

(사)한국사법학회 2023년 하계학술대회

민상법에 관한 최근 외국의 입법동향

일시: 2023년 6월 16일(금) 13:00

장소: 고려대학교 CJ법학관 지하 1층 베리타스홀(학회)
5층 최고위과정실(민상법캠프)

주최: 한국사법학회, 대법원 비교법실무연구회,
고려대학교 법학연구원

후원:  **고려대학교 법학연구원 민사법연구센터**

일 정

- 13:00~13:20 등록 및 개회식 ▶ 사회: 김수정 교수(총무이사)
▶ 개회사: 안경희 한국사법학회 회장
▶ 축 사: 노정희 대법원 비교법실무연구회 회장
▶ 환영사: 정승환 고려대학교 법학전문대학원 원장
▶ 기념촬영 및 장내 정리
- 제1세션** ▶ 전체사회: 박인호 교수 (연구이사)
제1부 ▶ 사회: 유진희 교수(고려대)
- 13:40~14:20 [제1주제] **해상운송에 관한 주요국가의 입법 동향**
— 미국의 OSRA 2022, 그리스의 2023년 해상법과 스페인의 2014년 해상운송법을 중심으로 —
▶ 발표: 김영석 재판연구원 (대법원)
▶ 토론: 김인현 교수 (고려대)
- 14:20~15:00 [제2주제] **ESG에 관한 독일의 입법 동향**
▶ 발표: 지광운 교수 (군산대)
▶ 토론: 나원식 재판연구원 (대법원)
- 15:00~15:40 [제3주제] **ESG 공시에 관한 외국의 제도개선 동향**
▶ 발표: 김지웅 재판연구원 (대법원)
▶ 토론: 손태원 재판연구원 (대법원)
- 15:40~16:00 coffee break
- 제2세션** ▶ 전체사회: 조경임 교수 (연구이사)
제2부 ▶ 사회: 전원열 교수(서울대)
- 16:00~16:40 [제4주제] **중국 민법과 한국민법의 소멸시효**
— 최근 제정된 중국 신민법전(2020년)의 내용을 중심으로 —
▶ 발표: 김성수 교수 (경찰대)
▶ 토론: 김신영 재판연구원 (대법원)

16:40~17:20 [제5주제] 가상자산의 민사법적 쟁점

- ▶ 발표: 김수정 교수 (명지대)
- ▶ 토론: 김준하 재판연구원 (대법원)

17:20~18:00 [제6주제] 조합법 체계의 전환과 독일 민법의 개정

— 인적회사현대화법(MoPeG)을 중심으로 —

- ▶ 발표: 이동수 교수 (강원대)
- ▶ 토론: 안경록 재판연구원 (대법원)

18:00 폐회식

▶ 사회: 김수정 교수(총무이사)

- ▶ 폐회사: 안경희 한국사법학회 회장

목 차

[제1주제] 해상운송에 관한 주요국가의 입법 동향 — 미국의 OSRA 2022, 그리스의 2023년 해상법과 스페인의 2014년 해상운송법을 중심으로 —	김 영 석	1
▶ 토론	김 인 현	37
[제2주제] ESG에 관한 독일의 입법 동향	지 광 운	41
▶ 토론	나 원 식	69
[제3주제] ESG 공시에 관한 외국의 제도개선 동향	김 지 응	73
▶ 토론	손 태 원	99
[제4주제] 중국 민법과 한국민법의 소멸시효 — 최근 제정된 중국 신민법전(2020년)의 내용을 중심으로 —	김 성 수	103
▶ 토론	김 신 영	207
[제5주제] 가상자산의 민사법적 쟁점	김 수 정	211
▶ 토론	김 준 하	별첨
[제6주제] 조합법 체계의 전환과 독일 민법의 개정 — 인적회사현대화법(MoPeG)을 중심으로 —	이 동 수	237
▶ 토론	안 경 록	299

【제1주제】

해상운송에 관한 주요국가의 입법 동향

— 미국의 OSRA 2022, 그리스의 2023년 해상법과
스페인의 2014년 해상운송법을 중심으로 —

김 영 석*

- I. 들어가며
- II. 미국의 OSRA 2022(Ocean Shipping Reform Act of 2022)
- III. 그리스의 2023년 해상법(Law 5020/2023)
- IV. 스페인의 2014년 해상운송법(Act 14/2014)
- V. 나가며

I. 들어가며

1. 해상운송을 둘러싼 다양한 법률

우리나라에서 해상운송과 관련된 법률로는 무엇이 있을까. 상법 제4편 제2장 제4절의 해상보험 부분(제693~제718조), 상법 제5편의 해상 부분(제740~895조)이 가장 먼저 떠오르지만, 그밖에 선박법, 선박등기법, 선박안전법, 선박소유자 등의 책임제한절차에 관한 법률, 유류오염손해배상 보장법, 해사안전법, 해운법, 한국해운조합법 등 다양한 법률이 있다. 모두들 해상운송을 둘러싼 당사자들의 법률관계에 직·간접적으로 많은 영향을 미친다.

바다에서 안전한 항로를 안내받는 이른바 e-Navigation 시스템이 구축됨에 따라,¹⁾

* 대법원 재판연구원(부장판사)

¹⁾ e-Navigation은 2006년경 국제해사기구(IMO)가 주도하는 Maritime Safety Committee

이를 뒷받침하기 위해 비교적 최근인 2020. 1. 29. 제정된 「지능형 해상교통정보서비스의 제공 및 이용 활성화에 관한 법률」도 있다.²⁾ 눈부시게 발전하는 기술발전을 뒤따라가기 위해 해상운송을 위한 법률들도 부지런히 움직이고 있는 것이다.

2. 외국법령이나 국제규범이 미치는 영향

다만, 위와 같은 우리나라의 법률은 적어도 사법(私法)의 영역에서는 당사자들의 법률관계를 직접 규율하지 못하는 경우가 많다. 실무상 용선계약, 해상보험계약 등에서는 영국법이나 미국의 해상물품운송법(COGSA) 등이 준거법으로 지정되는 경우가 많고,³⁾ 특히 선하증권과 관련하여서는 지상약관(Paramount Clause)⁴⁾을 통해 헤이그규칙,⁵⁾ 헤이그-비스비규칙⁶⁾ 등이 실질법으로 지정되어 그 소지인과 운송인 등의 법률관계를 규율하는 경우가 많기 때문이다.⁷⁾ 대규모 해양오염이 야기된 허베이

(MSC) 제81차 회의를 통해 처음 주목받은 개념인데, 해양사고를 줄이기 위한 목적에서 논의가 시작되었다. 비교적 최근인 2019년 6월 진행된 제101차 회의에서 다루어진 내용의 상세는 IMO, *Initial Descriptions Of Maritime Services in the context of E-Navigation*, MSC.1/Circ. 1610 (2019)을 참조.

- 2) 국내자료로는 우동식, “차세대 선박운항관리체계(e-Navigation) 기반의 해양분야 미래성장 동력 창출기반 마련”, 해양수산부(2018), 57면 이하를 참조.
- 3) 해상보험계약의 경우에는 영국의 런던보험자협회(Institute of London Underwriters, ILU)가 영국의 관습 등 해상보험 실무를 정리하여 작성한 협회약관(Institute Clause)이 주로 사용된다. 따라서 위 약관에 포함된 영국법 준거약관이 적용되는 경우가 대부분을 차지한다. 상세는 김영석, “상법상 해상보험계약의 주요 내용과 위험변경에 따른 효과”, 국제거래법 연구 제31권 제2호, 국제거래법학회(2022), 27면 이하를 참조.
- 4) 운송인의 책임 범위에 관하여 국제협약이나 그 국제협약을 입법화한 특정 국가의 법을 우선 적용하기로 하는 조항을 의미하는데, 이와 별도로 선하증권에 일반적인 준거법 조항이 있는 경우에는 그 조항과 지상약관의 우열관계에 관한 문제가 생긴다.
- 5) 1924. 8. 25. 성안된 「The Hague Rules contained in the International Convention for the Unification of Certain Rules relating to Bill of Lading」을 말한다.
- 6) 1968. 2. 23. 성안된 「Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading」을 의미한다.
- 7) 물론 실질법적 지정을 넘어 준거법의 일부 지정으로 볼 수 있는 경우에는 선하증권의 ‘일반적 준거법 규정’에 앞서 위와 같이 지정된 특정규범들이 우선 적용될 수도 있다(대법원 2018. 3. 29. 선고 2014다41469 판결). 다만, 석광현, “해상적하보험계약에서 영국법 준거약관의 국제사법상 문제점”, 한국해법학회지 제45권 제1호, 한국해법학회(2023), 183면은 준거법 분할은 규범의 충돌을 초래하고 법질서의 통일성과 내적 판단의 일치를 해할 수 있으므로 계약의 준거법을 분할하지 않는 편이 바람직하다고 지적하고 있고, 김인현, “선하증권으로 지정된 지상약관상 준거법인 미국 COGSA의 효력”, 한국해법학회지 제40권

스피리트(Hebei Spirit)호 사건에서처럼 다양한 국제규범이 직접 적용되는 경우도 적지 않다.⁸⁾

그런데 외국적 요소가 있는 사건의 경우, 준거법과 관련한 주장이 없더라도 법원이 법률관계에 적용될 국제협약 또는 국제사법에 따른 준거법에 관하여 심리·조사할 의무가 있으므로(대법원 2022. 1. 13. 선고 2021다269388 판결), 국제거래와 밀접한 관련을 가진 해상운송 사건에서는 외국법을 더욱 연구할 필요가 있게 되었다. 또한, 준거법으로 적용되는 것은 아니더라도 국제해운업무의 특성상 선적항·양륙항이 속한 국가의 각종 행정법적 규제도 받게 되므로 이러한 점에서도 외국법을 숙지할 필요가 있음은 물론이다.

3. 논의의 범위

위와 같은 취지에서 이 글에서는 해상운송에 관한 주요 국가의 최근 입법 동향을 살펴본다. 법률의 제·개정이 빈번하게 일어나는 것은 아니라는 점을 고려하여 2020년 전후의 입법을 소개하였는데, 먼저 ❶ COVID-19로 발생한 과도한 체선료, 지체료의 부과를 제한하는 등으로 미국의 화주를 보호하고자 미국이 제정한 OSRA 2022(Ocean Shipping Reform Act of 2022)를 살펴보고, ❷ 이어서 세계 최대 해운국인 그리스가 기존의 실무와 법리를 명문화하면서 새로운 체계를 확립한 2023년 해상법(Code of Private Maritime Law, Law 5020/2023)⁹⁾을 살펴본다. 그리고 마지막으로 ❸ 비록 2014년에 제정되어 제법 시간은 지났지만 아직 국내에서 제대로 소

제2호, 한국해법학회(2018), 278면도 지상약관을 통해 선하증권의 일반적인 준거법 규정보다 운송인의 책임제한액을 낮추는 것은 국제적인 흐름에 반하므로 실질법적 지정이 아닌 준거법의 일부지정으로 보는 것은 신중하게 판단해야 한다고 지적한다.

8) 위 사건에서는 1992년 유류오염손해에 대한 민사책임에 관한 국제협약(International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1992), 1992년 유류오염손해보상을 위한 국제기금의 설치에 관한 국제협약(International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, 1992) 등이 적용되었다. 상세는 대전지방법원, 「대규모 해양오염사고 재판 실무」, 사법발전재단(2017), 49면 이하를 참조.

9) 그리스어로 정식 표제는 「Κώδικας Ιδιωτικού Ναυτικού Δικαίου και άλλες επείγουσες διατάξεις του Υπουργείου Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής」이고 해상법 외에 해상보험 영역도 다루고 있지만, 위 법을 소개하고 있는 대부분의 영어 문헌에 따라 편의상 이를 위와 같이 표시하였다.

개되고 있지 않은 점을 고려하여 또 다른 해운강국인 스페인의 2014년 해상운송법 (Maritime Navigation Law, Act 14/2014)¹⁰⁾도 살펴본다.

참고로 이미 국내에 많이 소개되어 이 글에서 직접 다루지는 않지만, 일본도 2019년에 해상운송과 관련하여 상당한 개정작업을 거쳐 상법(商法), 국제해상물품운송법(國際海上物品運送法) 등 관련 법령을 대폭 정비하였고,¹¹⁾ 중국도 해상교통안전법(海上交通安全法)을 개정하여 동·남중국해 등 분쟁수역을 포함한 관할해역에서 자국의 해양관할권을 확대하기 위한 본격적인 움직임을 시작하였다.¹²⁾ 그 어느 때보다 해상 관련 법령의 제·개정 작업이 활발하게 이루어지는 요즈음이다.

II. 미국의 OSRA 2022(Ocean Shipping Reform Act of 2022)

1. 입법 배경

이른바 COVID-19로 해상운송 부분에도 많은 변화가 있었다. 가령, 항구가 있는 주요 도시가 갑자기 봉쇄되거나 선적항이나 양륙항에서 하역 업무를 담당해야 하는 필수인력을 갑자기 구할 수 없게 되는 상황이 초래되었다. 이에 컨테이너가 일정 기간(Free Time)¹³⁾ 이상을 컨테이너 야드(Container Yard, CY)에 계속 머물게 됨으로써 체선료(Demurrage Charge)¹⁴⁾가 발생하는 경우가 빈번하게 발생하였고, 이는 자

10) 스페인어로 정식 표제는 「Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima」이지만, 위 법을 소개하고 있는 대부분의 영어 문헌에 따라 편의상 이를 위와 같이 표시하였다.

11) 일본의 개정법에 관한 상세는 김영주 “일본 국제해상물품운송법의 2018년 개정 논점”, 한국해법학회지 제42권 제2호, 한국해법학회(2020), 139면 이하, 김인현, “2019년 일본 해상법의 내용과 시사점”, 한국해법학회지 제42권 제1호, 한국해법학회(2020), 7면 이하를 각 참조.

12) 김주형, “중국 해상교통안전법의 국제법적 쟁점에 관한 고찰”, 해사법연구 제34권 제1호, 한국해사법학회(2022), 137면. 김소연·문혜정·김현정, “중국 해경법 및 해상교통안전법의 국제법적 검토 - 유엔해양법협약 규정과의 부합 여부를 중심으로”, 아주법학 제15권 제4호, 아주대학교 법학연구소(2022), 398면 이하를 참조.

13) 선사마다 제공하는 기간이 다른데 결국 계약의 내용이 문제 될 것이다.

14) Container Yard를 초과 사용함에 따라 부담하게 되는 비용을 의미하는데, 체화료라고 번역되는 경우도 있지만 이 글에서는 최근의 경향(대법원 2005. 7. 28. 선고 2003다12083 판결 등 참조)을 따라 체선료라고 표현하기로 한다.

연스럽게 컨테이너의 반납 지연으로도 이어져 지체료(Detention Charge)¹⁵⁾의 발생에도 영향을 미치게 되었다. 터미널에게 지급해야 하는 보관료(Storage)의 부담도 증가하게 되었음은 물론이다.

이와 같은 체선료나 지체료는 누가 부담해야 할까. 기본적으로 운송계약(화주와 해운회사 사이에서 문제되는 경우)에서 정한 바에 따라야 할 것인데,¹⁶⁾ 실무상 대부분은 화주가 부담하는 것으로 정하고 있다.¹⁷⁾ 물론 불가항력 조항(Force Majeure), 이행불능(Frustration), 사정변경에 따른 계약수정 법리(Hardship) 등이 적용될 여지도 있겠지만,¹⁸⁾ 위와 같은 법리는 예외적인 상황에서만 적용되는 것이므로 화주가 이를 통해 면책받기란 쉽지 않아 보인다.¹⁹⁾

다만, 화주가 이를 부담하게 되더라도 추가 부담금 액수가 산정되는 과정은 다소 불투명하다는 지적이 있었다. 외국 저편에 있는 항구의 봉쇄라는 사정만 인지하고 있을 뿐 구체적인 정보를 얻을 수 없는 화주로서는 운송인인 해운회사가 청구하는 액수만큼의 체선료, 지체료 등을 사실상 그대로 수용할 수밖에 없기 때문이다. 해운회사가 자신만 알고 있는 독점적인 정보를 이용하여 컨테이너에 여유가 있음에도 화주의 운송의뢰를 거부하거나 더 비싼 운임료를 요구하는 등으로 폭리를 취해오고 있다는 지적도 제기되었다. 이러한 화주들의 불만 속에서 미국은 드디어 2022년 6월 Ocean Shipping Reform Act of 2022 (이하‘OSRA 2022’라 한다)를 통과시켰다.

15) 컨테이너를 초과 사용함에 따라 부담하게 되는 비용을 의미한다.

16) 체선료, 지체료 문제는 용선자와 선박소유자 사이에서도 발생할 수 있지만(가령, 항해용선 계약의 경우), 후술하듯이 미국은 운송계약에서의 화주를 보호하기 위해 특별법을 제정하였으므로 이하에서는 화주(Shipper)와 운송인(Common Carrier) 간의 운송계약을 전제로 설명한다. 물론 여기서 운송인은 운송주선인(Forwarder)도 포함하는 개념이다.

17) 참고로 이 글에서 다루지는 않는 항해용선계약에 관한 것이기는 하지만, 영국법이 준거법인 경우에는 특별한 반대 문언이 없는 한 용선자가 체선료를 부담하는 것으로 추정된다고 한다. 상세는 김명재, “체선료의 책임주체와 그 범위에 관한 연구”, 한국항해항만학회지 제37권 제6호, 한국항만학회(2013), 690면.

18) Klaus Peter Berger and Daniel Behn, “Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study”, McGill Journal of Dispute Resolution Vol. 6, Number 4 (2019), 79면을 참조; 국내 문헌으로는 변우주, “국제계약에 있어서 코로나 바이러스(COVID-19)에 의한 불가항력”, 국제거래와 법 제32호, 동아대학교 법학연구소 (2021), 88면 이하가 있다.

19) COVID-19로 인한 불가항력 조항의 적용 문제는 해운업계 전반에 미치고 있다. 가령 선박 건조계약에 관한 상세는 이창희·이형우·홍성화, “COVID-19에 따른 SAJ 선박건조계약상 관련불가항력 조항 적용 가능성에 대한 연구”, 해사법연구 제 32권 제3호, 한국해사법학회 (2020), 143면 이하를 참조.

이하에서는 국제적인 해운동맹들로부터 미국의 화주들을 보호하기 위한 것이라는 평가²⁰⁾를 받는 OSRA 2022의 주요 내용을 살펴본다.

2. 주요 내용

미국은 OSRA 2022를 통해서 미연방해상법(46 U.S.C. Shipping)의 일부 조항들을 개정·추가함으로써, 체선료, 지체료 등에 대한 다툼이 발생할 시에 관한 분쟁해결절차를 구체적으로 마련하고, 그 절차에서 정당한 금액이라는 점에 대한 증명책임은 운송인이 부담하도록 하는 등으로 화주를 위한 시스템을 구축하였다.

(1) FMC가 관리·감독하는 분쟁해결절차의 마련

미연방해상법은 종래 체선료, 지체료 등에 관한 다툼이 발생할 시 그 분쟁해결절차에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 않았고, 이에 화주와 운송인 간에는 중재나 소송 등 일반적인 방법을 통해 다툼을 해결하여 왔다. 그런데 OSRA 2022를 통해 별지 기재와 같은 46 U.S.C. §41310이 신설됨으로써 미연방해사위원회(Federal Maritime Commission, 이하 ‘FMC’라 한다)²¹⁾가 관리·감독하는 분쟁해결절차가 마련되었다.

이에 따르면 ① 화주는 운송인에게 지급해야 하는 비용에 이의가 있을 시 선하증권이나 상업송장 등 관련서류를 제출하면서 FMC에 이의를 제기할 수 있고,²²⁾ ② 이때 FMC는 문제된 비용이 적정하게 산정된 것인지를 조사하여야 하는데, ③ 그 과정에서 체선료, 지체료 등이 과다하게 산정된 것으로 판단되면 FMC는 (운송인에

²⁰⁾ Port City Logistics, “What is the Ocean Shipping Reform Act, and What Can Shippers Expect?”, Port City (2022), 2면은 OSRA가 3대 세계 해운동맹인 2M, Ocean Alliance, THE Alliance를 대상으로 삼고 있다고 평가하고 있다. 그중 THE Alliance에는 우리나라의 HMM이 2019년부터 그 구성원으로 참여하고 있다. 상세는 Storms, K./Sys, C./Vanellander, T. et al. “Demurrage and detention: from operational challenges towards solutions”, Journal of Shipping and Trade Vol. 8 (2023), 8면을 참조.

²¹⁾ 미연방해상법(46 U.S.C. Shipping)은 Chapter 461(§46101~§46108)에서 FMC의 조직, 권한 등에 관한 일반적인 사항을 규정하고 있다.

²²⁾ 다만, 이의를 제기했다는 사정만으로 집행정지와 같은 효력이 부여되는 것은 아니므로 화주로서는 관련 계약에 따라 일단 운송인에게 해당 비용을 지급해야 한다. 후술하듯이 향후 과다한 것으로 판정되는 경우에는 이를 환불받을 수 있을 뿐이다.

게 Civil Penalty를 부과할 수 있을 뿐만 아니라) 운송인으로 하여금 기 지급받은 금액 중 과다 부분을 화주에게 반환하도록 명할 수 있다.

(2) 합리적인 액수라는 점에 대한 증명책임: 운송인에게 있음

가장 흥미로운 부분은 이와 같은 분쟁해결절차에서 비용의 과다산정 여부에 대한 증명책임을 운송인에게 부담시키고 있다는 점이다. 즉, 화주가 비용이 과다하게 산정되었다는 점을 증명할 필요가 없다. 화주로서는 이의를 제기하기만 하면 되고 이후 해당 비용이 관련 규정에 따라 합리적으로 산정되었다는 점을 운송인이 증명해야 하는 것이다(The common carrier shall bear the burden of establishing the reasonableness of any demurrage or detention charges).²³⁾

이때 부당하고 비합리적인 관행(unjust and unreasonable practices)에 해당하는지 그 판단을 돕기 위해 46 C.F.R. §545.5는 이른바 인센티브 원칙(Incentive Principle)을 제시하고 있다.²⁴⁾ 가령 문제되는 비용이 화물유동성의 촉진이라는 체선료, 지체료의 본래 목적을 달성하는 데 도움이 되는 관행에 기초한 것이라면 긍정적으로 평가할 수 있지만,²⁵⁾ 화주의 빈 컨테이너 반환(empty container return)을 운송인이 임의로 거부할 수 있도록 하는 것처럼 체선료, 지체료의 도입목적과는 전혀 무관하게 오로지 운송인의 수입을 증대할 목적으로 부과되는 것이라면 불합리한 것으로 평가할 수 있다.²⁶⁾ 물론, 이와 같은 기준만으로 구체적인 개별 사안을 처리하기에는 충분하지 않겠지만, 추상적이거나 이와 같은 시도를 하였다는 점은 높이 평가할 수 있어 보인다.

(3) 제재수단: 환불(Refund) 및 민사상 금전적 제재(Civil Penalty)

이러한 분쟁해결절차를 거쳐 운송인이 책정한 체선료, 지체료가 과다하게 산정된 것으로 판단된다면 FMC는 운송인에게 화주에 대한 환불을 명령해야 한다.²⁷⁾ 환불

23) 46 U.S.C. §41310(b)(2).

24) 참고로 C.F.R.(Code of Federal Regulation)은 미연방행정부가 연방법의 집행을 위해 규정된 세부적인 하위법령으로서 우리나라 법의 시행령이나 시행규칙에 상응하는 개념이다.

25) 46 C.F.R. §545.5(c)(1).

26) 46 C.F.R. §545.5(c)(2)(ii).

27) 46 U.S.C. §41310(c).

명령은 행정기관의 조치에 불과하여 원칙적으로 위 명령만으로는 운송계약 당사자 간에 새로운 권리·의무관계가 형성되는 것으로 보기 어렵겠지만, ORSA 2022는 이를 입법적으로 해결하여 운송인이 그 이행을 거부하는 경우 화주가 운송인을 상대로 즉시 그 집행을 구할 수 있도록 한 점도 흥미롭다.²⁸⁾ 환불명령의 실질적 이행을 담보하기 위해 입법적 해결을 도모한 셈이다.

또한, FMC는 체선료, 지체료 등이 과다하게 책정된 것으로 판단하는 경우 (환불명령과 별도로) 운송인에게 민사상 금전적 제재(Civil Penalty)²⁹⁾도 부과할 수 있다.³⁰⁾ 물론 이에 대해 불복할 수는 있겠지만,³¹⁾ 해운회사들로서는 미국이라는 거대한 시장을 포기할 수 없으므로 그 불이행 시 뒤따를 수 있는 후속 조치를 고려하여 쉽게 불복절차를 진행하기는 어려울 것으로 생각된다.

(4) 선박소유자가 아닌 운송인(NVOCC)에 대한 배려

한편, 선박을 소유하지 않은 상태에서 해상운송 업무를 영위한 해상운송인(Non-Vessel Operating Common Carrier, NVOCC)³²⁾에 대해서는 FMC가 더 완화된

²⁸⁾ 46 U.S.C. §41309(a).

(a) Civil Action.—

If a person does not comply with an order of the Federal Maritime Commission for the payment of a refund of money or reparation, the person to which the refund or reparation was awarded may seek enforcement of the order in a district court of the United States having jurisdiction over the parties.

²⁹⁾ Civil Penalty는 영미에서 오랜 기간에 걸쳐 확립되어 온 제도로, 시장 기능을 보완하기 위해 법원 또는 행정기관이 비 형사절차를 통해 금전을 징수하는 것인데, 우리나라의 과태료나 과징금과 유사하지만, ① 통상 (행정기관이 아닌) 법원이 금전납부의무를 확정하는 점, ② (행정처분 외에) 법원의 판결 형식으로도 내려지는 점 등에서 차이가 있다. 상세는 정인영, “미국 행정법의 금전적 제재(Civil Penalty)”, 행정법연구 제69호, 행정법이론실무학회(2022), 74면 이하를 참조.

³⁰⁾ 46 U.S.C. §41310(d).

³¹⁾ Civil Penalty에 대한 불복절차는 연방지방법원에서 민사소송으로 진행된다(28 U.S.C. § 2461). 상세는 유인호, “미국 항공법상 민사금전벌(civil penalty)의 의미와 시사점”, 한국항공경영학회 추계학술발표논문집, 한국경영학회(2019), 2면 이하를 참조.

³²⁾ NVOCC는 VOCC로부터 선박을 빌리지만 정작 화주와의 관계에서는 직접적인 계약책임을 부담하는 이중적인 지위에 있는 자로서 전통적으로 NVOCC의 지위에 관하여는 많은 논의가 있었다. 가령, NVOCC도 감항능력주의의무를 부담하는지에 관한 상세는 Andrew D. Kehagiaras, “Duty Call: Do NVOCCs Have a Duty to Exercise Due Diligence to Make a Ship Seaworthy,” University of San Francisco Maritime Law Journal 27, no.

기준을 적용하여 과다산정 여부를 판단할 수 있도록 배려하고 있는 점도 눈에 띈다. NVOCC는 선박소유자 등과의 계약 등을 통해 체선료, 지체료 등을 책정하는 데에 직접적인 의사결정권을 가지지 못할 수 있다는 점을 고려한 것이다. 구체적으로 화주가 NVOCC를 상대로 이의제기를 하는 경우, 실제 비용의 과다산정에 NVOCC가 책임이 있다고 볼 수 있는지, NVOCC 외에 다른 당사자가 궁극적으로 책임을 져야 하는 지위에 있는 것은 아닌지를 FMC가 고려하도록 하고 있다.³³⁾

(5) 기타사항

그밖에 OSRA 2022는 운송인이 보복하거나 다른 차별조치(retaliation and other discriminatory action)를 취하지 못하도록 함으로써, 화주가 체선료, 지체료 등에 대한 실질적으로 이의제기할 수 있는 시스템도 구축하였다.³⁴⁾ 특히, 화물을 운송할 수 있는 공간이 충분히 있음에도 운송인이 불합리하게 운송을 거부하지 못하도록 함으로써 화주의 가장 큰 우려를 불식시켰다.³⁵⁾ 또한, 운송인이 화주에 운송료 등을 비용을 청구할 시 그 송장에 체선료, 지체료 등의 구체적인 산정내역과 그 산정이 FMC의 기준에 부합한 것이라는 점도 함께 설명하도록 하였다.³⁶⁾

1(2014-2015), 37면 이하를 참조. 한편, 양석완, “해상법상 무선박운송인(NVOCC)의 법적 지위”, 법과정책 제21권 제3호, 제주대학교 법과정책연구원(2015), 249면 이하는 미국법상의 NVOCC는 우리나라의 운송주선인(상법 제116조)과 유사하게 이해할 수 있다고 설명하고 있다.

33) 46 U.S.C. §41310(e).

34) 46 U.S.C. §41102(d).

35) 46 U.S.C. §41104(a)(3)에서 아예 이를 운송인의 의무로 명시하였다.

36) 46 U.S.C. §41104(d)(2)에서는 invoice에서 아래와 같이 제법 상세한 정보들을 포함하도록 한다.

(D) For exported shipments, the earliest return date, (E) The allowed free time in days, (F) The start date of free time, (G) The end date of free time, (H) The applicable detention or demurrage rule on which the daily rate is based, (I) The applicable rate or rates per the applicable rule, (J) The total amount due, (K) The email, telephone number, or other appropriate contact information for questions or requests for mitigation of fees, (L) A statement that the charges are consistent with any of Federal Maritime Commission rules with respect to detention and demurrage, (M) A statement that the common carrier’s performance did not cause or contribute to the underlying invoiced charges.

3. 검토

이와 같은 OSRA 2022는 미국에 입항하는 모든 해운회사에 적용되므로 미국에 국한된 문제가 아니다. 비교적 최근인 2023년 4월 삼성전자(주)의 미국 현지법인인 Samsung Electronics America가 국내 해운회사인 SM상선(주)가 지나치게 높은 체선료 지불을 강요하고 있다면서 FMC에 이의를 제기한 것은 단적인 예다.³⁷⁾ 해운회사와 직접 운송계약을 체결하지 않는 물품계약의 상대방도 영향을 받을 수 있음은 마찬가지다. FOB 계약의 매수인, CIF 계약의 매도인은 운송인과 운송계약을 체결하게 되는데,³⁸⁾ 이때 체선료, 지체료 등을 매매계약의 상대방으로부터 회수하기 위해 매매계약에 정박기간과 체선료 조항(Laytime and Demurrage Clauses, LD Clauses)을 두는 경우가 많기 때문이다.³⁹⁾

그러나 우리나라에서는 체선료, 지체료 등에 관한 입법이나 관련 법리가 정치하게 확립되어 있지는 않고, 다만, 대법원 판결을 통해 체선료, 지체료 등은 상법에 따른 특별보수의 성질을 가지기 때문에,⁴⁰⁾ 손해배상액의 예정임을 전제로 감액하거나 과실상계를 할 수 없다는 정도의 법리만 확립되어 있을 뿐이다(아래 판시사항 중 밑줄과 강조는 필자가 임의로 표시).

37) 2023. 4. 24.자 Container News, “Samsung Electronics hits SM Line with FMC complaint” <<https://container-news.com/samsung-electronics-hits-sm-line-with-fmc-complaint/>>.

38) FOB(Free on Board) 조건은 매도인이 수출항에 있는 선박까지만 물품을 적재하면 그 인도 의무를 다하는 것이므로 이후의 운송과 관련하여서는 매수인이 직접 운송인과 운송계약을 체결하여야 한다. 반면에 CIF(Cost Insurance and Freight) 조건은 매도인이 목적항까지의 운송은 물론 그 운임과 보험료를 모두 부담하는 조건이므로 당연히 매도인이 운송계약을 체결해야 하는 구조이다.

39) 상세는 최명국, “국제물품계약에서 정박기간과 체선료조항(LD Clauses)에 관한 연구 - 영국관습법을 중심으로”, 무역상무연구 제69권, 한국무역상무학회(2016), 85면 이하를 참조.

40) 현행 상법을 기준으로 하면 제838조 제3항의 ‘상당한 보수’에 해당한다.

제838조(운송물의 양륙)

- ① 운송물을 양륙함에 필요한 준비가 완료된 때에는 선장은 지체 없이 수하인에게 그 통지를 발송하여야 한다.
- ② 제829조제2항은 운송물의 양륙기간의 계산에 준용한다.
- ③ 제2항의 양륙기간을 경과한 후 운송물을 양륙한 때에는 선박소유자는 상당한 보수를 청구할 수 있다.

■ 대법원 2005. 7. 28. 선고 2003다12083 판결

양륙기간을 약정한 용선계약에 있어서 용선자가 약정한 기간 내에 양륙작업을 완료하지 못하고 기간을 초과하여 양륙한 경우에 운송인이 그 초과한 기간에 대하여 용선자에게 청구할 수 있는 소위 정박료 또는 체선료는 체선기간 중 운송인이 입는 선원료, 식비, 체선비용, 선박이용을 방해받음으로 인하여 상실한 이익 등의 손실을 전보하기 위한 법정의 특별보수라고 할 것이므로, 체선료의 약정이 용선자의 채무불이행으로 인한 손해배상의 예정이라는 전제하에서 운송인의 과실을 참작하여 체선료를 감액하거나 과실상계를 할 수 없다.

■ 대법원 1994. 11. 25. 선고 93도3274 판결

양륙기간을 약정한 용선계약에 있어서 용선자가 약정한 기간내에 양륙작업을 완료하지 못하고 기간을 초과하여 양륙한 경우에 있어 선박회사가 그 초과한 기간에 대하여 용선자에게 청구할 수 있는 이른바 체선료는 그 체선기간 중 선박소유자가 입는 선원료, 식비, 체선비용, 선박이용을 방해받음으로 인하여 상실한 이익 등의 손실을 전보하기 위한 법정의 특별보수라고 할 것이므로(당원 1994. 6. 14. 선고 93다58547 판결 참조), 선적항에서의 체선료는 다른 특별한 사정이 없는 한 수입물품의 거래가격을 신고할 때 가산하여야 할 관세법 제9조의 3 제1항 제6호 소정의 “운송에 관련되는 비용”에 포함된다고 보아야 할 것이다.

이와 관련하여 (운송계약의 상대방이 아닌) 수하인도 신속하게 화물을 찾아갈 의무가 있으므로 수하인의 수령 지체로 체선료, 지체료 등이 발생하는 때는 수하인이 그 책임을 지도록 하는 입법이 마련되어야 한다는 지적⁴¹⁾이 있는데 경청할만하다. 다만, 설령 위와 같은 입법이 이루어지더라도 운송인으로서의 운송계약의 상대방으로부터 여전히 관련 비용을 보전받을 수 있는 안전장치를 마련해두고 싶을 것이므로 여전히 기존 실무가 유지될 가능성이 있다. 가령, 운송계약을 직접 체결한 송하인으로서의 일단 운송인에게 체선료, 지체료 등을 지급하고, 이후 LD Clauses나 새롭게 도입된 관련 규정을 근거로 수하인에게 이를 구상하게 될 것으로 보인다.

중요한 것은 결국 체선료, 지체료 등이 과도하게 산정되지 않도록 하는 것이다. 우리나라에서는 아직 FMC처럼 이 문제를 전담하여 다루는 관할관청이 존재하지 않

41) 상세는 고려대 해상법 연구센터, 해상법 주간브리핑 제53호(2023. 5. 28), 1면.

지만 향후에는 이와 같은 제도의 도입을 고려해볼 만하다. FMC에서 집적되는 통계 자료 등을 바탕으로 관련 비용의 산출체계 등을 미리 연구하고 검토하는 것은 많은 도움이 될 것이다. 다만, 해운회사가 정당한 기준에 따라 합리적으로 산정한 체선료, 지체료 임에도 화주의 일방적인 이의제기만으로 불필요한 분쟁이 발생하지 않도록 적절하게 제한할 필요도 있어 보인다. 미국과 달리 우리나라는 전 세계 물동량의 상당 부분을 담당하는 주요 해운회사들이 있으므로, 일방적으로 화주를 보호해도 큰 무리가 없는 미국과는 입장에 차이가 있다는 점에 유념하여야 한다.

Ⅲ. 그리스의 2023년 해상법(Law 5020/2023)

1. 입법 배경

그리스는 2023년 2월 15일 약 65년 만에 「해상법(Code of Private Maritime Law, Law 5020/2023)」을 입법하여 많은 주목을 받고 있다. 위 해상법은 2023년 5월 1일부터 시행되고 있는데 세계 최대 해운국의 지위를 유지하고 있는 그리스에서 종래 수십 년간 적용되어 오던 「1958년 해상법(Law 3816/1958)」을 대체하는 것이어서,⁴²⁾ 전 세계적으로 많은 주목을 받고 있다.

1958년 해상법은 해운산업에 대한 당시의 실무·관행들을 받아들여 입법되었으나,⁴³⁾ 이후 급격하게 변화하는 해운실무를 제대로 반영하지 못하고 있다는 지적이 있었고 이에 그리스는 이를 개선함과 동시에 그동안 새롭게 확립되어 사실상 통용되고 있던 법리들도 명문화하는 등으로 새롭게 해상법을 정비하였다. 이하에서는 몇 가지 주요 특징을 살펴본다.

42) KOTRA, “2021년 그리스 산업개관”, 해외시장뉴스(2021), 2면에 의하면 (해운산업이 국가에서 차지하는 비율이 그리 높지 않은 미국과 달리) 그리스는 2021년 현재 해운업이 GDP의 8%~8.5%를 차지하고 있고, 그리스 해운업은 전 세계 상업 선박(선복량 기준)의 17.7% 차지하고 있어 세계 1위의 지위에 있다.

43) Vlachos, S. N. “Greece: New Code of Private Maritime Law”, *The American Journal of Comparative Law* 7, no. 4 (1958), 599면 이하에 의하면, 당시 1958년 해상법의 주된 입법 목적 중 하나는 그리스를 기국으로 하는 선박의 수를 늘리는 데에 있었다.

2. 주요 내용 및 검토

(1) 선원들의 보험자들에 대한 체불임금·송환비용의 직접청구

(가) 그리스 해상법은 근무 중 부상이나 질병으로 직무에 종사하지 못하게 된 선원에 대해서도 선박소유자가 선원근로계약에 따른 임금을 전부 지급하도록 하고 있다(제186조 제1, 2항). 그리고 이에 대비하여 선박소유자로 하여금 「2006 해사노동협약(International Maritime Labor Convention)」⁴⁴⁾에 따라 보험계약을 체결하거나 기금을 조성하도록 하면서 이때 선원들이 위 보험자를 상대로 임금 상당액을 직접 청구할 수 있도록 하고 있다(같은 조 제3항). 이때 그 지급보장범위는 전액이 원칙이지만 부상·질병이 선원근로계약의 종료사유로 정해진 경우에는 4개월까지만 보장하면 되므로(같은 조 제1항),⁴⁵⁾ 실무상 4개월분 임금을 한도로 보험금액이 정해지는 경우가 많을 것으로 보인다.

우리나라가 선원법 제56조를 통해 선박소유자로 하여금 임금채권보장보험 등への 가입을 의무화하면서 선원들이 체불임금을 청구하는 경우,⁴⁶⁾ 최종 4개월분의 임금, 최종 4년분의 퇴직금 한도 내에서 이를 직접 지급하도록 하는 것과 유사한데,⁴⁷⁾ 위 그리스 해상법에서는 보험자가 보험계약에 따른 내용을 근거로 선원에게 체불임금의 지급을 거부할 수 없도록 하고 있어서 그 지급을 강력히 보장하고 있기도 하다(제186조 제3항).

44) 2006. 2. 23. 채택되고 2012. 8. 20. 발효요건이 충족되어 2013. 8. 20.부터 국제적으로 효력을 발생한 국제협약으로, 우리나라는 2014. 1. 9. 비준서를 기탁함으로써 2015. 1. 9.부터 위 협약의 적용을 받게 되었다. 위 협약의 내용에 관한 국내문헌으로는 전영우, “2006년 해사노동협약 전문 및 본문의 주요내용에 관한 연구”, 해사법연구 제26권 제3호, 한국해사법학회(2014), 95면 이하를 참조.

45) 그리스 해상법상 임금 외에 퇴직금에 관한 별도의 조문은 확인되지 않는데, 계산방식에 따라서는 위 임금이 실질적인 퇴직금이 포함되어 있을 여지도 있다.

46) 선원법 시행령 제18조는 체불임금의 지급사유로 ① 채무자 회생 및 파산에 관한 법률상의 파산선고나 회생절차개시결정이 있는 경우, ② 지방해양항만관청이 도산등사실인정을 하는 경우를 들고 있다.

47) 참고로 우리나라의 선원에 대해서는 임금채권보장법이 적용되지 않고 선원법이 적용되므로(임금채권보장법 제3조, 산업재해보상보험법 제6조, 동 시행령 제2조 제2호), 그 보장되는 임금의 범위가 최종 3개월의 임금을 넘게 된다.

(나) 한편, 그리스 해상법은 송환비용(repatriation cost)과 관련하여서도 이와 유사한 규정을 두고 있다. 송환비용이란 선원이 거주지 또는 선원근로계약의 체결지가 아닌 항구에서 하선하는 경우 그곳까지 송환되는 데 필요한 비용 일체를 의미하는데,⁴⁸⁾ 선원이 선원근로계약을 위반하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 선박소유자가 부담하여야 한다(제188조 제1, 2항). 이때 선박소유자는 앞서 본 「2006 해사노동협약」에 따라 보험계약을 체결하거나 기금을 조성하여야 하는데, 앞서 본 것처럼 선원들은 위 보험자를 상대로 송환비용을 직접 청구할 수 있고, 보험자는 보험계약에 따른 내용을 근거로 선원에게 송환비용의 지급을 거부할 수 없다(제188조 제3항).

이 역시 우리나라가 선원법 제42조의2를 통해 선박소유자로 하여금 유기구제보험 등에의 가입을 의무화하면서 선원들이 송환비용을 청구하는 경우 이를 직접 지급하도록 하는 것과 유사하다. 참고로 「2006 해사노동협약」이 개정되어 위와 같이 송환비용에 관한 보험가입의무가 강제됨에 따라 우리나라도 이를 반영하기 위하여 2016. 12. 27. 법률 제14508호로 선원법을 개정하면서 위 조문을 도입하였는데,⁴⁹⁾ 신속하게 국제협약의 개정사항을 이행하는 우리나라의 저력을 보여주는 대목으로 생각된다.⁵⁰⁾

(2) 선박저당권의 정비 및 개선

(가) 그리스 해상법은 선박금융이 실무상 활발히 이루어지도록 선박저당권의 허용 범위를 넓혔다. 건조 중인 선박에 대해서도 선박저당권을 설정할 수 있다는 명문을

48) 권창영, 「선원법해설 제3판」, 법문사(2022), 464면 이하를 참조.

49) 법제처도 아래와 같은 개정이유를 제공하고 있다.

선원의 사망, 부상 및 유기(유기)에 대한 선박소유자의 책임과 보상을 강화하는 방향으로 「2006 해사노동협약」이 개정됨에 따라, 대통령령으로 정하는 선박소유자는 선원의 유기 구제비용을 보장하는 유기구제보험 등에 가입하도록 의무를 부과하고, 유기구제보험 및 재해보상보험의 보험사업자가 보험계약을 해지하기 30일 전까지 해양수산부장관에게 통지하지 아니하면 중도에 계약을 해지할 수 없도록 하는 등 「2006 해사노동협약」의 개정사항을 반영하여 선박소유자의 책임과 선원에 대한 보상을 강화하려는 것임.

50) 그리스는 2013. 1. 4. ILO에 비준서를 기탁함으로써 제32번째로 위 협약을 비준한 국가가 되었는데(유럽연합 국가로서는 10번째), 2014. 1. 9.부터 위 협약의 적용을 받게 되었으므로, 약 10여년 만에 관련 국내입법을 정비한 셈이다.

두어 종래의 실무를 명확히 입법화하고(제18조 제4항), 우선저당권(preferred mortgage)⁵¹⁾을 설정할 수 있는 선박의 범위를 넓혔다. 원칙적으로는 종래와 마찬가지로 총톤수 500 이상의 선박으로 그 대상을 제한하면서도, 관계 당국의 승인이 있는 경우에는 총톤수 500 미만의 선박에 대해서도 설정할 수 있도록 한 것이다(제41조). 또한, 선박저당권의 순위에 관하여도 작은 변화가 있었다. 선박등기부에 등기된 순서를 기준으로 판단한다는 기존 실무를 그대로 유지하면서도(제24조 제1항), 같은 날 등기된 저당권의 경우에는 등기에 필요한 관련 자료를 등기국에 먼저 제출한 담보권자가 우선권을 가진다는 규정을 두어(같은 조 제2항), 기존의 관행⁵²⁾을 변경하였다.

우리나라 상법도 건조 중인 선박에 관하여도 저당권을 설정할 수 있도록 하고 있기는 하다(제790조).⁵³⁾ 그러나 우리 상법은 선박우선평권이 선박저당권에 앞선다는 일반적인 규정만을 두면서(제788조), 선박저당권에 관하여는 민법의 저당권 규정을 준용할 수 있다고만 명시할 뿐이다(제787조 제3항). 선박저당권을 다시 내부적으로 세분화하여 우선저당권과 일반저당권으로 구분하고 있지 않고, 등기일자가 동일한 저당권의 선후 관계에 대해서도 특별한 규정을 두고 있지 않으므로,⁵⁴⁾ 적어도 선박저당권에 관하여는 그리스 해상법이 더 정치하게 규정하고 있다고 평가할 수 있다.

51) 그리스는 (우리나라 상법이 선박저당권을 세분화하고 있지 않은 것과 달리) 선박저당권을 다시 일반저당권(simple maritime mortgage)과 우선저당권(preferred ship mortgage)을 구분하고 있다(제21조, 제22조). 참고로 Filippo Lorenzon/Ainhoa Campàs Velasco, “Basic Ship Finance and Registration of Mortgages” in Yvonne Baatz (ed.), *Maritime Law*, Sweet & Maxwell (2011) 95면은 일반저당권 간에는 먼저 등록된 저당권이 우선하는 것으로 취급되는 것이 당연하다고 설명하고 있다.

52) Valina Giouzelaki/Matina Kanellopoulou, “Recent Change to Greek Code of Private Maritime Law”, Watson Farley & Williams (2023), 2면에 의하면 그리스에서는 종래 같은 날 등기된 저당권자들 간에는 동일한 순위의 담보권을 가지는 것으로 취급하였다고 한다.

53) 참고로 영미법에서는 완성된 선박에 대해서만 저당권 설정이 가능하기 때문에 건조 중의 선박에 대해서는 (보통법상의 선박저당권인 legal mortgage가 아니라) 형평법상의 선박저당권인 equitable mortgage만 가능하다고 한다. 상세는 박홍진, “선박저당권에 관한 비교법적 고찰”, 원광법학 제20집, 원광대학교 법학연구소(2004), 300면을 참조.

54) 물론, 동일한 선박에 수 개의 저당권이 설정된 때에 그 순위는 설정의 선후에 의한다는 규정을 두고 있으므로(상법 제787조 제3항, 민법 제370조, 민법 제333조), 결과적으로는 그리스처럼 먼저 등기서류가 제출되어 등기가 마쳐진 저당권을 우선하게 될 것이다.

(나) 한편, 도산절차와 관련하여서도 흥미로운 규정이 도입되었다. 그리스의 「파산법(Law 4738/2020)」⁵⁵⁾은 지급정지 시점부터 파산선고 시점까지의 기간을 이른바 의심 기간(suspicious period)으로 규정하면서(제116조), 그 의심 기간 이전 6개월 동안 이루어진 행위 중 채권자 일반에 손해를 끼치는 채무자의 특정한 행위를 도산관리인이 취소할 수 있도록 하고 있다(파산법 제117조). 우리나라의 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」(이하 ‘채무자회생법’이라 한다)상 부인권의 행사에 상응하는 규정으로서, 담보권의 설정도 이와 같은 요건에 해당하면 물론 취소될 수 있다. 다만, 위 파산법 제117조는 제(d)호에서 채무자가 기존 채무를 담보하기 위한 담보권의 설정이나, 기존 채무를 대체하는 새로운 채무를 담보하기 위한 담보권의 설정은 강제취소의 대상이 되지 않는다고 그 예외를 두고 있다. 그런데 그리스 해상법은 제35조에서 이와 같은 파산법 제117조 제(d)호가 선박저당권에도 적용된다는 규정을 둠으로써, 선박소유자가 도산절차에 빠진 경우에도 선박저당권이 파산 법리에 따라 유효한 담보권으로 성립·존속할 수 있음을 확인하였다.⁵⁶⁾

우리나라에서는 ‘저당권’만을 회생담보권이나 별제권의 한 유형으로 명시하고 있고, 채무자회생법은 물론 상법 등에서도 선박저당권과 일반저당권의 관계를 명시적으로 언급하지 않고 있으므로,⁵⁷⁾ 이와 같은 그리스의 친절한 태도는 높이 살만하다.

55) 원제목은 「ΠΤΩΧΕΥΤΙΚΟΣ ΝΟΜΟΣ 4738/2020」이다.

56) 참고로 해당 조문의 원문과 영어번역문은 아래와 같다.

원문

Άρθρο 35 Υποχρεωτική ανάκληση υποθήκης σε πτώχευση
Η περ. δ' του άρθρου 117 του ν. 4738/2020 (Α' 207), περί υποχρεωτικής ανάκλησης, εφαρμόζεται και στις ναυτικές υποθήκες.

영어번역문

Article 35 Compulsory revocation of a mortgage in bankruptcy
Paragraph d of article 117 of Law 4738/2020 (A' 207), on compulsory revocation, applies to marine mortgages as well.

57) 채무자회생법 제141조 제1항, 제411조는 다음과 같다.

제141조(회생담보권자의 권리)

- ① 회생채권이나 회생절차개시 전의 원인으로 생긴 채무자 외의 자에 대한 재산상의 청구권으로서 회생절차개시 당시 채무자의 재산상에 존재하는 유치권·질권·저당권·양도담보권·가등기담보권·「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 담보권·전세권 또는 우선특권으로 담보된 범위의 것은 회생담보권으로 한다. 다만, 이자 또는 채무불이행으로 인한 손해배상이나 위약금의 청구권에 관하여는 회생절차개시결정 전달까지 생긴것에 한한다. <개정 2010.6.10>

물론 우리나라 채무자회생법상의 저당권은 민법상의 저당권에 한하지 않고 공장저당, 공장재단저당, 광업재단저당과 같은 특별법상의 저당권도 포함되는 것이므로⁵⁸⁾ 당연히 선박저당권도 이에 포함되는 것이지만, 그와 같은 점을 명시하면 해상운송을 둘러싼 당사자들의 법률관계가 더욱 안정적으로 형성될 수 있을 것이다. 다만, 우리나라에서는 기존 채무에 대한 담보권의 설정은 채권자 간의 평등을 저해하는 편파행위에 해당한다고 보아 부인의 대상으로 삼으므로,⁵⁹⁾ 이러한 점에서는 차이가 있다. 채무자에게 이른바 New Value를 제공하고 그에 대한 대가로 담보권을 설정받는 것은 우리나라에서도 편파행위에 해당하지 않아 허용되므로 유의하여야 한다.⁶⁰⁾

(3) 선박우선평권 관련 법리의 정리

(가) 그리스 해상법은 기존에 확립되어 오던 선박우선평권의 법리를 구체적으로 명문화한 것으로도 주목을 받고 있다. 일부 예외를 제외하고는⁶¹⁾ 원칙적으로 선박우선평권이 다른 저당권에 비해 우선한다는 기본원칙을 선언하면서(제42조 제2항), 경매절차 개시를 위해 소요된 절차비용(감수보존비용 포함)은 매각대금에서 당연히 먼저 공제된다는 기본 원칙을 명시하였다(같은 조 제3항).

나아가 선박우선평권으로 담보되는 순위의 채권들을 세분화하면서(같은 조 제1항), 구체적으로 ① 제1순위 채권(선박에 부과되는 세금, 권리·의무 등), ② 제2순위 채권

제411조(별채권자)

파산재단에 속하는 재산상에 존재하는 유치권·질권·저당권·「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 담보권 또는 전세권을 가진 자는 그 목적인 재산에 관하여 별채권을 가진다.

58) 권순일(편집대표), 「주식채무자회생법(II)」, 한국사법행정학회(2021), 547면(집필 담당: 도훈태). 권순일(편집대표), 「주식채무자회생법(IV)」, 한국사법행정학회(2021), 157면(집필 담당: 남준우)을 각 참조.

59) 권순일(편집대표), 「주식채무자회생법(II)」, 한국사법행정학회(2021), 157면(집필 담당: 심영진), 서울회생법원 재판실무연구회, 「회생사건실무(상) 제5판」, 박영사(2019), 340면을 각 참조.

60) 이는 미연방파산법(U.S. Bankruptcy Code) 제547조를 따른 것인데, 상서는 김영석, “도산절차에서의 보증신용장(Standby Letter of Credit)을 둘러싼 몇 가지 법률관계”, 한국해법학회지 제43권 제2호, 한국해법학회(2021), 31면을 참조.

61) 외국투자자 및 보호에 관한 법률인 L.D. 2687/1953 제13조에 따라 등록된 총톤수 1,500 이상 선박에 대해서는 예외적으로 해상법상 규정을 적용하지 않기 때문이다(그리스 해상법 제39조).

(선장·선원의 임금, 사회보장기금 채권 등), ③ 제3순위 채권(해난구조), ④ 제4순위 채권(선박충돌)을 명시하였다. 그리고 위 채권들에 관하여 원칙적으로는 그 한도에 제한이 없지만, 제1순위 채권은 압류 시점부터 소급하여 6개월 이전 부분만큼을 한도로 한다는 제한을 두어 이해관계인들 사이의 형평을 꾀하였다.

또한, 선박우선평권의 추급권(追及權)과 관련하여서도 흥미로운 규정을 도입하였다. 선박이 제3자에게 매각되는 경우, 그 이전등기가 마쳐진 시점으로부터 3월 이내에 신 소유자를 상대로 소송을 제기하여 법원으로부터 선박우선평권을 인정받는다면 이를 계속 행사할 수 있지만, 그렇지 않다면 선박우선평권은 소멸한다고 본다(제44조 제1항). 다만, 선장과 선원의 임금채권에 기한 소송은 1년 이내에 제기하면 된다고 하여 더 시간적 여유를 주었다(제44조 제2항).

(나) 참고로 우리 상법은 제777조에서 선박우선평권이 있는 채권을 4가지 유형으로 구분하고 있는데(유류오염손해배상보장법 제51조 제1항까지 포함하면 5가지 유형),⁶²⁾ 그 내용과 순위는 앞서 본 그리스 해상법과 유사하지만,⁶³⁾ 모든 유형의 채권에 대해 그 한도를 제한하고 있지 않다는 점에서 차이가 있다. 또한, 상법 제785조

62) 우리나라는 상법 제782조에 따라 동일항해로 인한 채권의 우선특권이 경합하는 때에는 상법 제777조 제1항 각호의 순서에 따르도록 하고 있으므로 위 순서를 원칙적인 피담보채권 순위로 볼 수 있다.

63) 아래에서 보는 바와 같이 적어도 상법 제777조 제1항은 그리스 해상법의 내용과 유사하다.

■ 상법 제777조(선박우선평권 있는 채권)

① 다음의 채권을 가진 자는 선박·그 속구, 그 채권이 생긴 항해의 운임, 그 선박과 운임에 부수한 채권에 대하여 우선특권이 있다.

1. 채권자의 공동이익을 위한 소송비용, 항해에 관하여 선박에 과한 제세금, 도선료·예선료, 최후 입항 후의 선박과 그 속구의 보존비·검사비
2. 선원과 그 밖의 선박사용인의 고용계약으로 인한 채권
3. 해난구조로 인한 선박에 대한 구조료 채권과 공동해손의 분담에 대한 채권
4. 선박의 충돌과 그 밖의 항해사고로 인한 손해, 항해시설·항만시설 및 항로에 대한 손해와 선원이나 여객의 생명·신체에 대한 손해의 배상채권

■ 유류오염배상법 제51조(선박우선평권)

① 유조선, 일반선박 및 유류저장부선의 유류오염손해에 관한 제한채권자는 그 제한채권에 관하여 사고 선박, 그 속구(屬具) 및 수령하지 아니한 운임에 대하여 우선특권이 있다.

② 제1항에 따른 우선특권은 상법 제777조 제1항 제4호의 다음 순위로 한다.

③ 제1항에 따른 우선특권에 관하여는 상법 제777조부터 제786조까지의 규정을 준용한다.

는 추급권을 인정하면서 그 유지를 위해 채권자에게 별도의 조치를 요구하고 있지도 않다. 그리스 해상법보다 선박우선특권을 가진 자의 지위는 더욱 강력하게 보호되고 있지만, 그만큼 선박을 매수하는 자의 법적 지위는 더 불안하게 된 셈이다.⁶⁴⁾ 물론, 우리 상법은 제786조에서 피담보채권이 생긴 날로부터 1년 이내에 실행하지 않는 선박우선특권은 소멸한다고 규정하여 그 범위가 무한정 확대되는 것을 막고 있지만, 선박우선특권 관련 협약⁶⁵⁾ 등의 내용을 고려하여 적어도 추급권에 관하여는 채권자로 하여금 특정한 조치를 취하도록 하여, 권리 위에 잠자는 자까지 부당하게 보호받지 않도록 하는 것도 입법론적으로 고려해볼 만하다.⁶⁶⁾

(4) 준거법 관련 규정들

그리스 해상법은 선박의 소유권 등과 관련하여 유의미한 준거법 규정을 두었다.

- 64) 선박을 매수하는 자는 통상 해상기업 활동을 피하는 해상기업일 것으로 보이는데, 선박우선특권은 이와 같은 해상기업주체들이 예상치 못한 가운데 행사될 수 있기 때문에 실무에서도 유의를 요하게 되는 것이다. 손점열, “선박우선특권에 대한 여러 가지 쟁점 연구 및 실무상 유의사항 검토”, 한국해법학회지 제38권 제2호, 한국해법학회(2016), 362면도 이러한 점을 지적하고 있다.
- 65) 선박우선특권과 관련된 주요 국제협약으로는 아래처럼 3가지가 있는데, 우리나라는 위 협약에 모두 가입하지는 않았지만, 1926년 협약과 1967년 협약의 일부는 1991년 상법(1991. 12. 31. 법률 제4470호로 개정된 것) 개정 전·후로 그 내용이 상법에 반영되었다. 김현, “1993년 선박우선특권 및 저당권협약”, 법조 제45권 제7호, 법조협회(1996), 215면은 1993년 협약의 방향은 등기와 같은 공시가 강제적이지 않은 선박우선특권의 범위를 축소함으로써 선박저당권자 등을 보호하고 이로써 해상기업주체의 금융편의를 도모하는 데에 있다고 설명한다.

구분	조약 명칭	가입	실질적 반영
1926년 협약	International Convention for the unification of certain rules relating maritime lien and mortgages, Brussels, April 10, 1926	×	○
1967년 협약	International Convention for the unification of certain rules relating maritime lien and mortgages, Brussels, May 27, 1967	×	○
1993년 협약	International Convention on maritime liens and mortgages, 1993	×	×

- 66) 참고로 일본 해상법 제845조도 소유권이전등기가 마쳐진 이후 1월 내에 채권자가 그 신고를 하여야만 선박우선특권이 소멸하지 않는다고 규정하여, 그리스 해상법과 유사한 체계를 취하고 있다. 그 원문과 번역문은 아래와 같다. 참고로 김인현, 「해상법(제6판)」, 법문사(2020), 510면에 의하면 중국 상법 제26조도 유사한 취지의 규정(선박양도 공시가 이루어진 날로부터 60일 이내에 우선특권을 행사하지 않으면 소멸)을 두고 있다고 한다.

먼저 소유권의 이전과 선장의 권한 등에 관하여 기국(country of flag)의 법을 따르도록 하면서(해상법 제16조 제1항), 기국이 변경되는 경우에는 양도가 이루어지거나 강제집행이 이루어지는 시점을 기준으로 삼도록 하여 그 기준시점을 명확히 하였다(같은 조 제2항). 나아가 그리스 해상법은 선박우선특권과 선박저당권에 대해서도 위와 같은 소유권에 관한 규정인 제16조가 적용된다고 명시함으로써(제47조 제1항) 선박을 둘러싼 소유권과 담보권 등 물권에 대한 규율을 가능한 통일적으로 꾀하려고 노력하였다. 다만, 피담보채권의 순위 구분에 관하여는 집행국가의 법을 적용하도록 하여(같은 조 제2항), 실무상 가장 어려운 채권의 순위조정 문제에 관하여는 집행법원이 자국의 기준에 따라 처리하도록 하였다.

참고로 우리나라는 준거법에 관하여 (상법이 아니라) 국제사법(2022. 1. 4. 법률 제18670호로 전부개정된 것)에서 규율하고 있는데, 선박의 소유권 및 저당권, 선박우선특권, 그 밖의 선박에 관한 물권에 관하여는 선적국법을 따르도록 하고 있다(국제사법 제94조 제1호). 물론 선적국은 선박이 국적을 가지고 있는 국가로서 기국(country of flag)이라고 하기보다는 등록국(country of registration)이라고 하는 것이 상대적으로 정확할 것이지만,⁶⁷⁾ 선적국의 국기를 게양하는 것이 통상적이므로 실무상으로는 선적국이 곧 기국이 되는 경우가 많을 것이고, 그렇다면 우리나라와 그리스의 입장이 전혀 다르다고 볼 수는 없다.

다만, 선박우선특권으로 담보되는 채권의 구분 내지 순위에 관하여 집행국가의 법을 따르도록 한 부분은 우리나라와 차이가 있다. 우리나라에서는 선박우선특권의 성립 여부, 일정한 채권이 선박우선특권에 의하여 담보되는지 여부 및 선박우선특권이

第八四五条(船舶先取特權と船舶の譲受人)

① 船舶所有者がその船舶を譲渡したときは、譲受人は、その登記をした後、船舶先取特權を有する者に対し、一定の期間内にその債權の申出をすべき旨を公告しなければならない。この場合において、その期間は、一箇月を下ることができない。

② 船舶先取特權を有する者が前項の期間内に同項の申出をしなかったときは、その船舶先取特權は、消滅する。

제845조 (선박우선특권과 선박의 양수인)

① 선박소유자가 그 선박을 양도한 때에는 양수인은 그 등기를 한 후 선박우선특권을 가지는 자에 대하여 일정 기간 내에 그 채권의 신고를 하여야 한다고 공고하여야 한다. 이 경우에 그 기간은 1개월 이상이어야 한다.

② 선박우선특권을 가지는 자가 제1항의 기간 내에 동항의 신고를 하지 아니한 때에는 그 선박우선특권은 소멸한다.

67) 석광현, 「국제사법 해설 제2판」, 박영사(2013), 588면 이하를 참조.

미치는 대상의 범위에 대하여는 선적국의 법이 준거법이 된다는 법리가 확립되어 있고(대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다39617 판결 등 참조),⁶⁸⁾ 이에 따라 실무에서도 선적국이 파나마국이나 캄보디아국인 경우에는 그 국가의 법에 따라 선박우선특권으로 담보되는 채권들의 순위를 판단하고 있기 때문이다.⁶⁹⁾ 그리스는 자국이 집행법원이 되는 경우 (집행대상이 되는 선박의 기국에 관계없이) 무조건 그리스 해상법에 따른 순위를 적용하기 위한 목적으로 이와 같은 입법을 한 것으로 생각되는데, 집행법원의 입장에서는 실무처리가 용이하겠지만,⁷⁰⁾ (피담보채권의 준거법까지는 아

68) 구 국제사법(2022. 1. 4. 법률 제18670호로 전부개정되기 전의 것) 하의 판결이나, 구 국제사법 제60조 제1호는 아래와 같이 현행 국제사법 제94조 제1호와 그 문구가 동일하므로 여전히 유의미한 판결이다(밑줄친 부분처럼 제4호의 일부 문구만 변경되었을 뿐이다).

구 국제사법	현행 국제사법
제60조(해상) 해상에 관한 다음 각호의 사항은 선적국법에 의한다.	제94조(해상) 해상에 관한 다음 각 호의 사항은 선적국법에 따른다.
1. 선박의 소유권 및 저당권, 선박우선특권 그 밖의 선박에 관한 물권	1. 선박의 소유권 및 저당권, 선박우선특권, 그 밖의 선박에 관한 물권
2. 선박에 관한 담보물권의 우선순위	2. 선박에 관한 담보물권의 우선순위
3. 선장과 해원의 행위에 대한 선박소유자의 책임범위	3. 선장과 해원(해원)의 행위에 대한 선박소유자의 책임범위
4. <u>선박소유자·용선자·선박관리인·선박운항자 그 밖의 선박사용인이 책임제한을 주장할 수 있는지 여부 및 그 책임제한의 범위</u>	4. <u>선박소유자등이 책임제한을 주장할 수 있는지 여부 및 그 책임제한의 범위</u>
5. 공동해손	5. 공동해손
6. 선장의 대리권	6. 선장의 대리권

69) 부산지방법원 선박실무연구회, 「선박집행실무 개정판」, 세종문화사(2013), 183면을 참조.
70) (선적국법이나 집행국가의 법이 아닌) 피담보채권의 준거법을 기준으로 삼아야 한다는 입장에서는 각 개별채권마다 별도의 준거법을 적용하게 되는 셈인데, (a) 집행법원이 배당 요구된 각 채권의 준거법을 개별적으로 검토하여 그에 따른 각 저마다의 채권순위를 확인하는 것은 현실적으로 불가능하고, (b) 설령 각 준거법 별로 순위를 확인하였다고 하더라도 이를 어떻게 처리할지 그 방식이 불분명하기 때문에 실무처리가 쉽지 않을 것이다. 가령, 아래와 같은 상황에서도 여러 견해가 대립할 수 있다.

[※가상사례] ㉓㉔㉕㉖ 이렇게 4가지 순위가 있는 A국가에서 4순위채권(㉖)에 해당하는 채권자'와 '㉓㉔㉕㉖㉗ 이렇게 5가지 순위가 있는 B국가에서 4순위채권(㉖)을 가진 채권자'가 경합할 시
 ① 같은 4순위니 4순위로서 함께 안분 배당하자는 견해,
 ② A국은 ㉖를 알지 못하지만 사실 ㉖는 ㉕보다도 객관적으로 선순위로 보아야 하므로 ㉖에 우선 배당하자는 견해,

니더라도) 적어도 기국의 법률이 적용될 것으로 신뢰하였던 이해관계인들로서는 가능한 그리스에서 선박이 묶여 경매절차가 개시되지 않도록 하는 반사적 대응이 이루어질 수도 있을 것으로 보인다.

(5) 기타 집행에 관한 규정들

(가) 그밖에 그리스 해상법은 선박의 집행과 관련하여서도 많은 규정들을 입법화하였다. 선박가압류와 관련하여서는 그리스 민사소송법뿐만 아니라 「1952년 선박가압류 협약(1952 Arrest Convention International)」도 적용된다는 점을 명시하였고(제272조),⁷¹⁾ 약의로 부당가압류를 한 자는 그에 대한 손해배상책임을 지도록 규정하면서(제273조 제1항), 다만 그 배상의 범위는 가압류 해제에 소요된 비용과 가압류기간 중 통상적인 과정에서 얻었을 운임으로 제한하였다(같은 조 제2항).

(나) 가장 주목해야 할 부분은 외국경매절차를 통해 기국이 그리스인 선박을 취득한 자가 관련서류(① 집행권원이 된 외국사법기관이나 권한당국의 결정, ② 집행국가의 관련 법령에 따라 경매절차가 종료되었고 최고가매수인이 담보가 소멸된 목적물을 취득하게 된다는 권한당국 관계자의 확인, ③ 경매절차의 전부 또는 일부에 제출되었던 공문서등)를 제출하면, 그리스 국내에서 진행된 경매절차에서 그 소유권이 전이 이루어진 것과 동일하게 취급하여 그 효력을 인정해 주겠다는 조항을 명시하였다는 점이다(제278조). 결국 그리스 해상법은 집행국가의 법에 따라 물권변동이

③ B국에서도 ㉔보다㉕가 후순위인 이상 ㉔에 우선 배당하자는 견해
[검토] 두 명의 채권자가 있는 경우에도 이처럼 여러 논란이 있을 수 있는데, 다수의 배당요구권자가 있는 상황에서는 사실상 배당업무를 처리하기 어려울 것으로 생각된다.

71) 「1952년 선박가압류협약(International Unification of Certain Rules to the Arrest of Sea-going Ships, Brussel, May 10th, 1952)」을 의미한다. 그리스는 이미 위 협약에 가입하여 1967. 8. 27.부터 그 적용을 받고 있었는데 해상법을 개정하면서 이러한 점을 드디어 분명히 명시한 것이다. 참고로 「1999년 선박가압류협약(International Convention on Arrest of Ships, 1999)」도 2011. 9. 14.부터 발효되었는데 그리스는 2023. 6. 현재 위 1999년 협약에는 가입하지 않은 상태이다(2023. 6. 현재 겨우 13개국만 비준하고 있는데, 후술하듯이 스페인이 그 13개국 중 하나이다). 참고로 우리나라는 위 1952년 협약과 1999년 협약에 모두 가입하지 않았다. 정완용, “1999년 선박가압류에 관한 국제협약과 선박집행”, 국제거래법연구 제8집, 국제거래법학회(1999), 273면 이하는 1999년 협약은 1952년 협약과 유사한 제도를 유지하면서 해사채권의 종류를 확대하고 선박가압류와 그 해방을 보다 용이하게 할 수 있도록 제도적인 보완을 하고 있다는 점이 특징이라고 설명한다.

이루어진 경우에는 이를 증명하는 관련 서류만 제대로 제출되면 그 물권변동의 효력을 그리스에서도 인정해주겠다는 것이므로 물권변동의 준거법은 집행국가의 법이라는 입장을 취한 것으로 평가할 수 있다.

참고로 우리나라에서는 이와 관련된 논의가 많이 이루어지고 있지 않는데, [1] 외국국적 선박에 관한 매매가 외국에서 이루어진 경우 그 매매에 따라 물권변동이 이루어졌는지 여부는 매수인이 소유권을 취득할 당시의 선적국법을 기준으로 판단하여야 한다고 본 사안(부산고등법원 2005. 12. 15. 선고 2005나4574 판결),⁷²⁾ [2] 외국국적 선박에 관한 경매가 국내에서 이루어진 경우 (그 집행절차는 우리 민사집행법의 규정에 따르지만) 소유권의 취득은 절차법이 아닌 실체법적 영역이므로 선적국법인 외국의 법률에 따른다고 보아 마찬가지로 해당 선박의 선적국법을 기준으로 이를 판단해야 한다고 본 사안(부산지방법원 2008. 4. 30. 선고 2007가합4762 판결),⁷³⁾ [3] 이에 대해 “일반적으로 경매에 의한 물권변동은 법률에 의한 물권변동의 경우로서 법률행위에 의한 물권변동과는 달리 취급되는 점을 고려한다면 경매에 따른 실체법상의 효력은 경매지에 따른다고 볼 여지가 있다”는 견해⁷⁴⁾ 정도가 확인된다.

앞서 본 그리스 해상법은 이 중에서 [3]을 따라 집행국가의 법(=경매지)을 적용한 셈이다. 그런데 ① 절차는 법정지법에 따른다는 국제사법의 대원칙에 의하면 국내경매절차는 우리 민사집행법에 따라 진행되는데, ② 이 경우 매각대금이 완납되면 그 즉시 소유권이 이전되고,⁷⁵⁾ ③ 이미 소멸한 담보권에 기초하여 경매절차가 개시되고

72) 선박매수인이 이 사건 선박의 매매가 이루어질 당시 그 선적국인 폴란드 해상법 제74조에서 정한 요건(서면으로 계약을 체결하고 계약서에 공증인의 공증을 받아야 한다는 내용)을 구비하였으므로 선박소유자에 해당한다고 판시한 사안이다. 위 사건은 다른 이유로 상고심(대법원 2007. 6. 9. 선고 2006다5130 판결)에서 파기되었지만, 원고가 선박소유권자라는 점은 그대로 유지되었다. 상세는 김영석, “해운회사의 국제도산에 관한 연구 -선박 관련 쟁점을 중심으로”, 사법논집 제64집, 법원도서관(2017), 416면 이하를 참조.

73) 대한민국에서 개시된 선박임의경매절차에서 러시아 선적국 선박을 경락받고 경락대금을 모두 완납한 A가, 위 선박의 중전소유자로부터 당해 선박을 매수하고 러시아국 선박등기부에 이전등기를 마친 B를 상대로 해당 선박에 관한 선박인도청구를 한 사안인데, 선적국법인 러시아연방상선법 제33조에서 정한 요건(선박에 대한 소유권은 선박등기부의 기재에 따라서만 증명될 수 있다는 내용)을 구비하지 못하였으므로 국내경매절차에서 매각대금을 완납하여 민사집행법상 소유권을 취득한 자라도 선박의 소유자라고 볼 수 없다고 본 사안이다(미 항소 확정). 상세는 김영석(註 72), 416면 이하를 참조.

74) 석광현(註 67), 596면 이하를 참조.

75) 법원사무관 등도 매각대금이 완납되면 (다른 요건을 추가로 검토할 것 없이) 매수인 앞으

부동산이 매각된 경우에도 특별한 사정이 없는 한 경매는 유효하고 매각대금을 다 낸 매수인은 부동산 소유권을 적법하게 취득한다고 보아야 하는 점(대법원 2022. 8. 25. 선고 2018다205209 전원합의체 판결) 등에 비추어 보면, 적어도 국내경매절차에서 진행된 물권변동의 효과는 (경매목적물인 선박의 선적국과 관계없이) 우리나라의 민사집행법을 기준으로 판단하는 것이 타당한 측면이 있고 그것이 실무에도 부합한다고 생각된다. 따라서 외국경매절차에서 이루어진 물권변동의 효과를 어떠한 법에 따라 대내적으로 인정할 것인지는 별론으로 하고, 적어도 국내경매절차에서 이루어진 외국선박에 관한 물권변동의 효과에 관하여는 우리나라 법을 기준으로 삼아야 한다는 점에서 [3]을 경청할만하다.

(다) 그리스 해상법은 여기서 한 걸음 더 나아가 외국경매절차에서 이루어진 물권 변동도 그 집행국가 법률상의 요건을 충족한 것이면 대내적으로 인정해 주겠다는 것이다. 최근에야 비로소 「선박경매의 국제적 효력에 관한 협약(Convention on the International Effects of Judicial Sales of Ships)」⁷⁶⁾이 채택되어 그 가입 여부가 논의되고 있는 점을 고려하면, 그리스의 입장은 굉장히 전향적(前向的)이다. 위 협약은 회원국에서 진행된 경매절차를 통해 선박을 취득한 매수인에게 다른 회원국에서도 동일한 지위를 부여해주는 것을 주요 내용으로 하는데, 외국경매절차를 승인하는 절차로 이해할 수 있다는 점에서 (개별재판이 아니라) 외국도산절차를 승인하는 채무자회생법 제5편(국제도산)과도 유사한 측면이 있다.⁷⁷⁾ 국제교류가 점점 활발히 일어나는 요즘 외국경매절차에서 취득된 선박의 지위를 검토해야 하는 사례가 늘어날 것은 비교적 분명하므로, 이에 관한 명확한 법리가 확립되어 있지 않은 우리나라로서도 위 협약에의 가입 여부와 함께 입법론적으로 그리스 해상법과 같은 태도를 취

로 소유권을 이전하는 등기 등을 촉탁하여야 한다(민사집행법 제144조 제1항).

76) 베이징 컨벤션(Beijing Convention)이라고도 불리는 위 협약은 UNCITRAL의 주도로 2022. 12. 7.에 비로소 채택되었는데, 상से는 송유림, “선박경매의 국제적 효력에 관한 협약에 대한 연구 - 선박경매의 승인 및 선박집행실무에 미치는 영향을 중심으로”, 저스티스 통권 제194-1호, 한국법학원(2023), 112면 이하를 참조.

77) UNCITRAL이 1997년에 채택한 「CBI 모델법(Model Law on Cross-Border Insolvency)」을 받아들인 채무자회생법 제5편(국제도산)은 CBI 모델법과 마찬가지로 외국도산절차(foreign insolvency proceedings)를 승인대상으로 삼고 있다. 이러한 점에서 소송절차를 구성하는 개별재판을 승인·집행의 대상으로 삼는 일반적인 민·상사재판의 승인 및 집행과는 차이가 있다. 상세는 김영석, “국제도산에서 도산절차와 도산관련재판의 승인 및 집행에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사 학위논문(2022), 211면 이하를 참조.

할 것인지 고민해보아야 할 시점이다.

IV. 스페인의 2014년 해상운송법(Act 14/2014)

1. 입법 배경

스페인은 2014년에 「해상운송법(Maritime Navigation Law, Act 14/2014)」을 제정하여 종래 상당 기간 시행되어 오던 「1885년 스페인 상법」의 해상법 부분⁷⁸⁾을 일부 대체하고 새로운 체계를 확립하였다. 위 2014년 해상운송법도 그리스의 2023년 해상법과 마찬가지로 기존 실무를 전면적으로 변경하는 것이라기보다는 그동안 확립되어 온 법리와 관행을 명문화하는 것이 주요 목적인데, 총 524개의 조문으로 구성되어 있고, 운송 외에 해상보험에 관한 부분(Title VIII 제406~467조)도 함께 포함하고 있다는 점에 특색이 있다.⁷⁹⁾

2. 주요 내용 및 검토

(1) 국제협약의 적용 범위 정리

스페인 해상운송법은 그동안 스페인이 가입·비준한 국제협약의 적용 범위와 위 협약과 국내법의 관계를 구체적으로 정리하였다는 점에서 주목할 만하다. 국제운송·국내운송을 구분하지 않고 전면적으로 적용되는 국제협약과 국제운송에만 적용되는 국제협약을 구분하고, 국제협약마다 구체적으로 그 적용 범위를 명시함으로써,⁸⁰⁾ 다

78) 1885년 스페인 상법 중 해상법 부분은 제3편에 배치되어 있는데, 전체 약 800여 개의 조문 중 295조로 구성되어 있다고 한다. 상세는 채이식, “스페인 해상법에 관한 연구”, 한국해법학회지 제29권 제2호, 한국해법학회(2007), 137면 이하를 참조.

79) 해상분야 중 공법적인 부분도 다루고 있는데, José Manuel Martín Osante, “The experience of Spain”, in Justina Nawrot/Zuzanna Peplowska-Dabrowska (eds.), *Codification of Maritime Law –Challenges, Possibilities, and Experiences*, informa law from Routledge (2015), 234면은 해사공법은 대부분 「State Ports and Merchant Navy Act(SPMNA/LPEMM)」에서 다루고 있으므로, 위 2014년 해상운송법의 공법으로서의 역할은 제한적이라고 지적한다.

80) José María Ruiz Soroa, “El derecho uniforme en la Ley de Navegación Marítima”, in

소 불분명하였던 국내법과의 관계를 명확히 하였다.

가령 「1993년 선박우선평권 및 저당권 협약」처럼 모든 운송에 적용되는 협약에 관하여는 위 협약이 관련 담보권에 적용된다는 단순한 규정만을 두고 있는 반면에 (제122조 제1항),⁸¹⁾ 「1924년 선하증권에 관한 법률의 특정 규칙의 통일을 위한 국제협약(헤이그규칙)」처럼 국제운송에만 적용되는 협약의 경우에는 그 적용범위를 구체적으로 명시하고 있다(제277조 제2항).⁸²⁾ 후자의 경우 국내운송에도 위 협약이 적

Alberto Emparanza Sobejano/José Manuel Martín Osante (eds.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons (2015), 52면은 전면적으로 적용되는 협약을 ‘Universal Convention’으로, 국제운송에만 적용되는 협약을 ‘non-Universal Convention’으로 지칭하고 있다.

- 81) 스페인이 가입·비준한 국제협약 중 이처럼 국제운송·국내운송에 관계없이 일괄 적용되는 협약으로는 ① 1993년 선박우선평권 및 저당권 협약(스페인 해상운송법 제122조에서 취급), ② 1989년 해난구조에 관한 협약(스페인 해상운송법 제357조에서 취급), ③ 1996년 선박책임제한협약(스페인 해상운송법 제392조에서 취급)이 있는데, 그중 ①에 관한 제122조 제1항의 원문과 영어번역문은 아래와 같다.

원문

Artículo 122. Régimen jurídico de los privilegios marítimos.

1. Los privilegios marítimos se regirán por lo dispuesto en el Convenio internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993.

영어번역문

Article 122. Legal regime of maritime privileges.

1. Maritime privileges shall be governed by the provisions of the International Convention on maritime liens and the naval mortgage, done at Geneva on May 6, 1993.

- 82) 스페인 해상운송법 제277조 제2항의 원문과 영어번역문은 아래와 같다(밑줄과 강조는 필자가 임의로 표시).

원문

Artículo 277. Régimen de responsabilidad.

2. Los contratos de transporte marítimo de mercancías, nacional o internacional, en régimen de conocimiento de embarque y la responsabilidad del porteador, se regirán por el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924, los protocolos que lo modifican de los que España sea Estado parte y esta ley.

영어번역문

Article 277. Liability regime.

2. Contracts for the maritime transport of merchandise, **national** or international, under

용된다고 명시하고 있다면 그에 대해서는 (국제협약으로서가 아니라) 그 내용을 실질법적 지정으로 국내법에 편입하는 것이고, 따라서 해당 협약의 개정 여부와 관계 없이 스페인이 이를 임의로 수정·변경할 수 있게 되는 것이다.⁸³⁾

우리나라는 국제협약에 가입·비준함이 없이 국내법 개정을 통해 실질적으로 그 내용을 받아들이는 방식을 주로 취하고 있지만, 스페인은 다수의 국제협약에 적극적으로 가입하고 있고 이에 더하여 유럽연합의 회원국으로서 EU Regulation의 적용도 받으므로 여러 규범 간의 정리가 필요할 것임은 쉽게 예상할 수 있다. 이러한 점에서 위와 같은 스페인의 태도는 눈여겨볼 만하고, 향후 우리나라도 직접 가입·비준하는 국제규범이 많아지게 되면 이러한 방식의 입법을 참조할 수 있을 것이다.

(2) 선박책임제한절차의 도입

스페인의 해상운송법에서 가장 눈여겨볼 부분은 바로 별도의 독립된 선박소유자의 책임제한절차를 도입하였다는 점이다. 해상기업 활동과 관련하여 제3자에게 특정한 인적·물적 손해가 발생한 경우 선박소유자가 자신의 배상책임을 일정한 한도로 제한함으로써 해상기업의 활동을 보호하는 것이 바로 선박소유자의 책임제한제이다. 그런데 스페인은 「1976년 해사채권의 책임제한 협약(Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims of 19 November 1976, LLMC 1976)」 및 그에 대한 「1996년 개정의정서(Protocol of 1996, LLMC PROT 1996)」에 가입하여,⁸⁴⁾ 실질적으로는 선박소유자의 책임을 제한하고 있으면서도 이에 관한 별도의 독립된 절차를 두고 있지 않았다. 이러한 상황에서 스페인은 2014년 해상운송법 제403~405조에서 책임제한기금에 관하여 규정하면서, 구체적인 책임제한기금의 조성, 제한채권의

the bill of lading regime and the responsibility of the carrier, will be governed by the International Convention for the Unification of Certain Rules in Matters of Bills of Lading, signed in Brussels on 25 of August 1924, the protocols that modify it to which Spain is a State party and this law.

83) José Manuel Martín Osante, supra note 79, 245면은 당초부터 협약의 적용범위가 아니었던 국내운송에 관하여는 스페인 입법자들이 자유롭게 규율할 수 있으므로 임의로 그 내용을 수정할 수 있다는 점을 강조한다.

84) 정확히 말하면 스페인은 ① LLMC 1976에 가입하였다가(1981. 11. 13. 가입, 1986. 12. 1. 발효), ② LLMC PROT 1996에 가입한 다음(2005. 1. 10. 가입, 2005. 4. 10. 발효), ③ LLMC 1976에서 탈퇴하였다(2006. 11. 27. 탈퇴, 2007. 11. 1. 탈퇴효력 발생).

신고·조사, 책임제한기금의 분배 등으로 이어지는 일련의 절차를 규정함으로써(제 487~500조), 책임제한제도가 실질적으로 기능할 수 있는 환경을 마련한 것이다

이는 우리나라와는 다소 상반된 모습이다. 정작 우리나라는 위와 같은 국제협약(LLMC 1976, LLMC PROT 1996)에 가입하지 않고도 사실상 그 실질적인 내용을 상법에 받아들이고, 나아가 1991. 12. 31. 법률 제4471호로 「선박소유자 등의 책임 제한절차에 관한 법률」까지 제정하여 책임제한절차를 이미 별도의 독립된 절차로 운영하여 오고 있기 때문이다. 우리나라에서도 종래 선박소유자의 책임제한은 민사 소송에서의 일반적인 방어방법의 하나로 처리될 수밖에 없었는데,⁸⁵⁾ 이와 같은 책임 제한절차에 관한 법률의 제정 이후 하나의 확립된 실무로 자리를 잡고 있으므로, 향후 스페인에서도 본격적으로 책임제한절차에 관한 많은 법리가 집적될 것으로 기대 된다.

(3) 기타사항

(가) 그밖에 스페인 해상법은 선박소유자 등으로 하여금 밀항자의 유무에 관한 정보를 스페인의 관계당국에 정확히 고지하도록 하면서(제11조 제1항), 하선하여 치료를 받거나 그밖에 인도적인 처우를 받아야 하는 이유로 부득이 밀항자를 하선시킬 수밖에 없는 경우에는 그로 인하여 발생할 수 있는 비용(관리, 통역, 송환비용 등)을 선박소유자 등이 부담하도록 하고, 이를 위한 담보가 제공될 때까지 관계 당국이 그 선박을 억류할 수 있도록 하였다(같은 조 제2항). 선박소유자 등에게 관련 비용을 부담시키는 방법으로 밀항의 발생을 스스로 단속하도록 유도하는 것은 효율적인 정책적으로 생각되므로, 밀항단속법 등 형사 관련 규정만을 두고 있는 우리나라에서도 그 도입을 고려해볼만한 하다.

(나) 또한, 「1999년 선박가압류협약(International Convention on Arrest of Ships, 1999)」에 가입하지 않은 국기를 게양한 선박에 대해서는 위 협약 제1조에서 특정하지 않은 유형의 채권에 기한 가압류도 허용한다는 규정을 명시한 부분도 인상적이다(제473조 제3항). 위 1999년 협약은 (1952년 협약에 5가지의 해사채권을 추가하

⁸⁵⁾ 상세는 김영석, “선박책임제한절차와 도산절차의 비교 및 충돌에 관한 연구 -소송 및 집행절차에 미치는 영향을 중심으로”, 사법 제30호, 사법발전재단(2014), 270면 이하를 참조.

여) 총 22개 유형의 해사채권을 규정하고 이에 기초하여서만 선박가압류를 할 수 있도록 하고 있다.⁸⁶⁾ 그런데 위 협약에 가입한 스페인만 이러한 제한을 받는다면 그렇지 않은 채권을 근거로 해서도 자유로이 선박가압류를 할 수 있는 국가에 비해 제약을 받게 되므로 위와 같은 규정을 둔 것으로 생각된다. 물론, 위 1999년 협약은 회원국 사이에서만 적용되므로 굳이 위와 같은 규정을 두지 않았더라도 동일한 법리가 적용되었겠지만, 위 스페인 해상운송법 제473조 제3항은 이러한 점을 분명하게 확인한 것이다.

참고로 2022년에 개정된 우리나라의 국제사법은 선박이 압류/가압류된 곳에 근거하여 해상소송사건에 관한 국제재판관할을 인정하는 이른바 선박가압류관할(forum arresti)을 전면적으로 도입하였다(국제사법 제90조).⁸⁷⁾ 다만, 이는 기본적으로 영미법상 대물소송에 기초한 제도이므로 그와 같은 체계를 두고 있지 않은 우리나라에서 이를 전면적인 관할의 근거로 삼기에는 다소 조심스러운 측면이 있다. 따라서 피보전권리와 아무런 관련이 없는 선박을 가압류한 경우에도 그 가압류에 터 잡아 본안소송에 대한 관할권을 무제한적으로 인정하는 것은 타당하지 않고, 그와 같은 경우에는 신의성실의 원칙이나 개정 국제사법 제2조에 따른 실질적 관련성 등을 이유로 가압류관할의 효력을 제한하거나, 새롭게 도입된 불편한 법정지의 원칙(forum non convenience), 즉, 개정 국제사법 제12조에 따라 우리나라 법원 스스로 재판관할권을 불행사하는 방법도 고려해 볼 만하다.⁸⁸⁾ 이러한 점에서 1999년 협약의 가입국이 아닌 우리나라도 위 협약에 기재된 해사채권을 검토·연구할 필요가 있다.

86) 1999년 협약이 추가한 해사채권은 c) 해난구조와 관련된 특별보상금채권, d) 환경손해채권, e) 무해조치 관련채권, f) 용선계약 또는 다른 계약에 포함되어 있는 선박의 사용 또는 임대와 관련된 계약채권, o) 선원의 송환비용 및 사회보험료채권 등이고, 위와 같이 열거된 해사채권의 종류는 ‘한정적 열거(closed or exhaustive list)’로 해석된다고 한다. 상세는 정완용, “선박가압류조약(Arrest Convention)상 해사채권의 국제재판관할 입법방안에 관한 고찰”, 국제사법연구 제19권 제1호, 한국국제사법학회(2013), 222면 이하를 참조.

87) 석광현, 「국제재판관할법 - 2022년 개정 국제사법 해설」, 박영사(2022), 425면은 이와 같은 가압류관할 제도의 도입으로 인하여 단순한 선박소제지는 독자적인 관할근거로서의 의미를 상실하게 되었다고 지적한다.

88) 상세는 김영석, “2022년 개정 국제사법에 따른 해상사건의 국제재판관할”, 인권과 정의 제 514호, 대한변호사협회(2023), 20면 이하를 참조.

V. 나가며

국제거래와 필연적으로 밀접한 관련을 맺을 수밖에 없는 해상법은 외국적 요소가 많을 수밖에 없고, 이에 항상 주요 국가의 입법동향과 국제규범의 형성과정에 관심을 가져야 한다. 준거법의 충돌, 선박건조, 선박금융, 국제물품거래, 해상운송, 용선계약, 화물운송 및 여객운송, 선박소유자의 책임제한, 해상보험, 유류오염손해 처리, 자율운항선박 등 해상법의 영역은 광활하고 또 무궁무진하다. 이러한 점에서 앞서 본 미국의 OSRA 2022, 그리스의 2023년 해상법, 스페인의 2014년 해상운송법은 주목할 만하다.

먼저 미국의 OSRA 2022는 COVID-19로 발생한 과도한 체선료, 지체료의 부과를 제한하는 등으로 미국의 화주를 보호하고자 입안된 법인데, 미국이 가지는 정치·경제의 중심지로서의 지위를 고려할 때 전 세계적으로 많은 영향을 미칠 것으로 생각된다. FMC가 관리·감독하는 분쟁해결절차가 마련되었고 그 절차에서 체선료, 지체료의 적정성에 대한 증명책임은 운송인에게 부과되었으므로 해운회사들로서는 향후 FMC에서 제시하는 기준을 숙지해야 할 것으로 생각된다. 이를 제대로 준수하지 않는다면 기 지급받은 체선료, 지체료를 화주에게 환불해주어야 할 뿐만 아니라 FMC로부터 민사상 금전적 제재(Civil Penalty)까지 받을 수 있기 때문이다. 다만, 선박을 소유하지 않은 NVOCC들은 다소 완화된 기준을 적용받을 수도 있다.

다음으로 세계 최대 해운국으로서의 지위를 가지는 그리스의 2023년 해상법에 대해서도 관심을 가질 필요가 있다. 위 2023년 해상법은 2006 해사노동협약에 따라 선원들이 보험자들에게 체불임금이나 송환비용의 지급을 직접 청구할 수 있도록 하였고, 선박저당권의 설정범위 및 그 상호간의 우선관계에 관하여도 상세한 기준을 두어 이해관계인들이 보다 안정적으로 권리·의무관계를 맺을 수 있도록 하였다. 특히, 선박우선특권과 관련하여서는 제1순위 피담보채권의 총액을 제한하고 선박우선특권을 추급할 수 있는 경우를 제한함으로써 공시되지 않는 물권인 선박우선특권의 범위가 무한정 확대되지 않도록 노력하였다. 무엇보다도 외국경매절차에서 이루어진 선박의 물권변동의 효력을 그리스에서도 동일하게 인정해줄 수 있는 법적 기초를 마련한 부분은 「선박경매의 국제적 효력에 관한 협약」에의 가입이 논의되는 요즈음 높이 평가할만하다.

마지막으로 또 다른 해운강국인 스페인의 2014년 해상운송법도 눈여겨볼 필요가

있다. 제정된 지 어느 정도 시간이 지나긴 했지만 국제협약의 적용범위를 개별적으로 정리하여 국내법과의 관계를 알기 쉽게 정리한 부분, 독립적인 선박소유자의 책임제한절차를 구축하여 기도입되었으나 제대로 활용되지 못했던 책임제한제도의 실질적인 활용을 위해 노력한 부분, 그 밖에 밀항자에 대한 페널티를 선박소유자 등에게 부과하는 방법으로 밀항을 억제할 수 있는 효율적인 정책을 수립하고, 1999년 선박가압류협약이 적용되지 않는 선박의 범위를 명시하여 해상운송 실무자들에게 향후 발생할 수 있는 상황을 미리 대비할 수 있도록 배려한 부분도 눈에 띈다.

우리나라는 해상분야에 존재하는 국제협약에 적극적으로 가입·비준하고 있지는 않지만, 그 내용을 실질적으로 법 개정에 상당부분 반영하는 등의 방법으로 선진적인 해상법 체계 구축에 힘쓰고 있다. 그리고 이러한 노력 덕분에 이제 대한민국의 해상운송실무는 전 세계적으로도 점점 더 많은 관심을 받고 있다. 우리나라의 해운회사와 화주로서도 미국, 그리스, 스페인, 일본, 중국 등 빠르게 변화하는 주요국가의 해상법령을 숙지하여 불필요한 분쟁이 발생하지 않도록 노력하여야 한다. 보다 안정적이고 구체적으로 타당한 법리 형성이나 입법을 통해 대외적으로 더욱 신뢰받는 대한민국의 해상운송 실무가 확립되기를 기대해본다.

참고문헌

1. 국내문헌

가. 단행본

- 권순일(편집대표), 『주석채무자회생법(Ⅱ)』, 한국사법행정학회(2021)
 권순일(편집대표), 『주석채무자회생법(Ⅳ)』, 한국사법행정학회(2021)
 권창영, 『선원법해설 제3판』, 법문사(2022)
 김인현, 『해상법(제6판)』, 법문사(2020)
 대전지방법원, 『대규모 해양오염사고 재판 실무』, 사법발전재단(2017)
 부산지방법원 선박실무연구회, 『선박집행실무 개정판』, 세종문화사(2013)
 서울회생법원 재판실무연구회, 『회생사건실무(상) 제5판』, 박영사(2019)
 석광현, 『국제사법 해설 제2판』, 박영사(2013),
 석광현, 『국제재판관할법 - 2022년 개정 국제사법 해설』, 박영사(2022),

나. 논문

- 김명재, “채선료의 책임주체와 그 범위에 관한 연구”, 한국항해항만학회지 제37권 제6호, 한국항만학회(2013)
 김소연·문혜정·김현정, “중국 해경법 및 해상교통안전법의 국제법적 검토 - 유엔해양법협약 규정과의 부합 여부를 중심으로”, 아주법학 제15권 제4호, 아주대학교 법학연구소(2022)
 김영석, “선박책임제한절차와 도산절차의 비교 및 충돌에 관한 연구”, 사법 제30호 제1권, 사법발전재단(2014)
 _____, “해운회사의 국제도산에 관한 연구”, 사법논집 제64집, 사법발전재단(2017)
 _____, “도산절차에서의 보증신용장(Standby Letter of Credit)을 둘러싼 몇 가지 법률관계”, 한국해법학회지 제43권 제2호, 한국해법학회(2021)
 _____, “상법상 해상보험계약의 주요내용과 위험변경에 따른 효과 - 영국해상보험법과의 비교검토를 포함하여” 국제거래법연구 제31권 제2호, 국제거래법학회(2022)
 _____, “국제도산에서 도산절차와 도산관련재판의 승인 및 집행에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사 학위논문(2022)
 _____, “2022년 개정 국제사법에 따른 해상사건의 국제재판관할”, 인권과 정의 제514호, 대한변호사협회(2023)

- 김영주, “일본 국제해상물품운송법의 2018년 개정 논점”, 한국해법학회지 제42권 제2호, 한국해법학회(2020)
- 김인현, “선하증권으로 지정된 지상약관상 준거법인 미국 COGSA의 효력”, 한국해법학회지 제40권 제2호, 한국해법학회(2018)
- _____, “2019년 일본 해상법의 내용과 시사점”, 한국해법학회지 제42권 제1호, 한국해법학회(2020)
- 김주형, “중국 해상교통안전법의 국제법적 쟁점에 관한 고찰”, 해사법연구 제34권 제1호, 한국해사법학회(2022)
- 김 현, “1993년 선박우선특권 및 저당권협약”, 법조 제45권 제7호, 법조협회(1996)
- 박홍진, “선박저당권에 관한 비교법적 고찰”, 원광법학 제20집, 원광대학교 법학연구소(2004), 300면을 참조.
- 변우주, “국제계약에 있어서 코로나 바이러스(COVID-19)에 의한 불가항력”, 국제거래와 법 제32호, 동아대학교 법학연구소(2021)
- 석광현, “해상적하보험계약에서 영국법 준거약관의 국제사법상 문제점”, 한국해법학회지 제45권 제1호, 한국해법학회(2023)
- 손점열, “선박우선특권에 대한 여러 가지 쟁점 연구 및 실무상 유의사항 검토”, 한국해법학회지 제38권 제2호, 한국해법학회(2016)
- 송유림, “선박경매의 국제적 효력에 관한 협약에 대한 연구 - 선박경매의 승인 및 선박집행 실무에 미치는 영향을 중심으로”, 저스티스 통권 제194-1호, 한국법학원(2023)
- 양석완, “해상법상 무선박운송인(NVOCC)의 법적 지위”, 법과정책 제21권 제3호, 제주대학교 법과정책연구원(2015)
- 우동식, “차세대 선박운항관리체계(e-Navigation) 기반의 해양분야 미래성장동력 창출기반 마련”, 해양수산부(2018)
- 유인호, “미국 항공법상 민사금전벌(civil penalty)의 의미와 시사점”, 한국항공경영학회 추계 학술발표논문집, 한국경영학회(2019)
- 이창희·이형우·홍성화, “COVID-19에 따른 SAJ 선박건조계약상관련불가항력 조항 적용 가능성에 대한 연구”, 해사법연구 제 32권 제3호, 한국해사법학회(2020)
- 전영우, “2006년 해사노동협약 전문 및 본문의 주요내용에 관한 연구”, 해사법연구 제26권 제3호, 한국해사법학회(2014)
- 정완용, “1999년 선박가압류에 관한 국제협약과 선박집행”, 국제거래법연구 제8집, 국제거래법학회(1999)
- _____, “선박가압류조약(Arrest Convention)상 해사채권의 국제재판관할 입법방안에 관한 고찰”, 국제사법연구 제19권 제1호, 한국국제사법학회(2013)

정인영, “미국 행정법의 금전적 제재(Civil Penalty)”, 행정법연구 제69호, 행정법이론실무학회(2022)

채이식, “스페인 해상법에 관한 연구”, 한국해법학회지 제29권 제2호, 한국해법학회(2007)

최명국, “국제물품계약에서 정박기간과 체선료조항(LD Clauses)에 관한 연구 - 영국관습법을 중심으로”, 무역상무연구 제69권, 한국무역상무학회(2016)

다. 기타 자료

고려대 해상법 연구센터, 해상법 주간브리핑 제53호(2023. 5. 28)

2023. 4. 24.자. Container News, “Samsung Electronics hits SM Line with FMC complaint”

KOTRA, “2021년 그리스 산업개관”, 해외시장뉴스(2021)

2. 국외문헌

가. 단행본

Alberto Emparanza Sobejano/José Manuel Martín Osante (eds.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons (2015)

IMO, *Initial Descriptions Of Maritime Services in the context of E-Navigation*, MSC.1/Circ. 1610 (2019)

Justina Nawrot/Zuzanna Peplowska-Dabrowska (eds.), *Codification of Maritime Law - Challenges, Possibilities, and Experiences*, informa law from Routledge (2015)

Yvonne Baatz (ed.), *Maritime Law*, Sweet & Maxwell (2011)

나. 논문

Andrew D. Kehagiaras, “Duty Call: Do NVOCCs Have a Duty to Exercise Due Diligence to Make a Ship Seaworthy,” *University of San Francisco Maritime Law Journal* 27, no. 1 (2014-2015)

Klaus Peter Berger and Daniel Behn, “Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study”, *McGill Journal of Dispute Resolution* Vol. 6, Number 4 (2019)

Port City Logistics, “What is the Ocean Shipping Reform Act, and What Can Shippers Expect?”, Port City (2022)

Storms, K./Sys, C./Vanelslander, T. et al. “Demurrage and detention: from operational challenges towards solutions”, *Journal of Shipping and Trade* Vol. 8 (2023)

Valina Giouzelaki/Matina Kanellopoulou, “Recent Change to Greek Code of Private Maritime Law”, Watson Farley & Williams (2023)

Vlachos, S. N. “Greece: New Code of Private Maritime Law”, *The American Journal of Comparative Law* 7, no. 4 (1958)

[별지]

46 U.S.C. §41310

○ OSRA 2022로 신설되어 2022. 6. 16.부터 시행된 위 조문의 원문은 아래와 같음(밑줄과 강조는 필자가 임의로 표시)

§ 41310. Charge complaints

- (a) In general.--A person may submit to the Federal Maritime Commission, and the Commission shall accept, information concerning complaints about charges assessed by a common carrier. The information submitted to the Commission shall include the bill of lading numbers and invoices, and may include any other relevant information.
- (b) Investigation.--Upon receipt of a submission under subsection (a), with respect to a charge assessed by a common carrier, the Commission shall promptly investigate the charge with regard to compliance with section 41104(a) and section 41102. The common carrier shall--
- (1) be provided an opportunity to submit additional information related to the charge in question; and
 - (2) **bear** the burden of establishing the reasonableness of any demurrage or detention charges pursuant to section 545.5 of title 46, Code of Federal Regulations (or successor regulations).
- (c) Refund.--Upon receipt of submissions under subsection (a), if the Commission determines that a charge does not comply with section 41104(a) or 41102, the Commission shall promptly **order** the refund of charges paid.
- (d) Penalties.--In the event of a finding that a charge does not comply with section 41104(a) or 41102 after submission under subsection (a), a **civil penalty** under section 41107 shall be applied to the common carrier making such charge.
- (e) Considerations.--If the common carrier assessing the charge is acting in the capacity of a non-vessel-operating common carrier, the Commission shall, while conducting an investigation under subsection (b), consider--
- (1) whether the non-vessel-operating common carrier is responsible for the noncompliant assessment of the charge, in whole or in part; and
 - (2) whether another party is ultimately responsible in whole or in part and potentially subject to action under subsections (c) and (d).

【토론문】

“해상운송에 관한 주요국가의 입법 동향”에 대한 토론문

김인현*

김영석 판사님의 훌륭한 발표문 감사하게 잘 읽었습니다. 잘 아시다시피 판사님은 국제사법을 전공하시면서 해상법을 또 연구하시기 때문에 국제재판관할이나 준거법의 문제까지 폭넓게 다루어주셨습니다. 공부가 많이 되었습니다. 몇가지만 토론드립니다.

1. 컨테이너 반납지체료

미국 OSRA 관련 컨테이너반납 지체료에 대한 지적을 해주셨습니다. 우리나라의 법리와 현황에 대하여 말씀드립니다. 컨테이너 운송은 정기선운항으로 해상법의 개념운송에 해당합니다. 운송물에 대한 운송계약이 있고 운송인은 운송물을 안전하게 운송할 의무가 있습니다. 헤이그 비스비 규칙은 이에 대한 조약입니다. 문제는 그 운송물을 담을 용이로서 컨테이너 박스가 있고, 이 박스에 대한 법률관계가 최근 크게 다루어지고 있습니다.

박스의 제공을 운송인이 합니다. 운송인이 제공한 박스를 송하인이 받아서 자신의 상품을 채워넣어서 운송인에게 보냅니다. 운송인은 이를 미국의 수하인에게 인도를 하게 됩니다. 여기서 (1) 수하인은 운송물을 수령할 의무가 있는지 (2) 컨테이너 박스를 반납할 의무가 있는지 (3) 지연되었다면 지체료는 얼마인지가 문제입니다.

(1) 운송계약의 당사자는 송하인이기 때문에 수하인이 운송물을 수령할 의무가 있다고 말하기가 어렵습니다. 선하증권을 소지하였다고 하여도 은행과 같은 경우도 의

* 고려대학교 법학전문대학원 교수, 해상법 연구센터 소장, captainihkim@korea.ac.kr

무가 없다는 것이 법원의 입장입니다. 운송물에 대한 인도를 청구한 경우에만 의무가 있는 것으로 보는 것이 대체적인 입장입니다.

(2) 컨테이너 박스와 계약이 있다면 운송인과 송하인이기 때문에 수하인에게 반납의무가 있는지가 불분명합니다. 이점은 상법이나 국제조약이 명시를 해야할 부분입니다. 컨테이너를 제공할 의무와 반납할 의무를 임의규정으로 명기해야합니다.

(3) 희미하게나 계약이 있다고 할 때 그 지체료는 운송인이 일방적으로 정한 홈페이지에 있는 내용입니다. 21일간의 프리타임을 주고 1일지나면 1만5천원, 10일 지나면 3만원, 15만원까지 되기도 합니다. 반납을 유도하기 위하여 할증을 붙여두었습니다.

(4) 우리 법원은 이런 약정의 성질을 손해배상액의 예정이라고 봅니다. 항해용선에서 지체료를 특별보수라고 보았던 것과 달리봅니다. 법원은 직권으로 감액을 많이 해줍니다. 최근 75%-70%까지 감액이 됩니다(부산고등법원2016.1.13.선고 2015나 52893). 구체적인 약정이 수하인과 없었고 증액율이 너무 높다는 점을 근거로 삼습니다.

(5) 미국의 경우에도 컨테이너 박스를 회수하여 다음 영업에 사용하려는 정기선사들이 지체료를 많이 부과를 했습니다. 미국 의회는 이를 부당하다고 보니 새로운 규칙과 제도를 두어서 민사벌금을 부과하고 반납조치를 취하고 있습니다. (참조, 김인현·이정욱, “정기선 운항자에 대한 미국 경쟁법 적용 강화 동향에 대한 연구”, 국제거래법연구 제31집 제1호, 2022).

해상법을 포함한 법의 기능이 분쟁해결에 맞추어져있지만 저는 예방하는 기능도 크다고 봅니다. 컨테이너 박스 반납지체료와 관련해서 (1) 국제조약으로 컨테이너 박스에 대한 법률관계를 정해야하고요. 이것이 국내법화되고 어느 나라나 동일하게 적용되게 될 것입니다. (2) 일일당 지체료는 각국의 선주와 화주들이 모여서 정해야 한다고 봅니다. 이렇게 되면 분쟁이 많이 줄어들 것입니다. (참조, 김인현, “수하인의 운송물 수령의무와 컨테이너반납지체료의 법리”, 한국해법학회지 제45권 1호

2023.4.)

2. 그리스 신 해상법

그리스가 해운 1위라고 할 때 그 의미는 1위 선주국이라는 취지입니다. 선박은 소유만하거나 운송업에 종사하거나 둘 중의 하나입니다. 그리스는 5000척정도의 선박을 소유하는 국가(나비오스, 안젤리쿠오스등)입니다. 거의 빌려주는 임대차를 전문으로 합니다. 그래서 운송법보다는 소유나 매매와 관련된 것이 중요한 국가입니다. 이번 개정도 그런 분야에서 이루어졌다는 점이 이런 그리스의 해운업의 특성을 살린 것이라고 생각됩니다.

해운을 하기위해서는 선박에 대한 금융을 해야하는데, 건조자금의 70%를 은행으로부터 대출받습니다. 선박우선특권은 특권자가 먼저 배당을 가져갑니다. 은행은 저당권자이지만, 후순위입니다. 파나마, 라이베리아와 같은 국가는 우선특권에서 저당권자를 중간순위로 두어서 금융을 보호합니다. 그래서 금융을 주는 금융사들이 등록을 파나마등에 하자는 제안을 많이 하게 됩니다. 그리스와 같은 국가가 이에 영향을 받았는지 보게 되는데 그렇지 않은 저당권자는 우리나라와 같이 여전히 우선특권자가 아니라서 불리합니다.

이런 불리함은 선박우선특권의 효력의 존속기간으로 조정이 됩니다. 우리나라는 선박우선특권이 발생한 1년동안이라고합니다. 선박경매대금이나 항비등의 채권은 압류시점으로부터 6개월전까지에서 발생한 채권만 인정을 합니다. 매매의 경우에 매수인을 보호하기 위하여 일정한 제한을 두는 법률이 도입되었는데, 이전등기가 마쳐진 경우에 3개월이내에 소를 제기하여 인정을 받은 채권만 우선특권을 행사할 수 있도록 하는 것은 채권자를 심히 해하는 것으로 보입니다. 그리스 선적의 배가 우리나라에서 압류될 때 선박우선특권은 선적국법인 그리스법을 따르기 때문에 주의가 필요합니다.

그러나, 대부분의 그리스 선박은 파나마, 라이베리아, 마셜제도 등에 등록이 되어 있어서 실무적으로 그리스 법이 적용될 여지는 적습니다.

3. 선박가압류가능 채권

김판사님께서서는 그리스와 스페인이 모두 가압류조약에 가입하고 이것을 국내법화 하였다고 언급하셨습니다. 이렇게 되면 우리나라와 크게 달라지는 것이 우리는 모든 채권을 가지고 선박에 대한 가압류가 가능합니다. 그렇지만, 위 두 나라는 조약에 따라 22가지의 해사채권을 가지고서만 가압류가 가능합니다. 채권자는 불리해지고 채무자는 유리해집니다. 한편, 가압류 대상선박을 소유자가 아닌 선체용선자의 선박도 가압류가 가능하게 합니다. 운송인이 배를 빌린 선체용선자라고 하여도 운송물채권으로 선체용선자가 운항했던 배를 가압류할 수 있게 됩니다. 우리나라와 크게 다른 점입니다. 우리나라도 가압류 조약에 가입하던지 해서 국제적인 상관행과 법제도에 맞추어갈 필요가 있다고 봅니다.

이와 관련, 김판사님께서서는 “2022년에 개정된 우리나라의 국제사법은 선박이 압류/가압류된 곳에 근거하여 해상소송사건에 관한 국제재판관할을 인정하는 이른바 선박가압류관할(forum arresti)을 전면적으로 도입하였다(국제사법 제90조). 이를 전면적으로 재판관할을 인정하는 것으로 보기는 조심스럽다”고 하였습니다. 제90조는 항해관련 소의 경우이고, 제91조 이하의 공동해손, 선박충돌, 해난구조 등의 경우에는 가압류로 우리나라가 재판관할을 갖는다고 규정하고 있으므로, 제2조의 실질적인 관련성을 검토하지 않아도 재판관할이 인정된다고 보아야하지 않을까요?

ESG에 관한 독일의 입법 동향

지 광 운*

- I. 들어가며
- II. ESG의 의의와 관련 법제
- III. 독일의 ESG관련 법제화 동향
- IV. 시사점
- V. 나가며

I. 들어가며

전통적으로 영리 추구를 목적으로 하는 기업들은 ESG를 중시하는 경영의 중요성이 강조되는 현재 각종 ESG 관련 규범을 준수하려는 노력을 기울이고 있다. 이에 대해 각국에서는 ESG 관련 환경과 사회에 분야에서 발 빠르게 규칙과 지침을 제정하여 기업들에게 이를 준수하도록 장려하고 있다. 특히 ESG와 관련하여 다양한 규칙과 지침을 제정하고 있는 유럽연합(EU)의 경우 회원국에 직접 규정되는 ESG 관련 각종 규칙과 지침 및 나아가 회원국에서 국내법화 하는 시도가 이어지고 있다.

EU회원국 중 독일에서는 ESG와 관련하여 지난 2023년 1월 1일자로 공급망기업 실사의무화법(Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, LkSG — 공급망법)이 시행되었다. 그 외에 2021년 8월 이미 입법화된 주식법상 여성임원 할당제, 2018년 도입된 상법(Handelsgesetzbuch: HGB)상 비재무적공시의무도 ESG와 관련이 깊다. 이와 같이 독일은 환경(E)과 사회(S) 분야에 있어 선도적인 입법을 전개하고 있고, 거버넌스(G)와 관련하여서는 ESG를 고려한 기업의 경영을 독일회사지배구조모범규준

* 국립군산대학교 법학과 교수

(Deutscher Corporate Governance Kodex: DCGK)을 통해 권고하고 있다. 특히 위의 공급망법은 3,000명 이상의 직원이 있는 독일에 기반을 둔 회사에 적용되고, 2024년 1월 1일부터 직원 1,000명 이상이 있는 기업에 확대 적용된다. 공급망법은 증가하는 환경, 사회, 지배구조의 추세를 지속하는 중요한 이정표라고 평가되고 있다.

이와 같이 각종 ESG 관련 법제화가 진전됨에 따라 기업 입장에서는 ESG를 고려한 경영을 고려하지 않을 수 없게 되었고, 이러한 현상으로 인해 ESG 문제가 회사법제의 변화를 재촉하고 있는 것으로 생각된다. 이러한 상황을 고려하여 본고는 위에서 언급한 독일의 ESG관련 입법동향을 공급망법, 독일 주식법상 여성임원 할당제, 상법상 비재무적공시, 연성규범인 DCGK 순으로 나누어 검토한다. 이를 바탕으로 본고는 독일에서 ESG 경영, 법률 분야 특히 회사법제에 미치는 영향에 대한 시사점을 제시하는 것은 주된 연구목적으로 한다. 이에 더해 ESG와 관련한 회사법제에 대한 논의는 주주우선주의가 이해관계자주의로 중심이동을 하는 상황에서 우리나라에도 시사하는 바가 크다고 생각된다. 그리하여 필요한 경우 향후 우리나라에서 ESG 관련 회사법제의 논의시 검토되어야 할 시사점을 부분적으로 언급한다. 이하 논의의 순서는 먼저 일반론에 해당하는 ESG의 의의와 관련 법제(Ⅱ)를 개괄적으로 설명한다. 이어서 ESG 관련 독일의 입법례(Ⅲ)를 검토한 후 시사점(Ⅳ)을 제시하는 순으로 논의를 전개하여 결론(Ⅴ)을 도출한다.

Ⅱ. ESG의 의의와 관련 법제

1. ESG의 의의

ESG는 환경(Environment), 사회(Social), 지배구조(Governance)의 약자를 합친 용어이다.¹⁾ ESG는 기업활동과 관련하여 단기적인 성과를 보기보다는 장기적인 가치를

1) 참고로 국민연금법 제102조 제4항은 기금의 관리 및 운용시 환경, 사회, 지배구조 등의 요소를 고려하도록 하고 있다. 또한 한국투자공사법 제31조 제2항에서 자산의 운용용도 및 운용방식 등과 관련한 규정에서 환경 및 사회적영향, 지배구조 등의 요소를 고려할 수 있다는 규정을 두고 있다.

창출하는지의 관점에서 접근하는 것으로, ESG의 각 요소를 고려하는 주체가 투자자이면 ESG 투자, 회사이면 ESG 경영이라는 용어를 사용하기도 하는 등 여전히 혼재된 용어가 사용되고 있는 것으로 보인다.²⁾ ESG라는 용어는 2006년 4월 ‘책임투자원칙(Principles for Responsible Investment: PRI)’이라는 문서에서 사용된 것을 계기로 널리 확산 되었다.³⁾ PRI는 유엔환경계획·금융 이니셔티브(United Nations Environment Programme Finance Initiative: UNEP FI)와 유엔글로벌콤팩트(United Nations Global Compact: UNGC)에 의해 제정되었으며, 그 전문에는 ‘환경상의 문제, 사회문제 및 지배구조의 문제(ESG)의 과제에 대한 대처로 운용 포트폴리오 성과에 영향을 미칠 수 있다’고 기술되어 있다.⁴⁾ 이와 같은 전문에도 나타나 있지만 「ESG 투자」나 「ESG 경영」이라고 할 경우에 ESG의 문제에 대한 적극적·능동적인 대응은 사회·경제 전체의 이익이 되는 동시에 회사의 이익도 된다고 보는 것이 일반적인 이해이다.⁵⁾

ESG 중 먼저 환경(E)과 관련하여 가장 핵심적인 사안은 기후변화와 탄소배출 관련 이슈이다. 전 세계 인류의 지속가능성과 생존을 위해 앞으로 기업은 과감한 탄소배출 절감, 한발 더 나아가 탄소 제로화를 추구해야 하는 상황에 직면하고 있다. 또한 환경오염 완화를 위한 자원 및 폐기물 관리, 더 적은 에너지와 자원을 소모하는 에너지 효율화도 중요한 이슈로 떠오르고 있다. 다음으로 사회(S)와 관련된 요소는 기업이 인권 보장과 데이터 보호, 다양성의 고려, 공급망 및 지역사회와의 협력관계 구축에 힘써야 한다는 점이다. 마지막으로 지배구조(G)와 관련하여서는 환경과 사회 가치를 기업이 실현할 수 있도록 뒷받침하는 투명하고 신뢰도 높은 이사회 구성과 감사위원회 구축을 고려하여야 한다는 점이다.⁶⁾

2) “ESG의 개념은 사회적 가치 개념만큼이나 ‘형성 중’에 있는 개념으로서 의무화 또는 법제화하기에는 여전히 모호하고 불분명한 외연을 가지고 있다는 한계를 드러내고 있다”고 보는 견해로는 최유경, 정아름, 「사회적 가치 창출을 위한 E.S.G. 활용방안(I)- 국내외 E.S.G. 공시 동향과 법제화 전망」, 한국법제연구원, 2021, 29면.

3) <https://www.unpri.org/about-us/what-are-the-principles-for-responsible-investment> 참조; 北川哲雄, 「スチュワードシップとコーポレートガバナンス-2 つのコードが変える日本の企業・経済・社会」東洋経済新報社, 2015, 177-179면; 加藤康之, 「ESG 投資の研究-理論と実践の最前線」, 一灯社, 2018. 208면.

4) UN PRI에는 우리나라 국민연금을 포함 해 2020년 3월 말 기준으로 전 세계 3,038개의 투자사 및 투자 기관이 가입되어 있다고 한다(대한상공회의소, 삼정KPMG, 중소·중견기업 CEO를 위한 알기 쉬운 ESG, 2021, 9면).

5) 野田 博, “ESG 重視の潮流と会社法”, 名城法学 69(1/2) 369-391, 2019, 369면.

2. EU의 ESG 원칙 관련 법제화 동향

EU위원회는 2019년 12월 ‘유럽 그린딜(A European Green Deal)’을 공표⁷⁾하여 EU의 2050년까지 온실가스 실질배출 제로를 통한 기후중립성 달성, 경제성장과 자원이용 디커플링 및 기후중립 이행에 있어 누구도, 어느 지역도 예외로 하지 않겠다는 목표를 제시하였다. 이는 2016년 11월 발효된 파리협정에서 제시된 기온상승을 억제하는 목표에 따른 것이다.⁸⁾ 그 원활한 달성을 위해 2021년 6월에는 2030년까지 온실가스 배출을 실질 55% 감축한다는 매우 야심찬 목표를 내건 유럽기후법(European Climate Law)도 제정되어 있다.

유럽 그린딜 하에서 유럽위원회는 「클린 에너지」, 「지속 가능한 산업」, 「에너지·자원 효율적인 건축 및 리노베이션」, 「지속 가능하고 스마트한 모빌리티로의 이행 촉진」, 「생물 다양성 및 에코 시스템의 보전」, 「농장에서 식탁까지」, 「독물이 없는 환경을 향한 오염 제로 계획」의 7개 영역으로 분류된 다양한 정책 패키지를 공표하고 순차적으로 실행을 진행해 오고 있다. 이러한 정책은 단순한 환경정책에 그치지 않고 산업정책이나 에너지정책 등과 조합되는 형태로 실행되고 있는 점이 눈길을 끈다. 또한 촉진해야 할 민간의 투자활동 등인지 아닌지 판단하는 데 도움이 되기 위해 원래 무엇이 지속가능한 경제활동인지를 정의하는 것을 목적으로 EU 녹색산업 분류체계(EU Taxonomy 이하 EU 택소노미)⁹⁾가 제정되어 2020년 7월부터 발효되고 있었는데, 2022년 7월 6일 천연가스와 원자력이 포함된 최종안이 유럽의회를 통과함으로써 2023년 시행이 확정되었다.

EU는 EU공동의 목표 달성을 위해 정책의 근간이 되는 ESG 준수 가이드라인을 제시하고 모든 회원국에 동일하게 적용하고자 한다.

EU차원의 ESG 법제화에 대해 회원국간 입장차가 존재하나 EU는 환경보호, 사회

6) 또한 뇌물이나 부패를 방지하고, 로비 및 정치 기부금 활동에서 기업윤리를 준수함으로써 높은 지배구조 가치를 확보할 수 있어야 한다.

7) 유럽위원회정책문서(<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52019DC0640>)

8) https://climate.ec.europa.eu/eu-action/climate-strategies-targets/2050-long-term-strategy_en

9) REGULATION (EU) 2020/852; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32020R0852&qid=1624529736651> 택소노미(Taxonomy)는 분류체계를 뜻한다. 보통 그린(Green), 즉 환경과 관련된 기준과 연관되어 있다. 쉽게 말해 온실가스 감축과 기후변화에 대응할 수 있는 ‘친환경 산업’을 판단하는 기준이다.

적 책임, 지배구조 개선을 위한 정책을 수립하고 기업에 준수 의무를 부여하는 등 지속가능발전을 현실화하고자 하고 있다. EU 집행위원회는 2018년 3월 지속가능금융 행동계획 정책문서를 발표하고 지속가능금융 관련 규제에 공시 규정(Disclosure Regulation), EU 택소노미를 이미 소개하였다.

ESG 관련 규제강화로 인한 EU 기업 역차별 해소를 위해 EU시장에서 사업을 영위하는 역외기업에도 동일한 규제를 적용하고자 한다. 결국 EU가 추진하고 있는 ESG 경영을 합법적으로 활용하기 위한 제도를 수립하여 공정한 경쟁 환경 조성 목표를 달성한다는 계획이다.¹⁰⁾

3. 우리나라의 ESG 관련 법제화 현황

(1) 법제화 현황

ESG와 관련된 분야는 매우 광범위하기 때문에 일종의 기본법이 제정되기는 어렵다고 본다.¹¹⁾ 다만 환경관련 분야에서 2008년 지속가능발전법과 2010년 저탄소녹색성장기본법을 제정하여 시행하고 있다. 지속가능발전법상 지속가능성이란 현재 세대의 필요를 충족시키기 위하여 미래 세대가 사용할 경제·사회·환경 등의 자원을 낭비하거나 여건을 저하(低下)시키지 아니하고 서로 조화와 균형을 이루는 것을 말한다(동법 제2조 제1호)고 정의하여 ESG측면을 고려하고 있는 입법임을 알 수 있다. 저탄소녹색성장기본법의 입법취지는 “경제와 환경의 조화로운 발전을 위하여 저탄소 녹색성장에 필요한 기반을 조성하고 녹색기술과 녹색산업을 새로운 성장동력으로 활용함으로써 국민경제의 발전을 도모하며 저탄소 사회 구현을 통하여 국민의 삶의 질을 높이고 국제사회에서 책임을 다하는 성숙한 선진 일류국가로 도약하는 데 이바지함을 목적”으로 하고 있다. 이외에도 ESG 중 환경 분야와 관련된 대기환경보전법, 토양환경보전법, 해양환경 보전 및 활용에 관한 법률이 존재한다. 사회적 분야(S)와 관련하여서는 제조물책임법, 공정거래법을 예로 들 수 있다. 지배구조 분야(G)와 관련된 법률로는 상법, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률, 금융회사의 지배구조에 관한 법률을 예로 들 수 있다.¹²⁾

¹⁰⁾ EU의 ESG 관련 입법 동향과 시사점 Kita market report 2022, 2면.

¹¹⁾ 김병연, 박종철, 정웅채, 「ESG 경영과 법률」, 정독, 2021, 129면.

¹²⁾ 김병연, 박종철, 정웅채, 앞의 책, 128면.

(2) 모범기준

1) 비재무적공시

ESG 담론이 전 세계적으로 급속히 확산되고 있고, 우리나라에서도 지난 2021년 1월 14일 금융위원회·금융감독원·한국거래소가 합동으로 발표한 「기업공시제도 종합 개선방안」을 통해 ESG 책임투자 기반 조성을 강조하였다. 핵심적인 내용은 일정 규모 이상의 기업들을 대상으로 2025년과 2030년을 각각 목표로 설정하여 ESG 공시의무를 강화할 것이라는 점이다.¹³⁾ 이러한 흐름은 국내에서도 기업에 대한 투자 기준의 일환으로 기업 성과와 전략의 평가의 비중을 ‘비재무성과’ 측면에도 두겠다는 강력한 의지의 표현으로 보는 견해가 있다.¹⁴⁾

요컨대 우리나라의 경우 직·간접적으로 ESG분야와 관련된 법률과 각종 지침 등이 존재함을 알 수 있다. 또한 ESG 관련 ‘공시’와 ‘보고의무’ 등을 중심으로 기관투자자의 투자대상기업에 대한 다양한 ESG 개선 요구들이 결국 경영참여 목적에서 공시의무의 강화로 이어지고 있는 것으로 보인다.

2) 지배구조 모범기준

한국ESG기준원(KCGS)은 2021년 8월 5일 개정된 ‘환경-사회-지배구조 모범기준’(이하 ‘ESG 모범기준’)을 제정했다. 한국기업지배구조원은 국내 기업에 건전한 ESG(환경-사회-지배구조) 경영 방향을 제시하기 위해 ESG 모범기준을 제정하여 발표하고 있다.

환경 모범기준은 전 세계적으로 환경정보 공개 요구가 급증함에 따라 기후변화 관련 자발적 공시체계인 CDP(Carbon Disclosure Project), TCFD(Task Force on Climate-related Financial Disclosures)를 반영하고 있다. 특히 기후변화와 관련된 새로운 내용도 추가하여 기후변화의 중요성을 강조하였다.¹⁵⁾

사회 모범기준은 기업의 사회책임경영 리더십과 비재무적 리스크 관리를 강조하고 있다. 또한 기존 이해관계자 중심의 분류를 사회책임경영 주요 이슈 중심으로 개

13) 금융위원회 2021. 1. 14. 보도자료 참조; 기업 공시부담 경감, 투자자 보호 강화, ESG 책임투자 기반 조성 등을 위하여 기업공시제도 종합 개선방안 추진.

14) 이은선/최유경, “ESG 공시(公示)의 제도화를 위한 관련 개념의 정리와 이해”, 법학논집 제 26권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2021, 121-156쪽.

15) 한국기업지배구조원, ESG모범기준 개정판(2021. 08), 7면.

편하였다. 그리하여 기존에는 근로자, 협력사 및 경쟁사, 소비자, 지역사회 등 이해관계자 중심으로 분류하였으나, 리더십과 이를 뒷받침할 거버넌스, 비재무 위험관리 등을 신설하고, 사회책임경영의 핵심 이슈를 재편하였다. 특히 협력사와의 관계가 점차 중요해짐에 따라, 동반 성장을 전제로 한 공급망 관리의 중요성을 강조하고 있다.¹⁶⁾

지배구조 모범규준은 리더십의 역할과 책임을 보다 강조하고 있다. 특히 이사회 중심으로 지속가능성을 추구할 것을 제안하고, 이사회가 보다 적극적인 역할과 책임을 수행할 것을 요구한다. 이러한 이사회 중심의 ESG 경영 관점은 경영전략, 위험관리, 보상체계 등에서 지속가능성 검토를 추가하고, 주주 및 이해관계자와 적극적인 소통을 할 것을 포함한다. 그리하여 지배구조 모범규준은 평가항목에서 첫째, 이사회 의 심의-의결사항을 정관에 명문화하고, 둘째, 기업집단에 속한 기업의 이사회가 기업집단 관련 의사결정으로 해당 기업 및 주주의 이익을 침해하지 않도록 규정하고, 셋째, 이사회가 최고경영자의 승계 관련 정책을 경영승계 관련 주요 사항을 정기적으로 공시하도록 하는 등 이사회 의 책임과 의무를 강조하였다.¹⁷⁾ 또한 이사회 내부에 특정 기능과 역할을 수행하는 적정 수의 인원으로 구성된 위원회를 설치할 것을 권고하고 있다. 특히 대규모 상장법인의 경우에는 감사위원회, 사외이사후보추천위원회, 보상위원회의 설치를 권고한다. 또한 계열사간 거래가 많은 기업의 경우 내부거래위원회를 설치할 것을 권고하고 있다(ESG모범규준 6.1).

위원회의 독립성 제고를 위한 구성 이사회 내 위원회의 사외이사 요건과 관련하여 다음과 같이 규정하고 있다. 구성 이사회 내 위원회의 독립성과 전문성을 보장하기 위하여 사외이사의 수가 위원회에서 주도적 역할을 할 수 있는 규모이어야 하기 때문에 위원회의 과반수는 사외이사로 구성할 것을 권고하고 있다. 또한 주요 위원회의 독립성 확보 이해상충 가능성이 높은 보수 결정, 내부감사, 내부거래, 사외이사 후보 추천에는 높은 독립성이 요구되며, 사외이사에 의한 감시·감독이 필요하다. 따라서 감사위원회, 보상위원회, 내부거래위원회, 사외이사후보추천위원회의 경우 전원 사외이사로 구성할 것을 권고하고 있다. 과도한 위원회 중복 소속 지양을 위해 사외이사가 이사회 활동에 충분한 노력과 시간을 할애할 수 있도록 3개를 초과하는 위원회에 소속되는 것을 지양할 것을 권고하고 있다(ESG모범규준 6.1).

16) 한국기업지배구조원, ESG모범규준 개정판(2021. 08), 41면.

17) 한국기업지배구조원, ESG모범규준 개정판(2021. 08), 81-82면.

III. 독일의 ESG관련 법제화 동향

1. EU의 일반원칙

독일의 경우 ESG 관련 입법은 본질적으로 EU에 의해 형성되며 개별 사안에 따라 국가 표준에 따라 이행해야 한다.¹⁸⁾ 따라서 EU의 관련 규칙과 지침을 살펴본 후 독일의 관련 입법 상황에 대하여 개관한다.

유럽 주요국들이 독자적인 입법에 나서는 가운데 EU에서는 2022년 2월에 유럽위원회가 ‘기업지속가능성 실사지침(Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: CSDDD 이하 실사지침)’을 공표했다. 일정한 기업(포함) 외국기업에 대해 인권·환경에 관한 지속가능성 실사를 의무화하고, 공급망을 포함한 사업 활동을 통한 인권과 환경에 대한 부정적인 영향을 방지·경감·시정할 것을 의무화 하였다. 인권이나 환경에 대한 의식의 고조가 지침안의 배경에 있음은 당연하지만, 회원국이 독자적으로 입법을 추진한다. 그 중 EU 역내 규제의 격차를 회피하는 동시에 역내 기업에 공평한 경쟁의 장(level playing field)을 제공하는 것도 큰 목적이 되고 있다.¹⁹⁾

실사지침은 실사 대상을 인권·환경 리스크로 폭넓게 파악하는 동시에 그 프로세스를 상세하게 정하고 있다. 구체적으로는 기업은 ① ‘적법절차방침’을 책정하고 매년 갱신하여 실사를 기업방침에 편입할 것, ② 자사나 자회사의 사업 및 공급망상의 ‘확립된 사업관계’에서 발생하는 인권·환경에 미치는 부정적 영향을 파악하고, ③ 잠재적인 부정적 영향에 대해서는 예방을 위한 적절한 조치를 강구하는 동시에 예방이 어려운 경우에는 부정적인 영향을 경감하기 위해 적절한 조치를 강구한다. ④ 인권·환경에 실제 부정적인 영향이 발생한 경우에는 부정적인 영향을 정지하고, 그것이 불가능한 경우에는 영향을 최소화한다. ⑤ 비재무정보공시규제 대상 외의 기업은 지침이 의무화한 사항에 관한 연차보고서를 자사 웹사이트에 게재하는 등의 의무를 진다.

실사지침은 의무의 실효성을 확보하기 위해 회원국에 감독당국을 지정하도록 지

18) EU는 유럽 경제를 변화시키고 지속가능성에 부합하도록 한다는 목표를 설정하였다. 이 목표를 달성하기 위해 현재 여러 분야에서 포괄적인 규제 프로젝트가 시작되고 있다.

19) 森口善正, 欧州の人権・環境デュー・ディリジェンス義務化と日本への示唆, 日本総研 Research Focus, 2023, 5면.

시하고 감독당국 대표자로 구성된 유럽감독당국 네트워크를 설치하도록 규정하고 있다. 감독당국은 기업에 대해 정보제공을 요구하는 동시에 조사를 실시하는 등 감독을 위해 필요한 권한과 자원을 갖고 위반기업에 대해 시정조치를 명할 수 있다. 위반 기업에 대한 구체적인 제재는 회원국 입법에 맡기되 감독당국의 금전적 제재를 포함한 설득력 있고 효과적인 제재를 규정할 필요가 있다는 것이다. 또한 기업이 잠재적인 부정적 영향의 방지·경감 의무 또는 실제 부정적 영향의 정지·최소화 의무를 게을리 하여 그 결과 손해를 발생시킨 경우 해당 기업은 민사 책임을 진다고 규정한다.

2. 독일의 법제화 동향

독일은 국내법화한 공급망법을 통해 기업에 대한 보다 광범위한 ESG 관련 의무를 규정하고 있다. 이 법에 따라 직원 수가 3,000명 이상인 기업은 2023년 1월 1일부터, 직원 수가 1,000명 이상인 기업은 2024년 1월 1일부터 공급망 내에서 단계별 실사 요건을 준수해야 한다. 이러한 실사 의무의 기준점은 인권 보호이며, 법적 확실성 확보를 위해 인권보호가 보다 상세하게 정의되어 있다. 초기 제안과는 달리 기업에 대한 민사책임은 이 법에 포함되지 않았다(동법 제3조 제3항). 공급망법의 적용 범위에 해당하는 기업은 리스크 평가를 수행하고 리스크를 관리해야 하기 때문에 전 세계 기업에 대한 거버넌스 규제는 독일을 훨씬 뛰어넘는 시장에 영향을 미칠 것으로 예상된다. 또한 관리 시스템 및 불만처리절차를 수립하여야 한다(동법 제8조 제1항). 그렇지 않을 경우 해당 기업의 전 세계 평균 연간 매출액의 2%에 해당하는 벌금이 부과된다(동법 제24조 제3항). 이에 따라 독일에 사업체를 소유하고 있는 기업은 공급망법의 적용범위에 해당하는지 확인해야 한다.²⁰⁾ 그 외에도 개별 ESG 측면을 다루는 수많은 법률이 있다. 환경에 특히 중요한 것은 국가 기후 목표의 부문 간 달성을 규제하는 기후보호법(Bundes-Klimaschutzgesetz)이다. 또한 특정 부문에 대한 배출권 거래를 규제하는 온실가스배출법(Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz:TE

20) 독일 기업에 대한 공급업체는 위치와 규모에 관계없이 독일 고객이 ESG 관련 정보를 제공하고 그들과 계속 거래하는 조건으로 ESG 관련 안전장치를 요구할 것으로 예상되는 점에 익숙해져야 할 필요성이 있다(Latham, Watkins Environmental, Social & Governance Practice, How Germany's New ESG Law Will Affect Suppliers Globally, Cleint Alert Commentary No. 3072, 2023, p. 1).

HG) 등의 특별법과 수자원법(Wasserhaushaltsgesetz:WHG), 재활용관리법(Kreislaufwirtschaftsgesetz:), 토양보호법(Bundes-Bodenschutzgesetz:BBodSchG) 등의 환경특별법도 있다. 사회적 요소는 특히 광범위한 산업안전보건법에서 규제하고 있으며, 거버넌스 규제는 다양한 회사법에 개별적으로 규정되어 있다.

(1) 공급망법

1) 개요

독일의 공급망법은 기업의 공급망에서의 인권침해 및 환경 관련 침해를 미연에 방지하는 것을 목적으로 하여, 기업의 실사 의무를 정하는 법률로 동법은 2023년 1월에 시행되었다. 이 법은 총6장으로 구성되며, 제1장 일반조항(적용 범위 및 정의), 제2장 실사의무, 제3장 법적 절차, 제4장 당국에 의한 감독과 강제이행, 제5장 공공조달, 제6장 벌칙에 관한 규정으로 이루어져 있다.

나아가 동법에서의 ‘공급망’이란 기업의 모든 서비스 및 제품을 의미하며 원재료의 조달부터 최종 고객에게의 공급까지 제품의 생산이나 서비스 제공에 필요한 독일 국내외의 모든 공정이 포함된다. 또한 기업이 스스로 하는 사업 영역에서 하는 활동뿐만 아니라, 직접 및 간접 공급업체의 모든 활동도 포함된다(공급망법 제2조 제5항-제8항).

2) 적용 범위

공급망법은 독일에 그 본점, 주된 사무소 또는 관리 본부가 있고 또한 독일에 적어도 3,000명의 종업원(해외에 부임하고 있는 사람을 포함)을 통상 고용하고 있는 모든 기업, 독일에 지점(독일 상법 제13d조)을 가지고 있고, 독일에서 통상 3,000명 이상의 종업원을 고용하고 있는 기업을 적용대상으로 한다. 또한 2024년 1월 1일 이후에는 상기의 3,000명의 기준은 1,000명으로 하향된다(동법 제1조).

3) 실사의무의 범위 및 대상

공급망법상 실사의무의 범위는 인권 및 환경 관련 위험으로 아래와 같은 사항을 대상으로 한다.

먼저, 인권 관련 위험은 ① 아동노동 ② 강제노동 ③ 노예 및 노동자 착취 ④ 노

동자의 안전·건강배려 의무 무시 ⑤ 노동조합 가입과 같은 결사의 자유 침해 ⑥ 고용에서의 불평등 취급 ⑦ 부적절한 임금 지급 ⑧ 토양·수질·대기 오염, 유해한 소음, 과도한 물 소비, ⑨ 토지, 삼림, 물의 취득, 개발 등에 관한 불법 취득, ⑩ 기업의 프로젝트 보호를 위한 민간이나 공적인 경비대의 고용 및 사용에 의한 비인도적 행위, ⑪ 위의 각 의무 위반 행위 또는 부작위가 보호되는 법적 지위를 특히 심각한 방식으로 직접적으로 손상시킬 수 있고 고려되는 모든 상황을 합리적으로 평가했을 때 그 위법성이 명백한 경우 등 광범위하다(동법 제2조 제2항 제1호부터 제12호 참조).

다음으로, 환경 관련 위험은 ① 수은에 관한 미나마타 조약²¹⁾ ② 지속성 유기 오염 물질에 관한 스톡홀름 조약²²⁾(POPs 조약) ③ 유해 폐기물의 국경을 넘는 이동 및 그 처분의 규제에 관한 바젤 조약²³⁾에 따른 금지 되는 사항 중 하나의 위반에 관한 사실적 징후에 근거한 충분한 개연성이 있는 상황을 말한다(동법 제2조 제3항 제1호부터 제8호 참조).

요컨대 공급망법은 첫째, 인권 및 환경 관련 위험의 쌍방에 대해 방지 또는 최소화 및 의무 위반의 정지 등을 목적으로 하고 있다. 둘째, 인권 관련 위험 중에는 환경오염 등이 야기하는 인권위험 예컨대 식품의 보존·생산을 위한 자연 기반 침해, 안전하고 깨끗한 식수에 대한 접근의 침해, 건강 피해 (동법 제2조 제2항 제9호 a)-d)목)에 대해서도 범문으로 명기하고 있다. 공급망법은 지금까지 타국의 법제 보다 넓은 범위의 위험에 관해서 실사의무를 대상 기업에 부과하고 있는 점이 특징이다.

4) 실사의무에 따른 기업의 주의의무

공급망법에 따르면 기업은 인권 및 환경 관련 위험의 방지 또는 최소화 및 의무 위반의 정지 등을 목적으로 공급망에서 인권 및 환경 관련 실사의무를 실시하여야 한다.

21) 협약 제4조에 따른 수은 첨가 제품 제조, 단계적 폐지일 이후 협약 제5조에 따른 제조 공정에서 수은 또는 수은 화합물 사용, 협약 제11조의 요건에 반하는 수은 폐기물의 취급

22) 제3조에 따른 화학물질의 생산 및 사용, POPs 협약 제6조의 요건에 반하는 화학 폐기물의 비환경적 취급, 수집, 보관 및 폐기

23) 제1조에 따른 유해 폐기물 및 기타 폐기물의 수출, 바젤협약 부속서 VII에 열거된 국가에서 열거되지 않은 국가로 유해폐기물을 수출하는 행위, 협약 비당사국으로부터 유해 폐기물 및 기타 폐기물의 수입

실사의무를 수행할 때에는 기업의 사업 활동의 성질과 범위, 인권 관련 위험 또는 환경 관련 위험 또는 그러한 의무 위반에 직접 책임을 지는 당사자에 대한 기업의 영향력, 예상되는 위반의 중대성, 가역성 및 발생 가능성 및 인과관계 등을 감안하여 구체적인 방법을 결정하게 된다(동법 제3조 제2항). 실사의무를 구체화하는 사업자의 의무는 이하와 같다.

① 리스크 관리 태세의 구축(동법 제4조 제1, 2, 4항)의무에 따라 기업은 적절하고 효과적인 리스크 관리 태세를 구축해야 한다. 여기서 말하는 효과적이란 기업이 그 공급망에서의 인권 리스크나 환경 관련 리스크를 인식하고, 그 발생의 예방이나 최소화를 도모함과 동시에 만일 그 위험이나 위반의 발생 또는 조장 또는 그것들이 발생할 가능성이 발생한 경우에는 그 위반의 방지, 정지 또는 최소화를 가능하게 하는 조치를 말한다.

② 기업 내 책임자 지정(동법 제4조 제3항)의무에 따라 리스크 관리 태세를 효과적으로 운용하기 위해서는 기업 내에서 인권 담당자를 임명하는 등 리스크 관리의 모니터링에 대한 책임 소재를 명확히 할 필요가 있다. 기업의 경영자는 해당 책임자로부터, 적어도 연 1회, 정기적으로 보고를 받을 필요가 있다.

③ 정기적인 리스크 분석 실시(동법 제5조)의무에 따라 기업은 자사 사업 영역이나 직접 공급 업체에 관해서 인권 리스크 및 환경 관련 리스크를 특정해야 한다. 특정된 인권 리스크 및 환경 관련 리스크는 적절하게 가중 및 우선순위 지정이 이루어진(동법 제3조 제2항) 상에서 분석·평가가 이루어지고, 그 분석 결과는 이사회 등에 보고될 필요가 있다. 해당 분석은 1년에 1번뿐만 아니라, 필요에 따라 임시로 실시될 필요가 있다.

④ 자사사업영역 및 직접공급업체에 대한 예방 조치(동법 제6조 제1항, 제3항, 제4항)로서 기업은 자사사업영역 및 직접공급업체에 대해 적절한 예방조치를 강구해야 한다. 자사사업영역에 대해서는 정책 성명 소정의 인권 전략의 실시, 리스크 방지 또는 최소화의 조달 전략 및 구매 관행의 책정 및 실시, 관련 훈련의 제공 및 리스크 관리 조치를 실제 실시하는 것으로 되어 있다. 직접적인 공급업체에 대해서는 공급업체 선택 시의 인권 및 환경 관련 기대 고려, 공급업체에 의한 인권 및 환경 관련 계약상의 보증, 지속적인 트레이닝 실시, 인권 전략의 준수를 확인하기 위한 계약상의 관리 체제 실시 등의 조치를 강구하는 것으로 되어 있다.

⑤ 문서화 및 보고(동법 제10조 제1항, 제2항)의무에 따라 기업은 실사의무의 이

행에 관한 연차보고서를 작성하고, 회계연도종료 후 4개월 이내에 연방경제수출관리국(Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle: BAFA)에 제출함과 동시에(동법 제12조) 기업의 웹사이트에 7년에 걸쳐 공개할 필요가 있다. 이와 같이 공급망법에서는 실사의무로서 기업이 인권 리스크 및 환경 관련 리스크의 방지, 최소화 및 정지 등을 목적으로 강구해야 할 조치 등이 상세하게 규정되어 있다.

특히 적용 대상 기업뿐만 아니라 해당 기업의 직접공급업체에 대해서도 적절한 예방 조치를 강구하고, 의무 위반 등의 경우 구제 조치까지 적절히 대응하는 것이 요구되고 있다. 나아가 간접적인 공급업체의 경제 활동에 대해서도 불만처리절차의 창구(동법 제8조)를 개방하고, 의무 위반 가능성을 부추기는 실제 징후가 있는 경우에는 리스크 분석을 실시하여 인권 관련 또는 환경 관련 의무 위반을 방지·정지·최소화하기 위한 방침 책정 및 실시 등의 조치를 강구할 것이 요구된다.²⁴⁾

(2) 주식법상 여성임원 할당제

1) 개정연혁

2021년 6월 25일 연방의회는 민간 부문과 공공 부문의 관리직에 여성의 동등한 참여를 위한 규정을 보완하고 개정하는 법안 즉 ‘민간 및 공공 부문 고위직 남녀동등 참여에 관한 법률 개정안(Zweites Führungspositionen-Gesetz: FüPoG II)’²⁵⁾을 승인했다. 그리하여 2021년 8월부터 독일의 상장기업 및 공동결정법²⁶⁾의 적용을 받는 기업은 3인 이상으로 구성된 이사회에 여성 1인의 최소 참여 요건을 준수하여야 한다.

FüPoG II의 입법취지는 관리직에서 여성의 비율을 증가시켜 남녀의 동등한 대우와 경제생활에서 여성의 적절한 기여를 촉진한다는 목표를 추구하는 것이다. 2015년에 발효된 FüPoG I²⁷⁾의 경우 유연한 할당제를 도입하였으나 여성 임원 비율이

24) Taylor Wessing, Überblick über das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG), s. 1ff.

25) Gesetz zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst v. 07.08.2021, BGBl. I S. 3311.

26) MitbestG, MontanMitbestG oder MontanMitbestErgG의 적용을 받는 기업을 의미한다.

27) Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst vom 24. April 2015 (BGBl. I S. 642 - FüPoG)

기대치에 미치지 못했다는 평가가 있었다.²⁸⁾ 이에 FüPoG II의 개정을 통해 여성임원 할당제의 원칙이 확장되고 입법의 미비점이 보완된 것으로 평가된다.²⁹⁾ 이사회에서 여성과 남성의 법적 최소 참여 외에도, 기업에서 여성임원 목표치(“Zielgröße Null”)를 설정하지 않은 경우 그 결정에 대한 사유를 제시해야 하는 의무(HGB § 289f 제2항 제4호)가 도입되었다.

여성이사 할당제에 대해 기업은 기업지배구조 명세서에 공시할 의무가 있다. 따라서 해당 기업은 FüPoG II에 따라 최소 여성 이사진 수에 대한 요건을 준수했는지 여부를 보고하고, 준수하지 않은 경우 미준수 사유를 설명해야 한다(상법 제289f조 제2항 5a호).³⁰⁾

상장회사 또는 공동결정 주식회사의 이사회 구성을 남성과 여성의 최소 참여 인원을 개정하였다. 즉 직원 2000명 이상, 임원 3명 이상을 둔 독일 상장기업은 최소 1명의 여성과 남성을 이사회에 선임해야 한다. 이 구성 요건을 위반하는 이사회 구성은 무효이다(주식법 제76조 제3a조).³¹⁾

2) 규정의 주요 내용

a) 유연한 할당제

공동결정법의 적용대상이 아닌 주식회사나 비상장회사의 경우, FüPoG II가 발효된 후에도 주식법 제111조 제5항에 따라 의장과 감사회의 구성에 대한 유연한 여성 할당제가 적용된다. 주식법 제115조 제5항 제1문에 따르면 감사회와 이사회에서 여성의 비율은 최소 목표의 합의에 의해 결정되어야 한다. 설정할 목표치는 개별 회사 구조와 일치할 수 있으며 설정하지 않을 수도 있다. 만약 30% 여성 비율을 채우지 못할 경우, 남성이사진으로 채우는 것이 아니라 공식으로 두도록 하고 있다(악화 금지).

유연한 여성 할당제는 FüPoG II에 의해 보완된다. 주식법 제111조 제5항 제2문은 FüPoG II의 발효 후 이사회 또는 감사회의 여성 비율뿐만 아니라 각 이사회에서 목

28) Hölter/Weber/Groß-Bölting/Weber, AktG § 76 Rn. 80a.

29) Begr. RegE, BT-Ers. 19/26689, 47.

30) 이를 위반한 경우에는 상법 제334조 제1항 제3호에 따라 질서위반행위를 이유로 과태료가 부과된다.

31) 참고로 주식법 제96조 제2항은 공동결정법, 공동결정법 또는 공동결정보충법이 적용되는 감사회의 구성에 대해 최소 30%의 성별 할당제에 대하여 규정하고 있다.

표로 한 총 여성 임원 수를 결정해야 한다.

b) 정당성 설명의무

상법 제289f조 제4항 제2문에 따른 기업지배구조 명세서에는 주식법에서 요구하는 대로 최대한으로 할당할 수 있는 쿼터에 대한 정당성도 포함되어야 한다. 그런데 규정의 형식이 최소치(Mindestzielgröße)를 상정하고 있지 아니하여 여성임원을 선임하지 않거나(keine Frauen), 목표치를 0(Null Prozent)으로 할 수 있는 부작용이 나타났다.³²⁾

이에 개정법은 기업들이 지난 5년 동안 감사회와 이사회에 대해 목표치 0이라는 수치를 설정할 수 있는 가능성을 악용함에 따른 부작용을 해소하기 위해 상장법인 또는 공동결정법의 적용을 받는 기업에게 여성 임원 0명 목표치의 설정에 대한 정당성을 설명할 의무를 부담시키고 있다.³³⁾

(3) 공시와 투명성 관련 법제

독일에서는 지속가능성 공시 요구사항이 규칙이나 지침의 형태로 EU차원에서 규제되고 있어, EU의 원칙을 살펴볼 필요가 있다.

1) EU원칙

현재 EU 비재무공시지침(Non-Financial Reporting Directive: NFRD)³⁴⁾은 특정 대기업의 비재무 및 다양성 정보 공시에 적용하고, 이에 대한 원칙을 규정하고 있다.

비재무공시에 대한 EU원칙은 현재 직원 수가 500명 이상인 large public interest companies(이하 PIE)에 적용된다. 이러한 PIE는 NFRD 제1조 제1항 및 제2조 제1항 및 부속서 I 및 II에 따르면 독일에서는 주식회사(AG), 주식합자회사(KGaA), 유한책임회사(GmbH), 조합(GbR), 합자회사(KG)가 이에 해당한다.

NFRD에 따라 대기업은 다음과 관련된 정보를 공시하여야 한다. 즉 환경 문제, 사회적 문제 및 직원의 처우, 인권 존중, 반부패 및 뇌물 수수, 회사 이사회의 다양성(나이, 성별, 교육 및 전문적 배경 측면)에 대하여 공시하여야 한다.

³²⁾ Hölter/Weber/Groß-Bölting/Weber, AktG § 76 Rn. 87c.

³³⁾ Zimmer/Vögele/Sichma, Mehr Macht für Frauen, BWV 3, 2022, 53-59, 54.

³⁴⁾ 이 지침은 EU 회계지침(Accounting Directive(2013/34/EU)를 개정한 것이다.

EU는 2021년 4월 NFRD의 적용범위를 중소기업으로 확장하기로 결정하였고, 이에 대한 개정안으로 기업지속가능성보고지침(Corporate Sustainability Reporting Directive: CSRD)에 대한 제안을 채택하였다. CSRD는 제정 이후 진전된 EU의 ESG정책과의 연계성을 보완하면서 지속가능성 공시정보의 신뢰성, 일관성, 접근성, 비교가능성을 강화하는데 중점을 두었다. EU집행위원회는 NFRD 대비 적용대상을 확대한 CSRD 적용으로 약 49,000개 사가 지속가능성 정보 의무공시 범위에 포함될 것으로 추정하고 있다.³⁵⁾ 이 지침은 직접 적용되며 국내법으로 전환할 필요가 없다.

또한 금융상품 관련 공시와 관련하여 지속가능금융공시규칙(Sustainable Finance Disclosure Regulation: SFDR)의 목적은 그린워싱(Greenwashing)을 방지하면서 민간 투자를 지속 가능한 투자로 유도하는 것이다. SFDR은 2021년 3월 10일에 단계적으로 도입되기 시작했다. 제11조에 따른 규제 보고는 2022년 1월 1일에 시작되었다. EU위원회는 다음과 같이 2단계 조치인 기술적 세부규칙(Regulatory Technical Standards)(Delegated Regulation(EU) 2022/1288, SFDR RTS)을 채택했다. 즉 금융기관은 웹사이트에 주요 악영향 진술에 대한 세부 사항, 그리고 지속가능성 지표, 자산 배분, 주요 성과 지표를 통한 EU 탄소노미의 범위를 포함한 사전 계약 및 정기 공개 형식을 제공하도록 하였다.³⁶⁾ SFDR RTS는 2023년 1월 1일부터 적용되었다.

2) 독일 상법상 비재무적공시

독일 ESG 관련 비재무적공시 규제는 기업의 정보공개를 규정하는 상법(HGB)을 중심으로 하고, 그 주요 공개매체는 연차보고서에 포함되는 경영보고서가 된다. 독일에서의 ESG 정보와 관련된 공시관련 규제는 독자적으로 제정되어 있는 것이 아니라 EU 비재무정보보고지침(Non-Financial Reporting Directive: NFRD)을 국내법화 하는 과정에서 CSR 지침실시법 2017(CSR-Richtlinien-Umsetzungsgesetz: CSR-RUG)³⁷⁾을 제정하였고, 상법 개정을 통해 관련 규정을 반영하는 과정으로 진행되었다.³⁸⁾ 이를 통해 ESG 정보공개의 강화가 이루어지고 있는 것이다.

35) EU의 ESG 법제화 관련 하여서는 최유경, 조아영, “유럽연합의 ESG 법제화 현황 및 쟁점”, 『법학연구』 제30권 제1호(2022), 177면 이하 참조.

36) commission delegated regulation (EU) 2023/363 of 31 October 2022, Annex 참조.

37) <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/index.html>

38) Baumbach/Hopt/Merkt, HGB § 289b Rn. 1.

상법 외에 주식법을 통해 회사의 지속가능한 발전을 고려하여 상장기업 등에 대해 기업지배구조 관련 정보공개(이사의 보수체계)를 요구하고 있다.³⁹⁾ ESG 정보의 임의 공개 형태는 독일 정부의 자문위원회인 지속 가능한 개발위원회(German Council for Sustainable Development: RNE)가 책정한 독일 지속가능성코드(Der Deutsche Nachhaltigkeitskodex)⁴⁰⁾가 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 독일은 기업의 사회적책임지침이행법(CSR-RUG)을 통해 NFRD를 국내법화 함에 따라 독일의 상장회사, 보험회사, 은행, 합자회사 및 협동조합이 다음과 같은 기준을 충족하는 경우 비재무적보고서를 제출해야 한다. 즉 500명 이상의 직원이 있거나 또는 매출액 4천만 유로, 총 자산 2천만 유로, 그리고/또는 최소 250명의 직원을 둘 것 중 세 가지 기준 중 두 가지를 충족하는 기업은 비재무적공시가 의무화 된다. 이와 관련하여 주요 조항은 상법 제289b조에서 제289e조까지이다. 또한 EU 택소노미에 따라 매출액과 자본/운영 지출 중 환경적으로 지속 가능한 것으로 간주할 수 있는 비율을 보고해야 한다. EU기업 지속가능성 보고 과정에서 이러한 공개 요건은 더욱 확대될 예정이다.

금융 시장 참여자, 즉 본질적으로 자산 운용사 및 재무 자문사의 경우 SFDR에 따라 특별한 공시 의무를 부담한다. 이들은 (i) 지속가능성 리스크를 투자 결정 및 상품 자문에 통합하는 전략, (ii) 지속가능성 요인에 대한 투자 결정의 주요 부정적 영향(Principal Adverse Impacts: PAI) 고려, (iii) 보수 정책에서 지속가능성 리스크 고려, (iv) 지속가능성 리스크가 수익률에 미치는 영향에 대해 회사별로 보고해야 한다. 또한 금융 시장 참여자는 상품별로도 부정적 영향을 보고해야 한다.

상품이 환경적 또는 사회적 특성을 홍보하거나 지속 가능한 투자를 목적으로 하는 경우 더 광범위한 공시의무가 발생한다. 해당 요건은 필요한 경우 독일 투자법(Kapitalanlagegesetzbuch: KAGB)과 같은 관련 국내법에도 명시되어 있다.⁴¹⁾

39) 주식법 제76조 제1항, 87조 제1항 제2문 제87a조 제1항 제2문 제2호 참조.

40) https://www.nachhaltigkeitsrat.de/wp-content/uploads/2018/03/The_SustainabilityCode_2017.pdf

41) 동법 제101조 제1항 제3문 7호, 제121조, 제136조, 제165조 제2항 42호, 307조 제1항 제2문 20호 참조.

(4) 기업지배구조모범규준(DCGK)

2022년 6월부터 새로운 DCGK가 발효되었다. DCGK는 주로 좋은 기업지배구조에 관한 상장회사에 대한 권장 사항과 제안을 포함하는 일련의 기준이다. DCGK는 독일 연방법무부에서 발행하며 기준은 독일에서 기업의 모범 사례에 대한 가장 중요한 지침이다. 모범규준은 독일 기업지배구조모범규준에 대한 정부 위원회에 의해 매년 검토되고 필요한 경우 개정된다. DCGK의 최신 개정안은 본질적으로 환경, 사회 및 거버넌스(ESG) 기준에 초점을 맞추고 있다. 결과적으로 상장 기업들은 기업 전략과 계획의 일환으로 사회적, 환경적 지속가능성을 고려하고 모니터링해야 한다.

DCGK는 사회에서 기업의 역할과 사회적 책임(기업 시민)을 설명한다. 그런 의미에서 회사의 사회적 책임은 기업의 성공에 대한 환경 및 사회적 요인의 흐름에 국한되지 않는다. DCGK는 사회에서 기업의 역할과 사회적 책임(기업 시민)을 설명한다. 그런 의미에서 기업의 사회적 책임은 기업의 성공에 대한 환경 및 사회적 요인의 흐름에 국한되지 않는다. 나아가, 인류와 환경에 대한 사업의 협정 또한 기업이 인권, 경제, 환경, 사람에 미칠 수 있는 실질적인 혹은 잠재적인 영향력을 먼저 파악하는 인사이드-아웃(inside-out) 관점에서 고려되어야 한다. 이사회와 감사회는 이러한 관점을 일상적인 운영에 통합하고 회사의 이익을 위해 활동을 모니터링할 수 있다. 또한, DCGK의 권고 A.3은 내부통제 및 위험관리시스템이 회사의 특정 위험성에 적합한 지속가능성 데이터의 수집 및 처리뿐만 아니라 지속가능성 목표를 모니터링해야 한다고 명시하고 있다. DCGK의 권고 C.1에 따르면 감사회의 감사로서의 자격은 회사와 관련된 지속가능성 문제에 대한 전문 지식을 포함하도록 확장되었다. 권고안 D.3은 회사의 회계 및 감사에도 지속가능성 보고가 포함되어야 한다고 명시하고 있다.⁴²⁾

42) 독일 기업과 금융기관은 ESG 정책과 공시를 기업 정책과 제품 개발에 통합하기 시작했다. 이러한 공시는 마케팅 관점에서 활발하게 추진된다. 이러한 자발적 ESG 공시는 경쟁법이나 소비자 보호 관점과 같은 일반적인 법적 원칙을 통해 규제되지 아니한다. 독일 기업 및 금융기관은 지속가능성 목표를 달성하기 위해 다양한 글로벌 자체적 표준을 기반으로 ESG 정책을 수립하고 있다. 이는 종종 금융부문, 유엔 및 비정부기구의 이니셔티브에 의해 주도된다. 동시에 금융 시장 참여자들은 다양성 헌장(Diversity Charter) 및 독일 파생상품협회의 지속가능한금융행동강령(Sustainable Finance Code of Conduct of the German Derivatives Association)과 같은 부문 간 이니셔티브에 참여하고 있다. 또한 저축은행의 자발적 약속, 기후보호에 대한 금융권의 자발적 합의 등 지속가능한 금융을 촉진하기 위한 금융권의 국가적 이니셔티브가 다수 존재한다(Mayer, Brown, ESG Comparative

3. 소결

독일에서 ESG의 중요성은 지속적으로 강조되고 있다. 처음에는 마케팅으로 시작된 것이 이제는 ESG 경영에 큰 영향을 미치고 있다. 그 과정에서 ESG 관련 규제의 내용은 점점 더 구속력이 커지고 있다. 다시 말해, 연성규범이 경성규범으로 바뀌고 있는 것이다. 현재로서는 여전히 많은 불확실성이 존재하며, 부분적으로는 규제의 빠른 속도로 인해 수많은 규정이 아직 제대로 조율되지 않고 있는 것으로 보이나, 이는 향후 몇 달, 몇 년 내에 통합될 것이며, 그 이후에는 ESG 규제가 기업의 경영에 미치는 영향이 상당할 것으로 예측된다.

특히 2023년 초부터 시행되고 있는 공급망법은 기업들이 공급망에서 인권과 환경과 관련하여 주의를 기울일 의무가 있다고 규정하고 있다. 이를 위해 기업들은 적절한 위험관리시스템을 구축해야 하며, 특히 이 시스템을 모니터링하기 위한 내부 임원을 임명해야 한다. 기업들은 기업자신과 공급자를 위해 위험분석을 수행해야 하고, 인권이나 환경 관련 의무 위반이 확인되면, 기업들은 이를 시정할 의무가 있다. 기업들은 직원들이 인권 침해를 보고할 수 있도록 불만을 제기하는 절차를 수립해야 하고, 공급망법에 따른 의무 준수에 대한 연례 보고서를 공시해야 한다.

비재무적 공시와 관련하여 NFRD를 국내법화 하면서 독일은 기업의 투명성과 지속가능성 이행을 개선하기 위해 상장회사에 대한 수많은 공시의무사항을 도입했다. 500명 이상의 직원이 있는 대규모 회사는 경영보고서에 비재무적사항에 대한 공시 내용을 포함해야 한다. 공시사항에는 환경, 직원 관련 및 사회 문제, 인권, 부패 및 뇌물 수수에 대한 조치 및 이행에 관한 회사의 계획 및 시행에 대한 정보가 포함되어야 한다.

금융기관은 SFDR 시행에 따라 투자 자산의 지속가능성 위험 및 해당 투자가 사회와 지구에 미치는 영향에 대한 정보를 공시하여야 한다. 기타 상장사 및 비상장사에 대해서는 ESG와 관련된 법률이 거의 없다. 그럼에도 불구하고 독일 내 기업의 이사와 감사회는 점점 더 중요해지고 있는 ESG 경영을 고려하여야 할 것으로 보인다.

IV. 시사점

1. ESG 경영과 컴플라이언스 준수 의무의 강화

앞서 살펴본 바와 같이 EU와 독일의 ESG 관련 규칙, 지침, 법령은 또한 회사법상 이사의 의무를 지속가능성 문제까지 명시적으로 확대하고 있다고 본다. 이사는 회사에 최선의 이익을 위해 행동할 의무를 이행할 때 인권, 기후 변화, 환경적 결과 등 지속가능성 문제에 대한 의사 결정의 결과를 고려해야 할 필요가 있다. 따라서 향후 이사의 의무 위반에 대해 지속가능성 미준수에 대한 이사(주식법 제93조 제2항)와 감사의 책임(주식법 제116조)이 강화되고, 감시의무를 강화하는 방향에서 관련 규정이 정비될 것으로 생각된다.

독일의 경우 이원적 이사회 구조를 취하고 있다. 이에 따라 이사는 감사회에서 선임되고, 이사회가 회사 경영을 담당하지만, 일정한 중요 거래에 관해서는 감사회의 승인을 받아야 한다. 이하에서는 이원적 이사회 구조를 취하고 있는 독일의 입법례에 따라 이사회와 감사회의 컴플라이언스 준수 의무 강화에 따라 검토되어야 할 사항을 언급하고자 한다.

독일 내 상장회사의 이사회는 회사의 사업 활동과 위험 상황을 고려하여 적절하고 효과적인 내부 통제 및 위험관리시스템을 구축해야 한다(주식법 제91조 제3항). 이와 더불어 DCGK의 권고에 따라 ESG 리스크도 더 많이 고려해야 한다. 이 의무를 위반하여 회사에 손해가 발생하는 경우 이사가 책임을 부담한다.⁴³⁾ 또한 EU의 금융기관이 투자자들에게 기업수준(firm level)에서의 지속가능성과 상품수준(product level)에서의 비재무적 금융정보를 공시할 것을 의무화함에 따라 금융회사의 이사에 대해 컴플라이언스 준수 의무가 강화되었다고 할 수 있다.⁴⁴⁾

43) 이사는 주식법 제93조 감사는 주식법 제116조에 따라 주의의무 위반에 대한 책임을 부담한다. 비상장(비금융) 기업에 대한 명시적인 규정은 없으나, 이러한 의무는 이사의 일반적인 의무에서 발생하는 것으로 본다. 비상장(비금융) 기업에 대한 명시적인 규정은 없으나, 이러한 의무는 이사의 일반적인 의무에서 발생하는 것으로 본다.

44) 최근 BaFin은 은행(사실상 투자 회사도 포함)의 리스크 관리를 위한 최소 요건에 대한 초안을 발표했다. BaFin은 유럽은행감독청(EBA)의 관련지침을 감독실무에 채택하고 있다. EBA 가이드라인에는 대출 및 모니터링에 ESG 요소와 리스크를 포함하기 위한 특정사항이 포함되어 있다. 금융기관 이사회는 이러한 규정을 또한 BaFin은 환경적으로 지속 가능한 대출을 승인하기 위한 지침을 제공한다. 또한, BaFin은 금융기관이 기존 프로세스를 조

한편 감사회는 그 의사와 결의를 준비하거나 결의내용의 집행을 감독하도록 하기 위하여 하부조직으로서 합의체 조직인 하나 이상의 위원회를 둘 수 있도록 되어 있다(독일주식법 제107조 제3항).⁴⁵⁾ 일반적으로 유연성을 확보하기 위해 감사회는 특정 유형의 업무를 처리할 위원회를 설립하여 업무를 수행하는 데 효율성을 기할 수 있다.⁴⁶⁾ 위원회의 종류는 매우 다양하며 감시기능을 하는 검사위원회(Prüfungsausschuss), 지명위원회(Nominierungsausschusses), 인사위원회(Personalausschuss)⁴⁷⁾와 관리 기능을 하는 관계자간 거래에 관한 결정위원회(Ausschuss zur Entscheidung über Related Party Transactions), 신용 및 리스크위원회(Kredit- und Risikoausschüsse), 투자위원회(Investitionsausschüsse), 전략위원회(Strategieausschüsse), 컴플라이언스위원회(Compliance-Ausschuss)를 두고 있다.⁴⁸⁾

ESG와 관련하여서는 이러한 위원회의 구성을 통해 세부적인 차이는 있지만 주로 ESG 위원회는 ① 지속 가능한 기업 지배구조, ② 비즈니스 전략에서 지속가능성의 중요성, ③ 지속가능성 목표 설정, ④ ESG에 대한 경영진 모니터링 및 자문, ⑤ 자발적 ESG 보고, ⑥ 감사회에 관련 ESG 평가 및 진행 상황을 정기적으로 보고하는 등의 업무를 수행할 것으로 예상된다.

이와 같이 독일은 ESG 경영의 제고와 관련하여 이사회와 감사회의 컴플라이언스 준수 의무를 더욱 강화하는 방향성을 띄고 있다고 본다. 결국 이사의 책임이 강화됨에 따라 고려되어야 할 사항은 ESG를 고려한 의사결정과 관련하여 공급망법을 준

정하고 새로운 측정, 관리 및 위험 완화 도구를 개발하여 물리적 위험과 전환 위험의 형태로 지속가능성 위험에 대응할 것으로 기대하고 있다.

45) 이러한 위원회는 실무적으로 대기업에서 다양하게 설치하고 있다(Hölters/Weber/Groß-Böltling/Rabe, AktG § 107 Rn. 95.).

46) 기업지배구조모범규준에도 기업이 지속가능성 문제를 해결하는 방법에 대한 몇 가지 권고 사항이 포함되어 있다. 특히 기관투자자는 지속가능성 문제를 고려하면서 투명한 방식으로 지분을 사용할 것으로 기대된다. 재무목표 외에도 회사의 전략에는 지속가능성 관련 목표가 포함되어야 한다. 회사의 내부통제 및 위험관리시스템은 지속가능성 관련 문제를 다루어야 하며 지속가능성 관련 정보를 처리할 수 있어야 한다. 감사회는 이사를 감독하고 조언하는 직책에서 지속가능성 문제를 고려해야 한다. 감사회는 지속가능성 문제를 기술의 일부로 간주하는 구성원으로 구성되어야 한다. 회계 및 연간보고에는 지속가능성 문제에 대한 보고가 포함되어야 한다.

47) 인사위원회는 감사회에서 일반적으로 두고 있는 위원회이다(MüKoAktG/ Habersack Rn. 107).

48) 이 외에도 중재위원회(Vermittlungsausschuss)가 있는데, 공동결정법의 적용을 받는 회사에 감사의 조직고권(Organisationshoheit)이 다른 경우 공동결정법 제27조 제3항에 따라 중재위원회를 두어야 한다.

수하지 않는 것과 같은 의무위반에 해당하지 않는 이사의 행위에 대한 경영판단의 원칙(주식법 제93조 제1항)의 적용을 통한 책임제한이 가능한지 여부이다. 또한 사회적 요인과 환경적 요인을 고려하지 않은 경영상의 의사결정으로 이사의 책임이 발생한 경우 임원배상책임보험에서 담보할 수 있는지도 검토의 대상인데, 최근의 임원배상책임보험 기본약관의 담보범위가 CSR위반까지 확대되어 있는 점을 고려하여 ESG 관련 사항 위반에 대해서도 약관상 명시적인 면책사유에 해당하지 않는 경우 담보범위에 포함시킬 수 있는지 검토할 필요가 있다고 본다.

2. ESG 관련 법제의 경성규범화

독일 법에서 가장 자주 다루는 ESG 문제는 기후 변화 또는 공급망 실사와 관련이 있다. 특히 공급망실사법은 공급망을 감독하고 인권 또는 환경 위험을 해결하기 위해 위험 관리 시스템을 구현해야 하는 독일의 수많은 회사에 적용된다. 또한 기업은 비재무적공시의무와 같은 다른 ESG 관련 문제에 직면하게 될 것으로 생각된다. 이러한 측면을 고려하면 독일의 환경과 사회에 관련된 법제는 향후에도 경성규범의 형태로 입법화될 것으로 생각된다. 독일 내에서도 환경보호와 투명성, 기업의 지속가능성을 고려하여 관련 입법은 EU지침의 영향을 받아 국내법화 되고, ESG 관련 법제의 위반에 대하여 벌금을 부과하는 등 법집행의 실효성을 높여갈 것으로 생각된다. 다만 지배구조와 관련하여서는 여전히 독일 지배구조모범규준의 잦은 개정을 통해 ESG요소를 고려한 경영에 필요한 사항을 연성규범화 하고 있다. 이는 이사진에 여성의 동등한 참여비율의 보장, 이사의 보수 공시와 같은 주식법상의 제한적인 규정 외에는 지배구조 일반에 적용되는 주식법상 ESG 관련 일반규정⁴⁹⁾을 굳이 도입할 필요가 없이 기존의 이해관계자 중심주의에 따라 해결이 가능하기 때문으로 생각된다. 이와 관련하여 예컨대 ESG 경영이 경제적인 성공전략으로 인식된다고 하

49) 예컨대 영국 2006년 회사법 제172조에 따른 회사의 이사는 전체적으로 구성원의 이익을 위하여 회사의 성공촉진에 가장 이바지한다고 성실히 생각하는 방법으로 행위하여야 하며, 또한 그렇게 함에 있어서 다음을 고려해야 한다. (a) 장기적으로 본 어떤 판단에서 예상되는 결과, (b) 회사 종업원의 이익, (c) 공급업체, 고객, 기타 자와의 사업상의 관계, (d) 회사 사업의 지역사회 및 환경에 미치는 영향, (e) 사업에 있어서 높은 수준의 평가의 유지, (f) 회사 구성원 간의 공정한 고려; 영국의 회사법에 대한 상세한 논의는 손영화, “ESG 활성화에 따른 회사법의 쟁점과 과제”, 「상사판례연구(제34권 제3호)」, 한국상사판례학회, 2021, 21면 이하.

더라도 ESG 결정이 단기적으로 경제적인 불이익을 야기하는 경우가 있을 수 있다. 이 경우 이사의 자기책임 원칙에 따라 ESG에 대한 결정을 내린 경우, 이 행위가 독일 주식법상 허용되는 행위인지 여부를 검토할 필요가 있다. 이와 관련하여 독일 연방대법원(BGH) 판례를 살펴볼 필요가 있다. 연방대법원 판례에 따르면 이사회는 장기적 이익이 발생할 경우 직접적으로 경제적으로 불리한 거래도 할 수 있는 것으로 해석된다.⁵⁰⁾ 사실관계에 따르면 정관 또는 감사회의 동의가 있어야만 특정 유형의 거래를 수행할 수 있는 경우, 이사는 원칙적으로 거래를 수행하기 전에 감사회의 동의를 얻어야 한다. 이를 위반한 경우 이사의 책임이 문제되었다. 이와 관련하여 연방대법원은 이전에 논란이 되었던 이사가 감사회의 동의 없이 거래를 수행한 경우 ‘적법 또는 의무에 적합한 대체행위의 항변(Einwand rechtmäßigen bzw. pflichtgemäßen Alternativverhaltens)’을 제기할 수 있는지 여부에 대한 판결을 내렸다. 이 판결에 따르면, 감사회가 성실한 태도로 동의를 요청했다면 동의를 했을 것이라는 점을 이사가 입증할 수 있는 경우, 이사는 해당 거래로 인한 회사의 손해에 대해 책임을 부담하지 않는다고 판시하였다. 즉 감사회가 해당 거래를 승인했을 것이라는 사실을 근거로 결정을 내리는 것이 허용된다고 판단하여 이사회 이사의 면책가능성을 확대하였다는 점이 주목할만하다. 해당 판결에 따르면 이사가 ESG에 관한 결정을 내렸고, 이것이 회사의 장기적인 이익에 기여하는 결정인 경우 이사의 책임을 묻지 않을 수 있는 것이다. 그리하여 독일의 해석론상 지속가능성을 고려한 이사의 ESG 문제에 관한 결정이 장기적으로 주주우선주의에 반하지 않고, 이사의 자기책임의 원칙에 따른 ESG 관련 사항을 고려한 업무집행으로 인한 손해가 발생한 경우 이사의 회사에 대한 책임이 부인될 수 있다고 본다. 이러한 측면을 고려하여 ESG 요소 중 지배구조(G)와 관련한 내용은 이사의 의무를 ESG를 고려하는 범위까지 확장하여 명시하는 경성규범화 보다는 기존의 법적용의 공백을 메꾸는 해석론을 통한 접근방식이 바람직한 것으로 생각된다.⁵¹⁾ 이와 같이 보는 이유는 ESG를 고려한 기업의 사업활동은 인류가 직면하고 있는 여러 문제를 해결함에 있어서 효율적일 수 있어, 그 정당성이 인정되는 것은 부인할 수 없으나,⁵²⁾ ESG 각 요소별 특성

50) BGH v. 10.7.2018 - II ZR 24/17.

51) 비슷한 취지로는 박경미, “ESG 리스크와 회사법상 이사의 감시의무”, 「법학연구(제24권 제2호)」, 인하대학교 법학연구소, 2021, 72면.

52) 정준혁, “ESG와 회사법의 과제”, 「상사법연구(제40권 제2호)」, 한국상사법학회, 2021, 27면.

을 고려하고, 전통적인 회사법이론과 상충하지 않는 범위에서 적절한 규율과 ESG 활동이 조화롭게 이루어지는 것이 바람직하다고 보기 때문이다.

3. 주식법상 Say on ESG 도입론

앞서 살펴본 시사점은 모두 ESG 논의가 전통적인 회사법제에 상당한 영향을 끼치고, 어떠한 형태로든 변해야 한다는 사실을 보여주는 단적인 예라고 생각된다.

이와 관련하여 최근 독일에서는 ESG 주제에 대한 주주총회 활성화에 관한 논의가 전개되고 있다. 즉 주주총회에서 ESG에 대한 발언(Say on ESG)의 적절한 설계가 이원적 이사회 구조와 상당히 호환된다는 주장이다.⁵³⁾ 즉 입법자는 이사회를 통제를 감사회에 할당하여 원래 활동하지 않는 주주를 상정한 것이 사실이다. 그러나 주주 수준의 ESG 참여는 감사회의 이러한 권한에 영향을 미치지 않는다. 이는 이사회(사후) 통제나 업무집행기관으로서의 대체를 목표로 하는 것이 아니다. 핵심 역량에 따라 주주총회가 의사결정과정을 형성하고 근본적인 문제에 대한 회사의 미래 지향적 과정을 구성할 수 있는 역할에 한정된다는 것이다.⁵⁴⁾ 이는 바꾸어 말하면 기존의 이사가 회사를 위해 중요한 의사결정을 함에 있어 주주총회의 보호를 받지 못하였으므로, ESG에 관한 의사결정에 주주의 참여를 확대하자는 의미이다.

한편으로는 주주총회의 (불충분한) 권한⁵⁵⁾과 다른 한편으로는 기업의 ESG 전환에 대한 주주 참여 확대에 대한 국제적 추세⁵⁶⁾는 Say on ESG가 국제적인 기준이 될 수 있음을 보여준다는 것이다.⁵⁷⁾ 이러한 배경에서 ESG에 대한 주주의 발언권 형태의 새로운 방안이 주주총회에서 고려되어야 한다고 주장한다.⁵⁸⁾ 이와 관련하여 Hommelhoff 교수는 다음과 같은 이유로 입법론을 주장하고 있다. 즉 현행 주식법의 해석론만으로 주주총회 권한을 통한 ESG 문제에 대한 구속력 있는 결정을 할 수

⁵³⁾ Weller, Hoppmann, AG 18/2022, 640, 642.

⁵⁴⁾ Albath, Shareholder Activism im Rahmen der Hauptversammlung, 2022, S. 66 f.; Poelzig in BeckOGK/AktG, Stand: 28.7.2022, § 131 AktG Rz. 2.

⁵⁵⁾ 주식법 제131조 제1항, 제119조 제1항 제2호, 제4호, 동조 제2항 등 참조.

⁵⁶⁾ 주주제안권 중심의 미국 외에 이사회가 시작한 ESG 투표는 점점 더 늘어나고 있다고 한다. 스페인과 영국 스위스 등에서 주주총회에 안건으로 비재무적사항을 제출하거나, 기후 전환계획을 제출하는 등 다양한 형태로 국제 표준이 되고 있다는 주장이다.

⁵⁷⁾ Weller, Hoppmann, a.a.O., 643.

⁵⁸⁾ Knapp, ECFR 2021, 218, 240.

없고, 이사회에 제안에 의존해야 한다는 한계가 있다는 점을 지적한다. 또한 이사의 해임, 감사의 선임 또는 이사의 보수제도(Say on Pay)에 관한 주주총회의 결의안을 통해 부분적으로만 ESG 문제를 다룰 수 있으므로 Say on ESG에 대한 입법의 필요성을 주장한다.

그 도입 형태는 주주총회에서 정기적으로 반복되는 의제로(구속력이 없는) 자문결의안을 제안한다. 그리하여 이사회는 자문결의안의 채택을 위한 비재무적선언을 주주총회에 제출한다. 그리고 주주들에게는 특정 ESG 문제에 대한 주주제안과 관련하여 제한된 범위에서 주도권을 부여받는 형태를 제안한다.⁵⁹⁾ ESG에 대한 발언은 (구속력이 없는) 협의에 의한 결정이어야 한다. 구속력이 없는 성격에도 불구하고 ESG 결의안은 일반적으로 이사회에서 준수할 정도로 높은 수준의 권한을 실제로 가지고 있다. 반면에 이사회에 대한 ESG 결정에 대한 구속력은 이사회에 책임을 너무 쉽게 면제해주는 결과를 야기할 수 있다는 비판의 제기가 가능한데, 이와 관련하여서는 오히려 Say on Pay(주식법 제120a조 제1항 제2, 3문)은 이와 관련하여 시사점을 제공한다고 한다. 즉 해당 규정에 따르면 “해당 결의안은 어떠한 권리나 의무도 발생시키지 아니하므로 주식법 제243조에 따른 취소권이 명시적으로 배제된다”.⁶⁰⁾⁶¹⁾

독일의 유명 회사법학자들을 중심으로 Say on ESG의 국제적 기준화 가능성이 언급되고, 전통적인 회사법제의 기조인 이사회 중심의 회사경영에 크게 저촉되지 않는 ESG 문제에 대한 주주총회의 Say on ESG 도입론은 주식법상 이원적 이사회 구조와 이해관계자주의와 정의합성이 있다고 본다. 다만 이를 어떻게 회사법에 규정화할 것인가는 지속적인 논의가 필요하다고 본다. 예컨대 프랑스⁶²⁾, 스페인⁶³⁾, 스위스⁶⁴⁾

⁵⁹⁾ Weller, Hoppmann, a.a.O., 647.

⁶⁰⁾ Hölter/Weber/Groß-Böling/Rabe, AktG § 102a Rn. 5.

⁶¹⁾ 120a 보수제도 및 보수보고서에 대한 의결

(1) 상장회사의 주주총회는 보수체계에 중대한 변경이 있을 때마다, 적어도 4년마다 감사회가 제출한 이사 보수체계의 승인에 관한 결의를 한다. 이 결의는 권리나 의무를 창설하지 아니한다. 이 결의에 대해 제243조에 따라 이의를 제기할 수 없다. 보수체계를 확인하는 주주총회결의는 허용된다.

120a Votum zum Vergütungssystem und zum Vergütungsbericht

(1) Die Hauptversammlung der börsennotierten Gesellschaft beschließt über die Billigung des vom Aufsichtsrat vorgelegten Vergütungssystems für die Vorstandsmitglieder bei jeder wesentlichen Änderung des Vergütungssystems, mindestens jedoch alle vier Jahre. Der Beschluss begründet weder Rechte noch Pflichten. Er ist nicht nach § 243 anfechtbar. Ein das Vergütungssystem bestätigender Beschluss ist zulässig.

회사법과 같이 비재무적 요소 공시시 주주총회의 승인을 얻도록 하는 형태의 규정을 어떻게 회사법에 도입할 것인지에 대한 고민이 필요하다.

생각건대 지속가능성 측면에서 기업 경영을 바라보면 ESG를 고려한 경영은 선택이 아닌 필수로 받아들여지고 있다. 이러한 ESG를 고려한 경영이 한낱 정치적 구호에 그치지 않도록 하기 위해 EU와 그 회원국인 독일을 중심으로 관련 법제화가 진전되고 있고, 회사법제에도 무엇인가의 변화를 요청하고 있는 것으로 보인다. 그런데 이러한 회사법제의 변화가 입법을 통해서만 실현될 수 있는 것인지 또 입법을 통해 각국에서 차이를 보이는 지배구조를 이해관계자주의로 통일화 할 수 있을 것인지에 대해서는 의구심이 드는 것도 사실이다. 결국 이러한 측면을 고려하면 ESG 관련 회사법 내 입법화는 되도록이면 신중할 필요가 있고, 자율규제 형식의 연성규범 예컨대 지배구조모범규준을 통해 ESG를 고려한 경영을 유도하는 것이 바람직하다고 본다.

V. 나가며

독일에서 ESG 규제 상당 부분은 EU의 규칙과 지침에 기반을 두고 있다. 또한 지속가능성, 기후변화, 재생에너지와 양성평등에 초점을 맞춘 다양한 독일 내 ESG 규제가 있다. ESG와 관련이 있는 모든 독일의 규제를 나열하는 것은 불가능하다. 최근에는 대표적으로 공급망실사법, 기후보호법, 급여투명성법, 여성의 이사회 참여와 관련하여 FüPoG II가 중요한 ESG관련 법제로 거론되고 있다. 또한 법무부에 의

62) 프랑스 민법 제1833, 1835조, 프랑스 상법 L.225-35, 제1항, L.225-64 제1항 참조; In support of the Principles for Effective Climate Governance, 2nd edition, 2022, pp. 63-65.

63) 비재무정보에 관한 보고서를 회사의 주주총회 승인 안건에 별도 안건으로 제출하도록 의무화한다 (상법 제49조); Será de obligado cumplimiento que el informe sobre la información no financiera deba ser presentado como punto separado del orden del día para su aprobación en la junta general de accionistas de las sociedades. (Artículo 49. Código de Comercio).

64) 비재무적 사항에 대한 보고서에는 최고 경영진 또는 이사회 승인과 서명이 필요하며, 연간재무제표 승인을 담당하는 기관의 승인이 필요하다.(스위스 민법 제964c조 제1항); Der Bericht über nichtfinanzielle Belange bedarf der Genehmigung und Unterzeichnung durch das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan sowie der Genehmigung des für die Genehmigung der Jahresrechnung zuständigen Organs.(§ 964c Abs. 1 OR).

해 설립된 위원회는 회사가 최선의 이익을 위해 관리되도록 하기 위한 원칙, 권장 사항 및 이사 및 감사회에 대한 권고가 포함된 DCGK를 매년 발행한다. 현재 2022년 버전에는 감사회가 회사의 ESG 관련 위험과 기회를 고려 및 평가하고 이를 회사의 ESG 전략에 포함시키는 것을 권장하는 사항과 같은 몇 가지 ESG 관련 권장 사항이 포함되어 있다. 이와 같이 독일의 ESG 관련 법제는 EU규칙과 지침 및 독일 상법, 주식법과 같은 경성규범, 지배구조모범규준과 같은 연성규범의 조합으로 구성되어 있다.

우리나라의 경우도 독일의 사정과 별반 다르지 않다. 현재 국회에서 논의되고 있는 법안들은 환경, 사회, 지배구조 전반에 대해 포괄적으로 논의하는 법안보다 각각의 영역에서 독립적으로 검토되고 있다. 환경, 사회, 지배구조 모든 영역에서 ESG 경영문화 확산과 ESG 공시제도 도입이 논의되고 있으나 ESG 투자는 탄소배출, 탈석탄과 같은 환경의 영역에 국한되어 논의되는 경향을 보고 있다고 한다.⁶⁵⁾ 사회적 책임을 요청하거나 정책적 독려를 위한 인센티브를 주는 법안은 환경과 사회 영역에서 이루어지고 있으며, 지배구조에 사회적 책임을 요구하는 법안은 확인되지 않는다. 지배구조는 주주권익보호, 지배구조, 투명성 강화 등 주제로 고르게 분포되어 있다. 그러나 해외에서 ESG 투자에 상당한 영향을 미침에도 현재까지 제시된 법안은 트렌드를 기준으로 ESG 경영문화와 ESG 공시제도에 국한되어 지배구조 영역에 대한 더욱 활발한 정책·입법 제안이 필요함을 확인할 수 있다고 보는 견해가 있다.⁶⁶⁾ 이러한 지배구조 영역에 대한 중요성의 부각에도 불구하고, 이 부분의 경성규범화의 지향은 전통적인 회사법원칙과 상충될 수 있어 신중한 검토를 요한다고 할 것이다.

본 연구는 독일의 ESG 관련 법제화 동향을 주된 내용으로 분석하고, 관련 시사점을 제시하는데 연구목적은 두고 있어, 우리나라의 ESG 관련 법제화와 관련한 시사점에 대해서는 크게 비중을 두어 다루지는 않았다. 다만 ESG 문제가 회사법제에 변화를 필요로 한다는 국제적인 인식은 우리나라의 경우에도 공통적인 현상이므로 최근의 독일에서의 회사법적 논의를 소개하고, 법제화의 논의에 있어 방향성을 제시하는 시론적 연구이다. 후속연구를 통해 독일과 기타 유럽국가의 ESG 관련 회사법제 관련 입법동향을 보완하기로 약속하면서 글을 맺고자 한다.

65) 박준태, 「지속가능 성장을 위한 ESG 생태계 조성 및 입법정책 과제」, 국회입법조사처, 2021, 43면.

66) 박준태, 앞의 보고서, 44면.

【토론문】

“ESG에 관한 독일의 입법 동향”에 대한 토론문

나 원 식*

2020년 COVID-19 확산을 계기로 전 세계적으로 기업의 지속가능한 존속을 위해 ESG가 본격적으로 주목받고 있습니다. 이러한 상황에서 발표자께서는 독일의 공급망법(LkSG), 주식법상 여성임원 할당제, 상법상 비재무적 공시, 독일 회사지배구조 모범규준(DCGK)을 상세히 소개하고, 위와 같은 입법동향이 독일 회사법제에 미치는 영향에 관하여 논의하였습니다. 발표자의 논의는 기업의 사회적 책임이 강조되고 있는 우리나라에 입법상 또는 해석상 많은 시사점을 주는 유익한 내용이라고 생각됩니다. 토론자가 ESG에 관한 이해가 깊지 못하여 몇 가지 사항에 대한 질문을 드리고자 합니다.

1. 독일 공급망법 위반과 기업의 민사책임

발표문 6쪽에 따르면 EU 유럽위원회의 ‘기업지속가능성 듀딜리전스 지침’은 기업이 인권, 환경에 미치는 부정적 영향의 방지·경감 또는 정지·최소화 의무를 게을리하여 손해가 발생한 경우 민사책임을 부담한다고 규정하였으나, 위 지침을 국내법화한 독일 공급망법에는 기업에 대한 민사책임을 포함되지 않았다고 되어 있습니다.

독일 공급망법 제3조 제3항은 ‘이 법에 따른 의무 위반은 민사책임을 구성하지 않는다. 이 법과 독립하여 구성되는 민사책임을 영향받지 않는다.’라고 규정되어 있습니다.¹⁾ 그런데 독일 공급망법상 인권, 환경 관련 위험에 대한 실사의무 및 그에

* 대법원 재판연구관

1) § 3 Sorgfaltspflichten (3) Eine Verletzung der Pflichten aus diesem Gesetz begründet keine zivilrechtliche Haftung. Eine unabhängig von diesem Gesetz begründete

따른 기업의 주의의무 내용 등은 실제로 인권, 환경 관련 위험이 발생하였을 때 기업의 민사상 손해배상책임에서 고의·과실의 존재 여부(주의의무의 내용과 이행 여부 및 위반의 정도), 위법성 등에 관한 고려요소 중 하나가 될 여지도 있을 것 같습니다. 독일 공급망법 제3조 제3항의 해석과 관련하여 **독일 공급망법으로 인해 그 적용 대상 기업에 대한 형사처벌 이외 민사책임도 강화된 것으로 볼 수 있는지** 의견을 구하고자 합니다.

2. ESG와 이사의 손해배상책임

(1) 독일 주식법 제93조에 따르면 이사는 성실하고 선량한 경영자로서의 주의의무를 부담하고, 이를 위반하여 회사에 손해가 발생한 경우 손해배상책임을 부담합니다. 이사의 객관적 주의의무에 속하는 의무 중 하나로 법령준수의무도 인정되고 있습니다. 발표자께서 소개한 독일의 공급망법에 따른 기업의 실사의무 위반, 주식법상 여성임원 할당제 위반, 상법상 비재무적 공시 위반의 경우 **법령준수의무를 위반**한 것이어서 그로 인한 회사의 손해가 인정된다면 **이사의 책임도 인정될 수 있는지** 궁금합니다. 특히 독일 공급망법 제3조 제3항과 관련하여 독일 공급망법상 의무 위반이 있다고 하더라도 위 의무위반만을 이유로 한 이사의 책임은 인정되지 않는 것인지 궁금합니다.

(2) 발표문 13쪽 아래에서 1, 2줄에 ‘독일 회사지배구조 모범규준의 권고에 따라 ESG 리스크를 더 많이 고려하여야 하는 의무를 위반하여 상장회사에 손해가 발생하는 경우 이사가 책임을 부담한다(비상장 기업의 경우 이사의 일반적인 의무에서 발생하는 것으로 본다).’라는 취지의 기재가 있습니다.

그런데 독일 기업지배구조 모범규준의 경우 연성규범(soft law)으로서 상장회사에 대한 권고규정 및 제안규정으로 이루어져 있습니다. 일반적으로 연성규범이란 ‘정당한 입법권한에 근거하여 제정된 규범이 아니고, 원칙적으로 법적 구속력은 가지지 않지만 당사자의 행동 및 실천에 커다란 영향을 미치는 규범’이라고 정의되고 있습니다. 만약 위 발표문의 내용이 ‘독일 기업지배구조 모범규준상 ESG 리스크 고려사

항을 위반하여 회사에 손해가 발생한 경우 이사가 책임을 부담한다.’는 취지라면 **모범규준을 연성규범으로 보는 것과 충돌될 여지가 있는 것은 아닌지** 의견을 구합니다.

(3) 발표문 16쪽에는 ‘ESG 요소 중 지배구조(G)와 관련한 내용은 이사의 의무를 ESG를 고려하는 범위까지 확장하여 명시하는 경성규범화보다는 기존 법적용의 공백을 메꾸는 해석론을 통한 접근방식이 바람직하다.’는 내용이 있습니다. 그렇다면 발표자께서는 ESG를 고려하지 않거나 ESG 리스크를 제대로 감시하지 않은 **이사에 게 해석론상 주의의무 위반을 긍정하여 회사에 대한 손해배상책임을 인정할 수 있다고 보는 것인지**, 만약 그런 취지라면 형성 중에 있는 ESG 개념의 불명확성과 관련하여 **법적 안정성 유지 측면에서 문제가 없는지에** 관하여 의견을 구하고자 합니다.

【제3주제】

ESG 공시에 관한 외국의 제도개선 동향

김 지 응*

- I. 서론
- II. 우리나라의 공시제도 체계, 현황 등
- III. 해외 입법 동향
- IV. 결론: 시사점과 제도개선 방향

I. 서론

ESG는 환경(Environment), 사회(Social), 지배구조(Governance)의 머리글자를 딴 말로서, 기업의 지속가능성과 연계된 비재무적 요소를 통칭한다.¹⁾ 구체적으로 ‘E(환경)’와 관련된 것으로는 온실가스 배출, 수자원 보전, 폐기물 관리나 고효율의 에너지 이용과 관련한 사항을 꼽을 수 있으며, ‘S(사회)’와 관련된 것으로 데이터 보호 및 프라이버시, 인권, 성별 평등 및 다양성 등의 요소를, ‘G(지배구조)’와 관련된 것으로 경영의 투명성이나 이사 구성의 다양성 등을 들 수 있다.²⁾

ESG라는 용어가 나오기 전에도 미국의 경제학자 하워드 보웬이 주장한 ‘기업의 사회적 책임(Corporate Social Responsibility)’이나 이탈리아 로마 클럽이 발간한 성장의 한계(The limits to Growth)에서 언급된 ‘지속가능한 발전(Sustainable development)’ 등 ESG와 유사한 용어들이 사용되기는 하였다. ESG라는 용어가 본격적으로 태동하게 된 계기는 2006년 제정된 UN 책임투자원칙(Principles for responsible Investment)³⁾

* 대법원 재판연구관

1) 손영화, “ESG 활성화에 따른 회사법의 쟁점과 과제”, 상사판례연구 제34권 제3호(2021) 7면 등.

2) 손영화, 앞의 논문, 8면 등.

에서였다. 2004년 코피 아난 전 유엔 사무총장이 세계 각국의 금융회사들에게 지속 가능한 투자를 위한 가이드라인 개발에 동참해줄 것을 요청하였고, 이에 따라 2006년 금융회사들이 투자에 관한 분석과 의사결정에 비재무적인 ESG 관련 요소들을 고려하고, 그 이행을 위해 노력한다는 내용의 UN 책임투자원칙이 발표되었는데, 이것이 ESG라는 용어가 사용된 효시라고 볼 수 있다.

나아가 최근의 ESG 확산은 세계적인 자산운용사인 블랙록(BlackRock)의 최고경영자인 래리 핑크(Larry Fink)가 투자대상기업과 투자자들에게 보내는 연례서한이 도화선이 되었다. 래리 핑크는 서한에서 지속가능성에 기여하는 사업의 목적을 분명히 한 기업이 타 기업보다 좋은 성과를 거두고 있다고 언급하면서, ESG를 중심으로 한 운용을 강화한다고 공표하였다.⁴⁾ 이후 실제 블랙록 뿐만 아니라 미국 내 뱅가드(Vanguard), 스테이트 스트리트(State Street) 등 대형 자산운용사들도 ESG에 초점을 맞춘 기업이 주주를 위한 장기가치(long-term value)를 창출할 수 있으며, ESG 리스크는 종래의 신용 리스크나 유동성 리스크와 같은 엄격한 척도로 평가될 것이라고 밝힌 바 있다.⁵⁾

이렇듯 ESG 용어의 정립과 확산에는 자본시장에서의 금융투자 등 금융업무의 역할이 매우 컸다고 할 수 있다. ESG 논의가 본래 금융회사의 영향력을 통해 회사의 행동양식을 변화시키고, 이를 통해 사회의 지속가능한 발전을 추구하자는 생각으로부터 비롯되었다고 평가하는 학자도 있다.⁶⁾⁷⁾ 그런데 이러한 자본시장에서의 투자 등

3) 유엔 책임투자원칙의 주요 내용은 다음과 같다. PRI, “What are the six Principles for Responsible Investment?”, (<https://www.unpri.org/about-us/about-the-pri>, 2023. 6. 12. 최종접속)

1. 우리는 ESG 이슈들을 투자 분석 및 투자의사 결정 시 적극적으로 반영한다.
2. 우리는 투자 철학 및 운용 원칙에 ESG 이슈를 통합하는 적극적인 투자자가 된다.
3. 우리는 투자 대상에게 ESG 이슈들의 정보 공개를 요구한다.
4. 우리는 금융 산업의 책임투자원칙 준수와 이행을 위해 노력한다.
5. 우리는 금융 산업의 책임투자원칙 이행에 있어서 그 효과를 증진시킬 수 있도록 상호 협력한다.
6. 우리는 책임투자원칙 이행에 대한 세부활동과 진행사항을 외부에 보고한다.

4) BlackRock, “Sustainability as BlackRock’s new standard for investing”,(2020). (<https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/blackrock-client-letter>, 2023. 6. 12. 최종접속).

5) George Casey/Doreen Lilienfeld/Marc Mezey/Paul Strecker/Matthew Behrens, “ESG Considerations in M&A”, 24 No. 7 M & A Law. NL 1 (2020), p. 1.

6) 정준혁, “ESG와 금융법의 과제”, 증권법연구, 제23권 제3호(2022), 244면. 나아가 정준혁, 앞의 글, 244면에서는 다음과 같이 서술하고 있다.

“이러한 점에서 보면 금융회사들이 ESG 요소를 대출, 투자, 자산 운용 등 사업활동 전반

여러 금융활동이 지속가능한 발전을 추구하는 ESG 정신에 부합하게 운영되기 위해서는 그 전제로 환경, 사회, 지배구조와 같은 회사의 비재무적 사항에 관한 정보가 충분히 공유되어야 하며, 그 정보를 기초로 회사를 평가하고 투자를 결정할 수 있는 환경이 조성되어야 한다고 볼 수 있다. 이에 따라 회사에 관한 재무정보 이외에도 ESG와 관련한 비재무정보 습득의 중요성이 커지게 되었는데, 투자 등과 같은 금융활동에 있어 회사에 관한 비재무적인 정보를 얻을 수 있는 대표적인 통로가 ‘공시’이다.

‘공시제도’란 회사가 스스로 재산 및 경영상태 등 투자자의 투자판단에 필요한 정보를 신속·정확히 공시함으로써, 투자자가 투자대상 회사의 실태를 정확하게 파악하고 자신의 자유로운 판단과 책임하에 투자결정을 하도록 하는 제도로서, 투자자를 보호하고 자본시장에서의 거래 공정성을 확보하기 위함에 그 목적이 있다.⁸⁾ 그간 자본시장에서 주로 논의되었던 공시는 회사의 매출, 영업이익, 주요 경영상 정보 등 재무와 관련된 정보에 관한 것이 대부분이었는데, ESG 확산에 따른 회사의 비재무적 정보 취득의 중요성이 강조됨에 따라 공시 대상을 비재무적 정보까지 포함하고자 하는 논의가 국내외에서 활발하게 이루어지고 있다.

물론, 기업에 지나친 부담이 되고 그 실체가 모호하다는 등으로 ESG 확산 및 회사에 대한 의무 부담에 부정적인 입장도 있으나, 적어도 회사의 ESG 관련 비재무요소 공시에 관하여는 많은 국가들에서 이미 의무를 부과하고 있거나 시행을 준비 중에 있다. 최근 해외에서의 논의 방향도 공시제도의 도입 필요성 차원을 넘어서 ① 어떤 매체를 통하여 공시할 것인가의 문제(뒤에서 살펴보는 바와 같이 법규제의 틀 안에서 공시하도록 할 것인지, 재무적 정보와 같은 매체를 통해서 공시하도록 할 것인지 등), ② 어떠한 기준에 따라 무엇을 공시할 것인지(공시 기준의 문제), ③ 공시 내용의 정확성을 어떻게 담보할 것인가 등에 관한 사항⁹⁾에 집중되어 있다.

에서 고려하는 것은 ESG 논의의 본래 의도와 부합한다. 금융회사가 투자나 대출 등에 있어 ESG 요소를 적극적으로 고려하면, 자금이 필요한 회사들 역시 사업활동을 친환경, 친사회적으로 변화시킬 유인을 갖게 되고, 이를 통해 인류가 직면하는 기후변화 등 문제를 해결하는 데에 기여함은 물론, 기업의 장기적 가치 증대와 금융시장의 안전성에도 기여하게 된다는 것이다.”

7) 일례로 프랑스의 경우 2015년부터 상장회사, 은행, 투자기관 모두 기후변화 관련 재무리스크를 연차보고서에 의무공시하도록 하는 「에너지 전환법」을 시행하고 있는데, 이 법 시행 이후 기관투자자들은 화석에너지 회사에서 발행한 주식, 채권 등의 투자금액의 평균 39%를 회수하였다는 보고도 있다[이종오, “기후위기 대응과 지속가능발전을 위한 ESG 정보공개·공시 개선방안”, 기후위기대응과 지속가능발전을 위한 토론회 (2021. 4. 30. 발표), 60면].

8) 임재연, 자본시장법(2022년판), 박영사(2022), 729면.

이 발표문에서는 먼저, ① 우리나라 공시제도의 개요, 현황 등에 대해서 간략하게 살펴봄으로써 공시제도의 틀을 파악한 후 ② 해외의 경우 신속하고 정확한 회사의 ESG 관련 비재무정보 제공을 위해서 어떠한 제도를 운영 중에 있고 최근 어떠한 개선이 있었는지를 살펴보고, ③ 해외 각국의 제도개선 방향이 우리나라 공시제도 개선에 주는 시사점 등을 도출해보는 순서로 검토하고자 한다.

II. 우리나라의 공시제도 체계, 현황 등

1. 구분

공시제도는 ① 법상 의무가 부여된 공시인지 여부를 기준으로 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 ‘자본시장법’)에 따른 ‘법정공시’¹⁰⁾와 한국거래소규정에 따른 ‘거래소 공시’¹¹⁾로 구분하기도 하며, ② 공시를 하는 시기에 따라 증권신고서·증권발행실적보고서 등과 같이 증권의 발행시에 하는 ‘발행공시’와 증권을 유통하는 과정에서 증권의 발행인(상장회사 등)이 공시하는 ‘유통공시’로 구분할 수 있다. 또한 유통공시는 일정한 시기에 정기적으로 행하는 사업보고서(매년 1회), 분·반기보고서와 같은 정기공시와 주요사항보고와 같이 규정에 열거된 특정한 이벤트가 발생했을 때 행하는 수시공시로 나눌 수 있다.¹²⁾

투자자는 금융감독원에서 운영하는 DART¹³⁾ 또는 한국거래소에서 운영하는 KIND¹⁴⁾라는 채널을 통해서 회사가 한 공시에 접근할 수 있다. 현재 논의되고 있는

9) 宮田俊, 「ESGと開示」, 商事法務 2257号(2021), 15면.

10) 법정공시는 법률에 규정된 대상 기업이 공시를 하는 것인데, 유통공시인 사업보고서의 경우를 예로 들면, 주권상장법인, 외부감사대상 법인으로서 증권별로 그 증권의 소유자수가 500인 이상인 발행인, 그 밖에도 주권 외의 지분증권, 무보증사채권, 전환사채권·신주인수권부사채권, 이익참가부사채권 또는 교환사채권, 신주인수권이 표시된 것, 증권예탁증권, 파생결합증권을 증권시장에 상장한 발행인 주권 및 주권외의 상기 증권을 모집 또는 매출한 적이 있는 발행인(상장이 폐지된 발행인 포함) 등이 대상기업이다.

11) 거래소 공시는 한국거래소에 상장된 상장회사를 대상으로 한다.

12) 임재연, 앞의 책, 729면.

13) 금융감독원 전자공시시스템을 말한다(<https://dart.fss.or.kr/main.do>, 2023. 6. 12. 최종접속).

14) 한국거래소 상장공시시스템을 말한다(<https://kind.krx.co.kr/main.do?method=loadInitPage&screenmode=1>, 2013. 6. 12. 최종접속).

ESG 관련 비재무적 공시는 대체로 회사가 사업을 하는 중 생성·변경되는 비재무적인 정보를 일정한 시기에 공시하자는 것에 대한 것이므로, 사업보고서와 같은 정기 공시 제도와 비교하면 좋을 것으로 생각한다.

2. 공시의 내용 등

자본시장법에 따른 법정공시이자 사업보고서의 경우 주로 사업의 내용, 재무에 관한 사항, 이사의 경영진단 및 분석의견, 이사회 등 회사의 기관에 관한 사항, 주주, 임원 및 직원에 관한 사항, 그밖에 투자자 보호를 위하여 필요한 사항 등을 포함하고, 첨부서류에는 회계감사인의 감사보고서 등이 있는데,¹⁵⁾ 주로 재무에 관한 사항을 담고 있다. 사업보고서의 내용은 재무에 관한 사항에 한정되지 않고 일부 비재무적인 사항도 포함하고 있다.¹⁶⁾ 다만 우리나라 사업보고서는 기업의 부담을 합리적으로 조정하면서 재무적 정보를 중심으로 투자자들에게 꼭 필요한 정보를 제공하고자 하는 것에 기본 목적을 두고 있는 점 등에 비추어 볼 때 현재 사업보고서에 일부 포함되어 있는 비재무적인 사항들은 사업보고서의 전체적 체계를 고려하여 ESG공시의 법제화를 위해 도입되었다고 보기에는 다소 어려운 측면이 있다.¹⁷⁾

자본시장법 외에도 다른 법률에 근거하여 회사의 비재무적 정보를 공시하는 제도들도 운영중에 있다. 「고용정책 기본법」에 따른 고용형태 현황 공시제도,¹⁸⁾ 「환경기

15) 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제159조 제2항, 같은법 시행령 제168조.

16) 환경(E)과 관련하여서는 온실가스 배출량 에너지, 사용량 환경복구 비용 환경 관련 손해배상책임 환경 관련 행정조치 및 형사처벌 내용 저탄소 녹색성 , 「저탄소 녹색성장 기본법에 따라 정부로부터 인증을 받은 경우 녹색기술 녹색산업 인증에 관한 사항, 「환경기술 및 환경산업 지원법」에 따라 환경부장관으로부터 지정을 받은 경우 녹색기업 지정에 관한 사항 등을 기재한다. 사회(S)와 관련하여서는 산업재해 발생원인, 구성원 임금수준 노동 소비자 부정정탁 관련 행정조치 및 형사처벌 내용 상표관리 정책 고객관리 정책 등을 기재한다. 지배구조(G)와 관련하여서도 이사회 구성 개요 중요 의결사항 이사회내 위원회 현황 사외이사의 전문성과 독립성에 관한 사항 감사 또는 감사, 위원회의 현황과 전문성에 관한 사항 준법지원인을 둔 경우 그 현황, 주주총회 관련 집중투표제 서면투표제 또는 전자투표제 채택여부 소수주주권 행사 현황 등을 기재하도록 하고 있다.

17) 심원태, “국내 공시제도 현황”, BKL, 제109호(2021), 18면.

18) 고용정책 기본법 제15조의6 및 같은 법 시행령 제26조의2에 따라 상시 300명 이상의 근로자를 사용하는 사업주가 매년 해당 사업 또는 사업자에서 사용하는 근로자의 고용형태 현황을 고용안정정보망에 공개적으로 게시하도록 하는 제도를 말한다(www.work.go.kr/gongsi, 2013. 6. 12. 최종접속).

술 및 환경산업 지원법」에 따른 환경정보 공개제도,¹⁹⁾ 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 따라 공시대상기업집단의 현황 등에 관한 정보공개제도²⁰⁾ 등이 있다. 다만, 이러한 공시제도는 제공되는 정보가 한정적이며, 투자자에 대한 정보의 제공이 주된 목적이라기보다는 기업의 투명성 제고와 시장의 감시기능을 강화하기 위한 방편으로서의 목적이 강하다고 볼 수 있다. 한편, 법정공시 이외에 상장회사를 대상으로 한 거래소 공시 차원에서는 비재무정보에 대한 공시가 일부 이루어지고 있다. 먼저, 한국거래소는 2017. 3월부터 기업경영의 투명성 및시장의 견제 기능 강화를 위하여 한국기업지배구조원에서 제정한 ‘기업지배구조 모범규준’(2016년), ‘OECD·G20 기업지배구조 원칙(2015년) 등에서 공통으로 제시하는 내용을 선별하여 선정한 ‘기업지배 구조 핵심원칙’(10개 항목)²¹⁾과 그 세부원칙에 대해 기업의 준수 여부를 자율적으로 설명(Comply or Explain)하는 방식의 기업지배구조 보고서 공시제도를 도입하여²²⁾ 운영중에 있다.²³⁾ 이러한 내용으로 자산총액 1조원 이상(연결기준)의 대형 코스피 상장법인은 사업보고서 법정 제출기한(결산일로부터 90일 이내, 통상 3월 31일)으로부터 2월 이내에 공시해야 하며,²⁴⁾ 공시를 하지 않거나 허위 공시를 하는

19) 환경기술 및 환경산업 지원법 제16조의8에 따라 녹색기업, 자산규모 2조원 이상의 상장회사 등이 온실가스 관리수준 및 배출량, 에너지 사용량 등을 매년 1회 환경정보공개검증시스템에 등록하도록 하는 제도이다(<https://www.env-info.kr/member/main/main.do>, 2013. 6. 12. 최종접속).

20) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제35조 제1항에 따라 공시대상기업집단에 속하는 회사는 회사의 일반현황, 지배구조현황, 회사와 특수관계인 간의 거래에 관한 정보를 공시할 수 있도록 시스템을 구축하고 있다(<https://www.egroup.go.kr/egps/wi/mainPage.do>, 2013. 6. 12. 최종접속).

21) 기업지배구조 핵심원칙은 주주의 권리, 주주의 공평한 대우, 이사회 기능, 이사회 구성, 사외이사의 책임, 사외이사 활동의 평가, 이사회 운영, 이사회 내 위원회, 내부감사기구, 외부감사인 등 10개 항목으로 구성되며, 각 항목별로 핵심원칙을 두고 있다 예를 들어 “주주의 권리” 항목은 “주주는 권리행사에 필요한 충분한 정보를 시의 적절하게 제공받고, 적절한 절차에 의해 자신의 권리를 행사할 수 있어야 한다.”는 핵심원칙이 있다. 그리고 그 핵심원칙 하위에 기업은 “주주에게 주주총회의 일시 장소 및 의안 등에 관한 충분한 정보를 충분한 기간 전에 제공하여야 한다.” 등의 여러 세부원칙을 두고 있다.

22) 금융위원회, 한국거래소 보도자료. “19년부터 기업지배구조 공시가 단계적으로 의무화”, 2018. 3. 22.자 1면 참조.

23) 한국거래소 유가증권시장 공시 규정 제24조의2 및 같은 규정 시행세칙 제7조의2.

24) 의무공시 대상은 단계적으로 확대되어, 2024년부터는 5천억 원 이상, 2026년부터는 쉐 코스피 상장사가 대상이 된다(금융위원회·금융감독원·한국거래소 보도자료, “기업부담은 줄이고, 투자자 보호를 강화하기 위한 기업공시제도 개선방안을 추진하겠습니다.”, 2021. 1. 14.자 별첨2 15면 참조).

경우 불성실공시법인 지정 및 벌점 부과 등의 제재가 이뤄지게 된다.²⁵⁾

또한, ESG 등 비재무적 요소를 감안한 책임투자 확대에 발맞춰 매년 100여 개의 회사가 환경 관련 기회와 위기 요인 및 대응계획 노사관계 양성평등 등 사회 이슈 관련 개선 노력 등 지속가능경영 관련 사항을 담은 ‘지속가능경영 보고서’를 발간하고 있으며, 이를 한국거래소에 공시시스템에 자율적으로 공시하고 있다.²⁶⁾ 한국거래소는 2021년 자발적인 공시를 활성화하기 위하여 공시대상 정보와 기준 등을 담은 「ESG 정보공개 가이드스」를 제정하기도 하였다.²⁷⁾

3. 공시의 정확성 확보와 투자자보호를 위한 장치

공시는 투자자가 자유로운 판단과 책임 하에 투자결정을 할 수 있도록 기틀을 마련하는 제도로서 신속성뿐만 아니라 그 내용의 정확성이 생명이라고 할 수 있다. 이에 따라 자본시장법은 정보의 정확성을 제고하고, 중요한 정보에 누락이나 허위가 있었을 때 투자자를 보호하기 위한 몇 가지 장치를 마련하고 있다.

먼저, 재무정보와 같은 전문적인 영역에 있어서는 회사 외부의 전문적, 객관적 제3자인 회계감사인의 감사의견을 사업보고서에 반드시 기재하도록 하고 있고,²⁸⁾ 회사 뿐만 아니라 감사를 한 제3자의 보고서에 허위의 기재 또는 누락이 있는 경우 투자자가 회계감사인에 대한 손해배상 청구를 용이하게 할 수 있도록 손해배상액 추정

25) 금융위원회·한국거래소 보도자료, “내년부터 대형 상장사는 기업지배구조 핵심 정보를 투자자에게 의무적으로 공개합니다”, 2018. 12. 19.자 3면.

26) 한국거래소 ESG 포털 사이트(<https://esg.krx.co.kr/contents/02/02030000/ESG02030000.jsp>, 2023. 6. 12. 최종접속).

27) 가이드스는 공개 대상 정보 선택에 참고 가능한 권고공개지표(12개 항목 21개 지표)와 주요 항목별 Best Practice 등의 내용을 담고 있으며, 권고공개지표는 아래와 같다(한국거래소 보도자료, “「ESG 정보공개 가이드스」 제정”, 2021. 1. 18. 자 2면 참조).

<권고공개지표>

구분	조직	환경	사회
항목	ESG 대응(1)	온실가스배출(3)	임직원현황(4)
	ESG 평가(1)	에너지사용(3)	안전·보건(3)
	이해관계자(1)	물사용(1)	정보보안(1)
		폐기물배출(1)	공정경쟁(1)
		법규위반·사고(1)	

※ 괄호안의 숫자는 해당 항목 세부 지표의 수를 표시함

28) 자본시장법 시행령 제168조 제3항 제8호.

규정을 두고 있다.²⁹⁾

공시를 한 회사(발행인)에 대해서도 공시 사항 중 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시가 있거나, 중요사항의 기재 또는 표시를 누락한 경우 과징금 등 행정상 제재³⁰⁾와 형사 처벌의 근거³¹⁾를 마련하고 있으며, 또한 민사상 손해배상책임에 있어 허위공시 또는 공시를 누락한 자가 손해 인과관계의 부존재를 증명할 책임을 부담하도록 규정하고 있어,³²⁾ 배상청구권자는 손해 인과관계의 존재를 증명할 필요가 없다.³³⁾

증권의 거래과정에서 발생한 집단적인 피해를 효율적으로 구제하기 위하여 민사소송법의 특례로서³⁴⁾ 「증권관련 집단소송법」을 제정하여 허위공시로 인한 경우 피해자 중 1인 또는 수인이 대표당사자가 되어 집단소송을 제기할 수 있는 근거가 마련되어 있기도 하다.³⁵⁾

Ⅲ. 해외 입법 동향

1. 유럽연합(European Union)

(1) 공시 규정 제·개정 경과

유럽연합(European Union, 이하 ‘EU’)은 ESG 공시와 관련하여 가장 선도적인 역할을 하고 있다. EU에서는 2014년 10월 회원국내 기업의 환경 등 비재무정보의 비

29) 자본시장법 제170조 제2항.

30) 자본시장법 제429조 제1항·제3항·제4항

31) 자본시장법 제444조 제13호·제18호

32) 자본시장법 제162조 제4항.

33) 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다207283 판결. 해당 판결은 다음과 같이 실시하고 있다.
“「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 ‘자본시장법’이라 한다) 제162조의 규정을 근거로 주식의 취득자 또는 처분자가 주권상장법인 등에 대하여 사업보고서의 거짓 기재 등으로 인하여 입은 손해의 배상을 청구하는 경우에, 주식의 취득자 또는 처분자는 자본시장법 제162조 제4항의 규정에 따라 사업보고서의 거짓 기재 등과 손해 발생 사이의 인과관계의 존재에 대하여 증명할 필요가 없고, 주권상장법인 등이 책임을 면하기 위하여 이러한 인과관계의 부존재를 증명하여야 한다.”

34) 증권관련 집단소송법 제1조 목적 참조.

35) 증권관련 집단소송법 제3조 제1항.

교가능성 및 활용도 제고를 위하여 ‘비재무정보 공개지침’(Non-Financial Reporting Directive, 이하 ‘NFRD’)를 제정하였으며, 이를 2018년부터 시행하였고, 이후 회원국 28개국 모두가 위 지침(Directive)에 따라 국내법 입법을 마쳤다.³⁶⁾

나아가 지난 2021. 4월 기업의 ESG 공시의무를 강화하기 위해 기존의 NFRD를 개정한 ‘기업 지속가능성 보고지침(Corporate Sustainability Reporting Directive, 이하 ‘CSRD)’을 발표한 바 있으며, 해당 지침은 2022년 11월 28일 EU 이사회로부터 최종 승인이 되었고, 2023년 1월 6일부터 효력이 발생하였다.³⁷⁾

(2) 주요 내용

CSRD가 기존 NFRD와 비교하여 개정된 내용은 다음과 같다.

먼저, 공시대상을 기존 EU 역내의 대형 상장·금융 기업 중심에서, EU 상장·비상장 대기업³⁸⁾, 상장 중소기업³⁹⁾ 및 EU 역내 기업은 아니지만 EU에 자회사를 두고 있거나 EU시장에 상장된 非EU기업에까지 적용되도록 하고 있다. CSRD가 적용대상은 뒤에서 살펴볼 공시기준에 따라 ESG와 관련한 비재무정보를 공시할 의무가

36) 김신영/홍윤선, “기업의 ESG 공시제도에 관한 유럽연합 지침의 소개 및 그 시사점 - 환경 정보의 공시를 중심으로 -”. 환경법연구, 제43권 제2호(2021), 373면. 해당 논문에서는 다음과 같이 설명하고 있다.

“예를 들어 독일은 2017년 ‘기업의 사업보고서 및 기업집단의 그룹사업보고서 중 비재무적 공시 강화를 위한 법률’(Gesetz zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lageund Konzernlageberichten (CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz) v. 11.04.2017 (BGBl. I 2017 S. 802)에 의한 상법(HGB) 개정에서 제289조의b 내지 제289조의e 및 제315조의b 내지 제315조의c 조항이 신설되었다. 이에 따라 독일 상법이 규정하는 대기업 요건을 갖추고, 연평균 500명 이상의 종업원을 고용하는 상장회사는 비재무적 공시의무를 부담하고, 기업집단의 모기업은 기업집단 사업보고서에서 이를 공시하여야 한다.”

37) 그밖에도 투자 또는 금융상품판매 시 금융기관의 지속가능성 고려에 대한 정보 공개를 위하여 도입된 Sustainable Finance Disclosure Regulation(2021년 3월 시행), 환경관점에서 친환경 목적에 이바지하는 경제활동이 무엇인지 분류하고 판별하고자 NFRD와 SFDR의 적용을 받는 기업·금융기관을 모두 적용 대상으로 하는 EU Taxonomy(녹색분류체계, 2020년 7월 시행) 등이 운영되고 있다.

38) 대기업은 ① 직전연도 근로자 수 250명 이상, ② 매출액 4천만 유로 이상, ③ 자산총액 2천만 유로 이상 중 2가지 이상을 충족하는 기업을 말한다.

39) 다만, 초소형 상장사 및 중소기업 성장시장에 상장된 중소기업 등은 제외된다. 여기서 초소형 상장사란 ① 직전연도 종업원수 10명 이하, ② 순매출액 70만 유로(약 9.5억 원)이하, ③ 자산총액 35만 유로(약 5억원) 이하 중 2가지 이상을 충족한 법인을 의미한다.

있다. 다만, 주제별로 적용 대상 시점에는 차등을 두고 있다.⁴⁰⁾

어떤 내용을 무슨 기준에 따라 공시할지(공시기준)와 관련하여, 종전 NFRD에서는 회원국이 국제기구에서 발표한 글로벌 표준 중 선택하여 채택하는 것이 가능하였다. 그러나 CSRD에서는 유럽재무보고자문그룹(European Financial Reporting Advisory Group, 이하 ‘EFRAG’)이 제정하는 유럽지속가능성보고표준(European Sustainability Reporting Standards, 이하 ‘ESRS’)에 따라서 공시하도록 하였다. ESRS는 First set과 Second set으로 구성되어 있는데, EFRAG는 ESRS First set을 지난해 11월 EU 집행위원회에 제출한 바 있으며, 논의 중인 Second set과 더불어 올해 6월 최종적으로 확정될 예정이다.⁴¹⁾

현재까지 발표된 First set은 공동기준 2가지(ESRS 1, ESRS 2)와 10가지 주제별 기준(환경, 사회, 지배구조)을 포함한 총 12개의 기준으로 구성되어 있다. ESRS 1은 지속가능성 보고서를 작성할 때 고려하고 적용해야 할 개념과 원칙을 담고 있으며, ESRS 2는 공통적인 공시요구 항목(기업 일반 정보 및 사업개요, 지속가능성 측면에서의 전략과 지배구조 및 위험과 기회 관리, 중요성 평가 요구 사항 등)을 제시한다. 10가지 주제별 공시기준에서 가장 많은 비중을 차지하는 환경기준(E)은 5가지 보고서(E1: 기후변화, E2: 오염, E3: 물과 해양자원, E4: 생물다양성과 생태계, E5: 자원사용과 순환경제)로 구성되어 있다. 사회기준(S)은 기업을 둘러싼 이해관계자들(S1: 인력, S2: 가치 사슬 내 근로자, S3: 기업 활동에 영향을 받는 지역사회, S4:

40) 시행시기는 아래와 같다.

구분	대상회사	의무공시 시기
1	기존 NFRD 적용 대상 회사. 즉, EU 소재 중속기업이 임직원 500명 이상의 EU 상장사, 은행, 보험회사	2024년
2	Non-EU 지배기업이 EU 규제 시장에 채권 또는 주식을 상장한 경우	2025년
3	EU에 상장한 Non-EU 지배기업(상기 2번 해당 기업)의 EU소재 중속기업이 대기업인 경우	2025년
4	Non-EU 지배기업이 EU 역내에 하나 이상의 대기업을 소유한 경우	2025년
5	(조건1) Non-EU 지배기업의 연결 매출액이 지난 2년 동안 연간 1억 5천만 유로 이상 (조건2) EU에 있는 중속기업이 대기업이거나 상장 중소기업인 경우 또는 EU에 있는 지점이 매출 4천만 유로 이상인 경우	2028년
6	Non-EU 지배기업의 EU 소재 중속기업이 상장한 중소기업	2026년

41) 아직 확정되기 전인 점을 감안하여 본 발표문에서는 그 내용 소개를 생략하였다. 초안에 대한 상세 설명에 대해서는 이형규, ESG 정보공시와 상장회사의 대응, 비교사법, 제29권 제4호(2022), 116-117면.

소비자 및 최종 사용자)과 관련된 정보를 요구한다. 지배구조(G)는 기업 문화 및 정책, 사업 수행의 전략, 부패 및 뇌물 사건 등의 정보를 포함한 내용으로 기업의 전반적 운영과 사업 수행과 관련된 정보(G1: 사업수행)를 제공할 것을 요구한다. 기업들은 ESRS 2에 명시된 중요성평가 기준에 따라 선정된 주제에 대하여 사업 모델 및 전략, 지속가능성 목표, 지배구조(거버넌스) 역할 등을 보고해야 한다.

<구조도>42)

ESG 기본 구성		공시 주요 내용	
Cross-cutting standards (공통기준)	ESRS1 일반원칙	ESRS2 일반, 전략, 지배구조 및 중요성 평가 공시 요구사항	
환경	E1 기후변 화	E2 오염	E3 물과 해양자원
		E4 생물 다양성과 생태계	E5 자원 사용과 순환경제
사회	S1 인력	S2 가치사슬 내 근로자	S3 영향권 내 지역사회
			S4 소비자 및 최종소비자
지배구조	G1 사업수행		

▼

ESRS 2에 명시된 중요성 평가 기준에 따라 해당
토픽의 중요성을 평가하고 중요한 항목에 대해
우측 보고 영역을 공시

■ **비즈니스 모델 및 전략**
지속가능한 경제로의 전환과 양립을 보장하고, 이해관계자의 이익을 고려하는 계획을 포함

■ **지속가능성 목표 및 목표 달성 과정**
최소 2030년, 가능한 경우 2050년까지 온실가스 배출 감소 목표 수치 및 과정 포함

■ **지속가능성 관련 행정·경영·감독 조직 구성원의 역할, 전문성**

■ **기업의 지속가능성 관련 정책**

■ **자사와 자사의 공급망 전 영역의 실사 진행 및 절차 공시**
실사를 통해 지속가능성 관련 리스크를 식별, 모니터링, 예방·완화·조치하는 일련의 전 과정

■ **지속가능성 위험과 이에 대한 관리**

■ **중대성 평가: 보고되어야 하는 정보 식별 과정**

■ **전반적인 가치 사슬: 운영 프로세스, 제품 및 서비스, 협력 네트워크 및 공급망 포함**

공시원칙과 관련하여, CSRD는 요구사항을 반드시 준수하도록 의무화하였으며, 종전 NFRD에서 규정하고 있던 Comply or Explain(원칙적 준수, 예외적 설명) 원칙⁴³⁾

42) PwC, “EU CSRD 기업지속가능성보고지침 주요 내용“, (2023), 4면, https://www.pwc.com/kr/ko/insights/insight-flash/samilpwc_eu-csrd.pdf (2023. 6. 12. 최종확인).

43) 회사가 공시기준에 해당하는 사항을 마련하지 않은 경우 그 이유를 명확하고 합리적으로 설명하도록 하는 것을 말한다. 기준을 반드시 충족하여 공시하도록 요구하는 것보다는 완화된 방식이라고 할 수 있다.

을 삭제하였다. CSRD는 지속가능성 공시가 단순한 규정을 준수하는 개념이 아닌, 기업의 행동 변화를 만들고, 장기적으로는 지속가능성 보고를 재무보고와 동등한 수준으로까지 발전시키는 것을 목표로 하고 있다.⁴⁴⁾

공시방법(매체)와 관련하여, NFRD는 ESG 관련 비재무사항을 사업보고서에 포함하거나,⁴⁵⁾ 별도의 보고서(Sustainability Report)로 공시하는 것도 가능하였으나, CSRD에서는 기존 사업보고서(Management Report)에 포함시켜 공시하도록 개정하였다.

제3자 검증과 관련하여, 제3자 검증(assurance)이란 앞서 살펴본 바와 같이 회사가 공시하는 비재무정보의 정확성을 담보하기 위하여 전문가인 제3자로 하여금 검증하도록 하는 것이다. NFRD는 제3자 검증 여부를 회원국에 자율로 위임한 반면에, CSRD는 회원국이 제3자 검증을 의무화하여 입법하도록 명시하였다. 다만, NFRD가 적용되던 시기에도 정보의 정확성이 중요한 만큼 프랑스, 스페인, 이탈리아 등 일부 회원국의 경우 제3자 검증을 전부 또는 일부⁴⁶⁾ 의무화하기도 하였다.⁴⁷⁾ CSRD에 따르면, 초기에는 제3자 제한적 인증(limited assurance)⁴⁸⁾으로 시작하여, 향후 합리적 인증(reasonable assurance)⁴⁹⁾으로의 단계적 검증 접근 방식을 채택하고 있다. 이상의 내용을 표로 정리하면 다음과 같다.

44) PwC, 앞의 자료, 4면.

45) 사업보고서 內 포함하여 공시할 경우 비재무정보(E·S)는 비재무정보보고서(Non-financial Statement, 환경·사회·임직원·인권·반부패·뇌물)에 관련된 영향을 작성하는 보고서)란에 기술하고, 지배구조(G)는 지배구조보고서(Corporate Governance Statement)란에 기술함. 별도보고서로 공시할 경우 원칙적으로 사업보고서와 함께 공시(다만, 비재무정보(E·S)보고서는 사업보고서에 별도보고서 공시를 기재한 경우 사업연도 종료 후 6개월 이내 홈페이지에 공시 가능함)

46) 프랑스의 경우 고용 근로자가 500인 이상이고, 순매출 또는 총자산 1억 유로 이상인 기업의 경우에 한하여 제3자 검증을 의무적으로 받도록 규정하고 있었다(Amendments to the Law on Accounting PZE No.51).

47) Member State Implementation of Directive 2014/95/EU, CSR Europe and GRI 2017.

48) 정보이용자의 인증대상정보에 대한 신뢰를 유의미한 수준 이상으로 높이지만 합리적 확신 수준에는 미치지 못하는 경우의 확신 수준을 의미한다. 대표적인 사례로 기업의 분·반기 재무제표에 대한 감사인의 검토의견이 있다[고정연, “ESG 공시 제3자 검증 해외 동향 및 시사점”, 2023년 3차 자본시장 릴레이 세미나 (2023. 5. 12. 발표), 8면].

49) 절대적인 확신 수준은 아니지만 인증서비스 제공자가 인증대상정보가 왜곡 표시되지 않았다는 점에 상당히 높은 수준의 확신을 가졌을 때의 확신 수준을 의미한다. 대표적인 사례로 기업의 재무제표에 대한 감사인의 감사의견이 있다(고정연, 앞의 발표자료, 8면).

<NFRD와 CSRD의 비교>

	비재무정보 공개지침(NFRD) (2018년~)	기업 지속가능성 보고지침(CSRD) (2024년~)
대상	EU 역내 대형 상장·금융 회사	EU 상장·비상장 대기업, 상장 중소기업 등
매체	사업보고서 또는 별도 보고서	사업보고서(별도 보고서 불허)
기준	글로벌 표준 중 선택	유럽재무보고자문그룹이 제정하는 표준
검증	회원국 자율에 위임	제3자 검증 의무화

2. 미국

(1) 개요

미국의 ESG 관련 공시제도는 주로 투자자 보호를 주목적으로 하는 SEC (Securities and Exchange Commission, 증권거래위원회)가 주도하고 있다. 미국의 ESG 정보에 관한 공시제도는 주로 1933년 증권법(Securities Act of 1933, 이하 ‘1933년법’)과 1934년 증권거래법(The Securities Exchange Act of 1934, 이하 ‘1934년법’)에 근거하여 1977년에 마련된 규정S-K(Regulation S-K)를 중심으로 한다. 규정S-K에 규정된 사항은 (우리나라의 사업보고서와 유사한) 연차보고서(annual report)인 Form10-K를 통하여 공시된다.

(2) Regulation S-K

Regulation S-K는 1977년에 제정되었으며, SEC 등록기업에 대하여 Form10-K상의 비재무정보(nonfinancial information)의 공시사항과 방법을 규정하고 있다.⁵⁰⁾ 동 규정은 1933년법에 의거한 증권발행공시서류 및 1934년법상의 공시서류 등에서 규정하고 있는 공시사항의 중복을 조정하고 새로운 공시기준인 표준공시항목(common disclosure standard)을 마련하기 위하여 제정되었다.⁵¹⁾

Regulation S-K에서 명시하고 있는 ESG와 관련된 공시내용을 살펴보면 아래와

⁵⁰⁾ Louis Loss · Joel Seligman · Troy Paredes, Fundamentals of Securities Regulation, Vol.1, Wolters Kluwer(2011), pp.229-234; John C. Coffee, JR · Hillary A. Sale, Securities Regulation Cases and Materials, Foundation Press(11th ed., 2009), p.141, 오성근. “환경·사회·지배구조(ESG)정보에 관한 공시제도의 개선방안 연구“, 동북아법연구, 제14권 제3호 (2021), 105면에서 재인용.

⁵¹⁾ 오성근, 앞의 논문, 105면.

같다(아래에서 명시하는 사항들에 대해서는 의무적으로 공시를 해야 한다).

ESG와 관련한 첫 번째 공시항목은 사업에 관한 설명이다. 이에 따르면 회사는 환경에 물질을 배출하거나 그 밖에 환경보호에 관한 연방, 주 및 지방의 공공단체가 제정하는 법령의 준수가 회사와 그 자회사의 자본적 지출, 수익 및 경쟁력에 미치는 중요한 영향에 대하여 적절한 공시를 하여야 한다. 회사는 해당 회계연도의 잔여 기간, 다음 회계연도 및 중요하다고 판단되는 장래의 기간에 걸쳐서 환경관리설비에 대한 중요한 자본적 지출의 잔적금액을 공시하여야 한다{Regulation S-K Item101(c) (xii)}.

두 번째 공시항목은 법적 절차(Legal Proceedings)에 관한 것이다. 이에 따르면 환경에 관한 물질배출규제와 주로 환경보호를 목적으로 하여 제정된 연방, 주 및 지방 공공단체의 규정에 관한 행정절차 또는 소송절차가 다음의 어느 하나의 항목에 해당하는 경우에는 공시내용에 기재를 하여야 한다. ① 소송절차가 회사의 사업 또는 재무상태에 비추어 중요한 경우. ② 소송절차가 주로 손해배상과 관련이 있든지 아니면 잠재적인 벌금·자본적지출 혹은 과징금과 관련이 있고, 그 금액이 이자 및 비용을 제외하고 회사 및 그 자회사의 연결재무제표상 10%를 초과하는 경우, ③ 소송절차에 행정당국이 관여하고, 그 절차가 잠재적인 벌금을 포함하는 경우 등이다. 다만, ①과 관련하여 소송절차가 최종적으로 벌금으로 연결되지 않는다고 회사가 합리적으로 확신하는 경우 및 ②와 관련하여 잠재적인 벌금이 이자 및 비용을 제외한 100,000달러를 하회하는 경우는 제외한다. 질적으로 유사한 절차는 병합하여 (grouping) 기재할 수 있다.

세 번째 공시항목은 Item303에 관한 것이다. 이 항목은 경영진에 대하여 회사의 재무상태와 영업결과, 나아가 유동성(liquidity)과 자본자원(capital resources), 소득에 관한 추세 또는 불확실성(uncertainties) 등을 공시할 것을 요구하고 있다. SEC는 이전부터, 특히 유동성과 자본재원의 중요성에 관한 공시의 필요성을 강조하여 왔다.⁵²⁾ 이에 따라 1989년에 Regulation S-K상의 Item303을 마련하여 「경영진의 경영진단 및 분석의견(MD&A)」을 공시하도록 하고 있다. 그리고 SEC는 Item303의 해설 고시를 발표하였는데, 여기에는 ① 장래예측정보, ② 유동성 및 자본자원 ③ 중요한 변화, ④ 반기보고(interim period reporting), ⑤ 고수익거래, 높은 레버리지 거래

⁵²⁾ Sec. Act Release. 6711호, 38 SEC Dock(1987). p.138.

또는 비투자등급대출 및 투자에 대한 참여, ⑦ 영업에 대한 연방금융지수 효과 등을 밝히도록 명시하고 있다.

네 번째 공시항목은 임원보수의 정보의 공시에 관한 것이다[Regulation S-K의 Item402(c)(2)(x)].⁵³⁾ 임원의 보수에는 ① 회사의 대표집행임원(Chief Executive Officer, CEO) 및 주요집행임원(Principal Executive Officer, PEO)의 연간 총 보수가 포함되고, ② 주요경영자를 제외한 증권발행자의 전 종업원의 연간 총 보수액의 중간치도 기재하여야 한다. 그리고 ③ 앞의 ①의 ②에 대한 비율도 설명하여야 한다. 다만, 소규모 보고회사(smaller reporting companies), 외국의 민간발행자, 상호승인제도(MJDS)의 제출회사, 신흥성장회사(emerging growth companies) 및 등록투자회사는 대상에서 제외된다.

(3) SEC의 상장기업 기후 공시 의무화 방안

미국 SEC는 2022년 3월 상장기업의 기후 관련 정보 공시를 의무화하는 새로운 규정을 제안한바 있다(현재 개정 중에 있다). SEC의 기후 공시 의무화 방안이 채택 되면 상장기업의 기후 관련 정보 공시 규정이 Regulation S-K나 Regulation S-X에 새롭게 추가될 예정이며, 상장기업 중 대기업을 시작으로 단계적으로 도입될 예정이다. 기업들이 이번 개정안에 따라 비재무정보 및 재무제표에 공시하도록 규정된 기후 관련 리스크 항목을 허위 기재하는 등 불성실하게 공시할 경우 기존 공시 관련 처벌규정이 적용된다. 즉 SEC에 제출하는 자료상 거짓이 있을 경우 1933년 증권법 제11조, 1934년 증권거래법 제18조, 1934년 증권거래법 제10조(b) 및 규칙 10b-5에 따라 민사상 손해배상책임을 부담할 수 있으며, 사안에 따라 1933년 증권법 제24조, 1934년 증권거래법 제32조에 따라 금고·벌금과 같은 형사처벌 및 정지명령 등 행정 조치가 부과될 수 있다.

개정안에서 규정하고 있는 주요 공시사항은 아래와 같다.

⁵³⁾ Form10-K Item10(a). 이밖에 1933년법 및 1934년법에 의거한 신고서 및 위임장 권유서류 등을 포함한다.

<기후공시 관련 주요 공시사항>

항목	내용
기후 위험이 전략, 사업모델 및 전망에 미치는 영향 (The Effect of Climate Risks on Strategy, Business Model and Outlook)	기후 관련 위험이 기업의 전략, 사업모델 및 전망에 영향을 미쳤거나 미칠 가능성 공시 · 사업 유형 및 운영 위치 등 · 제품 또는 서비스 · 가치사슬(value chain)의 공급자 및 기타 참여자 · 새로운 기술 또는 프로세스를 포함하여 기후 관련 위험을 완화하거나 적용하기 위한 행위 · 연구개발 관련 지출 · 기타 중요한 변경 또는 영향
지배구조 공시 (Governance Disclosure)	이사회 감독(Board Oversight) · 기후 관련 위험에 대한 감독을 담당하는 이사회 구성원 또는 위원회 · 이사회 또는 위원회가 기후 관련 위험을 논의하는 절차 및 빈도 · 이사회 또는 위원회가 기후 변화 관련 위험을 사업전략, 위험관리 및 재무 감독의 일부로서 고려하는지 여부 · 이사회가 기후 관련 목표 또는 목표에 대한 진행 상황을 설정하고 감독하는 방법 경영진 감독(Management Oversight) · 경영진 또는 관련 위원회가 기후 관련 위험을 평가하고 관리하는지 책임 여부 및 직위 또는 전문성 · 경영진 또는 관련 위원회가 기후 관련 위험에 대한 정보를 제공하고 감독하는 절차 · 경영진이 이사회나 관련 위원회에 기후 관련 위험에 대하여 보고하는지 여부 및 빈도
위험 관리 공시 (Risk Management Disclosure)	기후 관련 위험을 파악, 평가 및 관리하기 위한 프로세스를 설명하도록 요구 · 다른 위험과 비교하여 기후 관련 위험의 상대적 중요도를 결정하는 방법 · 기후 관련 위험을 식별할 때 온실가스 배출 한도와 같은 규제 요건이나 정책을 고려하는 방법 · 잠재적 위험을 평가할 때 고객의 선호도 변화, 기술 변화 또는 시장가격 변화 등을 고려하는 방법 · 기후 관련 위험의 잠재적 규모와 범위의 평가 방법을 포함한 기후 관련 위험의 중요도를 결정하는 방법 기후 관련 위험 관리 프로세스를 설명할 때 해당되는 경우 다

	<p>음을 공시</p> <ul style="list-style-type: none"> · 특정 위험을 완화, 수용 또는 적용할지 여부를 결정하는 방법 · 기후 관련 위험을 해결하는 데 우선 순위를 지정하는 방법 · 우선순위가 높은 위험을 완화하는 방식을 결정하는 방법
<p>재무제표 지표 (Financial Statement Metrics)</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 재무적 영향 지표(Financial Impact Metrics): 기후 관련 위험이 연결 재무제표의 관련 항목에 미치는 영향 · 지출 지표(Expenditure Metrics): 기후 관련 사건으로 인해 지출된 비용 및 자본화 비용금액을 양수/음수로 구분하여 공시하고 온실가스 배출 감소 노력에 따른 지출 내용을 공시 · 추정 및 가정에 미치는 영향(Impact on Estimates and Assumptions): 기후 관련 사건이 연결 재무제표를 작성하는데 사용된 추정(estimate) 및 가정(assumption)에 영향을 미친다면, 어떻게 영향을 받았는지 정성적 설명을 제공
<p>온실가스 배출량 지표공시 (GHG Emissions Metrics disclosure)</p>	<p>온실가스 배출량 공시</p> <ul style="list-style-type: none"> · Scope 1: 기업이 소유하거나 통제 가능한 운영 과정에서 직접적으로 배출된 온실가스 · Scope 2: 기업이 소유하거나 관리하는 사업에서 발생하는 간접적인 온실가스 배출량 · Scope 3: Scope 2에 포함되지 않는 간접적인 온실가스 배출로서 공급 사슬에서 발생하는 배출량을 의미하며 예를 들면, 고객이 기업 제품을 사용할 때 발생하는 온실가스 배출량
<p>Scope 1, 2 배출량 공시인증 (Attestation of Scope 1 and Scope 2 Emissions Disclosure)</p>	<ul style="list-style-type: none"> · Scope 1 및 Scope 2 배출량 공시에 대해 재무제표와 동일한 수준의 인증 필요 · 전문지식을 갖춘 독립적인 제3의 기관이 담당 · 단계적으로 도입 예정

3. 영국

(1) 회사법 개정경과

영국은 회사법(The Companies Act)을 중심으로 기업의 ESG 공시의무를 규정하고, 상장회사의 경우 거래소에서 운영중인 상장규정을 통하여 기후 관련 공시의무를 추가하였다.

회사법 개정 경과를 간략히 살펴보면, 2006년 사업보고서⁵⁴⁾ 중 ‘이사의 보고’(Director’s Report) 부문에 Business review란을 도입하여 중소기업을 제외한 모든

기업에 환경, 노동 및 사회이슈 등에 관한 사항 공시의무를 부여하였다. 2013년 회사법 개정⁵⁵⁾을 통해 사업보고서 내용 중 ‘전략보고’(Strategic Report)란을 도입하고,⁵⁶⁾ CO2배출량, 에너지소비량 등의 비재무정보를 전략보고란에 공시하도록 의무화하였다. 2016년 회사법 개정⁵⁷⁾으로 EU의 NFRD의 효과적인 이행을 위한 조항을 추가하여 전략보고란의 보고대상, 내용 등을 보다 구체화하였다. 전략보고란에 non-financial statement를 신설하고, 여기에 환경, 노동, 사회, 인권, 반부패 등 비재무정보를 공시하도록 의무화하였다.⁵⁸⁾ 2018년 회사법 개정을 통하여⁵⁹⁾ 전략보고란에 회사의 성공을 위한 이사의 의무(제172조제1항) 이행⁶⁰⁾에 대한 서술(statement)를 포함하였다. 이후 영국이 EU에서 탈퇴함에 따라, 2019년 개정 회사법⁶¹⁾에서는 유럽 연합의 지침(EU Directive)에서 정한 사항을 반영한다는 내용을 삭제하였다.

54) 영국 회사법에서 규정하고 있는 법정공시인 사업보고서는 ‘이사의 보고’, ‘재무사항 보고’, ‘감사인 보고’, ‘전략보고’, ‘지배구조보고’, ‘(상장기업의 경우)이사의 보수 보고’로 구성된다.

55) the Companies Act 2006(Strategic Report and Director’s Report) Regulations 2013.

56) 사업보고서는 ‘이사의 보고’, ‘재무사항 보고’, ‘감사인 보고’, ‘전략보고’, ‘지배구조보고’, ‘(상장기업의 경우)이사의 보수 보고’로 구성된다.

57) The companies, partnerships and Groups(Accounts and Non-Financial Reporting) Regulations 2016 : 414CA / 414CB 추가

58) <2016년 개정 회사법 추가 조항 주요 내용>

① 근로자 수 500명 이상이며, the Companies Act 2006에서 정의하는 중소기업에 해당되지 않는 영국 기업은 전략보고서에 비재무정보 의무적 기재

② 모기업일 경우 Group Statement 제출

③ 공시항목: 환경, 임직원, 사회, 인권, 반부패, 뇌물금지

④ 공시내용: 기업의 비즈니스 모델에 대한 설명, 회사정책에 대한 설명과 정책실행을 위한 절차, 정책실행 결과, 관련 핵심 리스크 및 리스크 관리 활동, 관련 핵심성과지표(KPIs)

59) The Companies (Miscellaneous Reporting) Regulations 2018: 414CZA 조항을 추가하였다.

60) 제172조 제1항 주요 내용은 다음과 같다.

(1) 이사는 회사의 성공을 위해 다음과 같은 사항을 고려해 행동해야 한다.

(a) 회사가 내린 결정의 장기적인 결과

(b) 회사 종업원들의 이해관계

(c) 공급자, 고객 등과의 비즈니스 관계 조성 필요성

(d) 기업활동이 지역사회와 환경에 미치는 영향

(e) 윤리경영에 대한 명성을 유지하기 위한 회사의 지향점

(f) 회사 구성원들을 공정하게 대우할 필요

61) The Accounts and Reports (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019.

(2) 회사법에 따른 공시의 내용

공시대상은 500인 이상을 고용한 상장회사, 은행, 보험사 등이 대상이다.

공시방법(매체)는 사업보고서에 ESG 관련 비재무정보를 모두 포함하여 공시하고 있다. 다만, G정보는 별도보고서에 작성 가능하나, 이 경우라도 사업보고서와 함께 공시해야 한다(E와 S에 관한 정보는 별도보고서 형식의 작성을 불허하고 있다).

E(환경)와 S(사회)와 관련한 정보는 사업보고서 내 전략보고(Strategic Report)란에 기재하고, 이사의 보수·성과 등 G와 관련한 정보는 보수보고(Director's Remuneration Report)란에, 상장규정 모범규준(The UK Corporate Governance Code) 준수와 관련한 내용⁶²⁾은 지배구조보고(Corporate Governance Report)란에 기재하도록 하고 있다.

제3자 검증과 관련하여서는 2016. 1. 1. 사업연도부터 제3자 공시에 관한 사항을

62) FCA(Financial Conduct Authority)는 상장규정을 통하여 프리미엄 상장기업에 대하여 기업지배구조 모범규준의 준수를 공시하도록 요구하고 있다.(영국 상장제도는 표준 상장(standard listing)과 프리미엄 상장(premium listing)으로 구분되며 프리미엄 상장이 표준 상장에 비해 엄격한 요건 요구된다)
모범규준은 이사회와 감사 등에 대한 18개의 원칙(Principles) 및 41개의 조항으로 구성되어 있음. 모범규준의 주요내용은 다음과 같다.

< 모범규준 주요내용 >

구분	원칙(Principles) 요약
이사회 리더십과 회사의 목적	A. 지속가능성장, 주주가치창출, 사회기여를 위한 이사회 역할 B. 회사의 목적, 가치, 전략을 수립 C. 회사의 목표달성 및 성과측정에 필요한 자원을 마련 D. 주주 및 이해관계자에 대한 회사의 책임 이행 E. 인력정책, 관행과 회사목표의 일관성 여부 확인
책임분담	F. 이사회 의장의 효율적인 이사회 운영 G. 이사와 사외이사의 적절한 조합 H. 사외이사가 이사회 내 역할을 할 수 있는 충분한 시간 제공 I. 이사회가 효과적·효율적으로 운용될 수 있도록 지원
구성·승계·평가	J. 공식적이고 투명한 이사 임명 및 효과적인 승계계획 K. 이사회 및 위원회 위원의 전문성 L. 이사회 및 이사에 대한 평가
감사·위험·내부통제	M. 내·외부 감사의 독립성 및 효율성 보장 N. 회사의 입장·전망에 대한 평가의 공정성 및 균형성 O. 위험관리 절차수립 및 내부통제 감독
보수	P. 경영진의 보수와 회사의 목표·가치 간 부합 Q. 보수결정의 투명성 R. 보수승인 시 독립성 유지

의무화하였으며, 공시의 방식은 NFRD와 달리 Comply or Explain(원칙적 준수, 예외적 설명)의 방식을 취하고 있다.

4. 일본

(1) 일본의 공시방법(매체)

일본에서 ESG 관련 비재무정보를 공시하는 매체에 관한 규칙은 재무정보에 관한 금융상품거래법과 관련 부령처럼 하나로 정해진 것은 없는 상황이다.⁶³⁾ 따라서 ESG 관련 비재무정보는 법정 공시 서류나 증권거래소규칙에 따른 서류 또는 임의 공시 서류로 흩어져 공시되고 있다.⁶⁴⁾ 우리나라와 유사한 상황이다.

<일본기업의 정보공시의 매체>⁶⁵⁾

	사업보고서, 결산서류	유가증권보고서, 4분기보고서	결산단신, 4분기결산단신
근거	회사법	금융상품거래법	거래소규칙
대상	주식회사	상장회사	상장회사
목적	주주, 채권자에 대한 정보 제공	투자자의 투자판단에 필요한 중요한 정보 제공	중요한 회사정보를 투자자에게 적시에 제공
공시방법	서면 제공 (일부 전자제공 가능)	전자공시(EDINET)	전자공시(TDnet)
내용	회사의 현황에 관한 사항 임원, 주식에 관한 사항 결산서류 등	회사의 개략적인 상황(概況) 재정상태, 경영성적의 분석 기업지배구조의 상황 주식, 임원의 상황 재무제표 등	요약 정보 (실적, 업적 예상) 재정상태, 경영성적의 분석 재무제표 등
감사	있음	있음	없음
벌칙	있음	있음	없음

63) 김경일, “일본의 ESG 정보공시와 그 시사점”, 선진상사법률연구, 통권 제99호(2022), 5면.

64) 高橋大祐/中野竹司, 「日弁連ESGガイドランスを踏まえたSDGs時代の法務対応と非財務情報開示〔下〕」, 商事法務 2183号(2018), 48면.

65) 青木崇, 「企業価値の向上を目指す日本企業の情報開示のあり方とESG活動：花王とピジョンの事例」, 商大論集 第69卷 第1・2号(2017), 3면; 김경일, 앞의 논문, 8면에서 재인용.

(2) 법정공시

상장회사 등은 금융상품거래법(金融商品取引法)에 따라 유가증권보고서(有価証券報告書)의 제출이 의무화되어 있다(제24조). 사업활동에 관한 비재무정보에 대해서도, 그것이 사업이나 실적에 중요한 영향을 미치는 경우에는, ‘대처해야 할 과제’, ‘사업 등의 리스크’, ‘재정상태, 경영성적 및 현금흐름(cash flow) 상황의 분석’에 해당하는 사항으로서 공시가 요구된다(금융상품거래법 제24조, 기업내용 등의 공시에 관한 내각부령 제15조, 같은 내각부령의 제3호 양식 등). 또한 ESG 관련 리스크의 대처상황이, 주주가 주주총회에서 의결권을 행사하기 위해 중요한 정보인 경우에는 사업보고서(事業報告書)에 공시하여야 한다.⁶⁶⁾ 다만, 유가증권보고서와 사업보고서에서 비재무정보의 공시가 적극적으로 이루어지고 있다고는 할 수 없는 상황이다. 이는 ‘사업이나 실적에 중요한 영향을 미치는 경우’에 해당하는지와 해당할 경우 어느 정도로 공시하면 되는지에 대한 명확한 기준이 없기 때문으로 보인다.

(3) 거래소규칙에 따른 공시 등

기존 도쿄증권거래소의 증권시장은 시장 제1부, 시장 제2부, JASDAQ Standard, 마더스, JASDAQ Growth 체제로 구성되어 있었으나, 2022년 4월 22일자로 프라임 시장, 스탠다드 시장, Growth 시장이라는 3시장 체제로 개편되었다.⁶⁷⁾ 이러한 새로운 체제에 대응하여 기업 지배구조 코드가 개정되었다(2021년).⁶⁸⁾ 기업 지배구조 코드의 개정사항 중에는 ESG 요소들을 포함한 기업의 중장기적 지속가능성을 확보하기 위해, 프라임시장 상장회사에서는 TCFD⁶⁹⁾ 또는 이와 동등한 국제기준에 근거한

66) 高橋大祐/中野竹司, 前掲(注21), 48면.

67) ‘22.1월 도쿄거래소는 기존 1부, 2부, 마더스, 자스닥으로 구분된 시장을 ‘프라임’, ‘스탠다드’, ‘그로스(Growth)’ 3개의 세그먼트로 재편을 발표하였다. 프라임시장은 시가총액 100억엔 이상, 유통주식 비율 35% 이상, 글로벌 기업 등이 포함된다. 스탠다드시장은 중견기업용, 그로스시장 신흥기업용을 말한다.

68) 東京証券取引所, 「二一求v-ト八十ス.一ト改訂伴5実務対応」, 東京証券取引所(2021.5), 3면.

69) ‘TCFD’란 2015년 12월 G20에서 설립된 ‘기후변화와 관련된 재무 정보 공개를 위한 태스크포스(Task Force on Climate-Related FinancialDisclosures, TCFD)’를 말한다. TCFD는 재무공시 자료를 쉽게 적용할 수 있고 국제적으로 공인될 수 있는 정보공개 프레임워크 개발과 함께 조직 운영의 핵심 요소를 대변하는 ① 지배구조, ② 경영전략, ③ 위험관리, ④ 지표·목표 설정에 관한 권고안과 지침, 그리고 금융 및 비금융 부문에 대한 추가 지침 등을 발표한 바 있다. (<https://www.fsb-tcfid.org>, 2023. 6. 13. 최종검색).

기후변화 공시 시스템을 갖추도록 하고, 지속가능성에 대한 기업의 기본방침 수립과 대응 방안들을 공시하도록 하였다.⁷⁰⁾⁷¹⁾ 이에 따라 프라임시장 상장기업은 2021년 6월 개정된 기업지배구조 코드에 따라 TCFD 제언에 따른 공시가 필요하며 3월 결산 기업의 경우 6월 주주총회 후 기업지배구조 보고서에 TCFD 관련 기재를 공시해야 한다.⁷²⁾

IV. 결론: 시사점과 제도개선 방향

이상으로 해외 각국의 ESG 공시와 관련한 제도운영 및 개선추진 현황에 대해서 살펴보았다. 우리나라 금융위원회는 2021년 1월 ESG 관련 공시 정책 방향의 예측 가능성을 제고하기 위해 ESG 공시의 단계적 의무화 방안(案)을 발표한 바 있다. 이에 따르면, 2025년부터 일정 규모 이상의 상장회사를 중심으로 ESG 공시를 단계적으로 의무화해 2030년까지 그 대상을 전체 코스피 상장사로 확대할 예정이다. 다만 아직 공시 의무화 대상 기업의 명확한 범위, 법정공시 방식으로 할 것인지 여부(아니면 거래소 공시 방식에 의할 것인지), 공시 항목·기준과 같은 세부 내용은 정해지지 않아 이를 구체화할 필요가 있다. 금융위원회는 산업계, 투자자, 민간 전문가 등 이해관계자들을 대상으로 한 의견수렴 과정을 거쳐 올해 중으로 ‘ESG 공시 의무화 방안’을 확정해 발표할 계획이라고 밝힌 바 있다.⁷³⁾ 나아가, ESG 관련 공시항목·기

70) 安井桂大, 「改訂一水一ト八十▽ス・口一踏主之大事業求一ト智 料版商事法務446(2021), 33-38.

71) 구체적인 내용은 다음과 같다. 상장기업은 지속가능성 증진을 위한 이니셔티브를 개발하고 공시해야 한다, 프라임시장 상장기업은 기후변화와 관련한 리스크 및 수익기회가 자사의 사업 활동이나 수익 등에 미치는 영향에 대해 필요한 데이터의 수집과 분석을 실시해야 한다, 프라임시장 상장기업은 TCFD 권고 또는 이와 동등한 국제 프레임워크에 따라 기후변화 관련 공시를 늘리고 품질을 개선해야 한다.

72) 기업지배구조 코드 보충원칙 3-1③ : 상장회사는 경영 전략의 공개에 있어서 자사의 지속성에 대한 대응을 적절히 공시해야 한다. 또, 인적자본이나 지적 재산의 투자 등에 대해서도, 자사의 경영전략·경영과제와의 정합성을 의식하면서 알기 쉽게 구체적으로 정보를 개시·제공해야 한다. 특히 프라임 시장 상장회사는 기후변화와 관련한 리스크 및 수익기회가 자사의 사업활동이나 수익 등에 미치는 영향에 대해 필요한 데이터의 수집과 분석을 실시하고, 국제적으로 확립된 프레임워크인 TCFD 또는 이와 동등한 틀에 근거한 공개의 결과량의 내실화를 추진해야 한다

73) 김광일, “강화되는 글로벌 ESG 공시규정...우리 기업의 능동적 대응 지원한다”, KDI 경제정책해설, 2023년 4월호, 55면.

준 등을 수립하기 위하여 회계기준원 내에 KSSB(지속가능성기준위원회)가 설립되어 운영중에 있기도 하다.

우리나라의 ESG 공시 의무화에 대한 본격적인 논의가 시작되고 있는 시점에서, 지금까지 살펴본 해외 주요국에서의 제도개선 노력이 우리나라에 주는 시사점을 몇 가지 도출해보면 다음과 같다.

첫째, 해외 주요국에서는 기존 재무정보가 공시되던 법정공시 방법을 통해서 비재무정보를 공시하도록 하고 있으며, 별도의 방법(매체)으로 ESG 관련 정보를 공시하는 것을 지양하는 추세에 있는 것으로 보인다. 즉, 법정공시 방식의 공시를 활용하려는 경향이 있다.

EU의 경우 CSRD 개정을 통하여 기존 법정공시 방식인 사업보고서를 통한 ESG 관련 비재무정보의 공시를 의무화하고 있으며, 미국의 경우에도 SEC는 기후 관련 정보를 우리나라 사업보고서와 유사한 Form 10-K를 통해 공시하는 방안을 추진 중에 있다. 영국의 경우도 E(환경)와 S(사회)와 관련된 정보는 사업보고서에 포함시켜 공시하도록 하고 있으며, G(지배구조)와 관련한 정보는 별도 보고서 형식으로 공시가 가능하나 이 경우에도 사업보고서와 함께 공시하도록 하고 있다.

이러한 해외 주요국의 제도개선은 비재무정보 역시 종래 사업보고서라는 재무정보 중심의 법정공시 매체와 같이 공시되도록 함으로써 공시방법(매체)을 단순화하고, 투자자가 더 용이하게 정보를 공유할 수 있도록 하는 데 주요 목적이 있을 것이다. 그러나 이 뿐만 아니라 법정공시를 중심으로 제도화되어 있는 정확성 담보 수단, 투자자 보호방안을 ESG 관련 공시에도 그대로 적용될 수 있도록 함으로써 투자자 보호에 기여할 수 있다는 점에서도 그 이유를 찾을 수 있다. 우리나라의 경우 사업보고서와 같은 자본시장법에서 규정한 법정공시에 대해서는, 앞서 살펴본 바와 같이 공시의무자(회사)나 외부 감사인 등이 중요사항에 관한 허위의 내용 또는 중요사항을 누락한 공시를 한 경우 행정제재, 형사처벌을 받도록 할 뿐만 아니라 민사상 손해배상 청구에 있어서도 인과관계를 추정하고, 증권집단소송을 인정하는 등 투자자에게 유리한 조항을 설계해놓고 있다. 그런데 법정공시가 아닌 거래소 공시 등 다른 방법(매체)의 공시를 도입할 경우 법률 개정 없이 거래소 규정의 개정만으로 공시제도를 도입할 수 있다는 편의성은 있지만, 현행 정확성 담보 및 투자자보호 수단을 적용하기 어렵다는 단점이 있다(별도의 입법이 필요하다).

최근 일련의 사태에 비추어 볼 때 비재무정보가 허위로 공시되거나 중요 정보가

누락된 경우 주식시장에 미치는 과급력은 점점 더 커져갈 것이라 생각한다. 미국에서는 이미 In re Massey Energy Co. Securities Litigation 사건,⁷⁴⁾ Bondali v. Yum! Brands, Inc. 사건⁷⁵⁾ 등 비재무정보가 허위로 공시되어 주가가 급락하고, 투자자가 피해를 보는 사례가 발생한 바 있다. 또한 최근 ‘그린워싱(Green washing)’⁷⁶⁾의 수단으로 공시가 악용되는 사례가 발생할 위험성이 있다는 점도 고려해 볼 필요가 있다.

앞에서 살펴본 바와 같이 법정공시 형식의 공시의무 부과는 단순히 투자자에게 편의성을 주는 것 이상으로 기존 법령에서 규정하고 있는 투자자 보호수단이 적용되는 이점이 있으므로, ESG 공시의 방법(매체)를 논의하는 과정에서는 이에 대한 검토가 필요하다고 생각한다.

둘째로, 해외 주요국은 공시에 담긴 정보의 정확성을 담보하기 위하여 제3자 검증(assurance)을 강화하는 추세에 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 EU의 경우 CSRD 개정을 통해 제3자 검증을 의무화하도록 하였으며, 미국 SEC의 경우에도 제한적이기는 하나 기후 공시 의무화를 위한 Regulation S-K, S-X 개정안에서 배출가스와 관

74) 해당 사건의 판결문에 명시된 사실관계와 원고(주주들)의 주장은 다음과 같다.

2010년 미국의 Upper Big Branch 광산에서 사고가 발생하여 미국 대형 석탄회사인 Massey Energy Co.(이하 ‘피고 회사’) 소속 광부 29명이 사망하였고, 이에 따라 피고 회사 주식의 가격이 하락하자 그로 인해 손실을 보았다고 주장한 피고 회사의 주주들이 피고 회사를 상대로 시작한 증권사기 집단소송에 관한 것이다. 이 사건 광산 사고가 발생하기 전 2006년 웨스트버지니아의 Alma No.1 광산에서 피고 회사 소속 2명의 광부가 사망하는 화재 사고가 있었는데, 피고 회사는 이때 사업보고서에 공시 등을 통하여 작업환경 안전에 대한 약속을 발표하고, 광산 노동자들의 안전을 우선한다는 점을 공언하였다. 원고들은 피고 회사의 광산 안전 개선에 대한 공시를 신뢰하여 피고 회사 주식에 투자하였다고 주장하였다.

75) 해당 사건의 판결문에 명시된 사실관계와 원고(주주들)의 주장은 다음과 같다.

이 사건은 대중적으로 많이 알려진 KOO(이하 “이 사건 브랜드”라 한다)을 포함하여 다수의 유명 패스트푸드 레스토랑을 운영하는 피고 회사와 그 경영진을 상대로 한 피고 회사 투자자들(원고)의 증권 집단소송에 관한 것이다. 원고는, 피고 회사가 중국에 있는 자회사에 공급된 닭들이 의약품 및 항생제 검사에서 양성반응을 보인 사실 및 피고 회사의 식품 표준 및 안전 프로토콜이 유효하게 작동하지 않고 부적절했다는 사실을 공시하지 않은 것은 투자자들에게 오해를 유발시켰고, 그러한 문제가 언론에 보도된 이후 주가가 17% 하락하여 손해를 입었다고 주장하였다.

76) 기업이나 단체에서 실제로는 환경에 악영향을 끼치는 제품을 생산하면서도 허위·과장 광고나 선전, 홍보수단 등을 이용해 친환경적인 모습으로 포장하는 ‘위장환경주의’ 또는 ‘친환경 위장술’을 가리킨다[최유경/김혜리, “E.S.G. 제도 구축의 관점에서 본 그린워싱(Greenwashing) 현황과 법제개선 방안”. 환경법연구, 제45권 제1호(2023), 110면].

련한 일부 공시사항에 대해서는 제3자로부터 검증을 받도록 의무화하고 있다.

현재는 검증을 행하는 제3자의 자격이나 검증의 기준에 대해서는 국제적으로 통일된 것은 없는 것으로 보인다. 검증 기준의 경우 국제감사인증기준위원회(International Auditing and Assurance Standards Board; ISSAB)가 제정한 ISAE 3000⁷⁷⁾이 가장 많이 활용하고 있으며, 영국의 비영리기관인 Accountability 사가 제정한 AA1000AS 역시 사용되기도 하고 있다. 우리나라의 경우 한국거래소를 통해 회사가 자발적으로 공시한 2022년 지속가능성 보고서의 경우 모두 제3자로부터 검증을 받았는데, 이 중 회계법인으로부터 검증을 받은 경우(ISAE 3000 기준에 따른 것임)는 10% 미만 정도이고, 이외에는 ESG 검증업무를 수행하는 非회계법인으로부터 받은 것(AA1000AS 기준에 따른 것임)으로 보인다.⁷⁸⁾

공시 대상 회사가 증가하고 ESG 관련 공시내용이 전문적인 만큼 공시 관련 감독 당국에서 그 내용의 정확성을 모두 확인·검증한 후 공시하는 방법은 한계가 있다. 감독당국의 한정된 자원으로 정확성을 모두 확인·검증하는 것은 현실적으로 어려울 뿐 아니라 정보제공 신속성의 취지에도 부합하지도 않을 가능성이 높다. 재무정보의 경우에도 외부의 객관적 제3자인 회계감사인의 감사의견을 기재토록 하고 있는 것과 비슷한 과정으로, 투자자에게 정확한 정보를 검증하기 위한 제3자 검증 제도의 도입이 필요할 것이다. 공시를 의무화하기 전까지 어느 정보의 범위까지 제3자의 검증이 필요한 것인지, 검증을 의무화할 것인지 여부, 의무화한다면 투자자가 신뢰할 수 있을 어떤 자격을 갖춘 자로부터 검증을 받도록 할 것인지 등에 대한 고민이 필요할 것으로 생각한다.

셋째, 해외 주요국의 경우 금융당국이 중심이 되어 ESG 공시와 관련한 제도개선을 해나가는 모습을 볼 수 있다. 미국의 경우 SEC, EU의 경우 유럽집행위원회 내 금융안전, 금융서비스 및 자본시장총국⁷⁹⁾이 지침(Directive) 작성에 주도적인 역할을 하고 있으며, 영국의 경우 FCA에서 상장규정 모범규준 개정 등을 통하여 ESG 공시제도를 관리해나가고 있다. 공시 내용이 비재무적인 사항임에도 불구하고 각국의 금융관련 기구에서 ESG 관련 공시 제도를 개선해나가고 있는 것은 앞서 언급한 바

77) International Standard on Assurance Engagements 3000: Assurance Engagements Other than Audits or Reviews of Historical Financial Information. 국내에는 2022년 7월에 ‘역사적 재무정보에 대한 감사 및 검토 이외의 인증업무기준’으로 개정 도입되었다.

78) 고정연, 앞의 발표문, 3-4면.

79) Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union.

와 같이 ESG의 형성과 확산에 금융이 중요한 역할을 하고 있고, ESG에 부합하는 투자결정 등을 위해서는 회사의 ESG 관련 비재무정보의 제공이 매우 중요한 역할을 하기 때문일 것이다.

최근 우리나라의 경우 환경부, 산업통상자원부, 고용노동부, 금융위원회 등 부처별로 ESG 공시제도 개선 논의를 진행하고, 여러 법령을 통하여 ESG 관련 공시의무를 부과하려는 경향이 있어 회사들이 많은 부담을 느끼고 있다는 보도가 된 바 있다.⁸⁰⁾ ESG 공시제도의 근간은 투자결정을 위한 정확한 정보제공에 있음을 기초로 할 때 다른 나라와 마찬가지로 기존 자본시장에서의 공시제도를 중심으로 개선을 해나가는 방향이 좋을 것으로 생각한다.

⁸⁰⁾ 김소연, “ESG공시 부처별 동시다발 논의에 상장사들 부담...“단순화 필요”. 이데일리 2022. 4. 8. 자 기사(<https://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=01154566632294152&mediaCodeNo=257>, 2023. 6. 12. 최종확인).

【토론문】

“ESG 공시에 관한 외국의 제도개선 동향”에 대한 토론문

손 태 원*

최근 경제계와 금융계에서 가장 활발히 논의되는 주제인 ESG 경영과 관련하여, 공시제도의 관점에서 연구를 해주신 발표자께 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 발표자께서 ESG 공시에 관한 외국의 여러 입법례를 소개하고 우리나라 제도의 개선방향에 대한 시사점을 제시해주셔서 향후 관련 재판 업무를 수행하는 데에 좋은 참고자료가 되리라 생각합니다.

1. 오늘날 기업의 지속가능성과 사회적 책임을 강조하면서 재무정보 외에 비재무적 정보의 중요성이 부각되고 있습니다. 이와 관련하여 기업에게 ESG 관련 정보를 공시하도록 하는 것은 당위인 것처럼 여겨지기도 합니다. 그렇지만, 사실 ESG 공시제도에 대해서는 그 도입의 필요성 등과 관련하여 학계와 재계 등에서 부정적 입장도 존재하고 있습니다. 여기서 드는 의문은 “ESG 경영은 기업의 실적에 어느 정도 긍정적 영향을 주는가, ESG 경영 관련 정보가 투자자의사결정에 어느 정도 영향을 줄 정도로 중요한 정보인가”입니다. ESG 공시제도에는 자본시장에서 투자자에게 투자자의사결정에 영향을 주는 정보를 최대한 제공하는 것이 바람직하다는 효율적 시장가설의 관점에서 기존의 재무적 정보뿐만 아니라 비재무적 정보까지도 공시하도록 강제하려는 취지가 포함되어 있습니다. 이러한 관점의 기저에는 ESG 경영 활동을 수행하는 기업이 그렇지 않은 기업보다 장기적으로 더 큰 가치를 창출할 것으로 예상할 수 있다는 ‘믿음’이 존재하는 것 같습니다. 하지만, 실증분석 결과에 의하면 기업의 ESG 경영 활동과 기업가치의 결정요소들 사이에 인과관계가 있다는 사실을 발견할 수 없었다거나,¹⁾ 비재무적 정보에 대한 공시가 기업의 성과를 개선 또는 악화

* 대법원 재판연구관

시키는 증거를 찾을 수 없고, 시장가치에 대하여 통계적으로 유의한 영향을 주지 않는 등으로 비재무적 정보가 투자자에게 유의미한 정보가 아니고 자본시장이 비재무적 정보에 반응하지 않는다는 견해도 존재합니다.²⁾ 그렇다면 ESG 공시제도를 재무적 정보에 대한 공시제도와 다른 관점에서 접근할 필요가 있다는 생각이 듭니다. 재무적 정보를 중심으로 하는 기존의 공시제도는 기본적으로 자본시장에서 가격과 거래에 영향을 줄 수 있는 중요사항에 관한 정보를 알림으로써 공정한 가격 형성을 목적으로 합니다. ESG 공시제도와 관련한 비재무적 정보가 자본시장에서 가격과 거래에 영향을 줄 수 있는 정보가 아니라면, 다른 접근 방법이 필요한 것 아닌가 의문이 듭니다. 오히려 ESG 활동은 기업의 사회적 책임에 관한 규제의 측면이 강합니다. 즉 ESG 공시제도는 기업으로 하여금 환경, 사회, 지배구조 등의 측면에서 사회적 책임을 부담하도록 하고 투명성 제고와 시장의 감시기능을 강화하기 위한 목적을 가지고 있습니다. 경제적 가치로 환원하기 어려운 사회적 가치를 추구하는 데에 중요한 목적이 있고, 그렇기 때문에 ESG 경영 활동을 당위처럼 받아들이는 경향도 있어 보입니다. 발표자께서는 ESG 공시제도를 도입하는 목적과 지향점(효율적 시장을 위한 정보공개 VS 기업의 사회적 책임을 수행하게 하는 규제)이 무엇이라고 생각하는지 궁금합니다.

2. ESG 공시제도가 도입된 후에는 투자자들이 기업을 상대로 ESG 정보에 대하여 허위공시나 부실공시를 하였다고 주장하면서 손해배상을 구하는 사건이 제기될 것으로 보입니다. 이때 기존의 재무적 정보에 대한 허위공시나 부실공시를 원인으로 하는 손해배상소송과 어떤 공통점과 차이점이 있을지 생각해볼 필요가 있습니다. 먼저, 손해배상 청구의 근거 규정을 어디에서 찾을 것인지 문제가 될 수 있습니다. 현재의 법률 규정에 따르면 민법에 따른 일반 불법행위를 청구원인으로 구성할 수 있을 것이고, 자본시장법 제162조 제1항,³⁾ 제179조 제1항 및 제178조 제1항 제2호⁴⁾

-
- 1) 김세희, 선우희연, 이우중, 정아름, “ESG 활동과 기업가치의 상관관계와 인과관계”, 회계저널 31권 3호, 한국회계학회(2022)
 - 2) 김윤경, “기업 비재무정보(ESG) 공시가 재무성과와 기업가치에 미치는 영향”, 규제연구 제29권 제1호, 한국경제연구원(2020. 6.)
 - 3) 자본시장법 제162조(거짓의 기재 등에 의한 배상책임)
 - ① 제159조 제1항의 사업보고서·반기보고서·분기보고서·주요사항보고서(이하 “사업보고서 등”이라 한다) 및 그 첨부서류(회계감사인의 감사보고서는 제외한다) 중 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시가 있거나 중요사항이 기재 또는 표시되지 아니함으로써 사업보

등에 따른 손해배상책임을 주장할 수도 있어 보입니다. 다음으로 생각해볼 수 있는 문제는, 기존의 재무적 정보는 수치화되어 객관적, 정량적으로 분명하게 표시할 수 있지만, ESG 정보는 주관적, 정성적 정보를 다수 포함할 것이고, 미래에 대한 예측, 전망, 의견 등이 포함되는 데에 있습니다. 이와 같은 주관적, 정성적 내용을 포함하는 비재무적 정보를 허위 또는 부실공시라고 판단할 수 있는 기준을 어떻게 마련할 것인지는 쉽지 않은 문제로 보입니다. 또한 자본시장법상 손해배상책임을 주장할 때에는 허위공시 내지 부실공시된 ESG 관련 정보가 중요사항에 해당해야 할 것인데, 그 중요사항의 범위를 어떻게 설정할 것인지도 문제가 될 것입니다. 특히 제1항에서 소개한 실증분석 결과에 의하면, ESG 관련 정보가 실제로는 투자의사결정에 그다지 영향을 주지 않을 수 있다는 점에서 더 혼란스러운 측면이 있는 것 같습니다.

이와 관련하여 혹시 해외에서 투자자들이 ESG 정보에 관한 허위 내지 부실 공시를 주장하면서 손해배상소송을 제기한 사례가 있는지, 있다면 향후 우리나라에서의 손해배상소송에는 어떤 시사점을 줄 수 있는지 궁금합니다.

고서 제출대상법인이 발행한 증권(그 증권과 관련된 증권예탁증권, 그 밖에 대통령령으로 정하는 증권을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 취득자 또는 처분자가 손해를 입은 경우에는 다음 각 호의 자는 그 손해에 관하여 배상의 책임을 진다. 다만, 배상의 책임을 질 자가 상당한 주의를 하였음에도 불구하고 이를 알 수 없었음을 증명하거나 그 증권의 취득자 또는 처분자가 그 취득 또는 처분을 할 때에 그 사실을 안 경우에는 배상의 책임을 지지 아니한다.

4) 자본시장법 제178조(부정거래행위 등의 금지)

① 누구든지 금융투자상품의 매매(증권의 경우 모집·사모·매출을 포함한다), 그 밖의 거래와 관련하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

2. 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하거나 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위

제179조(부정거래행위 등의 배상책임)

① 제178조를 위반한 자는 그 위반행위로 인하여 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래를 한 자가 그 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 입은 손해를 배상할 책임을 진다.

【제4주제】

중국 민법과 한국민법의 소멸시효

— 최근 제정된 중국 신민법전(2020년)의 내용을 중심으로 —*

김 성 수**

- I. 들어가며
- II. 소멸시효 일반
- III. 소멸시효기간
- IV. 소멸시효의 객체-청구권
- V. 소멸시효의 기산점
- VI. 소멸시효기간의 중단, 정지(中止)와 연장(延長)
- VII. 소멸시효 기간만료의 효과(효력)
- VIII. 나가며-우리법과의 비교

* 이 글은 비교사법학회의 2023년 하계학술대회의 발표문으로 작성된 것이다. 발표문은 우리 민법과 다르거나 시사점을 주는 것이라고 생각되는 것을 선별한 밑줄 부분을 중심으로 하고자 한다. 추후 보완하려고 계획 중인데 중국 민법전의 소멸시효에 관한 내용이나 인용의 필요가 있다면 먼저 kimss0501@naver.com으로 문의해주시기 바란다. 일부 자료의 인용은 최대한 원문을 확인하려고 하였으나 민법전 제정 이후에 아직 논의가 충분하지 않은 부분도 있어 민법전 이전의 자료를 참조하여 ‘현행법’의 자료로 보완할 부분이 있다; 이외에 중국은 민상법통일 국가로 상법전이 따로 없어 민법전에 상법전의 시효에 관한 것도 포함되어 있고 이 글에서도 이를 그대로 반영하였다. 아울러 관련 현행 민법전과 사법해석은 부록으로 원문과 번역을 첨부하였다.

** 경찰대학 법학과 교수, 법학박사

I. 들어가며¹⁾²⁾

시효는 민법에서 일정한 사실상태가 오랫동안 계속하는 경우에 그 상태가 진실한 권리관계에 합치하는가 아닌가를 묻지 않고 그 사실상태를 그대로 존중하여 이로써 권리관계를 인정하는 제도이다. 이 중에서 소멸시효는 권리의 불행사라는 사실상태가 일정한 기간 계속되어 그 권리불행사 상태에 대하여 권리를 ‘소멸’하게 하는 효과를 부여한다. 이는 이른바 ‘시간의 힘’(Macht der Zeit) 또는 ‘희미하게 만드는 시간의 힘’(verdunkelnde Macht der Zeit)에 의하여 진정한 원래의 권리자의 의사와 무관하게 대한 불이익을 제공하는 것이다.³⁾ 이러한 시효 또는 소멸시효가 우리 민법에도 규정되어 있고 견해에 대하여는 이러한 시효제도의 존재에 대하여는 부정적 태도를 가지기도 한다.⁴⁾ 이와 달리 입법자가 일정한 합리적 이유에 기초하여 취한 좋은 제도라고 평가하기도 한다. 또한 이와 아울러 시효제도에 대한 부정적 평가(疑懼)는 우리 법의 입법론으로서의 문제점을 시효제도 자체로 확대한 것이거나 시간의 경과

-
- 1) 이하에서 ‘중국민법’이라고 하는 것은 2020년 제정되어 2021년부터 시행되고 있는 「중화인민공화국 민법전」(中华人民共和国民法典)을 말한다. 이 중국민법전에 대한 소개로는 필자, 「중화인민공화국 민법전」(2020년)의 제정과 동아시아에서의 그 의의 - 민법전 일반, 주요내용과 그 비교법적 시사점, 중국법연구 제48집, 2022.3, 1쪽 이하; 한기중, 중화인민공화국 민법전의 제정의의 및 민법총칙의 주요 내용, 민사법의 이론과 실무, 24권 제2호, 2021, 269쪽 이하; 강운아, 장봉학, 권현희, 중국 민법전 제정 및 시행, 법률신문 2020.6.1 <<https://www.lawtimes.co.kr/news/162017>> 등 참조.
 - 2) 현재까지 국내에서 중국의 소멸시효에 대한 글로는 ‘과묵한 닳인지’ ① 이기용, 중국의 소멸시효제도에 관한 소고, 성균관법학 제19권 제2호, 2007, 73쪽 이하(이 논문은 이기용, 現代民法學과 時效制度論(유고논문집), 성균관대 출판부, 2008, 제1부 제3장, 181쪽 이하에 실려있다) ② 김주, 중국의 소멸시효제도, 법률신문 2008.10.2.의 2가지만 있고 일부 중국법 개론이나 중국민법의 책이나 중국민법의 번역서에 소개가 있다. 최근에는 중국의 민법총칙 교과서를 번역한 것도 나오고 있다. 다만 어느 것이나 2017년의 민법총칙이나 2020년의 민법전 제정 전의 것으로 주로 민법통칙(1986년) 또는 그 후의 사법해석(2008년)을 대상으로 하고 있어 현행 민법전에 대한 소개는 없다. 현행 중국 민법전에 따른 소멸시효에 대하여는 강광문, 정이근, 장지화, 김성수, 이창범, 정영진, 김영미, 중국법강의, 박영사, 2022.12의 제6장의 제1절의 부분 참조. 이 글은 위의 극히 개략적인 소개에 대하여 그 후의 전후의 논의와 시효제도에 대한 좀더 자세한 내용을 부가한 것이다.
 - 3) 이와 관련하여 국내문헌에서는 사비니(Savigny, System des heutigen römischen Rechts IV-2, 267쪽 이하)나 빈트샤이트(Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9.Aufl.(1906), § 105, 544쪽)를 인용하기도 한다.
 - 4) 시간의 경과라는 사실만으로 기존에 존재하는 권리를 소멸하는 효과를 ‘박탈’하는 소멸시효라고 강조하기도 한다.

라는 불가피한 대가를 지나치게 강조한 것이라고 생각하기도 한다.⁵⁾

소멸시효는 권리자와 의무자의 당사자 쌍방의 이익이 첨예하게 대립하고 있고 소멸시효의 완성과 이를 막으려는 중단, 정지 등과 기산점과 시효기간이라는 여러 요건이 아울러져 그 이익을 조정하고 있다. 우리 민법전의 개정작업에서도 이러한 소멸시효에 대하여는 문제점을 해결하기 위하여 여러 외국의 입법례를 참조하면서 개정안을 마련하기도 하였다.⁶⁾ 특히 유럽 각국의 입법례와 민사법 통일작업의 성과물에서 소멸시효는 시효의 기산점과 시효기간의 측면과 소멸시효의 강행성(당사자의 약정에 의한 기간 단축) 등에서 여러 근본적인 체계의 대전환을 하고 있다.

종래 우리 나라에서는 이러한 소멸시효에 대하여 당시의 최근동향이라고 할 수 있는 독일, 프랑스와 일본이나 유럽계약법원칙과 그후의 유럽연합에서의 민사법통일의 성과물(DCFR, PICC, PECL 등)을 중심으로 연구가 진행되어 왔다. 본 글은 이러한 경향을 ‘답습’하여 최근의 입법례의 하나인 2020년 제정된 중화인민공화국 민법전의 소멸시효에 대한 전반적인 내용을 살펴보고 이를 통하여 우리 민법과 비교함으로써 우리 민법전이 취할 수 있는 또하나의 가능성을 제시해보고자 한다.⁷⁾ 이를 통하여 새로 제정된 민법전으로서 소멸시효의 내용에 대하여 우리 민법이 가질 수 있는 근본적 대전환을 염두에 두고 그것을 위하여 개정되어야 할 요소와 우리 현행법의 소멸시효의 규정이 가지는 요소에 대한 재검토를 위한 기초작업을 해보고자 한다.

이하에서는 현행 중국민법전의 소멸시효의 내용⁸⁾을 우리 민법의 소멸시효의 논의

5) 이러한 지적은 양창수, 유럽계약법원칙의 소멸시효규정, 법학 제44권 제4호, 2003.12, 133쪽; 같은 저자, 사비나의 소멸시효론, 오늘의 법률 제138호, 2000.7.15), 4386쪽 이하 참조.

6) 필자는 2009년 민법개정 중 소멸시효의 분과에서 개정작업에 참여하는 기회를 가지기도 하였다. 이러한 성과는 김성수, 시효 및 제척기간에 관한 민법개정시안 - 2010년 1월 29일 개정시안의 조문내용과 개정이유를 중심으로, 민사법학 제50호, 2010, 169쪽 이하; 이후에도 최신 입법례의 동향을 계속적으로 관심을 가지고 연구하고 있다. 이에 따라 개정 일본민법의 소멸시효도 그 내용을 살펴보기도 하였다. 이에 대하여는 김성수, 개정 일본민법(2017년)의 ‘소멸시효’, 아주법학 12권 제1호, 2018, 37쪽 이하.

7) 특히 소멸시효의 완성의 효과라는 측면에서 우리처럼 ‘실체적인 권리의 소멸’을 취하지 아니하고 그 외에 시효기간과 기산점이 근본적으로 다른 중국민법전의 동향을 현행법과 민법전 이전의 논의를 같이 다루어보고자 한다. 이는 절대적 소멸설에서 상대적 소멸설로 바꾸는 것과 시효기간의 단축 및 기산점의 주관주의로의 전환 등에 유용한 시사점을 줄 수 있다고 생각한다.

8) 이하의 논의는 2020년 이후에 나온 중국의 민법책을 참조로 하면서 필요한 경우에는 이전의 민사단행법의 논의를 같이 병행하였다. 주요 논의는 王利明, 杨立新, 王轶, 程啸, 民法学

에 따라 차례로 소멸시효 일반, 소멸시효의 객체, 소멸시효의 기간, 소멸시효의 중단, 정지와 연장 및 소멸시효의 완성의 효과 등을 살펴본다. 논의에서는 주로 현행 민법전의 규정을 중심으로 하면서 민법전 이전의 민사단행법의 규정과 사법해석 및 학설과 판례(실무)도 같이 다루어보고자 한다.⁹⁾

II. 소멸시효 일반

1. 소멸시효의 의의

(1) 소멸시효의 개념

소멸시효는 권리자가 법이 정하는 기간 내에 권리의 불행사가 있으면 의무자가 이행을 거절할 수 있는 항변권이 인정되는 법제도를 말한다. 비교법적으로 각국의 입법례는 각각 서로 같지 아니하다.¹⁰⁾

중국민법에서 소멸시효 아니면 소송시효(诉讼时效)의 어느 용어를 취하여야 하는가에 대하여는 견해가 대립한다. 민법통칙은 소멸시효(诉讼时效)의 개념을 취하였다.

下, 法律出版社, 第六版, 2020; 李少伟主编, 民法典教程, 法律出版社, 第四版, 2012; 梁慧星, 民法总论(第六版), 法律出版社, 2021.10; 朱庆育, 民法总论(第二版), 北京大学出版社, 2016; 王利明, 民法总论(第二版), 中国人民大学出版社, 2015; 杨立新, 中国民法总则研究, 中国人民大学出版社, 2017; 魏振瀛主编, 民法, 北京大学出版社, 2010, 190쪽을 주로 참조하였다. 개정조문의 주요내용은 민법통칙(2017년) 제정 후의 조문주석서와 민법전 제정 후 총칙편의 조문주석서를 부분적으로 참조하였다.

- 9) 제목에서 ‘우리 민법’의 소멸시효제도와 비교 및 그 시사점이 있어야 하지만 이는 추후에 보완하고자 한다. 필요한 경우에는 해당 개소에서 간략히 같이 소개하기도 하였다. 우리 해당 제도와 충실한 비교를 하는 것이 요청되었지만 이번 글에서는 하지 못하였다. 깊이 있는 논문이 되어야 하는데 주로 중국 민법전의 내용을 개관하는 것에 그친 감이 있어 죄송스럽게 생각하며 추후 보완하고자 한다.
- 10) 중국에서는 스위스, 러시아, 이디오피아 등의 국가는 诉讼时效의 용어를 취하고 독일, 일본, 이탈리아 등의 국가는 소멸시효(消灭时效)의 용어를 취한다고 하기도 한다. 예를 들어 王利明, 杨立新, 王轶, 程啸, 앞의 책, 288쪽; 그러나 이러한 각국의 용어례는 중국어로 번역하는 것의 차이일 뿐이고 그것이 과연 ‘소송시효’를 말하는 것인지는 의문이다. 오히려 한글로 된 우리 용어례는 ‘소멸시효’가 되어야 한다고 생각한다. 중국에서도 독일민법의 Verjährung을 소멸시효 또는 소송시효나 시효로 각각 번역한다. 특히 독일민법이 시효의 효과로 항변권의 발생을 인정하므로 ‘소멸’시효는 타당하지 아니한 것이라는 평가로는 梅仲协, 民法要义, 中国政法大学出版社, 1998, 154쪽.

민법전은 민법통칙의 경험을 이어받아 ‘소송시효’(诉讼时效)라는 개념을 취하고 있다.

중국의 학설은 소멸시효의 용어에 대하여 소멸시효라고 하는 것도 어느 정도 근거가 있기는 하지만 소송시효(诉讼时效)의 용어를 취하는 것이 더 타당하다고 한다.¹¹⁾ 이에 대한 논거는 한편으로는 중재, 소송 외의 청구에 대하여 모두 시효 제도가 적용될 수 있지만 국가는 법원의 보호를 통하여 권리자의 청구권의 실현을 보호하는 것이 현대사회의 통례이고 그것은 일반적으로 모든 청구권에 적용될 수 있다. 민법상 많은 규정이 주로 소송활동에 맞추어 설정되는 것이고 중재, 시효도 예외가 아니다. 시효는 권리자의 청구권 행사에 대한 제한이기는 하지만 당연히 소송 중 당사자 일방의 권리 확정에 대하여 보호를 받아야만 하는가 여부도 시효제한을 받게 된다. 그러므로 이를 소송시효로 부르는 것이 적당한 것이다. 다른 한편으로 소멸시효개념은 시효기간 만료로 실체권의 소멸을 가져오게 할 수 있는 것으로 오인하게 할 수 있지만 중국법에서는 시효의 기간만료로 청구권의 소멸을 발생하지 아니하고 의무자로 시효의 항변권을 취득하게 할 뿐이다. 소멸시효는 어떤 권리가 소멸하는 것을 강조하지만 이것과 시효의 본질은 완전히 부합하지는 아니한다. 이외에 중국의 실제 입법이 계속 취한 것은 소송시효(诉讼时效)의 개념이었고, 법의 연속성의 측면에서 여전히 계속적으로 이 개념을 취하여야 하고 从而 법률의 안정성과 일반인의 법률의 일관된 이해를 유지하는데 유리하다.

소멸시효는 총칙편의 중요한 제도의 하나이다. 해당 제도는 여러 유형의 채권적 청구권(債權請求權)에 적용되는 것으로 중국 민법전 총칙편은 독립된 장(제12편 제9장)의 형태로 ‘소멸시효’(诉讼时效)에 대하여 규정을 두었다. 이에는 소멸시효의 적용범위, 소멸시효의 기간만료의 법적 효과, 법원이 소멸시효를 적극적으로 원용해야 하는가 여부의 규정과 소멸시효의 정지, 중단과 연장 등의 문제를 포함하고 있다.

(2) 시효로서의 특징

시효는 시간의 법적 효력으로 일정한 사실상태이 법이 정하는 기간 계속적으로 존재하고 그에 따라 해당 사실상태와 상응하는 법적 효력이 발생하는 법률제도를

11) 이러한 점은 王利明, 杨立新, 王轶, 程啸, 앞의 책, 288쪽; 佟柔主编, 中国民法学·民法总则, 中国人民公安大学出版社, 1990, 314쪽.

말한다.¹²⁾ 시효는 각국이 일반적으로 인정하는 법률제도이다.

시효는 일반적으로 시효는 소멸시효와 취득시효로 나눈다.¹³⁾ 이러한 2가지 시효제도는 성립요건, 법적 효과에서 모두 분명하게 차이가 존재하기도 하지만 그들은 모두 다음과 같은 특징도 있다.¹⁴⁾

우선 시효는 모두 일정한 사실상태의 존재와 계속을 전제로 한다. 법률이 시효에 일정한 법적 효과를 부여한 것은 일정한 사실상태가 계속적으로 부단하게 있는 것으로 이와 그 진정한 권리관계가 일치하는가 여부를 묻지 아니하고 민사주체는 모두 이미 이러한 사회상태에서 정상적으로 생활하고 있고 일정한 사회의 안정성을 가지고 있다. 따라서 이는 법률적으로 이러한 사실사태에 대하여 일정한 규율을 할 필요가 있어 이에 따라 시효제도가 나온 것이다¹⁵⁾. 시효제도 중에 다른 사람의 재산을 점유하는 사실상태가 상당한 기간 계속되면 점유자는 진정한 권리자로 볼 수 있고 이거싱 취득시효로 발생하는 법률효과이다. 권리의 불행사의 사실상태가 상당한 기간 계속되지 아니하면 행사하지 아니한 어떤 권리는 이미 소멸한 것으로 인정할 수 있고 이것이 소멸시효 발생의 법률효과이다.¹⁶⁾

다음으로 시효는 일정한 기간의 경과를 요건(要素)으로 한다.

시효는 법률관계의 발생, 변경과 소멸을 발생하는 중요한 요소(因素)이다. 어떤 법

12) 이러한 점은 魏振瀛主编, 앞의 책, 190쪽; 梁慧星, 앞의 책(2011년), 236쪽 등.

13) 최근에는 소멸시효와 대응하는 것으로 제척기간을 같이 규정하기도 한다. 중국 민법전은 취득시효는 규정하지 아니하지만 소멸시효(제9장)에 제척기간(제199조)을 같이 규정한다. 종래에는 민법통칙에 소멸시효만 규정하고 계약법(제55조, 제75조, 제95조)에서 개별적으로 규정하던 것을 민법전은 통일적인 개념으로 규정하고 있다.

14) 이러한 시간의 계속에 대하여 권리의 취득이나 상실을 인정한다면 취득시효와 소멸시효의 기간에 대한 평가를 같이하여 규율하는 것도 고려되어야 할 것이다. 우리 민법은 채권과 물권의 실제적 권리(권리의 내용에 의한 분류)에 대하여 시효의 대상으로 하는데 이 경우 취득시효에 20년, 10년, 5년의 기간을 부여하고 소멸시효에 10, 20년의 기간을 부여하는 것은 이런 점에서 어느 정도 균형을 유지한다고 생각한다. 민법개정안에서 시효기간을 5년으로 단축하는 것과 취득시효는 20년, 10년, 5년으로 하는 것으로 하는 것의 관계도 검토가 필요하다. 다만 중국법은 이러한 실제적 권리가 아니라 권리의 효력에 대한 권리인 청구권과 항변권으로 보므로 채권(채권적 청구권) 이외에는 물권 자체가 아니라 물권적 청구권의 시효가 논의될 뿐이다.

15) 洪逊欣, 中国民法总则, 三民书局, 1992, 554쪽. 중국법에서는 문헌 중에 대만민법의 것을 차용하여 설명의 근거로 삼기도 한다. 대만민법(중화민국민법)과 현행 중국법은 서로 관련이 없으므로 타당한 태도라고 생각되지는 않는다. 특히 민법통칙에 의하는 경우에는 그 시효의 효력 등에 크게 차이가 있었으므로 더욱 그러하다.

16) 四宫和夫 著, 唐晖等 译, 日本民法总则, 五南图书出版公司, 1995, 299쪽.

를관계도 모두 시간적 영향을 받을 수 있으나 시효는 시간이 법률관계에 대하여 발생하는 영향이 가장 직접적으로 반영되는 것이다. 취득시효에서 일정기간의 경과로 무권점유자로 일정한 법률상의 권리를 취득하게 하는 것이고 소멸시효에서는 일정한 시간의 경과로 권리자에게 일정한 법률상의 권리를 상실하게 하는 것이다.

마지막으로 시효는 법률사실(法律事實)이다.

시효가 과연 사건(事件)에 해당한가 자연적 사실(自然事實)에 해당하는가는 견해가 대립한다. 견해에 따라서는 시효의 성립요건이 사건인가 자연적 사실인가를 묻지 아니하고 당사자의 의사가 있는 행위와 성질상 다르므로 따라서 이를 행위(行為)의 범주로 편입할 수 없고 이를 행위 이외의 법률사실(法律事實)로 편입하여야 한다고 하기도 한다. 시효의 요건은 권리의 불행사의 상태가 일정한 기간 계속되고, 따라서 사건에 해당하지 않고 일종의 사실상태(事實狀態)이다. 일정한 사실상태의 경과로 법에 의하여 어떤 권리의 취득이나 어떤 권리의 상실을 가져올 수 있다.¹⁷⁾¹⁸⁾

17) 중국의 문헌은 시효 일반의 소개에서 일반적으로 취득시효로 권리의 취득을 인정하고 소멸시효로 권리의 소멸을 논한다. 예를 들어 王利明, 楊立新, 王軾, 程嘯, 앞의 책, 287쪽, 하지만 실제로 중국에서는 취득시효는 인정되지 아니하고 소멸시효도 권리(청구권 포함)는 소멸하지 아니하므로 이러한 일반적 서술은 이 글이 대상으로 하는 중국법의 시효 일반에는 적용되지 않고 오히려 중국 ‘이외의’ 국가의 시효 일반을 말한다는 점을 주의할 필요가 있다. 이런 점에서 왜 취득시효가 인정되지 않는지, 소멸이 없다면 소멸시효가 아니라 중국법에서 말하는 ‘소송시효’가 더 적합할 수도 있다.

18) 중국법에서는 시효의 효력과 관련하여 소제기권(起訴權)의 존속에 대하여 언급하기도 한다. 이에 의하면 시효의 완성(時效的完成)으로 소제기권의 소멸을 가져오지는 아니한다. 법원에 청구를 할 수 있는 권리인 소제기권은 언제라도 상실될 수는 없다. 누구도 모두 법원에 타인에 의하여 침해된 권리의 보호를 청구할 수 있고 이러한 청구권은 박탈될 수 없는 것이기 때문이다. 이러한 점은 諾維茨基 저, 康宅田 역, 法律行為、訴訟時效、中國人民大學出版社, 1956, 155쪽. 시효기간 만료 후에 관련 당사자는 법원에 소를 제기할 수 있고 법원은 당연히 접수(受理)하여야 하고 법원이 시효만료를 이유로 소제기를 각하(駁回)할 수 없다. 그러나 상대방이 시효의 이익을 주장할 수 있다. 즉, 취득시효로 일정한 권리의 취득을 주장할 수 있거나 소멸시효의 기간만료로 상대방의 권리를 소멸하게 할 수 있다. 그런데 이러한 서술은 민법전 이전의 민법통칙이 적용되던 때에 ‘통설’이었던 시효의 효력을 소제기 후의 승소권의 소멸로 보는 학설(승소권 소멸설)을 염두에 둔 것이다. 이는 당시에 소련민법의 영향에 의하여 소제기권(기소권)과 승소권으로 나누고 후자의 권리가 소멸된 것으로 본 것이다. 현행 민법전은 민법총칙과 사법해석(2008년)에 의하여 이러한 학설을 포기하고 항변권 발생설로 전환하였으므로 이러한 현재의 시효에 대하여 소제기권의 존속이라는 것이 반드시 타당한 것인가는 의문이 있다.

(3) 시효제도의 기능

엄격히 말하면 취득시효와 소멸시효의 기능은 일정한 구별이 있기는 하지만 그들은 시효제도의 일부분으로 모두 공통하는 기능을 가지고 있다. 권리자가 상당히 긴 기간 권리를 행사하지 않으면 재산의 점유자는 사실상의 점유로 인하여 어떤 사실상의 재산관계를 형성하여 어떤 이익을 취득하게 된다. 의무자는 권리자가 청구권을 주장하지 아니하여 그로 급여의무를 오랫동안 정지상태에 있게 되고 따라서 어떤 이익을 취득할 수 있게 된다. 일정한 사실상태가 상당한 기간 계속되는 것으로, 즉 시간의 경과에 의하여 다른 사람의 신뢰의 이익을 발생하게 하는 것이다. 그러므로 거래의 안전의 유지, 정상적인 재산질서와 생활질서의 안정에서 출발하여 사실상태에 대한 보호의 필요, 몇 가지 민사권리의 변경이 발생한다.

시효제도의 기능은 주로 다음 3가지 측면으로 구현된다.

첫째로 권리자의 적시의 권리행사의 촉구이다.

시효제도의 중요한 내용의 하나는 권리자가 권리를 가지고 있으나 적극적으로 권리를 행사하지 않아 권리소멸이나 효력의 감소라는 법적 효과를 발생하게 하는 것이다. 시효는 본래 ‘법은 성실한 자를 보호하고 게으른 자를 보호하지 않는다’는 원칙을 구현한다는 것이다. 재산에 대한 권리자는 권리를 가지고 있지만 그것을 오랫동안 ‘권리 위에서 잠자고 있’어 적극적으로 권리를 행사하지 아니하여 물건의 그 효용을 다하게 하는데(物尽其用) 불리하다는 것이다. 소멸시효이든 취득시효이든 모두 권리자가 적극적으로 권리를 행사하게 촉구하여 그래서 물건의 사용효율의 기능을 제고한다. 법률은 ‘권리 위에 잠자는 사람’을 보호하지 아니하고 적극적으로 권리를 행사한 사람만을 보호하는데 이것이 시효제도의 입법취지라고 한다.¹⁹⁾

둘째로 이미 정해진(既定) 법적 질서의 안전의 유지이다.

사회생활 중에 일정한 사실상태의 계속은 필연적으로 상응한 법적 질서를 야기하게 된다. 예를 들어 점유자가 어느 재산의 점유가 일정한 합리적 기간을 지나면 점유자는 해당 재산을 목적으로 하는 임대차, 매매, 각종 법률관계와 권리의 설정을 하게 되고 따라서 일정한 재산질서를 형성하게 된다. 거래 중에 권리자가 장기간 의무자에게 권리를 행사하지 않으면 의무자로 권리자가 이미 그 청구권을 포기한 것으로 생각하게 되고 사회에서 이정한 질서가 형성된다. 따라서 법률은 시효제도를

¹⁹⁾ 王泽鉴, 民法总则, 北京大学出版社, 2009, 492쪽.

통하여 이미 정해진(既定) 재산질서와 거래질서를 유지하게 되고, 상당히 긴 시간을 지나면 권리자의 권리행사는 이미 정해진 사회질서를 뒤집게 되어 법률질서의 안정에 불리하다.

셋째로 증거의 수집과 판단과 적시의 분쟁해결에 유리하다.

시효법이 보호하고자 하는 것은 수년이 지난 의무의 정산과 같은 오래 전의 사건이 가져오는 권리 주장의 곤란을 면하게 하고자 것이다. 민사사건의 증거의 수집은 통상적으로 상당히 복잡하기 때문에 시간이 오래되면 될 수록 부담이 증가하고 시간의 제한이 없다면 원래의 권리자의 증명부담은 과중하고 현재의 권리자는 그 곤란함을 감당하기 어렵고 법원도 심판의 부담이 증가할 수 있고 따라서 법률은 시효제도를 규정하여 이에 따라 증거의 수집과 판단에 유리하고 적시에 분쟁을 해결하게 한다.

학설에 따라서는 각국의 시효의 기능을 고려하면 이는 안녕과 평화의 실현, 효율의 촉진, 신뢰의 보호, 권리자의 권리행사의 독촉, 의무자의 증명의 편리의 5가지로 세분하기도 한다.²⁰⁾

이러한 기능 중에서 앞의 4가지는 ‘권리가 소멸’되는 시효제도(시효기간 만료 후에 의무자의 의무면제, 권리가 아닌 사람의 권리 취득)에 기초한 설명이고 5번째 기능을 권리의 추정 시효제도(즉, 시효기간 만료 후 채무자는 이미 채무변제를 추정하고 점유자는 이미 권리를 취득을 하고 채무자나 점유자가 스스로 인정하는 것이 아니면 권리자가 증거로 해당 추정을 반복하는 것을 불허)에 기초한 설명이다. 이에 따라 시효제도의 기능으로 권리소멸의 논거는 타당하지 아니하고 권리추정으로 구성하여야 시효의 반도덕성을 제거할 수 있다고 하기도 한다.²¹⁾

20) 예를 들어 孙鹏, 返还原物请求权如何适用诉讼时效-民法典第196条第2项的解释论, 法学研究 2022년 제2기, 71쪽 이하; 孙鹏, 去除时效制度的反道德性-时效制度存在理由论, 现代法学 2010년 제5기, 52쪽 이하.

21) 孙鹏, 앞의 논문, 52쪽 이하. 이에 대한 반론으로는 朱虎, 返还原物请求权适用诉讼时效问题研究, 法商研究 2012년 제6기, 118쪽; 王轶, 物权请求权与诉讼时效制度的适用, 当代法学 2006년 제1기, 80쪽; 우리 법에서도 시효완성의 효과로서 절대적 효력설에서는 시효완성 후 이를 알지 못하고 변제한 경우에 도의관념에 적합한 비채변제(제744조)가 되어 부당이득의 반환을 청구하지 못한다고 한다. 이러한 지적은 곽윤직, 김재형, 민법총칙, 제9판, 중판, 2014, 449쪽; 이영섭, 신민법총칙강의, 박영사, 1959, 429, 방순원, 신민법총칙, 한일문화사, 1959, 327쪽; 이은영, 민법총칙, 제5판, 박영사, 2009, 778쪽; 이영준, 한국민법론, 박영사, 2003, 711쪽. 이러한 설명은 소멸시효의 효과가 도의관념에 맞지 않는 것이고 시효를 인정하지 않는 것이 도의관념에 적합한 것이라는 것을 전제로 하고 있다. 시효의 기능

(4) 소멸시효에 관한 현행법의 규정

소멸시효에 관하여는 민법전 이전에는 민법통칙(1986년)이 소멸시효(诉讼时效)의 일반법으로서 독립된 장(제7장)으로 하여 이를 규정하였다. 이에는 일반소멸시효기간은 2년으로 하고(제135조) 1년의 시효(제136조), 시효기간의 기산점을 권리침해를 알았거나 알 수 있었던 때로부터의 기산과 20년의 최대시효기간과 소멸시효기간의 연장을 규정하였다(제137조). 또한 시효기간이 경과한 후 임의이행(제138조)과 시효의 정지사유와 그 효력(제139조), 시효의 중단사유와 그 효력(제140조) 등을 각각 규정하였다.

민법통칙에 대하여 최고인민법원은 사법해석²²⁾을 두어 소멸시효에 관하여 독립된 장(제6장)(제165조-제177조)으로 규율하였다.

이후에 계약법, 담보법, 물권법, 불법행위책임법, 상속법 등과 같은 민사단행법과 그 사법해석이 제정되면서 개별적으로 소멸시효에 대하여 규율하기도 하였다.

2008년 최고법원은 소멸시효에 관하여 사법해석을 새로 제정하여 종래의 소멸시

에 대한 설명은 시효를 어떻게 볼 것인가와도 관련된 것을 알 수 있다. 중국 민법전과 같이 항변권설(상대적 효력설)을 취하면 이러한 문제가 발생하지 아니한다. 실제로 중국민법전의 부당이득의 특수형으로 인정되는 도의상의 의무이행을 위한 급여(为履行道德义务进行的给付)(제985조 제1호)로 도의관념에 적합한 비채변제를 인정하지만 이 유형에 소멸시효라는 것을 인정하지 아니한다. 즉, 시효가 완성된 채무는 부당이득으로 보지 아니한다. 오히려 시효가 완성된 채무는 비채변제가 아니라 시효가 완성된 채무는 자연채무(自然债务) 또는 불완전채무(不完全债务)로 본다. 이러한 점은 王利明, 杨立新, 王轶, 程啸, 앞의 책, 544쪽; 李永军, 论自然之债在我国未来民法典债法体系中的地位, 比较法研究 2017년 제1기, 1쪽 이하; 같은 저자, 自然之债源流考评, 中国法学 2011년 제6기; 李锡鹤: 法律债, 还是人情债? - 自然债性质探讨, 人大法律评论 2013년 제1기; 覃远春, 何霖, 民法自然债非强制性的几点启示, 四川文理学院学报 2010년 제1기, 43쪽 이하; 覃远春, 刘小彤, 民法自然债基本问题研究, 理论导刊 2009년 제12기, 110쪽 이하. 이외에도 覃远春, 民法自然债研究, 西南政法大学 박사학위논문, 2007도 참조; 우리 법에서는 자연채무에 대하여 법률상 의의가 있는 것이라는 보는 다수설에 대하여 도의(도덕)상의 의무도 포함하는 것으로 보는 학설(현승중, 87-88, 92쪽)이 있고 이에 따라 소멸시효가 완성된 채무를 상대적 소멸설을 취하면서 자연채무로 포함하는 것으로 보기도 한다. 김증한, 안이준편, 신채권총론, 박영사, 1963, 73쪽, 절대적 소멸설에서는 도의적 의무를 이행한 경우에는 자연채무의 이행이 있었기 때문이 아니라 그러한 급여자를 보호할 필요가 없다는 정책적 고려에서 나온 것이고 실제의 결과(자연채무를 인정하는 경우와 같은 결과)만을 본 것이라고 한다. 광윤직, 채권총론, 제 6판, 중판, 2014, 61, 63쪽.

22) 이는 最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民事诉讼法通则》若干问题的意见(试行)(1988년) (法[办]发[1988]6号)으로서 8개 부분(一.-八.) 200개 조로 되어 있었다. 이하 ‘민법통칙 의견’(1988년)으로 한다.

효에 대한 여러 가지 문제점을 정비하였다.²³⁾

2107년 민법전 제정의 1단계로서 민법총칙(中华人民共和国民法总则)이 제정되었다. 이에는 종래의 민법통칙의 소멸시효의 체계와 내용을 기초로 하여 그동안의 민사단행법과 사법해석을 반영하여 독립된 장(제9장)(제188조-제199조)으로 하여 소멸시효의 기본내용을 규정하였다.²⁴⁾

이어서 최고인민법원은 소멸시효에 대한 민법총칙과 민법통칙의 적용에 대한 사법해석을 두기도 하였다.²⁵⁾

2020년 민법전이 제정되었고 소멸시효에 관하여는 종래의 민법총칙의 조문내용을 그대로 받아들여 규정하고 있다.²⁶⁾ 이에 따라 소멸시효는 독립된 장(제9장)으로 ‘소멸시효’(诉讼时效)라는 명칭을 유지하였고 조문번호와 조문내용도 같다.

이어서 최고인민법원은 민법전의 제정과 함께 소멸시효에 관한 종래의 사법해석을 폐지하고 새로운 사법해석(2020년)을 제정하기도 하였다.²⁷⁾ 또한 민법전 총칙편에 대한 사법해석(2022년)을 제정하여 소멸시효에 대하여 민법전의 규정을 보충하는 내용을 규정하여 시행하고 있다.²⁸⁾

23) 이는 最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定(2008년)(法释 [2008] 11号)으로 24개 조로 되어 있다. 이하 ‘소멸시효에 대한 사법해석’(2008년)이라고 한다. 조문내용은 부록 참조.

24) 谭后平, 应建均, 民法总则与民法通则诉讼时效期间制度的过渡与衔接, 人民法院报 2017년.

25) 最高法院颁布适用民法总则诉讼时效司法解释(2018년)(法释 [2018] 12号)으로 모두 5개 조로 되어 있다. 이하 ‘민법총칙에 대한 사법해석’(2018년)이라고 한다. 구법과 신법의 시행에 관한 것으로 일반적으로는 부칙에 해당하는 것이지만 민법총칙에 시효 이외에 다른 규정이 있어 별도로 사법해석으로 한 것이다.

26) 물론 민법전의 제정으로 종래의 민법총칙과 민법통칙과 민사단행법은 모두 폐지되었다. 또한 최고인민법원도 종래의 사법해석에 대하여는 이를 폐지하거나 계속 적용하는 것으로 재정비하였는데 시효에 관하여는 이를 폐지하고 새로운 사법해석(2020년)을 제정하기도 하였다. 조문내용은 부록 참조.

27) 最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定(2020년)(法释 [2018] 12号)으로 21개 조로 되어 있다. 이하 ‘소멸시효에 대한 사법해석’(2020년)으로 한다. 조문내용은 부록 참조. 이 조문과 2008년의 소멸시효에 대한 사법해석의 조문내용의 비교는 二十一条! 民事案件诉讼时效制度新规发布(发现论典) (2021-01-06) <<http://www.faxianlaw.com/a/dongtai/2021/0106/1183.html>>; <<http://m.gsxirunlawyer.com/a/20210118100113713.html>>; <http://www.east-concord.com/z_ygd/Article/20211/ArticleContent_2037.html> 참조.

28) 이에 대하여는 김성수, 최고인민법원의 「중화인민공화국 민법전」 총칙편 적용의 몇 가지 문제에 관한 해석(사법해석)(2022년), 사법행정63(6), 2022.6, 53-66쪽 참조. 소멸시효는 八、诉讼时效(8. 소멸시효(诉讼时效)에 제35조-제38조까지 규정한다. 이하 ‘민법전 총칙편 사법해석’(2022년)으로 한다. 조문내용은 부록 참조.

(5) 소멸시효기간의 특징

소멸시효는 권리행사에 대한 기간(期限)에 관한 규정으로 그것은 직접적으로 일정한 기간으로 표시된다. 민법에서 기간의 유형은 아주 많고 민사법률관계의 발생, 변경과 소멸은 종종 기간과 함께 관련되는 것으로 소멸시효는 기한의 유형의 하나일 뿐만 아니라 그밖의 기간과 비교하여 소멸시효의 기간은 법정성, 강행성과 의무자의 시효이익의 구현이라는 특징이 있다

① 법정성(法定性)

소멸시효기간은 권리자가 법원에 그 민사권리의 보호를 청구하는 법이 정하는 기간(法定期限)이다. 해당 기간을 넘은 후 당사자의 민사권리의 효력은 일정한 영향을 받을 것이다(會).²⁹⁾ 소멸시효기간은 당사자가 약정한 기간이 아니라 법률이 직접적으로 정하는 기간이다. 권리를 행사하지 아니한 사실은 해당 법정된 기간을 통하여 시효기간의 만료의 효과를 발생한다. 당연히 제척기간과 그밖의 기간과 비교하면 소멸시효의 기간은 공정불변의 것은 아니고 법률이 규정하는 요건에 해당하면 정지, 중단과 연장될 수 있다.

② 강행성(強制性)³⁰⁾

소멸시효의 강행성의 내용은 4가지 측면을 포함한다.

첫째로 당사자가 약정으로 시효규정의 적용을 배제하는 것이 금지된다. 강행규정(强行性规范)의 본래의 의미(含义)는 당사자가 약정을 통하여 그 적용을 배제할 수 없는 것을 말한다. 법률규정이 그가 정하는 요건을 갖춘 때에는 자연적으로 적용되는 것이고 당사자가 약정을 통하여 적용의 배제를 할 수 없다.³¹⁾ 둘째로 당사자가 시효규정을 위반하여 소멸시효기간의 연장이나 단축을 약정하는 것이 금지된다.³²⁾

29) 당연히 각국은 시효기간을 넘은 경우의 법률효과에 각각 다른 규정을 두면서 항변권 발생설, 실체권소멸설과 승소권소멸설 등의 여러 입법례가 있다.

30) 최근에 이러한 시효의 강행성에 대하여 개인의 약정으로 이를 배제할 수 있는 논의가 외국의 입법례에서 나오고 있는데 중국에서는 이를 아직 받아들이지 않고 있다. 또한 시효규정은 전면적 강행규정으로 보고 우리 민법처럼 의무자에게 유리한 경우의 유효를 인정하는 편면적 강행규정으로 보지도 아니한다.

31) 佟柔主编, 中国民法, 法律出版社, 1990, 600쪽.

32) 이에 대하여는 梁伦喜等与梁金翠物权保护纠纷上诉案, 湖北省宜昌市中级人民法院 (2010)宜

비교법에서 국가에 따라서는 당사자가 약정을 통하여 소멸시효기간의 연장이나 단축을 허용하기도 한다. 국가에 따라서는 당사자가 약정하는 것을 금지한다.³³⁾ 민법전 제197조는 소멸시효의 강제성에 대하여 규정하고 당사자에게 약정을 통하여 소멸시효기간의 연장이나 단축하는 것을 명확하게 금지한다. 셋째로 당사자가 소멸시효의 계산방법에 대하여 약정을 금지한다. 여기서 말하는 계산방법은 주로 소멸시효가 언제부터 기산을 개시하는가를 말한다. 당사자가 시효의 계산방법에 대하여 약정하는 것을 허용하면 실제로 소멸시효기간의 연장이나 단축을 허용하는 것과 동등한 것이다. 넷째로 당사자가 소멸시효의 정지, 중단사유에 대하여 약정하는 것을 금지된다.

소멸시효의 정지나 중단사유는 법률이 규정하는 것이어야 하고, 따라서 이것들은 시효기간의 확정에 대하여 중요한 의의가 있는 것이고 당사자가 임의로 약정을 허용하면 시효의 강제성은 아주 큰 영향을 받는다. 특히 주목하여야 할 것은 소멸시효기간 등의 규정의 강제성의 강조도 소멸시효 규정의 통일성의 유지에도 유리하고, 따라서 당사자가 소멸시효기간 등의 규정을 약정하는 것을 허용하면 법원은 각각의 약정이 합리적으로 구체적 판단을 하였는가 여부를 구체적으로 판단하는 것이 필요할 수 있게 되어 사법 재판의 통일성에 영향을 줄 수 있고 또한 불합리하게 사법비용(司法成本)도 증가하게 된다.

③ 의무자의 시효이익의 구현

시효이익은 소멸시효기간의 기간만료 후 권리자가 법원에 소송절차에 의하여 의무자의 이행을 강제할 것을 청구하는 권리를 상실하는 것을 말한다. 따라서 의무자는 의무를 이행하지 아니할 수 있고 이어서 그는 본래는 취득해서는 안되는 이익을 취득한다. 시효기간의 기간만료 후에 의무자가 가지는 시효이익은 법적 보호를 받는다. 당연히 소멸시효기간의 기간만료 후에 의무자가 가지는 시효이익은 본질적으로 당사자의 사익이고 그는 이를 포기할 수 있다. 그러나 채무자의 이익의 보호를 고려하여 민법전 제192조 제2항은 소멸시효이익의 사전포기를 금지한다.

中民一终字第 00487号民事判决书 참조.

33) 史尚宽, 民法总论, 中国政法大学出版社, 2000, 625쪽.

(6) 소멸시효의 구별개념

① 취득시효와 소멸시효

시효는 이를 취득시효와 소멸시효의 2가지 유형으로 나눌 수 있다. 취득시효는 다른 사람의 부동산, 동산이나 그밖의 재산을 점유하는 사실상태가 일정한 기간을 경과하면 해당 동산과 부동산의 소유권과 그밖의 재산권을 취득하는 것을 말하며 점유시효(占有時效)라고 하기도 한다. 소멸시효는 권리자가 일정한 기간 내에 권리(청구권)를 행사하지 아니하여 법원에 그 권리의 보호를 청구할 권리를 상실하는 것을 말하며 소송시효(訴訟時效)라고 하기도 한다.³⁴⁾

중국 민법전은 소멸시효만 총칙편에서 규정하고 취득시효에 대하여는 규정을 두지 아니한다. 이는 민법전 이전의 민법통칙이 소련민법이론의 영향을 받아 취득시효 제도를 취하지 아니하고 소멸시효만 그 용어도 소송과 관련된 시효(송소권)과 관련하여 소송시효로 하는 것을 받아들인 것이다.

취득시효를 규정하지 아니한 이유는 입법자가 취득시효를 소유자가 아닌 사람이 점유에 기초하여 다른 사람의 소유권을 취득하는 것으로 사회주의 국가가 역설(提倡)하는 재물을 습득해도 자기 것으로 하지 아니한다(拾金不昧), 공물(公物)을 취하지 아니한다(公物還家) 등의 전통적 미덕과 부합하지 않는 것으로 인정하였기 때문이다.³⁵⁾ 이에 따라 독립된 장(제7장)에 소멸시효를 ‘訴訟時效’라는 명칭으로 시효의 기본제료를 규정하였다.

민법전 총칙편은 이러한 민법통칙의 태도를 계속 취하여 소멸시효만 규정하고 취득시효는 규정하지 아니한다. 민법전 계약편, 상속편이나 해상법 등의 법률에도 각각 특별소멸시효를 규정한다. 이외에 최고인민법원은 소멸시효에 관하여 몇몇 사법 해석을 마련하여 완전한 시효제도를 구축하였다.

이와 달리 학설은 취득시효의 시장경제체제에서의 필요성을 인정하여³⁶⁾ 민법전에 이러한 취득시효를 규정하여야 한다고 주장한다.³⁷⁾ 2002년 민법전 제정과정에서 나

34) 양자의 차이는 王利明, 楊立新, 王軾, 程嘯, 앞의 책, 287쪽 이하.

35) 佟柔主編, 앞의 책, 603쪽.

36) 이러한 점은 梁慧星, 制定中國物權法的若干問題, 梁慧星主編, 民商法論叢 第16卷, 2000, 356쪽; 溫世揚, 廖煥國, 取得時效立法研究, 法學研究 2002년 제2기, 112쪽 등.

37) 張玉東, 論取得時效的立法選擇, 北京航空航天大學學報(社會科學版), 第30卷 第1期, 2017, 57쪽; 학설의 논의와 입법의 연혁에 대하여는 黃晨雨, 論建立取得時效制度的必要性, 上海法學研究(2020年第19卷(東南大學)), 2020년 제19권 <https://mp.weixin.qq.com/s/rAlyo_w-wnW>

은 민법전초안과 학자들의 초안³⁸⁾에서도 이러한 취득시효를 민법전에 규정하는 것으로 하고 다만 이 제도를 어떻게 규정할 것인가에 차이가 있을 뿐이었다. 그러나 2017년의 민법총칙과 2020년 민법전의 총칙편과 물권편을 제정할 때에는 취득시효는 이를 도입하지 아니하였다. 이는 민법전이 기본적으로 민법통칙의 체계와 내용을 그대로 차용하는 것으로 하였기 때문이었다.

현행법에서도 취득시효가 인정되기도 하였다. 예를 들어 집단토지의 소유권에 분쟁이 발생할 때에 국가토지관리국이 제정한 ‘토지소유권과 사용권의 확정의 몇 가지 규정’(1995년)(确定土地所有权和使用权的若干规定 제21조³⁹⁾는 농민집단이 계속하여 그밖의 농민집단소유의 토지를 20년 동안 사용하는 경우에는 현재의 사용자의 소유로 보아야 한다고 규정하기도 하였다. 학설은 이 규정이 취득시효의 존재의의의 예증이라고 보기도 한다. 중국의 새로운 一轮***의 토지의 권리확인 중에 토지가 어떻게 귀속을 확정할 것인가의 분쟁에 대하여 취득시효에 의하여 해결할 수 있다고 하기도 한다.⁴⁰⁾ 학설은 취득시효에 대하여 이를 총칙편 또는 물권의 어디에 규정할 것인가

Cc3Ge2aRR8w?>; 李方杰, 浅论取得时效制度(2014-09-10) <<http://www.jsfy.gov.cn/article/68863.html>> 등.

38) 민법전 이전의 물권법 제정과정에서 나온 학자들의 2가지 물권법초안 건의안에서도 이미 취득시효에 대하여 규정하였다. 즉, 王利明主编, 中国物权法草案建议稿及说明, 中国法制出版社, 2001(제71조)과 梁慧星主编, 中国物权法草案建议稿, 社会科学文献出版社, 2000(제280조-제284조)이 그러하다. 7]参그러나 이후에 나온 王利明主编, 中国民法典草案建议稿及说明, 中国法制出版社, 2004에서는 物权编(第五编)에 이러한 규정을 두지 아니한다; 2002년의 민법전초안에서도 취득시효를 민법전에 규정하였다. 이에 따르면 취득시효는 민법(초안)의 총칙에 소멸시효와 병합하여 단독의 장으로 규정하였다. 총칙 제105조: 第105条 权利人不行使权利, 致使诉讼时效期间届满, 占有人以所有的意思, 公开、持续占有他人不动产经过5年的, 取得该不动产的所有权. 제106조도 동산의 시효취득에 같은 내용을 규정한다. 입법취지에 대하여는 王胜明, 关于物权法若干问题的思考, 法学杂志 2006년 제2기; 刘保玉, 앞의 논문, 四、对民法草案总则编相关规定的评析及立法建议의 부분 참조; 이외에도 2015년 4월 민법총칙의 제정과정에서 나온 민법총칙 전문가 건의안(의견수렴안)(民法总则专家建议稿(征求意见稿))에서도 취득시효를 명문으로 인정하였다. 그 외의 취득시효에 대한 구체적 건의안은 刘保玉, 앞의 논문, 四、(二)의 부분 참조. 동산소유권(제1조), 미등기 부동산(제2조)과 등기부동산의 취득시효(제3조) 등 7개의 조문으로 되어 있다.

39) 第21条 农民集体连续使用其他农民集体所有的土地已满20年的, 应视为现使用者所有.

40) 이러한 점은 张玉东, 앞의 논문, 58쪽 참조; 그 외에 토지도급 운영권자가 황무지를 개간하여 작물을 식재하거나 파종하고 일정한 기간을 경과하도 취득시효에 의하여 개간한 황무지의 토지도급운영권을 취득할 수 있다고 한다. 또한 동산이나 부동산매매 중에 당사자 쌍방이 이미 등기나 인도를 완료하였으나 그후 취소권의 행사나 대리인의 추인 거절로 권리변동의 기초가 더 이상 없게 된 경우에 권리자가 계속 권리를 주장하지 아니하면 일정한 기간이 지난 후에 점유자가 해당 권리를 취득하는 것으로 인정해야 한다고 한다.

의 체계적 위치뿐만 아니라 구체적인 규율내용으로 취득시효의 적용대상, 선의와 악의와 기간과 연속 등의 추정, 중단과 정지사유와 법적 효과 등이 논의되기도 한다.⁴¹⁾

② 소멸시효와 제척기간⁴²⁾

(가) 제척기간의 개념

제척기간(除斥期間)은 법률이 규정이나 당사자가 약정한 형성권의 존속기간을 말

41) 이에 대한 논의로는 劉保玉, 論取得時效的制度構建, 法學雜誌 2007년 제2기 <<http://old.civillaw.com.cn/Article/default.asp?id=42873>>; 姜仲俊, 取得時效制度立法設計-兼評《民法草案》對取得時效制度之規定, 青海師範大學民族師範學院學報 2009년 제2기; 夏燕, 論取得時效制度構建及其意義, 江蘇警官學院學報 2008년 제3기; 張宇, 試論取得時效在我国的實踐性和立法設計, 上海社會科學院, 2010년; 史浩明, 取得時效制度研究, 天津社會科學 1994년 제3기; 溫世揚, 廖煥國, 民法時效立法要論, 王利明等主編, 中國民法典基本理論問題研究, 人民法院出版社, 2004, 220쪽 이하; 尹田, 論物權法規定取得時效的必要性, 法學 2005년 제8기; 汪淵智, 我國民法訴訟時效制度之構想, 法學研究 2003년 제3기; 劉保玉, 鍾淑健, 取得時效制度若干問題探討, 羅馬法·中國法與民法法典化, 中國政法大學出版社, 2001, 121쪽; 劉保玉, 王仕印, 取得時效的制度構建及其與訴訟時效的關係, 法學雜誌 2007년 제2기; 林旭霞, 取得時效制度的適用性及其效力分析, 河南省政法管理幹部學院學報 2004년 제5기; 季秀平, 物權之民法保護制度研究, 中國法制出版社, 2006, 320쪽 이하; 蔣樺, 取之有道, 何過之有-論“取得時效”制度適用的正當性, 法制博覽 2013년 제12기, 254쪽 이하 등.

42) 이외에 소멸시효와 관련하여 유사하지만 구별하여야 할 것으로 실효(失效)가 있다. 중국법에서 학설은 권리의 실효(權利失效)를 인정하고 권리자가 상당한 기간 내에 그 권리를 행사하지 아니하고 특별한 사정으로 의무자가 채권자가 그 의무이행을 하게 하지 않을 것이라는 정당한 신뢰가 충분히 있을 때에 신의성실의 원칙에 의하여 채권자는 더 이상 주장할 수 없는 것을 인정한다. 실무에서는 적용한 예가 적지 아니하여 동일한 사건에 다른 판결을 내리기도 한다고 한다. 현행법은 이러한 실효에 대한 일반규정을 두지 아니하고 민법전 각칙의 특별조항으로 권리 실효의 전형적인 경우를 규정하여 신의성실의 원칙이 규율하는 예외적인 경우로 하고 있고 경우에 따라 각칙의 권리실효의 특별조항에 대하여 둘 것을 건의하기도 한다. 이러한 점은 蔣言, 論權利失效的立法, 政治與法律 2018년 제2기; 楊巍, 我國民法不應建立權利失效制度, 甘肅政法學院學報 2010년 제1기, 135쪽 이하; 趙清玉, 權利失效的本質與客體, 知與行 2016년 제11기; 王洪平: 論權利失效規則及其法典化 <<https://www.chinalaw.org.cn/portal/article/index/id/20459.html>>; 대만에서도 권리실효는 학설과 판결이 인정하고 있고 실효의 일반규정에 대하여 규정을 두지는 아니한다. 대만의 논의는 王澤鑒, 權利失效, 民法學說與判例研究(一), 335쪽 이하; 吳從周, 權利失效之要件變遷?, 月旦法學教室 第49期, 12쪽 이하 등; 우리 민법에서도 소멸시효와 관련하여 유사하지만 구별하여야 할 것으로 실효(失效)를 들기도 한다. 예를 들어 이영준, 앞의 책, 674쪽 이하. 모두 조속한 법적 안정성을 도모한다는 점에서 유사하지만 그 법이론적 기초를 각각 달리한다고 한다. 우리 나라에서는 판례가 실효나 실권의 법리를 민법 제2조의 신의성실에 근거하여 인정하기도 하지만 이를 명문으로 신의성실과 별도로 이를 인정하기 위하여 민법에 인정하여야 할 것인가에 대하여는 반대의 견해로는 이영준, 앞의 책, 678쪽. 이에 따라 소멸시효는 제척기간, 실효와 취득시효의 3가지 제도가 비교하여 민법전에 규정을 어떻게 하고 실제로 어떻게 규율할 것인가가 체계적으로 논의가 필요하다.

하며 예정기간(预定期间), 불변기간(不變期间)이라고도 한다.⁴³⁾ 제척기간의 만료로 형성권은 소멸한다. 제척기간의 역할은 형성권 행사의 불확정성을 해결하고 제때에 당사자의 권리관계를 확정하는데 있다.

민법전(제199조)이 제척기간에 대하여 명시적으로 규정을 두고 있다. 각국의 민법은 통상 제척기간의 일반규정을 두지 아니하고 개별 형성권에 각각 구체적 규정을 두고 민법전 이전의 중국법에서도 이러한 태도이었지만 중국 민법전(제199조)은 이에 대하여 명문규정을 신설하였다.⁴⁴⁾

제199조 법률이 규정하거나 당사자가 약정한 취소권, 해제권 등 권리의 존속기간은 법률에 다른 정함이 있는 경우 외에는 권리자가 권리의 발생을 알았거나 알 수 있었던 날로부터 기산하고 소멸시효의 정지, 중단과 연장에 관한 규정을 적용하지 아니한다. 존속기간의 만료로 취소권, 해제권 등의 권리는 소멸한다.⁴⁵⁾

해당 조문은 제척기간의 기본원칙을 확립하여 제척기간의 기산원칙, 제척기간의 만료 후의 법적 효과에 대하여 규정하고 취소권, 해제권 등의 형성권의 행사를 규정한다.⁴⁶⁾

43) 제척기간에 대하여는 우선 王利明, 杨立新, 王轶, 程啸, 앞의 책, 309쪽 이하; 李少伟主编, 앞의 책, 209쪽 이하; 耿林, 论除斥期间, 中外法学 제28권 제3기, 2016, 613쪽 이하; 史浩明, 论除斥期间, 法学杂志, 2004년 제4기; 杜超, 解析除斥期间, 当代经理人 2006년 제9기; 张鹏, 诉讼时效与除斥期间区分标准之再探索, 南昌高专学报 2006년 제2기, 24쪽 이하; 张静, 诉讼时效与除斥期间之区分标准再辨析, 研究生法学 2013년 제1기, 23쪽 이하; 崔建远, 解除权问题的疑问与解答(上篇), 政治与法律 2004년 제3기, 40쪽 이하; 孙建, “道”听“途”说《民法典》总则编之时效与期间(下)(2022-09-19) <<http://www.debund.com/article?id=1983>>; 张立琼, 不容忽视的及时行权-浅议新冠病毒疫情期民事权利的除斥期间问题 <https://www.king-capital.com/content/details49_15520.html>(2020-03-03); 沈烨, 除斥期间属于法院主动审查范围, 上海法治报 2019.4.24. B6 <http://www.shfzb.com.cn/html/2019-04/24/content_783135.html>; 冯涛, 诉讼时效和除斥期间相关问题择论 <<http://www.procedurallaw.cn/info/1021/2829.htm>>; 吴烈俊, 除斥期间设计的民法原理-以《合同法》为例 등.

44) 다만 민법전은 제척기간을 총칙편 기간계산(제10장)에서가 아니라 소멸시효(제9장)의 일부로 규정하고 있어 강학상 양자를 같이 다루기는 하지만 체계상 지위가 문제될 수 있다.

45) 第199条 法律规定或者当事人约定的撤销权、解除权等权利的存续期间, 除法律另有规定外, 自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算, 不适用有关诉讼时效中止、中断和延长的规定。存续期间届满, 撤销权、解除权等权利消灭。

46) [시사점] 우리 나라에서도 2009년 민법개정안에서 소멸시효 이외에 제척기간의 일반규정에 관한 신설에 대하여 논의가 있었다. 중국 민법전은 이러한 점에서 제척기간에 대한 일반규정을 둔 점에 향후 우리 나라를 포함한 다른 입법례에 시사점을 줄 수 있을 것이다.

(나) 제척기간의 특징

제척기간의 주된 특징은 다음과 같다.

첫째로 이는 취소권, 해제권 등 권리의 존속기간이고 그 적용대상은 형성권이다. 제척기간이 소멸시효와 다른 것은 그것이 권리의 존속기간으로 해당 기간 내에 권리어야 존재할 수 있다는 것이다. 법률이 제척기간을 둔 것은 권리자가 가능한 한 신속하게 권리를 행사할 것을 독촉하는데 유리하다. 제척기간은 취소권, 해제권 등 권리에 대한 존속기간이다. 취소권은 당사자가 법률행위를 취소를 청구할 수 있는 권리고, 해제권은 당사자가 법률관계의 해제를 청구할 수 있는 권리이다. 성질로 보면 취소권과 해제권 등의 권리는 모두 형성권에 속하고 동일한 종류의 해석원칙에 따라 해당 조문의 '등의 권리'(等权利)가 말하는 것은 형성권이어야 할 것이다. 따라서 제척기간의 적용대상은 조문은 명확히 하지 않지만 주로 형성권이다. 형성권이 일방의 의사에 의하여 법률관계를 발생, 변경과 소멸하는 효과를 발생할 수 있으므로 제척기간의 제한과 다른 사람의 권리와 사회일반의 공공이익과 모두 일정한 관련이 있다.⁴⁷⁾

둘째로 이는 법률이 규정하거나 당사자가 약정할 수 있다. 한편으로 제척기간은 대부분 법률이 정한다.⁴⁸⁾ 다른 한편 소멸시효와 달리 제척기간은 당사자도 약정할 수 있다. 예를 들어 당사자는 계약 중에 계약의 해제권의 기간을 약정(약정해제기간)할 수 있고 해당 기간이 경과하면 해제권은 소멸한다. 셋째로 이는 그 기산점을 일반적으로 권리자가 알았거나 알 수 있었던 날로부터 기산한다. '안다'(知道)는 것은 명확한 증거로 당사자가 권리의 발생을 이해(知曉)한 것을 보이는 것을 말한다. '알 수 있었다'(应当知道)는 것은 명확한 증명을 하지 못하더라도 사회의 일반적 상식에 근거하여 당사자가 이해한 것을 추정할 수 있거나 당사자가 이해할 의무가 있는 것을 말한다. 이처럼 제척기간에 대하여 민법전(제199조)은 기산점에 대하여 일반규정을 두지만 그 기간에 대하여는 통일적 일반규정을 두지는 아니하고 각각의

다만 그 규정 위치와 규정내용에 좀더 보완할 필요가 없는가는 논의가 필요하다. 소멸시효와 관련하여 어느 곳에 이를 규정할 것인가와 구체적으로 예시되는 제척기간의 종류와 '형성권'의 명시 여부 및 제척기간의 '기간'을 일반규정으로 적용할 것인가(예를 들어 1년)가 그러하다.

47) 芮沐, 民法法律行为理论之全部, 中国政法大学出版社, 2003, 162쪽.

48) 예를 들어 개인독립자본기업법(个人独资企业法) 제28조 : 第28条 个人独资企业解散后, 原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任, 但债权人在五年内未向债务人提出偿债请求的, 该责任消灭.

구체적 권리에 대하여 각각 다른 기간을 두고 있다.⁴⁹⁾ 예를 들어 민법전(제152조)에 의하면 법률행위의 취소권의 기간을 당사자가 취소사유를 알았거나 알 수 있었던 날로부터 1년으로 한다.

넷째로 제척기간에는 정지, 중단과 연장이 인정되지 아니한다. 형성권의 행사는 당사자 일방의 의사에 의하여만 법률관계가 발생, 변경, 소멸되게 할 수 있으므로 발생면 제척기간의 중단, 정지, 연장을 인정하면 법률관계를 장기간 불확정한 상태로 두게 되고 따라서 제척기간을 둔 법제도의 목적을 실현하기 어렵게 될 수 있게 된다. 따라서 일단 제척기간이 만료로 취소권, 해제권 등 형성권은 바로 소멸된다.⁵⁰⁾ 당연히 법률이 제척기간의 계산원칙과 제척기간의 중단, 정지, 연장 등의 문제에 대하여 특별규정을 두면 해당 특별규정을 적용하여야 한다. 예를 들어 법정해제권에 대하여 민법전(제564조)는 해제권의 행사기간에 법률에 규정이 없거나 ‘당사자가 약정이 없고’ 상대방의 최고 후 상당한 기간(合理期限) 내에 행사하지 않은 경우에는 해당 권리는 소멸한다고 규정한다.

제척기간이 만료한 후에 법원은 적극적으로 직권에 의하여 해당 기간의 만료의 효과를 확정할 수 있다. 제척기간은 형성권의 존속기간이므로 그 완성의 법률효과는 형성권을 절대적이고 당연하고 확정적으로 소멸하게 하는 것이다. 따라서 일방이 형성권을 주장한 후에 상대방이 이러한 권리의 존재에 항변을 하였는가를 묻지 아니하고 법원은 모두 해당 권리의 존재 여부에 대하여 심사하여야 하고 이는 필연적으로 해당 권리가 제척기간의 만료로 소멸하였는가 여부의 문제와 관련된다. 이런 의미에서 제척기간의 법률효과의 발생은 당사자의 주장을 요하지 아니한다. 이외에 제척기간 경과의 이익은 당사자가 적극적으로 선택한 결과가 아니고 따라서 당사자는 소극적으로 받아들일 수 있을 뿐이고 포기할 수 없다.

제척기간의 적용대상은 주로 형성권이다. 따라서 취소권, 해제권 이외에 추인권, 선택권, 동의권, 이의권 등이 이에 해당한다. 그러나 사회경제질서를 유지하기 위하여 제척기간의 적용범위를 확대하는 것이 필요하고 따라서 제척기간의 적용범위는 형성권뿐만 아니라 그밖에 몇몇 법률이 정하는 그밖의 권리도 포함한다.⁵¹⁾

49) 제199조의 제척기간의 일반규정 외에 제152조, 제171조 제2항, 제543조, 제574조 제2항, 제621조 제2항, 제1052조 등. 이 중에서 가장 일반적인 기간은 1년이다(제152조, 제541조, 제1052조).

50) 李适时主编, 中华人民共和国民法总则释义, 法律出版社, 2017, 633쪽.

51) 이러한 견해로는 王利明, 杨立新, 王轶, 程啸, 앞의 책, 310쪽. 예를 들어 민법전 제692조가

(3) 제척기간과 소멸시효

제척기간과 소멸시효는 모두 권리행사에 대한 일종의 기간제한으로 권리자가 적시에 권리를 행사를 촉구하여 사회관계의 안정을 유지하게 하는 작용을 하고 소멸시효와 제척기간은 모두 민사법률사실 중의 상태(民事法律事实中的状态)로서 일정한 시간의 경과로 법률관계에 변동을 발생하는 것이라는 점에서 공통하지만 양자는 현저한 차이도 있다.

우선 적용대상의 차이이다. 소멸시효는 주로 채권적 청구권에 적용되지만 제척기간은 주로 취소권, 해제권 등의 형성권에 적용된다. 양자의 적용대상의 차이는 양자의 구체적 원칙과 법률효과에 일정한 차이의 존재도 정한다. 소멸시효는 채권적 청구권에 적용되므로 민법전에 그에 대하여 추상적으로 규정할 수 있다. 그러나 제척기간은 형성권에 적용되고 형성권의 규정은 각각 상당히 특수하다. 예를 들어 서로 다른 경우의 취소권, 해제권의 규정은 상당히 큰 차이가 있고 이에 따라 통일적으로 규율하기 아주 어렵고 제한된 형성권의 구체적 내용에 근거하여 개별적으로 구체적 규정을 하여야 한다.

둘째로 당사자가 약정할 수 있는가에 차이가 있다. 법률은 소멸시효기간의 규정이 강행규정에 해당하고 당사자가 약정으로 변경하지 못한다. 그러나 제척기간은 법률이 규정할 수 있지만 당사자가 약정할 수도 있다. 셋째로 정지, 중단과 연장을 할 수 있는가에 차이가 있다. 소멸시효는 성질상 가변기간(可變期間)으로 법률이 정하는 사유로 인하여 정지, 중단하고 예외적인 경우에 연장할 수도 있다. 그러나 제척기간은 형성권의 행사로 법률관계의 불안정을 배제하는데 그 취지가 있으므로 제척기간은 일반적으로 중단, 정지, 연장될 수 없고 불변기간(不變期間)이라고도 한다.⁵²⁾

넷째로 기간만료 후의 법적 효과에 차이가 있다. 소멸시효기간의 만료로 관련된 청구권은 이로 인하여 소멸하지 아니하고 의무자가 관련된 항변권을 발생하게 할 뿐이다. 따라서 어떤 의미에서 소멸시효의 기간만료 후에 채권자의 채권은 이미 일

규정한 보증기간은 일반적으로 해당 기간을 제척기간으로 본다. 이러한 점은 杨巍, 《民法典》保证期间规则修改评释, 河北法学 제38권 제9가, 2020.9; 奚晓明, 论保证期间与诉讼时效, 中国法学 2001년 제6기, 56쪽 이하; 孔祥俊, 保证期间再探讨, 法学 2001년 제7가, 55쪽 이하; 王恒, 保证期间的本体论批判, 河北法学 2011년 제10기, 137쪽 이하; 姜朋, 保证期间的困扰-兼论法律与司法解释的关系, 北方法学 2017년 제1기, 46쪽 이하; 이에 대하여 제척기간은 형성권에 한정된다고 하는 견해도 있다. 예를 들어 이소위主編, 앞의 책, 209쪽.

52) 가변기간과 불변기간에 대하여는 王利明, 杨立新, 王轶, 程啸, 앞의 책, 309쪽 이하.

중의 자연채무(自然債)로 변경된다. 그러나 제척기간은 성질상 형성권의 존속기간에 해당하므로 일단 제척기간이 만료하면 적집 권리 자체가 소멸한다. 이러한 차이가 있으므로 시효만료 후에 의무자는 시효의 이익을 포기하고 임의로 이행행위를 한 경우에 권리자도 관련 이익을 보유하고 부당이득이 성립하지 아니한다. 그러나 제척기간 만료 후에 의무자가 기한의 이익을 포기하는 행위는 어떤 권리를 창설하는 것으로 볼 수 있다.⁵³⁾

다섯째로 법원의 적극적인 원용을 허용하는가에 차이가 있다. 위에서 본 것처럼 소멸시효 만료는 의무자로 일정한 항변권을 발생하게 할 뿐이고 해당 항변권의 주장 여부는 의무자가 자주적으로 선택하여야 하고 법원이 직권으로 심사할 수 없다. 그러나 제척기간 만료 후에 권리자의 권리는 소멸되고 권리자는 해당 권리를 다시 행사할 수 없고 따라서 법원은 직권으로 심사를 할 수 있다.

Ⅲ. 소멸시효기간

1. 소멸시효기간 일반

소멸시효기간(訴訟時效期間)은 권리자가 법원에 그 민사권리의 보호를 청구하는 법이 정하는 기간(法定期間)을 말하며 시효기간(時效期間)이라고도 한다. 특히 소멸시효의 요건에서 그 장단에 따라 권리자와 의무자의 이익 조정에 중요한 요건이다.

이러한 시효기간은 통상 이를 일반시효기간, 특별시효기간과 최대시효기간의 3가지로 나눈다.

2. 일반시효기간(제188조)-3년

일반소멸시효기간은 민사 기본법이 규정하는 시효기간으로 일반적으로 시효가 적용되어야 하는 여러 법률관계에 적용될 때의 기간을 말하고 보통소멸시효기간(普通訴訟時效期間)라고 하기도 한다. 민법전(제188조 제1항)은 일반 소멸시효기간을 3년

⁵³⁾ 이에 대하여는 魏振瀛主編, 앞의 책, 193쪽.

으로 한다. 이 조문은 민법통칙(제135조⁵⁴)의 2년⁵⁵⁵⁶)의 일반소멸시효기간의 규정을 수정한 것이다.

민법통칙의 2년의 시효기간에 대하여는 2가지 견해가 있었다.

첫째는 2년의 시효기간에 찬성하는 견해⁵⁷)로 이에 따르면 과학기술의 진보와 사회경제의 발전으로 민사거래의 유통(民事流转)은 점점 빨라지고 있고 상품유통에서 방해(梗阻)를 감소하거나 피하게 하기 위하여 일반시효기간의 단축이 필요하고 이로써 제때에 채권관계를 종료시킬 수 있다고 본다. 따라서 민법통칙의 일반시효기간은 현대의 경제발전의 필요에 상당히 적합한 것이고 동시에 권리자가 소송상 권리를 행사하는데도 충분한 시간이라고 한다.

둘째는 2년의 시효기간을 비판하는 견해로 이에 따르면 중국의 일반시효기간은 비교법적으로 보아 지나치게 짧아서 채권자에게 가혹하기 때문에 이를 연장해야 한다는 견해이다.⁵⁸) 비교법적으로 보면 소멸시효기간이 점차적으로 단축되는 추세에 있기는 하지만 이는 주로 대륙법계 국가의 소멸시효의 원래의 규정이 너무 길어서(예를 들어 프랑스민법전이 정하는 일반시효기간은 30년) 이에 따라 단축할 필요가 있었기 때문이다. 그러나 중국의 민법통칙이 규정한 2년의 시효는 명백하게 너무 짧아서, 이러한 규정이 민사유통과 거래의 신속발전의 촉진에 유리하고 당사자에게 가능한 권리행사를 신속하게 촉진하였으나 권리자의 보호에는 명백하게 불리하였고 사회 일반인의 채무에 관하여 가지는 이행하여야만 한다는 생각에 부합하지는 아니

54) 제135조 법원에 민사권리의 보호를 청구하는 소멸시효기간은 2년으로 하고 법률에 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

55) 시효기간은 당시의 민법통칙이 참조한 소련민법전의 영향을 받은 것이다. 이러한 점은 우선 连光阳, 论合同之债请求权时效期间的起算①-基于解释论的立场, 湖南科技大学学报(社会科学版) 제17권 제4기, 2014.7, 48쪽; 张佩霖, 谈谈诉讼时效, 法学研究 1986년 제8권 제4기, 27쪽 이하 등.

56) 민법통칙이 일반소멸시효를 2년으로 한 것은 상속법과 관련이 클 수 있다고 보기도 한다. 즉, 상속법은 민법통칙 전에 제정되어 시행되었는데 상속법 제8조는 소멸시효를 2년으로 하였다. 민법통칙이 일반소멸시효를 2년으로 규정한 것은 상속법과 일치하도록 하기 위한 가능성이 큰 것이다. 이러한 것의 방증은 양자 모두 최대보호기간도 모두 20년으로 한다는 것이다. 이러한 점은 王竹主编, 中华人民共和国民法典, 总则编条文要义, 北京大学出版社, 2021, 441쪽.

57) 예를 들어 魏振瀛主编, 앞의 책, 197쪽; 王卫国主编, 民法, 中国政法大学出版社, 2007, 175쪽 등.

58) 王利明, 杨立新, 王轶, 程啸, 앞의 책, 290쪽; 江平主编, 民法学, 中国政法大学出版社, 2007, 239쪽.

하였다. 일반시효기간이 너무 짧다고 비판하는 이 견해가 다수설이었고, 이러한 견해는 적당한 시효기간으로 4-5년, 5-8년, 10년을 제시하기도 한다.⁵⁹⁾

현행 중국민법은 후자의 비판을 받아들여 종래의 2년에 1년을 더하여 중국 민법전은 일반시효기간을 3년으로 연장하였다.⁶⁰⁾ 이러한 기간을 연장한 것은 권리자의 이익 보호에 더 유리한 것이다.⁶¹⁾ 이러한 3년의 기간은 독일민법전과 일치하기는 하지만 비교법적으로는 그 기간이 상당히 짧다고 한다. 이렇게 상당히 짧은 일반소멸시효기간은 한편으로는 권리자의 채권이 보호받을 기회를 상실하게 될 수 있고 다른 한편으로는 본래 기타의 방법을 통하여 정상적으로 해결할 수 있는 분쟁을 소멸시효를 잘못하여 넘는 것을 피하기 위하여 급하게 소제기할 수도 있다고 하기도 한다.⁶²⁾

3. 특별 소멸시효기간

특별 소멸시효기간(特別訴訟時效期間)은 민사 기본법이나 특별법이 어떤 민사법률 관계에 관하여 특별히 규정한 시효기간을 말하며 특수소송시효기간(特殊訴訟時效)라고 하기도 한다. 특별법은 일반법에 우선한다는 일반원칙에 따라 특별소멸시효의 규정에 해당하는 경우라면 특별시효를 적용하여야 하고 일반소멸시효를 적용해서는 안된다. 특별시효기간은 일반시효기간(3년)보다 단기일 수도 있고 장기일 수도 있다.

중국의 현행 민사입법 중에서 특별소멸시효에 관한 규정은 종래 민법통칙과 물권법, 상속법, 계약법, 불법행위법 등의 민사단행법에서 개별적으로 규정하고 있었으나 민법전 제정으로 민법통칙과 민사단행법은 폐지되었고 이러한 규정은 민법전의 각 편으로 편입되었고 민사특별법은 그대로 특별규정으로 효력을 유지한다.

이에는 다시 단기소멸시효와 장기소멸시효가 있을 수 있다.

우선 단기소멸시효(短期訴訟時效)는 시효기간이 2년보다 짧은 소멸시효를 말한다. 종래의 민법통칙(제136조)에서는 시효기간을 1년으로 정하는 것으로 신체에 상해를

59) 예를 들어 4-5년은 苏明, 民法总论, 法律出版社, 2006, 368쪽; 5-8년은 刘凯湘, 民法总论, 2006, 北京大学出版社, 365쪽; 10년으로 하는 것으로는 陈明添, 吴国平主编, 中国民法学, 法律出版社, 2007, 321쪽.

60) 다만 학설이 제시한 기준에 비추어 보면 3년도 여전히 짧은 것이라고 할 수 있다.

61) 王利明, 杨立新, 王轶, 程啸, 앞의 책, 290쪽.

62) 이러한 점은 李少伟主编, 앞의 책, 202쪽.

입은 경우의 배상청구, 품질이 통과되지 못한 제조물을 고지하지 않고 매매한 경우, 임대료 지급의 연장이나 거절과 임치한 물건의 분실이나 훼손을 규정하였으나 현행 민법전은 이를 규정하지 않고 있다. 민법전 외에 해상법, 어음법(票據法) 등도 모두 특별시효를 규정한다. 이러한 특별시효는 경우에 따라 일반시효기간보다 더 단기를 요한다. 예를 들어 해상법(제257조)은 1년의 단기시효를 규정한다.⁶³⁾

법률이 특별시효를 두는 목적은 주로 서로 다른 분쟁의 법적 특징에 근거하여 서로 다른 시효를 적용하려는 것이다. 증거가 상대적으로 분명하고 법률관계가 상대적으로 단순(單一)하면 일반적으로 당사자가 가능한 신속하게 권리를 행사할 것이 요청된다. 그러나 분쟁이 상대적으로 복잡하고 상당히 오랫동안의 기간에도 증거가 산 일되지 되지 않을 수 있으면 좀더 긴 시효기간을 적용할 수 있다. 민법전에 이러한 특별시효에 대하여 규정이 없으면 해당 법 제11조의 규정에 의하여 특별법의 규정이 우선하여 적용되어야 하고 이에 따라 특별법의 특별시효 규정이 계속 적용되어야 한다.

다음으로 장기소멸시효(長期訴訟時效)는 시효기간이 3년보다 길고 20년보다 짧은 기간 사이의 소멸시효를 말한다.⁶⁴⁾ 장기시효기간은 단기시효기간과 최대시효기간 사이에 있는 것으로 증거조사와 수집에 비용과 시간이 많이 들어가는 의문이 있는 어려운 사건이나 국제(섭외) 경제분쟁에 주로 적용된다.⁶⁵⁾

민법전(제594조)은 국제화물매매의 특수성을 고려하여 법률로 특별한 소멸시효기간으로 4년을 규정하였다.⁶⁶⁾ 국제화물매매계약과 기술수출입계약은 일반시효기간보다 더 길 것을 요하는 것을 알 수 있다. 종래의 계약법(제129조)에서도 국제(섭외) 화물매매계약분쟁의 소제거나 중재기간은 4년으로 하고 당사자가 알았거나 알 수 있었을 때로부터 기산하였다.

63) 第257條 就海上货物运输向承运人要求赔偿的请求权，时效期间为一年，自承运人交付或者应当交付货物之日起计算；在时效期间内或者时效期间届满后，被认定为负有责任的人向第三人提起追偿请求的，时效期间为九十日，自追偿请求人解决原赔偿请求之日起或者收到受理对其本人提起诉讼的法院的起诉状副本之日起计算。

64) 3년이나 20년은 포함되지 않고 이 경우에는 일반시효와 최대시효기간이 된다.

65) 魏振瀛主编, 앞의 책, 198쪽.

66) 第594條 因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的时效期间为四年。

4. 최대소멸시효기간

최대소멸시효기간(最长诉讼时效期间)은 소멸시효의 중단, 정지의 규정이 적용되지 않는 시효기간을 말하며 학설에서는 절대적 시효기간(绝对时效期间)이라고도 한다. 민법전 제188조 제2항은 최대소멸시효기간을 20년으로 한다. 이는 종래의 민법통칙(제137조 단서)을 그대로 답습한 것이다.

최대시효기간의 목적은 여러 시효정지, 중단사유를 배제하여 시효기간계산의 예외 사항을 간단하게 할 수 있게 하는 것이다. 일반시효와 장기시효는 기간이 짧고, 정지, 중단의 규정을 적용할 수 있을 뿐만 아니라 권리가 침해된 사실의 파악이나 알 수 있었을 때부터 시효가 기산되므로 소멸시효가 불확정적이다. 따라서 분쟁을 바로 해결할 수 없고 안정적인 법질서를 형성할 수 없다.⁶⁷⁾

해당 조문의 규정에서 최대소멸시효기간은 다음과 같은 특징이 있다.

첫째 확정성(固定性)이 있다. 최대시효기간을 둔 취지는 민사권리의 보호에 최대한의 고정기간을 하나 두려는 것으로 일반적으로 이러한 최대기간을 초과하면 일반적으로 해당 민사권리는 보호되지 못한다. 따라서 해당 기간에는 시효의 정지, 중단의 규정을 적용하지 아니한다. 일단 소멸시효의 정지, 중단의 규정을 적용할 수 있으면 최대시효는 가변기간(可變期間)이 되어 일반시효와 실질적인 차이가 없고 이는 20년의 시효기간을 둔 입법목적 실현하기 어렵게 되기 때문이다.⁶⁸⁾

둘째로 기산에서 권리가 발생한 날로부터 기산하는 객관적 계산방법을 취하고 주관적(主觀主義)인 계산방법을 취하지 아니한다. 즉, 권리가 침해를 받은 것을 알았거나 알 수 있었을 때로부터 기산하지 아니한다. 최대시효기간을 둔 입법목적이 권리의 보호에 최대기간을 하나 두는 것인 이상은 그 기산점에 대하여 통일된 고정적(확정적)인 기준을 두어야만 할 것이고, 이같이 할 때에만 20년의 기간이 비로소 고정될 수 있다.

셋째로 견해의 대립이 있기는 하지만 소멸시효 연장의 규정을 적용하지 아니한다. 최대시효기간을 둔 목적에서 보면 그 주된 것은 권리의 행사에 고정된 기간을 하나 두거나 최대 보호기간을 하나 두는 것이고, 최대기간이 계속 연장될 수 있고 연장된 상한기간에 제한이 없다면 이는 최대시효기간을 가변기간이 되게 만드는 것이고 최

67) 王利明, 杨立新, 王轶, 程啸, 앞의 책, 152쪽; 같은 저자, 앞의 책(제6판), 291쪽.

68) 李适时主编, 앞의 책, 594쪽.

대시효의 역할이 더 이상 존재하지 않게 할 수도 있는 것이다.

이러한 최대시효기간은 권리가 침해된 때로부터 기산한다(민법통칙 제137조).

또한 최대시효는 일반시효나 장기시효와 달리 이를 연장할 수 없다.⁶⁹⁾ 현행 민법전 이후에 총칙편 사법해석(2022년)에서는 일반시효와 달리 명확히 이에 관한 규정을 두지 않고 있다(제35조 제2문) : 제35조 제188조 제2항이 정하는 20년의 기간은 정지, 중단⁷⁰⁾의 규정은 적용하지 아니한다.⁷¹⁾

이러한 20년의 기간의 법적 성질에 대하여는 이를 학설은 대부분 소멸시효기간으로 본다.

이에 대하여 이 기간은 시효기간과 동일한 범주에 들 수 없다는 반대설도 있다.⁷²⁾ 이에 의하면 소멸시효기간과 법적 성질, 발생원인이나 기산시기 등 여러 가지에서 다르기 때문이다. 즉, ① 20년의 기간은 불변기간으로 시효기간이 정지, 중단과 연장이 되는 것과 명확하게 다르다. ② 20년 기간의 완성으로 권리자가 권리행사를 소홀히 한 것에 기초한 것이 아니라 권리자가 자기의 권리의 침해를 모르는 것으로 인한 것인데 시효의 완성은 권리자가 권리의 불행사로 발생한다. ③ 20년의 기간은 권리가 침해된 날로부터 기산하는데 소멸시효기간은 권리자가 그 권리를 침해받은 것을 알았거나 알 수 있었던 때로부터 기산한다.⁷³⁾

5. 소결

중국 민법전의 현행 소멸시효기간은 다음과 같이 정리될 수 있다.

69) 다만 이러한 최대기간의 연장에 대하여는 민법통칙과 그에 대한 사법해석에서 명확한 규정이 없어서 학설은 대립하였다. 이에 대하여는 후술하는 시효의 연장의 부분 참조.

70) 제1문과 달리 ‘연장’이 없다.

71) 3년의 일반시효에 대한 제1문에서는 민법전 제188조 제1항이 정하는 3년의 소멸시효기간은 민법전의 관련 소멸시효의 정지, 중단에 관한 규정은 적용할 수 있고 연장(延長)의 규정은 적용하지 아니한다. 第三十五条 民法典第一百八十八条第一款规定的三年诉讼时效期间, 可以适用民法典有关诉讼时效中止、中断的规定, 不适用延长的规定。该条第二款规定的二十年期间不适用中止、中断的规定。

72) 王卫国主编, 民法, 中国政法大学出版社, 2007, 175쪽; 王利明主编, 民法, 中国人民大学出版社, 2008, 177쪽 등.

73) 이러한 점에서 20년 기간은 소멸시효로 보아서는 안되고 특수한 최대권리보호기간(最长权利保护期间)으로 보아야 한다는 견해로는 徐国栋, 民法总论, 高教出版社, 2007, 396-397쪽.

시효기간 --- 일반시효기간: 3년

--- 특별시효 ----- 단기시효: 1년

----- 장기시효 : 3년 초과 20년 미만

----- 최대시효 : 20년

우리 민법이 일반시효(10년)와 단기시효(1년, 3년 미만)를 규정하는 것과 차이가 있다. 즉 일반소멸시효를 3년으로 하여 최근의 외국의 입법례 중에서도 상당히 단기의 것으로 규정한다.⁷⁴⁾

IV. 소멸시효의 객체-청구권

1. 시효의 객체 일반⁷⁵⁾

소멸시효의 객체는 소멸시효의 적용범위라고 하기도 한다. 이에 대하여 종래의 민법통칙은 소멸시효의 적용범위 또는 적용대상에 관하여 명확한 규정을 두지는 아니하였다.⁷⁶⁾ 학설은 일반적으로 소멸시효는 청구권(請求權)에만 적용될 뿐이고 소유권, 인격권, 신분권과 같은 지배권, 취소권, 해제권, 승인권 등과 같은 형성권에는 적용되지 않는다고 한다. 또한 채권 자체에 직접 적용되는 것이 아니라 채권적 청구권에 적용된다고 한다.⁷⁷⁾

이하에서는 시효가 적용되는 채권적 청구권과 그 적용의 예외의 순서로 살펴본다.

2. 채권적 청구권

소멸시효는 주로 채권적 청구권에 적용된다. 채권적 청구권이 시효의 객체라는 점

74) 다만 이러한 태도는 그 기산점을 주관적 기산점으로 하는 것도 그러하다.

75) 이에 대하여는 우선 程啸, 陈林, 论诉讼时效客体, 法律科学 2000년 제1기.

76) 우리 민법(제162조)은 채권(제1항) 뿐만 아니라 소유권을 제외한 그밖의 재산권(제2항)이 소멸시효의 대상이 되는 것을 규정한다. 우리 법은 권리의 분류 중에서 효력에 의한 것인 청구권과 항변권이 아니라 권리의 내용에 따른 것을 시효의 대상으로 하고 있다.

77) 魏振瀛主编, 앞의 책, 194쪽; 상속회복청구권의 소멸시효도 문제된다.

에는 이설이 없다(소멸시효에 관한 사법해석 제1조).

독일법에서 소멸시효의 적용대상은 청구권에 한정되고 따라서 소멸시효는 청구권적 소멸시효라고 하기도 한다.⁷⁸⁾ 중국에서는 민법전 제188조 제1항이 ‘법원에 민사권리의 보호를 청구하는 소멸시효기간은 3년으로 한다. 법률에 다른 규정이 있는 경우에는 그 규정에 의한다’고 정한다. 이는 민법통칙의 규정(제135조)을 그대로 답습한 것이다. 해당 조문은 소멸시효에 관하여 규정을 하였지만 이는 ‘민사권리’라는 표현만 사용하여 소멸시효의 적용범위에 대하여 명확한 한계설정을 하지 아니한다. 그런데 민법전 제196조는 소멸시효가 적용되지 아니하는 청구권의 경우에 관하여 주로 문제되는 것은 물권적 청구권(物权请求权)이다. 이로서 알 수 있는 것은 소멸시효는 주로 채권적 청구권에 적용되어야 한다는 것을 알 수 있다. 이외에 소멸시효에 관한 사법해석(제1조)은 ‘당사자는 채권적 청구권에 대하여 시효의 항변을 할 수 있다’(当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩)고 규정하여 해당 조문은 실제로 소멸시효의 적용범위가 원칙적으로 채권적 청구권이라는 것을 명확히 하였다.

채권적 청구권은 특정한 채권자가 채무자에게 일정한 작위나 부작위를 청구할 수 있는 권리를 말한다. 원칙적으로 채권의 청구권은 모두 소멸시효에 적용될 수 있다. 계약에 의한 채권(合同之债), 불법행위에 의한 채권(侵权之债), 사무관리에 의한 채권, 부당이득에 의한 채권이 모두 소멸시효가 적용될 수 있다.⁷⁹⁾ 이외에도 상속회복 청구권에도 일반소멸시효의 적용이 인정된다.⁸⁰⁾⁸¹⁾

78) 蔡章麟, 简介德国民法消灭时效制度, 郑玉波主编, 民法总则论文选辑(下), 五南图书出版公司 1984, 786쪽.

79) 王泽鉴, 앞의 책, 522쪽.

80) 魏振瀛主编, 앞의 책, 194쪽; 王利明, 杨立新, 王轶, 程啸, 앞의 책, 149쪽에서는 이러한 상속시효에 대한 언급이 있으나 현재에는 없다. 王利明, 杨立新, 王轶, 程啸, 앞의 책(제6판), 291쪽.

81) 종래 상속법(제8조)에서는 상속시효에 대하여 2년의 시효기간을 두었다. 민법전에서는 이 조문을 삭제하였고 이제는 상속인의 신분확정에 대한 분쟁의 시효는 일반소멸시효(3년)가 적용된다. 이에 상속재산분할은 포함되지 아니한다. 이러한 점에 대하여는 丁金坤, 民法典继承时效的计算 (2021.12.6) <https://ding_jinkun.blog.caixin.com/archives/252575>; 종래의 규정은 상속법 제8조 상속권분쟁은 소제기 기간이 2년이고 상속인이 그 권리가 침해된 것을 알았거나 알 수 있었을 때로부터 기산한다. 그러나 상속이 개시된 날로부터 20년을 넘은 경우에는 다시 소송을 제기할 수 없다. 第八条 继承权纠纷提起诉讼的期限为二年, 自继承人知道或者应当知道其权利被侵犯之日起计算。但是, 自继承开始之日起超过二十年的, 不得再提起诉讼. 민법전 이전의 상속법이 적용되던 때의 사법해석 最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见(1985년) 제15조-제18조도 참조.

소멸시효는 청구권에 적용되는데 그 원인은 다음과 같다.

한편으로는 청구권은 내용상으로 다른 사람에게 일정한 행위나 일정한 행위를 하지 않을 것을 청구하는 권리로 청구권의 실현은 의무자의 일정한 급여의무의 이행에 의존(有賴)하지만 이러한 급여의무는 실제적으로는 의무자에 대하여는 일종의 부담이 된다. 이와 반대로 이러한 부담은 일정한 기간 내에 존재하여야만 하고 기간 제한 없이 계속될 수는 없다. 그렇지 않으면 의무자는 어떤 급여의무를 장기간 부담하고 사회경제관계의 안정에 불리한다. 이것도 청구권이 지배권과 다르게 결정하게 되는데 그것은 기간 없이 장기간 존재할 수 없고 다시 말하면 그것은 반드시 소멸시효기간의 제한을 받는다. 다른 한편으로 청구권은 의무자의 의무의 이행에 의존하여 비로소 실현될 수 있기는 하지만 의무자가 의무를 이행하지 아니하면 권리자는 법원에 그 권리보호의 실현을 청구할 수 있다. 그러나 이러한 보호를 청구하는 권리도 시간적 제한이 있고 그렇지 않으면 시간이 아주 길게 될 수 있어 증명곤란 등의 문제가 출현되어 당사자의 적법한 권익이 법원의 보호를 받기 어렵게 될 것이다.⁸²⁾ 그러므로 소송보호의 필요에서도 청구권이 소멸시효의 제한을 받게 하여야 할 것이다. 또한 알 수도 있는 것은 시효로 발생된 효과는 항변권이 발생이고 항변권은 바로 청구권에 상대하여 대응하는 것으로 청구권의 진행에 대하여 방어를 하는 권리이다. 이러한 측면에서 시효의 항변권은 청구권에 대하여만 적용될 수 있는 것이다.

소멸시효에 관한 사법해석(2022년) 제1조의 규정에서 보면 물권적 청구권은 시효가 적용되지 아니한다. 물권적 청구권은 물권에 기초하여 발생된 청구권을 말하는 것으로 다시 말하면(也就是说) 물권자가 그 물권이 침해되었거나 침해될 염려가 있을 때에 물권의 원만한 상태를 회복하거나 침해를 방지를 청구할 수 있다. 물권적 청구권은 물권에 기초하여 발생하는 물권과 분리할 수 없는 독립된 청구권의 일종이다.

물권적 청구권(物权请求权)에 소멸시효가 적용되는가 여부는 계속 논쟁이 있었다.

물권적 청구권은 물권에서 발생하는 청구권으로서 물상청구권이라고도 한다. 이에 는 원물반환청구권, 방해배제청구권, 방해예방청구권 등이 있다. 물권적 청구권은 물권으로부터 발생하지만 물권 자체는 아니며 물권과 분리할 수 없는(불가분적 관계가 있는) 독립적 청구권이다.

이러한 물권적 청구권이 시효의 대상이 되는가는 제한적 긍정설, 부정설과 구별성

82) 王泽鉴, 앞의 책, 410쪽.

등의 학설이 대립한다.

부정설⁸³⁾은 물권이 소멸하지 않으면 물권으로부터 생기는 물권적 청구권도 소멸하지 않는 것으로 보아 물권적 청구권을 시효의 대상이 아니라고 본다. 이에 따르면 물권적 청구권을 물권을 기초로 하여 발생하는 것으로 물권의 권능의 하나이며 물권을 물권으로서 효력을 가지게 하는 수단이다. 즉, 물권적 청구권이 시효로 소멸하면 껍질뿐인 물권만 존재하게 된다. 또한 물권적 청구권에 시효의 적용을 인정하면 소멸시효의 기산점을 언제로 하여야 하는가도 문제된다. 물권적 침해는 언제나 계속적 침해이기 때문이다. 이에 대하여 제한긍정설은 물권적 청구권과 채권적 청구권은 다른 사람에게 일정한 행위를 하거나 하지 않도록 하는 권리에서 같다. 시효를 적용하지 않으면 거래의 안전을 해한다. 그러나 이미 등기된 부동산을 시효의 적용을 받지 아니한다. 그렇지 않으면 등기가 그 효용을 잃기 때문이다. 구별설은 원물(재산) 반환청구권은 시효의 적용을 받지만 이미 등기된 부동산, 방해배제청구권, 방해예방청구권 등은 시효의 제한을 받지 않는다. 또는 부동산물권에 대하여는 시효를 적용하지 않고 동산물권에 시효를 적용한다는 견해도 있다.⁸⁴⁾

일반적으로 물권적 청구권은 원칙적으로 소멸시효의 규정이 적용되지 않는다고 본다.

그 주된 논거는 다음과 같다.

한편으로 물권적 청구권은 물권의 효력의 구체적 구현이고, 물권적 권능 중에 포함되는 것이고, 물권이 존재하기만 하면 물권적 청구권은 존재하여야 한다. 물권 자체는 지배권으로서 시효규정이 적용되지 아니하고 따라서 물권의 일부로서의 물권적 청구권도 시효의 기간경과로 소멸되어서도 안된다. 다른 한편으로 물권적 청구권의 주된 기능은 물건에 대한 원만한 지배를 보장하는 것이고 그것은 물권이 특유한 방법의 일종이다. 물권적 청구권이 시효기간의 경과로 소멸하지만 물권이 계속적으로 존재하면 물권은 일종의 공동화된 권리가 되게 된다. 따라서 취득시효와 소멸시효의 시간 차이는 소유권으로 이름과 실체가 서로 다른(名实错位) 혼란상태를 가져오게 되어 권리의 진공이 발생할 것이다.⁸⁵⁾ 이외에 방해배제, 위험예방 등의 물권적

83) 李建华主编, 民法总论, 科学出版社, 2007, 2015(제2쇄), 228쪽.

84) 刘凯湘主编, 앞의 책, 155쪽.

85) 史尚宽, 民法总论, 中国政法大学出版社, 2000, 569쪽; 民法总则, 中国政法大学出版社, 2002, 463 쪽 등.

청구권에 대하여 어떻게 소멸시효의 기산점을 확정할 것인가의 난점도 있다. 물권적 청구권은 통상적으로 여러 계속적인 침해행위에 적용되기 때문이다. 계속적 침해행위는 이러한 종류의 침해와 방해행위가 통상적으로 지속되고 무단히 진행되는 경우에, 예를 들어 다른 사람의 건물 옆에 구덩이를 판다면, 해당 구덩이가 계속 존재하기만 하는 것으로 다른 사람의 건물의 안전을 위협하게 될 것이다. 이러한 경우에 어떻게 소멸시효의 기산점을 확정할 것인가도 상당히 어렵다.⁸⁶⁾

3. 소멸시효가 적용되지 않은 청구권

모든 청구권이 전부 소멸시효에 적용되는 것은 아니다. 민법전은 소멸시효가 적용되지 아니하는 것을 명문으로 열거하고 있다.

제196조 다음 각 호의 청구권에는 소멸시효의 규정이 적용되지 아니한다.

1. 침해정지, 방해배제, 위험예방의 청구
2. 부동산물권과 등기된 동산물권의 권리자가 한 재산의 반환청구
3. 자녀부양료, 부모부양료 또는 부부 등 부양료의 지급청구⁸⁷⁾
4. 법에 의하여 소멸시효가 적용되지 아니하는 그밖의 청구권⁸⁸⁾

이하에서는 이러한 청구권을 차례로 살펴본다.

(1) 침해의 정지(停止侵害), 방해배제(排除妨碍), 방해예방(消除危险)의 청구

이 3가지 경우는 모두 절대권이 침해를 받거나 침해될 염려가 있는 경우로 소멸

86) 민법전 제462조 제2항은 ‘점유자의 원물반환청구권은 침탈된 날로부터 1년 내에 행사하지 아니하면 해당 청구권을 소멸한다(占有人返还原物的请求权, 自侵占发生之日起一年内未行使的, 该请求权消灭)고 정한다. 다시 말하면 점유가 침해하는 경우에 점유자가 행사하는 점유반환청구권도 소멸시효가 적용되지 아니하는 것이고 민법전 물권편의 위의 규정을 적용해야만 한다. 그러나 권리자가 불법행위에 기초하여 권리를 주장하면 여전히 채권적 청구권으로서 소멸시효를 적용할 수 있다.

87) 부양료의 종류에 대하여는 앞의 제26조, 제37조의 각주 참조.

88) 第196条 下列请求权不适用诉讼时效的规定：(一)请求停止侵害、排除妨碍、消除危险；(二)不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产；(三)请求支付抚养费、赡养费或者扶养费；(四)依法不适用诉讼时效的其他请求权。

시효를 적용해서는 안된다. 그 이유는 이러한 3가지 청구권은 모두 절대권의 보호문제에 속하기 때문이다. 위에서 말한 것처럼 학설은 일반적으로 물권적 청구권은 일반적으로 소멸시효에 걸리지 아니한다고 인정한다.⁸⁹⁾ 예를 들어 어떤 사람이 다른 사람의 건물 근처에서 구덩이를 파서 다른 사람의 건물의 안전에 영향을 주고 행위자가 계속 해당 방해에 대하여 예방을 하지 아니하면 이때에는 피해자의 방해배제의 청구에 대한 소멸시효가 이미 기간이 만료하였다고 인정될 수 없다. 이외에 방해배제, 방해예방을 청구하는 경우에는 행위자의 불법행위로 인하여 방해가 계속적으로 있는 상태이어서 소멸시효의 기산점을 확정할 수 없고 따라서 소멸시효가 적용되어서는 안된다. 이 규정은 물권의 침해에만 한정되지는 아니하고 인격권의 침해(민법전 제995조 참조)에도 적용되는 것(절대권에 의한 청구권)으로 방해배제 등을 적용할 수 있고, 일반적으로 모두 소멸시효가 적용되지 아니한다.

민법전(제995조)은 인격권이 침해되는 경우에 피해자의 침해의 정지, 방해배제, 방해예방, 결과제거, 명예회복, 사죄표시의 청구권은 소멸시효의 규정을 적용하지 아니한다고 규정한다.⁹⁰⁾

해당 규정은 민법전 제196조 제1항과 유사하다. 사실상 민법전 제196조 제1항이 정하는 소멸시효를 적용하지 아니하는 권리와 민법전 제995조의 인격권에 의한 청구권(人格权请求权)의 규정과 다른 양자의 구별은 주로 다음과 같은 것에서 구현된다. 즉, 한편으로 민법전 제196조 제1항이 정하는 침해의 정지, 방해배제, 방해예방을 청구하는 권리는 모든 절대권의 보호에 적용된다. 그런데 제995조의 인격권적 청구권에 관한 규정은 형식적으로는 제196조 제1항의 범위보다 더 넓어 결과의 제거, 명예회복, 사죄표시(赔礼道歉)의 청구권도 포함한다. 당연히 앞의 3가지 청구권은 제196조 제1항에 내포된 것이다. 다른 한편으로 제995조는 침해의 정지, 방해배제 등의 청구권이 소멸시효가 적용되지 않는다고 규정하기는 하지만 그 본래의 취지는 인격권의 보호의 강화에 있다. 즉 행위자의 행위가 권리자의 인격권의 원만한 지배상태에 영향을 미치기만 하면 권리자는 해당 조항의 규정에 의하여 청구할 수 있다. 그러나 제196조 제1항은 모든 절대권의 보호에 적용되는 것이다. 또한 제995조의 기능은 침해의 정지, 방해배제 등의 청구권이 소멸시효에 적용되지 않는다는

89) 王泽鉴, 民法总则, 北京大学出版社, 2009, 497쪽.

90) 원문은 다음과 같다: 第995条 人格权受到侵害的…受害人的停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉请求权, 不适用诉讼时效的规定.

것을 규정하는 것뿐만 아니라 그것은 인격권에 의한 청구권(人格权请求权)을 창설하는 기능도 가지고 있다.

(2) 부동산물권과 등기된 동산물권의 권리자의 재산의 반환청구(제2호)

민법전 제196조 제2호의 규정에 의하여 부동산물권과 등기된 동산물권의 권리자는 재산반환을 청구할 수 있는 권리는 소멸시효에 걸리지 아니한다.⁹¹⁾ 이는 민법총칙(2017년)의 같은 조항의 규정을 답습한 것이다. 이를 구체적으로 보면 부동산 물권(①)과 등기된 동산물권(②)의 경우에 재산반환청구권에는 소멸시효가 적용되지 아니한다.⁹²⁾

① 부동산물권

중국은 부동산물권에 대하여 성립요건주의(登记要件主义)를 취하여 부동산물권의 설정, 변경과 소멸에 모두 등기를 하여야 하고 등기부 자체는 일정한 공신력을 발생할 수 있다. 등기의 기재에 부동산의 권리상태가 명백하게 보여지기만 제3자는 등기가 기재된 권리자는 진정한 권리자라는 것을 믿어야 한다. 거래한 제3자가 등기부의 신뢰하여 거래를 한 경우에 그 관련된 거래도 법적 보호를 받는다.⁹³⁾ 이리므로 이미

91) 민법총칙과 민법전 제정 전에 원물반환청구권은 소멸시효가 적용되지 아니한다는 것이 통설이었다. 예를 들어 王利明, 民法总则研究, 中国人民大学出版社, 201, 734쪽; 马俊驹, 余延满, 民法原论, 法律出版社, 2010, 253쪽; 尹田, 论诉讼时效的适用范围, 法学杂志 2011년 제3기, 30쪽; 판결도 원물반환청구권은 소멸시효의 영향을 받지 아니한다고 판시하였다. 이러한 점은 耿卓, 追问与解答: 对诉讼时效客体的再论述, 比较法研究 2008년 제4기, 77쪽. 민법총칙의 시행 후에도 이러한 이러한 태도를 취하는 것으로는 杨巍, 论不适用诉讼时效的请求权-我国〈民法总则〉第196条的问题与解决, 政治与法律 2018년 제2기, 22쪽; 다음의 판결도 이러한 태도를 유지하고 있다: 三井住友金融租赁株式会社诉义乌市天恩数码印刷有限公司、温州市国彩包装有限公司、陈际全返还原物纠纷案, 浙江省高级人民法院(2018)浙民终878号民事判决书; 西安中联机床电器有限公司诉西安机床电器厂、西安工业投资集团有限公司证照返还纠纷案, 陕西省西安市中级人民法院(2018)陕01民终12982号民事判决书; 李凯诉唐树君返还原物纠纷案, 四川省成都市高新技术产业开发区人民法院(2018)川0191民初10082号民事判决书; 张宗生诉河北清河农村商业银行股份有限公司返还原物纠纷案, 河北省清河县人民法院(2018)冀0534民初833号民事判决书.

92) 이 문제에 대하여는 우선 孙鹏, 返还原物请求权如何适用诉讼时效-民法典第196条第2项的司法解释论, 法学研究 2022년 제2기, 202, 71-91쪽.

93) 이러한 점은 万华主编, 最高人民法院物权法司法解释(一)理解与适用, 人民法院出版社, 2016, 378쪽.

등기된 부동산물권에 대하여 부동산등기부 자체는 국가의 공적 기관이 작성한 것으로 부동산의 권리귀속상태를 표현하는 것이고 이러한 사정에서 단지 부동산 자체를 점유하면 제3자에게 신뢰가 발생될 수 없고 시효제도를 통해서도 이러한 신뢰가 반드시 보호되는 것도 아니고, 제3자가 부동산거래를 할 때에는 그밖에 등기부를 조사할 의무도 부담하게 된다.

부동산물권의 보호는 소멸시효의 제한을 받아서는 안되고 권리자는 재산반환을 언제든지 청구할 수 있다. 부동산이 이미 등기된 경우에 이미 등기된 부동산에 계속 시효가 적용되면 부동산물권은 일정한 기간이 지난 후에 권리자는 재산반환을 청구할 수 없고 등기제도와 시효제도에 충돌과 모순을 발생하게 될 수 있다.⁹⁴⁾ 당연히 해당 조문은 이미 등기된 부동산이어야만 한다는 것을 요하는 것도 아니다. 그러므로 부동산물권에 대하여는 등기가 없더라도 소멸시효를 적용할 수도 없다. 예를 들어 농촌의 건물은 모두 기본적으로 등기를 하지 않는데 어느 농민이 외지로 나가 일하고 그 건물이 다른 사람에 의하여 점유되고 3년이 넘은 것으로 인정되어도 반환청구할 수 없다고 할 수 없다.

② 등기된 동산물권(登记的动产物权)

등기된 동산물권은 중국의 법률규정에 의하여 등기를 한 동산을 말한다. 예를 들어 민법전(제225조)은 ‘선박, 항공기와 자동차 등의 물권의 설정, 변경, 양도와 소멸은 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항할 수 없다’⁹⁵⁾고 규정한다. 중국 물권법이 특수한 동산에 대하여 대항요건주의(登记对抗主义)를 취하기는 하지만 이미 등기된 동산에 대하여는 부동산등기과 같이 일정한 공신력도 발생하여 제3자가 해당 등기를 신뢰하여 그와 거래를 하면 해당 신뢰는 법적 보호를 받아야 한다.⁹⁶⁾ 이에 따라 이러한 동산의 점유자는 그 점유로 인하여 특별한 보호를 취득할 수 없고 소멸시효의 적용을 주장할 수도 없다.

94) 李适时主编, 中华人民共和国民法总则释义, 法律出版社, 2017, 624쪽.

95) 원문은 다음과 같다 : 第225条 船舶、航空器和机动车等的物权的设立、变更、转让和消灭, 未经登记, 不得对抗善意第三人。

96) 石宏主编, 中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定, 北京大学出版社, 2017, 473쪽.

③ 등기되지 아니한 동산물권의 예외

이와 달리 민법전(제196조 제2호)에 의하면 그 반대해석으로 등기하지 아니한 동산물권은 소멸시효의 규정을 적용하여야 한다.⁹⁷⁾ 즉, 미등기된 부동산의 권리자의 재산반환청구권은 소멸시효가 적용되어야 한다. 예를 들어 갑이 수년 동안 외지로 가서 일하는 중에 그 집안에 전해 내려오는 골동품이 다른 사람에 의하여 침탈(侵占)되면 민법전(제196조 제2항)의 규정에 의하여 그 반환청구권은 소멸시효의 제한을 받을 수 있는데 이는 명백하게 불합리한 것이고 사회 일반인의 관념에도 맞지 아니한다.⁹⁸⁾ 그러나 등기하지 아니한 동산물권은 소멸시효를 적용할 수 있지만 소멸시효기간 만료 후 의무자도 해당 동산물권을 취득할 수 없고 해당 동산의 물권은 여전히 원래의 권리자에게 귀속하고 권리자가 권리를 주장할 때에 점유자는 항변권을 가질 뿐이다.

(3) 자녀 부양료(抚养费), 부모부양료(贍養費) 또는 부부 부양료(扶養費)의 지급청구

민법전(제186조 제3항)에 의하면 자녀 부양료(抚养费), 부모부양료(贍養費) 또는 부부 부양료(扶養費)의 지급을 청구할 수 있는 권리는 소멸시효의 제한을 받지 아니한다.

97) 이러한 결론은 王利明, 杨立新, 王铁, 程啸, 앞의 책, 294쪽 참조.

98) 이러한 점은 黄薇主编, 中华人民共和国民法典释义(上), 法律出版社, 2020, 396쪽; 李适时主编, 中华人民共和国民法总则释义, 法律出版社, 2017, 623쪽 등. 다만 중국 민법전은 동산을 포함하여 취득시효를 두지 아니하므로 원문반환청구권은 소멸시효가 적용될 수 없고 이를 점유한 자에게 취득시효가 적용되지 아니한다. 이러한 경우에 대하여 소멸시효 완성 후의 ‘권리의 공백’ 또는 자연적 물권 등의 자연채무와 비슷한 불완전한 권리 상태가 발생할 수 있다. 이러한 문제에 대한 처리에 대하여는 孙鹏, 앞의 논문, 75쪽 이하 참조. 이에 의하면 제192조 제2항과 관련조문의 해석을 통하여 민법전의 소멸시효는 소유권이 취득시효의 효력과 요건과 용익물권의 취득시효를 흡수하여 규정한 것으로 해석한다. 또한 중국 법상의 용익물권의 특수성으로 인하여 건설용지사용권, 주택지사용권, 거주권과 채광권 등의 준물권의 시효취득의 인정에 대하여 소극적으로 해석하고 있다. 즉, 미등기 동산소유권의 반환청구권에서는 소멸시효 완성 후 취득시효 완성 전에 일단 점유자가 소멸시효의 항변을 인용하면 소유자는 점유자에게 원물반환을 청구할 수 없는 ‘자연물권’(自然物权)을 가지게 되고 점유자는 계속 해당 물건을 점유하지만 소유권을 취득할 수 없고 해당 물건 위에는 권리의 공백(权利空档)이 출현하고 이를 제거할 것이 요청된다. 이는 소멸시효 완성 후에 원래의 권리자의 소유권을 어떻게 소멸하게 할 것인가, 소멸시효 완성 후 어떻게 점유자가 소유권을 취득할 것인가가 문제되고 결국은 미등기 동산의 소멸시효의 적용에 대하여 일정한 제한을 할 필요도 있고 이 경우에 시효기간과 그 기산점 등을 어떻게 할 것인가도 채권의 소멸시효와는 다르게 점유와 관련하여 문제된다.

자녀부양료는 의무자가 자녀에 대한 부양의무로 지급해야 하는 비용을 말한다. 부모부양료는 의무자가 부모에 대한 부양의무(贍養義務)로 지급하여야 하는 비용을 말한다. 부부 부양료는 의무자가 부부의 부양의무(扶養義務)로 지급하여야 하는 비용을 말한다.⁹⁹⁾ 그중에서 연장자(長輩)가 연소자(晚輩)에게 지급하여야 하는 비용을 자녀부양료(扶養費)라고 하고, 연소자가 연장자에게 지급하여야 하는 비용을 부모부양료라고 하고, 같은 연배(輩分)의 사람 사이에게 지급하여야 하는 비용을 부부 부양료(扶養費)라고 한다.

법률이 이러한 규정을 둔 것은 한편으로는 이러한 3가지 부양료의 지급의 권리관계는 권리자의 기본적 생활보장에 해당하고 소멸시효의 제한을 받으면 권리자의 기본생활에 영향을 줄 수 있기 때문이다. 원만한 가족관계를 구축하고자 하여 가족생활의 약자에 대하여 거래의 원칙에 따라 완전하게 처리할 수는 없고 이에 대하여 일방적(傾斜性) 보호를 하여야 한다. 무엇보다도 가족의 화목을 유지보호하기 위하여 위하여 가족의 응집력을 제고하여 의무자가 이러한 비용의 지급을 장려하여야 한다. 소멸시효를 적용하면 오히려 이러한 입법목적에 배치되는 것이다. 다른 한편 소멸시효의 기능에서 그 주요한 것은 관련된 재산질서를 유지하고 당사자의 관련 재산질서의 합리적 신뢰를 보호하는 것이지만 이러한 3가지 부양료의 지급으로 보면 이는 재산질서의 유지, 거래 당사자의 합리적 신뢰의 보호문제와 관련된 것은 아니다. 그러므로 위의 청구권은 시효의 제한을 받지 않아야 한다. 이외에 법률상 이러한 청구권이 소멸시효를 적용하지 아니한다고 규정하고 또한 이는 특별한 법정정책적 고려에 기초하고, 특히 중국의 사회주의 핵심가치의 고양에 대한 홍보로 규정을 마련한 것이기도 하다.

(4) 법에 의하여 소멸시효가 적용되지 않는 그밖의 청구권

민법전(제196조)의 규정에 의하면 법률이 어느 청구가 소멸시효를 적용하지 않는다고 규정하면 해당 규정을 적용한다.

이러한 것으로는 예를 들어 저축관계와 관련하여 예금의 원금과 이자의 지급청구권은 소멸시효를 적용하지 아니한다(소멸시효에 관한 사법해석(2022년) 제1조 제1호). 이는 한편으로는 일반인의 저금은 돈을 저축하여 이후에 사용에 대비하기 위한

⁹⁹⁾ 李适时主编, 中华人民共和国民法总则释义, 法律出版社, 2017, 625-626쪽.

것으로 반드시 단기간에 이러한 채권을 행사하지는 아니기 때문이다. 개인이 은행에 대한 신뢰에 기초하여 그 금전을 은행에 두면 3년동안 지급청구(支取)가 없더라도 은행은 시효기간의 만료를 이유로 원금과 이자의 반환을 하지 못한다고 할 수 없다. 그렇지 않으면 개인의 재산권에 중대한 침해가 있을 것이다. 다른 한편 개인이 금전을 은행에 저축하면 그 자체가 그 소유권의 행사를 표현하는 것이다. 이외에 은행에 비하여 상대적으로 고객(儲戶)은 약자에 속하고 고객에 대한 특별한 보호의 필요에 기초하여 원금과 이자지급 청구권을 소멸시효의 적용범위에 들어가게 해서는 안된다. 이따로 여러 국가의 법규정은 저축관계에 기초하여 발생한 청구권에는 소멸시효를 적용하지 아니하여 고객의 특별한 이익을 보호한다.¹⁰⁰⁾

다음으로 투자관계와 관련하여 국채, 금융채권과 불특정한 대상에 대하여 발행한 기업채권의 원금과 이자청구권, 투자관계를 기초로 발생하는 출자납부청구권. 그밖에 법에 의하여 소멸시효가 적용되지 않은 채권적 청구권에 대하여도 소멸시효가 적용되지 아니한다.

이러한 청구권 중 예금이나 채권(債券)의 원금과 이자청구권은 사회 공공의 이익을 위한 것이고 출자납부청구권은 자본충실의 책임을 해할 수 있기 때문에 소멸시효의 적용을 부정하여 주주와 회사채권자를 보호하기 위한 것이다.

위에서 본 것같이 민법전과 사법해석의 조문은 소멸시효의 적용대상을 특정한 채권적 청구권 이외의 채권적 청구권으로 명확하게 규정한다. 이에 따라 이러한 것을 제외한 다음과 같은 민사권리는 소멸시효가 적용되지 아니한다.¹⁰¹⁾

① 지배권

지배권은 권리자가 객체에 대하여 직접적으로 지배하여 처분하는 권리를 말한다. 물권, 인신권(人身權)이 그러하다. 지배권은 의무자의 행위를 필요로 하지 않고 권리자 단독의 의사로 실현할 수 있고 그 행사를 소홀히 하여도 다른 사람의 이익에 영향을 미치지 아니하므로 이에 따라 소멸시효가 적용될 필요가 없다.

물권적 청구권은 물권의 권능의 하나로서 특히 민법전(제196조 제1호)에서도 이러한 물권적 청구권을 주된 대상으로 한다.

100) 예를 들어 러시아 연방민법전 제208조 예금자가 은행에 예금지급을 하고자 하는 청구에는 소멸시효가 적용되지 아니한다.

101) 李少偉主編, 앞의 책, 189쪽 이하.

인신권적 청구권¹⁰²⁾은 인격관계를 기초로 발생한 부작위청구권과 신분관계를 기초로 한 청구권으로 나누어 볼 수 있다.

인격관계를 기초로 한 부작위청구권은 인격권이 침해되거나 침해될 염려가 있을 때 권리자가 행위자에게 침해의 정지, 방해배제 또는 침해예방을 청구하여 발생하는 청구권이다. 이는 실질적으로 인격권 자체의 효력 내용을 표현된 것이다. 따라서 시효를 적용하는 경우에 인격권의 보호에 불리하다. 따라서 시효가 적용되지 않는다.¹⁰³⁾ 다만 인격권 침해로 인하여 발생하는 손해배상청구권은 소멸시효의 대상이 된다.

신분관계를 기초로 한 청구권은 이를 다시 재산적 급부를 내용으로 하는 청구권과 이를 내용으로 하지 않는 청구권인 순수한 신분관계에 기한 청구권(친족관계 회복을 목적으로 하는 청구권 등)으로 나누어 보아야 한다. 재산급부를 내용으로 하는 청구권은 다시 권리자가 의무자에 자녀부양, 부모부양을 청구하는 경우와 권리자가 이미 의무자에게 일정한 자녀부양, 부모부양의무를 청구한 경우이다. 전자는 의무자는 권리자가 소멸시효기간 내에 이러한 부양을 청구하지 않았음을 이유로, 즉 소멸시효로 인한 소멸을 이유로 의무이행을 거절할 수 없다. 후자는 이미 권리자와 의무자 사이에 일반적인 의미의 채권관계가 형성되었으므로 이 경우에는 소멸시효가 적용된다. 순수한 신분관계에 기한 청구권의 경우에는 시효가 적용되지 아니한다.

② 형성권

형성권은 권리자가 단독의 의사표시로 법률관계의 발생, 변경, 소멸하게 하는 권리이다. 취소권, 해제권, 상계권 등이 그러하다. 형성권의 행사는 권리자의 단독의 의사만 있으면 되고 다른 살마의 행위를 필요로 하지 않지만 형성권의 행사는 상대방의 이익에 직접 영향을 미치므로 따라서 형성권을 무제한으로 존속하는 것으로 인정할 수 없다. 법률은 형성권에 대하여 존속할 기간인 제척기간을 두어 소멸시효를 적용하지 아니한다. 민법전(제199조)는 제척기간에 관하여 규정을 두고 소멸시효의 정지, 중단과 연장에 관한 규정을 적용하지 않고 존속기간이 만료하면 권리가 소

102) 王利明, 杨立新, 王铁, 程啸, 앞의 책, 2006, 149-150쪽, 제6판에서는 민법전 제196조의 사유에 대하여만 설명한다.

103) 이에 대하여 인격권 침해로 인한 사죄광고의 경우에는 시효가 적용된다는 견해도 있다. 魏振瀛主编, 앞의 책, 195쪽.

멸한다는 것을 명시한다.

③ 항변권

항변권은 청구권을 저지할 수 있는 권리로 동시이행의 항변권, 선소(先訴)의 항변권 등이 그러하다. 항변권은 대항적 성질(對抗性)의 권리로 청구권에 부수하여 존재하고 다른 사람이 그 권리를 주장이 있을 때에 항변권이 비로소 행사할 수 있다. 그렇지 않으면 항변권은 발생하지 않거나 영향을 받지 아니한다. 이에 따라 소멸시효로 항변권의 행사를 촉구하게 할 필요가 없다. 그러나 항변권이 청구권에 기초하여 발생하는 경우라면 청구권의 소멸시효의 기간이 만료하면 항변권도 이에 따라 소멸한다.

(5) 기타

상린관계는 부동산에 종된 것으로 그 자체가 독립된 권리가 아니고 존속기간은 언제든지 새로운 내용이 발생할 수 있으므로 이에 따라 상린관계에 기초하여 발생된 청구권도 소멸시효에 걸리지 아니한다. 그러나 상린관계의 위반으로 발생하는 손해배상청구권은 당연히 소멸시효의 적용을 받는다. 또한 현재는 적용되지 아니하는 민법통칙 의견(제170조)¹⁰⁴⁾에 의하면 개인이 운영, 관리의 수권이 없는 국가재산의 침해에 의한 청구권에 대하여 시효가 적용되지 않는 것이 규정되기도 하였다.¹⁰⁵⁾

104) 제170조 공민(자연인), 법인에게 운영, 관리가 수권되지 아니한 국가재산이 침해된 경우에는 소멸시효기간의 제한을 받지 아니한다(《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见(试行) 第170条 未授权给公民、法人经营、管理的国家财产受到侵害的, 不受诉讼时效期间的限制)。

105) 이러한 재산은 거래할 수 있는 재산이 아니고 시장에 유통되지 않는 것이었다. 따라서 이러한 재산에 대하여 소멸시효를 적용하는 경우에 국유재산의 보호에 불리하다. 이에 따라 이 조문을 두어 국가재산에 특별보호를 한 것이다. 이러한 점은 梁书文主编, 民法通则贯彻意见诠释, 中国法制出版社, 2001, 145쪽. 즉, 공민이나 법인이 관리나 처분의 권한이 없는 경우에 국가재산이 침해된 경우에 국가기관은 시효기간의 제한을 받지 않고 언제든지 책임자의 책임을 물을 수 있었다. 그러나 이미 운영이나 관리의 수권이 있어 거래영역에 들어간 국유재산이 침해된 경우에는 계속 소멸시효가 적용된다; 학설은 여기서 말하는 ‘침해’(受到侵害)는 불법행위와 계약위반(“包括侵权和违约”)를 포함하는 것으로 보았다. 즉, ‘수권이 없는’ 관련 불법행위 청구권과 계약위반청구권이 모두 소멸시효가 적용되지 아니하였다. 그러나 해당 사법해석의 내용은 현행법인 민법전, 소멸시효에 관한 사법해석이나 총칙편 해석, 最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释(2022)에는 모두 규정이 없는 것으로 이미 삭제(폐지)된 것이다. 다만 시행 전의 사안에 대한 적용

V. 소멸시효의 기산점

1. 소멸시효기간의 기산의 일반원칙

소멸시효기간의 기산은 소멸시효기간의 계산을 개시하는 시점을 말한다. 다시 말하면 언제부터 소멸시효기간이 시작되고, 언제부터 시효를 계산하는 것인가를 말하고 소멸시효기간의 개시라고도 한다. 이에 대하여 민법전(제88조)은 소멸시효기간의 기산의 일반원칙에 대하여 규정한다. 이에 의하면 소멸시효기간은 권리자가 권리에 손해를 입은 것과 의무자를 알았거나 알 수 있었던 날로부터 계산한다.

민법통칙(제137)은 시효는 권리가 침해된 사실을 알았거나 알 수 있었던 때로부터 기산한다고만 규정하였다.

이에 대하여 권리자는 권리침해 사실 외에 권리 침해자(의무자)를 알고 있어야 하는가에 대하여는 견해가 대립하였다.

우선 권리침해자를 모르면 청구를 할 수 없어 시효기간의 기산을 할 수 없다는 것을 이유로 구체적으로 침해자를 알아야 한다는 견해가 있었다.¹⁰⁶⁾ 이에 의하면 소멸시효로 인하여 권리자의 권리가 침해받은 것은 방지하기 위하여 시효의 기산점은 ‘권리를 행사할 수 있는 때’로 하게 된다.¹⁰⁷⁾¹⁰⁸⁾ 이러한 견해에 대하여는 권리를 행사할 수 있는 때를 기산점으로 하는 경우에 이를 실질적으로 판단하기가 어렵고 시효의 정지와도 충돌하므로 타당하지 않다는 견해도 있다. 이에 의하면 소멸시효 기

이 문제될 뿐이다(民法典总则编解释 第39条 第2项). 이러한 점은 杨巍: 《民法典》第196条 (不适用诉讼时效的请求权)评注 | 法典评注, 南大法学 2022년 제2기, 155-170쪽 <http://www.tiantonglaw.com/Content/2022/11-26/1_443153501.html>.

106) 이는 다시 견해가 나뉜다. 우선 권리가 침해된 사실을 안다는 것이 권리가 누군가에 의하여 침해된 것을 포함하는 것으로 보는 견해가 있다. 陈明添, 吴国平主編, 앞의 책, 323쪽; 이와 달리 침해자가 누구인가를 안다고 할 때 안다는 것은 권리자가 이미 현실적으로 안다는 것을 의미한다고 보는 견해도 있다. 예를 들어 李建华主編, 앞의 책, 234쪽.

107) 苏号明, 앞의 책, 368-369쪽.

108) 한국민법(제166조 제1항)은 소멸시효의 기산점으로 ‘권리를 행사할 수 있는 때’로 한다. 학설과 판례는 ‘권리를 행사할 수 있는 때’를 법률상 장애가 없어진 때로 본다. 이리하여 권리자가 권리의 존재 자체를 몰랐거나 의무자를 모른 사정은 사실상의 장애에 불과하여 시효진행을 방해하지 아니한다. 다만 불법행위(제766조)에서는 이러한 것(객관적 기산점)에 대한 예외로 주관적 사유를 반영하고 있다. 즉, 그 손해(중국은 ‘권리가 침해받은 사실’)와 가해자를 안 때로부터 시효가 기산된다.

간이 권리자가 권리의 침해된 것을 알았거나 알 수 있었을 때부터 기산한다는 것은 법적으로 권리자가 법원에 그 권리보호를 청구할 수 있다는 것을 말하는 것일 뿐이고 사실상으로는 법원에 청구할 수 있는지 여부가 소멸시효기간의 개시에 영향을 주지는 않는다고 한다.¹⁰⁹⁾

시효의 기산점의 계산은 구체적으로는 다음과 같이 한다.

우선 권리가 객관적으로 침해를 입어야만 한다. 기산점을 확정할 때에 법원은 권리가 침해되었는가 여부의 사실을 확인해야 하고 권리가 침해를 받은 것이 소멸시효 적용의 전제이다. 권리가 침해를 받은 시기는 여러 경우를 구분하여 각각 인정되어야 한다. 계약을 예로 든다면 당사자가 계약의 이행을 명확하게 약정한 때에는 해당 기간의 만료로 채무자는 채무의 불이행이 되고 채권자의 채권이 침해된 것을 인정할 수 있다. 그러나 이행기가 정해지지 않은 계약에서는 채권자의 청구 후에 일정한 기간의 경과가 필요하고 채무자는 비로소 의무를 이행하여야만 하게 된다. 이에 따라 해당 기간의 경과만 있기만 하면 채권자의 권리가 침해를 받은 것으로 인정할 수 있다.

다음으로 권리자가 그 권리가 침해를 받은 것을 알았거나 알 수 있었던 때로부터 기산한다. 이것은 주관적 계산방법(主观主义的计算方法)의 하나이다.

여기서 ‘알았다’(知道)는 것은 권리자가 이미 사실상으로 그 권리가 침해를 받은 사실을 요지(了解)한 것을 말한다. 즉, 권리자가 실질적으로 그 권리가 침해된 것을 알고 있는 것을 말한다. ‘알수 있었다’(应当知道)는 것은 합리적인 사람의 기준에 따라 판단하는 것으로 권리자가 한 명의 합리적인 사람으로서 당시의 사정에서 그 권리가 침해된 사실을 알았어야만 하는 것을 말한다.¹¹⁰⁾ 당사자가 실제로 권리침해사실을 알았는가 여부와 관계 없이 객관적으로 알 수 있었던 조건이나 가능성이 있는 것을 말한다. 예를 들어 계약이 명확하게 채무이행기를 규정하였고 기간 만료 후에 채권자는 권리를 주장하여야만 하고 시효만료 후에 채권자가 그가 시효가 이미 개시한 것을 알지 못하였지만 그럼에도 이행기 자체는 표명되었고 이는 권리가 침해를 받았다는 것을 알았어야 한다. 일방이 이행기 도래 후 불이행하면 상대방은 그것이 이미 계약위반(위약)(违约)이라는 것을 안 것으로 보아야 한다. 소송 중에 의무자는 권리자가 그 권리가 침해되었다는 것을 알았거나 알 수 있었던 시점을 증명하여

109) 魏振瀛主编, 앞의 책, 199쪽.

110) 李适时主编, 中华人民共和国民法总则释义, 法律出版社, 2017, 593쪽.

야 한다.

셋째로 권리자가 그 권리가 침해된 것을 알았거나 알 수 있었던 것에는 구체적 의무자를 아는 것도 포함되어야 한다.¹¹¹⁾ 다시 말하면 권리자는 권리의 존재를 알았을 뿐만 아니라 어떤 사람이 그 권리를 침해하였는가를 알아야 한다. 권리자가 권리가 침해된 것을 알았으나 명확한 침해자를 알지 못하면 권리자는 청구를 할 수 없으므로 인하여 시효도 기산을 개시할 수 없다. 피고를 알지만 피고의 소재를 알지 못하면 법원에 소재지의 방법으로 시효중단을 가져올 수 있다.

2. 시효기산의 특수한 경우

실무에서 소멸시효의 기산의 여러 경우는 아주 복잡하여 법률로 이에 대하여 일반규정을 두는 것은 아주 어렵다. 그러나 몇 가지 경우에 권리자가 그 권리에 손해가 있는 것을 알았는가 여부에 대하여 의무자가 증명하기 아주 어렵거나 특정한 사유가 있는 것으로 인하여 권리자에게 특별한 보호를 필요로 한다. 이에 따라 민법전은 여러 특별한 사정의 시효기산점에 관하여 규정이 필요하다.

(1) 채무의 분할이행(分期履行) 중의 소멸시효의 기산(제189조)¹¹²⁾

민법전(제189조)은 당사자가 동일한 채무의 분할이행을 약정한 경우에는 소멸시효기간은 최후의 1기의 이행기가 만료한 날로부터 기산한다고 규정한다.

이 규정은 중국의 사법실무 경험을 종합(总结)한 것으로 소멸시효에 관한 사법해석(제5조)도 같은 규정이 있다. 예를 들어 쌍방이 할부매매계약(分期付款买卖合同)을 냉장고를 3천원으로 한 대 구입하면서 계약체결시에 1차, 매월 1회 지급하는 것으로 하여 3회할부로 지급하기로 체결하였다. 해당 채무의 소멸시효는 최후 1회의 채무이행기간 만료시에 기산되어야 한다.

111) 권리가 침해된 사실을 안다는 것은 권리를 누가 침해한 것을 아는 것을 포함하는 것으로 보는 견해도 있다. 예를 들어 陈明添, 吴国平主编, 앞의 책, 323쪽; 이와 달리 침해자가 누구인가를 안다고 할 때 ‘안다’는 것은 권리자가 이미 현실적으로 아는 것을 말한다고 보는 견해도 있다. 예를 들어 李建华主编, 앞의 책, 234쪽.

112) 冯恺, 分期履行之债的诉讼时效适用基础-请求权的可分性分析, 法律科学 2004년 제22권 제4기89쪽 이하; 张颖璐, 分期履行债务诉讼时效期间的起算-浙江宁波中院判决郑文红诉魏峰债权纠纷案, :人民法院报 (2012-06-08) <<http://mydlf.cupl.edu.cn/info/1028/1527.htm>>.

채무의 분할지급은 최후의 1회의 이행기가 만료한 날로부터 계산하는 이유는 다음과 같다.

첫째로 이는 동일한 채무의 특수성으로 결정된 것이다. 이 조에서 강조된 ‘동일한 채무’(同一債務)는 분기(分期), 채무이행의 분할인도(分批)와 같은 개념으로 그와 채무의 정기적 이행과는 달리 정기이행하는 채무는 차임이나 급여 등을 정기적으로 지급하는 것같이 그 본질에서 여러 개의 채무이지만 할부이행채무는 본질적으로 1개의 채무에 해당하고 이행방법에서 수차례로 이행하는 것일 뿐이다.¹¹³⁾ 예를 들어 실무 중의 분할대금지급(分期付款), 금전차용 중의 할부이행 등은 당사자 사이에 1개의 채무만 존재하고 이행방법에서 여러 차례 나눌 뿐이다. 할부로 채무이행에 대하여 매회의 채무는 모두 일정한 독립성이 있고 그 이행기와 이행지는 모두 서로 다를 수 있지만 그 본질상 모두 동일한 채무의 구성부분이다. 이에 따라 전체적인 동일한 채무로서 그 소멸시효는 최후 1회(期)의 이행기의 만료한 날로부터 기산되어야 한다.

둘째로 채권자의 권리의 보호에 유리하다. 할부이행하는 동일한 채무에 대하여 최후1회 채무이행기 만료한 날로부터 시효를 계산하는 것이 채권자의 이익보호에 유리하다. 그 한편으로 소멸시효의 계산원칙을 간략하게 하는데 유리하고 채권자의 권리주장에 편리하다. 동일한 계약에 기초하여 약정한 채무는 일체성(整体性)이 있고 각각 기산하면 계약의 일체성을 파괴하여 채권자의 이익에 손해를 줄 수 있다.¹¹⁴⁾ 예를 들어 갑이 을에게 1천만원을 대차하고 3회로 나누어 이행하면 제1회 200만원의 인도가 이미 지체되었다고 해도 그럼에도 그후 2차는 모두 약정에 따라 기한에 맞고 충분한 액(足額)을 지급하였다고 하자. 이때에 소멸시효는 최후1차 채무가 이행기에 도달한 날로부터 기산한다. 다른 한편 최후1회 채무이행기 만료로부터 시효의 기산이 개시되고, 전체적으로 매회의 채무의 시효의 기간계산이 지체될 수도 있다.

셋째로 분쟁의 감소에 유리하다. 할부이행하는 동일한 채무에 대하여는 각 회의 이행하는 채무는 모두 단독으로 계산되면 법률관계가 과도하게 복잡할 수 있다. 이에 따라 할부이행하는 동일한 채무에 대하여는 매 회 이행하는 채무의 시효기간을 단독으로 계산해서는 안되고 최후1회의 이행기의 만료한 날로부터 계산되어야 한다.

113) 李适时主编, 앞의 책, 595쪽.

114) 冯恺, 诉讼时效制度研究, 山东人民出版社, 2007, 160쪽.

(2) 행위무능력자, 제한행위능력자의 그 법정대리인에 대한 청구권(제190조)

민법전(제190조)는 행위무능력자 또는 제한행위능력자의 그 법정대리인에 대한 청구권의 소멸시효기간은 해당 법정대리가 종료한 날로부터 기산한다고 규정한다.

이 조문은 다음의 요건을 갖추어야 한다.

첫째로 적용대상은 행위무능력자 또는 제한행위능력자이다. 해당 조문의 적용은 법정대리인에 대하여 한 청구권에 대하여 적용된다. 그러므로 그 적용대상은 행위무능력자와 제한행위능력자로만 제한된다. 둘째로, 법정대리인에 대하여 한 청구이다. 해당 원칙은 행위무능력자나 제한행위능력자가 법정대리인에 대하여 한 청구의 경우에 적용된다. 예를 들어 법정대리인이 대리 직무를 이행하지 아니하거나 심지어는 대리권을 남용하여 본인의 이익에 손해가 있으면 본인은 대리인에게 배상책임을 부담할 것을 청구할 수 있다.

비교법적으로 여러 국가의 법률이 이에 대하여 규정을 두었다.¹¹⁵⁾ 중국민법전(제190조)는 외국의 유용한 경험을 차용하였다. 법률이 이에 대하여 규정을 둔 것은 주로 행위무능력자와 제한행위능력자의 이익을 보호하기 위한 것이다. 왜냐하면 한편으로 무능력자, 제한능력자의 법정대리인은 모두 통상적으로 친족관계에 의하여 발생하는 것이기 때문이다. 대리기간에 대리인의 대리권의 남용으로 본인의 이익이 침해된 경우에도 본인은 행위능력의 흠결로 그 이익이 침해를 입었는가 여부를 판단하기 어렵다. 다른 한편 법정대리인과 본인 사이에 일종의 돌봄관계(照管关系)와 신뢰관계가 있고 본인이 권리가 침해되었다는 것을 안다고 해도 해당 법정대리인의 관계가 종료하기 전에는 그가 권리를 주장하기도 어렵기 때문이다. 이외에 무능력자나 제한능력자와 그 법정대리인 사이에 친밀한 감정적 교류(관련)이 있고, 그가 소송주체로 하면 그 법정대리인과 사이의 신뢰나 감정관계에 손해를 입을 수 있어 당사자 사이의 관계가 긴장상태에 처하게 될 수 있고, 법정대리인은 충실하게 직무를 이행할 수 없게 되고 그 결과 오히려 본인의 이익보호에 불리하게 된다.¹¹⁶⁾

115) 예를 들어 프랑스민법전 제2252조, 독일민법전 제207조, 일본민법전 제158조 제2항이 그러하다.

116) 石宏主编, 《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定》, 北京大学出版社, 2017, 512쪽.

(3) 미성년자의 성적 침해의 손해배상청구권의 시효기산점(제191조)¹¹⁷⁾

민법전 제191조는 미성년자가 성적 침해를 받은 손해배상청구권의 소멸시효기간은 피해자가 18세가 된 날로부터 기산하는 것으로 규정한다.

이 규정에 의하면 미성년자가 성적 침해(性侵害)를 입은 경우에 그 손해배상청구권의 소멸시효는 그가 만18세가 된 때¹¹⁸⁾로부터 기산한다. 해당 조문은 독일민법전(제208조 제1항)¹¹⁹⁾을 차용(借鑒)한 것이다. 종래 민법통칙에는 없던 것을 신설한 것이다. 그러나 중국 민법전과 독일민법전의 규정에는 일정한 차이도 있다. 독일민법전이 규정한 것은 피해자가 성년 전에는 소멸시효가 정지되는 것으로 하지만 중국 민법전은 이러한 종류의 청구권의 소멸시효는 피해자가 성년 전에는 기산이 개시되지 않고 그 성년이 된 때로부터 기산한다.

해당 조문은 주로 피해자의 이익을 보호하기 위한 것이다. 피해자는 성년 전에는 한편으로는 그는 그 손해를 입은 구체적 정도를 판단하기 어렵고 심지어는 자기가 침해된 것조차 알지 못한다. 다른 한편으로 피해자가 성년 전에는 그 법정대리인이 대위하여 청구권을 행사하여야 하는데 피해자가 18세 이후이면 법정대리인의 처리에 대하여 불만이 있으면 다시 그 청구권을 주장할 수 있다.¹²⁰⁾

(4) 기타의 개별적인 구체적 기산점

학설과 실무는 이러한 규정 이외에도 구체적인 사건에 적용하는 시효의 기산점을 서로 다르게 정한다. 통상적으로 다음과 같은 기산점의 계산방법이 인정된다.¹²¹⁾

117) 이에 대하여는 吳奕鋒, 论侵害未成年人性自主决定权的特别时效制度-评《中华人民共和国民法总则》第191条, 法律科学 2018년 제1기, 130쪽 이하.

118) 기간계산에 대하여는 민법전 총칙편 제10장; 종래의 민법통칙은 부칙(제9장) 제154조 참조.

119) 제208조 ① 채무자가 21세(성년: 필자)에 도달할 때까지 성적 자기결정권(중국의 번역: 性的自主决定)의 침해로 인하여 발생된 청구권의 소멸시효는 정지된다. § 208 (Hemmung der Verjährung bei Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung) Die Verjährung von Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung ist bis zur Vollendung des 21. Lebensjahrs des Gläubigers gehemmt. Lebt der Gläubiger von Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung bei Beginn der Verjährung mit dem Schuldner in häuslicher Gemeinschaft, so ist die Verjährung auch bis zur Beendigung der häuslichen Gemeinschaft gehemmt.

120) 石宏主编, 앞의 책, 455 쪽.

121) 魏振瀛主编, 앞의 책, 198-199쪽; 李建华等编, 앞의 책, 234-235쪽.

우선 이행기의 약정이 있는 채권청구권은 기한이 만료한 날의 다음 날부터 기산한다. 이행기의 약정이 없는 채권적 청구권은 채권자가 권리를 주장하는 때부터 기산하고 채권자가 상대방에게 준비에 필요한 시간을 준 경우에는 그 기한이 만료한 날의 다음 날부터 기산한다. 이행기의 약정이 없는 계약의 경우에는 민법전 계약편(계약법 제61조, 제62조)의 규정에 따라 이행기를 확정할 수 있는 경우에 그 소멸시효기간은 이행기의 만료일로부터 기산한다. 이행기를 확정할 수 없는 경우에 시효기간은 채권자가 채무자에게 의무의 이행에 추가기간을 허용한 기한의 만료일로부터 기산한다, 그러나 채권자가 처음으로 채무자에게 권리를 주장하였을 때 채무자가 의무를 이행하지 않을 것을 명확하게 표시한 경우에 시효기간은 채무자가 의무를 이행하지 않을 것을 명확히 표시한 날로부터 기산한다(소송시효에 관한 사법해석 제6조). 이와 달리 계약이 취소된 경우에 그 재산반환, 손해배상청구권의 시효기간은 계약이 취소된 날로부터 기산한다(소송시효에 관한 사법규정 제7조 제3항).

다음으로 조건이 붙은 채권적 청구권은 조건이 성취된 날로부터 기산한다. 기한이 붙은 채권적 청구권은 기한이 도달한 날로부터 기산한다. 또한 다른 사람의 부작위를 청구하는 채권적 청구권은 의무자가 부작위의무를 위반한 때부터 기산한다.

또한 불법행위로 발생한 손해배상청구권은 피해자가 그 권리가 침해받은 것을 알았거나 알 수 있었을 때 또는 손해가 발생한 때부터 기산한다. 손해사실이 발생했을 때 피해자가 그것을 알았다면 그 때부터 기산하고, 손해사실이 발생한 후에야 비로소 알게 된 경우에는 안 때부터 기산한다. 인신 손해배상에서 침해 당시에 바로 상해를 발견한 경우에는 침해한 그날부터 기산하고 침해 당시에는 미리 발견하지 못하였는데 사후에 검사로 확정적 진단을 받아 그 침해로 인한 것을 증명한 경우에는 그 상해 진단일부터 기산한다.

아울러 준계약인 부당이득 반환청구권의 소멸시효기간은 당사자 일방이 부당이득 사실과 상대방을 알았거나 알 수 있었던 날로부터 기산한다(소송시효규정 제8조). 또한 사무관리에서 관리인의 사무관리로 발생한 필수적 관리비, 손해배상청구권의 시효기간은 사무관리 행위가 종결되고 관리인이 본인을 알았거나 알 수 있었던 날로부터 기산한다. 본인의 부당한 사무관리로 인한 손해배상청구권의 시효기간은 관리인과 손해사실을 알았거나 알 수 있었던 날로부터 기산한다(소송시효규정 제9조).

마지막으로 소송시효기간의 기산에 관하여 법률에 특별규정이 있는 경우에는 그 특별규정에 의한다.¹²²⁾

VI. 소멸시효기간의 중단, 정지(中止)와 연장(延長)

1. 시효의 중단, 정지와 연장 일반

중국에서는 소멸시효의 진행을 막는 사유로 소멸시효의 정지와 중단 이외에도 연장을 규정한다. 조문의 규정순서로 보면 ‘정지’를 먼저 규정하고 다음에 중단을 규정하고, 시효의 연장은 별도의 규정으로 하는데 이러한 순서도 민법통칙의 것을 따르는 것이다.¹²³⁾ 시효의 중단, 정지와 연장은 권리자가 시효의 진행을 막아 자신의 권리를 보호하는 중요한 작용을 한다.

2. 소멸시효기간의 중단

(1) 소멸시효기간 중단 일반

소멸시효기간의 중단은 소멸시효의 진행 중에 법이 정하는 사유가 발생하면 소멸시효의 존재의 기초를 뒤집고 이에 따라(因此) 이미 진행된 기간의 전부를 무효가 되게 하고 소멸시효를 새롭게 기산하는 것을 말한다.¹²⁴⁾

민법전은 소멸시효의 중단에 대하여 규정한다. 이는 민법통칙(제140조)의 규정을 기초로 하여 일부 사유를 추가한 것이다.

122) 예를 들어 해상법(제258조)은 해상여객운송에서 운송업자에 대한 배상청구는 2년의 시효기간을 두고 기산점을 경우를 나누어 규정한다. 우선 여행자의 인신상해에 관한 청구권은 여행자가 선박에서 내리거나 내려야 하는 날로부터 기산한다. 다음으로 여객의 사망과 관련된 청구권은 운송기간에 발생한 경우에 여객이 내려야 하는 날로부터 기산한다. 또한 운송기간 내의 상해로 인해 여객이 배에서 내린 후 사망한 경우에는 그 사망한 날로부터 기산한다. 그러나 이 기간은 선박에서 내린 날로부터 3년을 넘을 수 없다. 아울러 수하물의 멸실 또는 훼손에 관련된 청구권은 여객이 선박에서 내리거나 선박에서 내려야 하는 날로부터 기산한다. 해상법(제261조)에서 선박충돌의 소멸시효는 2년이고 충돌사고가 발생한 날로부터 기산한다. 또한 관련 해난구조의 소멸시효(제262조)는 2년이고 구조작업 종료일로부터 기산한다; 이외에도 국가배상법 제32조는 배상청구인이 국가에 배상을 청구하는 소멸시효는 2년이고 국가기관과 그 공무원이 직권을 행사할 때의 행위가 위법한 것으로 확인된 날로부터 기산한다.

123) 이와 달리 학설은 모두 시효의 중단, 정지와 연장의 순서로 다룬다. 그 외에 소멸시효의 중단, 정지 보다는 소멸시효기간의 중단, 정지라고 한다.

124) 王澤鑑, 앞의 책, 533쪽.

제195조 다음 각 호의 어느 사정이 있는 경우에 소멸시효는 중단되고 중단, 관련 절차의 종료한 때로부터 소멸시효기간은 다시 기산된다.

1. 권리자가 의무자에 대하여 한 이행청구
2. 의무자가 한 의무이행의 동의
3. 권리자의 소송의 제기 또는 중재의 신청
4. 소송제기나 중재신청과 동일한 효력이 있는 그밖의 사정

소멸시효의 중단은 다음과 같은 특징이 있다.

첫째는 시효의 중단은 시효의 진행 중에 발생되고 시효가 아직 기산을 개시하지 않았거나 이미 기간이 만료되면 소멸시효의 중단을 적용하지 못한다. 둘째로 일정한 법정사유가 발생하면 시효존재의 기초가 뒤집히게 된다. 소멸시효를 둔 근본목적은 권리행사를 소홀히 한 권리자에게 불이익을 받게 하는 것이지만 권리자가 권리행사의 사실이 나타났는데 여전히 권리자의 권리는 계속 시효의 구속을 받게 하면 이는 소멸시효의 목적에 위배되는 것이다.¹²⁵⁾ 셋째로 시효의 중단은 효력에서 이미 진행한 시효를 법이 정하는 사유가 발생한 날부터 다시 기산하게 한다.

(2) 소멸시효기간의 중단사유

시효의 중단을 가져오는 법이 정하는 사유는 법률이 명확하게 규정하는 것이고 시효진행 중에 발생하는 것이다. 법률이 이러한 사유를 규정하는 근거는 이러한 사유가 모두 권리자의 적극적으로 권리를 행사하는 것을 표시(表明)하는 것이고 따라서 소멸시효의 적용의 기초를 상실하게 하는 것이다. 시효중단이 시효기간의 완성을 방해할 수 있으므로 당사자의 이익에 대한 영향이 아주 크고 따라서 법률이 명확하게 규정을 하여야 한다. 실무에서 권리자가 중단사유의 존재를 증거를 들어 증명하여야 하고 법원이 중단을 적극적(主动)으로 원용하여 시효중단을 하게 할 수 없다.¹²⁶⁾

민법전(제195조)은 중단사유로 이행청구, 의무자의 동의, 소제기 또는 중재신청 및 소제기와 중재신청과 동일한 효력이 있는 그밖의 경우의 4가지를 규정한다.

¹²⁵⁾ 施后扬, 民法总则, 中国法制出版社, 2010, 354쪽.

¹²⁶⁾ 陈陞主编, 民法总则评注(下册), 法律出版社, 2017, 1405쪽.

① 권리자의 의무자에 대한 이행청구(履行請求)

권리자는 의무자에 대하여 이행청구를 하면 이러한 경우가 바로 민사주체의 권리 행사이다. 권리자는 의무자에 대하여 권리를 주장할 수 있을 뿐만 아니라 그 대리인에게 권리를 주장할 수도 있다. 일단 ‘이행을 청구’하면 권리자가 적극적으로 권리를 행사하는 것을 보여주는 것이고 따라서 시효의 중단이 되어야 한다.¹²⁷⁾

민법전 제195조 제1호. 민법통칙(제140조 제1문 두 번째 경우)도 당사자 일방의 의무이행의 요구를 규정하였다.¹²⁸⁾¹²⁹⁾

민법전 제195조 제1호가 말하는 ‘이행청구’(提出履行請求)의 인정은 2가지 요건을 충족하여야 한다. 첫째는 의무자에 대하여 청구하여야 한다. 청구는 서면, 구두 등의 여러 방식을 취할 수 있고 청구내용은 의무자가 의무의 이행을 요청하는 것이어야 한다. 의무자에 대한 청구는 의무자의 대리인, 재산관리인 등에게 한 것을 포함하지만 청구는 제3자에게는 할 수 없다. 둘째는 권리자의 청구의 의사표시는 의무자에게 도달되어야 한다. 중국 민법전의 규정(제137조¹³⁰⁾)에 의하면 의사표시의 효력발생은 통상적으로 도달주의를 취한다. 다시 말하면 의사표시는 상대방에게 도달하여야 비로소 효력을 발생한다. 그러므로(因此) 권리자가 의무자에 대하여 청구를 한 후에 그 의사표시도 의무자에게 도달하여야만 하고 그렇지 않으면 법적 효력이 발생하지 아니한다. 동시에 권리자의 권리주장의 청구가 의무자에게 도달하면 바로 법적 효력이 발생하고 권리자의 청구가 충분한 이유가 있는지에 대하여는 그 소멸시효의 중단의 효력에 영향을 주지 아니한다. 중단은 청구가 의무자에게 도달한 날부터 기산하여야 한다.

소멸시효에 관한 해석(제10조)은 도달의 구체적인 경우에 대하여 규정을 하고¹³¹⁾

127) 郑玉波, 民法总则, 中国政法大学出版社, 2003, 508쪽.

128) 이외에 민법통칙 의견 제173조 제1문, 제2문도 이에 관하여 규정한다.

129) 우리 법(제174조)에서는 최고의 시효중단에 대하여 6개월 내에 별도의 시효중단사유를 취할 것을 요한다. 중국에서는 이행의 청구에 이러한 제한을 두지 아니한다. 이행청구나 최고와 권리자의 소멸시효의 취지(권리의 불행사)와 고려하여 검토가 필요한 것이다.

130) 민법전은 종래의 규정과 달리 대화방식과 격지자의 의사표시를 나누어 규정한다. 종래의 규정으로는 계약법 제16조, 제26조. 민법통칙에는 이에 대한 규정이 없다. 그 외에 민법전은 상대방이 없는 경우와 공고의 방식에 의한 의사표시에 대하여도 규정한다. 시효중단과 관련하여서는 대화방식이 아닌 의사표시의 효력발생이므로 제137조 제2항이 적용되고 그 도달주의의 원칙은 제2항 제1문 참조.

131) 해당 규정에 의하면 청구의 도달은 다음과 같은 경우를 포함한다 : 当事人一方直接向对方当事人送交主张权利文书, 对方当事人文书上签字、盖章或者虽未签字、盖章但能够以其他方

해당 규정에 의하면 당사자 일방이 소재불명(下落不明), 상대방이 국가 또는 소재불명된 당사자 일방의 주소지의 성급 영향력이 있는 매체에 권리를 주장한 내용의 공고를 게재(刊登)한 경우에도 권리자의 청구가 이미 의무자에게 도달한 것으로 인정할 수 있다.

권리자가 청구를 한 사실은 권리자가 증명하여야 한다. 소멸시효는 해당 청구가 의무자에게 도달한 날로부터 중단되어야 한다.¹³²⁾

② 의무자의 의무이행의 동의(同意)

비교법적으로 보편적으로 의무자의 승인(认诺)이 소멸시효의 중단이 성립하는 것을 규정한다. 승인(认诺)은 의무자가 권리자에 대하여 그 권리의 존재를 승인하는 것을 말하고 의무의 존재를 승인하기만 하면 의무자의 이행의 동의하여야 할 필요가 없이 바로 시효중단이 될 수 있다.¹³³⁾ 그러나 중국 민법전(제195조)은 의무자가 의무의 이행에 동의하여야만 시효중단을 할 수 있다고 규정하는데 이것은 일반적인 비교법과 다르다. 이러한 규정을 하게 된 이유는 의무자가 의무의 존재를 승인하는 하지만 의무의 이행을 거절할 수 있고, 이로 같은 경우에도 시효중단이 되게 해서는 안되기 때문이다.

의무자가 의무의 이행을 동의하는 것은 명시적으로 할 수도 있고 묵시적일 수도 있다.¹³⁴⁾ 의무자가 권리자에 대하여 의무이행의 동의는 여러 가지 방법을 취할 수 있다. 소멸시효에 대한 사법해석(제16조)은 ‘의무자가 분할이행(分期履行), 일부이행, 담보제공, 이행기의 연장의 청구, 채무변제계획의 작성 등 승낙이나 행위를 한 경우’를 모두 의무자가 의무이행을 동의한 것으로 인정할 수 있다. 이러한 의무는 모두 의무자가 권리자의 권리의 존재에 대하여 인정하는 것을 보여주는 것이고 따라서 쌍방의 법률관계를 새롭게 안정되게 하고 이러한 경우에 시효적용의 이유는 더 이상(不复) 존재하지 아니하기 때문이다. 그러므로 시효의 중단이 되도록 하여야 한다.

式证明该文书到达对方当事人的；当事人一方以发送信件或者数据电文方式主张权利，信件或者数据电文到达或者应当到达对方当事人的；当事人一方为金融机构，依照法律规定或者当事人约定从对方当事人账户中扣收欠款本息的；当事人一方下落不明，对方当事人在国家级或者下落不明的当事人一方住所地的省级有影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告的，但法律和司法解释另有特别规定的，适用其规定。

132) 상대방에 대한 도달의 확정 문제에 대하여는 소멸시효에 대한 사법해석 제10조 참조.

133) 杨巍, 民法时效制度的理论反思与案例研究, 北京大学出版社, 2015, 367쪽.

134) 王泽鉴, 앞의 책, 508쪽.

확실도 이를 ‘그밖에 소제기와 동일한 효력이 있는 사항’이라고 한다.¹³⁵⁾

③ 권리자의 소제기 또는 중재신청

민법전은 시효중단사유로 소제기와 중재신청을 별도로 규정한다.

첫째로 권리자의 소제기(提起訴訟)이다. 이것은 권리자가 법원에 소를 제기하여 법원에 의무자의 의무이행의 강제할 것을 청구하는 것을 말한다. 여기서 말하는 소(訴)는 민사소송을 말하고 본소, 반소 또는 배상명령(刑事附帶民事的訴訟)¹³⁶⁾을 묻지 아니하고 모두 권리를 행사하는 행위가 된다. 일단 소가 제기되면 바로 시효중단에 이른다.

확설의 일반적 견해에 근거하면 중재의 신청, 지급명령의 송달의 신청, 조정의 신청 등의 사항도 시효중단이 되게 할 수 있다. 소멸시효에 관한 사법해석(제12조)은 ‘당사자 일방이 법원에 소장을 제출하거나 구두로 소를 제기하면 소멸시효는 소장 제출이나 구두로 소를 제기한 날로부터 중단하는 것으로 규정한다. 이로부터 알 수 있는 것은 일단 소가 제기되면 시효의 중단이 발생하지만 소송 자체는 하나의 과정이고 시효중단 후에 소송과정은 모두 권리자가 권리를 행사하는 계속적 상태로 보아야 한다. 이에 따라 소제기로 시효가 중단되고 새로운 시효는 해당 소송과정이 종결된 때에 다시 새로 계산되어야 한다.’¹³⁷⁾

소멸시효에 관한 사법해석(제12조)의 규정에 근거하여 소제기가 요건에 맞지 아니하여 접수되지 못하거나 각하(駁回)되고 법이 정하는 소제기가 되지 못하지만 반드시 시효중단이 되지 못하는 것은 아니다. 권리자의 소제기는 그가 이미 권리를 주장한 것을 보여주거나 이미 확실한 증거로 그가 이미 의무자에게 권리를 주장하였다는 것을 증명하였기 때문이다. 소제기는 원래 권리자가 이미 적극적으로 권리를 행사한 것이고 접수(受理) 여부는 권리행사의 표시방법이 정확한 것인가에 대한 것일 뿐이다. 그러므로 소제기가 요건에 맞지 아니하여 접수되지 않거나 각하되어도 여전히 시효중단의 이유가 될 수 있다.

권리자의 소제기 후 다시 소를 취하(撤回)를 하면 이는 소멸시효의 중단사유가 되

135) 王澤鑑, 앞의 책, 534쪽.

136) 이에 대하여는 필자, 중국법의 배상명령(刑事附帶民事訴訟)과 우리 법의 시사점 - 범죄피해자의 손해배상과 관련하여, 경찰법연구 제11권 제2호, 2013, 177쪽 이하.

137) 魏振瀛主编, 앞의 책, 209쪽.

는가는 논의가 있다.¹³⁸⁾¹³⁹⁾ 최고법원은 소취하도 시효중단이 될 수 있다고 판시한다.¹⁴⁰⁾ 학설은 당사자가 소를 제기한 후 다시 소를 취하하는 경우에는 소멸시효가 중단되어서는 안된다고 본다. 그러나 소장이 이미 의무자에게 송달된 경우에는 ‘권리자가 의무자에게 이행청구하여 시효중단이 된다고 해석할 수 있다고 한다.¹⁴¹⁾

둘째로 중재의 신청(申請仲裁)이다. 이는 권리자가 중재기관에 분쟁에 대하여 중재의 진행을 신청하는 것을 말한다. 권리자의 중재신청이 법률규정에 해당하기만 하면 시효중단의 효력이 발생할 수 있다. 중재와 소송은 유사하기 때문에(因为) 모두 권리자가 그 권리를 행사하는 중요한 수단(途徑)이고 권리자의 중재신청도 그가 적극적으로 권리를 행사한 것을 보여주는 것이다.

종래 민법통칙(제140조)의 시효중단사유에서는 소제기 이외에 중재신청의 규정이 없었고 민법통칙에 관한 의견에도 조정(제174조)만이 추가되었고 중재에 대하여는 규정이 없었다. 소멸시효에 대한 사법해석(제13조)에서 중재신청을 소제기와 같은 시효중단효력을 인정하였다. 다만 이 규정은 중재신청을 지급명령 등과 같이 하여 소제기와 동일한 효력이 있는 것으로 인정하였는데 민법전은 이러한 사유(제4호)와 별도로 ‘중재’는 소제기와 독립하면서도 소제기의 효력을 가지는 것으로 규정하고 있다.

④ 소제기나 중재신청과 동일한 효력(同等效力)이 있는 그밖의 경우(제4호)

민법통칙의 시효중단사유에는 이러한 사유가 없었고 민법통칙 의견(제174조)은 조정이 시효중단사유로 인정하였다. 민법전과 민법총칙은 이러한 실무의 의견을 참조하여 규정한 것이다.

소제기 또는 중재신청과 동일한 효력이 있는 그밖의 사유가 발생(예를 들어 권리

138) 이에 대하여는 霍海红, 撤诉的诉讼时效后果, 法律科学 2014년 제5기, 90쪽 이하; 未明确撤诉后诉讼时效的计算 <<http://xazy.sxfywcourt.gov.cn/article/detail/2011/05/id/1591584.shtml>>.

139) 霍海红, 撤诉的诉讼时效后果打印分享, 西北政法大学学报 2014년 제5기; 许可, 民事诉讼中当事人撤诉与诉讼时效中断-兼论撤诉制度中的权利配置, 民事程序法研究 2006년 제1기, 2006.1.

140) 이러한 것으로는 最高人民法院民事审判第一庭编, 民事审判指导与参考(总第47辑), 人民法院出版社, 2011, 192-208쪽. 广西融海房地产开发有限公司与广西壮族自治区德保县糖厂借款担保合同纠纷再审案 및 그 외의 법원판결에 대하여는 <<https://www.jianshu.com/p/17132e94db94>>.

141) 我妻荣 著, 于敏 译, 新订民法总则, 中国法制出版社, 2008, 428쪽 참조.

자가 관련기관에 자기의 권리의 보호를 청구하는 경우)하면 권리자가 이미 적극적으로 그 권리를 행사한 것으로 보기에 충분할 수도 있고, 논리적으로도 소멸시효가 중단되게 하여야 할 것이다. 엄격하게 말하면 소멸시효의 중단을 가져오는 사유는 단지 권리자의 소제기에 한정되는 것만은 아니다. 실제로 어떠한 사법절차를 개시하는 행위도 모두 소멸시효의 중단이 되게 할 수 있고, 따라서 소제기를 제외하고 조정, 중재 및 그밖에 사법절차도 동일하게 시효중단을 발생하여야 한다.¹⁴²⁾ 민법전(제195조)은 ‘소제기 또는 중재시청과 동일한 효력이 있는 그밖의 경우’는 소멸시효에 대한 사법해석의 규정과 함께 이해하여야 할 것이다. 그 주된 것으로는 다음 2가지를 포함한다.

첫째는 권리자가 인민조정위원회(人民调解委员会) 및 그밖의 법에 의하여 관련 민사분쟁을 해결할 권한이 있는 기관에 청구하는 것이다. 사법해석(诉讼时效解释)(제14조)에 의하면 권리자가 인민조정위원회와 그밖에 법에 의하여 관련 민사분쟁에 해결할 권한이 있는 국가기관, 사업단위(事业单位), 사회단체 등 사회조직에 상응한 민사권리의 보호의 청구를 하면 소멸시효는 청구를 한 날로부터 중단된다. 해당 조문의 규정에 의하면 권리자는 인민조정위원회(人民调解委员会)와 그밖에 법에 의하여 상응한 민사분쟁을 해결할 권한이 있는 기관에 대한 청구도 소멸시효의 중단을 가져올 수 있다. 조정(调处)을 하여 합의에 도달하지 못한 경우에는 소멸시효기간은 바로 다시 기산된다. 조정이 합의에 달하면 의무자가 협의에서 정한 기간에 따라 의무를 이행하지 못하는 경우에 소멸시효기간은 해당 기간만료한 때에 다시 기산되어야 한다.

둘째로 권리자가 경찰(公安机关), 검찰, 법원에 신고하거나 고발(控告)하는 경우이다.

소멸시효에 관한 사법해석(제13조, 2008년의 것은 제16조)에 의하면 권리자가 경찰, 검찰, 법원의 사건신고 또는 고소(控告)를 하고 그 민사권리의 보호를 청구하는 경우에 소멸시효는 그 사건신고 또는 고소한 날로부터 중단된다(제1항). 또한 이러한 기관이 미접수(불수리)(不立案), 사건접수 취소(撤销案件), 불기소의 결정을 한 경우에 소멸시효기간은 권리자가 불수리, 사건(수리)의 취소, 불기소를 알았거나 알 수 있었을 때로부터 새로 기산하고, 형사사건이 심리단계에 들어가면 소멸시효기간은

¹⁴²⁾ 朱岩, 消灭时效制度中的基本问题, 中外法学 2005년 제2기.

형사 판결문의 효력이 발생하는 날로부터 다시 기산한다(제2항). 이 조문에 의하면 권리자가 경찰, 검찰, 법원에 사건을 신고하거나 고발(控告)하기만 하면 이러한 기관이 사건접수(立案), 사건접수의 취소 또는 불기소 결정 여부와 무관하게 모두 소멸시효 중단이 효과가 발생된다. 종래 사법해석(소멸시효 규정)(제15조 제2항)이 시효 중단의 효력으로 규정하던 것을 그대로 민법전에 반영한 것이다.

⑤ 그밖의 사유

사법해석에서는 이외에 채권양도, 채무인수의 경우도 시효중단에 관한 규정을 두었다. 채권양도에서 소멸시효는 채권양도의 통지가 채무자에게 도달한 날로부터 중단된다. 채무인수(債務承擔)의 경우에는 구채무자에 대한 채무승인이 성립된 경우에 소멸시효는 채무인수에 대한 동의의 의사표시가 채권자에게 도달한 날로부터 중단된다(소멸시효에 관한 사법해석 제19조).

(3) 소멸시효 중단의 효과

소멸시효가 일단 중단하면 다음과 같은 효과가 발생한다.

① 기본적 효과

우선 이미 경과한 시효기간 전체가 무효가 된다. 이미 시효기간의 일부로 계산되어 지난 시효는 아직 기간이 만료하지 않지만 하면 모두 중단사유의 출현으로 효력을 상실한다. 예를 들어 소멸시효는 권리자가 청구를 하여 중단된 때에는 권리자가 청구의 통지가 의무자에게 도달한 때에 소멸시효는 중단된다.¹⁴³⁾ 원래의 시효의 경과를 어떠한 법적 효력도 발생하지 아니한다.

다음으로 중단사유가 제거(消除)된 후에 시효기간은 새로(重新) 계산된다. 소멸시효의 중단 후 이미 경과된 소멸시효는 무효가 되고(归于无效) 소멸시효는 새로 계산된다.

소멸시효의 중단 후 새로 계산하는 소멸시효기간은 어느 정도이어야만 하는가?

견해¹⁴⁴⁾에 따라서는 일반소멸시효가 중단되어 다시 진행되는 경우와 특별소멸시

143) 郑玉波, 앞의 책, 520쪽.

144) 汪渊智, 我国民法诉讼时效制度之构想, 法学研究 2003년 제3기, 58쪽 이하.

효가 중단되는 경우를 분리하여 일반소멸시효의 경우에는 그대로 일반 소멸시효기간이 적용되어야 하지만 특별소멸시효의 경우에는 일반소멸시효기간으로 변경되어야 한다고 본다.

이에 대하여는 민법전이 양자를 구분하여 정하고 있는 점을 고려하면 시효의 중단 이후 새로 진행되는 소멸시효는 원래의 소멸시효와 같아야 한다는 견해¹⁴⁵⁾도 있다. 즉, 법률은 근거가 다른 경우에 일반시효와 특별시효를 적용하고 그러면 중단 이후 여전히 원래의 시효기간을 적용하여 새롭게 계산해야 하여야 한다. 다시 말하면(这就是说) 원래가 일반시효이면 중단 후에는 여전히 일반시효기간을 적용하고 원래가 특별시효이면 중단 후에도 특별시효기간에 따라 새로 계산하여야 한다.

② 시효의 재중단

시효가 중단된 후에 시효의 재중단(再次中断)의 효과가 발생할 수 있다. 민법통칙에 대한 의견(제173조 제2항)에 의하면 ‘소멸시효가 권리자가 권리의 주장 또는 의무자의 의무이행의 동의로 중단된 후 권리자가 새로운 소멸시효기간 동안에 다시 권리를 주장하거나 의무자가 다시 의무이행에 동의한 경우에는 소멸시효의 재중단을 인정할 수 있다. 이에 따라 소멸시효의 중단 후에 다시 소멸시효의 중단사유가 발생하면 계속 소멸시효의 중단의 효력이 발생할 수 있고 법률로 중단의 횟수를 제한하지는 아니한다.

(4) 소멸시효기간의 재기산점

소멸시효의 중단의 효력은 중단사유의 발생 전 이미 진행된 소멸시효기간을 모두 무효로 돌리고 소멸시효가 새로 기산하는 것이다.¹⁴⁶⁾

중국에서는 소멸시효기간이 언제부터 다시 계산되는가에 대하여 견해가 대립하였다.

우선 민법통칙(제140조)은 소멸시효기간이 중단된 때부터 새로 계산한다고 한다.¹⁴⁷⁾ 이에 대하여는 시효중단의 발생사유에 따라 기산점을 구분하여야 한다는 견해도 있었다.¹⁴⁸⁾ 구체적으로는 소제기, 중재신청, 조정신청 또는 관련 단체와 기관

145) 王利明, 杨立信, 王轶, 程啸, 앞의 책, 154쪽; 같은 저자, 앞의 책(제6판), 300쪽.

146) 우리 민법 제178조 제1항도 같다.

147) 苏号朋, 앞의 책, 373쪽.

에 민사권리의 보호를 요청한 경우 등의 사유로 중단된 경우에는 각각 판결, 결정, 재결(裁決)과 조정의 합의의 효력이 발생하거나 관련 단체 또는 기관이 결정한 때부터 새로 시효기간을 기산한다. 당사자 일방이 권리를 주장한 경우에는 중단사유가 발생한 때로부터 시효기간을 다시 계산한다. 의무자가 이행을 동의한 경우에는 중단사유가 발생한 때로부터 새로 계산한다. 마지막으로 소멸시효의 중단 후 원래 진행된 시효기간은 무효로 돌아가고 시효중단의 법이 정하는 사유가 없어진 날로부터 새로 기산한다는 견해¹⁴⁹⁾도 있었다.

이에 관하여 사법해석(소송시효에 관한 사법해석)(제15조 제2항)은 '경찰, 검찰, 법원이 미접수(不立案), 사건접수의 취소(案件撤銷), 불기소(不起诉) 등의 결정을 한 경우에 소멸시효는 권리자가 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 때로부터 새로 기산하고 형사사건이 심리 단계에 들어간 경우에 소멸시효 기간은 형사 판결문(裁判文書)이 효력을 발생하는 날로부터 새로 기산한다'고 규정하였다.

이러한 민법통칙과 사법해석이 현행 민법전에 반영되었다.

(5) 소멸시효의 중단의 효력 범위

종래의 사법해석(소멸시효에 대한 사법해석)에는 소멸시효 중단의 효력이 미치는 범위에 대하여 몇 가지 규정을 두었다.

우선 권리자가 동일한 채권 중 일부 채권에 대하여 권리를 주장할 경우 소멸시효의 중단의 효력은 나머지 채권에 대하여도 미친다. 그러나 권리자가 명시적으로 나머지 채권을 포기하는 의사표시를 한 경우는 제외한다(소멸시효규정 제11조).¹⁵⁰⁾ 다음으로 연대채권자 중 1인에 대하여 시효중단사유가 발생하는 경우에 다른 연대채권자에 대하여도 소송시효중단의 효력이 발생한다. 연대채무자 중 1인에 대하여 시효중단사유가 발생한 경우에도 다른 연대채무자에 대하여 시효중단의 효력이 발생한다(소멸시효규정 제17조). 또한 채권자가 대위소송을 제기한 경우 채권자의 채권 및 채무자의 채권은 모두 시효중단의 효력이 발생한다(소멸시효규정 제18조).

148) 陈明添, 吴国平主编, 앞의 책, 328쪽.

149) 申卫星主编, 앞의 책, 150쪽.

150) 이와 달리 우리 나라의 학설과 판례는 일부청구의 경우에는 청구한 일부에만 시효중단의 효력이 있는 것으로 본다.

3. 소멸시효기간의 정지(中止)¹⁵¹⁾

(1) 소멸시효기간 정지 일반

소멸시효기간의 정지(诉讼时效期间的中止)는 소멸시효기간의 진행 중에 일정한 법이 정하는 사유가 발생하여 권리자가 청구권을 행사할 수 없게 되고 그에 따라 일시적으로(暂时) 그러한 사유(장해사유)가 소멸할 때까지 소멸시효기간의 계산을 정지하는 것을 말한다. 민법전은 소멸시효의 정지(제194조)에 대하여 규정은 두는데 이는 민법통칙(제139조)의 조문내용을 변경한 것이다.¹⁵²⁾

넓은 의미의 정지에는 시효의 미완성(时效的未完成), 즉 시효기 바로 완성하려고 할 때에 일정한 사유의 존재로 인하여 이미 완성해야 하는 시효가 해당 사유가 소멸된 후의 법이 정하는 기간 내로 임시로 완성을 유예(暂缓完成)하는 것이다. 중국의 현행 민법은 시효의 정지만 인정하고 시효의 미완성은 인정하지 아니한다.¹⁵³⁾

민법전의 소멸시효의 정지에 대하여 다음의 규정을 둔다(제194조 제1항).

제194조 ① 소멸시효기간의 최후 6개월 내에 다음 각 호의 장해로 인하여 청구권을 행사할 수 없는 경우에는 소멸시효는 정지된다.

1. 불가항력
2. 행위무능력자 또는 제한행위능력자가 법정대리인이 없거나 법정대리인이 사망, 행위능력의 상실이나 대리권의 상실
3. 상속개시 후 상속인이나 상속재산 관리인의 미확정
4. 의무자나 그밖의 사람에 의한 권리자의 피지배(控制)
5. 그밖에 권리자가 청구권의 행사를 할 수 없게 하는 장해¹⁵⁴⁾

¹⁵¹⁾ 우리 법에서는 이러한 경우를 시효의 ‘정지’라고 한다. 시효기간이 거의 경과하였을 때 권리자가 중단행위를 할 수 없거나 곤란한 사정이 있으면 시효진행을 일시적으로 멈추고 그 사정이 없어지면 다시 나머지 기간을 진행시키는 것을 말한다. 중국법에서는 ‘정지’라는 용어보다는 ‘중지’라고 한다. 우리 용어례를 참조하여 ‘정지’로 한다.

¹⁵²⁾ 민법통칙 제139조 소멸시효기간의 마지막 6개월 내에 불가항력 또는 기타 장애로 청구권을 행사할 수 없으면 소멸시효는 정지된다. 시효정지사유가 없어진 날부터 계속하여 소멸시효는 계산된다.

¹⁵³⁾ 민법전 이전의 민법통칙 제194조가 성질상 소멸시효의 미완성에 해당한다고 보는 학자도 있다.

¹⁵⁴⁾ 조문내용은 다음과 같다 : 第194条 [1] 在诉讼时效期间的最后六个月内,因下列障碍,不能

법률이 소멸시효의 정지를 정한 이유는 주로 권리자가 적극적으로 그 권리의 행사를 하는데 충분한 시간을 가지도록 보장하여 권리자가 지배(控制)할 수 없는 원인으로 인하여 소멸시효의 기간만료의 효과가 발생하지 못하도록 하기 위한 것이다. 즉, 마지막 단계에서 시효의 진행을 억제하고 장애사유가 존속하는 동안에 시효가 완성되는 것을 막아 권리자의 이익을 보호하게 된다.¹⁵⁵⁾ 따라서(因此) 특정한 사유의 경우가 발생하면 권리자의 이익을 보호하기 위하여 소멸시효의 최후 단계의 계속 진행을 저지하고 방해사유(阻碍事由)의 존속기간 내에 시효완성을 피하게 된다.¹⁵⁶⁾ 동시에 소멸시효의 정지의 규정은 소멸시효제도를 둔 기본취지(宗旨)에도 맞는 것이다. 소멸시효는 주로 권리자로 일정한 이익을 상실하게 하는 것을 통하여 권리자가 제때에 그 권리를 행사하게 촉구하여 권리자가 ‘권리 위에 잠자는 것’을 피하기 위한 것이다. 그러나 불가항력 등 객관적 원인으로 권리자가 청구권을 행사할 수 없게 되는 때에는 권리자는 주관적으로 권리행사의 해태가 없고, 그로 시효기간의 만료의 효과를 부담하게 하면 시효제도를 둔 기본취지에 위반하는 것이다.

소멸시효의 정지는 소멸시효의 중단과 다른 것으로 양자는 주로 다음과 같은 점에서 차이가 나타난다.¹⁵⁷⁾

첫째는 각각 발생하는 시점이 다르다. 시효정지는 시효기간 만료 전 최후 6개월 내에 존재하거나 발생하여야 하지만 시효중단은 소멸시효가 진행 중인 어느 단계에서도 발생할 수 있고 소멸시효기간 내에 발생하기만 하면 된다. 둘째는 발생사유가 다르다. 소멸시효의 정지사유는 불가항력과 같이 통상적으로 당사자가 주관적 의사로 지배(통제)(控制)할 수 없는 객관적 사유이다. 그러나 중단사유는 일반적으로 모두 당사자가 주관적 의사로 좌우할 수 있는 것으로 권리자가 권리를 적극적으로 주장한 결과이다. 예를 들어 이행을 청구하거나 소제기는 모두 당사자가 주관적으로 지배할 수 있는 것이다. 소멸시효의 정지를 가져오는 사유는 일반적으로 자연적인 사건(自然事件)이지만 소멸시효의 중단을 가져오는 사유는 일반적으로 사람의 행위

行使请求权的, 诉讼时效中止: (一)不可抗力; (二)无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人, 或者法定代理人死亡、丧失民事行为能力、丧失代理权; (三)继承开始后未确定继承人或者遗产管理人; (四)权利人被义务人或者其他控制; (五)其他导致权利人不能行使请求权的障碍。

155) 王利明, 杨立信, 王轶, 程啸, 앞의 책, 154쪽; 같은 저자, 앞의 책(제6판), 300쪽.

156) 施后扬, 앞의 책, 366쪽.

157) 马俊驹, 余延满, 앞의 책, 154쪽; 王利明, 杨立信, 王轶, 程啸, 앞의 책, 300쪽.

이다. 셋째는 법적 효과가 다르다. 시효정지의 법적 효과는 정지사유가 발생한 기간을 시효기간으로 산입하지 않는 것에 있다. 달리 말하면 해당 기간을 시효기간 안에서 배제하는 것이고 정지사유가 발생 전에 이미 경과한 시효기간은 여전히 유효하지만 시효기간의 정지사유가 없어진 후 소멸시효기간은 6개월이 더 있어야 비로소 기간이 만료한다.¹⁵⁸⁾ 그러나 소멸시효의 중단의 법적 효과는 중단사유가 발생된 후에는 이미 경과한 시효기간은 전부 무효로 돌아가고 새로 시효기간의 계산을 개시한다.¹⁵⁹⁾

(2) 시효의 정지의 발생시기

민법전(제194조)의 규정에 의하면 소멸시효의 정지사유는 소멸시효기간의 최후 6개월에 발생되어야 한다.

소멸시효가 언제 정지가 되는가에 관하여는 입법례는 3가지 태도가 있다.

첫째는 시효기간의 정지가 시효기간이 완성된 최후 단계에만 발생을 인정한다. 둘째는 시효기간의 정지는 시효진행 중의 어느 때에도 발생할 수 있고 법이 정하는 사유가 있기만 하면 시효기간을 정지하여야 하는 것으로 인정한다. 셋째는 사정이 다른 경우로 구분하여야 하고 시효기간의 정지와 시효기간의 미완성(时效期间的不完成)으로 나누어야 한다고 본다.¹⁶⁰⁾

중국 민법전(제194조 제1항)은 민법통칙(제139조)의 태도를 그대로 받아들여 ‘소멸시효기간의 최후 6개월 내에 다음 각 호의 장애로 인하여 청구권의 행사를 할 수 없는 경우에는 소멸시효는 정지한다’고 규정한다. 해당 규정은 이러한 점에서 첫째 입법례의 태도를 취한 이다. 즉, 소멸시효기간은 최후 6개월 내에만 정지가 발생할 수 있다.

(3) 소멸시효기간의 정지사유

소멸시효기간을 정지하는 사유에 대하여는 현행 중국 민법전(제194조)에서는 다음과 같이 규정한다. 종래 민법통칙(제153조)은 불가항력과 그밖의 사유로 규정하고

158) 민법통칙에서는 시효기간의 정지 후 정지사유가 없으면 나머지 기간이 진행을 계속하여 시효기간이 계산되었다.

159) 王泽鉴, 앞의 책, 540쪽.

160) 史尚宽, 民法总论, 中国政法大学出版社, 2000, 685-686쪽.

민법통칙에 관한 사법해석과 소멸시효에 대한 사법해석이 자세한 것을 규정하였던 것을 민법총칙(2017년)이 5가지 사유로 세분화하였고 민법전은 그대로 이를 받아들인 것이다.

제194조 ① 소멸시효기간의 최후 6개월 내에 다음 각 호의 장애로 인하여 청구권을 행사할 수 없는 경우에는 소멸시효는 정지된다.

1. 불가항력
2. 행위무능력자 또는 제한행위능력자가 법정대리인이 없거나 법정대리인이 사망, 행위능력의 상실이나 대리권의 상실
3. 상속개시 후 상속인이나 상속재산 관리인의 미확정
4. 의무자나 그밖의 사람에 의한 권리자의 피지배(控制)
5. 그밖에 권리자가 청구권의 행사를 할 수 없게 하는 장애¹⁶¹⁾

① 불가항력(不可抗力)(제1호)

불가항력은 예견할 수 없고 회피할 수 없고 극복할 수 없는 객관적 상황을 말한다(민법전 제180조 제2항, 민법통칙 제153조). 전쟁이나 지진 등이 그러하다. 불가항력은 시효를 정지하게 하는 중심이 되는 사유이고 불가항력이 발생하는 경우에 권리자는 그 의사 이외의 원인으로 인하여 권리를 주장할 수 없게 되기 때문에 시효가 정지되지 않으면 불공평한 결과에 이르게 된다. 당연히 불가항력도 당연히 소멸시효의 정지의 효력이 발생하는 것은 아니다. 다시 말하면 불가항력의 사유가 발생하더라도 권리자의 권리행사에 영향이 없는 경우에는 시효정지의 효과도 발생할 수 없다.¹⁶²⁾

② 행위무능력자 또는 제한행위능력자의 법정대리인이 없거나 법정대리인이 사망, 행위능력의 상실, 대리권의 상실(제2호)

해당 규정은 법정대리인이 없는 때의 시효의 정지에 해당한다.¹⁶³⁾ 종래에는 사법

¹⁶¹⁾ 第194条 [1] 在诉讼时效期间的最后六个月内,因下列障碍,不能行使请求权的,诉讼时效中止:(一)不可抗力;(二)无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人,或者法定代理人死亡、丧失民事行为能力、丧失代理权;(三)继承开始后未确定继承人或者遗产管理人;(四)权利人被义务人或者其他人控制;(五)其他导致权利人不能行使请求权的障碍。

¹⁶²⁾ 李适时主编,《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社,2017,615쪽.

해석¹⁶⁴)이 규정하던 것을 민법전의 정지사유로 받아들인 것이다. 소멸시효기간의 최후 6개월 내에 권리자가 행위무능력자이거나 제한행위능력자이지만 법정대리인이 없거나 법정대리인이 사망, 대리권이 상실되거나 법정대리인 본인이 행위능력을 상실한 경우라면¹⁶⁵) 그가 객관적으로 권리를 주장할 수 없고 이때 민법전 제194조에 의하면 소멸시효는 정지하고 따라서 권리자를 위하여 필요한 권리행사기간을 미리 남겨두어 행위무능력자와 제한행위능력자의 권리를 더 잘 보호하게 된다. 당연히 민법전 제194조 제2항의 규정은 무능력자나 제한행위능력자가 행위능력자가 되거나 법정대리인을 다시 둔 날로부터 소멸시효는 6개월이 더 있어야 비로소 기간이 만료된다.

③ 상속개시 후 상속인이나 상속재산관리인의 미확정(제3호)

상속 개시 후 상속인이 아직 확정되지 않았거나 상속인의 원인에 의하지 아니하고 상속재산 관리인이 명확하지 않게 되고, 이러한 경우에 마침 시효기간의 최후 6개월 내에 발생하고, 상속인이나 상속재산 관리인이 권리를 행사할 수 없게 되어도 시효가 여전히 계속 진행되면 상속인이나 상속재산관리인에 대하여 불공평한 것이다. 이때 소멸시효의 정지의 효력이 발생한다. 종래 사법해석(소멸시효에 대한 시효 규정 제20조 제2호)에서 규정하던 것을 민법전에 편입한 것이다. 상속인이나 상속재산 관리인이 확정된 후에는 소멸시효기간은 6개월이 더 있으면 비로소 기간이 만료한다.

④ 의무자나 그밖의 사람에 의한 권리자의 지배(控制)(제4호)

권리자가 의무자 또는 그밖의 사람에 의하여 지배되어도 권리자가 객관적으로 권리를 행사할 수 없게 된다. 종래에는 사법해석(소멸시효에 대한 사법해석 제20조 제3호)에서 권리자가 의무자 또는 그밖의 제3자로 인하여 권리를 주장할 수 없는 경우로 하던 것을 자구를 수정하여 받아들인 것이다.

여기서 말하는 ‘지배’는 일반적으로 권리자가 인신의 자유가 제한되는 것으로 본

¹⁶³) 陈姓主编, 民法总则评注(下册), 法律出版社, 2017, 1398쪽.

¹⁶⁴) 민법통칙 의견(제172조), 소멸시효에 대한 규정(제20조 제1호). 민법전 제정 후의 소멸시효에 대한 규정(2022년)에서는 이 규정이 민법전의 조문이 되어서 사법해석에서는 삭제되었다.

¹⁶⁵) 민법통칙 의견 제172조 참조.

다. 예를 들어 권리자가 의무자에 의하여 구류(拘押), 구금되어 행동의 자유를 상실하여 객관적으로 권리를 주장할 수 없는 경우가 그러하다. 이때에 소멸시효의 정지가 될 수 있게 된다.

⑤ 그밖에 권리자가 청구권을 행사할 수 없게 하는 장애(障碍)(제5호)

민법전 제194조의 규정에 의하면 그밖에 권리자가 청구권을 행사할 수 없게 하는 장애가 발생하여도 소멸시효의 정지의 효력이 발생된다. 종래에는 사법해석(소멸시효에 대한 사법해석 제20조 제3호, 제20조 제4호)으로 규정하던 것을 더 일반화한 것이다.¹⁶⁶⁾

해당 규정은 실제적으로 소멸시효의 정지사유에 일반규정(兜底規定)을 둔 것으로 법률상으로도 일반규정을 두는 것이 필수적이다. 한편으로는 권리행사의 장애가 되는 사유는 상당히 복잡하고 권리자가 권리행사를 할 수 없는 장애가 발생한 때에 법원은 실제사정에 근거하여 시효의 정지의 결정을 허용해야 한다. 결국(畢竟) 정지와 중단은 다르고 중단이 이미 진행된 기간을 무효로 돌리지만 정지는 시효기간이 진행하지 못하게 할 뿐이다. 즉, 일반조항(兜底條款)을 두더라도 시효기간의 불확정이 되게 하지는 아니한다. 다른 한편으로 정지사유에 일반조항을 두지 않으면 권리행사에 대한 제한이 과도하게 경직(過死)되어 그에 따라 권리자의 권리에 대한 보장을 하는데 불리할 수 있게 된다. 예를 들어 부부 사이에 가정폭력으로 가해가 있고 발생한 손해배상청구권에 대하여 중국의 현행법은 규정이 없다. 그러나 학자들은 다수가 중국의 친족상도(親親相隱)의 법률전통을 고려하여 이에 대하여 소멸시효의 정지사유로 하여야 한다고 본다.¹⁶⁷⁾ 이러한 견해는 상당히 타당성이 있다.

이외에 종래의 사법해석(소멸시효에 대한 사법해석 제20조 제3호)에는 당사자 사이에 법정대리관계가 있는 경우로 하던 것이 있었으나 현재에는 삭제되어 이는 제5호의 사유로 보아야 한다. 이는 후견인이 피후견인의 법정대리인인 경우에 후견인의 피후견인에 대한 권리는 법정대리관계의 존재로 인하여 행사할 수 없으므로 이를 시효의 정지사유로 보았다.

166) 소멸시효에 대한 사법해석 제20조 제3호는 권리자가 의무자 또는 그밖에 제3자로 인하여 권리를 주장할 수 없는 경우이었고 제20조 제4호는 그밖에 권리자로 권리를 주장할 수 없게 한 객관적 사정이라고 하였다.

167) 魏振瀛主编, 앞의 책, 199쪽.

또한 견해에 따라서는 혼인관계의 지속을 정지사유로 보기도 한다.¹⁶⁸⁾ 당사자 쌍방이 혼인관계에 있는 경우에 서로에 대한 권리행사가 어렵지는 않지만 상호신뢰로 서로에 대하여 계산을 하지 않기 때문에 혼인관계의 소멸을 소멸시효 정지사유로 보는 것이다. 이 경우도 현행 민법전에서는 기타 사유(제5호)로 보아야 할 것이다.

(4) 시효기간 정지의 효과

민법전 제19조에 의하면 소멸시효기간의 정지에 대하여는 다음과 같은 효력이 발생한다.

① 소멸시효기간의 계산의 정지

민법전(제194조 제1항)의 규정에 의하면 일단 소멸시효의 정지사유가 발생하면 소멸시효기간은 바로 계산이 정지되고 정지사유가 소멸(消除)하기 전의 기간은 소멸시효의 계산에 산입되지 아니한다.

② 정지사유 발생 전의 시효기간의 계속 유효

소멸시효 정지는 소멸시효의 중단과 달리 소멸시효기간이 일단 중단되면 그 이미 경과된 시효기간은 무효가 되고 소멸시효기간은 새로 기산된다. 그러나 소멸시효의 정지의 경우에는 이미 경과한 시효기간은 계속 유효하다. 각국의 입법은 일반적으로 모두 정지사유의 발생 이후에 정지사유의 발생 전의 시효기간이 계속 유효한 것을 인정한다.

③ 정지사유의 소멸 후 다시 6개월 계산

정지사유가 일단 소멸하면 소멸시효기간은 다시 6개월을 계산한다. 민법전 제194조 제2항에 의하면 시효를 정지하는 사유(时效的原因)가 없어진 날로부터 6개월로 소멸시효기간이 만료(届满)된다. 다시 말하여 소멸시효기간 정지 전의 소멸시효기간이 아직 어느 정도 남아있는가를 묻지 아니하고 정지사유가 없어진 후에 남은 소멸시효기간은 모두 6개월로 한다. 비교법적으로 보면 해당 조항은 실제로는 비교법에서의 소멸시효의 미완성(诉讼时效不完成) 제도를 차용한 것으로 중국이 원래 가지고 있던 소멸시효의 정지제도를 수정한 것이다.

¹⁶⁸⁾ 魏振瀛主编, 앞의 책, 200쪽.

중국이 원래 민법통칙에서 취하던 소멸시효의 정지의 효과는 현행 민법전과는 다른 것이었다. 민법통칙(제139조 후문)에 의하면 소멸시효의 정지사유가 없어진 날로부터 소멸시효기간이 계속해서 계산된다. 즉, 정지사유 발생 전의 소멸시효기간은 여전히 유효하였다. 일반소멸시효가 1년 8개월 진행되고 시효의 정지사유가 발생하여 이 사유가 2개월 동안 있었으면 이 2개월은 시효기간에 들어가지 아니하고 정지사유가 없어진 날로부터 1년 8개월에 이어서 계산되어 2년의 시효기간만료(일반시효기간은 2년)에 이르게 된다. 즉, 4개월의 시효기간이 남는다. 시효가 1년 4개월 진행되고 정지사유가 발생하여 그 사유가 2개월 동안 있었으면 시효의 정지사유가 없어진 후에는 남은 소멸시효기간은 8개월이 아니라 6개월이다. 이는 마지막 6개월 이전의 2개월에는 시효정지의 문제가 존재하지 않기 때문이다.¹⁶⁹⁾¹⁷⁰⁾

이와 달리 소멸시효의 미완성(诉讼时效不完成)은 소멸시효기간이 종료에 가까운 때에 청구권이 행사할 수 없거나 행사에 불편한 사유가 발생한 것으로 인하여 완성되어야 하는 소멸시효를 해당 사유의 종료 후의 일정한 기간 내에 임시로 완성을 유예(暂缓完成)하게 하여 권리자가 해당 기간 내에 권리의 행사를 할 수 있게 하여 시효를 중단하게 하는 제도이다.¹⁷¹⁾

중국 민법전은 비교법의 이러한 소멸시효의 미완성 제도를 차용하였지만 시효의 미완성과는 완전히 같은 것도 아니다. 양자의 구별은 주로 다음의 점에서 나타난다. 첫째로 발생시간이 다르다. 소멸시효의 미완성은 소멸시효기간의 어느 단계에서나 발생할 수 있지만 소멸시효의 정지는 소멸시효기간 만료 전 6개월 내에만 발생한다. 둘째로 사유가 다르다. 비교법적으로 보면 소멸시효의 미완성이 포함하는 사유는 여러 가지 유형이지만 소멸시효의 정지사유는 일반적으로 당사자가 객관적 원인으로 권리를 주장할 수 없는 것이다. 셋째로 효과가 다르다. 소멸시효의 정지의 효과는 소멸시효가 일시적으로 계산이 정지되고 시효의 정지사유가 없어진 후에 다시 6개월이 계산된다. 그러나 소멸시효의 미완성의 효과는 특정한 사유가 없어지기 전에

169) 민법통칙은 시효가 완성되는 최후의 단계에만 시효의 정지를 인정하고, 특히 시효의 정지는 최후의 6개월 내에 발생하여야만 하는 것으로 하고 있다. 이러한 점은 魏振瀛主编, 앞의 책, 201쪽.

170) 우리나라는 정지사유가 없어진 때로부터 6개월 내에는 시효가 완성하지 아니한다. 즉, 정지사유가 소멸된 때로부터 6개월 내에는 권리행사를 할 수 있다. 이 기간에 권리행사를 하지 아니하고 지나면 권리는 시효로 소멸된다.

171) 王泽鉴, 앞의 책, 510쪽.

소멸시효는 완성하지 아니하는 것이다. 그러므로 중국 민법전의 시효정지는 특수하기는 하지만 여전히 시효의 정지에 해당한다. 예를 들면 갑의 청구권의 소멸시효기간이 6개월이 아직 남은 경우에 소멸시효기간의 정지사유가 발생하면 정지사유가 소멸한 날로부터 만6개월에 그 청구권의 소멸시효기간이 비로소 기간이 만료된다. 법률이 이러한 규정을 둔 것은 소멸시효기간의 정지의 경우에 소멸시효기간의 계산 방법을 간략하게 하고 따라서 관련 분쟁을 감소하게 한 것이다.

4. 소멸시효기간의 연장(延長)¹⁷²⁾

(1) 시효기간의 연장 일반

소멸시효기간의 연장은 소멸시효기간의 만료 후 권리자가 어떤 정당한 이유에 기초하여 법원에 구체적 사정에 근거하여 시효기간의 연장을 신청하고 법원이 확실한 정당한 이유를 조사하여 직권으로 법정된 시효기간의 연장을 결정하는 제도를 말한다(민법전 제188조 제2항 제2문(第三句) 또는 후문[后半段], 민법통칙 제137조¹⁷³⁾).

172) 霍海红, 诉讼时效延长规则之反省, 法律科学 2012년 제3기, 86쪽 이하; 杨巍, 《民法典》第188条第2款第3句(最长时效期间及其延长)评注(法典评注), 南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学), 2022년 제2기, 94쪽 이하 등.

173) 민법통칙과 민법전의 조문에는 약간의 차이가 있다 : 즉 민법통칙은 시효의 연장에 관한 특수한 사정을 정하는 조문이 제3문(또는 제2문)으로 ‘마침표’로 하여 독립된 조항으로 되어 있으나 민법전은 제2문의 일부로서 ‘쉼표’로 연결하여 특수한 사정이 최대기간과 연결되는 종속된 조항으로 하고 있다. 따라서 민법통칙은 최대기간과 특수한 사정이 별개의 것으로 논의되어야 하지만, 민법전에서는 최대시효기간과 시효의 연장이 단서에서 같이 논의되어야 한다. 민법통칙 第一百三十七条 诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是, 从权利被侵害之日起超过二十年的, 人民法院不予保护。有特殊情况的, 人民法院可以延长诉讼时效期间. 민법전 第一百八十八条 [1] 向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的, 依照其规定。[2] 诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的, 依照其规定。但是, 自权利受到损害之日起超过二十年的, 人民法院不予保护, 有特殊情况的, 人民法院可以根据权利人的申请决定延长. 이와 관련하여 2017년의 민법통칙 제188조 제2항에서는 이를 ‘;’으로 하고 있다. 즉 ‘마침표-> 세미콜론-> 쉼표’로 변화하고 있다. 이러한 점을 지적하는 것으로는 沈澄, “洗沉冤”与“翻旧账”: 拿什么拯救超过20年最长诉讼时效的请求?(2023-03-29) <<http://www.huiyelow.com/news-2960.html?rand=1680092998>> : ‘20년을 넘은 최대소멸시효기간의 소청은 승소권 상실에서 자연채무로 될 위험에 있기는 하지만 입법규정의 변화와 재판실무에서 보면 ‘특수한 사정’에 기초하여 소송 중 최대시효기간의 연장을 신청은 20년 상한을 넘는 조치로 권리자의 권리보장에 최후의 한 수를 제공한다’. 이러한 설명에서는 연장은 최대시효기간의 연장으로 보는 태도를 취하는 것이다.

중국법의 특수한 것으로 우리 법이나 기타 국가의 민법에는 없는 것이다.

이러한 시효의 연장에 관한 규정은 소련법에서 유래한 것이다.¹⁷⁴⁾ 기본적 논리는 법원이 적극적으로 소멸시효기간의 이미 완성되었는가를 심사하여 직권으로 시효에 걸린 소송상의 청구를 기각(駁回)할 수 있고 자연적으로도 공평에 기초한 것을 고려하여 직권으로 어떤 이미 완성된 소멸시효를 연장할 수 있다는 것이다. 이는 명백하게 법원이 직권으로 적극적으로 적용하는 것을 전제로 한다. 현재는 법관이 직권으로 소멸시효의 저공(低公)이라는 것이 이미 금지되었지만 기본적으로 공통된 인식은 당사자의 처분권이다. 소련제도를 계수(移植)한 역사적 배경에서 소멸시효의 연장은 신중국 건설 전후에 대만에 간 사람과 관련된 재산분쟁의 처리에 중요한 작용을 발휘하기 위한 것이다. 현재는 해당 제도는 이미 수정(改造)되었으나 당사자의 권익의 보호의 측면에서 당사자의 신청으로 법원이 비로소 결정할 수 있다.

이러한 소멸시효의 연장은 소멸시효기간이 만료된 후에만 발생한다. 소멸시효기간이 완성되고 난 후에도 권리자의 권리 불행사가 특수한 사정으로 조성된 것이라면 법원은 그 구체적 상황을 참작하여 시효를 연장할 수 있는 것이다.

중국 민법전(제188조)은 ‘특수한 사정이 있는 경우에는 법원은 권리자의 신청에 의하여 연장을 결정할 수 있다’(有特殊情况의, 人民法院可以根据权利人的申请决定延长)고 규정한다.¹⁷⁵⁾

(2) 시효기간의 연장 요건

해당 규정은 일반소멸시효기간에 적용하는 것으로 이 규정에 의하면 일반소멸시효기간의 연장요건은 다음을 갖추어야 한다.

첫째로, 법률이 규정하는 특수한 사정이 발생하여야 한다. 둘째는 당사자가 소멸

174) 이러한 점은 孙建, 大邦 | “道”听“途”说 《民法典》总则编之时效与期间(上) <<http://www.debund.com/article?id=1977>> (四) 연장의 부분 참조.

175) 重要判例(案例)로는 1、海口首力酒店有限公司诉海口百邦典当行借款合同纠纷案 [案件字号] (2001)海中法民终字第19号·[判决日期] 20010312·[审理法院] 海南省海口市中级人民法院 2、西藏赛亚经贸服务公司诉中国银行西藏自治区分行借款合同纠纷案 [案件字号] (2003)藏民二终字第03号·[判决日期] 20030530·[审理法院] 西藏自治区高级人民法院 3、美国蓉美企业公司与被告四川捷信会计师事务所有限责任公司确认验资报告不具有证明效力及损失赔偿 [案件字号] (2001)成经初字第516号·[判决日期] 20050331·[审理法院] 四川省. 이에 관한 사법해석이나 안례로는 <<http://fgcx.bjcourt.gov.cn:4601/law?fn=chl013s210.txt&dbt=chl>> 참조. 이외의 사건례로는 <<http://www.huiyelaw.com/news-2960.html?rand=1680092998>>도 참조.

시효기간의 연장을 신청하여야 한다. 다시 말해서 법률이 규정한 특수한 사정이 발생하여도 법원도 직권으로 소멸시효기간의 연장을 결정할 수 없고 이는 권리자가 신청을 하여야 한다. 셋째로 법원이 결정하여야 한다. 즉, 소멸시효기간의 연장 여부, 얼마동안의 기간을 연장할 것인가 등은 모두 법원이 결정하여야 한다.

민법전 제188조 제2항은 ‘그러나 권리가 손해를 입은 날로부터 20년을 넘는 경우에 법원은 보호하지 아니하고, 특수한 사정이 있는 경우에는 권리자의 신청에 의하여 연장을 결정할 수 있다’고 규정한다. 해당 조문은 소멸시효의 연장에 대하여 규정을 한 것이다.

최대보호기간에 관하여 연장할 수 있는가에 대하여는 견해의 대립이 있다(存在不同观点).

견해에 따라서는 문자적 해석(文义解释)을 취하여 연장할 수 있다고 한다. 민법전 제188조 제2항이 정하는 문구에서 보면 해당 조항은 기간연장의 규정에 대하여 최대권리보호기간의 뒤에 위치해 있고 따라서 최대보호기간이 연장될 수 있다는 것을 인정해야 한다. 같은 취지에서 다음과 같은 설명도 있다. 즉, 최대기간은 시효의 중지, 중단은 발생하지 아니하고 특수한 사정이 있는 경우에는 연장할 수 있다(본 조 제2항 제2문(第三句)). 기간의 연장은 3가지 요건이 갖추어야 한다. 첫째는 권리자가 법원에 신청하여야 하고, 둘째는 특수한 사정이 있어야 하고, 셋째는 법원이 결정하는 것이다.¹⁷⁶⁾

이와 다른 견해(另一种观点认为)에 의하면 목적적 해석(目的解释)을 취하여 연장할 수 없다고 한다. 최대권리보호기간의 목적이 최대의 권리보호기간을 설정하는 것이므로 연장을 인정한다면 법률이 최대권리보호기간을 둔 목적과 서로 충돌하기 때문이다. 같은 취지에서 다음과 같이 설명하기도 한다.¹⁷⁷⁾ 즉, 해당 조문이 규정한 소멸시효의 연장은 주로 일반소멸시효기간에 적용되지만 최대권리보호기간에는 적용되지 아니하고, 법률이 최대소멸시효기간을 규정한 주된 목적은 권리행사에 고정된 기간을 하나 주는 것이다. 해당 기간의 연장을 인정하면 해당 최대기간은 가변기간(可变期限)으로 변하게 될 수 있고 법률이 해당 최대기간을 둔 목적도 다시 존재하지 아니할 것이다.

176) 徐涤宇, 张家勇主编, 《中华人民共和国民法典》评注(精要版), 中国人民大学出版社, 2022, 189쪽 이하.

177) 王利明, 杨立信, 王轶, 程啸, 앞의 책, 303쪽.

(3) 시효연장의 적용범위

민법통칙에서 시효의 연장의 적용범위(적용대상)에 대하여 견해의 대립은 다음과 같이 세분할 수도 있다.

우선 첫째 견해로는 20년 기간은 소멸시효가 아니다 제척기간¹⁷⁸⁾이고 이에 따라 민법통칙의 시효연장의 규정은 1년의 단기시효와 2년의 일반시효에만 적용된다고 한다. 다음으로 이와 반대의 견해로 20년의 특별시효에만 시효연장의 규정이 적용되고 1년의 단기시효와 2년의 일반시효에는 적용되지 아니한다고 한다.¹⁷⁹⁾ 다음으로 또다른 견해는 최대시효기간을 제외한 모든 시효기간에 연장규정을 적용할 수 있다고 본다.¹⁸⁰⁾ 마지막으로 시효의 연장인 모든 소멸시효기간에 적용된다고 보는 것으로¹⁸¹⁾ 사법해석과 그밖의 단행법의 규정에 근거하고 있다. 즉, 일반시효기간, 특별시효기간과 최대시효기간에도 적용된다. 민법통칙에 관한 의견(사법해석)(제175조)¹⁸²⁾도 제4설과 같이 정지, 중단은 최대기간에는 적용되지 않지만 시효의 연장은 적용되는 것으로 한다.

이에 대하여 민법전 이후에 나온 총칙편 사법해석(2022년)에 의하면 이에 대하여 다음과 같이 규정한다 : 제35조 민법전 제188조 제1항이 정하는 3년의 소멸시효기간은 민법전의 관련 소멸시효의 정지, 중단에 관한 규정은 적용할 수 있고 연장(延長)의 규정은 적용하지 아니한다.¹⁸³⁾ 해당 조 제2항이 정하는 20년의 기간은 정지,

178) 20년의 기한은 제척기간도 아니고 소멸시효도 아닌 권리보호를 위한 시효의 특별구제이고 그 성질은 권리보호의 최대기간이라고 하는 견해도 있다. 劉凱湘主編, 앞의 책, 160쪽.

179) 이러한 점은 陳明添, 吳國平主編, 앞의 책, 329쪽; 蔡永民, 李功國, 賈登勛主編, 民法學, 人民法院出版社, 2006, 265-267쪽; 왜냐하면 법률은 이미 1년의 단기시효와 2년의 일반시효에 대하여 중지, 중단을 규정하므로 다시 연장 규정을 적용할 이유가 없기 때문이다.

180) 魏振瀛主編, 앞의 책, 203쪽; 다만 이는 엄격하게 적용해야 한다고 한다.

181) 柳經偉主編, 앞의 책, 309쪽.

182) 민법통칙 제175조 [1] 제135조, 제136조가 정하는 소멸시효기간은 민법통칙의 정지, 중단과 연장의 규정이 적용할 수 있다. [2] 민법통칙 제137조가 정하는 20년의 소멸시효기간은 민법통칙의 시효연장에 관한 규정을 적용할 수 있다.

183) 일반시효에 연장을 ‘적용하지 아니한다’고 하고 최대기간에는 이러한 것을 명시하지 아니한다. 이는 종래 민법통칙에 대한 의견(제175조)에서 민법통칙 제135조, 제136조가 정하는 소멸시효기간은 민법통칙의 정지, 중단과 연장의 규정이 모두 적용할 수 있다(제1문)고 하고 민법통칙 제137조가 정하는 20년의 소멸시효기간은 민법통칙의 시효연장에 관한 규정을 적용할 수 있다(제2문)고 하는데 정지, 중단의 규정은 적용하지 아니한다고 한 것을 수정한 것이라고 할 수 있다. 다만 의문인 것은 일반시효에 연장을 적용할 수 없다고 하고 최대시효에는 규정을 두지 아니하고 있는데 그렇다면 ‘시효의 연장’은 최대기간에만 적용된 경우밖에 없어 의문이 있다. 추후에 현재 총칙편 사법해석에 대한 설명을 참조하여 명확히 할 필요가 있다. 민법전 제정 후 문헌도 사법해석 이전의 논의가 많아 아직 이 점은

중단¹⁸⁴⁾의 규정은 적용하지 아니한다.

법률실무(판결)에서 시효의 연장이 적용되는 ‘특수한 사정’은 무엇인가?

이에 대하여 우선 당사자와 무관한 객관적 사정을 말하고 당사자와 무관한 개관적 사정 중 법률에서 말하는 불가항력과 객관적 장애를 말한다. 불가항력과 일반적 객관적 장애는 20년의 기간 내에 권리자가 권리를 행사하는 것을 저지 또는 방해하기에는 부족하기 때문이다. 예를 들어 국가나 민족의 분리가 이러한 것에 속할 수 있다.¹⁸⁵⁾ 이는 주로 사건의 정황이 복잡하고 관련되는 사람이 아주 많고 처리기간이 긴 사건[吕梁中院(2019)晋民终1141号民事判], 특수한 정책, 시국이 격동(动荡)하거나 중대한 사회적 사건, 자연재해 등의 불가항력이 발생한 사건[通化中院(2020)吉05民终1247号民事判], 인신권의 보호와 관련된 사건[洛阳中院(2016)豫民终1441号民事判] 등에 인정된다.¹⁸⁶⁾

Ⅶ. 소멸시효 기간만료의 효과(효력)¹⁸⁷⁾

1. 소멸시효 기간만료의 효과 일반

소멸시효의 기간만료의 효과는 소멸시효기간이 경과한 이후에 법률상 어떤 효과

명확하지 아니하다. 예를 들어 杨巍, 《民法典》第188条第2款第1、2句(诉讼时效起算)评注法学家2022年 第5期 <<http://www.tiantonglaw.com/Content/2022/12-21/2157555462.html>> <http://www.civillaw.com.cn/lw/l/?id=38941>. 이 문제는 언급이 없다.

¹⁸⁴⁾ 제1문과 달리 ‘연장’이 없다.

¹⁸⁵⁾ 입법자가 20년의 최대시효기간의 연장을 정하는 것은 바로 중국과 대만이 장기간 통일되지 않는 특수한 사정에 맞추어 입법한 것이라고 한다. 중국과 대만이 통일되면 양안 사람들이 수십년 동안 행사할 수 없던 권리를 20년의 최대시효기간의 연장을 통하여 법률의 보호를 받도록 하기 위한 것이다. 陈明添, 吴国平主编, 앞의 책, 330쪽.

¹⁸⁶⁾ 【원문】第三十五条 民法典第一百八十八条第一款规定的三年诉讼时效期间, 可以适用民法典有关诉讼时效中止、中断的规定, 不适用延长的规定。该条第二款规定的二十年期间不适用中止、中断的规定。

¹⁸⁷⁾ 우리 법에서는 ‘소멸시효의 완성의 효과’라고 하는데 중국에서는 다양하다 : ‘소멸시효의 효력’(诉讼时效的效力)이라고 하는 것으로는 房绍坤主编, 民法(第五版), 中国人民大学出版社, 2020, 101쪽; ‘소멸시효의 기간만료의 효과’(诉讼时效期间届满的后果)라고 하는 것은 王利明, 杨立信, 王轶, 程啸, 앞의 책, 303쪽; 소멸시효의 완성의 효력(诉讼时效完成的效力)이라고 하는 것은 李建华等编, 앞의 책, 230쪽.

(결과)가 발생하는가를 말한다. 중국 민법전(제192조)은 소멸시효에 관한 사법해석과 민법총칙(제2017년)의 태도를 이어받아서 항변권 발생설(辯权发生主义)을 취한다.¹⁸⁸⁾ 이러한 견해는 시효완성 후에는 항변권이 발생하는 효과만을 발생할 뿐이라고 인정하다. 즉, 의무자는 이행거절의 항변권을 취득할 뿐이고 권리자의 실체적 권리(实体权利)와 소권(诉权)은 소멸하지 아니한다.

이것은 독일의 학설¹⁸⁹⁾도 이러한 태도이다. 즉, 청구권의 시효완성 후에 의무자는 급여를 거절할 수 있다. 그러나 시효는 청구권의 소멸원인은 아니고 의무자에게 항변권을 제공할 뿐이라고 한다.

중국에서는 전통적으로 시효완성의 효과의 입법례로 실체권 소멸설, 소권소멸설, 승소권소멸설과 항변권발생설이 소개되었다.¹⁹⁰⁾ 민법통칙은 소련민법의 영향을 받아 승소권 소멸설을 취하였지만 소멸시효에 관한 사법해석과 민법총칙은 태도를 바꾸어 항변권 발생설을 취하였고 민법전도 이를 취한 것이다.

항변권 발생설을 취하는 주요한 이유로는 다음과 같다.

첫째 소멸시효 제도의 목적에 부합한다. 시효 제도를 인정한 목적에서 보면 주로 당사자의 적시의 권리행사의 독촉하고, ‘권리 위에 잠자는 자’를 징벌하는 것이고, 이에 따라 권리의 실현을 저지할 필요가 있으면 달성되는 것이고 특히 권리를 근본적으로 소멸을 가하는 것을 필요하지 아니하다. 그러므로 소멸시효가 완성되면 의무자로 항변권을 취득하게 할 뿐이다.¹⁹¹⁾

둘째로 사적 자치(私法自治)의 정신을 구현하였다. 항변권의 행사는 항변권자가 권리자의 청구에 대하여 행사하여야만 하는 것이고 다른 사람이 대신하여 행사하지 못한다. 무엇보다도(尤其是) 법원에 대하여는 의무자가 권리자의 청구에 대하여 항변을 한 후에야 비로소 소멸시효에 대하여 기간이 만료(완성)되었는가의 사실에 대해

188) 민법전 제정 후의 통설이다. 종래에는 승소권 소멸설이 다수설이었으나 소멸시효에 관한 사법해석 이후에는 항변권소멸설로 바뀌었다.

189) 이러한 견해는 독일의 외르트만(Oertmann)이 주장한 것이다; 卡尔·拉伦茨 著, 王晓晔等 译, 德国民法通论(下册), 法律出版社, 2003, 345-347쪽.

190) 이러한 점은 李建华主编, 앞의 책, 230쪽 이하(승소권 소멸설에 근거하여 설명한다). 승소권소멸설은 소송절차에서 소제기권(기소권)과 승소권을 나누어 후자가 소멸한다고 보는 학설이다. 민법통칙 시기에는 소련민법전과 소련민법학의 영향을 받아 이를 입법화하였고 그 근거도 승소권 소멸설로 보았다. 당시 학설은 찬성하는 것이 많았으나 후에 연구 등을 통하여 이를 포기되고 항변권설을 취하는 것이 대부분의 견해이다.

191) 이러한 점은 王利明, 杨立新, 王铁, 程啸, 앞의 책, 304쪽.

여 심사하여 소멸시효가 기간만료한 것인가 여부를 인정할 수 있다. 시효의 이익은 제3자의 권리(權益)에 관련되지 아니하는 것이고 사회의 공익에 관련된 것도 아니고 당사자 자치에 속하는 문제로 법원이 대신하여 일을 할 이유가 없는 것이다.

셋째로 소멸시효의 기간만료 후 의무자가 임의로 의무를 이행하는 행위에 합리적 해석을 할 수 있다. 소멸시효 기간만료 후에 권리자의 청구권은 소멸하지 아니하고 의무자가 항변권을 가지게 할 뿐이다. 항변권은 본질적으로 여전히 민사권리의 하나이고 이에는 의무자의 특정한 이익이 반영(구현)되어 있다. 소멸시효의 기간만료 후에 의무자가 시효의 항변권을 행사하면 그 의무의 이행을 거절할 수 있다. 의무자가 항변권을 행사하지 아니하면 이는 시효이익을 포기한 것으로 이해할 수 있다.

2. 소멸시효 기간만료의 효과

시효기간의 만료의 효과는 시효로 발생하는 직접적 효과와 시효항변의 원용(援引) 후의 효과를 구분하여야 한다. 전자는 직접적 효과라고 하고 후자는 본래의 효과라고 한다.¹⁹²⁾

(1) 의무자의 항변권 발생(제192조 제1항)

소멸시효의 기간만료의 주된 효과는 의무자에게 이행을 거절할 수 있는 항변권이 발생하게 하는 것이다.

민법전(제192조 제1항)은 다음과 같이 규정한다.

제192조 ① 소멸시효기간이 만료한 경우에는 의무자는 의무 불이행의 항변을 할 수 있다.¹⁹³⁾

구체적으로 보면 이는 다음의 2가지 측면을 포함한다.

¹⁹²⁾ 이러한 구분을 하는 것으로는 王利明, 杨立信, 王轶, 程啸, 앞의 책, 304쪽. 이는 다음의 문헌을 참조한 것이다 : 四宫和夫, 唐晖等译, 日本民法总则, 五南图书出版公司, 1995, 332쪽 이하.

¹⁹³⁾ 第192条 [1](第1款) 诉讼时效期间届满的, 义务人可以提出不履行义务的抗辩.

① 의무자에 대한 효과

의무자는 시효기간 만료 후에 이행을 거절할 항변권¹⁹⁴⁾이 있다. 다시 말하면 권리자가 청구를 하면 의무자는 거절할 수 있고 법원도 의무자에게 그 의무를 이행해야 할 것을 강제할 수 없다. 의무자에게는 시효기간의 만료 후에 의무자는 시효의 항변권의 원용(援引)으로 권리자의 청구를 거절할 수 있을 뿐만 아니라 그 의무가 자연채무(自然債務)로 전환(转化)되고 그에 따라 어떤 시효이익(某种时效利益)이 발생하는데, 이러한 이익도 본질적으로는 민사권리(民事权益)의 일종이고 사적 자치(私法自治原则)의 원칙에 의하여 당사자가 임의로(自愿) 행사하여야 한다. 그러나 의무자는 이행거절의 항변권을 취득할 뿐이고 권리자의 실체적 권리(实体权利)와 소권(诉权)은 모두 소멸하지는 아니한다.

② 권리자에 대한 효과

권리자에 대하여는 시효기간의 만료 후에 권리자의 실체적 권리와 소권은 모두 소멸하지 아니한다.

구체적으로 권리자에 대한 시효기간 만료의 법률효과는 2가지 측면을 포함한다.

우선 시효기간의 만료는 권리 자체의 소멸을 가져오지는 아니하고 그 실체적 권리는 여전히 존재하고 그 권리의 효력이 약화(減弱)되게 할 뿐이다. 권리자의 권리는 이미 자연적 권리(自然权利)로 전환된다. 학설은 이를 자연채무(自然債務)라고 하기도 한다. 즉, 의무자가 시효의 항변권을 원용하기만 하면 채권자의 권리는 실현되기 어렵다. 당연히 시효기간이 만료된 후 채권의 수령할 수 있는 권능(受領权能)은 약화되지 아니한다. 이에 따라 채권자는 계속 채무자의 급여를 수령할 수 있고 권리자는 여전히 의무자의 이행을 받을 수 있고, 의무자는 권리자가 부당이득의 성립을 이유로 반환청구할 수 없다.

둘째로 시효기간의 만료로 소권의 소멸을 가져오지도 아니한다. 권리자는 여전히 그 절차적 의미에서의 소권에 기초하여 법원에 소송을 제기할 수 있고, 소제기 요건에 부합하기만 하면 법원은 접수(受理)하여야 하고 소제기를 각하(駁回)하거나 접수하지 못한다. 소권 자체는 일종의 국가가 당사자에게 그 적법한 권리의 보호를 위하

¹⁹⁴⁾ 조문은 ‘항변을 할 수 있다’고 하는데 학설은 일치하여 ‘항변권’으로 해석한다. 예를 들어 王利明, 杨立信, 王轶, 程啸, 앞의 책, 304쪽; 주석(192쪽)에 따라서는 ‘시효의 항변권을 취득한다’고 하기도 한다.

여 법원에 소송을 제기할 권리를 부여한 것으로 헌법적 권리의 일종이기 때문에 시효의 기간만료를 이유로 소멸할 수 없기 때문이다.¹⁹⁵⁾

이와 관련하여 보증채무의 경우에 보증인의 권리 보장의 필요에 기초하여 보증인도 주채무자의 소멸시효의 항변권을 가진다. 보증인이 주채무자의 시효의 항변권을 주장하지 아니하면 그는 불리한 법적 효과를 부담하여야 한다. 소멸시효에 관한 사법해석(诉讼时效解释)(제21조 제2항)에서는 ‘보증인이 위에서 말한 소멸시효의 항변권을 주장하지 아니하고 보증책임을 부담한 후에 주채무자에게 구상권을 행사하는 경우에는 법원은 인용하지 아니한다. 그러나 주채무자가 급여를 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.’¹⁹⁶⁾

(2) 의무자가 이미 임의로 한 이행의 반환청구 불가

소멸시효의 기간만료의 효과와 관련하여 의무자가 임의로 한 이행은 반환청구할 수 없다.

민법전(제192조 제2항)은 다음과 같이 규정한다.

제192조 ② 소멸시효기간의 만료 후에 의무자가 이행에 동의한 경우에는 소멸시효기간의 만료로 항변할 수 없다. 의무자가 이미 임의로 이행한 경우에는 반환을 청구할 수 없다.¹⁹⁷⁾

이 조문은 시효항변권의 발생에 대하여 의무자의 동의나 일부 이행이라는 2가지 제한(소멸사유)을 규정한다.

첫째로 소멸시효기간 만료 후에 의무자가 이미 이행에 동의한 경우에는 항변을 할 수 없다. 이것이 실제로 의미하는 것은 의무자가 이행에 동의하는 것은 그 항변권을 묵시로 포기한 것과 같다는 것이다. 이에 따라 의무자는 항변을 할 수 없고 그렇지 아니하면 신의성실의 원칙에 반하는 것이다. 당연히 의무자가 이행에 동의하는

¹⁹⁵⁾ 민법전(제192조 제1항)이 시효기간 만료에 대하여 의무자가 항변권을 가진다고 명시한 주된 이유에 대하여는 王利明, 杨立新, 王轶, 程啸, 앞의 책, 304쪽.

¹⁹⁶⁾ 원문은 다음과 같다 : 第21条 第2款 保证人未主张前述诉讼时效抗辩权, 承担保证责任后向主债务人行使追偿权的, 人民法院不予支持, 但主债务人同意给付的情形除外.

¹⁹⁷⁾ 第192条 [2](第2款) 诉讼时效期间届满后, 义务人同意履行的, 不得以诉讼时效期间届满为由抗辩; 义务人已经自愿履行的, 不得请求返还.

경우에 의무의 일부의 이행만 동의하고 나머지 부분의 이행에는 동의하지 않을 수 있다고 할 수는 없다. 왜냐하면 이 양자는 종종 분할될 수 없는 것이기 때문이다.¹⁹⁸⁾ 학설에 따라서는 채권이 분할할 수 있는 경우에는 의무자는 일부이행만 또는 일부의 임의이행만 동의할 수 있고 그 전부이행이나 전부의 임의이행으로 추정해서는 안되고, 의무자는 일부 이행에 동의하지 않거나 이행하지 아니한 부분에 대하여 시효의 항변권을 행사할 수 있다고 하기도 한다.¹⁹⁹⁾

둘째로 소멸시효기간이 만료한 후에 의무자가 이미 임의로 이행한 경우에 반환을 청구할 수 없다. 이 때에 의무자가 반환을 청구할 수 없는 원인은 권리자의 수령권이 감소(減損)되지 않았고, 따라서 의무자는 반환청구할 수 없기 때문이다. 어떠한 의미에서 보면 의무자의 임의이행도 그 시효이익을 묵시적으로 포기한 것으로 인정할 수도 있다.

(3) 법원의 적극적²⁰⁰⁾ 시효규정의 적용의 불가

민법전은 소멸시효의 기간만료의 효과와 관련하여 법원에 대한 적극적 적용불가에 대하여도 규정한다.

민법전(제193조)은 다음과 같이 규정한다.

제193조 법원은 적극적으로 소멸시효의 규정을 적용할 수 없다.²⁰¹⁾

민법전(제193조)의 규정에 의하면 시효만료 후에 법원은 적극적(主動)으로 직권으로 시효가 이미 기간이 만료하였는지를 직권으로 심사해서는 안되고, 소제기의 단계인지 소송 중인지를 묻지 아니하고 모두 법원은 적극적으로 시효규정을 원용할 수 없다. 그러나 일단 의무자가 시효의 항변을 하면 정식 답변으로 한 것인지 법정의 변론 중에 한 것인지를 묻지 아니하고 모두 법원은 시효만료의 사정을 심사할 의무가 있다. 당사자가 소멸시효의 항변을 제출하지 아니하면 그가 시효이익을 포기한

198) 王利明, 杨立信, 王轶, 程啸, 앞의 책, 305쪽.

199) 이에 관하여는 王竹(释义), 192쪽 이하.

200) 원문은 主動으로 ‘주도적, 능동적, 적극적’ 등의 의미를 가지는데 우리 용어례를 참조하여 ‘적극적’으로 하였다.

201) 第一百九十三条 人民法院不得主动适用诉讼时效的规定.

것으로 보아야 한다.²⁰²⁾

이외에 소멸시효에 관하 사법해석(제4조)에 의하면 당사자가 1심 기간에 시효의 항변을 하지 아니하고 2심 기간에 한 경우에는 법원은 인용하지 아니한다. 그러나 새로운 증거에 의하여 상대방의 청구권이 이미 시효기간을 지난 경우를 증명할 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다(제1항).²⁰³⁾ 따라서 당사자가 하는 시효이익의 항변은 원칙적으로 1심절차에 한정된다.²⁰⁴⁾ 당사자가 1심에서 항변하지 아니하면 제2심과 재심기간에 시효의 항변을 할 수 없다. 당연히 제2심 기간에 새로운 증거로 시효기간이 만료된 것을 증명할 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 다시 말하여 채무자가 제2심 기간에 새로운 증거를 발견하여 해당 증거가 시효만료를 증명하기에 충분한 경우가 아니면 그는 제2심에 시효항변을 할 수 없다.

3. 소멸시효이익의 포기

(1) 시효이익의 사전포기(预先抛弃)의 불가

소멸시효이익의 사전포기는 소멸시효기간의 만료 전에 권리자가 그 시효이익을 포기하는 것을 말한다.

소멸시효이익의 포기는 시효기간 만료 전의 사전포기와 시효기간 만료 후의 시효이익 포기로 나눌 수 있다. 기간만료 전의 포기에 대하여 민법전 제197조 제2항은 당사자가 한 소멸시효이익의 사전포기는 무효라고 정한다. 따라서 해당 법조문은 당사자가 사전에 소멸시효이익을 포기하는 것을 금지한다. 법률이 이러한 규정을 둔 이유는 한편으로 당사자의 시효이익의 사전포기를 허용하면 권리자가 그 우월한 지위를 이용하여 의무자에게 그 시효이익의 포기를 강박할 수 있고²⁰⁵⁾ 따라서 실질적 공평을 해할 수 있다. 다른 한편 당사자가 시효이익을 사전에 포기하면 사회공공의 질서와 거래안전의 유지에 불리하고 소멸시효이익이 일종의 사익이라고는 하지만 그것은 분명하게 사회의 공공이익과도 관련이 있다. 사적 자치의 원칙에 따라 의무

202) 洪逊欣, 中国民法总则, 三民书局, 1992, 367쪽.

203) 당사자가 제1항의 규정에 의하여 시효의 항변을 하지 아니하고 소멸시효기간의 만료를 이유로 재심을 신청하거나 재심의 항변을 한 경우에도 법원은 인용하지 아니한다(제2항).

204) 이는 중국의 법원은 2심(최종심)으로 소송이 종결되기 때문이고 우리와 같이 3심이 아니기 때문이다.

205) 李适时主编, 앞의 책, 628쪽.

자는 사후에 그 시효이익을 포기할 수 있지만 사전에 그 시효이익을 포기할 수 없다. 그밖에 시효의 규정은 강행성이 있어 당사자가 사전에 시효이익의 포기할 수 있으면 법률상의 시효규정은 유명무실한 것이 될 수 있다. 당사자가 미리 시효이익을 포기한 경우에 그것이 단독행위의 방법을 취하는가 계약과 같은 쌍방행위의 방법을 취하는가를 묻지 아니하고 모두 무효로 인정하여야 한다.

(2) 시효만료 후의 시효이익의 포기

① 시효만료 후의 이익 포기 일반

소멸시효 만료 후의 시효이익의 포기는 의무자가 시효기간 만료 후에 명시적이나 묵시적인 방법으로 그 시효이익을 포기하는 것을 말한다. 민법에서 법률의 시효에 관한 규정은 강행규정에 해당하고 당사자는 법정된 시효기간을 약정으로 변경할 수 없고 미리 장래에 가질 시효이익을 포기하지도 못한다. 비교법으로도 대다수가 이러한 태도를 취한다.²⁰⁶⁾ 그러나 시효기간이 만료한 후 채무자는 시효기간만료를 이유로 채권자의 청구권에 대항할 수 있고 이때 채무자의 시효이익은 주로 채무자의 개인적인 재산적 이익을 구현하는 것이고 민법의 자기 의사의 원칙(自願原則)에 따라 법률은 어느 당사자가 그 개인적 이익을 처분하고 사회의 공공이익을 방해하지 아니하는 행위는 모두 그 유효를 인정하여야 한다. 시효기간의 만료되었고 채무자가 가지는 시효이익은 재산적 이익의 일종이고 이미 채무자를 위하여 취득하는 것이라면 그 포기를 인정해야 할 것이다.

시효이익의 포기는 다음의 특징이 있다.

첫째 포기의 대상은 의무자가 시효기간의 만료로 취득한 시효이익이고 실제 점유하는 재산이 아니다. 이렇므로 의무자는 시효가 이미 경과하였고 그가 시효이익을 취득한 것을 알아야만 한다.

둘째 포기는 일종의 사후처분행위이다. 법률은 당사자가 사후에 시효이익의 포기를 금지하지 아니하고 결국 이러한 이익은 당사자의 개인적 이익에 해당할 뿐이다. 다시 말하면 시효기간 만료 후에 당사자는 이미 취득한 시효이익을 처분할 수 있다.

셋째로 시효이익의 포기는 단독행위에 해당하므로 의사표시의 일반규정이 적용되어야 한다. 따라서 포기자는 행위능력과 처분능력이 있어야 한다. 시효이익의 포기

206) 예를 들어 스위스채무법 제141조 제1항, 프랑스민법전 제2220조 등.

는 성질상 단독행위에 해당하고 단독행위의 법률효력 발생요건을 갖추어야만 효력이 발생한다. 시효이익의 포기는 상대방이 있는 단독행위이고 해당 행위는 상대방에게 도달한 때에 효력이 발생한다.²⁰⁷⁾ 당연히 사적 자치의 원칙에 따라 당사자는 사후에 계약에 약정한 방식으로 그 소멸시효의 이익을 포기할 수도 있다.

넷째로 시효이익의 포기의 방법은 다양하고 의무자는 단독행위로 할 수도 있고 합의의 방법으로 시효이익을 포기할 수도 있다. 시효기간이 만료한 후에 쌍방이 합의로 채무이행에 동의하면 의무자에게는 시효이익의 포기가 인정된다.

② 소멸시효 기간 만료 후 시효이익 포기방법²⁰⁸⁾

시효기간 만료 후의 시효이익의 포기방법으로는 다음의 것이 있을 수 있다.

우선 의무자의 채무의 실제이행이다.

소멸시효기간이 만료한 후에 의무자의 채무는 자연채무로 변경되지만 의무자가 실제로 채무를 이행하면 채권자는 계속 수령할 권한이 있다. 권리자가 의무자의 이행을 받아 취득한 이익은 부당이득이 아니고 법률의 보호를 받아야 하기 때문이다. 민법전(제192조 제2항)은 ‘의무자가 이미 임의로 이행한 것은 반환을 청구할 수 없다’고 규정한다. 소멸시효기간이 만료된 후에 채무는 자연채무로 전환되기는 하지만 채무자는 여전히 수령하고 보유할 권리를 가지고 있고 일단 이행을 수령하면 채무자는 상대방에게 부당이득의 반환을 청구할 수 없기 때문이다. 의무자가 착오로 시효만료를 알지 못하였다고 하더라도 ‘중대한 오해’(착오)를 이유로 취소를 주장할 수도 없다. 법률적으로 보면 의무자가 임의로 이행한 것은 묵시적 방법으로 시효이익을 포기한 것으로 볼 수 있다.

다음으로 채무자의 채무이행의 동의이다.²⁰⁹⁾

민법전 제192조 제2항은 ‘소멸시효기간의 만료 후 의무자가 이행에 동의한 경우에는 소멸시효기간 만료를 이유로 항변할 수 없다’고 규정한다. 이 규정에 의하여 의무자가 일단 이행에 동의하면 다시 시효이익을 주장할 수 없다. 의무자가 언행이 모순되면 시효제도에 위반할 뿐만 아니라 신의성실의 원칙에도 위반한다.

207) 马特主编, 民法总则讨论教学教程, 对外经济贸易大学出版社, 2006, 447쪽.

208) 尹田, 论时效利益放弃方式中的“债务承认”, 法学 2010년 제8기.

209) 소멸시효가 완성된 채무가 상대방의 동의로 자연채무에서 법정채무로 전환된다고 하는 취지의 판결로는 自然债务因债务人承诺即可转化为法定债务(2015-07-13) <<https://court.yuexi.gov.cn/index.php?s=/Show/index/cid/213/id/760.html>>.

이처럼 의무자가 이행에 동의하는 것은 2가지 경우를 포함한다.

첫째는 쌍방이 채무이행의 합의에 달한 경우이다.

시효기간 만료 후 쌍방이 채무이행의 합의에 달하면 의무자가 시효이익을 포기한 것으로 볼 수도 있다. 소멸시효에 대한 사법해석(제22조)은 ‘소멸시효기간 만료 후 당사자 일방이 상대방에게 의무이행에 동의하는 의사표시를 하거나 임의로 의무를 이행한 후에 다시 소멸시효기간 만료를 이유로 항변하는 경우에는 법원은 지지하지 아니한다’고 규정한다.

여기서 말하는 ‘의무이행에 동의하는 의사표시’는 실제로 쌍방이 채무이행의 합의에 달한 것을 포함하는 것으로 해석할 수 있다. 의무자는 단독행위로 할 수 있고 합의의 방법으로 시효이익을 포기할 수도 있다. 시효기간 만료 후 쌍방이 합의에 달하여 채무이행에 동의하면 이러한 소멸시효 기간만료 후에 달성한 의무이행의 합의의 효력은 유효한 것으로 하여야 하고 의무자가 시효이익의 포기가 성립된다.²¹⁰⁾ 법률에서 보면 쌍방의 서면합의에 달하는 것을 실제로 화해합의이고 새로운 계약이 성립한 것이다. 해당 화해합의는 분쟁발생 후 당사자 쌍방이 협상으로 서로 양보하여 화해에 달하여 분쟁을 종료하는 것이다. 시효기간 만료 후에 이 채무는 이미 자연채무로 전환되었지만 채무분쟁의 존재를 부정할 수 없다. 쌍방이 합의를 통하여 채무자는 계속 채무의 전부 또는 일부를 부담하고 이 채무는 이미 자연채무가 아니라 오히려 하나의 새로운 채무이다. 그렇지만 해당 합의가 별개의 계약에 해당하는 것이고 그밖의 계약과 같은 법적 구속력이 발생하고 채무자가 그 채무를 이행하지 않으면 법원은 강제집행할 수 있다.

다음으로 단독으로 채무이행을 승낙하는 경우이다.

소멸시효기간 만료 이후에 쌍방이 화해합의에 달하지 아니하고 채무자가 단독으로 채무의 전부 또는 일부의 부담을 승낙하는 것도 시효이익의 포기를 가져올 수 있다. 예를 들어 3년의 시효기간 만료 후에 채권자가 向债务人发出拖欠债务的本金、利息的통지를 발송하고 채무자가 해당 통시서에 날인하여 해당 채무를 승인한다고 표시하였다고 하자. 再如, 시효기간 만료 후에 채권자는 채무자에 대하여 변제를 최고하고 채무자는 명확하게 일정한 기간 내에 채무를 변제할 것을 명확하게 표시하

210) 이러한 점은 이미 최고법원의 회시(最高人民法院이 1997년 4월 16일 한 (1997)4 호 회시(批复)도 그러하다 : 根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》第九十条规定的精神, 对超过诉讼时效期间, 当事人双方就原债务达成还款协议的, 应当依法予以保护。

였지만 사후 시효기간이 이미 경과한 것을 발견하면 자기가 앞에 한 변제의 약속은 부정할 수 있는가? 소멸시효에 관한 사법해석(제22조)은 ‘소멸시효기간이 만료하면 당사자 일방은 상대방에게 의무이행에 동의한 의사표시를 하거나 임의로 의무를 이행한 후에 다시 소멸시효기간의 만료를 이유로 항변을 하는 경우에 법원은 인용하지 아니한다’고 규정한다. 해당 해석에서 보면 그 가운데 ‘당사자 일방이 의무이행의 동의를 의사표시를 한다’는 것은 단독허락(单方允諾)을 포함하는 것이다. 즉, 채무자가 채무이행의 동의를 의사표시를 하고 해당 단독허락은 일단 하면 바로 법적 구속력이 발생한다. 민법전(제192조 제2항)은 ‘소멸시효기간 만료 후에 의무자가 이행에 동의한 경우에는 소멸시효기간 만료를 이유로 항변할 수 없다’고 규정한다. 해당 조문에서 말하는 ‘이행의 동의’는 당연히 단독허락의 방법으로 이행의 동의를 표시한 것을 포함한다. 법률이 시효이익의 사후포기를 허락한다면 채무자는 당연히 단독허락의 방법으로 할 수도 있기 때문이다. 실무에서 보면 법원의 판결도 채무자가 단독허락으로 시효이익을 포기하여도 그 자체에 대하여 상응한 구속력을 발생한다고 판시한다.²¹¹⁾

(3) 의무자의 시효이익 포기의 법률효과

의무자가 그 시효이익을 포기한 후에 그가 부담하는 의무도 원래의 효력을 회복하고, 특히 법원에 강제집행을 신청할 수 있는 효력을 회복한다. 이때 의무자가 새로운 의무를 부담하는 것이 아니고 원래 있는 의무의 (자연채무로 약해진) 효력이 강화(增強)될 뿐이다. 따라서 일단 소멸시효이익을 포기하면 의무의 시효기간은 다시 계산되어야 한다. 다시 말하면 포기한 날로부터 소멸시효는 새로 계산된다. 시효완성의 이익이 일단 포기되면 시효완성 전의 상태로 회복되고 채무자는 다시 시효가 이미 완성으로 인한 급여의 거절을 할 수 없다. 다만 시효이익의 포기 후 다시 새로운 시효이익을 기산될 수 있을 뿐이다.²¹²⁾

211) 重庆某银行诉罗某某等金融借款合同纠纷案, 重庆市奉节县人民法院 (2011) 奉法民初字第01806号 참조.

212) 王泽鉴, 앞의 책, 432쪽.

4. 기타 문제-소멸시효의 소급효와 상계²¹³⁾

(1) 소멸시효의 소급효

중국 민법전은 소멸시효의 효력의 소급효에 관한 규정을 두지 아니하고 학설도 전혀 논의가 없다. 이는 중국 민법전이 소멸시효의 효력을 항변권을 두고 있어 청구권이 소멸하지 아니하고 항변권을 발생하므로 여전히 원래의 의무가 자연채무로서 효력을 가지고 있기 때문이다. 소멸시효의 소급효는 해당 권리가 소멸하는 경우에 원래 유효한 채무에 대하여 이와 다른 소멸한 채무의 효력을 소급하는 것이기 때문이다. 시효로 권리가 소멸하는 것이 아닌 입법례에서는 소급효를 둘 실익이 많지 아니하다.

시효의 소급효에 관한 규정은 일본민법(제144조)이 일본구민법 증거편(제91조)에 따라 이를 둔 것이다. 이를 둔 이유는 시효는 시효로 소멸의 직접적 방법으로 하므로 특별한 명문이 없는 이상은 그 효력을 결코 기왕으로 소급하지 못하는데, 시효가 공익상의 필요에서 발생하는 규정으로 이 시효의 태도를 일관하게 그 효력은 소멸한 이후에 있는 것으로 하면 시효의 기산일부터 완성한 때까지의 기간에 발생한 여러 가지 착종한 법률관계를 하나하나 결정하여야 하게 되어 시효의 효용을 크게 감소하게 하므로 이러한 폐단을 피하기 위한 것이다.²¹⁴⁾ 이러한 점에서 시효의 효력을 실체권의 소멸로 보지 않는 중국민법에서는 시효기간 만료 전으로 소급할 필요가 없다.

213) 이외에 주된 채권이 시효에 걸린 경우에 종된 채권의 시효의 문제도 있다. 민법전은 이에 대하여 규정을 두지 아니한다.

214) 이러한 점은 八尾新助, 民法修正案理由書 第1-3編, 명치31년, 134쪽; 미정고본 수정안이유서도 같다. 広中俊雄編, 民法(前三編)修正案理由書, 有斐閣, 1987, 194쪽; 당시 참조한 입법례로 일본 구민법 이외에도 오스트리아 민법(제1500조), 스위스채무법(제151조), 몬테니그로 민법(제625조), 독일법 제2초안(제189조), 작센국 민법전(제160조)을 들고 있으나 종된 채권의 시효 등에 관한 것이고 직접적으로 소급효를 규정한 것은 아니다. 특히 독일민법 제2초안은 주된 청구와 종된 급부에 관한 것이다.

(2) 소멸시효와 상계²¹⁵⁾²¹⁶⁾

입법례에 따라서는 민법전에 소멸시효 완성 후의 채권이 경우에 따라서 계속 상계(抵銷)를 할 수 있는 것을 규정한다.²¹⁷⁾ 중국의 민법전에는 시효에 걸린 채권이 상계를 할 수 있는가에 대하여는 규정이 없다.

계약법(1999년)(제99조)²¹⁸⁾은 법정상계에 대한 일반규정을 두고 시효와 관련된 규정은 두지 아니한다. 견해에 따라서는 입법이 상계의 채무에 대하여 구체적 문구로 제한을 하지 아니하였으면 해석상 해당 채무가 시효기간을 만료하였는가를 묻지 아니하고 어느 일방도 자기채무와 상대방의 채무로 상계할 수 있어야 하고 입법자는 자연채무에 대하여 특별한 제한을 하지 아니하므로 상계를 허용하여야 한다고 하기도 하였다.²¹⁹⁾ 민법전 제568조 제1항도 계약법(제99조)을 기초로 법정상계에 대하여 규정을 하였고 이에 상계의 소급효를 인정하지 않고 있다.

이에 대하여 민법전 제정과정과 현행 민법전에서 학설은 견해가 대립한다.²²⁰⁾

우선 이를 인정하는 견해²²¹⁾로는 소멸시효가 완성된 채권은 이미 자연채무가 되고 그것과 원래 채무가 이미 성질상의 명백한 구별이 있고 시효기간을 넘은 채권의 상계를 허용하여야 하고 이것은 권리자의 이익을 보장하기에 유리하고 가능한 권리

215) 중국에서의 논의는 李少伟主编, 앞의 책, 200쪽; 王利明, 罹于时效的主动债权可否抵销?, 现代法学 제45권 제1기, 2023년 제1기, 3쪽 이하; 尹腊梅, 附抗辩权债权抵销问题研究-《国际商事合同通则》和《欧洲合同法原则》反映的新趋势以及对“附抗辩权的债权不得抵销”规则的质疑, 环球法律评论 2008년 제2기; 王景霞, 王珂, 论附时效利益的债权在诉讼中的抵销: 上海练定混凝土制品有限公司诉上海善胜建筑材料有限公司买卖合同纠纷案判决释评, 私法 2019년 제1기; 申海恩, 抗辩权效力的体系构成, 环球法律评论 2020년 제4기; 钟淑健, 附时效抗辩权债权的抵销-从民事抗辩权的效力角度解析, 山东审判 2012년 제4기, 83쪽 이하; 毛晨冉, 论诉讼上抵销的行使, 法学, 2021년 제9권 제3기, 437쪽 이하 등 참조.

216) 이외에도 주된 채무가 시효에 걸린 경우에 종된 채무의 효력에 대하여는 민법전은 규정을 두지 아니한다. 학설의 논의로는 戴永盛, 论债权之罹于时效与担保物权之存续, 法律科学 2014년 제3기, 67쪽 이하.

217) 독일(제215조), 일본민법전(제508조), 대만민법(제337조, 제335조라고 하는 문헌도 있음), 스위스채무법(제120조), 이탈리아 등.

218) 合同法 第99条 当事人互负到期债务, 该债务的标的物种类、品质相同的, 任何一方可以将自己的债务与对方债务抵销, 但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。当事人主张抵销的, 应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。

219) 黄勤武, 超过诉讼时效的债权可以行使抵销权, 人民司法 2011년 제4기, 34쪽.

220) 아래와 같은 구별 없이 해석으로 이러한 국가의 규정을 참조하여 적용하여야 한다는 견해로는 李少伟主编, 앞의 책, 200쪽.

221) 王利明, 合同法研究, 中国人民大学出版社, 2003. 또한 王利明, 앞의 논문, 16쪽도 참조.

의 권리상실의 가능성을 감소하게 할 수 있다. 그러나 시효제도의 적용의 효력을 유지하는데 불리하지는 못한다. 이 견해는 이러한 관점에서 이미 기간이 만료된 채권에 대하여 상계할 수 있는가는 2가지 경우로 나눈다. 첫째는 수동채권의 시효기간이 이미 만료하고 능동채권의 시효기간이 만료하지 않으면 상계할 수 있는데 이러한 경우에 상계는 채무자가 시효이익을 포기한 것으로 볼 수 있다. 둘째는 능동채권의 시효기간이 이미 만료하고 수동채권의 시효기간이 만료하지 않으면 상계할 수 없는데, 그렇지 않으면 상대방의 자연채무의 이행을 강제(強迫)하는 것과 다르지 않기 때문이다. 이와 유사한 견해²²²⁾는 소멸시효기간을 넘은 채권은 능동채권으로 상계를 주장할 수 없고 그렇지 않으면 자연채무의 이행을 상대방에게 강제하는 것과 다르지 않다. 피동채권이 이미 소멸시효에 걸린 경우에는 상계할 수 있다. 이 경우에는 채무자가 시효이익을 포기한 것으로 인정할 수 있기 때문이다.²²³⁾

이에 대하여 상계를 부정하는 견해²²⁴⁾에 따르면 상계의 효과는 대립하는 채권이 대등한 액의 한도에서 소멸하는 것이고 따라서 쌍방채무의 유효한 존재를 전제로 한다. 이 중에서 능동채무는 강제이행의 효력을 가지고 있어만 하고 불완전채권은 집행력을 상실하는 것에 해당하면 채권자가 능동채권으로 상계를 주장할 수 없는데, 그렇지 않으면 채무자가 불완전채무의 이행을 강제하는 것과 다르지 않기 때문이다. 이와 같이 소멸시효에 걸린 채권은 그 채무자가 이행을 거절할 수 있고 채권자는 채무자가 시효이익을 포기한 경우가 아니면 이를 능동채권으로 상계를 주장할 수 없다.²²⁵⁾

222) 王家福主编, 中国民法学, 民法债权, 法律出版社, 1991.

223) 이러한 취지와 유사한 것으로는 诉讼时效期间届满的债权能否抵销? (2021-12-22) <<https://www.hengdulaw.com/Category30-1041>> : 소멸시효기간을 넘은 채권은 능동채권으로 상계할 수 없지만 그것을 수동채권으로 상계하는 것을 방해하지 아니한다. 즉, 능동채권은 집행가능성이 있어야만 한다. 시효만료한 채권은 능동채권으로 상계할 수 없다. 해당 채권은 이미 자연채권으로 되어 따라서 상대방이 가지는 효력이 있는 채권과 상계할 수 없기 때문이다.

224) 韩世远, 合同法总论, 法律出版社, 2004.

225) 이에 관한 관련 판결의 태도는 통일되지 아니하고 서로 다른 결론을 내리기도 한다. 이러한 점은 王利明, 앞의 논문, 3쪽 이하. 예를 들어 厦门源昌房地产开发有限公司、海南悦信集团有限公司委托合同纠纷(2018)最高法民再51号, 钟某、陈某与廖某借款合同纠纷, 深圳法院疑难案例精选(民事卷), 2009.3, (2011)高新民初字第128号 등.

Ⅷ. 나가며-우리법과의 비교

(발표시간에 보충하여 발표하겠습니다)

1. 중국 민법전의 소멸시효의 체계와 내용

- 전통(민법통칙, 1986년)의 계수와 최근 비교법적 동향의 반영과 실무의 반영

2. 우리 민법의 시사점-2009년의 민법개정안과의 비교

- ‘상대적 효력설’과 중국의 항변권 발생설
- 시효의 대상-채권과 소유권 이외의 물권 대 ‘청구권’
- 시효기간의 단축과 기산점-불법행위(746조의 총칙과의 편입)
- 시효중단사유의 확대와 시효정지사유의 재검토
- 시효 완성의 구체적인 문제
- 자연채무의 개념과 상계, 소급효 등의 처리
- 제척기간의 일반규정 신설
- 소멸시효와 취득시효의 병존으로서의 시효일원론(?)(권리의 절대적 취득과 절대적 소멸)

【부록】

- 【자료①】 중화인민공화국 민법전 총칙편의 소멸시효
- 【자료②】 최고인민법원의 「중화인민공화국 민법전」 총칙편 적용의 몇 가지 문제에 관한 해석(사법해석)(2022년)(最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》有关担保制度的解释(2022年))
- 【자료③】 최고인민법원의 민사사건 심리의 소멸시효제도 적용의 몇 가지 문제에 관한 규정(最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定)(2020년)
- 【자료④】 최고인민법원의 민사사건 심리의 소멸시효제도 적용의 몇 가지 문제에 관한 규정(最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定)(2008년)
- 【자료⑤】 최고인민법원의 민법총칙의 소멸시효의 공포적용의 사법해석(最高法院颁布适用民法总则诉讼时效司法解释)(2018년)

【자료①】 중화인민공화국 민법전 총칙편의 소멸시효

제1편 총칙

【원문】 第一编 总则

제9장 소멸시효

【원문】 第九章 诉讼时效

제188조 ① 법원에 보호를 청구하는 민사권리의 소멸시효기간은 3년으로 한다. 법률에 다른 규정이 있는 경우에는 그 규정에 의한다.

② 소멸시효기간은 권리자가 권리에 받은 손해와 의무자를 알았거나 알 수 있었던 날로부터 기산한다. 그러나 권리가 손해를 받은 날로부터 20년을 넘은 경우에는 법원을 보호하지 아니한다. 특별한 사정이 있는 경우에는 법원은 권리자의 신청에 의하여 연장을 결정할 수 있다.

【원문】第一百八十八条 向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。

诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。但是自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护；有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。

제189조 당사자가 동일한 채무의 분할이행을 약정한 경우에는 소멸시효기간은 최후의 1기의 이행기가 만료한 날로부터 기산한다.

【원문】第一百八十九条 当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间自最后一期履行期限届满之日起计算。

제190조 행위무능력자 또는 제한행위능력자의 그 법정대리인에 대한 청구권의 소멸시효기간은 해당 법정대리가 종료한 날로부터 기산한다.

【원문】第一百九十条 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人对其法定代理人的请求权的诉讼时效期间，自该法定代理终止之日起计算。

제191조 미성년자가 성적 침해를 받은 손해배상청구권의 소멸시효기간은 피해자가 18세가 된 날로부터 기산한다.

【원문】第一百九十一条 未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权的诉讼时效期间，自受害人年满十八周岁之日起计算。

제192조 ① 소멸시효기간이 만료한 경우에 의무자는 의무불이행의 항변을 할 수 있다.

② 소멸시효기간의 만료 후에 의무자가 이행에 동의한 경우에는 소멸시효기간의 만료로 항변할 수 없다. 의무자가 이미 임의로 이행한 경우에는 반환을 청구할 수 없다.

【원문】第一百九十二条 诉讼时效期间届满的，义务人可以提出不履行义务的抗辩。

诉讼时效期间届满后，义务人同意履行的，不得以诉讼时效期间届满为由抗辩；义务人已自愿履行的，不得请求返还。

제193조 법원은 적극적으로 소멸시효의 규정을 적용할 수 없다.

【원문】第一百九十三条 人民法院不得主动适用诉讼时效的规定。

제194조 ① 소멸시효기간의 최후6월 내에 다음 각 호의 장애로 인하여 청구권을 행사할 수 없는 경우에 소멸시효는 정지한다.

1. 불가항력
 2. 행위무능력자나 제한행위능력자에게 법정대리인이 없거나 법정대리인의 사망, 행위능력의 상실, 대리권의 상실이 있는 경우
 3. 상속개시 후에 상속인이나 상속재산관리인이 확정되지 않은 경우
 4. 권리자가 의무자나 그밖의 사람에 의하여 통제된 경우
 5. 그밖의 권리자가 청구권을 행사할 수 없게 한 장애
- ② 시효정지의 원인이 소멸된 날로부터 6월로 소멸시효기간은 만료한다.

【원문】第一百九十四条 在诉讼时效期间的最后六个月内，因下列障碍，不能行使请求权的，诉讼时效中止：

- (一) 不可抗力；
- (二) 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失民事行为能力、丧失代理权；
- (三) 继承开始后未确定继承人或者遗产管理人；
- (四) 权利人被义务人或者其他控制；
- (五) 其他导致权利人不能行使请求权的障碍。

自中止时效的原因消除之日起满六个月，诉讼时效期间届满。

제195조 다음 각 호의 어느 사정이 있는 경우에 소멸시효는 중단되고 중단, 관련 절차의 종료한 때로부터 소멸시효기간은 다시 기산된다.

1. 권리자가 의무자에 대하여 한 이행청구
2. 의무자가 한 의무이행의 동의
3. 권리자의 소송의 제기 또는 중재의 신청
4. 소송제기나 중재신청과 동일한 효력이 있는 그밖의 사정

【원문】第一百九十五条 有下列情形之一的，诉讼时效中断，从中断、有关程序终结时起，诉讼时效期间重新计算：

- (一) 权利人向义务人提出履行请求；
- (二) 义务人同意履行义务；
- (三) 权利人提起诉讼或者申请仲裁；
- (四) 与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形。

제196조 다음 각 호의 청구권에는 소멸시효의 규정이 적용되지 아니한다.

1. 침해정지, 방해배제, 위험예방의 청구
2. 부동산물권과 등기된 동산물권의 권리자가 한 재산의 반환청구
3. 자녀부양료, 부모부양료 또는 부부 등 부양료의 지급청구²²⁶⁾
4. 법에 의하여 소멸시효가 적용되지 아니하는 그밖의 청구권

【원문】第一百九十六条 下列请求权不适用诉讼时效的规定：

- (一) 请求停止侵害、排除妨碍、消除危险；
- (二) 不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产；
- (三) 请求支付抚养费、赡养费或者扶养费；
- (四) 依法不适用诉讼时效的其他请求权。

제197조 ① 소멸시효기간, 기산방법과 정지, 중단사유는 법률이 규정하고 당사자의 약정은 무효이다.

② 당사자의 소멸시효이익에 대한 사전포기는 무효이다.

【원문】第一百九十七条 诉讼时效的期间、计算方法以及中止、中断的事由由法律规定，当事人约定无效。
当事人对诉讼时效利益的预先放弃无效。

제198조 법률이 중재시효에 대하여 규정을 둔 경우에는 그 규정에 의한다. 규정이 없는 경우에는 소멸시효의 규정을 적용한다.

【원문】第一百九十八条 法律对仲裁时效有规定的，依照其规定；没有规定的，适用诉讼时效的规定。

제199조 법률이 규정하거나 당사자가 약정한 취소권, 해제권 등의 권리의 존속기간은 법률에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 권리자가 권리의 발생을 알았거나 알 수 있었던 날로부터 기산하고 소멸시효의 정지, 중단과 연장의 규정을 적용하지 아니한다. 존속기간의 만료로 취소권, 해제권 등의 권리는 소멸한다.

【원문】第一百九十九条 法律规定或者当事人约定的撤销权、解除权等权利的存续期间，除法律另有规定外，自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算，不适用有关诉讼时效中止、中断和延长的规定。存续期间届满，撤销权、解除权等权利消灭。

²²⁶⁾ 부양료의 종류에 대하여는 앞의 제26조, 제37조의 각주 참조.

【자료②】 최고인민법원의 「중화인민공화국 민법전」 총칙편 적용의 몇 가지 문제에 관한 해석(사법해석)(2022년)(最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》有关担保制度的解释(2022)) [이하 민법전 총칙편 사법해석(2022년)으로 함

8. 소멸시효(诉讼时效)

【원문】 八、诉讼时效

제35조 민법전 제188조 제1항이 정하는 3년의 소멸시효기간은 민법전의 관련 소멸시효의 정지, 중단에 관한 규정은 적용할 수 있고 연장(延長)의 규정은 적용하지 아니한다. 해당 조 제2항이 정하는 20년의 기간은 정지, 중단²²⁷⁾의 규정은 적용하지 아니한다.

【원문】 第三十五条 民法典第一百八十八条第一款规定的三年诉讼时效期间，可以适用民法典有关诉讼时效中止、中断的规定，不适用延长的规定。该条第二款规定的二十年期间不适用中止、中断的规定。

제36조 행위무능력자 또는 제한행위능력자의 권리가 손해를 입은 경우에 소멸시효기간은 그 법정대리인이 권리가 손해를 입은 것과 의무자를 알았거나 알 수 있었던 날로부터 계산한다. 그러나 법률에 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

【원문】 第三十六条 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的权利受到损害的，诉讼时效期间自其法定代理人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算，但是法律另有规定的除外。

제37조 행위무능력자, 제한행위능력자의 권리가 원래의 법정대리인²²⁸⁾ 손해를

227) 제1문과 달리 ‘연장’이 없다.

228) 이 조문의 ‘권리의 법정대리인의 손해를 입은 것’(权利受到原法定代理人损害)의 문구는 의미가 명확하지 아니하다. 일단 문구를 직역하였는데 향후 검토를 요한다. 원래 이 조문은 민법전 제190조의 법정대리인의 청구권의 소멸시효기간의 계산 원칙에 대하여 보충한 것이다. 해당 조항에 의하면 법정대리인의 청구권에 대한 소멸시효기간은 해당 법정대리가 종료(终止)된 날로부터 계산하지만 실무상 해당 법정대리가 종료된 때에 침해를 받은 민사행위무능력자, 민사행위 제한능력자와 그 새로운 법정대리인이 모두 손해사실과 의무자를 알지 못하는 사정이 있을 수 있다. 이 해석 제37조는 이에 대하여 규정을 하는 것으로 원

입고 완전한 행위능력을 취득, 회복하거나 원래의 법정대리가 종료하고 새로운 법정 대리인이 확정된 후, 권리가 손해를 입은 것을 해당 민사주체가 알았거나 알 수 있었던 경우에는 관련 청구권의 소멸시효기간의 계산은 민법전 제188조 제2호, 이 해석 제36조의 규정을 적용한다.

【원문】第三十七条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的权利受到原法定代理人损害，且在取得、恢复完全民事行为能力或者在原法定代理终止并确定新的法定代理人后，相应民事主体才知道或者应当知道权利受到损害的，有关请求权诉讼时效期间的计算适用民法典第一百八十八条第二款、本解释第三十六条的规定。

제38조 ① 소멸시효가 민법전 제195조의 규정에 의하여 중단된 후에 새로운 소멸 시효 기간 내에 제195조가 규정한 중단사유가 다시 출현하면 소멸시효의 재중단을 인정할 수 있다.

② 권리자가 의무자의 대리인, 재산관리인이나 상속재산 관리인 등에게 이행의 청구를 한 경우에는 민법전 제195조가 정한 소멸시효의 중단으로 인정할 수 있다.

【원문】第三十八条 诉讼时效依据民法典第一百九十五条的规定中断后，在新的诉讼时效期间内，再次出现第一百九十五条规定的中断事由，可以认定为诉讼时效再次中断。

权利人向义务人的代理人、财产代管人或者遗产管理人等提出履行请求的，可以认定为民法典第一百九十五条规定的诉讼时效中断。

【자료③】 최고인민법원의 민사사건 심리의 소멸시효제도 적용의 몇 가지 문제에 관한 규정(最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定)(2020년)²²⁹⁾

제1조 당사자는 채권적 청구권에 대하여 소멸시효의 항변을 할 수 있다. 그러나 다음 각 호의 채권적 청구권에 대하여 소멸시효의 항변을 하는 경우에는 법원은 인

래의 법정대리가 이미 종료하더라도 소멸시효기간도 당연히 이로부터 계산되는 것은 아니고, 앞에서 말한 특수한 사정은 민법 제188조 제2항의 규정을 적용하여 손해를 입은 것과 의무자를 알았거나 알 수 있었던 날로부터 계산하여야 한다고 규정한다. 이러한 점은 王利明, 一部有力保障民法典总则编实施的司法解释-评《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉总则编若干问题的解释》, 人民法院报(2022.03.15) <<https://www.jcy.gz.gov.cn/xxgcsxsfzl/21681.jhtml>> 참조.

229) 2008년의 사법해석에 대하여 민법전의 내용과 중복되는 3개의 조문과 일부 조문의 문구가 삭제되었고 민법전의 조문번호로 수정되었다.

용하지 아니한다.

1. 예금의 원금과 이자의 지급청구권
2. 국채, 금융채권과 불특정한 대상에 대하여 발행한 기업채권의 원금이자 지급 청구권
3. 투자관계에 기초하여 발생한 출자납부청구권
4. 그밖에 법에 의하여 소멸시효규정을 적용하지 아니하는 채권적 청구권

【원문】 第一条 当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩,但对下列债权请求权提出诉讼时效抗辩的,人民法院不予支持:

- (一)支付存款本金及利息请求权;
- (二)兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权;
- (三)基于投资关系产生的缴付出资请求权;
- (四)其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权。

【비교】 2008년 사법해석(부록4)의 제1조와 같음

제2조 당사자가 소멸시효의 항변을 하지 않으면 법원은 소멸시효문제에 대하여 석명을 할 수 없다.

【원문】 第二条 当事人未提出诉讼时效抗辩,人民法院不应对诉讼时效问题进行释明。

【비교】 2008년 사법해석(부록4)의 제3조와 같음. 후반부가 삭제됨

제3조 ① 당사자가 제1심 기간에 소멸시효의 항변을 하지 아니하고 제2심기간에 한 경우에 법원은 인용하지 아니한다. 그러나 그가 새로운 증거에 기초하여 상대방의 청구권이 이미 소멸시효기간을 지난 사정을 증명할 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 당사자가 전 항의 규정에 의하여 소멸시효의 항변을 하지 아니하고 소멸시효기간의 만료를 이유로 재심을 신청하거나 재심의 항변을 한 경우에 법원은 인용하지 아니한다.

【원문】 第三条 当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩,在二审期间提出的,人民法院不予支持,但其基于新的证据能够证明对方当事人请求权已过诉讼时效期间的情形除外。当事人未按照前款规定提出诉讼时效抗辩,以诉讼时效期间届满为由申请再审或者提出再审抗辩的,人民法院不予支持。

【비교】 2008년 사법해석(부록4)의 제4조와 같음

제4조 이행기를 약정하지 아니한 계약이 민법전 제510조, 제511조의 규정에 의하여 이행기를 확정할 수 있는 경우에 소멸시효기간은 이행기가 만료한 날로부터 기산한다. 이행기를 확정할 수 없는 경우에는 소멸시효기간은 채권자가 채무자에게 의무행의 유예기가 만료한 날로부터 계산한다. 그러나 채무자가 채권자가 제1차 그 권리를 주장할 때에 명확하게 의무의 불이행을 표시한 경우에는 소멸시효기간은 채무자가 의무의 불이행을 명확하게 표시한 날로부터 기산한다.

【원문】 第四条 未约定履行期限的合同，依照民法典第五百一十条、第五百一十一条的规定，可以确定履行期限的，诉讼时效期间从履行期限届满之日起计算；不能确定履行期限的，诉讼时效期间从债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算，但债务人在债权人第一次向其主张权利之时明确表示不履行义务的，诉讼时效期间从债务人明确表示不履行义务之日起计算。

【비교】 2008년 사법해석(부록4)의 제6조와 같음. 다만 민법전의 조문번호가 수정됨

제5조 ① 취소권을 가진 당사자 일방이 계약의 취소를 청구하는 경우에는 민법전의 제척기간에 관한 규정을 적용하여야 한다.

② 상대방 당사자가 계약취소 청구권에 대하여 소멸시효의 항변을 한 경우에 인민법원은 인용하지 아니한다.

③ 계약이 취소되면 재산의 반환, 손해배상청구권의 소멸시효기간은 계약이 취소된 날로부터 기산한다.

【원문】 第五条 享有撤销权的当事人一方请求撤销合同的，应适用民法典关于除斥期间的规定。对方当事人对撤销合同请求权提出诉讼时效抗辩的，人民法院不予支持。合同被撤销，返还财产、赔偿损失请求权的诉讼时效期间从合同被撤销之日起计算。

【비교】 2008년 사법해석(부록4)의 제7조와 같음,

제6조 부당이득 반환청구권의 소멸시효는 당사자 일방이 부당이득의 사실과 상대방 당사자를 알았거나 알 수 있었던 날로부터 기산한다.

【원문】 第六条 返还不当得利请求权的诉讼时效期间，从当事人一方知道或者应当知道不当得利事实及对方当事人之日起计算。

【비교】 2008년 사법해석(부록4)의 제8조와 같음, 다만 민법전의 조문번호가 수정됨

제7조 ① 관리인이 사무관리행위로 발생한 필수적 관리비의 급여, 손해배상청구권의 소멸시효기간은 사무관리행위가 종료하고 관리자가 본인을 알았거나 알 수 있었던 날로부터 기산한다.

② 본인이 부당한 사무관리행위로 인한 손해배상청구권의 시효기간은 관리인과 손해사실을 알았거나 알 수 있었던 날로부터 기산한다.

【원문】 第七条 管理人因无因管理行为产生的给付必要管理费用、赔偿损失请求权的诉讼时效期间，从无因管理行为结束并且管理人知道或者应当知道本人之日起计算。

本人因不当无因管理行为产生的赔偿损失请求权的诉讼时效期间，从其知道或者应当知道管理人及损害事实之日起计算。

【비교】 2008년 사법해석(부록4)의 제9조와 같음

제8조 ① 다음 각 호의 어느 사정이 있는 경우에 민법전 제155조가 정하는 ‘권리자가 의무자에 대하여 한 이행청구’로 하여 소멸시효의 중단의 효력이 발생하는 것을 인정하여야 한다.

1. 당사자 일방이 직접 상대방 당사자(对方当事人)에게 권리를 주장하는 문서를 송달하고 상대방 당사자가 문서에 서명, 날인, 지장날인(按指印)하거나 서명, 날인, 지장날인하지 아니하였으나 그밖의 방법으로 해당 문서가 상대방 당사자에게 송달된 것을 충분히 증명할 수 있는 경우
2. 당사자 일방이 서신이나 전자문서(数据电文)의 발송의 방법으로 권리를 주장하고 서신이나 전자문서가 상대방 당사자에게 도달하였거나 도달할 수 있었던 것(应当到达) 경우
3. 당사자 일방이 금융기관이고 법률규정 또는 당사자의 약정에 의하여 상대방 당사자에의 계좌에서 지체한 원금과 이자(원리금)를 공제한 경우
4. 당사자 일방이 소재불명(下落不明)이고 상대방 당사자가 국가 또는 소재불명된 당사자 일방의 주소지의 성 급의 영향력이 있는 매체에 권리를 주장하는 내용의 공고를 한 경우. 그러나 법률과 사법해석에 다른 특별한 규정이 있는 경우에는 그 규정을 적용한다.

② 전 항 제1호의 경우에 상대방 당사자가 법인이거나 그밖의 조직인 경우에 서

명자(签收人)는 그 법정대표자, 주된 책임자, 서신의 수신발송의 책임이 있는 부서 또는 수권을 받은 주체가 될 수 있다. 상대방 당사자가 자연인인 경우에 수명자는 자연인 본인, 동거하는 완전한 행위능력이 있는 친족 또는 수권을 받은 주체가 될 수 있다.

【원문】 第八条 具有下列情形之一的，应当认定为民法典第一百九十五条规定的“权利人向义务人提出履行请求”，产生诉讼时效中断的效力：

- (一)当事人一方直接向对方当事人送交主张权利文书，对方当事人在文书上签名、盖章、按指印或者虽未签名、盖章、按指印但能够以其他方式证明该文书到达对方当事人的；
- (二)当事人一方以发送信件或者数据电文方式主张权利，信件或者数据电文到达或者应当到达对方当事人的；
- (三)当事人一方为金融机构，依照法律规定或者当事人约定从对方当事人账户中扣收欠款本息的；
- (四)当事人一方下落不明，对方当事人在国家级或者下落不明的当事人一方住所地的省级有影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告的，但法律和司法解释另有特别规定的，适用其规定。

前款第(一)项情形中，对方当事人为法人或者其他组织的，签收人可以是其法定代表人、主要负责人、负责收发信件的部门或者被授权主体；对方当事人为自然人的，签收人可以是自然人本人、同住的具有完全行为能力的亲属或者被授权主体。

【비교】 2008년 사법해석(부록4)의 제10조와 같음. 그러나 민법전의 조문번호와 ‘권리자가 의무자에게 이행의 청구를 한 경우’의 문구가 수정; 제1호에 ‘지장’(指章) 관련 규정이 추가

제9조 권리자가 동일한 채권 중 일부 채권에 대하여 권리를 주장하면 소멸시효의 중단의 효력은 나머지 채권에 미친다. 그러나 권리자가 명확하게 나머지 채권의 포기를 표시한 경우에는 그러하지 아니하다.

【원문】 第九条 权利人对同一债权中的部分债权主张权利，诉讼时效中断的效力及于剩余债权，但权利人明确表示放弃剩余债权的情形除外。

【비교】 2008년 사법해석(부록4)의 제11조와 같음

제10조 당사자 일방이 법원에 소장을 제출하거나 구두로 소제기한 경우에 소멸시효는 소장의 제출 또는 구두로 소를 제기한 날로부터 중단된다.

【원문】第十条 当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头起诉的，诉讼时效从提交起诉状或者口头起诉之日起中断。

【비교】 2008년 사법해석(부록4)의 제12조와 같음.

제11조 다음 각 호의 어느 경우에는 인민법원은 소제기와 동일한 소멸시효의 중단의 효력을 인정하여야 한다.

1. 지급명령(支付令)의 신청
2. 파산의 신청, 파산채권의 신고
3. 권리를 주장하기 위하여 의무자의 부재선고 또는 실종선고의 신청(失踪或死亡)
4. 제소전 재산보전, 제소전 임시금지명령 등 제소전 조치
5. 강제집행의 신청
6. 당사자의 당사자의 참가신청(追加当事人) 또는 소송참가에 대하여 받은 통지(参加诉讼)
7. 소송 중 취소의 주장
8. 그밖에 소제기와 동일한 소멸시효의 중단의 효력이 있는 사항

【원문】第十一条 下列事项之一，人民法院应当认定与提起诉讼具有同等诉讼时效中断的效力：

- (一)申请支付令；
- (二)申请破产、申报破产债权；
- (三)为主张权利而申请宣告义务人失踪或死亡；
- (四)申请诉前财产保全、诉前临时禁令等诉前措施；
- (五)申请强制执行；
- (六)申请追加当事人或者被通知参加诉讼；
- (七)在诉讼中主张抵销；
- (八)其他与提起诉讼具有同等诉讼时效中断效力的事项。

【비교】 2008년 사법해석(부록4)의 제13조와 같음. 다만 제1호 중재신청이 추가되어 호번호가 모두 수정

제12조 권리자가 인민조정위원회와 그밖에 법에 의하여 관련 민사분쟁을 해결할 수 있는 국가기관, 사업단위, 사회단체 등 사회조직이 상응하는 민사권리의 보호를 위하여 한 청구에 소멸시효는 청구를 한 날로부터 중단된다.

【원문】第十二条 权利人向人民调解委员会以及其他依法有权解决相关民事纠纷的国家机关、事业单位、社会团体等社会组织提出保护相应民事权利的请求，诉讼时效从提出请求之日起中断。

【비교】 2008년 사법해석(부록4)의 제14조와 같음

제13조 ① 권리자가 경찰, 검찰, 법원의 사건신고 또는 고소(控告)를 하고 그 민사권리의 보호를 청구하는 경우에 소멸시효는 그 사건신고 또는 고소한 날로부터 중단된다.

② 위에서 말한 기관이 미접수(불수리)(不立案), 사건접수 취소(撤销案件), 불기소의 결정을 한 경우에 소멸시효기간은 권리자가 불수리, 사건(수리)의 취소, 불기소를 알았거나 알 수 있었을 때로부터 새로 기산한다. 형사사건이 심리단계에 들어가면 소멸시효기간은 형사 판결문의 효력이 발생하는 날로부터 다시 기산한다.

【원문】第十三条 权利人向公安机关、人民检察院、人民法院报案或者控告，请求保护其民事权利的，诉讼时效从其报案或者控告之日起中断。

上述机关决定不立案、撤销案件、不起诉的，诉讼时效期间从权利人知道或者应当知道不立案、撤销案件或者不起诉之日起重新计算；刑事案件进入审理阶段，诉讼时效期间从刑事裁判文书生效之日起重新计算。

【비교】 2008년 사법해석(부록4)의 제15조와 같음.

제14조 의무자가 분할이행, 일부이행, 담보제공, 이행기의 연장청구, 채무변제계획의 작성 등을 승인하거나 행위를 한 경우에 민법전 제195조가 정하는 ‘의무자가 의무이행에 한 동의’로 인정하여야 한다.

【원문】第十四条 义务人作出分期履行、部分履行、提供担保、请求延期履行、制定清偿债务计划等承诺或者行为的，应当认定为民法典第一百九十五条规定的“义务人同意履行义务”。

【비교】 2008년 사법해석(부록4)의 제16조와 같음. 민법전의 조문번호와 ‘당사자 일방’이 ‘의무자’로 수정

제15조 ① 연대채무자 중 1인에 대하여 소멸시효의 중단이 효력이 있는 사유의 발생은 그밖의 연대채권자에 대하여도 소멸시효의 중단이 효력발생을 인정하여야 한다.

② 연대채무자 중 1인에 대하여 소멸시효 중단이 효력이 발생하는 사유는 그밖의 연대채무자에게도 소멸시효의 중단이 효력이 발생한 것으로 인정하여야 한다

【원문】第十五条 对于连带债权人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债权人也发生诉讼时效中断的效力。

对于连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债务人也发生诉讼时效中断的效力。

【비교】 2008년 사법해석(부록4)의 제17조와 같음

제16조 채권자가 대위소송을 제기한 경우에는 채권자의 채권과 채무자의 채권에 대하여 모두 소멸시효의 중단이 효력이 발생한 것으로 인정하여야 한다.

【원문】第十六条 债权人提起代位权诉讼的，应当认定对债权人的债权和债务人的债权均发生诉讼时效中断的效力。

【비교】 2008년 사법해석(부록4)의 제18조와 같음.

제17조 ① 채권이 양도된 경우에 소멸시효는 채권양도의 통지가 채무자에게 도달한 때로부터 중단된다.

② 채무인수(債務承擔)의 경우에 원래의 채무자가 채무에 대하여 승인이 된 경우에 소멸시효는 채무인수의 의사표시가 채권자에게 도달한 날로부터 중단된 것으로 인정하여야 한다.

【원문】第十七条 债权转让的，应当认定诉讼时效从债权转让通知到达债务人之日起中断。债务承担情形下，构成原债务人对债务承认的，应当认定诉讼时效从债务承担意思表示到达债权人之日起中断。

【비교】 2008년 사법해석(부록4)의 제19조와 같음

제18조 ① 주채무의 소멸시효기간의 만료로 보증인은 주채무자의 소멸시효의 항변권을 가진다.

② 보증인이 앞에서 말한 소멸시효의 항변권을 주장하지 아니하고 보증책임을 부

담한 후 주채무자에게 구상권을 행사하는 경우에는 법원은 인용하지 아니한다. 그러나 주채무자가 급역을 동의한 경우에는 그러하지 아니하다

【원문】第十八条 主债务诉讼时效期间届满，保证人享有主债务人的诉讼时效抗辩权。保证人未主张前述诉讼时效抗辩权，承担保证责任后向主债务人行使追偿权的，人民法院不予支持，但主债务人同意给付的情形除外。

【비교】2008년 사법해석(부록4)의 제21조와 같음

제19조 ① 소멸시효기간의 만료로 당사자 일방이 상대방 당사자에 대하여 의무이행에 동의하는 의사표시를 하거나 또는 임의로 의무를 이행한 후에 다시(又) 소멸시효기간의 만료를 이유로 항변을 하는 경우에는 법원은 인용하지 아니한다.

② 당사자 쌍방이 원래의 채무에 대하여 새로운 합의에 달하고 채권자가 의무자의 소멸시효의 항변권의 포기를 주장한 경우에는 법원은 인용하여야 한다.

③ 소멸시효기간을 넘어 금전대주(贷款人) 금전차주(借款人)에 대하여 이행기가 도달한 대차금의 최고수령(催收)의 통지서를 발송하고 채무자가 통지서에 서명 또는 날인하고 금전차주가 소멸시효기간이 이미 만료된 의무의 이행에 동의한 것으로 충분히 인정할 수 있는 경우에는 금전대주에 대하여 금전차주가 소멸시효의 항변권의 포기의 주장에 대하여 법원은 인용하여야 한다.

【원문】第十九条 诉讼时效期间届满，当事人一方向对方当事人作出同意履行义务的意思表示或者自愿履行义务后，又以诉讼时效期间届满为由进行抗辩的，人民法院不予支持。当事人双方就原债务达成新的协议，债权人主张义务人放弃诉讼时效抗辩权的，人民法院应予支持。

超过诉讼时效期间，贷款人向借款人发出催收到期贷款通知单，债务人在通知单上签字或者盖章，能够认定借款人同意履行诉讼时效期间已经届满的义务的，对于贷款人关于借款人放弃诉讼时效抗辩权的主张，人民法院应予支持。

【비교】2008년 사법해석(부록4)의 제22조. 제2항과 제3항 신설

제20조 본 규정 시행 후 사건이 아직 제1심이나 제2심 단계에 있는 경우에는 본 규정을 적용한다. 본 규정 시행 전에 이미 심리가 종결된 사건에 대하여 인민법원이 재심을 하는 때에는 본 규정을 적용한다.

【원문】第二十条 本规定施行后，案件尚在一审或者二审阶段的，适用本规定；本规定施

行前已经终审的案件，人民法院进行再审时，不适用本规定。

【비교】 2008년 사법해석(부록4)의 제23조와 같음

제21조 본 규정 시행 전 본 법원이 만든 관련 사법해석과 본 규정이 서로 충돌하는 경우에는 본 규정을 기준으로 한다.

【원문】 第二十一条 本规定施行前本院作出的有关司法解释与本规定相抵触的，以本规定为准。

【비교】 2008년 사법해석(부록4)의 제24조와 같음

【자료④】 최고인민법원의 민사사건 심리의 소멸시효제도 적용의 몇 가지 문제에 관한 규정(最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定)(2008년)²³⁰⁾

【한글 번역은 자료3 참조】

第一条 当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩，但对下列债权请求权提出诉讼时效抗辩的，人民法院不予支持：

- (一)支付存款本金及利息请求权；
- (二)兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权；
- (三)基于投资关系产生的缴付出资请求权；
- (四)其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权。

第二条 当事人违反法律规定，约定延长或者缩短诉讼时效期间、预先放弃诉讼时效利益的，人民法院不予认可。

第三条 当事人未提出诉讼时效抗辩，人民法院不应对诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。

第四条 当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外。

²³⁰⁾ 2020년과 비교하여 제2조, 제5조와 제20조가 삭제되었고 일부 문구나 조문번호가 수정되었다.

当事人未按照前款规定提出诉讼时效抗辩，以诉讼时效期间届满为由申请再审或者提出再审抗辩的，人民法院不予支持。

第五条当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起计算。

第六条 未约定履行期限的合同，依照合同法第六十一条、第六十二条的规定，可以确定履行期限的，诉讼时效期间从履行期限届满之日起计算；不能确定履行期限的，诉讼时效期间从债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算，但债务人在债权人第一次向其主张权利之时明确表示不履行义务的，诉讼时效期间从债务人明确表示不履行义务之日起计算。

第七条 享有撤销权的当事人一方请求撤销合同的，应适用合同法第五十五条关于一年除斥期间的规定。

对方当事人对撤销合同请求权提出诉讼时效抗辩的，人民法院不予支持。

合同被撤销，返还财产、赔偿损失请求权的诉讼时效期间从合同被撤销之日起计算。

第八条 返还不当得利请求权的诉讼时效期间，从当事人一方知道或者应当知道不当得利事实及对方当事人之日起计算。

第九条 管理人因无因管理行为产生的给付必要管理费用、赔偿损失请求权的诉讼时效期间，从无因管理行为结束并且管理人知道或者应当知道本人之日起计算。

本人因不当无因管理行为产生的赔偿损失请求权的诉讼时效期间，从其知道或者应当知道管理人及损害事实之日起计算。

第十条 具有下列情形之一的，应当认定为民法通则第一百四十四条规定的“当事人一方提出要求”，产生诉讼时效中断的效力：

- (一)当事人一方直接向对方当事人送交主张权利文书，对方当事人在文书上签字、盖章或者虽未签字、盖章但能够以其他方式证明该文书到达对方当事人的；
- (二)当事人一方以发送信件或者数据电文方式主张权利，信件或者数据电文到达或者应

当到达对方当事人的；

- (三)当事人一方为金融机构，依照法律规定或者当事人约定从对方当事人账户中扣收欠款本息的；
- (四)当事人一方下落不明，对方当事人在国家级或者下落不明的当事人一方住所地的省级有影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告的，但法律和司法解释另有特别规定的，适用其规定。

前款第(一)项情形中，对方当事人为法人或者其他组织的，签收人可以是其法定代表人、主要负责人、负责收发信件的部门或者被授权主体；对方当事人为自然人的，签收人可以是自然人本人、同住的具有完全行为能力的亲属或者被授权主体。

第十一条 权利人对同一债权中的部分债权主张权利，诉讼时效中断的效力及于剩余债权，但权利人明确表示放弃剩余债权的情形除外。

第十二条 当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头起诉的，诉讼时效从提交起诉状或者口头起诉之日起中断。

第十三条 下列事项之一，人民法院应当认定与提起诉讼具有同等诉讼时效中断的效力：

- (一)申请仲裁；
- (二)申请支付令；
- (三)申请破产、申报破产债权；
- (四)为主张权利而申请宣告义务人失踪或死亡；
- (五)申请诉前财产保全、诉前临时禁令等诉前措施；
- (六)申请强制执行；
- (七)申请追加当事人或者被通知参加诉讼；
- (八)在诉讼中主张抵销；
- (九)其他与提起诉讼具有同等诉讼时效中断效力的事项。

第十四条 权利人向人民调解委员会以及其他依法有权解决相关民事纠纷的国家机关、事业单位、社会团体等社会组织提出保护相应民事权利的请求，诉讼时效从提出请求之日起中断。

第十五条 权利人向公安机关、人民检察院、人民法院报案或者控告，请求保护其民事权利的，诉讼时效从其报案或者控告之日起中断。

上述机关决定不立案、撤销案件、不起诉的，诉讼时效期间从权利人知道或者应当知道不立案、撤销案件或者不起诉之日起重新计算；刑事案件进入审理阶段，诉讼时效期间从刑事裁判文书生效之日起重新计算。

第十六条 义务人作出分期履行、部分履行、提供担保、请求延期履行、制定清偿债务计划等承诺或者行为的，应当认定为民法通则第一百四十二条规定的当事人一方“同意履行义务。”

第十七条 对于连带债权人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债权人也发生诉讼时效中断的效力。

对于连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债务人也发生诉讼时效中断的效力。

第十八条 债权人提起代位权诉讼的，应当认定对债权人的债权和债务人的债权均发生诉讼时效中断的效力。

第十九条 债权转让的，应当认定诉讼时效从债权转让通知到达债务人之日起中断。

债务承担情形下，构成原债务人对债务承认的，应当认定诉讼时效从债务承担意思表示到达债权人之日起中断。

第二十条 有下列情形之一的，应当认定为民法通则第一百三十九条规定的“其他障碍”，诉讼时效中止：

- (一) 权利被侵害的无民事行为能力人、限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失代理权、丧失行为能力；
- (二) 继承开始后未确定继承人或者遗产管理人；
- (三) 权利人被义务人或者其他人控制无法主张权利；
- (四) 其他导致权利人不能主张权利的客观情形。

第二十一条 主债务诉讼时效期间届满，保证人享有主债务人的诉讼时效抗辩权。

保证人未主张前述诉讼时效抗辩权，承担保证责任后向主债务人行使追偿权的，人民法院不予支持，但主债务人同意给付的情形除外。

第二十二条 诉讼时效期间届满，当事人一方向对方当事人作出同意履行义务的意思表示或者自愿履行义务后，又以诉讼时效期间届满为由进行抗辩的，人民法院不予支持。

第二十三条 本规定施行后，案件尚在一审或者二审阶段的，适用本规定；本规定施行前已经终审的案件，人民法院进行再审时，不适用本规定。

第二十四条 本规定施行前本院作出的有关司法解释与本规定相抵触的，以本规定为准。

【자료⑤】 최고인민법원의 민법총칙의 소멸시효의 공포적용의 사법해석(最高法院颁布适用民法总则诉讼时效司法解释)(2018년)

제1조 민법총칙 시행 후 소멸시효기간의 계산을 개시하는 경우에 민법총칙 제188조의 3년의 소멸시효기간에 관한 규정을 적용한다. 당사자가 민법통칙의 2년 또는 1년의 소멸시효기간에 관한 규정을 적용하는 경우에 법원은 인용하지 아니한다.

【원문】 第一条 民法总则施行后诉讼时效期间开始计算的，应当适用民法总则第一百八十八条关于三年诉讼时效期间的规定。当事人主张适用民法通则关于二年或者一年诉讼时效期间规定的，人民法院不予支持。

제2조 민법총칙의 시행일은 소멸시효기간이 아직 민법통칙이 규정한 2년 또는 1년이 되지 못하고 당사자가 민법총칙 3년의 소멸시효기간에 관한 규정의 적용을 주장하는 경우에는 법원은 인용하지 아니한다.

【원문】 第二条 民法总则施行之日，诉讼时效期间尚未满民法通则规定的二年或者一年，当事人主张适用民法总则关于三年诉讼时效期间规定的，人民法院应予支持。

제3조 민법총칙 시행 전에 민법통칙이 규정한 2년 또는 1년의 소멸시효기간이 이미 만료되고 당사자 민법총칙의 3년의 소멸시효기간에 관한 규정의 적용을 주장하

는 경우에 법원은 인용하지 아니한다.

【원문】第三条 民法总则施行前，民法通则规定的二年或者一年诉讼时效期间已经届满，当事人主张适用民法总则关于三年诉讼时效期间规定的，人民法院不予支持。

제4조 민법총칙 시행일에 시효의 정지원인이 아직 없어지지 않은 경우에는 민법총칙의 소멸시효의 정지에 관한 규정을 적용하여야 한다.

【원문】第四条 民法总则施行之日，中止时效的原因尚未消除的，应当适用民法总则关于诉讼时效中止的规定。

제5조 ① 본 해석은 2018년 7월 23일부터 시행한다.

② 본 해석 시행 후에 사건이 아직 제1심 또는 제2심 단계에 있는 경우에는 본 해석을 적용한다. 본 해석 시행 전 이미 심리를 종료하고 당사자가 재심을 신청하거나 심판감독절차의 결정에 따라 재심하는 사건은 본 해석을 적용하지 아니한다.

【원문】第五条 本解释自2018年7月23日起施行。

本解释施行后，案件尚在一审或者二审阶段的，适用本解释；本解释施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。

【토론문】

“중국 민법과 한국민법의 소멸시효”에 대한 토론문

김 신 영*

1. 「중화인민공화국 법전」은 시행된 지 오래 되지 않아 그에 관한 국내외 비교법적 연구가 아직 부족한 상태인 것으로 알고 있습니다. 이번에 교수님께서 중국 민법, 특히 소멸시효 부분에 관하여 정리해 주신 내용은 후속 연구에 큰 도움이 될 것 같습니다. 중국 제도와의 비교를 통해 우리 소멸시효 제도를 새로운 시각으로 바라볼 수 있는 기회도 되었습니다. 귀중한 발표에 감사드립니다.
2. 발표를 들으며 비교법적으로 인상적이었던 부분을 짚어 보자면, 우선 중국이 일반 소멸시효 기간을 주관적 기산점(권리자가 권리에 손해를 입은 것과 의무자를 알았거나 알 수 있었던 날)으로부터 3년의 단기로 정해 두었고, 20년의 최대 시효기간을 정해두었다는 점입니다.
일반 소멸시효 기간을 단축하고, 소멸시효의 기산점을 주관적 기산점(채권자의 인식 가능성 기준)으로 정하며, 최장 시효기간을 규정하는 것이 국제적인 추세¹⁾이고, 우리나라에서도 위와 같은 내용을 반영한 개정 논의가 있는 것으로 알고 있습니다.
구체적으로 보자면, 독일에서는 2002년 민법 개정을 통해 일반 채권의 소멸시효 30년을 3년으로 대폭 단축하였고, 소멸시효의 기산점을 객관적 기산점(청구권이 성립한 때)에서 주관적 기산점으로 변경하였으며, 최장 기간을 10년으로 정하였습니다. 프랑스에서도 2008년 소멸시효 관련 규정을 전면 개정하여 일반 채권 소

* 대법원 재판연구관

1) 국제상사계약원칙, 유럽계약법원칙 등에서 일반 소멸시효를 주관적 기산점으로부터 3년, 소멸시효의 최장 기간을 10년으로 규정하였습니다.

멸시효의 기간을 30년에서 5년으로 변경하고, 주관적 기산점을 명시하였으며, 최장 소멸시효기간을 20년으로 규정하였다고 합니다. 일본도 2017년 민법 개정으로 일반 채권 소멸시효를 5년으로 하고, 주관적 기산점을 도입하였으며, 10년의 최장 시효기간을 규정하였습니다.²⁾

중국은 기존의 3년보다 더 단기였던 2년의 소멸시효 기간을 규정하였다가, 권리자 보호에 미흡하다는 비판을 받아들여 오히려 기간을 늘리는 쪽으로 개정이 이루어졌다는 점이 특이하기는 하지만, 결과적으로 국제적인 추세에 부합하는 내용으로 소멸시효 제도를 운영하고 있다는 점은 우리나라의 법 개정 논의에 참고할 만한 부분이라고 생각합니다.

덧붙여 중국이 개정 전 1년의 단기 소멸시효로 규정하였던 ‘신체 상해를 받아 배상을 요구하는 경우’, ‘임대료 지급을 연체하거나 거절하는 경우’, ‘임치한 물건을 분실하였거나 혹은 훼손한 경우’ 등은 우리나라로 치자면 단순한 불법행위 또는 채무불이행에 의한 손해배상이 문제되는 사안인데, 단기 소멸시효의 내용을 단순화하거나 삭제하는 국제적인 추세에 비추어 위 단기 소멸시효 삭제는 타당한 내용의 개정이라고 생각됩니다.

3. 그 밖에 중국이 예금, 국채, 금융채권 등의 지급청구권에 관하여는 소멸시효의 항변을 할 수 없도록 한 것 등에서 사적 재산권을 중시하는 자본주의 체제를 받아들이려는 시도가 엿보여 인상적이었습니다. 일정한 경우 법원이 소멸시효 기간의 연장을 결정할 수 있도록 한 ‘소멸시효 연장’ 제도나 권리자가 의무자에 의해 구류, 구금되는 등의 사유로 행동의 자유를 상실하여 객관적으로 권리를 주장할 수 없는 경우를 ‘소멸시효 기간의 정지 사유’³⁾로 명시적으로 정해둔 것 등은 중국 사회의 특수성을 반영한 것으로 보여 흥미로웠습니다.

4. 마지막으로 발표를 들으며 궁금했던 점 한 두 가지에 관하여만 간단히 여쭙도록 하겠습니다.

□ 중국 민법은 제196조 제2호에서 ‘부동산물권과 등기된 동산물권의 권리자가

2) 박준혁, 소멸시효 개정을 위한 비교법적 연구 - 일반채권소멸시효와 제766조 제3항을 중심으로 -, 「저스티스」 통권 제191호(2022. 8.), 78-87

3) 제194조 제1항 제4호 ‘의무자나 그 밖의 사람에 의한 권리자의 피지배’

한 재산의 반환청구'에 관하여 소멸시효 규정이 적용되지 않는다고 규정하고 있어, 이를 반대해석하면 '등기하지 않은 동산 물권에 의한 반환청구권'은 소멸시효의 규정이 적용된다고 볼 수 있을 것 같습니다.

교수님께서 발표문(24쪽)에서 예시로 드신 「수년 동안 외지로 가서 일하는 중에 그 집안에 전해 내려오는 골동품이 다른 사람에 의하여 침탈되어 그 반환청구권의 소멸시효가 경과한 경우」에서도, 원 소유자는 점유자에게 반환을 청구할 수 없고, 점유자도 그 소유권을 취득하지 못하게 되므로, 누구도 소유권을 행사하지 못하는 권리의 공백 상태가 발생하게 된다는 것으로 보이는데, 이 경우 현행 중국 민법의 해석상 이 상태를 해소할 만한 논리가 있는지 궁금합니다.

- ② 교수님께서 우리나라 소멸시효 제도의 개선을 위해 중국 민법상 소멸시효 제도 중 가장 중요하게 참고할 만한 부분이라고 생각하시는 부분이 무엇인지에 관한 견해를 요청 드립니다.

5. 훌륭한 발표에 감사의 말씀을 올립니다.

가상자산의 민사법적 쟁점

김 수정*

- I. 서론
- II. 가상자산의 법적 성격
- III. 가상자산의 담보
- IV. 정리 및 시사점

I. 서론

가상자산이 우리 사회의 가치 있는 재화로서의 위치를 차지하면서 가상자산을 둘러싼 여러 가지 민사 분쟁이 발생하기 시작했다. 2021년 우리 대법원에서도 형사판결이기는 하지만, 가상자산 권리자의 착오나 가상자산 운영 시스템의 오류 등으로 법률상 원인관계 없이 다른 사람의 가상자산 전자지갑에 가상자산이 이체된 사안에서 가상자산을 이체받은 자는 가상자산의 권리자 등에 대한 부당이득반환의무를 부담하게 될 수 있다는 판시를 한 바 있다.¹⁾ 그 외에도 채무자의 가상자산에 어떻게 집행할 수 있는지, 가상자산을 가진 사람이 도산하거나 가상자산거래소가 도산한 경우 환취권과 별제권 등 다양한 논점들이 주목을 받고 있다.

얼마 전 우리 국회에서 ‘가상자산 이용자 보호 등에 관한 법률(가상자산법)’이 국회 정무위원회를 통과하였다. 그러나 동법은 가상자산 사업자에 대한 금융감독법상 규제를 주요 내용으로 하고 있으며,²⁾ 가상자산 규제가 민사법적으로 어떤 쟁점을

* 명지대학교 법학과

1) 대법원 2021. 12. 16. 선고 2020도9789 판결. 다만 이는 당사자 사이의 민사상 채무에 지나지 않고 가상자산을 이체받은 사람을 피해자에 대한 관계에서 배임죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다고 단정할 수는 없다고 판시하였다.

블러일으킬지는 고려하고 있지 않은 것으로 보인다. 반면 (표현이 어떠하든 간에) 가상자산이 민사법적으로 어떻게 다루어야 할지를 정면에서 다루거나 논의한 입법례가 소수 존재한다. 여기서는 2019년 리히텐슈타인, 2021년 스위스법이 여기에 해당한다. 또한 특정 국가의 입법례는 아니지만 UNIDROIT 역시 최근 디지털 자산에 관한 연구를 조문 형식의 원칙들로 정리하였다. 이 글에서는 가상자산을 민사법상 물건 내지 물권의 객체로 볼 수 있는지 그리고 담보가 될 수 있는지에 대해 이들 입법례가 어떤 법리를 구성하는지 살펴보기로 한다.

II. 가상자산의 법적 성격

1. 리히텐슈타인

가. 법제도 일반 및 적용범위

리히텐슈타인은 2019년 토큰에 관한 법을 제정했다. 이 법은 ‘토큰과 신뢰할 수 있는 서비스³⁾제공자법’ (Token- und VT-Dienstleister-Gesetz; 이하에서는 TVTG)이라고 지칭되는 단일법으로 동법은 토큰 경제의 모든 적용을 위한 법률적인 틀을 제공하여 현재와 장래의 영업모델에서 법적 안정성을 확보하는 것을 목적으로 한다.

동법은 제1절에서 일반규정을, 제2절에서 민법적 기초를 규정하고, 제3절에서 신뢰할 수 있는 서비스제공자의 감독에 관한 규정을, 제4절에서 경과 규정들을 두고 있다. 여기에서는 제2절을 중심으로 소개한다.

2) <https://www.lawtimes.co.kr/news/187752>

3) <https://bua.regierung.li/BuA/default.aspx?nr=54&year=2019&erweitert=true> 리히텐슈타인 정부가 이 법에 대해 공식적으로 한 설명에 따르면 이 법에서 신뢰할 수 있는 서비스 시스템(VT-Systeme)이라고 지칭된 것은 ‘신뢰가능한 기술(vertrauenswürdige Technologie)에 기초한 거래시스템’의 약자로 사실상 블록체인 시스템을 의미한다. ‘신뢰 가능한’(vertrauenswürdig)이란 표현은, 토큰의 무결성, 명확한 귀속 및 안전한 교환이 보장되어야 한다는 의미로 사용된 것이다. 더 나아가 현재 암호화에 기반한 블록체인에 한정하지 않고 더 추상적인 개념을 사용할 필요성도 고려되었다. Bericht und Antrag, S. 56.

나. 권리객체로서 토큰의 개념

TVT⁴는, VT 시스템⁴)에서 모든 종류의 권리를 대표하기 위한 새로운 권리의 객체로 토큰이라는 개념을 도입했다. 토큰은 채무자에 대한 (증권화된 또는 증권화되지 않은) 청구권, 회사의 사원권, 동산(예: 다이아몬드 또는 예술품) 또는 부동산에 대한 재산권 또는 제한물권, 지적재산권과 같은 기타 권리 등의 권리를 나타낼 수 있다. 그러나 결제 수단으로 기능하기 위해 시스템 규칙을 통해서만 가치를 갖는 비트코인과 같은 암호화폐처럼, 대표되는 권리가 없는 토큰도 허용된다.

기술 중립성의 목적을 위해 이 법에서 「토큰(Token)이라는 용어는 기술적인 의미가 아닌 추상적으로 이해된다. 즉 토큰의 법적 정의를 통해 기술적으로 토큰으로 구현되었는지 또는 이 토큰이 다른 권리를 대표하는지 여부에 관계없이 VT 시스템에서의 권리의 모든 결합점을 의미한다. 이는 오늘날 다른 기술적 구현을 선택한 VT 시스템이 이미 알려져 있기 때문에 중요하다. 예를 들어 비트코인의 경우, 디지털 코인 또는 토큰은 기술적으로 일종의 분산형 기록시스템에서의 주소에 비트코인의 지분을 귀속시키는 것이다. 그럼에도 불구하고 법적 확실성을 확보하기 위해서는 토큰의 처분에 관한 규정이 비트코인에도 적용되어야 한다.⁵) 아래 스위스 입법자가 비트코인 등 암호화폐를 법률 적용범위에서 배제한 것과 달리, 리히텐슈타인 입법자는 비트코인을 비롯한 암호화폐를 적극적으로 법률의 규율대상에 포함시킨 것이다.

토큰을 어떠한 권리를 대표하는 독립적인 권리객체라고 추상적으로 정의함으로써, 한 명 이상의 사람이 토큰에 대한 권리를 가질 수 있으며 타인에게 이 토큰을 적법하게 양도할 수 있다. 토큰에 대한 권리라는 점에서 볼 때 이 점은 토큰을 물건, 즉 유체물과 유사하게 보이게 한다. 그러나 리히텐슈타인 물권법에 정의된 물건의 소유권 개념은 근본적으로 유체물에 한정되어 있다. 토큰은 기술적으로 VT 시스템의 디지털 정보 또는 등록에 불과하기 때문에 토큰은 유체물이 아니라는 것은 분명하다. 따라서 물권법상 소유권 개념을 적용하는 것은 적절하지 않으며 법적 불확실성을 초래할 수 있다. 이론적으로는 물권법상 소유권 개념을 유체물에서 더 확장하여 토큰에도 적용하는 것이 불가능하지는 않을 것이다. 그러나 이렇게 하려면 많은 규정들을 다시 개정해야 하므로 물권법에 대한 심층적인 검토가 필요하다. 물권법에는

4) ‘신뢰가능한 기술(vertrauenswürdige Technologie)에 기초한 거래시스템’으로 현재 상태에 서는 사실상 블록체인 시스템으로 이해할 수 있다.

5) Bericht und Antrag, S. 61.

물건에 대해 소유권뿐만 아니라 부동산소유권이나 제한물권 등을 규제하기 때문에 법적 결과를 매우 신중하게 고려해야 한다. 따라서 정부는 토큰에 대한 권리와 관련 법적 결과를 VT 시스템에 한정해서 자율적으로 규제하기로 결정했다. 이로써 기존의 물권법 체계는 그대로 유지하면서 비법률가도 이해할 수 있는 명확하고 간결한 토큰 관련 법적 프레임워크를 만들기로 결정했다.⁶⁾

다. 처분력과 처분권

TVTG는, 물건에 대한 점유에 대응하는 개념으로 토큰에 대한 처분력(Verfügungsgewalt)을, 물건에 대한 소유권에 대응하여 처분권(Verfügungsberechtigung)이라는 개념을 규정한다.⁷⁾ 여기서 말하는 토큰에 대한 처분력(Verfügungsgewalt)은 사실상 처분할 수 있다는 의미로 물건에 대한 점유에 대응하는 개념이다. 반면 처분권(Verfügungsberechtigung)은 물건에 대한 소유권에 대응한다.⁸⁾ VT 키⁹⁾에 대한 처분력을 가진 사람은 그 키와 연결된 토큰에 대해서도 처분력을 가진 것으로 본다. 그리고 VT 키에 대해 처분력을 가진 사람은 처분권을 가진 것으로 추정되는데 이 추정은 반복 가능하다.¹⁰⁾

제5조 [처분력과 처분권]

- 1) VT-키 소지인은 토큰의 처분력(Verfügungsgewalt)을 갖는다.
- 2) 처분력을 가진 사람에 대해서는 그가 토큰의 처분권자(Verfügungsberechtigte)인 것으로 추정된다. 이전(以前)에 처분력을 가졌던 사람은 그가 처분력을 가지고 있었던 동안 처분권자였던 것으로 추정된다.
- 3) 처분권자가 되기를 원하지 않으면서 처분력을 가진 사람은, 그가 선의로 토큰을 양수받은 사람이 처분권자였다고 신뢰할 수 있다.¹¹⁾

⁶⁾ Bericht und Antrag, S. 62.

⁷⁾ Bericht und Antrag, S. 184.

⁸⁾ Bericht und Antrag, S. 184.

⁹⁾ TVTG 제2조 제1항 e)에서 개념을 정의하고 있는 바, 토큰에 대한 처분을 가능하게 하는 키(key)를 의미한다.

¹⁰⁾ Bericht und Antrag, S. 187.

¹¹⁾ “처분권자가 되기를 원하지 않으면서 처분력을 가진 사람은”이라는 표현이 무엇을 의미

토큰의 소지인이 그의 개인키를 어떠한 이유로든 상실한 경우에 토큰에 화체된 가치와 권리가 상실되어 더 이상 행사될 수 없기 때문에 그에 관해 규율할 필요가 있다는 견해가 있었다. 일정한 기간이 지나면 발행인이나 다른 기관이 해결을 위해 토큰의 무효를 선언하거나 회수할 수 있다. 예를 들어 어떤 회사의 주식 전체를 토큰의 형식으로 발생된 경우에 토큰을 상실하거나 토큰의 처분권을 상실하게 되면 총회를 여는 것이 불가능할 수 있는데, 토큰에 화체된 권리의 종류에 따라 토큰을 회수하는 데 여러 가지 가능성이 있고 효력상실의 선언이 그 예 중 하나라고 한다.¹²⁾ 정부는 이 견해를 따라 동법 제10조에 토큰의 효력상실 선언에 관해 규정하기로 했다.¹³⁾

제10조 [토큰의 효력상실 선언]

- 1) VT 키를 상실하거나 토큰이 다른 방식으로 기능할 수 없게 되었다면, 상실 시점 내지 기능할 수 없게 된 때에 처분권자였던 사람은 비송절차에서 토큰의 효력상실 선언을 청구할 수 있다.
- 2) 이 목적으로 청구인은 자신이 VT 키의 처분권자였으며 이를 상실했다는 것 또는 기능이 작동하지 않는다는 것을 지방법원에 증명해야 한다.
- 3) 토큰에 의해 대표되는 권리에 의해 의무를 부담하는 사람이 청구의 상대방이 된다.
- 4) 토큰의 효력상실 선언은 지체없이 관보에 그리고 지방법원의 재량에 따라 다른 적절한 방법으로 공시되어야 한다.
- 5) 효력상실의 선언이 되면 청구인은 그의 권리를 토큰 없이 행사하거나 그의 비용으로 새로운 토큰을 생성할 것을 요구할 수 있다.

블록체인 키를 분실하거나 토큰이 다른 방식으로 작동하지 않게 되면, 분실 시점에 권한자였던 사람이 비송절차로서 토큰의 효력상실 선언을 구할 수 있다. 프로그램에 하자가 있어 작동하지 않는 토큰의 경우도 마찬가지이다. 신청자는 법원에 그

하는지 정확하지 않으나, 입법자료에는 이 부분에 대한 상세한 설명이 없다.

¹²⁾ Bericht und Antrag, S. 188의 RA Niedermüller 견해 참조.

¹³⁾ Bericht und Antrag, S. 189.

처분권 및 블록체인 키의 분실 또는 토큰이 작동하지 않음을 증명해야 한다. 청구의 상대방은 토큰에 의해 대표되는 권리의 채무자이다. 효력상실이 선언되면 신청인은 그 권리를 토큰 없이도 행사할 수 있거나 그의 비용으로 새로운 토큰을 생성할 것을 구할 수 있다.¹⁴⁾

2. 스위스

가. 법 일반

스위스 연방평의회는 분산원장 및 블록체인 기술의 발전이 금융 및 다른 경제분야에 미칠 잠재력을 활용하여, 핀테크와 블록체인 기업에게 스위스가 혁신적이고 지속적인 기업환경을 제공하고 이 기술의 남용으로 인한 위험을 제거하여 금융중심지로서 스위스의 명성을 유지하기 위해, 이들 기술 발전으로 인해 필요해진 법적 기본요건을 분석하는 작업에 착수했다. 그 결과 연방평의회는 2018년 「스위스에서 분산원장 및 블록체인의 법적 기초」(Rechtliche Grundlagen für Distributed Ledger-Technologie und Blockchain in der Schweiz)라는 보고서를 발간했고, 이에 기초해 2021년에는 분산원장기술(DLT) 법을 제정했다.

나. 물건으로서의 성격 및 물권법 적용의 부정

스위스에서는 부분적으로 동산 소유권에 관한 스위스 민법 제713조 이하를 디지털 데이터에 적용할 수 있다는 견해도 주장되고 있다. 그러나 통설은, 디지털 데이터는 유체물이 아니기 때문에 물건 소유권에 관한 민법 규정이 적용될 수 없다는 입장이다.¹⁵⁾ 지배 대상이 될 수 있는 자연력도 동산소유권의 객체가 될 수 있지만 여기에 물권법 규정은 유추적용될 뿐이다.¹⁶⁾

그렇지만 여전히 상속법이나 도산법에서 데이터를 어떻게 다룰 것인지라는 문제

¹⁴⁾ Bericht und Antrag, S. 211.

¹⁵⁾ Fröhlich-Bleuler 2017: Rz. 13 ff.; Hürlimann/Zech 2016: Rz. 8; Weber 2015: 30; Weber/Thouvenin 2018: 49; vgl. zu Token als Sachen auch Ziff. 5.1.1.3 und die Nachweise in Fn. 80. Bundesrat, Rechtliche Grundlagen für Distributed Ledger-Technologie und Blockchain in der Schweiz (이하 ‘보고서’), 47면에서 재인용.

¹⁶⁾ Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum. 3. Aufl. (2007), Rz. 86 ff 보고서, 47면에서 재인용.

는 남아 있었다. 이 문제를 해결하기 위해 개인정보보호법 개정안은 개인정보를 상속법적으로 다루기 위한 규정을 제안하였으며,¹⁷⁾ 클라우드 제공자가 도산한 경우 데이터 반환청구권이 정치권에서 요구되기도 했다.¹⁸⁾ 특히 데이터 일반에 물권이 인정되지 않으나, 토큰과 관련해 물권을 인정하고자 하는 소수의견이 있다.¹⁹⁾ 이 견해는 개인키(Private Key)로 통제할 수 있는 토큰은 배타적 지배의 대상이 되고, 분산형 공적 등록부에 의해 공시될 수 있다고 주장한다.

관련해서 우선 고려해야 할 것은, 완전한 공시는 물건에서와 마찬가지로 오로지 공적 등록부에 의해서만 가능한데, 이는 모든 블록체인에는 해당하는 것은 아니라는 점이다.²⁰⁾ 또한 현행 물권법이 적용되려면 유체성이라는 요소가 필수적인데, 이 요소가 토큰에서는 충족되지 않는다. 토큰은 인도되지 못하는 것이다. 토큰을 물건으로 평가하자는 견해도 이 문제를 의식하여 패스워드나 개인키의 인도청구권으로 해결하려 한다.²¹⁾ 그렇지만 통설은 토큰에 유체성이 결여되어 있다는 이유로 어쨌거나 이를 물건으로 인정하지 않는다. 스위스 입법자도 이에 동조한다.²²⁾

다. 스위스법의 태도 - 유가증권법으로서의 성격

(1) 스위스법의 규율대상 제외: 암호화폐

토큰의 대표적인 예인 비트코인 및 다른 암호화폐는 특별한 경우에 해당한다. 대부분의 ICO(Initial Coin Offering)²³⁾에서와 달리, 자본을 받고 토큰을 교부하는 발행

17) Art. 16 E-DSG (Entwurf zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 7193, 7213).

18) Parlamentarische Initiative Dobler 17.410 vom 7. März 2017.

19) Seiler/Seiler 2018: 149 ff.; Graham-Siegenthaler /Furrer 2017: Rz. 69. 보고서, 48면에서 재인용.

20) Crone/Kessler/Angstmann 2018: 339 f. 보고서, 48면에서 재인용.

21) Seiler/Seiler, “Sind Kryptowährungen wie Bitcoin (BTC), Ethereum (ETH) und Ripple (XRP) als Sachen im Sinne des ZGB zu behandeln?” In: suigeneris 2018, Rz. 33. 보고서, 48면에서 재인용.

22) Bärtschi/Meisser 2015: 141; Eggen 2018: 561 ff.; Essebier/Bourgeois 2018: 579; Hauser-Spühler /Meisser 2018: 9; Hürlimann-Kaup 2018: 142 ff.; Hess/Spielmann 2017: 195 f.; Gless/Kugler/Stagno 2015: 90; Gobat 2016: 1098; Maurenbrecher/Meier 2017: Rz. 20; Meisser/Meisser/Kogens 2018: Rz. 5 f.; Müller/Reutlinger/Kaiser 2018: 86 f.; von der Crone/Kessler/Angstmann 2018: 339 f.; Weber 2015: 30; Zellweger Gutknecht 2018: 20 ff., 25. 보고서, 49면에서 재인용.

자가 이 경우에는 존재하지 않는다. 토큰발행자와 취득자 사이에 채권이나 사원관계로 평가될 수 있는 법률관계가 존재하지 않는다. 따라서 이러한 토큰의 가치는, 그것이 매개하는 법적 지위에 따라 평가되지 않는다.

일부에서는, 암호화폐가 다른 모든 블록체인 시스템 참여자에 대해 인정받을 수 있는 청구권의 형태의 청구권을 매개한다고 주장하기도 한다.²⁴⁾ 이 견해에 따르면 각 블록체인 참여자는, 블록체인이 어떻게 보유하고 이전되는지에 대하여 블록체인 프로토콜이 정한 규칙 하에 놓인 것이다. 이로써 다른 블록체인 시스템 참여자 전체와의 계약이 성립하고, 이 계약은 토큰 보유자에게 다른 시스템 참여자 전체에 대한 인정 청구권을 매개한다는 것이다. 그렇지만 스위스 연방평의회는, 블록체인 시스템에 참여하기만 하면 블록체인 사용자 사이에 법률관계를 인정하는 것이 ‘신용할 수 없는 분산형 시스템’에서의 사실상의 관계에 적합한 것인지는 아직 명확하게 판단할 수 없다는 입장이다. 블록체인 프로토콜의 규칙은 암호화 절차에 의해 블록체인의 진실성을 보장하는 알고리즘적 성격을 가지고 있고, 토큰이 수요공급에서 발생하는 가치를 가진다는 점으로부터, 다른 참여자를 상대로 급부청구할 수 있는 권리라는 의미에서의 채권이 도출되기는 어렵다는 것이다. 따라서 이에 해당하는 법적 구속력을 원하는 의사가 개별 참여자에게 있다고 보기 어려우며, 암호화폐를 채권으로 평가하는 것은 스위스 금융시장감독청(FINMA)의 실무에도 맞지 않는다고 보았다.²⁵⁾

나아가 연방평의회는 암호화폐를 금전으로 파악하지도 않는다. 스위스 법은 금전을 명확히 규정하고 있지 않지만, 학설은 협의의 금전과 광의의 금전으로 분류한다. 협의의 금전은 스위스은행과 연방이 발행하는 법률상 지급수단을 말하므로 암호화폐가 이에 포함될 수 없음은 명백하다. 광의의 금전은 금전의 기능을 셋으로, 즉 계산단위로서의 기능, 교환 및 지급수단으로서의 기능, 가치보관으로서의 기능으로 분류하는 것에 기반한다. 그런데 비트코인과 관련하여 2014년 연방평의회가 가상화폐에 관한 보고를 할 때에는, 암호화폐는 이러한 기능을 어느 정도 충족하기는 하지만, 통화에 비해 변동성이 커서 통화와 같은 금전으로 인정할 수가 없다고 결론지었다.²⁶⁾

23) 온라인네트워크에서 블록체인을 활용한 사업을 위하여 가상화폐를 발행하는 수단으로 자금을 모으는 형태를 말한다. ICO에서 발행자와 투자자의 관계는, 투자자는 개발프로젝트에 금전을 지원하고 발행자는 개발된 사이버코인(가상화폐)을 지급하는 관계이다. 정해상, “가상화폐발행(ICO)의 특성과 규제 쟁점”, 단국대학교 법학논총 제43권 제1호(2019), 3면

24) von der Crone/Kessler/Angstmann 2018: 340 f. 보고서, 54면.

25) 보고서, 54면.

결과적으로 스위스 연방평의회는, 암호화폐를 무체재산으로 파악하는 통설²⁷⁾의 입장을 따르되, 양도에 관해 입법적 조치를 하지는 않았다. 달리 말하면 아래에서 살펴볼 법률은 암호화폐의 양도를 위한 아무런 규정도 두고 있지 않다. 암호화폐의 양도는 사실상의 처분 권한 또는 접근 권한을 설정함으로써 특정한 방식 없이 이루어진다. 양도를 방해하는 법적 장애는 현재로서는 존재하지 않는다.²⁸⁾

(2) 스위스법의 규율대상

분산원장기술(DLT) 법은 법률상 지위(채권, 사원권)을 형성하고 대표하는 토크에만 적용된다.²⁹⁾ 여러 이용자의 의사에 따라 권리를 형성할 수 있는 분산원장은, 스위스 법에서 유가증권법에 귀속시키기로 되었다.³⁰⁾ 유가증권에서 권리의 증권화에서는, 가치가 문서와 결부된다. 사인에 의한 권리의 증서화에 관한 규칙을 끌어들이며, 권리의 전자 등록에서의 규칙을 발전시킬 수 있다. 이 규칙에는 법적 지위(채권, 사원권)를 형성하고 대표하는 토크 전반이 포함된다. 반면 지급 토크이나 암호화폐는 이 개정에 포함되지 않는다. 이러한 토크의 양도에서 관해서 연방 평의회는 입법의 필요를 느끼지 못했다.³¹⁾

스위스채무법 제5편은 유가증권에 관한 것인데 이번 개정으로 분산원장³²⁾가치권(Registerwertrecht)이라는 권리가 새로 제도화되었다. 동 개정은, 분산원장기술 사용자들로 하여금, 청구권이나 사원권 같은 권리가 분산원장에 반영되어 있고 이를 어떤 사용자로부터 다른 사용자에게로 양도하는 것을 가능하게 한다. 이 분산원장가치권은 기존의 간접보유증권과 마찬가지로, 무체화된 증권이다. 그러나 간접보유증권은 은행, 주식회사와 같이 권리를 설정하고 양도하는 것을 관리하는 기구가 있는 반

26) Bericht Virtuelle Währungen: 10. 보고서, 55면에서 재인용.

27) Eggen 2018: 562 f.; Gobat 2016: 1098 f.; Müller/Reutlinger/Kaiser 2018: 86 f. 보고서, 54면에서 재인용.

28) Botschaft zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register(이하에서는 ‘Botschaft DLT-Gesetz’), BBl 2020, S. 27.

29) Botschaft DLT-Gesetz, S. 26.

30) DLT-Bericht: 56 ff; Botschaft zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, S. 26.

31) DLT-Bericht: 66.

32) Register를 ‘등록부’라고 번역하면 기존 가치권등록부와 구별하기 어렵다. 동법이 블록체인을 염두에 둔 것인 만큼, ‘분산원장’이라고 번역했다.

면 후자는 그렇지 않다. 분산원장가치권을 설정하려면 관련 당사자들이 등록 계약을 체결하고 등록이 일정한 요건을 충족해야 한다.³³⁾

또한 스위스채무법 제973조의d 이하에 신설된 규정들은, 권리의 전자 등록 가능성이 열었는데 이에 의해 유가증권의 기능이 보장된다. 이 새로운 권리를 분산원장가치권(Registerwertrechte)이라고 하며 그 기초가 되는 분산원장은 가치권분산원장(Wertrechtregister)라고 한다. 이 분산원장이 스위스채무법 제973조의d 제2항에 규정된 요건을 충족하고 등록의 당사자가 동의한다면, 이 분산원장은 전통적으로 유가증권이 가졌던 다음과 같은 기능을 수행하게 된다.³⁴⁾

이전 기능: 조작의 위험성이 없는 전자 분산원장에서 권리가 설정되고 양도될 수 있다는 것을 이번 법개정은 보장해야 한다. 분산원장가치권은 그 채권자가 지배할 수 있으며, 분산원장을 통해 유효하게 양도될 수 있다. 이로써 분산원장은 이전 기능을 수행한다.

정당화 기능: 당사자는 권리가 그 분산원장을 통해서만 주장될 수 있고 양도될 수 있다고 약정할 수 있어야 한다. 분산원장을 통해 권한 있는 자로 증명된 사람은 원칙적으로 권한자로 인정된다.

거래안전 기능: 당사자는 분산원장에서 설정된 권리를 신뢰할 수 있어야 한다. 선의로 분산원장가치권을 취득한 사람은, 나중에 양도인이 그 권리를 전혀 가지지 못했다는 것이 밝혀지더라도 보호받아야 한다. 또한 그 권리와 충돌하는 항변은 제한적으로만 인정될 수 있어야 한다. 이로써 이 분산원장은, 공신증권의 거래보호기능을 수행한다. 분산원장기술의 핵심적인 특성은, 공신증권과 같은 효력을 인정하는 것으로 이어졌다.

스위스채무법 제973조의f [양도]

- 1 분산원장가치권의 양도는 등록 계약의 규정을 따른다.
- 2 분산원장가치권의 채권자에 대해 파산이 개시되거나 압류가 되거나 채무조정 파산이 허가되었다면, 분산원장가치권에 대한 그의 처분은 이하의 경우 법적 구속력이 있으며 제3자에게 효력이 있다:

³³⁾ <https://www.pwc.ch/en/insights/fs/amending-act-DLT-blockchain.html>

³⁴⁾ Botschaft, S. 27.

1. 이전에 이루어졌고
 2. 가치권분산원장이나 다른 거래 시스템 규칙에 따라 철회할 수 없게 되었고;
 3. 24시간 이내에 가치권분산원장에 기재된 경우
- 3 동일한 권리에 대해 유가증권의 선의취득자와 분산원장가치권의 선의취득자가 충돌한다면, 전자가 후자에 우선한다.

민법상 논점은 아니지만 분산원장가치권을 간접보유증권³⁵⁾처럼 보기 때문에, 자본시장법의 규정도 준수되어야 한다. 투자자 보호와 자본시장의 기능성이라는 목표는 높은 보호수준을 요구하는데 등록에 하자가 있으면 투자자의 다수 또는 전부가 영향을 받기 때문이다. 자본시장에서도 등록의 완전성과 공시성은 분산원장 증권에 있어서 핵심적인 것이기 때문에, 자본시장법에서 높은 수준의 보호기준을 충족하는 분산원장이라면 스위스채무법 제973조의d 제2항의 가치권분산원장 요구도 충족한다.³⁶⁾

주의할 점은 스위스채무법이 개정됨으로써 영향을 받는 것은, 분산원장가치권의 법률행위에 의한 양도 뿐이라는 점이다. 다른 이유, 예컨대 상속을 원인으로 하는 포괄승계에서 권리취득의 태양은 영향을 받지 않는다. 따라서 피상속인의 승계인은 피상속인의 권리와 의무를 곧바로 승계한다. 피상속인의 승계인이 분산원장가치권에 대해 처분할 수 있는 가능성이 사실상 없는 경우, 예컨대 개인키를 찾을 수 없는 경우에는, 권리와 등록 사이의 연결을 해소하기 위해 효력상실의 선언이 이루어져야 한다.³⁷⁾

35) 스위스에서는 권리가 서면에 화체됨으로써 거래에 장애가 되지 않도록 하기 위하여 유가증권을 무체화하는 방식으로 가치권 외에도 간접점유증권이라는 제도를 새로 창설했다. 간접보유증권은 물권적 성격을 일부 가지고 있지만, 스위스 민사법에서 의미하는 유체물(물건)은 아니다. 간접보유증권법(BEG) 제3조 제1항에 따르면, 간접보유증권은 발행회사에 대하여 대체성을 가진 채권 또는 사원권(Mitgliedschaft)으로서 증권계좌에 증가기재(Gutschrift; credit)되고 BEG의 규정에 따라 계좌보유자가 처분할 수 있는 것으로 정의된다. 또한 그 법적 성질과 관련하여, 간접보유증권은 계좌보유자의 증권계좌를 관리하는 임치기관(Verwahrungsstelle) 및 발행회사를 포함한 제3자에 대하여도 효력을 가지며, 단순한 채권이 아니므로 자신이 계좌를 가진 중개금융기관 채권자의 영향을 받지 않는다(BEG 제3조 제2항).

36) Botschaft, S. 27.

37) Botschaft, S. 28.

3. UNIDROIT 원칙

가. 디지털 자산에 관한 UNIDROIT 원칙

2019년 UNIDROIT와 UNCITRAL이 공동으로 스마트컨트랙트와 인공지능의 법적 측면에 대해 모니터링하는 워크숍을 개최했다. 이후 UNIDROIT 이사회는 작업프로그램에 이 프로젝트를 포함할 것을 총회에 권고하였고 이에 공동 워크숍이 2020년 3월 개최되었다. 이 워크숍 논의에 기초하여 UNIDROIT 사무국은 탐구를 위한 워킹그룹을 결정했다. 워킹그룹의 작업 결과물은 해석을 담은 원칙과 입법가이드 형식으로 되어 있다. 디지털자산 프로젝트를 위해 워킹그룹은 여러 차례 회의를 개최하고 보고서를 제출하여 2023년 1월에는 이를 조문 형식의 원칙 초안으로 정리하기에 이르렀다. 이 원칙은 디지털 자산, 특히 물권과 관련된 사법 문제만을 다루며, 규제법 영역에 해당하는 쟁점은 포함하고 있지 않다.³⁸⁾ 또한 사법 영역에서도 지식재산권 또는 소비자 보호와 관련된 쟁점, 계약 및 재산법과 관련된 많은 쟁점들은 이 원칙에서 다루어지지 않는다.³⁹⁾

나. 권리의 객체로서 디지털 자산

원칙 제3조 제1항은, 디지털 자산이 물권(proprietary rights)⁴⁰⁾의 객체가 될 수 있음을 규정한다. 원칙 제2조 제2항이 디지털 자산을 정의하는데, 지배(control) 가능한 전자기록(electronic record)⁴¹⁾이다. 주석서의 설명에 따르면, 여기서의 지배는 배타적 지배(exclusive control)이다.

UNIDROIT는, 디지털 자산이 물권의 객체가 될 수 있는지에 대해 여러 법제에서

³⁸⁾ Draft UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law (January 2023), Introduction para. 9 (p. 4).

³⁹⁾ Draft UNIDROIT Principles, Introduction para. 10 (p. 4)

⁴⁰⁾ 직역하면 소유권이라고 번역해야 할 것이나, 주석이 “proprietary rights의 정의는, 디지털 자산에 이러한 권리 또는 이익을 가진 사람은 제3자, 즉 반드시 계약 당사자가 아닌 사람에 대해 주장할 수 있음을 표현하고자 한다.”(Draft UNIDROIT Principles, Principle 3 Commentary para. 4)고 서술하고 있기도 하고, proprietary rights에 관해 설명하면서 “국가가 기존 규칙 또는 일반적 적용 기준 중 어떤 것이 디지털 자산의 담보권에 적용되는지 명시해야 한다.”(Draft UNIDROIT Principles, Principle 3 Commentary para. 19)고 서술하고 있기도 하기 때문이다.

⁴¹⁾ 전자기록 자체는 원칙 제2조 제1항이 규정한다.

논란이 있음을 알고 있지만, 그렇기 때문에 더욱 법적 안정성을 위해 각 국가들에게 디지털 자산이 물권의 객체가 될 수 있음을 명확히 할 것을 권고한다.⁴²⁾ 다만 이는 모든 종류의 디지털 자산이 물권의 객체가 되어야 한다는 의미는 아닌 것 같다. UNIDROIT 주석은, 어떤 국가의 법률이 물권의 객체가 될 수 있는 여러 종류의 자산을 포함하고 있고 그 여러 종류의 자산이 서로 다른 효과로 이어진다면, 그 국가의 법률로 디지털 자산이 어느 종류의 자산인지 명확히 할 필요가 있으며, 새로운 자산의 종류를 도입하는 것은 각 국가에 맡겨져 있다고 한다.

그렇지만 UNIDROIT 원칙 자체는 디지털 자산의 범위를 넓게 보고 있다. 원칙 제3조의 주석에 따르면 비트코인도 디지털 자산에 해당한다. 퍼블릭 블록체인(public blockchain)⁴³⁾ 자체는 그 기반이 되는 프로토콜(소프트웨어)을 누구도 지배하지 못하기 때문에, 개별 사용자는 프로토콜이나 합의 메커니즘(consensus mechanism)을 지배할 수 없다. 그러나 개별 사용자는 개인 키를 통제할 수 있으며, 이를 통해 개별 사용자는 프로토콜 내의 디지털 자산(예: 비트코인의 경우 미사용 트랜잭션 출력)에 대한 지배를 확보할 수 있다.⁴⁴⁾

다. 지배와 소유의 구별

여기서 등장한 「지배」라는 개념은 동산의 점유(possession)와 기능적으로 동등한 역할을 수행한다. 그러나 지배는 순전히 사실상의 문제이며 법적 개념이 아니다. 또한 디지털 자산은 무체물이기 때문에 점유와 기능적 동등성은 디지털 자산에 대한 지배권과 권한만을 포함할 뿐 동산의 점유에 적용되는 물리적 차원을 포함하지 않는다.

원칙 제6조는 어떤 경우 지배가 인정될 것인지도 정의한다.

42) Draft UNIDROIT Principles, Principle 3 Commentary para. 1 (p. 14)

43) <https://www.blockchain-council.org/blockchain/types-of-blockchains-explained-public-vs-private-vs-consortium/> 인터넷에 연결된 사람은 누구나 참여가능한 블록체인의 형태이다. 반면 특정한 사람만 참여가능한 블록체인은 private blockchain이라고 한다.

44) Draft UNIDROIT Principles, Principle 2 Commentary para. 9 (p. 10)

- 원칙 제6조 (1) 이하에 해당하는 사람은 디지털 자산을 지배한다
- (a) 제2항과 제3항에 따라 디지털 자산 또는 관련 프로토콜이나 시스템이 그 사람에게
- (i) 타인이 그 디지털 자산으로부터의 이익 전부를 사실상 취득하는 것을 배제할 수 있는 배타적 능력;
 - (ii) 그 디지털 자산으로부터의 이익 전부를 사실상 취득할 수 있는 능력 및
 - (iii) (a)(i), (a)(ii) 및 (a)(iii)의 능력을 타인에게 양도할 수 있는 배타적 능력(‘지배의 변경’)을 수여하는 경우
- (b) 디지털 자산이나 관련 프로토콜이나 시스템이 그 사람에게 자신이 (1)(a)에 규정된 능력을 가졌다고 인정할 수 있도록 하는 경우

지배의 배타성 기준은 디지털 자산 관련 시장의 규범을 반영하는 것으로 보인다. 취득자는 디지털 자산과 관련하여 관련 배타적 능력⁴⁵⁾을 획득했다고 기대하며(예외가 있을 수 있다), 실제로도 일반적으로 그러한 경우가 많다. 그런데 지배는 순전히 사실상의 문제로서 점유와 기능적으로 동등한 역할을 가정하지만, 이 원칙에서 사용되는 지배는 특정 법제에서 사용되는 법적 개념인 ‘점유’와 동일한 것으로 이해되어서는 안 된다. 이들 법제에서 점유는 법적 개념이며, 소유자는 다른 사람을 통해 자산을 점유할 수 있다. 그러나 이 원칙에서 지배는 사실상의 문제이며, 원칙 제6조의 기준을 충족하지 않는 한 디지털 자산을 통제할 수 없다.⁴⁶⁾

그렇지만 이 원칙은 디지털 자산에 대한 지배를, 점유와 적어도 기능적으로 동등한 것으로 이해하고 있다. 따라서 한 사람에게서 다른 사람으로의 지배의 이전은 디지털 자산 또는 그에 대한 지분의 이전, 즉 물권의 이전과 구별되고(예를 들어 수탁자⁴⁷⁾는 고객을 위해 디지털 자산에 대한 지배를 획득할 수 있지만, 일반적으로 해당

45) UNIDROIT 원칙에서는 ‘권한’(power) 대신 ‘능력’(ability)이라는 용어를 사용한다. 두 용어의 의미는 동일하지만, ‘능력’은 사실적 기준으로서의 지배 개념에 더 적합하고 ‘권한’은 보다 법적인 의미를 갖는다. Draft UNIDROIT Principles, Principle 6 Commentary para. 6 (p. 27)

46) Draft UNIDROIT Principles, Principle 6 Commentary para. 2 (p. 26)

47) 금융자산과 관련해서 custody는 금융권에서는 투자자 본인이 제3자(수탁자, custodian)에게 유가증권 등의 보관을 의뢰하고, 제3자가 이를 관리해 주는 업무를 의미하는 용어로 사용되고 있다. 특히, 이는 유가증권에 있어서 증권투자를 하는 투자자의 대리인으로서 유가증

디지털 자산의 ‘소유권’(ownership)을 획득하지는 않는다), 반대로 물권의 이전은 지배의 이전을 동반할 수도 있고 동반하지 않을 수도 있다(예를 들어, 특정 상황에서 디지털 자산의 소유권이 다른 사람에게 이전될 수 있지만, 지배는 양도인에게 유지 되도록 법률에 규정할 수 있다).

디지털 자산이 물권이 객체가 될 수 있다고는 하지만, 해당 국가의 법률에 물권의 대상이 될 수 있는 다양한 범주의 자산 분류가 포함되어 있고 이러한 다양한 범주가 서로 다른 결과를 초래하는 경우, 디지털 자산이 어떤 범주의 자산인지 명확히 하는 것은 각 국가의 법률이 정할 사항이다.⁴⁸⁾

Ⅲ. 가상자산의 담보

1. 리히텐슈타인

TVTG 제6조는 토큰에 대한 처분을 규정하는데 그 내용은 다음과 같다.

제6조 [토큰에 대한 처분]

1) 이하는 처분에 해당한다:

- a) 토큰에 대한 처분권한의 양도; 또는
- b) 토큰에 대한 담보나 용익권의 설정

2) 토큰에 대한 처분은 이하를 전제로 한다.

- a) VT 시스템 규칙에 따른 토큰의 양도가 체결될 것, 그런데 토큰에 대한 제한 물권은 제3자에게 인식될 수 있고 설정시점이 명확하다면 양도 없이도 설정될 수 있다;
- b) 양도인과 인수인이, 토큰에 대한 처분권을 양도 내지 그에 대해 제한물권을 설정하기를 원하는데 합의했다고 표시하고;

권의 보관·수취결제·권리보전·의결권 행사 등의 폭넓은 업무를 제공하는 상임대리인 업무를 의미하는 용어로 사용되고 있다. <https://newsroom.koscom.co.kr/25686>; 한국은행, “한국은행의 증권업무해설” (2017. 12), 20면 등 참조.

⁴⁸⁾ Draft UNIDROIT Principles, Principle 2 Commentary para. 18 (p. 12)

c) 양도인이 제5항에 따른 처분권자일 것; 제9항이 유보적으로 남아 있다.
 3) 법률상 근거 없이 토큰이 처분되거나 그 근거가 사후적으로 소멸하면, 부당이득에 관한 규정(민법 제1431조 이하⁴⁹⁾)에 따라 청산된다.

동조 제1항은 토큰에 대한 처분권의 양도 및 담보 및 용익권 설정이 처분에 해당한다는 것을 분명히 한다. 처분의 방법은 질권의 설정뿐만 아니라 양도담보나 소유권유보와 같은 권리이전형 담보에도 열려 있다.⁵⁰⁾

제2항은 처분의 요건으로 VT 시스템에 따른 규칙에 따라 (기술적/사실적) 토큰의 양도가 이루어져야 한다. 그런데 토큰에 대한 제한물권은 제3자에게 인식될 수 있고 설정시점이 명확하다면 양도 없이도 설정될 수 있다. 양도과정에 대한 상세한 규정을 두는 것은, 이 규정이 급속히 시대에 뒤떨어지는 것이 되거나 심지어 미래 기술 발전에 장애가 될 위험을 무릅쓰지 않는다면, 현재는 거의 불가능하다. VT 시스템 규정에 따르도록 지시하는 것은, 토큰에 대한 점유 없는 물권을 설정할 가능성을 열어둔 것이다.⁵¹⁾

입법자료는 토큰 소유권의 양도나 제한물권 설정에 있어, 일반 물권적 처분에 관한 이론을 그대로 원용한다. 즉 처분이 유효하기 위해서는 물권적 합의(dingliche Einigung)가 존재해야 한다. 물권적 합의는 의사표시로 이루어지며, 이 의사표시는 특별한 방식을 요구하지 않는다. 양도인은 처분권자여야 한다. 처분권자로부터 양도 받았거나 원시적으로 취득한 자가 처분권자이다.⁵²⁾

제3항은 법적 근거 없이 이루어진 토큰의 처분에 관해서는 부당이득법에 따라 청산이 이루어져야 한다고 규정한다. 여기서 물권행위의 무인성(Abstraktionsprinzip)이 적용된다. 청산 청구권은 장래를 향해 발생하며 토큰 자체의 반환청구를 할 수 있는 것은 아니다. VT 시스템에서 양도를 변경할 수 없기 때문에, 즉 VT 시스템은 일반적으로, 인증된 거래를 뒤로 돌릴 수 없다는 점에서 토큰의 처분에 대해서는 무인주의를 전제할 수밖에 없고 유효한 의무부담행위가 없더라도(착오에 의한 취소나 철회 등) 그 양도를 유효한 것으로 보되, 부당이득법에 따라 청산할 수밖에 없다.⁵³⁾

49) 비채변제에 관한 규정이다.

50) Bericht und Antrag, S. 190.

51) Bericht und Antrag, S. 190.

52) Bericht und Antrag, S. 191.

2. 스위스

스위스채무법 제973조의g [담보]

1 분산원장가치권을 양도하지 않더라도

1. 담보가 가치권분산원장에서 명확하고
2. 변제를 받지 못하면 담보권자만 분산원장가치권을 처분할 수 있다고 보장된다면 담보를 설정할 수 있다.

2 그 외에

1. 분산원장가치권에 대한 유치권은 유가증권에 적용되는 유치권에 관한 규정(민법 제895조 내지 제898조)을 따른다.
2. 분산원장가치권에 대한 질권은 유가증권에 적용되는 채권 및 다른 권리에 대한 질권의 규정(민법 제899조 내지 제906조)을 따른다.

스위스채무법 제973조의g는 질권이나 용익물권, 즉 절대권을 분산원장가치권에 설정할 수 있음을 규율한다. 이를 위해 유가증권에 적용되는 규칙들이 포괄적으로 받아들여져야 한다. 분산원장가치권에 대한 질권은, 채권 및 다른 권리에 대한 질권에 대한 규정(스위스민법 제899조 내지 제906조)을 따른다. 다만 증권화되지 않은 채권에만 적용되는 스위스민법 제900조 제1항(“증서가 없거나 채무증서만 있는 채권에 대해 질권을 설정하려면 질권계약을 서면으로 작성하고 경우에 따라서는 채무증서를 교부해야 한다.”)은 여기에 포함되지 않으므로 질권계약에 서면형식은 필요하지 않다.⁵⁴⁾

질권설정을 하면 원칙적으로 권리는 질권자에게로 이전한다. 이로써 한편으로는 질권이 제3자에게 눈에 보이게 되고 다른 한편으로는 질권자가 채권의 만족을 받지 못하는 경우 질권설정자의 협력 없이 바로 환가할 수 있게 된다.⁵⁵⁾

⁵³⁾ Bericht und Antrag, S. 191 - 192. 다만 입법자료 192면에서 “사실상 처분력이 기술에 의해 이전되었을 뿐이고 처분권까지 이전되지 않았다고 정의하는 것이 중요하다.”라고 하는 것으로 보아, 입법자료에 따르면 부당이득반환청구로 반환을 요청하는 것은 금전이라기보다는 처분권으로 보인다.

⁵⁴⁾ Botschaft, S. 55.

⁵⁵⁾ Botschaft, S. 55.

채권과 다른 권리에 대한 용익권(스위스민법 제745조 이하)⁵⁶⁾과 관련해서 법률을 개정해야 할 필요는 없다. 제745조 제1항은 이미 “권리 또는 재산”에 용익권을 설정할 수 있도록 하고 있으므로 분산원장가치권에 대한 용익권을 설정하는 것도 충분히 가능하다.

3. UNIDROIT

UNIDROIT는 디지털 자산의 담보에 관해 다음과 같이 4개의 조를 규정하였다.

원칙 제14조 담보거래: 일반

- (1) 디지털자산은 담보권의 대상이 될 수 있다.
- (2) 디지털자산이 다른 자산에 연결되어 있으면, 디지털자산에의 담보권 설정이 그 다른 자산에 미치는 법적 효력을 결정하기 위해 다른 법률이 적용된다.
- (3) 디지털자산이 다른 자산에 연결되어 있으면, 제3자효가 있는 디지털자산에의 담보권 설정이 그 다른 자산에 미치는 법적 효력을 결정하기 위해 다른 법률이 적용된다.

디지털자산은 물권의 대상이 될 수 있으며 이에 기초하여 담보권의 대상도 된다. 이 원칙은, 어떤 유형의 동산도 담보로 사용될 수 있다는 담보거래의 일반 원칙을 반영한 것이다.⁵⁷⁾

제14조는 담보설정자 또는 타인의 채무의 이행을 담보하기 위해 디지털 자산에 대한 담보권을 담보 채권자에게 부여하는 거래(담보거래)에 적용된다. 이 원칙은 디지털 자산에 대한 보안을 특별히 다루기 위해 해당 법률이 변경되어야 하는 경우를 제외하고는 국내의 담보권 개념 또는 국내 담보거래법을 간섭하려는 의도가 없다. 담보권과 관련된 여러 물권적 측면은 다른 법률의 적용을 받는다. 이 원칙은 제3자에 대한 담보권의 효력을 발생시키는 지배 이외의 방법(원칙 제16조에서 전제)이나

⁵⁶⁾ 스위스민법 제745조 [용익권] (1) 용익권은 동산, 부동산, 권리 기타 재산에 설정할 수 있다.

(2) 달리 규정되어 있지 않으면 용익권자는 목적물을 완전히 용익할 수 있다.

(3) 부동산용익권의 행사는 건물의 일부 또는 부동산의 일부에 한정될 수 있다.

⁵⁷⁾ Draft UNIDROIT Principles, Principle 14 Commentary para. 1 (p. 46)

담보권 집행 시 디지털 자산을 처분하기 전에 담보설정자와 제3자에게 통지할 의무 등 일부 규칙의 존재를 전제로 하며, 디지털 자산에 대한 담보권 집행의 맥락에서 이러한 규칙이 어떻게 작동할 것인지를 설명한다.

원칙 제15조 제3자효를 달성하기 위한 수단으로서 지배

디지털 자산에의 담보권은 이하 요건이 충족되면 제6조 제1항에 규정된 디지털 자산의 지배에 의해서 제3자에 대해서 효력을 가질 수 있다.

- (a) 담보채권자가 디지털 자산을 지배; 또는
- (b) 수탁자가 담보채권자를 위해 디지털자산을 유지(maintain)하는 경우

원칙 제15조는 다른 법 하에서 디지털자산에의 담보권에 적용되는 제3자효의 다른 방법에 더하여, 국가는 디지털자산에의 담보권은 지배에 의해 제3자효가 있을 수 있음을 인정해야 한다고 규정한다. 이는 담보채권자가 디지털자산을 지배하는 상황에도 적용될 수 있지만, 수탁자가 담보채권자를 대표해 디지털자산을 지배하는 경우에도 적용될 수 있다. 제3자효는 일반적으로 담보채권자가 예컨대 점유의 이전, 채무자에 대한 통지, 등록, 지배와 같이 담보권을 공시하기 위한 조치를 취할 것을 필요로 한다

암호화폐 대출(crypto-lending)에서의 실무는 등록 기타 제3자효를 달성하기 위한 전통적인 방법에 의존하지 않는다. 국가는 ‘지배’를 담보거래법에 받아들여 담보채권자가 그들의 디지털자산에 대한 담보권을 제3자에 대해 대항할 수 있도록 해야 한다. 지배를 이 원칙에 통합시키는 것은 담보의 우선원칙(priority rule)에 영향을 미칠 수 있다.⁵⁸⁾

원칙 제16조 디지털자산 담보권의 우선순위

원칙 제15조에 따라 지배에 의해 제3자효가 있는 디지털자산에 대한 담보권은, 다른 지배의 방법에 의해서만 제3자효가 있는 디지털자산에 대한 담보권에 우선한다.

⁵⁸⁾ Draft UNIDROIT Principles, Principle 14 Commentary para. 5 (p. 50)

원칙 제16조는, 어떤 한 채권자가 등록 기타 적용가능한 법에서 인정하는 다른 방법으로 담보권에 제3자효가 인정되도록 했지만 디지털자산을 지배하지는 못하는 상태에서 다른 채권자가 지배(원칙 제15조)에 의해 그 담보권의 제3자효가 인정되도록 한 상황을 다루고 있다. 이 상황에서 전자의 채권자가 담보권의 제3자효를 인정되도록 하는 등록 기타 다른 조치를 한 이후에야 비로소 후자의 담보채권자가 지배를 취득하기 위한 조치를 취했다라도 여전히 후자의 담보채권자가 우선한다. 이는 동일 자산에 대해 다수의 담보채권자가 존재할 때에는 그 우선순위를 담보권이 제3자효를 가지게 되는 시점 순서대로(일반적으로 등록 순서대로) 결정하는 일반원칙과 다른 것이다.⁵⁹⁾

이러한 접근법은 다음과 같은 이유로 정당화된다.⁶⁰⁾ 우선 시간 순서에 의하지 않는 우선순위는, 추가적인 조치를 취하는 담보채권자가 담보자산에 대해 더 많이 의존하고 있음을 의미한다. 이는 등록에 의해 제3자효가 인정되는 담보권보다 유통증권을 점유하는 담보채권자에게 우선권을 인정하는 것과 유사한 상황이다.

둘째 지배에 의해 담보의 제3자효를 가지게 된 담보채권자는 등록을 검색할 필요가 없을 것이다. 이는 유통증권을 점유한 당사자가 등록을 검색할 것으로 기대되지 않아서 자산거래비용을 낮추고 유통성을 높이는 상황과 유사하다. 더구나 디지털자산에 대해 담보권을 갖는 담보채권자가 등록을 검색하는 것은 실제적이지 못한 경우도 많다. 디지털자산 거래에서 양도인의 동일성 또는 장소가 알려지지 않아서 잠재적 담보채권자가 어떤 등록을 검색해야 할지 알 수 없기도 하다.

셋째 이 우선순위 방식은, 채권자가 그 고객으로 하여금 시간적으로 앞서 등록된 데 대해 우선순위를 가질 것으로 기대하는 디지털자산을 취득할 수 있도록 여신하는 대출 관행을 반영한다. 또한 이 방식은 UNCITRAL 모델법 및 관련 제네바 증권 협약과 국제증권에 관한 담보거래법이 담보에 대해 어떤 형태의 지배를 취득한 담보채권자에게 우선순위를 인정하는 태도와도 일치한다.

또한 한 명 이상의 담보채권자가 디지털자산에 대해 지배를 취득할 수 있다. 이러한 경우는 한 명의 수탁자가 여러 명의 담보채권자를 위해 디지털자산을 지배하는 것에 동의한 경우 생길 수 있다. 일반적으로 두 명의 채권자는 그들의 우선순위를 채권자간 약정에 의해 규율할 수 있다. 이러한 약정이 없으면 우선순위는, 적용가능

⁵⁹⁾ Draft UNIDROIT Principles, Principle 16 Commentary para. 1 (p. 52)

⁶⁰⁾ Draft UNIDROIT Principles, Principle 16 Commentary para. 2 et seq (p. 52)

한 담보거래법에서 일반적인 우선순위규칙에 따라 결정될 것이다.⁶¹⁾

원칙 제17조 디지털자산 담보권의 집행

- (1) 디지털자산에의 담보권 집행은, 상업적으로 합리적인 방법으로 진행될 것이라는 요건을 포함해, 다른 법에 따른다.
- (2) 수탁자가 보유하고 있는 디지털자산에의 담보권이 지배 외의 다른 방식으로 제3자효가 인정되도록 되었다면, 수탁자가 달리 동의하지 않았다면, 담보채권자는 법원 명령에 의해서만 그 담보권을 실행할 수 있다.

원칙 제17조는 디지털자산에의 담보권 실행에 관한 특별한 집행방법을 규정하지 않는다. 다른 법에서 일반적으로 규정된 방법들이 적용될 수 있을 것이다. 처분, (만일 금전채무의 지급을 구할 권리가 디지털자산에 연결된 자산이라면) 추심, 채무의 전부 또는 일부 변제로서 담보의 수령(Acceptance of Collateral in Full or Partial Satisfaction of Debt)과 같은 모든 집행조치가 디지털자산에의 담보권에도 적용될 수 있어야 한다. 이들 권리를 집행하면서 담보채권자는, 상업적으로 합리적인 방법으로 진행될 것이라는 요건을 포함해 일반 담보거래법에 포함된 집행규칙을 지켜야 한다. 그렇지 않으면 담보채권자는 그로 인해 발생한 손해에 대해 다른 법에 따라 손해배상을 해야 할 수 있다.⁶²⁾

담보권의 제3자효를 인정하기 위해 사용되는 방법은 담보권을 실행할 능력에도 영향을 미친다. 채무불이행시 지배는 집행을 쉽게 하므로 담보권이 지배에 의해 제3자효를 가지게 된다면, 담보채권자의 집행은 상당히 간단할 가능성이 높다. 그러나 디지털담보권이 지배가 아니라 등록에 의해 제3자효가 있는 경우, 담보권설정자가 그 자산을 여전히 지배하고 있으므로 담보권설정자의 협력 없이 담보채권자가 그 자산을 집행하는 것은 실질적으로 어렵다. 따라서 담보채권자는 채무불이행 이후, 담보권설정자가 지배를 이전하기를 거절한다면, 지배를 취득하기 위해 법원의 명령을 받아야 한다.⁶³⁾

61) Draft UNIDROIT Principles, Principle 16 Commentary para. 4 (p. 53)

62) Draft UNIDROIT Principles, Principle 17 Commentary para. 2 (p. 54)

63) Draft UNIDROIT Principles, Principle 17 Commentary para. 4 (p. 54)

담보권설정자를 대신해 수탁자가 디지털자산을 보유하고 있는 경우, 사법절차 외의 집행은, 담보채권자의 지시에 따라 수탁자가 하는 행위를 수반하게 된다. 담보채권자가 미상(未詳)이라면 중개인은 이러한 지시를 따르기를 원하지 않을 것이다. 이를 위해 많은 담보거래법은 이러한 상황에서 중개인을 보호하는 규정을 포함하고 있다. 예를 들어 UNCITRAL 모델법 제82조 제4항은, 은행계좌에 대한 담보권과 관련하여 담보채권자의 지시에 따라 행위하는 것을 은행이 동의한 때에만 사법절차 외의 집행이 가능하다고 규정한다. 원칙 제17조 제2항은 디지털자산 수탁자 담보권 집행에서 보호하기 위한 규정이다. 따라서 원칙 제15조 제1항 하에서 지배에 의해 담보권이 제3자효를 가지게 되었다면 수탁자는 전형적으로 담보채권자에 대해 의무, 예컨대 담보채권자의 지시에 따라 디지털자산의 지배를 변경할 의무를 부담한다. 반대로 담보권이 지배 외의 다른 방법, 예컨대 등록에 의해 제3자효를 얻게 되었다면 수탁자는 담보채권자에 대해 어떤 의무도 부담하지 않는다. 이 경우 관리인이 담보채권자의 지시에 따라 행동하는 데 동의하지 않는다면, 담보채권자는 법원이나 다른 공공기관의 명령을 받아야 한다.⁶⁴⁾

IV. 정리 및 시사점

1. 블록체인상의 가상자산은 막대한 가치를 가진 재화이니만큼 이를 법적 제도 안으로 포섭할 필요는 분명 있다. 그렇다면 가상자산에 물건성을 인정해 기존 물권의 객체로 하는 방법은 어떠한가? 이 질문에 대해 리히텐슈타인과 스위스 법제는 부정적이다. 기존 물건은 유체성을 핵심 표지로 하는데, 가상자산에는 이러한 표지가 결여되어 있기 때문이다. UNIDROIT는 디지털 자산이 물권의 객체가 될 수 있다고 규정하지만, 디지털 자산을 어떤 물권의 객체로 할지는 각 국가 입법자에게 맡겨두고 있다.

실질적으로 가장 관심의 대상이 되는 암호화폐의 가상자산 포섭 여부에 대해서도 리히텐슈타인과 UNIDROIT는 긍정적인 반면, 스위스의 분산원장기술(DLT)법은 법률상 지위(채권, 사원권)를 형성하고 대표하는 토크에만 적용되어 사실상 블록체인

⁶⁴⁾ Draft UNIDROIT Principles, Principle 17 Commentary para. 8 (p. 55)

을 이용한 유가증권법처럼 기능하고 있다.

다만 토큰을 물건으로 보지 않는 리히텐슈타인법도 기존 민법의 점유/소유 법리와 유사한 처분력/처분권이라는 개념을 규정하였고, 디지털 자산이 물권의 객체가 될 수 있다고 한 UNIDROIT도 기존 민법상 점유 개념과 기능적으로는 유사하지만 그 의미가 다른 지배(control)라는 개념을 정의하고 이에 기초해 양도나 담보를 규율한다. 리히텐슈타인의 처분력이나 UNIDROIT의 지배 개념의 핵심은 블록체인 개인키 등을 통해 가상자산을 사실상 처분할 수 있다는 것이다. 사실상 처분할 수 있다는 점에서, 사실적 지배를 내용으로 하는 점유 개념과 일맥상통하는 점이 분명 존재한다. 그럼에도 불구하고 이를 기존 민법의 점유 개념에 포섭시키지 못한 것은, 블록체인상의 가상자산의 경우 오로지 개인키를 가진 사람만 처분할 수 있고 타인을 그렇게 하지 못한다는 특징 때문일 것이다. 유체물의 경우 점유자의 사실상 지배가 인정되더라도, 법제도는 이를 점유자의 의사에 반하여 집행관을 통하여 그 점유를 배제할 수 있다. 그렇지만 가상자산의 경우 개인키를 가지고 있는 자가 이를 공유하지 않으면 이를 알 수 있는 방법이 없다.⁶⁵⁾ 개인 키와 공개 키 사이에 암호학적 연관이 있기는 하지만, 공개 키만 사용해 개인 키를 찾는 것은 불가능하기 때문이다.⁶⁶⁾

2. 이러한 블록체인상 가상자산의 특징은 담보에도 영향을 미친다. 리히텐슈타인법의 토큰 양도/담보설정에 관한 제6조는, 양도과정에 대한 상세한 규정을 두는 것은 이 규정이 급속히 시대에 뒤떨어지는 것이 되거나 심지어 미래 기술 발전에 장애가 될 위험을 무릅쓰지 않는다면 현재는 거의 불가능하다는 이유로, 블록체인 시스템 규정에 따르도록 지시하는데 그치고 블록체인의 특수성이 잘 반영되어 있지 않다. 반면 UNIDROIT는 지배에 의해 제3자효가 있는 디지털자산에 대한 담보권은,

⁶⁵⁾ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.1.2021 - 7 W 44/20. 이 글에서 다룬 법제는 아니지만 2021년 독일 뒤셀도르프 고등법원 결정에서 비트코인의 강제집행이 문제된 적이 있었다. 채권자는 자신 또는 임의의 제3자가 대가를 지급하고 0.9 비트코인을 취득하여 이를 채권자의 지갑으로 이전함으로써 이 의무가 이행될 수 있다고 주장하였다. 즉 채권자는 채무자가 부담하게 된, 0.9 비트코인을 채권자에게 양도하는 행위는 대체가능한 행위이므로 채무자의 비용으로, 채권자 또는 채권자가 위임한 제3자가 이를 대체집행할 수 있다고 주장하였다. 그리고 대체집행함으로써 발생하게 될 비용의 선급으로서 채무자가 7,049.48 유로를 지급할 것을 명령해줄 것을 법원에 청구하였다. 1심 법원은 이 청구를 독일민사소송법 제 888조에 따라 집행가능한, 대체불가능한 행위로 보았다. 비트코인의 양도는 개인키 저장 위치를 알고 있을 것을 전제로 하는데 이는 제3자는 알지 못하기 때문이다.

⁶⁶⁾ <https://steemit.com/bitcoin/@virelaedaisa/ee5mo>

다른 지배의 방법에 의해서만 제3자효가 있는 디지털자산에 대한 담보권에 우선한다고 함으로써 개인키 보유자의 지배를 우선시키고 있다. UNIDROIT의 주석은 이렇게 원칙을 제정한 논거를 달리 제시하고 있지만, 사실상 지배와 상이한 법률 관계를 법원이 관철시키는 것이 어렵기 때문이 아닐까 생각된다.

다만 이러한 상황은 블록체인의 권리를 가상자산거래소 등 수탁자가 보유하고 그 수탁자를 통해 거래가 이루어지는 경우에는 달라지게 된다. 이 수탁자를 통해 법원은 개입 가능하기 때문이다. UNIDROIT 원칙 제17조 제2항도, 수탁자가 보유하고 있는 디지털자산에의 담보권이 지배 외의 다른 방식으로 제3자효가 인정되도록 되었다면, 담보채권자는 법원 명령에 의해 그 담보권을 실행할 수 있다고 규정하고 있다.

3. 수탁자를 통하지 않은 블록체인상 가상자산은, 단지 무체물이라는 점에서뿐만 아니라 법원의 집행이 매우 어렵다는 점에서 기존의 물건과 다르다. 이러한 특수성은, 유체물도 아니고 특정한 사람이 관리하지도 않는다는 블록체인 기술 자체에서 연유하는 것이다. 블록체인의 가상자산에 대해 민사상 규율을 함에 있어서는 이 한계를 인정하고 법제도를 고민해야 할 것이라고 생각된다.

【토론문】

“가상자산의 민사법적 쟁점”에 대한 토론문

김 준 하*

별 첨

* 대법원 재판연구관

【제6주제】

조합법 체계의 전환과 독일 민법의 개정

— 인적회사현대화법(MoPeG)을 중심으로 —

이 동 수*

- | |
|-----------------------------|
| I. 들어가는 말 |
| II. 개정의 배경과 경위 및 특징 |
| III. 개정 조합법의 핵심 내용 개관 |
| IV. 비교법적 의미와 평가: 맺음 말에 갈음하며 |

I. 들어가는 말

지난 2021. 8. 10. 민법상의 조합을 필두로 하는 인적회사에 대한 전반적인 개정을 그 대상으로 하는 인적회사현대화법(Personengesellschaftsmodernisierungsrecht: MoPeG)가 공포되었는데,¹⁾ 그 결과로 독일 민법의 조합 편 및 독일 상법의 합명회사(OHG)와 합자회사(KG) 편의 규정들의 체계와 내용이 대폭적으로 개정되었다. 이 개정법률은 2024. 1. 1. 부터 시행된다. 이 개정의 가장 큰 특징은 인적회사를 규율 대상으로 하는 수개의 개별 조항들에 대하여 수미일관된 체계로 정비함으로써 단체법의 통일적 규율을 위한 기본 방침을 마련한 점에서 찾을 수 있다.²⁾ 무엇보다도

* 강원대학교 법학전문대학원 부교수

1) 개정법률의 정식 명칭은 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts v. 10.8.2021 (BGBl. 2021 I 3436)이며, 여기에서는 이를 <인적회사현대화법>이라고 약칭하기로 한다. 이 연구에서는 그에 따른 민법규정도 <현행 민법>과 <개정법>이라고 표시한다. 동 법률의 개정 경위와 과정에 대한 개관으로 우선 Schäfer, in: Schäfer, Neues PersGesR § Rn. 3 ff.

2) 이러한 형식의 개정법률을 Mantelgesetz라고 부른다. 이 개정법률은 인적회사의 전반을 그 대상으로 하며, 민법, 상법, 민사소송법 등 인적회사에 대한 관련 법률 전반을 체계적으로

눈에 띄는 것은 독일 민법의 조합에 대한 규정들을 대폭적으로 개정한 것인데 그 핵심 내용을 살펴보면 권리능력있는 조합을 인정하고 조합재산의 합유적 귀속을 삭제하는 등 독일 민법 제정 이래 조합에 관한 한 대폭적인 개정이 이루어졌다는 점이다. 아울러 현실경제에 부합되도록 조합과 상법상의 인적회사에 대한 법규정들을 새롭게 정비하고 있다.

따라서 인적회사법 전반에 거친 대폭적 개정의 배경과 계기 및 그 경위를 개관하고, 개정으로 민법과 상법에 새롭게 마련된 조합과 인적회사의 제반 규정의 체계와 구체적 내용을 살펴볼 필요가 있다. 이와 관련해서 주의할 것은 입법자가 개정법의 명칭을 ‘개혁’(Reform)이 아니라 ‘현대화’(Modernisierung)라고 표현하고 있다는 점이다. 이는 경제의 현실과 실상에 부합되도록 발전된 판례와 실무의 해석론을 기존 법질서의 근간을 흔들지 아니하면서도 관련 주요 조문들의 내용과 구조를 정비하여 조정한다는 의미를 담고 있다는 점에서 법체계상의 획기적인 국면전환은 포기되어 있음을 뜻한다고 한다.³⁾ 본 연구에서는 이를 중심으로 개정법이 마련된 입법의 배경과 그 핵심적 내용을 개관하려고 한다. 다만 합명회사나 합자회사를 모두 포함한 인적회사편 전체가 아니라 이번 개정의 핵심부분인 가장 중요한 민법의 조합편의 개정을 중심으로 소개한다.

II. 개정의 배경과 경위 및 특징

1. 개정의 배경과 주요 목표

(1) 개정의 배경

독일 민법이 제정된 이후 지금까지 조합법에 대한 민법규정의 개정은 이루어지지 않았으나, 그 해석론을 둘러싸고 수많은 논의가 있었음은 그간의 판례와 학설의 추이를 보면 잘 알 수 있다. 독일 민법 제정 후 100년 이상 넘게 개정 없이 유지되고 있는 인적회사의 근간을 이루는 조합에 대한 해당 규정들의 기능과 역할에 대한 회

개정의 대상으로 한다.

3) 그에 대하여는 우선 Bachmann, NJW 2021, 3073.

의감이 고조되고 있다는 평가는 부정할 수 없다. 그 이유는 독일 민법의 입법 당시 마련된 규정들은 일시적 사업목적을 위해서 결합된 조합원들의 동업관계를 위주로 규정되어 있었으며, 조합 자체의 조직과 단체적 요소보다는 조합원 각자의 채권관계를 위주로 그 구조가 형성되었다는 점에 있다고 한다. 그러나 단체를 결성하여 법률 거래에 참여하려는 사람들의 경제적 수요가 증가된 경제의 발전상황에 비추어 볼 때 그와 같은 법규정의 현황으로는 적합한 역할의 수행에 대한 기대를 충족시키지 못했다고 평가되었다.⁴⁾

그와 관련해서 연방대법원 판례는 권리능력을 인정하여 외적 조합에게 권리와 의무가 귀속될 수 있다는 부분적 권리능력의 이론을 발전시킴으로써 방향전환의 계기를 마련해 주었다.⁵⁾ 그에 이어 지난 2001년 독일 연방대법원(BGH)은 외적 조합에 대하여 권리능력을 인정한 법리를 마련하기에 이르렀다.⁶⁾ 그에 따라 지난 세기 내내 조합의 본질을 둘러싸고 개인주의이론과 집단주의이론 사이에 첨예하게 전개된 이론상의 논쟁은⁷⁾ 잠정적이거나 일단락되었음은 우리 문헌에서도 소개되어 있다.⁸⁾ 이처럼 확립된 판례의 법리에 기초하여 실정법의 규율과 법현실 사이에 존재하는 간극을 극복하기 위한 입법적 보완과 개선작업의 필요성이 대두했다.⁹⁾

이에 발맞춰 지난 2016 개최된 제71차 독일 법률가대회에서 주요 안건으로 채택되어 관련 의견서가 제출되었고,¹⁰⁾ 이후 연방 정부는 2018. 6. 23. 법률개정을 위한

4) 그에 대한 개관으로 우선 Schäfer, in: Schäfer Neues PersGesR § 1 Rn f.; 우리 문헌으로 남기훈, 저스티스 79호, 57면.

5) 부분적 권리능력을 인정했던 연방대법원의 판례의 의미에 대한 소개와 비판으로는 Escher-Weingart, WM 2022, 2297 f.

6) 이 판례의 법리는 이미 우리나라에서도 상당부분 상세하게 소개되어 있다. 유주선, 윤진수 등 참조; 특히 조합의 권리능력을 인정하게 된 역사적 배경 등을 정확히 이해하는 것이 매우 중요하다. 이에 대하여는 Schäfer, in: Schäfer, Neues PersGesR § Rn. 1.

7) RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 100. 이처럼 여기 소개하는 개정법의 입법이유서는 조합의 본질에 대하여 공동으로 귀속하는 합유재산을 가지는 조합원들의 계약상의 채권관계라는 견해와 조합은 독자적인 조합재산을 가지는 조합원과 구별되는 독립된 법인격을 가지는 것이라는 견해의 대립이 있었음을 전제하고 있다.

8) 예컨대 가장 최근의 소개로는 우선 윤진수, 법조 제72권 제1호(2023. 2.), 39면 이하 참조.

9) Habersack 교수의 표현에 따르면 인적회사에 대한 제반 규정들은 마치 양탄자 조각모음(Flickenteppich)과 같이 형성되어 있음을 이 판결의 재판부가 인지하고 있다고 한다. Habersack, ZGR 2020, 543 참조. 입법이유서도 판례가 인정한 조합의 권리능력을 체계에 부합되도록 법률로 마련하고 실정법상의 괴리를 제거하여 법적 안정성의 제고시키는 데에 개정법의 핵심목표를 설정하고 있다고 한다 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 101.

10) 제71차 독일 법률가대회(2016)에서 Carsten Schäfer 교수가 보고한 의견서(Gutachten)인

전문가 위원회를 구성하였고, 당해 전문가 위원회는 최종보고서를 제출하였는데(2020. 4. 20. Maurach 입법 초안),¹¹⁾ 이 초안은 개정법의 근간을 형성할 뿐만 아니라 당해 초안을 둘러싼 전문가의 논의에도 영향을 받고 있다.¹²⁾ 이처럼 Maurach 입법초안을 둘러싸고 전문가와 학계의 논의를 거친 이후,¹³⁾ 연방정부는 2020. 11. 19. 위원회보고서(Referenzenentwurf) 및 2021. 1. 20. 정부입법초안(Regierungsentwurf)을 제출하기에 이르렀고, 그에 따라 최종적인 개정법 초안이 마련되었다.¹⁴⁾

(2) 인적회사현대화법의 주요 목표

이처럼 마련된 개정법 입법방침의 핵심 내용은 다음과 같다. 2021년 판결의 영향에 따른 새로운 입법의 필요성: 그에 따라 새로운 제도를 창출하는 것이 대신 조합의 조직구조를 중심으로 하는 논리정연한 도그마틱(이론구조)의 형성에 주목적이 있다고 하는데, 특히 인적회사(조합)의 설립, 목적추구의 유형, 거래에서의 지위와 자본의 조달, 조합채무에 대한 책임, 사원의 변경 내지 탈퇴(제명)시의 조합의 운명 등이 여기에 속한다.¹⁵⁾ 이러한 점에 비추어 동법이 내세우고 있는 개정작업의 주요 목표를 간략히 소개하면 다음과 같다: 조합법의 공고화, 인적회사법의 현대화, 조합법의 공시의 흠결의 제거, 전문가직역의 구성원의 책임구조의 유연화, 인적상사회사의

Empflieht sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?(Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag, DJT-Gutachten, C.H. Beck, München, 2016) 참조; 또한 Wertenbruch, JZ, 2023, 78 f.; Schäfer, in: Schäfer Neues PersGesR § 1 Rn 2.

11) 보고서 초안의 협의와 완성이 독일 남부 보덴 호수 인근에 위치한 Maurach 성에서 이루어졌다는 점을 들어 이를 Mauracher 초안이라 부른다(Schäfer, in: Schäfer Neues PersGesR § 1 Rn 3 ff.). 이 초안은 https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/042020_Entwurf_Mopeg.pdf?__blob=publicationFile&v=3 에서 입수할 수 있다. 아울러 이 초안을 둘러싼 학술적 논의를 담은 자료도 이미 발간되어 있다. 예컨대 Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, ZGR-Sonderheft 23, 2021.

12) RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 100.

13) 그에 대한 문헌 소개로 우선 Schäfer, in: Schäfer Neues PersGesR § 1 Rn 18의 FN 32, 33.

14) 관련 입법자료들은 독일연방의회(Bundestag) 홈페이지에서 입수할 수 있다: <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-modernisierung-des-personengesellschaftsrechts-personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz-mopeg/272775>: 이하 개정법률 초안과 입법이유서는 BT-Drucks. 19/27635를 중심으로 인용한다. 입법 초안을 중심으로 개정법안을 개괄적으로 소개하는 문헌으로 특히 Fleischer, DStR, 2021. 430 ff; Bachmann, NJW 2021, 3073 ff.; Mohamed, JuS 2921, 820 ff.

15) Westermann, DZWIR, 2020, 321 [321 f.].

경우 결의의 하자의 분쟁에서의 법적 안정성의 제고. 이 중의 핵심은 바로 조합법에 대한 민법 규정의 대폭적 개정에 있다고 할 것인바,¹⁶⁾ 본 연구에서는 이를 중심으로 소개한다.

Ⅲ. 개정 조합법의 핵심 내용 개관

1. 서설: 조합법 규정 체계의 형식적 특징

이번 인적회사현대화법의 핵심은 민법의 조합편의 개정에 있으므로 조합편의 개정을 중심으로 고찰할 필요가 있다. 새로 개정된 독일 민법 조합편의 규정 체계의 특징은 외적 조합(권리능력있는 조합)을 중심으로 규정되어 있으며, 외적 조합에게는 권리능력이 인정되고 있다는 점이다. 아울러 이처럼 외적 조합의 권리능력을 인정하는 개정 독일 민법(이하에서는 이를 ‘개정 민법’이라 약칭하고, 현행 독일 민법은 ‘현행 민법’이라 약칭한다)의 체계가 그것이 인적회사의 기본형태라는 점에 초점을 맞추어 설계되어 있다는 점도 유의해야 한다.¹⁷⁾ 따라서 개정 조합법 규정들은 상법 기타 특별법상의 인적회사에 대한 일반규범으로서의 존재의의를 가진다고 이해할 수 있다(특히 독일 상법은 인적회사에 대하여 민법의 조합 규정을 준용하고 있음; 현행 상법 제105조 제3항, 개정 상법도 같음). 이를 위해 개정법의 체계는 합명회사에 대한 현행 상법의 목차의 체계에 상응하도록 마련되어 있다.

개정 조합법 규정의 체계의 뼈대를 살펴보면 일반규정(개정 민법 제705조), 권리능력 있는 조합(개정 민법 제706조 내지 제739조), 권리능력 없는 조합(개정 민법 제740조 내지 제740조c)으로 구성되어 있다. 특히 권리능력 있는 조합에 대한 규정의 체계는 다시 다시 6개의 부분으로 나누어 규정되고 있는데, 본거소와 등기(등록), 내부관계, 외부관계, 조합원의 탈퇴, 해산, 청산에 대해서 규정하고 있는 조문들이 바로 그것이다. 분량관계상 여기에서는 중요한 내용을 중심으로 소개한다.

16) 이번 인적회사법 전반에 대한 개정을 개괄적으로 소개하고 있는 우리나라의 최근 자료로 윤주희, 민사법학, 102호(2023), 43면 이하; 윤진수, 법조 72권 1호(2023), 35면 이하; 최운석, 법학논총 43권 2호(전남대 법학연구소), 2023, 63면 이하.

17) RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 100.

2. 조합의 법적 정의 규정의 마련과 권리능력: 권리능력있는 조합의 근거 규정

(1) 개정 민법에 따른 조합의 정의와 조합의 성립요건

개정 독일 민법은 무엇보다도 조합의 권리와 의무의 귀속 여부는 조합원의 공동 의사에 따라 거래에 참여할 것인가에 따라서 결정됨을 분명히 밝히고 있다. 그에 따르면 조합은 다시 두가지 유형으로 나누어 달리 규정되고 있다. 개정 민법이 조합의 권리능력을 인정하는 기본태도를 취하는 이상, 조합법 규정의 체계는 조합원이 아니라 조합 자체를 중심으로 형성되어 있다.¹⁸⁾ 새로 마련된 개정 민법 제705조의 범문의 번역은 다음과 같다.¹⁹⁾

제705조 (조합의 법적 성질)

- (1) 조합은 조합계약의 체결에 의하여 설립되며, 각 조합원은 조합계약으로 정한 방법에 따라 공동목적의 달성을 촉진할 의무를 부담한다.
- (2) 조합은 조합원들의 공동의 의사에 따라 거래에 참여할 것이라고 인정되는 때에는 권리를 취득하고 의무를 부담할 수도 있고(권리능력 있는 조합), 조합원들 사이의 법률관계를 형성함에 기여할 수도 있다(권리능력 없는 조합).
- (3) 조합의 대상이 공동의 명의로 어느 기업을 경영하는 것일 때에는 조합원들의 공동의 의사에 따라 거래에 참여하는 것으로 추정한다.

¹⁸⁾ Armbrüster, in: Schäfer Neues PersGesR § 3 Rn. 10; Fleischer, DStR 2021, 430 (432).

¹⁹⁾ 새로 마련된 독일 민법 제705조의 원문은 다음과 같다.

§ 705 Rechtsnatur der Gesellschaft

- (1) Die Gesellschaft wird durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags errichtet, in dem sich die Gesellschafter verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern.
- (2) Die Gesellschaft kann entweder selbst Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll (rechtsfähige Gesellschaft), oder sie kann den Gesellschaftern zur Ausgestaltung ihres Rechtsverhältnisses untereinander dienen (nicht rechtsfähige Gesellschaft).
- (3) Ist der Gegenstand der Gesellschaft der Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen, so wird vermutet, dass die Gesellschaft nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt.

(2) 조합의 법적 성질에 대한 해당 규정의 마련

이번 개정 민법 제705조는 기존의 경우와 같이 조합계약의 성립과 관련된 구체적 요건을 규정하는 것 대신 법적 효과를 위주로 규정하여 조합을 정의하고 있다.²⁰⁾ 그에 따르면 조합원들 사이에 유효하게 조합계약이 체결되면 (동업체로 이해되는) 조합이 설립되며(Errichtet),²¹⁾ 조합원들은 계약으로 정한 방법에 따라 공동목적의 달성을 촉진할 의무를 부담한다고 규정한다(동조 제1항). 그와 아울러 특히 설립된 조합이 거래에 참여할 것이라는 데에 대한 조합원들의 공동의 의사가 인정된다면 조합원이 아니라 ‘조합 자체’가 권리를 취득하고 의무를 부담할 수 있다는 점을 분명히 하고 있다(동조 제2항, 제3항). 따라서 새로 마련된 조합의 정의 규정은 우선 조합계약이 아니라 조합 자체를 중심으로 체계화되어 있음을 볼 수 있다. 또한 조합원들이 체결한 조합계약으로 조합이 설립되고 조합의 공동목적 달성을 위한 조합원들의 출자의무가 성립한다는 점과 아울러 조합이 권리능력을 가질 수 있는 요건을 서로 분리하여 규정하고 있음에 그 특징을 찾을 수 있다.

우선 조합계약의 체결과 관련된 효과를 중심으로 관련 규정들을 살펴보면, 현행 독일 민법 제705조는 ‘조합계약의 내용’이라는 표제하에 “조합계약에 의하여 조합원들은 계약에서 정한 방법으로 공동목적의 달성을 촉진할 의무를 ‘상호간에’(gegenseitig) 부담하며, 특히 약정한 출자를 해야 할 의무를 진다.”고 규정하여 조합계약의 효과는 주로 조합원 상호간의 출자의무의 성립에 맞추어져 있다.²²⁾ 그와 아울러 개정 민법 제705조 제1항은 “조합계약이 체결되면 조합이 창립(설립)되며, 조합원들은 조합계약으로 정한 방법에 따라 공동의 목적을 달성을 촉진할 의무를 부담한다.”고 규정한다. 이처럼 개정 민법에서는 조합계약체결의 효과로 조합이 설립(창립)되며 이 경

20) 이는 채권법의 전형계약 유형에서도 발견된다. 예컨대 매매(독일 민법 제433조), 사용대차(동법 제535조), 고용(동법 제611조), 도급(동법 제631조) 등이 그것이다. 이 경우 계약성립과 그 효력을 정하는 민법총칙과 계약법총칙의 제반 규정들이 적용될 수 있음은 물론이다.

21) 이 의미와 관련해서 조합의 ‘성립’, ‘설립’, ‘창립’이라고 번역할 수 있으나 입법이유서가 같은 취지로 조합의 설립(Gründung der Gesellschaft)이라는 표현을 하고 있는 것에 비추어 여기서는 이를 ‘조합의 설립’이라고 번역하여 표현하기로 한다(또한 Martens, AcP 221(2021), 68 [75]도 조합계약의 핵심적 효력은 바로 조합의 설립에 있다고 강조한다). 조합 대신 인적공동체의 의미가 강한 ‘조합체’ 또는 ‘동업체’라고도 표현할 수 있겠으나 용어의 통일을 위해 여기서는 이를 모두 ‘조합’이라고 번역한다.

22) 현행 독일 민법의 제704조는 우리 민법 제703조가 2인 이상의 상호출자에 의한 공동사업의 경영을 조합계약의 요건으로 규정하고 있다는 점에서 차이가 있다.

우 조합원들의 공동사업목적에 출자(기여)할 의무를 규정하고 있을 뿐 조합원 상호간의 출자의무는 규정되어 있지 아니하다.²³⁾

다만 조합성립의 요건인 조합계약의 체결과 성립 자체에 대한 규정을 두고 있지 아니하다는 점에서는 기존의 태도와 같으므로, 조합계약의 체결과 성립에 대하여는 공동목적의 달성하기 위해서 공동사업체를 창립에 대한 조합원들 사이의 합의, 즉 조합원들 사이에 조합계약이 유효하게 체결되었는지 여부로부터 출발해야 할 것이다.²⁴⁾ 또한 조합계약은 방식을 필요로 하지 아니한다는 점에서 개정 전과 같다.²⁵⁾ 그러나 이 경우에도 ‘외부적 활동에 대한 조합원들의 공동의 의사’는 조합의 권리능력의 인정을 위해서 필요한 요건이므로, 조합계약 자체의 성립요건 단계에서 검토할 것이 아니라는 점을 주의해야 한다(개정 민법 제705조 제2항). 따라서 개정 민법 민법상 권리능력이 인정되는 조합에서도 조합 자체의 성립요건과 권리능력의 인정요건은 서로 분리해서 고찰해야 한다. 이처럼 조합의 성립에 대하여 조합계약이 필요하다는 점에서 조합은 지분공동체(Bruchteils-gemeinschaft)와 구별될 수 있을 뿐만 아니라 조합원이 1인인 조합은 원칙적으로 인정되지 아니한다.²⁶⁾

또한 개정 민법 제705조 제1항의 범문은 조합계약이 체결되면 조합이 설립(창설, 창립)된다고(errichtet) 표현하고 있으므로, 조합계약에는 조합원들 사이에 국한된 채권적 효과(출자의무를 핵심으로 하는 공동의 목적달성을 촉진할 의무) 뿐만 아니라 동업체의 창립(설립)이라는 일종의 단체법적 성격이 내재되어 있음을 암시하고 있다. 이와 같은 개정법의 규율방침은 외적 조합의 법적 성질과 관련해서 기존의 통설이 채무형성적 계약(Schuldvertrag)과 조직구성계약(Organisationsvertrag)으로 구분하여 고찰했던 태도와도²⁷⁾ 다르지 않다고 본다. 따라서 외적 조합과 관련해서 더 이상 계

23) 새로운 조합법에 대한 이해에 있어서 쌍무계약에 적용되는 독일 민법 제310조 이하의 규정들이 적용되는 현상을 제한하기 위해서 조합원 상호간의 출자의무를 폐지했다고 한다. 또한 조합의 권리능력이 인정되는 체제로 전환된 이상 출자의무는 다른 조합원들이 아니라 조합 자체를 상대로 부담한다는 점도 고려되었다고 한다. RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 125.

24) 여기서 목적의 개념을 어떻게 이해할 것인가와 관련해서 조합은 영업상의 목적에 국한되지 아니하고 순수한 관념상의 목적을 위해서도 창립될 수 있다고 한다. Fleischer, DStR 2021, 430 (432).

25) RöB, NZG 2023, 401.

26) 입법자는 조합의 설립과 존속은 원칙적으로 수인의 인적결합체를 형성하는가에 따라서 결정된다고 강조하고 있다. RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 125; Fleischer, DStR 2021, 430 (432).

약관계가 아니라 조직(구성)법상의 기본원리의 관점에 비추어 판단할 필요성이 대두하게 되었다(계약관계는 내적 조합의 경우에서만 찾아볼 수 있게 되었다). 이 점에서 기존과 같이 채권법각칙에 조합법 규정이 잔존하는 것은 바람직스럽지 못하며, 민법총칙편 법인 다음 편에 규정을 해야 함이 마땅하다고 보면서 이번 개정법이 조합 규정을 여전히 채권각칙에 규정하고 있는 점을 아쉽게 바라보는 문헌도 찾아볼 수 있다.²⁸⁾

(3) 조합의 권리능력: 권리능력있는 조합(외적조합)과 권리능력없는 조합(내적조합)의 구분

가. 외적 조합과 내적 조합의 구별: 이원주의

앞서 본대로 비록 조합계약의 성립은 조합원들의 합의에 터잡고 있는 점에서 기존의 체계와 다르지 않다고 볼 수 있으나, 이번 개정의 가장 큰 특징은 조합계약의 체결로 조합(체)이라는 단체가 설립되며,²⁹⁾ 조합이 설립된 경우 이를 다시 권리능력 유무를 기준으로 나누어서 규정하고 있는 체계를 취하고 있다는 데에서 찾을 수 있다(개정법 제705조 제2항). 실무상 조합의 발현 형태는 단순한 조합원들 사이의 협력관계로부터 시작하여 장기간 지속되는 공동사업을 수행하기 위해서 수인들 사이의 동업체에 이르기까지 매우 다양하다. 특히 특정한 목적을 달성하기 위해서 장기간 존속할 뿐만 아니라 특히 조합원들 사이의 내부적 협력관계에 국한되지 않고 지속적인 외부적 거래활동을 전제로 조합이 설립되는 경우가 많다. 그러나 기존의 독일 민법의 조합편의 규정들이 동적인 경제현실에서 발생하는 문제들에 대한 충분한 해결방법을 제시할 수 있는 규범의 틀을 마련했다고는 보기 어려웠다. 특히 외부적 거래에서 발생하게 될 권리의무관계와 조합 및 조합원 사이의 법률관계의 귀속을 둘러싼 문제와 관련해서 조합을 단순한 조합원들 사이의 채권관계가 아니라 권리의

27) 기존의 학설에 대하여는 우선 Koch, GesellschaftsR § 4 Rn. 1 f.; 비판적 관점으로는 Martens, AcP 221(2021), 68 [78 f.].

28) 예컨대 Martens, AcP 221 (2021), 68, 73, [103 f.]; Bachman NZG 2020, 611 [612]; Habersack, ZGR 2020, 539 [547].

29) 개정법은 권리능력 있는 조합과 권리능력 없는 조합은 모두 공동목적 달성을 위해 체결된 조합계약에 의하여 형성된 인적 결합(체)(Zusammenschluss)이라는 점에서는 공동된다고 규정하고 있다(제705조 제1항). 따라서 조합에서는 여전히 계약의 관점이 중심이 되므로 법인격을 전제로 하는 사단(법인)의 설립과는 개념적으로 구별하여야 한다.

무의 귀속주체로서 존재가치를 인정할 수 있는가의 문제가 제기되어 왔다.³⁰⁾

그와 관련해서 개정법은 제705조 제2항의 규정을 새롭게 마련하여 조합의 기본 유형을 체계화시키고 있다. 권리능력 있는 조합과 권리능력 없는 조합의 준별하는 기본방침이³¹⁾ 바로 그것이다(또한 이는 외적 조합과 내적 조합의 구분과도³²⁾ 일치한다). 이처럼 조합의 유형을 이원적으로 규정하며 특히 권리능력이 인정되는 외적 조합을 조합의 모범형(Leitbild)으로 규율하는 태도가 이번 개정법의 특징이라고 밝히고 있다.³³⁾ 특히 권리능력이 인정되는 조합은 지속적으로 존속하고 고유한 권리와 의무를 가지면서 등기능력을 겸유할 수 있다는 점에서 기업활동을 통해서 영리의 추구하는 인적결합체에 적합한 것으로 인식되고 있다.³⁴⁾

나. 권리능력에 대한 근거 규정의 마련

이처럼 개정 조합법의 체계는 권리능력 여부에 따른 조합유형의 이원주의적 접근 태도에 기반하여 일반규정(제705조), 권리능력 있는 조합(제706조 내지 제739조), 권리능력 없는 조합(제740조 내지 제740조c)의 3가지 목차로 구성되어 있는데, 여기서 개정법의 주요 조문들은 주로 권리능력 있는 조합에 대한 것임을 알 수 있다.³⁵⁾ 개정법은 어느 조합이 권리능력을 가지는가에 대한 기준도 제공하는데, 동법 제705조 제2항이 그것이다. 그에 따르면 조합은 거래에 참여하기로 하는(soll) 조합원들의 공동의사가 인정되면 권리와 의무의 주체가 된다고 한다.³⁶⁾ 그와는 달리 거래에의 참

30) 입법이유서도 이 점을 강조한다. RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 125 f.; 특히 지난 2001년에 독일 연방대법원이 외적 조합과 관련해서 권리능력을 인정한 유명한 판결인 “ARGR Weißes Ross”(BGHZ 146, 341) 사건에 대한 개괄적 소개로는 우선 Armbrüster, in: Schäfer Neues PersGesR § 3 Rn 3.

31) 권리능력있는 조합과 권리능력없는 조합의 개념 형성에 대하여는 우선 Armbrüster, in: Schäfer Neues PersGesR § 3 Rn 3 ff.

32) 본래 공동의 목적달성을 위해서 수인이 형성한 단체로 이해되는 조합(또는 회사)이 반드시 거래에 참여를 전제로 하는 것은 아니므로, 당연히 조합을 내적 조합과 외적 조합으로 나누어 볼 수 있다. 조합 자체가 거래에 참여하는 것 대신 조합원 전원의 이익을 조절하는 것(Koordination)에만 조합이 기여할 수도 있으며, 바로 여기에 내적 조합의 의미가 있다. Mock, GesellschaftsR, Rn. 39; 또한 내적 조합과 외적 조합의 분리를 둘러싼 개정법 이전의 이론의 동향에 대하여는 우선 Schmidt, ZHR 185 (2021), 16 [20 ff., 24 f.]. 동 교수는 내적 조합과 외적 조합은 본질이 서로 다르다고 주장한다.

33) Armbrüster, in: Schäfer Neues PersGesR § 3 Rn 12; Wertenbruch, JZ 2023, 78 [79].

34) RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 101, 105.

35) RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 103.

여와 무관하게 조합원들 사이의 법률관계 형성에 이바지할 목적으로만 조합계약이 체결된 경우에는 개정 전과 같이 조합의 권리능력은 인정되지 아니한다. 이처럼 어느 조합에게 권리능력이 인정될 수 있는가는 외부적 거래에의 참여가 조합원들의 계약으로 예정되어 있는가(즉 외부적 거래활동에의 참여에 대한 조합원의 공동의사)에 비추어 판단하므로, 따라서 이는 조합의 성립요건인 조합원들 사이의 조합계약의 체결 자체와는 구별해야 된다.

여기서 다시 외적 조합이 인정되는 요건이 무엇인가가 문제의 핵심이 된다. 이에 대하여 개정법은 우선 거래에 참여한다는 조합원 전원의 의사가 존재하는가 여부를 제시하고 있다. 따라서 이를 위해서는 우선 거래에의 참여 여부를 둘러싼 조합원들의 주관적 의사가 확정될 필요가 있다.³⁷⁾ 조합원 전원의 일치된 의사표시가 불분명한 때라면 법률행위의 해석방법론에 따라서(예컨대 이른바 자연적, 규범적, 보충적 해석) 이를 확인해야 할 것이다. 예컨대 명백한 합의의 존재가 인정되기 어려울 때에는 조합계약의 목적을 비추어 그의 규범적 의미를 탐구하여야 할 것이다.³⁸⁾ 따라서 거래에의 참여에 대한 조합원의 의사가 존재하는지에 대한 묵시적 특약의 가능성도 조합계약의 목적에 비추어서 충분히 검토할 수도 있다고 한다.³⁹⁾ 다만 그에 대한 구체적 내용은 법원이 개별 사안의 구체적 사정에 비추어 판단할 수 밖에 없는데, 그에 대한 해석론과 관련해서 어려움이 예상될 수도 있다고 전망하는 견해도 있다.⁴⁰⁾

개정법은 또한 거래에의 참여에 대한 조합원 공동의 의사의 존재의 추정에 대한 근거 규정도 마련하고 있다(개정 민법 제705조 제3항)⁴¹⁾. 위와 같은 거래에의 참여에 대한 조합원들 사이의 합의가 존재한 사실이 입증되어야만 조합의 권리능력을 인정해야 한다면, 거래에 참여하는 제3자의 관점에서 불합리한 결과가 발생할 수도

36) 이번 조합법의 개정에서 기업활동을 조합의 권리능력의 인정을 위한 판단기준으로 삼아야 한다는 제안은 고려되지 아니하였다. 이 문제에 대하여 우선 K. Schmidt, ZHR 177(2013), 712 [717].

37) Bachmann, NJW 2021, 3073 [3074].

38) 학생들을 위한 시험문제와 관련해서 앞으로 이를 둘러싼 법률행위의 해석이 핵심 쟁점이 된다는 소개로는 Mohamed, JuS 2021, 820 [824].

39) Armbrüster, in: Schäfer Neues PersGesR § 3 Rn 16.

40) Westermann, DZWIR 2020, 321 [323].

41) 동조 제3항은 “조합의 대상이 공동의 명의로 기업을 운영하는 것인 때에는 조합은 조합원의 공동의 의사에 따라 거래에 참여하는 것으로 추정한다.”고 규정하고 있다.

있기 때문이다. 따라서 개정 독일 민법은 일정한 경우 조합의 권리능력을 추정할 수 있는 여지를 남겨두고 있다. 즉 동법은 조합원이 공동의 명의로 사업체를 경영하는 경우에는 거래에의 참여가 추정된다고 규정한다(개정 민법 제705조 제3항).⁴²⁾ 그에 따르면 공동의 명의로 사업체를 경영하는 것이 조합의 대상으로 인정되는 때라면 외적 조합이 추정된다고 한다. 여기서 말하는 사업체(기업, Unternehmen)란 상법이 이해하는 경우와 같다고 하며, 이를 위해서는 독립성, 대가를 받고 시장에서 법률행위를 하는 행위일 것, 반복성(계획성) 및 영속적인 설비 등이 필요하다고 한다. 아울러 당해 조합의 추정은 예시적인 것으로 보아야 하므로, 공동의 명의하의 기업활동 이외에도 다른 사정이 인정되면 거래에의 참여를 위한 조합원 공동의 의사가 존재가 추정될 수도 있다고 한다.⁴³⁾ 조합의 정체성을 암시하는 상호 내지 주소지 등에 대하여 조합계약으로 정하고 있는 경우나 조합의 외부활동을 위한 조직과 책임원칙을 마련해 두고 있는 경우가 그 예라 할 것이다.

또한 개정법은 조합의 등기제도를 새로 마련하고 있는데(후술함), 등기된 조합도 권리능력을 가진다고 한다. 그러나 조합의 등기가 조합의 성립요건이 아니라는 점 뿐만 아니라 또한 권리능력의 인정의 필수적 요건이 아니라는 점에 주의해야 한다(이점에서 사단법인과 다름). 즉 조합이 등기되어 있다는 사실은 조합원들의 외부적 거래에의 참여에 기한 권리능력에 대한 추정력만을 근거시킨다는 것만을 의미할 뿐(조합등기의 추정력; 성립요건주의가 아님), 그 자체가 외적 조합의 성립요건은 아니다. 따라서 조합이 등기되어 있으면 권리능력을 부정할 수 있는 특별한 다른 사정이 인정되지 않는 한 당해 조합이 권리능력이 있음이 추정될 뿐이다. 따라서 개정법의 해석상 조합등기가 구비되지 않는 경우라 하더라도 조합계약의 해석에 비추어 조합의 외부적 거래의 존재가 인정된다고 판단되는 때에는 조합등기의 유무와 무관하게 조합의 권리능력이 인정될 수 있음을 유념해야 한다.

또한 주의할 것은 조합원들 사이에 거래에 참여하기로 하는 합의가 인정되기만 하면 조합의 권리능력이 인정되고, 반드시 조합이 실제로 제3자와의 거래에 참여하기 시작한 시점 또는 조합등기가 경료된 시점을 기준으로 권리능력이 인정되는 것

42) 그러나 개정법 논의 단계에서 이처럼 조합원의 주관적 의도에 따라서 권리능력을 인정하는 것은 독일법의 해석상 매우 이례적이라는 비판론도 제기되고 있었다. 예컨대 Martens, AcP 212(2021), 68 [77].

43) Armbrüster, in: Schäfer Neues PersGesR § 3 Rn 18.

이 아니라는 점이다.⁴⁴⁾ 개정 민법 제719조는 ‘제3자와의 관계에서의 조합의 발생 (Entstehung der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten; 조합의 제3자와의 (법률)관계의 성립)’이라는 표제하에 “제3자와의 관계에서 조합은 조합원 전원의 동의로 거래에 참여하는 순간에 성립하며(그 효력을 가지기 시작하며), 이는 또한 조합등기부에 등기된 때도 같다.”고 규정하고 있다(제1항). 아울러 동조 제2항은 “이후의 어느 시점에 조합이 성립되기로(조합의 효력이 시작되기로 하는) 하는 합의는 제3자에 대하여는 효력이 없다.”고 규정한다.⁴⁵⁾ 이처럼 제3자와의 관계에서 조합(효력)의 발생 시점은 조합원 전원의 동의로 거래에 참여한 시점 또는 조합등기부에 등기한 시점을 기준으로 하므로, 조합의 권리능력의 인정 시점과 당해 조합이 구체적으로 권리와 의무를 귀속받는 시점은 서로 구분해서 판단해야 한다.⁴⁶⁾

다. 권리능력의 인정과 관련된 문제

이로써 외적 조합 자체는 거래에의 참여에 대한 조합원의 공동의 의사가 인정되고 제3자와 거래관계를 형성하게 되면 개별 조합원 각자가 아니라 조합 자체에 권리와 의무가 귀속된다고 할 수 있다. 그러나 조합 자체에 권리와 의무가 귀속된다는 의미는 정확히 어떻게 이해할 수 있는가? 이를 위해서는 조합의 권리능력에 대한 논쟁의 핵심 쟁점과 함께 검토해야 한다.⁴⁷⁾ 즉 조합에게 권리능력이 귀속된다는 의

44) 조합은 조합원들과의 관계에서는 거래에 참여하기로 하는 조합원들의 공동의 의사가 있을 때에는 조합계약의 체결과 동시에 권리의무의 귀속이 인정된다. 그러나 이는 조합이 어느 시점부터 권리능력에서 파생되는 모든 결과로써 조합대표 및 그에 대한 책임을 지느냐의 문제와는 별개의 문제이다(예컨대 조합대리와 책임과 관련해서). 입법이유서도 이를 명확히 구분하고 있다(RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 161 f.) 참조; 같은 취지로 Röß, NZG 2023, 401 [403].

45) 이 조항은 새로 마련된 것으로서 본래 상법의 합명회사에 대한 규정의 체계와 상통한다(독일 상법 제123조 참조).

46) Röß, NZG 2023, 401 [404]; 또한 Pieronczyk, JURA 2021, 53 [56]; 개정법 이전에도 그와 같은 외부적 활동에 대한 조합원의 합의 사실이 인정되면 그것으로 권리능력이 인정되느냐 또는 그러한 합의 사실로는 불충분하고 실제로 제3자와의 거래가 성사되는 시점에 권리능력이 인정되느냐를 명확히 해야 할 것이라고 한다. Saenger, GesellschaftsR. 4. Aufl., 2018, Rn. 169 참조; 아울러 판례도 “Die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts besitzt Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet.”라고 설시하고 있다(BGHZ 146, 341). ‘soweit 이하’를 잘 보라; 다만 이점에서 개정 민법 제705조 제2항은 조합의 내부관계에서만 실천적 의미가 있을 뿐이라는 비판적 관점도 제기되고 있다. 이에 대하여는 우선 Martens, AcP 212(2021), 68 [78].

47) 이 문제에 대한 개괄적 설명을 해주는 문헌으로 우선 Escher-Weingart, WM 2022, 2297 ff.

미를 당연히 권리능력을 가지는 사단법인과 관계에서 어떻게 파악할 것인가가 문제될 수 있다. 다시 말해 권리능력이 인정된다는 의미에서 단체법에서 전형적으로 논의된 사단과 조합의 구별의 문제라든지 법인격과 권리능력과의 관계를 어떻게 규범적으로 판단할 것인가에 대한 논의가 바로 그것이다. 조합은 구성원과 독립된 존재로 인정되는 사단법인(이는 사단체, 즉 *Körperschaft*에게 법질서가 법인격을 부여한 것이다)과는 달리 조합원 전원에게 법적 효과가 공동으로 귀속되는 법효과단일체(*Wirkungseinheit*)로 파악함이 전통적인 관념이다⁴⁸⁾(*Personenverband*). 법효과단일체로 파악되는 조합 자체는 사단법인이나 자본회사처럼 독립된 법인격이 인정되고 조합원으로부터 완전히 독립되어 존재하면서 법적 주체로 파악되는 단체와(즉 *Verbandperson*) 같은 것인가가 문제된다. 여기서 다시 조합과 법인의 준별을 둘러싸고 전개되는 기본 문제와 깊은 관련성을 가짐을 볼 수 있다. 특히 조합을 법적 인격화(*Rechtspersonifizierung*)의 대상으로 인정하여⁴⁹⁾ 구성원인 조합원과 또한 별개로 독립된 존재로 인정되는 실체로 파악되는 단체로 볼 경우(개정법이 권리능력을 인정하는 조합의 채무에 대한 조합원의 채무를 보라), 이는 다시 사단법인과 같은 성질의 단체로 파악할 것인가에 대한 해석론상 어려운 문제가 제기된다(후술함).⁵⁰⁾

다만 법인격이 인정되지 아니하나 권리능력이 인정될 수 있다는 규율 태도는 새로운 것이 아니다. 이미 지난 2000년 새롭게 마련된 독일 민법 제14조 제2항의 규정 내용에서도 유사한 입법태도를 찾을 수 있기 때문이다(이는 본래 독일민법 제1059조a 제2항에 규정되어 있던 것이다. BT Drucks. 14/3195, S. 32). 동조는 권리능력있는 인적회사(*rechtsfähige Personengesellschaft*)에는 권리를 취득하고 채무를 부담할 수 있는 능력이 인정된다고 규정되어 있고, 여기서 말하는 인적회사는 민법상의 조합뿐만 아니라 상법상의 합명회사 및 합자회사 등을 모두 아우르는 개

48) 이처럼 구성원들로부터 독립되어 있지 않고, 구성원이 단체를 공동으로 하여 각각 법률효과가 귀속된다는 점 특징이 있는 단체를 *Personenverband*(인적 결합체)라 부른다(다만 이는 공동의 목적으로 구성원들이 결합되어 있기 때문에 공동목적이 결여된 인적 공동체인 지분적 공동체와는 당연히 구별된다). 그와는 달리 구성원의 인격과 운명에 독립되어 별개로 존재하는 단체에서는 법률효과가 구성원이 아니라 자신에게 귀속되는(따라서 상대방에게도 구성원이 아니라 단체 자신이 책임을 지는) 유형의 단체를 *Verbandperson*이라 칭하기도 한다. 후자의 의미로 파악된 단체는 사실상 사단법인(사단체; *Körperschaft*)에 근접한 단체의 유형이라 할 것이다. 다만 인적회사를 의미하는 합수적 회사(*Gesamthandgesellschaft*)도 이에 포함되는지는 논란이 된다.

49) 이에 대하여는 우선 남기운, 저스티스, 70호, 190면 이하.

50) 비판적인 입장으로 우선 Escher-Weingart, WM 2022, 2297 [2300 ff.].

념이라고 이해한다.⁵¹⁾ 주의할 것은 법인격과 관련해서 우리나라 상법은 합명회사나 합자회사와 같은 인적회사를 법인으로 규정하나 독일에서 합명회사나 합자회사에 대하여는 법인격이 인정되고 있지 아니하다. 따라서 법인격 여부와 관계 없이 (조합원과 별개로 독립된 단체로 파악되는) 외적 조합의 권리능력을 인정하는 개정 민법 제705조 제2항 내지 제3항의 규정은 기존의 독일 민법 제14조 제2항의 규정의 태도와도 조화되는 것으로 평가할 수 있다.

3. 조합등기부의 마련과 조합의 등기능력

(1) 조합의 등기능력 인정과 조합등기부 도입의 필요성과 주요 문제: 공시(Publizität)와 등기(Register)

이번 개정법은 외적 조합의 권리능력을 인정함과는 별개로 조합등기⁵²⁾에 대한 규정도 새롭게 마련하고 있다. 다시 말해 개정법은 조합등기부(GbR-Register) 제도를 새로 도입하고 그에 따라 조합의 등기능력(Eintragungsfähigkeit der GbR)을 인정하고 있는 것이다. 이는 거래의 이익 및 투명성의 제고와 법적 안정성의 강화를 위해 권리능력 있는 조합에 대한 법적 주체의 공시(Subjektpublizität)가 필요하다는 그간의 학설과 실무의 경향을 반영한 것이라고 한다.⁵³⁾ 아울러 조합의 권리능력을 인정한 지난 2001년 판례의 영향으로 권리능력이 인정된 조합의 부동산의 귀속의 공시와 관련된 독일 부동산등기법상의 공시규정의 불충분성도 충분히 감안한 결과도 조합등기를 법제화한 이유라고 한다.

주의할 것은 조합등기가 조합의 설립과 권리능력에 대한 창설적 효과를 가진다고 보기 어렵다는 점이다.⁵⁴⁾ 다시 말해 조합이 설립되기 위해서 유효하게 체결된 조합

51) 입법이유서도 이를 밝히고 있다. RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 106.

52) 이와 관련된 개정 독일 민법 제707조 이하의 규정에서 사용되는 용어인 <Registrierung, Register>을 조합등기(부) 대신 조합등록(부)라고 번역할 수도 있으나, 이해의 편의상 여기서는 조합등기(부)라고 번역한다.

53) Schulteis, GWR 2021, 112; 또한 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 127 f.

54) Mohamed JuS 2021 820 [824], Wertenbruch, JZ 2023, 78 [80]; 프랑스나 오스트리아에서는 조합등기가 조합의 권리능력의 발생요건이라고 한다. 이에 대하여 Fleischer, DStR 2021, 430 [434].; 프랑스 민법의 조합(société civile)의 등기와 권리능력을 소개하는 독일 문헌으로, Nitschke, Das Recht der Personengesellschaften in Deutschland und Frankreich, 2001, S. 103 ff; Schäfer, Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?,

계약을 반드시 반드시登記해야 한다거나 登記가 된 때에 비로소 조합이 권리능력을 가진다는 뜻이 아니다. 조합登記를 위한 신청 여부는 조합원이 임의적으로 결정할 사항에 속할 뿐, 조합의 성립이나 권리능력과 관련해서 창설적 효과를 가지는 것이 아니다(개정 민법 제707조 제1항 참조).⁵⁵⁾ 이를 두고 저명한 회사법 학자인 Schmidt 교수는 登記된 조합이 되기 위한 登記의 옵션(Die optional Eintragung als „eGmbH“(K. Schmidt))이라고 칭하고 있다.

다만 외적 조합이 참여하는 개별적 법률관계에서 공시의 필요성은 어느 경우에도 부정할 수 없다. 따라서 개정법은 조합의 성립이나 권리능력 자체에 대하여 登記강제주의를 취하지 아니하나, 조합이 특정한 거래영역에서 유효하게 참가하기 위해서는 조합登記가 선행되어 있어야 한다거나 조합登記를 구비하지 아니한 경우에는 제3자에게 대항할 수 없다는 입법방침을 선택하고 있다. 나아가 이와 같은 거래에 참여하기 위한 전제조건이나 대항력을 마련하기 위한 방편으로 조합登記가 권장되지만 사실상 강제하도록 하고 있다.⁵⁶⁾

(2) 구체적 거래활동의 선행 조건으로 파악되는 조합의 登記

앞서 소개한 바와 같이 조합登記 자체가 조합의 성립과 조합의 권리능력을 위한 성립요건은 아니다. 그러나 조합에게 권리능력이 인정되는 이상 외부적 활동을 위해 조합 자체가 거래의 주체로 등장하기 때문에 조합의 실체에 대한 일정한 공시가 필요하다. 만일 조합에 대한 공시가 이루어지지 아니한다면 조합의 거래 상대방 또는 기타 이해관계인들의 관점에서는 법적 안정성이 흔들릴 수가 있기 때문이다. 예컨대 조합의 권리능력이 인정되는 이상 조합이 부동산을 소유할 수도 있고 다른 회사에 출자하여 지분이나 주식도 가질 수도 있다. 또한 주소나 조합의 이름 등도 가질 수 있게 된다. 그와 아울러 조합의 외부적 활동을 대표하는 조합원들의 신상과 책임의 범위 등도 공시할 필요가 있다. 이처럼 登記는 조합이 주체가 되어 거래에 참여할 때 다수의 거래상대방과의 신뢰적 관계의 형성과 증진을 위한 결정적인 연결 고리가 될 수 있는 기능을 가지기 때문이다.

Gutachten E zum 71. DJT(2016), E 22 ff.

⁵⁵⁾ RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 108; Hermanns, in: Schäfer Neues PersGesR § 2 Rn. 2; 또한 Fleischer, DStR 2021, 430 [434]; Mohamed, JuS 2021, 820 [824].

⁵⁶⁾ Stock, NZG 2023, 361.

이점에서 비록 조합등기는 권리능력 자체의 성립요건은 아니라고 하더라도 예컨대 부동산소유권의 취득을 위해 필요한 부동산등기법상의 등기신청권은 오직 등기된 조합에게만 인정함으로써 부동산거래를 원하는 조합의 등기를 사실상 강제하고 있다.⁵⁷⁾ 마찬가지로 조합이 다른 회사의 지분을 취득하려는 경우에도 지분의 변동과 관련된 등기능력은 오직 조합등기를 한 조합에게만 인정되도록 하는 것도 같은 차원에서 이해할 수 있다(예컨대 개정 유한회사법 제40조 제1항 제3문, 개정 주식법 제67조 제1항 참조). 또한 조합이 다른 유형의 회사로 조직변경을 하기 위해서 목표 회사에 대한 조직변경등기가 필요한데, 이를 위한 등기신청은 등기된 조합만이 할 수 있도록 규정하고 있다. 이처럼 구체적·개별적 권리와 의무의 변동을 위한 등기절차법상의 신청을 할 수 자격은 등기된 조합만 가능하도록 하는 법체계를 마련하고 있는 것이 조합등기제도의 특징이라 할 것이다. 다시 말해 조합등기 자체는 조합의 권리능력의 실체법상의 성립요건은 아니지만, 조합을 위한 개별적 권리와 의무의 변동과 관련해서 필요한 등기능력의 전제조건으로서 기능한다는 의미에서 입법자는 이를 사전적 조합등기의 필요성(Voreintragungserfordernis)이라고 표현하고 있다.⁵⁸⁾ 이 점에서 조합이 등기되지 아니한 때에는 당해 조합은 다른 거래와 관련된 등기능력을 가지지 아니할 뿐만 아니라 해당 등기를 규율하는 법이 사전적 조합등기를 요청하기 때문에 조합등기를 하지 않은 조합은 일종의 불이익을 감수해야 할 것이다.⁵⁹⁾

57) 새로 제정된 인적회사의 현대화법의 주요 내용 중에는 부동산등기법의 개정도 포함되어 있다. 그에 따라 개정된 독일 부동산등기법 제47조 2항은 “조합에 대한 권리는 조합이 등기를 한 경우에 한하여 등기될 수 있다.”고 규정하여 조합이 부동산에 대한 권리의 등기에 대한 등기능력을 가지기 위해서는 반드시 조합등기부에 등기를 할 것을 규정하고 있다. 따라서 조합등기부에 등기된 조합만이 부동산 거래를 유효하게 할 수 있는 것이다. 그에 따라 기존의 독일 민법 제899조a는 더 이상 존립이유를 상실하였으므로 이번 개정에서 폐기되었다. 이에 대한 설명으로 Mohamed, JuS 2021, 820 [824]; Wertenbruch, JZ 2023, 78 [81].

58) RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 109 f.; Wertenbruch, JZ 2023, 78 [80]; 또한 Bachmann, NJW 2021, 3073 [3074]; 사전적 조합등기의 필요성에 대한 개괄적인 소개로 Stock, NZG 2923, 361 ff.

59) 이점에서 조합등기는 일종의 책무(Obliegenheit)라고 보는 견해로 Wertenbruch, JZ 2023, 78 [80].

(3) 조합등기의 개별적 내용

가. 조합등기의 신청 절차

개정 민법 제707조는 조합등기신청을 규정하고 있는데, 동조 제1항은 조합원의 조합등기신청에 대한 사항을 제2항은 조합등기신청에 필요한 사항을 그 대상으로 한다. 그에 따르면 우선 조합등기는 조합원이 조합이 소재하는 관할 법원에 신청할 수 있다. 아울러 등기신청을 위한 필요적 기재사항으로 ① 조합에 대한 사항인 명칭, 소재지, 주소 및 조합원에 대한 사항인 조합원이 자연인 경우에는 그의 성명, 생년월일, 주소, 조합원이 법인 및 권리능력있는 인적회사인 때에는 상호(명칭), 형태, 주소, 및 법률로 정해진 등기 및 등기번호, ② 조합원의 대표권한, ③ 조합이 이미 상업등기 또는 전문가기업등기에 등기가 되지 않았다는 사실에 대한 확인으로 나누어 규정한다(동조 제2항 1,2,3,4호). 또한 동조 3항은 조합이 이미 등기된 경우 조합의 명칭, 주소의 변경 또는 조합원의 대표권한의 변경, 조합원의 탈퇴사항에 대한 변경등기신청을 규정한다(이를 제707조a 제1항은 조합등기신청시 필수적 기재사항으로 정한다). 마찬가지로 동조 제4항은 등기신청은 조합원 전원이 해야 함을 정하고 있다.⁶⁰⁾

나. 조합등기의 경료의 효력

(가) 등기된 조합의 명칭 강제 및 상업등기의 조항의 준용

조합등기가 이루어지면 조합은 반드시 그의 명칭에 “등기된 조합(eGbR)”이라는 내용의 부가어를 사용해야 된다고 의무화되고 있다(개정 독일 민법 제709조a 제2항). 또한 같은 취지에서 등기된 조합에서 자연인이 아닌 법인만이 조합원으로서 책임을 질 때에도 이름에는 책임제한을 표시하는 내용의 지시사항이 포함되어야 한다. 한편 동조 제3항은 상업등기와의 관련성에 대한 규정을 두고 있다. 조합등기의 경료는 상업등기를 규정하는 상법 제15조가 준용되는 작용을 하며,⁶¹⁾ 일단 조합등기가

⁶⁰⁾ 다만 각 조합원의 조합등기신청의무는 일신전속적 사항이 아니므로 그에 대한 위임 등의 대리가 가능함을 유의할 것. 그와 관련해서 수권행위의 위조 내지 변조의 방법으로 부실등기가 야기될 경우의 상법 제15조 제3이 적용될 경우의 문제점에 대하여는 우선 Röß, NZG 2023, 401 (402 f.).

⁶¹⁾ 상법 제15조는 상업등기의 창설적 효력과 대항적 효력에 대한 규정이다(특히 상업등기가 경료되지 아니한 경우); 개정 민법 제709조a 제3항은 그와 아울러 비록 등기된 조합의 상인성이 결여되어 있더라도 등기의 공시력에는 작용하지 아니함을 밝히고 있다.

경료된 이상 준용되는 상업등기에 대한 상법상의 주요 대상 조문을 명문으로 밝히고 있다(동조 제707조b 참조).⁶²⁾

(나) 등기된 조합이 누리는 특별한 권리

앞서 말한대로 조합등기가 조합의 권리능력의 전제조건은 아니지만, 개정법은 조합등기를 하지 아니한 조합은 등기가 필요한 거래활동을 사실상 할 수 없는 결과를 가져오는 제도를 마련하고 있다. 즉 형식적으로 권리능력이 인정되지만 조합이 구체적인 거래관계에서 조합 자신의 명의로 법률관계를 형성하기 위해서는 조합등기를 전제조건으로 함으로써 사실상 조합등기를 강제하도록 하는 법기술상의 유인책을 마련하고 있는 것이다. 이를 위해 부동산등기법 제47조 제2항은 등기된 조합만이 부동산에 대한 권리의 등기능력을 가진다는 새 규정을 마련했고, 따라서 부동산에 관한 권리변동을 정하고 있는 독일 민법의 제873조 제1항의 해석에도 중요한 지침이 되게 된다. 같은 취지로 선행 조합등기가 필요한 실무상 중요한 다른 예로 우선 조합이 어느 유한회사 또는 인적회사의 사원이 되고자 하는 경우를 들 수 있다(개정 독일 민법 제707조a 제1항 제2문 참조).⁶³⁾ 마찬가지로 조합이 다른 회사(인적회사, 자본회사 모두를 포함한다)의 지분이나 주식을 취득하고자 할 때에도 조합등기가 선행되어 있어야 한다.⁶⁴⁾

또한 대표권한을 정하는 새 규정(제707조 제2항 제3호, 제3항)에 따르면 공시가 필요한데, 이를 공시하기 위해서도 조합등기가 요구된다. 대표권한을 가진 조합원과

62) 이처럼 새로 마련된 제707조b에 따르면 조합의 명칭의 선정과 보호에 대하여는 상법 제18조, 제21조 내지 제30조, 제37조가 준용되며, 조합의 등기법상의 취급 및 등기실행에 대하여는 상법 제8조, 제8조a 제2항, 제9조 제1항 및 제3항 내지 제6항, 제10조 내지 제12조, 제13조h, 제14조, 조11조 및 제32조가 준용된다. 아울러 조합의 분점의 등기법상의 취급은 상법 제13조와 제13조d가 준용된다(다만 13조d는 분점에 대한 등기신청의무가 없는 때를 기준으로 함).

63) 같은 취지로 조합등기가 선행해야 하는 경우로 조합이 거래활동을 할 수 있는 실무상 중요한 다른 예로 우선 조합이 어느 유한회사 또는 인적회사의 사원이 되고자 하는 경우가 대표적이다. Wertenbruch, JZ 2023, 78 [80].

64) Fleischer, DStR 2021, 430 [434]; Stock, NZG 2023, 361; Wertenbruch, JZ 2023, 78 [81]; 관련 조문을 거론한다면 우선 § 707 a I 2 BGB iVm §§ 105 III, 161 II HGB, im GmbH-Recht in § 40 I 3 GmbHG und im Aktienrecht in § 67 I 3 AktG. 다시 말해 조합체의 법적 지위에 대하여는 선 등기상태가 그 어떤 사법상의 영향을 미치지 아니하나, 예컨대 조합이 상업등기부, 유한회사 사원명부, 주식회사의 주주명부에 기재되기 위해서는 조합은 반드시 등기할 것이 전제되고 있다.

인적 책임을 지는 조합원에 대한 정보를 조합등기부가 제공하기 때문에 잠재적 거래상대방이 될 수 있는 제3자를 위한 법적 안정성을 제고하는 기능을 가진다고 평가된다.⁶⁵⁾ 이와 같은 등기에 따른 공시가 없을 경우 거래상대방은 대표행위를 하는 자의 권한의 유무와 범위 및 책임 등에 대한 사항의 심사를 스스로 해야 하며, 그로부터 파생하는 불안전성과 불편함 그리고 오신과 관련된 위험을 스스로 부담해야 할 것들을 자신이 감수해야 하기 때문이다(예컨대 대표권한 없는 자가 언제든지 조작가능한 조합계약서를 제시하면서 자신이 대표권한있는 업무집행조합원이라고 한 경우 그 후 이 사실이 알려지면 조합과의 법률관계가 아니라 당해 대표권한 없이 조합을 위한 법률행위를 한 자와 무권대리 등을 둘러싸고 복잡한 법률관계에 얽히게 될 수 있는 위험을 생각할 수 있다).

또한 이번 개정법에 따른 조합등기에 수반되는 장점은 바로 조합의 주소를 주된 사무소의 소재지가 아니라 합의된 장소를 주소로 할 수 있다는 점이다. 개정 민법 제709조는 “조합의 소재지는 영없이 사실상 수행되는 장소를 말한다(사무소 소재지). 조합등기부에 등기된 조합의 조합원들이 내국에 어느 한 장소를 소재지로 합의한 때라면(소재지) 제1문과는 달리 그 장소가 조합의 소재지가 된다.”고 규정하여 조합등록기준지인 주된사무소의 소재지 뿐만 아니라 다른 장소를 소재지로 하기로 하는 조합원의 합의도 가능하며 이 때 내국·외국의 어느 한 장소를 불문한다(합의지). 따라서 내국(즉 독일)에 주된 사무소를 두고 있던 외적 조합은 외국으로 주된 사무소를 자유롭게 이전할 수 있게 됐다(Sitzverlegung: 개정 전에는 해산 사유). 독일의 조합이 사실상 외국에서도 해산의 위험 없이 조합활동을 수행할 수 있는 기틀을 제공하고 있다.⁶⁶⁾ 이는 조합과 관련된 섭외사건과도 깊은 관련이 있다.

다. 조합등기의 말소 및 조직변경

어느 조합이 등기된 때에는 조합등기는 임의적으로 말소할 수 없다고 한다(Eintragung „ohne Rückfahrkarte“). 이에 대하여 개정 민법 제707조a 제4항은 “조합이 등기된 이후에는 조합의 말소는 오직 일반규정에 따라서만 가능하다.”고 규정하고 있기 때문이다. 따라서 등기된 조합의 말소는 오직 청산과 관련된 절차에 의해서

⁶⁵⁾ Röß, NZG 2023, 401 [403].

⁶⁶⁾ 그러나 조합원들의 합의로 외국에 있는 장소를 주된 사무소의 소재지로 정할 수는 없음을 유의해야 한다. Fleischer, DStR 2021, 430 [434].

만 말소될 수 있을 뿐이다. 이는 바로 정돈된 청산절차를 실행을 위해서 등기된 조합관계를 잡음 없이 종료시키고 그와 관련된 남용의 여지를 제거하여 잘 정비된 청산절차의 실행을 확보하기 위한 것에 바탕을 두고 있다.⁶⁷⁾

4. 합수의 원칙의 폐기와 조합재산의 귀속의 문제

(1) 합수의 원칙의 폐기와 조합에의 조합재산의 귀속(개정 민법 제713조)

주지하다시피 독일 민법 제1초안의 조합 규정의 체계는 본래 조합원들 사이의 채권관계 위주로 마련된 것이었다. 그러나 이처럼 조합을 순수한 채권관계로만 파악했던 제1초안에 대해 제기된 비판을 감안하여 제2초안에서는 조합재산에 대한 합수성의 원칙을 내용으로 하는 규정을 추가함으로써 현행 법규정의 기본틀이 형성되기에 이르렀다고 한다.⁶⁸⁾ 따라서 현행 조합법의 특징은 조합은 그 자체를 독립된 단체가 아니라 조합들 사이의 채권관계로 파악하는 전통적 입장(로마법적 입장)의 기본 골격에 게르만법적인 요소로 이해되는 조합원들의 합수적인 조합재산의 지배형태가 가미된 것으로 이해되었다. 이는 현행 민법 제718조가 조합원이 출자한 것과 조합원이 조합을 위한 업무집행으로 취득한 대상은 조합재산으로서 조합원에게 공동으로 귀속한다고 규정하고 있음을 보면 잘 알 수 있다. 나아가 현행 민법 제719조는 각 조합원은 조합재산에 대한 지분을 처분하거나 분할을 구할 수 없으며, 채권인 조합재산에 때에는 그 채무자는 각 조합원들에 대한 반대채권을 가지고 이를 상계할 수 없다고 규정하여, 조합재산에 대한 합수적 귀속을 규정하고 있다. 이처럼 기존의 조합법 규정의 체계에는 로마법의 전통에 따른 조합계약을 토대로 하고 있으면서도 이질적인 게르만법적 요소인 합수성의 원칙도 가미되어 있는데 이와 같은 입법의 방침과 관련해서 조합을 어떻게 이해할 것인가의 문제가 제기되었다.⁶⁹⁾

그와는 달리 이번 개정으로 외부적 조합의 권리능력을 명백히 인정하고 있을 뿐만 아니라 그와 아울러 조합재산은 조합원에게 합유적으로 귀속한다는 현행 민법 제718조 및 제719조의 규정을 삭제했다. 삭제된 규정을 대신해서 개정 민법 제713

⁶⁷⁾ Hermanns, in: Schäfer Neues PersGesR § 2 Rn. 14; Fleischer, DStR 2021, 430 [434].

⁶⁸⁾ 이는 외적 조합의 권리능력을 정면으로 인정한 Weißes Ross 판결에서도 실시되고 있다. BGH NJW 2001, 1056 [1057].

⁶⁹⁾ Martens, AcP 221 (2021), 68 [72 f.]; Habersack, HGR 2020, 539 [542].

조는 ”조합원의 출자 및 조합을 위해 또는 조합에 의하여 취득한 채권과 조합을 상대로 성립한 채무는 조합의 재산으로 한다. “고 새롭게 규정하고 있다. 합수적 구속의 삭제에 대하여 이번 개정법의 입법이유서가 내세우고 있는 논거를 소개하면 다음과 같다:

“합의된 조합의 목적을 위해 조합재산을 지속적으로 확보(담보)해 주며 개인채권자의 추급(집행)으로부터 차단시키는 것을 과제로 하는 합수의 원칙(Gesamthandprinzip)은 하여간 회사법의 영역에서는 그 소임을 다하였다.”⁷⁰⁾

(2) 합수의 원칙과 조합의 본질에 대한 기존의 논의

여기서 다시 본래 계약관계로 파악되었던 조합에 대하여 매우 이질적인 성격을 가진 합수성의 원칙을 규정하고 있는 현행 독일 민법 제719조와 관련해서 조합의 본질을 어떻게 이해하느냐에 대한 기존의 관점을 살펴볼 필요가 있다.⁷¹⁾ 이는 다시 합수성의 원칙을 조합을 권리의 주체의 측면을 중심으로 바라보느냐 아니면 조합원들의 특별한 재산의 관점으로 이해하느냐의 문제로 귀결되기 때문이다.⁷²⁾

우선 과거의 전통적 입장은 조합은 조합원들 사이의 채권관계에 불과할 뿐이며 조합재산은 조합원 전원에게 합수적으로 귀속되는 특별재산이라고 파악했다. 이러한 관점은 조합의 이론구성을 조합재산의 관점 즉 객체의 관점에서 접근하고 있는 점에 특징이 있다. 다시 말해 조합재산은 조합원들 각자에게 귀속되며, 다만 조합원들 각자가 조합재산을 지분적으로 지배하는 것이 아니라 합수적으로 지배한다고 이해한다(이점에서 각 조합원에게 그에 대한 처분권능은 인정되긴 하나 처분은 조합원 전원의 동의가 필요하다). 이를 개인주의이론이라고도 부른다.⁷³⁾ 이 입장에 따르면

⁷⁰⁾ RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 104; 독일 민법 제정 당시 채권계약으로 이해된 조합에 합수성의 원칙이 부가되어 발생하는 문제점에 대한 상세한 설명으로 우선 Nitschke, Das Recht der Personengesellschaften in Deutschland und Frankreich, 2001, S. 92 f.

⁷¹⁾ 조합의 본질을 둘러싼 이하의 개인주의이론과 집단주의이론에 대한 개관으로 우선 K. Schmidt, GesellschaftR, 3. Aufl., § 8 III, 203 ff. 본고에서는 독일의 주요 문헌 뿐만 아니라 또한 우리 문헌도(대표적으로 남기운, 저스티스 제79호, 59면 이하)도 참조했을 밝혀 둔다.

⁷²⁾ 이에 대한 개관으로 K. Schmidt, GesellschaftsR § III, S, 203 ff.; Staake, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2007, S. 119 ff.; Beuthien 교수는 개정전의 독일 민법의 해석론과 관련해서 합수의 원칙에 대한 개인주의이론과 집단주의이론을 개관하면서 조합재산을 집단주의이론의 관점에서 고찰할 수 없다고 비판적으로 바라본다. Beuthien, ZGR 2019, 664 [689 ff.].

⁷³⁾ Kindler, Grundkurs GesellschaftsR, § 10 Rn. 63; Koch, GesellschaftsR § 3 Rn. 7; 한편

거래상대방에 대하여 발생하는 권리와 의무는 조합이 아니라 각 조합원에게 합수적으로 귀속할 뿐이며,⁷⁴⁾ 따라서 조합의 권리능력은 인정되기 어렵다.

그러나 위와 같은 전통적 입장에서 벗어나서 조합재산은 조합 자체에게 귀속한다는 이론도 유력하게 주장되었다. 이 견해는 앞서 것처럼 조합원들이 조합재산과 관련된 권리의 의무를 공동으로(즉 합수적으로) 취득하고 부담한다는 기존의 관점에서 한발짝 더 나아가, 조합 자체를 조합원들과 유리되어 존재하는 ‘효력단일체’로 파악함으로써 조합을 단순한 계약관계를 넘는 하나의 ‘집단’으로 이해하려 했다.⁷⁵⁾ 이 입장에 따르면 조합(체)은 조합원 각자의 단순한 결합이 아니라 전원이 하나의 효력단일체로 결합한 것이며, 이를 통해서 거래에 등장한다는 점에 그 특징이 있다. 이처럼 집단 자체가 외부적 거래의 주체로 등장하기 때문에, 해당 거래의 법적 효과의 귀속의 주체는 조합원 각자가 아니라 조합원 전원이 결합된 효력단일체 즉 집단 그 자체라고 본다. 결국 조합은 단순한 계약관계로 볼 것이 아니라 그 자체가 권리의무의 귀속주체로 이해될 수 있다고 한다.⁷⁶⁾ 각 조합원들이 공동목적을 위해 결합되어 있는 인적 결합체를 흔히 합수적 공동체(Gesamthandgemeinschaft)라고 칭하기도 한다.⁷⁷⁾ 이와 같이 합수의 원칙을 집단주의 이론에 비추어 이해하면 조합 자체가 법률행위의 주체가 될 수 있으며 소송당사자도 될 수 있다(따라서 조합원 전원이 아니라 조합 자체를 피고로 하여 소제기가 가능해 진다). 이 입장은 실무와 학설에서 이는

이를 ‘재산이론’이라고 소개하는 우리 문헌도 있다. 남기운, 저스티스 제79호, 59면 참조.

74) 이 경우 각 조합원은 현행 독일 민법 제421조, 제427조에 따라 연대책무자로서 상대방인 채권자에게 책임을 진다고 한다. Kliebisch, ZJS 2011, 445.

75) 이러한 입장은 조합원들 각자가 별개로 거래에 등장하는 것이 아니라 단체를 형성하여 거래에 등장한다는 점에 착안하여, 조합원들을 하나의 집단으로 파악하고 조합원들이 권리를 얻고 의무를 부담하는 태양은 조합원 각자가 아니라 조합원 전원이 결합된 집단적 형태로 형성된다는 이른바 인법적 공동체이론을 창시한 Gierke의 이론적 영향을 받은 것이라고 한다. 따라서 Gierke는 합수를 집단적 단일체(kollektive Einheit)라고 부르기도 하며, 또는 이를 조합원들이 모인 하나의 인적 결합체(Personenverband)라고 부르기도 한다. 다시 말해 “각 조합원은 조합체라는 집단적 단일체의 형식으로 각자 조합재산을 취득한다.”고 말할 수 있다. Nitschke, S. 96 ff; 우리 문헌으로 남기운, 저스티스 제79호, 60면.

76) 자세한 설명으로 Nitschke, S. 97; 한편 이를 Flume는 “초개인적인 효력단일체(überindividuelle Wirkungseinheit)”, Ulmer는 “집단적으로 파악된 법인”(kollektive Rechtsperson) 칭하는데, 여기서는 수인의 사람이 인법적으로 결합된 상태이며 이는 합수의 원칙에 따라 사람들이 결합한 하나의 단체로 파악되는 것으로 이해된다고 한다. 그에 대한 비판적 입장으로 Kindler, ZfPW 2022, 409 [419].

77) 개관으로 Saenger, GesellschaftsR, 4. Aufl., Rn. 103 f.

많은 지지를 받았을 뿐만 아니라 독일 연방대법원도 그에 따르고 있다.⁷⁸⁾

(3) 법인(사단)과의 준별의 문제?

그러나 이번 민법 개정에 따라서 위와 같은 이론상의 논쟁은 일단락되기에 이르렀다. 조합의 권리능력을 인정하고 조합재산에 대한 합수적 귀속을 폐기한 개정법을 체계적으로 해석하면 앞의 논의들은 더 이상 의미를 가진다고 보기 어렵기 때문이다. 그럼에도 불구하고 이번 개정법이 조합의 합수성에 대한 조항을 폐기한 것을 두고 조합이 가지는 합수적 공동체로서의 성격 자체가 폐기된 것이라고 볼 수 있겠는가에 대해 어려운 해석상의 문제가 제기된다. 특히 조합재산에 대한 합수적 귀속을 폐기한 점을 볼 때 인적회사의 영역에서 합수의 원칙이 완전히 추방된 것으로 볼 수 있는가를 둘러싸고 논란의 불씨가 꺼지지 않고 있다고 평가되기 때문이다.⁷⁹⁾

이와 관련해서 일부이긴 하나 조합을 포함한 인적회사의 영역에서 합수적 조합체(인적회사) 이론은 더 이상 기능할 수 없기 때문에 폐기되어야 한다는 주장도 눈에 띈다.⁸⁰⁾ 이는 이번 독일 민법의 개정의 가장 큰 특징으로 계약관계에서 탈피하여 일종의 단체적 요소를 강조하여 조합을 규정하는 체계적 전환을 들 수 있고, 조합에게 비록 법인격은 없지만 제도적으로 권리능력을 인정함으로써 조합 자체를 거래의 주체라고 파악한다는 점 나아가 이처럼 단체로 파악된 조합(인적회사)의 조직구성도 독립되어 존재하는 사단(법인)의 그것과 매우 유사하게 설계되어 있다는 점 등이라는 점에서 과거에 논의되었던 합수적 공동체이론은 더 이상 설 자리를 잃었다고 주장한다고 한다. 다시 말해 개정법상의 권리능력을 가지는 외적 조합은 조직구성이나 책임구조 등을 고려할 때 합수적 공동체라기 보다는 오히려 사원과는 별개로 독립하여 존재하는 법인격있는 사단의 성격에 근접하고 있다고 보아야 한다는 것이다.⁸¹⁾

그러나 집단주의의 이론에 입각한 반대의 견해도 여전히 주장되고 있다

78) Weißes Ross 사건(BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056).

79) Mohamed, JuS 2021, 820 [823] FN 34.

80) 대표적으로 Kindler, ZfPW 2022, 409 [412]; 같은 취지로 Bauermeister/Grobe, ZGR 2022, 733[749, 779]; Klingbeil, AcP 217 (2017), 848 [876].

81) 개정법상의 외적 조합의 법적 성격과 관련해서 법인격 자체의 인정을 제외한 나머지 대부분은 (사단)법인에 근접하고 있다고 평가하는 견해로 Escher-Weingart, WM 2022, 2297 [2301]. 동 교수는 개정법에서 법인격이 인정되지 않음에도 조합에게 권리능력을 인정하는 법적 논증이 부족하다고 비판한다.

(Habersack, Schmidt). 그에 따르면 비록 이번 독일 민법의 개정에서 합수성의 원칙이 명문의 규정으로 폐지되었고 조합의 권리능력이 인정되기는 하지만, 조합은 여전히 사단과 구별될 수 있다는 점과 관련해서 합수의 원칙은 여전히 설득력이 있는 논거를 제시한다고 한다.⁸²⁾ 예컨대 개정법이 조합원의 탈퇴나 신규조합원의 입사시에도 조합의 총지분의 증가나 감소는 조합재산에 대하여 가지는 각 조합원의 지분이 아니라 조합에 대한 조합원의 지분을 기준으로 판단한다는 점(개정 민법 제712조 참조)⁸³⁾, 사망 또는 탈퇴 등을 이유로 조합원이 1이 되면 조합은 청산절차를 거치지 않고 해산되는데, 이 경우 조합재산은 조합원이 1인이 될 시점에 최종 잔존조합원에게 포괄승계된다는 점(개정 민법 제712조a)⁸⁴⁾ 등을 고려하더라도 조합 그 자체는 조합원으로부터 독립하여 존재하는 것이 아니라는 점을 보더라도, 개정법체계의 해석론상 외적 조합이 가지는 합수적 공동체의 성격을 완전히 배제하기는 어렵다고 본다.⁸⁵⁾

5. 조합의 업무집행과 대표

(1) 서설

개정법에서 조합의 전형으로 파악되는 외적 조합에서는 계약관계보다는 조합원들

82) 이에 대하여 우선 Habersack, ZGR 2020, 539 [547 ff.].

83) 개정 민법 제812조 제1항은 조합원의 탈퇴시의 지분의 증감에 대하여 규정하고 있는데, 탈퇴조합원의 지분은 잔존조합원에게 그들의 지분에 비율로 귀속한다고 정한다. 예컨대 어느 한 조합원이 탈퇴한 경우를 상정한다면, 조합재산에 대한 탈퇴조합원의 지분은 소멸되지 아니하고 잔존조합원에게 그들의 지분의 비율로 증가하는 것이다(anwachsen). 따라서 조합재산은 그대로 유지된다. 나아가 동조 제2항은 가입조합원이 있을 때를 규정하고 있는데, 그에 따르면 원칙적으로 가입조합원이 취득한 지분만큼 잔존조합원의 지분이 감소되며, 그 감소는 각 잔존조합원의 지분비율에 의한다고 한다. 따라서 가입조합원이 취득한 지분만큼 기존의 조합원의 지분은 그들의 지분비율로 감소한다. 이와 같이 가입조합원의 지분의 취득시 기존의 조합원의 지분의 감소하도록 하거나 반대로 탈퇴조합원이 있을 경우 잔존조합원의 지분이 증가되도록 규정하는 까닭은 합수적 공동체를 전제하지 아니하고는 생각할 수 없다고 한다. 만일 조합을 계약관계로만 본다면 동조의 지분의 이전은 법정권리의 양도로 보아야 할 것인데 설득력이 없다고 한다.

84) 2인인 조합원 중 1인이 탈퇴한 경우 조합재산은 잔존하는 조합원에게 포괄승계된다는 새 규정에 대한 비판론으로 Escher-Wingart, WM 2022, 2297 [2303].

85) K. Schmidt, ZHR 185(2021), 16, [28 f.]; 또한 Schäfer, Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?(Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag, DJT-Gutachten, E 85 ff.; Schäfer, in: Schäfer Neues PersGesR § 1 Rn 15.

이 공동 목적을 달성하기 위해 설립한 단체적 성질을 강조되어 있다. 따라서 조합의 공동목적의 달성을 위해서는 필요한 제반 행위가 전제됨은 당연하다. 따라서 그에 대한 조치를 누가 실행할 수 있는가와(행위 주체) 그와 같은 제반 행위에 수반되는 법적 효과가 누구에게 귀속될 것인가의 문제가(행위의 귀속) 필연적으로 제기된다. 조합을 위한 활동의 결과로 파악되는 법적 효과가 직접 각 조합원에게 귀속되는지, 아니면 조합을 조합원과 유리되어 존재하는 독립된 인격체(즉 Verbandperson)로 조합에게만 법률효과가 귀속되는 것으로 보아야 하는가가 바로 그것이다. 이 구분의 실익은 전자의 경우 조합의 대외적 업무활동의 효과는 조합원 각자에게 관련된다고 이해되지만, 후자에서는 조합 자체에게만 관련된다는 점에 있다. 따라서 후자의 관점에서는 조합 자체의 권리능력의 존재가 전제되어야 하며,⁸⁶⁾ 아래에서는 이번 개정 독일 민법이 규정하는 내부적 관계와 외부적 관계로 나누어 개정 독일 민법이 새롭게 규정한 조합의 업무집행에 대한 주요 내용을 소개한다.

(2) 의결사항과 업무집행사항의 준별

조합의 업무집행을 규율하고 있는 현행 독일 민법 제709조 내지 제711조는 업무집행권한의 귀속 및 그 행사방법에 대하여만 규정하고 있을 뿐, 업무집행의 개념 및 대상과 그 구체적 내용을 규정하고 있지 아니하다.⁸⁷⁾ 그러나 학설은 업무집행의 개념을 넓게 이해하여 대체로 조합의 목적달성을 위해서 마련되고 조합을 위해서 수행되는 제반활동을 포함하고 있다. 따라서 업무집행에는 조합의 목적달성을 위해 필요한 대내적·대외적 관계에서의 사실상·법률상의 행위들을 포괄된다. 예컨대 생산과 공급을 위한 기획과 지시, 근로자의 통제, 회계처리, 상업통신문의 완성, 조합원총회의 소집 등은 대내적 활동이라 할 수 있으나, 제3자 또는 근로자와의 계약관계 등은 대외적 관계에 관련된 업무집행의 대상이다.⁸⁸⁾ 그러나 이러한 업무집행의 대상은 조

⁸⁶⁾ 자세한 설명으로 Koch, GesellschaftsR, § 6, Rn. 1 f.; 개정법률의 토대인 Mauracher 법안과 관련해서는 우선 Lieder, Geschäftsführung und Vertretung im modernisierten Personengesellschaftsrecht, in: Modernisierung des Personengesellschaftsrecht (ZGR Sonderheft 23), 2020, 170 [171 ff.].

⁸⁷⁾ 현행 민법 제709조 내지 제711조의 해석상 업무집행과 의결은 쉽게 풀리지 않게 섞여 있기 때문에 서로 분리되기 어렵다고 본다. Lieder, aaO, S. 171.

⁸⁸⁾ 이 점에서 순수한 내적 사무처리는 그 자체로 대외적 관계와 무관하게 업무집행의 대상이라 할 수 있으나, 업무집행 행위가 아닌 대리행위는 상정할 수 없다. Saenger, GesellschaftsR, Rn. 143.

합의 구조와 조직 자체 또는 조합원 상호 간의 근본적 법률관계에 중대한 영향을 미치는 행위의 유형과는 구별되어야 한다고 주장되었다. 다시 말해 조합계약의 중대한 사항으로 파악되는 조합원의 출자의무나 손익분배에 대한 사항의 변동, 조합원의 탈퇴와 가입, 연말결산보고서의 작성, 업무집행과 조합대리에 관한 사항의 개정 또는 조합의 해산 등은 대내적 업무집행의 범위에 속한다고 보기 어렵다. 이는 회사의 기본적 사항에 대한 결정을 위해서는 사원 전원의 동의가 필요하다는 합명회사의 경우와 같다.⁸⁹⁾

다만 현행 독일 민법은 강학상 기본적 법률행위라고 불리는 이러한 유형에 대하여⁹⁰⁾ 아무런 규정을 두고 있지 아니하다. 이는 독일 민법 제정 당시 조합의 본질을 특히 채권관계에서 찾았던 기존의 입장에서는 위와 같은 구분을 할 필요성을 인식하지 못했기 때문일 것이다. 그러나 외적 조합에게 권리능력이 인정되고 조합의 단체성과 독립성이 강조되는 상황에서 업무집행과 의결의 대상을 구분하지 않고 있는 현행 독일 민법 제709조 내지 제711조의 범문의 해석상 상당 부분 혼선이 빚어질 수 있었다.⁹¹⁾ 이와 같은 문제점의 해결을 찾기 위해 개정법은 권리능력을 가진 조합에서 조합원의 의사형성의 단계와 조합의 업무집행의 단계를 명확히 나누어 규정하는 체계를 선택하기에 이르렀다. 조합원들의 의사결정 다시 말해 의결절차에 대한 규정(개정 민법 제714조)과 업무집행권한을 가진 조합원의 조합의 사무의 집행에 관한 규정(동법 제715조 이하)⁹²⁾ 바로 그것이다. 특히 조합원의 업무집행에 대한 개정법의 구조를 보면(개정 민법 제715조) 상법의 합명회사의 규정의 형식을 전형으로 하여(상법 제116조 참조) 통일적·체계적으로 규정을 마련하고 있다는 점에 특징이 있다.

우선 개정 민법 제715조 제2항은 “업무집행권한은 조합이 거래에 참여할 때 통상적으로 수반되는 제반 행위들에 미친다. 다만 이를 넘는 행위를 수행하기 위해서는 조합원 전원의 의결이 필요하다.”고 규정하고 있다.⁹³⁾ 이처럼 개정 민법이 안중에

89) 이에 대하여는 송옥렬, 상법강의, 1249면 참조.

90) Saenger, GesellschaftsR, Rn. 143.

91) 개정법 이전의 의결 사항에 대한 자세한 설명으로 Saenger, GesellschaftsR, Rn. 155.

92) Lieder, aaO, S. 171.

93) 동 조항의 원문: Die Befugnis zur Geschäftsführung erstreckt sich auf alle Geschäfte, die die Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr gewöhnlich mit sich bringt. Zur Vornahme von Geschäften, die darüber hinausgehen, ist ein Beschluss aller Gesellschafter

두고 있는 업무집행이란 “조합의 목적 달성을 위해서 조합을 위해서 수행되어야 하는 특정된 활동”을 지칭하며 조합의 근간과 관련된 조치는(이를 기존의 학설은 ‘기본적 법률행위’라 칭한다) 그 예외가 됨을 분명히 하고 있다.⁹⁴⁾ 따라서 기본적 법률행위나 조합관계의 형성과 관련된 조치와 같은 통상적인 업무영역을 벗어난 중대한 사항에 대하여는 의결절차가 필요하다고 규정한다.⁹⁵⁾ 입법이유서는 그에 대한 예시로 주된 거래 상대방의 변경이 원인이 되는 경영정책의 새로운 방향전환이 필요한 때 또는 총괄수권의 설정(Bestellung der Generalvollmacht)이 필요한 경우를 들고 있다. 이점에서 조합의 업무집행과 의결사항의 관계를 명확히 해야 할 것이다. 아울러 개정 민법 제714조는 처음으로 의결대상에 대한 규정을 마련하고 있다. 동조는 “조합원의 의결에 대하여는 의결권을 가진 조합원 전원의 동의(Zustimmung aller stimmberechtigten Gesellschafter)가 필요하다.”고 규정하여 의결에 의한 의사결정(Beschlussfassung)에서 만장일치제를 모범으로 규정한다. 그러나 당해 조항은 임의 규정적 성격을 가지므로 조합계약으로 다르게 정할 수 있음도 배제할 수 없다(예컨대 다수결의 원칙도 가능).

(3) 내부적 관계의 규율(대내적 관계)

가. 업무집행권한의 귀속과 행사방법(분배)

(가) 업무집행권한이 가지는 조합원의 범위

앞서 소개한 바와 같이 어떤 사무가 의결의 대상인지 아니면 업무집행의 대상인지에 대한 문제와 업무집행의 대상이 되는 사무의 처리를 어느 누가 수행하는가는 별개의 문제이다. 따라서 업무집행의 수행과 관련해서 이번 개정 민법이 마련한 체계와 구조를 살펴볼 필요가 있다. 독일 현행 민법은 조합의 업무집행은 조합원 전원에게 공동으로 귀속한다고 규정하고 있다(동법 제709조). 업무집행권한은 위임이나 고용계약과 같은 별개의 특약이 아니라 조합원의 지위로부터 직접 파생되는 것으로 이해하기 때문이다.⁹⁶⁾ 이는 조합원은 조합의 운명에 대한 영향력을 유지할 수 있다

erforderlich.

⁹⁴⁾ 개정 이전에 대한 서술로는 Saenger, GesellschaftsR, Rn. 145.

⁹⁵⁾ 이에 대하여는 Lieder, aaO., S. 182 f.; 그와 아울러 통상사무의 처리를 위한 조치에 대하여도 조합계약 또는 조합원의 의결로 이를 정한 때에는 조합원의 의결이 필요하다고 본다. Fleischer, DStR 2021, 430 [436].

는 점에 토대를 두고 있으며, 따라서 조합원의 업무집행권한은 자의적으로 박탈 내지 상실될 수 없는 성격을 가진다. 같은 취지로 이번 개정 민법도 “조합의 업무집행에 대하여는 조합원 전원이 권리와 의무를 가진다.”라고 규정하여(개정 민법 제715조 제1항), 업무집행권한은 조합원에게 귀속됨을 명정한다. 다만 이번 개정 민법의 특징은 현행법과는 달리 업무집행이 가지는 권리의 측면과 아울러 의무적 성격까지도 강조하고 있다는 점이다. 이는 조합의 업무집행에 대하여 확고부동한 원칙인 자기기관성의 법리(Selbstorganschaft)에 비추어(이는 상법이 규정하는 다른 인적회사에서도 같다),⁹⁷⁾ 조합의 업무집행은 반드시 조합원만이 담당할 수 있고 또한 담당해야 한다는 사고를 법제화한 것으로 평가된다(다른 말로 이는 경영과 소유의 일체를 의미할 것이다).

(나) 업무집행권한귀속의 형태와 업무집행권한의 행사방법: 공동업무집행의 원칙

현행 독일 민법은 업무집행권한은 각 조합원들에게 귀속되어 있으나 원칙적으로 공동으로만 행사하도록 규정하며(현행 독일 민법 제709조),⁹⁸⁾ 그와 아울러 각 조합원들은 자신에게 속하는 업무집행권한을 위탁함으로써 업무집행을 전담하는 조합원을 선임할 수 있도록 규정하고 있다(동법 710조).⁹⁹⁾ 그리고 업무집행권한의 귀속과 행사방법에 대한 규정들은 임의법규의 성격을 가진다고 이해되고 있다.¹⁰⁰⁾ 그러나

96) Saenger, GesellschaftsR, Rn. 142.

97) 이에 대한 우리 문헌으로 박상근, 서울대학교 법학, 2007, 210면 이하 참조.

98) 따라서 조합원이 업무를 수행하기 위해서는 조합원 전원의 동의가 필요하다고 규정한다(현행 독일 민법 제709조 제2항); 이처럼 업무집행을 위한 조치를 위해서 조합원의 동의가 필요한 경우, 각 조합원이 그에 대하여 동의를 할 의무를 부담하는지 및 그 요건이 문제가 되는데, 원칙적으로 동의할 의무는 인정되지 아니한다. 다만 예외적이지만 조합재산을 유지하거나 긴급한 위험을 피하기 위한 사무처리가 요청됨에도 불구하고 합리적인 근거 없이 또는 의도적으로 그에 대한 동의를 거부하는 경우에는 독일 민법 제744조 제2항을 유추적용하여 동의가 없더라도 긴급업무집행권한을 허용할 필요가 있다고 본다. 자세한 설명으로 Kindler, Grundkurs, 7. Aufl., § 11, Rn. 65.

99) Koch, GesellschaftsR, § 6, Rn. 9; 또한 Saenger, GesellschaftsR, Rn. 150. 특히 조합원 전원이 자신의 업무집행권한을 1인의 조합원에게 위탁하면 업무집행조합원은 1인이 되게 된다.

100) Saenger, GesellschaftsR, Rn. 146. 다만 여기에서도 자기기관의 원칙이 적용되어야 하므로, 조합원 아닌 제3자만이 업무집행을 담당하거나 조합대리를 할 수 없다고 한다. 독일의 판례의 태도도 그와 같다. 따라서 Saenger 교수는 ABC의 명칭을 가지는 조합의 조합원이 A, B, C 모두 3인인데, ① 이들 전원이 업무집행을 하지 아니기로 합의함과 동시에 ② 조합원 아닌 제3자인 D에게 업무집행권한을 부여하기로 한 경우의 사안에 대하여, ① 부분 합의는 자기기관의 원칙에 반하므로 인정될 수 없으므로 조합원 전원의 공동업무집행이

개정 독일 민법은 기존의 제709조와 제710조를 삭제하고 새로 제715조 이하의 규정을 마련하여 조합의 대내적 업무집행권한을 개정하였다.

개정 민법에서는 조합계약으로 업무집행권한의 이전을 통한 업무집행조합원의 구성을 정하는 현행 민법 제710조와 같은 규정을 찾을 수 없다. 다만 개정 민법 제715조 제4항이 수인의 조합원에 의한 업무집행도 가능한 점을 전제하고 있다는 점에서 수인의 업무집행조합원의 존재가능성이 암시되어 있을 뿐이다.¹⁰¹⁾ 그러나 업무집행의 분장에 대한 규정은 임의규정의 성격을 가진다는 점에서(개정 민법 제708조는 “법률에 다른 사항이 규정되어 있지 아니한 때에는 본장의 규정과 달리 조합계약으로 정할 수 있다.”고 규정한다) 특정 조합원들로 하여금 업무집행을 전담하도록 하는 조합계약도 얼마든지 가능하다 할 것이다.¹⁰²⁾ 다만 업무집행자는 반드시 조합원 중에서 선임될 수 있으므로 조합원 아닌 자를 유일한 업무집행조합원으로 선임할 수 없음은 자기기관의 원칙에서 있는 개정 민법 제715조 제1항의 목적과 취지에 비추어 볼 때 명확하다.¹⁰³⁾

개정 독일 민법 제715조는 제3항 제1문은 “조합의 업무집행은 조합원 전원에게 속하며 조합원 전원은 이를 공동으로 행사한다. 다만 업무수행을 미루는 것이 조합 또는 조합재산의 위험에 결합되어 있는 때에는 그러하지 아니하다.”고 규정하여,¹⁰⁴⁾

적용되며, ② 부분의 수권은 임의대리의 법리에 따라서 대리권한의 범위를 정할 수 있다고 한다.

101) 동조항은 “조합계약으로 조합원 전원 또는 수인이 각자 업무집행행위를 할 수 있다고 정한 때에는 업무집행권을 가지고 있는 다른 조합원은 업무수행에 대하여 이의를 제기할 수 있다.”고 규정한다.

102) 따라서 업무집행권한을 누가 담당하느냐에 대한 기존의 논의가 여기서도 의미가 있을 것이다. 기존의 견해에 따른 예시를 든다면 ① 일인 또는 특정의 수인에게 업무집행권한을 이전해 주고 이를 이전한 조합원의 업무집행권한을 배제하는 방안(현행 독일 민법 제710조), ② 업무집행자 수인 또는 전원에게 단독대표권한을 주는 방안(동법 제711조), ③ 조합원 전원의 동의 대신 단순 다수결에 따르는 방안(이 경우 다시 인원수 또는 지분비율에 따라 결정할 수 있음), ④ 특정 과제영역의 수행을 위해 조합원의 업무집행권한을 제한하는 방안(Ressortsprinzip) 및 ⑤ 특정한 과제영역에 대하여는 조합원이 단독으로 수행하되 다른 영역에서는 조합원 전원이 공동으로 수행하는 방안 등이 거론된다. Vgl. Kindler, § 11, Rn. 63. 또한 같은 취지로 BGB Komm, Vorb v. § 709 Rn. 4.

103) 따라서 조합계약으로 수인의 조합원에게 업무집행을 하도록 정할 경우 조합원 아닌 자도 업무집행조합원과 함께 업무집행자로 선임될 수 있을 것이다. Hell, JA 2021, 12 [16 f.]; 아울러 조합계약으로 업무집행권한을 1인의 조합원에게만 귀속시키기로 정한 때에는, 당해 조합원만이 단독으로 업무집행권한을 행사하게 됨은 당연하다. Saenger, GesellschaftsR, Rn. 150.

조합원 전원의 공동의 업무집행의 원칙을 명정하고 있다.¹⁰⁵⁾ 나아가 동조 제4항은 조합계약으로 조합원 전원의 각자 업무집행도 할 수 있는 법적 근거를 마련하고 있다. 즉 동조 제4항은 “조합계약으로 업무집행이 조합원 전원 또는 업무집행권한 있는 수인의 조합원이 각자 단독으로 업무집행을 할 수 있도록 한 때에는, 업무집행권한을 가진 다른 조합원들은 업무집행에 대하여 이의를 제기할 수 있다. 이의가 있는 때에는 당해 업무는 중단된다.”고 규정한다. 따라서 조합에서는 조합원 전원의 공동의 업무집행이 원칙이고 단독 업무집행은 예외임을 밝히고 있다. 이점에서 사원 각자의 업무집행을 원칙으로 하고 있는 합명회사의 그것과 다르다(독일 상법 제115조 제1항).

현행법이 조합원이 단독으로 업무집행을 하기 위해서는 반드시 조합원 전원의 동의가 필요하고 이 경우 조합계약으로 다수결로 할 수 있음을 규정하고 있는 것과는 달리, 개정법은 그 대신에 동의를 얻기에 어려운 경우와 같은 긴급한 상황을 대비하여 예외적으로 전원의 동의를 얻지 않고 조합원 각자가 업무집행에 필요한 행위를 할 수 있는 근거를 마련하고 있다. 개정 민법 제715조 제3항 제1문 단서는 “다만 업무수행을 미루는 것이 조합 또는 조합재산의 위험에 결합되어 있는 때에는 그러하지 아니하다.”고 정하여 전원의 동의가 없더라도 조합원 단독으로 사무의 집행을 할 수 있다고 한다(긴급사무집행). 어떤 경우가 여기에 해당될지는 앞으로 판례의 해석론에 따라야 할 것이다. 그 외에도 업무집행권한을 가진 조합원 전원에 대하여도 공동업무집행의 원칙이 적용되나, 이들 사이에 협력할 수 없는 사태가 발생하여 사무처리가 수행될 수 없게 된 사정이 발생하고(이를 공동업무수행활동의 지장 *Verhinderungsfall*이라고 한다) 그에 따라서 조합 및 조합재산에 대한 위험이 관련된 때에도 업무집행권한을 가지지 아니한 조합원도 당해 사무를 수행할 수 있는 법적 가능성도 마련해 두었다(각 조합원의 긴급사무집행권한, 제715조a 참조).¹⁰⁶⁾

104) 아울러 이는 업무집행권한이 수인의 조합원에게 귀속되어 있는 때에도 준용된다고 한다(동조 제3항 제2문 참조)

105) 이처럼 동조 제3항은 공동업무집행의 원칙을 규정하고 있는바, 조합계약으로 달리 정하지 아니한 한 이 원칙은 법률규정에 의하여 추정되는 것으로 본다. Pieronczyk, JURA 2021, 53 [57].

106) 동조는 “업무집행권한을 가진 조합원 전원이 제715조 제3항 제3문의 정도에 따라 어느 한 행위에 협력을 할 수 없게 된 때에는 각 조합원은 이를 지연함으로써 조합 또는 조합재산에 대한 위험이 결합될 경우에는 당해 행위를 수행할 수 있다. 이 권리를 배제하는 조합계약은 그 효력이 없다.”고 규정한다.

나. 업무집행권한의 상실과 포기

조합원에게 중대한 사유가 인정되는 때에는 업무집행권한의 전부 또는 일부를 상실(박탈)시킬 수 있는데, 이를 위해서는 조합원 전원의 의결이 필요하다(개정 민법 제715조 제5항). 업무집행권한을 가진 조합원에게 중대한 과실이 인정되거나 정상적인 업무처리능력이 없게 된 때가 그 대표적 예라 할 것이다. 이를 위해서는 업무집행권한을 가지지 않는 조합원을 포함한 조합원 전원의 동의가 필요하다고 본다(만장일치).¹⁰⁷⁾ 그와 아울러 개정 민법 제712조 제2항과 마찬가지로 이러한 사유가 있는 업무집행조합원 본인도 자신이 가지고 있는 업무집행권한의 전부 또는 일부를 스스로 해지할 수도 있다(동조 제4항). 여기서 당해 조문의 원문의 Kündigung은 업무집행권한의 포기를 의미할 것이다.

다. 업무집행의 통제

또한 현행 민법 제716조와 마찬가지로 개정 민법 제717조도 업무집행조합원을 통제할 수 있는 장치에 대하여 규정하고 있다. 동조 제2항은 조합의 서면열람권 및 조합사무에 대한 정보제공청구권에 대하여 명시적으로 규정하고 있다. 업무집행권한 있는 조합원은 조합에 대하여 필요한 소식을 알려야 하고, 요청이 있을 때에는 정보도 제공하고 당해 업무처리활동이 종료되면 그에 대한 계산서도 제출해야 한다(동조 제2항). 아울러 연말결산 및 이익분배에 대하여 의심있는 경우에는 매년 말에 실시한다(개정 민법 제718조).

라. actio pro socio (조합원대표소송의 도입)

(가) 의의

조합이 소송의 당사자가 되는 사안유형은 크게 조합과 조합원들 사이에 발생하는 분쟁에 대한 소송과 조합(원)과 제3자와 사이에 발생하는 분쟁에 대한 소송으로 나누어 볼 수 있다. 이번 개정으로 외적 조합은 권리와 의무의 주체가 될 수 있게 된 이상 소송상으로도 당사자능력(즉 원고 및 피고적격)이 당연히 인정된다. 따라서 예컨대 조합원이 출자의무를 이행하지 아니하면 조합 자체가 출자의무를 이행하지 아니한 조합원을 상대로 출자의무이행의 소를 제기할 수 있으며,¹⁰⁸⁾ 조합과의 거래의

¹⁰⁷⁾ Saenger, GesellschaftsR, Rn. 151.

¹⁰⁸⁾ 조합관계에서 조합원을 상대로 조합에게 귀속하는 청구권을 Sozialanspruch라고 칭하며, 반

결과로 제3자가 조합에게 채무를 부담할 경우 당해 채무의 이행을 구하는 소도 조합원이 아니라 조합의 원고적격이 인정된다. 다만 이 경우 조합의 소송의 수행은 앞서 본대로 업무집행권한을 가지는 조합원이 가진다. 이점에서 조합을 위한 소송수행 활동은 조합원의 업무집행의 대상이라 할 수 있다.

그런데 조합원들 사이에서는 업무집행조합원의 소송수행활동을 둘러싸고 내부적 갈등 상황이 야기될 수도 있다. 예컨대 업무집행조합원이 조합관련소송 업무를 수행하지 아니할 경우가 바로 그것이다. 여기서 업무집행권한을 가지지 아니한 조합원도 (보충적으로) 조합을 대표하여 관련 소송을 제기할 수 있는지가 고려될 수 있다. 다시 말해 업무집행권한이 없는 조합원이 자신이 가지는 청구권이 아니라 조합이 가지는 청구권을 자신의 이름으로 소송상으로 관철할 수 있을가의 문제가 그것이다, 소송법상으로 본래 업무집행권한 없는 조합원에게 소송수행권을 인정할 수 있는가가 문제되는 것이다. 이를 조합원대표소송(actio pro socio)라고 부른다. 이와 같은 업무집행권한을 가지지 아니한 조합원의 소송수행권한의 본질은 본래 제3자를 위한 소송담당(소송신탁)에서 찾을 수 있고, 우리나라의 주주대표소송의 구조와 유사하다고 볼 수 있다.

(나) 개정 민법의 주요 내용과 의미

이와 관련해서 개정민법은 제715조b에 조합원대표소송을 새로 규정하고 있다. 동조 제1항은 “업무집행조합원이 의무에 반하여 소를 제기하지 아니할 때에는 각 조합원은 조합이 조합관계에 근거하여 다른 조합원에 대하여 가지는 청구권에 대한 소를 자신의 이름으로 제기할 수 있다. 또한 조합이 제3자에 대하여 가지는 청구권에 있어서도, 업무집행조합원이 제3자에 대하여 소를 제기하지 아니한 것에 대하여 그(제3자)가 협력했거나 또는 소제기를 하지 아니한 사실을 알고 있는 경우에도 마찬가지로 제1문이 정하는 권한이 확장된다.”고 규정한다.¹⁰⁹⁾ 아울러 동조 제2항은

대로 조합에 대하여 조합원이 가지는 청구권을 Sozialverbindlichkeit라고 칭하기도 한다. 예컨대 출자이행청구권, 조합원의 유책사유에 기한 조합의무위반에 따른 손해배상청구권, 업무집행권한있는 조합원에 대한 업무집행이행청구권 등을 들 수 있다. Koch, GesellschaftsR, § 8, Rn. 48.

¹⁰⁹⁾ 새로 마련된 동조 제1항의 원문은 다음과 같다: Jeder Gesellschafter ist befugt, einen auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Anspruch der Gesellschaft gegen einen anderen Gesellschafter im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen, wenn der dazu berufene geschäftsführungsbefugte Gesellschafter dies pflichtwidrig unterlässt. Die Befugnis nach

조합계약으로 이와 같은 소송수행권한을 배제하거나 축소하는 것은 무효라고 규정한다. 또한 동조 제3항은 업무집행권한을 가지지 아니한 조합원이 조합대표소송을 제기한 사실에 대한 통지의무를 에 대하여 “조합원이 본조항에 따라 소를 제기한 때에는 소를 제기한 사실과 법적 다툼에 대한 현황을 조합에게 지체없이 통지해야 하며 그와 같은 통지를 한 사실도 법원에게 알려주어야 한다.”고 규정한다. 끝으로 이와 같은 소송절차에서 판결이 확정되면 당해 판결의 기판력은 조합에게 미친다는 근거 조문도 마련했다(동조 제4항).

이처럼 새로 마련된 조합원대표소송제도는 기존의 판례의 법리가 입법화된 것으로 평가된다.¹¹⁰⁾ 이는 채권자가 채무자의 권리를 소송상으로 대위행사함에 당사자적격을 인정하고 있는 우리나라의 채권자대위소송의 구조와 유사한 것으로 평가할 수 있는데, 차이가 있다면 보전할 권리(보전의 필요성)에서 찾을 수 있다. 즉 이러한 권능은 각 조합관계에서 조합원이 가지는 일종의 사원권의 보장이 핵심이 된다고 하였다. 다만 채권자대위소송에서 채무자가 자신의 권리를 행사함에 태만히 하여 책임재산의 확보가 어렵게 될 수 있는 사정을 고려하여 인정되지만, 조합원대위소송에서는 업무집행조합원의 소송수행의 해태가 결정적 요건이라는 점에 차이가 있다. 궁극적으로 업무집행조합원이 소송수행권한을 행사하지 않아 조합원과 제3자에 대한 조합의 권리의무관계의 불완전성을 제거하여 조합의 법률관계를 공고히 하는데 그 주목적이 있고, 궁극적으로는 이는 업무집행조합원의 소송수행활동의 독단적 중단이나 전행적 해태에 대하여 조합원의 (조합관계에 대하여 가지는) 자기의 이익을 보장하는 수단적 기능을 할 것이다.¹¹¹⁾ 따라서 소송법상 이는 제3자의 소송담당(소송신탁)의 법리에 비추어 접근할 수 있다.¹¹²⁾

(4) 외부적 관계의 규율: 대외적 관계

가. 개정 민법의 특징

외부적 관계에서 반드시 검토되는 중요 쟁점은 조합대리(대표)에 따른 법률효과의

Satz 1 erstreckt sich auch auf einen Anspruch der Gesellschaft gegen einen Dritten, wenn dieser an dem pflichtwidrigen Unterlassen mitwirkte oder es kannte.

¹¹⁰⁾ K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 16 [35]; 자세한 내용으로 Keller, ZJS, 2022, 469 ff.

¹¹¹⁾ 따라서 조합원대표소송은(Sozialverbindlichkeiten) 조합원들 상호간의 채권관계에 불과한 내적 조합에서는 고려될 수 없다. Martens, AcP 221 (2021), 68 [76].

¹¹²⁾ Wertenbruch, JZ 2023, 78 [84].

귀속의 문제와 제3자에 대한 책임의 문제 및 그의 소송상의 관철방법에 있다.¹¹³⁾ 그리고 이러한 문제들은 내적 조합의 경우에는 고려되지 아니하며 외부적 활동을 전제로 하는 외적 조합, 즉 권리능력있는 조합에서만 문제된다.¹¹⁴⁾ 개정 민법은 현행 민법과는 달리 권리능력 있는 조합과 권리능력 없는 조합의 준별을 토대로 제708조 내지 제718조를 규정하여 내부적 관계와 외부적 관계의 주요 문제를 규율하고 있는데, 동조들은 “조합원 상호간의 법률관계 및 조합에 대한 조합원의 법률관계 (Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander und der Gesellschafter zur Gesellschaft)”라는 표제와 함께 체계적으로 규정되어 있다.¹¹⁵⁾ 또한 동법 제719조 내지 제722조는 “제3자에 대한 조합의 법률관계(Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten)”라는 표제로 편제되어 규율되고 있다. 이러한 체계는 내적 관계에 대한 규율태도와 마찬가지로 외적 관계에 대한 합명회사의 규율체계를 모범으로 하여 마련되었다.¹¹⁶⁾

앞서 소개한 바와 같이 내적 관계는 조합계약의 성립으로 즉시 발생되지만, 외적 관계는 거래에의 참여에 대한 조합원 전원의 동의가 있을 때 또는 조합등기가 있을 때 성립한다. 따라서 조합의 내적 관계와 외적 관계의 성립시기가 반드시 일치되는 것은 아니다. 또한 외적 관계의 성립시점은 조합을 위한 대표행위가 유효하게 이루어지는 시기 및 제3자에 대한 조합과 조합원의 책임의 발생 시기도 확정된다는 점에서 의미가 있다. 이점에서 개정 민법 제719조 제1항은 “조합원 전원의 동의를 얻

¹¹³⁾ Saenger, GesellschaftsR, Rn. 168.

¹¹⁴⁾ Röß, NZG 2023, 401 (403 f.).

¹¹⁵⁾ 독일 민법은 Buch(卷), Abschnitt(編), Titel(章), Untertitel(節), Kapitel(款), 개별 법조문 순으로 편제되어 있다. 개정 민법에서 조합에 대한 규정들은 제2권 제8편 제16장에 마련되어 있고, 제16장은 다시 제1절(일반규정), 제2절(권리능력 있는 조합), 제3절(권리능력 없는 조합)로 편성되어 있다. 특히 권리능력 있는 조합을 규정하는 제2절은 제706조부터 739조에 이르는 많은 규정들을 상세하게 규율하고 있다. 개정법률의 기초가 된 Mauracher 초안의 목차에 대하여는 Armbrüster, Außengesellschaft und Innengesellschaft, in: Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, ZGR-Sonderheft 23, S. 145 f.

¹¹⁶⁾ 이와 관련해서 합명회사의 제3자와의 관계에 대하여 현행 상법은 제123조 이하의 규정에서 “제3자와 사원들 사이의 법률관계”라는 표제로 규율했으나, 이번 개정 상법은 “회사와 제3자와의 법률관계”로 바꾸어 규율하고 있다. 이와 같은 선상에서 조합법의 개정에서도 “조합과 제3자와의 관계”라는 표제로 규정하고 있다. 따라서 제3자와의 관계는 조합원이나 사원이 아니라 조합 내지 합명회사 자체를 중심으로 접근하고 있다. 참고로 우리나라의 상법은 합명회사의 법인격을 인정하므로 “회사의 외부관계”라는 표제로 규율한다(우리 상법 제207조 이하 참조).

어 조합이 거래에 참여하는 순간에 제3자와의 관계에서 조합(조합의 효력)이 발생하는 것으로 보아야 하고, 이는 또한 조합등기부에 등기된 때에도 같다.”고 규정한다. 아울러 이 시점 이후에 발생한다고 보는 합의는 제3자와의 관계에서는 무효임을 명백히 하고 있다(동조 제2항). 이는 합병회사의 외부관계에 대한 개정 상법 제123조와도 일치한다.

나. 조합대리의 법리에서 단체법상의 대표의 법리로의 전환?

(가) 현행 민법의 태도: 조합대리의 법리

현행 민법 제714조는 “조합계약으로 업무집행권한을 가진 조합원은 의심스러운 때에는 제3자에 대하여 다른 조합원을 대리할 수 있는 권한을 가진다.”고 규정하고 있다. 동조의 문언의 해석에 비추어 보면 업무집행권한을 가지는 조합원은 다른 조합원을 위한 대리권한도 가지는 것으로 볼 수 있다. 따라서 현행 민법 제714조의 조합대리는 두 가지 측면에서 접근할 수 있는데, 대리권한의 법적 근거 및 대리행위의 귀속의 주체의 문제가 바로 그것이다(다만 현행 민법 조문의 표제의 원문도 ‘Vertretungsmacht’라고 규정되어 있으나 의미상으로 그 번역은 ‘대표권한’이라고 함이 타당할 듯함).¹¹⁷⁾ 즉 조합계약에 근거하여 ‘업무집행권한이 있는 조합원’만이 대리권한을 가지며, 이 경우 법률효과는 ‘조합’이 아니라 ‘다른 조합원’에게 귀속되는 것처럼 규정되어 있다.¹¹⁸⁾

그러나 주지하다시피 독일의 판례는 지난 2001년 이후 외적 조합의 권리능력을 인정하였는바,¹¹⁹⁾ 그에 따르면 조합의 대외적 법률관계에 대해 조합원 전원이 아니라 조합 자체에 그 효과가 발생하며(즉 제3자와의 관계에서 조합이 채권자와 채무자의 지위를 갖는다), 따라서 조합대리의 본질도 그에 맞추어 조합원 전원을 위한

117) 조합대리는 조합대표로 보아야 할 것이다(다만 개정 민법 제720조가 여전히 ‘대리(Vertretung)’라는 표현을 하고 있음을 주의. 그러나 법인의 기관인 이사에 대하여도 마찬가지로 ‘Vertretung’이라 하고 있으므로 ‘대리’보다는 단체법상의 용례인 ‘대표’로 이해함이 더 타당해 보임). 인적회사에 대한 외부적 관계를 규정하는 상법의 관련 규정들과 조화되며 일관된 규율태도임(이점에서 우리 상법 제207조, 제278조가 <회사대표> <대표행위>라는 용례를 사용하고 있음을 유념해 둘 것; 그러나 회사의 형태가 아닌 민법상의 조합이나 상법상의 합자조합의 경우 <대리>라는 표현을 (예컨대 민법 제709조, 상법 제86조의5 제1항)하고 있음을 주의해야 함)

118) 이는 우리 민법의 태도와도 같다. 조합대리에 대한 대표적인 우리 문헌으로, 김재형, 주해 민법 (XVI), 86면 이하 참조.

119) Weiss Ross 판결, NJW 2001, 1056 ff.

대리가 아니라 조합 자체를 위한 대리의 문제로 전환된다. 이점에서 우리의 학설과 판례가 아직도 전조합원을 대리하는 것으로 새기는 것과는¹²⁰⁾ 차이가 있다. 아울러 법률행위에 의한 임의대리의 성격을 가지는 것이 아니라 조합의 구성원으로서의 역할 즉 조합의 조직적 측면에서 법률상 당연히 인정되는 일종의 법정대리이며 단체 법상의 대리의 성격이 강하다. 이점에서 법인의 경우에 대표기관과 같은 기능을 한다고 볼 수 있다.¹²¹⁾ 이처럼 현행 독일 민법 제714조(우리 민법도 같다)가 정하는 조합대리에 대하여는 대리의 법리에 기초한 것이 아니라(즉 임의대리가 아니다) 권리능력이 인정되는 조합의 본질에 발맞추어 조직법적으로 이해해야 하며, 이 점에서 일종의 법정대리권으로 파악하는 태도가 다수의 견해이기도 하다.

이점에서 조합대리권한을 가지는 조합원이 자신의 책임의 범위 내에서 다시 다른 사람에게 대리권을 수여할 수 있는가의 문제와는 법적 근거 및 본질을 달리 한다는 점에서 별론으로 한다.¹²²⁾ 이처럼 조합대리권(조합대표권)은 조합원에게만 귀속됨이 원칙이라는 점에서 자기기관성의 원칙이 작동함을 볼 수 있다. 다시 말해 동업관계에서 대내적 대외적으로 필요한 사실상, 법률상의 행위의 주체는 반드시 그에 대하여 책임을 지는 조합원에 한정된다고 하는 것이다(지배와 책임의 일치). 여기서 다시 조합원들이 의사결정 또는 특약으로 조합원이 아닌 제3자로 하여금 대외적 업무 집행권한과 관련된 사무를 수행하기 위해서 수권행위를 하는 경우와는 구별된다고 한다. 이는 특히 조합원 아닌 전문경영인을 통해 사업활동을 수행할 수 있는가와 관

120) 예컨대 지원림, 민법강의(제17판), 1624면(5-220)은 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다 79340 판결을 주요 예로 들고 있다.

121) 그렇다면 외부적 업무집행을 담당할 수 있는 자가 누구인가가 문제될 것이다. 기존의 관점에서는 조합원 전원을 위한 대리인으로서 조합원이 등장하므로, 각 조합원은 서로 대리인으로서의 권한을 갖는다고 보고 있다. 그 근거로 조합계약의 해석상 당연히 각 조합원에게 서로 대리할 수 있는 권한을 주는 의사표시가 있다고 본다. 여기서 다시 조합의 계약적 관점에 중심을 두고 있는 개인주의적 관점이 지배되고 있음을 볼 수 있다. 그러나 이미 독일의 학설과 판례는 개인주의적 관점에서 집단주의의 관점에서 조합을 바라보아 합수적 공동체가 조합의 본체이며 그에게 외부적 법률효과가 단일하게 귀속된다는 논거를 바탕으로 조합 자체의 권리능력이 정당화된다고 본다. 따라서 조합원의 대리는 조합원 전원이 아니라 조합 자체를 위한 것으로 이론구성한다. 특히 이번의 독일 민법의 개정으로 외적 조합의 권리능력을 명문의 규정으로 인정한 이상 개인주의적 관점은 자리잡을 수 없게 되었다.

122) 즉 조합대리권을 가지는 조합원이 제3자에게 대리권한을 수여할 수 있는가의 문제는 조합계약으로 정할 수 있는지 및 인정될 경우의 대리권한의 범위와 법률행위의 귀속 등의 문제가 순차적으로 발생하게 될 것이다. 업무집행권한 및 대리권한이 있는 조합원이 제3자에게 수권행위를 할 수 있음에 대하여는 우선 Saenger, GesellschaftsR, Rn. 146 참조.

런해서 자기기관성의 한계를 중심으로 논의될 수 있는 것이다. 이점에서 따라서 기관구성과 관련된 대표자 선임의 문제와 그와는 별개로 그에 따라 조직법상 대표권한을 가지게 되는 조합원이 그 권한의 범위 내에서 수권행위를 할 수 있는 것과는 구별해야 할 것이다.¹²³⁾

(나) 조합원을 위한 대리에서 조합을 위한 대표로: 기관대리의 법리

현행 독일 민법이 조합의 대외적 활동과 관련하여 조합대리의 법리에 터잡에 규정되어 있음과는 달리,¹²⁴⁾ 개정 민법 제720조는 ‘대리권한’이 아니라 ‘조합의 대표’라고 표제를 달고 있다.¹²⁵⁾ 이는 개정법이 외적 조합에 대하여 권리능력을 인정하기 때문에 조합의 대외적 활동과 관련된 법률효과는 당해 법률행위를 한 조합원을 포함한 조합원 전체에 미치는 것이 아니라 조합 자체에게 발생한다는 점을 고려한 것이 반영된 결과이다. 이처럼 이번 개정에서 조합의 권리능력이 인정된 이상, 조합의 외부적 관계와 관련된 주요 법리에 대해서도 재검토가 요청되게 되었다.

이와 관련하여 개정 민법 제720조 제1항은 “조합원 전원은 공동으로 조합을 대표할 권한을 가진다. 다만 조합계약으로 달리 정한 때에는 그러하지 아니한다.”고 규정한다. 따라서 현행 민법의 업무집행권한의 테두리를 벗어나 원칙적으로 조합원 전원이 조합을 대표하며 조합계약으로 달리 정하지 않는 한 공동대표의 원칙이 적용된다. 이 점에서 공동대표의 원칙은 기본모델로서 기능을 하지만, 예외적으로 당해

¹²³⁾ Mock, GesellschaftsR, 2. Aufl., § 6, Rn. 214, 243.

¹²⁴⁾ 조합대리에서는 법률과 조합계약에 따라 인정되는 대리의 효과가 자신을 제외한 동업자 동료조합원 전원 뿐만 아니라 자신에게도 법률효과가 발생된다는 점에서 통상의 대리의 법리와 차이가 있다. 이는 현행 독일 민법 제714조에서 부분적으로 확인될 수 있다.

¹²⁵⁾ § 720 [Vertretung der Gesellschaft]

- (1) Zur Vertretung der Gesellschaft sind alle Gesellschafter gemeinsam befugt, es sei denn, der Gesellschaftsvertrag bestimmt etwas anderes.
- (2) Die zur Gesamtvertretung nach Absatz 1 befugten Gesellschafter können einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen.
- (3) Die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter erstreckt sich auf alle Geschäfte der Gesellschaft. Eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsbefugnis ist Dritten gegenüber unwirksam. Dies gilt insbesondere für die Beschränkung, dass sich die Vertretung nur auf bestimmte Geschäfte oder Arten von Geschäften erstreckt oder dass sie nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll.

조합은 임의법적 성격을 가지는 이상 조합계약으로 그와 달리 정할 수 있을 뿐이다.¹²⁶⁾ 개정 민법 제720조가 그렇게 규정한 까닭은 권리능력을 가지는 조합을 위한 대외적 거래를 담당하는 사람 및 그 귀속을 위해서는 조합을 대표할 수 있는 기관이 전제되어야 하기 때문이다. 따라서 여기서 조합원의 대표권한은 단체법·조직법상으로 이해되어야 한다(Organstellung).¹²⁷⁾ 나아가 조합등기에는 조합원의 대표권한도 등기된다는 점도 잊지 말아야 한다(organschaftliche Vertretung der rechtsfähigen GbR; 개정 민법 제707조 제2항 제3호 참조).

다. 개정 민법의 구체적 내용

(가) 공동대표의 원칙

앞서 본대로 현행 독일 민법은 조합원의 대리권한은 업무집행권한에서 파생된 것으로 규정하나(현행 민법 제714조), 개정법은 그와 같은 내용을 규정하지 않고 조합대표의 법적 근거를 정하는 조합을 새롭게 두었다.¹²⁸⁾ 다시 말해 개정법은 조합원 개인의 이익이 지배되는 조합원을 위한 대리의 법리가 아니라 기관대리(Organschaft) 다시 말해 대표권의 법리를 새롭게 마련하여 규정하고 있다고 보아야 할 것이다.¹²⁹⁾ 조합대표에 대한 개정법의 구체적 내용은 다음과 같이 개관할 수 있다.

먼저 업무집행조합원들의 외부적 활동에 대하여는 공동대표의 원칙이 지배하고 있다. 개정 민법 제720조 제1항은 “조합대표에 대하여는 조합원 전원이 공동으로 권한을 가지나, 조합계약으로 달리 정한 때에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있기 때문이다.¹³⁰⁾ 이는 조합계약으로 대표권한에 대한 사항의 정함이 없는 때에는 조

¹²⁶⁾ Wertenbruch, JZ 2023, 78 [82].

¹²⁷⁾ Dazu Wertenbruch, JZ 2023, 78 [82 f.].

¹²⁸⁾ Schulteis, GWR 2021, 112 [116]; RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 162.

¹²⁹⁾ 우리 상법이 인적회사를 대표하는 합명회사와 합자회사에서 ‘회사의 대표’라는 표현을 하고 있음에 반하여(상법 제207조 및 제278조), 합자조합에 대하여는 ‘대리’라는 표현을 하고 있다(상법 제86조의5 제1항). 그러나 독일 민법과 회사법에서는 대리와 대표를 모두 Vertretung이라고 표현하고 있다. 따라서 이 용어를 번역함에 있어서 단체법적 측면이 강조될 경우에는 대표로 그렇지 아니한 경우에는 대리로 번역하는 것이 타당하다. 개정 독일 민법의 해당 규정은 개인적 요소가 강한 대리의 법리가 적용되지 아니하고 조합원의 법률행위는 기관으로서의 행위의 측면이 강조된다는 점에서 대리가 아니라 대표로 번역하여 소개하기로 한다; 같은 취지로 또한 Wertenbruch, JZ 2023, 78 [82].

¹³⁰⁾ 동조 제1항 원문: Zur Vertretung der Gesellschaft sind alle Gesellschafter gemeinsam befugt, es sei denn, der Gesellschaftsvertrag bestimmt etwas anderes.

합원 전원의 공동대표의 원칙(Gesamtvertretung)이 적용됨을 명문의 규정으로 선언한 것으로 판단되며, 합명회사에 적용되는 조합원의 각자 대표의 원칙과는(현행 독일 상법 제125조 제1항 참조) 다르다.¹³¹⁾ 다만 조합계약으로 공동대표의 원칙과는 다르게 대표권한의 분배를 정할 수 있는데, 특히 개정법은 조합의 등기능력을 인정하고 있으므로 조합계약에 따른 각자대표의 구체적 내용이 공시될 수 있을 것이다.¹³²⁾ 아울러 이는 능동적 외부활동에 대하여 적용될 뿐, 수동적 활동에 대한 별개의 조항을 두고 있는데, 동조 제5항이 바로 그것이다. 그에 따르면 조합을 상대로 거래의 상대방이 의사표시를 하는 경우 당해 의사표시의 수령은 반드시 대표권한을 가지는 조합원 전원이 아니라 조합원 각자에게 표시해도 그 효력이 발생한다. 이는 현행 독일 상법 제125조 제2항 제3문을 모사한 것인데, 수인의 조합원이 있을 경우 어느 한 조합원에 대한 상대방의 의사표시는 모든 조합원에게 도달된 것으로 보고 있는 현행법의 해석론과도 차이가 없다.

그와 아울러 동조 제2항은 “제1항에 따라 공동대표권한을 가지는 조합원은 그들 중 일부에게 특정 및 특종 사무의 처리를 전담하도록 하는 내용의 권한을 줄 수도 있다.”고 규정하여,¹³³⁾ 동료 조합원으로 하여금 특정 사무 또는 특정유형의 사무를 전담해서 대표활동을 할 수 있는 근거를 마련해 주고 있다. 이처럼 특정 및 특종 사무의 처리의 목적으로 하는 대표권한을 수권받은 조합원은 그 범위 내에서 조합원 전원을 위해서 조합을 대표하게 되며, 여기서도 다시 조합을 위한 기관대리의 성격은 유지된다고 할 것이다. 이는 현행 독일 상법 제125조 제2항 제2문(개정 상법 제124조 제2항 제2문)을 모범으로 한 것인데, 조합원 전원이 반드시 공동으로만 외부적 활동을 수행함을 기본 내용으로 하는 공동대표의 원칙에 내재된 한계를 극복하여 신속한 업무처리와 전문적 지식을 가진 조합원의 전담 업무처리와 같은 효율성을 제고할 목적으로 새롭게 마련된 것이다.¹³⁴⁾

¹³¹⁾ Habersack, ZGR 2020, 539 [561]; Fleischer, DStR 2021, 430 [436]; 반면에 합명회사나 합자회사에서는 사원의 각자 대표권한이 인정된다고 한다(개정된 독일 상법 제116조 제1항, 제161조 제1항 및 제179조 제1항 참조). 이에 대한 설명으로 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 162 f.

¹³²⁾ RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 163; 등기하지 아니한 외적 조합의 경우에 대하여는 Habersack, in: Schäfer Neues PersGesR § 4 Rn. 13 f.

¹³³⁾ 동조 제2항 원문: Die zur Gesamtvertretung nach Absatz 1 befugten Gesellschafter können einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen.

(나) 대표권한의 범위

동조 제3항은 대표권한의 범위를 정하고 있다. 동조항은 “조합원의 대표권한은 조합의 모든 사무를 아우른다. 대표권의 범위의 제한은 제3자에 대하여 효력이 없다. 특히 대표권에 대해 특정사무 또는 특종사무에만 미치도록 하는 제한 또는 특정한 사정(정황) 또는 특정 시간 또는 특정 장소에만 대표하도록 하는 제한은 제3자에 대하여 효력이 없다.”고 규정한다.¹³⁵⁾ 이와 같은 조항의 구조는 상법의 합명회사의 전례에 따른 것으로 해석된다(현행 독일 상법 제126조 제2항 참조).¹³⁶⁾ 다시 말해 해당 조항은 제3자와의 관계에서 대표권한의 범위는 제한될 수 없다는 단체법(즉 인적회사)의 기본원칙을 따른 것으로 해석되는데, 이는 외부적 관계에서의 조합의 행위능력의 보장 및 잠재적 거래 상대방의 보호, 즉 거래의 안전을 보호함에 그 취지가 있다고 해석된다.¹³⁷⁾ 이 점에서 새로 마련된 이 조항은 외부에 대한 대리권의 제한은 계약상대방이 계약체결 전에 그에 대하여 고지받은 경우처럼 인식할 수 있을 때라면 허용될 수 있다는 현행법상의 해석론과는 차이가 있다.

(다) 대표권한의 상실

동조 제4항은 조합대리권의 일부 또는 전부에 대한 상실을 규정한다. 그에 대하여는 업무집행권한의 상실에 대한 규정인 개정 민법 제715조 제5항이 준용된다고 한다.¹³⁸⁾ 따라서 중대한 사유가 인정되면 다른 조합원들의 결의로써 조합원의 대표권한을 상실시킬 수 있다. 이는 현행 독일 민법 제715조의 법문의 내용과 다른 것이긴 하지만, 그러나 기존의 통설도 조합원의 대리권한을 상실시키기 위해서 조합원들의 결의를 요구하고 있었다고 한다. 이는 공동대표의 경우 개별 조합원의 대표권을

¹³⁴⁾ 자세한 소개로 Habersack, in: Schäfer Neues PersGesR § 4 Rn. 15.

¹³⁵⁾ 동조 제3항 원문: (3) Die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter erstreckt sich auf alle Geschäfte der Gesellschaft. Eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsbefugnis ist Dritten gegenüber unwirksam. Dies gilt insbesondere für die Beschränkung, dass sich die Vertretung nur auf bestimmte Geschäfte oder Arten von Geschäften erstreckt oder dass sie nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll.

¹³⁶⁾ Schulteis, GWR 2021, 112 [116];

¹³⁷⁾ 이에 대한 개괄적 소개로 또한 Habersack, in: Schäfer Neues PersGesR § 4 Rn. 16.

¹³⁸⁾ 동조 제4항 원문; Die Vertretungsbefugnis kann einem Gesellschafter in entsprechender Anwendung von § 715 Absatz 5 ganz oder teilweise entzogen werden. 이는 현행 독일 민법 제715조와 유사하다.

상실시키는 효과를 가져온다는 점에서 개정 민법 제720조 제3항이 정하는 대표권의 제한과는 같은 것이 아니다. 아울러 개정 민법이 조합대리권의 상실은 반드시 업무집행권한의 상실과 동반될 필요가 없다는 점도 새롭게 규정하고 있음을 유의해야 한다.¹³⁹⁾

(라) 조합의 대외적 소송

외적 조합에 대하여 권리능력이 인정된 이상 민사소송법의 당사자능력을 정하는 규정도 그에 맞추어 새롭게 정비되었다. 당사자능력과 관련해서 현행 독일 민사소송법 제50조는 개정 독일 민사소송법 제50조는 제1항에 “권리능력있는 자는 당사자능력이 있다.”고 규정하면서 동조 제2항에서 “권리능력 없는 사단은 원고가 될 수 있고 피고가 될 수 있다; 이점에서 사단은 권리능력있는 사단의 지위를 가진다.”고 규정하여 권리능력 없는 사단의 당사자능력을 인정하고 있는 명문의 규정을 두고 있을 뿐이고 조합의 당사자능력에 대한 법적 근거를 마련하고 있지 아니하다. 그러나 판례는 지난 2001년 *Weißes Ross* 판결 이후 조합의 당사자능력을 인정하고 있을 뿐이었다. 그러나 이번 개정에서는 민사소송법의 관련규정도 정비하여, 현행 민사소송법을 제50조 2항을 삭제하면서 동조를 다음과 같이 개정하였다: “권리능력있는 자는 당사자능력이 있다.” 따라서 외적 조합의 권리능력이 인정되며, 후술하는 법인격 없는 사단(개정 민법상의 용어이며 지금까지는 이를 권리능력 없는 사단이라고 부르고 있음)에 대하여도 권리능력이 인정될 수 있으므로, 권리능력이 인정되는 이들에게도 민사소송법 제50조에 따라 당연히 소송상의 당사자능력이 인정되기 이르렀다.

다만 소송상의 행위는 조합의 업무분장과 관련해서 이를 내적 업무인가 아니면 외적 업무인가에 대한 논란이 있을 수 있으나 이는 대체로 외적 업무활동의 일환으로 이해되는 경우가 일반적이다. 이점에서 업무집행권한을 가진 조합원이 공동으로 소송을 수행함이 원칙일 것이나, 여기에서도 조합계약이나 다른 결의를 통해서 특정 조합원만이 소송을 전담할 수 있는 권한을 부여받을 수 있을 것이다. 다만 조합원 아닌 자에게 소송수행대리권한을 주는 것은 임의대리의 법리가 적용됨에는 의문의

¹³⁹⁾ RegE, BT-Drucks. 19/27635; 다만 현행 민법의 입법자는 조합원의 대리권을 별개로 제한하게 되면 당해 조합원의 법적 지위를 본질적으로 악화시킬 위험이 있다는 점을 예견하고 있었으므로(Mot., in Mugdan II S. 341), 업무집행권한의 상실은 반드시 대리권한의 상실을 동반해야 한다고 보고 있다고 한다.

여지가 없다.

6. 조합원의 책임

(1) 조합채무의 귀속과 책임에 대한 해석론을 둘러싼 학설의 개관

현행법의 해석론에 따르면 조합도 채무에 대하여 책임을 진다고 하며, 이는 최소한 외부적 조합에 대한 권리능력의 인정과 필연적으로 관련된 것으로 이해된다. 이에 대하여 학설의 변동을 살펴보면 다음과 같다. 우선 전통적 관점인 개인주의적 이론에 따르면 조합의 권리능력은 인정되지 아니하며 조합은 단지 채권계약관계로 이해한다. 따라서 어느 조합원이 조합을 위해 대리한 경우라고 하는 것은 실은 합수적으로 결합되어 있는 (대리행위를 한 조합원 자신을 포함한) 조합원 전원을 위한 것으로 이해한다. 이는 현행 독일 민법 제714조, 제733조, 제735조의 문언에 충실한 해석론이다. 따라서 조합대리의 법리에 따르면 어느 조합원이 법률행위를 하는 것에 다른 조합원들을 위한 대리행위와 자신의 법률행위 및 조합원 전원으로 구성되는 합수적 공동체로서 인정되는 조합을 위한 대리행위가 병존한 것으로 해석된다.¹⁴⁰⁾ 따라서 조합의 채무와 조합원 전원의 채무가 근거될 수 있다고 보는 것이다. 결국 채권자는 각 조합원에게 합수적으로 귀속되어 있는 조합재산과 각 조합원의 고유재산에 대하여 강제집행할 수 있다. 이와 같은 해석론을 이중채무이론(Doppelverpflichtungstheorie)¹⁴¹⁾이라고 부르는데, 이는 우리 현행법의 해석론과도¹⁴²⁾ 유사하다고 보인다. 아울러 독일 민법은 조합채무를 부담하는 각 조합원 상호 간에는 연대채무관계라고 새기고 있다.¹⁴³⁾

¹⁴⁰⁾ Mock, GesellschaftsR 2. Aufl., Rn. 256; Saenger, GesellschaftsR, Rn. 194. 그에 따르면 조합채무에 대하여는 의사표시를 한 조합원 자신의 채무의 성립과 대리에 의하여 인정되는 다른 조합원의 채무의 성립 및 조합의 채무 등은 각각 별개로 검토해야 한다고 한다.; 이 이론에 대하여 상세한 소개를 하는 우리 문헌으로 우선 남기윤, 저스티스 79호 64면 이하.

¹⁴¹⁾ Saenger, GesellschaftsR, Rn. 193.

¹⁴²⁾ 대법원 2022. 5. 26. 선고 2022다211416 판결은 조합채무는 전 조합원의 합유로 귀속됨을 명확히 실시하고 있다.

¹⁴³⁾ 이점에서 분할채무관계의 가능성을 인정하는 우리 민법의 태도와는 매우 다르다. 다만 최근 대법원은 조합원 중 1인이 조합채무를 면책시킨 경우 그 조합원은 다른 조합원에 대하여 민법 제425조 제1항에 따라 구상권을 행사할 수 있다고 보고 있음을 유의해야 한다(대

그와는 달리 합수적 공동체의 법적 독립성을 전제하는 집단주의 이론은 외부적 조합의 권리능력을 인정하는 데에 초점을 맞추고 있다.¹⁴⁴⁾ 이를 위해 조합은 각 조합원들이 공동의 목적을 위해 서로 결합한 집단의 관점에서 바라보아야 한다고 한다. 따라서 조합의 외부적 활동은 바로 그 집단 자체가 스스로 수행하며 그 법적 효과도 조합원 각자가 아니라 당연히 집단 자체에게 귀속한다고 보며, 이러한 단체를 합수적 공동체(Gesamthandgemeinschaft)라고 부른다. 이처럼 집단주의이론으로 독립된 주체로 합수적 공동체에 대하여 조합대리의 법리로 법률행위의 효과의 귀속을 살펴보면 조합 자체가 조합원의 대리행위가 귀속되는 주체로 파악될 수 있게 된다.¹⁴⁵⁾ 그러나 이처럼 집단주의이론에서 조합의 권리능력을 인정하더라도 제3자에 대한 조합원의 책임을 어떻게 이론구성할까의 쟁점이 다시 제기된다. 개인주의이론에서는 대리의 법리에 비추어 조합원의 인적 책임이 정당화되었음을 앞서 본 바와 같으나, 집단주의이론에서는 채권과 채무의 귀속주체가 조합이라고 볼 수 있기 때문에 그와 아울러 조합원이 왜 책임을 지는지가 논증되어야 하기 때문이다. 이에 대하여 독일의 학설과 판례는 다음과 같은 논거를 제시하여 이를 인정한다.¹⁴⁶⁾ 우선 대리는 임의대리가 아니라 조직법상의 대표로 이해해야 하므로 대리법의 토대에서 조합원 개인의 책임을 근거시키는 이중책임이론은 논리적으로 수궁하기 어렵다고 한

법원 2022. 5. 26. 선고 2022다211416 판결 참조). 다시 말해 민법 제425조 제1항은 “어느 연대채무자가 변제 기타 자기의 출재로 공동면책이 된 때에는 다른 연대채무자의 부담부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.”라고 정하고 있으므로, 각 조합원은 조합채무에 대하여 연대하여 책임을 지는 것을 전제로 하고 있다.

144) 이 입장은 조합재산의 귀속과 관련된 물권적 합유관계가 아니라 합수적 공동체라는 독립된 권리주체가 될 수 있는지를 중심으로 조합을 바라보고 있는데, Flume가 체계화시킨 이론에 따른 것이다(이에 대한 개관으로 Denke, ZJS 2021, 248 [257 ff.] 참조); 한편 합수적 공동체는 법인격이 인정되지 아니하므로 법인과 같이 취급할 수 없고 따라서 권리능력도 부분적으로만 인정된다는 이른바 부분적 권리능력의 관점에서 이를 설명하는 것으로 Escher-Weingart, WM 2022, 2298 [2298 f.].

145) 이점에서 우리 판결례에서 자주 사용되는 ‘조합체’ 또는 ‘동업체’라는 용어를 주의해서 살펴볼 필요가 있다(조합체가 명의신탁자가 된다는 것으로 예컨대 대법원 2019. 6. 13. 선고 2017다246180 판결; 대법원 2006. 4. 13. 선고 2003다25256 판결; 대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다294585(본소), 2017다294592(반소) 판결도 같은 취지). 아울러 앞의 대법원 판결의 대상인 원심법원의 판결인 서울고등법원 2017. 11. 30. 선고 2017나2034071(본소), 2017나2059476(반소) 판결은 조합인지 여부에 대한 사실인정을 잘 정리하고 있다. 또한 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000다30622 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다57064 판결도 같음.

146) Saenger, GesellschaftsR, Rn. 172; 또한 남기윤, 저스티스 79호, 65면 이하 참조.

다. 그와는 달리 조합의 권리능력이 인정되기 때문에 조합원의 행위는 조합 자체의 행위로 귀속되고 조합원의 행위는 조합을 위한 기관의 관점에서 파악해야 한다고 한다. 이는 또는 외적활동을 포함한 조합의 업무집행업무는 반드시 조합원에게만 인정될 수 있다는 자기기관성의 원칙에 의해서도 뒷받침된다고 할 수 있다.

그에 따라서 2001년 연방대법원은 조합의 채무 이외에 조합원이 채무를 부담하는 근거와 관련해서 기존의 이중책임이론을 탈피하여 부종성이론을 따르고 있다. 연방대법원은 상법 제128조를 유추적용하여 조합의 채무에 대하여 조합원은 법률의 규정에 따라서 인적 책임을 진다고 보았다. 다시 말해 조합원이 인적 채무를 부담하는 것은 조합원의 지위에서 비롯되며, 조합원의 인적 채무는 결국 조합의 채무에 종속되어 있는 것(즉 부종성)이라고 이해한다.¹⁴⁷⁾ 아울러 판례는 개인으로서 또는 공동체의 형식으로 타인과의 거래를 하는 자는 그로부터 발생하는 채무에 대하여 자신의 모든 재산으로 책임을 지는 것이 마땅하다는 민사법의 원칙에도 부합된다고 한다.¹⁴⁸⁾ 즉 조합에게 권리능력이 인정되는 한 조합채무에 대해(약정채권이건 법정채권이건 관계없이) 조합만이 채무자가 됨이 원칙이지만, 조합원도 그에 대하여 책임을 지는 이유는 바로 법률규정의 취지에서 근거된다고 보는 것이다.

(2) 개정 민법: 조합채무에 대한 조합원의 인적 연대책임 규정의 신설

이와 같은 학설의 발전양상에 발맞추어 개정 민법은 명시적 규정을 새롭게 마련하여 그와 같은 기존의 학설대립 양상을 입법적으로 매듭짓고 있다. 즉 개정 민법은 조합채무에 대한 조합원의 책임에 대한 법적 근거를 마련함으로써(개정 민법 제721조), 그간 학설과 판례에서 다투어졌던 이론적 난맥상을 정리하였다. 이는 현행 상법이 규정하는 합자회사의 사원의 책임(상법 제128조)의 규정의 전례를 따른 것이다. 개정 민법 제721조는 앞서 소개한 것처럼 기존의 판례에 의하여 확립된 조합원의 인적·부종적 책임(*persönliche akzessorische Haftung der Gesellschafter*)의 법리를 입법화한 것으로 평가된다. 동조는 “조합원은 조합의 채무에 대하여 연대책무자로서

¹⁴⁷⁾ 자세한 설명으로 Saenger, GesellschaftsR, Rn. 194; 또한 조합에서(또한 인적회사도 같다) 조합원이 조합채무에 대하여 인적 책임을 지는 것은 바로 채권자를 보호하는 조합의 자본이 인정되지 않는 데에 대한 보상적 기능에서 찾는 것으로 Bitter/Heim, GesellschaftsR, 6. Aufl., 2022, § 5 Rn. 39.

¹⁴⁸⁾ BGHZ 142, 315 (319).

채권자에게 각자 개인적으로 책임을 진다.”고 명시적으로 이를 규정하고 있다. 아울러 동조에 따르면 “그와 달리 정한 때에는 이는 제3자에 대하여는 효력이 없다.”고 한다(제721조 2문).¹⁴⁹⁾ 이처럼 조합원의 책임 제한을 위한 근거가 개정 민법에는 규정되어 있지 않기 때문에, 이른바 유한책임조합(GbR mbH)은 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다(인적 무한책임). 다만 각 조합원은 채권자와의 특약을 근거로 책임을 제한할 수 있을 뿐이다.¹⁵⁰⁾

(3) 가입조합원과 탈퇴 조합원의 책임

가. 가입조합원의 책임

개정법은 또한 가입조합원의 책임에 대한 규정도 새로 마련했다. 개정 민법 제721조a가 그 내용을 정하고 있는데, 그에 따르면 기존의 조합에 새로 조합원이 된 자는 그가 조합원이 되기 전에 이미 성립한 조합채무에 대하여도 다른 조합원과 대등하게 제721조 및 제721조b에 따라 책임을 지게 된다.

나. 탈퇴조합원의 책임

또한 조합원이 탈퇴할 경우 탈퇴조합원의 책임에 대한 명확한 기준도 새롭게 마련하고 있다. 우선 새로 마련 개정 민법 제728조b 제1항 제1문은 조합원이 탈퇴한 때에도 탈퇴 당시까지 성립된 채무에 책임을 진다는 법적 근거를 제공하고 있다. 다만 탈퇴조합원이 책임의 대상이 되는 조합채무는 조합원이 탈퇴한 후 5년이 도과되기 전에 그의 변제기가 도달한 채무에 국한된다고 한다.¹⁵¹⁾ 또한 탈퇴조합원의 책임이 인정되기 위해서는 조합원에 대한 청구권이 민법 제197조 제1항 제3호 내지 5호에 기재된 양식으로 확정되었거나(이는 집행권원있는 청구권을 의미함) 또는 법원 또는 관공서의 강제집행 행위가 실행되었거나 신청된 경우를 전제한다. 다시 말해

149) 조합의 권리능력을 인정하는 프랑스 민법도 조합채무에 대한 조합원의 보충적 책임을 규정하고 있다고 한다(프랑스 민법 제1858조 참조). Article 1858 c.C: Les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale(채권자는 소송으로 법인으로부터 변제를 받지 못한 때에 한해 조합채무의 변제를 구하는 소를 조합원에게 제기할 수 있다).

150) Bachmann, NJW 2021, 3073 [3075]; Mohamed, JuS 2021, 820 [825].

151) 따라서 조합채무가 이미 탈퇴하기 전에 성립되었다고 해도 그의 변제기가 조합원이 탈퇴한 후 5년이 지난 후에 도래하는 채무에 대하여는 탈퇴조합원이 책임을 지지 아니한다.

동조의 규정에 따른 탈퇴조합원의 추가책임의 요건사실로 ① 당해 채권의 만족을 위해 집행권원을 얻거나 강제집행절차가 개시될 것 ② 채무가 탈퇴 이전에 발생할 것 및 ③ 조합원 탈퇴 후 5년 이내 그의 변제기가 도달할 것을 들 수 있다. 주의할 것은 조합채무의 내용이 손해배상을 구하는 것일 때에는 제1문에 따른 탈퇴조합원의 책임 부담은 오직 계약상 또는 법률상의 의무위반에 따른 결과에 국한된다는 점이다(제2문 참조).

탈퇴조합원은 조합원의 탈퇴시점을 기준으로 5년 이내에 변제기가 도달한 조합채무에 대해서만 책임을 지므로 조합원의 탈퇴 시점을 어떻게 판단해야 하는지가 문제된다. 개정법은 그에 대한 기준을 제시하고 있는데, 동조 2항은 조합원의 탈퇴시기는 채권자가 조합원의 탈퇴에 대하여 인식하였거나 조합원의 탈퇴가 등기된 시점을 기준으로 기산된다고 규정한다. 그리고 이 시기의 중단 등에 대하여는 시효와 관련된 규정들을(독일 민법 제204조, 제206조, 제210조, 211조, 제212조 제2항 및 제3항) 준용한다고 규정한다.

(4) 조합원의 항변 사항의 규정

제721조b는 조합원의 항변을 규정하고 있다. 즉 동조는 제1항에서 채권자는 조합원을 상대로 조합채무의 이행을 구할 수 있으나 조합원은 자신이 아닌 조합에 의하여 제기될 수 있는 항변 내지 이의 사유를 가지고 채권자에게 대항할 수 있다고 규정한다. 그와 아울러 동조 제2항은 조합원은 채무의 속성에 비추어 볼 때 조합이 취소권 또는 상계권 또는 기타 형성권(예컨대 해제권)을 가지고 있어서 이행을 거절할 수 있는 정당한 사유가 있는 때에는 채권자의 이행청구나 강제집행에 대항할 수 있다고 정한다. 이는 보증채무에서 보증인이 주채무자의 항변사유를 들어 보증채무의 이행을 거절할 수 있다는 종속성의 원칙의 법리를 반영한 것이다. 또한 조합의 권리능력을 인정하는 이상 조합이 조합채무에 대하여 책임을 지며, 법정책적인 이유로 조합원이 부가적으로 책임을 진다는 책임구조의 당연한 반영이라 할 수 있다.

(5) 구상관계

이처럼 채권자가 조합원을 상대로 책임을 묻는 경우 조합원은 조합의 채무를 변제해야 되는데 이 경우 조합원이 조합을 상대로 어떻게 구상을 할 것인가도 문제될

수 있다. 이와 관련해서 조합원이 조합을 상대로 구할 수 있는 비용상환청구권에 대하여 법적 근거를 마련하고 있는 개정 독일 민법 제716조 제1항을 참고할 수 있다. 그에 따르면 “어느 한 조합원이 조합을 위해서 사무처리를 위한 목적으로 비용을 부담하거나 - 당해 비용이 구체적 사정에 비추어 필요한 것으로 볼 수 있는 한 -, 또는 사무처리의 결과로 직접적으로 손실을 입게 된 때에는 조합을 상대로 그에 대한 배상을 청구할 수 있다.”고 한다. 아울러 필요비의 상환과 관련해서 조합원이 요청할 때 조합은 이를 선급할 수 있다고 한다(동조 제2항). 따라서 이 조항을 법적 근거로 하여 조합의 채무자에게 변제한 조합원은 조합을 상대로 구상을 할 수 있게 된다.¹⁵²⁾

그와는 달리 조합원들 상호 간에는 연대채무관계에 있으므로, 어느 조합원 1인이 당해 채무를 이행한 때에는 연대채무의 법리에 비추어 구상관계가 결정된다고 한다. 다시 말해 조합채무를 변제한 조합원은 다른 조합원들에 대하여 독일 민법 제426조 제1항 및 제2항에 따라서 구상할 수 있다.¹⁵³⁾ 결국 조합채무를 변제한 조합원은 조합과 다른 조합원을 상대로 각각 법적 근거를 달리하여 구상할 수 있다. 따라서 이들 구상권 상호간의 관계는 부진정연대채무관계의 관점에서 접근할 수 있을 것이다.

(6) 강제집행 관련

채권자가 조합 또는 조합원에 대하여 강제집행을 하기 위해서는 우선 승소판결 다시 말해 집행권원이 필요하다. 이와 관련해서 기존의 독일 민사소송법 제732조가 규정하고 있는데, 민법 제705조에 따른 조합의 조합재산에 대한 강제집행을 위해서는 채권자는 조합원 전원을 상대로 승소판결을 받아야만 했다. 그러나 조합의 권리능력을 인정하고 조합재산의 합수성의 구속을 폐지한 개정법에서는 현행 민사소송법 제736조는 그 존립의 의미를 상실하여 폐지하였다.¹⁵⁴⁾

¹⁵²⁾ Wertenbruch, JZ 2023, 78 [84].

¹⁵³⁾ aaO.

¹⁵⁴⁾ 그와 아울러 강제집행과 관련 민사소송법의 해당 법규정의 개정도 피할 수 없게 되었다. 조합재산에 강제집행하기 위해서는 조합원 전원을 피고로 하는 판결이 필요하다고 규정하고 있는 기존의 민사소송법 제736조는 폐지되었고 새로운 내용의 조항이 마련되었다. 새로 개정된 독일 민사소송법 제736조는 등기된 조합을 원고 또는 피고로 하는 강제집행절차와 등기되지 아니한 조합을 원고 또는 피고로 하는 강제집행절차와의 관계를 규정하는 것으로 새로 마련되었다. 즉 동조에 따르면 전자의 강제집행절차(등기된 조합을 원고 또는 피고로 하는 집행권원이 문제되는 경우)가 등기되지 아니한 조합에 대하여도 적용되는 경

이에 대하여 개정 민법 제722조가 조합재산에 대하여 강제집행을 하기 위한 요건을 규정하고 있다(민사소송법이 아닌 민법에 규정하고 있음이 특징임). 동조 제1항은 조합의 재산에 대하여 강제집행하기 위해서는 조합을 상대로 하는 집행권원이 필요함을 규정한다. 따라서 채권자가 조합원이 아니라 조합을 상대로 승소판결을 받을 것이 전제된다. 또한 동조 제2항은 조합에 대한 집행권원은 조합원에 대한 강제집행에 적용되지 아니한다고 규정하여 조합을 상대로 하는 채권의 강제집행과 조합원을 상대로 하는 강제집행은 서로 별개라는 점도 강조하고 있다. 이는 조합의 채무와 조합원의 채무를 엄격히 구별하고 있음에 따른 당연한 결과라 할 것이다.

7. 법인격 없는 사단에 대한 규정의 개정

(1) 개정법의 의미

2023. 12. 31.까지 효력을 가지는 현행 민법 제54조 제1항은 “권리능력 없는 사단에는 조합에 대한 규정들이 준용된다. 권리능력 없는 사단의 제3자에 대하여 행하여진 법률행위에 대하여는 행위자가 인적 책임을 진다. 수인이 행위를 한 경우에는 연대하여 책임을 진다.”고 규정하고 있다. 그러나 연방대법원이 지난 2001년 “Weißes Ross” 사건에서 외적 조합의 권리능력과 당사자능력을 인정한 이래 동조의 해석과 관련해서 혼란이 야기되었다. 즉 동법 제5조 1항에 따라 등기되지 아니한 사단에는 조합의 규정이 준용되는데, 조합의 권리능력이 인정되는 것으로 해석되는 이상 동조가 정하는 ‘권리능력 없는 사단’ 에게도 결과적으로 권리능력이 인정되는 해석상 모순적인 결과에 이르게 되었다. 이와 같은 개념상의 혼란의 근본적 원인은 지금까지의 사단법의 체계를 살펴볼 때 자연인 이외에 법인으로 인정되는 등기된 사단만이 권리능력을 가진다는 점에 있다고 본다.¹⁵⁵⁾

그러나 이번 개정으로 ‘권리능력 없는 사단’ 대신 ‘법인격 없는 사단’이라는 표현을 하고, 법인격 없는 사단이란 등기를 하지 아니한 사단을 칭함을 명정하고 있다. 아울러 이들에게는 유형별로 권리능력이 인정될 수 있는 제도를 마련하였다(특히 영

우로 ① 집행권원에 거론된 조합의 명칭, 사무소 또는 주소가 등기부에 등록된 조합의 그것에 일치한 때(동조 제1호) 및 ② 집행권원에 제시된 조합원이 조합등기부에 등기된 조합원과 일치한 때(동조 제2호)를 규정한다.

¹⁵⁵⁾ Wertenbruch, JZ 2023, 78 [87].

리목적으로 설립되었으나 아직 법인격을 얻지 못한 사단에 대하여 조합의 규정을 준용한다는 개정 민법 제54조 제2문 참조). 새로 마련된 이 조문이 가지는 실천적 의미는 지금까지 혼용되어 사용되었던 <권리능력 없는 사단>과 <법인격 없는 사단>을 명확히 하여 권리능력 유무가 아니라 법인격의 유무에 비추어 사단을 구별하고 있다는 점이다. 아울러 사단의 실체를 갖추고 있으나 아직 법인격을 가지지 않은 경우에도 사단의 유형에 따라서 권리능력을 인정할 수 있는 여지를 마련해 주고 있다.

(2) 개정법의 구체적 내용

가. 법인격을 얻지 아니한 비영리사단의 경우

개정 민법 제54조는 <법인격 없는 사단>이라는 표제 하에 제1항에서 “영리목적의 영업활동을 목적으로 하지 아니하고 법인등기부에 등기를 통해 법인격을 얻지 아니한 사단에 대하여는 민법 제24조 내지 제54조가 준용된다. 영리목적의 영업활동을 추구하고 있으나 국가로부터 법인격을 취득하지 아니한 사단에 대하여는 조합에 대한 규정들이 준용된다.”고 규정하고 있다.¹⁵⁶⁾ 아울러 동조 21항은 “법인격 없는 사단의 명의로 제3자에 대하여 행해진 법률행위에 대하여는 행위자가 인적으로 책임을 진다. 수인이 법률행위를 한 때에는 연대책임을 진다.”고 규정하여 사단 자체(또한 이사) 뿐만 아니라 당해 법률행위를 한 자도 책임을 질 수 있음을 명정하고 있다.

따라서 아직 등기를 갖추지 못해 법인격이 인정되지 않더라도 독일 민법 제24조 내지 제53조가 준용되기 때문에 비영리사단에게는 목적의 범위 내에서 권리능력이 인정될 수 있다.¹⁵⁷⁾ 그러므로 비영리법인의 이사의 책임제한의 법리를 규정하는 현행 독일 민법 제31조도 등기되지 아니한 비영리사단에게 적용될 수 있는 길이 열리게 되었다. 또한 이를 위해서 민사소송법 제50조도 개정하였다. 당사자능력을 규정하고 있는 현행 독일 민사소송법 동조 제2항은 “권리능력 없는 사단은 원고가 될 수도 있고 피고가 될 수도 있다. 법적 다툼에서는 사단은 사단법인의 지위를 가진다.”고 규정하고 있으나, 이번 개정으로 동조 제2항을 삭제하고 당사자능력에 대한

156) 현행 독일 민법 제54조는 <권리능력없는 사단>이라는 표제하에 “권리능력 없는 모든 사단에는 조합에 관한 규정이 준용된다. 그와 같은 사단의 이름으로 제3자를 상대로 이루어진 법률행위로부터는 행위자 본인이 직접 인적 책임을 진다; 다수인이 행위를 한 때에는 연대책무자로서 책임을 진다.”고 규정하고 있다.

157) 법인격 없는 단체의 권리능력이 인정되는 예시이다. BT-Drucks. 19/27635, S. 123 f.

민사소송법 제50조를 “권리능력 있는 자는 당사자능력이 있다.”고 간명하게 규정했다. 앞으로는 법인격 없는 사단에게도 권리능력이 인정되는 이상 당사자능력이 인정된다.

또한 개정 전에는 조합법의 규정이 준용된 결과 비법인 비영리사단의 채무에 사원이 인적채무를 부담하였으나, 개정 이후에는 조합법 규정 대신 사단법인에 대한 규정이 준용되기 때문에 사원은 더 이상 그에 대한 책임을 지지 않게 되었다.¹⁵⁸⁾ 아울러 사단법인에 대한 규정이 준용되는 결과 법인격 없는 비영리사단에게 부동산등기능력도 인정될 수 있으므로, 당해 사단의 명의로 등기할 수 있게 되었다.¹⁵⁹⁾

나. 법인격을 얻지 아니한 영리목적의 사단

영리추구를 목적으로 설립되었으나 아직 국가로부터 허가(Konzessionierung) 등을 받지 않아 법인격을 가지지 아니한 사단에는 앞으로 조합에 대한 규정이 준용된다고 한다(개정 민법 제54조 제1항 제2문 참조).¹⁶⁰⁾ 조합에 대한 규정이 준용되기 때문에(예컨대 독일 민법 제707조) 비록 법인으로 인정된 것은 아니지만 영리목적으로 설립된 사단은 조합등기부예의 등기를 할 수 있음을 유의해야 한다.

다. 행위자책임의 규정

새로 마련된 독일 민법 제54조 제2항은 제3자를 상대로 법인격 없는 법인의 명의로 이루어진 법률행위가 있을 때에는 그로부터 발생하는 당해 법률행위를 한 자도 인적 책임을 진다고 규정한다. 이는 일종의 법정책임으로서 설립된 사단이 영리이건 비영리이건 관계 없이 성립한다. 행위자가 수인인 때에는 연대채무자로서 책임을 진다. 이 책임은 권리능력이 인정되는 대가로 규정된 것이라고 이해된다.¹⁶¹⁾

8. 내적 조합에 대한 규율의 간이화

개정법은 권리능력이 인정되지 아니하는 내적 조합에 대한 자세한 규정을 마련하

¹⁵⁸⁾ Wertenbruch, JZ, 2023, 78 [88].

¹⁵⁹⁾ Wertenbruch, JZ, 2023, 78 [88].

¹⁶⁰⁾ 다만 민법 규정의 조합 편 뿐만 아니라 사단이 상행위를 하기 위한 목적으로 설립된 때에는 합자회사(OHG)의 규정이 적용될 수 있다고 한다. Wertenbruch, JZ, 2023, 78 [88].

¹⁶¹⁾ Wertenbruch, JZ, 2023, 78 [88].

는 대신에 주요 사항 별로 외적 조합에 대한 해당 규정들을 준용하는 형식을 채용하여 규정한다(개정 민법 제740조 이하 참조). 내적 조합에서는 거래에 참여가 전제되어 있지 아니하기 때문에 외부적 관계는 처음부터 고려되지 아니하며, 그렇게 때문에 제3자에 대한 조합 자체의 책임 문제가 제기될 수 없음은 물론이다. 조합원 전원이 조합계약으로 거래에 참여할 것을 공동으로 합의한 때에 인정되는 외적 조합과는 달리, 내적 조합에서는 거래에의 참여 없이 조합원들 사이에서 추구되는 목적 달성만이 핵심이 되며, 그에 따른 내적 사무의 집행의 부담의 문제만이 제기되기 때문이다. 따라서 내적 조합의 경우 업무를 집행할 권한이 있는 조합원이 제3자와 거래를 하더라도 이는 조합의 업무집행에 해당하지 아니하고 당해 조합원 자신의 고유한 법률행위이다. 따라서 그에 대하여는 조합이 아니라 당해 사무를 처리한 조합원 개인의 채무가 문제될 따름이다.¹⁶²⁾

IV. 비교법적 의미와 평가: 맺음 말에 같음하며

1. 인적회사법의 구조의 비교 개관

이상과 같이 독일 개정 조합법의 주요 내용과 체계를 개관하는 일은 우리 민법의 조합의 규정의 해석과 관련 문제의 해결, 나아가 입법론에 어느 정도 시사점을 줄 것으로 생각한다. 특히 조합법을 중심으로 마련된 인적회사에 관한 단체법의 구성 원리를 깊이 생각할 수 있는 계기를 준다는 점에서 의미가 있다. 특히 이번 개정의 가장 큰 특징은 바로 외적 조합에 대한 권리능력을 인정한 점을 들 수 있는데, 이는 민법의 인법의 체계와 관련해서도 고려할 수 있는 중요한 쟁점들을 시사하고 있다. 비교법적 측면에서 조합에게 정면으로 법인격과 권리능력을 인정하는 명문의 규정을 두고 있는 입법례도 있으나(프랑스), 이번 독일 개정법은 법인격을 인정하지 않음에도 조합의 권리능력을 인정하는 입법방식을 취하고 있기 때문이다.

¹⁶²⁾ Windbichler, GesR, § 2 Rn. 13. Windbichler 교수는 내적 조합의 어느 조합원이 부동산을 구입하는 행위는 그가 다른 조합원들에게 부담하는 조합계약상의 의무의 이행으로만 평가될 수 있으나, 이를 두고 내적 조합 자체가 당해 부동산을 구입하는 것으로 이해할 수 없다고 설명한다.

우리법은 조합의 법인격과 권리능력을 인정하지 않고 있으나, 조합의 성격을 가진 인적회사인 합명회사나 합자회사의 법인격과 권리능력을 인정한다(우리 상법 제169조 참조). 그러나 독일에서는 같은 유형의 인적회사에게 법인격을 인정하지 아니하면서도 권리능력이 있음을 명문으로 규정하고 있는데, 이번 개정법에서 조합에 대하여도 마찬가지로 그와 동일한 형식으로 권리능력을 인정하고 있다. 이를 기반으로 인적회사의 전반에 걸친 권리능력과 사원(조합원)의 책임의 체계를 통일적으로 새롭게 규정하였다. 이처럼 인적회사의 경우 법인격의 부여 없이 권리능력을 인정하는 독일 단체법 체계의 이론적 근거를 살펴볼 필요가 있을 것이다. 이는 우리 조합법의 체계와 구조의 이해에도 도움이 될 수 있다고 생각하기 때문이다.

2. 독일 민법의 인법의 체계와 인적회사의 권리능력

(1) 법인격과 권리능력의 일체성/분리

우리 민법이건 독일 민법이건 민법의 총칙편에 “인”(Personen)을 규정하고 있는데, 여기서는 인격자 또는 법인격이 문제된다.¹⁶³⁾ 우리 민법이나 독일 민법이나 우리 민법 모두 예외 없이 법인격을 가진 존재로 자연인과 법인을 들고 있다. 법인격을 가지는 존재인 자연인과 법인은 자율적인 의사결정을 통해 타자와의 법적 관계를 형성할 수 있는 자유를 가지며, 그로부터 발생하는 권리와 의무를 향유하는 주체가 된다(권리주체성). 아울러 이들은 타자에 대하여도 스스로 책임을 지는 법적으로 인정

¹⁶³⁾ ‘인’(Personen)은 본래 그리스 연극에서 주인공들이 배역에 맞게 가면을 쓰고 등장했다는 의미를 말하는 단어 *persona*에서 왔다고 한다. 따라서 ‘법인’으로 번역되는 개념인 <Rechtsperson>은 권리와 의무의 귀속을 둘러싼 법률관계가 전개되는 무대의 주인공, 즉 권리주체로 등장할 수 있는 개념으로 파악해야 한다. 따라서 법인격이 부여된 ‘인’(Rechtspersonen, 즉 인간과 법인)은 당연히 권리주체가 될 뿐만 아니라, 법률관계에서 발생하는 권리와 의무를 당연히 향수하는 일반적인 자격을 가지는 존재라고 볼 수 있다. 같은 취지로 Klingbeil은 법인격이 부여되어 있는 존재(인간, 법인)의 특징의 요소로 권리와 의무의 귀속이 될 수 있는 자격, 사고 및 인식과 책임감을 가지는 실체를 가지면서 활동할 수 있는 법적 주체성, 인격권, 성명 등을 제시하면서 다음과 같이 강조한다. “법인은 권리와 의무를 법적으로 가질 수 있는 보유자(담지자)인데, 이처럼 권리의무를 가지는 존재가 생활하는 공간은 법적인 실체로 인정된 신체(Körper: 법인의 경우 조직과 기관)이며, 법률로 정하는 기관을 통해 법적인 행동(적극적, 소극적)을 통해 법적 주체로서 스스로 행동을 하는 방법을 통해 자신의 법인격(Rechtspersönlichkeit)을 형성시킨다.” 그에 대한 자세한 내용으로 Klingbeil, AcP 217 (2017), 849 [871 f.].

되는 존재라 할 수 있다. 이처럼 인간이 법인격을 가짐은 의심할 여지가 없다. 인간 이외에 법인격이 인정되는 것으로 민법이 정하는 사단법인과 재단법인 및 상법상의 회사 그리고 특별법에 의해서 법인격이 인정되는 단체(본질은 조합이지만 법률이 법인격을 인정하는 경우가 많음) 등을 들 수 있다. 이처럼 법인격을 가지는 단체는 구성원의 인격과 운명으로부터 독립된 존재가 인정되어야 하고, 자유로운 의사결정을 이를 실행하는 조직과 설비를 갖추어야 하며, 그에 따른 권리와 의무의 귀속능력이 인정될 수 밖에 없으며, 거래 상대방의 보호를 위한 충분한 책임재산이 보장되어야 하는 것과 같은 특징이 있다.

이번 조합법 개정의 가장 큰 특징은 법인격이 없는 단체인 조합과 사단에 대하여 권리능력을 인정하는 법적 근거를 마련했다는 데에 있다. 이를 일반화시켜 살펴본다면 조합과 비법인사단을 둘러싼 단체법에서 제기되는 법인격과 권리능력의 문제에 수렴해서 접근할 수 있다(외적조합에 대하여는 개정민법 제705조 제2항; 비법인사단에 대하여는 개정 민법 제54조 참조). 또한 인적회사가 아니면서 법인격이 없으면서도 권리능력이 인정되는 단체로 독일의 주택소유법(WEG; 우리 집합건물법에 유사한 법률임)에 따라 인정되는 주택소유자공동체(Gemeinschaft der Wohnungseigentümer)를 들 수 있는데, 여기서도 마찬가지다. 독일 주택소유법 제9조a 제1항은 주택소유자공동체는 권리와 의무를 가진다고 규정하고 있기 때문이다(독일 주택소유법 제9조a).¹⁶⁴⁾ 독일 단체법은 결국 법인격이 인정되지 아니하여 민법상의 “인”으로 볼 수 없는 단체도 권리와 의무를 가질 수 있다는 특징을 가지는 규범의 체계를 가진다. 아울러 외적 조합의 권리능력의 문제는 또한 합수성의 원칙을 규정한 현행법의 규정을 삭제하고 조합재산은 조합에게 속한다고 규정하는 태도의 결과를 중심으로 논의되는 합수적공동체의 폐지의 논의도 동일한 선상에서 검토될 수 있다. 이를 둘러싼 입법을 두고 다음과 같은 논란이 제기되고 있다.¹⁶⁵⁾

164) 독일 주택소유법(WEG)에 따른 주택소유자공동체는 우리 집합건물법상의 관리단에 상응되는 단체를 의미한다. 동법 제9조a 이하의 조항들은 “권리능력있는 주택소유자공동체”(Rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer)의 목차로 포괄되어 규정되어 있다. 이는 지난 2020년 주택소유법 개정으로 새로 마련된 것인데, 주택소유자공동체에 대하여 연방대법원이 부분적 권리능력을 인정한 판례의 법리를 입법으로 받아들인 것으로 평가된다.

165) 전통적으로 민법의 규정하는 “인”만이 권리능력을 가지고 따라서 권리주체가 될 수 있다고 인식되는데, 법인과는 달리 인격자로 볼 수 없는 인적결합체에 불과한 조합체가 권리능력을 가진다는 결과는 개념의 혼란을 가져온다는 비판이 제기되고 있다. Beuthien 교수는

(2) 권리능력 개념의 상대화

이와 관련해서 합자회사의 권리능력을 규정하는 현행 독일 상법 제124조의 해석과 관련해서 권리능력의 상대화(또는 부분적 권리능력)가 논의되었다. 현행 독일 상법 124조는 제1항에서 “합명회사는 자신의 상호로 권리를 취득하고 의무를 부담할 수 있고, 토지에 대하여 소유권 및 기타 물권을 취득할 수 있고, 소송당사자가 될 수 있다.”고 규정하고, 제2항에서 “회사의 재산에 대한 강제집행을 위해서는 회사를 상대로 하는 집행권원이 필요하다.”고 규정하고 있다. 이조항은 소위 부분적 권리능력의 근거로 원용되었는데, 동조의 해석론을 살펴볼 필요가 있다. 우선 합명회사는 우리나라와는 달리 독일에서는 법인격이 인정되지 아니한다. 이처럼 동조가 법인격이 없음에도 합명회사 자체에게 권리능력이 인정하고 있음은 법인격이 인정된 단체의 상황과는 매우 다르다. 다시 말해 합명회사와 같은 인적회사의 구조를 결과의 측면에서 살펴보면, 권리의무관계는 인적회사 자체가 아니라 구성원 각자에게 최종적으로 귀속된다. 따라서 법인격이 없는 합명회사가 상법 제124조가 정하는 일정한 권리를 행사하는 것은 법인격 있는 단체가 자신의 고유한 권리를 행사하는 것과는 매우 다르다. 즉 합명회사가 자신의 명의로 권리를 행사하는 것은 단체로 결합된 본래의 권리의 주체인 사원(구성원) 전원의 권리를 자신(즉 인적회사)의 이름으로 행사하는 권한을 부여받은 것을 전제로 하기 때문이다. 따라서 여기서는 타인의 권리를 자신의 명의로 행사하는 소송신탁과는 달리, 사원 전원의 고유한 권리가 일체로 결합된 상태에서 인적회사의 명의로 행사되는 것이다.¹⁶⁶⁾ 바로 이 측면에서 법인격 없는 인적결합체에 불과한 단체이지만 권리와 의무의 귀속주체로 인정되는 근거를 찾을 수 있다고 한다. 따라서 법인격을 부여받은 단체의 권리능력과 그렇지 아니한 단체에게 인정되는 권리능력은 동등한 차원에서 판단할 수 없다고 한다.¹⁶⁷⁾

이점에서 우선 법인격과 권리능력은 원칙적으로 서로 분리해서 바라볼 수 없는 성질이긴 하나, 법인격이 없음에도 불구하고 권리능력을 부여받은 조합과 같은 인적결합체는(Personenverband) 법인의 일반적 권리능력과는 달리 특정 법률관계에 국한

이를 (인법에서의) 기본개념의 혼란(Verwirrung der Grundbegriffe)이라고 표현하고 있다. Beuthien, NJW 2005, 855, 856 f.

¹⁶⁶⁾ Escher-Weingart, WM 2022, 2297 [2298].

¹⁶⁷⁾ Escher-Weingart WM 2022, 2297 [2300 ff.]. 동 저자는 이점에 착안해서 조합법 개정의 입법자가 독일 민법 제14조와 개정법상 새로 도입된 조합원의 부종적 책임의 원형인 독일 상법 제128조의 이론적 근거를 전혀 고려하지 아니한 입법의 태도에 비판적이다.

해서 권리능력을 예외적으로만 부여받을 수 있을 뿐이라고 본다는 점에 특징이 있는데, 이를 상대적 또는 부분적 권리능력이라고 부른다.¹⁶⁸⁾ 그러나 이처럼 권리능력의 개념에 대한 상대화에 토대를 두고 있는 부분적 권리능력은 실무상의 타당성임에도 불구하고 이론상으로 문제가 있다는 비판을 받고 있다.¹⁶⁹⁾ 다시 말해 권리능력의 개념을 상대화 내지 부분화시켜서 고찰하는 태도가 과연 정당할 수 있는가의 문제가 그것이다. 그렇다면 법인격이나 행위능력도 상대화해서 바라볼 수 있는가? 그러나 권리능력은 형식적이고 추상적인 개념으로 파악되는 이상 이를 계량화/상대화해서 판단할 수 있는 성질이 아니다. 법인격 없는 단체에게 인정되는 권리능력은 궁극적으로 법률 규정의 내용에 따라서 결정될 문제이기 때문이다(또는 해당 근거 법규가 흠결된 때에도 이는 법관의 법형성의 일반원칙에 따라서 가능할 것이다). 이처럼 법규정이 정하는 목적의 범위 내에서 권리능력의 구체적 내용이 결정되는 것은 또한 법인격있는 단체의 권리능력의 범위에서도 마찬가지이다. 따라서 법인격이 없지만 법률이 권리능력을 인정하는 단체에서도 당해 권리능력은 추상적/일반적 의미로 이해할 수 밖에 없다.

이번 개정으로 합명회사의 권리능력을 규정하고 있는 현행 독일 상법 제124조를 삭제하는 대신 상법 제104조 제2항을 신설하였다. 신설된 상법 제104조 제2항은 부분적 권리능력의 낚아채기를 주는 내용과 달리 “합명회사는 권리를 취득하고 의무를 부담할 수 있다.”고 규정한다. 이는 외적 조합의 권리능력에 대한 개정 민법 제705조 제2항의 규정의 내용과 형식면에서 동일하다. 또한 이와 유사한 규정형태는 독일 주택소유법(WEG) 제9조a가 인정하는 주택소유자공동체(Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer)의 권리능력에서도 찾아볼 수 있다.¹⁷⁰⁾

(3) 법인화

앞의 상대적 권리능력의 관점과는 달리 민법 제14조 제2항에 터잡은 개정법 제705조 제2항에 근거하여 조합에게 법인격이 없음에도 불구하고 권리능력이 인정되

¹⁶⁸⁾ 이를 잘 설명해 주는 우리 문헌으로 송호영, 법인론, 134면 이하.

¹⁶⁹⁾ 부분적 권리능력에 대해 우호적인 입장으로는 우선 송호영, 법인론, 참조할 것. 아울러 김세준, 민사법학 등 참조

¹⁷⁰⁾ 동조 제9조a는 “주택소유자공동체는 권리를 취득하고 의무를 부담할 수 있으며, 소송상의 당사자가 될 수 있다.”고 규정한다.

는 이유를 당해 인적회사가 사실상 법인과 같은 단체의 속성을 검유하고 있다는 점에서 찾을 수 있다는 견해도 있다(인적회사의 법인화). 예컨대 자연인 A, B, C가 외적 활동을 통해서 공동목적을 달성하기 위해서 인적결합체 D를 설립했다면, 각 구성원들이 결합된 상부에는 구성원들과 독립된 단체인(Verbandperson) D가 자리잡고 있는 것으로 볼 수 있고, 이는 결과적으로 사단과 같은 기능을 한다고 볼 수 있다. 따라서 제14조나 개정 민법상의 외적 조합, 상법상의 인적회사, 주택소유법 등의 주택소유자공동체 등과 같은 단체는 이런 속성을 구비한 것으로 법률이 권리능력을 부여한 것이라고 이해할 수 있다고 보는 것이다.¹⁷¹⁾ 이러한 시도는 앞서 말했듯 권리능력이 인정되는 조합과 관련해서 사실상 법인성을 인정하는 태도와 일맥상통한다.¹⁷²⁾ 즉 조합원의 인적 개성과 인격에 영향을 피할 수 없는 조합과 같은 단체의 속성상 비록 그 자체가 사단법인처럼 독립된 것으로서 자체적으로 존속하는 것은 아니나, 사람들이 각자 공동목적을 위해서 협력하는 형태로 단체를 형성하는 모습은 단순한 내부적 결합관계로부터 시작하여 본질은 인적회사이지만 실질은 거의 사단 법인에 가까운 경우까지 그 스펙트럼이 넓다. 그 중 특히 거의 회사와 같이 대규모의 거래와 장기간의 존속 및 조합원의 변동에도 불구하고 당해 단체가 사실상 계속 존속한다는 점을 볼 때, 그리고 의사결정과 책임의 구조가 사실상 사단(법인)과 유사하게 형성되어 있는 인적결합체는 더 이상 함수적 공동체의 단계에 머물고 있다고 보기 어렵고 오히려 법인과 매우 유사하다고 볼 수 있다고 한다.

(4) 소결

이처럼 독일 개정 조합법이 외적 조합의 권리능력을 인정하지만 법인격을 인정하지 않고 있고, 마찬가지로 인적회사법 전반에 걸쳐서 동일한 입법의 형태를 취하는 독일 단체법의 해석을 두고 위와 같은 논의는 불가피하게 전개될 수 없을 것이다. 그러나 우리법의 해석론에 위와 같은 논의가 도움이 되는지는 재고를 요한다. 우선 우리 실정법 규정의 체계에서는 조합에는 법인격도 권리능력도 인정되지 않지만, 그

¹⁷¹⁾ Klingbeil, AcP 217 (2017), 849 [872]. 이러한 논증은 특히 집단주의이론에 따른 것임을 밝히고 있다. 반대로 이와 같은 단체인의 속성이 없는 단순한 합유공동체에서는 법인성은 배제된다고 한다(Klingbeil, 같은 논문, 876면 참조).

¹⁷²⁾ Klingbeil, AcP 217(2017), 848 [871 ff]; 같은 취지로 Kindler, ZfPW 2022, 409 [412]; Bauermeister/Grobe, ZGR 2022, 733[749, 779]

와는 달리 인적회사인 합명회사와 합자회사의 법인격을 인정하고 있기 때문이다. 또한 실질상 조합인 단체에 대하여 특별법으로 권리능력이 아니라 법인격을 인정하는 입법형식을 택하고 있는 것도 함께 고려할 수 있는데,¹⁷³⁾ 특별법으로 법인격이 인정되는 이런 유형의 단체와 관련해서 조합원 또는 사원을 상대로 채권자가 직접 책임을 물을 수 있도록 제도가 마련되어 그 구조는 인적회사(합명회사, 합자회사)의 경우와 동일하다.¹⁷⁴⁾

그러나 예컨대 외적 업무활동을 주요 사업목적으로 하는 조합과 관련해서 독일의 최근 입법동향은 어느 정도 시사점을 제공할 수 있을 것이다. 즉 공동목적을 달성하기 위해서 여러 사람들이 공동체를 결성한 때 그 단체성의 정도를 일의적으로 결정할 수 없기 때문이고, 인적결합관계의 스펙트럼은 사적자치의 원칙에 비추어 볼 때 구성원의 영향과 관련해서 볼 때 매우 다양한 양상으로 전개되기 때문이다. 즉 단순한 지분적 공동체로부터 구성원의 운명에 영향을 받은 인적공동체를 넘어 구성원의 인격과 사실상 독립된 사단에 이르기까지 매우 넓은 점에서 독일 개정법이 취하는 입법태도는(내적조합과 외적조합의 분리, 권리능력의 인정, 조합등기의 도입 등) 조합을 중심으로 하는 단체의 본질을 파악함에 도움이 된다고 할 것이다.

입법자가 밝힌 것처럼 이번 독일 조합법 개정은 획기적인 변화를 추구하기보다는 현실에 부합되면서 기존의 법제와의 조화를 위한 목적으로 하고 있다. 이점에서 외적 조합의 본질에 대하여 사실상 법인과 같다는 주장이 강력히 제기됨에도 불구하고

173) 농어업경영체 육성 및 지원에 관한 법률에 따른 영농조합 등에 대하여 성질상 조합이지만 법률이 법인으로 규정하는 경우도 있다(동법 제16조 제8호 참조). 이와 관련된 대법원 판결례로 예컨대 대법원 2018. 5. 15. 선고, 2017다50068 판결 참조.

174) 앞서 인용한 판결례는 영농조합과 관련해서 영농조합의 채권자는 각 조합원에게 채무의 이행청구를 할 수 있음을 명시적으로 밝히고 있다. 즉 대법원 2018. 5. 15. 선고, 2017다50068 판결은 “이러한 규정 내용과 어떤 단체에 법인격을 줄 것인지 여부는 입법 정책의 문제라는 점 등을 종합하여 보면, 구 농어업경영체법은 영농조합법인의 실체를 민법상의 조합으로 보면서도 협업적 농업경영을 통한 농업생산성 향상 등을 도모하기 위하여 일정한 요건을 갖춘 조합체에 특별히 법인격을 부여한 것이라고 이해된다. 따라서 영농조합법인에 대하여는 구 농어업경영체법 등 관련 법령에 특별한 규정이 없으면 법인격을 전제로 한 것을 제외하고는 민법의 조합에 관한 법리가 적용된다. 그런데 영농조합법인의 채권자가 조합원에 대하여 권리를 행사하는 경우에 관하여는 구 농어업경영체법 등에 특별히 규정된 것이 없으므로 민법 중 조합에 관한 법리가 적용되고, 결국 영농조합법인의 채권자는 민법 제712조에 따라 그 채권 발생 당시의 각 조합원에 대하여 당해 채무의 이행을 청구할 수 있다.”고 판시한다. 같은 취지로 또한 대법원 2018. 5. 15. 선고, 2017다49044 판결; 아울러 조합채무에 대한 조합원의 책임을 인정한 사안으로 특히 대법원 2018. 4. 12. 선고, 2016다39897 판결 참조.

고(그 정당성과 이론적 타당성을 차치하더라도) 이번 독일 개정은 거기까지 이르지 못하고 있다. 개정법의 입법자는 프랑스 민법과 같이 조합에 대해 법인격을 부여하는 것과 같은 획기적인 방향전환을 선택하지 않고 기존의 판례의 법리에 따라 형성된 해석론을 충실하게 입법에 반영했다고 평가해 볼 수 있다.

3. 인적회사법 전체의 통일적 규율의 관점

앞서 소개한 것과 같이 이번 조합법의 개정은 민법의 조합 규정에만 국한되는 것이 아니다. 다시 말해 민법의 조합편의 개정은 인적현대화법의 제정의 일환으로 이루어진 것이며, 그에 따라 인적회사와 관련된 제반 법률의 주요 내용을 일목요연한 체계로 통폐합하여 규정하는 태도를 취하고 있다. 중요한 것은 인적회사의 가장 전형적 유형과 조직 및 구성 등에 대한 핵심적 사항을 민법에 완전히 새롭게 규정하였으며, 이를 특별법(상법이나 전문직의 동업관계법 등등)에 적용되도록 하여, 그야말로 민법의 조합법을 핵심축으로 인적회사의 체계를 재편하고 있다는 점이다.

눈을 돌려 우리의 법의 현황을 살펴보면 독일과는 매우 다르게 입법의 체계가 형성되어 있음을 쉽게 알 수 있다. 인적회사의 기본형태를 정하는 조합에 대한 민법의 제반 규정과 상법에서 조합의 형태로 규정되어 합자조합과 법인격이 인정되는 합명회사, 합자회사는 그 실질은 바로 합수적 성격이 강한 인적 결합체(Personenverband)이라는 점에서 공통된다. 그러나 이들 유형에 속하는 각 단체에 대하여 법인격과 권리능력을 인정하는 양상은 매우 불규칙적이다. 따라서 인적회사의 전체계에 규범조화적인 입법이 마련될 필요가 있다. 핵심은 바로 다양한 형태의 조합의 유형 중에서 어떤 사안유형을 구체화해서 권리능력을 제도적으로 어떻게 마련할 수 있는가이다. 독일의 입법례에 따를 수도 있을 것이고, 민법에 이러한 유형의 조합을 법인으로 규정하는 프랑스의 입법례에 따를 수도 있을 것이다. 다만 민사법 전체계의 정합성을 추구한다면 우리 법제가 기왕에 인적회사인 합명회사와 합자회사의 법인격을 인정하고 있으므로, 조합법의 체계의 개정이 이루어진다면 이점도 충분히 감안해야 할 것이다. 그러나 이 경우에도 과연 인적회사의 법인격을 인정하는 현행 상법의 입법방식이 현실에 부합되는지는 신중한 재고를 요한다. 단체법의 근간으로서 기능하는 상법에서 자본회사인 주식회사의 활용 빈도가 인적회사의 그것보다 압도적으로 많기 때문이다. 그렇다면 중소기업과 소규모 구성원을 위해서 설계된 상법의 인적회사

의 규정이 거의 활용되지 아니한 이유도 함께 진지하게 검토해야 할 것이다.

독일의 개정법이 아직 시행되고 있지 않아서 구체적으로 앞으로 실무에서 개정작업이 어떻게 영향을 미칠 것인가 및 판례가 어떻게 새로운 법리를 마련할 것인가 등은 아직 확정된 바가 없고 예측하기도 어렵다. 그러나 이번 개정으로 민법편의 조합법의 전면적 개정을 통해 인적회사법 전체의 체계상의 통일을 기하고 있다는 점에서 우리 단체법의 이해에 많은 시사점을 제공해 준다고 할 수 있다.

참고문헌

1. 우리문헌

남기윤, 독일법에서 합수이론과 민법상 조합의 법인격인정에 관한 최근 논쟁, 저스티스 79호 (2004), 53면 이하.

윤주희, 독일의 개정 민법상 조합에 관한 소고, 민사법학 102호(2023), 43면 이하.

윤진수, 민법상 조합의 권리능력에 관한 독일의 동향, 법조 제72권 제1호(2023), 35면 이하.

송호영, 법인론, 제2판, 2015.

최윤석, 독일 인적회사법의 현대화에 관한 연구 - 우리 민법에 주는 시사점을 중심으로 -, 법학연구, 제43권 제2호, 전남대 법학연구소(2023). 63면 이하

2. 독일문헌

(1) 단행본

Koch, Jens, Gesellschaftsrecht,

Mock, Sebastian, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 2019.

Wilhelm, Alexander, Das Recht der Gesamthand im 21. Jahrhundert, 2021.

Schäfer, Carsten,, Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag, DJT-Gutachten, C.H. Beck, München, 2016

ders. (Hrsg.), Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022.

Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, ZGR-Sonderheft 23, 2021.

(2) 논문

Bachmann, Gregor, Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, in: NJW 2021, 3073 ff.

Bauermeister, Tabea/Grobe, Tony, Personen im Recht -über Rechtssubjekte und ihre Rechtsfähigkeit, in: ZGR 2022, 733 ff.

Beuthien, Volker, Zur Grundlagenungewissheit des deutschen Gesellschaftsrechts, in: NJW 2005, 855 ff.

ders., Die Gesamthand - was ist das eigentlich? - Die kühle Antwort des BGB -, in: ZGR 2019, 664 ff.

- Escher-Weingart, Christina, Die Rechtsfähigkeit der Personengesellschaft nach dem MoPeG - Was ist das eigentlich?, in: WM 2022, 2297 ff.
- Fleischer, Holger, Ein Rundgang durch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, in: DStR 2021, 430 ff.
- Habersack, Mathias, Modernisierung des Personengesellschaftsrechts - aber wie?, in : ZGR 2020, 539 ff.
- Hell, Patrick, Grundzüge und Moernisierung des Rechts der Gesellschaft bürgerlichen Rech(GbR), in; JA 2021, 12 ff.
- Kliebisch, René, Die Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts - Eine Fallstudie, ZJS 2011, 445 ff.
- Klingbeil, Stefan, Der Begriff der Rechtsperson, in: AcP 217 (2017), 848 ff.
- Martens, Sebastian A. E., Vom Beruf unserer Zeit für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts - Kritische Anmerkungen zum „Mauracher Entwurf“, in: AcP 2021, 68 ff.
- Mohamed, Jean, Die Reform des Personengesellschaftsrechts, in: JuS 2021, 820 ff.
- Pieronczyk, Marc-Christian, Der Mauracher Entwurf zur Reform des Personengesellschafts - worauf Studenten und Referendare vorbereitet sein müssen, in; JURA 2021, 53 ff.
- Röß, Simon, Die GbR nach dem MoPeG, in: NZG 2023, 401 ff.
- Schmidt, Karsten, Ein neues Zuhause für das Recht der Personengesellschaften, in: ZHR 185 (2021), 16 ff.
- Schulteis, Thomas, Das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach dem Regierungsentwurf zum Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz-MoPeg, in: GWR 2021, 112 ff.
- Staake, Marco, Die Gesamthand im Gesellschaftsrecht - sinnvolles Rechtsinstitut oder verzichtbares Relikt?, in: Recht und Wirtschaft, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2007, Boorberg, 2008, S. 109-143
- Stock, Lennart, Die gesellschaftsrechtlichen Voreintragungserfordernisse nach dem MoPeG, in : NZG 2023, 361 ff,
- Wertenbruch, Johannes, Das MoPeG - die Reform des Rechts der Personengesellschaften, in: JZ 2023, 78 ff.
- Westermann, Harm Peter, Zum Stand der Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, in: DZWIR, 2020, 321 ff.

【토론문】

“조합법 체계의 전환과 독일 민법의 개정”에 대한 토론문

안 경 록*

1. 교수님의 발표를 통해 인적회사의 현대화에 관한 법률(Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz: MoPeG, 이하 ‘인적회사현대화법’)을 이해하는 데에 많은 도움을 받았습니다. 존경과 감사의 말씀을 올리고자 합니다.
2. 연방관보(BGBl. I S. 3436)를 직접 살펴보니 인적회사현대화법은 130개 이상의 개별 법률을 개정하는 내용이었습니다. 아무리 종래의 학설과 판례를 반영한 것이라고는 하지만, 방대한 작업이었음은 분명한 것 같습니다. 짧은 시간이나마 교수님의 발표문을 참고하며 법률의 내용을 살펴본 저의 단상(斷想)은 다음과 같습니다.
 - 2-1. 우선 인적회사현대화법에는 해당 법률에 따라 개정될 법률 중 민법전(Bürgerliche Gesetzbuch)이 가장 앞에 열거되어 있는 것에 주목할 수 있습니다. 발표문 서두에서 소개하신 것처럼 독일에서는 민법상 조합에 관한 규율들이 인적회사의 근간을 이루고 있는 반면, 종래의 독일 민법전이 조합을 규율하는 데에 불충분하였거나 부적절하였음을 보여주는 것일 수도 있겠습니다.
 - 2-2. 또한 우리 민법의 조합규정은 민법 제정 당시 우리의 법의식과 사회 현실에 대한 충분한 고민 없이 로마법의 조합(societas) 이론을 게르만법의 합수적단체(Gemeinschaft zur gesamten Hand, Gesamthandgesellschaft) 이론으로 수정·보완한 것이라고 설명되어 왔는데,¹⁾ 역설적이게도 조합에 관한 우리의

* 대법원 재판연구관

규율은 독일의 규율과는 더욱 떨어진 것이 아닌가 하는 의문도 들었습니다.

3. 물론 조합에 관한 독일의 입법과 해석은, 그것이 비교의 대상이든 대조의 대상이든, 중요한 비교법적 가치를 갖는 것은 분명합니다. 결국 중요한 것은 우리에게 대한 시사점일 것입니다.

인적회사현대화법을 살펴보면, ① 민법상 조합을 독자적인 권리능력이 있는 조합(이른바 외적 조합)과 그렇지 않은 조합(이른바 내적 조합)으로 나누어 규율하면서 전자의 경우 조합 등기까지 할 수 있도록 정비한 것, ② 조합재산의 합수적 귀속에 관한 조항을 삭제한 것, 그리고 ③ 비법인사단에 관한 제54조를 정비하여 영리 목적 존부에 따라 준용 규정을 달리 지시하면서 영리 목적 비법인사단에 대하여는 조합에 관한 규정을 준용하도록 한 것에 주목할 수 있겠습니다.

이에 시야가 다소 경직된 실무가의 관점에서 교수님에게 이러한 ①~③의 내용에 관하여 고견을 청하고자 합니다. 일부는 다소 어렵고도 방대한 검토가 필요한 질의임을 잘 알고 있습니다. 간략히만 알려주셔도 고견을 소중히 간직하도록 하겠습니다.

- 3-1. 먼저 ① 인적회사현대화법의 핵심인 외적 조합의 권리능력 명문화에 관한 것입니다. 사실 인적회사현대화법 제정 이전부터 독일의 해석론에 영향을 받아 우리 민법상 조합의 권리능력이나 등기능력 등에 대하여 새로운 접근이 필요하다는 견해²⁾가 제기되어 왔었습니다. 조금 더 전향적으로 조합에 대하여 부분적으로나마 권리능력을 인정할 여지가 있다는 견해³⁾도 발견됩니다. 반면 해석론의 관점에서 조합의 권리능력을 인정하는 것은 불가능하고 다만 입법론적으로는 검토할 여지가 있다는 견해⁴⁾도 존재합니다. 이에 대하여 교수님은 평소 어떠한 생각을 갖고 계셨는지 궁금합니다.

- 3-2. 다음으로 ② 소유관계에 관한 것입니다. 우리 민법 제271조 제1항은 수인이

1) 민법주해 XVI, 채권(9), 박영사(1995), 2쪽(김재형 집필부분).
 2) 안성포, “민법상 조합의 권리능력과 당사자능력”, 비교사법 제22호(2003), 308쪽; 남기운, “독일법에서의 합수이론과 민법상 조합의 법인격인정에 관한 최근 논쟁”, 저스티스 제79호(2004), 72쪽 등.
 3) 김세준, “민법상 조합의 부분권리능력”, 민사법학 제86호(2019), 112쪽 이하; 류승훈, “민법상 조합에 대한 권리주체성 및 당사자능력의 인정과 관련하여”, 민사소송 제11권 1호(2007), 101쪽 이하 등.
 4) 윤진수, “민법상 조합의 권리능력에 관한 독일의 동향”, 법조 제72권 제1호(2023), 52~54쪽.

조합체로서 소유하는 형태를 합유로 규정하고 있습니다. 이를 임의규정으로 보는 견해⁵⁾가 있고, 물권법정주의를 이유로 강행규정으로 보는 견해⁶⁾가 있습니다. 외적 조합의 권리능력 인정에 발맞추어 조합재산의 합수적 귀속 원칙을 포기한 독일의 입법은 이러한 논의에 어떠한 의미가 있을지 궁금합니다.

- 3-3. 마지막으로 ③ 비법인사단에 관한 것입니다. 우리 민법상으로는 비법인사단과 조합 양자를 구별하는 것에는 큰 실익이 있고,⁷⁾ 이와 관련하여 대법원은 민법상 조합과 비법인사단은 단체성의 강약을 기준으로 판단해 왔습니다.⁸⁾ 그런데 독일의 개정 민법 제54조는 표제를 ‘권리능력 없는 사단’에서 ‘법인격 없는 사단’으로 바꾸면서 그 내용을 정비하였습니다. 영리 목적 존부에 따라 준용 규정을 달리 지시하면서 영리 목적 비법인사단에 대하여는 조합에 관한 규정을 준용하도록 한 것입니다. 영리 목적 비법인사단과 조합은 사실상 마찬가지로 취급하겠다는 취지로 이해됩니다. 이러한 개정 내용에 따르면 독일에서는 비법인사단과 조합의 구별에 어떠한 실익이 있는지, 구별 기준은 어떠한지가 궁금합니다.

4. 방대하면서도 종합적인 교수님의 발표에 거듭 경의와 감사를 표합니다.

5) 이동진, “건설공사공동수급체의 법적 성격과 공사대금청구권의 귀속”, 민사판례연구 제35권(2013), 541쪽 이하.

6) 남효순, “우리 민법상 합유와 준합유의 강제”, 저스티스 통권 제159호(2017), 162쪽 이하; 김세준, “조합의 재산관계와 합유”, 비교사법 제25권 제1호(2018), 219쪽 이하.

7) 우리 민법은 수인이 조합체로서 소유하는 형태는 합유로(제271조 제1항), 비법인사단의 사원이 집합체로서 소유하는 형태는 총유로(제275조 제1항) 규정하고 있습니다. 비법인사단의 경우 사단법인에 관한 규정 중 법인격을 전제로 하지 않는 규정을 유추적용할 수 있다는 것이 판례인데, 조합에 관한 규정을 유추적용할 수 있다는 견해는 발견되지 않습니다.

8) 대법원 1999. 4. 23. 선고 99다4504 판결 등.