에 대해서는 법에서 명확히 규정하고 있지 않다.³⁴⁾

3. 비공정한 관련 거래에 대한 법적 공백

실제로, 관련 거래는 종종 이해 충돌을 일으킬 수 있으며, 새로운 「회사법」은 관련 거래에 대한 규정을 다시 개정하였지만 여전히 많은 문제점이 존재한다.

첫째, 관련 거래의 주체 규정이 너무 원칙적이며, 관련 거래의 주요 형태가 구체적이지 않다. 새로운 「회사법」 제22조 제1항은 관련 거래를 수행할 수 있는 주체를 다섯 가지로 규정하고 있으며, 제182조 마지막에서는 "기타 관계가 있는 관련인"을 포괄적으로 규정하고 있다. 또한 제265조는 "회사의 이익 이전을 초래할 수 있는 다른 관계"라는 표현을 사용하여 관련 관계의 범위를 확장했다. 예를 들어, "귀주광업회사와에너지화학회사 간의 분쟁 사건"에서,³⁵⁾ 회사의 이사들이 "회사의 이익 이전을 초래할 수 있는 다른 관계"로 간주되었다. 이러한 규정들은 새로운 「회사법」에서 관련 거래의 주체와 관련 관계의 주요 형태를 규정한 부분이다. 그러나 「회사법」 제22조 제1항에 나열된 다섯 가지 주체는 지나치게 원칙적이어서, 관련 거래와 관련된 구체적인 상황에 대해서는 더 세부적인 규정이

33) 趙旭東, "公司治理中的控股股東及其法律規制", 「法學研究」, 第4期 (2020), 96면.

34) 趙旭東、劉斌, 「新公司法重點熱點問題解讀: 新舊公司法比較分析」, (法律出版社, 2024), 411면、417면.

35) 最高人民法院 (2017) 最高法民終416号判決

<https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAyNTg4NDI1MDA%3D?searchId=f0d79849d6540ce8ab11e3a0d8d232f&index=1&q/2024-10-25/10:22>.

필요하다.

둘째, 관련 거래 보고 의무 규정이 너무 좁아서 정보 공개가 충분하지 않으며, 사전에 효율적인 보고와 승인 절차를 거친 경우, 사후에 실질적인 공정성 검토를 회피할 수 있는지 여부에 대한 명확한 규정이 없다. 새로운 「회사법」 제182조³⁶⁾에 규정된 보고 의무는 지배주주와 실질적 지배자에게 적용되지 않는다. 비록 회사의 정관에서 이를 규정할 수 있지만, 정관에 규정되지 않은 경우 보고 의무가 실제로 이행되지 않을 수 있다. 또한, 해당 거래가 정보 공개 절차를 이미 완료했다는 이유로 이를 방어하는 경우에도, 여전히 손해배상 책임을 져야 하는지 여부는 「회사법」에서 명확히 규정되지 않았다.

셋째, 관련 거래가 회사의 이익을 해쳤는지 여부, 부당한 관련 거래로 인해 회사에 발생한 손해를 어떻게 산정할 것인지, 그리고 배상 기준 등에 대해서는 명확한 규정이 없다. 사법 실무에서 법원은 일반적으로 실제 발생한 손해에 시장 기준을 적용하여 배상액을 산정한다. 그러나 관련 거래를 통해 얻은 이익이 회사의 손해를 초과하는 경우도 있다. 부당한 관련 거래로 인한 손해에 대해, 관련 회사가 연대 배상 책임을 져야 하는지에 관한 문제는 새로운 「회사법」에서 명확히 규정되지 않았다. 이로 인해 실무에서 명확한 법적 근거가 부족하고, 「민법전」의 불법 행위 규정을 적용하여 판단해야 하는 상황이다.

V. 주주권 출자에 의한 지배권 이전 방지에 대한 개선

1. 우선매수권 동등 조건 인정 기준의 개선

새로운 「회사법」 제84조는 동일 조건 하에서 다른 주주에게 우선 매수권이 있음을 원칙적으로 규정하고 있다.³⁷⁾

첫째, 우선 매수권 "음양 계약" 동일 조건 인정 기준 문제에 대해. 현실에서 주식 거래는 매우 복잡하므로 상황에 따라 구분할 수 있다. "동일 조건"은 일반 조건과 부수 조건으로 나눌 수 있다. 일반 조건은 주식 양도 계약의 가격 조항을 말하며, 가격이 양 당사자 간 협상이나 전문 평가 기관에 의해 결정될 경우 일반적으로 절대 동일 조건을 적용해야 한다. 만약 "음양 계약"이 존재한다면, 당사자들은 제3자 평가 기관을 선택해 평가 가격을 결정할 수 있으며, 이의가 있을 경우에는 법원에 개입을 요청할 수도 있다. 주식 양도 과정에서 인맥 관계 등과 관련된 문제가 발생할 수 있는데, 이와 관련하여 학계에는 "찬성론"과 "반대론" 두 가지 입장이 존재한다. 본 논문은 유한책임회사의 인합성 특성을 고려하여 이 문제를 생각해야 한다고 본다. 따

36) 「중화인민공화국 회사법」 제182조는 "이사, 감사, 고급 관리자가 회사와 직접 또는 간접적으로 계약을 체결하거나 거래를 할 경우, 계약 체결 또는 거래와 관련된 사항을 이사회나 주주총회에 보고해야 하며, 회사 정관의 규정에 따라 이사회나 주주총회의 결의를 거쳐야 한다. 이사, 감사, 고급 관리자의 가까운 친족, 이사, 감사, 고급 관리자 또는 그 가까운 친족이 직접 또는 간접적으로 지배하는 기업, 그리고 이사, 감사, 고급 관리자와 기타 연관 관계가 있는 관련인이 회사와 계약을 체결하거나 거래를 할 경우, 전항의 규정을 적용한다."

37) 曹守晔, 「公司法修改條文理解與適用」, (法律出版社, 2024), 278면.

라서 이러한 경우도 일반 조건에 포함되어 절대 동일 조건을 적용해야 한다고 판단한다.

둘째, 부수 조건은 주식 양도 계약에서 가격 외에 다른 요소들, 예를 들어 지급 방식, 지급 기한, 회사 보증 제공, 증자 등과 관련된 조건을 의미한다. 부수 조건의 인정 기준에 대해서는 독일 법제를 참조할 수 있다. 부수 조건이 가격으로 환산될 수 있는지 여부에 따라 다르게 취급할 수 있다. 가격으로 환산이 가능하면 "동일 조건"으로 인정할 수 있으며, 그렇지 않은 경우에는 판사가 공정성과 이익 균형 원칙을 통해 부수 조건을 판단해야 한다. 또한, 비록 가격으로 환산할 수 없지만, 새로운 계약이 주주들의 이익을 보호할 수 있다면 "동일 조건"으로 인정해야 한다. 본 논문의 주주권 출자와 관련하여, 주주권 출자 대가로 받는 것은 수령 회사의 주식인데, "동일 조건" 적용 여부를 어떻게 판단할지에 대해서는 법이 특수한 상황에 대해 명확한 규정을 마련해야 할 필요가 있다.

셋째, 주식 양도 시 우선 매수권을 부분적으로 행사할 수 있는지 여부에 대한 문제다. 주식의 양은 회사의 지배권에 직접적인 영향을 미치므로, 일부만 행사할 경우 전체 주식에 부여된 지배권의 가치가 크게 손상될 수 있다. 만약 지배권이 이전되면 조건이 동일하지 않다고 인정되어, 해당 주주는 우선 매수권을 행사할 수 없게 된다.³⁸⁾ 또한, 회사가 정관에서 규정이 있다면, 이 경우 제3자는 "동등한 조건"을 내세워 우선 매수권 주주의 부분적인 행사에 대해 반대할 수 없다. 따라서 현행 회사법에서 이를 명확히 규정할 필요가 있으며, 우선 매수권 주주는 회사 정관 또는 양도 주주와 외부 제3자의 동의가 없는 한 우선 매수권을 부분적으로 행사할 수 없도록 해야 한다.

2. 지배주주의 신의성실 의무 책임 규정 강화

지배주주가 자신이 보유한 지배주식을 외부에 출자할 때, 합리적인 주의 의무를 다해야 하며, 다음 몇 가지 사항을 중점적으로 확인할 필요가 있다: 첫째, 주식 가치는 실제 가치와 일치하는지, 주주권 출자의 평가에서 과도하게 높은 또는 낮은 가격이 책정되지 않았는지 확인해야 한다. 둘째, 출자 회사와 수혜 회사 간의 사업적 관계가 어떻게 되는지, 수혜 회사의 사업 상황에 대한 이해가 충분한지 점검해야 한다. 셋째, 절차가 법적으로 규정된 대로 이행되었는지, 예를 들어 우선 매수권 행사 절차가 적절하게 진행되었는지 확인해야 한다. 넷째, 성급하게 일을 진행하려는 상황이 있는지, 즉 출자 절차를 서둘러 마무리하려는 압박이 있는지 여부를 살펴봐야 한다.

법률 규정에 관한 사항은 다음과 같이 개선과 명확화가 필요하다: 첫째, 중국 신 「회사법」 제180조에서 "실제 회사 업무를 수행한다"는 개념에 대해 더 명확하고 구체적인 정의와 유형화가 필요하다. 이 규정은 지배주주의 책임 범위와 관련이 있으므로, "실제 실행"의 범위가 확실히 정의되어야 한다. 둘째, 제21조의 배상 책임 규정과 제89조 제3항에서 정한 합리적인 가격으로 주식을 매수할 수 있다는 규정이 결합될 경우, 이를 어떻게 법적으로 적용할지에 대한 해석과 설명이 필요하다. 두 규정이 충돌할 가능성이 있으므로, 이를 해결하기 위한 명확한 법적 기준이 필요하다. 셋

38) 馬更新、王端陽，“間接收購語境下股東優先購買權規則芻議——兼評南鋼控制權轉讓案”，「學科前沿」，第2期（2024），87면.

째, 제192조에서 말하는 "지시"가 반드시 명시적인 형태여야 하는지, 아니면 묵시적인 형태도 포함되는지에 대해서도 명확히 규정될 필요가 있다. "지시"의 범위와 유형을 구체화하여 법적 혼란을 예방해야 한다. 넷째, 지배주주가 지배권을 매각할 때의 특수한 신의성실 의무에 대한 법률 규정이 부족하며, 이와 관련된 사법 실무도 충분히 정립되지 않았다. 이에 따라, 해외 제도를 참고할 필요가 있다. 예를 들어, 미국 법원은 지배주주가 탈취자를 상대로 회사 지배권을 매각하는 것은 허용되지 않으며, 회사의 주요 직책을 팔아 지배권을 양도하는 것 또한 금지된다고 판시하고 있다. 이러한 매각이 이루어질 경우, 회사 정책에 의해 발생한 이익은 회사에 귀속되어야 하며, 지배주주는 회사에 대한 충실 의무를 위반한 것으로 간주된다.³⁹⁾ 지배주주의 충실 의무는 주로 관계 거래에서 발생하며, 비공정 거래와 관련된 자세한 논의는 이후에 이어서 다룰 것이다.

3. 비공정한 관련 거래에 대한 규제 방법 최적화

관계자 거래의 주체 규정이 지나치게 원칙적이며, 관계된 거래의 주요 형태에 대한 구체적인 규정이 부족하다. 예를 들어, 「기업회계기준 제36호 - 관계자 공개」에서는 지배, 공동 지배, 중요 영향, 관계자 거래 등의 개념을 명확히 정의하고, 기업의 관계자, 관계자 거래의 유형 및 공개해야 할 정보 등에 대해 자세히 설명하고 있다. 또한 "핵심 관리직원" 개념을 채택하여, 상대적으로 회사법에 규정된 주체보다 더 폭넓은 개념을 포함하고 있으며, 거래 유형 등에 대해서도 더 구체적인 규정을 두고 있다. 이에 「회사법」에서 이러한 내용을 적절히 차용할 필요가 있다.

관계자 거래 보고 의무자 문제에 대해, 제안은 지배주주와 실질적 지배자가 거래 보고 및 승인 의무를 법률에 직접 규정하는 것이다.

사전 보고 및 승인 절차를 거친 경우, 사후에 실질적인 공정성 검토를 면할 수 있는지에 대한 문제는 명확히 규정되지 않았다. 「회사법 사법해석 제5호」 제1조⁴⁰⁾에 따르면, 관계자 거래에 대한 배상 책임을 면할 수 없음을 알 수 있다. 그러나 이 조항은 「회사법」에 포함되지 않았으므로, 해당 조항을 「회사법」에 직접 인용하여 입법할 필요가 있다고 제안한다.

연결 거래가 회사의 이익을 해쳤는지 여부를 판단하는 문제는 실제적 측면과 절차적 측면 두 가지로 나누어 검토할 수 있다. 먼저, 실제적 측면에서는 연결 거래의 대가가 공정한지 여부를 검토해야 한다. 공정 가격의 판단은 「상장회사 지배구조 규범」 제13조⁴¹⁾의 규정을 참조할 수 있으며, 개별 사례에서도 이러한 판단이 반영된

39) 趙旭東、劉斌, 「新公司法重點熱點問題解讀: 新舊公司法比較分析」, (法律出版社, 2024), 411면.

40) 「최고인민법원 <중화인민공화국 회사법> 적용에 관한 약간의 규정」 (5) 제1조는 "연관 거래로 인해 회사의 이익이 손해를 입은 경우, 원고 회사가 민법전 제84조, 회사법 제21조에 근거하여 지배주주, 실질적 지배자, 이사, 감사, 고급 관리자에게 손실 배상을 청구하는 경우, 피고가 해당 거래가 정보공시를 이행했거나, 주주총회 또는 주주대회의 동의를 받았다는 등 법률, 행정법규 또는 회사 정관이 규정한 절차를 이행했다는 이유로 항변하는 경우, 인민법원은 이를 받아들이지 않는다."

41) 「상장회사 지배구조 준칙」 제13조는 "상장회사는 연관인이 구매 및 판매 업무 채널을 독점하는 등의 방식으로 회사 경영에 개입하여 회사 이익을 손상시키는 것을 방지하기 위

예가 있다.⁴²⁾ 둘째, 절차적 측면에서는 연결 거래의 절차가 법적 요건을 충족하는지 여부를 검토할 수 있다. 예를 들어, 법률 및 규정 또는 회사의 정관에 부합하는지, 회사에 대한 공시가 이루어졌는지, 주주총회나 이사회 승인이 필요한지 등을 확인할 수 있다. 법적 규정에 따르면, 이사와 이사회 결의 사항에서 기업과의 연결 관계가 있는 경우, 해당 결의에 대해 의결권을 행사할 수 없으며, 다른 이사의 의결권을 대리해서 행사할 수도 없다.⁴³⁾

부당한 연결 거래가 회사에 미친 손해의 판단 기준에 대해서는, 제3자와의 정상 거래 가격, 이전 거래 가격, 동일 산업의 경매나 입찰 가격, 자격을 갖춘 감사 또는 평가 기관의 평가 등을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있다.

또한, 부당한 연결 거래에서 연결 회사가 연대 책임을 지는 문제에 대해서는 일부 법원의 지지를 받았다. 부당한 연결 거래는 불법 행위에 해당하므로, 관련 손해 배상 책임은 「민법전의 불법 행위 규정에 따라 인정되어야 한다. 연결 회사가 부담해야 하는 "책임 범위"는 일반적으로 "연결 거래로 얻은 이익"으로 인정되며, 이익은 채권자의 만기 채권을 초과할 수 없다. 연결 회사가 부담해야 하는 "책임 방식"은 보통 연결 회사가 지배 주주, 실질적인 지배자, 이사, 감사, 고위 관리직 등과 동일한 순위의 연대 책임을 진다고 인정된다. 따라서, 주주권 출자 형태로 보면, 수혜 회사와 주주권 출자자가 "공동 불법 행위"를 구성하는 경우, 관련 손해 배상 책임도 「민법전의 불법 행위 규정에 따라 인정되어야 한다.⁴⁴⁾

VI. 결론

주주권 출자는 기업에 자금 지원을 제공하고, 이를 통해 사업 발전과 시장 경쟁력을 높이는 동시에, 기존 주주와 신규 투자자 간의 이익 충돌을 유발할 수 있으며, 이로 인해 회사의 지배권이 재분배될 수 있다. 외부 투자자의 주식 비율이 증가함에 따라, 기존 주주의 지배권은 점차 약화될 수 있으며, 심지어 근본적인 이동이 발생할 수 있다. 주주권 출자로 인한 지배권 이동은 관련 당사자의 이익에 영향을 미친다. 회사의 지배권 쟁탈은 종종 전투 없이 벌어지는 전쟁과 같으며, 그 배경에는 막대한 경제적 이익과 전략적 배치가 얹혀 있다. 각 세력은 회사를 지배하기 위해 어떤 대가를 치르더라도 치열한 경쟁을 벌인다. 주주권 출자에는 선의의 인수와 악의적 인수 등의 경우도 존재하는데, 각자의 이익을 공정하고 정의롭게 균형 잡는 것이 법에 따라야 할 기본 원칙이다. 따라서 주주권 출자가 지배권 이전을 초래하는 문제에 대한 논의는 발전을 촉진하는 동시에, 효과적인 감독을 강화하고, 주식 변동으로 인한

한 효과적인 조치를 취해야 한다. 연관 거래 활동은 상업 원칙을 따라야 하며, 연관 거래의 가격은 원칙적으로 시장의 독립된 제3자의 가격 또는 요금 기준에서 벗어나지 않아야 한다. 회사는 연관 거래의 가격 산정 근거를 충분히 공시해야 한다."

42) 最高人民法院 (2021) 最高法民再181号民事判決書

<https://law.wkinfo.com.cn/case-analysis/detail/MkExMDAwNDE0OTk%3D?searchId=2da bb2cbbf484e3ab25727d02e547c48&index=1&q/2024-10-27/13:46>.

43) 趙旭東、劉斌, 「新公司法條文釋解」, (法律出版社, 2024), 69면.

44) 趙旭東、劉斌, 「新公司法適用與最高人民法院公布案例解讀」, (法律出版社, 2024), 63면.

위험을 통제하는 데 기여할 수 있다.

본 논문은 위의 논의를 통해, 현행 주주권 출자가 지배권 이전을 초래하는 관련 법적 규정에 대한 분석을 바탕으로, 주주권 출자에 의한 지배권 이전 규제에서 존재하는 결함을 살펴보았다. 마지막으로, 이에 대한 개선 방안을 제시하였으며, 이를 통해 기업이 주주권 출자 과정에서 보다 합리적인 결정을 내릴 수 있도록 돕고, 또한 법적 개선을 위한 작은 기여를 하고자 한다.

[참고문헌]

- 曹守曄, 「公司法修改條文理解与适用」, (法律出版社, 2024)
- 陳洁, “實際控制人公司法規制的体系性思考”, 「北京理工大學學報(社會科學版)」, 第24卷第5期 (2022)
- 杜万華, 「最高人民法院公司法司法解釋(四) 理解与适用」, (人民法院出版社, 2017)
- 黃莹, “新常態下企業交叉持股法律風險防范研究”, 「Shanghai Business」, 8月刊 (2022)
- 焦志峰, “有限責任公司章程限制股權轉讓法律分析”, 「河北企業經濟与法」, 第3期 (2024)
- 劉貴祥, “關於新公司法适用中的若干問題”, 「法律适用」, 第6期 (2024)
- 劉俊海, “論控制股東和實控人濫用公司控制權時對弱勢股東的賠償責任”, 「法學論壇」, 第2期 (2022)
- 劉秋花, “論有限責任公司股東優先購買權‘同等條件’認定問題”, 「經濟研究導刊」, 第1期 (2023)
- 馬更新、王端陽, “間接收購語境下股東優先購買權規則芻議——兼評南鋼控制權轉讓案”, 「學科前沿」, 第2期 (2024)
- 申文君, “有限公司章程限制股權轉讓的效力認定——以章程類型化區分為視角”, 「社會科學家」, 第2期 (2022)
- 吳維錠, “公司權力行使的正當程序原則”, 「中國政法大學學報」, 第5期 (2022)
- 張嘉彥, “有限公司股東優先購買權的‘同等條件’——兼論股東優先購買權的重新定位”, 「貿大法學」, 第6期 (2021)
- 趙旭東, “公司治理中的控股股東及其法律規制”, 「法學研究」, 第4期 (2020)
- 趙旭東, 「公司法學」, (高等教育出版社, 2003)
- 趙旭東、劉斌副, 「新公司法适用与最高人民法院公布案例解讀」, (法律出版社, 2024)
- 趙旭東、劉斌副, 「新公司法重点熱點問題解讀: 新旧公司法比較分析」, (法律出版社, 2024)
- 北京市第二中級人民法院 (2019) 京 02 民終 12459 号民事判決書。
- 福建省龍岩市中級人民法院 (2022) 閩 08 民終 313 号民事判決書。
- 廣東省佛山市中級人民法院 (2019) 粵 06 民終 682 号民事判決書。
- 廣東省韶關市中級人民法院 (2021) 粵 02 民終 1293 号民事判決書。
- 湖南省長沙市中級人民法院 (2019) 湘 01 民終 3799 号民事判決書; 福建省高級人民法院 (2020) 閩民申 2846 号民事裁定書。
- 最高人民法院 (2017) 最高法民終416号判決。
- 最高人民法院 (2021) 最高法民再181号民事判決書。

[Abstract]

A discussion of the corporate law regime for transfer of control under equity contributions

An Ran^{*}

In this paper, discusses the corporate control has complexity, high concentration, liability, mandatory, non-self-beneficial and mobility and other characteristics, equity contributions can lead to the occurrence of the transfer of corporate control, through the equity contributions to the transfer of the control of the reality of the form and legal regulation, as well as regulating the transfer of the control of the existence of the shortcomings and recommendations and improve several aspects of in-depth discussion, analyzes the equity contributions generated by the control and control, the identification of the transfer of control, the acquisition of good faith and malicious acquisition of several situations.

Holding and control of the equity contribution, the control of the transfer of the determination of the equity contribution of bona fide acquisition and malicious acquisition of several situations. Equity capitalization has not only changed the capital structure of enterprises, but also profoundly affected the governance mode and decision-making mechanism of enterprises. With the entry of external investors, the original shareholders may face the risk of dilution of control, while the new shareholders may gain more voice by virtue of their financial strength or technological advantages. This transfer of control has a far-reaching impact on the long-term development of the enterprise. It may bring new development opportunities as well as internal conflicts and management challenges. This phenomenon is not only related to the stable development of enterprises, but also affects the protection of investors' interests, so it has important research value.

In this paper, by sorting out the relevant legal provisions on the transfer of control right caused by equity contribution, analyzing the defects of the transfer of control right to regulate the equity contribution, and finally putting forward the suggestions and improvement opinions, aiming at helping enterprises to make decisions on the equity contribution, need to take into full consideration of the potential risks of the change of the right of control, and reasonably plan the shareholding structure, in order to safeguard the long-term and stable development of the enterprise. In addition, this paper hopes to provide corresponding basis and support for the improvement of company law legislation, and at the same time to promote the construction and development of the rule of

^{*} PhD Candidate in International Legal Studies at Dongya University, Lawyer (304062445@qq.com).

law society, and to contribute to the construction of a more just and harmonious social environment.

Key Words: equity contribution, control transfer, capital structure, hostile takeover, fiduciary obligation, non-fair connected transactions

블록체인 기반 가상자산의 私法적 성질에 관한 소고
- Unidroit 「디지털 자산과 사법 원칙」에 관한
비판적 소개를 중심으로 - * **

신 지 혜***

논문요지

디지털 자산(digital assets) 내지 가상자산(virtual assets)의 경제적 가치에 관하여는 더 이상 이론이 없다. 또한 이것이 보호가치 있는 재산적 이익이라는 사실도 이미 대법원 판례를 통해 확인된 바 있다(대법원 2021. 11. 11. 선고 2021도9855 판결; 대법원 2021. 12. 16. 선고 2020도9789 판결 등). 그러나 가상자산의 법적 성질론에 관하여는 아직도 확립된 견해가 없다. 이 글에서는 Unidroit가 채택한 디지털 자산과 사법 원칙(Principles on Digital Assets and Private Law)을 소개하고 비판적으로 분석한다.

블록체인 기반 가상자산의 거래방식은 크게 (i) 직접 블록체인 위에서 기록되는 방식(이하 ‘온체인 거래’)과 (ii) 소위 거래소라고 불리는 가상자산사업자를 통해 거래되는 방식(이하 ‘오프체인 거래’)의 2가지로 나뉜다. (ii)와 관련하여 가상자산사업자와 고객 사이의 관계에 관해 우리나라 하급심 판결은 ‘유상임치계약의 성질을 가지는 비전형계약’으로 파악하고 있고(서울고등법원 2021. 12. 8. 선고 2021나2010775 판결 등), 이는 채권적 관계에 해당한다고 보는 것이 전 세계적인 추세이다. 가상자산 거래 대부분은 (ii) 오프체인 거래 방식으로 이루어지고 있지만, Unidroit 디지털자산원칙은 주로 (i) 온체인 거래를 중심으로 규정하고 있고 가상자산의 법적 성질은 온체인 거래와 보다 밀접하게 관련이 있으므로, 이 글에서는 온체인 거래에 한정하여 논의한다.

Unidroit 디지털자산원칙은 ‘지배(control)’라는 사실상 개념을 기초로 하여 가상자산의 물권적 권리귀속 관계(proprietary right)를 규율하고자 하는 것이 가장 큰 특징이다. 이것은 미국 통일상법전(Uniform Commercial Code) 제12장의 지배가능한 전자기록(controllable electronic records)으로부터 영향을 받은 것으로 보인다. 여기서의 ‘지배’를 비트코인의 경우에 대입해 보면, 결국 온체인 거래를 위한 ‘비밀키’를 보유한 경우를 말하는 것으로 이해할 수 있다. 지배 개념을 도입하였다고 하여 物權 또는 債權 구별론이 이루어진 것은 아니다. 지배 개념 도입으로 사실적 의미에서 가상자산을 둘러싼 권리귀속 관계를 명확히 하려고 한 것일뿐 그 법적 성질이

* 이 연구는 2024학년도 한국외국어대학교 교원연구지원사업 지원에 의하여 이루어진 것임

** 이 글은 2025년 5월 발간 예정인 윤진수 선생 고회기념논문집에도 포함될 예정입니다.

*** 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수

확정된 것도 아니기 때문에 그 도입 실익에도 의문이 있다. 결국 사실적인 현상을 규정화한 것일 뿐 별다른 법적 의미를 지니지 않는다고 평가할 수 있다.

Unidroit 디지털자산원칙은 지배 개념을 토대로 가상자산에 대한 선의취득, 담보권 설정에 관하여 규정하고 있다. 가상자산 거래를 활성화시키고 거래비용을 낮춘다는 측면에서 의미가 없지 않으나, 블록체인 기반 가상자산의 익명성과 탈중앙화라는 특성상 선언적 의미 외에 실천적 의미까지 부여하기는 어려운 점, 구체적인 담보권 설정방법에 있어 양도담보 이외에는 어렵고 담보대상의 가치평가가 곤란하다는 점에서 역시 실천적 가치를 찾기 어렵다.

한편 Unidroit 디지털자산원칙은 가상자산의 집행에 관하여는 사실상 아무런 정함도 하고 있지 않다. 파산절차에 있어서는 지배 상태로 인하여 취득한 권리귀속 관계가 파산관재인 등에 대해서도 효력이 있다는 것을 명시한 점에서는 긍정적으로 평가할 수 있고, 고객이 커스터디언에게 맡긴 가상자산은 커스터디언의 파산채단을 구성하지 않고 고객에게 환취권과 같은 권리가 인정된다고 한 부분은 원칙 전체에서 가장 실질적인 의미가 있는 부분이라고 할 수 있다.

Unidroit의 디지털자산원칙이나 미국 UCC 제12편은 가상자산 시장의 최전성기에 起案된 것으로, 당시의 가상자산에 대한 막대한 관심도를 반영하여 다소 성급하게 만들어진 것은 아닌가 생각된다. 양 규정 모두 가상자산을 법적으로 규율하고 가상자산의 재산적 가치를 인정하고자 한 점에서는 높이 평가할 수 있지만 구체적인 내용을 살펴보면 가상자산의 거래 실태나 기술적 가능성을 간과한 것으로 보이는 부분이 상당수 있고, 온체인 거래에서 가장 문제가 되는 강제집행이나 파산시의 처리에 관하여는 구체적으로 정하고 있지 않다는 점에서 더욱 그 실천적 의미에는 의문이 있다. 가상자산에 관한 향후 입법 과정에서, 주로 오프체인 거래를 중심으로 강제집행 절차를 정비하고, 파산시의 기준을 마련하는 데에 힘을 쏟고, 온체인 거래와 관련하여서는 피침해자를 현실적으로 보호할 수 있는 기술적 수단을 강구하는 것이 보다 실익이 있을 것으로 생각된다.

검색용 주제어: 가상자산, UNIDROIT 디지털자산 및 사법 원칙, 지배, 블록체인, UCC 제12편

· 논문제출: 2024. 12. 30. · 심사개시: 2025. 01. 09. · 게재확정: 2025. 01. 27.

I. 서론

디지털 자산(digital assets) 내지 가상자산(virtual assets)의 경제적 가치에 관하여는 더 이상 이론이 없다. 현실적으로 다종다양한 디지털 자산 내지 가상자산이 활발하게 거래되고 있고, 그 가격 또한 상당하다. 그 중 이 글에서 다루고자 하는 것은 비트코인을 중심으로 한 소위 암호화폐(cryptocurrency)의 법적 성질이다. 비트코인류 암호화폐에 관하여는 디지털 자산, 가상자산, 암호자산, 암호화폐 등 여러 가지 용어가 사용된다. 각각 비트코인 등의 특성을 한가지씩 대변하고 있는데, 디지털 자

산은 이것이 현물자산이 아니라는 점, 가상자산은 여기에 기초자산이 존재하지 않고 가상세계에서만 유통된다는 점, 암호자산 또는 암호화폐는 비트코인 등의 생성·유통에 암호화 기술이 사용된다는 점에 방점이 찍힌 것으로 이해할 수 있다. 그러나 ‘디지털 자산’이라는 용어는 암호화폐류가 아닌 다른 종류의 디지털 자산, 예컨대 게임 아이템이나 개인정보 데이터 등 너무 넓은 범위의 디지털 자산까지 연상시킬 수 있다는 점에서 바람직하지 않고, ‘암호자산’, ‘암호화폐’는 비트코인 등을 생성·유통시키는데 필요한 암호화 기술에 관한 오해를 불러일으킨다는 점¹⁾, 다른 종류의 디지털 자산의 경우에도 그 생산·유통에 암호화 기술이 사용되는 경우가 빈번하다는 점, 현실적으로 비트코인 등이 화폐나 화폐의 대용품으로 사용되고 있지 않다는 점²⁾에서 타당하지 않다. 비트코인 등의 私法적 성질과 관련하여서는 그것이 기초자산이 없고 오로지 가상세계에서만 생성·유통된다는 점이 가장 핵심적인 포인트가 되므로, 이 글에서는 ‘가상자산’이라는 용어를 사용하고자 한다.

그동안 가상자산의 법적 성질에 관하여는 이미 여러 선행연구에서 논의된 바 있다. 이 글에서는 기존의 논의를 반복하지는 않고, Unidroit가 채택한 디지털 자산과 사법 원칙(Principles on Digital Assets and Private Law)(이하 ‘디지털자산원칙’)을 중점적으로 소개하고 비판적으로 분석하고자 한다.³⁾ 이하에서는 디지털자산원칙을 소개, 분석함에 있어 전제가 되는 기술적인 내용을 간단히 설명한 후 이 원칙을 개관하고 개별 조항에 관해서 검토하도록 하겠다.

II. 블록체인 기반 가상자산의 거래 방식

1. 가상자산의 두가지 거래방식

비트코인을 중심으로 하는 블록체인 기반 가상자산은 크게 (i) 직접 블록체인 위에서 기록되는 방식(이하 ‘온체인 거래’)과 (ii) 소위 거래소라고 불리는 가상자산사업자를 통해 거래되는 방식(이하 ‘오프체인 거래’)의 2가지 방식으로 거래된다. 양자는 법적 구성이 전혀 다르며 Unidroit 디지털자산원칙은 주로 (i) 온체인 거래를 중심으로

1) 비트코인을 생성하고 유통시킬 때 해쉬함수 등의 암호화 기술이 이용되기는 한다. 그러나 블록체인이나 비트코인 자체가 보안·암호 기술은 아니며, 해쉬함수 등의 암호화 기술이 비트코인 생성·유통에 핵심적인 기초가 되는 것도 아니다. 그럼에도 불구하고 ‘암호자산’이나 ‘암호화폐’라는 용어를 사용할 경우 비트코인의 기술적 실질에 관해 오해가 생길 수 있다. 이 점에 관한 보다 상세한 설명으로는, 신지혜, “블록체인의 성립과 운용에 있어서 민사법적 쟁점 - 블록체인에 대한 기술적 이해를 기초로 -” 비교사법 제28권 제3호, 한국사법학회(2021. 8.), 56면 참조.

2) Mark Edwin Burge, “AFTER FTX: CAN THE ORIGINAL BITCOIN USE CASE BE SAVED?”, 72 UKSLR 1(2023. 11.), p. 9 이하 참조.

3) Unidroit 디지털자산원칙에 관한 선행 연구로는, 김수정, “가상자산의 물건성 여부 및 물건법 법리에의 포섭 가능성에 관한 논의”, 민사법학 제106호, 한국민사법학회(2024. 3.), 57~67면; 천창민, “가상자산 거래의 물건법적 측면에 관한 연구 - UNIDROIT의 디지털자산 프로젝트 논의를 중심으로 -”, 서울대학교 법학 제63권 제1호, 서울대학교 법학연구소(2022. 3.), 57~84면 참조. 또한 Unidroit 디지털자산원칙을 전반적으로 설명한 것으로는, 김상중, “가상자산의 지배와 민사법적 성질: UNIDROIT 디지털자산 원칙과 스위스 DLT 법률의 내용 및 국내 논의에 대한 시사점”, 비교사법 제31권 제4호, 한국사법학회(2024. 11.) 참조.

규정되어 있고, 오프체인에 관하여는 커스터디(custody)에 관해 규정하고 있을 뿐이다.

2. 온체인 거래

먼저 (i) 온체인 거래가 이루어지는 방식을 기술적 관점에서 간단히 설명하면 다음과 같다.

먼저 이용자는 블록체인 위에 자신의 계좌를 개설하고 비밀키를 발급받는다. 비밀키는 거래정보를 발신하기 위해 필요한 암호화된 데이터로, 일종의 비밀번호라고 생각하면 된다. 일종의 계좌번호에 해당하는 공개키는 다른 블록체인 참여자에게 공개된다.⁴⁾ 만약 이용자 甲이 자신의 공개키 주소에서 이용자 乙이 보유한 공개키 주소로 10비트코인을 이전하는 거래정보를 발신하면, 그러한 내용이 블록체인 장부에 기록되고, 모든 블록체인 참여자에게 그 내용이 공유된 후 블록체인에 기재, 확정⁵⁾된다. 비밀키는 각 계좌에 기재되어 있는 비트코인을 다른 이용자의 계좌로 이전시키기 위해 필요한 비밀번호와 유사한 정보로서, 비밀키를 확보하면 그 계좌에 기록된 거래정보의 일부 또는 전부에 관해 언제든지 발신, 이전할 수 있다.

블록체인 계좌의 비밀키는 블록체인 계좌 생성시 즉시 발급되지만 외우기 어려운 복잡한 숫자의 나열로 되어 있기 때문에, 통상 처음 발급된 내용 그대로 전자정보 형태로 보관한다. 만약 이 비밀키를 인터넷과 분리된 PC나 USB에 보관하였다면, 이를 콜드월렛(cold wallet)이라고 부르고, 인터넷과 연결된 서비스를 이용해서 보관하였다면, 이를 핫월렛(hot wallet)이라고 부른다. 콜드월렛이나 핫월렛 어느 경우에도 해당 지갑(wallet) 내에 가상자산 자체가 보관되는 것은 아니라는 점을 유의할 필요가 있다.⁶⁾ 가상자산 자체의 보관, 다시 말해 각 계좌별 가상자산 보유 내역에 대한 정보는 블록체인에 기록되는 것이며, 그렇기 때문에 사실 지갑(wallet)이라는 용어 자체에 어폐가 있다. 결국 콜드월렛이나 핫월렛과 같은 용어가 사용되고 있기는 하지만, 이것은 어디까지나 비밀키 보관 장소에 불과하고, 가상자산 자체는 블록체인에 기록될 뿐 콜드월렛이나 핫월렛에 보관되는 것은 아니다.⁷⁾

만약 어느 계좌의 비밀키를 입수하였다면, 그 계좌와 관련하여 기록되어 있는 가

4) 다만 그러한 공개키 보유자가 현실세상에서 누구인지를 알 수 없다는 점에서 익명성이 보장된다.

5) 다만 기록이 확정될 때까지, 비트코인의 경우 확률적으로 대략 1시간 정도가 소요된다고 한다. 이에 관한 상세한 설명은, 신지혜(주1), “블록체인의 성립과 운용에 있어서 민사법적 쟁점 - 블록체인에 대한 기술적 이해를 기초로 -” 비교사법 제28권 제3호, 한국사법학회(2021. 8.), 43면 각주 24) 참조.

6) 이에 관한 상세한 설명은, 신지혜, “블록체인 기반 가상자산에 관한 민사법적 취급 - 가상자산 거래의 여러 국면과 상황을 기초로 -”, 외법논집 제48권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소(2024. 2.), 142면 참조.

7) 컴퓨터 하드디스크 등에 비트코인이 보관되어 있다는 표현이 자주 사용되나, 이것은 정확한 것이 아니다. 비트코인 등은 모두 블록체인에 기록되어 있는 것이고, 블록체인에 기록된 계정에 접근, 관리하기 위한 정보가 하드디스크 등에 기록, 보관되어 있는 것뿐이다. 따라서 파이낸셜뉴스, 2024. 3. 31.자 기사, “비트코인 8000개 실수로 버렸던 그 남자..11년만에 전해진 근황”, <https://www.fnnews.com/news/202403310120505737> (2025. 1. 31. 최종방문, 이하 이 글에서 인터넷 사이트의 최종방문일자는 모두 같음) 등에서 “비트코인 8000개가 든 하드디스크”와 같은 표현은 잘못된 것이다.

상자산의 거래정보의 전부 또는 일부에 관하여 언제든지 이전하는 내용을 발신할 수 있다. 거래정보 이전 내용이 발신되면 그것이 중개자(intermediary)의 개입 없이 블록체인 참여자들에 의해서 블록체인에 기록되고, 한번 거래정보 이전이 기록되면 그것은 어떠한 경우에도 삭제하거나 되돌릴 수 없다.⁸⁾

한편 어느 계좌의 비밀키는 물리적인 실체를 갖지 않는 전자적 정보 내지 숫자의 나열에 불과하므로, 비밀키의 복제나 배포가 매우 쉽고, 어느 계좌의 비밀키를 2명 이상이 동시에 보유하는 것도 가능하다. 만약 2명 이상이 한 계좌의 비밀키를 동시에 보유하고 있다면, 각자는 타방의 협조 없이도 언제든지 비밀키를 이용해서 당해 계좌와 관련된 거래정보를 이전시킬 수 있고, 비밀키를 보유하고 있더라도 어느 한 명의 거래정보 이전행위를 막거나 저지할 수 없다. 반면 어느 계좌의 비밀키를 알지 못하면 그 계좌와 관련된 거래정보를 이전하는 것은 절대 불가능하고, 블록체인은 따로 운영자나 중개자가 없으므로, 설령 어느 계좌가 자신의 소유임을 블록체인 밖에서 증명하더라도, 한번 잃어버린 비밀키를 다시 찾을 방법은 없다.⁹⁾

3. 오프체인 거래

다음으로 (ii) 오프체인 거래가 이루어지는 방식은 다음과 같다.¹⁰⁾

먼저 이용자는 거래소 내에 거래소 계정을 개설한다. 이 계정은 블록체인 위에 기록되는 것이 아니고 거래소 내부 원장 시스템에 기록되는 것이다. 이 원장은 거래소에 의해서 관리되며, 이용자의 개인정보, 계좌내역 등의 정보는 모두 거래소가 중앙 관리한다. 이용자는 거래소에게 현금 등을 입금하고 어느 가상자산의 취득을 신청할 수 있으나, 그 신청 내역은 거래소 원장에 기록되는 것일 뿐이고, 반드시 블록체인에 까지 그러한 내용이 기록되는 것은 아니다.¹¹⁾

거래소는 자신의 선택에 따라, ① 거래소 원장에 기록된 내용과 동일한 내용으로 블록체인에도 각 이용자 별 계정을 개설하여 가상자산을 취득, 보관하는 방식, ② 거

8) 다만 기술적으로 삭제하거나 되돌리는 것이 완전히 불가능한 것은 아니다. 하드포크(hard fork)를 통해서 블록체인에 기록된 내용을 삭제하거나 되돌리는 것도 가능하지만, 만약 하드포크가 이루어지면 하드포크 이전의 블록체인과 하드포크 이후의 블록체인은 동일성을 상실하고 전혀 다른 것이 된다. 예컨대 이더리움의 경우 DAO 사태 이후 하드포크를 단행하였는데, 그 이후 하드포크를 받아들인 “이더리움”과 받아들이지 않은 “이더리움 클래식”으로 분리되었다. 이에 관한 상세한 설명은, 신지혜, “스마트 컨트랙트에 관한 민사법적 쟁점 - DAO 사건을 중심으로 -”, 민사법학 제99호, 한국민사법학회(2022. 6.), 220면 이하 참조.

9) 기술적으로는 수없이 많은 숫자를 임의로 입력하여 비밀키를 찾는 것이 가능할 수는 있다. 그러나 그러한 과정에 무한대에 가까운 막대한 비용과 시간이 소요되기 때문에 현실적으로는 불가능한 것으로 보아도 무방하다.

10) 오프체인 거래에 관한 설명으로는, 신지혜, “가상자산의 특성과 법적 규율 - 블록체인 기반 가상자산의 위험성과 규율 방향을 중심으로 -”, 소비자법연구 제8권 제3호, 한국소비자법학회(2022. 8.), 95~100면; Ronald A. Spinner, “Caution-Construction Ahead: Reworking the UCC for Cryptocurrencies”, 32 No. 1 JBKRLP-NL Art. 3(2023. 2.), Cryptocurrency exchanges and “off chain” transactions 참조.

11) 각 거래소는 거래소 계정을 개설한 이용자 사이에 거래가 발생한 경우 각 거래소 원장의 각 이용자의 계정에만 그러한 내용을 반영할 뿐이고, 그러한 내용이 곧바로 블록체인에 기재되지 않는다. 결국 각 거래소 내부에서만 거래가 이루어지는 것이며, 그렇기 때문에 각 거래소 별로, 각 국가 별로 가상자산의 실시간 가격 사이에 미묘한 차이가 발생하는 것이다. 실제로 포털사이트에 “비트코인 가격”을 검색하면, 각 거래소 별로 서로 다른 실시간 가격이 표시된다.

래소 원장에 기록된 종류와 수량만큼 블록체인에 거래소 명의 계정을 개설하여 가상자산을 취득, 보관하는 방식을 취할 수도 있고, ③ 거래소 원장에만 기록을 하고 아예 블록체인에는 가상자산을 취득, 보관하지 않는 방식을 취할 수도 있다. 참고로 2024. 7. 19.부터 시행된 가상자산 이용자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘가상자산이용자보호법’) 제7조 제2항은 “가상자산사업자는 자기의 가상자산과 이용자의 가상자산을 분리하여 보관하여야 하며, 이용자로부터 위탁받은 가상자산과 동일한 종류와 수량의 가상자산을 실질적으로 보유하여야 한다.”고 규정하고 있으므로, 국내 가상자산사업자는 ① 또는 ②의 방식만을 이용해야 하나, 해외 거래소의 경우는 ③과 같이 운용되고 있는 경우도 적지 않다.

이용자들은 각 거래소 내부에서 각 거래소의 다른 이용자와 사이에 가상자산 거래를 할 수 있고 그 거래 내역은 거래소 원장에 기록된다. 그리고 이용자는 최종적으로 거래소 계정에 보유하는 가상자산을 매각한 후 각 거래소로부터 현금을 인출할 수도 있고, 거래소 계정(오프체인)에 보유하는 가상자산을 자신의 블록체인 계정(온체인)으로 이전할 수도 있다.

이용자들이 각 거래소 계정에서부터 자신의 블록체인 계정으로 가상자산을 이전하기 전까지는 각 거래소를 상대로 가상자산이전청구권을 갖는다고 이론구성되는 것이 일반적이다.¹²⁾ 즉, 이용자들이 각 거래소를 상대로 갖는 재산적 권리는 채권적인 것이라는 점은 큰 이론 없이 받아들여지고 있으며 하급심 판례¹³⁾ 역시 “유상임치계약의 성질을 가지는 비전형계약”이라고 판시한 바 있다. 다만 그럼에도 불구하고, 특히 위 ①과 같은 방식으로 가상자산이 보관되고 있는 경우, 거래소 파산시 각 이용자들에게 환취권 등을 인정할 것인지 여부에 대해서는 여전히 논의를 요한다.

III. Unidroit 디지털자산원칙 개관

1. 채택 경위¹⁴⁾ 및 제정 이유

Unidroit의 디지털자산원칙은 2020년 9월 제99회 이사회에서 Digital Assets and Private Law 프로젝트 출범이 승인되면서 제정 작업이 개시되었다. 2020년 11월부터 2023년 4월까지 9차례에 걸친 Working Group 회의가 진행되었고, 2021년 12월부터 2023년 4월까지 25차례에 걸쳐 Drafting Committee에서 원칙 초안을 작성, 수정하였다.

Unidroit Working Group은 15명의 위원과 여러 기관 및 이해관계인으로 구성된 22명의 옵저버로 이루어져 있다. 2020년 11월 17일부터 19일까지 열린 제1차 회의에서는 이슈페이퍼에서 제기된 문제를 검토하고 원칙 제정 방향과 범위를 결정하였는

12) Jannik Woxholth et al., “Competing claims to crypto-assets”, Uniform Law Review, Volume 28, Issue 2, Advance access publication(2024. 1.), pp. 230~232, 240.

13) 서울고등법원 2021. 12. 8. 선고 2021나2010775 판결 등.

14) 상세한 채택 경위에 관하여는, <https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law/#1622753957479-e442fd67-036d> 및 제102회 이사회에 제출된 의안(<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/04/C.D.-102-6-Principles-on-Digital-Assets-and-Private-Law.pdf>) 1~6면 참조.

데, 중립적이고 실용적인 접근 방향 채택하고, 제기되는 문제에 관한 실용적인 해결책을 개별국에게 제시할 수 있도록 하는 것을 기본 입장으로 정하였다. 이에 따라 Working Group을 지배(Control) 및 커스터디(Custody)를 담당하는 제1분과, 지배 및 이전(Transfer)를 담당하는 제2분과, 담보 거래(Secured Transactions)를 담당하는 제3분과, 분류법(Taxonomy) 및 기타 사항을 담당하는 제4분과의 4개 분과로 나누고 작업에 돌입하였다. 그 이후 각 분과별로 초안을 마련한 뒤 2022년 8월 31일부터 2022년 9월 2일까지 열린 제6차 회의에서, 제5차 회의, 제101회 이사회 및 운영위원회(Steering Committee)의 의견을 의견 반영하고, 제101회 이사회에 부수하여 2022년 6월 진행된 디지털 자산 집행에 관한 특별 워크숍에서 제기된 이슈도 반영한 Drafting Committee의 개정안과 주석이 제출되었다. 제6차 회의에서는 개별 조문 별로 검토가 이루어져 초안 문구 일부가 승인되었으며, 이어서 2022년 12월 19일부터 22일 열린 제7차 회의에서 나머지 문구가 승인된 후 2023년 1월 10일부터 2023년 2월 28일까지 온라인 공개 의견수렴 절차가 진행되었다.

2023년 3월 8일부터 10일까지 열린 제8차 회의 및 2023년 4월 5일 열린 제9차 임시회의에서 의견수렴 결과를 검토한 후 최종안이 확정되었고, 2023년 5월 제102회 이사회에서 디지털자산원칙이 채택되었으며, 2023년 12월 총회에서 채택된 원칙이 보고되었다.

Unidroit 디지털자산원칙은 시장 참여자들에게 명확한 기준을 제시함으로써 거래 비용을 절감할 수 있도록 하기 위해 제정되었다. 이 원칙은 블록체인 등 분산원장 기술을 전제로 하지 않고 모든 디지털 자산을 대상으로 하며(기술중립성), 특정한 법제나 법률 시스템을 염두에 두거나 전제한 것이 아니다(법역중립적). 이 원칙의 주석에서 블록체인을 전제로 하여 예시를 든 경우가 있으나, 이 원칙은 블록체인 등 분산원장을 전제로 하는 가상자산 외에 지배의 대상이 되는 모든 가상자산을 포괄한다. 한편 이 원칙은 소비자법이나 상법, 지적재산권법 등 특정 법역을 염두에 둔 것이 아니고, 일반 私法 원칙을 제시¹⁵⁾함을 목적으로 한다. 즉 이 원칙은 규제법이 아니며, 단지 사법적 관점에서 핵심적 규칙과 기준만을 다루는 것이고, 더 나아가 모든 사법적 쟁점을 다루는 것도 아니다.

이 원칙은 회원국들에게 이 원칙에 합치되는 입법을 채택하도록 권장함으로써 국제거래에서 예측가능성을 높이려는 것이다. 회원국들이 이 원칙을 채택할지, 채택할 경우 어떠한 형식을 취할 것인지는 전적으로 회원국들의 자율에 맡겨져 있으며,¹⁶⁾ 이 원칙 중 상당부분은 개별국법에서의 정함이 우선한다고 규정하고 있기도 하다.¹⁷⁾

2. 구조

Unidroit 디지털자산원칙은 원칙(Principle)과 그에 대한 주석(commentary)로 구성되어 있다. 원칙은 개관(Introduction)과 총 7개의 장, 19개의 조문으로 구성되어 있

15) Unidroit Principles, Principles 1.

16) Unidroit Principles, Principles 5. 디지털자산원칙의 국제사법적 측면에 관한 설명으로는, 천창민, “디지털자산 거래의 물권적 측면에 관한 준거법”, 국제사법연구 제29권 제2호, 한국국제사법학회(2023. 12.), 181, 182면, 188~197면 참조.

17) 대표적으로 제17조와 제18조는 담보권실행이나 강제집행 절차에 관하여는 개별국법에 유보하고 있다.

다. 제1장은 제1조부터 제4조까지 범위 및 정의에 관한 규정을 두고 있고, 제2장은 국제사법으로 제5조 준거법에 관한 규정을 두고 있다. 디지털자산원칙의 가장 핵심적인 조항은 제3장이라고 할 수 있는데, 제6조 지배, 제7조 지배자 신원확인(identification), 제8조 선의취득, 제9조 양수인(transferee)의 권리 등의 조항을 두고 있다. 제4장은 위에서 언급한 오프체인 거래에 관한 것으로, 제10조는 커스터디, 제11조는 커스터디언(Custodian)이 고객에게 부담하는 의무, 제12조는 선의의(Innocent) 고객, 제13조는 커스터디언의 파산과 채권자의 청구권에 관해 규정한다. 다음으로 제4장은 담보거래에 관한 것으로, 제14조는 담보거래 일반, 제15조는 제3자에 대한 효력을 취득하기 위한 방법으로서의 지배, 제16조는 담보권의 우선순위, 제17조는 담보권의 실행에 관해 정한다. 제6장은 강제집행을 포함한 절차법에 관해 제18조를 두고 있고, 제7장에서는 제19조 파산이 가상자산에 관한 권리귀속(proprietary)¹⁸⁾ 관계에 미치는 영향을 규정하고 있다.

Unidroit 디지털자산원칙은 19개의 조항으로 구성되어 있고, 어디까지나 가상자산에 관한 원칙을 정하고 있을 뿐 세부적인 내용까지 정하고 있지는 않으며, 상당한 내용은 개별국법에 맡기고 있다. 여기서 가장 기본이 되는 것은 지배와 이전에 관한 제3장이라고 할 수 있으며, 그 외에 담보에 관한 제5장 및 집행에 관한 제6장, 파산에 관한 제7장을 살펴볼 필요가 있다. 이하에서는 이러한 내용을 중심으로 디지털자산원칙에 관해 분설하도록 한다.

IV. Unidroit 디지털자산원칙의 중요 쟁점에 관한 소개와 평가

1. 지배가능한 전자기록

(1) 원칙의 소개

이 원칙은 여러 가지 가상자산 중 지배(control)의 대상이 될 수 있는 것만을 그 대상으로 한다.¹⁹⁾ 지배는 디지털자산원칙에서 가장 핵심적인 개념이라고 할 수 있으며, 가상자산의 취득과 양도, 담보권 설정 등과 관련하여서도 중심적 요건으로 기능하고 있다. 그런데 지배가능한 전자기록(controllable electronic records, ‘CERs’²⁰⁾)라는 개념은 원래 미국의 통일상법전(Uniform Commercial Code, 이하 ‘UCC’) 제12장(Article 12)²¹⁾에서 먼저 도입된 것이다. 미국에서는 가상자산과 관련한 새로운 법안

18) 아래에서 설명하는 바와 같이, Unidroit 디지털자산원칙에서 가상자산의 법적 성격을 物權으로 정한 것이 아니다. 다만 권리 귀속에 관한 방식과 우선순위, 즉 권리의 물권적 귀속에 관한 것을 정한 것이며, 그렇기 때문에 이 글에서는 이를 “물권적 권리”라고 번역하였다.

19) Unidroit Principles, Principles 2 (2); Commentary 2.3.

20) CERs에 대한 규정 전문은 다음 링크에서 확인할 수 있다. <https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-164?CommunityKey=1457c422-ddb7-40b0-8c76-39a1991651ac&tab=librarydocuments>

21) UCC 제12장에 관한 소개와 설명으로는, Francesco Mazzotta, “The Uniform Commercial Code Embraces Blockchain”, 51 NO 2 UCCLJ ART 1(2023. 12.); Jennifer S. Martin et al., “THE UNIFORM COMMERCIAL CODE SURVEY: INTRODUCTION”, 78 BUSLAW 1189(2023) 참조.

제안을 위한 연구가 진행되어 2022년 7월 27일 통일상법전 개정으로 가상자산에 관한 제12장이 신설된 바 있으며 여기서도 지배가 가장 중심적인 기능으로 작용하고 있다. 양 규정에서 ‘지배’에 관한 내용은 실질적으로 큰 차이가 없으며, 제정 시기를 고려할 때 Unidroit 디지털자산원칙은 UCC 제12장에서 크게 영향을 받은 것으로 추측된다.

양 규정 모두 어느 경우에 전자기록에 대해 지배를 갖는 것인지에 관한 요건을 정하고 있다.²²⁾ 표현에 있어서 차이는 있으나, ① 타인으로 하여금 그 가상자산으로부터 생기는 이익을 취득하지 못하도록 막을 수 있는 배타적 능력을 갖고, ② 자신이 그로부터 생기는 이익을 가질 수 있는 능력을 갖는 경우 지배 상태가 인정된다고 보고 있다. 기본적으로 가상자산에 대한 지배를 갖는 자가 그 가상자산에 관한 권리도 보유한다고 보고,²³⁾ 이러한 지배가 이전되는 경우 가상자산에 대해 갖는 권리도 함께 이전되며, 결국 지배를 가상자산을 둘러싼 법률관계에서 가장 핵심적으로 기능하는 개념으로 파악하는 것이다.

다만 여기서 지배는 법률적 개념을 말하는 것은 아니고, 마치 물건에 대한 점유상태와 같이 사실적으로 지배하고 있는 상태를 의미한다.²⁴⁾ 지배는 선의취득이나 담보권 설정시 제3자에 대한 효력 등과 관련하여 중요한 역할을 하는 것이지만, 그 자체로 가상자산에 대한 권리까지 내포하는 것은 아니다.²⁵⁾ 대부분의 경우 가상자산에 대한 지배의 이전으로 가상자산에 관한 권리까지 이전될 것이라는 하지만, 가상자산에 관한 권리는 각 회원국의 개별국법상 정함에 따르게 된다.

양 규정에서 말하고 있는 지배를 비트코인의 경우에 대입해 보면, 결국 온체인 거래를 위한 ‘비밀키’를 보유한 경우를 말하는 것으로 이해할 수 있다. 비밀키를 단독으로 확보하면 가상자산을 배타적으로 지배하여 타인이 그 가상자산에 접근하는 것을 봉쇄할 수 있다. 앞서 설명한 바와 같이, 블록체인 기반 가상자산의 온체인 거래에서는 중개자 등이 존재하지 않고, 이용자와 블록체인 시스템만이 존재하기 때문에 이용자가 가상자산에 대하여 갖는 권리를 채권적인 것으로 보기는 어렵다.²⁶⁾ 그렇지만 위 Unidroit 디지털자산원칙이나 UCC가 ‘비밀키’ 보유시 지배를 인정하였다고 하더라도 그것만으로 가상자산의 법적 성질을 물권으로 보았다고 할 수는 없다. 양 규정이 모두 밝히고 있다시피, 여기서의 지배는 사실상의 상태를 나타내는 것에 불과할 뿐이고, 그 지배에 근거해서 곧바로 소유권이나 소유권에 유사한 어떠한 권리를 갖는다고 인정하고 있는 것은 아니기 때문이다.²⁷⁾ 여기서 지배는 가상자산에 관한 어떤 권리가 누구에게 귀속되어 있는지 권리귀속 관계(proprietary interest)를 판별함에 있어 기준이 되는 것뿐이고, 가상자산의 법적 성질까지 곧바로 결정하는 근거가 되는 것은 아니다. 가상자산의 재산권성까지는 확인, 선언되었으나, 결코 이를 物權

22) Unidroit Principles, Principle 6; UCC §12-105.

23) Unidroit Principles, Principle 7

24) Unidroit Principles, Principle 6 Commentary 6.1.

25) Unidroit Principles, Principle 6 Commentary 6.5.

26) 블록체인 시스템은 Peer to Peer 구조로 되어 있기 때문에, 개별 Peer를 구성하는 자연인 내지 단체가 존재하기는 한다. 이들은 발신된 정보를 기계적으로 블록 위에 기록하는 역할만 할 뿐이고, 이용자가 이들에게 개별구체적 거래에 관한 청구권을 갖는 것은 아니므로, 이들을 제3자나 상대방으로 볼 이유나 실익은 없다. 이에 관한 논의는 신지혜(주6), 148면 참조.

27) Unidroit Principles, Principle 6 Commentary 6.3.

으로 본 것은 아닌 것이다.²⁸⁾ 결국 지배라는 개념을 도입하였다고 하여 物權 또는 債權 구별론이 이루어진 것은 아니며, 어디까지나 사실적 의미에서 가상자산을 둘러싼 권리귀속 관계를 명확히 하려고 한 것임을 인식할 필요가 있다.

이러한 차원에서 디지털자산원칙은 오로지 지배 상태를 외부에 인식시킴으로써 자격증명(identification)이 이루어진다고 정한다.²⁹⁾ 즉, 가상자산에 대한 권리 보유 여부에 관해 지배 사실만 증명하면 충분하고, 오로지 지배 사실로써만 권리자성에 대한 자격증명이 이루어질 수 있는 것이다.

(2) 평가

Unidroit 디지털자산원칙은 지배라는 개념을 통해 현실적으로 유통되고 있는 가상자산의 권리귀속 관계에 대해 규명하려고 한 것으로, 이러한 측면에서는 높이 평가할 만하다. 위에서 본 바와 같이, 특히 익명성과 탈중앙화를 본질로 하는 블록체인 기반 가상자산의 온체인 거래의 경우 채무자로 상정할 만한 자를 찾기 어렵기 때문에 이를 소위 물권적인 것으로 이론구성할 수밖에 없다. 이 경우 물권적인 권리를 특정 짓고 징표할 만한 기준이 되는 것이 바로 ‘지배’이며, 양 규정은 모두 이러한 ‘지배’에 점유와 같은 사실적인 지위를 부여함으로써 기존 법체계 내에서 점유-소유 관계에 관한 이론구성을 가상자산에도 적용할 수 있는 가능성을 마련한 것이다. 즉, 점유 개념에 대응될 수 있는 ‘지배’ 개념을 도입하고 그 구체적인 판단 기준을 설정함으로써, 가상자산을 둘러싼 권리귀속 관계에 관해 이를 일응의 기준으로 삼고 정리할 수 있게 되었고, 가상자산 거래에 관한 상당 부분을 기존 법체계와 대응시켜 설명할 여지가 생기게 되었다.

그러나 이러한 긍정적인 측면에도 불구하고 다음과 같이 여러 가지 아쉬운 점도 발견할 수 있다.

먼저 너무 추상적인 요건을 사용함으로써 그 적용범위가 불명확한 점이다. 앞에서 언급한 바와 같이 사실 양 규정은 모두 블록체인 기반 가상자산을 그 1차적인 대상으로 하는 것이다. 블록체인을 기반으로 하지 않는 가상자산이라면 그 관리자나 상대방이라고 할 만한 자가 존재하기 때문에, 이용자와 그 상대방을 중심으로 법률관계를 구성하면 충분하고 지배와 같은 개념을 추가적으로 도입하면서 법리구성을 할 필요가 없다. 양 규정 내용을 종합하면 비트코인 등을 규율하려는 것으로 받아들일 수 있으나, 문언 그대로 해석한다면 상대방이 존재하는 기존의 디지털자산들까지도 모두 포섭될 여지가 있다. 예컨대, 아이디와 비밀번호로 서버에 접속해서 처리하게 되는 디지털 정보 대부분도 여기에 포함될 수 있다. 그러나 기존의 디지털자산의 경우 굳이 이 원칙의 적용대상으로 삼을 필요가 없으며, 그 권리귀속 관계 역시 기존에 정리된 법리를 적용하면 충분하다.

28) 전우정 외 2, “가상자산 · 토큰증권의 담보권 설정 및 선의취득과 파산시 처리 - 가상자산을 물권의 객체로 인정하기 위한 방법에 관한 小考—”, 증권법연구 제25권 제1호, 한국증권법학회(2024)는 180면에서 “물권(proprietary rights)의 대상”, 182면에서 “디지털자산은 물건은 아니지만 물권성은 인정되는 무형물로서”, 186면에서 “이처럼 UNIDROIT는 ‘디지털자산 원칙’을 통해서 디지털자산의 물권적 특성을 인정하고”라는 표현을 쓰고 있는데, 이는 오해를 불러일으킬 수 있는 표현이다.

29) Unidroit Principles, Principle 7

다음으로 일단 지배라는 사실적 개념을 도입하였고 위에서 본 바와 같이 이러한 개념 도입을 통해 간명한 이론구성이 가능하다는 점에서는 높이 평가할만 하나, 그럼에도 불구하고 그 도입으로 어떠한 현실적 실익 내지 영향이 있을지는 불명확하다. 지배 개념은 사실적 의미에 불과하고 가상자산의 법적 성질은 다른 법률이나 법리 등에 따라 정하여져야 하기 때문에, 지배 개념 도입에도 불구하고 그로부터 가상자산에 관한 법적인 문제가 모두 해결될 수 없기 때문이다. 예를 들어 乙이 부당하게 甲의 지배를 탈취한 경우, 乙이 甲에게 갖는 권리가 무엇인지, 乙은 甲에게 무엇을 청구할 수 있는지 판명할 수 없다. 이것은 가상자산의 법적 성질이 확정되어야만 판명될 것이나,³⁰⁾ 양 규정 모두 가상자산의 법적 성질 자체에 대해서는 침묵하고 있다.

또한 위 지배 개념에 의할 때 비밀키가 여러명에 의해서 공동으로 보유되는 경우를 제대로 설명하기 어렵다. 위에서 설명한 바와 같이 사실상 비밀키를 보유한 경우 해당 가상자산에 대한 지배를 한 것으로 판단될 가능성이 높다. 그런데 비밀키는 단순한 디지털 데이터에 불과하므로, 이것은 언제든지 쉽게 복제, 배포될 수 있다. 만약 2인 이상이 합의를 통해서 비밀키를 각자 복제하여 보유하고 있다면 여전히 지배를 상실하지 않은 것으로 판단할 수 있으나, 만약 甲의 컴퓨터를 乙이 해킹하여 무단으로 비밀키를 복제한 경우라면, 위 양 규정의 기준에 의할 때 甲은 더 이상 타인이 배타적으로 가상자산으로부터 생기는 이익을 취득하는 것을 배제할 수 없기 때문에 지배를 상실한 것이 될 것이다. 이러한 경우 乙 역시 배타적으로 가상자산으로부터 생기는 이익을 취득할 수 없는 것은 마찬가지이며, 甲과 乙 모두 지배를 갖지 못한다는 결론에 이르게 된다.

마지막으로 블록체인 기반 가상자산의 기술적 특성상 온체인 거래에서는 비밀키 보유에서부터 파생되는 지배 이외에 권리관계를 근거지울만한 것이 전혀 없기 때문에, 위 규정은 사실적인 현상을 규정화한 것일 뿐 별다른 법적 의미를 지니지 않는다고 평가할 수 있다. 블록체인 기반 가상자산(온체인 거래)의 경우 비밀키 보유 여부에 따라 그 가상자산에 대한 처분능력이 완전히 좌우된다. 앞서 언급한 것처럼 비밀키를 상실하였다면 어떠한 수단으로든 그 가상자산을 처분할 수 없으며 비밀키의 보유 여부가 가상자산에 대한 권한의 핵심적 기준이 된다. 위 규정은 이러한 내용을 그대로 문언으로 정리한 것일 뿐이고, 거기로부터 가상자산의 법적 성질론을 다룬 것도 아니므로, 결국 현상 설명 외에 다른 법적인 의미를 가지는 것인지 의문이다.

2. 선의취득

(1) 원칙의 소개

Unidroit 디지털자산원칙은 위와 같은 지배 개념을 토대로 하여, 가상자산에 대한 선의취득에 관하여 규정하고 있다.

먼저 양수인이 가상자산에 대한 지배를 획득하고, 각국에서 정하는 선의취득이나 원시취득(take-free)³¹⁾ 요건을 충족할 경우 선의취득자로 인정받도록 정한다.³²⁾ 또한

30) 그러나 아래에서 언급할 바와 같이, 그 법적 성질이 판명되더라도 실제 강제집행이 가능한 것은 아니다.

각국법이 정하는 바에 따라 이 디지털자산원칙이 적용되는 경우에는 가상자산에 대한 지배의 이전 당시 다른 사람이 가상자산에 관한 이해관계를 갖고 있고 이를 취득함으로써 다른 사람의 권리를 침해한다는 사실을 알거나 알 수 있었을 때가 아닐 것을 요건으로 선의취득이 인정된다.³³⁾ 선의 무과실 여부는 관련 가상자산 시장의 성격과 요건을 고려하여야 하고, 가상자산 취득자에게 미리 조회하거나 조사할 일반적 의무는 부과되지 않는다.³⁴⁾ 다만 선의취득이 인정되기 위하여는 해당 가상자산을 유상으로 취득하여야 하고 증여 등 무상으로 취득한 경우에는 선의취득이 인정되지 않는다.³⁵⁾ 한편 가상자산의 지배를 이전받은 자의 前者가 적법한 권원 없이 가상자산에 대한 지배를 취득, 이전한 경우라고 하더라도, 선의 무과실로 이를 취득한 자는 여전히 선의취득을 할 수 있다.³⁶⁾ 이와 같이 선의취득이 인정되면, 선의취득자로부터 가상자산의 지배를 이전받은 자는 선의취득 요건을 갖추지 못하였더라도, 선의취득자가 취득한 완전한 권한을 그대로 이전받게 된다.³⁷⁾

가상자산에 대한 선의취득이 인정되면 선의취득자에 대하여 경합하는 권리귀속을 주장할 수 없다.³⁸⁾ 즉, 선의취득자는 해당 가상자산에 대하여 대세효가 있고 완전하며 제한 없는 권한을 갖게 된다. 이러한 선의취득 법리를 통해서 가상자산의 유동성이 강하게 보장되며, 가상자산 시장에 법적 확신과 효율이 제공될 수 있다. 만약 선의취득 법리가 인정되지 않는다면 제3자에 의한 권리귀속 주장이 제기될 수 있으며 그 경우 시장이 위축될 수 있다. 이에 디지털자산원칙은 가상자산에 대하여 선의취득 법리를 인정함으로써 시장 위축을 막고 거래비용이 절감되도록 한 것이다.³⁹⁾⁴⁰⁾

31) 권리취득자가 다른 제3자로부터 권리주장을 당하지 않는 상태를 말한다. 디지털자산원칙에서는 이를 선의취득 요건 중 하나로 열거하고 있는데, UCC §12-102(a)(2)는 유상, 선의로, 타인으로부터 권리주장을 통보받지 않고 CERs에 대한 지배를 취득한 자를 “자격있는 구매자(Qualifying purchaser)”라고 정의하면서, §12-104(e)에서 자격있는 구매자는 타인으로부터 권리주장을 당함이 없이 CERs에 대한 권리를 취득한다고 정하고 있다. 이와 같은 UCC에서의 원시취득 법리에 관한 소개와 설명으로는, Elizabeth M. Wagenbach, “EMERGING TECHNOLOGIES AND PERFECTION OF SECURITY INTERESTS: A FINANCIAL UNIVERSE OF UNCERTAINTY”, 89 Brook. L. Rev. 609(2024), pp. 630~631.

32) Unidroit Principles, Principle 8(1), (6)

33) Unidroit Principles, Principle 8(5)(a)

34) Unidroit Principles, Principle 8(5)(b)

35) Unidroit Principles, Principle 8(5)(d)

36) Unidroit Principles, Principle 8(4)

37) Unidroit Principles, Principle 9(2), Principle 9 Commentary 9.3.

38) Unidroit Principles, Principle 8(2), (3)

39) Principle 8 Commentary 8.4.

40) 다만 가상자산 취득에 있어서 선의취득을 인정할 필요성을 인정하면서도, 부당한 방식으로 취득된 가상자산에 ‘얼룩(tainting)’을 문힘으로써 그것이 부당한 방식으로 취득된 것이라는 점을 이용자들이 쉽게 알 수 있도록 하는 방안을 제시하는 견해가 있다. 즉 이 견해는 미국 현금수송차 등에서 현금탈취가 일어날 경우 자동적으로 얼룩을 문히는 기술을 예로 들면서, 가상자산의 경우에는 그 거래내역이 대중에게 곧바로 공개되므로, 이를 참조하여 일종의 공적등록부(public register)를 마련한 후 여기에 부당한 거래내역을 등재하고 대중에게 알림으로써, 부당한 거래의 연결고리를 단절시키자는 취지이다. Jannik Woxholth et al., op.cit.(12), pp. 240~243. 가상자산 거래내역이 대중에게 곧바로 공개되기는 하지만, 신뢰성 있는 공적등록부 운영이 기술적으로 가능할지는 별론으로, 가상자산에 대해 선의취득을 인정하는 이상 가상자산 취득자가 공적등록부를 참조하여 거래를 중단할 유인이 있을지 의문이다.

(2) 평가

가상자산 거래를 활성화시키고 거래비용을 낮춘다는 측면에서 선의취득에 관한 규정을 둔 것은 적절하다고 할 수 있다.⁴¹⁾ 그러나 철저하게 익명성이 보장되는 온체인 거래의 특성상 선의취득이 인정되지 않는 경우를 상정하기 어렵다는 점에서, 선의취득 규정의 실익에는 의문이 있다. 예컨대 A가 보유하고 있던 가상자산을 B가 해킹 등을 통해서 탈취하여 취득한 경우, B에게는 선의취득이 인정되지 않지만, B로부터 다시 가상자산을 취득한 C는 B가 진정한 권리자인지 여부를 알 수 있는 방법이 전혀 없기 때문에, 반드시 C에게는 선의취득이 성립할 수밖에 없게 된다. 위 원칙의 규정취지는 C로 하여금 B가 진정한 권리자인지 조사할 수고를 들이지 않고도 B와 마음놓고 거래할 수 있게 한다는 것에 있다. 그러나 A가 가상자산에 관하여 지배를 상실한 경우, 그 상실의 원인이 타당한지 부당한지를 가리지 않고, 현재의 보유자인 C의 협조 없이는 원래의 소유자 A가 자력으로서는 물론, 더 나아가 법원 등의 조력을 얻어서라도 이를 회복할 수 있는 기술적 수단이 존재하지 않으므로, 현실적으로는 반드시 C의 완전한 권리취득이 인정될 수밖에 없다. 그렇기 때문에 가상자산의 선의취득에 관한 위와 같은 원칙이 도입되기 전에도 이미 가상자산 거래는 거래비용에 대한 부담이나 前者의 진정한 권리자성에 대한 조사 부담 없이 활발하게 이루어졌던 것이다.

위 선의취득 규정은 그 규정 취지에는 공감할 수 있지만, 선언적 의미 외에 실천적 의미까지 부여하기는 어렵다고 생각된다.

3. 담보권 설정

(1) 원칙의 소개

Unidroit 디지털자산원칙은 담보와 관련하여서는 비교적 심플한 규정만을 두고 있다.

디지털자산원칙은 먼저 가상자산이 담보의 대상이 될 수 있음을 명시하고 있다.⁴²⁾ 그리고 가상자산을 담보의 대상으로 삼은 경우 제3자에 대하여 대항할 수 있는 유효한 담보권을 설정하기 위하여 Principle 6에서 규정하는 지배를 취득하여야 한다고 정한다.⁴³⁾ 또한 만약 지배 외에 다른 방법으로 제3자효를 취득하더라도, 지배의 방법으로 제3자효를 취득한 것이 더 우선한다고 정하고 있다.⁴⁴⁾ 미국에서는 UCC 제12조가 도입되기 전에는 가상자산에 대한 담보권을 어떻게 설정할 수 있을지 논란이 있었고, UCC 제9조가 적용되는 범주에 속하지 않는 이상 제3자에게 대항 가능한 완전한 담보권 설정이 가능한지 의문이 있었다. 그러나 UCC 제12조 도입과 함께 제9조

41) UCC에 관한 설명이기는 하나, 선의취득을 인정하는 경우의 효용에 관한 설명으로는, Ronald A. Spinner, op.cit.(10), Articles 9 and 12 allow for negotiability of cryptocurrency.

42) Principle 14(1)

43) Principle 15(a). 한편 Principle 15(b)는 오프체인 거래의 경우 담보권 취득의 제3자에 대한 효력 요건을 정하고 있다. 이 글은 온체인 거래에 집중해서 보고자 하므로, 여기에 관한 설명은 생략한다.

44) Principle 16

를 개정함으로써, CERs에 관한 지배를 획득함으로써 완전한 담보권 설정이 가능하다고 규정되었다.⁴⁵⁾ 디지털자산원칙이나 UCC 제9조에 의하면, 담보채권자는 가상자산에 대해 지배를 취득하여야만 제3자에게 대항할 수 있는 유효한 담보권을 설정받을 수 있기 때문에, 예컨대, A가 B에게 가상자산에 관해 지배 이외의 방법으로 담보권을 설정해준 후 C에게 지배의 방법으로 다시 담보권을 설정하여 주었다면 오로지 C만이 유효한 담보권을 주장할 수 있게 된다.⁴⁶⁾

(2) 평가

가상자산이 재산적 가치를 갖는 이상 이를 담보권의 대상으로 삼는 것은 필요한 것이며, 디지털자산원칙이 그러한 점을 명확히 한 것은 의미가 있다. 또한 가상자산의 권리귀속에 관해 ‘지배’ 여부를 기준으로 한 이상 담보권 설정시 제3자효에 관해서도 ‘지배’를 그 기준으로 한 것은 타당하다. 그러나 가상자산을 담보권의 대상으로 함에 있어서 그 구체적인 방법이나 절차 등까지 고려한다면 위 규정 역시 선언적 의미를 갖는 것에 불과하다는 것을 확인할 수 있다.

먼저 구체적으로 담보권을 설정하는 방법이다. 예컨대 우리 민법상 담보권의 경우, 부동산에 대한 담보는 등기를 함으로써, 동산에 대한 담보는 점유를 함으로써 성립하고 대세적인 효력을 갖게 된다. 가상자산의 경우에는 채권자가 가상자산에 대한 지배를 획득함으로써 이러한 대세효를 취득하게 될 것인데, 채권자가 지배를 획득한다는 것은 곧 채무자가 지배를 채권자에게 이전한다는 것으로 일종의 양도담보에 해당하게 된다. 미국 UCC는 일반무형재산(*general intangibles*)에 관한 담보권 설정의 방법으로 등록(*filing*)을 채택하고 있고 일반무형재산에는 가상자산도 포함되는 것으로 개정되었는바,⁴⁷⁾ 이러한 등록과 지배 사이에 어느 것이 우선할 것인가가 문제될 수 있으며, *Unidroit* 디지털자산원칙은 이러한 경우에 관해 지배가 우선한다는 원칙을 정한 것이다. 다만 우리나라의 경우 이러한 등록절차가 존재하지 않고 그 외 가상자산에 관해 온체인 거래에서는 양도담보의 방법 외에는 담보를 설정할 수 있는 방법이 존재하지 않으므로, 위 규정의 취지가 크게 퇴색된다.

더 나아가 양도담보를 통해 채권자가 가상자산에 대한 지배를 획득하면 채권자는 채무자의 채무불이행 등이 없더라도 언제든지 가상자산을 처분하는 등 담보권을 행사할 수 있고, 채무자로서는 이를 막을 기술적 수단이 전혀 없다는 점에서 양도담보가 가상자산 담보 설정 방법으로 활용되는 데에는 한계가 있다. 이러한 문제점을 염두에 둔 것인지 명확하지 않으나, 디지털자산원칙은 채권자와 채무자가 담보로 된 가상자산에 관해 지배 상태를 공유하는 경우에 관하여 설명하고 있다.⁴⁸⁾ 그러나 여기서 ‘담보채권자와 채무자의 지배 상태 공유(*Control shared by secured creditor and debtor*)’라는 것이 정확히 기술적으로 어떠한 경우를 의미하는지 명확하지 않다. 예컨대 비트코인의 경우, 지배 상태는 비밀키의 확보를 통해서만 가능한데, 만약 여러 명이 비밀키를 동시에 보유하고 있는 경우라면, 각자는 각 타방의 협조 없이도 비밀

45) UCC §9-312(b), Official comments 4A.

46) Principle 15 Commentary 15. 8., 15.13.

47) UCC 9-102(a)(42)

48) Principle 15 Commentary 15.9. 및 15.13.

키를 이용하여 해당 계정 내에 존재하는 가상자산을 언제든지 처분할 수 있으므로, 결국 각자 완전한 지배를 병존적으로 하는 것일 뿐 이를 공유라고 보기 어렵다. 즉, 담보채권자와 채무자가 모두 비밀키를 가지고 있다면 담보채권자나 채무자가 언제든지 가상자산을 처분할 수 있게 되고, 서로를 제약하는 ‘공유’ 관계라고 할 수 없으므로, 안전한 담보권 설정의 의미가 퇴색되거나 위에서 말한 양도담보의 문제점이 여전히 발생하게 된다.

디지털자산원칙은 다중서명 방식(multi-signature arrangement)도 언급하고 있다.⁴⁹⁾ 다중서명 방식이란 하나의 비밀키만으로는 가상자산을 처분할 수 없고 여러 개의 비밀키를 동시에 작동시켜야만 가상자산 처분 등이 가능하도록 하는 기술방식을 말한다. 그러나 다중서명 방식을 이용하고자 하면 애초에 가상자산 최초 발행 당시부터 다중서명 방식이 프로그래밍 되어 있어야 하고⁵⁰⁾ 담보채권자와 채무자의 비밀키가 모두 필요하기 때문에 담보채권자가 과연 배타적인 지배를 하고 있다고 볼 수 있는지 의문이며, 채무자의 협력 없이는 다중서명을 실행할 수 없다는 점에서 담보채권자가 완전한 담보권을 설정받았다고 하기 어렵다.

결국 가상자산에 관한 담보설정에 관해서는, 담보채권자나 채무자가 아닌 제3자에게 지배를 넘기는 것이 그나마 현실적인 수단일 것이다. 다만 그 경우에는 제3자의 개입이 요구되므로 익명성이나 탈중앙화를 표방하는 가상자산의 가치가 훼손될 수밖에 없게 되고, 제3자가 지배를 획득한 상태이기 때문에 담보채권자가 지배를 통해 제3자효를 얻는다는 원칙의 취지와는 배치될 수밖에 없다.

한편 디지털자산원칙은 둘 이상의 담보채권자가 지배를 공유하는 경우를 상정하면서, 이들 사이의 합의를 통하여 우선순위를 정할 수 있다고 설명한다.⁵¹⁾ 그러나 위에서 본 바와 마찬가지로 둘 이상의 담보채권자가 지배를 공유할 수 있는 현실적인 수단이 있는지 의문이기도 하고, 양자 사이에 합의를 통해 우선순위를 정하더라도 그러한 우선순위를 지배 상태에 반영할 수 없다는 점에서 ‘지배’ 여부를 가상자산에 대한 담보권 설정과 제3자효에 있어 가장 중요한 요건으로 보고자 하는 디지털자산원칙의 기초와도 어긋난다.

이러한 기술적인 요소 외에도, 가상자산을 담보로 삼는 것에는 좀 더 결정적인 문제점이 있다. 바로 가상자산의 급격한 가치변동으로 인한 금융 리스크의 문제이다. 블록체인 기반 가상자산은 기초자산 없이 오로지 ‘정확한 장부’라는 점에 대한 대중의 신뢰를 바탕으로 하는 것이기 때문에, 정확한 가치 산정이나 예측이 매우 어렵다.⁵²⁾ 이러한 상황에서 과연 가상자산만을 담보로 하여 금전 등을 대여할 채권자가

49) Principle 16 Commentary 17.9.

50) 참고로 비트코인의 경우 온체인 거래에서 곧바로 다중서명 방식을 이용할 수 없다. 다만 제3의 기관을 이용하여 다중서명 방식을 추가할 수는 있을 뿐인데, 이때에는 블록체인 밖에서 다중서명이 이루어지는 것이어서, 블록체인의 익명성이나 탈중앙화의 장점을 누릴 수 없게 된다.

51) Principle 16 Commentary 16.4.

52) 가상자산의 가치산정 어려움을 언급하면서, 만약 당사자들 사이의 약정으로 가치산정에 관한 것을 정하지 않았다면 소위 ‘뉴욕 원칙(New York Rule)’을 이용하자는 견해로는, Alan Rosenberg et al., “CREDITOR CONSIDERATIONS IN CRYPTO CASES”, 40 Emory Bankr. Dev. J. 435(2024), pp. 447~450. 뉴욕 원칙이란 주로 주식 등의 자산에 관한 의무가 불이행된 경우 손해를 계산하는 방법에 관한 것으로, 가해행위 시점의 주식 가치와 그 후 합리적인 기간 동안의 주식 최고 가치의 중간을 기준으로 손해를 계산한다는 것이다. 그러나 회사의 영업이나 매출 등을 기초로 하는 주식과 달리 가상자산은 아무런 기초자산이 없

과연 존재할 것인지, 만약 채권자가 극히 보수적으로 가상자산의 가치를 저평가한다면 채무자로서는 굳이 가상자산을 담보로 하여 금전 등을 대여하고자 할지 생각해 볼 필요가 있다. 참고로 해외에서는 가상자산을 담보로 하여 다시 다른 가상자산을 대여하는 서비스가 이루어지고 있다. 그러나 가상자산이 급격한 가격변동성을 가지는만큼 그러한 서비스 역시 상당한 리스크를 부담한 채로 이루어질 수밖에 없고, 어느 한 가상자산의 가격 폭락은 연쇄적으로 다른 가상자산에까지 충격을 가한다.⁵³⁾ 디지털자산원칙은 가상자산을 담보의 대상으로 삼을 수 있다고 선언하고 있지만, 위와 같은 위험성이나 가치평가의 어려움 등을 감안할 때 가상자산 담보를 제도화하는 것에는 신중을 기한다.⁵⁴⁾

4. 커스터디

(1) 원칙의 소개

Unidroit 디지털자산원칙은 제4장에서 제10조부터 제13조에 걸쳐 커스터디와 커스터디언(custodian)에 관해 정한다. 먼저 제10조는 고객(client)과 사이에 체결한 커스터디 약정에 따라 서비스를 제공하는 자를 커스터디언으로 정한다.⁵⁵⁾ 커스터디 약정은 그 서비스가 서비스제공자의 통상적인 업무 과정에서 제공되고, 서비스 제공자가 고객을 위해서 가상자산을 취득, 보관할 의무를 부담하며, 고객이 가상자산의 지배를 변경할 배타적 능력을 보유하지 않는 경우를 말하지만,⁵⁶⁾ 만약 서비스 제공자가 파산 등의 절차에 들어가는 때 해당 가상자산이 서비스 제공자의 채권자에게 배당될 수 있는 파산재단을 구성하는 것으로 명시되었다면 커스터디 약정에서 제외된다.⁵⁷⁾ 커스터디언이 해당 가상자산을 지배하고 있고 커스터디언과 고객이 커스터디 약정을 체결하였다면, 커스터디언은 고객을 위하여 가상자산을 보관(maintain)하는 것이다.⁵⁸⁾

고, 가상자산은 주식에 비해 그 가치변동폭이 현저히 넓으므로, 주식과 관련한 손해산정시 사용되는 뉴욕 원칙을 가상자산에도 그대로 대입할 수 있을지는 의문이 아닐 수 없다.

53) 이러한 연쇄 가격폭락으로 인하여 가상자산 담보 서비스를 제공하는 업체가 단기간 내에 파산에 이르기도 하였으며, 이러한 파산도 연쇄적으로 일어나기도 하였다. 매경Economy 2022. 6. 27.자 기사, “가상자산 대출업체 ‘셀시우스’ 본격 파산 준비”, <https://www.mk.co.kr/economy/view/2022/562136>; SBS Biz 2022. 11. 29.자 기사, “‘FTX 쇼크’에 美 가상자산 대부업체 블록파이 파산보호 신청”, <https://biz.sbs.co.kr/article/20000091290?division=NAVER>; 머니S 2022. 11. 30.자 기사, “FTX 이어 블록파이도 파산 위기... 코인 업계 도미노 붕괴 본격화”, https://www.moneys.co.kr/article/20221130091816_69529.

54) Brock C. Jones, “FAILING TO CAPITALIZE ON COLLATERAL: A LOOK INTO UPDATING UCC ARTICLE 9 FOR VIRTUAL CURRENCY SECURED LENDING”, 60 Hous. L. Rev. 693(2023), pp. 725, 726은 가상자산의 담보적 가치와 활용성은 자유 시장에서 평가되어야 함에도, 법적 제도 미비로 인하여 가상자산 담보가 활용되지 못하여 시장실패가 일어났다고 비판하고 있으나, 위에서 설명한 바와 같이 가상자산이 담보로 활용되기 어려운 것은 가상자산의 본질에서 비롯된 것이라고 할 수 있고, 기술적으로도 가상자산에 대한 담보설정과 실행이 용이하지 않으므로, 이러한 비판은 타당하지 않다.

55) Principle 10(1).

56) Principle 10(3).

57) Principle 10(4).

58) Principle 10(2).

커스터디언은 고객을 위해서 가상자산을 보관할 때, 다른 약정 등이 없는 한 가상자산을 이전하거나 자신의 이익을 위해 사용할 수 없고, 달리 약정되거나 법상 금지되는 경우가 아닌 한 고객의 디지털 자산 이전 지시에 따라야 하며, 해당 가상자산에 관한 보호장치를 마련할(safeguard) 의무를 부담한다.⁵⁹⁾ 커스터디언의 의무에는 각 고객을 위해 보관하는 가상자산에 관한 기록을 유지할 의무, 고객을 위해 보관하는 가상자산에 관한 기록에 합치하도록 가상자산을 항상 안전하고 효과적으로 보관할 의무, 이러한 의무 이행을 위해 필요한 경우 즉시 가상자산을 취득할 의무, 고객을 위해 보관하는 가상자산과 자기 자신의 계좌를 위해 보관하는 가상자산을 분별할 의무, 커스터디언 등에게 부여된 권리를 조건으로 고객을 위해 보관하는 가상자산과 관련해 이익이 발생한 경우 이를 그 고객에게 전달할 의무가 포함될 수 있다.⁶⁰⁾ 다만 커스터디언은 각국 법 등에 달리 정함이 없는 이상 각 고객 별 가상자산을 각 고객 별로 분별관리할 의무는 부담하지 않는다.⁶¹⁾ 커스터디언이 고객을 위해 가상자산을 보관하고 있는 경우, 커스터디언이 가상자산을 보관한 시점을 기준으로 하여 고객이 다른 제3자가 그 가상자산에 대해 권리를 갖는다는 점을 알았거나 알 수 있었을 때가 아니라면, 제3자는 해당 가상자산에 대하여 자신에게 권리가 귀속한다고 주장할 수 없다.⁶²⁾ 이 조항은 커스터디언이 보관하고 있는 가상자산에 대해 일종의 선의취득을 인정한 것이어서, 만약 선의취득에 관한 제8조가 곧바로 적용될 수 있는 때에는 이 조항을 적용할 필요가 없다.⁶³⁾ 커스터디언이 보관하고 있는 가상자산은 담보권의 대상이 될 수 있다.⁶⁴⁾

한편 디지털자산원칙은 커스터디언이 파산한 경우에 관하여 정한다. 가장 기본적으로, 커스터디언이 파산한 경우 커스터디언이 커스터디 약정에 따라 고객을 위해서 보관하고 있는 가상자산은 커스터디언의 파산재단을 구성하지 않고 커스터디언의 채권자의 채권만족을 위해서 사용될 수 없다고 명시한다.⁶⁵⁾ 이 경우 파산관재인은 커스터디언이 고객을 위해 보관하고 있는 가상자산의 지배를 해당 고객이나 해당 고객이 지정한 커스터디언에게 이전해야 하므로⁶⁶⁾ 일종의 환취권(還取權)을 인정하는 것처럼 이해된다. 다만 커스터디언이 두명 이상의 고객을 위해 각 고객 별 가상자산을 각 고객 별로 분별관리하고 있지 않고, 각 고객을 위해 실제로 보관하고 있는 가상자산의 수량이 각 고객을 위해 보관해야 하는 동일한 종류의 가상자산 수량보다 적어서 부족분이 발생한 경우에는 위 조항을 그대로 적용할 수 없다. 여기에 대해 디지털자산원칙은 커스터디언이 자기 스스로를 위해서 보관하고 있는 같은 종류의 가상자산으로 부족분을 충당하도록 정할지 여부에 관해서는 개별 국에게 선택권을 주고 있고, 양 경우 모두 부족분(또는 나머지 부족분)이 있다면 그것은 커스터디언이 고객을 위해 보관해야 하는 같은 종류의 가상자산 수량에 비례하여, 분별관리되지 않는 가상자산의 고객이 부담하도록 정하고 있다.⁶⁷⁾ 즉 분별하지 않은 채 고객을 위

59) Principle 11(1).

60) Principle 11(3).

61) Principle 11(2).

62) Principle 12(1), (2).

63) Principle 12 Commentary 12.5, 12.6.

64) Principle 11(5).

65) Principle 13(1), (2).

66) Principle 12(4).

67) Principle 12(6), (7). 여기서 Principle 12(6)에 관해서는 이 조항 채용 여부를 개별 국이 정

해 보관하고 있는 가상자산을 가지고, 분별하여 보관하고 있는 고객의 부족분을 충당한다는 것이다.

(2) 평가

앞서 살펴본 Unidroit 디지털자산원칙의 다른 부분이 선언적 의미를 지닌 것에 불과한 것과 달리, 이 부분은 실천적 의미를 어느 정도 가지고 있다.

위 규정의 중요한 특징 중 하나는 고객과 커스터디언 사이에 가상자산의 지배는 커스터디언에게 있다고 본 점이다. 이는 실제의 오프체인 거래 실정을 반영한 것이라고 할 수 있다. 고객의 가상자산 보유 현황은 커스터디언(가상자산사업자)의 장부에 기록될 뿐이고 고객이 직접 블록체인 계좌 위에 가상자산을 보유하는 것이 아니기 때문이다. 다만 커스터디언의 지배는 ‘고객을 위한’ 것이라는 점에서 일반적인 온체인 거래의 경우와는 차이가 있다. 한편 우리나라에서는 이용자와 가상자산사업자 사이의 관계에 관하여는 임치 유사의 비전형계약으로 파악하고 있다(서울고등법원 2022. 12. 8. 선고 2021나2010775 판결). 즉 가상자산에 대한 직접적인 권리는 (그것이 물권인지 채권인지는 별론으로) 가상자산사업자에게 귀속하고, 이용자는 가상자산사업자에 대해 가상자산반환청구권만을 갖게 되는 구조이다. 우리나라 판례의 태도는 Unidroit 디지털자산원칙과 일치한다고 할 수 있다.

다음으로 중요한 특징은 커스터디언이 파산한 경우 고객이 커스터디언에게 맡긴 가상자산은 커스터디언의 파산재단을 구성하지 않고, 고객은 환취권과 유사한 권리를 행사할 수 있다는 것이다. 다만 그 전제로 고객과 커스터디언 사이에서 커스터디 약정이 있어야 하며, 만약 커스터디에 해당하지 않는 서비스 제공 약정에 불과한 것으로 판단된다면 이러한 규정이 적용되지 않게 된다.⁶⁸⁾ 위에서 본 바와 같이 가상자산에 대한 지배가 커스터디언에게 있고 고객은 커스터디언에게 반환청구권만을 갖는 것으로 이론구성할 경우, 다른 특별한 규정이 없다면 고객은 커스터디언의 파산시에 환취권을 행사할 수 없고, 다만 커스터디언의 파산절차에 채권자로서 참여하여 금전

할 수 있다고 명시하고 있다. 그리고 Principle 12(6)을 채용하는 경우에는 Principle 12(6)이 먼저 적용된 후 나머지 부족분에 관해서만 Principle 12(7)이 적용되고, Principle 12(6)을 채용하지 않는 경우는 모든 부족분에 대해 곧바로 Principle 12(7)이 적용된다.

68) 참고로 미국의 가상자산사업자 중 하나인 셀시우스(Celsius) 파산 사건에서, 뉴욕남부지방법 파산법원은 셀시우스와 고객 사이의 약관 내용에 의할 때, 셀시우스와 고객 사이는 커스터디 약정이 아니라고 하면서 환취권과 같은 권리 행사가 허용될 수 없다고 판단하였다. 이에 관한 설명으로는, Mark A. Salzberg et al., “CRYPTOCURRENCY BRINGS DISRUPTION TO BANKRUPTCY COURTS”, 42 Am. Bankr. Inst. J. 12, 42-DEC Am. Bankr. Inst. J. 12(2023), p.12. 이러한 문제는 각 가상자산사업자 별로 항상 발생할 수 있으며, 만약 非커스터디 약정으로 판단될 경우 고객은 무담보 일반채권자의 지위에서 가상자산사업자의 파산절차에 참여할 수밖에 없게 되는데, 특히 가상자산사업자가 고객으로부터 위탁요청받은 가상자산의 수량, 종류보다 적은 수량, 종류의 가상자산만을 보관하고 있는 경우 훨씬 문제가 커진다. 이러한 점에 관한 지적과 설명으로는, Adam J. Levitin, “NOT YOUR KEYS, NOT YOUR COINS: UNPRICED CREDIT RISK IN CRYPTOCURRENCY”, 101 Tex. L. Rev. 877(2023), pp. 930~935. 한편 미국 UCC 하에서 가상자산사업자 파산시의 법적 문제점 전반에 관한 설명으로는, Carl S. Bjerre et al., “MISSING AN OPPORTUNITY: CRYPTOCURRENCY EXCHANGES AND THEIR CUSTOMERS SHOULD CONSIDER USING UCC ARTICLE 8”, 2023 Bus. L. Today 1, 2023-APR Bus. L. Today 1(2023), pp. 5, 6.

배당을 받을 수 있을 뿐이다. 그러나 디지털자산원칙은 고객에 대하여 가상자산 자체를 반환하도록 정함으로써 커스터디언의 파산절차에서 고객을 강력하게 보호하고 있다. 다만 이는 어디까지나 정책적 판단에 따른 것뿐이고, 디지털자산원칙이 고객에 대해 물권자의 지위를 인정한 것은 아니라는 점에서 유의할 필요가 있다.⁶⁹⁾ 디지털자산원칙의 정함에 의할 때 고객은 커스터디언 파산시 일종의 환취권을 행사할 수 있기는 하지만, 만약 커스터디언이 보관하고 있는 가상자산의 절대수량이 고객의 커스터디언 가상자산 수량에 미치지 못할 경우에 관해서는 정함이 없다. 즉 디지털자산원칙은 커스터디언이 자기 스스로를 위해서 보관하고 있는 같은 종류의 가상자산으로 부족분을 충당하거나 분별관리되지 않는 가상자산의 고객을 위해 보관하는 가상자산으로 부족분을 충당하도록 정하고 있으나, 만약 그러한 수량으로 충당하고도 부족분이 또 남는 경우에 관하여는 정하고 있지 않은 것이다. 이 경우에는 환취권을 행사할 수 없고 금전배상의 방법에 의하여야 한다는 점에서 제한이 있다.

5. 강제집행과 파산시의 처리

(1) 원칙의 소개

Unidroit 디지털자산원칙은 가상자산의 집행에 관하여는 사실상 아무런 정함도 하고 있지 않으며, 모두 각국 개별국 법에 일임하고 있다.⁷⁰⁾

한편 디지털자산원칙은 파산시의 처리에 관하여도 정하는데, 우선 이 원칙상 지배를 통해 획득한 물권적 권리귀속 관계는 파산관리인, 채권자 및 기타 제3자에게도 효력을 갖는다고 하면서도⁷¹⁾, 이러한 효력이 파산절차에서 채권의 순위, 부인권, 파산재단에 대한 집행 등에 관한 개별국의 실체법, 절차법의 정함에 대해서 영향을 주지 않는다고 규정한다.⁷²⁾ 이와 관련하여 디지털자산원칙은 (1) 가상자산을 지배하고 있는 자(취득자 내지 담보채권자)의 파산, (2) 가상자산을 담보로 제공한 채무자의 파산 및 (3) 커스터디언의 파산으로 나누어 설명한다.

먼저 (1)의 경우, 가상자산은 취득자 내지 담보채권자의 파산재단에 당연히 편입되므로, 파산관재인이 이들로부터 지배를 이전받아 파산절차를 진행하게 된다. 만약 취득자 내지 담보채권자가 가상자산을 커스터디언에게 보관시킨 경우라면, 파산관재인은 커스터디언에게 가상자산의 반환을 청구하여 파산절차를 진행할 수 있다.⁷³⁾

다음으로 (2)의 경우인데 디지털자산원칙은 채무자가 담보채권자에게 지배를 이전

69) 더 나아가 디지털자산원칙은 고객을 위해 보유하는 가상자산과 커스터디언 스스로를 위해 보유하는 가상자산에 대해 분별관리의무를 부과하고 있기는 하지만, 이것은 일종의 규제법적 측면에서 의무를 부과한 것 뿐이고, 이로 인하여 私法적 성질까지 확정되는 것이 아니다. 예를 들어 커스터디언이 분별관리의무를 부담하지 않는 경우라고 해서 고객이 가상자산사업자에 대해 갖는 권리가 반드시 채권적인 것으로 해석되는 것도 아니고, 커스터디언이 각 고객 별로 분별관리하고 있는 상황이라고 해서 고객이 갖는 권리가 물권적인 것으로 해석되는 것도 아닌 것이다. 다만 이러한 사실관계는 사법적 성질을 결정짓는 데 중요한 징표가 될 수는 있을 것이다.

70) Principle 18은 디지털자산원칙이 달리 정하지 않는 한 개별국 법이 적용된다고 정하고 있으나, 디지털자산원칙이 강제집행에 관하여 달리 정하고 있는 바는 없다.

71) Principle 19(1)

72) Principle 19(2)

73) Principle 19 Commentary 19.4.~19.7.

한 경우와 이전하지 않은 경우로 나누어 설명한다.⁷⁴⁾ 후자의 경우 담보채권자가 지배를 이전받았으므로, 그대로 담보권을 행사할 수 있음은 명백하며 디지털자산원칙도 그러한 전제 하에서 집행이 용이하다고 설명한다. 그런데 전자의 경우 디지털자산원칙은 담보채권자가 여전히 담보권을 행사할 수 있다고 기술하고 있으나, 앞서 살펴본 바와 같이 담보채권자가 지배를 이전받지 않은 경우 제3자에 대해 유효하게 대항할 수 있는 담보권을 설정받았다고 할 수 없다는 것이 디지털자산원칙의 입장이므로, 지배를 이전받지 못한 담보채권자가 파산절차에서 담보권을 집행할 수 있다고 하는 이 부분의 설명은 앞선 입장과는 모순되는 것으로 판단된다.

마지막으로 (3)에 관해서는 커스터디언에 관한 제4장에서 규정하고 있으며 앞서 본 바와 같다.⁷⁵⁾

(2) 평가

앞서 본 바와 같이 디지털자산원칙이 정하는 여러 가지 가상자산에 관한 규정들은 대부분 선언적인 것에 그치고 실천적 가치 유무는 다소 모호하다. 디지털자산원칙이 가상자산의 법적 성질 자체를 명백히 규정하는 것도 아닌 상황에서, 가상자산에 대한 강제집행 방법이나 파산시의 처리만이 실천적으로 의미를 가질 수 있을 것이나, 디지털자산원칙은 강제집행에 관해서는 각 개별국 법에 일임하고 있기 때문에 결국 강제집행에 관하여도 디지털자산원칙의 제정 의미를 찾기는 어렵다. 한편 파산절차에 있어서는 지배 상태로 인하여 취득한 권리귀속 관계가 파산관재인 등에 대해서도 효력이 있다는 것을 명시한 점에서는 긍정적으로 평가할 수 있으며,⁷⁶⁾ 고객이 커스터디언에게 맡긴 가상자산은 커스터디언의 파산재단을 구성하지 않고 고객에게 환취권과 같은 권리가 인정된다고 한 부분은 원칙 전체에서 가장 실질적인 의미가 있는 부분이라고 할 수 있다.

다만 위 3.에서 언급한 바와 같이, 가상자산의 가치는 시시각각 급격하게 변동하기 때문에 강제집행이나 파산절차에 있어서 어느 시점을 기준으로 가상자산의 가치를 평가할 것인지가 가장 결정적이고 핵심적인 쟁점이 될 것⁷⁷⁾임에도, 디지털자산원칙은 이에 관하여 아무런 언급도 없어 아쉬움을 남긴다. 특히 강제집행 절차와 관련하여서는, 청구인이 가상자산 자체를 인도받을 것인지, 그렇지 않으면 가상자산을 환가한 금전을 지급받을 것인지에 따라 경제적 가치가 크게 변동할 수 있으므로,⁷⁸⁾ 이에

74) Principle 19 Commentary 19.8.

75) Principle 13

76) 다만, 권리귀속 관계는 지배를 통해서 판단된다는 것이 디지털자산원칙의 가장 기본적인 입장이므로, 설령 파산절차에서도 지배를 통해 권리귀속 관계에 관한 제3자효를 주장할 수 있다는 Principle 19(1)을 두지 않았더라도 마찬가지로 해석이 가능했을 것으로 생각된다.

77) 일본의 가상자산사업자인 마운트곡스(Mt.Gox) 사건에서 비트코인 가격 산정에 관한 쟁점 소개로는, Mark A. Salzberg et al., op.cit.(68), pp. 65, 66.

78) 미국의 경우 가상자산을 증권(security)으로 보는지 상품(commodity)으로 보는지에 따라 가상자산의 가치평가와 강제집행의 방법이 달라질 수 있다고 한다. 이에 관한 설명으로는, Elizabeth Chan, "Crypto Disputes: The Valuation Challenge", 17 Disp. Resol. Int'l 21, 17 NO. 1 Disp. Resol. Int'l 21(2023), pp. 33, 34. 한편 이 견해는 구체적인 가치평가 방법으로 시장가격 접근법(Market approach), 이익 접근법(Income approach)를 제시하고 있어 흥미롭다. 이 견해는 시장가격 접근법의 경우 서로 다른 지리적 시장에서 다른 가격이 형성된다는 점, 소규모 시장 규모의 가상자산의 경우 가격 왜곡이 쉽게 발생할 수 있다는 점 등

관한 절차와 기준을 마련할 필요가 있다.

V. Unidroit 디지털자산원칙의 실천적 의미에 관한 의문과 우리법에의 시사점

비트코인을 중심으로 한 디지털자산 내지 가상자산 시장은 2018년부터 급격히 팽창했다가, 2022년 테라-루나 사태로 갑자기 침체되었다. 그 이후로는 미국의 대형 가상자산거래소 Celsius와 FTX의 연쇄 파산 등으로 소위 가상자산 겨울(Crypto winter)을 맞이하기도 하였으며, 2021년에 비하면 가상자산에 대한 세간의 관심은 물론 경제적 가치에 대한 기대 역시도 상당히 사그라든 상황이다. Unidroit의 디지털자산원칙이나 미국 UCC 제12편은 가상자산 시장의 최전성기에 起案된 것으로, 당시의 가상자산에 대한 막대한 관심도를 반영하여 다소 성급하게 만들어진 것은 아닌가 생각된다.

양 규정 모두 가상자산을 법적으로 규율하고 가상자산의 재산적 가치를 인정하고자 한 점에서는 높이 평가할 수 있다. 가상자산의 재산성을 인정하고 지배 개념 도입으로 권리귀속의 문제 해결을 도모하였으며, 특히 Unidroit 디지털자산원칙의 경우 각국법을 존중하면서도 일관된 원칙을 제시하려고 한 점은 긍정적으로 볼 수 있다. 무엇보다도 ‘지배’라는 개념을 도입함으로써 가상자산을 둘러싼 권리귀속 관계를 기존 법체계 내에서 이론적으로 간명하게 정리할 수 있는 단초를 마련하였다는 점에서는 높이 평가할만 하다. 그러나 구체적인 내용을 살펴보면 가상자산의 거래 실태나 기술적 가능성을 간과한 것으로 보이는 부분이 상당수 있다. 이 규정들은 구체적인 상황에 대한 해결방법을 제시하지 못하며, 각 법역에서 사용하는 용어가 아니라 가치 중립적 용어를 사용함으로써 오히려 그 의미를 이해하기 어려운 측면이 있다. 더욱이 주석에서 제시한 예시들이 적정한지, 원칙의 내용을 제대로 설명하는 것인지 의문인 부분도 없지 않다. 특히 양 규정 모두 온체인 거래를 중심으로 정하고 있는데, 현실 세계의 거래 대부분이 거래소를 통한 오프체인 거래로 이루어지고 있다는 점에서도 그 실천적 의미가 크지 않다고 할 수 있다. 이러한 면에서 거래소를 통한 오프체인 거래를 중점으로 규제하는 내용의 유럽연합 가상자산시장규정(Markets in Crypto-Assets Regulation)이나 미국 증권거래위원회(Securities and Exchange Commission)의 결정이 보다 큰 주목을 받는 것과 대비된다. 무엇보다 Unidroit의 디지털자산원칙이나 미국 UCC 제12편 모두 온체인 거래에서 가장 문제가 되는 강제집행이나 파산시의 처리에 관하여는 구체적으로 정하고 있지 않다는 점에서 더욱 그 실천적 의미를 찾기 어렵다.

블록체인 기반 가상자산 거래가 활발히 일어나고 있는 현실에서 가상자산의 법적 성격 등에 관한 입법이 필요할 수 있다. 가상자산사업자에 대한 규제 측면에서는 이미 우리나라 가상자산이용자보호법이 제정, 시행 중이지만, 가상자산의 본질을 규율하는 입법은 쉽지 않다. 블록체인 기반 가상자산은 기초자산이 전혀 없다는 점에서

을 문제점으로 지적하고 있고, 이익 접근법의 경우 가상자산은 미래 가격 예측이 어려워 가상자산 평가에 적용하기 어렵다는 점도 지적한다. *supra.*, pp. 35~38.

엄청난 리스크를 내재하고 있고 그에 따라 급격한 가격변동이 이루어진다는 점까지 고려해야 하며, 설부른 입법 시도는 일반 국민들에게 마치 블록체인 기반 가상자산의 경제적 가치를 국가가 보장하는 것처럼 오해를 불러일으킬 위험도 있을 뿐이다.

이미 판례를 통해 가상자산이 법적으로 보호가치 있는 재산상 이익이라는 점은 확인된 바 있고,⁷⁹⁾ 가상자산을 둘러싼 민사적 분쟁 해결과 그 경제적 가치 환수 과정에서 가상자산의 법적 성질론이 반드시 의미를 가지는지 의문이기도 하다.⁸⁰⁾ 따라서 차라리 주로 오프체인 거래를 중심으로 강제집행 절차를 정비하고, 파산시의 기준을 마련하는 데에 힘을 쏟고, 온체인 거래와 관련하여서는 피침해자를 현실적으로 보호할 수 있는 수단⁸¹⁾을 강구하는 것이 보다 실익이 있을 것으로 생각된다.

79) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2021도9855 판결; 대법원 2021. 12. 16. 선고 2020도9789 판결 등.

80) 위에서 설명한 바와 같이, 가상자산의 법적 성질을 物權으로 보아 가상자산 탈취자에게 물권적 청구권을 행사하는 경우나, 그 법적 성질을 債權으로 보아 가상자산 탈취자에게 채권적 청구권을 행사하는 경우 모두, 탈취자의 협조 없이 청구권을 강제집행하는 것은 기술적으로 불가능하다. 따라서 가상자산의 법적 성질론에 집중하기보다는, 구체적인 가상자산 강제집행 방법 등 현실적인 절차 정비가 보다 효과적이다. Unidroit 디지털자산원칙 발의자인 칸다 히데키(神田秀樹) 교수도 2024년 10월 29일 한국법률가대회에서 법적 성질론보다는 기능적 측면에 집중하자고 발언한 바 있다. 그 외 칸다 교수의 입장에 관해서는, 神田秀樹, 小塚莊一郎, 曾野裕夫, “神田秀樹先生に聞く デジタル資産と私法に關する UNIDROIT の原則案 (上) (インタビュー)”, NBL1223号, 商事法務(2022. 8.) 참조.

81) 아직 단순한 의견제시 정도에 불과하지만, 실효성 확보 방안으로는, 신지혜(주6). 154~156면 참조. 다만 이는 비밀키를 가진 채무자의 협력 없이는 절대로 강제집행이 불가능한 온체인 거래를 전제로 한 것이고, 오프체인 거래의 경우에는 구체적인 법적 근거만 마련된다면 가상자산사업자를 통해 비교적 손쉽게 강제집행 절차가 이루어질 수 있다.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 김상중, “가상자산의 지배와 민사법적 성질: UNIDROIT 디지털자산 원칙과 스위스 DLT 법률의 내용 및 국내 논의에 대한 시사점”, 비교사법 제31권 제4호, 한국사법학회(2024. 11.)
- 김수정, “가상자산의 물건성 여부 및 물건법 법리에의 포섭 가능성에 관한 논의”, 민사법학 제106호, 한국민사법학회(2024. 3.)
- 신지혜, “블록체인의 성립과 운용에 있어서 민사법적 쟁점 - 블록체인에 대한 기술적 이해를 기초로 -” 비교사법 제28권 제3호, 한국사법학회(2021. 8.)
- _____, “스마트 컨트랙트에 관한 민사법적 쟁점 - DAO 사건을 중심으로 -”, 민사법학 제99호, 한국민사법학회(2022. 6.)
- _____, “가상자산의 특성과 법적 규율 - 블록체인 기반 가상자산의 위험성과 규율 방향을 중심으로 -”, 소비자법연구 제8권 제3호, 한국소비자법학회(2022. 8.)
- _____, “블록체인 기반 가상자산에 관한 민사법적 취급 - 가상자산 거래의 여러 국면과 상황을 기초로 -”, 외법논집 제48권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소(2024. 2.)
- 전우정 외 2, “가상자산 · 토큰증권의 담보권 설정 및 선의취득과 파산시 처리 - 가상자산을 물권의 객체로 인정하기 위한 방법에 관한 小考-”, 증권법연구 제25권 제1호, 한국증권법학회(2024)
- 천창민, “가상자산 거래의 물건법적 측면에 관한 연구 - UNIDROIT의 디지털자산 프로젝트 논의를 중심으로 -”, 서울대학교 법학 제63권 제1호, 서울대학교 법학연구소(2022. 3.)
- _____, “디지털자산 거래의 물건적 측면에 관한 준거법”, 국제사법연구 제29권 제2호, 한국국제사법학회(2023. 12.)

<해외문헌>

- Carl S Bjerre et al., “MISSING AN OPPORTUNITY: CRYPTOCURRENCY EXCHANGES AND THEIR CUSTOMERS SHOULD CONSIDER USING UCC ARTICLE 8”, 2023 Bus. L. Today 1, 2023-APR Bus. L. Today 1(2023)
- Mark Edwin Burge, “AFTER FTX: CAN THE ORIGINAL BITCOIN USE CASE BE SAVED?”, 72 UKSLR 1(2023. 11.)
- Elizabeth Chan, “Crypto Disputes: The Valuation Challenge”, 17 Disp. Resol. Int’l 21, 17 NO. 1 Disp. Resol. Int’l 21(2023)
- Brock C. Jones, “FAILING TO CAPITALIZE ON COLLATERAL: A LOOK INTO UPDATING UCC ARTICLE 9 FOR VIRTUAL CURRENCY SECURED LENDING”, 60 Hous. L. Rev. 693(2023)
- Adam J. Levitin, “NOT YOUR KEYS, NOT YOUR COINS: UNPRICED CREDIT

- RISK IN CRYPTOCURRENCY”, 101 Tex. L. Rev. 877(2023)
- Jennifer S. Martin et al., “THE UNIFORM COMMERCIAL CODE SURVEY: INTRODUCTION”, 78 BUSLAW 1189(2023)
- Francesco Mazzotta, “The Uniform Commercial Code Embraces Blockchain”, 51 NO 2 UCCLJ ART 1(2023. 12.)
- Alan Rosenberg et al., “CREDITOR CONSIDERATIONS IN CRYPTO CASES”, 40 Emory Bankr. Dev. J. 435(2024)
- Mark A. Salzberg et al., “CRYPTOCURRENCY BRINGS DISRUPTION TO BANKRUPTCY COURTS”, 42 Am. Bankr. Inst. J. 12, 42-DEC Am. Bankr. Inst. J. 12(2023)
- Ronald A. Spinner, “Caution-Construction Ahead: Reworking the UCC for Cryptocurrencies”, 32 No. 1 JBKRLP-NL Art. 3(2023. 2.)
- Elizabeth M. Wagenbach, “EMERGING TECHNOLOGIES AND PERFECTION OF SECURITY INTERESTS: A FINANCIAL UNIVERSE OF UNCERTAINTY”, 89 Brook. L. Rev. 609(2024)
- Jannik Woxholth et al., “Competing claims to crypto-assets”, Uniform Law Review, Volume 28, Issue 2, Advance access publication(2024. 1.)
- 神田秀樹, 小塚莊一郎, 曾野裕夫, “神田秀樹先生に聞く デジタル資産と私法に關する UNIDROITの原則案 (上) (インタビュー)”, NBL1223号, 商事法務 (2022. 8.)

[Abstract]

A Study on the Legal Nature of Blockchain-Based Virtual Assets from a Civil Law Perspective

- A Critical Introduction to the UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law -

Sin Jihye*

There is no longer any debate regarding the economic value of digital assets or virtual assets (“virtual assets”). It has also been confirmed through Korean Supreme Court precedents that virtual assets represent protectable property interests (Supreme Court Decision on November 11, 2021, 2021do9855, etc.). However, the legal nature of virtual assets has yet to be established. This article introduces and critically analyzes the Principles on Digital Assets and Private Law (“the Principles”) adopted by UNIDROIT.

There are two types of blockchain-based virtual asset transactions: (i) transactions that are directly recorded on the blockchain (“on-chain transactions”) and (ii) transactions conducted through virtual asset service providers, commonly known as exchanges (“off-chain transactions”). With regard to (ii), the Korean lower courts have characterized the relationship between exchanges and their customers as an “atypical contract of deposit” (Seoul High Court Decision on December 8, 2021, 2021na2010775), which aligns with the global trend of viewing such relationships as contractual in nature. Although the majority of virtual asset transactions are conducted off-chain, the Principles primarily focus on on-chain transactions, and the legal nature of virtual assets is more closely related to on-chain transactions. Therefore, this article will limit its discussion to on-chain transactions.

The most significant feature of the Principles is its regulation of the proprietary rights of virtual assets based on the factual concept of “control.” This concept appears to be influenced by the “controllable electronic records” outlined in Article 12 of the U.S. Uniform Commercial Code (“UCC”). In the context of Bitcoin, “control” can be understood as possessing the private key necessary for on-chain transactions. However, while the rights to virtual assets are attributed to the party exercising control, the introduction of the concept of control does not clarify whether the legal nature of virtual assets should be classified as real rights (rights in rem) or personal rights (rights in personam). Thus, it can be argued that the Principle merely formalizes a factual phenomenon without offering significant legal implications.

* Professor, School of Law, Hankuk University of Foreign Studies

The Principles also address the good faith acquisition of virtual assets and the establishment of security interests based on the concept of control. These provisions aim to promote virtual asset transactions and reduce transaction costs. However, they face several practical challenges that hinder their effectiveness. First, due to the anonymity and decentralization characteristic of blockchain-based virtual assets, it is difficult to ascertain information about the counterparty in a transaction. Second, in terms of establishing concrete methods for security interests, only transfer security is feasible, limiting flexibility in collateral arrangements. Lastly, accurately assessing the value of the collateralized virtual assets presents significant difficulties, further complicating the practical application of these provisions.

Additionally, the Principles offer little guidance on the enforcement of virtual assets. In the context of insolvency proceedings, the principles are positively regarded for clarifying that rights acquired through control remain effective even against insolvency administrators. Moreover, the provision that virtual assets entrusted to custodians are not part of the custodian's bankruptcy estate and that the customer retains rights, such as the right of recovery, is perhaps the most practically significant aspect of the Principles.

As both the Principles and Article 12 of the UCC were drafted during the peak of virtual assets, it could be argued that these regulations were somewhat hastily constructed. Both regulations are commendable for their attempt to legally regulate virtual assets and for recognizing their economic value. However, upon closer examination, there are numerous aspects that seem to overlook the actual state of virtual asset transactions and their technical characteristics. Furthermore, they fail to provide specific provisions regarding the most problematic issues in on-chain transactions, such as enforcement and insolvency procedures, casting doubt on their practical significance.

In future legislative efforts concerning virtual assets, it would be more beneficial to focus on establishing enforcement procedures for off-chain transactions and creating clear standards for insolvency. Additionally, for on-chain transactions, developing technical measures that can realistically protect the rights of parties would provide greater practical value.

Key Words: Virtual Assets, UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law, control, blockchain, Article 12 of the UCC

경제력집중의 한 유형으로서 소유집중에 관한 고찰

홍 명 수*

논문요지

소유집중은 경제력집중의 한 유형으로 인식되고 있으며, 따라서 독점규제법상 경제력집중 억제에 위한 규제의 대상이 되는 것으로 이해되고 있다. 그러나 현재의 시점에서 소유집중이 그 자체로 부정적인 판단의 대상이 될 수 있는지는 의문이며, 소유와 경영의 분리라는 사고에 기초할 때도 소유집중이 유효한 개념인지에 의문이 따른다. 무엇보다 소유집중의 완화 내지 해소를 정책적으로 추진하기 위한 전제로서 바람직한 소유지배 모델을 상정하기 어려울 것이다. 그렇지만 경제력집중의 유형으로서 소유집중의 고유한 의의를 부정하더라도, 총수가 있는 대기업집단의 보편적인 소유지배 구조가 일반집중에 따른 우려를 심화시킬 수 있다는 점은 주의할 필요가 있다. 소유집중을 정책 목표로 삼거나, 정책 실현을 위해 소유집중에 관련된 정책 지표를 개발하는 것에는 신중을 요하지만, 소유지배구조가 주로 일반집중의 관점에서 파악되는 경제력집중의 우려를 심화시킬 수 있는 요인이 될 수 있다는 점이 간과되어서는 안 되며, 또한 일반집중에 관한 규제가 소유지배 구조에 미칠 수 있는 영향에도 주의를 요한다. 한편 독점규제법 제6장에서 경제력집중 억제를 목적으로 하는 사후적 규제와 관련하여 소유집중이 갖는 의의에 대해서도 살펴볼 필요가 있다. 소유집중의 의의가 사후적 규제에서 달라진다고 볼 것은 아니지만, 일률적이고 명확한 규제 기준을 설정하여 규제를 수행하는 사전규제와 달리, 사후적 규제에서는 문제가 되는 행위에 대한 부당성 판단이 실질적으로 이루어질 것이 요구되고, 따라서 소유집중 문제에 대한 접근 방식상 차이가 나타날 수 있다. 부당지원 행위나 사익편취 행위의 부당성 판단 기준으로서 원용되는 경제력집중은 주로 일반집중의 차원에서 구성되지만, 소유지배 구조와 관련된 일정한 행위가 일반집중의 우려를 심화시키거나 지속시키려는 행위로서 평가될 수 있을 때 부당성 판단에서 적극적으로 고려될 수 있을 것이다.

검색용 주제어: 경제력집중, 일반집중, 소유집중, 소유지배구조, 사후 규제

· 논문제출: 2025. 01. 03. · 심사개시: 2025. 01. 09. · 게재확정: 2025. 01. 27.

* 명지대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 서론

산업화가 진행되는 과정에서는 일반적으로 특정 경제주체에게 경제적 자원이 집중되는 경제력의 집중 현상이 나타난다.¹⁾ 이러한 현상은 다양한 차원에서 발생하는데, 널리 받아들여지고 있는 이해에 따르면, 경제력집중은 개별 시장에서 특정 기업의 지배력 강화로서 시장집중, 국민경제 또는 산업 전반에 걸쳐 특정 기업 또는 그룹이 차지하는 비중의 확대로서 일반집중 그리고 특정 기업 또는 그룹에 대한 소유지배가 특정 개인이나 그 가족에 집중되는 의미에서 소유집중 등으로 구분할 수 있다.²⁾ 이 중에서 개별 시장에서 나타나는 집중화 현상, 즉 시장집중은 경쟁법에서 일반적으로 다루어지고 있는 주제이지만, 우리나라 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 독점규제법)은 시장집중의 문제를 넘어서 일반집중 또는 소유집중 등의 문제까지 규제 범위를 확장하고 있다는 점에서 비교법적으로 드문 예가 되고 있다.³⁾ 즉 독점규제법 제1조는 동법의 목적인 경쟁 촉진의 수단으로서 경제력집중의 방지를 명시적으로 규정하고 있고, 이에 따른 규제로서 경제력집중 억제에 위한 규제를 독립된 장(제4장)으로 편제하고 있다. 제4장에서 이루어지고 있는 규제는 개별 시장에서의 경쟁제한과 직접적 관련이 없는 내용으로 구성되어 있으므로 해당 장의 표제인 경제력집중을 시장집중으로 파악할 수는 없으며, 따라서 시장집중과는 다른 차원에서 경제력집중에 대한 이해를 구하는 것이 불가피하다.

이처럼 경제력집중 개념에 기반한 규제의 확장을 현행 독점규제법 체계에서 확인할 수 있지만, 여기서 경제력집중의 의미가 무엇인지에 관한 가장 근본적인 문제가 명확히 해결된 것은 아니다. 우선 앞에서 언급한 일반집중이나 소유집중과 같이 일반적으로 통용되고 있는 개념을 여기에 대입하여 경제력집중을 이해하려는 시도가 가능할 것이다. 그러나 이러한 이해는 구체적인 규제 내용에 의하여 뒷받침될 필요가 있으며, 이러한 필요에 상응하는 논의가 충분하였는지에 의문이 따른다. 보다 구체적으로 보면, 일반집중이 제4장에서 규제의 대상이 되고 있음은 비교적 명확하지만, 소유집중의 문제를 동 규제의 동인으로 파악하는 것 그리고 소유집중을 구체적인 규제 내용에서 억제되어야 할 규제 대상으로 인식하는 것이 가능한지는 명확하지 않다.

이에 더하여 사후적 규제로서 경제력집중에 대한 우려가 반영된 부당지원행위나 사익편취행위 등의 규제가 독점규제법에 도입됨으로써 경제력집중에 관한 개념적 사고가 보다 엄밀하게 전개될 필요가 주어졌다는 점에도 주의를 요한다. 제4장에서의 규제는 사전적 규제 형식을 취하고 있으므로 구체적인 규제의 내용과 경제력집중 억제라는 정책 목표 간에 비례원칙에 따른 관련성이 존재하는 것만으로 충분할 수 있으며, 따라서 경제력집중을 열려 있는 개념으로 이해하는 것이 가능하였다. 그러나 규제의 전제 조건인 행위의 위법성 판단의 요소로서 경제력집중을 고려할 경우 규제

1) Jürgen Gotthold, *Macht und Wettbewerb in der Wirtschaft*, Kiepenheuer & Witsch, 1975, SS. 35-36.

2) 이규억·이재형, 「기업집단과 경제력집중」, 한국개발연구원, 1990, 17-22면 참조.

3) 비교법적으로 유사한 예는 일본에서 찾을 수 있는데, 일본은 2차 세계대전 이전 전시장경을 뒷받침하였던 ‘자이바츠’(財閥)를 해체하고, 이것이 다시 나타나는 것의 위험을 방지하고자 獨占禁止法에 경제력집중에 관한 규정을 두고 있다. 홍명수, “일본의 일반집중 규제와 시사점”, 경쟁법연구 제14권, 2006, 58면 이하 참조.

를 정당화하기 위한 엄격한 법적용의 요구로부터 자유로울 수는 없으며, 이에 따라서 행위의 위법성 판단의 요소가 되는 경제력집중의 의의를 명확하게 정립할 과제를 피하기 어렵게 되었다.

이러한 문제 상황에서 경제력집중의 의의를 명확히 하기 위한 논의는 다음과 같은 쟁점을 다룰 필요가 있을 것이다. 우선 독점규제법상 경제력집중은 어떻게 이해될 수 있는지, 보다 구체적으로 여기서 경제력집중이 내용적으로 소유집중을 포함하는 개념인지가 다루어져야 한다. 이를 위해서 소유집중 개념의 기원과 발전과정을 추적하여 규제 대상으로서 경제력집중에 동 개념이 포함되었던 계기를 살펴보고, 그것의 현재적 의의를 검토할 필요가 있을 것이다. 그리고 당연히 이러한 논의에는 소유집중을 규제 대상으로 고려하는 것이 여전히 입법정책적으로 타당한지의 문제가 포함되어야 할 것이다(2장). 이러한 논의에 기초하여 소유집중 또는 이와 관련된 문제가 경제력집중 규제에서 어떻게 고려될 수 있는지를 살펴볼 필요가 있다. 이에 관한 논의는 독점규제법 제4장에서 이루어지는 사전 규제와 제6장에 근거한 사후 규제의 두 맥락에서 전개될 필요가 있다. 특히 후자에서는 사후규제의 부당성 판단의 근거로서 경제력집중에 소유집중의 측면이 포함될 수 있는지, 포함된다면 어떠한 내용으로 구체화 될 수 있는지가 검토되어야 할 것이다(3장). 이상의 논의를 종합하여 결론으로서 독점규제법상 경제력집중의 한 유형인 소유집중 규제의 의의와 기본 방향을 제시할 것이다(4장).

II. 소유집중의 의의와 규제 타당성

1. 소유집중 개념의 형성과 전개

(1) 소유집중 개념의 형성과 도전

소유집중은 형식적으로 기업의 발행주식 또는 잔여청구권이 소수의 자연인 또는 그 가족에 집중되는 것을 의미하지만,⁴⁾ 기업지배의 구조적인 측면에서 소유집중에 대한 이해는 Berle & Means로부터 시작된 것으로 볼 수 있다. 이들은 1932년 출간한 ‘근대기업과 사유재산’(The Modern Corporation and Private Property)에서 1930년 1월 기준 자산규모에 따른 미국의 200대 기업을 분석하였는데, 여기서 주식회사 제도에 기반한 기업 소유의 분산이 특징적인 양상으로 나타나고 있으며, 이와 같은 기업 소유의 분산으로 인해 전통적으로 사적 소유에 기반한 기업 지배의 방식이 경영자에 의한 지배로 변화되고 있음을 지적하였다.⁵⁾ 이러한 분석은 소유지배 관계에서 벗어나 있는 경영자 지배가 자본주의의 본질적 변화를 낳았다는 경영자 혁명론(managerial revolution) 또는 경영자본주의(managerial capitalism)의 시발점이 되었고,⁶⁾ 다른 한편으로 소유권에 기초한 지배가 더 이상 가능하지 않은 상황에서 경영

4) 황인학, 「경제력집중 한국적 인식의 문제점」, 한국경제연구원, 1997, 26면.

5) Adolf A. Berle & Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Harcourt, Brace & World, INC., 1968, pp. 20-27 참조.

6) 특히 현대 산업사회에서 전통적인 자본가 계급을 경영자와 전문관료(technocrats)가 대체

자를 통제하는 문제가 새로운 과제로서 부각되는 계기가 되었다.⁷⁾ 그렇지만 이상의 변화가 나타나지 않는 전통적인 지배 방식의 기업도 여전히 존재하였으며, 이러한 기업의 특징적 양상을 사적 소유에 기반한 지배가 가능하게 한다는 점에서 소유의 집중으로 인식하게 되었다. 이와 같은 대비는 Daniel Bell의 가족자본주의 붕괴론을 통하여 더욱 극명하게 부각되었고, 특히 단선적 발전 사관과 결합함으로써 전통적인 소유지배에 근거한 가족자본주의를 후진적인 것으로 보는 인식이 나타나게 되었다. 예를 들어 Daniel Bell은 유럽에서는 동족기업의 계속성이 현저하다고 지적하면서, “신중하고 보수주의적이며 외부 자본에 의한 내부간섭에의 공포를 갖는 이러한 동족기업의 계속적 존재야말로 오늘날에 이르기까지 유럽 대륙의 경제성장이 완만한 정도로 유지되고 있는 이유”인 것으로 설명하였다.⁸⁾

물론 이와 같은 사고가 의문 없이 받아들여졌던 것은 아니다. 해당 기업의 선택에 따라서 지분의 분산에 기반하여 경영자 중심의 지배구조가 형성된 기업과 여전히 전통적인 소유지배 방식에 따른 지배구조를 갖춘 기업이 모두 가능하며, 전자를 후자의 선진적인 형태로 이해하는 것은 적절치 않다는 시각도 존재하였으며,⁹⁾ 이러한 관점을 뒷받침하는 실증적 연구도 이어졌다. 예를 들어 Mark Roe는 실증적 분석을 통해 “어떤 업무에는 Berle-Means형(소유와 경영이 분리된) 기업이 유리할 수 있으며, 또 다른 업무에는 소유가 집중된 기업이 유리할 수 있다. 특히 기업적 혁신을 수행하는 경우에는 전자가, 보편화된 기술에 따라서 꾸준하고 점진적인 향상을 꾀할 때는 후자가 유리할 수 있다. 동일한 경제, 동일한 문화 안에서도 그것이 최선으로 운영된다면 각각의 형태가 모두 성공할 수 있다”고 지적하였다.¹⁰⁾ 또한 Herold James는 유럽의 세 가문(de Wendel, Haniel, Falck)이 2세기가 넘는 기간 동안 기업을 영위해 온 과정을 분석하면서, 가족 지배구조에 기반한 장기적 연속성을 유럽식 모델의 특징으로 지적하였다.¹¹⁾

(2) 경제력집중의 한 유형으로서 수용

이처럼 소유지배가 유지되고 있는 기업과 지분의 분산화로 경영자에 의한 지배구조가 형성된 기업이 각각 계속되고 있고, 기능적으로 병존할 수 있다는 분석에도 불구하고 우리나라에서는 전자를 후진적으로 보는 시각이 유력하였으며, 특히 일정한 기업집단의 최종적인 의사결정 권한이 총수에게 귀속되는 현상에 대한 부정적인 인식이 강하였다. 흔히 총수 및 그 가족에 의해 지배되는 기업집단은 재벌로 일컬어졌

하고 있다는 분석으로, James Burnham, *The Managerial Revolution: What is Happening in the World*, John Day Co., 1941 참조.

7) Adolf A. Berle & Gardiner C. Means, supra note 4), pp. 112-116.

8) Daniel Bell, 기우식 역, 「이데올로기의 종언」, 삼성문화재단, 1971, 40-41면.

9) Pitelis & Sugden은 기업소유자는 지분이 낮아진 경우에도 지배력을 잃지 않기 위한 다양한 방식을 취할 수 있기 때문에, 기업소유자의 형식적인 지분 기준에 근거하여 소유와 지배의 분리를 형식적으로 파악하는 것의 문제를 지적하였다. Christos N. Pitelis & Roger Sugden, “The separation of ownership and control in the theory of the firm: A reappraisal, *International Journal of Industrial Organization*”, *International Journal of Industrial Organization* Volume 4, Issue 1, 1986, p. 69 이하 참조.

10) Mark Roe, *Strong Managers Weak Owners*, Princeton Univ. Press, 1994, p. 239.

11) Herold James, *Family Capitalism: Wendels, Haniels, Falcks, and the Continental European Model*, Harvard Univ. Press, 2006, p. 3 이하 참조.

는데, 이와 같이 집단을 구성하는 복수 기업들에 대한 지배권이 총수 개인에게 귀속되는 현상도 경제력집중의 한 양상으로 파악되었으며, 이를 일반집중과는 구별되는 그리고 Berle & Means에 의해 시사되었던 개별 기업에서의 지배 양상과도 차이가 있는 소유집중이라는 개념으로 이해하게 되었다.

이러한 이해가 널리 받아들여지게 된 데는 몇 가지 이유를 들 수 있을 것이다. 우선 경제적 실체로서 재벌의 존재는 일반집중이나 시장집중 외의 다른 관점에서 재벌에 의한 경제력집중을 이해할 필요성을 낳았으며, 특히 의사결정 권한이 총수에게 집중되는 문제를 적절히 반영할 수 있는 개념으로서 소유집중은 유력한 의미를 갖게 되었다. 2차 세계대전 이전 일본 재벌(財閥, 자이바쯔)과 비교해 볼 때, 일본의 경우 종전 이후 미군정 하에서 가문이 보유한 지분을 해소하는 일련의 조치가 취해졌고, 이로써 재벌의 해체가 이루어진 반면,¹²⁾ 한국의 재벌은 가족에 의한 지배가 계속되고 있었으며, 이에 대한 문제의식이 소유집중 개념으로 집약되었다.

따라서 경제력집중은 시장집중, 일반집중, 소유집중을 포괄하는 개념이고, 특히 우리나라에서 재벌에 의한 경제력집중은 세 가지 집중 형태가 서로 유기적으로 결합하는 양상으로 나타나고 있다는 인식이 자리잡게 되었다.¹³⁾ 이러한 이해는 독점규제법이 시장집중 외에도 경제력집중의 유형으로서 일반집중과 소유집중의 문제에 대응할 필요성이 있다는 사고로 이어졌으며, 이에 기초하여 1986년 독점규제법 개정에서 경제력집중 억제에 관한 규제를 도입하게 되었다.¹⁴⁾

(3) 소유집중의 내용적 변화 과정

경제력집중의 한 유형으로서 소유집중이 수용되었지만, 이에 앞서 동 개념이 경제력집중 규제의 구체적 의의와 규제 내용의 정립에 있어서 어떻게 작용하는지에 관한 논의가 충분하게 이루어졌던 것은 아니다. 앞에서 살펴본 것처럼 소유집중에 대한 상이한 이해가 존재하는 것도 문제였지만, 규제 목표로서 소유집중 개념의 구체적 정립과 적용 가능성 그리고 구체적인 소유집중의 실현에 대한 이해에 불명확한 점이 남아 있었다. Berle & Means로부터 도출된 소유집중은 특정 개인이 회사의 지분을 소유함으로써 여전히 지배권을 갖는 기업지배 형태를 상정한 것이고, 무엇보다 지분이 분산됨으로써 경영자 중심의 지배권이 형성된 기업지배 형태에 대비되어 소유권에 기반한 지배가 존재하는 현상을 지칭한 것에 지나지 않는다. 따라서 동 개념을 수용하더라도, 특정 개인의 회사 지배 여부에 따라서 소유집중 여부를 판단할 수 있을 뿐, 지배가 강화 또는 완화되었는지를 평가하기 위해 소유집중을 판단의 척도로 삼거나 소유집중의 지표화를 시도하는 것이 용이하지 않았다. 물적회사에 대한 지배는 50% 이상의 절대적 지분을 확보한 경우에 가능하며, 이러한 지배권을 확립하는 데 기여할 수 있는 지분의 확보는 소유집중이 형성되었다는 점에서 의미가 있지만, 이미 지배권이 유지되고 있는 상황에서 지분의 증가 또는 감소가 소유집중의 관점에서 갖는 의미는 제한적이다. 나아가 회사의 지분 보유를 통한 지배권의 구체적

12) 홍명수, 「재벌의 경제력집중 규제」, 경인문화사, 2006, 118-140면 참조.

13) 위의 책, 54-59면.

14) 공정거래위원회, 「공정거래위원회 30년사: 시장경제 창달의 발자취」, 2011, 160면에서는 우리나라에서의 경제력집중은 세 가지 차원, 시장집중, 일반집중, 소유집중의 의미에서의 경제력집중이 유기적으로 관련되는 것으로 기술하고 있다.

형성은 지분 취득이나 소유에 관한 기존의 법제도 하에서 지배권을 가지려는 자의 선택의 결과로 나타나게 된다는 점도 간과되기 쉽다. 예를 들어 회사를 지배하려는 자는 직접 지분을 취득하는 방식을 택하거나, 또는 제도적으로 허용된 범위 안에서 가족 관계에 있는 자나 이미 지배 관계가 형성되어 있는 법인 등의 특수관계인을 통해 간접적인 지배 방식을 활용할 수도 있으며, 이에 관한 선택은 안정적인 지배관계의 구축이나 비용의 최소화 등의 다양한 고려를 통해 이루어질 것이다.¹⁵⁾ 이러한 상황에서 소유집중의 문제를 특정한 방식으로 형성된 소유집중, 예를 들어 개인 및 그 가족이 직접적으로 절대적인 지분을 확보하여 이루어진 소유집중에 한정하는 것은 타당한 접근 방식이라 할 수 없으며, 이는 개인 및 그 가족이 보유한 지분의 크기를 소유집중을 파악하거나 정책적 대응을 모색함에 있어서 의미 있는 지표로 활용하는데 한계가 있음을 의미하는 것이다.

이러한 문제에도 불구하고 소유집중이 경제력집중의 한 유형으로서 규제 대상으로 수용된 데에는 전술한 것처럼 재벌의 존재라는 우리나라의 특수한 상황이 반영된 결과로 볼 수 있다. 재벌 체제가 갖는 중요한 문제의 하나로 다수의 기업 운영이 총수 개인의 의사에 전적으로 의존하고 있고, 이는 전문성을 가진 경영자에 의한 지배에 비하여 전근대적인 기업 운영 방식으로서 우리나라 경제에 부정적 영향을 미치고 있다는 지적이 유력하였으며,¹⁶⁾ 소유집중은 이러한 문제를 집약하는 의미로서 받아들여졌다. 이에 따라서 전문 경영자 그룹과 총수 일가를 대비하여 후자의 경영상 비효율성을 지적하고, 이를 가능하게 하는 소유지배 구조를 소유집중의 문제로 인식하게 되었으며, 이러한 인식의 변화는 소유집중을 내용적으로 변화시키는 데 영향을 미쳤다. 즉 재벌 총수는 다수 기업의 최종적 의사결정 권한을 갖고 있지만, 해당 기업 전체의 지분을 절대적으로 보유한 상황에서 지배권을 갖는 것이 아니라 대체로 특수관계인을 통한 간접적인 방식으로 지배권을 갖고 있으며, 이는 소수의 지분으로 그룹 전체의 지배 권한을 갖는 것이 되기 때문에 바람직하지 않다는 인식이 자리잡게 되었다.¹⁷⁾ 이러한 문제의식의 변화는 ‘소유지배 괴리’는 표현에 집약되어, 이를 완화하기 위한 정책적 대응이 모색되었고,¹⁸⁾ 구체적인 법제도상 변화로 이어졌다. 대표적으로 독점규제법 시행령은 1994. 4. 1. 개정을 통해 대기업집단 지정에서 제외되는 유형으로 ‘소유분산우량기업집단’을 제시하였는데(구영 17조 1항 및 2항),¹⁹⁾ 동 규정

15) 계열회사에 의한 출자관계의 구축이 기업집단조직에서 나타날 수 있는 대리인문제의 해결을 위한 방안의 하나로서 이해될 수 있다고 보는 것으로, 홍현표, “한국재벌의 소유집중 - 그 원인과 결과 -”, 경제학연구 제41집 제1호, 1993, 243-244면 참조.

16) 위의 글, 242-243면 참조.

17) 강철규, “경제력집중 억제대책”, 경제민주화의 길(변형운 정년퇴임기념논문집), 비봉출판사, 1992, 352-354면 참조.

18) 김선구·류근관·빈기범·이상승, 「출자총액제한제도의 바람직한 개선방안」, 서울대학교 경제연구소 기업경쟁력연구센터, 2003. 10. 9면 이하 참조. 이 글에서는 출자규제(출자총액제한제도)의 유효한 정책 목표를 실질 소유권을 초과하는 의결권 행사를 억제하는 것으로 보고 있다.

19) 구 영 제17조 제2항에서 ‘소유분산우량기업집단’에 해당하기 위한 각호의 요건은 다음과 같다. 1. 동일인 및 동일인과 제3조제1호·제2호 및 제5호의 규정에 의한 관계에 있는 자가 당해 기업집단에 속하는 회사들의 납입자본금의 합계액의 100분의 10미만에 상당하는 주식을 소유하면서 동일인 및 동일인과 제3조제1호 내지 제5호의 규정에 의한 관계에 있는 자가 당해 기업집단에 속하는 회사들의 납입자본금의 합계액의 100분의 20미만에 상당하는 주식을 소유할 것, 2. 당해 기업집단에 속하는 회사들의 자기자본의 합계액이 자산총액의 합계액의 100분의 20이상일 것, 3. 당해 기업집단에 속하는 상장법인의 자본금의 합계액이

은 1999. 3. 31. 개정 시 폐지됨으로써 대기업집단 규제의 적용제외를 통한 소유분산 촉진 정책, 달리 표현하면 직접적인 소유집중 억제 정책은 더 이상 유지되지 않았다. 대신 소유지배 괴리의 정도에 따른 적용제외 규정이 도입됨으로써 새로운 정책이 추진되었다. 즉 2005. 3. 31. 동 시행령 개정에서 출자총액제한기업집단에서 제외될 수 있는 요건의 변화가 있었는데, 당시 개정된 시행령 제17조 제2항 제4호는 의결권 승수가 3 이하인 것을 적용제외 요건으로 규정하였다.²⁰⁾ 의문의 여지 없이 동 규정에서 제시한 요건은 소유지배 괴리의 정도를 낮추는 효과를 기대한 것으로서, 소유집중에 대한 내용적 이해의 변화를 반영한 것이었다.²¹⁾

2. 소유집중 규제의 타당성 문제

(1) 바람직한 소유지배 구조 상정의 문제

전술한 의결권 승수에 따른 출자총액제한기업집단 제외 규정은 출자총액제한제도 자체가 폐지되면서 효력을 잃게 되었고, 이후 적어도 법제도상 소유지배 괴리의 완화를 직접적인 목표로 하는 정책이 추진되지는 않았다. 그렇지만 소유집중은 경제력 집중의 한 유형이며, 일반집중과 마찬가지로 이러한 유형의 집중을 완화하는 것이 독점규제법에 의한 규제 목표가 되고 있다는 사고는 여전히 유력하다.²²⁾ 그렇다면 이러한 규제를 정당화할 수 있는, 무엇보다 규범적 차원에서 바람직한 소유지배 구조 모델의 제시도 여전히 요구될 것이며, 이러한 모델을 지향하는 정책이 강구될 필요도 있을 것이다. 그러나 앞에서 살펴본 것처럼 Berle and Means로부터 연유하는 분산화된 지분 구조에 기초한 모델이 전통적인 소유지배 구조에 우월하며 궁극적인 지향점이 되어야 한다는 사고를 뒷받침할만한 근거가 이론적 또는 실증적으로 충분한 것으로 보기는 어렵다.²³⁾ 또한 소유집중의 문제를 내용적으로 소유와 지배의 괴리 문제로 파악하는 문제 인식의 변화가 이러한 문제를 해결하는 데 기여할 수 있는 지도 의문이다. 전술한 것처럼 이러한 변화는 우리나라에서 재벌에 의해 야기되고 있는 고유한 문제를 반영한 것으로 볼 수 있다. 특히 총수 개인이 기업집단 소속 계열사 전체에 대한 최종적인 의사결정 권한을 갖는 것이 경영 효율성 나아가 국민경

당해 기업집단에 속하는 회사들의 자본금의 합계액의 100분의 60이상일 것.

20) 동 호는 “동일인이 자연인인 기업집단중 매년 4월 1일 당시 제3항 및 제4항의 규정에 따라 산출되는 동일인 및 동일인관련자의 의결지분율에서 동일인 및 동일인의 친족의 소유지분율을 차감하여 산출한 비율이 100분의 25 이하이고, 동일인 및 동일인관련자의 의결지분율이 동일인 및 동일인의 친족의 소유지분율의 3배 이하인 기업집단”으로 규정하고 있었다.

21) 동 규정에서 ‘동일인 및 동일인관련자의 의결지분율/동일인 및 동일인의 친족의 소유지분율’은 의결권 승수를 말하며, 이 승수가 낮다는 것은 동일인이 기업집단을 지배함에 있어서 계열회사에 의한 순환출자 의존도가 높지 않다는 것을 의미하므로 바람직하다는 정책적 관점에 따른 것이다. 동 규정의 의의에 관하여, 홍명수, “대규모기업집단 규제에 대한 평가 및 정책방향의 평가”, 경제법연구 제5권 제1호, 2006, 99면 이하 참조. 동 규정은 2009년 독점규제법 개정으로 출자총액제한제도가 폐지됨에 따라서 2010. 5. 14. 동법 시행령 개정 시 삭제되었다.

22) 신현윤·허난설헌, 「경제법」, 법문사, 2024, 214면 참조. 또한 사익편취행위에 관한 판결로서 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두63993 판결 참조.

23) Mark Roe, supra note 10), p. 239.

제 전반에 걸친 자원의 효율적 배분 차원에서 부정적인 것으로 인식되면서 총수의 의사결정 권한을 합리적으로 제한하는 문제가 현안으로 대두되었고, 이러한 관점에서 총수 및 그 가족이 기업집단 전체에 대해 갖는 지분이 소수에 불과하다는 점이 주목받게 되었다.²⁴⁾ 이러한 인식을 바탕으로 구체화 된 정책은 두 방향으로, 즉 총수의 직접 지분 확대를 통해 지배의 실질에 부합하는 지분 구조를 취하는 방안²⁵⁾ 그리고 순환출자 등의 규제를 통해 계열사에 의한 지분 보유를 제한함으로써 내부지분율을 줄이는 방안이 강구되었다. 그러나 이러한 정책이 기업집단의 확장을 억제하는 수단으로서 의미가 있었던 것은 분명하지만, 두 방안 모두 본질적으로 소유와 지배를 일치시키기 위해 총수에 의한 소유 비중을 높이는 방향으로 추진됨으로써 오히려 전통적인 소유지배 구조를 지향하는 것이 되었고, 따라서 특정한 및 그 가족에게 소유가 집중되는 것 자체를 문제로 바라보는 사고와의 충돌을 피할 수 없게 되었다.

이와 같이 전통적인 관점과 변화된 관점에서 소유집중의 문제를 이해할 경우 각각의 관점에서 상정하는 바람직한 소유구조 모델이 서로 모순된다는 것은 구체적인 정책의 형성과 실행에 혼란을 야기할 수 있음을 의미한다. 구체적으로 총수의 기업집단 전체에 대한 지분 증가는 전통적 관점에서 소유집중의 강화로 이해될 수 있지만, 변화된 관점에서는 소유지배 괴리의 정도를 완화하는 의미를 가짐으로써 긍정적으로 평가할 여지가 주어질 수 있다. 이러한 충돌과 혼란을 피하기 위해서는, 규범적으로 어느 한 관점에 우월한 의의를 부여하거나, 충돌을 피할 수 있는 새로운 모델의 제시를 통해 가능할 것이다. 그렇지만 전술한 것처럼 소유지배 구조에 관한 실증적 분석이 타당한 모델을 뒷받침할 만한 근거를 제시하지 못하고 있는 상황에서 이러한 시도가 긍정적인 성과로 이어질지는 의문이다.

나아가 이러한 시도는 바람직한 소유지배 모델의 상정이 규범적으로 허용될 수 있는지와 같은 근본적인 문제와 부딪힐 수밖에 없다는 점에서도 문제가 될 수 있다. 주식회사는 자본의 비율적 단위인 주식에 기초하여 형성된 회사로서, 주식의 자유양도성과 주식 소유자인 주주의 유한책임을 본질적 특징으로 한다. 이와 같은 특징으로 인해 소액다수의 자본을 모으는 것이 가능하게 됨으로써 주식회사는 근대 회사의 지배적인 유형으로 자리잡게 되었으며,²⁶⁾ 주식회사를 뒷받침하는 법제도 역시 이러한 기능적 특징을 보장하는 것에 초점을 맞추어 왔다. 소유집중 또는 소유지배 괴리의 문제의식에 따른 바람직한 소유지배 모델의 상정은 특정 주주의 주식 비율이

24) 이러한 인식이 반영된 지표로서 내부지분율은 국내 계열회사의 총발행주식 중 동일인·동일인관련자(친족, 계열회사, 비영리법인, 임원 등)가 보유한 주식의 비율(자사주 포함)을 말하며, 현재도 활용되고 있다. 2024년 공정거래위원회의 공시대상기업집단 주식소유 현황 분석에 의하면, 88개 대상 기업집단의 내부지분율은 61.4%였다. 해당 기업집단 중 총수 있는 기업집단의 구체적인 내부지분율 현황(2023년, 2024년)은 다음 표와 같다.

구 분		총수일가			총수일가 이외					합계
		동일인	친족	소계	계열회사	비영리법인	임원	자사주	소계 ¹⁾	
총수 있는 기업집단	'23년(72개)	1.7	2.0	3.7	54.7	0.2	0.2	2.4	57.5	61.2
	'24년(78개)	1.6	1.9	3.5	54.9	0.2	0.2	2.3	57.6	61.1

공정거래위원회, 2024년 공시대상기업집단 주식소유현황 분석·공개, 2024. 9. 2.
 25) 이러한 방안을 구체화한 것으로서 2005년 독점규제법 시행령 개정에 의해 도입되고 2010년 폐지되었던 의결권 승수 3 이하의 기업집단에 대한 출자총액제한제도의 적용제외 규정을 들 수 있다.

26) Robert Charles Clark, *Corporate Law*, Little, Brown & Company, 1986, pp. 1-2 참조.

일정 수준 이상 또는 이하일 것을 요구하는 방식으로 이루어질 수밖에 없는데, 이와 같은 제한이 주식의 유통성이나 주주의 유한책임과 같은 주식회사의 본질에 비추어 가능한지는 살펴볼 문제이다. 무엇보다 주식 보유에 대한 일정한 규제는 소유권이나 영업의 자유와 같은 헌법상 기본권의 제한을 의미하기 때문에 비례원칙, 특히 목적의 정당성과 같은 기본권 제한의 원칙에 부합하여야 하는데, 전술한 것처럼 이를 뒷받침할 수 있는 현실 경제에서의 근거를 찾을 수 있을지가 명확하지 않다는 점도 고려되어야 한다.

(2) 경제력집중의 관점에서 제기될 수 있는 문제

이상의 논의에서 바람직한 소유지배 모델의 제시가 가능하지 않다면, 필연적으로 이러한 모델을 전제할 수밖에 없는 정책의 타당성과 실효성에 대한 의문을 피하기 어려울 것이다. 그렇지만 경제력집중의 한 유형으로 제시되었던 소유집중의 의의 그리고 이로부터 도출되었던 일정한 문제 인식은 별론으로 하고, 경제력집중의 문제가 소유 또는 소유지배와 어떻게 관련되고 있는지 또는 소유지배와 관련된 일련의 행태가 경제력집중 문제에 구체적으로 어떠한 영향을 미치고 있는지는 여전히 살펴볼 필요가 있다.

이러한 필요성은 일본 독점금지법상 경제력집중 규제와의 비교를 통해서도 확인할 수 있을 것이다. 일본 독점금지법에서 경제력집중 관련 규제는 1947년 법 제정 시 도입된 지주회사 금지제도, 1970년 법 개정에서 추가된 주식보유 총량 제한 제도, 1996년 지주회사 금지제도의 해금 및 2004년 법 개정에 의한 일반집중 규제제도의 정비 등의 변화 과정을 거쳐 현재에 이르고 있다.²⁷⁾ 이 과정에서 소유집중의 문제는 주된 고려 대상이 되지 않았으며, 경제력집중은 주로 일반집중의 문제로 다루어졌고, 규제도 이에 초점을 맞추어 이루어졌다.²⁸⁾ 앞서 언급한 것처럼 전후 미 군정 하에서 실행된 일본 재벌의 해체로 인해 특정 가문에 의해 지배되는 기업집단의 존재는 가능하지 않게 되었고, 이러한 상황에서 소유집중의 문제는 더 이상 현안으로 고려될 여지가 크지 않았다. 이에 비하여 우리나라에서 경제력집중은 여전히 소유지배구조를 유지하고 있는 재벌에 의해 주도되고 있으며, 시장집중, 일반집중, 소유집중이 유기적으로 결합한 양상을 보이고 있다.²⁹⁾ 이러한 특징으로 인해 경제력집중의 문제에서 소유지배에 기인한 집중 문제를 완전히 배제하기는 어려울 것이다.

이러한 관점에서 소유집중의 문제 자체를 경제력집중의 고유한 문제로 제기하는데 한계가 있더라도, 우리나라 재벌에서 전형적으로 나타나는 소유지배 구조가 경제력집중의 문제에 미치고 있는 영향에 대한 분석은 여전히 의의가 있을 수 있다. 우선 고려할 것은 현재 총수에 집중되고 있는 소유지배 구조가 일반집중의 문제를 심화시키고, 부정적 측면을 강화하는 방향으로 작용할 수 있다는 점이다. 흔히 일반집

27) 홍명수, 주 3)의 글, 60-67면 참조.

28) 後藤 晃・鈴木興太郎 編, 「日本の競争政策」, 東京大學出版會, 1999, 231-233면(後藤 晃 집필부분) 및 根岸 哲・舟田正之, 「獨占禁止法概論」, 有斐閣, 2006, 127면 참조. 한편 일반집중과 시장집중의 관계에서 전자를 후자의 보완적 내지 예방적 규제로 이해하는 것으로서, 金井貴嗣・川濱 昇・泉水文雄, 「獨占禁止法」, 弘文堂, 2010, 182-183면 참조.

29) 재벌에 의한 경제력 집중의 복합적 성격에 관한 기술로서, 홍명수, 주 12)의 책, 59-61면 참조.

중의 부정적 측면 중 하나로 자원 배분의 왜곡과 경영의 비효율성 문제가 언급되는데,³⁰⁾ 이러한 부정적 효과는 총수 1인에 의사결정 권한이 집중되는 구조에 의해 더욱 심화될 수 있다.

나아가 지배권의 가족 내 승계에 의해 이러한 부정적 측면이 강화될 수 있다는 점에도 주의를 기울일 필요가 있다. 물론 지배권 승계는 사적자치의 연장선에서 개인의 자율 영역에 속하고, 그 자체에 대해 법이 개입하거나 부정적 판단을 내릴 여지는 크지 않다. 그러나 가족 내에서 이루어지는 승계는 혈연적으로 결합된 특정 집단에 의한 지배권을 영속화시킴으로써 효율적인 경영에 위험을 초래할 수 있다는 지적은 참고할 필요가 있을 것이다.³¹⁾ 즉 이와 같은 승계는 효율적 경영 판단과 무관하게 이루어질 가능성이 있으며, 지배권에 관한 시장의 자율적 조정 과정을 인위적으로 차단함으로써 당해 기업집단 나아가 국민경제 전체에 부정적 영향을 미칠 수 있다.

이상의 논의에 비추어, 경제력집중의 한 유형으로서 소유집중이 고유한 의의를 갖는 것으로 보기는 어렵지만, 재벌을 중심으로 나타나고 있는 경제력집중 문제에 있어서 소유집중 내지 소유지배 구조가 전혀 관련이 없다고 볼 것은 아니다. 따라서 경제력집중 억제를 위한 규제체계에서 소유집중을 독립적인 정책 지표로 설정하고, 구체적인 개선 방안을 마련하는 것에는 한계가 있지만, 경제력집중, 특히 일반집중의 문제에서 소유집중 내지 소유지배 구조의 관점에서 부정적 측면을 구체화하고, 일반집중을 억제하기 위한 규제에 이를 고려 대상에 포함시키는 것은 여전히 유효한 접근 방식이 될 수 있다.³²⁾

III. 경제력집중 규제에서 소유집중의 고려

1. 일반집중 규제에서 소유집중의 고려

현행 독점규제법상 경제력집중 억제를 위한 규제는 출자 규제, 공시 규제 그리고 행위 규제로 구성되어 있다.³³⁾ 이와 같은 규제체계에서 출자 규제는 기업집단의 지배구조 형성에 있어서 가장 큰 비중을 차지하는 계열회사 간 출자를³⁴⁾ 제한함으로써

30) 권오승·홍명수, 「경제법」, 법문사, 2024, 239-240면 참조.

31) 경영권의 가족 내 승계가 경영 효율성 측면에서 문제가 될 수 있다는 지적으로, Randal K. Morck, David A. Strangeland & Bernard Yeung, *Inherited Wealth, Corporate Control and Economic Growth: The Canadian Disease?*, Working Paper 6814, National Bureau of Economic Research, Inc., 1998, pp. 14-16 참조.

32) 비슷한 취지로 소유집중 내지 지배집중(소유와 지배 간 괴리 문제)과 관련된 기업지배구조 개선은 일반집중 내지 시장집중과 최소한의 복합적 관련성이 인정되어야 비로소 공정거래법 규율범위 내에 편입될 수 있다고 보는 견해로서, 이황, “공정거래법상 경제력집중 억제정책과 일반집중의 문제”, 법학연구 제31권 제1호, 2021, 239면 이하 참조.

33) 출자 규제에는 상호출자 금지, 순환출자 금지 그리고 금융·보험사의 의결권 제한 등이 포함되며, 공시 규제에는 대규모 내부거래, 비상장 계열회사의 지배구조, 기업집단 현황 등에 관한 공시 의무를 주된 내용으로 한다. 행위 규제는 제4장에서 이루어지는 사전적 행위 규제와 제6장의 불공정거래행위 관련 규제에 근거한 사후적 행위 규제로 나누어지며, 전자에는 지주회사 관련 행위 규제와 채무보증 금지 등의 규제 그리고 후자에는 부당지원행위와 사익편취행위 규제 등이 있다. 권오승·홍명수, 주 30)의 책, 243면 참조.

기업집단의 확대를 억제하는 의의가 있으며, 따라서 본질적으로 일반집중을 엄두에 둔 규제라 할 수 있다. 나아가 공시 규제나 사후적 행위 규제도 일반집중의 부정적 효과를 제한하고자 하는 취지가 반영된 것으로 볼 수 있으며,³⁵⁾ 이러한 의의는 지주회사나 그 자회사 등의 지분을 제한을 주된 내용으로 하는 지주회사 규제 그리고 채무보증의 금지에서도 확인할 수 있다.³⁶⁾ 이처럼 전체적으로 일반집중에 초점을 맞춘 경제력집중 규제체계에 소유집중 내지 소유지배 구조에 일정한 영향을 미치려는 목적으로 새로운 규제를 도입하는 것은 그 자체의 고유한 문제가 확인되거나 경제력집중 문제의 개선에 있어서 이러한 규제가 의미 있는 기여를 할 것으로 인정되지 않는 한 정당화 되기 어려우며, 과거 일시적으로 추진되었던 소유집중 내지 소유지배 괴리 관련 정책들이 중단된 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있을 것이다. 그러나 앞에서 논의한 것처럼 소유집중이 그 자체로 문제가 되는 것은 아니지만 재벌의 경제력집중, 특히 일반집중으로부터 발생하는 문제를 심화시킬 수 있다는 인식은 경제력집중에 대한 규제 차원에서 소유집중에 대한 고려가 어떻게 이루어져야 하는지에 관한 기본 방향을 제시한다.

첫째 소유집중 내지 소유지배구조의 변화에 대한 고려는 원칙적으로 일반집중의 강화와 관련된 경우로 한정될 필요가 있을 것이다. 즉 특정 기업집단 규모의 확대로 이어지지 않는 소유지배 구조의 변화는 더 이상 경제력집중의 관점에서 주의를 촉구하는 요인으로 볼 것은 아니다. 독점규제법은 기업집단의 범위를 동일인의 지배권이 미치는 계열회사로 정하고 있으며, 이러한 확정 방식은 기본적으로 동일인을 중심으로 한 지배구조에 기초하고 있다.³⁷⁾ 따라서 기업집단의 범위를 확정하기 위해서 동일인에 의한 지배권 작동 방식과 범위 그리고 이를 뒷받침하는 소유지배구조의 파악이 기술적으로 요구되지만,³⁸⁾ 이러한 요구는 일반집중적 관점에서 유효한 것이고, 이를 넘어서까지 확장되는 것으로 보기는 어렵다. 그렇지만 일반집중의 상황, 즉 대기업집단이 국민경제에서 차지하는 비중에 대한 분석 이후에도 그 폐해를 구체화할 필요가 있을 때, 소유지배구조 등이 고려될 여지는 있을 것이다. 특히 일반집중의 규제범위나 수단을 정하는 정책 결정 과정에서는 일반집중의 폐해의 유형이나 정도가 구체적으로 제시될 필요가 있으며, 이때 소유집중이나 소유지배구조에 대한 분석이 구체적인 이해에 도움이 될 수 있다.

둘째 비합리적인 자원 배분이나 경영상의 비효율성과 같은 일반집중의 폐해가 총수에게 기업집단 전체의 지배권이 귀속되고 있는 상황에서 더욱 심화될 수 있다고 본다면, 이를 시정하기 위해 총수의 절대적 지배권 행사를 합리적으로 통제하거나

34) 2024년 총수 있는 대기업집단에서 전체 지분에서 계열회사 간 출자 비중은 54.9%에 이르는 것으로 조사되었다. 공정거래위원회, 2024년 공시대상기업집단 주식소유현황 분석·공개, 2024. 9. 2.

35) 공시제도의 의의를 시장에 의한 자율적 개선의 압력으로 설명하고 있는 것으로, 김경연, “공정거래법상 공시제도가 기업지배구조에 미치는 영향”, 연세 글로벌 비즈니스 법학연구 제3권 제2호, 2011, 67-71면 참조.

36) 특히 지주회사의 행위제한 제도의 의의에 관하여, 홍명수, 「경제법론IV」, 경인문화사, 2018, 339-343면 참조.

37) 독점규제법 제2조 제11호 및 동법시행령 제4조에 의하면, 기업집단은 동일인이 사실상 사업내용을 지배하는 회사의 집단을 의미한다.

38) 동일인을 중심으로 하는 지배관계의 흐름을 실질적으로 파악하여 기업집단의 범위를 정하는 것에 관하여, 신현윤·홍명수·강상엽, 「대기업집단 규제론」, 법문사, 2021, 80-88면 참조.

권한을 분산시키는 시도를 어떻게 평가할 수 있는지의 문제도 검토될 필요가 있다. 이러한 시도는 1990년대 후반부터 구체화 되었으며, 지배구조개선이라는 정책적 목표의 설정 하에 법제도 개선으로 이어졌다. 특히 1997년 외환위기는 기업경영의 효율성을 제고하면서 동시에 투명성을 확보하려는 일련의 시도가 상법 개정으로 구체화되는 출발점이 되었다. 1999년 개정에서 사외이사 제도와 사외이사가 참여하는 감사위원회 제도가 도입되었으며, 2001년 개정에서 업무집행상황 보고를 받을 권한을 포함한 이사회 권한 강화가 이루어졌다(상법 393조). 2009년 개정에서 사외이사, 상근감사, 감사위원회 선임 등에 관하여 규정하게 되었고(상법 382조, 415조의2), 2011년 개정에서 업무집행기능과 감독기능 분리의 함의를 갖는 집행임원 제도(상법 408조의2)와 내부통제제도로써 일정한 상장회사에 대하여 의무적으로 준법통제기준을 마련하고 준법지원인을 두어야 하는 규정이 도입되었다(상법 542조의13). 또한 1998년 이후 소수주주의 이익 보호를 목적으로 하지만 간접적으로 지배구조 개선에 영향을 미치는 제도로써, 집중투표제, 서면투표제, 전자투표제 등과 소수주주권의 행사로서 임시총회 소집청구권, 주주 제안권, 대표소송 제기권, 회계장부 열람권, 이사해임청구권 등이(상법 382조의2, 368조의3, 368조의4, 366조, 363조의3, 403조, 466조, 385조) 도입되었다.³⁹⁾ 이상의 제도는 소유지배구조 자체의 변경을 가하지는 않지만, 그 폐해를 개선하기 위한 일련의 시도로서 경제력집중의 관점에서 긍정적인 평가가 가능하며, 특히 총수에게 집중된 지배권의 실질적 완화를 목적으로 하는 것이기 때문에 소유집중과 관련해서도 일정한 의미를 갖게 될 것이다. 그러나 일반집중과 소유집중을 유기적으로 결합하고 있는 경제적 실체로서 재벌의 고유한 문제에 대한 이해도 여전히 필요하다. 무엇보다 재벌의 지배구조 문제는 개별기업 지배구조(corporate governance)와 기업집단 지배구조(group governance)의 이중적인 성격을 갖고 있으며, 어느 한 차원에서의 지배구조 개선만으로는 문제 해결에 한계가 있을 수밖에 없다. 즉 재벌의 지배구조 문제는 개별 기업 지배구조와 기업 집단 지배구조의 문제가 결합된 것으로서, 특히 개별 기업 차원에서 지배구조의 개선만으로 기업집단 지배구조의 근본적 변화를 기대하기 어렵다는 점을 염두에 둘 필요가 있다.⁴⁰⁾ 이러한 점에서 상법을 중심으로 전개되어 온 기업지배구조 개선은 경제력집중의 관점에서 긍정적으로 평가할 수 있지만, 일반집중 내지 그 폐해를 심화시키는 요인으로 작용할 수 있는 소유집중의 문제를 해소하는 데 한계가 있음을 부인하기는 어려울 것이다.

셋째 재벌에 의한 경제력집중이 일반집중, 소유집중 등 다양한 측면에서 파악할 수 있는 집중 양상이 종합되는 특징을 보여주고 있다는 점에서, 일반집중에 초점을 맞춘 규제가 역으로 현재의 소유집중 또는 소유지배구조에 영향을 미칠 수 있다는 점도 고려되어야 한다. 물론 소유지배구조의 변화를 직접적인 목적으로 하는 규제 도입을 수용할 수 없다 하더라도, 일반집중에 초점을 맞춘 규제는 기업집단의 범위를 제한할 것이고, 결과적으로 소유지배구조에도 일정한 영향을 미칠 수 있음을 부인하기는 어렵다. 이러한 점에서 일반집중적 규제체계를 운영함에 있어서 소유집중 또는 소유지배구조의 변화에 대해 지속적으로 주의를 기울일 필요는 있으며, 이는

39) 송중준, “회사법상 기업지배구조법제의 동향과 평가, 그리고 새로운 제언”, 상사판례연구 제24권 제1호, 2011, 9-12면 참조.

40) 이와 관련하여 독일 콘체른법에서 회사 간 지배에 초점을 맞추어 모회사와 자회사 간의 관계를 규율하는 것을 참고할 수 있을 것이다. Volker Emmerich, Jerich Sonnenschein & Mathias Habersack, *Konzernrecht*, C.H.Beck, 2001, SS. 279-282 참조.

규제의 실효성 확보를 위해서도 요구되는 것이라 할 수 있다. 이와 같은 종합적인 관점을 유지할 경우, 개별 기업집단이 가지고 있는 위험의 정도나 양상의 차이가 구체적으로 인식될 수 있으며, 각 기업집단의 유형에 따른 차별화된 접근이 가능해지고, 따라서 실효성 있는 정책이 제시될 수 있다. 예를 들어 기업집단의 동일인이 개인 또는 법인으로서 존재하는지, 기업집단의 지배구조가 지주회사 또는 순환출자 체제에 기초하는지 등에 따른 차별화된 정책이 도출될 수 있을 것이다.

마지막으로 다양한 요소들의 고려와 차별화된 정책을 제시하기 위해서는, 이를 적절하게 수행할 전제로서 일반 원칙의 정립이 필요할 수 있으며, 소유지배구조에 대한 이해는 이러한 원칙의 정립과도 관련될 수 있다. 이러한 원칙의 정립이 용이한 것은 아니지만, 특히 일반집중적 규제에 기초하고 있는 현행 경제력집중 규제체제에서 적절한 규제 수준에 관하여 적어도 이론적인 차원에서의 기준 제시는 가능하다. 기업집단 내지 기업집단을 지배하는 자를 합리적인 경제주체로 가정할 경우, 다른 경제적 선택과 마찬가지로 기업집단의 형성과 유지는 부담하게 되는 비용과 얻게 되는 이익의 형량을 통해 결정할 것이다. 문제는 기업집단의 형성·유지에 관련된 비용 측면에서 개별 기업집단이 고려하는 비용과 여기에 사회가 부담하게 되는 비용을⁴¹⁾ 더한 총비용과의 차이가 존재하며, 효율적인 경제주체를 가정하더라도 기업집단은 자신이 부담하는 비용만을 고려하여 이익과 형량을 통해 적정한 기업집단의 규모를 정할 것이고, 이는 총비용에 기초하여 파악할 수 있는 사회적으로 적정한 기업집단의 규모 수준을 벗어날 수 있다는 것이다. 이러한 이해는 경제력집중 규제가 적정 수준의 기업집단 규모로 유인하기 위한 방향이나 수준으로 작동할 필요가 있음을 시사한다. 즉 기업집단에 대한 규제가 기업집단의 규모에 관한 개별 기업집단 차원에서의 비용을 사회적 비용을 포함한 총비용에 일치시키는 방향으로 작용할 경우, 이러한 규제는 기업집단의 규모를 사회적으로 바람직한 수준으로 유인할 수 있을 것이다.⁴²⁾ 그리고 이때 개별 기업집단이 집단 유지 및 확대와 관련하여 부담하는 비용을 정확히 파악하기 위한 기초로서도 소유지배구조에 대한 이해가 구체적인 의미를 갖게 될 것이다.

2. 사후적 규제에서 소유집중의 고려

주지하다시피 독점규제법상 경제력집중 규제는 동법 제6장에 근거하여 사후적 규제 형식으로도 이루어지고 있다. 즉 행위에 대한 사후적 평가를 통해 위법성을 확인하고, 일정한 제재를 부과하는 규제 방식도 경제력집중 규제에 활용되고 있으며, 동법 제45조 제1항 제9호에 의한 부당지원행위, 제47조에 의한 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 행위(사익편취행위) 그리고 대법원 판결에 의해 인정된 제45조 제1항

41) 사회적 비용의 예로 전술한 경제력집중의 폐해를 들 수 있다. 또한 재벌의 존재가 다수의 시장이 축소되고, 파편화되는 결과를 낳고 있다는 지적도 사회적 비용의 예로서 이해할 수 있을 것이다. 이러한 지적으로, 신광식, “재벌의 사익편취는 어떻게 막을 것인가?-토론문”, 국가미래연구원·경제개혁연구소·경제개혁연대, 재벌의 사익편취는 어떻게 막을 것인가, 2015, 65-66면 참조.

42) 외부효과를 내부화하는 관점에서 이러한 문제 해결을 시사하고 있는 것으로, Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics*, Berkeley Law Books, 2016, pp. 172-174 참조.

제3호에 근거한 계열사를 위한 차별 행위⁴³⁾ 등이 이에 해당한다.

이상의 행위에서 경제력집중은 행위의 위법성을 평가하는 기준이 되고 있으므로, 앞에서 살펴본 경제력집중의 한 유형으로서 소유집중의 문제도 중요한 쟁점의 하나가 될 수밖에 없을 것이다. 특히 최근 대법원은 사익편취 행위의 부당성 판단과 관련하여 여기에서 부당성은 “변칙적인 부의 이전 등을 통하여 대기업집단의 특수관계인을 중심으로 경제력집중이 유지·심화될 우려가 있는지에 따라서 판단하여야 한다”고⁴⁴⁾ 판시하였는데, 동 판결은 부당성 판단기준으로서 경제력집중의 우려를 변칙적인 부의 이전과 관련시킴으로써 경제력집중이 소유집중의 맥락에서 이해될 여지를 제공하고 있다.

물론 사후적 규제에서 부당성 판단기준으로 경제력집중을 문제 삼더라도, 독점규제법의 사고 틀 안에서 경제력집중의 문제를 다루는 한 경제력집중의 한 유형인 소유집중에 대한 이해 자체가 달라진다고 볼 것은 아니다. 그렇지만 논의구조에 있어서 사전적 또는 사후적 규제와 같은 주목할 만한 차이가 존재하며, 이러한 차이가 부당성 판단기준으로 원용되는 경제력집중 그리고 그 한 유형인 소유집중의 이해에 구체적으로 어떠한 영향을 미칠지는 살펴보아야 할 문제이다. 일반적으로 법공동체 질서에 반하는 행위에 대하여 사전적 또는 사후적 방식 중 어느 것으로 대응할지는 입법정책의 문제로 볼 수 있고, 이를 구분하는 데 있어서 정책 목표의 실현 가능성, 동원되는 수단에 따른 비용 등이 종합적으로 고려될 것이다. 그리고 이때 고려되어야 하는 비용과 관련하여 행정비용과 사법비용의 차이는 유력한 의미가 있다. 정책 목표를 실현하기 위한 규제 기준을 명확하게 설정하는 과정⁴⁵⁾ 그리고 마련된 기준을 구체적으로 적용하는 과정에서 비용이 발생할 것이며, 이러한 비용(행정비용)이 규제 대상이 되는 행위인지를 최종적으로는 사법부에서 실질적으로 판단할 때 발생하는 비용(사법비용)보다 적을 경우에는 사전적 규제가 더 실효성 있는 규제가 될 것이다.⁴⁶⁾ 이러한 관점은 부당지원행위나 사익편취행위가 사후적 규제로서 다루어지게 된 것에 대한 이해를 제공한다. 부당한 지원이나 사익편취에 관련된 행위는 매우 다양함으로 이를 일률적으로 금지하는 방식은 타당성을 기하기 어렵고, 또한 부당한 행위를 사전에 준별할 수 있는 명확하고 구체적인 세부 기준을 제시하는 것도 용이하지 않기 때문에, 사후적으로 부당성에 관한 실질적 판단을 통하여 규제하는 것이 적절한 접근 방식일 수 있을 것이다.

이와 같은 사전적 규제와 사후적 규제의 차이와 의의에 비추어, 경제력집중의 한 유형으로서 소유집중을 고려하는 방식도 달라질 수 있다. 앞에서 살펴본 것처럼, 소유집중이 현재에도 유효한 개념인지에 의문이 따르며, 구체적인 정책 목표로서 기능하기 위해 필수적으로 요구되는 바람직한 소유지배 모델을 설정하는 것도 여의치 않은 상황에서, 사전적 규제의 목표 또는 이를 구체화한 기준으로서 소유집중을 수용하는 것은 어려울 것이다. 나아가 출자 규제와 같은 일반집중에 초점을 맞춘 규제가 동일인을 중심으로 한 소유지배 구조에 간접적으로 일정한 영향을 미칠 수 있다 하더라도, 이를 직접적인 목표로 설정하고 구체적인 기준을 제시하는 것은 적절하지

43) 대법원 2004. 12. 9. 선고 2002두12076 판결.

44) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두63993 판결.

45) 이를 위해 필요한 정보를 수집하고 공론화를 거치는 과정을 포함한다.

46) Robert Cooter & Thomas Ulen, *supra* note 42), pp. 235-236 참조.

않다. 그러나 사후적 규제에서 경제력집중을 고려할 때는, 이러한 고려가 경제력집중의 우려를 낳는지에 근거한 부당성 판단에서 실질적으로 이루어질 필요가 있고, 실질적 판단 과정에서 소유집중 내지 소유지배 구조의 문제도 폭넓게 다루어질 수는 있을 것이다. 이와 관련하여 전술한 대법원 판결이 사익편취 행위에 대한 부당성 판단이 요구된다는 점을 전제하면서, 판단 기준으로서 경제력집중의 유지·심화의 우려를 들고 이에 관한 예로서 변칙적인 부의 승계를 언급하였다는 점은 주목할 만하다. 소유집중이 경제력집중의 맥락에서 고유한 의의를 갖기는 어렵지만, 일반집중의 부정적 측면을 심화시킬 수 있으며, 일반집중의 상태를 지속시키거나 확대하려는 징표로서 그리고 특히 부의 승계 등에 따른 지배권의 가족 내 이전 방식은 일반집중을 영속화하려는 시도로서 파악될 수 있을 것이다. 이러한 맥락에서 사후적 규제로서 경제력집중의 우려에 따른 부당성 판단이 이루어질 때, 소유집중에 대한 고려는 가능하며, 이러한 태도가 사전적 규제에서 소유집중을 의미 있는 정책 목표나 규제 과정에서의 지표로 활용될 수 없다는 사고와 충돌하는 것으로 볼 것은 아니다.

IV. 결론

소유집중은 경제력집중의 한 유형으로 인식되고 있으며, 이에 따라서 독점규제법상 경제력집중 억제에 위한 규제의 대상이 되는 것으로 이해되고 있다. 그러나 현재의 시점에서 Berle & Means로부터 연원하는 소유집중이 그 자체로 부정적인 판단의 대상이 될 수 있는지는 의문이며, 소유와 경영의 분리라는 사고에 기초할 때도 소유집중이 유효한 개념인지에 의문이 따른다. 무엇보다 소유집중의 완화 내지 해소를 정책적으로 추진하기 위한 전제로서 바람직한 소유지배 모델을 상정하기 어렵다는 점을 염두에 두어야 한다.

그렇지만 경제력집중의 유형으로서 소유집중의 고유한 의의를 찾기 어렵다 하더라도, 현재 총수가 있는 대기업집단의 보편적인 소유지배 구조가 일반집중에 따른 우려를 심화시킬 수 있다는 점에 대해서는 주의할 필요가 있다. 즉 소유집중을 정책 목표로 삼거나, 정책 실현을 위해 소유집중에 관련된 정책 지표를 개발하는 것에는 신중을 요하지만, 소유지배구조가 주로 일반집중의 관점에서 파악되는 경제력집중의 우려를 심화시킬 수 있는 요인이 될 수 있다는 점이 간과되어서는 안되며, 또한 일반집중에 관한 규제가 소유지배 구조에 미칠 수 있는 영향에 대해서도 관심을 기울일 필요가 있을 것이다.

한편 독점규제법 제6장에 근거하여 이루어지고 있는 경제력집중 억제를 목적으로 사후적 규제와 관련하여 소유집중이 갖는 의의에 대해서도 살펴볼 필요가 있다. 경제력집중의 한 유형으로서 소유집중의 의의가 사후적 규제에서 달라진다고 볼 것은 아니다. 그러나 일률적이고 명확한 규제 기준을 설정하여 규제를 수행하는 사전규제와 달리, 사후적 규제에서는 문제가 되는 행위에 대한 부당성 판단이 실질적으로 이루어질 필요가 있고, 이러한 요소는 소유집중 문제에 대한 양자 간에 접근 방식상 차이를 낳을 수 있다. 즉 부당지원 행위나 사익편취 행위의 부당성 판단기준으로 원용되는 경제력집중 역시 주로 일반집중의 차원에서 구성되는 것이지만, 사후적 규제에서 요구되는 부당성 판단에서 소유지배 구조와 관련된 일정한 행위가 일반집중의

우려를 심화시키거나 지속시키려는 것으로 평가될 경우, 이에 대한 고려는 사전적 규제에서보다 적극적으로 이루어질 수 있을 것이다.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 공정거래위원회, 2024년 공시대상기업집단 주식소유현황 분석·공개, 2024. 9. 2.
_____, 「공정거래위원회 30년사: 시장경제 창달의 발자취」, 2011
- 권오승·홍명수, 「경제법」, 법문사, 2024
- 김경연, “공정거래법상 공시제도가 기업지배구조에 미치는 영향”, 연세 글로벌 비즈니스 법학연구 제3권 제2호, 2011
- 김선구·류근관·빈기범·이상승, 「출자총액제한제도의 바람직한 개선방안」, 서울대학교 경제연구소 기업경쟁력연구센터, 2003
- 송중준, “회사법상 기업지배구조법제의 동향과 평가, 그리고 새로운 제언”, 상사판례연구 제24권 제1호, 2011
- 신광식, “재벌의 사익편취는 어떻게 막을 것인가?-토론문”, 국가미래연구원·경제개혁연구소·경제개혁연대, 재벌의 사익편취는 어떻게 막을 것인가, 2015
- 신현윤·허난설현, 「경제법」, 법문사, 2024
- 신현윤·홍명수·강상엽, 「대기업집단 규제론」, 법문사, 2021
- 이규억·이재형, 「기업집단과 경제력집중」, 한국개발연구원, 1990
- 이황, “공정거래법상 경제력집중 억제시책과 일반집중의 문제”, 법학연구 제31권 제1호, 2021
- 홍명수, “대규모기업집단 규제에 대한 평가 및 정책방향의 평가”, 경제법연구 제5권 제1호, 2006
- _____, “일본의 일반집중 규제와 시사점”, 경쟁법연구 제14권, 2006.
- _____, 「경제법론IV」, 경인문화사, 2018
- _____, 「재벌의 경제력집중 규제」, 경인문화사, 2006, 118-140면 참조.
- 홍현표, “한국재벌의 소유집중 - 그 원인과 결과 -”, 경제학연구 제41집 제1호, 1993
- 황인학, 「경제력집중 한국적 인식의 문제점」, 한국경제연구원, 1997
- Bell, D., 기우식 역, 「이데올로기의 종언」, 삼성문화재단, 1971

<해외문헌>

- 後藤 晃·鈴村興太郎 編, 「日本の競争政策」, 東京大學出版會, 1999
- 根岸 哲·舟田正之, 「獨占禁止法概論」, 有斐閣, 2006
- 金井貴嗣·川濱 昇·泉水文雄, 「獨占禁止法」, 弘文堂, 2010
- Berle, A. A. & Means, G. C., *The Modern Corporation and Private Property*, Harcourt, Brace & World, INC., 1968
- Burnham, J., *The Managerial Revolution: What is Happening in the World*, John Day Co., 1941
- Clark, R. C., *Corporate Law*, Little, Brown & Company, 1986
- Cooter, R. & Ulen, T., *Law and Economics*, Berkeley Law Books, 2016
- Emmerich, V., Jerich Sonnenschein & Mathias Habersack, *Konzernrecht*,

- C.H.Beck, 2001
- Gotthold, J., *Macht und Wettbewerb in der Wirtschaft*, Kiepenheuer & Witsch, 1975
- James, H., *Family Capitalism: Wendels, Haniels, Falcks, and the Continental European Model*, Harvard Univ. Press, 2006
- Morck, R. K., Strangeland, D. A. & Yeung, B., *Inherited Wealth, Corporate Control and Economic Growth: The Canadian Disease?*, Working Paper 6814, National Bureau of Economic Research, Inc., 1998
- Pitelis, C. N. & Sugden, R., "The separation of ownership and control in the theory of the firm: A reappraisal, *International Journal of Industrial Organization*", *International Journal of Industrial Organization Volume 4, Issue 1*, 1986
- Roe, M., *Strong Managers Weak Owners*, Princeton Univ. Press, 1994

[Abstract]

A Study on the Ownership Concentration, A Type Economic Concentration

Myungsu Hong*

Ownership concentration is recognized as a form of economic concentration and is therefore understood to be subject to regulation under Monopoly Regulation & Fair Trade Act(hereafter MRFTA) to restrain economic concentration. However, at this point, it is questionable whether ownership concentration can be subject to negative judgment per se, and it is also questionable whether ownership concentration is a valid concept based on the idea of separation of ownership and management. Moreover, it is difficult to imagine a desirable ownership and management model as a prerequisite for policy to reduce or eliminate ownership concentration. However, even if we deny the inherent significance of ownership concentration as a type of economic concentration, it is worth noting that the prevalence of owner-managed conglomerates may exacerbate concerns about aggregate concentration. While we should remain skeptical of making ownership concentration as a policy objective or developing policy indicators related to ownership concentration for policy implementation, it should not be overlooked that ownership structure can exacerbate concerns about economic concentration, which is often viewed through the lens of aggregate concentration, and attention should also be paid to the impact that regulation of aggregate concentration may have on ownership structure. It is also worth considering the implications of ownership concentration in relation to ex post regulation aimed at restraining economic concentrations under Chapter 6 of MRFTA. Although the significance of ownership concentration does not change in ex post regulation, unlike ex ante regulation, which is based on setting uniform and clear regulatory standards, ex post regulation requires a substantive determination of the unfairness of the behavior in question, which may result in a different approach to the ownership concentration issue. While concentration of economic power, which is often used as the basis for determining the illegality of unfair support or misappropriation of private profit, is primarily framed in terms of aggregate concentration, it may be actively considered in the illegality determination when certain conduct related to ownership structure can be assessed as exacerbating or perpetuating aggregate concentration concerns.

* Professor, College of Law, Myongji University

Key Words: Economic Concentration, Aggregate Concentration, Ownership Concentration, Ownership Governance Structure, Ex Post Regulations

계쟁물 승계인과 기관력의 주관적 범위*

석 현 수**

논문요지

변론종결 후에 당사자로부터 계쟁물을 승계한 제3자가 기관력을 받는 민사소송법 제218조 제1항의 변론종결 후의 승계인(이하 ‘제218조 승계인’이라고 한다)에 해당하는지 여부에 관하여, 판례는 ‘소송물이 채권적 청구권인 경우에는 제218조 승계인에 해당하지 않지만 소송물이 물권적 청구권인 경우에는 제218조 승계인에 해당한다’는 입장을 취하면서도, 유독 패소한 원고로부터 계쟁물이 승계된 경우에는 ‘소송물이 물권적 청구권이라도 제218조 승계인에 해당하지 않는다’는 입장을 취한다.

위와 같은 판례가 타당한지 여부를 검토하고, 계쟁물 승계인에 대한 기관력의 확장에 관하여 이론적 일관성을 유지하는 동시에 구체적 사안에서 바람직한 결과를 도출할 수 있는 기준을 모색하는 것이 본 논문의 목적이다.

기관력을 받는 계쟁물 승계인의 범위는 소송물이론에 따라 결정된다고 보는 것이 일반적이다. 하지만 위 승계인의 범위를 결정하는 기준은 소송물이론이 아니라 집행 절차에서의 효율성이어야 한다. 그리고 이러한 효율성 측면에서 볼 때, 계쟁물이 원고와 피고 중 누구로부터 승계되었는지, 그리고 원고와 피고 중 누가 승소하였는지와 상관없이, 기관력의 주관적 범위는 청구가 물권적인 경우에는 승계인에게 미치고, 청구가 채권적인 경우에는 승계인에게 미치지 않는다고 보는 것이 타당하다고 생각한다.

판례와 같이 패소한 원고로부터 계쟁물이 승계된 경우에는 승계인에게 기관력이 미치지 않는다는 확실적인 결론을 내리는 것에 비하여, 위와 같은 경우에도 청구가 물권적이면 기관력이 승계인에게 미친다고 보는 것은 판례의 논리적 일관성을 유지할 뿐만 아니라 구체적인 사실관계를 반영하여 각 사실관계에 적합한 결과를 도출할 수 있는 장점이 있다.

검색용 주제어: 계쟁물의 승계, 기관력의 주관적 범위, 기관력의 작용, 변론종결 후의 승계인, 소송물

· 논문제출: 2025. 01. 03. · 심사개시: 2025. 01. 09. · 게재확정: 2025. 01. 27.

* 이 논문은 2023학년도 건국대학교의 연구년교원 지원에 의하여 연구되었음.

** 건국대학교 법학전문대학원 교수, 변호사.

I. 서론

판결이 형식적으로 확정되면 일정한 범위 내에서 기판력이 발생한다. 본안판결의 경우(이하에서 ‘판결’은 본안판결을 의미한다) 원칙적으로, 기판력의 시적 범위(표준시)는 사실심 변론종결 시이고,¹⁾ 객관적 범위는 판결주문에서 판단된 소송물의 존부이다²⁾(이행소송의 소송물은 구소송물이론에 의하면 실체법상의 청구권이고 신소송물이론에 의하면 청구취지에 표현된 급여를 구할 수 있는 법적 지위이다.³⁾ 판례는 기본적으로 구소송물이론을 취하고 있고, 필자도 법원의 과중한 재판 업무를 고려할 때, 구소송물이론이 타당하다고 생각한다⁴⁾).

기판력의 주관적 범위는 기본적으로 당사자이지만, 변론종결 후의 승계인, 청구 목적물의 소지인에게도 확장된다(민사소송법 제218조 제1항).⁵⁾

예를 들어, 甲이 乙을 상대로 소유권에 기하여 X 물건의 인도를 청구하는 소(이하 ‘A소’라고 한다)를 제기하여 제1심에서 청구기각 판결이 선고된 후 항소가 제기되지 않아 위 판결이 확정된 경우(이하 ‘<물권적 청구 기각 사례>’라고 한다), 위 판결의 기판력의 객관적 범위는 ‘甲의 乙에 대한 소유권에 기한 X 물건의 인도청구권의 부존재’에 미치고, 표준시는 제1심의 변론종결 시이며, 주관적 범위는 甲과 乙에게 미친다.

판례는 변론종결 후의 계쟁물 승계인이 기판력을 받는 민사소송법 제218조 제1항의 변론종결 후의 승계인(이하 ‘제218조 승계인’이라고 한다)에 해당하는지 여부에 관하여, 소송물이 채권적 청구권인 경우에는 제218조 승계인에 해당하지 않지만 소송물이 물권적 청구권인 경우에는 제218조 승계인에 해당한다는 입장을 취하면서도, 유독 패소한 원고로부터 계쟁물이 승계된 경우에는 소송물이 물권적 청구권이라도 제218조 승계인에 해당하지 않는다는 입장을 취한다.

판례의 입장을 따르면, <물권적 청구 기각 사례>의 제1심 변론종결 후에 丙이 乙로부터 X 물건을 인도받았다면 丙은 제218조 승계인에 해당하여 A소 판결의 기판력을 받지만, 丁이 甲으로부터 X 물건의 소유권을 취득하여도 丁은 제218조 승계인에 해당하지 않아 A소 판결의 기판력을 받지 않는다.

한편, <물권적 청구 기각 사례>의 A소가 소유권에 기하여 X 물건의 인도를 청구하는 소가 아니라 매매계약에 기하여 X 물건의 인도를 청구하는 소인 경우⁶⁾(이하 ‘<채권적 청구 기각 사례>’라고 한다), 판례는 제1심 변론종결 후에 乙로부터 X 물건을 인도받은 丙과 甲으로부터 X 물건의 소유권을 취득한 丁 모두 제218조 승계인에 해당하지 않아 A소 판결의 기판력을 받지 않는다고 본다.

1) 예외적으로 무변론판결의 경우에는 선고 시, 화해권고결정의 경우는 확정 시가 표준시이다(대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다2558 판결).

2) 예외적으로 판결이유에서의 상계를 주장한 청구가 성립되는지 여부에 대한 판단에도 상계하자고 대항한 액수에 한하여 기판력이 미친다(민사소송법 제216조 제2항).

3) 김홍엽, 「민사소송법 제12판」, 박영사, 2024년, 332면.

4) 김홍엽, 위의 책, 328면은 법원의 재판 인력, 재판 건수, 재판 기간 등의 재판 여건을 고려하면 신소송물이론을 도입하는 것은 현실적으로 한계가 있다고 한다. 구소송물이론의 타당성에 관한 상세한 논의는 본 논문의 주제에서 벗어나는 것이므로 생략하고자 한다.

5) 또한 다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람에 대한 확정판결의 기판력은 그 다른 사람에 대하여도 미친다(민사소송법 제218조 제3항).

6) 나머지 사실관계는 <물권적 청구 기각 사례>와 동일하다.

본 논문에서는 위와 같은 판례가 타당한지 여부를 검토하고, 계쟁물 승계인에 대한 기판력의 확장에 관하여 이론적 일관성을 유지하는 동시에 구체적 사안에서 바람직한 결과를 도출할 수 있는 기준을 모색하고자 한다.

결론부터 말하자면, 기판력은 원고와 피고 중 누가 승소하였고 계쟁물이 누구로부터 승계되었는지와 상관없이, 청구가 채권적인 경우에는 계쟁물 승계인에게 미치지 않지만, 청구가 물권적인 경우에는 계쟁물 승계인에게 미친다고 보는 것이 타당하다고 생각한다.

II. 전소의 기판력이 후소에 작용하기 위한 요건

‘전소(확정판결)의 기판력이 후소에 작용한다’는 말은 ‘전소의 기판력이 후소 법원으로 하여금 전소에서 확정된 법률관계에 반하는 판단을 할 수 없도록 구속한다’는 의미이다. 전소의 기판력은 전소에서 확정된 법률관계가 후소에서 다시 문제된 경우에만 후소에 작용한다(전소에서 확정된 법률관계가 후소에서 문제되지 않는다면, 후소에서 위 법률관계에 대한 판단을 할 필요가 없으므로 후소 법원으로 하여금 위 법률관계에 반하는 판단을 할 수 없도록 구속할 이유가 없다).

여기서 ‘전소에서 확정된 법률관계’(이를 ‘전소의 기판력 있는 판단’이라고도 한다)가 무엇인지는 기판력의 객관적 범위와 시적 범위에 의해 결정된다.

<물권적 청구 기각 사례>에서 A소에서 확정된 법률관계는 ‘A소 표준시(제1심 변론종결 시) 당시 甲의 乙에 대한 소유권에 기한 X 물건의 인도청구권이 존재하지 않는다’는 것인데, 이 중 ‘A소 표준시 당시’ 부분은 기판력의 시적 범위에 해당하고, ‘甲의 乙에 대한 소유권에 기한 X 물건의 인도청구권이 존재하지 않는다’ 부분은 기판력의 객관적 범위에 해당한다.

전소에서 확정된 법률관계가 후소에서 문제되는 경우를 유형별로 정리한 것이 동일관계,⁷⁾ 선결관계,⁸⁾ 모순관계⁹⁾이다(이러한 세 가지 유형을 ‘기판력이 작용하기 위한 전소와 후소의 관계’,¹⁰⁾ ‘기판력이 작용하는 경우’,¹¹⁾ ‘기판력의 작용(장)면’,¹²⁾ ‘기판력의 작용범위’¹³⁾라고 부른다). 단, 전소에서 확정된 법률관계가 후소에서 문제되는 경우 중에는 위 세 가지 유형에 포함되지 않는 것도 있고,¹⁴⁾ 위 세 가지 유형에 포함

7) 전소와 후소의 소송물이 동일한 경우이다.

8) 전소의 기판력 있는 법률관계가 후소의 선결적 법률관계가 되는 경우이다.

9) 후소 소송물이 전소의 기판력 있는 법률관계와 정면으로 모순되는 반대관계에 있는 경우이다. 유병현, “기판력의 객관적 범위와 모순된 반대관계”, 「민사소송」, 제10권 제1호(2006년), 114면에서는 ‘모순된 반대관계’라는 표현을 사용한다.

10) 김상수, “기판력의 작용”, 「고시연구」, 제30권 제12호(2003년), 107면.

11) 김홍엽, 위의 책, 848면; 양병희, “기판력의 주관적 범위에 관한 소고”, 「일감법학」, 제1권(1996년), 99면; 한충수, “소송물의 실질적 동일성과 기판력의 작용이론 - 판례분석과 이론을 중심으로-”, 「법학논총」, 제25집 제2호(2008년), 6면.

12) 이시윤, 「신민사소송법 제17판」, 박영사, 2024년, 658면; 국순옥, “기판력의 본질과 작용”, 「민사법연구」, 제11집 제1호(2003년), 20면.

13) 강현중, 「신민사소송법 강의」, 박영사, 2015년, 468면.

14) 동일관계, 선결관계, 모순관계만으로는 기판력이 작용하는 모든 경우를 포섭하지 못 한다. 기판력의 객관적 범위는 이유에서 판단된 상계의 자동채권의 존부에도 미치기 때문이다. 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다30966 판결은 ‘상계항변이 받아들여진 전소가 확정되었으면

되더라도 후소에서 전소 표준시 후의 새로운 사유가 주장된 경우에는 전소에서 확정된 법률관계가 후소에서 문제되지 않을 수도 있다. 예를 들어, <물권적 청구 기각 사례>에서 甲이 乙을 상대로 A소와 동일한 청구를 하는 후소를 제기하면서 ‘자신이 전소 표준시 이후에 X 물건의 소유권을 취득했다’라고 주장하는 경우, A소와 후소 사이에는 동일관계가 성립하지만 ‘A소 표준시 당시 甲에게 乙에 대한 소유권에 기한 X 물건의 인도청구권이 없었다’는 법률관계는 후소에서 문제되지 않는다(이하 다른 언급이 없는 한 전소 표준시 이후의 새로운 사유에 대한 주장은 없는 것을 전제로 한다).

전소의 확정된 법률관계가 후소에서 문제 되기 위해서는 당연히 후소가 존재해야 한다. 따라서 후소의 존재는 기판력 작용의 전제가 되는데, 이 점에서 기판력의 범위와 차이가 있다.¹⁵⁾ 후소가 존재하더라도 전소의 확정된 법률관계가 후소에서 문제되지 않는다면 전소의 기판력은 후소에 작용하지 않는다. 전소의 확정된 법률관계가 후소에서 문제 되더라도, 항상 전소의 기판력이 후소에 작용하는 것은 아니다. 전소의 기판력이 후소에 작용하기 위해서는 후소의 당사자가 전소 기판력의 주관적 범위 내에 있어야 하기 때문이다.

이처럼 전소의 기판력이 후소에 작용하기 위해서는 ① 전소에서 확정된 법률관계가 후소에서 다시 문제 되어야 하고, ② 후소의 당사자가 전소 판결의 기판력의 주관적 범위 내에 있어야 한다(이하에서는 위 ①의 요건을 기판력 작용의 ‘법률관계적 요건’이라고 하고, 위 ②의 요건을 기판력 작용의 ‘주관적 요건’이라고 한다).

<물권적 청구 기각 사례>에서 A소에 대한 후소가 제기되지 않는 동안에는 A소의 기판력이 작용할 여지가 없다. 그리고 후소가 제기되었더라도 A소에서 확정된 법률관계가 후소에서 문제되지 않는다면 A소의 기판력은 후소에 작용하지 않는다. 甲이 후소로 乙을 상대로 A소와 동일한 청구를 하는 B소를 제기하였다면, A소에서 확정된 법률관계는 B소에서 문제되고,¹⁶⁾ B소의 당사자인 甲과 乙은 A소 기판력의 주

자동채권의 지급을 구하는 후소는 소의 이익이 없으므로 각하되어야 한다’고 판시하였는데, 이는 전소와 후소의 당사자와 소송물이 동일한 경우, 전소에서 청구인용 판결이 확정되었으면 후소는 권리보호의 이익이 없다는 판례의 입장을 상계의 경우에도 적용한 것으로 보인다. 판례의 태도로 보아 전소에서 상계항변이 배척되었으면 그 자동채권을 소구채권으로 하는 후소에서 청구를 기각할 것으로 보인다(호문혁, 「민사소송법 제14판」, 법문사, 2020년, 746면). 그런데 전소의 자동채권이 후소의 소송물이 되는 경우는 동일관계, 선결관계, 모순관계 중 어느 것에도 해당하지 않는다. 위와 같은 경우까지 포함시키기 위해서는 동일관계의 의미를 ‘소송물의 동일’에서 ‘전소의 기판력 있는 판단(전소 기판력의 객관적 범위에 포함되는 법률관계. 여기에는 전소 자동채권의 존부도 포함된다)이 후소의 소송물(의 존부)에 해당하는 경우’로 확장해야 한다. ‘전소의 기판력 있는 판단이 후소의 소송물에 해당하는 경우’에는 전소와 후소의 소송물이 동일한 경우뿐만 아니라 전소의 자동채권이 후소의 소송물이 되는 경우도 포함되기 때문이다(이상과 같은 본 각주의 내용은 석현수, “소급효가 인정되는 개별 사안에서의 실권효의 적용 여부에 관한 연구”, 「일감법학」, 제45호(2020년), 145면에서 인용한 것이다). 다만 이하에서는 상계의 기판력은 다루어지지 않으므로 동일관계라는 용어를 ‘소송물 동일’의 의미로 사용해도 무방하다.

15) 기판력의 범위는 후소의 영향을 받지 않는다. 기판력의 객관적 범위와 시적 범위는 판결이 확정됨과 동시에 결정되고, 표준시 후에 발생한 사정에 영향을 받지 않는다. 기판력의 주관적 범위는 표준시 후의 사정(표준시 후의 소송물이나 계쟁물의 승계 등)에 영향을 받기는 하지만, 기판력의 주관적 범위에 영향을 미치는 사정에 후소는 포함되지 않는다(이점에 관해서는 뒤에서 더 자세히 살펴본다).

16) A소와 B소 사이에는 동일관계가 성립한다. B소에서 소송물인 ‘甲의 乙에 대한 소유권에 기한 X 물건의 인도청구권의 존부’를 판단하는 기준 시점은 B소의 표준시이지만, A소 표

관적 범위 내에 있으므로, A소의 기판력은 B소에 작용한다.

Ⅲ. 기판력이 미치는 계쟁물 승계인의 범위

1. 학설 및 판례

제218조 승계인에 포함되는 계쟁물 승계인¹⁷⁾의 범위와 관련하여 두 가지 쟁점이 있다. 그 중 하나는 소송물의 법적 성질에 따라 위 범위를 달리 볼 것인지에 대한 것이고(이하 ‘소송물 쟁점’이라고 한다), 다른 하나는 승계인에게 고유한 실체법상의 방어방법이 있는 경우에도 제218조 승계인이라고 볼 것인지에 대한 것이다(이하 ‘고유한 방어방법 쟁점’이라고 한다).¹⁸⁾

먼저 소송물 쟁점에 관하여 보면, 대체로 구소송물이론은 소송물인 청구권이 물권적인 경우에만 계쟁물 승계인이 제218조 승계인이라는 입장(이하 이러한 입장을 제218조 승계인 해당 여부를 판단함에 있어 청구권의 법적 성질을 구분한다는 점에서 ‘구분설’이라고 한다)을 취하는 반면, 신소송물이론은 청구가 물권적인지 채권적인지를 가리지 않고 계쟁물 승계인은 제218조 승계인이라는 입장(이하 ‘비구분설’이라고 한다)을 취한다.¹⁹⁾²⁰⁾

소송물 쟁점에 관한 판례의 입장은 ‘구분설을 따르되²¹⁾ 패소한 원고로부터 계쟁물

준시에 위 인도청구권이 존재하지 않았다면, 그 후 새로운 사유가 발생하지 않는 한, 위 인도청구권은 B소의 표준시에도 존재하지 않기 때문에, ‘A소 표준시 당시 위 인도청구권이 존재하지 않았다’라는 A소에서 확정된 법률관계는 B소에서도 문제된다.

17) 적격승계설은 계쟁물 승계인은 당사자적격을 승계한 자라고 본다(이태영, 「민사소송법 제3판」, 법문사, 2022년, 558면은 적격승계설이 통설이라고 하면서 이에 찬성한다. 박재완, 「민사소송법 강의 제5판」, 박영사, 2024년, 427면은 여기에서의 ‘당사자적격’은 계쟁물에 대하여 동일한 소송이 다시 제기되면 당사자가 될 지위를 의미하는 것으로서 당사자의 자격에서 말하는 당사자적격과 일치하지 않는다고 한다). 반면, 정동윤·유병현·김경욱, 「민사소송법 제10판」, 법문사, 2023년, 851면은 “당사자적격은 특정한 소송물에 관한 소송수행권자의 결정 기준으로서, 소송물과 밀접하게 관련되어 있으므로, 소송물이 다른 경우(소송당사자가 달라지면 소송물이 달라진다고 하는 견해에 의하면 언제나)에 소송당사자의 지위를 승계한 사람을 ‘당사자적격의 승계인’이라고 표현하는 것은 정확하지 않다. 따라서 여기에서 말하는 승계인은 ‘분쟁주체인 지위의 승계인’을 가리킨다고 풀이하여야 할 것이다(분쟁주체지위승계설).”라고 한다.

18) 이무상, “기판력과 집행력의 확장 및 고유의 공격방어방법을 갖는 승계인 - 실질설과 형식설에 대한 비판적 검토를 중심으로 -”, 「법조」, 제61권 제5호(2012년), 58면은 소송물 쟁점을 ‘승계인의 범위’ 또는 ‘승계의 대상’의 문제라고 하고, 고유의 방어방법 쟁점을 ‘기판력이 확장되는 승계인의 법적 지위의 문제’라고 한다.

19) 신소송물 이론을 취하면서도 구분설을 따르는 견해(호문혁, 위의 책, 776면)도 있다.

20) 이태영, 위의 책, 560면에 따르면, <채권적 청구 기각 사례>에서 구소송물이론은 ‘A소의 소송물인 甲의 실체법상의 인도청구권은 乙에 대한 권리일 뿐이고 변론종결 후 乙로부터 계쟁물을 인도받은 승계인에게까지 그 효력이 확장되어 행사될 수 없기 때문에 위 승계인에게 기판력이 미치지 않는다’고 보지만, 신소송물이론은 ‘A소의 소송물은 甲이 乙에 대하여 인도청구를 할 수 있는 법적 지위이고 실체법상의 인도청구권은 소송물을 이유 있게 하는 법적 근거나 공격방어방법에 불과하기 때문에 위 승계인에게도 기판력이 미친다’고 본다.

21) ① 피고로부터 계쟁물이 승계된 경우에 관한 판결

대법원 1991. 1. 15. 선고 90나9964 판결 : 건물명도 소송에서의 소송물인 청구가 물권적 청구 등과 같이 대세적인 효력을 가진 경우에는 그 판결의 기판력이 변론종결 후에 그 재판의 피고로부터 그 건물의 점유를 취득한 자에게도 미치나 그 청구가 대인적인 효력밖에

이 승계된 경우에는 소송물이 물권적 청구권이라도 계쟁물 승계인은 제218조 승계인에 해당하지 않는다²²⁾’는 것이다.²³⁾

다음으로 고유한 방어방법 쟁점에 관하여 보면(고유한 방어방법 쟁점은 피고로부터 계쟁물을 승계한 자를 소송물 쟁점에 대한 검토를 통해 제218조 승계인으로 보는 경우²⁴⁾ 그에게 고유한 방어방법이 있는 경우에도 그를 여전히 제218조 승계인으로 볼 것인지에 관한 문제이다²⁵⁾), 형식설은 고유한 방어방법을 가진 계쟁물 승계인도 제218조 승계인에 포함시키면서 위 계쟁물 승계인은 후소에서 위 방어방법을 표준시 이후의 사유로 주장할 수 있다고 한다.²⁶⁾ 반면 실질설은 위 계쟁물 승계인은 제218조 승계인이 아니라고 한다.

<물권적 청구 기각 사례>의 제1심에서 청구기각 판결이 아니라 청구인용 판결이 선고된 경우²⁷⁾(이하 ‘<물권적 청구 인용 사례>’라고 한다), 丙이 A소 표준시 이후에 X 물건을 乙로부터 선의취득하여 점유한다면, 먼저 소송물 쟁점에서 청구가 물권적 이므로 구분설과 비구분설 중 어느 것을 따르더라도 丙은 제218조 승계인에 해당한다. 그리고 丙의 선의취득은 그의 고유한 방어방법에 해당하므로 고유한 방어방법 쟁점에 대한 검토가 필요하다. 형식설을 따르면 丙은 제218조 승계인에 해당하므로 위 청구인용 판결의 기판력을 받는다. 따라서 甲은 丙에 대한 인도 집행을 위한 승계집행문을 받을 수 있고(민사집행법 제31조 제1항),²⁸⁾ 甲과 丙 사이의 후소에서 丙은 위 판결에서 확정된 법률관계(표준시 당시 甲의 乙에 대한 소유권에 기한 X 물건의 인도청구권이 존재했다)를 다룰 수 없다.²⁹⁾ 반면 실질설을 따르면 고유한 방어방

없는 채권적 청구만에 그친 때에는 위와 같은 점유 승계인에게 기판력이 미치지 않는다.

대법원 1974. 12. 10. 선고 74다1046 판결 : 근저당권설정등기가 당초부터 원인무효임을 이유로 그 말소를 명하는 판결이 확정된 경우, 그 판결의 변론종결 후에 임의경매절차에서 부동산의 소유권을 취득한 자에게 기판력이 미친다.

대법원 1994. 12. 27. 선고 93다34183 판결 : 근저당권설정등기가 서류 위조에 의하여 이루어진 것이어서 무효라는 이유로 그 말소를 구하는 소송에서 원고 패소판결이 확정된 경우, 그 판결의 사실심 변론종결일 후에 위 근저당권의 실행으로 인한 경매절차에서 부동산의 소유권을 취득한 자는 제218조 승계인이다.

② 원고로부터 계쟁물이 승계된 경우에 관한 판결

대법원 1997. 5. 28. 선고 96다41649 판결 : 소송물이 취득시효 완성을 이유로 한 소유권이 전등기청구권으로서 채권적 청구권인 경우, 그 변론종결 후에 원고로부터 소유권이전등기를 경료받은 승계인은 제218조 승계인에 해당하지 않는다.

대법원 2003. 3. 28. 선고 2000다24856 판결 : 소유권이전등기말소 소송의 원고승소 확정판결에 기하여 소유권이전등기가 말소된 후 순차 제3자 명의로 소유권이전등기 및 근저당권 설정등기 등이 마쳐진 경우 현재의 등기명의인 및 근저당권자는 제218조 승계인이다.

22) 패소한 원고로부터 계쟁물이 승계된 경우에 대한 판례의 구체적인 내용은 뒤에서 살펴보고자 한다.

23) 판례가 구소송물이론의 적격승계설에 입각하고 있다는 견해로 김학기, “계쟁물 승계와 기판력의 작용”, 『동북아법연구』, 제10권 제2호(2016년), 504면.

24) 청구가 물권적이어서 구분설이나 비구분설 중 어느 것을 취하여도 제218조 승계인으로 보는 경우, 그리고 청구가 채권적인데 비구분설을 취하여 제218조 승계인으로 보는 경우가 이에 해당한다.

25) 정동윤·유병현·김경욱, 위의 책, 856면.

26) 이태영, 위의 책, 561면; 정동윤·유병현·김경욱, 위의 책, 856면 참조.

27) 나머지 사실관계는 <물권적 청구 기각 사례>와 동일하다.

28) 단, 甲이 승계집행문을 받기 위해서는 丙의 승계가 법원에 명백한 사실이거나, 甲이 증명서로 丙의 승계를 증명해야 한다(민사집행법 제31조 제1항 단서).

29) 정동윤·유병현·김경욱, 위의 책, 857면. 참고로 판례에 의하면 甲이 후소로 丙을 상대로 X 물건의 인도를 청구하는 경우, 후소 법원은 권리보호 이익이 없다는 이유로 소각하 판결을

법을 가진 丙은 제218조 승계인이 아니기 때문에 위 판결의 기판력은 丙에게 미치지 않는다.

<채권적 청구 기각 사례>의 제1심에서 청구기각 판결이 아니라 청구인용 판결이 선고된 경우³⁰⁾(이하 ‘<채권적 청구 인용 사례>’라고 한다), 丙이 표준시 이후에 乙로부터 X 물건의 점유를 이전받았다면, 구분설에 의하면 丙은 제218조 승계인이 아니므로 고유한 방어방법 쟁점에 대한 검토를 할 필요가 없다. 반면 비구분설에 의하면 丙은 제218조 승계인이고 고유한 방어방법을 가지므로³¹⁾ 고유한 방어방법 쟁점에 대한 검토가 필요하다. 형식설을 취하면 丙은 제218조 승계인으로서 A소 판결의 기판력을 받지만, 실질설을 따르면 그렇지 않다.

대체로 구소송물이론은 실질설을, 신소송물이론은 형식설을 따른다. 그 결과 일반적으로 소송물 쟁점에 관한 구분설은 고유한 방어방법 쟁점에 관한 실질설과 연결되고, 소송물 쟁점에 관한 비구분설은 고유한 방어방법 쟁점에 관한 형식설과 연결된다.³²⁾

대법원 1980. 11. 25. 선고 80다2217 판결은 ‘신탁자가 수탁자에 대하여 부동산 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구하여 청구인용의 확정판결을 받은 후 이에 기한 소유권이전등기를 마치기 전에 수탁자로부터 위 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 마친 제3자는 변론종결 후의 승계인에 해당하지 않는다’고 판시하였고, 일부 견해는 위 80다2217 판결을 근거로 판례가 실질설을 따르고 있다고 본다.³³⁾ 하지만 위 80다2217 판결이 소송물 쟁점의 검토 단계에서 위 확정판결의 소송물이 채권적 청구권이라는 이유로 위 제3자가 제218조 승계인에 해당하지 않는다고 판단했을 여지가 있기 때문에 위 80다2217 판결이 고유한 방어방법 쟁점에 관하여 실질설을 취한 것이라고 단정하기는 어렵다.³⁴⁾

2. 검토

A가 B를 상대로 제기한 소송에서 청구인용 판결이 확정되었고, 그 표준시 이후 B로부터 계쟁물을 승계한 C가 실체법상 고유한 방어방법으로 A에게 대항할 수 있는 경우, 소송물 쟁점과 고유의 방어방법 쟁점에 관하여 어떠한 견해를 취하더라도 C는

선고해야 한다(대법원 2016. 9. 28. 선고 2016다13482 판결 등).

30) 나머지 사실관계는 <채권적 청구 기각 사례>와 동일하다.

31) 실체법상 甲은 乙에 대한 채권에 기하여 丙을 상대로 X 물건의 인도를 청구할 수 없다.

32) 김홍엽, 위의 책, 909면은 ‘구소송물이론에서는 실체법상 권리를 기초로 하여 기판력의 주관적 범위를 정하므로 청구권이 채권적인지 물권적인지에 따라 제218조 승계인 해당 여부를 판단하게 된다. 따라서 실질설의 입장을 취한다(실체법상 대항할 수 있는 권리를 가진 제3자는 실질상 당사자의 지위나 권리관계를 승계하지 않았으므로 제218조 승계인에 해당하지 않는다고 본다). 반면 신소송물이론에서는 청구권의 법적 성질을 구별하지 않고 변론종결 후에 권리의 변동이 있는 경우 일단 승계인으로 보기 때문에 기본적으로 형식설을 취한다’라고 설명한다.

33) 정동윤·유병현·김경욱, 위의 책, 856면; 김상수, “기판력의 범위와 작용의 관계”, 「법학연구」, 제57권 제3호(2016년), 325면.

34) 이무상, 위의 논문, 72면은 위 80다2217 판결의 사안에 있어서 실질설에 따르지 않더라도 후소의 소송물이 전소 판결의 기판력의 객관적 범위 밖에 있다면 승계인에 대한 후소에 전소의 기판력이 미치지 않아 위 80다2217 판결과 같은 결론에 이르게 되기 때문에 위 80다2217 판결이 ‘변론종결 후의 승계인에 해당되지 않는다’고 실시한 것만으로 대법원이 실질설을 따른다고 단정할 수 없다고 한다.

A로부터의 집행을 피할 수 있고 A와의 후소에서 자신의 방어방법을 주장할 수도 있다.

만일 C가 제218조 승계인으로 인정되지 않는다면,³⁵⁾ A는 C에 대한 집행을 위한 승계집행문을 받을 수 없으므로 C는 A로부터 집행을 당하지 않고, 기관력 작용의 주관적 요건이 갖춰지지 않아 C와 A 사이의 후소에는 위 확정판결의 기관력이 작용하지 않으므로 C의 방어방법 주장에 실권효(차단효)가 적용될 여지가 없다.

만일 C가 제218조 승계인으로 인정된다면,³⁶⁾ A는 C에 대한 집행을 위한 승계집행문을 받을 수 있지만, 이 경우에도 C는 청구이의의 소(민사집행법 제44조 제1항)를 제기하여 위 판결의 표준시 이후에 생긴 이의의 이유(같은 조 제2항)로서 A에 대한 방어방법을 주장함으로써 위 확정판결의 집행력을 소멸시킬 수 있다.³⁷⁾ 이 경우 기관력과 집행력은 그 확장 범위가 달라지게 된다.³⁸⁾ C가 집행을 피하기 위하여 취할 수 있는 방법으로 집행문부여에 대한 이의신청(민사집행법 제34조)이나 집행문부여에 대한 이의의 소(민사집행법 제45조)가 거론되기도 한다.³⁹⁾ 그런데 C가 제218조 승계인으로 인정된다는 것은 C가 승계집행문 발급의 요건을 규정한 민사집행법 제31조 제1항의 ‘판결에 표시된 채무자의 승계인’에 해당한다는 의미이므로, 승계의 부존재 등으로 인하여 집행문부여의 요건이 흠결되었음을 이유로 하는 집행문부여에 대한 이의신청이나 이의의 소는 C에 대한 적절한 구제 방법이 아니라고 생각한다.

청구이의의 소뿐만 아니라 C와 A 사이의 다른 소송(후소)에서도, C의 방어방법은 위 판결 표준시 이후의 사유에 해당하여 실권효의 적용을 받지 않으므로, C는 제218조 승계인임에도 자신의 방어방법을 주장할 수 있다.

예를 들어, <물권적 청구 인용 사례>에서 확정판결의 표준시 이후 丙이 乙로부터 X 물건을 인도받아 선의취득한 경우, 고유의 방어방법 쟁점에서 형식설을 취한다면 丙은 제218조 승계인이지만,⁴⁰⁾ 丙이 甲을 상대로 ‘丙의 甲에 대한 X 물건의 인도의 무가 존재하지 않는다’는 확인을 구하는 후소⁴¹⁾에서 丙은 자신의 방어방법인 선의취득을 주장할 수 있다. 또한 <채권적 청구 인용 사례>에서 확정판결의 표준시 이후 丙이 乙로부터 X 물건을 인도받은 경우, 소송물 쟁점에서 비구분설을 취하고 고유의

35) A의 B에 대한 청구가 물권적인데 실질설이 적용되는 경우와, A의 B에 대한 청구가 채권적인데 구분설과 실질설 중 어느 하나라도 적용되는 경우에는 C가 제218조 승계인으로 인정되지 않는다.

36) A의 B에 대한 청구가 물권적인데 형식설이 적용되는 경우와, A의 B에 대한 청구가 채권적인데 비구분설과 형식설이 함께 적용되는 경우에는 C가 제218조 승계인으로 인정된다.

37) 전병서, 「민사집행법 제4판」, 박영사, 2023년, 84면; 호문혁, 위의 책, 776면. 이무상, 위의 논문, 77면은 ‘승계인에 대한 집행력 확장은 절차법적인 의미이지 실체법적 의미는 아니므로, 승계인에 대하여 집행력이 확장된다고 하더라도 승계인에 대하여 실체법적인 집행력(청구권)이 발생하는 것은 아니다. 따라서 승계인이 실체법상 고유의 권리를 가지고 있는 경우 승계인에 대한 집행력의 확장을 인정한다고 하더라도 집행에 대항할 수 있는 승계인의 고유의 실체법상 권리가 제한되는 것은 아니다. 실체법상의 권리에 기하여 집행을 배제를 구하는 절차로 최종적으로 인정되는 것이 청구이의의 소이다’라고 한다.

38) 전병서, 위의 책, 84면.

39) 김홍엽, 위의 책, 910면; 전병서, 위의 책, 84면.

40) 이는 소송물 쟁점에서 구분설과 비구분설 중 어느 것을 취하든지 마찬가지이다.

41) 전소와 후소 사이에는 모순관계가 성립한다. 김의식, “변론종결 후의 계쟁물 승계인과 기관력에 대한 접근방식”, 「법학논총」, 제34집 제2호(2017년), 152면은 ‘집행 상황에서 계쟁물 승계인에게 확정판결의 기관력이 미치는지 여부를 판단함에 있어서는 소송물의 비교를 필요로 하지 않고 기관력의 주관적 범위만 문제된다. 이와 달리 후소 제기 상황에서는 기관력의 객관적 범위까지 고려한 포괄적 접근이 필요하다’라고 한다.

방어방법 쟁점에서 형식설을 취한다면 丙은 제218조 승계인이지만 위와 같은 확인소송에서 자신의 방어방법인 X 물건의 점유 이전을 주장할 수 있다. 이 경우 X 물건의 점유 이전은 丙의 제218조 승계인으로서 기판력을 받는 이유이면서, 다른 한편으로 위 확인소송에서 甲의 丙에 대한 인도청구권이 부정되는 이유도 된다.

실체법상 청구권은 그 법적 성질이 채권적이든 물권적이든 상대적 효력만을 갖는다(즉, 대세적 효력은 없고, 특정인에 대한 효력만을 갖는다).⁴²⁾ 또한 급여를 구할 수 있는 법적 지위 역시 상대적인 것이다. 따라서 판결에서 특정한 청구권이나 급여를 구할 수 있는 법적 지위의 존재가 확정된 경우, 반드시 그 판결의 기판력이 계쟁물의 승계인에게 미쳐야 한다고 보아야 할 논리적 필연성은 - 신소송물이론과 구소송물이론 중 어느 것을 따르든지 - 없다고 생각한다.

이러한 점에서, 제218조 승계인에 포함되는 계쟁물 승계인의 범위를 결정함에 있어 주로 고려해야 하는 것은 소송물이론이 아니라 구체적 타당성이라고 생각한다.⁴³⁾

고유의 방어방법을 가진 승계인 C는 제218조 승계인에 포함되는 계쟁물 승계인의 범위와 상관없이 확정판결의 원고인 A로부터의 집행을 피할 수 있고 A와의 소송에서 자신의 방어방법을 주장할 수 있다는 점은 위에서 본 바와 같다. 그런데 집행에서 동일한 결과가 발생하더라도 그 결과에 이르는 과정은 제218조 승계인에 포함되는 계쟁물 승계인의 범위에 따라 다르다. 따라서 집행 과정에서의 효율성이야말로 계쟁물 승계인의 범위를 결정하는 기준이 되는 구체적 타당성의 핵심이 되어야 한다고 생각한다.⁴⁴⁾

이와 관련하여 먼저 소송물 쟁점을 검토하고자 한다. 구분설에 의하면 A가 C에 대한 집행을 위한 승계집행문을 받기 위해서는 A는 B에 대한 청구가 물권적이라는 점을 증명해야 한다. 반면 비구분설에 의하면 A는 이러한 증명 없이도 승계집행문을 받을 수 있고, 오히려 C가 - 설령 A의 B에 대한 청구가 채권적이라고 하더라도 - 집행을 면하기 위하여 청구이의의 소를 제기해야 한다. 그런데 일반적으로, A는 판결서를 통하여 위와 같은 증명을 쉽게 할 수 있으므로 구분설을 따를 경우 A가 받는 증명의 부담은 비구분설을 따를 경우 C가 받는 부담⁴⁵⁾에 비하여 적다. 그리고 집행법원은 판결서를 통하여 A의 B에 대한 청구가 물권적인지 여부를 쉽게 심판할 수 있으므로⁴⁶⁾ 집행법원이 이러한 심판을 하더라도 집행은 그다지 지연되지 않는다, 그

42) A가 Y 물건을 소유하는 경우, 대세효가 인정되는 권리는 A의 Y 물건에 대한 소유권이전 소유권에 기한 인도청구권이 아니다. B가 Y 물건을 점유하는 동안 A는 B에 대하여 소유권에 기한 인도청구권을 갖지만, B가 C에게 Y 물건을 인도하면 위 인도청구권은 소멸하고 A는 C에 대하여 위 인도청구권과 별개의 권리인 인도청구권을 취득한다(의무 측면에서 보면, B의 A에 대한 인도 의무가 그 동일성을 유지한 채 C에게 이전하는 것이 아니라, B로부터 C 앞으로 Y 물건의 점유가 이전함과 동시에 B의 인도 의무는 소멸하고 C의 인도 의무가 새롭게 발생한다).

43) 이무상, 위의 논문, 62면은 소송물이론이 제218조 승계인의 범위를 결정하는데 영향을 미친다고 생각하는 것은 타당하지 않다고 한다. 또한 호문혁, 위의 책, 776면은 채권적 청구에 대한 확정판결의 기판력이 계쟁물 승계인에게 미치지 않는 것은 소송물이론의 문제가 아니라고 한다.

44) 이무상, 위의 논문, 55면은 ‘실질결과 형식설 중 어느 것에 의하든 자기 고유의 방어방법을 갖고 있는 자는 결국 강제집행을 받지 않고 보호를 받게 되는 점에서 양설에 실질적 차이는 없다고 하기도 하나, 이는 기판력 확장이나 집행력 확장의 문제가 절차법적인 문제임을 간과한 것이며 문제의 본질을 흐리는 것이다’라고 한다.

45) 청구이이의 소를 제기하여 소송 수행을 해야 하는 부담을 의미한다.

46) 김홍엽, 위의 책, 911면.

뿐만 아니라 승계집행문 부여 여부를 결정하는 단계에서 집행법원이 채권적 청구에 대한 승계집행문 부여를 거절하는 것이, 일단 승계집행문을 부여하여 C로 하여금 청구이의의 소를 제기하게 한 다음 수소법원이 그 소에 대하여 심판을 하는 것에 비하여 법원 전체의 업무 경감에 도움이 되고, 집행에 관한 A와 C 사이의 분쟁을 해결하는 데에 걸리는 시간도 줄일 수 있다.

이처럼 구분설은 집행 당사자 및 법원의 부담 측면과 분쟁 해결을 위한 시간 측면에서 모두 비구분설보다 더 효율적이므로 구분설을 취하는 것이 타당하다고 생각한다.

다음으로 고유한 방어방법 쟁점에 관하여 본다. 실질설에 의하면 집행법원은 ‘C의 A에 대한 방어방법이 존재하지 않는다’고 판단하는 경우에만 승계집행문을 부여해야 한다. A의 B에 대한 청구가 채권적이라면 구분설에 따라(구분설이 타당하다는 것은 위에서 검토한 바와 같다) 소송물 쟁점 단계에서 이미 승계집행문이 부여될 수 없다는 결론이 나오기 때문에⁴⁷⁾ 실질설과 형식설 중 어느 것을 취하더라도 집행 과정에서의 차이가 없다. 반면 A의 B에 대한 청구가 물권적인 경우에는 실질설과 형식설 사이에 차이가 발생한다. 실질설을 따르면 집행법원이 승계집행문 부여 여부를 결정하는 단계에서 항상 방어방법의 존재 여부를 심판해야 하지만, 형식설을 따르면 C가 청구이의의 소를 제기하는 경우에만 수소법원이 방어방법의 존재 여부를 심판하면 된다. 따라서 실질설을 취하면 형식설을 취할 때에 비하여 법원의 부담이 크고 집행 절차가 지연된다.

이처럼 형식설이 법원의 부담 측면과 신속한 집행 측면에서 실질설보다 더 효율적이므로 형식설을 취하는 것이 타당하다고 생각한다.⁴⁸⁾ 일반적으로, 방어방법의 존재 여부를 심판하는 것은 청구권이 물권적인지 여부를 결정하는 것보다 더 많은 시간과 노력을 필요로 하기 때문에 실질설과 형식설 중 실질설을 따름으로 인하여 늘어나는 법원의 부담과 절차 지연은 구분설과 비구분설 중 구분설을 따름으로 인하여 늘어나는 그것보다 더 크다. 따라서 소송물 쟁점에서는 승계집행문 부여 여부를 결정하는 단계에서 채권적 청구를 걸러내어 청구이의의 소를 제기할 필요가 없게 하는 것이 효율적이고, 고유한 방어방법 쟁점에서는 방어방법의 존부와 상관없이 승계집행문을 부여한 후 청구이의의 소가 제기된 경우에만 방어방법의 존부를 심판하는 것이 효율적이라고 생각한다.

IV. 계쟁물 승계인과 피승계인의 동일성

본 항에서는 제218조 승계인에 포함되는 계쟁물 승계인의 범위가 ‘전소에서 확정

47) 실질설을 취하더라도 집행법원은 별도로 방어방법의 존재 여부를 심판할 필요가 없다.

48) 이무상, 위의 논문, 86면, 91면은 실질설은 형식설보다 고유한 방어방법을 가진 사람을 더 두껍게 보호하는 측면이 있으나, 민사집행법 제31조 제1항에 의하면 소에 의하지 않은 승계집행문은 증명서로 승계를 증명한 때에 한하여 내어줄 수 있는바, 집행채권자로 하여금 승계인에게 고유의 공격방어방법이 성립하지 않는다는 것을 증명서로 증명하도록 요구하는 것은 현실적으로 무리이므로 현행법 해석론으로는 타당하지 않고, 위 제31조 제1항의 규정과 승계집행문 부여 절차는 필요적 변론 절차가 아니라는 점을 고려할 때, 집행문 부여기관에 의한 승계집행문 부여에 있어서 심리의 범위는 승계의 사실에 한정된다고 한다.

된 법률관계가 후소에서 다시 문제가 되어야 한다'는 기판력 작용의 법률관계적 요건에 어떠한 영향을 미치는지에 관하여 살펴보고자 한다.

계쟁물 승계인 중 제218조 승계인에 해당하여 기판력의 주관적 범위에 포함되는 자는 기판력 작용의 법률관계적 요건의 충족 여부를 판단함에 있어 피승계인과 실질적 동일인으로 평가되어야 한다.⁴⁹⁾ 예를 들어 <물권적 청구 기각 사례>에서 확정판결의 표준시 이후에 X 물건이 乙로부터 丙 앞으로 인도되고 甲이 丙을 상대로 그 인도를 청구하는 소를 제기한 경우, 甲이 乙을 상대로 제기한 전소의 소송물은 甲의 '乙에 대한' 인도청구권이고 甲이 丙을 상대로 제기한 후소의 소송물은 甲의 '丙에 대한' 인도청구권이다. 그리고 실제법상 위 두 인도청구권은 서로 다른 권리이다. 그러나 전소의 기판력이 후소에 작용하는지를 판단함에 있어서는 제218조 승계인인 丙이 피승계인인 乙과 동일인으로 평가되어 丙에 대한 인도청구권과 乙에 대한 인도청구권 사이의 동일성이 인정된다. 그 결과 전소와 후소 사이에 동일관계가 성립하여 법률관계적 요건이 충족되고 전소의 기판력은 후소에 작용한다(丙이 제218조 승계인에 해당한다는 점은 기판력 작용의 주관적 요건의 충족뿐만 아니라 법률관계적 요건의 충족에도 기여한다).

대법원 2014. 10. 30. 선고 2013다53939 판결은, A가 B를 상대로 건물에 관한 소유권이전등기의 말소를 청구하는 소를 제기하여 승소 확정판결을 받았는데, 위 판결의 변론종결 후에 B로부터 건물의 소유권을 이전받은 C가 A를 상대로 위 건물의 인도 및 차임 상당 부당이득의 반환을 구하는 소를 제기한 사안에서, '동일관계, 선결관계, 모순관계 중 하나가 성립하지 않는 경우에는 전소 변론종결 후의 계쟁물 승계인이 후소를 제기하더라도 후소에 전소 판결의 기판력이 미치지 않는다. 사안의 전소 판결에서 소송물로 주장된 법률관계는 건물에 관한 말소등기청구권의 존부이고 건물 소유권의 존부는 전제가 되는 법률관계에 불과하여 전소 판결의 기판력이 미치지 않고, 말소등기청구권에 대한 판단이 건물인도 청구의 소의 선결문제가 되거나 건물인도청구권의 존부가 전소의 소송물인 말소등기청구권의 존부와 모순관계에 있다고 볼 수 없어 전소의 기판력이 후소에 미치지 않으며, 이는 C가 전소 판결의 변론종결 후에 B로부터 건물을 매수하여 소유권이전등기를 마쳤더라도 마찬가지다'라고 판시하였다.⁵⁰⁾ 위 2013다53939 판결의 사안에서는 C를 B와 동일시하더라도 전소인 A의 B에 대한 말소등기청구와 후소인 C의 A에 대한 인도청구 및 부당이득반환청구 사이에 법률관계적 요건이 충족되지 않아서⁵¹⁾ 전소의 기판력이 후소에 작용하지 않는다. 따라서 위 판결은 타당하다고 생각한다.⁵²⁾

49) 박재완, 위의 책, 425면은 '예외적으로 당사자가 아닌 제3자에게 기판력이 미치는 경우가 있고, 위 제3자에게는 당사자와 동일시할 수 있는 제3자와 일반 제3자가 있다. 민사소송법 제218조는 당사자 및 당사자와 동일시할 수 있는 제3자에게 기판력이 미친다는 점을 규정하고 있다'라고 한다.

50) 위 2013다53939 판결에 대하여, 이시윤, 위의 책, 695면은 '계쟁물 승계인을 기판력에서 배제시킨 문제가 있고, 구분설을 취한 기존 판례와 저촉되는 것은 아닌지 의문이 있다'라고 비판한다. 반면, 정동윤·유병현·김경욱, 위의 책, 846면은 'C가 전소의 기판력이 미치는 등기말소청구와 전혀 관련 없는 건물인도 및 부당이득반환 청구를 한 경우이므로 위 판결은 제218조 승계인에서 계쟁물 승계인을 배제하는 의미가 아니다. B가 후소에서 A를 상대로 건물인도 및 부당이득반환을 청구하여도 전소의 기판력에 저촉되지 않는 점에 비추어 보면 더욱 그러하다'라고 한다.

51) A의 B에 대한 말소등기청구와 B의 A에 대한 인도청구 또는 부당이득반환청구는 그 소송물이 서로 다르다.

그렇다면 <물권적 청구 기각 사례>의 확정판결 표준시 이후에 甲으로부터 X 물건의 소유권을 이전받은 丁이 乙을 상대로 소유권에 기하여 X 물건에 대한 인도청구를 하는 후소를 제기한 경우에는 어떠한가?

대법원 1999. 10. 22. 선고 98다6855 판결은 이러한 경우 丁은 제218조 승계인이 아니라고 판시하였다. ‘표준시 후에 패소자인 甲으로부터 X 물건⁵³⁾의 소유권을 승계한 丁이 가지게 되는 물권적 청구권인 X 물건에 대한 인도청구권은 적법하게 승계한 소유권의 일반적 효력으로서 발생한 것이고, 甲의 인도청구권을 승계함으로써 가지게 된 것이 아니므로, 丁은 제218조의 승계인에 해당하지 않는다. 따라서 후소는 전소 확정판결의 기판력에 저촉되지 않는다’는 것이다.⁵⁴⁾

또한 대법원 2020. 5. 14. 선고 2019다261381 판결은 ‘A의 B에 대한 X 토지 소유권에 기한 가등기말소청구를 기각하는 전소 판결이 확정되었는데, 사실심 변론종결 후에 패소자인 A로부터 X 토지에 관한 근저당권을 취득한 C가 B를 상대로 근저당권에 기하여 같은 가등기에 대한 말소청구(후소)를 하는 경우, C는 A의 가등기말소청구권을 승계한 것이 아니고 자신이 취득한 근저당권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 소송상 청구를 하는 것이므로 제218조 승계인에 해당하지 않는다. 따라서 전소 확정판결의 기판력은 후소에 미치지 않는다.’라고 판시하였다.

이처럼 판례는 물권적 청구 소송에서 패소한 원고로부터 계쟁물이 승계된 경우, 승계인은 제218조 승계인이 아니라는 입장을 취한다. 하지만 이러한 판례의 입장은 타당하지 않다고 생각한다. 그 이유는 아래와 같다.

위 98다6855 판결과 2019다261381 판결은 丁과 C가 소송물을 승계하지 않았다는 이유로부터 곧바로 제218조 승계인이 아니라는 결론에 이르렀다. 하지만 소송물이 승계되지 않았다고 판단하였다면 다음 단계로 계쟁물의 승계로 인하여 기판력의 주관적 범위가 확장되었는지를 검토해야 한다. 그런데 위 두 판결은 위와 같은 검토를 거치지 않았다. 만일 위 두 판결처럼 계쟁물 승계로 인한 기판력의 범위 확장 여부에 대한 검토 없이 소송물 승계가 아니라는 이유만으로 제218조 승계인이 아니라는 결론을 내려야 한다면, 승계의 대상이 소송물이 아닌 계쟁물인 경우에는 승계인에게 기판력이 미칠 가능성이 없어지는데, 이는 기판력의 주관적 범위를 지나치게 좁히는 결과를 가져온다.⁵⁵⁾

52) 이와 관련하여 김의석, 위의 논문, 159면 이하는 다음과 같이 설명한다. 계쟁물 승계인을 당사자로 하는 후소가 전소의 기판력에 저촉되는지 여부를 판단하기 위하여 생각해야 할 두 가지 질문이 있다. 첫 번째 질문은 ‘계쟁물 승계인을 어떤 경우에 피승계인인 전소의 당사자와 같이 취급해야 하는가?’이다. 만일 계쟁물 승계인을 당사자와 같이 취급해야 하는 상황이라면 ‘후소에서 구하는 바가 전소의 결과에 모순, 저촉되는가?’라는 두 번째 질문을 해야 한다. 첫 번째 질문이 바로 ‘계쟁물 승계인과 기판력’에 관한 법리와 ‘당사자와 기판력’에 관한 법리의 차이점이다. 당사자의 경우에는 첫 번째 질문이 필요 없고 두 번째 질문만 하면 된다. 그러나 만일 계쟁물 승계인의 경우에도 두 번째 질문만으로 족하다면 ‘계쟁물 승계인과 기판력’에 관한 법리는 ‘당사자와 기판력’에 관한 법리와 아무런 차이가 없게 된다. 물론 구체적인 사실관계에서 두 번째 질문에 대한 답이 ‘후소가 전소의 결과에 모순·저촉되지 않는다’라는 것이면 첫 번째 질문을 거치지 않고 신속하게 결론에 이를 수 있다. 위 2013다53939 판결이 그러한 경우이다.

53) 위 판결의 사안에서는 건물이었다.

54) 대법원 1984. 9. 25. 선고 84다카148 판결도 같은 취지이다.

55) 이무상, 위의 논문, 59면은 “소송물인 권리관계 자체를 승계하는 경우가 기판력이나 집행력이 확장되는 승계가 된다는 데는 별다른 이론이 없다. 그러나 승계인의 범위를 이에 한정하는 경우 기판력의 확장을 통하여 분쟁해결의 실효성을 달성하고 법적 안정성을 얻고자

판례는 피고나 승소한 원고로부터 승계가 이루어진 경우 청구가 물권적이라면 승계의 대상이 소송물이 아닌 계쟁물이더라도 승계인이 제218조의 승계인에 해당한다고 본다. 즉, 위 경우들에는 ‘소송물 승계인이 아니면 어떠한 경우에도 제218조 승계인이 될 수 없다’는 법리를 적용하지 않는다. 그럼에도 위 98다6855 판결과 2019다261381 판결은 패소한 원고로부터 승계가 이루어진 경우에 위와 같은 법리를 적용함으로써 판례의 논리적 일관성을 깨뜨리고 있다.⁵⁶⁾

또한, 위 2019다261381 판결은 계쟁물 승계인(C)이 후소에서 전소 원고(A)로부터 승계한 청구권이 아닌 승계인 자신의 물권에 기한 청구권을 원인으로 청구를 한다는 이유로 제218조 승계인에 해당하지 않는다고 판시하였는데, 이러한 판시 내용에는 후소 청구에 의해 제218조 승계인 해당 여부를 결정한 잘못이 있다.

계쟁물 승계인이 제218조 승계인에 해당하는지 여부는 승계가 이루어진 때에서 결정되는 것이고 이후에 그가 어떠한 후소를 제기하였는지에 의해 좌우되지 않는다.⁵⁷⁾ 만일 제218조 승계인 해당 여부가 승계 시가 아니라 승계인의 후소 제기 시에 비로소 결정된다면 승계인의 후소 제기 시까지는 그를 위한, 또는 그에 대한 집행을 위한 승계집행문의 발급이 가능한지 여부도 결정될 수 없다는 부당한 결과가 발생한다. 위 2019다261381 판결 사안에서의 C가 제218조 승계인에 해당하는지는 승계 시에 결정되는 것이지, 후소 제기 시까지 기다려 후소 청구의 원인이 된 청구권이 무엇인지를 살펴본 다음 판단할 문제가 아니다.

위 98다6855 판결과 2019다261381 판결은 계쟁물 승계인이 취득한 청구권과 피승계인이 가지고 있던 청구권 사이에 동일성이 인정되지 않는다고 판단한 다음 이를 이유로 계쟁물 승계인이 제218조 승계인이 아니라고 판단한다. 그러나 이는 판단의 순서가 반대로 된 것이다. 계쟁물 승계의 경우, 먼저 승계인이 제218조 승계인인지 여부를 판단한 다음 제218조 승계인에 해당하면 승계인과 피승계인 사이의 동일성을 인정하고 이를 토대로 승계인의 청구권과 피승계인의 청구권 사이의 동일성 여부를 판단해야 한다.

위 두 판결의 사안에서 전소의 청구가 물권적이므로 丁과 C는 계쟁물의 승계 시(丁의 경우에는 건물 인도 시, C의 경우에는 근저당권설정등기 경료 시)에 제218조 승계인이 되고, 피승계인인 전소 원고와의 실질적 동일성이 인정된다. 그 결과 전소 원고가 주장하는 청구권과 후소 원고가 주장하는 청구권이 동일한 권리로 취급되어 전소와 후소 사이에는 동일관계가 성립한다.⁵⁸⁾ 따라서 전소의 기판력은 후소에 작용

하는 제도의 취지에 반하기 때문에 그 범위를 어느 정도 넓히는 것이 필요하다. 이때 넓혀진 승계인의 범위를 결정하는 요소로 무엇을 고려할 것인가에 대하여 여러 가지 견해가 등장하게 되는 것이다.”라고 한다.

56) 김일룡, “변론종결 후 계쟁물 승계인에 대한 기판력 확장의 법리 — 판례의 유형화와 그 검토를 중심으로 —”, 「서울법학」, 제28권 제2호(2020년), 187면은 ‘판례가 원고 패소의 경우에는 승소의 경우와 달리 계쟁물 승계인에게 전소의 기판력이 미치지 않는다는 취지라면, 기판력은 승패를 불문하고 후소에 미친다는 일반론에 배치될 뿐만 아니라 집행력과 기판력을 혼동하고 있다는 비판을 면할 수 없다’고 한다.

57) 이무상, 위의 논문, 62면은 제218조 승계인의 범위는 의존관계나 분쟁주체지위 승계라는 기준에 의하여 승계 후의 후소에 선행하여 결정된다고 한다.

58) 판례는 동일관계(기판력 작용의 요건)가 성립하지 않는다는 이유로 제218조 승계인이 아니라고(기판력의 범위) 본다. 하지만 판례와 같이 기판력의 작용을 검토한 다음 그 결과에 따라 기판력의 범위를 검토하는 것이 아니라 먼저 기판력의 범위를 검토한 다음 그 결과에 따라 기판력의 작용을 판단해야 한다.

하고, 후소 청구는 전소의 기판력 있는 판단에 저촉되어 기각되어야 한다.

다만 후소에서 전소 표준시 후의 새로운 사유가 주장되고, 이 주장이 법원에 의해 받아들여 진다면 후소 청구가 인용될 수도 있다. 예를 들어, 98다6855 판결 사안의 후소에서 丁이 ‘乙이 전소 표준시 전에 甲으로부터 X 물건을 임차하였기 때문에 전소 표준시 당시 임차권(제3자에 대한 대항력이 없는 통상의 임차권을 의미하고, 이하 같다)으로 甲에게 대항할 수 있었는데, 표준시 이후에 X 물건의 소유권이 丁에게 이전되었고, 그 결과 乙이 丁에게 임차권을 가지고 대항할 수 없게 되었다’라고 주장한다면, 이는 표준시 이후의 새로운 사유의 주장에 해당하여 차단되지 않고, 후소 법원은 위 주장을 받아들여 丁의 청구를 인용할 수 있다.

필자는 판례가 계쟁물이 피고나 승소한 원고로부터 승계된 경우와의 논리적 일관성을 깨뜨리면서까지 ‘계쟁물이 패소한 원고로부터 승계된 경우에는 청구의 법적 성질과 상관없이 승계인은 제218조 승계인에 해당하지 않는다’는 입장을 취한 이유가 ‘전소의 피고가 원고에 대한 방어방법을 가지고 있어 승소하였는데, 표준시 이후 계쟁물이 원고로부터 제3자에게 승계되고 피고가 제3자에게는 위 방어방법으로 대항할 수 없는 경우에도, 제3자와 피고 사이의 후소에서 전소의 기판력으로 인하여 제3자가 패소해야만 하는 부당한 결과를 방지하기 위한 것’일 수도 있다고 생각한다. 하지만 이러한 경우 제3자에게 기판력이 미친다고 보더라도 그는 후소에서 계쟁물의 승계를 전소 표준시 이후의 새로운 사유로 주장하여 승소할 수 있으므로, 위와 같은 부당한 결과를 방지하기 위해 굳이 청구의 법적 성질과 상관없이 승계인이 제218조 승계인에 해당하지 않는다고 볼 이유는 없다.

V. 결론

일반적으로 구소송물이론은 구분설과 실질설을, 신소송물이론은 비구분설과 형식설을 취한다. 그러나 구분설과 비구분설, 그리고 실질설과 형식설 중에서 어느 것을 선택할지에 대한 기준은 소송물이론이 아니라 집행 절차에서의 효율성이어야 하고, 이러한 효율성 측면에서 볼 때, 구분설과 형식설을 취하는 것이 타당하다고 생각한다.

판례는 표준시 후의 계쟁물 승계인이 제218조 승계인에 해당하는지 여부에 관하여, 계쟁물이 피고 또는 승소한 원고로부터 승계된 경우에는 구분설을 취하면서도, 패소한 원고로부터 계쟁물이 승계된 경우에는 소송물이 물권적 청구권이라도 제218조 승계인에 해당하지 않는다는 입장을 취한다.

그러나 패소한 원고로부터 계쟁물이 승계된 경우에도 구분설을 취하여 청구가 물권적이면 계쟁물 승계인은 제218조 승계인에 해당한다고 보는 것이 타당하다고 생각한다.

<물권적 청구 기각 사례>에서 확정판결의 표준시 이후에 甲으로부터 X 물건의 소유권을 취득한 丁이 乙을 상대로 X 물건의 인도를 청구하는 후소를 제기하는 경우, 판례에 의하면, 전소의 기판력이 후소에 작용하지 않아서⁵⁹⁾ 후소 법원은 전소 표

59) 판례와 같이 丁이 제218조 승계인이 아니라고 보면, 후소의 당사자인 丁이 전소 기판력의 주관적 범위에 포함되지 않으므로 기판력 작용의 주관적 요건이 충족되지 않을 뿐만 아니

준시 당시 甲의 乙에 대한 인도청구권이 존재했다고 판단할 수 있기 때문에, 전소에서 법원과 乙의 노력이 무위로 돌아가게 될 수 있다.⁶⁰⁾ 예를 들어 전소에서 乙의 X 물건에 대한 지상권의 존부가 주요 쟁점이 되었고, 법원이 乙의 지상권을 인정하여 청구기각 판결을 하였는데, 甲이 전소 표준시 후에 丁 앞으로 소유권을 이전하면 丁은 乙을 상대로 전소 기판력의 제약을 받지 않는 후소를 제기할 수 있고, 후소에서 법원이 ‘전소 표준시 당시 乙의 지상권이 존재하지 않았다’고 판단하여 청구를 인용하더라도 전소 기판력에 저촉되지 않기 때문에,⁶¹⁾ 乙은 또다시 자신의 지상권을 인정받기 위한 소송수행을 해야 하며, 법원도 지상권 존재 여부를 심판하기 위한 노력을 반복해야 한다. 그리고 이러한 절차의 반복은 丁의 후소에서 그치지 않는다. 丁의 후소를 기각하는 판결이 확정되더라도 戊가 丁으로부터 X 물건의 소유권을 이전받아 乙을 상대로 X 물건의 인도청구를 하고, 이 청구를 기각하는 판결이 확정되면 己가 戊로부터 X 물건의 소유권을 이전받아 乙을 상대로 X 물건의 인도를 청구하는 식으로 소송이 계속될 가능성이 있고, 각 소송에서 乙은 자신이 승소했던 판결의 기판력에 의한 보호를 받지 못 하게 된다.⁶²⁾

반면, 구분설에 의하면, 甲과 乙 사이의 전소의 기판력이 丁과 乙 사이의 후소에 작용하기 때문에 위와 같은 문제가 발생하지 않는다. 丁이 후소에서 ‘자신이 X 물건의 소유권을 이전받았다’는 것을 전소 표준시 이후의 새로운 사유로 주장하고 이 주장이 받아들여지더라도, 乙은 물권인 지상권으로 새로운 소유자 丁에게도 대항할 수 있으므로, 후소 법원은 청구기각 판결을 해야 한다(이 점에서 乙의 甲에 대한 방어방법이 임차권과 같은 채권인 경우와 차이가 있다. 乙은 甲에 대한 임차권으로 丁에게 대항할 수 없으므로, 후소 법원은 丁 앞으로의 소유권 이전을 이유로 청구인용 판결을 할 수 있다). 다만 丁이 후소에서 소유권 이전 주장과 아울러 전소 표준시 이후의 지상권 소멸 사유를 주장하고, 위 주장들이 모두 받아들여진다면⁶³⁾, 후소 법원은 청구인용 판결을 해야 한다.

이처럼 패소한 원고로부터 계쟁물이 승계된 경우에도 구분설을 적용하면, 판례와 같이 획일적으로 계쟁물 승계인이 제218조 승계인에 해당하지 않는다고 보는 것에 비하여, 판례의 논리적 일관성을 유지할 수 있을 뿐만 아니라 구체적인 사실관계를 반영하여 각 사실관계에 적합한 결과를 도출할 수 있는 장점이 있다.

라 전소인 甲의 乙에 대한 인도청구와 후소인 丁의 乙에 대한 인도청구 사이에는 동일관계가 성립하지 않으므로 기판력 작용의 법률관계적 요건도 충족되지 않는다.

60) 김일룡, 위의 논문, 188면은 ‘판례에 의하면 패소한 원고는 표준시 후에 계쟁물을 제3자에게 이전하고 그로 하여금 피고를 상대로 동일한 청구를 하게 함으로써 전소의 기판력을 벗어날 수 있으므로, 피고는 이처럼 간단히 무력화될 수 있는 판결을 획득하기 위하여 전소에서 애써 소송을 수행하여 승소판결을 이끌어 낸 것이 된다. 이는 법적 안정성을 목적으로 하는 기판력 제도의 근간을 흔드는 중대한 문제라고 하지 않을 수 없다’라고 한다.

61) 지상권의 존재는 전소 판결의 이유에서 판단되는 것이므로 전소 기판력의 객관적 범위에 포함되지 않는다. 하지만 ‘전소 표준시 당시 지상권이 존재하지 않았다’는 후소의 판단은 ‘전소 표준시 당시 甲의 乙에 대한 인도청구권이 존재하였다’는 의미를 갖게 되어 전소에서 확정된 법률관계에 저촉된다. 따라서 전소의 기판력이 후소에 작용한다면, 후소 법원은 위와 같은 판단을 할 수 없다.

62) 또한 판결들 사이에서 모순, 저촉이 발생할 가능성이 있다.

63) 위 주장들은 모두 전소 표준시 이후의 새로운 사유에 해당하므로 후소에서 차단되지 않는다.

[참고문헌]

<저서>

- 강현중, 「신민사소송법 강의」, 박영사, 2015년.
김홍엽, 「민사소송법 제12판」, 박영사, 2024년.
박재완, 「민사소송법 강의 제5판」, 박영사, 2024년.
이시윤, 「신민사소송법 제17판」, 박영사, 2024년.
이태영, 「민사소송법 제3판」, 법문사, 2022년.
전병서, 「민사집행법 제4판」, 박영사, 2023년.
정동윤·유병현·김경욱, 「민사소송법 제10판」, 법문사, 2023년.
호문혁, 「민사소송법 제14판」, 법문사, 2020년.

<정기간행물>

- 국순옥, “기관력의 본질과 작용”, 「민사법연구」, 제11집 제1호(2003년).
김상수, “기관력의 작용”, 「고시연구」, 제30권 제12호(2003년).
“기관력의 범위와 작용의 관계”, 「법학연구」, 제57권 제3호(2016년).
김의식, “변론종결 후의 계쟁물 승계인과 기관력에 대한 접근방식”, 「법학논총」, 제34집 제2호(2017년).
김일룡, “변론종결 후 계쟁물 승계인에 대한 기관력 확장의 법리 — 판례의 유형화와 그 검토를 중심으로 —”, 「서울법학」, 제28권 제2호(2020년).
김학기, “계쟁물 승계와 기관력의 작용”, 「동북아법연구」, 제10권 제2호(2016년).
석현수, “소급효가 인정되는 개별 사안에서의 실권효의 적용 여부에 관한 연구”, 「일감법학」, 제45호(2020년).
양병희, “기관력의 주관적 범위에 관한 소고”, 「일감법학」, 제1권(1996년).
유병현, “기관력의 객관적 범위와 모순된 반대관계”, 「민사소송」, 제10권 제1호(2006년).
이무상, “기관력과 집행력의 확장 및 고유의 공격방어방법을 갖는 승계인 - 실질설과 형식설에 대한 비판적 검토를 중심으로 -”, 「법조」, 제61권 제5호(2012년).
한충수, “소송물의 실질적 동일성과 기관력의 작용이론 - 판례분석과 시론을 중심으로 -”, 「법학논총」, 제25집 제2호(2008년).

[Abstract]

The successor of subject-matter in dispute and the subjective extent of Res Judicata*

Hyunsoo Seok

Regarding whether the successor of subject-matter in dispute subsequent to a closure of pleadings is the successor subsequent to a closure of pleadings specified in Article 218, Paragraph 1 of the Civil Procedure Act(hereinafter ‘Article 218 successor’), Supreme Court precedent basically takes the position that ‘the successor of subject-matter is the Article 218 successor if the objects of lawsuit is based on real rights, but not if the object of lawsuit is based on obligation’, but especially in the case that subject-matter in dispute is inherited from a losing plaintiff, it takes the position that ‘even if the objects of lawsuit is based on real rights, the successor of subject-matter is not the Article 218 successor.’

The purpose of this paper is to examine whether the above precedents are valid, and to seek standards that can keep theoretical consistency and lead to desirable results in specific cases regarding the subjective extent of Res Judicata to the successor of subject-matter in dispute.

It is generally believed that the scope of the successor of subject-matter in dispute subject to res judicata is determined according to the theory of the objects of lawsuit. However, the standard for determining the scope of the above successor should be efficiency in the compulsory execution procedure, not the theory of the objects of lawsuit. And in terms of this efficiency, regardless of whether the subject-matter in dispute is inherited from the plaintiff or the defendant, and whether the plaintiff or the defendant prevails, the subjective extent of Res Judicata extends to the successor if the claim is on real rights.

Compared to making a uniform conclusion that res judicata does not extend to the successor in cases where the subject-matter in dispute is inherited from the losing plaintiff as in precedent, taking the view that ‘in the above case, if the claim is based on real rights, the res judicata extends to the successor’ has the advantage of being able to reflect the specific factual situation and derive a result appropriate for each factual situation.

Key Words: succession of subject-matter in dispute, subjective extent of Res Judicata, function of Res Judicata, successor subsequent to a

* This paper was written as part of Konkuk University’s research support program for its faculty on sabbatical leave in 2023.

closure of pleadings, objects of lawsuit

근저당권에 의한 경매와 확인의 소의 보충성

서 창 원*

논문요지

대표적인 담보권인 근저당권에 의한 경매 절차와 관련하여 대법원은 근저당권설정등기말소청구의 소나 피담보채무부존재확인 소가 잠정처분의 본안소송이 될 수 있다고 판시하고 있는 한편, 근저당권설정자는 근저당권설정등기의 말소를 구하는 것이 분쟁을 유효·적절하게 해결하는 직접적인 수단이므로 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구하는 것은 확인의 이익이 없다고 판시하고 있다. 후자의 입장은 이행청구를 할 수 있는 경우 별도로 그 이행의무나 침해되는 권리의 존재 확인을 구하는 것은 불안 제거에 별다른 실효성이 없고 분쟁의 종국적인 해결 방법이 아니므로 확인의 이익이 없다는 이른바 확인의 소의 보충성에 근거를 둔 것으로 보이는데, 이러한 기준에 의하면, 전자의 근저당권설정등기말소청구의 소는 분쟁의 종국적인 해결 방법에 해당할 수 있을 것이나, 피담보채무부존재확인 소는 분쟁의 종국적인 해결 방법이 될 수 없어 확인의 소의 보충성에 반하는 것으로 볼 여지가 있다. 검토한 결과 전자에서의 피담보채무부존재확인 소를 제기하여 그 승소판결이 확정되더라도, 임의경매의 권원이자 분쟁의 원인이 된 근저당권설정등기를 말소하는 것은 불가능하므로, 임의경매절차를 정지 또는 취소시키기 위해서는 그 본안으로 근저당권설정등기말소청구의 소를 제기하여야 하고, 피담보채무부존재확인 소를 제기하는 것은 확인의 소의 보충성에 반해 확인의 이익이 없어 소각하 판결을 면할 수 없으며, 잠정처분에 의한 경매절차의 정지도 본안의 소가 제기된 것으로 볼 수 없어 각하되어야만 할 것이다. 이 글은 논의의 출발점에 불과하고, 앞으로 지속적인 논의를 거쳐 보다 합리적인 결론에 이르기 위한 이정표가 되고자 한다.

검색용 주제어: 확인의 소의 보충성, 근저당권, 임의경매, 채무부존재확인, 잠정처분

· 논문제출: 2025. 01. 05. · 심사개시: 2025. 01. 09. · 게재확정: 2025. 01. 27.

* 전남대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

1. 서론

민사집행법은 담보권 실행 등을 위한 경매에 관하여 제275조에서 잠정처분에 관한 제46조를 준용하도록 규정하고 있는바, 대표적인 담보권인 근저당권에 의한 경매 절차와 관련하여 대법원은 근저당권설정등기말소청구의 소나 피담보채무부존재확인¹⁾의 소¹⁾가 잠정처분의 본안소송이 될 수 있다고 판시하고 있는 한편, 근저당권설정자는 근저당권설정등기의 말소를 구하는 것이 분쟁을 유효·적절하게 해결하는 직접적인 수단이므로 그 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구하는 것은 확인의 이익이 없다고 판시하고 있다. 후자의 입장은 확인의 소가 분쟁 당사자 사이의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 확인판결을 받는 것이 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단일 때에 허용되는 것이어서, 이행청구를 할 수 있는 경우임에도 별도로 그 이행의무나 침해되는 권리의 존재 확인을 구하는 것은 불안 제거에 별다른 실효성이 없고 분쟁의 종국적인 해결 방법이 아니므로 확인의 이익이 없다는 이른바 확인의 소의 보충성에 근거를 둔 것으로 보이는데, 이러한 판단기준에 의하면, 진자에 있어서 근저당권설정등기말소청구의 소는 이행의 소로서 분쟁의 종국적인 해결 방법에 해당할 것이나, 피담보채무부존재확인¹⁾의 소는 분쟁의 종국적인 해결 방법이 될 수 없어 확인의 소의 보충성에 반하는 것으로 볼 여지가 있으므로, 이에 대한 검토가 필요하다.

II. 담보권 실행 등을 위한 경매의 입법 체계

근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서(민법 제357조 제1항), 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되는 것인바, 이 글의 논점을 검토하기 위해서는 그 법리적인 전제로서 근저당권에 의한 경매(이하 ‘임의경매’라 한다)절차에 관한 민사집행법의 관련 규정을 살펴보는 것이 필요하다.

먼저, 임의경매의 신청과 관련하여 민사집행법 제264조 제1항은 “부동산을 목적으로 하는 담보권을 실행하기 위한 경매신청을 함에는 담보권이 있다는 것을 증명하는 서류를 내야 한다.”라고 규정하고, 임의경매절차의 정지 등과 관련하여 제266조 제1항은 “다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하는 문서가 경매법원에 제출되면 경매절차를 정지하여야 한다. 1. 담보권의 등기가 말소된 등기사항증명서, 2. 담보권 등기를 말소하도록 명한 확정판결의 정본, 3. 담보권이 없거나 소멸되었다는 취지의 확정판결의 정본, 4. 채권자가 담보권을 실행하지 아니하기로 하거나 경매신청을 취하지 않겠

1) 박현아, “보험회사의 채무부존재 확인의 소에 있어 확인의 이익에 관한 판례 평석 - 대법원 2021. 6. 7. 선고 2018다257958·257965 전원합의체 판결을 중심으로 -”, 「보험법연구」, 제16권 제2호, 2022, 197면에서는 “채무부존재 확인의 소에서는 원고가 주장하는 특정한 권리 또는 법률관계의 부존재가 그 소송물이므로 그 청구를 받아들이는 인용판결은 그 법률관계의 부존재를, 그 청구를 배척하는 기각판결은 그 법률관계의 존재를 확정시킴으로써 다른 이행소송이나 적극적 확인소송과는 정반대의 결론이 된다.”라고 밝히고 있다.

다는 취지 또는 피담보채권을 변제받았거나 그 변제를 미루도록 승낙한다는 취지를 적은 서류, 5. 담보권 실행을 일시정지하도록 명한 재판의 정본”이라고, 제2항은 “제1항 제1호 내지 제3호의 경우와 제4호의 서류가 화해조서의 정본 또는 공정증서의 정본인 경우에는 경매법원은 이미 실시한 경매절차를 취소하여야 하며, 제5호의 경우에는 그 재판에 따라 경매절차를 취소하지 아니한 때에만 이미 실시한 경매절차를 일시적으로 유지하게 하여야 한다.”라고 각 규정하고 있으며, 준용 규정으로 제275조에서 “이 편에 규정한 경매 등 절차에는 제42조 내지 제44조 및 제46조 내지 제53조의 규정을 준용한다.”라고 규정하고 있는바, 제46조는 제1항에서 “제44조 및 제45조의 이의의 소는 강제집행을 계속하여 진행하는 데에는 영향을 미치지 아니한다.”라고, 제2항에서 “제1항의 이의를 주장한 사유가 법률상 정당한 이유가 있다고 인정되고, 사실에 대한 소명이 있을 때에는 수소법원은 당사자의 신청에 따라 판결이 있을 때까지 담보를 제공하게 하거나 담보를 제공하게 하지 아니하고 강제집행을 정지하도록 명할 수 있으며, 담보를 제공하게 하고 그 집행을 계속하도록 명하거나 실시한 집행처분을 취소하도록 명할 수 있다.”라고 각 규정하고 있다.²⁾

III. 검토 대상 판례의 선정

대법원 2024. 5. 9.자 2024그528 결정은 “민사집행법 제44조, 제46조 제2항에 따른 강제집행정지의 잠정처분은 청구에 관한 이의의 소에 부수된 절차이므로 그 잠정처분은 청구에 관한 이의의 소가 제기되어 있을 것을 전제로 한다. 한편 부동산을 목적으로 하는 담보권을 실행하기 위한 경매절차를 정지하려면 담보권의 효력을 다투는 소를 제기하고 민사집행법 제46조에 준하는 강제집행정지 결정을 받아 그 절차의 진행을 정지시킬 수 있는데(민사집행법 제275조), 이러한 강제집행정지 신청도 근저당권설정등기말소청구의 소나 피담보채무부존재확인 소와 같은 본안의 소가 제기되어 있을 것을 전제로 한다. 이때 본안의 소는 강제집행을 구하는 신청자가 제기한 것을 말한다.”라고 판시함으로써 피담보채무부존재확인 소를 담보권의 효력을 다투는 소로 보고 있으나(이하 ‘확인 긍정 판례’라고 한다)³⁾, 대법원 2000. 4. 11. 선고 2000다5640 판결은 “확인 소는 원고의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불

2) 제44조는 청구에 관한 이의의 소, 제45조는 집행문 부여에 대한 이의의 소에 관한 규정이다.

3) 대법원 2018. 7. 25.자 2018그578 결정도 “부동산을 목적으로 하는 담보권을 실행하기 위한 경매절차를 정지하려면 담보권의 효력을 다투는 소를 제기하고 민사집행법 제46조에 준하는 강제집행정지 결정을 받아 그 절차의 진행을 정지시킬 수 있는데(민사집행법 제275조), 이러한 강제집행정지 신청도 근저당권말소청구의 소나 피담보채무부존재확인 소와 같은 본안의 소가 제기되어 있을 것을 전제로 한다.”라고 판시하고 있고, 대법원 2018. 11. 15. 선고 2018다38591 판결은 “근저당권의 피담보채무가 부존재하는 경우, 채무자는 그 사유를 들어 민사집행법 제265조, 제268조, 제86조 제1항에 따라 경매개시결정에 대한 이의신청을 하고 같은 법 제86조 제2항에 따라 같은 법 제16조 제2항에 준하는 잠정처분을 받거나, 채무부존재확인 소 등 채무에 관한 이의의 소를 제기하고 같은 법 제46조 제2항에 따라 잠정처분을 받아 그 근저당권에 기한 임의경매절차를 정지시킬 수 있으나, 직접 근저당권에 기한 임의경매의 불허를 구하는 소를 제기할 수는 없다.”라고 판시하여 ‘채무에 관한 이의의 소’라는 용어를 사용하고 있는 점이 눈에 띄는바, 대법원 2004. 8. 17.자 2004카기93 결정에서도 ‘채무에 관한 이의의 소’라는 용어를 사용하고 있다.

안·위험이 있고 확인판결을 받는 것이 그 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단일 때 허용되는바, 근저당권설정자가 근저당권설정계약에 기한 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구함과 함께 그 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우에 근저당권설정자로서는 피담보채무가 존재하지 않음을 이유로 근저당권설정등기의 말소를 구하는 것이 분쟁을 유효·적절하게 해결하는 직접적인 수단이 될 것이므로 별도로 근저당권설정계약에 기한 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구하는 것은 확인의 이익이 있다고 할 수 없다.”라고 판시함으로써 피담보채무부존재확인 소에는 확인의 이익이 없다고 판시하고 있다(이하 ‘확인 부정 판례’라 판다).⁴⁵⁾

한편, 대법원 2015. 1. 30.자 2014그553 결정은 “민사집행법 제46조 제2항의 잠정처분은 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 있는 집행권원의 실효를 구하거나 집행력 있는 정본의 효력을 다투거나 목적물의 소유권을 다투는 구체절차 등에서 수소법원이 중국판결을 선고할 때까지 잠정적인 처분을 하도록 하는 것으로서, 청구이의의 판결 등의 중국재판이 해당 물건에 대한 강제집행을 최종적으로 불허할 수 있음을 전제로 강제집행을 일시정지시키는 것이다. 따라서 승소하더라도 그와 같은 효력이 인

4) 그 원심인 대구지방법원 1999. 12. 24. 선고 99나2582 판결에서는 “그렇다면, 원고와 소의 백일택 사이에 이 사건 부동산에 관하여 체결된 1995. 10. 23. 근저당권설정계약에 기한 피담보채무는 존재하지 아니한다 할 것이고, 피고가 이를 다투고 있으므로 원고는 그 확인을 구할 이익이 있다 할 것이며, 또한 위 피담보채무가 존재하지 아니하는 이상 피고는 원고 등에게 위 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다 할 것이므로, 이를 구하는 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 이를 인용할 것인바, 원심판결은 이와 결론을 달리 하여 부당하므로 원고의 항소를 받아들여 원심판결을 취소하여 위와 같이 원고의 청구를 인용”한다고 판단하였다.

참고로 대법원 2019. 11. 28. 선고 2019다235733 판결은 공정증서에 의한 강제집행과 관련하여 “원심은 그 판시와 같은 이유를 들어, 원고로서는 이 사건 공정증서에 대하여 청구이의의 사유를 주장하여 그 집행력을 배제하는 것이 분쟁을 해결하는 가장 유효·적절한 수단이 되므로, 이 사건과 같이 원고가 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안과 위험을 제거하는 가장 유효·적절한 수단인 청구이이의 소를 제기한 경우, 그와 함께 제기된 채무부존재확인청구의 소는 확인의 이익이 없다고 판단하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 확인의 이익에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.”라고 판시하고 있다.

5) 이현재, “근저당권설정자가 피담보채무부존재확인과 함께 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우, 피담보채무부존재확인을 구할 소의 이익이 있는지 여부 -대법원 2000. 4. 11. 선고 2000다5640 판결을 위한 변론-”, 「성균관법학」, 제27권 제1호, 2015, 161-162면에서는 “「근저당권설정자」가 피담보채무부존재확인과 함께 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우, 피담보채무부존재확인을 구할 소의 이익이 있는지 여부에 관한 대판 2000.4.11, 2000다5640(이하 ‘대상판결’이라 한다)만큼 많은 비판을 받아온 판결도 없을 것 같다. 대상판결은 확인의 소의 보충성을 오해 또는 부당하게 확대적용한 것이라거나 확인의 소의 보충성을 완화하자고 주장하거나 심지어 보충성의 원칙은 불필요하다고 주장하는 학자들로부터 비판의 강도가 심했고, 그 비판은 지금까지도 수그러들지 않고 있다. 비판적 견해는 “대상판결은 변경되거나 예외적인 경우에 한하여 적용되어야 한다.”거나, “대상판결의 판시는 명시적으로 폐기되어야 한다.”거나 또는 “근저당권의 피담보채무부존재확인청구에 대하여는 이른바 확인의 소에 대한 보충성의 원칙이 적용될 필요가 없고 근본적으로는 보충성의 원칙 자체가 폐기되어야 한다.”고 주장하고 있다. 비판적 견해가 공통적으로 들고 있는 논거는 채무부존재확인청구는 근저당권설정등기말소청구와는 소송물 및 기판력에서 서로 다르고, 채무부존재확인청구를 독자적으로 제기할 필요성이 있으며, 피담보채무부존재확인청구는 근저당권설정등기말소청구의 선결적 법률관계로서 중간확인 소(민사소송법 제264조)와 같은 성격이어서 처음부터 소의 보충성의 원칙이 문제되지 않는다는 것 등이다.”라고 정리하고 있다.

정되지 않는 채무부존재확인 소를 제기한 것만으로는 위 조항에 의한 잠정처분을 할 요건이 갖추어졌다고 할 수 없다.”라고 판시하고 있는바, 이러한 판시 내용 등을 종합할 때, 임의경매절차에 민사집행법 제46조 제2항을 준용하는 제275조의 해석에 있어서는 일단 어떠한 중국재판이 해당 물건에 대한 임의경매를 최종적으로 불허할 수 있는지가 판단의 기준이 되어야 할 것으로 보인다.⁶⁾

IV. 검토 대상 사례의 설정

확인 긍정 판례가 임의경매절차가 개시된 사안을 대상으로 하고 있음은 그 내용상 명백한 것으로 보이나, 확인 부정 판례에서는 근저당권에 대하여만 언급하고 있을 뿐, 이에 의한 임의경매절차에 대해서는 언급하고 있지 않는바, 이 글의 논점을 검토하기 위해서는 첫째, 확인 부정 판례도 확인 긍정 판례와 같이 임의경매절차가 개시된 경우를 전제로 하여야만 2가지 판례들에 대한 법리적인 비교·분석을 통하여 합리적이고 타당한 결론의 도출이 가능할 것으로 보이고, 둘째, 확인 부정 판례는 근저당권설정등기말소청구와 함께 피담보채무부존재확인을 병합하여 소 제기한 사안에 대한 것인바, 이러한 병합청구의 특수성을 배제한 일관성 있는 법리를 세우기 위해서는 확인 긍정 판례 중 본안으로 피담보채무부존재확인 소만을 제기한 경우를 검토의 대상으로 삼아 판단하는 것이 합리적으로 보인다.⁷⁾ 나아가 이러한 요건을 충족 하되, 물상보증인 등 다른 쟁점이 결론에 영향을 미칠 수 없도록, 부동산 소유자가 채무자로 돈을 빌리면서 그 차용금채무를 피담보채무로 하여 근저당권 설정자로서 채권자를 근저당권자로 하는 근저당권설정등기를 마쳐 주었는데, 차용금의 변제기가 도래하였음에도 그 변제가 이루어지지 않자, 채권자인 근저당권자가 임의경매를 신청하여 경매법원이 임의경매개시결정을 하면서 그 등기를 촉탁함에 따라 임의경매개시결정 등기가 마쳐진 후 임의경매개시결정이 채무자 겸 소유자(이하 ‘채무자’라 한다)에게 송달되자, 채무자가 차용금채무를 전액 변제한 다음 근저당권의 피담보채무인 차용금채무의 부존재확인을 구하는 소를 제기하고, 이를 본안으로 하여 임의경매절차의 정지를 구하는 잠정처분을 신청한 경우(이하 ‘이 사건 사례’라 한다)를 대상으로 하여 검토하면 필요충분할 것으로 보인다.

6) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다4381 판결은 “청구이의의 소는 집행권원이 가지는 집행력의 배제를 목적으로 하는 것으로서 청구이의의 소의 판결이 확정되더라도 당해 집행권원의 원인이 된 실체법상 권리관계에 관하여 기판력이 미치지 않으므로, 채무자가 채권자에 대하여 채무부담행위를 하고 그에 관하여 강제집행승낙문구가 기재된 공정증서를 작성하여 주었으나, 그 공정증서에 관한 청구이의의 소를 제기하지 않고 그 공정증서의 작성원인이 된 채무에 관하여 채무부존재확인 소를 제기한 경우 채무자의 목적이 오로지 공정증서의 집행력 배제에 있다고 할 수 없는 이상 청구이의의 소를 제기할 수 있다는 사정만으로 채무부존재확인소송이 확인의 이익이 없어 부적법하다고 볼 것은 아니다.”라고 판시하고 있는바, 이에 따른다면 채무부존재확인소송을 제기한 채무자의 목적이 공정증서의 집행력 배제에만 있는 경우 확인의 이익이 없는 것으로 보아야 할 것이다.

7) 근저당권설정등기말소청구의 소가 본안으로 될 수 있음은 확인 긍정 판례나 확인 부정 판례의 해석상 이견이 없는 것으로 보이므로, 이 글의 논점과 관련하여 검토의 대상으로 삼을 필요는 없을 것이다.

V. 확인의 소에서의 확인의 이익과 보충성

1. 확인의 소에서의 확인의 이익

확인 소는 ‘권리·법률관계’의 존재·부존재의 확인을 요구하는 소이다[예외적으로 사실관계의 확인으로서 증서의 진정 여부를 확인하는 소가 인정된다(법8) 250조)]. 확인 소에는 확인의 이익이 있어야 한다. 소유권·상속권 등 절대권 자체나 임대차관계·고용관계와 같은 포괄적 권리관계 등 모든 법률관계를 소의 대상으로 한다.⁹⁾ 논리적으로는 확인의 대상이 무제한해질 수 있으므로 따라서 확인 소에 있어서는 소의 이익이 그 통제에 중요한 역할을 한다.¹⁰⁾ 이러한 소의 이익은 현재의 권리·법률관계일 것을 요하는 대상적격과 확인의 이익이라는 두 가지의 문제로 대별하여 볼 수 있을 것인바, 확인 소에서 확인의 이익이 있는지 여부는 직권조사사항이므로 당사자의 주장 여부에 관계없이 법원이 직권으로 판단하여야 한다.¹¹⁾ 확인 소에서 확인의 이익은 소송물인 법률관계의 존부가 당사자 사이에 불명확하여 그 관계가 즉시 확정됨으로써 원고의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 위험이나 불안(불안정)이 제거될 수 있는 경우에 존재한다. 이를 ‘즉시확정의 법률상 이익’이라 한다. 확인의 이익은 확인 소에 특수한 소의 이익으로서 국가적·공익적 측면에서는 무익한 소송제도의 이용을 통제하는 원리로 작용한다.¹²⁾ 확인 소는 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고, 그 불안·위험을 제거함에는 확인판결을 받은 것이 가장 유효적절한 수단일 때에 인정된다. 따라서 확인의 이익은 구체적인 분쟁의 해결을 위하여 유효적절한 수단인지 아닌지 여부의 관점에서 실질적이고 개별적으로 판단해야 한다.¹³⁾ 우리나라 민사소송법에는 확인의 이익에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않고, 독일 민사소송법 제256조 제1항의 규정을 우리 법이론에 도입한 것으로,¹⁴⁾ 이를 번역하면 ‘법률상 이익’과 ‘가능한 빠른 재판’을 요건으로 하고 있는바, 후자를 ‘즉시 확정’이라고 표현하는 것으로 보인다. 대법원도 확인의 이익과 관련하여 “확인 소는 원칙적으로 분쟁 당사자 사이의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 확인판결을 받는 것이 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단

8) 민사소송법을 가리킨다.

9) 김홍엽, 「민사소송법」, 박영사, 2024, 249면.

10) 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2024, 244면.

11) 대법원 2024. 6. 13. 선고 2018다261322 판결, 대법원 2022. 6. 16. 선고 2022다207967 판결.

12) 정다영, “소극적 확인의 소에서의 확인의 이익 - 대법원 2021. 6. 17. 선고 2018다257958, 257965 전원합의체 판결과 관련하여 -”, 「재산법연구」, 제38권 제3호, 2021, 332면에서는 “확인 소의 이익은 필요 없는 소송에 들어가는 시간이나 노력의 낭비를 막기 위하여 불안심을 아예 하지 않도록 하기 위한 소송요건이면서도, 피고의 어떤 행태 때문에 원고에게 법적 불안이 있어 소를 제기하였는지, 그리고 청구 인용판결을 하면 문제가 해결되는지를 보아 판단하는 것이므로, 실질적으로 소송물의 내용을 알아야 비로소 판단할 수 있다는 점에서 역설적으로 본안과 밀접하게 관련된 소송요건이다.”라고 평가하고 있다.

13) 김홍엽, 앞의 책, 302-303면.

14) § 256 Feststellungsklage (1) Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung ihrer Unechtheit kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.

일 때에 한하여 허용된다.”라고 밝히고 있다.¹⁵⁾ 확인의 이익은 ① 법률상의 이익(반사적으로 받게 되는 사실적·경제적 이익은 포함되지 않으므로, 판결로 불안을 제거함으로써 원고의 법률상의 지위에 영향을 줄 수 있는 경우여야 함),¹⁶⁾ ② 현존하는 불안의 존재(원고의 권리나 법적 지위가 다른 사람으로부터 부인을 당하거나 양립하지 않는 주장을 당하게 되는 경우여야 함), ③ 불안 제거에 유효·적절한 수단(원고의 권리나 법적 지위의 불안을 해소하기 위해 확인판결을 받는 것 이외에 유효·적절한 수단이 없을 것을 요하고, 문제해결에 다른 구체 수단이 있으면 이를 택하여야지 중도에 그칠 확인은 그 이익이 없음)¹⁷⁾이라는 세 가지의 요건을 갖추어야 할 것인바, 확인의 소의 보충성 문제는 세 번째 요건과 관련된 것으로 이 글의 핵심 논점이므로, 향을 바꾸어 상세히 살피기로 한다.

2. 확인의 소와 보충성

확인 소의 보충성은 다른 직접적인 권리구제 수단이 있는 경우 확인의 이익이 인정될 수 있는지 즉, 이행 또는 형성의 소를 제기할 수 있는 경우 그 권리관계에 대한 확인의 소를 제기할 수 있는가의 문제로, 권리구제 방법 선택의 적절성의 문제이다. 이것은 그 불안·위험을 제거함에 있어서 확인판결을 받은 것이 가장 유효·적절

15) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2023다244499 판결.

대법원 2024. 3. 28. 선고 2019다253700 판결도 “회생채권자표가 작성된 회생절차가 종료된 후라도 채무자가 회생채권자표 기재에 관한 무효 확인의 소를 제기하는 것이 그 회생채권자표 기재 회생채권에 관한 권리관계의 불안이나 위험을 제거하기 위하여 유효적절한 수단이 되는 경우에는 이를 허용할 수 있다.”라고 판시하고 있다.

16) 이와 관련하여 ① 대법원 2024. 5. 23. 선고 2020므15896 전원합의체 판결은 “가족관계등록부의 잘못된 기재가 단순한 불명예이거나 간접적·사실상의 불이익에 불과하다고 보아 그 기재의 정정에 필요한 자료를 확보하기 위하여 기재 내용의 무효 확인을 구하는 소에서 확인의 이익을 부정한다면, 혼인무효 사유의 존부에 대하여 법원의 판단을 구할 방법을 미리 막아버림으로써 국민이 온전히 권리구제를 받을 수 없게 되는 결과를 가져올 수 있다.”라고, ② 대법원 2018. 8. 1. 선고 2014두42520 판결은 “행정처분의 직접 상대방이 아닌 자로서 그 처분에 의하여 자신의 환경상 이익을 침해받거나 침해받을 우려가 있다는 이유로 취소나 무효확인을 구하는 제3자는 자신의 환경상 이익이 그 처분의 근거 법규 또는 관련 법규에 의하여 개별적·직접적·구체적으로 보호되는 이익, 즉 법률상 보호되는 이익임을 입증하여야 원고적격이 인정된다.”라고, ③ 대법원 2016. 7. 22. 선고 2015다66397 판결은 “주주총회결의 부존재 확인의 소는 채소권자의 제한이 없으므로 결의의 부존재의 확인에 관하여 정당한 법률상 이익이 있는 자라면 누구나 소송으로써 그 확인을 구할 수 있으나, 확인의 소에 있어서 확인의 이익은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 그 불안·위험을 제거함에는 확인판결을 받는 것이 가장 유효·적절한 수단일 때에만 인정된다. 그리고 주식회사의 주주는 주식의 소유자로서 회사의 경영에 이해관계를 가지고 있다고 할 것이나, 회사의 재산관계에 대하여는 단순히 사실상, 경제상 또는 일반적, 추상적인 이해관계만을 가질 뿐, 구체적 또는 법률상의 이해관계를 가진다고 할 수 없다.”라고 각 판시하고 있다.

17) 이와 관련하여 ① 대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다29013, 29020, 29037, 29044 판결은 “확인 소에서 ‘확인 이익’이란 당사자의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고, 이를 제거함에 확인판결을 받는 것이 가장 유효적절한 수단일 때 인정된다.”라고, ② 대법원 2022. 12. 15. 선고 2019다269156 판결은 “확인 소에서 확인의 이익은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 그 불안·위험을 제거하는 데 피고를 상대로 확인판결을 받는 것이 가장 유효적절한 수단일 때 인정되므로, 원고의 권리 또는 법률관계를 다툼으로써 원고의 법률상 지위에 불안·위험을 초래할 염려가 있다면 확인의 이익이 있다.”라고 각 판시하고 있다.

한 수단이어야 한다는 것이다. 확인의 소가 다른 분쟁해결수단보다 우월성(優越性)을 가져야 하고, 확인의 소 내에서도 가장 유효·적절한 방법으로 행사하여야 한다.¹⁸⁾ 따라서 확인의 소 이외에 이행의 소 또는 형성의 소가 보다 우월한 분쟁해결수단으로 평가되는 경우에는 확인의 소의 권리보호의 이익이 없다고 하여야 한다. 이를 통상 확인의 소의 보충성(補充性, Subsidiarität)이라 하는데,¹⁹⁾ 이것은 확인판결이 집행력·형성력을 가지고 있지 아니하므로 분쟁을 근본적으로 해결할 수 없다는 성질에 기인한 것이다.²⁰⁾

대법원 2023. 12. 21. 선고 2023다275424 판결은 “확인 소는 원칙적으로 분쟁 당사자 사이의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 확인판결을 받는 것이 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단일 때에 허용되는바, 이행청구를 할 수 있는 경우임에도 별도로 그 이행의무의 존재 확인을 구하거나 손해배상청구를 할 수 있는 경우임에도 별도로 그 침해되는 권리의 존재 확인을 구하는 것은 특별한 사정이 없는 한 불안 제거에 별다른 실효성이 없고 소송경제에 비추어 유효·적절한 수단이라 할 수 없어 분쟁의 종국적인 해결 방법이 아니므로 확인의 이익이

18) 김세진, “확인 소의 보충성과 확인의 이익 판단의 기준시기 - 대판 1999. 6. 8, 99다 17401, 17418 및 2010. 7. 15, 2010다2428, 2435 -”, 「법조」, 제60권 제11호, 2011, 253면에서는 “따라서 채무부존재확인 본소가 제기된 상태에서 채무이행청구의 반소가 제기되어 심리·판단되는 경우 채무부존재확인 본소의 처리에 관하여는 본소 청구에 확인의 이익이 없어 본소가 각하되어야 한다고 보는 것이 이행청구소송을 제기할 수 있는 경우에는 확인의 소를 제기할 이익이 없게 된다는 확인 소의 보충성과 소송요건의 존부 판단의 기준 시는 사실심 변론종결 시가 원칙인 점에 비추어 이론상 무리가 없을 뿐만 아니라 실무적으로도 심리와 소송기록의 간소화, 판결서의 부담 경감 등을 도모할 수 있어 소송경제에도 부합할 것이다.”라고 밝히고 있다.

19) 최성호, “근저당권의 피담보채무에 관한 부존재확인 소에 관한 검토 - 대법원 2013. 8. 23. 선고 2012다17585 판결을 소재로 -”, 「민사소송」, 제18권 제2호, 2014, 82-83면에서는 “이행 소를 제기할 수 있음에도 확인 소를 제기하였다는 이유로 당사자를 법정 밖으로 쫓아 버리는 보충성의 법리를 계속 존속시켜야 하는가 하는 의문이 있다. 더구나 이러한 보충성의 원칙이 확대되어 당사자의 소권에 영향을 미치는 남용 사례가 나타나는 적용의 확대가 있기에 당사자의 확인 소가 이행 소보다 다소 유효 적절하지 않다고 하여도 이를 법원에서 심리하는 것이 당사자의 선택을 존중하는 태도이고 나아가서 그로 인한 다소의 불합리한 점은 법원이 당사자의 이익이 되는 방향으로 소송의 형태를 변경하도록 한다면 실질적인 유효적절한 재판이 될 수 있기에 보충성의 원칙은 폐기되어 더 이상 이를 이유로 소송이 각하되는 사례가 없어야 한다는 입장이다.”라고 보충성 자체를 부정하는 견해를 밝히고 있다.

20) 정영환, 「신민사소송법」, 법문사, 2019, 389-390면.
이러한 확인 소의 보충성에 관하여 ① 정동윤·유병현·김경욱, 「민사소송법」, 법문사, 2019, 425면에서는 “확인 소가 원고의 법적 지위의 불안 또는 위험을 제거하기 위하여 가장 유효적절한 수단이어야 한다. 이것은 분쟁의 해결수단으로서 확인 소에 의하는 것이 적합한가 아닌가의 문제이다. 따라서 확인판결보다 더 발본색원적인 수단이 있는 경우 또는 확인 소에 의하지 않고 목적을 달할 수 있는 경우에는 확인 소의 권리보호의 필요가 부정된다.”라고, ② 호문혁, 「민사소송법」, 법문사, 2020, 331면에서는 “확인 소를 제기하여 승소 확정판결을 얻더라도 그로써는 권리가 실현되지 않는다. 확인받은 권리가 이행청구권이라도 그로써 집행을 하는 것은 불가능하고, 형성권을 확인받아도 그로써 법률관계가 변동되는 것이 아니다. 결국 권리의 보호나 실현을 위해서는 이행 소나 형성 소를 제기해야 하므로, 이행 소나 형성 소를 제기할 수 있는 경우에 확인 소는 궁극적 권리보호 내지 실현 수단이 되지 못한다. 이를 이유로 해서 이행 소나 형성 소를 제기할 수 있는 경우에는 확인 소가 적절한 수단이 되지 못한다고 보아 확인의 이익이 없다고 한다(확인 소의 보충성). 그러나 이처럼 확인 소의 보충성을 일반적으로 인정하는 것은 타당하지 않다. 확인의 이익이 본래 구체적 상황에 따른 이익이니만큼 보충성도 구체적인 상황에 맞게 판단해야 한다.”라고 각 밝히고 있다.

없다.”라고 이행의 소와 관련하여,²¹⁾ 대법원 2024. 1. 4. 선고 2023다244499 판결은 “확인소는 원칙적으로 분쟁 당사자 사이의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 확인판결을 받는 것이 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단일 때에 한하여 허용된다. 특히 단체의 임원 혹은 당선인 등의 지위의 적극적인 확인을 구하는 단체 내부의 분쟁에 있어서 피고가 되는 자는 그 청구를 인용하는 판결이 선고될 경우 승소판결의 효력이 미치는 단체 자체라 할 것이므로, 달리 특별한 사정이 없는 한 해당 단체 아닌 자를 상대로 지위 확인을 구하는 것은 그 지위를 둘러싼 당사자들 사이의 분쟁을 근본적으로 해결하는 유효·적절한 방법이 될 수 없어 소의 이익을 인정하기 어렵다.”라고 확인의 소에서의 가장 유효·적절한 방법과 관련하여²²⁾ 각 판시하고 있다.

이 사건 사례에서 피담보채무부존재확인소를 제기하는 것이 근저당권설정등기말소청구의 소와의 관계에서 확인의 소의 보충성이라는 제약을 받는 것인지가 바로

21) 이와 같은 맥락에서 ① 대법원 2017. 3. 30. 선고 2016다21643 판결은 “갑 유한회사의 사원이자 이사를 을 등이 갑 회사가 사원총회를 열어 을 등의 보수를 감액하는 내용의 결의를 하자, 갑 회사를 상대로 보수감액 결의의 무효확인을 구한 사안에서, 보수감액 결의는 그 자체로 임용계약에 이미 편입된 을 등의 보수청구권에 아무런 영향을 미칠 수 없는 것이므로, 을 등은 사원의 지위에서 법률상 의미가 없는 보수감액 결의에 구속되는 법률관계에 있거나 결의내용의 객관적 성질에 비추어 사원으로서의 이익이 침해될 우려가 있다고 볼 수 없고, 이사의 지위에서 스스로 위와 같은 결의를 준수하여 자신들에 대한 보수를 감액 지급할 의무를 부담하는 것도 아닐 뿐만 아니라, 임용계약의 당사자로서 을 등에게 야기될 수 있는 불안도 갑 회사가 보수감액 결의에 의하여 감액된 보수를 지급하지 않을 수 있다는 사실상·경제상 이익에 대한 것일 뿐 을 등의 권리나 법적 지위에 어떠한 위험이나 불안이 야기되었다고 볼 수 없으며, 을 등이 갑 회사에 대하여 감액된 보수의 지급을 구하는 것이 갑 회사의 보수청구권을 둘러싼 분쟁을 해결하는 데에 직접적인 수단이 되는 것이므로, 보수감액 결의의 무효확인을 구하는 것이 을 등의 불안과 위험을 제거하는 가장 유효·적절한 수단이라고 볼 수 없다.”라고, ② 대법원 2017. 6. 29. 선고 2014다30803 판결은 “갑 소유의 부동산에 관하여 을 명의의 소유권이전등기청구권가등기가 마쳐진 후 위 부동산에 관하여 가압류등기를 마친 병 주식회사가 위 가등기가 담보목적 가등기인지 확인을 구한 사안에서, 부동산등기법 제92조 제1항에 따라 병 회사의 위 가압류등기가 직권으로 말소되는지가 위 가등기가 순위보전을 위한 가등기인지 담보가등기인지에 따라 결정되는 것이 아니므로, 병 회사의 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 존재한다고 볼 수 없고, 만약 위 가등기가 담보가등기임에도 을이 청산절차를 거치지 않은 채 본등기를 마친다면, 병 회사로서는 갑을 대위하여 본등기의 말소를 구할 수 있고 그에 따라 위 가압류등기도 회복시킬 수 있을 것이므로, 담보가등기라는 확인의 판결을 받는 것 외에 달리 구제수단이 없다고 보기 어려운데도, 병 회사의 청구가 확인의 이익이 있다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다.”라고 각 판시하고 있다.

22) 이와 같은 맥락에서 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다54535, 54542 판결은 “확인소는 반드시 당사자 사이의 법률관계에 한하지 않고 당사자 일방과 제3자 사이 또는 제3자 상호간의 법률관계도 그 대상이 될 수는 있으나, 그러한 법률관계의 확인을 구할 이익이 있다고 하기 위하여는 원고의 권리 또는 법적 지위에 현존하는 위험·불안이 있어 그 법률관계를 확인판결에 의해 즉시 확정할 필요가 있고 그것이 가장 유효적절한 수단이 되어야 한다. 따라서, 독립당사자참가인의 권리 또는 법률상 지위가 원고로부터 부인당하거나 또는 그와 저촉되는 주장을 당함으로써 위험을 받거나 방해받는 경우에는 독립당사자참가인은 원고를 상대로 자기의 권리 또는 법률관계의 확인을 구하여야 하며, 그렇지 않고 원고가 자신의 주장과 양립할 수 없는 제3자에 대한 권리 또는 법률관계를 주장한다고 하여 원고에 대하여 원고의 그 제3자에 대한 권리 또는 법률관계가 부존재한다는 확인을 구하는 것은, 설령 그 확인의 소에서 독립당사자참가인이 승소판결을 받는다고 하더라도 그로 인하여 원고에 대한 관계에서 자기의 권리가 확정되는 것도 아니고 판결의 효력이 제3자에게 미치는 것도 아니라는 점에서 확인의 이익이 있다고 할 수 없다.”라고 판시하고 있다.

이 글의 결론과 직결될 것이므로, 이에 관하여 구체적으로 살핀다.

VI. 피담보채무부존확인의 소의 보충성과 관련된 견해들의 분류

1. 확인의 이익 부정설

그 확인의 이익을 부정하는 학설로는, ① 확인 부정 판례 사안에서의 소의 이익에 관하여 “피담보채무가 부존재한다고 하여 근저당권말소등기를 청구하는 경우(근저당권말소등기청구를 현재의 이행의 소로 제기하는 경우)에는 분쟁의 주된 대상은 말소등기 자체이므로 피담보채무의 부존재확인은 분쟁의 유효적절한 수단이 될 수 없다. 따라서 이 경우 채무부존재확인의 소는 확인의 이익이 없다고 봄이 상당하다.”라는 견해가 있고,²³⁾ ② 확인 부정 판례에 관하여 소개하거나²⁴⁾ 이와 함께 반대설이 있다고만 언급하는 내용도 찾아볼 수 있으며,²⁵⁾ ③ “피담보채무를 변제했으면 근저당권말소청구를 해야 하는 것이지 피담보채무부존재확인의 소를 제기해서는 안 된다(00.4.11. 2000다5640).”라는 견해가 있고,²⁶⁾ ④ “또한 저당피담보채무의 부존재를 이유로 한 저당권설정등기말소청구 외에 그 피담보채무의 부존재확인을 구할 권리보호의 이익 또는 필요가 없다.”라는 견해도 있으며,²⁷⁾ ⑤ “가령 청구권 자체의 확인은 이행소송을 제기하는 쪽이 집행의 면도 충족되고 효율적이며 발본적 해결이 되므로 원칙적으로 확인의 이익이 있다고 할 수 없다(확인소송의 보충성).”이라고 밝히면서 각주에서 확인 부정 판례를 소개하는 견해가 있고²⁸⁾ ⑥ “판례는 근저당권설정등기의 말소를 구하는 것 외에, 피담보채무의 부존재 확인을 구하는 것, ~중략~ 은 확인의 이익이 없다고 하였다.”라고 하면서 각주에서 확인 부정 판례를 언급하는 견해도 찾을 수 있는바,²⁹⁾ 이러한 견해들이 이 사건 사례와 같이 본안으로 근저당권의 피담보채무부존재확인만 소구하였음을 전제로 한 것인지, 확인 부정 판례와 같이 이와 함께 근저당권설정등기말소청구까지 함께하였음을 전제로 한 것이지는 명백하지 않으나, 전반적으로 확인의 이익을 부정하는 입장에 가까운 것으로 볼 수는 있을 것이고,³⁰⁾ 한편, ⑦ “이 판례³¹⁾의 법리를 적용함에 있어서는 신중을 요한다. 판례가 문

23) 김홍엽, 앞의 책, 318면.

24) 범경철·곽승구, 「민사소송법」, 정독, 2024, 211-212면, 이태영, 「민사소송법강의」, 법문사, 2022, 80면.

25) 이시윤, 앞의 책, 252면.

26) 전원열, 「민사소송법 강의」, 박영사, 2021, 253면.

27) 정영환, 앞의 책, 390면.

28) 전병서, 「강의 민사소송법」, 박영사, 2021, 265면.

29) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 426면. 이에 앞서 그 425면에서는 “이 보충성이 절대적인 것이 아님을 주의하여야 한다.”라고 하면서 “그리하여 이행판결이 있는 청구권에 관하여 시효중단의 필요가 있는 때, 또 확인판결만 있어도 피고가 이행할 것을 기대할 수 있는 때(예컨대 피고가 국가 또는 공공단체인 경우에는 예외적으로 권리보호의 필요가 인정된다.”라고 밝히고 있으나, 이러한 점만으로 이 사건 사례에서 확인의 이익을 긍정하는 취지의 주장으로 보기에 부족하다.

30) 김용진, “소극적 확인의 소와 이행의 소의 관계에 대한 국내법적 처리 방향과 국제적 차원에서의 대응 방안”, 「인권과 정의」, 제459호, 2016, 24면에서는 “독일에서의 논의 또한 이와 다르지 않다. 통설에 따르면 소송계속 중인 이행의 소는 그에 상응한 확인의 소의

제 삼는 피담보채무의 부존재를 이유로 근저당권설정등기의 말소를 구하는 이행의 소에서 피담보채무부존재는 말소등기 청구권과의 관계에서 선결적 법률문제라고 할 수 있다. 따라서 병합된 피담보채무부존재확인 소는 선결적 법률관계에 대하여 별도의 소를 제기하는 것이라고 할 수 있다. 그런데 이러한 선결적 법률관계는 근저당권말소등기소송에서 中間確認의 訴(민사소송법 제264조)의 대상에 속한다. 중간확인 소도 일반 소송과 마찬가지로 기판력이 발생한다. 그러나 이러한 중간확인 소에 대해서 확인의 소의 보충성이 문제되지는 아니한다. ~중략~ 이와 같이 병합소송까지 엄격하게 보충성의 원칙을 관철하는 경우에는 中間確認의 訴(민사소송법 제264조)를 사실상 무용하게 만들어 버릴 위험성을 안고 있다는 점에서 찬성할 수 없으며, 병합된 선결적 법률관계에 대한 확인의 소에 대해서는 확인의 소의 보충성이 요구되지 않는다고 보아야 한다. 다만 이와 같이 선결적 법률관계에 있지 아니하는 경우에는 근저당권말소등기를 구하지 아니한 채 피담보채무부존재확인을 구하는 것은 확인의 소의 보충성에 비추어 허용될 수 없다고 보아야 한다.”라는 견해도 병합청구된 경우의 당부에 대해서는 아래에서 따로 살피기로 하되, 이 사건 사례의 경우에는 확인의 이익이 부정된다는 취지로 볼 수 있을 것이다.³²⁾

2. 확인의 이익 긍정설

그 확인의 이익을 긍정하는 학설로는, ① “저당권설정자가 저당권자를 상대로 피담보채무의 부존재를 청구원인에서 주장하면서 저당권설정등기말소청구의 소를 제기하는 것이 일반적인데 말소청구와 함께 피담보채무의 부존재확인청구를 병합하거나 혹은 피담보채무의 부존재확인만을 구하는 경우 각각 확인의 이익이 문제된다. 전자와 같이 말소청구와 피담보채무부존재확인청구를 병합한 경우 판례는 확인의 이익을 부정하고 있으나 반대의 견해도 있다. 저당권말소등기청구가 설정자와 저당권자 간에 권리·의무 관계를 종국적으로 해결하는 것은 아니므로 발본색원을 위한 분쟁해결 차원에서 부존재확인청구를 병합하는 것을 언제나 부적법하다고 보는 것은 타당하지 않다. 양 청구의 소송물이 다를 뿐 아니라 저당권의 말소를 명하는 판결이 바로 피담보채무의 부존재를 의미하는 것도 아니기 때문이다. 이러한 차원에서 본다면 저당권이 설정되어 있는 상태에서 저당권이 표창하는 피담보채무의 부존재만을 구하는 소 역시 확인의 이익을 인정할 수 있다.”라는 견해가 있고,³³⁾ ② “c) 주의할 점(보충성과 무관한 경우): 여기서 주의할 것이 있다. 소유권 확인을 구하고 다시 소유권이 있음을 전제로 건물 인도를 구하는 경우처럼 확인을 구하는 법률관계가 이행의 소의 선결문제인 경우이다. 이 경우도 얼핏 보면 확인의 소와 이행의 소의 관계이므로 확인의 소의 보충성이 문제될 것으로 생각될 것이다. 그러나 이때는 문제되는 권리·법률관계가 서로 다르고 기판력에 의하여 확정되는 내용도 다르다. 그리고 한 법률관계가 다른 법률관계의 선결문제가 되므로 건물 인도청구 소송 중에 소유권 확인의

소송물을 포함하며, 판례 또한 확인청구는 이행청구에 포함되어 있어 소송물이 동일하다고 본다. 다만, 일부 청구시에는 잔부에 대한 (소극적) 확인의 소를 제기할 수 있을 뿐이라고 한다.”라고 정리하고 있다.

31) 확인 부정 판례를 가리킨다.

32) 박찬주, “確認의 對象과 權利保護의 利益”, 「법학논총」, 제17권 제1호, 2010, 280-281면.

33) 한충수, 「민사소송법」, 박영사, 2021, 207면.

소를 제기하면 이것이 중간확인의 소로 적법함(제264조)은 당연하다. 그러므로 이런 경우에는 확인의 소의 보충성과 아무런 관계가 없다. 그럼에도 불구하고 우리 실무에서 이를 혼동하여 잘못된 재판을 하는 경우가 있다. 특히 판례는 근저당권설정계약에 기한 피담보채무의 부존재확인을 구하면서 근저당권말소청구를 한 경우에 채무부존재확인청구는 확인의 이익이 없다고 하였고, ~중략~ 이들은 모두 확인의 소의 보충성을 오해하였거나 부당하게 확대적용하는 것으로 타당하지 않다.”라는 견해를 찾을 수 있으며,³⁴⁾ ③ “근저당권채무부존재확인 소는 근저당권의 말소청구의 소와는 구별되는 별개의 독립된 청구로 취급되어야 한다면, 근저당권채무부존재확인 소는 결코 관련 분쟁해결수단의 부수적 기능을 한다는 이유만으로 소의 이익이 없어 부적법 각하될 수 없다.”라고 하면서³⁵⁾ “근저당권의 피담보채무의 부존재확인 소에 대한 이른바 확인의 소에 대한 보충성의 원칙이 적용될 필요가 없고 근본적으로는 보충성의 원칙 자체가 폐기되어야 한다. 이러한 보충성의 원칙은 동일한 법률관계에 관하여 이행의 소를 제기할 수 있음에도 불구하고 확인의 소를 제기하는 것을 제한할 필요가 있다는 취지에서 적용되었는바, 그렇다면 서로 다른 법률관계에 있는 근저당권등기말소청구의 소와 피담보채무부존재확인청구의 소 사이에는 보충성의 원칙이 적용될 수 없는 것임에도 불구하고, 실무에서 적용이 계속되고 있다면, 이는 잘못된 적용이라고 할 것이다.”라는 견해도 있고,³⁶⁾ ④ “원고가 채무의 부존재를 이유로 하는 근저당권설정등기말소청구의 소에 추가하여 채무부존재확인청구의 소를 제기하는 것도, 전자의 원고승소 판결의 기판력이 당해 채무의 부존재를 확정하는 것은 아니기 때문에 원고의 법률상의 지위의 불안정을 완전히 제거하기 위해서는 채무부존재확인을 구하는 것이 유효·적절하다고 할 것이므로, 확인의 이익이 인정된다는 견해이다. 나아가 단순한 이행의 소를 통하여 그 목적을 달성하여도 후에 그 법적 상태가 다시 문제될 가능성이 있다면, 이를 완전히 단절하기 위하여 소극적 확인의 소를 제기하는 것이 권장된다고 할 수도 있는바, 그 이유는 소극적 확인의 소는 당사자 사이의 법률관계의 명확화, 안정화를 강화하는 것임과 동시에, 이행의 소를 보조하는 지위에 있기 때문이라는 견해도 보충성의 원칙을 수용할 수 없다는 견해이다.”라는 주장도 있으며,³⁷⁾ ⑤ 한편, “다만 피담보채무액에 관하여 다툼이 있어 선이행의 무인 피담보채무의 변제를 조건으로 근저당권말소등기를 청구하는 경우(근저당권말소등기청구를 장래의 이행의 소로 제기하는 경우)에는 분쟁의 주된 대상은 말소등기뿐만 아니라 피담보채무액의 확정에 있으므로 조건부 말소등기청구와 병합하여 채무부존재확인청구(피담보채무액은 원고가 주장하는 채무액을 초과해서는 존재하지 않는다는 청구)를 하는 것은 분쟁해결의 유효적절한 수단이 되므로 이때 채무부존재확인 소는 확인의 이익이 있다고 볼 수 있다.”라는 견해도 넓은 의미에서 확인의 이익을 긍정하는 의견으로 분류할 수 있을 것이다.³⁸⁾

34) 호문혁, 앞의 책, 333-334면.

35) 최성호, 앞의 논문, 88면.

36) 최성호, 앞의 논문, 98면.

37) 奈良次郎, “消極的確認の訴について”, 『民事訴訟雑誌』, 21号, 1975, 109면.

38) 김홍엽, 앞의 책, 318면.

다만, 이는 확인의 이익을 부정하는 견해와 본질적으로 모순·충돌하는 것이 아니라, 그 예외에 해당하는 사례를 든 것으로 볼 수도 있을 것이다.

VII. 확인의 이익 긍정설에 대한 법리적 검토

1. 확인 긍정 판례에 대한 검토 누락

앞서 본 확인 긍정 판례를 검토나 논의의 대상으로 삼고 있는 문헌은 이를 찾기 어렵다. 확인의 이익 긍정설과 부정설을 망라하여 위에서 살핀 교과서들과 논문들에 서는 이러한 판례나 그 판시 내용 등에 대한 언급이 없는 것으로 보이는데, 이에 대해서는 아래에서 별도로 살핀다.

2. 소송물³⁹⁾과 기판력에 대한 검토

위 확인의 이익 긍정설 중 ①, ②, ③번의 견해들은 서로 소송물이 다른, ②, ④번 견해들은 서로 기판력이 미치지 않음을 그 논거로 들고 있는 것으로 보인다(①번 견해의 “저당권의 말소를 명하는 판결이 바로 피담보채무의 부존재를 의미하는 것도 아니기 때문이다.”라는 부분도 이에 포함되는 것으로 볼 수 있다).

등기원인이 무효인 경우, 말소등기청구사건의 소송물은 당해 등기의 말소등기청구권이고 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인, 즉 말소등기청구권의 발생원인은 당해 등기원인의 무효라 할 것으로서 등기원인의 무효를 뒷받침하는 개개의 사유는 독립된 공격방어방법에 불과하여 별개의 청구원인을 구성하는 것이 아니고,⁴⁰⁾ 다만, 근저당권설정등기말소청구에 있어서 등기원인의 무효로 말소를 구하는 것이 아니라, 다른 원인 예컨대 피담보채무의 변제로 인한 말소청구 또는 계약해제에 따른 계약상 권리에 기하여 원상회복으로서 말소청구를 하는 것은 별개의 소송물에 해당하기는 하나,⁴¹⁾ 그 소송물의 법적 성격도 말소등기청구권이다. 한편, 확인의 소에서 확인을 구하는 권리관계는 청구취지만으로 동일성이 특정되므로,⁴²⁾ 채무부존재확인 소에 있어서 소송물은 바로 ‘해당 채무 자체의 존부’로 볼 수 있다. 따라서, 앞서 본 확인의 이익 긍정설 중 일부 주장들과 같이 근저당권설정등기말소청구의 소(이하 ‘말소청구’라 한다)와 피담보채무부존재확인 소(이하 ‘확인청구’라 한다)에 있어서 그 소송물이 서로 다르고, 이에 따라 서로 기판력이 미치지 않는 것으로 볼 수 있는 것은

39) 민사소송에 있어서 당사자가 정하는 소송의 객체를 소송물(Streitgegenstand), 소송상의 청구 혹은 심판의 대상이라 한다. 이시윤, 앞의 책, 255면.

40) 대법원 1993. 6. 29. 선고 93다11050 판결.

41) 대법원 1986. 9. 23. 선고 85다353 판결도 “원고가 제1심에서 사기에 의한 의사표시 취소를 원인으로 한 근저당권설정등기의 말소청구와 함께 피담보채무의 부존재를 원인으로 한 근저당권설정등기의 말소청구를 하였다가 청구기각의 본안판결을 받은 후 항소심에서 위 기각을 원인으로 한 말소청구 부분만을 유지하고 피담보채무의 부존재를 원인으로 한 말소청구는 철회하여 적법히 취하한 후 다시 같은 청구를 추가한 경우, 위 청구들은 각 그 청구원인을 달리하는 별개의 독립된 소송물로서 선택적 병합관계에 있다고 볼 것이고 동일한 소송물로서 그 공격방어방법을 달리하는 것은 아니므로 위 피담보채무의 부존재를 원인으로 한 말소청구는 종국판결인 제1심판결의 선고 후 취하되었다가 다시 제기된 것이어서 재소금지 원칙에 어긋나는 부적법한 소라 할 것이므로 주문에서 이 부분 소를 각하하는 판결을 하여야 한다.”라고 판시하고 있다.

42) 김홍엽, 앞의 책, 339면.

대법원 2011. 6. 30. 선고 2011다24340 판결도 “소유권확인청구의 소송물은 소유권 자체의 존부이므로,”라고 밝히고 있다.

사실이다. 그런데, 확인의 소의 보충성 문제는 말소청구를 비롯한 이행청구의 소송물이 확인청구의 소송물과 동일하다는 점에 근거하거나 서로 기판력이 미침을 이유로 삼고 있는 것은 아니고, 확인의 소의 보충성에 관한 앞서 본 대법원 판례들의 내용도 이러한 것으로 볼 수 있는바, 위와 같은 일부 주장들은 이러한 점을 간과하고 있는 것으로 보인다. 대법원은 과거의 일정 기간 권원 없는 점유사실에 기한 현재의 부당이득반환채권의 액수가 확정되고 이행기가 이미 도래하여 바로 급부청구의 소가 가능함에도 채권존재의 확인청구를 하는 것을 근본적 분쟁해결에 도움이 된다고 할 수 없으므로 즉시 확정의 이익이 없어 허용될 수 없다고 보고 있는데,⁴³⁾ 부당이득의 반환을 구하는 소의 소송물은 부당이득반환청구권이고, 이러한 채권의 존재확인을 구하는 소의 소송물은 채권 자체의 존부라 할 것이므로, 소송물이 다르다는 점에 대해서는 이론이 없을 것으로 생각되며, 나아가 기판력에서의 상호 모순관계에 있거나 선결관계(선결적 법률관계)에 있는 것으로 보기 어려워 서로 기판력이 미치는 관계에 있는 것으로도 볼 수 없다.⁴⁴⁾ 확인의 소의 보충성은 이행의 소나 형성의 소를 제기할 수 있는데도 같은 권리관계에 관하여 확인의 소를 제기하는 것은 분쟁의 종국적인 해결 방법이 아니어서 원칙적으로 허용되지 않는다는 것으로, 확인판결에는 집행력과 형성력이 없어 분쟁의 근본적 해결에 실효성이 없고, 소송경제에도 반하기 때문인바, 당연히 소송물이 다르고 이에 따라 서로 기판력이 미치지 않음을 전제로 하고 있음이 명백함에도, 소송물의 상이와 기판력이 미치지 않음에 법리적인 근거를 두고 있는 위와 같은 주장들은 그 타당성을 인정받기 어려운 것으로 보인다.⁴⁵⁾

3. 선결문제와 중간확인 소에 대한 검토

확인 소의 이익 긍정설 중 ②번 견해에서는 소유권 확인을 구하면서 소유권을 전제로 건물 인도를 구하는 경우 소유권 확인이 선결문제이고, 중간확인 소에 해당하므로, 확인 소의 보충성과는 무관한 것이라고 주장한다.

먼저 선결문제와 관련하여 살펴보면, 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다18155 판결이 “확정된 전소의 기판력 있는 법률관계가 후소의 소송물 자체가 되지 아니하여도 후소의 선결문제가 되는 때에는 전소의 확정판결의 판단은 후소의 선결문제로서 기판력이 작용한다고 할 것이므로, 소유권확인청구에 대한 판결이 확정된 후 다시 동일 피고

43) 대법원 1980. 3. 25. 선고 80다16, 17 판결. 참고로 그 원심판결의 주문은 “피고가 본건 토지를 권원없이 점유함으로써 인하여 원고는 피고에 대하여 이에 대한 1970. 1. 1부터 1979. 11. 9.까지의 부당이득반환 청구채권이 있음을 확인한다.”라는 것이었다.

44) 이와 같은 맥락에서 ① 대법원 1995. 12. 22. 선고 95다5622 판결은 “확인 소는 분쟁의 당사자 간에 현재의 권리 또는 법률관계에 관하여 즉시 확정할 이익이 있는 경우에 허용되는 것인바, 손해배상 청구를 할 수 있는 경우에 별도로 그 침해되는 권리의 존재 확인을 구하는 것은 분쟁의 종국적인 해결 방법이 아니어서 확인의 이익이 없다.”라고, ② 대법원 2001. 12. 24. 선고 2001다30469 판결은 “신디케이트 론(syndicated loan) 거래의 참여은행이 파산선고를 받은 경우, 채무자가 그 은행에 대하여 가지고 있는 대출약정 해제로 인한 약정수수료(commitment fee) 반환청구권은 파산법상 재단채권에 해당하고, 이 경우 채무자는 직접 이행청구를 할 수 있으므로 위 채권의 존재확인을 구할 소의 이익은 없다.”라고 각 판시하고 있다.

45) 위 ②번의 견해에서는 “확인 소의 보충성을 오해하였거나 부당하게 확대 적용하는 것으로 타당하지 않다.”라고 하고 있으나, 오히려 이러한 주장이 확인 소의 보충성을 오해하거나 부당하게 축소 적용한 것으로 평가될 수 있을 것이다.

를 상대로 소유권에 기한 물권적 청구권을 청구원인으로 하는 소송을 제기한 경우에는 전소의 확정판결에서의 소유권의 존부에 관한 판단에 구속되어 당사자로서는 이와 다른 주장을 할 수 없을 뿐만 아니라 법원으로서도 이와 다른 판단은 할 수 없다.”라고 판시하고 있기는 하나, 이는 소유권 확인판결이 확정되어 기판력이 발생한 후 물권적 청구권에 기한 소가 제기된 사안인 반면, 위 ②번 견해에서는 병합청구된 상태에 불과하여 판결의 확정을 전제로 하는 기판력을 근거로 논하는 것은 부당한 것으로 보일 뿐만 아니라, 위 대법원 판결에서의 ‘선결문제’는 인도 청구권 등 물권적 청구권이 소유권에서 비롯되었음을 말하는 것으로 보이는 반면, 근저당권설정등기말소청구권은 채무부존재확인을 구할 권리에서 발생하거나 파생되는 것이 아니라는 점에서도 법리적인 문제가 있는 것으로 보인다. 더 나아가 만약 ②번 견해에서의 위 주장이 저당권의 부종성⁴⁶⁾과 일말의 연관성이 있는 것으로 보더라도, 부종성은 일단 발생한 ‘채무의 소멸’을 요건으로 하고, ‘채무의 불발생’을 포함하는 것이 아니어서 채무부존재를 아우를 수 있는 개념이 아닐 뿐만 아니라 위 대법원 판결의 판시 내용에 비추어 볼 때, 위 ②번 견해에서의 ‘선결문제’에 해당하는 것은 ‘채무부존재’가 아니라 ‘소유권(소유물방해배제청구의 경우)’이나 ‘근저당권설정계약상 그 등기의 말소를 구할 권리(그 밖의 경우)’로 봄이 상당하므로, 부종성의 관점에서도 수긍하기 어렵다.

한편, 중간확인⁴⁷⁾의 소와 관련하여 보면, 중간확인⁴⁸⁾의 소란 소송계속 중에 본래의 청구(본소청구)의 판단에 전제가 되는 선결적 법률관계의 존부에 대하여 기판력 있는 판단을 받기 위하여 원고 또는 피고가 추가적으로 본소법원에 제기하는 소인바,⁴⁸⁾ 일부 교과서들에서 그 예로 들고 있는 대법원 1973. 9. 12. 선고 72다1436 판결의 요지는 “소유권 이전등기나 그 말소등기절차 이행청구의 소가 계속중 당해 부동산에 대한 소유권 확인청구를 추가하는 소변경을 제2심에서도 유효하게 할 수 있고, 또 소유권 이전등기나 말소등기 이행청구에 관한 판결의 기판력은 소유권확인청구에는 미치지 아니한다.”라는 것에 불과하여 이를 중간확인⁴⁹⁾의 소에 관한 판결로 평가하는 것이 타당한지는 별론으로 하고,⁴⁹⁾ 그 판결 자체에서는 중간확인⁴⁹⁾의 소에 관한 언급을 찾을 수 없으며, 그 판시 내용을 분석할 때, 중간확인⁴⁹⁾의 소에서의 ‘쟁점이 된 법률관계’는 바로 소유권으로 보아야 할 것이므로, 앞서 본 선결문제에서와 같은 문제점을 안고 있어 이로부터 자유로울 수 없는 것은 물론, 말소청구와의 관계에서 확인청구를 중간확인⁴⁹⁾의 소에 해당하는 것으로 인정한 판례를 찾기 어려운 것으로 보인다. 설령, 확인청구를 ‘쟁점이 된 법률관계’에 해당하는 것으로 보는 것이 가능하더라도, 중간확인⁴⁹⁾의 소는 소송 중의 소에 해당하므로, 본안으로 확인청구만을 제소한 이 사건 사례의 결론에는 아무런 영향을 미칠 수 없다(확인⁴⁹⁾의 이익 긍정설 중 ⑤번 견

46) 민법 제369조 “저당권으로 담보한 채권이 시효의 완성 기타 사유로 인하여 소멸한 때에는 저당권도 소멸한다.”

47) 민사소송법 제264조 제1항 “채권이 소송의 진행중에 쟁점이 된 법률관계의 성립 여부에 매인 때에 당사자는 따로 그 법률관계의 확인을 구하는 소를 제기할 수 있다.”

48) 김홍엽, 앞의 책, 963면.

대법원 1984. 6. 26. 선고 83누554, 555 판결도 “중간확인⁴⁹⁾의 소는 소송계속중 본래의 청구의 판단에 대하여 선결관계에 있는 법률관계의 존부에 관하여 당사자 간에 다툼이 있는 때 그 소송절차에 병합하여 그 법률관계의 확인을 구하는 소”라고 정의하고 있다.

49) 그밖에, 중간확인⁴⁹⁾의 소의 예로 ‘이자청구소송에 있어서의 원본채권’을 들고 있다. 이시윤, 앞의 책, 755면.

해에도 마찬가지로의 법리 적용이 가능할 것으로 보인다).⁵⁰⁾

4. 확인청구의 확인의 소의 보충성 해당 여부

확인 의 이익 긍정설 중 ①번 견해에는 말소청구가 설정자와 저당권자 간에 권리·의무 관계를 중국적으로 해결하는 것은 아니므로 발본색원을 위한 분쟁해결차원에서 확인청구의 병합이 언제나 부적법한 것은 아니라는 주장이 있고, ③번 견해에는 분쟁해결수단의 부수적 기능을 한다는 이유만으로 소의 이익이 없다고 할 수 없다는 주장이 있으며, ④번 견해에는 원고의 법률상 지위의 불안정을 완전히 제거하기 위해서는 채무부존재확인을 구하는 것이 유효·적절하다는 주장이 있고, ⑤번 견해에는 피담보채무액은 원고가 주장하는 채무액을 초과해서는 존재하지 않는다는 청구를 하는 것은 분쟁해결의 유효적절한 수단이라는 주장이 있는바, 이러한 주장들은 원고의 불안·위험을 제거하기 위해 확인판결을 받은 것이 가장 유효·적절한 수단이어야 하고, 확인의 소가 다른 분쟁해결수단보다 우월성을 가져야 한다는 확인의 소의 보충성에 반하지 않는다는 취지로 볼 수 있을 것이므로, 그 당부에 대해서는 아래에서와 같은 이 사건 사례에 대한 검토를 통하여 법리적으로 필요충분한 결론에 이를 수 있을 것으로 보인다.

VIII. 이 사건 사례에 대한 검토

1. 검토의 기준

이 사건 사례는 임의경매절차가 개시되자 채무자가 이를 막기 위한 본안의 소로 확인청구를 한 경우이므로, 이러한 확인청구가 불안 제거에 실효성이 있고, 소송경제에 비추어 유효·적절한 수단이어서 분쟁의 중국적인 해결 방법이 될 수 있는 것인지(확인의 이익 긍정설에서의 ‘발본색원을 위한 분쟁 해결’ 방법에 해당하는지)에 따라 판단하면 될 것이다.

2. 근저당권설정등기의 말소 요부

부동산을 목적으로 하는 담보권을 실행하기 위한 경매신청을 함에는 담보권이 있다는 것을 증명하는 서류를 내야 하는바(민사집행법 제264조 제1항), 이 사건 사례에서는 근저당권에 기한 임의경매신청에 따라 그 절차가 개시된 것이므로, 경매신청시 첨부서류로 담보권 증명서류(담보권원)⁵¹⁾를 제출해야 한다. 경매법원은 담보권의 존재에 관하여 신청서 및 담보권 증명서류의 한도 내에서 심사하는 것이므로, 채권자

50) 거꾸로 확인청구의 소송계속 중 말소청구를 추가하는 것이 중간확인 의 소와 무관함은 설명의 필요가 없을 것이다.

51) 전병서, 「민사집행법」, 박영사, 2021, 489면에서는 “그리하여 집행권원이 필요하지 않은 것에 대응하여, 법은 담보권의 존재를 증명하는 서류를 내도록 하고 있다(264조 1항). 이 서류가 집행력 있는 정본이 되는 셈이다.”라고 설명하고 있다.

는 피담보채권의 존재를 증명할 필요가 없다.⁵²⁾ 현행 민법하에서는 등기가 물권변동의 효력발생요건이므로 담보권의 등기가 되어 있는 등기사항증명서가 주로 이용될 것이다.⁵³⁾ 그렇다면, 이 사건 사례에서는 임의경매신청시 근저당권설정등기가 마쳐진 부동산등기사항증명서를 제출하면 될 것이고, 이에 기한 경매절차가 진행되는 위험에서 벗어나기 위해서는 근저당권설정등기를 말소하는 방법밖에 없는 것으로 보인다.

근저당권설정등기말소 판결은 의사의 진술을 명하는 판결로, 민사집행법 제263조 제1항은 “채무자가 권리관계의 성립을 인낙한 때에는 그 조서로, 의사의 진술을 명한 판결이 확정된 때에는 그 판결로 권리관계의 성립을 인낙하거나 의사를 진술한 것으로 본다.”라고 규정하고 있는바, 이러한 판결이 확정되면, 그 자체로 집행이 끝나고, 채권자는 바로 만족을 얻는 것이어서 별도의 집행절차나 집행문 부여가 필요 없다. 그리고, 부동산등기법 제23조 제4항은 “등기절차의 이행 또는 인수를 명하는 판결에 의한 등기는 승소한 등기권리자 또는 등기의무자가 단독으로 신청하고, 공유물을 분할하는 판결에 의한 등기는 등기권리자 또는 등기의무자가 단독으로 신청한다.”라고 규정하고 있는데, ‘판결 등 집행권원에 의한 등기의 신청에 관한 업무처리지침(등기예규 제1692호)’ 제2. 가.의 1)항은 “법 제23조 제4항의 판결은 등기신청절차의 이행을 명하는 이행판결이어야 하며, 주문의 형태는 “○○○등기절차를 이행하라”와 같이 등기신청 의사를 진술하는 것이어야 한다. 다만 공유물분할판결의 경우에는 예외로 한다.”라고, 그 2)항은 “위 판결에는 등기권리자와 등기의무자가 나타나야 하며, 신청의 대상인 등기의 내용, 즉 등기의 종류, 등기원인과 그 연월일 등 신청서에 기재하여야 할 사항이 명시되어 있어야 한다.”라고 각 규정하고 있다. 그런데, 이 사건 사례에서 확인청구가 전부 인용되어 판결이 확정되는 경우 그 판결의 주문은 예를 들어 ‘원고의 피고에 대한 2025. 1. 5.자 금전소비대차계약에 의한 원금 1억 원 및 그 이자 등 일체의 채무는 존재하지 아니함을 확인한다.’라는 형태가 될 것인바, 이러한 확정판결로 해당 채무의 담보이던 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 없음은 논의의 필요가 없을 것으로 보인다.

한편, 채무자가 경매절차를 정지·취소시키기 위해서는 담보권의 등기가 말소된 등기사항증명서(민사집행법 제266조 제1항 제1호), 담보권 등기를 말소하도록 명한 확정판결의 정본(같은 항 제2호), 담보권이 없거나 소멸되었다는 취지의 확정판결의 정

52) 김홍엽, 「민사집행법」, 박영사, 2022, 421면.

전병서, 「민사집행법」(앞의 책), 490면에서도 “가령 채권증서와 같은 피담보채권의 존재를 증명하고자 하는 서류, 피담보채권의 양수인이 채권양도의 대항요건을 갖추었다는 것을 증명할 서류를 반드시 제출하여야 하는 것은 아니다.”라고 밝히고 있다.

나아가, 대법원 2000. 10. 25.자 2000마5110 결정도 “민사소송법은 부동산에 대한 담보권실행을 위한 경매의 개시요건으로서 민사소송규칙 제204조에 정해진 채권자·채무자 및 소유자(제1호), 담보권과 피담보채권의 표시(제2호), 담보권의 실행 대상이 될 재산의 표시(제3호), 피담보채권의 일부에 대하여 담보권을 실행하는 때에는 그 취지 및 범위(제4호)를 기재한 신청서와 민사소송법 제724조에 정해진 담보권의 존재를 증명하는 서류를 제출하면 되는 것이고, 집행법원은 담보권의 존재에 관해서 위 서류의 한도에서 심사를 하지만, 그 밖의 실체법상 요건인 피담보채권의 존재 등에 관해서는 신청서에 기재하도록 하는 데 그치고, 담보권실행을 위한 경매절차의 개시요건으로서 피담보채권의 존재를 증명하도록 요구하고 있는 것은 아니므로 경매개시결정을 함에 있어서 채권자에게 피담보채권의 존부를 입증하게 할 것은 아니다.”라고 판시하고 있다.

53) 「법원실무제요 민사집행[Ⅲ] -부동산집행(2)-」, 사법연수원, 2020, 343-344면.

본(같은 항 제3호)을 경매법원에 제출하여야 할 것인데, 이를 위해서는 말소청구가 그 본안이 되어 근저당권설정등기의 말소를 명하는 확정판결을 받아 이에 따른 말소 등기를 신청하여 그 등기사항증명서를 제출하거나 그 판결정본을 제출하여야 할 것이다[위 제3호의 ‘담보권이 없거나 소멸되었다는 취지의 확정판결’은 채무부존재가 아니라 근저당권의 부존재(소멸)⁵⁴⁾를 주문의 내용으로 하는 판결을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다]. 또한, 확인의 이익 긍정설 중 ⑤번 견해의 조건부 말소청구 주장은 일부 채무가 남아 있는 것을 전제로 하는 것으로 보이는데, 그 금액의 다과를 떠나 일부라도 채무가 존재하는 경우 임의경매절차 자체는 정지·취소될 수 없는 것일 뿐만 아니라, 그 주문에서 잔존 채무액이 특정되고 그 변제를 조건으로 말소를 명하는 것이라면, 이러한 특정으로 확인청구의 목적은 충분히 달성될 수 있을 것이므로, 이와 별도의 확인청구에 확인의 이익이 있는 것으로 보아야 할 이유도 없을 것이다.

나아가, 확인 긍정 판례에서와 같이 확인청구를 본안으로 하여 민사집행법 제275조에서 준용하는 제46조에 따라 강제집행정지 결정이 가능한지에 대하여 보면, 이러한 강제집행정지 결정은 임의경매절차의 취소를 위한 것으로 보아야 하는데, 앞서 본 바와 같이 확인청구를 인용하는 판결이 확정되더라도 이로써 임의경매절차를 취소시킬 수 없으므로, 확인청구가 그 본안에 해당하는 것으로 볼 수는 없다. 설령 확인청구를 인용하는 확정판결에 따라 임의경매절차가 취소되었다고 가정하더라도, 근저당권설정등기가 말소되지 않은 채 그대로 남아 있는 이상 근저당권자는 언제든지 부동산등기사항증명서를 첨부하여 다시 임의경매를 신청할 수 있는 것이어서, 채무자가 이러한 분쟁에서 완전히 벗어나기 위해서는 말소청구의 확정판결을 받아야만 하는 것으로 보아야 할 것이므로, 확인청구는 채무자의 불안·위험을 제거함에 있어서 가장 유효·적절한 수단일 수 없고, 말소청구보다 우월성을 지닐 수도 없다.

3. 소결론

그렇다면, 이 사건 사례에서와 같이 임의경매절차가 개시되자 채무자가 확인청구를 하면서 이를 본안으로 하여 민사집행법 제46조의 잠정처분을 신청한 경우 확인청구는 그 본안의 소로 볼 수 없고, 잠정처분은 본안이 제기되어 있음을 그 요건으로 하므로, 본안 제소의 결여로 인하여 각하 결정되어야 할 것이며, 본안인 확인청구에서도 확인의 소의 보충성에 반하는 것이므로, 이를 이유로 각하 판결되어야 할 것인바, 확인 긍정 판례 중 ‘피담보채무부존재확인’의 소와 같은 본안의 소’라는 부분은 이러한 법리적 관점에서의 검토를 간과함에 기인한 것으로 보이므로, 이 부분은 제외되어야 하고, 그 본안의 소는 말소청구만으로 보아야 한다.

마지막으로, 확인의 소의 보충성은 말소청구와 확인청구가 병합되어 제소(그 병합이 당초 또는 소송계속 중 언제 이루어진 것인가와 무관하게)된 상태인지, 아니면 확인청구만 단독으로 제소된 것인지에 따라 그 법리적인 판단이 달라질 수 있는 것은 아니다. 말소청구가 다시는 임의경매신청을 불가능하게 함으로써 더 이상 분쟁의 여지 없는 해결 방법이라면 이에 따라 확인청구는 확인의 소의 보충성에 반하여 확인의 이익이 결여된 것으로 보아야 할 것이다(이 사건 사례에서 확인청구를 인용하는

54) 담보권인 유치권의 부존재 확인판결이 실무상 허용되고 있음을 참고할 수 있다.

판결이 확정되어도 다시 말소청구의 확정판결을 받아야만 한다면, 확인의 이익 긍정설 중 ③번에서의 보충성의 원칙 폐기 주장은 이를 받아들이기 어려운 것이다). 이러한 관점에서 이 글은 확인의 이익 부정설의 입장에 기초한 것도 아님을 밝힌다.

IX. 마치며

이상에서 살핀 바를 종합하면, 확인 긍정 판례에서는 “피담보채무부존재확인소”를 본안의 소로 보고 있는데, 이러한 본안판결이 확정되더라도, 임의경매의 권원이자 분쟁의 원인이 된 근저당권설정등기를 말소하는 것은 불가능하다. 따라서, 근저당권에 기한 임의경매절차가 개시되었을 때, 채무자가 그 절차를 정지 또는 취소시키기 위해서는 본안으로 말소청구를 하여야만 하고, 확인청구를 하는 것은 확인의 소의 보충성에 반하여 확인의 이익이 없어 본안으로 삼을 수 없으므로, 소각하 판결을 면할 수 없고, 잠정처분에 의한 정지신청 또한 본안의 소가 제기된 것으로 볼 수 없어 각하되어야만 할 것이다. 나아가 확인의 소의 보충성은 확인의 소가 이행의 소나 형성의 소와 소송물이 다르고 서로 기판력이 미치지 않음을 당연한 전제로 하여 이러한 청구들에 비해 가장 유효·적절한 분쟁의 해결 방법인지에 따라 판단되는 것이므로, 확인청구가 말소청구와 함께 병합되어 본안으로 제소되었는지, 확인청구만이 본안으로 제소되었는지의 문제와는 결론에 있어서 아무런 차이가 없다. 결국 임의경매절차를 정지시키기 위한 잠정처분의 본안은 말소청구만이 허용되고 확인청구는 허용되지 않는 것으로 봄이 법리적·실무적으로 타당하다(이에 따라 확인 긍정 판례 중 “피담보채무부존재확인소” 부분은 이를 제외하는 것으로 변경되어야만 할 것이다). 이 글은 출발점에 불과하다. 앞으로의 지속된 논의를 거쳐 보다 합리적인 결론에 다다르기 위한 이정표의 초석이 되고자 한다.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 김홍엽, 「민사소송법」, 박영사, 2024.
김홍엽, 「민사집행법」, 박영사, 2022.
범경찰·곽승구, 「민사소송법」, 정독, 2024.
「법원실무제요 민사집행[Ⅲ] -부동산집행(2)-」, 사법연수원, 2020.
이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2024.
이태영, 「민사소송법강의」, 법문사, 2022.
전병서, 「강의 민사소송법」, 박영사, 2021.
전병서, 「민사집행법」, 박영사, 2021.
전원열, 「민사소송법 강의」, 박영사, 2021.
정동윤·유병현·김경욱, 「민사소송법」, 법문사, 2019.
정영환, 「신민사소송법」, 법문사, 2019.
한충수, 「민사소송법」, 박영사, 2021.
호문혁, 「민사소송법」, 법문사, 2020.
- 김세진, “확인의 소의 보충성과 확인의 이익 판단의 기준시기 - 대판 1999. 6. 8, 99다17401, 17418 및 2010. 7. 15, 2010다2428, 2435 -”, 「법조」, 제60권 제11호, 2011.
- 김용진, “소극적 확인의 소와 이행의 소의 관계에 대한 국내법적 처리 방향과 국제적 차원에서의 대응 방안”, 「인권과 정의」, 제459호, 2016.
- 박찬주, “確認의 對象과 權利保護의 利益”, 「법학논총」, 제17권 제1호, 2010.
- 박현아, “보험회사의 채무부존재 확인의 소에 있어 확인의 이익에 관한 판례 평석 - 대법원 2021. 6. 7. 선고 2018다257958·257965 전원합의체 판결을 중심으로 -”, 「보험법연구」, 제16권 제2호, 2022.
- 이현재, “근저당권설정자가 피담보채무부존재확인과 함께 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우, 피담보채무부존재확인을 구할 소의 이익이 있는지 여부 - 대법원 2000. 4. 11. 선고 2000다5640 판결을 위한 변론-”, 「성균관법학」, 제27권 제1호, 2015.
- 정다영, “소극적 확인의 소에서의 확인의 이익 - 대법원 2021. 6. 17. 선고 2018다257958, 257965 전원합의체 판결과 관련하여 -”, 「재산법연구」, 제38권 제3호, 2021.
- 최성호, “근저당권의 피담보채무에 관한 부존재확인 소에 관한 검토 - 대법원 2013. 8. 23. 선고 2012다17585 판결을 소재로 -”, 「민사소송」, 제18권 제2호, 2014.

<해외문헌>

- 奈良次郎, “消極的確認の訴について”, 「民事訴訟雑誌」, 21号, 1975.

[Abstract]

The auction by collateral security right and the supplementary nature of the confirmation lawsuit

Seo, Chang Weon*

In the context of auction proceedings under a collateral security right, which is a representative security right, the Supreme Court has held that a claim for cancellation of the collateral security right registration or a claim for confirmation of the non-existence of the secured debt can be the main action for provisional disposition, while the collateral security right holder has held that it is not beneficial to seek confirmation of the non-existence of the secured debt because seeking cancellation of the collateral security right registration is a direct means of effectively and appropriately resolving the dispute. The latter position appears to be based on the so-called the supplementary nature of the confirmation lawsuit, which states that seeking confirmation of the existence of an obligation or infringed right apart from a claim for performance is not beneficial because it is not effective in removing anxiety and is not the final resolution of the dispute. Based on this standard, it is arguable that the former claim to terminate the collateral security right registration may constitute a final resolution of the dispute, while the latter claim to confirm the non-existence of the secured debt is not a final resolution of the dispute, which is contrary to the supplementary nature of the confirmation lawsuit. As a result of the review, even if the judgment is confirmed by filing an action to confirm the non-existence of the secured debt in the former case, it is not possible to cancel the collateral security right registration, which is the authority of the discretionary auction and the cause of the dispute, so it is necessary to file an action to cancel the collateral security right registration as the main action to suspend or cancel the discretionary auction procedure, the claim for confirmation of the non-existence of the secured debt is contrary to the supplementary nature of the confirmation lawsuit and cannot escape dismissal because there is no benefit of confirmation, and the suspension of the auction proceedings by provisional disposition cannot be considered as a main action and must be dismissed. This article is only a starting point for discussion, and I hope that it will serve as a milestone for further discussion and reach a more reasonable conclusion.

Key Words: the supplementary nature of the confirmation lawsuit, collateral security right, discretionary auction, the confirmation of

* Professor of Chonnam National University Law School, Attorney at Law

non-existence of debt, provisional disposition

러시아연방의 소송시효제도에 관한 검토*

이 승 진**

논문요지

러시아연방은 대한민국과 지리적으로 가까운 이웃 국가임에도, 역사적·문화적·정치체제적 차이, 특히 언어적 장벽으로 인한 제한된 정보교류로 인해 우리에게서는 상대적으로 익숙하지 않은 국가로 인식된다. 더욱이, 양국 간 인적·비교법적 교류 역시 미미한 까닭에, 러시아법은 우리나라에서 비교법학적으로도 생소한 분야로 남아 있다.

그럼에도 본 논문은 러시아연방의 시효제도를 한국의 그것과 비교해 보며, 러시아연방에서 전개되는 시효에 관한 법리를 중심으로 살펴보고, 시효제도의 취지, 기산점, 장애사유 등을 짚어본다. 본 논문에서 도출한, 러시아연방의 시효제도의 주요 특징으로는 아래와 같다.

첫째, 러시아민법은 시효제도에 관해 ‘소권’ 중심의 규정체계를 두고 있고, ‘소송시효’라는 용어를 사용한다. 비록 러시아민법에는 ‘채권’과 ‘청구권’의 구별이 없지만, 해석론적으로는 ‘소권’을 ‘청구권’으로 이해한다는 점에서 우리의 시효제도에 관한 법리와 유사한 면이 많다.

둘째, 러시아연방에서는, 시효가 완성하더라도 채권자의 권리는 소멸하지 않고, 이해관계자가 시효완성을 주장한 경우에 비로소 채권자가 채무자에게 채무이행의 청구를 소구할 권리를 상실한 것으로 본다.

셋째, 러시아민법은 시효의 중단사유로 채무승인만을 인정하며, 재판상 청구, 불가항력 등 다른 장애사유는 정지사유로 취급한다. 다만, 중병, 문맹 등 원고(채권자)의 부득이한 사정으로 인해 소송시효를 실기한 경우, 법원이 시효의 연장을 허용할 수 있는, 이른바 ‘시효의 회복’ 제도를 두고 있다.

넷째, 러시아민법은 시효의 기산점에 관해 권리의 객관적 발생일과 권리자의 주관적 권리침해 인식을 이원적으로 규율하며, 이는 권리자의 객관적 권리행사 가능 시점만을 고려하는 우리의 일원적 기산 체계에 시사점을 제공한다.

검색용 주제어: 러시아민법, 소멸시효, 소송시효, 시효기간의 기산, 시효정지, 시효중단

· 논문제출: 2025. 01. 05. · 심사개시: 2025. 01. 09. · 게재확정: 2025. 01. 27.

* 이 논문은 고려대학교 법학전문대학원 정영환 교수님의 정년퇴임을 기념하고자 작성됨.

** 외국변호사(러시아), 고려대학교 일반대학원 박사과정(민사소송법)

I. 머리말

1. 조문체계 및 검토방식

러시아연방에서 소멸시효에 해당하는 개념은 소송시효(исковая давность)이다. 소송시효는 러시아연방 민법전(이하 ‘러시아민법’이라 한다) 제1부¹⁾ 총칙편에서 총 14개의 조항(제195조~제208조)에 걸쳐 있다. 반면, 취득시효(приобретательная давность)는 물권편에서 단일규정(제234조)으로 존재한다. 러시아민법은 대한민국 민법(이하 ‘한국민법’이라 한다)과 마찬가지로 소송(소멸)시효와 취득시효를 총칙편과 물권편에 분리하여 규정한다는 점에서 입법적 동일성이 있지만, 민법과 상법을 구분하는 한국과 달리, 민상합일주의를 취함에 따라 상사시효의 개념이 별도로 존재하지 않으므로, 민사시효와 상사시효의 구분없이 일률적으로 러시아민법상 소송시효 규정을 적용한다는 점에서 차이가 있다.

러시아연방의 법학계는 오래전부터 소송시효를 법률효과를 발생하게 하는 법률사실로 인식해 왔다는 점에서²⁾ 한국과 유사하나, 소송시효란 법률사실로서 채무자 측에게 어떠한 권리발생도, 권리자 측에게는 어떠한 권리소멸도 일으키지 않으며, 시효완성시 채무자 또는 기타 이해관계자가 채권자 또는 법원에 시효완성을 주장(원용)하는 경우에, 그때 비로소 강제집행력, 즉 소구력(исковая сила)을 상실하도록 그 권리의 성질이 변동하는 것으로 이해한다는 점에서는³⁾ 다르다고 할 수 있다. 시효완성의 효과로서, 소송시효에 걸리는 채권자의 권리—채권 및 청구권—의 소멸을 불인정하는 러시아연방 법학계의 태도를 이해하기 위해서는 소송시효에 관한 과거의 법규정과 당대의 학설을 살펴볼 필요가 있으며, 현행 소송시효 조문이 어떠한 논의와 개정을 거쳐 현행 러시아민법에 터잡은 것인지 검토하는 것은 한국민법의 소멸시효 제도를 정비함에 있어서도 상당한 시사성을 제공할 수 있을 것이다. 이하에서는 소송시효에 관한 러시아민법의 조문 및 학설을 소개하면서 이를 한국민법과 비교하고자 한다.

2. 소송시효제도의 취지

러시아민법 제195조 소송시효의 개념

소송시효라 함은 권리가 침해된 자의 소권을 보호하기 위한 기간을 뜻한다.

러시아연방은 소송시효 개념을 위와 같이 정의함과 동시에, 러시아민법 제3부 제6편에 국제사법(저촉)규정을 두고 있다. ‘소송시효의 준거법(제1208조)’에 관한 주석

1) 러시아민법 제1부는 1994년에 제정되어, 2013년에 전면개정을 거쳤는데, 그 과정에서 소송시효에 관한 규정을 개정하였다.

2) Новицкий И.Б., *Сделки. Исковая давность*, Избранные труды по гражданскому праву, В 2-х т. Т. I., М.: Статут, 2006, С. 330; 332

3) Савин К.Г., *Исковая давность в современном отечественном и зарубежном гражданском праве*, Дис. канд. юрид. наук, М., 2019, С. 20

서4)에 따르면, 여기서 풀이하는—이른바 광의의—소송시효란, ① 일반시효기간 및 특별시효기간⁵⁾의 지속성에 관한 규율뿐 아니라, ② 그 기간의 기산점 및 계산 방식, ③ 연장의 방법(정지, 중단, 회복) 및 ④ 시효완성의 효과에 관한 규율을 포함하는 일체의 법제를 일컫는다.

러시아민법 제195조 문언상 소송시효제도의 보호대상은 소권(право на иск; klagerecht)이다. 소권이라 표기하여 언뜻 소송에 대한 실체법상 권리와 그 절차법적 실현 수단이 혼합된 개념처럼 보이지만, 학설은 소권 시절부터 소권을 사실상 실체법상 개념으로 인식해 왔다. 과거 소권 시절에는 소권의 실질에 대해 이른바 ‘실체적 의미로서의 소권(право на иск в материальном смысле; klagerecht im materiellen sinne)’이란 다소 모호한 해석을 하였으나, 근래에 들어서는 이를 전적으로 실체법상 개념인 ‘청구권(притязание; anspruch)’으로 해석하고 있다.⁶⁾ 이러한 접근이 가능한 이유는, 러시아민법 제195조에서는 ‘소권’이란 용어를 사용하긴 하지만, 같은 소송시효 규정인 제207조 및 제208조에서는 ‘청구(требование)’라는 표현을 동의어로 쓰고 있기 때문인데, 이는 한국민법에서 말하는 ‘채권’ 내지 ‘청구권 행사’를 모두 포섭하는 표현이다. 참고로, 러시아민법에서 청구권(притязание; anspruch)이란 단어는 문언상 존재하지 않는다.⁷⁾ ‘채권’과 ‘청구권 행사’를 구분하는 한국민법과 달리, 러시아민법은 이러한 구분 없이 ‘청구(требование)’ 및 ‘(채무이행을) 청구하다(требовать)’라는 표현을 사용하고 있으며, 채무관계 역시 채무법(обязательственное право)편에서 채무를 중심으로 규율하는바, 채권과 청구권이—러시아민법상, ‘채권자가 채무자에게 채무이행을 청구하는 권리’ 정도로 표현할 수는 있겠으나—각 분리된 법률적 개념으로 존재하지 않는다. 한편, 소송법에서는 ‘소제기권(право на предъявление иска)’이라는 별도의 용어를 사용한다. 러시아민법에서도 소제기권과 소권은 구별되어 있다.

러시아민법 제195조를 엄격하게 문리적 해석하면, 소송시효의 보호대상은 ‘권리가 침해된 자의 소권’으로 제한하고 있는바, ‘권리’가 아닌 ‘이익’이 침해된 자의 소권은 보호대상이 아니라는 형식주의적 해석의 여지가 생길 수 있다. 그러나 위 언급한 바와 같이, 현재의 러시아연방의 법학계는 소권을 실체법상 개념인 청구권으로 보고 있고, 또 청구권의 적용범위에는 개인의 권리뿐만 아니라 ‘보호가치 있는 이익’ 역시 포함하는 게 당연하므로, 동조 문언상 소송시효의 보호 대상이 되는 ‘소권’의 의미에는 ‘침해된 권리’와 더불어 당연히 ‘보호가치 있는 이익’ 역시 내포한다고 해석하는 게 중론이다.⁸⁾

4) Марышева Н.И., *Гражданский кодекс РФ. Часть третья. Раздел VI «Международное частное право». Комментарий и постановочные материалы*, М, 2004, С. 136

5) 일반시효기간보다 짧은 단기시효와, 일반시효기간보다 긴 장기시효가 있다.

6) Крашенинников Е. А., *Понятие и предмет исковой давности*, М-во общ. и проф. образования РФ, Ярослав. гос. ун-т им. П. Г. Демидова — Ярославль : ЯрГУ, 1997, С. 5

7) 다만, 학계에서는 채권자의 민사상 권리를 아울러서 ‘주관적 민사권(субъективное гражданское право)’이라 통칭하고, 일부 판례에서는 “청구권(притязание)”이란 표현을 사용하기도 한다.

8) Савин К.Г., *Исковая давность в современном отечественном и зарубежном гражданском праве*, Дис. канд. юрид. наук, М., 2019, С. 23

3. 소송시효제도의 목적(존재이유)

한국에서는 학설상 많은 논의가 있으나 통설⁹⁾과 관례¹⁰⁾는 ① 거래안전 및 사회질서의 유지라는 공익적 측면, ② 증명곤란으로부터의 구제, ③ 권리행사 태만에 대한 제재를 주된 존재이유로 들고 있다. 러시아연방 역시 거래안전 및 증명곤란의 구제를 소송시효의 주된 목적으로 보고 있지만, 권리행사 태만에 대한 제재라고 보지 않는다는 점에서 한국과 다르다. 물론, 과거에는 지금과 다르게 소멸시효의 목적이 권리행사 태만에 대한 제재로 보던 시절이 전혀 없었던 것은 아니다.

예컨대, 러시아제국 시대의 민법학자인 메이어(Мейер Д. И.; 1819~1856)는 “법은 무관심이 용납되는 영역이 아니며, 사회는 모든 국민에게 자신의 권리를 소중히 여길 것을 요구할 권리가 있다. 국민의 사회적 인격은 권리로써 나타나기 때문이다. 그러므로 만약 누군가가 자신의 권리를 행사하지 않고, 타인에게 그 이익을 누리도록 내버려 둔다면, 그 자는 자신의 권리를 박탈당할 만하다. 이것은 그 자에게 도덕적으로 공정한 처벌이다¹¹⁾”라고 밝히며, 소송시효의 목적이 권리행사 태만에 대한 제재에 있다고 주장한 바 있다.

그러나 이러한 메이어의 견해는 후대의 민법학자인 셰르세네비치(Шершеневич, Г. Ф.; 1863~1912)에 의해 일축된다. 셰르세네비치는 “권리주체가 자신의 권리에 무관심하다는 이유로 이를 처벌하려는 입법자의 의도에서 시효의 근거를 찾을 수는 없다. 왜냐하면, 민사권의 본질은 그 권리행사의 여부가 완벽하게 자유인 데 있으며, 권리를 오랫동안 불행사한다고 하여 이를 처벌받아야 마땅한 행위로 볼 수 없기 때문이다¹²⁾”고 말하며 권리행사 태만의 제재설을 부정하였다.

아울러, 셰르세네비치와 동시대에 활동하던 민법학자 중 바스코프스키(Васьковский Е. В.; 1866~1942)는 소송시효제도가 사법이 아니라 공법에 기반한다는 새로운 학설을 제기하였다. 이 학설에 따르면, 소송시효의 근거는 공법에 있고, 사회적 효용과 법적 질서에서 참작할 수 있으며, 소송시효가 소련 시절 계획경제 체제에 기초하였기 때문에 이를 경제적 재산성을 강화하는 수단으로 보곤 하였다.¹³⁾ 이는 당시 사

9) 고상룡, 「민법총칙(제3판)」, 법문사, 2003, 661면; 곽윤직, 「민법총칙(신판)」, 박영사, 1998, 445~446면

10) 대법원 1976. 11. 6. 선고 76다148 판결: “시효제도는 일정기간 계속된 사회질서를 유지하고 시간의 경과로 인하여 곤란하게 되는 증거보전으로부터의 구제 내지는 자기 권리를 행사하지 않고 소위 권리 위에 잠자는 자는 법적 보호에서 이를 제외하기 위하여 규정된 제도라 할 것이다.”

11) Мейер Д. И., *Русское право гражданское право*, 10-е издание, Пг., 1915, С. 215. 원문으로는 “Область права не есть приют беспечности, общество вправе требовать от каждого гражданина, чтобы он радел о своих правах, ибо в совокупности права гражданина выражается его общественная личность, и поэтому если лицо не заботится об осуществлении своего права, если предоставляет другому пользоваться его выгодами, то указанное лицо заслуживает лишения этого права: это для него нравственно справедливое наказание.”

12) Шершеневич Г.Ф., *Избранное. Т. 5: Учебник русского гражданского права*, М.: Статут, 2017, С. 190. 원문으로는 “Нельзя видеть основания давности в желании законодателя наказать субъекта права за нерадение к нему, потому что сущность гражданских прав заключается в полной свободе осуществления их, а неосуществление права, хотя бы и продолжительное, не составляет наказания действия”

법보다 공법을 우선시한 사회주의의 시대상이 반영된 것으로 보인다. 더욱이, 소련 시절에는 ‘소송시효 변경합의 무효’ 조항을 신설하였고(1964년 민법전 제80조), 소송시효가 완성하더라도 법원이 소를 각하하지 않고 재판을 심리하도록 하였으며(1964년 민법전 제81조), 더 나아가 소송시효를 법원의 직권탐지사향으로 규정하였다(1964년 민법전 제82조).

그러나 현재 러시아연방의 법체계에서는 그 누구도 소송시효의 취지가 ① 거래안전 및 사회질서의 유지, ② 증명곤란으로부터의 구제라는 점을 부정하지 않고 있다.

판례 역시 같은 견지다. 러시아연방 헌법재판소는 지난 2006년 “민법에서의 소송시효제도는 민사거래를 정돈하고, 법률관계의 명확성과 안정성을 도모하며, 민사거래의 참가자들을 규율하고, 민사상 법률관계 주체들의 권리와 이익을 적시에 보호하는데 그 목적이 있다. 만약 민사상 권리침해의 구제를 강구하기 위한 합리적 시간의 제약이 없다면, 피고 및 제3자의 법률상 보호되는 권리와 이익이 침해될 수 있으며, 이들이 재판에 중요한 정보와 사실을 사전에 수집하고 보존할 필요성을 항상 예견할 수는 없는 노릇일 것이다. 법원이 분쟁당사자의 주장에 따라 소송시효를 적용하는 것은 민사거래의 참가자들을 부당한 청구권¹⁴⁾으로부터 보호하고, 동시에 이들이 적시에 본인의 권리를 행사하고 보호할 수 있도록 유도한다”고 판시한 바 있다.¹⁵⁾

II. 러시아연방에서의 소송시효의 법리

1. 시효완성의 효과

(1) 권리소멸의 대상범위

한국에서는 시효완성으로 권리가 당연히 소멸한다는 견해(절대적 소멸설)와, 시효완성으로 권리 자체가 소멸하는 것은 아니고 시효의 이익을 받을 자에게 원용권이 생길 뿐이라는 견해(상대적 소멸설) 간에 학설대립이 있지만, 상대적 소멸설에 따르면 시효원용권자가 원용권을 행사하면 권리는 결국 소멸한다. 판례는 절대적 소멸설을 따르며, 변론주의 원칙상 시효원용권자의 원용권을 인정하고 있다.¹⁶⁾

그러나 러시아연방의 경우 시효완성이 있더라도 채권자의 실체법상 권리—채권 및 청구권—은 소멸하지 않고, 단지 이해관계자가 소송시효의 완성을 주장(원용)할 경우, 채권자가 채무자에게 채무이행의 청구를 소구할 권리를 잃을 뿐으로 본다. 즉, 러시아법상 시효완성시 채무자에게는 소구력 및 집행력 없는 자연채무가 남는다.

13) Новицкий И.Б., *Сделки. Исковая давность* // *Избранные труды по гражданскому праву*. В 2-х т. Т. I, М.: Статут, 2006, С. 337. 원문으로는 “Основание исковой давности есть в публичном праве, в соображениях общественной пользы и правового порядка. В советское время исковая давность нередко основывалась плановым ведением хозяйства и рассматривалась как средство укрепления хозяйственного расчета.”

14) 해당 판결에서는 청구권(притязание; anspruch)이라는 표현을 적시한 바 있다.

15) Определение КС РФ от 3 ноября 2006 г. № 445-О

16) 대법원 1979. 2. 13. 선고 78다2157 판결

(2) 당사자의 시효항변(원용)

러시아민법 제199조 소송시효의 적용

1. 침해된 권리의 보호에 관한 청구는 소송시효의 만료와 무관하게 법원이 수리하여야 한다.

2. 법원은 오직 분쟁당사자 일방이 법원의 판결 선고가 있기 전에 한 주장에 의하여만 소송시효를 적용한다.

분쟁당사자 일방이 법원에 주장한 소송시효의 만료는, 법원에 의한 소기각판결 선고의 사유가 된다.

3. 소송시효가 만료된 보호대상 권리의 행사를 위한 일방적 행위(상계, 납입자의 승낙을 요하지 않는 자동이체, 재판외적 담보권 실행 등)는 불허된다.

한국민법에는 시효완성의 효과에 관한 규정이 없고 애초에 원용이라는 용어 자체가 없지만, 학설대립에도 불구하고—절대적 소멸설이든, 상대적 소멸설이든—당사자의 원용이 없다면, 법원이 직권으로 소멸시효를 고려할 수 없다고 한다.¹⁷⁾

반면, 러시아민법은 이에 관한 명문의 규정을 두고 있다. 러시아민법 제199조 제2항 제1문에서 “법원은 오직 분쟁당사자 일방이 법원의 판결 선고가 있기 전에 한 주장에 의하여만 소송시효를 적용한다”고 명시한 까닭에, 반드시 당사자의 재판상 시효완성의 주장(원용)이 있어야만 법원은 소송시효를 적용(판단)할 수 있다.

나아가, 러시아민법 제199조 제1항은 “침해된 권리의 보호에 관한 청구는 소송시효의 만료와 무관하게 법원이 수리하여야 한다”고 규정한바, 시효완성의 사실이 소장에서 명백히 드러나더라도, 당사자의 주장(원용)이 없는 한, 이는 불수리(각하)사유가 될 수 없으며, 더 나아가, 동조 제2항 제2문에서는 “분쟁당사자 일방이 법원에 주장한 소송시효의 만료는, 법원에 의한 소장반려(기각)판결 선고의 사유가 된다”고 덧붙인바, 러시아연방은 시효완성의 효과를, 이에 관한 당사자의 주장(원용)을 조건으로 한 소장반려(기각)사유의 발생으로 보고 있다.

즉, 의무부담자는 시효완성의 주장(원용)을 통해 급부이행을 거절할 수 있는 시효의 항변을 재판상 주장할 수 있다. 하지만 이는 소송상 공격방어의 방법이지, 채무자에게 채무이행의 거절권을 뜻하는 실체법상 항변권이 생긴다는 의미는 아니다.

(3) 러시아연방에서 ‘원용권자’ 개념

한국은 1979년도 판례(대법원 1979. 2. 13. 선고 78다2157 판결)를 통해 ‘시효의 이익을 받을 자(시효원용권자)의 원용권’이란 개념을 인정해 왔다. 그러나 러시아연방은 근래에 들어서야 유사한 개념을 판례 변경으로써 도입하였다.

중진의 러시아연방의 판례¹⁸⁾는 러시아민법 제199조 제2항의 제1문을 아주 엄격히 해석하여, 분쟁당사자가 아닌 제3자의 시효완성의 주장(원용)을 소기각판결의 사유로

17) 최우진, 소멸시효 제도의 입법적 개선을 위한 소견, 「재산법연구」, 제41권 제1호, 한국재산법학회, 2024, 4면

18) Абзац 1 п. 4 Постановления N 15/18 (현재는 폐지)

인정하지 않았었다. 즉, 시효완성의 주장은 반드시 분쟁당사자만이 할 수 있다는 입장이었다. 하지만 2015년 판례 변경으로¹⁹⁾, 제3자의 시효완성 주장(원용)을 제한적으로 인정하기 시작하였다. 변경된 판례에 따르면, 시효완성의 주장은 분쟁당사자가 하는 것이 여전히 원칙이지만, 청구인용된 사건의 피고로부터 구상권 또는 손해배상을 청구당할 소지가 있는 제3자에게는 예외적으로 시효완성의 주장(원용)을 할 수 있도록 길을 열어주었다.

(4) 소송시효에 관한 입법과 학설의 변천사

가. 러시아제국

오늘과 달리, 과거 러시아제국 기본법(Свод законов Российской Империи)에서는, 시효가 완성하면 소권과, 채무에 대한 실체법상 권리(채권 및 청구권) 모두 상실하는 것으로 규율하였다.

러시아제국의 11대 황제 니콜라이 1세(1796~1855) 치세에 1832년 편찬된 기본법 제10권 제694조에서는 “소제기와 민사소송은 10년의 시효로 제한된다. 이 기간 내에 소제기를 하지 않거나, 소제기를 하였더라도 관청²⁰⁾을 가지 아니한²¹⁾ 자는 자기의 권리를 상실한다²²⁾”고 규정하였고, 나아가 제1549조에서는 “계약의 최종적 이행을 위한 기한이 흐른 후 10년의 시효가 경과하고, 이와 더불어 그 계약에 대해 집행신청이 없었거나, 집행신청시부터 10년 내에 아무도 관청을 가지 않았다면²³⁾, 그 계약은 효력을 상실한다²⁴⁾”고 하였다.

그러다가 러시아제국의 12대 황제 알렉산드르 2세(1818~1881) 치하에 들어서는 사법부를 행정부에서 분리하는 사법개혁을 단행하면서, 1864년에 첫 근대적 민사소송법인 민사재판법(Устав гражданского судопроизводства)을 공포하였는데, 동소송법 제706조에서 “법원은 청구를 제기하지 아니한 대상물에 대해 판결할 수 없으며, 소송당사자가 청구한 것 그 이상을 판결할 수도 없고, 소송당사자가 시효를 주장하지 아니한 경우에는 시효에 관한 문제 역시 제기할 수 없다²⁵⁾”고 규정하면서, 채무에 대한 실체법상 권리는 시효완성으로써 소멸하지 않는 것으로 보는 게 바람직하다는—당대의 실체법과 소송법을 조화한—학설이 유력설로 터잡게 된다.

19) п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 43

20) 당시에는 사법부가 행정부로부터 분리되지 않았다.

21) 소제기 후 심리절차에 참여하지 아니한 경우, 즉 재판불참석한 경우로 이해된다.

22) 원문으로는 «Иски так же, как и тяжбы ограничиваются общою земскою десятилетнею давностью. Кто в течение оной иска не предъявил, или, предъявив, хождения по оному в присутственных местах не имел, тот теряет свое право»

23) 집행신청 후 심리절차에 참여하지 아니한 경우, 즉 재판불참석한 경우로 이해된다.

24) 원문으로는 «договор прекращается, если от срока, назначенного для окончательного его действия, протекла десятилетняя давность и договор не был представлен ко взысканию (а), или когда не было по оному хождения в присутственных местах в течение 10 лет со времени предъявления ко взысканию (б)…»

25) 원문으로는 “Суд не имеет права ни постановлять решения о таких предметах, о коих не предъявлено требования, ни присуждать более того, что требовалось тяжущимся, ни возбуждать вопроса о давности, если тяжущиеся на нее не ссылались.”

이후 러시아제국의 13대 황제 알렉산드르 3세(1845~1894) 치하에 들어서면서, 첫 민법전 편찬 작업이 1882년에 개시되고, 그 초안이 1913년 국가두마(하원)에 상정되었다. 동법전 초안의 제105조는 “소권은 법률로써 정한 소송시효 기간 내에 불행사한 경우 소멸한다”고만 규정하고, 채무에 대한 실체법상 권리의 소멸 여부에 대해서는 명문의 규정을 두지 않았다. 하지만 동법전 초안의 해설서에 따르면, 소장에 기재된 실체법상 권리는 소멸하는 게 아니라 존속하는 것이며, 이때 이해관계자는 시효완성의 항변을 통해 자기에게 제기된 청구(소송)의 강제집행(소구력)을 저지할 수 있도록 설계되었다.²⁶⁾

그러나 1917년 러시아 혁명으로 러시아제국이 무너지면서, 아쉽게도 러시아제국 민법전 초안은 끝내 입법되지 못하고 기록으로만 남게 된다.

나. 소련

소련 시절의 러시아공화국은 1922년에 역사상 첫 민법전(이하 ‘1922년 민법전’이라 한다)을 제정하였고, 1964년에 다시 새롭게 민법전(이하 ‘1964년 민법전’이라 한다)을 제정한 바 있다.

1922년 민법전 제44조는 “소권은, 법률로써 달리 정하지 않는 한, 3년의 기간(소송시효)이 만료함으로써 소멸한다”고 규정하며, 시효완성된 채무에 대한 실체법상 권리의 소멸 여부에 대해서는 여전히 함구하였다. 그리하여 당시에는 ㉠ 소송시효가 완성된 채무는 법적 채무가 아니므로 채무는 소멸한 것으로 보는 시각과 ㉡ 소송시효가 완성하더라도 채권자에게 계속 권리가 존속한다는 시각 간에 첨예한 학설대립이 있었다.²⁷⁾

그리하여 1964년 민법전은 입법정책적 결단을 내렸는데, 시효완성이 있더라도 법원이 소를 각하하지 않고 재판심리를 강행하도록 하였으며(동법전 제81조), 더 나아가 소송시효를 법원의 직권탐지사항으로 규정하는 데까지(동법전 제82조) 이르게 된다.

다. 러시아연방

러시아연방은 러시아민법을 제정함으로써 소송시효를 더 이상 법원의 직권탐지사항이 아닌, 분쟁당사자의 시효완성의 주장을 요하는 변론주의 적용대상으로 확정하였다.

아울러, 러시아민법에 따르면, 소송시효가 완성하더라도 채권자의 실체법상 권리는 소멸하지 않고, 단지 이해관계자가 시효완성의 주장을 할 경우, 채권자가 채무자에게 채무이행의 청구를 소구할 권리를 잃을 뿐으로 본다.

26) Тютрюмова И. М., *Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению проекта Гражданского уложения (С объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной Комиссии)*, Т.1., 1910, С. 113; 115

27) Савин К.Г., *Исковая давность в современном отечественном и зарубежном гражданском праве*, Дис. канд. юрид. наук, М., 2019, С. 170~171

2. 소송시효의 대상적격

(1) 학설과 판례

한국민법은 소멸시효의 대상을 채권과 소유권 이외의 재산권으로 정하고 있으므로, 가축권 및 인격권에 대해서는 소멸시효가 적용되지 않는 것으로 본다. 나아가 학설²⁸⁾은 ① 소유권 및 소유권에 기한 부수적 권리, ② 점유권 및 유치권, ③ 담보물권, ④ 용익물권, ⑤ 항변권에 대해서는 시효의 대상적격을 부정하고 있다.

하지만 러시아민법의 경우 채권과 청구권의 개념구분 없이 중립적인 표현인 ‘청구’를 사용하고 있고, 또 시효를 ‘소송’시효로 명칭하였기 때문에, ‘어떠한 종류의 소’가 소송시효에 걸리느냐를 두고 오랜 학설대립이 있다. 따라서 러시아민법상 소송시효의 대상적격 문제에는 대체로 소송시효에 걸리는 이행의 소(청구권)뿐만 아니라, ‘형성의소’와 ‘확인소의소’ 역시 문제가 된다.

러시아법상 일반적 견해에 따르면, 채권채무관계에서의 형성의소는 소송시효 대상이 될 수 있다고 한다²⁹⁾.

하지만 확인의소의 경우에는 상황이 다르다. 대부분의 확인의소는 소송시효에 걸리지 않는다는 게 중론인데, 그 이유로는, 확인의소만으로는 채무자에게 작위의무를 부과할 수 없으므로 침해된 권리를 보호하기 어렵다는 점³⁰⁾, 청구원인에 기재된 사실관계의 존재를 판결이유에서 확인하고 그 이유로 소송절차가 개시되었는데, 판결주문에서 시효완성의 항변을 이유로 청구를 받아들이지 않는 것은 모순이라는 점³¹⁾을 들고 있다.

그런데 러시아민법은 ‘무효인 법률행위’ 및 ‘취소할 수 있는 법률행위’에 대한 무효/취소확인청구—각 강학상 확인의소 및 형성의소—를 소송시효의 대상으로 정하였다(제181조).³²⁾

특히, 무효행위의 재판상 무효확인청구에 관하여, 러시아민법 제181조(무효확인소(소송시효) 제1항에서는 “무효인 법률행위의 무효효과의 적용에 관한 청구 및 해당 법률행위의 무효확인에 관한 청구의 소송시효는 3년으로 한다. 해당 청구의 소송시효는 무효인 법률행위의 이행을 착수한 날로부터 기산하며, 법률행위의 당사자가 아닌 자가 소를 제기한 경우에는, 해당자가 그 이행의 착수를 알았거나 알 수 있는 날로부터 기산한다. 이때 법률행위의 당사자가 아닌 자를 위한 소송시효는 법률행위의 이행착수일로부터 10년을 결코 초과할 수 없다”고 규정한다.

‘무효인 행위의 무효효과의 적용에 관한 청구’는 성질상 원상회복의무의 이행의소이기 때문에 청구권으로서 소송시효에 걸리는 게 타당하지만, ‘무효행위의 무효확인’에 관한 청구’는 단지 확인의소이므로, 일반적으로 소송시효의 적용 대상으로 보기는

28) 명순구, 「민법학원론(보정판)」, 박영사(2017), 132면

29) 형성의소라 하더라도, 그 소송물에는 여러 성격의 권리주장이 내포될 수 있으므로, 형성의소의 소송시효 대상적격 여부를 일률적으로 판단하기에는 한계가 있는 것이 사실이다.

30) 즉, 원/피고에게 법률관계의 변동은 일으키지 않는다.

31) Сергеев А. П., Терещенко Т.А., *Начало течения срока исковой давности по иск у из неосновательного обогащения*, Закон, N 7, 2012, С. 83

32) 취소할 수 있는 법률행위의 재판상 무효 청구는 결국 취소권 행사에 해당하고, 취소권은 강학상 제척기간에 걸려야 하는 형성권인데, 러시아민법에서는 소송시효에 걸리도록 규정하고 있다.

어렵다.

2013년 전면개정 이전의 러시아민법 제181조 제1항은 오직 ‘무효인 법률행위의 무효효과의 적용에 관한 청구’, 즉 원상회복의무의 이행청구만을 소송시효의 대상으로 규정했었지, 무효행위의 무효확인청구에 관해서는 언급이 없었다. 하지만 러시아민법의 2013년 전면개정으로 말미암아 무효행위의 무효확인청구가 동조 문언에 포섭하게 되었는데, 그 배경에는 러시아연방의 판례의 영향이 있었다. 무효행위는 무효확인판결과 무관하게 애초부터 확정적으로 당연무효이지만, 당사자 이외의 제3자가 법률행위무효에 따른 원상회복의무의 이행청구를 할 수 있으려면, 무효행위의 무효(부존재)를 재판상 확인받는 것이 전제되기 때문에, 이 제3자에게 무효행위의 무효(부존재)확인을 청구할 법률상 이익이 있다면, ‘무효인 법률행위의 무효효과의 적용에 관한 청구(원상회복의무의 이행청구)’와 무관하게, 무효행위의 무효확인청구권을 보장해야 한다는 일관된 사법해석³³⁾이 있었고, 이러한 법원의 견지는 2013년 전면개정을 통해 러시아민법 전반에 투영되었다.

하지만 결론적으로, 동조의 문언상, 무효행위에 대한 무효확인청구를 굳이 소송시효에 걸리도록 설계한 것은, 오히려 강행규정 등으로 정한 법률행위의 무효사유를 회피하기 위한 수단으로서 소송시효제도가 악용될 수 있다는 점에서 부적절하다.

그러나 다행스럽게도 러시아연방의 대법원은 동규정의 입법상 오류를 의식하여, “법원은, 피고가 무효인 법률행위에 기초한 원고의 청구에 대해 한 항변에 있어, 해당 법률행위의 무효확인청구의 시효완성 여부와 상관없이, 그 내용을 평가해야 한다”고 해석함으로써³⁴⁾, 동규정에 반하지 않는 범위에서, 무효행위에 기초한 청구에 대해—그 원인인 무효행위의 시효완성과 무관하게—소송상 항변이 허용된다고 판시하였다.³⁵⁾

(2) 러시아민법 규정

위 학설과 별도로, 러시아민법 제208조는 소송시효의 대상이 될 수 없는 청구의 유형을 나열하고 있다.

러시아민법 제208조 소송시효 불적용 청구

소송시효는 다음 각호의 1의 청구에는 적용하지 아니한다.

- 인격적 비재산권 및 그 밖의 비재산적 이익의 보호에 관한 청구, 단 법률로써 정한 경우에는 제외한다.
- 예금자의 은행에 대한 예금반환 청구.
- 국민의 생명과 건강에 가한 손해의 배상에 관한 청구. 그러나 이러한 손해배상청구권이 발생한 때로부터 3년이 경과한 후 제기된 청구에 대하여는 소제기가 있기 전 3년 이내의 과거의 기간에 한하여 인정된다. 단 "테러 방지에 관한 연방

33) п. 32 Постановления пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 (현재는 폐지)

34) абз. 4 п. 71 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25

35) 무효행위의 무효확인을 소구한 자가 시효완성으로 기각판결을 받은 상황이라든가, 해당 무효행위에 기초한 권리를 소구한 제3자에 대해 법률행위의 무효 항변을 할 수 있고, 그리하면 제3자의 청구는 기각된다.

법(제35-Φ3호, 2006.03.06. 제정)”에서 규정한 경우는 제외한다.

- 소유자 또는 그 밖의 점유자의 권리침해제거청구로서, 그 침해가 점유상실(제304조)과 무관한 경우.
- 법률로써 정한 그 밖의 청구

가. 인격적 비재산권 및 그 밖의 비재산적 이익의 보호에 관한 청구

러시아연방 역시 한국과 마찬가지로 인격권과 같은 비재산적 권리는 소송시효의 대상이 아니라고 본다. 러시아민법상 ‘비재산적 이익’이란, ㉠ 생명과 건강, ㉡ 개인의 존엄, ㉢ 인신의 불가침, ㉣ 명예와 명성, ㉤ 사회적 평판, ㉥ 사생활의 불가침, ㉦ 주거의 불가침, ㉧ 개인과 가족의 비밀, ㉨ 이전의 자유, ㉩ 거소와 주소 선택의 자유, ㉪ 성명권, ㉫ 저작권 등이 있다(제150조).

인격적 비재산권 및 비재산적 이익의 침해에 따른 정신적 피해보상(위자료) 청구에 대해서는 소송시효가 적용되지 않지만, 재산권 침해에 따른 위자료 청구는 소송시효의 적용대상이 된다.³⁶⁾

나. 예금자의 은행에 대한 예금반환 청구

은행제도, 예금자보호 등 거래안전 및 사회질서를 위한 것으로 이해된다.

한국에서 예금채권은 상사채권으로서 상사시효가 적용되지만, 민상합일주의를 택한 러시아민법은 민사채권과 상사채권을 구별하지 않을뿐더러, 예금반환청구를 애당초 소송시효의 대상으로 불인정하는 입법정책을 취하고 있다.

다. 국민의 생명과 건강에 가한 손해의 배상에 관한 청구

생명과 건강에 끼친 손해에 관한 배상청구에 대해서는 소송시효를 적용하지 않는 것이 원칙이지만, 해당 손해배상청구권이 발생한지 3년이 경과한 이후에 행사하는 경우에는 손해배상의 범위를 실제 청구일(소제기일) 기준 3년 이내에 입은 손해에 한정한다는 취지이다.

생명과 건강상 입은 손해의 배상 범위를 소제기일 직전의 3년의 기간으로 제한한 이유는, 피해자가 사망하거나 후유장애가 발생하여 계속적 손해배상으로서 정기금 지급을 청구하는 경우를 고려한 것이라고 한다. 그러므로 만약 피해자가 가해자에게 4년 전에 입은 신체상 피해—가령 치료비—에 대해 정기금이 아닌 일시금 지급으로 손해배상을 청구한다면, 법원은 시효완성을 이유로 피의자의 손해배상청구를 기각할 수 없다고 한다.³⁷⁾

나아가 판례는, 신체상 피해배상채무의 불이행 및 이행지체의 발생이 가해자의 과실에 기인한 것이라면, 소제기일 기준 3년 이내의 기간보다 더 오래전 기간에 입은

36) п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 20 декабря 1994 г. № 10

37) Карапетов А.Г., *Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153 - 208 Гражданского кодекса Российской Федерации*, М-Логос, 2018, С. 1259

피해에 대해서도 손해배상청구가 가능하다고 판시한바³⁸⁾, 해당 논리에 따라 1986년 체르노빌 원전사고 피해자들의 가해기관에 대한 손해배상청구 역시 소송시효의 적용을 받지 않는다.³⁹⁾

라. 소유자 또는 그 밖의 점유자의 권리침해제거청구

재산의 점유침탈 상태를 해소하기 위한 권리침해제거청구는 소송시효의 배제대상이라고 한다. 문언상, 점유상실과 무관한 권리침해의 경우를 규정한 점을 미루어 볼 때, 여기서 말하는 권리침해제거청구란, 점유상실을 행사요건으로 하는 ‘점유권에 기한 물권적 청구권(점유보호청구권)’을 뜻하는 것이 아니라, 점유침탈을 행사요건으로 하는 ‘소유권에 기한 물권적 청구권만을 뜻하는 것으로 이해된다. 판례⁴⁰⁾ 역시 권리침해제거청구가 아닌 물권적 청구는 시효배제대상이 아니라고 하며, 그 예로 타인의 점유하에 있는 재산에 대한 소유물반환청구를 들고 있다.

권리침해제거청구의 유형으로는 ㉠ 상가건물주의 상가 로비에 설치된 매대의 철거청구⁴¹⁾, ㉡ 부동산의 점유를 상실하지 아니한 부동산소유자의 부동산소유권확인청구⁴²⁾, ㉢ 소유자 또는 점유자의 권리(및제한부담)부존재확인청구⁴³⁾, ㉣ 부동산소유권의 등기명의인이 동일한 부동산의 다른 등기명의인에 대해 한 권리부존재확인청구 등이 있다.⁴⁴⁾

판례⁴⁵⁾에 따르면, 법률로써 달리 정함이 없는 한, 등기된 권리에 대한 무효확인을 구하는 청구(등기말소청구등)에 대해서는 일반소송시효를 적용하지만, 부동산등기부에 실체관계에 부합하지 아니한 사항이 등기되어 권리침해가 발생하였는데 그 원인이 점유상실과 무관한 경우의 등기말소청구는 소송시효의 적용대상에서 배제된다고 한다.

마. 법률로써 정한 그 밖의 청구

위 소송시효의 대상이 될 수 없는 청구의 유형은 위 목록에 한정되지 않는다. 특히 가족관계에서는 소송시효의 적용을 배제하는 것이 원칙이다. 이와 관련하여 러시아연방의 가족법(이하 ‘러시아가족법’이라 한다)은 “침해된 권리의 보호를 위한 기간이 러시아가족법에서 특정된 경우⁴⁶⁾를 제외하고, 가족관계에서 비롯한 청구에 대해

38) п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 26 января 2010 г. № 1

39) Определение КС РФ от 3 ноября 2006 г. № 445-О

40) п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 43

41) п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 153

42) Постановление Президиума ВАС РФ от 2 августа 2005 г. № 1206/05, от 6 ноября 2007 г. № 8665/07

43) п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 43

44) п. 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 153

45) п. 57 Постановления пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22

46) 러시아가족법상 이에 해당하는 청구로는, 배우자동의서의 공증없이 한 법률행위의 취소확인청구(러시아가족법 제35조 제3항; 1년의 시효), 혼인이 해소된 부부의 공동재산에 대한 분할청구(러시아가족법 제38조 제1항, 3년의 시효); 양육비지급청구(러시아가족법 제107조 제2항; 3년의 시효), 성병 및 에이즈 감염 사실 은폐에 따른 혼인의 불성립확인청구(러시아가족법 제169조 제4항 및 제15조 제4항; 1년의 시효)

서는 소송시효를 적용하지 아니한다”고 규정한다(러시아가족법 제9조 제1항).

3. 시효완성 후 변제의 효과 및 시효이익의 포기

러시아민법은 시효완성 후 변제의 효과를 ‘금부반환청구의 불허’로, 시효완성 후 채무자의 채무승인의 효과표시(시효이익의 포기)를 ‘새로운 소송시효의 진행’으로 설명하고 있다.

러시아민법 제206조 소송시효의 만료 후 의무의 이행

1. 소송시효가 만료된 후 의무를 이행한 채무자 또는 그 밖의 의무자는 의무이행을 하였을 당시 소송시효의 만료를 알지 못한 경우에도 이행한 것의 반환을 청구할 수 없다.
2. 만약 소송시효가 만료된 후 채무자 또는 그 밖의 의무자가 서면으로 자기의 채무를 승인한다면, 소송시효의 기간은 다시 시작한다.

동조 제1항에 따르면, 시효완성된 채무를 임의로 이행한 자는 유효한 변제를 한 것이므로, 이미 금부한 것에 대해서는 부당이득반환 청구가 불가능하다. 다시 말해, 러시아는 시효완성된 채무를 자연채무로 보고 있다. 이는 시효완성된 채무를 자연채무로 보느냐에 관해 학설대립이 있는 한국과 사뭇 다른 상황이다.

제2항은 시효완성 이후에 한 채무승인의 효과로서 “소송시효의 기간은 다시 시작한다”고 규정한다. 이는 한국의, “시효완성 후에 채무승인을 한 때에는 시효완성의 사실을 알고 그 이익을 포기한 것이라고 추정할 수 있다”고 본 판례⁴⁷⁾와 “채무자가 시효완성 후 채무 일부를 변제함으로써 시효이익을 포기한 경우, 그때부터 새로이 소멸시효가 진행한다”고 본 판례⁴⁸⁾와 궤를 같이한다.

동항에서 규정한 채무승인은 시효중단사유에 해당하는 관념의 통지로서의 채무승인이 아니라, 시효이익이 있는 채무자가 시효이익을 포기한다는 의사표시로서의 채무승인을 의미한다. 한국에서도 역시 시효중단사유의 채무승인과 시효이익포기 표시행위로서의 채무승인을 구별하는 판례⁴⁹⁾가 존재한다.

4. 시효에 관한 합의

소멸시효의 단축 또는 경감을 허용하는 한국민법(제184조 제2항)과 달리, 러시아민법은 소송시효를 변경하는 약정을 불허한다.

러시아민법 제198조 소송시효 변경 합의의 무효

- 소송시효 및 그 계산 절차는 당사자의 합의로 변경할 수 없다.
소송시효 진행의 정지사유 및 중단사유는 동법전 및 그 밖의 법률로써 정한다.

47) 대법원 1967. 2. 7. 선고 66다2173 판결

48) 대법원 2013. 5. 23. 선고 2013다12464 판결

49) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다21556 판결

이는 소송시효 및 그 계산 절차의 변경에 관한 합의는 무효라는 강행규정을 도입한, 소련 시대의 1964년 민법전의 유산으로 볼 수 있다.

1964년 민법전 제80조 소송시효 변경 합의의 무효

소송시효의 기간 및 그 계산 절차에 관한 당사자의 합의는 불허된다.

하지만, 위에서 주지하였듯, 시효완성 후 채무자의 채무승인으로써 소송시효의 기간은 다시 시작한다고 규정한바, 채권자와 채무자 간에 소송시효 연장에 관한 합의가 없더라도, 채무자 스스로 채무승인의 의사표시를 함으로써 새로운 소송시효가 시작할 수 있다는 점에서, 러시아민법상 소송시효 규정에도 사적자치의 작동한다는 것을 확인할 수 있다.

5. 제척기간과의 구별

러시아연방도 한국과 마찬가지로 제척기간 제도를 인정하지만 그 개념을 민법 조항으로써 규정하지는 않는다.

한국의 학설은 제척기간을 법률관계의 조속한 확정을 위하여 법률이 규정한 권리의 존속기간(다수설) 또는 행사기간으로 이해하고 있다.⁵⁰⁾ 러시아연방은 제척기간을 권리의 존속기간으로 본다.⁵¹⁾

한국과 러시아연방 양국 모두 제척기간을 소멸시효와 대비하면서 제척기간의 특징을 도출하는데, 한국의 경우 ① 제척기간에는 소멸시효에서와 같은 정지나 중단이 인정되지 않고, ② 소급효가 없으며, ③ 시효이익의 포기나 유사한 문제가 생기지 않고, ④ 제척기간은 소멸시효와 달리 법원의 직권조사사항이라고 설명한다.⁵²⁾

러시아연방의 학설도 한국의 상황과 유사하게 제척기간의 특징으로, ① 제척기간은 당사자의 제척기간만료 주장 여부와 무관하게 법원이 직권으로 적용한다는 점, ② 제척기간은 정지, 중단 등이 불가하다는 점, ③ 제척기간의 만료로써 제척기간에 걸리는 권리는 소멸한다는 점, ④ 제척기간 이내의 권리행사에 대한 증명 부담은 권리자에게 있지만, 시효완성의 증명 부담은 의무자에게 있다는 점 등을 들고 있다.⁵³⁾

다만 한국과 러시아연방의 차이점은, 러시아연방의 경우, 소송시효의 완성의 효과는 권리소멸이 아니기 때문에, 권리소멸을 전제로 한 제척기간과의 구별이 용이하다는 특징을 갖는다.

아울러, 제척기간은 취소권과 같은 형성권이 그 적용대상이다. 그리고 형성권은 제척기간에 걸려야 하는 권리지만, 이상하게도, 앞서 언급한 바 있지만, 러시아연방에서는 일부 형성권을 소송시효에 걸리는 것으로 규정하고 있다.

예컨대, 러시아민법 제181조(무효확인 소송시효) 제2항에서는 “취소할 수 있는 법률행위의 무효확인에 관한 청구 및 그 무효(취소)효과의 적용에 관한 청구의 소송시효는 1년으로 한다. 위 소송시효는 강요 또는 강박에 의하여 법률행위가 행하여진

50) 김진우, 소멸시효와 제척기간, 「재산법연구」, 제25권 제3호, 한국재산법학회, 2009, 165면

51) Гонгалло Б. М., *Гражданское право: Учебник*, Т. 1., Статут, 2017, С. 295

52) 김진우, 소멸시효와 제척기간, 「재산법연구」, 제25권 제3호, 한국재산법학회, 2009, 165면

53) Асосков А. В. *Пресекательные сроки и их соотношение с другими видами гражданско-правовых сроков*, Вестник гражданского права, 2018, N 4, С. 57

때에는 그 강요 또는 강박이 그친 날로부터 또는 원고가 법률행위의 무효사유가 되는 그 밖의 사정을 알았거나 알 수 있는 날로부터 기산한다”고 하며, 제척기간으로 규정해야 할 취소권을 소송시효로 규정하고 있다.

러시아민법상 규정에 따르면, 취소권 행사의 ‘소송시효’가 만료하더라도 채권자의 취소권은 소멸하지 않고, 소구력 및 집행력을 잃은 채 의무부담자에게 자발적 이행을 요청 및 기대할 수만 있지, 채무자에게 이행강제 및 손해배상청구를 할 수 없게 된다.

또한, 러시아가족법에서는, 혼인이 해소된 부부의 공동재산에 대한 분할청구를, 제척기간이 아닌, 3년의 소송시효에 걸리도록 규정하였으며(제38조 제7항), 판례는 특이하게도, 재산분할청구의 소송시효의 기산점을, 혼인해소시가 아니라, 배우자가 공동재산에 대한 자기의 권리침해 사실을 알았거나 알 수 있었을 때로 해석하고 있다.⁵⁴⁾

III. 소송시효의 기산점

한국에서 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하고(한국민법 제166조 제1항), 불법행위로 인한 손해배상청구권(한국민법 제766조 제1항) 및 유류분반환청구권(제1117조 본문)의 단기시효를 제외하면, 시효의 기산에 관해 권리행사자의 주관적 인식가능성을 배제하고 있으므로⁵⁵⁾, 시효제도의 입법적 개선을 위해서는 권리자의 주관적 인식가능성도 고려한 이원적(주관적/객관적) 체계를 구성하는 것이 적절하다는 주장이 제기되고 있다.⁵⁶⁾

한편, 현행 러시아민법은 소송시효의 기산에 있어 권리의 객관적 발생일과 권리자의 주관적 인식가능성을 모두 고려하는 이원적 체계를 갖추고 있는데, 이는 약 1세기에 걸친 학계의 논의와 입법의 산물로 여겨진다. 아래에서는 러시아연방 소송시효의 기산점 규정의 변천사를 살펴본다.

1. 1922년 민법전

1922년 민법전 제45조. 소송시효의 진행은 소제기권이 발생한 시점부터 기산한다.

채권자의 청구시 이행하는 채무에 있어서 소송시효의 진행은 채무의 발생시로부터 기산한다.

1922년 민법전은 현재의 한국민법처럼 소송시효의 기산에 관하여 권리자의 주관

54) п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 05.11.1998 N 15 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака»).

55) 최우진, 소멸시효 제도의 입법적 개선을 위한 소견, 「재산법연구」, 제41권 제1호, 한국재산법학회, 2024, 30면

56) 최우진, 소멸시효 제도의 입법적 개선을 위한 소견, 「재산법연구」, 제41권 제1호, 한국재산법학회, 2024, 52면

적 인식가능성을 전혀 고려하지 않고, 소제기권의 발생일이라는 객관적 기준만을 고려하였다.

이 때문에 당시 소련 시절에는, 소제기권이 발생한 시점과 소제기권자가 자기의 소제기권을 인지하게 된 시점이 불일치하는, 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구 소송의 시효를 기산하는 데 난관을 겪는다. 그러나 이러한 법규의 공백은 다행히 소련 대법원의 판례로 보충할 수 있었는데, 당시 소련의 대법원은 “손해배상소송의 소제기권은 원고가 손해의 발생을 알았거나 알 수 있었을 때부터 기산한다”라고 판시하며⁵⁷⁾, 권리자의 주관적 ‘권리행사’가 아닌 ‘권리침해’에 관한 인식가능성을 고려한 이원적(주관적/객관적) 체계 마련의 초석을 판결례로 세웠다.

2. 1964년 민법전

1964년 민법전 제83조. 소송시효 진행의 기산점

소송시효의 진행은 소권의 발생시부터 기산한다. 소권은 당사자가 자기의 권리가 침해된 사실을 알았거나 알 수 있었던 날로부터 기산한다. 본 규정의 예외 및 소송시효 진행의 정지사유와 중단사유는 소련의 법률 및 동법에 따른다.

이후 새롭게 제정된 1964년 민법전은, 시효의 기산에 있어 소제기권의 발생일이라는 객관적 기준만 제시한 1922년 민법전의 법적 공백에 관해 권리자의 침해사실 인지라는 주관적 요소 또한 가미해야 한다는 당시 소련 대법원의 판례를 수용하여, 소송시효 기산에 있어서 소권의 발생일과 더불어 권리자의 주관적 권리침해에 관한 인식을 병렬적으로 규정한 이원적 체계를 도입하였다.

3. 러시아민법: 2013년 전면개정 이전

제200조 소송시효 계산의 기산점

1. 소송시효의 진행은, 당사자가 자기의 권리가 침해된 사실을 알았거나 알 수 있었던 날로부터 기산한다. 동 규정의 예외는 동법전 및 그 밖의 법률로써 정한다.

2. 특정한 이행기가 있는 채무에 관하여 소송시효의 진행은 그 이행기가 종료한 때로부터 기산한다.

특정한 이행기가 없거나, 청구시를 이행기로 정한 채무에 관하여 소송시효의 진행은 채권자에게 채무이행을 청구할 권리가 발생한 때를 기산점으로 하며, 만약 채무자가 당해 채무를 이행하도록 유예기간을 정한 경우, 소송시효는 당해 기간이 만료한 때부터 기산한다.

3. 구상채무에 관하여 소송시효는 주채무를 이행한 시점부터 기산한다.

57) Стучка П. И., *Общая часть гражданского права. Учебное пособие*, М., 1929, С. 27

소련을 승계한 러시아연방은 1994년에 러시아민법을 제정하였다. 러시아민법 역시 1964년 민법전과 마찬가지로 시효의 기산에 있어 객관주의와 주관주의를 모두 관철한 이원적 체계를 두었다. 다만, 러시아민법은 주관적 기산점을 먼저 규정하고 그 다음에 객관적 기산점 규정을 후술한다는 점에서, 그 반대로 객관적 기산점을 먼저 규정하고 그 후에 주관적 기산점 규정을 둔 1964년 민법전과 미묘한 차이가 있다.

4. 러시아민법: 2013년 전면개정 이후

제200조 소송시효 계산의 기산점

1. 소송시효의 진행은, 법률로써 달리 정하지 않는 한, 당사자가 자기의 권리가 침해된 사실 및 자기의 침해된 권리를 보호하기 위한 소송에 적격한 피고를 알았거나 알 수 있었던 날로부터 기산한다.

2. 특정한 이행기가 있는 채무에 관하여 소송시효의 진행은 그 이행기가 종료한 때로부터 기산한다.

특정한 이행기가 없거나, 또는 청구시를 이행기로 정한 채무에 관하여 소송시효는 채권자가 채무이행을 청구한 때를 기산점으로 하며, 만약 채무자에게 당해 채무의 이행기를 정한 경우, 소송시효는 당해 채무의 이행기가 만료한 때부터 기산한다. 한편, 소송시효의 기간은 어떠한 경우에도 채무가 발생한 날로부터 10년을 초과할 수 없다.

3. 구상채무에 관하여 소송시효는 주채무를 이행한 날로부터 기산한다.

러시아민법은 2013년 총칙 및 채무편의 전면개정을 거쳤는데, 이 과정에서 소송시효의 기산점에 관해 다음 사항을 추가하였다.

먼저, 시효기산의 주관주의에 따라 시효기간이 무기한 연장될 수 있는 문제점을 해소하기 위해 객관적 기산점에서 10년의 상한기간(максимальный срок давности; verjährungshöchstfrist; long stop)이 도과하면 권리자의 주관적 인식과 상관없이 시효가 완성되도록, 동조 제2항 말미에 “소송시효의 기간은 어떠한 경우에도 채무가 발생한 날로부터 10년을 초과할 수 없다”는 단서를 추가하였다.

나아가, 소송시효 기산의 주관적 기준에 한 가지 요소를 더 추가하였는데, 이는 ‘원고의 적격피고에 관한 인지’라는 요소이다. 개정된 러시아민법 제200조 제1항은 “법률로써 달리 정하지 않는 한, 소송시효의 진행은 당사자가 자기의 권리가 침해된 사실 및 자기의 침해된 권리를 보호하기 위한 소송에 적격한 피고를 알았거나 알 수 있었던 날로부터 기산한다”고 규정함으로써, 사실상 불법행위로 인한 손해배상청구에 있어서는 원고가 가해자인 피고를 인지했을 시점부터 소송시효가 기산하도록 하였다.

더 나아가, 최근에는 소송시효 기산의 주관적 기준에 ‘원고의 청구에 필수적 내용이 되는 중요사실(청구의 종류, 청구금액 등)’ 역시 추가해야 한다는 주장이 학계에서 제기되고 있다.⁵⁸⁾

58) Савин К.Г., *Исковая давность в современном отечественном и зарубежном гражданском праве*. Дис. канд. юрид. наук. М., 2019, С. 37,

IV. 시효의 장애

러시아민법은 소송시효의 장애로 중단, 정지 및 회복(восстановление)을 규정한다. 특히 소송시효의 회복은 한국에서는 다소 생소한, 러시아민법상 특유의 개념인데, 권리자가 부득이한 일신상 이유(중병, 무기력, 문맹 등)로 소송시효를 실기한 경우 법원이 이를 사실상의 장애사유로 인정하는 것이다.

러시아민법은 시효의 중단사유로 채무승인만을 인정한 대신, 시효의 정지사유를 넓게 규정한다. 러시아민법상 시효정지사유는 [1] 재판에 의한 시효정지(러시아민법 제204조), [2] 불가항력 등에 의한 정지(제202조 제1항), [3] 대체적분쟁해결 절차진행에 의한 정지(제202조 제3항)가 있다. 러시아민법상 명문의 규정은 없지만, 판례⁵⁹⁾에서는 추가적으로 [4] 제한능력자를 위한 정지를 언급하고 있다.

러시아민법상 독특한 점은, 상속재산에 관한 채권자의 청구를 소송시효의 대상으로 삼고는 있지만⁶⁰⁾, 제1175조 제3항의 두 번째 문단에서 “채권자가 피상속인에게 청구를 한 때에는, 해당 청구의 소송시효는 중단, 정지 또는 회복이 불가하다”고 함으로써 상속재산에 대한 권리행사의 장애의 성립을 불인정한다는 것이다.

아울러, ‘최고(재판외적 청구)에 의한 잠정적 중단’, ‘협약에 의한 정지’ 및 ‘혼인의 종료 등 가족관계에 의한 정지’는 러시아법에 존재하지 않는 개념이다.

1. 정지사유

(1) 재판에 의한 시효정지

제204조 침해된 권리의 재판상 보호의 경우의 소송시효의 진행

1. 침해된 권리의 보호를 위해 적법한 절차에 따라 법원에 소제기를 한 날부터 침해된 권리의 재판상 보호가 행사되는 기간 내내 소송시효는 진행하지 아니한다.

2. 법원이 소를 각하한 경우, 재판상 권리보호의 각하사유에서 달리 비롯하지 않는 한, 소제기시 전에 진행이 시작된 소송시효의 진행은 일반적 절차에 따라 계속된다.

법원이 형사사건상 제기된 소⁶¹⁾를 각하한 경우, 소제기 전에 진행이 시작된 소송시효는 소각하판결 선고의 효력이 발할 때까지 그 진행을 정지한다.

3. 만약 소각하판결 후 소송시효의 잔여기간이 6개월 미만인 경우, 소송시효는 6개월까지 연장된다. 단, 소각하판결 선고의 사유가 원고의 작위(부작위)에 의한 경우는 제외한다.

1922년 민법전 및 1964년 민법전 상에서 재판상 보호를 위한 소제기(이하 ‘재판상 청구’라고 한다)는 소송시효의 중단사유에 해당하였으나, 러시아민법은 이를 정지사

59) п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 43

60) 1964년 민법전에서는 해당 청구가 상속개시일 기준 6개월의 제척기간에 걸린다고 규정하였다(제554조).

61) 한국의 ‘배상명령신청’에 해당하는 제도다.

유로 규정하고 있다. 엄격하게는 재판상 청구시 소송시효가 ‘정지한다’가 아니라 ‘진행하지 아니한다’고 명시하는데, 이는 표현의 문제이지, 시효불진행이나 시효정지나 실질적으로 시효완성의 유예 효과는 동일하다는 점에서 이 두 개념을 굳이 구분할 실익은 없기 때문에, 동조를 정지사유로 취급해도 무방하다고 판단된다. 더욱이, 동조 제2항에서는 ‘형사절차상 배상명령신청의 소를 각하한 경우’에 시효의 진행을 ‘정지’한다고 적시하고 있다.

러시아연방의 판례는 사법기관인 법원에 소제기하는 것뿐 아니라, 중재기관에 중재신청을 하는 것 역시 재판상 청구에 준하는 것으로 취급하며, 지급명령과 같은 간이재판절차(приказное производство)를 신청하거나, 파산사건 절차에 참여하는 것 또한 재판상 청구의 유형으로 본다.⁶²⁾

재판상 청구의 시효정지효가 발생하는 시점과 관련하여, 판례는 관련 소장이 우체국에 접수되거나 또는 신청인에 의해 직접 법원에 제출(수리)된 시점으로 보며, 전자소송의 경우에는 소장이 일정 양식에 따라 작성되어 법원 웹사이트에 게시된 시점으로 본다.⁶³⁾

따라서 소장에 기재된 청구취지를 변경하는, 예컨대 일부청구 후 청구액을 확장하는 경우, 판례는 최초 제출한 소장상 일부청구액에 대해서는 법원의 최초 소장의 수리시부터 시효정지효가 발생하며, 이후 청구취지 변경을 통해 확장한 액수에 대해서는 법원이 변경된 소장을 수리하는 시점부터 시효정지효가 발생한다고 한다.⁶⁴⁾

또한 동조는 재판상 청구가 ‘적법한 절차에 따라’야 한다고 규정하므로, 소장은 형식적 요건을 엄격히 갖추어야 함은 물론이고, 소제기에 있어 소송법상 기타 필수적 요건(인지대 납부)도 함께 충족되어야 한다. 만약 소장의 요건 불충족, 재판관할위반 등 소제기 절차의 하자가 있는 경우에는 소송시효의 정지사유에 해당하지 아니한 것으로 본다. 그러나 법원이 소제기의 절차상 하자를 이유로 소장각하를 명하였음에도, 신청인이 소장각하의 원인이 된 하자를 치유하여 법원이 소장각하명령을 취소한다면, 소장이 수리된 시점부터 시효정지효가 소급하여 발생한다고 한다.⁶⁵⁾

(2) 불가항력 등에 의한 정지 및 대체적분쟁해결 절차에 의한 정지

제202조 소송시효의 정지

1. 다음 각호의 1의 경우, 소송시효의 진행은 정지된다.
 - 1) 긴급하고, 그러한 여건 하에서의 불가피한 상황(불가항력)이 소제기를 방해한 경우
 - 2) 원고 또는 피고가 전시 상황의 러시아군에 소속한 경우
 - 3) 러시아연방정부가 법률에 따라 채무이행의 유예(모라토리엄)를 정한 것에 의한 경우
 - 4) 당해 관계를 규율하는 법률 또는 그 밖의 법령의 효력이 정지된 것에 의

62) п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 43

63) п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 43

64) п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 43

65) п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 43

한 경우

2. 동조 제1항에 명시된 경우가 소송시효 최후의 6개월 내에 발생하거나 또는 계속되고 있는 조건하에서 소송시효의 진행은 정지되며, 만약 전체기간이 6개월이거나 또는 그 미만인 소송시효의 경우, 그 소송시효의 기간 내내 정지된다.

3. 만약 당사자들이 법률에 규정된 재판외적 분쟁해결절차(조정, 중재, 행정절차 등)를 이용하였다면, 법률에 규정된 당해 절차의 진행기간 동안 소송시효 기간이 정지되며, 당해 절차의 진행기간이 법률에 규정되어 있지 않은 경우에는 당해 절차가 개시된 날로부터 6개월 동안 정지된다.

4. 소송시효의 진행은, 그 소송시효의 정지사유에 해당하는 경우가 종료한 날로부터 계속된다. 만약 소송시효의 잔여기간이 6개월 미만인 경우, 그 소송시효는 6개월까지 연장되며, 만약 전체기간이 6개월이거나 또는 그 미만의 소송시효의 경우, 당해 소송시효의 전체기간까지 연장된다.

가. 불가항력 등에 의한 정지

소송시효의 진행 도중에 또는 만료할 무렵에 채권자에게 불가항력 등 본인 통제 밖에 있는 사실상 및 법률상 장애로 인해 정지사유가 발생할 경우, 그 기간 동안에는 소송시효의 만료가 유예된다. 참고로, 이러한 유예의 효과는 주관적 시효기간에 적용되는 것이지 객관적 시효에는 적용되지 않는다.⁶⁶⁾ 왜냐하면 러시아민법이 2013년 전면개정을 거치면서, 객관적 기산점에서 10년의 상한기간이 도과하면 권리자의 주관적 인식과 상관없이 시효가 완성하도록 단서규정이 추가되었기 때문이다(제200조 제2항).

천재 기타 사변만을 정지사유로 인정하는 한국민법과 달리, 러시아민법은 더 넓은 의미의 불가항력(vis major)을 정지사유로 명시하고, 이와 유사한 성격의 기타 불가항력적 사유를 포괄적으로 규율한다. 그러나 러시아민법 제202조 제1항의 적용범위는 객관적 사실관계로 제한되는바⁶⁷⁾, 제3자의 행위로 인한 장애사유의 발생은 불가항력적 사유가 될 수 없다.

나. 대체적분쟁해결 절차에 의한 정지

분쟁당사자가 분쟁해결을 위해 중재, 조정 등 법률에서 정한 대체적분쟁해결 절차로 회부한 경우에는 이를 정지사유로 인정받아, 해당 법정된 대체적분쟁해결 절차가 존속한 기간 동안 시효정지효를 인정받는다.

다만, 위 조항의 문구상 ‘법률에 규정된’ 재판외적 분쟁해결절차에 따라야 하는바, 관련 법률규정이 없는 ‘협의’ 절차는 재판외적 분쟁해결절차에 해당하지 않고⁶⁸⁾, 재

66) Карапетов А.Г., *Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153 - 208 Гражданского кодекса Российской Федерации*, М-Логос, 2018, С. 1212

67) Карапетов А.Г., *Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153 - 208 Гражданского кодекса Российской Федерации*, М-Логос, 2018, С. 1212

판외적 청구에 해당하는 ‘최고’ 역시 관련 규정이 러시아민법에 없으므로, 러시아연방에서 ‘협의’ 및 ‘최고’는 그 자체만으로 소송시효의 중단사유가 될 수 없다.

한편, 러시아법상 특정 유형의 소제기를 위해서는 분쟁당사자가 필수적으로 ‘이의제기 절차’—한국의 ‘소송전 화해절차’와 성격이 유사하다—를 거쳐야 하는데, 이 절차는 소송법에 규정된 절차이므로, 이의제기 절차는 법정된 대체적 분쟁분쟁해결 절차로서 소송시효의 중지사유가 된다는 데 이견이 없다.⁶⁸⁾

살피건대, 만약 분쟁당사자 양방 간에 이의제기 절차를 진행하자는 합의가 있다면—이를테면, 채권자가 소제기에 앞서 채무자에게 채무이행을 청구(최고)하면서 화해합의를 위한 협상개시를 제안하고, 상대방인 채무자가 이를 승낙하는 의사표시를 한다면—, ‘이의제기 절차’ 테두리 내에서의 ‘협의’ 또는 ‘재판외적 청구’는 충분히 소송시효의 중단사유가 될 수 있을 것이다. 그러나 이의제기 절차의 요건을 충족하지 아니한 협의나 최고는 그 자체만으로 러시아법상 소송시효의 정지사유가 될 수 없다.

2. 중단사유

제203조 소송시효의 중단

소송시효의 진행은 의무자의 채무승인을 증명하는 행위에 의하여 중단된다.

중단 후 소송시효의 진행은 다시 시작되며, 중단시까지 경과한 기간은 새로운 기간에 불산입한다.

러시아민법상 소송시효의 중단사유는 채무승인이 유일하다. 여기서 채무승인은 준 법률행위로서 관념의 통지를 의미하는데, 채무승인의 행위주체는 의무자이지만, 채권자 역시 의무자의 채무승인 행위를 증명함으로써 소송시효의 중단을 도모할 수 있다.

위 조항의 문리적 해석 및 학설⁷⁰⁾에 따르면, 채무승인의 형식은 서면에 제한되지 않고 구두로도 가능하며, 이는 실체법상 문제가 아닌, 소송법상 증명의 문제이기 때문이라고 설명한다. 더욱이 러시아민법은, 법률로써 달리 정한 경우를 제외하고, 계약의 서면 형식을 계약성립의 필수적 요건으로 두고 있지 않다(제162조).

나아가 판례⁷¹⁾는 ‘의무자의 채무승인을 증명하는 행위’의 예시로 ① 이의제기의 인정, ② 채무자가 채무인정을 한다는 취지의, 채무자 측의 권한 있는 자가 행한 계약서 변경 및 계약서 변경 요청(납금연기 요청 또는 분할납금 요청 등), ③ 채무자 측의 권한 있는 자가 서명한 정산서를 들고 있으며, 더 나아가, 이의제기에 대한 답변서에 채무를 인정한다는 표현의 명시가 없을 경우, 이는 채무승인을 한 것으로 볼 수 없다고 해석하고 있다.

68) Карапетов А.Г., *Сделки, представительство, исковая давность: постановительный комментарий к статьям 153 - 208 Гражданского кодекса Российской Федерации*, М-Логос, 2018, С. 1216

69) п. 16 Постановления Пленума ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 43

70) Черепахин Б. Б., *Исковая давность по обязательствам из причинения вреда по Гражданскому кодексу*, Право и жизнь, 1926, Кн. 4-5, С. 38

71) п. 20 Постановления Пленума ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 43

3. 소송시효의 회복

제205조 소송시효의 회복

원고의 인격과 관련한 사정(중병, 무기력한 상태, 문맹 등)과 관련하여, 법원이 이를 소송시효를 실기한 이유로 부득이하다고 인정하는 예외적인 경우, 개인의 침해된 권리는 보호되어야 한다. 소송시효 실기의 이유가 부득이하다고 인정되기 위해서는, 그 실기의 이유가 소송시효 최후의 6개월 내에 발생하여야 하며, 만약 소송시효의 기간이 6개월 또는 그 미만인 경우, 그 기간 중에 실기의 이유가 발생해야 한다.

(1) 의의 및 연혁적 배경

“법은 선과 형평의 예술이다(ius est ars boni et aequi)”라는 법언에 따라, 러시아 민법은 권리자가 시효완성 6개월 이전에 발생한 중병, 무기력, 문맹 등 부득이한 사정으로 소송시효를 실기한 것을 권리행사의 사실상 장애로 취급하여, 법원으로 하여금 원고의 신청에 따라 시효연장효의 인정 여부를 판단할 수 있도록 한다.

1922년 민법전 및 1964년 민법전에서도 위 조항과 유사한 규정을 찾을 수 있는데, 법원이 원고의 신청에 의한 시효의 연장효를 인정함으로써 사회적 형평을 도모하는데 그 취지가 있다고 할 수 있다.

1922년 민법전 제49조. 모든 경우에 있어, 법원이 소멸시효의 실기 이유가 타당하다고 인정한다면, 법원은 소멸시효를 연장할 수 있다.

1964년 민법전 제87조. 소송시효 만료의 효과

소제기 전 소송시효의 만료는 소기각의 사유가 된다.

만약 법원, 중재기관 또는 중재원이 소멸시효를 실기한 이유를 부득이하다고 인정한다면, 침해된 권리는 보호 대상이 된다.

(2) 원고의 인격과 관련한 사정(중병, 무기력한 상태, 문맹 등)의 범위

소련 시대에는 심지어 법인도 부득이한 사유(집단농장 임원의 집단농장 사무에 대한 불법적 개입, 대표자의 권리남용 등)를 주장하여 소송시효를 회복할 수 있었다.⁷²⁾ 하지만 현재는 영리활동과 관련한 법인 및 개인사업자의 청구에 대해 시효의 회복을 불인정한다.⁷³⁾ 사실상 자연인의 부득이한 일신상 사정만을 신청사유로 본다는 점에서 동조의 적용범위가 대폭 축소되었다고 할 수 있다.

판례는 정신병, 암 등을 중병의 범주로 인정하기에⁷⁴⁾, 급격한 건강악화만으로는

72) п. 16 Пленум Верховного Суда СССР от 26.03.1960 N 3 «О судебной практике по гражданским колхозным делам»

73) п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 43

74) определения КГД ВС РФ от 11 марта 2014 г. № 15-КГ13-6, от 14 июля 2015 г. № 5-КГ15-83, от 23 мая 2017 г. № 19-КГ17-10

중병으로 인정받기 어렵다. 또한, 판례⁷⁵⁾상 무기력한 상태란, 불모 또는 인질로 잡힌 무방비의 상태를 의미하고, 문맹에 관해서는 러시아어를 구사하지 못하는 상태를 일컫는다. 즉, 법의 무지는 문맹과 무관하다. 살피건대, 이는 재판의 언어인 러시아어를 모르는 소수민족의 재판권 보호를 위한 것으로 이해된다.

(3) 추후보완과 비교

‘소송시효의 회복’은 러시아법 특유의 제도로 평가된다. 한국 등 다른 나라의 경우, 이와 유사한 효과를 일으키는 방식으로, 일반시효기간보다 긴 특별한 시효기간을 정하거나, 시효기간의 유예에 관한 규정을 두는 것⁷⁶⁾이 일반적인데, 러시아연방은 채권자의 부득이한 사유로 인한 재판상 청구(소제기)의 실기를, 마치 소송법상 ‘추후보완’ 제도처럼, 귀책사유 없는 실기로 보아 법원의 개별적 판단을 통해 그 적법성을 인정하고 있는 셈이다. 하지만, 소송시효의 회복은 실체법상 행위인 재판상 청구의 실기를 대상으로 하고, 추후보완은 소송행위의 재판상 불변기간 실기를 대상으로 한다는 점에서 차이점이 있다.⁷⁷⁾

V. 맺음말

러시아연방의 소송시효제도를 개괄적으로, 그리고 연혁적으로도 살펴보았다. 러시아연방에서는, 시효가 완성하더라도 채권자의 권리는 소멸하지 않고, 이해관계자가 소송시효의 완성을 주장한 경우에 비로소 채권자가 채무자에게 채무이행의 청구를 소구할 권리를 상실한 것으로 본다. 채권법 측면에서는, 시효완성시 채무자에게 소구력 및 집행력 없는 자연채무가 남게 된다고 볼 수 있다.

러시아민법에서는 ‘채권’과 ‘청구권’의 구별이 없고, 시효제도를 설명함에 있어서 이른바 ‘소권’을 중심으로 한 조문체계를 두고 있지만, 실질적으로는 이를 ‘청구권’으로 해석하고 있다는 점에서, 시효완성의 효과 부분을 제외한다면, 채권 및 소유권 이외의 재산권을 시효의 대상으로 정한 한국민법과 유사성을 확인할 수 있었다. 특히, 러시아민법에서 설명하는 시효완성 후의 급부이행에 관한 효과는, 시효이익의 포기 에 관한 우리의 법리 및 판례와 일치한다.

한편, 소련의 법 제도를 계승한 러시아민법의 특수성도 확인할 수 있었다. 특히, 한국에서는 생소한, ‘시효의 회복’ 제도는, 권리자가 중병, 문맹 등의 부득이한 사정으로 인해 시효를 실기했을 경우 법원이 이를 사실상의 장애로 인정해 시효의 연장을 허용할 수 있다는 점에서, 법의 사회적 형평성을 중시하는 러시아연방의 입법정책을 가늠할 수 있었다. 나아가, 러시아민법은 시효의 중단사유로 오직 채무승인만을 인정하고, 나머지 장애사유를 정지사유로 규정하며, 심지어는 재판상 청구 역시 정지사유로 취급한다는 점이 인상적이었다.

75) п. 40 (а) Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9

76) 한국의 경우, 미성년 성범죄피해자의 손해배상청구권은 성년이 된 시점부터 기산한다.

77) 러시아연방 역시 추후보완 제도를 ‘절차상 기간의 회복(восстановление процессуальных сроков)’이라는 개념으로 소송법에서 따로 규율하고 있다.

또한, 러시아민법은 소송시효의 기산에 있어 권리의 객관적 발생일과 권리자의 주관적 권리침해에 관한 인식을 병렬적으로 규정한 이원적 체계를 갖추고 있다는 점에서, 권리자의 권리행사 가능 여부만을 일원적으로 고려한 우리의 객관적 기산 체계에 시사하는 바가 크다고 생각된다.

그러나 러시아민법은 제척기간에 관한 규정이 미비하고, 취소권 등 일부 형성권을 제척기간이 아닌, 소송시효에 걸리는 권리로 규정한 점에서 다소 아쉬운 면이 있다고 생각된다. 그렇지만 러시아민법의 입법자들은 법 개정을 통해 소송시효제도를 보완하고 있으며, 특히 2013년 러시아민법의 전면개정을 통해서도 소송시효의 객관적 기산점에 10년의 상한기간 등을 도입하기도 하였다. 관련 규정이 도입된지 10년이 지난 지금, 객관적 기산점의 상한기간에 관한 사건들이 러시아법원의 판단을 받게 될 것인바, 앞으로 이에 관한 러시아법원의 해석과 판례의 형성에 그 귀추가 주목된다.

VI. 소송시효 규정의 변천사(번역)

1. 1922년 민법전

Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. Общая часть V. Исковая давность	1922년 러시아공화국 민법전 총칙 V. 소송시효
Ст. 44. Права на иски погашаются по истечении трехлетнего срока (исковая давность), если в законе не установлены иной срок давности.	제44조. 소권은, 법률로써 달리 정하지 않는 한, 3년의 기간(소송시효)이 만료함으로써 소멸한다.
Ст. 45. Течение исковой давности начинается с того времени, когда возникло право на предъявление иска. По обязательствам, подлежащим исполнению по востребованию кредитора, течение исковой давности начинается со времени возникновения обязательства.	제45조. 소송시효의 진행은 소제기권이 발생한 시점부터 기산한다. 채권자의 청구시 이행하는 채무에 관하여 소송시효의 진행은 채무의 발생시로부터 기산한다.
Ст. 46. С погашением давностью иска по главному требованию погашаются также иски и о придаточных требованиях.	제46조. 주된 청구의 대한 소송시효의 소멸로써 종된 채권에 관한 소송 역시 소멸 ⁷⁸⁾ 한다.
Ст. 47. В случае исполнения обязательства должником по истечении давности он не вправе требовать обратно уплаченного, хотя бы в момент уплаты он и не знал об истечении давности.	제47조. 소송시효가 만료된 후 의무를 이행한 채무자는 지급하였을 당시 소송시효의 만료를 알지 못하였을지라도 지급한 것의 반환을 청구할 수 없다.

Ст. 48. Течение исковой давности при останавливается: 1) когда истец вследствие непреодолимой силы был лишен возможности предъявить иск, если препятствия эти наступили в последние шесть месяцев давностного срока; 2) в силу объявленного для обязательств моратория; 3) для состава Красной армии и флота, приведенного на военное положение, пока последнее продолжается. Примечание. Со дня прекращения обстоятельств, послуживших основанием для приостановления течения давности, течение срока продолжается, причем в случаях, когда остающийся срок менее 6 месяцев, таковой удлиняется до 6 месяцев.	제48조. 다음 각호의 1의 경우, 소송시효의 진행은 정지된다. 1) 원고가 불가항력으로 인하여 소제기의 가능성이 박탈되었을 때, 그 장애가 소송시효 최후의 6개월 내에 도래한 경우 2) 채무의 유예(모라토리엄)가 선포된 것에 의한 경우 3) 전시 상황의 소련 붉은군대⁷⁸⁾ 및 해군에 소속한 경우 참고. 소송시효의 진행은, 그 소송시효의 정지사유에 해당한 경우가 종료한 날로부터 계속된다. 만약 소송시효의 잔여기간이 6개월 미만인 경우, 그 소송시효는 6개월까지 연장된다.
Ст. 49. Во всех случаях, когда суд признает основательными причины, по которым пропущен срок исковой давности, он может продлить этот срок.	제49조. 모든 경우에 있어, 법원이 소멸시효의 실기 이유가 타당하다고 인정한다면, 법원은 소멸시효를 연장할 수 있다.
Ст. 50. Исковая давность прерывается предъявлением иска, а также совершением со стороны обязанного лица действий, свидетельствующих о признании долга.	제50조. 소송시효는 소제기로써 중단되며, 의무자의 채무승인을 증명하는 행위에 의하여도 중단된다.
Ст. 51. После перерыва исковая давность начинается снова, причем истекшее перед тем время не зачисляется в новый срок.	제51조. 소송시효는 중단 이후에 다시 시작되며, 중단시까지 경과한 기간은 새로운 기간에 불산입한다.

2. 1964년 민법전

Гражданский кодекс РСФСР 1964 г. Раздел I. Общие положения Глава 6. Исковая давность	1964년 러시아공화국 민법전 제1편 총칙 제6장 소송시효
Статья 78. Общие сроки исковой давности	제78조 일반소송시효

78) 직역으로는 ‘소멸한다’가 맞지만, 주어가 ‘소송’이므로 ‘종결한다’로 의역할 수도 있다.

79) 육군에 해당한다.

Общий срок для защиты права по иску лица, право которого нарушено (исковая давность), устанавливается в три года, а по искам государственных организаций, колхозов и иных кооперативных и общественных организаций друг к другу - в один год.	권리가 침해된 자의 소권을 보호하기 위한 일반소송시효(소송시효)는 3년으로 하며, 국가기관, 집단농장 및 기타 협동조합 및 사회단체 간의 소송에 관하여는 1년으로 한다.
Статья 79. Сокращенные сроки исковой давности	제79조 단기소송시효
Сокращенные сроки исковой давности устанавливаются законодательством Союза ССР для отдельных видов требований, вытекающих из отношений, регулирование которых отнесено к ведению Союза ССР, и настоящим Кодексом - для иных требований. Сокращенный срок давности продолжительностью в шесть месяцев применяется, в частности, по искам: 1) о взыскании неустойки (штрафа, пени); 2) о недостатках проданных вещей (статья 249); 3) вытекающим из поставки продукции ненадлежащего качества (статья 262), а также некомплектной продукции. К искам о недостатках выполненной по договору подряда работы применяются сроки давности, указанные в статье 365 настоящего Кодекса. К искам, вытекающим из перевозки грузов, пассажиров и багажа, применяются сокращенные сроки давности, указанные в статье 384 настоящего Кодекса, а к искам, вытекающим из отношений органов связи с клиентурой, - сокращенные сроки давности, указанные в Уставе связи Союза ССР.	소련의 관할에 속하는 관계에서 비롯한 별도 유형의 청구에 관하여는 소련의 법률로써 단기소송시효를 정하고, 기타 청구에 관하여는 동법전으로써 단기소송시효를 정한다. 다음 각호의 1의 경우, 6개월의 단기사효기간이 적용된다. 1) 위약벌(위약금, 지체상금) 지급청구에 관한 소송 2) 매도한 물건의 하자(제249조)에 관한 소송 3) 부적합 품질의 제품의 공급(제262조) 및 제품의 불완전성⁸⁰⁾에서 비롯한 소송 도급계약상 용역의 하자에 관한 소송에 대하여는 동법전 제365조에서 규정한 시효기간이 적용된다. 화물, 여객 및 수하물 운송에서 비롯한 소송에 대하여는 동법전 제384조에 규정한 단기사효기간이 적용되며, 통신기관과 이용자 간의 관계에서 비롯한 소송에 대하여는 소련의 통신약관에서 규정한 단기사효기간이 적용된다.
Статья 80. Недействительность соглашения об изменении сроков исковой давности	제80조 소송시효 변경 합의의 무효
Изменение по соглашению сторон сроков исковой давности и порядка их исчисления не допускается.	소송시효의 기간 및 그 계산 절차에 관한 당사자의 합의는 불허된다.

Статья 81. Рассмотрение иска независимо от истечения исковой давности	제81조 소송시효의 만료 여부와 무관하게 소송 심리
Требование о защите нарушенного права принимается к рассмотрению судом, арбитражем или третейским судом независимо от истечения срока исковой давности.	침해된 권리의 보호에 관한 청구는 소송시효의 만료 여부와 무관하게 법원, 중재기관 또는 중재원에 의하여 심리된다.
Статья 82. Обязательность применения исковой давности	제82조 소송시효 적용의 의무
Исковая давность применяется судом, арбитражем или третейским судом независимо от заявления сторон.	소송시효는 당사자의 주장 여부와 무관하게 법원, 중재기관 또는 중재원에 의하여 적용된다.
Статья 83. Начало течения срока исковой давности	제83조 소송시효 계산의 기산점
Течение срока исковой давности начинается со дня возникновения права на иск; право на иск возникает со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права. Изъятия из этого правила, а также основания приостановления и перерыва течения сроков исковой давности устанавливаются законодательством Союза ССР и настоящим Кодексом.	소송시효의 진행은 소권의 발생시부터 기산한다. 소권은 당사자가 자기의 권리가 침해된 사실을 알았거나 알 수 있었던 날로부터 기산한다. 본 규정의 예외 및 소송시효 진행의 정지사유와 중단사유는 소련의 법률 및 동법전에 따른다.
Статья 84. Срок исковой давности при перемене лиц в обязательстве	제84조 채무의 당사자 변동시 소송시효
Перемена лиц в обязательстве не влечет за собой изменения срока исковой давности.	채무에서의 당사자 변동은 소송시효의 변경을 불러일으키지 아니한다.
Статья 85. Приостановление течения срока исковой давности	제85조 소송시효의 정지
Течение срока исковой давности приостанавливается: 1) если предъявлению иска препятствовало чрезвычайное и непредотвратимое при данных условиях событие (непреодолимая сила); 2) в силу установленной Советом Министров СССР и Советом Министров РСФСР отсрочки исполнения обязательств (мораторий); 3) если истец или ответчик находится в составе Вооруженных Сил СССР, переведенных на военное положение.	다음 각호의 1의 경우, 소송시효의 진행은 정지된다. 1) 긴급하고, 그러한 여건 하에서의 불가피한 상황(불가항력)이 소제기를 방해한 경우 2) 소련 장관평의회 및 러시아공화국 장관평의회가 채무이행의 유예(모라토리엄)를 정한 것에 의한 경우 3) 원고 또는 피고가 전시 상황의 소련군에 소속한 경우 동조에 명시된 경우가 소송시효 최후의 6개월 내에 발생하거나 또는 계속되고

Течение срока исковой давности приостанавливается при условии, если указанные в настоящей статье обстоятельства возникли или продолжали существовать в последние шесть месяцев срока давности, а если этот срок менее шести месяцев, – в течение срока давности. Со дня прекращения обстоятельства, послужившего основанием приостановления давности, течение ее срока продолжается, при этом остающаяся часть срока удлинняется до шести месяцев, а если срок исковой давности был менее шести месяцев, – до срока исковой давности.	있는 조건하에서 소송시효의 진행은 정지되며, 만약 전체기간이 6개월 미만인 소송시효의 경우, 그 소송시효의 기간 내내 정지된다. 소송시효의 진행은 그 소송시효의 정지 사유에 해당한 경우가 종료한 날로부터 계속되고, 소송시효의 잔여기간은 6개월 까지 연장되며, 만약 전체기간이 6개월 미만인 소송시효의 경우, 당해 소송시효의 기간까지 연장된다.
Статья 86. Перерыв течения срока исковой давности	제86조 소송시효의 중단
Течение срока исковой давности прерывается предъявлением иска в установленном порядке. По спорам, в которых одной или обеими сторонами являются граждане, течение срока исковой давности прерывается также совершением обязанным лицом действий, свидетельствующих о признании долга. После перерыва течение срока исковой давности начинается снова; время, истекшее до перерыва, не засчитывается в новый срок. Если иск оставлен судом без рассмотрения, то начавшееся до предъявления иска течение срока исковой давности продолжается в общем порядке. Если судом оставлен без рассмотрения иск, предъявленный в уголовном деле, то начавшееся до предъявления иска течение срока исковой давности продолжается со дня вступления в законную силу приговора, которым иск оставлен без рассмотрения.	소송시효의 진행은 일정 절차에 따른 소제기로써 중단된다. 개인이 일방 또는 양방 당사자로 있는 소송에 관하여, 소송시효의 진행은 의무자의 채무승인을 증명하는 행위에 의하여 중단된다. 중단 후 소송시효의 진행은 다시 시작한다. 중단시까지 경과한 기간은 새로운 기간에 불산입한다. 만약 법원이 소를 각하한다면, 소제기 이전에 진행이 시작된 소송시효의 진행은 일반적 절차에 따라 계속된다. 만약 법원이 형사사건상 제기된 소⁸¹⁾를 각하한다면, 소제기 전에 진행이 시작된 소송시효는 소각하의 발효일로부터 그 진행이 계속된다.
Статья 87. Последствия истечения срока исковой давности	제87조 소송시효 만료의 효과

Истечение срока исковой давности до предъявления иска является основанием к отказу в иске. Если суд, арбитраж или третейский суд признает уважительной причину пропуска срока исковой давности, нарушенное право подлежит защите.	소제기 전 소송시효의 만료는 소기각의 사유가 된다. 만약 법원, 중재기관 또는 중재원이 소멸시효를 실기한 이유를 부득이하다고 인정한다면, 침해된 권리는 보호 대상이 된다.
Статья 88. Приостановление, перерыв и восстановление сокращенных сроков давности	제88조 단기소송시효의 정지, 중단 및 회복
Правила о приостановлении, перерыве и восстановлении сроков исковой давности (статьи 85 - 87) распространяются также на сокращенные сроки давности, если законом не установлено иное.	소멸시효의 정지, 중단 및 회복에 관한 규정(제85조~제87조)은, 법률로써 달리 정하지 않는 한, 단기소송시효에도 적용된다.
Статья 89. Исполнение обязанности должником по истечении срока исковой давности	제89조 소송시효의 만료 후 채무자의 의무이행
В случае исполнения обязанности должником по истечении срока исковой давности он не вправе требовать исполненное обратно, хотя бы в момент исполнения он и не знал об истечении давности. Исполнение обязанности после истечения срока исковой давности между социалистическими организациями допускается лишь в случаях, предусмотренных законодательством Союза ССР.	소송시효가 만료된 후 의무를 이행한 채무자는 의무이행을 하였을 당시 소송시효의 만료를 알지 못한 경우에도 이행한 것의 반환을 청구할 수 없다. 소송시효가 만료된 이후의 사회주의단체 간의 의무이행은 소련의 법률로써 정한 경우에 한하여 허용된다.
Статья 90. Требования, на которые исковая давность не распространяется	제90조 소송시효 불적용 청구
Исковая давность не распространяется: - на требования, вытекающие из нарушения личных неимущественных прав, кроме случаев, предусмотренных законом; - на требования государственных организаций о возврате государственного имущества из незаконного владения колхозов и иных кооперативных и общественных организаций или граждан; - на требования вкладчиков о выдаче вкладов, внесенных в государственные	소송시효는 다음 각호의 1의 청구에는 적용하지 아니한다. 인격적 비재산권 침해에서 비롯한 청구, 단 법률로써 정한 경우에는 제외한다. 집단농장 및 기타 협동조합 및 사회단체의 불법점유 하에 있는 국가재산의 반환에 관한 국가기관의 청구 국가노동저축은행 및 소련 국가은행에 예치한 예금의 반환에 관한 예금자의 청구

е трудовые сберегательные кассы и в Государственный банк СССР; в случаях, устанавливаемых законодательством Союза ССР, - и на другие требования.	소련의 법률로써 정한 경우 및 그 밖의 청구
Статья 91. Применение исковой давности к искам по дополнительным требованиям	제91조 부수적 청구에 관한 소송에 대한 소송시효의 적용
С истечением срока исковой давности по главному требованию считается истекшим срок исковой давности и по дополнительным требованиям (неустойка, поручительство и т.п.).	부수적 청구(위약벌, 보증 등)의 소송시효는, 주된 청구에 대한 소송시효의 만료에 따라 만료한 것으로 본다.

3. 러시아민법

Гражданский кодекс Российской Федерации Часть первая Раздел I. Общие положения Подраздел 5. Сроки. Исковая давность Глава 12. Исковая давность	러시아연방 민법전 제1부 제1편 총칙 제5분편 기간, 소송시효 제12장 소송시효
Статья 195. Понятие исковой давности	제195조 소송시효의 개념
Исковой давностью признается срок для защиты права по иску лица, право которого нарушено.	소송시효라 함은 권리가 침해된 자의 소권을 보호하기 위한 기간을 뜻한다.
Статья 196. Общий срок исковой давности	제196조 일반소송시효
1. Общий срок исковой давности составляет три года со дня, определяемого в соответствии со статьей 200 настоящего Кодекса. 2. Срок исковой давности не может превышать десять лет со дня нарушения права, для защиты которого этот срок установлен, за исключением случаев, установленных Федеральным законом от 6 марта 2006 года N 35-ФЗ "О противодействии терроризму".	1. 일반소송시효는 동법전 제200조에서 정한 날로부터 3년으로 한다. 2. 소송시효는 보호의 대상이 되는 권리가 침해된 날로부터 10년을 초과할 수 없다. 단, "테러 방지에 관한 연방법(제35-ФЗ호, 2006.03.06. 제정)"에서 규정한 경우는 제외한다.

80) 주로 제품의 구성품이 불완전한(일부누락된) 경우를 뜻한다.

81) 한국의 '배상명령신청'에 해당하는 제도다.

Статья 197. Специальные сроки исковой давности	제197조 특별소송시효
1. Для отдельных видов требований законом могут устанавливаться специальные сроки исковой давности, сокращенные или более длительные по сравнению с общим сроком. 2. Правила статьи 195, пункта 2 статьи 196 и статей 198 – 207 настоящего Кодекса распространяются также на специальные сроки давности, если законом не установлено иное.	1. 별도 유형의 청구에 관하여는 법률로써 특별소송시효로 일반소송시효보다 짧게 또는 길게 정할 수 있다. 2. 동법전 제195조, 제196조 제2항 및 제198조~제207조의 규정은, 법률로써 달리 정하지 않는 한, 특별소송시효에도 적용한다.
Статья 198. Недействительность соглашения об изменении сроков исковой давности	제198조 소송시효 변경 합의의 무효
Сроки исковой давности и порядок их исчисления не могут быть изменены соглашением сторон. Основания приостановления и прерывания течения сроков исковой давности устанавливаются настоящим Кодексом и иными законами.	소송시효의 기간 및 그 계산 절차는 당사자의 합의로 변경할 수 없다. 소송시효 진행의 정지사유 및 중단사유는 동법전 및 그 밖의 법률로써 정한다.
Статья 199. Применение исковой давности	제199조 소송시효의 적용
1. Требование о защите нарушенного права принимается к рассмотрению судом независимо от истечения срока исковой давности. 2. Исковая давность применяется судом только по заявлению стороны в споре, сделанному до вынесения судом решения. Истечение срока исковой давности, о применении которой заявлено стороной в споре, является основанием к вынесению судом решения об отказе в иске. 3. Односторонние действия, направленные на осуществление права (зачет, безакцептное списание денежных средств, обращение взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке и т.п.), срок исковой давности для защиты которого истек, не допускаются.	1. 침해된 권리의 보호에 관한 청구는 소송시효의 만료와 무관하게 법원이 수리하여야 한다. 2. 법원은 오직 분쟁당사자 일방이 법원의 판결 선고가 있기 전에 한 주장에 의하여만 소송시효를 적용한다. 분쟁당사자 일방이 법원에 주장한 소송시효의 만료는, 법원에 의한 소기각판결 선고의 사유가 된다. 3. 소송시효가 만료된 보호대상 권리의 행사를 위한 일방적 행위(상계, 납입자의 승낙을 요하지 않는 자동이체, 재판외적 담보권 실행 등)는 불허된다.

Статья 200. Начало течения срока исковой давности	제200조 소송시효 계산의 기산점
1. Если законом не установлено иное, течение срока исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права и о том, кто является надлежащим ответчиком по иску о защите этого права. 2. По обязательствам с определенным сроком исполнения течение срока исковой давности начинается по окончании срока исполнения. По обязательствам, срок исполнения которых не определен или определен моментом востребования, срок исковой давности начинает течь со дня предъявления кредитором требования об исполнении обязательства, а если должнику предоставляется срок для исполнения такого требования, исчисление срока исковой давности начинается по окончании срока, предоставляемого для исполнения такого требования. При этом срок исковой давности во всяком случае не может превышать десять лет со дня возникновения обязательства. 3. По регрессным обязательствам течение срока исковой давности начинается со дня исполнения основного обязательства.	1. 소송시효의 진행은, 법률로써 달리 정하지 않는 한, 당사자가 자기의 권리가 침해된 사실 및 자기의 침해된 권리를 보호하기 위한 소송에 적격한 피고를 알았거나 알 수 있었던 날로부터 기산한다. 2. 특정한 이행기가 있는 채무에 관하여 소송시효의 진행은 그 이행기가 종료한 때로부터 기산한다. 특정한 이행기가 없거나, 또는 청구시를 이행기로 정한 채무에 관하여 소송시효는 채권자가 채무이행을 청구한 때를 기산점으로 하며, 만약 채무자에게 당해 채무의 이행기를 정한 경우, 소송시효는 당해 채무의 이행기가 만료한 때부터 기산한다. 한편, 소송시효의 기간은 어떠한 경우에도 채무가 발생한 날로부터 10년을 초과할 수 없다. 3. 구상채무에 관하여 소송시효는 주채무를 이행한 날로부터 기산한다.
Статья 201. Срок исковой давности при перемене лиц в обязательстве	제201조 채무의 당사자 변동시 소송시효
Перемена лиц в обязательстве не влечет изменения срока исковой давности и порядка его исчисления.	채무에서의 당사자 변동은 소송시효의 기간 및 그 계산 절차의 변경을 불러일으키지 아니한다.
Статья 202. Приостановление течения срока исковой давности	제202조 소송시효의 정지
1. Течение срока исковой давности приостанавливается: 1) если предъявлению иска препятствовало чрезвычайное и непредотвратимое при данных условиях обстоятельство (непреодолимая сила);	1. 다음 각호의 1의 경우, 소송시효의 진행은 정지된다. 1) 긴급하고, 그러한 여건 하에서의 불가피한 상황(불가항력)이 소제기를 방해한 경우

2) если истец или ответчик находится в составе Вооруженных Сил Российской Федерации, переведенных на военное положение; 3) в силу установленной на основании закона Правительством Российской Федерации отсрочки исполнения обязательств (мораторий); 4) в силу приостановления действия закона или иного правового акта, регулирующих соответствующее отношение. 2. Течение срока исковой давности приостанавливается при условии, что указанные в пункте 1 настоящей статьи обстоятельства возникли или продолжали существовать в последние шесть месяцев срока исковой давности, а если этот срок равен шести месяцам или менее шести месяцев, в течение срока исковой давности. 3. Если стороны прибегли к предусмотренной законом процедуре разрешения спора во внесудебном порядке (процедура медиации, посредничество, административная процедура и т.п.), течение срока исковой давности приостанавливается на срок, установленный законом для проведения такой процедуры, а при отсутствии такого срока – на шесть месяцев со дня начала соответствующей процедуры. 4. Со дня прекращения обстоятельства, послужившего основанием приостановления течения срока исковой давности, течение ее срока продолжается. Оставшаяся часть срока исковой давности, если она составляет менее шести месяцев, удлинняется до шести месяцев, а если срок исковой давности равен шести месяцам или менее шести месяцев, до срока исковой давности.	2) 원고 또는 피고가 전시 상황의 러시아군에 소속한 경우 3) 러시아연방정부가 법률에 따라 채무이행의 유예(모라토리엄)를 정한 것에 의한 경우 4) 당해 관계를 규율하는 법률 또는 그 밖의 법령의 효력이 정지된 것에 의한 경우 2. 동조 제1항에 명시된 경우가 소송시효 최후의 6개월 내에 발생하거나 또는 계속되고 있는 조건하에서 소송시효의 진행은 정지되며, 만약 전체기간이 6개월이거나 또는 그 미만인 소송시효의 경우, 그 소송시효의 기간 내내 정지된다. 3. 만약 당사자들이 법률에 규정된 재판외적 분쟁해결절차(조정, 중개, 행정절차 등)를 이용하였다면, 법률에 규정된 당해 절차의 진행기간 동안 소송시효기간이 정지되며, 당해 절차의 진행기간이 법률에 규정되어 있지 않은 경우에는 당해 절차가 개시된 날로부터 6개월 동안 정지된다. 4. 소송시효의 진행은, 그 소송시효의 정지사유에 해당한 경우가 종료한 날로부터 계속된다. 만약 소송시효의 잔여기간이 6개월 미만인 경우, 그 소송시효는 6개월까지 연장되며, 만약 전체기간이 6개월이거나 또는 그 미만의 소송시효의 경우, 당해 소송시효의 전체기간까지 연장된다.
Статья 203. Перерыв течения срока исковой давности	제203조 소송시효의 중단

Течение срока исковой давности прерывается совершением обязанным лицом действий, свидетельствующих о признании долга. После перерыва течение срока исковой давности начинается заново; время, истекшее до перерыва, не засчитывается в новый срок.	소송시효의 진행은 의무자의 채무승인을 증명하는 행위에 의하여 중단된다. 중단 후 소송시효의 진행은 다시 시작되며, 중단시까지 경과한 기간은 새로운 기간에 불산입한다.
Статья 204. Течение срока исковой давности при защите нарушенного права в судебном порядке	제204조 침해된 권리의 재판상 보호의 경우의 소송시효의 진행
1. Срок исковой давности не течет со дня обращения в суд в установленном порядке за защитой нарушенного права на протяжении всего времени, пока осуществляется судебная защита нарушенного права. 2. При оставлении судом иска без рассмотрения течение срока исковой давности, начавшееся до предъявления иска, продолжается в общем порядке, если иное не вытекает из оснований, по которым осуществление судебной защиты права прекращено. Если судом оставлен без рассмотрения иск, предъявленный в уголовном деле, начавшееся до предъявления иска течение срока исковой давности приостанавливается до вступления в законную силу приговора, которым иск оставлен без рассмотрения. 3. Если после оставления иска без рассмотрения неистекшая часть срока исковой давности составляет менее шести месяцев, она удлиняется до шести месяцев, за исключением случаев, если основанием оставления иска без рассмотрения послужили действия (бездействие) истца.	1. 침해된 권리의 보호를 위해 적법한 절차에 따라 법원에 소제기를 한 날부터 침해된 권리의 재판상 보호가 행사되는 기간 내내 소송시효는 진행하지 아니한다. 2. 법원이 소를 각하한 경우, 재판상 권리보호의 각하사유에서 달리 비롯하지 않는 한, 소제기시 전에 진행이 시작된 소송시효의 진행은 일반적 절차에 따라 계속된다. 법원이 형사사건상 제기된 소⁸²⁾를 각하한 경우, 소제기 전에 진행이 시작된 소송시효는 소각하의 효력이 발할 때까지 그 진행을 정지한다. 3. 만약 소각하 후 소송시효의 잔여기간이 6개월 미만인 경우, 소송시효는 6개월까지 연장된다. 단, 소각하의 사유가 원고의 작위(부작위)에 의한 경우는 제외한다.
Статья 205. Восстановление срока исковой давности	제205조 소송시효의 회복
В исключительных случаях, когда суд признает уважительной причину пропуска срока исковой давности по обстоятельствам, связанным с личностью	원고의 인격과 관련한 사정(중병, 무능력한 상태, 문맹 등)과 관련하여, 법원이 이를 소송시효를 실기한 이유로 부

ю истца (тяжелая болезнь, беспомощное состояние, неграмотность и т.п.), нарушенное право гражданина подлежит защите. Причины пропуска срока исковой давности могут признаваться уважительными, если они имели место в последние шесть месяцев срока давности, а если этот срок равен шести месяцам или менее шести месяцев – в течение срока давности.	득이하다고 인정하는 예외적인 경우, 개인의 침해된 권리는 보호되어야 한다. 소송시효 실기의 이유가 부득이하다고 인정되기 위해서는, 그 실기의 이유가 소송시효 최후의 6개월 내에 발생하여야 하며, 만약 소송시효의 기간이 6개월 또는 그 미만인 경우, 그 기간 중에 실기의 이유가 발생해야 한다.
Статья 206. Исполнение обязанности по истечении срока исковой давности	제206조 소송시효의 만료 후 의무의 이행
1. Должник или иное обязанное лицо, исполнившее обязанность по истечении срока исковой давности, не вправе требовать исполненное обратно, хотя бы в момент исполнения указанное лицо и не знало об истечении давности. 2. Если по истечении срока исковой давности должник или иное обязанное лицо признает в письменной форме свой долг, течение исковой давности начинается заново.	1. 소송시효가 만료된 후 의무를 이행한 채무자 또는 그 밖의 의무자는 의무이행을 하였을 당시 소송시효의 만료를 알지 못한 경우에도 이행한 것의 반환을 청구할 수 없다. 2. 만약 소송시효가 만료된 후 채무자 또는 그 밖의 의무자가 서면으로 자기의 채무를 승인한다면, 소송시효의 진행은 다시 시작한다.
Статья 207. Применение исковой давности к дополнительным требованиям	제207조 부수적 청구에 대한 소송시효의 적용
1. С истечением срока исковой давности по главному требованию считается истекшим срок исковой давности и по дополнительным требованиям (проценты, неустойка, залог, поручительство и т.п.), в том числе возникшим после истечения срока исковой давности по главному требованию. 2. В случае пропуска срока предъявления к исполнению исполнительного документа по главному требованию срок исковой давности по дополнительным требованиям считается истекшим.	1. 주된 청구에 대한 소송시효가 만료된 후에 발생한 부수적 청구를 비롯하여, 부수적 청구(이자, 위약벌, 담보, 보증 등)에 대한 소송시효는, 주된 청구에 대한 소송시효의 만료에 따라 만료한 것으로 본다. 2. 주된 청구에 대한 집행문 부여의 신청을 실기한 때에는, 부수적 청구에 대한 소송시효가 만료된 것으로 본다.
Статья 208. Требования, на которые исковая давность не распространяется	제208조 소송시효 불적용 청구

Исковая давность не распространяется на: - требования о защите личных немущественных прав и других нематериальных благ, кроме случаев, предусмотренных законом; - требования вкладчиков к банку о выдаче вкладов; - требования о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина. Однако требования, предъявленные по истечении трех лет с момента возникновения права на возмещение такого вреда, удовлетворяются за прошлое время не более чем за три года, предшествовавшие предъявлению иска, за исключением случаев, предусмотренных Федеральным законом от 6 марта 2006 года N 35-ФЗ "О противодействии терроризму"; - требования собственника или иного владельца об устранении всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения не были соединены с лишением владения (статья 304); - другие требования в случаях, установленных законом.	소송시효는 다음 각호의 1의 청구에는 적용하지 아니한다. - 인격적 비재산권 및 그 밖의 비재산적 이익의 보호에 관한 청구, 단 법률로써 정한 경우는 제외한다. - 예금자의 은행에 대한 예금반환 청구. - 개인의 생명과 건강에 가한 손해의 배상에 관한 청구. 그러나 이러한 손해배상청구권이 발생한 때로부터 3년이 경과한 후 제기된 청구에 대하여는 소제기가 있기 전 3년 이내의 과거의 기간에 한하여 인정된다. 단 "테러 방지에 관한 연방법(제35-ФЗ호, 2006.03.06. 제정)"에서 규정한 경우는 제외한다. - 소유자 또는 그 밖의 점유자의 권리침해제거청구로서, 그 침해가 점유상실(제304조)과 무관한 경우. - 법률로써 정한 그 밖의 청구

82) 한국의 '배상명령신청'에 해당하는 제도다.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 고상룡, 「민법총칙(제3판)」, 법문사, 2003
곽윤직, 「민법총칙(신판)」, 박영사, 1998
명순구, 「민법학원론(보정판)」, 박영사(2017), 132면
최우진, 소멸시효 제도의 입법적 개선을 위한 소견, 「재산법연구」, 제41권 제1호, 한국재산법학회, 2024
김진우, 소멸시효와 제척기간, 「재산법연구」, 제25권 제3호, 한국재산법학회, 2009

<외국문헌>

- Асосков А.В., *Пресекательные сроки и их соотношение с другими видами гражданско-правовых сроков*, Вестник гражданского права, 2018, N 4.
Карапетов А.Г., *Сделки, представительство, исковая давность: постановки и комментарий к статьям 153 - 208 Гражданского кодекса Российской Федерации*, М-Логос, 2018,
Крашенинников Е. А., *Понятие и предмет исковой давности*, М-во общ. и проф. образования РФ. Ярослав. гос. ун-т им. П. Г. Демидова. — Ярославль : ЯрГУ, 1997
Савин К.Г., *Исковая давность в современном отечественном и зарубежном гражданском праве*, Дис. канд. юрид. наук, М., 2019

[Abstract]

A Study on the Limitation of Actions in the Russian Federation

Lee, Seungjin*

The Russian Federation, despite being a geographically close neighbor to the Republic of Korea, is perceived as a relatively unfamiliar country due to historical, cultural, and political differences, as well as linguistic barriers that limit informational exchanges. In particular, people-to-people interactions and comparative legal studies between these two countries have been minimal, leaving Russian law a relatively unexplored field in comparative law studies within the Republic of Korea.

This paper examines the limitation of actions in the Russian Federation in comparison to the prescription system of the Republic of Korea, focusing on the legal principles governing the limitation of actions in the Russian Federation. This paper also explores the rationale, commencement, and obstacles within the limitation of actions under Russian law. The author's key findings regarding the limitation of actions under Russian law are as follows:

Firstly, Russian Civil Code has institutionalized the limitation of actions system based on the concept of an "action" and uses the term "limitation of actions". Although Russian Civil Code does not explicitly distinguish between "credit" and "right to claim", the practice is that the "action" is interpreted as a "claim." In this respect, Russia's limitation of actions system shares significant similarities with the legal principles underlying the prescription system in Korean law.

Secondly, in the Russian Federation, the expiration of the limitation period does not automatically extinguish the creditor's rights. However, if an interested party invokes the expiration of the limitation period, the creditor is deemed to have lost the right to pursue a claim for the debtor's performance of the obligation.

Thirdly, under Russian Civil Code, the debtor's acknowledgment of the obligation is the sole recognized ground for interrupting the limitation period. Other impediments, such as judicial claims or force majeure, are treated as grounds for suspension rather than interruption. Notably, in cases where the limitation period has expired due to unavoidable personal circumstances on the part of the plaintiff (creditor), such as severe illness or illiteracy, the court may allow an extension of the limitation period under a system known as the "restoration of the limitation period."

Lastly, the Russian Civil Code adopts a dual approach to the commencement of the limitation period, considering both the objective date of the right's occurrence and the subjective date when the right holder becomes aware of the infringement.

* Russian lawyer, Ph.D. student in Civil Procedures, Korea University Graduate School

This dual approach contrasts with the single approach in the Republic of Korea, which considers only the objective starting point when the right becomes exercisable. This distinction provides valuable insights for comparative legal studies.

Key Words: Russian Civil Code, Prescription, Limitation of Actions, Commencement of Prescription Period, Suspension of Prescription, Interruption of Prescription

CISG 제39조 관련 최근 CLOUT 판례의 검토*

최 성 수**

논문요지

CISG의 준비 과정에서 계약에 부합하지 않는 물품에 대해 매수인이 매도인에게 부적합을 통지해야 한다는 규정은 가장 논란이 많은 사안 중 하나였다. CISG 관련 분쟁에서 가장 많이 이용된 조항 중 하나인 CISG 제39조는 매수인이 물품의 계약 부적합 사실을 발견했거나 발견했어야 했던 시점으로부터 합리적인 기간 내에 그 부적합의 구체적인 내용을 명시하여 매도인에게 통지하지 않으면, 해당 부적합에 근거한 구제수단을 상실한다고 규정한다. 매수인의 물품 부적합의 통지의무는 실무적으로 매우 중요한 조항이다. CISG 제39조와 관련한 주요한 논점은 물품부적합 통지의 내용, 통지의 방식, 통지의 합의와 포기, 통지의 합리적인 기간에 관한 것이다. 특히 ‘합리적인 기간’이라는 용어 자체가 추상적이어서 그 구체적인 의미는 사례의 집적을 통하여 정해지게 된다. 그런 면에서 실제 사건에서 합리적인 기간이 어떻게 결정되고 있는지 검토하고 일응의 기준을 설정하려는 시도는 의미가 있다.

본고에서는 물품의 부적합통지에 관한 최근의 각국의 판례의 경향을 알아본다는 차원에서 2022년 이후 CLOUT에 게재된 물품부적합 통지와 관련되면서 다양한 쟁점을 포함한 4개의 판례를 중심으로 CISG 제39조를 살펴보았다. 여기서 다른 4개의 판례는 물품부적합 통지의 합리적인 기간에 관한 것, 물품부적합 통지의 합의 및 포기와 관련된 것, CISG 제39조 제2항과 관련된 것, 매수인의 최종소비자에 대한 손해배상 이후 구상권에 기초한 매도인에 대한 물품부적합의 주장과 관련된 것들이 포함되어 있다.

검색용 주제어: CISG 제39조 제1항과 제2항, 물품부적합, 부적합통지의무, 합리적인 기간, 부적합통지의 합의와 포기

· 논문제출: 2025. 01. 05. · 심사개시: 2025. 01. 09. · 게재확정: 2025. 01. 27.

* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음

** 동아대 법학전문대학원 교수

I. 서론

국제물품매매계약에 관한 UN 협약 (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 이하 ‘협약’ 또는 ‘CISG’)은 1988.1.1. 발효되어 현재 97개국 이상이 가입한 가장 성공적인 국제협약 중의 하나이다. 협약 관련 분쟁 중 가장 많은 비율을 차지하는 것이 매도인이 매수인에게 인도한 물품에 부적합이 발생한 사건들이다. 그리고 물품 부적합 관련 사건 중 가장 빈번하게 논란이 되는 부분이 매수인의 물품 부적합의 통지의무에 관한 것이다.¹⁾ 그 점에서 매수인의 물품 부적합의 통지의무는 실무적으로 매우 중요한 조항이다.²⁾ 협약 제39조 제1항에 의하면 매수인은 물품을 수령한 후 이를 검사하고 부적합이 존재한 경우 그 부적합을 합리적인 기간 내 매도인에게 통지하도록 되어 있다. 이 요건은 매도인의 물품적합의무 위반 여부에 대하여 신속하게 이를 명확히 하고, 매수인뿐만 아니라 매도인이 스스로 방어하는 데 도움이 되는 장치이다.

매수인이 물품이 부적합함에도 이를 통지하지 아니하면 매수인은 물품의 부적합을 주장할 권리를 상실하게 된다. 여기서 관련되는 문제는 물품 부적합통지의 내용, 통지의 방식, 통지의 포기 등이고, 무엇보다 물품 부적합통지의 시간제한이라고 할 수 있는 합리적인 기간이 중요하다. 여기서 합리적인 기간은 물품 거래 내용과 상황이 다양하기 때문에 일의적으로 정해질 수 없는 성질이 있다. 합리적인 기간이라는 용어 자체가 추상적인 만큼 그 구체적인 의미는 실제 사건의 집적을 통하여 정해될 것이다. 그런 면에서 법원과 실무에서 합리적인 기간이 어떻게 정해지고 있는지 검토하는 것은 의미가 있다. 나아가 사례의 분석을 통하여 합리적인 기간에 대한 일응의 기준을 설정하는 것도 필요하다.

본고에서는 물품의 부적합통지에 관한 최근 각국의 판례의 경향을 알아본다는 차원에서 2022년 이후 U.N. Case Law on UNCITRAL Texts (이하 ‘CLOUT’)에 게재된 물품부적합 통지와 관련되면서 다양한 논점을 포함하고 있는 4개의 판례를 추출하여 이를 중심으로 몇 가지 쟁점을 살펴본다. 여기서 다루게 될 4개의 판례는 부적합통지의 합리적인 기간에 관한 것, 부적합통지의 합의 및 포기와 관련된 것, 협약 제39조 제2항과 관련된 것, 매수인의 최종 소비자에 대한 손해배상 이후 구상권에 기초한 매도인에 대한 물품 부적합의 주장과 관련된 것 등이 포함되어 있다. 본고는 각 판례를 논하는 과정에서 협약 제39조 제1항과 제2항을 전반적으로 살펴보고, 위 4개 판례의 내용과 관련된 부분을 좀 더 중점적으로 다루기로 한다.

1) UNILEX에서 CISG 조문별 상위인용빈도에서 협약 제39조는 최상위권에 속한다. 김호·심종석, “CISG에 관한 독일의 UNILEX 인용 지표 분석과 계약당사자의 책임체계”, 「유럽연구」 제40권 제4호, 2022, 51면.

2) 석광현, 『국제물품매매계약의 법리』, 박영사, 2010, 154면; 매수인이 매도인에게 계약에 적합하지 않은 물품에 대해 통지해야 하는 규정은 CISG 준비 과정에서 가장 논란이 되었던 사안 중 하나였다. 이 규정의 적절한 해석은 사실적, 법적 요소를 모두 포함하고 있기 때문에 그 이행에 있어서도 가장 논쟁적인 문제 중 하나로 남아 있다. CISG Advisory Council[1] Opinion No. 2 Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity Articles 38 and 39, p.2 ; 김은빈, “물품계약위반시 합리적인 기간 내의 부적합통지의무에 관한 연구”, 「중재연구」 제32권 제4호, 2022.12, 35면; Flechtner HM, Conformity of Goods: Inspection and Notice. In: DiMatteo LA, ed. International Sales Law: A Global Challenge. Cambridge University Press; 2014:215.

II. CISG 제39조 제1항의 물품부적합 통지의 내용

1. 협약 제39조 제1항의 규정과 그 취지

협약 제39조 제1항은 “매수인이 물품의 부적합을 발견하였거나 발견할 수 있었던 때로부터 합리적인 기간 내에 매도인에게 그 부적합한 성질을 특정하여 통지하지 아니한 경우에는, 매수인은 물품의 부적합을 주장할 권리를 상실한다.”라고 규정한다. 협약 제39조 하의 통지의무는 매수인이 원인 여하를 불문하고 물품의 부적합을 주장할 때 적용되므로 물품 적합성을 규율하는 협약 제35조와 연결이 되어 있다. 즉 협약 제35조 제1항의 주관적 물품적합의무 위반 또는 협약 제35조 제2항의 객관적 물품적합의무 위반이 있는 경우에 매수인은 매도인에게 물품 부적합을 통지할 의무가 있다. 다만 협약 제38조와 제39조에 따른 물품검사 및 부적합통지 의무를 매수인이 이행하지 않는다고 해도 이로 인해 매도인에게 손해배상책임을 지는 것은 아니며, 이 조항에 따른 매도인의 의무도 면제되지 않는다(간접의무).³⁾ 협약 제39조의 통지의무는 물품의 수량이 맞지 않는 경우와 매도인이 초과 물품을 인도한 경우도 포함한다.⁴⁾ 그리고 분할인도계약의 경우 각 인도에 대한 각각의 개별적인 부적합이 통지 요구사항의 대상이 되며,⁵⁾ 특정 회차의 물품의 부적합에 대해 매수인이 적절한 통지를 했다고 해서 다른 회차를 포함한 모든 주장하는 부적합에 대해 유효한 통지를 한 것으로 간주되지는 않는다.⁶⁾

매수인이 요구되는 물품 부적합통지를 하지 않는 경우 물품의 부적합을 주장할 권리를 상실한다. 여기서 매수인이 상실할 권리는 매수인으로서 물품 부적합을 주장할 때 사용할 수 있는 권리인 대체물인도청구권, 하자보수청구권, 손해배상청구권, 계약 해제권, 대금감액권 등 협약 제45조 제1항에서 규정하는 구제수단들이다. 다만 협약 제40조(매도인의 악의 또는 중과실의 경우)와 협약 제44조(매수인에게 합리적인 이유가 있는 경우)에 매수인의 검사의무 및 물품부적합 통지의무에 대한 일정한 예외가 인정된다.

매수인에게 요구되는 물품 부적합통지의 목적은 매도인에게 매수인의 청구에 대해 전반적으로 어떻게 대응할지 결정하는 데 필요한 정보를 제공하기 위한 것이라는 판례⁷⁾도 있듯이 협약 제39조의 규정은 매도인이 물품의 결함을 보완할 수 있도록 노력하기 위한 취지가 내재되어 있다.⁸⁾ 특히 분할인도계약의 경우, 매수인으로 하여금 매

3) 이기수·신창섭, 「국제거래법 제6판」, 세창출판사, 2015, 90면.

4) 김호·심종석, 앞의 논문, 37면.

5) 박은옥, “CISG상의 물품검사와 부적합 통지에 관한 판례연구”, 「통상법률」 제96호, 2010.12, 160면.

6) UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2016, p.171.

7) CLOUT case No. 337 [Landgericht Saarbrücken, Germany, 26 March 1996]. 이 사건에서 법원은 부적합성을 발견한 즉시 그 구체적인 내용을 매도인에게 통지하는 목적은 매도인이 이를 어떻게 대응할지 결정할 기회를 제공하는 데 있다고 설명했다. 예를 들어, 물품을 검사하거나, 문제를 해결하거나, 대체인도를 할 수 있도록 하는 것이다.

8) 이기수·신창섭, 앞의 책, 95면; 김인호, “국제물품매매계약(國際物品買賣契約)에 있어서 매수인의 물품의 검사기간과 부적합의 통지기간과의 관계”, 「법조」 제56권 제8호, 2007.08, 115면; 허광욱, “매수인의 부적합통지의 상세 정도에 관한 연구”, 「무역상무연구」 제39권, 2008, 37면. 예를 들어, “매수인에게 대표를 보내 물품을 검사하고, 물품의 적합성에 대한 잠재

도인이 장래를 향하여 물품을 이행할 것으로 기대할 수 있는지 여부를 측정하는데 활용하도록 하는 측면도 있다.⁹⁾

2. 물품부적합 통지의 내용

(1) 통지의 방식과 상대방

협약 제39조는 비록 당사자가 합의로 특정한 방식을 요구할 수는 있겠지만 통지의 특별한 방식을 요구하지 않는다. 서면 통지, 특히 팩스 메시지, 등기 우편, 또는 이메일을 통한 통지는 물론 구두통지도 모두 통지의 방식의 요건을 충족한다.¹⁰⁾ 구두통지로서 예컨대, 매수인의 제안에 따라 매수인의 고객이 있는 곳에서 매도인과 매수인이 함께 물품을 검사할 때 행하는 구두통지는 방식과 내용의 면에서 모두 적절한 것으로 간주된다.¹¹⁾ 협약 제39조의 통지는 명시적이어야 하고, 예컨대 매수인이 매도인의 대금지급을 거절하면서 부적합에 대한 암묵적인 통지를 하는 것은 허용되지 않는다.¹²⁾

부적합의 통지의 상대방은 매도인 또는 그의 대리인이다.¹³⁾ 그리하여 소비자가 매수인에게 물품의 부적합을 통지하는 경우 매수인과 그의 소비자 사이에 물품의 부적합에 대한 통지는 매도인과 직접적으로 관련되어 있지 않기 때문에 협약 제39조의 부적합 통지 요건을 충족시키지 못한다.¹⁴⁾

(2) 통지의 구체적인 특정성

협약 제39조 제1항에서 요구하는 통지는 부적합한 성질을 특정하여 이루어져야 한다고 명시하고 있다. 협약 제39조 제1항에 따른 통지의 목적, 당사자의 진술 및 행위, 그리고 해당 거래 자체에 따라 구체성이 결정될 가능성이 많으며, 법원도 각 사건의 상황에 따라 구체성을 판단하게 될 것이다.¹⁵⁾ 일단 구체적인 부적합의 성격을 명시해야 한다는 원칙에 따라, 일반적인 표현¹⁶⁾ 등으로 단순히 적합성의 부족을 통

적인 분쟁을 위해 필요한 증거를 확보하며, 교환, 추가 배송 또는 결함 보안을 제공하거나 공급업체에 대한 구제책을 강구하기 위한 조치”를 취하기 위한 것 등이다.

9) UNCITRAL Digest, supra note 6, p.176.

10) 사동천, “매수인의 물품부적합통지의무에 관한 비교법적 고찰 - CISG를 중심으로-”, 「국제거래법연구」 제16권 제2호, 2007.12, 268면.

11) CLOUT case No. 593 [Oberlandesgericht Karlsruhe, Germany, 6 March 2003]. 매수인이 2001.10. 보낸 서신에서의 불만 제기 결과로, 매도인측 대표 두 명이 매수인의 사업장을 방문했으며, 해당 방문 중에 매수인이 사이즈가 잘못되었고, 뜯개질 상태가 불량하다고 불만을 제기했다. 법원은 매수인에게 매도인이 취해야 할 구제 조치를 결정할 수 있을 만큼 필요한 정도로 구체적으로 불일치를 명시해야 할 의무가 있다고 판시하면서, 매수인이 매도인에게 결함 있는 물품을 보여줌으로써 매도인이 해당 물품을 확인할 기회를 제공하였다면, 이는 매수인이 매도인에게 필요한 정보를 제공하는 가장 효과적인 방법 중의 하나라고 보았다.

12) 김은빈, 앞의 논문, 44면.

13) 석광현, 앞의 책, 157면, 이기수·신창섭, 앞의 책, 100면.

14) CLOUT case No. 220 [Kantonsgericht Nidwalden, Switzerland, 3 December 1997].

15) UNCITRAL Digest, supra note 6, pp.174-176.

16) CLOUT case No. 220 [Kantonsgericht Nidwalden, Switzerland, 3 December 1997] . 여기

지하는 것만으로는 부족하다. 통지는 매도인이 어떤 항목이 부적합하다고 주장되는지, 그리고 주장되는 부적합의 내용이 무엇인지 알 수 있을 정도로 충분히 구체적이어야 한다.¹⁷⁾ 다만 지나치게 높은 구체성을 요구하는 것은 아니다.¹⁸⁾

III. CLOUT Case 1957 (부적합통지의 합리적인 기간 관련)

1. 사실관계와 판시내용

이탈리아에 본사를 둔 DEA S.p.A.(매도인)는 독일에 본사를 둔 Decopress Printing GmbH(매수인)를 상대로 장식용 종이를 공급하고 84만 유로 이상의 미지급 잔액에 대해 이를 청구하는 소송을 이탈리아 법원에 제기했다. 이에 대해 매수인이 물품에 결함이 있다는 주장을 하며 손해배상을 주장하였지만, 매도인이 1심 법원과 항소심 법원 모두에서 승소했다. 매도인 승소의 근거는 매수인의 부적합통지가 합리적인 기간을 도과하였다는 점이었다. 매수인은 항소심 판결에 대해 최고법원에 상고했다. 상고이유의 쟁점은 항소심 법원이 협약 제39조에 따른 물품의 불합치 통지에 필요한 합리적인 기간의 개념을 이탈리아 민법 제1490조¹⁹⁾의 기준에 따라 해석한 점

서 법원은 매수인이 ‘잘못된 부품(wrong parts)’이나 ‘과손이 많음(full of breakages)’과 같은 표현을 사용하여 불일치의 구체적인 성격을 명확히 설명하지 않았기 때문에, CISG 제39조 제1항에 따라 불일치에 의존할 권리를 상실했다고 판시했다.

17) “구체성의 요건을 갖추었다고 본 판례”로는 “결함이 있는 물품(신발)을 보여주는 사진이 포함된 상세한” 통지(CLOUT case No. 867 [Tribunale di Forlì, Italy, 11 December 2008], “냉동 피망 슬라이스가 ‘노랑고 유리질 같으며’ 36%가 부서져 있고, 길이가 3cm 미만이며 끈적이고 얼어 있음”이라고 명시된 통지(Landgericht München, Germany, 29 November 2005), “매도인이 배송한 유리 게임 말이 깨져 있으며, 일부 게임 말은 ‘반쪽 조각’ 상태이고, 조각들을 담은 비닐 봉지의 내용물이 결함이 있음을 알리는” 통지(CLOUT case No. 423 [Oberster Gerichtshof, Austria, 27 August 1999]), “바닥 타일이 심각한 조기 마모와 변색이 발생했음을 알리는” 통지(CLOUT case No. 833 [Hoge Raad, the Netherlands, 20 February 1998]), “매도인이 실제로 매수인의 고객 현장에서 해당 불량 품목을 확인했을 때 발생한” 통지(CLOUT case No. 593 [Oberlandesgericht Karlsruhe, Germany, 6 March 2003]), “여러 종류의 식물 판매와 관련하여, 품종별로 일치하지 않음을 설명한” 통지(Landgericht Bamberg, Germany, 23 October 2006) 등이 있다.

“구체성의 요건을 갖추지 못했다고 본 판례”로는 “결함이 있는 물품(신발)을 보여주는 사진이 포함된 상세한” 통지(CLOUT case No. 867 [Tribunale di Forlì, Italy, 11 December 2008], “냉동 피망 슬라이스가 ‘노랑고 유리질 같으며’ 36%가 부서져 있고, 길이가 3cm 미만이며 끈적이고 얼어 있음”이라고 명시된 통지(Landgericht München, Germany, 29 November 2005), “매도인이 배송한 유리 게임 말이 깨져 있으며, 일부 게임 말은 ‘반쪽 조각’ 상태이고, 조각들을 담은 비닐봉지의 내용물이 결함이 있음을 알리는” 통지(CLOUT case No. 423 [Oberster Gerichtshof, Austria, 27 August 1999]), “바닥 타일이 심각한 조기 마모와 변색이 발생했음을 알리는” 통지(CLOUT case No. 833 [Hoge Raad, the Netherlands, 20 February 1998]), “매도인이 실제로 매수인의 고객 현장에서 해당 불량 품목을 확인했을 때 발생한” 통지(CLOUT case No. 593 [Oberlandesgericht Karlsruhe, Germany, 6 March 2003]), “여러 종류의 식물 판매와 관련하여, 품종별로 일치하지 않음을 설명한” 통지(Landgericht Bamberg, Germany, 23 October 2006) 등이 있다.

18) 구체성의 특징의 기준을 지나치게 높게 설정하는 것에 대해 주의를 요한다고 판시를 한 경우가 있다. CLOUT case No. 938 [Kantonsgericht Zug, Switzerland, 30 August 2007] .

19) 이탈리아 민법 제1490조 (매도물의 하자에 대한 담보) ① 매도인은 매도물에 그 용도에 따른 사용을 부적당하게 하거나, 그 가액을 현저히 감소시키는 하자가 없음을 담보하여야 한다. ② 제1항의 규정에 의한 담보를 배제하거나, 제한하는 합의는 매도인이 악의로 이러

과 관련이 있었다. 매수인은 동일한 최고법원의 선례에 따라 국제통일계약법 조약이 국내 국제사법 규칙보다 우선하므로 CISG는 그 자체의 범위 내에서 적용되어야 한다고 주장했다. 항소심 법원은 매수인의 주장과 달리 협약에 기초한 판단을 하지 않고 법정지법인 이탈리아 법에 따라서 판단을 하였다.

이에 대하여 최고법원은 원심법원이 부적합통지의 합리적인 기간의 만료로 매수인의 권리가 상실된 것이라고 보면서도 그 이유를 제시하지 않은 잘못이 있다고 지적을 하였다. 즉 원심법원이 이 사건에 대하여 협약을 적용하지 않고 법정지법인 이탈리아 민법 제1490조를 언급을 하면서 그 조항에서 합리적인 기간의 도과를 근거지울 수 있는지 이유설명이 없었다는 점을 언급하였다. 최고법원은 이러한 이유의 불비를 들어 사건을 항소심 법원으로 환송했다

2. 합리적인 기간 내의 부적합 통지

(1) 합리적인 기간과 판단요소

가. 합리적인 기간

매수인이 매도인에 대해 가지는 권리와 관련된 기간 제한 문제는 실무적으로 매우 중요하다. 협약의 기초가 된 ULIS(Uniform Law on the International Sale of Goods, 국제물품매매에 관한 통일법) 제38조는 매수인이 물품을 지체없이 검사해야 한다고 규정했으며, 이는 ULIS 제11조에서 ‘상황에 따라 가능한 한 짧은 기간 내’로 추가 정의되었다. ULIS 제39조는 매수인이 계약 불일치를 발견하거나 발견했어야 했을 때 지체없이 통지를 해야 한다고 규정했다.²⁰⁾ 위 지체없이 통지해야 한다고 규정된 의무는, 협약 제39조 제1항에서는 “매수인이 계약 불일치를 발견하거나 발견했어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내에 통지를 해야 한다.”라고 수정되었다. 여기서 합리적인 기간이라고 하는 것은 매수인이 물품을 검사할 합리적인 기회를 가진 때로부터 가능하면 가장 빠른 시기의 기간이라고 볼 수 있다.²¹⁾

이와 같이 통지 기간을 합리적인 기간으로 규정하는 것은 유연성을 촉진하기 위한 것으로서, 그 기간은 각 사안의 구체적인 상황에 따라 달라진다. 합리적인 기간의 기준을 엄격하게 할 것이냐 아니면 유연한 접근을 허용할 것이냐는 당사자의 이해와 직결되는 중요한 문제이다. 이 문제에 대해서는 매수인과 매도인 양측의 이익을 균형적으로 적절히 고려하는 방향이 타당할 것이다.

여기서 매수인이 협약 제39조에 따라 적합성 결여를 통지해야 하는 기간과 계약 해제와 같은 구제 조치를 통지해야 하는 기간이 구분되는지 문제 된다.²²⁾ 이에 대하여 협약 제39조 제1항에 따른 적합성 결여 통지의 합리적인 기간이 협약 제49조 제2

한 하자를 매수인에게 은폐한 경우에는 그 효력이 생기지 아니한다.

20) 허광욱, “CISG 제39조 제1항의 ‘합리적 기간’에 관한 연구”, 「한국무역상무학회지」 제34권, 2007, 29면.

21) 양석완, “CISG상 매수인의 물품검사,통지의무에 관한 쟁점 검토 -우리나라 법과의 비교 고찰을 포함하여-”, 「국제거래법연구」 제19권 제2호, 2010.12, 93면.

22) 윤광운, “CISG상 매수인의 부적합통지의무에 관한 고찰”, 「무역학회지」 제40권 제1호, 2015.2, 197면.

항 (b)호에 따른 계약 해제 통지의 합리적인 기간과 동일하다고 판시한 판결이 있다.²³⁾ 그러나 부적합 통지와 계약해제의 통지는 엄연히 구분되는 개념이고, 물품의 부적합통지와 계약해제 통지를 동시에 행하는 경우를 제외하고는, 일단 부적합의 통지를 하고 난 후 계약해제의 통지를 별도로 각 합리적인 기간 내에 행하는 것으로 봄이 상당할 것이다. 그리고 물품투적합 통지는 협약 제27조에 따라 적시에 통지가 발송됨으로 족하다.²⁴⁾

물품의 부적합성과 관련하여 다음 두 가지의 기간을 구별해야 한다. 즉 매수인이 자신의 권리를 보전하기 위해 물품을 검사해야 하는 기간과 부적합에 대한 통지를 해야 하는 기간이다. 물품 검사기간 보다 더 중요한 것은 부적합통지 기간의 정도인데, 협약 제38조의 실행가능한 단기간의 기간²⁵⁾과 협약 제39조의 제1항의 합리적인 기간을 통틀어서 보느냐, 아니면 각각 별도의 기간으로 보느냐가 문제이다.²⁶⁾ 이에 대하여는 위 두 기간을 엄밀하게 구별하지 않은 경우도 있듯이,²⁷⁾ 협약 제39조 제1항의 합리적 기간을 물품의 검사기간을 포함한 전체의 기간과 구별하는 것이 용이하지 않는 측면이 있다.²⁸⁾ 협약은 양자의 기간을 합산하여 얼마 정도가 적절한지 규정하지 않았다. 일단은 각 규정에 따라 각 기간별로 측정을 하고 전체적으로 적절한 범위 내의 것인지 판단을 해보아야 한다. 사건으로는 협약 제38조의 ‘실행가능한 단기간 내’와 협약 제39조 제1항의 ‘합리적인 기간’을 통틀어서 가능하면 전체적으로 1개월의 범위 내에서 이루어지는 것이 바람직하다고 본다.

나. 판단요소

합리적인 통지 기간에 영향을 미치는 요소들은 특정의 각 사건의 상황에 따라 달라진다.²⁹⁾ 다만 대체적으로 물품의 성질, 영업상황 및 거래의 특성, 하자의 성질, 천재지변 등 외부적 상황, 인적 상황, 선택된 구제수단, 소비자의 불만 제기에 따른 기간 설정 등이 합리적 기간의 적절성 판단에 영향을 미치는 정형적인 주요한 요소들이라고 할 수 있다. 이에 대한 자세한 내용은 후술한다.

(2) 합리적인 기간의 개시시점과 협약 제38조와의 관계

가. 합리적인 기간의 개시시점

부적합통지를 위한 기간은 “매수인이 검사를 통하여 물품의 부적합을 발견하였거나 검사를 통하여 부적합을 발견하여야 했던 때”로부터 개시된다. 매수인이 물품 적

23) CLOUT case No. 196 [Handelsgericht des Kantons Zürich, Switzerland, 26 April 1995] .

24) 김 호·심종석, 앞의 논문, 37면.

25) 협약 제38조의 검사기간에 대한 자세한 내용은 하강현, “국제물품매매에서 물품검사시기에 관한 고찰”, 「무역상무연구」 제74권, 2017. 5, 1면 이하 참조.

26) 이에 관한 자세한 내용은 허광욱, 앞의 논문(주 20), 33면에서 37면 참조.

27) Daniel Girsbergera1, The time limits of article 39 CISG, 25 J.L. & Com. 241, Journal of Law and Commerce Fall, 2005; CLOUT Case No. 107 [Oberlandesgericht Innsbruck, Austria, 1 July 1994].

28) Daniel Girsbergera1, supra note 27, p.242.

29) CISG Advisory Council[1] Opinion No. 2, supra note 2, p.3.

합성의 결여를 발견한 시점은 매수인이 부적합을 주관적으로 인지하거나, 인지를 입증할 만한 객관적인 사실이 있을 때 확인된다.³⁰⁾ 반면, 물품의 부적합에 대한 진지한 의문이 아닌 단순한 적합성 결여의 의심만으로는 협약 제39조 제1항에 따른 통지의 합리적인 기간이 개시되는 발견에 해당하지 않는다.³¹⁾

나. 협약 제38조와의 관계

협약 제39조 제1항의 합리적인 기간의 개시시점과 협약 제38조와의 연관성이 문제된다. 협약 제39조 제1항의 통지 요건을 위해 적합성 결여를 발견했어야 했던 시점은 협약 제38조에 따라 물품을 검사해야 하는 의무³²⁾와 밀접하게 연결되어 있다.³³⁾ 물품을 인도받은 후 협약 제38조에 따른 초기 검사에서 합리적으로 발견할 수 있었던 부적합의 경우, 부적합통지를 해야 하는 기간은 해당 검사가 수행되었어야 하는 시점부터 개시된다.³⁴⁾ 단순한 의심이 아닌 적합성 부족에 대한 실제적인 인식을 가질 때까지는 합리적인 통지 기간은 개시되지 않는다.³⁵⁾ 그리고 숨은 하자(잠재적 결함)에 대한 통지의 합리적인 기간은 매수인이 실제로 부적합을 발견한 시점부터 진행된다.³⁶⁾

(3) 합리적인 기간의 기준 설정 시도

가. 부적합통지에 대한 추정적 기간

협약 제39조 제1항의 부적합을 발견했거나 발견했어야 했던 시점으로부터 합리적인 기간 내에 통지해야 한다는 규정은 사건의 상황에 따라 유연하게 적용될 수 있도록 설계되었다. 특정한 추정적 통지 기간은 일의적으로 정해지기 어려운 성질이 있고, 비록 제시한 추정적 통지 기간이 있더라도 구체적인 사안에 따라 조정될 여지가 있게 된다.³⁷⁾ 다만 일반적인 상황에서 결함이 발견되었거나 발견되었어야 했던 시점

30) 예를 들어, 매수인이 재판매한 고객들로부터 받은 불만사항은 매수인이 실제 인지한 사실을 입증하는 데 사용될 수 있을 것이다. 이런 경우 불일치 통지를 위한 기한은 매수인이 그러한 불만을 받은 때부터 개시된다. CLOUT case No. 210 [Audiencia Provincial Barcelona, Spain, 20 June 1997].

31) 석광현, 앞의 책, 155면.

32) 참고로 CLOUT case No. 541 [Oberster Gerichtshof, Austria, 14 January 2002.에서 법원은 CISG 제38조에 따른 물품 검사 기간은 상황에 따라 달라질 수 있으나, 1주일 이 이를 위한 표준 기간이 되어야 한다고 판시했다. 또한, 검사가 어려운 물품의 경우 전문가에게 자문을 구할 수는 있으나, 지나치게 비용이 많이 드는 검사를 수행할 의무는 없다고 판단했다.

33) 석광현, 앞의 책, 155면; 정홍식, “국제물품매매협약(CISG)상 매수인의 검사의무와 물품부적합 통지의무 -국내외 판례와 중재판정을 중심으로”, 「국제거래법연구」 제20권 제1호, 2011.07, 36면.

34) CLOUT case No. 1057 [Oberster Gerichtshof, Austria, 2 April 2009].

35) Tribunale di Forlì, Italy, 16 February 2009.

36) 석광현, 앞의 책, 155면.

37) Louis F. Del Duca & Patrick Del Duca, Selected Topics Under the Convention on International Sale of Goods (Cisg), 106 Dick. L. Rev. 205 (2001). 이와 관련하여 각국 법원에서 인도 후 8일(Obergericht Luzern, Switzerland, 29 July 2002), 인도 후 14일(206 CLOUT case No. 1057 [Oberster Gerichtshof, Austria, 2 April 2009]), 인도 후 2주에서 1

으로부터 1개월이 통지의 합리적인 기간이라는 ‘고결한 한 달’(noble month)³⁸⁾ 접근 방식이 여러 판결에서 인정되었다.³⁹⁾ 그러나 사안에 따라서 물품이 인도된 날짜를 기준으로 4일 후에 제공된 통지라도 적시성이 결여된 것으로 판단된 경우⁴⁰⁾가 있을 정도로 사안의 성질에 따라서 추정적 통지 기간이 달라지고 일률적으로 정해질 수 없는 성질을 가지고 있다. 이에 합리적인 통지기간의 적절한 기준 설정의 시도가 필요하게 된다.

나. 합리적인 통지 기간의 기준 설정

1) 원칙

합리적인 통지기간의 설정에 대하여 매수인에게 지나치게 불리한 규정이라는 비판이 있다. 매수인의 입장에서 인도된 물품에 결함이 분명히 존재하는데도 불구하고 단지 부적합 통지기간을 지키지 못하였다는 이유로 구체수단을 상실한다는 점에서 가혹한 측면이 없지는 않다.⁴¹⁾ 그렇다고 매수인이 물품의 결함만 발견하면 언제든지 이를 통지하여 구제를 받게 한다면 법적 안정성을 저해하는 결과가 되므로 마냥 매수인의 입장만을 고려할 수는 없다. 그러한 관점에서 협약은 합리적인 기간이라는 추상적인 기준을 세워놓고 실제 사례에서 매도인과 매수인의 이익을 모두 고려하여 적절히 운용을 할 것을 예정하여 놓고 있다. 그렇다면 매도인과 매수인의 이익을 형평적으로 고려하는 구체적인 방법과 합리적인 기간에 대한 일응의 적절한 기준 설정시도는 의미가 있다.

개월(207 CLOUT case No. 1399 [Oberlandesgericht Hamburg, Germany, 25 January 2008]), 인도 후 1개월(8 Landgericht Bamberg, Germany, 23 October 2006), 인도 후 6주 (Obergericht Zug, Switzerland, 19 December 2006) 등 추정 기간이 제안되었다.

38) Daniel Girsberger et al., *supra* note 27, p.241, 243; Dr. Camilla B. Andersen, Article 39 of the Ciscg and Its “Noble Month” for Notice-Giving: A (Gracefully) Ageing Doctrine?, 30 J.L. & Com. 185 (2012); : 이와 같은 합리적인 시간을 결정하기 위한 지침의 가장 잘 알려진 제안자 중 한 명은 독일의 주석가 잉게보르 슈벤저(Ingeborg Schwenzer)이다. 그녀는 잘 알려진 주석서에서, 독일 법체계가 관련 통지 기간에 대해 전통적으로 제한적인 태도를 취해왔던 반면, 프랑스와 미국과 같은 다른 국가들은 몇 개월 또는 심지어 몇 년에 이를 정도로 훨씬 더 관대한 접근 방식을 취해왔음을 지적했다. 따라서 그녀는 국제 관행에서의 불일치를 피하기 위해, 약 한 달 정도의 기간을 출발점으로 정의하는 적절한 절충안을 제안했다. 슈벤저의 규칙은 ‘관대한’ 또는 ‘고귀한 한 달(noble month)’ 규칙으로 불리며, 이후 카밀라 바슈 안데르센(Camilla Baasch Andersen) 등 여러 추종자를 얻었다. ‘노블 먼스’라는 개념은 항상 정확히 한 달로 해석되어야 하는 것은 아니며, 외부적 기준으로 한 달의 통지기간이라는 것이 의도된 것이지만 이는 물품과 관련된 특정 요인에 따라 조정될 수 있다. Francesco G. Mazzotta, Uniform Interpretation: Notice of Nonconformity, 38 J.L. & Com. 179, 180 (2020).

39) CLOUT case No. 938 [Kantonsgericht Zug, Switzerland, 30 August 2007], CLOUT case No. 723 [Oberlandesgericht Koblenz, Germany, 19 October 2006] 등 다수의 판결이 존재한다.

40) Arrondissementsrechtbank Zutphen, the Netherlands, 27 February 2008 (Frutas Caminito Sociedad Cooperativa Valenciana. v. Groente-En Fruithandel Heemskerk BV).

41) 석광현, 앞의 책, 154면.

2) 일응의 기준

합리적 기간의 적절한 기준 설정에 영향을 미치는 정형적인 주요한 요소들을 중심으로 살펴본다.

(가) 물품의 성질에 따른 기간 설정

물품의 성질에 따라 합리적인 기간 설정이 달라질 수 있다. 물품의 성질에 따른 기간 설정으로 분류될 만한 기존의 판결들은 다음과 같다. 판매된 물품의 종류에 따라 물품이 부패하기 쉬운 성질을 갖거나, 계절상품일 경우에는 내구성이 있는 물품이나 일반상품에 비해 통지 기간이 더 짧아진다.⁴²⁾ 신선식품(perishable goods)의 경우 결함 발견 후 24시간 이내의 통지를 요한다.⁴³⁾ 신선식품에 속하는 토마토는 배송 후 24시간 이내가 아닌 수일 이내에 통지한 경우에 적합한 통지로 본다.⁴⁴⁾ 다만 냉동 생선 배송 후 매수인이 검사를 수행한 기간은 한 달이고, 2개월 이내에 부적합통지를 한 경우에 합리적인 기간 내의 통지로 본 경우도 있다.⁴⁵⁾ 크리스마스 트리와 같은 계절상품인 경우, 그 이전에 통지해도 매도인이 효과적으로 부적합을 수정할 수 없었다면, 통지가 적시에 이루어진 것으로 간주된다.⁴⁶⁾ 신선한 버섯의 경우 15일이 경과한 통지는 합리적인 기간 내의 통지로 평가되지 않았다.⁴⁷⁾ 부패하기 쉬운 생

42) Louis F. Del Duca & Patrick Del Duca, supra note 37, pp. 219-220.

43) CLOUT case No. 825 [Oberlandesgericht Köln, Germany, 14 August 2006]. “Perishable goods”은 부패하기 쉬운 물품이다. 이 용어는 시간이 지나면 쉽게 상하거나 변질될 수 있는 물품을 의미한다. 예를 들어, 신선한 과일, 채소, 육류, 생선 등이 이에 해당한다. 이 사건에서 스페인의 원고인 농산물 수출업자와 독일의 피고인 농업 딜러는 감자를 독일로 판매 및 인도하기 위한 계약을 체결했다. 계약에 따라, 원고는 다섯 번에 걸쳐 감자를 발송했다. 모든 발송품은 서로 다른 정도로 손상, 모양 불량 및 부패와 같은 계약 불일치 문제를 가지고 있었다. 각 배송 후, 품질 검사가 이루어진 뒤 피고는 전화로 원고에게 물품의 불일치를 통보했다.

44) Rechtbank van Koophandel Mechelen, Belgium, 18 January 2002, Unilex. 프랑스의 매수인과 벨기에의 매도인은 토마토 매매계약을 체결했다. 매도인은 매수인을 상대로 대금 지급을 요구하며 소송을 제기했지만, 매수인은 토마토가 너무 익어서 재판매에 적합하지 않다고 주장하면서 CISG 제50조에 따라 대금감액을 요구했다. 부적합 통지 시기에 관하여, 법원은 통지를 24시간 이내에 해야 한다는 매도인의 주장을 기각했다. 매도인의 표준 약관은 너무 작은 글씨로 인해 거의 읽을 수 없었고, 독일어로 작성되어 있어 계약의 일부가 될 수 없었기 때문이다. 법원은 매수인이 CISG 제39조에 따라 합리적인 기간 내에 부적합을 통지했다고 판단했다.

45) CLOUT Case 484: Spain: Provincial Court of Pontevedra (Sixth Division), 3036/2002 (3 October 2002). 스페인 법원은 요르단의 매수인이 스페인의 매도인으로부터 CIF조건으로 냉동생선을 수입한 사건에서, 냉동생선의 기생충감염조사를 위한 한 달의 검사기간은 적합하다고 판시했다.

46) CLOUT case No. 694 [U.S. Bankruptcy Court, District of Oregon, United States, 29 March 2004 (In re Siskiyou Evergreen, Inc.)]. 이 사건에서 크리스마스 트리 판매 시즌이 제한적이기 때문에 물품의 부적합이 발견된 시점은 매도인이 하자를 수정할 수 없는 시점이었다고 평가하면서 즉시적인 통지가 아니라도 적시적 통지에는 해당한다고 보았다.

47) Foreign Trade Court of Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce (FTCA) award number T-18/01 of November 27, 2002. 이 사건 중재판정부는 신선한 버섯을 인수한 지 16일 후에 부적합 통지가 이루어진 사례를 다루었는데, 위 통지는 적시적이지 않으며 CISG 제39조에 부합하지 않는다고 판시하면서 신선한 버섯이라는 부패성 물품의 특성상 통지는 더 빨리 이루어져야 했다고 언급했다.

화의 경우 인도 당일을 초과하는 통지는 허용되지 않는다.⁴⁸⁾ 식품의 부패 가능성이 높은 특성과 매수인이 물품을 가공해야 하는 점을 고려하여 매우 짧은 검사 기간이 필요하다.⁴⁹⁾ 위 사안들을 종합하여 보면 일부 예외적으로 보이는 경우도 있지만, 부패하기 쉽거나 신선한 식품 등의 경우 가능한 신속한 통지를 요하고, 통상적으로 물품의 부적합 발견 이후 약 15일을 넘기면 합리적인 통지기간의 도과로 평가될 가능성이 많다.

(나) 영업상황 및 거래의 특성에 따른 기간 설정

당사자 간 계약의 거래 특성과 영업상황에 따라서 합리적인 기간이 달라질 수 있다. 국제적으로 물품이 거쳐 간 여러 국가와 단계를 고려할 때, 물품인도 후 7개월 이상 또는 물품의 부적합을 사실을 실제로 발견한 후 6개월 이상이 지난 시점에서 부적합을 통지를 했더라도 이는 지체되지 않은 것으로 간주된다는 중국 법원의 판시가 있었다.⁵⁰⁾ 이 사건과 같이 장기간에 걸친 운송과정이 포함된 거래의 특성 등에 따라서 합리적인 기간에 유연성을 가미할 수 있다.

(다) 하자의 성질에 따른 기간 설정

매수인이 잠재적이거나 숨겨진 하자를 발견한 당일 통지한 경우⁵¹⁾, 기계가 인도된

48) CLOUT case No. 290 [Oberlandesgericht Saarbrücken, Germany, 3 June 1998]. 독일 매수인은 이탈리아 매도인으로부터 꽃을 구매하였다. 매수인의 운전자는 매도인의 사업장에서 꽃을 수령할 당시 꽃의 상태가 형편없다고 언급하였다. 매수인은 꽃을 받은 후 그 형편 없는 상태를 이유로 매도인에게 통보하고 대금지급을 거부하였다. 법원은 매수인이 하자에 대한 구체적인 내용을 명시해야 할 의무를 준수하지 않았다고 판단하였다. 매도인에게 전달된 통지는 하자의 구체적인 설명을 포함하지 않았으며, 꽃의 열악한 상태가 아니라 크기나 외관과 같은 다른 특성을 지적한 것일 가능성도 있었다. 또한, 법원은 국제적인 꽃 거래의 경우 매수인이 인도 당일에 즉각적으로 조치를 취할 것으로 기대할 수 있다고 언급하였다. 이 사건에서 매수인은 부적합을 주장할 권리를 상실하였기 때문에 대금을 지급해야 할 의무가 있었다.

49) CME Cooperative Maritime Etaploise S.A.C.V. v. Bos Fishproducts Urk BV, HA ZA 95-640, March 5, 1997 (Netherlands, Rb. Zwolle), UNILEX 1998. 네덜란드 매수인은 프랑스 매도인에게 결함을 통지하지 않아 물품의 하자에 의존할 권리를 상실했다. 네덜란드 매수인은 모든 물품을 가능한 한 신속히 검사하지 않아 결함을 발견하지 못했고, 하자를 발견했어야 했던 시점 이후 합리적인 기간 내에 프랑스 매도인에게 이를 통보하지 않았다. 프랑스 매도인은 네덜란드 매수인에게 생선을 납품했고, 매수인은 이를 필레로 가공하여 여러 고객에게 판매했다. 그러나 고객들로부터 제품 품질에 대한 불만을 받은 후, 매수인은 대금의 일부 지급을 거부하고 상계(set-off)를 주장했다. 법원은 이 사건에서 식품의 부패 가능성이 높은 특성과 매수인이 물품을 가공해야 하는 점을 고려하여 매우 짧은 검사 기간이 필요하다고 판결했다. 이는 매도인이 실제로 판매된 물품이 결함이 있었는지 확인할 수 없게 만들기 때문이다. 또한, 매수인은 각 생선을 개별적으로 필레로 가공해야 했기 때문에 모든 생선을 검사할 기회가 있었고, 고객에게 필레를 재판매하기 전에 일부 생선을 샘플링하여 검사할 수 있었다. 따라서 결함은 발견되었어야 했으며, 이후 합리적인 기간 내에 매도인에게 부적합 통지가 이루어졌어야 했다.

50) High People's Court of Fujian Province, People's Republic of China, 20 December 2014 (Cugranca Safety SL v Fujian Quanzhou Dongba Shoes & Clothes Ltd), (2014) Min Min Zhong Zi No. 1454 Civil Judgment.

51) CLOUT case No. 590 [Landgericht Saarbrücken, Germany, 1 June 2004]. 이 사건에서 국가 원산지와 관련된 부적합을 의심한 것만으로는 CISG 제39조에서 말하는 발견으로 간

직후, 조립이 시작되기 전에 물품의 부적합을 발견하여 즉시 통지한 경우⁵²⁾ 등은 하자의 성질에 따른 기간 설정의 예라고 할 수 있다. 숨은 하자의 경우 이를 발견하는데 시일이 소요된 만큼 발견된 이후에는 지연된 시간을 고려하여 신속한 통지의 필요성이 제기되고, 아울러 부적합을 수령 초기에 비교적 용이하게 발견될 수 있는 하자의 경우도 이른 통지가 요구된다.

(라) 천재지변 등 외부적 상황에 따른 기간 설정

천재지변 등 외부적 상황이 있는 경우 부적합통지의 기간은 늘어날 수 있고, 협약에서도 이에 대한 대책으로서 협약 제44조를 두고 있다. 이 경우 외부적 상황에 따라서 정하여진 통지를 하지 못한 데 합리적인 사유가 인정되면 매수인에게 대금감액이나 이익의 상실을 제외한 한 손해배상등 제한된 범위 내에서 구제수단이 허용된다.

(마) 인적 상황에 따른 기간 설정

전문가 보고서에서 물품의 결함을 발견한 지 8일 후 통지한 경우가 여기의 사례에 해당한다.⁵³⁾ 전문가의 경우 물품의 하자를 보다 신속하게 발견할 가능성이 많으므로 일반인에 의한 검사의 경우보다 신속한 통지가 요구된다.

(바) 선택된 구제수단에 따른 기간 설정

선택된 구제수단의 유형에 따라서 추정적인 기간 설정이 달라질 수 있다. 특히 매수인이 구제수단으로 계약해제를 선택한 경우, 매도인의 입장에서 자신의 물품을 처리하거나 전매할 시간을 다룰 수 있으므로 보다 이른 단계의 통지가 요구된다. 반면, 선택된 구제수단이 손해배상 등이라면 매수인에게 그러한 정도의 압박을 가하지 않

주되지 않았다. 따라서 CISG 제39조에 명시된 합리적인 개시 기간은 2002년 6월 18일, 세관 당국과 피고 측 대표들이 해당 문제에 대해 논의한 날짜부터 시작된 것으로 간주되었다. 따라서 2002년 6월 18일에 이루어진 부적합통지는 합리적인 시간 내에 이루어진 것으로 판단되었다.

52) CLOUT case No. 905 [Kantonsgericht Wallis, Switzerland, 21 February 2005]. 이 판결은 독일 회사(피고)가 발레주에 위치한 한 유한회사(원고)에게 생산 설비를 판매한 사건과 관련하여 내려진 것이다. 2003. 10. 설비가 인도되었을 때, 원고는 주문한 설비가 완전히 녹이 슨 상태임을 확인했다. 이 결함은 조립 이전에 즉시 피고에게 보고되었다. 장비를 배치하고 조립을 시작한 후, 조립자들은 설비가 작동 상태가 아니라는 것을 발견했다. 피고는 보증을 제공하는 조건으로 직접 조립을 수행할 수 있는 기회를 제공받았으나, 이 제안을 수락하지 않았으며 이후로는 아무런 소식도 전해오지 않았다. 2003. 11. 25 자 편지에서, 원고는 피고에게 2003. 12. 중순까지 설비를 회수해 갈 것을 요청했다.

53) CLOUT case No. 45 [Arbitration Court of the International Chamber of Commerce, 1989 (Arbitral award No. 5713)]. 법원은 CISG 제38조 제1항에 따라 매수인이 물품을 가능한 한 짧은 시간 내에, 이 경우에는 선적 전에 물품을 검사했으며, 전문가의 검사 보고서가 공개된 후 8일 이내에 매도인에게 부적합을 적절하게 통지했다고 판단했다. 더불어서 법원은 매도인이 CISG 제38조 및 제39조의 조항을 적용할 자격이 없다고 판결했으며, 매도인이 불일치에 대해 알고 있었거나 알 수 있었고 이를 매수인에게 공개하지 않았기 때문이라는 이유를 적시했다.

아도 될 것이다.

(사) 소비자의 불만제기에 따른 기간 설정

물품의 하자가 매수인으로부터 물품의 구입한 소비자가 사용하는 단계에서 발견되는 경우가 많을 것이다. 매수인의 고객으로부터 물품에 대해 많은 불만이 접수되었음을 알리며, 신발에 구멍이 있고 아동용 신발의 바닥창과 굽이 헐거워졌음을 신발 매도인에게 통지하는 경우,⁵⁴⁾ 습윤 위생 티슈 가공 기계의 매도인에게, 매수인의 고객이 해당 기계로 생산된 반제품에서 철 가시를 발견하였고, 이로 인해 완제품에 녹 얼룩이 발생했음을 알리는 통지의 경우,⁵⁵⁾ 매수인이 고객들로부터 불만을 접수한 후 즉시 통지한 경우,⁵⁶⁾ 고객 불만을 접수한 직후 전화로 즉시 통지하고, 일주일 후 실험실 테스트 결과를 이메일로 전달한 경우⁵⁷⁾ 등이 소비자의 불만제기에 따른 기간 설정의 사례에 해당한다.

소비자의 불만제기에 따른 기간 설정과 관련하여 우선 소비자가 직접 제조자에게 하자 통지를 하는 경우를 상정할 수 있다. 이는 드문 경우일 것이기는 하나 부적합의 합리적인 기간 내의 통지로 평가될 가능성이 높다. 그리고 통상적으로는 소비자가 매수인에게 부적합을 통지하거나 불만을 제기할 것인데, 위 판례들에서 보는 바와 같이 즉시적 통지가 이루어진 경우가 많다. 소비자가 부적합을 발견하기까지 상당한 시일이 소요되는 점을 고려하면 매수인은 가능한 신속하게 부적합의 내용을 특정하여 매도인에게 통지하도록 요구된다.

3) 소결

CISG Advisory Council Opinion No. 2는 협약 제39조 제1항에 따른 통지의 합리적인 기간은 모든 관련 상황을 고려하여 사례별로 결정되어야 한다고 강조한다. 각국의 법원 역시 부적합 통지의 합리적인 기간을 결정하는 방법에 대한 지침을 제공하려고 노력해 왔다. 경우에 따라서는 특정 사례에서 관련될 수 있는 다양한 상업적 및 기타 요소들을 평가하기 위한 명확한 지침을 제공하기 어렵기 때문인지, 한 가지 방법으로 합리적이라고 간주될 기간을 정하는 기법이 사용되기도 하였다.⁵⁸⁾ 일부 관

54) CLOUT case No. 423 [Oberster Gerichtshof, Austria, 27 August 1999]. 이 사건에서 법원은 일반적으로 특별한 사정이 없는 한, CISG 제39조 제1항에 따라 매수인은 인도 후 약 14일 이내에 불일치를 매도인에게 통지해야 한다고 언급했다.

55) CLOUT case No. 319 [Bundesgerichtshof, Germany, 3 November 1999]. 이 사건에서 법원은 전문가의 검사를 위해 2주간의 기간이 부여된 후, 통지를 위한 한 달의 기간이 주어져야 한다고 법원은 판단했다. 이는 CISG 제39조 제1항에서 요구하는 합리적인 기간에 해당한다고 보았다. 따라서 매수인의 불일치 통지는 지연되지 않았다고 판단되었다.

56) Oberlandesgericht Koblenz, Germany, 21 November 2007. 매수인이 불량 부츠를 매도인 또는 그 권한 있는 당사 대리인에게 각각 소비자 불만 접수 직후 즉시 반환하여 통지는 지연되지 않았다.

57) CLOUT case No. 1182 [Hoviokaus/hovrätt Turku, Finland, 24 May 2005]. 매수인이 물품의 불합치에 대해 매도인에게 적시에 통지한 것과 관련하여, 법원은 정부 시험 기관에 의해 불합치가 확인된 후 매수인이 즉시 매도인에게 연락했으므로, 매수인이 CISG 제39조 제1항에 따라 요구되는 합리적인 기간 내에 통지를 한 것이라고 판단했다.

58) 예컨대 오스트리아 대법원(Obergerichtshof)은 일반적으로 14일이 합리적이라고 제안했으며, 스위스 루체른 고등법원(Obergericht Kanton Luzern)은 한 달을 제안했다. CISG

할권에서는 위에서 살펴본 ‘noble month’와 같은 기준이 개발되기도 하였고, 다만 이는 엄격한 표준이 아니라 각 사례의 특정 상황에 맞게 조정되어야 하는 지침으로 간주되었다.

매수인의 부적합 통지의 적시성을 고정된 기간으로 설정할 것인가, 아니면 모든 상황을 고려하여 평가할 것인가. 전자는 법적 안정성이 있지만 유연하지 못하고, 후자는 법적 불안정성을 초래한다.⁵⁹⁾ 그리하여 막연히 모든 사정을 고려한다기 보다는 정형적인 요소에 의한 합리적인 기준의 적절한 기간 설정의 시도는 의미가 있다. 위에서 합리적인 기간 판단의 일정한 고려요소를 열거하였는데, 이를 요약하면 다음과 같다. ① 물품의 성질에 따른 기간 설정에 있어서 물품이 변질되기 쉬운 것인지 여부를 고려하고 변질 개연성이 높을수록 통지허용기간이 짧아지며, 원칙적으로 14일을 넘어서는 곤란하다는 설정이 가능하다. ② 영업상황 및 거래의 특성에 따른 기간 설정과 관련하여는 예컨대 물품의 운송과정이 여러 나라를 통과하는 등 장기간에 걸치느냐, 아니면 인접국가간의 거래로 단기간이냐에 따라서 합리적인 기간의 평가가 달라질 수 있다. ③ 하자의 성질에 따른 기간 설정과 관련하여서는 주로 숨은 하자인 경우가 문제되는데, 숨은 하자는 그 하자를 발견하기까지의 기간은 2년을 넘지 않는 범위 내에서 인정이 가능하고, 그 경우에도 발견시로부터 합리적인 기간 내 통지를 해야함에는 변함이 없으나, 이미 기간이 상당히 경과한 상태를 고려하여 가능한 신속하게 통지하도록 한다. ④ 천재지변 등 외부적 상황에 따른 기간 설정과 관련하여서는, 천재지변 등에 따른 외부적 상황에 따라서 통지의 기간을 늘릴 수 있고, 이에 대하여는 협약에서도 협약 제44조에서 대비책을 마련하여 두고 있다. ⑤ 인적 상황에 따른 기간 설정에 있어서는 물품의 검사가 전문가에 의하여 시행되는 경우 일반인에 의한 검사나 통지보다 신속하게 이루어져야 하고 1~2주 이내의 추정적 통지기간의 설정이 가능하다. ⑥ 선택된 구제수단에 따른 기간 설정에 있어서는, 계약 해제 등 상대방에 미치는 영향이 큰 구제수단을 선택할수록 대비가 가능하도록 신속한 통지를 유도함이 상당하다. ⑦ 소비자의 불만 제기에 따른 기간 설정과 관련하여서는, 부적합통지까지의 전체적인 기간이 늘어나기 마련이고, 소비자가 매수인에게 불만을 제기하는 시점은 일정하지 않지만 매수인은 그 시점으로부터 가능하면 신속하게 매도인에게 통지한다.

협약 제39조 제1항에서 합리적인 기간이 무엇을 의미하는지는 엄격하고 미리 정해진 기간을 따르기보다는 유연하고 상황에 맞는 분석이 필요하고, 다만 분석의 틀로서 위에서 제시된 바와 같은 일정한 정형적인 참작요소를 기준으로 검토하는 방향이 옳다고 본다.⁶⁰⁾

(4) 부적합통지의 합리적인 시간의 판단의 준거법

부적합통지의 합리적인 시간의 의미와 범위를 정함에 있어서 국내법을 참고하느냐, 오로지 협약 자체만을 근거로 하느냐의 문제가 있다. CISG 제7조 제1항은 협약의 해석은 협약의 통일성뿐만 아니라 국제적인 성격도 고려하여야 한다고 규정하고

Advisory Council[1] Opinion No. 2, supra note 2, p.5.

59) 석광현, 앞의 책, 155면.

60) 석광현, 앞의 책, 156면.

있다. 협약의 국제적 성격을 고려한다는 것은 협약의 용어들과 개념들을 자율적으로 해석할 필요가 있음을 함축하고 있다. 다시 말해서, 특정한 국내법의 범위 내에서 그 용어에 전통적으로 부여된 의미를 참고하지 않고, 협약 자체의 맥락에서 자율적으로 해석할 필요가 있음을 함축하고 있는 것이다.⁶¹⁾

3. 이 사건에 대한 평가

이 사건은 이탈리아 매도인과 독일 매수인 사이의 매매계약에 관한 사건으로서, 협약 제39조 관련 물품부적합 통지를 위한 합리적인 기간의 해석에 관한 쟁점이 포함되어 있다. 협약 제39조에 대하여는 독일 법원의 판결이 많은데, 그 중 상당수는 이탈리아 매도인이 독일 매수인을 상대로 대금의 지급을 구하는 소송이다. 그와 같은 이유로는 독일 상법 제377조에 의하면 매수인은 유연한 기간 내에 부적합통지를 하도록 하는 반면, 이탈리아 민법 제1495조 제1항에 의하면 8일 이내에 통지를 하도록 되어 있어서 양국 당사자 간에 협약상 부적합통지의 합리적 기간에 대한 당사자들의 이해가 상이하기 때문에 발생하는 측면이 있다는 것이다.⁶²⁾ 그리하여 이 사건에서도 매도인 이탈리아 회사는 1심 법원과 항소심 법원 모두에서 승소했는데, 그 근거는 독일 매수인의 부적합통지가 이탈리아 민법상 부적합 통지의 요건인 8일 기한을 넘어서서 합리적인 기간을 초과하였다는 점이다.

이탈리아 최고법원은 원심의 결론을 기본적으로 동의하였다. 다만 최고법원은 원심법원의 판결을 파기하였는데, 그 사유로서 원심법원이 통지의 합리적인 기간의 경과를 인정하면서도 그 구체적인 사유를 제시하지 않은 잘못이 있다는 점을 들었다. 원심법원이 이탈리아 민법의 관련 조항을 언급만 하고서 별다른 설명을 하지 않았다는 것이다.

이 문제에서 쟁점은 법정지 법원이 협약을 적용할 때 협약 자체만에 근거하는가, 아니면 법정지국의 실질법의 내용과 해석 방법을 고려할 것인가의 문제에 있다. 부적합통지의 대부분의 판결은 통지 내용과 매도인에게 통지해야 하는 기한 면에서 비교적 엄격한 판매법을 가진 국가들로부터 나왔다.⁶³⁾ 일부 법원은 협약 제38조와 제39조를 자국의 유사한 법규에 비추어 해석하는 경향을 보였고, 이는 특히 CISG의 문구가 해당 국내법과 유사할 때 두드러진다.⁶⁴⁾ 그러나 통지를 합리적인 기간 내에 요구하는 자국법을 기준으로 해석하는 방식은 협약의 국제적 성격을 충분히 고려해야 한다는 협약 제7조 제1항의 요구와 일치하지 않는다.⁶⁵⁾

살피건대, 협약의 적용요건을 갖춘 사건에 대해서는 당연히 협약 자체의 해석방법에 의하는 것을 원칙으로 하여 협약자체 내에서 해결하는 것이 바람직하다. 국제협

61) 허광욱, 앞의 논문(주20), 33면.

62) 석광현, 앞의 책, 156면.

63) 독일이나 오스트리아, 스위스 법원이 자국의 국내 규정을 CISG에 도입하지 않았지만 그들의 접근법은 자국 중심적 성향을 보인다. 실제로, 고정된 기간의 설정은 이들 국가의 국내 규정에서 일반적이다. 다만 차이점은 국내 규정에서는 이 기간이 CISG에서 보다 훨씬 짧다는 점이다. 이에 비하여 미국의 접근 방식은 독일, 오스트리아, 스위스의 접근 방식보다 CISG 본문에 훨씬 더 가까운 것이다. Mazzotta, F. G. (2020). Uniform Interpretation: Notice of Nonconformity. Journal of Law and Commerce, 38(1).

64) Ibid.

65) CISG Advisory Council[1] Opinion No. 2, supra note 2, p.4.

약 체결의 취지는 각국의 법과 처지를 떠나서 계약국 간에 통일적으로 법 적용을 하는 것이므로 우선적으로 협약 자체에서 근거를 찾는 것이 타당하다. 다만 각국 법원이 자국의 법 및 그 적용의 경향을 반영할 개연성은 막을 수 없을 것이지만, 최대한 자국법 적용을 자제하고 협약에서 정해지는 기준과 관련 판례들을 우선적으로 적용하는 것이 타당하다. 한편 이 사건 판결에서는 부적합통지의 기간 경과 여부를 법정지법인 이탈리아 법을 근거로 삼기는 하였지만, 구체적으로 그 이유를 설시하지 않은 잘못을 지적한 것인데, 비관적으로 살펴보면 법원은 이탈리아 국내법이 아닌 협약 제39조를 근거로 합리적 기간의 준수 여부를 판단하였어야 한다고 본다.

IV. CLOUT Case 1961 (부적합통지의 합의와 포기 관련)

1. 사실관계와 판시내용

스위스의 피고(매수인)는 스위스에서 산악 로지를 운영하고 있으며, 2014년에 이를 개조했다. 이를 위해 매수인은 독일 제조업체 두 곳(매도인들)으로부터 외장 패널을 구입했다. 그러나 배송 지연 및 패널 품질 문제와 관련한 분쟁이 발생하자 매수인은 계약 금액의 일부 지급을 거부했다. 이에 매도인들은 지급 청구권을 독일의 팩토링 회사(원고)에게 양도했고, 결국 원고는 스위스 법원에 매수인을 상대로 대금의 지급을 구하는 소송을 제기했다. 원고는 1심 법원과 항소심 법원 모두에서 승소하였고, 이에 피고는 연방대법원에 상고했다.

상고심에서 제기된 법률적 쟁점 중 두 가지는 협약과 관련이 있었다. 첫 번째 쟁점은, 매도인들이 품질 결함의 원인을 조사하고 매수인과 협상함으로써, 매수인의 불일치 통지 지연(협약 제39조 제1항)에 대한 권리를 묵시적으로 포기했다는 피고의 주장과 관련이 있다. 연방대법원은 협약 제39조 제1항이 강행규정이 아니므로 매도인이 이를 포기할 수 있다고 보았다. 이러한 포기는 명시적일 필요는 없으며, 그러한 의도를 나타내는 명백한 정황이 있는 경우 묵시적으로도 발생할 수 있다. 매도인이 불일치를 무조건 인정하거나, 물품을 무조건 회수하거나, 물품 수리를 약속하거나, 대체 물품을 제공하거나, 주장된 결함을 조사하겠다고 무조건 약속하는 경우 등의 경우 묵시적 포기가 이루어진 것으로 볼 수 있다. 그러나 단순히 결함에 대해 협상을 시작하거나, 계약금액 전액 지급을 요청하면서 수리를 약속하거나, 불일치 통지의 지연 문제를 처음으로 소송절차에서 제기하는 경우에는 포기로 간주될 수 없다. 이 기준에 비추어, 연방대법원은 매도인들이 결함을 무조건 인정한 적이 없으므로 이 사건에서 협약 제39조 제1항에 대한 권리를 묵시적으로 포기하지 않았다는 하급심 판결을 유지했다.

두 번째 쟁점은 매수인이 미지급된 계약 대금의 일부를 지급 거부한 것이 계약 대금의 감액(협약 제50조)에 해당하는지, 아니면 단순한 일시적 지급 보류에 불과한지에 관한 것이었다. 연방대법원은 항소심 법원의 판단을 지지하며, 협약 제50조에 따른 가격 감액권은 형식에 구애받지 않고 명시적인 선언을 통해 행사되어야 하며, 단순한 불일치 통지와 부분적인 대금 지급만으로는 충분하지 않다고 확인했다. 비록 협약 제50조에 따른 구체책이 특정한 시간 제한을 받지 않지만, 이는 협약 제39조

제1항에 따른 적시의 불일치 통지가 전제되어야 한다. 본 사건에서 매수인은 지연된 인도에 대한 보상으로 대금 지급을 거부했으며, 협약 제39조 제1항에 따라 적시에 결함을 통지하지 않았다. 따라서 대금의 감액은 발생하지 않았다.

2. 부적합통지의 합의와 포기

물품의 검사와 통지가 합리적인 기간 내에 이루어졌는지에 대한 소송을 최소화하기 위해, 당사자들은 협약 제6조에 따른 당사자자치권을 활용하여 협약 제38조와 제39조의 통지 규정을 적용하지 않도록 하고, 매수인이 물품의 부적합을 매도인에게 통지해야 하는 기간을 명시적으로 규정하는 조항을 주된 계약에 포함시킬 수 있다.⁶⁶⁾ 즉 당사자간에 협약 제6조에 근거하여 계약체결시 부적합 통지기간 등에 관한 합의가 있을 수 있다. 예컨대 권리관계의 조기 정리를 위하여 매수인이 물품 수령 후 1주일 내에 물품 검사 및 통지를 다해야 한다는 합의가 있다고 할 때 그 유효성이 문제된다. 이에 관하여는 일부 판결에서 논의된 적이 있는데, 예컨대 매도인이 매수인에게 물품 인도 후 8일 이내에 서면으로 결함을 통지할 것을 요구하는 표준약관은, 매수인이 당사자 간의 이전의 거래에서 해당 약관을 알고 있었고, 매도인이 자신의 청약에서 명시적으로 표준약관을 언급한 경우 계약에 포함된 것으로 본 경우가 있다.⁶⁷⁾ 반면에 당사자들이 협약 제39조를 배제할 수는 있지만, 물품 인도 후 8일 이내에 부적합통지를 요구하는 조항이 계약 체결 후 매도인이 일방적으로 작성한 문서에 포함되어 있으며 그 내용이 불분명한 경우, 이를 배제한 것으로 간주되지 않는다고 판시된 바 있다.⁶⁸⁾ 결국 이 문제는 당사자간 부적합통지 합의 자체를 부정하지 않고 당사자간 합의의 유효성의 문제로 귀착함을 알 수 있다.

그리고 매도인은 협약 제39조에 따른 권리를 부분적으로 포기하거나, 특정 구체책에 대해서만 권리를 보유할 수 있으며, 이를 명시적으로 또는 묵시적으로 할 수 있다.⁶⁹⁾ 여기서 묵시적 포기는 매도인의 행동이 권리 포기를 의미한다고 매수인이 이해할 수 있도록 하는 구체적인 표시 내지 암시를 필요로 한다.⁷⁰⁾ 물품 부적합 통지의 상대방으로서 매도인은 만약 매수인이 협약 제39조에 따라서 부적합통지를 하지

66) Louis F. Del Duca & Patrick Del Duca, supra note 37, p. 227; 하삼주, “외국판례를 통해 본 국제물품매매에서 매수인의 물품부적합 통지의무”, 「상사판례연구」 제20권 제3호, 2007. 09, 893면; 허광욱, 앞의 논문(주8), 39면.

67) CLOUT case No. 541 [Oberster Gerichtshof, Austria, 14 January 2002].

68) CLOUT case No. 378 [Tribunale di Vigevano, Italy, 12 July 2000].

69) Bundesgericht, Switzerland, 26 March 2013, Internationales Handelsrecht 2014, 22 CISG-online No. 2434.

70) CLOUT case No. 270 [Bundesgerichtshof, Germany, 25 November 1998]. 이 사건에서 법원은 매도인이 물품의 부적합성에 대해 협상에 나섰다는 사실이 반드시 권리 포기로 간주될 필요는 없지만, 이는 각 사건의 상황과 함께 고려되어야 한다. 본 사건에서 당사자들은 손해배상금액과 지급방식에 대해 15개월 동안 협상을 진행했으며, 이 기간 동안 매도인은 CISG 제38조 및 제39조를 적용할 권리를 보유하고 있다는 점을 명시하지 않았다. 또한, 매수인의 요청에 따라 매도인은 전문가 비용을 지불했고, 매도인은 표면 보호 필름(the surface-protective film)에 대해 자신이 받은 가격의 7배에 해당하는 손해 배상금을 제안했다. 법원은 매수인의 관점(CISG 제8조 제2항 및 제3항)에 비추어, 매도인이 추후 CISG 제38조 및 제39조를 근거로 주장하지 않을 것이라고만 이해될 수 있다고 판시했다. 김선화, “물품부적합, 권리부적합에 관한 국제물품매매협약 판결례 분석”, 「국제거래법연구」 제31권 제1호, 2022.07, 228면도 참조.

않을 경우 매수인에게 그의 구제수단의 상실을 주장할 수 있지만, 매도인은 매수인으로 하여금 매도인이 매수인의 통지에 이의를 제기하지 않을 것이라는 인식을 심어줌으로써 협약 제39조상의 권리를 포기할 수도 있다.⁷¹⁾ 그리고 매도인이 잘못된 물품이 배송되었음을 인정하고, 올바른 물품을 제공할 것이라고 제안한 경우, 통지 부족에 따른 매도인의 권리를 포기했다고 보았다.⁷²⁾ 매수인이 명시적으로 인도된 물품을 수령하겠다는 의사를 밝히거나, 명백한 결함에 대해 이의를 제기하지 않은 채 대금 지급 의무를 인정한 경우, 매수인이 제39조에 따른 권리를 포기했거나 그 권리를 행사하지 못하도록 금지된 것으로 간주된 사례도 있다.⁷³⁾

3. 이 사건에 대한 평가

이 사건에서 법원은 협약 제39조 제1항이 강행규정이 아니므로 매도인이 이 규정을 포기할 수 있다고 지적했다. 이는 협약 제6조의 당사자자치에 근거하여 협약 제39조의 부적합통지 규정을 적용하지 않도록 하는 합의가 가능하다고 실시하는 것도 가능하다. 이 사건에서 포기는 명시적일 필요는 없으며, 포기의 의도가 객관적으로 표현되는 사정이 있는 경우 묵시적으로도 인정이 가능하다고 하였다. 그리고 법원은 묵시적 포기의 객관적인 사정으로 인정될 만한 사유들을 예시하였다. 즉 매도인이 물품의 부적합의 유보 없이 인정하거나, 물품을 곧바로 회수하거나, 물품 수리를 약속하거나, 대체물품을 제공하거나, 매수인이 주장한 부적합을 조사하겠다고 무조건 약속하는 경우 등을 들어서 의미있는 실시를 하고 있다. 이 사건에서 법원은 매도인이 물품의 부적합을 전면적으로 인정한 사정은 없이 단순히 물품의 부적합에 대해 매수인과 협상을 시작한 것만으로는 부적합통지의 묵시적인 포기로 인정하기 어렵다고 보았다. 이는 타당한 결론이다. 부적합통지의 합의와 포기에 대한 논의가 많지 않은 가운데 참고가 되는 판례이다. 두 번째 쟁점은 대금감액권 인정여부로서 협약 제39조와 직접적인 관련이 없으나 매수인이 대금감액권을 행사하려면 먼저 협약 제39조의 조건을 충족시켜야 한다.

V. CLOUT Case 1954 (CISG 제39조 제2항 관련)

1. 사실관계와 판시내용

독일에 영업소를 둔 매도인 C회사는 1999. 8. 프랑스에 영업소를 둔 매수인 X회사에 2대의 발전기를 인도하였다. 그런데 위 발전기들은 2001. 12.부터 오작동하기 시작하였다. X회사는 2003. 1. 위 발전기들의 오작동으로 인한 손해배상을 청구하기 위하여 프랑스 Meaux 상사법원에 C회사를 상대로 법적 절차를 개시하였다.

파리 항소법원(이하 '항소법원')은 2014. 6. 27. 내려진 판결에서, X회사의 청구를 인용하는 제1심 법원의 판결을 확인하였다.⁷⁴⁾ 매도인 C회사가 이에 불복하여 프랑스

71) CLOUT case No. 1057 [Oberster Gerichtshof, Austria, 2 April 2009].

72) Landgericht Aschaffenburg, Germany, 20 April 2006.

73) CLOUT case No. 337 [Landgericht Saarbrücken, Germany, 26 March 1996].

파기원(the Court of Cassation)(이하 ‘파기원’)에 상고를 하였는데, 파기원은 원심판결이 협약 제39조 제2항과 시기 제한을 규율하는 규칙 적용에 잘못 있다는 점을 들어서 이를 파기하였다.⁷⁵⁾

이 사건은 다른 구성으로 항소법원으로 다시 회부되었다. 항소법원은 2018년 5월 4일에 판결⁷⁶⁾을 내렸으며(매수인 승소, 손해배상 인정), 이 판결에 대해 매도인이 법률상의 문제를 이유로 두 번째 상고를 제기했다. 이 상고 또한 성공적으로 받아들여졌는데, 파기원은 2020. 6. 17. 판결에서 두 가지 이유로 항소법원의 판결을 파기했다.(매도인 승소)

그 첫 번째 이유는 절차적 문제였다. 항소법원은 매도인 C회사가 제기한 소송 시효 만료 주장을 기각하면서, 당사자들에게 의견을 제출할 기회를 제공하지 않고 독자적으로 독일 민법(BGB) 제200조를 근거로 판결을 내렸다. 파기원은 “법관은 모든 상황에서 법적 절차를 준수하고 이를 보장해야 한다.”라며, 프랑스 민사소송법(Code of Civil Procedure) 제16조 제3항⁷⁷⁾을 인용하여 항소법원의 판결이 이 원칙을 위반했다고 지적했다. 파기원은 원심판결을 파기한 두 번째의 근거를 매수인은 물품이 매수인에게 현실로 교부된 날부터 늦어도 2년 내에 매도인에게 물품부적합의 통지를 하지 아니한 경우에는, 물품의 부적합을 주장할 권리를 상실한다는 협약 제39조 제2항에서 찾았다.

파기원이 판결을 파기한 두 번째 이유는 협약 제39조 제2항의 위반이었다. 파기원은 “이 조항에 따르면, 매수인은 물품이 실제로 인도된 날로부터 최대 2년 이내에 매도인에게 하자가 있음을 통지하지 않으면, 그 하자에 의존할 권리를 상실한다.”라고 언급했다. 대법원은 파리 항소법원이 제한 기간이 만료되지 않았다는 이유만으로 청구를 인정한 것이 협약을 위반했다고 판단했다. 항소법원이 판결에서 물품은 1999년 8월에 인도되었으며, 하자에 기반한 청구는 2003년 1월 6일과 20일에 제기되었다고 이미 명시했음에도 불구하고 원심과 같은 잘못된 판결이 이루어졌다고 보았다. 즉 항소법원은 협약 제39조 제2항에 따라 매수인의 구제받을 권리 내지 수단은 상실하였다고 보고 물품의 부적합에 기인한 손해배상 청구를 인정하지 않았어야 하는 데 이를 인용한 점에 잘못이 있다고 지적한 것이고, 그리하여 이 사건은 다른 구성으로 항소법원에 다시 회부되었다.

74) Paris Court of Appeal, 27 June 2014, CISG France No. 265.

75) Court of Cassation, Commercial Chamber, 21 June 2016, No. 14-25359, CISG France No. 272, CLOUT No. 1633.

76) Paris Court of Appeal, 4 May 2018, No. 16/20799, CISG France No. 288.

77) Article 16 (Decree n°76-714 of 29 July 1976, Article 1, Official Journal of 30 July 1976) (Council of State 1875, 1905, 1948 to 1951 of 12 October 1979, Unification of the new French advocates and the others, JCP 1980, II, 19288) (Decree n°81-500 of 12 May 1981, Article 6, Official Journal of 14 May 1981); 모든 상황에서 판사는 독립 원칙을 준수하도록 감독해야 하며, 스스로도 이를 준수해야 한다. 판결을 내릴 때, 판사는 당사자들이 논쟁을 통해 검토할 기회를 가졌던 근거, 설명 및 문서에만 근거할 수 있다. 그는 자신이 직권으로 제기한 법적 논거에 대해 당사자들에게 먼저 의견을 제시할 기회를 제공하지 않고 이를 판결의 근거로 삼아서는 안된다.

2. 협약 제39조 제2항의 개관

(1) 협약 제39조 제2항의 규정과 그 취지

협약은 일종의 제소 기간과 유사한 규정을 제공하는데, 협약 제39조 제2항에서 규정한, 인도된 물품의 부적합에 근거한 통지를 위한 시한이 바로 이에 해당한다.⁷⁸⁾ 협약 제39조 제2항에 의하면 매수인은 물품이 매수인에게 교부된 날로부터 2년 이내에 매도인에게 제1항의 통지를 하지 아니한 경우, 물품의 부적합을 권리를 상실한다. 협약 제39조 제2항은 하자통지에 대한 중단이나 정지가 인정되지 않는 절대적인 시한을 규정한 것이다. 이러한 비교적 짧은 시간제한은 협약의 초안 작성 당시에 심하게 논란이 된 바 있었다.

협약 제39조 제2항은 매수인이 계약 불이행에 대해 통지를 제공할 수 있는 최장기간을 규정하며, 이는 물품이 실제로 매수인에게 인도된 날로부터 2년이다. 다만 이 시한은 보증기간과 관련된 계약 조건에 반하는 경우에는 예외가 적용된다. 즉 당사자가 2년보다 긴 보증기간을 정하면 협약 제39조 제2항의 2년의 기간은 적용되지 않는다.

이 조항은 국제 매매계약에서 거래 안정성을 촉진하기 위해 도입되었다. 매도인이 물품의 교부 이후 너무 오랫동안 유동적인 상태에서 물품에 대한 책임으로부터 벗어날 수 없는 상황을 방지하기 위한 조치이며, 매도인에게 특정하고 예측 가능한 기한을 제공함으로써, 해당 기한 이후에는 물품의 부적합과 관련된 법적 청구가 제기될 수 없도록 보장하는 데 있다.⁷⁹⁾

협약 제39조 제2항에 명시된 2년의 기간은 시효기간이 아닌 제척기간이고, 협약 제39조 제1항에서 규정된 합리적인 통지 기간과 동일 개념이 아니다. 협약 제39조 제2항의 통지 기간은 협약 제39조 제1항의 기간이 더 짧지 않은 경우에만 적용된다고 해석해 왔다.⁸⁰⁾ 협약 제39조 제1항의 통지 기간은 유연하게 설계되어 상황에 따라 달라지는 반면⁸¹⁾, 협약 제39조 제2항의 2년 기한은 계약상 보증기간의 예외가 적용되는 경우를 제외하고는 명확하고 고정적이다

(2) 2년의 제척기간과 국가법의 소멸시효와의 관계

협약 제39조 제2항에서 2년의 제척기간은 부적합의 통지기간이지 권리행사기간은 아니다.⁸²⁾ 여기서 문제 되는 것은 협약 제39조 제2항의 기간제한이 이보다 더 짧은 계약의 준거법이나 법정지 국가법의 소멸시효⁸³⁾와 어떻게 조화를 이루어야 하는지이다. 국가에 따라서는 소멸시효 기간이 2년보다 짧거나 길 수 있다. 국가법상의 소

78) Johan Erauw, Time-Limitations Limiting Uniformity Under Cisc Even for the Cut-Off-Term of Article 39(2), 38 J.L. & Com. 83, 84 (2020).

79) 석광현, 앞의 책, 158면.

80) CLOUT case No. 799 [Audiencia Provincial de Pontevedra, Spain, 8 February 2007].

81) Francesco G. Mazzotta, Uniform Interpretation: Notice of Nonconformity, 38 J.L. & Com. 179, 184 (2020).

82) 정홍식, 앞의 논문, 48면.

83) 매수인이 물품부적합에 근거한 계약위반을 이유로 매도인을 상대로 소를 제기할 수 있는 소멸시효를 말한다.

멸시효가 협약 제39조 제2항보다 짧은 경우, 매수인은 국가법에 따라 더 이른 단계에서 권리를 상실하는 상황이 발생할 수 있다.⁸⁴⁾ 각국의 판례는 협약 제39조 제2항과 국가법의 상호작용을 다양한 방식으로 다루었다. 국가법 우선을 주장한 입장에서 일부 관할권에서 보는 바와 같이 국내 보증청구 시효를 우선적으로 적용하여 매수인의 권리를 제한한 경우도 있다. 반면 조화로운 해석을 피하는 입장에서는 일부 관할권에서 나타나는 바와 같이 협약과 국가법 간의 조화를 피하며, 두 규범 간에 상충이 없도록 해석했다.⁸⁵⁾

3. 이 사건에 대한 평가

협약 제39조 제2항의 제척기간과 각국의 국내법상 소멸시효와의 문제는 결국 협약 우선이나, 국내법 우선이나의 문제로 귀착이 되고, 이 문제는 국제규범이 국내법보다 우선하여 적용한다는 원칙하에서 적절한 해결책을 찾아야 한다. CISG는 국제적 협약으로, 비준이 이루어지면 명확하게 국가 법률을 초월하며, 허용된 예외가 적용되지 않는 한 국가 법률보다 우선한다.⁸⁶⁾ 그리하여 더 짧은 국내법상의 소멸시효 기간은 협약 제39조 제2항에서 규정한 2년 통지 기간이 만료되기 전에 청구권이 시효에 걸리도록 하는 경우에는 적용되어서는 안 된다.

이 사건의 쟁점은 협약상 제척기간과 국내법상 소멸시효와의 관계와는 직접적인 관련이 없고, 매수인이 매도인에 대한 구제수단의 행사에 있어서 협약 제39조 제2항을 준수하였는지의 여부에 대한 것이다. 협약 제39조 제2항은 숨은 하자를 대비하여 2년의 제척기간을 부여하였는데, 본 사안의 경우 이 기간을 넘겨서 매수인이 소송을 제기하였고 원심판결에서는 위 제척기간의 경과를 간과한 채 매수인의 구제수단을 인정한 잘못이 있다는 것으로서 정당한 판시이다.

VI. CLOUT Case 1955 (최종소비자의 구상권 관련)

1. 사실관계와 판시내용

이 사건 판결은 이탈리아에 본사를 둔 A회사(매도인)와 프랑스의 유통업체 B회사(매수인) 간의 분쟁에 대하여 프랑스 파기원(Court of Cassation)에 의해 내려졌다. A회사는 2003년 4월 18일, 자신이 제조한 타일을 B회사에 판매했다. B회사는 2003년 5월 9일 이 타일을 프랑스에 거주하는 개인(구매자 C)에게 재판매했다. C는 타일에 결함이 있다고 주장하며 B회사를 상대로 보상을 청구했으며, 이에 B회사는 보증인으로서 A회사를 상대로 소송을 제기했다.

84) Daniel Girsberger¹, supra note 27, p.248; CLOUT Case No. 107 [Oberlandesgericht Innsbruck, Austria, 1 July 1994].

85) 스위스 법원과 독일 법원에서는 국내법의 소멸시효가 1년 내지 6개월이었으나 이를 각 2년으로까지 연장하여 매수인의 권리행사를 인정한 바 있다. 정홍식, 앞의 논문, 48면.

86) Daniel Girsberger¹, supra note 27, p.241.

이 분쟁은 두 번의 연속적인 절차를 통해 해결되었고, 그 결과 보르도 주요 사법 관할법원(Bordeaux Court of Major Jurisdiction)이 두 가지 판결을 내렸다. 첫 번째 판결은 최종 구매자 C가 B회사를 상대로 제기한 청구에 관련된 것이며(2009년 9월 29일 판결), 두 번째 판결은 B회사가 A회사를 상대로 제기한 청구에 관한 것이다.(2012년 1월 24일 판결)

A회사는 2012년 1월 24일의 판결에 대해 보르도 항소법원에 항소를 제기했다. 항소법원의 판결은 사법검토 신청의 대상이 되었다. 파기원은 항소법원의 판결을 파기 하였으며, 사건은 푸아티에 항소법원으로 환송되었다.

2018년 3월 13일에 내려진 판결에서, 푸아티에 항소법원은 먼저 A회사의 B회사에 대한 청구의 적격성(admissibility)을 판단하였다. 법원은 1999년 5월 25일 유럽 의회 및 이사회 지침 제1999/44/EC호(소비자의 매매 및 관련 보증에 관한 EU지침)를 근거로 해당 청구의 적격성을 인정하였다. 항소법원은 또한 청구의 본안에 대해서도 판단을 내렸다.

당사자들은 협약 제39조 제2항 및 제40조의 적용 여부를 두고 논쟁을 벌였으나, 법원은 이들 두 조항의 적용을 배제했다. 푸아티에 법원은 이 두 조항은 “불일치가 아닌 소비자(구매자 C)가 최종 매도인(B회사)에게 제기한 청구”에 근거했기 때문에 적용되지 않는다고 밝혔다. 법원은 협약이 “비록 예를 들어 소비자에게 재판매되기 전에 발생한 문제와 같이 불일치의 경우를 포함하여 매도인과 매수인 간의 계약 관계를 규율하지만, 협약은 최종 매도인의 자신의 매수인에 대한 구체 권리를 규율하지 않는다.”라고 덧붙였다.

A회사는 푸아티에 항소법원의 판결에 대해 사법 심사를 신청했다. 항소에서 A회사는 특히 B회사가 위 지침에서 정의한 소비자(consumer)가 전문 판매자(professional seller)이라는 점에서, 지침 1999/44/EC의 잘못된 적용으로 인한 위반을 주장했다. 그러나 파기원은 지침 제4조에 따라 최종 매도인이 책임이 있는 자를 상대로 구체를 청구할 권리가 있음을 이유로 이 해당 주장을 기각했다.

청구의 본안에 관해서는, 항소인은 항소법원이 협약 제39조에 근거하여 매수인이 물품의 부적합을 주장할 권리를 상실했다는 주장을 기각한 것에 대해 이의를 제기했다. 파기원은 그 점에 대해 항소인의 이의를 받아들였고, 협약 제39조에 따라 “항소법원이 해당 조항을 적용하지 않은 것은 위반”이라고 판결했다. 즉 푸아티에 항소법원은 B회사가 A회사에 대해 제기한 청구에 협약을 적용했어야 했다고 판시했다.

2. 이 사건에 대한 평가

이 사건에서 협약 제39조 제2항과 제40조와 관련한 쟁점은 물품의 제조업자로부터 물품을 인수한 매수인이 자신의 소비자에게 당해 물품을 판매하고, 그 이후 위 소비자가 물품에 대한 하자를 주장하여 위 매수인이 이에 대한 손해배상을 이행하고 최초의 제조업자를 상대로 구상권을 행사하는 경우에 협약 제39조 제2항과 제40조를 적용하는 것이 타당한가이다. 당사자들은 협약 제39조 제2항 및 제40조의 적용 여부를 두고 논쟁을 벌였으나, 원심법원은 이들 조항의 적용을 배제하면서 그 근거로서 B회사의 A회사에 대한 소송이 부적합성에 근거한 것이 아니라 최종 매도인(B회사)에 대해 소비자 C가 제기한 청구에 근거한 것이라는 점을 들었다. 이에 대하여 대법

원은 항소법원의 판결을 파기하고 사건을 푸아티에 항소법원으로 환송하면서 그 근거로서 이 사건은 본질적으로 협약의 적용사안으로서 협약 제39조에 근거하여 매수인이 물품의 부적합성을 주장할 권리를 상실했다고 보았다. 즉 A회사의 주장이 받아들여진 것으로서 원심에서는 협약 제39조의 적용을 배제하여 구제권을 인정하였으나, 파기원에서는 협약 제39조 제2항의 2년의 제척기간을 적용하여 이를 위반함과 아울러 협약 제40조의 예외사유에도 해당하지 않은 것이므로 B회사는 구제권을 상실하였다고 본 것이다.

살피건대, 이 사건에서 문제의 중심을 무엇으로 보느냐에 따라 법률관계의 성질이 정해진다. 매수인 B회사의 매도인 A회사에 대한 청구를 순수하게 구상권의 문제로만 본다면, 협약은 구상권에 대한 직접적인 규율을 하고 있지 않으므로 협약 적용이 부적절하다고 볼 여지가 있다. 그러나 위 구상권행사가 매도인이 인도한 물품의 부적합에 근거한다면 비록 외형적으로는 구상권 행사의 형식을 취하고 있다고 하더라도 실질은 물품의 부적합의 문제이다. 그렇다면 A회사의 입장에서 협약 제39조와 제40조가 준수되었는지 여부를 충분히 주장할 수 있다. 이 사건에서 협약 제39조 제1항은 적용의 여지가 없었고, 숨은 하자에 대한 협약 제39조 제2항의 적용에서 제척기간 2년을 경과 하였고, 협약 제40조의 예외도 해당하지 않으므로 B회사가 구제권을 상실하였다고 판시한 대법원의 태도는 정당하다.

VII. 결론

협약상 매수인의 물품부적합의 통지의무는 실무적으로 매우 중요한 문제이다. 이와 관련하여 최근의 CLOUT 4개의 판례를 검토하면서 부적합통지의무와 관련하여 각종 쟁점을 살펴보았다. 합리적인 기간과 관련되는 첫 번째 대상판결에서 합리적인 기간이 얼마인지에 대한 직접적인 쟁점은 없었지만, 합리적인 기준 설정의 시도는 의미가 있다. 대상판결에서는 합리적인 기간의 판단의 준거법을 법정지법을 우선적으로 들었지만, 이는 국제규범과 국내법 규정의 적용의 순위와도 관련되는 문제로 비판의 여지가 있다. 법정지 법원이 자국의 국내법과 판례의 경향을 반영하더라도 협약 사건이므로 협약 자체에서 적용되고 해석되는 범위 내로 들어올 때만 정당성이 부여된다. 두 번째 대상판결은 통지의무에 대한 합의 또는 포기의 유효성의 문제와 관련되어 있다. 협약 제6조에 근거하여 부적합 통지의무에 대한 당사자 사이 합의가 허용되고, 부적합통지의 포기는 명시적인 경우 뿐만 아니라 그러한 의도를 나타내는 명백한 정황이 있는 경우 묵시적으로도 가능하다. 대상판결에서 부적합통지의 묵시적 포기로 인정할만한 객관적인 사정들을 적절히 제시하였다. 세 번째 대상판결은 협약 제39조 제2항 관련 문제로서 협약 제39조 제2항의 제척기간을 경과한 부적합의 통지로 인하여 매수인이 구제수단을 상실한 사안이었다. 관련 쟁점으로 2년의 제척기간과 국가법의 소멸시효와의 관계가 있는데, 일부국가의 예처럼 CISG와 국가법 간의 조화적 해석이 필요하다. 네 번째 판결은 매수인의 자신의 소비자에 대한 물품의 부적합으로 인한 손해배상 이후 매도인을 상대로 구상권을 행사하는데 협약 제39조가 적용되는가의 문제에 대하여 적절한 해결점을 제시한다. 이 문제에 대하여 대상판결은 사건이 구상권의 외피를 가지고 있으나 실질은 물품의 부적합에 관한 내용이

고 협약의 적용요건을 갖추었으므로 협약 제39조를 적용하는 것이 타당하다고 하여 시사점을 던져주고 있다.

물품부적합에 관한 협약 제35조의 적용과 관련하여 협약 제39조는 실제에서 가장 많이 논란이 되는 부분 중의 하나이므로 협약 제39조에 대한 각국의 판례의 경향을 정기적으로 점검하여 보는 것은 의미가 있다. 이로써 각국 판례의 통일을 지향할 수 있고 예측 가능성을 제고 하여 협약의 운영과 실무에 도움이 된다.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 김선화, “물품부적합, 권리부적합에 관한 국제물품매매협약 판결례 분석”, 「국제거래법연구」 제31권 제1호, 2022.07.
- 김은빈, “물품계약위반시 합리적인 기간 내의 부적합통지의무에 관한 연구”, 「중재연구」 제32권 제4호, 2022.12.
- 김인호, “국제물품매매계약(國際物品買賣契約)에 있어서 매수인의 물품의 검사기간과 부적합의 통지기간과의 관계”, 「법조」 제56권 제8호, 2007.08.
- 김호·심종식, “CISG에 관한 독일의 UNILEX 인용 지표 분석과 계약당사자의 책임체계”, 「유럽연구」 제40권 제4호, 2022.
- 박은옥, “CISG상의 물품검사와 부적합 통지에 관한 판례연구”, 「통상법률」 제96호, 2010.12.
- 사동천, “매수인의 물품부적합통지의무에 관한 비교법적 고찰 - CISG를 중심으로-”, 「국제거래법연구」 제16권 제2호, 2007.12.
- 석광현, 「국제물품매매계약의 법리」, 박영사, 2010.
- 양석완, “CISG상 매수인의 물품검사,통지의무에 관한 쟁점 검토 -우리나라 법과의 비교 고찰을 포함하여-”, 「국제거래법연구」 제19권 제2호, 2010.12.
- 윤광운, “CISG상 매수인의 부적합통지의무에 관한 고찰”, 「무역학회지」 제40권 제1호, 2015.2.
- 이기수·신창섭, 「국제거래법 제6판」, 세창출판사, 2015.
- 정홍식, “국제물품매매협약(CISG)상 매수인의 검사의무와 물품부적합 통지의무 -국내외 판례와 중재판정을 중심으로», 「국제거래법연구」 제20권 제1호, 2011.07.
- 하강현, “국제물품매매에서 물품검사시기에 관한 고찰”, 「무역상무연구」 제74권, 2017. 5.
- 허광욱, “매수인의 부적합통지의 상세 정도에 관한 연구”, 「무역상무연구」 제39권, 2008.
- 허광욱, “CISG 제39조 제1항의 ‘합리적 기간’에 관한 연구”, 「한국무역상무학회지」 제34권, 2007.
- 하삼주, “외국판례를 통해 본 국제물품매매에서 매수인의 물품부적합 통지의무”, 「상사판례연구」 제20권 제3호, 2007.09.

<해외문헌>

- CISG Advisory Council[1] Opinion No. 2 Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity Articles 38 and 39.
- Bianca & Bonell, Commentary on the International Sales Law, GIUFARA, MILAN, 1987.
- Daniel Girsberger, The Time Limits of Article 39 Cisc, 25 J.L. & Com. 241

- (2005).
- Dr. Camilla B. Andersen, Article 39 of the Cisc and Its "Noble Month" for Notice-Giving; A (Gracefully) Ageing Doctrine?, 30 J.L. & Com. 185 (2012).
- Flehtner HM, Conformity of Goods: Inspection and Notice. In: DiMatteo LA, ed. International Sales Law: A Global Challenge. Cambridge University Press; 2014:215.
- Francesco G. Mazzotta, Uniform Interpretation: Notice of Nonconformity, 38 J.L. &Com. 179 (2020).
- Johan Erauw, Time-Limitations Limiting Uniformity Under Cisc Even for the Cut-Off-Term of Article 39(2), 38 J.L. & Com. 83 (2020).
- Louis F. Del Duca &Patrick Del Duca, Selected Topics Under the Convention on International Sale of Goods (Cisc), 106 Dick. L. Rev. 205(2001).
- Mazzotta, F. G. (2020). Uniform Interpretation: Notice of Nonconformity. Journal of Law and Commerce, 38(1). <https://doi.org/10.5195/jlc.2020.185>.
- UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2016.

[Abstract]

Review of Recent CLOUT Cases Related to Article 39 of the CISG

Sungsoo Choi*

During the drafting of the CISG, the provision requiring the buyer to notify the seller of the non-conformity of the goods was one of the most controversial issues. Article 39 of the CISG, one of the most frequently invoked provisions in disputes related to the CISG, stipulates that the buyer loses the right to rely on remedies for non-conformity if they do not notify the seller of the specific nature of the non-conformity within a reasonable time after they have discovered or ought to have discovered it. The buyer's obligation to notify the seller of the non-conformity of goods is a practically significant provision. The main issues related to Article 39 of the CISG include the content of the notice of non-conformity, the method of notice, the agreement and waiver of notice, and the reasonable time for giving notice. Particularly, the term "reasonable time" is abstract, and its specific meaning is determined through the accumulation of case law. In this regard, examining how the reasonable time is determined in actual cases and attempting to establish some criteria is meaningful.

This paper examines Article 39 of the CISG, focusing on four cases involving issues related to the notification of non-conformity of goods. These cases, published in CLOUT since 2022, reflect recent trends in judicial decisions across various jurisdictions. The four cases discussed here include those related to the reasonable time for giving notice of non-conformity, the agreement and waiver of notice of non-conformity, Article 39(2) of the CISG, and the buyer's claim of non-conformity against the seller based on the right of recourse after compensating the end consumer.

Key Words: article 39(1)(2) of the CISG, non-conformity of goods, obligation to give notice, reasonable time, agreement and waiver of give notice

* Professor, Dong-A University School of Law

미국 변호사시험 출제·평가 방식의 변화 및 시사점

- 차세대 변호사시험 도입 논의를 중심으로 -

김 면 기* · 이 소 라**

논문요지

미국의 차세대 변호사시험(The Next Generation Bar Exam) 도입 논의와 그 과정에서 결정된 개선안은 한국 변호사시험의 발전에 유의미한 시사점을 제공한다. 특히 미국이 암기 중심 평가의 기존 변호사시험에서 벗어나 실질적인 실무 역량을 검증하는 방향으로 새로운 시험을 설계하고 있다는 점은 주목할만하다. 이러한 변화는 한국 변호사시험이 현재 겪고 있는 문제, 즉 판례 중심의 암기 평가와 실무와의 괴리 문제를 해결하는 데 중요한 단초가 될 수 있을 것이다.

미국에서 변화가 이루어지는 과정 또한 주목할 필요가 있다. 미국은 변호사시험 개선 과정에서 신규 변호사의 직무를 철저히 분석하고, 이를 기반으로 시험 문항 및 방식 등의 설계를 진행했다. 이와 같은 직무 분석은 시험이 단순히 법률 지식을 측정하는 것을 넘어 실제 변호사로서의 능력을 평가가 이루어지도록 하는데 중요한 역할을 할 것이다. 우리나라 역시 신규 변호사의 직무를 체계적으로 분석하고, 이를 바탕으로 시험의 목적성과 내용, 평가 방식을 재설계할 필요가 있다.

나아가 다양한 문항 유형을 도입하여 신규 변호사가 실제 업무에서 직면할 법률 문제를 해결할 수 있는 능력을 평가하려는 미국의 개선 노력은 매우 고무적이다. 법률적 지식과 역량을 상호 연결하는 통합형 문제 등 다양한 평가 방식의 도입은 시험의 타당성과 신뢰성을 높이는 데 기여할 수 있을 것으로 보인다.

살펴본 바와 같이, 미국의 변호사시험 개선 방향은 우리나라의 법학전문대학원 교육과 변호사시험 제도에 많은 시사점을 준다. 미국의 변화를 참고하여 변호사시험의 목적을 명확히 하고, 실질적으로 실무 중심의 역량을 평가할 수 있는 체계를 구축함으로써 법학전문대학원 교육과 법조시장 요구 간의 괴리를 해소하고, 보다 발전적인 법률 인재 양성 체계를 마련해야 하기 위해 노력해야 할 것이다.

검색용 주제어: 미국 변호사시험, 차세대 변호사시험, 통합형 문제

· 논문제출: 2025. 01. 05. · 심사개시: 2025. 01. 09. · 게재확정: 2025. 01. 27.

* 제1저자. 경찰대학 법학과 교수. 뉴욕주 변호사.

** 교신저자, 공주교육대학교 교육학과 교수. 前 미국변호사시험위원회(the National Conference of Bar Examiners, NCBE) 측정·평가부서 연구지원(project assistant).

I. 서론

변호사시험은 “변호사에게 필요한 직업윤리와 법률지식 등 법률사무를 수행할 수 있는 능력을 검정”하는 것을 목적으로 하고 있지만,¹⁾ 현행 변호사시험이 이러한 목적에 부합하여 출제·평가되고 있는지에 대해서는 비판적 평가가 많다. 시험이 지나치게 판례의 요지의 암기 위주로 출제되고, 실제 법률사무 수행에 필요한 법적사고의 검증과는 거리가 있다는 지적이 그것이다. 이에 더하여 ‘낮은 변호사시험 합격률’은 법학전문대학원(이하 ‘법전원’)을 ‘입시학원’으로 전락시킨다는 비판마저 받고 있다.²⁾ 법전원 출범당시 기대되었던 ‘전문적인 법률수요에 부응’, ‘리걸 클리닉 활성화’ 등은 이제 논의조차 잘 되지 않는다.³⁾

이와 같은 문제들은 상호간에 복잡하게 얽혀있다는 점에서, 발전적인 해결책을 찾기가 상당히 어렵다. 때문에 많은 연구자들의 노력에도 불구하고,⁴⁾ 단기간에 해결되리라 기대하기는 쉽지 않다. 그럼에도 불구하고, 현재와 같이 이 문제에 손놓고 있는 것은 바람직하지 않을 것이다. 개선을 위한 노력은 분명히 지속될 필요가 있다.

새로운 변호사 교육·양성 시스템이 도입된지 15년에 이르는 지금, 초기 법전원 제도 도입 논의에 많은 참고가 되었던 미국의 로스쿨 제도, 특히 미국 변호사시험 제도에 대해서 다시 한 번 살펴볼 필요가 있다.⁵⁾ 사실 우리나라가 겪고 문제들은 ‘정도의 문제’일 뿐, 미국에도 분명히 존재한다. 다만, 미국은 오랫동안 로스쿨 제도와 변호사시험을 실시해오면서, 그러한 문제점들을 최소화하기 위한 노력을 지속해왔다는 점이 확인된다. 그렇기 때문에 미국의 경험을 살펴보는 일은 로스쿨 및 변호사시험 제도에 대한 깊은 이해를 돕고, 우리에게도 많은 시사점을 줄 수 있을 것이다.

-
- 1) 변호사시험법 제1조(목적) 이 법은 변호사에게 필요한 직업윤리와 법률지식 등 법률사무를 수행할 수 있는 능력을 검정하기 위한 변호사시험에 관하여 규정함을 목적으로 한다.
 - 2) 변호사시험 합격률의 문제에 대한 연구로는 김중호·김재일, “변호사시험 합격인원 적정 수에 대한 연구”, 「한국공공관리학보」, 제37권 제1호(2023).
 - 3) 현행 법전원 교육의 문제에 대한 연구로는 박용철, “현행 변호사시험제도가 법학교육에 미치는 영향 : 법전원의 입시학원화와 법전원 교육의 파행화”, 「법과사회」, 제76호(2024); 이승준, “변호사시험 합격자 결정 방법의 개선방안”, 「저스티스」, 제172호(2019); 천경훈, “변호사시험이 법학전문대학원의 교육에 미치는 영향”, 「상사법연구」, 제36권 제1호(2017).
 - 4) 변호사시험 개선을 위한 연구들은 상당히 축적되어 있다. 최근의 연구로는, 지원림, “변호사시험: 있어야 할 곳과 있는 곳”, 「법과사회」, 제76호(2024); 홍영기, “변호사시험 개혁의 남은 기회 : 리걸테크의 시대를 맞아”, 「법과사회」, 제77호(2024); 이윤정, “법학전문대학원 교육의 질 제고를 위한 변호사시험의 개선방향”, 「강원법학」, 제76호(2024); 김재봉, “변호사시험 출제절차의 문제점과 개선방안 - 변호사시험의 출제위탁을 중심으로 -”, 「법학논총」, 제38권 제4호(2021); 오영근, “변호사시험 형법 선택형 문제의 개선방안 - 제9회 변호사시험 문제를 중심으로 -”, 「법학논총」, 제37권 제2호(2020); 백경희·장연화, “우리나라 변호사시험 제도의 정상화에 관한 소고 - 변호사시험 출신 변호사에 대한 설문조사 결과를 바탕으로 -”, 「동아법학」, 제84호(2019); 성중탁, “변호사시험제도 등의 평가와 그 개선방안”, 「법학논고」, 제63호(2018).
 - 5) 직접적으로 미국의 변호사시험과 관련된 연구는 상당히 드물어, 이소라, “미국 변호사시험의 최근 동향 및 시사점 - 출제 및 평가를 중심으로 -”, 「법교육연구」, 제14권 제2호(2019); 박종현, “미국 주별 변호사시험 응시경험과 인식에 관한 질적 연구”, 「법과사회」, 제61호(2019); 문재완, “미국 법학교육이 우리 법학교육에 미친 영향”, 「원광법학」, 제35권 제2호(2019) 정도를 들 수 있다.

최근 미국 변호사시험은 많은 변화를 앞두고 있다.⁶⁾ 기존 변호사시험이 지나치게 암기 위주로 구성되어 있고, 실제 변호사들에게 실무적으로 필요한 능력에 대한 평가와는 괴리되어 있다는 지적이 많았기 때문이다. 이로 인해 미국변호사시험위원회(The National Conference of Bar Examiners, 이하 'NCBE')는 2018년경부터 새로운 변호사시험을 개발하기 위해 많은 연구를 진행해왔다.⁷⁾ 최근 구체적인 개선안이 확정되었고, 2026년 여름부터 새로운 '차세대 변호사시험(The Next Generation Bar Exam)'이 처음으로 실시될 예정이다.

본고에서는 최근 미국의 새로운 변호사시험 출제·평가 방식의 변화를 살펴보고, 이러한 변화가 우리나라 법학교육 및 변호사시험에 주는 시사점을 도출하고자 한다. 이어서 미국의 새로운 변호사시험 도입 논의 및 경과를 간단히 소개하고(II장), 그 과정에서 깊이 있게 진행되었던 각 단계별 연구 결과를 심층적으로 살펴본다(III장). 그리고 이러한 논의들이 우리나라 변호사시험에 주는 시사점을 검토(IV)하고자 한다.

II. 미국의 새로운 변호사시험 도입 논의 및 경과

1. 미국의 현행 변호사시험 개관

잘 알려져 있듯, 미국은 50개의 주로 구성된 연방국가로서 각 주는 외교·국방 등의 분야를 제외하고는 고도의 자치권을 갖는다. 법조인력을 규율하는 변호사시험도 당연히 각 주에서 독립적으로 수행할 수 있는 권한이 있다. 그렇지만, 현재 미국 각 주의 변호사시험은 거의 유사한 형태를 띠고 있다. 이는 각 주가 공통적으로 평가할 수 있는 부분이 많고, 통일적으로 실시함으로써 변호사시험의 품질 및 효율성을 높일 수 있기 때문이다.

이러한 움직임은 앞서 언급한 NCBE와 밀접한 관련이 있다. 1931년에 설립된 NCBE는 변호사시험을 전문적으로 출제·평가하는 기관으로, 현재 많은 주들은 NCBE에서 제작·보급하는 문항을 자발적으로 채택하여 활용하고 있다. 이러한 방식은 소위 '통일 변호사시험(Uniform Bar Examination, 이하 'UBE')'이라고 불리고 있으며, 미국 변호사시험의 균질화와 평가의 신뢰도 향상에도 기여한 것으로 평가받고 있다.⁸⁾ 통일 변호사시험의 형식은 아래와 같다.

6) Next Generation of the Bar Exam, <https://www.ncbex.org/about/next-generation-bar-exam> (2025. 1. 28. 최종방문).

7) NCBE Celebrates 90 Years, https://thebarexaminer.ncbex.org/article/winter-2021-2022/ncbe-celebrates-90-years/?utm_source=chatgpt.com (2025. 1. 28. 최종방문).

8) 서술한 바와 같이 미국 각 주에서 통일 변호사시험을 채택할 것인지는 재량사항으로, 캘리포니아와 같이 자체적인 변호사시험을 운영하는 주도 존재한다. 그러나 40개주에서 통일 변호사시험을 채택했고 나머지 주에서도 통일변호사시험의 일부를 활용하고 있다. 즉, 완전히 자체적으로 변호사시험을 운영하는 주는 극히 소수에 불과한 것으로 확인된다. 이를 고려하여 현재 미국의 변호사시험에 대한 서술은 통일변호사시험을 설명하는 것으로 같음하고, 각 주의 차이 등에 대한 내용은 생략하고자 한다. 보다 자세한 정보는 <https://www.ncbex.org/exams/ube>을 참고

<표 1: UBE 개요>

항목	내용
시험일시	매년 2월말, 7월말
구성	선택형 문제(Multistate Bar Examination, 이하 'MBE') - 200문항의 객관식 시험(6시간)으로, UBE를 시행하는 관할에서는 MBE 점수를 전체 점수의 50%로 반영
	논술형(사례형) 문제(Multistate Essay Examination, 이하 'MEE') - 6개의 사례형 시험(3시간)으로, UBE를 시행하는 관할에서는 MEE 점수를 전체 점수의 30%로 반영
	논술형(기록형) 문제(Multistate Performance Test, 이하 'MPT') - 2개의 기록형 시험(90분)으로, UBE를 시행하는 관할에서는 두 과제를 모두 사용하고 전체 점수의 20%로 반영 - UBE를 채택하지 않은 주에서는 하나 또는 두 개를 선택해 시험에 포함시킬 수 있음
비중	MBE 50%, MEE 30%, MPT 20%이며, UBE 총점은 400점 만점
채점	NCBE는 UBE의 MBE를 채점하고, MEE와 MPT는 각 관할에서 채점
특징	UBE를 응시한 수험생이 다른 UBE 관할 지역에서 별도의 시험을 치르지 않고 변호사 자격을 신청할 수 있도록 점수를 이전하는 것이 가능함

※ 위의 표는 <https://www.ncbex.org/exams/ube>의 내용을 재구성한 것임

2. 현행 변호사시험에 대한 비판과 개혁 논의

지금까지 살펴본 현행 미국 변호사시험은 여러 측면에서 많은 비판을 받아왔다.⁹⁾ 우선 변호사시험이 주로 단편적인 법률 지식의 암기를 요구하며, 수험생들은 주로 시험 준비 과정에서 방대한 법률 내용을 단순 암기하는 것에 치중하고 있다는 지적이다. 그리고 법학계, 법조계의 전문가들은 변호사시험 범위가 지나치게 넓고 지엽적인 내용들도 많이 평가된다고 비판한다. 우리나라의 변호사시험에 대한 주된 비판—많은 판례의 암기를 통해 기계적인 결론을 묻는 방식—과 크게 다르지 않은 셈이다.

이는 실무와의 괴리에 대한 비판과도 연결된다. 변호사시험에 대해서는 의뢰인 상담, 계약서 검토 및 작성, 소송 서류 작성 등 실제 변호사로서 필수적인 실무 능력을 제대로 평가하지 못한다는 문제가 지적되고 있다. 현행 시험은 주로 법률·판례의 암기와 기계적 적용에 초점을 맞추고 있고, 법률 문서를 작성할 수 있는 능력을 검증할 기회는 제한적이기 때문이다. 결과적으로 수험생들은 시험에 합격하고도 실제 업무를 수행하기 위해서는 추가적인 실무 훈련이 필요한 비효율을 경험하게 된다. 그리고 우리나라에서도 동일한 문제가 발견되고 있다.

NCBE에서는 이러한 문제를 인식하고 2018년 변호사시험 개선 TF팀을 구성하여 2년에 걸친 연구 프로젝트를 진행하였다.¹⁰⁾ 핵심적인 목표는 변호사시험이 실무에 종사하기 시작하는 '신규 변호사'들에게 실제 필요한 능력을 충분히 검증할 수 있도록 시험제도를 개선하는 것이었다. 따라서 암기 위주의 평가를 넘어 실질적인 문제 해결 능력과 실무 중심의 역량을 중점적으로 평가하기 위한 구체적인 방안을 모색한

9) Next Generation of the Bar Exam, <https://www.ncbex.org/about/next-generation-bar-exam> (2025. 1. 28. 최종방문).

10) Next Generation of the Bar Exam, <https://www.ncbex.org/about/next-generation-bar-exam> (2025. 1. 28. 최종방문).

것이라고 볼 수 있다. TF팀의 활동은 총 3단계로 나누어 이루어졌으며 대략적인 활동 내용은 아래와 같다.

<표 2: NCBE의 변호사시험 개선 TF팀 활동 개요>

	조사일시	조사목적	조사대상	조사내용
1단계	2018.11 ~ 2019.6	변호사시험 관련 다양한 이해관계자들의 견해 청취	법조계, 법학계, 변호사 시험 출제 관리자 등 400여명을 대상으로 한 집단 면접을 실시	변호사시험과 관련된 다양한 이해관계자들로부터 시험의 내용, 구성, 시간, 방식 등에 대한 의견 청취
2단계	2018.10 ~ 2019.7	신규 변호사들의 실제 직무 분석	변호사 30,970명에 대한 설문조사가 시행되었고, 유효한 응답으로 14,846명 수집	변호사로서 실제 필요한 임무, 지식, 숙련도, 능력 등을 파악하기 위한 대규모 설문조사 실시
3단계	2020.6. ~ 2020.8	앞으로의 청사진 및 평가방식 개선 제안	청사진 개발 위원회(17명 변호사 위원), 평가방식위원회(다양한 경력을 가진 28명 위원)	2개의 위원회를 통해 시험 출제 영역, 평가방식에 대해 최종 논의 및 개선방향 제안

※ 위의 표는 NCBE에서 발간한 3가지 보고서의 내용을 재구성한 것임(Testing Task Force, 「Phase 1 Report: Your Voice: Stakeholder Thoughts About the Bar Exam」, National Conference of Bar Examiners, 2019; Testing Task Force, 「Phase 2 Report: Practice Analysis」, National Conference of Bar Examiners, 2020; Testing Task Force, 「Phase 3 Report: Blueprint Development Committee and Test Design Committee Meeting」, National Conference of Bar Examiners, 2020)

이와 같은 연구를 토대로 소위 ‘차세대 변호사시험’ 도입 방향이 권고되었고, 최종적으로 NCBE에서 채택되었다. 차세대 변호사시험은 2026년 7월 처음 실시될 예정으로, 구체적인 내용은 다음과 같다.

<표 3: 변호사시험의 세부 내용>

	세부내용
시험목적	새로운 변호사시험은 법률 실무에 필요한 명확하게 정의된 기본 법률 개념과 원칙을 활용하여 광범위한 기초 법률 실무 능력을 테스트
시험영역	- 헌법, 계약법, 부동산법(Property), 불법행위법(Torts), 민사소송법, 형법, 형사소송법, 증거법, 사업체법(Business Organization) - 가족법은 2028년 7월 도입 예정
시험시간	1일 반 동안 시행 - 1일차 3시간 시험 2회, 2일차에 3시간 시험 1회 2일차는 각 관할마다 자율적으로 지역에 특화된 법률 내용 시험 실시
시험문항	- 선택형 문제 : 4~6개의 지문과 1개 이상의 정답이 있는 독립형 문제로 구성 (시험시간의 40% 비중) - 통합형 문제 : 시나리오를 기반으로 하며, 법률, 판결문, 수사기록 등을 포함할 수 있으며, 선택형 및 단답형 문제가 혼합 (시험시간의 25% 비중) - 기록형 문제 : 신규 변호사가 수행할 수 있는 과제와 유사하며, 현실적인 상황에서 기본적인 법률 실무 능력을 발휘할 수 있는 능력을 평가 (시험시간의 35% 비중)
시험문항 개발	- 의학, 치과, 약학, 공학, 회계 및 기타 면허 취득 직업 시험을 포함하여 광범위한 시험에서 활용되는 면허 취득 시험 개발의 동일한 모범 사례에 따라 진행 - 법률 연구, 법률 문서 작성, 이슈 파악 및 분석, 조사 및 평가 등의 실무능력을 평가하기 위한 문항개발

점수활용	새로운 변호사시험 참여하는 관할은 상호간의 점수 이관(score portability)에 동의하여야 함.

※ 위의 표는 <https://www.ncbex.org/exams/nextgen/about-nextgen> 내용을 재구성한 것임

2025년 1월 현재, 미국의 56개 관할 중 30개 새로운 시험 활용을 결정한 것으로 확인된다.¹¹⁾ 특히 최근에는 가장 큰 법률시장이라고 할 수 있는 뉴욕주도 도입을 선언하였다. 이러한 추이는 미국의 변호사시험 개선을 위한 노력이 전국적으로 많은 관심을 얻고 있으며, 앞으로 법률 교육과 실무에도 상당한 영향을 끼칠 것으로 예상된다. 로스쿨에서는 새로운 변호사시험에서 평가되는 역량과 일치하는 교육 과정을 마련해 학생들이 법률 실무에서 요구되는 역량을 효과적으로 습득할 수 있도록 지원할 것으로 기대되고 있다.¹²⁾

지금까지 살펴본 미국 변호사시험의 변화는 앞으로 법학교육, 법률실무 등을 아우르는 변화를 가져올 것으로 예상된다. 유사한 문제를 고민하고 있는 우리나라에서도 미국의 변화에서 많은 시사점을 얻을 수 있을 것으로 보인다. 본 연구에서는 지면의 제약을 고려하여, 앞서 살펴본 NCBE 변호사시험 개선 TF팀의 3단계 연구 및 결과를 집중적으로 살펴보고자 한다.

III. 변호사시험 개선 TF팀 활동내용 및 결과

1. 조사 1단계

(1) 조사내용 및 방법

1단계 조사는 이해관계자 청취 세션(Stakeholder Listening Sessions)¹³⁾ 방법을 통해 이루어졌다. 이 방법은 특정 문제나 프로젝트에 대해 관련된 이해관계자들이 상호 간에 의견을 나누고, 논의되는 사안에 대한 평가, 우려, 제안 등 전문적인 견해를 수집하기 위한 방식이다. 이 방법은 주로 정책개발, 사업전략 수립, 커뮤니티 참여, 사회적 책임을 고려한 프로젝트 추진 등에서 사용된다. 주된 목적은 다양한 이해관계자들의 목소리를 반영하여 더 나은 의사결정과 결과를 도출하는 것이다.

이해관계자 청취 세션의 주요 특징으로는 첫째, 논의되는 사안에 직접적으로 영향을 받거나 영향을 미칠 수 있는 이해관계자들이 참여한다는 것이다. 둘째, 대화 중심 방법으로서 세션에서 직접적인 대화를 통해 의견을 청취하며, 주로 개방형 질문과 토론을 통해 의견을 모은다. 셋째, 대화 과정에서 이해관계자들이 자신들의 우려와

11) 2025. 1. 10, New York will give new bar exam in July 2028, <https://www.reuters.com/legal/government/new-york-will-give-new-bar-exam-july-2028-2025-01-09/> (2025. 1. 28. 최종방문).

12) 2024. 6. 27, Texas Supreme Court unveils plan to adopt new bar exam, asks for public input, <https://www.reuters.com/legal/government/texas-supreme-court-unveils-plan-adopt-new-bar-exam-asks-public-input-2024-06-26> (2025. 1. 28. 최종방문).

13) James E. Grunig, 「Public relations management in government and business」, Routledge, 1997.

제안을 표명할 뿐만 아니라, 정보를 공유한다. 이를 통해 정책이나 프로젝트 설계에 있어 중요한 목소리를 반영할 수 있고, 갈등 및 부작용을 예방할 수 있다. 또한 이해관계자들의 신뢰를 구축하는 데 유용하며 실용적이고 실행 가능한 제안들을 모을 수 있다는 장점이 있다.

TF팀에서는 2018.11. ~ 2019.6. 동안 아래와 같이 총 9회에 걸쳐 청취 세션(Listening Sessions)을 실시하였고, 법조계, 법학계, 변호사시험 출제 관리자 등 다양한 이해관계자 400여명이 참여하였다.¹⁴⁾

<표 4: 변호사시험 개선 TF팀의 이해관계자 청취 세션 실시>

이해관계자 청취 세션	위치	일시
변호사시험 관리자 협의회 가을 회의 (Council of Bar Admission Administrators Fall Meeting)	덴버	2018. 10.
미국 법학대학원 협회 연례 회의 (Association of American Law Schools Annual Meeting)	뉴올리온스	2019. 1.
UBE 관할권 포럼(UBE Jurisdictions Forum)	샌안토니오	2019. 1.
미국 변호사협회 중반기 미팅 (American Bar Association (ABA) Midyear Meeting)	라스베가스	2019. 1.
미국 로스쿨 입학 위원회/미국변호사시험 위원회 법률 교육자 회의 (LSAC/NCBE Legal Educators Conference)	알버퀴퀴	2019. 2.
NCBE 연례 변호사시험 관리자 회의 (NCBE Annual Bar Admissions Conference)	샌프란시스코	2019. 5.
미국 변호사협회 다양성 및 포용 센터 및 파이프라인 위원회 (ABA Diversity and Inclusion Center and Pipeline Council)	온라인	2019. 5.
학업 지원 교육자 협회 회의 (Association of Academic Support Educators Conference)	시애틀	2019. 5.
미국 변호사협회 학장 워크숍(ABA Deans Workshop)	덴버	2019. 6.
미국 변호사협회 젊은 변호사 분과(ABA Young Lawyers Division)	온라인	2019. 6.

※ 위의 표는 Testing Task Force, 「Phase 1 Report: Your Voice: Stakeholder Thoughts About the Bar Exam」, National Conference of Bar Examiners, 2019을 요약, 정리한 것임.

각 세션별로 TF팀의 구성원과 전미변호사시험위원회 직원들은 참석자들에게 TF팀의 연구계획에 대해서 설명하였고,¹⁵⁾ 그들은 각 세션마다 관찰자(observer)로서 참석하였다. TF팀의 외부 컨설턴트들은 진행자(facilitator)로서 각 세션이 원활히 진행될 수 있도록 지원하였다. 진행자는 참석자들에게 변호사시험과 법조윤리시험(The Multistate Professional Responsibility Examination, 이하 ‘MPRE’)의 내용, 형식, 시기, 시험 시행 방식 등 관련되는 내용을 설명하고, 참석자들은 솔직하게 그들의 의견을 개진하도록 요청받았다. 제공하는 의견들은 익명으로 처리될 것이며 특정 참가자의 성명이 보고서나 자료에 기재되지 않을 것이라고 안내받았다. 이해관계자의 발언에 영향을 미치거나 영향을 받지 않기 위해, 이해관계자의 발언이 현행 변호사시험에 대한 잘못된 인식 또는 정보를 반영하는 경우가 있어도, 관찰자들은 별도의 의견

14) Testing Task Force, 「Phase 1 Report: Your Voice: Stakeholder Thoughts About the Bar Exam」, National Conference of Bar Examiners, 2019.

15) Testing Task Force, 「Phase 1 Report: Your Voice: Stakeholder Thoughts About the Bar Exam」, National Conference of Bar Examiners, 2019.

을 공유하거나 정정 의견을 제시하지 않았다. 청취 세션의 기본적인 틀이 된 질문은 아래와 같다.

<표 5: 이해관계자 청취 세션의 주요 질문>

- 현행 변호사시험과 법조윤리시험(MPRE)의 어떤 측면이 유지되어야 한다고 생각하나요. 그 이유는 무엇인가요.
- 현행 변호사시험과 법조윤리시험에서 어떤 부분을 삭제하거나 수정해야 한다고 생각하나요. 그 이유는 무엇인가요.
- 차세대 변호사시험과 법조윤리시험은 어떤 형태가 되어야 한다고 생각하나요. 그 이유는 무엇인가요.
- 변호사시험 및 법조윤리시험의 잠재적 변경 사항과 관련하여 어떤 주의 사항을 공유하고 싶은가요.
- 변호사시험과 법조윤리시험에 대해 또 어떤 이야기를 나누고 싶은가요.

※ 위의 표는 Testing Task Force, 「*Phase 1 Report: Your Voice: Stakeholder Thoughts About the Bar Exam*」, National Conference of Bar Examiners, 2019, 2/5(2 of 5)면의 내용을 요약, 정리한 것임.

위의 <표 5>에서 살펴본 바와 같이 각각의 세션은 서로 다른 이해관계자들을 포함하고 있기 때문에, 논의되는 내용들은 각각의 그룹의 이해관계를 반영하기도 하였다.¹⁶⁾ 1단계 연구에서는 이해관계자들의 다양한 시각을 통해서 변호사시험과 관련된 주요한 쟁점들이 다각도로 논의될 수 있도록 하였다.

(2) 조사결과

가. 내용(content)적 측면

MBE의 영역은 모든 신규 변호사에 적용 가능한 주제를 대표하지만, 항목의 목표 수준이 종종 초급 역량을 넘어 미묘한 문제나 ‘규칙의 예외에 대한 예외(exception to exception)’까지 다룬다는 점에서 비판을 받았다.¹⁷⁾

MPT는 신규 변호사에게 필요한 역량을 가장 잘 나타내는 구성 요소로 평가받았고, 실무 초기에 요구되는 역량을 반영하는 데 적합하다고 보았다.¹⁸⁾ MPT는 문제

16) Testing Task Force, 「*Phase 1 Report: Your Voice: Stakeholder Thoughts About the Bar Exam*」, National Conference of Bar Examiners, 2019.

17) Testing Task Force, 「*Phase 1 Report: Your Voice: Stakeholder Thoughts About the Bar Exam*」, National Conference of Bar Examiners, 2019, 3/5(3 of 5)면. 보고서에 담긴 구체적인 내용은 다음과 같다. “MBE 과목은 일반적으로 모든 신규 변호사에게 적용될 수 있는 분야를 대표하는 것으로 인정되었다. 그러나 MBE의 문항 난이도는 이러한 범위를 넘어서는 것으로 평가되었으며, 세부적인 법적 쟁점과 “규칙의 예외의 예외”와 같은 복잡한 문제를 평가하는 경향이 있었다.”(The subject areas measured on the MBE were generally viewed as representative of subjects that would be applicable to all NLLs. However, the target level for items on the MBE was viewed by many as going beyond the point of entry-level competency by testing nuanced issues and “exceptions to exceptions to rules.”)

18) Testing Task Force, 「*Phase 1 Report: Your Voice: Stakeholder Thoughts About the Bar Exam*」, National Conference of Bar Examiners, 2019, 12/33(12 of 33)면. 보고서에 담

과약, 비판적 사고, 법률 분석, 서면 및 구두 의사소통, 추론과 같은 역량평가 중심의 콘텐츠가 모든 신규 변호사에게 적합하다고 평가되었다.

나. 구성(format)적 측면

MEE와 MPT의 논술형 방식은 MBE의 선택형 방식보다 신규 변호사가 실제로 수행하는 작업, 즉 법적·사실적 쟁점에 대한 법리 분석을 더 잘 반영하고 있는 것으로 평가되었다.¹⁹⁾

그러나 선택형 형태의 MBE의 장점도 분명했다. 일부 이해관계자들은 선택형 문항이 법률 실무를 제대로 반영하지 못한다고 지적했지만, MBE의 객관적인 채점, 점수 신뢰성, 시간 및 관할권에 걸친 점수 일관성 등 선택형 형식의 장점은 널리 인정되었다.²⁰⁾

한편, 시뮬레이션을 활용하여 보다 실무에 가까운 능력 평가 방식을 도입하자는 제안도 있었지만, 채점의 주관성, 편견 발생 가능성, 비용 증가 등 단점이 지적되며 신중한 검토가 필요하다는 의견이 제기되었다.

다. 시간(timing)적 측면

미국 의사 면허 시험에서 채택하고 있는 '단계별 테스트' 방식을 변호사시험에 도입하자는 제안이 있었으나, 이와 관련된 단점도 지적되었다.²¹⁾

그리고 변호사시험 횟수에 대한 논의도 있었다. 시험을 더 자주 시행하면 응시자가 준비된 시점에 시험을 치를 수 있고, 불합격자도 재응시를 빨리 할 수 있어 졸업 후 취업까지의 시간을 단축시켜 졸업생들의 학자금 부채 부담을 줄이는 데 도움이

긴 구체적인 내용은 다음과 같다. “MPT를 선호하는데, 그 이유는 MPT는 비판적 사고 능력을 평가하기 때문에, 변호사 직무와 사고방식, 업무 방식과 가장 높은 수준의 적합성이 있다.”(“Like the MPT because it tests critical thinking; it provides the highest fidelity to the profession and the way lawyers think and work.”)

19) Testing Task Force, 「Phase 1 Report: Your Voice: Stakeholder Thoughts About the Bar Exam」, National Conference of Bar Examiners, 2019.

20) Testing Task Force, 「Phase 1 Report: Your Voice: Stakeholder Thoughts About the Bar Exam」, National Conference of Bar Examiners, 2019, 21/33(21 of 33)면. 보고서에 담긴 구체적인 내용은 다음과 같다. “MBE는 점수를 등가화하고 연결함으로써 가치를 제공하므로 유지되어야 한다. 그렇지 않다면, 어떻게 시간에 따라 수험생들의 성적을 비교할 수 있겠는가?”(“The MBE provides value by equating/linking scores so it has to be kept—otherwise, how do you compare students over time?”).

21) Testing Task Force, 「Phase 1 Report: Your Voice: Stakeholder Thoughts About the Bar Exam」, National Conference of Bar Examiners, 2019, 16/33(16 of 33)면. 보고서에 담긴 구체적인 내용은 다음과 같다. “의료 분야에서와 같이 단계별 평가 방식이 적용될 수 있다. 예를 들어, 시험 과정이 2학년 이후부터 시작되어 수험생들이 시험을 볼 때 더 구체적인 내용에 집중할 수 있도록 하는 방식이다. 또는 CPA 시험과 같이 수험생이 네 개의 시험 영역 중 두 개를 통과한 후, 나중에 실패한 부분만 다시 응시할 수 있도록 하는 방식도 가능하다.”(“Tiered delivery of assessments like in the medical field, where the exam process begins after the second year and allows examinees to focus on more specific content when taking an exam, or the CPA exam process, which allows examinees to pass two of four sections and then come back and take only the sections they failed at a later time”).

된다는 장점이 있다. 그러나 추가 시행에 따른 추가 인력과 비용이 필요해 전체적인 시험 응시 비용이 증가할 가능성도 제기되었다.

한편, 논술형 하위영역(MEE와 MPT) 채점 시간을 단축하여 더 빨리 실무를 시작하도록 함으로써 효율성을 높이자는 제안도 있었다.

라. 기타

시험 시행 방식에 대해서 종이와 펜을 이용하는 전통적인 방식인 지필시험(Paper Based Testing)과 디지털 디바이스를 활용하는 컴퓨터 기반 시험(Computer Based Testing)²²⁾, 또는 이러한 두 방식을 적절히 결합한 방식 등에 대한 다양한 의견²³⁾이 나왔다.²⁴⁾ 그러나 그 방식이 무엇이든 간에 로스쿨에서의 교육 및 실습 환경에 맞게 조정되어야 한다는 점이 강조되었다.

UBE의 시험 대상 과목의 일관성(MEE, MPT, MBE로 구성)과 점수 이관의 가능성은 긍정적인 면이므로 계속 유지되어야 한다는 의견이 많았다.²⁵⁾ 그러나 점수 이관의 부작용을 우려하여 관할권 간 동일한 수준 설정이 필요하다는 의견도 있었다²⁶⁾. 또한, UBE 관할권 전반에 걸쳐 MEE 및 MPT의 채점 일관성을 높이기 위해서는 NCBE에서 채점 수행에 관한 지침을 보다 세부적으로 제공해야 한다는 의견이 있었고, 서답형/논술형 문항에 대해서는 중앙 중심의 채점 방식을 적용하고 AI를 활용한 채점 등의 다양한 노력이 필요하다는 의견이 있었다²⁷⁾.

22) Michael Russell, Amie Goldberg & Kathleen O'Connor, *Computer-based Testing and Validity: a look back into the future*, 「Assessment in Education: Principles, Policy & Practice」, 10(3)(2003), 279 - 293.

23) Phase 1 Report of the Testing Task Force, 「*Your Voice: Stakeholder Thoughts About the Bar Exam*」, NCBE, 2019, 26/33(26 of 33)면. “컴퓨터로 문제가 출제될 경우 문제를 읽고 필기하기 어렵다는 이유로 일부에서 지필시험을 선호, 온라인 독서는 비판적 읽기 능력에 좋지 않음, 시험이 컴퓨터 기반 출제로 전환될 경우 시험 시간을 단축하거나 화면 시간을 단축하는 방식으로 쪼개서 출제 가능”(“Paper delivery of the examination questions preferred by some due to the difficulty in reading and taking notes when questions are delivered on computer; reading online isn’t good for critical reading skills; shorten exam or break it up in a way to shorten amount of screen time if exam is moved to computer-based delivery.”)

24) Testing Task Force, 「*Phase 1 Report: Your Voice: Stakeholder Thoughts About the Bar Exam*」, National Conference of Bar Examiners, 2019.

25) Testing Task Force, 「*Phase 1 Report: Your Voice: Stakeholder Thoughts About the Bar Exam*」, National Conference of Bar Examiners, 2019.

26) Phase 1 Report of the Testing Task Force, 「*Your Voice: Stakeholder Thoughts About the Bar Exam*」, NCBE, 2019, 14/33(14 of 33)면. “UBE 관할 지역마다 커트라인 점수가 다르기 때문에 응시자가 낮은 커트라인 점수 지역을 ‘쇼핑’하여 본래 주로 이관된 점수로 지원하는 우려가 있으므로 NCBE는 관할 지역에 수준 설정에 대한 지침을 제공하거나 전국적인 수준 설정을 실시해야 한다.”(“With different cut scores across UBE jurisdictions, concerns that candidates ‘jurisdiction shop’ for a lower cut score only to apply by transferred score back to their home state; NCBE should provide guidance to jurisdictions on standard setting, or even conduct a national standard setting.”)

27) Phase 1 Report of the Testing Task Force, 「*Your Voice: Stakeholder Thoughts About the Bar Exam*」, NCBE, 2019, 22/33(22 of 33)면. “관할권 전반에 걸쳐 채점의 일관성을 높이고, NCBE가 MEE 및 MPT 채점을 책임지고, 자연어 처리/AI를 사용하여 MEE 및 MPT를 채점해야 한다.”(“Increase consistency in scoring across jurisdictions; NCBE should assume responsibility for scoring the MEE and MPT; use natural language

합격 점수(passing score) 설정²⁸⁾과 관련해서는, 특히 UBE의 경우 기초 수준의 역량(entry-level competency)에 관한 공통 기준에 대해 관할권역 간 서로 의사소통할 수 있도록 합격 점수 요건의 일관성을 높이자는 의견이 있었으나, 각 관할권의 합격 점수 설정에 대한 자율성을 유지해야 한다는 목소리도 여전히 높았다.²⁹⁾ 또한, 합격 점수와 관련하여 연속적(결합적) 합격 점수(conjunctive passing score)에 의한 결정을 고려해야 한다는 의견도 있었다. 즉 각 하위 시험에 대해 별도의 합격 점수를 부여하고 모든 하위 시험을 통과해야 합격할 수 있는 것이다³⁰⁾. 이러한 시각은 각 하위 시험을 독립된 부분으로 보고, 이러한 하위 시험이 전체적인 합격과 불합격을 결정하는 데 모듈로서 시행될 수 있도록 하는 것으로, 미국의 공인회계사나 의사 면허 시험³¹⁾과 유사한 형태이다.

2. 조사 2단계

(1) 조사내용 및 방법

2단계 조사는 3년 또는 그 이하의 경력을 가진 신규 변호사들의 직무 활동에 대한 경험적 데이터(empirical data)를 얻기 위하여 전국단위의 직무분석(nationwide practice analysis)을 수행하였다.³²⁾ 직무분석을 위해 설문조사가 시행되었는데, 응답자들에게 신규 변호사들의 직무 수행에 대한 평가와 함께 신규 변호사들이 직무를 원활하게 수행하기 위한 지식, 스킬, 능력, 기타 특성에 대하여 질문하였다. 법률 실무에 대한 종합적인 분석을 위해, 설문조사에서는 변호사들이 활용하는 소프트웨어 등에 대한 기술적 문항도 포함되었다. 1단계 이해관계자들의 청취 세션에서 얻은 의견들인 질적 자료들은 본 조사를 통해 취득한 계량화된 데이터로 보강될 수 있었다.

설문문항은 2018년 10월부터 2019년 7월 사이에 개발되었다. 우선 전체적인 법조 직무를 파악하기 위한 조사가 이루어졌다.³³⁾ 이어 TF팀과 변호사들이 해당 내용을 검토하고 중복사항을 제거하여, 설문에 적합한 형태로 수정하였다. 설문조사 초안의 내용과 구조를 평가하기 위해 82명을 대상으로 사전검사(pilot test)를 실시하여 설문조사 문항의 명확성, 설문 문항의 완성도, 평가 척도의 유용성, 설문조사 완료에 소

processing/AI for scoring the MEE and MPT.”)

28) Cizek, G. 「*Standard setting. Handbook of test development*」, Routledge, 2006, 225-258.

29) Testing Task Force, 「*Phase 1 Report: Your Voice: Stakeholder Thoughts About the Bar Exam*」, National Conference of Bar Examiners, 2019.

30) Phase 1 Report of the Testing Task Force, 「*Your Voice: Stakeholder Thoughts About the Bar Exam*」, NCBE, 2019, 22/33(22 of 33)면. “불합격한 응시자가 전체 시험이 아닌 불합격한 부분만 재응시할 수 있도록 허용하되, 보상 점수 없이 모든 각 부분을 통과해야 한다.”(“Allow failing candidates to retake only the parts of the exam they failed as opposed to the full examination, but require them to pass all the parts separately, no compensatory scoring.”)

31) Neil Gesundheit, *A crisis of trust between US medical education and the National Board of Medical Examiners*, 「*Academic Medicine*」, 95(9)(2020).

32) Testing Task Force, 「*Phase 2 Report: Practice Analysis*」, National Conference of Bar Examiners, 2020

33) Testing Task Force, 「*Phase 2 Report: Practice Analysis*」, National Conference of Bar Examiners, 2020

요되는 시간 등에 대한 의견을 수렴했다.³⁴⁾ 최종 설문 문항은 이 사전검사 의견을 바탕으로 수정되었다.

직무분석이라는 설문의 목적을 고려하여, TF팀은 다음과 같은 4가지 카테고리로 설문문항을 구성하였다:³⁵⁾ 1) 변호사의 임무(tasks), 2) 지식 영역(knowledge area), 3) 숙련도(skills), 능력(abilities), 기타(other characteristics), 4) 기술(technology). 그리고 설문 응답자들의 배경과 직무환경을 확인하기 위한 인적특성(demographics)에 대한 문항도 포함되었다. 다음 표에는 설문조사 섹션별 내용과 각 섹션 문항들의 응답 척도(scale)가 제시되어 있다.

<표 6: 직무분석을 위한 설문문항 구성>

설문내용	설문항목 예시	평가척도
임무 (총 179개 항목)	- 고객 신뢰를 얻고 유지 - 법적 절차를 시작하기에 적절하거나 가장 적합한 관할을 결정 - 계약 또는 법률 문서의 적법성 또는 집행 가능성을 결정 - 정부 또는 규제 기관의 승인 또는 허가를 확보	‘0(해당없음)에서 4(매우)까지 5점 빈도 척도’ 또는 ‘0(해당 없음)에서 3(필수)까지 4점 중요도 척도’
지식 영역 (총 77개 항목)	파산법, 민사절차, 형법, 증거법 등	0(해당 없음)에서 3(필수)까지 4점 중요도 척도
숙련도, 능력 및 기타 (총 36개 항목)	- 비판적/분석적 사고 - 분석 역량, 논리 및 추론을 사용하여 문제를 해결하고 조언 - 양심 - 원칙에 따라 사려깊은 업무 수행 - 인터뷰/질문 - 문제나 사안을 확인 - 리더십 - 목표와 목적을 달성하기 위해 결정 또는 권한 위임	0(필요 없음)에서 3(필수)까지 4점 중요도 척도
기술 (총 24개 항목)	- 리서치 소프트웨어 또는 플랫폼 - 전자장비 등을 활용한 법률 연구를 수행 - 데이터 분석 소프트웨어 - 이상 징후, 패턴, 그리고 - 데이터 내 상관관계를 파악 - 화상 회의 소프트웨어 - 오디오 또는 화상 회의	0(해당 없음)에서 3(전문가)까지 4점 숙련도 척도
인구 통계 (총 10개 항목)	업무 환경, 조직 내 변호사 숫자, 인종, 업무 시간의 5% 이상을 투자하는 분야	응답 옵션은 각 질문에 맞게 조정

※ 표의 내용은 Testing Task Force, 「*Phase 2 Report: Practice Analysis*」, National Conference of Bar Examiners, 2020, 2면의 내용을 편집한 것임.

설문은 2019년 8월부터 10월에 걸쳐 실시되었다. 설문 참여를 독려하기 위해 다양한 방법이 활용되었다. NCBE에서는 이메일 및 소셜미디어, NCBE에서 분기별로 발간하는 기관지인 ‘the Bar Examiner’, 54개의 변호사시험 관할구역(jurisdiction)의 기

34) Anthony D. Albano & Michael C. Rodriguez, Item development research and practice, 「*Handbook of accessible instruction and testing practices: Issues, innovations, and applications*」, Springer Nature, 2018, 181-198.

35) Testing Task Force, 「*Phase 2 Report: Practice Analysis*」, National Conference of Bar Examiners, 2020.

관 협조 등을 통해 홍보하였다. 연방국가와 50개주로 이루어진 미국에는 전체 변호사 명단이라는 것이 존재하지 않기 때문에, 모집단의 특성을 대표할 수 있는 표본을 얻는 방식인 무작위 표집(random sampling)을 통한 설문 응답자 선정은 불가능하였다. 이를 고려하여 위와 같이 최대한 홍보를 통해 다수의 변호사들이 설문에 응할 수 있도록 노력하였다.

(2) 조사결과

가. 직무비중

응답자들은 35개의 직무영역을 제시받았고, 그들의 근무에서 5%이상을 차지하는 영역을 선택하도록 요청받았다. 그리고 선택한 영역에 투입하는 근무 시간의 비중을 응답하도록 하였다. 응답 결과는 아래와 같았다.

<표 7: 설문조사 결과(직무비중)>

가장 자주 일하는 분야	가장 드물게 일하는 분야
계약, 비즈니스 법률, 상법, 행정법, 부동산, 형법, 항소, 고용법 및 노사 관계, 불법행위, 기타	증권, 이민법, 장애인 권리, 직원 혜택, 근로자 보상, 국제법, 환경법, 교육법, 에너지법, 인도법

※ 위의 표는 Testing Task Force, 「Phase 2 Report: Practice Analysis」, National Conference of Bar Examiners, 2020, 14면의 내용을 편집한 것임.

나. 직무분석

직무분석과 관련하여, 응답자들은 직무의 빈도와 중요성에 대해 등급을 매기도록 요청받았다.

<표 8: 설문조사 결과(직무분석)>

가장 일반적으로 수행되는 작업	가장 덜 자주 수행되는 작업
• 법적, 사실적인 의뢰인의 문제를 파악(증거 포함) • 사실 조사, 보조 기관 조사 • 의뢰인을 위해 법률, 판결 및 규정을 해석 • 법령 및 헌법상의 권한을 조사 • 의뢰사안의 강점과 약점을 평가 • 법률 문서 해석 평가 • 업무 활동의 우선순위 정립, 수행 • 의뢰인의 문제와 관련된 정보를 얻기 위한 • 의뢰인의 문제를 동료 또는 제3자와 상의	• 지적 재산을 보호하거나 유지하기 위한 문서 초안 작성 및 제출 • 법률 또는 규정 초안을 작성 • 토지 사용 규제 당국과 협상 • 혼전 또는 혼전 계약서 초안을 작성 • 세금 신고서 및 서류 제출 준비 • 고객 신뢰 계정의 설정 및 유지 • 법령이나 헌법을 변경하기 위한 발의 또는 제안 절차에 참여 • 유죄 판결 후 구제 또는 인신 보호 절차에 서의 의뢰인 대리 • 헌법 개정안 초안 작성

※ 위의 표는 Testing Task Force, 「Phase 2 Report: Practice Analysis」, National Conference of Bar Examiners, 2020, 18면의 내용을 편집한 것임.

다. 지식영역

<표 9: 설문조사 결과(지식영역)>

가장 높은 평균 중요도 등급	가장 낮은 평균 중요도 등급
직업적 책임 및 윤리적 의무 규정, 민사 절차, 계약법, 증거 규칙, 법률 연구 방법론, 소멸시효, 현지 법원 규칙, 법령 해석 원칙, 법률 출처(결정, 법령, 법규, 규정, 규칙), 불법행위 법률	교통법, 생명 윤리, 인도법, 대외 무역법, 군사 사법법, 동물 권리법, 스포츠 및 엔터테인먼트 법률, 항공 및 우주법, 해군법 등

※ 위의 표는 Testing Task Force, 「Phase 2 Report: Practice Analysis」, National Conference of Bar Examiners, 2020, 22면의 내용을 편집한 것임.

라. 숙련도, 능력, 기타 영역

<표 10: 설문조사 결과(숙련도, 능력, 기타 영역)>

가장 중요	덜 중요
- 쓰기/독해력 - 서면으로 제시된 정보를 읽고 이해 - 비판적/분석적 사고 - 분석 역량, 논리 및 추론을 사용하여 문제를 해결하고 조언을 공식화 - 서면 표현 - 정보와 아이디어를 서면으로 효과적으로 전달 - 문제 파악 - 일련의 상황에서 나타나는 두드러진 법적 문제를 파악 - 성실성/정직성 - 핵심 가치와 신념 체계	- 전략 계획 - 현재와 미래의 문제와 목표를 예측하고 해결하기 위한 계획과 전략을 수립 - 리더십 - 목표와 목적을 달성하기 위해 사려 깊은 결정이나 계획을 위임하고, 영감을 주고, 사려 깊은 결정을 내림 - 사회 의식/커뮤니티 참여 - 커뮤니티에 기술을 기부하여 사회를 개선 - 네트워킹 및 비즈니스 개발 - 의미 있는 비즈니스 관계를 발전시키고 고객 관계를 발전시키기 위한 마케팅 기술을 개발 - 교육/멘토링 - 다른 사람들이 잠재력을 최대한 발휘할 수 있도록 관리, 교육, 지도

※ 위의 표는 Testing Task Force, 「Final Report of the Testing Task Force」, National Conference of Bar Examiners, 2021, 11면의 내용을 편집한 것임.

마. 테크놀로지 활용

<표 11: 설문조사 결과(테크놀로지 활용)>

최고 평균 숙련도 등급	최저 평균 숙련도 등급
- 워드 프로세싱 소프트웨어 - 리서치 소프트웨어 또는 플랫폼 - 전자 통신 소프트웨어 - 데스크톱 퍼블리싱 소프트웨어 - 클라우드 스토리지를 포함한 소프트웨어	- 웹 콘텐츠 관리 소프트웨어 - 데이터 분석 소프트웨어 - 언어 번역 소프트웨어 - 재무 계획 소프트웨어 - 세금 준비 소프트웨어

※ 위의 표는 Testing Task Force, 「*Final Report of the Testing Task Force*」, National Conference of Bar Examiners, 2021, 12면의 내용을 요약, 정리한 것임.

3. 조사 3단계

(1) 조사내용 및 방법

3단계 조사에서는 시험 출제 내용(test content)과 시험 설계(design)에 대해 논의하기 위해 두 개의 위원회가 구성되었다.³⁶⁾ 청사진 개발 위원회(Blueprint Development Committee, 이하 'BDC')는 변호사시험에서 어떤 내용이 평가되어야 하는지를 결정하는 역할을 하고, 시험 설계 위원회(Test Design Committee, 이하 'TDC')는 해당 내용들이 어떻게 평가되어야 하는지 제안을 하였다. 각 위원회에서는 1단계(이해관계자 의견 청취 세션)와 2단계(전국적인 직무분석)을 통해 수집한 정성적, 정량적 데이터를 참고하였다. 먼저, BDC는 신규 변호사와 경험이 많은 변호사들로 구성되었고, 직무분석 연구결과를 바탕으로 시험내용에 대한 의견을 제공했다. 다음으로, TDC는 법률 교육자와 변호사시험 담당자들로 구성되었으며 시험의 효과적인 구조와 설계에 대한 의견을 제공했다. TDC는 1단계 연구결과와 위원회 위원들의 전문적인 판단과 경험을 바탕으로 진행되었다.

(2) BDC의 활동내용 및 결과

가. 활동내용

BDC는 17명의 변호사로 구성되었는데, 그들 중 여성은 14명이었고, 유색인종은 10명이었다.³⁷⁾ 변호사들은 13개의 관할지역에 속하였고, 22개의 실무분야에 종사하였다. 그리고 로펌, 정부, 비영리단체, 로클릭, 사내변호사 등 다양한 직무에 종사하였다. NCBE 또는 각 주의 변호사시험기관과 연결된 사람은 없었다.

BDC는 2020년 6월 29일부터 7월 1일까지 매일 5시간씩 온라인 미팅을 하였다.³⁸⁾ 미팅에서는 그간의 1, 2단계 조사내용이 소개되었고, 청사진 개발의 목적과 기능이 설명되었다. 미팅을 하기 전에 사전에 준비자료 등을 공유하였고, 미팅중에도 필요한 자료들이 공유되었다.

논의 과정에서는 직무분석 조사 결과가 검토되었다.³⁹⁾ 전체 179개의 직무들 중 자주(frequently) 또는 적당히(moderately)라는 응답이 50% 이상 나왔던 136개의 직무들이 추려졌다.⁴⁰⁾ 그 직무들은 7가지 영역(법률 연구, 법률 문서 작성 및 초안 작성,

36) Testing Task Force, , 「*Phase 3 Report: Blueprint Development Committee and Test Design Committee Meeting*」, National Conference of Bar Examiners, 2020.

37) Testing Task Force, , 「*Phase 3 Report: Blueprint Development Committee and Test Design Committee Meeting*」, National Conference of Bar Examiners, 2020. 여성과 유색인종은 각각 중복으로 세어진 것으로 보인다.

38) Testing Task Force, , 「*Phase 3 Report: Blueprint Development Committee and Test Design Committee Meeting*」, National Conference of Bar Examiners, 2020.

39) Testing Task Force, , 「*Phase 3 Report: Blueprint Development Committee and Test Design Committee Meeting*」, National Conference of Bar Examiners, 2020.

고객 상담 및 자문, 문제 발견 및 평가, 조사 및 분석, 협상 및 분쟁 해결, 고객 관계 및 관리)으로 나누어 분류되었다. 각 영역의 가중치와 관련해서는 활용 가능한 세 가지 모델 중 '위원회의 판단에 따른 모델'을 선택하여 권장 가중치를 설정했다.⁴¹⁾

BDC는 마지막으로 직무분석에서 나온 지식 영역을 검토하는 데 중점을 두었다.⁴²⁾ 설문조사에서 나온 77개 지식 영역의 전체 목록은 설문 응답자의 50% 이상이 중요하다고 생각하는 영역의 우선순위를 정하여 25개로 축소되었다. BDC는 각 지식 영역을 검토하고 전체 중요도 평가, 실무 클러스터별 중요도 평가, 신규변호사와 경험 많은 변호사의 중요도 평가를 바탕으로 실무와의 관련성을 논의했다.

어떤 지식 영역을 포함하도록 권장할지 결정한 후, BDC는 변호사시험에서 각 지식 영역에 어느 정도의 가중치를 부여할지 고려했다.⁴³⁾ 또한 BDC는 각 지식 영역을 내용 의존적 맥락(content-dependent context)에서 측정할 것인지, 아니면 내용 독립적 맥락(content-independent context)에서 측정할 것인지에 대해서도 전반적으로 검토했다.⁴⁴⁾

나. 결과

1) 숙련도

BDC는 변호사시험 평가를 위해 확인된 7가지 숙련도 영역에서 총 103개의 과제를 선정했다.⁴⁵⁾ 초기 검토 대상이었던 136개 과제 중 9개는 중복성을 제거하기 위해 통합되었고, 24개는 제외를 권고했다. 제외된 과제 대부분은 신규 변호사의 업무 범위를 벗어난다고 판단되었던 것이다.

<표 12>는 각 숙련도 영역의 과제 수, 해당 영역에 대한 일반적인 설명, 권장 가중치를 제공한다. 가중치는 BDC의 권장 가중치 평균으로 표시되며, 약 3%의 변동 범위가 괄호 안에 제시되어 있다. 이를 통해 각 숙련도 영역이 변호사시험에서 차지하는 비중이 균형 있게 설정되도록 고려되었다.

40) 응답에서 3%의 오차 반영을 위해 47%이상의 응답이 있는 직무들을 포함하였다.

41) 3가지 모델이 제시되었는데, 1) 각 기술 영역에 동일한 가중치를 부여하는 모델, 2) 각 기술 영역의 과제 수에 따라 가중치가 결정되는 자연 가중치(natural weighting), 또는 3) 위원회의 임의적 판단에 따라 가중치를 부여하는 모델이었다.

42) Testing Task Force, , 「Phase 3 Report: Blueprint Development Committee and Test Design Committee Meeting」, National Conference of Bar Examiners, 2020.

43) Testing Task Force, , 「Phase 3 Report: Blueprint Development Committee and Test Design Committee Meeting」, National Conference of Bar Examiners, 2020.

44) 내용 의존적 맥락(content-dependent context)은 평가과정에서 필요한 법률 자료가 제공되지 않는 방식이고, 내용 독립적 맥락(content-independent context)은 평가과정에서 필요한 법률 자료가 제공되는 방식을 의미한다.

45) Testing Task Force, , 「Phase 3 Report: Blueprint Development Committee and Test Design Committee Meeting」, National Conference of Bar Examiners, 2020.

<표 12: 숙련도 영역 조사 결과>

숙련도 영역	설명	비중(%)
법률 연구	법률 조사, 쓰기/독해력, 비판적/분석적 사고력	17.5 (15-20)
법률 문서 작성	서면 표현, 비판적/분석적 사고	14.5 (12-17)
고객 상담 및 자문	구두 표현, 구두 이해력, 문화적 역량, 옹호, 비판적/분석적 사고, 문제 해결, 실용적 판단력	11.9 (10-15)
문제 발견 및 평가	문제 식별, 관찰력, 비판적/분석적 사고력	17.5 (15-20)
조사 및 분석	인터뷰/질문, 사실 수집, 문화적 역량, 문제 해결	17.5 (15-20)
협상 및 분쟁 해결	협상 역량/갈등 해결, 창의성/혁신, 의견 차이, 서면 표현, 구두 표현, 구두 이해력, 옹호, 실제 판단력	11.9 (10-15)
고객 관계 및 관리	네트워킹 및 사업 개발, 자원 관리/우선순위 결정, 조직, 전략 계획, 프로젝트 관리, 성과/목표 지향, 실무적 판단, 결단력, 문화적 역량	9.2 (7-12)

※ 위의 표는 Testing Task Force, 「*Final Report of the Testing Task Force*」, National Conference of Bar Examiners, 2021, 16면의 내용을 편집한 것임.

2) 지식

위원회는 변호사시험 평가를 위해 검토한 25개 지식 영역 중 11개를 승인했다.⁴⁶⁾ 나머지 6개 영역(법령 해석 원칙(Statutory Interpretation Principle), 통일 상법전(Uniform Commercial Code), 해결 방법(Remedies), 시민권(Civil Rights), 임대인-임차인 법(Landlord-Tenant Law), 채무자-채권자 법(Debtor-Creditor Law)은 독립된 주제로 시험에 포함되지 않고, 관련 내용이 다른 지식 영역 등으로 통합되어야 한다고 권고했다. 예를 들어, 법령 해석 원칙은 헌법 및 기술 영역에, 통일 상법전은 사업자 단체 또는 계약법에 포함되도록 했다.

<표 13>은 승인된 11개 지식 영역의 권장 가중치($\pm 3\%$ 범위 포함)와 측정 방식을 제시했다. 위원회는 각 지식 영역을 측정할 때, 법률 자료 없이 내용 의존적으로 지식을 평가하거나 또는 적절한 법률 자료를 제공하여 내용 독립적으로 역량을 평가하도록 각각 권장했다. 이러한 방식은 지식과 역량 평가 간의 상호 의존성을 강조함을 의미한다.

<표 13: 지식영역 조사결과>

지식 영역	측정 방식	가중치(%)
비즈니스 조직(Business Organizations)	내용 의존적	7 (4-10)
직업적 책임, 윤리(Professional Responsibility, Ethics)	내용 의존적	7 (4-10)
법률 조사 출처 및 방법(Legal Research Sources & Methods)	내용 독립적	8 (5-11)
헌법(Constitutional Law)	내용 의존적	9 (6-12)

46) Testing Task Force, , 「*Phase 3 Report: Blueprint Development Committee and Test Design Committee Meeting*」, National Conference of Bar Examiners, 2020.

분쟁 해결(Dispute Resolution)	내용 독립적	9 (6-12)
부동산(Real Property)	내용 의존적	9 (6-12)
불법행위(Torts)	내용 의존적	9 (6-12)
증거(Evidence)	내용 의존적	10 (7-13)
형사법 및 절차(Criminal Law & Procedure)	내용 의존적	10 (7-13)
계약법(Contract Law)	내용 의존적	10 (7-13)
민사 절차(Civil Procedure)	내용 의존적	11 (8-14)

※ 위의 표는 Testing Task Force, 「*Final Report of the Testing Task Force*」, National Conference of Bar Examiners, 2021, 17면의 내용을 편집한 것임.

(3) TDC 활동내용 및 결과

가. 활동내용

TDC는 각 관할권에서 변호사시험 관련 대표들의 추천받아, 다양한 경력을 가진 28명의 패널로 구성되었다.⁴⁷⁾ 이 패널은 법대 교수, 변호사시험 관리자, 판사로서의 경험 등이 있었으며, 여성 10명과 유색인종 7명이 포함되었다. 위원회는 2020년 7월과 8월, 두 차례에 걸쳐 하루 5시간씩 화상 회의를 진행했고, 일부 패널은 서면 자료 검토 및 의견 제출을 통해 참여했다.

회의는 조사 개요에 대한 소개와 새로운 변호사시험 설계의 목적 및 기능에 대한 오리엔테이션으로 시작되었으며, 이후 패널은 두 그룹으로 나뉘어 평가방식 주제에 대한 토론을 진행했다. 차세대 변호사시험이 컴퓨터 기반으로 시행될 예정이었기 때문에, 시험 방식보다는 평가설계와 구조에 초점을 맞췄다.

TDC는 보상적 채점(compensatory scoring)⁴⁸⁾과 결합적(연결적) 채점(conjunctive scoring)⁴⁹⁾ 중 어느 방식을 사용할지 논의했으며, 일회성 시험(single-event administration)⁵⁰⁾과 다회성 시험(multi-event model)⁵¹⁾ 중에서 설계 방향을 고민했다. 이를 바탕으로 1차 회의 후 세 가지 설계 모델 초안이 작성되었다.

세 가지 모델은 지식과 역량을 분리하여 평가한다고 가정했지만, TDC는 지식과 역량의 평가가 본질적으로 서로 연결되어 있다는 사실에 대해 논의했다. 즉, 쟁점 파악 및 분석과 같은 역량은 기본적인 법률 이론에 대한 지식을 입증하는 것과 분리할 수 없다. 반대로, 기본적인 법률적 역량을 입증하려면 일반적으로 어느 정도의 법률

47) Testing Task Force, , 「*Phase 3 Report: Blueprint Development Committee and Test Design Committee Meeting*」, National Conference of Bar Examiners, 2020.

48) 시험의 각 하위 영역의 점수를 합산하여 총점에 의해 합격/불합격을 결정하는 방식으로, 어느 한 영역에서 부족하더라도 다른 영역의 점수로 총점이 채워질 수 있으므로 시험의 하위영역끼리 부족한 점수를 보상해줄 수 있는 채점 방식이다.

49) 시험의 각 하위 영역을 합격/불합격으로 각각 평가하는 방식으로, 어느 한 영역에서 부족한 점수를 다른 영역에서 보충해 줄 수 없기 때문에 모든 하위 영역별 고른 점수 분포가 중요한 채점 방식이다.

50) 로스쿨 졸업 후 모든 영역을 한 번에 일회성 시험에 응시하는 방식이다.

51) 시험의 하위 영역별로 개별적으로 시험에 응시할 수 있으며, 원하면 그 중 첫 번째 영역은 로스쿨 재학 중 시행하는 것을 선택할 수 있다.

이론 지식이 필요하다. 기초 지식과 역량에 대한 상호 연결된 평가라는 개념에 대한 위원회의 논의는 통합형 평가(integrated test)에 대한 고려로 이어지는 역할을 했다.

통합형 평가는 개별적인 평가 요소를 독립적으로 측정하는 것이 아니라 평가 요소들을 연계하여 종합적으로 측정하는 방식을 의미한다. 실무에서 일어날 수 있는 복잡한 문제를 해결할 수 있는 능력을 중요시하는 역량중심의 평가(competency-based assessment)로서 지식의 활용 능력을 측정한다. 이는 신규 입사자가 업무 첫날부터 전문적인 활동을 수행할 역량이 있는지의 여부가 곧 입사자의 전문 지식 수준을 판단할 수 있는 영역에서 필요한 방식이다. 즉, 시험 합격 후 변호사 업무를 수행함에 있어 지식과 기술적 역량 간의 상호작용이 적절하게 일어나는지 평가하기 위해 기존의 MBE, MEE, MPT를 분리하여 평가하는 방식에서 벗어나 사례분석, 법률 적용, 의사소통, 문제해결, 직업적 윤리와 책임의식 등을 통합적으로 평가하려는 의도로 보인다.

나. 결과

TDC는 변호사시험의 구조, 구성 요소, 숙련도 평가, 행정적 측면에 대한 다양한 의견을 제시했다. 핵심적인 내용은 아래와 같다.⁵²⁾

1) 구조

변호사시험은 두 가지 주요 하위 영역(변호사의 역량, 핵심 법률 적용)과 직업적 책임 지식을 평가하는 별도의 시험으로 구성하자는 의견이 많았다. 합격/불합격 판단은 부족한 하위 영역의 점수를 다른 하위 영역의 점수로 보충할 수 있는, 즉 총점에 의해 결정하는 보상적 채점 방식에 기반한 보상 점수(compensatory score)를 기반으로 하되, 각 하위 영역에 최소 점수 요건을 설정하는 방식을 선호했다. 하위 영역의 중요도에 따른 가중치 적용 여부에 대해서는, 두 하위 영역에 대해 동일한 가중치(50/50) 또는 변호사 역량 평가에 더 높은 비중의 가중치(60/40)를 두는 방식을 제안했다. 그러나 기초 지식과 역량을 독립적으로 평가할 수 있는지에 대한 의문은 계속 제기되었다.

2) 핵심법률 적용

변호사시험은 응시자가 신규 변호사로서 반드시 알아야 할 핵심 법리에 초점을 맞추는 것이 필요하지만, BDC가 제안한 일부 지식 영역은 시험에서 평가하지 않는 것이 적절하다고 판단했다.

3) 변호사 숙련도

법률 작문, 법률 연구, 쟁점 발견 및 분석, 조사 및 평가 기술을 평가하는 데 대체

52) Testing Task Force, , 「Phase 3 Report: Blueprint Development Committee and Test Design Committee Meeting」, National Conference of Bar Examiners, 2020.

로 동의했다. 직업적 책임과 윤리는 MPRE 시험과 중복되지 않도록 하는 대신, 숙련도 문제의 맥락으로 사용할 것을 권장했다. 일부 위원들은 고객 상담, 자문, 협상 및 분쟁 해결을 편견 없이 평가할 수 있을지에 대해 우려를 표명했다. 변호사 숙련도 평가 방법으로는, 제공된 법률 자료의 라이브러리를 포함하는 여러 문항 유형들(단답형, 선택형, 확장형 등)을 활용한 사례 연구(예, 사실에 기반하여 작성된 시나리오 또는 비디오 시뮬레이션) 방식을 선호했다. 즉, 실질적으로 변호사로서 분석하게 될 방대한 법률 자료를 제공하고, 다양한 문항 유형들을 활용하여 실제적 사례에 기반한 통합적 문항을 개발할 것을 제안하였다.

4) 행정

TDC 위원의 과반수는 로스쿨 재학 중 변호사시험의 일부 요소를 응시할 수 있는 방향을 지지했지만, 로스쿨 커리큘럼에 미치는 영향을 우려하는 반대 의견도 있었다. 해당의견을 지지자하는 위원들 간에도 로스쿨 재학 중 어떤 부분을 시험할지에 대해서는 의견이 나뉘었다.

4. 소결 및 향후 전망

지금까지 NCBE 변호사시험 개선 TF팀의 3단계 연구 및 결과를 살펴보았다. 각 단계별로 연구의 목적과 대상을 명확히 하고, 다양한 방법을 활용하여 변호사시험 개선을 위한 의견과 데이터를 수집하고, 최종적인 개선 방향을 도출했다는 점에서 상당히 의미있는 성과를 달성했다고 볼 수 있다. 이러한 자료들은 변호사시험 개선을 위한 밑거름이 될 수 있을 것이다.

NCBE에서는 이와 같은 연구결과에 의거하여, 최종적인 변호사시험 개선 방향을 확정하였다. 새로운 변호사시험은 소위 ‘차세대 변호사시험’으로 불리고 있으며, 2026년 여름부터 시작될 예정이다. 차세대 변호사시험의 시험과목, 시험시간, 시험문항 등의 개요는 앞의 <표 3>에서 간략히 기술한 바 있고, <표 1: UBE 개요>와의 비교를 통해 현재 변호사시험과의 차이와 변화를 확인할 수 있다.

현재 차세대 변호사시험 실시 준비는 NCBE 주관으로 속도감 있게 진행되고 있다. 시험 범위, 개요가 확정된 이후, 시험의 문제 초안들이 발표되었고 이를 활용한 예비시험(Pilot Testing)이 실시된 바 있다.⁵³⁾ 2024년에는 현장시험(Field Testing)과⁵⁴⁾ 시범시험(Prototype Exam)이 실시되었고,⁵⁵⁾ 실제 시험을 위한 수준설정(Standard

53) 예비시험(Pilot Testing)은 파일럿 시험으로도 불리며, 새로운 문항 형식의 초안을 반(半) 현실적인 조건에서 소규모로 시행하는 과정이다. 대상은 소수의 법학과 학생 또는 최근에 변호사 자격을 취득한 실무 변호사들로 구성되며, 문항 형식의 기본적인 타당성과 실행 가능성을 평가하는 것이 목표이다.

54) 현장시험(Field Testing)은 새로운 문항의 최종본을 현실적인 조건에서 대규모로 시행하는 것으로, 수험생 또는 최근에 변호사 자격을 취득한 변호사들을 대상으로 테스트하는 과정이다. 이 과정의 목적은 문항과 시험 형식의 운영 가능성을 검토하고, 문항의 성과 통계치를 산출하는 것이다.

55) 시범시험(Prototype Exam)은 전체 시험(full-length exam)을 수험생 또는 최근에 변호사 자격을 취득한 변호사들을 대상으로 대규모로 시행하는 과정이다. 이 시험의 목적은 시험의 성과 데이터를 수집하여, 각 관할 지역의 표준 설정(standard-setting) 과정을 지원하는

Setting)⁵⁶⁾ 등도 진행되고 있다. 2026년 여름에 첫 차세대 변호사시험이 실시될 예정이고, 현재의 UBE 시험은 2028년 2월 실시를 마지막으로 폐지될 예정이다. 아래의 표는 차세대 변호사시험 실시 준비현황을 정리한 것이다.

<표 14: 차세대 변호사시험 실시 준비현황>

시기	준비내용
2022년 3분기 ~ 2024년 2분기	초안문제 예비시험
2023년 2분기	시험범위, 개요 발표
2023년 2분기 ~ 2026년 1분기	법령, 정책변화 등에 대하여 관할기관 지원 (요청시)
2023년 3분기 ~ 2026년 4분기	샘플문제 및 학습자료 공개
2024년 1분기 ~ 2025년 4분기	현장시험 실시
2024년 3분기	가족법 시험 범위에 추가 (2028년 7월 첫 시행)
2024년 4분기	시범시험 실시
2025년 2분기	전국 수준설정 수행
2025년 3분기	각 관할별 합격점수 설정을 위한 수준설정 제안 등
2026년 3분기	차세대 변호사시험 첫 시행
2028년 1분기	UBE 최종 시행
2028년 3분기	가족법 첫 시행

※ 위의 표는 <https://www.ncbex.org/exams/nextgen-july-2026/about/implementation-timeline>의 내용을 요약, 정리한 것임.

차세대 변호사시험이 기존 UBE시험의 한계를 극복하고 성공적으로 정착할 것인지는 현 단계에서 예측하기는 어렵다. 로스쿨 및 법조계에서도 현재의 준비상황을 확인하며 나름의 준비를 하고 있는 것으로 보인다. 차세대 변호사시험의 실효성 등에 대한 평가는 2026년 첫 시험이 실시되고 난 후 본격적인 평가가 시작될 것으로 보인다.⁵⁷⁾

것이다.

56) 수준설정(Standard Setting)이란 시험에서 합격/불합격 기준 점수(cut score)를 결정하는 과정이다. 전문가 패널이 시험 문항을 분석하고 최소 합격자(Entry-Level Competent Examinee)의 역량을 반영한 점수를 설정한다.

57) 한 심사위원이 지적한 바와 같이 본 연구는 NCBE에서 발간한 보고서나 홈페이지에 게재된 정보를 주로 소개하고 있다는 점에서 학술적 가치에 대한 의문이 있을 수 있다. 그러나 본문에서 설명한 바와 같이 현재는 새로운 변호사시험 실시를 위한 ‘준비’ 과정이라는 점에서 선불리 평가나 연구를 진행하기에는 한계가 있는 상황으로 보인다. 추후 차세대 변호사시험이 실시되면 이를 바탕으로 한 학술적 연구가 보다 활성화될 것으로 보인다.

IV. 우리나라 변호사시험에의 시사점

1. 암기 중심 평가의 탈피

앞서 살펴본 개선논의에서 알 수 있듯이, 미국 변호사시험은 종래의 암기 중심 평가에서 벗어나 법률적 사고력과 실질적인 문제 해결 능력을 강조하는 방향으로 변화하고 있다. 우리나라 변호사시험에서도 이미 오래전부터 판례 암기 위주의 평가 방식에서 벗어나, 법률적 사고와 분석 능력을 중심으로 평가 방식을 근본적으로 개편할 필요에 대한 공감대가 형성되어 왔다. 그러나 구체적인 방법에 대해서는 여전히 깊이있는 논의가 부족하고 참고할만한 사례도 많지 않은 것이 사실이다. 미국의 사례와 개선 노력을 살펴보는 것은 우리에게 좋은 시사점을 줄 수 있을 것이다.

2. 다양한 평가 방식 도입

암기 중심 평가의 탈피는 결국 다양한 평가 방식의 도입과도 깊은 관련이 있다. 미국의 새로운 변호사시험은 객관식, 통합형(사례 기반 문제), 기록형 문제 등을 혼합하여 다양한 방식으로 구성될 것으로 보인다. 객관식 문제의 출제 방식을 다양화하고, 통합형 문제를 통해 실제 변호사의 업무처리와 유사한 환경에서 평가를 지향하고, 기록형 문제를 통해 실제 변호사 실무에 필요한 능력을 보다 체계적으로 검증하기 위한 방안을 찾고 있다.

한국 변호사시험도 크게 다르지 않지만, 보다 다양한 평가 방식을 검토해 볼 필요가 있다. 통합형 문제와 같이 가상의 법적 상황을 제시하고 이를 해결하도록 요구하는 방식의 시험방식도 참고할 만하다. 그리고 현재의 기록형 문제를 변호사가 실무에서 직면할 실제 상황에 보다 가깝게 개선하는 노력도 병행되어야 할 것이다.

3. 직무 분석 기반 시험 설계

미국 변호사시험 제도 개선을 위한 체계적인 연구는 상당히 인상적이다. 살펴본 바와 같이 TF팀에서는 신규 변호사의 직무를 정량적, 정성적으로 분석하여 이를 시험 내용과 평가 방식 개선을 위한 자료로서 제공했다. 14,000명 이상의 변호사로부터 설문 응답을 수집하고 7개 핵심 역량(법률 연구, 문서 작성, 고객 자문 등)을 도출함으로써 실제 업무에 필요한 역량을 시험 설계에 반영했다.

한국에서도 보다 객관적으로 변호사의 초기 실무를 체계적으로 분석하여, 신규 변호사가 직무 수행 시 직면하는 주요 업무와 역량을 시험에 반영되도록 노력할 필요가 있다. 예컨대, 신규 변호사에게 필수적인 역량인 사실 조사와 인터뷰 기술, 사실 관계의 법률적 평가, 판례 적용 능력 등 핵심 과제를 중심으로 시험을 재설계하고 시험의 목적성도 재정립할 필요가 있다.

4. 전문성을 가진 변호사시험 출제·평가기관 설립

미국에서 변호사시험 개선을 위한 장기적이고 체계적인 노력이 가능했던 이유는 바로 전미변호사시험관리위원회라는 기관의 존재와도 밀접한 관련이 있다. 시험설계, 문항출제 및 관리, 평가 시행, 측정·분석, 결과보고 등 시험 개발과 시행의 모든 과정은 상당히 전문적인 영역(측정 및 평가)으로, NCBE의 태스크포스는 교육 및 심리 검사 표준(AERA, APA, NCME, 2014⁵⁸⁾)의 권고안을 충족하는 검사⁵⁹⁾ 개발을 위해 내부 및 외부 평가 전문가들과 협의해오고 있다.

시험의 설계는 내용에 대한 충실성 외에도 신뢰성, 타당성, 공정성과 관련된 심리 측정 요건에 의해 제약을 받아하는데, 이러한 요건들에 대한 모니터링을 법학 분야의 내용 전문가, 행정직 공무원 등이 수행하기에는 한계가 있다. 우리나라에서도 주요 자격시험에 대해 평가전문가와 협업의 필요성을 인식하고 별도의 변호사시험 출제·평가기관을 설립하자는 제안이 나타나고 있다. 물론 많은 예산과 인력이 소모되는 일이지만 이미 우리나라에도 전문 분야의 자격시험을 위한 별도의 기관이 존재한다. 1992년 ‘한국의사국가시험원’으로 설립하여 30년 넘게 운영 중인 ‘한국보건의료인국가시험원’이 그 예이다. 이 기관에서는 최근 컴퓨터기반 시험과 실기 중심의 시험 방식을 도입하기 위해 노력하는 등 보건의료인 면허 발급을 위한 평가 전문성을 향상하기 위해 노력하고 있다. 전문적인 변호사시험의 운영은 곧바로 시민들에 대한 안정적인 법률서비스 제공과도 직결되는 것임을 고려할 때, 전문기관 설립에 대한 긍정적인 검토가 필요할 것이다.

V. 나가며

미국의 새로운 변호사시험 도입 논의와 그 과정에서 결정된 개선안은 한국 변호사시험의 발전에 유의미한 시사점을 제공한다. 특히 미국이 암기 중심 평가의 기존 변호사시험에서 벗어나 실질적인 실무 역량을 검증하는 방향으로 새로운 시험을 설계하고 있다는 점은 주목할만하다. 이러한 변화는 한국 변호사시험이 현재 겪고 있는 문제, 즉 판례 중심의 암기 평가와 실무와의 괴리 문제를 해결하는 데 중요한 단초가 될 수 있을 것이다.

미국에서 변화가 이루어지는 과정 또한 주목할 필요가 있다. 미국은 변호사시험 개선 과정에서 신규 변호사의 직무를 철저히 분석하고, 이를 기반으로 시험 문항 및 방식 등의 설계를 진행했다. 이와 같은 직무 분석은 시험이 단순히 법률 지식을 측정하는 것을 넘어 실제 변호사로서의 능력을 평가가 이루어지도록 하는데 중요한 역할을 할 것이다. 우리나라 역시 신규 변호사의 직무를 체계적으로 분석하고, 이를 바

58) American Educational Research Association, American Psychological Association, & National Council on Measurement in Education. (2014). *Standards for educational and psychological testing*. Washington, DC: American Educational Research Association.

59) 시험 내용의 깊이와 폭이 초급 실무에 필요한 최소한의 역량에 맞춰 조정, 지식과 기술을 평가하는 통합적 접근 방식 채택, 편견을 방지하고 모든 수험생에게 공정성과 접근성을 보장하기 위해 지속적으로 경계, 점수 해석의 신뢰성과 타당성을 희생하지 않고 가능한 한 시험 시간을 단축, 채점 및 채점의 효율성을 높여 시험 시행과 결과 발표 간 시간 단축 등

당으로 시험의 목적성과 내용, 평가 방식을 재설계할 필요가 있다.

나아가 다양한 문항 유형을 도입하여 신규 변호사가 실제 업무에서 직면할 법률 문제를 해결할 수 있는 능력을 평가하려는 미국의 개선 노력은 매우 고무적이다. 법률적 지식과 역량을 상호 연결하는 통합형 문제 등 다양한 평가 방식의 도입은 시험의 타당성과 신뢰성을 높이는 데 기여할 수 있을 것으로 보인다.

살펴본 바와 같이, 미국의 변호사시험 개선 방향은 우리나라의 법학전문대학원 교육과 변호사시험 제도에 많은 시사점을 준다. 미국의 변화를 참고하여 변호사시험의 목적을 명확히 하고, 실질적으로 실무 중심의 역량을 평가할 수 있는 체계를 구축함으로써 법학전문대학원 교육과 법조시장 요구 간의 괴리를 해소하고, 보다 발전적인 법률 인재 양성 체계를 마련해야 하기 위해 노력해야 할 것이다.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 김재봉, “변호사시험 출제절차의 문제점과 개선방안 - 변호사시험의 출제위탁을 중심으로 -”, 「법학논총」, 제38권 제4호(2021)
- 김중호·김재일, “변호사시험 합격인원 적정 수에 대한 연구”, 「한국공공관리학보」, 제37권 제1호(2023).
- 문재완, “미국 법학교육이 우리 법학교육에 미친 영향”, 「원광법학」, 제35권 제2호(2019)
- 박용철, “현행 변호사시험제도가 법학교육에 미치는 영향 : 법전원의 입시학원화와 법전원 교육의 파행화”, 「법과사회」, 제76호(2024)
- 박종현, “미국 주별 변호사시험 응시경험과 인식에 관한 질적 연구”, 「법과사회」, 제61호(2019)
- 백경희·장연화, “우리나라 변호사시험 제도의 정상화에 관한 소고 - 변호사시험 출신 변호사에 대한 설문조사 결과를 바탕으로 -”, 「동아법학」, 제84호(2019)
- 성중탁, “변호사시험제도 등의 평가와 그 개선방안”, 「법학논고」, 제63호(2018).
- 오영근, “변호사시험 형법 선택형 문제의 개선방안 - 제9회 변호사시험 문제를 중심으로 -”, 「법학논총」, 제37권 제2호(2020)
- 이소라, “미국 변호사시험의 최근 동향 및 시사점 - 출제 및 평가를 중심으로 -”, 「법교육연구」, 제14권 제2호(2019)
- 이승준, “변호사시험 합격자 결정 방법의 개선방안”, 「저스티스」, 제172호(2019).
- 이윤정, “법학전문대학원 교육의 질 제고를 위한 변호사시험의 개선방향”, 「강원법학」, 제76호(2024)
- 지원림, “변호사시험: 있어야 할 곳과 있는 곳”, 「법과사회」, 제76호(2024)
- 천경훈, “변호사시험이 법학전문대학원의 교육에 미치는 영향”, 「상사법연구」, 제36권 제1호(2017).
- 홍영기, “변호사시험 개혁의 남은 기회 : 리걸테크의 시대를 맞아”, 「법과사회」, 제77호(2024)

<외국문헌>

- Anthony D. Albano & Michael C. Rodriguez, Item development research and practice, 「Handbook of accessible instruction and testing practices: Issues, innovations, and applications」, Springer Nature, 2018.
- Cizek, G. 「Standard setting. Handbook of test development」, Routledge, 2006.
- James E. Grunig, 「Public relations management in government and business」, Routledge, 1997.
- Michael Russell, Amie Goldberg & Kathleen O’connor, Computer-based Testing and Validity: a look back into the future, 「Assessment in Education:

Principles, Policy & Practice」, 10(3)(2003).

Neil Gesundheit, A crisis of trust between US medical education and the National Board of Medical Examiners, 「Academic Medicine」, 95(9)(2020).

Testing Task Force, 「Phase 1 Report: Your Voice: Stakeholder Thoughts About the Bar Exam」, National Conference of Bar Examiners, 2019.

Testing Task Force, 「Phase 2 Report: Practice Analysis」, National Conference of Bar Examiners, 2020.

Testing Task Force, , 「Phase 3 Report: Blueprint Development Committee and Test Design Committee Meeting」, National Conference of Bar Examiners, 2020.

[Abstract]

**Changes and Implications in the Questioning and Evaluation
Methods of the U.S. Bar Exam**
- Focusing on the Next-Generation Bar Exam -

Myeonki Kim*, Sora Lee**

The discussion of the introduction of a new US bar exam and the direction of improvements that emerged in the process provide meaningful implications for the development of the Korean bar exam. In particular, it is noteworthy that the United States is designing the bar exam to verify practical working capabilities, moving away from the previous exam, which was centered on memorization. This could be an important starting point for solving the problems currently facing the Korean bar exam, namely, the theory-oriented, memorization-based assessment and the gap between the exam and practice.

The process of change is also noteworthy. In the process of improving the bar exam, the United States thoroughly analyzed the duties of new lawyers and designed the exam based on this analysis. This duty analysis played an important role in ensuring that the exam assessed the readiness of lawyers to practice law, rather than simply measuring legal knowledge. South Korea also needs to systematically analyze the duties of new lawyers and redesign the purpose, content, and evaluation methods of the exam based on this analysis.

In addition, the U.S. approach to introducing various question types to assess the ability of lawyers to solve legal problems they will face in actual practice is quite impressive.

The process of change is also worth noting. In the process of improving the bar exam, the U.S. thoroughly analyzed the duties of new lawyers and designed the exam based on this analysis. This duty analysis played an important role in ensuring that the exam assessed the readiness of lawyers as actual lawyers, rather than simply measuring their legal knowledge.

South Korea also needs to systematically analyze the duties of new lawyers and redesign the purpose, content, and evaluation method of the exam based on this analysis. In particular, various assessment methods, such as simulation-based integrated questions, are expected to contribute to increasing the reliability and effectiveness of the exam at the same time.

As we have seen, the direction of improvement of the U.S. bar exam has several implications for the law school and bar exam system in Korea. By

* First Author, Associate Professor, Korean National Police University.

** Corresponding Author, Assistant Professor, Gongju University of Education.

referring to the experience of the United States, we should strive to clarify the purpose of the exam and build a system that can assess practical and practice-oriented capabilities in order to bridge the gap between the education of law schools and the needs of the legal profession and to establish a more advanced legal talent development system.

Key Words: U.S. Bar Exam, Next Generation Bar Exam, Integrated Type of Questions

무력 사용 금지 원칙과 무기 수출의 법적 책임 - 국제사법재판소 판례 분석을 중심으로 -

조 장 현*

논문요지

본 논문은 대한민국의 무기 수출과 국제법적 책임을 중심으로, 무력 사용 금지 원칙의 적용과 한계를 분석하며 무기 수출 통제 체계의 법적 정당성과 책임성을 평가한다. 대한민국의 수출 통제 정책은 유엔 헌장 제2조 제4항이 명시한 무력 사용 금지 원칙과 대한민국 헌법 제5조 및 제6조에 따른 국제법 준수 의무에 기반하여, 국제법과 조화를 이루어야 한다. 특히, 무기 수출에 있어서는 국제 평화와 안보를 해치는 결과를 방지하고 인권 보호를 최우선으로 하는 원칙을 견지해야 한다. 이는 대한민국이 국제사회의 책임 있는 구성원으로서 세계 평화와 인류의 보편적 가치를 지키는 데 기여하는 길이며, 지속가능한 외교 및 안보 정책의 근간이 된다. Corfu Channel 사건, Nicaragua 사건, Oil Platforms 사건을 중심으로 국제사법재판소(International Court of Justice)의 판례를 검토하여, 무기 제공과 군사적 개입이 간접적인 무력 사용으로 평가될 수 있는 법적 기준과 이에 따른 국가 책임의 적용 범위를 도출하고, 이를 바탕으로 대한민국의 무기 수출에 관한 법적 과제를 구체적으로 제시한다. 또한 무기거래조약(Arms Trade Treaty) 및 유엔 안전보장이사회 결의의 준수 여부를 평가함으로써 무기 수출 심사 절차의 강화, 위험 평가 도구 개발, 사후 검증 시스템 마련과 같은 투명성 및 책임성 확보 방안을 제시하고, 수출 허가 과정의 독립성과 전문성을 보장하기 위해 무기 수출 심사위원회 설립과 검토 절차의 체계화를 통해 국제 기준에 부합하는 법적·제도적 기반을 구축해야 함을 강조한다. 이를 통해 대한민국의 무기 수출 통제가 국제법과 헌법의 원칙을 준수하면서 평화와 인권을 보호하는 글로벌 리더로서의 역할을 수행할 수 있도록 발전 방향을 제시한다.

검색용 주제어: 무기 수출 통제, 무력 사용 금지 원칙, 국제법적 책임, 무기거래 조약, 헌법적 평화 원칙

· 논문제출: 2025. 01. 02. · 심사개시: 2025. 01. 09. · 게재확정: 2025. 01. 27.

* 변호사

I. 서론

현대 국제사회에서 무기 수출은 경제적 이익과 안보 전략의 핵심 요소로 자리 잡고 있다. 대한민국은 방위산업의 발전과 기술 혁신을 통해 글로벌 무기 수출 시장에서 영향력을 확대해 왔다. 그러나 무기 수출은 국가 안보 강화와 경제 성장에 기여하는 긍정적 측면 외에도, 국제 평화와 인권 보호의 의무와 충돌할 위험을 내포하고 있다. 이러한 문제의식은 무기 수출의 국제법적 책임과 국내 규제의 정합성을 검토해야 할 필요성을 제기한다.

본 연구는 대한민국의 무기 수출 정책이 유엔 헌장 제2조 제4항의 무력 사용 금지 원칙과 국제법상의 강행규범(jus cogens)을 준수하고 있는지 분석한다. 또한 무기 수출 통제 체계의 법적·제도적 체계를 평가하여, 국제법과 헌법 원칙에 부합하는 발전 방향을 제시하는 것을 목표로 한다.

이와 더불어 대한민국의 무기 수출 통제 체계를 헌법과 국제법적 관점에서 분석하고, 무력 사용 금지 원칙과 국가 책임의 적용 기준을 도출한다. 연구 방법은 다음과 같다. 첫째, 유엔 헌장 제2조 제4항과 대한민국 헌법 제5조 및 제6조를 검토하여 무기 수출과 국제법적 책임의 관계를 이론적으로 분석한다. 둘째, Corfu Channel 사건, Nicaragua 사건, Oil Platforms 사건 등 국제사법재판소(ICJ)의 주요 판례를 검토하여 무기 수출과 간접적 무력 사용 및 국가 책임의 법적 기준을 규명한다. 셋째, 대한민국의 무기 수출과 관련된 법적·제도적 구조를 분석하고, 무기거래조약(Arms Trade Treaty, ATT) 및 유엔 안전보장이사회 결의 준수 여부를 평가하여 통제 체계의 한계와 개선 방안을 제안한다.

본 연구는 대한민국의 무기 수출 통제가 국제법과 국내법의 조화를 이루는 방향으로 발전해야 한다는 점을 강조한다. 구체적으로, 무기 수출이 불법적 무력 사용으로 악용되지 않도록 관리 체계의 투명성과 책임성을 강화하는 법적·제도적 기반을 제시한다.

특히 대한민국의 무기 수출이 인권 침해와 국제 분쟁에 연루되지 않도록 하는 방안을 제안함으로써, 국제 평화와 법치주의 강화에 기여할 수 있는 방향성을 제시한다. 나아가 대한민국이 국제법의 모범 사례로 자리 잡을 수 있는 정책 개선안을 구체화하여 무기 수출 관리 체계의 실질적인 변화를 이끌어내는 데 초점을 맞춘다. 마지막으로 대한민국의 무기 수출 정책이 국제법적 정당성을 확보하고 국제사회의 신뢰를 강화하는 방향으로 발전하도록 기여할 것이다.

II. 무력 사용 금지 원칙의 국제법적 체계와 쟁점

1. 유엔 헌장 제2조 제4항

유엔 헌장 제2조 제4항은 국제법 체계에서 국가 간 관계를 규율하는 가장 근본적인 원칙 중 하나로, 모든 회원국이 무력 사용을 금지하도록 명시하고 있다.¹⁾ 이 조항

1) United Nations, "Charter of the United Nations, Article 2(4)", <https://www.un.org/en/ab>

은 국제 평화와 안보를 유지하고 분쟁을 평화적으로 해결하려는 유엔 헌장의 목적을 구현하며, 국제 사회의 안정과 질서를 유지하기 위한 강력한 법적 근거를 제공한다.²⁾

무력 사용 금지 원칙은 두 가지 중요한 측면에서 작동한다. 첫째, 국가 간 직접적인 군사적 행동을 금지한다. 이는 한 국가가 타국의 영토 보전이나 정치적 독립을 위협하거나 침해하는 방식으로 무력을 행사하는 것을 방지하는 데 초점이 맞춰져 있다.³⁾ 둘째, 직접적 무력 사용뿐만 아니라 무력 사용을 암시하거나 조장하는 무력의 위협도 금지 대상에 포함된다.⁴⁾ 이는 국제 관계에서 군사적 긴장과 불필요한 갈등을 예방하는 중요한 규범적 역할을 한다.

무력 사용 금지의 규정은 유엔 헌장의 조문에 머물지 않고 국제법 전반에 걸쳐 확장적 적용을 받아왔다. 오늘날 이 원칙은 모든 국가에 보편적으로 적용되는 국제 관습법으로 자리 잡았으며, 이는 유엔 회원국뿐 아니라 비회원국에게도 동일한 의무를 부과한다.⁵⁾ 이러한 보편성은 국제사법재판소(ICJ)가 다양한 판례를 통해 확인해 온 바 있다.⁶⁾ 특히, 무력 사용 금지 원칙은 국제법상 강행규범(jus cogens)으로 인정되며, 이는 어떤 경우에도 이를 위반하는 조약이나 행위가 허용되지 않음을 의미한다.

유엔 헌장 제2조 제4항은 단순히 무력 사용의 직접적인 행위를 규율하는 데 그치지 않고, 무력 사용을 지원하거나 가능하게 하는 간접적 행위에도 적용될 수 있다.⁷⁾ 이는 무기 제공, 군사 훈련, 경제적 지원 등 무력 사용을 실질적으로 촉진하는 행위가 해당 국가의 주권 침해나 불법적 무력 사용으로 이어질 경우, 그 지원을 제공한

out-us/un-charter/full-text, 검색일: 2024년 12월 18일

2) Tunnermann Bernheim Carlos, "United States Armed Intervention in Nicaragua and Article 2(4) of the United Nations Charter", *Yale Journal of International Law*, Vol. 11 No. 1, 1985, pp. 104-105.

3) United Nations Charter, Article 2(4), 1945; Corfu Channel Case (*United Kingdom v. Albania*), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, hereinafter: I.C.J. Reports 1949.

4) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion, 1996), I.C.J. Reports 1996, hereinafter: I.C.J. Reports 1996. 1996년 국제사법재판소(ICJ)는 무력의 위협(threat of force) 역시 유엔 헌장 제2조 제4항에 따라 금지의 대상이 된다는 점을 명확히 확인했다. 국제사법재판소는 유엔 총회와 세계보건기구(WHO)의 요청에 따라, 핵무기의 위협적 사용(threat of use) 또는 실제 사용(use)이 유엔 헌장 제2조 제4항 및 국제법에 부합하는지에 대해 자문 의견을 제시했다. 재판소는 무력의 위협이 상대방에게 특정 행동을 강요하거나 국제 평화와 안보를 위협하는 방식으로 나타난다면, 이는 유엔 헌장을 위반하는 것으로 판시했다.

5) 1986년 국제사법재판소는 Nicaragua 사건에서 유엔 헌장 제2조 제4항에 규정된 무력 사용 금지 원칙이 국제 관습법의 일부이며, 보편적으로 적용되는 강행규범(jus cogens)임을 확인하였다. 이후 1996년 핵무기 사용 또는 위협의 적법성 사건에서 국제사법재판소는 이 원칙의 보편적 구속력과 강행규범적 성격을 다시 한 번 재확인하였다. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, hereinafter I.C.J. Reports 1986, para. 190; I.C.J. Reports 1996, p. 226.

6) I.C.J. Reports 1986; I.C.J. Reports 1996; United Nations General Assembly, *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States*, A/RES/2625(XXV), 24 October 1970.

7) 유엔 헌장 제2조 제4항은 "무력의 위협(threat of force)"과 "무력 사용(use of force)"을 모두 포함하며, 직접적 군사적 행동뿐만 아니라 간접적으로 무력 사용을 조장하거나 지원하는 행위도 유엔의 목적과 양립하지 않는 경우 금지될 수 있음을 내포하고 있다. Erin Pobjie, *The Meaning of Prohibited 'Use of Force' in International Law. In: Prohibited Force: The Meaning of 'Use of Force' in International Law*, Cambridge University Press, 2024, pp. 190-199.

국가 역시 국제법적 책임을 질 수 있음을 시사한다.⁸⁾

한편, 이 조항은 무력 사용 금지의 예외를 명시하고 있다. 가장 대표적인 예외는 유엔 헌장 제51조⁹⁾에서 규정된 자위권(inherent right of self-defense)이다. 무력 공격을 받은 국가는 자국 방어를 위해 무력을 사용할 권리가 있으며, 이러한 자위권 행사는 즉각적이고 비례적인 방식으로 이루어져야 한다.¹⁰⁾ 또한, 유엔 안전보장이사회가 국제 평화와 안보의 유지를 위해 승인한 집단 안보 조치는 무력 사용 금지 원칙에 대한 예외로 인정된다.¹¹⁾

한편 현대 기술의 발전이 무력 사용과 연계되면서 국제 사회에서는 새로운 형태의 갈등이 발생하고 있다. 예를 들어, 비국가 행위자에 대한 무력 사용,¹²⁾ 사이버 공격¹³⁾ 등이 있으며, 이는 기존의 무력 사용 금지 원칙을 시험하고 있다. 하지만 이러한 도전에도 불구하고, 유엔 헌장 제2조 제4항은 국제법 질서의 핵심 원칙으로 남아 있으며, 국제 평화와 안보를 유지하기 위한 기본 틀을 제공하고 있다.

유엔 헌장 제2조 제4항은 국가 간의 무력 사용을 전면적으로 금지하며, 국제법 체계에서 평화 유지와 분쟁 해결의 기준을 설정하는 강력한 규범적 역할을 수행하고 있다. 이는 현대 국제법의 핵심 원칙으로서, 국가 간의 직접적 무력 충돌을 방지하는 데만 국한되지 않고, 간접적인 지원 행위까지 규율하며 국제 사회의 평화를 유지하는 데 기여하고 있다.

8) 1970년 유엔 총회에서 채택된 “국가 간 우호 관계와 협력에 관한 선언”에서 확인 할 수 있듯이 간접적인 무력 사용을 명백히 금지하고 있다. 원문은 다음과 같다. “No State may use or encourage the use of economic political or any other type of measures to coerce another State in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights and to secure from it advantages of any kind. Also, no State shall organize, assist, foment, finance, incite or tolerate subversive, terrorist or armed activities directed towards the violent overthrow of the regime of another State, or interfere in civil strife in another State.”, United Nations General Assembly, *supra* note 6, p. 6.

9) 원문은 다음과 같다. “Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.”

10) Oil Platforms 사건에서 국제사법재판소는 판결을 통해 자위권 행사의 비례성과 즉시성이 자위권 적법성을 평가하는 중요한 기준이라고 확인하였다. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2003, hereinafter: I.C.J. Reports 2003, para. 43.

11) 유엔 헌장 제39조와 제42조는 무력 사용 금지 원칙에 대한 예외를 규정하는 조항이다. 제39조는 안전보장이사회가 국제 평화와 안보에 대한 위협, 평화의 파괴, 침략 행위를 판단할 권한을 부여하며, 이를 해결하기 위한 조치를 결정하거나 권고할 수 있도록 한다. 또한, 제42조는 비군사적 조치(예: 경제 제재)가 충분하지 않거나 효과가 없을 경우, 안전보장이사회가 군사적 조치를 승인할 수 있는 권한을 명시한다. 이 조항들은 안전보장이사회의 승인을 통해 국제법적으로 무력 사용이 정당화될 수 있는 제한적 예외를 제공한다.

12) See. United Nations Security Council, Resolution 1373 (2001), adopted on 28 September 2001, S/RES/1373, hereinafter: Resolution 1373 (2001).

13) NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, “Cyber Attacks Against Estonia: Legal Lessons Learned”, 2008, <https://ccdcoe.org/uploads/2018/10/Ottis2008AnalysisOf2007FromTheInformationWarfarePerspective.pdf>, 검색일: 2024년 12월 18일.

2. 무기 사용 금지 원칙의 발전과 국제 관습법

무력 사용 금지 원칙은 국제법 체계의 근본적인 규범으로 자리 잡으며, 유엔 헌장 제2조 제4항을 통해 법적으로 명문화되었다.¹⁴⁾ 그러나 이 원칙이 단순히 조약 규범에 머무르지 않고 국제 관습법으로 발전하게 된 데는 여러 국제 분쟁과 판례가 중요한 역할을 했다. 이 중 Oil Platforms 사건과 Armed Activities on the Territory of the Congo 사건은 무력 사용 금지 원칙이 강행규범(jus cogens)으로서 국제법적 구속력을 강화하는 데 기여한 사례로 주목할 만하다. 이를 통해 이 원칙이 단순히 군사적 행동을 억제하는 것을 넘어 경제적, 정치적 이해관계와도 밀접히 연관된 폭넓은 규범으로 발전했음을 알 수 있다.

Oil Platforms 사건은 무력 사용 금지 원칙의 적용 범위와 한계를 논의하는 데 있어 핵심적인 판례이다. 이 사건에서 미국은 1987년과 1988년 사이 이란의 석유 플랫폼을 공격하며, 이란이 자국 선박을 공격했다는 이유로 자위권을 주장했다.¹⁵⁾ 국제사법재판소(ICJ)는 자위권 행사가 정당화되기 위해서는 무력 공격의 명백성과 이에 대한 대응의 비례성이 핵심 조건임을 명확히 했다.¹⁶⁾ 그러나 국제사법재판소(ICJ)는 미국이 이란의 행위를 무력 공격으로 입증하지 못했으며, 이에 따라 미국의 공격이 유엔 헌장 제2조 제4항을 위반했다고 판단했다.¹⁷⁾

이 사건의 중요성은 무력 사용 금지 원칙이 단순히 군사적 정당성의 유무를 판단하는 데 그치지 않고, 국가 간 경제적 이해관계와도 긴밀히 연결된다는 점이다.¹⁸⁾ 이란의 석유 플랫폼은 단순한 군사적 표적이 아니라 경제적 인프라로서, 미국의 행위는 단순한 군사적 대응을 넘어선 경제적 손실을 초래했다.¹⁹⁾ 국제사법재판소(ICJ)는 이러한 맥락에서 무력 사용 금지 원칙이 국가 간 갈등 상황에서 경제적, 정치적 의도를 억제하는 데도 중요한 역할을 한다는 점을 암시했다. 이는 무력 사용 금지 원칙이 군사적 행동을 넘어 더 넓은 국제적 상호작용을 규율하는 규범으로 발전했음을 보여준다.

Armed Activities on the Territory of the Congo 사건²⁰⁾은 무력 사용 금지 원칙

14) United Nations, *supra* note 1.

15) I.C.J. Reports 2003, para. 1.

16) I.C.J. Reports 2003, paras. 43, 51, 64, 76.

17) I.C.J. Reports 2003, paras. 77-78.

18) I.C.J. Reports 2003, para. 86.

19) *Ibid.*

20) *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, hereinafter: I.C.J. Reports 2005; Brown Chester, "Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)(Democratic Republic of the Congo v Rwanda) Provisional Measures, Order of 1 July 2002", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52 No. 3, 2003, pp. 782-783. 1994년 르완다에서 발생한 대량학살은 이 사건의 출발점이다. 당시 후투족이 주도한 르완다 정부는 약 백만 명에 달하는 툋시족을 학살하였고, 이를 종식시키기 위해 툋시 민병대가 우간다를 거점으로 르완다를 침공하였다. 이 과정에서 패배한 후투족은 대거 자이르(현재 콩고 민주 공화국, DRC)로 피신하였고, 이들의 집결은 르완다, 우간다, 부룬디가 자이르 영토 내로 병력을 파견하게 되는 계기가 되었다. 이들의 군사 개입은 지역적 갈등을 넘어 국제적 분쟁으로 확대되었으며, 짐바브웨, 앙골라, 나미비아 등 여러 외국 세력도 군사적 개입에 동참하면서 DRC는 대규모 군사적 충돌의 중심지가 되었다. DRC는 1999년 6월 23일 국제

이 비군사적 목적의 무력 개입을 규제하는 데 적용될 수 있음을 보여주는 또 다른 중요한 사례이다. 이 사건에서 우간다는 콩고 민주 공화국(Democratic Republic of the Congo, DRC) 영토 내에서 군사적 활동을 수행하며, 이 행위가 자위권 행사로 정당화될 수 있다고 주장했다.²¹⁾ 그러나 국제사법재판소(ICJ)는 우간다의 행위가 무력 사용 금지 원칙을 위반했으며, 자위권 행사의 요건을 충족하지 못했다고 판단했다.²²⁾ 특히, 우간다가 군사 작전을 통해 콩고의 자원을 약탈하고 정치적 영향력을 확대하려 한 점은 무력 사용 금지 원칙의 위반으로 간주 되었다.²³⁾

이 사건은 무력 사용 금지 원칙이 단순히 군사적 충돌을 억제하는 데 그치지 않고, 타국의 경제적 자원을 약탈하거나 정치적 목적을 달성하기 위한 무력 사용도 규율한다는 점을 강조했다.²⁴⁾ 이는 무력 사용 금지 원칙이 현대 국제법에서 경제적·정치적 수단으로 무력을 사용하는 행위까지 폭넓게 규율하는 규범으로 발전했음을 보여준다.

이 두 사례는 무력 사용 금지 원칙이 발전하는 과정에서 직면한 다양한 도전을 잘 보여준다. Oil Platforms 사건은 무력 사용 금지 원칙이 경제적 인프라와 같은 비군사적 대상에도 적용될 수 있음²⁵⁾을 보여주는 반면, Armed Activities on the Territory of the Congo 사건은 정치적·경제적 목적을 위한 무력 사용이 국제법적으로 금지²⁶⁾된다는 점을 명확히 했다. 이들은 모두 무력 사용 금지 원칙이 강행규범으로 자리 잡는 데 기여한 판례로, 국제법 체계에서 이 원칙의 폭넓은 적용 가능성과 구속력을 확인시켜 준다.

무력 사용 금지 원칙은 단순히 국가 간 군사적 충돌을 규제하는 데 그치지 않고, 경제적·정치적 이해관계와 연관된 다양한 형태의 무력 사용을 규율하는 포괄적인 법적 틀로 발전했다.²⁷⁾ 이러한 발전은 국제 관습법과 판례를 통해 구체화 되었으며, 강

사법재판소에 르완다, 부룬디를 상대로 소송을 제기하였다. 이 소송은 무력 공격, 인권 침해, 국제 인도법 위반 등을 이유로 하였으며, 르완다가 DRC 영공에서 민간 항공기를 격추한 사건을 포함하였다. 그러나 1999년 7월과 8월 체결된 루사카 정전 협정에도 불구하고 폭력 사태는 지속되었고, 유엔 안전보장이사회의 르완다군 철수 요구는 실질적인 이행으로 이어지지 못하였다. 2001년 1월, 당시 새로 취임한 DRC의 지도자 조셉 카빌라는 유엔 감독하에 정전 합의를 추진하였으나, 병력 철수는 계획대로 이루어지지 않았다. 같은 해 DRC는 르완다와 부룬디를 상대로 한 소송을 취하하였으나, 우간다에 대한 소송은 계속 진행하였다. 2002년 5월 28일 DRC는 다시 르완다를 상대로 새로운 소송을 제기하였다. 이번 소송에서 DRC는 르완다의 무력 공격, 인권 침해, 자원 약탈, 국제법 위반 등을 재차 주장하며, 광범위한 임시 조치와 배상을 요구하였다. DRC는 르완다와 그 대리인이 모든 공격 행위와 인권 침해를 즉각 중단할 것과, 불법적으로 약탈된 자원 및 그로 인한 이익의 반환을 명령할 것을 요청하였다. 또한 DRC는 르완다가 무기 공급을 받지 못하도록 금수 조치를 취하고, 국제법을 위반한 모든 행위에 대해 배상을 지급할 것을 주장하였다. 르완다는 이러한 소송에 대해 자국의 군사적 활동이 후투족의 위협으로부터 자국의 안보를 보호하기 위한 정당한 자위권 행사라고 반박하였다. 그러나 DRC는 르완다의 군사적 활동이 자위권의 범위를 초과했으며, 이는 단순한 방어 행위를 넘어 콩고 자원의 불법적 착취와 정치적 영향력 확대를 위한 무력 개입이라고 주장하였다. 결국 이 사건은 단순한 군사적 충돌을 넘어, 무력 사용 금지 원칙, 자위권의 한계, 국제 인도법 위반, 자원의 불법적 착취와 같은 다층적인 법적 쟁점을 포함하게 되었다.

21) I.C.J. Reports 2005, para. 130.

22) I.C.J. Reports 2005, para. 165.

23) I.C.J. Reports 2005, para. 241.

24) *Ibid.*

25) I.C.J. Reports 2003, para. 86.

26) I.C.J. Reports 2005, paras. 241-242.

행규범으로서의 지위를 통해 국제법 체계의 근간을 형성하고 있다.²⁸⁾

3. 무기 수출과 불법적 무력 사용의 연계 가능성

무기 수출과 불법적 무력 사용의 연계 가능성은 현대 국제법에서 중요한 논제 중 하나이다. 이는 단순히 무기가 국가 간에 거래되는 상업적 행위를 넘어, 국가 간 관계와 국제 평화 및 안보에 미치는 영향까지 고려해야 하기 때문이다.²⁹⁾ 무기 수출은 방위 산업의 발전과 국가 경제에 긍정적인 기여를 할 수 있지만, 수출된 무기가 불법적인 방식으로 사용되거나, 불법적 무력 사용을 조장하는 데 활용된다면 이는 국제법적 논란과 책임의 문제로 이어질 수 있다.

무기 수출이 불법적 무력 사용과 연계되는 방식은 크게 두 가지로 구분할 수 있다. 첫째, 무기 수입국이 이를 침략 행위나 내정 간섭, 혹은 비국가 행위자에 대한 지원 목적으로 사용할 경우이며,³⁰⁾ 둘째, 수출국이 무기를 통해 간접적으로 불법적 무력 사용을 지원하거나 조장하는 경우이다.³¹⁾ 이러한 연계 가능성은 국제사법재판소(ICJ)의 여러 판례를 통해 구체화 되었으며,³²⁾ 국제법상 국가의 책임 문제와 밀접하게 연결되어 있다.

우선, 무기 수출이 불법적 무력 사용으로 이어질 경우, 무기를 수출한 국가가 국제법상 책임을 질 수 있는 근거는 국제사법재판소(ICJ)의 판례들을 통해 확인되었다.³³⁾ Nicaragua 사건에서 국제사법재판소(ICJ)는 미국이 콘트라 반군에 무기를 제공한 행위가 간접적 무력 사용으로 간주될 수 있음을 판시했다.³⁴⁾ 이 판결은 “효과적 통제”(effective control)와 같은 법적 기준을 통해 무기 지원이 단순한 경제적 거래를 넘어 국제법 위반으로 연결될 가능성을 명확히 했다.³⁵⁾ 수출국이 무기를 제공하면서, 이를 침략 행위나 불법적 무력 사용에 활용될 가능성을 충분히 인지했음에도 수출을 강행했다면, 이는 국제법상 책임의 대상이 된다.³⁶⁾

또한, 무기 수출은 내정 간섭이나 특정 정치적 목적을 달성하기 위한 수단으로 사용될 가능성도 있다.³⁷⁾ Armed Activities on the Territory of the Congo 사건에서 국제사법재판소(ICJ)는 우간다가 콩고 민주 공화국의 영토 내에서 군사적 활동을 수행하며, 이 과정에서 자원을 약탈하고 정치적 영향력을 확대하려 한 점을 지적했다.³⁸⁾ 이러한 맥락에서 무기 수출은 단순히 군사적 목적을 넘어 경제적·정치적 수단

27) International Law Commission, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, 2001, Article 2”, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, 검색일: 2024년 12월 18일.

28) Cassese Antonio, *International Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2005, pp. 63-68.

29) Gallea Quentin, “Weapons and war: The effect of arms transfer on internal conflict”, *Journal of Development Economics*, Vol. 160, 2023, pp. 1-2.

30) Resolution 1373 (2001), Sections 2(a), 3(a), 4.

31) Resolution 1373 (2001), Sections 2(a), 4.

32) See. I.C.J. Reports 1986; I.C.J. Reports 1996; I.C.J. Reports 2003; I.C.J. Reports 2005.

33) International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, United Nations, 2008, pp. 65-67.

34) I.C.J. Reports 1986, para 228.

35) I.C.J. Reports 1986, paras 115, 228.

36) I.C.J. Reports 1986, paras 228, 255.

37) Resolution 1373 (2001), Section 2(a).

으로 활용될 가능성을 내포하고 있다. 무기를 수출한 국가가 이러한 가능성을 사전에 충분히 예측하지 못했다면, 이는 국제사회에서 정치적·법적 논란을 야기할 수밖에 없다.

무기 수출이 불법적 무력 사용과 연계될 때 가장 심각한 문제는 비국가 행위자에 대한 무기 제공이다.³⁹⁾ 테러 조직이나 민병대와 같은 비국가 행위자들은 무기를 활용해 주권 국가의 안보와 국제 평화를 위협할 수 있다.⁴⁰⁾ 이러한 맥락에서 무기 수출이 국제 테러리즘이나 내전을 조장하는 도구로 사용된다면, 이는 유엔 헌장 제2조 제4항에서 금지된 무력 사용의 범주에 포함될 수 있다. 예를 들어, 유엔 안전보장이사회는 대북 제재 결의 1718호, 1874호, 2270호, 2397호 등으로 북한의 무기 수출과 관련하여 이를 강력히 규제하며, 무기가 국제 제재를 위반하거나 불법적인 방식으로 사용될 가능성을 차단하려 했다.⁴¹⁾ 이러한 사례는 무기 수출이 불법적 무력 사용과 직접적으로 연결될 수 있는 위험성을 명확히 보여준다.

더 나아가, 무기 수출은 단순히 수출국과 수입국 간의 문제를 넘어 국제사회의 평화와 안보에 중대한 영향을 미칠 수 있다.⁴²⁾ 무기 수출이 침략 행위나 불법적 무력 사용으로 이어질 경우, 이는 국제사회에서 분쟁을 악화시키고 인도적 위기를 초래할 수 있다.⁴³⁾

38) I.C.J. Reports 2005, paras 242-245.

39) Resolution 1373 (2001), Sections 2(a), 4.

40) *Ibid.*

41) 외교부, “[北 1차 핵실험 후] 유엔 안보리 결의 1718호(06.10.14)”, https://vn-m-hochiminh.mofa.go.kr/www/brd/m_3973/view.do?seq=361998&multi_itm_seq=0&itm_seq_1=0&itm_seq_2=0 (검색일: 2024년 11월 21일); 외교부, “유엔 안보리 대북 추가 제재 결의 1984호 채택”, https://www.mofa.go.kr/www/brd/m_4080/view.do?seq=322565 (검색일: 2024년 11월 21일); 외교부, “유엔 안보리 대북한 제재 결의 2270호 채택”, https://www.mofa.go.kr/www/brd/m_4080/view.do?seq=358802 (검색일: 2024년 11월 21일); 외교부, “유엔 안보리 결의 2397호(17.12.22)”, https://www.mofa.go.kr/www/brd/m_3973/view.do?seq=367937&multi_itm_seq=0&itm_seq_1=0&itm_seq_2=0&page=1 (검색일: 2024년 11월 21일).

42) Feinstein Andrew, *The Shadow World: Inside the Global Arms Trade*, Penguin Books, 2012, pp. 102-105.

43) UN Human Rights Council Report, A/HRC/45/6. 예멘 내전은 무기 수출이 국제 분쟁을 심화시키고 인도적 위기를 초래할 수 있다는 점을 명확히 보여주는 사례다. 2015년 시작된 예멘 내전은 사우디아라비아가 주도하는 연합군과 후티 반군 간의 충돌로, 이 과정에서 대규모 무기 수출이 내전의 폭력성을 강화시키는 데 기여했다. 사우디아라비아와 연합군은 미국, 영국, 프랑스 등 여러 국가로부터 대량의 첨단 무기를 수입해 내전에 활용했다. 이러한 무기는 군사적 목적을 넘어 민간인 지역에 대한 폭격과 공격에도 사용되었으며, 이는 수천 명의 민간인 사망과 대규모 인권 침해를 초래했다. 특히, 유엔 인권 이사회 보고서(A/HRC/45/6)에 따르면, 사우디아라비아와 연합군은 민간인 거주 지역, 병원, 학교, 그리고 필수 인프라를 포함한 다수의 목표를 무차별적으로 폭격했다. 이러한 공격은 국제인도법 및 무력 충돌법의 명백한 위반으로 평가된다. 보고서는 이러한 무기 공격이 후티 반군의 공격에 대응하기 위한 자위권 행사의 범위를 넘어섰으며, 군사적 필요성과 비례성을 결여했다고 지적했다. 게다가, 후티 반군 역시 이란으로부터 제공된 무기를 활용해 사우디아라비아를 포함한 주변 지역에 미사일과 드론 공격을 감행하며 충돌을 확산시켰다. 예멘 내전의 가장 심각한 결과 중 하나는 인도적 위기의 악화다. 유엔은 예멘 내전을 세계 최악의 인도적 위기로 규정했으며, 이 위기는 무기 수출과 밀접하게 연관되어 있다. 사우디아라비아와 연합군이 사용한 폭격은 식량 공급망과 필수 인프라를 파괴해 대규모 기아와 질병 확산을 초래했다. 이란에서 후티 반군에 제공된 무기 또한 충돌의 강도를 높이며 민간인의 삶을 더욱 위협했다. 유엔 보고서는 무기 수출국들이 이러한 무기가 국제법을 위반하는 데 사용될 가능성을 충분히 예측할 수 있었음에도 수출을 지속했다고 지적하며, 이는 무기 수출국의 국제적 책임과 도덕적 책무를 논의하는 데 중요한 사례로 자리 잡았다. 결국, 예멘

국제사회는 무기 거래 조약과 같은 법적·정책적 수단을 통해 무기 수출이 불법적 무력 사용으로 이어지지 않도록 규제하려 노력하고 있다.⁴⁴⁾ 그러나 이러한 규제 체계가 모든 국가에 동일하게 적용되거나 실질적인 집행력을 가지지 못할 경우, 무기 수출과 불법적 무력 사용 간의 연계 가능성은 여전히 해소되지 못한다.⁴⁵⁾

무기 수출과 불법적 무력 사용의 연계 가능성은 국제법 체계에서 복잡하고 다층적인 문제다. 이는 단순히 법적 논의에 그치지 않고, 정치적, 경제적, 인도적 관점까지 포함하여 폭넓게 분석되어야 한다. 국제사회의 법적 규제와 국가 간 협력이 없다면, 무기 수출은 불법적 무력 사용의 도구로 남을 위험성이 크다. 이는 국제법이 이러한 연계를 어떻게 규율하고, 무기 수출 과정에서의 합법성과 정당성을 확보할 수 있는지를 지속적으로 고민해야 하는 이유를 보여준다.

III. 국제사법재판소 판례 분석: 무력사용 금지원칙의 적용 사례

1. Carfu Channel 사건(1948)

본 사건은 국제사법재판소(ICJ)가 국가의 주권 침해와 간접적 무력 사용 금지 원칙에 대한 법적 해석을 내린 중요한 판례다. 이 사건은 현대 국제법에서 무력 사용 금지 원칙의 초기 적용과 발전을 설명하는 데 핵심적인 역할을 한다.

사건의 배경⁴⁶⁾은 1946년 5월 15일, 영국 해군 함정이 알바니아 영해를 항해한 사건이다. 이때 알바니아는 구두 항의를 통해 영국의 항해가 자국 영해 주권을 침해했다고 주장했다. 하지만 알바니아는 발포나 경고 사격은 하지 않았다. 영국은 이를 항행의 자유 행사로 간주하고 계속 항해를 강행했다. 이후 10월 22일, 영국 해군 함정 HMS Saumarez와 HMS Volage는 코르푸 해협을 항해하던 중 기뢰에 충돌해 손상을 입고 44명이 사망하고 42명이 부상했다.

영국은 알바니아가 기뢰를 설치했거나 최소한 그 존재를 인지하고도 경고하지 않았다고 주장하면서 알바니아의 국제법 위반 책임을 제기했다. 알바니아는 기뢰 설치에 관여하지 않았으며 영국의 항해가 주권 침해라고 반박했다. 사건 이후 영국은 11월 12일과 13일에 기뢰 제거 작전(Operation Retail)을 수행하면서 추가로 알바니아 영해에 진입했다. 이 작전은 알바니아의 동의 없이 이루어졌으며, 영국은 이를 증거

내전은 무기 수출이 단순한 상업적 거래를 넘어 국제적 갈등과 인도적 위기에 어떻게 기여할 수 있는지를 보여주는 명확한 사례다. 무기가 직접적으로 침략 행위와 불법적 무력 사용에 활용되었을 뿐 아니라, 이로 인해 발생한 피해는 국제사회의 안보와 평화를 심각하게 위협했다. 이러한 사례는 무기 수출이 엄격히 규제되고 국제법적 기준에 따라 통제될 필요성을 강조하며, 수출국들이 무기의 최종 사용과 그 결과에 대해 더 큰 책임을 져야 한다는 점을 시사한다.

44) Arms Trade Treaty, Articles 1, 6, 7.

45) 남수단 사례는 국제 규제 체계가 모든 국가에 동일하게 적용되지 않거나 실질적 집행력을 갖추지 못할 경우 무기 수출이 불법적 무력 사용으로 이어질 가능성을 보여준다. 유엔 안전보장이사회는 결의 2428(2018)을 통해 남수단에 무기 금수 조치를 부과했으나, 일부 국가들의 규제 미흡과 제재 위반으로 무기 공급이 계속되었으며, 이는 갈등 악화와 민간인 피해로 이어졌다. United Nations Security Council, Final Report of the Panel of Experts on South Sudan, S/2022/359, United Nations, 2022, paras. 1 - 10.

46) 사건의 배경은 I.C.J. Reports 1949, pp. 9-35를 참조하여 작성하였다.

확보와 긴급 대응 조치로 정당화했다. 그러나 알바니아는 주권 침해로 간주하고 국제사법재판소(ICJ)에 제소했다.

재판소는 먼저 알바니아의 책임을 인정했다.⁴⁷⁾ 알바니아가 자국 영해에 설치된 기뢰에 대해 사전에 인지했을 가능성이 높으며,⁴⁸⁾ 이를 방치하거나 경고하지 않은 점에서 주권국으로서의 의무를 위반했다고 판단했다.⁴⁹⁾ 그러나 재판소는 동시에 영국의 무력 사용과 주권 침해에 대한 책임도 언급했다.⁵⁰⁾ 영국이 무력 수단을 동원해 알바니아 영해에 재진입한 행위는 알바니아의 주권을 침해한 것으로 판결했다.⁵¹⁾ 이는 무력 사용 금지 원칙의 초기 적용 사례로서 국가 간 무력 사용은 직접적인 군사 충돌뿐 아니라 영해 침범, 군사 활동을 통한 강압 행위 등 간접적 형태도 포함된다라는 점을 명확히 했다.⁵²⁾

특히 재판소는 무력 사용 금지 원칙이 단순한 군사적 충돌의 회피에 국한되지 않고, 강제적 조치 및 주권 침해를 포함한 다양한 형태의 물리적 개입에 적용된다는 점을 강조했다.⁵³⁾ 이 판결은 국제사회가 군사적 수단뿐만 아니라 정치적, 경제적 강압 수단을 통해 타국의 주권을 침해하는 행위를 금지해야 한다는 원칙을 법적으로 구체화하는 출발점이 되었다.⁵⁴⁾

또한 Corfu Channel 사건은 간접적 무력 사용의 정의와 범위를 확대해 무력의 위협(threat of force)이나 군사적 강압 행위도 무력 사용 금지 원칙의 적용 대상임을 확인했다.⁵⁵⁾ 영국의 행위는 무력 사용의 직접적 형태가 아니라 조사와 기뢰 제거를 명분으로 한 군사적 개입이었지만, 결과적으로 타국의 주권을 침해하고 강제력을 행사한 것으로 평가되었다. 이는 무력 사용 금지 원칙이 국가 주권 보호와 밀접하게 연관된다는 점을 재확인한 것이다.

Corfu Channel 사건은 국가의 주권을 침해하는 행위가 정당화되려면 국제법적 근거가 필요하며, 그렇지 않은 경우 무력 사용 금지 원칙 위반으로 간주된다는 법리를 정립했다.⁵⁶⁾ 이는 이후 Nicaragua 사건(1986)과 같은 판례에서 무력 사용 금지 원칙이 강행규범(jus cogens)으로 자리 잡는 기초를 제공했다.

47) I.C.J. Reports 1949, pp. 22-23.

48) *Ibid.* 재판소는 기뢰가 설치된 시기를 고려했을 때, 알바니아 정부가 기뢰 설치 사실을 알고 있었을 개연성이 매우 높다고 판단하였다.

49) I.C.J. Reports 1949, p. 22.

50) I.C.J. Reports 1949, p. 35.

51) *Ibid.*

52) See. Bancroft Harding F., Stein Eric, "The Corfu Channel Case", *Stanford Law Review*, Vol. 1, No. 4, 1949.

53) I.C.J. Reports 1949, p. 35.

54) See. Hudson O. Manley, "The Corfu Channel Case: Significance of First Ruling by Present Court", *American Association Journal*, Vol. 34, No. 6, 1948.

55) I.C.J. Reports 1949, p. 35.

56) *Ibid.* 판결문의 원문은 다음과 같다. "The Court can only regard the alleged right of intervention as the manifestation of a policy of force, such as has, in the past, given rise to most serious abuses and such as cannot, whatever be the present defects in international organization, find a place in international law."

2. Nicaragua 사건(1986)

Nicaragua 사건(1986)은 무력 사용 금지 원칙의 해석과 적용을 확장한 중요한 판례이다. 국제사법재판소(ICJ)는 이 사건에서 미국이 니카라과 반군(Contras)을 지원한 행위⁵⁷⁾를 두고 무력 사용 금지 원칙과 국가 주권 침해 여부를 판단했다. 사건의 핵심 쟁점은 간접적 무기 지원과 무력 사용 금지 원칙의 적용 범위를 정의하는 것이었다.

국제사법재판소(ICJ)는 간접적 무기 지원이 무력 사용 금지 원칙 위반으로 간주될 수 있음을 확인했다.⁵⁸⁾ 미국은 니카라과 반군에 자금을 제공하고 무기 및 훈련을 지원했으며, 이는 니카라과 내전에서 반군의 군사적 역량을 강화하는 데 직접적인 기여를 했다. 법원은 이러한 지원이 직접적인 군사 개입만큼이나 실질적인 무력 사용 효과를 가질 수 있음을 인정했다.⁵⁹⁾ 따라서 무력 사용 금지 원칙은 물리적 무력 사용에 국한되지 않으며, 무기 지원이나 군사 훈련과 같은 간접적 방식의 지원도 이 원칙의 적용 대상이 된다고 판결했다.⁶⁰⁾

국제사법재판소(ICJ)는 본 판결에서 ‘효과적 통제(effective control)’⁶¹⁾ 기준을 도입하여 무장 단체의 행동에 대한 국가 책임의 범위를 명확히 했다.⁶²⁾ 법원은 미국이 니카라과 반군에 대한 실질적 통제권을 행사하지 않았다고 판단했다.⁶³⁾ 즉, 미국의

57) I.C.J. Reports 1986, paras. 110-230; D'Amato Anthony, "Nicaragua and International Law: The 'Academic' and the 'Real'", *Faculty Working Papers*, Paper 135, 1985, pp. 1-4. 본 사건은 간접적 무력 사용과 국가의 국제법적 책임을 명확히 한 판례로, 국제사법재판소(ICJ)는 미국의 콘트라 반군 지원이 유엔 헌장 제2조 제4항의 무력 사용 금지 원칙과 국제 관습법을 위반했는지에 대해 심리를 진행했다. 미국은 1980년대 초 니카라과의 산디니스타 정부가 엘살바도르 반군을 지원하고 있다고 주장하며 이를 저지하기 위해 니카라과 내 반정부 무장 조직인 콘트라에 무기, 군사 훈련, 재정 지원을 제공했다. 나아가 니카라과 항구에 기뢰를 설치하고 해상 봉쇄를 단행하는 등 직접적인 군사적 개입도 병행했다. 이에 니카라과는 미국의 이러한 행동이 자국의 주권을 침해하고 무력 사용 금지 원칙을 위반했다고 판단해 국제사법재판소(ICJ)에 제소했으며, 사건의 쟁점은 미국의 간접적 군사 지원이 무력 사용으로 평가될 수 있는지와 미국의 행동이 내정 불간섭 원칙 및 자위권 요건을 충족하는지로 모아졌다. 미국은 국제사법재판소(ICJ)의 관할권을 부정하며 소송에서 철수했으나, 법원은 관할권을 인정하고 심리를 계속 진행했다. 니카라과는 미국이 콘트라를 통해 사실상 대리 전쟁을 수행하고 있으며, 단순한 물질적 지원을 넘어 반군의 작전 수행에 실질적으로 기여했으므로 이는 간접적 무력 사용으로 해석될 수 있다고 주장했다. 국제사법재판소(ICJ)는 미국의 반군 지원이 니카라과의 주권과 안정을 위협하는 정도에 이르렀으며, 이는 단순한 지원을 넘어 무력 사용 금지 원칙에 위배된다고 판결했다. 비록 미국이 콘트라의 모든 작전을 완전히 통제했다고 보지는 않았으나, 제공된 지원의 규모와 효과는 국가의 책임을 묻기에 충분하다고 보았다. 미국은 엘살바도르를 방어하기 위한 집단적 자위권을 행사했다고 항변했으나, 국제사법재판소(ICJ)는 자위권 행사는 명백하고 즉각적인 무력 공격에 대응해야 한다는 요건을 충족하지 못했다고 판단했다.

58) I.C.J. Reports 1986, paras. 228, 230, 246, 253.

59) I.C.J. Reports 1986, para. 228.

60) I.C.J. Reports 1986, paras. 191, 228, 230.

61) I.C.J. Reports 1986, paras. 109-115. 효과적 통제 기준에 따르면, 특정 불법 행위에 대해 국가가 구체적으로 명령하거나 지시했음을 입증해야 한다. 국제사법재판소(ICJ)는 미국이 콘트라의 모든 불법 행위를 직접 지시했다고 보기는 어려웠기 때문에 완전한 책임은 부정되었으나, 지원의 규모와 성격이 무력 사용 금지 원칙 위반에 대한 부분적 책임을 인정하기에 충분하다고 보았다.

62) I.C.J. Reports 1986, paras. 115-116.

63) *Ibid.*

지원이 전반적인 전략과 전술을 지휘하거나 직접적인 작전을 통제하는 수준에는 이르지 않았다는 것이다. 이는 국가가 제3자의 행위에 대해 책임을 지기 위해서는 해당 국가가 실질적으로 해당 행위를 통제해야 한다는 기준을 설정한 것이다. 하지만 이 판결은 간접적 지원이 무력 사용 금지 원칙에 위배될 수 있다는 입장을 견지하면서도, 구체적 금지 조치를 제한적으로 적용하고 책임 인정의 문턱을 높였다는 점에서 비판을 받는다.⁶⁴⁾ 특히 ‘효과적 통제’ 기준은 국가의 개입을 입증하기 어렵게 만들어 실질적인 법 집행에 장애물이 될 수 있다는 점에서 논란의 여지를 남겼다.⁶⁵⁾

무력 사용 금지 원칙의 확장 해석은 국제법적 논의에서 중요한 전환점을 제공했다. 국제사법재판소(ICJ)는 유엔 헌장 제2조 4항과 관습 국제법을 근거로 무력 사용 금지 원칙의 강행규범(jus cogens)적 성격을 확인했다.⁶⁶⁾ 이는 무력 사용뿐만 아니라 무력의 위협과 지원 행위도 국제법적 금지 대상임을 강조한 것이다.⁶⁷⁾ 이러한 판결은 무력 사용의 정의를 확장함으로써 간접적 지원과 군사적 개입을 포함하는 새로운 기준을 제시했다.⁶⁸⁾

Nicaragua 사건은 간접적 무기 지원과 무력 사용 금지 원칙의 적용 범위를 재정립한 판례로, 국가 간 무력 사용의 새로운 기준을 제시했다. 국제사법재판소(ICJ)의 판단은 무력 사용 금지 원칙을 강화하면서도 ‘효과적 통제’ 기준을 통해 국가 책임의 입증에 엄격한 조건을 부과하여 법적 논쟁을 촉발했다. 이 사건은 무력 사용 금지 원칙의 확장을 통해 현대 국제법 질서에서 주권 존중과 비간섭 원칙을 강화하려는 흐름을 반영하며, 국가의 간접적 개입과 군사적 지원이 국제법적 책임의 대상이 될 수 있음을 명확히 하였다.

3. Oil Platforms 사건(2003)

Oil Platforms 사건(2003)은 국제사법재판소(ICJ)가 경제적 인프라에 대한 무력 공격과 자위권의 적용 기준을 판단한 중요한 판례로 평가된다. 이 사건은 1987년과

64) Leigh Monroe, “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), The American Journal of International Law, Vol. 78 No. 4, 1984, p. 897.

65) Lanovoy Vladyslav, “The Use of Force by Non-State Actors and the Limits of Attribution of Conduct”, *The European Journal of International Law*, Vol. 28, No. 2, 2017, pp. 576-579.

66) I.C.J. Reports 1986, paras. 188-191. 국제사법재판소(ICJ)는 유엔 헌장 제2조 제4항과 국제 관습법에 따라 무력 사용 금지 원칙이 직접적 무력 사용뿐만 아니라 간접적 지원까지도 포함한다고 해석했다. 미국의 콘트라 지원과 항구 기뢰 설치의 단순한 지원을 넘어 상대국의 주권과 안보에 실질적 위협을 초래했기 때문에, 무력 사용 금지 원칙을 위반했다고 판결했다. 동시에 미국의 군사적 개입은 내정 불간섭 원칙을 위반한 것으로, 이는 타국의 정치 체제를 전복하려는 목적으로 무력이나 간섭을 허용하지 않는다는 국제 관습법상 기본 원칙에 반한다.

67) *Ibid.*

68) I.C.J. Reports 1986, paras. 193-201, 232. 미국은 자신이 엘살바도르를 방어하기 위한 집단적 자위권을 행사했다고 주장했으나, ICJ는 자위권 행사는 명백하고 즉각적인 무력 공격에 대응하는 경우에만 인정되며, 비례성과 긴급성을 충족해야 한다고 판단했다. 그러나 엘살바도르에 대한 니카라과의 무력 공격은 명확히 입증되지 않았고, 미국의 개입은 이러한 요건을 충족하지 못했기 때문에 집단적 자위권 주장은 기각되었다. 특히, 유엔 헌장 제51조에 따른 안보리 보고 의무도 이행되지 않았다는 점에서 정당성이 결여되었다고 보았다.

1988년에 미국 해군이 이란의 석유 플랫폼을 공격한 사건을 둘러싸고 발생했다.⁶⁹⁾ 미국은 이 공격이 이란의 무력 공격에 대한 자위권 행사로 정당화된다고 주장했다.⁷⁰⁾ 반면, 이란은 미국의 공격이 불법적이며 국제법을 위반했다고 주장했다.⁷¹⁾

국제사법재판소(ICJ)는 이 사건에서 자위권 적용의 핵심 원칙인 비례성과 즉시성 원칙을 검토했다. 먼저, 법원은 무력 사용의 정당성 여부를 판단하기 위해 자위권 행사의 요건을 엄격하게 분석했다.⁷²⁾ 자위권이 발동되기 위해서는 피해국이 무력 공격을 실제로 받았거나 임박한 위협에 직면해야 한다.⁷³⁾ 그러나 법원은 미국의 주장과 달리, 이란의 행위가 미국에 대한 무력 공격에 해당하지 않는다고 판단했다.⁷⁴⁾ 특히 이란의 행위가 단편적이며 체계적인 무력 공격으로 볼 수 없다는 점을 강조했다.⁷⁵⁾

또한 국제사법재판소(ICJ)는 비례성과 즉시성 원칙의 중요성을 강조했다. 법원은 자위권 행사가 국제법적으로 정당화되기 위해서는 사용된 무력이 공격을 억제하거나 방어하기 위한 범위를 초과해서는 안 된다고 판시했다.⁷⁶⁾ 이 사건에서 미국의 공격은 비례성 원칙을 위반했다고 판단되었다.⁷⁷⁾ 이란의 행위가 미국에 대한 즉각적이고 명백한 위협으로 간주되지 않는 상황에서, 석유 플랫폼을 파괴하는 군사적 대응은 과도한 무력 사용으로 간주되었다.⁷⁸⁾ 국제사법재판소(ICJ)는 무력 사용이 정당화되기 위해서는 명확한 위협에 대한 즉각적 대응이어야 하며, 이 사건에서는 그러한 기준이 충족되지 않았다고 보았다.⁷⁹⁾

특히 경제적 인프라 공격에 대한 법적 해석에서 국제사법재판소(ICJ)는 무력 사용 금지 원칙과 자위권 적용 기준을 명확히 하려 했다.⁸⁰⁾ 법원은 경제적 인프라에 대한 공격이 국가의 주권 및 경제적 안정성에 심각한 영향을 미칠 수 있으므로 무력 사용의 범위에 포함될 수 있음을 인정했다.⁸¹⁾ 그러나 그러한 공격이 자위권 행사로 정당화되려면 반드시 명백한 군사적 위협 또는 공격과 관련이 있어야 한다고 지적했다.⁸²⁾ 이란의 석유 플랫폼이 군사적 공격의 거점으로 활용되었다는 미국의 주장은 입증되지 않았고, 따라서 미국의 대응이 정당화되지 않는다는 결론에 도달했다.⁸³⁾

69) I.C.J. Reports 2003, paras. 51-78. 당시 미국은 이란이 페르시아만에서 자국 상선 및 군함에 대한 공격을 지원하거나 직접 수행했다고 주장하였다. 이러한 공격은 이란-이라크 전쟁(1980~1988) 중 발생한 해상 충돌의 일부로, 양국의 무력 충돌이 해상 무역로의 안전에 위협을 가하는 상황이었다. 특히 1987년 10월, 미국의 유조선 'Sea Isle City'가 이란이 설치한 것으로 의심되는 기뢰에 의해 손상된 사건이 발생했고, 1988년 4월에는 미 해군 구축함 'USS Samuel B. Roberts'가 기뢰 공격을 받아 심각한 피해를 입었다. 이에 대응하여 미국은 이란의 석유 플랫폼이 군사적 목적으로 사용되고 있으며, 이러한 시설이 무기 저장 및 공격 작전에 활용된다고 주장하면서 플랫폼에 대한 공격을 감행했다.

70) I.C.J. Reports 2003, para. 26.

71) *Ibid.*

72) I.C.J. Reports 2003, paras. 51-78.

73) United Nations Charter, Article 51.

74) I.C.J. Reports 2003, paras. 61-64.

75) I.C.J. Reports 2003, para. 64.

76) I.C.J. Reports 2003, para. 77.

77) *Ibid.*

78) *Ibid.*

79) I.C.J. Reports 2003, paras. 51-64.

80) I.C.J. Reports 2003, paras. 51-64, 77.

81) *Ibid.*

82) *Ibid.*

83) I.C.J. Reports 2003, paras. 61-64, 77.

Oil Platforms 사건은 무력 사용 금지 원칙과 자위권 행사 요건을 명확히 하면서도, 국가의 자위권 주장이 국제적 안보와 법치주의에 미칠 영향을 면밀히 검토해야 한다는 점을 시사한다. 특히 비례성과 즉시성 원칙은 무력 사용의 정당성 판단에 있어 필수적 기준으로 작용하며, 경제적 인프라와 같은 비군사적 목표물에 대한 공격은 국제법적으로 더욱 신중한 해석과 검토가 필요함을 강조한다.

IV. 대한민국의 무기 수출과 국제법적 책임

1. 대한민국 헌법과 국제법 준수 의무

헌법 제5조는 대한민국이 국제 평화주의를 원칙으로 한다는 점을 명시하고 있다.⁸⁴⁾ 이 조항은 국가 간의 평화 유지와 침략 행위의 부인을 헌법적 가치로 규정하면서, 대한민국의 외교 및 안보 정책이 국제법적 질서를 준수해야 함을 강조한다. 특히, 제5조 제1항은 “대한민국은 국제 평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다”라고 선언함으로써 무력 사용의 제한과 평화적 수단을 통한 갈등 해결을 원칙으로 한다. 이러한 규정은 유엔 헌장 제2조 제4항⁸⁵⁾의 무력 사용 금지 원칙과 상호 일치하며, 대한민국의 헌법이 국제법의 강행규범(jus cogens)을 존중한다는 점을 분명히 한다.

헌법 제6조는 대한민국이 국제법과 국내법의 관계를 명시한 규정이다. 제6조 제1항은 “헌법에 의해 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”고 규정하고 있으며, 이는 국제법 준수 의무를 헌법적 의무로 수용하는 중요한 근거가 된다. 이 조항은 대한민국이 국제법상의 의무를 국내적 수준에서 이행해야 한다는 점을 명문화한 것으로, 무기 수출과 같은 정책 결정이 국제법과 조화를 이루어야 한다는 원칙을 확립한다. 구체적으로 대한민국이 체결한 무기거래조약⁸⁶⁾과 같은 국제 조약 및 유엔 안전보장이사회의 제재 결의는 국내법과 동일한 효력을 가지며, 이에 위배되는 행위는 국내법적으로도 위법성을 가진다.

무기 수출과 국제 평화 원칙의 조화를 논의하기 위해서는 대한민국 헌법의 국제법 준수 의무가 수출 정책에 미치는 구체적 영향을 검토할 필요가 있다. 첫째, 무기 수출은 국가 안보 및 경제 발전에 기여하는 측면이 있으나,⁸⁷⁾ 수출된 무기가 국제 분쟁이나 인권 침해에 악용될 경우⁸⁸⁾ 대한민국은 국제법 위반의 책임을 질 수 있다.

84) 대한민국헌법 제5조 ① 대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다. ② 국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하며, 그 정치적 중립성은 준수된다.

85) United Nations, *supra* note 1.

86) 대한민국은 2013년 6월 3일에 무기거래조약(Arms Trade Treaty, ATT)에 서명하였으며, 2016년 11월 28일에 비준서를 기탁하여 2017년 2월 26일에 조약이 국내에서 발효되었다. Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Korea, “Korea’s Ratification of the Arms Trade Treaty (ATT)”, https://hamburg.mofa.go.kr/eng/brd/m_5676/view.do?seq=312377&multi_itm_seq=0&itm_seq_1=0&itm_seq_2=0, 검색일: 2024년 12월 30일.

87) Asia Pacific Foundation of Canada, “South Korea’s aims to grow arms exports as defence sector booms”, October 31, 2023, https://www.asiapacific.ca/sites/default/files/publication-pdf/Insight_NEA_Oct31_V2.pdf, 검색일: 2024년 12월 30일.

헌법 제5조는 국제 평화주의와 침략적 전쟁의 부인을 명시하여 무기 수출의 평화적 목적을 강조하며, 헌법 제6조는 체결된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 같은 효력을 가진다고 규정하여 국제적 의무 준수를 강제한다. 이러한 규정은 대한민국이 무기거래조약 및 유엔 안전보장이사회 결의를 포함한 국제 규범을 국내법 수준에서 이행해야 함을 의미한다. 따라서 무기 수출이 국제법 위반 행위에 악용될 경우, 대한민국은 국제사회에서 법적·도덕적 책임을 피할 수 없으며, 이는 정책의 신중한 검토를 요구한다.

둘째, 무기 수출은 수입국의 정치적, 군사적 상황과 긴밀하게 연관되기 때문에 대한민국의 수출 정책은 무기거래조약과 유엔 결의에서 규정한 무기 사용 제한 기준을 준수해야 한다. 무기거래조약 제6조 및 제7조는 무기가 국제 인권법 또는 국제 인도법을 위반하거나 대량학살, 전쟁 범죄 등에 사용될 위험이 있을 경우 수출을 금지한다.⁸⁹⁾ 헌법 제6조에 따른 국제법 준수 의무는 이러한 조약을 국내법과 동일한 효력을 가진 규범으로 수용하므로, 무기 수출의 사전 심사 및 사후 관리 시스템을 통해 국제법적 책임을 회피할 수 있는 장치를 마련해야 한다. 이는 무기 수출 절차의 투명성을 확보하고, 국제사회와의 신뢰 관계를 유지하는 법적 근거를 제공한다.

셋째, 헌법 제5조의 평화 원칙은 무기 수출의 정당성을 확보하기 위해 투명성, 책임성, 인권 보호 기준을 준수해야 함을 시사한다. 특히 수출된 무기가 내전, 테러, 불법 무력 사용에 악용될 경우 대한민국은 수출 허가 과정의 부실함을 이유로 국제사회의 비난과 책임의 위협에 직면할 수 있다. 예를 들어, 예멘 내전에서 무기 수출이 인권 침해 및 인도적 위기 악화에 기여한 사례는 무기 수출국의 책임을 국제사회가 문제 삼는 대표적 예시다.⁹⁰⁾ 이러한 사례는 대한민국이 헌법적 의무와 국제법적 규제를 강화해야 할 필요성을 강조한다. 무기 수출의 적법성과 정당성 확보를 위해 철저한 사전 평가 절차와 사후 감독 체계가 필요하다.

대한민국 헌법 제5조와 제6조는 무기 수출과 국제 평화 원칙의 조화를 실현하기 위한 법적 근거를 제공한다. 헌법 제5조는 국제 평화주의와 무력 사용 제한을 선언하면서 대한민국의 외교 및 안보 정책이 국제법과 조화를 이뤄야 한다는 기준을 제시한다. 헌법 제6조는 국제법을 국내법과 동일한 효력을 가진 규범으로 수용하여, 무기 수출 정책이 국제법적 책임과 구속력을 존중하도록 강제한다. 이러한 헌법 원칙은 무기 수출의 정당성을 평가하고, 국제법적 의무를 이행할 수 있는 구체적 기준과 절차를 마련함으로써 평화와 안보를 유지하는 데 기여할 수 있다.

88) 2019년 대한민국에서 미얀마에 해군 함정을 수출한 사례는 무기 수출과 국제법 준수의 관계를 검토하는 데 중요한 시사점을 제공한다. 당시 미얀마 군부는 로힝야족에 대한 인종 청소와 인권 탄압으로 국제사회의 제재를 받고 있었으며, 이로 인해 해당 수출이 인권 침해 조장과 국제법 위반의 위험성을 내포했다. 이 사건은 무기 수출이 국제 분쟁 및 인권 침해에 악용될 수 있는 위험성을 경고하며, 국제법적 규제와 국내 수출 관리 체계의 중요성을 강조한다. Henry Pope, "Seoul Probes Claims That Myanmar Used a Korean-Made Ship Against Civilians", Organized Crime and Corruption Reporting Project, <https://www.occrp.org/en/news/seoul-probes-claims-that-myanmar-used-a-korean-made-ship-against-civilians>, 검색일: 2024년 12월 30일.

89) Arms Trade Treaty, Articles 6, 7.

90) See. Maletta Giovanna, "Seeking a Responsible Arms Trade to Reduce Human Suffering in Yemen", *The International Spectator*, Vol. 56 No. 1, 2021.

2. 대한민국 무기 수출 통제의 법적 과제

대한민국의 무기 수출 통제는 국제법적 책임과 국내법적 준수 의무를 기반으로 더욱 정교하게 발전해야 한다. Corfu Channel 사건과 Nicaragua 사건은 간접 지원을 통한 무력 사용의 가능성과 그에 대한 국제법적 책임을 강조하는 대표적 사례다. 이 두 사건은 대한민국의 무기 수출 통제 시스템에서 간접 지원의 법적 규제 강화를 요구하는 중요한 시사점을 제공한다. Corfu Channel 사건은 영국의 기뢰 제거 작전이 알바니아의 주권을 침해했다는 점에서 무력 사용 금지 원칙이 직접적인 무력 사용뿐만 아니라 간접적인 무력 사용에도 적용된다는 점을 명확히 했다.⁹¹⁾ 이는 대한민국이 무기 수출을 통해 무력 사용을 간접적으로 지원하거나 조장할 가능성을 철저히 검토해야 함을 시사한다.⁹²⁾ 예를 들어, 무기 수출 대상국이 수출된 무기를 자국 내 분쟁이나 타국에 대한 군사적 도발에 사용할 경우,⁹³⁾ 대한민국은 간접적 책임에서 자유로울 수 없다. 특히 무기거래조약 제6조 및 제7조는 무기가 국제 인권법 또는 국제 인도법을 위반하거나 대량학살, 전쟁 범죄 등에 사용될 위험이 있을 경우 수출을 금지하도록 명시하고 있다. 따라서 무기 수출 심사 과정에서 수입국의 정치적·군사적 상황, 무기의 최종 사용자 및 사용 목적에 대한 철저한 평가와 검증 시스템이 필요하다.

Nicaragua 사건은 미국의 콘트라 반군 지원이 무력 사용 금지 원칙을 위반한 것으로 판시하면서, 간접 지원의 범위와 국가 책임 기준을 구체화했다.⁹⁴⁾ 특히 ‘효과적 통제(effective control)’ 기준을 통해 간접 지원이 무력 사용과 직접 연결될 경우 국제법적 책임을 인정했다.⁹⁵⁾ 이 기준은 대한민국이 무기 수출 심사에서 수입국의 행위에 대한 영향력과 통제 가능성을 면밀히 검토해야 함을 의미한다. 예를 들어, 수출된 무기가 불법적 무력 사용이나 인권 침해에 사용될 가능성이 있는 경우,⁹⁶⁾ 대한민

91) Hudson O. Manley, *supra* note 54.

92) 2016년 9월, 예멘 후티 반군이 정부군으로부터 획득한 무기 중 한국 한화에서 제조한 수류탄이 발견되었다. 한화 측은 예멘에 무기를 직접 수출한 사실은 없다고 밝혔으나, 중동 지역으로의 수출 내역에 대해서는 구체적인 언급을 하지 않았다. 한겨레21, “예멘 전쟁터의 메이드 인 코리아”, <https://h21.hani.co.kr/arti/cover/cover/46134.html>, 검색일: 2024년 12월 30일.

93) 시리아 내전(2011년 발발)은 정부군과 반군 사이의 무력 충돌로 수십만 명이 사망하고 대규모 난민 사태가 발생하였다. 정부군은 러시아로부터 공급받은 전투기, 미사일, 포격 시스템 등을 사용하여 반군과 민간인을 공격하였고, 반군은 터키, 사우디아라비아, 미국 등으로부터 지원받은 무기를 활용하여 충돌을 지속시켰다. 국제사회는 유엔 결의 및 군사적 개입을 통해 사태 해결을 시도하였으나, 내전은 현재까지 완전히 종식되지 않고 있다. European Union Institute for Security Studies, *Russia's Return to the Middle East: Building Sandcastles?*, Chapter 4, “Russian Arms Exports in the Middle East,” 2018, pp. 37-43.

94) I.C.J. Reports 1986, paras. 228-230.

95) I.C.J. Reports 1986, para. 115.

96) International Criminal Court, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, 2009. 수단 다르푸르 분쟁(2003년 - 2010년)은 정부군과 민병대(자잔자위드) 간의 무력 충돌로 발생한 대규모 인권 침해 사건이다. 이 과정에서 중국과 러시아에서 수입한 무기가 민간인 학살과 인권 침해에 사용되었다. 국제사회는 이를 심각한 인도적 위기로 규정하고 무기 금수 조치를 포함한 제재를 가했으나, 무기 공급은 지속되었다. 그 결과 약 30만 명이 사망하고, 270만 명 이상의 피난민이 발생하였다. 국제형사재판소(ICC)는 2009년과 2010년에 걸쳐 수단 대통령 오마르 알바시르(Omar al-Bashir)를 제노사이드(집단 학살) 및 전쟁 범죄 혐의로 기소하였다.

국은 효과적 통제 기준을 적용해 책임 회피가 불가능한 상황을 대비해야 한다. 이러한 법적 기준을 수출 심사 절차에 반영함으로써 간접 지원에 따른 법적 책임 발생을 예방할 수 있다.

Oil Platforms 사건은 비례성 원칙의 적용을 통해 자위권 행사와 무력 사용의 적법성을 평가한 사례다. 이 사건에서 국제사법재판소는 무력 사용이 비례적이고 즉각적인 대응일 때만 정당화될 수 있음을 강조했다.⁹⁷⁾ 대한민국의 무기 수출 통제 시스템은 이러한 비례성 원칙을 수출 심사 기준으로 도입해야 한다. 무기 수출 심사에서 비례성 원칙을 적용하면, 수출된 무기가 수입국에서 사용될 군사적 목적이 위협 수준과 대응 조치의 비례성을 충족하는지 평가해야 한다. 예를 들어, 특정 국가가 내전 상황에서 무기를 방어 목적이 아닌 공격적인 군사 작전에 사용할 가능성이 있다면, 비례성 기준에 따라 수출을 제한해야 한다.⁹⁸⁾ 이는 국제사회에서 대한민국의 신뢰도를 강화하고, 국제법적 책임을 준수하는 체계를 구축하는 데 기여할 것이다.

이와 같이 대한민국의 무기 수출 통제는 Corfu Channel 사건과 Nicaragua 사건에서 확인된 간접 지원 규제의 법적 기준을 반영하고, Oil Platforms 사건에서 강조된 비례성 원칙을 수출 심사에 적용함으로써 법적 정당성과 책임성을 강화할 필요가 있다. 이러한 법적 과제를 해결하기 위해 대한민국은 무기 수출 심사 절차의 투명성을 높이고, 수출 후 사용에 대한 감시 및 사후 평가 시스템을 마련해야 한다. 또한, 국제법적 기준을 반영한 통합적인 규제 체계와 행정적 조정을 강화하여 무기 수출의 합법성과 정당성을 지속적으로 검토할 수 있는 법적·제도적 기반을 확립해야 한다.

V. 결론 및 제언

대한민국의 무기 수출과 국제법적 책임에 대한 논의는 현대 국제법 질서에서 평화와 안보를 유지하고, 무력 사용 금지 원칙을 준수하기 위한 법적·정책적 과제를 명확히 하는 데 핵심적인 의의를 가진다. 본 연구는 유엔 헌장 제2조 제4항을 근간으로 한 무력 사용 금지 원칙과 대한민국 헌법 제5조 및 제6조의 규정을 분석함으로써 무기 수출 통제의 법적 정당성과 책임성을 평가하였다. 대한민국은 국제 평화주의를 천명한 헌법적 원칙과 국제법 준수 의무를 기반으로 무기 수출을 규제해야 하며, 이를 통해 국제사회의 신뢰를 강화하고 법치주의에 기초한 국제질서에 기여할 수 있다.

특히 Corfu Channel 사건, Nicaragua 사건, 그리고 Oil Platforms 사건과 같은 판례 분석은 무력 사용 금지 원칙의 적용 범위를 확장하고, 간접적 무기 지원과 군사적 개입에 대한 법적 책임을 명확히 하는 데 중요한 기준을 제공하였다. 이러한 판

97) I.C.J. Reports 2003, paras, 76-77.

98) 2018년 10월, 사우디아라비아 정부가 반체제 언론인 자말 카슈끄지(Jamal Khashoggi)를 이스탄불 주재 사우디 총영사관에서 암살한 사건이 발생하였고, 국제사회는 이를 국제 인권법 위반으로 규정하며 강하게 비판하였다. 이에 독일 정부는 사우디아라비아가 무기를 공격적 군사작전 및 인권 탄압에 사용할 가능성을 우려하여 비례성 원칙에 따라 무기 수출을 전면 중단하였다. Financial Times, "Germany halts arms exports to Saudi Arabia over Khashoggi murder", <https://www.ft.com/content/6be62fa2-d5d0-11e8-ab8e-6be0dcf18713>, 검색일: 2024년 12월 30일.

례들은 대한민국의 무기 수출 정책이 수입국의 군사적 행동과 인권 침해 여부를 면밀히 검토하고, 국제법적 기준에 따라 투명하고 책임 있는 관리 체계를 구축할 필요성을 시사한다.

대한민국은 무기거래조약 및 유엔 안전보장이사회의 결의를 철저히 준수하는 체계를 구축해야 한다. 이를 위해 무기 수출 심사 절차의 강화, 사전 평가 및 사후 검증 시스템의 확대, 위험 평가 도구의 개발이 필요하다. 특히 수출 심사 기준에서 인권 침해 및 무력 사용 금지 원칙 위반 여부를 구체적으로 평가하고, 고위험 지역 또는 불안정 국가에 대한 수출을 제한하는 정책을 명문화해야 한다. 무기 수출 허가 과정에서 투명성을 강화하고, 심사 과정의 독립성과 전문성을 확보해야 한다. 이를 위해 독립적인 무기 수출 심사위원회를 설립하고, 민간 전문가 및 법학자들의 검토와 자문을 의무화하는 방안을 고려할 필요가 있다. 또한, 무기 수출 관련 정보를 국민과 국제사회에 공개하여 정책의 신뢰성을 높이고, 부정행위를 방지하기 위한 감시 체계를 구축해야 한다.

헌법 제6조에 따라 국제법과 국내법의 조화를 이루는 제도적 장치를 마련해야 한다. 무기 수출 관련 법령을 국제 기준에 부합하도록 정비하고, 국제법적 원칙을 반영한 명확한 가이드라인을 수출 관리 당국에 제공해야 한다. 특히 무기 수출 통제 관련법들의 구체적 적용 범위와 책임 기준을 강화하여 불법 거래 및 제재 우회 사례를 예방해야 한다. 무기 수출이 완료된 이후에도 무기의 최종 사용 및 사용 목적을 철저히 모니터링하는 시스템을 구축해야 한다. 수출국으로서 대한민국은 수입국의 무기 사용 실태를 정기적으로 점검하고, 국제법 위반 사례가 발생할 경우 수출 중단 및 회수 조치를 신속하게 취해야 한다. 이를 위해 기술적 추적 시스템 및 국제적 협력 네트워크를 활용한 정보 공유 체계를 강화해야 한다.

무기 수출과 관련된 국제법 위반 사례가 발생했을 때, 대한민국은 법적 책임을 신속하게 인정하고 국제법적 대응 조치를 취해야 한다. 이를 위해 국제법 전문가와 법률 자문단을 중심으로 법적 대응 전략을 마련하고, 국제재판소 및 중재 절차에서 대한민국의 입장을 적극적으로 변호할 수 있는 체계를 강화해야 한다. 무기 수출 관련 공무원, 군 관계자, 기업 담당자들에게 국제법과 무기 수출 통제 규정에 대한 교육 및 훈련을 의무화해야 한다. 이를 통해 국제법적 책임에 대한 인식을 제고하고, 법적·윤리적 기준을 준수하는 문화와 절차를 정착시켜야 한다.

대한민국의 무기 수출 통제 시스템은 국제법과 국내 헌법의 원칙을 기반으로 강화되어야 하며, 평화와 인권을 존중하는 글로벌 리더로서의 역할을 수행해야 한다. 이를 위해 무기 수출 정책의 투명성, 책임성, 적법성을 확보하고, 국제사회의 요구와 기준을 철저히 준수하는 법적·제도적 기반을 마련해야 한다. 이러한 접근은 대한민국의 무기 수출 정책이 단순한 경제적 이익을 넘어서, 국제평화와 안보를 유지하고 법치주의를 강화하는 방향으로 발전할 수 있도록 뒷받침할 것이다.

[참고문헌]

<외국 문헌>

- Cassese Antonio, *International Law, 2nd ed.*, Oxford University Press, 2005.
- Erin Pobjie, *The Meaning of Prohibited 'Use of Force' in International Law. In: Prohibited Force: The Meaning of 'Use of Force' in International Law*, Cambridge University Press, 2024.
- European Union Institute for Security Studies, *Russia's Return to the Middle East: Building Sandcastles?*, Chapter 4, "Russian Arms Exports in the Middle East," 2018.
- Feinstein Andrew, *The Shadow World: Inside the Global Arms Trade*, Penguin Books, 2012.
- International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, United Nations, 2008.
- UN Human Rights Council Report, A/HRC/45/6.
- United Nations General Assembly, *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States*, A/RES/2625(XXV), 24 October 1970.
- United Nations Security Council, *Final Report of the Panel of Experts on South Sudan*, S/2022/359, United Nations, 2022.
- United Nations Security Council, *Resolution 1373 (2001)*, adopted on 28 September 2001, S/RES/1373.

<외국 학술지>

- Bancroft Harding F., Stein Eric, "The Corfu Channel Case", *Stanford Law Review*, Vol. 1, No. 4, 1949.
- Brown Chester, "Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)(Democratic Republic of the Congo v Rwanda) Provisional Measures, Order of 1 July 2002", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52 No. 3, 2003.
- D'Amato Anthony, "Nicaragua and International Law: The 'Academic' and the 'Real'", *Faculty Working Papers*, Paper 135, 1985.
- Gallea Quentin, "Weapons and war: The effect of arms transfer on internal conflict", *Journal of Development Economics*, Vol. 160, 2023.
- Hudson O. Manley, "The Corfu Channel Case: Significance of First Ruling by Present Court", *American Association Journal*, Vol. 34, No. 6, 1948.
- Lanovoy Vladyslav, "The Use of Force by Non-State Actors and the Limits of Attribution of Conduct", *The European Journal of International Law*, Vol. 28 No. 2, 2017.

Leigh Monroe, “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), *The American Journal of International Law*, Vol. 78 No. 4, 1984.

Maletta Giovanna, “Seeking a Responsible Arms Trade to Reduce Human Suffering in Yemen”, *The International Spectator*, Vol. 56 No. 1, 2021.

Tunnermann Bernheim Carlos, “United States Armed Intervention in Nicaragua and Article 2(4) of the United Nations Charter”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 11 No. 1, 1985.

<외국 법령>

Arms Trade Treaty.

United Nations Charter, 1945.

<외국 판례>

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005,

Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion, 1996), I.C.J. Reports 1996.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986.

International Criminal Court, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, 2009.

<기타 자료>

외교부, “[北 1차 핵실험 후] 유엔 안보리 결의 1718호(06.10.14)”, https://vnm-hochiminh.mofa.go.kr/www/brd/m_3973/view.do?seq=361998&multi_itm_seq=0&itm_seq_1=0&itm_seq_2=0.

_____, “유엔 안보리 결의 2397호(17.12.22)”, https://www.mofa.go.kr/www/brd/m_3973/view.do?seq=367937&multi_itm_seq=0&itm_seq_1=0&itm_seq_2=0&page=1.

_____, “유엔 안보리 대북 추가 제재 결의 1984호 채택”, https://www.mofa.go.kr/www/brd/m_4.

_____, “유엔 안보리 대북한 제재 결의 2270호 채택”, https://www.mofa.go.kr/www/brd/m_4080.

한겨레21, “예멘 전쟁터의 메이드 인 코리아”, <https://h21.hani.co.kr/arti/cover/cover/46134.html>.

- Asia Pacific Foundation of Canada, “South Korea’s aims to grow arms exports as defence sector booms”, October 31, 2023, https://www.asiapacific.ca/sites/default/files/publication-pdf/Insight_NEA_Oct31_V2.pdf.
- Henry Pope, “Seoul Probes Claims That Myanmar Used a Korean-Made Ship Against Civilians”, Organized Crime and Corruption Reporting Project, <https://www.occrp.org/en/news/seoul-probes-claims-that-myanmar-used-a-korean-made-ship-against-civilians>.
- International Law Commission, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, 2001, Article 2”, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.
- Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Korea, “Korea’s Ratification of the Arms Trade Treaty (ATT)”, https://hamburg.mofa.go.kr/eng/brd/m_5676/view.do?seq=312377&multi_itm_seq=0&itm_seq_1=0&itm_seq_2=0.
- United Nations, “Charter of the United Nations, Article 2(4)”, <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>.
- Financial Times, “Germany halts arms exports to Saudi Arabia over Khashoggimurder”, <https://www.ft.com/content/6be62fa2-d5d0-11e8-ab8e-6be0dcf18713>.

[Abstract]

The Principle of Non-Use of Force and Legal Responsibility in Arms Exports: An Analysis Based on International Court of Justice Case Law

Jo JangHyun*

This paper examines South Korea's arms exports and its international legal obligations, focusing on the application and limitations of the prohibition on the use of force. It evaluates the legal legitimacy and accountability of South Korea's arms export control system by analyzing the prohibition on the use of force as prescribed in Article 2(4) of the United Nations Charter, along with South Korea's constitutional commitment to international law compliance under Articles 5 and 6 of its Constitution. Emphasizing the necessity for arms exports to align with international legal standards, this study highlights the imperative for South Korea's export control policies to uphold principles of peace and human rights protection. Drawing on precedents established by the International Court of Justice (ICJ)—including the Corfu Channel Case, the Nicaragua Case, and the Oil Platforms Case—it identifies the legal criteria and scope of state responsibility for indirect uses of force through arms provisions and military interventions, applying these principles to South Korea's legal challenges in arms export regulations. Furthermore, the paper evaluates compliance with the Arms Trade Treaty (ATT) and United Nations Security Council resolutions, proposing enhancements to arms export screening processes, risk assessment tools, and post-export monitoring systems to ensure transparency and accountability. It underscores the necessity of establishing an independent arms export review committee and systematizing evaluation procedures to align with international standards. Ultimately, this paper provides a framework for South Korea to strengthen its arms export control mechanisms, ensuring compliance with international law and constitutional principles, while positioning itself as a global leader committed to peace and human rights protection.

Key Words: Arms Export Control, The Principle of Non-Use of Force, International Legal Responsibility, Arms Trade Treaty, Constitutional Principle of Peace

* Attorney at Law(District of Columbia, U.S.A.), Handong Global University School of law, Ph.D Candidate.

「명지법학」 편집규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

제1조(목적) 이 규정은 명지대학교 법학연구소에서 간행하는 명지법학(Myongji Law Review)의 편집, 간행 및 논문심사에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(명지법학의 간행)

- ① 「명지법학」은 연 2회 발간함을 원칙으로 한다. 단, 편집위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 합본호나 증호를 발간할 수 있다.
- ② 「명지법학」의 발간일자는 매년 7월 31일과 1월 31일을 원칙으로 한다.
- ③ 「명지법학」은 인쇄출판과 전자출판의 형태로 간행하며, 전자출판의 경우 원문 파일을 명지대학교 법과대학 법학연구소 홈페이지에 게재한다.
 - 홈페이지 주소: <http://col.mju.ac.kr/user/mjulaw/index.html>

제3조(원고의 게재)

- ① 투고 원고는 「명지법학」 투고규정상의 투고 자격을 갖춘 투고자의 논문으로서 편집위원회의 게재 결정을 얻어 「명지법학」에 게재한다.
- ② 투고 원고는 전문 학술논문으로써 기왕에 다른 학술지 등에 게재된 일이 없으며, 「명지법학」 투고규정 및 원고작성 지침에 따른 절차와 요건을 갖춘 것이어야 한다.
- ③ 제출된 투고 원고가 본 연구소가 제시한 투고규정 및 원고작성 지침에 부합하지 않을 경우에는 수정을 요구할 수 있다.

제4조(편집위원회의 구성)

- ① 편집위원회는 법학연구소의 편집위원장과 편집위원으로 구성된다.
- ② 편집위원은 편집위원장을 포함한 5인 이상으로 한다.
- ③ 편집위원이 될 수 있는 자는 법학교수, 법학분야 박사학위 보유자 또는 법률분야에 5년 이상 종사한 자로 하며 외부 인사를 포함할 수 있다.
- ④ 편집위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.
- ⑤ 편집위원장은 편집위원 중 법학연구소장이 임명하고 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.

제5조(편집위원회의 업무)

- ① 「명지법학」의 편집 및 출판
- ② 「명지법학」 원고의 접수 및 게재 여부 심사

- ③ 「명지법학」 연구윤리위원회의 결정에 따른 조치
- ④ 기타 간행물의 편집 및 출판

제6조(편집위원회의 운영)

- ① 위원회는 위원장이 필요하다고 판단하거나 편집위원 과반수의 요구가 있는 경우에는 위원장이 소집한다.
- ② 위원회의 의결은 편집위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성에 의한다.
- ③ 위원회는 「명지법학」 기타 간행물에 투고된 원고를 제8조의 기준과 「명지법학」 투고규정 및 「명지법학」 원고작성 지침에 따라 심사하여 그 게재 여부를 정한다.
- ④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 편집간사를 둘 수 있다.

제7조(심사위원회의 구성)

- ① 논문 심사는 제8조 제1항의 기준에 따라 편집위원회에서 위촉하는 3인의 심사위원이 심사한다.
- ② 심사위원은 명지법학연구소의 연구위원 및 편집위원장이 위촉하는 외부 심사위원으로 구성한다.
- ③ 심사위원의 신원은 원고투고자에 대하여 비밀로 한다.

제8조(원고의 심사)

- ① 논문 심사는 다음의 기준으로 한다.
 - 1. 주제설정(창의성과 적절성)
 - 2. 연구 방법의 논리적 완결성
 - 3. 연구의 학술적 완성도
 - 4. 연구결과의 학문적 기여도
 - 5. 종합의견(게재, 수정 후 게재, 수정 후 재심사, 게재 불가)
- ② 번역, 서평, 및 판례 평석 심사는 다음의 기준으로 한다.
 - 1. 번역, 서평 및 판례 평석의 필요성
 - 2. 번역, 서평 및 판례 평석의 완성도
 - 3. 번역, 서평 및 판례 평석의 기여도
- ① 심사에 관한 평가는 게재가, 수정 후 게재, 수정 후 재심사(차호 게재), 게재 불가로 구분한다.
- ③ 평가 시 원고 투고자의 신원은 익명으로 한다.

제9조(심사료) 「명지법학」 투고논문을 심사하는 심사위원에게는 소정의 심사료를 지급할 수 있다. 심사료는 편집위원회에서 결정하며, 법학연구소장이 지급여부를 결정한다.

제10조(게재료) 「명지법학」에 게재된 원고에 대한 게재료는 편집위원회에서 결정한다.

제11조(본 규정의 시행 및 개정)

- ① 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거친 날로부터 시행한다.
- ② 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거쳐서 개정할 수 있다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 투고규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 07. 31.

개정 2022. 03. 31.

제1조(투고자격)

- ① 국내외 대학 전임교수
- ② 법률 분야의 종사자
- ③ 대학원생으로서 박사학위 수료 이상의 자
- ④ 기타 편집위원회의 추천을 받은 자
- ⑤ 각 호의 자와 공동으로 투고하는 자

제2조(투고원고)

- ① 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.
 1. 발표논문: 본 연구소 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
 2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 투고된 논문
 3. 기타(번역 • 평석 등): 「명지법학」 게재를 위하여 제출된 번역, 판례평석, 입법동향분석, 서평 등
- ② 학술지에 게재할 원고는 다음의 요건을 갖춘 것이어야 한다.
 1. 법학 연구 및 교육 혹은 법률문화 창달에 기여하는 내용의 원고일 것
 2. 다른 학술지 등에 발표한 일이 없는 원고일 것, 다만, 타 학술지에 일부 발췌문을 발표하였을 경우에는 그 전문(全文)을 투고할 수 있다.
 3. 외국논문을 한글로 번역한 논문의 경우에는 게재를 요청하는 번역자에 의해 저작권 협의가 이미 완료되어 있을 것
- ③ 학술지에 게재할 원고의 전체분량은 「명지법학」 원고작성 지침에 따른 형식으로 20매 내외를 원칙으로 하며, 30매를 초과할 경우 편집위원회의 결정에 따라 게재가 허용될 수 있다.

제3조(투고절차 및 방법)

- ① 국문 원고인 경우에는 외국어제목, 외국어초록, 외국어 주제어를 첨부하여야 하고, 외국어 논문인 경우에는 국문 제목, 국문 초록, 국문 주제어를 첨부하여야 한다.
- ② 원고는 작성자의 인적사항을 삭제한 후 제출하고, 표지에 저자명, 소속, 직위, 연락처(전자우편, 전화번호)를 기입한다.
- ③ 원고 제출은 투고기한 내에 완성된 원고를 첨부하여 전자우편(E-Mail)으로 송부함을 원칙으로 한다.

제4조(투고기한) 논문의 투고는 「명지법학」의 발간 예정일을 기준으로 1월 전(각 6월 30일, 12월 31일)까지 제출한다. 다만 부득이한 사정으로 기한을 초과하여 제출하는 경우에는 편집위원회의 허가를 받는다.

제5조(논문제출처) 원고는 온라인 논문투고 및 심사시스템(<http://kyobo160.medone.co.kr/html>)에 제출하며, 논문투고에 관한 문의는 명지대학교 법학연구소로 한다.

- 주소: (03674) 서울시 서대문구 거북골로 34 명지대학교 법학연구소
- 이메일: lawresearch@mju.ac.kr
- 전화: 02-300-0805
- 팩스: 02-300-0804

제6조(저작권)

- ① 학술지의 편자(編者)는 법학연구소장의 명의로 한다. 다만, 학술지의 내용에는 개별 원고의 집필자를 명시한다.
- ② 「명지법학」에 출판된 모든 저작물의 편집저작권 및 출판권은 본 연구소에 귀속된다.

제7조(투고논문의 작성방법) 투고논문의 작성방법은 명지법학 원고작성 지침에 따른다.

제8조(논문의 심사)

- ① 투고원고는 편집위원회가 선정한 3인의 심사위원이 심사하여 그 결과를 편집위원회에 통보하면 편집위원회는 그 결정에 따라 논문의 수정 • 보완을 요구하거나 게재를 유보할 수 있다. 편집위원회의 모든 업무처리와 각 심사위원의 심사는 본 명지법학 연구윤리규정과 게재논문 심사규정에 따라서 이루어진다.
- ② 「명지법학」의 심사기준은 1) 논문제목과 내용의 적합성, 2) 기존연구와의 차별성, 3) 연구내용의 독창성, 4) 연구방법과 결과의 명확성, 5) 논문체계와 기술방법의 적절성, 6) 참고문헌 인용의 적합성, 7) 연구 기대효과 및 학계 기여도로 한다.
- ③ 심사결과는 원칙적으로 편집위원회가 투고자에게 온라인 논문투고 및 심사시스템, 전자메일 등을 통해 통지한다. 게재불가의 경우 투고자가 편집위원회에 이의를 제출하면 가능한 한 신속하게 이를 처리하고 그 결과를 즉시 통보한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2022년 4월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 연구윤리규정

제1조 (목적)

이 규정은 명지법학 연구윤리위원회(이하 "위원회"라 한다)의 운영에 관한 기본적인 사항을 규정함으로 목적으로 한다.

제2조 (용어의 정의)

이 규정에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "연구부정행위"라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 연구 목적과 무관하게 고의 또는 중대한 과실로 내용을 위조, 변조, 표절하거나 저자를 부당하게 표시하는 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말한다.
2. "위조"라 함은 자료나 연구결과를 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
3. "변조"라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
4. "표절"이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나 자신이 이미 발표한 연구 결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는 행위를 말한다.
5. "부당한 저자 표시"는 연구 내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 저자 자격을 부여하지 않거나 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.

제3조 (기능)

위원회는 명지법학의 회원·준회원 또는 단순게재자의 연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 연구윤리 확립에 관한 사항
2. 연구부정행위의 예방, 조사에 관한 사항
3. 제보자 보호 및 비밀 유지에 관한 사항

제4조 (구성)

- ① 위원회의 위원은 명지법학의 편집위원장이 지명하는 편집위원 중 3명과 위원회의 추천을 받는 외부인사 2인으로 한다.
- ② 연구윤리위원장은 위원회에서 호선하고, 위원장과 위원의 임기는 2년으로 한다.
- ③ 위원회의 제반업무를 처리하기 위해 간사 1인을 둘 수 있다.
- ④ 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다.

제5조 (회의)

- ① 위원회의 회의는 필요한 경우에 위원장이 소집하고 주재한다.
- ② 회의는 재적위원 과반수 출석으로 성립하며 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.
- ③ 필요한 경우 위원이 아닌 자를 회의에 참석시켜 의견을 들을 수 있다.
- ④ 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

제6조 (연구부정 행위 조사)

- ① 위원회는 구체적인 제보가 있거나 상당한 의혹이 있을 경우에는 연구부정 행위 존재 여부를 조사하여야 한다.
- ② 위원장은 예비조사를 실시할 수 있다.

제7조 (위원회의 권한과 책무)

- ① 위원회는 조사과정에서 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
- ② 피조사자가 정당한 이유 없이 출석 또는 자료 제출을 거부할 경우에는 혐의 사실을 인정한 것으로 추정할 수 있다.
- ③ 위원회는 연구기록이나 증거의 상실, 파손, 은닉 또는 변조 등을 방지하기 위하여 상당한 조치를 취할 수 있다.

제8조 (기피·제척·회피)

- ① 피조사자 또는 제보자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 기피신청이 인용된 경우에는 기피 신청된 위원은 당해 조사와 관련하여 배제된다.
- ② 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 자는 안건의 심의·의결 및 조사에 관여할 수 없다.
- ③ 제1항 또는 제2항의 사유가 있다고 판단하는 위원 및 조사위원은 회피를 신청할 수 있다.
- ④ 위원장은 위원 중 당해 조사 사안과 이해관계가 있는 위원에 대해서는 당해 조사 사안과 관련하여 위원의 자격을 정지할 수 있다.

제9조 (진술기회의 보장)

위원회는 조사 사실에 대해 피조사자에게 의견을 제출하거나 해명할 기회를 부여하여야 한다.

제10조 (조사결과에 따른 조치)

- ① 위원회는 재적위원 과반수 철석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 피조사사실과 관련한 피조사자의 행위가 연구부정행위임을 확인하는 판정을 한다.
- ② 연구부정 행위 확인판정이 있는 경우에는 다음 각 호의 제재를 가하거나 이를 병과할 수 있다.
 1. 연구부정 논문의 게재취소
 2. 연구부정 논문의 게재취소사실의 공지
 3. 회원자격의 박탈 또는 정지
 4. 관계기관에의 통보
- ③ 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록 집수, 취소일자, 취소이유 등이 포함되어야 한다.
- ④ 위원회는 연구윤리와 관련하여 고의 또는 중대한 과실로 진실과 다른 제보를 하거나 허위의 사실을 유포한 자에 대해서는 회원자격을 박탈 또는 정지할 수 있다.

제11조(결과의 통지)

위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 피조사자 및 제보자 등 관련자에게 통지한다.

제12조(재심의)

피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제11조의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심의를 요청할 수 있다.

제13조(비밀유지의 의무 등)

- ① 위원회는 제보자를 보호하고 피조사자의 명예를 부당하게 침해하지 않도록 노력하여야 한다.
- ② 제보·조사·심의·의결 및 건의 등과 관련된 일체의 사항은 비밀로 하되, 상당한 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.
- ③ 위원, 조사에 직·간접적으로 참여한 자는 심의·의결·조사 기타 조사과정에서 취득한 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다.

제14조(경비)

위원회의 운영에 필요한 경비는 명지법학의 예산의 범위 내에서 지급한다.

부 칙

제1조(시행일)

이 규정은 2008년 1월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 원고작성 지침

법학연구소에서 간행하는 「명지법학」에 논문을 게재하고자 하는 자는 다음의 원고 작성 절차를 준수해야 한다.

다 음

1. 원고 작성의 원칙

- 1) 원고는 워드 프로세서로 작성하여 명지대학교 법학연구소 온라인 논문투고 및 심사시스템(<http://kyobo160.medone.co.kr/html>)에 제출하며, 워드 프로세서는 [한글] 프로그램 사용을 원칙으로 한다.
- 2) 원고는 국문으로 작성하는 것을 원칙으로 하되, 필요한 경우 외국어로 작성할 수 있다.
- 3) 원고는 각주, 표, 그림 등을 포함하여 A4 용지 20매 내외로 하는 것을 원칙으로 한다.

2. 원고의 구성

원고는 다음 순서에 따라서 구성되어야 한다.

- 1) 논문제목(부제 포함)
- 2) 투고자 성명(학위, 소속 및 지위 등 투고자의 인적사항에 관한 내용은 각주로 표시함)
- 3) 논문요지
- 4) 논문요지의 검색용 주제어(주제어는 10개를 넘지 않도록 함)
- 5) 본문(각주 포함)
- 6) 참고문헌(본문에서 인용한 참고문헌에 한함)
- 7) 외국어 초록(외국어로 작성된 논문의 경우는 한글 초록): 논문제목, 투고자 성명을 포함
- 8) 외국어 주제어(외국어로 작성된 논문의 경우는 국문 주제어): 외국어 주제어는 국문 주제어와 같은 순서로 배열함

3. 원고 작성의 규칙

구체적인 원고 작성 양식은 다음과 같다.

- 9) 목차의 순서는 다음과 같다.
 - I. 로마숫자 (가운데 정렬)
 - 1. 아라비아 숫자
 - (1) 괄호 숫자
 - 가. 한글 가, 나, 다
- 10) 공동 연구논문인 경우에는 공동 연구자 성명에 *로 각주표시를 한 후 해당 각주

에 책임연구자와 연구자를 각각 기재한다.

11) 각주의 표기는 다음과 같다.

- 저서 인용: 저자명, 「서명」, 출판사, 출판년도, 면수.
 - 한글 및 일본어, 중국어 저서일 경우, 책명을 「」으로 표시한다.
 - 영어 및 독일어 등 서양문헌인 경우 책명을 이탤릭으로 표시한다.
- 정기간행물 인용: 저자명, “논문제목”, 「잡지명」, 제○○권 ○호(년도), 면수.
 - 영어 및 독일어 등 외국잡지일 경우 저자명, “논문제목”, 「논문집명」. 권호, 연월, 면수의 순으로 하며, 논문제목은 이탤릭으로 표기한다.
- 기념논문집 인용: 저자명, “논문제목”, ○○○선생기념논문 「기념논문집명」, 면수.
- 판결 인용: 대법원 19○○.○○.○○. 선고, ○○다○○○○ 판결 (법원공보 19○○년, ○○○면) 또는 대판 19○○.○○.○○, ○○다○○○○
 - 미국 판례의 경우: 제1당사자 v. 제2당사자, 판례집 권 번호 판례집 약자, 판결의 첫 페이지, 인용된 페이지 (선고년도) 또는 사건명의 약칭, 판례집 권 번호와 판례집 약자 at 인용된 페이지.
- 그 밖의 사항은 사단법인 한국법학교수회에서 펴낸 “논문작성 및 문헌인용에 관한 표준”(2004.12.)을 참조하여 작성한다.

12) 편집용지의 여백주기(F7 키를 누름) 설정

- 위쪽: 30, 아래쪽: 35, 왼쪽: 35.9, 오른쪽: 35.9, 머리말: 15, 꼬리말: 15, 제본: 0

13) 문단모양

- 왼쪽: 0, 오른쪽: 0, 들여쓰기: 2, 줄 간격: 160, 문단 위: 0, 문단 아래: 0, 날
말 간격: 0, 정렬방식: 혼합

14) 글자모양

- 서체: 신명조, 자간: 0, 장평: 100, 크기: 10

15) 참고문헌은 저자명, 저서명 또는 논문 제목, 출판사 또는 학술지명 및 권호, 발간 연도의 순서로 기재한다.

- 참고문헌의 글자크기는 9pt로 한다.
- 참고문헌의 순서는 국내문헌, 동양문헌, 서양문헌 순으로 한다. 국내문헌은 저자명의 가나다순, 동양문헌은 그 나라 발음의 알파벳순, 서양문헌은 발음에 관계없이 알파벳순으로 한다.

◆ 편집위원회

위원장	이윤제(명지대학교 법과대학 교수)
위 원	권건보(아주대학교 법학전문대학원 교수)
	노호창(호서대학교 사회과학대학 교수)
	선정원(명지대학교 법과대학 교수)
	송재일(명지대학교 법과대학 교수)
	신영수(경북대학교 법학전문대학원 교수)
	최병천(전남대학교 법학전문대학원 교수)
	홍명수(명지대학교 법과대학 교수)
간 사	안수길(명지대학교 법과대학 교수)
편집보조인	이재희(명지대학교 법학연구소 교육조교)

明知法學 (제23권 제2호)

=====

2025년 01월 31일 발행

발행인: 이 윤 제

발행처: 명지대학교 법학연구소

주 소: 서대문구 남가좌동 50-3

전 화: (02)300-0805, FAX: (02)300-0804

=====

* 이 책의 무단복제·복사·전제를 금함

ISSN 1229-7585

板 權
所 有