

高麗法學

제 104 호
2022. 03.

高麗大學校 法學研究院

간 행 사

高麗法學 제104호가 2022년 3월 발간되었습니다. 건강을 묻는게 익숙해진 시절에 **高麗法學**에 여전히 관심을 가져주시는 모든 분들께 안부의 인사를 올립니다. 금번 학술지에는 정말 많은 연구자들께서 옥고를 투고해주셨습니다. 그렇지만 소정의 기준에 따른 심사절차를 거쳐 총 16편의 연구논문만을 게재하게 되었습니다. 소중한 연구의 결실인 논문을 투고하시고 또한 게재를 허락해 주신 연구자분들께 감사의 말씀 전합니다.

무엇보다 이번 호는 사회 발전과 문제의 다변화 등에 따른 다양한 논제를 포함하고 있습니다. 법률규정의 해석, 입법내용에 대한 소개와 분석, 판례법리의 비판적 제언 등을 담고 있을 뿐만 아니라 과학기술의 발전, 사회적 가치의 변화와 그 실현 등과 같은 최근의 규율 과제에 대한 융합적 연구 역시 아우르고 있습니다. 이에 금번 호는 「첨단기술 발달에 관한 법적 문제」라는 특별 주제 아래에 디지털 전환에 따른 2편의 논문, (의학)기술 발전과 국가핵심기술의 보호에 관한 연구논문 2편을 수록하였습니다. ‘디지털플랫폼서비스 규제의 공법적 모델’, ‘전자지급서비스 이용자 보호 강화를 위한 법적 과제’, ‘의약발명의 진보성’ 그리고 ‘국가안보를 위한 국가핵심기술 관리의 실효성 확보 방안’이라는 논문입니다. 이들 연구는 디지털플랫폼 서비스에 대한 생존배려적 관점의 파악, 선불전자지급수단에 대한 신인의무적 접근, 진보성에 대한 최근의 ‘성공예상가능성’ 입장에 따른 개선 판단방법, 그리고 국가핵심기술의 효과적 보호를 위한 구체적 방안을 제안하고 있습니다.

또한 **高麗法學** 제104호는 각 법 영역에서 기본 개념·제도에 대한 깊이있고 정치한 분석과 대안적 해석방향을 제시한 연구결과도 담고 있습니다. ‘첨부와 보상’ 논문은 민법 제261조(첨부로 인한 구상권)의 부당이득적 보상청구권에 관한 판례 법리의 비판적 분석과 대안을 제시하고 있습니다. 그리고 ‘기관력 표준시 후의 형성권 행사’라는 연구는 민사 실체법과 절차법의 교차영역에서 발생하는 문제에 관하여 일관성과 함께 구체적 타당성 측면에서 접근하고 있으며, ‘국제인권규약상 자결권의 의미에 관한 소고’는 국

제인권규약의 right to self- determination의 의미, 향유주체와 권리의 내용 등을 다루고 있습니다. 또한 최근 코로나 사태와 관련하여 ‘교회에 대한 집합금지(대면예배 금지) 조치의 합헌성 여부에 대한 검토’, 보호수용법 제정안을 계기로 한 ‘보호수용법안에 대한 비판적 검토’, 사적 분쟁에 대한 판결의 통합적 집행절차의 기틀마련을 위한 ‘EU 민사분쟁의 간이구제절차에 관한 일고’, 그리고 미국 특허법상의 비자명성(non-obviouness) 규정을 소개하면서 혁신입법에서 고려할 요소를 제시하는 ‘미국 특허법 제103조(비자명성) 탄생에 대한 역사적 성찰’ 논문은 여러 법 영역에서 시의적절한 논제를 다루고 있어서 많은 분들의 관심을 받을 것으로 기대합니다.

더 나아가 이번 **高麗法學**은 기본 법제를 포함한 사회제도의 개선과제도 다루고 있는데, ‘대한민국 경제헌법의 새로운 과제’, ‘사회적 가치 추구형 주식회사 모델에 관한 연구’ ‘미국 증거개시에서의 재판공개와 비밀보호에 대한 소고’, 그리고 혼인관계사건의 국제재판관할을 중심으로 한 ‘개정 국제사법에 관한 비교법적 고찰’ 논문입니다. 이들 논문은 변화하는 경제, 사회환경 아래에서 활발하게 논의되는 공사법적 제도변혁에 관하여 참고해야 할 여러 시사점을 제시하고 있습니다. 이상에서 보고드린 **高麗法學** 제104호의 다양한 관점과 풍성한 영역의 연구결과가 많은 분들의 연구에 꼭 참고되기를 바랍니다. 끝으로 이번 호의 발간을 위하여 심사와 편집 전 과정을 함께 해 주신 교내 외의 많은 심사위원님과 편집위원님께 감사하다는 말씀을 올리며, 그리고 제반의 행정사무를 지금까지 원만하게 처리해 주셨던 김배정 박사님(한국법학원)과 새롭게 업무를 맡아준 후임 심현우 간사님께도 고마운 마음을 전합니다. 2022년 6월 발간 예정인 **高麗法學** 제105호에도 교내외 다양한 전공영역의 연구자님들의 옥고를 기다리고 있겠습니다.

2022년 3월

高麗法學 편집위원 모두를 대표하여 김상중 올림

목 차

■ 특 집 : 첨단기술 발달에 관한 법적 문제

전자지급서비스 이용자 보호 강화를 위한 법적 과제.....	김필수 / 1
디지털 플랫폼 서비스 규제의 공법적 모델	
- 생존배려로서 디지털 플랫폼의 이해	계인국 / 49
국가안보를 위한 국가핵심기술 관리의 실효성 확보 방안.....	송인옥 / 81
의약발명의 진보성	
- 제1유형의 의약발명에 대한 성공예상가능성설의 적용	임 호 / 121

■ 연구논문

교회에 대한 집합제한(대면예배 금지)조치의 합헌성 여부에 대한 검토	장영수 / 171
대한민국 경제헌법의 새로운 과제.....	차진아 / 223
첨부와 보상 - 민법 제261조의 적용, 준용과 배제	김규환 / 275
유류분의 헌법적 근거변화에 따른 유류분제도의 개선 방향.....	방효석 · 신영호 / 305
보호수용법안에 대한 비판적 검토	
- 독일 보호수용제도와의 비교를 중심으로	신은영 / 349
사회적 가치 추구형 주식회사(PBC) 및 주주이익 극대화 원칙에 관한 법적 검토.....	신현탁 / 395
기관력 표준시 후의 형성권의 행사.....	정상민 / 433
미국 증거개시에서의 재판공개와 비밀보호에 대한 소고.....	조수혜 / 487
EU 민사분쟁의 간이구제절차에 관한 일고	
- 유럽지급명령절차를 중심으로	성대규 / 539

개정 국제사법에 관한 비교법적 고찰	
- 혼인관계사건의 국제재판관할을 중심으로 -.....	강영주 / 577
국제인권규약상 자결권의 의미에 관한 소고.....	임예준 / 611
미국특허법 제103조(비자명성) 탄생에 대한 역사적 성찰.....	윤권순 / 657

전자지급서비스 이용자 보호 강화를 위한 법적 과제*

김 필 수**

▶ 목 차 ◀

- | | |
|-----------------------|---------------------|
| I. 서 설 | IV. 선불전자지급수단 이용자 보호 |
| II. 전자지급수단 이용자 자금 보호에 | 강화에 필요한 이론적 근거의 모색 |
| 관한 입법례 | 1. 검토 배경 |
| 1. 선불형 전자지급수단의 주요 | 2. 관계적 계약이론 |
| 위험 | 3. 신인의무 이론 |
| 2. EU 및 영국의 관련 입법례 | 4. 관계적 계약이론 및 신인의무 |
| III. 국내 선불전자지급수단 규제현 | 이론의 적용 가능성 |
| 황 및 문제점 | V. 결론 및 정책적 시사점 |
| 1. 선불전자지급수단 기반 간편 | |
| 송금의 법적 구조 및 현황 | |
| 2. 선불전자지급수단 이용자 자금 | |
| 보호 강화 필요성 | |
| 3. 전자지급서비스 이용 관련 | |
| 중요 사항에 대한 정보제공 | |
| 및 설명 의무 강화 필요성 | |

* 이 글의 주장은 필자 개인의 것이며, 필자가 소속되어 있는 금융결제원의 공식적인 견해와는 무관함을 밝혀둔다.

** 금융결제원 과장, 고려대학교 일반대학원 법학과 석사과정(상법전공).
(pilsoo@korea.ac.kr)

I. 서 설

스마트폰의 보급 이후 경제의 디지털화 현상이 가속화되면서 현금, 수표 등 전통적인 지급수단의 이용 비중이 줄어들고 전자지급수단의 이용 비중이 증가하고 있다. 특히, 선불전자지급수단을 기반으로 구현된 간편송금 서비스가 전자금융업자 주도로 활성화되면서 소액 지급서비스 영역에서 은행 예금계좌 기반의 계좌이체와 사실상 동일하게 활용되고 있다. 간편송금 서비스 관련 통계¹⁾에 따르면 전자금융업자가 제공하는 서비스의 비중이 금융회사가 제공하는 서비스의 비중을 압도하고 있다. 전자금융업자 등 비은행 지급서비스 제공자가 발행하는 전자지급수단이 지급결제환경의 변화의 중심에 서게 되었으나 이를 규율하는 전자금융거래법은 제정 이후 큰 폭의 개정 없이 현재에 이르러 규제 공백이 발생하고 있다. 이에 따라 전자지급서비스 제공과 관련한 전반적인 규율체계를 정비할 필요성이 제기되고 있다.²⁾

지급결제제도의 발전은 거래상대방의 신뢰를 보증하기 위한 방법론의 발전과 함께 이루어졌으며, 상업은행 예금통화가 지급수단으로 통용되는 것은 어떤 상황에서도 법정통화와 동일한 액면가치로 교환될 수 있다는 신뢰가 존재하기 때문이다.³⁾ 이러한 신뢰는 중앙은행의 최종대부자 기능, 예금보험제

1) 한국은행 통계에 따르면, 2020년 중 전자금융업자를 통한 간편송금 서비스 이용건수는 일평균 약 306만건, 금융회사를 통한 간편송금 서비스 이용건수는 일평균 약 20만건 수준으로 전자금융업자 간편송금서비스의 비중이 압도적으로 높다. (한국은행, “2020년 중 전자지급서비스 이용현황”, 2021.)

2) 비금융회사 지급서비스 비중이 날로 증가하면서 전자금융업 제도와 산업의 개편 필요성이 제기되었고, 2020년 7월에 디지털금융 종합혁신방안이라는 제목으로 전자금융거래법 개정방향이 발표된다. 동 방안에서는 현재의 전자금융업 규제 체계에 대하여 혁신적인 결제서비스의 제도권 수용을 어렵게 하고 진입비용과 규제 불균형을 초래하는 것으로 평가하고 있다. 이러한 문제인식 하에 서비스 간 융복합이 활성화되는 금융환경 변화를 반영하여 과도하게 세분화된 업종을 기능별로 통합하고 단순화하는 방향으로 전자금융업종에 대한 규제 변경방향을 제시하고 있다. 금융위원회, “디지털금융 종합 혁신방안”, 2020.

3) 현대의 지급결제제도는 중앙은행과 상업은행이 역할을 분담하는 이중 구조(Two-Tier Structure)로 운영되고 있다. 중앙은행은 화폐의 신뢰성을 보장하는 중추적인 역할을 수행하며, 모든 거래에서 활용될 수 있는 가장 안전한 최종 결제수단을 제공한다. 상업은행은 중앙은행 통화의 대체제이자 보완재로서의 다양한 소액 지급수단을 시장에 공급한다. 즉, 중앙은행이 화폐에 대한 근본적인 신뢰를 구축하고 화폐발행을 통해

도, 상업은행의 건전성 규제·감독 등과 같이 금융관계법령을 통해 구현된 제도에 의해 뒷받침되고 있다. 그러나 최근 급성장한 비은행 지급서비스 제공자가 제공하는 신중 지급수단의 경우 중앙은행의 최종대부자 기능이나 예금보험제도와 같은 공적안전망의 보호를 받을 수 없으며, 비은행 지급서비스 제공자에 대한 건전성 규제 수준은 상업은행에 대한 규제에 비해 상당히 낮은 수준이다. 비은행 지급서비스 제공자의 신중 전자지급수단 이용 비중이 급증하면서 관계 법령의 입법 당시 예측하지 못했던 이용자 보호 측면의 문제점이 다수 발생하게 되었으며, 이를 해소하기 위한 법제 개선이 중요한 과제로 부상하였다. 이에 본 고에서는 이용자 자금 보호 강화 필요성과 전자지급서비스 이용 관련 중요 사항에 대한 정보제공 및 설명의무 강화 필요성을 중심으로 국내 선불전자지급수단 규제 현황 및 문제점을 살펴보고 개선방안에 대해 논의하고자 한다.

전자지급서비스 이용자 보호 강화를 위해 전자금융거래법 개정을 통한 입법적 개입과 제도 보완을 추진함에 있어 ‘이용자 보호를 위한 효과적인 규제수단’이 무엇인가에만 집중할 경우 규정중심 규제체계의 한계를 벗어나기 힘들 것이다. 현재 발생하고 있는 규제공백은 입법 당시 예측할 수 없었던 변화와 혁신에 그 원인이 있기 때문이다. 그렇다면, 전자금융거래법을 비롯한 지급법제를 정비함에 있어 기술혁신 및 시장발전의 속도와 입법적 대응의 시차를 줄이기 위한 규제체계 개선방안에 대한 고민이 필요하지 않을까? 관계적 계약이론과 신인의무 이론에 기초하여 전자지급서비스 이용자 보호 관련 규제체계의 개선 방향의 모색을 시도한 것은 이러한 고민에서 출발한 것이다.

본 논문의 구성은 다음과 같다. 먼저, 제2장에서 EU와 영국의 사례를 중심으로 전자지급수단 이용자 자금 보호 관련 주요 입법례를 살펴보고, 제

가장 기본적인 지급수단을 제공하며 재화와 서비스의 가격을 측정할 수 있는 회계단위를 제공하여 상거래와 경제활동을 촉진한다. 상업은행은 경제주체에게 예금통화(예금계좌)를 발행하여 상업은행간 상호 경쟁하며 지급서비스를 제공하고 중앙은행에 보유한 당좌계좌를 통해 은행 간 최종 결제를 수행한다. 이러한 이중 구조에서는 상업은행이 발행하는 지급수단인 예금통화의 신뢰성을 유지하기 위한 제도적 기반이 사회 전체의 지급수단에 대한 신뢰를 보장하는 중요한 기초가 된다. BIS, “Annual Economic Report” 2020. p.70.

3장에서 간편송금 서비스를 중심으로 국내 선불전자지급수단 규제현황 및 문제점을 살펴본다. 제4장에서는 관계적 계약이론과 신인의무 이론을 중심으로 선불전자지급수단 이용자 보호 관련 규제체계 개선의 이론적 근거를 모색하고 그 적용 가능성을 검토해본다. 제5장 결론 및 정책적 시사점에서는 이상의 논의를 바탕으로 전자금융거래법 개정안에서 향후 보완할 사항을 제안한다.

II. 전자지급수단 이용자 자금 보호에 관한 입법례

1. 선불형 전자지급수단의 주요 위험

전 세계적으로 기술발전과 전자지급수단에 대한 수요 증가에 따라 지급수단 이용 동향이 빠르게 변화하고 있다. 지급수단은 지급결제시 금전적 가치의 이동을 실행하기 위해 사용⁴⁾된다. 비현금 지급수단 중 선불형 전자지급수단에 해당하는 전자화폐(e-money)는 발행가치와 동일한 자금을 수령하고 발행되며, 발행자 외 제3자가 지급수단으로 이를 받아들이는 범용성 있는 지급수단의 역할을 수행한다. 뿐만 아니라 발행자의 환급 보장 약정을 통해 법정화폐와의 태환성(convertibility)이 보장되는 특징이 있다.⁵⁾⁶⁾ 또한, 전자화폐 발행업의 경우 은행업 진입장벽에 비해 훨씬 낮은 규제가 적용되므로 비은행 지급서비스 제공자의 진입이 용이하다. 이러한 특징으로 인해 비은행 지급서비스 제공자들이 제공하는 전자화폐가 지급기능과 가치저장 기능을 수행하며 전 세계적으로 예금통화와 유사한 신종 지급수단으로써

4) Johannes Ehrentraud, et al. "Fintech and payments: regulating digital payment services and e-money", 「FSI Insights on policy implementation」 No 33, BIS Financial Stability Institute, 2021. p.6.

5) 이러한 특징을 갖추고 있는 전자화폐(e-money)는 우리나라 전자금융거래법상 전자화폐뿐만 아니라 선불전자지급수단을 모두 포괄할 수 있는 개념이다.

6) Greenacre, Jonathan, and Ross P. Buckley. "Using Trusts to Protect Mobile Money Customers.", 「Singapore Journal of Legal Studies」 vol. 2014, no. 1, 2014. p. 59-60.

널리 활용되고 있다.⁷⁾⁸⁾

전자화폐 이용자 자금 관련 주요 위험으로는 전자화폐 발행자의 파산 리스크, 유동성리스크, 운영리스크 등이 있다.⁹⁾ 첫째, 전자화폐 발행자는 전자화폐 서비스 이용자가 충전한 자금을 자신의 명의로 보관한다. 따라서, 발행자가 파산하는 경우 이용자 자금이 발행자의 채권자 만족을 위해 사용됨으로써 이용자가 자금을 돌려받지 못할 위험(파산리스크)이 존재한다. 둘째, 전자화폐 발행자가 단기적인 자금부족 등으로 전자화폐를 통한 송금, 가맹점에서의 대금지급, 선불전자지급수단의 환급 등에 수반하는 자금의 이동을 즉시 처리하지 못할 위험(유동성리스크)이 있다. 셋째, 정보처리시스템이나 내부 업무처리절차의 결함, 통신네트워크 장애, 임직원의 실수 등으로 전자화폐 관련 서비스 중단이 발생하거나 잘못된 업무처리가 이루어짐으로써 이용자에게 손해가 발생할 위험(운영리스크)이 있다. 이러한 위험을 완화하기 위해서는 법률의 규정에 근거를 둔 적절한 규제가 필요하다.

전자화폐 서비스 이용약관에 자금의 분리 등에 관한 조항을 둔다고 하더라도 자금이 전자화폐 발행자의 명의로 관리되고 있다는 점에서 별도의 입법 조치가 없는 한 파산시 이용자 자금이 전자화폐 발행자의 책임재산에 속할 위험을 피하기 어렵다. 전자화폐 발행규모가 늘어날수록 전자화폐 발행자는 지급 서비스 관련 수수료 수익 외에 충전금의 운용을 통해 운용이익을 추구하고자 하는 유인이 존재한다. 그러므로 별도의 법적 근거를 마련하여 충전자금에 대한 보호조치를 취하지 않는 이상 유동성 위험의 발생가능성

7) Johannes Ehrentraud, et al. 앞의 글, p.6. Greenacre, Jonathan, and Ross P. Buckley. 앞의 글, p. 60. Markus K. Brunnermeier and Harold James, "The digitalization of money", 「BIS Working Papers」 No. 941. 2021. p.2.

8) 우리나라 상황도 크게 다르지 않다. 한국은행에서 주기적으로 발표하는 간편결제와 간편송금서비스(공인인증서 의무사용이 폐지된 이후 활성화된 간편 인증수단을 이용한 결제 또는 송금 서비스) 이용현황에 나타나는 바와 같이 신중 전자지급서비스에 해당하는 간편결제와 간편송금 서비스의 경우 비은행 지급서비스 제공자인 전자금융업자의 서비스 이용 비중이 금융회사 서비스에 비해 높다. 한국은행이 발표한 전자지급서비스 이용 현황을 기초로 한 간편송금 이용현황에 대한 보다 상세한 분석은 후술한다.

9) David Ramos; Javier Solana; Ross P. Buckley; Jonathan Greenacre, "Protecting Mobile Money Customer Funds in Civil Law Jurisdictions," 「International and Comparative Law Quarterly」 65, no. 3, 2016. p.709.

을 배제하기 어렵다. 또한, 운영리스크를 방지하기 위한 전자화폐 발행자의 각종 의무와 조치사항 등이 해당 발행업자 측에서 일방적으로 작성하는 이용약관에 충분히 반영될 것을 기대하기는 어렵다. 운영리스크는 발생경로가 매우 다양할 수 있고 기술 환경의 변화에 따라 새로운 운영리스크의 발생 가능성이 상시 존재할 수 있다. 이를 사전에 예상하고 관련 규제를 빠짐없이 마련하는 것은 사실상 불가능하므로 규제 공백을 최소화하기 위한 법적 방안이 무엇인지에 대해 고민이 필요하다.

2. EU 및 영국의 관련 입법례

(1) 개관

BIS 보고서에 따르면 전자화폐 이용자 자금의 보호와 관련된 규제는 비은행 지급서비스제공자가 전자화폐를 발행하고 관련 지급서비스를 제공할 수 있는 대부분 국가에서 일반적인 요구사항으로서 관련 법제에 반영되어 있다.¹⁰⁾ 선진적인 지급법제를 마련하고 이를 지속적으로 고도화하고 있는 것으로 평가되는 EU와 영국의 관련 입법례를 중심으로 전자화폐(e-money) 이용자 자금 보호에 관한 해외 규제 현황을 살펴보고자 한다.

(2) EU

EU의 전자화폐지침²(E-money Directive 2009/110/EC, EMD2)에서는 전자화폐발행자에 대하여 선불충전금을 다른 자금과 분리하여 보관할 것과 선불충전금을 받은 후 그 다음 영업일까지 은행의 별도 계좌에 예금하거나 유럽연합 회원국에서 지정한 안전자산에 투자해야 한다고 규정하고 있다. 또한, 전자화폐 발행자는 선불충전금을 전자화폐발행자의 다른 채권자 청구에 대비하여 분별 관리하고, 특히 파산의 경우 이용자가 선불충전금을 반환받을 수 있도록 해야 한다는 규정도 두고 있다. 아울러 전자화폐발행자로 하여금 채무이행불능에 대비하여 선불충전금을 보장하는 보험 또는 기타 유

10) Johannes Ehrentraud, et al. 앞의 글. p.17.

사 보장제도에 가입할 의무도 규정하고 있는데, 전자화폐발행자가 속해 있는 그룹사 소속의 보험회사 등의 보험에는 가입할 수 없다(EMD 제7조 제1항 및 PSD2¹¹⁾ 제10조 제1항).¹²⁾ 운영리스크 관리와 관련해서는 지급서비스 지침에 운영 및 보안리스크 관리에 관한 별도의 장(PSD2 제5장)을 두고 기본적인 사항들을 규정하고 있으며, 상세한 사항은 유럽은행감독청(European Banking Authority, EBA)이 가이드라인 또는 규제기술표준(Regulatory technical standards) 등을 통해 정하도록 위임하고 있다(PSD2 제95조).

(3) 영국

영국도 브렉시트 이전에 EU 전자화폐지침2를 반영하여 2011년 전자화폐규정(The Electronic Money Regulation 2011, EMR 2011)을 제정하였고 현재도 동 규정은 유효하다. 동 규정에서 전자화폐기관에 대해 선불충전금 별도 분리 보관을 요구하고, 선불충전금을 받은 후 다음 영업일까지 은행의 별도 계좌에 예치하거나 보험에 가입하고 안전자산에 투자해야 한다고 정하고 있는데 이는 EMD2와 동일하다(제21조 제1항 및 제2항). 다만, 영국은 이에 그치지 않고 선불충전금 보호를 보다 강화하기 위해 전자화폐기관 외에 다른 어떤 누구라도 선불충전금에 대하여 이해관계나 권리를 주장할 수 없도록 규정하였으며, 전자화폐기관에게 선불충전금을 별도로 보관하는 계좌에 대한 정보를 관리하도록 추가 의무를 부과하고 있다(제21조 제4항 및 제5항). 또한, 전자화폐기관은 사기, 오용, 부주의 또는 부실 관리 등의 사유로 발생할 수 있는 고객자금의 손실 또는 감소 위험을 최소화하기 위해 충분한 조직적 관리 체계를 유지해야 한다(제24조 제3항).

11) Payment Services Directive 2, Directive (EU) 2015/2366

12) PSD2 제114조에는 PSD(Directive 2007/64/EC)에 대한 모든 참조는 PSD2 별첨2(Annex II)의 표를 참고하여 PSD2의 해당 조항에 대한 참조로 읽어야 한다고 명시되어 있다. 따라서 EMD2 제7조의 PSD2 제9조에 대한 참조는 이제 PSD2 제10조에 대한 참조로 읽어야 한다. 따라서, “EMD2는 다수의 조문에서 PSD2로 실효된 PSD의 규정을 준용하고 있는데, 준용된 내용에 대해서는 PSD의 법적 효력이 유지된다.”는 설명(조동관, “머지포인트 사태 관련 유럽연합과 영국의 선불충전금 입법례”, 『최신 외국입법정보』 2021-23호, 통권 제172호, 국회도서관, 2021. p.4.)은 오해의 소지가 있는 것으로 판단된다.

이와 같이 영국의 전자화폐규정에는 전자화폐기관에 대하여 파산리스크, 유동성리스크, 운영리스크 등을 완화하는데 필요한 규제가 모두 포함되어 있으며, 이는 전자화폐의 충전 잔액의 안전성이 제도적으로 충분히 보장된다는 인식이 자리 잡고 전자화폐 이용이 활성화 되는데 상당한 기여를 했을 것이다. 그러나 와이어카드 파산 사태가 영국에 초래한 혼란은 이용자와 규제 당국에 상당한 충격으로 다가오게 되었고, 이는 2011년 전자화폐 규정의 관련 조항만으로 이용자 자금의 보호가 충분하지 않다는 사실을 인식하는 계기가 되었다. 이에 따라 영국정부와 의회는 기존 규제체계의 문제점을 점검하고 관련 규정의 보완을 추진하게 된 것이다.

우선, 영국 금융행위감독청(Financial Conduct Authority, FCA)에서는 코로나19의 확산으로 인한 비은행 지급서비스 이용 증가, 와이어카드 파산¹³⁾ 등을 계기로 전자화폐 서비스 등 비은행 지급서비스 고객 자금 보호 관련 조치를 보다 강화하기 위한 규제 정비에 착수하였다.¹⁴⁾ FCA는 2020년 7월 9일 고객 자금 보호와 관련하여 지급서비스 제공자의 이용자 자금 수취 내역 기록 및 대사의무, 이용자 자금의 보다 엄격한 분리 보관 의무 등의 내용을 담은 강화된 임시 지침(이하, “임시지침”)을 발표하였다. 특히, 분리보관 계좌에는 반드시 지급서비스 관련 이용자 자금만 보관되어야 하며, 다른 자금

13) 독일의 대형 핀테크 기업 와이어카드가 매출을 과대계상하는 방식으로 재무제표를 조작하였다는 회계부정 의혹 끝에 결국 회계부정을 시인하고 2020년 6월 25일 법원에 파산신청을 한 사건이다. 2020년 6월 26일 영국 금융행위감독청(FCA)이 와이어카드의 영국 내 자회사에 영업정지 명령을 내리고 와이어카드 시스템을 이용하는 영국의 일부 온라인 뱅킹 앱과 연결 계좌의 자금이 동결되면서 고객들이 계좌의 자금을 접근할 수 없는 상황이 지속되었다. 영국 와이어카드와 제휴를 통해 서비스를 제공했던 Pockit, Curve, FairFX 등 충전식 선불카드 이용자 수십만명의 계좌가 동결됨에 따라 일부 취약계층의 경우 생활에 필수적인 자금을 접근하지 못하는 점이 문제가 되기도 하였다. (“Wirecard collapse sees ‘thousands’ of vulnerable UK customers unable to access bank accounts or benefits”, 2020.06.28. <https://inews.co.uk/news/business/wirecard-collapse-thousands-vulnerable-uk-customers-unable-access-bank-accounts-benefits-458001>, 최종확인일 : 2022.03.24.) FCA는 2020년 6월 29일 영국내 와이어카드가 6월 30일 0시부터 전자화폐 발행과 결제서비스를 재개할 수 있도록 한다고 발표하였으나 이후에도 고객 자금을 대한 이용자들의 접근과 관련하여 상당한 혼란이 지속되었다.

14) 이러한 상황은 전자금융거래법 개정안에서 새롭게 도입하고자 하는 이용자 자금 보호 제도의 보완 필요성을 시사한다. 이에 대해서는 결론에서 논의한다.

이 일부라도 포함되면 안 된다는 점을 강조¹⁵⁾하였다. 이는 파산 시 우선변 채권이 인정되는 이용자 자급에 다른 자급이 일부라도 혼입된 것으로 밝혀 질 경우 고객 자급 반환이 지연되어 이용자 피해가 확대될 수 있기 때문이다. FCA는 2021년 1월에 “임시지침”에 담긴 강화된 규제지침을 지급서비스 및 전자화폐 관련 가이드라인에 정식으로 포함시키기 위한 공개 협의(이하, “공개협의”)를 시작¹⁶⁾하였다. 또한, FCA는 2021년 5월에 비은행 지급서비스 제공자들에게 별도로 서한을 보내 전자화폐 서비스의 경우 예금보험 대 상이 아니라는 점, 서비스 제공자 파산시 별도 보관된 이용자 자금을 돌려 받는데 시일이 오래 걸릴 수 있고 반환 과정에서 일부 비용이 공제될 수 있다는 점 등을 이용자에게 명확히 알려 전자화폐가 은행예금과 동일한 수준의 보호를 받는다는 오해가 발생하지 않도록 유의할 것을 당부하였다.¹⁷⁾

영국 정부는 기존 지급서비스 규정 및 전자화폐 규정에 바탕을 둔 FCA 가이드라인을 통해 고객 자급 보호 조치를 보다 강화하는 것에 그치지 않고, 지급기관 및 전자화폐기관에 대한 맞춤형 도산법제의 도입도 추진하였다. 즉, 지급기관(Payment Institution) 및 전자화폐기관(Electronic Money Institution)의 파산 시 고객 자급 반환을 보다 빠르고 체계적으로 진행하 는데 필요한 새로운 규제체계를 추가로 도입하기 위해 2021년 6월 지급기 관 및 전자화폐기관 파산 규정(The Payment and Electronic Money Institution Insolvency Regulations 2021)을 제정하고 7월부터 시행하였다.¹⁸⁾ 동 규정의 주요 목적은 파산사태 발생 시 고객 자금을 보다 신속하게 반환하 고, 반환금액의 부족분이 발생하는 경우를 최소화하는 것이다.¹⁹⁾ 동 규정의 제

15) FCA, “Finalised guidance, Coronavirus and safeguarding customers’ funds: additional guidance for payment and e-money firms”, 2020.

16) FCA, “Changes to the SCA-RTS and to the guidance in ‘Payment Services and Electronic Money – Our Approach’ and the Perimeter Guidance Manual”, CP21/3, 2021. 참고.

17) FCA, “Dear CEO Letter : ensure your customers understand how their money is protected”, 2021.

18) 2021.06.17.에 제정되어 2021.07.08.부터 시행되었다.

(법안 원문 : <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2021/716/contents/made>, 최종확인일 : 2022.03.24.)

19) 영국 재무부는 영국 내 지급기관 및 전자화폐기관을 통한 지급거래 이용이 증가하고

정을 위한 규제 협의안에 따르면, 최근 영국에서 6건의 지급기관과 전자화폐 기관의 파산절차가 진행²⁰⁾되었으나 고객자금을 반환한 사례는 1건에 불과하였다는 점에서 관련 규제의 보완 필요성이 제기²¹⁾되었다. 이는 영국의 전자화폐 규정이 고객자금 보호 관련 리스크를 완화하는데 충분하지 않았다는 점을 시사한다.

(4) 우리나라 전자금융거래법과의 차이점

우리나라 현행 전자금융거래법에는 선불충전금의 별도 관리나 발행자의 보험 가입 의무 등에 대한 별도 규정이 존재하지 않는다. 또한, 전자화폐 또는 선불전자지급수단 발행자 파산 등의 상황에서 다른 채권자로부터 이용자의 선불충전금을 보호할 수 있는 법적 근거도 두고 있지 않다.²²⁾ 이는 앞서 살펴본 전자화폐 이용자 자금 보호와 관련한 EU 및 영국의 입법례와 대조되는 부분이다.²³⁾

있음에도 불구하고 이들 기관이 파산하는 경우 이용자가 장기간 자금을 사용하지 못하고 파산 후 수년이 지난 시점에서야 비용을 공제한 후 적은 금액만을 돌려받는 사례가 발생하는 등 관련 파산절차가 금융소비자 입장에서 최적의 상태가 아니라는 점이 동 규정 입법의 주요 정책적 배경이라고 밝혔다.

HM Treasury, EXPLANATORY MEMORANDUM TO THE PAYMENT AND ELECTRONIC MONEY INSTITUTION INSOLVENCY REGULATIONS 2021, p.3. Policy Background. (“However, there is evidence that the existing insolvency process for payment and electronic money institutions is suboptimal with regards to consumers. Recent administration cases involving payment and electronic money institutions have taken years to resolve in some cases, with customers left without access to their money for prolonged periods and receiving reduced monies after the cost of distribution.”) 이는 HM Treasury, “Insolvency changes for payment and electronic money institutions: response to consultation”, 2021. p.3. 1.7.의 내용과 동일한 것이다.

20) 이 중 3건이 2018년 이후에 시작되었다.

21) HM Treasury, “Insolvency changes for payment and electronic money institutions: consultation”, 2020. p.2. 참고.

22) 조동관, 앞의 글, p.2.

23) 현재 국회에 계류되어 있는 전자금융거래법 개정안에는 이용자 자금 보호를 위한 규제 관련 조항을 새롭게 도입하고 있으나 본 장에서는 현행법을 기준으로 해외 입법례와 비교하였다. 전자금융거래법 개정안의 관련 내용과 이에 대한 평가 및 정책적 시사점에 대해서는 결론에서 후술한다.

Ⅲ. 국내 선불전자지급수단 규제현황 및 문제점

1. 선불전자지급수단 기반 간편송금의 법적 구조 및 현황

(1) 선불전자지급수단 기반 간편송금의 법적 구조

현재 전자금융업자의 간편송금은 전자금융거래법상 선불전자지급수단의 충전, 양도, 환급을 결합한 구조로 자금이체와 동일한 경제적 기능을 구현하고 있다. 즉, 선불전자지급수단의 충전→선불전자지급수단의 양도→선불전자지급수단의 환급의 과정을 거쳐 지급인으로부터 수취인에게 전자자금이체가 이루어지는 것과 같은 경제적 효과를 발생시키고 있다. 지급인과 수취인이 모두 선불전자지급수단 발행자와 선불전자지급수단 이용계약을 체결한 회원인 경우, 지급인과 수취인이 각각 선불전자지급수단을 발급한 상황이므로 선불전자지급수단의 양도를 통하여 수취인이 선불전자지급수단을 통해 즉시 금전적 가치를 수취하는 것이 가능하다. 그러나 수취인이 비회원인 경우, 선불전자지급수단을 발급하기 전까지는 지급인이 간편송금으로 보낸 금전적 가치를 수취할 수 없는 것인지가 문제될 수 있다. 토스 서비스를 제공하는 (주)비바리퍼블리카는 금융위원회에 토스 서비스 이용 회원의 비회원에게 선불전자지급수단의 양도 처리를 위해 금융회사에 비회원 계좌로의 거래지시를 하는 것이 전자금융거래법상 전자자금이체 업무에 해당하는지 여부에 대해 질의하였다. 이에 대해 금융위원회는 “단순히 (주)비바리퍼블리카는 금융회사에 비회원 계좌로의 거래지시만을 행하며, 전자적 장치에 의한 자금의 이체는 금융회사가 수행하는 경우 전자자금이체 업무 수행자는 금융회사로 보아야 하며 (주)비바리퍼블리카가 전자자금이체업무를 하고 있다고 볼 수 없다”는 유권해석을 하였고, 동 유권해석으로 인해 현재까지도 선불전자지급수단의 양도와 환급을 결합한 간편송금 서비스가 공식적으로 인정되고 있다.²⁴⁾ 이러한 금융위원회의 유권해석은 간편송금 서비스가 폭발적으로 성장하는 결정적인 법적 근거로 작용하게 되었다.

24) 금융위원회 법령해석 회신문 150001, 2015.

전자금융거래법상 선불전자지급수단은 “이전 가능한 금전적 가치가 전자적 방법으로 저장되어 발행되는 증표 또는 그 증표에 관한 정보로서 발행인 이외의 제3자로부터 재화 또는 용역을 구입하고 그 대가를 지급하는 데 사용되고, 구입할 수 있는 재화 또는 용역의 범위가 2개 업종 이상에 해당하는 것”을 의미(전자금융거래법 제2조 제14호)한다. 이러한 정의를 통해 선불전자지급수단이 전자자금이체의 경제적 효과를 달성하기 위한 지급수단으로 도입된 것이 아니라는 점은 명확히 드러난다. 금융위원회는 당시 유권해석을 하면서 “전자금융거래법 개정을 통해 실질적인 금융거래 효과가 전자자금이체에 해당할 경우 전자자금이체업자로 규율하는 방안 등을 추진 중”이라고 밝혔으나 아직 관련 개정은 이루어지지 않았다.²⁵⁾

(2) 간편송금 이용 현황

아래 <표 1>에서 살펴볼 수 있는 바와 같이 간편송금 서비스의 경우 비금융회사인 전자금융업자의 간편송금서비스 이용건수가 금융회사의 간편송금 이용건수에 비해 압도적으로 높다. 전자금융업자의 간편송금이 대부분 스마트폰 모바일 앱을 통해 처리되는 점을 고려하여 금융회사의 모바일 뱅킹을 통한 자금이체 이용실적과 전자금융업자의 간편송금 이용실적을 비교해보면 이용건수 기준으로는 주요 전자금융업자의 간편송금 이용건수가 모바일 뱅킹 이체 이용건수 대비 상당한 비중을 차지하고 있는 것으로 분석된다.

〈표 1〉 간편송금 서비스 이용 현황²⁶⁾

(일평균 기준)

(만건, 억원)

	2016	2017	2018	2019	2020
■이용건수	15.3	69.5	140.6	248.5	325.8
전자금융업자	14.0	64.7	132.8	234.3	306.2
금융회사	1.3	4.7	7.8	14.2	19.6
■이용금액	71.5	355.5	1,045.5	2,346.2	3,565.9
전자금융업자	66.9	327.3	982.1	2,184.3	3,293.1
금융회사	4.6	28.1	63.4	161.9	272.8

25) 현재 국회에 발의된 전자금융거래법에 관련 내용이 포함되어 있다. 국회, 전자금융거래법 일부개정법률안(윤관석의원 대표발의, 의안번호 제2105855호), 2020.11. 국회, 전자금융거래법 일부개정법률안(김병욱의원 대표발의, 의안번호 제2113137호), 2021.

특히, 아래 <표 2>에서 분석한 바와 같이 모바일뱅킹 자금이체 대비 간편송금 이용 비중은 이용건수를 기준으로 약30%에 육박하고 있다. 이를 통해 빅테크 또는 대형핀테크 기업의 간편송금 이용건수가 지방은행이나 중소형 은행의 스마트폰뱅킹 자금이체 이용건수를 상회할 것으로 추정²⁷⁾할 수 있으며, 소액이체의 경우 간편송금이 금융회사 스마트폰뱅킹 앱을 통한 이체를 이미 상당부분 대체하고 있을 가능성이 높다는 점을 알 수 있다.²⁸⁾ 이는 200만원²⁹⁾ 이하 소액 자금이체의 경우 간편송금 서비스와 계좌이체가 거의 동등한 수준으로 통용되고 있음을 시사한다. 아직은 전자금융업자 간편송금 이용금액이 금융회사 모바일뱅킹 이체 이용금액 대비 비중이 높은 편은 아니지만 향후 전자금융거래법 개정을 통해 전자금융업자의 자금이체 이용한도가 상향 조정될 경우 이용금액 비중도 현재보다 훨씬 높아질 것으로 예상된다.

금융위원회의 간편송금 관련 2015년 유권해석은 기명식 선불전자지급수단의 발행한도(전자금융거래법 시행령 제13조 제1항 제2호, 200만원) 제약이 존재하는 점을 고려하여 금융안정에 미치는 영향은 크지 않을 것으로 보고 소액 송금 분야 핀테크 서비스의 혁신성을 사장시키지 않기 위한 정책적 결정을 내린 것으로 평가할 수도 있다. 그러나 간편송금이 지난 5년의 시간 동안 폭발적으로 성장해왔으며 우리 사회에서 선불전자지급수단 기반의 간편송금 서비스가 널리 활용되고 있는 점을 고려할 때 관련 규제체계의 정비를 위한 입법적 대응을 통해 규제 공백을 해소할 필요가 있을 것으로 판단된다.

26) 한국은행, “2020년 중 전자지급서비스 이용현황”, 2021.

27) <표 1>, <표 2>, 각주28, 각주30 참고

28) 이는 필자가 각주30에서 밝힌 방법으로 추정한 자료를 근거로 한다는 점을 밝혀둔다. 필자의 추정이 정확한지 여부를 검증하기 위해서는 시중은행의 스마트폰뱅킹 이체건수와 빅테크 기업의 간편송금 이용건수를 비교·분석해야 하지만 현재까지 한국은행에서 스마트폰뱅킹 이체건수를 포함한 모바일뱅킹 이체건수는 별도로 공개하지 않고 있어 이에 대한 정확한 분석을 할 수 있는 자료가 없는 상황이다.

29) 기명식 선불전자지급수단의 발행한도가 200만원(전자금융거래법 시행령 제13조 제1항 제2호)이므로 선불전자지급수단을 기반의 간편송금은 1회 200만원을 초과하여 이용할 수 없어 주로 소액 자금이체에 활용되고 있다.

〈표 2〉 2020년 모바일뱅킹 자금이체 대비 간편송금 이용비중 분석³⁰⁾
(일평균 기준)

(만건, 억원)

	이용건수	이용금액
모바일뱅킹 이체 (A)	1031.5	89627.0
간편송금 (B)	306.2	3293.1
이용비중 (B / A)	29.68%	3.67%

2. 선불전자지급수단 이용자 자금 보호 강화 필요성

(1) 전통적 지급수단인 상업은행 예금통화 신뢰 보증의 제도적 기반

안전하고 효율적인 지급결제제도는 화폐를 포함한 지급수단³¹⁾에 대한 믿음에 기반하고 있다. 현금에 의한 지급과 계좌이체에 의한 지급이 사실상 동일하게 활용되고 있는 것은 서론에서 밝힌 바와 같이 상업은행 예금통화가 어떤 상황에서도 법정통화(현금)와 동일한 액면가치로 교환될 수 있다는 신뢰가 존재하기 때문이다. 상업은행은 예금자들에게 언제든지 상환하겠다는 약정을 하고 단기로 자금을 차입하여, 차입한 자금을 장기의 비유동적인 대출에 투자한다. 단기 부채에 대한 높은 의존도는 근본적으로 은행 대차대조표의 안정성을 취약하게 만드는 원인이며, 유사시에 예금자와 그 밖의 채권자들이 부채 상환을 동시다발적으로 요구할 경우 유동성 위기에 직면할

30) 한국은행에서 모바일뱅킹 이체건수를 별도로 공개하지 않으므로 인터넷뱅킹서비스 통계자료를 바탕으로 모바일뱅킹 이용실적이 전체 인터넷뱅킹 이용실적에서 차지하는 비중을 활용하여 모바일뱅킹 자금이체 이용실적을 추정하였다. 인터넷뱅킹 이용실적은 한국은행, “2020년 중 국내은행 인터넷뱅킹서비스 이용현황”, 2021. 간편송금 이용실적은 한국은행, “2020년 중 전자지급서비스 이용현황”, 2021.

31) 지급수단은 크게 현금과 비현금 지급수단으로 구분할 수 있다. 현금은 한국은행법 제47조에 의거 한국은행이 발행하는 4종의 지폐와 6종의 주화를 의미하며, 비현금지급수단은 계좌이체(예금), 어음·수표, 지급카드 등이 포함된다. 신용카드, 선불형카드, 직불형카드 등도 지급카드의 일종이다. 한국은행, 「한국의 지급결제제도」, 2014. p.119-130.

수 있게 된다.³²⁾ 따라서, 상업은행의 파산 등으로 예금을 지급할 수 없는 상황이 발생할 가능성이 존재하므로 예금통화가 어떤 상황에서도 법정통화와 동일한 액면가치로 교환될 수 있다는 신뢰가 형성되기 위해서는 별도의 제도적 장치를 필요로 하게 된다. 이에 따라 현대의 지급결제제도에서는 예금보험제도와 중앙은행의 최종대부자 기능 등 공적 안전망(Public Safety Net)이 바로 그러한 제도적 장치로써 어떠한 위기 시에도 상업은행 통화가 중앙은행 통화와 1:1 액면가로 교환될 수 있는 신뢰를 뒷받침하고 있다.³³⁾ 중앙은행의 최종대부자 기능과 예금보험제도는 법·제도가 상업은행에 대해 부여한 일종의 특권(special privilege)으로서의 성격을 갖지만 그러한 특권이 부여되는 대신 관련 규제를 준수하여야 하므로 규제 준수 비용이 발생하게 된다.³⁴⁾ 예컨대, 우리나라의 경우 은행은 지급준비금 예치 의무(은행법 제30조 제1항, 한국은행법 제55조), 예금잔액의 일정 비율을 보험료로 예금보험공사에 납부할 의무(예금자보호법 제30조) 등의 이행을 통해 규제 준수 비용을 부담한다. 또한, 상업은행의 실패를 예방하기 위한 종합적인 거시건전성 규제와 유사시 예금채권자, 다른 상업은행, 금융시스템에 대한 영향을 최소화하기 위한 체계적인 감독이 제도적으로 병행된다.³⁵⁾ 이러한 규제 프레임워크가 종합적으로 작동하면서 위험한 은행의 예금을 “안전자산(Safe Assets)”으로 변환시킴으로써 상업은행 예금통화에 대한 신뢰를 뒷받침하고 있다.³⁶⁾

(2) 선불전자지급수단 이용자 자금 보호 규정의 부재

선불지급수단의 경우 발행자의 환급 보장 약정을 통해 법정통화와 동일한 액면가치로 교환될 수 있기는 하지만 이에 대한 제도적 보장은 상업은행 예금통화에 비해 취약하다. 즉, 선불전자지급수단에 대해서는 예금보험

32) Awrey, Dan, “Bad Money”, 「Cornell Law Review, Cornell Legal Studies Research Paper」 No. 20-38. 2020. p. 25-26.

33) Awrey, Dan, 위의 글, p. 3-4, p.27-28.

34) Awrey, Dan, 위의 글, p. 4.

35) Awrey, Dan, 위의 글, p. 29-33. 김용재, 「은행법원론(제3판)」, 2019, p.16-19.

36) Awrey, Dan, 위의 글, p. 4.

제도나 중앙은행 최종대부자 기능과 같은 공적안전망이 존재하지 않는다. 따라서, 규제 프레임워크를 기반으로 안전자산으로 변환되어 신뢰가 구축된 예금통화와 달리 선불전자지급수단의 경우 이용자 자금과 관련된 위험이 존재하며, 지급서비스 이용자들이 이러한 위험에 노출되어 있다.

국가별로 이용자 자금을 보호하는 방법은 다양하지만 전자화폐 보유자가 필요할 때 언제든지 법정통화와 동일한 액면가치로 교환할 수 있게 하는 것을 목표로 하는 점은 동일하며, 대부분 국가에서 이에 필요한 규제를 관계 법령에 반영하고 있다.³⁷⁾

앞서 살펴본 바와 같이 우리나라의 현행 전자금융거래법에는 선불전자지급수단 이용자 자금 보호에 필요한 규제의 공백이 존재하는데, 만약 이러한 상황 속에서 선불전자지급수단 이용자 자금과 관련한 사고가 발생할 경우 전자지급수단에 대한 믿음이 흔들리게 될 것이다. 또한, 이는 지급결제제도와 금융시스템의 안정에도 위협이 될 수 있다. 따라서, 선불전자지급수단 규제 개선은 이용자 보호를 위해서 필요할 뿐만 아니라 지급결제제도와 금융시스템의 안정을 위해서도 중요한 의의를 갖는다.

3. 전자지급서비스 이용 관련 중요 사항에 대한 정보제공 및 설명 의무 강화 필요성

금전채무는 통화로써 변제하여야 하지만(민법 제376조) 지급인이 수취인과 선불전자지급수단 기반의 간편송금으로 금전채무를 이행하기로 합의한 경우 상업은행 예금계좌에 기반한 계좌이체의 방법과 동일하게 자금을 이전함으로써 금전채무를 해소할 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 선불전자지급수단을 통한 간편송금의 구조가 선불전자지급수단의 충전, 양도, 환급의 단계를 거쳐서 은행계좌를 기반으로 하는 전자자금이체와 동일한 경제적 효과를 발생시키고 있다는 점에서 선불전자지급수단의 충전, 양도, 환급을 처리하는 선불전자지급수단 발행업자(금융회사 또는 전자금융업자)가 지급인의 금전채

37) Johannes Ehrentraud, et al. 앞의 글, p.17.

무 이행에 있어 매우 중요한 역할을 담당하고 있다. 그리고 이러한 역할은 이용자와 선불전자지급수단 발행업자와의 계속적 계약으로부터 시작된다.

현행 전자금융거래법에서는 선불전자지급수단 발행업자가 충전금을 운용하여 별도의 이익을 추구하는 것을 금지하고 있지 않다.³⁸⁾ 선불전자지급수단 발행업자는 선불전자지급수단 발행·관리업을 영위하면서 영업이익을 극대화하기 위해 이용자가 충전한 자금을 별도의 투자상품 등을 통해 운용할 유인이 높다. 그러나 이로 인해 운용 손실 등이 발생하는 경우 잠재적으로 이용자의 지급지시 및 이에 수반되는 자금의 이동이 제대로 처리될 수 없는 위험을 야기할 가능성이 있다. 따라서, 충전금을 이와 같이 운용한다는 사실과 그로 인해 발생할 수 있는 위험의 내용 등은 간편송금 서비스 이용과 관련한 매우 중요한 정보에 해당한다.

또한, 현행 전자금융거래법에서는 선불전자지급수단에 기록된 잔액의 환급청구를 전적으로 전자금융업자의 약관에서 정하는 바에 따르도록 하고 있으며 법적으로 선불전자지급수단 잔액을 현금 또는 예금과 교환할 수 있도록 규제하고 있지는 않다(전자금융거래법 제19조). 오히려 환급요청을 위한 사용비율을 최대 80%로 정할 수 있도록 하고 있다(전자금융거래법 제19조 제2항 제3호). 이에 따라 간편송금을 통해 받은 선불전자지급수단 잔액 전액을 현금 또는 예금으로 환급할 수 있는지 여부는 이용약관에서 정하는 사용비율에 따라 달라질 수 있다.³⁹⁾ 즉, 현행 전자금융거래법상으로는 선불전자지급수단 발행업자의 이용약관에 따라 이용자의 환급요청에 제한이 있을 수 있으며, 이러한 제한의 내용도 선불전자지급수단 발행업자별 이용약관에 따라 모두 상이할 수 있다. 이와 같은 법적 문제가 존재함에도 불구하고

38) 2020년 9월 제정된 전자금융업자 이용자 자금 보호 가이드라인에 따르면 금융당국은 간편송금을 염으로 하는 선불전자지급수단 발행업자가 선불충전금을 위험자산에 투자하여 운용할 수 없도록 지도하고 있으나 동 가이드라인은 행정지도로서 법적 구속력을 갖지 않는다는 점을 고려하여 이와 같은 규제가 존재하지 않는 현행법을 기준으로 논의하였음을 밝혀둔다.

39) 그러나 이는 애초에 전자금융거래법상 선불전자지급수단이 간편송금을 염두에 두고 도입된 것이 아니라는 점에 기인하는 문제 상황이며, 동 법 제19조가 간편송금서비스의 지급수단으로 활용되는 선불전자지급수단에 대하여 이용자의 반환요청을 제한할 수 있는 근거 규정으로써 도입된 것은 아니다.

고 200만원 이하의 소액 자금이체에 간편송금 서비스와 계좌이체가 동등한 수준으로 통용되고 있는 셈이다. 이는 주요 간편송금 서비스 업체가 발행하는 선불전자지급수단 관련 이용약관에 특별히 환급요청을 위한 사용비율에 대한 제한을 두지 않고 이용자가 잔액범위 내에서 요청하는 금액을 환급하는 것으로 규정⁴⁰⁾하고 있기 때문인 것으로 분석된다. 이 역시 간편송금 서비스 이용과 관련하여 매우 중요한 사항에 해당한다.

충전금을 운용한다는 사실과 그로 인해 발생할 수 있는 위험의 내용, 선불전자지급수단 발행업자의 이용약관에 이용자의 환급요청 관련 제한을 두고 있는 경우 그 제한의 내용 등은 간편송금 서비스 이용과 관련하여 매우 중요한 사항이다. 그러나 별도의 설명이 제공되지 않는 한 일반적인 간편송금 서비스 이용자들이 이와 같은 제도의 현황과 이용약관의 내용에 대해 충분히 이해하고 서비스를 이용할 것으로 기대하기는 어렵다. 따라서, 이용약관에 대한 동의와 서비스 가입을 진행하는 과정에서 관련 정보가 이용자에게 충분히 제공되고 설명될 필요가 있다. 하지만 현행 전자금융거래법에는 제24조와 제25조에서 일반적인 약관규제 관련 조항을 마련하고 있을 뿐이다. 전자지급서비스 이용계약 체결시 서비스 제공자의 정보제공 관련 의무를 전자금융거래법에 상세히 규율할 필요성에 대해서는 기존 연구에서도 지적된 바 있다. 이에 따르면, “(전자)지급서비스 계약은 다른 서비스 계약과 구분되는 특성이 있기 때문에 약관규제만으로 불충분한 부분이 있고, 그 공백을 메워주기 위한 정보제공의무를 지급서비스 제공자가 부담하도록 하여 약관의 변경을 수반하지 않는 급부내용의 변경이나 당사자의 요청이 없는 경우에도 서비스 이용계약의 주요 내용을 서면 또는 다른 매체로 사전에 고지할 의무를 부과할 필요가 있다”는 점이 지적되었다.⁴¹⁾ 따라서, 현행 전자금융거래법에 충분히 규정되지 않은 정보제공 의무 및 설명의무에 관한 별도의 규제를 전자금융거래법 개정 시 반영하여 이용자 보호를 강화할 필요가 있다.

40) 카카오페이 전자금융거래 이용약관 제10조, 토스 서비스 이용약관 제33조

41) 제철웅, “전자지급거래의 법적 규율에 관한 비교법적 검토”, 「비교사법」 제18권 제2호(통권 53호), 2011. p.537

IV. 선불전자지급수단 이용자 보호 강화에 필요한 이론적 근거의 모색

1. 검토 배경

앞서 살펴본 바와 같이 선불전자지급수단을 기반으로 하는 간편송금서비스 등 신종 전자지급수단의 빠른 확산에도 불구하고 관련 규제체계 정비의 핵심인 전자금융거래법 개정이 적시에 이루어지지 않아 많은 법적 문제점이 발생하고 있다. 기술발전과 이에 따른 지급서비스의 혁신은 앞으로도 계속될 것이며 그 속도도 더욱더 빨라질 것이다. 그러므로 향후 전자금융거래법 개정을 비롯한 지급법제를 정비하면서 기술혁신 및 시장발전의 속도와 입법 대응의 시차를 줄이기 위한 입법 정책적 방안이 중요한 과제로써 검토되어야 한다. 최근, 규정중심 규제(Rule-based Regulation) 체계가 가진 한계점이 지적되고 이를 극복하기 위해 원칙중심 규제체계(Principle-based Regulation) 도입 필요성이 주장⁴²⁾되고 있는 것도 이와 무관하지 않다. 따라서, 이용자 보호를 위한 추가적인 입법적 개입을 진행하면서 ‘이용자 보호 강화를 위한 효과적인 규제수단’이 무엇인가에만 초점을 맞추기보다는 전자지급서비스 이용계약의 특성과 구조에 대한 분석과 관련 법리에 대한 검토를 바탕으로 변화된 법적 현실을 규율하기 적합한 이론적 근거에 대한 고찰이 함께 이루어질 필요가 있다. 본 장에서는 영국 판례에 나타난 관계적 계약이론과 신인의무 이론을 바탕으로 선불전자지급수단 이용자 보호에 필요한 이론적 근거를 모색해보고자 한다.

42) 김용재, “원칙중심규제의 도입을 위한 출발점으로서 자본시장법 제37조의 개정 필요성”, 「금융법연구」 제14권 제1호, 2017. p.3-31; 김용재, “자본시장법상 원칙중심규제 도입의 필요성 및 방향”, 「증권법연구」 제19권 제1호, 2018. p.159-186; 김자봉, “원칙중심 v. 규정중심 : 법의 형식에 대한 법철학적 논의”, 「금융법연구」 제15권 제2호, 2018. p.157-18; 김자봉, “원칙중심 사후규제를 근간으로 하는 규제혁신과 금융발전”, 「주간금융브리프」, 한국금융연구원, 2018. 등

2. 관계적 계약이론

(1) 고전적 계약이론의 한계와 관계적 계약이론의 부상

계약구속력의 근거를 인간의 자유의사로 보는 고전적 계약이론은 자유경쟁시장에서 거래당사자가 상호 대등한 입장에서 자신에게 이익이 된다고 판단하여 계약을 체결하기 때문에 스스로의 결정에 대해 이를 행할 의무를 갖는 것으로 보고 있다.⁴³⁾ 또한, 고전적 계약이론에 따를 경우 계약은 청약과 승낙에 의한 의사합치로써 성립하므로 성립 시점에 계약조건이 모두 결정되어 계약 성립 후에는 결정된 계약 조건의 이행만이 남게 된다. 그러나 이러한 고전적 계약이론은 경제와 사회의 발전에 따라 전문화되고 복잡해지는 법률관계를 규율하는데 한계⁴⁴⁾가 있었고 이러한 문제의식을 바탕으로 그 한계를 극복하기 위하여 관계적 계약이론이 등장하게 되었다.

이안 맥닐(Ian R. Macneil)의 관계적 계약이론⁴⁵⁾은 계약을 장래의 일정한 사항을 실현하고자 하는 기획에 관한 당사자 사이의 관계⁴⁶⁾로 파악한다. 가령 매매계약에서 실제 이행이 이루어지는 것은 후일의 이행기가 도래한 때부터이기 때문에 계약은 미래의 교환을 향한 기획으로서의 성격을 지닌다는 것이다. 이러한 인식하에 관계적 계약이론에서는 계약을 “교환을 행했거나, 교환을 행하고 있거나 장래에 교환을 행할 것을 예정하고 있는 사람들의 관계, 다르게 말하면, 교환 관계”라고 정의한다.⁴⁷⁾ 관계적 계약이론은 고전적 계약이론의 대체 이론으로서 ‘의사’ 보다는 ‘협력’이라는 개념에 기초를 두고, 개인의 의사보다 사회적 관계를 더 중요시하며, 계약의 계속성과

43) 변용완, “계약구속력의 근거에 관한 새로운 이론모델”, 「중앙법학」 제16집 제2호, 2014.06. p.57.

44) 변용완, 위의 글, p.59-62.

45) 이안 맥닐의 관계적 계약이론과 관련한 국내 학술연구로는 김현수, “미국에서의 관계적 계약이론”, 「재산법연구」, 제32권 제4호, 2016., 변용완, “계약구속력의 근거에 관한 새로운 이론모델”, 「중앙법학」 제16집 제2호, 2014. 등

46) Ian R. Macneil, 「The New Social Contract 4」 (1980). Ian R. Macneil, “Relational Contract Theory : Challenges and Queries”, 「Northwestern University Law Review」, Spring 2000 (94 Nw. U. L. Rev. 877) p.878에서 재인용.

47) Ian R. Macneil, 위의 글, p.879.

유연성을 강조한다.⁴⁸⁾ 동 이론에 따르면 의사를 핵심으로 하는 고전적 계약과 다르게 사회관계 그 자체가 계약의 구속력과 여러 가지 계약상 의무를 발생시키게 되며⁴⁹⁾, 당사자 의사와 무관한 권리·의무가 부여되거나 계약 내용의 수정이 이루어지기도 한다.⁵⁰⁾

(2) 영국의 Yam Seng v. International Trade Corporation 판례

영국에서는 2013년 Leggatt 판사가 일부 장기적 계약관계는 ‘관계적 계약’으로서 계약 당사자에게 계약의 이행을 위해 상호 협력해야 하는 묵시적 신의성실 의무(implied duty of good faith)가 있다는 결정(Yam Seng v. Internaonal Trade Corporation, 이하 ‘Yam Seng 판례’)⁵¹⁾을 내리면서 관계적 계약의 존재 및 이에 따른 신의성실 의무가 묵시적으로 계약에 내포되어 있다는 사실을 처음으로 인정하였다. 영국에서는 고용계약, 소비자계약, 신인관계 등 특정 법률관계에 대해서는 신의성실 의무(duty of good faith)가 인정되고 있었으나 이런 특별한 법률관계를 제외하고는 영국 계약법상 일반 원칙으로서의 신의성실 의무는 인정되지 않고 있었다.⁵²⁾ 그러나 ‘Yam

48) 변용완, 앞의 글, p.55.

49) 변용완, 앞의 글, p.65.

50) 변용완, 앞의 글, p.55.

51) International Trade Corporation(ITC)가 Yam Seng에게 특정 유통권(certain distribution rights)을 부여한 맨체스터 유나이티드 브랜드의 향수, 탈취제 및 기타 세면용품에 대한 아시아 42개 지역 면세점 유통 계약과 관련된 사례이다. 계약 관계의 파탄 이후, Yam Seng은 계약을 해지하고 영국 법원에 소를 제기하면서 ITC가 당사자들이 서로를 신의성실로(in good faith) 대할 것이라는 암묵적인 조건(implied term)을 위반했다고 주장했다. Yam Seng은 ITC가 Yam Seng에게 거짓 정보를 제공하고 유통계약이 적용되는 지역의 국내 시장에서 면세점 판매 가격보다 낮은 소매가격으로 제3자의 판매를 허가함으로써 신의성실 의무를 위반하였음을 주장하였다. 이에 대하여 묵시적인 신의성실 의무가 계약을 이행할 때 정직하게 행동할 의무를 포함한다는 이유로 ITC가 Yam Seng과의 계약을 이행하는 과정에서 정직하게 행동하지 않았다는 사실을 근거로 Yam Seng의 ITC에 대한 손해배상 청구를 인용하였다. England and Wales High Court (Queen’s Bench Division) Decisions, Yam Seng PTE Ltd v International Trade Corporation Ltd [2013] EWHC 111 (QB).

52) 이에 따라 학계에서는 영국 계약법이 일반적인 신의성실 의무(general duty of good faith)의 도입을 거부하는 것을 비판하면서 일반적인 신의성실 의무를 도입하기 위해 법원이 적극적으로 역할을 해야한다는 주장이 제기되기도 하였다. Zeller, Bruno. “Good Faith – Is It a Contractual Obligation.” 「Bond Law Review」, vol. 15, no.

Seng 판례’를 통해 ‘관계적 계약⁵³⁾’의 존재와 특정 계약의 경우 묵시적인 신의성실 의무가 내재되어 있을 수 있다는 점이 인정된 것이다.

‘Yam Seng 판례’ 이후 영국 내 계약 관련 분쟁에서 당사자 중 한 명이 묵시적인 신의성실 의무를 위반했다고 주장하는 사례가 빈번해지는 등 동 판례는 영국 계약법 분야에 상당한 영향을 미치고 있는 것으로 평가되고 있다.⁵⁴⁾ 이에 따라 법원은 묵시적인 신의성실 의무가 계약의 내용으로 인정되기 위해서는 묵시적 합의가 계약에 포함되기 위한 영국 계약법상의 원칙을 충족해야 한다는 점을 강조하면서 묵시적 신의성실 의무 적용의 한계를 명확히 제시하기 위해 노력하고 있다.⁵⁵⁾ 즉, 영국 법원은 ‘Yam Seng 판례’의 결정이 모든 상업적 계약(commercial contract)에서 묵시적인 신의성실 의무(implied duty of good faith)가 계약 당사자의 기본적인 의무(default duty)로 존재하는 것을 의미하는 것으로 해석될 수 있는 점을 경계하는 태도를 취하고 있는 것이다.⁵⁶⁾ 영국 대법원은 “계약 체결 시점에 모든 계약 조항과 주변 상황을 알고 있는 합리적인 독자(reader)를 기준으로 그러한 묵시적인 합의의 내용이 말할 필요도 없이 명백하거나(go without saying)

2, 2003.

53) 동 판례에서는 관계적 계약에 대하여 당사자간 장기적 관계를 수반하는 계약으로서 상호간의 신뢰와 이에 기초한 높은 수준의 의사소통, 협력, 예측가능한 성과 등을 요구하는 것을 특징으로 하는 것으로 정의하고, 이러한 관계적 계약의 사례로 조인트 벤처 계약, 프랜차이즈 계약, 장기(long term) 유통권(distribution) 계약 등을 제시하였다. England and Wales High Court (Queen’s Bench Division) Decisions, Yam Seng PTE Ltd v International Trade Corporation Ltd [2013] EWHC 111 (QB)

54) Robertson, Elizabeth, “Yam Seng v International Trade Corporation - An Interim Report on the Implied Duty of Good Faith.” 「Manchester Review of Law, Crime and Ethics」, Vol.4, 2015. p.142.

55) Robertson, Elizabeth, 위의 글, p.142-143.

56) 그 동안 영국에서는 신의성실 의무가 본질적으로 각자의 이익을 추구하는 계약 당사자의 입장과 일치하지 않기 때문에 일반적으로 영국법에 따라 집행하기 어려워 수용될 수 없다는 입장이 지배적이었기 때문이다. 이는 Walford v. Miles 판례에서 Lord Ackner가 언급한 내용이다. “...the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations.” House of Lords, Walford v. Miles, [1992] 2 AC 128.

비즈니스 효율성(business efficacy)에 필요하다고 간주할 수 있었을 것으로 추정된다면 묵시적인 합의가 계약에 포함되었다고 볼 수 있다”는 입장⁵⁷⁾을 취하고 있는데, 이러한 원칙은 묵시적인 신의성실 의무의 인정 여부에 대한 판단 시에도 동일하게 적용된다.⁵⁸⁾

(3) 영국의 Bates v. Post Office 판례

‘Yam Seng 판례’에서 처음 언급된 묵시적인 신의성실 의무의 개념이 충분히 명확하게 확립되었다고 보기 어렵다는 점을 고려하여, 후속 판례들은 묵시적인 신의성실 의무 적용의 추가적인 한계를 설정함으로써 동 개념의 명확성을 제고하기 위해 노력하고 있다.⁵⁹⁾

약 550명의 서브 포스트마스터(Sub-postmaster)가 우체국이 도입한

57) United Kingdom Supreme Court, Marks and Spencer plc v BNP Paribas Securities Services Trust Company (Jersey) Ltd & Anor (Rev 1) [2015] UKSC 72 (2 December 2015). 비즈니스 효율성 테스트(business efficacy test)는 묵시적인 합의 내용(implied terms)이 없으면 상업적 또는 실제로 계약이 의미가 없는 것이 명백하여야 한다는 영국 계약법상 원칙으로서 판례를 통해 확립된 법리이다.

58) Acer Investment Management Ltd & Anor v. The Mansion Group Ltd 판례에서도 영국 법원은 모든 상업적 계약에 묵시적인 신의성실 의무가 계약 당사자의 의무로 존재하지 않는다는 점을 다시 한번 확인하였다. 동 판례는 독립금융자문사(IFA)에 금융상품을 유통하는 기업인 Acer 투자운용이 펀드상품을 만들어 판매하는 Mansion 그룹과 펀드 판매대행계약을 체결하였는데, Acer 투자운용측이 비슷한 시기에 Mansion 그룹 펀드상품과 경쟁관계에 있는 블랙모어 펀드 판매대행계약을 체결하고 판매한 것이 묵시적인 신의성실 의무를 위반한 것인지 문제된 사안이다. Mansion측은 Acer가 신의성실 의무를 위반하였다면서 Acer가 대리인으로서 신인의무를 부담하며 이러한 신인의무에는 신의성실 의무도 포함된다는 점과 양자간 계약이 Yam Seng 판례에 언급된 관계적 계약에 해당한다는 점을 주장하였다. 그러나 법원은 Mansion 측의 주장을 받아들이지 않았다. 법원은 사실관계에 대한 분석을 토대로 Mansion 측의 주장은 당사자들의 관계의 상업적 현실과 계약의 명시적 조건에 기초하지 않은 것으로서 Acer가 신인의무를 부담하는 수탁자에 해당한다고 볼 수 없다고 하였다. 또한, 법원은 사실관계를 종합해보면 양 당사자의 계약이 배타적인 계약이 아니고, 장기간의 계속적 계약도 아니었으며 언제든지 통지에 의해 계약관계를 종료할 수 있었고 관계의 지속에 의존하여 상당한 금액을 지출할 필요도 없었다고 판단하면서 이를 토대로 양자간의 관계가 묵시적인 신의성실 의무가 포함되어 있을 여지가 없으며, 관계적 계약에도 해당하지 않는다고 하였다. England and Wales High Court (Queen’s Bench Division) Decisions, Acer Investment Management Ltd & Anor v The Manset Group Ltd [2014] EWHC 3011 (QB)

59) Li, Claire. “To Have Faith in the Concept of Good Faith?”, 「Singapore Comparative Law Review」, 2021, p.189-190.

Horizon 시스템의 회계불일치를 초래하는 결함으로 인해 상당한 손실을 입었다고 주장한 집단소송 사건(Bates v. Post Office, 이하 Post Office 판례)에서 Fraser 판사는 영국법상 어떤 계약이 관계적 계약에 해당하는지를 판단하기 위하여 관계적 계약의 구성요소에 관해 의미 있는 분석을 실시하였다. 이에 따르면 그 동안 영국에서 특정 계약이 묵시적 신의성실 원칙을 포함하지 않는 것으로 판단한 판례들이 관계적 계약의 원칙을 부정하는 것이 아니라 사실관계의 특수성을 고려한 결정이었다는 점에 주목하면서 관계적 계약이 영국법상 확립된 개념이라는 점을 확인하였다.⁶⁰⁾ 아울러 계약의 관계성 여부에 대한 판단은 계약의 명시적인 조건뿐만 아니라 맥락에 따라 크게 좌우될 수 있다는 점을 명확히 하였으며, 어떤 계약이 관계적 계약에 해당하는지 여부에 관한 분석을 할 때에는 계약조건과 상업적인 맥락에 따라 정해지는 당사자 간 관계의 전체적인 상황에 초점을 맞추어야 한다고 설명하였다. Fraser 판사가 제시한 관계적 계약의 특성은 아래 <표 3>과 같다.⁶¹⁾

<표 3> Fraser 판사가 제시한 관계적 계약의 특성

1. “계약에 신의성실 의무를 부인하는 명시적 조항이 포함되어서는 안 된다.”
2. “계약은 당사자들이 상호 의도하는 장기적 계약이어야 한다.”
3. “당사자들은 거래와 관련한 각자의 역할을 성실하고 충실하게 수행하고자 하여야 한다.”
4. “당사자들은 계약 이행에 있어 서로 협력할 것을 약속하여야 한다.”
5. “당사자들의 사업상 모험에 관한 목적과 목표가 서면 계약에 완전히 표현되지 못할 수도 있다.”
6. “당사자들은 서로에 대한 신뢰와 확신을 갖지만 신인관계(fiduciary relationship)에 포함되는 신뢰 및 확신과는 다르다.”
7. “해당 계약은 서로에 대한 신뢰, 확신, 충실(loyalty)에 대한 기대를 기반으로 높은 수준의 소통, 협력, 예측 가능한 성과를 포함한다.”
8. “사업상 모험에 대한 일방 당사자(또는 양 당사자)의 상당한 투자가 존재한다. 상당한 투자는 경우에 따라 상당한 재정 투입(substantial financial commitment)으로 보다 정확히 설명될 수 있다.”
9. “당사자 관계의 배타성이 존재할 수 있다.”

60) England and Wales High Court (Queen’s Bench Division) Decisions, Bates & Ors v Post Office Ltd ((No.3) “Common Issues”) [2019] EWHC 606 (QB), para 705.

61) England and Wales High Court (Queen’s Bench Division) Decisions, Bates & Ors v Post Office Ltd ((No.3) “Common Issues”) [2019] EWHC 606 (QB), para 725.

다만, Fraser 판사는 이러한 목록이 완전한 것은 아니라는 점을 강조하면서 계약에 신의성실 의무를 부인하는 명시적 조항이 포함되어서는 안 된다는 첫 번째 목록을 제외하면 결정적인 것은 없다고 설명하였다. 이러한 관계적 계약에 대한 상세한 분석을 바탕으로 동 사건의 계약이 관계적 계약에 해당⁶²⁾하며 관계적 계약에는 묵시적인 신의성실 의무가 존재한다는 점을 명확히 하였다.⁶³⁾

3. 신인의무 이론

(1) 신인관계(fiduciary relationship)와 신인의무(Fiduciary duty)의 개념

신인관계법(fiduciary law) 분야의 저명한 학자 중 한명인 Tamar Frankel 교수에 따르면 “신인관계법은 합리적인 신뢰를 바탕으로 하는 관계를 규제하는 법으로서 낮은 사람의 재능을 사용하고 검증비용을 줄일 수 있도록 하는 것을 목적으로 한다”고 주장⁶⁴⁾한다. 신인관계는 세 가지 요소를 반드시 포함하는데, 첫째는 재산이나 권한의 위탁, 둘째는 수탁자에 대한 위탁자의 신뢰, 셋째는 위탁으로부터 발생하는 위험이다.⁶⁵⁾ 이러한 신인관계는 위탁의

62) 많은 경우 우체국 Sub-postmaster는 우체국 건물을 매입하거나 임대하는데 상당한 금액을 투자하고, 지점 운영을 위해 개인적으로 상당한 재정을 투입하였다는 점, 서비스 제공과 관련한 Sub-postmaster의 역할이 전통적인 계약관계를 넘어 고용계약과 유사한 특성을 가지고 있는 점, 신뢰는 거의 모든 우체국 관련 활동에 필수적인 요소였다는 점 등이 근거로 제시되었다. 자세한 논거는 England and Wales High Court (Queen’s Bench Division) Decisions, Bates & Ors v Post Office Ltd ((No.3) “Common Issues”) [2019] EWHC 606 (QB), para 702-768.

63) 이 사건에서 우체국은 묵시적인 신의성실 의무가 있다고 해도 이는 정직하게 행동하기 위한 요구조건에 지나지 않는다고 주장하였으나 Fraser 판사는 묵시적인 신의성실 의무는 “당사자들이 합리적이고 정직한 사람들에 의해 상업적으로 받아들여질 수 없는 행동을 자제해야 한다는 것을 의미”하며, 단순히 당사자들이 정직해야 한다는 것만을 의미하는 것이 아니라는 이유로 우체국의 주장을 받아들이지 않았다. England and Wales High Court (Queen’s Bench Division) Decisions, Bates & Ors v Post Office Ltd ((No.3) “Common Issues”) [2019] EWHC 606 (QB), para 711.

64) Tamar Frankel, “FIDUCIARY LAW IN THE TWENTY-FIRST CENTURY”, 「Boston University Law Review」, Vol.91. 2011. p.1291.

65) Richard S. Whitt, “OLD SCHOOL GOES ONLINE: EXPLORING FIDUCIARY OBLIGATIONS OF LOYALTY AND CARE IN THE DIGITAL PLATFORMS

정도, 신뢰의 정도, 위험의 정도의 조합에 따라 다양한 형태가 존재할 수 있다. 위탁자가 자신을 보호하지 못하거나, 시장이 위탁자를 보호하지 못하거나, 수탁자에 대한 신뢰가 확립되는데 필요한 비용이 해당 관계로부터의 이익을 초과하는 경우 신인관계가 실패할 가능성이 발생⁶⁶⁾하게 되는데, 이러한 신인관계의 실패를 막기 위해 필요한 것이 신인의무라고 할 수 있다. 즉, 신인의무는 위탁자(entrustor)와 수탁자(fiduciary) 사이에 존재하는 비대칭적인 신인관계에 뿌리를 두고 있으며, 위탁자와 수탁자 또는 제3자의 이익 간 충돌이 발생하는 경우 위탁자(또는 수익자)의 이익을 위해 충실하게 행동할 것을 요구⁶⁷⁾(duty of loyalty)하는 규범으로 이해할 수 있다.

(2) 관계적 계약이론과 신인의무 이론의 유사성과 구별 필요성

신인의무가 구체적인 법률관계마다 다양한 내용으로 발생할 수 있는 탄력적인 성질의 개념이라는 특징⁶⁸⁾을 갖고 있다는 점에서 관계적 계약이론은 신인의무 이론과 유사한 측면이 존재한다. 먼저, 의무의 발생근거를 계약이 아닌 관계 그 자체로 바라보는 점과 양 당사자가 동등한 협상력을 갖추고 있지 않은 것으로 바라보면서 고전적 계약이론과 의사주의의 한계를 넘어 현대 사회의 복잡한 관계를 규율하기에 더 적합한 이론이라는 점에서 유사하다. 또한, 신인관계에 있어 장래에 발생할 수 있는 모든 상황에 대해 수탁자가 구체적으로 어떻게 행위 해야 하는지를 사전에 모두 정의하는 것은 불가능하며, 위탁자와 수탁자가 계약 등을 통해 별도로 정하지 않은 경우에도 수탁자의 신인의무가 구체적인 행위기준으로 작용하면서 당사자 간의 계약 등 법률관계의 빈틈을 메우는 역할을 수행하게 되는데, 영국 판례에서 나타나고 있는 관계적 계약의 법리도 관계적 계약에 내재되어 있는 묵시적인 신의성실 의무가 계약 당사자의 행위기준으로 작용하여 계약의 빈틈을 메우는 역할을 수행한다. 따라서, 관계적 계약이론과 신인의무 이론은

ERA”, 「SANTA CLARA HIGH TECH. L.J.」, Vol 36. 2019. p.13.

66) Richard S. Whitt, 앞의 글. p.13.

67) 김병연, “신인의무의 연혁적 발전에 관한 소고”, 「신탁연구」 제3권 제1호, 2021.06. p.28.

68) 김병연, 위의 글, p.8.

규범의 기능적 측면에서도 유사한 점이 존재한다고 볼 수 있다.

다만, 이러한 유사성에도 불구하고 영국에서는 양자를 명확하게 구별하고 있음에 유의하여야 한다. 영국 법원에서는 신인의무(fiduciary duty)를 수탁자 지위의 특수성과 수탁자와 위탁자의 관계를 고려하여 도출되는 충실의무(duty of loyalty)를 의미하는 것으로 인식하고 있으며, 신인의무와 주의의무(duty of care)를 명확하게 구별하고 있다.⁶⁹⁾ Giradet v. Crease 판례⁷⁰⁾에서 Southin 판사는 신인의무라는 용어가 변호사나 회사의 이사 등의 모든 의무 위반에 적용되는 것처럼 통용되는 것에 대한 문제를 지적하면서 단순한 부주의(carelessness)를 신인의무 위반이라고 하는 것은 잘못된 것이라고 하였다. 이후 LAC Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd. 판례⁷¹⁾에서 La Forest 판사가 수탁자와의 관계에서 발생하는 모든 법적 분쟁이 신인의무 위반에 관한 청구로 이어지는 것은 아니라는 점을 지적하면서 기존 판례의 입장이 다시 한번 확인되었다. 이와 같은 판시 내용은 영국 항소법원(England and Wales Court of Appeal)의 Mothew v. Bristol & West Building Society 판례⁷²⁾에서도 인용되면서 재차 확인되었고, 수탁자가 의무를 이행함에 있어 적절한 기술과 주의를 기울여야 하는 의무를 신인의무와 구별해야 한다는 점, 신인관계의 법리는 상대적으로 취약한 당사

69) 일반적인 주의의무(duty of care)와 충실의무(duty of loyalty), 관계적 계약에 내재하는 묵시적 신의성실 의무와 신인의무를 엄격하게 구별하는 영국 법원의 입장과는 다르게 미국에서는 신인의무에 주의의무, 충실의무, 신의성실 의무가 모두 포함되는 것으로 보고 있다. 이사의 신인의무와 관련한 미국의 판례법리에 대한 상세한 분석으로는 신현탁, “이사의 의무에 관한 미국 판례법리 발전사”, 『서울법학』 제28권 제4호, 2021. 이러한 미국 판례법리가 주의의무와 충실의무를 융합시킴에 따라 관련 개념의 명확성이 저해되고 혼란이 초래되고 있다는 비판으로는 Gregory, William A., “The Fiduciary Duty of Care: A Perversion of Words”, 『Akron Law Review』 Vol. 38, Iss. 1, Article 6. 2005.

70) Girardet v. Crease & Co. (1987) 11 B.C.L.R. (2d) 361, 362., England and Wales Court of Appeal, Mothew v. Bristol & West Building Society, [1996] EWCA Civ 533.에서 재인용

71) LAC Minerals Ltd. v International Corona Ltd. (1989) 61 DLR, England and Wales Court of Appeal, Mothew v. Bristol & West Building Society, [1996] EWCA Civ 533.에서 재인용

72) England and Wales Court of Appeal, Mothew v. Bristol & West Building Society, [1996] EWCA Civ 533.

자를 보호하기 위해 존재하며, 신인관계의 본질적 의무는 충실의무(duty of loyalty)라는 점 등이 중요하게 언급되었다.

영국 법원이 관계적 계약의 법리와 신인의무 법리 모두를 실제 분쟁 해결의 이론적 기초로써 활용하고 있으나 일반적인 주의의무(duty of care) 위반과 신인의무(fiduciary duty) 위반(충실의무 위반)을 명확히 구별하고 있다. 이와 동일한 맥락에서 관계적 계약에서 도출되는 묵시적 신의성실 의무와 신인관계에서 도출되는 신인의무도 구별된다는 점을 알 수 있다. 이는 영국 법원이 “관계적 계약 당사자의 신뢰와 확신이 신인관계에 포함되는 신뢰 및 확신과 다르다”는 것을 명확히 하고 있다는 점에서도 확인된다.⁷³⁾ 따라서, 관계적 계약의 신뢰를 보호하기 위하여 묵시적 신의성실 의무로부터 도출될 수 있는 행위 규범과 신인관계의 신뢰를 보호하기 위해 신인의무로부터 도출될 수 있는 행위 규범에도 차이가 존재할 수밖에 없다.

하지만, 이러한 구분으로 인하여 당사자 간 법률관계의 성격을 판단함에 있어 관계적 계약에 해당하는 경우 신인관계에 해당할 여지가 없게 되거나, 신인관계에 해당하는 경우 관계적 계약에 해당할 여지가 없게 되는 것은 아니라는 점에 유의하여야 한다. 오히려 신인관계가 존재하는 것으로 인정되는 경우에도 그러한 신인관계 성립의 기초가 되는 계약이 존재하고 해당 계약이 관계적 계약의 특성을 충족하는 경우 관계적 계약이면서도 신인관계에 해당하는 경우는 얼마든지 있을 수 있다.

4. 관계적 계약이론 및 신인의무 이론의 적용 가능성

(1) 관계적 계약이론의 적용 가능성 검토

73) 판례의 원문은 다음과 같다. “Such ‘relational’ contracts involve trust and confidence but of a different kind from that involved in fiduciary relationships. The trust is not in the loyal subordination by one party of its own interests to those of another. It is trust that the other party will act with integrity and in a spirit of cooperation. The legitimate expectations which the law should protect in relationships of this kind are embodied in the normative standard of good faith.” England and Wales High Court (Queen’s Bench Division) Decisions, *Bates & Ors v Post Office Ltd* ((No.3) “Common Issues”) [2019] EWHC 606 (QB), para 705

1) 관계적 계약에 해당하는지 여부

전자금융거래법에 따른 선불전자지급수단 이용계약은 관계적 계약에 해당하는가? 영국 법원에서 Fraser 판사가 제시한 주요 기준을 바탕으로 선불전자지급수단 이용계약이 관계적 계약에 해당하는지 여부를 판단해보기로 한다. 첫째, 동 기준에 따르면 관계적 계약 여부를 판단할 때 가장 중요하게 고려하는 것은 계약이 명시적으로 신의성실 의무를 부인하는 조항을 포함하고 있는지 여부인데 우리나라 주요 선불전자지급수단 사업자의 이용약관을 검토해본 결과 그러한 조항은 존재하지 않는다.⁷⁴⁾ 둘째, 선불전자지급수단 이용계약은 선불전자지급수단이라는 지급수단을 통해 전자자금이체와 동일한 경제적 효과를 발생시킴으로써 선불전자지급수단 발행자가 해당 이용계약을 바탕으로 지급인의 금전채무 이행을 지원하는 기능을 수행하는 계속적 계약으로서 약관에서 별도로 정하는 바에 따라 해지하기 전까지 계약관계는 장기간 계속된다. 셋째, 선불전자지급수단 이용자가 이를 지급수단으로 이용하는 것은 해당 선불전자지급수단을 이용한 지급거래가 차질 없이 이루어짐으로써 편리한 방법으로 본인이 부담하는 금전채무를 언제든 법적으로 유효하게 해소시킬 수 있다는 신뢰가 존재하기 때문이므로 계약의 당사자가 서로에 대한 신뢰와 확신을 갖는다고 볼 수 있다. 넷째, 이용약관 등에 별도로 명시적인 조항은 없으나 당사자들이 거래와 관련한 각자의 역할을 성실하고 충실하게 수행하고자 하여야 한다는 점, 계약 이행에 있어 서로 협력할 것을 약속한다는 점을 인정하는 것도 크게 무리가 없다.

계약의 관계성 여부에 대한 판단은 계약조건과 당사자 간 관계의 전체적인 상황에 초점에 맞추어야 하며, Fraser 판사가 제시한 목록 중 첫 번째 (계약에 신의성실 의무를 부인하는 명시적 조항을 포함하고 있지 않을 것)를 제외하고는 결정적인 것은 없다는 점을 고려할 때 이상의 사실만으로도 선불전자지급수단 이용계약이 관계적 계약에 해당하는 것으로 인정할 수 있을 것으로 판단된다. 선불전자지급수단을 관계적 계약으로 바라볼 경우 선불전자지급수단 이용계약의 당사자인 선불전자지급수단 발행자와 이용자는

74) 카카오페이 전자금융거래 이용약관, 토스 서비스 이용약관 등 참고.

명시적인 계약조항이 없더라도 계약관계로부터 도출되는 의무를 부담하는 것으로 계약내용이 수정될 수 있게 된다.

2) 관계적 계약이론의 적용 가능성 및 한계점

선불전자지급수단 이용계약의 구조상 이용자가 선불전자지급수단을 통한 송금이나 결제 등의 서비스를 이용하기 위해 서비스 이용 전 또는 서비스 이용과 동시에 선불전자지급수단을 충전하고 이를 송금이나 결제에 이용하기 위한 지급지시를 하면 선불전자지급수단 발행업자가 이를 처리함으로써 이에 수반되는 자금의 이동이 발생하게 된다. 선불전자지급수단 발행업자가 영업이익을 극대화하기 위해 이용자가 충전한 자금을 별도의 투자상품 등을 통해 운용하는 행위는 운용 손실 발생 등의 사유로 이용자의 지급지시 및 이에 수반되는 자금의 이동이 제대로 처리될 수 없는 위험을 야기할 가능성이 있다. 그러나 이와 같은 위험이 야기될 가능성이 있다는 이유만으로 관계로부터 도출되는 의무를 위반한 것으로 보기는 어렵다. Yam Seng 판례에서 살펴본 바와 같이 관계적 계약에 내재된 묵시적인 신의성실 의무는 계약 상대방에게 상당한 불이익을 줄 수 있더라도 계약의 당사자가 자신의 상업적인 이익 추구를 제한하는 것이 아니라는 점에서 신인의무와 구별된다. 이러한 점을 고려할 때, 관계적 계약이론을 선불전자지급수단 발행업자가 선불전자지급수단 충전금을 운용함으로써 별도의 이익을 추구하고 이로 인해 잠재적으로 이용자 보호에 문제가 발생할 수 있는 위험을 억제하기 위해 요구되는 별도의 행위규범을 도출하는 이론적 근거로 활용하기에는 한계가 있다. 다만, 현행 전자금융거래법과 같이 별도로 명문의 규정을 두고 있지 않아 선불전자지급수단 발행업자가 충전금을 운용하여 별도의 이익을 추구하는 것을 금지할 수 없다고 하더라도 충전금을 이와 같이 운용한다는 사실과 그로 인해 발생할 수 있는 위험의 내용 등은 선불전자지급수단 이용과 관련한 매우 중요한 정보에 해당한다. 또한, 선불전자지급수단 발행업자의 이용약관에 이용자의 환급요청 관련 제한을 두고 있는 경우 그 제한의 내용 역시 선불전자지급수단 이용과 관련하여 매우 중요한 사항에 해당한다. 따라서, 선불전자지급수단 발행업자는 이용자가 이러한 중요

한 사항 대해 충분히 이해하고 인지하는 데 필요한 정보를 제공하고 설명할 의무를 부담한다고 봐야 한다.

이러한 정보제공 및 설명의무는 이용약관과 전자금융거래법에 별도로 정하는 바가 없다고 하더라도 관계적 계약이론에 의해 도출될 수 있을 뿐만 아니라 선불전자지급수단 충전금의 운용여부와 운용 방법 및 이와 관련한 위험, 환급요청 제한 여부 및 조건 등은 선불전자지급수단 이용 계약체결의 의사결정에 중요한 영향을 미치는 사항이므로 관계적 계약이론의 법리가 확립되지 않은 우리나라에서도 민법 제2조의 신의칙을 근거로 정보제공 의무 내지 설명의무를 인정하는 법리의 구성도 가능하다.⁷⁵⁾ 이와 같이 현행 전자금융거래법과 이용약관에 충분히 규정되지 않은 정보제공 의무 내지 설명의무를 선불전자지급수단 이용계약의 관계적 특성으로부터 도출하여 이용자 보호를 보다 강화할 수 있는 이론적 근거로 관계적 계약이론을 활용할 수 있다.

75) 대법원은 민법 제2조의 신의칙을 근거로 하여 계약 상대방에 대한 고지의무(정보제공 의무)를 인정할 수 있는 법리를 확립하고 있다. 예컨대, 대법원 2007.5.1., 선고, 2005다 5812,5829,5836, 판결에서 “부동산 거래에 있어 거래 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것이요 경험칙상 명백한 경우에는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있으며, 그와 같은 고지의무의 대상이 되는 것은 직접적인 법령의 규정뿐 아니라 널리 계약상, 관습상 또는 조리상의 일반원칙에 의하여도 인정될 수 있고, 일단 고지의무의 대상이 되는 사실이라고 판단되는 경우 이미 알고 있는 자에 대하여는 고지할 의무가 별도로 인정될 여지가 없지만, 상대방에게 스스로 확인할 의무가 인정되거나 거래관행상 상대방이 당연히 알고 있을 것으로 예상되는 예외적인 경우가 아닌 한, 실제 그 대상이 되는 사실을 알지 못하였던 상대방에 대하여는 비록 알 수 있었음에도 알지 못한 과실이 있다 하더라도 그 점을 들어 추후 책임을 일부 제한할 여지가 있음은 별론으로 하고 고지할 의무 자체를 면하게 된다고 할 수는 없다.”라고 판시한 바 있다.

다만, 이러한 판례의 법리에 따를 경우 고지의무의 대상이 되는 사실은 “거래 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것이요 경험칙상 명백한 경우”로 한정된다. 그러나 관계적 계약이론에서 도출되는 설명의무는 “만드시 그 사실을 알았다면 해당 계약을 체결하지 않았을 것이 경험칙상 명백해야”만 인정될 수 있는 것은 아니다. 즉, 민법 제2조의 신의칙을 근거로 하는 정보제공의무와 관계적 계약이론에 근거를 둔 정보제공의무는 그 범위와 대상이 다르게 판단될 여지가 있다. 또한, 개인의 의사를 중시하는 고전적 계약이론의 한계를 넘어 계약의 관계적 특성을 바탕으로 개별 주체들이 계약 관계의 보존을 추구하며 협력 내지 연대할 수 있는 이론적 근거를 제공하는 관계적 계약이론의 유용성에 대해서도 고민해볼 필요가 있다. 이와 같은 관계적 계약이론의 유용성에 대해서는 박기주, 「금융거래계약의 관계적 특성에 관한 연구 - 고전적 계약이론과 관계적 계약이론의 비교를 중심으로」, 『은행법연구』 제8권 제1호, 2015.05.참고.

향후 전자금융거래법에서 전자지급서비스 제공자의 정보제공의무에 관한 규제를 도입함에 있어서도 관계적 계약이론을 관련 규제의 이론적 근거로써 충분히 활용할 수 있다. 현재 국회에 발의되어 있는 전자금융거래법 개정안⁷⁶⁾에는 현행법의 미비점을 보완하여 이용자 보호를 두텁게 하고자 전자금융업자 등의 행위규칙에 관한 조항(제36조의3)을 새롭게 신설하고 있다. 이에 따르면, 이용자에게 전자금융거래계약의 체결을 권유하는 경우에 금융상품 및 서비스의 내용에 관한 중요한 사항을 설명하지 않는 행위(제36조의3 제1항 제2호), 금융상품 및 서비스의 내용을 사실과 다르게 알리거나 불확실한 내용 제시를 통해 계약체결을 권유하는 행위(제3호), 이용자가 금융상품 및 서비스의 내용을 오해하지 않도록 명확하고 공정하게 전달하지 않는 행위(제4호) 등을 금지하고 있다. 관계적 계약이론에 비추어 보면 이러한 행위규제의 신설은 관계적 계약의 성격을 갖고 있는 지급서비스 이용계약에 내재되어 있으나 그 동안 제대로 이행되지 않았던 정보제공 의무 내지 설명의무의 적극적 이행을 촉구하는 규제를 도입하는 것이라는 점에서 바람직한 입법으로 평가할 수 있다. 향후 금융위원회가 감독규정을 통해 “해당 행위에 대한 구체적인 기준(제36조의3 본문)”을 정함에 있어서도 관계적 계약이론과 지급서비스 이용계약의 관계적 특성을 충분히 고려할 필요가 있다. 예컨대, 전자금융업자 등의 행위규칙에 관한 제36조의3 제2항 제1호에서는 자금이체업자가 이용자에게 개설하여 준 계정을 이용자로 하여금 계좌로 오인하게 하는 행위를 금지하는 행위규제를 신설하고 있지만 이로 부터 선불전자지급수단과 예금계좌의 법적인 보호 수준이 다르다는 사실을 이용자가 명확히 인지하도록 적극적으로 정보를 제공하면서 이를 명확하고 알기 쉽게 설명해야 할 의무가 도출된다고 볼 수 있을지는 의문이다. 따라서, 향후 금융위원회가 감독규정을 통해 “해당 행위에 대한 구체적인 기준(제36조의3 본문)”을 정함에 있어 선불전자지급수단과 예금계좌의 법적인 보호 수준이 다르다는 사실이 제36조의3 제1항 제2호의 중요한 사항에 해당

76) 현재 정부위원회에 계류되어 있는 윤관석 의원안, 김병욱 의원안 모두 유사한 내용으로 구성되어 있다. 본 논문에서는 윤관석 의원안을 중심으로 검토하였다. 국회, 전자금융거래법 일부개정법률안(윤관석의원 대표발의, 의안번호 제2105855호), 2020.11.

하는 것으로 규정하거나 그렇게 해석될 수 있는 근거를 마련함으로써 지급 서비스 이용계약에 내재되어 있는 정보제공 의무 내지 설명의무의 적극적인 행위를 유도해야 한다.⁷⁷⁾

이와 같이 관계적 계약이론은 지급서비스 이용계약에 내재되어 있는 정보제공 의무 내지 설명의무를 도출하고 이러한 의무를 부과하는 규제의 이론적 근거로써 활용될 수 있으나, 이용자 자금 보호와 관련된 위험을 억제하는데 필요한 행위규범을 도출하는 이론적 근거로 활용되기에는 한계가 있다.

(2) 신인의무 이론의 적용 가능성 검토

1) 신인관계에 해당하는지 여부

앞서 살펴본 바와 같이 신인관계는 세 가지 요소를 반드시 포함하는데, 첫째는 재산이나 권한의 위탁, 둘째는 수탁자에 대한 위탁자의 신뢰, 셋째는 위탁으로부터 발생하는 위험이다. 선불전자지급수단 이용계약의 경우 선불전자지급수단 충전금 상당의 자금에 대한 소유권이 선불전자지급수단 발행업자에게 이전될 뿐만 아니라 이용자가 본인의 계좌로부터 선불전자지급수단의 잔액을 충전하는 데 필요한 추심권한을 선불전자지급수단 발행업자에게 위탁한다. 즉, 최초 선불전자지급수단 발급 및 이용계약 체결 과정에서 추심이체에 대한 동의가 이루어짐으로써 은행계좌와 연결하여 발급한 선불

77) 선불전자지급수단과 예금계좌의 법적인 보호 수준의 차이점을 정확히 알았다라면 선불전자지급수단 이용계약을 체결하지 않았을 것이 경험칙상 명백하다고 판단될 수 있을까? 그렇게 판단되기는 쉽지 않아 보인다. 그렇다면, 각주 75에서 언급한 민법 제2조 신의칙에 근거한 정보제공의무 발생과 관련한 대법원의 판례법리에 따른 경우 선불전자지급수단과 예금계좌의 법적인 보호 수준이 다르다는 점을 설명해야 할 의무를 도출하기는 어렵다는 결론에 이르게 된다. 그러나 선불전자지급수단 이용계약의 관계적 성격을 고려할 경우 관계적 계약이론에 의거하여 선불전자지급수단과 예금계좌의 법적 차이점을 이용자가 명확히 인지하도록 적극적으로 정보를 제공하고 알기 쉽게 설명해야 할 의무를 도출하는 것이 가능할 수 있다. 다만, 우리나라에서는 관계적 계약이론의 법리가 확립되어 있지 않으므로 이는 이론적 근거로써 고려될 수 있을 뿐이다. 결국, 우리나라에서는 선불전자지급수단과 예금계좌의 법적인 보호 수준이 다르다는 사실이 전자금융거래법 개정안 제36조의3 제1항 제2호의 중요한 사항에 해당하는 것으로 감독규정에 명확히 규정하거나 그렇게 해석될 수 있는 근거를 명확히 마련할 필요가 있다.

전자지급수단의 잔액이 부족한 경우에 연결된 은행계좌로부터 충전하여 이용하는 데 필요한 권한의 위탁이 수반되는 구조로 이해할 수 있다. 이와 같은 선불전자지급수단 충전금의 소유권 이전과 연결계좌로부터의 추심권한 위임은 해당 자금과 추심권한을 선불전자지급수단을 이용한 송금이나 대금결제를 원활히 하기 위한 목적으로 활용할 것이라는 신뢰에 기반하여 이루어진다. 그러나 이로 인해 선불전자지급수단 발행업자의 파산리스크, 유동성리스크, 운영리스크 등으로 이용자가 충전자금을 돌려받지 못할 위험이나 이용자의 지시에 수반하여 적시에 자금의 이전이 이루어지지 않을 위험 등이 발생하게 된다. 따라서, 이용자 자금과 관련한 선불전자지급수단 발행자와 이용자 간의 관계는 신인관계의 세 가지 요소를 모두 포함하고 있다고 볼 수 있다.

2) 신인의무 이론의 적용 가능성 및 한계점

우리나라는 아직 자금수탁자의 지위에 있는 금융투자업자에 대해서도 자본시장법에서 전면적으로 “신인의무”라는 용어를 도입하고 있지 않으며, 신인의무에서 도출되는 세부 원칙들에 기반하여 행위규제를 하는 방식으로 신인의무를 체계적으로 도입하고 있지도 않다.⁷⁸⁾ 그럼에도 불구하고 자본시장법 제79조 제2항, 제96조 제2항, 제102조 제2항 등에서 정하고 있는 충실의무는 투자자 또는 수익자의 이익을 보호하기 위하여 해당 업무를 충실히 수행하여야 함을 규정하고 있는 조항으로서 영미법상 타인의 자산을 운용하는 수탁자가 부담하는 자금수탁자로서의 신인의무를 선언한 것으로 평가된다.⁷⁹⁾

신인의무 법리를 법원이 적극적으로 활용하고 있는 영국에서는 신인의무의 법리가 쟁점이 된 판례에서 신인의무(fiduciary duties)라는 용어가 모든 수탁자(fiduciary)가 모든 상황에서 동일한 의무를 부담한다는 잘못된 가정을 낳을 수 있다는 점에서 위험하므로 이에 유의할 필요가 있다는 것을 강조한다. 즉, 신인의무의 범위와 성격이 당사자들 간의 계약적 관계(contractual relationship)의 근간을 참조하여 결정된다⁸⁰⁾는 취지다. 우리나라

78) 김용재, 「자본시장법 원리」, 2020. p.741.

79) 김용재, 위의 책, p.741. 및 김병연, “자금수탁자의 신인의무 - 인정 필요성 및 적용영역에 관하여”, 「사법」 vol.1, no.32, 통권32호, 2015.06.

80) “The phrase “fiduciary duties” is a dangerous one, giving rise to a mistaken

에서도 각 금융투자업자의 영업행위 특성을 고려하여 차별적으로 신인의무를 정립하려는 노력이 전개될 필요가 있음을 지적⁸¹⁾하는 연구가 존재한다.

아직까지 국내 학계에서 자금수탁자로서의 신인의무에 관한 논의⁸²⁾는 주로 자본시장법상 금융투자업자에 한정하여 이뤄지고 있으며, 전자금융거래법상 선불전자지급수단 발행업자와 이용자의 관계를 신인관계로 바라보고 선불전자지급수단 발행업자에게 자금수탁자로서의 신인의무를 부과하여야 한다는 논의는 존재하지 않는다. 그러나 신탁에 관한 법리가 발달하지 않은 대륙법계에서 전자화폐(Mobile Money) 이용자 자금의 보호를 위한 법리로써 영미법상 신탁의 법리를 활용하여 지급서비스 제공자에게 신인의무를 부과하고 이로부터 도출되는 행위규제를 도입하는 방안을 제안하는 해외 연구⁸³⁾를 참고할 때, 이용자 자금 보호를 위한 법리를 구성하기 위한 이론적 기초로써 선불전자지급수단 발행업자와 이용자의 관계를 신인관계로 보고 선불전자지급수단 발행업자의 신인의무를 정립하여 이용자 보호 법리를 보다 체계화하는 것이 충분히 가능할 것으로 판단된다.

소액 자금이체의 경우 선불전자지급수단 등 전자금융업자가 제공하는 지급수단에 대한 사회적 인식이 예금계좌와 크게 다르지 않은 현실을 고려할 때 와이어카드 파산 사태와 같은 사건이 우리나라에서 발생한다면 신종 전자지급수단에 대한 사회적 인식은 큰 타격을 입게 될 우려가 있다. 영국

assumption that all fiduciaries owe the same duties in all circumstances. That is not the case. Although, so far as I am aware, every fiduciary is under a duty not to make a profit from his position (unless such profit is authorised), the fiduciary duties owed, for example, by an express trustee are not the same as those owed by an agent. Moreover, and more relevantly, the extent and nature of the fiduciary duties owed in any particular case fall to be determined by reference to any underlying contractual relationship between the parties.” United Kingdom House of Lords Decisions, *Henderson v Merrett Syndicates* [1994] UKHL 5, p.43.

- 81) 김병연, “자금수탁자의 신인의무 - 인정 필요성 및 적용영역에 관하여”, 「사법」 vol.1, no.32, 통권32호, 2015.06. p.61.
- 82) 김용재, “자본시장통합법상 자금수탁자 의무의 전면적인 도입 필요성”, 「금융법연구」 제4권 제1호, 2007.09. 김은정, 정경영, “자본시장통합법안상 자금수탁자 의무 도입에 관한 고찰”, 「성균관법학」 제19권 제1호, 2007.06. 김병연, “자금수탁자의 신인의무 - 인정 필요성 및 적용영역에 관하여”, 「사법」 vol.1, no.32, 통권32호, 2015.06. 등
- 83) David Ramos; Javier Solana; Ross P. Buckley; Jonathan Greenacre, 앞의 글.

금융행위감독청(FCA)이 지급서비스 제공자의 고객 자금 보호조치를 더욱 강화하기 위해 도입한 “임시지침”에서도 지급서비스 제공자는 자금수탁자 지위로서 지급서비스 이용자의 이익을 위하여 이용자 예탁금을 보관하는 것이라는 점을 명확히 하고 있다.⁸⁴⁾ 해석에 따라서는 지급서비스 제공자에게 사실상 신인의무로부터 도출되는 행위규제를 부과하고 있는 것으로 볼 수 있다.⁸⁵⁾

다만, 선불전자지급수단 발행업자가 전형적인 신인의무를 부담하는 자금수탁자의 지위에 있다는 논리와 이론만을 가지고 신인의무와 이로부터 도출

84) “We consider that a firm holds these funds on trust for its customers.”(paragraph 1.8), “...the funds in the safeguarding account(s) are held for the benefit of the firm’s customers.”(paragraph 1.10) FCA, “Finalised guidance : Coronavirus and safeguarding customers’ funds : additional guidance for payment and e-money firms” 2020.07. 참고. 동 가이드라인의 내용이 2021년 1월 발표된 FCA, “Changes to the SCA-RTS and to the guidance in ‘Payment Services and Electronic Money - Our Approach’ and the Perimeter Guidance Manual”, CP21/3, 2021.에도 동일하게 반영되었다.

85) 이용자 자금과 관련한 법률관계가 영국법상 “신탁(trust)”에 해당하는지에 대하여 2021년 7월 선고된 Ipagoo 판례[England and Wales High Court (Chancery Division) Decisions, Ipagoo LLP, Re (Electronic Money Regulations 2011 and Insolvency Act 1986) [2021] EWHC 2163 (Ch)]에서 이러한 법률관계가 신탁에 해당하지 않는다는 결정이 나와 FCA에서 항소하였다. Ipagoo 판례는 기존 FCA 가이드라인과 Supercapital 판례[England and Wales High Court (Chancery Division) Decisions, Supercapital Ltd, Re Insolvency Act 1986 [2020] EWHC 1685 (Ch)]의 입장과 상반되는 것으로서 항소법원의 판결 이후 FCA에서 추가 가이드라인을 발표할 계획이다. 이러한 상황을 고려하여 2021년 11월에 발표된 최종 가이드라인에서는 위 각주 84에서 언급한 신탁 관련 내용은 삭제되어 있다. FCA, “Changes to the SCA-RTS and to the guidance in ‘Payment Services and Electronic Money - Our Approach’ and the Perimeter Guidance Manual”, PS21/19, 2021. p.29. 다만, Ipagoo 판례에서도 2011년 전자화폐규정 제20조-제22조 및 제24조가 법정 신탁 관계를 구성하는 것이 아니라고 판단했을 뿐, 동 조항들에 근거하여 전자화폐 이용자들이 다른 채권자에 우선하여 이용자 자금(relevant funds)에 대한 우선적인 청구권이 있다고 인정한 점에서 이용자 자금 보호와 관련한 결론에서 큰 차이가 있는 것은 아니다. 또한, 최근 제정된 지급기관 및 전자화폐기관 파산 규정(The Payment and Electronic Money Institution Insolvency Regulations 2021) 까지 고려한다면 기존 규제체계의 미비점이 대거 보완되어 관련 규정을 통해 이용자 자금 보호와 관련한 전자화폐기관의 의무, 이용자 자금의 보호조치 등 업무행위규칙과 파산 이후의 처리 절차 등이 비교적 상세하게 구체화되었다. 따라서, 신탁법리에 의존하여 이용자 자금과 관련한 법률관계의 법리를 구성할 필요성은 과거에 비해 낮아진 것으로 볼 수 있는 측면도 존재하며 오히려 최근 입법을 통해 구체화한 이용자 자금 보호와 관련한 세부적인 절차가 전통적인 신탁법리의 구조와 맞지 않는 측면이 존재할 수 있다. 이에 대한 논의는 향후 Ipagoo 판례와 관련한 항소법원의 판결 이후 FCA의 가이드라인과 영국 내 논의를 추가로 참고할 필요가 있다.

되는 세부적인 행위규제를 부담하는 것으로 보기는 어렵다는 한계가 있다. 따라서, 우리 법체계상 선불전자지급수단 이용자 자금 보호 강화를 위한 신인의 무 및 관련 행위규제의 도입을 위해서는 전자금융거래법에 명문의 규정을 두어 실정법상 근거를 확보할 필요가 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 선불전자지급수단 이용계약 관계에 있어 이용자 자금과 관련하여 발생할 수 있는 위험은 크게 파산리스크, 유동성리스크, 운영리스크로 구분해볼 수 있다. 각 리스크가 현실화 될 경우 이용자 자금에 미치는 영향을 최소화할 수 있도록 이용자 자금의 보호를 강화하기 위한 행위규제 등의 법적 장치를 도입⁸⁶⁾해야 할 필요가 있으며, 이러한 행위규제의 도입은 신인의무로부터 도출되는 세부적인 행위규칙을 명문화하는 것으로 이해할 수 있다. 그러나 신인의무로부터 도출되는 모든 업무행위규칙을 법률에 반영하는 것은 불가능하다.⁸⁷⁾ 따라

86) 앞서 EU와 영국의 입법례에서 살펴본 바와 같이 이용자 자금과 고유재산의 분리(fund isolation), 별도 예치(safeguarding) 등의 법적 장치를 도입하는 것을 말한다. 파산리스크로부터 이용자 자금을 보호하기 위한 도산절연 특칙, 이용자 자금과 회사 자금의 혼용을 방지하기 위한 별도 예치 규정, 투자 손실 리스크를 최소화하기 위한 이용자 자금 운용 대상 금융상품의 제한 규정 등이 고려대상으로써 논의될 수 있다. 또한, 영국의 사례와 같이 운영리스크의 관리를 위한 내부통제체계 마련 및 유지의무 부과도 고려대상으로 논의될 수 있다.

87) 예컨대, 이용자 - 전자금융업자 - 예치기관으로 연결되는 구조에서 이용자와 예치기관 사이에는 직접적인 계약관계가 존재하지 않는다. 따라서, 향후 이용약관 등에 별도로 명시되지 않는 한 예치기관의 고의 또는 과실로 인해 예치금 손실이 발생하는 경우의 분쟁 해결 방법이 명확하지 않으며, 예치기관의 업무처리가 민사상 불법행위를 구성한다고 하더라도 이용자가 예치기관의 불법행위를 입증하여 구제를 받기도 쉽지 않을 수 있다. 또한, 별도의 규제가 없는 한 예치기관은 전자금융업자의 계약에 따라 전자금융업자가 이용자 자금의 입출금과 관련한 지급지시를 충실하게 수행할 것으로 믿고 관련 업무를 처리하게 될 것이다. 예치기관과 전자금융업자가 이용자 자금 보호에 생길 수 있는 위험을 해소하고 보다 안전한 업무처리 프로세스 구현을 위해 이용자의 지급지시와 전자금융업자의 예치기관에 대한 지급지시와의 정합성을 검증하기 위한 프로세스를 시스템적으로 구축하는 것은 기술적으로 충분히 가능한 일이지만, 이러한 프로세스를 시스템적으로 구축하지 않은 것이 선량한 관리자로서의 주의의무(전자금융거래법 제21조 제1항)를 위반하는 것으로 보기는 어렵다는 문제가 있다. 따라서, 영국의 입법례와 유사하게 이용자 자금에 대한 보호 장치를 법적으로 규정하고 해당 규제를 준수하는 것만으로 이용자 자금에 대한 보호가 충분히 이루어지고 있다고 할 수 있을지에 대해서는 의문이 제기될 수 있다. 이와 관련하여 전자금융거래법 개정안의 이용자예탁금의 외부기관 예치 규제가 종합지급결제계좌와의 건전성과 안정성을 담보하는 것은 아닐 수 있다는 지적도 참고할 필요가 있다. 동 연구에 따르면, 종합지급결제계좌와의 이용자예탁금 외부 예치가 종합지급결제계좌와 은행에

서, 입법단계에서 예상하기 어려운 위험의 발생 가능성을 고려하여 자본시장법의 충실의무⁸⁸⁾ 규정과 같이 “이용자의 이익을 보호하기 위하여 해당 업무를 충실하게 수행하여야 한다”는 충실의무에 관한 일반조항을 전자금융거래법에 도입하는 방안을 검토해봐야 한다. 이는 규정중심 규제체계의 한계를 극복하고 점차 원칙중심의 규제체제로 전환함으로써 기술혁신 및 시장발전의 속도와 입법대응의 시차를 줄이는 입법정책적 방안 중 하나로써도 의의가 있을 것이다.

V. 결론 및 정책적 시사점

전자금융업자의 선불전자지급수단 충전금 잔액 규모가 지속적으로 증가함에 따라 전자금융업자가 이용자 자금을 회사 운영자금으로 사용하거나

금 및 법화와의 태환성을 부여하고 그 지급기능에 신뢰성을 더하는 효과를 낳지만 은행 등 예치기관이 종합지급결제업자에 대해 감독책임을 갖지 않으며, 종합지급결제업자가 은행에 대해 어떤 의무를 갖는 것도 아니므로 종합지급결제에 대한 이용자의 신뢰형성 가능성과 종합지급결제체과의 건전성 및 안정성은 구분할 필요가 있다고 한다. 김자봉, “핀테크, 빅테크, 은행의 역할과 규제원칙”, 「은행법연구」 제14권 제1호, 2021. p.25-26.

- 88) 이글에서는 자금수탁자의 신인의무에 관한 일반조항을 전자금융거래법에 도입하는 방안을 제안하면서 현행 자본시장법상 자금수탁자의 신인의무가 충실의무라는 이름으로 규정되어 있는 점을 고려하여 법체계상 정합성을 염두하고 “충실의무”에 관한 일반조항이라고 표현하였다. 그러나 여기서 말하는 충실의무는 상법 제382조의3의 이사의 충실의무와는 다른 것이라는 점을 명확히 밝혀둔다. 상법상 규정된 선관주의의무와 충실의무의 관계에 관해 동질설과 이질설이 대립하고 있지만 동질설을 취하면서도 상법상 선관주의의무나 충실의무와 본질적으로 차원을 달리하는 자금수탁자의무의 전면적 도입 필요성을 주장하는 선행 연구(김용재, “자본시장통합법상 자금수탁자 의무의 전면적인 도입 필요성”, 「금융법연구」 제4권 제1호, 2007.09)가 존재하며, 이질설을 취하면서도 자금수탁자의 신인의무의 인정필요성을 주장하는 선행연구(김병연, “자금수탁자의 신인의무 - 인정 필요성 및 적용영역에 관하여”, 「사법」 vol.1, no.32, 통권32호, 2015.)도 존재한다. 따라서, 자금수탁자의 신인의무의 성격을 지닌 “충실의무”는 그 용어에도 불구하고 상법상 선관주의의무와 충실의무에 관한 동질설, 이질설의 대립과는 논의의 차원을 달리하는 것이라는 점에 유의할 필요가 있다. 관련 용어에 대한 입법적 정비방안이 추가로 검토될 필요가 있을 것이나 이는 본 논문의 논의 범위를 벗어나므로 이에 대해서는 자세히 다루지 않는다.

위험자산에 투자하여 공격적으로 운용하다가 경영환경의 악화나 대규모 투자 손실 등으로 파산하는 경우 이용자 피해가 발생할 수 있다는 우려가 제기되어 왔다. 전자금융거래법 개정안은 전자금융업자가 보유하는 이용자 자금에 대한 제도적 보호를 위해 이용자로부터 전자지급거래와 관련하여 받은 자금(이용자예탁금)을 별도 관리하도록 의무화하고 있다. 자금이체업자는 이용자예탁금 전액을, 대금결제업자는 이용자예탁금의 50%를 고유재산과 구분하여 은행 등 관리기관에 예치, 신탁 등 안전한 방법으로 별도 관리하도록 규정하고 있으며(전자금융거래법 개정안 제26조 제1항), 전자금융업자의 허가·등록 취소·말소, 파산선고를 받은 경우 등에 이용자의 우선변제권과 관리기관 등에 대한 이용자예탁금의 직접 청구권도 도입하고 있다(전자금융거래법 개정안 제26조 제9항 및 제10항). 또한, 관리기관의 이용자예탁금 운용 방법을 국채증권의 매수, 정부 등이 지급을 보증한 채무증권의 매수, 은행예금 등 안정적 운용 방법으로 한정하였다(전자금융거래법 개정안 제26조 제11항). 이와 같은 이용자예탁금 보호 조항을 통해 유사시 전자금융업자의 파산리스크와 유동성리스크로부터 이용자를 보호할 수 있는 법적 장치의 마련을 추진하고 있는 점은 늦게나마 다행이다. 다만, 앞서 소개한 와이어카드 파산 사태 이후 영국의 규제 보완 동향을 참고하여 우리나라 전자금융거래법 개정안 이용자 예탁금 보호 제도의 한계점과 보완 필요성을 점검해 볼 필요가 있다.

전자금융거래의 안전성 확보와 이용자 보호를 규정하는 전자금융거래법 제3장은 제21조로 시작하는데, 제21조 제1항은 선량한 관리자의 주의의무를 선언하고 있어 현재의 법체계는 전자금융거래의 안전성 확보와 이용자 보호의 출발점을 선관주의 의무에 두고 있는 것으로 보인다. 이는 전자금융거래법 개정안에서도 선량한 관리자로서의 주의에 관한 구체적인 기준을 감독규정으로 정하여 고시할 수 있다고 규정한 것 이외에는 크게 달라진 점이 없다. 그러나 선불전자지급수단 발행업자와 같이 이용자 자금을 취급하는 전자금융업자의 경우 전형적인 신인의무를 부담하는 자금수탁자의 지위에 있으므로 이용자 자금 보호의 출발점은 선관주의의무가 아닌 신인의무에 두어야 한다. 즉, 전자금융거래의 안전성 확보에 필요한 행위규제의 출

발점으로써의 선관주의 의무와 이용자 자금 보호에 필요한 행위규제의 출발점으로써의 신인의무를 구분하는 것이 바람직하다. 특히, 이용자 자금과 관련한 리스크 중 운영리스크의 경우 기술 환경의 변화에 따라 새로운 운영리스크의 발생 가능성이 상시 존재할 수 있어 발생 가능한 운영리스크의 종류를 사전에 예상하고 이와 관련한 규제를 촘촘하게 마련하는 것은 현실적으로 불가능하다. 따라서, 이용자 자금 보호에 영향을 미칠 수 있는 운영리스크를 관리하기 위한 행위규제의 출발점이 선관주의의무인 현행 규제체계는 머지않아 한계에 봉착할 가능성이 높고 이는 또다시 이용자 자금 보호의 사각지대가 존재하는 결과로 이어질 것이다. 이용자 자금 보호에 필요한 행위규제의 출발점을 신인의무에 두고, 충실의무에 관한 일반조항을 도입하는 방안은 반드시 검토되어야 할 중요한 과제이다.

지급수단에 대한 신뢰와 안전성은 지급결제시스템과 금융시스템의 안정과 직결된다는 점을 고려하더라도 전자금융업자는 이용자 예탁금을 전자지급서비스의 안정적 제공을 위해 운용·관리하는 것으로써 지급서비스 제공과 관련하여 수취한 자금을 관리하는 업무를 수행할 때에는 이용자 이익에 전념하여야 하는 고도의 신인의무를 부담한다고 봐야 한다. 그렇게 보지 않을 경우 전자금융거래법 개정안에서 새롭게 도입하고 있는 각종 이용자 자금 보호 장치에도 불구하고 입법단계에서 예상하지 못한 이해상충의 발생과 이용자 자금에 대한 피해 발생 가능성을 배제하기 어렵다. 따라서, 자본시장법의 충실의무 규정과 같이 “이용자의 이익을 보호하기 위하여 해당 업무를 충실하게 수행하여야 한다”는 충실의무에 관한 일반조항을 전자금융거래법에 추가로 도입하는 방안에 대해 검토해볼 것을 제안하는 바이다. 또한, 파산사태 발생 시 고객 자금을 보다 신속하게 반환하고 반환금액의 부족분이 발생하여 이용자 자금 보호의 공백이 발생하는 것을 최소화하기 위해 최근 제정된 영국의 지급기관 및 전자화폐 기관 파산규정의 내용을 살펴보고 관련 제도 개선 사례를 참고하여 전자금융거래법 개정안의 이용자 자금 보호 제도의 실효성과 채무자 회생 및 파산에 관한 법률과의 정합성도 점검해볼 필요가 있다. 이는 추후 과제로 남긴다.

전자금융거래법 개정 논의가 진행된 지 상당한 시일이 경과 하였음에

도 불구하고 지급서비스 이용자 보호 강화를 위해 필요한 최소한의 개선조치 적시에 이루어지지 못하고 규제의 공백 상태가 장시간 방치되고 있다. 규제의 공백 속에서 진행되는 변화와 혁신은 향후 또 다른 규제 공백의 원인으로 작용할 것이다. 기술혁신 및 시장발전의 속도와 입법적 대응의 시차를 줄이기 위한 규제체계 개선방안에 대한 논의를 서두를 필요가 있다.

따라서, 전자금융거래법 개정과 관련해서도 향후 단계적으로 현재의 규정중심 규제체계에서 원칙중심 규제체제로 전환하기 위한 노력이 진행될 필요가 있을 것으로 판단된다. 지급서비스 제공자의 신인의무에 관한 일반조항을 전자금융거래법에 추가하는 방안은 법령 등의 개정이 있기 전까지 이용자 보호의 사각지대가 계속하여 존재할 수 밖에 없는 규정중심 규제체계의 한계를 극복하고 원칙중심 규제체제로 나아가는 전환점이 될 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 관계적 계약의 법리와 신인의무 법리는 전자지급서비스 이용자 보호 강화와 관련하여 원칙중심 규제체계를 정립하는데 필요한 이론적 근거를 제공할 수 있다.

지급서비스 제공자에 대하여 신인의무를 부과하자는 논의는 국내학계에서 제기된 바가 없으며 본 논문의 검토는 시론적 성격을 지닌다. 앞으로 이를 계기로 추가적인 연구와 법체계 간의 정합성을 고려한 심도 있는 논의가 전개되기를 바란다.

전자지급서비스 이용자 보호 강화를 위한 법적 과제 - 김 필 수	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.02.14.	2022.03.09.	2022.03.24.

[참고문헌]

1. 국내문헌

- 국회, 전자금융거래법 일부개정법률안(김병욱의원 대표발의, 의안번호 제2113137호), 2021.
- 국회, 전자금융거래법 일부개정법률안(윤관석의원 대표발의, 의안번호 제2105855호), 2020.11.
- 금융위원회 법령해석 회신문 150001, 2015.01.
- 금융위원회, “디지털금융 종합혁신방안”, 2020.07.
- 김병연, “자금수탁자의 신인의무 - 인정 필요성 및 적용영역에 관하여”, 「사법」 vol.1, no.32, 통권32호, 2015
- 김병연, “신인의무의 연혁적 발전에 관한 소고”, 「신탁연구」 제3권 제1호, 2021.06.
- 김용재, 「은행법원론(제3판)」, 2019
- 김용재, 「자본시장법 원리」, 2020
- 김용재, “자본시장통합법상 자금수탁자 의무의 전면적인 도입 필요성”, 「금융법연구」 제4권 제1호, 2007.09.
- 김용재, “원칙중심규제의 도입을 위한 출발점으로서 자본시장법 제37조의 개정 필요성”, 「금융법연구」 제14권 제1호, 2017.04.
- 김용재, “자본시장통합법상 원칙중심규제 도입의 필요성 및 방향”, 「증권법연구」 제19권 제1호, 2018.04.
- 김은정, 정경영, “자본시장통합법안상 자금수탁자 의무 도입에 관한 고찰”, 「성균관법학」 제19권 제1호, 2007.06.
- 김자봉, “원칙중심 v. 규정중심 : 법의 형식에 대한 법철학적 논의”, 「금융법연구」 제15권 제2호, 2018.08.
- 김자봉, “원칙중심 사후규제를 근간으로 하는 규제혁신과 금융발전”, 「주간금융브리프」, 한국금융연구원, 2018.12.
- 김자봉, “핀테크, 빅테크, 은행의 역할과 규제원칙”, 「은행법연구」 제14권 제1호, 2021.05.
- 김현수, “미국에서의 관계적 계약이론”, 「재산법연구」 제32권 제4호, 2016.02.
- 박기주, “금융거래계약의 관계적 특성에 관한 연구 - 고전적 계약이론과 관계적 계약이론의 비교를 중심으로”, 「은행법연구」 제8권 제1호, 2015.05.
- 변용완, “계약구속력의 근거에 관한 새로운 이론모델”, 「중앙법학」 제16집 제2호, 2014.06.
- 신현탁, “이사의 의무에 관한 미국 판례법리 발전사”, 「서울법학」 제28권 제4호, 2021.02.
- 정경영, “무권한 전자금융거래에서의 금융기관의 책임”, 「금융법연구」 제3권 제1호, 2006.09.
- 제철웅, “전자지급거래의 법적 규율에 관한 비교법적 검토”, 「비교사법」 제18권 제2호 (통권 53호), 2011.06.
- 조동관, “머지포인트 사태 관련 유럽연합과 영국의 선불충전금 입법례”, 「국회도서관 최신 외국입법정보」 제2021-23호, 통권172호, 2021.09.
- 한국은행, “2020년 중 전자지급서비스 이용현황”, 2021.
- 한국은행, “2020년 중 국내은행 인터넷뱅킹서비스 이용현황”, 2021.
- 한국은행, 「한국의 지급결제제도」, 2014.

2. 해외문헌

- Awrey, Dan, "Bad Money", 「Cornell Law Review, Cornell Legal Studies Research Paper」 No. 20-38. 2020.
- BIS, "Annual Economic Report" 2020.06.
- Clifford Chance, "DO UK E-MONEY AND PAYMENT SERVICES FIRMS HOLD SAFEGUARDED FUNDS ON TRUST?", 2021.
- David Ramos, Javier Solana, Ross P. Buckley, Jonathan Greenacre, "Protecting Mobile Money Customer Funds in Civil Law Jurisdictions," 「International and Comparative Law Quarterly」 65, no. 3, 2016.07.
- England and Wales High Court (Chancery Division) Decisions, [2021] EWHC 2163 (Ch)
- England and Wales High Court (Queen's Bench Division) Decisions, Yam Seng PTE Ltd v International Trade Corporation Ltd [2013] EWHC 111 (QB)
- England and Wales High Court (Queen's Bench Division) Decisions, Acer Investment Management Ltd & Anor v The Manset Group Ltd [2014] EWHC 3011 (QB)
- England and Wales High Court (Queen's Bench Division) Decisions, Bates & Ors v Post Office Ltd ((No.3) "Common Issues") [2019] EWHC 606 (QB)
- England and Wales High Court (Chancery Division) Decisions, Ipagoo LLP, Re (Electronic Money Regulations 2011 and Insolvency Act 1986) [2021] EWHC 2163 (Ch)
- England and Wales High Court (Chancery Division) Decisions, Supercapital Ltd, Re Insolvency Act 1986 [2020] EWHC 1685 (Ch)
- England and Wales Court of Appeal, Mothew v. Bristol & West Building Society, [1996] EWCA Civ 533.
- FCA, "The Perimeter Guidance Manual 3A, Guidance on the scope of the Electronic Money Regulations 2011" Release 11, 2021.
- FCA, "Finalised guidance : Coronavirus and safeguarding customers' funds : additional guidance for payment and e-money firms" 2020.07.
- FCA, "Changes to the SCA-RTS and to the guidance in 'Payment Services and Electronic Money - Our Approach' and the Perimeter Guidance Manual", CP21/3, 2021.01.
- FCA, "Dear CEO Letter : ensure your customers understand how their money is protected", 2021.05.18.
- FCA, "Changes to the SCA-RTS and to the guidance in 'Payment Services and Electronic Money - Our Approach' and the Perimeter Guidance Manual", PS21/19, 2021.11.
- FCA, "Payment Services and Electronic Money - Our Approach", Version5, 2021.11.
- Greenacre, Jonathan, and Ross P. Buckley. "Using Trusts to Protect Mobile Money Customers.", 「Singapore Journal of Legal Studies」 vol. 2014, no. 1, 2014.
- Gregory, William A., "The Fiduciary Duty of Care: A Perversion of Words", 「Akron Law Review」 Vol. 38. Iss. 1, Article 6. 2005.
- HM Treasury, "Insolvency changes for payment and electronic money institutions: consultation", 2020.
- HM Treasury, "Insolvency changes for payment and electronic money institutions:

- response to consultation”, 2021.
- HM Treasury, EXPLANATORY MEMORANDUM TO THE PAYMENT AND ELECTRONIC MONEY INSTITUTION INSOLVENCY REGULATIONS 2021.
- House of Lords, Walford v. Miles, [1992] 2 AC 128.
- Ian R. Macneil, “Relational Contract Theory : Challenges and Queries”, 「Northwestern University Law Review」, Spring 2000 (94 Nw. U. L. Rev. 877)
- Jay M. Feinman, “RELATIONAL CONTRACT THEORY IN CONTEXT”, 「Northwestern University Law Review」 2000 (94 Nw. U. L. Rev. 737)
- Johannes Ehrentraud, et al. “Fintech and payments: regulating digital payment services and e-money”, 「FSI Insights on policy implementation」 No 33, BIS Financial Stability Institute, 2021.07.
- Li, Claire. “To Have Faith in the Concept of Good Faith?” 「Singapore Comparative Law Review」, 2021.
- Markus K. Brunnermeier and Harold James, “The digitalization of money”, 「BIS Working Papers」 No. 941. 2021.
- Robertson, Elizabeth. “Yam Seng v International Trade Corporation – An Interim Report on the Implied Duty of Good Faith.” 「Manchester Review of Law, Crime and Ethics」, 4, 2015.
- Richard S. Whitt, “OLD SCHOOL GOES ONLINE: EXPLORING FIDUCIARY OBLIGATIONS OF LOYALTY AND CARE IN THE DIGITAL PLATFORMS ERA”, 「SANTA CLARA HIGH TECH. L.J.」 Vol 36. 2019.
- Tamar Frankel, “FIDUCIARY LAW IN THE TWENTY-FIRST CENTURY”, 「Boston University Law Review」, Vol.91. 2011.
- United Kingdom House of Lords Decisions, Henderson v Merrett Syndicates [1994] UKHL 5.
- United Kingdom Supreme Court, Marks and Spencer plc v BNP Paribas Securities Services Trust Company (Jersey) Ltd & Anor (Rev 1) [2015] UKSC 72.
- Zeller, Bruno. “Good Faith – Is It a Contractual Obligation.” 「Bond Law Review」, vol. 15, no. 2, 2003.

【국문초록】

선불전자지급수단을 기반으로 구현된 간편송금서비스가 활성화되면서 소액 지급서비스 영역에서 선불전자지급수단이 중요한 지급수단으로 활용되고 있으며 이러한 변화는 전자금융업자가 주도하고 있다. 전자금융업자 등 비은행 지급서비스 제공자가 발행하는 전자지급수단이 지급결제환경의 변화의 중심에 서게 되었으나 이를 규율하는 전자금융거래법은 제정 이후 큰 폭의 개정 없이 현재에 이르러 규제의 공백이 발생하고 있다. 이에 따라 기존에 예측하지 못했던 지급서비스 이용자 보호 측면의 문제점을 해소하기 위한 법제 개선이 중요한 과제로 부상하였다. 이 글에서는 선불전자지급수단 이용자 자금 보호 강화 필요성과 전자지급서비스 이용 관련 중요 사항에 대한 정보제공 및 설명 의무 강화 필요성을 중심으로 국내 선불전자지급수단 규제현황 및 문제점을 살펴보고 개선방안을 모색하고자 하였다. 특히, 개선방안과 관련하여 향후 전자금융거래법 개정 등 제도 개선을 추진함에 있어 이용자 보호를 위한 효과적인 규제수단이 무엇인가에만 초점을 맞추기 보다는 전자지급서비스 이용계약의 특성과 구조에 대한 분석과 관련 법리에 대한 검토를 바탕으로 변화된 법적 현실을 규율하기에 적합한 이론적 근거에 대한 고찰이 함께 이루어질 필요가 있다는 점을 강조하였다. 이를 위해 전문화되고 복잡해지는 법률관계를 규율하는데 한계가 있는 고전적 계약이론의 대안으로 등장한 관계적 계약이론에 대한 고찰을 통해 선불전자지급수단 이용계약이 관계적 계약에 해당한다는 점을 규명하고 동 이론의 적용 가능성을 검토하였다. 아울러 이용자 자금 보호를 위한 법리를 구성하기 위한 이론적 기초로써 선불전자지급수단 발행업자와 이용자의 법률관계가 신인관계(Fiduciary Relationship)에 해당한다는 점을 규명하고, 선불전자지급수단 발행업자의 신인의무(Fiduciary Duty)를 정립하여 이용자 보호 법리를 보다 체계화하는 방안을 모색해보자 하였다. 이 글에서 제시한 지급서비스 제공자의 신인의무에 관한 일반조항을 전자금융거래법에 추가하는 방안은 법령 등의 개정이 있기 전까지 이용자 보호의 사각지대가 계속하여 존재할 수 밖에 없는 규정중심 규제체계의 한계를 극복하고 원칙중심

규제체계로 나아가는 전환점이 될 수 있다. 또한, 관계적 계약의 법리와 신인의무 법리는 전자지급서비스 이용자 보호 강화와 관련하여 원칙중심 규제체계를 정립하는데 필요한 이론적 근거를 제공할 수 있다.

【Abstract】

Legal Issues on Enhancing Electronic Payment
Services Consumer Protection

Kim Pil Soo

(Manager, Korea Financial Telecommunications & Clearings
Institute)

Easy money transfer services based on e-money have experienced tremendous growth. They are playing a key role in the small amount payment, and their growth is led by fintech companies. Electronic payment methods issued by non-bank payment service providers, such as fintech companies, have become at the center of innovation in payment systems, but there are some gaps in existing regulation since the Electronic Financial Transactions Act, which regulates them, has not been revised appropriately. For these reasons, legal issues arise regarding the protection of consumers of electronic payment services that were not previously predicted, and improving legislation has emerged as an important task. Focusing on the need to enhance the protection of customer funds and the need to strengthen the obligation to provide information and explain important matters related to the use of electronic payment services, this article examined problems of the existing regulatory framework of e-money in Korea and sought regulatory approaches. In particular, this article emphasized that it is necessary to consider theoretical grounds suitable for the regulatory response regarding the revision of the Electronic Financial Transactions Act to

strengthen the protection of users based on analysis of the characteristics and structure of electronic payment service contracts. For this reason, this article examined the relational contract theory that emerged to overcome the limitations of classical contract theory which has limitations in addressing specialized and complex legal relations, and also reviewed the applicability and limitation of this theory to e-money contract. As a theoretical basis for constructing the legal principle for safeguarding customer funds, it was explored that the legal relationship between e-money issuers and users constitutes a fiduciary relationship, and sought a better regulatory framework to protect consumers of electronic payment services based on the fiduciary duty of electronic payment service provider including e-money issuer. Adding a general provision on the fiduciary duty of payment service providers to the Electronic Financial Transactions Act could be a turning point in overcoming the limitations of the existing regulatory framework and enhancing the electronic payment service consumer protection. Also, relational contract theory and fiduciary law principles could provide the theoretical basis necessary to develop the principle-based regulatory approach about enhancing the electronic payment service consumer protection.

주제어(Keywords) : 전자지급서비스(Electronic Payment Services), 이용자 보호(Consumer Protection), 전자금융거래법(Electronic Financial Transactions Act), 관계적 계약이론(Relational Contract Theory), 신인관계(Fiduciary Relationship), 신인의무(Fiduciary Duty), 선불전자지급수단(E-money), 간편송금(Easy Money Transfer Services), 금융규제(Financial Regulation)

디지털 플랫폼 서비스 규제의 공법적 모델

- 생존배려로서 디지털 플랫폼의 이해 -

계 인 국*

▶ 목 차 ◀

- | | |
|----------------------------|-----------------------------|
| I. 문제의식 | 3. 디지털 인프라 및 생존배려로
서 플랫폼 |
| II. 디지털 플랫폼 규제전략 | IV. 규제법 모델의 적용방식 |
| 1. 경쟁법의 현대화 | 1. 경쟁법의 적용과 디지털화 |
| 2. 공법적 규제전략의 모색 | 2. 규제법 모델의 적용 |
| 3. 중간 정리 | 3. 문제 상황과 한계 |
| III. 디지털 사회에서의 플랫폼 | V. 결 어 |
| 1. 논의의 방향 | |
| 2. 디지털 전환과 디지털 생태
계의 구축 | |

I. 문제의식

디지털 플랫폼은 그 유형이 계속 다양해지고 있으며 기존의 서비스 영역 및 인접 서비스 간의 결합이나 새로운 산업영역의 흡수 역시 계속되고 있다. 디지털 플랫폼의 결합과 확대는 소위 새로운 비즈니스 모델을 통한 편익의 창출로 평가되기도 하지만, 다른 한편 독점이나 불공정성 등 경쟁저해적 행위 요인으로 지목되기도 한다. 플랫폼 시장의 확대와 함께 발생하는 다양한 문제로 인해 디지털 플랫폼에 대한 규제 논의가 계속되고 있는 가운데

* 고려대학교 행정전문대학원 부교수, 법학박사.

데 해외의 디지털 플랫폼 규제 법안들이 소개되면서 국내에서도 온라인 플랫폼 중개거래의 공정화에 관한 법률안 등 규제법안들이 등장하고 있다. 그러나 이하에서 보는 바와 같이, 이러한 디지털 플랫폼 규제의 움직임에 대해 비판 또는 우려의 목소리도 높아져가고 있다. 합리적 규제제도의 설계보다는 성급한 “규제육구”에 의해 획일규제나 장식적 규제¹⁾로 나아가고 있진 않은지의 문제도 있지만,²⁾ 시장지배력이나 기업결합 기준 등 기존의 경쟁정책이나 경쟁법적 수단들이 디지털 플랫폼에서 발생하는 각종 문제들을 적절히 해결할 수 있을 것인가에 대한 근본적인 질문도 제기되고 있다. 나아가 디지털 플랫폼에서 발생하는 개인정보 보호의 문제, 기본권이나 민주주의 원칙에 대해 유해한 상황의 방어 등은 본래 경쟁법이 추구하는 목적에 상응하지 않는다고 지적할 수 있다.

이러한 문제 상황 앞에서 규제필요성을 강변하는 측은 디지털 플랫폼에 모종의 공적 책임을 일방적으로 부과하려 하거나 플랫폼 시장을 공익 우선적으로 형성하려 하거나, 아예 국가주도형 플랫폼의 구축을 강변하는 등 디지털 플랫폼에 대한 권력적이고 일방적인 성격의 개입을 요구하기도 한다. 심지어 국내·외에서 제안된 법(안) 중에서 한계에 봉착한 경쟁법적 규제를 곧바로 공법적 규제로 치환시키려는 의중을 내보이기도 한다. 그러나, 비록 상호적 관계에 놓여있다고는 하여도 경쟁법이 공공경쟁법(öffentliches Wettbewerbsrecht), 특히 규제법(Regulierungsrecht)의 대상을 제한 없이 규율하는 것에 대해서는 분명한 이론적 한계가 있다. 뿐만 아니라 불분명한 공공성이나 공적 책임을 강변하면서 플랫폼 공영화에 가까운 공법적 규제를 성급하게 시도하려는 것은 더욱 더 경계하여야 한다. 결국 어느 정도 장기적 관점에서, 그리고 디지털 사회에서 디지털 플랫폼이 가지는 공법적 의미를 통해 시장원리와 공익이 조화를 이루는 방향의 공법적 규제모델을 신중히 모색할 필요가 있다.

1) 규제육구가 획일규제 및 장식적 규제로 이어지는 문제에 대해서는, 계인국, “지능정보 기술 규제의 현황과 법학적 도전”, 경제규제와 법 제14권 제1호 (2021), 66면 이하 참조.

2) 이에 대한 실증적 검토로는 이승민, “온라인 플랫폼에 대한 합리적 규제 방안”, 행정법 연구 제64호 (2021), 138면 이하.

본 연구에서는 (i) 먼저 디지털 플랫폼 규제의 방향을 현상적으로 간략히 살펴본 뒤 (ii) 디지털 플랫폼과 생존배려 서비스의 관계를 이해하고 (iii) 생존배려 서비스의 이행에 대한 이론적 논의 이후, (iv) 생존배려 서비스를 제공하는 인프라로서의 디지털 플랫폼에 보장국가론에 기초한 규제법 모델을 적용하는 가능성을 타진해본다. 이러한 점에서 본 연구는 장기적 관점에서 디지털 생존배려 서비스로서의 플랫폼에 대한 이론적 토대를 구축하려는 시도이다.

II. 디지털 플랫폼 규제전략

1. 경쟁법의 현대화

(1) 현상적 이해

어떤 대상의 규제에 대해 논하려 한다면 대상의 개념 내지 정의를 먼저 살펴보아야 할 것이다. 그러나 플랫폼 규제의 경우 플랫폼의 개념과 속성을 정리하는 문제에서부터 이미 어려움에 부딪히게 된다. 플랫폼을 일의적으로 정의하기가 어렵고 그 유형이 매우 다양하게 분류될 뿐만 아니라 특정 기준으로 플랫폼을 구별 또는 범주화하더라도 이들 플랫폼 간에 상호작용 내지 융합이 일어나기 때문에 일반화하여 서술하기 힘들다. 그렇기에 논의의 전개양상이 어느 정도는 현상적 서술에서 출발할 수밖에 없다. 이에 따라 살펴보면 국내의 소위 온라인 플랫폼 공정화법안을 비롯하여 해외의 여러 플랫폼 규제법안들은³⁾ 일단 그 토대를 일단 경쟁법적 규제에 두고 있음이 발견된다.⁴⁾

그러나 디지털 플랫폼 서비스의 특성이나 시장의 전개양상을 고려할 때 기존 경쟁법상 규제가 여전히 그리고 적절한 수단이 될 수 있는가는 문제가 제기되고 있다. 극단적으로 플랫폼을 그저 “브로커” 정도로 평가절하

3) 다만 본 연구에서는 주제 한정을 위해 해외 입법례에 대한 상세한 논의는 생략한다. 이에 대해서는 이미 다수의 선행연구가 존재함을 또한 상기해둔다.

4) 이러한 현상적 분석을 기초로 하는 예로, 박미영, “온라인 플랫폼 규제를 위한 플랫폼 작용의 이해 필요성”, 유통법연구 제5권 제2호 (2018), 111면 이하.

하는 것은 차치하고서라도 플랫폼 기업의 서비스 확장 자체를 경쟁적대적으로 인식하는 것은 전통적인 경쟁법적 규제에서 일부 통용될 수 있을지 모르나 디지털 플랫폼 서비스에 대한 지속가능한 규제전략으로 유효한 것인 지에 대해서는 재고되어야 한다. 디지털 플랫폼 시장에 출현하는 신규 비즈니스 모델이나 서비스 영역의 확장이 그저 흔히 말하는 “범의 흠결”이나 “범의 틈새”를 노린 탈법적 현상인지, 아니면 디지털 사회에서 일어나는 새로운 디지털 생태계의 형성을 의미하는 것인지에 따라 규제필요성과 규제 전략은 달라질 것이다. 또한 디지털 플랫폼 시장은 국내/국외 시장이라는 구분이 무색한 소위 글로벌 경쟁의 현장이라는 점에서 피규제 대상 선정의 문제나 규제의 실효성 확보문제가 발생하기도 한다. 그 외에도 플랫폼 시장은 다면시장, 동적 시장원리, 전환비용의 상대화 등으로 인해 종래 경쟁법적 규제에 새로운 과제를 계속해서 제기하고 있는 실정이다.⁵⁾ 결국 디지털 플랫폼 규제에 있어 일차적이며 또한 본질적인 과제는 바로 경쟁법과 경쟁법적 규제의 현대화 내지 개혁⁶⁾을 통해 디지털 시장에서 경쟁을 보장하는 것⁷⁾이라 하겠다.

(2) 디지털 사회에서의 플랫폼 규제전략

현재, 그리고 장기적 관점에서는 더 나아가 소위 디지털 전환기 또는 디지털 사회에서 플랫폼은 어떤 의미를 가지는가를 생각해볼 수 있다. 디지털 전환은 다양한 산업영역에서 이미 가시적인 변화를 보여주고 있다. 이를 규율하는 법 역시 일차적으로는 그 대상에 있어 디지털 사회를 염두에 두어

5) 김현경, “온라인 플랫폼 규제법안에 대한 비판적 고찰”, 선진상사법률연구 제94호 (2021), 144면 이하;

6) 예를 들어 독일 경쟁법(GWB)은 2017년 제9차 개정부터 디지털 시장에 대한 규정을 도입하였고 제10차 개정에서 이러한 방향성은 더욱 가속화되고 있다. 국내에서도 이러한 논의는 이미 개진된 바 있다. 대표적으로, 홍대식, “온라인 플랫폼 시장과 경쟁법적 쟁점”, 경쟁법연구 제34권 (2016), 10면 이하.

7) H. Schweitzer, Gemeinwohl und Wettbewerb unter Bedingungen der Digitalisierung: Zur Rolle des Marktes und zum Beitrag des Staates, in: Kühling/Zimmer (Hrsg.): Neue Gemeinwohlherausforderungen: Konsequenzen für Wettbewerbsrecht und Regulierung, S. 41 (44).

야 하며 장기적으로는 법 자체도 디지털 전환을 맞이하게 된다.⁸⁾ 이러한 의미에서 앞서 언급한 경쟁법의 현대화 작업은 경쟁법의 디지털화라고 표현할 수 있다. 실례로 2021년 독일 경쟁법 제10차 개정법안은 표제를 “경쟁법의 디지털화를 위한 법률(GWB-Digitalisierungsgesetz)”라 하였으며, 개정 법률안의 목표가 “디지털 시대의 경쟁정책(Wettbewerbspolitik für das digitale Zeitalter)”을 반영하기 위한 것임을 선언하고 있다.⁹⁾

2. 공법적 규제전략의 모색

(1) 규제법 모델과의 연결가능성

주목할 점은 이러한 경쟁법의 변화는 그 주된 배경을 데이터, 플랫폼, 그리고 이들에 의한 디지털 생태계 출현에 두고 있다는 점이다.¹⁰⁾ 즉 디지털 플랫폼의 문제는 디지털 시장에서의 새로운 경쟁정책을 요구함은 물론, 더 나아가 디지털 플랫폼이 디지털 사회 전반에 상당한 영향을 미치게 되어 일상생활 영역, 사회적 참여와 소통, 국민의 기본공급 등에 관련된 “디지털 인프라”의 역할을 수행하게 될 것이라는 데에 있다.¹¹⁾ 이 지점에 이르게 되면 디지털 플랫폼 규제는 이제 경쟁정책 및 경쟁법적 규제가 목표로 하는 유효경쟁의 보호를 넘어 공동선이라는 공법적 규제목적에 접근하게 된다. 또한 규제법(Regulierungsrecht)은 그 출현에서 이미 인프라 산업 내지 네트워크 산업을 주된 영역으로 하고 있었으므로 디지털 플랫폼 규제의 공법적 문제는 자연스럽게 규제법의 문제의식을 이어받게 된다.

8) 디지털 전환에 따른 법적용의 변화양상에 대해서는, 계인국, “지능정보기술 규제의 현황과 법학적 도전”, 경제규제와 법 제14권 제1호 (2021), 60면 이하 참조.

9) BT-Drucks, 19/23492, 19. Okt. 2020 “Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz)”.

10) BT-Drucks, 19/23492, 19. Okt. 2020, S. 1 ff.

11) Ch. Busch, Regulierung digitaler Plattform als Infrastrukturen der Dasiensvorsorge, WISO Diskurs 04/2021, Friedrich Ebert Stiftung, S. 21.

그러므로 여기에서 말하는 디지털 플랫폼의 공법적 규제전략이라 함은 디지털 시대의 디지털 플랫폼이 어떤 의미를 가지며, 어떻게 규제법적 관념에 연결될 수 있는지에 중점이 있다. 특히 민간영역에서 출발한 디지털 플랫폼이 장차 디지털 인프라로서 기본공급의 성격을 가지게 될 때, 이를 그저 공영화시키거나 민간의 비즈니스 모델에 국가가 무임승차하는 등의 관치주의적 방안이 아니라 시장원리와 공동선 목적 간의 조화를 이루는 모델이 필요하다. 바로 이러한 점에서 규제법 모델은 디지털 플랫폼 규제에 대한 적절한 모델이 될 수 있으며 동시에 경쟁법과의 병렬적이고 협력적 관계를 유지하게 된다. 규제법적 관점에서 디지털 플랫폼규제를 설명하기 위해 먼저 규제법에 대한 전반적 이해가 필요하나 이에 대해 선행연구가 다수 존재하므로 이하에서는 최소한의 윤곽만을 정리해보기로 한다.

(2) 규제법상 규제의 개요적 설명

종래 법학에서 널리 통용되어온 규제개념은 19세기 후반 무렵 자유주의적 사상과 보통법(common law) 전통에 따라 만들어진 economic regulation과 그에 따라 발전해온 철도영역 등 인프라 산업 내지 네트워크 경제 영역에 대한 규제, 특히 경쟁법적 규제이다. 그러나 규제법(Regulierungsrecht)은 인프라 및 네트워크 경제영역을 그 대상으로 하여 시작되었다는 점에서는 위와 유사하나, 일정한 이론적 배경에 따라 특정한 개념표지를 통해 구성되고 한정된 의미의 규제를 설정하고 이에 따라 형성된 법영역을 지칭한다. 여기에서 규제법의 이론적 배경이란 법치국가 원리의 발전단계에서 나타난 국가형상인 보장국가(Gewährleistungsstaat)이론으로,¹²⁾ 보장국가는 근대 자유주의 국가관이 지향한 “작은 국가” 또는 “최소한의 국가”와 개인의 사회적 문제를 전적으로 보장하려는 사회적 급양국가 및 복지국가간의 대립으로부터 변증법적으로 발전한 새로운 국가형상이다.¹³⁾ 규제정책과 관련하여

12) 보장국가론에 대해서는 계인국, “보장행정의 작용형식으로서 규제 - 보장국가의 구상과 규제의의 한정 -”, 공법연구 제41집 제4호 (2013), 155면 이하; “망규제법상 규제 목적의 결합과 그 의의 - 보장행정의 공동선 실현 메커니즘 -”, 강원법학 제39권 (2013), 67면 이하; “규제개혁과 행정법”, 공법연구 제44집 제1호 (2015), 645면 이하 등.

서는 규제증감 또는 규제완화와 재규제(re-regulation)라는 양적 순환구도를 벗어나 질적으로 변모한 국가의 행위전략과 조종전략을 의도하는 국가를 의미한다. 여기에서 국가의 행위 내지 조종전략이 질적으로 변화하였다는 것은 국가에게 주어진 임무, 특히 공익의 실현에 있어 더 이상 국가가 임무들을 직접 수행하지 않고 민간의 임무수행을 가능하게 하는 대신 공공복리 실현의 과정에서 사적인 급부제공을 장려한다는 것을 말한다. 민간의 공공임무의 이행이 국가의 후퇴를 의미하던 과거의 견해와 달리 보장국가론에서는 민간의 공공임무이행을 널리 인정하되 동시에 그 이행이 적절하고 충분히 달성될 것을 국가가 최종적으로 보장(gewährleisten)하는 것이다.¹⁴⁾ 이때 민간에게 임무를 실제로 이행할 책임(이행책임)이 주어진다면, 국가에게는 이를 사전·사후적으로 준비하고 감독하며 교정하는 등 보장할 책임(보장책임)이 주어지고¹⁵⁾ 규제법상 규제는 이 보장책임에 대응된다.

(3) 구조적 특징: 경쟁목적과 공동선 목적의 결합

디지털 플랫폼에 대한 공법적 규제가 경쟁법과 구별되는 지점을 설명하기 위해, 그리고 적절한 규제모델의 설계를 위해 보장국가론에 기초하는 규제법을 지목한 결정적인 이유는 바로 규제법이 가지는 구조적 특징인 “목적결합(Zielverknüpfung)”에 있다. 규제법상 규제는 먼저 종래 국가독점적으로 조직되었던 부문에서 애초에 처음으로 경쟁과 시장을 새로이 창설하는 것을 특징으로 한다. 이러한 창설적(=형성적) 규제는 사인의 이기적 이윤추구 행위에 내재되어 있는 공동선 잠재력과 자율규제 잠재력을 신뢰하며 이러한 구조를 제도화하여 공공임무가 분업적으로 실현될 수 있도록 진흥하려는 것이다.¹⁶⁾ 그러므로 규제는 한편으로는 유효경쟁을 통해 공동선을 산출

13) I. Kay, Regulierung als Erscheinungsform der Gewährleistung- sverwaltung, S. 133.

14) H.-H. Trute, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und “schlankem Staat“, S. 13.

15) A. Voßkuhle, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortung- steilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat, S. 47 (85).

한다는 목적과 함께 다른 한편으로는 해당 영역에서 기대되고 추구하는 특정의 공익목적을 함께 둔다. 규제법에서 경쟁 목적과 공익 목적은 각각 규제목적이자 동시에 서로를 실현시키는 수단으로 결합되며,¹⁷⁾ 이러한 목적결합은 규제법의 입법구조에 있어 독특하고도 가장 중요한 특징이다.¹⁸⁾

여기에서 경쟁법과의 중요한 차이점이 발견되는 바, 경쟁과 특정의 공동선을 병렬적으로 지향하는 구조는 일반 경쟁법에 부합되지 않는다. 경쟁법은 유효경쟁의 보호를 통한 시장기능의 유지를 목적으로 하며 경쟁의 결과로써 공동선이 ‘획득되는 것’¹⁹⁾이지 미리 특정의 공동선 목적을 상정하지 않으며, 사업자로 하여금 어떤 공동선임무를 이행하도록 하지 않는다.²⁰⁾ 그러나 규제법에서 경쟁 그 자체는 중간목적이자 부분목적이며 더욱 최종적인 규제목표를 달성하기 위한 수단이다.²¹⁾ 규제법상 규제의 본질적인 목적은 소위 “규제된 경쟁”, 즉, 경쟁관련적 행위와 공동선지향적 결과가 결합된 공동선의무적 경쟁을 창설하고 보호하는 데에 있다.²²⁾

16) 이러한 “분업적 공동선실현(arbeitsteilige Gemeinwohlverwirklichung)”은 보장국가론의 핵심이념이다. A. Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (304 ff.).

17) 규제법의 목적과 목적결합에 대해 자세한 것은, 계인국, “망규제법상 규제목적의 결합과 그 의의 - 보장행정의 공동선실현 메커니즘 -”, 강원법학 제39권 (2013), 87면 이하 참조.

18) 예를 들어 독일 통신법(TKG) 제2조, 에너지경제법(EnWG) 제1조 등

19) 경쟁법은 자유로운 경쟁의 결과들이 규칙적이고 반복적으로 공동선에 합치된다는 이른바 “패턴예측(pattern prediction; Mustervoraussage)”에 기초한다. 이에 대해서는 F. A. v. Hayek, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Bd. III, S. 100 ff.

20) T. Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 41.; 계인국, “망규제법상 규제목적의 결합과 그 의의 - 보장행정의 공동선실현 메커니즘 -”, 강원법학 제39권 (2013), 95면.

21) M. Fehling, Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland - Zu den Konturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, in: H. Hill (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Sektors, S. 91 (99).

22) J. Masing, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifen geregelt werden?, Verhandlungen des 66 DJT, Bd. I, Gutachten D S. 44; J. Kersten, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2010), S. 288 (316 ff.).

(4) 영역특수성과 공동선

규제법의 주된 대상은 통신, 철도, 에너지, 여객운수, 폐기물처리 등 인프라 산업 및 네트워크 산업영역이며 이로 인해 인프라규제(Infrastruktur-regulierung) 또는 네트워크 규제(Netzregulierung)라고 표현되기도 한다. 각각의 인프라 또는 네트워크 산업 영역의 특수성이 반영된 영역 특수 규제(sektorspezifische Regulierung: 전문규제)를 규율하는 일련의 법령들이 오늘날 규제법이라는 법영역(Rechtsgebiet)이며 여기에는 통신법, 철도법, 에너지법, 여객운수법, 상하수법, 폐기물관리법 등이 해당된다.²³⁾ 과거 이들 영역은 경제적으로는 자연독점(natural monopoly)이나 비용기능의 저가산성(subadditivity)으로 인해, 법학적으로는 이른바 생존배려(Daseinsvorsorge) 개념을 근거로 하여 국가나 지방자치단체의 독점이 인정되었다. 그러나 생존배려 서비스는 그 범위가 시대에 따라 유동적이며 생존배려임무의 수행자를 국가독점적으로 이해하려는 시도 역시 극복되었다.²⁴⁾ 규제법상의 규제는 민간에 의한 생존배려 서비스가 이행되도록 시장을 창설하는 동시에 기본공급이 충분하고 적절하게, 그리고 해당 영역의 특수한 공동선에 합치되는 방향으로 이행되도록 보장한다. 이 영역에 특수한 공동선이란, 각 인프라 영역이 가지는 특수성에 기인하는 것으로 이에 따라 영역 특수 규제법(=전문규제법)의 공동선 목적이²⁵⁾ 경쟁목적과 결합하여 설정되는 것이다.

3. 중간 정리

지금까지 설명한 규제법의 컨셉을 수용할 것인가 여부를 떠나 현재 통용되고 있는 “규제법”과 “규제법상의 규제”라는 개념은 이론적 배경과 함께 분명히 한정된 의미를 가진 법적 개념으로서 이해하여야 한다.²⁶⁾ 경쟁법과

23) 국내에도 물론 이러한 개별법들이 존재하나 규제법의 이론을 토대로 하거나 전면적으로 수용하지는 못하고 있는 상태이다.

24) 이하 III 3 (2) 참조

25) 예를 들어 통신 영역에서는 주파수 혼선방지나 정보약자의 배려가, 철도에서는 토지 정착적 특성이나 환경문제, 에너지 영역에서는 안전성이나 보안 등이 공동선 목적으로 제시된다.

의 관계에 있어서도 규제법은 경쟁법과 상호적 관계에 서 있기 때문에 양자는 매우 유사하나, 목적결합으로 대변되는 구조적 차이점은 물론 이를 추구하는 방식 역시 상이하다는 점에서 “마치 쌍둥이와 같이 각각 독자적으로 완벽히 통용되는 법”으로 보아야 한다.²⁷⁾

그렇다면 본래의 문제의식으로 돌아가 본다. 일단 디지털 플랫폼을 규제하려는 경쟁법적 시도는 디지털 시대 경쟁법의 현대화 및 개혁의 필요성을 분명히 보여준다. 그러나 경쟁법의 발전 내지 혁신이 의미하고 지향하는 바는, 경쟁법과 구별되는 규제법으로 곧장 진입한다는 것이 아니다. 디지털 플랫폼의 규제에 있어 경쟁정책적 문제를 공익과 이에 대한 명백한 규제필요성이 나타나는 경우, 이를 무리하게 기존 경쟁법적 관점으로 해석하려는 것이나 경쟁법적 관념으로 설계된 규제를 성급하게 규제법적 규제로 해석하려는 것 모두 적절한 해결책이 될 수 없다. 이하에서는 디지털 사회에서의 플랫폼의 전개양상을 통해 이 두 가지 문제점을 짚어보고 이어서 디지털 플랫폼 규제의 모델로서 규제법이 상정될 수 있는 가능성과 방향성을 간략히 예측하여본다.

III. 디지털 사회에서의 플랫폼

1. 논의의 방향

플랫폼은 일의적으로 정의하기 어렵고 다만 여러 표지들을 통해 서술적으로 표현할 수 있을 뿐이므로 더욱 엄정한 개념정의를 추구하기보다는 플랫폼이 현 시대와 가까운 장래에 다시 어떤 추가적인 표지에 영향을 받아

26) 규제법의 의의는 공법 일반이론의 차원에서는 보장국가의 발현으로, 경제행정법의 차원에서는 보장행정의 작용형식으로 새로운 경제감독의 유형으로 나타난다. *M. Edelbluth*, Gewährleistungsaufsicht, S. 50 ff.; 계인국, “독일 경제행정법의 기본방향과 최근 전개양상”, 행정법연구 제52호 (2018), 94면 이하; *M. Knauff*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., § 7, Rn. 1.

27) *F. J. Säcker*, Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht – Zur Reform des deutschen Energie- und Telekommunikationsrechts, AöR 130 (2005), S. 180 (189).

전개될 것인지가 오히려 중요하다. 여기에서는 특히 디지털 플랫폼이 소위 디지털 전환(digital transformation)을 통해 구축하게 되는 디지털 생태계와 여기에서 제공되는 상품 및 서비스가 일반에 미치는 영향력의 확대 문제, 디지털 플랫폼을 디지털 사회의 인프라로 인식함에 대한 법학적 해명에 집중하도록 한다. 먼저 위의 각각의 개념표지들을 하나씩 살펴볼 것이며 기존의 규제전략이 봉착하는 문제들을 함께 간단히 살펴보도록 한다. 이 작업을 통해 서술적 개념으로서 디지털 플랫폼의 윤곽 역시 어느 정도 스케치될 수 있을 것이다.

2. 디지털 전환과 디지털 생태계의 구축

(1) 디지털 전환(digital transformation)

디지털화(digitalization)는 디지털 신호로 저장하여 이용할 수 있도록 만드는 디지털라이제이션(digitization)을 거쳐, 이 디지털 정보를 산업영역에서 이용하여 편익을 창출하기 시작하는 단계를 말한다.²⁸⁾ 이미 디지털화 단계에서도 상당한 사회변화가 목도될 수 있지만, 아직 디지털 전환에 이르지 않는 단계에서는 다소 한정적인 범위를 가지게 되며 특히 기존의 사회 이념이나 활동규칙, 특히 법제도와 충돌하는 모습이 포착되기도 한다.²⁹⁾ 그러나 디지털 전환은 디지털화가 여러 분야에서 더욱 상용화되어 개개의 비즈니스 모델은 물론 해당 영역, 그리고 영역 간을 넘나들면서 활동과 활동규칙, 지배이념 등이 전체적으로 전환되는 차원을 의미한다. 디지털 전환 단계에서는 그러므로 개별 비즈니스 모델은 물론 기존의 산업, 기술, 노동, 법제도, 행정 등 다양한 영역이 상호 연결되고 다시 각각 변화를 겪게 되면서 마침내 새로운 디지털 생태계를 구축하기 시작한다. 특정 산업영역에서의 신규 비즈니스 모델을 구축하는 수준을 넘어 영역포괄적인 변화와 이에 부합하

28) 디지털라이제이션-디지털화-디지털 전환에 대해 보다 자세한 설명은, 계인국, “4차 산업혁명과 행정법의 과제”, 법제연구 제53호 (2017), 161면 이하 참조.

29) 해당 산업이 정밀 디지털화된 것인지에 대한 논란도 발생한다. 특히 모듈화된 세부산업에서는 “실질적-표면적” 신산업이 병존하게 된다. 계인국, “지능정보기술 규제의 현황과 법학적 도전”, 경제규제와 법 제14권 제1호 (2021), 64면

는 일련의 생태계를 형성한다는 점은 디지털 전환과 플랫폼을 연결시켜주는 중요한 지점이 된다.

(2) 플랫폼의 디지털 생태계 구축

소위 ‘신산업’으로 지칭되곤 하는 각종 디지털 기술 응용 산업들은 새로운 생태계를 형성한다는 데에 공통된 특징이 있으며 이러한 생태계 구축의 배양관 내치 촉매의 역할을 하는 것이 바로 플랫폼이다. 플랫폼은 특정 제품, 서비스를 넘어 포괄적인 시장전략과 복합기업적 구조를 형성하며 점차 디지털 생태계를 구축하게 된다. 디지털 생태계 안에서는 기존에 연계성을 생각하기 힘든 서비스가 포괄적으로 제공되며 그 이용관계에 있어서 종전과 다른 활동규칙이 형성되기 시작한다.

먼저, 디지털 플랫폼이 구축해나가는 디지털 생태계에서는 또한 모듈화된 개별 사업들의 유연한 결합³⁰⁾과 동적 시장원리가 강하게 나타난다. 디지털 플랫폼 내에는 병렬적 또는 하부적으로 다양한 기술산업이 존재하며 이들은 각각의 상호관계를 통해 융합되거나 새로운 산업을 창출하기도 한다. 이렇게 모듈화된 산업들의 융합과 분산은 기존의 시장지배력의 구조를 유동적으로 변모시키게 되며 산업 간 그리고 플랫폼 간의 전환과 역전이 발생할 수 있다. 신규 사업자 내지 기존에 전혀 별개의 영역에서 활동하던 사업자에 의해 생태계가 변화되기도 하는 등 사업자와 사업영역을 일대일로 대응시키는 전통적인 사고방식은 점차 한계에 부딪히게 되고 시장지배력의 존속기간이 상당히 짧아지면서 시장지배자에 대한 규제를 실시하기도 전에 지배력 구도가 변화하거나 심지어 역전될 수도 있다.³¹⁾

또한 디지털 플랫폼에 의한 디지털 생태계의 구축은 다양한 수요를 플랫폼 내에서 결합시킴과 동시에 다른 생태계에 대한 장벽이 될 수 있다. 하나의 플랫폼에서 서비스의 상호운용성이 보장되고 이로써 하나의 생태계를 형성하게 되면 최종 소비자가 디지털 생태계에 고착될 수 있기 때문이다.³²⁾

30) 이와 관련하여, Christopher S. Yoo, “Modularity Theory and Internet Regulation”, Illinois Law Review (2016), pp. 18-24.

31) 이상의 내용은, 계인국, “지능정보기술 규제의 현황과 법학적 도전”, 경제규제와 법 제14권 제1호 (2021), 63면.

그러나 또한 플랫폼 간의 지배력 역전이나 이동성, 모듈성은 - 과거 경쟁정책적 관점에서는 - 공고해 보이는 시장지배자의 위치를 오히려 쉽게 해체할 수도 있고 디지털 플랫폼의 이용자는 이전에 분산화 되어있던 마켓의 전환에 비해 매우 낮은 전환비용만으로 다양한 플랫폼을 오가며 수요를 충족시킬 수도 있다.³³⁾ 결국 기존의 시장지배력의 판단 및 평가방법만으로는 디지털 플랫폼 및 디지털 생태계에서의 경쟁저해행위를 판단함에 어려움이 있다.

3. 디지털 인프라 및 생존배려로서 플랫폼

(1) 인프라의 의미

디지털 플랫폼이 형성해가는 디지털 생태계는 종종 디지털 시대의 기본적 인프라로도 표현되곤 한다.³⁴⁾ 본래 군사용어로 사용되기 시작했던 인프라(Infrastructure)는 교통과 물자 및 통신전송을 위해 필수적인 지역구속적인 건물, 시설, 통신망의 총체를 의미하였고³⁵⁾ 경제학에서 인프라 개념은 주로 공공재와 이에 관련된 시장실패를 통해 논의되어 왔다.³⁶⁾ 어떤 관점에 따라 인프라와 그 문제상황을 이해하느냐에 따라 인프라 개념범위는 점차 확장되어가고 있으며³⁷⁾ 오늘날 인프라 개념은 에너지, 교통, 수도와 같은 공공재에 관련된 서비스의 공급에 머무르지 않고 나아가 스포츠시설, 도로, 주차장, 대학교, 양로원 및 이와 유사한 것들을 포함하며 더 나아가 경찰, 사

32) Ch. Busch, Regulierung digitaler Plattform als Infrastrukturen der Dasiensvorsorge, WISO Diskurs 04/2021, Friedrich Ebert Stiftung, S. 10.

33) 이른바 멀티호밍에 따른 경쟁제한성 판단의 문제는 김현경, “온라인 플랫폼 규제법안에 대한 비판적 고찰”, 선진상사법률연구 제94호 (2021), 147면 이하.

34) 예를 들어, M. Voigt u. a. (Hrsg.), Weißbuch: Digitale Daseinsvorsorge stärken, VKU/Quadriga Hochschule Berlin, 2020, passim.; Ch. Busch, Regulierung digitaler Plattform als Infrastrukturen der Dasiensvorsorge, WISO Diskurs 04/2021, Friedrich Ebert Stiftung, S. 8 ff.

35) G. Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 168.; J.-C. Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 21.

36) J.-C. Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 22.; C. Berringer, Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht, S. 42.

37) G. Hünnekens, Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur, S. 8 ff.

법기관 및 국방,³⁸⁾ 그리고 사회적 상호작용을 위한 무형적 토대까지도 포함하기도 한다. 종래 법학에서는 인프라 개념은 인접학문적 개념보다는 다소 의미를 한정시켜 “경제적 수요충족과 공동선에 기여하는 모든 시설과 제도 및 그 인적, 제도적 기반이라는 총괄개념”으로 보았다.³⁹⁾ 이러한 점에서 인프라 개념은 생존배려(Daseinsvorsorge)와 중첩되며, 이 생존배려 서비스가 전형적으로 제공되는 네트워크 산업영역과도 연계된다.⁴⁰⁾ 이들 각 개념은 특히 시대적 상황에 연계되어 그 범위가 지속적으로 확대되는 양상을 보인다.

(2) 디지털 생존배려 서비스

1) 생존배려

오늘날 IT 기술 및 정보처리기술의 비약적 향상으로 나타난 디지털 전환이라는 사회적 현실의 변화를 법학에 투영시키는 것과 마찬가지로, 1930년대 Forsthoff는 산업화와 도시화, 이로 인한 급속한 인구증가를 통해 공행정의 임무변화를 포착하고 이를 생존배려라는 개념으로 법학에 반영하였다. 생존배려(Daseinsvorsorge)란 현대 사회에서 개인의 생활처우에 필수적인 급부로 그 제공이 일반의 이익에 놓여있으며 또한 개인이 직접 이를 공여하기 어려운 급부이다. 이러한 개념 정의에서 이미 생존배려의 대상은 고정적이지 않고 당대의 사회적 현상을 반영한다는 점이 발견된다. 즉, 무엇이 생존배려에 속하는가의 판단은 다분히 정책적으로 대답될 수밖에 없다. 먼저 “가상적인 일반국민(fiktiver Normalbürger)”을 상정하고 다시 “시대관련성(Zeitbezogenheit)”을 정치적으로 파악하여 “현대적 생활처우”에 필요한 서비스를 정하기 때문에 생존배려란 사회적 현실의 변화에 따라 유동적이며 따라서 그 내용을 일의적으로 정하기 어렵다.⁴¹⁾ 이전에는 통신

38) J.-C. Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 22.

39) 대표적으로 L. Jellinghaus, Zwischen Daseinsvorsorge und Infrastruktur, S. 6; G. Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 170.

40) 예를 들어, M. Eifert, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistung im Gewährleistungsstaat, S. 175 ff.; K. Cannivé, Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation zwischen Staat und Markt, S. 50.

41) V. Schneiderhan, Daseinsvorsorge und Vergaberecht - Darstellung eines

이나 교통 인프라, 상하수도, 에너지 공급 등이 생존배려에 해당한다고 보았으나 현 시점 또는 장래 다른 서비스가 포함될 수도 있다.

2) 생존배려의 제공방식

생존배려 급부가 개인의 현대적 생활에 있어 필수적임에도 불구하고 각 개인이 직접 확보하기 어렵다는 점에서 종래 생존배려임무는 국가와 지방자치단체가 독점적으로 수행해야 한다고 여겨져 왔다. 그러나 오늘날은 더 이상 생존배려임무의 직접적 제공이 국가에게 독점적으로 맡겨져 있다고 보지 않는다. 생존배려 개념을 창안한 Forsthoff의 주장과 같이 국가가 직접 생존배려 급부를 제공해야한다는 생각은 개인의 자유나 기본권에 앞서는 “권위적 행정국가”의 구상이라 비판받고 있다.⁴²⁾ 물론 현대적 헌법국가는 기본권을 실제로 행사할 수 있기 위해 국가나 지방자치단체에게 각종 생존배려임무를 의무지우고 있고 이를 통해 사회적 법치국가를 구현한다.⁴³⁾ 그러나 국가나 지방자치단체에게 생존배려임무가 의무지워진다고 하여 그 급부가 반드시 국가에 의해 직접 이행해야한다는 결과가 도출되는 것은 아니다.⁴⁴⁾ 국가는 민간에게 생존배려 서비스의 이행을 다양한 방식과 수준으로 위임할 수도 있고, 더 나아가 보장국가론에 의하면 생존배려 서비스의 이행책임을 완전히 시장에 인수시키고 국가는 단지 규제적으로 개입하거나 서비스 제공의 특정한 최소기준을 정하거나 사후적 개입가능성을 유보하는 방식으로 생존배려임무가 적절하고 충분하게 수행될 수 있도록

Spannungsverhältnisses unter besonderer Berücksichtigung des Öffentlichen Personennahverkehrs, S. 27; *M. Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, S. 49. 이러한 이유에서 생존배려가 특정한 법적 효력을 가져오는 개념이 아니라는 견해도 있다. *M. Knauff*, Der Gewährleistungsstaat S. 46; *J.-C. Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 388, 394; *Störr*, S. 111 f.

42) *G. Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 116; *W. Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, S. 111; *J.-C. Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 393.

43) *W. Rüfner*, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR IV, 2006, § 96, Rn. 16; *S. Broß*, Daseinsvorsorge - Wettbewerb - Gemeinschaftsrecht, JZ 2003, S. 874 (877).

44) *W. Rüfner*, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR IV, 2006, § 96, Rn. 24, 29 ff.

보장할 수 있기 때문이다.

3) 디지털 사회의 생존배려로서 플랫폼

생존배려의 개념에서 나타나는 바와 같이 생존배려 서비스는 시대적 상황에 따라 새로운 내용으로 채워질 수 있다. 이미 전통적인 생존배려 영역인 통신, 교통, 에너지 분야에서 디지털 전환이 빠르게 이뤄지고 있으며 더 나아가 디지털 전환은 다양한 방식으로 기존의 유무형적 인프라와 생존배려 서비스를 연결시켜가고 있다. 이러한 전환기에 디지털 플랫폼은 데이터⁴⁵⁾, 검색엔진, SNS 등은 물론 지도, 결제서비스 등 디지털 사회에서 개인에게 점점 필수적인 것이 되어가는 서비스를 중개하고 제공하는 가장 중요한 통로가 되고 있다. 새로운 생존배려 서비스로 이해할 수 있는 서비스가 주로 디지털 플랫폼에 의해 중개 및 제공된다는 점뿐만 아니라 기존의 생존배려 서비스 역시 디지털 전환을 통해 이제는 플랫폼에서 주로 또는 더 손쉽게 중개 및 제공된다는 점은 디지털 플랫폼으로의 접근과 이용, 보호 자체가 디지털 사회의 생존배려 및 기본공급으로서의 모습을 보여주고 있다.

디지털 플랫폼이 디지털 사회에서 생존배려 서비스를 제공하거나 생존배려 자체로 볼 수 있다는 점과 함께, 국가는 그 이행책임을 부담하지 않고 다만 공동선에 지향되는 기본재화와 서비스의 공급을 보장할 보장책임을 진다는 것을 되새겨볼 필요가 있다. 디지털 플랫폼이 하나의 생태계를 형성하고 여기에서 기본 인프라로서 모습을 보임에 따라 기존의 경쟁정책적 관점에 따른 규제에 한계가 나타난다면 이러한 지점부터는 경쟁법적 규제가 아닌 규제법을 통해 디지털 플랫폼을 규제할 수 가능성을 생각해볼 수 있다. 그 출발점은 바로 디지털 사회에서의 기본 인프라로서 디지털 플랫폼에 대한 국가의 인프라책임, 즉 생존배려 관련 서비스를 제공하는 인프라에 대한 국가의 보장책임을 발동시키는 것이다. 국가가 부담하는 보장책임을 사후적인 교정프로그램보다 오히려 공동선지향적 경쟁과 의무에 대한 규제프레임을 사전에 설계하는 데에 중점이 맞춰진다.

45) 데이터를 생존배려로 이해하는 견해로는, M. Voigt u. a. (Hrsg.), Weißbuch: Digitale Daseinsvorsorge stärken, VKU/Quadriga Hochschule Berlin, 2020, S. 27 ff.

IV. 규제법 모델의 적용방식

1. 경쟁법의 적용과 디지털화

(1) 생존배려에 대한 경쟁법의 적용 여부

플랫폼을 생존배려로 이해한다면 이에 대한 경쟁법의 적용여부 및 공법영역으로 진입여부에 대해서는 상이한 근거에 의해 설명될 수 있다. 전통적인 견해, 즉 생존배려 개념의 출현 당시에 Forsthoff는 생존배려가 본질적으로 사회적(sozial) 기능을 가지는 것이므로 이윤을 추구하는 사경제의 구조에서 제공되기에 적합하지 않다고 보았다. 결국 경제적으로 생존배려가 제공된다고 하여도 이는 피할 수 없이 독점적 지위에서 제공되어야 하고 생존배려에 대해서는 경쟁법의 적용이 배제된다고 보았다. 비록 생존배려 제공이 외견상 경제적 구조를 보인다 해도 어디까지나 생존배려임무를 수행하는 것이지 시장기능을 수행하는 것은 아니라는 것이다.⁴⁶⁾ 그러나 오늘날 이러한 견해는 사안에 따라 제한적으로만 인정될 뿐, 일반적 의미에서 경쟁(법)과 생존배려의 불합치성 도그마가 유지되지는 않고 있다.⁴⁷⁾

경쟁법 적용 예외의 명맥을 유지한다고 볼 수 있는 예는 아마도 유럽연합기능조약(AEUV) 제14조와 제106조의 “공공 경제적 이익의 서비스(services of general economic interest)”일 것이다. 공공 경제적 이익의 서비스는 제공에 있어 의존성이 강하게 나타나며 일반적 경제질차와 다른 예외적 규율이 적용되며, 서비스 제공을 위해 국가에게 일정한 임무가 주어진다는 점에서 생존배려의 개념에 근접하는 것처럼 보인다. 그러나 위 규정의 개념표지인 경제적/비경제적 행위,⁴⁸⁾ 기업의 의미, 공공이익 등은 해석의 여지가 매우 넓어⁴⁹⁾ 유럽연합법 해석원칙인 effet utile에 따라 유럽연합법의

46) V. Schneiderhan, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 60.

47) G. Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 341.

48) V. Schneiderhan, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, S. 69 ff.

49) EuGH C-41/90, Rn. 21; Koenig/Kühling, Totgesagte Vorschriften leben länger – Bedeutung und Auslegung der Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG, ZHR

목적을 가장 잘 그리고 간명하게 달성할 수 있도록 통일적으로 해석될 것이 요구되나, 그렇기에 그 자체로 바로 포착되기는 힘들다. 따라서 “공공 경제적 이익의 서비스” 개념은 분명 유사개념으로 볼 수는 있다하여도 생존배려라든지 공공서비스 이론과 정확히 일치하기 힘들다고 평가되고⁵⁰⁾ 각 회원국의 다양한 상황여건, 특히 법적 전통에 따라 달리 해석되고 결정될 수 있다.

이런 의미에서 “공공 경제적 이익의 서비스”가 무엇인지 확정함에 대하여는 일차적으로 각 유럽연합 회원국들 각자에 의하도록 되어있다.⁵¹⁾ 유럽연합위원회는 “공공 경제적 이익의 서비스에 대한 백서”를 통해, 회원국들이 “공공 경제적 이익”을 확정함을 원칙적인 기준을 두었고 이에 따라 심사할 수 있음을 정하고 있고 이에 따르면 해당 서비스는 특별한 공동선의무에 결합되고 일반이익에 의해 제공되는 경제적 행위여야 한다.⁵²⁾ 유럽연합법원은 공공 경제적 이익의 서비스를 제공함에 있어 고권적 행위에 의해 위임되어야 함을 필수적으로 요구하며, 이 고권적 위임행위에서는 특별한 일반이익에 대한 임무와 제공되는 서비스가 정확히 적시될 것을 요구하고 있다.⁵³⁾ 그러나 이 고권적 위임의 근거가 되어야 할 본래적 국가임무에 대한 논쟁은, 주지하다시피 이미 임무론(Aufgabenlehre)에서 다투어졌고 극복되었다.⁵⁴⁾ 즉 이론적으로나 실제로도 본래적이고 핵심적인 임무를 설정하는 것은 가능하지 않으며 다만 실정헌법이 정한 바에 따라 그때그때의 본래적이고 핵심적 국가임무를 찾아낼 수 있으므로 고정된 고권적 위임의 근거를 찾아낼 수는 없다는 것이다. 그리고 임무론의 한계를 보여주는 모습은 유럽연합법 및 국제협정 차원에서도 동일하게 나타나고 있다.⁵⁵⁾ 결국 생존배려

166 (2002), S. 656 (664).

50) *M. Knauß*, Der Gewährleistungsstaat, S. 132 ff.; *S. Simon*, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, S. 30.

51) EuGH, Rs. C-159/94, Rn. 55 f.; Rs. C-67/96, Rn. 103 f.

52) *Europäische Kommission*, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004), Anhang 1., S. 27.

53) EuGH, Rs. 10/71, Rn. 8.; Rs. 172/80, Rn. 7.

54) 소위 핵심국가임무(Kernstaatsaufgaben) 설정의 실패에 대해서는 계인국 외, “규제개혁과 사법심사에 관한 연구”, 사법정책연구원 연구총서 (2017), 151면 이하; 계인국, “보장행정의 작용형식으로서 규제 - 보장국가의 구상과 규제의미의 한정 -”, 공법연구 제41집 제4호 (2013), 155면 (161면, 166면).

개념과 동일성 여부를 차치하고서라도 “공공 경제적 이익의 서비스”에 대한 경쟁법의 적용 여부의 문제는 상당부분 사안별로 나타날 뿐이다.

그러므로 생존배려 및 그와 유사한 서비스와 경쟁(법)의 불합치성은 도그마적으로 이해할 것은 아니다. 그렇다면 디지털 플랫폼이 디지털 사회에서 생존배려의 성격을 가진다는 것만으로 곧장 경쟁법 내지 경쟁정책을 적용할 수 없다고 보아서는 안 된다. 오히려 디지털 플랫폼에서의 각종 경쟁저해적 행위 등은 기존의 경쟁법 내지 “경쟁법의 개혁”을 통해 해결을 도모할 필요가 있다. 공법적 규제모델을 본격적으로 논의할 수 있는 지점, 달리 말하자면 경쟁법의 적용이 한계에 봉착하는 지점은 플랫폼이 생존배려라는 이유 그 자체에서가 아니라, 디지털 생존배려 서비스의 각 영역에서 나타나는 공동선 목적과 경쟁구조의 창설의 연계라는 규제법의 구조적 특성이 위력을 발휘하는 지점인 것이다.⁵⁶⁾

(2) 경쟁법 개혁의 필요성

결국 디지털 플랫폼 서비스에 있어서도 본질적이고 일차적인 방향은 유효한 시장경쟁 원리의 보장이며 따라서 경쟁법적 규제는 여전히 가장 중요한 의미를 가진다. 다만 앞서 언급한 바와 같이 디지털 플랫폼 서비스에서 나타나는 경쟁정책적 문제들은 기존의 경쟁법적 관점 이외에 새로운 전환을 요구할 뿐이다. 디지털 플랫폼에 의한 디지털 생태계의 구축이 보여주는 시장변화의 가속화나 모듈성은 시장분석과 평가에 이은 시장지배력, 그리고 시장지배적 사업자를 중심으로 구성된 기존의 규제체계가 대응하기 어렵거나 또는 특정 사업자에 대한 규제가 형평성을 잃게 될 가능성을 높여간다. 또한 플랫폼이 가지는 중개력이나⁵⁷⁾ 데이터 지배력은 디지털 플랫폼에 대한 경쟁법적 규제의 새로운 테마가 되어가고 있다.⁵⁸⁾ 이에 따라 최근

55) S. Simon, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, S. 61.

56) 이에 대해서는 위 II. 2. (3), 본 IV. 2. (4)

57) 예를 들어 개정 독일 경쟁법 제18조 제3b항은 플랫폼 특유의 시장지배력 판단기준으로 중개력(Intermediationsmacht)을 도입하였다.

58) 이에 대해서는 최난설현, “기업결합 심사에 있어서 빅데이터의 경쟁법적 의미 - 최근

논의되는 디지털 플랫폼 규제논의는 포괄적 규정을 통해 기존 경쟁법 체계를 디지털 플랫폼에도 적용하려 하거나 경쟁법의 개정을 통해 적용영역을 확대하여 디지털 플랫폼을 규제하려는 시도를 진행 중이다.⁵⁹⁾

2. 규제법 모델의 적용

(1) 디지털 생존배려 서비스에 대한 보장책임

디지털 플랫폼의 발전양상은 디지털 사회의 경제와 사회 전반적 영역에서의 인프라, 즉 디지털 인프라로 이해할 수 있다. 이들은 단순히 거래 플랫폼에서의 경쟁정책을 넘어 개인의 생활영역, 즉 사회적 소통과 이를 위한 정보검색 및 획득, 접근성의 차이에 따라 발생하는 민주주의 원칙과의 관련성 등의 사회적 문제를 발생시키고 있으며 플랫폼에 대한 접근가능성이 현대 사회에서 나타나는 다양한 상황 속에서 기본공급의 차이를 가져오기도 한다.⁶⁰⁾ 이러한 점에서 디지털 인프라로서 플랫폼은 비록 민간에 의해 운영되고 서비스가 제공됨에도 불구하고 디지털 생존배려의 차원에서 이해될 수 있으며 다시 국가의 인프라 책임, 즉 보장책임의 발현으로 이어질 수 있다.

디지털 사회에서 점차 증대되는 디지털 플랫폼의 기본적인 인프라로서의 역할, 그리고 생존배려 영역에서 증대되는 의미는 기존 네트워크 산업, 즉 통신이나 에너지, 교통, 상하수도 등과 유사한 양상을 보여준다. 또한 네트워크 산업이 오늘날 국가독점적 또는 국가에 연계되어 이행되기보다는 민간에 의해 이행되는 만큼 각 영역에서 유효한 경쟁의 창설과 보호, 그리고 영역적 공동선목적이⁶¹⁾ 규제적으로 달성될 필요도 디지털 플랫폼에서 마찬

해의 주요 기업결합 사례를 중심으로 -”, 외법논집 제14권 제4호 (2017).

59) 해외 경쟁법의 디지털 플랫폼 규제 동향에 대해서는 정해련, “각국의 디지털 정책과 입법 동향 - 디지털(온라인) 플랫폼을 중심으로”, 이성엽 편, 데이비와 법, 362면 이하; 황태희, “온라인 중개플랫폼 사업자 규제에 대한 EU 및 국내 입법 동향에 관한 소고”, 법학연구 (2020), 전북대 법학연구소, 449면 이하; 김진우, “온라인 플랫폼 규제에 관한 유럽법연구소의 모델규칙”, 소비자문제연구 제51권 제3호, (2020), 181면 이하; 권용수, “온라인 플랫폼 규제방안에 관한 연구 - 일본의 ‘특정 온라인 플랫폼 공정화법’을 소재로 -”, 상사법연구 제40권 제2호 (2021), 329면 이하.

60) 예를 들어 SNS를 이용한 선거운동이나 SNS에서의 공직자의 정치활동 문제는 물론 각종 소통 플랫폼으로의 접근가능성, 플랫폼을 이용한 공적 서비스의 제공 등을 생각해볼 수 있다.

가지로 발견된다. 나아가 일정 디지털 플랫폼 서비스의 경우에는 합리적 가격으로 전역적이고 충분하며 또한 적절한 서비스를 보편적으로 제공할 필요, 즉 보편적 서비스로 나아갈 가능성도 있다. 이러한 일련의 발전양상은 규제법, 특히 네트워크 산업분야에서 발전해온 영역특수 규제법(=전문규제법)과의 유사성을 강하게 보여준다. 이하에서는 이러한 유사성을 감안한 도입가능성과 한계를 순서대로 살펴본다.

(2) 기본공급의 보장

디지털 인프라로서 플랫폼이 제공하는 서비스를 디지털 생존배려 서비스로 보고 그 기본공급을 보호한다는 것 자체는 규제법 및 그 배경이론인 보장국가론만의 특유한 것은 아니다. 그러나 규제법은 디지털 플랫폼이 제공하는 서비스의 기본공급을 보호하는 것을 넘어 분업적 공동선실현을 위한 사회적 절차의 형성과 준비에까지 나아가는 것을 의미한다. 즉, 규제법 모델에 의한 디지털 플랫폼의 기본공급 의무부과는 명령적이고 권력적으로 이행되도록 하는 규제전략을 우선시하지 않는다. 기본공급은 원칙적으로 플랫폼 사업자 간의 경쟁적합적인 조정 가운데에 보장될 수 있으므로 규제법 역시 디지털 플랫폼 영역에서의 경쟁창설적 규제를 통해 시장원리를 확보하고 이어서 플랫폼 사업자와 참여자 간의 접속 및 요금을 규제하는 사전적 규제를 통해 효율성과 기본공급의 보장을 함께 추구할 수 있다. 이는 필수적 급부의 이행을 위한 독점적 권한을 - 주로 국가에게 - 인정하고 이행하도록 했던 것을 넘어, 시장에서의 유효경쟁을 창설하고 이후로고 지속적으로 보장하여 보다 효율적이고 적절한 분배를 보장하는 방안이 된다. 규제법은 “일반 국민에게 불가결한 것으로 여겨지는” 서비스가 제공되는 시장이지만 “현저하고 지속적인 시장진입의 축소가 나타나고 장기적으로 유효 경쟁의 경향이 나타나지 않고 일반 경쟁법의 적용만으로는 해당 시장실패에 대응하기 충분하지 않은”⁶²⁾ 경우 시장과 시장지배력의 규제를 보완하면서

61) 특히 디지털 플랫폼 서비스에서는 경쟁정책적으로 달성하기 힘든 개인정보보호나 사이버보안 문제가 영역특수적인 공동선 목적으로 제시되어야 할 것이다. *Ch. Busch, Regulierung digitaler Plattform als Infrastrukturen der Dasiensvorsorge*, WISO Diskurs 04/2021, Friedrich Ebert Stiftung, S. 22.

도 각 영역별로 주어지는 공동선 목표를 병렬적으로 추구하기 위해 개입할 수 있다. 이런 네트워크 규제법은 디지털 플랫폼의 인프라 지배력을 다양하게 지시하면서도 생존배려 관련 서비스에 대한 플랫폼의 역할을 포착하는 “플랫폼 인프라 규제법”의 모범으로 삼을 수 있는 것이다.

다만, 특정 재화나 서비스가 경쟁적합적으로 제공되고 있음에도, 즉 시장실패에 해당하지 않음에도 불구하고 일반에 충분한 공급을 보장하지 못하는 소위 목표갈등(conflicting goals)⁶³⁾ 상황이 발생할 수 있다. 과거 네트워크 산업에서 소위 “last mile”이 문제된 것과 마찬가지로 디지털 플랫폼 서비스의 경우에도 지역이나 인구 등의 이유로 인한 수요밀집지역 이외에서는 기본공급의 보장이 시장원리에 의해 충분히 달성될 수 없는 상황이 발생한다. 일반 국민에게 사회적으로 동등한 기본공급의 필요성에 대한 광범위한 사회적 합의가 존재하는 경우 밀집지역 이외의 지역에 대한 비용격차를 보조하면서 기본공급을 의무화하는 보편적 서비스(universal service)의 관념은⁶⁴⁾ 디지털 플랫폼 규제에 있어서도 시사점을 제공하게 된다.

(3) 접근성과 투명성

이러한 기본공급의 보장은 당연히 일반 국민에게 있어 공정한 접근가능성을 보장해야만 한다. 그러나 생존배려는 사회적 급부와 구별된다. 즉, 국가가 그 수요를 일방적으로 충족시켜주는 것이 아니라 합리적인, 다시 말해 저렴한 수준이라도 개별 시민의 요금 등의 반대급부가 계산되어야 하는 것이다. 이러한 이유에서 종래 생존배려 서비스에 대한 접근성은 합리적 가격(erschwinglicher Preis)이 문제되었다. 그러나 디지털 플랫폼 서비스에서는 이에 더하여 사업자에 의해 정해지는 거래조건이나, 사업자 및 제3자에 의해 작성되는 거래내역 또는 평가항목 등이 접근성을 저해하거나 차단할 수도

62) 독일 통신법(TKG) 제10조 제2항

63) 목표갈등은 경제적 목표가 비경제적 목표에 결합 또는 종속되어 시장실패가 없음에도 국가가 개입하게 되는 상황을 설명한다. 이에 대해서는 J. Basedow, Wirtschaftsregulierung zwischen Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs, in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer (Hrsg.), FS Immenga, S. 3 ff.; 계인국, “망규제법상 규제목적의 결합과 그 의의”, 80면 이하.

64) T. Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 36.

있음이 고려되어야 할 것이다. 특히 이 부분에서는 디지털 플랫폼 서비스의 알고리즘 투명성이 연계되는 바, 중개 플랫폼이나 검색엔진, 미디어 플랫폼에서 알고리즘적으로 조종되는 플랫폼 구동시스템에 대한 규제필요성은 이미 여러 차례 제기되어왔으나 충분한 해결책을 찾아내지는 못하고 있다.

(4) 공동선 목적의 추구

최근 디지털 플랫폼 규제의 대상으로 논의되는 영역을 살펴보면 경쟁저해적 행위 이외에도 개인정보 보호, 사이버 보안, 역정보와 페이크뉴스, 차별이나 혐오표현 등 유해콘텐츠, 사상지배력의 왜곡, 데이터 착취 및 남용 등이 예로 들어진다. 이들 목적들은 대개 경쟁 외적 목적으로 이해되어왔으며 따라서 경쟁법의 적용이 어려운 것으로 여겨져 왔다.⁶⁵⁾ 소위 플랫폼 권력 개념을 확대하여 경쟁법적 기준을 우회적으로 적용하려 하거나 본래부터 이에 대한 경쟁법의 적용이 배제되지는 않는다고 보려는 시도도 존재하나⁶⁶⁾ 동시에 경쟁 외적 문제를 경쟁저해 또는 남용행위를 통해 판단하는 위험성이 지적되고 있다. 어떤 방식으로 해야 이를 최선으로 달성할 수 있을 것인가에 대한 사회적 및 정치적 논의는 아직 충분히 성숙되지는 못한 상태로 보인다. 이런 상황에서 공동선 목적이 방치되는 것도, 그렇다고 명령적이고 일방적으로 플랫폼 사업자에게 공동선 지향적 의무를 부과하는 것도 바람직한 방향은 아닐 것이다. 이러한 점에서 규제법이 보여주는 목적결합, 즉 시장경제질서와 영역별 공동선 목적의 상호결합이라는 형성적 형량구조는 양 측의 조화로운 해결가능성을 모색하게 하는 출발점이 된다.

3. 문제 상황과 한계

(1) 경쟁법의 과잉상황

먼저 경쟁법이 과잉규제를 행하는 상황을 생각해볼 수 있다. 디지털 플

65) 위 II 2 (3) 참조.

66) 관련하여 Facebook의 데이터 착취에 대한 판결로는 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020 - KVR 69/19.

랫폼의 발전 및 이에 의한 디지털 생태계의 형성과정에서 발생하는 각종 문제들은 경쟁정책적으로 불확실한 부분이 많을 뿐만 아니라 아예 경쟁정책을 통해 접근하기 어려운 부분이 존재한다. 시장 외적 목적, 즉 공동선 목적을 경쟁법이 사전적으로 형성하는 경우 이는 일반경쟁법의 영역을 벗어나는 것이며 이로써 경쟁법의 추구목적인 유효경쟁의 보호가 오히려 왜곡될 수 있다. 디지털 플랫폼 규제를 위한 경쟁법의 현대화와 디지털화는 경쟁법의 확대를 가져올 수는 있으나 공동선 목적의 사전적 형성과 실천이라는 영역으로의 과잉상황이 되어서는 안 된다.

(2) 규제 대상의 확정

규제대상의 확정 문제는 어떤 특정 플랫폼을 디지털 사회에서의 인프라, 즉 디지털 생존배려의 영역에 속하는 기본공급의 의미로 볼 수 있는가에 대한 것이다. 먼저 생존배려 서비스로의 편입이 문제된다. 생존배려 개념 자체에서 이미 생존배려 서비스가 시대에 따라 유동적일 수밖에 없음이 나타난다. 통신의 예를 들자면, 유선전화에서 무선전화, 인터넷, 초고속인터넷 서비스, Wi-Fi에 이르는 서비스의 발전양상에서 어느 시점에 어떤 기술과 서비스가 생존배려 서비스로 인정될 것인지는 쉽게 정하기 어렵다. 마찬가지로 디지털 플랫폼 서비스를 디지털 사회에서의 생존배려 서비스로 보는 것에 대해서는 과연 이를 “현대적 생활처우”에 “필수적”인 것으로 볼 것인지, 더 나아가 이를 보편적 서비스의 대상으로 볼 것인지에 대해 일치된 의견을 찾아보기는 힘들다. 게다가 디지털 플랫폼 서비스는 국내 사업자나 참여자 및 이용자의 문제를 넘어 전세계적 이슈라는 점에서 어려움은 가중된다.

또한 시장지배적 지위에 연결되는 경쟁법에서의 남용행위 통제와는 달리, 규제법은 영역별로 나타나는 대상의 기능에 관련된다. 디지털 인프라, 즉 생존배려적 서비스를 제공하는 디지털 플랫폼에 규제법을 적용한다는 것이 해당 플랫폼의 기능과 연결된다는 것은 규제 대상 플랫폼이 기존의 관점과 같이 거대 플랫폼, 즉 총매출액과 같은 규모 기준으로 판단하기 어려울 수도 있음을 보여준다. 생존배려라는 맥락에서는 예를 들어 소규모 모빌리티 플랫폼이 근거리 대중교통에 결부되어 있는 경우 장애 없는 모빌리티 서비스를 제공할 의무를 부과할 필요가 있게 된다는 것이다.⁶⁷⁾

(3) 시장 상황의 차이

디지털 플랫폼 시장이 기존에 국가독점상황이라든지 자연적 독점을 전제하지 않았다는 점도 규제법 모델의 도입에 있어 어려움으로 나타난다. 물론 이론적으로는 꼭 과거에 독점이 존재하고 이에 대해 경쟁을 창설하는 것만을 규제법으로 국한시키지 않는다. 그러나 기존에 시장이 존재하고 여기에서 경쟁저해나 남용 등의 문제가 발생하여 경쟁법이 적용하고 이어서 공동선 목적과 같은 공법적 규제필요성이 요구되는 것은 단계적으로도 후속 차원일 뿐만 아니라 추가적 규제라는 점에서 개입에 대한 부담 내지 고도의 섬세한 제도설계가 요구된다. 경쟁법이 공법, 즉 규제법 영역으로 침범하는 것을 경계하는 것과 마찬가지로 경쟁법으로 아직 대처하지 못하거나 하지 않고 있는 문제를 규제법이 앞장서서 개입하는 것 역시 경계할 필요가 있다.

(4) 기본권적 구속의 문제

디지털 플랫폼 서비스에 규제법을 적용하여 유효경쟁을 창설 및 유지하고 더 나아가 기본공급을 보장하도록 규제한다는 것은 디지털 플랫폼 사업자에 대해 단지 기본권 제한적 효과를 가져오는 것에 그치지 않는다. 특히 미디어 플랫폼이나 소셜 네트워크의 경우에는 사회적 생활영역에 미치는 영향력을 계속 증대시켜가고 있으며 개인의 기본권적 생활영역을 동요시키고 있다. 만약 디지털 플랫폼 서비스 사업자가 역정보(Desinformaion)나 페이크 뉴스, 유해콘텐츠에 대해 팩트체크나 차단 등을 실시해야하는 의무가 일률적으로 주어지는 경우 이 민간 플랫폼 사업자는 점차 국가에 유사한 의무의 수행으로 인해 마치 기본권수법자와 같은 양상을 보이게 된다. 이는 종래 공기업, 특히 사법적 형식의 공기업에 대한 기본권 구속의 문제에서 계속되어온 문제이다.⁶⁸⁾ 다만, 네트워크 산업의 경우 시장 및 경쟁창설적 규제의 일환으로 일정 부분의 지분을 사전에 확보하거나 감독체제를 구축하는 등의 규율을 두었

67) Ch. Busch, Regulierung digitaler Plattform als Infrastrukturen der Dasiensvorsorge, WISO Diskurs 04/2021, Friedrich Ebert Stiftung, S. 22.

68) 이에 관련된 논의는 예를 들어, H. Gersdorf, Öffentliche Unternehmen in Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, S. 157 ff.; F. Wollenschläger, Wettbewerbliche Vorgaben für öffentliche Unternehmen, Rn. 56 ff.; S. Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 243 ff.; 또한 독일 연방헌법재판소의 “Fraport” 판결(BVerfGE 128, 226 ff.) 참조.

으나, 디지털 플랫폼 서비스의 경우 사후적으로 국가가 해당 플랫폼 서비스를 생존배려적 서비스로 정하고 개입하여 기본권적 구속을 가해야 한다는 점에서 지분확보나 감독체계 등의 장치를 마련하기에 더욱 어려움이 있다.

V. 결 어

지금까지의 논의를 정리해보면, 출발점은 디지털 플랫폼 서비스를 디지털 시대의 기본인프라로 파악하고 이를 법학적으로 생존배려 개념에 투영시켜 다시 디지털 생존배려 서비스로 보는 데에 있다. 생존배려 이론의 전개양상에 따라 생각해보면 생존배려 서비스의 제공은 사적 수행자에 의해서도 이뤄질 수 있으며 경쟁법의 적용이 원칙적으로 배제되는 것은 아니다. 다만 경쟁법이 본래 추구하는 목적과 배치되는 지점에서 공법적 규제가 요청될 수는 있고 여기에서 영역특수성에 기인한 공동선 목적이 발견되곤 한다. 이러한 연결고리를 통해 디지털 플랫폼 서비스에 대한 공법적 규제 모델로 적절한 방안을 규제법에서 찾았다. 디지털 플랫폼에서 나타나는 공동선 목적이 유효경쟁의 보장만으로는 더 이상 달성되기 어려운 상황이 심화되고 플랫폼에서 제공되는 서비스의 성격 및 디지털 플랫폼 그 자체가 생존배려적 기본공급이라는 일반적 인식이 자리잡을 때에 규제법 모델을 통한 공법적 규제가 개시될 수 있을 것이다. 규제법의 이념인 분업적 공동선 실현과 이에 따른 목적 결합의 구조 등이 플랫폼 시장의 혁신과 공동선을 동시에 추구할 수도 있다는 점에서 의미가 있음은 분명하나, 함께 살펴본 바와 같이 플랫폼 서비스를 생존배려 서비스로 볼 수 있는지 여부나 기본권적 구속이 따르는 개입 및 감독체계의 형성의 문제 등은 오히려 공법적 규제를 즉시 도입하려는 것이 매우 성급한 시도라는 것을 보여준다. 실증적 검토도 중요하겠지만 충분한 이론적 고려 없이 이뤄지는 “선제적” 규제는 오히려 장식적 규제, 획일규제로 이어질 가능성이 높다는 점을 유의해야 할 것이다.

디지털 플랫폼 서비스 규제의 공법적 모델 - 생존배려로서 디지털 플랫폼의 이해 -	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.03.01.	2022.03.06.	2022.03.24.

[참고문헌]

- 계인국, “보장행정의 작용형식으로서 규제 - 보장국가의 구상과 규제의의미의 한정 -”, 공법연구 제41집 제4호 (2013)
- _____, “망규제법상 규제목적의 결합과 그 의의 - 보장행정의 공동선실현 메커니즘 -”, 강원법학 제39권 (2013)
- _____, “규제개혁과 행정법”, 공법연구 제44집 제1호 (2015)
- _____, “4차 산업혁명과 행정법의 과제”, 법제연구 제53호 (2017)
- _____, “독일 경제행정법의 기본방향과 최근 전개양상”, 행정법연구 제52호 (2018),
- _____, “지능정보기술 규제의 현황과 법학적 도전”, 경제규제와 법 제14권 제1호 (2021)
- 권용수, “온라인 플랫폼 규제방안에 관한 연구 - 일본의 ‘특정 온라인 플랫폼 공정화법’을 소재로 -”, 상사법연구 제40권 제2호 (2021)
- 김진우, “온라인 플랫폼 규제에 관한 유럽법연구소의 모델규칙”, 소비자문제연구 제51권 제3호, (2020)
- 김현경, “온라인 플랫폼 규제법안에 대한 비판적 고찰”, 선진상사법률연구 제94호 (2021)
- 박미영, “온라인 플랫폼 규제를 위한 플랫폼 작용의 이해 필요성”, 유통법연구 제5권 제2호 (2018)
- 이승민, “온라인 플랫폼에 대한 합리적 규제 방안”, 행정법연구 제64호 (2021).
- 정혜련, “각국의 디지털 정책과 입법 동향 - 디지털(온라인) 플랫폼을 중심으로”, 이성엽 편, 데이머와 법
- 최난설현, “기업결합 심사에 있어서 빅데이터의 경쟁법적 의미 - 최근 해외 주요 기업결합 사례를 중심으로 -”, 외법논집 제14권 제4호 (2017)
- 홍대식, “온라인 플랫폼 시장과 경쟁법적 쟁점”, 경쟁법연구 제34권 (2016)
- 황태희, “온라인 중개플랫폼 사업자 규제에 대한 EU 및 국내 입법 동향에 관한 소고”, 법학연구 (2020), 전북대 법학연구소.
- Basedow, Jürgen*, Wirtschaftsregulierung zwischen Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs, in: *Fuchs, Andreas/Schwintowski, Hans-Peter/Zimmer, Daniel* (Hrsg.), Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung, Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag, München 2004.
- Broß, Siegfried*, Daseinsvorsorge - Wettbewerb - Gemeinschaftsrecht, JZ 2003, S. 874
- Berringer, Christian*, Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht, München 2004.
- Busch, Christian*, Regulierung digitaler Plattform als Infrastrukturen der Daseinsvorsorge, WISO Diskurs 04/2021, Friedrich Ebert Stiftung
- Eiðert, Martin*, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistung im Gewährleistungsstaat, Baden-Baden 1998.
- Edelbluth, Markus*, Gewährleistungsaufsicht, Zur Verlagerung von Kontrollverantwortung in den gesellschaftlichen Bereich am Beispiel des Abfallrechts, Baden-Baden 2008.
- Fehling, Michael*, Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland - Zu den Konturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, in: *H. Hill* (Hrsg.),

- Die Zukunft des öffentlichen Sektors, S. 91
- Gersdorf*, Hubertus, Öffentliche Unternehmen in Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, Eine Studie zur verfassungsrechtlichen Legitimation der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Berlin 2000.
- Hayek*, Friedrich A., Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Band, Bd. III, München 1981.
- Hermes*, Georg, Staatliche Infrastrukturverantwortung, Tübingen 1998.
- Höppner*, Thomas, Die Regulierung der Netzstruktur, Baden-Baden 2009.
- Hünnekens*, Georg, Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur, Köln, München u.a. 1995.
- Jellinghaus*, Lorenz, Zwischen Daseinsvorsorge und Infrastruktur, Frankfurt a.M. 2006.
- Kay*, Inkoob, Regulierung als Erscheinungsform der Gewährleistungsverwaltung, Frankfurt a. M. 2013.
- Kersten*, Jens, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2010), S. 288
- Knauff*, Matthias, Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, Berlin 2004.
- ders.* Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2020.
- Koenig/Kühling*, Totgesagte Vorschriften leben länger – Bedeutung und Auslegung der Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG, ZHR 166 (2002), S. 656
- Löwer*, Wolfgang, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, Berlin u. a. 1989.
- Masing*, Johannes, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifen geregelt werden?, Verhandlungen des 66 DJT, Bd. I, Gutachten D
- Pielow*, Johann-Christian, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, Tübingen 2001.
- Rüfner*, Wolfgang, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, in: *Isensee, Josef/Kirchhof*, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, 3. Auflage, § 96, Heidelberg 2006
- Säcker*, Franz Jürgen, Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht – Zur Reform des deutschen Energie- und Telekommunikationsrechts, AöR 130 (2005), S. 180
- Schneiderhan*, Volker, Daseinsvorsorge und Vergaberecht – Darstellung eines Spannungsverhältnisses unter besonderer Berücksichtigung des Öffentlichen Personennahverkehrs, Berlin 2012.
- Schweitzer*, Heike, Gemeinwohl und Wettbewerb unter Bedingungen der Digitalisierung: Zur Rolle des Marktes und zum Beitrag des Staates, in: *Kühling/Zimmer* (Hrsg.): Neue Gemeinwohlherausforderungen: Konsequenzen für Wettbewerbsrecht und Regulierung, Baden-Baden 2020.
- Simon*, Stefan, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, Tübingen 2009
- Storr*, Stefan, Der Staat als Unternehmer, Tübingen 2001.
- Trute*, Hans-Heinrich, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: *Schuppert*, Gunnar Folke (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden

- Verhältnisse von öffentlichem und privatem Sektor, Baden-Baden 1999.
- Voigt u. a.* (Hrsg.), *Weißbuch: Digitale Daseinsvorsorge stärken*, VKU/Quadriga Hochschule Berlin, 2020.
- Voßkuhle*, Andreas, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: *Schuppert*, Gunnar Folke (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat*, Baden-Baden 1999.
- ders.*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, *VVDStRL* 62 (2003), S. 266
- Wollenschläger*, Ferdinand, Wettbewerbliche Vorgaben für öffentliche Unternehmen, in: *Kirchhof/Magen/Korte* (Hrsg.), *Öffentliches Wettbewerbsrecht*, Heidelberg 2014.
- Yoo*, Christopher S, "*Modularity Theory and Internet Regulation*", *Illinois Law Review* (2016)

【국문초록】

종래 디지털 플랫폼 서비스 규제는 경쟁법의 영역에 속하였으며 앞으로도 현대화된 경쟁법을 주된 근거로 할 것이나, 디지털 전환에 따라 산업 영역의 융합이 일어나고 그 가운데 디지털 플랫폼의 역할이 중요해질 것으로 보여지는 가운데 디지털 플랫폼 서비스를 공법적 관점에서 이해할 필요가 있다. 본 연구는 디지털 플랫폼 서비스를 디지털 시대의 기본 인프라로 파악한 뒤, 이를 법학적으로 생존배려 개념에 투영시켜 다시 디지털 생존배려 서비스로 보아 공법적 규제 모델을 모색하는 데에 있다. 생존배려 이론의 전개양상에 따라 생각해보면 생존배려 서비스의 제공은 사적 수행자에 의해서도 이뤄질 수 있으며 경쟁법의 적용이 원칙적으로 배제되는 것은 아니다. 다만 경쟁법이 본래 추구하는 목적과 배치되는 지점에서 공법적 규제가 요청될 수는 있고 여기에서 영역특수성에 기인한 공동선 목적이 발견되곤 한다. 이러한 논의 전개에 따라 디지털 플랫폼 서비스에 대한 공법적 규제 모델로 적절한 방안을 보장국가론을 배경으로 한 규제법에서 찾았다. 특히 민간 비즈니스 모델인 디지털 플랫폼 서비스가 유효경쟁을 유지하는 가운데 해당 영역의 특수한 공동선 목적을 동시에 추구하기 위해 규제법의 목적결합이라는 입법구조는 향후 디지털 플랫폼 서비스의 공법적 규제를 위한 출발점을 가늠하게 한다. 다만 디지털 플랫폼에서 나타나는 공동선 목적이 유효경쟁의 보장을 통해 더 이상 추구되기 어려운 상황이 심화되고 플랫폼에서 제공되는 서비스의 성격 및 디지털 플랫폼 그 자체가 생존배려적 기본공급이라는 일반적 인식이 자리잡을 때에 규제법 모델을 통한 공법적 규제가 개시될 수 있을 것이다.

【Abstract】

Zur öffentlich-rechtlichen Regulierungsmodell der digitalen Plattform

– Digitale Plattform als Daseinsvorsorge –

Prof. Dr. jur. Inkook Kay

(Korea University, Graduate School of Public Administration)

Until now, digital platform service regulation has been enforced by competition law, and it will continue to be based on the modernized competition law as the main basis. With the digital transformation, the convergence of industrial fields occurs, and the role of digital platforms is expected to become important. Therefore, it is necessary to understand the digital platform service from the point of view of public law. In this study, the digital platform service is identified as the basic infrastructure of the digital era, and it is legally projected on the concept of Daseinsvorsorge, and it is again viewed as a digital Daseinsvorsorge service and a model of regulation is sought. According to the development of the Daseinsvorsorge theory, the provision of the service can be done by private actors, the application of competition law is not excluded in principle. But public law is required at the point where it is in conflict with the original purpose of the competition law.; And from that point, the sectorspecific regulation found today, namely, regulatory law(Regulierungsrecht). In accordance with the development of these discussions, an appropriate method as a public law regulatory model for digital platform services was found in the regulatory law(Regulierungsrecht) with the

background of the Guaranteed State Theory(Gewährleistungsstaat). In particular, the legislative structure of the purpose combination of regulatory laws to pursue a specific common good purpose in the relevant area while maintaining effective competition in the digital platform service, a private business model, serves as a starting point for future public law regulation of digital platform services. When the situation in which the common good purpose shown in the digital platform is no longer pursued through the guarantee of effective competition intensifies, and the nature of the services provided by the platform and the general recognition that the digital platform itself is a basic supply considering survival, the regulatory law model Public law regulation may be initiated.

주제어(Keywords): 디지털 플랫폼(Digitale Plattform), 생존배려(Daseinsvorsorge), 디지털 생존배려(Digitale Daseinsvorsorge), 규제법(Regulierungsrecht), 보장국가(Gewährleistungsstaat)

국가안보를 위한 국가핵심기술 관리의 실효성 확보 방안*

송 인 옥**

▶ 목 차 ◀

- | | |
|---------------------------------|-------------------------------------|
| I. 서 론 | 3. 국가핵심기술 관리의 한계와
국가 차원의 제도 강화방안 |
| II. 국가안보 목적의 기술 보호 필
요성 | 4. 실효성 있는 국가핵심기술
보호 및 관리의 필요성 |
| 1. 국가안보와 기술 보호 | |
| 2. 국가안보 목적의 기술 | IV. 개선방안 |
| 4. 국가핵심기술 중심의 기술보
호 필요성 | 1. 관리대상의 확대 |
| III. 국가핵심기술 관리 현황 | 2. 관리 방식의 다양화 |
| 1. 국가핵심기술 지정·고시 | 3. 국가핵심기술 보호를 위한
지원체계의 구축 |
| 2. 국가핵심기술 수출 및 해외
인수·합병등의 통제 | V. 결 론 |

I. 서 론

첨단기술, 미래기술 등 핵심기술은 인류의 발전에 이바지함과 동시에

* 이 논문은 2022년도 정부(산업통상자원부)의 재원으로 한국산업기술진흥원의 지원을 받아 수행된 연구임(P0008703, 2022년 산업혁신인재성장지원사업).

* This work was supported by Korea Institute for Advancement of Technology (KIAT) grant funded by the Korea Government(MOTIE)(P0008703, The Competency Development Program for Industry Specialist).

** 단국대학교 일반대학원 IT법학협동과정 박사과정.

국민경제의 지속적인 성장을 견인하는 핵심 동력으로 제시되고 있다.¹⁾ 이에 하나의 핵심기술이 미치는 영향은 한 기업과 해당 산업의 경쟁력을 넘어 국가경쟁력을 좌우하는 수준이 되었고, 기술의 유출로 인한 위협이 국가의 존립 자체를 위태롭게 할 수 있는 수준이 되었다. 이러한 상황에서 세계 각국은 국가안보를 목적으로 기술유출을 방지하기 위하여 각종 기술보호를 위한 제도와 정책을 강화하고 있다.²⁾ 이는 주로 각국 정부가 확보하여야 하는 보호대상 기술의 범위를 확대하고, 수출 및 해외인수·합병등의 심사를 강화하는 등의 방향으로 이루어지고 있다.³⁾

이러한 배경에 따라 우리나라 역시 국가경쟁력을 높이고, 기술의 유출로 인한 중대한 위협에 효과적으로 대비·대응하기 위해 법률이 제·개정되고 있고, 각종 기술을 보호하기 위하여 다양한 제도가 마련되어 운영되고 있다. 이때, 국가안보 차원에서 기술을 보호하기 위한 대표적인 법률과 기술에는 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」상 국가핵심기술, 「방위산업기술 보호법」상 방위산업기술, 「국가첨단전략산업 경쟁력 강화 및 보호에 관한 특별조치법」상 국가첨단전략기술이 있다. 국가핵심기술과 방위산업기술, 국가첨단전략기술은 모두 공익에 직접적인 영향을 미치는 기술인데, 그중 국가핵심기술은 국가핵심기술의 유출을 방지하고 보호함으로써 국가안보와 국민경제의 발전을 모두 확보하고자 하는 기술이다. 더 이상 기술부분에서 국가안보와 경제를 떨어트려 관리 및 감독할 수 없기에, 본 논문에서는 안보와 경제의 측면을 모두 고려하여 기술의 관리 및 감독이 이루어지고 있는 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」상 국가핵심기술을 중심으로 향후 국가안보를 목적으로 기술의 보호가 어떠한 방향으로 나아가야 하는지에 대해 알아보겠다.

2006년 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」이 마련되어 기

-
- 1) 최동준, “기술의 유출·침해행위에 대한 법적 보호제도”, 「법학논고」 제72집, 2021, 277면.
 - 2) 과학기술정보통신부·한국과학기술기획평가원·정보통신기획평가원, 「과학기술 & ICT 정책·기술 동향」, 제198호, 2021, 1면.
 - 3) 박찬수, “미래사회 변화에 따른 산업기술보호 전략”, 「STEPI Insight」 제201권, 2016, 6면.

술보호를 위한 각종 조치가 이루어지고 있다. 그러나 법이 마련된 지 17년에 가까운 시간이 흘렀음에도 여전히 대상기관이 국가핵심기술 보유·관리 대상기관인지를 인지하지 못하여 의무를 불이행하거나, 국가핵심기술과 관련된 정보를 유출 등의 사건이 발생하고 있다. 국가핵심기술의 보호를 위한 대표적인 수단은 국가핵심기술 보유·관리 대상기관이 보호조치를 취하고, 수출 및 해외인수·합병등을 진행할 때에 국가에 승인 및 신고를 하도록 하는 것이다. 따라서 국가핵심기술의 보호는 이를 보유·관리하는 대상기관의 협조가 반드시 필요하다. 하지만 현재 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」에 근거한 국가핵심기술 지정 및 확인제도는 국가핵심기술 보유·관리 대상기관을 명확하게 하지 못하고 있다. 또한, 현재의 제도는 국가핵심기술 보유·관리 대상기관이 자발적으로 국가핵심기술 보호에 협조하도록 유도하지 못하고 있어 기술을 보호하고, 유출을 방지하는 데에 효과적인 방법이 운용되고 있다고 보기 어려운 점이 존재한다.

기술의 유출방지 및 보호가 국가안보와 밀접한 관련성을 가지는 오늘날, 국가안보를 위하여는 국가핵심기술의 유출방지 및 보호가 실질적으로 이행되어야 할 필요성이 존재한다. 이를 위해선 현재 마련되어 있는 국가핵심기술의 유출 및 방지를 위한 각종 제도가 원활히 이루어져야 하며, 나아가 국가핵심기술 보유·관리 대상기관의 자발적인 협조를 유도하는 보다 실효성 있는 대응안이 마련되어야 할 것이다.

이에 본 논문에서는 국가안보를 목적으로 기술의 유출을 방지하고 이를 효과적으로 보호하기 위하여 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」에 근거한 국가핵심기술 보호 및 관리제도를 살펴보고, 이들의 실효성을 확보할 수 있는 방안을 탐색하고자 한다. 이를 위하여 우리나라의 국가안보와 관련된 기술의 종류와 체계 등을 검토하여 국가핵심기술의 범위 및 체계에 대해 검토하여 보겠다. 그리고 현재 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」에 따른 국가핵심기술의 관리가 어떻게 이루어지고 있는지, 그 한계점이 무엇인지 검토한 후 개선방안을 제시하도록 하겠다.

II. 국가안보 목적의 기술 보호 필요성

1. 국가안보와 기술 보호

국가안보는 국가안전보장의 줄임말로써, “국내외의 각종 군사, 비군사적 위협으로부터 국가 목표를 달성하기 위하여 정치, 외교, 경제, 사회, 문화, 군사, 과학기술 등의 제 수단을 종합적으로 운용함으로써 당면하고 있는 위협을 효과적으로 배제하고 또한 일어날 수 있는 위협의 발생을 미연에 방지하며 나아가 불의의 사태에 적절히 대처하는 것”을 의미한다.⁴⁾ 즉, 국가안보를 위협하는 국내외 다양한 위협에는 군사적 위협과 비군사적 위협이 모두 포함된다. 하지만 우리나라는 국가안보에 대한 대비·대응이 대부분 군사적 위협을 중심으로 이루어져 왔고, 이에 국가안보를 목적으로 하는 기술보호도 국방·안전 분야인 국방과학기술 등이 그 대상이었다.

그러나 AI, IoT, 로봇, 드론, 전기차 등과 같은 첨단산업과 그 핵심요소인 반도체와 이차전지 등의 첨단기술이 발전함에 따라 기술은 인간, 사회, 공동체, 국가의 미래 산업경쟁력을 좌우하고 있다.⁵⁾ 따라서 오늘날 첨단기술의 유출 등과 같은 위협은 기업에 대한 위협일 뿐만 아니라 국가의 경제 및 안보에 대한 위협으로 다가오는 등 그 영향력은 점차 커지고 있다.⁶⁾ 현재 첨단산업 및 첨단기술에 대한 국가 간의 기술경쟁은 경제부문만의 경쟁이 아닌 안보부문에 대한 경쟁이고, 기업 중심의 경쟁에서 국가 중심의 경쟁으로 심화되고 있다.⁷⁾ 이에 전 세계 많은 국가에서는 국가안보를 목적으로 첨단기술의 유출을 저지하기 위하여 수출 및 해외 인수·합병, 합작투자 등 외국인투자(이하 ‘해외인수·합병등’이라 칭한다)를 제한하는 등 상당한 수준의 규제를 부과하고 있고, 첨단기술을 전략무기로 보아 국가안보의 측

4) 국방기술품질원, 『국방과학기술용어사전』, 2019.

5) 김민배, “미국의 첨단기술 보호 정책과 국가안보의 판단기준”, 「법제」 제691호, 2020, 227면.

6) 정민경, “국가핵심기술 법적 보호와 주요 쟁점”, 「이슈리포트」 2018-제7호, 2018, 10면.

7) 백서인 외 5명, “글로벌 기술패권 경쟁에 대응하는 주요국의 기술주권 확보 전략과 시사점”, 「STEPI Insight」 제285권, 2021, 6면.

면에서 기술을 선점하기 위하여 치열한 경쟁을 진행하고 있다.⁸⁾

우리나라도 반도체, OLED, 조선, 이차전지 등의 주요 업종은 세계적으로 기술경쟁력이 있는 업종으로 제시된다.⁹⁾ 이에 우리나라 역시 기술유출의 표적이 되고 있고, 국제 산업 환경의 변화와 기술보호의 중요성이 높아짐에 따라 기술의 개발뿐만 아니라 이를 보호를 위한 각종 지원 및 보호 정책이 마련되고 있다.

그런데 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」(이하 ‘산업기술 보호법’이라 칭한다)에서 규정하고 있는 국가안보를 해석할 때에, 국가안보의 개념에 경제안보는 포함되지 않는다. 단지 그 경제적 위협 요인으로 인하여 국가의 존립을 위태롭게 하는 정도의 사항에 한하여 국가안보의 개념에 포함하고 있을 뿐이다.¹⁰⁾ 「산업기술보호법」은 산업기술의 부정한 유출을 방지 및 보호함으로써 국내산업의 경쟁력을 강화하고, 국가의 안전보장과 국민경제의 발전 도모를 목적으로 하는 법률이다. 즉, 이 법은 경제와 안보의 측면을 모두 고려하고 있고, 이를 중심으로 산업기술에 대한 종합적인 지원 및 보호가 이루어지고 있음에도 여기에서 명시하는 국가안보에는 경제안보가 포함되지 않는 것이다. 이는 오늘날 경제·외교·안보적 관점의 종합적이고 전략적인 대응이 필요한 국가안보를 여전히 전통적 의미의 안보인 국방·안전 분야를 중심으로 고려하고 있는 것이고, 그중 국가에 중대한 영향을 주는 극히 예외적인 사항에 한하여 다른 분야가 포함됨을 알 수 있다.

기술의 유출로 인한 피해는 기업을 넘어 국민경제의 발전에 부정적인 영향을 주고, 그중에서도 국가핵심기술의 유출은 국가의 존립을 위태롭게 하는 수준의 경제적·안보적 위협 요인이다. 이때 국가핵심기술의 수출 및 해외인수·합병등은 기술유출의 방법 중 하나로 이를 통한 국가핵심기술의 유출은 상당한 수준의 경제적 위협이고, 국가안보에 중대한 영향을 주는 사

8) 연원호 외 3명, 「미·중 간 기술패권 경쟁과 시사점」, 대외경제정책연구원 연구보고서 20-04, 2020, 16면.

9) 대한민국 정책브리핑, “제조업 르네상스”, 2020.03.06., <<https://www.korea.kr/special/policyCurationView.do?newsId=148867741>>, (최종방문일 : 2020.02.20.).

10) 법령해석, 법제처 08-0160, 2008.7.8., 지식경제부 산업경제실 산업기술정책관 산업기술정보협력과.

항이다. 따라서 「산업기술보호법」에서 국가안보를 해석함에 있어 그 자체에 경제안보가 포함되지 않는다 하여도, 국가핵심기술 유출이 미치는 영향은 예외적이라 할 수 있을 만큼 중대하므로 국가안보의 개념이 포함된다고 보아야 할 것이다. 또한, 국가안보와 국민경제의 발전을 목적으로 국가핵심기술의 유출을 저지하고, 이를 보호하기 위한 관리 및 감독이 「산업기술보호법」은 물론, 다른 법률에서도 이루어지고 있어 국가핵심기술에 대한 관리 및 보호가 상당한 수준으로 이루어지고 있음을 알 수 있다.

2. 국가안보 목적의 기술

(1) 산업기술

산업기술은 제품 또는 용역의 개발, 생산, 보급, 사용에 필요한 제반 방법 내지 기술상의 정보 중 행정기관의 장이 소관 분야의 산업경쟁력 제고나 유출방지 등을 위하여 개별 법률 등에 따라 지정·고시·공고·인증한 기술을 의미한다.¹¹⁾ 이에선 국가핵심기술, 「산업발전법」상 첨단기술, 「산업기술혁신 촉진법」상 신기술, 「전력기술관리법」상 전력기술, 「환경기술 및 환경산업 지원법」상 신기술, 「건설기술 진흥법」상 건설기술, 「보건의료기술 진흥법」상 보건신기술, 「뿌리산업 진흥과 첨단화에 관한 법률」상 핵심 뿌리기술 등이 있고, 2021년 12월 기준 총 3,942개의 기술이 개별 법률 등에 따라 지정·고시·공고·인증되어 산업기술에 포함되어 있다.¹²⁾

이처럼 산업기술은 전력·보건·환경·건설 등 다양한 분야의 기술을 포함하고 있는데, 이러한 사업기술은 각 기술의 특성에 따라 관련 법률에서 개

11) 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 제2조 제1호; 산업기술혁신 촉진법에서도 산업기술에 대해 정의하고 있는데, 여기에서 산업기술은 산업발전법에 따른 산업, 광업법에 따른 광업, 에너지법에 따른 에너지와 관련한 산업과 신에너지법에 따른 신에너지 및 재생에너지와 관련한 산업의 발전에 관련된 기술을 의미한다. 다만, 이 법의 목적은 국민경제의 지속적인 발전과 국민의 삶의 질 향상으로 국가안보를 목적으로 하는 기술이라 보기 어렵다.

12) 관계부처 합동, 「제4차 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 종합계획」, 2021.12.22., 2면.

별적으로 관리 및 감독되고 있다. 하지만 기술의 유출로 인하여 발생하는 국가 안전보장 및 국민경제 발전에 대한 위협에 효율적으로 대응하기 위하여는 종합적이고 체계적인 관리 및 감독이 필요하므로,¹³⁾ 개별 법률을 통한 기술의 관리 및 감독 외에도 국가안보 목적의 통합적인 관리가 필요하다. 이에 「산업기술보호법」에서는 기술의 분야와 부처를 가리지 않고, 산업기술 관련 법령에서 산업경쟁력 제고 또는 유출방지 등을 목적으로 지정·고시·공고·인증받은 기술 중 우리나라의 산업경쟁력과 밀접한 관련성을 가지는 기술을 산업기술이라는 하나의 개념으로 묶어 관리 및 감독하고 있다.

산업기술에는 일반 산업분야의 기술은 물론, 군사적 목적으로 활용하기 위한 군수품의 개발·제조·가동 등에 필요한 과학기술인 국방과학기술 역시 포함되어 있다.¹⁴⁾ 즉, 「산업기술보호법」상 산업기술은 국방과 산업에 관한 기술을 모두 포함하고 있고, 이러한 산업기술 중 국가안보의 차원에서 보호하여야 할 필요성이 높은 기술에 대하여는 보다 강화된 관리가 이루어지고 있다. 그중 일반 산업기술의 경우 「산업기술보호법」상 국가핵심기술과 「국가첨단전략산업 경쟁력 강화 및 보호에 관한 특별조치법」(이하 ‘국가첨단전략산업 특별법’이라 칭한다)상 국가첨단전략기술, 국방과학기술의 경우 「방위산업기술 보호법」(이하 ‘방산기술보호법’이라 칭한다)상 방위산업기술이 있다.¹⁵⁾

1) 국가핵심기술

국가핵심기술이란 국내외 시장에서 차지하는 기술적·경제적 가치가 높거나, 관련 산업의 성장잠재력이 높아 해외로 기술이 유출될 경우 국가의 안전보장 및 국민경제의 발전에 중대한 악영향을 줄 우려가 있는 기술로서 「산업기술보호법」 제9조에 따라 지정된 것을 의미한다(산업기술보호법 제2조 제2호). 이는 산업기술 중 하나로, 광범위하고 다양한 분야의 산업기

13) 신의기, 「국제환경 변화에 따른 안보법제 정비방안」, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 25면.

14) 조용래 외 4명, “산업기술안보 관점의 국가 전략목적기술(CPT) 도입과 정책방향”, 「STEPI Insight」 제256호, 2020, 19면.

15) 방위사업청, 「방위산업기술보호 업무 길라잡이」, 2017.12.21., 20면.

술 중 국가안보 및 국민경제 발전에 중대한 악영향을 줄 우려가 있는 기술을 따로 국가핵심기술로 지정한 것이다. 즉, 국가핵심기술은 산업적 안보의 관점에서 그 중요성이 매우 높은 기술로, 국가핵심기술의 해외유출은 국부에 손실을 가져오고, 국가경쟁력의 저해를 야기할 수 있는 정도로 국가 전체에 중대한 악영향을 미칠 우려가 있다. 따라서 국가핵심기술은 국가안보의 관점에서 보호 가치가 매우 높은 기술이라 할 수 있다.¹⁶⁾

이러한 국가핵심기술을 지정할 때에는 ‘국방·치안 등에 대한 영향’, ‘해당 기술분야에 대한 영향’, ‘전체 산업에 대한 영향’, ‘국민경제 기반 및 경제적 후생에 대한 영향’, 기타 산업기술보호위원회 및 산업기술보호전문위원회에서 중요하다고 인정한 사항이 고려된다.¹⁷⁾ 즉, 개별 법률에서 기술의 신규성, 경제성, 현장적용성 등을 기준으로 산업기술을 지정·고시·공고·인증한 것 중, 국가안보와 국민경제의 발전 등의 요소를 고려하여 국가핵심기술을 지정하고 있다.¹⁸⁾ 이를 통해 국가핵심기술을 지정할 때에는 폭넓고 다양한 요건을 고려하여 매우 특정한 기술을 국가핵심기술로 지정 및 고시하고 있음을 알 수 있다. 이러한 국가핵심기술은 산업통상자원부 고시인 「국가핵심기술 지정 등에 관한 고시」 별표에서 열거하고 있는데, 2022년 현재 반도체, 디스플레이, 전기전자, 자동차·철도, 철강, 조선, 원자력, 정보통신, 우주, 생명공학, 기계, 로봇 총 12개 분야의 73개 기술이 국가핵심기술로 지정 및 고시되어 있다.¹⁹⁾

이렇게 지정 및 고시된 국가핵심기술은 「산업기술보호법」과 「외국인투자 촉진법」(이하 ‘외국인투자법’이라 칭함)등에서 국가 차원의 보호와 관리가 이루어지고 있다. 먼저, 「산업기술보호법」에서는 국가핵심기술 보유·관리 대상기관이 수출과 외국인투자를 진행하는 경우 승인 및 신고하여야 한다. 그리고 「외국인투자법」에서는 외국인투자로 인하여 국가핵심기

16) 박찬수 외 2명, “글로벌 기술환경 변화에 따른 산업보안 생태계 구축 방안”, 「정책연구」 2019-제22호, 2019, 5면.

17) 국가핵심기술 지정 등에 관한 고시 제3조.

18) 이태근 외 3명, 「2018년도 예비타당성조사 보고서 산업기술국제협력 2025 사업」, 한국과학기술기획평가원, 2019, 53면.

19) 국가핵심기술 지정 등에 관한 고시 별표.

술의 유출 가능성이 높은 경우, 국가안보위해에 해당하는 것으로 보아 외국
인투자에 제한이 가해진다.

2) 방위산업기술

방위산업기술은 “방위산업과 관련한 국방과학기술 중 국가안보 등을
위하여 보호되어야 하는 기술로서 방위사업청장이 「방산기술보호법」 제7
조에 따라 지정하고 고시한 것”을 의미한다(방산기술보호법 제2조 제1호).
이와 같은 방위산업기술은 국가안보를 목적으로 보호되어야 하는 기술로,
국방과학기술 중 해당 기술이 국가안보에 미치는 영향과 해당 분야의 연구
동향 등을 종합적으로 고려하여 지정하고 있다.²⁰⁾ 오늘날 방위산업기술은
국가안보의 관점뿐만 아니라 국민경제 발전의 관점에서도 중요한 자원으로
인식되어 보호 필요성이 강조되고 있다.²¹⁾ 즉, 방위산업기술은 단지 국방안
보만을 목적으로 보호가 필요한 기술이 아닌, 기술·산업·경제·안보라는 다
각적인 요소를 포함하여 보호가 필요한 기술이다.²²⁾ 이러한 방위산업기술
은 방위사업청 고시인 「방위산업기술 지정 고시」 별지에서 열거하고 있
는데, 2022년 현재 센서, 정보통신, 제어전자, 탄약·에너지, 추진, 화생방, 소
재, 플랫폼·구조의 8대 분야의 45개 분류에 대해 123개의 기술이 방위산업
기술로 지정 및 고시되어 있다.

이러한 방위산업기술은 국방과학기술 중 하나로, 방산물자, 방위산업체,
전략물자와 밀접한 연관성을 가진다. 현재 각종 법률에서는 국가안보를 목
적으로 국방과학기술, 방산물자, 방위산업체 그리고 전략물자에 대하여 수
출, 외국인투자에 제한을 가하고 있다. 「방위사업법」에서는 국방과학기술
과 방산물자를 수출하는 경우 승인을 받도록 하고 있고, 「외국인투자법」
에서는 방위산업체가 외국인투자를 진행하는 경우 허가를 받도록 하고 있
다. 그리고 전략물자는 「대외무역법」과 「외국인투자법」에 따라 수출과

20) 방위산업기술 보호법 제7조 제2항.

21) 박홍순 외 2명, “체계적인 방위산업기술보호를 위한 보호체계 우선순위 분석 연구”,
「융합보안논문지」 제19권 제4호, 2019, 4면.

22) 김상배, “4차 산업혁명과 첨단 방위산업 경쟁: 신흥권력론으로 본 세계정치의 변환”,
「국제정치논총」 제60집 제2호, 2020, 96면.

외국인투자에 대해 제한을 가하는 등 국방안보를 목적으로 강화된 수준의 관리 및 감독이 이루어지고 있다.

3) 국가첨단전략기술

반도체, 이차전지 등 첨단산업과 첨단기술의 육성하고 경쟁력을 제고할 필요성이 강조되었으나, 기존의 법률로는 첨단산업의 체계적인 육성 및 지원에 한계가 존재하였다. 이에 2022년 2월 3일 반도체를 포함한 국가첨단전략기술 및 산업을 지원하는 「국가첨단전략산업 경쟁력 강화 및 보호에 관한 특별조치법」(이하 ‘국가첨단전략산업 특별법’이라 칭한다)²³⁾이 제정되어 2022년 8월 4일 시행될 예정이다.²⁴⁾ 이 법을 중심으로 경제안보를 확보하고, 첨단산업의 경쟁력을 강화하며, 국가첨단전략산업을 체계적으로 육성 및 지원하여 국가안보 및 경제안보와 국민경제를 발전시키고자 한다.²⁵⁾

「국가첨단전략산업 특별법」에서는 국가첨단전략기술(이하 ‘전략기술’이라 칭한다)을 지정하여 이에 대한 보호를 강화하고자 하는데, 이때 전략기술이란 “공급망 안전화 등 국가·경제안보에 미치는 영향 및 수출·고용 등 국민경제적 효과가 크고 연관산업에 미치는 파급효과가 현저한 기술로 법제11조에 따라 지정된 기술”을 의미한다.²⁶⁾ 전략기술을 지정할 때에는 ‘해당 기술이 산업 공급망 및 국가·경제 안보에 미치는 영향’, ‘해당 기술의 성장잠재력과 기술난이도’, ‘해당 기술이 다른 산업에 미치는 파급효과’, ‘해당 기술이 가지는 산업적 중요성’, ‘해당 기술이 수출·고용 등 국민경제에 미치는 영향’이 종합적으로 고려된다.²⁷⁾ 해당 기술의 국방·치안에 대한 영향 등

23) 국가첨단전략산업 경쟁력 강화 및 보호에 관한 특별법은 제1장 총칙, 제2장 전략산업등의 육성·보호 기본계획 등, 제3장 국가첨단전략기술의 지정 및 관리, 제4장 전략산업 특화 단지의 지정 및 특례 등, 제5장 전략산업등의 혁신발전 지원 및 기반조성, 제6장 전략산업 등 전문인력의 양성, 제7장 산업생태계 연대협력 촉진, 제8장 보칙으로 구성되어 있다.

24) 윤보람 기자, “‘반도체 특별법’ 국회 본회의 통과... 투자·R&D 등 과격 지원(종합)”, 연합뉴스, 2021.01.11., <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20220111115151001>>, (최종방문일 : 2022.02.20.).

25) 국가첨단전략산업 경쟁력 강화 및 보호에 관한 특별조치법 제1조.

26) 국가첨단전략산업 경쟁력 강화 및 보호에 관한 특별조치법 제2조 제1호.

27) 국가첨단전략산업 경쟁력 강화 및 보호에 관한 특별조치법 제11조 제1항.

을 고려하는 국가핵심기술과 달리 전략기술은 국가안보와 더불어 공급망, 경제안보에 관한 요소에 초점을 맞추고 있고, 산업에 대한 다양한 요소가 함께 고려되고 있다.

한편, 특정 기술이 전략기술로 지정, 변경 및 해제되는 경우, 그 기술은 「산업기술보호법」상 국가핵심기술로 지정, 변경 및 해제된 것으로 본다.²⁸⁾ 즉, 전략기술로 지정되는 경우 그 기술을 국가핵심기술로 간주하는 것이다. 그런데 특정 기술이 전략기술에 포함되는 경우 해당 기술은 국가핵심기술에 포함되지만, 반대로 국가핵심기술에 포함된다고 하여도 그것이 반드시 전략기술에 포함되는 것은 아니다. 따라서 전략기술은 국가핵심기술의 한 부분이라 볼 수 있고, 이는 더 나아가 전략기술이 산업기술에 포함되는 기술이라 볼 수 있다.

그리고 「국가첨단전략산업 특별법」에서는 「산업기술보호법」과 같이 전략기술에 대해 수출과 해외인수·합병등에 제한을 가하고 있다. 다만, 두 법에는 차이가 존재하는데, 「산업기술보호법」에서는 국가로부터 연구개발비를 지원받았는지를 기준으로 수출과 해외인수·합병등에 대해 승인 또는 신고의무를 부과하는 반면, 「국가첨단전략산업 특별법」에서는 정부 지원 여부와 무관하게 승인의무를 부과하고 있다. 또한, 「국가첨단전략산업 특별법」에 따라 수출 및 해외인수·합병등의 승인받은 경우 「산업기술보호법」에 따른 수출 및 해외인수·합병등의 승인 또는 신고한 것으로 보고 있다. 이는 「국가첨단전략산업 특별법」이 수출 및 해외인수·합병등의 승인의 대상을 확대하면서도, 그 절차가 「산업기술보호법」과 동일하고, 「산업기술보호법」상 수출 및 해외인수·합병등의 절차를 거친 것으로 간주하고 있어 기업의 부담을 최소화하고 있다. 이외에도 수출 승인을 받은 전략기술이 전략물자, 국방과학기술, 방산물자에 포함되는 경우 「대외무역법」과 「방위사업법」의 수출허가를 받은 것으로 보고 있다.

이러한 「국가첨단전략산업 특별법」은 그 명칭에서 알 수 있듯이 특별법의 형식으로 제정되어 국가첨단전략산업에 한하여는 다른 법률을 적용

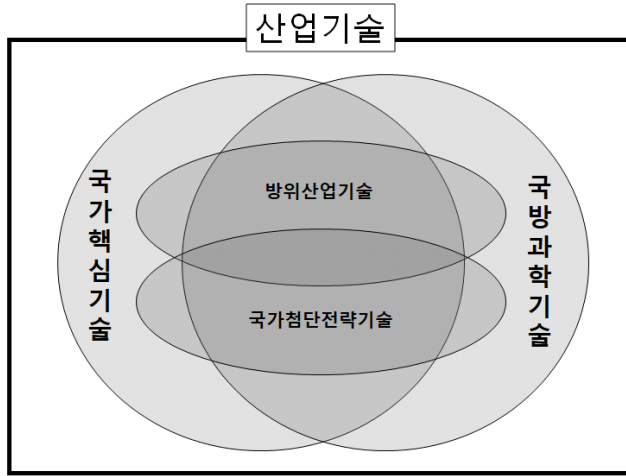
28) 국가첨단전략산업 경쟁력 강화 및 보호에 관한 특별조치법 제11조 제7항.

하는 것이 국가첨단전략산업을 영위하는 사업자에게 유리한 경우를 제외하고는 「국가첨단전략산업 특별법」이 우선 적용된다.²⁹⁾ 이러한 국가첨단전략산업 특별법」상 전략기술은 산업기술 그리고 그중에서도 국가핵심기술 중 하나인 것이다. 이때, 산업기술은 국가핵심기술과 국방과학기술 등을 모두 포함하고 있으므로, 전략기술에는 일반 산업기술 외에도 국방과학기술이 포함될 수 있다. 따라서 「국가첨단전략산업 특별법」과 관련 법률들의 관계는 국가첨단전략산업과 전략기술에 한하여는 「국가첨단전략산업 특별법」과 「산업기술보호법」, 「대외무역법」, 「방위사업법」이 특별법과 일반법의 관계임을 알 수 있다. 그러므로 특별법 우선의 원칙에 따라 국가첨단전략산업과 전략기술에 관한 사항은 「국가첨단전략산업 특별법」에 규정이 있는 경우에는 「국가첨단전략산업 특별법」이 적용되고, 그렇지 않은 사항에 대하여 「산업기술보호법」, 「대외무역법」, 「방위사업법」 등의 법률이 적용될 것이다.

다만, 「산업기술보호법」의 수출 및 해외인수·합병등을 진행할 때의 신고제도는 수리를 요하는 신고로 사실상 산업통상자원부장관으로부터 심사 및 검토를 받고 있다.³⁰⁾ 이에 「산업기술보호법」상 승인 및 신고와 「국가첨단전략산업 특별법」상 승인에 어떠한 차이가 존재할 것인지, 「국가첨단전략산업 특별법」상 전략기술에 어떠한 기술이 포함될 것인지, 국가핵심기술과 전략기술을 지정·고시함에 있어 「국가핵심기술 지정 등에 관한 고시」에서 전략기술을 별도로 열거할 것인지, 「국가첨단전략산업 특별법」에서만 전략기술을 열거할 것인지 등 전략기술을 어떠한 방식으로 고시할 것인지, 전략기술에 대한 지원 및 보호·관리가 어떻게 진행될 것인지에 대하여는 지켜볼 필요가 있을 것이다.

29) 국가첨단전략산업 경쟁력 강화 및 보호에 관한 특별조치법 제4조 제1항.

30) 송동수·허정현, “산업기술보호법상 국가핵심기술의 수출 및 해외인수·합병 제한에 관한 행정법적 고찰”, 「법조」 제70권 제4호, 2021, 35-36면.



[그림 1] 국가안보 관련 기술과의 관계

(2) 기타 기술

국가 간의 기술경쟁이 치열해짐에 따라 국가 차원에서 필수적으로 확보하여야 하는 기술에 우선순위를 설정하고, 이를 체계적으로 지원하고, 육성 및 보호하기 위한 전략이 마련될 필요성이 제기되고 있다. 이에 정부에서는 향후 「(가칭)국가 필수전략기술 육성에 관한 법률」을 제정하여 공급망·통상, 국가안보, 신산업의 관점에서 인공지능, 5G·6G, 첨단바이오, 반도체·디스플레이, 이차전지, 수소, 첨단로봇·제조, 양자, 우주·항공, 사이버보안 등 10개 분야 중 국가 필수전략기술을 정하여 이에 대해 집중적으로 지원하려는 계획을 발표하였다.³¹⁾

이와 더불어 최근 공급망 충격에 대한 예비적 수단으로서 비축이 중요해지고 있는 상황에서 정부는 경제안보 핵심품목을 정하여 공급망 리스크에 대한 관리방안을 마련하고 있다. 이때, 경제안보 핵심 품목은 특정국의 의존도가 50% 이상이거나, 모니터링이 필요한 4천여 개의 품목 중 ‘국내 경제 영향’, ‘대외의존도’, ‘단기적 시급성’, ‘국내생산·수입대체 가능성’ 등을 기

31) 과학기술정보통신부 보도자료, “세계 기술패권 경쟁시대, 기술주권 확보에 국가역량 결집”, 과학기술혁신기반팀, 2021.12.21.

준으로 200개의 품목이 정해졌다.³²⁾ 그리고 이러한 경제안보 핵심품목 중 국가 필수전략기술의 10개 분야별로 전략 가치가 높은 20~50개의 중점기술을 선정할 계획이다.³³⁾

또한, 소재·부품·장비산업이 제조업 경쟁력의 핵심적인 요소이고, 그로 인한 산업의 파급효과가 매우 커 기술력과 안정적인 공급확보가 이루어질 필요성이 커짐에 따라 2020년 「소재·부품·장비산업 경쟁력 강화를 위한 특별법」의 개정이 이루어졌다. 이때, 소재·부품·장비 중 산업 가치사슬에서 원활한 생산과 투자 활동을 위하여 핵심적 기능을 하는 기술인 핵심전략기술이 신설되었고, 핵심전략기술에 대한 세제지원을 대폭 강화하였으며, 초기 양산시설을 핵심전략기술의 투자에 포함해 이에 대한 지원을 확대하고 있다.

4. 국가핵심기술 중심의 기술보호 필요성

국가 필수전략기술과 경제안보 품목, 핵심전략기술의 경우 기술의 경쟁성 확보를 목적으로 기술의 개발 및 활용과 인프라 구축 지원 등에 중점을 두고 있다. 따라서 기술을 지정 및 선정하는 데에 있어 국가안보에 대한 요소가 고려되지만, 기술관리의 방향이 기술유출을 막는 등의 보호 측면보다는 경쟁력 강화와 같은 기술과 산업의 육성 및 촉진에 무게를 두고 있다. 그러므로 이에 지정 및 선정되는 것은 국가로부터 세제지원, 금융지원 등의 대상이 될 뿐, 기술보호를 위한 의무 및 규제의 대상이 되는 것은 아니다. 따라서 현재 우리나라에서 국가안보의 관점에서 기술의 보호 및 관리가 이루어지고 있는 법률과 기술의 중심에는 「산업기술보호법」상 국가핵심기술과 「방산기술보호법」상 방위산업기술, 「특별조치법」상 전략기술이 있다고 볼 수 있다.

32) 기획재정부 보도자료, “제6차 경제안보 핵심품목 TF 회의 개최”, 대외경제국 공급망 TF 실무대응단, 2022.1.7.

33) 김혜지 기자, “4월 CPTPP 가입 신청... 200개 품목 관리로 ‘제2 요소수’ 막는다”, NEWS 1, 2022.1.25.

한편, 국가안보를 위하여 산업기술하에 국가핵심기술, 방위산업기술, 전략기술이라는 다양한 명칭의 기술을 만들어져 있고, 「산업기술보호법」, 「방산기술보호법」, 「국가첨단전략산업 특별법」에 따라 보호 및 관리되고 있다. 그러나 기술의 해외 유출이 지속되고, 그 방법으로 수출과 해외인수·합병등과 같은 정당한 기술협력이 활용되고 있어³⁴⁾ 기술을 수출하거나 이를 개발·보유·관리하는 대상기관이 해외인수·합병등을 진행하는 경우, 수출 및 해외인수·합병등이 국가안보 또는 국민경제의 발전에 미치는 영향에 대한 심사가 중요하다.³⁵⁾ 이때, 국가핵심기술의 경우 「산업기술보호법」, 방위산업기술의 경우 「방산기술보호법」, 「방위사업법」, 「대외무역법」, 「외국인투자법」, 전략기술의 경우 「국가첨단전략산업 특별법」에서 정하는 사항은 이에 따르지만, 그 외의 사항은 「산업기술보호법」에 따라 심사가 이루어진다.

그런데 방위산업기술과 전략기술의 경우 기술보호의 목적에 따라 그 대상이 매우 특징적이므로 보호 대상의 범위는 매우 협소하다. 반면, 국가핵심기술은 방위산업기술이 일부 포함되어 있어 산업기술이면서도 군사적 목적으로 활용하기 위한 기술을 국가핵심기술로 포함하고 있다. 또한, 국가핵심기술은 전략기술을 포함하고 있어 국가안보·경제안보에 미치는 파급효과가 현저한 기술도 포함한다.³⁶⁾ 이렇듯 국가핵심기술은 국가안보 그리고 국내외 산업과 관련된 기술을 모두 포함하고 있고, 국가안보를 목적으로 기술을 보호 및 관리할 때에는 특정한 사안의 경우를 제외하고는 「산업기술보호법」을 따른다. 따라서 국가안보를 목적으로 기술을 보호 및 관리하는 다양한 법률과 기술의 중심에는 「산업기술보호법」과 국가핵심기술이 있다고 볼 수 있다. 따라서 「산업기술보호법」에서 규정하는 국가핵심기술의 유출방지 및 보호에 관한 규정이 원활하고 안정적으로 시행되는 것은 관련

34) 관계부처 합동, 「글로벌 기술패권下 우리기술 보호 전략(안)」, 2021.12.22., 3면.

35) 정형근·김서희, “주요 선진국의 외국인투자 경제안보 심사 정책 동향과 시사점”, 「오늘의 세계경제」 제22권 제3호, 2021, 17-18면.

36) 관계부처 합동, 위의 보고서(각주 12), 13면; 종합계획에 따르면 국가핵심기술로 100대 핵심전략기술 중 개발 완료되거나 양산단계기술 중 보호 필요성이 높은 기술, 전략기술, 국가필수전략기술 등이 지정되는 등 국가핵심기술 지정을 확대해 나갈 계획이다.

기술의 보호 및 관리에 영향을 줄 것이고, 이것은 효과적이고 실효성 있는 국내 기술의 보호 및 관리로 이어질 것이다. 이에 실효성 있는 기술보호 및 관리방안은 「산업기술보호법」상 국가핵심기술을 중심으로 마련되어야 한다고 판단된다. 아래에서는 「산업기술보호법」상 국가핵심기술을 중심으로 국가안보 목적의 기술보호 및 관리방안에 대해 살펴보겠다.

Ⅲ. 국가핵심기술 관리 현황

1. 국가핵심기술 지정·고시

국가핵심기술은 기술환경이 계속해서 변화함에 따라 보호가 필요한 기술과 국가의 특별한 감시가 필요하다고 판단되는 기술을 신속히 규정하기 위하여 지정이라는 개별처분의 형식으로 대상기술의 범위를 정하고 있다. 이러한 국가핵심기술은 산업통상자원부장관 또는 중앙행정기관의 장이 국가핵심기술로 지정되어야 하는 지정대상기술을 선정하고, 이를 산업기술보호위원회가 국가핵심기술과의 적합성 여부에 대해 심의한 후 산업통상자원부장관이 지정 및 고시하는 절차로 이루어진다.³⁷⁾ 즉, 국가핵심기술 지정은 기술을 설계·공정·제조한 기관 또는 이를 보유 및 관리하는 대상기관의 신청을 받아 국가핵심기술로 지정하는 것이 아닌, 산업통상자원부장관과 중앙행정기관의 장이 국가핵심기술로 지정되어야 하는 기술을 선정하여 그중 국가핵심기술을 지정 및 고시하는 방식으로 이루어지는 것이다. 또한, 국가핵심기술을 보유·관리하는 대상기관을 지정하는 것이 아닌 특정한 기술을 지정하는 것이다.

「산업기술보호법」은 국가핵심기술을 보호하고, 유출을 방지하기 위하여 국가핵심기술을 보유·관리하는 대상기관에 대해 각종 보호 의무를 부과하고, 수출 및 해외인수·합병등의 제한을 가한다. 따라서 국가핵심기술 보

37) 산업기술보호법 제9조.

유·관리 대상기관에는 각종 의무와 기본권의 제한이 발생하므로 보유·관리하는 기술이 국가핵심기술에 포함되는지는 국가핵심기술 보유·관리 대상기관의 의무이행과 직접적으로 관련되어 있고, 국가핵심기술 보유·관리 대상기관의 권익 보호와 연관된 중대한 문제이다.³⁸⁾

그러나 국가핵심기술의 지정은 기술을 개발·보유·관리하는 기관에 의해 이루어지는 것이 아니므로 국가핵심기술을 보유·관리하는 대상기관이 국가핵심기술 보유 여부를 인지하는 것에 어려움을 초래한다. 이에 현재 국가핵심기술의 보호를 철저히 하기 위하여 국가핵심기술 보유·관리 대상기관에 각종 의무 및 기본권의 제한을 가하고 있으나, 국가핵심기술 보유 여부에 대한 인식 부족으로 이를 이행하지 않는 경우가 계속해서 발생하고 있다.³⁹⁾ 따라서 국가핵심기술의 유출을 사전에 방지하고자 하는 「산업기술보호법」의 목적을 달성하는 데에 한계가 존재한다. 또한, 국가핵심기술의 지정에는 유효기간 또는 만료일이 존재하지 않아 지정 및 고시된 국가핵심기술은 「산업기술보호법」 제9조에 따라 변경 및 해제되기 전까지 그 효력이 계속된다.

2. 국가핵심기술 수출 및 해외인수·합병등의 통제

(1) 수출

국가로부터 연구개발비를 지원받아 개발한 국가핵심기술을 보유한 대상기관(이하 ‘지원받은 대상기관’이라 칭한다)이 국가핵심기술을 수출할 때에는 사전에 산업통상자원부장관으로부터 승인을 받아야 한다(법 제11조 제1항). 반면, 국가로부터 연구개발비를 지원받지 않고 개발한 국가핵심기술을 보유·관리하고 있는 대상기관(이하 ‘지원받지 않은 대상기관’)이 국가핵심기술을 수출할 때에는 사전에 산업통상자원부장관에게 신고할 의무가

38) 김지영, “영업비밀보호법과 산업기술보호법의 관계에 대한 연구”, 「산업재산권」 제42호, 2014, 83면.

39) 관계부처 합동, 위의 보고서(각주 12), 8면.

있다(법 제11조 제4항). 다만, 지원받지 않은 대상기관의 경우 산업통상자원부장관은 신고의 수리를 통지하였더라도, 추후 해당 국가핵심기술의 수출이 국가안보에 심각한 영향을 준다고 판단되는 경우 산업통상자원부장관은 통보일로부터 30일 이내에 관계 중앙행정기관의 장과 협의 그리고 위원회의 심의를 거쳐 수출중지·금지, 원상회복 등의 명령을 내릴 수 있다(법 제11조 제7항).

결국 국가핵심기술 수출의 승인과 신고는 해당 국가핵심기술의 수출이 국가안보 및 국민경제에 미치는 과급효과 등을 검토하여 산업통상자원부장관으로부터 승인 및 수리받아야 그 효력이 발생한다. 다만, 승인의 경우 이에 대하여 관계 중앙행정의 장과 위원회의 심의를 거쳐 45일 이내에 승인여부가 결정되고, 신고의 경우 산업통상자원부장관 이를 검토하여 15일 이내에 신고의 수리여부를 통보한다는 차이가 있다.

(2) 해외인수·합병등

지원받은 대상기관이 해외인수·합병등을 진행하려는 경우 사전에 산업통상자원부장관으로부터 승인을 받아야 한다(법 제11조의2 제1항). 이때, 해외인수·합병등에 대한 승인 여부는 산업통상자원부장관이 국가안보 및 국민경제에 미치는 영향을 검토하고, 이에 대해 관계 중앙행정기관의 장과 협의한 후 산업기술보호위원회의 심의를 거쳐 승인 여부를 통보하도록 하고 있다. 다만, 필요하다고 인정되는 경우 승인 통보와 함께 해외인수·합병등과 관련된 조건, 기한, 부담 등의 부관과 권고사항을 붙을 수 있다(산업기술보호지침 제29조 제2항).

반면, 지원받지 않은 대상기관의 경우 해외인수·합병등을 진행하기 전 산업통상자원부장관에게 신고할 의무가 있다(법 제11조의2 제5항). 그리고 이와 더불어 외국인에 의하여 해외인수·합병등이 진행되는 것을 알게 된 경우에도 해당 국가핵심기술 보유한 대상기관이 국가로부터 연구개발비를 지원받았는지와 무관하게 즉시 산업통상자원부장관에게 이를 신고하여야 한다(법 제2항, 제6항). 해외인수·합병등의 여부는 항상 국가핵심기술 보유한 대상기관에 의해 결정되는 것은 아니다.⁴⁰⁾ 따라서 사전에 승인 및 신고절차

를 밟을 수 없는 경우가 존재하고, 이때 외국인에 의하여 해외인수·합병등이 진행되는 것을 알게 되었다는 것은 국가핵심기술을 보유한 대상기관이 주체적으로 외국인과의 해외인수·합병등을 진행하는 것이 아닌, 외국인이 국가핵심기술을 보유한 대상기관에 해외인수·합병등을 진행하는 경우를 의미할 수 있다. 따라서 「산업기술보호법」에서는 이러한 상황에 대비하여 해외인수·합병등이 진행되는 것을 알게 된 즉시 산업통상자원부장관에게 신고하도록 하여 해외인수·합병등을 통한 국가핵심기술의 유출에 최대한 대응하고자 하는 것이다.

외국인에 의하여 해외인수·합병등이 진행되는 것을 알게 되어 신고한 경우를 제외하고, 해외인수·합병등의 승인과 신고는 모두 국가핵심기술 보유한 대상기관에 대한 해외인수·합병등이 국가안보에 미치는 파급효과 등을 검토하여 승인 및 수리를 받아야 그 효력이 발생한다. 이 역시도 국가핵심기술 수출의 승인 및 신고와 같이 승인의 경우 이에 대하여 관계 중앙행정의 장과 위원회의 심의를 거쳐 45일 이내에 승인 여부가 결정되고, 신고의 경우 산업통상자원부장관 이를 검토하여 15일 이내에 신고의 수리여부를 통보하고 있다.

(3) 승인 및 신고의 법적 성질

국가핵심기술을 보유·관리하는 대상기관은 보유·관리하는 기술이 국가핵심기술이므로 보호조치를 취할 의무가 발생하고, 수출과 해외인수·합병등을 진행할 때에 승인 및 신고절차를 거쳐야 한다. 「산업기술보호법」은 국가핵심기술을 보유·관리하는 대상기관에 승인절차와 신고절차 중 어떠한 절차를 부과할지에 대해 해당 국가핵심기술이 국가로부터 연구개발비를 지원받아 개발되었는지를 기준으로 정하고 있다.

수출 및 해외인수·합병등에 대하여 승인을 받거나 신고한 이후 진행할 수 있도록 하는 것은 국가핵심기술을 보유·관리하는 대상기관의 재산권 행사에 일정한 제한을 가하는 침익적 행정행위이다. 특히 승인을 받도록 하는

40) 송동수·허정현, 위의 논문, 27면.

것은 국가핵심기술 보유·관리 대상기관의 수출과 해외인수·합병등이 기본적으로 금지된 행위이고, 행정청의 승인이 있어야 그 금지가 해제된다는 것을 의미한다. 따라서 원칙적으로 행정청의 허가 없이는 수출 및 해외인수·합병등의 절차가 진행될 수 없다.

한편, 「산업기술보호법」에서는 국가로부터 연구개발비를 지원받지 않은 대상기관에 대하여도 신고의무를 부과하여 수출 및 해외인수·합병등을 진행할 때에 일정한 제한을 부과하고 있다. 이는 연구개발비를 지원받은 대상기관과 비교하여 상대적으로 완화된 규제를 부과하면서도, 국가로부터 연구개발비를 지원받지 않은 대상기관에 대한 기본권 제한을 최소화하고, 수출 및 해외인수·합병등의 관리 및 감독이 가능하도록 하는 것이다.

여기에서의 승인은 강학상의 용어인 허가와 동일한 표현으로 일반적인 금지에 대해 특정한 경우와 특정인에 한하여 그 금지를 해제하고, 일정한 행위를 적법하게 할 수 있게 하는 행정행위이다. 즉, 승인은 허가를 유보한 상대적 금지에 한하여 행해지므로 이는 금지를 해제하여 자유를 회복시켜 주는 명령적 행위이다.⁴¹⁾ 따라서 지원받은 대상기관에 대한 수출 및 해외인수·합병등의 승인은 금지된 수출 및 해외인수·합병등을 승인이라는 행정행위를 통하여 그 금지를 해제시키고, 지원받은 대상기관에 대한 자유를 회복하는 것이다. 그러므로 여기서 승인의 법적 효력은 산업통상자원부장관으로부터 승인을 받은 이후 발생하고, 지원받은 대상기관은 그때부터 수출 및 해외인수·합병등을 적법하게 진행할 수 있다.

그리고 신고에 대하여 산업통상자원부 고시인 「산업기술보호지침」에서는 산업통상자원부장관은 수출 및 해외인수·합병등이 국가안보 또는 국민경제의 발전에 미치는 영향을 검토한 후 신고를 수리할 수 있다고 규정하고 있다(산업기술보호지침 제32조 제1항). 즉, 신고는 산업통상자원부장관이 수리 여부에 대한 검토 및 협의 과정을 거친 후 보유기관에 통지하는 것으로, 그 과정에서 수출 및 해외인수·합병등으로 인한 파급효과 등을 고려하고, 신고의 수리 여부가 결정되는 것이다. 이에 따르면 「산업기술보호법」

41) 석종현·송동수, 『일반행정법총론』, 박영사, 제17판, 2022, 206면.

에서 규정하는 수출 및 해외인수·합병등을 위하여 보유기관이 국가에 하는 신고는 신고와 동시에 그 법적 효과가 발생하는 것이 아니고, 산업통상자원부장관이 이에 대한 수리 여부를 검토하는 절차를 거치므로 자기완결적 신고가 아닌 수리를 요하는 신고로 판단된다. 따라서 국가핵심기술을 보유한 대상기관의 신고는 산업통상자원부장관으로부터 신고의 수리행위가 있어야 신고의 법적 효력이 발생하고, 수리 이후부터 적법한 외국인투자를 진행할 수 있다.

이렇듯 「산업기술보호법」에서 국가로부터 연구개발비를 지원받았는지를 기준으로 수출 및 해외인수·합병등에 대하여 승인 및 신고제도를 나누어 국가로부터 연구개발비를 지원받지 않은 국가핵심기술을 보유한 대상기관에 완화된 규제를 부과하는 모습을 보인다. 그러나 실질적으로 신고제도가 자기완결적 신고가 아닌 수리를 요하는 신고이다. 그리고 승인과 신고의 수리 시 검토사항은 승인의 경우 법률인 「산업기술보호법」 제11조와 제11조의2에, 신고의 경우 산업통상자원부 고시인 「산업기술보호지침」 제19조와 제32조에 규정하고 있을 뿐 그 내용은 동일하다. 다만, 승인의 경우 관계 중앙행정기관의 장과 협의 그리고 산업기술보호위원회의 심의를 거치고, 신고의 경우 산업통상자원부장관이 검토하여 각각 45일, 15일 이내에 결과를 통보한다는 차이가 존재한다. 그러나 신고의 경우 결과 통보일 30일 이내에 관계 중앙행정기관의 장과 협의 그리고 산업기술보호위원회의 심의를 통해 중지·금지·원상회복 등의 조치를 명할 수 있어 신고의 수리통보 이후 규제가 이루어질 수 있다. 따라서 결과적으로 승인과 같이 45일이라는 기간 동안은 수출 및 해외인수·합병등에 대해 제한이 가해질 우려가 존재한다. 이에 「산업기술보호법」에서는 승인제도, 신고제도로 구별하고 있으나, 실질적으로 그 차이가 확연히 나타나지 못하고 있는 것으로 보인다.

3. 국가핵심기술 관리의 한계와 국가 차원의 제도 강화방안

(1) 국가핵심기술 지정·고시의 한계

현재 지정된 국가핵심기술은 ‘30나노 이하급 D램에 해당되는 설계·공

정·소자기술 및 3차원 적출형성 기술’, ‘고부가가치 선박 및 해양시스템 설계기술’, ‘원전 피동 보조급수계통 기술’, ‘LTE/LTE_adv 시스템 설계기술’, ‘항체 대규모 발효정제 기술’, ‘복강경, 내시경 및 영상유도 수술 로봇 시스템의 설계기술 및 제조기술’ 등으로 명시되어 있다. 즉, 국가핵심기술의 지정은 국가과학기술표준분류의 소분류 중에서도 특징적인 기술을 지정하고 있고, 필요한 경우 설계·공정·소자 기술까지 국가핵심기술로 정하고 있다. 이러한 국가핵심기술을 보호하기 위하여 「산업기술보호법」에서는 기술의 설계·공정·소자·운용 등의 전 과정에 대한 보안을 강화하기 위해 국가핵심기술 보유·관리 대상기관에 보호조치 의무를 부과하는 등 국가핵심기술 보유·관리 대상기관에 각종 의무를 부과하고 있다.

그런데 현재 국가핵심기술의 지정은 국가 차원의 보호 관리의 필요성이 강조되는 기술이 무엇인지에 대하여는 알 수 있으나, 기술의 보호를 위하여 의무를 이행하여야 하는 대상기관은 명확하지 못하다. 그 대응안으로 국가핵심기술 확인제도가 마련되어 있으나, 국가핵심기술 보유·관리 대상기관에 대해 아무런 지원 없이 의무만 부과되고 있어 대상기관으로 하여금 자발적으로 확인제도를 통해 보유·관리 기술을 국가핵심기술로 확인할 필요성이 미흡하다. 이에 기술을 보호하기 위한 제도가 실질적이고, 효과적으로 진행되는 데에 한계가 존재한다고 판단된다.

또한, 기술의 효과적인 보호를 위하여 기술을 개발·보유·관리하는 대상기관 그 자체에 대하여 보호의 필요성이 존재한다. 그러나 현재 국가핵심기술 보유·관리 대상기관에 관한 사항은 보호의 판단기준에 포함되지 않고 있다. 이에 국가핵심기술의 핵심 원료 또는 원자재, 그 근원이 되는 기술을 개발·보유·관리한 이력이 있는 대상기관, 과거 국가기밀과 관련된 연구를 진행한 경험이 있는 대상기관, 국가핵심기술에 대한 접근 권한 또는 지식을 갖추고 있는 자를 보유하고 있는 대상기관, 국가핵심기술을 보유하지는 않았어도 이를 활용한 제품의 생산·개발·변경·배치하는 협력 기관 등은 「산업기술보호법」상 국가핵심기술 보유·관리 대상기관이 아니므로 이 법에서는 별도의 제재 사항이 존재하지 않는다. 단지, 「외국인투자법」에 따라 국가핵심기술의 유출 가능성이 높은 경우 그것이 국가의 안전유지에 지장을

초래하는 경우에 해당하는지 검토할 수 있도록 할 뿐이다. 이에 국가핵심기술의 유출이 해외인수·합병등의 방법으로도 이루어짐이 밝혀졌고, 그에 대비하기 위한 노력이 이루어지고 있으나 현재와 같이 지정·고시된 국가핵심기술에만 초점을 맞추는 것은 국가핵심기술의 부정확한 해외 유출 저지에 사각지대가 존재하는 것이라 판단된다.

(2) 국가핵심기술 통제의 한계

국가핵심기술의 해외 유출을 저지함으로써 산업기술보호제도의 실효성을 제고하기 위하여 2020년 「산업기술보호법」의 개정을 통해 산업기술 유출 및 침해행위에 대한 처벌기준을 강화하였다.⁴²⁾ 그리고 산업기술의 유출 및 침해행위에 대한 손해배상책임 규정을 마련하였고, 그중 고의·중과실로 산업기술침해행위가 발생한 경우 최대 3배까지 손해배상이 이루어질 수 있도록 징벌적 손해배상제도를 도입한 바 있다.⁴³⁾ 그러나 이는 산업기술 전반에 대한 유출 및 침해행위에 대한 처벌강화와 손해배상액 상향에 관한 것으로, 국가핵심기술의 보호 및 관리에 초점을 맞춘 것은 아니다.

국가핵심기술은 위에서 서술하였다시피 국가핵심기술 지정에 유효기간이나 만료일이 정해있지 않다. 그리고 국가핵심기술 수출은 기술의 매각 외에도 기술이전, 공동 R&D 등 다양한 형태가 존재하지만 「산업기술보호법」에서는 모든 수출에 동일한 절차와 심사기준, 처벌이 가해지고 있다. 또한, 해외인수·합병등에 대한 기준과 범위가 「외국인투자법」과 비교하였을 때 매우 낮은 수준으로 구성되어 있는 등 보호 및 관리의 한계가 여전히 존재한다. 이에 국가핵심기술의 보호 및 관리를 통하여 국가핵심기술의 유출을 방지하는 데에 한계가 있다.

(3) 국가 차원의 국가핵심기술 보호 강화방안

정부는 2021년 12월 22일 “제4차 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 중합계획”을 발표하여 현재 존재하는 국가핵심기술에 대한 지정, 수출 및

42) 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 제36조.

43) 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 제22조의2.

해외인수·합병 등에 대한 한계점을 해결하기 위하여 다음과 같은 제도의 도입을 계획하고 있다. 먼저, ‘일몰제’를 도입하여 국가핵심기술의 지정, 변경 및 해제의 시기를 정하고, 기간이 경과된 경우 지정해제절차가 마련될 수 있도록 한다. 그리고 「산업기술보호지침」에 따른 ‘국가핵심기술 보유기관 등록제’⁴⁴⁾에 대한 내용을 향후 법에 규정하여 국가핵심기술 보유기관의 등록을 의무화하도록 할 예정이다. 또한, 국가핵심기술 수출의 개념을 명확하게 하기 위해 정의규정을 신설할 예정이고, 다양한 수출의 형태에 따라 승인 및 신고절차를 달리하는 등 절차 간소화를 추진할 예정이다. 마지막으로 해외인수·합병등과 관련하여 승인 및 신고의무를 국가핵심기술 보유기관과 더불어 외국인에게도 부과하고, 외국인의 범위를 통상적인 개념의 외국인에서 보다 확대할 계획이다. 이와 더불어 승인 또는 승인의무의 기준이 되는 주식 또는 지분의 보유기준을 50%에서 30%로 하향 조정하고, 간접소유를 명시하여 외국인에 의한 국가핵심기술 보유기관의 지배취득 규제에 사각지대를 해소하고자 한다. 이외에도 국가핵심기술 및 핵심인력의 유출방지를 위한 체계 강화와 산업기술의 선제적 보호 시스템의 구축, 범부처 기술보호 협업을 통한 기술보호의 실효성을 제고 등 제도의 개선과 새로운 제도의 도입을 위한 계획을 마련하고 있다.

4. 실효성 있는 국가핵심기술 보호 및 관리의 필요성

법에 근거한 행정청의 행정행위가 적법하게 이루어지고, 행정행위 상대방의 기본권을 최대한 보장하기 위해선 행정행위에 대한 법적 안정성과 예측 가능성이 확보되어야 한다.⁴⁵⁾ 특히 국민의 기본권을 제한 및 침해하는

44) 산업기술보호지침 제6조; 산업통상자원부장관은 제4조에 따른 국가핵심기술의 지정·변경 및 해제, 법 제11조에 따른 국가핵심기술 수출, 법 제11조의2에 따른 국가핵심기술을 보유하는 대상기관의 해외인수·합병, 산업기술 확인 등의 업무수행 과정에서 국가핵심기술 보유사실을 인지한 경우 국가핵심기술을 보유한 대상기관의 협조를 받아 국가핵심기술 등록서를 작성하여 국가핵심기술 종합관리시스템에 등록한다.

45) 김봉철, “행정행위의 명확성원칙에 관한 연구”, 「공법연구」 제43권 제3호, 2015, 308면.

침익적 행정행위의 경우 법적 안정성과 예측 가능성의 확보를 위해 법률의 내용과 행정행위의 법적 성질, 행정행위 상대방의 명확성을 확보하는 것이 더욱 중요하다.

그런데 우리나라의 기술보호정책은 현재 국가가 국가 차원의 보호가 필요하다고 판단한 기술을 관련 법률에 의거하여 지정·선정 등을 통해 보호하는 방식으로 이루어지고 있고, 기술의 보호 범위와 대상기관이 일부 중첩되어 있다. 이와 같은 우리나라의 기술보호정책은 「산업기술보호법」상 국가핵심기술에서 한계점으로 나타나는데, 국가핵심기술은 산업기술 중 하나로 상당히 다양한 품목, 분야의 기술과 다른 법률에 의해 보호되고 있는 기술 등이 포함되어 있다. 하지만 국가핵심기술의 경우 특정 기술을 지정하는 것이므로, 그 특정적인 대상기관을 지정하는 것은 아니다. 따라서 국가핵심기술 보유·관리 대상기관은 자신이 보유한 기술이 국가핵심기술에 해당하는지, 어떠한 의무가 존재하고, 어떠한 법률을 검토하여야 하는지에 어려움이 있을 수밖에 없다. 국가핵심기술 보유·관리 대상기관의 의무로 인한 기본권의 제한은 국가핵심기술 지정과 동시에 발생한다. 법적안정성과 예측 가능성을 위하여 행정행위의 상대방이 누구인지가 명확한 것 또한 매우 중요한 부분임에도 「산업기술보호법」에서의 국가핵심기술 지정은 행정행위의 상대방이 누구인지, 그리고 당사자가 이를 인지하기 곤란하여 법 적용의 예측 가능성을 떨어지게 하고 있다.

이에 대한 개선방안으로 정부가 제시하고 있는 「산업기술보호지침」 제6조에 근거한 국가핵심기술 보유기관 등록은 정부가 기술의 수출, 해외인수·합병등을 통해 국가핵심기술 보유 여부를 확인한 기관과 공동 R&D, 생산계약 등을 통해 국가핵심기술을 취득한 협력업체 등 업무수행의 과정에서 국가핵심기술 보유 사실을 인지한 대상기관의 등록을 권고하는 것으로, 향후 법률에 등록 의무제도와 제재조항을 마련하여 의무화할 예정이다. 그러나 이는 업무수행과정에서 국가핵심기술 보유 여부를 확인한 대상기관을 등록하여 관리하는 것이지, 국가핵심기술의 보유·관리 대상기관으로 하여금 수출 및 해외인수·합병등 또는 국가핵심기술 확인제도를 통해 확인하기 전에 스스로 인지하기 어렵다는 것은 여전할 것이다. 따라서 국가핵심기술 보

유·관리 대상기관이 스스로 국가핵심기술 확인제도 또는 등록제도에 참여하여 그 대상을 명확하게 하여야 할 필요성이 크다. 특히 향후 국가핵심기술에 대한 보호는 더욱 강화되고, 국가핵심기술의 신규지정 역시 확대될 예정이다. 이처럼 기술의 보호가 강화될수록 그 거래 및 이용의 제약 역시 심화될 것이기에 현재의 국가핵심기술 보유기관 등록제만으로는 국가핵심기술 보유·관리 대상기관의 자발적인 참여와 효과적인 보호를 유도하는 것에 한계가 있으리라 판단된다.

IV. 개선방안

현재 국가핵심기술 보유·관리 대상기관인지 여부는 기관이 자발적으로 국가핵심기술 확인요청을 하거나, 수출 및 해외인수·합병등의 승인 또는 신고 이력을 통해 확인이 가능하다. 이에 국가핵심기술 보유 여부를 인지하지 못하여 수출 및 해외인수·합병등을 진행할 때에 승인 또는 신고를 하지 않거나 기술에 관한 자료를 해외에 제공하는 등의 사례가 계속해서 발생하고 있다.⁴⁶⁾ 국가핵심기술의 보호가 원활히 이루어지기 위해선 국가핵심기술 보유·관리 대상기관의 적극적인 참여가 반드시 필요함에도 현재 「산업기술보호법」상 국가핵심기술 관리제도는 그들의 참여를 이끌어내기 어려운 체계이다. 이에 보다 실질적이고 실효성 있는 국가핵심기술의 보호가 이루어지기 위하여 다음과 같은 제도의 개선이 필요하다.

1. 관리대상의 확대

우리나라는 향후 글로벌 경쟁력 확보를 위하여 국가핵심기술의 지정을

46) 관계부처 합동, 위의 보고서(각주 12), 8면; 박형수 기자, “반도체 강자 매그나칩 中 매각... 美·中 기술 경쟁 ‘유탄’맞았다”, 중앙일보, 2021.6.12., <<https://www.joongang.co.kr/article/24080528#home>>, (최종방문일 : 2022.2.10.); 이상배 기자, “삼성 ‘스마트폰 옛지’기술, 中’에 빼돌린 일단 13명 ‘털미’”, 머니투데이, 2018.11.29., <<https://news.v.daum.net/v/20181129113503995?rcmd=rm>>(2018.11.29.), (최종방문일 : 2022.2.10.).

지속해서 확대해 나아갈 예정이다. 하지만 현재와 같이 국가핵심기술을 매우 특징적인 기술로 한정하여 지정하는 경우 미국, EU 등에서 국가안보를 위하여 국가 차원의 보호가 필요한 산업과 기술을 최신화 및 확대하는 것과 동등한 수준으로 국가핵심기술을 보호하기 위해선 상당한 수의 기술이 지정 및 고시되어야 할 것이다. 이에 보다 실효성 있는 기술유출 방지 및 보호가 이루어지기 위해선 국가핵심기술을 지정·고시하는 것 외에도 국가안보에 핵심적인 품목과 대상기관에 대한 요소를 바탕으로 한 지정·고시가 마련되어야 한다고 판단된다.

이를 위해 국가핵심기술의 지정·고시와 함께 ‘국가의 안전보장 및 발전에 중대한 악영향을 줄 우려가 있는 품목’ 그리고 ‘국가핵심기술 보유·관리 대상기관과 밀접한 관련성을 가지는 대상기관’에 대한 관리가 필요하다고 판단된다. 즉, 현재 국가핵심기술로 관리되고 있는 특징적인 기술에 대한 보호 외에도 국가안보와 관련하여 보호가 필요한 품목과 국가핵심기술과 관련성이 깊은 대상기관에 대해 관리함으로써 국가핵심기술의 유출을 방지하고, 보호를 효과적으로 이루어질 수 있게 할 수 있을 것이다.

먼저, 국가의 안전보장 및 발전에 중대한 악영향을 줄 우려가 있는 품목을 정하여 그에 대한 관리가 이루어져야 한다. 예를 들어 반도체 등과 같이 국가 기술경쟁의 핵심이자 미래 산업의 전략으로 제시되고 있는 분야 중 특별히 보호 및 관리가 필요한 기술에 대하여는 지금과 동일하게 국가핵심기술로 지정·고시하여 관리한다. 그리고 ‘차세대 전력반도체, 이미지센서, 배터리 관리 칩, 인포테인먼트용 AP’ 등과 같은 반도체 분야의 하위 품목 중 국가 차원의 관리가 필요하다고 판단하는 핵심 품목을 정하여 이에 해당하는 기술을 보유·관리하는 대상기관에 대하여 대상기관이 보유·관리하고 있는 기술이 국가핵심기술인지 확인할 것을 권고하거나, 수출 및 해외인수·합병등을 진행하기 전 산업통상자원부장관에 신고하도록 한다. 즉, 대상기관으로 하여금 국가핵심기술과 같이 다양한 의무 및 절차를 거치도록 강제하지는 않으면서도, 국가핵심기술 확인 권고, 수출 및 해외인수·합병등을 신고하도록 하여 행정청으로 하여금 국가핵심기술 보유·관리 대상기관을 확인할 수 있게 하고, 대상기관의 기술이 국가핵심기술이 아니라 하여도 국가안

보와 관련성을 가지는 핵심 품목을 보유·관리하는 대상기관에 대해 최소한의 관리가 이루어지게 한다.

또한, 국가핵심기술 보유·관리 대상기관과 밀접한 관련성을 가지는 대상기관에 대한 기준을 마련하여 이에 해당하는 대상기관에 대한 관리 역시 이루어져야 할 것이다. 국가핵심기술에 대한 관리 및 감독은 현재 지정된 국가핵심기술만을 대상으로 이루어지고 있다. 따라서 국가기밀 또는 국가핵심기술에 관한 정보를 보유한 대상기관, 협력업체 등과 국가안보 그리고 국가핵심기술과 밀접한 관련성을 가지는 대상기관은 관리대상에 포함되지 않고 있다. 이에 ‘현재 국가핵심기술을 보유·관리하지 않고 있으나 국가핵심기술을 개발·보유·관리한 이력이 있는지’, ‘국가핵심기술을 기반으로 한 제품을 과거 또는 현재 생산·개발·변경·배치하였는지’, ‘국가핵심기술 R&D 참여하였는지’, ‘국가핵심기술의 설계·공정 등을 위한 핵심 정보·원료·원자재를 보유·관리하는지’, 더 나아가 ‘국가 기밀과 관련된 정보, 국가핵심기술과 관련된 정보, 민감한 정보에 대한 보유·접근 또는 그러한 정보에 대한 지배 여부’등을 기준으로 마련하고자 한다. 그리고 이에 해당하는 대상기관이 수출 및 해외인수·합병등을 진행하는 경우 정부에 신고하도록 함으로써 국가가 국가핵심기술과 밀접한 관련성을 가지는 대상기관에 대하여도 지속적으로 검토하게 해 국가핵심기술 유출 위협에 대한 대비가 더 넓은 범위에서 이루어지게 하고자 한다.

2. 관리 방식의 다양화

현재 국가핵심기술의 지정·고시는 국가핵심기술 보호를 위하여 국가 차원의 대응안을 실제로 이행해야 하는 국가핵심기술 보유·관리 대상기관을 구분하는 데에 어려움이 존재한다. 이에 기술을 지정·고시하는 방법 외에도 의무이행의 주체인 국가핵심기술 보유·관리 대상기관을 고려한 기술의 보호 및 관리가 이루어져야 할 것이다. 이를 위해선 국가핵심기술을 보유·관리하는 대상기관에 대한 명확성을 확보하여야 할 것이고, 그 방안으로 현재 존재하는 국가핵심기술 보유기관 등록제를 활용할 것을 제안한다.

국가핵심기술 보유·관리 대상기관에는 보호조치 의무, 수출 및 해외인수·합병등 시 승인 및 신고할 의무가 존재하고, 이를 위반할 경우 개선권고, 과태료와 형벌을 부과할 수 있으며, 이에 대한 처벌기준은 점차 강화되고 있다. 또한, 수출 및 해외인수·합병등의 승인 여부를 통보받는 데에 최대 45일이라는 시간이 소요될 수 있고, 신고의 경우도 수리 여부를 통보받는 데에 최대 15일의 시간이 소요될 수 있으며, 신고의 경우 중지·금지·원상회복 조치명령이 이루어질 수 있는 시기가 통보 후 30일이므로 수출 및 해외인수·합병등에 대한 규제가 이루어질 수 있는 기간이 최대 45일이라 할 수 있다. 이러한 검토 기간 동안에는 국가핵심기술 보유·관리 대상기관의 기술이 국가핵심기술인지, 그러한 수출 및 해외인수·합병등이 국가안보 및 국민경제적 파급효과 그리고 국가안보에 영향을 미치는지를 검토한다. 하지만 이를 검토하는 데에 15일~45일이라는 시간이 소요되는 것은 대상기관에 매우 부담이 될 수 밖에 없어, 국가핵심기술 보유·관리 대상기관의 이러한 부담을 최소화하기 위하여 국가핵심기술 보유기관 등록제를 활용할 것을 제안한다.

국가핵심기술 보유기관 등록제도는 법률인 「산업기술보호법」이 아닌 산업통상자원부장관 고시인 「산업기술보호지침」에 따라 운영되는 제도이다. 이는 산업통상자원부장관이 업무수행과정에서 국가핵심기술 보유기관임을 인지하게 된 경우, 국가핵심기술 보유기관의 협조를 받아 그들이 제출한 국가핵심기술 등록서를 바탕으로 국가핵심기술 종합관리시스템에 등록하는 방법으로 이루어지고 있다. 즉, 국가핵심기술 보유기관 등록제에서의 등록은 강화상 공증의 하나로, 대상기관이 국가핵심기술을 보유하고 있다는 사실을 공적으로 증명하는 행위라 할 수 있다. 그러므로 이러한 등록은 단순한 인식작용으로서 기속행위로 볼 수 있고, 그 효과는 국가핵심기술 보유기관이 아니라는 것에 대한 반증이 있을 때까지는 진실한 것으로 추정된다.⁴⁷⁾

이와 같은 국가핵심기술 보유기관 등록제는 국가핵심기술 보유기관의

47) 석종현·송동수, 위의 책, 225면.

협조 없이는 이루어질 수 없고, 이미 국가핵심기술의 확인, 수출 및 해외인수·합병등을 진행한 이후의 행위이다. 이와 같은 국가핵심기술 보유기관 등록제는 향후 법제화를 통해 의무화될 예정이기에, 이를 효과적으로 활용한다면 국가핵심기술 보유·관리 대상기관의 명확성을 확보하는 데에 도움을 줄 수 있으리라 생각된다. 이를 위하여 국가핵심기술 보유기관 등록제를 다음과 같이 운영할 것을 제안한다.

먼저, 대상기관이 산업통상자원부에 국가핵심기술 보유기관 등록을 신청하도록 하고, 이를 행정청이 심사한 후 등록 여부를 통보함과 동시에 종합관리시스템에 등록하는 방식으로 진행되도록 한다. 이때, 국가핵심기술 보유기관을 등록하는 대상은 크게 세 가지 나뉘어질 것으로 예상된다. 이에 첫 번째, 대상기관이 국가핵심기술 확인제도, 국가핵심기술 수출 및 해외인수·합병등의 과정을 통해 보유하고 있는 기술이 국가핵심기술임을 확인한 경우, 둘째, 대상기관 스스로가 국가핵심기술 보유기관인지 여부를 명확히 인지하지는 못하고 있으나 국가핵심기술 보유기관으로 등록을 신청한 경우, 셋째, 국가가 국가핵심기술 지정·변경 및 해제, 산업기술 확인 등의 업무수행을 함에 있어 대상기관이 국가핵심기술 보유기관임을 인지하여 등록을 권고한 경우가 있을 것으로 예상된다.

여기서 첫 번째와 세 번째 대상의 경우, 국가는 이미 해당 기술이 어떠한 국가핵심기술에 포함되는지, 정당한 방법으로 해외로 유출되는 경우 국가안보와 국민경제의 발전에 미치는 영향 등을 파악하고 있을 것이다. 다만, 두 번째 대상의 경우에는 등록을 하는 과정에서 국가는 해당 기술이 국가핵심기술인지, 그것이 국가안보와 국민경제의 발전에 미치는 영향 등을 확인하는 과정을 거칠 필요가 존재한다. 따라서 이러한 경우에는 등록 여부를 심사할 것이고, 대상기관이 제출한 보유·관리 기술이 국가핵심기술인지, 그것이 정당한 방법으로 해외로 유출되는 경우 국가안보와 국민경제의 발전에 미치는 영향에 대하여 검토하여야 한다.

향후 국가핵심기술 보유기관 등록제를 의무화할 예정이지만, 보다 효과적으로 국가핵심기술에 대한 관리를 위해서는 이러한 국가의 강제성 있는 제도 외에도 국가핵심기술 보유기관으로 하여금 자발적으로 등록하게 하여

야 한다. 이를 위하여 등록한 국가핵심기술 보유·관리 대상기관에 대하여는 매우 단축된 기간 내에 승인 또는 신고의 수리가 이루어지도록 하고, 그중 표준특허로 등록된 기술과 같이 예외적인 경우에는 자기완결적 신고만으로 절차가 완료되도록 하여 국가핵심기술 보유·관리 대상기관의 자발적 등록을 유도한다. 그리고 이러한 등록의 유효기간은 향후 시행될 국가핵심기술 일몰제의 기간을 반영하여 정하도록 한다. 이를 통해 국가핵심기술 보유·관리 대상기관에 현재 부과되는 부담을 등록한 국가핵심기술 보유·관리 대상기관에는 최소화할 수 있게 하여 기술을 보유한 대상기관이 자발적으로 국가핵심기술 보유·대상기관에 등록하게 유도해 국가가 보다 많은 수의 국가핵심기술 보유·관리 대상기관을 파악할 수 있도록 한다.

이때, 수출 및 해외인수·합병등의 경우 그 상대방인 수입기관과 외국인의 특성에 따라 국가안보 및 국민경제의 발전에 미치는 영향을 검토할 필요성이 있을 것이다. 하지만 등록과정에서 일반적인 사항에 대한 검토가 이루어졌기에 현재와 비교하여 보다 빠른 심사가 이루어질 수 있을 것이라 생각된다. 그리고 승인과 신고의 심사과정에서 국가안보 및 국민경제의 발전에 심각한 영향을 줄 것으로 의심되는 경우 국가핵심기술 보유·관리 대상기관에 심의 필요성을 공지한 후 최대한 빠른 시일 내에 결과를 통보하도록 한다. 이때, 이를 포함한 기간은 현재의 승인 및 수리기간 보다 짧아야 대상기관으로 하여금 국가핵심기술 보유기관 등록제를 활용하도록 유도하는 데에 의의가 있을 것이다. 이처럼 현재 국가가 계획 중인 국가핵심기술 보유기관 등록제의 의무화 외에도 국가핵심기술 보유기관 등록제라는 제도와 연계하여 국가핵심기술 보유기관에 일정부분 혜택을 부여함으로써, 국가핵심기술 보유기관 등록제를 활성화하여 국가차원의 관리 및 감독이 원활히 이루어질 수 있게하면서도, 국가핵심기술 보유기관으로 등록된 대상기관과 등록되지 않은 대상기관에 차이점을 부여하여 대상기관으로 하여금 자발적으로 국가핵심기술 보유기관 등록제를 활용하도록 할 것을 제안한다.

3. 국가핵심기술 보호를 위한 지원체계의 구축

현재 우리나라의 기술에 대한 법체계는 크게 진흥에 관한 법, 보호에 관한 법으로 분류되어 있어 기술의 개발을 지원하는 법과 기술을 보호하는 법이 분류되어 있다. 이에 국가핵심기술에 대하여 「산업기술보호법」에서는 국가핵심기술로 지정되어도 그에 따른 지원은 별도로 이루어지지 않는다. 국가핵심기술로 지정된 기술이 「산업기술보호법」이 아닌 개별 법률에 의하여 지원을 받을 수 있으나, 이는 국가핵심기술로 지정되지 않은 다른 기술에 대하여도 이루어지는 것이다. 즉, 국가핵심기술로 지정됨으로써 각종 의무와 기본권의 제한이 발생함에도 국가핵심기술로 지정됨으로써 얻어지는 지원에 관한 부분은 존재하지 않는다. 「산업기술보호법」의 제정 이후부터 지속적으로 국가핵심기술을 보호함에 있어 기술을 활성화하고, 국가핵심기술을 보유·관리하는 대상기관에 적절한 보상과 같은 인센티브 등이 고려되어야 한다는 논의는 지속되어 왔다.⁴⁸⁾ 그러나 현재까지도 「산업기술보호법」에는 국가핵심기술 보유·관리 대상기관에 대한 지원규정은 따로 마련되어 있지 않은 상황이다. 이처럼 국가핵심기술 보유·관리 대상기관에 대해 어떠한 지원도 없이 의무만을 계속해서 부여하는 것은 국가핵심기술 보유·관리 대상기관에 대한 부담만을 가중하는 것이고, 공익을 위하여 의무를 부담하고 있는 것임에도 그 책임을 국가가 함께 부담하는 것이 아닌, 국가핵심기술을 보유·관리하는 대상기관에만 부여하고 있는 것이다.

국가핵심기술에 대한 관리 및 보호는 국가핵심기술 보유·관리 대상기관을 발굴하는 것부터 시작된다. 그러나 국가핵심기술 보유·관리 대상기관에 해당함으로써 대상기관에는 부담만 가중되어 대상기관이 수출 및 해외인수·합병등을 진행할 것이 아니라면 그들이 자발적으로 국가핵심기술 보유·관리 여부에 대해 확인받을 실익이 없다. 현재는 국가핵심기술 보유·관리 대상기관의 발굴이 국가가 특허 등을 검토하여 국가핵심기술 보유·관리 대상기관을 찾는 방식으로 이루어지고 있다.

하지만 국가핵심기술에 대한 범위가 넓어지고, 국가핵심기술 보유·관리 대상기관이 많아질수록 이처럼 국가가 국가핵심기술 보유·관리 대상기관을

48) 박강우, “산업스파이범죄의 실태와 법적 규제의 문제점”, 「형사정책연구」 제23권 제3호, 2012, 156면.

찾는 것에는 한계가 있다. 이에 국가핵심기술의 유출을 방지하고 보호하기 위한 국가의 정책이 원활히 이루어지고, 국가핵심기술 보유·관리 대상기관임을 인지하지 못하여 발생하는 국가핵심기술의 유출을 최소화하기 위하여는 국가핵심기술 보유·관리 대상기관이 스스로 이에 참여하도록 유도하는 것이 매우 중요하다. 이를 위해선 국가핵심기술로 지정됨으로써 국가핵심기술 보유·관리 대상기관에 지원이 이루어져야 할 것이다. 이에 국가핵심기술을 지원하기 위한 법률을 마련하거나 개별 법률을 통하여 지원하는 것이 아닌, 국가핵심기술을 지정하고, 이를 관리 및 감독하고 있는 법률인 「산업기술보호법」에 국가핵심기술을 보유·관리하는 대상기관에 대한 지원규정을 마련할 것을 제안한다.

이때, 중소기업의 경우 법률에서 요구하는 각종 의무와 기본권 제한에 대한 부담이 대기업과 비교하여 상대적으로 더 클 수밖에 없으므로⁴⁹⁾ 현재와 같이 국가핵심기술 보유·관리 대상기관에 대해 아무런 지원을 하지 않는 「산업기술보호법」으로는 이들의 자발적인 참여를 유도하는 데에 한계가 있을 것이다. 하지만 중소기업의 경우 기술에 대한 접근이 용이하고, 보안역량이 열악하여 기술유출의 타겟이 되고 있고 이에 높은 수준의 기술유출이 발생하고 있고, 이에는 국가핵심기술도 포함되어 있다.⁵⁰⁾ 따라서 「산업기술보호법」상 국가핵심기술에 대한 지원방안이 마련될 때에는 중소기업의 의견을 반영하여야 할 필요성이 크고, 그들을 중심으로 한 세제지원, 긴급특별자금 지원을 통한 금융지원 등의 방안이 마련되어야 한다고 판단한다. 그리고 이러한 지원은 국가핵심기술 보유·관리 대상기관이 현재 보유·관리하는 국가핵심기술을 보호하기 위한 부분 그리고 국가핵심기술 보유·관리 대상기관이 새로운 기술의 개발과 보유·관리 기술의 상용화 등을 위한 부분으로 나누어 이루어져야 할 것이다. 이를 통해 국가핵심기술 보유·관리 대상기관의 지속적인 기술의 보호 및 개발이 이루어질 수 있고, 이것이 국가

49) 김진석 외 2명, 「산업 기술유출 방지를 위한 기술·규모별 보안관리 및 기술유출 대응 방안 연구」, 한국정보기술연구원, 산업통상자원중소벤처기업위원회 보고서, 2019, 117-119면.

50) 관계부처 협동, 위의 보고서(각주 12), 7면.

핵심기술 보유·관리 대상기관의 성장으로 이어질 수 있으리라 생각된다. 이는 더 나아가 국가핵심기술 보유·관리 대상기관이 이와 같은 지원을 받기 위하여 국가핵심기술 보유·관리 대상인지 여부를 자발적으로 확인하게 유도할 수 있으리라 생각된다. 국가핵심기술 보유·관리 대상기관의 자발적인 참여는 향후 실효성있는 국가핵심기술의 보호에 반드시 필요한 부분이다. 이에 이들의 참여를 이끌어 낼 수 있는 이러한 지원제도가 도입될 필요성이 존재한다.

V. 결 론

세계 각 국가는 정책적으로 국가안보 차원의 기술보호 강화가 이루어지는 등 국가안보에 대한 위협에 대응하기 위해 기술을 보호 및 개발하여야 할 필요성이 부각되고 있다.⁵¹⁾ 이에 우리나라는 국가안보 그리고 경제안보를 목적으로 개별 법률에서 새로운 기술을 지정·고시·공고·인증하고 있는데, 이러한 법률은 기술 보호를 목적으로 하는 것과 기술개발 촉진을 목적으로 하는 것으로 나뉜다. 이때, 국가안보를 목적으로 기술을 보호하는 법률 안에서도 기술보호의 목적, 기술의 범위 등에 따라 국가핵심기술, 방위산업기술, 전략기술 등으로 나뉜다. 이처럼 기술을 보호할 때에 각 기술 분야의 특성에 따라 개별 법률에서 이를 관리 및 감독하는 것도 중요할 것이나, 이러한 다양한 기술은 서로 부분집합, 교집합의 관계를 형성하는 등 중복되는 부분이 존재하여 기술의 분류가 명확히 이루어지지 않아 하나의 기술이 다양한 기술에 포함될 수 있다. 이는 기술을 개발·보유·관리하는 자가 관련 법을 이해하고, 개별 법률에 따라 서로 다른 각종 의무 및 제한을 이행하는 데에 혼란을 줄 수 있다. 따라서 개별 법률에서 해당 기술에 적합한 보호 및 관리방안이 마련되어도 정책이 원활하고 실효성 있게 시행되는 데에는 한계가 존재할 수 있다. 또한, 국가안보라는 국가의 목표와 이익을 달성하기

51) 정민경, 위의 논문, 2면.

위하여는 체계의 구축이 종합적으로 이루어져야 하기에 향후 국가안보를 위하여 기술에 대한 관리방안을 마련할 때에는 중점적인 기술을 기준으로 이루어져야 할 것이다.

다양한 국가안보와 관련된 기술 중 방위산업기술은 군사적 목적으로 활용하기 위한 기술 중 하나로 경제, 사회, 국방, 문화 등 다양한 국가목표 중 국방에 중점을 두는 기술이다. 즉, 이는 매우 특수한 분야의 기술이므로 오늘날 중요시되고 있는 첨단기술, 핵심기술 등이 군사적 목적 이외의 해당 하는 경우 기술에 대한 보호가 충분히 이루어지지 못할 것으로 판단된다. 그리고 전략기술의 경우 그 범위가 국가핵심기술보다 협소하여 이를 기준으로 하는 경우 매우 협소한 기술이 수많은 기술의 관리 기준이 되어 적절 하지 않은 기술보호방안이 마련될 여지가 있다. 또한, 기술보호에 관한 규정 상당 부분이 「산업기술보호법」에 따르고 있어 전략기술에 대한 기술보호 방안은 구체적이고 개별적인 사안에 대한 적용일 뿐, 이것이 다른 수많은 기술의 기준이 되는 것은 적합하지 않다고 판단된다. 따라서 국가안보와 국민경제의 발전을 모두 포함하고 있는 국가핵심기술을 중심으로 기술보호를 위한 각종 정책이 마련되어야 실효성 있는 기술의 유출방지 및 보호가 이루어질 수 있을 것이다.

이를 위하여 국가핵심기술을 지정·고시할 때에 기술에 대한 지정·고시를 통한 보호 및 관리 외에도, 국가 차원의 보호가 필요하다고 판단되는 품목을 정하여, 이를 보유·관리하는 대상기관에 대해 국가핵심기술 확인을 받도록 권고하고, 수출 및 해외인수·합병등을 진행하는 경우 신고를 하도록 하여 행정청이 관리하는 기술의 범위를 확대하도록 한다. 그리고 현재 의무가 존재하지 않는 국가핵심기술 보유기관 등록제를 활용하여 국가핵심기술 보유·관리 대상기관이 스스로 등록하는 경우 해당 국가핵심기술 보유·관리 대상기관이 수출 및 해외인수·합병등을 진행하는 경우 빠른 심사 또는 자기완결적 신고만으로 절차가 완료될 수 있는 혜택을 부여하고자 한다. 마지막으로 국가핵심기술 보유·관리 대상기관에 대한 지원규정을 「산업기술보호법」에 마련하고, 그 지원은 중소기업에 필요한 지원을 기준으로 마련하여 국가핵심기술의 보호를 위하여 지원이 필요한 대상기관에 적합한 지원이

이루어져야 할 것이다. 이를 통하여 더욱 실질적이고, 실효성 있는 국가핵심 기술의 유출방지 및 보호가 이루어질 수 있으리라 기대된다.

최근 기술의 유출방지 및 보호를 위하여 계속해서 개별 법률에 근거하여 새로운 기술들이 등장하고 있다. 이는 기술을 보호하기 위하여 일정한 의무가 발생하는 법률과 기술개발을 촉진하기 위하여 일정한 지원이 이루어지는 법률로 나뉘어 각 법률에서 혁신기술, 첨단기술 등의 기술들이 등장하고 있다. 이와 같은 현상이 각 기술의 특성을 반영하여 개별적이고 구체적으로 기술의 보호와 지원을 위한 제도가 마련될 수 있다는 점에서 긍정적인 일 수 있다. 그러나 이는 하나의 기술이 다양한 법률의 서로 다른 기술에 포함될 가능성이 상당하므로 기술을 보유·관리하는 대상기관은 보유·관리하는 기술이 어떠한 법률의 기술에 포함되는지, 기술의 보호 및 개발지원을 위하여 어떠한 법률을 검토하여야 하고, 어떠한 의무가 부여되는지에 대해 혼란이 존재할 수 있다. 또한, 보호를 위한 법률에 기술 보유·관리 대상기관에 대한 지원규정이 마련되어 있을 수도 있으나, 주 내용은 기술보호를 위하여 의무를 부과하고 이를 위반하는 경우 제재를 가하는 사항이다. 따라서 기술을 보유·관리하는 대상기관으로서는 지원 법률의 기술에 포함되기 위한 노력은 이루어질 것이나, 보호 법률의 기술에 대해 포함되기를 꺼릴 수밖에 없을 것이다. 따라서 실효성 있고, 효과적인 기술의 보호가 이루어지며, 이를 통해 국가안보라는 목적을 달성하기 위하여는 다양한 분야의 기술을 보호하고, 개발을 지원함에 있어 해당 기술이 의미 있는 특이점을 가지는 기술이 아닌 한 통일성 있는 체계를 바탕으로 기술의 보호 및 개발지원이 이루어져야 한다고 생각된다.

국가안보를 위한 국가핵심기술 관리의 실효성 확보 방안 - 송 인 옥	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.02.13.	2022.03.09.	2022.03.24.

[참고문헌]

- 국방기술품질원, 『국방과학기술용어사전』, 2019.
- 석종현·송동수, 『일반행정법총론』, 박영사, 제17판, 2022.
- 김민배, “미국의 첨단기술 보호 정책과 국가안보의 판단기준”, 「법제」 제691호, 2020.
- 김상배, “4차 산업혁명과 첨단 방위산업 경쟁: 신흥권력론으로 본 세계정치의 변환”, 「국제정치논총」 제60집 제2호, 2020.
- 김봉철, “행정행위의 명확성원칙에 관한 연구”, 「공법연구」 제43권 제3호, 2015.
- 김지영, “영업비밀보호법과 산업기술보호법의 관계에 대한 연구”, 「산업재산권」 제42호, 2014.
- 박강우, “산업스파이범죄의 실태와 법적 규제의 문제점”, 「형사정책연구」 제23권 제3호, 2012.
- 박찬수, “미래사회 변화에 따른 산업기술보호 전략”, 「STEPI Insight」 제201권, 2016.
- 박찬수·강민지·최이중, “글로벌 기술환경 변화에 따른 산업보안 생태계 구축 방안”, 「정책연구」 2019-제22호, 2019.
- 박홍순·김세용·김용환, “체계적인 방위산업기술보호를 위한 보호체계 우선순위 분석 연구”, 「융합보안논문지」 제19권 제4호, 2019.
- 백서인·박동운·조용래·이다은·이선아·윤여진, “글로벌 기술패권 경쟁에 대응하는 주요국의 기술주원 확보 전략과 시사점”, 「STEPI Insight」 제285권, 2021.
- 송동수·허정현, “산업기술보호법상 국가핵심기술의 수출 및 해외인수·합병 제한에 관한 행정법적 고찰”, 「법조」 제70권 제4호, 2021.
- 정민경, “국가핵심기술 법적 보호와 주요 쟁점”, 「이슈리포트」 2018-제7호, 2018.
- 정형곤·김서희, “주요 선진국의 외국인투자 경제안보 심사 정책 동향과 시사점”, 「오늘의 세계경제」 제22권 제3호, 2021.
- 조용래·박현준·이선아·최종화·이정노, “산업기술안보 관점의 국가 전략목적기술(CPT) 도입과 정책방향”, 「STEPI Insight」 제256권, 2020.
- 최동준, “기술의 유출·침해행위에 대한 법적 보호제도”, 「법학논고」 제72집, 2021.
- 김진석·김경곤·장은경, “산업 기술유출 방지를 위한 기술·규모별 보안관리 및 기술유출 대응방안 연구”, 한국정보기술연구원, 산업통상자원중소벤처기업위원회 최종보고서, 2019.
- 연원호·나수엽·박민숙·김영선, 「미·중 간 기술패권 경쟁과 시사점」, 대외경제정책연구원 연구보고서 20-04, 2020.
- 이태근·박세인·문향·김병목, 「2018년도 예비타당성조사 보고서 산업기술국제협력2025 사업」, 과학기술기획평가원, 2019.
- 신의기, 「국제환경 변화에 따른 안보법제 정비방안」, 한국형사정책연구원, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016.
- 과학기술정보통신부·한국과학기술기획평가원·정보통신기획평가원, 「과학기술&ICT 정책·기술 동향」, 제198호, 2021.
- 관계부처 합동, 「글로벌 기술패권下 우리기술 보호 전략(안)」, 2021.12.23.
- 관계부처 합동, 「제4차 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 종합계획」, 2021.12.22.
- 방위사업청, 「방위산업기술보호 업무 길라잡이」, 2017.12.21.

【국문초록】

현재 국가차원에서 국가안보를 목적으로 기술을 보호하고 있는 기술에는 국가핵심기술, 방위산업기술, 국가첨단전략기술 등 매우 다양하다. 그중 국가 차원의 보호가치가 높은 기술이자 국가 경제의 근간에 위협이 될 수 있는 기술인 국가핵심기술은 이와 같이 다양한 기술 중 핵심이 되는 기술이라 볼 수 있다. 이러한 국가핵심기술은 「산업기술보호법」에 근거하여 다양한 제도를 통해 보호되고 있고, 이는 향후 점차 늘어가는 예정이다. 그러나 국가핵심기술의 유출은 계속해서 진행되고 있고, 그 수법은 점차 다양해지고 있어 이에 대응하기 위한 국가, 민간단체, 기업 등의 노력이 요구되고 있다. 그러나 현재 「산업기술보호법」에서 규정하는 기술 보호 및 관리는 국가핵심기술 보유·관리 대상기관의 활발한 협조를 유도하지 못하고 있고, 기술 보호 및 관리과 효과적으로 이루어지고 있다고 보기 어려운 실정이다.

이에 본 논문에서는 「산업기술보호법」에 근거한 국가핵심기술의 보호 및 관리를 위한 다양한 의무 및 제도들이 실질적이고, 효과적으로 기술의 유출방지 및 보호를 달성하고, 이를 통해 궁극적으로 실효성 있는 국가안보로 나아가기 위한 보호 방향에 대해 제안하겠다. 먼저, 국가 차원의 보호가 필요하다고 판단되는 품목을 정하여 국가핵심기술과 함께 관리하여 나간다. 그리고 국가핵심기술 보유기관 등록제와 연계하여 국가핵심기술 보유기관으로 등록된 대상기관과 등록되지 않은 대상기관에 차이를 두어 국가핵심기술 보유기관 등록제를 활성화하여 국가핵심기술에 대한 국가의 관리 및 감독을 원활히 하게 한다. 마지막으로 「산업기술보호법」에 국가핵심기술 보유·관리 대상기관에 대한 지원규정을 마련하여 기술개발에 대한 지원과 국가핵심기술의 보호가 함께 이루어질 수 있게 한다. 이를 통하여 국가안보를 목적으로 「산업기술보호법」상 기술의 유출방지 및 보호를 위한 대응이 보다 효과적으로 이루어질 수 있으리라 판단된다.

【Abstract】

The Direction of Protection of National Security by
Securing the Effectiveness of National Core Technology
Regulations

Song, In Ok

Dankook University, IT Legal Studies in Graduate School

Among the various technologies that regulate the prevention and protection of technology leakage for national security purposes, National Core Technology is a technology with high protection value and can pose a threat to the foundation of the national economy. This is protected through various systems based on the "Act on Prevention of Divulgence and Protection of Industrial Technology", which is expected to increase gradually in the future. However, the leakage of National Core Technologies continues, and the methods are gradually diversifying, requiring efforts from the state, private organizations, and companies to respond to them. However, it is difficult to say that the current technology protection and management stipulated in the "Act on Prevention of Divulgence and Protection of Industrial Technology" does not induce active cooperation from institutions subject to the possession and management of National Core Technology, and is effective in technology protection and management.

In this paper, various obligations and systems for the protection and management of National Core Technology based on the "Act on Prevention of Divulgence and Protection of Industrial Technology" are

intended to substantially and effectively prevent leakage and protect technologies. And through this, I will propose a direction of protection to ultimately move toward effective national security. First, items that are judged to need the protection of the national vehicle are determined and managed together with the National Core Technology. In addition, by utilizing the registration system of institutions with National Core Technology, the government will encourage institutions subject to the ownership and management of National Core Technology to participate in the event. Finally, the "Act on Prevention of Divulgence and Protection of Industrial Technology" prepares support regulations for institutions subject to the possession and management of National Core Technology so that support and protection for technologies can be achieved together. Through this, it is judged that the response to the prevention and protection of technology leakage under the "Act on Prevention of Divulgence and Protection of Industrial Technology" for the purpose of national security can be made more effectively.

주제어(Keywords): 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률(Act on Prevention of Divulgence and Protection of Industrial Technology), 국가핵심기술(National Core Technology), 국가안보(National Security), 기술의 유출방지 및 보호(Prevention of Divulgence and Protection of Technology), 국가핵심기술 보유·관리 대상기관(Institution National Core Technology)

의약발명의 진보성

- 제1유형의 의약발명에 대한 성공예상가능성설의 적용 -

임 호*

▶ 목 차 ◀

- | | |
|---------------|-------------------|
| I. 서론 | III. 국가별 진보성판단 사례 |
| 1. 의약발명 | 1. 미국의 CAFC |
| 2. 유형과 동기부여 | 2. 일본의 지재고재 |
| II. 의약발명의 진보성 | 3. 대법원 |
| 1. 판단기준 | V. 결론 |
| 2. 판단방식 | |

I. 서 론

1. 의약발명

의약발명은 출원물질과 선행물질과 구조적 차이, 출원물질이 만들어지는 방식, 발명개념이 만들어지는 방식 등의 차이에 의하여 모두 4가지 유형으로 분류될 수 있고,¹⁾ 편의상 4가지의 유형으로 나뉘는데, 제1유형은 이중

* 홍익대학교 교수, 변호사.

1) 4가지 유형을 넘어서는 발명이 존재한다면 어떻게 진보성을 판단할까라는 물음에 대하여 중앙지법은 브리스톨-마이어스의 아픽사반특허에 대한 가치분판결에서 선택발명을 넘어서는 발명에 대하여는 일반 기계발명의 진보성기준(일본 지재고재의 용이상도성)을 적용을 받아 보다 완화된 진보성의 기준 즉 구성곤란성을 적용하여야 한다고 주장한다. 중앙지법은 선행발명이 수많은 화학식과 수많은 치환기를 마쿠쉬 타입으로

물질의 조합물이고, 제2유형은 동족(종)물질류 중에서 특정한 하위개념을 권리범위로 주장하는 것이며, 제3유형은 혼합라세미체로부터 특정 이성체만을 분리하여 추출한 물질을 말하며 제4유형의 의약용도발명은 특정한 치료 용도나 특정 투약방식 등을 한정된 발명을 말한다.²⁾ 따라서 의약발명은 물질발명(제1, 2, 3유형발명)과 의약용도발명(제4유형)을 포함하는데,³⁾ 본고에서는 출원된 청구항의 특징부에 기재된 물질의 화학구조를 권리범위로 주장하면 이를 의약물질발명으로 보고, 청구항의 특징부에 기재된 특정 용도를 권리범위로 주장하면 이를 의약용도발명으로 본다.⁴⁾ 이에 비하여 청구항의 전제부에 기재된 용도는 한정사로 볼 수 없기 때문에,⁵⁾ 비록 전제부에 특정한 치료용도가 기재되어 있다고 하더라도 이는 의약용도발명이 아닌 의약물질발명으로 본다.⁶⁾

나열하고, 그 중 일부의 실시예를 언급하면서 ‘바람직하게’ 혹은 ‘더 바람직하게’라는 개괄적인 선호도만 나열한 발명 속에서, 수많은 선택지를 조합하고 거듭된 시행착오를 거쳐 기술적 가치가 있는 최적의 조합을 찾아내어 선택발명에 이른 발명자의 노력이 간과되어서는 아니 되고, 이는 효과의 현저성과는 별개로 평가될 가치가 충분하다고 한다. 그런데 첫째, 상위개념의 화학식이 존재하지 않는 출원된 의약발명의 진보성이 문제된 사례는 미국의 CAFC와 일본의 최고재판소 및 지재고재 그리고 우리 대법원과 특허법원의 사례들 중에서 찾아볼 수 없어서 의약발명의 진보성에 관한 쟁송 실무상 문제가 된 경우는 없다. 그러나 만약 장래에 화학식으로 정의될 수 없는 의약발명이 현저한 효과가 있다고 주장된다면 이를 기능으로 특정할 수밖에 없을 것이다. 그렇다면 그 쟁점은 기능으로 의약물질의 청구항의 권리범위를 특정할 수 있는가에 달려있다. 둘째, 중앙지법이 든 구성의 곤란성은 의약발명의 개념정의에 관한 문제가 아니라 사전예상가능성 v. 효과의 현저성을 비교하는데 있어서 전자의 사전예상가능성을 이루는 요인의 하나이다.

- 2) 의약발명의 유형별 분류에 대하여는 임호, 의약발명의 진보성, 대법원의 선택발명을 중심으로, 저스티스, 통권 제189호(2022. 4), 132, 135면을 참조할 것.
- 3) 의약용도발명은 방법발명의 한 종류로 분류된다. 물건청구항과 방법청구항의 구별에 대하여는 임호, 특허실무론, 문우사(2014), 235면 이하 참조.
- 4) 2유형물질발명이나 아니면 제4유형의 용도발명이나를 구별하는 기준은 상대적이다. 일본 지재고재의 비염치료제(모멘타존 플로레이트)사건에서 출원물질은 청구제1항은 ‘모멘타존 플로레이트의 수성현탁액’을 권리범위로 기재하고 있는데, 제1선행기술은 위 물질만을 공개하고 있다. 요지인정에서 ‘수성현탁액’을 한정사로 중시하면 위 청구제1항은 제2유형물질발명으로 해석될 수 있다. 그러나 지재고재는 물질발명으로 보지 않고 제4유형의 용도발명으로 보았다. 平成28年3月30日, 平成27年(行ケ)第10054号 審決取消請求事件 참조.
- 5) 청구항의 전제부(서문)이 한정사로 작용하는지 여부에 대하여 임호, 특허실무론, 문우사(2014), 233, 341면 참조.

본고에서는 서술의 편의상 의약발명이라고 할 때에는 의약물질발명(위 제1, 2, 3유형)과 의약용도발명(제4유형)을 모두 포함하는 넓은 의미로 사용하고 만약 물질과 용도를 구별하여 설명할 필요가 있는 경우에는 각각 의약물질발명(제1, 제2, 제3유형)과 의약용도발명(제4유형)으로 구별하여 부른다. 주변한정주의에 기하여 다항제를 채용하고 있는 국가에서 출원인은 하나의 특허출원서에서 물질청구항과 용도청구항을 다수 조합하여 청구의 범위에 기재할 수 있는데,⁷⁾ 각 개별 청구항은 독립적으로 별개의 발명으로 취급되지만 각자의 청구항이 독립된 특허로서 작용하기 때문에 신규성과 진보성 그리고 공개요건 등과 같은 특허요건을 구비하였는지 여부를 판단함에 있어서는 각 청구항별로 판단하여야만 하고,⁸⁾ 하나의 출원서에서 위 4가지 유형의 발명을 모두 출원할 수 있다.⁹⁾

-
- 6) 요지인정과 청구항의 해석의 문제; 출원된 의약발명의 청구항이 물질발명과 용도발명 양자 모두로 해석될 수 있는 경우에는 특허청의 심사과정에서 요지인정(발명의 인정)을 함에 있어서는 합리적으로 가장 넓은 의미(the reasonably broadest meaning)로 해석하는 결과 의약물질발명으로 요지인정을 하여야 한다. 그러나 등록된 특허에 대하여 무효주장이 제기된 경우에 그 유효성이 추정되기 때문에 무효주장이 제기되어 진보성을 판단하는데 있어서 모두 각 청구항의 권리범위를 명세서가 통상기술자에게 객관적으로 이해되는 것으로 해석하여 침해혐의물과 비교한 뒤 침해의 성립여부를 판단한다. 요지인정에 대하여는 임호, 요지인정과 명세서의 참작, 저스티스(2021. 4), 통권183호를 참작할 것.
- 7) 청구항의 해석원칙에 의하면 하나의 특허가 가지는 여러 개의 청구항은 각각 독립한 것으로 해석되고 침해혐의물이 하나의 청구항의 권리범위라도 침해하게 되면 침해가 인정된다. 따라서 각 개별청구항은 독립한 하나의 특허권이다. 임호, 특허법, 법문사(2003), 545면 이하 참조.
- 8) 침해단계에서 무효가 주장된 등록특허의 청구항의 해석원칙은 명세서를 참작하여 에 의하면 하나의 특허가 가지는 여러 개의 청구항은 각각 독립한 것으로 해석되고 침해혐의물이 하나의 청구항의 권리범위라도 침해하게 되면 침해가 인정된다. 따라서 각 개별 청구항은 독립한 하나의 특허권이다. 임호, 특허법, 법문사(2003), 545면 이하 참조.
- 9) 제2유형물질발명이나 아니면 제4유형의 용도발명이나를 구별하는 기준은 상대적이다. 일본 지재고재의 비염치료제(모멘타존 플로레이트)사건에서 출원물질은 청구제1항은 ‘모멘타존 플로레이트의 수성현탁액’을 권리범위로 기재하고 있는데, 제1선행기술은 위 물질만을 공개하고 있다. 요지인정에서 ‘수성현탁액’을 한정사로 중시하면 위 청구제1항은 제2유형물질발명으로 해석될 수 있다. 그러나 지재고재는 물질발명으로 보지 않고 제4유형의 용도발명으로 보았다. 平成28年3月30日, 平成27年(行ケ)第10054号 審決取消請求事件 참조.

2. 유형과 동기부여

각 유형에 따라서 적용되는 동기의 부여사유와 저해사유,¹⁰⁾ 그리고 예상치 못한 효과성의 입증방법이 달라 질 수 있는데, 제1유형물질발명은 서로 다른 종류의 물질을 조합하여 치료효과를 발휘하는 발명으로서 기초물질(출발물질)에 추가로 첨가물을 첨부하거나 치환하는 방식으로 만들어지는 물질발명을 말한다. 따라서 추가되는 물질이 발휘하는 효과성이 동기를 부추기는 사유가 되기도 하지만 추가물질이 독성과 부작용을 발휘한다는 이유로 조합을 반대교시한다면 동기를 방해하는 저해사유가 된다. 가장 대표적인 제1유형물질발명이 대법원의 계면활성제(2018),¹¹⁾ 지재고재의 콜라겐(평성23년),¹²⁾ CAFC의 고혈압치료제인 Pfizer(CAFC, 2007)의 조합물질발명으로서, Pfizer(2007)에서는 아몰디핀+베실레이트를 조합한 물질로서 이는 선행물질(기초물질)인 아몰디핀+멜레이트의 조합물질을 기초로 그 구성요소인 멜레이트를 베실레이트로 변경하여 만든 물질인데, 위 변경된 물질의 진보성은 동기부여사유와 저해사유를 종합적으로 참작하여 판단되었다.

제2유형물질은 선행하는 동족(중)물질군에서 선택된 특정한 하위물질을 권리범위로 주장하는 물질발명이기 때문에 출원물질과 선행물질이 구조적으로 밀접하면 밀접할수록 동기를 부여하게 되지만 구조적으로 멀어지거나 질수록 저해사유가 된다. 우울증치료제인 대법원의 올란자핀(2014)사건에서 선택발명설(추정설)을 적용한 바 있고, CAFC도 동일한 올란자핀을 특허청구항의 권리범위로 주장한 Eli Lilly(CAFC, 2007)사건이 제2유형에 속한다. 최근의 대법원의 아픽사반(2021)사건에서도 출원물질인 락탐-아픽사반은 선행기술이 공개한 질소-헤테로비시클릭 화합물군에 속하는 하위물질

10) 末吉 剛, 容易想到性(進歩性)判斷における課題の意義, パテント 2016, Vol. 69, No. 2, 84면에서 말길은 저해사유를 현저한 효과와 함께 용이하다는 것을 평가하는데 있어서 장애사유로 본다. 이 저해사유가 중요한 사유라면 결국 진보성을 인정할 수 있다고 본다. 예컨대 주선행기술과 부선행기술이 공통의 과제를 가진 것이 아니라면 이는 저해사유가 되고 이로써 그 사유가 강력하다면 진보성을 인정할 수 있다.

11) 계면활성제; 대법원 2018. 12. 13. 선고 2016후1529 판결

12) 콜라겐; 지재고재 平成23年1月18日判決, 平成22年(行ケ)第10055号 審決取消請求事件

로서 제2유형물질에 속하고,¹³⁾ 지재고재의 피리미딘(평성30년)사건도 제2유형물질이다.¹⁴⁾ 제3유형물질발명은 라세미체 혼합물에서 특정한 이성체만을 분리한 뒤 추출한 순수한 이성체만을 권리범위로 주장하는 발명인데, 제3유형의 물질발명은 혼합물에서 분리된 이성체는 분리되기 이전에 비하여 그 효능과 독성이 동시에 배가된다는 점이 예상되는 발명이다. 이로써 혼합물을 분리하도록 동기부여를 하게 된다. 혈전치료제인 대법원의 클로피도그렐(2009),¹⁵⁾과 CAFC의 출원된 Sanofi(2008)는 모두 동일한 물질로서 선행라세미체 혼합물 중에서 우선성 이성체만을 분리하여 추출한 물질을 권리범위로 주장한다. 최근 일본최고재판소의 알레르기(2020)사건도 역시 제3유형의 물질에 관한 것이다. 제4유형의 용도발명은 출원 청구항에서 의약용도만을 권리범위로 한정하거나, 투약량이나 투약방식을 한정하여 권리범위로 주장하는 것을 말하는데,¹⁶⁾ 선행기술이 발휘하고 있는 효능과 약효로 인하여 의약기술자에게 여러 가지 용도에 적용하거나 투약량과 투약방식을 개조하여 최적치를 발견하도록 동기부여를 하게 된다. 전자는 대법원의 당뇨치료제 텔미사르탄(2014)이고,¹⁷⁾ 후자는 근육경련치료제에 CAFC의 Eurand(2012)이다.¹⁸⁾

이 중에서 제4유형발명은 의약용도발명으로서 나머지 제1,2,3의 의약물

13) 아픽사반; 특허법원 2019. 3. 29., 선고, 2018허2717 판결

14) 피리미딘; 지재고재 平成30年4月13日 審決取消請求事件 平成28年(行ケ)第10182号

15) 클로피도그렐; 대법원 2009. 10. 15. 선고 2008후736,743 판결

16) 강경태 신혜은, 용법 용량에 특징이 있는 발명의 명세서의 기재요건, 과학기술과 법 제11권 제1호(2020. 6), p.7.

17) 텔미사르탄; 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012후3664 판결; 출원된 청구제1항은 **‘2형 진성 당뇨병으로 진단된 사람 또는 당뇨병 전기(prediabete)로의 심되는 사람을 치료하거나, 당뇨병을 예방하거나, 또는 혈압이 정상인 환자에게서 대사증후군 및 인슐린 내성을 치료하기 위한(이하, ‘구성 1’이라 한다), 피옥시졸 중식 활성화 수용체 감마(PPAR γ) 조절 유전자의 전사를 유도하는(이하, ‘구성 2’라 한다), 안지오텐신 II 수용체 길항제인 텔미사르탄 또는 그의 염을 약제학적 유효량으로 포함하는 약제학적 조성물(이하 ‘구성 3’이라 한다).’** 특허법원과 대법원은 구성1과 구성3은 한정사로 작용한다고 보았지만 구성2는 한정사로 보지 않았다.

18) Eurand, Inc. v. Mylan Pharms., Inc. (In re Cyclobenzaprine Hydrochloride Extended-Release Capsule Patent Litig.), 676 F.3d 1063 (Fed. Cir. 2012).

질발명과 그 권리범위에서 질적으로 구별되지만 동기부여적 측면에서 보면 그 구별은 상대적이 된다. 즉 제4유형의 청구항은 용도 및 투약량 또는 투약방식을 한정사로 가지고 있지만 그 기초가 되는 출원물질은 선행물질과 전혀 동일한 물질이기 때문에, 양 물질이 동일하다는 점 자체가 의약기술자에게 선행물질을 시험하여 특정한 용도나 최적의 효과치를 발견하도록 동기부여를 하게 된다. 이는 제1, 2, 3 유형물질의 출원된 청구항의 권리범위로 주장되는 물질이 선행물질과 구조적으로 근접한 경우에 그 근접성(공통 유사 구조 및 공통 유사 효과성)이 의약기술자에게 선행물질을 개조하거나 변경하여 출원물질을 만들도록 하는 동기부여를 한다는 점과 동일하다. 따라서 의약물질발명과 의약용도발명의 구별은 절대적인 것은 아니다.¹⁹⁾

각 유형의 의약발명은 그 출원물질이 만들어진 구조와 방식 그리고 발휘된 효과성이 서로 다르기 때문에 법원이 진보성을 판단하는데 있어서 각 유형별로 중시하는 요인과 요소들이 달라질 수 있는데, 이러한 차이점은 첫째, 출원물질과 선행물질과의 구조적 차이점, 둘째, 선행기술이 출원발명을 가르치는 방식의 차이 그리고 셋째, 기존의 선행물질과 출원물질의 효과의 차이점을 입증하는 방식 넷째, 그 물질분야에서의 예측가능성의 정도 등에서 달라질 수 있다. 따라서 의약발명은 그 성질에 따른 유형별로 분석할 필요가 있고 이렇게 분석된 뒤에는 통일적인 기준과 방식에 의하여 진보성을 판단할 필요가 있다.

대법원은 선택발명과 비선택발명으로 구별한 제1유형(저해사유 부존재이 경우)과 제2유형 및 제3유형을 선택발명으로 분류한 뒤²⁰⁾ 선택발명설(Dillon의 추정설과 동일함)을 적용하고 있으며,²¹⁾ 제4유형의 의약용도발명은 비선택발명으로 구별한다.²²⁾ 그러나 최근에는 제2유형(아픽사반, 2021)

19) 박영규, 선택발명의 신규성 진보성을 판단하기 위한 선행기술의 인정범위, 지식재산연구 제14권 제4호(2019. 12), p.200 참조.

20) 선택발명의 신규성에 관하여는 임 호, 특허실무론, 문우사(2014), p.140 이하를 참조할 것.

21) 위 임호의 전제논문 의약발명의 진보성, 저스티스, 통권 제189호(2022. 4)를 참조할 것.

22) 선택발명에 대한 개념정의; 대법원 2002. 12. 26. 선고 2001후2375 및 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005후3338에 의하면 선택발명이란 선행기술이 상위개념으로 공개한 것에 포함되는 하위개념이 예상할 수 없는 현저한 효과가 있다고 주장하면서 출원한 발명

중에서 저해사유가 존재하는 경우에는 기계발명적 3요소설(가중참작방식)을 채용하는 등 여러 가지 기준과 방식을 적용하기 때문에 매우 혼란스럽다.

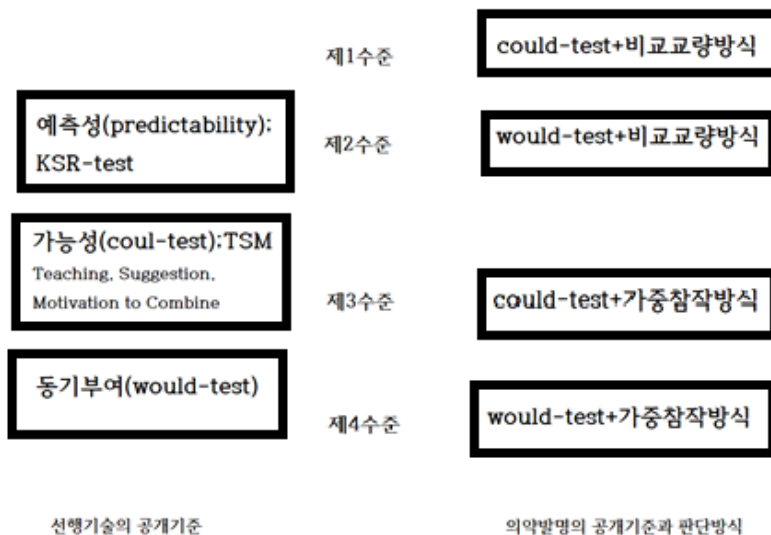
대법원의 선택발명설은 원래 일본학설과 지재고재 그리고 일본특허청의 심사지침이 채용하였던 선택발명설을 그대로 원용하고 있던 것인데, 일본의 지재고재는 아래에서 살펴보는 바와 같이 EU의 문산토 심결이 채용하고 있던 물질발명의 진보성판단기준과 방식을 그대로 추종한 것이었다.²³⁾ 그런데 위 EU의 문산토 심결이 적용한 의약발명에 대한 진보성판단기준과 방식은 미국의 CAFC의 판례법인 Dillon(1990)의 추정설을 도입한 것으로서 양국가의 기준은 모두 동기부여기준(would-test)+비교교량방식을 채용한 것이다. 따라서 일본의 선택발명설=EU의 선택발명설=CAFC의 Dillon의 추정설로 모두 동일한 기준과 방식을 채용하고 있었는데, 가장 원류가 되는 CAFC의 Dillon의 추정설은 1940년 경의 CCPA(CAFC의 전신)의 판례법으로부터 시작되어 2007년 경 CAFC에 의하여 성공예상가능성설로 수정 발전되기에 이른다.²⁴⁾ 일본의 지재고재도 최근에 선택발명설(추정설)에서 벗어나서 성공예상가능성설로 이전하고 있는데 비하여,²⁵⁾ 대법원은 여전히 선택발명설에 머무르고 있거나(저해사유가 존재하지 않는 경우), 아니면 기계발명적 3요소설(가중참작방식)으로 회귀하고 있다(저해사유가 존재하는 경우).²⁶⁾

본고는 지면이 한정된 관계로 모든 유형의 의약발명을 설명하지 못하

을 말한다. 그러나 선택발명이라는 개념은 신규성판단에서는 도움이 될지언정 진보성판단에 있어서는 불필요한 개념이다. 서울중앙지방법원 2018. 6. 27.자 2018카합 20119 결정 참조.

- 23) 아래에서 보는 바와 같이 일본 지재고재는 집속부재판결에서 EU의 문산토심결이 채용한 동기부여기준을 채택하게 된다(would-test). 그 이후 평성28년에 이르러서 비염치료제(모멘타존 플로에이드; 제4유형의 의약용도발명; 평성28년)사건에서 비교교량방식을 채용함으로써 점차적으로 동기부여기준+비교교량방식을 적용하게 된 것이다. 그 이후 평성28년에 이르러서 알레르기과 피리미딘판결에서 CAFC의 성공예상가능성설을 채용하게 되었다. 위 임호의 전제논문 의약발명의 진보성을 참조할 것.
- 24) 임호의 전제논문 의약발명의 진보성, 저스티스, 통권 제189호(2022. 4)를 참조할 것.
- 25) 일본의 지재고재의 성공예상가능성설의 추종에 대하여는 위 전제논문 149면 이하를 참조할 것.
- 26) 대법원은 아픽사반에서 저해사유(구성의 곤란성)이 존재하는 경우에 선택발명의 적용을 배척하고 나서 기계발명에 적용되는 3요소설을 채용한 바 있다. 위 임호의 전제논문 참조.

고 그 중에서 제1유형의 물질발명(이종물질의 조합발명)을 중심으로 미국 CAFC와 일본 최고재판소 및 지재고재 그리고 우리 대법원과 특허법원의 판결들을 통하여 어떤 사유가 진보성판단의 결정적 요인이 되었는지를 비교하여 살펴보기로 한다. 나머지 제2유형 제3유형 및 제4유형들에 대하여도 후속하는 별도의 논문으로 상세한 고찰을 한다.



도면1

Ⅱ. 의약발명의 진보성

1. 판단기준

가. 동기부여 기준(would-test) v. 가능성기준(could-test)

동기부여기준은 선행기술이 통상기술자에게 출원발명을 만들도록 하는 동기부여를 하였는지 여부를 기준으로 하기 때문에 선행기술이 출원된 기계발명을 가르치거나 시사를 함으로서 그에게 출원발명을 만들 수 있도록

지식을 부여한 것(could-test; 인식기준 또는 가능기준)만 가지고는 출원된 의약발명을 용이하게 만들 수는 없다. 선행기술이 출원된 의약발명을 용이하게 만들기 위해서는 선행기술이 보다 높은 수준의 공개를 통하여 통상기술자에게 성공에 대한 예상(기대)을 줌으로서 그로 하여금 출원발명을 만들도록 동기부여를 하였어야만 한다. 따라서 동기부여기준(would-test)은 선행기술이 오직 출원발명을 만들 수 있다는 가능성(could-test)만을 공개한데 불과하면 이를 가지고는 출원발명을 용이하게 도출할 수 없다고 본다.²⁷⁾ 이로써 동기부여기준(would-test)는 인식기준(could-test)에 비하여 진보성의 수준을 낮추게 된다.

나. 저해사유

동기부여기준(would-test)를 채용하고 있는 법원이 동기를 방해하는 저해사유의 존재를 인정하게 되면 이 저해사유를 가지고 진보성을 판단하는데 어떻게 참작하여야 하는지를 놓고서 성공예상가능성설과 추정설은 서로 달라진다. 성공예상가능성설은 저해사유가 인정되면 이는 성공예상가능성을 약화시키는 사유가 되고 성공예상가능성이 약화되면 이 약화로 인하여 비교되는 사후적 효과성이 우세할 가능성을 높게 된다. 따라서 성공예상가능성설은 출원인이 주장하는 모든 저해사유를 성공예상가능성의 강약을 결정하는데 참작함으로서 의약발명을 하는 과정에서 발생한 동기부여사유와 저해사유를 종합적으로 참작할 수 있게 된다.

이에 비하여 선택발명설(Dillon의 추정설과 동일함)은 법원이 저해사유의 존재를 인정하면 저해사유의 존재=비용이도출로 결정하거나, 법원이 저해사유의 존재를 부정하면 저해사유부존재=용이도출로 결정한다. 추정설은 오직 저해사유의 강약을 보는 것이 아니라 그 존부만을 보기 때문에 양자택일을 할 수 밖에 없고 이로 인하여 동기부여사유와 저해사유를 종합적으로 참작할 수 없게 된다. 그 결과 법원은 강한 저해사유의 인정=진보성, 약한 저해사유 불인정=용이성이라는 결론에 이르도록 강요될 수밖에 없었고 이를 회피

27) 동기부여기준에 대하여는 임호, 의약발명의 진보성, 동기부여를 기준으로, 지식재산권 (2022. 4) 계제예정 참조.

하기 위해서 법원은 약한 저해사유가 존재하면 이를 무시하였고, 강한 저해사유가 존재하면 막바로 진보성을 인정할 수밖에 없다는 논리적 단점이 있었다.

성공예상가능성설은 이러한 추정설이 가지는 단점을 극복하여 저해사유의 강약에도 불구하고 모든 저해사유를 진보성판단에 참작할 수 있게 되었다. 이로써 출원물질에 대한 충분한 동기부여가 있음에도 이를 저해할 아무런 저해사유가 없다고 인정하면 법원은 강한 성공예상가능성과 사후적 효과성을 비교교량한 뒤 오직 사후적 효과성이 강한 성공예상가능성을 극복할 수 있을 정도로 우세한 경우에만 진보성을 인정하면 된다. 그러나 저해사유의 존재로 인하여 성공예상가능성이 약화되면 법원은 약한 성공예상가능성과 사후적 효과성을 비교한 뒤 어느 쪽이 우세한지를 교량할 수 있기 때문에 사후적 효과성이 약한 성공예상가능성 보다 우세할 가능성이 많아지게 된다. 이로써 성공예상가능성설은 추정설(Dillon)의 결함을 극복하고 보다 온당하게 진보성을 판단함으로써 의약발명의 진보성의 수준을 적절한 수준에서 설정하게 된다. 그렇기 때문에 현재 미국의 CAFC와 일본의 지재고재는 모든 의약발명에 대하여 이 견해를 취하고 있고 특허법원도 이를 수용하고 있지만 대법원은 아래에서 보는 바와 같이 추정설(선택발명설)에 머물러 있거나, 기계발명으로 회귀하고 있다.

2. 판단방식

가. 가중참작 방식

1) 유럽과 일본

기계와 같은 일반적 발명의 진보성을 판단하는 방식은 종래부터 문제해결설을 기초로 하였는데,²⁸⁾ 이는 오래전부터 독일에서 기원하여,²⁹⁾ EU

28) 前田 眞, 裁判例にみる進歩性判断とあるべき判断手法, 현대지적재산법; 실무와과제, 2015, 354-55면 참조. 문제해결설(problem-solution-approach)은 유럽연합이 EPC를 채택하기 이전에 채용한 진보성판단방식이었는데 EPC를 채택한 이후에는 동기부여설(would test)로 변경되었다. 문제해결설과 동기부여설(would test)에 대하여는 임호, 특허실무론, 문우사(2014), 191면 참조;

(유럽연합)과 일본 및 우리나라가 채용하여 왔다.³⁰⁾ 문제해결설은 발명을 기술적 과제에 대한 해결책(solution)으로 보고, 기술적 과제란 출원발명이 해결하려고 하는 시도하는 문제점으로서 실무적으로는 최근점의 선행기술(the state of the art)이 가지는 기술적 결함을 말한다. 출원발명의 진보성이란 결국 출원발명이 최근점 선행기술이 가졌던 문제점을 해결하는 것이 쉬웠느냐 아니면 어려웠느냐를 보는 것으로서, 선행기술이 가르치는 대로 따라서 하기만 하면 통상기술자라면 누구라도 쉽게 출원발명을 만들 수 있었다면(could test) 출원발명은 용이한 것인데 비하여, 선행기술의 가르침만으로는 통상기술자가 쉽게 만들 수 없었다면 출원발명은 진보적인 것이 된다.³¹⁾ 문제해결설은 3요소설을 채용하고 있는데,³²⁾ 3요소설은 발명을 목적

29) 독일의 진보성판단은 기술적 효과가 진보적 단계(inventive step)를 채용한 것인지를 보는데, 먼저 가장 근접한 최고기술수준(the state of the art)을 찾아내어 이 기술이 가진 기술적 문제를 밝혀낸 후 출원된 발명의 해결책의 기술적 효과의 성질이 진보적 인지를 본다. 즉 출원발명의 해결책이 선행기술의 해결책에 비하여 진보적이나 용이 하나를 본다. 이에 비하여 미국의 진보성은 구조중심으로 판단하는데 선행기술과 출원발명의 구조적 차이점을 선행기술이 가르치거나, 시사하거나, 조합하도록 동기 부여를 하였는지를 본다. 미국과 독일 그리고 유럽연합의 진보성이론과 그 발전에 대하여는 임호, 특허실무론, 문우사(2014), 177면 이하 참조.

30) 독일과 유럽연합의 효과중심적 판단은 진보성은 출원발명이 가져오는 효과가 변화된 것이냐를 보는데 이는 선행기술과 출원발명을 비교하여 출원발명이 효과의 변화를 목적으로 하여 구조를 변경하거나(기계 전기 및 전자 분야), 구성성분(화학물질 발명)을 변경한 것이냐를 본다. 따라서 선행기술과 출원발명의 구성의 차이점에 유의하는 것이 아니라, 선행기술의 해결책과 출원발명의 해결책의 차이점에 유의한다. 저자 주.

31) Timo Minssen, MEANWHILE ON THE OTHER SIDE OF THE POND: WHY BIOPHARMACEUTICAL INVENTIONS THAT WERE “OBVIOUS TO TRY” STILL MIGHT BE NON - OBVIOUS—PART I, 9 Chi. - Kent J. Intell. Prop. 60, 70.

32) 3요소설은 EU에서 기계발명과 같은 일반적 발명에 대한 진보성판단방식으로서 목적 구성 효과의 3요소로 나누어서 각 개별적 요소의 용이상도성을 판단한 뒤 이를 가중적으로 참작하여 진보성을 결정하는 방식으로 의약발명의 진보성판단방식인 비교 교량설과 대조된다. 종래 EU에서는 의약발명에 대하여도 진보성의 판단기준으로서 인식설(could-test)와 판단방식으로서 비교교량방식을 채용하고 있었는데, 이 기계발명적 인식설(could-test)의 기준을 의약발명이나 유전공학발명에 그대로 적용하면 진보성의 문턱을 너무 높게 되는 결과를 가져와서 너무 어려운 기준이라는 비판을 받게 되었고 이를 동기부여기준(동기부여설(could-test))로 바꾸게 되었지만 비교교량방식은 의약발명의 특허성의 본질적 요건으로서 그대로 적용되게 된다. EU의 의약발명의 진보성의 기준과 방식에 대하여는 Timo Minssen, MEANWHILE ON THE OTHER SIDE OF THE POND: WHY BIOPHARMACEUTICAL INVENTIONS

구성 효과의 3요소로 나눈 뒤 각 개별적 요소의 용이상도성을 결정한 뒤 그 중에서 2가지 이상의 요소를 가중적으로 참작하여 진보성을 결정한다. 이 3요소설을 기계발명의 진보성을 판단하는데 있어서 EU 일본 그리고 우리나라에 적용되어 왔기 때문에 진보성판단의 기준과 판단방식을 결합하면 could-test+가중참작방식이 되고 이로써 도면1의 제3수준이 진보성의 결정수준이 된다(도면1 참조).

그러나 가능성기준(could test; 인식기준이라고도 한다)은³³⁾ 선행기술이 이론상으로 공개한 것으로 인하여 통상기술자가 출원물질을 만들 수 있도록 가능성을 주었다면 이는 용이상도한 것이라고 보기 때문에 진보성의 수준이 너무 높다는 비판을 받게 되었다. 즉 선행기술이 출원발명을 만들 수 있는 이론적인 가능성을 공개하고 있는 한 특허청은 출원발명이 진보성이 없다고 거절할 수 있게 되어 실무상은 엄격한 기준이 될 수 있다. 더구나 이 could test는 심사관의 주관적인 판단이 개재되고 또한 출원명세서가 공개한 내용 자체가 선행기술이 되어서 심사관을 가르치게 되면 사후고려(hindsight bias)로 인하여 거의 모든 출원발명이 진보성을 부정당하게 되는 등 너무 엄격한 기준이라는 비판이 제기되었고, 그 대안으로 동기부여기준(would-test; 의도설이라고도 한다)³⁴⁾

would-test(의도설)는 가 출원발명이 용이하다고 하기 위해서는 된 용이하다고 하기 위해서는 선행기술이 동기부여를 할 정도로 구체적으로 공개하고 있기 때문에 통상기술자가 출원물질을 만들도록 의도하였어야만 용이하다고 할 수 있다고 보는 것이다. 즉 선행기술이 공개한 내용이 통상기술자를 자극하여 그로 하여금 문제해결에 성공할 수 있다는 기대나 예상을 줄 수 있어야만 선행기술로 자격이 있는 것이다. 따라서 선행기술의 공개내용이 통상의 지식인에게 변경이나 조합을 가르치거나 시사한 것만 가지고는 부족하기 때문에 결국 진보성의 수준은 높아진다.³⁵⁾

THAT WERE “OBVIOUS TO TRY” STILL MIGHT BE NON-OBVIOUSPART I, 9 Chi.-Kent J. Intell. Prop. 60를 참조할 것.

33) 가능성기준을 인식기준이라고 보는 이유는 선행기술이 통상기술자를 가르침으로 인하여 그가 문제해결방법을 인식할 수 있었다면 출원발명은 용이상도하다고 보기 때문이다.

34) 임호, 특허실무론, 문우사(2014), 190-93면 참고.

특히 위 could test를 화학물질이나 유전공학 분야에 적용하면 너무 엄격한 기준이 되어버렸는데, 왜냐하면 거의 모든 화학물질과 유전공학물질은 선행기술이 이미 만들 수 있는 이론상의 가능성을 공개하고 있었기 때문에 could test를 통과할 수 있는 출원물질은 거의 없었다. 그러나 화학물질이나 유전공학물질은 그 효과가 예측불가능한 것으로서 구조적 변형이 매우 적더라도 그 효과는 전혀 예상하지 못할 정도로 현저할 수 있고 바로 이러한 예상하지 못한 효과성에 발명성을 부여하는 것이다. 따라서 화학물질이나 유전공학물질 분야의 진보성판단의 기준을 일반 발명의 기준과 달리 설정할 필요가 있게 되었다.³⁶⁾

더구나 기계발명의 진보성판단방식인 가중참작방식은 3요소 즉 목적 구성 효과의 각 요소들을 개별적으로 구별하여 선행기술과 차이점의 도출이 용이하나를 결정한 뒤 이들을 종합하여 궁극적으로 진보성을 결정한다. 이렇게 3요소를 종합하여 판단하면 구성의 곤란성(저해사유의 존재)와 개선된 효과(예상치 못한 효과를 요구하지 않음)를 가중하여 진보성을 인정할 수 있도록 허용하게 된다.³⁷⁾ 그러나 이 가중참작방식을 의약발명에 적용하게 되면 이는 의약특허의 본질에 반하는 중대한 결함이 발생하는데,³⁸⁾ 출원된 의약물질이 발휘하는 효과가 이미 선행물질이 원래부터 가지고 있는 효과에 불과하여 아무런 특허성이 없는 물질에 특허를 부여하는 셈이 된다. 이로써 선행물질과 실질적으로 동일한 물질도 특허를 받게 되어 새로운 독점권을 얻게 됨으로서 선행물질이 이미 특허를 받아서 그 기간 중에 있는 물질이라면 이중특허를 부여하게 됨으로서 실질적으로는 동일한 발명에 대하여 특허기간을 부당하게 연장하게 되고,³⁹⁾ 선행물질이 특허를 받은 후 그

35) Jurgen Kroher, in: Singer/Stauder, The European Patent Convention: A Commentary, Article 56, 60(Sweet & Maxwell/Heymanns, 3rd ed. 2003).

36) 미국에서는 과거의 CCPA와 현재 CAFC를 거쳐서 판례법을 통하여 물질발명과 유전공학발명의 특수성을 참작하여 진보성의 기준이 만들어지게 된다. 본고는 이러한 역사적 과정을 구체적 판례법을 통하여 보여주고 있다.

37) 아픽사반 대법원; 구성의 곤란성과 증진된 효과를 가중참작하여 진보성을 인정한 바 있다. 대법원 2021. 4. 8. 선고 2019후10609 판결 [등록무효(특)]

38) 대법원의 아픽사반판결의 비판은 임호, 의약발명의 진보성, 선택발명을 중심으로, 저스티스(2022. 4) 게재예정을 참조할 것.

기간이 경과한 것이라면 재차 동일한 물질에 대하여 특허를 부여하게 됨으로서 의약특허의 상륙수화가 이루어지고,⁴⁰⁾ 선행물질이 공지인 물질이라면 그 공지물질에 대하여 특허를 부여함으로써 인하여 기술의 자유실시를 저해하는 결과가 된다.⁴¹⁾ 그 결과 진보성을 통하여 의약의 기술혁신을 이루려는 특허법의 목적에 위반된다.⁴²⁾

2) 미국

미국에서 진보성을 용이한 발명을 구별하여 특허에서 배제하기 위한 수단으로 발전되어 오다가,⁴³⁾ 1952년 제정된 미특허법 제103조에 명문화화하였는데, 위 103조는 특허대상과 선행기술의 차이점이 그 특허대상을 전체적으로 볼 때 발명이 만들어진 시점에서 관련산업에 종사하는 통상의 기술자가 보기에 용이한 것이라면 발급될 수 없다고 규정하였다.⁴⁴⁾ 그 후

39) 이중특허금지원칙에 대하여 Douglas L. Rogers, Double Patenting: Follow-On Pharmaceutical Patents that Suppress Competition (Ohio State Univ. Moritz Coll. of Law Pub. Law & Legal Theory Working Paper Series, Paper No. 324, 2016), <https://ssrn.com/abstract=2709067>.

40) 의약특허의 상륙수화에 대하여 Mark A. Lemley, Expecting the Unexpected, 92 Notre Dame L. Rev. 1369, 1380 (2017); 이와 함께 제약특허권자들이 새롭게 등록된 의약특허를 약리효과가 극적으로 개선된 것에 대하여 사용하지 않고, 환자에 대하여 본질적으로 동일한 효과를 가진 약품을 만드는데 사용한다는 점도 제기된다.

41) 엔테카비르 B형간염치료제-대법원; 확인대상발명(침해혐의물)은 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람이 그 판시 비교대상발명들(선행기술)과 주지 관용기술로부터 용이하게 실시할 수 있는 자유실시기술에 해당하므로, 명칭을 ‘저용량의 엔테카비르 제제 및 그의 용도’로 하는 이 사건 특허발명(특허등록번호 생략)의 청구범위 제1항(이하 ‘이 사건 제1항 발명’이라 한다)과 대비할 필요 없이 그 권리범위에 속하지 아니한다고 판단하였다. 대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 전원합의체판결 [권리범위확인(특)]- 대법원의 취지는 가사 침해혐의물이 특허발명의 권리범위에 든다고 하더라도 특허발명이 선행기술에 비추어 용이한 무효의 특허이기 때문에 침해가 성립하지 않는다는 의미이기 때문에 결국 특허발명이 용이하여 진보성이 없다고 보는 것이다. 즉 특허발명은 자유실시기술이기 때문에 만약 이러한 자유실시기술에 대하여 특허라는 독점권을 부여하면 이는 특허법의 본지에 반하는 것이 된다.

42) 진보성의 요건이 특허법의 목적달성에 필요한 요건이라는 점에 대하여 임호, 특허실무론, 문우사(2014), 173면 이하 참조.

43) Graham v. John Deere Co. of Kansas City, 383 U.S. 1, 11 (1966).

44) 35 U.S.C. § 103; A patent may not be obtained ... if the differences between the subject matter sought to be patented and the prior art are such that the subject matter as a whole would have been obvious at the time the invention was made

Graham(1966) 사건에서 미연방대법원이 4단계의 기준을 정하였는데 첫째, 선행기술의 범위와 내용이 결정되어야 하고, 둘째, 선행기술과 청구항(Claim)과 차이점이 확정되어야 하며, 셋째, 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상기술자의 지식수준이 결정되고,⁴⁵⁾ 넷째, 위 차이점이 통상기술자에게 용이하나를 판단한다.⁴⁶⁾ 이에 더하여 법원은 상업적 성공, 오랜 숙원적 과제의 해결, 타인의 실패 등 2차적 고려대상 Secondary Considerations을 가지고 진보성을 판단하는 객관적 지표로 삼을 수 있다.⁴⁷⁾ 이후 CCPA와 CAFC는 위 넷째의 용이성의 판단에 TSM 기준을 적용하여 왔는데,⁴⁸⁾ TSM 기준이라는 것은 회상적 판단hindsight을 피하기 위해서 선행기술의 공개범위를 엄격하게 제한하는 것인데, 이로써 선행기술이 통상기술자에게 위 넷째의 차이점을 가르치거나 제안하거나 조합하도록 동기부여를 한 경우에만 출원발명은 용이하다고 보는 것이다. 따라서 TSM기준은 could-test를 기초로 하고 있었지만, 그 후 미연방대법원의 KSR(2007)판결은 TSM기준을 넘어서서 통상기술자의 상상력도 용이성의 범위에 포함하게 됨으로써,⁴⁹⁾ KSR기준은 could-test를 넘어서는 예측성(predictability test)을 기준

to a person having ordinary skill in the art to which said subject matter pertains.

45) *Id.*, Graham v. John Deere, Loctite Corp. v. Ultraseal Ltd., 781 F.2d 861, 873(1985), *Id.*, Hotchkiss v. Greenwood. 선행기술은 특허대상이 속하는 기술분야가 무엇인가를 결정하고 이어서 이 분야의 선행기술이 어떠한 것인지를 정한다. 진보성을 판단하는 자료로 사용되는 선행기술은 신규성을 판단하는 자료인 현행기술(The state of the art), 즉 공지·공언히 실시된 발명이나 반포된 간행물에 게재된 발명 및 출원공개된 선�특허출원서의 명세서에 기재된 발명을 포함하지만 아직 출원공개되지 않은 선�특허출원서의 명세서에 기재된 발명은 포함되지 않는다고 본다. Supra. §5 [1] 신규성의 의의 참조.

46) KSR Int'l v. Teleflex Inc., 550 U.S. 398, 399 (Graham을 인용함, 383 U.S. at 17); Eisai Co. v. Dr. Reddy's Labs., Ltd., 533 F.3d 1353, 1356 (Fed. Cir. 2008).

47) Graham, 383 U.S. at 17.

48) CAFC의 관할에 대하여는 28 U.S.C. § 1295(a) (2006) 참조. 그 이외의 연방항소법원은 오직 특허법에 관한 쟁점이 반소청구 되었을 경우에만 사물관할이 존재한다. Holmes Group, Inc. v. Vornado Air Circulation Sys., Inc., 535 U.S. 826, 829 (2002).

49) KSR, 550 U.S. Rebecca S. Eisenberg, The Supreme Court and the Federal Circuit: Visitation and Custody of Patent Law, 106 Mich. L. Rev. First Impressions 28, 32 (2007)(KSR 이전의 CAFC는 일반상식“common sense”이라는 용어를 회상적 고려의 위장 “camouflage for ‘hindsight bias’”으로 보았었다).

으로 하게 되었다(도면1참조)⁵⁰⁾

나. 비교교량방식

1) 미국의 Haas(1944)-Papesch(1963) Doctrine

미국은 1940년대부터 물질의 특허성이 논의되었는데, 최초의 Haas(CCPA, 1944)를 시작으로 CCPA(CAFC의 전신)가 의약물질발명에 고유한 진보성에 관한 판례를 남겨왔는데, 이 판례들은 위에서 본 기계발명에 대한 Graham-TSM-KSR과는 궤도를 달리하고 있었다.⁵¹⁾ 먼저 CCPA는 의약발명의 진보성판단방식으로 비교교량방식을 채용하였는데, 우선 Hass-Henze (1950)를 통하여⁵²⁾ 출원물질이 선행물질과 구조적으로 유사하면 출원물질은 특허성이 없다는 것이 법률상 추정되고, 이 추정을 번복하기 위해서는 출원인이 출원물질이 발휘한 예상치 못한 효과를 입증하여야 하고, 법원은 오직 추정력을 번복할 수 있을 정도의 현저한 효과를 인정한 경우에만 진보성을 취득할 수 있었다.⁵³⁾ 이후 Papesch(1963)에서는 법률상의 추정이 사실상 추정으로 완화되지만, CCPA는 출원인이 사실상의 추정을 극복할 수 있는 자료로서 출원물질과 근접의 선행물질의 효과성을 비교한 시험자료를 제출할 것을 요구하였고 위 시험자료가 용이성의 추정을 번복할 수 있을 정도로 현저한 효과를 입증할 것을 요구하였다. Papesch에서 염증치료제로 주장된 출원물질은 3알킬피라졸로-디온스라는 물질인데 이는 선행물질의 3-

50) 그 이외에 위 Michael Abramowicz at 379-80에서는 둘째, CAFC도 일반상식을 가지고 용이성을 판단하는데 이미 사용하여 왔으며, 셋째, KSR 이전에 TSM 테스트가 용이성을 판단하는데 있어서 그 역할이 그다지 크지 않았었기 때문에 KSR의 효과가 그다지 크지 않을 것이라는 지적도 있다.

51) In re Albrecht, 514 F.2d 1389, 1396 (CCPA 1975)

52) 이 Hass-Henze Doctrine원칙은 In re Hass et al., 31 CCPA 895, 903, 908, 141 F.2d 122, 127, 130, 60 USPQ 544, 548, 552 및 In re Henze, 37 CCPA 1009, 181 F.2d 196, 85 USPQ 261에 의하여 확립된 원칙이다. 그러나 Papesch는 Hass-Henze가 미특허법제103조가 만들어지기 이전의 판례들이고, 그 판결에서 정의하는 동족물질의 개념이 Papesch와 다르고, Hass-Henze가 방론(dicta)에 기초하여 만들어진 원칙에 불과하고, Hass-Henze 모두 특허청의 거절을 확인하는데 그쳤기 그대로 따를 수 없다고 비판한다. In re Papesch, 315 F.2d 381, 386, n.3 (CCPA 1963) 참조.

53) In re Papesch, 315 F.2d 381, 385 (CCPA 1963).

메틸을 3-에틸로 치환하여 만든 것으로서 출원물질은 매우 용이하였지만 선행물질은 아무런 특성을 공개하지 못하고 있었는데 비하여 출원발명은 전혀 알려지지 않았던 염증치료효과가 발휘되는 것을 입증하였다. 미특허청이나 미특허심판원이나 모두 출원물질은 용이하다는 이유로 특허를 거절한 데 대하여, CCPA는 물질은 그 구조와 성질을 모두 포함하고 있는 것으로서 그 전체적으로 하나로 보아야 하고 구조가 유사하더라도 성질이 다르면 별개의 물질로 보아야 한다고 선언하였다. 이로써 구조적 유사성 v. 효과의 예측불가능성을 비교교량하는 방식이 확립되었고, 이 방식을 적용한 결과 출원물질이 발휘하는 염증치료효과는 선행물질이 예상치 못한 효과이기 때문에 진보성이 있다고 보았다.(Papesch doctrine) 그 후 Dillon(1990)-Pfizer(2007)에서 CAFC는 Papesch를 더욱 발전시켜 저해사유의 존재를 동기부여사유와 함께 종합적으로 고려하여 출원물질의 성공예상가능성의 강약을 결정한 뒤 성공예상가능성(강약) v. 효과성을 비교교량하여 우세한 쪽으로 진보성을 결정하기에 이르렀고 더 나아가 비교대상을 2차고려(the secondary considerations)로 확장하고 효과성을 2차고려의 한 요소로 파악함으로써 결국 성공예상가능성(강약) v. 2차고려의 비교교량방식이 확립되었다. (동기부여기준+비교교량방식)

2) EU의 EPO의 몬산토(Monsanto) 심결

EU의 특허심판원(EPO)은 1989년 우유증산방법에 대한 몬산토(Monsanto) 심결에서 would-test+비교교량방식을 채용하는데 이는 종래에 적용되었던 could-test를 배척한 것이다.⁵⁴⁾ 위 몬산토에서 출원된 청구항은 우유증산을 위해서 젖소에 성장호르몬을 처치하는 방법으로서, 특허청이 거절한 청구제 1항은 화학적 합성 또는 다른 젖소의 단백질에서 추출된 천연 성장호르몬을 젖소에게 투약하는 것으로서 N-종말 메티오닐기를 가진 호르몬을 권리범위로 주장하는 물질청구항이다.⁵⁵⁾ 제1선행기술은 1981년의 유전공학에 대한

54) 몬산토 심결-ECLI:EP:BA:1989:T024988.19890214; Jurgen Kroher, in: Singer/Stauder, The European Patent Convention: A Commentary, Article 56, 60(Sweet & Maxwell/Heymanns, 3rd ed. 2003).

55) 유럽특허심판위원회 EPO Technical Board of Appeal의 1989년의 “Monsanto/

저서로서 인슐린과 성장호르몬 그리고 재조합 유전자기술을 공개하고 있었다. 제2선행기술은 코넬대학의 영양학컨퍼런스인데, 청구제1항과는 구조적으로 다른 생쥐의 뇌하수체에서 분리한 성장호르몬의 작용효과에 대하여 공개하고 있었지만 우유의 증산에 관한 공개는 없었다. 제3선행기술은 네이처 잡지로서 유전공학의 이론적인 논문을 게재하고 있었다. 이에 특허청은 제2선행기술이 재조합 성장호르몬을 사용하면 우유증산을 할 수 있다고 통상기술자에게 강력하게 하나의 유일한 외길(one way street)을 제시하였고, 제1선행기술과 제3선행기술이 가르치는 일반적 유전공학적 방법을 사용하면 출원발명을 얼마든지 만들 수 있어서 결국 출원발명은 용이하다고 보았다.⁵⁶⁾

EPO의 특허심판원도 동기부여기준(would-test)+비교교량방식(Haas-Papesch Doctrine)을 채용하여,⁵⁷⁾ 출원발명이 발휘한 효과가 통상기술자에

MilkProduction”의 심결의 원문을 보면, 우유를 증산시키는 방법으로서 젖소에 게다 음과 같이 증산에 효과적인 양의 호르몬을 투약하는데, 위 호르몬은 성장호르몬의 염기서열로 이루어진 아미노산을 가진 폴리펩타이드로서 N-종말 메티오닐 그룹을 가지고 있으며, 위 호르몬은 위 폴리펩타이드의 염기서열을 가지고, 위 염기서열은 화학적 합성이나 다른 젖소의 뉴클레오타이드로부터 분리 추출되어 복제된 것이다. 위

Monsanto의 원문은 다음과 같다. "A method for increasing milk production by a cow which comprises administering to said cow, in an amount effective for increasing said production, a hormone which is a polypeptide having the amino acid sequence of pituitary bovine growth hormone with the addition of an N-terminal methionyl group, said hormone having been prepared by expression of a nucleotide sequence coding for said polypeptide, said sequence having been chemically synthesized or isolated from other bovine nucleotide sequences and then replicated."

- 56) 그러자 출원인은 제2선행기술이 공개한 호르몬은 생쥐의 천연 성장호르몬이고 그 작용효과도 출원발명이 주장하는 우유증산이 아닌 성장인데 비하여 출원발명은 인공적으로 재조합한 호르몬을 가지고 젖소의 우유증산에 적용하도록 하는 것이기 때문에 선행기술만 가지고는 통상기술자에게 충분한 실시능력부여(enable)를 하지 않기 때문에 그는 출원된 청구항에 기재된 방법을 사용하려고 의도를 하지 않았을(would not) 것이기 때문에 용이하지 않다고 주장하였다. one way street-test; Guidelines for Examination in the European Patent Office (April 2009), part C, Chapter IV, 11.9.2 - 11.9.3, referring to T231/97 "Emissionsarme Dispersionsfarben/CLARIANT" (21 March 2000) and T 192/82, OJ 9/1984, 415 (22 March 1984). For further case law references see Visser, supra note 33, at para 7.4 ("one-way street"는 통상기술자가 오직 하나의 최근접의 선행기술을 선택하여 이를 개조나 변경할 수 밖에 없는 경우를 뒤 말하고 이렇게 다른 대안을 선택할 수 없는 외길 수순이라면 진보성(inventive step)이 결여된다).

- 57) would-test; 몬산토심결에서 다음과 같은 선행심결을 인용하였다. decision T 02/83,

게 예상된 범위를 넘은 것이어야만 하는데, 최근접 선행기술(제2선행기술)이 통상기술자에게 우유증산을 위해서 유전자 재조합기술을 사용하라고 분명하게 제안하고 있어서(clear suggestion) 충분한 동기부여를 한다. 이로써 통상기술자로서는 출원발명을 만들게 되면 효능이 증진된 재조합 단백질이 만들어질 것이 예상하고 있는데 비하여 출원발명이 실제로 발휘한 효과는 이미 예상된 것에 불과하여 결국 출원발명은 진보성이 없다고 보았다.⁵⁸⁾ 따라서 EU도 미국의 CAFC의 Haas(1944)-Papesch(1963)-Dillon(1990)으로 이어지는 판례법과 동일한 진보성판단방식을 채용하고 있다.

3) 일본의 지재고재

일본에서는 진보성의 판단기준을 could-test로 삼고 있었는데 2000년대에 이르자 산업계에서 이 기준이 너무 높기 때문에 특허등록이 어렵다는 비판을 하게 되었고, 일본의 지재고재가 이 요구를 수용하여 2009년 접속부재판결에서 would-test를 채용하게 되었다. 접속부재판결은 EU의 몬산토심결을 추종하여 could-test를 배척하고 would-test를 채용하였는데, 이로써 물질과 관련된 발명의 특허성을 보다 넓게 허용하게 되었고,⁵⁹⁾ 그 이후에 이를 더욱 발전시켜서 최근 비염치료제(평성27)-알레르기(평성29)-피리미딘판결(평성30)에 이르러서는 저해사유의 존재를 인정한 뒤 Pfizer(2007)-Takeda(2007)의 성공예상가능성설을 채용하게 된다.⁶⁰⁾ 일본 특허청의 특허

OJ EPO 6/1984, 265, especially item 7 on page 270; inventive step is whether a person skilled in the art would have considered the claimed method in the expectation of some improvement or advantage in respect of the closest prior art represented by (b) and (d).

58) 위 EPO Technical Board of Appeal의 1989년의 “Monsanto/MilkProduction”의 심결에서 청구제1항은 우유증산을 하는 방법으로서, N-terminal methionyl group의 물질을 추가한 성장호르몬을 주입하는 것이다. 이에 대하여 유럽특허청은 진보성이 없다는 이유로 거절하였다.

59) 회로접속용접착제 사건인 知財高判平21·1·28 平成20年(行)10096; 저자 주.

60) Takeda Chemical Industries, Ltd. v. Alphapharm Pty., Ltd., 492 F.3d 1350, 1357 (Fed. Cir. 2007); 의약기술자들이 새로운 치료효과를 가진 물질을 발견하기 위해서는 이미 그 효능이 있다고 알려진 선행물질과 동종물질(homolog), 동족물질(analog), 이성체(isomer)등을 가지고 시험을 한 뒤 이 중에서 가장 효능이 우수한 것을 찾는다. 따라서 이를 가지고 용이하다고 한다면 거의 모든 물질은 용이한 것이 되어 버리기 때문이다.

실용신안심사기준도 동기부여기준에 기초한 Pfizer(2007)-Takeda(2007)의 성공예상가능성설을 채용하여 진보성에 대한 심사기준을 두고 있다.⁶¹⁾

Dillon(1990)=추정설=선택발명설 -용이도출성 v. 효과현저성: 비교교량- -비용이도출성 v. 효과현저성: 비교교량- (저해사유부존재=용이도출성) v. (저해사유존재=비용이도출성)	Pfizer(2007)=성공예상(기대)가능성설 -성공예상가능성(강약) v. 효과현저성: 비교교량- 동기부여사유-저해사유=성공예상가능성의 강도
--	---

도면 2

Ⅲ. 국가별 진보성 판단사례

1. 미국의 CAFC

현재 미국의 CAFC는 성공예상(기대)가능성설(도면2의 오른쪽 참조)에 기초하여 제1유형물질발명의 진보성을 판단한다. 미국은 증거법적으로 특허청과 무효주장자에게 진보성의 궁극적 증명책임(객관적 입증책임)을 부담시키고 있지만 출원인과 특허권자에게도 입증필요(주관적 입증책임)를 배분한다. 더구나 미국은 배심제도를 채택하고 있기 때문에 판사가 사건을 배심에 보내서 증거조사를 하기 이전에 양당사자의 주장이 그 자체로 이유가 없거나, 선입증을 부담하는 원고의 최소한도의 입증(prima facie evidence)이 마쳐지지 못하면 판사가 직권판결(summary judgement)을 할 수도 있다. 특허거절에 대한 소송이나 등록특허가 무효라고 주장되는 사건에서 특허청이나 무효주장자는 먼저 출원발명이 용이하다는 최소한도의 입증필요를 부담하는데, 이를 일응의 용이성의 입증(prima facie evidence)이라고 하고, CAFC는 Pfizer(2007)에서 의약발명의 진보성판단에서 원고가 선입증하는데 필요한 최소한도의 증명력의 기준을⁶²⁾ 합리적 성공에 대한 예상가능

61) 일본특허실용신안심사기준(改訂審査基準)第Ⅲ部 第2章 第2節

성(the reasonable expectation of success)으로 설정하였다.⁶³⁾ 따라서 만약 특허청이나 무효주장자가 위 최소한도의 입증 기준인 합리적 성공예상가능성을 입증하지도 못하면 법원은 직권판결(summary judgment)로 원고의 청구를 기각하게 되지만 이들이 그 기준 이상의 입증을 마친 경우에는 직권판결을 하지 않고 소송을 진행하게 된다.⁶⁴⁾ 그러면 이제는 상대방인 출원인이나 특허권자가 반박증거를 제출할 필요가 이전되어 이들이 그 입증필요를 부담하게 되고,⁶⁵⁾ 그 반박증거로서는 저해사유와 출원발명이 발휘한 것으

62) Pfizer, Inc. v. Apotex, Inc., 480 F.3d 1348 (Fed. Cir. 2007).

63) 사현웅, 우리나라 진보성 판단 시 성공에 대한 합리적 기대 기준의 도입 필요성에 대한 연구, 특허법원 2016. 1. 21 선고 2014허4913 판결을 중심으로, 산업재산권, 54, 41-97에 의하면 위 논자는 합리적 성공예상가능성기준을 우리나라에 도입할 필요가 없다고 주장한다. 그러나 위 논자는 CAFC가 Pfizer(2007)에서 확립한 성공에 대한 합리적 기대기준과 CAFC가 Pfizer(2007)이전부터 판례법으로 정립하여 온 성공예상가능성기준을 혼동하고 있다.

64) 합리적 성공예상가능성의 기준은 성공예상가능성설과는 전혀 무관한 개념이다. 즉 합리적 성공예상가능성의 기준은 선입증의 필요를 부담하는 자 즉 특허청(무효주장자)가 선입증필요를 이행할 수 있는 정도의 증명력을 가진 증거를 제출하는데 성공하였느냐의 문제이다. 만약 선입증필요를 부담하는 자가 출원된 의약발명의 도출이 용이하다는 점에 대하여 합리적 수준의 증명력을 가진 증거로서 선입증을 마치지 못하면 법원은 직권판결(summary judgment)로서 입증필요를 부담하는 자에게 패소판결을 선고할 수 있고 합리적 수준의 증명력을 가진 증거로서 선입증을 마치게 되면 이제는 그 반박주장과 반박입증을 할 필요가 상대방에게 이전된다는 의미를 가지고 있다. 따라서 합리적 성공예상가능성의 기준은 판사가 입증필요를 부담하는자의 증거만으로 충분히 출원발명의 도출이 일응의 용이하다고 인정할 수 있는 증거(prima facie evidence of obviousness)를 제출하였느냐만을 판단하는 기준일 뿐 궁극적으로 의약발명의 진보성을 판단하는 기준은 아니다. 어디까지나 CAFC의 의약발명의 진보성을 판단하는 방식은 성공예상가능성 v. 효과의 현저성을 비교교량하여 어느 쪽이 우세하냐에 의하여 결정되고 이러한 방식은 대법원이 선택발명설에 의하여 이미 도입을 완료하여 의약발명에 적용하고 있는 것이다.

65) CAFC는 선입증필요를 부담하는 자가 합리적 성공예상가능성을 입증하고 나면 이제는 그 반박입증의 필요는 상대방에게 이전된다고 본다. 그러나 지재고재는 이러한 입증필요의 이전을 명시적으로 인정하지 않고 양당사자가 각각의 입증책임(입증필요; 주관적 입증책임)을 부담하는데 위 사건에서 선입증책임을 부담하는 특허청이 출원발명의 용이상도성을 선입증하는데 성공하였지만 출원인이 반박입증을 하는데 성공하지 않고 보았다. 출원인은 위 각 요소들이 용이상도하지 않다는 점과 함께 출원발명이 예상치 못한 현저한 효과를 발휘하였다는 점을 반박입증할 필요를 분담하게 된다고 보았다. 또한 지재고재는 소송과정에서 먼저 특허청이 위 입증필요를 충족시키고 나면 이어서 출원인이 위 반박입증의 필요를 부담하게 되는 순서를 전제로 하고

로서 예상치 못한 효과를 입증할 필요가 있다. 만약 출원인이나 특허권자가 이 입증필요를 전혀 이행하지 않으면 법원은 이들에 대하여 패소의 직권판결을 선고할 수 있다.⁶⁶⁾ 그러나 출원인이나 특허권자가 반박입증을 하게 되면 법원은 더 이상 직권판결로 출원인이나 특허권자에게 패소판결을 선고할 수는 없고 법원은 원점으로 돌아가서 성공예상가능성(강약) v. 효과의 현저성을 비교교량을 한 뒤(도면2참조) 입증된 효과성이 성공예상가능성을 극복할 수 있을 정도로 우세한 경우에는 출원발명의 진보성을 인정한다. 이 성공예상가능성설에 기초하여 CAFC는 제1유형의 의약발명에 대한 진보성을 판단한 결과 Pfizer(2007, 고혈압치료제), Caraco(2013, 당뇨치료제), Senju(2015, 점안액)에서는 선행기술이 동기를 부여하는데 비하여 이를 저해할 사유가 없어서 성공예상가능성이 강한데 비하여 그 발휘된 효과는 이를 극복할 수 있을 정도로 현저하지 못하다고 보아 결국 진보성을 부정하였다. 그러나 Leo Pharm(2013, 건선치료제)에서 선행기술이 조합을 저해하는 부작용을 시사하고 있기 때문에 성공예상가능성이 약화된데 비하여 그 발휘된 효과는 이를 극복할 수 있을 정도로 현저하기 때문에 진보성을 인정할 수 있다고 보았다.⁶⁷⁾

앞서 본 바와 같이 Pfizer(2007)의 성공예상가능성설은 CAFC가 Dillon(1990)의 추정설의 단점을 보완하고 발전시킨 것으로서 도면1의 제2수준에서 보는 바와 같이 모두 동기부여기준+비교교량방식을 기본적으로 채용하고 있는데, 양자는 저해사유가 존재하지 않는 경우에는 그 적용결과에 별다른 차이가 없는 것으로 보인다. 그러나 저해사유가 존재하는 것이 인정되면 양 견해는 그 차이점이 분명하게 드러나는데, 먼저 Dillon의 추정설은 법원이 출원발명의 용이도출성의 성립 여부만을 결정하기 때문에 저해사유의 존재는 용이도출성을 결정 지우는 사실로 파악된다. 따라서 법원은 저해사유가 용이도출성의 성립여부에 결정적 영향을 주는지 여부만을 판단하여 만약 강력한 저해사유가 인정되면 저해사유(강)=비용이도출성이라고 결정하고, 만약 약한 저해사유에 불과하면 이를 무시한뒤 저해사유부존재=용이

있다.

66) Merck, 874 F.2d at 809; In re Dow Chem. Co., 837 F.2d 469, 473 (Fed. Cir. 1988).

67) Leo Pharm. Prods., Ltd. v. Rea, 726 F.3d 1346, 1357 (Fed. Cir. 2013).

도출성이라고 결정할 수밖에 없다. 추정설은 법원으로 하여금 양자택일을 강요하기 때문에 두 가지의 결함이 발생한다. 첫째는 오직 강한 저해사유만이 진보성판단에 참작이 되고, 둘째 법원이 강한 저해사유의 존재를 참작하여 출원발명이 용이도출성을 인정하면 효과의 현저성을 인정하도록 강요을 받게 된다,⁶⁸⁾ 부정하게 되면 용이도출성=효과의 예측가능성이라고 저해사유를 인정하면서도 양자택일을 할 수 밖에 없었는데, 만약 무시할 수 있는 약한 저해사유라면 법원은 저해사유의 부존재=용이성이라는 공식을 적용하려고 하지만 만약 강한 저해사유라면 법원은 저해사유의 존재=비용이성이라는 공식을 적용할 수밖에 없다. 따라서 오직 강한 저해사유만이 용이성판단에 참작되고 약한 저해사유는 무시된다는 단점이 있게 된다.

그러나 성공예상가능성설은 추정설과는 달리 저해사유의 존부를 가지고 용이성을 직접적으로 인정하지 않는다. 성공예상가능성설에 의하면 저해사유는 강약을 불문하고 모두 성공예상가능성의 강도를 파악하는데 사용되는데, 약한 저해사유라고 하더라도 무시되지 않고 출원발명의 성공예상가능성을 삭감하는데 사용되어 그 성공예상가능성을 약화시킨다. 이렇게 약화된 성공예상가능성을 가지고 법원이 사후적으로 발휘된 효과와 비교하면 그 효과성이 우세할 가능성이 높아지게 되어 결국 출원물질은 진보성을 취득할 수도 있다. 그럼에도 불구하고 효과성이 우세하지 못하면 진보성을 취득할 수 없음은 물론이다.⁶⁹⁾ 만약 강한 저해사유가 인정되지만 그보다 강한 성공예상가능성이 인정된다면 여전히 성공예상가능성은 충분히 존재하는

68) 계면활성제 특허법원; 저해사유의 존재를 인정한 뒤 효과의 현저성을 인정을 강요받게 되었다.

69) CAFC는 저해사유의 존재는 성공예상가능성에 영향을 미치게 되고 이로써 입증필요를 다하지 못하여 불이익을 입게 되는데도 영향을 미친다고 본다. 특허청이나 무효주장자가 먼저 출원발명의 충분한 성공예상가능성을 입증하지 못함으로써 입게 되는 불이익이 있다. 만약 특허청이나 무효주장자가 제출한 선입증만으로는 성공예상가능성의 존재를 최소한도로 입증할 정도로 합리적인 수준에 이르지 못하면 CAFC는 이들이 일용 용이성의 입증을 다하지 못하였다고 하여 패소판결을 선고할 수 있다. CAFC는 이를 합리적 성공예상가능성의 기준(the reasonable expectation of success test)이라고 부른다. 그러나 특허청이나 무효주장자가 합리적 수준을 넘는 성공가능성에 대한 선입증을 마치면 이제는 발명자측이 반박입증으로서 저해사유의 존재와 함께 효과의 현저성을 입증할 필요가 있다.

것으로서 비교교량결과 우세한 효과성을 발휘한 의약발명만이 진보성을 취득할 수 있게 되는 것이다. 따라서 성공예상가능성설은 성공예상가능성(강약) v. 효과성(강약)의 비교교량에 의하여 우세한 쪽으로 진보성을 결정하게 된다.⁷⁰⁾ 본고는 CAFC가 채용하고 있는 성공예상가능성설과 일본의 지재고재와 대법원이 채용하고 있는 추정설(선택발명설)을 제1유형의 의약발명에 적용하는 경우에 발생하는 차이점을 상세하게 설명한다.

가. In re Dillon, 919 F.2d 688 (Fed. Cir. 1990)(전원합의체)

In re Dillon의 출원물질은 제1유형(첨가물)으로서 출원인은 4-올세스터를 등유에 첨가함으로써 매연물질(검댕이)의 배출을 방지하는 효과는 예상치 못한 현저한 효과라고 주장한다. 그러나 선행기술은 등유에 동족첨가물인 3-올세스터를 추가한 물질이 물을 분리한다고 공개하고 있었다. 따라서 출원물질과 선행물질의 차이는 첨가물이 3-올세스터냐 4-올세스터냐의 차이이고 매연물질의 분리나 물을 분리하는 것이냐에 불과하다. CAFC는 선행기술들을 조합하면 선행첨가물인 3-올세스터와 출원첨가물인 4-올세스터와 사이에 밀접한 관련성이 있다는 것만으로 특허청이 입증필요를 다하게 되었고 이로써 출원물질을 만들려는 충분한 동기부여를 함은 물론 4-올세스터를 첨가하면 물을 정화하는 것을 예상할 수 있기 때문에 검댕이 배출 방지 효과만으로는 예상치 못한 현저한 효과라고 볼 수 없어서 결국 출원발명은 진보성이 없다고 보았다.⁷¹⁾

CAFC는 제1유형물질에 대하여 동기부여기준+비교교량방식을 적용하였는데,⁷²⁾ CAFC는 선행물질 3-올세스터와 출원물질 4-올세스터가 구조적

70) 이로써 법원이 성공예상가능성설을 채용하게 되면 동기부여기준을 배척하고 가능성 기준을 채용하였다고 해도 진보성판단에 미치는 영향력이 적다고 볼 수 있다. 따라서 지재고재가 위 키토산사건에서 would-test를 버리고 could-test를 채용하였다고 해도 비교교량방식을 포기하지 않은 이상 그 진보성의 결정수준에 커다란 영향을 미치지 못하고 그 결과 진보성이 없다고 본 것이다.

71) In re Shetty, 566 F.2d 81, 85, 195 USPQ 753, 755-56 (CCPA 1977); In re Albrecht, 514 F.2d 1385, 1388, 185 USPQ 590, 593 (CCPA 1975); In re Murch, 59 C.C.P.A. 1277, 464 F.2d 1051, 1054, 175 U.S.P.Q. (BNA) 89, 91 (CCPA 1972); In re Hoch, 57 C.C.P.A. 1292, 428 F.2d 1341, 1343, 166 U.S.P.Q. (BNA) 406, 409 (CCPA 1970).

으로 매우 밀접하기 때문에 그 밀접성 자체만으로도 출원물질을 만들도록 동기를 부여하기 때문에 법원은 특허청의 입증필요를 다하였고 이로써 출원 물질은 용이하다는 추정(사실상의 추정)을 받을 자격이 있고 이를 반박하기 위해서 출원인이 예상치 못한 효과에 대한 시험자료를 제출하여야만 그 입증필요를 다한다고 보았다.⁷³⁾ 이 Dillon의 추정력은 Henze(1950)에서 인정하였던 법률상 추정설보다는 완화된 것으로서 사실상 추정력이라고 부르는데, 사실상 추정력이 부여되면 출원인이 반박증거를 제출하지 않으면 패소판결을 받게 된다. 이 Dillon의 사실상 추정설을 일본의 학설과 판례 및 일특허청 심사기준이 선택발명이라는 범주로 받아들인 것이고 이를 우리 대법원이 추정한 것이 바로 대법원의 선택발명적 진보성의 판단기준이 되었다.⁷⁴⁾

나. Pfizer, Inc. v. Apotex, Inc., 480 F.3d 1348 (Fed. Cir. 2007).

Pfizer(2007)는 CAFC가 동기부여기준+비교교량설을 더욱 발전시켜 성공예상가능성설을 확립한 판례로 저해사유에서 땀방울이론을 배척한 점에 특징이 있다. 고혈압치료제인 Pfizer(2007)사건에서 진보성이 없다고 무효가 선언된 특허발명은 A(amoldipine)+B(besylate)의 조합물질인데 이는 선행물질A(amoldipine)+M(maleate)(제1선행기술로서 Pfizer의 909특허가 선호 실시례로 공개한 물질로서 1982년 최초로 출원되어 등록됨)가 끈적끈적하기 때문에 인체이동성이 적다는 중대한 결함이 있었다. 이를 개량하기 위해서 Pfizer의 기술자들이 이를 기초물질로 선택한 뒤 구성요소인 M을 버리고 그 대신 B(벤젠설포나이트)로 대체한 물질로서 특허물질인 A+B는 용해

72) 김관식, 의약용도발명의 신규성 및 진보성, 대법원 2019.1.31. 선고 2016후502 판결을 중심으로, 지식재산연구 제14권 제1호(2019년 3월), 24면에서 위 논자는 미국과 일본은 의약발명의 진보성의 판단에서 합리적성공기대 기준을 적용한 판결은 소수에 불과하고 이 합리적성공기대 기준은 대법원 진보성 판단기준과 동일한 것이라고 주장한다. 그러나 본문에서 인용하는 CAFC의 판결들은 제1유형에서부터 제4유형까지 모두 예외 없이 합리적성공기대기준을 적용하고 있다. 저자 주.

73) CAFC는 선행기술이 4-올세스터를 추가하면 검뎅이를 제거할 수 있다는 것을 가르칠 필요는 없고, 4-올세스터를 추가하면 3-올세스터를 추가한 경우와 마찬가지로 물을 정화하는 효과를 발휘할 것으로 예상하는 것만으로 충분히 4-올세스터를 연료에 추가하려는 동기부여를 한다고 보았다. In re Dillon, 919 F.2d 688, 692 (Fed. Cir. 1990)(en banc).

74) 임호, 의약발명의 진보성, 선택발명설을 중심으로, 저스티스(2022. 4) 게재 예정 참조.

성, 안정성, 비흡습성 및 비점성에서 선행물질A+M에 비하여 증진된 효과를 발휘하였다. 더구나 특허물질은 선행물질이 가지는 결함을 시정하였는데, 출원물질이 A+M이 물에 노출되면 그 분해속도가 특허물질에 비하여 10배 정도 높기 때문에 상업적으로 시판되기가 부적합하였는데 특허물질은 이러한 결함을 시정함으로써 상업적으로 시판이 가능한 물질이 되었다. 그러나 모든 면에서 특허물질이 선행물질보다 우수한 것은 아니었는데, 실제로 특허물질의 용해도는 pH 6.6에서 4.6 mg/ml인데 비하여 선행물질은 pH 4.8에서 4.5 mg/ml를 가진다. 의약계에서는 1.0 mg/ml의 용해도면 양호한 것으로 본다. 원고가 1987년 영국의 1986년 출원에 우선권을 주장하면서 미국에 특허출원을 한 결과 후일 보정을 거쳐서 결국 303특허로 등록되었고 원고가 일반제약회사를 상대로 침해소송을 제기한 사건에서 일반제약회사들이 위 303특허가 신규성과 진보성이 없어서 무효라고 주장하였다.

303특허의 청구제1항은 A+B물질 자체를 권리범위로 하는 물질청구항(제1유형발명)이고, 청구제2항은 항과민성이거나 협심증-완화효과를 발휘하는 정도의 위 A+B의 양을 권리범위로 하는 투약량을 한정한 물질청구항(제4유형발명)이고, 제3항은 정제로서 항과민성 또는 협심증-완화 효과를 발휘하는 정도의 위 A+B의 양을 희석제나 전달제와 조합한 물질로서 물질청구항(제4유형발명)이다.⁷⁵⁾ 제2선행기술(Berge)는 모두 53개의 음이온을 공개하고 있었고 그 중에는 B(벤젠설포나이트)도 포함되어 있었지만 그 당시만 하여도 B는 그다지 잘 사용되지 않고 있는 43개의 물질 중 하나였는데 이들이 사용되는 빈도는 1974년 이전에는 400개의 의약품 중에서 약 1%-0.25% 정도였고 이 사건 303특허도 이 Berge를 선행문헌으로 인용하고 있었다.⁷⁶⁾ 그럼

75) Pfizer, Inc. v. Apotex, Inc., 488 F.3d 1377 (Fed. Cir. 2007); 위 303특허의 청구제2항과 청구제3항을 물질발명으로 보느냐 아니면 용도발명으로 보느냐의 문제가 제기되는데 위 용도(항과민성, 협심증-완화)를 형용사로 보아 양을 한정하는 것으로 본다면 이는 투약량을 한정한 제4유형의 물질발명으로 보아야 할 것이다. 그러나 위 용도를 독립한 한정사로 본다면 이는 제4유형의 용도발명에 해당한다고 보아야 할 것이다. 전자의 해석에 찬동한다. 저자 주.

76) Pfizer, Inc. v. Apotex, Inc., 488 F.3d 1377 (Fed. Cir. 2007); 심사관이 위 제2선행기술(Berge)가 바로 선행물질(A+M)이 가지는 점성문제의 해결책을 공개하면서 그 첨가물질의 리스트에 B(벤젠설포나이트)를 포함시킨 것을 인용하여 출원발명이 용이하다고 거절을 하였다. 그러자 원고Pfizer가 CIP를 신청하고, 보정을 한 결과 303특허로

에도 불구하고 그 당시에는 B가 용해성과 전달성을 높이는데 있어서 탁월한 작용을 하는 유력한 물질로서 알려져 있었고 B는 통상적으로 대체될 수 있는 후보음이온인 7가지 중의 하나였었다. 통상기술자들은 제2선행기술(Berge)가 공개한 53개의 음이온들 중에서 선택된 통상의 후보물질 7가지로 좁힌 뒤에 시험하여 그 결과를 보려고 하는 충분한 동기부여를 하게 된다.

1심법원은 특허물질이 진보성이 있다고 보았는데 그 이유는 첫째, 제2선행기술이 가르치는 것만으로는 통상기술자에게 성공할 수 있다는 기대를 주지 않는다. 둘째 특허물질이 선행물질에 비하여 예상하지 못한 현저한 효과를 발휘한다. 즉 특허물질은 선행물질보다 증진된 용해성, 안정성, 비흡습성 및 비점성을 나타냈는데 구체적으로 보면 특허물질은 1.0 mg/ml이 넘는 용해성을 보여주는데 이 수준은 상업용 판매약을 만들 수 있는 정도로 바람직한 것이고, 또한 선행물질이 가지는 단점도 극복하였다. 선행물질은 물에 노출되면 그 분해속도가 특허물질에 비하여 10배 정도 높기 때문에 상업적으로 시판되기가 부적합하였는데 특허물질은 이러한 결함을 시정하였다는 것이다.

셋째, 원고 Pfizer가 특허물질을 상업용 정제로 만드는 과정에서 많은 실패와 시행착오를 거치는 등 어려움이 많았다는 점이 참작되어야 한다. 선행물질이 너무 끈끈하여 생체에서 이동성이 없다는 단점을 극복하기는 하였지만 오히려 특허물질은 묽어졌기 때문에 그간 정제를 만들어 오던 기계에서 알약을 만들기가 어려웠고 이를 해결하기 위해서 많은 시험을 거쳤다는 것이다. 이러한 어려운 과정을 거친 결과 특허물질은 상업적으로 판매될 수 있는 정제로 만들어졌다. 넷째, 객관적 고려사항도 용이하지 않다는 증거가 된다. 즉 선행물질이 가진 결함이 너무 컸기 때문에 원고가 무수한 실패와 시험을 감수하고라도 무릅쓰고 M을 B로 교체하는 과정을 겪었다는 점이다.

그러나 CAFC는 첫째, 특허물질은 성공할 수 있다는 합리적 기대를 주는 물질이고, 둘째, 특허물질을 만드는 과정의 곤란성은 특허성 판단에 아무런 영향을 미치지 못하고, 셋째, 일반적 효능이 증진된 것은 이미 예상된 효과에 불과하고 넷째, 2차고려사항도 존재하지 않기 때문에 결국 특허물질은 용이하다고 보았다. 첫째 CAFC가 성공에 대한 합리적 기대가 있었다는 점

에 대하여 보면, 제1선행기술(909특허)은 선행물질A+M이 너무 끈적하다는 단점을 가르치고 있고, 제2선행기술(Berge)은 이를 해결할 수 있는 53가지의 음이온을 가르치고 있고, 그 이외의 선행기술들은 B가 문제를 해결하는 유력한 물질이라고 공개하고 있어서 결국 그 당시 통상기술자로서는 몇 가지의 변수를 시험하여 보면 끈적하다는 문제를 해결할 수 있다는 합리적 기대(어느 정도의 근거가 있는 기대)를 가지고 있었고 이로 인하여 특허물질을 만들도록 충분한 동기부여를 받았다는 것이고 그 결과 만들어진 특허물질이 발휘하는 효과는 미리 예상된 것에 불과하다는 것이다.

둘째, 특허성은 과정의 곤란성 때문에 부여되는 것이 아니라 사전에 그 성공이 예상되었느냐 아니냐에 의하여 결정된다. 따라서 선행기술이 통상기술자에게 이 과정을 거치면 반드시 성공한다는 것을 제안하면 벌써 특허성이 없는 것이고 그 과정에서 많은 어려움이 있었다고 하여도 그것만으로는 특허성이 복구되지는 않는다.⁷⁷⁾ 의약기술자는 의약품을 만드는 과정에서는 항상 수많은 실패의 위험이 있는 시험을 거치도록 되어 있는데 이는 의약개발에서 일어나는 일상적 과정인 것이다. 누구나가 부작용이 적은 최상의 효과를 알아내기 위해서 일상적인 실험을 반복적으로 수행한 뒤 용해성, pH, 안정성, 흡습성, 점성 등을 알아내야만 한다. 따라서 시간 비용 노력을 지출되는 것은 모든 의약개발과정에 필수적인 것에 불과한,⁷⁸⁾ 일상적 개량행위에 불과하고 발명적 행위가 아니다.⁷⁹⁾

77) Merck, 874 F.2d at 809; In re Dow Chem. Co., 837 F.2d 469, 473 (Fed. Cir. 1988).

78) Velander v. Garner, 348 F.3d 1359, 1368 (Fed. Cir. 2003)(통상기술자가 성전환동물에서 파이프리노젠을 생산할 수 있는지의 가능성을 판단하는데 있어서 비용 시간 및 노력은 그 성공가능성과는 무관하다).

79) 일상적으로 실험작업을 한 사람은 발명자가 아니다. Merck, 874 F.2d at 809. DyStar, 464 F.3d at 1371; In re Luck, 476 F.2d 650, 652-53 (C.C.P.A. 1973) (랩프를 코팅하는 작업에서 도료의 최적량을 발견한데 불과하고 그 한계를 넘지 못하거나 예상치 못한 결과를 보여주지 못한 경우에는 그저 통상기술의 범위에 존재하는데 불과하다.); In re Estherhoy, 440 F.2d 1386, 1389, 58 C.C.P.A. 1116 (C.C.P.A. 1971) (일상적 실험을 통한 최적치 발견); In re Swentzel, 219 F.2d 216, 219, 42 C.C.P.A. 757, 1955 Dec. Comm'r Pat. 69 (C.C.P.A. 1955) (용도에 부합하는 가장 큰 미립자를 발견한 것은 일상적 실험에 불과하다.); In re Swain, 156 F.2d 246, 247-48, 33 C.C.P.A. 1266, 1946 Dec. Comm'r Pat. 604 (C.C.P.A. 1946) (예상치 못하고 아주 우수한 효과를 보여주지 못한 이상 발명이 만들어진 것은 아니다).

셋째, CAFC는 특허물질이 선행물질에 비하여 일반적인 효능들이 큰 폭으로 증진되고 단점도 10배 감소하는 등의 최적치를 발견하였지만 이는 이미 만들어지기 이전에 예상된 것에 불과하고 그 정도도 예상한 범위를 넘지 못한다.⁸⁰⁾ 왜냐하면 현저한 특성이 예상되지 못한 것이기 위해서는 조합되기 이전에 예상된 특성이 아니어야 하는데,⁸¹⁾ 이 사건에서 Pfizer의 기술자로서는 특허물질이 만들어지면 선행물질과 동일한 특성이 증진될 것을 이미 예상하고 있었기 때문이다.

넷째, 원고가 M을 B로 바꾸기로 사업적인 결정을 한 것은 객관적 징표가 될 수 없다. CAFC는 특허물질이 진보성을 취득하기 위해서는 예상하지 못한 효과+2차고려가 성공기대가능성을 압도하여야만 하는데, 이 사건에서는 성공기대가능성은 강력한데 비하여 예상하지 못한 효과+2차고려는 약하다. 결국 원고의 303특허는 진보성이 없어서 무효이다.

다. *Leo Pharm. Prods., Ltd. v. Rea*, 726 F.3d 1346 (Fed. Cir. 2013).

건선치료제인 Leo(2013)사건에서는 CAFC는 Pfizer(2007)의 성공예상가능성설을 택하여, 출원물질은 약한 성공예상가능성만을 주는 물질인데 비하여 그 발휘된 효과는 예상치 못한 현저한 것으로서 진보성이 있다고 보았다. 같은 제1유형발명인 Pfizer(2007)의 출원물질이 강한 성공예상가능성을 가진 것과는 달리 Leo에서는 부정적 교시와 같은 저해사유로 인하여 그 성공예상가능성이 약화되었다고 보았다. Leo의 특허물질은 D(비타민D)와 S(코티코스테로이드) 및 P(POP; 용해제)를 조합한 물질로서(D+S+P)인데, 제1선행물질은 오직 D만을 치료제로 사용하였었고 제2선행물질도 오직 S(스테로이드)만을 치료제로 사용하여 왔었는데, 이 양 물질을 조합하여 사용할 수 없고 별개로 사용할 수밖에 없었던 이유는 만약 양자를 결합하면 그 효

80) 최적치 및 최적번수; *In re Peterson*, 315 F.3d 1325, 1330 (Fed. Cir. 2003)(이미 공개된 일련의 퍼센티지 범위 내에서 무엇이 최적이냐를 결정하는 것은 일용 용이한 것이다); *In re Aller*, 220 F.2d 454, 456, 42 C.C.P.A. 824, 1955 Dec. Comm'r Pat. 136 (C.C.P.A. 1955)l *In re Boesch*, 617 F.2d 272, 276 (C.C.P.A. 1980).

81) *Merck*, 874 F.2d at 808.

능에 중대한 저하(degradation)를 발생시키기 때문에 보관할 수 없기 때문이다.⁸²⁾ 따라서 출원인이 양자를 결합하여 출원발명으로 만드는데 있어서 강한 저해사유가 존재하고 있었고 그로 인하여 성공예상가능성은 약화된 것이다. 그럼에도 불구하고 Leo의 의약기술자들이 이 저해사유를 극복하고 양 물질을 조합한 뒤 이에 용해제P를 추가물로 사용함으로써 저장의 불안정성(storage stable)의 문제를 해결하였다.⁸³⁾

제1선행기술은 이미 P를 공개하고 있었는데 P는 염증치료제로 사용되는 스테로이드(S)에 첨가되어 용해제로서의 역할을 하고 있었다. 그러나 제1선행기술은 비타민D와 스테로이드 양자를 직접적으로 결합하면 발생하는 불안정성의 문제에 대하여는 전혀 모르고 있었다. 제2선행기술도 건선치료 피부연고제로 비타민D와 스테로이드(S)를 조합한 물질을 공개하고 있으면서 스테로이드(S)의 부작용만 공개하고 있을 뿐 양자를 조합하였을 때의 불안정성의 문제는 전혀 언급이 없다. 제3선행기술도 아토피성 피부치료제로서 물에 용해되는 연고나 크림으로서 비타민D와 스테로이드를 조합한 물질이지만 양자를 조합하는데서 발생하는 불안정성에 대하여는 전혀 인식하지 못하고 있다.

미특허심판원은 저해사유를 무시하고 동기부여사유에 유의하여, 제1선행기술이 비타민D와 스테로이드를 결합한 뒤 발생하는 부작용을 해결하기 위해서는 P(POP-15-SE)를 용해제로 사용하라고 가르친다고 보았다. 그렇게 보면 특허물질은 제1선행기술의 가르침에 따라서 제3선행기술의 비타민D를 추가한 것에 불과한 것으로서 매우 용이한 것에 불과하다.⁸⁴⁾

82) Leo Pharm. Prods., Ltd. v. Rea, 726 F.3d 1346, 1354 (Fed. Cir. 2013). 비타민D를 상업적 연고에 조합하거나 코티코스테로이드와 조합하면 4주 안에 코티코스테로이드가 저감되고 24시간 내에 비타민D가 저감된다. 만약 비타민D와 스테로이드가 결합되면 6개월 내에 5-12%의 스테로이드가 저감된다.

83) 즉 비타민D가 최적의 안정성을 가지기 위해서는 8pH 이상이 되는 상태로 존재하여야 하지만 코티코스테로이드는 4-6pH에서 가장 안정적으로 보관된다. 따라서 양자를 결합한 물질이 최적의 보관의 안정성을 가지기 위해서는 양자의 다양한 pH를 허용할 수 있는 물질이 필요한데, 선행기술들은 비타민D와 스테로이드가 하나의 화합물에서 동시에 존재하는 경우에 그 안정적으로 저장할 수 있는 방법을 공개하고 있지 못하고 있었다. 이렇게 양자의 화합은 불안정하기 때문에 의사들은 양 물질을 동시에 투약하지 못하였고 아침에는 비타민D를 저녁에는 스테로이드를 투약하였다. 그러자 환자들도 이 두 가지의 서로 성질이 다른 약물에 모두 적용하여야 하는 문제도 추가적으로 제기 되었다. Leo Pharm. Prods., Ltd. v. Rea, 726 F.3d 1346, 1351-52 (Fed. Cir. 2013).

그러나 CAFC는 저해사유를 중시하면서 미특허심판원의 결정을 반복하였는데, 그 이유로서는 선행기술이 특허물질을 만들지 못하도록 부정적 교시(teaching away; 반대가르침)를 하고 있었음에도 불구하고 특허발명은 기술적 문제를 극복하였다는 것이다.⁸⁵⁾ 특허권자는 반박주장과 반박증거를 제출하여 진보성이 있다고 할 수 있는데, 선행기술의 부정적 교시는 선행기술의 가르침을 특허발명에 적용하는 것을 저해하는 사유가 될 수 있다. CAFC는 Leo에서 제1유형발명에 있어서 선행기술의 부정적 교시(반대가르침)로 인하여 동기부여를 하지 못하였음에도 불구하고 특허심판원이 특허물질의 조합이 용이하다고 본 것은 회상적 편견에 불과하다고 보았다. 따라서 일반적 지침을 준데 불과한 선행기술만으로는⁸⁶⁾ 성공에 대한 기대가능성을 부여하지 못하기 때문에 그 분야의 통상기술자로서는 특허발명을 만드는 것이 용이하지 않은 것이다.⁸⁷⁾

더 나아가 CAFC는 객관적 징표(Objective indicia of nonobviousness)를 고려하는 것이 진보성판단의 과정에서 반드시 필수적으로 거쳐야할 과정으로서,⁸⁸⁾ 진보성을 판단하는 독립적(independent) 증거이며,⁸⁹⁾ 가장 회

84) 등록특허는 유효로 추정되기 때문에 먼저 무효주장자가 일응 용이하다는 충분한 증거를 제출함으로써 입증은 마쳤지만 특허권자는 이를 반박하지 못하였다. 즉 특허권자가 진보성의 증거로 제시하는 객관적 징표(Objective indicia of nonobviousness; 예상하지 못한 효과를 포함한다)만 가지고는 무효주장자가 입증한 일응의 용이성을 극복할 수 없다고 보았다. *Leo Pharm. Prods., Ltd. v. Rea*, 726 F.3d 1346, 1351-52 (Fed. Cir. 2013). 특허심판원이 용이하다고 본 이유는 제1선행기술은 특허물질이 가지고 있는 용해제(P; POP-15-SE)를 이미 공개하고 있었기 때문에 그 분야의 통상기술자는 위 용해제를 양자의 결합에 사용할만한 강력한 이유(strong reason)가 있었기 때문이다. 그 결과 특허권자가 개량한 것(즉 위 용해제를 결합함으로써 비타민D와 스테로이드가 결합되었을 때 발생하는 불안정성의 문제를 해결한 것)은 그 분야의 통상기술자에게 충분히 예상될 수 있었다.

85) 오히려 선행기술은 비타민D와 코르티코스테로이드를 하나의 화합물로 결합하는 것을 시도하기는커녕 결합을 하지 못하도록 저지를 하였고 심지어는 결합되었을 경우에 발생하는 저장의 불안정성 문제조차도 인식하지 못하였다.

86) 일반적 지침에 관한 CAFC의 판례; *In re Cyclobenzaprine Hydrochloride Extended-Release Capsule Patent Litigation*, 676 F.3d 1063, 1073 (Fed. Cir. 2012).

87) *Leo Pharm. Prods., Ltd. v. Rea*, 726 F.3d 1346 (Fed. Cir. 2013).

88) *Cyclobenzaprine*, 676 F.3d at 1075-76 (사실심 법원은 용이하다고 결론을 내기 전까지는 객관적 징표에 대한 심리를 반드시 할 필요는 없다; *Stratoflex, Inc. v. Aeroquip Corp.*, 713 F.2d 1530 (Fed. Cir. 1983)).

상적 편견(hindsight bias)에서 벗어날 수 있는 최상의 실증적 증거이다.⁹⁰⁾ 객관적 징표들 중에서 가장 중요한 것은 예상치 못한 효과(unexpected result)인데,⁹¹⁾ 이는 출원발명이 발휘한다고 주장하는 증진된 효능들이 사전에 예상되었던 것보다 훨씬 큰 현저한(surprising) 것이라는 입증하기 위해서 사용된다.⁹²⁾ 이 사건에서 비교자료로 사용된 실험자료는 비타민D와 코티코스테로이드(S)를 결합하면 그 효과의 저하(degradation)가 중대하다는 것을 보여준다. 이에 비하여 출원발명은 예상한 결과 이상의 효과를 가져온다는 것을 보여 주었다.⁹³⁾ 둘째로 특허물질의 상업적 성공과 최초로 FDA에서 승인을 받은 것으로서 FDA의 승인은 진보성판단을 하는 하나의 요인은 될 수 없지만 진보성판단에 있어서 객관적 증표(2차적고려)가 될 수는 있다.⁹⁴⁾ 셋째, 숙원적 문제를 해결하였는데, FDA도 특허권자의 제조방법이 선행기술이 해결하지 못한 저장안정성(storage stable)의 문제를 해결하였다고 치하하고 있는 것은 그간 해결되지 못한 일회 투약으로 건선을 치료하는 방법을 고안한 것이다. 넷째, 1978년부터 비타민D과 코티코스테로이드를 함께 사용하는 것이 좋다는 것이 연구자들에게 알려져 있었지만 이 사건 특허가 출원된 2000년까지 22년간 오래된 저장불안정성이라는 기술적 문제가 해결되지 않았었다는 점이 오랜 숙원적 문제가 해결된 것을 보여준다.⁹⁵⁾

아. Novo Nordisk A/S v. Caraco Pharm. Labs., Ltd., 719 F.3d 1346, 1354 (Fed. Cir. 2013).

89) 객관적 증표는 진보성판단의 독립된 증거이다. Ortho-McNeil Pharm., Inc. v. Mylan Labs., Inc., 520 F.3d 1358, 1365 (Fed. Cir. 2008).

90) Crocs, Inc. v. Int'l Trade Comm'n, 598 F.3d 1294, 1310 (Fed. Cir. 2010).

91) 예상치 못한 효과는 In re Soni, 54 F.3d 746, 751 (Fed. Cir. 1995).

92) 원래 예측하였던 것보다 훨씬 큰 효과; In re Soni, 54 F.3d 746, 751 (Fed. Cir. 1995).

93) LeoPharm에서의 비교방식은 선행물질 D+S와 출원발명인 D+S+P를 비교한 것으로서 이는 가장 근접한 선행물질과 효과를 비교한 방식에 해당된다.

94) FDA승인은 객관적 징표 중의 하나가 된다. Knoll Pharm. Co. v. Teva Pharms. USA, Inc., 367 F.3d 1381, 1385 (Fed. Cir. 2004).

95) 선행기술과 출원된 발명의 시간적 차이점이 길다는 점은 숙원적 문제를 해결하였다는 증거가 된다. Ecolocem, Inc. v. S. Cal. Edison Co., 227 F.3d 1361, 1376-77 (Fed. Cir. 2000).

Caraco(2013, 당뇨치료제)에서는 CAFC는 저해사유의 존재를 인정할 수 없었고 그로 인하여 강한 성공예상가능성이 인정되었다. Caraco는 인슐린 분비가 불충분한 제2유형(비인슐린 의존)의 당뇨치료제로서 인슐린의 분비를 촉진하는 효과를 가진 특허물질은 리파글리나이드(R)과 메트로포르민(M)을 조합한 제1유형물질이다. 리파글리나이드(R)는 이미 인슐린 억제제로 널리 알려져 있었고 제2유형의 치료제(선행물질)로서는 메트로포르민(M)과 설포닐우리아(S)를 조합한 당뇨병환자의 글로코스를 조절하는데 탁월한 효과를 준다고 알려져 있었다. 따라서 특허물질은 선행물질의 S를 M으로 치환한 것이다. 1심은 위 특허가 시도가 용이하기(obvious to try) 때문에 무효라고 판시하였다. 1심은 특허물질이 시도가 용이한 이상 이를 반복할 수 있는 예상치 못한 효과 및 시너지효과가 있어야만 하지만 무효주장자가 높은 증명력(분명하고도 신빙성 있는 증거)를 제시하지 못하였다고 보았다. CAFC도 통상기술자로서는 R+M의 조합이 특허권자가 발견하였던 시너지효과를 준다는 점을 이미 예상하고 있었다는 점에 대한 분명하고도 신빙성 있는 증거를 제시하였다. 1심의 무효선언이 정당하다고 보았다.

마. *Senju Pharm. Co. v. Lupin Ltd.*, 780 F.3d 1337, 114 U.S.P.Q.2D (BNA) 1085 (Fed. Cir. 2015).

CAFC가 *Senju*에서 무효로 선언한 045특허물질은 점안액으로서 gatifloxacin (G)과 EDTA(E)의 조합인데, 그중 물질청구항인 청구제12항은 ‘눈에 사용하는 수용액으로서 pH 5에서 6사이일정량의 G와 일정량의 E를 조합한 것을 권리범위로 주장한다. 제1선행기술도 안질환 치료제로서의 Q(선행물질, quinolone)를 공개하고 있고, 제2선행기술도 안질환 치료제로서 Q를 공개하면서 E를 부형제(exipient; 형상을 만들기 위해서 사용되는 물질) 사용하고 있고, 제3선행기술도 G를 Q를 개량한 물질로 공개하고 있으면서 공개하면서 Q보다도 향상된 항박테리아 효과를 가지고 있고 높은 독성제거 효과와 경구투약의 안정성을 공개하고 있다.

1심이 용이하다고 무효를 선언하자, 특허권자는 첫째, 선행기술이 G의 각막침투성을 가르치지 않았기 때문에 특허물질을 가르치지 않았고,⁹⁶⁾ 둘째,

통상기술자가 G를 E와 동시에 사용할 동기부여를 받았을 수는 있지만 선행 기술을 조합할 아무런 이유는 없다. 셋째, G+E의 조합이 예상치 못한 현저한 효과를 발휘한다고 주장하였다. 그러나 CAFC는 둘째 항소이유를 배척하면서 통상기술자가 선행기술을 조합할 충분한 이유가 존재하기 때문에 용이하다고 보았다. 즉 제1선행기술이 안질환 치료제인 선행물질Q를 개량할 이유를 제공하고 있고, 제2선행기술 및 제3선행기술은 새로이 개량된 G를 안질환 치료제로 활용할 이유를 제공한다. 따라서 통상기술자가 안질환 치료제를 개량하기 위해서 제1선행기술, 제2선행기술 및 제3선행기술 모두 조합하는 것은 용이하다. CAFC는 특허권자의 제3항소이유 즉 예상치 못한 현저한 효과주장도 배척하면서 특허물질의 각막침투력의 증가는 이는 이미 예상된 것으로서 특허권자가 발견한 것은 최적치에 불과하여 용이하다고 보았다.⁹⁷⁾

2. 일본의 판례와 학설

가. 개관

일본의 지재고재는 제1유형의 의약발명에 대한 진보성판단의 기준과 방식은 아래에서 보는 바와 같이 키토산 골다공증치료제 판결(평성23년)인데, 위 키토산에서 지재고재는 선택발명설(Dillon의 추정설)을 적용하고 있다. 그러나 비염치료제 판결(평성28년),⁹⁸⁾ 알레르기 판결(평성29년)⁹⁹⁾ 그리

96) Senju Pharm. Co. v. Lupin Ltd., 780 F.3d 1337, 114 U.S.P.Q.2D (BNA) 1085 (Fed. Cir. 2015); 원고의 제1항소이유는 선행기술이 각막침투성을 공개하고 있지 않기 때문에 특허물질을 가르치지 않았다는 것이다. 그러나 CAFC는 특허청구항이 각막침투성을 한정사로 가지고 있지 않기 때문에 위 주장은 이유가 없다고 보았다.

97) Senju Pharm. Co. v. Lupin Ltd., 780 F.3d 1337, 114 U.S.P.Q.2D (BNA) 1085 (Fed. Cir. 2015).

98) 비염치료제 지재고재; 平成28年3月30日, 平成27年(行ケ)第10054号 審決取消請求事件에서 지재고재는 선행기술로부터 출발하여 출원물질이 만들어진(想到した) 경우에는 출원물질이 통상기술자가 예측할 수 없었던 현저한 효과라고 할 수 있기 위해서는 출원발명이 발휘하는 효과가 예측된 효과보다도 특별히 우수한 것 즉 예측하는 것이 곤란한 신규한 효과일 필요가 있기 때문에 출원발명의 효과와 선행기술의 효과를 살펴볼 필요가 있다고 설시하고 있다. 이로써 지재고재는 강한 용이상도성(저해사유의 부존재)이 인정되는 사안에서 진보성을 취득하기 위해서는 그 발휘된 효과가

고 피리미딘 판결(평성30년)에서¹⁰⁰⁾ 등에서 지재고재는 CAFC의 성공예상가능성설을 채택한다는 점을 명시적으로 선언하였는데,¹⁰¹⁾ 특히 알레르기 판결에서 지재고재는 의약발명의 용이상도성은 주인공발명에 부인용발명을 적용하여 동기부여와 저해요인이 있는지 아닌지 여부, 출원발명에 있어서 예측이 곤란한 현저한 효과의 유 무등을 고려하여 판단한다고 선언하고 있다.¹⁰²⁾ 이는 CAFC의 Eli Lilly(2006)-Pfizer(2007)-Takeda(2007)-Sanofi(2008)을 통하여 확립된 성공예상가능성설을 추종한 것으로서 동기부여사유와 저해사유를 종합하여 성공예상가능성의 강약을 파악한 뒤 효과의 현성과 비교교량하여 우세한 쪽으로 진보성을 결정하는 방식을 말한다. 물론 위 비염치료제는 제4유형의 의약용도발명이고 알레르기는 제3유형이고 피리미딘은 제2유형의 의약물질발명이라는 점에서 제1유형들인 데아닌 판결과 키토산 판결과는 다르지만, 심지어 지재고재가 제4유형의 의약용도발명인 비

용이상도성을 극복할 수 있을 정도로 매우 현저할 것을 요구하고 있다. 이는 CAFC의 성공예상가능성설 중에서 강한 용이성이 인정되는 경우에 속한다고 보아야만 한다.

99) 알레르기 지재고재; 平成29年11月21日, 平成29年(行ケ)第10003号 審決取消請求事件, 최고재판소의 판결에 대한 의미에 대하여는 岡田吉美, 發明の進歩性の評価における効果の位置づけの考察, 特許研究(PATENT STUDIES No.69 2020/3 참조.

100) 피리미딘 지재고재 平成30年4月13日 審決取消請求事件 平成28年(行ケ)第10182号 및 平成28年(行ケ)同第10184号 審決取消請求事件

101) 위 피리미딘에서 지재고재는 통상기술자가 선행기술들로부터 출원발명을 용이하게 상도하기 위해서는 다음의 요건을 충족시켜야 하는데, 첫째는 동기부여로서, 주선행발명과 부선행발명의 내용 중에 출원발명에 이르도록 제안하거나(시사), 기술분야의 관련성, 과제나 작용기능의 공통성 등을 종합적으로 고려하여, 주선행발명에 부선행발명을 적용하여 출원발명에 이르도록 하는 동기부여가 있었는지를 판단하여야 하고, 둘째, 선행기술의 적용을 저해하는 요인이 존재하고 있었는지여부와 예측할 수 없는 현저한 효과가 있는지를 함께 고려하여 판단한다.

102) 알레르기 지재고재; 平成29年11月21日, 平成29年(行ケ)第10003号 審決取消請求事件, 그러나 지재고재는 출원물질은 현저한 효과를 발휘하지 못하였다고 보았기 때문에 사전적 예상가능성과 효과현저성을 대등하게 비교한 판결은 아니다. 양요인을 대등하게 비교하기 위해서는 사전적 예상가능성이 있음에도 불구하고 효과현저성도 인정되어 결국 양자를 비교하여야만 하는데 이러한 판례는 일본에서는 찾아보기 어렵다. 이에 비하여 일본최고재판소의 알레르기 상고심에서 효과현저성을 인정하고 이를 사전적 예상가능성과 비교를 한 것으로 보아야 할 것이다. 그러나 미국의 CAFC는 Sandos(2013; 녹내장치료제로서 제1유형물질)에서 사전적 예상가능성과 효과현저성을 비교하였고 그 결과 사전적 예상가능성이 우세하여 결국 용이하다고 보았다.

염치료제 판결에 있어서도 예외없이 위 성공예상가능성설을 채용하였다는 점을 볼 때 지재고재는 제1유형을 포함한 모든 유형의 의약발명에 대하여 성공예상가능성설을 채택한 것으로 볼 수 있다.

일본의 의약발명의 진보성에 관한 학설 중에서 독립요건설은 의약발명의 진보성판단에 있어서 효과를 구성과는 독립한 별개의 요소로 파악한다. 독립요건설에 의하여 의약발명의 진보성을 판단하게 되면 발명은 목적(과제), 구성(방법), 효과라는 3가지의 요소로 구별하여 각각의 요소들의 용이상도성을 개별적으로 판단한 뒤 어느 정도로 곤란한지를 검토하여 개별적 용이상도성을 판단한 뒤 이를 종합하여 궁극적으로 용이상도성을 결정한다.¹⁰³⁾ 따라서 독립요건설은 목적요소와 구성요소의 용이상도성이 인정되면 나머지 효과요소의 용이상도성이 부정되어도 전체적으로는 용이상도성이 인정될 수 있다는 결론을 내릴 수 있다.¹⁰⁴⁾ 그 결과 3요소설이 의약발명에 그대로 적용되면 출원발명이 발휘하는 효과가 사전에 충분히 예상된 것에 불과해도 목적과 구성의 곤란성을 종합하여 매우 낮은 수준에서 진보성을 허용할 수 있다는 치명적 결함이 발생할 수 있다.¹⁰⁵⁾ 바로 이 치명적 결함이 그대로 나타난 것이 아래에서 보는 지재고재의 데아닌-항스트레스제(평성22년)판결인데 위 판결에서 지재고재는 출원발명의 목적과 선행기술의 목적이 서로 다르기 때문에 출원발명의 용이상도성을 부정하였고 이로써 막바로 진

103) 清水節「進歩性(5)」小泉直樹=田村善之編『特許判例百選 [第5 版]』141頁 (有斐閣, 2019).

104) 가또-加藤 幹, 進歩性の判断における効果の位置付け, パテント 2020 - 42 - Vol. 73 No. 9에서 가또는 3요소설은 일본이 평성6년(1993) 특허법을 개정하여 주변한정주의를 채용하기 이전에 발명의 동일성을 판단하는 방식을 말한다고 보지만, 주변한정주의는 출원청구항을 작성하는 방식을 말하기 때문에 요지인정과 관련이 있는데 비하여 could-test나 would-test의 문제는 선행기술이 출원발명을 용이상도할 수 있도록 얼마나 질적인 공개를 하였느냐의 문제로서 주변한정주의와는 무관하다고 보여진다. 따라서 가또는 요지인정의 문제와 선행기술의 공개를 혼동하고 있다. 즉 진보성 판단의 4단계 중에서 주변한정주의는 제2단계(출원청구항의 해석)의 문제이고 could-would-test는 제1단계의 선행기술의 선택문제이다. 저자 주.

105) 따라서 3요소설은 중요한 하나 또는 두 가지의 요소가 진보성을 결정하기 때문에 심지어 발명의 효과가 구별될 수 있을 정도로 특수성이 있다면 목적과 구성에도 불구하고 다른 발명으로 볼 수 있다고 본다. 가또-加藤 幹, 進歩性の判断における効果の位置付け, パテント 2020 - 42 - Vol. 73 No. 9, 44면 참조.

보성을 인정한 바 있다. 또한 최근 대법원도 아픽사반(2021)판결에서 구성의 곤란성(저해사유의 일종)과 효과성의 가중참작하여 진보성을 허용한 바 있었다.¹⁰⁶⁾ 이러한 독립요건설이 의약발명에 그대로 적용되는 경우에 발생하는 결함을 해결하기 위해서 일본에서는 특허법취지설이 등장하게 되는데, 특허법취지설은 Dillon의 추정설과 마찬가지로 의약발명의 진보성을 판단하는데 있어서 법원이 먼저 구성측면에서의 용이상도성을 판단하고 나서,¹⁰⁷⁾ 사후적으로 발휘된 효과성과 비교교량하여 우세한 쪽으로 진보성을 인정하는 방식으로서¹⁰⁸⁾ 앞서 살펴본 CAFC의 성공예상가능성설과 동일한 궤도에 서 있다.¹⁰⁹⁾ 아래에서 보는 지재고재의 키토산 판결도 특허법취지설의 비교교량방식을 적용한 것으로서 지재고재는 출원물질(칼슘+키토산+프로폴리스)의 구성이 용이상도하기 때문에 오직 이를 극복할 수 있는 상승효과(예측곤란한 현저한 효과)만이 진보성을 취득케 할 수 있지만 위 사건에서 발휘된 효과는 예측된 효과에 불과하여 결국 진보성이 없다고 결론을 내린 것이다.¹¹⁰⁾

나. 판례

키토산(골다공증치료제) 平成23年10月11日, 平成23年(行ケ)第10050号 審決取消請求事件

출원된 물질은 골다공증치료제로서 칼슘+키토산+프로폴리스라는 제1 유형의 조합물질인데, 출원물질이 발휘하는 6.2%의 골밀도 증가효과는 개별물질인 칼슘의 2.3%, 키토산과 프로폴리스의 혼합은 3.8%에 비하여 상승효과를 발휘한다는 것이다. 그러나 제1선행기술도 칼슘흡수촉진제로서 칼슘+키토산의 2물질의 조합으로서 키토산은 장에서 칼슘흡수를 촉진시킨다. 제

106) 아픽사반 대법원; 2021. 4. 8. 선고 2019후10609 판결 [등록무효(특)]

107) このような考え方を採るものとして, 吉藤・前掲注 (41) 97 頁, 加藤・前掲注 (41) 91 頁, 田村・前掲注 (41) 1 頁, 前田・前掲注 (41) 38 頁, 愛知・前掲注 (41) 13~14 頁

108) 前田健 「進歩性判断における「効果」の意義」 Law&Technology82 号33頁 (2019 年) 38頁.

109) 岡田吉美 「発明の進歩性の評価における効果の位置づけの考察」 特許研究69号35 頁 (2020 年).

110) 위 岡田吉美, 45면 이하 참조.

2선행기술은 건강식품으로서 식품에 칼슘을 배합하면 골다공증을 예방 치료를 할 수 있고 프로폴리스도 칼슘의 흡수율을 높이는 작용을 한다고 공개하면서 프로폴리스를 많이 함유하고 있는 식품을 알려주고 있다. 일본의 특허심판원은 인식기준(could-test)와 기계발명의 가중참작적 사고를 적용하여 출원발명은 용이하게 상도할 수 있기 때문에 진보성이 없다고 보았다. 그러나 지재고재는 가중참작방식을 배척하고 비교교량방식을 적용하였는데, 의약발명의 진보성을 판단함에 있어서는 목적요소와 구성요소의 동일성을 통하여 용이상도성을 판단하지만,¹¹¹⁾ 이를 극복할 수 있는 예상치 못한 상승효과(synergy effects)가 발휘되었다면 진보성을 취득할 수 있다고 보았다.¹¹²⁾ 키토산에서 지재고재는 출원인이 저해사유로 주장한 것을 배척한 뒤 출원발명의 용이상도성을 인정하였고 그 발휘된 효과는 위 용이상도성을 극복할 수 없다고 보아 결국 출원발명은 진보성이 없다고 보았다. 키토산 판결에서 지재고재는 저해사유의 존재를 부정함으로서 CAFC의 성공예상가능성설을 채용하지 못하고 여전히 선택발명설(Dillon의 추정설)에 머무르고 있다.

111) 원고는 제1선행기술에서 키토산의 역할(장내 칼슘흡수율 제고)이 출원발명의 역할(골흡수율 억제)과 다르기 때문에 양자는 실질적으로 다른 기술이라고 주장하지만 지재고재는 원고가 기술적 특징으로 주장하는 치료방법이 작동하는 메커니즘이나 구성요소인 키토산이 하는 역할은 청구항에 기재되어 있지 않을 뿐만 아니라 물의 발명인 출원발명을 특정하는 방법이 될 수 없기 때문에 양자가 다르다고 하는 주장은 아무런 이유 없다. 또한 출원된 발명의 골다공증방지라는 기재는 물의 발명인 출원물질의 항골다공증이라는 성질을 기재한 것이 지나지 않고 제1선행기술이 공개한 칼슘의 흡수촉진성의 기재도 선행물질의 성질을 기재한 것에 지나지 않기 때문에 물의 발명으로서 조성물을 다시 한정하거나 조성물의 용도를 한정하는 것은 아니기 때문에 그 기재상의 차이점에도 불구하고 출원물질과 선행기술이 공개한 물질들 사이에 실질적 차이는 없다.

112) 그럼에도 불구하고 출원명세서가 제1선행기술인 칼슘과 키토산을 조합한 물질(최근 접선행물질)이 발휘하는 효과를 공개하지 못하였기 때문에 출원물질이 발휘하는 효과가 위 용이상도성을 극복할 수 있을 정도로 상승효과가 있다는 점을 입증하지 못하였다고 보았다. 골다공증 키토산; 지재고재의 원문은 출원명세서가 공개한 실험 보고서도 칼슘마로, 키토산및프로폴리스(양자 조합물)마로를 각각 투여한 것과 3종 혼합물을 투여한 것을 비교한 것뿐이기 때문에 선행기술1의 칼슘과 키토산을 조합한 것으로부터 예상될 수 없는 현저한 효과작용을 나타낸 것인지를 비교할 수도 없다. 그 실험결과도 3종혼합물을 투여한 것의 평균밀도의 증가율이 각 성분단독의 증가율 보다 크다는 점에 불과하여 동등한 단위수량에 기한 비교가 아니고 다른 물질이 포함된 것이 아니라는 점에 대한 출원발명이 추가적 효과가 아니어서 통상기술자가 예측할 수 없었던 상승효과가 있다는 점에 대한 입증이 없다.

Ⅲ. 우리나라

1. 대법원

가. 계면활성제 사건; 대법원 2018. 12. 13. 선고 2016후1529 판결

대법원은 계면활성제 사건에서 표면적으로는 가능성기준(could-test)+가중참작방식(도면1의 제3수준)을 적용하는 것을 선언하였지만, 실제로는 동기부여기준(would-test)+비교교량방식(도면1의 제2수준)을 적용하는 등의 모순과 혼란을 보여주고 있는데, 이러한 모순과 혼란은 대법원이 의약발명의 진보성판단기준과 그 방식에 대한 이해부족에서 기인한 것으로 보인다. 원심인 특허법원도 동기부여기준(would-test)+비교교량방식(도면1의 제2수준)을 채용한 뒤 성공예상가능성설의 적용을 시도하였지만, 저해사유의 존재를 너무 강력하게 의식한 나머지 저해사유의 존재=비용이도출이라는 공식을 적용함으로써 선택발명설(Dillon의 추정설)로 회귀하였다, 그뿐만 아니라 특허법원은 성공예상가능성설이 요구하는 비교교량 즉 성공예상가능성(약) v. 효과의 현저성을 비교하여 효과성이 성공예상가능성을 극복할 수 있을 정도로 우세한지를 밝혔어야만 함에도 불구하고, 비용이도출성+효과성을 추가함으로써 가중참작적 방식을 사용하였다. 특허법원의 계면활성제 판결의 결함도 특허법원이 의약발명의 진보성의 기준과 그 판단방식에 대한 이해의 부족과 함께 추정설과 성공예상가능성설에 대한 차이를 알지 못하는데 기인한 것이다.

계면활성제 사건에서 무효가 문제된 출원물질은 히스티딘 아미노산+계면활성제를 추가로 조합한 물질로서 제1유형물질에 해당하는데, 출원인은 계면활성제를 추가함으로써 여과가 필요 없을 정도로 응집물을 만들지 않아서 단백질함량이 98%이상, 탁도가 5.5이하가 됨으로서 현저한 단백질의 안정화를 달성하였다는 것이다. 제1선행기술은 히스티딘과 항체 동결건조제를 아미노산의 완충제로 사용하고 있는 것을 공개하고 있었는데, 히스티딘도 아미노산을 저장하면 발생하는 응집물을 최소화하였다. 따라서 출원물

질과 제1선행기술과 차이점은 특허물질은 계면활성제를 안정화제로 추가로 사용한 것이고 그 효과는 새로운 효과가 아니라 안정화 효과를 증진시킨데 불과한 것이다. 제2 및 제4선행기술은 계면활성제를 단백질을 안정화 시키는 물질로서 일반적으로 널리 사용되어 왔다고 공개하고 있다. 그러나 계면활성제를 사용하는데 선행기술이 부정적 교시(teaching away)를 하기도 있었는데, 선행기술과 기술상식에 의하면 계면활성제를 추가하면 가수분해로 인하여 원래의 물질을 불안정하게 만들고, 단백질의 변성을 초래하며, 독성 및 과민반응을 일으킬 수 있기 때문에 신중하게 최소 농도로 사용하여야 하고, 오히려 침전물이 많이 발생된 사례도 있다고 공개하고 있다. 따라서 계면활성제 사건에서는 의약기술자로 하여금 출원발명(히스타딘 아미노산+계면활성제)을 만들도록 하는 동기를 부여하는 사유와 저해하는 사유가 모두 함께 존재하고 있었기 때문에 이들을 모두 종합적으로 참작하여 어느 정도의 성공예상가능성을 주는지를 판단할 필요가 있었다.

대법원은 출원발명에 대하여 적용할 진보성판단의 기준과 방식은 기계발명에 적용되는 TSM+KSR(도면1의 제1수준)을 적용하였는데, 이는 대법원이 제2유형 및 제3유형발명에 대하여 적용한 선택발명설(추정설)을 제1유형에 적용하지 않는다는 것을 선언한 것이다. 즉 대법원은 계면활성제 추가 물질은 선택발명이 아니라고 보았는데, 그 이유는 선택발명이 되기 위해서는 선행기술이 상위개념을 공개하고 있는데 비하여 출원발명은 그 하위개념을 청구항의 권리범위로 주장하여야 하지만 이 사건에서 제1선행기술이 공개한 히스타딘 아미노산을 출원청구항의 상위개념이라고 볼 수 없었기 때문이다. 따라서 대법원은 ‘특허발명의 진보성을 판단할 때는 그 인용되는 기술을 조합 또는 결합하면 당해 특허발명에 이를 수 있다는 암시, 동기 등이 선행기술문헌에 제시되어 있거나(TSM 기준) 그렇지 않더라도 당해 특허발명의 출원 당시의 기술수준, 기술상식, 해당 기술분야의 기본적 과제, 발전경향, 해당 업계의 요구 등에 비추어 보아(KSR 기준) 통상의 기술자가 용이하게 그와 같은 결합에 이를 수 있다고 인정할 수 있다면 당해 특허발명의 진보성은 부정된다.’¹¹³⁾ 고 실시함으로서 기계발명적 TSM기준+KSR 기준을 적용하여 한다. 이렇게 대법원이 TSM+KSR을 적용하였다는 점은

대법원이 선행판례(탐침카드사건; 2007. 9. 6. 선고 2005후3284 판결)를 인용함으로써 확인되는데, 탐침카드 사건은 기계적 조합발명으로서, 대법원은 그 진보성을 판단하는데 있어서 3요소설을 적용하여 첫째, 출원발명이 선행 기술과 목적(해결과제)이 동일하고, 둘째 양자의 구성도 동일하여 아무런 구성의 곤란성이 없으며, 셋째, 출원발명의 작용효과도 선행기술에 의하여 예측가능한 것이기 때문에 출원발명은 통상기술자에게 용이하다고 보았었다.¹¹⁴⁾ 이로써 대법원은 제1유형의 의약발명인 계면활성제를 추가한 물질에 대하여 기계발명적 기준인 TSM+KSR을 적용하였다고 보아야 한다. 이로써 대법원은 표면적(?)으로는 도면1의 제1수준에서 진보성의 수준을 설정하였다.¹¹⁵⁾

그러나 대법원은 실제로는 would-test를 채택하여 선행기술이 계면활성제를 추가하여 출원물질을 만드는데 저해사유가 있었는지를 논의하였는데, 기타 선행기술이 계면활성제를 추가하면 발생하는 부작용이나 독성은 원심인 선행문헌의 내용을 부분적으로만 이해하거나 지나치게 일반화한 것에 불과하여 이를 가지고 계면활성제를 사용하지 말도록 부정적 교시(teaching away)를 하였다고 볼 수 없다고 보았다. 이로써 계면활성제의 대법원은 추정설(Dillon: 선택발명설)을 고식적으로 적용하여 결국 저해사유의 부존재=용이도출이라는 공식을 적용한 셈이 되어,¹¹⁶⁾ 결국 대법원은 출원발명은 용이도출하다고 보았다.¹¹⁷⁾ 더 나아가 대법원은 비교교량방식을 적용하여 출

113) 계면활성제 사건; 대법원 2018. 12. 13. 선고 2016후1529 판결에서 인용한 대법원 2007.9.6. 선고 2005후3284판결은 탐침 카드 조립체에 관한 판결로서 기계발명과 같은 일반적 진보성의 원칙을 의약발명에 대하여도 적용한 것이다.

114) 탐침카드-대법원 2007. 9. 6. 선고 2005후3284 판결

115) 대법원은 아픽사반에서도 3요소설을 적용하여 구성곤란성이 있으면 현저한 효과가 아닌 증진된 효과에 불과한 것만 합하여도 제2유형물질발명에 대하여 진보성을 인정할 수 있다고 보았다. 그렇다면 대법원은 제2유형발명을 포함한 모든 의약발명에 대하여 3요소설을 적용하려는 경향을 취한 것으로 보인다. 저자 주.

116) 부정적 교시(teaching away); 대법원은 계면활성제 사건에서 일부 선행문헌을 부분적으로 보거나 일부 공개내용을 지나치게 일반화하여 부정적 교시가 있었다고 볼 수 없다고 판시하여 부정적 교시를 선행기술들이 공개한 전체적 내용을 참작할 것을 요구하고 있다. 그 결과 선행기술의 일부가 단백질 안정화와 관련하여 계면활성제의 사용을 부정하였지만 그럼에도 불구하고 선행기술들이 공개한 전체적 내용은 계면활성제를 안정화제로 사용하는 것을 가르친다고 보았다.

117) 계면활성제-저해사유-대법원; 선행발명 1의 위 기제가 재구성 후의 탁도에 영향을

원발명이 발휘한 효과는 제1선행기술과 제2 및 제4의 선행기술의 결합이 이미 예상한 효과를 낸 것에 불과하여 결국 진보성이 없다고 보았다. (would-test+비교교량방식; 도면1의 제2수준)

이로써 대법원이 계면활성제에서 표면상으로 선언한 could-test+가중참작방식(도면1의 제3수준)은 기계발명에만 적용되는 것임에도 이를 의약발명에 적용한 잘못을 범하게 되었고, 대법원이 실제로 적용한 would-test+비교교량방식(도면1의 제2수준)도 추정설에 머무르게 되어 결국 추정설이 가지는 결합을 극복하지 못하였다.¹¹⁸⁾ 그러나 만약 대법원이 성공예상가능성설을 채택하였었다면, 동기부여 사유와 저해사유를 종합적으로 판단할 수 있었는데, 이 사건에서는 기타 선행기술이 계면활성제를 사용하는 경우에 발생하는 부작용과 독성을 공개하고 있기 때문에 저해사유가 존재하고 있지만 그 저해사유는 그다지 강력한 것은 아니어서 동기부여를 중대하게 삭감할 수 있는 정도는 아니었다. 따라서 대법원은 여전히 선행기술이 의약기술자에게 계면활성제를 사용하라는 강한 동기부여를 하였다는 것을 충분히 인정할 수 있었다. 이렇게 결정된 성공예상가능성(강)과 출원발명이 발휘하는 효과를 비교하면 그 효과는 역시 응집물을 만들지 않는 동질성의 효과로서 성공예상가능성을 극복할 수 있을 정도로 현저하지 못하다는 것을 교량할 수 있었을 것이다. 그럼에도 불구하고 대법원은 저해사유 부존재=용이도출성이라는 고식적인 추정설의 공식을 적용하기 위해서 저해사유의 존재를 의도적으로 무시하는 등의 무리수를 두었다.¹¹⁹⁾

미치는 비가용성 응집물의 억제를 위한 추가의 안정화제를 첨가할 시도를 단념시킬 정도라고 할 수도 없다.

118) 한지영의 위 논문 의약용도발명의 진보성 판단에 관한 고찰 p.64에서 동기부여의 기준으로서 통상기술자의 추론가능성을 택한다. 즉 대법원이 통상기술자가 선행기술로 인한 기술상식을 통하여 계면활성제의 사용이 추론가능하면 용이한 것이라고 보았다. 이 추론가능성의 기준은 언어적 해석으로 보아 TSM보다는 높지만 Pfizer (2007)의 합리적성공예상가능성 기준보다는 낮은 것으로 보이는데, 위 논자는 추론가능성기준에 대한 아무런 근거를 제시하지 못하고 있고 대법원은 부정적 교시의 부존재를 쟁점으로 보았기 때문에 추론설은 실제적 근거가 없다. 저자 주.

119) 계면활성제 대법원; 효과성을 비교하기 위해서는 이질적 효과인지 동질적 효과의 현저성인지를 구별하여 비교할 필요가 있음에도 대법원은 계면활성제에서 이러한 분석을 전혀 행하지 않았다.

나. 계면활성제(원심); 특허법원 2016. 7. 1. 선고 2015허3955
판결〔등록무효(특)〕 상고

계면활성제의 원심인 특허법원은 would-test+비교교량방식(도면1의 제2수준)을 적용하였음은 물론 더 나아가 추정설을 배척하고 성공예상가능성설(Pfizer 2007)을 적용하는 것까지 시도하였다. 특허법원은 대법원과는 정반대로 강력한 저해사유의 존재를 인정하였고 이로써 막바로 출원물질은 용이도출성이 없다고 본 뒤, 비교교량의 결과 효과의 현저성이 인정된다고 보았다. 특허법원은 대법원의 표면상 기준인 도면1의 제3수준보다 높은 도면1의 제2수준을 택하였으면서도 오히려 진보성을 인정함으로써 대법원의 하급심으로서 특허법원이 대법원과 전혀 동일한 궤도에 있지 않음을 여실히 보여준다.

원심인 특허법원은 선행기술이 계면활성제를 추가하면 부작용과 독성을 준다는 부정적 교시(teaching away)는 강한 저해사유가 된다고 보았고 이로써 막바로 저해사유 존재=비용이도출성을 인정하여 버리는 결과가 되었는데 이는 추정설이 고식적으로 취하는 공식에 불과하다. 만약 특허법원이 성공예상가능성설을 제대로 이해하였다면 특허법원은 반드시 동기부여사유와 저해사유를 종합적으로 판단하였어야만 했었는데,¹²⁰⁾ 이를 위해서 법원은 저해사유의 존부가 아니라 저해사유의 강약을 파악하여 이를 동기부여사유에서 삭감하고 이로써 성공예상가능성의 강약을 결정하였어야만 했었다. 만약 특허법원이 그렇게 하였더라면 계면활성제가 가지는 부작용이나 독성과 같은 저해사유가 계면활성제를 추가하도록 동기를 부추기는 사유를 삭감할 수는 있을지라도 100% 모두를 삭감할 수는 없었기 때문에 의약기술자가 여전히 계면활성제를 추가하려고 하는 상당한 동기부여로 인하여 성공예상가능성은 여전히 충분하게 남아있었다. 특허법원이 이 남아 있는 성공예상가능성을 가지고 효과성과 비교한 뒤 그 우세를 판단하였었다면 특허법원은 그 효과가 이질적이 아니고 동질적인 것(응집물 감소)에 불과하다는 것을 알 수 있었다. 더 나아가 특허법원은 출원발명이 발휘한

120) 지재고재

동질적 효과인 단백질함량이 98%이상, 탁도가 5.5이하가 되는 정도는 이미 선행기술이 충분히 예상하고 있었던 정도에 불과하여 현저성이 전혀 없다는 것도 능히 알 수도 있었을 것이다.¹²¹⁾

이러한 추정설의 함정은 일본의 지재고재도 보여주는데, 지재고재는 피리미딘(제2유형물질발명; 평성30년) 판결에서 성공예상가능성설의 적용을 시도하였는데 먼저 지재고재는 선행기술이 초보적인 일반화학식만을 공개함으로서 의약기술자가 출원발명에 도달하는데 있어서 저해사유가 존재함을 인정하였다. 이렇게 저해사유의 존재가 인정되고 나면 성공예상가능성설은 이 저해사유로 인하여 삭감되는 성공예상가능성의 강약을 결정하고 나서 이를 가지고 효과성과 비교하여야만 한다. 그러나 지재고재는 저해사유의 존재=비용이상도성이라는 추정설의 공식을 고식적으로 적용하였고 이로써 저해사유의 존재= 진보성이라는 성급한 결론에 도달하게 되었다.¹²²⁾

IV. 결 론

CAFC의 성공예상가능성설은 성공예상가능성 v. 효과성을 비교교량하여 어느 쪽이 우세한지를 결정하는 것이고 먼저 성공예상가능성을 판단하는데 있어서 동기부여와 저해사유를 종합적으로 판단하여 그 강약을 결정한다.

121) 계면활성제-특허법원; 이와 같은 사정을 종합하면, 앞서 본 바와 같이 이 사건 제1항 정정발명의 구성은 통상의 기술자가 선행발명들로부터 용이하게 도출될 수 없고, 그 효과 또한 선행발명들로부터 예측할 수 없는 것일 뿐만 아니라, 오히려 이 사건 제1항 정정발명은 선행발명들로부터 예측할 수 없는 현저히 우수한 효과가 나타나고 있음이 분명하다고 할 것이다. 따라서 이러한 효과의 현저성으로부터도 이 사건 제1항 정정발명은 그 진보성이 인정된다고 봄이 타당하다.

122) 피리미딘-平成30年4月13日 審決取消請求事件 平成28年(行ケ)第10182号 및 平成28年(行ケ)同第10184号 審決取消請求事件에서 지재고재는 현저한효과(顯著な効果)를 아울러 고려하여(併せ考慮して)판단한다고 실시하고 있어서 명시적으로 비교교량이라고 밝히고 있지는 않지만 그 실시한 맥락이 CAFC의 성공예상가능성기준과 동일하다. 즉 무효주장자가 동기부여사유를 주장입증하면 발명자측이 저해사유와 함께 현저한 효과를 입증하여야 한다고 봄으로서 CAFC의 기준을 채용하고 있는 것이 분명하다.

특허법원도 위 계면활성제 사건에서 특허법원이 성공예상가능성설을 적용하려고 시도를 하였다면 특허법원은 마땅히 선행기술이 안정화제로서 계면활성제를 사용하라는 동기부여가 주는 성공예상가능성에서 저해사유(부정적 교시)로 인하여 저감되는 것을 빼고 나서 나머지 남아 있는 성공예상가능성의 강약을 산정하였어야만 했다. 만약 특허법원이 출원발명의 성공예상가능성의 강약을 측정하였다면 계면활성제가 부여하는 충분한 동기부여로 인하여 저해사유(부정적 교시)의 존재에도 불구하고 여전히 상당한 정도의 강한 성공예상가능성은 남아 있었다. 따라서 특허법원은 이렇게 남아 있는 성공예상가능성과 효과성을 비교교량하여 어느 쪽이 우세한지를 판단하였다면 여전히 계면활성제를 추가함으로써 의약기술자에게 주는 성공예상가능성이 우세하다고 판단할 여지가 충분히 있었다. 그럼에도 불구하고 특허법원이 선택한 비교대상은 성공예상가능성이 아닌 비용이도출성(저해사유)을 선택함으로써 잘못을 범하였고, 이를 효과성에 가중참작하여 결국 진보성을 인정하는 결론에 이르게 되었다. 따라서 특허법원은 추정설의 함정에 빠져서 비교교량방식을 배척하고 기계발명적 가중참작방식(3요소설)을 잘못 적용함으로써 의약발명의 진보성을 판단하는데 결정적 실수를 범하고 말았다. 그 결과 특허법원은 계면활성제라는 용이한 물질을 추가한 출원발명에 대하여 진보성을 허용하게 됨으로서 대법원에 의하여 과기되는 결과를 가져오게 되었다.

계면활성제의 원심인 특허법원이 전혀 타당성이 없는 결론을 유도한 선택발명설(Dillon의 추정설)의 결함은 대법원의 아픽사반(2021)에서 이어지는데, 아픽사반에서도 대법원은 계면활성제의 원심인 특허법원과 마찬가지로 구성의 곤란성(저해사유)+효과성을 결합한 뒤 의약발명의 진보성을 인정한 바 있다. 그러나 대법원은 저해사유가 존재한다고 해도 여전히 상당한 동기부여로 인한 성공예상가능성이 남아 있다는 사실을 이해하지 못하고 있다. 즉 출원물질이 선행물질과 구조적으로 밀접한 관련성을 가지면 그 자체로서 의약기술자에게는 출원발명을 만들도록 하는 충분한 동기부여가 될 수 있는 것이다. 이렇게 남아 있는 동기부여로 인하여 의약기술자들 누구라도 출원물질의 성공을 충분히 예상할 수 있고, 따라서 저해사유는 단지 그 성공예상가능성을 저감하여 이를 약화시키는 사유에 불과하기 때문에

저해사유로 인하여 100% 삭제되지 않고 여전히 상당한 정도는 남아 있는 것으로 보아야만 한다. 이렇게 남아 있는 성공예상가능성(강과 약)은 효과성과 비교교량되어 어느 쪽이 우세한지를 판단하여 우세한 쪽으로 진보성이 결정되는 것이다. 이렇게 계면활성제의 원심인 특허법원과 대법원의 아픽사반은 의약발명에 고유한 진보성의 판단기준과 판단방식을 이해하지 못함으로서 결국 선행기술이 그 성공을 능히 예상하고 있으면서도 이를 극복할 수 있는 현저한 효과를 발휘하지도 못한 쉬운 발명에 대하여 진보성을 허용하는 잘못을 범한 것이다.¹²³⁾

결론적으로 제1유형발명을 포함한 모든 의약발명은 그 발명이 만들어진 당시에 그 발명이 성공할 것이 충분히 예상되었다면 진보성이 없다고 보아야만 한다. 그러나 그 성공예상가능성이 충분하다고 해도 그 발휘된 효과가 전혀 예상치 못한 현저한 것이라면 진보성을 취득할 수도 있다고 보아야만 한다. 따라서 의약발명의 진보성을 판단하는데 있어서 성공예상가능성과 효과의 현저성은 항상 비교교량 되어야만 하고 비록 성공예상가능성이 적더라도 이러한 비교교량방식을 배척하고 구성의 곤란성과 증진된 효과를 가중참작하여 진보성을 인정할 수는 없다. 만약 이러한 가중참작방식을 적용하여 의약발명의 진보성을 결정한다면 의약발명의 진보성은 매우 낮은 수준에서 인정될 수도 있기 때문에 결국 불량한 의약특허가 양산될 수 있고 이로써 불량특허는 의약기술의 진보를 저해하게 된다.¹²⁴⁾

의약발명의 진보성 - 제1유형의 의약발명에 대한 성공예상가능성설의 적용 -	수령 날짜 - 임 호	심사개시일	계재결정일
	2022.01.12.	2022.03.07.	2022.03.24.

123) 아픽사반; 특허법원은 의약발명에 선택발명의 엄격한 진보성 기준을 적용하는 것을 싫어한다. 그렇기 때문에 지재고재가 저해사유로 규정한 부정적 교신나 불충분한 공개 등의 사유를 가지고 엄격한 선택발명적 진보성의 기준에서 벗어나서 일본의 학설과 판례가 채용하는 진보성의 기준 즉 문제해결설적 기준(목적, 구성, 효과; 3요소설)로 회귀할 수 있는 사유로 본다. 아픽사반-특허법원 2019. 3. 29 선고, 2018허2717, 판결

124) Pfizer, Inc. v. Apotex, Inc., 480 F.3d 1348, 1365 (Fed. Cir. 2007)에서 Merck, 874 F.2d at 809; In re Dow Chem. Co., 837 F.2d 469, 473 (Fed. Cir. 1988)를 인용한다.

[참고문헌]

- Douglas L. Rogers, Double Patenting: Follow-On Pharmaceutical Patents that Suppress Competition (Ohio State Univ. Moritz Coll. of Law Pub. Law & Legal Theory Working Paper Series, Paper No. 324, 2016).
- Timo Minssen, MEANWHILE ON THE OTHER SIDE OF THE POND: WHY BIOPHARMACEUTICAL INVENTIONS THAT WERE “OBVIOUS TO TRY” STILL MIGHT BE NON - OBVIOUS—PART I, 9 Chi. - Kent J. Intell. Prop. 60, 70.
- Holmes Group, Inc. v. Vornado Air Circulation Sys., Inc., 535 U.S. 826, 829 (2002). KSR Int’l v. Teleflex Inc., 550 U.S. 398, 399 (Graham을 인용함, 383 U.S. at 17); Eisai Co. v. Dr. Reddy’s Labs., Ltd., 533 F.3d 1353, 1356 (Fed. Cir. 2008)
- Benjamin N. Roin, Unpatentable Drugs and the Standards of Patentability, 87 TEX. L. REV. 503, 517 - 31 (2009)
- 前田 眞, 裁判例にみる進歩性判断とあるべき判断手法, 현대지적재산법; 실무와과제, 2015, 354-55
- WIPO 「PCT 國際調査及び予\備審査ガイドライン」 (2019 年7 月1 日版) 13.03 参照
加藤 幹, 進歩性の判断における効果の位置付け, パテント 2020-42-Vol. 73 No. 9, 49면
중약육자, 진보성 판단에 있어서 저해요인과 입증책임, 데아닌 함유조성물사건, 재산관리, vol.60, N2, 2011, p.211-217
- 岡田吉美 「發明の進歩性の評価における効果の位置づけの考察」 特許研究69 号35 頁 (2020 年), 35면
- 吉 剛, 容易想到性 (進歩性) 判断における課題の意義, パテント 2016, Vol. 69, No. 2
宮崎 賢司, 間接事實說なのか、獨立要件說なのか、それとも? ~進歩性判断における二次的考慮事項の位置づけ~tokugikon, no.289, (2018.5.31.)
- 高島喜一 「回路用接續部材事件 (平成20 (行ケ) 10096 号) 判例評論 No. 613 (平成22 年3 月1 日) pp. 179-186」
- 相田義明, 進歩性の判断構造についての一考察, tokugikon, 2009.11.16. no.255, p.72;
- 임호, 특허실무론, 문우사(2014), 190-93면 참고.
- 임호, 특허법, 법문사(2003)
- 임호, 요지인정과 명세서의 참작, 저스티스(2021. 4), 통권183호
- 이상현, 선택발명의 진보성에 대한 비교법적 접근 -현저한 효과와 선택의 동기-2020, vol.1, no.52, 통권 52호.
- 박영규, 선택발명의 신규성 진보성을 판단하기 위한 선행기술의 인정범위, 지식재산연구 제14권 제4호(2019. 12)
- 김관식, 의약품도발명의 신규성 및 진보성, 대법원 2019.1.31.선고 2016후502 판결을 중심으로, 지식재산연구 제14권 제1호(2019년 3월)
- 한지영, 의약품도발명의 진보성 판단에 관한 고찰, 산업재산권 61(2019)
- 강경태, 신혜은, 용법·용량에 특징이 있는 발명의 명세서 기재요건, 과학기술과 법 제11권 제1호(2020.6).

【국문초록】

의약발명은 모두 4가지 종류의 물질발명과 용도발명을 포함하는데, 제1유형은 이종물질의 조합발명이고, 제2유형은 동족(종)물질류 중에서 선택한 발명이며, 제3유형은 선행라세미체에서 이성체를 분리한 발명이며, 제4유형은 특정한 치료효과나 투약량 또는 투약방식을 한정한 의약용도발명을 말한다. 종래부터 선행기술로부터 용이하게 도출할 수 있는 의약발명은 용이하게 진보성이 없다고 추정되고 오직 예상치 못한 현저한 효과를 발휘한 경우에만 진보성을 취득할 수 있었다. 이를 Dillon(2007)의 추정설이라고 하는데, CAFC는 근래에 Pfizer(2007)에서 추정설을 수정한 성공예상가능성설을 채택하였는데, 성공예상가능성설은 동기의 부여사유와 저해사유를 종합적으로 참작하여 성공예상가능성의 강약을 결정한 뒤 이를 가지고 출원발명이 발휘한 효과와 비교하여 우세한 쪽으로 진보성을 결정한다. CAFC는 이 성공예상가능성설을 모든 종류의 의약발명에 대한 진보성판단에 적용하고 있는데, EU의 EPO, 일본의 지재고재 그리고 특허법원도 이 성공예상가능성설의 기준과 방식을 채택하여 적용하고 있지만 대법원은 아직 추정설에 머무르고 있다. 더구나 최근 대법원은 제1유형의 의약발명인 계면활성제 사건에서 기계발명적 3요소설로 회귀한 한 바 있어서 의약발명의 본질에 어긋나는 진보성의 원칙을 채용한 바 있다. 본고는 의약발명을 그 물질의 성질에 따른 유형별로 분류한 뒤 먼저 제1유형물질발명을 중심으로 미국의 CAFC와 일본의 지재고재 및 우리 대법원과 특허법원이 채용하고 있는 진보성의 판단기준과 판단방식을 비교하여 설명하기로 하고 나머지 제2유형 물질발명, 제3유형물질발명 그리고 제4유형발명을 별도의 논문으로 상세하게 설명하기로 한다.

【Abstract】

The Study on the Non-obviousness Test for the
Pharmaceutical inventions
- the expectation of success test -

Prof. Dr. jur. Im Ho
(Hongik University)

In pharmaceutical patents, there are 4 kinds of inventions which are classified by their compositions and structures. The first kind is the combination of several different materials, the second kind is the analogue or homologue materials, the third kind is isomers, and the forth one is the invention for restricted the specific treating amounts or the method of treating. CAFC, after following the long-lasting Dillons' Presumption-test, recently in Pfizer v. Apotex it established the Expectation of Success-test in Pfizer in 2007 and has been practicing the upper test for all kinds of pharmaceutical patents, and Japan Intellectual Property High Court and Korean Patent Court would follow the CAFC' upper test and its practices. The Supreme Court of Korea, however, would held to the old Dillon's Presumption-test and still apply to the cases for the non-obviousness of pharmaceutical patents. Moreover it recently announced the adoption of 3party-test for the Surfactants case(2018), however, it actually applied the old Dillons' Presumption-test. In this essay I argue that the Supreme Court of Korea misunderstood the

patentability of the pharmaceutical inventions and thus misapplied the mechanical non-obvious test to the pharmaceutical ones.

주제어(Keywords): 의약발명(pharmaceutical invention), 제약특허(pharmaceutical patent), 비자명성(non-obviouness), 특허적격성(patentability), 특허법(Patent Law), CAFC, 일본 지적재산고등재판소(Japan Intellectual Property High Court), 특허법원(Korea Patent High Court), 대법원(Supreme Court of Korea), Dillon의 추정설(Dillon's Presumption-test), Pfizer, 성공기대가능성(Expectaion of Success), 계면활성제(Surfactants)

교회에 대한 집합제한(대면예배 금지)조치의 합헌성 여부에 대한 검토

장 영 수*

▶ 목 차 ◀

- I. 서: 문제의 소재
- II. 코로나 사태에 따른 방역조치의 법적 근거
 - 1. 헌법 제37조 제2항과 법률유보
 - 2. 감염병예방법 제49조 제1항 제2호에 근거한 집합제한
 - 3. 지방자치단체장의 행정명령에 의한 집합제한
- III. 감염병 확산 방지를 위한 집합제한의 기준과 유형의 문제점
 - 1. 보건복지부 중앙사고수습본부에 의한 '사회적 거리두기'의 내용
 - 2. 다중이용시설의 유형 분류의 방식과 그 문제점
 - 3. 종교시설, 사회복지시설, 사업장의 규제 기준 비교
 - 4. 실내 다중이용시설 이용과 실외 다중이용시설 이용, 옥외 집회·시위에 대한 제한 기준과 그 합리성 여부
- IV. 외국의 감염병 확산 방지를 위한 집합제한 입법례 및 판례
 - 1. 영국의 입법례 및 판례
 - 2. 미국의 입법례 및 판례
 - 3. 독일의 입법례 및 판례
- V. 교회에 대한 집합제한(대면예배 금지)조치의 종교의 자유 침해 여부에 대한 검토
 - 1. 종교의 자유의 보호범위와 비대면 예배의 의미
 - 2. 사회적 거리두기에 따른 강제조치의 법률유보 문제
 - 3. 교회에 대한 집합제한조치의 비례성 판단
- VI. 교회에 대한 집합제한조치의 평등권 침해 여부에 대한 검토
 - 1. 비교집단: 교회와 그밖의 다중이용시설
 - 2. 평등심사의 기준: 엄격한 심사기준
 - 3. 평등권 침해 여부에 대한 비례성 판단
- VII. 결론: 교회에 대한 집합제한조치의 개선방향

* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

I. 서: 문제의 소재

2019년 말 중국 우한에서 시작된 코로나 사태가 전세계적인 팬데믹으로 발전한 이후 2년이 넘었다. 그동안 백신의 개발 등으로 코로나 사태가 진정될 것이라는 기대도 있었지만, 각종 변이가 발생하면서 이제는 코로나의 완전한 종식을 당분간 기대하기 어렵다는 전망이 우세해지고 있다.¹⁾ 이런 상황에서 코로나 사태의 조기 종식을 전제로 한 각종 방역조치들의 실효성 및 정당성에 대한 논란도 뜨거워지고 있다.²⁾

코로나 사태가 6개월 혹은 1년 이내에 종식될 것이라는 막연한 전제 하에 시작된 확진자들의 엄격한 동선 파악과 거리두기 등의 방역조치에 대해 국민들도 초기에는 적극적으로 협력하는 분위기였다. 그런데 2년이 넘게 억제된 생활패턴이 강요되면서 국민들도 이러한 비정상적인 일상에 지쳤고, 여행이나, 외식의 제한 등이 사실상 실효성을 잃어가고 있다. 더욱이 자영업자들도 더 이상 이렇게 살 수 없다는 목소리를 강하게 내고 있다.³⁾ 그러나 정부의 방역조치는 질적인 개선의 여지를 보이지 않고 있으며, 그로 인한 갈등이 점점 날카로워지고 있다.

정부의 방역조치와 교회의 갈등은 코로나 사태의 초기부터 시작되었다. 한편으로는 신천지 교회 등이 코로나 확산의 주범으로 취급되면서 정부 방역의 주요 대상으로 지목되었고,⁴⁾ 이후에는 전광훈 목사가 주도한 정부 비판 집회에서 코로나가 확산될 수 있다는 보도,⁵⁾ 그리고 IM선교회 관련 확

1) 이에 관하여는 2022. 01. 04. 조선일보 기사 「“올해 안에 팬데믹 종식 불가능… ‘위드 코로나’ 희망”」 (<https://biz.chosun.com/it-science/bio-science/2022/01/04/XPQ7YFVPI5EO5GNGNBTRX4LJFY/> 최종방문 2022. 02. 15.) 참조.

2) 이에 관하여는 2021. 08. 25. 의사신문 기사 「전문가들 “사회적 거리두기 등 정부의 방역 정책 효과 없어”」 (<http://www.doctorstimes.com/news/articleView.html?idxno=216055> 최종방문 2022. 02. 15.) 참조.

3) 이에 관하여는 2022. 02. 15. 연합뉴스 기사 「“더는 방역 협조 못한다” 자영업자 200여명 광화문서 집회」 (<https://www.yna.co.kr/view/AKR20220215133400004?input=1195m> 최종방문 2022. 02. 15.) 참조.

4) 이는 사회적 거리두기에 관한 정부의 문서에서도 신천지교회 등의 종교시설을 특별히 지목하고 있는 것에서도 나타난다. 이에 관하여는 보건복지부 홈페이지 2021. 06. 20. 보도자료의 첨부파일, 사회적 거리두기 체계 개편(안), 8쪽 및 아래의 <표 2> 참조.

진자 증가 등이 언론을 통해 보도⁶⁾될 때마다 여론을 등에 업은 정부의 교회에 대한 강경한 방역조치들이 힘을 얻었다.⁷⁾

그러나 코로나 사태에 대응하는 정부의 여러 가지 정책적 실수 및 실패⁸⁾는 덮은 채로 이른바 K-방역의 성공을 자화자찬하던 정부의 코로나 방역조치에 대해 비판적인 견해가 점차 수면 위로 부상하고 있다. 한편으로는 각종 방역조치의 법적 근거의 취약성⁹⁾이 문제되는가 하며, 다른 한편으로는 실효성 없는 조치들이 과도하게 집행되고 있다는 지적¹⁰⁾도 있다. 더욱 심각한 것은 정부 방역조치들이 적용 대상 및 기준에서 일관성을 잃고 있다는 점이다.¹¹⁾

-
- 5) 2020. 02. 08. 노컷뉴스 기사 「전광훈, '마스크 집회' 또 강행...감염불안 속 '총동원령」 (<https://www.nocutnews.co.kr/news/5286018> 최종방문 2022. 02. 15.) 참조.
 - 6) 2021. 01. 30. KBS뉴스 기사 「IM선교회 관련 확진자 350명 넘어...끊이지 않는 종교시설 감염, 왜?」 (<https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=5107156&ref=A> 최종방문 2022. 02. 15.) 참조.
 - 7) 방역조치에 대한 종교계의 대응 차이에 관하여는 고병철, 코로나19(Covid-19) 방역과 종교, 종교연구 제81집 제1호(2020.04), 9-32(21이하)쪽 참조.
 - 8) 초기에 중국인들의 입국을 막지 않았던 것, 마스크 공급을 준비하지 못하여 마스크 대란을 빚었던 것, 백신 접종의 의미를 잘못 평가하여 백신도입 및 접종 일정에 차질을 빚었던 것, 그리고 코로나의 장기화를 예측하지 못하고 의료인력 및 시설에 과중한 부담을 계속 요구한 결과 정작 오미크론의 확산으로 확진자 숫자가 급격하게 증가하고 있는 상황에서는 아무런 실질적인 대책도 내놓지 못하고 있는 것 등이 대표적인 방역 정책 실패라 평가될 수 있을 것이다.
 - 9) 이에 관하여는 김태호, 법치주의의 시험대에 선 코로나 방역 대응, in: 이원우·김태호(편), 『코로나19 위기와 법치주의』, 홍문사 2021, 5-35쪽; 류성진, 코로나19 방역조치와 기본권 제한 법제의 정당성 -「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」을 중심으로-, 경상대 법학연구 제29권 제3호(2021.07), 113-138쪽 참조.
 - 10) 무엇보다 정부의 코로나 대응정책이 의료시스템의 과부하를 야기하였고, 그로 인하여 정작 확진자 숫자가 급격하게 증가한 최근에는 정부가 사실상 방역에 손을 놓았다는 비판까지 나오고 있는 것이다. 독일의 경우 초기부터 의료시스템의 과부하를 막기 위한 의료 자원의 합리적 배분에 관한 논의가 신중하게 전개된 바 있었다. 이에 관하여는 Wolfgang Kröll, Knappe Ressourcen in der Katastrophe und erhöhte Anforderungen im intensivmedizinischen Alltag, in: Wolfgang Kröll / Johann Platzer / Hans-Walter Ruckenbauer / Walter Schaupp(Hrsg.), Die Corona-Pandemie. Ethische, gesellschaftliche und theologische Reflexionen einer Krise, Nomos 2020, S.103-117 참조.
 - 11) 이에 관하여는 아래의 「III. 3. 종교시설, 사회복지시설, 사업장의 규제 기준 비교」 참조.

교회에 대한 정부 방역조치의 핵심이라 할 수 있는 대면예배의 전면 금지 및 위반에 대한 강경한 조치들¹²⁾도 마찬가지다. 과연 대면예배를 전면 금지하는 것이 합리적 근거를 갖고 있는지, 종교의 자유의 본질적 부분에 대한 과도한 침해는 아닌지, 왜 교회의 대면예배에 대해서는 결혼식이나 장례식 등의 모임에 비해 더욱 엄격한 기준이 적용되어야 하는지에 대해 날카로운 비판이 제기되고 있는 것이다.

이하에서는 먼저 ‘코로나 사태에 따른 방역조치의 법적 근거’(Ⅱ)를 살펴본 이후에 ‘감염병 확산 방지를 위한 집합제한의 기준과 유형의 문제점’(Ⅲ)을 고찰하고자 한다. 여기서는 특히 유형 분류의 기준 및 차별의 문제에 초점을 맞출 것이다. 그리고 ‘외국의 감염병 확산 방지를 위한 집합제한 입법례 및 판례’(Ⅳ)를 통해 영국, 미국, 독일의 경험을 참고하고자 한다. 이를 통해 ‘교회에 대한 집합제한조치의 종교의 자유 침해 여부에 대한 검토’(Ⅴ) 및 ‘교회에 대한 집합제한조치의 평등권 침해 여부에 대한 검토’(Ⅵ)가 충분한 설득력을 가질 수 있을 것으로 기대한다.

Ⅱ. 코로나 사태에 따른 방역조치의 법적 근거

1. 헌법 제37조 제2항과 법률유보

기본권은 헌법의 중심적 가치로 일컬어진다. 즉, 기본권은 주권자인 국민의 헌법상 지위와 권리를 나타내는 것일 뿐만 아니라, 국가의 존립 근거이다. 그로 인하여 오늘날에는 기본권의 이중성을 인정하여 기본권이 개인의 권리로서의 측면뿐만 아니라 국가질서 형성의 근거 내지 지침으로서의 측면도 갖고 있다고 보는 견해가 지배적이다.

이러한 기본권을 제한하기 위해서는 엄격한 요건과 기준이 갖춰져야 한다. 현행헌법 제37조에서 기본권 제한의 목적을 국가안전보장, 질서유지, 공공복리로 한정하고, 제한하는 법규범은 법률에 근거할 것,¹³⁾ 제한의 내용

12) 이에 관하여는 아래의 <표3> 단계별 종교시설 관리 강화 참조.

은 비례성원칙에 부합할 것,¹⁴⁾ 제한의 한계로서 기본권의 본질적 내용을 침해하지 말 것을 명시하고 있다.

이러한 기본권 제한의 요건과 기준은 코로나 사태에 따른 방역조치에도 적용된다. 예컨대 확진자의 동선 파악, 강제성을 갖는 거리 두기, 최근에 논란이 가열되고 있는 방역패스의 문제점 등이 이러한 기본권 제한의 요건과 기준을 제대로 갖추고 있는지 여부에 따라 기본권 제한의 정당성 여부에 대한 판단이 달라질 수 있는 것이다.

특히 법률유보의 측면에서 기본권 제한의 구체성이 어느 정도까지 요구되는지에 대해서는 논란이 적지 않다. 특히 기본권을 제한하는 법률규정에 대해서는 한편으로는 법률의 일반성이 요구되지만, 다른 한편으로는 제한되는 기본권을 구체적으로 적시할 것이 요구된다. 코로나 관련 방역조치와 관련해서도 그 법률적 근거에 관해 신중한 검토가 필요한 것이다.

법률의 일반성 요건은 평등의 측면에서 요구된다. 즉, 특정인이나 특정사건에만 적용되는 법률(‘개별인법률’, ‘개별사항법률’)은 그 적용대상에 대한 차별이 될 것이기 때문에 위헌으로 보는 것이다.¹⁵⁾ 전형적인 개별인법률이나 개별사항법률과는 구분되지만, 법률의 일반성 요건과 관련하여 논란되는 ‘처분적 법률’의 경우에는 논란이 있으나, 대체로 합헌으로 인정되고 있다.¹⁶⁾

반면에 제한되는 기본권을 구체적으로 적시할 것을 요구하는 것¹⁷⁾은

13) 이는 법률 자체에 의한 제한이거나 법률에 근거한 제한일 것을 의미하는 것으로 해석되고 있다.

14) 헌법 제37조 제2항은 “...法律로써 제한할 수 있으며...”라고 규정하고 있다. 여기서 법률로써의 의미는 직접 법률에 의해 제한하는 것뿐만 아니라 법률에 근거하여 시행령 등으로 제한하는 것으로 포함하는 것으로 해석된다.

15) 비례성 원칙에 관하여는 성경엽, 비례원칙과 기본권, 저스티스 통권 제136호(2013.06), 5-26쪽; 진창수, 헌법재판소 판례에 나타난 비례원칙, 공법연구 제37집 제4호(2009.06), 1-24쪽 참조.

16) 처분적 법률에 관하여는 정연주, 처분적 법률의 헌법적 문제, 미국헌법연구 제18권 제2호(2007.09), 169-202쪽; 홍완식, 처분적 법률에 관한 연구, 토지공법연구 제56집(2012.02), 309-330쪽 참조.

17) 독일 기본법 제19조 제1항 제2문에서 규정하고 있는 것처럼 헌법 몇 조의 어떤 기본권이 제한되는지를 정확하게 적시하지는 않는다 하더라도, 기본권을 제한하는 법률조항을 통해 어떤 기본권이 어떤 경우에 어떻게 제한되는지가 구체적으로 확인될 수 있어야 한다는 것이다.

기본권 제한의 포괄성을 금지하기 위한 것이다. 마치 헌법 제75조에 규정된 포괄적 위임입법의 금지와 유사하게, 법률에 의한 규율의 밀도를 요구하는 것이며, 포괄적으로 기본권을 제한하는 규정을 통해서 이현령비현령(耳懸鈴鼻懸鈴)으로 기본권 제한이 오남용되는 것을 막기 위한 것이다.

2. 감염병예방법 제49조 제1항 제2호에 근거한 집합제한

교회에 대한 집합금지조치의 법률적 근거는 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」(이하에서는 ‘감염병예방법’으로 약칭함) 제49조 제1항 제2호이다.

감염병예방법 제49조 (감염병의 예방 조치) ① 질병관리청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병을 예방하기 위하여 다음 각 호에 해당하는 모든 조치를 하거나 그에 필요한 일부 조치를 하여야 하며, 보건복지부장관은 감염병을 예방하기 위하여 제2호, 제2호의2부터 제2호의4까지, 제12호 및 제12호의2에 해당하는 조치를 할 수 있다.

1. (생략)
2. 흥행, 집회, 제례 또는 그 밖의 여러 사람의 집합을 제한하거나 금지하는 것
- 2의2 ~ 14. (생략)

이 조항은 감염병예방법 제49조 제1항이 규정하고 있는 18개의 유형 가운데 하나이며, 감염병의 예방을 위해 다양한 형태의 집합을 제한·금지할 수 있다고 규정하고 있다.

이러한 제한조치는 감염병의 확산을 막기 위한 것으로서 불가피한 점이 인정될 수 있다. 그러나 그러한 제한조치가 기본권에 대한 매우 심각한 침해가 될 수 있음을 고려하여 구체적인 경우에 공익의 중대성과 기본권 제한의 심각성 사이에 엄밀한 비례성 판단이 있어야 한다. 즉, 제한조치가 내려질 때마다 그 정당성 여부에 대한 신중한 검토 및 통제가 뒤따라야 하는 것이다.

감염병의 예방을 위한 제한조치의 정당성 판단은 - 기본권을 제한하는 목적의 정당성을 인정한다는 전제에서- 크게 세 가지 관점에서 평가되어야 한다.

첫째, 그러한 제한조치가 감염병의 예방에 도움이 되는 조치인가? 이는 비례성 판단에서 ‘방법의 적합성’에 해당하는 것으로서 대부분의 경우에 충족될 수 있을 것이지만, 전문적인 문제에 대해 비전문가가 판단할 경우에는 이를 제대로 갖추지 못한 경우도 발생한다.

둘째, 감염병의 예방을 위해 그 제한조치가 기본권을 가장 적게 침해하는 수단인가? 이는 비례성 판단에서 ‘침해의 최소성’에 해당하는 것으로서 덜 침해적인 다른 수단이 있을 경우에는 반드시 덜 침해적인 수단을 선택해야 한다는 것이다.

셋째, 그러한 제한조치로 달성되는 공익(감염병 예방의 효과)이 기본권에 대한 제한보다 중대한가? 이는 비례성 판단에서 ‘법익의 균형성’에 해당하는 것으로서 대부분의 기본권 제한의 정당성 판단에서 가장 논란이 많이 되는 부분이기도 하다.

감염병예방법 제49조 제1항 제2호 자체가 위헌이라고 보기는 어려울 것이다. 그러나 이 조항에 근거한 구체적·개별적 집합제한조치가 위의 세 가지 정당성 요건을 갖추지 못한 경우에는 위헌으로 볼 수밖에 없다.

3. 지방자치단체장의 행정명령에 의한 집합제한

감염병예방법 제49조 제1항 본문은 “질병관리청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병을 예방하기 위하여 다음 각 호에 해당하는 모든 조치를 하거나 그에 필요한 일부 조치를 하여야 하며...” 라고 규정하여 지방자치단체장이 집합제한을 결정할 수 있도록 하고 있다.

이는 감염병의 확산 상황을 비롯한 여러 가지 여건을 종합적으로 판단하여 집합제한에 관한 결정을 내리기 위해서는 중앙정부에서 전국 각지의 상황을 판단하는 것보다는 현지의 상황에 정통한 각 지방자치단체에서 이를 판단하고 결정하는 것이 합리적이라는 생각에 근거한 것이다. 그러나 그로 인하여 발생될 수 있는 문제점도 적지 않다.¹⁸⁾

무엇보다 각 지방자치단체의 장이 상이한 판단기준을 갖고 있기 때문에 기준의 일관성이 깨뜨려질 위험성이 적지 않다. 예컨대 확진자의 숫자 및 확산속도가 매우 높은 지방자치단체의 장은 집합제한조치를 취하지 않고 있는데, 그보다 확진자의 수도 적고 확산속도도 낮은 지방자치단체의 장은 감염병 예방을 위해 강력한 집합제한조치를 취한 경우가 얼마든지 발생할 수 있다.¹⁹⁾

이런 경우에 과도한 기본권의 제한이 문제될 수 있으며, 감염병예방법에서 이에 관한 판단을 위한 구체적 기준을 규정함이 없이 지방자치단체장에게 관련 조치를 전적으로 맡기는 것은 -헌법 제75조에서 금지하고 있는 포괄적 위임입법과 유사하게- 위헌이 아닌지에 대해서도 검토가 필요하다.²⁰⁾

Ⅲ. 감염병 확산 방지를 위한 집합제한의 기준과 유형의 문제점

1. 보건복지부 중앙사고수습본부에 의한 ‘사회적 거리두기’의 내용

코로나사태와 감염병 예방을 위한 제한조치 중에서 가장 널리 활용되고 있는 것의 하나가 마스크 착용 의무화와 더불어 ‘사회적 거리두기’라고 할 수 있다. 이는 -비록 일상에 큰 불편이 야기되지만- 코로나 감염의 확산을 막기 위해 사람들이 모이는 것에 대해 제한을 가하는 것이며, 감염병예방법 제

18) 이에 관하여는 이기춘, 코로나-19에 따른 행정명령에 관한 시론적 소고, 국가법연구 제17집 제1호(2021.02), 1-25쪽; 전상현, 감염병 시대의 방역과 기본권보장의 쟁점, 공법연구 제49집 제2호(2020.12), 341-370(350이하)쪽 참조.

19) 실제로 지방자치단체별로 거리두기의 강화에 온도차가 상당히 있었고, 그로 인하여 논란이 벌어진 적도 있었다. 이에 관하여는 2020. 12. 08 대전일보 기사 「같은 2단계인데 "왜 우리만?"」(http://www.daejeonilbo.com/news/newsitem.asp?pk_no=1450556 최종방문 2022. 02. 15.) 참조.

20) 이와 관련하여 현행 감염병예방법 시행령 및 시행규칙에서도 지방자치단체장의 각종 제한조치를 위한 구체적 판단기준에 대해서는 아무런 규정을 두지 않고 있다는 점도 함께 고려되어야 할 것이다.

49조 제1항 제2호에 근거한 집합제한 및 금지의 한 형태라고 할 수 있다.

정부가 발표한 사회적 거리두기는 2020년 6월 7일 1~3단계로 구분되었으나, 2020년 11월 7일부터 5단계로 세분화되었다(1.5단계와 2.5단계 신설). 그리고 2021년 6월 20일 백신 접종 등을 고려하여 4단계로 바뀐 사회적 거리두기 개편안이 발표되어 7월 1일부터 시행되었다.

〈표 1〉 코로나 사태 대응을 위한 사회적 거리두기

단계구분	1단계	2단계	3단계	4단계
단계명칭	지속적 억제상태 유지	지역유행 / 인원 제한	권역 유형 / 모임 금지	대유행 / 외출 금지
개념	통상적인 방역·의료 대응 여력 이하 환자 발생	지역 방역·의료 대응 한계, 권역·중앙의 협조 필요	권역 대응 한계, 전국적 방역·의료 자원 동원 필요	전국적 방역·의료체계 한계 도달
결정·조정 권한	시·군·구, 시·도, 중대본	시·군·구, 시·도, 중대본	시·군·구, 시·도, 중대본	중대본
대응 개요	밀집·밀폐·밀 접 방지를 위한 시설별·개인별 방역수칙 준수	이용 인원 제한	사적 모임 금지	외출 금지, 집에 머무르기

출처: 보건복지부 홈페이지 2021. 06. 20. 보도자료의 첨부파일, 사회적 거리두기 체계 개편(안), 10쪽.

이러한 사회적 거리두기는 나름으로 단계적인 대응을 시도함으로써 과잉금지원칙에 반하는 과도한 제한이 되지 않도록 하려는 노력으로 이해될 수 있다. 그러나 구체적·개별적 적용이 어떻게 되는지에 따라 사회적 거리두기가 기본권에 대한 과도한 제한이 될 가능성은 여전히 존재하기 때문에 신중한 검토가 필요할 것이다.

특히 제한되는 그 행위 유형²¹⁾ 및 시설 유형²²⁾을 어떻게 분류하며, 분류 유형에 따라 정말 합리적으로 차별하고 있는지의 문제는 아무리 강조해

도 지나치지 않을 정도로 중요하다. 행위 유형 및 시설 유형에 따른 구분이 불합리할 경우에는 집합 제한 및 금지에 의한 기본권 침해 이외에도 평등권 침해 문제까지 심각하게 제기될 수 있기 때문이다.²³⁾

2. 다중이용시설의 유형 분류의 방식과 그 문제점

아래의 <표 2>에서 보듯이 각 시설 유형에 따른 집단감염 발생 비율을 고려하여 중점적인 관리대책을 세운 것에 비추어 보면, 정부의 사회적 거리두기의 유형 분류에서도 이러한 고려가 있었던 것으로 보인다. 그러나 이러한 분류에는 몇 가지 중대한 문제점이 존재한다.

<표 2> 시설별 집단감염 발생 중 비중(2020.1.20.~2021.1.19.)

	요양시설·의료기관	종교시설	신천지	직장	다중이용시설
확진자 수	6,900명	5,791명	5,214명	3,817명	4,406명
집단발생 중 비중	21%	17%	16%	11%	13%

출처: 보건복지부 홈페이지 2021. 06. 20. 보도자료의 첨부파일, 사회적 거리두기 체계 개편(안), 8쪽.

첫째, 지나치게 포괄적인 분류를 취하고 있다. 요양시설이나 의료기관의 경우에도 개별 시설마다 차이가 매우 큼에도 불구하고 이를 포괄적으로 묶어서 통계화하는 것이 적절한지 문제될 수 있다. 예컨대 엄격하게 방역수칙을 지킨 수천 개의 병원이나 요양원이 아무런 문제가 없는데, 이를 제대로

21) 예컨대 격렬한 운동을 하거나 비말이 많이 발생하는 행위와 그렇지 않은 행위를 구분하고, 이에 따라 제한의 강도를 달리하는 것은 합리적 차별이라 할 수 있다.

22) 어떤 행위를 위한 시설인지, 즉 격렬한 운동을 하거나 비말이 많이 발생하는 행위를 위한 시설인지의 여부, 그리고 밀폐된 공간인지의 여부 등에 따라 구분하는 것은 필요할 것이다. 다만, 이 경우에도 어느 정도의 차별화가 합리적인지에 대해서는 신중한 검토가 있어야 한다.

23) 평등권 침해의 문제에 관하여는 아래의 「VI. 교회에 대한 집합제한조치의 평등권 침해 여부에 대한 검토」 참조.

준수하지 않은 일부 병원이나 요양원에서 집단발생한 것을 모든 병원이나 요양원에 대한 규제 강화의 근거로 삼는 것은 적절하다고 보기 어렵다.²⁴⁾

둘째, 같은 유형의 시설 내에서도 행위 유형에 따라 차별화가 필요한 경우가 매우 많다. 예컨대 밀폐된 공간 등의 작업환경이나 비말 발생이 많은 일의 성격 등에 따라 감염의 위험성이 큰 경우도 있고, 집단생활로 인하여 감염이 확산된 예들도 있다. 이런 사정들을 고려하지 않고 시설 유형을 나누어서 대응방법을 결정하는 것은 합리적이라고 보기 어렵다.²⁵⁾

셋째, 통계작성시기에도 문제가 있다. 통계가 만들어진 직후에는 당분간 이를 근거로 대응책을 수립하는 것이 설득력을 가질 수 있지만, 단기적 통계의 유용성은 매우 제한적일 뿐만 아니라, 코로나 관련 확진자 수의 증가 추이가 -새로운 변종의 출현 등에 따라- 끊임없이 변화하는 것을 고려할 때, 6개월 전의 통계를 현재의 집합 제한·금지의 유효한 근거로 보기 어렵다. 예컨대 6개월 전 혹은 1년 전의 교회시설 감염 통계와 최근 6개월 간의 교회시설 감염통계는 큰 차이를 보이고 있는 것이다.²⁶⁾

24) 이는 <표 2>에서 보듯이 종교시설 전체의 집단감염 발생과 유사한 정도의 수치를 신천지 교회가 보이고 있다는 통계를 통해서도 확인된다.

25) 예컨대 각종 시설에서의 감염자 발생 빈도에 따라 규제의 강도를 달리해야 한다면, 종교시설로 묶을 것이 아니라, 교회를 통제하고 사찰이나 모스크 등에 대해서는 통제를 완화하는 것이 오히려 타당할 것이다. 물론 이런 경우에는 종교에 대한 차별의 문제가 심각하게 대두될 것이다.

26) 초기에 비해 종교시설에서의 감염이 대폭 줄었다(11.0%→4.4%)는 점은 이미 2021. 3. 5. 공청회에서 중앙방역대책본부 방역지원단장 박혜경이 발표한 자료에서도 확인되고 있다. 이에 관하여는 박혜경, 위험도 기반 다중이용시설 분류 방안, 6쪽 참조. 이 자료는 보건복지부 홈페이지 2021. 03. 05. 보도자료의 첨부파일([별첨1] 위험도 기반 다중이용시설 분류 방안(발제문_1).pdf)로 공개되어 있음.

주목할 점은 이 발표문 23쪽 이하에서 나타나고 있듯이 전문가들은 종교시설을 중간 위험도로 분류한 반면에 국민소통단에서 높은 위험도로 분류하였고, 결국 종교시설을 강화된 일반관리시설로 분류하여 식당, 카페, 노래연습장, 목욕탕 등과 같은 그룹으로 편성하였다는 점이다.

더욱이 같은 날 발표된 '사회적 거리두기 체계 개편(안)' 9쪽에서는 시설별 집단감염 발생 중 비중('20.1.20~'21.1.19)이라는 제목 하에 종교시설(신천지 포함)이 34%로서 가장 많은 것으로 지적하고 있다. 이는 박혜경의 자료와 달리 변화의 추이를 전혀 고려하지 않은 것으로서 매우 부적절한 것이라 할 수 있다. 이 자료도 위의 보건복지부 홈페이지의 첨부파일([별첨2] 사회적 거리두기 체계 개편(안)(발제문_2).pdf)로 공개되어 있음.

3. 종교시설, 사회복지시설, 사업장의 규제 기준 비교

정부의 사회적 거리두기와 관련하여 정부가 정한 단계별 기준은 종교 시설과 사회복지시설, 사업장에 각기 다르게 적용되고 있다. 이러한 차이는 아래의 <표 3>, <표 4>, <표 5>의 비교에서 분명하게 드러나듯이 매우 뚜렷하다.

<표 3> 단계별 종교시설 관리 강화

1단계 (억제 단계)	2단계 (지역 유행 단계)	3단계 (권역 유행 단계)	4단계 (대유행 단계)
전체 수용인원의 50%	전체 수용인원의 30%	전체 수용인원의 20%	비대면 예배· 미사·법회만 인정
모임·행사·식사· 숙박 자제	모임·행사·식사· 숙박 금지 / 실외행사 가능(100인 미만)	모임·행사·식사· 숙박 금지 / 실외행사 가능(50인 미만)	모임·행사·식사· 숙박 금지
성가대·찬양팀(독창 제외)·통성기도 금지			

출처: 보건복지부 홈페이지 2021. 06. 20. 보도자료의 첨부파일, 사회적 거리두기 체계 개편(안), 37쪽.

<표 4> 사회복지시설 단계별 이용 예시

1단계 (억제 단계)	2단계 (지역 유행 단계)	3단계 (권역 유행 단계)	4단계 (대유행 단계)
- 비밀 발생 활동(노래, 춤 등) 제외한 프로그램 운영 권고 - 이용인원 자율 조정(지자체 및 시설 판단) - 칸막이 설치, 띄워 앉기, 대화 금지 - 전제하 식당 운영	- 비밀 발생 활동(노래, 춤 등) 금지 - 칸막이 설치, 띄워 앉기, 대화 금지 - 전제하 식당 운영하되, 대체식 제공 또는 도시락 전달 등 비대면 권장 - 이용정원 50% 이하로 프로그램 운영		

출처: 보건복지부 홈페이지 2021. 06. 20. 보도자료의 첨부파일, 사회적 거리두기 체계 개편(안), 34쪽.

〈표 5〉 단계별 사업장 관리 강화

1단계 (억제 단계)	2단계 (지역 유행 단계)	3단계 (권역 유행 단계)	4단계 (대유행 단계)
▪ 시차 출퇴근제, 점심시간 시차제, 재택근무 권고	▪ 300인 이상 사업장 (제조업 제외) 시차 출퇴근제, 점심시간 시차제 권고 ▪ 300인 이상 사업장 (제조업 제외) 10% 재택근무 권고	▪ 50인 이상 사업장 (제조업 제외) 시차 출퇴근제, 점심시간 시차제 권고 ▪ 50인 이상 사업장 (제조업 제외) 20% 재택근무 권고	▪ 제조업 제외한 사업장 시차 출퇴근제, 점심시간 시차제 권고 ▪ 제조업 제외한 사업장 30% 재택근무 권고

출처: 보건복지부 홈페이지 2021. 06. 20. 보도자료의 첨부파일, 사회적 거리두기 체계 개편(안), 36쪽.

이러한 세 가지 유형의 비교에서 눈에 띄는 점들은 다음과 같다.

첫째, 세 가지 유형의 시설이 갖는 성격 내지 중요성에 대한 정부의 인식은 사업장이 가장 중요하며, 그 다음으로 중요한 것이 사회복지시설이고, 종교시설은 가장 덜 중요한 것으로 평가하고 있는 것으로 보인다. 과연 이러한 평가가 정당한 것인지가 문제된다.

둘째, 이러한 인식은 사업장의 경우에는 집합 제한의 권고에 그치고 있으나, 사회복지시설과 종교시설에 대해서는 강제하고 있다는 점으로 나타난다. 또한, 사업장의 경우에는 경제적 생존의 문제와 직결되는 것이기 때문에 집합 제한을 최소화하는 반면에 사회복지시설은 완전히 금지할 수는 없지만 적절하게 제한할 수 있는 것으로, 그리고 종교시설은 완전히 금지해도 괜찮은 것으로 보고 있다.

셋째, 그 결과 세 가지 유형의 시설에 대한 규제 기준의 차이가 매우 뚜렷하다. 제1단계에서 종교시설에 대해서는 전체 수용인원의 50%, 제2단계에서는 30%만 허용하는 반면에 사회복지시설과 사업장의 경우 제2단계까지 자율적 판단 내지 강제성 없는 권고에 맡기고 있는 것이다.

또한, 4단계의 경우에도 종교시설에 대해서는 사실상 봉쇄에 가까운 강력한 조치를 취하고 있는 반면에 사회복지시설에 대해서는 비밀 발생 활동의 금지 이외에는 식당 운영이 허용되고, 이용 정원 50%의 제한이 부과된다. 그리고 제조업을 제외한 사업장은 30% 재택근무 등을 권고할 뿐이다.

4. 실내 다중이용시설 이용과 실외 다중이용시설 이용, 옥외 집회·시위에 대한 제한 기준과 그 합리성 여부

정부의 집합제한조치의 형평성이 문제되는 경우는 그밖에도 적지 않다. 특히 사회적 거리두기의 취지에 비추어 볼 때, 납득하기 어려운 경우로 실내 다중이용시설과 실외 다중이용시설, 그리고 옥외 집회·시위에 대한 제한기준의 차이를 들 수 있다.

사회적 거리두기의 취지는 코로나 바이러스의 확산을 막기 위해 마스크 착용과 더불어 2m의 거리를 확보할 수 있도록 최대한 노력해야 하며, 이를 위해 다중이용시설 등에 사람이 밀집하는 것을 막기 위한 조치들이 불가피하다는 것이다. 그런데 과연 정부의 집합제한조치들은 이러한 기준을 일관성 있게 적용하고 있는가?

실내 다중이용시설의 경우에 앞서 살펴본 바와 같이 종교시설과 사회복지시설, 사업장 등으로 유형을 나누어서 각기 다른 기준을 적용하는 것도 - 마스크를 벗어야 하는 식당이나 카페 등에서 기준을 강화하는 것은 몰라도- 납득하기 어렵지만, 상식적으로 실내 다중이용시설에 비하여 기준이 완화되어야 할 실외 다중이용시설이나 옥외 집회·시위에 대해 더욱 강력한 기준을 적용한 사례들은 합리적으로 설명되기 어렵다.

정부가 발표한 자료에 따르면 실내 다중이용시설에 해당하는 백화점, 마트의 경우에는 2~4단계에서 관측용 시음, 시식, 마스크를 벗는 건본품 제공, 휴게공간 이용, 집객행사 금지 등이 요구되며, 그밖에는 4단계에서만 22시 이후 운영제한을 강제하고 있다. 반면에 실외 다중이용시설에 해당하는 스포츠경기(관람)장과 경륜·경정·경마장에서는 1단계에서 수용인원의 50%, 2단계에서 30%, 3단계에서 20%를 요구하며, 4단계에서는 무관중 경기

를 치르도록 하고 있다.

〈표 6〉 시설 유형에 따른 단계별 집합제한²⁷⁾

구분	1단계 (억제 단계)	2단계 (지역 유행 단계)	3단계 (권역 유행 단계)	4단계 (대유행 단계)
상점, 마트, 백화점	▪ 판촉용 시음, 시식, 마스크를 벗는 건본품 제공, 휴게공간 이용, 집객행사 금지 (2~4단계)			
	▪ 운영시간 제한×	▪ 운영시간 제한×	▪ 운영시간 제한×	▪ 22시이후 운영제한
스포츠경기 (관람)장	▪ (실내) 수용인 원의 50%, (실 외) 수용 인원 의 70%	▪ (실내) 수용인 원의 30%, (실 외) 수용 인원 의 50%	▪ (실내) 수용인 원의 20%, (실 외) 수용 인원 의 30%	▪ 무관중 경기
	▪ 동행자 외 좌석 한 칸 띄우기(1~4단계), ▪ 시설 내 음식섭취 금지 (1~4단계)			
경륜·경정 · 경마장	▪ 수용인원의 50%	▪ 수용인원의 30%	▪ 수용인원의 20%	▪ 무관중 경기

감염의 위험성이 더 적은 ‘실외’ 다중이용시설에 대해 ‘실내’ 다중이용시설보다 더 강력한 집합제한조치를 취하고 있는 것은 제한 기준의 명확성 및 일관성을 갖춘 것으로 보기 어려우며, 결국 정부의 집합제한조치의 기준이 정교하게 짜여지지 못했음을 보여주는 것이라고 할 수 있다.²⁸⁾ 이를 더욱 심각하게 드러냈던 것은 옥외 집회·시위에 대한 일관성 없는 정부 규제라 할 수 있다.

정부에 대해 비판적인 집회·시위에 대해서는 참가자 전원이 마스크를 착용하고, 2m 거리두기를 철저하게 준수하겠다고 했음에도 불구하고 차벽

27) 이 표는 보건복지부 홈페이지 2021. 06. 20. 보도자료에서 공개된 첨부파일((별첨 3)_[6.20.일.브리핑시작(16시40분)이후]_개편안_시설수칙_홍보자료.pdf)에 수록된 표에서 일부 발췌한 것임.

28) 이를 다른 시각에서 본다면, 상점이나 백화점, 마트 등은 생활필수시설이기 때문에 완화된 제한을 가하고 있지만, 스포츠경기(관람)장이나 경륜·경정·경마장은 그렇지 않기 때문에 보다 강화된 제한을 가한 것이라고 해석할 수 있다. 그렇다면, 같은 논리로 사업장이나 사회복지시설에 비해 종교시설은 필수적인 것이 아니기 때문에 강화된 제한을 가하고 있는 것인가?

까지 설치하면서 원천 봉쇄를 강행하였던 것은 다른 유형의 집합에 대한 제한과 비교하여 현저하게 형평성을 잃은 것이라고 하지 않을 수 없다.²⁹⁾ 더욱이 친정부 성향의 단체들이 집회·시위를 할 때에는 - 비록 불법적인 집회·시위라는 비난은 있었지만- 차벽 설치 등의 강력한 봉쇄가 없었고, 결국 집회를 강행할 수 있었던 것³⁰⁾은 정부의 집합제한조치가 매우 편향성을 갖고 있는 것은 아닌가 라는 의구심을 증폭시키는 요인이다.

IV. 외국의 감염병 확산 방지를 위한 집합제한 입법례 및 판례

1. 영국의 입법례 및 판례

(1) 영국의 코로나바이러스법(Coronavirus Act 2020)

영국에서는 2020년 3월 25일 코로나바이러스법(Coronavirus Act 2020)을 제정하였다. 이 법률은 2년 시한의 한시법이며, 장관의 재량에 따라 6개월까지 단축 또는 연장할 수 있다. 이 법의 일부 조항은 2021년 7월 17일에 조기 철회되었다.

코로나바이러스법은 총 84개 조항과 27개의 부속 조항(Schedule)으로 구성되어 있으며, 원칙적으로 영국 전역에 적용되지만, 각 지역에 따라 달리 적용되는 내용은 개별 조항에서 규정하고 있다. 영국 코로나바이러스법의 구성 체계는 다음의 표와 같다.³¹⁾

29) 이에 관하여는 2020. 10. 05 서울신문 기사 「‘차벽 논란’ 확산 속… 文 “개천절 불법집회 빈틈없이 차단”」(https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20201005500196&wlog_tag3=naver 최종방문 2022. 02. 15.) 참조.

30) 이에 관하여는 2020. 11. 16 YTN뉴스 기사 「여야, 민노총 집회 설전...”수칙 준수” vs “보수만 차벽”」(https://www.ytn.co.kr/_ln/0101_202011161213298548 최종방문 2022. 02. 15.) 참조.

31) 출처: 김은진, 『영국의 코로나바이러스감염증 관련 법령 및 시사점』, 외국입법 동행과 분석 제40호, 2020.5.13., 4쪽. 원문은 필자가 추가한 것임.

〈표 7〉 영국의 코로나바이러스법(Coronavirus Act 2020) 체계

조 항	내 용	조 항	내 용
제1조	코로나바이러스에 대한 정의 (<i>Interpretation</i>)	제48-49조	공중보건의 보호 (<i>Protection of public health</i>)
제2-5조	의료 전문가의 긴급 등록 (<i>Emergency registration of health professionals</i>)	제50조	항구 운영중단에 대한 권한 (<i>Power to suspend port operations</i>)
제6-7조	사회복지사 임시 등록 (<i>Temporary registration of social workers</i>)	제51조	감염 가능성 있는 사람과 관련된 권한 (<i>Powers relating to potentially infectious persons</i>)
제8-9조	긴급 자원봉사자 (<i>Emergency volunteers</i>)	제52조	행사, 모임 및 건물과 관련된 권한 (<i>Powers relating to events, gatherings and premises</i>)
제10조	정신건강 및 정신 능력 (<i>Mental health and mental capacity</i>)	제63-57조	법원 및 재판소: 비디오 및 오디오 기술 사용 (<i>Courts and tribunals: use of video and audio technology</i>)
제11-13조	보건 서비스 면책 (<i>Health service indemnification</i>)	제58조	신체와 관련된 권한 (<i>Powers in relation to bodies</i>)
제14-17조	NHS 및 지방정부 관리와 지원 (<i>NHS and local authority care and support</i>)	제59-70조	선거 연기, 국민투표, 청원 취소 및 유세활동 (웨일즈·스코틀랜드 포함) (<i>Postponement of elections, referendums, recall petitions and canvass</i>)
제18-21조	사망·사산자 등의 등록 (<i>Registration of deaths and still-births etc</i>)	제71조	기타 행정 요구사항 (<i>Other administrative requirements</i>)
제22-23조	수사권 (<i>Investigatory powers</i>)	제72-74조	국민보험료 (<i>National Insurance Contributions</i>)

제24조	지문 및 DNA 프로파일 (<i>Fingerprints and DNA profiles</i>)	제75조	산업에 대한 재정 지원 (<i>Financial assistance for industry</i>)
제25-29조	식품 공급 (<i>Food supply</i>)	제76조	HMRC(HM Revenue & Customs) 기능 (<i>HMRC functions</i>)
제30-32조	조회 (<i>Inquests</i>)	제77조	소득세 공제 등 인상 (<i>Up-rating of working tax credit etc</i>)
제33-35조	공개: 웨일즈와 스코틀랜드 (<i>Disclosure: Wales / Scotland</i>)	제78조	지역 권한 회의 (<i>Local authority meetings</i>)
제36조	백신: 스코틀랜드 (<i>Vaccinations: Scotland</i>)	제79-80조	입찰약정 연장 (<i>Business improvement districts</i>)
제37-38조	학교, 보육원 등 (<i>Schools, childcare providers etc</i>)	제81조	거주지 퇴거로부터의 보호 (<i>Residential tenancies: protection from eviction</i>)
제39-44조	법정질병급여 (<i>Statutory sick pay</i>)	제82-83조	영업권 몰수로부터의 보호 (<i>Business tenancies: protection from forfeiture etc</i>)
제45-47조	연금 (<i>Pensions</i>)	제84조	영국 교회의 총회 (<i>General Synod of the Church of England</i>)

코로나바이러스법에 따라 정부는 다양한 형태의 강력한 규제를 가할 수 있다. 예컨대 법 제50조와 이를 구체화하는 부속 조항(Schedule) 제20호에 근거하여 항만이나 공항의 운영을 통제할 수 있으며, 법 제51조와 부속 조항(Schedule) 제21호에 근거하여 코로나 확산의 위험을 방지하기 위해 특정 지역을 비우고, 사람들을 이동시키는 등의 조치를 취할 수 있다. 그밖에 다양한 형태의 제한조치들이 이 법에 근거하여 행해질 수 있다.

영국에서 다중이용시설에 대한 통제는 코로나바이러스법 제52조와 이를 구체화하는 부속 조항(Schedule) 제22호³²⁾에 근거하고 있다. 코로나바이러스법 부속조항 제22호 제6조 제1항은 국무장관(Secretary of State)이 특정

건물에 대한 출입제한, 건물 봉쇄 등의 조치를 취할 수 있음을 명시하고 있다.

그러나 부속조항 제8조에 따라 국무장관은 이러한 조치 이전에 보건사회복지부(Department of Health and Social Care)의 최고 의료 책임자(Chief Medical Officer) 또는 차관(Deputy Chief Medical Officer)이 국무장관에게 제공한 관련 조언을 고려해야 하며, 이러한 조치는 관련자에게 서면으로 통지되어야 한다.

(2) 영국의 거리 제한 방식

영국은 코로나에 대한 초기 대응이 미흡했던 국가의 하나로 알려져 있다. 코로나 감염병의 확산 및 희생자 숫자의 증가는 매우 심각한 상황이었으며, 이를 극복하기 위한 강력한 조치들이 시행되었다.

2020년 3월과 11월 코로나 확산이 가장 심각하던 시기에 영국 정부는 강력한 두 차례 봉쇄를 단행하였으며, 당시 예배에 대한 금지 지침을 둘러싼 논란이 매우 심각하였다. 정부는 다른 시설들과 함께 종교시설에 대해서도 봉쇄령을 내렸고, 이에 따라 교회에 모여 공동으로 예배하는 것이 중단된다는 점이 문제되었던 것이다.³³⁾

32) 사실상 독립된 법령과 유사한 구조를 갖고 있는 부속 조항 제22호는 5개 장, 47개의 조문으로 구성되어 있으며, 규율의 주체와 대상, 방법 등에 관하여 상세한 규정을 두고 있다.

33) 주목할 점은 2020년 3월의 1차 봉쇄 당시에는 코로나의 급속한 확산에 따른 포괄적이고 전면적인 봉쇄에 대해 대다수 영국인들이 이를 수용하는 태도였으며, 비대면 예배에 대해서도 긍정적인 태도를 보였으나, 2020년 11월의 2차 봉쇄 당시에는 이에 대한 불만과 비판이 높아졌고, 소송을 제기하는 등의 법적 대응까지 시도되었다는 점이다. 이는 무엇보다 단기간의 강력한 조치로 코로나 사태가 종식될 수 있을 것으로 기대했던 것과는 달리 코로나 상황이 장기화되면서 비대면 예배의 일상화는 더욱 심각한 문제로 다가왔기 때문이라고 볼 수 있다. 이에 관하여는 <https://www.itv.com/news/2020-11-13/church-leaders-launch-legal-action-over-public-worship-ban> (최종방문 2022.02.25.) 참조.

또한, 봉쇄기간 동안 비대면 예배에 대해 다수의 성직자 및 신도들이 긍정적으로 평가했지만, 정부에 대한 불신이 상당히 높게 나타났던 점도 간과할 수 없다. 이에 관하여는 Andrew Village & Leslie J. Francis, Covid-19 & Church-21. The Church of England in the 2021 Lockdown: Clergy and Churches(<https://www.yorks.j.ac.uk/media/content-assets/document-directory/documents/CoE-Covid-19-Church-21-Churches-and-Clergy-report.pdf> 최종방문 2022.02.25.) 참조.

그러나 백신 접종률이 높아진 2021년 7월 이후로는 상당히 완화된 제한 기준이 적용되고 있다.³⁴⁾ 영국 정부는 코로나가 여전히 위험한 상태라는 점을 인정하고 있으며, 백신 접종으로 코로나의 위험을 완전히 피할 수 없다는 점도 널리 알려져 있다. 그러나 영국 정부는 재택근무를 더 이상 요구하지 않을 뿐만 아니라, 마스크의 착용에 대해서도 법적 강제를 해제하였다. 각종 모임이나 시설 이용 등에 대한 제한도 대부분 해제되었다.³⁵⁾

그럼에도 불구하고 백신 접종에 대한 권유, 특히 오미크론의 확산에 대비한 추가 접종에 대한 권유는 계속되고 있으며, 안전의 유지를 위한 노력의 필요성은 여전히 강조되고 있다. 특히 증상이 있는 경우에는 검사를 받고 NHS의 지시에 따라 자가 격리를 해야 한다. 다만, 코로나 감염자와 밀접 접촉자이거나 동거하는 중이라 하더라도 백신 접종을 완료했거나 18세 6개월 미만인 경우, 의학적 이유로 예방 접종을 받을 수 없는 경우 등에는 자가 격리가 면제된다.³⁶⁾

사업장 및 행사장에서는 사업자의 책임 하에 환기, 건강하지 않은 직원이나 고객의 참석 제한, 손 소독제의 비치 및 주기적인 소독 등의 안전지침이 준수되어야 한다. 이와 관련하여 영국 정부는 건설 및 옥외작업, 이벤트 및 명소 방문, 호텔 및 숙박시설, 사무실과 공장, 연구실, 식당이나 술집, 나이트 클럽 등, 상점이나 지점 등에 관하여 각기 세분화된 지침을 제공하고 있다.³⁷⁾

(3) 영국 교회와 예배 제한의 방식

영국에서는 코로나바이러스법 제84조에서 영국 교회의 총회가 연기될

34) <https://www.hse.gov.uk/coronavirus/roadmap-further-guidance.htm> (최종방문 2022. 02. 20.).

35) 영국에서 오미크론이 우세종으로 자리잡자 플랜 B(Plan B)조치를 시행하였으나, 2022년 1월 20일 플랜 B에서 보다 완화된 플랜 A로 정책을 변화하였다. 이에 관하여는 박상윤, 『오미크론 우세화에 따른 코로나19 방역체계의 개선과제』, 국회 입법조사처 이슈와 논점 제1925호, 2022.2.14., 2쪽 참조.

36) <https://www.gov.uk/guidance/covid-19-coronavirus-restrictions-what-you-can-and-cannot-do> (최종방문 2022.02.20.).

37) <https://www.gov.uk/guidance/working-safely-during-covid-19> (최종방문 2022.02.25.).

수 있도록 규정한 것 이외에는 교회에 대한 직접적인 제한을 명시한 것은 없다. 즉, 교회도 다른 여러 시설들 중의 하나로 취급될 뿐이고, 교회를 위한 별도의 법률적 기준이 마련되지는 않고 있다.

과거 코로나의 급속한 확산으로 인해 영국에서 사회적 거리두기가 강력하게 시행되던 당시에는 다른 여러 시설들과 함께 교회도 두 차례 봉쇄된 바 있었다. 그 이후로는 더 이상의 교회 봉쇄 및 예배 금지는 시행되지 않고 있다. 봉쇄 당시에는 장례식 참석 인원의 숫자를 (근로자 포함) 30명으로 제한하고, 추모행사의 경우는 (근로자 포함) 8명으로 제한되었다. 그밖에 결혼식의 경우에는 (근로자 포함) 6명으로 제한된 바 있었다.

그러나 최근의 영국 정부의 지침에서는 만날 수 있는 사람 수의 제한이 폐지되었고, 이는 예배에 대한 참석자 숫자의 제한이 없음을 의미한다. 사회적 거리두기에 대한 법적 요구 사항은 더 이상 적용되지 않고 있으며 함께 살지 않는 사람들과 2미터 이상 떨어져 있지 않아도 된다.³⁸⁾

예배 중에 마스크 착용에 대한 법적 의무는 없지만, 영국 정부는 평소에 만나지 않는 다른 사람들과 접촉할 수 있는 혼잡하고 밀폐된 공간에서 계속해서 마스크를 착용할 것을 권고하고 있다. 이와 더불어 연락처의 수집도 법적으로 요구되지 않으나, QR 코드 인증이 권고되고 있다.³⁹⁾

2021년 12월에는 오미크론의 확산에 따른 제한의 강화가 논란되는 가운데 코로나로 다시금 교회 문을 닫게 하지 말라는 촉구가 나오기도 했지만,⁴⁰⁾ 영국 정부는 사회적 거리두기를 완화한 상태를 유지하면서 2022년 2월 현재 방역조치를 완화한 이른바 ‘위드 코로나’ 정책을 계속 추진하고 있다.

38) 예배 장소에서의 사회적 거리두기는 이제 개인의 선택이라고 할 수 있다. 다만, 영국 정부는 다른 참석자와 보다 신중한 접근 방식을 원하는 사람들을 존중할 것을 권장하고 있다. 이에 관하여는 <https://www.gov.uk/guidance/covid-19-guidance-for-the-safe-use-of-places-of-worship> (최종방문 2022.02.20.) 참조.

39) <https://www.gov.uk/guidance/covid-19-guidance-for-the-safe-use-of-places-of-worship> (최종방문 2022. 02. 20.).

40) <https://www.theguardian.com/world/2021/dec/25/dont-close-churches-over-covid-ur-ges-archbishop-of-westminster> (최종방문 2022. 02. 20.).

(4) 영국 교회의 예배 금지에 관한 법원의 판결

교회의 봉쇄 및 예배 금지에 관한 영국 최초의 법원 판결은 2021년 3월 24일 스코틀랜드 법원에서 내려졌다.

스코틀랜드 교회들의 집단소송을 통해 쟁점으로 부각되었던 것은 스코틀랜드 자치정부의 장관인 니콜라 스터전(Nicola Sturgeon)이 교회를 봉쇄하면서 교회가 대면 예배를 드리는 것을 범죄로 규정하였던 점이다.⁴¹⁾ 이에 대하여 스코틀랜드의 교회 및 교회 지도자들은 강력하게 비판하면서 법적 대응에 나선 것이다.⁴²⁾

쟁점이 되었던 것은 크게 세 가지였다. 첫째, 코로나 대응을 위한 목적의 정당성이 인정된다 하더라도 과도한 제한은 허용될 수 없다는 점, 둘째, 교회를 봉쇄하는 것의 문제점, 셋째, 예배에 대한 금지의 문제점이었다.⁴³⁾

특히 예배의 권리는 소송의 핵심 쟁점이었다. 교회 측에서는 스코틀랜드 관습법에 의해 보호되는 헌법상의 권리로서 예배의 권리와 유럽인권헌장(ECHR) 및 1998년 인권법에 의해 보호되는 인권으로서의 예배의 권리를 주장하였다.

이에 관하여 법원(Lord Baird 판사)은 교회 봉쇄를 강요하는 것은 위헌이며, 봉쇄 기간 동안 공동 교회 예배를 범죄화하는 것은 유럽 인권 협약에 보장된 종교적 신념을 표현할 자유를 “비정상적으로 침해”한다고 판단했다.⁴⁴⁾

41) 교회에 대한 스코틀랜드 정부의 봉쇄규정은 코로나바이러스법에 따라 (스코틀랜드 의회가 아닌) 영국 의회가 부여한 권한에 따라 스코틀랜드 정부에 의해 만들어졌다. 스코틀랜드 의회는 2021년 1월 8일 발효된 봉쇄규정은 거의 2주 후에 스코틀랜드 의회에서 승인되었다.

42) 이들은 스코틀랜드 정부의 제한이 “17세기 스튜어트 왕에 의해 설립된 장로교 박해” 이후 스코틀랜드에서 교회를 봉쇄하려는 첫 번째 시도였다고 말했다. (<https://news.sky.com/story/scottish-church-lockdown-worship-ban-unlawful-court-rules-12255414> 최종방문 2022. 02. 20.).

43) <https://brodies.com/insights/public-law-and-regulation/court-of-session-finds-lockdown-closure-of-churches-to-be-unlawful/> (최종방문 2022. 02. 20.).

44) <https://www.scotcourts.gov.uk/docs/default-source/cos-general-docs/pdf-docs-for-opinions/2021csoh032.pdf?sfvrsn=0> (최종방문 2022. 02. 20.).

2. 미국의 입법례 및 판례

(1) 미국의 공중보건법(Public Health Service Act)

미국의 코로나 대응을 위한 가장 중요한 연방 법률은 공중보건법(Public Health Service Act)이다. 미국의 여러 주(州)에서 별도의 보건법을 두고 있지만, 1944년 제정된 이후 여러 차례 개정된 공중보건법이 코로나를 비롯한 각종 감염병의 확산을 막기 위한 다양한 규정들을 두고 있는 것이다.⁴⁵⁾

미국의 공중보건법은 아래의 표에서 보는 바와 같이 복잡한 구성 체계를 갖고 있을 뿐만 아니라 그 내용도 매우 방대하다. 그 중에서 코로나 대응을 위한 법적 강제력의 근거가 되고 있는 것은 제2절(SUBCHAPTER II) 제7부 검역 및 조사(Part G: Quarantine and Inspection)의 내용이다.

제264조는 감염병의 통제를 위해 필요한 경우에 동물이나 물품의 폐기, 개인의 체포, 감금 및 가석방이 가능함을 규정하고 있으며, 제265조는 사람이나 물품의 이동에 대한 통제를, 제267조는 검역소 등의 설치를 규정하고 있다. 그밖에 제270조는 항공기의 운항에 대한 통제를 규정하고 있다.

또한 코로나 사태가 심각해지면서 2020년 트럼프 대통령이 국가비상사태를 선포하고 행정명령을 통해 사회적 거리두기 등의 가이드라인을 적용한 바 있다. 바이든 대통령도 취임 이후 코로나 확산에 대한 대응조치로서 마스크 착용의 의무화 등 행정명령을 발동한 바 있다.⁴⁶⁾

〈표 8〉 미국의 공중보건법(Public Health Service Act) 체계

조 항	내 용
제201~239I-3조	제1절 행정 및 그 밖의 규정(ADMINISTRATION AND MISCELLANEOUS PROVISIONS)

45) 최근 코로나 대응 경제안정법(Coronavirus Economic Stabilization Act of 2020) 등이 제정되어 활용되고 있으나, 이는 코로나 위기 극복을 위한 각종 지원에 관한 법률이므로 코로나 확산을 막기 위한 집합금지 등과는 직접적인 관련이 없다.

46) 이에 관하여는 이석민·장선미, 미국 연방정부의 코로나 19 백신 및 방역 관련 법제적 대응 분석 및 시사점, 동국대 비교법연구 제21권 제1호(2021.04), 215-263(225이하)쪽 참조.

제241~ 280m조	제2절 일반권한 및 책임(GENERAL POWERS AND DUTIES)
제281~ 290b조	제3절 국립연구기관(NATIONAL RESEARCH INSTITUTES)
제290aa~ 290ll조	제3-A절 약물남용정신보건청(SUBSTANCE ABUSE AND MENTAL HEALTH SERVICES ADMINISTRATION)
제291~ 291o-1조	제4절 병원과 의료시설의 건립 및 현대화(CONSTRUCTION AND MODERNIZATION OF HOSPITALS AND OTHER MEDICAL FACILITIES)
제292~ 295p조	제5절 의료 직업 교육(HEALTH PROFESSIONS EDUCATION)
제296~ 298d조	제6절 간호 인력 개발(NURSING WORKFORCE DEVELOPMENT)
제299~ 299c-7조	제7절 보건의료연구소(AGENCY FOR HEALTHCARE RESEARCH AND QUALITY)
제300~ 300a-8조	제8절 인구기반 연구 및 자발적 가족계획 사업(POPULATION RESEARCH AND VOLUNTARY FAMILY PLANNING PROGRAMS)
제300a-21~ 300a41조	제8-A절 청소년 임신(ADOLESCENT PREGNANCIES)
제300b~ 300c-22조	제9절 유전질환, 혈우병 사업 및 유아돌연사증후군(GENETIC DISEASES, HEMOPHILIA PROGRAMS, AND SUDDEN INFANT DEATH SYNDROME)
제300d~ 300d-91조	제10절 트라우마 치료(TRAUMA CARE)
제300e~ 300e-17조	제11절 건강 관리 조직(HEALTH MAINTENANCE ORGANIZATIONS)
제300f~ 300j-27조	제12절 공공 용수 안전(SAFETY OF PUBLIC WATER SYSTEMS)
제300k~ 300n-5조	제13절 유방암 및 자궁경부암 예방보건(PREVENTIVE HEALTH MEASURES WITH RESPECT TO BREAST AND CERVICAL CANCERS)
제300o~ 300t-14조	제14절 보건 자원 개발(HEALTH RESOURCES DEVELOPMENT)

제300u~ 300u-16조	제15절 보건 정보 및 홍보(HEALTH INFORMATION AND HEALTH PROMOTION)
제300v~ 300v-3조	제16절 생의약행동연구의 윤리적 문제 검토를 위한 대통령 직속 위원회 (PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIOR RESEARCH)
제300w~ 300y-11조	제17절 정책보조금(BLOCK GRANTS)
제300z~ 300z-10조	제18절 청소년 가정생활 시범 사업(ADOLESCENT FAMILY LIFE DEMONSTRATION PROJECTS)
제300aa-1~ 300aa-34조	제19절 예방약(VACCINES)
제300bb-1~ 300bb-8조	제20절 특정 주/지역 근로자 대상 단체 의료보험 요건(REQUIREMENTS FOR CERTAIN GROUP HEALTH PLANS FOR CERTAIN STATE AND LOCAL EMPLOYEES)
제300cc~ 300cc-51조	제21절 후천성 면역 결핍증 연구(RESEARCH WITH RESPECT TO ACQUIRED IMMUNE DEFICIENCY SYNDROME)
제300dd~ 300dd-41조	제22절 후천성 면역 결핍증 보건 서비스(HEALTH SERVICES WITH RESPECT TO ACQUIRED IMMUNE DEFICIENCY SYNDROME)
제300ee~ 300ee-34조	제23절 후천성 면역 결핍증 예방(PREVENTION OF ACQUIRED IMMUNE DEFICIENCY SYNDROME)
제300ff~ 300ff-140조	제24절 인체 면역 결핍증 바이러스 보건 서비스 사업(HIV HEALTH CARE SERVICES PROGRAM)
제300gg~ 300gg-139조	제25절 의료보험 보장 범위 관련 요건(REQUIREMENTS RELATING TO HEALTH INSURANCE COVERAGE)
제300hh~ 300hh-33조	제26절 공중보건 긴급상황을 위한 국가제반위험 대비(NATIONAL ALL-HAZARDS PREPAREDNESS FOR PUBLIC HEALTH EMERGENCIES)
제300ii~ 300ii-4조	제27절 수명휴식돌봄(LIFESPAN RESPITE CARE)
제300jj~ 300jj-52조	제28절 보건 정보 기술 및 품질(HEALTH INFORMATION TECHNOLOGY AND QUALITY)

제300kk조	제29절 자료 수집, 분석 및 품질(DATA COLLECTION, ANALYSIS, AND QUALITY)
제300ll~ 300ll-9조	제30절 주거공동체 보조 및 지원(COMMUNITY LIVING ASSISTANCE SERVICES AND SUPPORTS)
제300mm~ 300mm-61조	제31절 세계무역센터 건강 지원 프로그램(WORLD TRADE CENTER HEALTH PROGRAM)

코로나의 대응에 관한 공중보건법 등의 적용은 대체로 개인에 대한 통제 및 물품의 이동에 대한 통제에 초점을 맞추고 있으며, 시설에 대한 직접적 통제는 사회적 거리두기를 통해, 그리고 무엇보다 각 주(州)의 상황에 따른 자율적 판단에 의해 구체화되고 있다.

(2) 미국의 거리 제한 방식

코로나가 확산되면서 미국에서도 마스크 착용과 함께 사회적 거리두기가 매우 강조되었다. 6피트의 거리두기가 코로나바이러스로부터 스스로를 보호하기 위해 필요하다고 강조되고 있으며, 환기가 잘 되지 않는 장소와 군중을 피하도록 권고되고 있다.⁴⁷⁾

미국 질병관리·예방청(CDC: Centers for Disease and Prevention)의 지침에 따르면 COVID-19 감염자와 마지막으로 밀접 접촉한 날짜(마지막 밀접 접촉 날짜는 0일로 간주)로부터 10일 동안 다른 사람 주변에서 몸에 꼭 맞는 마스크를 착용해야 하며, COVID-19에 감염된 사람과 마지막으로 밀접 접촉한 후 최소 5일 후에 검사를 받아야 한다. 양성 판정을 받거나 COVID-19 증상이 나타나면 다른 사람들과 격리하여야 한다. 격리된 사람들은 특정 ‘병실’ 또는 구역에 머물고 가능한 경우 별도의 욕실을 사용해야 한다.⁴⁸⁾

미국 내에서 강력한 사회적 거리두기 조치가 코로나 확산을 막기 위한 적절한 조치였다는 점이 널리 인정되었지만,⁴⁹⁾ 혼란이 없었던 것은 아니었

47) <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/prevent-getting-sick/prevention.html> (최종방문 2022. 02. 22.).

48) <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/your-health/quarantine-isolation.html> (최종방문 2022. 02. 22.).

49) 이에 관하여는 Charles Courtemanche, Joseph Garuccio, Anh Le, Joshua Pinkston, and Aaron Yelowitz, Strong Social Distancing Measures In The United States Reduced

다. 대표적인 예로서 6피트 거리두기를 일관되게 관철할 경우에는 이러한 거리를 확보하기 어려운 대부분의 학교가 문을 열지 못하는 문제가 논란의 대상이 되었다. 많은 논의 끝에 2021년 3월 19일부터 학교에서의 거리 제한을 6피트 대신에 3피트로 변경하였다.⁵⁰⁾

미국의 주(州)들은 코로나 확산 방지를 위한 조치들을 취함에 있어서 폭넓은 자율권을 갖는다. 예컨대 알래스카와 캘리포니아, 콜로라도 등에서는 공공장소에서의 마스크 착용이 - 특히 백신 미접종자에 대해- 여전히 강조되는 반면에, 아칸소, 텔라웨어, 루이지애나 등에서는 마스크 착용 의무가 대부분 해제되는 등의 차이를 보이고 있다.⁵¹⁾

마찬가지로 각 주(州)의 코로나 확산 정도에 따라 휴교, 재택근무 등의 강력한 조치를 취할 것인지의 여부가 달라질 수 있다. 실제로 미국의 여러 주(州)들은 코로나 확산세에 따라 각종 시설의 봉쇄 및 재개방을 결정해 왔다. 최근 백신 접종률이 높아진 상황에서는 오미크론의 확산에도 불구하고 시설의 전면 봉쇄에 대해서는 신중한 태도를 보이는 주(州)들이 많아지고 있다.

(3) 미국 교회와 예배 제한의 방식

2020년 코로나가 본격적인 팬데믹으로 발전하던 당시에 미국에서도 교회에서의 활동이 코로나 확산의 주요 원천의 하나로 지목된 바 있었다.⁵²⁾ 예배뿐만 아니라, 각종 교회의 모임, 청소년 캠프 등이 코로나 확산의 통로가 되었고, 이를 둘러싼 논란이 매우 뜨거웠다.⁵³⁾ 그 결과 일부 주(州)에서는 교회를 포함한 여러 다중이용시설에 대해 잠정 봉쇄를 명령하였고, 이러한 주의 결정에 대해 교회에서 소송을 제기하는 사태가 벌어졌다.

The COVID-19 Growth Rate, HEALTH AFFAIRS VOL.39, NO.7 (<https://www.healthaffairs.org/doi/10.1377/hlthaff.2020.00608> 최종방문 2022. 02. 22.) 참조.

50) <https://edition.cnn.com/2021/03/19/health/cdc-physical-distancing/index.html> (최종방문 2022. 02. 22.).

51) <https://www.aarp.org/politics-society/government-elections/info-2020/coronavirus-state-restrictions.html> (최종방문 2022. 02. 22.).

52) 이에 관하여는 <https://www.nytimes.com/2020/07/08/us/coronavirus-churches-outbreaks.html> (최종방문 2022. 02. 22.) 참조

53) 코로나 확산 초기에 교회들이 확산 방지를 위한 조치에 적극적이지 않았다는 비판에 관하여는 <https://www.latimes.com/california/story/2020-11-08/la-pastor-mocks-covid-19-rules-church-members-ill> (최종방문 2022. 02. 22.) 참조.

또한, 이후 코로나 확산이 안정세에 접어들면서 교회 등의 다중이용시설에 대한 봉쇄령이 완화되면서 교회에서의 예배 등이 재개되었다. 이런 경우에도 교회는 스스로 방역지침을 준수하면서 예배 등의 재개에도 불구하고 일부 집단활동에 대해서는 스스로 자제하는 모습들을 보였다. 예컨대 The Church of the River에서 제시한 다음과 같은 상세한 지침⁵⁴⁾은 이런 교회들의 노력을 보여주는 것이라 할 수 있다.

위험 수준	낮은 위험 단계	중간 위험 단계	높음, 매우 높음 단계
지침	▪ 선택에 의해 예방접종을 받지 않은 경우도 참석이 허용됨 ▪ 마스크 착용 및 사회적 거리두기는 선택 사항 ▪ 노래 허용 ▪ 실내 커피 시간 허용	▪ 예방접종 필수 ▪ 마스크 착용 필수 ▪ 사회적 거리두기 적극 권장 ▪ 노래 허용 ▪ 커피 시간은 야외에서 허용	▪ 예방접종 필수 ▪ 마스크 착용 필수 ▪ 사회적 거리두기 강력히 권장 ▪ 노래 불가 ▪ 음식이나 음료 없이 야외에서 비공식 사교 허용 ▪ 필요한 경우 서비스가 완전히 온라인 상태로 되돌아갈 수 있음

소그룹 회의 지침

- 실내 또는 실외에 관계 없이 건물의 교회 관련 모임에는 다음을 포함하되 이에 국한되지 않는 COVID 예방 조치가 포함되어야 합니다.
- 마스크는 필수입니다.
- 다른 가정의 참가자들은 공간 내에서 가능한 한 합리적이고 정중하게 사회적 거리를 두도록 권장됩니다.
- 음식이나 음료가 없습니다.
- 아프거나, COVID-19 증상이 있거나, 지난 2주 동안 COVID-19 진단을 받았거나, 이전 2주 동안 COVID-19 진단을 받은 사람에게 노출된 경우 집에 머무십시오.
- 모임 후 COVID-19 증상이 나타나면 검사를 받으십시오.
- 참석자 목록을 유지하고 나중에 누군가가 COVID-19로 진단되면 모든 참석자에게 알립니다. 모임이 교회 소유지에서 이루어졌거나 공식적으로 승인된 교회활동인 경우 아래의 교회 사용 지침에 명시된 대로 목사 또는 사무실 관리자에게도 알려야 합니다.

54) <https://www.churchoftheriver.org/resources/coronavirus> (최종방문 2022. 02. 22.).

COVID-19 팬데믹 기간 동안 교회 사용 지침

- 관리자는 건물에 들어오는 직원 이외의 모든 사람의 이름과 연락처 정보가 포함된 온라인 방문자 로그를 유지 관리합니다. 직원들은 방문자 로그에 직원이 아닌 교회 방문을 기록할 것입니다.
- 교회 방문은 직원과 협력하여 한 번에 제한된 수의 사람들만 건물 및/또는 건물에 있도록 해야 합니다. 사무실 관리자에게 연락하여 교회 방문 일정을 잡으십시오.
- 직원이 구내에 있을 때를 제외하고는 주차장 입구가 항상 잠겨 있습니다. 직원이 현장에 없을 때 기념 정원이나 부지를 방문하려는 회원은 게이트 잠금 해제에 대한 정보/지침을 위해 관리자에게 문의해야 합니다.
- 교회 소유지에서 2주 이내에 COVID-19에 대해 양성 반응을 보인 사람은 목사 또는 사무실 행정관에게 알려야 하며,牧사는 그 사람이 양성 판정을 받았지만 그 사람의 이름을 밝히지 않았다고 이사회 회장에게 보고할 것입니다. 개인정보 보호법이 준수되지만 교회는 COVID-19 양성 반응을 보인 사람과 교회에서 접촉했을 수 있는 모든 사람에게 알릴 것입니다.
- 교회의 드라이브 스루 행사의 경우 COR 직원만 차량의 밖에 있을 수 있습니다. 드라이브 스루 이벤트에 참여하는 모든 사람은 마스크를 착용하고 차량에 남아 있어야 합니다. 직원들은 이러한 행사를 위해 마스크와 장갑을 착용할 것입니다.

(4) 미국 교회의 예배 금지에 관한 법원의 판결

미국 교회에 대한 주 정부의 봉쇄 조치 및 이를 다투는 교회들의 소송은 코로나 팬데믹 초기라고 할 수 있는 2020년 전반기에 많이 몰려 있다. 당시 일부 교회에서는 코로나 확산을 막기 위한 주 정부의 강력한 사회적 거리두기에 대해 비협조적인 태도, 심지어 냉소적인 태도를 보이기도 했으며, 이러한 일부 교회의 태도에 대한 미국 내의 비판도 적지 않았다.⁵⁵⁾

그러나 교회 전체를 봉쇄하고, 그로 인하여 교인들의 신앙생활에 매우 심각한 영향을 미칠 수 있는 교회 봉쇄에 대해서는 또 다른 비판이 계속되었다.⁵⁶⁾ 결국, 이 문제는 미국 연방대법원까지 올라가서 최종적으로 종교의 자유에 대한 침해로서 위헌이라는 판결이 나왔다. 연방대법원 판결의 가장

55) 이에 관하여는 <https://www.theregreview.org/2020/05/30/states-close-churches-covid-19> (최종방문 2022. 02. 22.) 참조.

56) 당시 미국 법무부가 주정부가 아닌 교회 편에 섰다는 점도 시사하는 바가 크다. 이에 관하여는 <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-usa-religion-idUSKCN21W2OR> (최종방문 2022. 02. 22.) 참조.

중요한 논거는 헌법적으로 보장된 종교의 자유와 더불어 평등권 침해였다.

연방대법원은 2020년 11월 25일 예배 장소에 모일 수 있는 개인의 수를 제한한 Andrew Cuomo 뉴욕 주지사가 내린 행정명령의 적용을 금지했다. 이 사건(Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo Case)에서 연방대법원은 교회에 대한 코로나 규제가 유사한 사업체에 대한 규제보다 더 엄격해 중립적이지 않고 차별적이라고 판결했다.⁵⁷⁾

연방대법원은 2021년 2월 5일, 캘리포니아 주(州)의 교회 봉쇄에 관한 사건(South Bay United Pentecostal Church v. Newsom Case)에서 원고측이 요청한 금지명령 해제의 대부분을 승인했다. 연방대법원은 주(州)에서 질병 확산 위험이 가장 높은 것으로 판단한 지역사회인 "Tier 1" 지역사회에서 실내 예배를 금지하는 것을 금지한 것이다.⁵⁸⁾

또한, 연방대법원은 2021년 4월 9일, 탠돈 대 뉴섬 사건(Tandon v. Newsom Case)에서 캘리포니아 주(州)정부가 가정집에서의 3가구 이상 모이지 못하도록 규제함으로써 가정에서의 성경공부 및 기도 모임을 제한한 것에 대해서도 위헌으로 인정하였다.⁵⁹⁾

이러한 일련의 연방대법원 판결들은 교회에 대한 주(州)정부의 과도한 제한에 제동을 걸었을 뿐만 아니라, 일부 교회의 일탈행위로 인하여 전체 교회에 대해 과도한 제한을 가하는 것이 정당하지 않다는 점을 확인했다는 점에서도 큰 의미가 있다.⁶⁰⁾

3. 독일의 입법례 및 판례

(1) 독일의 감염병예방법(Infektionsschutzgesetz)

독일은 2000년 7월 20일 제정된 감염병예방법(Infektionsschutzgesetz: Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim

57) https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20a87_4g15.pdf (최종방문 2022. 02. 22.).

58) https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20a136_bq7c.pdf (최종방문 2022. 02. 22.).

59) https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20a151_4g15.pdf (최종방문 2022. 02. 22.).

60) 이러한 연방대법원의 판결 이후에 캘리포니아 주는 실내 교회 지침을 수정했다. 이에 관하여는 <https://www.kcbx.org/health/2021-02-09/california-revises-indoor-church-guidelines-after-court-ruling> (최종방문 2022. 02. 22.) 참조.

Menschen)을 코로나 사태의 발생 이후에 여러 차례 개정을 통해 보완하면서 한편으로는 효과적인 대응의 가능성을 열었고, 다른 한편으로는 그로 인한 인권침해의 우려를 최소화하기 위해 노력하였다.⁶¹⁾

〈표 9〉 독일의 감염병예방법(Infektionsschutzgesetz) 체계

조 항	내 용
제1-3조	제1장 총강(Allgemeine Vorschriften)
제4-5조	제2장 각 기관의 역할 및 전국적 규모의 감염병 유행 상황 (Koordinierung und epidemische Lage von nationaler Tragweite)
제6-15조	제3장 감시(Überwachung)
제16-23조	제4장 감염병 예방(Verhütung übertragbarer Krankheiten)
제24-32조	제5장 감염병 관리(Bekämpfung übertragbarer Krankheiten)
제33-36조	제6장 특정 시설, 기업 및 사람에 관한 감염의 방지(Infektionsschutz bei bestimmten Einrichtungen, Unternehmen und Personen)
제37-41조	제7장 물(Wasser)
제42-43조	제8장 식품을 다루는 인력의 건강상 요건(Gesundheitliche Anforderungen an das Personal beim Umgang mit Lebensmitteln)
제44-53a조	제9장 병원체와 관련된 활동(Tätigkeiten mit Krankheitserregern)
제54-54b조	제10장 법률의 집행과 관할 관청(Vollzug des Gesetzes und zuständige Behörden)
제55조	제11장 유럽연합법에 따른 조정(Angleichung an Gemeinschaftsrecht)
제56-68조	제12장 특별한 경우의 보상(Entschädigung in besonderen Fällen)
제69조	제13장 비용(Kosten)
제73-76조	제14장 벌칙 및 과태료 규정(Straf- und Bußgeldvorschriften) ⁶²⁾
제77조	제15장 경과규정(Übergangsvorschriften)

이러한 법체계에 따라 독일 감염병예방법은 각종 시설에서의 집합제한에 관한 사항을 제6장(제33조~제36조)에서 규율하고 있다. 주목할 점은 제

61) 이에 관하여는 정문식·정호경, 코로나위기와 헌법국가 -독일에서의 코로나위기 대응에 대한 헌법적 논의를 중심으로-, 헌법재판연구 제7권 제2호(2020.12), 77-116쪽 참조.

62) 제70-72조는 삭제되었다.

33조에 따르면 모든 다중이용시설을 규제의 대상으로 삼고 있는 것이 아니라, 주로 미성년자를 돌보는 시설에 대한 규제에 초점을 맞추고 있다는 점이다.⁶³⁾ 제36조에서는 미성년자를 위한 시설 이외에도 규제 대상이 되는 다중이용시설을 몇 가지 열거하고 있다. 이에 해당되는 것으로 노인, 장애인 또는 간호수요자의 돌봄과 수용을 위한 완전·부분 입원시설, 노숙자보호소, 망명신청인, 집행력 있는 출국명령을 받은 사람, 난민 및 귀향민의 집단 수용시설, 교도소 등을 들고 있다.

전체적으로 볼 때, 독일의 감염병예방법은 기본적으로 보균자를 중심으로 격리(제30조), 직업활동의 금지(제31조) 등을 통해 전염병의 확산을 막고자 하며, 시설에 대한 규제는 그 시설의 성격상 자율적인 관리·통제를 기대하기 어려운 경우에 한정되고 있다. 즉, 미성년자를 보호하는 시설이나 대규모 수용시설 등이 이에 해당되는 것이다. 그밖의 시설에 대해서는 그 시설의 관리자가 - 보균자로서 격리되는 등의 특별한 사정이 없다는 전제 하에 - 자율적으로 처리할 수 있도록 하고 있는 것이다.

(2) 독일의 거리 제한 방식

연방국가인 독일에서 감염병 대응에 관한 권한도 연방과 주가 각기 나누어지고 있다. 코로나 사태에 대한 대응에서는 그 사안의 중대성에 따라 연방과 주의 합의에 의해 코로나 확산의 방지 및 보균자의 확인 등에 관한 조치를 통일적으로 하기 위한 노력을 기울이고 있다.

독일에서 코로나 감염에 대한 대응체계는 감염의 확산 및 변종의 출현에 따라 지속적으로 조정되고 있지만, 마스크의 착용 및 거리두기의 필요성에 관한 것은 여전히 강조되고 있다. 공공장소에서는 다른 사람들과 최소한

63) 독일 감염병예방법 제33조는 “이 법에서 의미하는 다중이용시설은 주로 미성년자를 돌보는 시설을 말하며 이에는 특히 다음 각 호의 시설이 포함된다.

1. 어린이집과 탁아소
2. 「사회법전」 제8권 제43조 제1항에 따라 허가의무가 있는 주간위탁
3. 학교 및 그 밖의 교육시설
4. 보육원
5. 방학 캠프장”

1.5m의 거리를 유지하도록 요구되고 있으며, 이는 실내뿐만 아니라 실외에서도 적용된다.⁶⁴⁾

부득이하게 1.5m의 거리를 유지하기 어려운 경우에는 마스크 착용의 중요성이 더욱 강조된다. 그리고 다른 사람들과 인사하거나 작별인사를 할 때에도 악수하거나 포옹하지 말 것을 권고하고 있다. 코로나 바이러스는 기침과 재채기를 통해 가장 많이 분사되지만, 호흡이나 대화, 노래 등을 통해서도 방출된다는 점을 지적하면서 이러한 코로나 바이러스에 대한 감염 가능성을 낮추기 위해 감염된 사람과 1~2m의 거리를 두도록 요구하는 것이다.⁶⁵⁾

공공장소에서 타인과의 거리가 안정적으로 유지되기 어려운 경우가 발생할 수밖에 없으며, 이를 대비하기 위해 FFP2 마스크(또는 KN95 또는 N95 표준 마스크) 착용이 의무화되고 있다. 하지만, 마스크를 착용하더라도 다른 사람들과의 거리 유지의 중요성은 여전히 강조된다. 직업적인 환경에서는 작업장 사이에 칸막이 벽의 설치 등이 권고된다.⁶⁶⁾

최근에는 오미크론의 확산에 따른 대응조치로서 예방 접종을 하지 않았거나 회복되지 않은 사람들이 참석하는 공공 장소 또는 사적 공간에서의 사적인 모임은 14세 미만의 어린이를 제외한 2명으로 제한되며, 백신 접종 및 회복된 사람들의 사적인 모임은 최대 10명까지만 허용된다. 또한, 문화 및 레저 시설 및 행사(예: 영화관, 극장 등)는 예방접종을 받은 사람 및 회복된 사람만 방문할 수 있다. 이는 전국적으로 적용되며 발병률과 무관하다. 다만, 예방접종을 받을 수 없거나 일반적인 예방접종 권장사항이 없는 사람들에게 대한 예외가 인정되며, 이는 각 주의 규정(Landesverordnungen)으로 정한다.⁶⁷⁾

64) <https://www.agaplesion.de/magazin/artikel/news/genau-15-meter-abstand-halten-war-um-uns-das-vor-einer-coronavirus-infektion-schuetzt-6645> (최종방문 2022. 02. 23.).

65) <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/alltag-in-zeiten-von-corona/abstand-halten/#tab-1179-c13407-1> (최종방문 2022. 02. 23.).

66) <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/alltag-in-zeiten-von-corona/abstand-halten/#tab-1179-c13407-1> (최종방문 2022. 02. 23.).

67) <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/corona-regeln-und-einschränkungen-1734724> (최종방문 2022. 02. 23.).

버스나 기차를 이용할 경우에 승객이 예방접종을 받지 않았거나 회복된 경우 운송수단을 사용할 때 신속 코로나 검사 음성 증명서를 휴대해야 하며, 여행이 시작될 때 테스트 승인이 24시간을 넘지 않아야 한다.⁶⁸⁾

주목할 점은 시설에 대한 특별한 제한과 관련하여 병원이나 요양원 등에 근무하는 직원은 2022년 3월 22일까지 예방접종을 받았거나 치료를 받았다는 증거를 제출하도록 요구되고 있다는 점이다. 또한, 모든 방문객과 직원은 매일 음성 테스트 증명서를 제시해야 한다. 이것은 예방접종을 받은 사람들에게도 적용된다.⁶⁹⁾

(3) 독일의 교회와 예배 제한의 방식

이상 살펴본 바와 같이 독일의 경우 종교시설에 대한 특별한 제한이 별도로 부과되고 있지는 않다. 물론 개별적인 시설의 유형에 따라 기준이 달리 적용되는 경우들은 적지 않다. 예컨대 대중교통이나 식당, 요양원, 어린이 보호시설 등에서 별도의 기준이 적용된다. 그러나 교회 등의 종교시설을 독립된 유형으로 구분하여 별도 취급하지는 않고 있는 것이다.

더욱이 교회만의 섣다른, 교회에서의 예배 금지는 생각조차 할 수 없는 일이다. 독일이 전통적인 기독교문화권이라는 이유 때문이 아니라, 그러한 제한이 전혀 합리적이지 않기 때문이다. 물론 교회 내에서도 마스크의 착용과 거리두기 등 여러 가지 제한이 가해지고 있다. 하지만 그러한 제한은 다른 공공시설과 다를 바 없는 것들이다.

교회 내에서 코로나의 확산 방지를 위한 각종 제한은 각 주(州)의 기준 및 이를 수용하는 교회의 태도에 따라 약간의 차이는 있지만, 전체적으로 대동소이하다. 예컨대 바이에른 주의 개신교에서 제시한 아래의 8개 기준⁷⁰⁾은 여타의 교회에서도 유사한 방식으로 적용되는 것으로 볼 수 있다.

68) <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/corona-regeln-und-ein-schrankungen-1734724> (최종방문 2022. 02. 23.).

69) <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/corona-regeln-und-ein-schrankungen-1734724> (최종방문 2022. 02. 23.).

70) <https://corona.bayern-evangelisch.de/empfehlung.php> (최종방문 2022. 02. 23.).

1. **최소 2미터 거리**: 모든 방향, 앉기, 서기, 걷기.
예외: 한 가구에서 동거하는 경우.
입구와 출구에서 표시, 공지, 요청 및 정보 표지판은 규정 준수를 요청합니다.
2. **소독**: 소독제 디스펜서가 준비되어 있습니다.
3. **접촉 피하기**: 악수, 평화의 인사, 물건을 함께 만지기(세례식 초에도 적용됨), 신체 접촉을 금지합니다.
4. **후속 조치**: 모든 예배자 목록에는 참석자 및 봉사자의 이름, 주소 및 전화번호가 기록됩니다. 자치단체는 4주 동안 목록을 보관합니다.
5. **입과 코 보호**: 예배 중 강력히 권장됩니다.
6. **함께 노래하기**: 감염 위험이 높아집니다.
7. **성찬식**: 감염 위험을 높입니다. 그것은 생략됩니다. 그럼에도 불구하고 긴급한 사목적 이유로 거행된다면 공동 성작은 하지 않아야 합니다.
8. **헌금**: 헌금은 바구니를 돌리지 않고 출구에서 특별히 표시된 바구니에 합니다.

(4) 독일의 예배 금지에 관한 연방헌법재판소의 판결

독일에서도 영국이나 미국과 유사하게 초기에는 주(州)정부의 결정으로 각종 시설의 봉쇄 및 모임의 금지 등을 명령한 바 있었다. 그로 인하여 교회에서 예배를 볼 수 없게 된 교인들이 독일연방헌법재판소에 헌법소원을 청구하였다.

독일 연방헌법재판소는 2020년 4월 10일의 결정⁷¹⁾에서 예배의 금지는 종교의 자유에 대한 매우 중대한 침해로서 매우 엄격한 비례성 심사가 필요하다고 밝히면서, 헤센 주의 교회 내의 예배 금지를 합헌으로 인정한 바 있다. 코로나 확산으로 인한 생명과 신체의 위험으로부터 보호하는 것은 종교의 자유에 대한 극도로 심각한 침해에도 불구하고 비례성 판단에서 정당한 것으로 판단한 것이다. 교회에서의 예배를 허용할 경우에 발생할 수 있는 코로나 바이러스의 확산 및 의료시스템에 대한 과부하의 가능성을 중요시하였기 때문이다. 독일 연방헌법재판소는 이러한 집회 금지가 모든 종교시설에 동일하게 적용되어야 한다는 점도 지적하였다.⁷²⁾

71) BVerfG, Beschl. d. 2. Kammer d. Ersten Senats v. 10.04.2020 - 1 BvQ 28/20.

72) <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/>

그러나 2020년 4월 29일의 결정⁷³⁾에서 독일 연방헌법재판소는 이슬람교 라마단의 금식기도 기간 동안 종교시설을 이용하는 것에 대해 임시적이고 예외적인 허가를 내준 바 있다.⁷⁴⁾ 이는 교회의 봉쇄에 대해서도 예외가 인정될 수 있다는 것이며, 무조건적인 봉쇄의 위헌성을 지적한 것으로도 해석된다.

이러한 독일 연방헌법재판소의 결정에서 특별히 주목해야 할 점이 두 가지 있다. 하나는 다른 다중이용시설에 대한 기준과 종교시설에 대한 기준이 차별적으로 적용되지 않았을 뿐만 아니라, 오히려 종교시설에 대한 제한에는 더욱 엄격한 기준이 적용되어야 함을 인정했다는 점이다. 다만, 코로나 확산이 매우 심각한 상황에서 종교시설에 대해서만 특별한 예외를 인정할 수는 없다는 점을 확인하였을 뿐이다. 그리고 다른 하나는 -2020년 4월 29일의 결정에서 확인된 것처럼- 이러한 종교시설도 봉쇄되어야 한다는 원칙에 대해 예외가 인정될 수 있으며, 지나치게 경직된 적용은 오히려 기본권의 과도한 침해가 될 수 있다는 점을 인정했다는 점이다. 만일 이런 기준이 대한민국에서 똑같이 적용되었다면, 교회에 대한 대면예배 금지가 심각하게 문제되지는 않았을 것이다.

V. 교회에 대한 집합제한(대면예배 금지)조치의 종교의 자유 침해 여부에 대한 검토

1. 종교의 자유의 보호범위와 비대면 예배의 의미

종교의 자유는 크게 신앙의 자유와 종교활동의 자유로 나뉘며, 후자는 다시금 예배를 비롯한 종교의식의 자유, 선교의 자유, 종교교육의 자유, 종교적 집회·결사의 자유 등으로 나뉜다. 신앙의 자유가 절대적 자유로 인정

DE/2020/bv g20-024.html (최종방문 2022. 02. 23.).

73) BVerfG, Beschl. d. 2. Kammer d. Ersten Senats v. 29.04.2020 - 1 BvQ 44/20.

74) https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/bv_g20-028a.html (최종방문 2022. 02. 23.).

되는 것과는 달리 종교활동의 자유는 중대한 공익에 의해 제한될 수 있는 것으로 인정된다. 그러나 종교활동에 대한 제한의 정도는 종교활동의 유형에 따라 달라져야 한다.

그런 의미에서 예배 등의 종교의식은 신앙의 자유와 가장 직접적인 관련성을 갖고 있다는 점에서 강력하게 보호될 필요성이 인정될 뿐만 아니라, 타인에게 미치는 영향이 적다는 점에서도 이에 대한 제한은 매우 예외적인 경우에만 인정될 수 있다. 물론 코로나의 확산과 관련하여 예배 등의 종교모임이 중요한 확산 경로가 되었다는 점에 대해서는 코로나 팬데믹 초기에 국내외에서 많은 지적이 있었다. 그러나 예배 등을 통해 코로나가 확산될 수 있다는 사실은 제한 필요성의 논거가 될 뿐, 이를 통해 제한의 정당성이 확인된 것은 아니다.

코로나 확산을 막기 위해 예배를 금지하고, 비대면 예배만을 허용하는 것은 - 예배의 자유가 절대적으로 보장되어야 하는 것은 아닌 것처럼- 절대적 정당성을 갖는 것이 아니다. 다만, 대면 예배의 의미와 중요성, 그리고 코로나 확산 방지를 위한 비대면 예배 강제의 실효성을 엄격하게 비교·형량을 통해 평가한 이후에 비로소 그 정당성 여부를 판단할 수 있는 것이다.

이를 위한 첫 번째 단계는 종교인들에게 종교의 의미가 무엇인지, 왜 그들은 종교적 신념을 위해 순교까지 할 수 있는지, 그리고 그들에게 예배 등의 종교의식이 갖는 의미와 비중은 어떠한지를 중립적·객관적으로 평가해야 한다.⁷⁵⁾ 이를 무조건 종교인의 입장에서 볼 것도 아니지만, 반대로 비종교인의 입장에서만 보아서도 안 되는 것이다. 그럴 경우에는 헌법재판소가 비장애인의 입장에서 시각장애인의 안마사자격 독점에 대해 위헌결정⁷⁶⁾을 내렸을 때처럼 강력한 후폭풍이 발생할 수 있을 것이다.

75) 이에 대한 지적은 한영만, 정부의 코로나19 감염병 예방 조치에 대한 가톨릭교회의 협력: 종교 자유에 대한 권리와 국민 건강권에 대한 조화, 법학연구 제20권 제2호 (2020.06), 31-61(40이하)쪽 참조.

76) 현제 2006. 5. 25. 2003헌마715 등 결정: “이 사건 규칙조항은 안마사의 자격인정을 받을 수 있는 자를 일정한 범위의 “앞을 보지 못하는” 사람으로 한정하는, 이른바 비맹제외기준(非盲除外基準)을 설정함으로써 시각장애인이 아닌 일반인으로 하여금 안마사 자격을 받을 수 없도록 규정하고 있다. 이는 시각장애인이 아닌 일반인이 안마사 직업을 선택할 수 있는 자유를 원천적으로 제한하는 것으로서, 아래에서 보는 바와 같이 기본권 제한에 관한 법률유보원칙이나 과잉금지원칙에 위배하여 일반인의 직업선택의 자유를 침해하고 있으므로 헌법에 위반된다.”

종교인들에게 종교의식은 신(神)과 영적으로 교감하는 행사이다. 신앙의 자유가 절대적 보호의 대상으로 인정된다면, 예배 등의 종교의식은 이러한 신앙의 가장 직접적인 표현일 뿐만 아니라, 신과의 영적 교감을 통해 자신의 신앙을 확인하고 발전시키는 것이기 때문에 종교의 자유의 본질적 내용에 속하는 것으로 인정된다. 그러므로 종교의식을 금지하는 것은 사실상 종교의 자유 자체를 부정하는 것과 다르지 않게 된다.

코로나 확산을 막기 위한 대면 예배의 금지는 그런 의미에서 매우 심각한 기본권 제한이다. 비대면 예배를 통한 신과의 교감은 다음과 같은 몇 가지 이유로 대면 예배와 같은 의미를 갖기 어렵기 때문에 더욱 그러하다.

첫째, 종교의식은 오랜 역사와 전통 속에서 나름의 형식과 내용을 일치시킴으로써 영적인 교감을 위한 최선의 대안을 형성해 왔다. 충분한 시간을 두고 서서히 종교의식을 바꾸고, 이에 대한 구성원들 사이의 공감대가 형성된 경우라면 모르되, 코로나 확산의 방지를 위해 부득이한 상황이라는 이유로 도입된 비대면 예배가 대면 예배와 같은 의미, 같은 기능을 할 것으로 기대하는 것 자체가 무리인 것이다.⁷⁷⁾

둘째, 예배 등의 종교의식은 단순한 지식과 정보의 교류가 아니라 영적인 교감, 신(神)과의 소통이 가장 중요하며, 이를 위해서는 특정한 장소가 갖는 의미가 적지 않다. 동서고금을 막론하고 종교의식이 행해지는 장소가 신성시되었던 것이나, 피난처로서의 의미를 갖게 되었던 것도 이와 무관하지 않다. 그러나 비대면 예배는 이러한 의미를 살리지 못한다.

셋째, 종교인들의 영적 교감을 위한 능력에는 개인에 따른 차이가 크다. 종교지도자들이 많은 교인들을 인도하는 역할을 해야 하는 것도 그 때문이다. 그런데 대면 예배가 아닌 비대면 예배에서는 이러한 역할에 한계가 뚜렷하다.⁷⁸⁾ 비단 종교의식뿐만 아니라 학교 교육이나 회사 업무 등에서도 비대면 활동보다는 대면 활동이 더 효과적이지만, 종교의식의 경우에는 그 차이가 더욱 뚜렷하다.

77) 이와 유사한 입장으로 송기춘, 코로나19와 종교적 집회의 자유, 헌법학연구 제27권 제2호(2021.06), 235-269(242이하)쪽 참조.

78) 비대면예배를 경험한 교인들의 불만족에 관하여는 박진우, COVID-19 이후의 기독교 예배 참여자의 비대면 예배 경험에 대한 연구, 신학과 실천 제74호(2021.05), 85-115쪽 참조.

비대면 예배를 법적으로 강제하는 것이 절대적으로 불가능한 것은 아니라 하더라도, 종교인들에게 예배 등의 종교의식이 갖는 의미, 비대면 예배의 한계를 분명하게 인식한 가운데 비례성 판단이 내려져야 할 것이다.

2. 사회적 거리두기에 따른 강제조치의 법률유보 문제

사회적 거리두기와 관련하여 감염병예방법 제49조 제1항 제2호는 지나치게 포괄적이다. 단순히 감염병의 예방을 위해 필요한 경우에는 “홍행, 집회, 제례 또는 그 밖의 여러 사람의 집합을 제한하거나 금지하는 것”이 가능하다는 것은 단순히 감염병의 예방을 위해 집합 제한에 관한 어떤 조치를 할 수 있다는 것과 다르지 않다.

물론 법률에서 세부적인 기준까지 상세하게 규정하기에는 어려움이 적지 않다. 그로 인하여 기본권 제한의 합리적 체계를 위해 법률과 하위규범들의 적절한 역할분담의 중요성이 널리 인정되고 있다. 예컨대 감염병예방법에서 기본권의 제한을 위한 법률적 근거를 마련하고 있다 하더라도, 그 다음 단계에서 구체적 기준과 세부적인 조치의 유형, 강제력 발동의 방식 등은 시행령, 시행규칙 등을 통해 단계적으로 세분화되어야 할 것이다.

그러므로 감염병예방법 제49조 제1항 제2호에 근거한 조치들이 곧바로 보건복지부 고시를 통해 내려지는 것이 합리적이라고 보기는 어렵다.⁷⁹⁾ 더욱이 그러한 고시를 통한 강제조치의 기준 설정이 -수시로 바뀌는 경제상황에 따라 탄력적 적용을 필요로 하는 경우처럼- 시간에 쫓기는 것도 아니고, 그렇다고 다양한 국민들의 의견이 충분히 수렴된 것이라고 보기도 어렵다. 더욱이 이를 통해 일부 관료들의 판단이 절대화되는 것은 더욱 위험하다.⁸⁰⁾

나아가 이에 따른 구체적인 조치의 발동권한은 중앙정부(질병관리청장,

79) 이에 관하여는 김태호, 앞의 글(주 9), 26쪽 이하 참조.

80) 독일에서도 의료·역학 전문가들의 전문지식이 권력화될 수 있다는 점을 지적하면서 법적·조직적으로 견제와 균형이 필요하다는 지적이 있다. 이에 관하여는 Stephan Rixen, Befugnisse und Grenzen des staatlichen Infektionsschutzrechts, in: Michael Kloepfer(Hrsg.), Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, Nomos 2011, S.67-84(77ff). 참조.

보건복지부 장관)뿐만 아니라 지방자치단체장에게도 인정되고 있다. 이러한 권한의 위임은 각 지역의 감염병 확산 상태에 따른 신속한 대응을 위한 것으로 볼 수 있지만, 기본권 제한의 합리성 측면에서 몇 가지 문제를 야기한다.

첫째, 감염병 예방이라는 매우 추상적인 목적을 위해 매우 다양한 조치들을 취할 수 있도록 수권한 것은 포괄적 위임이라는 문제를 야기한다. 결과적으로 기본권 보장의 엄밀한 체계가 형해화될 우려가 적지 않다.

둘째, 각 지역에서의 차별적인 조치로 인한 형평성 문제가 발생할 수 있다. 본래의 의도는 각 지역의 감염병 확산 정도에 따라 적절한 대응을 신속하게 할 수 있도록 한 것이지만, 실제로는 감염병 확산이 더욱 심각한 지역에서는 낮은 단계의 조치를, 감염병 확산이 덜 심각한 지역에서는 오히려 더 높은 단계의 조치를 취한 사례들이 나타날 수 있는 것이다.⁸¹⁾

셋째, 각 지역마다 지방자치단체장의 재량에 의해 취해진 조치들에 대한 합리적인 통제가 어려워진다. 일부 심각한 기본권 제한에 대해서는 사법 절차가 이용될 수 있지만, 적절한 사전적·사후적 통제장치의 부족으로 인하여 수많은 기본권침해들이 묵인될 수 있는 것이다.

3. 교회에 대한 집합제한조치의 비례성 판단

(1) 교회에 대한 집합제한조치의 목적의 정당성, 방법의 적합성

중앙정부 또는 지방자치단체장이 교회에 대해 비대면 예배만을 허용하는 것은 종교의 자유에 대한 매우 중대한 제한이며, 그 정당성 판단을 위해서는 엄격한 비례성 심사가 필요하다.

비례성 심사의 첫 번째 단계는 목적의 정당성 판단이다. 감염병예방법 제49조 제1항 제2호 및 이에 근거한 집합제한조치의 목적은 코로나 등 감염병 확산의 방지를 위한 것이므로 일단 목적의 정당성은 인정될 수 있다.

81) 실제로 이로 인한 혼란이 발생한 바 있었다. 이에 관하여는 2021. 07. 28 조선일보 기사 「지자체별 거리두기 단계 들쭉날쭉... 휴가 떠난 시민들 “혼란스러워”」 (https://www.chosun.com/national/welfare-medical/2021/07/28/SSD3U7XNBFTHP3FKE2M5BKSEU/?utm_source=naver&utm_medium=referral&utm_campaign=naver-news 최종방문 2022. 02. 24.) 참조.

비례성 심사의 두 번째 단계는 방법의 적합성 판단이다. 집합제한의 조치가 코로나 등 감염병 확산의 방지에 실질적인 효과가 있는지 여부에 대한 판단인데, 지금까지 마스크 착용, 사회적 거리두기 등과 함께 집합제한이 감염병 확산의 방지에 효과가 있다는 점은 부인할 수 없을 것으로 보인다.

(2) 교회에 대한 집합제한조치의 침해 최소성

비례성 심사의 세 번째 단계이자 가장 첨예한 견해 대립이 발생할 수 있는 것이 침해의 최소성 판단이다. 이는 비대면 예배의 법적 강제 등 집합제한 이외에 유사한 효과를 가져올 수 있는 덜 침해적인 다른 수단이 존재하는지의 여부를 확인하는 것이다.

이에 대해서는 두 가지 상반된 견해가 존재할 수 있다. 한편으로는 집합제한을 통해 접촉 가능성 자체를 원천적으로 차단하는 것과 감염병의 확산 방지에 동일한 효과를 가져올 수 있는 다른 수단이 존재할 수 없다는 점에서 침해 최소성이 갖춰진 것으로 보는 견해가 가능하다. 하지만 다른 한편으로는 마스크의 착용 및 엄격한 거리두기를 통해 거의 유사한 효과를 볼 수 있다고 한다면 침해의 최소성이 갖춰지지 않은 것으로 보는 견해도 설득력을 가질 수 있을 것이다.⁸²⁾

이와 관련하여 마스크의 착용 및 거리두기의 효과가 어느 정도로 평가될 수 있는지에 대한 정밀한 과학적 분석이 필요할 것이다. 하지만 집합금지를 통해 접촉 자체를 완전히 차단하는 것과 마스크의 착용 등을 통해 접촉에도 불구하고 감염병의 확산을 최소화하는 것의 효과가 완전히 동일할 수는 없다는 점에 무게를 둘 경우에는 침해의 최소성이 갖춰진 것으로 보는 견해에 동조할 수 있다.

그러나 입법목적 내지 기본권을 제한하는 목적의 달성이라는 측면에서 볼 때, 완전히 동일한 효과를 발생하는 수단은 찾기 어려운 경우가 대부분이다. 그럼에도 불구하고 최소침해의 원칙이 널리 인정되고 있는 것은 완전히 동일한 효과는 아니더라도 유사한 효과를 달성할 수 있는 덜 침해적인

82) 이러한 견해로는 명재진, 교회 셧다운의 위헌성 검토, in: 명재진 외, 『코로나 바이러스와 교회 셧다운』, 개혁된실천사 2020, 59-75(69이하)쪽 참조.

수단이 존재할 경우에는 이를 선택하는 것이 바람직하기 때문이다.

예컨대 무방비 상태로 교회에 모여서 예배드릴 수 있도록 할 경우에는 코로나 확산이 위험이 매우 높아지며, 감염병 확산의 방지 효과는 0%라고 본다면, 교회를 완전히 봉쇄할 경우에는 교회를 통한 코로나 확산의 방지 효과가 확실히 100%가 될 수 있다.⁸³⁾ 그런데 주기적인 건물 소독과 손소독제 등의 사용, 마스크의 의무적 착용과 2m 이상의 거리두기를 엄격하게 지킬 경우의 코로나 확산은 현저하게 줄어든다.

이런 방식으로 교회에서의 예배를 허용할 경우 감염병 확산방지 효과가 99%라면, 오로지 감염방지 100%의 효과를 위해 이러한 덜 침해적인 수단을 선택하지 않고 교회의 봉쇄라는 극단적인 선택을 하는 것은 침해의 최소성을 갖추지 못한 것으로 보아야 할 것이다.

(3) 교회에 대한 집합제한조치의 법익 균형성

코로나 확산의 방지를 위한 교회의 봉쇄가 설령 침해의 최소성을 갖춘 것으로 본다면 하더라도 법익의 균형성을 갖춘 것으로 보기는 더욱 어렵다.

비례성 심사의 마지막 단계인 법익의 균형성 판단은 제한되는 기본권의 의미와 비중을 저울의 한쪽에 올려 놓고, 기본권의 제한을 통해 보호되는 공익을 저울의 다른 한쪽에 올려 놓아서 어느 쪽의 비중이 더 큰지를 비교·형량하는 것이다. 침해의 최소성 판단에서와 마찬가지로 법익의 균형성 판단에서도 보호되는 공익의 의미와 비중, 제한되는 기본권의 의의와 중요성을 정확하게 수량화하기 어렵다는 점 때문에 의견이 엇갈릴 수 있다.⁸⁴⁾

그로 인하여 법익 균형성에 대한 헌법재판소의 결정 중에서 헌법재판

83) 이 경우에도 교회가 아닌 다른 곳에서 몇 명씩 모여서 성경공부 등을 하게 되는 등의 풍선효과가 발생할 수 있다. 이에 대한 우려는 김민호·소병수, 감염병예방법상 규제 의 문제점 및 개선방안, 미국헌법연구 제32권 제1호(2021.04), 67-95(79)쪽에서도 지적하고 있다.

이런 풍선효과로 인한 감염은 문제를 배제하고 순수하게 교회를 통한 감염에 한정할 때에만 100%의 방지효과를 말할 수 있는 것이다.

84) 예컨대 수십 년 동안 공정한 법적 판단에 대한 전문성을 쌓아 온 대법관이나 헌법재판관이라 하더라도 종교인의 입장에서 종교의 자유의 의미와 비중을 평가할 경우와 비종교인의 입장에서 종교의 자유의 의미와 비중을 평가할 경우에는 미묘한 차이가 나타날 수 있을 것이다.

관들의 의견이 엇갈리는 경우가 드물지 않으며, 이는 우리나라뿐만 아니라 독일 연방헌법재판소나 미국 대법원의 경우도 마찬가지이다. 오히려 소수의 견해를 밝히도록 함으로써 이러한 견해의 차이를 분명하게 드러내는 것이 한편으로는 법원의 판단에 얼마나 진지한 고민이 포함되어 있는지를 보여주는 것이며, 다른 한편으로는 향후 판례 변경의 가능성을 살펴볼 수 있는 요소가 되기도 한다.

그러나 분명한 것은 법익 균형성에 대한 사법적 판단은 중립적이고 공정해야 할 뿐만 아니라 해당 기본권이 보장되는 의미 내지 배경에 대한 충분한 고려가 함께 해야 한다는 것이다. 그렇지 않을 경우에는 해당 기본권을 제한당하는 국민들이 강하게 반발할 수 있을 뿐만 아니라, 직접 해당 기본권을 제한당하지 않는 국민들까지도 기본권 제한의 정당성에 대해 문제를 제기하게 될 것이다.⁸⁵⁾

코로나 확산을 막기 위한 교회의 사실상 봉쇄 및 비대면 예배의 법적 강제는 코로나 확산 방지의 효과보다는 종교의 자유에 대한 침해의 측면이 훨씬 크다. 앞서 침해의 최소성 측면에서 적시하였던 것처럼 주기적인 건물 소독과 손소독제 등의 사용, 마스크의 의무적 착용과 2m 이상의 거리두기를 엄격하게 지킨다는 전제 하에서 볼 때, 그럼에도 불구하고 비대면 예배만을 허용하는 방식으로 사실상 종교시설을 봉쇄하는 것은 법익의 균형성 요건을 갖춘 것으로 보기 어려운 것이다.⁸⁶⁾

85) 헌법재판소는 헌재 2006. 5. 25. 2003헌마715 등 결정에서 소수 시각장애인의 생존권보다 다수 일반국민들의 직업선택의 자유가 우선되어야 한다는 이유로 시각장애인의 안마사자격 독점에 대해 위헌결정을 내린 바 있다. 그러나 당시 헌법재판소의 위헌결정에 대해 시각장애인들이 강하게 반발했을 뿐만 아니라, 국민 여론도 오히려 시각장애인의 편에서 시각장애인의 생존권 보장이 필요하다는 견해에 힘을 실었던 것은 이런 측면에서 시사하는 바가 크다.

86) 김성률, ‘집합금지명령’에 대한 헌법적 쟁점, 법학연구 제20권 제4호(2020.12), 71-80(84)쪽에서 국민의 건강과 생명권이 결부되는 경우, 종교의 자유는 제한 될 수밖에 없을 것이라고 주장하면서도 “다만, 종교집회의 인원과 방역조치 등의 제반사항을 전혀 고려하지 않고, 포괄적으로 취해지는 모든 종교집회에 대한 금지는 우리 헌법 제37조 제2항 후단의 본질적 내용침해금지의 원칙상 허용될 수 없을 것”이라고 지적한 것도 같은 맥락으로 이해될 수 있다.

VI. 교회에 대한 집합제한조치의 평등권 침해 여부에 대한 검토

1. 비교집단: 교회와 그밖의 다중이용시설

교회 등의 종교시설을 봉쇄하는 것과 관련하여 또 하나의 중요한 헌법적 쟁점은 평등권 침해의 문제이다. 코로나 확산 방지를 위한 종교시설 봉쇄의 경험을 갖고 있는 영국이나 독일 등에서도 종교시설을 포함한 모든 시설의 봉쇄를 명령하였던 것이지,⁸⁷⁾ 다른 시설은 이용을 허용하는 상태에서는 교회에 대해서만 특별히 봉쇄를 명령하지는 않았다.

그런데 우리나라의 정부지침에 따르면 4단계의 조치로 교회는 봉쇄되지만, 그밖의 사업장이나 사회복지시설 등은 계속 이용할 수 있게 된다. 이러한 차별적 취급은 이를 정당화할 수 있는 합리적 이유가 존재하지 않는다면, 평등권 침해로서 위헌이 된다. 정부는 앞서 검토한 바와 같이 사회적 거리두기 지침에서 다중이용시설들을 여러 유형으로 구분하여 규제의 정도를 달리하고 있는데, 과연 교회 등의 종교시설을 식당 등의 다중이용시설보다 더 엄격하게 규제하는 것은 납득하기 어려운 점이 분명히 있다.

이하에서는 다중이용시설 중에서도 마스크를 벗는 것이 불가피하기 때문에 코로나 확산의 위험성이 비교적 높은 것으로 볼 수 있는 식당이나 카페 등에 비하여 마스크 착용을 유지할 수 있는 교회에서의 예배를 더욱 강력하게 제한하는 것이 평등권의 침해인지 여부에 대해서 검토한다.

2. 평등심사의 기준: 엄격한 심사기준

다른 기본권들과는 달리 평등권의 제한이 정당한지를 심사함에 있어서는 엄격한 심사와 완화된 심사를 구분한다. 다른 기본권들을 제한할 때에는 비례성 심사, 즉 엄격한 심사가 당연한 것이지만, 평등권 심사의 경우에는

87) 미국의 경우에는 각 주(州)마다 다른 기준이 적용되었을 뿐만 아니라, 초기에는 교회를 통한 코로나 확산에 대한 우려로 인하여 종교시설의 봉쇄를 우선시한 경우가 없지 않았고, 그 점이 종교시설 봉쇄조치의 위헌성을 인정하는 중요한 근거가 되기도 했다.

입법자의 형성의 자유를 존중해야 할 필요성이 크기 때문이다.

평등권은 인간의 존엄처럼 절대적 평등으로 인정되는 경우, 선거권의 평등처럼 일정한 연령에 달한 국민들에게 - 개인적인 지식이나 능력, 세금 등 국가에 대한 기여 정도를 구분하지 않고- ‘획일적 평등’으로 실현되는 경우도 있다. 하지만 이는 오히려 예외적인 경우이며 대부분의 평등은 그때그때의 지위나 역할, 기여도 등을 고려한 ‘상대적·비례적 평등’으로 실현된다.

문제는 개별적 사안마다 이러한 상대적 평등의 기준을 세우는 것은 매우 복잡할 뿐만 아니라, 견해의 대립이 날카로울 수 있다는 점이다. 그로 인하여 이에 대한 일차적 판단은 입법자가 법률의 형식으로 하는 것이 널리 인정되고 있으며, -비록 과거처럼 평등권에 대해 입법비구속설을 주장하는 사람은 찾기 어렵지만- 입법자의 판단을 존중해야 한다는 점에서 완화된 심사기준을 적용하는 것이 원칙이다.

다만, 헌법재판소는 헌법에 명시적인 평등 요청이 규정된 경우, 기본권에 대한 매우 중대한 제한인 경우에 대해서는 엄격한 심사를 한다는 기준을 세웠고, 이는 널리 인정되고 있다. 자칫 평등권에 대한 심사가 유명무실해질 우려를 막기 위해서도 이러한 예외의 인정이 필요하다는 학설과 판례의 공감대가 형성된 것이다

이렇게 볼 때, 교회에 대한 대면예배 금지 등의 집합제한조치는 헌법 제11조 제1항에 명시된 종교를 이유로 한 차별에 해당된다는 점에서 엄격한 심사기준이 적용되어야 할 뿐만 아니라, 예배의 금지가 종교의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이 될 수 있다는 점에서도 역시 엄격한 심사기준의 적용이 필요할 것이다.

3. 평등권 침해 여부에 대한 비례성 판단

식당이나 카페에 비해 교회를 더욱 엄격하게 제한해야 하는 목적은 무엇일까?

만일 신천지교회 등을 통한 대규모 확산이 그 이후로도 계속되고 있는 상태라면, 종교시설에 대한 엄격한 제한이 정당화될 수도 있을 것이다. 하지

만 앞서 살펴본 바와 같이 정부에서도 종교시설을 통한 집단감염이 현저하게 줄었다는 점을 인정한 바 있다.⁸⁸⁾ 그런데 왜 여전히 종교시설에 비해 감염 위험이 더 높은 시설보다도 오히려 더 강력한 제한을 가하고 있는가?

이런 점에서 종교시설에 대한 강력한 제한의 목적이 분명하지 않으며, 따라서 목적의 정당성을 인정하기 어렵다.

목적의 정당성이 분명하지 않은 상황에서 방법의 적합성이 인정되는 것은 더욱 어렵다. 식당이나 카페 등의 마스크를 벗어야만 하는 시설을 이용하는 것보다도 마스크를 계속 착용하고 교회에서 예배를 보는 것이 더욱 강력하게 제한되어야 코로나 확산을 막는 것에 더욱 효과적이라는 것은 이해할 수 없다.

앞서 종교의 자유의 제한과 관련하여서는 코로나 확산 방지라는 목적의 정당성과 방법의 적정성이 인정되었지만, 식당이나 카페 등에 비해 더욱 강력한 제한을 하는 ‘차별행위’는 목적의 정당성 및 방법의 적합성을 인정하기 어렵다. 도대체 어떤 이유에서 이러한 차별이 필요한지를 설득력 있게 제시하지 못하고 있기 때문이다.

침해의 최소성 측면에서 위헌성은 더욱 뚜렷해진다. 마스크를 벗게 되는 식당이나 카페와 달리 마스크의 착용 등 보다 엄격한 방역수칙을 준수하면서도 더 강력한 제한을 받는 것은 접어 두더라도, 이런 상황에서 방역수칙 등의 준수를 점검하는 등의 방법이 아니라 교회의 봉쇄라는 가장 극단적인 선택을 하는 것은 종교시설을 합리적 근거 없이 차별적으로 취급하고 있음을 더욱 뚜렷하게 보여주기 때문이다.

법익의 균형성 측면에서 볼 때에도, 이러한 방역수칙의 준수 등으로 감염 확산의 위험이 현저하게 줄어들고 있음에도 불구하고 다른 시설에 비해 종교시설에 대해서만 차별적인 봉쇄조치를 취하는 것은 - 이러한 차별의 공익상 목적이 무엇인지도 뚜렷하지 않지만- 공익을 위한 차별로서 정당화될 수 없다.

앞서 살펴본 바와 같이 교회에 모여 대면예배를 드리는 것을 법적으로 금지하고, 비대면예배를 강제하는 것은 종교의 자유에 대한 제한의 측면에

88) 이에 관하여는 위의 각주 26 참조.

서 목적의 정당성과 방법의 적합성은 갖췄지만, 침해의 최소성과 법익의 균형성을 갖추지 못하여 위헌이라고 볼 수 있다. 하지만 식당이나 카페 등 다른 다중이용시설과의 차별은 평등권 제한의 측면에서 목적의 정당성과 방법의 적합성을 포함한 모든 비례성 요소를 갖추지 못하고 있으며, 위헌이 아니라고 보기 어렵다.

VII. 결론: 교회에 대한 집합제한조치의 개선방향

민주국가에서 자유의 출발점은 관용이다. 서로의 생각과 이해관계가 다를 수 있음을 인정하고 존중하는 관용을 통해서만 로마 록셈부르크가 말했던 진정한 자유, 즉 달리 생각하는 사람들의 자유가 가능하기 때문이다.

이러한 관용이 가장 중요시되는 자유가 종교의 자유이다. 종교의 본질적 성격인 절대성의 요구로 인해 관용과 가장 친하기 어려운 것이 종교이기 때문이다. 종교인들이 다른 종교를 관용하는 것뿐만 아니라, 종교인들이 비종교인을, 비종교인들이 종교인들을 관용하는 것은 종교의 자유라는 인권의 기초일 뿐만 아니라 법적 평화의 기초이기도 하다. 종교적 갈등이 심화될 경우에는 그 어떤 갈등과 반목보다도 심각한 결과가 초래될 수 있기 때문이다.⁸⁹⁾

대면예배의 금지는 보기에 따라 작은 문제일 수도 있고, 매우 중대하고 심각한 문제일 수도 있다. 비종교인의 입장에서는 별 것 아닐 수 있지만, 기독교인의 입장에서는 영적 소통의 문제이며, 신과의 교감의 문제이기 때문이다. 이러한 문제에 대한 법적 판단은 - 비종교인에 의해 내려진다고 하더라도 - 그 종교적 의미와 비중을 충분히 존중하는 가운데 내려져야 한다.

그러나 사회적 거리두기의 기준 설정과 관련한 정부의 판단에서는 이러한 이해와 존중이 보이지 않는다. 종교시설이 아닌 다른 시설과 같은 기준을 획일적으로 적용하는 것만으로도 - 앞서 살펴본 외국의 판례들이 보여주듯이 - 위헌성이 인정될 수 있는데, 오히려 다른 시설들보다 더욱 강력

89) 인류 역사를 통해 가장 참혹한 전쟁이 - 순교를 불사하는 - 종교전쟁이었으며, 십자군전쟁을 비롯하여 가장 오래 끝났던 전쟁도 종교전쟁이었다는 점은 이를 잘 보여주고 있다.

한 기준을 적용한다는 것은 명백한 위헌일 뿐만 아니라, 도대체 왜 그래야 하는지를 납득하기 어려운 것이다.

이러한 문제는 일회성으로 그칠 것이 아니라는 점에서 그 심각성이 더욱 크다. 코로나 팬데믹이 언제 종료될 것인지도 불명확할 뿐만 아니라, 또 다른 사유로 인하여 각종 시설 등에 대한 정부의 집합제한조치가 필요하게 될 경우에 이번의 사례는 선례가 될 수 있다. 그렇기 때문에 그 정당성 여부를 확실하게 정리할 필요가 있는 것이다.

코로나 확산을 막기 위한 정부의 조치들이 불필요하다는 것은 아니다. 다만, 종교시설의 특성이 충분히 고려되어야 한다는 것이고, 더욱이 종교시설에 대한 집합금지(대면예배 금지)의 기준이 식당이나 카페 등에 비해서 더 엄격하다는 것은 종교인의 입장을 떠나서도 납득하기 어렵다는 것이다.

이러한 문제들을 명확하게 정리하여 합헌과 위헌의 경계를 분명히 하는 것은 - 종교인과 비종교인을 떠나- 대한민국의 인권을 올바르게 보장하기 위한 것이며, 종교를 둘러싼 갈등과 반목이 심화되는 것을 막고 법적 평화를 유지하기 위한 시금석이 될 것이다.

교회에 대한 집합제한(대면예배 금지)조치의 합헌성 여부에 대한 검토 - 장 영 수	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.02.28.	2022.03.06.	2022.03.24.

[참고문헌]

- 고병철, 코로나19(Covid-19) 방역과 종교, 종교연구 제81집 제1호(2020.04), 9-32쪽.
- 김민호·소병수, 감염병예방법상 규제의 문제점 및 개선방안, 미국헌법연구 제32권 제1호(2021.04), 67-95쪽.
- 김성률, '집합금지명령'에 대한 헌법적 쟁점, 법학연구 제20권 제4호(2020.12), 71-80쪽.
- 김은진, 『영국의 코로나바이러스감염증 관련 법령 및 시사점』, 외국입법 동행과 분석 제40호, 2020.5.13.
- 김태호, 법치주의의 시험대에 선 코로나 방역 대응, in: 이원우·김태호(편), 『코로나19 위기와 법치주의』, 홍문사 2021, 5-35쪽.
- 류성진, 코로나19 방역조치와 기본권 제한 법제의 정당성 -「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」을 중심으로-, 경상대 법학연구 제29권 제3호(2021.07), 113-138쪽.
- 명재진, 교회 섰다운의 위헌성 검토, in: 명재진 외, 『코로나 바이러스와 교회 섰다운』, 개혁원실천사 2020, 59-75쪽.
- 박상윤, 『오미크론 우세화에 따른 코로나19 방역체계의 개선과제』, 국회 입법조사처 이슈와 논점 제1925호, 2022.2.14.
- 박진우, COVID-19 이후의 기독교 예배참여자의 비대면 예배 경험에 대한 연구, 신학과 실천 제74호(2021.05), 85-115쪽.
- 송기춘, 코로나19와 종교적 집회의 자유, 헌법학연구 제27권 제2호(2021.06), 235-269쪽.
- 성정엽, 비례원칙과 기본권, 저스티스 통권 제136호(2013.06), 5-26쪽.
- 이기춘, 코로나-19에 따른 행정명령에 관한 시론적 소고, 국가법연구 제17집 제1호(2021.02), 1-25쪽.
- 이석민·장선미, 미국 연방정부의 코로나 19 백신 및 방역 관련 법제적 대응 분석 및 시사점, 동국대 비교법연구 제21권 제1호(2021.04), 215-263쪽.
- 전상현, 감염병 시대의 방역과 기본권보장의 쟁점, 공법연구 제49집 제2호(2020.12), 341-370쪽.
- 정문식·정호경, 코로나위기와 헌법국가 -독일에서의 코로나위기 대응에 대한 헌법적 논의를 중심으로-, 헌법재판연구 제7권 제2호(2020.12), 77-116쪽.
- 정연주, 처분적 법률의 헌법적 문제, 미국헌법연구 제18권 제2호(2007.09), 169-202쪽.
- 진창수, 헌법재판소 판례에 나타난 비례원칙, 공법연구 제37집 제4호(2009.06), 1-24쪽.
- 한영만, 정부의 코로나19 감염병 예방 조치에 대한 가톨릭교회의 협력: 종교 자유에 대한 권리와 국민 건강권에 대한 조화, 법학연구 제20권 제2호(2020.06), 31-61쪽.
- 홍완식, 처분적 법률에 관한 연구, 토지공법연구 제56집(2012.02), 309-330쪽.
- Charles Courtemanche, Joseph Garuccio, Anh Le, Joshua Pinkston, and Aaron Yelowitz, Strong Social Distancing Measures In The United States Reduced The COVID-19 Growth Rate, HEALTH AFFAIRS VOL.39, NO.7 (<https://www.healthaffairs.org/doi/10.1377/hlthaff.2020.00608>).
- Wolfgang Kröll, Knappe Ressourcen in der Katastrophe und erhöhte Anforderungen im intensivmedizinischen Alltag, in: Wolfgang Kröll / Johann Platzer / Hans-Walter Ruckenbauer / Walter Schaupp(Hrsg.), Die Corona-Pandemie. Ethische, gesellschaftliche und theologische Reflexionen einer Krise, Nomos 2020, S.103-117.
- Stephan Rixen, Befugnisse und Grenzen des staatlichen Infektionsschutzrechts, in: Michael Klopfer(Hrsg.), Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, Nomos 2011, S.67-84.

【국문초록】

코로나 팬데믹으로 인한 강력한 방역조치가 취해지면서 기본권에 대한 과도한 침해가 문제된 사례들이 적지 않다. 그 중에서도 교회를 봉쇄하고, 대면예배를 전면 금지하는 것은 국내외에서 매우 날카로운 논쟁의 대상이 되었다. 한편으로는 코로나 확산의 위험성이 심각한 상황에서 교회를 통한 감염병 확산에 대한 우려가 컸고, 다른 한편으로는 종교의 자유의 본질적 내용에 대한 침해의 우려도 매우 심각하게 대두되었다.

이와 관련하여 영국과 미국, 독일 등에서도 교회에 대한 봉쇄조치가 행해진 바 있으나, 우리나라의 교회 봉쇄와 대면예배 금지는 더욱 심각한 문제로 볼 수 있다. 코로나 확산 초기의 신천지 교회 등에 대한 인식에 경도되어 지속적으로 종교시설에 대한 부정적 시각을 갖고 과중한 제한을 가하는 것도 문제이지만, 무엇보다 식당이나 카페 등의 시설보다도 더욱 엄격한 제한을 가하고 있다는 점은 납득하기 어려운 것이다.

더욱이 영국이나 미국의 교회 봉쇄에 대해서는 법원의 판결에 의해 그 불법성이 인정되었으나, 독일의 경우에는 교회 봉쇄의 정당성이 인정되었지만 그 요건이 매우 엄격할 뿐만 아니라, 우리나라와는 달리 차별적인 제한이 아니었다. 이들 국가와 비교할 때, 우리나라의 교회 봉쇄 및 대면예배 제한의 기준은 그 합리성을 인정하기 어렵다.

이 논문에서는 사회적 거리두기에 따른 교회의 집합금지(대면예배 금지)의 법적 근거가 충분치 않으며, 그 내용이 비례성 원칙에 위반하여 종교의 자유의 본질적 내용을 침해할 뿐만 아니라, 불합리한 차별로 인하여 평등권에 대한 위헌적 침해도 야기한다는 점을 서술하였다.

【Zusammenfassung】

Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des
Gottesdienstverbots in KirchenYoung-Soo Chang
(Professor, Korea University Law School)

Da aufgrund der Corona-Pandemie strenge Quarantänemaßnahmen ergriffen werden, gibt es viele Fälle, in denen übermäßige Grundrechtsverletzungen ein Problem waren. Unter ihnen sind die Blockade der Kirche und das vollständige Verbot des Gottesdienstes in Kirchen Gegenstand sehr scharfer Debatten im In- und Ausland geworden. Einerseits gab es große Bedenken wegen der Verbreitung von Infektionskrankheiten durch die Kirche in einer Situation, in der die Gefahr einer Ausbreitung von Corona groß war, und andererseits Bedenken wegen der Verletzung wesentlicher Inhalte der Religionsfreiheit auch sehr ernst erzogen.

In diesem Zusammenhang wurden Kirchenblockaden in England, den Vereinigten Staaten und Deutschland eingeführt. Aber in Korea können die Blockade von Kirchen und das Gottesdienstverbots in Kirchen als ernsteres Problem angesehen werden. Es ist auch ein Problem, mit einem starken Eindruck von der Ausbreitung von Corona aus der Shincheonji-Kirche, alle religiöse Einrichtungen negativ zu sehen und übermäßig einzuschränken.

Zudem wurde die Rechtswidrigkeit von Kirchenblockaden in England und den Vereinigten Staaten durch Gerichtsurteile anerkannt. Im Falle Deutschlands wurde die Legitimität der Kirchenblockade anerkannt, aber

die Voraussetzungen waren sehr streng, und im Gegensatz zu Korea handelte es sich nicht um eine diskriminierende Beschränkung. Verglichen mit diesen Ländern ist es schwierig, die Rationalität der koreanischen Standards der Kirchenblockade und der Beschränkungen für den persönlichen Gottesdienst zu erkennen.

In diesem Beitrag ist die gesetzliche Grundlage für das Gottesdienstverbots in Kirchen nach Maßgabe der sozialen Distanzierung nicht ausreichend, und der Inhalt verstößt gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip und verstößt gegen wesentliche Inhalte der Religionsfreiheit, wie sowie das Recht auf Gleichheit aufgrund verfassungswidrige Diskriminierung.

주제어(Keywords): 교회의 봉쇄(Kirchenblockade), (교회에서의) 대면예배의 금지(Gottesdienstverbots in Kirchen), 사회적 거리두기(Soziale Distanzierung), 종교의 자유(Religionsfreiheit), 평등권(das Recht auf Gleichheit)

대한민국 경제헌법의 새로운 과제*

차 진 아**

▶ 목 차 ◀

- | | |
|-------------------------------------|------------------------------------|
| I. 서론: 21세기 대한민국 경제헌법의 문제상황 | 2. 생산 및 소비의 패러다임 변화 |
| II. 경제헌법의 의미와 기능 | 3. 저출산 고령화와 맞물린 고용의 변화 |
| 1. 경제헌법의 개념과 탄생 배경 | V. 이른바 소득주도성장의 실패와 정부가 주도하는 경제의 한계 |
| 2. 경제에 관한 헌법규정들의 의미와 역할 | 1. 이른바 소득주도성장의 개념과 근거 |
| 3. 대한민국 경제헌법의 역사적 발전 | 2. 정부가 주도한 소득주도성장의 실패와 그 원인 |
| III. 사회적 시장경제의 올바른 방향 정립 | 3. 21세기 대한민국의 경제상황과 정부 주도 경제의 한계 |
| 1. 헌법 제23조 및 제119조와 사회적 시장경제 | VI. 토지공개념과 부동산정책 |
| 2. 원칙: 개인과 기업의 자유로운 경제활동 | 1. 토지공개념의 헌법적 근거와 한계 |
| 3. 예외: 국가의 경제활동에 대한 관여 | 2. 토지공개념 강화에 대한 찬성과 반대 |
| IV. 제4차 산업혁명과 생산, 소비, 고용의 변화에 대한 대응 | 3. 문재인 정부의 부동산정책 실패의 교훈 |
| 1. 제4차 산업혁명의 의미와 파급효 | |

* 이 논문은 2021. 12. 10. 개최된 한국공법학회 12월 정기학술대회(대주제: 「대한민국 경제질서와 지방자치제도의 현재와 미래」)에서 발표한 발표문을 수정 및 보완한 것임.

** 고려대학교 법학전문대학원 교수.

1. 서론: 21세기 대한민국 경제헌법의 문제상황

헌법은 시대정신의 반영이라는 말을 자주 한다. 사실 헌법뿐만 아니라 모든 법규범이 시대상황의 변화에 따라 달라질 수밖에 없고, 달라져야 한다. 최근 30여 년간 축적된 현실의 변화를 반영하기 위해 특히 제4차 산업혁명 시대의 새로운 변화에 능동적으로 대응하기 위해 헌법개정이 요청되고 있는 것도 같은 맥락이다.

과거 헌법개정에서는 주로 권력구조에 관한 쟁점들이 항상 핵심적인 논의 사항이었지만 최근에는 경제헌법에 관한 관심도 커지고 있다. 21세기에 들어와 경제현실의 변화는 주목할만큼 빠른 속도로 진행되고 있으며, 이를 규율하는 법규범들이 현실을 뒤따르기에도 버거워한다는 지적조차 나온다. 이러한 문제는 개별적인 법률, 시행령, 시행규칙 등의 차원이 아니라, 이제는 경제질서의 기본틀에 관한 경제헌법의 관점에서 재검토될 필요성이 지적되고 있는 이유이다.

21세기 경제현실의 변화는 지난 20년동안 다양한 형태로 우리 앞에 나타났다. 20세기부터 지속되어 온 저출산·고령화의 문제가 훨씬 더 심각한 형태로 부각되었고, IMF 외환위기를 겪으면서 20세기적 경제시스템의 대수술이 불가피했다. 글로벌 무한경쟁 속에 대한민국 경제의 활로에 대한 고민이 깊어졌고,¹⁾ 제4차 산업혁명이 위기이자 기회라는 말은 누구나 하지만 과연 제대로 대응하고 있는 것인지는 우려스러운 상황이기도 하다.

이런 상황에서 기업경쟁력의 제고, 개인과 기업의 혁신역량에만 눈을 돌릴 것이 아니라 이를 실질적으로 뒷받침할 수 있는 국가경제시스템에 주목할 필요가 있다. 대한민국의 경제시스템은 서구의 선진국과 비교해 독특한 점이 적지 않다. 대한민국 경제는 이른바 압축성장을 통해 서구의 선진국들과는 다른 방식으로 발전해 왔으며, 과거 한국식의 국가주도 경제성장 방식이 오늘날 이른바 제3세계의 국가들에서도 이를 모델로 경제를 발전시키려는 사례들도 있다.

그러나 1960~70년대의 개발독재의 모델을 그대로 유지하는 것도 넌센스라고 볼 수밖에 없다. 당시의 인적·물적 자원의 희소성을 전제로 청와대에 최고의

1) 대한민국의 경제는 기술적으로는 일본에게, 가격과 물량 면에서는 중국에게 밀리고 있는 샌드위치(최근에는 중국과의 기술력 격차도 급속도로 줄어들어 한국 제품의 경쟁력이 더 약해지고 있는 문제)가 되어 있고, 국제무역질서에서 미국과 중국 간 알력에서 샌드위치가 되어 있으며, 신성장 동력에 대한 여러 가지 제안은 있으나 아직까지 가시적인 성과는 보이지 않는 상황이라 할 수 있다.

엘리트를 모아 놓고, 이들이 중심이 되어 경제정책을 결정하고, 자본의 희소성을 전제로 재벌을 육성하던 정책이 - 인권과 민주주의에 대한 상당한 억압에도 불구하고- 나름의 성과를 보였던 것은 분명하다. 그러나 21세기 대한민국의 사정은 당시와 크게 다르다. 한편으로 인적·물적 자원이 당시와 비교할 수 없을 정도로 풍부해졌으며, 인권과 민주주의를 억압하는 가운데 독재적 방식을 동원해서 국가 주도로 경제를 이끌어 간다는 것도 시대착오적이다.

그럼에도 불구하고 청와대가 중심이 되어 국가 주도로 경제를 이끌어간다는 생각은 아직도 정치권에서 지배적인 것으로 보인다. 도대체 왜 그런 것일까? 박정희·전두환 정권을 그렇게 비판하던 문재인 정부조차도 청와대 정부를 청산하지 못하고, 국가 주도로 경제를 이끌려고 했다가 결국 실패한 것은 아직도 경제에 관한 한 박정희 신화가 살아있는 것인가?

이하에서는 이러한 문제의식에서 출발하여 대한민국 경제헌법의 새로운 과제들을 검토해 보고자 한다. 경제헌법이란 결국 국가의 경제정책의 헌법적 기초가 되는 것이며, 이를 어떻게 이해하고 있는지에 따라 국가의 경제정책의 기초가 달라질 수밖에 없다. 또한, 시대에 맞지 않는 경제헌법이라면 헌법개정을 통해 바꾸어야 할 필요가 인정될 수도 있다. 다만, 경제헌법을 단순한 장식적 규정으로 이해하고, 그 구속력을 벗어나려는 태도에 대해서는 사법적 통제도 확실하게 인정되어야 할 것이다.

II. 경제헌법의 의미와 기능

1. 경제헌법의 개념과 탄생 배경

아직도 경제헌법이라는 용어가 일반국민에게는 낯설 수 있다. 그러나 경제 및 법 전문가들에게 경제헌법은 매우 중요한 개념으로 자리잡았다. 오늘날 경제헌법 이외에도 교육헌법, 노동헌법, 조세헌법 등 특정 분야에 대해 헌법이라는 말을 붙이는 경우가 많다. 이는 한편으로 그 분야가 헌법적 중요성을 가지며 헌법에 의해 직접 규율되고 있음을 나타내기도 하지만, 보다 기본적인 의미는 그 분야의 기본구조 자체가 헌법에 의해 규율되고 있음을 말하는 것이다.

경제헌법(Wirtschaftsverfassung)이라는 용어가 독일에서 처음 탄생했을

당시 그 의미는 경제(Wirtschaft)의 기본구조(Verfassung)라는 것으로서 헌법과의 직접적 관련성 없이 경제학자들에 의해 사용된 것으로 알려져 있다.²⁾ 그러나 오늘날 경제헌법은 경제에 관한 헌법규정들의 총체 내지는 헌법이 규율하고 있는 경제의 기본질서를 지칭하는 것으로 이해하는 것이 일반적이다.³⁾

이렇게 볼 때, 대한민국의 경제헌법은 몇 가지 근본적인 문제를 안고 있다. 한편으로는 1987년 이후 34년이 지나도록 그대로 있는 「경제」의 장에 규정된 조항들이 시대착오적인 부분이 적지 않다는 점이며,⁴⁾ 다른 한편으로는 그러한 경제헌법의 시의성을 문제 삼는 가운데 헌법규정과 무관하게 국회와 정부에 의한 경제정책들이 입안되고 실행되는 경우가 점점 많아지고 있다는 점이다.

경제문제에 대해 헌법이 세세하게 규율하는 것은 가능하지도 바람직하지도 않다. 그럼에도 불구하고 경제헌법이 중요한 의미를 갖는 것은 경제의 기본방향에 대한 국민적 합의의 표현이며, 정권이 바뀔 때마다 경제의 기본틀 자체를 이리저리 뒤엎는 것을 막을 수 있는 최후의 방벽 역할을 하기 때문이다. 그러므로 일정 범위 내에서 시시각각 바뀌는 경제상황을 고려한 정책적 자율성은 존중되어야 하지만, 그러한 정책적 자율성에도 헌법적 한계가 있다는 점은 항상 존중되어야 한다.

그런데 최근 문제인 정부의 경제정책들은 그 한계선을 넘나들고 있는 것으로 보인다. ‘실제 이것이 자본주의 경제가 맞는가? 오히려 공산주의 경제를 추종하는 것 아닌가?’ 등의 의문 내지 우려가 계속되고 제기되고 있으며, 이는 헌법 제119조가 규정하고 있는 경제질서의 기본 틀을 위배한 것이 아닌가에 대한 신중한 검토가 요구되는 상황이다.

21세기의 다양한 화두 중의 하나로 ‘제4차 산업혁명’을 들 수 있다. 시대의 변화는 자율과 창의를 향해 나아가고 있으며, 뒤떨어지는 개인이나 기업, 그리고

2) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2021, 379-380면.

3) 김형성, 경제헌법과 경제정책의 헌법적 한계, 『저스티스』 제79호(2004.6), 10면; 이부하, 경제와 헌법의 관계 -경제 민주화 담론에 대한 소견을 검하여-, 『경제규제와 법』 제6권 제2호(서울대학교 공익산업법센터, 2013.11), 91-21면; 홍성방, 헌법과 경제질서, 『서강법학연구』 제5권(2003.5), 31면.

4) 예컨대, 대외무역의 육성에 관한 헌법 제125조(김민호, 경제관련 헌법조항의 발전방안에 관한 연구, 『미국헌법연구』 제26권 제1호[2015.4], 93면), 소비자의 권리를 기본권으로 인식하지 못하고 소비자보호운동의 보장을 경제질서의 측면에서 규정하고 있는 헌법 제126조, 과학기술의 혁신 등을 경제발전의 도구로써만 보고 있는 헌법 제127조 제1항, 국가과학기술자문회의의 설치 및 운영이 헌법사항이 아닌 법률사항임에도 불구하고 이를 헌법에 규정하고 있는 헌법 제127조 제3항 등이 있다.

국가는 글로벌 무한경쟁에서 도태될 수밖에 없을 것이다. 그런데 시대착오적인 소득주도성장이나 실패를 거듭하면서도 시장을 무시하고 규제일변도로 나아가 결국 더 큰 실패를 낳고 있는 부동산정책, 그리고 개발독재의 망령을 벗어나지 못하고 여전히 개인과 기업의 자율성을 무시한 채 일방적으로 국가 주도의 규제 중심의 경제정책을 고집하는 것은 대한민국의 장래를 암울하게 만들고 있다.

이러한 문제를 단순히 대통령 개인의 문제나 정부·여당의 정책 탓만으로 돌리기는 어렵다. 이러한 정책들을 가능하게 한 제도의 문제에 주목할 필요가 있다. 민주국가란 사람에게 모든 것을 맡기는 것이 아니라 누가 대통령이 되고 국회의원이 되더라도 상호 통제 속에서 권력의 오남용을 방지할 수 있는 시스템이다. 그런데 그러한 시스템이 제대로 작동하지 못하고 권력의 오남용이 이른바 통치권자의 결단이라는 식으로 정당화되어서는 안 된다.

경제헌법의 문제 또한 이러한 맥락에서 재검토되어야 한다. 시대의 변화를 수용하여 새로운 모습으로 탈바꿈하여야 할 것이지만, 그에 앞서 경제헌법의 규범력이 확고하게 작용하여 국가권력과 모든 경제주체가 이를 존중하고 이를 통해 보다 합리적이고 효율적인 경제질서가 형성될 수 있어야 한다.

2. 경제에 관한 헌법규정들의 의미와 역할

종래 국가의 경제적 중립을 주장하며 경제에 관한 헌법규정들의 필요성 자체를 부정하던 때도 있었다. 말하자면 공법(公法)과 사법(私法)의 이원론의 영향 하에 헌법은 공적 생활관계에 대해서만 규율하고 경제활동에 관한 것은 사법(私法)에서 사적 자치의 원칙에 따라 처리하는 것이 옳다는 생각이었다.⁵⁾

그러나 이러한 전통적인 사고는 사회국가의 대두 및 그와 결부된 전통적인 사법체계(私法體系)의 변화와 더불어 더이상 설득력을 갖지 못하게 되었다. 널리 인정되고 있는 바와 같이 근대사법의 3대원칙이 수정되고, 공법과 사법 사이

5) 강태수, 기업의 자유와 국가규제 및 그 한계, 「경회법학」 제51권 제2호(2016.6), 163-164면; 이세주, 헌법구조에서의 경제와 경제질서, 「세계헌법연구」 제18권 제2호(2012.8), 360-361면; 이장희, 경제에 대한 국가의 법적 기본질서로서 경제헌법, 「공법학연구」 제14권 제2호(2013.5), 298-300면; Peter Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung. Ein exemplarischer Leitfaden.*, 4. Aufl., Mohr Siebeck, 2011, S. 4 ff.; Ulrich Scheuner, Einführung, in: ders. (Hrsg.), *Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft. Wirtschaftsrechtliche Aufsätze 1946 - 1970*, Athenäum Verlag, 1971, S. 9, 15.

의 경제법, 사회법 등의 영역이 새롭게 대두되었고, 헌법이 공법뿐만 아니라 사법을 포함한 모든 법체계의 최고법으로 인정되면서 경제질서에 관한 인식이 달라지고 헌법에 경제질서에 대한 기본원칙들을 규정해야 할 필요성에 대한 공감대가 널리 형성되었다.

그 결과 오늘날 경제헌법이 헌법의 중요한 부분의 하나라는 점은 - 비록 미연방헌법처럼 전통적인 권력구조 중심의 헌법규정체계 속에서 경제질서에 관한 규정들을 두지 않고 있는 예도 있지만 - 헌법의 경제에 관한 조항들을 두는 것이 세계헌법의 흐름이라고 할 수 있을 것이다.

헌법상의 경제조항들이 실제 미치는 영향은 결코 작지 않다. 헌법의 특성상 경제에 관한 구체적인 내용을 담는 것은 가능하지 않고 바람직하지도 않다. 더욱이 경제현실의 변화에 탄력적으로 대응하기 위해서는 헌법뿐만 아니라 경제관련 법률들도 많은 부분을 시행령, 시행규칙에 위임하고 있음을 생각할 때, 헌법에서 직접 구체적인 규정들을 두는 것은 득보다 실이 훨씬 클 수 있다.

그러므로 헌법상의 경제조항들은 구체적 경제정책보다는 국민적 합의에 기초한 경제의 기본틀에 관한 규정들로 구성된다. 이를 가장 잘 보여주는 것이 현행 헌법 제119조 제1항과 제2항이다. 헌법개정 과정 속에서 대한민국 헌법의 경제조항들은 계속 사회적 시장경제를 추구하고 있으나, 개인과 기업의 자율적 경제활동과 경제활동에 대한 국가적 조정 및 관여 중 어느 쪽을 우선시킬 것인지에 대해서는 태도의 변화가 있었다. 현행 헌법 제119조 제1항이 개인과 기업의 자유와 창의를 원칙으로 강조하고 제2항에서는 경제의 민주화 등을 위한 국가적 관여를 보충적으로 인정하고 있는 것은 이러한 경제질서의 기본틀을 명시하고 있는 것이며, 모든 경제 관련 법률 및 경제정책들은 이러한 틀을 벗어나서는 안 되는 것이다.

이러한 헌법 제119조의 기본방향 설정의 범위 내에서 경제 관련 주요 쟁점들이 제120조 이하의 조항들에서 개별적으로 규정되고 있다. 이러한 경제헌법의 근거에는 사회국가의 도입이라는 근본적인 변화 및 이와 결부된 각종 기본권적 요청들이 깔려 있다. 오늘날 사회국가가 재산권보장의 상대화 내지 재산권의 사회적 구속성(헌법 제23조 제2항)을 전제하고 있을 뿐만 아니라, 이를 통해 -재산권보장과 표리관계에 있는- 직업의 자유(헌법 제15조)⁶⁾ 및 다양한 경제적 기본권(거주·이전의 자유, 소비자의 선택권⁷⁾ 등) 등이 관련되어 있고 간접적으

6) 재산권보장은 직업의 자유의 기능적 전제라 할 수 있다.

로는 다양한 사회적 기본권 및 이를 위한 사회보장제도, 그 재정적 뒷받침을 위한 조세제도 등과 밀접하게 연결되어 있다.⁸⁾

3. 대한민국 경제헌법의 역사적 발전

대한민국 경제헌법의 시작은 제헌헌법으로 거슬러 올라갈 수 있다. 제헌헌법은 「제6장 경제」에서 제84조~제89조의 6개 조문을 두고 있었으며, 이를 통해 경제질서의 근간을 정하고자 한 것이다.⁹⁾

주목할 점은 제헌헌법 제84조에서 “대한민국의 경제질서는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족할 수 있게 하는 사회정의의 실현과 균형있는 국민경제의 발전을 기함을 기본으로 삼는다. 각인의 경제상 자유는 이 한계 내에서 보장된다.” 라고 규정함으로써 개인의 경제적 자유보다 국가의 규제와 조정을 우선시하고 있었다는 사실이다. 이러한 제헌헌법 조항은 당시의 열악한 경제현실 하에서 이를 해결하기 위한 국가의 역할을 강조한 것으로 이해되며, 근로자의 이익균점권 등과 함께 사회주의의 영향을 드러낸 것으로 평가되기도 한다.¹⁰⁾

7) 헌법재판소는 소비자의 선택권을 헌법 제10조에서 도출하고 있다(헌재 2002. 10. 31. 99헌바 76 등, 판례집 14-2, 410, 428: “소비자가 자신의 의사에 따라 자유롭게 상품을 선택하는 소비자의 자기결정권은 헌법 제10조의 행복추구권에 의하여 보호된다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 691). 강제지정제는 모든 의료기관을 요양기관으로 지정함으로써 의료기관으로 하여금 국가가 정하는 기준에 따라 모든 국민에게 원칙적으로 동일한 수준의 의료서비스를 제공하도록 규정하고 있다. 이로써 의료소비자인 국민이 의료행위의 질, 범위, 보수 등을 자유롭게 결정할 수 있는 자유를 제한받으므로, 강제지정제는 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 국민의 의료행위 선택권을 제한하는 규정이다.” 그러나 예컨대, 헌법 제8조 제1항, 제4항의 경우 기본권장이 아닌 총강에 위치하고 있으나 정당의 자유를 규정한 것으로 해석하는 것이 합리적인 것처럼, 헌법 제124조가 기본권장이 아닌 경제의 장에 있다 하더라도 소비자보호운동을 예시로 하는 소비자의 권리(한편으로 소비자의 선택권 등 경제적 자유권으로서의 성격과 다른 한편으로 소비자단체를 중심으로 소비자보호를 내용으로 하는 사회적 기본권의 성격을 모두 갖는 기본권)로 해석하는 것이 합리적이다. 향후 헌법개정시 헌법 제124조는 규정내용을 소비자의 권리로 수정하고 위치도 기본권장으로 이동시킬 필요가 있다. 이에 대하여는 정영화, 헌법상 경제질서에 대한 개정방안, 『세계헌법연구』 제16권 제4호(2010.12), 26-27면 참조.

8) 김형성, 앞의 논문(주-3), 10-11면.

9) 제헌헌법을 기초하였던 유진오 박사는 세계대전 이후의 20세기에 사회국가의 발전에 따라 모든 국민에게 인간다운 생활을 확보하게 하며 그들의 균등생활을 보장하기 위해 경제에 대한 국가의 간섭이 필요하다는 취지에서 이러한 조항들이 도입되었다고 설명하고 있다. 이에 관하여는 유진오, 『헌법해의』, 명세당, 1949, 176면 참조. 제헌헌법 당시의 경제상황에 대하여 자세한 것은 권영설, 국가와 경제 - 경제질서의 헌법적기초-, 『공법연구』 제16집(1988.9), 23면 이하 참조.

경제헌법의 근본적인 변화는 1962년 제3공화국 헌법에서 나타났다. 제3공화국 헌법은 「제4장 경제」에서 제111조~제118조의 8개 조문을 두고 있었으며, 무엇보다 경제헌법의 기본성격을 규정한 제111조에서 제헌헌법 제84조와는 다르게 규정하였다. 즉, 제1항에서는 “대한민국의 경제질서는 개인의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”라고 규정하고 제2항에서는 “국가는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시키는 사회정의의 실현과 균형있는 국민경제의 발전을 위하여 필요한 범위 안에서 경제에 관한 규제와 조정을 한다.”라고 규정함으로써 개인의 경제적 자유를 원칙으로, 국가의 규제와 조정을 보충적인 것으로 정하는 변화를 보인 것이다.

비록 문구상 부분적인 차이는 있지만, 이러한 새로운 경제헌법의 기본방향은 1962년 헌법 이후 현행헌법에 이르기까지 일관되게 유지되고 있다. 이는 곧 제헌헌법 당시부터 시장의 자유와 국가의 개입이 동시에 인정되는 이른바 사회적 시장경제가 채택되고 있었다는 점은 변함이 없지만, 무게중심이 국가의 개입보다 개인과 기업의 경제적 자유로 옮겨졌음을 의미하는 것이다. 다만, 헌법 규정상의 변화에도 불구하고 박정희 정권의 개발독재 당시에 광범위한 국가의 개입이 행해졌다는 점은 널리 알려져 있으며, 헌법규범과 헌법현실 사이의 불일치 문제에 대해서도 주목할 필요가 있다.¹¹⁾

현행헌법은 제119조 제1항에서 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”라고 규정하고 있으며, 제2항에서 “국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이러한 헌법규정을 통해 대한민국의 사회적 시장경제가 개인과 기업의 경제적 자유 및 이를 구체화하는 시장의 역할을 존중하되, 시장의 실패가 문제 되는

10) 경제헌법 조항들은 1954년 제2차 개헌을 통해 상당한 변화를 겪으면서 사회주의적 성격이 완화된 상태였다. 예컨대, 제헌헌법 제85조는 “광물 기타 중요한 지하자원, 수산자원, 수역과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 국유로 한다. 공공필요에 의하여 일정한 기간 그 개발 또는 이용을 특허하거나 또는 특허를 취소함은 법률의 정하는 바에 의하여 행한다.”라고 규정하던 것이 1954년 제2차 개헌을 통해 “광물 기타 중요한 지하자원, 수산자원, 수역과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 법률이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 채취, 개발 또는 이용을 특허할 수 있다.”로 변경하였다. 그러나 헌법 제84조는 그대로 유지되었다.

11) 헌법규범과 헌법현실의 불일치 문제에 관하여는 장영수, 정치현실과 헌법의 규범력, 『동천 김인섭변호사 화갑기념논문집』, 박영사, 1996, 56-78면 참조.

영역에서 제한적·보충적으로 국가의 개입이 허용됨으로 분명히 하고 있다.¹²⁾

〈표 1〉 헌법상 경제질서에 관한 원칙조항의 개정 연혁¹³⁾

제한헌법	제84조 대한민국의 경제질서는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족할 수 있게 하는 사회정의의 실현과 균형있는 국민경제의 발전을 기함을 기본으로 삼는다. 각인의 경제상 자유는 이 한계내에서 보장된다.
1962년 헌법 (제5차 개정헌법)	제111조 ① 대한민국의 경제질서는 개인의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다. ② 국가는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시키는 사회정의의 실현과 균형있는 국민경제의 발전을 위하여 필요한 범위안에서 경제에 관한 규제와 조정을 한다.
1980년 헌법 (제8차 개정헌법)	제120조 ① 대한민국의 경제질서는 개인의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다. ② 국가는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시키는 사회정의의 실현과 균형있는 국민경제의 발전을 위하여 필요한 범위안에서 경제에 관한 규제와 조정을 한다. ③ 독과점의 폐단은 적절히 규제·조정한다.
1987년 헌법 (제9차 개정헌법)	제119조 ① 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다. ② 국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

Ⅲ. 사회적 시장경제의 올바른 방향 정립

1. 헌법 제23조 및 제119조와 사회적 시장경제

현행 헌법은 독일 기본법과는 달리¹⁴⁾ 비록 사회국가원리를 명문화하고 있

12) 헌법 제119조 제1항과 제2항의 관계에 관하여는 아래 「Ⅲ. 2. 원칙: 개인과 기업의 자유로운 경제활동」 및 「Ⅲ. 3. 예외: 국가의 경제활동에 대한 관여」 참조.

13) 이 표는 차진아, 제10차 개헌과 ‘경제민주화’의 쟁점, 「고려법학」 제90호(2018.9), 48면 〈표 2〉에서 제목을 변경한 것이다.

14) 독일 기본법(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG, Zuletzt geändert durch Art. 1 u. 2 Satz 2 G v. 29.9.2020)

제20조 제1항: 독일 연방공화국은 민주적·사회적 연방국가이다.

제28조 제1항 제1문: 주(州)의 헌법질서는 이 기본법상 의미에서의 공화주의적·민주적·사회적 법치국가원리에 부합하여야 한다.

는 규정은 없으나, 제23조 제2항과 사회적 기본권규정들¹⁵⁾ 및 제9장의 경제조항들(헌법 제119조 이하) 등에 비추어 사회국가원리를 전제하고 있는 것으로 해석하는 것이 학계의 지배적인 견해이며, 헌법재판소 판례¹⁶⁾ 및 대법원 판례¹⁷⁾도 다르지 않다.

사회국가원리는 사회적 정의 내지 연대성에 기초하여 실질적 자유와 실질적 평등의 실현을 지향하며, 이러한 사회국가원리의 이념은 사회적 기본권과 사회적 시장경제질서를 통해 구체화된다. 그런데 이는 재산권보장의 상대화 내지 재산권의 사회적 구속성을 전제하는 것이다.¹⁸⁾ 사회적 정의는 개인적 정의에 대

- 15) 현행 헌법상 사회적 기본권에는 교육을 받을 권리(헌법 제31조), 근로의 권리(헌법 제32조), 근로삼권(헌법 제33조), 인간다운 생활을 할 권리(헌법 제34조), 쾌적한 주거생활을 할 권리(제35조 제3항)(쾌적한 주거생활을 할 권리는 사회적 기본권의 성격과 환경권의 성격을 모두 갖는 것으로 볼 수 있다. 헌법재판소는 헌법 제35조 제3항에 대해 환경권의 성격을 인정한 바 있다: 헌재 2019. 12. 27. 2018헌마730, 판례집 31-2하, 315, 316), 혼인과 가족생활의 보호(헌법 제36조 제1항 ~ 제2항), 보건의 권리(헌법 제36조 제3항), 범죄피해자구조청구권(헌법 제30조)(범죄피해자구조청구권은 절차적 기본권의 성격과 사회적 기본권의 성격을 모두 갖는 것으로 볼 수 있다. 이에 대하여는 장영수, 앞의 책[주-2], 934면 참조), 소비자의 권리(헌법 제124조)(소비자의 권리는 소비자의 선택권과 같이 경제적 자유의 성격이 강조되고 있으나, 소비자단체를 중심으로 사업자[상품의 제조자·수입자·판매자와 용역의 공급자]와 실질적 대등성을 확보하고 소비자의 권익을 보호하는 국가의 적극적 활동을 요구하는 사회적 기본권의 성격도 가지고 있다)가 있다.
- 16) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가4등 결정, 판례집 10-1, 522, 533-534: “헌법 제119조는 제1항에서 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다고 규정하여 사유재산제도, 사적 자치의 원칙, 과실책임의 원칙을 기초로 하는 자유시장 경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하면서, 한편 그 제2항에서 국가는 …… 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다고 규정하고, 헌법 제34조는 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다(제1항), 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다(제5항)고 규정하여 사회국가원리를 수용하고 있다. 결국 우리 헌법은 자유시장 경제질서를 기본으로 하면서 사회국가원리를 수용하여 실질적인 자유와 평등을 아울러 달성하려는 것을 근본이념으로 하고 있는 것이다.”(밑줄은 저자에 의한 것임).
- 17) 대법원 2021. 3. 18. 선고 2018두47264 전원합의체 판결: “특히 육아휴직급여 청구권의 경우 장래 발생 가능한 사회적 위험의 현실적 발생을 조건으로 재산권적 성격을 갖춘다는 점에서 일반적인 재산권과는 구별되고, 육아휴직급여 청구권 자체가 사회국가원리에서 도출되는 사회보험급여로 수급자 개인의 생활보장뿐만 아니라 현재와 미래 전체 가입자의 사회보장을 위하여 형성되는 것으로 사회적 관련성이 강하게 인정되기 때문에, 입법자에게 그 형성에 대하여 다른 어떠한 재산권보다도 광범위한 입법적 재량이 인정된다고 할 것이다. 따라서 육아휴직급여 청구권에 대하여 일정기간 이내의 신청을 전제로만 재산권으로 인정하거나 형성하는 입법자의 결단이 사유재산제도 보장의 본질을 훼손하는 것으로 보기는 어렵다.”(밑줄은 저자에 의한 것임).
- 18) 차진아, 재산권 보장의 상대화와 입법자의 역할 - 헌법 제23조 제1항의 해석에 관한 시론 -, 「고려법학」 제76호(2015.3), 163면 이하.

한 수정 및 보완을 의미하며, 모두에게, 그러므로 사회적 약자에게도 존엄한 인간으로서 최소한의 몫이 돌아가도록 할 것을 요구한다.¹⁹⁾ 이런 의미에서 재산권보장의 상대화와 사회적 기본권의 대두, 경제질서의 변화를 통한 사회적 시장경제의 인정은 밀접한 관련성 속에 있는 것이다.

전통적인 자유시장경제가 재산권의 절대적 보장을 출발점으로 하고 있던 것과는 사회적 시장경제는 개인의 재산권의 취득, 행사 및 처분에 대해 - 보상 없이도- 국가가 개입할 수 있음을 의미하는 것이며, 이는 곧 재산권의 행사와 이전 등을 통해 나타나는 경제활동에 대한 국가의 폭넓은 개입 가능성을 인정하는 것이기도 하다. 문제는 재산권보장의 상대화 및 경제활동에 대한 국가의 개입에도 일정한 한계가 그어져야 한다는 것이다. 이에 대한 헌법의 태도 변화가 제헌헌법 제84조와 현행 헌법 제119조의 대조를 통해 확인될 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 제헌헌법 당시에는 해방 직후의 해방 직후의 열악한 경제현실 하에서 국민의 생존을 보장하기 위한 국가의 적극적 역할을 강조하였으나, 그 실효성은 - 농지개혁 등 몇가지 분야를 제외하고는- 크지 않았으며, 제1공화국 말기부터 경제질서에 대한 태도 변화가 나타났음은 주지의 사실이다.

이러한 변화가 헌법상으로 가시화된 것은 제3공화국 헌법이지만, 당시 경제에 대한 국가의 규제가 크게 완화되었다고 보기는 어렵다. 당시 정부주도의 「경제개발 5개년 계획」, 정부주도의 재벌육성 및 이른바 ‘선택과 집중’의 논리에 의한 경제발전전략 등이 개발독재의 핵심이었으며, 이미 개발독재라는 용어 자체가 시사하듯이 국가주도의 경제라고 하는 현실은 크게 달라지지 않았다. 결국 헌법규정의 변화와는 무관하게 경제현실의 변화는 대한민국의 경제가 성장·발전하여 이른바 국가의 후견적 지도·육성이 더 이상 필요하지 않게 될 때까지 계속되었으며, 이후에도 경제에 대한 정부의 폭넓은 관여는 하나의 관행으로 잔존하고 있다. 그것이 오늘날 대한민국 경제의 발목을 잡는다는 비판의 목소리도 높다.

주목할 점은 민주화 이후 정치분야의 변화와 더불어 경제분야의 변화도 매우 큰 폭으로 실현되었는데 경제분야의 변화가 주로 노사관계에서 나타났지 정

19) 이는 개인의 능력과 노력에 의해 획득한 성과로서의 재산권에 대해서도 일정한 조정이 필요하다는 점을 전제하는 것이다. 즉, 누가, 얼마만큼을 갖는 것이 그의 정당한 몫에 해당하는지, 그리고 이를 어떤 방법으로 보장할 것인지에 대해 일차적으로 입법자가 - 그때그때 재정적 여건 등을 고려하는 가운데- 사회적 강자와 약자 간의 사회적 조정을 통하여 결정하는 것이다(차진아, 앞의 논문[주-18], 163-164면).

부와 기업 간 관계에서는 큰 변화를 보이지 않았다는 사실이다. 예컨대, 정경유착의 문제는 끊임없이 논란의 대상이 되고 있으며, 박근혜 전 대통령의 탄핵 당시에도 중요한 탄핵 사유의 하나로 인정되었을 정도이다.²⁰⁾

2. 원칙: 개인과 기업의 자유로운 경제활동

대한민국의 경제질서가 사회적 시장경제²¹⁾임을 부인하는 사람은 찾기 어렵다.²²⁾ 그러나 사회적 시장경제의 스펙트럼은 매우 넓다. 말하자면 자유방임적 시장경제와 중앙집권적 계획경제라는 양 극단 사이에 있는 모든 경제질서를 사회적 시장경제로 지칭하는 경향이 뚜렷하기 때문이다. 결국 사회적 시장경제질서에는 자유방임적 시장경제에 가깝지만 국가적 관여가 좁은 범위내에서 인정되는 경제질서도 있고, 중앙집권적 계획경제에 가깝지만 시장을 적절하게 가미하는 정도에 그치는 경제질서도 있다. 그러나 사회적 시장경제라 하더라도 시장의 기능에 무게중심을 두는지, 국가주도의 계획과 관여·통제에 더 큰 비중을 두는지에 따라 그 성격은 크게 다를 수 있다.

이러한 문제는 앞서 고찰한 바와 같이 대한민국 경제헌법의 변화를 통해서도 추적될 수 있다. 경제질서에 관한 원칙조항인 제헌헌법 제84조에서는 “대한민국의 경제질서는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족할 수 있게 하는 사회정의의 실현과 균형있는 국민경제의 발전을 기함을 기본으로 삼는다. 각인의 경제상 자유는 이 한계내에서 보장된다.” 라고 규정하여 경제적 자유보다 경

20) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1 결정, 판례집 29-1, 3-4.

21) 헌재 2001. 2. 22. 99헌마365 결정, 판례집 13-1, 301, 315-316; 헌재 2005. 12. 22. 2003헌바88 결정, 공보 제111호, 95, 100; “결국 우리 헌법은 자유 시장 경제 질서를 기본으로 하면서 사회 국가원리를 수용하여 실질적인 자유와 평등을 아울러 달성하려는 것을 근본이념으로 하고 있다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가4 등, 판례집 10-1, 522, 533-534). 즉 우리 헌법의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회 복지·사회 정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제질서로서의 성격을 띠고 있다”.

22) 현행 헌법이 특정한 경제질서를 규정한 것에 반대하면서 제119조 제1항이 경제적 자유를, 제2항이 사회적 구속을 규정한 “자유주의적이며, 사회적인 경제질서”를 규정한 것이라는 견해도 있으나(한수웅, 한국헌법상의 경제질서, 『공법학의 현대적 지평-심천 계획열 박사 화합기념논문집』, 박영사, 1995, 181-191면), 이른바 “자유주의적이며, 사회적인 경제질서”가 사회적 시장경제와 실질적으로 무엇이 다른지, 그리고 사회적 시장경제질서보다 헌법적 심사기준으로 더 유용한 측면이 무엇인지와 관련하여 설득력이 약하다.

제에 대한 국가적 관여에 보다 중점을 두었으나, 1962년 제3공화국 헌법 이후부터는 “대한민국의 경제질서는” “개인의” (제9차 개정헌법부터는 “개인과 기업의”) “경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로” 하되, “국가는” “필요한 범위 안에서 경제에 관한 규제와 조정”을 하는 것으로 하여, 개인(과 기업)의 자유와 창의를 우선시하는 것으로 변경되었다. 이러한 헌법개정의 연혁을 통해서도 시장 중심의 사회적 시장경제인지, 국가적 관여·통제중심의 시장경제인지에 대한 분명한 태도의 변화를 확인할 수 있는 것이다.

현행 헌법 제119조는 이러한 변화에 기초하여 개인과 기업의 자유로운 경제활동, 즉 시장에 더 큰 비중을 두고 있다. 이는 제1항과 제2항의 관계가 일반적인 헌법해석상 원칙과 예외로 이해된다는 점에서 뚜렷하며,²³⁾ 헌법재판소도 이와 같이 해석하고 있다.²⁴⁾ 재산권(헌법 제23조), 직업의 자유(헌법 제15조),

23) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010. 167면 이하; 김문현, 한국헌법상 국가와 시장, 『공법연구』 제41집 제1호(2012. 10), 66-67면; 김성수, 헌법상 경제조항 개정에 대한 관건, 『공법연구』 제46집 제4호(2018.6), 171-172면(이 견해는 헌법 119조에서 제1항을 원칙적인 것으로, 제2항을 보완기제로 파악하고, 제1항의 우월적 지위를 인정함에 따라 양자를 선후관계 및 비대칭관계로 이해하고 있으며, 양자를 대등한 상보관계로 보는 견해에 대해 비판하고 있다); 김용섭, 헌법 제119조 경제질서와 경제민주화에 관한 법적 쟁점 -경제헌법조항의 개정논의를 겸하여-, 『법학연구』 제55집(전북대학교 법학연구소, 2018.2), 17-18면; 성낙인, 대한민국 경제헌법사 소고 -편제와 내용의 연속성의 관점에서-, 『법학』 제54권 제3호(서울대학교 법학연구소, 2013.9), 154면; 이부하, 앞의 논문(주-3), 95-96면; 장영수, 앞의 책(주-2), 386-387면; 차진아, 앞의 논문(주-13), 53-54면. 헌법 제119조 제1항과 제2항을 대등한 관계로 보는 견해와 이에 대한 비판에 대해서는 차진아, 앞의 논문(주-13), 53-54면 참조. 헌법 제119조 제1항과 제2항의 관계에 대한 학설대립에 대하여는 강태수, 앞의 논문(주-5), 185-186면; 김용섭, 앞의 논문(주-23), 15-17면 참조.

24) 헌재 2001. 2. 22. 99헌바365 결정, 판례집 13-1, 301, 315-316; 헌재 2005. 12. 22. 2003헌바88 결정, 공보 제111호, 95, 100; “우리 헌법 제119조는 제1항에서 대한민국의 경제 질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다고 규정하여 사유재산제도, 사적 자치의 원칙, 과실책임의 원칙을 기초로 하는 자유시장경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하면서, 한편 그 제2항에서 국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제 주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다고 규정하고, 또한 헌법 제34조 제1항은 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다, 제5항은 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다고 규정하여 사회 국가원리를 수용하고 있어, 결국 우리 헌법은 자유 시장 경제 질서를 기본으로 하면서 사회 국가원리를 수용하여 실질적인 자유와 평등을 아울러 달성하려는 것을 근본이념으로 하고 있다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가4 등, 판례집 10-1, 522, 533-534). 즉 우리 헌법의 경제 질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회 복지·사회 정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제 질서로서의 성격을 띠고 있다”.

거주·이전의 자유(헌법 제14조) 등 경제적 자유와 경제질서가 동전의 앞뒷면처럼 맞물려 있다는 점을 고려할 때, 이와 같이 헌법 제119조 제1항과 제2항을 원칙과 예외의 관계로 해석하는 것은 헌법 제119조 제1항에 따라 경제적 자유가 보장되는 것이 원칙이고 이에 대한 제한은 헌법 제119조 제2항에 따라 예외적인 것이어야 함을 의미하는 것이기도 하다. 이는 마치 직업의 자유, 거주·이전의 자유와 같은 경제적 자유가 보장되는 것이 원칙이고 그에 대한 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 예외적인 것으로 해석하여야 하며, 경제적 자유의 보장과 그 제한이 대등한 것으로 해석해서는 안 되는 것과 다르지 않다.²⁵⁾

그럼에도 불구하고 헌법의 명문규정은 별도로 과거 정부가 경제발전과정에서 주도적인 역할을 해 왔던 점은 간과할 수 없다. 개발독재라고 지칭하는 박정희 정권의 경제정책들은 이러한 헌법규정(1962년 헌법 제111조)에도 불구하고 청와대 중심으로 이른바 ‘선택과 집중’의 논리에 따라 인적·물적 자원의 투입 및 그 과실의 배분이 이루어졌고, 이러한 과정에서 재벌기업의 육성이나 관치금융과 같은 반시장적인 형태의 정부주도의 경제가 개발독재를 이끌어가는 중요한 축이었다는 점을 부인하기 어려운 것이다.

개발독재에 대한 평가는 다양하다. 경제성장의 긍정적 측면을 부각시키기도 하고 인권과 민주주의 침해를 비판하기도 한다. 그러나 분명한 것은 당시의 개발독재가 헌법규정을 무시하는 가운데 강행되었다는 점이며, 이러한 경제헌법 내지 헌법상의 경제조항들을 무시하는 태도는 1987년 민주화 이후에도 크게 달라지지 않았다. 야당 시절에는 정부의 과도한 규제를 비판하던 사람들이 집권 후에는 경제정책의 효과를 위해 정부주도의 경제정책, 개인과 기업의 경제활동에 대한 폭넓은 관여·통제를 정당화하는 경우를 반복해서 보게 된다. 이는 이른바 보수정권과 진보정권에서 공통적으로 발견된다. 오히려 야당시절 규제완화를 강조하던 민주당에서 집권 후 경제규제를 훨씬 더 강력하게 추진하고 있다는 역설은 작금의 문제인 정부의 소득주도성장, 부동산정책 등에서 분명하게 나타나고 있으며, 최근 대선주자들의 공약 속에서도 자주 발견된다.

헌법 제119조가 사회적 시장경제를 규정하고 있고 경제에 대한 국가의 관여를 인정하고 있다는 점 때문에 그 관여의 한계까지 함께 규정하고 있음을 간

25) 차진아, 앞의 논문(주-13), 53-54면.

과하고 있는 것은 매우 우려스럽다. 앞서 지적한 바와 같이 현행 헌법은 원칙을 개인과 기업의 자유로운 경제활동의 보장에 놓고, 국가의 관여는 보충적·예외적인 것으로 규정하고 있는데, 원칙과 예외가 뒤바뀌게 된다면, 그것은 - 직업의 자유, 재산권 등 경제적 자유를 제한할 경우 이에 대한 과도한 침해임과 동시에- 헌법 제119조 위반으로서 위헌으로 볼 수밖에 없다.

그럼에도 불구하고 포퓰리즘적인 경제정책을 대선공약으로 들고나와 시장을 사실상 무시하는 경제질서를 만들겠다는 대선후보들에 대해 어떻게 평가해야 할 것인가? 1962년 제3공화국 헌법 이래로 헌법 제119조는 - 경제에 관한 규제와 조정의 사유만 개정되었을 뿐- 큰 틀의 변화 없이 유지되고 있는데, 과연 박정희 정권의 개발독재로 개인과 기업의 자유로운 경제활동의 비중이 더 컸던 것인가? 아니면 당시의 경제헌법조항은 장식적인 것에 불과했던 것인가? 당시의 경제헌법조항을 무시하는 태도가 민주화 이후의 최근 정부들에서도 계속되고 있는 것은 아닌가? 특히 최근 문재인 정부의 과도한 경제규제, 대선주자들의 공약사항 등에서 헌법 제119조 위반이 문제되는 사례들은 어떻게 설명될 수 있는가?

3. 예외: 국가의 경제활동에 대한 관여

원칙과 예외는 항상 표리관계에 있다. 원칙을 통해 예외를 확인할 수 있고 무엇이 예외인가를 통해 원칙에 대한 이해를 더 깊게 할 수 있는 것이다. 이러한 점은 헌법 제119조의 제1항과 제2항의 관계에서도 그대로 적용된다. 헌법 제119조는 제1항에서 개인과 기업의 자유와 창의를 원칙으로 하고 있음을 명시하고 있으며, 국가에 의한 경제규제 및 조정이 행해질 수 있는 예외적인 경우로서 “균형 있는 국민경제의 성장 및 안정”, “적정한 소득의 분배”, “시장의 지배와 경제력 남용의 방지”, “경제주체간 조화를 통한 경제의 민주화”를 개별적으로 열거하고 있다. 이러한 제119조 제2항의 의미는 다음의 세 가지 측면에서 검토할 수 있다.

첫째, 앞서 서술한 바와 같이 제1항과 제2항의 관계가 원칙과 예외라는 점, 즉 개인과 기업의 자유와 창의를 원칙적으로 인정되는 반면에 국가의 규제 및 조정은 특정한 경우에만 예외적으로 허용되고 있음을 밝히고 있는 것이다.

둘째, 이러한 예외가 인정될 수 있는 사유를 한정하고 있다.²⁶⁾

셋째, 전술한 바와 같이 이러한 원칙과 예외는 헌법상 예외의 보충성을 전제

하는 것이며, 원칙과 예외가 뒤바뀔 정도의 과도한 개입, 지나친 규제와 조정은 허용되지 않음을 보여주는 것이다. 물론, 헌법 제119조 제2항에 따른 경제에 대한 국가의 규제와 조정의 경우, 입법자에게, 그리고 이에 근거한 경제정책의 집행에 매우 넓은 입법형성권 내지 재량이 인정되기 때문에, 사유재산제도의 폐지 또는 형해화 등의 예외적인 경우가 아닌 한, 헌법 제119조 위반을 인정하기는 어렵다. 그러나 이러한 정도에 이르지 않는다 하더라도, 또한 경제정책의 실패 자체에 대해 -정치적 책임은 별론으로 하고- 법적 책임을 물을 수 없다고 하더라도, 국가의 경제에 대한 규제와 조정이 경제적 자유 내지 시장을 무시하거나 대체하려고 할 경우, 이는 해당 경제적 자유에 과도한 제한으로서 위헌이 될 수 있다.

이미 헌법재판소는 여러 판례를 통하여 경제질서에 대한 국가의 규제와 조정을 합헌적인 것으로 인정하고 있지만, 그것이 과도한 경우 과잉금지원칙위반으로서 위헌임을 밝힌 바 있다. 대표적인 예로 토지공개념 3범 중의 토지초과이득세와 택지소유상한제가 각기 헌법재판소의 헌법불합치결정²⁷⁾ 및 위헌결정²⁸⁾에 의해 폐지되었던 점을 들 수 있다. 무엇이 과도한 것인가에 대해서는 개별적인 사건마다 논란의 소지가 있을 수 있다. 그러나 분명한 것은 헌법이 사유재산제 및 국민의 자유로운 경제활동을 우선적으로 보장하고 있으며, 이를 지나치게 제한하는 것은 해당 기본권(재산권, 직업의 자유 등)에 대한 위헌적인 침해가 될 수 있다는 점이다. 나아가 이것이 예컨대, 사실상 토지에 대한 사적 소유권을 인정하지 않고 국유화하는 경우에는 과도한 재산권 침해로서 위헌일뿐만 아니라, 헌법 제119조 위반도 인정될 수 있다는 점이다.²⁹⁾

최근 다양한 형태의 포퓰리즘적 성격의 입법들에 대해 헌법 제119조 위반 문제가 논란이 되는가 하면, 대선후보들의 각종 공약 중에 같은 맥락에서 위헌성이 문제되는 것도 적지 않다는 점은 심각하게 검토될 필요가 있다.

26) 김용섭, 앞의 논문(주-23), 15면. 물론, 헌법 제119조 제2항을 한정적 열거규정으로 이해한다 하더라도, 이들 사유, 즉, “균형있는 국민경제의 성장 및 안정”, “적정한 소득의 분배” “유지”, “시장의 지배와 경제력의 남용” “방지”, “경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화”는 고도의 추상성을 갖는 불특정개념이고 그 포괄범위가 매우 넓기 때문에 이를 한정적 열거규정으로 해석하는 실익이 크지는 않다.

27) 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등 결정, 판례집 6-2, 64.

28) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등 결정, 판례집 11-1, 289.

29) 그런 점에서 재산권 보장, 직업의 자유 등 경제적 자유권과 경제질서가 표리의 관계처럼 맞물려 있다는 점에도 주목할 필요가 있다.

IV. 제4차 산업혁명과 생산, 소비, 고용의 변화에 대한 대응

1. 제4차 산업혁명의 의미와 파급효

최근 몇 년 사이 제4차 산업혁명³⁰⁾에 대한 기대 반 우려 반의 목소리들이 크게 늘고 있다. 중요한 것은 어느 쪽이든 제4차 산업혁명이 개인의 삶뿐만 아니라 글로벌 무한경쟁 속에 있는 국가들에게도 커다란 변화를 가져올 것이라는 점이다. 이는 그동안의 1, 2, 3차 산업혁명의 경우에도 그러했다.

제1차 산업혁명은 18세기 영국에서 시작된 새로운 산업기술의 발달 및 그에 따른 사회적 대변혁을 지칭한다.³¹⁾ 제1차 산업혁명의 핵심이 증기기관을 활용한 공장중심의 산업사회가 시작되었다는 점에 있다면, 제2차 산업혁명은 전기의 발명과 폭넓은 활용을 통해 분업 및 대량생산의 혁신을 이루어 산업이 눈부시게 진화했을 뿐만 아니라 모든 개인의 일상생활에도 혁명적 변화를 가져왔다는 점이 특징이다.³²⁾ 그리고 제3차 산업혁명은 이른바 제3의 물결로 지칭되던 정보화 시대의 흐름 속에 새로운 형태의 산업구조 재편 및 일상생활의 변화까지도 그 파급효과로 설명된다.³³⁾

이에 비하여 제4차 산업혁명은 어떤 한 가지로 특징지을 수 없는 다양한 요소를 내포하고 있다. 그 중심에 있는 것은 정보통신기술(ICT)융합이라 할 수 있겠지만, 제4차 산업혁명의 핵심요소로 지칭되는 것을 보면, 인공지능(AI), 로봇공학, 빅 데이터 분석 및 활용, 사물인터넷, 클라우드 컴퓨팅, 5G 등 광범위한

30) ‘제4차 산업혁명’이라는 용어는 스위스 세계경제포럼의 창시자이자 회장인 클라우스 슈밥(Klaus Schwab)이 독일에서 이미 추진되고 있던 ‘인더스트리 4.0(Industrie 4.0)’을 ‘제4차 산업혁명’으로 표현하고 이어 자신의 저서인 『제4차 산업혁명(The Fourth Industrial Revolution)』의 제목으로 사용하면서 점차 널리 확산되었다고 한다. 이에 대하여는 강현호, 제4차 산업혁명과 독일법제의 대응, 「입법정책」 제14권 제2호(2020.12), 24면; 김석관, 산업혁명을 어떤 기준으로 판단할 것인가? -슈밥의 4차 산업혁명론에 대한 비판적 검토-, 「과학기술정책」 제1권 제1호(2018.12), 115면; 김세윤, 제4차 산업혁명의 일자리 영향에 대한 실증적 연구 -미국 상장기업 종업원수 증감추이 분석-, 「한국과 국제사회」 제4권 제5호(2020.10), 207-208면; 송성수, 산업혁명의 역사적 전개와 4차 산업혁명론의 위상, 「과학기술학연구」 제17권 제2호(2017.12), 7-8면 참조.

31) 송성수, 앞의 논문(주-30), 9-10면.

32) 강현호, 앞의 논문(주-30), 24면; 김세윤, 앞의 논문(주-28), 송성수, 앞의 논문(주-28), 9-22면.

33) 송성수, 앞의 논문(주-30), 22-30면.

새로운 기술적 변화들을 망라하고 있다.³⁴⁾

이는 현대 사회가 과거 어느 때에 비하더라도 - 산업기술의 발전의 측면에서- 다양성과 기술혁신이 모든 분야에서 강조되고 있기 때문이라 할 수 있다. 하나의 혁명적인 변화가 전체 산업의 패러다임을 바꾸던 것과는 달리 다양한 분야에서의 기술혁신에 기반한 사이버 물리시스템(Cyber Physical System, CPS)이 제4차 산업혁명을 이끌고 있는 것이다.³⁵⁾

이러한 변화는 여러 가지 의미에서 새로운 것일 뿐만 아니라 그에 대한 적절한 대응을 어렵게 만드는 것이기도 하다. 중기기관이나 전기, 정보화 등 하나의 화두가 전체 산업을 바꿀 때와는 달리 각 분야마다 서로 다른 고민을 안고 새로운 혁신의 모델들을 다양한 방식으로 추구할 수밖에 없기 때문에 어떤 것이 올바른 방향인지, 혹은 잘못된 방향인지를 쉽게 가늠할 수 없다. 더욱이 우리에게 개발독재시절부터 익숙한 ‘선택과 집중’이라는 화두가 제4차 산업혁명에는 적용되기 어렵다. 우리가 비교우위를 가질 수 있는 분야가 무엇이며, 어느 분야에 집중적인 투자를 해야 할 것인지, 누가 자신 있게 말할 수 있으며, 어느 누가 감히 그에 대해 책임을 질 수 있겠는가?

이러한 제4차 산업혁명 시대의 경제헌법은 이제 새로운 가능성에 문을 열어야 할 것이다. 개발독재시절에 통용되던 ‘선택과 집중’의 논리, 국가에 의한 규제 및 조정의 효율성을 더 이상 맹신할 수 없다. 오히려 경제의 다극화, 다양한 분야에 대한 자원과 인력의 효율적 배분, 이를 가능케 하는 유기적인 협력시스템 등이 그때그때의 정책 담당자의 판단에 따라서가 아니라, 제도적인 형태로 확립되어야 한다.³⁶⁾ 이러한 맥락에서 21세기 대한민국 경제헌법의 새로운 변신이 요청되는 것이다.³⁷⁾

34) 김세윤, 앞의 논문(주-30), 206면; 이상근, 독일 제조업의 디지털 전환과 인더스트리4.0(Industrie 4.0) 전략, 『경상논총』 제37권 제4호(2019.12), 23-30면; 이원상, 독일의 ‘인더스트리 4.0(Industrie 4.0)’과 도전과제, 『4차산업혁명 법과 정책』 창간호(2020.7), 133면; 장석인, 제4차 산업혁명 시대의 산업구조 변화 방향과 정책과제, 『국토』 통권 제424호(2017.2), 23면; 클라우스 슈밥, 『클라우스 슈밥의 제4차 산업혁명』, 메가스터디북스, 2016, 36면 이하.

35) 김세윤, 앞의 논문(주-30), 206-207면; 이상근, 독일 제조업의 디지털 전환과 인더스트리4.0(Industrie 4.0) 전략, 『경상논총』 제37권 제4호(2019.12), 23-30면; 이원상, 앞의 논문(주-34), 133면; 클라우스 슈밥, 앞의 책(주-34), 36면 이하.

36) 제4차 산업혁명에 대한 독일의 법제적 대응에 관하여는 강현호, 앞의 논문(주-30) 참조.

37) 예컨대, 독일은 국가 혁신을 위한 첨단기술전략으로 ‘Industrie 4.0’이라는 비전을 제시한

2. 생산 및 소비의 패러다임 변화

제1차에서 제4차까지 산업혁명의 결과는 산업구조의 괄목할만한 변화로 나타난 바 있다. 특히 과거의 대량생산을 통한 가격의 인하, 품질의 개선, 이를 통한 양적으로 풍요로운 삶의 형성은 20세기 후반부터는 소품종, 대량생산에서 다품종, 소량생산으로 트렌드가 바뀌면서 이제는 개인의 기호에 따른 맞춤형 생산으로 진화되고 있다.³⁸⁾ 이러한 변화는 양적 풍요에서 개인의 욕구에 따른 질적 만족도로 산업생산의 목표가 수정되고 있음을 보여준다.

이를 기술적으로 가능하게 만든 것이 인공지능(AI)과 3D 프린터, 빅데이터 활용 등의 신기술이며, 이를 적절하게 활용함으로써 개개인의 욕구에 상응하는 - 경우에 따라서는 본인 스스로도 의식하지 못했던 욕구까지 충족시켜주는- 최첨단의 산업구조로 변신을 꾀하고 있는 것이다.

이러한 변화는 일견 유토피아의 실현에 크게 한 걸음 다가선 것처럼 보인다. 그러나 과거의 산업혁명들이 그러했듯이 제4차 산업혁명에도 명과 암이 동시에 존재한다. 지금까지 주로 강조되었던 것이 그 밝은 면이지만 제4차 산업혁명에 올바르게 대응하기 위해서는 그 어두운 부분에 대해서도 직시할 필요가 있다. 제4차 산업혁명 시대의 어두운 측면으로 지적될 수 있는 것은 크게 3가지가 있다.

첫째, 소비자들의 수요를 기업들이 적절하게 파악하고 그에 맞추어 생산한다는 것은 매우 다양한 형태의 개인정보 및 이를 빅데이터형태로 가공하여 활용하는 것을 전제로 한다. 이미 빅데이터의 효용성에 대해서는 여러 가지로 입증된 바 있다.³⁹⁾ 그러나 빅데이터의 위험성 또한 계속 지적되고 있다. 빅데이터가 자칫 잘못 이용되면 빅브라더의 출현을 현실로 만들 수 있다는 점은 결코 가볍게 생각할 문제가 아니다. 글로벌 무한경쟁의 시대에 우리만 빅데이터의 활용을 금지할 수는 없다. 하지만 개인정보 보호를 위한 충실한 제도적 보완이 반드시

바 있다. 'Industrie 4.0'의 개념에 대하여 자세한 것은 Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Aktueller Begriff Industrie 4.0, 2016. 9. 26. (<https://www.bundestag.de/blob/industrie-4-0-data>) (2021. 11. 5. 접속).

38) 클라우스 슈밥, 앞의 책(주-34), 90면 이하.

39) 빅데이터의 효용성에 관하여는 김기홍, 문화연구에서 빅데이터의 효용과 의미, 『인문콘텐츠』 제41호(2016.06), 193-215면; 안영주·김승인, 빅 데이터의 효용성 검토와 향후 발전 가능성에 대한 제고 - 빅 데이터의 공공부문 활용 가치 중심으로 -, 『디지털디자인학연구』 제14권 제3호(2014.07), 501-510면 참조.

시 갖추어져야 할 것이다.⁴⁰⁾

둘째, 제4차 산업혁명은 개개인의 수요와 구매력을 고려하여 다양한 상품과 서비스들을 선보일 것이다.⁴¹⁾ 문제는 그러한 다양성이 빈부의 격차, 계층간의 차이를 더욱 적나라하게 드러낼 수 있다는 점이다. 과거 대량생산의 시대에는 사장과 종업원이 같은 제품을 사용하는 것이 일반적이었다. 그러나 제4차 산업혁명의 시대에는 어떤 상품을 사용하고 있느냐가 그 사람의 사회적 지위와 재력을 그대로 보여주게 될 가능성이 매우 높다. 이를 통한 사회적 갈등은 과거보다 훨씬 더 심각해 질 수 있다.

셋째, 제4차 산업혁명의 시대에는 산업은 발달하지만 고용은 위축되는 경향이 가속화되고, 그로 인하여 경제활동을 하는 사람과 그렇지 못한 사람 간의 격차가 훨씬 커질 수 있다.⁴²⁾ 물론 이러한 문제를 완화시키기 위한 다양한 대안들이 논의되고 있다. 국가의 사회보장 혜택의 확대·강화를 통해 이른바 20:80의 사회를 대비해야 한다는 주장은 나름의 설득력을 갖는다. 그럼에도 불구하고 이러한 변화가 결코 바람직한 것만은 아닐 것이다.

이러한 어두운 면 때문에 제4차 산업혁명 자체를 외면할 수는 없다. 이는 글로벌 경쟁에서 도태됨으로 인해 구한말 쇄국정책을 취했던 것보다도 더욱 비참한 결과를 낳을 것이기 때문이다. 결국 우리는 긍정적인 부분은 최대한 살리고 제4차 산업혁명의 시대에 빠르게 적응해야 할 뿐만 아니라, 그 부정적인 면에 대해서도 초기부터 충분히 대비함으로써 사회적 혼란과 갈등을 최소화할 수 있도록 해야 한다.

3. 저출산 고령화와 맞물린 고용의 변화

21세기 대한민국은 전세계 어느 나라보다도 급격한 인구구조의 변화를 겪고 있다. 이미 서구의 선진국들이 장기간에 걸쳐서 고령화가 진행되었다는 점은

40) 이와 관련하여 제4차 산업혁명의 시대에는 데이터경제를 준비해야 한다는 주장도 나온다. 이에 관하여는 김수정, 빅데이터, 데이터 소유권, 데이터 경제, 『민사법학』 제96호(2021.09), 3-40면; 우지영, 제4차 산업혁명: 데이터 경제를 준비하며, 『한국콘텐츠학회지』 제15권 제1호(2017.3), 14-20면 참조.

41) 장석인, 앞의 논문(주-34), 25-26면.

42) 클라우스 슈밥, 앞의 책(주-34), 147면 이하.

널리 알려져 있으나, 우리의 경우는 세계 어느 나라에서도 유례를 찾기 힘들 정도로 급속한 고령화가 진행중인 것이다. 저출산과 맞물린 고령화의 문제는 한편으로는 학령 아동의 감소로 인한 복지 분교의 폐쇄, 일부 지방대학의 존폐위기 등을 낳고 있을 뿐만 아니라, 경제활동인구 비중의 감소 및 경제피부양인구의 비중의 증가로 인한 사회구조적 문제로 이어지고 있다.

서구에서는 20대 80의 사회⁴³⁾가 오래전부터 이야기되었고, 최근 국내에서는 10대 90의 사회⁴⁴⁾가 이야기되고 있다. 이미 청년실업의 문제라든가 고령 인구의 빈곤문제와 관련한 경제활동의 필요성에 대해 많은 논의가 있을뿐만 아니라 자칫 세대 간 갈등으로 비화될 가능성도 작지 않다. 이런 상황에서 4차 산업혁명이 진행된다는 것은 고용절벽을 더욱 심각한 것으로 만들 수 있다. 과거 공장의 기계화·자동화가 대량실업의 단초가 되었던 것처럼 제4차 산업혁명으로 인한 제품 생산 및 서비스 제공의 효율성, 소비자 개개인의 다양한 기호에 맞춘 제품 및 서비스의 제공으로 인한 편리함과 삶의 질 향상은 -과거 2차 산업에서 3차 산업으로 무게중심이 이동할 때 그랬듯이- 한편으로는 새로운 직업군을 탄생시킬 수 있지만, 다른 한편으로는 기존의 직업 중 상당부분이 고사하게 만들 것이다.⁴⁵⁾

이러한 새로운 변화에 발 빠르게 대응하기 위하여 정부와 기업은 주도적으로 새로운 직업의 창출에 앞장서야 한다는 주장이 많이 나오고 있다. 그러나 과거 소위 3D업종에 속하는 공장 노동이 자동화되고 그 인력이 다양한 서비스업종으로 흡수되는 과정에서도 고용감소의 문제는 심각했었다. 더욱이 제4차 산업혁명으로 인하여 새롭게 창출되는 고용⁴⁶⁾보다는 소멸되는 일자리의 숫자가 훨씬 많을 것이라는 점을 외면해서는 안 된다. 특정 국가가 제4차 산업혁명을 완전히 주도할 경우, 그 국가는 고용창출의 효과를 크게 누릴 수도 있을 것이다. 그러나 대부분의 국가에서는 고용감소의 폭이 압도적으로 클 수밖에 없다. 즉, 고용절벽이 더욱 심각해지는 상황에 미리부터 준비하지 않으면 더욱 큰 충격을 피할 수 없게 되는 것이다.⁴⁷⁾

43) 리처드 리브스(김승진 역), 『20 vs 80의 사회. 상위 20%는 어떻게 불평등을 유지하는가』, 민음사, 2019 참조.

44) 김태기, 『불평등의 기원. 10대90 사회』, 탄탄글로벌네트워크, 2021 참조.

45) 클라우스 슈밥, 앞의 책(주-34), 65면 이하.

46) 특히 우량기업들을 중심으로 이러한 부분이 뚜렷하다. 이에 관하여는 김세윤, 앞의 논문(주-30), 203-230면 참조.

물론 제4차 산업혁명을 적절하게 활용할 경우, 경제는 계속 성장할 수 있고 이러한 성장의 과실로 사회보장의 혜택을 확대하는 것이 가능할 수도 있다. 하지만 이를 위해서는 다음의 세 가지 전제가 갖추어져야 한다.

첫째, 제4차 산업혁명의 글로벌 경쟁에서 뒤처지지 않아야 한다. 현재로서는 제4차 산업혁명의 성과가 국가 간에 어떤 식으로 배분될 수 있을지 예측하기 어렵다. 현재와 같은 국가 간의 비교우위를 전제로 한 산업 간의 일종의 분업체계가 계속 유지될 것인지, 아니면 전혀 새로운 형태의 국제 산업구도가 형성될 것인지, 아무도 알지 못한다. 제4차 산업혁명이 결과가 이를 주도하는 몇몇 국가의 패권적 지배의 형태로 구체화될 가능성도 배제하지 못하는 것이다. 이럴 경우 글로벌 경쟁에서 뒤처지는 것은 대한민국 자체가 선진국 문턱에서 나락으로 떨어지는 결과를 낳을 수 있다.

둘째, 제4차 산업혁명의 글로벌 경쟁에서 나뉠의몫을 차지하게 될 경우에도 그 과실을 어떻게 나눌 것인지를 문제는 매우 심각할 수 있다. 이른바 20대 80의 사회,⁴⁷⁾ 심지어 10대 90의 사회⁴⁸⁾조차 이야기되는 상태에서 과연 20% 혹은 10%의 경제활동인구가 나머지 80~90%의 비경제활동인구를 부양하는 것에 대해 어떻게 느낄 것인지, 그 과정에서 일하는 사람들과 그렇지 못한 사람들 간의 소득 및 부의 불균형은 어느 정도까지 용인될 수 있을 것인지, 이를 조정하는 국가의 역할은 어떠해야 하는지 등에 대한 치밀한 사전적 준비가 있어야 한다.

셋째, 사회보장을 통한 문제해결 이외의 다른 대안들에 대해서도 심사숙고해야 한다. 예컨대, 일부 국가, 일부 기업에서 시행되고 있는 일자리 나누기 등을 통한 근무시간의 단축 및 고용의 확대가 어떤 분야, 어떤 직종에서 적용될 수 있고 또 그렇지 않은 분야와 직종은 무엇인지를 면밀하게 분석해야 한다. 무한 글로벌 경쟁 속에서 단순히 고용의 확대를 위해 일자리 나누기를 했다가 업무의 효율성 및 기업경쟁력, 나아가 국가경쟁력을 잃게 될 경우에는 두 마리 토끼를 쫓다가 하나도 잡지 못하는 꼴이 될 수도 있다.⁵⁰⁾

47) 실증 연구를 통해 대부분의 분야에서 고용이 줄 것이라는 점을 확인한 것으로 안종창·황준·이웅재, 제4차 산업혁명의 고용 영향에 대한 실증적 연구, 『인터넷정보학회논문지』 제19권 제1호(2018.2), 131-140면 참조.

48) 리처드 리브스(김승진 역), 앞의 책(주-43) 참조.

49) 김태기, 앞의 책(주-44) 참조.

50) 또한 이승협, 고용위기와 일자리 나누기 -독일 폭스바겐 모델을 중심으로, 『시민사회와

제4차 산업혁명이 과연 우리에게 무엇을 가져다 줄 것인지, 또 어떤 것을 요구하고 빼앗아 갈 것인지, 우리는 충분히 알지 못한다. 이런 상황에서 우리는 막연한 낙관론에 의존하기보다는 최악의 상황까지 가정하면서 철저하게 준비하는 것이 최선일 것이다.⁵¹⁾

V. 이른바 소득주도성장의 실패와 정부가 주도하는 경제의 한계

1. 이른바 소득주도성장의 개념과 근거

문재인 정부의 경제정책을 얘기할 때 가장 특징적인 부분의 하나가 이른바 소득주도성장이다.⁵²⁾ 문재인 정부의 5년 임기가 거의 끝나고 있는 현 시점에서 소득주도성장에 대한 평가는 부정적인 쪽으로 완연하게 기울고 있다. 이는 임기 초반 소득주도성장에 대한 기대 내지 긍정적 평가가 주류를 이루던 것과 대조적이다.

임금주도성장론 내지 소득주도성장론⁵³⁾은 (경제학계에서 비주류에 속하는) 포스트 케인즈주의자 계열의 일부 경제학자들이 “노동소득분배율 증가 → 소비 증가 → 총수요 증가 → 경제성장의 경로”⁵⁴⁾를 주장한 이론을 말한다.⁵⁵⁾

NGO』 제12권 제1호(2014.5), 99면에서는 “한국적 현실을 고려하지 않는 노동시간 단축을 통한 일자리 나누기에 대한 잘못된 접근은 고용창출, 삶의 질 향상, 일과 생활의 균형이라는 긍정적 효과보다는 불안정한 고용의 양산으로 이어질 수 있다” 라고 우려하고 있다.

51) 그런 의미에서 강정모, 기술개발보다 ‘제도’가 중요한 제4차 산업혁명, 『한국공공선택학연구』 제7권 제1호(2019.12), 61면에서 “제4차 산업혁명이 ‘초생산기술혁명’이 되기 위해서는 ‘초신뢰 경제 혁명’을 거쳐서 ‘초일류 인문혁명’으로 이어질 것”이라고 주장한 것에도 공감할 수 있는 점이 있다.

52) 문재인 정부 경제정책은 소득주도성장, 공정경제, 혁신성장을 기조로 한다. 이에 대해서는 대한민국정책브리핑, 정책위키-한눈에 보는 정책, 소득주도성장 (<https://www.korea.kr/special/policyCurationView.do?newsId=148861934>) (2021. 12. 1. 접속).

53) 원래 명칭은 임금주도성장이나 우리나라에서는 자영업자의 비중이 높아서 이들의 (자본소득을 제외한) 노동소득도 포함한다는 의미에서 소득주도성장이라 지칭한다고 한다(김태일, 소득주도 성장의 평가와 향후 방향, 『한국사회정책』 제25권 제3호[2018.9], 181면). 문재인 정부의 소득주도성장정책을 설계한 것으로 알려져 있는 홍장표 전 청와대경제수석은 수요체제의 임금주도적 특성은 임금근로자부분만 고려할 때보다 자영업자부분을 고려할 때 더 강하다고 주장한 바 있다(홍장표, 한국의 기능적 소득분배와 경제성장-수요체제와 생산성체제 분석을 중심으로-, 『경제발전연구』 제20권 제2호[2014.12], 92면).

54) 김태일, 앞의 논문(주-53), 181면.

55) 김태일, 앞의 논문(주-53), 181면.

이 이론은 선진국에서 종래 일정하던 노동소득분배율이 20세기 후반부터 하락하는 추세를 보이고 이에 따라 부의 불평등의 문제 내지 양극화의 문제가 심각해지면서 주목받게 되었다고 한다.⁵⁶⁾ 문재인 정부의 소득주도성장정책도 우리나라에서 IMF 외환위기 이래 실질임금성장율이 경제성장률에 미치지 못하는 등 부의 분배의 불평등 및 양극화가 심화되고 경제성장에도 한계점에 이르러 새로운 돌파구가 필요하다는 점에 근거하고 있다.⁵⁷⁾

그러나 최저임금의 급격한 인상을 통한 소득주도성장 또는 임금주도성장이라는 새로운 대안에 대해 갑론을박이 심했던 것은 한편으로, 충분히 검증되지 않은 이론이었으며,⁵⁸⁾ 다른 한편으로 예상되는 정책효과에 대한 기대보다 부작용에 대한 우려가 훨씬 더 컸기 때문이다. 공급을 통해 수요를 창출하느냐, 수요를 통해 공급을 창출하느냐에 대해서는 종래 많은 이론과 실증적인 경험들이 축적되어 있지만, 소득(내지 임금)주도성장이 실효성을 갖기 위한 구체적인 조건들, 즉, 노동소득의 증대가 소비의 증대에 어느 정도 직접적인 효과를 볼 수 있는지, 소비의 증대가 노동생산성 향상 및 투자의 증대에 어느 정도 기여하는지에 대해서는 충분히 검증된 자료가 없다.

그리고 노동소득의 증대는 경제성장의 결과이지 경제성장의 요인이 될 수 없다⁵⁹⁾는 기존 경제학계 주류의 비판도 여전하다. 나아가 미국이나 일본과 같이 내수비중이 높은 나라와는 달리 대외의존도가 매우 높은 우리나라 경제의 특성상 임금의 인상은 필연적으로 비용추가 및 가격의 상승으로 이어지고 이로 인해 수출경쟁력이 약해져 성장에 부정적인 영향을 미치고 내수의 진작 및 경제성장의 선순환 고리가 작동하지 않는다는 반론도 있다.⁶⁰⁾

또한 어느 계층의 소득이 높아질 때 소비의 확대에 이어지는지에 대해서

56) 김태일, 앞의 논문(주-53), 176면 이하.

57) 대한민국정책브리핑, 정책위키-한눈에 보는 정책, 소득주도성장 (<https://www.korea.kr/special/policyCurationView.do?newsId=148861934>) (2021. 12. 1. 접속).

58) 남상호, 소득주도성장론의 실증적 타당성에 대한 검토 -최저임금 인상의 거시적 효과에 대한 분석-, 『재정정책논집』 제21권 제4호(2019.12), 30-31면.

59) 김소영, 소득 주도 성장 논란과 향후 방향, 『경제논집』 제58권 제1호(서울대학교 경제연구소, 2019.6), 28-31면; 성태윤·박성준, 소득주도성장 정책 쟁점과 분석 및 평가 -임금주도 성장 논의 중심으로-, 『한국경제의 분석』 제25권 제2호(2019.8), 71-72면; 안국신, 경제학 원론으로 본 소득주도성장론, 『한국경제포럼』 제12권 제2호(2009.7), 103면.

60) 성태윤·박성준, 앞의 논문(주-59), 70-71면; 안국신, 앞의 논문(주-59), 112면

다양한 주장들이 있다. 소득주도성장론은 소득이 높을수록 저축을 많이 하는 반면, 소득이 낮을수록 소비를 많이 하며, 고소득자는 자본소득의 비중이 높고, 저소득자는 노동(임금)소득의 비중이 높다는 것을 전제하고 있다.⁶¹⁾ 그러나 가처분소득이 높은 계층의 소득증대는 소비의 확대로 이어질 가능성이 높은 반면에 가처분소득이 낮은 계층의 소득증대는 추가적인 소비의 확대로 이어지기 어렵다는 반론도 있다.

문재인 정부의 소득주도성장이 선택한 것은 최저임금의 급격한 인상⁶²⁾이

61) 김태일, 앞의 논문(주-53), 181-182면; 성태윤·박성준, 앞의 논문(주-59), 61, 65면.

62) 2018년 적용 시간당 최저임금은 7,530원(「2018년 적용 최저임금 고시」[2017. 8. 4. 고용노동부 고시 제2017-42호])으로 전년도 6,470원 대비 16.4%가 인상되었고, 2019년 적용 시간당 최저임금은 8,350원(「2019년 적용 최저임금 고시」[고용노동부고시 제2018-63호, 2018. 8. 3., 제정])으로 전년도 대비 10.9%가 인상되었다.

2018년, 2019년 적용 시간당 최저임금의 급격한 인상과 관련하여 최저임금 결정 절차와 근거의 합리성에 대한 비판이 많았다. 특히 전년도에 비해 “근로자의 생계비, 유사 근로자의 임금, 노동생산성 및 소득분배율”(최저임금법 제4조 제1항)에 큰 차이가 없음에도 불구하고 최저임금이 2018년에 16.4%, 2019년에 10.9% 인상된 근거가 무엇인지가 분명하지 않다. 이와 관련하여 자영업자 등이 계약의 자유 등의 침해를 이유로 헌법재판소에 헌법소원을 제기하기도 하였다(헌재 2019. 12. 27. 2017헌마1366 등, 판례집 31-2하, 270).

위 최저임금사건에서 [재판관 이선애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 법정의견에 대한 보충의견]도 최저임금 결정 절차 및 기준의 문제점에 대해 지적하고 있다(헌재 2019. 12. 27. 2017헌마1366 등, 판례집 31-2하, 270, 272-272): “최저임금액 결정에 있어서 주요 경제지표와 현실에 대한 객관적 분석을 한 기초 위에서 투명하고 공개적인 논의가 절차적으로 보장되어야 하고, 이를 통해 기업의 예측가능성이 담보됨과 동시에 기업과 근로자의 이해관계가 세밀하게 조정되는 과정을 거치는 것이 필요하다. 최저임금위원회의 구성에 있어서 소상공인·자영업자 등은 고용구조에서 차지하는 비중이 비추어볼 때 의미 있는 참여를 보장받지 못하고 과소대표될 가능성이 있으므로 이에 대한 배려가 필요하다. 또한 공익위원은 경제현실에 대한 분석과 장기적 전망 등에 전문성을 갖추고 최저임금제도의 목적과 취지에 부합하는 결정을 할 수 있는 중립적인 위원의 위촉이 요청된다. 최저임금의 결정과정과 최저임금 결정의 근거와 이유가 명확하게 공개되고 제시될 수 있도록 관련제도를 보완할 필요도 있다. 프랑스의 근로자 구매력 상승률을 반영하는 방식, 캐나다의 최저임금률을 소비자 물가지수로 측정되는 물가상승률과 연동되도록 하는 방식 등 일정한 객관적 경제지표를 바탕으로 최저임금을 결정하는 방안도 참조할 수 있을 것이다. 또한 최저임금액 결정을 함에 있어 각종 경제지표를 심의과정에 현출하였다는 사정만으로는 부족하고, 최저임금액 결정의 구체적인 근거와 이유로서 어떠한 경제지표를 어떻게 얼마나 반영하였는지 여부와 신뢰할 수 있는 관련 통계가 작성 및 제출되어 분석 및 활용되었는지 여부 등이 합리적으로 검증될 수 있어야 할 것이다. 업종이나 지역, 근로자의 숙련도 등을 전혀 고려하지 않고 일률적으로 최저임금액을 정한 것은 현저히 불합리한 것은 아니라고 할지라도 가장 적절한 방식을 채택하고 있다고도 보기 어렵다. 외국의 경우, 영국이 연령별로, 일본이 지역별·산업별로, 호주가 연령별·업종별·숙련도별로 최저임금의 차등 적용이 가능하게 하고 있다. 우리나라도 향후 다양한 방식의 이해관계 조정을 검토할 필요가 있다. 최저임금의 급격한 인상이 고용이나 경제상황에 미칠 수 있는 긍정적·부정적 영향은 주의 깊게, 또한 균형 있게 검토되어야 한다. 최저임금제도의 목적을 어느 정도 달성할 수 있는

었다.⁶³⁾ 즉, 소득하위계층의 소득을 급격하게 늘림으로써 수요의 증대를 이끌어 낸다는 것이었다. 그러나 이러한 최저임금정책은 우려했던 심각한 부작용이 현실화됨에 따라, 결국 실패한 것으로 평가된다. 최저임금의 급격한 인상은 고용비용의 급격한 증가로 이어졌고, 이는 (자동화·무인화의 가속화를 초래하여) 오히려 저임금일자리⁶⁴⁾의 급속한 감소, 급격한 고용부담을 견디지 못한 소상공인·자영업자⁶⁴⁾의 폐업이나 영업규모 축소, 제조업의 생산설비실적과 가동률실적의 감소 등 경제의 위축을 초래했다. 그리고 전체적으로 볼 때 최저임금의 급격한 인상이 기대했던 소비의 증가 및 이로 인한 경제의 활성화와 경제성장으로 이어지지는 못했다는 평가가 지배적이다.⁶⁵⁾

아직까지도 소득주도성장에 대한 평가는 엇갈리고 있다. 한편으로는 실패한 정책으로 평가하기도 하지만, 다른 한편으로는 조금 더 치밀하게 설계되고 합리적으로 진행될 경우 성공가능성은 있으며 새로운 (장기적인) 성장전략으로서 생산성 향상뿐만 아니라 수요진작도 필요하다는 점이 강조되기도 한다.⁶⁶⁾ 분명한 것은 문제인 정부의 소득주도성장은 - 지난 5년의 과정을 반추하건대- 결코 성공한 정책이라고 볼 수 없다는 것이다.

결론적으로 최저임금의 급격한 인상을 통한 소득의 증대 → 소득의 증대를

가는 최저임금액의 결정이 얼마나 합리적으로 이루어지는가에 달려 있으며, 경제상황에 맞게 기업자의 근로자의 상반되는 이해관계를 조화롭게 조정하는 지혜로운 시행이 필요하다.” (밑줄은 저자에 의한 것임).

- 63) 문재인 정부의 소득주도성장은 최저임금의 급격한 인상을 통한 가계소득증대정책, 교통·통신비 경감 등을 통한 생계비 경감정책과 기초연금 확대 등 이전소득 보강 등을 통한 안전망확충·복지정책으로 구성되나(대한민국정책브리핑, 정책위키-한눈에 보는 정책, 소득주도성장 [<https://www.korea.kr/special/policyCurationView.do?newsId=148861934>] [2021. 12. 6. 접속]), 최저임금의 급격한 인상이 핵심적인 수단이라 할 수 있다.
- 64) 최저임금의 인상은 주로 내수중심인 서비스업분야의 자영업자에게 비용상승을 가져오고 노조협상력 강화를 통한 임금인상은 주로 제조업분야의 대기업에게 비용상승을 가져오는 것처럼 어느 계층의 소득이 상승하고 누가 비용을 부담하는가에 따라 임금상승이 소비 및 투자의 증대에 미치는 효과가 달라진다고 한다(김태일, 앞의 논문[주-53], 188-189면). 같은 맥락에서 우리나라의 자본가 중 고소득층에 속하지 않는 소상공인 내지 영세자영업자의 비중이 높고 최저임금의 영향을 받는 근로자 과반수가 중산층 이상의 가구에 포함되어 있으므로 계층 간 소득 이동이 원활하지 않을 수 있어서 최저임금의 인상 → 소비증대의 효과가 없거나 미미할 수 있다는 비판도 있다(성태윤·박성준, 앞의 논문[주-59], 64면 이하).
- 65) 성태윤·박성준, 앞의 논문(주-59), 74면 이하; 정준호, 문재인 정부 경제 정책의 성과와 평가, 『동향과 전망』 제113호(2021), 38면 이하; 조은영·김상미, 최저임금 인상의 거시경제 효과 분석, 『한국경제연구』 제36권 제4호(2018.12), 31-59면.
- 66) 김태일, 앞의 논문(주-53), 190면 이하.

통한 소비의 증대 및 노동생산성 향상 → 투자의 증대 → 경제의 성장⁶⁷⁾이라는 선순환구조를 기대한 것이 소득주도성장이었지만, 결과적으로는 최저임금의 인상 → 고용부담(인건비)의 급격한 증대 → 자영업자들의 경제적 부담의 증대 및 고용감소 → 저소득층뿐만 아니라 영세자영업자들의 경제적 어려움 가중 → 기대했던 경제활성화의 부재로 나타났다.

더욱이 이러한 문제는 국내 경제의 문제로 그치지 않는다. 고용비용의 급격한 부담증가는 결국 기업경쟁력의 약화로 귀결되며, 이는 글로벌 무한경쟁에서 국가경쟁력을 약화시키는 위험한 결과로 이어진 것이다. 이런 상황에서 기업들의 생존전략은 국내 생산공장의 해외이전과 같은 방식이 될 수밖에 없으며, 이는 국내 고용상황을 더욱 악화시켜 저소득층의 일자리를 사실상 더 많이 빼앗은 결과가 되었다.

2. 정부가 주도한 소득주도성장의 실패와 그 원인

비록 소득주도성장에 대한 평가가 엇갈리고 있음을 확인했지만 적어도 문재인 정부식의 소득주도성장이 실패했다는 점에 대해서는 부인하기 어려울 것이다. 문재인 정부의 소득주도성장이 실패한 원인은 무엇일까? 여기서는 크게 4가지의 요인을 생각해 볼 수 있다.

첫째, 검증되지 않은 소득주도성장에 처음부터 너무 많은 기대를 실었고, 그로 인하여 기대했던 성과가 나오지 않은 것에 대한 반작용도 더욱 클 수밖에 없었다. 설령 소득주도성장론이 일리가 있다 하더라도 어떤 조건 하에 어떤 방식으로 추진해야 할 것인지에 대한 치밀한 분석과 신중한 검토가 필요했을 것인데, 이러한 과정을 거치지 않았던 점이 실패의 주요 원인 중 하나이다.

둘째, 문재인 정부의 경제정책뿐만 아니라 에너지 정책이나 부동산정책 등 여러 분야의 정책들이 그러하듯이 전문가들의 비판에 귀기울이지 않았다. 이러한 점은 문재인 정부의 이념적 편향성 때문이라 할 수 있는데, 정책의 추진과정에서 문제가 발생하면 전문가들의 조언을 받아 적절한 수정 및 보완을 거쳐야 함에도 불구하고, 이를 외면하였다. 초기 최저임금의 급격한 인상에 대해 많은 우려와 비판이 쏟아져 나왔음에도 불구하고 이를 강행하였던 것이 대표적인 사

67) 홍장표, 앞의 논문(주-53), 93면.

레라 할 수 있다.

셋째, 소득주도성장이라고 하는 것이 반드시 소득 최하위 계층 중심이어야 한다는 것이 아님에도 불구하고 최저임금의 급격한 인상에서 시작했을 뿐만 아니라, 이러한 정책의 국민적인 공감대를 형성하고 지지를 이끌어내는 것에 실패하였다. 어떤 경제정책이든 국민의 신뢰와 지지가 가장 중요한 성공조건인 하나라는 점이 간과되어서는 안 된다. 똑같은 정책이라도 국민이 믿고 따를 때 성공할 수 있으며, 반대로 국민이 불신하고 협력하려 하지 않을 때에는 성공하기 어렵다. 그렇기 때문에 경제의 절반은 사회심리라는 말까지 있는 것 아닌가?

넷째, 소득주도성장을 비롯한 문재인 정부의 경제정책은 시장과의 조화를 꾀하고 시장의 문제점을 보완하려는 것이 아니라, 정부가 모든 것을 주도하면서 시장을 무시하고 정부의 계획대로 시장주체들이 움직일 것이라는 실현 가능성이 희박한 전제에서 출발하였다. 극심한 부작용 내지 그에 대한 우려에도 불구하고 최저임금의 급격한 인상을 2년이나 무리하게 밀어붙인 것도 그러하지만, 총 26회나 쏟아낸 부동산정책⁶⁸⁾도 이러한 전제에서 출발했기 때문에 실패할 수 밖에 없었던 것이다.

3. 21세기 대한민국의 경제상황과 정부 주도 경제의 한계

1987년 민주화 이후 많은 것이 달라졌다. 정부가 국민을 대하는 태도, 공직자들의 국민에 대한 서비스 자세 등에서 가시적인 변화가 분명할 뿐만 아니라 제도적으로도 헌법재판소의 설치와 활동, 지방자치의 부활, 국가인권위원회의 창설 등 눈에 띄는 변화들이 적지 않았다. 즉, 공적 영역의 변화는 매우 뚜렷하다. 그런데 오히려 사적 영역에서의 변화는 기대에 미치지 못하는 부분이 크다.

헌법 제119조에 따라 개인과 기업의 자율성이 경제질서의 원칙이고, 국가의 경제에 대한 개입 내지 규제는 보충적·보완적인 것에 그쳐야 함에도 불구하고 여전히 정부가 경제 전반을 주도해야 한다는 생각을 버리지 못하고 있다. 앞서 서술한 바와 같이 인적·물적 자원이 너무나 희소하였던 개발독재 시절에는

68) 이에 대하여는 대한민국 정책브리핑, 정책위키-한눈에 보는 정책, 부동산정책 (<https://www.korea.kr/special/policyCurationView.do?newsId=148865571>) (2021. 12. 1. 접속) 참조.

정부 주도의 경제가 나름의 효율성을 가질 수 있었지만, 21세기 대한민국의 경제상황에는 맞지 않는다. 그럼에도 불구하고 정부가 과도한 규제의 끈을 놓지 못하는 것은 개인과 기업의 자율성에 대한 불신 내지 시장에 대한 불신인가? 아니면 경제주체에 대한 강력한 권력을 포기하는 것이 스스로를 약화시키는 것이라 여기기 때문인가?

만일 전자라면 시대의 변화, 대한민국 경제의 양적·질적 성장을 되돌아보지 않는 맹목이라 할 수밖에 없으며, 이러한 정부는 경제를 관리할 자격도 능력도 없다고 평가되어 마땅하다. 만일 후자라면, 정부의 역할을 착각하고 있는 것이라고 볼 수밖에 없다. 정부의 권력은 그 담당자들의 것이 아니라, 국민을 위해 사용하도록 국민에 의해 위임된 국민의 것이다. 그러한 권력을 정부의 고유한 것처럼 착각하고 이를 잃지 않으려고 하는 것은 민주주의의 본질과 맞지 않는 것이며, 심지어 민주주의와 충돌하는 것으로 볼 수 있다. 결국 전자이든, 후자이든 정상적인 민주적 정부의 태도라고는 할 수 없다.

예컨대, 수십년 간 단절되었던 지방자치가 다시금 시작될 당시에는 국가의 후견적 조치들이 필요하였다. 그러나 이제 지방자치가 부활한 지 30년이 지나고 지방자치가 정상궤도에 오른 시점에 국가의 후견적 관여가 계속 유지되고 있는 것은 비판받고 있다. 초기에는 여러 가지 문제로 인하여 국가의 후견적 관여가 긍정적 측면을 보일 수 있었지만, 현재의 시점에서는 앞에서는 지방분권의 강화를 이야기하면서 뒤에서는 후견적 관여를 통해 지방분권의 실질화에 걸림돌이 되고 있는 것은 모순이며, 이는 결국 중앙정부가 지방자치단체에 대해 행사하는 영향력을 계속 유지하고자 하는 것으로 볼 수밖에 없다.⁶⁹⁾

지금까지 국가가 경제에 대한 개입 내지 규제를 시행해 왔던 기본적인 자세도 이와 유사하다. 이미 충분히 성장해서 글로벌시장에서 독자적으로 경쟁하고 있는 기업들에 대해 정부의 개입 내지 규제는 많은 경우 이를 지원하고 경쟁력을 강화시키는 방향으로가 아니라, 기업의 발목을 잡고 경쟁력을 약화시키는 방향으로 행해졌다. 그 결과 많은 기업이 이를 견디지 못하고 해외로 이전하는 사례들도 드물지 않다.

물론, 정부가 이러한 기업에 대한 규제를 강화하면서 내세우는 논리도 있

69) 조성규, 지방자치법제의 발전 과정과 지방자치법 개정안의 평가, 『지방자치법연구』 제19권 제2호(2019.6), 58-60면, 65-67면.

다. 이른바 분배의 평등, 국내 고용의 증대 및 근로조건의 향상과 차별의 시정 등을 위하여 기업에 대해 강력한 규제를 가하는 것이 불가피하다는 것이다. 그러나 여기서 고려해야 할 점이 세 가지 있다.

첫째, 오늘날 기업은 국내시장에서의 경쟁만을 염두에 두는 것이 아니라 글로벌시장에서의 무한경쟁에서 살아남아야 한다. 이를 위해 기업은 국제경쟁력을 약화시키는 요소들을 최소화하기 위해 노력하는 것이 당연하다. 그런데 정부는 글로벌 경쟁을 생각하지 않고 국내시장만을 염두에 두고 규제를 가하는 경우가 많다. 이는 결국 대한민국 경제의 지속가능한 성장을 가로막는 것이 될 것이다.

둘째, 오늘날 글로벌 경쟁 과정에서 해외 기업과 투자를 유치하는 것은 고용증대라는 측면에서도 매우 중요한 요소가 되었다. 실제 우리 기업이 해외에 진출할 경우 그 나라에서 특별한 대우와 혜택을 받는 것이 일반적이다. 그런데 국내에서는 비싼 임금과 정부의 과도한 규제로 인하여 글로벌 경쟁에서 불리한 조건을 감수해야 한다. 순수하게 기업의 논리로만 따지자면 국내에서 해외로 공장을 이전하지 않을 이유가 없다.

셋째, 오늘날 기업들은 이른바 다국적 기업의 형태로 활동하는 것이 - 적어도 국제적 대기업의 경우에는- 일반화되었다. 이러한 -효율성과 이를 통한 이윤의 극대화를 추구하는- 다국적 기업에게 애국심을 강조하는 것은 무의미하다. 한편으로는 지구촌 시대를 얘기하면서 다른 한편으로는 국가에 대한 충성을 얘기한다는 것이 얼마나 역설적인가? 실제로 수많은 다국적 기업이 출신 국가를 벗어나 제3국에 사업본부를 두거나 수시로 이전하는 경우도 드물지 않다.

넷째, 중소기업에 대한 지원정책의 방향은 중소기업의 자생력 강화를 위한 것이어야 하고, 장기적인 관점에서 볼 때, 해당 업종이나 분야에 대기업의 진출이나 영업을 제한함으로써 경쟁 자체를 제한해서는 안 된다.⁷⁰⁾ 소상공인에 대한 지원이 경쟁력 강화가 아니라 그 생존자체를 국가의 급부에 의존하도록 하는 것이 되어서는 안 되는 것이다.⁷¹⁾ 이러한 경쟁제한 정책은 국내시장만을 생각한, 안일하고 무책임한 정책이라 할 수 있다. 그리고 과거 발광다이오드(LED)조명에 대한 중소기업적합업종지정정책의 예처럼, 이러한 경쟁제한정책은 국내시장에서도 중소기업이 (이러한 제한을 받지 않는) 다국적기업 내지 외국기업

70) 이에 대하여 자세한 것은 차진아, 앞의 논문(주-13), 62-63면 참조.

71) 이에 대하여 자세한 것은 차진아, 앞의 논문(주-13), 62-63면 참조.

과의 경쟁에서 경쟁력을 가질 수 없어 결국 해당 분야나 업종은 다국적 기업 내지 외국기업이 장악하게 되는 결과를 가져올 수 있다.⁷²⁾ 이러한 중소기업정책은 글로벌 시장에서 해당 분야나 업종에 대한 대한민국 전체 기업의 경쟁력을 약화시키고 그로 인한 피해는 불합리한 규제를 받는 개별 기업에 그치지 않고 결국 국민 전체에게 미치게 되는 것이다.

이러한 현실을 외면한 채, 정부가 규제로써 기업을 좌지우지 할 수 있다고 믿는 것도 시대착오적이다. 한편으로는 초국가적 기업이 국가 경제를, 나아가 국내 정치까지 좌지우지하는 것도 문제이지만, 현재 대한민국 정부처럼 경제에 대한 일관성 없는 정책, 정권이 바뀔 때마다 대통령과의 관계에 따라 특정 기업이 우대받거나 홀대받는 현실, 국민 여론을 자극하여 특정 기업을 부당하게 압박하거나 정권의 비호 하에 특정기업이 고속성장하는 사례는 대한민국 경제가 아직도 후진적 요소들을 완전히 벗어나지 못했음을 보여준다. 이 모든 것이 헌법 제119조가 요구하는 규범의 틀을 벗어난 정부규제의 결과이다.

VI. 토지공개념과 부동산정책

1. 토지공개념의 헌법적 근거와 한계

토지공개념이 다시금 뜨거운 논란의 중심이 되었다. 노태우 정부 시절인 1989년 이른바 토지공개념 3법(토지초과이득세법, 「택지소유상한에 관한 법률」, 「개발이익환수에 관한 법률」)이 제정되었으나, 헌법재판소에서 토지초과이득세법에 대해서는 헌법불합치결정⁷³⁾을, 「택지소유상한에 관한 법률」에 대해서는 위

72) 이에 대하여 자세한 것은 차진아, 앞의 논문(주-13), 62면 참조. 오늘날 글로벌 시대에 소비자는 가격 대비 성능이 좋은 상품 또는 고가라도 최고의 품질을 가진 상품을 (해외직구를 통해서라도) 선택하고자 하며, 이러한 소비자에게 과거처럼 ‘국산품장려’운동과 같은 애국심에 호소하는 것은 효과를 기대하기 어려울 것이다.

73) 현재 1994. 7. 29. 92헌바49등 결정, 판례집 6-2, 64, 117-121: “이상 검토한 바와 같이 이 사건 심판대상 중 토초세법 제8조 제1항 제13호, 제12조, 제23조 제3항 및 제26조 제1항은 위에서 지적한 헌법조항에 위반되고, 제11조 제2항은 헌법에 합치되지 아니하여 개정 입법을 촉구할 대상이므로, 원칙적으로 위 각 규정들에 대하여 각각 위헌 및 헌법불합치 혹은 입법촉구의 결정을 하여야 할 것이다. 그러나 위 각 위헌적 규정들 중 제11조 제2항은

헌결정⁷⁴⁾을 내린 이후 한동안 토지공개념이라는 용어 자체를 사용하기 어려운 분위기가 조성된 적이 있었다. 그러나 노무현 정부에서 부동산투기 근절 및 부동산 불로소득 환수를 강조하면서 종합부동산세를 도입한 것을 계기로 다시금 토지공개념에 대한 논쟁이 뜨겁게 불타올랐다.

토초세의 과세표준을 정하는 지가에 관한 규정이고, 제12조는 토초세의 세율에 관한 규정인데, 이들 두 규정은 모두 토초세제도의 기본요소로서 그 중 한 조항이라도 위헌 또는 헌법불합치결정으로 인하여 그 효력을 상실한다면 토초세법 전부를 시행할 수 없게 될 것이다. (…저자에 의한 중략…) 따라서 이 사건에 관하여는 나머지 심판대상조문들에 대하여 더 따져 볼 것도 없이 헌법재판소법 제45조 단서의 규정취지에 따라 토초세법 전부에 대하여 위헌 또는 헌법불합치 결정을 선고하여야 할 경우라고 본다. (…저자에 의한 중략…) 바로 이러한 관점에서 우리 재판소는, 이 사건에 관하여 입법자가 토초세법을 적어도 이 결정에서 밝힌 위헌이유에 맞추어 새로이 개정 또는 폐지할 때까지는 법원, 행정청 기타 모든 국가기관은 현행 토초세법을 더 이상 적용·시행할 수 없도록 중지하되, 그 형식적 존속만을 잠정적으로 유지하게 하기 위하여 이 사건에서 토초세법에 대한 단순 위헌무효결정을 선고하지 아니하고, 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 “효력상실”을 제한적으로 적용하는 변형결정으로서의 헌법불합치결정을 선택하지 아니할 수 없다.”(밑줄은 저자에 의한 것임).

- 74) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등 결정, 판례집 11-1, 289, 347-348: “이상 위에서 살펴 본 바와 같이, 이 사건 심판대상 규정 중 택지소유의 상한을 정한 법 제7조 제1항 제1호, 법 시행 이전부터 이미 택지를 소유하고 있는 택지소유자의 재산권 및 신뢰이익을 충분히 고려하지 않은 부칙(1989. 12. 30. 법률 제4174호) 제2조 제1항 및 제2항, 아무런 기간의 제한이 없이 고율의 부담금을 계속적으로 부과할 수 있도록 규정한 제24조 제1항(다만 1997. 8. 30. 법률 제5410호 개정법률에 의하여 제20조 제1항 제4호의2가 신설된 후 동 규정의 적용을 받는 택지소유자의 경우 제외), 법 제31조 제1항의 규정에 의한 매수청구가 있는 후에도 부담금의 부과를 가능하도록 하는 범위 내에서 부담금 부과 of 근거조항이 되는 법 제19조 제1호 및 제2호는 모두 헌법에 위반된다. 그런데 위헌으로 판단된 위 조항들 중 법 제7조 제1항은 택지소유의 상한을 정하는 규정이고, 부칙(1989. 12. 30. 법률 제4174호) 제2조는 법 시행 이전부터 이미 택지를 소유하고 있는 택지소유자에 대하여도 택지소유 상한을 적용하고 그에 따른 처분 또는 이용·개발의무를 부과하는 규정으로서, 사실상 택지소유 상한제도의 가장 기본적인 요소라고 할 수 있다. 따라서 이들 규정이 위헌결정으로 인하여 그 효력이 상실된다면 택지소유 상한제도 전체의 효력이 상실되는 것과 마찬가지로의 결과를 가져온다 할 것이다. 또한 이 사건의 당해 사건들은 부담금 부과 처분의 취소를 구하는 사건들이 대부분인데, 부담금의 부과율을 정한 제24조 제1항이 위헌결정으로 인하여 그 효력이 상실된다면 위 사건들에 있어서는 법 전체의 효력이 상실되는 것과 마찬가지라고 할 수 있다. 따라서 이 사건에 있어서는 위와 같은 조항들이 위헌으로 결정된다면 법 전부를 시행할 수 없다고 인정되므로, 헌법재판소법 제45조 단서의 규정취지에 따라 법 전부에 대하여 위헌결정을 하는 것이 보다 더 합리적이라 할 것이다. (한편 1997. 8. 30. 법률 제5410호 개정법률에 의하여 법 제20조 제1항 제4호의2의 규정이 신설된 후 동 규정의 적용을 받는 택지소유자의 경우에 한해서는 위 부과 조항이 헌법에 합치되게 되었다고 할 것이지만, 위 개정후의 법에 있어서는 법의 가장 기본적인 요소라고 할 수 있는 법 제7조 제1항 및 부칙 제2조는 여전히 위헌이고, 위 신설규정의 적용을 받는 택지소유자를 제외한 나머지 택지소유자의 경우에 있어서는 위 부과 조항 자체도 위헌임은 마찬가지이므로, 위 개정 이후의 법에 관하여도 법 전부에 대하여 위헌결정을 함이 상당하다.)”(밑줄은 저자에 의한 것임).

토지공개념은 용어 자체가 많은 오해와 혼란을 불러일으킬 뿐만 아니라, 그 실현방식과 정도에 대해서도 매우 날카로운 논쟁을 야기하고 있다. 자칫 잘못 이해할 경우 토지공개념은 가장 중요한 자본에 속하는 토지에 대한 사적 소유권을 원천적으로 부정하고 마치 생산수단의 국유화를 주장하는 (맑스-레닌식) 공산주의의 아류인 것처럼 오해되기 쉽다.⁷⁵⁾

그러나 헌법상 인정되고 있는 토지공개념은 헌법 제23조 제2항에 따른 사회적 구속성 범위 내에서만 허용되는 것으로 보아야 한다. 따라서 토지공개념은 토지에 대한 사적 소유권을 근본적으로 부정하는 것이 아니라, 단지 토지의 유한성 등에 따른 토지의 특별한 공적 성격에 기반하여 토지재산권에 대해서는 다른 재산권보다 사회적 구속성이 강하게 인정된다는 것을 의미하는 것이며,⁷⁶⁾ 어느 정도까지 이러한 사회적 구속성이 인정되는지는 사안에 따라 비례성 판단을 통해 결정되어야 한다.⁷⁷⁾ 그 대표적인 예가 전술한 바와 같은 토지공개념 3법에 대한 헌법재판소의 판단이라 할 수 있다.

이러한 맥락에서 볼 때, 토지공개념은 현행 헌법 제23조 제2항, 제121조 제1항,⁷⁸⁾ 제122조 등에 근거한 것으로 볼 수 있으며,⁷⁹⁾ 토지공개념을 실현하기 위

75) 토지공개념을 주장하면 공산주의 내지 사회주의를 주장하는 것과 동일시해서 반대하는 입장은 토지공개념에 대한 잘못된 이해를 전제로 한 것이다. 이에 대하여는 연합뉴스, 2020. 4. 20. [팩트체크] '토지공개념'이 토지국유화? 사회주의 정책?, (<https://www.yna.co.kr/view/AKR20200420120900502>) (2021. 11. 30 접속) 참조. 또한 예컨대, 추미애 전 민주당대표가 "땅 사용권은 인민에게, 소유권은 국가가 갖는 '중국식'이 타당"하다고 하면서 토지공개념 강화를 주장한 것도 토지공개념에 대한 잘못된 이해를 단적으로 보여준다(뉴데일리, 2018. 6. 29, "땅 사용권 인민에게..." 추미애 '토지공개념' 과문. '헨리 조지' 인용하며 땅 소유권 국가가 갖는 '중국 모델' 지향... "사유재산 부인" 우려) (<https://www.newdaily.co.kr/site/data/html/2018/06/19/2018061900090.html>) (2021. 11. 30 접속).

76) 김남진, 토지공개념의 사상적 기초, 『사법행정』 제32권 제11호(1991.11), 6-11면; 김남철, 8·31 부동산 종합대책에 대한 공법적 검토, 『공법연구』 제34집 제3호(2006.2), 186면; 김상진, 토지재산권과 토지공개념에 관한 제론, 『법학연구』 제21집 제3호(경상대학교 법학연구소, 2013.7), 6-7면; 이부하, 헌법상 토지재산권의 보장 및 그 제한 법률에 대한 합헌성, 『토지공법연구』 제43집 제1호(2009.2), 233-234면; 차진아, 사회국가의 실현구조와 토지공개념의 헌법상 의미, 『공법학연구』 제19권 제1호(2018.2), 18면.

77) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌바98등 결정, 공보 제161호, 529, 532; 헌재 2010. 2. 25. 2008헌바116 결정, 공보 제161호, 536, 537; 헌재 2010. 2. 25. 2010헌바39등 결정, 공보 제161호, 536, 537 등 참조.

78) 헌법 제121조 제1항은 토지재산권 중 농지재산권에 대한 특별한 제한의 근거로서 헌법 제122조에 대한 특별규정으로 이해할 수 있다.

79) 차진아, 앞의 논문(주-76), 20면. 헌법 제122조는 헌법 제23조 제2항 및 제119조 제2항에

한 토지재산권 제한도 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권 제한의 요건과 기준 및 한계, 특히 비례성원칙과 기본권의 본질내용침해금지원칙을 준수하여야 한다.⁸⁰⁾

헌법재판소도 토지공개념의 헌법적 근거를 헌법 제23조 제1항 제2문 및 제2항과 더불어, 기본권 장이 아닌 경제의 장에 규정된 헌법 제121조 제1항 또는 헌법 제122조로 보면서도 토지공개념 구체화 입법의 합헌성 심사기준으로 헌법 제37조 제2항에 따른 - 토지재산권의 의미와 사회적 기능 내지 공공성의 정도에 따라 심사강도에 차이가 있으나- 비례성원칙과 본질내용침해금지원칙을 적용하고 있다.⁸¹⁾

2. 토지공개념 강화에 대한 찬성과 반대

1989년 토지공개념 3법이 제정될 당시에는 용어 자체가 생소했고, 많은 국민은 이를 이해하려 하기보다는 사유재산권에 대한 과도한 제한이라면서 강하게 반발하였다. 그러나 노무현 정부에서 종합부동산세가 도입될 당시에는 찬반 논란이 훨씬 더 뜨거웠으며, 결국 정권이 바뀌고 헌법재판소에서 종합부동산세에 대해 일부 위헌 및 헌법불합치결정을 내리면서,⁸²⁾ 종합부동산세제가 큰 변

대한 특별규정으로 해석할 수 있다. 그런데 헌법 제122조를 헌법 제23조 제2항에 대한 특별규정으로 이해한다고 하더라도 헌법 제37조 제2항, 특히 비례성원칙과 본질내용침해금지의 적용이 배제되는 것은 아니다. 헌법 제122조는 헌법 제23조 제2항의 “공공복리”라는 재산권 제한의 목적에 대하여 “국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전”이라는 보다 강한 공익을 규정함으로써 특별규정으로 이해되는 것이다. 그렇기 때문에 토지재산권에 대하여는 보다 강한 제한이 가능하다는 것이지만, 이때에도 재산권 제한의 기준인 - 심사강도에 차이가 있으나- 비례성원칙과 그 한계인 기본권의 본질내용침해금지의 원칙을 벗어나서는 안되는 것이다. 이것은 헌법 제23조 제2항과 제3항을 헌법 제37조 제2항에 대한 특별규정으로 이해한다고 하더라도 헌법 제37조 제2항의 적용이 전면 배제되는 것으로 볼 수 없는 것과 마찬가지이다 (이에 대하여는 차진아, 앞의 논문[주-76], 21면의 각주 43 참조).

80) 차진아, 앞의 논문(주-76), 14-15면. 이와 같이 「경제」 장에 규정된 헌법조항에 대해서 헌법 제37조 제2항이 적용되어야 한다는 견해로는 강태수, 앞의 논문(주-5), 164면, 192면; 김성수, 헌법상 경제조항에 대한 개정론, 「공법연구」 제34집 제4호 제2권(2006.6), 196면, 203면; 김형성, 앞의 논문(주-3), 19-20면; 이부하, 앞의 논문(주-3), 96-97면; 홍준형, 경제헌법 개정의 방향, 「공법연구」 제46집 제4호(2018.6), 161면.

81) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13 결정, 판례집 1, 357, 372 이하; 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등 결정, 판례집 10-2, 927, 947; 헌재 2002. 8. 29. 2000헌마556 결정, 판례집 14-2, 185, 198; 헌재 2010. 2. 25. 2010헌바39등 결정, 공보 제161호, 536 등 참조.

82) 헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112등 결정, 판례집 20-2하, 1.

화를 겪게 되었다.

이러한 토지공개념이 문재인 정부에 들어와 다시금 강조된 것은 세 가지 맥락에서 살펴볼 수 있다.

첫째, 문재인 정부의 부동산정책은 노무현 정부의 부동산정책을 대부분 답습하였다. 부동산시장의 자율성을 존중하기보다는 정부의 강력한 규제를 통해 부동산, 특히 주택의 수요와 공급을 원하는 대로 조절할 수 있다고 믿었으며, 이를 위한 정책들을 계속 내놓았다. 그러나 시장을 무시한 부동산정책은 수십 차례의 규제강화에도 불구하고 결국 실패한 것으로 평가할 수 있다.⁸³⁾ 최근 문재인 정부는 부동산에 대하여 손을 놓았다는 평가까지도 나온다.

둘째, 2018년 3월 대통령 개헌안의 발의와 관련하여 이른바 토지공개념의 헌법규정상 명문화(대통령 개헌안 제128조 제2항)⁸⁴⁾를 통해 이를 강력하게 추진하고자 시도하였다. 비록 대통령 개헌안은 국회 본회의의 문턱을 넘지 못했지만 문재인 정부가 토지공개념을 보는 시각을 잘 보여준 것이라 할 수 있다. 당시 개헌안에서 이른바 토지공개념을 명문화하고자 한 이유는 이른바 토지공개념의 명문화를 통해 헌법재판소에서 각기 헌법불합치결정과 위헌결정이 내려진 토지초과이득세와 택지소유상한제를 다시금 부활시키고 이에 대한 위헌논의 자체를 봉쇄하고자 하는 것이었다.⁸⁵⁾ 그러나 이러한 시도는 과거 대법원이 국가배상법 제2조 제1항 단서에 대해 위헌판결⁸⁶⁾을 내리자, 박정희 정부가 같은 내용을 유신헌법 제26조 제2항에 명문화함으로써⁸⁷⁾ 이에 대한 위헌논의 자체를 봉쇄한 것과 매우 유사한 것이라는 비판이 강력하게 제기되었다.⁸⁸⁾

셋째, 문재인 정부의 토지공개념은 부동산정책에 특유한 것이 아니라 문제

83) 결국 문재인 대통령도 부동산정책의 실패를 인정한 바 있다. 이에 대해서는 머니투데이, 2021.5.13, 文 "부동산 할말없다"...이례적 사과 만든 결정적 장면들 (<https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2021051216505751978>) (2021. 12. 2. 접속).

84) 헌법개정안(2018. 3. 26. 대통령 발의)

제128조 ① 국가는 국민 모두의 생산과 생활의 바탕이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률로 정하는 바에 따라 필요한 제한을 하거나 의무를 부과할 수 있다.

② 국가는 토지의 공공성과 합리적 사용을 위하여 필요한 경우에 한하여 특별한 제한을 하거나 의무를 부과할 수 있다.

85) 청와대, <보도자료> 지방분권 및 총강, 경제 부분 헌법개정안 발표문(2018. 3. 22)에서 개헌안 제128조 제2항의 신설 이유에 대해 다음과 같이 밝히고 있다:

인 정부의 경제정책 전체의 기초와 상통하는 것으로 볼 수 있다. 앞서 서술한 바와 같이 문재인 정부의 경제에 대한 기본태도는 정부의 강력한 개입 및 규제 강화를 광범위하게 밀어붙이는 것이며, 부동산정책은 이를 가장 선명하게 보여주는 분야라 할 수 있다. 비록 부동산정책의 실패로 인하여 최근 주택시장의 공급 등에 대한 일부 변화 조짐이 보이나, 최근 크게 문제되고 있는 재산세와 종합부동산세의 급격한 인상에서 나타나듯이 정책의 기본기조는 결코 바꾸려 하지 않고 있다.

현재 토지공개념에 대한 찬반은 마치 문재인 정부에 대한 부동산정책에 대한 찬반과 동일시되는 경향이 나타나고 있다. 예컨대, 종부세는 이른바 2%의 부자들에 대해서만 과세되는 것이고 국민 98%와는 아무 상관 없는 조세부담이라는 주장,⁸⁹⁾ 종부세 완화는 곧 부자감세이므로 이는 결코 정당하지 않다는 주장,⁹⁰⁾ 공공임대주택의 충분한 보급으로 주택 공급부족 문제를 충분히 해결할 수 있다는 주장⁹¹⁾ 등은 하나하나의 주장에 대한 합리적인 분석과 평가보다는 마치 이념적인 찬반논쟁이나 진영논리처럼 다루어지고 있다.

그러나 문재인 정부의 부동산정책에 대한 찬반논쟁은 진영논리 관점에서 볼 것이 아니라 경제전문가들의 합리적 분석과 평가를 충분히 고려하는 가운데,

- (토지공개념 명시)

- ▶ 현행 헌법에서도 제23조 제3항 및 제122조 등에 근거하여 해석상 토지공개념이 인정되고 있음.
- ▶ 그러나 택지소유상한에 관한 법률은 위헌판결을, 토지초과이득세법은 헌법불합치판결을 받았고, 개발이익환수법은 끊임없이 공격을 받고 있는 상황임
- ▶ 사회적 불평등 심화 문제를 해소하기 위하여 '토지의 공공성과 합리적 사용을 위하여 필요한 경우에 한하여 특별한 제한을 하거나 의무를 부과할 수 있도록' 하는 토지공개념의 내용을 명시함.

86) 대법원 1971. 6. 22. 선고 70다1010 전원합의체 판결.

87) 유신헌법 제26조 제2항은 현행 헌법 제29조 제2항에 그대로 남아 있다.

88) 차진아, 앞의 논문(주-13), 64-65면.

89) 한국경제, 2021.11.19, 이억원 기재차관 "98% 국민은 종부세와 무관...우려 과장됐다" (<https://www.hankyung.com/economy/article/202111199858i>) (2021. 12. 1. 접속).

90) 이데일리, 2021.6.18, 진성준 "문제는 집값이지 세금 아냐...특위 '부자 감세' 반대" (<https://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=02597766629083032>) (2021. 12. 3. 접속).

91) 중앙일보, 2020.12.11, 文대통령 "집 소유하지 않아도 임대로도 충분하게 해야" (<https://www.joongang.co.kr/article/23943514>) (2021. 12. 4. 접속).

객관적·합리적으로 정리되어야 한다. 자연과학의 원칙을 이념논쟁의 대상으로 삼아서는 안 되듯이, 명백한 경제적 사실의 문제를 이념의 문제, 진영논리의 문제로 끌고 들어가는 것은 안 된다. 이는 민주주의의 본질에 반할 뿐만 아니라, 결국 대한민국 경제의 효율성을 심각하게 약화시키는 결과를 초래할 것이다. 문재인 정부 4년 반의 경험은 이를 충분히 입증하였다.

3. 문재인 정부의 부동산정책 실패의 교훈

한때 시장만능주의가 경제질서를 지배한 적도 있었다. 그러나 시장의 실패를 경험한 이후 경제과정에 대한 국가의 적절한 개입은 불가피한 것으로 인정된다. 특히 케인즈 학파의 거시경제이론이 1930년대 세계적인 대공황을 극복하는 데 큰 역할을 한 이후, 정부의 시장에 대한 적절한 개입 필요성 자체는 널리 인정되고 있다. 그러나 그것이 정부가 모든 경제활동을 조정하고 통제할 수 있다는 것을 의미하지는 않는다. 이른바 시장의 기능을 전제로 보충적·보완적으로 정부의 개입이 적절하게 작용했을 때 최선의 결과를 가져올 수 있는 것이다.

자유방임적 시장경제의 폐해도, 동구 공산권의 몰락을 가져온 국가주도의 통제(계획)경제의 문제점도 역사를 통해 확인할 수 있다. 오늘날 사회적 시장경제 내지 혼합경제가 - 비록 국가의 개입을 어느 정도까지 인정하는 것이 적절하다고 보는지에 대해 나라마다 온도차가 있지만- 보편화되고 있는 것은 결국 자유방임적 시장경제도 국가의 주도에 의한 계획경제도 완전하지 않다는 점을 반증하는 것이다.

대한민국의 역사 속에서도 제헌헌법 이래 현재까지 사회적 시장경제를 완전히 부정한 적은 없었다. 그러나 시장의 역할을 어디까지 인정하고 국가의 개입이 어떤 경우에 어느 정도까지 인정되어야 하는지에 대한 판단은 역대 정부에서 상당한 차이를 보여왔다. 민주화 이후에 한정하여 보자면, 이른바 보수정부에서는 시장의 역할에 좀 더 비중을 두었고, 이른바 진보정부에서는 국가의 개입범위를 확장하려는 경향을 보였다. 특히 문재인 정부에서는 민주화 이후 어떤 정부보다 더 많이 경제에 대한 국가의 개입을 시도하였고, 이를 가장 잘 보여준 것이 부동산정책이라 할 것이다.

문재인 정부의 부동산정책,⁹²⁾ 특히 주택정책을 포함한 경제정책은 정부의

규제를 통해 시장의 자연스러운 흐름조차 정부가 원하는 대로 바꿀 수 있다는 것에서부터 출발한다. 주택가격 상승의 주된 원인은 공급의 부족이 아니라 부동산투기꾼의 투기에 있는 것으로, 다주택자를 부동산투기꾼으로 전제한다. 그리하여 다주택소유자 및 고가의 주택소유자에 대한 보유세 강화⁹³⁾ 거래세(양도소득세⁹⁴⁾ 및 취득세⁹⁵⁾ 강화 등을 통해 수요 및 단기거래에 대한 규제를 강화

92) 이에 대하여는 대한민국 정책브리핑, 정책위키-한눈에 보는 정책, 부동산정책 (<https://www.korea.kr/special/policyCurationView.do?newsId=148865571>) (2021. 12. 1. 접속) 참조.

93) 문재인 정부에서는 다음의 네 가지 측면에서 주택에 대한 보유세 과세 강화를 추진하였다. 첫째, 재산세와 종합부동산세의 과세표준 산정의 기준이 되는 공시지가를 공시지가의 현실화를 위해 급격하게 인상하였다. 그런데 문재인 정부가 출범한 2017. 5. 이후를 기점으로 하더라도 주택의 가격이 지속적으로 급등하였기 때문에 공시지가의 인상은 사실상 세율의 급격한 인상과 다르지 않다. 그리고 공시지가 현실화는 공시지가 산정절차 및 기준의 객관성·공정성과 관련하여 심각한 문제가 있다(이에 대하여는 성중탁, 부동산 공시지가와 부동산 조세제도의 건련 관계에 관한 법적 쟁점과 전망, 『토지공법연구』 제87집 [2019.8], 1-26면 참조). 나아가 공시지가는 보유세 과세표준 산정의 기준일뿐만 아니라 토지수용시 보상기준, 국민건강보험료 산정기준, 그리고 기초생활수급권, 기초연금수급권 등 각종 사회보장급여 수급자격의 기준이 되는 등 다양한 행정목적을 위해 활용되고 있기 때문에, 공시지가의 급격한 인상으로 인해 초래되는 파급효과는 매우 광범위하며, 특히 그 부작용은 다양한 영역에서 매우 심각하게 나타날 수 있다.

둘째, 주택에 대한 종합부동산세액은 공시지가 × 공정시장가액비율 × 세율로 산정되는데, 공정시장가액비율을 80%에서 2019년 85%, 2020년 90%, 2021년 100분의 95%로 매년 5%씩 인상하여 2022년에는 100%가 되게 하였다(종합부동산세법 제8조 제1항, 동법시행령 제2조의4).

셋째, 주택분 종합부동산세의 세율을 인상하고, 법인에 대한 주택분 종합부동산세 단일 중과세율을 신설하였다(제9조 제1항, 제2항). 이에 대하여 자세한 것은 최성근, 조세정책의 입법적 기초와 한계 -최근 주택 관련 조세입법을 중심으로-, 『조세법연구』 제27집 제1호 (2021.4), 127-129면 참조.

넷째, 조정대상지역 2주택자에 대한 주택분 합산보유세액 상한비율을 200%에서 300%로 상향하였다(종합부동산세법 제10조).

반면에, 1세대 1주택인 고령 은퇴자의 세부담을 완화하기 위해 1세대 1주택자 고령자공제율을 기존의 10%~30%에서 20%~40%로 인상하고(종합부동산세법 제9조 제6항), 고령자공제와 장기보유특별공제의 합산 공제한도를 70%에서 80%로 확대(종합부동산세법 제9조 제5항)하는 감면입법도 있었다. 문재인 정부에서 추진된 종합부동산세법 개정에 대해 자세한 것은 최성근, 앞의 논문(주-93), 126면 이하 참조.

94) 문재인 정부에서 주택에 대한 양도세 정책이 너무 자주 변경되고 일관성없이 추진된 경우도 많았기 때문에, 주택에 대한 양도세를 개관하는 것 자체가 어렵다(문재인 정부의 양도세 중과세정책에 대한 개관으로는 최성근, 앞의 논문[주-93], 120면 이하 참조). 문재인 정부에서 추진한 주택에 대한 양도소득세 강화정책 중 주요한 것으로는 ① 조정대상지역 1세대 1주택 양도소득세 비과세 거주기간 2년 요건 추가(소득세법 시행령 제154조 제1항), ② 1세대 1주택자 장기보유특별공제 1세대 1주택 특례거주기간 요건 신설(소득세법 시행령 제159조의3), ③ 1세대 1주택자 실거래가 9억 초과시 장기보유특별공제 보유기간 공제를 축소 및 거주기간 공제를 추가(소득세법 제96조 제2항), ④ 조정대상지역 일시적 2주택

하고, 종합부동산세, 양도소득세, 재건축부담금 등을 통해 환수한 불로소득을 재원으로 하여 공공임대주택 공급을 확대하면, 부동산투기의 억제, 주택시장 및 주거의 안정이라는 부동산정책 목표가 달성된다고 믿었던 것으로 보인다.

그러나 이러한 문제인 정부의 부동산정책의 기본방향과 그 주요전제는 다음과 같은 문제를 안고 있다.

첫째, 주택의 수요와 공급에 대한 진단이 정확하지 않다. 먼저, 인구감소로 인하여 주택수요가 줄어드는 것이 아니라,⁹⁶⁾ 생활패턴의 변화로 인한 양질의 주택, 특히 신규 아파트에 대한 수요는 계속 증대되고 있다는 점, 그러한 수요가 예컨대 서울, 서울 중에서도 강남과 같은 특정 지역에 몰리고 있다는 점⁹⁷⁾을 가볍게 생각했다.⁹⁸⁾ 또한, 공급의 측면에서 정부는 수요가 몰리는 지역에도 공급은 충분하다고 보았으며, 주택 노후화 문제가 심각한 지역에서도 재건축·재개발 등을 통한 주택공급의 확충에 대해서는 소극적인 태도를 견지하면서,⁹⁹⁾ 이른바 도시재생사업 등을 고집하였다.¹⁰⁰⁾ 이와 같이 양질의 신규주택에 대한 공

중복보유 허용기간 단축(소득세법시행령 제155조 제1항), ⑤ 조정대상지역 다주택자 양도소득세 장기보유특별공제 배제(소득세법 제96조 제2항) 및 중과세를 적용(소득세법 제104조 제1항) 등이 있다.

- 95) 문제인 정부에서는 다주택자와 법인에 대한 취득세율을 인상하고(지방세법 제13조의2), 법인 전환시 취득세 감면을 제한하였다(지방세특별제한법 제57조의2 제4항).
- 96) 그러나 정부는 고령화·저출산으로 인해 인구가 감소하므로 주택수요가 감소하는 것으로 보고 주택공급을 늘릴 필요 없다는 단일한 진단을 내리고 있었다.
- 97) 예컨대, 인구수는 줄었으나 1인 가구는 증가하고 있고, 자사고 폐지와 같은 임시정책의 변화로 지명도 높은 학원이 밀집한 지역에 대한 선호도가 더 높아졌으며, 코로나19 팬데믹으로 인하여 집에 머무는 시간이 늘면서 좀더 넓고 쾌적한 주택에 대한 수요가 크게 늘었다.
- 98) 그런데 그 특정지역에서 수요가 공급을 현격히 초과할 경우 가격폭등이 발생하고 이것이 규제의 풍선효과로 주변부로 확장되는 현상을 보였다. 문제는 이런 현상이 반복됨에도 불구하고 기존정책을 고집하였다는 점이다.
- 99) 이명박, 박근혜 정부에서 계획했던 각종 재개발 사업 등은 상당수 백지화되거나 도시재생사업으로 전환되었으며(월간조선 뉴스룸, 2021년 12월호, 경제포커스 ‘래미안’의 주역 이경택 前 보성산업 대표의 부동산 진단, “‘공급의 문제’와 ‘내가 원하는 집’이 모자라는 것” [<http://monthly.chosun.com/client/news/viw.asp?ctcd=B&nNewsNumb=202112100031>]), 문제인 정부에서 추진된 재건축·재개발사업도 이른바 공공개발을 강조하였기 때문에 지역주민들의 반대로 무산된 사례도 적지 않았다.
- 100) 물론 이는 정부의 판단뿐만 아니라 지방자치단체장의 판단에 따른 경우도 적지 않다. 그러나 지난 4년간 대부분의 지방자치단체장이 정부와 호흡을 같이 하는 민주당 소속이었을 고려할 때 정부정책 내지 민주당정책에 자치단체장의 정책이 호응한 것으로 보는 것이 더 정확한 것이라 할 수 있다. 특히 서울시의 도시재생사업은 당시 박원순 서울시장과 김수현 서울시정개발연구원장의 주도로 추진되었고, 당시 김수현 서울시정개발원장은 과거 노무현 정부의 부동산정책을 설계하였으며, 이후 청와대 정책실장으로서 문제인 정

급은 담보된 반면,¹⁰¹⁾ 수요는 계속적으로 누적되고 있는 상황이 장기화하면서 수요와 공급의 불균형으로 인한 주택시장의 불안정 문제는 시간이 갈수록 더욱 심화될 수밖에 없었다.

둘째, 국민들이 요구하는 바를 정확하게 반영하지 않았다. 국민들은 대부분 내 집 마련의 꿈을 가지고 있음에도 불구하고, 이를 합리적으로 지원해주고자 노력한 것이 아니라, 오로지 단시일 내에 집값을 잡겠다는 한 가지 목표에만 몰두하여 전체적인 상황을 균형 있게 파악하지 못했고 그로 인하여 잘못된 정책들이 계속되었다. 예컨대, 내 집 마련을 위해 대출을 받아서 주택을 매수하고자 하는 사람들에 대해서조차 부동산투기꾼과 마찬가지로 대출규제를 한다는 것은 결코 합리적인 정책이라 보기 어렵다. 심지어 대출규제를 그 이전에 체결된 매매계약에도 소급적용하는 바람에 중도금대출이나 잔금대출이 막혀 어렵게 분양 받은 아파트를 포기해야 하는 등 눈 앞에서 내 집 마련의 기회 자체를 박탈당하고 큰 손해를 봐야 하는 사람들에 대해 정부의 정책 정당화가 설득력을 가질 수 있겠는가? 내 집 마련을 위한 과도기로 (공공)임대주택에 일시적으로 거주하는 것은 몰라도 평생을 (공공)임대주택에 살라고 하는 것은 내 집을 갖고 싶다는 기본적인 소망을 무시하는 독단적인 정책일 뿐이다.

셋째, 어떤 정책도 규제로만 일관해서는 안 되며, 퍼주기만으로 성공할 수도 없다. 규제와 지원이 적절하게 균형을 이룰 때 정책효과가 확실하게 나타날 수 있다는 것은 이미 상식이 되었다. 그런데 문재인 정부는 부동산정책에 있어서 규제 일변도로 일관하였고, 이러한 규제정책들이 상호 결합하면서 부동산시장의 왜곡이 더욱 심해졌을 뿐만 아니라, 예상치 못했던 풍선효과로 인하여 엉뚱하게 피해를 입는 사람들이 속출하였다.¹⁰²⁾ 예측하지 못했던 이러한 사태에

부의 부동산정책을 설계한 것으로 알려져 있다.

101) 주택공급은 충분하다고 고집하던 정부는 결국 2020. 8. 4. 「서울권역 등 수도권 주택 공급 확대방안(13.2만호+a)」을 발표했으나, 택지후보지 선정과 관련하여 이른바 LH사태가 터져서 국민적 공분을 불러일으켰는가 하면, 공공개발을 강조하는 바람에 개발방식과 관련하여 해당 지역 주민들의 반발을 샀으며, 태릉 등 일부지역은 인근 주민들의 반대에 부딪히는 등 그 현실성에 문제가 많았다.

102) 예컨대, 대출규제로 인해 결국 현금부자들만 선호도 높은 지역의 주택을 매수할 수 있게 되는 부작용도 그렇지만, 2020년 6·17 대책에서 재건축투기를 막는다면 투기과열지구 내 재건축 조합원을 대상으로 실거주 의무 2년 요건을 갑작스럽게 도입함에 따라 어떤 일들이 벌어졌는가? 실거주의무 요건을 충족시키기 위해 집주인들이 대거 세입자들을 내보내고 본인들이 직접 살겠다고 하는 바람에 전세대란이 벌어졌으며, 이른바 임대차3

부딪혀 여론이 급격히 나빠지자 정부도 뒤늦게 예컨대, 재건축 아파트 분양권의 실거주요건 폐지와 같이 정책을 일부 수정하였지만, 너무 늦은 조치였기 때문에 그로 인하여 또 한차례 혼란이 있었다.

넷째, 정부규제의 방향성에도 문제가 있었다. 부동산정책, 특히 주택정책은 그 파급효과가 매우 광범위하고 이를 둘러싼 이해관계가 매우 복잡하게 얽혀 있어서 예상되는 순기능뿐만 아니라 역기능 내지 부작용에 대해서도 치밀하고 섬세하게 분석하여 실효성 있는 보완책을 함께 마련해야 한다. 더욱이 방향이 충돌하는 정책들을 동시에 시행할 경우 순기능보다는 역기능이 더 크게 나타날 가능성이 매우 높다. 이런 맥락에서 보유세와 양도세 등 거래세는 상반되는 방향을 가진 정책이므로 보유세를 강화한다면, 중과세의 정책목적이 부동산거래 자체를 어렵게 하는 것이거나 증세를 통한 국가재정수요확충 자체에 있는 것이 아닌 바에야, 양도세 등 거래세를 완화함으로써¹⁰³⁾ 그 보유세 부담을 견디기 힘든 사람들에게 퇴로를 열어주어야 한다.¹⁰⁴⁾

또한 급격한 보유세 인상은 주택가격의 급격한 상승과 맞물려 주택소유자

법과 맞물려, 임대차갱신을 거절 당한 임차인은 서울에서는 (임차보증금과 월세를 감당할 수 있는) 살 집을 구하지 못해 외곽으로 밀려나는 현상까지 벌어졌다. 결국 정부는 2021. 7. 12. 재건축 아파트 2년 실거주 의무화 요건을 폐지하였다(조선일보, 2021. 9. 6, 재건축 실거주 요건 폐지하자...서울 전세 매물 쏟아졌다

[https://realty.chosun.com/site/data/html_dir/2021/09/06/2021090600611.html] [2021. 12. 4 접속].

103) 2021. 12. 2. 1세대 1주택자의 주택 및 조합원입주권을 1개 보유한 1세대의 조합원입주권에 대한 양도세 비과세기준을 9억원에서 12억원으로 상향하는 소득세법개정안(제89조 제1항 제3호 및 제4호 각 목외의 부분)이 통과되었으나, 동법 부칙 제1조 제3호는 시행일을 공포일로 하고 있으며, 동법 부칙 제7조 제4항은 1세대 1주택자의 경우 개정규정의 시행일 이후 양도하는 주택부터 적용하도록 규정하고 있고, 동법 부칙 제7조 제3항은 위 조합원입주권 양도소득 비과세요건은 2022. 1. 1. 이후 취득한 분양권을 대상으로 하는 것으로 규정하고 있다.

104) 신정규, 정부의 부동산 정책과 헌법상 재산권, 공법학연구 제22권 제3호(2021.8), 30-31면. 그래야 다주택자들이 주택을 매각하려 함으로써 주택시장에 공급이 늘어나고 이를 통해 - 수요와 공급의 시장원리에 따라- 주택가격 안정의 효과를 기대할 수 있기 때문이다. 그러나 정부는 양도세 완화는 투기꾼에 대한 감세라고 단정하면서 오히려 보유세 부담강화와 양도세 부담강화를 동시에 단행하였다. 최근 1가구 1주택자에 대한 양도세 비과세 기준을 9억원에서 12억원으로 상향하는 소득세법 개정이 이루어지기는 하였으나, 보유세의 실질적인 기능을 위해서는 1가구 1주택자뿐만 아니라 다주택자에 대해서도 양도세를 완화함으로써 다주택보유로 인한 부담을 벗어날 수 있는 퇴로는 적절하게 제공하는 것이 중요한 것이다.

들이 감당하기 어려운 과중한 부담이 되었으며, 전술한 바와 같이 퇴로가 막힌 상태에서는 다주택소유자들이 주택을 매도하기보다는 자녀 등에게 증여하거나 월세 인상 등의 방법으로 보유세부담을 임차인에게 전가하게 되었다. 특히 임차인에게 보유세 부담이 전가되는 현상은 -임대차3법의 부작용과 결합되어- 주거 안정이라는 정책목표와는 정반대의 역기능이 두드러지는 예라 할 수 있다.

결국, 문재인 정부의 부동산정책은, 부동산시장의 안정을 자연스러운 수요·공급의 흐름에 맡기되, 적절하게 중과세나 조세감면과 같은 경제적 압박이나 혜택 등을 통해 부동산시장 참여자의 합리적인 의사결정을 유도하는 방식이 아니었다. 오히려 정부가 정책목표를 정하고 이를 위한 방식을 정하면, 국민들은 정부가 정한 방식에 맞추어 주택의 보유정도, 거래여부 및 주거형태를 결정할 수밖에 없고 이러한 방식에 맞춘 주택의 공급으로 주택가격의 안정을 충분히 확보할 수 있다고 믿었던 것이다. 그러나 결과는 어떠한가? 한 두 달 간격으로 26차례나 쏟아져 나온 새로운 부동산규제¹⁰⁵⁾가 중첩되는 가운데 오히려 역효과가 더 크게 나타났고, 주택가격과 주택에 대한 임차보증금 내지 월세는 민주화 이후 최고수준으로 급등하였으며, 주택임대차의 월세화가 가속화되고 있다.

이에 대해 정부는 모든 국민은 실거주용 1주택만을 보유하여야 하고, 2주택 이상의 보유는 다른 사람의 주택마련 기회를 뺏는 투기행위로서 규제하는 것이 마땅하며, 심지어 전세의 월세화는 선진국형 주택임대차 방식으로 전환되는 것이므로 긍정적으로 평가하여야 한다는 주장을 고집하고 있다. 그러나 주택가격의 급등 및 이를 조장한 각종 규제의 결과로 다주택자뿐만 아니라 실거주용 1주택자, 심지어 무주택상태에서 내 집 마련을 위해 계속 노력하던 서민들에게 극심한 고통과 좌절감을 안겨주었다는 사실을 왜 외면하는가?

주택가격이 폭등하여 -대다수 국민은 더욱이 주택가격 폭등의 주원인을 정부의 부동산정책실패로 보고 있다-, 무주택자는 ‘이 생에서는 도저히 내 집을 살 수 없다’고 절망하고, 수입은 변함이 없거나 오히려 줄었는데도 급격하게 인상된 보유세 부담을 지게 된 주택소유자들에게는 퇴로를 차단한 상태에서 ‘중부세 폭탄을 얼마든지 피할 수 있었다’라는 청와대 정책실장의 변명¹⁰⁶⁾이 격렬한

105) 이에 대하여는 대한민국 정책브리핑, 정책위키-한눈에 보는 정책, 부동산정책 (<https://www.korea.kr/special/policyCurationView.do?newsId=148865571>) (2021. 12. 1 접속) 참조.

분노를 불러일으키는 것이다.¹⁰⁷⁾

VII. 결 론

종래 헌법의 중심은 정치과정에 대한 통제에 있었고, 경제헌법에 대한 관심은 높지 않았다. 그러나 헌법재판이 활성화되고 헌법의 규범력이 전체적으로 제고되면서 경제헌법에 대한 국민적 관심도 함께 높아졌다. 이는 무엇보다 경제헌법이, 경제헌법의 직접적인 규율대상은 국가의 경제정책이라 할 수 있지만, 국민의 경제적 기본권과 불가분의 관계 속에 있기 때문일 것이다.

경제헌법의 기본적 의미는 국가경제에 대한 효율성을 좌우하는 경제시스템의 구축에 있다. 한편으로는 경제의 여러 요소를 유기적으로 결합할 수 있도록 효율적인 경제시스템을 구축하는 것이 국가경쟁력의 중요한 요소이며, 다른 한편으로는 그때그때의 경제상황에 따른 국가의 관여 및 지원이 가장 효율적으로 이루어질 수 있도록 하는 제도적 장치의 마련도 중요하다.

그런데 1987년 개정된 현행헌법이 만 34년이 지난 현재에도 그대로 유지되고 있는 것은 저출산·고령화, 제4차 산업혁명의 도래, 정보통신기술의 눈부신 발전에 따른 글로벌경쟁의 심화 등 새로운 경제현실을 제대로 반영하지 못한다는 점이 문제되고 있다. 더욱이 문제인 정부의 경제정책은 이른바 청와대정부를 벗어나지 못하는 가운데, 헌법상의 경제조항들에도 불구하고 개발독재시기의 정부주도 경제를 여전히 추구하고 있다는 것이 심각한 문제라 할 수 있다.

이 논문에서는 문제인 정부의 경제정책들에서 쟁점이 되고 있는 소득주도 성장의 실패와 부동산정책의 실패 등을 다루면서 보다 근본적인 문제로서 경제

106) 동아일보, 2021. 11. 24. 靑정책실장, ‘중부세 폭탄’ 지적에 “피하려면 피할 수 있었다”, (<https://www.donga.com/news/article/all/20211124/110442575/1>) (2021. 12. 2 접속).

107) 다주택소유자들은 보유세부담을 임차인에게 전가할 수 있지만, 실소유자인 1가구 1주택자는 이마저도 할 수 없으며, 집값이 아무리 올랐다 하더라도 이를 매도하지 않는 한 현금만은 단 1원도 늘지 않을뿐더러 이를 매도한다면 양도소득세 중과 때문에 오히려 큰 손해를 볼 수밖에 없는 경우가 많다. 더욱이 앞서 서술한 바와 같이 집값 급등의 주된 원인은 정부정책 실패에 있다. 이런 상황에서는 보유세 강화가 납세의무자에게 납득할 수 없는 징벌적인 세금으로 여겨지게 되고, 이러한 세제는 장기간 유지되기 어렵다. 이 경우 납세의무자는 정권이 바뀌기만을 기다리게 된다.

헌법의 의미와 기능에 대한 반성적 숙고, 사회적 시장경제의 올바른 방향정립에 대한 고민을 전제로 경제헌법의 올바른 방향정립에 대하여 고민하였다. 물론 경제정책의 실패 자체에 대하여는 -정치적 책임은 별론으로 하고- 법적 책임을 묻기 어렵다.¹⁰⁸⁾ 과거 IMF 외환위기로 인하여 심각한 국민적 고통이 초래되었을 때에도 정치적 책임과는 별도로 -특별한 불법행위가 있지 않는 한- 법적 책임을 묻지는 못했다.

최근 문재인 정부의 심각한 경제정책 실패에도 불구하고 법적 책임을 물을 수 없다는 점에 대해서는 큰 이견이 없는 것으로 보인다. 그러나 전문가들의 반대에도 불구하고 실패한 경제정책을 무리하게 고집하였던 점에 대해서는 많은 비판이 있으며, 유사사태의 재발을 막기 위한 방안의 필요성이 논의되고 있다.

이는 경제헌법의 실효성이라는 관점에서도 신중하게 고려되어야 할 부분이다. 대한민국의 경제질서가 대통령과 몇몇 (청와대 소속) 측근 관료들의 손에 좌우되던 시기는 이미 끝났고 완전히 끝나야 한다. 개발독재의 망령을 벗어나 21세기의 경제현실에 맞는 합리적인 경제시스템을 구축하며 그 안에서 국가의 역할을 재조정하는 것, 그것이 현재 경제헌법의 최우선과제라 할 것이다.

대한민국 경제헌법의 새로운 과제 - 차 진 아	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.02.24.	2022.03.06.	2022.03.24.

108) 예컨대 헌법재판소는 노무현대통령 탄핵사건에서 경제정책실패 등 정책결정상의 잘못은 탄핵사유가 아니라고 판시한 바 있다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 653-654).

또한, 법원도 IMF 외환위기에 관한 법적 책임과 관련하여 이러한 정책 실패에 대해 법적 책임은 물을 수 없다고 판시한 바 있다. 그러나 이에 대해서도 법률적 책임 이상으로 중대한 “관료적 자질을 구비하지 못했다는 비난에서 자유롭지 못하게 되었다”는 평가도 나온다. 이에 관하여는 손성, 98고합504 외환위기책임, 「증권법연구」 제9권 제1호(2008.6), 235면 참조.

[참고문헌]

단행본

- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010.
- 김태기, 『불평등의 기원. 10대90 사회』, 탄탄글로벌네트워크, 2021.
- 유진오, 『헌법해의』, 명세당, 1949.
- 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2021.
- 리처드 리브스(김승진 역), 『20 vs 80의 사회. 상위 20%는 어떻게 불평등을 유지하는가』, 민음사, 2019.
- 클라우스 슈밥, 『클라우스 슈밥의 제4차 산업혁명』, 메가스터디북스, 2016.
- Badura, Peter: *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung. Ein exemplarischer Leitfaden.*, 4. Aufl., Mohr Siebeck, 2011.
- Scheuner, Ulrich (Hrsg.): *Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft. Wirtschaftsrechtliche Aufsätze 1946-1970*, Athenäum Verlag, 1971.

논문.

- 강정모, 기술개발보다 ‘제도’가 중요한 제4차 산업혁명, 『한국공공선택학연구』, 제7권 제1호 (2019.12), 43-67면.
- 강태수, 기업의 자유와 국가규제 및 그 한계, 『경회법학』 제51권 제2호(2016.6), 161-196면.
- 강현호, 제4차 산업혁명과 독일법제의 대응, 『입법정책』 제14권 제2호 (2020.12), 21-67면.
- 권영설, 국가와 경제 - 경제질서의 헌법적기초-, 『공법연구』 제16집(1988.9), 9-33면.
- 김기흥, 문화연구에서 빅데이터의 효용과 의미, 『인문콘텐츠』 제41호(2016.06), 193-215면.
- 김남진, 토지공개념의 사상적 기초, 『사법행정』 제32권 제11호(1991.11), 6-11면.
- 김남철, 8·31 부동산 종합대책에 대한 공법적 검토, 『공법연구』 제34집 제3호(2006.2), 177-201면.
- 김명수, 경제질서와 사회국가원리에 대한 재조명, 『공공사회연구』 제7권 제2호(2017.5), 59-105면.
- 김문현, 한국헌법상 국가와 시장, 『공법연구』 제41집 제1호(2012.10), 57-81면.
- 김민호, 경제관련 헌법조항의 발전방안에 관한 연구, 『미국헌법연구』 제26권 제1호(2015.4), 69-100면.
- 김상진, 토지재산권과 토지공개념에 관한 재론, 『법학연구』 제21집 제3호(경상대학교 법학연구소, 2013), 1-21면.
- 김석관, 산업혁명을 어떤 기준으로 판단할 것인가? -슈밥의 4차 산업혁명론에 대한 비판적 검토-, 『과학기술정책』 제1권 제1호(2018.12), 113-141면.
- 김성수, 헌법상 경제조항에 대한 개정론, 『공법연구』 제34집 제4호 제2권(2006.6), 183-207면.
- 김성수, 헌법상 경제조항 개정에 대한 관건, 『공법연구』 제46집 제4호(2018.6), 167-186면.
- 김세윤, 제4차 산업혁명의 일자리 영향에 대한 실증적 연구 -미국 상장기업 종업원수 증감추이 분석-, 『한국과 국제사회』 제4권 제5호(2020.10), 203-230면.
- 김소영, 소득 주도 성장 논란과 향후 방향, 『경제논집』 제58권 제1호(서울대학교 경제연구소, 2019.6), 27-40면.
- 김수정, 빅데이터, 데이터 소유권, 데이터 경제, 『민사법학』 제96호(2021.09), 3-40면.
- 김용섭, 헌법 제119조 경제질서와 경제민주화에 관한 법적 쟁점 -경제헌법조항의 개정논의를 곁하여-, 『법학연구』 제55집(전북대학교 법학연구소, 2018.2), 1-32면.
- 김태일, 소득주도 성장의 평가와 향후 방향, 『한국사회정책』 제25권 제3호(2018.9), 175 - 208면.
- 김형성, 경제헌법과 경제정책의 헌법적 한계, 『저스티스』 제79호(2004.6), 5-29면.
- 남상호, 소득주도성장론의 실증적 타당성에 대한 검토 -최저임금 인상의 거시적 효과에 대한 분석-, 『재정정책논집』 제21권 제4호(2019.12), 29-63면.

- 성낙인, 대한민국 경제헌법사 소고 -편제와 내용의 연속성의 관점에서-, 「법학」 제54권 제3호 (서울대학교 법학연구소, 2013.9), 133-161면.
- 손 성, 98고합504 외환위기책임, 「증권법연구」 제9권 제1호(2008.6), 211-238면.
- 송성수, 산업혁명의 역사적 전개와 4차 산업혁명론의 위상, 「과학기술학연구」 제17권 제2호 (2017.12), 5 - 40면.
- 성중탁, 부동산 공시지가와 부동산 조세제도의 건련 관계에 관한 법적 쟁점과 전망, 「토지공법연구」 제87집(2019.8), 1-26면.
- 성태윤·박성준, 소득주도성장 정책 쟁점과 분석 및 평가 -임금주도성장 논의 중심으로-, 「한국경제의 분석」 제25권 제2호(2019.8), 53-98면.
- 신정규, 정부의 부동산 정책과 헌법상 재산권, 「공법학연구」 제22권 제3호(2021.8), 3-38면.
- 안국신, 경제학원론으로 본 소득주도성장론, 「한국경제포럼」 제12권 제2호(2009.7), 95-116면.
- 안영주·김승인, 빅 데이터의 효용성 검토와 향후 발전 가능성에 대한 제고 - 빅 데이터의 공공 부문 활용 가치 중심으로 -, 「디지털디자인학연구」 제14권 제3호(2014.07), 501-510면.
- 안종창·황준·이웅재, 제4차 산업혁명의 고용 영향에 대한 실증적 연구, 「인터넷정보학회논문지」 제19권 제1호(2018.2), 131-140면
- 우지영, 제4차 산업혁명: 데이터 경제를 준비하며, 「한국콘텐츠학회지」 제15권 제1호(2017.3), 14-20면.
- 이부하, 헌법상 토지재산권의 보장 및 그 제한 법률에 대한 합헌성, 「토지공법연구」 제43집 제1호(2009.2), 227-245면.
- 이부하, 경제와 헌법의 관계 -경제 민주화 담론에 대한 조건을 검하여-, 「경제규제와 법」 제6권 제2호(서울대학교 공익산업법센터, 2013.11), 89 - 100면.
- 이상근, 독일 제조업의 디지털 전환과 인더스트리 4.0(Industrie 4.0) 전략, 「경상논총」 제37권 제4호(2019.12), 21-40면
- 이세주, 헌법구조에서의 경제와 경제질서, 「세계헌법연구」 제18권 제2호(2012.8), 357-388면.
- 이승협, 고용위기와 일자리 나누기 -독일 폭스바겐 모델을 중심으로, 「시민사회와 NGO」 제12권 제1호(2014.5), 73-104면.
- 이원상, 독일의 '인더스트리 4.0(Industrie 4.0)'과 도전과제, 「4차산업혁명 법과 정책」 창간호 (2020.7), 129-144면.
- 이장희, 경제에 대한 국가의 법적 기본질서로서 경제헌법, 「공법학연구」 제14권 제2호(2013.5), 297-318면.
- 장영수, 정치현실과 헌법의 규범력, 『동천 김인섭변호사 화갑기념논문집』, 박영사, 1996, 56-78면.
- 장석인, 제4차 산업혁명 시대의 산업구조 변화 방향과 정책과제, 「국토」 통권 제424호(2017.2), 22-30면.
- 정영화, 헌법상 경제질서에 대한 개정방안, 「세계헌법연구」 제16권 제4호(2010.12), 1-34쪽.
- 정준호, 문재인 정부 경제 정책의 성과와 평가, 「동향과 전망」 제113호(2021), 26-75면.
- 조성규, 지방자치법제의 발전 과정과 지방자치법 개정안의 평가, 「지방자치법연구」 제19권 제2호(2019.6), 45-79면.
- 조은영·김상미, 최저임금 인상의 거시경제 효과 분석, 「한국경제연구」 제36권 제4호(2018.12), 31-59면.
- 차진아, 재산권 보장의 상대화와 입법자의 역할 - 헌법 제23조 제1항의 해석에 관한 시론 -, 「고려법학」 제76호(2015.3), 149-191면.
- 차진아, 사회국가의 실현구조와 토지공개념의 헌법상 의미, 「공법학연구」 제19권 제1호 (2018.2), 3-41면.
- 차진아, 제10차 개헌과 '경제민주화'의 쟁점, 「고려법학」 제90호(2018.9), 39-79면.

- 최성근, 조세정책의 입법적 기초와 한계 -최근 주택 관련 조세입법을 중심으로-, 『조세법연구』 제27집 제1호(2021.4), 101-145면.
- 한수웅, 한국헌법상의 경제질서, 『공법학의 현대적 지평-심천 계희열 박사 화갑기념논문집』, 박영사, 1995, 173-196면.
- 홍성방, 헌법과 경제질서, 『서강법학연구』 제5권(2003.5), 29-55면.
- 홍장표, 한국의 기능적 소득분배와 경제성장 -수요체제와 생산성체제 분석을 중심으로-, 『경제발전연구』 제20권 제2호(2014.12), 67-97면.
- 홍준형, 경제헌법 개정의 방향, 『공법연구』 제46집 제4호(2018.6), 149-165면.

【국문초록】

종래 헌법의 중심은 정치과정에 대한 통제에 있었고, 경제헌법에 대한 관심은 높지 않았다. 그러나 헌법재판이 활성화되고 헌법의 규범력이 전체적으로 제고되면서 경제헌법에 대한 국민적 관심도 함께 높아졌다. 이는 무엇보다 경제헌법이, 경제헌법의 직접적인 규율대상은 국가의 경제정책이라 할 수 있지만, 국민의 경제적 기본권과 불가분의 관계 속에 있기 때문일 것이다.

경제헌법의 기본적 의미는 국가경제에 대한 효율성을 좌우하는 경제시스템의 구축에 있다. 한편으로는 경제의 여러 요소를 유기적으로 결합할 수 있도록 효율적인 경제시스템을 구축하는 것이 국가경쟁력의 중요한 요소이며, 다른 한편으로는 그때그때의 경제상황에 따른 국가의 관여 및 지원이 가장 효율적으로 이루어질 수 있도록 하는 제도적 장치의 마련도 중요하다.

그런데 1987년 개정된 현행헌법이 만 34년이 지난 현재에도 그대로 유지되고 있는 것은 저출산·고령화, 제4차 산업혁명의 도래, 정보통신기술의 눈부신 발전에 따른 글로벌경쟁의 심화 등 새로운 경제현실을 제대로 반영하지 못한다는 점이 문제되고 있다. 더욱이 문제인 정부의 경제정책은 이른바 청와대정부를 벗어나지 못하는 가운데, 헌법상의 경제조항들에도 불구하고 개발독재시기의 정부주도 경제를 여전히 추구하고 있다는 것이 심각한 문제라 할 수 있다.

이 논문에서는 문제인 정부의 경제정책들에서 쟁점이 되고 있는 소득주도 성장의 실패와 부동산정책의 실패 등을 다루면서 보다 근본적인 문제로서 경제헌법의 의미와 기능에 대한 반성적 숙고, 사회적 시장경제의 올바른 방향정립에 대한 고민을 전제로 경제헌법의 올바른 방향정립에 대하여 고민하였다. 물론 경제정책의 실패에 대하여 법적 책임을 묻기는 어렵다. 과거 IMF 외환위기로 인하여 심각한 국민적 고통이 초래되었을 때에도 정치적 책임과는 별도로 - 특별한 불법행위가 있지 않는 한- 법적 책임을 묻지는 못했다.

최근 문제인 정부의 심각한 경제정책 실패에도 불구하고 법적 책임을 물을 수 없다는 점에 대해서는 큰 이견이 없는 것으로 보인다. 그러나 전문가들의 반대에도 불구하고 실패한 경제정책을 무리하게 고집하였던 점에 대해서는 많은 비판이 있으며, 유사사태의 재발을 막기 위한 방안의 필요성이 논의되고 있다.

이는 경제헌법의 실효성이라는 관점에서도 신중하게 고려되어야 할 부분이

다. 대한민국의 경제질서가 대통령과 몇몇 측근 경제관료들의 손에 좌우되던 시기는 이미 끝났고 완전히 끝나야 한다. 개발독재의 망령을 벗어나 21세기의 경제현실에 맞는 합리적인 경제시스템을 구축하며 그 안에서 국가의 역할을 재조정하는 것, 그것이 현재 경제헌법의 최우선과제라 할 것이다.

【Zusammenfassung】

Neue Aufgaben der Wirtschaftsverfassung der Republik
Korea

Jina Cha

(Professor, Korea University School of Law, D. jur., Lawyer)

Der Schwerpunkt der früheren Verfassung lag in der Kontrolle des politischen Prozesses und das Interesse an der Wirtschaftsverfassung war nicht groß. Mit der Aktivierung des Verfassungsgerichtsbarkeits und der Verbesserung der normativen Kraft der Verfassung insgesamt hat auch das Interesse der Bürger an der Wirtschaftsverfassung zugenommen.

Dies liegt vor allem daran, obwohl der unmittelbare Gegenstand der Wirtschaftsverfassung die Wirtschaftspolitik des Landes ist, dass die Wirtschaftsverfassung untrennbar mit den wirtschaftlichen Grundrechten der Bürger verbunden ist.

Die grundlegende Bedeutung der Wirtschaftsverfassung liegt in der Errichtung eines Wirtschaftssystems, von dem die Effizienz der Volkswirtschaft abhängig ist. Auf der einen Seite stellt der Aufbau eines effizienten Wirtschaftssystems zur organischen Kombination verschiedener Elemente der Wirtschaft stellt ein wichtiges Element für die Wettbewerbsfähigkeit des Landes dar und auf der anderen Seite ist es auch wichtig, ein institutionelles System zu schaffen, das die staatlichen Einmischungen und Unterstützungen unter den jeweiligen wirtschaftlichen Situationen am effizientesten ermöglicht.

Die Tatsache, dass die geltende Verfassung, die in 1987 geändert wurde, auch nach dem 34. Lebensjahr beibehalten wird, stellt jedoch ein Problem dar,

dass sie die neuen wirtschaftlichen Gegebenheiten, wie die niedrige Geburtenrate und die Alterung der Bevölkerung, das Aufkommen der 4. industriellen Revolution und die Verschärfung des globalen Wettbewerbs nach der strahlenden Entwicklung der Informations- und Kommunikationstechnologie usw. nicht angemessen reflektieren kann.

Darüber hinaus ist es ein ernstes Problem, dass die Wirtschaftspolitik der Moon Jaein-Regierung aus der sogenannten Blue House-Regierung nicht herauskommen kann und trotz der wirtschaftlichen Bestimmungen der Verfassung immer noch die Rigierung-führende Wirtschaftspolitik wie die während der Entwicklungsdiktatur verfolgt.

Diese Arbeit befasst sich mit dem Scheitern der Politik des sogenannten 「Einkommensgesteuerten Wachstums」 und dem Scheitern der Immobilienpolitik, was in der Wirtschaftspolitik der Moon Jaein-Regierung heftig umstritten sind, mit einer reflektierenden Reflexion über die Bedeutung und Funktion der Wirtschaftsverfassung als grundlegendes Thema und mit der richtige Ausrichtung der Wirtschaftsverfassung unter der Voraussetzung der Überlegung über die richtige Ausrichtung der Sozialen Marktwirtschaft. Natürlich ist es schwierig, die rechtliche Verantwortung für wirtschaftspolitisches Versagen aufzulegen. Selbst wenn die IWF- Finanzkrise zu schwerem Leid der Bürger geführt hat, konnte man derzeitigen Regierung rechtliche Verantwortung dafür -abgesehen von der politischen Verantwortung- nicht auflagen - es sei denn, es gäben eine besondere rechtswidrige Handlungen.

Es scheint keine große Meinungsverschiedenheit darüber zu geben, dass man die Moon Jaein-Regierung trotz des jüngsten schwerwiegenden Scheiterns der Wirtschaftspolitik eine rechtliche Verantwortung dafür nicht tragen lassen kann. Es wird jedoch vielfach kritisiert, dass sie trotz des Widerstands von Experten die gescheiterte Wirtschaftspolitik übertrieben und auf die beharrt haben. Und die Notwendigkeit von Maßnahmen zur Verhinderung der Wiederholung ähnlicher Situationen wird diskutiert.

Dies ist ein Aspekt, der unter dem Gesichtspunkt der Wirksamkeit der Wirtschaftsverfassung sorgfältig berücksichtigt werden sollte. Der Zeitalter, in dem die Wirtschaftsordnung der Republik Korea in den Händen des Staatspräsidenten und einiger ihm nahestehenden (insbesonderen zum Blauen gehörenden) Wirtschaftsbeamter lag, ist bereits vorbei und sollte vollständig beendet werden. Es sind die oberste Priorität der heutigen Wirtschaftsverfassung, aus dem Gespenst der Entwicklungsdiktatur ausbrechen, ein vernünftiges Wirtschaftssystem aufzubauen, das der wirtschaftlichen Realität des 21. Jahrhunderts gerecht wird, und die Rolle des Staates darin neu zu ordnen.

주제어(Stichwörter): 경제헌법(Wirtschaftsverfassung), 경제정책(Wirtschaftspolitik), 사회적 시장경제(Soziale Marktwirtschaft), 제4차 산업혁명(4. industrielle Revolution), 소득 주도성장(Einkommensgesteuertes Wachstum), 토지공개념(Öffentlichkeit des Grundeigentums)

첨부와 보상*

- 민법 제261조의 적용, 준용과 배제 -

김 규 완**

▶ 목 차 ◀

- | | |
|----------------------------------|--|
| I. 글을 열며 | III. 2009년 대법원 판결례의 분석과 비판 |
| 1. 문제의 배경 | 1. 간추린 사안 |
| 2. 문제의 소재 | 2. 요건준용과 효과준용 |
| II. ‘제261조 자체의 요건’에 관한 다툼 없는 쟁점들 | 3. 소유물반환청구권과 소유물에 갈음한 보상청구권 |
| 1. 첨부개념 | 4. “선의취득에서의 이익보유에 관한 법리의 유추적용”이 갖는 문제점 |
| 2. 법률규정에 의한 소유권 원시취득의 원인 | IV. 글을 나가며 |
| 3. 제261조 적용의 배제 | |

I. 글을 열며

1. 문제의 배경

민법¹⁾은 제2편(물권) 제3장(소유권) 제2절(소유권의 취득) 중에 제256

* 연구비(K1928331)를 지원한 고려대학교의 후의에 감사합니다.

** 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사(Dr. iur.).

1) 민법(법률 제17905호)은 이하 혼동 없으면 법률명칭을 생략함.

조부터 6개 조문에 걸쳐 ‘침부(accessio)제도’를 규율한다. 이를 시계열적으로 보면, 우선 소유자가 다른 물건들이 결합하거나(부합, 혼화) 어떤 물건에 타인의 노(동)력이 가해져(가공) 생긴 물건(들)의 사실적 변경이 있고, 원상 복구가 불가능한 내지 불리한 합성물, 혼화물 또는 가공물(제260조 제2항)과 같은 단일물로서 새 물건에 대한 (단독 또는 공유) 소유권의 귀속 등에 관한 물권법적 승인과 동시에 침부로 생긴 새 물건의 단독소유자로 결정된 자(이하 ‘새 물건 소유자’²⁾로 줄임)와 소유했던 물건에 대한 소유권 등 물권이 소멸하는 손해를 입은 자(이하 ‘옛 물건 소유자’³⁾으로 줄임) 사이에 채권법적 이해조정의 각 국면이 순차 전개된다.⁴⁾ 이러한 침부 법제의 마지막 제261조는 “침부로 인한 구상권”이라는 표제 아래 “전5조의 경우에 손해를 받은 자는 부당이득에 관한 규정에 의하여 보상을 청구할 수 있다.”고 규정함으로써 이러한 일련의 과정을 고스란히 압축하고 있다. 제261조는 ① 자족적인 법률요건(구성요건)과 법률효과를 갖춘 외형으로는 완전 법문이지만, ② 요건과 효과가 모두 준용(Verweisung)의 입법형식을 통해 준용되는 (관계)규범(Bezugsnorm)들과 연계하여 비로소 확정된다는 점에서는 불완전 법문(unvollständige Rechtssatz)이다.⁵⁾ ③ 요건인 ‘전 5조의 경우에 손해를 받은 자’가 언제나 존재하는 것은 아니어서 예컨대 1개의 합성물이 공유되는 경우(제257조 제2문, 제258조 참조)에는 제261조 요건의 충족이 좌절되어 그 적용이 배제된다. ④ 제261조에 포섭되는 사안의 경우에는 동조가 적용된 효과로서 ‘옛 물건 소유자’가 ‘새 물건 소유자’에게⁶⁾ 보상을 청구할 수

2) 박윤직·김재형, 물권법[제8판], 박영사, 2014, 276면: “새 물건의 소유자”; 박윤직, 물권법[제7판], 박영사, 2002, 200면: “新物件所有者”.

3) 박윤직·김재형, 물권법[제8판], 275면 이하: “중전 물건의 소유자”; 박윤직, 물권법[제7판], 200면 이하: “舊物件所有者”. 옛 물건 위에 설정된 제한물권도 소멸하므로 ‘소유자 등’으로 표기하는 것이 엄밀하게는 정확하나, 소유권이 먼저 소멸하면 따라 소멸하는 논리구조이므로 편의상 소유자만 포착하기로 한다.

4) 박윤직(편)·권오곤(집필), 민법주해[V] 제261조, 박영사, 1992, 510면; 박윤직·김재형, 물권법[제8판], 274면; 엄동섭, “민법상의 침부제도(부합, 혼화, 가공)에 관하여”, 「민법학논총·제2」, 후암 박윤직선생 고회기념논문집(1995), 134면.

5) 완전(vollständig) 또는 불완전 법(률)문(장)에 대한 설명은 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft[6.A.], Springer, 1991, S.250f., S.257, 260에 의존하였다.

6) 새 물건의 ‘소유자’로 결정된 자가 곧 보상채무자인지의 문제는 열려있다. 대법원 2016.

있으려면 부당이득 규정의 ‘요건부터’ 준용할 것인지 또는 그 ‘효과만’ 준용할 것인지⁷⁾ 해석하여 결정해야 한다. 이 문제에 대하여 몇 해 전 대법원은 법 적용자로서 명시적으로는 처음 유권해석하였고,⁸⁾ “보상청구권이 인정되기 위해서는 제261조 자체의 요건뿐 아니라 부당이득 법리에 따른 판단에 의하여 부당이득의 요건이 모두 충족되어야 한다”고 판시하여 이른바 요건 준용으로⁹⁾ 결단하였다.

제261조의 준용지시와 관계규범(들)을 이해할 때 부당이득법의 ‘효과만’ 준용한다고 풀이하면 제261조 요건의 충족만으로 이미 성립한 ‘보상청구권’의 내용(제747조 제1항)과 범위(제748조)에 한하여 필요한 변경을 가한 (mutatis mutandi) 부당이득법이 적용되는 결과 ‘새 물건 소유자’는 제261조에 근거하여 언제나 보상채무를 진다.¹⁰⁾ 반면 부당이득법의 ‘요건부터’ 준용한다고 풀이하면, ‘보상 청구’는 ‘부당이득반환 청구’의 하위유형(Unterfall)일¹¹⁾ 뿐이며, 그 청구권의 성립에 관한 기본구성요건인 제741조를 필두로 한 ‘부당이득법 전체’가 필요한 변경을 가하여 적용된다. 이같이 첨부만으로 곧 보상을 청구할 권리가 생기진 않으며, 그러려면 부당이득반환청구권의

4. 28. 선고 2012다19659 판결에서는 제261조의 보상채무자를 제741조의 부당이득반환채무자를 확정하는 기준으로 판례(대법원 1963. 7. 11. 선고 63다235 판결)가 일찌감치 확립한 “실질적 이익”의 귀속 여부가 원용되어 (판례에 따르면 대외적으로는 소유권자가 아닌) 동산양도담보‘설정자’로 확정하였다. 이에 관한 학설의 지지와 비판, 대안 등 자세한 것은 권영준, 민법판례연구 I, 박영사, 2019, 130면 이하 참조.

7) 요건준용(Rechtsgrundverweisung)이 준용되는 규범의 법률요건부터 거냐하였다면 효과준용(Rechtsfolgenverweisung)에서는 준용(지시)규범이 자체 요건을 규정하고, 관계(피준용)규범의 법률효과가 적용된다, Larenz, 위 책, S. 260f.; Möllers, Juristische Methodenlehre, C.H.Beck, 2017, §4 Rn. 104.

8) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다15602 판결.

9) ‘총괄준용’으로 부르기도 한다. 예컨대 안춘수, “부당이득관계의 당사자확정의 구조 - 독일이론의 전개와 대법원 판례-”, 「법학연구」 제21권 제3호, 2011, 110면; Baur/Stürner, Sachenrecht[18.A.], C.H.Beck, 2009, §53 C I Rn. 24 (S.708): “Gesamtverweisung”.

10) 명시적으로는 김기선, 한국물권법[전정판], 법문사, 1979, 244면. 박윤직(편)·권오곤(집필), 민법주해[V] 제261조, 509, 510면에서는 “본조가 법률에 의하여 인정되는 특별한 부당이득이 아니”라는 이유를 들어 효과준용으로 풀이하는 것이 타당하지 않다고 한다.

11) Berger, in: Jauernig, BGB Kommentar[16.A.], C.H.Beck, 2015, §951 Rn. 1.

성립 여부, 특히 ‘법률상 원인의 존부’부터 심사해야 한다는 해석은 첫째, 침부는 제741조의 ‘법률상 원인이 아니’라는 해석을 함의한다.¹²⁾ 침부가 법률 규정(‘전5조’)에 의한 소유권취득이므로 제741조의 법률상 원인에 해당한다고 하면 ‘법률상 원인 없음’ 요건의 미충족으로 불성립인 부당이득반환청구권을 그 성립 여부부터 검토하라는 요구는 억지이기 때문이다. 둘째, 중언부언이지만 침부는 제741조의 법률상 원인이 아니라는 인식에 따르면 취득한 ‘이득’의 원인이 침부뿐이라면 ‘법률상 원인 없음’이라는 ‘이득의 부당성’ 요건이 저절로(per se) 충족되므로 ‘옛 물건 소유자’는 언제나 보상을 부당이득반환으로 청구할 수 있게 된다.¹³⁾

2. 문제의 소재

그런데 대법원의 ‘요건준용’ 선언은 “제261조 자체의 요건뿐만 아니라”라는 서술에서 스스로 밝혔듯이 제261조 자체의 법률요건이 이미 충족된 것으로 전제한다. 제261조의 요건이 충족되어야 그 법률효과 상의 준용지시를 어떻게 이해할 것인지의 문제가 비로소 제기되므로 논리적 사고의 불가피한 경로이기는 하다. 다만, 대법원은 ‘새 물건 소유자’가 특정한 사실, 판결사안의 경우 자신 소유의 건물에 부합된 건축자재의 소유권이 유보된 사실에 관하여 과실 없이 알지 못한 경우라면 선의취득의 경우와 마찬가지로 그 자재의 귀속으로 인한 이익을 보유할 수 있는 법률상 원인이 있다고 판단하였다. 그러나 이러한 법원의 해석은 재판결론의 결과적 정당성 여부와는 상관없이 논리 전개 중에는 평가오류가 있고, 결과는 실정법 체계와 정합적이지 않다. 법원의 입장은 침부(판결 사안의 경우 부합)된 물건이 타인(판결 사안의 경우 소유권 유보한 매도인) 소유였음을 과실 없이 알지 못한 때에는 침부로 취득한, 새 물건에 대한 소유권이라는 이익을 보유할 법률상 원인이 있으므로 부당이득반환 청구가 차단된다(kondiktionsfest)는 뜻으로 읽히고, 그렇다면 다음 같은 의문이 들기 때문이다. 첫째, 침부의 성립요건(‘전

12) 김용덕(편)·김진우(집필), 주석민법[제5판] 제261조, 1008면.

13) 대표적인 예로 박윤직, 물권법[제7판], 200면 참조.

5조')이 '새 물건 소유자'의 의사나 관념(인식)과 같은 주관적 사정의 존부에 좌우되지 않는다. 법률상 원인 없음에 대한 수익자의 인식 여부도 손실자의 부당이득반환청구권의 성립(제741조)에는 아무 영향을 주지 않으며, 다만 반환범위(제748조)가 달라질 뿐이다. 그런데 법원은 '선의취득에서의 이익보유에 관한 법리의 유추적용'을 통하여 부합되어 소멸한 옛 물건 소유자가 타인이라는 사실을 새 물건 소유자가 과실 없이 알지 못한 채 일어난 침부는 선의취득과 마찬가지로 하는 것이다. 소유자가 다른 물건들의 부합이나 혼화 또는 타인 소유의 물건을 가공하여 원상복구가 불가하거나 불리할 때 비로소 침부에 따른 법적 문제가 발생하므로 침부된 물건이 객관적으로 자신의 소유물이 아니면 침부 성립의 필요충분조건을 갖추었는데 다른 누구의 소유인 줄 몰랐다는 주관적 사정이 왜 보상청구권의 유무를 결정하는 조건으로 고려되어야 하는지, 설령 그런 사정이 인정되더라도 왜 선의취득과 마찬가지로 법적 취급을 받을 수 있는지는 선뜻 이해되지 않는 점이 '평가오류'라는 의심의 근거이다. 또한 이익형량(Interessenabwägung) 사고 등을 동원하여 이해하더라도 이러한 해석의 일반화가 결과적으로 '실정법 체계와의 부정합성'을 드러낸다는 의심은 여전하다. 침부는 소유권'취득'의 근거가 되는 법률규정(제246조 내지 제250조)이지만, 제741조에서 말하는 그 이익을 보유할 법률상 원인은 아니다(제261조의 요건준용). 선의취득은 무권리자로부터 소유권을 취득하는 근거가 되는 법률규정(제249조)인 동시에 제741조에서 말하는 그 이익을 보유할 법률상 원인이다. 선의취득이 유추적용된다는 의미는 결국 적용되는 규정은 선의취득인데, 이미 소유권취득이 적법하게 이루어진 침부에 선의취득을 중복하여 적용하는 것은 우선 불필요한 과잉이며, 규범논리로는 이미 자기 소유가 된 물건을 선의취득할 수 있다는 불합리한 주장이다. 선의취득 자체가 아니라 "이익보유에 관한 법리"를 유추적용한다는 언명이 혹시 옛 물건 소유자의 선의취득자에 대한 부당이득 반환 청구가 차단되는, 선의취득의 또 다른 법률효과만을 분리해 적용하겠다는 방법론적 전략이라고 이해하더라도 이를 침부 당시 옛 물건 소유관계에 관한 새 물건 소유자의 선의·무과실 요건으로 묶어 정당화할 수 있는지도 의문이다.¹⁴⁾ 아무튼 이러한 대법원의 "흥미로운 논리 전개"¹⁵⁾, 그러나

“설명하기 어려운”¹⁴⁾ 태도는 제261조가 원칙적으로 보장하는 보상청구권의 성립 여부를 부당이득법에 따라 검토하면서 침부는 기성의 사실로 전제할 수밖에 없는 제261조의 구조에 기인하는 것으로 볼 수 있다. 선의취득 유추 적용의 대상을 ‘새 물건 소유자’와 침부를 실제 수행한 제3자 사이의 도급계약 등(과 물건적 합의)으로 옮겨 선의취득의 적용 내지 유추적용을 판단하는 해석론 또는 침부 이전 시점의 선의취득 가능성을 가정한 후 현실적으로 일어난 침부와 사이의 사이에서 ‘가공(架空)의 선의취득자’와 ‘실제하는 침부로 인한 새 물건 소유자’의 보호이익을 등가로 평가하여 동일 취급을 요청하는 해석론 등도 침부를 기성 사실로 전제한다는 점에서는 법원의 해석과 문제의 맥락은 같다고 볼 수 있다.

이런 문제들을 보정하거나 해소할 대안적 이해를 모색하려는 이 글은 다음의 순서로 전개된다. 먼저 이 글이 판례평석이라면 대상 판결이라 불려도 좋을 2009년 대법원판결에서 선결문제로 파악한 “제261조 자체의 요건”이 어떤 구성요건표지에 의하여 충족되는지를 이 글의 주제와 연관하여 살펴본다(II). 제261조의 효과에 관하여 ‘요건준용’을 선언한 대법원이 부당이득반환청구권의 성립요건부터 검토하는 과정에서 발생하는 문제, 특히 침부 등에 대한 선의취득의 유추적용 여부의 문제를 대법원은 어떻게 인식하고 이를 처리하며, 이를 비판적으로 지지하거나 반박하는 주장이나 설명이 적절한지를 살펴보고 필요하다면 대안적 이해를 제시한다(III). 얻어진 인식을 결론으로 요약하면서 글을 맺기로 한다(IV).

14) 독일 민법의 경우 무권리자 처분행위(소유권‘양도’) 상대방의 ‘무권리자성’에 관한 약의 내지 중과실 선의는 소유권취득부터 차단하는 사실로 이해되고 있다, Berger, in: Jauernig, BGB Kommentar[16.A.], §932 Rn. 5, 16. 또한 독일 민법 제816조 제1항은 권리자에 대하여 유효한 처분이 무상이 아닌 한, 무권리자가 처분으로 취득한 것을 권리자에게 부당이득으로 반환해야 한다고 명문으로 정하고 있으며, 바로 이 규정이 선의취득자는 (옛) 권리자의 부당이득반환 청구로부터 차단되는 법적 근거이다, Wiese, in: Schulze, BGB Handkommentar[10.A.], Nomos, 2019, §816 Rn. 1.

15) 김제형, 민법판례분석, 박영사, 2015, 291면.

16) 안병하, “부합과 부당이득”, 「법학연구」 제25권 제1호, 2015, 163면.

II. ‘제261조 자체의 요건’에 관한 다툼 없는 쟁점들

제261조 법률효과 상의 준용을 요건준용으로 선언하고 해석한 판결례에서 대법원은 “제261조 자체의 요건”은 이미 충족된 것으로 전제하였다. 따라서 제261조의 규범구조와 기능을 다루는 이 글의 논의를 위해 필요한 최소한의 선이해와 다툼이 거의 없는 쟁점들에 관하여 필요한 의문이나 가능한 대안적 이해를 덧붙여 약술하면 다음과 같다.

1. 침부개념

물리의 영역에서 누군가 소유하는 물건이 타인 소유의 물건과 합치거나(부합) 뒤섞여(혼화) 또는 타인 소유의 물건에 누군가의 노(동)력이 더해져(가공) 원래 상태를 복구하는 것이 물리적 또는 사회경제적 관점에서 (둘을 합쳐 사회통념상) 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 사실로서 침부라는 ‘사건’이 존재한다.¹⁷⁾ 규범의 영역에서는 침부의 1차적 법률효과로서 소유권의 소멸과 취득을 중심으로 한 물건귀속질서의 재배치가, 2차적 효과로서 이러한 권리변동에 관여한 당사자들 사이에 부당이득법을 준용한 이해조정이 이루어진다.¹⁸⁾ 바꿔 말하면 1차 효과는 소유권 귀속(Zuordnung der Eigentumsrechte) 자체에 대한 법적 근거와 관련되고, 2차 효과는 재화(물건 또는 노동)가 갖는 경제적 가치(또는 ‘할당내용’)의 중국적 귀속(Güterzuweisung)에 관계된다.¹⁹⁾

침부개념의 정의와 침부법 규정들의 법적 성질 결정의 문제와 관련하여 인식에 혼란을 가져오는 두 가지 문제가 있다. 우선 침부가 발생한 물건은 1개의 물건으로 존속하고 복구는 이를 인정하지 않음이, 즉 ‘원상복구금지’가 침부의 “중심적·본질적 효과”²⁰⁾이고 “이 점에 관한 침부의 규정”은 강

17) 김형배, 사무관리·부당이득, 박영사, 2003, 178면 참조.

18) Wiegand, in: Staudinger Kommentar zum BGB: Sachenrecht, Eigentum 2, de Gruyter, 2017, Vorbem 1, 2 zu §§ 946-952.

19) 김형배, 사무관리·부당이득, 177면.

행규정²¹⁾이라는 진술이다. 침부의 개념 정의가 이미 ‘결합된 물건들이나 가공된 물건의 사회관념 상의 분리 불가’를 개념의 내포로 가진다면 ‘원상복구 불가’라는 효과가 ‘분리 불가능’을 요건으로 하므로 일상용어로는 동의반복이고, 논리적으로는 결론을 전제로 당겨쓴 순환논증 오류이다.

다른 문제는 침부의 ‘효과’로서 원상복구를 금지하는 명시적 법률규정을 직관적으로는 찾을 수 없다는 점이다. 혹시 바로 위에서 통설이 강행규정이라 진단한 “이 점에 관한 규정”이 원상복구 불가를 부합개념의 내포로 전제하는 제256조나 부합 내지 혼화에 추가된 요건으로 ‘물리적·경제적 분리불가’를 규정하는 제257조와 제258조를 염두에 둔 것이라는 짐작은 그러나 이 규정들이 침부로 생긴 새 물건에 관해 새로이 소유자를 결정하는 임의규정이라는 진단과²²⁾ 부딪치면 좌절될 수밖에 없다.

제261조의 법률효과가 두 가지 문제를 해소하는 단초를 제공한다고 볼 수 있다. 우리 민법은 —예컨대 모델법 규정인²³⁾ 독일 민법 제951조 제1항 제2문과는 달리— 보상으로 원상복구를 요구할 수 없다는 명문규정은 없지만, 원상복구불가는 침부개념의 본질적 속성이기 때문에 제261조의 (요건이든 효과이든) 준용으로 말미암아 부당이득법에 따른 법률효과가 발생하더라도 침부법의 ‘전5조’(제256조 내지 제260조)의 규범목적은 훼손하기 때문에 준용되는 관계규범인 부당이득법 상의 원물반환 원칙(제747조 참조)을 관철할 수 없으며 가액배상(같은 법조문)만이 고려될 수 있다. 요컨대 제261조가 임의규정이라는 진단은 반드시 부당이득법에 따라 보상의 문제를 처리하지 않고 당사자가 사적자치로 보상의무를 배제하거나 내용을 달리 정

20) 김용덕(편)·김진우(집필), 주석민법[제5판] 제256조, 986면; 박윤직·김재형, 물권법[제8판], 275면.

21) 이영준, 물권법[전정신판], 박영사, 2009, 543면(통설의 전거와 함께).

22) 소유권귀속에 관한 침부규정이 임의 또는 강행규정인지의 논의는 침부 이전에 성립한 당사자의 의사 또는 합의만을 문제 삼아야 유의미하다는 정당한 지적과 함께 다만 이 문제가 실천적 의미는 크지 않다는 분석으로는 정병호, “침부에 있어 소유권귀속에 관한 규정의 임의규정성 여부 - 독일에서의 논의를 참고하여”, 「법률행정논집」 제10권, 2003, 252면 참조.

23) 독일 민법 제951조와 이 조문을 예비한 해석학 논의가 우리 민법 제261조의 모태라고 한다(성중모, “침부 관련 손해보상청구권의 非역사성 - 법전편찬 前 독일에서의 학설 상황과 입법과정을 중심으로-”, 「법학논문집」 제34집 제2호, 2010, 41면).

할 수 있다는²⁴⁾ 의미이며, 만일 부당이득의 반환으로 보상을 요구한다면 원물반환은 허용되지 않는다는 부분이 강행규정이라는 의미로 새길 것이다.

2. 법률규정에 의한 소유권 원시취득의 원인

첨부가 (로마법 이래) ‘법률(규정)에 의한 소유권취득원인’²⁵⁾ 또는 ‘법률행위에 의하지 않은 물권변동의 원인’²⁶⁾으로 인정되었다는 점은 딱히 반론의 여지 없는 자명한 인식으로 보인다. 다만, 첨부가 소유권취득원인으로 인정되는 이유를 —첨부된 물건의 원상회복이 물리적으로 가능하더라도— “사회경제상 매우 불리”하다거나²⁷⁾ “사회관념상 불합리하거나 비경제적”이기²⁸⁾ 때문이라고 들고 있는바, 이는 첨부개념에 내포된 중요한 법률효과로서 ‘원상복구 불가’의 사회경제학적 이유나 근거로서 필요충분한 설명일 뿐이다. 새 물건 소유권의 취득 내지 옛 물건 소유권 소멸에 관한 법률규정이 설치된 입법 이유 내지 규범적 근거로는 ‘일물일권주의’를 먼저 원용하여야 한다.²⁹⁾ 물리적으로 또는 사회관념상 분리 불가의 규범판단이 내려진 합성물 등은 단일물이 되므로 ‘단일소유권주의’를 내용으로 하는 ‘일물일권주의’를 물권법 질서의 근간 원칙으로 채택한 입법자로서는 첨부 제도를 규율하면서 첨부가 일어난 물건들의 소유권 존부 및 귀속을 재배치하는 규정을 두지 않았다면 이는 심각한 입법부작위에 해당할 것이기 때문이다.³⁰⁾ 우리는

24) Berger, in: Jauernig, BGB Kommentar[16.A.], §951 Rn. 2.

25) 예컨대 김용덕(편)·김진우(집필), 주석민법[제5판] 제256조, 986면.

26) 예컨대 엄동섭, “민법상의 첨부제도(부합, 혼화, 가공)에 관하여”, 「민법학논총·제2」, 134면.

27) 박윤직(편)·권오곤(집필), 민법주해[V] 제261조, 491면; 박윤직·김재형, 물권법[제8판], 275면.

28) 김용덕(편)·김진우(집필), 주석민법[제5판] 제256조, 987면; 송덕수, 물권법[제4판], 박영사, 2019, 343면(“바람직하지 않다”).

29) 이은영, 물권법(제4판), 박영사, 2006, 495면 참조; 양창수·권영준, 민법 II: 권리의 변동과 구제(제2판), 박영사, 2015, 281면에서 ‘부합 및 중물’에 관한 서술의 첫 문장은 일물일권주의의 정의로 시작된다. 법원도 일물일권주의를 물권법의 원칙(중 하나)으로 파악하는 것으로 보인다, 예컨대 대법원 2000. 10. 27. 2000다39582 판결 참조.

30) 이 진술이 소유권 귀속에 관한 민법규정이 강행규정이라는 의미는 아니다. 이에 관한

명문규정도 입법이유서도 없지만, 예컨대 독일 민법의 경우 침부법이 규정하는 부합, 혼화 또는 가공에 의한 소유권 원시취득의 입법 이유는 “단일한 전체 또는 하나의 새 물건에 대해서는 마찬가지로 단일한 하나의 권리만이 허용될 수 있다는 고려”라고 입법이유서에서 밝히고 있다.³¹⁾

침부는 법률행위에 의하지 않은 물건변동의 원인이기 때문에 당사자의 행위능력 또는 법률행위를 하려는 효과의사 등이 문제 될 수 없으며, 법률규정에 의한 다른 물건변동원인(예컨대 취득시효)와는 달리 당사자의 소유의사, 선의나 악의 및 과실의 유무조차 고려되지 않고, 물건의 객관적 상태(단일물 또는 새 물건의 성립) 내지 객관적 관점(부합 등의 성립요건 충족)에 따라 물건변동이 일어난다.³²⁾

3. 제261조 적용의 배제

(1) 자기 소유 물건들끼리 부합, 혼화 또는 자기 소유 재료의 가공

물리 영역에서 사실로서 침부를 말하면서 ‘사회관념 상의 분리불가’는 침부개념에 내포되어 이해되고 있음에 반해, 부합 또는 혼화되는 물건들의 소유자가 달라야 한다면 소유자 아닌 자가 물건(재료)을 가공해야 한다는 표지는 침부개념에 대하여 구성적이 아니라 오히려 포섭을 배제하는 탓인지 침부개념을 정의할 때에만 등장하는 것으로 보인다. 어쨌든 침부개념에서 저절로(per se) 도출되는 인식은 자기 소유의 물건들끼리 결합하거나 자기 소유의 물건에 노(동)력을 가해 새 물건이 생겨나더라도 부합 등 침부는 없으며, 따라서 침부법이 적용될 여지가 없다. 이는 오히려 자기 소유의 독

자세한 논의는 주 22)의 문헌 참조.

- 31) Motiv Mugdan III S. 201(Wiegand, in: Staudinger Kommentar zum BGB: Sachenrecht, Eigentum 2 [2017], § 951 Rn. 1에서 재인용). 사용된 용어나 표현에서 약간의 차이를 염두에 두고 최근 문헌으로 최윤석, “부합과 동산선의 취득 - 그 유추 적용가능성에 관하여-”, 「토지법학」 제37권 제2호, 2021, 220면도 참조.
- 32) 엄동섭, “민법상의 침부제도(부합, 혼화, 가공)에 관하여”, 「민법학논총·제2」, 134면; Wiegand, in: Staudinger Kommentar zum BGB: Sachenrecht, Eigentum 2 [2017], §951 Rn. 3.

립한 물건들이 주종관계에 있을 때³³⁾ 종물은 주물의 처분에 따른다고 하는 제100조와 대비된다. 주물과 종물은 동일한 소유자의 독립한 2개 이상의 물건들이라면, 예컨대 합성물은 서로 다른 소유자의 물건들이 부합한 결과 1개의 물건이 되었으므로 설령 종물이 주물과 사실상 첨부되었어도 법적으로 유의미한 첨부는 없기 때문이다.

(2) 타인의 소유권이 소멸하는 법정 효과를 수반하는 첨부

제261조는 법률효과에서뿐만 아니라 자체 요건에서도 준용형식을 취하고 있는데, “전5조의 경우에 손해를 받은 자”는 동조가 법률효과에서 인정하는 보상청구권의 권리주체이다. 다만, 전 5조가 규율하는 부합, 혼화 또는 가공의 모든 경우에 “동산 소유권(또는 ‘이를 목적으로 한 다른 권리’)의 소멸”(제260조 제1항 참조)이라는 손해를 받은 손실자가 생기지는 않는다. 첨부법 내에서는 부동산에 물건이 타인의 권원에 의해 부속된 경우(제256조 단서), 부합 또는 혼화한 동산의 주종을 구별할 수 없는 때(제257조 제2문, 제258조)와 가공된 동산의 소유권이 원재료 소유자에게 (머물러) 있는 경우(제259조 제1항 본문)에 -비록 공유소유권으로 변용될 수 있을지언정- 동산소유권의 소멸도 그로 인한 손해도 없다. 따라서 제261조의 적용 여부가 아니라 동조를 어떻게 적용할 것인가를 고려하는 사고의 단계는 타인의 소유권이 소멸하는 효과를 수반하는 첨부의 발생 자체는 이미 이루어진 기성의 사실로 전제하였음을 의미한다.

첨부 사건이 현안이라고 할 때 혹시 자신 소유의 물건(들)에 첨부 외관이 만들어진 것은 아닌지(위 (1) 문제) 또는 사실상 첨부지만 타인의 소유권이 소멸하는 법적 효과는 없는 유형은 아닌지(위 (2) 문제)를 심사하는 작업은 사안이 제261조에 포섭되는지 여부, 즉 동조의 적용 또는 배제를 판단하는 사유 과정이다.

33) 대법원 2008. 5. 8. 선고 2007다36933 판결 참조.

Ⅲ. 2009년 대법원 판결례의 분석과 비판

1. 간추린 사안³⁴⁾

‘소유권이 유보된 건축자재의 건물에의 부합과 보상채무자’라는 주제로 알려진 대법원 판결은 다음의 사안을 다뤘다. S와 P는 P가 소유하는 공장건물의 증축 및 신축에 관한 도급계약을 체결하였다. W와 S는 위 공사에도 사용될 —실제 사용된— 철강 제품에 관한 매매계약을 체결하였고, W는 매매대금 완납 때까지 철강제품의 소유권을 유보하는 특약과 함께 이를 S에게 공급하였다. S는 P명의로 건축허가를 받고, W로부터 공급받은 철강제품은 모두 공장건물의 골조공사 자재로 투입되어 사용하여 공사를 진행하였으나, 기성고 80%인 상태에서 공사를 중단하여 P가 잔여 공사를 진행하였고 신축건물에 관한 소유권보존등기를 P명의로 마쳤다. W는 P에 대하여 철강제품의 대금을 마저 지급하라고 요구하였다.

2. 요건준용과 효과준용

(1) 판결이유

“민법 제261조에서 침부로 법률규정에 의한 소유권 취득(제256조 내지 제260조)이 인정된 경우에 ‘손해를 받은 자는 부당이득에 관한 규정에 의하여 보상을 청구할 수 있다’라고 규정하고 있는바, 이러한 보상청구가 인정되기 위해서는 민법 제261조 자체의 요건만이 아니라, 부당이득 법리에 따른 판단에 의하여 부당이득의 요건이 모두 충족되었음이 인정되어야 한다.”

(2) 분석

대법원은 제261조의 법률효과 상의 준용지시가 요건준용임을 선언하였다.³⁵⁾ 법문은 요건이 충족되어야 비로소 효과를 말할 수 있으니 제261조 자

34) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다15602 판결.

35) 요건준용과 효과준용의 개념에 관해서는 각주 7) 참조.

체의 요건은 충족된 것으로 전제한다. 제261조가 침부를 기성의 사실로 전제하고 옛 물건에 대한 동산 소유권 등의 권리가 소멸하는 손실자에게 보상 청구권이 귀속될 수 있다고 규정하면서 막상 보상은 ‘부당이득 관련 규정에 의하여’ 청구할 수 있다는 준용(지시)의 의미를 어떻게 새길 것인지에 대해서는 사실 심각한 논란은 없(었)다. 일찌감치 확립된 학리해석은 “제261조가 법률이 인정하는 특별한 부당이득의 경우로서 그 법률효과만을 준용한다는 의미가 아니라, 그 실질도 부당이득에 해당하므로 부당이득반환의 요건을 충족해야 하는 등 부당이득에 관한 규정 전부를 준용해야” 하는 것으로 이해하고 있다.³⁶⁾ 관련 문헌 곳곳에서 자구 그대로 인용되는 이 문장은 “특별한 부당이득”과 “실질적 부당이득”을 아무 설명 없이 대비시키고 있어 오해의 소지가 없지 않은바, 전자는 제261조가 일반 부당이득의 요건 충족 여부의 검토 없이 보상청구권을 성립시키는 특별규정이 아니라는 의미로, 후자는 침부가 새 물건 소유권 취득의 법정 원인이지만, 그 이익의 보유를 정당화하지는 못하기 때문에 원칙적으로 법률상 원인 없는, 즉 부당한 이득이라는 의미로 이해할 것이다. 옛 물건의 소유권 소멸을 수반하는 부합 등의 침부에 관한 법률규정(‘전5조’)은 소유권 등의 득실이라는 물건변동의 법적 근거이지만, 그 자체로는 제741조에서 말하는 ‘법률상 원인’이 아니다. 그러므로 타인 소유였던 물건의 소유권을 취득한 법적 근거가 “전5조”(중 하나)이면 타인의 소유권 등의 상실이라는 손해가 새 물건 소유자의 소유권취득이라는 이득으로의 이동을 정당화하는 ‘법률상 원인’은 언제나 없다는 뜻이다. 이러한 이해에 기반하면 제261조는 요건준용을 통해 침부법은 소유권취득이라는 이익의 보유를 정당화하는 어떤 법률상 원인도 없음을 천명한 규정이라고 볼 수 있다.³⁷⁾ 제261조가 “그대로 따른 것”으로 알려진³⁸⁾ 일본 민법 제248조의 법적 성질에 관하여 침부에 의한 이득이 —동법 제703조가 부당

36) 대표적으로 박윤직(편)·권오곤(집필), 민법주해[V] 제261조, 509-510면; 박준서(편)·정권섭(집필), 주석민법[제3판] 제256조, 1999, 795면; 김증한·김학동, 물권법[제9판], 박영사, 1997, 173면.

37) 대표적으로 김용덕(편)·김진우(집필), 주석민법[제5판] 제261조, 1008면.

38) 박윤직(편)·권오곤(집필), 민법주해[V] 제261조, 509면; 명순구, 실록 대한민국 민법 2, 법문사, 2010, 212면.

이득반환청구권의 성립을 배제하는— ‘법률상 원인 있는 이득’으로 오해될 여지를 불식하기 위한 주의적 규정이라는 이해가 일반적이다.³⁹⁾

한편 제261조의 준용을 효과준용으로 이해해야 한다는 주장이 있다.⁴⁰⁾ 이 견해는 침부 제도의 본질이 소유권 귀속관계와 소유권 상실에 대한 보상을 다루는데 엄격한 부당이득요건의 충족을 동시에 요구하면 제261조는 공동화할 위험이 크다는 것과 전용물소권을 부인하는 등 현행 실무 관행 아래서는 제3자의 행위나 자연현상으로 발생한 침부에 대한 규율이 곤란해져 규율공백이 생길 것이라고 한다. 하지만 이는 제261조의 준용지시를 효과준용으로 봐야 하는 이유라기보다는 요건준용으로 볼 때 생길 수 있는, 그러나 피할 수 있는 위험이다. 아무튼 이러한 이유와 염려에서 제261조에 의해 준용되는 부당이득 규정은 부당이득의 법률효과, 즉 제747조와 제748조로 제한된다고 새기면, 제261조의 보상청구권은 —설령 그 법적 성질을 제741조의 부당이득반환청구권의 하위유형으로 파악하더라도— 제261조로부터 직접 도출되는, 즉 제741조와 연계 없는⁴¹⁾ 독자적인 청구권이라는 설명이 가능해진다.

2. 소유물반환청구권과 소유물에 갈음한 보상청구권

(1) 판결이유

“① 계약 당사자 사이에 계약관계가 연결되어 있어서 각각의 급부로 순차로 소유권이 이전된 경우 계약관계에 기한 급부가 법률상의 원인이 되므로 최초의 급부자는 최후의 급부 수령자에게 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다(대법원 2003. 12. 26. 선고 2001다46730 판결 참조). ② 이와 달리, 매매 목적물에 대한 소유권이 유보

39) 我妻榮·有泉亨·清水誠·田山輝明, 我妻·有泉コンメンタール民法(第5版)—總則·物權·債權一, 日本評論社, 2018, 第248條 [2], 458頁.

40) 이진기, 물권법, 박영사, 2020, 122면.

41) 독일 민법 제951조 제1항의 준용을 우리와 마찬가지로 ‘요건준용’으로 파악하는 독일의 통설이 동조항은 ‘독자적 청구권기초’는 아니라고 보는 태도(Berger, in: Jauernig, BGB Kommentar[16.A.], §951 Rn. 2)도 이러한 맥락에서 이해되어야 한다.

된 상태에서 매매가 이루어진 경우에는 대금이 모두 지급될 때까지는 매매 목적물에 대한 소유권이 이전되지 않고 점유의 이전만 있어 매수인이 이를 다시 매도하여 인도하더라도 제3자는 유효하게 소유권을 취득하지 못하므로(대법원 1999. 9. 7. 선고 99다30534 판결 참조), 위와 같은 계약관계에 의한 급부만을 이유로 제3자는 소유자의 반환 청구를 거부할 수 없고, 부합 등의 사유로 제3자가 소유권을 유효하게 취득하였다면 그 가액을 소유자에게 부당이득으로 반환함이 원칙이다. ③ 다만, 매매 목적물에 대한 소유권이 유보된 경우라 하더라도 이를 다시 매수한 제3자의 선의취득이 인정되는 때에는, 그 선의취득이 이익을 보유할 수 있는 법률상 원인이 되므로 제3자는 그러한 반환의무를 부담하지 않는다고 할 것이다.”(원번호 부여는 글쓴이)

(2) 분석

문장 ①을 통해 대법원은 침해(내지 비급부)부당이득에 대한 계약관계(계약법) 우위의 법리에 근거하여 이른바 전용물소권을 부정하는 결론을 — 판결 사안과의 대비를 위해 — 서술하였다. 사안의 경우 W와 S 사이에 소유권유보의 특약이 없다고 가정하면 W와 S 사이, S와 P 사이에 각각 ‘매매’와 ‘도급’이라는 유효한 계약관계가 있고, 건축자재에 대한 점유와 그 소유권이 각각의 계약상의 급부가 실현됨으로써 재화가 이동하였기 때문에 매매계약의 당사자 W가 도급계약의 당사자 P에게 제261조에 기한 침해부당이득반환청구권을 행사할 수 없다.⁴²⁾ 문장 ②에서 소유권유보특약의 경우 목적물의 소유권을 이전한다는 당사자 사이의 물권적 합의는 매매계약을 체결하고 목적물을 인도한 때 이미 성립하지만 대금이 모두 지급되는 것을 정지조건으로 하므로, 목적물이 매수인에게 인도되었다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 매도인은 대금이 모두 지급될 때까지 매수인뿐만 아니라 제3자에 대하여도 유보된 목적물의 소유권을 주장할 수 있다는 것은 확립된 대법원 판례이다.⁴³⁾ 다만, 문장 ①과 ②가 “이와 달리”로 연결되어 있어 W와 S 사이에 소유권유보부매매에서는 이를테면 W→S→P으로 순차적인 급부가 ‘소

42) 이영준, 물권법[전정신판], 558면 참조.

43) 대법원 1999. 9. 7. 선고 99다30534, 판결.

유권 이전'이 아니기 때문에 문장 ①에서 법원이 부정한 전용물소권, 즉 W의 P에 대한 침해부당이득반환청구권을 행사하는 것이 허용된다고 오독해서는 안 될 것이다. 법원도 오해가 없도록 문장 ①에서 확립한 원칙을 “소유자의 반환청구”로 구체화시켰으며, 이는 물권적 청구권으로서 소유물반환청구권(Vindikationsanspruch, 제213조)에 해당한다. 다만, 문장 ③에서 이러한 소유물반환청구권은 제한되는바, 바로 제261조가 적용되는 경우이다. 제3자 P가 부합 등 즉, 침부로 소유권을 유효하게 취득하였다면 W로서는 원상복구 내지 원상회복으로 소유물(부합되어 소멸한 옛 물건)의 반환을 요구할 수 없기 때문에 가액으로의 보상을 부당이득의 반환으로 청구할 수 있게 된다. 보상청구권이 소유권연장효청구권(Rechtsfortwirkungsanspruch)이라는 설명⁴⁴⁾이나 소유물 반환청구권을 갈음하는 구체수단(이른바 Vindikationsersatz)이라는 견해⁴⁵⁾도 이러한 맥락에서 읽어야 한다.

3. “선의취득에서의 이익보유에 관한 법리의 유추적용”이 갖는 문제점

(1) 판결이유

“매도인에 의하여 소유권이 유보된 자재를 매수인이 제3자와 사이의 도급계약에 의하여 제3자 소유의 건물 건축에 사용하여 부합됨에 따라 매도인이 소유권을 상실하는 경우에, 비록 그 자재가 직접 매수인으로부터 제3자에게 교부된 것은 아니지만 ① 도급계약에 따른 이행에 의하여 제3자에게 제공된 것으로서 거래에 의한 동산 양도와 유사한 실질을 가지므로, ② 그 부합에 의한 보상청구에 대하여도 위에서 본 선의취득에서의 이익보유에 관한 법리가 유추적용된다고 봄이 상당하다. 따라서 ③ 매도인에게 소유권이 유보된 자재가 제3자와 매수인과 사이에 이루어진 도급계약의 이행

44) Wolf, Sachenrecht[22.A.], C.H.Beck 2006, Rn. 612.

45) 김형석, “양도담보 목적물 사이의 부합과 부당이득”, 「법학」 제60권 제3호, 2019, 127면 및 주 59)의 전거와 함께, 또한 129면에서는 대상판결이 부당이득을 “소유물반환의 연장효”로 파악하고 있다고 한다.

에 의하여 부합된 경우 보상청구를 거부할 법률상 원인이 있다고 할 수 없지만, ④ 제3자가 도급계약에 의하여 제공된 자재의 소유권이 유보된 사실에 관하여 **과실 없이 알지 못한 경우라면 선의취득의 경우와 마찬가지로** 제3자가 그 자재의 귀속으로 인한 이익을 보유할 수 있는 법률상 원인이 있다고 봄이 상당하므로 매도인으로서는 그에 관한 보상청구를 할 수 없다. (원번호 부여와 강조는 글쓴이)

(2) 판결이유의 분석

판결 사안에서 대법원이 W의 P에 대한 제261조에 근거한 보상청구를 기각하는 이유로 든 논거는 기성 사실로서 부합에 “선의취득에서의 이익보유에 관한 법리의 유추적용”을 할 수 있다면 이는 ‘법률상 원인 있는 부합’이므로 부당이득의 반환으로서 보상의 문제가 발생하지 않는다는 취지이다. 이러한 해석을 통해 얻어진 재판의 결과, 즉 판결 사안에서 도급인인 제3자에 대한 소유권유보부 매도인의 보상청구권을 부인하는 결과의 타당성 여부를 떠나⁴⁶⁾ 이러한 해석론에 일반화 능력이 있는지는 검토가 요구된다. 학설은 대체로 세 가지 방향에서 법원의 해석을 비판적으로 지지하거나 반박을 하는 것으로 보인다.

그 첫 번째 방향은 선의취득의 유추 적용의 대상을 부합(첨부)이 아니라 판결 사안의 경우 공사수급인 S와 도급인 P 사이의 ‘도급계약’에 맞춰 법원의 해석에 동조하거나 반대한다.⁴⁷⁾ 지지하는 견해는 공사도급계약에는 노무제공이라는 고용계약적 요소와 자재나 완성된 건물 등의 소유권 이전이라는 매매계약적 요소가 보통 혼재되므로 후자의 측면에 선의취득의 법리가 유추적용되는 것은 타당하다는 입장이다.⁴⁸⁾ 반대하는 견해는 판결 사

46) 재판의 결과론적 정당성은 확보된 것으로 보인다. 이병준, “소유권이 유보된 재료의 부합과 부당이득 삼각관계”, 「대법원판례해설」 81호, 2009년(하), 123면 참조.

47) 자세한 것은 이상훈, “선의취득 법리를 통한 부당이득법상 전득자 보호: DCFR과의 비교를 중심으로”, 「민사법학」 제78호, 2017, 392-394면 참조.

48) 이병준, “소유권이 유보된 재료의 부합과 부당이득 삼각관계”, 「대법원판례해설」 81호, 2009년(하), 122면 이하; 정태윤, “다수당사자 사이의 부당이득에 관한 최근의 판례의 검토”, 「민사법학」 제52호, 2010, 515면 이하.

안의 도급계약을 엄격하게 해석하여 동산소유권 이전에 관한 물권적 합의가 없음에도 선의취득 규정의 유추 적용은 지나치다는 입장이다.⁴⁹⁾ 아예 S와 P 사이의 유효한 도급계약이 W의 부당이득반환으로서 보상청구를 차단하는 법률상 원인이라는 입장도 있다.⁵⁰⁾ 이 주장은 대법원이 판결 사안에 대해서는 관철될 수 없는 원칙이라고 ① 문단에서 미리 밝혀 둔, 유효한 계약 내지 계약 연쇄의 경우 계약법이 비급부(내지 침해)부당이득에 우선한다는 원칙을 판결 사안의 경우에도 관철해야 한다는 의미로 읽힌다.

선의취득 법리의 유추적용이 갖는 기능이 옹호되기도 한다. 일반적인 부합사례에는 두 당사자만이 등장하나 대상판결의 경우 W와 P 사이에 S가 개입해 있고, W와 S, S와 P 사이에 각각 계약관계가 존재하므로 ‘소유권을 상실한 자에게 부합에 관한 부당이득반환청구권을 인정하는 제261조의 논리’와 ‘계약에 따른 위험부담을 부당이득반환의 방법으로 제3자에게 전가할 수 없다는 다수 당사자간 부당이득관계의 논리’가⁵¹⁾ 외견상 충돌하는 단면이 생긴다는 설명이다.⁵²⁾ “이러한 충돌을 조정”하기 위하여 대법원이 사용한 법적 장치가 선의취득 법리의 유추적용이라는 것이다.⁵³⁾ 이는 “양수”가 없으면 선의취득 ‘규정’이 직접 적용될 수 없다는 이유를 대지만,⁵⁴⁾ 법리가 유추적용되는 것과 규정이 유추적용되는 것에 차이가 없지 않는 한, 직접 적용이 아닌 유추적용을 하는 이유를 설명할 뿐, 법리이든 규정이든 왜 선의취득인지에 관해서는 침묵한다. 제261조의 논리와 이른바 전용물소권을

49) 박세민, “양도에 의한 선의취득과 선의취득자의 부당이득”, 「비교사법」 제18권 제4호, 2011, 1158면 이하.

50) 박영규, “제3자에 의한 부합과 부당이득 반환의무자”, 「서울법학」 제18권 제1호, 2010, 209면 이하, 228면 이하.

51) 후자를 이하 편의상 ‘전용물소권 논리’로 줄임.

52) 양창수·권영준, 민법 II: 권리의 변동과 규제[제2판], 566면.

53) 법원의 선의취득 법리의 유추는 도급계약의 내용 안에 매매적 요소가 있는지 또는 소유권 이전 의사(양수)가 있는지에 대한 착안이 아니라, 관건은 선의취득의 가능성이 있었는지이고, 실제 선의취득 요건인 양수가 있었는지는 아니라는 견해(이상훈, “선의취득 법리를 통한 부당이득법상 전득자 보호: DCFR과의 비교를 중심으로”, 「민사법학」 제78호, 393면)는 첫 번째 방향에 대한 비판이면서, 이어질 두 번째 방향의 중요 논거이기도 하다.

54) 양창수·권영준, 위 책, 566면 주 6).

불허하는 논리 사이의 외견상 (또는 실제) 충돌을 선의취득이 조정하는 문제를 살펴보면, 2009년 판결례에 따라 선의취득에서 이익보유 법리의 유추적용이 긍정되면 제261조의 (제741조를 경유한) 부당이득반환청구권이 배제되는바,⁵⁵⁾ 이 청구권을 급부관계에 있지 않은 제3자를 상대로 이익의 반환을 청구하는 전용물소권으로 보더라도 후자 역시 부정된다. 만일 선의취득 법리의 유추적용이 부정됨으로써 제261조의 (제741조를 경유한) 부당이득반환청구권이 인정되고, 결과적으로 급부관계의 우위를 이유로 전용물소권을 부정하는 판례의 원칙이 깨졌다 하더라도 부합 등 침부의 경우를 계약법 내지 급부부당이득의 우위(내지 침해부당이득의 보충성)가 관철되지 않는 예외 상황으로 파악하면⁵⁶⁾ 전용물소권(을 부정하는) 논리는 충돌 전에 소멸한다. 요컨대 전용물소권 논리는 부합 등 침부의 경우 제261조 부당이득반환청구권으로서 보상청구권의 인정 여부와 상관없이 존립할 수 없으므로 ‘외견상 충돌’은 존재하지 않는 가설이므로 이를 조정하기 위한 법적 장치가 선의취득 법리의 유추적용이라는 설명도 설득력이 반감된다.

두 번째 방향은 법원이 채택한 선의취득의 유추적용을 현실로 구현된 부합 또는 S와 P 사이에 계약과 이행에 대한 (유추)적용의 문제로 파악하지 않고, 부합은 기성 사실로 전제하지만, 선의취득이 부합 전에 가능했었다고 가정하여 양자를 비교한 후 차별하여 취급하는 것이 평가모순에 해당하면 양자를 동일하게 취급하여야 한다는 주장으로서 ‘가정적 선의취득’으로 명명하여 설명하기도 한다.⁵⁷⁾ 만일 P가 소유권이 유보된 동산을 (S로부터) 매수하여 제249조에 따른 선의취득의 요건을 갖췄다면 동산 소유자 W에 대하여 부당이득반환의무를 부담하지 않는데, 이와 달리 부합으로 동산소유권을 취득한 경우에는 부당이득을 긍정한다면, 바꿔 말해 소유권이 유보된 동산

55) 실제 2009년 판결의 파기환송 후 상고심에서 이렇게 판시하였다.

56) 독일에서의 논의를 소개하는 안춘수, “부당이득관계의 당사자확정의 구조 - 독일이론의 전개와 대법원 판례-”, 「법학연구」 제21권 제3호, 2011, 119-20면 참조.

57) 김형석, “양도담보 목적물 사이의 부합과 부당이득”, 「법학」 제60권 제3호, 2019, 127면 및 주 59)의 전거도 함께; 안병하, “부합과 부당이득”, 「법학연구」 제25권 제1호, 2015, 171-172면; 이상훈, “선의취득 법리를 통한 부당이득법상 전득자 보호: DCFR과의 비교를 중심으로”, 「민사법학」 제78호, 2017, 392-394면; 이승현, “부동산에의 부합과 부당이득”, 「부동산법학」 제21집 제2호, 2017, 91면 이하.

에 관하여 무권리자의 처분에 의한 선의취득이 성립한 경우와 부합에 관한 민법규정에 따라 동산이 이전된 경우를 달리 취급하면 심각한 평가모순에 빠진다는 견해이다.⁵⁸⁾ 이러한 ‘가정적 선의취득’은 S가 건축자재를 공사에 투입하기 전에 소유권이전(양도)의 합의를 해주었다고 가정할 때 P가 처한 법률상의 지위보다 더 불리한 위치에 놓여서는 안 된다는 일종의 이익형량 사고이다. 즉, 만일 P가 건축자재의 소유권을 선의취득하였다면 그는 자재 소유권자(W)의 침해부당이득 반환청구를 받지 않아도 됐을 것이고, 실제로는 부합으로 소유권을 취득한 경우에도 마찬가지로 취급되어야 한다는 것이 사고의 기본이다.⁵⁹⁾

세 번째 방향은 부합(침부)와 동산선의취득은 “거래 상황과 제도의 목적, 법제정 취지가 서로 다른 것”일 뿐만 아니라 무엇보다도 사실행위에 법률행위를 적용할 수 없음은 물론이고 유추적용도 할 수 없는 것이 법의 일반원칙이라는 견해도 있다.⁶⁰⁾ 사실 앞선 두 가지 방향에서의 비판적 지지나 반박도 사실행위로서 침부에 대한 선의취득의 유추 적용을 옹호하는 해석이나 이론은 아니다. 법원도 왜 선의취득 규정을 적용하지 못하고, 법률전문가조차 시간을 들여 겨우 이해할 만한 “선의취득에서의 이익보유에 관한 법리의 유추적용”이라는 법적 도구(juristische Instrumentarium)을 고안했을 까를 감안한다면 사실행위에 법률행위를 유추적용할 수 없다는 비판은 근본적이긴 하나, 표적이 움직이므로 파괴력은 미미할 수밖에 없을 것 같다.

(3) 대안적 이해

제안할 대안적 이해의 결론을 선회하면, 법원이 고안한 ‘선의취득에서의 이익보유에 관한 법리의 유추적용’은 제261조의 요건을 충족하여 발생한 침부에 따른 법률효과 상의 준용을 요건준용으로 선언하고, 제741조에 따라 일반 부당이득의 반환청구권 성립 여부의 제1 관건이라 할, 법률상 원인의

58) 김재형, 민법판례분석, 293-294면; 윤진수, 민법기본판례, 박영사, 2016, 182면.

59) Wiegand, in: Staudinger Kommentar zum BGB: Sachenrecht, Eigentum 2 [2017], § 951 Rn. 13.

60) 최근에 최윤석, “부합과 동산선의 취득 - 그 유추적용가능성에 관하여-”, 「토지법학」 제37권 제2호, 2021, 213-219면 참조.

유무 판단의 단계에서 고려할 것이 아니라, 제261조의 적용 여부의 단계에서 ‘선의취득의 적용 내지 유추적용’을 심사해야 한다는 것이다. 이러한 결론에 도달하기까지의 사고 과정과 이유는 다음과 같다. 우선 2009년 판결례에서 대법원도 제741조에 따른 부당이득반환청구권의 성립요건으로서 법률상 원인의 존부를 검토하는 단계이긴 하지만 “비록 그 자체가 직접 매수인으로부터 제3자에게 교부된 것은 아니지만 도급계약에 따른 이행에 의하여 제3자에게 제공된 것으로서 **거래에 의한 동산 양도와 유사한 실질을 가지므로**, 그 부합에 의한 보상청구에 대하여도 위에서 본 선의취득에서의 이익 보유에 관한 법리가 유추적용된다고 봄이 상당하다.”(강조는 인용자)고 판시하였다. 만일 도급계약이 제작물공급계약이라면 거래에 의한 동산양도와 “동일한 실질”을 가질 수도 있으며, 설령 순수 도급계약이어도 말 그대로 동산양도와 “유사한 실질”을 가지므로 선의취득의 (전자의 경우) 직접 또는 (후자의 경우) 유추적용을 왜 침부 여부에 관한 규범심사 이전에 수행하지 않았을까 하는 의문이 먼저 있었다.

침부 자체가 기성의 사실이면 침부로 인한 옛 물건에 대한 소유권의 소멸이나 새 물건에 대한 소유권의 원시취득이라는 법률효과도 이미 기성이다. 침부로 소유권을 취득한 자가 그 소유권을 다시 선의취득할 필요나 이유도 없지만, 규범논리로는 불가능하다. 이는 첫 번째 방향의 해석론이 설명해야 할 난문이다. 그렇다고 이미 실재하는 침부와 중복되어 모순을 일으키는 선의취득은 그저 가능성으로 가정하여 양자가 ‘같은 평가를 받아야 할 이익 상황의 동일성’ 정도의 의미로 ‘선의취득 법리의 유추’를 이해하는 (것으로 보이는) 두 번째 방향의 해석론도 다른 난문을 설명해야 한다. 선의취득과 침부는 동질(homogen)이라기 보다는 이질(heterogen)의 법제이기 때문이다. 둘은 특정 조건에서 —우리의 논의맥락에서 소유권을 양도(법률행위에 의한 물권변동)하거나 침부로 소멸(법률규정에 의한 물권변동)케 한 자에게 그럴 권한이 없음에 대하여 소유권을 취득한 자가 선의·무과실이라는 것 때문에— 이익 상황이 비슷하여 같은 취급을 받을 수 있는 제도가 아니다. 선의취득은 거래의 안전과 신속을 보장하기 위한 소유권취득의 법적 근거인 동시에 소유권에 할당된 이익을 보유할 법률상 원인이 되는 반면,

침부는 일물일권주의라는 물권법 기본질서의 유지를 위한 소유권취득의 법적 근거일 뿐이다.⁶¹⁾ 바꿔 말하면 전자가 동산소유권 등 동산물권 거래의 동적 안전(dynamische Sicherheit)을 보장하여 촉진한다면, 후자는 물권법 질서의 정적 안정(statische Stabilität)을 유지·보전하는 제도이다. 이 제도들을 통하여 소유권을 취득하였다는 결과적 보호 필요성 측면에서 보아 이들을 달리 취급하는 것이 평가모순이라는 이유로 소유권을 상실한 자의 부당이득 반환청구로부터 방어하려는 규범판단은 제261조 및 동조의 적용을 전제로 한 요건준용에 따른 제741조의 포섭 오류이다.

다른 한편 침부의 개념 본질적 요건은 어떤 물건에 타인의 물건이 붙거나 섞여야 하고, 타인의 노(동)력이 더해져야 한다는 사실이다. 자기 소유의 물건들끼리 사실상 부합 또는 혼화되거나 자기 물건을 스스로 가공하여 물건의 사실적 변경이 있더라도 일물일권주의는 온존하므로 물권법적 질서의 재배치는 필요 없으므로 아무 법적 문제가 발생하지 않는다. 즉, 옛 물건이 침부로 소멸하고 그에 대한 소유권과 제한물권을 상실하는 손해를 입은 타인이 필연적으로 존재하는 침부의 발생이 제261조가 적용되기 위한 요건이다. 따라서 소유자가 같은 물건들 사이의 사실상 침부 또는 소유자가 다르더라도 새 물건에 공유소유권으로 공존하게 되는 경우는 제261조의 적용범위 밖에 놓인다. 어떤 법조문의 적용과 배제를 판단하는, 즉 포섭(Subsumtion) 여부(Ob-Frage)에 대한 해석은 포섭된 사안에 그 법조문을 어떻게 적용하느냐(Wie-Frage)는 해석에 대해 언제나 선행하는 과제이다.

2009년 대법원판결에 뒤따라 나온 「대법원판례해설」에서 판결 사안에서는 침부(특히 부합)와 선의취득이 문제된다고 분명히 인식하지만,⁶²⁾ 후자를 검토하지 하지 않기로 한 이유는 원고(W)측에서 피고(P)가 부합규정을 통하여 소유권을 취득하였다고 주장하고 있고, 선의취득을 통하여 소유

61) 양창수·권영준, 민법 II: 권리의 변동과 구제[제2판], 285면: 부합 등 침부는 “법적 소유권뿐만 아니라 그 경제적 가치까지 온전하게 가져가는 선의취득과는 구별되어야 한다.”

62) 2009년 재판에서는 “선의취득규정과 부합규정 사이의 우열관계를 다뤄야 했다”는 지적(이진기, “부합과 양도담보권의 효력”, 「법조」 최신판례분석 제718호, 2016, 536면)도 같은 맥락일 것이다.

권을 취득했다고 주장하지 않기 때문이라고 한다.⁶³⁾ 원고의 이런 주장이 타당하다면서 “원고 측(면)에서 선의취득에 의한 소유권취득을 주장하게 되면 소유권뿐만 아니라 부당이득의 반환청구도 할 수 없기” 때문이라고 한다.⁶⁴⁾ 하지만 부합을 이유로 하는 원고의 부당이득의 반환청구를 차단하기 위하여 피고가 선의취득으로 항변하는 것이 순리 내지 수순이지 않을까에 생각이 미치면 —처분권주의와 변론주의가 지배하는 구체적 재판과 달리— 첨부 자체를 부정하는 시점(時點) 또는 단계에서 선의취득을 검토하지 않은 것은 의아하다.

이상에서 살펴본바, 첨부과 선의취득은 양립이 불가능한 내지 불필요한 법제이므로 제261조(“전5조”: 제256조-제260조)의 적용 여부를 심사하기 전에 선의취득의 직접 적용 또는 유추 적용을 먼저 심사하여 인정되면 동산소유권의 취득원인은 바로 선의취득이 되고 자기 소유의 물건들끼리 부합이나 혼화 또는 자기 소유 물건의 가공과 같은 ‘사실상 첨부’는 법적으로 유의미한 첨부가 아니어서 제261조의 적용이 배제된다. 이런 절차에 따르면 2009년 대법원이 첨부법(제261조)으로 들어가 부당이득반환청구권의 성립요건(제741조)을 검토하는 중 법률상 원인 없음을 심사할 때 “선의취득 법리의 유추적용”을 통해 법률상 원인 있는 첨부로 평가되면 부당이득반환청구권(제741조)의 실질을 가진 보상청구권(제261조)을 배제하는 지난한 우회경로의 입구에서 곧바로 첨부법에의 진입 자체를 사전에 차단할 수 있었을 것이다.

IV. 글을 나가며

이 글의 주요 내용을 번호를 붙여 요약하면 다음과 같다.

1. 첨부 제도는 소유자가 다른 물건들이 결합하거나(부합, 혼화) 어떤

63) 이병준, “소유권이 유보된 재료의 부합과 부당이득 삼각관계”, 「대법원판례해설」 81호, 2009년(하), 95면.

64) 이병준, 위의 글, 같은 면 주 6).

물건에 타인의 노(동)력이 가해져(가공) 생긴 물건(들)의 사실적 변경이 있고, 원상복구가 불가능한 내지 불리한 합성물, 혼화물 또는 가공물과 같은 단일물로서 새 물건에 대한 (단독 또는 공유) 소유권의 귀속 등에 관한 물권법적 승인과 침부로 생긴 새 물건의 단독소유자로 결정된 자와 소유했던 물건에 대한 소유권 등 물권이 소멸하는 손해를 입은 자 사이에 채권법적 이해조정이 규범적으로는 차례로, 현실적으로는 동시에 전개되는 사건이다.

2. 두 번째 단계인 소유권 귀속 등에 관한 물권법적 승인을 하는 법률규정(제256조 내지 제260조)은 훼손될 위험에 처한 ‘일물일권주의’라는 물권법 기본질서의 방어 내지 회복을 자기 목적으로 하므로 소유권의 소멸 또는 취득 자체에만 법적 근거를 제공할 뿐, 타인의 손실로 얻은 이익의 보유를 법적으로 정당화하지는 않는다. 따라서 이들 법률규정이 제741조에서 말하는 ‘법률상 원인’은 아니다.

3. 제261조는 침부로 손실을 받은 자가 부당이득 규정에 따라 보상을 청구할 수 있도록 규정하는데, 이를 요건준용으로 파악하는 통설은 제741조에 따라 부당이득반환청구권의 성립요건부터 검토하면서 특히 법률상 원인의 유무 심사도 거칠 것을 요구한다. 이때 대법원은 “선의취득에서의 이익 보유에 관한 법리의 유추적용”이라는 법적 장치를 고안하여 침부가 이 장치를 통해 법률상 원인이 있다고 평가되면 새 물건의 소유자는 옛 물건의 소유자에게 보상하지 않아도 된다.

4. 이 글에서는 이러한 법적 장치를 침부법, 특히 제261조의 적용 여부를 검토하는 단계에서 또는 제261조의 적용 전에 투입할 것을 제안하였는데, 가장 결정적인 이유는 침부와 선의취득은 양립이 불가능하거나 불필요한 이질적인 제도이기 때문이다. 무권리자로부터 제공된 동산소유권을 요건을 갖춰 선의취득하면 자기 소유의 물건이 되고 자기 소유의 물건들끼리 부합 등 사실상 침부가 발생해도 법적으로 유의미한 침부는 개념 본질상 없다. 반면 침부로 소유권을 취득한 자는 이미 자기 소유물을 새삼 선의취득할 필요도 없고, 규범논리로는 가능하지도 않다.

5. 어떤 법조문의 적용과 배제를 판단하는, 즉 포섭 여부(Ob-Frage)에

대한 해석은 포섭된 사안에 그 법조문을 어떻게 적용하느냐(Wie-Frage)는 해석에 대해 언제나 선결의 문제이다.

끝으로 이 글의 부제를 고쳐 써도 될 것 같다. 원래 부제(민법 제261조의 적용, 준용과 배제)는 제261조를 다루는 지금 대법원의 태도를 반영한 것이었다. 다음과 같이 고쳐 쓰면 이 글의 문제의식의 논리적 결과가 제대로 반영될 수 있을 것 같다. - 민법 제261조의 배제 또는 적용과 준용 -

첨부와 보상 - 민법 제261조의 적용, 준용과 배제 - - 김 규 완	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.03.01.	2022.03.10.	2022.03.24.

[참고문헌]

- 곽윤직(편집대표), 민법주해[V], 박영사, 1992.
 김용덕(편집대표), 주식민법 물권법(1), 제5판, 한국사법행정학회, 2020.
 곽윤직, 물권법[제7판], 박영사, 2002.
 곽윤직·김재형, 물권법[제8판], 박영사, 2015.
 권영준, 민법판례연구 I, 박영사, 2019.
 김기선, 한국물권법[전정판], 법문사, 1979.
 김재형, 민법판례분석, 박영사, 2015.
 김증한·김학동, 물권법[제9판], 박영사, 1997.
 김형배, 사무관리·부당이득, 박영사, 2003.
 명순구, 실록 대한민국 민법 2, 법문사, 2010.
 박준서(편집대표), 주식민법[제3판], 한국사법행정학회, 1999.
 송덕수, 물권법[제4판], 박영사, 2019.
 양창수·권영준, 민법 II: 권리의 변동과 구제[제2판], 박영사, 2015.
 윤진수, 민법기본판례, 박영사, 2016.
 이영준, 물권법[전정신판], 박영사, 2009.
 이은영, 물권법[제4판], 박영사, 2006.
 이진기, 물권법, 박영사, 2020.
- 김형석, “양도담보 목적물 사이의 부합과 부당이득”, 「법학」 제60권 제3호, 서울대 (2019), 103면 이하.
 박세민, “양도에 의한 선의취득과 선의취득자의 부당이득”, 비교사법 제18권 제4호, 한국 비교사법학회(2011), 1121면 이하.
 박영규, “제3자에 의한 부합과 부당이득 반환의무자”, 「서울법학」 제18권 제1호, 서울시립대(2010), 209면 이하.
 성중모, “첨부 관련 손해보상청구권의 非역사성 - 법전편찬 前 독일에서의 학설상황과 입법과정을 중심으로-”, 「법학논문집」 제34집 제2호, 중앙대(2010), 39면 이하.
 안병하, “부합과 부당이득”, 「법학연구」 제25권 제1호, 2015, 157면 이하.
 안춘수, “부당이득관계의 당사자확정의 구조 - 독일이론의 전개와 대법원 판례-”, 「법학연구」 제21권 제3호, 연세대(2011), 91면 이하.
 엄동섭, “민법상의 첨부제도(부합, 혼화, 가공)에 관하여”, 「민법학논총 제2」 후암 곽윤직 선생 고회기념논문집(1995), 134면 이하.
 이병준, “소유권이 유보된 재료의 부합과 부당이득 삼각관계”, 「대법원판례해설」 81호, 2009년(하), 89면 이하.
 이상훈, “선의취득법리를 통한 부당이득법상 전득자 보호: DCFR과의 비교를 중심으로, 「민사법학」 제78호, 한국민사법학회(2017), 369면 이하.
 이승현, “부동산에의 부합과 부당이득”, 「부동산법학」 제21집 제2호, 한국부동산법학회(2017), 91면 이하.
 이진기, “부합과 양도담보권의 효력”, 「법조」 최신판례분석 제718호, 법조협회(2016), 522면 이하.
 정병호, “첨부에 있어 소유권귀속에 관한 규정의 임의규정성 여부 - 독일에서의 논의를

참고하여”, 「법률행정논집」 제10권, 서울시립대(2003), 251면 이하.
 정태윤, “다수당사자 사이의 부당이득에 관한 최근의 판례의 검토”, 「민사법학」 제52호, 한국민사법학회(2010), 487면 이하.
 최윤석, “부합과 동산선의 취득 - 그 유추적용가능성에 관하여-”, 「토지법학」 제37권 제2호, 한국토지법학회(2021), 193면 이하.

Baur, Fritz/Stürner, Rolf, Sachenrecht, 18.Aufl., C.H. Beck 2009.
 Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.Aufl., Springer 1991.
 Möllers, Thomas M. J., Juristische Methodenlehre, C.H.Beck, 2017.
 Schulze, Reiner(Schriftleitung), BGB Handkommentar, 10.Aufl., Nomos, 2019.
 Stürner, Rolf(Hrsg.), Jauernig BGB Kommentar, 16.Aufl., C.H. Beck 2015.
 Wiegand, Wolfgang(Redaktor), J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 3, Sachenrecht, §§925-984, Eigentum 2 - Erwerb und Verlust des Eigentums), Sellier - de Gruyter Neubearbweitung 2017.
 Wolf, Manfred, Sachenrecht, 22.Aufl., C.H.Beck 2006.

我妻榮・有泉亨・清水誠・田山輝明, 我妻・有泉 コンメンタル民法(第5版)―總則・物權・債權一, 日本評論社, 2018.

【국문초록】

침부는 어떤 물건에 타인의 물건이 결합하는 것(부합, 혼화) 또는 타인의 노력이 가해지는 것(가공)을 말하며, 민법은 제256조부터 제261조에 걸쳐 여섯 개의 조문으로 침부에 관한 법제를 설계하였다. 침부 이전의 상태로의 원상복구는 허용되지 않으며, 하나의 새 물건(단일물로서 합성물, 혼화물, 가공물)에 대하여 소유자가 결정되고(제256조 내지 제260조), 옛 물건의 소유권은 소멸한다. 침부법의 마지막 법조인 제261조는 “침부로 인한 구상권”이라는 표제 아래 “전 5조의 경우에 손해를 받은 자는 부당이득에 관한 규정에 의하여 보상을 청구할 수 있다”고 규정한다. 대법원은 한 판결례(대법원 2009. 9. 24 선고 2009다15602 판결)에서 명시적으로는 처음으로 이 법문 중 법률효과에 있는 부당이득법에의 준용지시에 대한 유권해석을 내렸는데, “보상청구권이 인정되기 위해서는 제261조 자체의 요건뿐 아니라 부당이득 법리에 따른 판단에 의하여 부당이득의 요건이 모두 충족되어야 한다”고 판시하였다. 대법원의 이러한 해석을 준용형식의 관점에서 압축하면 효과준용이 아닌, 요건준용이다. 그러나 이는 제261조가 규정한 보상청구권이 그 실체가 없고 단지 부당이득반환청구권을 지시하는 다른 표현에 불과한 취급을 받는 결과로 된다. 또한 이러한 해석은 침부를 이유로 보상청구권을 인정하기 위하여 침부가 ‘법률상 원인 없’이 발생했는지부터 다시 검토해야 하는 결과 이 국면에서 서로 양립할 수 없거나 또는 한 사람이 하나의 물건에 대한 소유권을 두 번씩 취득할 필요는 없다는 이유에서 불필요한 선의취득의 법리를 침부라는 사실행위에 유추하여 적용할 수 있다는 불합리한 해석을 결과적으로 전개하였음을 비판하고, 제261조의 법률요건에 있는 선행하는 침부법에의 준용지시부터 재검토해야 한다는 해석대안을 제시한다.

【Zusammenfassung】

Akzession und Entschädigung

Dr. iur. Kim, Kyu Wan

(Professor, Korea University School of Law)

Wer auf eine in §§ 256–260 des koreanischen Bürgerlichen Gesetzbuches (folgend: kBGB) genannte Weise Schaden erleidet, kann gemäß § 261 die Entschädigung aufgrund von der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 741–749 kBGB) fordern. Dabei ist die Verweisung auf das Bereicherungsrecht entweder als eine Rechtsgrund- oder als eine Rechtsfolgenverweisung zu verstehen. Der koreanische Oberstgerichtshof (folgend: KOGH) hat sich durch ein Urteil im Jahre 2009 expressis verbis für die erstere entschieden (Urteil von 24. Sep. 2009, 2009 da 15602). Diese Auslegung hat zunächst zur Folge, dass der Anspruch auf Entschädigung nach § 261 nichts anderes ist als der Anspruch auf Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung. Dementsprechend sollte es zur Bejahung des Anspruchs erneut geprüft werden, ob sich die Akzession (im entschiedenen Falle die Verbindung) „ohne Rechtsgrund“ ergibt und ob ein gutgläubiger Eigentumserwerb gemäß § 249 kBGB eine analog Anwendung finden kann. Der Verfasser geht jedoch davon aus, dass gutgläubiger Eigentumserwerb und Eigentumserwerb wegen der Akzession nicht koexistent sein können, weil das Eigentum an einer Sache nicht zweimal zu erlangen ist. Von diesem einschneidenden Punkt her versucht diese Abhandlung, die Auslegungsmethode und

Denkweise des kOGHs zu kritisieren und zugleich eine alternative Deutung vorzuschlagen.

주제어(Keywords): 침부(Akzession), 부합(Verbindung), 보상(Entschädigung), 부당이득(ungerechtfertigte Bereicherung), 요건준용(Rechtsgrundverweisung), 효과준용(Rechtsfolgenverweisung), 선의취득(gutgläubiger Eigentumserwerb)

유류분의 헌법적 근거변화에 따른 유류분제도의 개선 방향*

방 효 석** · 신 영 호***

▶ 목 차 ◀

I. 서론	3. 헌법 제23조 제1항과 헌법 제36조 제1항의 관계
II. 현대사회와 유류분의 역할 변화	4. 유류분제도의 위헌 가능성
1. 유류분제도 도입 당시 유류분의 역할	IV. 유류분제도의 개선 방향
2. 현대사회와 유류분의 역할	1. 해석론
III. 유류분의 헌법적 근거	2. 입법론
1. 견해의 대립	V. 결론
2. 헌법재판소 결정	<부록>

I. 서론

유류분은 피상속인의 사망 당시의 재산 또는 피상속인의 생전의 재산이라는 한정된 재화를 효율적으로 배분해 사회경제적 효용을 향상시키는 중요한 상속법상 제도이다. 제도의 중요성에 비해 우리 민법에서 유류분을

* 이 글은 저자의 고려대학교 석사학위 논문인 ‘유류분 기능변화에 따른 유류분제도의 개선방안’을 상당부분 참고한 것이다.

* 부족한 저를 언제나 꼼꼼하고 열정적으로 지도해 주시는 신영호 지도교수님께 진심으로 감사드립니다. 이 글을 쓰는 과정에서 많은 도움을 주신 정구태 교수님과 부족한 글임에도 애정 어린 심사를 해 주신 익명의 심사위원님들께도 감사의 말씀을 드립니다.

** 법무법인(유한)우일 변호사, 고려대학교 일반대학원 법학과 박사수료.

*** 고려대학교 법학전문대학원 명예교수.

규율하는 조문은 7개에 불과하고 제도 시행 이후 40년이 넘는 기간 동안 단 한 번의 법 개정도 없었다. 이러한 문제점을 인식하고 학계에서는 유류분제도 개선을 위한 다양한 제안이 활발히 이루어지고 있는 상황이다.¹⁾

유류분제도는 필연적으로 피상속인의 재산처분의 자유를 제약하고 그만큼 상속인의 상속받을 권리는 보장된다. 유류분은 피상속인의 재산처분의 자유와 상속인의 상속받을 권리의 절충적 성격²⁾인 것이므로 결국 유류분제도 개선을 위한 여러 논의들은 피상속인의 권리와 상속인의 권리 사이 어딘가에 있는 가장 효율적인 절충점을 찾는 것이라고 할 것이다.

물론 그 절충점이 언제나 고정되어 있는 것은 아니다. 모든 제도는 시대상황을 반영하고, 시대의 변화에 따라 그 절충점의 위치가 달라질 수 있기 때문이다. 현대사회는 고령화 시대, 개인주의 시대이다. 현대사회의 변화를 고려할 때 절충점을 피상속인의 재산처분의 자유를 더 보호하는 쪽으로 이동시키는 것이 타당한데 현행 유류분제도의 법조문 또는 법조문 해석의 결과물인 판례가 여전히 상속인의 상속받을 권리에 치우쳐 있다면 그 절충점은 재조정되어야 할 것이다.

절충점을 찾기 위한 방향 설정을 하기 위해서는 유류분의 헌법적 근거가 어디에 있는지 살펴보는 작업이 선행되어야 한다. 법제도는 최상위 규범인 헌법에 근거하여 디자인되며 유류분도 그 예외는 아니기 때문이다. 만약

-
- 1) 정구태, “‘상속법 개정을 위한 전문가 설문조사’를 통해 살펴본 유류분제도의 개선방안”, 법학논총 <제26권 제3호>, 조선대학교 법학연구원, 2019년; 이동진, “유류분법의 개정방향”, 가족법연구 <제33권 제1호>, 한국가족법학회, 2019년; 김진우, “유산기부 활성화를 위한 입법 과제, -유류분 제도 및 공익법인의 지배구조에 대한 규제 완화를 중심으로-”, 외법논집 제43권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2019년; 서종희, “기부활성화를 위한 기부원금제 도입에 있어서의 한계 -민법상 유류분과의 관계를 중심으로-”, 외법논집 제43권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2019년; 현소혜, “유산기부 활성화를 위한 유류분 제도의 개선방안, -영국, 미국 사례로부터의 시사점을 포함하여-”, 외법논집 제43권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2019년; 이소은, “일본 개정 상속법의 내용과 시사점 -유류분을 중심으로-”, 가족법연구 제33권 제2호, 한국가족법학회, 2019년; 이보드레, “부양을 위한 상속제도로서의 유류분 再考 -자녀의 상속권에 관한 미국 법리의 시사점”, 가족법연구 제33권 제3호, 한국가족법학회, 2019년 등 참고.
 - 2) 김상용, “자녀의 유류분권과 배우자 상속분에 관한 입법론적 고찰”, 민사법학 <제36권>, 한국민사법학회, 2007년 5월, 672-673면.

유류분의 헌법적 근거가 가족제도의 확립에 있다면 예컨대 원물반환의 원칙과 같은 유류분제도의 핵심은 강력하게 보호되어야 할 것이다. 하지만 상속인의 재산권에서 유류분의 헌법적 근거를 찾을 수 있다면 예를 들어 가액반환도 탄력적으로 허용하는 등 현행 유류분제도의 경직성을 현재보다 완화하여도 괜찮을 것이다.

이 글의 목적은 현행 유류분제도가 유언 또는 증여를 통한 피상속인의 재산의 효율적 분배를 위해 제대로 된 기능을 하고 있는지, 만약 미흡한 부분이 있다면 유류분의 헌법적 근거에 비추어 유류분제도를 어떤 방향으로 개선 또는 디자인할지 그 방향에 대한 시사점을 구하는 것이다. 유류분의 헌법적 근거를 살펴보기 위해서는 제도의 도입 당시와 비교하여 유류분의 기능이 현재 어떻게 변화하고 있는지 알아보는 것이 필요하다. 이를 위해 유류분 도입 당시 유류분의 역할과 현대사회의 유류분의 역할이 변화가 있는지 알아보고(Ⅱ), 이를 바탕으로 유류분의 헌법적 근거를 살펴본 다음(Ⅲ), 유류분의 헌법적 근거에 따른 유류분 제도 개선의 방향을 해석론과 입법론을 통해 살펴보고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 현대사회와 유류분의 역할 변화

유류분 분쟁은 피상속인이 상속인에게 증여를 함으로써 발생한다. 증여를 하지 않았다면 법정상속분대로 분할하면 되므로 상속분쟁이 발생하지 않기 때문이다. 피상속인이 생전에 상속인에게 한 증여의 관점에서 보면 ‘피상속인이 생전에 특정 상속인에게 몰아서 증여를 하였더라도 다른 상속인들이 증여받은 재산을 되찾아 올 수 있는 최소한의 법적권리’라고 유류분을 정의할 수도 있을 것이다. 그런데 최근 서울중앙지방법원이 해외에 사는 며느리가 시어머니를 상대로 낸 유류분반환청구소송의 심리 과정에서 유류분 제도가 위헌인지 판단해 달라고 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하기도 하거나,³⁾ 유류분이 피상속인의 유언의 자유를 과도하게 제한하므로 유류분 제도가 유지될 필요가 있는지 의문을 제기하는 견해⁴⁾도 나타나는 등 요즈

음 유류분제도의 위헌 논란이 특히 뜨겁다. 유류분 제도의 위헌성이 근래 들어 급격히 부각되는 이유는 무엇일까? 여러 가지 이유가 있지만 필자가 생각하는 핵심적인 이유는 유류분 제도의 도입 당시의 사회 상황과 현재의 사회상황의 큰 변화이다.

1. 유류분제도 도입 당시 유류분의 역할

유류분제도는 1977년 민법 개정을 통해 우리나라에 도입되었다. 그런데 1970년대는 가족이 사회를 구성하는 최소단위로서 기능을 하였고, 상당수의 가정이 농경사회였다. 아버지와 어머니는 물론이고 할아버지, 할머니, 삼촌, 고모, 사촌이 모두 함께 사는 대가족이 많았고 모든 가족들이 논밭에 나가 농작물을 가꾸며 함께 가족의 재산을 일구었다는 이야기이다. 그래서 옛날에는 가족의 재산을 가산(家産)이라고 부르기도 하였다. 가산은 명의자인 가장(家長)에게 처분권이 있었지만 실질적으로는 가족 구성원 모두의 노력으로 형성된 경우가 대부분이었다. 따라서 가장의 재산에 대해 자녀 또한 그 지분을 주장할 명분이 분명히 있었다.

또한 유류분 도입 당시인 1970년대는 평균 수명이 지금보다 훨씬 짧았으므로⁵⁾ 가장인 아버지의 사망 당시 자녀들이 어린 경우도 많았을 것이다.

3) 매일경제신문 2020년 4월 7일자 기사에 따르면 피상속인의 며느리가 시어머니를 상대로 낸 유류분반환청구소송을 심리하던 서울중앙지방법원 민사27단독 재판부는 유류분 조항인 민법 제1112조와 제1114조가 위헌에 해당한다는 의견을 밝히며 2020년 1월 28일 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청했다고 한다. <https://www.mk.co.kr/news/culture/view/2020/04/361135/> (2022년 3월 25일 최종방문). 해외에 사는 며느리가 시어머니의 재산형성에 기여를 했을 것으로는 거의 생각되지 않는데, 단지 법정상속인이라는 이유만으로 유류분을 인정하는 것이 타당한지 의심이 든다는 것이 위헌법률심판 제청을 한 판사의 생각이었을 것이라고 짐작된다. 또한 법률신문 2021년 4월 19일자 기사에 따르면 서울중앙지방법원 민사22부에서 유류분 조항인 민법 제1112조의 위헌 여부를 가려 달라며 2020년 2월경 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청한 사실이 있는 등 헌법재판소에 계류된 유류분 관련 위헌법률심판사건과 헌법소원은 13건에 달한다고 한다. <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=169392> (2022년 3월 25일 최종방문).

4) 윤진수·한상훈·안성조 대표편집자, 「법학에서 위험한 생각들」, 법문사, 2018년, 234-237면(최준규 집필부분, “유류분 제도는 존속되어야 하는가?”) 참조.

그런데 아버지가 만약 ‘전재산을 내연녀에게 준다’는 유언을 남긴 경우, 자녀들의 생계가 곤란한 경우도 많았으므로 유류분제도의 신설을 통해 자녀들에게 최소한의 부양을 해 줄 필요가 있었고, 이러한 사회적 배경이 바탕이 되어 유류분제도가 우리나라에 도입된 것이다.⁶⁾

2. 현대사회와 유류분의 역할

하지만 유류분제도가 피상속인의 재산처분의 자유를 제약하는 부작용이 있는 것은 명백하고, ‘유류분제도 때문에 내 재산을 내가 주고 싶은 사람에게 줄 권리를 자유롭게 누릴 수 없다’는 것이 쉽게 납득이 가지 않는 것도 사실이다. 그럼에도 유류분제도 도입 당시에는 피상속인의 재산처분의 자유를 제약하는 부작용보다 상속인들을 보호하는 순기능이 더 강하게 작용한다고 그 당시 국회의원들이 판단해 유류분제도를 도입하였다.⁷⁾ 그러나 현재에도 유류분제도의 순기능이 부작용보다 더 큰지는 곰곰이 생각해 볼 필요가 있다.

대가족 사회이며 농경사회였던 유류분제도 도입 당시에는 가산 형성을 위해 전 가족이 노동력을 투입했던 경우가 많았던 것이 사실이지만 현재는 핵가족화가 진행되며 가족의 연대기능이 매우 약화되고 있다. 아버지가 평생에 걸쳐 모은 재산은 대개 아버지의 노력으로 형성된 것이지 자녀가 기여한 경우는 많지 않다는 것이다. 또한 피상속인의 사망 연령이 높아지고⁸⁾ 그

5) 통계청이 2015년 8월 10일 발표한 ‘통계로 본 대한민국 광복 70년’ 자료에 따르면 1970년대 한국인의 기대수명은 61.9세에 불과하였다.

뉴시스, 2015년 8월 10일 자 기사 참조, https://newsis.com/view/?id=NISX20150810_0010215776, (2022년 3월 25일 최종방문).

6) 국회는 ‘유언절대자유 원칙에 따른 피상속인의 무분별한 유증으로 부양가족의 생활을 곤란하게 할 위험이 있는 점’을 유류분제도의 신설이유로 들고 있다. 국회 법제사법위원회 1977년 12월 16일 심사보고서 중 민법중개정법률안(대안) 26면 참조. <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=008608> (2022년 3월 25일 최종방문).

7) 국회는 상속재산이라면 최소한 그 일부라도 상속인에게 이전되는 것이 사회통념상 타당함에도 불구하고 피상속인의 유언의 자유 남용으로 인해 상속인이 상속재산을 받지 못한 결과 상속인의 부양이 위협받게 되는 사회문제가 발생하고 있으므로 이를 해결하기 위해 유류분제도가 필요했다는 논리를 펴고 있는 것으로 보인다.

8) 통계청 작성 2019년 생명표 보도자료에 따르면 우리나라 남자의 기대수명은 80.3년이

에 따라 상속인들이 상속을 받는 나이도 늘어나게 되었다. 따라서 피상속인의 사망 시점에 이미 상속인들은 스스로 경제적 능력을 갖추고 있는 경우가 많고, 피상속인의 재산 형성에 자녀가 기여한 경우도 많지 않은데⁹⁾ 피상속인 재산처분의 자유를 유류분이라는 제도를 통해서 제약할 필요성 또는 당위성이 있느냐는 것이 유류분 위헌 논쟁의 핵심인 것이다.

하지만 상속인들이 상속을 받는 나이가 늘어나므로 상속인 부양의 필요성이 약화된다는 명제가 반드시 참은 아니다. 우리나라의 경우 오히려 상속개시 당시 상속인이 고령이 되어 버린 결과 퇴직을 앞두고 있는 경우도 많고, 상속개시 당시까지 모은 돈은 상속인의 자녀에 대한 교육비, 결혼비용 등으로 써버려 현실적으로 상속개시 당시 상속인에게 노후 대비를 위한 충분한 재산이 남아 있지 않은 경우도 많다. 한국보건사회연구원이 발표한 2020년 빈곤통계연보에 따르면 2019년 시장소득 기준 노인빈곤율은 59.8%에 이른다고 한다.¹⁰⁾

생각건대 위와 같은 현실 하에서 우리나라에서 유류분의 상속인 부양기능이 필요없다고 성급히 단정하는 것은 시기상조일 수 있다. 우리나라의 부의 불평등 문제는 어제오늘의 일이 아니다. 통계청 발표 2021년 1/4분기 가계동향조사 결과 보도자료에 따르면 소득 1분위 가구의 월평균 소득은 91만원에 불과한 반면 소득 5분위 가구의 월평균 소득은 971만 4,000원으로 그 격차는 무려 10.67배에 달하였다.¹¹⁾ 그렇다면 경제적 자립도가 충분하여 유류분을 받지 않아도 되는 상속인과 노후를 위해 유류분이 꼭 필요한 상속인은 다르게 취급해 후자에게 더 많은 상속재산이 분배되도록 하는 것이 노인 부양문제 개선을 위해 타당할 것이다.

고, 여자의 기대수명은 86.3 년이라고 한다. http://kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/1/6/9/index.board?bmode=read&aSeq=386324 (2022년 3월 5일 최종방문).

9) 자녀가 피상속인의 재산형성에 기여한 경우는 유류분제도가 아닌 기여분 제도를 통해서 문제 해결을 시도해야 할 것이다.

10) 한국보건사회연구원 소득보장정책연구실, 「2020년 빈곤통계연보」, 한국보건사회연구원, 2020년, 9면 참조.

11) 2021년 1/4분기 가계동향조사 결과 보도자료 참조. https://kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/1/4/3/index.board (2022년 3월 5일 최종방문).

Ⅲ. 유류분의 헌법적 근거

주목할만한 점은 유류분 입법당시 국회에서도 유류분제도의 위헌성을 지적하는 논의가 있었다는 것이다. 그 논의는 ‘유류분이 피상속인의 재산처분 자유를 심각하게 제한하는 점’을 주된 근거로 하고 있다.¹²⁾ 이러한 위헌 논의에도 불구하고 유류분 입법이 될 수 있었던 이유는 피상속인 재산처분의 자유 제한을 감수하는 것이 정당화될만큼 유류분이 그 당시 상속인 부양 문제 해결을 위해 충실히 그 기능을 수행했기 때문일 것이다.

그러나 고령화 시대의 도래, 가산 개념의 희석, 개인주의 강화 등 시대 변화의 흐름에 우리나라도 예외는 아니다. 그럼에도 불구하고 우리나라에서 유류분의 지위는 상당히 굳건하다. 피상속인의 재산이 효율적으로 분배되어야 함에도 불구하고 여전히 형제자매에게까지 유류분이 인정되기도 한다. 특히 가업승계의 경우 유류분은 심각한 문제를 일으킨다. 결국 어떤 형태로든 우리나라의 유류분은 현대사회의 변화에 맞게끔 제도 개선이 되어야 한다.

변화의 방향은 크게 ‘유류분 제도를 강화하는 형태’와 ‘유류분 제도를 탄력적으로 운영하는 형태’로 나눌 수 있다. 이 중 어느 방향을 따를지 알아보기 위해서는 유류분의 헌법적 근거를 어디서 찾을지 살펴보아야 한다. 유류분의 헌법적 근거를 가족제도를 보장하고 있는 헌법 제36조 제1항에서 찾을 수 있다면 유류분이 강하게 보장되어야 하지만 헌법 제23조 제1항의 재산권에서 찾을 수 있다면 유류분에 대해 상대적으로 강한 제한이 가능할 것이다.

12) 당시 법제사법위원회 김명운 위원은 유류분제도가 개인의 사유재산의 처분을 억제하는 조항으로 헌법에 위반되는 조항일 가능성이 있으므로 졸속심사를 해서는 안된다고 주장하였다. 제9대 국회 제98회 제28차 법제사법위원회회의록 제8면 참조, <http://likms.assembly.go.kr/record/mhs-10-030.do?conferNum=007360#none> (2022년 3월 25일 최종방문).

1. 견해의 대립

(1) 제1설

유류분 도입 당시 피상속인은 호주의 지위를 바탕으로 가족을 통솔하였고, 우리나라의 전통적인 효 사상의 바탕 하에서 상속인들은 피상속인의 명령을 거역하기 힘들었다. 즉 과거 전통사회에서는 가족공동체의 의식이 강했고 가족이 사회구성의 최소단위로서 기능하였다. 하지만 유류분제도 도입 당시와 비교해 현대사회는 많은 변화를 겪고 있다. 부모와 자녀가 독립된 세대를 이루어 생활하는 경우가 일반화되며 가족공동체 의식도 상당부분 약화되었고, 가산의 개념도 희석 내지 사실상 상실된 경우가 대부분이다. 이러한 현대사회의 변화로 인해 가족의 연대의식 해소는 막을 수 없는 시대적 흐름이라는 이유로 유류분의 가족공동체 유지기능은 사실상 상실되었다고 주장하는 견해가 있다.¹³⁾ 생각건대 이 견해에 따르면 유류분의 헌법적 근거를 가족제도를 보장하고 있는 헌법 제36조 제1항에서 찾을 수는 없을 것이고, 재산권을 보장하고 있는 헌법 제23조 제1항에서 유류분의 헌법적 근거를 찾는 것은 가능할 것이다.

(2) 제2설

과거 유류분은 최소한의 가산 보존을 가능하게 함으로써 가족공동체 기능을 유지하는데 일조하였다. 이러한 시대분위기 하에서 가족은 피상속인의 통솔 하에 생산공동체로서 기능하였던 것이 사실이다. 하지만 현대사회에서 피상속인 재산형성에 상속인이 기여한 경우는 드물다. 따라서 피상속인이 상속재산을 다음 세대에게 넘겨줄 당위성을 도출하기는 힘들어졌으므로 유류분을 폐지할 정도는 아니지만 유류분의 가족공동체 유지기능이 과거에 비해 약화되었다는 견해도 있다.¹⁴⁾ 생각건대 이 견해에 따르면 유류분

13) 이 견해는 가족의 연대의식이 해소된 마당에 친족이라는 이유만으로 후견인의 의사와 무관하게 법정후견인 및 친족회원이 되는 것이 부당하므로 2011년 민법개정을 통해 법정후견인 및 친족회 제도가 폐지되었다고 한다(박세민, “유류분제도의 현대적 의의”, 일감법학 제33호, 건국대학교 법학연구소, 2016년 111-112면 참조).

의 헌법적 근거를 아직까지는 가족제도를 보장하고 있는 헌법 제36조 제1항에서 찾을 수도 있을 것이나 시대변화가 가속화되면 미래에는 헌법 제36조 제1항으로부터 유류분의 정당성을 찾기는 힘들어질 것이다.

(3) 제3설

유류분의 정당화 근거는 단순히 가산이라는 물질에서만 찾을 수 있는 것은 아니고 정신적인 유대관계 및 가족적 연대 그 자체에서도 그 근거를 찾을 수 있는 점¹⁵⁾, 유류분권리자는 피상속인과 긴밀한 유대관계에 있었던 경우가 많은 점, 그렇다면 설령 상속인이 피상속인 재산형성에 기여한 바가 없더라도 피상속인과의 유대관계가 존재한다는 것만으로 유류분을 받을 권리가 있는 점 등을 근거로 유류분의 가족공동체 유지기능이 현대사회에서도 정당화될 수 있다는 견해도 있다.¹⁶⁾ 생각건대 이 견해에 따르면 유류분의 헌법적 근거를 가족제도를 보장하고 있는 헌법 제36조 제1항에서 찾을 수 있고¹⁷⁾, 재산권을 보장하고 있는 헌법 제23조 제1항에서 찾기는 힘들 것이다.

(4) 소결

국회는 ‘상속재산의 성격상 당연한 점’을 유류분의 성립 근거로 들고 있는데, 이는 가산의 개념을 전제로 하여야 이해가 가능한 것이다. 따라서 유류분제도의 도입근거가 가족제도를 보장하는 헌법 제36조 제1항이라고 주

14) 김수정, “유류분제도의 헌법적 근거와 법정채적 논의: 독일 연방헌법재판소 결정을 계기로 하여”, 가족법연구 제20권 제2호, 한국가족법학회, 2006년, 172면 참조.

15) 가족이라는 사실 그 자체만으로 상속재산을 받을 심리적 기대를 가지고 있고, 그 심리적 기대가 가족을 유지시키는 기능을 하고 있다는 견해도 같은 취지이다(소재선·양승욱, “유류분제도의 새로운 방향성 모색과 북한의 유류분”, 부산대학교 법학연구 제53권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2012년, 148면 참조).

16) 정구태, “유류분제도의 존재이유에 대한 현대적 조명 -유류분제도 비판론에 대한 비판적 검토-”, 법학논총 제33권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2009년, 721면 참조.

17) 윤진수, “상속제도의 헌법적 근거”, 「헌법논총」 10집, 헌법재판소, 1999년, 199-200면 참조. 윤진수 편집대표, 「주해상속법」 제2권, 박영사, 2019년, 915면(최준규 집필 부분) 역시 유류분의 헌법적 근거로 헌법 제36조 제1항을 들고 있다.

장하는 제3설은 일견 설득력 있게 들린다. 유류분제도의 도입 당시에는 가산(家産)을 처분한 다는 것은 쉽게 상상하기 힘들었을 것이므로 재산처분의 자유와 유류분을 연계시켜서 생각하기는 힘들었을 것이고 그 논리의 연장에서 유류분을 재산권 조항인 헌법 제23조 제1항과 결부지어 생각하기는 쉽지 않았을 것이기 때문이다.

그러나 현대사회는 급변하고 있다. 현대사회에서는 가족이 더 이상 생산공동체가 아니므로 피상속인의 재산이 곧 가족의 재산이라는 개념이 성립되기는 힘들다. 또한 가산이 유지되려면 피상속인 재산이 상속인에게 원물의 형태로 상속되어 그대로 다음 상속인에게 전해지는 형태가 되어야 할 것이다. 하지만 현대사회에서 상속인들은 가산을 보전하기 위하여 유류분청구를 한다기보다는 효율적으로 피상속인의 재산을 물려받아 부동산, 주식, 채권 등 다양한 형태로 분산배치하여 재테크를 잘 하려는 생각을 강하게 가지며 유류분청구를 하는 경우가 많다. 현대사회에서 유류분을 청구하는 상속인들이 재산권을 행사한다고 보는 것이 현실적이지 가족제도의 유지를 목적으로 유류분을 행사한다고 주장하는 것이 오히려 어색한 이유이다. 그렇다면 유류분 제도가 만들어질 당시의 헌법적 근거가 헌법 제36조 제1항이라는 제3설이 설득력이 있다고 하더라도 현대사회의 변화에 발맞추어 유류분의 헌법적 근거가 헌법 제23조 제1항의 재산권으로 변하고 있다고 생각해 보는 것 역시 가능하지 않을까? 유류분제도 도입 당시와 현재를 비교해 볼 때 유류분제도에 대한 헌법 제36조 제1항의 규범력이 약화된 반면 헌법 제23조 제1항이 보장하는 재산권적 성격이 강화된 것은 부인하기 힘든 사실이 기 때문이다.

현실적으로 유류분반환소송이 일어나는 경우를 옆에서 지켜보면 원고가 반드시 피상속인의 재산 그 자체를 반환받아야겠다고 생각하는 경우는 별로 없어 보였다. 물론 고배당이 예상되는 회사 주식의 경우 원물로 반드시 받아야 한다고 주장하는 경우는 있었으나 결국 이것도 따지고 보면 미래에 그 주식이 벌어들일 돈이 많기 때문에 원물을 원하는 경우였다. 즉 상속인들이 유류분반환청구를 하는 경우를 관찰해 보면 피상속인이 특정상속인에게 증여한 원물 그 자체를 찾아오는데 목적이 있다기 보다는 그 원물이

가지는 가치에 관심을 가지는 경우가 대다수였다. 이런 측면에서 본다면 유류분은 가족제도의 유지를 위한 제도라기보다는 상속인의 재산권의 일종이라고 보는 것이 더 현실적이다.

실제로 상속인이 유류분을 취득함으로써 가족기능이 유지되는 경우보다는 오히려 유류분반환소송으로 인해 가족의 연대기능이 악화 내지는 심지어 파탄나는 경우도 많다. 그렇다면 현대사회에서 유류분의 헌법적 근거를 헌법 제36조 제1항에서 전혀 찾을 수 없다고 말하는 것이 시기상조일 수는 있어도 개인주의의 발달, 가산 개념의 희석 등 현대사회의 변화 및 경제력을 중시하는 사회현실을 감안할 때 적어도 유류분의 헌법적 근거는 재산권을 보장하는 헌법 제23조 제1항에서도 찾을 수 있다고 보는 것이 타당하다. 유류분의 헌법적 근거가 헌법 제36조 제1항에서 헌법 제23조 제1항으로 이동 중이라고 표현할 수도 있다.

헌법은 국가를 지탱하는 최상위 규범이다. 한쪽 당사자의 권리를 보호하는 것이 다른 한 쪽의 권리를 제약한다면 헌법에 근거를 가지고 있는 권리가 단지 법률에 근거를 가지고 있는 권리보다 강하게 보호되어야 할 것이다. 하지만 만약 두 권리가 모두 헌법적 근거를 가지고 있다면 보호가치가 더 큰 권리가 더 강하게 보장되어야 한다. 이 경우 다른 권리는 헌법 제37조 제2항 후단의 취지에 따라 권리의 핵심을 침해하지 않는 범위 내에서 제한이 불가피하다.

유류분은 피상속인의 재산처분의 자유를 제한한다. 그럼에도 불구하고 아직까지 우리나라에서 유류분이 위헌이라고 명시적으로 주장하는 견해는 찾아보기 힘들다.¹⁸⁾ 오히려 유류분제도는 피상속인에 의한 재산처분 자유와 상속재산의 공평한 분배라는 상반되는 요구의 타협 및 조정의 산물이라는 견해,¹⁹⁾ 유류분제도는 유언자유 원칙과 법정상속제도의 절충안이라는 견해²⁰⁾ 등 유류분제도의 당위성을 긍정하는 견해가 다수이다. 하지만 현대

18) 유류분이 위헌소지가 있다고 주장하는 견해로는 변동열, “유류분제도”, 민사판례연구 제25권, 민사판례연구회, 2003년, 802면 참조.

19) 박병호, 「가족법」, 한국방송통신대학교 출판부, 1991년, 470면 참조.

20) 김상용, 앞의 글, 672-673면 참조.

사회에서 피상속인의 재산형성에 상속인이 기여하는 경우가 적고, 가산 개념도 희석되고 있다면 유류분제도 도입 당시와 비교하여 피상속인의 재산 처분 자유의 보호 정도는 확장되는 것이 타당하다. 자신이 형성한 재산을 자신이 주고 싶어하는 사람에게 줄 자유는 재산처분의 자유의 원초적인 내용이다. 피상속인이 수증인에게 증여시 원물에 그 의미를 부여하는 경우도 많다. 가업의 승계인에게 주식을 증여하는 경우, 결혼당시 받은 예물을 증여하는 경우, 선산을 증여하는 경우를 예로 들 수 있다. 그럼에도 불구하고 유류분반환청구시 원물반환의 원칙을 고수한다면 굳이 특정 수증인에게 원물을 증여해 준 피상속인의 의사는 그 훼손을 피할 수 없다. 만약 가액반환을 통해서도 유류분권리자의 유류분권의 본질이 훼손되지 않는다면 굳이 피상속인의 재산처분의 자유를 희생하면서까지 원물반환을 고집할 필요는 없을 것이다. 유류분의 헌법적 근거가 헌법 제23조 제1항의 재산권이라면 해석론 및 입법론을 통해 유류분반환청구시 가액반환의 원칙으로의 변화를 시도해 볼 수도 있을 것이다.

2. 헌법재판소 결정

유류분으로 인해 피상속인의 재산처분의 자유는 제한되고 그만큼 상속인의 상속권은 보호된다. 하지만 시대는 변했고 유류분의 역할도 변화하는 중이다. 이제는 피상속인과 상속인의 권리를 조화롭게 보호하는 지점을 재설정하는 것이 필요하다. 앞서 설명한 것처럼 피상속인과 상속인의 권리 중 어느 것을 더 보호해야 할지 결정하기 위해서는 각 권리의 헌법적 근거를 살펴보는 것이 중요하다. 헌법재판소 결정을 살펴본다.

피상속인의 권리는 헌법재판소 결정을 찾을 수 있었다. 헌법재판소 결정에 따르면 피상속인 재산처분의 자유는 재산권을 보장하는 헌법 제23조 제1항에서 근거를 찾을 수 있었다.²¹⁾

21) 헌법재판소는 ‘헌법 제23조 제1항의 재산권보장에 의해 보호되는 재산권은 사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리’라고 판시하고 있다(헌법재판소 1996. 8. 29. 선고 95헌바36결정).

이에 반해 유류분의 헌법적 근거에 관해서는 명시적인 헌법재판소 결정을 찾을 수 없었다. 하지만 유류분반환청구권의 소멸시효 기간을 ‘반환하여야 할 증여를 한 사실을 안 때로부터 1년’으로 정한 민법 제1117조 전문이 유류분권리자의 재산권을 침해하는지에 대한 헌법소원을 한 사안에서 유류분의 소멸시효 규정이 유류분권리자의 재산권을 침해하지 아니하므로 헌법에 위반되지 않는다고 결정한 아래의 사례가 있다.

상속권은 재산권의 일종으로, 그 제도나 내용은 원칙적으로 입법자가 입법형성의 자유에 따라 정책적으로 결정할 사항이고, 일정한 권리의 행사기간을 제척기간으로 할 것인지, 소멸시효로 할 것인지, 나아가 행사기간의 기산점과 그 기간을 어느 정도로 할 것인지의 문제도 진정한 상속인이 갖는 이익과 상속관계의 불안정한 법률상태를 제거함으로써 거래 안전을 도모하고자 하는 이익을 어떻게 조화시킬 것인가의 문제로서 이 또한 입법자의 재량사항에 속한다.

유류분 반환청구는 피상속인이 생전에 한 유효한 증여라도 그 효력을 잃게 하는 것이어서 권리관계의 조속한 안정과 거래안전을 도모할 필요가 있으므로 이 사건 법률조항이 1년의 단기소멸시효를 정한 것은 이러한 필요에 따른 것으로 입법목적의 정당성이 인정된다.

다만, 위와 같은 유류분반환청구권의 행사기간 자체가 지나치게 단기간이거나 기산점을 불합리하게 책정하여 그 권리행사를 현저히 곤란하게 하거나 사실상 불가능하게 한다면 그것은 권리의 본질을 침해하는 것이 되어 허용할 수 없을 것이나, 이 사건 법률조항은 ‘상속의 개시와 반환하여야 할 증여를 한 사실을 안 때로부터 1년’이라고 행사기간을 규정하고 있고, 앞서 본 바와 같이 ‘상속의 개시와 반환하여야 할 증여를 한 사실을 안 때’는 유류분 권리자가 상속이 개시되었다는 사실과 증여가 있었다는 사실 및 그것이 반환하여야 할 것임을 안 때라고 보고 있으므로, 그 기산점이 불합리하게 책정되었다고 할 수 없다.

또한 유류분 반환청구는 반드시 재판상 행사해야 하는 것이 아니라 재판 외의 의사표시라도 증여 또는 유증을 받은 자를 상대로 침해를 받은 유증 또는 증여행위를 지정하여 그 반환을 구하는 것으로 족하고, 그 목적물

을 구체적으로 특정하여야 하는 것도 아니어서 행사의 방법 또한 용이하다.

따라서, 비록 1년이라 하더라도 이는 유류분 권리자가 자신의 유류분 반환청구권을 행사하기에 충분한 기간이라 할 것이므로, 이는 입법목적 달성을 위한 수단의 적정성, 피해의 최소성 및 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 기본권 사이의 균형성을 모두 갖추고 있다 할 것이다.

결국, 이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항에서 정하는 기본권 제한의 한계 내지 정당한 입법권의 행사로서 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하므로, 유류분권리자의 재산권을 침해하지 아니한다.²²⁾

위 결정의 첫 문단을 보면 상속권은 재산권의 일종이라고 판시하고 있다. 따라서 유류분을 상속권의 일종으로 본다면 유류분의 헌법적 근거를 헌법 제23조 제1항에서 찾을 수 있다고 판시하고 있는 것으로 볼 수도 있을 것이다. 또한 위 결정의 마지막 문단을 보면 유류분권리자의 재산권을 ‘침해’하지 않는다고 판시하였다. 즉 헌법재판소는 위 결정에서 재산권의 ‘침해’ 여부를 판단한 것인데, 이는 유류분의 헌법적 근거가 헌법 제23조 제1항임을 간접적으로 드러낸 것이라고 생각한다.

이는 동일한 결정에서 민법 제1117조가 유류분권리자의 재판청구권 및 행복추구권을 침해하는지 판단한 부분에서도 드러난다.

재판청구권 관련해 헌법재판소는

청구인들은 이 사건 법률조항이 헌법 제27조 제1항에 의하여 보장되는 재판청구권을 침해한다고 주장하나, 소멸시효 제도는 권리불행사의 상태가 계속되면 그 자의 권리를 소멸시키는 것에 불과할 뿐, 제소기간이나 출소기간과 달리 법률에 의한 재판과 법관에 의한 재판을 주요 내용으로 하는 헌법상 재판청구권과는 직접 관련되는 것이 아니고, 재판청구 자체에 대하여 아무런 제한을 가하는 것이 아니므로, 이 부분 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

22) 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2009헌바20결정 중 발췌.

행복추구권 관련해 헌법재판소는

청구인들은 또한, 이 사건 법률조항이 상속재산에 대한 자기결정권을 제한하여 행복추구권을 침해한다고 주장하나, 헌법 제10조 전문의 행복추구권은 다른 개별적 기본권이 적용되지 않는 경우에 한하여 보충적으로 적용되는 기본권이어서, 재산권침해 여부를 판단하는 이 사건에 있어서는 행복추구권의 침해여부를 독자적으로 판단할 필요가 없다.

라고 판단하였다.

즉 헌법재판소는 유류분권리자의 재판청구권과 행복추구권은 이 사건과 아예 관련없는 기본권이므로 그 ‘침해’ 여부를 판단조차 하지 않았다. 마찬가지로 유류분이 재산권의 영역에서 보호되는 것이 아니라면 재산권의 침해 여부를 아예 판단조차 하지 않았을 것인데, 헌법재판소는 재산권 침해의 ‘당부’를 가려 판단한 것이다. 이 점에서도 위 헌법재판소 결정은 상속인의 재산권을 보장하는 헌법 제23조 제1항에서 유류분의 헌법적 근거를 구할 수 있다는 것을 간접적으로 드러냈다고 볼 수 있다.

3. 헌법 제23조 제1항과 헌법 제36조 제1항의 관계

헌법 제23조 제1항에서도 유류분의 헌법적 근거를 찾을 수 있다면 입법자는 이제 광범위한 입법형성의 자유를 가진다. 헌법 제23조 제1항은 재산권을 제한하는 규정이 아니라 재산권을 형성하는 법률유보 규정이기 때문이다.²³⁾

즉 입법자는 이제 유류분권리자의 범위를 어디까지 조정할 것인지, 유

23) 헌법재판소는 헌법 제23조 제1항 후문의 ‘재산권의 내용과 한계는 법률로 정한다’라는 규정의 해석과 관련하여 ‘우리 헌법상의 재산권에 대한 규정은 다른 기본권 규정과는 달리 그 내용과 한계가 법률에 의해 구체적으로 형성되는 기본권형성적 법률유보의 형태를 띠고 있다. 그리하여 헌법이 보장하는 재산권의 내용과 한계는 국회에서 제정되는 형식적 의미의 법률에 의하여 정해지므로 이 헌법상의 재산권 보장은 재산권형성적 법률유보에 의하여 실현되고 구체화된다. 따라서 재산권의 구체적 모습은 재산권이 내용과 한계를 정하는 법률에 의해서 형성된다. 물론 헌법이 보장하는 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률은 재산권을 제한한다는 의미가 아니라 재산권을 형성한다는 의미를 갖는다’라고 판시한 바 있다(헌법재판소 1993. 7. 29. 선고 92헌바20결정 참조).

류분비율을 어느 정도까지 인정할 것인지, 유류분반환시 가액반환을 원칙으로 할 것인지, 유류분을 사전포기할 수 있을지 등 유류분을 구성하는 조항들을 입법형성할 자유를 가지게 된다.

하지만 헌법 제36조 제1항도 여전히 유류분의 헌법적 근거라면 두 조항과의 관계를 설정해야 한다. 헌법 제36조 제1항에서 유류분의 근거를 더 강하게 찾을 수 있다면 재산권보다는 가족제도 보호의 가치가 큰 것이므로 유류분권리자의 범위는 유지 내지 확대될 수도 있고 유류분비율 또한 함부로 축소시킬 수 없다. 만약 헌법 제23조 제1항에서 유류분의 근거를 더 강하게 찾을 수 있다면 역시 헌법 제23조 제1항에서 근거를 찾을 수 있는 피상속인의 재산처분의 자유와 상속인이 유류분을 받을 권리의 비교형량을 거쳐 둘 중 누구의 권리를 더 보호해야 할 것인지 결정해야 할 것이다.

생각건대 현대사회 변화 추세를 감안할 때 가족관계가 강화 내지 유지될 가능성보다는 더욱 분화되어 개인주의 사회가 될 가능성이 크다. 그렇다면 유류분의 헌법적 근거는 점점 더 이상 헌법 제36조 제1항에서 찾기 어려워질 수도 있고 미래에 유류분의 도입 당시의 기능이 약화를 넘어 붕괴되는 시대가 온다면 유류분의 헌법적 근거를 더 이상 헌법 제36조 제1항에서 찾기는 힘들고 헌법 제23조 제1항에서만 찾는 것이 타당하게 될 가능성도 배제할 수 없다. 그렇게 된다면 피상속인의 재산처분의 자유와 상속인의 유류분 중 어느 것이 더 보호가치가 있는지의 문제는 현대사회에서는 더 이상 피상속인의 재산권과 가족제도 보장 중 어느 것이 우월한가의 문제가 아니고 단지 피상속인의 재산권과 상속인의 재산권의 비교형량의 문제로 나타나게 될 가능성이 크다.

이제 피상속인의 재산권과 상속인의 재산권 중 어느 것을 더 보호해야 할 것인가 검토해 보자.

피상속인의 재산처분 자유를 더 보호해야 하는 근거로는 ① 피상속인은 자신의 재산을 처분할 권리가 있는 점, ② 피상속인으로부터 재산을 받은 사람은 등기나 인도 등 공시방법을 통해 물건을 최종적으로 취득했으므로 그의 재산취득에 대한 신뢰는 보호가치가 있는 점, ③ 상속인의 유류분은 피상속인이 사망 당시 남긴 재산, 증여한 재산, 채무 등을 모두 고려한

다음 피상속인 사망 이후에야 유류분 발생여부가 확정되는 것이므로 피상속인 사망 당시까지는 유류분을 행사할 수 있을지 여부가 불확실한 점, ④ 설령 피상속인의 모든 사정을 고려한 다음 피상속인 사망 후 상속인이 유류분을 취득하는 것이 확실해졌다고 하더라도 그 기대의 보호정도는 공시를 통해 물건을 확실히 취득할 것이라는 수증자의 기대를 보호할 필요성보다는 약한 것이 통상인 점 등을 들 수 있다.

반면 상속인의 유류분을 더 보호해야 하는 경우는 ① 피상속인의 사망에 근접하여 수증자가 그 물건을 취득한 경우, 예컨대 질병 등으로 인해 피상속인의 사망을 예상할 수 있어 장차 피상속인 사망시 그 증여받은 물건이 유류분반환소송의 대상이 될 수도 있다는 점을 수증자가 예측할 수 있는 경우(증여의 시적 범위), ② 피상속인이 사망하기 오래 전에 증여를 받은 경우라도 증여받은 물건의 가치가 매우 커서 그 물건이 추후 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입될 수 있음을 수증자가 예측하는 것이 가능한 경우(증여의 물적 범위)를 생각해 볼 수 있다.

그렇다면 피상속인의 재산처분의 자유와 상속인의 유류분 중 어느 것이 더 보호받을 필요가 있는지는 구체적 사안에 따라 다르겠지만 대체로 전자가 후자보다 더 보호가치가 크다고 할 수 있고, 유류분제도의 개선방향도 상속인의 재산권을 합리적으로 보호하는 범위 내에서 피상속인의 재산처분의 자유를 존중하는 형태(유류분제도의 탄력적 운영)로 이루어지는 것이 타당할 것이다.²⁴⁾

4. 유류분제도의 위헌 가능성

필자가 조사한 바에 따르면 유류분에 대한 헌법재판소의 결정은 합헌 아니면 각하 둘 중의 하나였다. 뿐만 아니라 사건번호 역시 ‘헌마’ 또는 ‘헌바’

24) 피상속인이 상속인에게 증여하는 경우 사회적 정의를 염두에 두고 법률로 규제할 수 있으나 피상속인의 재산처분의 자유를 제한하기보다는 증여받은 상속인의 재산권을 제한하는 측면에서 접근하는 것이 바람직하다는 견해(차진아, “재산권 보장의 상대화와 입법자의 역할 -헌법 제23조 제1항의 해석에 관한 시론-”, 『고려법학』 제76호, 고려대학교 법학연구원, 2015년, 175쪽 참조)도 같은 취지로 생각된다.

뿐이었고 ‘헌가’ 사건은 없었다. 이제까지 유류분 조항 7개 중 어떤 것도 위헌결정을 받은 적이 없었음은 물론 법원에서 위헌법률심판제청을 한 경우도 없었다는 말이다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 현재 헌법재판소에 계류 중인 사건 중에는 법원이 유류분제도의 위헌성에 의심을 품고 위헌법률심판제청을 한 ‘헌가’ 사건도 있다는 점 자체가 일단 큰 변화라고 할 수 있다.

헌법재판소는 유류분제도가 ① 상속재산형성에 대한 기여를 담보해 주는 기능, ② 상속재산을 받을 기대를 보장해 주는 기능, ③ 유류분권리자가 상속재산을 받게 강제함으로써 가족의 연대가 완전히 단절되는 것을 막는 기능, ④ 유류분권리자의 생존을 보호하는 기능을 한다고 판시하였다.²⁵⁾ 유류분제도 도입 당시에는 헌법재판소가 제시하는 위 네 가지 기능들이 전부 제대로 작동했다고 볼 수도 있다. 하지만 현대사회에서도 위 기능들이 전부 정상적으로 작동하고 있는가? 혹은 유류분제도에 의해서만 위 기능들이 유지될 수 있는가? 를 생각해 보면 긍정적인 답을 하기가 어렵다.

먼저, 상속재산형성에 대한 기여의 담보 기능에 대해 생각해 보자. 과거 가산 개념이 있던 시대에는 상속인이 피상속인 재산형성에 기여한 경우가 일반적이었으므로 유류분이라는 강력한 제도를 통해 그 기여를 담보해 줄 필요가 있었다. 첫 번째 사례로, 과거 농경사회에서 상속인이 10만㎤ 재산형성에 기여하였다고 하자. 이 때 유류분이 5만㎤ 인정된다면 상속인이 유류분청구시 최소한 그 부분은 상속인이 아무런 입증을 하지 않고도 무조건 유류분으로 받을 수 있는 것이므로 유류분이 상속재산 형성에 대한 기여의 최소한의 담보 기능을 한다고 할 수 있다. 두 번째 사례로, 현대사회에서 상속인이 재산형성에 기여한 것이 없고 그 이외의 모든 조건은 위와 동일하다고 가정하자. 앞의 사례와 비교해 볼 때 이 때도 유류분이 5만㎤ 인정된다면 부당하다. 상속재산형성에 기여한 경우나 기여하지 않은 경우나 유류분이 같다면 ‘유류분에 상속재산형성에 대한 기여의 담보 기능이 있다’는 명제와 모순되기 때문이다.²⁶⁾ 그러나 유류분비율은 유류분제도 도입 당시나 현재나

25) 헌법재판소 2010. 4. 29. 선고 2007헌바144결정 참조.

26) 이러한 모순을 피하려면 기여가 없음에도 기여의제를 통해 무조건 유류분비율을 보장해 줄 것이 아니라, 기여가 있는 상속인은 기여분제도를 통해 기여에 대한 주장 및

변함이 없으므로 두 번째 사례도 첫 번째 사례와 마찬가지로 5의 유류분이 인정되는 부당한 결과가 발생하게 된다. 뿐만 아니라 상속인의 기여가 없음에도 기여를 의제받아 무조건 유류분을 취득해 증여재산을 반환받아 온다면 기여의 담보 결과 인정되는 유류분 반환부분에 대한 피상속인의 재산처분의 자유는 훼손을 피할 수 없다.

다음으로, 상속재산을 받을 기대를 보장해 주는 기능을 살펴보자. 상속인은 유류분제도를 통해 상속재산을 받을 기대를 보장받게 되지만 상속인이 반드시 상속재산 원물을 받을 기대를 가지고 있는지는 생각해 보아야 한다. 예컨대 피상속인이 원물인 부동산을 평생 보유하다 사망하였다면 상속인은 부동산을 상속받을 것이다. 하지만 피상속인이 사망 하루 전에 원물인 부동산을 팔아 환전한 경우 이 때에도 상속인이 원물이었던 부동산을 받을 기대는 보호해 주어야 하는가? 그렇지 않다. 원물의 정의는 상속개시시 피상속인이 가졌던 물건이므로 이 때는 이미 타인에게 소유권이 넘어간 부동산을 상속받을 수는 없고 상속인은 부동산을 판 돈을 원물로서 상속받을 것이다. 요약하면 상속인은 피상속인의 사망 당시 존재했던 그 재산의 ‘가치’를 상속받을 기대가 있는 것이고 그 기대를 바탕으로 나름의 경제활동을 했을 것이므로 상속인이 상속받을 기대 그 자체를 유류분으로 보장해 주어야 할지는 몰라도 그것이 반드시 원물일 필요는 없는 것이다. 그렇다면 법원의 입장에서는 현행법의 해석론이 허용하는 한도 내에서 가액배상을 명하는 것이 가능함은 물론 입법자 입장에서 유류분제도를 개정할 때 가액반환을 원칙으로 하여도 유류분제도의 근간을 훼손하여 위헌이 되지는 않을 것이다.

세 번째로, 헌법재판소는 유류분제도가 가족의 연대가 완전히 단절되는 것을 막는 기능을 한다고 판시하였으나 필자는 동의가 어렵다. 예컨대 가업이 있는 경우 그 가업의 일부를 유류분을 통해 상속인들이 승계함으로써 일시적으로 가족 연대를 유지시킬 수는 있다. 하지만 대개 어느 상속인에게 가업을 승계시킬지 여부는 피상속인 생전에 상속인들의 특성을 파악하여 피상속인 스스로 결정하는 것이 가장 효율적이다. 오히려 유류분을 통해 상

입증책임을 다하여야 할 것이고, 법원도 적극적으로 기여분의 존재 여부를 심리해야 할 것이다.

속인들 모두에게 일률적으로 가업의 일부 지분을 강제 승계시키면 가업승계의 비효율이 일어나는 것은 물론 소송과정에서 가족의 연대기능이 파탄되는 경우가 훨씬 흔하기 때문이다.

네 번째로, 유류분권리자의 생존 보호 기능에 대해서 살펴보자. 상속인의 생존 보호, 즉 상속인 부양기능은 현대사회에서도 유효하게 작동한다. 피상속인의 무분별한 증여로 인해 상속재산이 전부 소진된다면 경제력이 없거나 부족한 상속인의 부양이 문제되는 것은 예나 지금이나 차이가 없기 때문이다. 따라서 상속인 부양기능의 보호는 필요하고 이 기능이 유류분제도의 위헌성을 배제하는 핵심이다.

결국 위와 같은 점을 고려하여 상속인의 합리적인 기대를 보장하는 선에서 유류분제도의 운영이 이루어져야 하는데, 상속인이 반드시 원물을 상속받을 기대를 가지는 것은 아니라는 점은 앞에서 살펴본 바와 같다. 그렇다면 예컨대 헌법재판소는 민법 제1115조의 경우, ‘유류분권리자에게 원물을 상속받을 권리를 보장해 준다고 해석하는 한 위헌(한정위헌)’이라는 결론을 내릴 수도 있을 것이다. 또한 현행 유류분제도는 상속재산이 가족 공동의 노력으로 형성되었음을 전제로 그 유류분비율을 정하였으나,²⁷⁾ 기여분제도를 통하는 것은 별론 현대사회에서 유류분제도를 통해 상속인의 상속재산 형성에 대한 기대를 담보해 줄 당위성이 적음은 앞서 살펴보았는바 장기적으로는 그만큼 유류분비율을 축소하는 것이 타당할 것이다. 그렇다면 헌법재판소의 심사결과 민법 제1112조 역시 유류분비율이 과다함을 이유로 위헌이 될 수도 있을 것이나 전면적인 위헌선언을 할 경우 유류분 인정이 전혀 불가능하게 되어 당장 상속인 부양기능이 훼손되므로 잠정적용 헌법불합치를 선고하되 입법자에게 유류분비율의 수정과 관련하여 일정한 입법

27) 국회는 ‘상속재산의 성격상 당연히 유류분제도가 필요한 점’을 유류분제도 신설이유로 들고 있다. 국회 법제사법위원회 1977년 12월 16일 심사보고서 중 민법중개정법률안(대안) 26면 참조. <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=008608> (2021년 8월 5일 최종방문). 1977년 민법개정안의 초안 작성에 참여했던 김주수 교수 역시 상속재산은 “유족들의 공헌의 산물”이므로 유류분제도의 신설은 타당하다는 의견을 제시했다고 한다. 김주수·김상용, 「친족·상속법」 제12판, 법문사, 2015년 8월, 812면 참조.

기간을 부여하는 방안을 고려해 볼 수도 있을 것이다.

요약하면 상속인 부양기능을 고려할 때 유류분제도를 전면적으로 위협 선언하는 것은 시기상조라고 할 수 있지만 가산 내지 가업 개념이 희석된 현대사회의 변화를 반영하여 해석론 내지 입법론을 통한 합리적인 유류분 제도의 개선 방향의 모색은 필요하다고 할 것이다.

IV. 유류분제도의 개선 방향

1. 해석론

(1) 효율적 가업승계

유류분 문제가 심각하게 나타나는 분야 중 하나가 중소기업 가업승계이다. 중소기업이 성장하기 위해서는 신속한 의사결정이 필수적이고, 신속한 의사결정을 하기 위해서는 경영권 분쟁이 없어야 한다. 경영권 분쟁이 생기는 경우 중소기업의 존속 자체가 위협받을 수도 있다. 특히 국가는 헌법 차원에서 중소기업 육성의무를 부담하기도 한다(헌법 제123조 제3항 참조). 정부는 중소벤처기업부를 설립해 중소기업의 창업, 대출, 수출을 지원하고 있고 국회는 중소기업기본법, 중소기업기술혁신촉진법, 대·중소기업상생협력촉진에관한법률을 제정해 중소기업을 지원하고 있다. 중소기업 가업승계를 지원하는 제도로는 가업상속공제, 가업승계시 증여세 과세특례가 있다. 하지만 우리나라에서 중소기업의 가업승계를 지원하는 제도는 세제혜택에 집중되어 있을 뿐이다.

앞서 살펴보았듯이 유류분의 헌법적 근거를 재산권에서 강하게 찾을 수 있다면 유류분제도를 디자인하기 위한 다양한 입법이 가능하다. 근본적으로는 유류분제도가 가업승계에 방해되지 않도록 특별법을 제정하는 것이 필요할 것이다. 유류분이 가업승계에 걸림돌이 되는 이유는 유류분반환청구시 반환의무자는 원물로 반환을 해 주어야 하기 때문이다. 피상속인이 가업승계를 목적으로 특정상속인에게 주식 대부분을 증여한 경우라도 유류분권

리자는 주식 그 자체를 받아오게 되므로 상속인들 사이에서 경영권 분쟁을 불러오게 되는 것이다. 만약 이 때 주식이 아닌 돈으로 반환이 가능하다면 피상속인이 가업승계자에게 증여해 준 주식의 원물보존이 가능하므로 피상속인의 의지에 따른 가업승계에 도움이 될 것이다.

위 목적을 달성하도록 민법 제1115조를 해석하자는 견해가 있다.²⁸⁾ 위 견해는 민법 제1115조가 명시적으로 원물반환 또는 가액반환 등 반환의 형태를 제한하여 규정하고 있지 않으므로 가액반환이 합리적이라고 판단된다면 효율성 측면에서 가액반환도 가능하도록 법조문을 해석하자고 주장한다.

생각건대 민법 제1115조는 ‘그’ 재산의 반환을 청구할 수 있다. 라고 규정하고 있으므로 명시적으로 원물반환 또는 가액반환의 방법을 규정하고 있지는 않지만 사실상 원물반환을 원칙으로 하고 있다고 보아야 한다. 다만 양 당사자가 동의한다면 가액반환이 가능함은 당연하고 가액반환이 효율적일 경우도 많다. 반환의무자는 피상속인으로부터 회사주식을 증여받아 가업승계를 할 경영자이므로 가액반환의 의사가 추정된다. 하지만 유류분권리자의 의사 역시 중요시되어야 하므로 유류분권리자 역시 가액반환에 동의해야 할 것이다. 만약 유류분권리자가 명시적으로 가액반환에 동의하지 않을 경우에는 반환의무자는 그 가액을 높여서 가액반환의 동의를 구할 수 밖에 없을 것이다.

(2) 증여재산의 가치산정

민법 제1008조는 특별수익에 관한 조문이다. 이 조문은 피상속인이 사망 당시 남긴 재산을 정산할 때 적용되는 조문이다. 피상속인이 상속인에게 미리 증여한 경우 특별한 사정이 없는 한 미리 증여한 부분까지 감안하여 재산을 분배하라는 것이 이 규정의 취지이다. 판례²⁹⁾ 역시 특별수익을 상속분의 선급으로 다루고 있고 상속재산 분할의 핵심은 공정성이기 때문에 판례의 입장은 타당하다.

한편 민법 제1008조는 민법 제1118조에 의하여 유류분에 준용되는데, 어느 정도까지 준용을 허용할 것인지와 관련하여 다음과 같은 견해가 있다.

28) 윤진수, 「민법논고」 VII, 박영사, 2015년, 386-393면 참조.

29) 대법원 2014. 5. 28. 선고 2012다31802판결.

이 견해는 유류분은 이미 이루어진 증여의 반환 문제이므로 특별수익과는 다르게 취급해야 한다고 주장한다.³⁰⁾ 구체적으로 증여재산의 가치평가에 한해서는 민법 제1008조의 준용을 부정하자는 것이다. 이 견해는 특별수익의 경우 피상속인 사망 당시 시점을 기준으로 증여물 가치를 계산하는 것이 맞지만 유류분을 계산할 때는 일률적으로 상속개시시를 기준으로 판단해서는 안 되고, 만약 증여 후 수증자가 그의 노력을 투입해 물건의 가치를 증가시켰다면 그 가치 증가분은 수증자에게 귀속되는게 맞다고 주장한다.³¹⁾

예컨대 어떤 회사가 부동산을 다수 보유하던 중 상속인의 경영능력과 무관하게 부동산의 시세가 오른 결과 회사의 이익이 증가하였다면 그 회사의 이익은 상속인의 경영능력과 큰 상관이 없을 것이나, 상속인이 뛰어난 경영능력을 발휘해 노사간의 갈등을 조정하고 합리적 경영판단을 통해 회사가치를 상승시킨 경우라면 유류분산정시 이 부분은 제외해서 판단해도 될 것이다.³²⁾

(3) 유류분 계산을 위해 산입되는 재산의 시적범위

민법 제1114조에 따르면 상속개시 전 1년 간에 한 증여만 유류분계산을 위한 기초재산에 산입된다. 문제는 상속인에게 한 증여에도 민법 제1114조를 바로 적용하도록 해석할 수 있는가이다.

이에 대해서는 유류분의 산입 관련해서는 민법 제1114조의 표제가 ‘산입될 증여’라고 명확하게 규정하고 있고, 민법 제1114조는 민법 제1008조의 특별규정이므로 상속인과 상속인 아닌 제3자를 달리 취급할 필요가 없다는 견해³³⁾(이하 ‘제1설’이라 함)와 민법 제1008조는 피상속인이 공동상속인에게 증여한 경우 그 상속분 산정을 공평하게 하려는 데 그 취지가 있으므로 민법 제1118조 준용의 취지상 ‘산입’도 당연히 민법 제1008조에 의하여 규율되어야 하는 점, 산입이 준용된다면 반환의무자의 특별수익 역시 기간제한

30) 최준규, “유류분과 기업승계 -우리 유류분제도의 비판적 고찰-”, 사법 제37호, 사법발전재단, 2016년, 376-377면 참조.

31) 최준규, 위의 글, 384-385면 참조.

32) 같은 취지로 대법원 2015. 11. 12. 선고 2010다104768판결.

33) 윤진수, 「친족상속법강의」 제2판, 박영사, 2018년, 565-566면 참조.

없이 유류분계산시에도 산입되어야 하는 것이 자연스러운 점, 만약 피상속인이 상속인 중 1인에게 증여한 경우에도 민법 제1114조를 무조건 적용한다면 준용의 범위를 넘어서게 되므로 해석론으로는 상속인에게 증여한 경우에도 민법 제1114조를 그대로 적용하는 것을 허용할 수는 없고 입법론으로 해결하는 것이 타당하다는 견해³⁴⁾(이하 ‘제2설’이라 함)가 대립한다. 상속인에게 증여한 경우 제1설은 민법 제1114조에 따라 증여 후 1년이 지나면 악의가 없는 한 유류분계산에서 제외되어야 한다고 주장하고, 제2설은 입법론은 별론 해석론으로는 민법 제1008조가 준용되어야 하므로 유류분계산시 기간의 제한없이 유류분반환의 대상이 되어야 한다고 주장하는 것으로 보인다.

생각건대 민법 제1118조가 민법 제1008조를 준용하고 있지만 준용이라는 개념 자체가 이미 두 개념의 본질이 다르다는 것을 전제로 하는 것이다. 즉 피상속인이 남긴 구체적 상속분을 계산하기 위해 필요한 개념인 민법 제1008조의 특별수익과 이미 증여를 마쳐 공시까지 완료된 재산의 반환이 문제되는 유류분은 그 본질이 다른 것이다. 따라서 준용조문이 있다는 이유만으로 무조건적으로 민법 제1008조를 유류분에 적용할 수는 없다. 그렇다고 상속인에게 증여한 재산에 대해 민법 제1114조를 바로 적용하는 것 역시 준용 조문을 둔 취지를 저버리는 것이다. 따라서 해석으로 적절하게 제1008조를 준용하는 것이 필요하다. 유류분제도의 시행일은 1979. 1. 1. 이다. 따라서 피상속인이 1979. 1. 1. 이전에 상속인에게 증여한 경우 피상속인 입장에서는 그 증여가 구체적 상속분 산정을 위한 특별수익이 될 수 있다는 것은 예측 가능해도(민법 제1008조는 시행 중이었으므로), 유류분산정의 기초재산이 산입되어 추후 그 증여행위가 유류분에 의해 반복될 수 있다는 것을 예측할 수는 없다(유류분 제도 시행 전이었으므로). 그러므로 민법 제1118조가 민법 제1008조를 준용하고 있더라도 피상속인이 상속인에게 한 증여가 1979. 1. 1. 이전에 이루어진 경우라면 유류분산정을 위한 기초재산에 산입될 수는 없다고 해석해야 한다.³⁵⁾ 대법원 판례³⁶⁾도 동일한 취지이다.

34) 최준규, 앞의 글(각주 30), 377-379면 참조.

35) 상속세 및 증여세법 제13조 제1항 제1호에서 상속인에게 증여한 경우 상속개시일 기준 10년 이내에 한 증여만 상속세 계산을 위해 포함하는 것과의 균형상 유류분도

2. 입법론

우리나라의 경우 상속인에 해당하기만 하면 형제자매까지 무조건 유류분을 받을 수 있고, 유류분 비율도 고정되어 있다. 또한 원물반환을 원칙으로 하고 있어 피상속인의 재산처분의 자유를 제약하는 측면이 있다. 특히 유류분은 피상속인 사망 후에야 비로소 청구할 수 있으므로 유류분으로 받을 재산을 피상속인 사망 전 미리 활용하고 싶어도 현행법에서는 불가능하다. 만약 유류분의 헌법적 근거를 상속인의 재산권에서 찾을 수 있다면 재산권에 대한 다양한 입법적 디자인이 가능할 것이다. 헌법 제23조 제1항이 재산권의 내용과 한계를 법률의 영역으로 위임한 결과 입법자에게는 재산권에 대한 입법의무가 발생하는데, 입법자는 그 시대의 변화를 수용하는 입법을 해야 할 것이다.³⁷⁾ 이하에서는 유류분의 취지도 살리면서 상속재산을 효율적으로 분배하는 입법론을 살펴본다.

(1) 유류분 및 유류분권리자의 범위 조정

가. 유류분의 범위 축소

유류분 비율을 규정하는 민법 제1112조는 상속재산에 대한 기여의 보장까지 담보하는 취지에서 1977년 민법개정을 통해 도입되었는데 현대사회에서 상속재산에 대한 기여를 보장해 주어야 할 당위성이 약화되었음은 앞에서 살펴보았다. 따라서 이 비율은 축소되어야 하는데 유류분이 현재 상속

상속개시 전 10년 이내에 상속인에게 증여한 재산만 유류분산정을 위한 기초재산에 포함시키는 것이 입법론으로 타당하다는 견해[정구태, 앞의 글(각주1), 289-290면 참조], 유류분 반환의 대상이 되는 재산의 범위는 더 연구가 필요하다는 것을 전제로 10년 정도의 기간이 입법론으로 타당하다는 생각을 밝히는 견해[이소은, 앞의 글(각주1), 208면 참조]도 있다. 피상속인이 상속인에게 증여를 해 준 의사는 상속재산으로 남겨 놓지 않겠다는 의사의 표현이므로 피상속인이 명확하게 상속분의 선급의 의사로 증여한 것이 확인되지 않는 한 피상속인이 증여할 당시의 의사를 존중하여 아예 증여재산을 유류분 산정을 위한 기초재산에 포함시키지 말자는 견해도 있다[이보드레, 앞의 글(각주1), 162면 참조].

36) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010다78722판결 참조.

37) 신형구, “헌법상 재산권 보장과 그 제한의 현대적 의미”, 토지공법연구 제90권 제1호, 한국토지공법학회, 2020년, 99면 참조.

법에서 차지하는 중요성을 고려할 때 급진적으로 줄이는 것보다는 차츰 줄여나가는 것이 좋을 것이다. 입법론으로 현행 ‘2분의 1’을 ‘3분의 1’로, 현행 ‘3분의 1’을 ‘4분의 1’로 줄이는 것을 제안한다.

나. 유류분과 부양의 연계

앞서 언급한 우리나라의 노인빈곤을 등을 고려할 때 현대사회에서 유류분의 상속인 부양기능은 여전히 중요하므로 유류분과 부양의 필요성을 연계하여 입법하여야 한다.³⁸⁾ 이에 대해 유류분과 부양의 필요성을 연계하는 것을 반대하는 견해도 있다.³⁹⁾ 이 견해는 유류분에 의한 부양은 민법상 부양처럼 최소한의 부조를 충족시키는데 만족하는 것이 아닌 점, 오히려 유류분을 통해 기존의 생활수준을 지속적으로 유지시켜야 하는 점, 이를 위해서는 부양의 필요와는 무관하게 충분한 상속재산이 필요하므로 부양의 필요성과 연계하여 유류분을 생각해서는 안 되는 점을 근거로 한다. 하지만 유류분을 부양의 필요성과 연계시키는 것이 반드시 요부조자에게 최소한의 생활만을 보장해 주어야 한다는 논리로 연결되는 것은 아니다. 오히려 민법상 부양의 정도와 관련해 판례⁴⁰⁾에 따르면 부양받을 자의 연령, 재능, 신분, 지위 등을 감안해 종합적으로 부양하는 것이 타당하다고 한다. 유류분과 부양의 필요성을 연계시키는 것을 반대하는 견해⁴¹⁾는 다음과 같은 근거를 제시하기도 한다. 피상속인이 사망하는 시점을 예측하는 것은 불가능한데 우연히 그 시점에서 부양의 필요성이 있다는 이유만으로 어떤 상속인은 유류분반환청구권이 발생하고 다른 상속인은 유류분을 받을 수 없다면 부당하다는 것이다. 하지만 부양의 필요성을 고려하지 않는다면 예컨대 경제적 보

38) 상속인의 유류분을 원칙적으로 인정하되 부양의 필요성을 비롯한 여러 사정을 고려하여 법원이 재판에 의하여 유류분을 박탈할 수 있도록 입법을 하는 방안을 고려해 볼 필요가 있다는 견해[현소혜, 앞의 글(각주1), 67면 참조]를 하나의 예로 들 수 있을 것이다.

39) 정구태, 앞의 글(각주 16), 718면 참조.

40) 대법원 1986. 6. 10. 선고 86므46판결.

41) 독일연방헌법재판소 2005. 4. 19. 결정(BVerfGE 112, 332)은 자녀의 유류분권이 부양의 필요성 여부에 따라 달라져서는 안 된다고 판시하였다(김상용, “자녀의 유류분권은 여전히 우리시대와 맞는가?”, 법학논문집 제34집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2010년, 96면 참조).

살핌이 절실한 10대 자녀의 유류분과 경제적으로 충분히 성공한 40대 자녀의 유류분이 같게 되는데 이 역시 문제이다.

생각건대 피상속인의 예기치 않은 사망시점까지 예측해 유류분제도를 디자인하는 것은 법의 영역을 넘어서는 일이다. 피상속인이 구체적 사정들을 모두 고려한 증여 또는 유언을 통해 재산을 처분하는 경우 대개 그 자원이 효율적으로 배분된다. 예컨대 사업상 자금이 꼭 필요할 때 피상속인이 상속재산 중 일부를 증여해 준다면 그 자금은 유언으로 배분될 때보다 더욱 효율적으로 사용될 것이고, 나이가 어리고 미성숙한 자녀가 있다면 그 자녀에게는 당장 증여해 주는 것보다 자녀가 성숙한 뒤 유언에 따라 재산을 물려주는 것이 재산의 효용가치를 높일 것이다. 즉 상속인 부양기능을 해치지 않는 한도 내에서 피상속인의 증여 또는 유언을 최대한 존중할 때 상속재산 분배에 따른 사회적 효용이 증가될 것이다. 그렇다면 유류분제도의 개선방향은 개인주의 및 가산의 개념의 희석이라는 현대사회의 변화(시대적 변화에 발맞춘 대응의 필요성)를 기본적으로 따르지만 부양의 필요성(정책적 고려의 필요성)도 염두에 두고 디자인되는 것이 바람직하며 구체적으로 피상속인의 재산처분은 원칙적으로 피상속인의 의사를 따르되 유류분은 상속인 부양의 필요성이 있는 경우에 유류분비율 확대의 방법으로 개입하는 것이 타당하다. 이 때 유류분을 청구하는 당사자가 그 부양의 필요성을 입증하는 것이 입증책임의 원칙상 타당할 것이므로 부양의 필요성을 이유로 법률상 정해진 유류분의 범위보다 더 많은 유류분을 청구하려는 자는 법률상 보장된 유류분비율을 포함한 자력 또는 근로에 의해서는 생활을 유지할 수 없는 점(부양의 필요성)을 입증해야 할 것이다. 입법론으로 부양의 필요성이 인정되는 경우 상속재산에 대한 기여의 보장이 불필요함을 이유로 축소했던 유류분 비율을 현행 유류분 비율만큼 확대하는 것을 제안한다.

위와 같은 입법론에 대하여 1차적 부양의무가 있는 배우자는 별론 직계존속은 피상속인의 생전에 부양의무를 부담하지 않을 수도 있는데 이 경우에도 유류분과 부양의 필요성을 연계시킬 경우 피상속인 사후 부양의 목적으로 유류분이 강화되게 되므로 부당하다는 견해가 있을 수 있다. 경청할 만한 견해이나 피상속인 사망시 직계존속은 고령인 경우가 대부분일 것이

므로 부양의 필요성이 있을 가능성이 큰 점, 부양 문제의 해결은 사회적으로 반드시 해결해야 할 문제이므로 법정책적으로 고려할 필요가 큰 점, 부양의 필요성이 있는지 여부는 유류분권리자가 제출한 자료를 바탕으로 여러 사정을 신중히 고려하여 궁극적으로 법원이 판단하므로 피상속인 재산 처분의 자유의 제한이 최소화될 수 있는 점 등을 종합하면 위 비판에도 불구하고 직계존속의 경우 유류분과 부양문제를 연결시킬 필요성은 존재한다고 생각한다. 마찬가지로 형제자매 역시 피상속인의 생전에 부양의무를 부담하지 않는 경우가 상당히 많은데 후술하듯이 형제자매의 유류분의 폐지가 타당하다면 피상속인 사후 부양의 필요성이 있는 경우 유류분이 창설되는 결과가 되므로 유류분과 부양의 필요성을 연계하는 것이 부당하다는 비판 역시 있을 수 있다. 그러나 피상속인 사망 당시 형제자매도 고령인 경우가 많을 것으로 예상되고 커다란 장애를 가진 경우도 있을 수 있으므로, 국가 또는 공공기관이 제공하는 연금 내지는 복지제도만으로는 사망시까지 안정적인 생활을 영위하기 힘든 상속인인 형제자매가 충분히 있을 수 있다. 이 때 법원이 상속인인 형제자매가 기존에 가진 자력과 근로능력을 종합적으로 고려해 부양의 필요성을 충실히 심사한 후 부양의 필요성이 인정될 경우에 한해 형제자매의 유류분을 인정한다면 피상속인 재산의 처분의 자유의 침해를 최소화하면서 상속인의 부양이라는 사회적 문제의 해결에도 도움이 될 것이다.

다. 유류분권리자의 범위

① 직계존속

과거 직계존속에게 유류분을 인정했던 이유는 가산 유지의 측면 및 부양을 고려함이 컸을 것이라 짐작한다. 하지만 개인주의가 발달한 결과 가족 공동체 유지기능은 약화되었고 상속재산은 대부분 피상속인 스스로의 힘으로 이룩한 경우가 많아 상속인이라는 이유만으로 최소한의 재산분배를 받아야 한다는 명제는 그 당위성을 찾아보기 힘들게 되었다. 이러한 점을 반영하여 부부 중심의 핵가족으로 변한 현대사회에서 직계존속이 상속재산을 받을 정당성이 상실되었으므로 직계존속의 유류분을 폐지해야 한다는 건

해⁴²⁾도 있다.

생각건대 고령화된 현대사회에서 직계존속의 부양의 필요성은 여전히 존재하므로 장래 폐지될 가능성이 있음은 별론 즉시 직계존속의 유류분을 폐지하는 것은 시기상조라고 생각한다. 다만 가산 개념이 약화되고 가족의 생산주체 기능이 크게 부각되지 않는 현대사회를 감안해 볼 때 우리나라도 직계존속의 유류분 조정이 필요한 것은 사실이다. 직계존속의 유류분을 현행법보다 축소하여 법정상속분의 1/4로 하되, 직계존속에게 부양의 필요가 있다고 법원이 판단하는 경우에는 현행법인 법정상속분의 1/3로 유류분 비율을 적용하는 방안을 입법론으로 제시한다.

② 형제자매

가산의 개념이 존재했던 시절에는 가족공동체 기능의 유지 측면에서도 형제자매에게 유류분을 인정할 필요성이 있었을 것이고, 대가족 제도 아래에서는 형제자매 역시 가족 구성원이므로 형제자매 상호간 부양하는 경우도 많았을 것이다. 하지만 지금도 형제자매가 유류분을 가지는 것이 타당한지는 의문이다. 형제자매는 결혼 후 독립된 가정을 이루는 경우가 일반적이다. 형제자매 각자가 별개의 경제주체로 생활하므로 상호 간의 재산형성에 기여하는 경우도 거의 없다. 그렇다면 적어도 현대사회에서 형제자매에게까지 일률적으로 유류분을 인정할 정당성은 상당부분 상실되었다고 볼 수 있다.⁴³⁾

위와 같은 점을 반영하여 법무부 역시 2021. 11. 9. 형제자매의 유류분을 삭제하는 내용의 민법 개정안을 입법예고하였다. 법무부는 유류분 제도 도입 당시 존재했던 가산 개념이 현재는 희박해진 점, 1인 가구 비율이 늘어나는 등 가족제도의 근본적 변화가 있는 점, 형제자매의 경우 독립 생계를 유지하는 경우가 대부분이므로 피상속인 사망시 상속분에 대한 기대의 보장 정도가 낮아진 반면 피상속인의 재산처분의 자유를 보호해야 한다는 여

42) 김진우, 앞의 글(각주1), 15면 참조

43) 피상속인이 공익을 위한 기부를 한 경우, 형제자매에게까지 유류분이 인정된다면 피상속인의 뜻이 훼손될 우려가 있으므로 입법을 통해 형제자매를 유류분권리자에서 제외시키자는 견해[서종회, 앞의 글(각주1), 67면 참조]도 있는데 형제자매가 피상속인의 재산을 무조건 받을 수 있는 당위성이 사라진 현대사회의 변화를 고려한 견해라고 생각한다.

론은 커지고 있는 점을 형제자매의 유류분 폐지의 근거로 들고 있는바⁴⁴⁾ 피상속인의 재산처분의 자유를 강화하는 측면에서는 의미있는 입법예고안이나 노인 문제의 심각성 등을 고려하여 부양의 필요성과 형제자매의 유류분을 연계하였으면 더욱 좋았을 것이라는 아쉬움이 있다. 이상을 고려하여 형제자매의 유류분을 원칙적으로 폐지하되 형제자매에게 부양의 필요가 있는 경우 예외적으로 유류분을 현행법인 법정상속분의 1/3로 인정하는 방안을 입법론으로 제시한다. 이상을 모두 반영하여 조문 형태로 제안하면 다음과 같다.

현행법	개정법의 제안
제1112조(유류분의 권리자와 유류분) 상속인의 유류분은 다음 각호에 의한다. 1. 피상속인의 직계비속은 그 법정 상속분의 <u>2분의 1</u> 2. 피상속인의 배우자는 그 법정 상속분의 <u>2분의 1</u> 3. 피상속인의 직계존속은 그 법정 상속분의 <u>3분의 1</u> 4. 피상속인의 형제자매는 그 법정 상속분의 <u>3분의 1</u>	제1112조(유류분의 권리자와 유류분) ① 상속인의 유류분은 다음 각호에 의한다. 1. 피상속인의 직계비속은 그 법정 상속분의 <u>3분의 1</u> 2. 피상속인의 배우자는 그 법정 상속분의 <u>3분의 1</u> 3. 피상속인의 직계존속은 그 법정 상속분의 <u>4분의 1</u> <삭제> ② 제1항에도 불구하고, 유류분권리자가 제1항에 의해 반환받을 유류분을 포함한 자기의 자력 또는 근로에 의해 생활을 유지할 수 없는 경우 피상속인의 직계비속과 배우자의 유류분은 그 법정상속분의 <u>2분의 1</u> , 피상속인의 직계존속 및 형제자매의 유류분은 그 법정상속분의 <u>3분의 1</u> 로 한다.

44) <https://opinion.lawmaking.go.kr/gcom/ogLmPp/65965> (국민참여입법센터 인터넷사이트에 게시된 법무부장관 명의의 2021. 11. 9. 자 민법 일부개정법률안 입법예고 참조, 2022. 1. 5. 최종 방문).

(2) 유류분반환의 방법

유류분반환의 방법은 원물반환과 가액반환으로 구분할 수 있다. 반환방법을 명확히 법에 규정하면 좋겠지만 민법은 그렇지 않다. 단지 민법 제1115조에서 유류분에 부족이 생겼을 경우 그 재산의 반환을 청구할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이다. 앞서 서술한 것처럼 민법 제1115조가 ‘그’ 재산의 반환을 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로 적어도 문언상으로는 민법은 원물반환을 원칙으로 규정하고 있다고 생각하지만 원물반환보다는 오히려 금전으로 유류분 문제를 해결하는 것이 유류분분쟁의 간명하고 효율적인 해결에 도움이 된다.⁴⁵⁾ 특히 오늘날의 유류분의 헌법적 근거를 가족제도의 유지보다는 재산권에서 찾는 것이 더 설득력이 있다면 입법을 통해 가액반환 원칙을 도입하더라도 유류분권리자의 권리가 침해되는 것은 아니며 오히려 피상속인의 재산처분의 자유와 유류분권리자의 유류분의 조화로운 보호가 가능할 것이다.

이에 대하여 가액배상원칙을 직접적으로 도입하면 반환의무자가 지급을 지체시 유류분권리자는 처분금지가처분을 할 수 없고 단지 가압류를 할 수만 있는데 가압류는 환가시 우선권이 없어 반환의무자의 다른 채권자들과 안분하여 배당을 받아야 하므로 유류분권리자의 보호가 미흡한 단점이 있는 반면 원물반환을 원칙으로 할 경우 유류분권리자는 반환의무자를 상대로 처분금지가처분을 할 수 있게 되고 유류분권리자가 처분금지가처분의 본안에서 승소하면 이후의 등기는 말소가 되는 결과 유류분권리자가 다른 채권자들에 우선하여 만족을 얻게 되어 결국 유류분권리자의 보호가 충실하게 되는 장점이 있으므로 유류분권리자 보호의 관점에서 원물반환의 조문을 유지하되, 별도의 조문을 두어 수증자가 가액변상을 할 경우 유류분반환의무를 면하게 하는 것이 직접 가액배상청구권을 규정하는 것보다 상속

45) 유류분 사건의 다수는 부동산 증여와 관련된 것인데, 원물반환을 고수하게 되면 유류분 소송의 당사자 사이에 또다시 불필요한 공유관계만을 발생시켜 그 해결을 위해 공유물분할소송을 제기해야 하는 등 분쟁의 1회적 해결에 도움이 되지 않으므로 가액반환으로 유류분반환방법을 바꾸어야 한다는 견해도 동일한 취지이다[이동진, 앞의 글(각주1), 200면 참조].

분쟁 문제 해결을 위해 더 효율적이라는 견해가 있다.⁴⁶⁾

위 견해가 설득력이 없는 것은 아니나 유류분권리자가 원물이 아닌 환가를 원하는 경우도 많다. 이 경우 유류분권리자가 부동산의 공유자가 된다고 하더라도 유류분권리자가 곧바로 그 물권에 기하여 환가를 할 수 있는 것은 아니다. 환가를 하려면 어차피 유류분반환청구소송을 통해 최종적인 판결을 획득해야 하고, 판결에 따른 등기 후 다시 공유물분할소송을 해야 하기 때문이다. 이때 경매를 통한 대금분할이 되지 않고 현물분할이 될 경우에는 마찬가지로 환가가 어려움은 물론이고, 경매를 통한 대금분할 결정이 나더라도 유찰될 위험까지 고려해야 한다. 반면 가액반환의 원칙을 도입하면 반환의무자에게 수증물 이외에 환가가 쉬운 다른 재산이 있는 경우 그 재산에 가압류를 하여 쉽게 현금화할 수 있다. 가액반환의 원칙 도입시 분쟁의 해결이 간명한 점, 유류분권리자가 긴급한 부양의 필요성이 있을 경우 오히려 가액배상을 통하는 것이 신속한 현금화를 가능하게 하여 유류분권리자에게 실질적인 도움이 될 수도 있는 점 등을 고려하면 가액배상의 원칙을 직접적으로 도입하는 것도 설득력이 있다고 생각한다. 위와 같은 점을 고려하여 아래와 같이 개정안을 제시한다.

현행법	개정법의 제안
제1115조(유류분의 보전) ① 유류분권리자가 피상속인의 제1114조에 규정된 증여 및 유증으로 인하여 그 유류분에 부족이 생긴 때에는 <u>부족한 한도에서 그 재산</u> 의 반환을 청구할 수 있다.	제1115조(유류분의 보전) ① 유류분권리자가 피상속인의 제1114조에 규정된 증여 및 유증으로 인하여 그 유류분에 부족이 생긴 때에는 <u>부족분 상당의 금전의 반</u> 환을 청구할 수 있다.

46) 정구태, 앞의 글(각주1), 297-299면 참조, 정구태, “유류분반환에 관한 諸問題”, 「법학논집」 제18권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2013년, 511-512면 참조.

(3) 유류분의 사전포기

민법에서 유류분의 사전포기가 가능한지에 관해 직접적으로 규정하고 있지는 않다. 하지만 상속포기는 규정하고 있는데 민법 제1019조에 따르면 상속개시 후에만 상속포기가 가능하므로 반대해석상 상속개시 전 포기는 인정되지 않는다. 유류분의 사전포기가 가능한지에 관해서는 상속포기를 인정하지 않는 것과의 균형상 유류분의 사전포기도 인정되지 않는다는 견해도 있다.⁴⁷⁾ 이 견해는 유류분의 사전포기를 허용하면 피상속인 생전에 강압에 의한 포기요청을 받을 수 있는 점을 근거로 든다.⁴⁸⁾

그러나 해석론은 별론 유류분의 사전포기를 인정하는 입법을 할 경우 다음과 같은 장점이 있다. 유류분을 사전포기할 때는 일반적으로 유류분권리자와 반환의무자 사이에 그에 걸맞는 거래를 하기 마련이다. 이 때 유류분권리자가 경제적 사고를 거쳐 유류분 사전포기를 하는 것이 이득이라고 판단한다면 그 의사는 존중되어야 한다. 유류분권리자인 상속인 입장에서는 피상속인 사망 전에 돈이 필요한 경우도 많다. 사업을 하는 상속인을 생각해 보자. 고령화 시대를 감안할 때 먼훗날 피상속인의 사망 이후에 비로소 행사가 가능하고 그 발생유무도 불확실한 유류분을 포기하는 대신 현시점에서 일정한 돈을 받고 그 돈을 자신의 사업에 투자해 이익을 남길 수 있다면 개인 뿐 아니라 사회경제적으로도 이익이다.

유류분의 사전포기를 허용하게 되면 피상속인 입장에서도 유리한 점이 있다. 피상속인의 경우 전체적인 상속재산 분배계획을 합리적으로 세울 수 있다. 피상속인이 경영자인 경우를 생각해 보자. 피상속인이 경영능력이 있는 1인의 후계자를 선정해 회사를 물려줄 경우 다른 상속인이 유류분을 사전포기하게 된다면 효율적으로 가업승계가 되어 사회경제적 효용이 증가되는 장점이 있다. 피상속인이 공익법인에 기부를 하였는데 상속인이 공익법인에 유류분권을 행사하면 피상속인의 재산처분의 자유가 침해될 뿐 아니

47) 민유숙 편집대표, 「주식 민법」 제5판, 한국사법행정학회, 2020년, 741면(김혜진 집필 부분) 참조.

48) 곽윤직, 「상속법」, 박영사, 1997년, 453면 참조; 김주수·김상용, 앞의 책, 814면 참조; 박병호, 앞의 책, 477면 참조; 민유숙, 위의 책, 741면 참조.

라 공익법인의 존립자체가 형해화되어 사회경제적 효용이 감소될 수도 있으므로 피상속인이 생전에 상속인과 협의를 통해 유류분을 포기시키는 것을 허용해야 한다는 견해,⁴⁹⁾ 피상속인이 유언을 통한 공익 기부를 하고 싶어도 피상속인 사망 후 상속인이 유류분반환청구를 할 가능성이 있다면 이를 고려해 소극적으로 유증할 수 밖에 없으므로⁵⁰⁾ 유류분의 사전포기를 허용해야 한다는 견해⁵¹⁾도 있다.

생각건대 상속인이 미래의 불확실한 유류분을 포기하는 대신 피상속인과의 합리적인 거래 내지 합리적 사고를 통해 유류분을 포기하는 것이 공정한 절차에 의해 보장된다면 유류분의 사전포기를 막을 이유는 없을 것이다. 다만 유류분의 사전포기자가 사전포기의 법률적 효과를 모른 채 성급하고 경솔하게 의사표시를 할 가능성이 있으므로 유류분의 사전포기의 법률적 효과를 명확히 인식하고 포기해야 하는바 법원의 허가를 조건으로 유류분의 사전포기를 허용하는 방안을 입법론으로 제시한다.⁵²⁾ 구체적 방안으로, 유류분을 사전포기하고자 하는 상속인이 피상속인의 재산목록, 피상속인으로부터 증여받은 물건이 있다면 그 물건의 목록, 피상속인이 생존하고 있음에도 불구하고 유류분을 굳이 포기하고자 하는 이유를 적은 서면을 법원에 제출하게 한다면 법원이 그 사전포기의 구체적 사정을 알게 될 뿐 아니라 그 서면을 통하여 유류분의 사전포기자가 그 법률효과를 명확히 알고도 유류분의 사전포기를 원하고 있음이 담보되므로 법원은 가급적 그 의사를 존중하여 유류분의 사전포기를 허가하면 될 것이다. 다만 피상속인이 피상속인의 재산목록을 의도적으로 축소하여 유류분이 적은 것처럼 법원을 속여 유류분의 사전포기를 시킬 우려가 있으므로 법원에 피상속인의 재산목록을

49) 이동진, “공익기부 활성화를 위한 유류분법의 개정 -오스트리아법과 독일법의 시사점-”, 외법논집 제43권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2019년, 41면 참조.

50) 최준규, “유류분제도의 개선과 유산기부 활성화”, 법무법인(유한)태평양·재단법인 동천 공동편집, 「기업공익재단 법제연구」, 경인문화사, 2021년, 461면 참조.

51) 최준규, 위의 글, 485-486면 참조.

52) 유류분의 사전포기를 허용하면 당사자들 사이에 조정 및 타협을 통해 상속재산 분쟁을 간명하게 처리하는 순기능이 있음을 이유로 유류분 사전포기를 입법론적으로 긍정하는 견해도 있다(고상현, “독일 민법상 상속 및 유류분의 사전포기제도”, 가족법연구 제29권 제1호, 한국가족법학회, 2015년 3월, 358-359면 참조).

제출하는 것은 반드시 필요하고 피상속인은 재산목록 제출에 협조해야 할 것이다. 법원은 유류분 사전포기자가 제출한 위 서면을 바탕으로 피상속인의 재산목록, 유류분을 사전포기하고자 하는 상속인이 피상속인으로부터 증여받은 물건이 있다면 그 목록, 상속인이 유류분을 사전포기하고자 하는 사유, 기타 사정⁵³⁾을 종합적으로 고려하여 유류분의 사전포기가 사전포기자에게 현저히 불공정하거나 불합리하다고 판단할 경우 피상속인의 강압이 작용했을 가능성을 배제할 수 없으므로 유류분의 사전포기를 불허가해야 할 것이다.

이에 대해 피상속인으로부터 증여를 받고 유류분을 포기하더라도 그 재산은 결국 특별수익이 되어 유류분반환의 대상이 되기 때문에 유류분 포기의 실익이 크지 않다는 이유로 유류분의 사전포기에 부정적인 견해도 있다.⁵⁴⁾ 유류분의 사전포기 제도를 인정하는 주된 취지는 불확실한 장래의 유류분을 포기하는 대신 확실한 대가인 증여를 받는 것을 원하는 상속인의 의사를 존중하는 것이므로 위와 같은 비판은 경청할 만하다. 그러나 유류분을 사전포기하는 자는 그 대가로 증여받은 재산을 즉시 이용할 수 있는 권리를 확정적으로 얻게 되는 것이고, 피상속인의 사망 당시의 증여 현황 내지 남아 있는 재산 현황에 따라 유류분 사전포기자가 증여받은 재산이 유류분반환대상이 안 될 가능성도 있을 뿐만 아니라 설령 그 재산이 유류분반환의 대상이 될 가능성이 있다고 하더라도 유류분의 사전포기자는 그 점까지 모두 고려하여 유류분의 사전포기를 선택하는 것이므로, 유류분의 사전포기가 반드시 유류분권리자에게 불리하다고 단정할 수는 없을 것이다. 위와 같은 점을 고려하면 유류분의 사전포기의 단점보다는 장점이 더 크다고 할 것인바 이를 조문 형태로 제안하면 다음과 같다.

53) 예컨대 상속인의 재산의 규모를 ‘기타 사정’으로 고려할 수 있다. 상속인의 재산이 충분하다면 여러 사정에도 불구하고 유류분의 사전포기가 현저히 불합리하지 않다고 볼 수 있으므로 유류분의 사전포기가 수긍될 수 있는바, 법원은 가급적 유류분의 사전포기자의 의사를 존중하여 유류분의 사전포기를 허가하면 될 것이다.

54) 정구태, 앞의 글(각주 1), 306-307면 참조.

현행법	개정법의 제안
<u><신 설></u>	제1116조의2(유류분의 사전포기) ① <u>피상속인의 생존시 유류분을 포기하 고자 하는 상속인은 피상속인의 재 산목록, 피상속인으로부터 증여받은 물건이 있다면 그 물건의 목록, 피상 속인이 생존하고 있음에도 불구하고 유류분을 포기하는 이유를 적은 서 면을 법원에 제출하여야 한다.</u> ② 전항에 의하여 상속인이 피상속 인에게 재산목록 제출을 요청하는 경 우 피상속인은 이에 응하여야 한다. ③ 제1항의 서류 검토 결과 유류분 의 사전포기자가 유류분의 사전포기 의 법률적 효과를 명확히 인식하고 있다고 판단한 경우 법원은 유류분 의 사전포기를 허가할 수 있다. 단 피상속인의 재산목록, 피상속인으로 부터 증여받은 물건이 있다면 그 물 건의 목록, 피상속인이 생존하고 있 음에도 불구하고 유류분을 포기하는 이유, 기타 사정을 고려하여 유류분 을 사전포기하는 것이 상속인에게 현저히 불공정 또는 불합리하다고 판단할 경우 법원은 유류분의 사전 포기를 불허가하여야 한다.

V. 결론

유류분이 1977. 12. 31. 민법개정을 통해 도입될 당시에는 가족공동체 유지기능, 최소한의 재산분배 기능, 상속인 부양기능을 수행하였다. 하지만 유류분제도 도입 후 40년이 넘는 세월이 흘렀고, 유류분의 기능도 변화하였다. 특히 고령화시대는 현재 및 미래를 지배하는 사회의 화두이다. 저출산·저성장 시대와 맞물려 노인부양 문제를 어떻게 극복할 것인지가 사회문제로 대두된 지 오래이다. 사회의 부가 한정되어 있다면 어떻게 이를 효율적으로 분배할 수 있을지 논의해 보아야 한다. 유류분의 헌법적 근거를 상속인의 재산권을 보장하는 헌법 제23조에서 찾을 수 있다면 더욱 그러하다. 필요한 사람에게 필요한 만큼 상속재산이라는 재화가 분배되도록 유류분제도를 새롭게 디자인하는 것이 타당하다.

이론적으로는 가족이 생산공동체인 경우가 드물고 연대의식 또한 약화되고 있는 점, 현실적으로는 유류분 소송 원고의 관심은 어떻게 원물을 반환받을지 고민하는 경우보다는 피고가 피상속인으로부터 생긴 증여받은 재산의 가치 대비 얼마나 많은 재산적 가치를 피고로부터 환수할 수 있는가에 집중되어 있는 점을 고려하면 유류분의 헌법적 근거를 재산권을 보장하고 있는 헌법 제23조 제1항에서 찾는 것이 자연스럽다.

이러한 현상을 비난할 필요는 없다. 오히려 유류분을 가치로 인식하는 현상은 상속인의 합리적 사고의 결과이다. 극단적으로 피상속인이 아무런 가치 없는 깊은 산속의 맹지를 특정 상속인에게 증여한 경우 이를 유류분을 통해 찾아올 사람은 별로 없을 것이다. 맹지를 찾아온다 한들 잘 팔리지도 않을 뿐더러 세금만 내야 하기 때문이다. 사회경제주체들이 주어진 조건 하에서 경제적 사고를 통해 재화의 효율을 극대화하고자 노력하는 것은 자연스러운 현상이다. 헌법이 재화의 비효율적인 분배를 감수하고서라도 그 제도를 강력히 보호하고 있지 않는 한 헌법의 하위 단계인 법률은 그 재화의 효율적 배분을 위해 도움을 주어야 하며, 이 역시 우리나라에서 유류분제도 개선이 필요한 배경으로 꼽을 수 있을 것이다.

피상속인이 증여 내지 유언을 통해 재산을 분배할 경우 보통 수많은 고

민을 하기 마련이다. 따라서 피상속인의 증여 내지 유언을 통한 재산분배는 보통 효율적인 상속재산 분배의 결과를 가져온다. 다만 피상속인이 효율을 극단적으로 추구하여 재산을 배분한 결과 상속인의 부양기능이 훼손될 수도 있다. 현대사회에서도 유류분의 상속인 부양기능은 여전히 중요하므로 피상속인의 재산분배로 인해 상속인의 부양기능이 훼손된 경우에는 피상속인의 재산처분의 자유의 제한을 감수하고서라도 유류분을 통해 피상속인의 재산이 재분배되도록 유류분제도의 개선방향을 잡아야 할 것이다.

〈부 록〉

현행법	개정법의 제안
제1112조(유류분의 권리자와 유류분) 상속인의 유류분은 다음 각호에 의한다. 1. 피상속인의 직계비속은 그 법정상속분의 <u>2분의 1</u> 2. 피상속인의 배우자는 그 법정상속분의 <u>2분의 1</u> 3. 피상속인의 직계존속은 그 법정상속분의 <u>3분의 1</u> 4. 피상속인의 형제자매는 그 법정상속분의 <u>3분의 1</u>	제1112조(유류분의 권리자와 유류분) ① 상속인의 유류분은 다음 각호에 의한다. 1. 피상속인의 직계비속은 그 법정상속분의 <u>3분의 1</u> 2. 피상속인의 배우자는 그 법정상속분의 <u>3분의 1</u> 3. 피상속인의 직계존속은 그 법정상속분의 <u>4분의 1</u> <u><삭제></u> <u>② 제1항에도 불구하고, 유류분권리자가 제1항에 의해 반환받을 유류분을 포함한 자기의 자력 또는 근로에 의해 생활을 유지할 수 없는 경우 피상속인의 직계비속과 배우자의 유류분은 그 법정상속분의 2분의 1, 피상속인의 직계존속 및 형제자매의 유류분은 그 법정상속분의 3분의 1로 한다.</u>
제1115조(유류분의 보전) ① 유류분권리자가 피상속인의 제1114조에 규정된 증여 및 유증으로 인하여 그 유류분에	제1115조(유류분의 보전) ① 유류분권리자가 피상속인의 제1114조에 규정된 증여 및 유증으로 인하여 그 유류분에

현행법	개정법의 제안
부족이 생긴 때에는 <u>부족한 한도에서 그 재산의 반환을</u> 청구할 수 있다. <신 설>	부족이 생긴 때에는 <u>부족분 상당의 금전의 반환을</u> 청구할 수 있다. 제1116조의2(유류분의 사전포기) ① <u>피상속인의 생존시 유류분을 포기하고자 하는 상속인은 피상속인의 재산목록, 피상속인으로부터 증여받은 물건이 있다면 그 물건의 목록, 피상속인이 생존하고 있음에도 불구하고 유류분을 포기하는 이유를 적은 서면을 법원에 제출하여야 한다.</u> ② <u>전항에 의하여 상속인이 피상속인에게 재산목록 제출을 요청하는 경우 피상속인은 이에 응하여야 한다.</u> ③ <u>제1항의 서류 검토 결과 유류분의 사전포기자가 유류분의 사전포기의 법률적 효과를 명확히 인식하고 있다고 판단한 경우 법원은 유류분의 사전포기를 허가할 수 있다. 단 피상속인의 재산목록, 피상속인으로부터 증여받은 물건이 있다면 그 물건의 목록, 피상속인이 생존하고 있음에도 불구하고 유류분을 포기하는 이유, 기타 사정을 고려하여 유류분을 사전포기하는 것이 상속인에게 현저히 불공정 또는 불합리하다고 판단할 경우 법원은 유류분의 사전포기를 불허가하여야 한다.</u>

유류분의 헌법적 근거변화에 따른 유류분제도의 개선 방향 - 방 호 석·신 영 호	수령 날짜	심사개시일	개제결정일
	2022.01.10.	2022.03.06.	2022.03.24.

[참고문헌]

- 고상현, “독일 민법상 상속 및 유류분의 사전포기제도”, 「가족법연구」 제29권 제1호, 한국가족법학회, 2015년
- 곽윤직, 「상속법」, 박영사, 1997년
- 김상용, “자녀의 유류분권과 배우자 상속분에 관한 입법론적 고찰”, 「민사법학」 제36권, 한국민사법학회, 2007년
- , “자녀의 유류분권은 여전히 우리시대와 맞는가?”, 「법학논문집」 제34집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2010년
- 김수정, “유류분제도의 헌법적 근거와 범정책적 논의”, 「가족법연구」 제20권 제2호, 한국가족법학회, 2006년
- 김주수·김상용, 「친족·상속법」 제12판, 법문사, 2015년
- 김진우, “유산기부 활성화를 위한 입법 과제 -유류분 제도 및 공익법인의 지배구조에 대한 규제 완화를 중심으로-”, 「외법논집」 제43권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2019년
- 민유숙 편집대표, 「주석 민법」 제5판, 한국사법행정학회, 2020년
- 박병호, 「가족법」, 한국방송통신대학교 출판부, 1991년
- 박세민, “유류분제도의 현대적 의의”, 「일감법학」 제33호, 건국대학교 법학연구소, 2016년
- 변동열, “유류분제도”, 「민사판례연구」 제25권, 민사판례연구회, 2003년
- 서종희, “기부활성화를 위한 기부연금제 도입에 있어서의 한계 -민법상 유류분과의 관계를 중심으로-”, 「외법논집」 제43권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2019년.
- 소재선·양승욱, “유류분제도의 새로운 방향성 모색과 북한의 유류분”, 「부산대학교 법학연구」 제53권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2012년
- 신형구, “헌법상 재산권 보장과 그 제한의 현대적 의미”, 「토지공법연구」 제90권 제1호, 한국토지공법학회, 2020년.
- 윤진수, “상속제도의 헌법적 근거”, 「헌법논총」 10집, 헌법재판소, 1999년
- , 「친족상속법강의」 제2판, 박영사, 2018년
- , 「민법논고」 VII, 박영사, 2015년
- 윤진수 편집대표, 「주해 상속법」 제2권, 박영사, 2019년
- 윤진수·한상훈·안성조 대표편집자, 「법학에서 위험한 생각들」, 법문사, 2018년
- 이동진, “유류분법의 개정방향”, 「가족법연구」 제33권 제1호, 한국가족법학회, 2019년
- , “공익기부 활성화를 위한 유류분법의 개정 -오스트리아법과 독일법의 시사점-”, 「외법논집」 제43권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2019년
- 이보드레, “부양을 위한 상속제도로서의 유류분 再考 -자녀의 상속권에 관한 미국법리의 시사점-”, 「가족법연구」 제33권 제3호, 한국가족법학회, 2019년
- 이소은, “일본 개정 상속법의 내용과 시사점 -유류분을 중심으로-”, 「가족법연구」 제33권 제2호, 한국가족법학회, 2019년
- 정구태, “유류분제도의 존재이유에 대한 현대적 조명, -유류분제도 비판론에 대한 비판적 검토-”, 「법학논총」 제33권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2009년
- , “‘상속법 개정법 개정을 위한 전문가 설문조사’를 통해 살펴본 유류분제도의 개선 방안”, 「법학논총」 제26권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2019년
- , “유류분반환에 관한 諸問題”, 「법학논집」 제18권 제1호, 이화여자대학교 법학연

- 구소, 2013년
- 차진아, “재산권 보장의 상대화와 임법자의 역할 -헌법 제23조 제1항의 해석에 관한 시론-”, 「고려법학」 제76호, 고려대학교 법학연구원, 2015년
- 최준규, “유류분과 기업승계 -우리 유류분 제도의 비판적 고찰-”, 「사법」 제37호, 사법발전재단, 2016년
- , “유류분제도의 개선과 유산기부 활성화”, 법무법인(유한) 태평양·재단법인 동천 공동편집, 「기업공익재단 법제연구」, 경인문화사, 2021년
- 한국보건사회연구원 소득보장정책연구실, 「2020년 빈곤통계연보」, 한국보건사회연구원, 2020년
- 현소혜, “유산기부 활성화를 위한 유류분 제도의 개선방안 -영국, 미국 사례로부터의 시사점을 포함하여-”, 「외법논집」 제43권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2019년

【국문초록】

현대는 고령화, 저출산, 저성장 시대이다. 특히 노인의 부양문제를 어떻게 극복할 것인지는 심각한 사회문제로 대두되었다. 상속재산이라는 한정된 재화를 효율적으로 활용하여 노인의 부양문제를 해결하기 위해서는 적재적소에 그 재산이 분배되어야 한다. 유류분제도는 상속재산 분배를 담당하는 중요한 역할을 함에도 불구하고 제도의 도입 이후 40년이 넘는 기간 동안 전혀 법률조문의 변화가 없으므로 변화의 필요성은 증가하고 있다.

이론적으로, 가족이 생산공동체인 경우가 드물고 가족 사이의 연대의식 또한 약화되고 있는 점, 현실적으로 유류분 소송을 지켜보면 유류분권리자의 관심이 어떻게 원물을 반환받을지보다는 얼마나 많은 재산적 가치를 유류분반환의무자로부터 환수할 수 있을지에 집중되어 있는 점을 고려하면 현대사회에서 유류분의 헌법적 근거는 가족제도를 보장하는 헌법 제36조 제1항보다는 유류분권리자의 재산권을 보장하는 헌법 제23조 제1항에서 찾는 것이 자연스럽다. 이 경우 헌법재판소 판례에 따르면 입법자는 광범위한 입법형성의 자유를 가지게 되므로 상속재산의 분배를 통해 사회전체적인 효용을 높이기 위하여 유류분제도를 탄력적으로 운영하는 입법을 할 수 있다.

유류분을 가치로 인식하는 현상은 상속인의 합리적 사고의 결과이다. 헌법이 재화의 비효율적인 분배를 감수하고서라도 유류분 제도를 강력히 보호하고 있지 않는 한 유류분 제도는 그 재화의 효율적 배분을 위해 도움을 주는 방향으로 개선되는 것이 바람직하다.

유류분 제도 개선의 방향은 피상속인의 재산처분의 자유를 존중하는 형태로 나아가는 것이 바람직하고, 가액반환의 원칙이 하나의 예가 될 것이다. 다만 현대사회에서도 상속인의 부양기능은 여전히 중요하므로 피상속인의 편중된 분배로 인해 상속재산을 받지 못한 상속인의 부양기능에 훼손된다면 유류분을 통해 피상속인의 재산처분의 자유를 제한하도록 유류분제도의 개선방향을 잡아야 할 것이다.

【Abstract】

The Direction of Improvements on the Forced Share
Institution according to Change of the Constitutional Basis
of Forced Share

Bang Hyo Seok

(Lawyer, Graduate school of Korea university)

Shin Young Ho

(honorary professor, Korea University School of Law)

The modern age is an age of aging, low fertility and low growth. In particular, how to overcome the problem of supporting the elderly has emerged as a serious social problem. In order to solve the problem of supporting the elderly by efficiently utilizing the limited goods of inherited property, the property must be distributed in the right place. Although the forced share institution plays an important role in the distribution of inherited property, there has been no change in the legal provisions for over 40 years since the introduction of the institution. Therefore, the need for change is increasing.

Theoretically, the family is not a productive community, and the sense of solidarity between families is also weakening. In reality, the interest of the person who has the right to receive the forced share is focused on how much property value can be recovered from the person responsible for returning the property, rather than how the original property will be returned. In modern society, it is more reasonable to look for the constitutional basis for the forced share institution in Article 23

Paragraph 1 of the Constitution, which guarantees the property rights, rather than Article 36 Paragraph 1 of the Constitution, which guarantees the family institution. In this case, the legislator has a wide range of freedom to form legislation according to the precedent of the Constitutional Court. Legislation can be enacted to flexibly operate the forced share institution in order to increase the utility of society as a whole through the distribution of inherited property.

The phenomenon of recognizing forced share as value is the result of rational thinking of the heir. Unless the constitution strongly protects the forced share institution even at the cost of inefficient distribution of goods, it is desirable that the forced share institution should be improved in a way that helps for the efficient distribution of the goods.

It is desirable that the direction of the improvement of the forced share institution proceeds in a form that respects the freedom of the decedent's property disposal and the principle of return of value would be an example. However the function of supporting the heir is still important in modern society. the direction of improvement of the forced share institution should be determined to restrict the freedom of the decedent's property disposal through the forced share institution when the function of supporting the heir who has not received the inherited property is damaged due to the unbalanced distribution of the decedent.

주제어(Keywords): 유류분(Forced Share), 유류분의 헌법적 근거(Constitutional Basis of Forced Share), 가업승계(Family Business Succession), 가액만환(Return of Value), 유류분과 부양(Forced Share and Support)

보호수용법안에 대한 비판적 검토

- 독일 보호수용제도와 비교를 중심으로 -

신 은 영*

▶ 목 차 ◀

- | | |
|----------------------------------|----------------------|
| I. 들어가며 | 1. 보호수용에 관한 법률의 변천 |
| II. 자유박탈적 보안처분으로서의
독일 보호수용제도 | 2. 차별화 원칙의 내용 |
| 1. 보호수용의 명령 | 3. 차별화 원칙의 법적 실현 |
| 2. 보호수용의 집행 | 4. 차별화 원칙의 의의 |
| 3. 보호수용 집행의 유예와 종료 | VI. 우리 보호수용법안에 대한 검토 |
| III. 독일에서의 자유형과 보호수
용의 차별화 원칙 | 1. 보호수용법안의 주요 내용 |
| | 2. 보호수용법안에 대한 평가 |
| | V. 나가며 |

I. 들어가며

최근 십여 년간 우리나라는 성범죄를 비롯한 강력범죄의 재범에 대한 두려움으로 특정강력범죄 피의자의 신상정보공개·고지, 특정성범죄자의 성충동약물치료, 전자장치 부착 등의 각종 보안처분을 적극적으로 도입하고 시행하고 있다.¹⁾ 이러한 보안처분은 계속해서 그 위헌성과 문제점이 지적되고 있음에도 불구하고, 계속해서 적용범위가 확대되고 기본권 제한이 심화되

* 고려대학교 강사, 법학박사.

1) 2008년 「특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률」 제정(현행 「전자장치 부착 등에 관한 법률」), 2010년 「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」 제8조의2 신설, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제정, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 전부개정, 2011년 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」 제정 등.

는 방향으로 개정, 적용되고 있다. 그에 더해 기존의 치료감호 및 보호관찰의 대상도 확대되었으며, 여러 보안처분이 중복하여 부과되고 있는 경우가 증가하였다. 그 외에도 이미 오래전에 폐지된 보호감호가 여전히 집행되고 있는 데다가, ‘보호수용’의 이름으로 보호감호를 재도입하려고 하는 시도도 행해지고 있다. 우리에게서는 과거 사회보호법에서 ‘보호감호’라는 이름으로 규율되고 있었던 것이 실질적으로 형벌과 다른없는 내용으로 운용되었던 까닭에 이중 처벌이라는 비판을 받고 폐지된 역사가 있다.²⁾ 그럼에도 불구하고 사회적으로 크게 공분을 사는 사건이 발생하면 이 보호감호 제도는 어김없이 소환되어 여러 차례 부활을 꿈꿔 왔다. 그와 같은 시도는 매번 좌절되었으나, 2020년 세간에 널리 알려진 아동성폭행범의 석방을 앞두고 다시금 이 제도를 우리의 법체계 내에 들여오고자 하는 움직임이 본격화되었으며, 그 결과물로서 2022년 현재 세 개의 보호수용법 제정안이 국회에 계류되어 있다.

위 법안을 포함하여 지금까지 제출되었던 보호수용법안들은 대체로 독일법과 흡사하고,³⁾ 현재 보호수용제도의 도입에 대한 찬성의 근거로서도 독일의 제도가 거론되고 있다.⁴⁾ 그런데 독일의 보호수용⁵⁾제도는 오랜 기간 여러 논란과 개정을 거듭하여 현재에 이르고 있다. 유럽인권재판소에서는 독일의 보호수용은 형벌과 다르지 않다고 거듭 판단하였으며, 이러한 관점에 대항하여 보호수용과 자유형 간에 더 선명한 차이를 드러내기 위하여 독일연방헌법재판소에서도 2011년 기존의 일부 규정에 대하여 위헌결정을 내

2) 2005년 사회보호법 폐지이유 및 주요내용(법률 제7656호, 2005. 8. 4. 폐지, 2005. 8. 4. 시행, 제정·개정 이유 중).

3) 2011년 형법개정법률안과 2014년 정부가 발의한 법률안의 “보호수용”은 구 사회보호법상 ‘보호감호’ 및 독일의 ‘보안감호(Sicherungsverwahrung)’와 명칭만 다를 뿐 같은 제도라는 평가로, 송문호, “2014년 보호수용법안에 대한 검토”, 「교정연구」 제65호, 2014, 193면.

4) 예를 들어, 김상겸, “보호수용제 도입 시급하다”, 법률신문, 2015. 12. 18(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=97500> (2022. 2. 5. 최종 검색)).

5) 일반적으로 독일의 제도는 ‘보안감호’로 번역되고 있으나, 현재 제출되어 있는 법안에서 ‘보호수용’이라 명명하고 있기에 일단은 이 논문에서도 ‘보호수용’이라는 용어를 사용한다. 하지만 1) 도입하고자 하는 제재의 내용을 엄밀히 따져보면, 이는 ‘보안’의 목적으로 대상자를 시설에 ‘격리’하여 필요한 조치를 하는 것이 분명하므로, 해당 처분의 의미를 분명하게 드러내고, 2) ‘치료’의 목적으로 대상자를 시설에 ‘격리’하여 필요한 조치를 하는 ‘치료감호’와의 용어상의 통일을 도모하는 한편, 3) 부수적으로는 과거 폐지된 ‘보호감호’ 제도의 오명을 회피하는 측면에서 ‘보안감호’로 명명하는 것이 적절할 것이라 생각한다.

리며 개정요구를 한 바 있다. 그에 따라 자유형과 보호수용의 차별화를 도모하고 이를 보장하기 위한 절차규정들이 도입된 보호수용 관련법이 개정되어 2013년부터 시행되었다. 그로써 현재 독일의 보호수용 법제는 형벌과의 차별성 및 치료를 통한 개선목적이 강화된 새로운 모습을 갖추게 되었으며, 형사법상 형사제재 이원주의 체제를 더욱 공고히 하게 되었다고 할 수 있다.

우리의 경우 위헌의 소지가 있는 부분을 제거하고자 여러 방안을 강구하여 법안이 제출되어 있으나, 여론에 떠밀려 입법을 서두르고 충분히 검토하지 못한 탓에 여전히 불충분한 상태에 머물러 있다. 보호수용제도 자체에 대한 찬반을 떠나, 이원주의에 입각한 현행 법제도 하에서 형벌이 아닌 보안처분으로서의 보호수용을 도입하고자 하는 경우 그 출발점은 동일한 법체계를 가진 독일에서의 논의를 바탕으로 생각하면 적어도 형벌과의 차별화가 확보되는 것이다. 따라서 본 글에서는 차별화 원칙을 중심으로 독일의 보호수용제도가 우리나라에 시사하는 바를 검토하는 것을 목적으로 한다. 이를 위하여 먼저 독일의 현행 보호수용제도와 차별화 원칙을 설명하고 그 의의를 살펴본 후,⁶⁾ 우리 보호수용법안의 주요 내용을 정리하고 그중 개선되어야 할 사항을 제시한다.

II. 자유박탈적 보안처분으로서의 독일 보호수용제도

독일은 형법전 내에 형사제재로서 형벌과 함께 보안처분(Maßregeln der Besserung und Sicherung)에 관하여 그 부과와 요건과 절차를 규정하고 있다. 독일 형법 제61조에 의하면 보안처분에는 총 6종류가 있으며, 이를 크게 나누면 시설에 격리하여 자유를 완전히 박탈하는 형태의 처분, 즉 자유박탈적 보안처분과 자유가 완전히 박탈되지는 않지만 어느 정도의 자유제한은 수반되는 처분, 즉 자유제한적 보안처분의 2가지로 분류할 수 있다. 보호수용은 이 중 자유를 박탈하는 형태의 보안처분, 소위 자유박탈적 보안처분에 속한다.⁷⁾ 자유박탈적 보안처분의 집행에 관해서는 그 형태의 동일성

6) 이하 독일 제도에 관한 설명 중 일부는, 慎根映 『自由刑の執行に對する司法的統制—ドイツを中心に—』 東京大學博士學位論文 (2020年) 142-167頁의 내용을 수정, 정리한 것이다.

으로 인하여 자유형의 집행에 관한 형사법 규정의 일부를 준용하고 행형법의 규율대상으로 하고 있다. 이에 의하면 자유박탈적 보안처분의 명령과 그 변경 및 집행에 관한 결정은 법관이 행하도록 되어 있으며, 명령부터 집행 종료까지 법원의 감독 아래 놓이게 된다. 특히 보안을 이유로 하는 격리구금인 보호수용은 신체의 자유의 박탈을 본질로 하는 자유형과 실질적으로 가장 유사한 성격을 가진다. 보호수용의 집행은 행형의 장소와는 분리된 특수한 구역에서 행해지기는 하지만 행형시설 내의 격리가 전제되는 것부터가 그와 같은 성격을 잘 보여준다. 따라서 보호수용을 명령하고 집행하는 과정 전반에 대하여 자유형과 동일한 정도의 사법적 관여가 요청되는 한편, 형벌인 자유형과 구별될 수 있도록 자유형의 경우와는 명백히 다른 방식으로 집행되어야 할 것이 요구된다. 이하에서는 먼저 독일 형사법상 보호수용의 요건과 명령절차, 그리고 그 집행에 관한 결정 및 사후변경에 있어 법원이 어떠한 권한을 가지고 관여하고 있는지 구체적으로 검토한다.

1. 보호수용의 명령

보호수용에 관한 형법규정은 최근 20여 년간 여러 차례 관련 법규정이 개정·추가되고 독일연방헌법재판소와 유럽인권재판소의 판단을 받는 과정을 겪었다. 2017년 7월 1일 개정 이후 유지되고 있는 현행 형법의 규정은 그 동안의 지난한 과정을 보여주리라도 하듯이 매우 길고 복잡하게 되어 있으나, 그 핵심은 보호수용은 첫째, 위험한 중범죄자를 대상으로 하고, 둘째, 형벌의 선고를 전제로 명령된다는 것이다.

(1) 보호수용의 기본요건

원칙적으로 법원은 ① 생명, 신체, 자유, 성적자기결정권 등을 침해하거나 법정형의 상한이 10년 이상에 해당하는 공공위험범 등의 특정 중범죄를 고의로 범하여 2년 이상의 자유형이 선고되는 자에 대하여(제1호), ② 최소 1년의 자유형을 선고받은 동종 전과가 2회 이상 있고(제2호), ③ 그로 인하

7) 자유박탈적 보안처분에는 보호수용 외에 우리나라의 치료감호에 해당하는 정신병원수용(제63조)과 급질시설수용(제64조)이 있다. 이후 양자를 구분해야 할 필요가 없는 경우에는 '치료감호'로 통칭한다.

여 2년 이상 자유형 또는 자유박탈적 보안처분의 집행을 받은 사실이 있으며(제3호), ④ 장래 중대한 범죄행위로 나아갈 위험성이 인정되는 경우(제4호)에 보호수용을 명령한다(형법 제66조 제1항). 또한 제1항 제1호에 규정된 일부 범죄(제a목 및 제b목) 및 그 밖에 제3항에 열거되어 있는 성범죄를 비롯한 특정 중범죄를 저지른 자에 대해서는, ① 해당 범죄로 인하여 2년 이상의 자유형이 선고된 경우, ② 최소 3년의 자유형을 선고받은 동종 전과가 1회만 있으면, ③ 그로 인하여 2년 이상 자유형 또는 자유박탈적 보안처분의 집행을 받은 사실(제1항 제3호) 및, ④ 장래 중대한 범죄행위로 나아갈 위험성(제1항 제4호)의 존재를 요건으로 보호수용이 명령될 수 있다(동조 제3항 제1문).

이와 같이 보호수용은 자유형이 선고되는 특정 중대범죄를 저지른 자가 동종 전과를 가진 경우를 대상으로 하는 제도라 할 수 있다. 그러나 독일 형법은 예외적으로 초범에 대해서도 법원이 보호수용을 명령할 수 있도록 하는 규정을 두고 있다. 첫째, ① 제1항 제1호에 열거된 범죄를 3개 이상 저질러 각각 최소 1년의 자유형이 선고되고, ② 그중 3년 이상의 선고형에 해당하는 범죄가 1개 이상인 경우에, ③ 장래 중대한 범죄행위로 나아갈 위험성이 인정되는 한(제1항 제4호) 보호수용이 명령될 수 있다(동조 제2항). 둘째, ① 제3항 제1문에 열거되어 있는 범죄 중 2개 이상으로 인하여 각 2년의 자유형이 선고되고, ② 그중 1개라도 3년 이상의 선고형에 해당한다면, ③ 장래 중대한 범죄행위로 나아갈 위험성이 존재하는 한(제1항 제4호) 보호수용이 명령될 수 있다(동조 제3항 제2문).

한편 재범에 있어 전제되는 전과를 고려함에 있어 병합형이 선고되었던 경우에는 하나의 단일한 선고로 간주되고, 구류 또는 기타 자유의 박탈이 자유형에 산입되었던 경우에는 집행된 기간으로 간주된다(동조 제4항 제1문 및 제2문). 만일 범죄행위로부터 5년 이상, 성범죄의 경우에는 15년 이상 경과한 경우에는 전과로서 고려되지 않으며, 이때 국가에 의하여 시설에 구금되어 있던 기간은 경과기간의 산정에서 제외된다(동조 제4항 제3문 및 제4문).

공통요건인 장래의 위험성에 대한 평가는 행위자와 행위의 종합적인 평가를 통하여 중대한 범죄, 특히 정신적 또는 신체적으로 중한 해를 가하는 범죄를 하는 습벽이 존재하고 그로 인하여 행위자가 일반에 대하여 위험한지 여부를 판단하는 것으로, 유죄판결의 시점을 기준으로 한다(동조 제1항 제4호). 습벽의 존재는 행위자가 반복하여 새로운 범죄를 저지르고자 하

는 일정한 상태에 놓여 있고 그에 대한 통제능력이 결여되어 있으면 인정되며, 이미 행해진 범죄행위뿐만 아니라 장래의 범죄행위와의 징후적인 인과관계가 있어야 한다.⁸⁾

형법 제66조 제1항에 의한 보호수용의 요건이 모두 충족되는 경우 법원은 필요적으로 보호수용을 명해야 하며, 나머지 경우에는 법원의 재량이 인정된다. 보호수용의 명령은 제1심 법원의 관할에 속한다(법원조직법 제24조 제1항 제2호, 제74조 제1항 제2문, 제120조 제1항). 위험성의 예측을 위한 전문가의 감정은 필수적인 절차이다. 법원은 전문가의 의견을 청취하여야 하며, 이를 위하여 전문가에게는 감정에 필요한 행위자의 모든 기록이 제공되고 행위자를 직접 면담하는 등의 조사 기회가 부여되어야 한다(형사소송법 제80조a, 제246조a 제1항 제1문 및 제3항). 한편 보호수용을 확정적으로 명령하기 전 일반의 보안이익을 위해 구류가 가능한데, 이는 도주 또는 그 위험이나 증거인멸의 위험이라는 일반적인 구류사유보다 광범위한 이유로 명해질 수 있다(동법 제112조 제3항, 제112조a).

(2) 보호수용의 유보

만일 법원이 유죄판결의 시점에 행위자의 위험성을 충분히 확신할 수 없는 경우에는 보호수용의 명령을 유보할 수 있다. 이를 위해서는 ① 제66조 제3항 제1문에 규정되어 있는 범죄에 대하여 유죄판결이 내려질 것, ② 그 밖의 다른 요건이 충족될 것, ③ 위험성의 존재에 대하여 확신까지는 아니더라도 개연성은 있을 것이 요구된다(형법 제66조a 제1항). 그러나 제66조의 요건이 충족되지 않아서 보호수용을 명할 수 없는 경우에도, 재범의 위험이 높은 중대한 범죄로 인하여 5년 이상의 자유형이 선고되는 때에는, 예외적으로 위험성의 존재에 대하여 최소한 개연성이 인정되는 한 법원은 보호수용의 명령을 유보할 수 있다(형법 제66조a 제2항).

유보된 보호수용의 명령은 제1심 법원의 관할에 속하며(법원조직법 제74조f 제1항), 그에 관한 재판은 독립된 절차에 의하여 자유형이 전부 집행되는 때까지만 행해질 수 있다(형법 제66조a 제3항 제1문). 이에 관하여 형사소송법은 늦어도 형집행이 종료되기 6개월 전까지는 결정하도록 하고 있

8) BGH NStZ-RR 2009, 11.

다(형사소송법 제275조a 제5항). 법원은 유죄판결을 받은 자 및 그의 범죄에 더하여 재판 시점까지의 개선 정도를 보충적으로 고려한 종합적 평가를 통하여 정신적 또는 신체적으로 심각한 피해를 입히는 중대한 범죄의 가능성이 인정되면 보호수용을 명한다(형법 제66조a 제3항 제2문). 이를 위하여 법원은 유죄판결을 받은 자의 형 또는 치료감호의 집행 중에 행해진 처우와 관련되지 않았던 전문가로부터의 감정을 거쳐야 한다(형사소송법 제275조a 제4항 제1문 및 제3문). 정해진 기간 내에 보호수용의 명령이 내려진 경우에는 그 확정력이 발생할 때까지 법원에 의하여 수용장이 발부될 수 있다(동조 제6항 제3문). 유보된 보호수용의 명령에 대해서는 상급법원에 상고할 수 있다(형사소송법 제333조, 법원조직법 제121조 제1항 제1호 및 제135조 제1항).

(3) 사후적 보호수용

독일 형법에 의하면, 위에서 살펴본 바와 같이 제66조 또는 제66조a에 의하여 유죄판결시에 자유형의 선고와 함께 보호수용이 명령되지 않았거나 보호수용의 명령이 유보된 바가 없는 경우에도, 사후적으로 보호수용이 명령될 수 있다. 이러한 예외가 처음 규정되었을 때에는 보호수용의 명령의 대상이 되는 경우 일반적으로 그 사후 명령이 가능하였으나, 2011년 1월 1일부터는 그 적용범위가 대폭 축소되어 오로지 정신병원수용이 종료된 경우에 한정되었다. 즉, 형법 제66조 제3항에 규정된 범죄에 해당하는 수 개의 범죄로 인하여 정신병원수용이 명해진 자 또는 그 이전에 행한 1개 또는 수 개의 범죄로 인하여 3년 이상의 자유형을 1회 선고받았거나 정신병원수용이 명해진 적이 있는 자에 대하여, 형법 제67조d 제6항에 의하여 해당 정신병원수용 명령의 근거가 되었던 책임능력의 배제 또는 감경사유가 수용의 종료에 관한 재판시에 더이상 존재하지 않음을 이유로 정신병원수용이 종료된 경우, 법원은 유죄판결을 받은 자 및 그의 범죄에 더하여 재판 시점까지의 개선 정도를 보충적으로 고려한 종합적 평가를 통하여 정신적 또는 신체적으로 심각한 피해를 입히는 중대한 범죄의 위험에 대하여 높은 개연성을 인정하는 때에는 사후에도 보호수용을 명할 수 있다(형법 제66조b 제1문). 이는 정신병원수용과 함께 선고된 자유형의 전부 또는 일부가 여전히 집행되어야 하는 경우에도 동일하다(동조 제2문).

보호수용의 사후명령은 독립된 재판절차에 의하여 행해지며, 제1심 법

원의 관할에 속한다(법원조직법 제74조f 제1항). 법원은 직권으로 재판을 개시할 수 없다.⁹⁾ 정신병원수용이 종료되는 때로부터 검찰은 관할법원에 보호수용의 사후 명령을 신청할 수 있게 되며, 이때 그 대상이 되는 유죄판결을 받은 자에 대하여 통지되어야 한다(형사소송법 제275조a 제1항 제4문 및 제5문). 법원은 유죄판결을 받은 자의 위험성 평가를 위하여 유보된 보호수용의 명령에 관한 재판의 경우와 동일하게, 유죄판결을 받은 자의 행형 또는 정신병원수용 중에 행해진 처우와 관련되지 않았던 2인 이상의 전문가로부터의 감정을 거쳐야 한다(동조 제4항). 또한 법원은 보호수용이 사후에 명령될 것이라는 상당한 근거가 있는 경우에는 명령의 확정력이 발생할 때까지 수용장을 발부할 수 있으며, 관할 법원에 보호수용의 사후 명령에 대한 신청이 행해질 때까지는 형법 제67조d 제6항에 의한 정신병원수용의 종료재판을 관할하는 법원이 그 관할권을 가진다(형사소송법 제275조a 제6항). 보호수용의 사후 명령에 대해서도 유보된 보호수용의 명령에 대해서와 동일하게 상급법원에 상고할 수 있다(형사소송법 제333조, 법원조직법 제121조 제1항 제1호 및 제135조 제1항).

2. 보호수용의 집행

보호수용이 명령되면 피수용자는 집행규칙에 의하여 집행 장소를 배정받는다(형집행규칙 제22조). 다만, 주법상 특별규정이 있는 경우에는 그에 의한다. 마찬가지로 보호수용의 집행과 관련해서는 각 주의 법률이 우선적으로 적용되며, 규정이 없는 경우에는 연방 법률에 따른다.¹⁰⁾ 형집행에 관한 규정은 별도의 정함이 없는 한 보호수용의 경우에도 준용된다(형사소송법 제463조 제1항). 그에 따라 보호수용의 집행에 관한 재판은, 보호수용에 앞서 형이 집행되고 있는 중이나 보호수용의 집행이 개시되고 난 이후에는 원칙적으로 형집행부(Strafvollstreckungskammer)에서 관할한다(형사소송법 제462조a

9) MüKo-StGB/Ullenbruch, Drenkhahn, §66b Rn. 107.

10) 2006년 기본법의 개정에 따라 각 주에서 행형법을 독자적으로 제정하게 되었다(F. Streng, Strafrechtliche Sanktionen: die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3. Aufl., Stuttgart, Kohlhammer, 2012, Rn. 230). 현재 모든 주가 고유의 행형법을 가지고 있으나, 연방 행형법의 효력은 유지된다(기본법 제125조a 제1항 제1문).

제1항). 세부적으로는, 보호수용의 집행유예는 3인의 형집행법관으로 구성된 합의부인 대집행부의 관할권에 속하고, 나머지는 단독재판관으로 구성된 소집행부의 관할권에 속한다(법원조직법 제78조b 제1항).

(1) 집행순서와 집행기간

보호수용은 자유형과 함께 명령되는 것이 원칙이며, 언제나 자유형이 먼저 집행된 후에 보호수용이 집행되어야 한다. 예외적으로 보호수용의 명령이 유보되거나 사후적으로 행해지는 경우에도 자유형의 집행이 이루어진 후에 비로소 보호수용이 집행되므로, 자유형의 집행이 선행되는 순서는 동일하게 유지된다.

보호수용의 기간에 관해서는 규정이 없어 기본적으로 무기한의 수용이 가능하다. 기간은 집행이 사실상 개시되는 때부터 기산된다(형법 제67조d 제1항 제2문, 형집행규칙 제53조 제2항 제2호 및 제38조 제1호).

(2) 집행의 필요성에 대한 법원의 심사

유죄판결을 받은 자에 대하여 필요 이상으로 보호수용이 집행되는 것은 허용되지 않는다. 따라서 법원은 법률에 정해진 기한 내에 집행의 계속 여부에 관하여 심사하여야 한다(형법 제67조e 제1항). 이는 강제규정으로 법정기한 내에 반드시 심사가 이루어져야 하며, 법원이 심사의무를 해태하는 경우에는 부득이 그 집행은 계속되지만 항고에 의하여 이를 다룰 수 있다.¹¹⁾ 또한 법원은 보호수용의 집행이 유예될 가능성이 있음을 인정한 경우에는 직권으로 심사하여야 하고, 형법 제67조e 제3항 제2문에 의한 신청금지기간이 아닌 한 신청이 있으면 반드시 심사하여야 한다.¹²⁾

심사기한은 집행기간 10년을 기준으로 그 이전에는 1년, 그 후에는 9월 이다(동조 제2항). 법원은 이를 단축할 수 있고 또 기한 내에는 언제든지 심사할 수 있도록 되어 있으므로(동조 제1항 제1문 및 제3항 제1문), 개별 사례에 맞추어 탄력적 운용이 가능하다. 기한은 집행의 개시로부터 기산되고, 법원에 의한 유예 또는 종료의 각하 결정이 있는 경우에는 해당 결정으로부터

11) LK-StGB/Rissing-van Saan, Peglau, §67e Rn. 27 f.; MüKo-StGB/Groß, §67e Rn. 9.

12) MüKo-StGB/Groß, §67e Rn. 4.

터 새로 기산된다(동조 제4항). 또한 법원은 법정 기한이 만료하기 전에는 그 범위 내에서 심사의 신청이 허용되지 않는 기간을 정할 수도 있다(동조 제3항 제2문). 이 기간의 결정은 법원, 즉 형집행부의 고유권한이다. 결정과 동시에 효력이 발생하나, 해당 형집행부에 대해서만 유효하고, 다른 형집행부로 관할이 변경되는 경우에는 그 효력을 잃는다.¹³⁾

심사의 결과 피수용자에 대하여 보호수용이 더이상 집행되지 않아도 장래에 위법행위를 할 위험이 없다고 예상되면, 법원은 향후의 집행에 대하여 보호관찰부로 유예하거나 종료를 선언할 수 있다(형법 제67조d 제2항, 제3항). 이는 자유형의 보호관찰부 잔형집행유예와 유사한 것으로, 그에 관한 절차규정이 준용된다(형사소송법 제463조 제3항, 제454조). 특히, 형법 제67조d 제2항 및 제3항의 재판에서 피수용자의 재범위험성을 판단하기 위한 전문가의 감정은 필수적이다(형사소송법 제463조 제3항 제4문). 한편, 재범의 예측에 있어 장래 어떠한 위법행위도 하지 않을 것이라는 완전한 긍정적 결론에는 사실상 도달하기 힘들다. 따라서 예상되는 재범의 중한 정도 및 개연성의 정도가 고려되어야 하며, 피수용자 및 그가 행한 범죄와 더불어 보호수용이 집행된 기간과 그로 인한 개선 정도가 종합적으로 고찰되어야 한다.¹⁴⁾ 이는 보호수용의 경우 집행기간에 관하여 정해진 상한이 없어 이와 같은 중간 심사에 의해서만 석방이 가능하다는 점에서 더욱 중요한 의미를 가진다.¹⁵⁾ 그럼에도 불구하고 피수용자의 재범을 방지하기 위하여 여전히 보호수용의 집행이 필요하다는 결론에 이르게 되면 보호수용의 집행은 유예되거나 종료되지 않고 계속 유지된다.

3. 보호수용 집행의 유예와 종료

(1) 집행의 유예와 취소

일반적으로 법원은 집행기간의 상한이 규정되어 있는지를 불문하고 피수용자가 자유박탈적 보안처분의 집행이 더이상 행해지지 않아도 중대한

13) Ebenda, §67e Rn. 11.

14) B-D. Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Berlin, Springer, 2015, S. 387.

15) Ebenda, S. 385.

재범에 이르지 않을 것이라 예상되는 경우에는 이를 보호관찰부로 유예한다(형법 제67조d 제2항 제1문). 그에 더해 보호수용에 있어서는, 헌법상 차별화 원칙에 따른 형법 제66조c 제1항 제1호와 관련하여 집행의 개시 후 일정 기간 내에 피수용자에게 보호수용의 집행 계속을 피할 수 있도록, 즉 집행이 유예되거나 종료될 수 있도록 재범의 위험을 감소시키고 재사회화를 도모할 목적으로 행해져야 할 사회치료적 처우나 돌봄이 제공되지 않았기 때문에 보호수용을 계속해서 집행하는 것은 비례성 원칙에 어긋난다고 인정되는 경우에도 그 집행이 유예된다(형법 제67조d 제2항 제2문). 이를 위해서는 법원에 의하여 해당 처우가 명시되고 6개월 이내의 기간이 정해졌을 것이 전제되어야 한다.

또한 보호수용에 앞서 언제나 자유형이 먼저 집행되므로, 보호수용의 목적에 비추어 그 집행이 요구되는지에 관한 비례성 심사가 행형의 종료 전에 다시 행해져야 한다(형법 제67조c 제1항 제1문 제1호). 이때 법원은 행형으로 인한 사정변경의 가능성을 인식하고 비례성 원칙에 따라 유죄판결을 받은 자에 대하여 처분의 집행을 정당화하는 중대한 재범이 예상되는지, 그리고 이를 방지할 수 있는 다른 경미한 수단이 있는지 여부를 검토하여야 한다.¹⁶⁾ 나아가 헌법상 차별화 원칙에 따른 형법 제66조c 제2항과 관련하여 행형 중에 이미 보호수용의 집행을 피하게 할 목적으로 행해지는 모든 사회치료적 처우(형법 제66조c 제1항 제1호)가 제공되지 않았기 때문에 보호수용의 집행을 계속하는 것이 비례성 원칙에 어긋난다고 판명된 때에도 그 집행은 유예된다(형법 제67조c 제1항 제1문 제2호).

한편, 보호수용의 집행이 유예된 바 없음에도 그 명령이 확정된 후 3년이 경과할 때까지 그 집행이 개시되지 않은 경우에는 법원의 재확인이 있어야 해당 처분이 집행될 수 있다(동조 제2항 제1문). 이는 그동안 사정이 변경되었을 가능성을 염두에 둔 것으로, 법원은 보호수용의 목적이 달성되기 위하여 여전히 그 집행을 필요로 하는지를 검토하여야 한다. 만일 보호수용의 집행이 유예되더라도 그 목적을 달성할 수 있을 것이라는 특별한 상황이 인정되는 경우에는 법원은 보호수용의 집행을 유예한다(동조 제2항 제3문, 제4문). 이때 3년의 기간에는 행형이나 구류와 같이 유죄판결을 받은 자가

16) Schönke/Schröder/Kinzig, §67c Rn. 1, 4.

시설에 구금되었던 기간은 산입되지 않는다(동조 제2항 제2문).

위와 같은 이유로 보호수용의 집행유예 결정이 확정되면 피수용자는 시설로부터 석방되고, 그와 동시에 행상감독(Führungsaufsicht)이 개시된다(형법 제67조c 제1항 제1문 및 제2항 제4문, 제67조d 제2항 제3문, 제68조 제2항, 제68조c 제4항). 이때 법원은 가능한 처우 결과를 확보하고 재범을 방지하기 위하여 준수사항을 부과할 수 있다(형법 제68조b). 행상감독의 기간 동안 피석방자는 감독기관 및 법원에 의하여 정해진 보호관찰관의 감독 하에 놓이며(형법 제68조a 제1항 내지 제3항), 그 기간은 2년 이상 5년 이하의 범위 내에서 법원에 의하여 정해진다(형법 제68조c 제1항).

피석방자가 행상감독기간 및 유예에 관한 재판 후 행상감독이 개시되기 전까지의 기간에 위법행위를 하였거나 부과된 준수사항을 심각하게 혹은 집요하게 위반한 경우 또는 감독기관 혹은 보호관찰관의 감독을 집요하게 벗어나는 경우에는 법원은 집행유예의 취소를 결정한다(형법 제67조g 제1항). 또 행상감독기간 중에 법원에 유예가 거부될 만한 상황이 알려지는 경우에도 유예는 취소된다(동조 제3항). 이 모든 경우에 있어 유예의 취소는 처분의 목적에 비추어 피석방자의 수용이 필요하다고 인정되는 때에 한하며, 따라서 원인범죄와 새로운 일탈행위, 그리고 장래에 예상되는 위법행위 사이의 징후적인 관련성이 있는지 여부가 검토되어야 한다.¹⁷⁾

(2) 집행의 종료

원칙적으로 집행기간의 상한이 도래하면 자유박탈적 보안처분은 종료된다(형법 제67조d 제4항 제1문, 제2문). 그러나 보호수용의 경우에는 법률상 상한이 없으므로, 집행개시 후 10년이 경과한 후 법원에 의하여 피수용자에게 정신상 또는 신체상 심각한 피해를 입히는 중대한 범죄를 저지를 위험성이 인정되지 않는다고 판단되면 필요적으로 종료된다(동조 제3항 제1문). 보호수용의 종료는 집행유예의 경우처럼 보호수용이 더이상 집행되지 않더라도 피수용자가 재범을 저지르지 않을 수 있다는 긍정적인 예측을 필요로 하는 것이 아니라, 보호수용이 더이상 집행되지 않으면 피수용자가 재

17) SK-StGB/Sinn, §67g Rn. 8, 10; Schöke/Schröder/Kinzig, §67g Rn. 4, 6; MüKo-StGB/Groß, §67g Rn. 8.

범을 저지를 것이라는 부정적인 예측이 없을 것을 요건으로 한다는 점에 유의해야 한다.¹⁸⁾ 보호수용이 종료되면 피수용자는 석방되고 그와 동시에 행상감독이 개시된다(동조 제3항 제2문).

또한 보호수용의 명령이 확정된 후 3년이 경과하도록 집행이 개시되지 않아 법원이 새로 해당 처분의 집행이 필요한지 여부에 대해 검토해야 하는 경우에, 이미 처분의 목적이 달성되었다고 판단되면 보호수용은 필요적으로 종료된다(형법 제67조c 제2항 제5문). 그밖에 보호수용의 집행이 유예된 후 취소되지 않고 행상감독기간이 만료된 때에도 보호수용은 종료된다(형법 제67조g 제5항). 이 경우에는 법원의 재판 없이 처분이 종료된다.¹⁹⁾

III. 독일에서의 자유형과 보호수용의 차별화 원칙

2013년 6월 1일 이후에는 독일연방헌법재판소 결정에 따라 자유형과 보호수용의 차별화를 실현하기 위하여 신설된 보호수용과 관련된 여러 법규정들이 시행되었다. 이를 위하여 보호수용제와 관련한 법규정의 변천 과정 및 그와 관련된 사법부의 판단을 개관한 다음, 독일헌법상 자유형과 보호수용의 차별화 원칙 및 입법의 주요 내용과 의의에 대하여 살펴본다.

1. 보호수용에 관한 법률의 변천

역사적으로, 위에서 살펴본 현재의 보호수용제도가 규정되고 운용되기까지는 여러 차례 문제점이 지적되고 법이 개정되는 과정이 있었다.²⁰⁾ 그

18) BVerfGE 109, 133.

19) MüKo-StGB Groß/Veh §67g Rn. 29; K. Laubenthal/N. Nestler, Strafvollstreckung, 2. Aufl., Berlin, Springer, 2018, Rn. 358 ff.

20) 이에 관해 소개하고 있는 문헌으로는, 한영수, “독일의 보호감호제도”, 「한독법학」 제14권, 2003, 182-188면; 김해정, “독일의 최근 동향을 통해 바라본 우리 보안처분제도의 재조명”, 「법조」 제57권 제10호, 2008, 97-103면; 이정념, “독일에서의 보안감호에 관한 최근 논의들”, 「법조」 제60권 제9호, 2011, 283-293면; 김성규, “독일의 보안감호에 관한 규정의 변화와 과제”, 「법과정책연구」 제12권 제1호, 2012, 243-255면; 강지현, “자유박탈적 보안처분에 대한 비판적 검토-보안형벌과 보호수용제도 비판-”, 「비교형사법연구」 제17권 제4호, 2015, 35-37면; 박학모, “보안감호제도에 대한

발단이 된 것은 1998년 1월 26일의 「성범죄 및 기타 위험범죄 대책을 위한 법률」 21)이었다. 입법자는 이를 통하여 그때까지 누적되어 온 위험한 상습범으로부터의 공공보호라는 요구를 수용하여, 성범죄 및 기타 위험한 범죄를 저지른 상습범들을 대상으로 더 용이하게 보호수용을 부과할 수 있도록 하기 위하여 형법상 보호수용의 요건을 추가하였으며(형법 제66조 제3항), 10년의 상한규정을 삭제하고 이를 소급적용하였다(형법 제67조d 제1항 및 제3항). 또한 2002년 8월 21일 「보호수용명령의 유보규정 도입법」 22)을 통하여, 형법에 유죄판결시 보호수용의 명령을 유보하고 자유형의 집행종료시에 재검토하도록 하는 규정을 신설하였다(형법 제66조a). 한편 일부 주에서는 사실심 재판에서뿐만 아니라 그 후에도 위험한 중범죄자에 대하여 보호수용을 명할 수 있어야 한다고 하는 주장이 계속되어 왔으며, 이를 받아들여 2001년부터는 주 차원의 독자적인 수용법이 제정되고 있었다. 그러나 2004년 2월 10일, 연방헌법재판소는 이와 같은 주법은 기본법 제74조 제1항 제1호에 의하여 형법의 영역에 해당하고 주의 고유한 입법권한의 범위를 벗어나는 것이므로 위헌이라고 결정하였다. 다만, 2004년 9월 30일까지의 잠정 적용을 명하면서 연방법에 의한 규율을 입법자에게 요구하였다.²³⁾ 그에 따라 2004년 7월 23일 「사후적 보호수용 도입법」 24)에 의하여 생명, 신체, 자유 또는 성적자기결정권을 침해하는 범죄 등으로 인하여 유죄판결을 받은 자에 대해서는 사후에도 보호수용을 명할 수 있도록 하는 형법 규정이 신설되었다(형법 제66조b).

애초에 개선불가능한 위험한 범죄자들을 사회로부터 완전히 격리함으로써 보다 확실하게 공공의 안전을 도모하고자 보호수용이 활용되었던 배경과, 독일의 통일 이후 범죄와의 투쟁 및 법질서의 방위를 위하여 엄벌화 정책이 추진되고 있던 상황에 비추어볼 때, 위와 같은 일련의 개정은 예정된 것이었다. 그러나 범죄자의 자유권보다 일반의 보호이익을 배타적으로

비교형법적 성찰-독일 보안감호제도의 변천을 중심으로-, 「한국형사법학회 학술대회 논문집」 2020년 제2호, 2020, 27-41면 참고.

21) Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten (BGBl. I 1998, S. 160).

22) Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung(BGBl. I 2002, S. 3344).

23) BVerfGE 109, 190.

24) Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung(BGBl. I 2004, S. 1838).

우선시키는 이러한 시도는 형법상 책임 원칙과 비례성 원칙의 측면에서 비판을 받았고, 범죄자의 개선 및 재사회화라는 형사정책의 방향에 부합하지 않는다는 지적을 받았다.²⁵⁾ 그리고 결국 다음과 같은 판결들로 인해 일련의 개정 흐름은 저지되었다.

가장 먼저 보호수용의 10년의 상한을 폐지하고 이를 소급적용하게 한 것과 관련하여 독일기본법 제103조 제2항의 소급처벌금지 원칙에 위반하는지 여부가 문제되었다. 2004년 2월 5일 독일연방헌법재판소는 처분의 상한을 법률에 명시하여야 할 의무는 없고, 엄격한 비례성 원칙에 비추어 정당화되는 경우에만 10년 이상의 보호수용을 할 수 있도록 하고 있으며, 처분은 형벌과 다르게 소급적용이 허용된다고 하는 이유로 합헌결정을 하였다.²⁶⁾

이는 다시 유럽인권재판소에 제소되었고, 2009년 12월 17일 유럽인권협약 제5조 및 제7조에 반한다고 하는 판결이 내려졌다. 우선 유럽인권협약 제5조 제1항의 신체의 자유와 안전에 대한 권리의 침해 여부와 관련하여, 보호수용이 명해진 유죄판결은 10년의 상한 규정에 근거하여 내려진 것임에도 불구하고 10년을 넘는 보호수용의 집행과 유죄판결과의 인과관계는 인정되지 않고, 따라서 본 규정에서 말하는 합법적인 구금에 해당하지 않는다고 하였다. 또한 제7조의 죄형법정주의 위반과 관련하여 유럽인권재판소는 보호수용의 집행 실행이 자유형과 구별되지 않는 점, 처분의 목적과 형벌의 목적이 서로 중첩되는 부분이 있는 점 등을 이유로, 독일 내에서 형벌과 처분이 다른 제재로서 분리되고 있음에도 불구하고 그에 구속되지 않고 보호수용이 형벌에 해당한다고 하였다. 따라서 행위시법에 따르면 10년의 상한이 적용되어야 함에도 사후에 그보다 연장하여 보호수용을 명한 것은 본 규정에 의하여 소급적용이 금지된 중한 형벌을 부과하는 것이라고 하였다.²⁷⁾

그러나 이와 같은 유럽인권재판소의 판결은 독일 국내법과 모순될 뿐만 아니라 대상이 된 보호수용의 즉각적인 종료를 명한 것도 아니었으므로,

25) B-D. Meier, a.a.O., S. 345.

26) BVerfGE 109, 133. 본 결정의 번역본은 장진환, “부정기형으로 운영되는 독일 보호감호제도의 위헌성 심사 BVerfG, 2 BvR 2029/01 vom 5.2.2004”, 「비교형사법연구」 제22권 제3호, 2020, 247-304면을 참조.

27) M v. Germany, no.19359/04, ECHR 2009. 본 판결의 번역본은 장진환/이석배, “독일 보호감호제도의 위헌성여부에 대한 유럽인권법원 판결 - 소송사건 M vs. 독일, 사건번호 Nr. 19359/04-”, 「비교형사법연구」 제22권 제2호, 2020, 161-215면을 참조.

독일 내에서 그에 관한 당장의 판결은 제각각으로 통일되지 못하여 혼란이 야기되었다. 그에 따라 2010년 7월 24일 제4차 법원조직법 개정법²⁸⁾으로써 보호수용의 종료 여부에 관한 견해를 달리하는 경우에는 고등법원으로 하여금 연방대법원에 판단을 구하도록 하였다(법원조직법 제121조 제2항 제3호). 이 절차에 의하여 2010년 11월 9일 연방대법원 형사부는 구체적인 상황으로부터 중대한 범죄로 나아갈 고도의 위험성이 도출되는 경우에는 소급하여 10년을 넘은 보호수용의 계속을 명할 수 있다고 하는 의견을 표명하였다.²⁹⁾

게다가 위 유럽인권재판소 판결의 논리에 따르면 2002년에 도입된 보호수용의 유보 규정 및 2004년에 도입된 사후적 보호수용 규정 역시도 동일한 문제가 제기될 가능성을 내포하고 있었다.³⁰⁾ 곧이어 연방 법무부는 2010년 12월 22일의 「보호수용 등 개정법」³¹⁾으로써 이와 같은 상황을 입법적으로 해결하고자 하였다. 먼저 기본적인 보호수용의 적용대상을 성범죄 및 폭력범죄에 한정하면서 행위자의 위험성 판단 시기를 유죄판결시로 명시하고(형법 제66조), 또한 사후적 보호수용에 관한 조항을 대폭 축소하여 정신병원수용이 종료된 자에 대해서만 가능하도록 하였다(형법 제66조b). 그러나 다른 한편으로는 보호수용의 유보 규정이 적용되는 범위를 확대하였으며(형법 제66조a), 추가로 「정신장애가 있는 폭력범의 치료 및 수용에 관한 법률」³²⁾을 제정하여 유럽인권재판소의 판결에 따라 보호수용이 종료됨으로써 공공의 안전에 위협이 우려되었던 폭력범들에 대하여 정신장애가 있는 경우에는 일정 요건하에 수용할 수 있도록 하는 조치를 취하였다. 동 개정은 보호수용의 대상과 요건을 엄격히 하면서도 여전히 유럽인권협약에 반할 소지가 남아 있다는 점에서 학계의 찬동과 비판을 동시에 받았다.³³⁾

28) BGBl. I 2010, S. 976.

29) BGH, BGHSt 56, 73.

30) 실제 이와 같은 결론을 내린 독일연방대법원 형사부의 결정도 있었다(BGH, NStZ 2010, 567).

31) Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen(BGBl. I 2010, S. 2300).

32) Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (BGBl. I 2010, S. 2305).

33) 이에 관한 상세한 서술로는, 飯島暢 「保安監置制度の正当化について」 法學研究84卷9号 (2011年) 298-300頁; 石塚伸一 「ドイツにおける保安拘禁の近年の情況について: 保安監置をめぐる内外の動向」 刑法雑誌53卷1号 (2013年) 46-47頁 참고.

이후 2011년 1월 13일 구 형법 제66조b의 사후적 보호수용에 대하여 유럽인권협약에 위반된다고 하는 유럽인권재판소의 판결이 있었다. 유럽인권재판소는 사후에 보호수용을 명한 원인이 된 유죄판결과 해당 보호수용 간의 충분한 인과관계가 인정되지 않으므로, 보호수용의 사후 명령은 권한 있는 법원의 유죄판결에 따른 합법적 구금에 의해서만 자유가 박탈된다고 규정하고 있는 유럽인권협약 제5조 제1항 제a호에 반한다고 하였다.³⁴⁾

또한 독일연방헌법재판소에서도 2011년 5월 4일 보호수용이 상한 없이 무기한 연장될 수 있는 것과 더불어 사후적 보호수용 규정에 대한 위헌을 선언하였다. 먼저, 연방헌법재판소는 보호수용의 상한을 폐지하고 이를 소급적용하도록 한 것에 대한 2004년의 합헌결정은 기본권의 친국제법적 해석에 의하여 허용될 수 없다고 하고, 유럽인권재판소 판결을 수용하였다. 즉, 보호수용의 명령과 기간에 관한 형법의 규정은 막 개정된 신법의 내용을 포함하여 전부 기본법 제2조 제2항 제2문과 제104조 제1항 및 제20조 제3항으로부터 도출되는 자유권적 기본권 제한에 관한 법률유보의 원칙 및 법치국가적 신뢰보호의 원칙에 위반한다고 하였다. 그에 따라 10년의 기간을 초과하여 보호수용 중에 있는 피수용자에 대해서는 중대한 폭력범죄 및 성범죄의 높은 위험성이 확실히 예측되고 또 그와 같은 상태가 치료수용법이 적용되는 정신적 장애로 인한 것인지를 검토하여, 그것이 부정되는 경우에는 2011년 12월 31일까지 석방하라는 명령을 내렸다. 다만, 연방헌법재판소는 보호수용이 일종의 형벌이라고 보는 유럽인권재판소와는 달리, 보호수용 및 자유형은 서로 다른 헌법상의 입법 근거와 목적을 가지고 있다고 하는 전제로부터 양 제재의 집행방식에는 서로 명백한 차이를 두어야 한다는 원칙("Abstandsgebot"³⁵⁾)을 도출하였다. 이에 따르면 철저한 이원주의의 관

34) H v. Germany, no.6587/04, ECHR 2011.

35) 용어의 번역과 관련하여, 김혜정, 전계논문과 이정념, 전계논문은 "차별명령"으로, 박상민, "보호수용법안에 대한 비판적 분석과 입법론적 대안", 「비교형사법연구」 제18권 제2호, 2016은 "집행차별화 원칙"으로, 강지현, 전계논문은 "구별의 원칙(또는 차별명령)"으로, 박학모, 전계논문은 "차별화 원칙"으로 번역하는 등 차이가 발견된다. 핵심은 자유형과 보호수용 간에 차별화가 이루어져야 한다는 것으로, 이를 살려 본 글에서는 "차별화 원칙"으로 번역한다. 참고로, 독일연방헌법재판소의 본 결정에 대한 영문 자료에서는 이를 "distance requirement"로 번역하고 있다(독일연방헌법재판소 홈페이지 <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2011/bvg11-031.html> (2022. 2. 5. 최종접속)).

철하에 보호수용은 응보로서의 해악의 부과인 형벌과 구별하여 오로지 예방적 목적을 가지고 공공의 이익을 위하여 대상자에게 특별한 희생을 부과하는 것임이 규정과 실무에서 분명히 되어야 하며, 이와 같은 헌법으로부터의 명령을 충족시키지 못하고 있는 현행 규정은 2013년 5월 31일까지 헌법합치적인 상태로 전환되어야 한다고 하였다.³⁶⁾

이러한 연방헌법재판소의 입법 요구에 부응하여 연방정부와 연방의회는 2012년 12월 5일 「보호수용에 관한 차별화 원칙의 연방법상 실현을 위한 법률」³⁷⁾에 의하여 보호수용이 집행되어야 할 시설 및 피수용자의 재사회화를 위하여 적극적으로 제공되어야 할 처우를 구체적으로 규정하고(형법 제66조c), 그와 같은 요건이 충족되지 못한 경우에는 보호수용을 유예하도록 하였으며(형법 제67조c 제1항 제2호, 제67조d 제2항 제2문), 보호수용 집행의 계속 여부에 관한 정기심사기간을 단축시키는(형법 제67조e 제2항) 등 연방헌법재판소의 요구를 반영하는 입법을 단행하였고, 이는 2013년 6월 1일부터 시행되어 현재에 이르고 있다.

2. 차별화 원칙의 내용

사실 형사제재 이원주의에 입각한 자유형과 보호수용 간의 차별화는 2004년 연방헌법재판소 결정에서도 언급한 바 있다. 다만, 이때는 행형의 경우에 비하면 보호수용 중의 처우에 관해서는 일부 특권이 부여되어 있음을 지적하면서 이 정도의 차이만으로도 양자는 차별화된다고 인정하였다. 그러나 2011년 연방헌법재판소 결정에서는 보호수용이 부과된다는 것은 피수용자가 “특별한 희생”을 감수해야 하는 것이므로, 그 정도의 차이로는 부족하고 자유형과 보호수용의 집행 간에는 이를 뛰어넘는 명백한 차별화가 이루어져야 함을 강조하면서, 헌법으로부터 도출되는 차별화 원칙의 내용을 상세히 제시하였다. 이는 입법자에 대하여 구체적인 규정사항을 지시한 것은 아니고, 입법자의 자유로운 입법형성권을 보장하되 해당 내용을 고려하여 입법할 것을 요구한 것이다.³⁸⁾

36) BVerfGE 128, 326.

37) Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung(BGBl. I 2012, S. 2425).

일반적으로 차별화 원칙은 다음과 같이 7가지 지침으로 정리된다. 첫 번째는 최후수단의 원칙으로, 보호수용은 공공의 보호 이익을 달성하기 위하여 다른 수단, 즉 자유형의 집행으로 충분하지 않은 경우에 최후의 수단으로만 명령될 수 있다. 두 번째는 개별화 및 집중의 원칙으로, 피보호수용자에게는 전문가로부터 개별적이고 집중적인 치료처우가 실시되어야 한다. 세 번째는 동기부여의 원칙으로, 피보호수용자에게 치료를 제공하는 데 그치지 않고 당사자가 적극적으로 참여할 수 있도록 자유에 대한 동기부여가 이루어져야 하며, 이는 행형 중에도 동일하게 적용된다. 네 번째는 구분의 원칙으로, 보호수용시설은 보안이 문제되지 않는 한 행형시설과 구분되어야 하고 일반적인 생활조건에 맞는 환경과 처우가 제공되어야 한다. 다섯 번째는 최소화의 원칙으로, 피보호수용자의 원활한 사회복귀를 돕기 위하여 외부작업이나 외출, 휴가 등의 조치와 같이 자유에 적응할 수 있는 기회가 가능한 한 집행 중에 부여되어야 한다. 여섯 번째는 권리 보호 및 법적 조력의 원칙으로, 보호수용 중에 제공되어야 할 처우에 대하여 피보호수용자가 요구할 수 있는 권리를 보장하고 이에 필요한 법적 조력을 받을 수 있도록 해야 한다. 일곱 번째는 사법적 통제의 원칙으로, 보호수용이 계속 집행되어야 하는지에 관하여 법원이 정기적으로 심사해야 할 뿐만 아니라, 보호수용의 집행이 유예 또는 종료될 가능성이 있다고 하는 구체적인 근거가 있는 경우에는 직권으로 별도의 사법적 심사를 해야 한다.³⁹⁾

3. 차별화 원칙의 법적 실현

보호수용의 집행방식이 자유형의 집행방식과 명백히 다를 것을 요구하는 헌법상 차별화 원칙은 위험한 범죄자로 분류된 자들에 대하여 책임 원칙에 입각하지 않고도 사회와의 격리를 가능하게 하는 보호수용의 특성을 고려할 때 반드시 준수되어야 할 최소한의 원칙이다. 2011년 연방헌법재판소

38) D. T. Stisser, Die Sicherungsverwahrung - de lege lata et de lege ferenda, Baden-Baden, Nomos, 2019, S. 63.

39) 이상의 내용에 대한 보다 상세한 설명은, A. Dessecker, Die Sicherungsverwahrung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZIS 8-9, 2011, S. 709; A. Dax, Die Neuregelung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung, Berlin, Duncker und Humblot, 2017, S. 159 ff.; D. T. Stisser, a.a.O., S. 64 ff. 참고.

의 결정을 통하여 보호수용의 명령과 집행에 있어 대상자들의 개선을 도모하고 그들의 권리를 보호해야 할 필요성이 더욱 분명해졌다. 이러한 취지를 반영하여 개정된 보호수용 관련 규정은 일단 차별화 원칙을 되도록 구체적으로 실현하기 위하여 노력한 것으로 보인다.

(1) 형법상 집행에 관한 기본원칙과 처우의 명시

먼저 형법에서는 자유형의 집행과 차별화되는 보호수용의 집행에 관한 원칙을 제시하고, 보호수용의 최후수단성을 지키기 위하여 자유형의 집행 중에 차후 보호수용의 명령이나 집행을 회피할 수 있는 처우가 제공되어야 한다고 함을 명시하였다(제66조c). 구체적인 규정의 내용은 다음과 같다.

보호수용은 ① 포괄적인 처우조사 및 규칙적으로 계속 검토되어야 하는 집행계획을 근거로 하여, 개인적이고 집중적이며 당사자의 협력의사를 촉진시키는 데 적합한 돌봄, 특히 표준적인 제공이 성공할 가망이 없는 경우에는 당사자에게 특화된 정신병학적, 정신치료적 또는 사회치료적 처우 및 보호수용의 집행이 가능한 한 즉시 보호관찰부로 유예되거나 종료될 수 있도록 일반에 대한 위험성을 감소시키는 것을 목표로 하는 돌봄을 피수용자에게 제공하고(제1호), ② 피수용자에게 되도록 최소한의 부담을 지우고 ①의 처우요건을 충족하며 보안목적에 모순되지 않는 한 일반적인 생활관계에 부합하면서, ①의 처우로 인하여 예외적으로 달리 요구되지 않는 한 행형과 분리된 특별한 건물 또는 구획에서 행해지는 수용이 보장되는 한편(제2호), ③ 그 집행의 유예 또는 종료를 위하여 위험성을 감소시키기 위하여, 설득력 있는 근거가 없는 한, 특히 구체적인 근거에 의하여 피수용자가 보호수용의 집행에서 벗어나거나 중대한 범죄의 실행을 위하여 처분을 악용할 것이라는 위험이 정당화되지 않는 한, 집행면제처분을 허가하고 석방준비를 실시하며, 국가 또는 민간담당자와의 긴밀한 협력으로써 자유로운 상태에서 사후치료적인 돌봄이 가능한(제3호) 시설에서 집행되어야 한다(형법 제66조c 제1항). 이와 더불어 법원에 의하여 보호수용이 명령되었거나 그 명령이 유보된 경우(제66조 내지 제66조b)에는, 유죄판결을 받은 자에 대하여 보호수용의 집행(제67조c 제1항 제1문 제1호) 또는 명령(제66조a 제3항)을 가능한 한 불필요하게 할 목적으로 자유형의 집행 중에 이미 ①의 돌봄, 특히 사회치료적 처우가 제공되어야 한다(형법 제66조c 제2항).

이와 관련하여, 보호수용의 집행 중에 법원에 의하여 정기적으로 집행의 계속 여부가 심사되어야 하고 경우에 따라 직권 심사도 가능하도록 규정하였으며(형법 제67조e), 심사 결과 제66조c에 따라 집행되지 않았거나 필요한 처우가 제공되지 않은 경우 또는 재범위험성이 인정되지 않는 경우에는 비례성 원칙이 충족되지 않았음을 이유로 보호수용의 집행을 유예할 수 있도록 하였음(형법 제67조d 제2항)은 이미 위에서 확인한 바와 같다. 또한 자유형의 집행 중에도 그 뒤에 예정되어 있는 보호수용의 집행에 관하여 그 필요 여부를 반드시 심사하도록 규정하고, 심사 결과 행형 중에 보호수용의 집행을 피하기 위해 실시되어야 할 제66조c 제1항 제1호 상의 처우가 제공되지 않았거나 보호수용의 집행이 필요하지 않다고 판단되면 그 집행을 유예할 수 있도록 하였음(형법 제67조c 제1항 제1문)도 이미 위에서 설명하였다.

(2) 보호수용에 대한 사법적 통제의 강화

이러한 형법의 규정에 따라 피수용자의 위험성을 감소시킬 목적으로 제공되어야 할 구체적인 차별화 조치가 실효적으로 실행될 수 있도록 하기 위해서는 감독절차 및 강제수단의 보장이 요구된다. 특히 형법 제66조c 제2항과 관련하여 행형 중에 수형자에게 보호수용의 집행을 회피하기 위한 처우를 실시해야 할 행형기관의 의무는 매우 중대해졌다. 이를 위하여 법원이 그 이행 여부를 정기적으로 감독하고, 이행 사실이 확인되지 않는 경우에는 그 이행을 강제하는 절차가 연방행형법에 새로 도입되었다(행형법 제119조 a). 그밖에 행형법상 수형자에게 보장되어 있는 사법적 권리구제절차에 관한 규정은 보호수용의 경우에도 준용되고 있는데(행형법 제130조), 기존에 행정심판을 반드시 거치도록 하고 있던 규정을 삭제하고, 형법 제66조c 제1항에 규정된 처우와 관련된 경우에는 법원이 직권으로 변호사를 선임하도록 하였다(행형법 제109조 제3항).

보호수용이 명령되었거나 유보된 경우, 자유형이 집행되고 있는 동안 법원은 2년마다 직권으로 ① 행형기관이 수형자에 대하여 형법 제66조c 제2항 상의 의무를 다하였는지, ② 그렇지 않은 경우에는 사실상태에 중대한 변경이 없었다면 법률상 요구를 충족시키기 위하여 행형기관이 수형자에 대하여 장래 어떠한 처우를 제공하여야 하는지를 결정한다(행형법 제119조 a 제1항 및 제3항 제1문). 행형기관은 정당한 이익이 인정되는 한 언제나 이

를 신청할 수 있다(동조 제2항 제1문). 정당한 이익은 직권으로 행해지는 다음번의 심사 전에 임박해 있는 처우의 결함을 조기에 수정할 수 있을 개연성이 높은 경우에만 인정된다.⁴⁰⁾ 법원은 행형기관이 수형자에 대하여 표준적인 치료뿐만 아니라 개개인에게 적절한 처우를 제공하였는지도 심사하여야 한다.⁴¹⁾ 처우의 불충분한 제공이 인정되기 위해서는 심사시까지 계속해서 처우가 충분하게 제공되지 않고 있어야만 하는 것은 아니고, 전체적인 행형의 과정에서 그러한 사실이 존재하였던 것으로 족하다.⁴²⁾ 법원이 장래 제공되어야 할 처우를 정함에 있어서는 일반적인 기준을 제시함에 그치는 것이 아니라, 수형자가 처우에 협력하게 장려하기 위하여 필요한 처우를 명시하고, 필요한 경우에는 지금 취해져야 할 처우는 무엇인지 구체적으로 지정하여야 한다.⁴³⁾ 또한 법원은 행형계획이 처음 세워지거나 중대하게 변경됨으로써 거기에서 예정된 처우가 사실상태의 중대한 변경이 없다고 하는 전제하에 형법 제66조c 제1항 제1호에 부합하는지 여부를 행형기관의 신청에 의하여 심사하여야 한다(행형법 제119조a 제2항 제2문 전문). 이 경우에는 제1항의 심사를 신청하는 경우와는 달리 명문의 규정이 없어 행형기관의 정당한 이익은 요구되지 않는다고 하는 견해가 있으나,⁴⁴⁾ 판례는 해당 규정의 성격이 전항의 연장선상에 있는 것이고, 정당한 이익이 없어도 신청할 수 있다고 할 근거가 명확하지 않기 때문에 이 경우에도 행형기관의 정당한 이익을 요구하고 있다.⁴⁵⁾ 이때 만일 정해진 직권심사기간이 아직 경과하지 않은 경우에는 제1항에 의한 심사도 함께 행해야 한다(동조 제2항 제2문 후문). 행형법 제119조a에 의한 심사의 대상은 오로지 형법 제66조c 제1항 제1호에 규정된 돌봄이 충분히 제공되었는지 여부에 한정되며, 피수용자가 그것을 받아들이는지 여부 또는 그 효과가 상당한지 여부 등은 문제되지 않는다.⁴⁶⁾

직권심사기간은 원칙적으로 2년이지만, 법원은 남아 있는 자유형의 형

40) OLG Hamm 20.11.2014 - III-1 Vollz (Ws) 494/14, juris.

41) LNNV/Bachmann, P Rn. 120.

42) OLG Hamm BeckRS 2016, 3073.

43) AK-StVollzG/Spaniol, §119a Rn. 2.

44) Ebenda, Rn. 5.

45) OLG Hamm 18.11.2014 - III-1 Vollz (Ws) 540/14, juris.

46) KG StraFo 2015, 434.

기를 고려하여 5년 이내의 범위에서 더 길게 정할 수 있다(행형법 제119조a 제3항 제1문 및 제2문). 자유형의 집행개시 시점이 첫 재판에 관한 기간의 기산점이 되고, 그 이후의 재판에 관한 기간은 그 이전의 제1항에 의한 제1심 재판의 선고시부터 경과하기 시작한다(동조 제3항 제3문).

행형법 제119조a에 의한 행형부수적 통제를 행하는 곳은 행형기관을 관할하는 형집행부, 그중에서도 재판장을 포함한 3인으로 구성된 대집행부이다(행형법 제119조a 제4항 및 제6항 제3문, 제110조). 재판의 당사자는 수형자 및 행형기관이 된다(행형법 제119조a 제6항 제3문, 제111조). 법원은 구두심리 없이 결정으로써 재판하며, 그에 앞서 수형자와 행형기관 및 집행기관은 청문되어야 한다(행형법 제119조a 제6항 제2문 및 제3문, 제115조 제1항 제1문). 나아가 재판에 대해서는 법률항고에 의하여 불복할 수 있다(행형법 제119조a 제5항). 최종적으로 재판이 확정되면 모든 법원의 후속 재판은 이에 구속된다(동조 제7항).

재판의 절차에 관하여 수형자에게는 형집행부의 장이 직권으로 변호사를 임명하여야 하며, 또한 취소도 가능하다(행형법 제119조a 제6항 제1문 및 제3문, 제109조 제3항 제2문). 피수용자 및 보호수용의 집행이 예정되어 있는 수형자에 대한 헌법상 권리보호를 위해 변호사가 배정될 필요가 있다고 한 연방헌법재판소 결정에 따라, 입법자는 다투고자 하는 처분이 보호수용 또는 그에 선집행되는 자유형의 집행 중에 형법 제66조c 제1항의 이행을 위하여 필요한 것인 경우에 한하여 재판소에 의하여 직권으로 변호사가 임명되어야 한다고 규정하였다(행형법 제109조 제3항 제1문). 이는 실질적으로는 형사소송법 제140조⁴⁷⁾를 모방한 것으로, 행형법 제109조 이하의 재판에서 다른 경우에는 민사소송법을 준용하여 소송비용의 원조의 방식으로서 행해지는 것(행형법 제120조 제2항, 민사소송법 제121조 제2항)과 구별된다.⁴⁸⁾ 따라서 구체적 사건에서 변호사의 대리가 필요한지 여부를 따지지 않고,⁴⁹⁾ 위 요건이 충족되면 변호사는 언제나 배정되어야 하는 것이 원칙이다. 그러나 사실적 또는 법적 상태가 단순하여 변호사의 조력이 필요하지

47) 형사재판에서의 변호사강제주의에 관한 규정이다. 이 규정은 행형법상 수형자의 사법적 권리구제절차에서는 원칙적으로 적용되지 않는다.

48) BT-Drs. 17/9874, 2012, S. 27.

49) OLG Hamm NStZ-RR 2014, 294.

않다고 보이거나 신청인이 스스로 자신의 권리를 충분히 인지할 수 있음이 명백한 경우에는 예외적으로 법원은 변호사를 임명하지 않을 수 있다(행형법 제109조 제3항 제1문). 변호사의 임명은 해당 절차마다 각각 행해지며, 확정력 있는 재판 또는 신청의 철회 등과 같은 절차의 종결로 종료된다. 이와 관련해서는 행형법 제110조에 의하여 재판의 관할권을 가지는 법원 내 소집행부의 단독재판관이 담당한다(행형법 제109조 제3항 제2문 및 제110조, 법원조직법 제78조b 제1항 제2호). 임명되는 변호사는 국선변호인이므로 형사소송법상 관련 규정이 준용된다(행형법 제120조 제1항 제2문). 형집행부는 우선 신청인에게 변호사를 지명할 기회를 부여하여야 하며, 지명된 변호사에게 중대한 장애사유가 없는 한 그를 임명한다(형사소송법 제142조 제1항). 또한 신청인과 그의 변호사 간의 신뢰관계가 지속적이고 궁극적으로 흔들린 경우에는 그 임명을 취소하고 새로운 변호사를 임명하여야 한다.⁵⁰⁾ 만일 형집행부가 행형법 제109조 제3항의 요건이 존재함에도 불구하고 변호사의 임명을 하지 않고 있는 경우에는 신청인은 일반적인 항고절차에 의하여 이에 불복할 수 있다(행형법 제120조 제1항 제2문, 형사소송법 제304조 제1항). 이때 항고재판을 관할하는 고등법원은 그 요건이 충족된다고 판단되는 한 변호사를 임명할 수 있다(행형법 제120조 제1항 제2문, 형사소송법 제309조 제2항).

(3) 처우의 차별화

구체적인 보호수용에서의 처우에 관해서는 각 주별로 규정하고 있다. 2013년 6월 1일 연방 차원에서 개정된 형법 및 행형법이 시행되는 동시에 모든 주에서도 보호수용법이 시행되었다. 이는 각 주의 합의에 따라 기초한 기본초안⁵¹⁾을 바탕으로 제정되었으므로, 세부적으로는 차이가 있지만 기본적으로는 공통된 내용을 가지고 있다.⁵²⁾ 기본초안은 집행의 기본원칙 및 처

50) Meyer-Großner/Schmitt, §143 Rn. 3.

51) GE-SVVollzG. 기본초안은 니더작센주 사법포털 홈페이지에서 확인 가능하다. https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/justizvollzug_und_ambulanter_justizsozialdienst/justizvollzug/sicherungsverwahrung/vollzug-der-sicherungsverwahrung-189169.html (2022. 2. 5. 최종접속)

52) T. Bartsch, Alles neu macht der Mai? Der Vollzug der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des BVerfG vom 04.05.2011, in: J. Kaspar(hrsg.), Sicherungsverwahrung 2.0?: Bestandsaufnahme - Reformbedarf - Forschungsperspektiven, Baden-Baden,

우, 수용, 외부교통, 작업 및 보수, 개방처우, 석방, 시설조직 등으로 구성되어 있으며, 보호수용의 집행에 관한 사항을 담고 있다.⁵³⁾ 여기에서 주마다의 세부 규정을 다루지는 않겠지만, 각 주의 보호수용법은 연방법과 맞맞추어 연방헌법재판소의 차별화 원칙을 구현하기 위한 집행원칙과 행형에서보다는 다소 완화된 처우에 관한 규정을 두고 있다.⁵⁴⁾

4. 차별화 원칙의 의의

독일에서 보호수용이 장기간의 우여곡절을 거쳐 현재의 규정에 이르고 있는 배경에는 제도 자체에 내재해 있는 배타적인 보안사상이 자리한다. 기본적으로 보호수용은 사회의 안전을 위하여 자유형의 집행만으로는 충분치 않다고 여겨지는 위험한 범죄자를 사회로부터 격리하기 위한 목적을 가진다. 그로 인해 보호수용은 ‘개선 및 보안처분’의 일종임에도 불구하고, 보호수용의 명령 단계에서는 위험성으로 인한 격리의 필요성만이 검토될 뿐 개선사상은 아무런 역할을 하지 못하고, 집행 단계에서도 보안처분의 가장 큰 목적인 재범의 방지를 위한 조치들이 강구되지 못하고 있다고 하는 문제가 지적되어 왔다. 게다가 보호수용은 개선 및 보안처분 가운데 가장 강력한 자유박탈의 형식을 취하고 있고, 실제 집행에 있어서도 자유형과 근본적인 차이가 없다고 하는 점에 가장 큰 문제가 있다. 이러한 점 때문에 범죄의 증가 또는 중대화에 대응하기 위하여 보호수용의 요건을 완화하고 적용범위를 확대하는 시도가 있고 나면, 반드시 이를 경계하고 바로잡고자 하는 움직임이 수반되게 된다. 이는 그때그때 더 민감하게 여겨지는 시대적 요구에 맞추어 계속해서 반복된다. 즉, 공공안전의 보호와 범죄자의 자유권 보장 간

Nomos, 2017, S. 173.

53) T. Bartsch, Neue bundes- und landesrechtliche Vorschriften über die Vollstreckung und den Vollzug, FS 62(4), 2013, S. 211.

54) 상세한 내용은 다음 문헌을 참고. F. Arloth, Länderumfrage zur Neuregelung und dem Vollzug der Sicherungsverwahrung, FS 62(4), 2013, S. 218 ff.; M. Schäferskuepper/J. Grote, Neues aus der Sicherungsverwahrung - Eine aktuelle Bestandsaufnahme, NSTZ 2016 S.199 ff.; D. T. Stisser, a.a.O., S. 154 ff.

의 형량이 끊임없이 이어질 수밖에 없다. 이때 고려되어야 하는 것은 보호수용이 비록 형벌과 구별되는 보안처분의 일종으로 오로지 예방의 목적으로써 행해지지만, 최후수단성을 특징으로 하는 형사제재임에 틀림없으며, 또한 격리를 통한 자유박탈이라는 자유형과 유사한 정도의 강력한 수단을 매개로 함에도 불구하고 책임 원칙의 한계 밖에 놓여 있으므로, 이를 적용함에 있어서는 ‘형사정책의 가장 마지막 긴급조치’⁵⁵⁾로서 다루어져야 한다는 점이다. 공공의 위험을 이유로 범죄자를 언제까지고 격리하는 것은 간단한 일이나, 이로 인해 침해되는 범죄자의 기본권을 보장하고 법치국가원칙을 지키는 문제는 많은 노력을 필요로 한다. 보호수용을 형벌과 유사한 형사제재로 파악하고 형벌과 동일한 엄격성을 요한다고 본 유럽인권재판소의 판결과, 규정의 내용뿐만 아니라 실제 적용에 있어서도 보호수용이 형벌과 차별화되어야 하며 부득이한 경우에 한하여 적용되도록 해야 한다고 판시하고 있는 독일연방헌법재판소의 결정은 그와 같은 측면에서 이해할 수 있을 것이다.

한편 독일연방헌법재판소에서 차별화 원칙을 강조하고 그 내용을 세세하게 입법할 것을 요구한 까닭은 독일법상 보호수용이 형벌유사제재이고 관련 규정이 유럽인권협약에 반한다고 본 유럽인권재판소의 판단을 비껴가기 위한 차선책이 필요해서였다고도 할 수 있다. 독일에서 형사제재 이원주의는 오랫동안 매우 견고하게 자리잡고 있고, 형벌은 엄격한 행위책임에 따라, 보안처분은 장래의 위험성을 근거로 하여 각각 부과되는 것으로 철저히 구분되어 있기 때문에, 이러한 체제를 유지하기 위해서는 비록 여러 논란이 있기는 했지만 보호수용제도의 존재 자체는 필요하다고 하는 공감대가 기저에 형성되어 있다. 따라서 유럽인권재판소의 결정을 수용하면서도 보호수용제도를 유지하려면 형벌과 보안처분은 다른 것임을 분명히 할 필요가 있었고, 양자는 완전히 다른 기준에 의해 부과되고 집행된다고 하는 것을 보여주기 위하여 차별화 원칙을 입법하도록 한 것이다.

그러나 차별화 원칙의 관철이 보호수용제도를 정당화하기에 충분한 근거가 될 수 있는 것은 아니다. 살펴본 바와 같이 차별화 원칙의 세부 내용은

55) BT-Drs. 5/4094, 1969, S. 19.

자유형의 경우에도 지켜져야 할 원칙이라고 할 수 있다. 보호수용의 목적인 특별예방은 자유형의 목적이기도 하다. 행형에서도 재사회화를 위하여 처우의 개별화나 치료처우가 제공되어야 하는 것은 물론 적절한 개방처우가 실시되어야 하고 당사자가 처우에 협력하도록 동기부여가 이루어져야 하는 것은 마찬가지이다.⁵⁶⁾ 양자 모두 권리보호를 위하여 사법적 통제가 행해져야 하고 절차적 보장이 마련되어야 하는 것도 동일하다. 나아가 최후수단성 원칙이나 비례성 원칙도 보호수용만이 아니라 자유형에 관해서도 가장 기본이 되는 원칙이다. 다시 말해, 차별화 원칙의 내용은 따지고 보면 자유형과 보호수용에 공통되는 사항인 것이다. 단지 보호수용의 경우 자유형에서 보다 그와 같은 원칙이 더욱 지향되어야 하고 더더욱 지켜져야 한다고 강조되는 점에서 ‘차별화’라고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 차별화 원칙이 의미를 가지는 것은 그러한 한계를 인식하고 적어도 행형 과정에서 향후 예정되어 있는 보호수용을 회피할 수 있도록 최선의 노력을 할 것을 필수적으로 요구하고 있다는 점이다. 또한 격리를 통한 보안이 주된 역할이었던 보호수용에 관하여 재범방지를 위한 특별예방적 치료의 중요성이 강조된 것도 큰 의미를 가진다. 그 실효성을 담보하기 위하여 법에서 이를 의무화하고 그 실행 여부를 사법적으로 감독하도록 규정하고 있다는 점도 진일보한 것으로 평가할 수 있다.

VI. 우리 보호수용법안에 대한 검토

1. 보호수용법안의 주요 내용

우리나라에서는 2005년 사회보호법이 폐지된 이후에도 보호감호를 제도화할 필요가 있다고 하는 주장이 계속되었다. 이를 반영하여 2011년 정부는 보호수용에 관한 규정이 포함된 형법개정안⁵⁷⁾을 발의하였으나 이는 18대 국회 임기 만료에 의해 폐기되었다. 정부는 2015년(19대 국회)에 다시 보

56) 배중대/정승환, 행형학, 홍문사, 2002, 64-65, 96-97면.

57) 의안번호 1811304호.

호수용법안⁵⁸⁾을 발의하였고, 이는 공청회 개최 등의 절차를 거쳐 국회 법제사법위원회에 상정되었으나 이번에도 임기만료로 폐기되었다. 다음 20대 국회에서도 윤상직의원 등 10인이 보호수용법안⁵⁹⁾을 발의하였으나 이 역시 임기만료로 폐기되었다.

현 21대 국회에서는 3건의 보호수용법안이 발의되었다. 2020년에는 김병욱의원 등 19인과 양금희의원 등 91인이, 그리고 2021년에는 김철민의원 등 11인이 각각 보호수용법안을 발의하였다. 이하에서는 2015년 정부발의안(이하 “정부안”이라 한다)을 중심으로 하여 현재 국회에 계류되어 있는 위 3건의 의원발의안(이하 “의원안”, 각 법안을 지칭해야 할 경우 대표발의자를 기준으로 “김병욱의원안”⁶⁰⁾, “양금희의원안”⁶¹⁾, “김철민의원안”⁶²⁾이라 한다)의 주요 내용을 분석한다.⁶³⁾

(1) 보호수용의 요건과 선고

1) 보호수용의 대상

보호수용은 특정위험범죄를 저지르고 재범위험성이 있는 자를 대상으로 한다. 여기서 특정위험범죄란 살인범죄와 성폭력범죄를 말한다(제2조 제1호). 법안은 보호수용의 대상을 범죄의 중대성, 상습성을 고려하여 살인범죄와 성폭력범죄별로 각각 규정하고 있는데 세부적인 기준은 법안별로 다소 차이가 있다. 먼저 살인범죄의 경우, 정부안, 양금희의원안, 김철민의원안은 살인범죄를 범하여 실형 또는 보호수용을 선고받은 사람이 그 형 또는 보호수용의 집행을 종료하거나 면제받은 후 10년 이내에 살인범죄를 저지르거나 살인범죄를 2회 이상 범하여 상습성이 인정되는 경우로 하고 있음에 비하여, 김병욱의원안은 살인범죄를 범하여 징역형의 실형을 선고받은 사람

58) 의안번호 1914648호.

59) 의안번호 2012526호.

60) 의안번호 213953호.

61) 의안번호 214225호.

62) 의안번호 2107800호.

63) 이하, 조문 앞에 별도의 특징이 없는 경우에는 정부안과 세 의원안을 공통으로 의미한다.

의 경우에는 재범 여부와 상관없이 대상으로 하고 있다(제4조 제1항). 또한 성폭력범죄의 경우 기본적으로는 범죄의 횟수, 기간, 형기의 합계를 기준으로 청구대상을 규정하고, 13세 미만에 대한 성폭력범죄는 피해의 정도(예컨대 피해자의 생명에 대한 위협을 발생하게 하거나 불구 또는 난치의 질병에 이르게 한 경우)를 기준으로 청구대상을 규정하고 있다(동조 제2항). 양금희의원안과 김병욱의원안은 「전자장치 부착 등에 관한 법률」 제9조의2와 「보호관찰 등에 관한 법률」 제32조의 준수사항을 위반한 사람(양금희의원안은 「치료감호 등에 관한 법률」 제33조의 준수사항도 포함한다)도 보호수용의 대상으로 하고 있다(양금희의원안 제4조 제4항, 김병욱의원안 제4조 제3항).

2) 보호수용의 청구 및 선고

독일과 달리 우리 법안은 보호수용의 청구권을 검사에게 전속적으로 부여한다. 검사는 특정위험범죄를 범한 사람이 동종 범죄를 다시 저지를 위험이 있다고 인정되는 사람에 대해 관할 법원에 보호수용을 청구할 수 있다(제4조 제1항, 제2항). 다만, 법원은 공소제기된 특정위험범죄사건의 심리결과 해당 사건이 보호수용 청구대상에 해당하여 보호수용의 선고 필요가 있다고 인정되면 검사에게 보호수용의 청구를 요구할 수 있다(정부안 및 김병욱의원안 제4조 제8항, 양금희의원안 제4조 제10항, 김철민의원안 제4조 제7항). 보호수용의 청구는 공소가 제기된 특정위험범죄사건의 항소심 변론종결시까지 하여야 한다(정부안 및 김병욱의원안 제4조 제4항, 김철민의원안 제4조 제3항, 양금희의원안 제4조 제5항). 검사는 보호수용을 청구하기 위하여 보호수용 청구대상자의 주거지 또는 소속 검찰청 소재지를 관할하는 보호관찰소장에게 범죄의 동기, 피해자의 관계, 심리상태, 재범의 위험성 등 보호수용 청구대상자에 관하여 필요한 사항의 조사를 요청할 수 있다(제5조 제1항). 보호수용 청구사건은 필요적 변론 사건으로 변호인 조력권이 보장되어 있다(제15조).

법원은 보호수용 청구가 제기된 경우 청구가 이유 있는지 여부를 판단한다. 법률안은 “보호수용 청구가 이유가 있다고 인정하는 경우”(제7조 제1항)라고만 규정하고 있을 뿐 구체적인 판단기준을 제시하고 있지 않으나, 총칙상 비례성 원칙(제3조)에 의한 통제를 받는다고 해석함이 타당할 것이

다. 이에 따르면, 보호수용은 행위자가 범하였거나 범할 것으로 예상되는 죄의 중요성 및 행위자가 야기할 위험의 정도에 비례하여 부과되어야 한다. 보호수용은 판결로써 선고한다(제7조 제1항). 다만 선고의 조건과 기간의 상한은 정부안과 의원안 간에 차이가 있다. 정부안의 경우에는 해당 특정위험범죄 사건에 대하여 징역 3년 이상의 실형을 선고하는 것을 조건으로 1년 이상 7년 이하의 범위에서 상한을 정하도록 하고 있음에 비해, 의원안은 정부안과는 달리 실형의 선고 여부에 관한 규정 없이 1년 이상 10년의 기간 내에서 상한을 정하도록 하고 있다(제7조 제1항).

보호수용의 판결에 대해서는 원칙적으로 독립하여 상소할 수 있다(제8조 제2항). 해당 특정위험범죄 사건에 대하여 상소 및 상소의 포기·취하가 있는 경우에는 보호수용청구사건의 판결에 대해서도 상소 및 상소의 포기·취하가 있는 것으로 본다(동조 제1항).

(2) 보호수용의 집행유예

보호수용의 집행은 유예될 수 있다. 보호수용이 실형과 함께 선고된 경우 형의 집행 이후에 보호수용을 집행하도록 되어 있는데, 법원은 형의 집행이 종료되기 전 보호수용을 실제 집행해야 하는지 여부를 판단하여야 한다. 보호수용을 선고받은 사람의 현재지를 관찰하는 법원은 징역형의 집행이 종료되기 6개월 전에 심리를 개시하여 교정성적, 심리상태, 재범의 위험성 등을 종합적으로 고려하여 보호수용 집행의 필요성에 대하여 심사하여야 한다(제10조 제1항 본문). 만일 보호수용이 선고된 원인범죄와 별개의 범죄로 선고받은 징역형의 집행이 계속될 경우에는 최종적인 형의 집행이 종료되는 때를 기준으로 그 6개월 전에 심리가 개시되어야 한다(동조 제1항 단서). 법원의 심사에 앞서 검사는 보호수용의 집행 필요성에 대한 의견 및 심사에 필요한 자료를 법원에 송부하여야 한다(동조 제2항). 법원은 징역형의 집행이 종료되기 1개월 전까지 보호수용의 집행을 유예할지 여부를 결정해야 한다. 심사 결과 보호수용의 집행이 필요하지 아니하다고 인정되는 경우에는 석방일부터 2년 이상 7년 이하(정부안) 또는 2년 이상 10년 이하(각 의원안)의 기간 동안 보호수용의 집행을 유예하는 결정을 하고, 보호수용의 집행이

필요하다고 인정되는 경우에는 보호수용을 집행하는 결정을 하여야 한다(동조 제3항). 보호수용 집행유예의 결정이 선고된 후 그 선고가 실효되거나 취소되지 않고 유예기간이 지나면 보호수용의 선고는 효력을 잃는다(제13조).

만약 보호수용의 집행이 유예된 사람이 다시 특정위험범죄를 범하여 징역 이상의 실형을 선고받고 그 판결이 확정된 경우에는 보호수용 집행유예의 선고는 실효한다(제11조). 또한 보호수용의 집행유예 기간에는 보호관찰이 실시된다(제69조 제2호). 그에 따라 부과된 준수사항을 위반한 자에 대해서는 그 정도가 심한 경우 검사가 직권으로 또는 보호관찰소장의 신청에 따라 법원에 집행유예의 취소를 청구할 수 있으며, 법원은 그 청구가 이유 있다고 인정하면 집행유예를 취소한다(제12조).

보호수용의 집행유예 및 그 취소와 관련하여 보호수용 대상자의 의견 제출권이나 법원의 청문 의무는 규정되어 있지 않다. 또한 보호수용의 집행유예나 취소는 필요적 변론사건에 해당되지 않는다(제15조).

(3) 보호수용의 집행과 처우

보호수용의 집행은 검사가 지휘한다(제17조 제1항). 보호수용이 개시되면 피보호수용자는 형의 집행시설과 독립되거나 구분된 보호수용시설에 수용된다(제16조). 국가는 피보호수용자가 장래 사회에 복귀하여 적응할 수 있는 능력을 기를 수 있도록 처우·원호하여야 한다(제23조 제1항). 또한 피보호수용자의 생활이 보호수용시설 외부에서의 생활관계에 최대한 근접할 수 있도록 자율권을 보장하여야 한다(동조 제2항). 그에 더하여 피보호수용자 개개인에게 알맞은 교육 및 개선 프로그램을 통하여 재범의 위험성을 줄이고 사회복귀를 촉진할 수 있도록 하고(동조 제3항), 피보호수용자마다 각기 다른 생활사정 및 요구가 있음을 고려하여 가능한 한 이를 반영하여야 한다(동조 제4항). 피보호수용자는 이 법상 특별한 규정이 있는 경우 또는 시설 내의 안전을 확보하거나 질서에 대한 위해를 방지하기 위하여 필요한 경우에만 필요 최소한의 범위에서 권리를 제한받는다(제24조).

형집행법에서 수형자의 처우원칙에 관하여 수형자의 교정교화를 도모하고 사회생활에 적응하는 능력을 함양하도록 해야 한다(형집행법 제55조)

는 규정만을 두고 있는 것과 비교하면, 보호수용법안은 상대적으로 내용이 구체화되고 정도가 완화된 처우원칙을 수립하고 있는 것으로 보인다. 나아가 보호수용법안은 그와 같은 원칙에 따라 처우에 관한 세부 조항에서 실제 형집행법의 경우보다 일부 완화된 규정을 하고 있다. 예컨대, 피보호수용자의 수용 거실은 주거와 수면에 이용하기에 충분한 크기여야 하고, 위생공간은 수용거실과 구조상 분리하도록 한다(제25조 제2항). 또한 인원점검, 취미 활동 및 수용 거실 안에서의 활동 등에서 일정한 자치활동이 허용된다(제26조). 피보호수용자가 자비로 물품을 구매할 수 있도록 복지관이 운영되어야 하고, 자동판매기 등도 설치될 수 있다(제29조). 피보호수용자는 1회 20분 이내로 횟수에 제한 없이 외부에 있는 사람과 전화통화를 할 수 있다(제36조).

(4) 보호수용의 종료

보호수용이 종료되는 경우는 보호수용이 집행유예되고 유예기간이 무사히 경과함으로써 보호수용의 선고가 실효된 때(제13조), 또는 일단 보호수용의 집행이 개시된 후 보호수용기간의 상한이 만료되거나(제64조) 피보호수용자가 가출소되고 일정 요건이 충족되어 보호수용의 집행이 면제된(제75조) 때, 그밖에 보호수용이 선고된 판결이 확정되었으나 보호수용이 집행되지 아니한 채로 10년이 경과하여 그 집행이 면제된 때(정부안, 김병욱의원안 및 김철민의원안 제80조, 양금희의원안 제84조)이다. 여기에서는 두 번째의 보호수용의 집행이 개시된 경우만을 본다.

보호수용의 집행 중에는 정기적으로 보호수용의 집행 계속 여부에 대하여 심사하도록 되어 있다. 치료감호심의위원회(정부안, 김철민의원안, 김병욱의원안 제76조 제1항) 또는 보호수용위원회(양금희의원안 제76조 제1항)⁶⁴⁾에서는 보호수용의 집행개시 후 6개월마다 가출소 여부를 심사하고 결정한다(제21조 전단). 심사 결과 가출소가 결정되면 피보호수용자는 석방되고(제64조), 3년간의 보호관찰이 개시된다(제69조, 제70조 제1항). 해당 위

64) 위원회는 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 6명 이내의 위원과 정신건강의학, 법학, 심리학 등 범죄인 개선과 형사정책 분야에 풍부한 지식과 경력을 가진 3명 이내의 위원으로 구성하며, 위원장은 법무부차관이 된다(양금희의원안 제76조 제2항).

원회는 피보호수용자가 가출소로 석방된 이후에도 6개월마다 보호수용의 집행면제 여부를 심사해야 하며(제21조 후단), 대상자의 보호관찰성적이 양호한 경우에는 보호관찰기간이 끝나기 전에 보호수용의 집행면제를 결정할 수 있다(양금회의원안 제75조 제2항). 정기적인 심사에 따라 보호관찰기간 중에 보호수용의 집행면제가 결정되거나 또는 그렇지 못하여 보호관찰기간이 만료된 경우에는 보호관찰은 종료되고 보호수용의 집행이 면제된다(제74조 제1호 및 제2호, 제75조).

위와 같은 치료감호심의위원회 또는 보호수용위원회의 심사에 대해서는 검사, 보호수용시설의 장 또는 보호관찰소의 장이 각 관할 사항에 관하여 신청할 수도 있다(정부안, 김병욱의원안 및 김철민의원안 제77조 제1항, 양금회의원안 제81조 제1항). 또한 피보호수용자도 해당 위원회에 대하여 보호수용의 필요가 없을 정도로 재범위험성이 제거되었음을 이유로 보호수용의 집행면제 여부를 심사해 줄 것을 신청할 수 있다(정부안, 김병욱의원안 및 김철민의원안 제78조 제1항, 양금회의원안 제82조 제1항). 피보호수용자가 신청하는 경우에는 보호수용의 집행개시 후 6개월이 경과한 때부터 가능하며, 신청이 기각된 때에는 그로부터 6개월이 지나야 다시 신청할 수 있다(정부안, 김병욱의원안 및 김철민의원안 제78조 제4항, 양금회의원안 제82조 제4항). 만일 해당 위원회에서 피보호수용자의 신청을 기각하는 경우에는 결정서에 그 이유를 명시하도록 하고 있다(정부안, 김병욱의원안 및 김철민의원안 제78조 제3항, 양금회의원안 제82조 제3항).

한편, 치료감호심의위원회 또는 보호수용위원회에서는 보호관찰을 받고 있는 사람이 고의로 금고 이상의 형에 해당하는 범죄를 저지른 때 또는 정당한 사유 없이 보호관찰 준수사항이나 그 밖에 보호관찰에 대한 지시·감독을 위반하였을 때에 가출소를 취소하는 결정을 할 수 있다(정부안, 김병욱의원안 및 김철민의원안 제79조 제1항, 양금회의원안 제83조 제1항). 검사, 보호수용시설의 장 또는 보호관찰소의 장은 이러한 결정을 해줄 것을 해당 기관에 신청할 수 있다(정부안, 김병욱의원안 및 김철민의원안 제77조 제1항, 양금회의원안 제81조 제1항). 가출소가 취소되면 보호수용이 다시 집행되며, 이때 가출소되었던 기간은 보호수용기간에 산입되지 않는다(정부안, 김병욱

의원안 및 김철민의원안 제79조 제2항, 양금희의원안 제83조 제2항).

2. 보호수용법안에 대한 평가

(1) 총평

현재 제출되어 있는 보호수용법안은 과거의 보호감호 폐지를 교훈 삼아 소위 특정위험범죄라고 하는 중대한 위험이 인정되는 범죄를 저지른 자만을 대상으로 하는 등 위험 소지를 줄이기 위한 여러 가지 장치를 마련하려고 노력하였음이 보인다. 대상 범죄의 범위를 한정한 것을 비롯하여 청구 및 선고 절차와 이후 집행에 대한 심사 과정에서 재범위험성을 고려하도록 하고 있는 점, 이와 관련하여 비례성 원칙을 명시하고 있는 점, 처우의 개별화를 통해 재범위험성을 감소시키고 원활한 사회복귀를 할 수 있도록 하는 처우를 제공하도록 하고 있는 점 등이 이를 보여준다. 또한 사회보호법에서의 규정과 다른 것은 아니지만 정기적인 심사를 의무화하여 집행유예 및 가출소, 집행면제의 가능성을 열어놓고 있는 점, 그리고 피보호수용자에게 심사신청권을 일부 인정하고 있는 점도 일단은 긍정적으로 평가할 만한 부분이다. 덧붙여 행형시설과 독립되거나 구분된 시설에 수용하고, 구체적인 처우에 있어 일부 행형에서의 처우보다 완화된 처우를 실시하도록 하고 있는 것 자체는 바람직하다고 할 수 있다.

우리 보호수용법안의 내용을 독일의 보호수용제도와 비교하면, 가장 크게는 형법이 아닌 특별법에 의해 규율한다는 점, 이원주의 체제하에서 형벌과의 차이점을 분명히 하기 위한 지침을 규정하지 않고 있다는 점, 또 보호수용의 집행이 개시된 이후에는 원칙적으로 법원이 관련 절차에 개입하지 않는다는 점에서 차이가 발견된다. 나아가 구체적으로 문제되는 부분을 지적하면, 비례성 원칙에 관한 규정에서 문언이 다른 점, 집행에 대한 심사의 과정에서 재범위험성을 감소시키는 등의 처우가 제공되었는지 여부는 고려되지 않는다는 점, 행형과 분명히 차별화된 처우에 관한 규정이 없고, 이에 대한 감독이 행해지지 않는 점, 심사의 주체가 사법기관이 아니라 행정기관인 점, 집행과 관

련하여 별도의 사법적 통제절차가 규정되어 있지 않다는 점을 들 수 있다.

적어도 형사제재 이원주의 체제하에서 형벌이 아닌 보안처분으로서의 보호수용이 정당화될 수 있으려면, 유사한 형태의 자유형과 그 선고 및 집행의 방식에 있어 명확한 차별화가 이루어져야 한다. 그리고 이것이 효과적으로 시행되기 위해서는 비례성 원칙과 최후수단성 원칙을 바탕으로 한 요건 및 기준의 설정이 필요하고 이에 입각한 법원의 판단이 전제되어야 한다. 이러한 측면에서 독일의 현행 보호수용제도는 최소한의 모델을 제시하고 있다고 평가할 수 있으며, 우리의 보호수용법안을 검토함에 있어 시사하는 바가 크다고 생각한다.

(2) 구체적 검토

먼저 비례성 원칙에 관한 규정 문제부터 보면 다음과 같다. 비례성 원칙은 2011년 형법개정안에서부터 규정되어 있었다. 그런데 2011년 형법개정안은 독일 형법과 같이 “행위자가 범한 죄와 범할 것으로 예상되는 죄의 중요성”이라 하여 원인범죄와 예상범죄를 대등 열거하고 있는 것에 비해, 2015년의 정부안에서는 “행위자가 범하였거나 범할 것으로 예상되는 죄의 중요성”이라 하여 원인범죄와 예상범죄를 선택적으로 열거하고 있으며, 이는 이후 법안에서 동일하게 유지되고 있다. 전자는 보안처분 전체에 대한 비례성 원칙을 형법에 규정한 것이고, 후자는 보호수용에 한정된 비례성 원칙을 특별법에 규정한 것이라는 차이가 있기는 하다. 그러나 보호수용 역시 보안처분의 일종이라는 점에서 그와 같은 형식적 차이가 양 법안에서 비례성 원칙의 내용을 다르게 만드는 근거가 될 수는 없다. 보안처분이라는 것은 비록 장래의 위험성을 고려하여 부과되는 특별예방적 성격의 형사제재 이기는 하지만, 대상자에게 보안처분이 부과되어야 할 필요성이 제기되는 원인범죄의 성격을 고려하여 부과될 보안처분의 종류와 정도가 결정되는 것이다.⁶⁵⁾ 특히 보호수용은 현존하는 각종 보안처분 중 자유가 극단적으로 침해되는 형태의 최후수단에 해당하고, 그 부과 대상이 되는 원인범죄가 매

65) 배종대/홍영기, 형사정책 제2판, 홍문사, 2022, 477-478면.

우 한정적이라는 점에서 더더욱 이러한 원칙에서 벗어날 수 없다고 생각된다. 따라서 비례성 원칙을 명시적으로 규정한 것 자체에 대해서는 긍정적인 평가를 내릴 수 있으나, 해당 규정은 원인범죄의 중요성을 필요적으로 고려하여 보호수용을 부과하도록 하는 내용으로 변경되어야 한다.

다음으로 보호수용의 가출소 여부에 대한 심사 문제를 본다. 보호수용의 집행 중에 피보호수용자의 재범위험성을 감소시키고 사회복귀를 촉진하는 처우를 제공하도록 하고 있으나, 그러한 처우에 해당하는 것이 무엇인지에 대해서는 규정이 없으며 처우의 제공이 시설의 의무로 되어 있지도 않다. 또한 정기적인 가출소 심사시 재범위험성을 판단하도록 되어 있음에 그치고 그 판단의 기준 및 고려되어야 할 요소가 제시되어 있지 않을뿐더러 실제 집행 중에 위와 같은 처우가 제공되었는지 여부도 묻지 않는다.

보호수용의 목적 자체가 피보호수용자의 재범을 방지하고 공공의 안전을 도모하는 것이라는 점에서 보호수용의 집행 계속 여부를 판단하는 가출소 심사에서 재범위험성을 판단하도록 하고 있는 것은 당연하다고 할 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 가출소가 가능하도록 보호수용의 집행 중에 피보호수용자의 재범위험성을 감소시킬 수 있는 처우를 구체적으로 명시하지 않고 그와 같은 처우의 제공이 있었는지 여부를 검토하지 않는 것에는 문제가 있다. 따라서 독일의 예와 같이 피보호수용자의 재범방지를 위하여 개별적·집중적·전문적 치료처우를 보다 상세히 규정하고 이를 시설에서 의무적으로 제공하도록 하여 그 이행 여부를 감독함으로써 그 결과에 따라 가출소 여부가 결정되도록 제도화한다면, 비례성 원칙에도 부합하고 보호수용의 특별예방적 목적이 효과적으로 달성되는 데 도움이 될 것이라 여겨진다.⁶⁶⁾

마지막으로 무엇보다 가장 중요한 것은 형집행과의 차별화, 그리고 그에 대한 사법적 통제이다. 독일의 경우 형집행과 보호수용 집행은 차별화되어야 하고, 이를 위해 보호수용의 최후수단성이 확보되어야 함을 강조한다. 따라서 보호수용과 동일하게 특별예방의 목적을 달성해야 하는 형집행에서 그를 위한 노력을 다하였음에도 여전히 재범위험성이 인정되는 경우에만

66) 동일한 취지로, 박상민, 전제논문, 157-158면 참조.

보호수용을 집행할 수 있도록 하고 있으며, 이에 대한 사법적 통제를 강화하고 있다. 예를 들면, 법원은 보호수용의 집행이 예정된 수형자에 대한 치료처우에 관하여 행형기관은 이를 제공하는 데에만 그쳐서는 안 되고 피보호수용자의 동기를 유발하도록 할 의무도 지고 있으며,⁶⁷⁾ 수형자가 해당 처우를 원하지 않는다는 의사를 밝혔다는 사실은 명확하게 인정되어야 하고,⁶⁸⁾ 시설 내의 인력문제로 인하여 치료가 지연되었다는 행형기관 측의 사정은 처우의 불충분한 제공을 정당화할 수 없다⁶⁹⁾고 보았다. 나아가 법원은 필요한 경우 행형계획의 일정 내용을 폐지하거나 사회치료시설의 이송 등의 특정한 처우를 직접 명령하고 있다.⁷⁰⁾ 이러한 법원의 심사는 직권으로 행해지는 것이 원칙이지만, 행형기관에 대하여 이를 신청할 수 있는 기회가 부여되어 있으며, 이와 같은 기회는 수형자에게도 절차적으로 보장되어 있다. 독일은 1977년부터 연방행형법에 형집행에 관한 별도의 재판절차를 규정하고 수형자가 자신의 처우에 관하여 불복하는 경우 전문재판부인 형집행부에 의한 재판을 받을 수 있도록 하고 있다.⁷¹⁾ 이를 2013년 법개정 당시 차별화 원칙의 실현과 관련하여 보호수용의 경우에까지 확대하면서 형법 제66조c에 의한 행형 중의 처우 제공에 관해서도 적용되도록 하였다. 따라서 형집행부는 위에서 본 행형기관의 처우 제공 의무와 관련한 정기적인 감독 및 수형자의 불복에 대한 판단을 행하고, 보호수용의 집행유예 및 집행계속, 즉 가출소 여부에 대한 결정도 내린다. 이를 통해 독일은 형집행과 보호수용의 집행 전반에 대하여 전문화된 재판부에 의한 사법적 통제를 실시하고 있으며, 차별화 원칙의 실현을 보장하고 있다고 할 수 있다.

우리도 이러한 독일의 차별화 원칙의 내용을 받아들여 보호수용 단계

67) OLG Hamm, 26.08.2020 - III-1 Vollz (Ws) 231/20, juris.

68) KG Berlin, 06.02.2018 - 2 Ws 2/18, juris.

69) LG Hamm, 06.07.2017 - III-1 Vollz (Ws) 21/17, juris.

70) OLG Karlsruhe 03.04.2020 - 1 Ws 157/19, juris.

71) 독일의 형집행부와 수형자의 권리구제절차에 대한 설명은, 정승환, “행형법관 (Strafvollzugsrichter)의 도입에 관한 고찰”, 「형사정책연구」 제12권 제4호, 2001, 91-95면; 정승환, “형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성”, 「형사법연구」 제22권, 2004, 397-403면; 愼垠映、前掲論文、82-84、93-96、171-191頁 참고.

뿐만 아니라 형집행 단계에서도 수형자의 재범위험성을 감소시키고 원활한 사회복귀를 촉진할 수 있는 처우를 제공하도록 의무화하도록 할 필요가 있다.⁷²⁾ 그리고 이를 이행하였는지 여부를 형집행 중에 정기적으로 심사하여, 그러한 사실이 없는 때에는 그 이행을 명하고, 그럼에도 불구하고 결국 필요한 처우가 제공되지 않았거나 불충분하였을 경우 보호수용의 집행을 유예하도록 한다면, 조금은 형벌과 차별화된 보호수용제도의 운용이 가능할 것으로 기대된다. 우리 법안을 보면, 형집행 종료 전에 보호수용의 집행유예 여부를 판단하도록 하고 있으며, 그 판단기준으로 교정성적, 심리상태, 재범 위험성 등을 종합적으로 고려한다고 하고 있다. 적어도 이때 법원이 형집행 중에 수형자의 재범위험성을 감소시킬 수 있는 처우가 제공되었는지를 반드시 심사하고 그 결과에 따라 보호수용의 집행유예 여부를 결정하도록 해야 한다고 생각한다. 이와 더불어 위에서 검토한 가출소 심사의 경우와 마찬가지로 판단기준을 좀 더 구체적으로 규정할 필요가 있을 것이다.

한 걸음 더 나아가면, 이러한 조치가 실효적으로 이행될 수 있도록 하기 위해서는 현재 행정절차에 의하여 보호수용의 가출소에 관한 심사를 하도록 하고 있는 법안의 내용과 행정재판에 의하도록 하고 있는 현행 수형자의 권리구제절차에 대한 재고가 이루어져야 한다. 특히 후자의 경우 권리구제의 실효성과 관련해서도 비판받고 있는 측면을 고려하면 독일의 경우와 같이 특화된 사법절차에 의하도록 할 필요성이 인정된다. 덧붙여, 보호수용이 선고되는 형사재판에서와 마찬가지로 형집행 종료 전 보호수용의 집행유예에 대한 심사절차에서도 수형자에게 변호사를 선임하게 하고 이것이 여의치 않은 경우에는 법원이 직권으로 변호사를 지정하도록 함으로써 수

72) “전문적이고 집중적인 교정 프로그램은 징역형 단계에서도 얼마든지 투입할 수 있고 또한 그래야 마땅하다. 재범의 위험성을 교정하기 위한 교정교화 프로그램은 이른 시점에 투입하는 것이 바람직한 만큼 징역형 집행 이후 개시되는 보호감호 집행까지 기다릴 것이 아니라 징역형 집행 단계에서 효과적으로 실시할 수 있도록 인력과 예산을 대폭 투입해야 할 것이다. 일단 징역형을 모두 집행한 후에 보호감호로 전문적인 교정 처우를 실시하겠다는 발상은 앞뒤가 맞지 않는다”(공익인권변호사모임 희망을 만드는법 외, “[공동성명] 보호감호의 명령을 부르는 당정 합의를 규탄한다”, 2020. 11. 27., <http://www.cathrights.or.kr/bbs/view.html?idxno=22826> (2022. 2. 5. 최종접속))는 시민사회단체의 평가도 이와 유사한 것으로 볼 수 있다.

형자의 권리를 두텁게 보호해야 할 필요가 있다.⁷³⁾

V. 나가며

지금까지 독일의 보호수용제도와 우리의 보호수용법안의 내용을 살펴보고 각각이 가지는 특징 및 의미를 짚어보았다. 독일은 연방헌법재판소가 제시한 자유형과 보호수용 간의 차별화 원칙을 실현하기 위하여 형법전에 보호수용 집행의 원칙을 규정하고 이에 입각한 처우를 제공할 것을 의무화하였다. 또한 행형 중에 향후 예정되어 있는 보호수용의 집행을 회피할 수 있도록 최소한의 조치를 반드시 취할 것을 요구하고, 그와 같은 조치가 불충분한 경우에는 보호수용의 집행을 유예할 수 있도록 하였다. 그리고 이에 대하여 법원이 직권으로 심사할 수 있게 하는 한편 당사자인 수형자 또는 피수용자에게도 행형법상 권리구제절차를 통한 불복을 할 수 있게 하여, 이러한 제도적 장치가 실효적으로 작동할 수 있도록 사법적 통제를 강화하였다. 비록 차별화 원칙의 실현을 전제로 한 현행 규정이 보호수용제도 자체를 정당화하는 근거로서 충분하다고는 할 수 없으나, 차별화 원칙을 실현하기 위한 과정에서 단순히 시설격리를 통한 보안이 주된 목적이었던 보호수용제도에 있어 적어도 피수용자의 재사회화를 위하여 개별적이고 개방적인 처우의 필요성이 강조되고 특히 특별예방적 치료 처우의 중요성이 인정된 것은 평가할 만한 부분이다.

우리의 보호수용법안을 독일의 제도와 비교해볼 때 차이가 발견되는 지점은, 비례성 원칙에 관한 규정에서 문언이 다른 점, 집행에 대한 심사에서 재범위험성을 감소시키는 등의 처우가 제공되었는지 여부는 묻지 않는 점, 또 심사의 주체가 사법기관이 아니라 행정기관인 점, 집행과 관련하여 별도의 사법적 통제절차가 규정되어 있지 않은 점이다. 그리고 행형과의 분명한 차이를 보여주는 원칙이나 처우에 관한 규정이 없고, 이에 대한 감독

73) 보호수용처분 당사자의 청문권을 보장하여야 한다는 의견으로, 이상한, “보호수용제도 도입을 위한 선결과제”, 『보호관찰』 제20권 제2호, 2020, 196면 참조.

이 행해지지 않는 것도 다른 부분이다. 물론 독일의 보호수용제도가 완벽하지도 않을 뿐 아니라 우리의 보호수용제도가 그와 꼭 같아야 하는 것도 아니지만, 우리의 보호수용법이 과거의 사회보호법이나 독일의 시행착오를 답습하지 않기 위해서 필요한 최소한의 장치로서 독일의 차별화 원칙이 의미를 가질 것이다.

보호수용법안에 대한 비판적 검토- 독일 보호수용제도와의 비교를 중심으로 -	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2022.03.01.	2022.03.09.	2022.03.24.

- 신 은 영

[참고문헌]

- 배종대/정승환, *행형학*, 홍문사, 2002
- 배종대/홍영기, *형사정책 제2판*, 홍문사, 2022
- 강지현, “자유박탈적 보안처분에 대한 비판적 검토-보안형벌과 보호수용제도 비판-”, 「비교형사법연구」 제17권 제4호, 2015
- 김성규, “독일의 보안감호에 관한 규정의 변화와 과제”, 「법과정책연구」 제12권 제1호, 2012
- 김해정, “독일의 최근 동향을 통해 바라본 우리 보안처분제도의 재조명”, 「법조」 제57권 제10호, 2008
- 박상민, “보호수용법안에 대한 비판적 분석과 입법론적 대안”, 「비교형사법연구」 제18권 제2호, 2016
- 박학모, “보안감호제도에 대한 비교형법적 성찰-독일 보안감호제도의 변천을 중심으로-”, 「한국형사법학회 학술대회 논문집」 2020년 제2호, 2020
- 송문호, “2014년 보호수용법안에 대한 검토”, 「교정연구」 제65호, 2014
- 이상한, “보호수용제도 도입을 위한 선결과제”, 「보호관찰」 제20권 제2호, 2020
- 이정남, “독일에서의 보안감호에 관한 최근 논의들”, 「법조」 제60권 제9호, 2011
- 장진환, “부정기형으로 운영되는 독일 보호감호제도의 위헌성 심사 BVerfG, 2 BvR 2029/01 vom 5.2.2004”, 「비교형사법연구」 제22권 제3호, 2020
- 장진환/이석배, “독일 보호감호제도의 위헌성여부에 대한 유럽인권법원 판결 - 소송사건 M vs. 독일, 사건번호 Nr. 19359/04-”, 「비교형사법연구」 제22권 제2호, 2020
- 정승환, “행형법관(Strafvollzugsrichter)의 도입에 관한 고찰”, 「형사정책연구」 제12권 제4호, 2001
- _____, “형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성”, 「형사법연구」 제22권, 2004
- 한영수, “독일의 보호감호제도”, 「한독법학」 제14권, 2003
- 飯島暢 「保安監置制度の正当化について」 法學研究84卷9号、2011
- 石塚伸一 「ドイツにおける保安拘禁の近年の情況について：保安監置をめぐる内外の動向」 刑法雑誌53卷1号、2013
- 憤垠映 『自由刑の執行に對する 司法的統制—ドイツを中心に—』 東京大學博士學位論文、2020
- A. Dax, *Die Neuregelung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung*, Berlin, Duncker und Humblot, 2017
- A. Schönke/H. Schröder(begr.), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 30. Aufl., München, C.H. Beck, 2019 [zit: Schönke/Schröder]
- B-D. Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Aufl., Berlin, Springer, 2015
- B. Heintschel-Heinegg(hrsg.), *Beck'sche Online-Kommentar StGB*, 44. Aufl., München, C.H. Beck, 2019 [zit: BeckOK-StGB]
- B. Schmitt(erl.), *Strafprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, 61. Aufl., München, C.H. Beck, 2018 [zit: Meyer-Goßner/Schmitt]
- D. T. Stisser, *Die Sicherungsverwahrung - de lege lata et de lege ferenda*, Baden-Baden, Nomos, 2019

- F. Streng, Strafrechtliche Sanktionen: die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3. Aufl., Stuttgart, Kohlhammer, 2012
- H. Laufhütte u.a.(hrsg.), Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar, 12. Aufl., Berlin, De Gruyter Recht, 2008 [zit: LK-StGB]
- J. Feest u.a.(hrsg.), Kommentar zum Strafvollzugsgesetz (AK-StVollzG), 7. Aufl., Köln, Carl Heymanns, 2017 [zit: AK-StVollzG]
- J. Wolter(hrsg.), SK StGB – Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl., Köln, Carl Heymanns, 2016 [zit: SK-StGB]
- K. Laubenthal/N. Nestler, Strafvollstreckung, 2. Aufl., Berlin, Springer, 2018
- K. Laubenthal u.a.(erl.), Strafvollzugsgesetze, 12. Aufl., München, C.H. Beck, 2015 [zit: LNNV]
- T. Fischer(erl.), Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 63. Aufl., München, C.H. Beck, 2016 [zit: Fischer]
- U. Kindhäuser et al.(hrsg.), Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden, Nomos, 2017 [zit: NK-StGB]
- W. Joecks/K. Mießbach(hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., München, C.H. Beck, 2016 [zit: MüKo-StGB]
- A. Dessencker, Die Sicherungsverwahrung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZIS 8-9, 2011
- F. Arloth, Länderumfrage zur Neuregelung und dem Vollzug der Sicherungsverwahrung, FS 62(4), 2013
- J. Peglau, Das Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung, JR 2013
- M. Schäferskuepper/J. Grote, Neues aus der Sicherungsverwahrung - Eine aktuelle Bestandsaufnahme, NSTz 2016
- T. Bartsch, Alles neu macht der Mai? Der Vollzug der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des BVerfG vom 04.05.2011, in: J. Kaspar(hrsg.), Sicherungsverwahrung 2.0?: Bestandsaufnahme - Reformbedarf - Forschungsperspektiven, Baden-Baden, Nomos, 2017
- , Neue bundes- und landesrechtliche Vorschriften über die Vollstreckung und den Vollzug, FS 62(4), 2013
- 공익인권변호사모임 희망을만드는법 외, “[공동성명] 보호감호의 명령을 부르는 당정 합의를 규탄한다”, 2020. 11. 27., <http://www.cathrights.or.kr/bbs/view.html?idxno=22826> (2022. 2. 5. 최종접속)
- 김상겸, “보호수용제 도입 시급하다”, 법률신문, 2015. 12. 18. <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=97500> (2022. 2. 5. 최종접속)
- 니더작센주사법포털 홈페이지 https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/justizvollzug_und_ambulanter_justizsozialdienst/justizvollzug/sicherungsverwahrung/vollzug-der-sicherungsverwahrung-189169.html (2022. 2. 5. 최종접속)
- 독일연방헌법재판소 홈페이지 https://www.bundesverfassungsgericht.de/Shared_Docs/Pressemitteilungen/EN/2011/bvg11-031.html (2022. 2. 5. 최종접속)

【국문초록】

사회보호법이 폐지된 이래 여러 차례 시도되었던 보호수용제 도입이 다시 논의 선상에 올라 현재 세 개의 보호수용법 제정안이 국회에 계류되어 있다. 우리가 대표적인 모델로 삼고 있는 독일의 보호수용은 유럽인권재판소에서는 형벌과 같은 것이라 보았으며, 독일연방헌법재판소에서도 위헌결정이 내려져 대대적인 법 개정이 이루어진 바 있다. 이러한 역사를 통하여 현행 독일의 보호수용은 형벌과의 차별성 및 치료를 통한 개선목적이 강화된 새로운 모습을 갖추게 되었다고 할 수 있다.

독일의 경우는 보호수용이 부과되기 위한 요건과 그 기간 및 유예를 비롯한 집행에 관한 기본 사항은 형벌과 마찬가지로 형법에 규정되어 있다. 보호수용의 명령은 자유의 박탈을 내용으로 하는 형사제재의 선고에 해당하고, 따라서 그 집행에 관한 결정은 판결로써 선고된 형사제재 내용에 본질적 변경을 가하는 것, 즉 자유의 박탈을 할 것인가 하지 않을 것인가에 대한 판단을 비롯하여 그 집행방식 및 내용을 결정하는 것이므로, 독일에서는 보호수용의 명령부터 집행종료까지의 모든 절차가 사법적 통제의 대상으로 되어 있다. 또한 독일연방헌법재판소에서는 보안처분으로서의 보호수용이 자유형과 구별될 수 있도록 입법상의 구체적 지침을 담은 차별화원칙을 제시하였다. 차별화 원칙의 관철이 보호수용제도를 정당화하기에 충분한 근거가 될 수 있는 것은 아니지만, 우리의 보호수용법이 과거 사회보호법의 문제나 독일의 시행착오를 답습하지 않기 위해서 필요한 최소한의 장치로서 의미를 가질 것이다.

현재 우리 국회에 제출되어 있는 보호수용법안은 과거의 보호감호 폐지를 교훈 삼아 소위 특정위험범죄라고 하는 중대한 위험이 인정되는 범죄를 저지른 자만을 대상으로 하는 등 위험 소지를 줄이기 위한 여러 가지 장치를 마련하려고 노력하였음이 보인다. 우리의 보호수용법안을 독일의 제도와 비교해볼 때 차이가 발견되는 지점은, 비례성 원칙에 관한 규정에서 문언이 다른 점, 집행에 대한 심사의 과정에서 재범위험성을 감소시키는 등의 처우가 제공되었는지 여부는 고려되지 않는다는 점이다. 또 심사의 주체가

사법기관이 아니라 행정기관이고, 집행과 관련하여 별도의 사법적 통제절차가 규정되어 있지 않다. 그리고 행형과의 분명한 차이를 보여주는 원칙이나 처우에 관한 규정이 없고, 이에 대한 감독이 행해지지 않는 것도 다른 부분이다. 적어도 형사제재 이원주의 체제하에서 보안처분으로서의 보호수용이 정당화될 수 있으려면, 유사한 형태의 자유형과의 선고 및 집행 방식에 있어 명확한 차별화가 이루어져야 하고, 그 효과적인 시행을 위해서는 비례성 원칙과 최후수단성 원칙을 바탕으로 한 요건 및 기준의 설정이 필요하고 이에 입각한 법원의 판단이 전제되어야 한다. 이러한 측면에서 독일의 현행 보호수용제도는 최소한의 모델을 제시하고 있다고 평가할 수 있으며, 우리의 보호수용법안을 개선함에 있어 시사하는 바가 있다고 생각한다.

【Abstract】

A Critical Review on the Secured Custody Bill :
Focused on the Comparison with German System

Shin Eun Young

(Lecturer, Korea University, Ph.D. in Law)

As the issue of introducing a preventive detention system re-emerged, which followed after the revocation of the Social Protection Act, three different bills modeled after the German system are pending in the National Assembly at the time. The German system has been reformed to be more individual treatment-oriented, distancing from a penal nature, in answer to two major rulings; the European Court of Human Rights found it equivalent to imprisonment, and the Federal Constitutional Court of Germany ruled it unconstitutional.

Under the revised rules, Germany's Criminal Code stipulates the basis for the enforcement of preventive detention, as it does for criminal penalties as well, including the requirements for imposition, determination of the period, and suspension. An order for a preventive detention tantamounts to a sentencing of a criminal sanction which involves a decision on deprivation of freedom, and an order regarding enforcement of the preventive detention includes a decision on an individual's freedom, as well as the methods and contents of the measure. Therefore, the entire process from its order to termination is subject to judicial control by a competent court. In addition, the current German system is evaluated as the result of implementing the Distance Requirement ("Abstandsgebot") proposed by the Federal Constitutional Court, which includes specific guidances to distinguish between preventive detention

and imprisonment. Although it does not provide sufficient grounds to justify the preventive detention, the Distance Requirement has implications in Korea as a minimum principle in order not to follow past trial and errors.

The pending bills demonstrate efforts, learning from the circumstances that revoked the Social Protection Act, to avoid potential unconstitutionality by introducing a number of safeguards, including, for example, limiting the application to those convicted of significant-risk crimes. There are, however, several differences compared to the German system: the wordings regarding the principle of proportionality are different; the review process does not take into account whether any treatment to reduce the risk of recidivism has been provided; administrative bodies, rather than judiciary conduct reviews; no independent judicial controls are provided for; do not provide for any principle or rules that clearly distinguish preventive detention from penalty; and lack specific rules for the supervision of enforcement. If the preventive detention system were to be accepted as a security measure under the dualist system of criminal sanctions, it must be justified with minimal protections that clearly differentiates the detention from other similar forms of deprivation of freedom in terms of sentencing and execution, and requires the establishment of requirements and standards based on the principles of proportionality and ultima-ratio, as well as a judicial review system thereupon. In this regard, the current German system of preventive detention could be a model case to improve currently pending bills in Korea.

주제어(Keywords): 보호수용(secured custody), 보안감호(secured custody), 보호감호(preventive detention), 차별화 원칙(distance requirement), 보안처분(security measure)

사회적 가치 추구형 주식회사(PBC) 및 주주이익 극대화 원칙에 관한 법적 검토*

신 현 탁**

▶ 목 차 ◀

- | | |
|----------------------|-------------------------|
| I. 서론 | 3. 투명성 및 신뢰성: 평가 및 보고의무 |
| II. PBC 도입의 배경과 취지 | 4. 경영감독 및 권리구제: 대표소송 등 |
| 1. 전통적 회사법리의 문제 | 5. PBC 제도에 대한 평가 |
| 2. 회사제도의 입법적 보완 필요성 | IV. 이사의무 위반에 관한 판례기준 |
| 3. 회사제도 변화의 의의 | 수정 |
| III. PBC의 제도적 특징 | 1. 경영판단의 원칙 |
| 1. PBC 전환 절차: 주주승인요건 | 2. 완전한 공정성의 기준 |
| 2. 회사의 목적: 정관개정 요건 | 3. 중간적 심사기준 |
| | V. 정책적 시사점 및 결론 |

I. 서론

전통적으로 주식회사는 영리추구를 본질적인 속성에 해당하는 것으로 파악함으로써 관련 법리가 발전해왔다. 그러나 최근 미국에서는 주식회사임에도 불구하고 금전적인 영리추구 이외에 사회적 가치 및 이해관계자의 이익을 본격적으로 추구하도록 장려하는 ‘사회적 가치 추구형 주식회사’ 제도

* 본 논문은 고려대학교 법학전문대학원 연구비 지원에 의하여 작성되었음.

** 고려대학교 법학전문대학원 교수, 변호사.

가 확산되고 있다. 사회적 가치 추구형 주식회사는 2010년 메릴랜드 주에서 최초로 입법된 이래로, 현재까지 뉴욕, 캘리포니아,¹⁾ 워싱턴 DC 등을 포함하여 총 38개의 주에서 입법적으로 허용되었다. 이 중 32개 주에서는 출석의원 만장일치로 통과되었고 특히 13개 주에서는 재적의원 만장일치로 통과되었으며 모든 주에서 90% 이상의 찬성률을 기록하였는바 초당파적인 전폭적 지지를 얻고 있음을 쉽게 알 수 있다.²⁾

이와 같이 사회적 가치 추구형 주식회사가 적극적으로 도입되고 있는 배경은 무엇인지, 그러한 도입에 따른 의의는 어떤 것인지, 전통적인 주식회사 법리와 어떤 점에서 구별되는지, 다양한 모델들 사이에 어떤 차이가 있는지에 대하여 검토해보고자 한다. 본 논문에서는 미국에서 가장 많은 주식회사가 준거법으로 삼고 있는 델라웨어 주의 사회적 가치 추구형 주식회사(public benefit corporation; “PBC”)³⁾를 중심으로 살펴보고자 한다. 델라웨어 주 이외의 많은 주에서는 “베네팢회사”(benefit corporation; “BC”)라는 용어를 사용하면서 사회적 가치 추구형 주식회사 제도를 입법하였는데 특히 캘리포니아 BC가 델라웨어 주의 PBC와 더불어 가장 많이 활용되고 있다. 캘리포니아 BC 및 베네팢회사모델법(Model Benefit Corporation Legislation; “MBCL”)의 주요 내용에 대해서는 이하 관련된 부분에서 간략히 소개하고 PBC 제도와 비교하겠다.⁴⁾

PBC에 대한 시장의 반응은 예상보다 호의적이다. 델라웨어 주에서 이루어진 PBC 투자 추이를 살펴보면 꾸준한 증가추세에 있음을 알 수 있다.

1) 캘리포니아 주에서는 사회적 가치 추구형 주식회사(California benefit corporation) 이외에도 비영리 성격의 사회적 기업(social purpose corporation) 형태도 존재하지만, 본고에서는 후자에 해당하는 비영리 기업은 연구대상으로 검토하지 않았다.

2) <https://benefitcorp.net/policymakers/why-pass-benefit-corporation-legislation> <최종방문일 2022.02.14.>

3) 델라웨어 주에서는 2013.07.17.에 PBC를 허용하는 회사법(Delaware General Corporation Law; “DGCL”) 개정안이 통과되어서 2013.08.01.부터 PBC 제도가 시행되었다. 개정된 DGCL은 제361조~제368조(subchapter XV)를 신설함으로써 PBC 관련사항을 입법하였다. PBC를 ‘공익회사’ 또는 ‘베네팢회사’ 등으로 번역하여 표현하기도 하지만 본고에서는 통상적으로 가장 많이 사용되는 표현인 PBC라는 약어를 그대로 사용하였다.

4) 본고에서 PBC 및 BC 등 미국에서 입법적으로 시행 중인 사회적 가치 추구형 주식회사를 통칭할 때에는 “PBC등”이라 표현하겠다.

즉 2013년에 입법된 이후로 2014년 약 1억4천만 달러, 2015년 약 3억3천만 달러, 2016년 약 2억2천만 달러, 2017년 약 3억3천5백만 달러, 2018년 약 6억 3천3백만 달러, 2019년 약 8억7천만 달러를 투자받았다.⁵⁾ 투자규모에서 볼 때 PBC 제도는 성공적인 출발을 하는 것으로 평가할 수 있다. 특히 전문투자자들이 PBC의 성장을 예상할 뿐만 아니라 그러한 시장의 기대가 해를 거듭할수록 높아지고 있다는 점이 고무적이다.⁶⁾ PBC 중에는 기존의 유명한 기업들도 많으며,⁷⁾ 상장회사 중에서 PBC로 전환하는 경우도 있고,⁸⁾ PBC인 상태에서 상장하는 경우도 있다.⁹⁾

참고로 비랩(B Lab)에서 인증하는 “비콥”(certified B corporation)은 본 논문의 검토 대상은 아니다. 현재 전세계 78개 국가에서 4,600개 이상의 비콥이 인증될 정도로 활발히 사용되고 있으며,¹⁰⁾ PBC 및 BC는 비콥 인증기준을 자연스럽게 충족하기 때문에 비콥 인증을 함께 받는 경우도 많다. 그러나 비콥은 국제적 비영리 단체인 비랩에서 독자적인 기준에 의하여 사회적 가치를 추구하는 회사를 민간차원에서 인증한 것에 불과하다. 비콥은 회사법에 근거하여 인증되는 것이 아니며 심지어 주식회사가 아니어도 무방하다. 기본적으로 회사법상의 PBC 등과 비랩의 사설인증은 엄연히 그 대상과 절차, 법적 효력을 달리하는 별개 차원의 문제이다.

5) Michael B. Dorff, James Hicks & Steven Davidoff Solomon, “The Future or Fancy? An Empirical Study of Public Benefit Corporations,” Working Paper No. 495/2020 (ECGI Working Paper Series in Law, 2020), p. 45, 55. 다만 높은 투자금액을 받은 상위 10개사의 총투자금액이 전체 투자금액의 절반을 초과하였다는 점에서 다소 편중된 것으로 보이는바, 투자자들은 성공가능성이 높은 PBC를 엄격히 심사하는 조심스러운 입장이라는 점을 짐작할 수 있다. 그러나 관점을 달리하여 생각한다면 아직은 일부에 불과하더라도 전문투자자가 PBC의 성공가능성을 인정하여 대규모 투자를 감행하였다는 것이므로 장기적으로는 PBC 제도의 활성화를 기대해볼 수 있다.

6) See *Id.*, p. 66.

7) 대표적으로 Danone S.A.의 자회사인 Danone North America, Unilever의 자회사인 Ben & Jerry’s, Campbell Soup의 자회사인 Plum Organics, Gap, Inc.의 자회사인 Athleta 등이 PBC로 전환하였다.

8) 특히 Veeva Systems는 NYSE에 상장된 회사인데 2021년 1월경 발행주식총수의 99% 및 출석주주의 만장일치 승인에 의하여 PBC로 전환하였다.

9) Laureate Education, Inc.(2017년 상장), Lemonade, Inc.(2020년 상장), Vital Farms, Inc.(2020년 상장) 등이 있으며, 이외에도 상장을 준비 중인 PBC가 다수 있다.

10) <https://www.bcorporation.net/en-us/> <최종방문일 2022.02.14.>

II. PBC 도입의 배경과 취지

1. 전통적 회사법리의 문제

(1) 사회적 가치 추구하고 경영진의 법적 책임

종전에도 기업의 사회적 책임(corporate social responsibility; “CSR”)을 이행해야 한다는 시민사회의 요청이 있었고 이에 많은 회사들이 이미지 제고 차원에서 매출액의 약 2% 수준을 마케팅 비용으로 할당하였다. 이러한 CSR 활동은 회사의 정체성이나 이익창출과는 전혀 무관한 영역에서 주로 사회적 기여 내지 봉사를 위한 비용으로 지출되었기 때문에 그 한계가 명확하였다. 즉 과도한 CSR 비용 지출은 주주이익 극대화 원칙을 침해하는 것으로 판단될 수 있었고 궁극적으로는 경영진이 미국법상 신인의무(fiduciary duty) 위반에 따른 법적 책임을 부담할 수 있는 것이었다. 그렇기 때문에 회사 재정에 과도한 영향을 주지 않고 법적으로 문제되지 않는 수준에서, 회사 규모에 상응하는 사회적 기대를 충족할 수 있을 정도의 금액 범위로 CSR의 지출 규모가 전략적으로 수렴하였던 것이다.

주식회사가 사회적 가치를 추구하는 과정에서 회사 또는 주주의 이익을 침해한다면 전통적인 회사법리상 경영진의 법적 책임이 문제되며, 이 때 어떤 기준에 의하여 회사 또는 주주의 이익을 침해하였다고 판단할 것이냐가 관건이다. 이와 관련하여 미국 회사법에서는 주주이익 극대화를 추구하는 것이 이사의 신인의무에 비추어 마땅한 것으로 여겨졌다. 다만 이러한 주주이익 극대화 개념은 법경제학적 이론에 근거를 두고 유명 경영인들이 대중적으로 주창하면서 사회적 공감대를 형성한 것이다 보니 과연 어느 정도 법적 강제력을 갖는 개념인지에 대해서는 논란이 있다. 특히 미국 회사법상 이사의 의무는 행위기준과 심사기준이 분화되어 있는데 행위기준(standard of conduct)에 의하면 경영진이 높은 수준의 주의를 다할 것이 요구되는 반면 법적책임 여부를 판단하는 심사기준(standard of review)에 의하면 경영진에게 요구되는 주의수준이 완화되어 있다.¹¹⁾ 즉 경영진에게 행

위기준으로서 주주이익 극대화를 추구할 것을 요구하는 것은 쉽게 인정될 수 있지만 그렇다고 하여 당연히 심사기준으로 적용되는 것은 아니며 주주이익 극대화를 이루지 못하였다고 하여 법적 책임을 물을 것인지는 별개의 문제로서 엄격하게 검토되어야 한다.

(2) 주주이익 극대화 원칙과의 상충 가능성

‘주주이익 극대화를 이사 신인의무의 심사기준으로 삼을 수 있다’는 입장에서는 1919년 미시건 주 대법원의 포드 사건¹²⁾을 대표적 판례로 언급하지만, 그 이후로는 연방 차원이든 주 차원이든 주주이익 극대화 위반에 대하여 경영진에게 법적 책임을 인정한 대법원 판례를 찾기가 어렵다.¹³⁾ 다만 이러한 현황에 근거하여 주주이익 극대화 개념을 판례가 심사기준으로 채택하지 않는다고 단정할 수는 없다. 판례법리상 주주이익 극대화 개념이 발전해오면서 ‘주주의 장기적 이익에 간접적으로 도움이 될 수 있는 모든 활동’이 주주이익에 부합하는 것으로 확대된 영향으로 인하여, 장기적 관점에서 파악했을 때 주주이익에 전혀 도움이 되지 않는 결정을 하였다고 문제삼을 만한 사례 자체가 현실적으로 별로 없기 때문이다.

그런데 포드 사건으로부터 약 100년이 지난 2010년경 이베이 사건¹⁴⁾에서는 주주이익 극대화를 심사기준으로 삼을 것인지 여부가 다시 본격적으로 논의되었다. 크레이그리스트(Craigslist)의 경영진은 크레이그리스트가 발행한 주식의 28.4%를 취득한 이베이의 영향력을 감소시킬 목적으로 포이즌

11) 줄고, “이사의 의무위반과 경영판단원칙에 관한 미국의 판례법리 연구,” 「경영법률」 제31집 제2호(한국경영법률학회, 2021), 116-118면.

12) *Dodge v. Ford Motor Company*, 204 Mich. 459, 170 N.W. 668 (Mich. 1919). 반면에 포드 사건과 관련하여 너무 주주중심주의적 관점만 부각되고 있다고 비판하면서 판례의 전체적인 실시내용을 종합적으로 검토하면 이해관계자 중심주의적 관점도 충분히 포함되어 있다고 해석하는 입장도 많이 있다[Contance E. Bagley, “Shareholder Primacy Is a Choice Not a Legal Mandate,” Marc J. Epstein & Kirk I. Hanson, ed., 「The Accountable Corporation: Corporate Governance」 Vol. 1(2006), pp. 87-88; 신현탁·조은석, “이해관계자 참여형 기업지배구조에 관한 연구,” 「상사법연구」 제37권 제2호(한국상사법학회, 2018) p. 143].

13) Lyman Johnson, “Pluralism in Corporate Form: Corporate Law and Benefit Corps.,” 25 Regent U. L. Rev. 269, 282 (2012).

14) *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark*, 16 A.3d 1 (Del. Ch. 2010).

필을 발동하여 이베이의 소유지분을 감소시켰다. 이 때 크레이그리스트 경영진은 포이즌필을 사용한 정당성을 설명하면서, “경제적 가치를 위한 것은 아니었지만 지역사회를 중요하게 여기는 크레이그리스트의 기업문화와 크레이그리스트가 추구하는 사회적 가치를 보호할 목적으로 포이즌필을 발동했다”고 항변하였다. 즉 경영진 입장에서는 금전적 관점에서의 주주이익 극대화 대신 당해 회사의 사회적 가치를 선택한 것임을 명백히 하였다. 그러나 델라웨어 주 형평법원은 경영권 방어방법을 사용한 것이 부당하다고 결정하면서 특히 “경영진이 주주이익 극대화를 추구하는 것이 아닌 비금전적 목표를 추구하는 것은 영리추구를 기대하는 주주들과의 관계에서 신인의무를 위반한 것”이라고 판시함으로써 크레이그리스트 경영진의 논리를 정면으로 부정하였다.¹⁵⁾

나아가 형평법원은 위 판시사항에 덧붙여서, “만약 크레이그리스트가 1인 회사였다거나 주주전원의 동의가 있었다면 그러한 비영리적 목표를 추구하는 것을 신인의무 위반으로 판단하지는 않았을 것”이라고 방론으로 설시하였다.¹⁶⁾ 따라서 이베이 사건에서 나타난 판결의 의미를 엄밀히 분석해보자면, (i) 주주이익 극대화 원칙이 기본적으로 신인의무 위반의 심사기준으로 작용한다고 보아야 할 것이지만 (ii) 그렇다고 해서 언제나 무조건 적용되는 강행규범에 해당하지는 않으며 주주 동의에 의하여 배제할 수 있는 임의적인 성격을 갖는 것으로 이해하는 것이 마땅할 것이다. 이러한 취지에 비추어 본다면 주식회사의 주주들이 만장일치로 정관에서 ‘주주이익 극대화 원칙에 우선하여 사회적 가치를 추구할 수 있는 것’으로 규정하는 것도 이론적으로는 가능하다. 하지만 주주 중 일부라도 반대하는 경우에는 당해 주주와의 관계에서 신인의무를 위반할 소지가 있기 때문에 현실적인 활용도는 제한적이다.¹⁷⁾ 반면 이베이 사건에서 임의규범성을 방론에서 언급한 것

15) *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark*, 16 A.3d 1, 34 (Del. Ch. 2010); 참고, “ESG 경영과 진화하는 주주중심주의” (동아비즈니스리뷰, 2021.10), 101면. (https://db.rdonga.com/article/view/1206/article_no/10207/ac/magazine) <최종방문일: 2022.02.14.>

16) Julian Velasco, “Shareholder Primacy in Benefit Corporations,” Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No.191218 (2019), p. 8.

에 불과하다 보니 대법원도 아닌 형평법원의 방론 정도는 무시하고 오히려 주주이익 극대화 원칙의 강행규범성이 인정될 가능성도 있다는 정반대의 우려도 존재한다.¹⁸⁾ 이러한 입장에서는 만장일치로 정관을 개정하여 주주이익 보다 사회적 가치를 우선할 수 있도록 규정한다 하더라도 주주이익 극대화 원칙의 강행규범성에 위반하여 무효가 되지는 않을지 불안해하였다.

2. 회사제도의 입법적 보완 필요성

(1) 경영진의 법적 리스크 경감 요구

물론 이베이 사건은 델라웨어 주 대법원에서 결정된 것은 아니기 때문에 유사 사례에 대한 기속력이 인정되지는 않는다. 미국 법학계의 일반적인 해석론에 따르면 이베이 사건을 통하여 형평법원이 주주이익 극대화 원칙을 이사의 의무 내용으로 파악하면서 심사기준으로 적용하고 그 법적 성격은 임의규범으로 인정한 것으로 이해하지만, 이는 대법원 판례가 아니기 때문에 그러한 판례법리가 확립된 것으로 보지는 않는다. 따라서 주주이익 극대화 원칙을 위반하였다고 하여 당연히 신인의무 위반에 따른 법적 책임을 부담해야 한다고 판단되는 것은 아니다. 다만 경영진에게 의무위반을 문제삼는 상황에서 경영진은 경영판단의 원칙(business judgment rule: “BJR”)을 주장할텐데 경영판단의 원칙에 의한 보호를 받지 못할 경우에는 입증 책임을 경영진이 부담하게 되면서 소송절차의 특성상 경영진이 법적 책임을 지게 될 가능성이 상당하다.¹⁹⁾ 그런데 경영판단원칙의 요건 중 하나인 ‘회사의 최선의 이익을 위한 결정’이었는지 여부를 판단하는 과정에서 주주이익 극대화를 위반하였는지 여부가 검토된다. 이 때 장기적 관점에서 간접적으로라도 주주이익에 도움이 된다면 주주이익 극대화 원칙에 부합하므로

17) Julian Velasco, 전제논문, p. 8.

18) 이후 델라웨어 주 회사법에서 PBC를 허용하면서 주주이익 극대화 원칙은 강행규정이 아니라는 점이 명확해졌다.

19) <https://benefitcorp.net/attorneys/benefit-corporations-are-necessary> <최종방문일 2022.02.14.>

대부분의 경우에는 경영판단의 원칙을 적용받을 수 있겠으나, 구체적인 상황에서 그 적용상의 한계가 어디까지인지에 대해서는 명확히 예상하기 어렵기 때문에 비영리적 목표를 추구하려는 경영진의 입장에서는 법적 위험성을 완전히 제거하기가 곤란하다는 것이 실무적인 애로사항이다.

엄밀하게 법적인 관점에서 정리해 본다면, 주식회사에서 사회적 가치를 추구하는 활동을 하는 것이 금지되었다고 볼 것은 전혀 아니며 구체적인 사정에 따라서 주주이익 극대화 위반인지 여부가 개별적으로 판단되어야 하고, 설사 주주이익 극대화를 위반한다고 하여 당연히 법적 책임을 지는 것도 아니며 소송상 여러 단계에 걸쳐 다툴 여지가 있는 것이다. 환언하자면 영리목적의 주식회사라 할지라도 적절한 수준의 CSR이 허용되고 주주이익 극대화 개념 자체가 매우 완화된 상태이며, 주주이익 극대화 위반이 곧 신인임무 위반을 의미하는 것도 아니며 만장일치 정관개정에 의하여 비영리적 목표를 추구할 수 있다고 추상적으로 설명할 수는 있다.

그러나 현실적으로 가장 중요한 문제는 경영진에게 법적 책임이 발생하지 않도록 확답을 줄 수 있는 명확하고 구체적인 실무 가이드라인을 제시할 수는 없다는 사실이다. 경영진에게 ‘어떻게 하면 주주이익 극대화를 신경 쓰지 않아도 된다’거나 ‘법적 책임을 절연시킬 수 있다’는 확신을 줄 수는 없다. 더군다나 문제되는 사건이 워낙 적다보니 조만간 대법원에서 주주이익 극대화 원칙의 법적 효력에 관한 논쟁을 명쾌하게 결론낼 것으로 기대하기도 어렵다. 따라서 법리적 논쟁과는 별개로 실무 경영계에서는 이베이 사건이 내포하는 법적 위험성을 보수적인 관점에서 대비할 수밖에 없었다.²⁰⁾ 즉 경영진의 입장에서는 주주이익 극대화를 무시하거나 주주이익에 우선하여 사회적 가치를 추구하는 경영 방식은 경영진에게 신인임무 위반에 따른 법적 책임을 야기할 수 있는 것으로 받아들였고,²¹⁾ 정관 개정을 시도하더라도 반대주주가 있는 한 법적 책임에서 자유로울 수 없다고 여겼으며 극단적인 관점에 의할 경우에는 만장일치에 의한 정관 개정조차 유효성을 확신할 수

20) Lyman Johnson, 전제논문, p. 276.

21) <https://benefitcorp.net/attorneys/benefit-corporations-are-necessary> <최종방문일 2022.02.14.>

없었다. 이러한 법적 불확실성 상태는 비영리적 목표를 추구하고자 하는 경영진에게 법적 리스크로 작용하였고, 법적 책임에 대한 염려없이 사회적 가치를 추구할 수 있도록 회사제도를 수정해달라는 사회적 요구가 나오게 되었다.²²⁾

(2) 제도신설에 대한 시장의 수요

미국에서 특히 사회적 가치 추구형 주식회사 모델이 요구되었던 데에는 미국 특유의 배경을 언급할 필요가 있다. 영국 등 유럽에서는 사회적 기업이 이미 많이 활성화되고 관련 제도가 입법된 상태였으나 미국에서는 다소 상황을 달리하였다. 20세기 초중반 뉴딜시대 이래로 진보적 규제정책(regulatory state)이 주류를 점하였으나 20세기 후반 공공선택이론(public choice theory)이 정부규제의 현실적 취약성을 공략하고 신고전주의 경제학(특히 new Chicago school) 내지 신자유주의(neo-liberalism)로 대변되는 시장중심적 정책이 주류를 점하면서 정부 주도적인 사회정책은 약화되었다. 특히 차별철폐정책(affirmative action)의 일환으로 도입되었던 각종 배려조항(set-asides)은 소수집단 기업이나 여성소유 기업의 공공계약 체결을 정책적으로 지원해주었는데, 1989년 연방대법원에서는 “배려조항 정책이 차별적 조치에 대한 엄격한 심사기준을 충족하지 못하였기 때문에 수정헌법 제 14조(동등보호조항)에 위배되어 위헌”이라는 판결을 내렸고,²³⁾ 1995년 동일한 취지의 위헌판결이 반복되었다.²⁴⁾ 결국 클린턴 대통령은 공공계약에서 차별철폐정책을 축소하거나 폐지하도록 명령하였다.²⁵⁾ 기본적으로 사회적

22) William H. Clark, Jr. et al., “The Need and Rationale for the Benefit Corporation: Why It Is the Legal Form That Best Addresses the Needs of Social Entrepreneurs, Investors, and, Ultimately, the Public” (Benefit Corporation White Paper, 2012) at 6 (https://benefitcorp.net/sites/default/files/Benefit_Corporation_White_Paper.pdf) <최종방문일 2022.02.14.>; Lyman Johnson, 전제논문, p.273; Elizabeth Pollman, “Social and Asocial Enterprise,” Benjamin Means & Joseph W. Yockey ed., 「The Cambridge Handbook of Social Enterprise Law」 (2018), p. 16; Julian Velasco, 전제논문, p. 2; Kevin V. Tu, “Socially Conscious Corporations and Shareholder Profit,” 84 Geo. Wash. L. Rev. 121, 154 (2016).

23) *City of Richmond v. J. A. Cronson Co.*, 488 U.S. 469 (1989)[사실관계: 버지니아주 리치몬드시에서는 배려조항 정책(Minority Business Utilization Plan)에 근거하여 입찰업체로 하여금 하도급 대금의 30% 이상을 소수집단 기업에게 배정되도록 요구하였음].

24) *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

기업 모델이 정부의 지원에 상당부분 의존하는데 반하여, 미국에서는 사회적 기업에 대한 지원이 역차별로 위헌이 될 수 있기 때문에 정책적인 지원이 대폭 축소되면서 결과적으로 정부 주도적인 사회적 기업 모델이 활성화되지 못한 것으로 이해된다.

그럼에도 불구하고 기업이 시민사회의 일원(corporate citizenship)으로서 상당한 역할을 해야 한다는 사회적 요구에 부응하려는 흐름 역시 지속적으로 존재하였기 때문에 기업활동을 통하여 사회적 가치를 추구하고자 하는 수요는 사회적 기업 모델의 대안을 필요로 하였다. 미국에서는 아예 공익 목적의 비영리회사를 설립하거나 협력관계에서 지원하는 방식이 많이 사용되었으나 자체적인 수익 증대에는 한계가 있기 때문에 어느 이상 활성화되기는 곤란하였다. 이에 시장중심적인 관점에서 기존의 주식회사가 비영리적인 활동을 본격적으로 수행하면서도 법적 책임을 염려할 필요가 없도록 제도적 보완에 대한 사회적 요구가 증대되었다.

3. 회사제도 변화의 의의

(1) 회사의 공익성에 대한 관점의 진화

미국에서 19세기까지는 주식회사의 특권을 허용하는 대신 스스로 존재의의를 증명할 수 있도록 구체적인 공익을 추구할 것이 요구되었으나, 20세기 이래로 ‘기업활동 자체가 경제발전에 기여한다’는 관념적인 추상적 공익성만으로 주식회사의 특권에 대한 정당성을 인정받았다.²⁵⁾ 그러나 2000년대 들어서는 세계금융위기를 거치면서 시장지상주의적 믿음에 대한 회의적 성찰에 직면하게 되었고,²⁷⁾ 법경제학적 회사이론에서는 ‘회사 활동이 야기하는 부정적 외부효과’를 고려하지 않았던 맹점에 대한 반성이 부각되었

25) 페이 J. 크로스비, 「끝나지 않은 논쟁: 차별철폐정책」 (한울아카데미, 2009), p. 135.

26) 졸고, “이사의 의무에 관한 미국 판례법리 발전사,” 「서울법학」 제28권 제4호(서울시립대학교 법학연구소, 2021), pp. 384-388.

27) Simon Johnson, “The Quiet Coup” 「The Atlantic」 (2009.05). (<https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2009/05/the-quiet-coup/307364/>) <최종방문일 2022.02.14.>

다.²⁸⁾ 즉 회사활동에서 발생시키는 부정적 외부효과를 회사 스스로 해소할 방안을 모색하면서 ESG 경영과 PBC 등이 유력한 대안으로 부각되었다. 특히 PBC 등은 주식회사의 본질을 유지하면서 영리를 추구하면서도 그와 동시에 사회적 가치를 적극적으로 추구하고 이해관계자의 이익을 보호하는 것을 회사의 목적으로 삼는다. 이와 같이 주식회사가 구체적 공익성을 추구하는 현상은 20세기의 추상적 공익성을 맹목적인 이데올로기로 받아들였던 것에 대한 반성에 의하여 18-19세기의 고전적 회사이론이 요구했던 형태로 발전적인 회귀를 하였다고 평가할 수 있다.²⁹⁾

(2) 회사의 기본권 행사가능성 확대

2010년대에 들어서 연방대법원은 Citizens United 사건³⁰⁾ 및 Hobby Lobby 사건³¹⁾에서 회사의 정치적 자유 및 종교적 자유 등 정신적 기본권을 광범위하게 허용하였는데, 이러한 회사의 비영리적인 기본권 활동은 주주의 이익 극대화 원칙과 상충할 소지가 있다. 회사의 사업적 영리추구 행위와는 기본적인 성격을 달리하며 금전적 사업성에 대한 판단을 수반하지 않기 때문이다. 그렇다고 해서 연방대법원이 인정하는 회사의 기본권 행사 활동을 무조건 무효인 행위라 치부할 수는 없는 것이고 대신에 이사의 책임이 문제될 것이다. 따라서 정치적·종교적 차원의 비영리적 활동이 ‘회사 및 주주의 금전적 이익을 극대화하는데 장기적·간접적으로 도움이 될 것’이라는 정당화 사유를 갖추었거나 주주 전원의 동의가 있다면 경영진의 법적 책임이 해소될 수 있다.³²⁾ 예를 들어서 어느 회사가 선교 등의 종교적 활동에 상당한

28) 참고, “미국 회사제도와 자율규제 - ESG 경영이념에 대한 법적 분석,” 「상사법연구」 제40권 제2호(한국상사법학회, 2021), pp. 97-99.

29) Lyman Johnson, 전제논문, p. 272. PBC는 시장지상주의를 교정하고자 하지만 정치적 관점이나 이데올로기에는 전혀 관심을 두지 않는다[Leo E. Strine, Jr., “Restoration: The Role Stakeholder Governance Must Play in Recreating a Fair and Sustainable American Economy - A Reply to Professor Rock,” 76 Bus. Law. 397, 430 (2021)]. 오히려 PBC 제도는 후술하는 바와 같이 시장중심적이고 시장친화적인 접근방식을 취한다는 점에서 사회적 기업과 확연히 구별된다.

30) *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

31) *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. 682 (2014).

회사자금을 사용하려 할 경우에 주주 전원의 동의가 있다면 주주이익 극대화 원칙을 배제함으로써 경영진이 법적 책임을 면할 수 있다.

그러나 본격적으로 종교적 기본권을 행사하려는 회사의 입장에서는 매번 주주 전원의 동의를 받는다는 것이 현실적으로 곤란한 일이다. 연방대법원에서는 회사의 기본권 행사를 넓게 허용해주었지만 경영진은 여전히 법적 책임에서 자유롭지 않기 때문에 사실상 그러한 기본권을 행사할 수 있는 방법은 매우 제한적인 것이다. 이러한 상황에서 PBC 등은 획기적인 대안이 되었다. 개별 회사마다 추구하고자 하는 특정 사회적 가치를 정관에 기재하고 표결방식에 의하여 PBC 등으로 전환한다면 주주전원의 만장일치가 없더라도 당해 회사의 정체성을 위한 행위는 그 자체로 ‘회사의 최선의 이익’을 위한 것으로 인정될 수 있기 때문에 경영진은 경영판단의 원칙에 따른 보호를 받을 수 있다.³³⁾ 즉 PBC 등은 회사에게 허용되는 기본권을 십분 향유할 수 있게 보장해주는 안전항의 역할도 제공한다.³⁴⁾

Ⅲ. PBC의 제도적 특징

텔라웨어 주 회사법에 의하면 어떤 주식회사는 자발적인 선택에 의하여 PBC로 전환(conversion)할 수 있다(DGCL §361).³⁵⁾ PBC가 전통적인 기

32) Julian Velasco, 전제논문, p. 8. 다만 최근의 ESG 논의가 적용된다면, ‘절차적 정당성 요건’을 갖춘 ESG 경영이 회사의 정체성에 부합하는 행위로 인정될 경우에는 주주후생 극대화 차원에서 적법한 것으로 판단될 수 있을 것이다(줄고, “미국 회사제도와 자율규제 - ESG 경영이념에 대한 법적 분석,” pp. 97-100).

33) Elizabeth Pollman, “Constitutionalizing Corporate Law,” 69 Vand. L. Rev. 639, 682 (2016), footnote no. 224.

34) 그 밖에 PBC 등에 의하여 비즈니스 생태계의 종다양성이 확보되었다는 평가도 있다 [Lyman Johnson, 전제논문, pp. 279-281(저자는 종전의 영리·비영리 회사, 공기업·사기업과 같은 구분의 경계가 실질적으로 모호해지고 있는 현대사회에서 그러한 이분법적인 구분에 의해서만 제도를 운영하는 것은 현실적인 규범력에서 한계가 있다고 지적함)].

35) 간혹 PBC가 “새로운 법인격 형태”로 입법된 것이라고 표현되는 경우도 있으나 이는 오해의 소지가 다분하다. PBC라는 형태의 새로운 회사유형이 만들어진 것은 아니므로 LLC 또는 corporation과 구별되는 ‘새로운 법인격’으로 오해할 수 있도록 표현하는

존의 회사와 구별되는 가장 두드러진 특징은 정관에 특별한 목적 조항을 두어야 한다는 점이다. 즉 ‘사회적 가치를 추구한다’는 추가적인 목적을 정관에 규정해야 한다. 또한 PBC의 제도적 성공을 위해서는 시장의 지지가 필수적이기 때문에 회사의 사회적 가치 추구 활동에 대한 투명성과 신뢰성을 확보하기 위한 법적 장치를 제공할 필요가 있다. 이하에서 위 특징들을 차례로 살펴해보도록 하겠다. 이와 같은 특칙이 규정된 경우 이외에는 기본적으로 주식회사에 관한 회사법 규정들이 일반적으로 PBC에 적용되며 이는 다른 BC들도 마찬가지이다.

1. PBC 전환 절차: 주주승인 요건

주식회사는 PBC 전환을 선택할 수도 있고 반대로 포기할 수도 있는데 이 과정에서 우선적으로 요구되는 사항은 정관의 전문에서 당해 회사가 PBC라는 사실을 밝히고, 회사의 목적조항을 개정하는 것이다[DGCL §362(a)].³⁶⁾ PBC의 최초 입법 당시에는 PBC로 전환하기 위한 정관개정의 요건으로 발행주식총수의 90% 이상이 승인할 것이 요구되었으며 PBC 전환에 반대하는 주주에게는 주식매수청구권이 인정되었다. 그러나 DGCL의 2020년 개정에 의하여 종전의 법률규정이 삭제되면서 PBC 전환은 일반적인 정관개정 방식[DGCL §242(b)]에 의하면 충분한 것으로 요건이 완화되었다. 즉 발행주식총수의 과반수 승인에 의하여 PBC 전환이 가능하며 반대주주에 대한 주식매수청구권은 인정되지 않는다. 2020년에 DGCL 개정에 의하여 전환요건을 완화한 것은, PBC로 전환하기 위한 진입장벽이 너무 높다

것은 적절하지 않다. PBC는 어디까지나 회사법(DGCL)에서 규정하는 주식회사(corporation)에 해당한다. MBCL 역시 BC는 주식회사로 취급하며 특별한 규정이 없는 한 회사법이 적용되는 것으로 규정한다[MBCL §101(c)]. 다만 ‘법인격의 유형’과 같은 법적 개념과는 무관하게, ‘영리목적에 추가하여 사회적 가치를 함께 추구할 수 있도록 명시적으로 허용되었다’는 취지에서는 PBC를 새로운 “회사운영 형태 또는 경영방식”이라고 표현할 수 있겠다.

- 36) 이에 더하여 회사명에 “Public Benefit Corporation” 또는 “PBC”라는 문구를 포함해야 한다는 형식적 요건도 있으나, 주식인수인 또는 주식매수인에게 주식발행 전에 PBC 전환사실을 고지하거나 공모절차에 의할 경우에는 면제될 수 있다[DGCL §362(c)].

는 지적을 받아들여서 회사들이 PBC 선택 및 포기를 보다 쉽게 결정할 수 있도록 보완한 것이다. 사건으로는 ESG 경영을 적법한 것으로 받아들이는 현대 회사법의 관점에서는 주주후생 극대화라는 목적을 금전적 이익 형태로 추구할지 사회적 가치 형태로 추구할지는 주주들의 선택에 따르면 충분한 방법론적인 문제이기 때문에 PBC 전환과 관련하여 반드시 주식매수청구권이 부여되어야 한다고 볼 필요는 없으며 입법정책의 재량에 맡겨놓으면 충분할 것으로 생각한다. 다만 PBC 경영에 대한 견제와 감독기능이 완비되어 있다는 전제를 충족해야 주식매수청구권을 부여받지 못한 반대주주에 대한 보호가 충분하다고 평가할 것이다.

한편 PBC에서 일반적인 주식회사로 전환하여 종전의 상태로 복귀하는 것도 가능하다. 2013년 입법 당시에는 발행주식총수의 2/3 이상이 PBC 포기를 승인할 것이 요구되었고 다만 반대주주의 주식매수청구권은 인정되지 않았다. 그런데 2020년 개정법에 의하여 종전의 법률규정이 삭제되면서 이 역시 일반적인 정관개정 방식에 의하면 충분하다.

캘리포니아 회사법(“CCC”)의 경우에도 BC 전환을 위해서는 당해 회사가 BC라는 사실을 밝히고 회사목적 조항을 변경하는 방식으로 정관을 개정해야 한다. BC 전환을 위한 정관 개정을 통과시키기 위해서는 발행주식총수의 2/3 이상의 승인이 필요하며, 전환에 반대한 주주에게는 주식매수청구권이 인정된다[CCC §14603(a)]. 반대로 BC가 일반적인 주식회사로 전환할 때에도 동일한 요건에 의하며, 반대주주에게는 주식매수청구권이 인정된다[CCC §14604(a)]. MBCL 역시 캘리포니아 회사법과 유사한바 발행주식총수의 2/3 이상의 승인이 있어야 BC 전환이 가능하다.

2. 회사의 목적: 정관개정 요건

텔라웨어 주의 주식회사가 PBC로 전환할 때에는 회사의 목적에 관한 정관 조항을 특별한 방식으로 개정해야 한다[DGCL §362(b)]. 즉 당해회사가 추구하는 하나 이상의 구체적 사회적 가치를 목적조항에 규정해야 한다. 이 때 구체적 사회적 가치란 “예술·자선·문화·경제·교육·환경·문학·의약·중

교·과학·기술적 영역에서 영향력을 미치는 것을 포함하되 이에 제한되지 않는 이익(가치) 또는 개인·단체·지역사회에 대한 긍정적인 효과의 증진 또는 부정적인 효과의 감소”를 의미한다. 다만 주주의 지위에서 얻게 되는 이익은 사회적 가치에 포함되지 않는다.³⁷⁾

한편 캘리포니아 주의 주식회사가 BC로 전환할 때에는 정관상 회사목적 조항에 구체적 사회적 가치(specific public benefit)를 추구하겠다는 취지를 포함시킬 수 있지만 의무사항은 아니다(CCC §14610). 당해회사가 BC라는 사실을 정관에서 밝힌 이후에는 일반적인 사회적 가치(general public benefit)를 반드시 추구해야 하며 그에 더하여 개별 회사마다 고유한 구체적 사회적 가치를 추가할 수 있다. 이 때 일반적인 사회적 가치란 “사회와 환경에 대한 중대한 긍정적 영향을 통틀어 의미하는 것”이며, 나아가 제3자가 제공하는 기준에 의하여 평가받아야 한다[CCC §14601(c)]. 또한 구체적 사회적 가치란 (i) 저소득층 및 지원이 필요한 개인 또는 지역사회에 대하여 유익한 물품 또는 서비스를 제공하는 것, (ii) 통상적인 고용창출 수준을 넘어서서 개인 또는 지역사회에 경제적인 기회를 제공하는 것, (iii) 환경보호 활동, (iv) 보건증진 활동, (v) 예술·과학 또는 지식발전 후원, (vi) 사회적 가치를 목적으로 하는 단체의 재정적 활성화를 위한 지원, (vii) 사회와 환경을 위한 여타 구체적인 가치의 성취를 포함한다[CCC §14601(e)]. 이러한 일반적 사회적 가치와 구체적 사회적 가치의 개념은 MBCL에서도 거의 유사하게 규정되어 있다.

PBC의 정관에서 이러한 사회적 가치를 회사의 목적으로 규정할 수 있도록 한 이유는 경영진이 주주이익 극대화 일변도에서 탈피할 수 있도록 보장함으로써 사회적 가치 실현을 안정적으로 허용하기 위함이다.³⁸⁾ 법적인

37) DGCL §362(b): “Public benefit” means a positive effect (or reduction of negative effects) on 1 or more categories of persons, entities, communities or interests (other than stockholders in their capacities as stockholders) including, but not limited to, effects of an artistic, charitable, cultural, economic, educational, environmental, literary, medical, religious, scientific or technological nature. 본 규정의 “public benefit”을 “공익”으로 번역할 수도 있겠으나, 사회적 가치 추구형 주식회사 모델에 관한 전반적인 개념의 통일성을 고려하여 “사회적 가치”로 표현하였다.

38) Julian Velasco, 전 계논문, p. 8; MBCL §101, comment (https://benefitcorp.net/sites/default/files/Model%20benefit%20corp%20legislation%20_4_17_17.pdf) <최종방문일 2022.02.14.>

관점에서 본다면 PBC에서 영리추구 목적 자체는 유지되지만 유독 주주이익 극대화 원칙은 폐기함으로써 회사의 목적으로 작용할 수도 없고 이사의 의무와 관련된 심사기준 내지 경영판단의 원칙에서도 적용되지 못하는 효과를 의도한 것이다.³⁹⁾ 다만 이와 관련하여 유의할 점은 PBC 입법취지에 대한 반대해석을 통하여 기존 회사법리의 주주이익 극대화 원칙에 과다한 의미를 부여해서는 안 된다고 한다.⁴⁰⁾ 앞서 언급한 바와 같이 굳이 정관에 기재를 해야만 위와 같이 주주이익 극대화 원칙 폐기에 따른 법적 효과가 발생하는지에 대해서는 법리적 논란이 있지만, 그런 논란을 거치지 않고서 법적 리스크를 완벽히 봉쇄하기 위하여 PBC 제도를 입법하였음을 염두에 두면 충분히 납득할 수 있다.

또한 정관 규정의 의의를 도구적 관점에서 파악할 경우에는 사회적 가치를 추구한다는 PBC의 목적 조항에 의하여 회사의 이해관계자들이 경영의 방향성에 대한 확신을 가지고 이에 맞춰 자신의 행위를 조율함으로써 보다 효과적인 경영성적을 얻을 수도 있으며, 다른 한 편으로는 PBC의 사회적 가치 추구에 대한 확고한 의지를 천명하고 시장에 긍정적인 시그널을 보냄으로써 시장의 지지를 유도할 수 있다.⁴¹⁾ 다만 PBC의 사회적 가치 추구에 관하여 시장에 지속적으로 신뢰를 주지 못한다면 시장 메커니즘의 역작용에 의한 반발을 당할 수도 있기 때문에 시장의 지지를 어떻게 확보할 것인지의 문제가 자연스럽게 다음 논의 순서로 이어진다.

3. 투명성 및 신뢰성: 평가 및 보고의무

PBC는 2년에 한 번씩 주주들에게 사회적 가치 추구 활동 및 이해관계

39) Leo E. Strine, Jr., “Making it Easier for Directors to “Do the Right Thing,”” 4 Harv. Bus. L. Rev. 235, 249 (2014); Frederick Alexander, 「The Public Benefit Corporation Guidebook - Understanding and Optimizing Delaware’s Benefit Corporation Governance Model」 (Morris Nichols Arsht & Tunnell, 2019), p. 25.

40) Elizabeth Pollman, “Social and Asocial Enterprise,” p. 17.

41) Jill E. Fisch & Steven Davidoff Solomon, “Should Corporations Have a Purpose?” 99 Tex. L. Rev. 1309, 1344 (2021); Elizabeth Pollman, “Social and Asocial Enterprise,” p. 18(저자는 정관상 회사목적 조항을 개정함으로써 ‘사회적 가치를 회사 DNA에 새겨넣는다’고 표현함).

자의 최선의 이익에 관한 내역을 기재한 보고서를 제공해야 하지만 다른 이해관계자들이나 일반인에게 제공할 필요는 없다[DGCL §§ 366(b)]. 위 보고서가 포함해야 할 사항은 (i) 당해 회사에서 추구하기로 정관에서 정한 사회적 가치와 관련하여 이사회에서 정한 목표, (ii) 위 목표를 달성하기 위하여 어느 정도 진척되었는지 가늠하기 위한 기준, (iii) 위 기준에 근거한 객관적인 사실 지표, (iv) 위 목표에 관한 성취도 평가 등이 있다. 하지만 당해 회사의 사회적 가치 추구 활동에 관하여 제3자의 기준에 의하여 평가를 받거나 인증을 받을 필요는 없으며, 격년으로 주주에게만 제공하면 된다는 점에서 델라웨어 주의 보고의무는 상당히 완화되었다고 볼 수 있다.

반면 캘리포니아 BC의 경우에는 사회적 가치 추구에 의한 전반적인 성과에 대하여 주주와 일반인에게 매년 보고서를 제공해야 한다(CCC §14630). 위 보고서는 (i) 제3자가 제공하는 기준을 선정하게 된 과정, (ii) 당해 연도에 일반적 사회적 가치 및 구체적 사회적 가치를 추구한 방식, (iii) 사회적 가치 추구를 저해한 일체의 사정을 포함해야 하며, 회계연도가 종료한 뒤 120일 내에 당해 회사의 홈페이지에 게시해야 한다. MBCL 역시 캘리포니아 회사법과 거의 유사하게 규정하고 있는바 매년 위와 같은 보고서를 당해 회사의 홈페이지에 게시해야 한다(MBCL §401). 이러한 방식은 델라웨어 주에서 PBC 전환을 위한 진입장벽을 낮추기 위해 규제수준을 완화한 것과 대조적인데, 사건으로는 그린워싱을 방지하고 BC의 투명성을 제고함으로써 시장의 신뢰를 증진하고 장기적으로 BC 제도가 시장에 안착할 수 있게 도움을 줄 것으로 생각한다.

4. 경영감독 및 권리구제: 대표소송 등

PBC의 이사는 주주들의 금전적 이익과 이해관계자들의 최선의 이익, 그리고 정관에서 정한 구체적 사회적 가치들을 모두 형량(balancing)하여 균형잡힌 방식으로 결정할 의무를 부담한다[DGCL §365(a)]. 이러한 형량 의무에 위반하였을 경우에는 주주가 당해 이사를 상대로 위 의무를 강제하기 위한 대표소송을 제기할 수 있다. 다만 주주 아닌 이해관계자는 형량의 의무의 수혜자이기는 하지만 대표소송을 제기할 원고적격은 인정되지 않는다.

주주가 원고적격을 인정받기 위해서도 제소 당시를 기준으로 발행주식총수의 2% 이상을 보유하여야 하며, 상장회사의 경우에는 2백만 달러 상당의 지분을 보유하는 것으로 갈음할 수 있다(DGCL §367). 이와 같은 본안소송 이외에 이해관계자의 이익을 위한 가치분도 허용되는 것으로 해석한다.⁴²⁾

캘리포니아 BC가 사회적 가치를 추구하지 않거나, 성과에 대한 평가 및 보고서 제공을 게을리할 경우에는 주주들이 당해 회사로 하여금 위 의무들을 이행하도록 강제하는 ‘가치이행소송(benefit enforcement proceeding)’을 법원에 제기할 수 있지만, 그 외에는 대표소송을 포함하여 일체의 소송을 제기할 수 없다[CCC §14623, §14601(b)]. 이 때 주주·이사 또는 당해 회사가 가치이행소송의 원고적격을 가지고 이사·임원 또는 당해 회사를 상대로 제소할 수 있다. 경영진의 행위를 중단시키거나 금지시키는 형태의 가치분에 의한 구제도 가능하지만, 소송비용을 제외한 금전적 배상을 받을 수는 없다. MBCL 역시 소송형태 등에서 캘리포니아 회사법과 거의 유사하게 규정하고 있으나 원고적격을 2% 이상의 지분을 보유한 주주(들) 또는 당해 회사로 제한하고 있다는 점에서는 구별된다(MBCL §305). 원고적격에서 지분 요건을 두고 있는 것은 남소를 방지하기 위한 것이다.⁴³⁾

5. PBC 제도에 대한 평가

(1) 주주중심주의와 이해관계자 중심주의 병존

PBC 제도화의 가장 큰 법적 의의는 주식회사가 영리를 추구함에 있어서 주주이익 극대화를 목적으로 하지 않더라도 무방할 뿐만 아니라 사회적 가치를 추구하는 경영진에게 법적 책임을 묻지 않겠다는 점을 분명히 하였다는 점이다. 정관의 회사목적 조항에서 사회적 가치를 추구한다는 점을 선언함으로써 회사의 목적이 영리추구에 국한되지 않고 병렬적으로 확장되며, 구체적인 사회적 가치를 추구하려는 회사의 정체성과 경영의 방향성에 대

42) Leo E. Strine, Jr., “Restoration: The Role Stakeholder Governance Must Play in Recreating a Fair and Sustainable American Economy - A Reply to Professor Rock,” p. 428, footnote no. 106.

43) MBCL §305, comment.

한 주주 전체의 승인을 얻은 것으로 제도적으로 간주함으로써 반대주주와의 관계에서도 신인의무 위반이 문제되지 않도록 하였다.

다만 주주이익 극대화 원칙을 폐기하였다고 하더라도 주주중심주의 관점마저 폐기한 것으로 볼지는 별개의 문제이다. PBC 제도의 구체적인 운영 방식을 살펴본다면, 일반 주식회사가 PBC로 전환할 때 의결권을 행사할 수 있는 자는 주주에 국한된다. 즉 주주들의 집단적 의사에 따라서 PBC로 전환하는 것인바 당해 회사가 사회적 가치를 추구하고 이해관계자의 이익을 고려할 수 있는 것은 그렇게 하길 원하는 주주들의 의사에 따른 것이다. 심지어 PBC 운영방식을 포기하고 다시 일반 주식회사로 복귀하는 것 역시 주주들이 선택하여 결정할 수 있다. 결국 사회적 가치를 추구할지 여부는 전적으로 주주들이 결정한다. 이는 캘리포니아 BC 및 MBCL을 포함하여 대부분의 사회적 가치 추구형 주식회사 모델에서 취하고 있는 입장이다.

PBC 이사들이 형량의무를 해태하였을 경우에도 이를 문제삼아서 대표 소송을 제기할 수 있는 자도 주주에 국한되며 다른 이해관계자는 원고적격을 인정받지 못한다. PBC 이사는 형량의무와 관련하여 주주 이외의 이해관계자에게 어떠한 의무도 부담하지 않는 것으로 규정되어 있으며[DGCL §365(b)], 다른 이해관계자가 PBC 이사에게 어떤 이익을 주장할 권리를 부여받았다고 해석할 수도 없는 것으로 본다.⁴⁴⁾ 캘리포니아 BC 및 MBCL에서도 주주 이외의 이해관계자를 권리의 주체로 해석하기는 어려우며 당연히 원고적격도 인정되지 않는다. 결국 경영진이 사회적 가치를 추구하고 이해관계자의 이익을 형량하여 판단을 내려야 할 의무를 제대로 수행하고 있는지 견제할 감독권한은 주주에게만 귀속된다. 한편 PBC의 사회적 가치 추구활동에 관한 성과를 보고할 때에도 주주에게만 제공하면 충분하며 다른 이해관계자 및 일반인에게 제공할 필요는 없다. 캘리포니아 BC와 MBCL에서는 성과 보고를 홈페이지에 게시하도록 함으로써 다른 이해관계자 및 일반인에게도 제공하는 것과는 차이가 있는바, 델라웨어 주의 입법방식이 주주중심주의를 더 강력하게 유지한다고 이해할 수 있다.

종합하건대 사회적 가치를 추구할 것인지 여부에 대한 결단 및 사회적

44) Julian Velasco, 전제논문, p. 4.

가치를 적절히 추구하고 있는지 여부에 대한 견제·감독을 모두 주주의 권한으로 설정한 PBC 등은 주주중심주의를 폐기하고 이해관계자 중심주의를 전면적으로 채택한 것이 아니라 오히려 주주중심주의를 유지하되 주주의 의지에 따라서 사회적 가치와 이해관계자의 이익을 고려하도록 경영진에게 지시함으로써 주주들이 자발적으로 이해관계자 중심주의적 관점을 일부 수용한 것으로 파악하는 것이 마땅하다.⁴⁵⁾ 다른 이해관계자는 PBC 전환과정에서 의결권을 행사할 수 없으며 감독기능을 행사할 수도 없고, 수동적인 지위에서 이익이 고려되기를 기대할 수는 있지만 어떠한 권리주장을 스스로 할 수 있는 방법은 없다.⁴⁶⁾ 결국 주주의사에 근거하여 사회적 가치를 실현하고 이해관계자의 이익을 보호하려는 PBC 경영을 지지하고 이에 관한 경영자의 책임을 절연시킴으로써 PBC 경영을 제도적으로 지원하려는 것인바, PBC 제도는 주주중심주의를 기본으로 하면서도 이해관계자 중심주의적 관점을 제도적으로 보장하는 강한 하이브리드 형태로 구분할 수 있다.⁴⁷⁾

이 때 PBC 전환을 위한 주주 승인의 법적 의미와 관련하여 검토할 사항이 있다. 이를 ‘주주이익 극대화 원칙에 의하여 이익을 향유할 권리’를 자발적으로 포기하는 것으로 판단할 경우 전통적인 회사법리상 주주권의 핵심적인 사항을 포괄적으로 사전에 포기하겠다는 것이라면 그 유효성을 인정하기 어렵고 PBC 제도를 기존 회사법리와 정합성있게 뒷받침하기 어렵다. 따라서 주주이익 극대화(shareholder interest maximization) 개념은 주주권의 본질적인 사항으로 인정될 수 없으며, 주주가 회사에 대하여 기대하

45) Leo E. Strine, Jr., “Restoration: The Role Stakeholder Governance Must Play in Recreating a Fair and Sustainable American Economy - A Reply to Professor Rock,” p. 429; Julian Velasco, 전제논문, p. 3, 10.

46) Julian Velasco, 전제논문, p. 9. 각 주에서 이해관계자조항(Constituency Statutes)에 의하여 M&A 과정에서 이해관계자의 이익을 고려할 수 있도록 입법했던 내용을 일반화시킨 것이라고 평가하는 것도 가능하다. 다만 이해관계자가 전혀 감독기능을 수행할 수 없는 것은 아니며, 시장의 감시기능에 의하여 소비자들이 해당 제품을 선택할지 여부에 의하여 PBC 경영의 적절성을 견제할 가능성은 있다. 이러한 면에서 PBC 제도의 시장중심적 관점을 평가할 수 있는데 아래 (2)항에서 상술한다.

47) Lyman Johnson, 전제논문, p. 293. 이와 비교하여 ESG 경영은 이해관계자 중심주의 관점이 제도적으로 보장되지는 않지만 주주복리 증진 관점에서 자발적으로 고려하는 약한 하이브리드 형태로 구분할 수 있다(줄고, “미국 회사제도와 자율규제 - ESG 경영이념에 대한 법적 분석,” pp. 102-103).

고 권리를 주장할 수 있는 것은 ESG 경영에서와 마찬가지로 주주복지 극대화(shareholder welfare maximization) 개념으로 대체할 필요가 있다. 본래적인 의미에서의 주주중심주의란 ‘경영진에게 주주들이 최대한 원하는 대로 결정할 책임을 부여하는 것’이므로, 주주들이 원하는 바가 특별히 드러나거나 정해져 있지 않다면 일반적으로 금전적 이익 극대화를 희망한다고 간주해도 무방하겠으나 단순히 금전적으로 보상받는 것 이외의 사회적 가치 역시 얼마든지 주주들의 선택으로 추구할 수 있는 것이다.⁴⁸⁾ 즉 주주이익 극대화 개념은 주주복지 극대화 개념에 포함되는 하위개념으로 이해되는바, PBC에서 주주이익 극대화 개념을 폐기하더라도 그 상위개념인 주주복지 극대화 및 이에 기반한 주주중심주의는 유지되는 것으로 설명할 수 있으며, 기존 회사법리의 연장선상에서 PBC 제도의 정합성을 인정할 수 있다.

(2) 시장중심적 제도설계

영국 및 유럽의 사회적 기업 방식은 정부주도적 제도로써 공공계약 우선권이나 정부 보조금에 상당히 의존하는 대신 시장에서의 경쟁력이 부족하고 따라서 지속가능성이 우려된다는 점이 가장 큰 취약점이다. 반면 PBC는 본질적으로 주식회사로서 영리추구 활동을 기본으로 하고 정부지원과는 무관하며 원칙적으로 시장에서 경쟁력을 갖출 것이 요구된다. 특히 일반적인 주식회사로서 영리 활동을 안정적으로 수행하다가 PBC로 전환하여 사회적 가치 추구 활동을 지속하고 만약 여의치 않을 경우에는 PBC를 포기한 뒤 다시 일반적인 주식회사로 복귀할 수 있는 유연성을 갖는다. 이러한 측면에서 볼 때 PBC가 시장에 연착륙하여 경쟁력을 유지하는 한 PBC를 지속하면서 사회적 가치를 실현하다가 재무상태가 어려워지면 더 이상 무리하지 않고 다시 일반적인 주식회사로 복귀하여 시장 경쟁력을 높일 수 있기 때문에 PBC 제도는 시장논리에 바탕을 두고 지속가능성을 갖춘 시장친화적 제도로 할 수 있다.

48) Jill E. Fisch & Steven Davidoff Solomon, 전계논문, pp. 132-133; Julian Velasco, 전계논문, p. 3; 참고, “미국회사제도와 자율규제 - ESG 경영이념에 대한 법적 분석,” pp. 97-99.

또한 사회적 가치를 추구하고 이해관계자의 이익을 보호하면서도 기본적으로는 주주중심주의적 관점을 유지하면서 감독기능을 행사할 때에도 주주들이 주된 역할을 수행하기 때문에 경영진은 이해관계자 또는 사회의 직접적인 압력으로부터 절연될 수 있다. 따라서 경영진은 정관에서 정한 사회적 가치의 취지에 맞추어 형량의무를 이행함에 있어서 상당한 재량에 근거한 경영이 가능하다. 그렇다면 PBC 경영진이 선순환을 위하여 최선을 다하고자 할 때 제도의 성공이라는 관점에서 중요한 것은 PBC의 사회적 가치 추구 의지 및 그 성과에 대하여 시장에서 얼마나 높이 평가하고 반영할지의 문제이다. 성장한 시민의식을 갖춘 현명한 소비자들은 사회적 가치를 증진하는 PBC의 제품과 서비스를 선택하고자 하는데 PBC들 사이에서도 경쟁이 있기 때문에 그 중에서도 소비자의 선택을 받으려면 상당한 성과를 보여줄 필요가 있다. 따라서 PBC는 사회적 가치 추구활동 측면에서도 경쟁력을 갖추는 바 시장에서 인정받는 PBC는 계속적으로 사회적 가치를 실현할 것이며 그렇지 못한 PBC는 일반적인 주식회사로 복귀할 것이다. 이는 궁극적으로 안정적인 사회적 가치 증진으로 이어질 것이므로 PBC 제도의 시장중심적 접근방식은 선순환 메커니즘에 의하여 이론적으로도 정당성을 갖추게 된다.

(3) PBC 경영감독의 보완 필요성

정관에서 정한 바대로 사회적 가치를 추구하고 주주와 이해관계자의 이익을 합리적으로 고려하여 균형잡힌 경영판단을 하는 PBC 경영을 통한 시장의 선순환은 PBC 제도의 이상이다. 다만 제도설계의 관점에서는 모든 경영진이 유능하며 선의일 경우만을 가정해서는 안 되고, PBC 경영이 적절치 않거나 실패할 경우에 대하여 견제하고 대처할 수 있는 제도적 조치가 마련되어 있어야 그 완결성을 인정할 수 있다. 델라웨어 주 회사법은 주주등이 PBC의 사회적 가치 추구활동을 이행하도록 대표소송을 제소할 수 있는 감독기능을 설정하고 있으나 주주들이 제소필요성을 검토하기 위한 근거로 참고할 수 있는 것은 PBC가 격년으로 작성하여 제공하는 보고서에 불과하다. 그나마 제3의 독립된 기관이 제공하는 기준에 의거하여 작성하도록 규정되어 있지 않기 때문에 사실상 PBC 경영진의 자율적인 선의에 의존하

고 있다. 다음 장에서 설명하는 바와 같이 PBC 이사의 재량범위는 너무 넓어서 권한남용이 우려되는 상황이다.

시장의 소비자들은 PBC에서 생산하는 제품과 서비스에 대하여 상당한 존중과 호의를 가지고 선택할 것이며 가격이 더 높더라도 사회적 가치 추구 활동을 지원하는 취지에서 이를 감수하려 할 것인데, 만약 PBC 경영이 사실이 아니라거나 성과가 충분치 않을 경우에는 소비자들의 판단은 달라질 것이다. 그런데 PBC에서 이러한 사실을 숨기려 한다면(greenwashing) 소비자들은 잘못된 정보에 기반하여 선택하게 되는바 기만당할 가능성이 크고 이러한 상황이 반복되면 PBC 제도 자체가 신뢰성을 상실하여 시장에서 퇴출당할 것이다. 따라서 PBC 제도 부실화의 악순환을 방지하기 위해서는 PBC의 사회적 가치 추구 활동에 관하여 시장에서 발생할 수 있는 정보비대칭(information asymmetry) 문제를 해결하는 것이 매우 중요하다.⁴⁹⁾

특히 시장에 상시적인 정보제공이 가능하도록 하기 위해서 사전적 감독기능이 작동될 필요가 있으며, 위와 같은 대표소송 등의 사후적 감독기능이 정상적인 작동을 하기 위해서도 판단의 근거가 될 보고서 내용을 세심하게 관리할 필요가 있다. 즉 PBC의 사회적 가치 활동에 관한 보고서를 매년 홈페이지에 공개함으로써 시장의 정보비대칭 문제를 해소하고, 관련 정보의 신뢰성을 제고하기 위하여 제3의 독립된 기관이 제공하는 기준에 의하여 객관적인 평가가 가능하도록 하며, 만약 잘못된 정보 또는 중요정보의 누락이 있을 경우에는 일정한 처벌이 이루어지도록 제도를 보완할 필요가 있다. 또한 정기적인 PBC 인증을 받아야 하도록 조치하는 것도 시장의 신뢰를 유지하는데 도움이 될 수 있다.⁵⁰⁾ 캘리포니아 BC 및 MBCL 역시 보고서 내용에 대한 책임을 묻거나 인증을 유지하도록 요구하는 것이 사전적 감독기능의 보완책으로 제시될 수 있다.

49) Elizabeth Pollman, "Social and Asocial Enterprise," p. 23.

50) 델라웨어 주에서는 2018년경 투명성 및 지속가능성 기준을 개별회사가 자율적으로 채택하고 인증받을 수 있도록 근거법령(Certification of Adoption of Transparency and Sustainability Standard Act)을 제정하였으나 이는 PBC 제도와 별개인바 PBC가 반드시 이에 근거한 인증을 받아야 하는 것은 아니다.

IV. 이사의무 위반에 관한 판례기준 수정

1. 경영판단의 원칙

PBC 이사는 법률규정에 의하여 완화된 경영판단의 원칙을 적용받는다. 즉 이사는 사회적 가치와 주주의 금전적 이익 및 이해관계자의 최선의 이익을 형량하여 균형있는 결정을 해야 할 형량의무를 부담하는데[DGCL § 365(a)], 이와 관련된 이사의 결정은 “(i) 충분한 정보에 근거하여, (ii) 이해관계의 충돌이 없는 상태에서 내려진 것이고, (iii) 통상적인 건전한 판단을 하는 사람이라면 하지 않았을 결정을 내린 것만 아니라면 회사 및 주주에 대한 신인의무를 다한 것으로 본다”고 명시적으로 규정되었다[DGCL § 365(b)]. 이 때 경영판단의 원칙에 관한 일반적인 법리는 PBC 이사에 대해서도 동일하게 적용되는 것으로 파악하는바 ‘이해관계의 충돌이 없는 상태’라는 개념 역시 종전과 마찬가지로 ‘당해 결정에 의하여 금전적인 이익을 얻지도 않고 중대한 피해를 입지도 않는 지위’에 있을 것을 의미한다.⁵¹⁾

한편 전통적으로 ‘회사의 최선의 이익을 위한다는 신념으로 결정을 할 것’이라는 요건은 경영판단의 원칙에서 가장 중요한 요건 중 하나였으며 이를 통하여 주주이익 극대화 개념이 경영판단원칙에서 고려될 수 있었다. 그러나 PBC는 주주이익 극대화 개념을 폐기하는 것이므로, 텔라웨어 주 회사법에서는 논란의 여지가 없도록 위 규정에서 본 요건을 생략한 것으로 보인다. 그러나 이러한 완화된 경영판단 원칙을 입법적으로 제공하지 않는 경우라 하더라도 본 요건이 문제되지는 않는다. 정관의 회사목적 조항에서 사회적 가치를 추구하도록 규정하고 있다면 ‘회사의 최선의 이익’이란 회사의 목적 달성을 위하여 그러한 사회적 가치를 추구하는 것을 포함할 수밖에 없기 때문이다.⁵²⁾ 참고로 버지니아⁵³⁾ 및 메릴랜드⁵⁴⁾ 등 많은 주에서 ‘일반적인

51) Frederick Alexander, 전게서, pp. 25-26.

52) Lyman Johnson, 전개논문, p. 289.

53) VA. Code Ann. §13.1-787(B) (2011).

54) MD. Corp & Assn Code §5-6C-06(c) (2019).

사회적 가치를 추구하는 것과 정관에서 정한 구체적 사회적 가치를 추구하는 것은 그 자체로 회사의 최선의 이익에 부합한다’는 보완규정을 두어서 본 요건을 자동으로 충족하도록 조치하였지만, 이러한 확인적 성격의 보완규정이 없더라도 위와 같은 해석론에 의하여 동일한 결론에 도달할 것으로 본다. 결국 PBC에서 사회적 가치를 추구하는 이사는 회사목적에 부합하도록 회사의 최선의 이익을 위한 결정을 하였기 때문에 특별한 사정이 없는 한 무난하게 경영판단의 원칙을 충족하고 신인의무를 다한 것으로 인정받는 결과에 이른다.

또한 PBC 이사의 결정이 사회적 가치 또는 이해관계자의 이익을 덜 고려하였다는 사정 등에 대해서도 신인의무 위반을 주장할 수 없으며 PBC 이사가 이해관계자의 일실이익 등에 대하여 법적 책임을 부담하지도 않는다[DGCL § 365(b)]. 나아가 형량의무를 적절히 이행하지 못하였다고 하더라도 충실의무 위반 또는 성실의무 위반에 해당하지 않는다[DGCL § 365(c)]. 그렇다면 결과적으로 PBC 이사의 경영상 재량은 극단적으로 넓어지는 반면 법적 책임에서는 자유로울 수 있다. 종전에는 주주이익 극대화 원칙이 이사의 재량을 엄격하게 제한하고 있었지만 그러한 제한은 폐기되었고, 나아가 형량의무가 발생하는 시기가 특별히 정해져 있는 것이 아니기 때문에 PBC 이사는 언제든지 사회적 가치 및 이해관계자의 최선의 이익을 함께 고려하였다고 항변할 수 있기 때문이다. 형량의무 상황에서는 특별한 사정이 없는 한 PBC 이사에게 책임을 묻지 않겠다는 것이 입법취지인바 이해상충 내지 충실의무 위반이 아니라면 PBC 이사의 법적책임이 문제되는 경우는 사실상 거의 없을 것으로 보인다.

신인관계에서 전문성을 가진 이사에게 재량을 허용하는 것은 최선의 결과를 얻기 위하여 본질적이고 필수불가결한 것이어서 재량범위가 넓어지면 이사는 더 창의적인 능력을 발휘할 여지가 있지만 그와 함께 대리비용도 증가하는 부작용이 있다.⁵⁵⁾ 즉 재량남용의 위험이 높아지는바 경영진에 대

55) Andrew S. Gold & Paul B. Miller, “Fiduciary Duties in Social Enterprise,” Benjamin Means & Joseph W. Yockey ed., 『The Cambridge Handbook of Social Enterprise Law』 (2018), p. 336.

한 견제와 감독 기능을 어떻게 설계하고 보완할지가 중요한 문제이다. 이에 대해서는 앞서 보았지만, PBC 제도가 아직 초창기에 있다보니 경영진에 대한 사전적 감독기능과 사후적 감독기능이 모두 불완전한 상태에 있다. 각 주별로 다양한 PBC 제도가 운영 중에 있는바 향후 상당한 기간이 경과한다면 본질적으로 반비례 관계에 있는 ‘경영진의 재량수준’과 ‘경영진에 대한 감독수준’을 어떠한 제도가 적절하게 상호조율하여 시장의 지지를 받게 될 것인지 확인할 수 있을 것이다.

2. 완전한 공정성의 기준

PBC 이사가 이해관계 충돌 상태에서 결정을 하는 등 충실의무 위반 상황에서 완전한 공정성의 기준(entire fairness standard)이 적용되는 방식에는 변화가 없을 것으로 본다. 예를 들어 PBC 이사들이 개인적으로 이해관계를 갖는 지배주주를 위하여 소수주주 축출결정을 하였다면 이사들의 충실의무 위반을 판단함에 있어서 완전한 공정성의 기준에 의하여 심사하게 될 것이다. 다만 그 과정에서 이익의 배분을 어떤 방식으로 해야 할지는 정해진바 없기 때문에 법원이 형량을 통하여 주주와 이해관계자 사이에서 균형있게 결정할 수 있는 것으로 해석한다.⁵⁶⁾

3. 중간적 심사기준

주식회사의 M&A 또는 지배권 매각, 경영권 방어 등의 상황에서는 경영진의 결정에 대하여 경영판단의 원칙이나 완전한 공정성의 기준이 적용되지 않으며 중간적 심사기준(intermediate standard)이 적용된다. 이하에서는 대표적인 중간적 심사기준들이 PBC 상황에서 어떻게 활용될 것인지에 대하여 검토하겠다.

첫째, 적대적 인수 대상이 된 회사의 경영진이 포이즌필 등 경영권 방어방법을 발동할 때 신인의무를 위반하였는지에 대해서는 유노칼 판례⁵⁷⁾

56) Frederick Alexander, 전계서, p. 26.

의 기준(Unocal standard)을 적용하여 심사가 이루어진다. 즉 원칙적으로 (i) 당해 회사의 정책과 가치에 대한 위협이 존재한다고 믿을만한 합리적인 근거가 있어야 하며(합리성 요건), (ii) 경영진이 사용한 경영권 방어방법이 상대방의 위협에 상응하는 합리적이고 비례적인 수단이어야 한다(비례성 요건). 그런데 PBC 이사는 형량의무와 관련하여 훨씬 넓은 고려요소(예를 들어 일반적인 사회적 가치, 구체적 사회적 가치, 이해관계자의 최선의 이익, 주주의 금전적 이익 등)를 가지기 때문에 이러한 다양한 고려요소에 대한 위협 역시 회사의 정책과 가치에 대한 위협으로 받아들일 수 있다. 따라서 유노칼 기준의 첫 번째 요건인 합리성 요건은 훨씬 완화되고 PBC 이사들이 경영권 방어방법을 발동할 수 있는 재량은 더 넓어진다.⁵⁸⁾ 다만 두 번째 요건인 비례성 요건은 PBC 상황이라고 하여 달라질 이유가 없으므로 그대로 적용될 수 있다.

둘째, 지배권이 교체되는 상황(change of control)에서 인수 대상회사의 경영진이 신인의무를 위반하였는지 여부를 심사하기 위해서는 레블론 판례⁵⁹⁾의 기준(Revlon standard)을 적용한다. 즉 M&A 대상회사의 경영진은 주주들에게 가능한 최선의 이익을 가져오기 위하여 합리적인 방법을 사용하였어야 한다. 그러나 PBC는 주주이익 극대화 원칙을 폐기하였기 때문에 레블론 기준은 PBC 이사들에게 전혀 적용될 수 없는 성질의 것이다. 그 대신 레블론 기준의 취지를 고려하여 수정한다면 지배권 교체 상황에서 PBC 이사들은 주주 뿐만이 아니라 이해관계자의 이익까지 고려하여 그 이익의 총합이 가장 큰 결과를 가져오기 위하여 합리적인 방법을 사용하여야 한다.⁶⁰⁾ 예를 들어 매각대금으로 비교하면 더 적은 대가를 제시하는 인수회사

57) *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum*, 493 A.2d 946 (Del. 1985).

58) Frederick H. Alexander, Lawrence A. Hamermesh, Frank R. Martin & Norman M. Monhait, "M&A Under Delaware's Public Benefit Corporation Statute: A Hypothetical Tour," 4 Harv. Bus. L. Rev. 255, 272 (2014); Frederick Alexander, 전제서, p. 28.

59) *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173 (Del. 1985).

60) Frederick H. Alexander, Lawrence A. Hamermesh, Frank R. Martin & Norman M. Monhait, 전제논문, p. 270; Frederick H. Alexander, 전제서, p. 28.

라 할지라도 경영전략과 과거전력이 더 양호하고 인수 이후에도 이해관계자의 이익 및 사회적 가치를 보장하는 신뢰할 수 있는 확약을 하는 상황이라면 그러한 인수회사에게 매각되도록 결정하는 것이 PBC 이사의 신인의무에 비추어 적법하다고 볼 수 있다.⁶¹⁾ 다만 그렇게 얻어진 이익의 총합을 주주와 이해관계자 사이에서 어떤 방식으로 배분할 것인지는 PBC 이사의 형량의무가 적용되는 부분이기 때문에 경영판단의 원칙으로 보호될 것이며 PBC 이사의 재량범위에 해당한다.⁶²⁾

셋째, 경영진이 주주권을 제약하거나 침해하는 상황에서는 경영진의 권한범위 내의 적법한 행위라 할지라도 블라시우스 판례⁶³⁾의 기준(Blasius standard)을 적용하여 신인의무 위반인지 여부를 심사한다. 즉 당해 경영진의 입장에서 당해 행위를 어쩔 수 없이 할 수 밖에 없었다고 할 정도의 강력한 정당화 사유가 있음을 입증하지 않는 한 당해 행위는 주주권을 침해하여 부당하다. 주주들의 자유로운 의결권 행사는 주식회사에 정당성을 부여하는 가장 근본적인 질서이며 PBC 역시 주주중심주의를 유지하면서 주주의 의결권이 갖는 절대성을 보장하는바 블라시우스 기준은 PBC 이사에 대해서도 온전히 적용될 것으로 예상된다.⁶⁴⁾

V. 정책적 시사점 및 결론

PBC 제도를 국내법적으로 도입할 필요가 있는지, 그것이 적절할 것인지에 대해서 검토하기 위해서는 PBC 제도의 핵심에 해당하는 ‘주주이익 극대화 원칙의 폐기’가 어떤 법적 의미를 갖는 것인지 그 실익에 대하여 명확히 정리할 필요가 있다. PBC에서 주주이익 극대화 개념은 특히 회사목적 및 이사의무와 관련성을 가지고 논의되었다. 그런데 회사능력외 이론(ultra

61) Leo E. Strine, Jr., “Making it Easier for Directors to “Do the Right Thing,”” p. 246; Frederick H. Alexander, 전게서, p. 28.

62) Frederick H. Alexander, 전게서, p. 28.

63) *Blasius Indus., Inc. v. Atlas Corp.*, 564 A.2d 651 (Del. Ch. 1988).

64) Frederick H. Alexander, 전게서, p. 29.

vires doctrine)이 의미를 상실한 20세기 이래로 정관상 회사목적 조항의 규정 여하에 따라서 회사행위의 법적 효력이 문제되는 경우는 찾아보기 어렵다.⁶⁵⁾ 일반적인 주식회사라고 하여 주주이익 극대화가 회사목적으로서 회사의 권리능력 범위를 제한하는 것도 아니며, 사회적 가치를 추구하는 것이 권리능력 범위를 벗어나는 것도 아니다. 다만 주주총회 승인에 의한 정관개정 방식을 취함으로써 회사목적 조항에서 사회적 가치를 추구하겠다는 경영의 방향성을 규정하고 회사의 정체성을 명확히 하는 부수적인 효과가 있으며, 이에 따른 이사의 행위는 수정된 경영판단원칙의 보호를 받고 신인의무를 다한 것으로 인정된다. 즉 주주이익 극대화 개념은 원래 이사의 의무위반 여부를 판단하는 요소로 활용되었는데,⁶⁶⁾ PBC에서는 사회적 가치를 추구하면서 주주이익 극대화를 달성하지 않더라도 이사가 법적 책임을 부담하지 않도록 입법적인 조치를 하였음에 그 제도적 실익이 있는 것이다.

PBC 제도의 위와 같은 취지를 국내법에 적용할 때, 우리나라에서도 주주이익 극대화 원칙이 회사목적으로서 권리능력을 제한하는 효과가 있는 것은 아니므로 정관상 폐기를 논할 필요는 없으며 사회적 가치를 추구하는 것은 굳이 정관상 목적조항에 규정하지 않고서도 충분히 가능하다. 그 대신 사회적 가치를 추구하는 이사의 의무위반책임을 판단할 때 주주이익 극대화 개념이 어떤 역할을 하는지가 중요하다. 그런데 국내법적으로 미국의 경영판단원칙이 그대로 적용되는 것은 아니며 통상적으로는 이사가 ‘그 상황에서 합당한 정보를 가지고 적절한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위해서 신의성실에 따라 의사결정을 하였다면 그 경영판단은 허용되는 재량 범위 내의 것으로서 선관의무 내지 충실의무를 다한 것’이라고 판단된다.⁶⁷⁾ 즉 우리나라 판례의 입장에 의한다면 이사의 결정이 실질적으로 합리성을 갖추었는

65) Jill E. Fisch & Steven Davidoff Solomon, 전게논문, pp. 106-107, 119; Edward Rock, “For Whom is the Corporation Managed in 2020: The Debate over Corporate Purpose,” 76 Bus. Law. 363, 376 (2021); 참고, “미국회사제도와 자율규제 - ESG 경영이념에 대한 법적 분석,” p. 101.

66) Jill E. Fisch & Steven Davidoff Solomon, 전게논문, pp. 114, 131; Edward Rock, 전게논문, p. 387 (2021); 참고, “미국회사제도와 자율규제 - ESG 경영이념에 대한 법적 분석,” p. 101.

67) 송옥렬, 「상법강의」 제12판 (2022), p. 1048.

지가 법원에 의하여 적극적으로 판단된다.⁶⁸⁾ 나아가 대법원은 주주이익 극대화를 달성해야지만 이사의 결정이 적법하다고 판단하는 것은 아니며, 주주이익 극대화 개념과는 관점을 달리 하여 여러 가지 선택지 중에서 이사가 합리적인 재량범위 내에서 결정을 하였다면 선관의무를 다한 것으로 판단한다.⁶⁹⁾ 즉 주주이익 극대화 원칙의 독자적인 규범성을 인정하지 않고 단순히 경영판단을 위한 여러 고려사항 중의 하나로 주주이익 극대화 개념을 파악하는 대

68) 송옥렬, 전제서, p. 1050.

69) 대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결(사실관계: 주주 배정방식의 신주발행 과정에서 발행가액을 시가보다 현저한 저가로 발행하였는데, 이 때 발생한 실권주를 제3자에게 배정하면서도 종전과 동일한 저가의 발행가액을 유지하였음).

원칙적으로 주주 배정방식에서는 어차피 기존주주들에게 지분비율대로 신주발행을 하기 때문에 저가발행을 하더라도 그로 인한 회사의 시가차액 상당의 손해는 그대로 주주들에게도 귀속되지만 이와 동시에 저가로 인수한 주주들의 이익과 상쇄되는 결과 주주이익 극대화를 위반하지 않는다. 설사 당해 주주가 지분을 확대할 의사가 없더라도 일단 신주를 저가로 인수하였다가 제3자에게 매도할 수 있는바, 이 때 여전히 저가로 매각할지 아니면 시가로 매각할지는 당해 주주가 선택할 일이다. 즉 기존주주 이외의 제3자가 신주를 취득하더라도 그 과정에서 기존주주는 시가차액을 회수할 기회를 부여받으며, 그러한 선택권은 기존주주에게 있는 것이므로 경영진의 입장에서 관여할 여지는 없다.

그런데 실권주가 발생하였다면 상황이 달라진다. 즉 경영진이 실권주를 제3자에게 배정하면서 발행가액을 변경하지 않고 여전히 저가로 발행한다면 시가차액 상당의 손해가 회사 및 기존주주들에게 귀속하는 반면 저가 인수에 의한 이익은 기존주주 외의 제3자가 취득하기 때문에 기존주주의 입장에서는 손익의 완벽한 상쇄가 이루어지지 않으며 주가회식의 손해를 입게 되고, 주주간 부의 이전현상이 발생한다. 법적으로는 제3자 배정방식이 아닌 주주배정의 연장선상에서 이루어진 것이므로 특별한 사정이 없는 한 이사의 임무위배가 문제되지 않는 것이 원칙이지만, 경제적 실질에 의하여 평가한다면 실권주 배정에 의하여 주주이익 극대화를 위반하는 결과에 이르렀기 때문에 주주이익 극대화 개념이 독자적인 규범성을 가질 것인지 그 효과에 대하여 검토할 수 있게 되었다.

만약 주주이익 극대화 원칙의 규범성이 인정된다면 위와 같은 경제적 불이익을 방지하기 위하여 경영진이 최선의 조치를 강구하였어야 한다. 즉 실권주 처리절차에 관한 별도의 명시적인 규정이 없더라도 주주이익 극대화 원칙 자체에 근거하여 경영진이 실권주 발행을 포기한다거나, 새로운 기회에 시가로 발행한다거나, 반대의견에 서와 같이 발행가액을 변경하여 발행하는 등의 조치를 통하여 주주이익 극대화를 준수하였어야 한다. 그러나 위 전합판결은 오로지 “액면미달발행의 제약”만을 준수하면 충분한 것으로 인정하였고 그 외에는 별도의 제약을 인정하지 않았으며 나아가 “실권주의 발행조건을 변경하여 발행할 여지가 없다”고 판시하였는바, 대법원은 주주이익 극대화 원칙의 독자적인 규범성을 인정하지 않았다고 해석하는 것이 타당하다. 오히려 “이사는 주주 전체의 이익 등을 감안하여 경영판단에 따라 자유로이 그 발행조건을 정할 수 있다”고 판시하였는바 대법원은 주주이익 극대화 개념을 경영판단 과정에서 고려되는 하나의 요소에 불과한 것으로 판단하였다. 결론적으로 위 전합판결은 이사가 주주이익 극대화를 실패하더라도 그 자체를 독립적인 의무위반 사유로 인정하지 않는 것으로 이해하는 것이 타당하다.

법원의 판단방식에 의한다면 주주이익 극대화 개념을 폐기할지 여부가 이사의 법적 책임과 관련하여 특별히 결정적인 의미를 갖는다고 보기 어렵다.

더군다나 미국에서도 주주이익 극대화 원칙이 가장 문제되는 상황은 적대적 M&A의 대상이 된 회사의 경영진이 경영권 방어방법을 발동하는 경우에 오히려 기존주주들의 이익극대화를 침해한 것은 아닌지 의심스러운 경우이다. M&A 상황을 제외한다면, 이해관계자의 이익을 고려하더라도 대부분 장기적인 관점에서 간접적으로라도 주주의 이익에 도움이 될 것으로 인정될 수 있기 때문에 법적으로 문제삼을 수 있는 경우가 흔치 않다. 반면 M&A 상황에서는 주주가 회사에서 탈퇴(exit)하면서 더 이상 장기적인 관계를 지속하지 않기 때문에 이해관계자의 이익과 주주의 이익이 도저히 공존할 수 없는 명백한 상황이 발생하는 것이다. 그런데 우리나라에서는 포이즌필 등의 경영권 방어방법이 법적으로 허용되지 않기 때문에 M&A 대상회사의 경영진이 취할 수 있는 조치가 거의 없다. 따라서 미국에서와 같이 주주이익 극대화 원칙이 문제되는 경우는 사실상 국내에서 찾아보기가 쉽지 않다.⁷⁰⁾

위와 같은 사정을 종합한다면 우리나라에서 주주이익 극대화 원칙을 폐기하는 입법을 해야 할 특별한 필요성이 인정되지는 않는다. 반면에 PBC 제도가 갖는 문제점은 두드러져 보일 것이므로 그러한 입법을 당장 추진하는 것은 다소 성급한 것으로 보인다. 즉 PBC의 투명성 확보를 위하여 보고서 제출을 요구하지만 보고서 내용이 잘못되었거나 중요한 사실을 누락하였더라도 책임을 묻지 않고, 이사의 형량의무에 대해서도 법적 책임을 묻기 어렵도록 하였으며, 신뢰성 확보를 위하여 대표소송 등을 제기할 수 있지만 정작 이해관계자 등은 원고적격이 없으며 제소필요성을 판단하기 위한 자료를 충실하게 확보하기 어렵다. 결국 PBC 경영진의 재량이 과도할 정도로 허용된 제도이면서 견제와 감독기능은 부실하기 때문에 오로지 경영진의 선의에 기대어 사회적 가치를 추구하길 기대하려는 것에 불과하다. 현재 미국의 PBC 제도는 사회적 기업 모델이 실패한 공백을 메우기 위하여 불완전한 제도일지라도 일단 진입장벽을 낮춰서 활성화시켜 보려는 제도적 실험

70) 위 대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결이 이에 해당하는 흔치 않은 사례였다.

에 해당하기 때문에 안정될 때까지는 부침을 겪는 것이 불가피하다. PBC 제도가 성공적으로 평가받더라도 추후 경영감독 기능을 어떻게 보완할지가 관건이다. 경영감독의 수준과 경영재량의 수준을 적절하게 조정함으로써 PBC 제도의 부실화를 방지하면서도 시장의 선순환을 이룰 수 있으려면 상당기간 시행착오를 겪을 것으로 예상된다.

미국에서와 같이 사회적 기업 제도가 부실한 상태라면 어느 정도 경영진의 권한남용에 의한 회사자산의 낭비를 일정 부분 감수하더라도 주주에게 돌아갈 이윤의 일부가 사회적 가치 증진을 위하여 사용되길 기대하는 것이 합리적일 수 있다. 그러나 우리나라에서는 이미 사회적기업육성법 등 다양한 관련제도를 활성화시키는 경로를 추진해왔으며 사회적 가치의 증진을 위한 포괄적 기본법인 사회적 경제 기본법안도 준비 중이다. PBC 제도가 시장중심적 접근방식에 의하여 경쟁력을 유지하고 이해관계자 중심주의와 주주중심주의를 혼합하는 방식으로 기존의 회사법리와 정합성을 유지하면서 경영진의 법적 리스크를 제거한다는 점은 높게 평가할 수 있겠지만 우리나라의 제도적 맥락에서 판단할 때에는 그러한 실익이 별 의미가 없다. 국내에서는 PBC 제도의 독자적 가치가 크지 않기 때문에 ESG 경영으로도 PBC의 역할을 충분히 대체할 수 있을 것이며 그렇다면 현재 폭넓은 지지를 받고 있는 ESG 경영을 제도적으로 지원하면서 활성화하는 방향이 사회적 효용의 측면에서도 바람직하다. 또한 PBC 제도에서는 사회적 가치를 빌미로 경영진의 재량을 극단적으로 넓히는 대신 경영진 감독기능을 심각하게 훼손하여 통제불가능한 권한남용이 우려된다는 점을 더 비중있게 고려할 필요가 있다. 따라서 향후 미국의 여러 주에서 어떤 방식으로 경영진의 재량⁷¹⁾과 감독기능이 균형을 이루도록 제도를 보완해나갈지 경과를 지켜보고 면밀한 검토를 하는 것이 우선되어야 한다.

사회적 가치 추구형 주식회사(PBC) 및 주주이익 극대화 원칙에 관한 법적 검토 - 신 현 탁	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2022.02.15.	2022.03.06.	2022.03.24.

71) 미국의 경우 회사의 기본권 행사범위가 확대되었기 때문에 기본권적 회사활동을 결정할 경영진의 권한과 재량이 더 넓어질 것으로 예상하는바 이로 인한 문제점과 제도적 대처 방식에 대해서도 관찰할 필요가 있다.

[참고문헌]

- Frederick Alexander, 「The Public Benefit Corporation Guidebook - Understanding and Optimizing Delaware's Benefit Corporation Governance Model」 (Morris Nichols Arsht & Tunnell, 2019)
- Frederick H. Alexander, Lawrence A. Hamermesh, Frank R. Martin & Norman M. Monhait, "M&A Under Delaware's Public Benefit Corporation Statute: A Hypothetical Tour," 4 Harv. Bus. L. Rev. 255 (2014)
- Contance E. Bagley, "Shareholder Primacy Is a Choice Not a Legal Mandate," Marc J. Epstein & Kirk I. Hanson, ed., 「The Accountable Corporation: Corporate Governance」 Vol. 1 (2006)
- William H. Clark, Jr. et al., "The Need and Rationale for the Benefit Corporation: Why It Is the Legal Form That Best Addresses the Needs of Social Entrepreneurs, Investors, and, Ultimately, the Public" (Benefit Corporation White Paper, 2012)
- Jill E. Fisch & Steven Davidoff Solomon, "Should Corporations Have a Purpose?" 99 Tex. L. Rev. 1309 (2021)
- Michael B. Dorff, James Hicks & Steven Davidoff Solomon, "The Future or Fancy? An Empirical Study of Public Benefit Corporations," Working Paper No. 495/2020 (ECGI Working Paper Series in Law, 2020)
- Andrew S. Gold & Paul B. Miller, "Fiduciary Duties in Social Enterprise," Benjamin Means & Joseph W. Yockey ed., 「The Cambridge Handbook of Social Enterprise Law」 (2018)
- Lyman Johnson, "Pluralism in Corporate Form: Corporate Law and Benefit Corps.," 25 Regent U. L. Rev. 269 (2012)
- Simon Johnson, "The Quiet Coup" 「The Atlantic」 (2009.05)
- Elizabeth Pollman, "Social and Asocial Enterprise," Benjamin Means & Joseph W. Yockey ed., 「The Cambridge Handbook of Social Enterprise Law」 (2018)
- Elizabeth Pollman, "Constitutionalizing Corporate Law," 69 Vand. L. Rev. 639 (2016)
- Edward Rock, "For Whom is the Corporation Managed in 2020: The Debate over Corporate Purpose," 76 Bus. Law. 363 (2021)
- Leo E. Strine, Jr., "Restoration: The Role Stakeholder Governance Must Play in Recreating a Fair and Sustainable American Economy - A Reply to Professor Rock," 76 Bus. Law. 397 (2021)
- Leo E. Strine, Jr., "Making it Easier for Directors to 'Do the Right Thing,'" 4 Harv. Bus. L. Rev. 235 (2014)
- Kevin V. Tu, "Socially Conscious Corporations and Shareholder Profit," 84 Geo. Wash. L. Rev. 121 (2016)
- Julian Velasco, "Shareholder Primacy in Benefit Corporations," Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No.191218 (2019)
- 송옥렬, 「상법강의」 제12판 (2022)
- 신현탁·조은석, "이해관계자 참여형 기업 지배구조에 관한 연구," 「상사법연구」 제37권 제2호(한국상사법학회, 2018)

신현탁, “미국 회사제도와 자율규제 - ESG 경영이념에 대한 법적 분석,” 「상사법연구」 제40권 제2호(한국상사법학회, 2021)

신현탁, “이사의 의무에 관한 미국 판례법리 발전사,” 「서울법학」 제28권 제4호(서울시립대학교 법학연구소, 2021)

신현탁, “이사의 의무위반과 경영판단원칙에 관한 미국의 판례법리 연구,” 「경영법률」 제31집 제2호(한국경영법률학회, 2021)

신현탁, “ESG 경영과 진화하는 주주중심주의” (동아비즈니스리뷰, 2021.10)

페이 J. 크로스비, 「끝나지 않은 논쟁: 차별철폐정책」 (한울아카데미, 2009)

【국문초록】

2010년대 미국에서는 사회적 가치 추구형 주식회사 모델이 활발하게 입법되었고 활용도가 증가하고 있다. 종전의 주식회사에서 사회적 가치를 추구하는 경영진에게는 주주이익 극대화의 원칙 위반과 관련하여 법적 책임을 물을 수 있는 가능성이 존재한다. 물론 그러한 책임의 성립과 관련하여 법리적 논란의 여지가 충분하지만, 경영진의 입장에서는 사회적 가치 추구 또는 이해관계자 이익 보호와 관련된 법적 리스크를 확실히 제거하길 원했기 때문에 주주이익 극대화 원칙을 폐기하는 형태로 새로운 제도가 도입되었다.

특히 델라웨어 주 회사법의 사회적 가치 추구형 주식회사(public benefit corporation; “PBC”) 제도에 의하면, 일반 주식회사가 발행주식총수의 과반수 승인에 의하여 PBC로 전환할 수 있다. 이 때 정관개정을 하면서 일반적 인 사회적 가치와 구체적 사회적 가치를 규정하고 당해 회사의 새로운 정체성을 선언한다. PBC 활동에 대해서는 자체평가를 하고 격년으로 성과 보고서를 작성하여 주주에게 제공한다. PBC 이사는 주주와 이해관계자의 이익, 사회적 가치를 모두 형량하여 균형잡힌 결정을 할 형량의무가 있는데, 형량의무 위반에 대하여 주주가 대표소송을 제기하는 방식 이외에는 형량의무 위반을 문제삼을 수 없다. 이러한 PBC 제도설계는 기본적으로 종전 회사법리의 근간이 되었던 주주중심주의를 유지하면서도 이해관계자의 이익을 보호하겠다는 주주들의 자발적 결정에 따르는 것인바, 주주중심주의를 기본으로 하되 이해관계자 중심주의를 제도적으로 보장하는 방식의 강한 하이브리드 형태라 할 수 있다. 자발적으로 PBC로 전환할 것을 결정하고, 시장에서 투자를 유치하여 소비자의 선택을 받음으로써 성장함과 동시에 사회적 가치를 실현하고, 시장에서 경쟁력을 상실할 경우에는 다시 일반 주식회사로 복귀할 수 있도록 PBC 제도를 설계함으로써 시장중심적 접근방법을 취하였다. 다만 시장에 대한 정보공개가 부실하여 정보비대칭의 문제가 있고, 경영감독 기능이 부실하여 PBC 경영진의 권한남용이 우려되는 한계가 존재한다.

우리나라의 입장에서는 이미 사회적 기업 제도를 활성화시키는 경로를 선택하였기 때문에 굳이 PBC를 도입할 정책적 필요성이 약하다. 또한 주주이익 극대화 원칙을 폐기한다는 것이 국내법상 별 실익이 없기 때문에 PBC를 도입할 입법 필요성도 부족하다. 국내적 상황에서는 PBC의 역할을 ESG 경영이 대체할 수 있을 것으로 생각한다. 오히려 PBC에 대한 감독기능이 부실하다는 점은 오히려 국내 경제현실에서 부작용이 클 것으로 우려된다. 따라서 국내법적 도입을 고려하기에는 시기상조라 판단된다.

【Abstract】

Research on Public Benefit Corporation

Hyeon Tak Shin
(Korea University)

Since 2010 the legislation allowing the corporations to pursue public benefits beside financial interests has been boomed in the US, and 38 states introduced the benefit corporation model. Directors of the traditional corporation are supposed to be liable for the violation of the shareholder interest maximization principle, but PBC abolishes such principle and eliminates the potential liability of directors for the breach of fiduciary duty. Especially, the public benefit corporation (“PBC”) of Delaware state is most favored. The conversion from general corporation to PBC needs two thirds of shareholders approval, and the certificate of incorporation shall be amended to add the general public benefit and, if necessary, the specific public benefits, which shall be pursued by the PBC, in the corporate purpose provision. In addition, PBC shall biennially provide its stockholders with a statement which includes its performance and assessment regarding public benefits identified in the certificate of incorporation. Directors of PBC have a duty to balance the pecuniary interests of the shareholders, the best interest of stakeholders, and the specific public benefits. PBC is not revolutionary entity in that shareholder primacy is maintained with a sole exception that shareholder interest maximization principle is abolished. Instead, the shareholders of PBC voluntarily pursue the public benefit and protect the interest of

stakeholders. Because PBC can raise funds and grow by the support of investors and consumers, PBC may be viewed as a market-centric institution. However, the monitoring for the greenwashing and accountability of the reporting is still to be supplemented. The power of managers is highly likely abused with a broadened discretion, but the check and balance function is imperfect. Such pros and cons shall be considered together.

주제어(Keywords): 사회적 가치(public benefit), 이해관계자(stakeholder interest), 주주 이익 극대화(shareholder interest maximization), 베네파 회사(benefit corporation), 신인의무(fiduciary duty), ESG 경영(ESG management)

기관력 표준시 후의 형성권의 행사*

정 상 민**

▶ 목 차 ◀

- | | |
|--------------------|-------------------|
| I. 머리말 | 4. 일본으로부터의 시사점 |
| II. 우리나라에서의 논의 | V. 각 이론에 대한 검토 |
| 1. 학설 | 1. 실체법과 절차법의 긴장관계 |
| 2. 판례 | 2. 형성권별 판단설의 검토 |
| 3. 형성권 개념의 재고 | 3. 통설·판례와의 비교 |
| III. 독일의 경우 | VI. 개별 형성권별 검토 |
| 1. 독일연방사법재판소의 판례 | 1. 취소권 |
| 2. 독일의 학설 | 2. 해제권 |
| 3. 독일로부터의 시사점 | 3. 백지어음보충권 |
| IV. 일본의 경우 | 4. 상계권 |
| 1. 종래의 논의 및 학설의 전개 | 5. 건물매수청구권 |
| 2. 일본에서의 새로운 논의상황 | 6. 그 밖의 형성권 |
| 3. 일본최고재판소의 판례 | VII. 맺음말 |

I. 머리말

사법상 권리관계는 시간의 경과에 따라 계속 변동하기 때문에, 기관력 있는 판단이 어느 시점의 권리관계에 관한 것인지를 명확히 할 필요가 있는데, 당사자는 사실심 변론종결 시까지만 소송자료를 제출할 수 있고 법원도

* 이 논문은 2022년도 제주대학교 교원성과지원사업에 의하여 연구되었음

** 제주대학교 법학전문대학원 조교수, 변호사.

이를 기초로 판단하므로 사실심의 변론종결시가 기판력의 표준시가 된다. 이에 따라 기판력은 소송물의 동일 등으로 기판력이 작용하는 범위 내에서 표준시 현재의 권리관계에 대하여만 발생하고 표준시 전후의 권리관계는 확정하지 아니하는데, 이를 강화상 기판력의 시적 범위(zeitliche Grenzen der Rechtskraft)라고 한다.¹⁾

그에 따라 당사자는 전소의 표준시인 변론종결 시 전에 존재하였으나 그때 까지 제출하지 아니한 공격방어방법을 제출하여 기판력 있는 재판을 다룰 수 없는데, 이러한 기판력의 작용을 실권효 또는 차단효(Präklusionswirkung)라고 한다. 그리고 그 소송자료를 제출하거나 알지 못한 것에 과실이 있는지 여부를 불문하고 차단된다는 것이 통설·판례의 입장이다.²⁾ 기판력은 판결이 내려진 권리관계의 안정을 도모하는 제도적 효력이므로 그 차단효과는 확일적으로 발생해야 하기 때문이다.

위와 같이 표준시 전에 존재한 소송자료는 知·不知를 묻지 않고 기판력에 의해 차단되는 것이나, 표준시 이전에 발생한 취소권·해제권·건물매수청구권·상계권 등의 형성권을 사실심 변론종결 시까지 행사하지 않았었다가 표준시 이후에 이를 행사하면서 청구이의의 소(민사집행법 제44조)나 채무부존재확인 소 등으로 확정판결의 내용을 다룰 수 있는지에 대하여 다툼이 있다.

견해의 대립은 근본적으로 형성권의 실체법적 특성에 기인한다.³⁾ 형성권은 권리주체가 일방적 의사표시에 의하여 권리관계를 변동시킬 수 있는 것이나, ① 그 존재만으로는 아무런 법적효력이 발생하지 않고, 형성권자가 이를 행사하여야만 비로소 법률변동의 효과가 발생하며, ② 행사할 것인 지 여부와 언제 행사할 것인가는 실체법이 정한 기간 내에 있어서는 형성권자의 자유이다. 이러한 실체법적 특성에만 충실하면, 형성권의 행사사실은 표

1) Savigny도 일찍이 ‘모든 판결에 부기되는 (변론종결)시점의 확정, 필연적으로 (해당 판결이) 장래에 발생하는 모든 변동 상황에 영향을 주지 않는 것으로 한다(die jedem Urteil hinzuzudenkende Zeitbestimmung lässt notwendig unberührt alle in die Zukunft fallenden Veränderungen)’고 하였다.

2) 대법원 1980. 5. 13. 선고 80다473 판결, 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011다79968 판결.

3) 손한기, “기판력의 표준시”, 「고시계」 43권 12호, 고시계사, 1998. 11., 63면.

준시 이후에 발생한 새로운 사유라고 볼 수 있고, 아직 제척기간이 도과하지 아니하였음에도 전소판결을 이유로 이를 실권시킨다면 실체법이 보장하는 행사기간을 소송법이 제한하는 것이 된다.

그러나 변론종결 전에 이를 행사할 수 있었고 소송상으로는 형성권의 행사도 하나의 공격방어방법에 불과함에도 불구하고 이를 허용하는 것은 기판력의 법적안정성을 크게 해치는 것이 된다. 한편, 표준시 후의 형성권의 행사가 주로 문제되는 국면은 이를 청구이의의 사유로서 주장하는 것이기 때문에, 확정판결에 의한 집행이 지연되거나 방해받는 것도 문제된다.

즉 실체법상 보장되는 형성권과 절차법상 요구되는 기판력의 법적안정성 사이에 긴장관계가 발생하는데, 실체법 해석만 강조하면 절차법의 요청이 도외시될 수 있고, 물론 그 반대도 가능하다. 이상과 같이 이 문제는 실체법과 절차법이 교차하는 문제일 뿐 아니라, 나아가 절차법을 소송법과 집행법으로 나누어 본다면, 더 많은 법익이 상충할 소지가 있다. 따라서 어느 것을 우선할 것인지 문제되고, 이를 조화롭게 해석하려는 경우에도 논자에 따라서는 다양한 접근법과 결론이 도출될 수 있다는 점에서 매우 흥미롭고 중요한 주제라고 생각된다.

이하에서는, 먼저 우리나라에서의 논의상황을 개관한 다음, 이를 기초로 형성권의 일률적인 처리가 가능한지 아니면 개별 형성권별로 검토가 필요한지 여부를 형성권 개념을 중심으로 살펴보고(Ⅱ), 비교법적 고찰로, 독일과 일본에서의 논의 및 그 시사점을 살펴보기로 한다(Ⅲ, Ⅳ). 이어 본고의 주제와 관련된 이론적 쟁점을 차례로 고찰한 다음(Ⅴ), 형성권별로 실권 여부를 따져봄으로써(Ⅵ), 바람직한 논의방향 등을 정리해보고자 한다(Ⅶ).

Ⅱ. 우리나라에서의 논의

먼저 우리나라에서의 논의상황을 살펴본다. 후술하는 독일(Ⅲ), 일본(Ⅳ)의 논의와 비교하여 보면, 우리나라는 기판력의 시적 범위 내지 실권효를 중심으로 고찰하는 기존 논의의 틀을 유지하는 것이 특징이다.

1. 학설

(1) 비실권설(非失權說, 적극설)

상계권뿐만 아니라 취소권·해제권 등 모든 형성권이 실권되지 않는다고 보는 견해이다.⁴⁾ 표준시 이후의 형성권 행사를 허용하므로 적극설이라고도 한다. 그 근거로 ① 기판력 표준시 후에 형성권을 행사하면, 그때 비로소 법률관계가 변동되므로 이는 표준시 이후에 발생한 사정이라는 점, ② 형성권자가 권리를 행사할지 여부는 스스로 결정할 일이지 법원이 강요할 일이 아니라는 점, ③ 취소나 해제사유가 있더라도 당사자는 소송 중 반드시 이를 행사할 의무를 부담하는 것은 아닌 점, ④ 형성권을 행사한 적이 없음에도 이를 차단하면 실체법상의 형성권 행사기간을 소송법이 단축하는 결과가 되는 점, ⑤ 통설은 무효사유가 차단되므로 그보다 효력이 약한 취소사유도 당연히 차단되어야 한다고 주장하나 이는 타당하지 않은 점⁵⁾ 등을 든다.

(2) 실권설(失權說, 소극설)

형성원인이 이미 존재하였는지 여부가 실권여부의 판단기준으로, 취소권과 같은 형성권은 청구원인을 이루는 법률행위에 부착된 하자로서 청구를 판단함에 있어 반드시 고려하지 않으면 안 된다는 점을 들어, 상계권을 포함한 모든 형성권이 실권된다고 보는 견해이다.⁶⁾ 기판력의 정당화 근거인 법적인정성을 희생시키면서까지 상계권을 일반 형성권과 다르게 취급할 특별한 이유가 없다고 보는 견해도 이에 해당한다.⁷⁾

4) 호문혁, 민사소송법 제14판, 법문사, 2020, 770~771면.

5) 형성권을 행사하지 않는 이상 법률관계는 효력을 유지하는 반면 무효는 주장하지 않아도 처음부터 효력이 없는 점, 불공정한 법률행위, 선량한 풍속 기타 사회질서 위반, 불능을 목적으로 하는 법률행위 등 무효사유는 대부분 법률행위의 내용으로 바로 나타나므로 당사자가 주장하지 않아 법원이 이를 고려하지 않는 일은 거의 없는 점 등을 들어 무효와 취소를 비교하는 것은 타당하지 않다고 한다(호문혁, 앞의 책, 770~771면).

6) 상계권도 실권된다는 의미에서 상계권실권설이라고도 한다.

7) 신용인, “기판력 표준시 후 상계권 행사 여부”, 「서울법학」 제27권 제4호, 서울시립대학교 법학연구소, 2020. 2., 225면 이하.

(3) 절충설

상계권은 예외적으로 실권되지 않는 것으로 하되, 구체적으로 실권되지 않는 경우나 범위에 대하여 아래와 같이 견해가 나뉜다.

1) 상계권비실권설

취소권이나 해제권 등 일반적인 형성권은 실권되지만, 상계권과 건물매수청구권은 예외로서, 권리자가 변론종결 전에 상계적상이나 형성권의 존재를 알았는지 여부에 관계없이 실권되지 아니한다고 본다.⁸⁾ 형성권자의 주관적 사정은 고려하지 않고 형성권 자체의 객관적 성질만 고려한다는 점에서 객관적 절충설이라고도 한다.⁹⁾ 우리나라의 다수설이다.

그 근거로는, ① 상계항변은 원고의 소구채권 자체에 흠이 있다는 것을 주장하는 것이 아니고, ② 피고의 반대채권도 소멸되는 출혈적 방어방법으로 이를 차단하는 것은 피고에게 지나치게 가혹한 점, ③ 상계권 행사를 강제시키는 것은 상계권 행사의 자유를 인정한 실체법의 취지에 반하는 점, ④ 판결이 확정되어도 판결금 채권에 대하여 상계가 가능하다고 보아야 하고 채권자에게도 아무런 손해가 없는 점 등을 든다.

2) 제한적 상계실권설

변론종결 전 상계적상의 발생, 즉 상계권이 있음을 알면서도 이를 행사하지 않은 경우에는 실권되지만 그렇지 않은 경우에는 달리 보아야 한다는 견해이다.¹⁰⁾ 이를 주관적 절충설이라고도 한다.

① 피고가 상계권이 있음을 알았음에도 가만히 있다가 강제집행단계에서야 상계권을 행사하는데도 상계의 특수성을 들어 이를 허용하는 것은 권리관계의 안정을 기조로 하는 기판력 사상에 반하고 절차의 집중·촉진, 신

8) 김용진, 실체법을 통해 본 민사소송법 제5판, 신영사, 2008, 503면; 김홍규·강태원, 민사소송법 제5판, 삼영사, 2020, 576면; 김홍엽, 민사소송법 제10판, 박영사, 2021, 821면; 전병서, 강의 민사소송법 제3판, 박영사, 2021, 443면; 정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법 제8판, 법문사, 2020, 797면; 정영환, 신민사소송법 개정신판, 법문사, 2019, 1161면; 한충수, 민사소송법 제3판, 박영사, 2021, 643면.

9) 김용진, 앞의 책, 501~502면

10) 이시윤, 신민사소송법 제14판, 박영사, 2020, 645면.

의칙 견지에서도 바람직하지 않은 점, ② 실권되어도 잃는 것은 상계권에 그치고 반대채권은 그대로 남으므로 상계권자에게 가혹할 것도 없는 점, ③ 행사시기 선택의 자유만 강조하면 상계항변이 재판·집행지연의 도구가 되어 절차적 정의를 희생시키는 점을 근거로 한다.

3) 제한적 실권설

상계권은 차단되지 않고, 명의신탁의 해지, 지상권자·임차인의 건물매수청구권과 같은 형성권도 표준시 이후 행사하는 것이 법적 안정을 해치지 않는다면 실체법상 승인된 형성권자의 법적 지위를 보장해주는 범위에서 형성권자의 의사를 보장함이 바람직하다고 보는 견해이다.¹¹⁾

(4) 형성권별 판단설

모든 형성권의 행사가 차단효에 따라 실권된다(소극설) 아니다(적극설) 혹은 상계권만 예외(절충설)로 결론을 내릴 것이 아니라, 형성권 행사 중에서 그것이 전소에서 당연히 행사될 것으로 기대할 수 있는 것인지 여부, 그리고 전소의 쟁점이 된 법률관계에 내재된 하자에 따른 형성권인지 아니면 별도의 권리인지 여부에 따라 결론을 내려야 한다고 보는 견해이다.¹²⁾

2. 판례

대법원은 기판력은 후소와 동일한 내용의 전소의 변론종결 전에 주장할 수 있었던 모든 공격·방어방법에 미치므로 취소 및 해제사유가 변론종결 전에 존재하였다면 그 후에 이를 행사하는 것은 기판력에 저촉된다고 본다.¹³⁾ 다만 논리적 선결관계로 소송물의 동일 등으로 기판력이 작용하는지

11) 강현중, 민사소송법 제7권, 박영사, 2018, 697~698면; 다만, 종전에는 백지어음보충권은 차단되지 않고, 취소권과 해제권도 그 발생원인이나 권리자의 의사를 참작하여 개별적으로 그 차단여부를 결정하여야 한다고 하였다(강현중, “辯論終結後の 形成權行使”, 「사법행정」 제27권 제9호, 한국사법행정학회, 1986. 9., 33~35면), 현재는 표준시 이전에 행사할 수 있었던 취소권이나 해제권은 표준시 이후에는 행사할 수 없고, 백지어음의 보충권도 전소와 후소는 그 소송목적이 동일하여 기판력이 미친다고 한다.

12) 전원열, 민사소송법 강의, 박영사, 2020, 508면.

여부를 먼저 따져본 후에 실권 여부를 판단하는 점에 주의할 필요가 있다.

따라서 서면에 의하지 아니한 증여의 해제를 변론종결 전에 행사하지 않으면 그 후에는 이로써 해제권자에게 불리하게 확정된 전소판결의 효력을 부인할 수 없다.¹⁴⁾ 그리고 백지어음 소지인이, 전소의 변론종결 시까지 백지보충권을 행사하여 어음금 지급을 청구할 수 있었음에도 이를 하지 않아서 패소판결이 확정된 후 백지보충권을 행사하여 다시 동일한 어음금을 청구하는 것은, 전소판결의 기판력에 의하여 차단된다고 한다.¹⁵⁾

반면, 채무자가 변론종결 전에 상대방에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었으나 그 후에 상계의 의사표시를 한 것은, 당사자가 변론종결 전에 자동채권의 존재를 알았는지 여부에 관계없이 적법한 청구이의 사유로 된다.¹⁶⁾ 또한 임대인이 제기한 토지인도 및 건물철거 청구소송에서 임차인이 패소확정되었더라도, 건물철거가 집행되지 아니한 이상, 임차인은 별도로 건물매수청구권을 행사할 수 있다.¹⁷⁾

한편, A가 대지를 B에게 명의신탁하였는데, 아무런 원인 없이 A 앞으로 이전등기가 경료되어 위 원인무효의 이전등기를 말소하기로 A-B 간에 제소전화해를 한 경우, 그 화해조서의 기판력은 그 후 A가 명의신탁을 해지하고 이를 원인으로 B에게 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 경우에는 미치지 않는다고 보았다.¹⁸⁾

13) 대법원 1981. 7. 7. 선고 80다2751 판결

14) 대법원 1979. 8. 14. 선고 79다1105 판결

15) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다59230 판결(한편 대법원은 “약속어음의 소지인이 어음금청구소송(전소)의 표준시까지 백지보충권을 행사하지 않아 패소판결이 확정된 후에 백지보충권을 행사하여 다시 동일한 어음금청구소송(후소)을 제기한 경우 백지보충권 행사의 주장은 전소판결의 기판력에 의하여 차단되어 허용되지 않는다”고 판단하기에 앞서 “전소와 후소의 소송물이 동일한 것인지” 여부부터 검토하였다).

16) 대법원 1966. 6. 28. 선고 66다780 판결; 대법원 1998.11.24. 선고 98다25344 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다41443 판결.

17) 대법원 1995. 12. 26. 선고 95다42195 판결(임차인이 청구이의의 소가 아니라 별도로 건물매매대금지급을 구한 사안으로, 대법원은 “전소인 토지인도 및 건물철거청구소송과 후소인 매매대금청구소송은 서로 그 소송물을 달리하는 것이므로, 중전 소송의 확정판결의 기판력에 의하여 건물매수청구권의 행사가 차단된다고 할 수도 없다”고 판단하였다).

18) 대법원 1978. 3. 28. 선고 77다2311 판결

위와 같은 판례에 대하여는, 통설과 같은 상계권비실권설로 이해하는 것이 일반적이나,¹⁹⁾ 판례는 상계권만 예외로 본 것이 아니라 명의신탁해지권, 건물매수청구권에도 기판력이 미치지 않는다고 보았으므로 형성권별 판단설을 취하고 있다고 보아야 한다는 해석도 있다.²⁰⁾ 기존 통설이 상계권만 예외로 하는 것이 아니라, 건물매수청구권을 포함하여 ‘상계권 등’을 예외로 하므로 종래 통설로도 설명은 가능하다. 다만, 여기서 주목하고 싶은 점은, 형성권을 일률적으로 고찰함에 이론상 난점이 없는지, 상계권 등 형성권을 개별적으로 고찰하여 볼 필요성이 있는지 여부이다.

이 점을 먼저 논의하고, 제 견해에 대한 검토는 비교법적·이론적 고찰 및 개별 검토를 마친 후에 하기로 한다.

3. 형성권 개념의 재고

(1) 형성권 개념의 의의와 한계

형성권(Gestaltungsrecht)은, 일방적인 의사표시로 법률관계의 변동을 가능하게 하는 권리를 가리킨다. 현재 형성권은 법체계에서 빠뜨리고 논할 수 없는 법개념이나, 애초 자연적으로 존재하던 권리가 아니라,²¹⁾ 19세기 판택텐 법학에서 태동되었다가 19세기 후반 독일민법전 제정과정에서 논의의 기초가 마련되어 20세기 초반에야 비로소 확립된 개념이다.²²⁾²³⁾ 즉, 해

19) 이시윤, 앞의 책, 644면; 정영환, 앞의 책, 1160면.

20) 전원열, 앞의 책, 509면.

21) 로마법은 일방적인 법률행위에 의한 법률관계 변동이라는 사고와 거리가 멀어 형성권에 대응하는 개념이 없는 것은 물론 취소권, 해제권 등도 독립적인 법제도로 인정하지 않았고, 게르만법에도 포괄적 상위개념으로서의 형성권은 존재하지 아니하였다.

22) 형성권 개념을 정립한 문헌으로는, Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, FG f, Richard Koch, 1903(Sonderausgabe 1954), S. 205ff.

23) 19세기 후반 법학자들이 법적 가능(rechtliches Können) 개념에 관심을 가지면서, ① 기존의 허용권(Darfrecht)이나 당위권(Sollrecht)과 구별되는 가능권(Kannrecht)이 Zitelmann의 기여로 확립되고, ② 이 가능권은 Hellwig의 변동권(Recht auf Rechtsänderung) 개념으로 이어졌으며, ③ 양자의 영향을 받은 Seckel이 현재의 형성권(Gestaltungsrecht) 개념을 정립하였다.

제권, 취소권, 철회권과 같은 개별적인 형성권이 이미 존재하고 있었는데, 그 특성을 발견하여 상위의 유개념으로 이를 합쳐낸 것이 형성권이다.²⁴⁾

형성권 개념은 위대한 법학적 발견(juristische Entdeckung)이라고도 평가되고, 이를 통해 민법상 권리체계가 정비되고 그를 둘러싼 많은 논의로 인해 민법학이 풍부해졌다는 점을 부인할 수 없으나, 형성권을 사용하지 않더라도 이미 확립된 취소권, 해제권, 상계권 등 개별 법리를 통해 논의할 수 있다는 점에서 형성권이 그렇게까지 절대적으로 인정되어야 할 개념인지 의심스러울 수 있다.²⁵⁾²⁶⁾

형성권은 일종의 도구개념이므로 그 기능을 어떻게 평가할 것인가에 따라 형성권에 필요 이상의 의미를 부여하기 쉬운데, 이는 민법상 권리체계의 정비가 아니라 혼동을 불러일으킬 수 있다.²⁷⁾ 형성권은 이미 존재하던 취소권, 상계권 등으로부터 공통되는 법적 성질을 추출하여 그 상위개념으로 만들어진 것이기 때문이다. 즉, 개별 형성권은 성립 요건, 행사 방법, 행사의 효과, 존속 기간 등이 각각 다름에도 불구하고 이것들이 형성권으로 묶여 논의된 것이라는 점을 간과하여서는 아니 된다. 따라서 형성권 개념을 지나치게 절대적인 것으로 받아들이는 경우에는 개별 형성권의 적용에 있어 오히려 구체적 타당성을 잃은 불합리한 결과가 발생할 수 있다. 이에 따라 형성권 개념을 정립한 Seckel조차 형성권 개념이 지나치게 확대되거나 세분화되는 위험을 덜어내는 작업을 거쳐 적당한 수준에서 형성권의 체계를 수립하는 것이 필요하다고 지적하였다.²⁸⁾

(2) 민사소송상 형성권의 행사

한편 소송상 형성권의 행사에 대하여는 소송절차의 원리와 관련하여 여러 특수한 문제가 있다.²⁹⁾ 이는 근본적으로 실체법상 청구권과 형성권의

24) 김영희, “형성권 논의의 의미”, 「비교사법」 제11권 제4호, 한국비교사법학회, 2004. 9., 1면.

25) 김영희, 앞의 논문, 2면, 13면.

26) 무엇보다도 형성권의 외연은 분명하지 않다는 지적으로는 越山和廣, “既判力標準時後の形成權行使”, 關西大學法學論集 62卷 4-5号, 2013. 1., 109면

27) 김영희, 앞의 논문, 3면.

28) Seckel, a.a.O., S. 209.

법적 성질이 다른 것에서 발생하는 문제일 뿐 아니라, 소송절차 내에서 실체법적 성질이 소송절차의 원리와 조화되는 과정에서 야기되는 문제로서, 본고의 주제를 포함한 개별 논점 등에 있어서 체계적이고 통일적인 이해에 어려움을 겪고 있다.³⁰⁾ 형성권은 적어도 민사소송에 있어서는 어떠한 문제를 제기함에는 유용한 도구이나, 형성권을 절대적 기준으로 다루게 되면 정작 그 문제의 해결을 어렵게 하는 것은 아닐까?

(3) 형성권별 검토의 필요성

특히 기판력과 관계에 있어 형성권에 대한 그 적용이나 규율은 전혀 통일적이지 못하다. 소급효를 갖는 것과 그렇지 않은 것은 분명히 다르고, 소급효가 있다하더라도 예를 들어 상계와 취소는 그 성질이 매우 다르므로, 형성권별 검토가 요구된다.³¹⁾⁽³²⁾

따라서 형성권의 종류별로 판단하여야 한다는 위 형성권별 판단설의 결론에 곧바로 동의하지는 않더라도 그 방법론에는 경청할 필요가 있다. 또한 이러한 접근법을 통해 기존의 이론적 검토를 등한시하려는 것은 아니고, 이론적 논증을 검증하는 방법으로 형성권별 검토를 활용해 보고자 한다.

그에 앞서 비교법적 고찰로 독일과 일본의 경우를 살펴보기로 한다.

29) 김홍엽, “민사소송상 형성권의 행사”, 『成均館法學』 제21권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2009. 12., 416면.

30) 김홍엽, 앞의 논문, 440~441면.

31) Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., C.H.Beck(2010), §40 Rn 66(소급효(ex tunc) 또는 장래효(ex nunc)와 같이 개별 형성권마다 형성되는 효력의 범위가 다르기 때문에, 극복된 개념법학인 “형성권”이라는 추상적 개념에서 논의를 도출할 필요는 없다).

32) 형성권별 판단설의 입장이 아니더라도, 최근에는 자신의 견해가 구체적 타당성을 확보하는 것인지 여부를 논증하기 위하여 개별 형성권별로 구체적으로 논의하는 경우가 많다. 그밖에 항변권에 속하는 ‘한정승인’이 본 논문의 주제와 동일한 주제에 포함되서 논의된다는 것이나(정영환, 앞의 책, 1172면 등), 백지어음보충권이 형성권에 해당하는지 여부에 대하여 다툼이 있는 점 등은 본고의 주제가 형성권의 일반론으로 해결할 수 없는 문제라는 점을 보여준다.

Ⅲ. 독일의 경우

그동안 독일의 통설과 판례는 실권설이라고 소개되어 왔다.³³⁾ 그런데 독일의 판례는 모든 형성권이 실권된다고 보면서도, 몇몇 예외도 인정하고 있다. 한편 최근에는 비실권설이 다수설의 지위를 점하고 있으므로 이에 대하여 상세히 살펴볼 필요가 있다.

1. 독일연방사법재판소의 판례

(1) 원칙

독일은 제국법원(RG) 이래로 기판력 표준시 후의 형성권 행사를 전면 차단하여 왔다. 상계권도 예외로 하지 않는 점에서 우리의 통설·판례와는 다르다. 취소(Anfechtung)³⁴⁾, 상계(Aufrechnung)³⁵⁾³⁶⁾, 해제(Rücktritt; Wandlung)³⁷⁾, 해지(Kündigung)³⁸⁾, 대금감액(Minderung) 등이 전소의 변론종결 전에 존재하

33) 최근의 논의를 반영하여 독일의 다수설은 비실권설이라고 소개하는 것으로는, 이시윤, 앞의 책, 644면; 전원열, 앞의 책, 507면.

34) BGHZ 42, 37 (41); RGZ 138, 212 (213); RG WarnR 1913 Nr. 31 S. 38 f.

35) BGHZ 24, 97 (98) = NJW 1957, 986; BGHZ 34, 274 (279) = NJW 1961, 1067; BGHZ 38, 122 (123); BGH NJW 1980, 2527 (2528) = JuS 1981, 380; BGHZ 100, 222 (224) = NJW 1987, 1691 = JuS 1987, 749; BGH JuS 1991, 249; BGHZ 163, 339 = NJW 2005, 2926 = JuS 2005, 1129; BGHZ 155, 392 = NJW 2003, 3134; BGZ 201, 121 = NJW 2014, 2045 Rn. 17 = JuS 2015, 173; RGZ 64, 228.

36) BGH NJW 2009, 1671(Y가 X를 상대로 제기한 손해배상청구의 소에서 패소한 X가 변론종결 전에 상계적상에 있었던 채권을 가지고 상계하여 청구이익의 소를 제기하였으나 법원이 실권설에 따라 X의 청구를 기각하자, 다시 X가 Y를 상대로 채무부존 재확인의 소를 제기한 사안에서, ‘확인의 이익이 없다’고 보아 X의 청구를 각하함).

37) RG SeuffA 83, 176.

38) BGH NJW-RR 2006, 229 = ZZP 119 (2006), 225(임차인이 전소에서 특별해지권을 주장하였으나 패소한 후, 장래의 임료채권 집행에 대하여 통상해지를 주장하며 청구이익의 소를 제기한 사안에서, 전소에서 통상해지권의 행사가 객관적으로 가능하였으므로 차단된다고 판시함); 이에 비판적인 견해로는, Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, aa.O., §40 Rn 78(정당한 해지사유가 있는지는 나중에 명백해질 수 있기 때문에 당사자가 이후 “법정(gesetzliche-)” 또는 “특별해지권(außerordentliche Kündigungsrecht)”을 사용할 수 있는지 여부는 차이가 없다고 주장함).

였으나 그 후에야 행사된 경우, 행사된 시점이 아니라 형성권이 발생·성립한 시점을 기준으로 판단하여야 하므로, 표준시 이후에는 실권한다고 본다. 이것이 독일연방사법재판소(BGH)의 확립된 판례이자 여전히 상당한 지지를 받고 있는 실권설(소극설)이다.³⁹⁾

형성권/형성원인의 존재(Entstehen des Gestaltungs-rechts/-grunds)가 그 변론종결 전에 성립하고 있었다면, 이를 객관적으로 행사할 수 있었던 시점이 기준이 되어야 한다는 것이 핵심근거이다.⁴⁰⁾ 또한 ‘법정’ 형성권의 경우 권리자가 그 행사시기를 선택할 수 있는 것은 부수적 결과에 불과할 뿐 형성권 자체의 목적이 아니라고 본다.⁴¹⁾

형성권의 실권에 있어서 결정적인 문제는 언제 형성권이 행사될 수 있는지 여부이고,⁴²⁾ 이는 실체법에 따라 결정된다.⁴³⁾ 따라서 항소심에서의 상계주장이 허용되지 않는 경우(§530 ZPO)와 같이 절차법에 따라 행사되지 못한 상계는 이를 청구이의의 소에서 다시 주장할 수 없다.⁴⁴⁾

한편, 위 이론적 근거에 더하여 정책적 고려로서, 이미 형성원인이 존재한다면 법적명확성을 위해 채무자는 가급적 소송에서 형성권을 행사하여야 하고, 일단 판결이 확정되면 집행권원의 집행이 우선되어야 하며, 집행이 지연될 위험을 회피해야 하는 점도 제시된다.⁴⁵⁾

(2) 예외

위와 같은 BGH의 판례는 ‘관습법’으로 볼 만큼 그 지위가 확고하다고

39) Ernst, Gestaltungsrechte im Vollstreckungsverfahren, NJW 1986, 401; Geißler, Vollstreckungsklagen im Rechtsbehelfssystem der Zwangsvollstreckung, NJW 1985, 1865; Lorenz, Schwebende Unwirksamkeit und Präklusion im Zwangsvollstreckungsrecht, NJW 1995, 2258.

40) BGHZ 173, 328 [334f.] = NZI 2007, 575.

41) BGH NJW 1985, 2481 (2482); Musielak/Voit/*Musielak*, ZPO 18.Aufl., 2021, §322 Rn. 40.

42) BGHZ 100, 222 = NJW 1987, 1691.

43) Münchener Kommentar zur ZPO/*Karsten Schmidt/Brinkmann*, 6.Aufl., 2020, ZPO §767 Rn. 84.

44) BGHZ 125, 351 = NJW 1994, 2769 (Lüke JuS 1995, 685).

45) RGZ 64, 228; Musielak/Voit/*Lackmann*, a.a.O., §767 Rn. 35.

도 평가되나,⁴⁶⁾ 아래와 같은 예외를 지적하며 관습법으로서 확립된 것은 아니라고 보는 해석도 있다.⁴⁷⁾

1) 실권효에 대한 제한해석

BGH 163, 339에 따르면, 형성권을 행사할 수 있었던 객관적 가능성(objektive Möglichkeit)이 존재하여야 하고, 단지 형성권 행사의 요건을 충족할 수 있었던 사정만으로는 부족하다. 상계를 예로 들면, 변론종결 전에 상계적상이 성립하였어야 하고, 단지 상계적상을 만들어 낼 수도 있었다는 것을 이유로는 실권되지 아니한다.⁴⁸⁾ 한편 채무자가 다른 종류의 이의를 제기하여 방어할 수 있다는 사정만으로도 표준시 이후의 형성권 행사가 차단되지 않는다.⁴⁹⁾

이는 형성권이 실권되는 범위의 확정이라고도 볼 수 있으나, 결과적으로 표준시 이후의 상계권 행사를 차단하지 않는다는 점에서 원칙에 대한 예외로도 평가된다.⁵⁰⁾

2) 계약상 부여된 형성권

한편 계약으로 부여된 형성권(vertraglich eingeräumten Gestaltungsrecht)

46) Musielak/Voit/Lackmann, a.a.O., §767 Rn. 37.

47) Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., §40 Rn 60.

48) NJW 2005, 2926 = JuS 2005, 1129(전소에서 확정된 수급인(전소원고)의 대금청구권 집행에 대하여 도급인(전소피고)이 후소에서 하자보수에 갈음한 손해배상청구권으로 상계를 주장한 사안에서, 원심은 전소의 변론종결시까지 하자가 객관적으로 인식될 수 있었고 이를 주장할 수 있는지 여부가 기준이 된다고 판단하였으나(=상계권 실권), BGH는 전소에서 상계의 의사표시를 객관적으로 할 수 있었는지 여부, 즉 변론종결시까지 상계적상이 발생하였는지가 기준이 되고, 전소에서의 상계적상은 도급인이 독일 민법 제641조 제3항 소정의 보수지급거절권을 포기하여 상대방으로 하여금 하자제거 의무에 대해 이행지체에 빠지게 함으로써 동 채무가 금전채권인 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권으로 전환된 경우에 비로소 발생하므로, 원심은 '형성권을 행사할 수 있는 가능성'을 곧바로 '형성권 행사를 위한 요건(상계적상)을 만들어 낼 수 있는 가능성'과 동일시하는 잘못을 저질렀다고 보아 이를 파기하였다). 이에 찬성하는 견해로는, Beck, Der Aufrechnungseinwand bei der Vollstreckungsgegenklage, NJW 2006, 336; 동 판결에 비판적인 견해로는, Klimke, Präklusion gesetzlicher Mängelrechte nach § 767 II ZPO, ZZP 126 (2013), 43.

49) OLG Karlsruhe OLGR 2004, 258(상계권 대신 유치권을 행사할 수 있었던 사안).

50) Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., §40 Rn 58.

은 실권되지 않는다는 것이 BGH의 판례이다.⁵¹⁾ 예를 들어, 임차목적물로부터의 퇴거판결이 확정된 후에, 임차인이 임대계약을 연장할 수 있는 ‘선택권(Optionsrecht)’을 행사하는 경우⁵²⁾ 및 해고무효판결에 따른 독일민법 제315조 소정의 급부지정권과 관련하여 당사자 간에 합의된 ‘지정권(Direktionrecht)’⁵³⁾이 그것이다. 법정형성권과 달리, 형성권의 행사시기를 결정할 수 있는 것은 계약으로 부여된 (약정)형성권의 본질이자 그러한 합의의 주된 목적인다고 보기 때문이다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾

3) 소비자의 철회권

독일민법 제355조 등에 따른 소비자의 철회권(Widerrufsrecht) 행사도 예외로 인정된다.⁵⁶⁾ 따라서 소비자는 판매자로부터 대금청구의 소가 제기되어도 해당 소송이 변론종결될 때까지 그 권리를 행사하지 않아도 된다.⁵⁷⁾ 과거 독일에서는 舊 방문판매법(HWiG)에 따른 철회권은 항변권의 일종으로 파악되어 표준시 이후의 행사가 적절한 것인지 의문이 제기되었으나,⁵⁸⁾ 이를 독일민법에 편입하면서 소비자 보호를 위해 권리소멸(멸각)적 형성권

51) BGH NJW-RR 2006, 229 (231 f.) = NZM 2006, 12 (14).

52) BGHZ 94, 29 = NJW 1985, 2481 = JZ 1985, 750(임대차계약 중 임차인은 계약기간만료(1985년말)로부터 12개월 전에 기간연장을 원하면 일방적으로 10년간 연장이 가능한 권리(Optionsrecht)를 부여받았다. 1981년경 임대인이 임차인을 상대로 주위적으로 즉시인도를, 예비적으로 1985년말 인도를 구하는 소를 제기하였고, 1983년 1월 7일에 예비적 청구인용으로 확정되었다(전소). 그러자 임차인은 1983년 1월 31일자로 위 연장권(선택권)을 행사하였다. 임대인이 전소판결에 기하여 강제집행을 구하자, 임차인은 연장권 행사를 이유로 청구이의의 소를 제기하였으나, 집행법원은 전소판결이 임차인의 연장권을 박탈하는 것이 아니라고 판시하며 청구이의를 인용하였다); BGHZ 103, 362.

53) BAG AP Nr. 2 = NJW 1973, 581(합의된 ‘지정권’은 형성권 행사에 있어서 유일한 영구적 권리(Dauerrecht)라고 한다).

54) BGH NJW 1985, 2481 (2482).

55) Münchener Kommentar zur ZPO/Karsten Schmidt/Brinkmann, a.a.O., §767 Rn. 84. 당사자 사이에 법률분쟁이 발생한 경우 형성권을 행사하는 것이 바람직하다는 등의 절차적 고려만으로 권리자에게 그 행사를 강제할 수 없고, 이를 변론종결 전에 행사할 수 있었는지 여부도 고려해서는 안 된다고 한다.

56) 독일민법 제312조의d(통신판매계약에서의 소비자의 철회권), 제485조(일시거주권계약에서의 소비자의 철회권), 제495조(소비자소비대차계약에서의 철회권) 등도 같다.

57) Lorenz, a.a.O., 2262.

58) BGHZ 131, 82 = NJW 1996, 57 = JuS 1996, 460.

(rechtsvernichtendes Gestaltungsrecht)으로 하고 특별행사기간을 규정하여 입법적으로 해결하였기 때문이다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾

2. 독일의 학설

(1) 학설의 개관

판례와 반대로 ① 실체법상 형성권을 행사할 수 있는 상태(Gestaltungslage)만으로는 아무런 법률효과가 발생하지 않고, 이를 행사(Ausübung)하여야만 비로소 그 효력이 발생하므로 형성의 의사표시의 시점(Zeitpunkt der Gestaltungserklärung)이 결정적이고,⁶¹⁾ 따라서 모든 형성권이 실권되지 않는다고 보는 것이 최근의 유력설이다.⁶²⁾

다만 ② 원칙적으로 적극설을 취하되, 독일민사소송법 제282조, 제296조 제2항, 제531조 제2항, 제533조 등으로부터 도출되는 소송촉진의 원칙(Prozessförderungsgrundsätzen)에 의한 형성권의 행사의 제한 등 절차상 고려를 강조하는 견해도 있다.⁶³⁾

한편 독일에도 상계를 특별히 취급하여, ③ 적극설을 취하면서도 상계권만 실권된다고 하거나⁶⁴⁾ ④ 반대로 다른 형성권은 실권되지만 상계권은

59) Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., §40 Rn 59; 다만 이에 대하여는 소송법상 실권효에 의해 제한되지 않고 철회권의 행사기간을 절대적으로 보장하여야 하는지에 대한 근본적 의문이 제기된다(Münchener Kommentar zur ZPO/Karsten Schmidt/Brinkmann, a.a.O., §767 Rn. 84).

60) 일본의 경우 일본소비자계약법 제4조 소정의 취소권에 대하여 일반 취소권과 마찬가지로 실권된다고 본다(兼子一ほか, 条解民事訴訟法, 弘文堂, 2011, 554면[竹下守夫])

61) Lent, Ausübung von Gestaltungsrechten nach einem Prozeß, DR 1942. 868; Otto, Die Präklusion 1970, S. 163; Musielak/Voit/Lackmann a.a.O., §767 Rn. 37; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 17.Aufl., §155 Rn. 4.

62) 이미 1900년대 초반부터 von Tuhr 등이 제창하였으나, 1990년대 이후 ① Rosenberg의 민사소송법 저서 中 강제집행 부분을 계승한 Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., C.H.Beck(2010)나 ② Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., Vahlen(2021) 등 유력한 강제집행법 교과서가 비실권설을 취하거나 비실권설을 전제로 하는 절충설을 주장하고 있다.

63) Böttcher, Z郑 77 (1964), 483f.; Arens/Lüke, Rn. 591; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., 2002, § 767 Rn. 38.

실권되지 않는다고 보는 견해⁶⁵⁾가 있다.

그 밖에 절충설에 속하는 것으로는, ⑤ 채무자가 자신의 잘못이 아닌 무지의 결과로 전소에서 주장할 수 없었던 경우에만 형성권의 행사를 허용하는 견해나,⁶⁶⁾ ⑥ 일정한 요건을 충족하여야만 행사할 수 있는 형성권(취소권, 상계권 등)과 별다른 요건 없이 임의로 행사할 수 있는 형성권(선택권 등)을 나누어 전자는 실권되는 반면, 후자의 경우는 실권되지 않는다고 보는 견해 등이 있다.⁶⁷⁾

위 견해 중 상계권을 특별취급하는 견해(위 ③,④)나, 소송촉진의무로부터 실권효를 도출하는 견해(②), 권리자의 주관적 사정을 고려하는 견해(⑤) 등은 우리나라·일본에서도 논의되고 있으므로, 이하에서는 현재 독일의 다수설인 비실권설(①)과 독일에서만 주장되는 논의로 행사요건을 충족해야 행사할 수 있는 형성권과 그렇지 않은 형성권을 구별하는 견해(⑥)를 상세히 살펴보기로 한다.

(2) 독일의 다수설 - 비실권설

독일의 적극설의 논거는 다음과 같다. ㉠ 적법한 청구이의의 사유가 있는지 여부는 실체법에 의하여 고찰해보아야 하는바, 형성원인·사유의 존재만으로는 어떠한 법적효과가 발생하는 것이 아니고, 형성권을 행사하여야 비로소 법률관계의 변동이 발생하는 것이 실체법상 명백하다.⁶⁸⁾ ㉡ 기판력

64) Henckel, ZZZ 74 (1961), 165, 169; Häsemeyer, FS F. Weber, 1975, S. 215; A. Blomeyer, § 33 IV 2; 한편 반대채권의 금액이 특정되거나 판결로 확정되거나 그에 대하여 다툼이 없는 경우에만 상계가 허용된다는 견해로는, Rimmelspacher, Materielle Rechtskraft und Gestaltungsrechte, JuS 2004, 564.

65) Lüke, JuS 1995, 685 f.; Schuler, NJW 1956, 1497 ff.

66) 우리나라의 제한적 상계실권설과 비슷한 취지로 이해된다. 과거 Rosenberg/Schwab, 14. Aufl. 1986, § 156 I.가 이러한 견해를 취하였으나, 이후 동 교과서를 이어받은 Gottwald는 이를 폐기하였다. 같은 취지로 판시한 하급심 판결로는, OLG Schleswig, MDR 1953, 558; OLG Stuttgart NJW 1955, 1562.

67) Münchkomm-ZPO/Schmidt, §767 Rn. 82.

68) Lent, a.a.O., 869(형성권 행사의 결과가 형성원인의 성립시까지 소급되지만, 이 경우 「소급하는 것은 법률효과에 지나지 않고 그 구성요건은 표준시 후이다」); Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., §40 Rn 62; Stein/Jonas/Leipold, a.a.O., § 322

은 표준시인 사실심 변론종결시의 권리관계에 한하여 확정하는 것이 원칙으로, 장래의 형성권 행사에 대하여는 기판력이 미치지 않고 실권하지 않는 것이 일반적인 기판력의 원칙이라고 보아야 한다.⁶⁹⁾ ㉔ 소극설은 채무자에 의한 집행지연, 방해를 저지하기 위하여 청구이의의 소에 관한 규정(\$767 Abs. 2 ZPO)을 근거로 실체법과 다른 규범적 평가를 할 수 있다고 보나 이러한 합목적적 고려는 설득력이 약하고, 권리자에게 그 행사를 강제할 수는 없다.⁷⁰⁾ ㉕ 소송법에 의한 실체법에 의한 규제는 가능한 최소한으로 억제되어야 한다는 것이 소송법의 해석원리이고, 이는 기판력의 실권효와 형성권에 대하여도 마찬가지이다. ㉖ 이와 관련하여 실체법이 형성권의 행사 여부 및 행사시기를 (법관이 아닌) 권리자의 의사에 맡겨둔 점이 가장 중요하다. ㉗ 형성권 행사에 따른 소급효가 확정판결을 결과적으로 부당한 것으로 만드는 것처럼 보이나, 이는 실체법이 정한 부동적(浮動的) 상황에 따른 것이고, 이러한 상태를 종료시키는 것은 소송의 목적이 아니다.⁷¹⁾ ㉘ 그러므로 청구이의의 소에 있어서, 권리장애적 이의(rechtshindernde Einwendung)로서 실권되는 무효사유와 그렇지 않은 취소사유를 동등하게 취급하거나 그 경중을 비교하는 것은 설득력이 없다.⁷²⁾ ㉙ 소송법 해석에 의하여 형성권 행사를 위한 행사기간을 단축하면 안 되고, ㉚ 특히 표준시 후에 사기나 착오를 알게 되거나 강박상태가 종료된 경우, 실권은 가혹하다.⁷³⁾

Rn. 241.

69) Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., §40 Rn 63. 행사되지 않은 형성권은 법관이 이를 인지할 수 없어(Kognitionsbeschränkung) 판단의 대상, 즉, 기판력이 미치는 대상에 애초 포함되지 않는다고 한다.

70) Brox/Walker, a.a.O., Rn. 23은 적극설은 집행의 지연에 악용된다는 비판을 받지만, 일반적으로 채무자는 전소에서 형성권을 행사하므로, 비판은 타당하지 않다고 재반박한다. ; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., §40 Rn 64 권리남용(시카야네)은 부수적인 현상에 불과하고 만일 그에 해당한다면 그에 합당한 규율을 하면 충분하다고 본다; 한편 집행지연의 위험(Verschleppungsgefahr)은 소극설이 가정하는 것보다 낮으며, ZPO 제533조, 제296조 2항의 유추적용으로 대응하면 충분하다는 견해로는, Musielak/Voit/Lackmann a.a.O., §767 Rn. 37.

71) Lent, a.a.O., 872.

72) Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., §40 Rn 73; M. Schwab, JZ 2006, 170 (174).

73) Lent, a.a.O., 870.

한편 다른 학설에 대한 비판으로, ㉔ 소극설은 독일의 판례에서 볼 수 있듯이 일관된 결과를 유지할 수 없고,⁷⁴⁾ ㉕ 왜 집행가능한 청구인용판결에 대하여 청구기각판결보다 더 엄격한 차단효과 적용되는지를 설명할 수 없다는 난점이 있다.⁷⁵⁾ 나아가 ㉖ 기판력이론으로부터 보면, 상계권을 취소권 등 나머지 형성권과 구별할 필요는 없으므로 상계권을 특별취급하는 것은 이론적 근거가 없고, ㉗ 주관적 사정이 아닌 객관적 기준에 의하여 기판력 범위가 설정되어야 한다는 원칙을 감안하면, 당사자의 知・不知를 고려하는 절충설은 채용할 수 없으며, ㉘ 소송법상의 소송촉진의무를 이유로 실체법상 보장된 형성권의 행사기간을 단축할 수 없다고 한다.⁷⁶⁾

(3) 행사요건에 따라 형성권을 구별하는 견해

이 견해는 기판력이나 법적안정성이 유일한 절대적 기준이 아니고, 형성권자의 행사의 자유와 같은 실체법상 목적이 우선할 수 있다고 한 다음, 결정적 요소는 청구이의의 소(\$767 Abs. 2 ZPO)가 실체법상 부여된 형성권에 절차적 제한을 두는지 여부로서, 그 차이는 형성권의 특성에 있다고 한다.

그에 따라, 취소・해제사유, 상계적상 등 완결된 구성요건(abgeschlossenen Tatbestand)이 충족되어야만 형성권을 행사할 수 있는 경우에는, 권리자는 법률상 당연히 효력을 발생하는 이의(ipso iure wirkenden Einwendung)인 무효사유와 같이 이를 적시에 사용하여 그 효력이 발생하게 할 의무가 있다고 한다. 반면, 선택권, 통상해지권과 같이 어떠한 요건 충족을 주장하지 않고도 임의로(willkürlich) 행사할 수 있는 형성권의 경우에는 행사의무가 없고, 따라서 표준시 이후의 행사는 차단되지 않는다고 본다.⁷⁷⁾

74) Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., §40 Rn 59-61.

75) Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., §40 Rn 64.

76) 실체법이 부여한 기간을 충분히 활용하는 것인데, 왜 채무자를 중대한 과실 혹은 권리남용으로 비난하는 것인지 그 이유를 이해할 수 없다고 한다.

77) 동 견해에 따르면 BGH가 소비자의 철회권이 실권되지 않는다고 보는 것도 이러한 논리로 보다 자연스럽게 설명할 수 있다고 한다.

3. 독일로부터의 시사점

(1) 법률상 형성권과 계약상 형성권의 구별

약정형성권과 법정형성권을 구별하는 BGH의 태도는, 양자 사이에는 본질적 차이가 없고, 법률에 의하든 계약에 의하든 정해진 기간 내에 계약의 유효성 또는 그 지속에 대한 자율적 결정을 당사자에게 보장하는 점에서는 동등하다는 비판을 받는다.⁷⁸⁾

BGH는 계약상 부여된 형성권의 경우 당사자에게 그 행사기간을 보장하는 것이 계약의 ‘주된 목적(Hauptzweck)’인 반면, 법률상 형성권의 경우, 행사기간은 ‘부수적 목적(Nebenzweck) 내지 결과’에 불과하다는 논리를 제시하나,⁷⁹⁾ 왜 입법자가 법으로 정한 형성권의 행사기간이나 그 법익이 당사자에 의해 임의로 부여된 것보다 낮게 평가되어야 하는지 알 수 없고, 모든 형성권의 고유한 목적은 행사시점을 선택할 수 있는 자유보다는, 그 행사로 법률관계를 변경시키는 것이라고 논박된다.⁸⁰⁾

확실히 약정에 의한 권리의 경우 그 권리가 차단되는지 여부는 약정의 취지에 의존하는 측면이 있기는 하나,⁸¹⁾ 형성권의 발생근거에 따른 구분은 기판력의 적용에 있어 불확실성을 야기할 뿐만 아니라, 약정에 의하여 부여된 형성권이 전소판결에 의해 차단되지 않는 것으로 일괄적으로 말할 수 없으므로 구체적인 타당성 면에서도 설득력이 낮다.⁸²⁾ 전소에서 계약의 유효 여부가 핵심쟁점으로 다뤄진 사안에서 피고가 통상해지권만을 주장하였다가 패소한 다음 후소에서 계약에서 특별히 부여된 특별해지권을 행사하는

78) Billing, Jus 2004, 186, 189; M. Schwab, JZ 2006, 170, 174; Stein/Jonas/Münzberg. § 767 Rn. 33; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., §40 Rn 76.

79) BGHZ 94, 35; Wolf/Lange, JZ 2004, 419 f.

80) Arens JZ 1985, 751 (752).

81) BGH 판례를 참조하여, 약정형성권은 차단되지 않는 것으로 볼 여지가 있다는 논의로는, 池田辰夫, “基準時後の形成權行使遮斷の根據と限界”, 「阪大法學」 39卷 3・4호 (1990), 793면; BGH 판례를 인용하여 계약상의 option권(선택권)이나 해지권은 차단되지 않는다고 볼 것이라는 견해로는, 이시윤, 앞의 책, 645면.

82) Musielak/Voit/Musielak, a.a.O., §322 Rn. 41.

것은 오히려 부당하다고 생각되기 때문이다.

따라서 당사자 사이의 합의에 의하여 부여된 것이라는 이유로 실권되지 않는 것은 타당하지 않다.

(2) 구성요건별 형성권의 구별

요건이 충족되어야(tatbestandsbezogenen) 비로소 행사할 수 있는 형성권과 별다른 구성요건 없이(tatbestandslosen) 행사할 수 있는 것을 구별하는 견해에 대하여는 다음과 같은 비판이 제기된다. 먼저, 위 견해는 행사요건이 완결된 형성권은 법률상 당연히 효력이 발생하는 항변사유, 즉 무효사유와 동등하므로 당연히 행사되어야 한다는 것을 전제로 하나, ‘형성권’은 행사되기 전까지는 ‘완결된(abgeschlossenen)’ 것이 아니므로⁸³⁾ 이러한 전제 자체가 잘못된 것이다.⁸⁴⁾ 다음으로 아무런 ‘행사요건이 없는’ 형성권은 존재하지 않는 것은 물론, ‘임의의’ 행사가능성은 모든 형성권의 본질적인 부분이므로 위 구분 자체가 성립할 수 없다는 비판도 제기된다.⁸⁵⁾

생각건대, 행사요건이 없다가나 임의적이라는 점은 구별이 명확하지 않다. 특히 위 견해에 따르면 취소권과 해제권, 상계권은 실권되는 것이 되는데, 뒤에서 살펴보듯이, 상계권이 실권된다는 결론은 쉽게 받아들이기 어렵다. 한편 별다른 요건 없이 행사가 가능한 경우는 대체로 당사자 사이의 합의로 부여되거나 특별히 법률상 보호가 필요한 경우로 생각된다. 그렇다면 그러한 취지를 감안하면 충분한 반면, 일도양단적 구분은 이론상·실무상 무리가 있는 것으로 보인다.

83) Lent, a.a.O., 869(형성권 행사의 의사표시가 효력이 발생하기 위한 하나의 구성요건이라고 본다).

84) Münchkomm-ZPO/Schmidt, §767 Rn. 82; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., §40 Rn 82(형성권이 법률행위의 유효 또는 무효를 결정할 수 있는 자율적 결정권(autonomes Bestimmungsrecht)으로서 법에 의해 행사기간이 보장되어 있다는 점을 고려하면, 적시에 행사하여야 할 의무를 상정하는 것은 형성권의 본질에 반한다고 비판한다).

85) Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., §40 Rn 77.

IV. 일본의 경우

1. 종래의 논의 및 학설의 전개

종래의 통설인 ‘가네코(兼子)설’은 ‘취소권 등 형성권이 이미 발생하여 행사할 수 있었던 이상, 제출할 수 있었던 항변사유로 인정하여야 한다’고 하여, 상계항변을 예외로 하되, 원칙적으로 형성권은 기판력에 의해 차단되어 이후에는 행사할 수 없다고 보았다.⁸⁶⁾ 즉 형성권 내지 형성원인의 존재는 표준시 전에 존재하는 항변사유이므로, 기판력으로 배제되어야 한다는 것이다.⁸⁷⁾

그러나 이에 대하여 형성권 행사시설의 입장에서, 유력한 반대설이 주장되었다.⁸⁸⁾ ‘형성권의 존재가 권리에 내재하는 하자이더라도, 형성권 행사의 의사표시가 있기 전에는 그 법적효과가 생기지 않기 때문에, 후소에서 이를 행사하여도 그 주장 자체는 주문에서 확정된 권리의무에 반하는 주장이 아님’을 들어 통설을 비판하는 나카노(中野)설이 그것이다.⁸⁹⁾⁹⁰⁾ 이에 따

86) 兼子一·新修民事訴訟法体系[増補版], 酒井書店, 1965, 340頁.

87) 그에 더하여, ① 취소권 등 형성권 일반은 상계권과는 달리 권리 자체의 장애사유이므로 착오, 강행법규 위반 등과 동일하게 권리 그 자체에 부착되는 하자로 볼 수 있고, ② 이러한 하자는 법적안정성을 그 본질로 하는 기판력에 의해 최초의 소송에 있어서 전부 씻어내야 하고, 이를 통상 기대할 수 있으며(木川統一郎 “民事訴訟法重要問題講義(上)” [1992]), ③ 취소권 행사를 인정한다면, 보다 중대한 하자인 당연히 무효의 사유가 차단되는 것과 균형을 잃는 것도 근거로 제시된다.

88) 中野貞一郎 “形成權の行使と請求異議の訴”, 『強制執行・破産の研究』, 有斐閣, 1971, 36, 44頁.

89) 나아가 ① 기판력은 변론종결 당시에 청구권이 존재하는 것을 확정하는 것일 뿐, 장래에 형성권의 행사 등에 의해 그것이 소멸할 가능성이 없다는 것까지 확정하는 것은 아니고, ② 통설이 채무자가 강제집행의 발목을 잡아서 안 된다는 정책적 고려에 중점을 두고 있다면, 형성권의 존재를 채무자가 변론종결까지 확실히 알고 있었는지 여부에 따라 구별할 필요가 있는데, 당사자의 주관적 상태에 의해 기판력의 효과를 달리하는 것은 객관적 명확성이 결여되어 기판력 제도의 취지와 맞지 않다고 논박하며, ③ 무효와 취소의 구분은 이를 권리자의 의사에 맡기는 것이 타당하기 때문이며, 법이 이를 가벼운 하자로 보고 보호를 얹게 한 것은 아니고, ④ 민법은 법률행위의 취소권에 대해 제척기간을 법으로 정하고 있는데, 통설은 이를 무시해 버린다고 한다. ⑤ 무엇보다도, 이 문제는 기판력의 표준시보다는, 실제법 혹은 신의칙에 의해 후소에서 주장을 배제하는 처리가 바람직하

라 우리나라의 상계권비실권설과 유사한 ‘가네꼬(兼子)설’은 통설의 지위를 잃고, 그 후 논의는 다양하게 나뉘어 형성권 일반에 대해 표준시 후의 행사를 인정하지 않는 설(소극설)과 이를 인정하는 설(적극설) 및 양자를 절충하여 다양한 기준을 제시하는 견해(절충설) 등 다양한 전개를 보이고 있다.

2. 일본에서의 새로운 논의상황

이하에서는 우리나라나 독일에서의 논의와 중복되는 적극설(비실권설)과 소극설(실권설)⁹¹⁾은 논외로 하고, 새롭게 주장되는 절충설을 살펴본다.

(1) 행위책임 위반에 대한 제재에 근거한 논의

일본에서는 기판력의 정당화 근거를 당사자에 대한 절차보장과 이에 따른 자기책임에서 구하는 입장이 유력하다.⁹²⁾ 표준시까지 형성권을 행사했어야 한다는 행위규범을 정립하고, 그 위반에 대한 제재로 실권효를 구성하고, 전소에서 형성권을 행사하지 않은 것에 대하여 책임을 물을 수 없는 경우에는 차단효를 부정한다는 것이다.

1) 신도(新堂)설은, 표준시까지 그 쟁점에 대해 주장할 수 있는 방어방법을 다하여야 할 의무(행위규범으로서의 제출의무)를 당사자에게 부과하는 것이 공평하므로, 취소나 해제의 표준시 후의 행사는 기판력으로 배제되는 것으로 한다.⁹³⁾

2) 한편, 우에다(上田)설은, 후소에서 주장의 차단을 문제되는 형

다고 한다(中野貞一郎, “既判力の標準時”, 『民事訴訟法の論点 I』, 判例タイムズ社, 1994, 247~258頁).

90) 中野설의 확설상 의의에 대하여는, 新堂幸司, “提出責任效論の評価”, 訴訟物と争点效(下), 有斐閣, 1991, 263頁.

91) 坂原正夫, “既判力の標準時後の取消権の行使について”, 『民事訴訟雑誌』 52卷, 日本民事訴訟法学会, 2006, 17頁.

92) 高橋宏志, 重点講義 民事訴訟法(上)[第2版補訂版], 有斐閣, 2013, 590頁.

93) 新堂幸司, 新民事訴訟法[第六版], 弘文堂, 2019, 726頁. 정당한 결착기대쟁점 등에 의한 차단효론이라고도 한다. 어느 일방이 소를 제기한 이상 당사자는 전소에서 결착(決着)을 보아야 한다는 것이다.

성권자의 실체법상 인정된 법적 지위가 과연 그 사항에 대해 전소 기준 이전에 주장·입증을 다해 두었어야 하는 지위인가(제출책임)를 기준으로 해야 한다고 논한다.⁹⁴⁾ 이는 전소에서 권리변동의 원인이 있었으면 그것만으로 기관력에 의해 차단되는 것이 원칙이며, 실체법상 해당 권리의 행사가 강하게 보장될 때만 제출책임이 부정된다는 취지로 이해된다.⁹⁵⁾⁹⁶⁾

3) 코노(河野)설은, 기관력에 의한 차단효의 근거를 당사자의 소송절차에 있어서의 일련의 행위에 근거한 자기책임에서 구한다. 특히 형성권은 실체법상으로만 행사책임이 발생하는 것이 아니고 소송절차에서도 일정한 형성권 행사책임이 발생한다고 보아, 당사자가 자기의 권리의 행사나 방어를 주장해야 할 기회에 이를 하지 않은 경우에는 그 권능이 실효한다는 논리에 의하여 기관력에 의한 형성권의 배제를 정당화한다.⁹⁷⁾

4) 이케다(池田)설도 위 코노(河野)설과 마찬가지로 형성권의 행사책임이라는 것을 상정한 다음, 개별 형성권의 실체적 특성을 바탕으로 이를 기준화하여, 당사자로 하여금 형성권의 차단을 예측할 수 있도록 하는 「요건 프로그램」을 정립함으로써 새로운 규율을 모색한다.⁹⁸⁾

(2) 소송물의 내용을 근거로 한 법리

소송물의 내용에는 「변론종결 후의 권리변동을 이유로 주문의 판단 내용을 부정하는 주장을 배제하는 것」도 포함되어 있다고 보면, 종래의 기관력이론을 유지하면서도 그 시적 범위보다는 객관적 범위를 근거로 형성권의 차단을 정당화하는 논리구성이 가능하다고 한다.⁹⁹⁾

94) 上田徹一郎 “遮断効と提出責任”, 判決効の範圍: 範圍決定の構造と構成, 有斐閣, 1985, 235頁.

95) 越山和広, 앞의 논문(주 26), 122면.

96) 上田徹一郎, 앞의 논문, 235면: (a) 당사자권 즉 추상적 절차보장 요구의 충족을 조건으로 기관력의 법적안정 요구나 승소당사자 지위의 안정요구와 (b) 형성권자의 실체법상 인정된 법적 지위에 어울리는 소송상의 처우 실현인 실체관계적 절차보장요구라는 양자의 조화점으로서의 제출책임의 유무에 따라야 한다.

97) 河野正憲, “形成權の機能と形成權行使責任”, 当事者行為の法的構造, 弘文堂, 1988, 142頁.

98) 池田辰夫, “形成權遮断と既判力”, 新世代の民事裁判, 信山社, 1996, 171頁.

99) 坂田宏, “既判力の時的限界の意義”, 鈴木正裕 先生古稀祝賀論文集·民事訴訟法の史的展開, 有斐閣, 2002, 665頁.

즉, 전소의 변론종결 시 소송물인 청구권의 존재를 부정하는 하자에 그치지 않고, 장래에 그 청구권의 존재를 부정하는 하자의 부존재까지도 주문판단에 포함되고 기판력이 미친다고 보면, 인용판결 확정 후 후소에서 사기의 의사표시를 이유로 취소권을 행사한다는 주장은 기판력의 객관적 범위에 저촉되어 차단된다는 것이다.

(3) 전소판결과 모순되는 주장은 배제된다는 견해

전소의 판결내용과 모순된 주장이 되기 때문에 기판력의 차단효로 배제된다고 보고, 형성권의 소급효라는 실체법상 효과를 근거로 형성권 행사의 차단을 논의하는 것이 이토(伊藤)설이다.¹⁰⁰⁾ 이에 따르면, 먼저 ① 형성권 행사에 근거한 법률효과로 주장되는 것이 표준시에 있어서의 권리관계에 대한 판단과 모순·저촉되는지를 따져보고, ② 형성권 행사의 효과가 기판력과 모순·저촉되고, 그 요건사실의 일부가 표준시 후의 것이더라도 다른 일부가 표준시 이전의 것이라면, 후자의 주장은 기판력에 의하여 차단되기 때문에 결국 형성권 행사의 효과를 주장하는 것은 허용되지 않는다고 본다.¹⁰¹⁾

한편, 기판력의 차단효로 배제되는 주장인지 여부는 표준시까지 주장·제출했어야 했는지 여부가 아니라, 표준시의 주문판단에서 확정된 법률관계에 반하는 법률관계인지 아닌지로 결정되어야 하고, 기판력에 의한 형성권 행사의 배제는 (소송법)이론으로는 곤란한 점이 많기 때문에, 오히려 실체법의 해석문제로서 행사 허부를 검토하여야 한다는 카나미(加波)설도 이와 비슷한 취지로 이해된다.¹⁰²⁾

100) 伊藤真, 『民事訴訟法[第7版]』, 有斐閣, 2020, 544면; 같은 결론을 ‘판결확정의 효과인 불가정성’으로부터 도출하는 견해로는, 岡庭幹司, “既判力の時的限界という法的視座への疑問”, 青山善充先生古稀記念 民事手続法学の新たる地平, 有斐閣, 2009, 45頁.

101) 伊藤真, 앞의 책, 544~545면. 이 두 가지 기준에 따라 생각하면 유력설이 주장하는 기대가능성이라는 다의적인 기준에 의한 문제해결을 도모할 필요가 없다고 한다.

102) 加波真一, “既判力の時的限界について”, 現代民事手続の法理・上野泰男先生古稀祝賀論文集, 弘文堂, 2017, 349~351면. 다만, 형성권의 소급효를 근거로 하는 이론구성은 충분한 논거가 될 수 없다고 보는 점에서, 伊藤설과는 다소 차이가 있다.

(4) 개별 형성권별로 판단하는 견해

개별 형성권별로 분류하거나 나누어보는 견해도 있다. 다만 최근에는 어느 견해도 각 형성권별로 차단 여부를 논증하고 있어, 이러한 접근법은 이 견해에만 국한된 것은 아니다.

1) 먼저 야마모토(山本)설은, 형성원인을 1회적 사실형(사기에 의한 취소, 건물매수청구권 등), 반복사실형(계속적 임료연체에 의한 해제 등) 및 상태형(상계적상에 따른 상계 등)으로 구분하여, 첫 번째 유형인 1회적 사실형은 표준시 전의 사유로서 다른 방어방법과 다르지 않으므로 차단되지만, 나머지 2가지 유형은 계속적 사실관계 중 일부를 표준시 후의 사실이나 상태로 볼 수 있으므로, 이를 근거로 하는 한, 그 행사가 차단되지 아니하고 후소에서 행사가 가능하다고 보는 견해이다.¹⁰³⁾

2) 다음으로, 마츠모토(松本)설은, 전소절차에서의 소송촉진의무에 따라 형성권에 대한 기판력에 의한 실권이 요청된다면, 어떠한 이론적 근거에 의하여야 하고 그 범위는 어떠한지의 문제에 대해 개별의 형성권마다 검토해야 한다고 본다.¹⁰⁴⁾

구체적으로는, 실체법상 권리도 소송상 행사되는 경우에는 소송상 사정에 따라 적절히 취급되어야 한다고 본다. 그러므로 형성권별로 그 내용, 존재 이유 및 소송 상황에 따른 개별적 평가에 따라, 실체법적으로는 표준시 후의 사유로서 기판력은 미치지 않더라도, 소송법적으로는 기판력이 미치는 것으로 평가하여 기판력의 차단효에 의한 배제를 인정하여야 한다는 것이다.¹⁰⁵⁾¹⁰⁶⁾

103) 山本和彦, “既判力の時的限界”, 民事訴訟法の基本問題, 判例タイムズ社, 2002, 196頁; 반면 형성원인이 표준시 전후에 걸쳐있는 경우에는 그 행사가 차단된다고 보는 것은, 伊藤真, 앞의 책, 544~545면.

104) 松本博之, “既判力の標準時後の形成權行使について”, 「民事手続法研究」 1号 65頁.

105) 松本博之, 既判力理論の再検討, 信山社, 2006, 176頁.

106) 형성권별로 검토하나, 결국 형성권 행사에 행위책임을 부과하는 것과 같은 결과가 된다(加波真一, 앞의 논문, 344~345면). 소송촉진의무로부터 실권효를 도출하기 때문이다.

3. 일본최고재판소의 판례

현재 일본최고재판소는 상계권과 건물매수청구권에 대하여는 표준시 후의 행사를 인정하는 반면, 나머지 취소권, 해제권, 백지어음보충권의 행사는 차단하고 있어 우리 대법원과 거의 동일하다.

취소권의 경우 과거 대심원은 기판력의 차단효를 부정하였지만,¹⁰⁷⁾ 현재는 취소권을 행사하여 전소판결로 확정된 법률관계를 다투는 것은 기판력에 저촉되어 차단된다고 본다.¹⁰⁸⁾ 해제권의 경우에도 행사가 차단된다.¹⁰⁹⁾ 또한 백지어음보충권에 대하여도 어음소지인에 대한 행사의 기대가 능성이나 상대방의 이중응소의 부담 등을 이유로 기판력의 차단효를 긍정한다.¹¹⁰⁾

반면 상계권의 경우, 상계의 효력이 생기는 것은 상계적상 시가 아니고 상계의 의사표시를 한 시점이기 때문에, 상계가 인정되어도 확정판결의 효력이 무시되는 것은 아니므로 기준시 후의 상계 주장은 기판력에 의하여 차단되지 않는다고 한다.¹¹¹⁾ 변론종결 후 건물매수청구권을 행사하는 것도 기판력에 의하여 차단되지 않는다. 건물매수청구권은 기판력에 의하여 확정된 건물철거 및 토지인도청구권에 내재된 하자에 기한 것이 아니고, 임차인이 전소에서 이를 행사하지 않았더라도 건물매수청구권이 실체법으로나 소송법상으로도 소멸하지 않는 것을 그 이유로 한다.¹¹²⁾

107) 과거 일본대심원은 취소원인의 발생이 아닌 취소권 행사 여부를 기준으로 하여 이를 표준시 후의 사유로 보았다(大判明治42・5・28民錄15輯528頁, 大判大正14・3・20民集4卷141頁, 大判昭和8・9・29民集12卷2408頁).

108) 最判昭和36・12・12民集15卷11号2778頁(전소에서 행사되지 않은 서면에 의하지 않은 증여의 취소권은 기판력의 효과로서 후소에서 행사할 수 없다고 판시함), 最判昭和55・10・23民集34卷5号747頁(사기에 의한 취소를 주장하여 전소판결의 효력을 다퉴 수 없음).

109) 最判昭和54・4・17判時931号62頁, 이 판결에 대한 평석으로는, 上野泰男, “判例批評”, 「名城法学」 29卷3号(1980) 59頁.

110) 最判昭和57・3・30民集36卷3号501頁.

111) 大連判明治43・11・26民錄16輯764頁, 最判昭和40・4・2民集19卷3号539頁.

112) 最判平成7・12・15民集49卷10号3051頁. 본 판결이 등장하기 전에는 하급심은 적극 설, 소극설, 절충설(신의칙을 이유로 제한)이 각각 존재하였다.

4. 일본으로부터의 시사점

(1) 제출책임효에 대한 비판

위 일본의 학설 중 제출책임효설로 대표되는 행위책임에 의한 제재설이 최근의 유력설로 평가된다. 나름대로 합리적인 근거를 제시하고 구체적 타당성을 확보하려고 한 것으로 이해된다.

그러나 기판력을 실효적으로 보호하기 위해서 독일, 우리나라 등 대륙법계 국가는 과실, 해태 또는 의무에 반하는 소송행위에 대한 제재나 ‘실효(Verwirkung)’가 아니라, 엄격하고도 객관적인 ‘차단(Präklusions)’에 의해 실권효가 발생하는 것으로 하였다. 이 점에 있어서 대륙법계의 기판력이론은 ‘금반언(estoppel)’을 특징으로 하는 영미법의 배제효(preclusion) 법리와 본질적으로 다르다.¹¹³⁾¹¹⁴⁾ 이에 따라 소송자료를 제출하지 않은 것이나 이를 알지 못한 것에 과실이 있는지 여부를 불문하고 차단된다는 것이 우리나라의 통설·판례의 입장으로,¹¹⁵⁾ 제출책임효론은 우리 소송법과는 체계정합적이지 않다는 비판을 면하기 어렵다.

무엇보다도 실권효의 근거를 당사자의 행위의무에서 구하면 형성권자의 주관적 사정을 고려하여 의무 위반 여부를 결정하여 획일적 판단이 어려워지므로, 결국 기판력이 가진 목적이자 기능인 법적안정성에도 반한다.¹¹⁶⁾

(2) 소송물의 내용의 재구성

113) Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., Rn. 55; Gaul, FS Henckel, 1995, S. 254 ff.,

114) 우리의 기판력에 가까운 좁은 의미의 res judicata와 부수적 금반언(collateral estoppel) 등이 최근에는 각각 ‘청구배제효(claim estoppel)’와 ‘쟁점배제효(issue preclusion)’로 불리고 있는 점 및 그 상계에 관하여는, 정영환, “미국민사소송법상의 판결의 효력(I) -좁은 의미의 Res Judicata를 중심으로-”, 「안암법학」, 제33권(2010); 그 밖에 유사한 개념으로서 사법적 금반언(judicial estoppel) 및 미국에서의 항변배제효, Kessler 법리에 관하여는, 정상민, “미국 특허소송에 있어서 판결의 효력 —기판력 및 Kessler 법리에 관한 연방특허항소법원의 판결을 중심으로—”, 지식재산연구 제15권 제4호, 한국지식재산연구원(2020. 12.).

115) 대법원 1980. 5. 13. 선고 80다473 판결.

116) 越山和広, 앞의 논문(주 26), 132면.

동 견해는 소송물의 내용 자체가 ‘기판력 있는 판단에 대하여 장래 다투는 것을 배제하는 내용’까지 포함하는 것이라고 구성하나, 일단 전소원고가 그러한 내용으로 청구한 것으로 특정하거나 확대해석하는 것은 처분권주의를 위반할 소지가 크다. 표준시에 있어서의 소송물인 권리관계와의 관계에서는 그 소멸 등을 초래하는 원인의 사후적인 주장이 허용되지 않는다고 보는 것은 당사자의 청구를 넘어서는 것이기 때문이다.

무엇보다도 이는 실질적으로 종래 기판력의 시적 범위로 논의되어 오던 실권효 문제를 기판력의 객관적 범위로 치환한 것인바, 이러한 관점에서 실권효를 논의하면, 장래의 하자, 취소의 주장은 전소에서 문제된 ‘생활사실관계’로서 기판력이 발생한 소송물이라고 보는 등으로 더욱 불명확한 개념을 도입한다는 점¹¹⁷⁾에서 이를 받아들이기 어렵다.¹¹⁸⁾

(3) 소송촉진의무와 기판력의 실권효

이는 독일에서 발전되어 일본, 우리나라에 차례로 영향을 준 논의이므로 이를 중심으로 살펴본다.

독일에서는 1976년 간소화개정법률(Vereinfachungsnovelle)로 적시제출주의(§282 ZPO)를 채택하고 제296조 제2항(실기한 공격·방어방법의 각하), 제531조 제2항(각하된 공격·방어방법 및 새로운 공격·방어방법) 등 법규정과 절차집중주의(Konzentrationsgrundsatz)라는 절차원칙에 근거하여 ‘소송촉진의무(Prozessförderungspflicht)’를 당사자의 의무로 삼는 것이 일반적이고 이는 민사소송법상 확고한 지위를 얻은 것으로 평가된다.¹¹⁹⁾

반면, 일본이 1996년 개정법률(日民訴 제156조)로, 우리도 2002년新民사소송법(제146조)으로, 각각 수시제출주의를 버리고 적시제출주의를 채택

117) A. Zeuner JR 2005, 69.

118) Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., Rn. 63.

119) Stein/Jonas/Leipold, a.a.O., §282, Rn. 1, 2; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., §81 Rn. 15; Jauernig/Hess, ZPR, 30. Aufl, 2011, §28 Rn. 12ff; 다만 소송촉진의무가 진정한 의미의 의무(Pflicht)인지, 불이행 시 소송상 불이익이 발생하는 책무(Last)에 지나지 않는가에 대한 논의로는, Gaul, Die Haftung aus dem Vollstreckungszugriff, ZZZ 110(1997) 3, 21 ff., Stein/Jonas/Leipold a.a.O., §282, Rn. 6ff.

하였으나,¹²⁰⁾ 나아가 소송촉진의무를 당사자의 의무로 정립하는 것에는 이르지 못하였다. 물론 여러 논의가 있으나,¹²¹⁾ 현재로서는 이를 소송제도의 핵심을 이루고 강력한 효력을 갖는 기관력의 차단효의 근거로 삼기에는 부족한 것으로 보인다.

그에 따라 독일에서의 논의 중 소송촉진의무를 언급하는 논의는, 기본적으로 적극설(비실권설)을 취하면서 일반 소송원칙인 소송촉진의무에 따라 합리적 제약을 도모하려는 것으로, 소송절차상 당연한 내용을 강조하거나 적극 활용하는 것이다. 반면, 松本설로 대표되는 일본에서의 논의는 소송촉진의무를 표준시 후의 형성권 행사를 무제한적으로 허용하는 것은 불균형이 있다고 보고 개별 형성권에 대한 검토가 필요하다는 논의를 전개함에 있어 이를 하나의 근거로 활용하는 것에 그치고, 일반론으로서 소송촉진의무 위반의 여부로 실권효의 발생여부를 논하는 것은 아니다.¹²²⁾

그렇다면 적시제출주의에 따른 (기관력의 실권효가 아닌 일반) 실권효가 적극 활용되지 않고, 소송촉진의무가 당사자의 의무로까지 확립되지 아니한 우리나라에서는, 일본과 마찬가지로, 이는 적극 활용하기는 어려운 법리라고 생각된다.

(4) 전소판결과의 모순 여부의 규준성

형성권 행사의 소급효가 표준시에 있어서의 권리관계와 모순되는지 여부를 기준으로 하는 견해는 개별 형성권마다 이를 다르게 이해한다. 즉 취소권의 경우 취소의 소급효는 판결로 확정된 권리관계가 표준시에 존재하지 않았던 것으로 하므로 기관력에 반한다고 보는 반면,¹²³⁾ 해제권과 상계

120) 정동윤·유병현·김경옥, 앞의 책, 340~341면.

121) 실권효 법리로부터 도출을 모색하는 논의를 소개하는 것으로는, 남동현, “기관력의 표준시에 관한 법률적 쟁점”, 「비교사법」 제16권 제1호, 한국비교사법학회, 2009. 3.

122) 소송촉진의무에 주목하는 松本설은 ‘예외적으로 차단하지 않는 장면을 합리적으로 설명하는 것’에 주된 목적 내지 실천적 의도가 있다는 지적으로는, 越山和広, 앞의 논문(주 26), 130~133면.

123) 伊藤真, 앞의 책, 545~548면. 취소권의 차단을 긍정한 일본최고재판소 판결(最判昭和55・10・23民集34卷5号747頁)이 판결이유에서 「위 취소권을 행사하여 위 매매계약에 의하여 이전된 소유권의 존부를 다투는 것은 허용되지 않는 것으로 해석된다」

권은 표준시의 법률관계의 존재를 논리적 전제로 한 청산인 점에서 모순되지 않는다고 한다.¹²⁴⁾

이 견해에 따르면 소급효의 결과가 실질적으로 표준시에서의 소송물인 권리관계의 부정하는 결과가 되는지 여부가 관건이므로, 결국 차단효의 근거는 형성권이 가지는 실체법적 효과나 특성에서 도출된다. 무엇보다도 전 소라는 소송절차와 판결의 존재 및 기판력에 의해 확정된 법률관계가 취소의 의사표시의 소급효라는 실체적인 효과만으로 절차법적으로도 처음부터 없었던 것으로 볼 수 있을까. 결국 그것은 순수하게 실체법적인 해석이라는 지적이 타당하다.¹²⁵⁾

따라서 이 논의는 소송법 법리를 도외시하고 실체법의 논리를 그대로 소송법에서도 타당한 것으로 할 수 있는지의 문제로 귀결되고, 이에 대한 비판적 검토를 요한다.

V. 각 이론에 대한 검토

1. 실체법과 절차법의 긴장관계

앞서 살펴보았듯이, 본 주제는 실체법과 절차법이 교차되는 경계에 있는 문제이다. 근본적으로는 기존 청구권을 중심으로 하는 실체법이나 소송 체계에 그 법적성질이 다른 형성권을 규율함에 있어, 그 실체법적 특성과 소송절차의 원리를 조화롭게 해석하고 융화시켜야 할 문제이다.¹²⁶⁾ 그럼에도 이를 상충되는 것으로 보거나 어느 쪽을 우선시키면 이론적으로는 일관성이 있을지는 몰라도 극단적인 결론으로 귀결되는 경향이 있다.

고 한 것도 이 점을 고려한 것으로 보인다.

124) 伊藤真, 앞의 책, 544면.

125) 越山和広, 앞의 논문(주 26), 129면.

126) 김홍엽, 앞의 논문, 440면. 소송법상 고유한 절차법적 문제의 해결원리 내지 방식만으로 접근하는 데 한계가 있다고 한다.

(1) 실체법을 강조하는 견해의 문제점

형성권은 그 원인이 성립한 것만으로는 권리변동이 발생하지 않고 이를 행사하여야 비로소 그 효력이 발생한다는 실체법상 특성을 강조하고, 소송법이 실체법상 보장된 권리와 그 행사기간을 침해하여서는 안 된다고 보면, 형성권의 종류를 불문하고 기판력은 미치지 않는다고 보는 견해, 즉 적극설(비실권설)에 도달하기 쉽다.¹²⁷⁾

생각건대, 기판력 표준시 전의 것인지 후의 것인지만 따져본다면 형성권의 행사는 표준시 후의 것이기는 하다.¹²⁸⁾ 그러나 이 점만을 강조하면 당사자는 표준시의 권리관계의 존부를 다투기 위해 그 이전에 존재하였던 사실에 기한 공격·방어방법을 전부 제출하여야 하여야 하고 이를 제출하지 못한 경우에는 과실 여부를 불문하고 차단되어야 한다는 소송법의 요청이 완전히 몰각된다.¹²⁹⁾ 만약 변론종결 전에 이미 발생했던 취소권·해제권 등을 행사하지 않은 피고가 판결확정 후에 이를 행사하는 것을 전면 허용한다면, 이는 확정판결의 법적안정성을 크게 해치게 된다.¹³⁰⁾

또한 민법상 형성권의 행사기간은 그 행사를 절대적으로 보장하는 적극적인 것이 아니라 상대방이 제척기간의 도과를 주장하여 다툴 수 있다는 소극적 의미로, 그 행사가 소송상 허용되는지 여부를 좌우할 만한 절대적인 것이 아니라거나,¹³¹⁾ 적어도 상대방이 소송을 제기한 이상 그와 무관하게 계속 권리행사가 보장되는 기간으로 볼 수 없다는 반론도 타당하다.¹³²⁾

한편 형성권이 행사하여야만 효력이 발생한다는 이유로 이를 표준시 후의 사유로 보는 것은 형식적 논증(formalistisches Argument)이라는 비판이 논쟁의 초기부터 있었고,¹³³⁾ 그러한 논리대로라면 소급하여 효력이 발생

127) Brox/Walker, a.a.O., Rn 24(이의가 발생하는가 아닌가, 그리고 발생한다면 언제 발생하는가는 오로지 실체법에 의거하여야 하고, 적극설만이 실체법과 절차법의 문제를 혼동하지 않고 분리한다).

128) 전원열, 앞의 책, 508면.

129) 정동윤, 유병현, 김경욱, 앞의 책, 782면.

130) 전원열, 앞의 책 507~508면

131) 伊藤眞, 앞의 책, 546면.

132) 高橋宏志, 앞의 책, 615면.

하는 형성권의 경우 권리변동이 발생하는 시점을 기준으로서는 표준시 전의 사유라고 볼 수도 있다는 이론적 난점도 있다.¹³⁴⁾ 무엇보다도 기판력 표준시 후의 형성권의 행사가 가능한지, 즉, 후소 제기나 공격방어방법의 제출과 같은 소송법적 국면에서 오로지 실체법만을 강조하고 절차법적 요청을 도외시하는 것이 가장 근본적인 문제일 것이다.

(2) 절차법을 강조하는 견해의 문제점

반면 소송법의 요청에만 충실하여 전소에서 주장할 수 있는 모든 공격·방어방법은 제출되어야 하며, 특히 형성원인의 존재는 무효와 같은 권리장애사실과 소송상으로는 등가(等價)이므로 표준시 이후에는 차단되어야 한다고 보면, 상계권도 예외 없이 모든 형성권의 실권에 도달하는 것이 논리적으로는 자연스러운 귀결일 수도 있다. 이에 해당하는 것이 독일의 판례와 일본의 소극결과 같은 절대적실권설이다.¹³⁵⁾

그러나 이와 같이 소송절차의 원칙을 전면적으로 관철하려면, 형성권의 특수성은 하나의 도그마에 지나지 않는다고 하여 이를 부정하거나 적어도 기판력제도와 관계에서는 실체법의 특성은 제한될 수도 있다는 것을 논증하는 것이 필요하다.

그런데 첫 번째 난점은 형성권은 그것을 행사하는 의사표시가 없으면 효과가 생기지 않는데, 왜 소송에서는 이와 다른 규율이 타당하게 되는가라는 점이다. 다음으로, 통설·판례와 같이 상계권과 건물매수청구권 등에 대해서는 차단되지 않는다고 하는 것은 실체법이 주된 논거를 제공하고 있어, 이것을 소송법 이론가 완전히 대체할 수 있는지도 의문이다. 마지막으로 청

133) 상계에 관한 것이기는 하나, 형성권 개념을 정립한 Seckel도 이의사유가 상계의 의사표시에 의하여만 발생한다는 것은 형식주의적 논증에 불과하다고 생각했다(Seckel, a.a.O., Rn. 111).

134) 한편 ‘실체법상 이의(materiellrechtlichen Einwendungen)’라는 일반개념을 정립하고 이에 포함한다면, 형성권의 특수성은 더 이상 정당화될 수 없다는 지적으로는, Gaul, GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 138.

135) 坂原正夫, “既判力標準時後の相殺權行使について再論”, 「法学研究」 70卷 12号, 慶應義塾大学法政研究会, 1997. 12.: 이 견해는, 고전적인 기판력이론에 입각하여, 기판력의 목적·기능으로서의 법적안정성의 확보와 승소 결과의 유지라는 것을 주된 논거로 한다.

구이의의 소는 본래 ‘실체법상 사유’를 가지고 집행을 다투는 것이라는 점도 소송법 이론만에 의한 해결을 어렵게 한다.

(3) 실체법과 절차법의 조화로운 해석의 모색

기본적으로 소송법은 실체법을 존중하지 않으면 안 된다는 명제 자체는 정당하나,¹³⁶⁾ 문제는 그 명제를 개별 사안에 어떻게 적용해야 할 것인가이다. 생각건대, 본고의 주제에 있어서 결정적인 것은, 그 배후나 기저에 있는 소송법적 이익이다.¹³⁷⁾ 이 문제에 있어서, 실체법상 형성권의 특성도 존중하여야 하지만, 적어도 전소 소송절차가 있었고 그 판결이 확정되어 집행권원에 기한 집행이 착수된 시점이라면 기판력이론, 민사소송 및 집행제도의 이익도 고려하여야 한다.

실체법을 존중하더라도 민법상 행사할 수 있는 권리 등이 소송법 원리에 따라 실현할 가능성도 얼마든지 인정할 수 있다.¹³⁸⁾ 관건은 기판력의 시적 범위, 즉 실권효를 기본으로 하되, 구체적 타당성을 확보하기 위해 제반 사정을 고려함에 있어 실체법적 요소와 절차법적 요소를 어떤 방식으로 참작할 것인가의 문제로 생각된다.¹³⁹⁾

2. 형성권별 판단설의 검토

(1) 기존 논의에 대한 대안

이상의 이유로 실체법과 절차법 중 어느 하나를 지나치게 강조하고 모

136) 소송법 내지 소송절차는 어디까지나 실체법의 실현을 이념으로 하는 것으로, 그 실현과정에 있어서 실체법에의 개입은 소송상의 필요최소한도에 그쳐야 하는 것이 소송법의 이념이고, 소송법이 그 한도를 넘어 실체법에 간섭하여 실체적 이익을 잃게 하는 일이 있어서는 안 된다는 지적으로는, 石川 明, 既判力基準時後の相殺權の行使, 「法学研究」 87卷 12号, 慶應義塾大学法政研究会, 2014. 12., 122~123면.

137) 坂原正夫, 앞의 논문(주 91), 37면.

138) 越山和広, “標準時後の取消權の行使”, 「法学教室」 380号, 2012. 5., 127頁.

139) 高橋宏志, 앞의 책, 591면, 627면(취소권, 백지보충권은 차단되는데 상계권은 차단되지 않는다고 하는 것은, 실권 여부는 기판력이론만이 결정적인 것이 아니라는 것을 의미한다고 하고, 소송법상의 기판력이론의 틀 안에서 각각의 형성권의 실체법적 성격을 어떻게 생각하는지의 相關的 考量에 의한 것이라고 본다).

든 형성권에 일괄적용하는 실권설과 비실권설은 채용하기 어렵다. 앞서 살펴보았듯이 형성권은 하나의 법적개념에 불과하고 그에 포함된 모든 권리를 명확하게 일반화하기는 어렵기 때문에 더욱 그러하다.

다음으로 양자를 절충하고 제반 사정을 종합적으로 판단하는 것이 적당한 해결이 될지도 모른다. 그러나 독일과 일본 등에서 주장된 다양한 절충설은 기준의 불명확성이라는 비판에서 자유롭지 못하였고, 구별기준이 세분화되거나 예외로 인정하는 범위가 넓어짐에 따라 결국 형성권별로 검토를 하는 단계에 이르고 있다.

그렇다면, 형성권별로 판단하여 실권 여부를 따져보는 것이 합리적 대안이 될 수 있는지 검토해 볼 필요가 있다. 이에 대하여는 확일적 판단이 중시되는 기판력 이론에 부합하지 않는다는 비판이 있을 수 있지만, 개별 사건별로 취급을 달리하는 것이 아니라, 형성권의 각 종류별로 취급을 달리하는 정도로는 확일적 판단을 크게 깨뜨린다고 보기는 어렵다.¹⁴⁰⁾

(2) 형성권별 판단설의 구체적 내용

형성권별 판단설은, ① 형성권이 전소에서 당연히 행사될 것으로 기대할 수 있는 것인지 여부, 그리고 ② 전소의 쟁점이 된 법률관계에 내재된 하자에 따른 형성권인지 아니면 별도의 권리인지 여부에 따라 결론을 내려야 한다고 하고, ‘전소에서 당연히 행사되었어야 하는지 여부’는, 그 형성권의 근거 법률의 취지를 감안하고, 형성권의 효과 및 당사자 사이의 이해관계를 파악해서 결정해야 한다는 입장이다.¹⁴¹⁾

이 중 전소의 소송물에 부착된 내지 내재된 하자인지 여부는 일본최고재판소 판결이 자주 사용하는 판단기준으로서 이는 소송법적 발상이라고 볼 수 있다.¹⁴²⁾ 한편 근거법률의 취지, 효과 및 당사자 사이의 이해관계를 파악하는 것은 형성권이 갖는 실체법상 특성 등 실체법적 요소를 보조적으

140) 전원열, 앞의 책, 508~509면; 반면, 실권설(소극설)의 입장에 서서, ‘형성권마다 취급을 다르게 하는 것이 명확한 기준이라고 고찰하는 것은 착각’이라고 비판하는 견해로는, 坂原正夫, 앞의 논문(주 135), 82~83면.

141) 전원열, 앞의 책, 508면.

142) 坂原正夫, 앞의 논문(주 135), 82~83면.

로 참작하여야 한다는 취지로 이해된다. 다만, 형성권이 전소에서 당연히 행사될 것으로 기대할 수 있는 것인지 여부에 대하여는 권리자의 지·부지나 행위책임 등 주관적 사정을 말하는 것인지 아니면 어떠한 객관적인 기대가능성을 말하는 것인지는 다소 불명확하다.

(3) 형성권별 판단설의 판단기준 보완

이에 기판력의 시적 범위에 있어서 ‘전소에서 형성권을 행사할 수 있었는지 여부’의 구체적 내용과 판단기준을 아래와 같이 보충해보고자 한다.

먼저 ‘전소에서 이를 행사하는 것이 기대되었는지 여부’는 절차법을 중심으로 소송상 행사의 ‘객관적 가능성(objektive Möglichkeit)’을 기준으로 함이 바람직하다. 즉 형성권의 성질, 행사가능성 등을 실체법상 요건, 효과를 중심으로 따져보는 것이 아니라 소송의 국면에서의 특성을 고려하여 획일적으로 실권여부를 판단하자는 것이다. 예를 들어 상계권의 경우 상계적상만으로는 상계의 효과가 발생하지 않고 상계의 의사표시가 있어야만 비로소 상계적상시로 소급하여 그 효력이 발생한다는 등의 실체법적 특성을 기준으로 하는 것이 아니라, 그 소송상 특성, 즉 상계항변은 예비적 상계로 주장되는 경우가 많고, 출혈적 항변이므로 그 심리판단의 순서가 항변 중 가장 후순위이며, 전소의 소송물과 관련성이 없다면 이를 반소로 제기할 수 없다는 점 등¹⁴³⁾을 고려하여 획일적·객관적으로 행사의 기대가능성을 판단하자는 것이다.

나아가 ‘절차법상 그 행사를 유보할 합리적 필요가 있었는지 여부’ 또한 하나의 기준이 될 수 있다. 그렇게 되면 권리자가 전소의 변론종결 전에 형성원인의 존재 등을 알고 있었더라도 반드시 실권되는 것이 아니다. 예를 들어, 피고가 반대채권의 존재와 상계적상의 성립을 변론종결 전에 알고 있었더라도 원고의 소구채권과 특별히 상호관련성이 없다면 그 행사를 유보할 수 있는 점, 원고로부터 건물철거 및 토지인도를 청구 받은 피고로서는 청구기각을 적극 다투거나 다른 항변을 주장할 뿐, 굳이 건물매수청구권을 주장하지 않거나 그 행사를 강제할 수도 없는 점 등이 그러하다.

143) 상계항변의 절차법적 특성의 상세에 관하여는, 정상민, “상계의 항변과 중복된 소제기의 금지”, 「법조」 제70권 제6호, 법조협회(2021. 12.), 41~43면.

3. 통설·판례와의 비교

이러한 접근법에 따른 결과는 현재의 통설, 판례의 결과와 크게 다르지 않을 수 있다. 소송법적 요청에 따라 취소권·해제권 등 형성권 일반에 대하여는 실권설을 취하되, 상계권과 건물매수청구권 그 밖에 특별한 보호를 요하는 형성권만 예외적으로 실권되지 않은 것으로 하면, 통설인 ‘상계권 비실권설’과 대체로 결론이 같기 때문이다.

그러나, 형성권은 아직도 형성 중인 열린 개념으로서, 독일의 소비자보호법상 철회권 등과 같이 향후 사회적 약자 보호를 위해 개별법·특별법 등에서 특별히 철회권이나 해지권을 부여할 가능성이 높고, 이러한 권리들은 형성권으로서 상계권과 비슷하게 전소의 판결확정 여부와 무관하게 그 표준시 이후에도 권리를 행사할 수 있는 특별한 권리로 입법되거나 해석될 소지가 높다. 그런데 이러한 특별한 권리들은 반드시 전소에서 행사할 것이 객관적으로 기대되거나 예정된 것이 아닐 수도 있다. 한편 입법 목적이나 권리의 성립 요건, 행사 방법 등이 각각 다른 여러 형성권들을 기존 논의대로 ‘상계권 등’으로 포섭하는 것이 점점 부적절해 질 수도 있을 것이다. 이러한 점 등을 고려하면, 앞으로는 형성권별로 실권 여부를 고찰해보는 접근법이 더욱 유의미해질 것으로 생각된다.

이하에서는 이러한 접근법이 합리적인 결론을 도출하는 하나의 도구로서 자리매김할 수 있는지를 개별 형성권별로 논증해 보기로 한다.

Ⅵ. 개별 형성권별 검토

1. 취소권

(1) 논의의 상황

우리나라의 통설은 법률행위의 무효사유도 기판력에 의하여 차단되는데,¹⁴⁴⁾ 그보다 효력이 약한 취소사유가 차단되지 않는다고 하면 균형에 맞

지 않는 점을 들어, 차단적 효력이 미친다고 풀이한다.¹⁴⁵⁾ 반면, 실권설은 ① 무효는 처음부터 효력이 없다는 점에서 취소와 다르고, ② 무효사유를 법원이 고려하지 않는 경우는 거의 존재하지 않는다고 보아 위와 같은 통설의 논거가 부당하다고 반박하는 점은 앞서, II. 1. (1)에서 본 바와 같다.¹⁴⁶⁾

일본의 다수설도 무효의 주장이 차단되는 것과의 균형을 고려해야 한다고 논하는데, 하자의 경중이 아니라 그 행사권한을 표의자에게만 맡길지 여부에 따라 무효와 취소를 구분하였다는 반론이 있다.¹⁴⁷⁾ 나아가 반대설은 실체법상 행사기간 중에는 행사가 보장되어야 하고, 그 행사에 의하여 취소의 효과가 생기는 점¹⁴⁸⁾ 및 취소권 행사가 없었음에도 기판력으로 이를 차단하는 것은 소송법 본래의 기능을 넘는 것¹⁴⁹⁾도 근거로 한다.

한편 전소판결과 모순·저촉되는지 여부를 기준으로 하는 견해에 따르면, 취소의 소급효로 표준시에 확정된 권리관계가 존재하지 않는 것이 되므로 취소권의 행사는 기판력에 반한다고 본다.¹⁵⁰⁾

(2) 검토

생각건대, 취소권은 실권되는 것이 타당하다. 일반적으로 취소권은 사기·강박에 의한 취소와 같이 소송물 자체에 내재하거나 부착된 하자이자,

144) 대법원 1982. 12. 14. 선고 82다카148 판결(말소등기청구권의 발생원인은 당해 등기원인의 무효에 국한되므로 전소의 변론종결 전까지 주장할 수 있었던 무권대리행위, 불공정한 불법행위, 통모허위표시에 의한 매매무효 등은 공격방어방법에 불과하여 후소에서 주장하여 전소 확정판결의 내용을 다룰 수 없다).

145) 정동윤·유병현·김경옥, 앞의 책, 796면.

146) 호문혁, 앞의 책, 770~771면.

147) 中野貞一郎, 앞의 논문(주 89), 257면.

148) 中野貞一郎, 앞의 논문(주 89), 256면: 다만 이를 주장하는 논자 본인도 원고가 취소권자인 경우 취소원인이 있는 의사표시를 포함한 계약상의 권리를 주장하고 있다면, 이행의 청구에 의한 법정추인(日民 125 II)을 인정해도 되고, 또한 피고가 취소권자인 경우에도, 행위능력의 제한에 의한 취소의 경우라면, 상대방의 소재기에 취소권행사의 최고를 인정할 수 있고, 그 밖의 경우에도 추인을 인정할 여지가 있기 때문에, 실체법상 행사기간이 제한될 수 있음을 인정한다.

149) 石川明, 앞의 논문, 117면. 취소권에 대해 소극설을 취하는 것은 소송법(학)의 실체법(학)에 대한 허용될 수 없는 영역침범이라고 한다.

150) 伊藤真, 앞의 책, 545~546면.

원고의 청구원인과 동일한 사실관계에서 발생한 공격·방어방법으로 전소와 매우 밀접한 관계에 있는 항변이기 때문이다.¹⁵¹⁾

다만 이는 실체법상 무효와 취소가 유사하다거나¹⁵²⁾ 실체법의 취지나 입법목적을 고려한 것¹⁵³⁾이라기보다는, 원고청구의 기초가 되는 법률관계를 복명시키기 위해 당연히 주장되어야 할 항변이라는 취지에서 그러하다. 또한 취소원인이 존재하고 따라서 취소권이 발생하였다는 사실은 소송절차에 성실히 임한 피고로서는 대부분 이를 인지할 수 있어 그 행사가 객관적으로 기대될 수 있다. 즉 실체법적 특성보다는 소송법상의 객관적 특성과 기대가능성에 기인한다. 또한 형성권의 행사를 사후에 유보하여야 할 합리적인 필요는 인정되지 않으므로¹⁵⁴⁾ 분쟁의 일회적 해결, 신의성실의 원칙 등 민사소송의 이상에 비추어 보아도 실권되는 것이 옳다고 생각된다.

2. 해제권

(1) 견해의 대립

해제권에 대해서도 학설이 나뉘나, 법정해제권이든 약정해제권이든, 변론종결 전까지 이를 행사할 수 있었다면, 다른 방어방법과 마찬가지로 기판력에 의해 차단되고 나중에 해제권을 행사하여 확정판결의 내용을 다룰 수 없다고 보는 것이 우리나라와 일본의 통설 및 판례이다.

이에 대해 해제권을 둘러싼 법률관계를 상세히 검토하여, 먼저 ① 이행

151) 小松良正, “基準時後の形成権行使に関する一考察 -取消権と相殺権を中心として-”, 『駒沢法曹』 제7호(2011), 37頁.

152) 일본민법(2017년 개정, 2020년 시행)은 120년만에 착오의 의사표시의 효과를 무효에서 취소로 변경하였다(日民 95조). 그 상세에 관하여는 서희석, “일본 착오법의 현대화 - 일본 개정민법(2017)상 착오규정의 검토-”, 『법학연구』 제62권 제3호, 부산대학교 법학연구소(2021. 8.), 193~194면.

153) 그 권리의 발생·소멸의 원인인 사실을 주장·입증해야 할 소송이 개시된 때는, 만일 취소권을 행사할 의가 있다면, 그 소송계속 중에 행사하고, 그 효과를 주장하기 위해, 나중에 행사하여 그 효과를 주장하는 것은 차단되더라도, 실체법의 취지에 반한다고는 말할 수 없다(条解民事訴訟法 554면[竹下守夫]).

154) 条解民事訴訟法 555면[竹下守夫].

불능, 정기행위의 이행지체 등 최고가 필요하지 않은 경우에는 해제권의 행사가 기대되나, 단순한 이행지체의 경우에는 상당한 기간을 정하여 최고하지 않으면 해제권은 발생하지 않았으므로, ‘해제원인’만으로는 이를 차단할 수 없고, ② 원고의 청구를 다투는 이상 해제권을 행사할 수밖에 없는 법적지위에 있으므로 피고의 해제권은 전소로 주장하지 아니한 경우에는 차단되나, 원고의 경우에는 계약상 본래 급부의 이행을 구하였다가 승소판결을 얻은 후의 사정으로 계약을 해제하고 다시 원상회복 내지 손해배상을 청구할 수 있어야 하며, ③ 판결에 의하여 비로소 급부가 이행불능인 것이 밝혀진 경우에도 표준시 후의 해제는 차단되지 않는다는 견해(이하 ‘上田설’)가 유력하다.¹⁵⁵⁾

한편 판결로 확정된 권리관계와 모순·저촉되는지 여부를 기준으로 실권효를 따져보는 견해는, 해제권은 표준시에 있어서 계약관계의 존재를 논리적 전제로 한 청산으로, 실체법상의 효과로서 소급적으로 소멸하는 것에 지나지 않기 때문에 기판력과 모순되지 않는다고 한다.¹⁵⁶⁾

(2) 검토

전소의 청구원인을 구성하는 계약의 해제권도 계약 자체에 부착된 하자에 기한 것이므로 표준시 후에는 행사할 수 없다고 보아야 한다.¹⁵⁷⁾ 피고로서는, 원고가 주장하는 권리를 다투는 이상 그 방어방법인 해제를 행사하여야 하고, 소의 제기는 해제권 행사의 최고(민법 제552조)에 상당한 것으로 볼 수 있다.¹⁵⁸⁾ 유력설(上田설)은, 원고의 경우를 예외로 하나, 표준시 후의 해제는 결국 전소의 소송물인 청구를 이유 있게 하는 공격방법을 나중에 제출하고 있을 뿐이다. 그렇다면 구두변론 종결 전에 이미 ① 채무불이행

155) 上田徹一郎, 앞의 논문, 255면 이하, 池田辰夫, 앞의 책, 197면도 같은 취지이다. 위와 같은 분석이 타당하다고 보면서도 그러한 경우가 실제로 발생하는 것은 상정하기 어려울 것이라는 견해로는, 高橋宏志, 앞의 책, 620면.

156) 伊藤真, 앞의 책, 546~547면.

157) 전원열, 앞의 책, 507면, 三木浩一, 民事訴訟法 제3판, 有斐閣, 2018, 466면; 반면 해제권이 차단되어야 한다는 점에는 동의하면서도 해제권은 전소의 소송물인 권리에 부착된 하자가 아니라고 보는 견해로는, 条解民事訴訟法 555면[竹下守夫].

158) 条解民事訴訟法 555면[竹下守夫].

상황이 있음에도 단지 최고를 하지 않았다는 이유로 해제원인만 있을 뿐 아직 해제권이 발생하지 않았다는 것은 실체법에 경도된 형식론으로 받아들이기 어렵고, ② 곧바로 최고하여 해제권이 성립시킴으로써 원고가 언제라도 행사할 수 있는 상태에 있었던 이상 -피고와의 공평에 비추어 보아도- 차단하는 것이 타당하다.

3. 백지어음보충권

(1) 견해의 대립

우리나라와 일본의 판례·통설은, 보충권자인 소지인에 대한 기대가능성이나 상대방의 이중용소의 부담 등을 이유로, 기판력의 차단효를 긍정한다.¹⁵⁹⁾

이에 대하여, ㉠ 전소에서 청구기각 판결을 받은 어음소지인이 그 후 백지보충권을 행사하여 다시 소를 제기하더라도 그 행사가 표준시 이후의 것인 이상 기판력에 의해 차단되지 않는다는 견해,¹⁶⁰⁾ ㉡ 발행일처럼 권리 내용에 별다른 영향이 없는 부분이 백지인 경우 법률상 권리행사가 불가능하다는 점은 일반인이 알기 어렵고, 요건 흠결을 이유로 한 청구기각은 실질적으로 소의 각하에 유사하므로 특단의 사정이 있는 경우 후소를 허용하여야 한다는 견해,¹⁶¹⁾ ㉢ 어음소지인이 원인관계상 채권이나 이득상환청구권 등 다른 구제수단을 갖지 않는 등 지나치게 가혹한 경우에는 예외적으로 보충권 행사를 허용할 것이라는 견해,¹⁶²⁾ ㉣ 한편 표준시 후에 보충권이 행

159) 김영학, “백지어음 소지인이 어음금청구소송에서 백지부분 미보충을 이유로 패소확정판결을 받은 후 백지부분을 보충하여 다시 동일한 어음금청구를 할 수 있는지 여부”, 대법원 판례해설 77호, 법원도서관, 2009. 7. 192~206면; 永井紀昭, “白地手形による手形金請求を棄却する判決の確定後に白地部分を補充して手形上の権利の存在を主張することの許否”, 民商法雑誌 89卷 2号(1983. 11.) 199頁.

160) 竹下守夫【判例批評】金商477号2頁, 5頁(1975), 吉野正三郎【判例解説】ジュリ792号(1983.), 129頁.

161) 高見 進, “白地手形による手形金請求を棄却する判決の既判力”, 判例時報 1061号(1983. 2.), 195頁

162) 前田重行, “白地未補充手形によつ敗訴判決と既判力”, 手形小切手判例百選 第5版(ジュリスト別冊 144호), 1997. 7.

사되어 그에 따라 어음금채권이 발생하였다는 주장은 어음금채권의 부존재라는 기판력 있는 판단과 전혀 모순되는 것이 아니라는 이유로 차단효를 문제로 할 여지가 없다고 하고, 피고의 이중응소의 부담은 크지 않거나 신의칙 등으로 제한하여 합리적으로 규율할 수 있다고 보는 견해¹⁶³⁾ 등이 있다.

(2) 검토

먼저 백지보충권이 형성권인지 여부를 보면, 통설은 이를 형성권이라고 보나,¹⁶⁴⁾ 형성권은 그 권리와 상대방 사이에서 효력을 발생하는 것이 원칙이나, 보충권은 권리와 이를 수여하는 자 사이에 아무런 법률효과가 발생하지 않거나 발생하더라도 주된 효과는 제3자와 보충권수여자 사이에 발생한다는 이유로 이는 형성권이 아니라 하나의 특수한 권한이라고 보는 견해도 유력하다.¹⁶⁵⁾ 여기서 상세히 논의할 수는 없으나, 일률적인 형성권 논의의 한계나 부정함을 보여주는 일례로 생각된다.

백지보충권의 경우, 그 행사는 어음금청구권의 발생요건에 관한 것으로, 백지어음의 소지인은 어음금청구소송의 변론종결시까지 보충권을 행사하지 않으면 승소할 수 없으므로, 해당 소송에서의 필연적인 공격방어방법이다. 특히 소지인이 (1심에서 패소하였더라도) 항소심의 구두변론종결시까지 간단히 백지어음을 보충할 수 있어 객관적으로 행사가 기대된다. 전소에서 백지보충권을 행사하지 않고, 나중에 이를 행사해 재차 후소를 제기하고 보충권 행사에 기한 주장을 하는 것을 허용해야 할 합리적인 이유는 보이지 않는다.¹⁶⁶⁾ 그렇다면 기판력 제도의 목적인 법적안정성과 피고의 이중응소의 부담 회피를 우선함이 옳다.

163) 伊藤真, 앞의 책, 550면(피고로서는, 백지요건이 보충되어 더 이상 어음금채권의 존재를 다룰 필요가 없다고 판단되면, 재소를 기다리지 않고 임의변제하거나, 청구를 인낙할 수도 있으므로 항상 이중응소를 강제당하는 것은 아니라고 한다).

164) 최준선, “형성권으로서의 주식매수청구권과 백지보충권에 관한 고찰”, 기업법연구 제23권 제1호, 한국기업법학회, 2009. 3. 22~26면.

165) 정동윤, 『어음·수표법』 제5판, 법문사(2004), 313면; 한편 백지어음보충권이 취소권 해제권과 같은 의미의 형성권인지 여부에 의문이 있다는 견해로는 条解民事訴訟法 557면[竹下守夫].

166) 永井紀昭, 앞의 논문, 211면.

4. 상계권

(1) 견해의 대립

상계권에 대한 특별한 취급을 거부하고 실권설을 주장하는 견해도 있으나,¹⁶⁷⁾ 대부분의 견해는 상계권은 차단되지 않는 것으로 본다.

상계권과 취소권을 비교하면 다음과 같은 차이가 분명하다. ① 반대채권의 존부는 소송물인 채권과는 독립된 것이지만, 취소원인은 소송물인 권리관계에 부착된 하자이다. ② 상계는 변제와 같이 채무의 소멸원인이지만, 취소는 변제와 같은 의미를 갖지 아니한다. 또한 상계는 자기의 채권을 희생하는 의미로, 상대방의 권리행사를 단순히 저지하는 형태로 사용되는 경우가 많은 취소권과는 다른 방어방법이다. ③ 상계권에는 담보적 기능이라는 독자적인 기능이 있다. 비록 상계권 행사를 차단하여도 반대채권 자체를 상실하는 것은 아니라는 반론이 제기되나, 여전히 상계의 담보적 기능이 경시되어서는 안 된다. 상계는 도산한 채권자나 시효가 완성된 채권에 대한 유일한 대항수단이며, 소급효에 의하여 이자채권도 전부 소멸하는 이점이 있기 때문이다.¹⁶⁸⁾

한편 伊藤설도 상계에 의한 채무소멸의 효과는 표준시의 수동채권의 존재를 전제로 상계적상의 시점으로 소급하여 발생하기 때문에, 표준시의 법률관계를 전제로 한 청산인 점에서 기판력과 모순되지 않는다고 한다.¹⁶⁹⁾

(2) 검토

통설은 상계의 담보적 기능 등 실체법적 특성과 관련된 논거를 주로 들고 있으나, 소송상 상계가 갖는 절차법적 특수성에 주목할 필요가 있다.

167) 坂原正夫, “既判力標準時後の相殺権行使について”, 慶応義塾創立一二五年記念論文集, 慶応義塾大学法政研究会, 1983, 241~251頁: ① 소송법적으로는 형성원인이 있는 것은 형성의 효과발생과 동일시되고, ② 소송에 있어서는 해당 소구채권을 소멸시키는 사유의 일체를 주장하는 것이 요구되며, ③ 원고가 얻은 승소라는 결과를 유지할 필요성이 있다는 점에서 상계권은 취소권과 마찬가지로 한다.

168) Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O., Rn. 67-70.

169) 伊藤真, 앞의 책, 547~548면.

소송상 상계는 보통 예비적 상계(Eventualaufrechnung)로 주장되는 경우가 많다.¹⁷⁰⁾ 상계는 상계권자 자신의 채권을 소멸시키는 자기희생적 권리행사라서 이를 전소에서 당연히 행사할 것으로 기대할 수 없다는 점, 상계권은 전소의 쟁점이 된 법률관계에 내재한 하자가 아니라 상계권자가 별도로 가지는 권리라는 점, 전소에서 행사를 강제하면 본래는 다른 소송물이 되어야 할 반대채권이 심리의 대상으로 되어 소송이 지연될 우려가 있는 반면, 우리 법제는 상계나 반소를 강제하고 있지 아니한 점, 따라서 만약 상계권자가 상계권을 행사하지 않고 자동채권의 이행을 구하는 소를 별도로 제기한다면 이를 허용해야 하므로 상계권 행사를 청구이의 사유로 삼는다면 이를 막을 이유가 없다는 점¹⁷²⁾ 등 소송상 상계의 절차법적 특성을 고려하면, 상계권자의 주관적 인식을 불문하고 그 행사를 유보할 수 있도록 하는 것이 타당하다.¹⁷³⁾

5. 건물매수청구권

(1) 견해의 대립

후소에서의 주장을 인정하는 적극설은 건물매수청구권은 기판력의 대상인 건물철거 및 토지인도청구권과는 별개의 독립한 권리이고, 소송물인 청구권 자체에 직접 부착하는 하자가 아니라 오히려 상계권에 가까운 성질을 갖는 점, 건물의 사회적 효용을 보호하기 위해 마련된 점¹⁷⁴⁾을 든다.

170) Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., §103 Rn. 15.; 반면, 상계항변이 예비적으로 제출되는 것은 사실상의 개연성에 지나지 않는다는 지적으로는, 伊藤眞, 앞의 책, 239면.

171) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011다3329 판결; 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결(소송상 방어방법으로서의 상계항변은 통상 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변이라고 함).

172) 전원열, 앞의 책, 508면.

173) 山本和彦, 앞의 책, 195면은, 기준시 전에 성립한 형성권의 행사는 전면적으로 차단이 원칙으로, 상계권도 차단된다고 하지만, 기준시 후까지 상계적상이 계속된다면, 그것을 새로운 사실로 해서 상계할 수 있다고 한다.

174) 이에 대하여 반대설은, 건물유지라는 사회경제적 취지는 오늘날 중시할 필요가 없고,

이에 대해 소극설은, 전소에서 주장할 수 있던 것을 후소에서도 인정하는 것은 차단효의 목적이나 소송경제에 반하고, 동 권리는 임차인의 협상력 강화를 도모하기 위해 주어진 것인데, 전소에서 임차인이 항변으로서 주장하지 않았다면 이를 더 이상 관철할 필요가 없는 점, 이 청구권은 취소권과 마찬가지로 방어기능을 갖고, 임차인은 전소에서 이를 행사할 것인지 결단이 촉구되는 점을 들어 실권된다고 본다.¹⁷⁵⁾

(2) 검토

생각건대, 건물매수청구권은, 전소의 소송물인 토지소유자의 권리 자체의 당부에 관한 것이 아니고 오히려 이를 전제로 한 별개의 것이고, 지상권자, 토지임차인으로서도 주위적으로 임대차계약의 효력 자체를 다투고 있어 건물매수청구권의 행사를 기대하는 것은 객관적으로 곤란한 측면이 있는 점 및 건물소유권의 상실이라는 불이익을 감수하여야 하는 최종적 방어방법이라는 점을 고려하면, 이를 행사하지 않고 유보할 합리적 필요성이 있다. 따라서 건물매수청구권은 기판력으로써 차단되지 않고 나중에 청구이의의 사유로 주장하거나 별소로 이를 행사할 수 있다고 봄이 타당하다.¹⁷⁶⁾

한편 지상물매수청구권 및 부속물매수청구권 경우 등 동일한 국면에도 같은 접근과 이해가 가능할 것으로 생각된다.

6. 그 밖의 형성권

그 밖에도 표준시 이후에 실권 여부를 따져보아야 할 개별 형성권이나 그 소송법상 국면이 형성권의 행사와 유사한 것들이 적지 않다.

매매예약완결권¹⁷⁷⁾, 대금감액청구권¹⁷⁸⁾ 등에 관하여는 우리나라에서는

투하자본 회수라는 취지도 매매대금청구를 허락함으로써 충분히 유지되므로, 원래의 입법목적을 이유로 청구이의의 소를 허락할 필요가 없다고 한다. 高橋宏志, 앞의 책, 626~627면.

175) 幾代通=廣中俊雄編, 『新版注釋民法(15) [増補版]』, 有斐閣, 1996, 588頁[鈴木祿弥=生熊長幸], 河野正憲, 앞의 책, 144頁, 新堂幸司, 앞의 책, 693頁, 高橋宏志, 앞의 책, 626頁.

176) 전원열, 앞의 책, 509면.

구체적인 학설의 논의는 없으나, 독일에서는 이미 충분히 판례가 축적된 점 등을 보면, 향후 우리나라에서도 그 실권 여부가 얼마든지 문제될 수 있다. 특히 매매예약완결권은 계약상 부여된 형성권이라는 점에서 일반 형성권과 다른 특별한 검토를 요하는지 검토를 요한다. 마찬가지로 소비자보호 등 사회적 약자 보호를 위해 특별히 인정되는 철회권, 취소권 등의 경우에는 그러한 입법취지나 목적을 소송절차에서 어떻게, 어느 정도까지 구현하는 것이 바람직할 것인지 보다 면밀한 검토와 논의가 필요할 것으로 보인다.

한편 전소 변론종결 후에 한정승인이나 상속포기를 주장하여 청구이의의 소를 제기할 수 있는지 여부도 기판력 표준시 후의 형성권의 행사라는 주제의 연장선상에서 고찰하여 볼 필요가 있다.¹⁷⁹⁾

또한 대법원은 변론종결 후 조건성취가 있는 경우에 대하여는 전소의 기판력이 미치지 않는다는 입장을 밝힌 바 있다.¹⁸⁰⁾ 물론 그러한 조건의 성취 자체를 표준시 후에 발생한 새로운 사유, 즉 사정변경(*nova producta*)으로 파악할 수도 있다. 그러나 그 조건의 성취가 당사자에게 유보되어 있었던 경우라면 그 구조가 실질적으로 형성권의 행사와 동일하고, 전소에서 가능한 공격방어방법을 가급적 전부 제출하고 적극적으로 주장하여야 한다는 소송법적 요청에는 저촉되는 측면이 있다. 그러한 점에서 조건의 성취도 형성권의 행사와 비교하여 그 차단 여부를 검토할 여지가 있다.

177) 채무부존재확인 소(전소)의 기각판결 확정 후 매매예약완결권을 행사하여 매매계약에 기한 청구를 구하는 후소를 제기한 경우나, 매매계약에 따른 소유권이전등기청구를 구하는 소(전소)의 패소확정 후 다시 매매예약완결권을 행사하여 매매계약에 기한 소유권이전등기청구를 구하는 후소를 제기한 경우 등이 문제될 수 있을 것이다.

178) 매매대금의 지급을 구하는 청구에 관한 인용판결 후 매수인이 하자담보책임 등을 이유로 대금감액청구권을 행사하고 그 금액만큼 채무부존재확인의 소를 제기한 경우 등이 문제될 수 있다. 독일 BGH의 경우는 대금감액청구(Minderung)에서도 절대적 실권설의 원칙을 고수하고 있는 점은 앞서 III. 1. (1)항에서 살펴본 바와 같다.

179) 한정승인이 전소에서 주장되지 않은 경우 책임의 범위는 심판대상이 되지 않으므로 판결이유에서도 판단되지 아니하여 기판력이 미치지 않는 반면(대법원 2006. 10. 13. 선고 2006다23138 판결), 상속포기는 상속채무 존재 자체가 문제되므로 당연히 기판력이 미친다고 본다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다79876 판결). 그 상세에 관하여는, 김홍엽, 앞의 책, 896~898면.

180) 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다50909판결.

비록 본고에서는 지면 관계와 연구역량의 부족으로 연결점을 제시하는 것에 그치고 이에 대하여 상세히 고찰하지 못하나, 기존에 논의된 해제권, 상계권, 건물매수청구권, 백지어음보충권 뿐 아니라 실무상 널리 활용되는 나머지 형성권이나 특별히 권리가 보장된 형성권 등이 적지 않고, 앞으로도 그에 대한 새로운 입법이나 활용은 계속 늘어날 것으로 예상된다. 이러한 점에 비추어 보아도, 향후 개별 형성권의 실권 여부를 판단함에 있어 새로운 접근법으로서 형성권별 판단설의 가치나 기능에 주목할 필요가 있다.

VII. 맺음말

본고의 주제인 ‘기판력 표준시 후의 형성권의 행사’는 실체법과 절차법의 이익이 상충되는 문제일 수도 있으나, 반대로 양자를 조화롭게 융합시킬 수 있는 주제이기도 하다. 그러므로 실체법 또는 절차법 중 어느 한쪽을 절대적 우위에 놓는 것은 지양할 필요가 있다. 실제로 실체법상 특성이나 절차법의 요청 중 어느 하나에만 경도될 경우에는 적극설(비실권설)이나 소극설(실권설)과 같이 이론적으로는 일관되나 구체적 타당성을 확보하기 어려운 결과로 귀결되고 있었다.

한편 문제상황을 파악하고 포착하는 데는 형성권이라는 개념이 큰 기여를 하였으나, 형성권이라는 개념 자체가 후발적으로 만들어진 유개념으로서, 개별 형성권은 소급효나 장래효 등 효력, 요건, 법리가 각각 다르고, 기존 소송체계는 청구권을 중심으로 하는 점도 있어, 본건 주제에 관한 한 ‘형성권’으로 일반화하여 논의하는 경우 여러 이론적 난점에 봉착한다. 따라서 개별 형성권별로 살펴보는 것이 필요불가결하고, 이론적 논증을 통해 도출한 법리라도 이를 형성권별로 적용해 봄으로써 그 타당성을 검증해 볼 필요가 있다.

이에 따라 본고에서는, 후소에서의 형성권의 ‘소송상’ 행사라는 국면에 비추어 이를 차단할 것인지 여부를 -권리자의 주관적 사정이 아닌- 개별 형성권의 특성에 따른 객관적 기대가능성과 그 행사를 유보할 합리적 필요성

이 있었는지를 중심으로 주로 절차법적인 관점에서 검토해 보았다. 결론적으로는 취소권, 해제권, 백지어음보충권의 경우 청구에 대한 필수적인 공격 방어방법으로서 전소에서의 행사가 객관적으로 기대되는 반면, 상계권, 건물매수청구권은 사후에 그 행사를 유보할 합리적 필요성이 있다고 보아, 현재의 통설, 판례와는 동일한 결론에 이르렀다.

객관적 기대가능성과 행사를 유보할 합리적 필요성이라는 다소 불명확한 기준에 의한다는 점에서 비판받을 점이 많고 그 적용에도 이견이 있을 수 있으나, 그 객관적 성질과 그 절차법적 특성에 따라 ‘형성권별’로 일괄적으로 실권여부를 결정한다는 점에서, 기관력제도의 주요 목적이자 기능인 법적안정성을 본질적으로 해치지는 않을 것이라고 생각한다.

이미 훌륭한 선행연구가 많지만, 본고를 계기로 개별 형성권의 절차법적 특성에 대한 연구가 보다 활발해지고 그 실권 여부를 통합적으로 설명하는 보다 탁월한 논의가 있기를 고대한다.

기관력 표준시 후의 형성권의 행사 - 정 상 민	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.02.15.	2022.03.09.	2022.03.24.

[참고문헌]

<국내문헌>

단행본

- 강현중, 『민사소송법』 제7판, 박영사(2018).
 김용진, 『실체법을 통해본 민사소송법』 제5판, 신영사(2008).
 김홍규·강태원, 『민사소송법』 제5판, 삼영사(2020).
 김홍엽, 『민사소송법』 제10판, 박영사(2021).
 김홍엽, 『민사집행법』 제6판, 박영사(2021).
 박재완, 『민사소송법 강의』 제4판, 박영사(2021).
 손한기, 『민사소송법』 제3판, 홍문사(2021).
 이시윤, 『신민사소송법』 제14판, 박영사(2020).
 전병서, 『강의 민사소송법』 제3판, 박영사(2021).
 전원열, 『민사소송법 강의』, 박영사(2020).
 정동윤, 『어음·수표법』 제5판, 법문사(2004).
 정동윤·유병현·김경옥, 『민사소송법』 제8판, 법문사(2020).
 정영환, 『신민사소송법』 개정신판, 법문사(2019).
 한충수, 『민사소송법』 제3판, 박영사(2021).
 호문혁, 『민사소송법』 제14판, 법문사(2020).

논문

- 강현중, “辯論終結後の 形成權行使”, 「사법행정」 제27권 제9호, 한국사법행정학회, 1986. 9.
 김세진, “건물매수청구권의 행사와 청구이의의 소”, 「法曹」 제66권 제6호(통권 제726호), 법조협회, 2017. 12.
 김영학, “백지어음 소지인이 어음금청구소송에서 백지부분 미보충을 이유로 패소확정판결을 받은 후 백지부분을 보충하여 다시 동일한 어음금청구를 할 수 있는지 여부”, 대법원판례해설 77호, 법원도서관, 2009. 7.
 김영희, “형성권 논의의 의미”, 「비교사법」 제11권 제4호, 한국비교사법학회, 2004. 9.
 김의석, “기판력의 표준시 후 상계권 행사 허용 이유 및 한계 - 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다41443 판결의 적용범위-”, 「법학논총」 제35집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2018. 3.
 김홍엽, “민사소송상 형성권의 행사”, 「成均館法學」 제21권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2009. 12.
 남동현, “기판력의 표준시에 관한 법률적 쟁점”, 「비교사법」 제16권 제1호, 한국비교사법학회, 2009. 3.
 목영준, “建物買受請求權의 行使時期-對象判決: 대법원 1995.12.26. 선고 95다42195 판결-”, 「사법행정」 제37권 제8호, 한국사법행정학회, 1996. 8.
 서희석, “일본 착오법의 현대화 - 일본 개정민법(2017)상 착오규정의 검토-”, 「법학연구」 제62권 제3호, 부산대학교 법학연구소(2021. 8.)
 석현수, “소급효가 인정되는 개별 사안에서의 실권효의 적용 여부에 관한 연구”, 「일감법학」 제45호, 건국대학교 법학연구소, 2020.

- 손한기, “기관력의 표준시”, 「고시계」 43권 12호, 고시계사, 1998. 11.
- 신용인, “기관력 표준시 후 상계권 행사 여부”, 「서울법학」 제27권 제4호, 서울시립대학교 법학연구소, 2020. 2.
- 유병현, “形成權의 訴訟上 行使”, 「고시계」 1998년 11월호(통권 제501호), 고시계사, 1998. 10.
- 전병서, “標準時 後の 相計權의 行使”, 「고시연구」 26권 10호, 고시연구사, 1999. 10.
- 정상민, “미국 특허소송에 있어서 판결의 효력 —기관력 및 Kessler 법리에 관한 연방특허 항소법원의 판결을 중심으로—”, 「지식재산연구」 제15권 제4호, 한국지식재산연구원, 2020. 12.
- , “상계의 항변과 중복된 소제기의 금지”, 「법조」 제70권 제6호, 법조협회, 2021. 12.
- 정영환, “미국민사소송법상의 판결의 효력(I) —좁은 의미의 Res Judicata를 중심으로—”, 「안암법학」 제33권, 안암법학회, 2010.
- 최준선, “형성권으로서의 주식매수청구권과 백지보충권에 관한 고찰”, 「기업법연구」 제23권 제1호, 한국기업법학회, 2009. 3.

<독일문헌>

단행본

- Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., Vahlen(2021).
- Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., C.H. Beck(2011).
- Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., C.H.Beck(2010).
- Musielak/Voit, ZPO, 42. Aufl., C.H. Beck(2021).
- Münchener Kommentar ZPO, 6. Aufl., C.H. Beck(2020).
- Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., C.H. Beck(2010).
- Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, 14. Aufl., C.H. Beck(1986).
- Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., C.H. Beck(2008).

논문

- Beck, Der Aufrechnungseinwand bei der Vollstreckungsgegenklage, NJW 2006, 336
- Ernst, Gestaltungsrechte im Vollstreckungsverfahren, NJW 1986, 401
- Gaul, Rechtskraft und Verwirkung, FS Henckel, 1995, 235.
- Gaul, Die Ausübung privater Gestaltungsrechte nach rechtskräftigem Verfahrensabschluss, GS Knobbe-Keuk, 1997, 135.
- Gaul, Die Haftung aus dem Vollstreckungszugriff, ZZP 110, 1997.
- Geißler, Vollstreckungsklagen im Rechtsbehelfssystem der Zwangsvollstreckung, NJW 1985, 1865.
- Klimke, Präklusion gesetzlicher Mängelrechte nach § 767 II ZPO - Reichweite und europarechtliche Schranken, ZZP 126 (2013), 43.
- Lent, Ausübung von Gestaltungsrechten nach einem Prozeß, DR 1942. 868
- Lorenz, Schwebende Unwirksamkeit und Präklusion im Zwangsvollstreckungsrecht, NJW 1995, 2258.
- Rimmelspacher, Materielle Rechtskraft und Gestaltungsrechte, JuS 2004, 560.
- Rosenberg, Die Präklusionswirkung von Urteilen, SJZ 1950, 313.

- Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, Festgabe für Richard Koch, 1903, Sonderausgabe 1954, S. 205ff.
- Thole, Die Präklusionswirkung der Rechtskraft bei Gestaltungsrechten und ihr Verhältnis zu §767 Abs. 2 ZPO, ZZP 124. Band (2011).
- Jan Kaiser, Verhältnis Vollstreckungsgegenklage/negative Feststellungsklage - Präklusion des Aufrechnungseinwands NJW 2009, 1671

<일본문헌>

단행본

- 高橋宏志, 『重點講義 民事訴訟法(上)[第2版補訂版]』, 有斐閣(2013).
- 兼子一ほか, 『條解民事訴訟法』, 弘文堂(2011).
- 幾代通=廣中俊雄編, 『新版注釋民法(15) [増補版]』, 有斐閣, 1996,
- 山本和彦, 『民事訴訟法の基本問題』, 判例タイムズ社(2002).
- 上田徹一郎, 『民事訴訟法(第7版)』, 法學書院(2011).
- 三木浩一=笠井正俊=垣内秀介=菱田雄郷, 『民事訴訟法[第3版]』, 有斐閣(2018).
- 松本博之, 『既判力理論の再検討』, 信山社(2006).
- 新堂幸司, 『新民事訴訟法[第六版]』, 弘文堂(2019).
- 伊藤 眞, 『民事訴訟法[第7版]』, 有斐閣(2020).
- 中野貞一郎, 『民事訴訟法の論点II』, 判例タイムズ社(2001).
- 池田辰夫, 『新世代の民事裁判』, 信山社(1996).

논문

- 加波眞一, “既判力基準時後の建物買受請求權行使について”, 立命館法學 356号, 2014. 4.
- 加波眞一, “既判力の時的限界について”, 現代民事手續の法理・上野泰男先生古稀祝賀論文集, 弘文堂, 2017.
- 岡庭幹司, “既判力の時的限界という法的視座への疑問”, 青山善充先生古稀記念 民事手續法學の新たる地平, 有斐閣, 2009.
- 高見 進, “白地手形による手形金請求を棄却する判決の既判力”, 判例時報 1061号, 1983. 2.
- 山本和彦, “既判力の時的限界”, 民事訴訟法の基本問題, 判例タイムズ社, 2002.
- 山本 弘, “基準時後における形成權行使と既判力の遮斷效”, 法學教室 376号, 2012.
- 上野泰男, “請求異議の訴え—建物買取請求權”, 民事執行・保全判例百選[第2版], 2008.
- 上野泰男, “判例批評”, 名城法學 29卷3号, 1980.
- 上田徹一郎, “遮斷効と提出責任”, 判決効の範圍: 範圍決定の構造と構成, 有斐閣, 1985.
- 石川 明, “既判力基準時後の相殺權の行使”, 法學研究 87卷 12号, 慶應義塾大學法政研究會, 2014. 12.,
- 小松良正, “基準時後の形成權行使に關する一考察—取消權と相殺權を中心として—”, 駒澤法曹 第7号, 2011.
- 新堂幸司, “提出責任效論の評價”, 訴訟物と爭點效(下), 有斐閣, 1991.
- 永井紀昭, “白地手形による手形金請求を棄却する判決の確定後に白地部分を補充して手形上の權利の存在を主張することの許否”, 民商法雜誌 89卷 2号, 1983. 11.
- 越山和廣, “既判力標準時後の形成權行使”, 關西大學法學論集 62卷 4-5号, 2013. 1.
- 越山和廣, “標準時後の取消權の行使”, 法學教室 380号, 2012. 5.

- 牛丸與志夫, “白地未補充手形による敗訴判決と既判力”, 手形小切手判例百選[第7版], 2014.
- 前田重行, “白地未補充手形によつ敗訴判決と既判力”, 手形小切手判例百選[第5版], 1997.
- 中野貞一郎, “形成權の行使と請求異議の訴”, 強制執行・破産の研究, 有斐閣, 1971.
- 中野貞一郎, “既判力の標準時”, 民事訴訟法の論点I, 判例タイムズ社, 1994.
- 池田辰夫, “形成權遮斷と既判力”, 新世代の民事裁判, 信山社, 1996.
- 秦 公正, “請求異議の訴え—建物買取請求權”, 民事執行・保全判例百選[第3版], 2020.
- 坂原正夫, “既判力標準時後の相殺權行使について”, 慶應義塾創立一二五年記念論文集, 慶應義塾大學法政研究會, 1983.
- 坂原正夫, 既判力標準時後の相殺權行使について再論, 法學研究 70卷 12号, 慶應義塾大學法政研究會, 1997. 12.
- 坂原正夫, “既判力の標準時後の取消權の行使について”, 民事訴訟雜誌 52卷, 日本民事訴訟法學會, 2006.
- 坂田 宏, “既判力の時的限界の意義”, 鈴木正裕 先生古稀祝賀論文集・民事訴訟法の史的展開, 有斐閣, 2002.
- 河野正憲, “形成權の機能と形成權行使責任”, 当事者行爲の法的構造, 弘文堂, 1988.

【국문초록】

본고의 주제인 ‘기판력 표준시 후의 형성권의 행사’는 실체법과 절차법이 교차하는 문제로서 어느 한쪽에 지나치게 경도될 경우에는 적극설(비실권설)이나 소극설(실권설)과 같이 이론적으로는 일관되나 구체적 타당성을 확보하기 어려운 결과로 귀결되기 쉽다.

한편 형성권이라는 개념 자체가 후발적으로 만들어진 유개념이고 기존 소송체계는 청구권을 중심으로 하는 점도 있어, ‘형성권’으로 일반화하여 논의하는 경우 여러 이론적 난점에 봉착하게 되었다. 따라서 개별 형성권별로 살펴보는 것이 필요불가결하고, 이론적 논증을 통해 도출한 법리라도 이를 개별 형성권별로 적용해 봄으로써 그 타당성을 검증해 볼 필요가 있다.

이에 따라 본고에서는, 후소에서의 형성권의 ‘소송상’ 행사라는 국면을 존중하여 이를 차단할 것인지 여부에 대하여 -권리자의 주관적 사정이 아닌- 개별 형성권의 특성에 따른 객관적 기대가능성과 그 행사를 유보할 합리적 필요성이 있는지를 중심으로 주로 절차법적인 관점에서 검토해 보았다. 결론적으로는 취소권, 해제권, 백지어음보충권의 경우 청구에 대한 필수적인 공격방어방법으로서 전소에서의 행사가 객관적으로 기대되는 반면, 상계권, 건물매수청구권은 그 행사를 유보할 합리적 필요성이 있다고 보아, 현재의 통설, 판례와는 동일한 결론에 이르렀다.

객관적 기대가능성과 행사를 유보할 합리적 필요성이라는 다소 불명확한 기준에 의한다는 점에서 비판이 있을 수 있으나, 그 객관적 성질과 그 절차법적 특성에 따라 ‘형성권별’로 일괄적으로 실권여부를 결정한다는 점에서, 기판력제도의 주요 목적이자 기능인 법적안정성을 해치지 않는 것으로 판단된다.

【Abstract】

The exercise of formulating right after standard time of Res Judicata

Jung Sang Min

(Jeju Law School Assistant Professor, Attorney at law)

The subject of this thesis, ‘Exercise of the formulating right to after standard time of judgment(Res Judicata)’ is a problem where substantive law and procedural law intersect. If it is too lean on either side, it is easy to lead to results that are theoretically consistent, but it is difficult to secure concrete validity, such as positive theory or negative theory.

On the other hand, the concept of formulating rights itself is a later concept. and the existing litigation system has a point centered on the right to claim, so if it is generalized to the ‘right to form’ and discussed, various theoretical difficulties are encountered. Therefore, it is essential to examine each individual right of formation, and even if it is a legal theory derived through theoretical argument, it is necessary to verify its validity by applying it to each individual right of formation.

Accordingly, in this thesis, in respecting the aspect of the ‘litigational’ exercise of the right to form in the latter case, it is possible to exercise it in the former case – not the subjective circumstances of the holder of the right – objective expectation according to the characteristics of the right to form and its exercise. It was mainly reviewed from a procedural point of view, focusing on whether there is a reasonable need to withhold the right.

In conclusion, in the case of the right to cancel, and the right to replenish blank bills, they are objectively expected to be exercised in the first battlefield as an essential offensive defense method against the claim, whereas the right of set-off and the right to purchase a building are reserved for later exercise in light of their procedural characteristics. Considering that there is a reasonable need to do so, we have come to the same conclusion as the current prevailing opinion and precedent.

주제어(Keywords): 기판력(Res Judicata), 표준시(Standard time), 형성권(Formulating right), 실권효(Preclusion), 상계(Set-off)

미국 증거개시에서의 재판공개와 비밀보호에 대한 소고*

조 수 혜**

▶ 목 차 ◀

- | | |
|----------------------|--------------------|
| I. 서론 | 3. 증거개시에서 공공성과 비밀 |
| II. 재판의 공개와 비밀보호에 대한 | 유지 균형을 위한 보호명령의 |
| 미국에서의 이론적 검토 | 운영 |
| 1. 증거개시에서 재판의 공개와 | IV. 비밀보호와 재판의 공공성의 |
| 비밀보호의 충돌 | 균형 관점에서 증거개시에 대 |
| 2. 재판의 공공성의 강조와 일 | 한 비교법적 연구의 시사점 |
| 반적 접근권의 보장 | 1. 증거개시단계에서 재판공개 |
| 3. 재판에서 비밀보호의 보장 | 와 비밀보호 논의의 필요성 |
| III. 미국 증거개시제도와 재판의 | 2. 증거개시제도의 배경이 되는 |
| 공공성과 비밀보호의 균형점 | 미국 민사소송의 특징에 대 |
| 모색 과정 | 한 고려의 필요성 |
| 1. 미국 증거개시의 도입과 사 | 3. 재판의 공공성과 비밀보호를 |
| 법접근성의 확대 | 위한 균형점 모색 방안 |
| 2. 1970년대 중반 이후 증거개시 | V. 결론 |
| 남용의 제한을 위한 FRCP | |
| 개정과 비례원칙의 강화 | |

* 이 논문은 2021년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 인문사회분야 신진연구자지원 사업의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2021S1A5A8065102).

** 전주대학교 법학과 조교수.

I. 서론

미국 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure, 이하 ‘FRCP’라 한다)에 규정된 증거개시(Discovery)는 대륙법계는 물론, 보통법계 법제와 비교하여도 유례를 찾아볼 수 없는 독특한 절차이다.¹⁾ 증거개시는 형평법(equity)의 전통에 근거한 것으로, 소제기 후 변론 전에 당사자 간에 분쟁과 관련이 있는 정보 또는 자료의 제출을 하도록 하는 절차이며, 미국 민사소송의 핵심적인 절차로 볼 수 있다.²⁾ 법적 분쟁이 있는 당사자는 소답(訴答)절차(pleading) 이후 증거개시를 이용하게 되며, 이 과정에서 광범위하게 당사자 주도로 여러 정보를 수집할 수 있으므로, 증거개시는 ‘사회적 약자의 사적 FBI’라는 별칭을 가지고 있기도 하다.³⁾ 증거개시는 변론 전에 광범위한 정보를 수집함으로써 진실발견에 도움을 주어 정확한 법적용을 가능하게 하여 재판의 공정성을 도모한다.⁴⁾ 한편으로, 당사자들 간에 존재하는 정보불균형(information asymmetry)을 극복하고 법적 주장을 펼칠 수 있으며, 조정이나 화해를 하는 경우에도 상대적으로 유리한 입장에서 협상을 할 수 있다는 점에서 증거개시는 사법접근성(Access to Justice) 보장에도 기여한다.⁵⁾

소비자소송, 제조물책임소송, 환경소송, 집단불법행위소송 등 현대형 소송의 특징 중 하나는 증거의 구조적 편재로, 증거를 구하기 힘든 당사자는 자신의 법적 주장을 관철함에 있어 제약이 많다. 시민들의 법적 권리를 보호하고 실현하기 위하여 사법접근성은 비용 측면에서 소송구조, 법률상담지

1) Howard M. Erichson, *Court-Ordered Confidentiality in Discovery*, 81 Chi.-Kent L. Rev. 357, 364 (2006).

2) Diego A. Zambrano, *Discovery as Regulation*, 119 Mich. L. Rev. 71, 80 (2020).

3) Judith Resnik, *The Contingency of Openness in Courts: Changing the Experiences and Logics of the Public's Role in Court-Based ADR*, 15 Nev. L. J. 1631, 1649 (2015).

4) Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495, 507 (1947); Lauren Ann Ross, *A Comparative Critique to U.S. Courts' Approach to E-Discovery in Foreign Trials*, 11 Duke L. & Tech. Rev. 313, 318 (2012); Yanbai Andrea Wang, *Exporting American Discovery*, 87 Univ. Chicago L. Rev. 2089, 2175 (2020).

5) Lonny Sheinkopf Hoffman, *Access to Information, Access to Justice: the Role of Presuit Investigatory Discovery*, 40 U. Mich. J. L. Reform 217, 267 (2007).

원 등의 확대를 요구하고,⁶⁾ 시간적·공간적 제약을 없애기 위하여 조정·중재 등 소송대체적분쟁해결(Alternative Dispute Resolution)이나 재판상 화해, 온라인플랫폼의 이용 등을 제안하여왔다.⁷⁾ 또한 사법접근성은 사회적 약자의 권리실현을 보장하기 위하여 대표당사자소송(Class Action) 등 집단소송을 지지하고,⁸⁾ 소송 개시 후 상대방이나 제3자에게 있는 관련성 있는 정보를 제출하도록 하여 당사자 간의 정보불균형을 시정하고 공평을 도모하는 증거개시를 지지한다.⁹⁾

이러한 사법접근성의 확대는 우리나라에도 논의가 활발하다.¹⁰⁾ 모든 당사자가 필요한 증거를 완벽하게 갖출 수 없고, 문서제출명령에 대한 불응에 대한 제재마저 약한 상황에서는 진실에 부합하는 공정한 재판을 위한 전제조건이 충족되지 않으며, 이는 재판에 대한 불신으로 이어지게 된다. 재판의 기능이 축소되면 사법제도 전반으로 영향을 미치게 되어, 재판의 의미가 흔들리게 된다.¹¹⁾ 시민들의 권리실현을 보장하는 사법접근성 강화를 위하여, 그리고 증거의 구조적 편재를 시정하여 공정하고 공평한 재판을 가능하게 하고 진실발견을 통한 분쟁의 조기해결을 도모하기 위하여, 법무부는 집단소송법안을 입법예고하면서 제43조에서 제52조까지 소송 전 증거조사에 대한 조항을 두고,¹²⁾ 국회에서는 소제기 전 증거조사 절차를 신설하는 것을

6) Deborah L. Rhode, *Access to Justice: A Roadmap for Reform*, 41 Fordham Urb. L. J. 1227, 1229-30 (2014).

7) J.J. Prescott, *Improving Access to Justice in State Courts with Platform Technology*, 70 Vanderbilt L. Rev. 1993, 2010 (2017).

8) Simona Grossi, *Frontloading, Class Actions, and a Proposal for a New Rule 23*, 21 Lewis & Clark L. Rev. 921, 951 (2017) 참조.

9) Hoffman, *supra* note 5, at 267.

10) 대한민국 법원, 국민과 함께하는 사법발전위원회, 소송절차에서의 사법접근성 확대방안 의결, https://eng.scourt.go.kr/portal/news/NewsViewAction.work?jsessionId=aIQfx66vf42VQrgqAsighuhqRST9Ynr2sSNye6NFsExsJd4b02G2YRBW1vopodXO.BJEUWS05_servlet_SCWWW?pageIndex=1&searchWord=&searchOption=&gubun=6&seqnum=1579 (2022. 2. 11. 최종방문) 참조.

11) Nora Freeman Engstrom, *The Diminished Trial*, 86 Fordham L. Rev. 2131, 2133 (2018).

12) 법무부, 집단소송법안 입법예고(법무부공고 제2020-294호), <http://www.moj.go.kr/bbs/moj/157/531621/artclView.do> (2022. 2. 11. 최종방문).

주내용으로 하는 민사소송법개정안이 상정되는 등¹³⁾ 미국 증거개시에 착안한 소재기 전 증거조사의 도입에 대한 논의가 활발하다.¹⁴⁾

증거개시는 미국 민사소송의 핵심적인 절차로서 다양한 측면에서 연구의 대상이 된다. 미국에서 재판의 공개는 재판기록공개를 포함하여, 특별한 사유가 없으면 재판기록에는 일반적 접근권이 인정된다.¹⁵⁾ 또한 미국 연방수정헌법 제1조는 정부에 대한 정보공개청구권, 즉 정보접근권을 보장한다.¹⁶⁾ 비록 증거개시로 제출한 정보에 대한 헌법상 정보공개청구권은 인정되지 않더라도 민사소송에서 비밀보호의 필요성은 정보의 제출단계에서도 문제가 된다.¹⁷⁾ 증거개시의 극단적인 광범위성은 필연적으로 개인적이거나 상업적 가치를 가지는 정보의 제출도 요구하게 된다.¹⁸⁾ 그러나 보호명령(protective order)¹⁹⁾이나 당사자 간의 비밀보호 약정 등 별도의 보호조치가 없는 경우, 증거개시로 제출한 정보를 유포하는 행위를 저지할 수도 없다.²⁰⁾

13) 의안정보시스템, 민사소송법일부개정법률안(조용천의원 등 11인), 의안번호 2110874, http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_I2N100X3J3R1E0V9X504T2J7H8K4B6 (2022. 2. 11. 최종방문).

14) 법률신문, 소송 전 증거제출... ‘디스커버리’ 도입 전향적 검토(2021. 12. 10. 기사), <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=174972&kind=AA&key=> ; 법률신문, ‘증거개시제 입법 방향’ 국회 토론회 개최(2022. 1. 21. 기사), <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=175970> 참조. 소재기 전 증거조사 제도 도입에 관한 국내 문헌으로, 김도훈, “소재기 전 증거조사 제도 도입에 관한 비판적 검토 - 2019년 민사소송법 일부개정법률안을 중심으로 -”, 법학연구 제30권 제3호 (2020. 9.) 참조.

15) *Press-Enterprise Co. v. Superior Court*, 478 U.S. 1, 8 (1986); *Globe Newspaper Co. v. Superior Court*, 457 U.S. 596, 605-06 (1982).

16) *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555, 576 (1980).

17) *Seattle Times v. Rhinehart*, 467 U.S. 20 (1984); Robert D. Keeling & Ray Mangum, *The Burden of Privacy in Discovery*, 20 Sedona Conf. J. 415, 422 (2019); Laurie Kratky Dore, *Secrecy by Consent: The Use and Limits of Confidentiality in the Pursuit of Settlement*, 74 Notre Dame L. Rev. 283, 317 (1999).

18) Dore, *supra* note 17, at 326.

19) Fed. R. Civ. P. 26(c).

20) The Sedona Conference, *The Sedona Guidelines: Best Practice Addressing Protective Orders, Confidentiality & Public Access in Civil Cases*, 8 Sedona Conf. J. 141, 143 (2007), https://thesedonaconference.org/sites/default/files/publications/141-188%20WG2_0.pdf (이하 ‘Sedona Guidelines’라 한다); Dore, *supra* note 17, at 326-27.

법원의 기능, 재판의 공개, 개인정보 등 여러 측면에서 우리 소송법체계는 미국의 소송법체계와 다르므로 소송법 분야에서 비교법 연구는 한계를 지닌다. 그러나 우리 민사소송에서도 꾸준히 소제기 전 증거조사의 도입 필요성이 논의되고 실무에서도 활발히 논의와 연구가 되는 상황에서, 그 모델이 된 증거개시가 미국에서 재판의 공개와 비밀보호 측면에서 어떠한 이론적 논의가 이루어졌고, 실무상 어떠한 운영의 변화가 있었는지를 연구하는 것은 우리 법제에도 시사하는 바가 있을 것으로 보인다. 소제기 전 증거조사절차가 당장 도입되지 않는다고 하더라도, 미연방법전 제28편 제1782조에 의하여 FRCP에 규정된 증거개시절차를 우리나라에서 이용할 가능성이 있는 점²¹⁾ 등을 고려하면 증거개시에 대한 다양한 논의를 위한 여건이 성숙된 것으로 볼 수 있고, 이는 우리의 증거조사절차에 대한 개선점을 찾고 좋은 재판을 모색하기 위한 논의의 출발점이 될 것으로 보인다.

II. 재판의 공개와 비밀보호에 대한 미국에서의 이론적 검토

1. 증거개시에서 재판의 공개와 비밀보호의 충돌

(1) 민사소송에서 정보공개와 비밀보호의 충돌

민주주의는 시민들의 알권리를 보호하고, 이를 위하여 정보공개청구권이 보장된다.²²⁾ 한편, 우리 사회는 개인정보나 재산적 가치가 있는 정보에 대한 보호도 중시한다.²³⁾ 그러나 정보공개와 정보에 대한 비밀보호는 필연적으로 충돌을 초래하며, 이는 민사소송에서도 예외가 아니다.²⁴⁾ 사법부에

21) Yanbai Andrea Wang, *Exporting American Discovery*, 87 U. Chi. L. Rev. 2089, 2098 (2020). 28 U.S.C. §1782에 대한 국내 연구로 조수혜, “소송 전 증거조사로서 28 U.S.C. §1782에 의한 미국 증거개시 이용 가능성에 대한 검토”, 비교사법 제28권 제4호 (2021. 11.) 참조.

22) Sedona Guidelines, *supra* note 20, at 142.

23) *Id.*

24) *Id.* 민사소송절차에서의 비밀 보호에 관한 종합적인 연구로, 사법정책연구원, “민사소

대한 정보공개, 즉 재판에 대한 접근권의 보장은 투명한 사법운영을 통한 공정하고 열린 재판과 사법에 대한 국민의 신뢰를 높인다.²⁵⁾ 한편으로 행정부에 대한 정보공개 등과 달리 재판의 경우 그 본질적 기능이 분쟁해결에 있다면, 특히 당사자 간의 사적 분쟁을 다루어서 내밀한 개인정보나 금융정보, 영업비밀 등을 법원에 제출하게 되는 민사소송의 경우 그 기록의 공개는 소송당사자나 제3자의 개인정보 또는 영업비밀을 침해하게 된다.²⁶⁾

재판의 공개와 비밀보호에 대한 논란은 재판공개에 재판기록의 공개도 포함되는 미국에서는 재판에 제출될 정보의 수집단계인 증거개시단계에서부터 논란이 된다.²⁷⁾ 후술하는 바와 같이 증거개시로 제출된 정보는 법원에 제출하는 것이 아니므로 자동적으로 공개대상이 되지는 않는다.²⁸⁾ 그러나 증거개시로 제출된 정보에 대하여 법원이 약식명령 등에 필요하여 제출하도록 명령하는 경우, 혹은 변론 중에 증거로 제출하여 채택된 경우 등에는 재판기록으로 편입되므로 일반공개 대상이 된다.²⁹⁾ 또한 증거개시로 확보한 정보에 대하여 소송당사자는 법원의 보호명령 등이 없는 한 그 정보를 공개할 수 있다.³⁰⁾ 정보가 공개되는 경우의 프라이버시 보호를 위하여 FRCP 5.2는 법원에 서면 등을 제출할 때 개인의 사회보장번호(social-security number), 납세자번호, 출생일, 미성년자 이름, 금융계좌번호 등 개인식별정보의 일부를 삭제하여 제출하도록 규정한다.³¹⁾ 또한 증거개시 대상에서 비닉특권이 있는 정보 등을 제출에서 제외³²⁾하도록 하여 이들 정보는 상대방 당사

송절차에서 비밀 보호에 관한 연구 - in camera 심리절차를 중심으로-, JPRI 연구 보고서, 2022-02 (2022) 참조.

25) Sedona Guidelines, *supra* note 20, at 142.

26) *Id.*

27) Keeling & Mangum, *supra* note 17, at 422. 우리 민사소송법에서도 문서제출명령과 관련하여 제출 예외 사유가 문제되며, 직업비밀에 관한 것이 규정되어 있으나, 이를 엄격하게 해석하는 것으로 보인다. 사법정책연구원, 앞의 글, 13면 참조.

28) *Seattle Times Co. v. Rhinehart*, 467 U.S. 20, 33 (1984).

29) David S. Ardia, *Privacy and Court Records: Online Access and the Loss of Practical Obscurity*, 2017 U. Ill. L. Rev. 1385, 1427 (2017).

30) Sedona Guidelines, *supra* note 20, at 143.

31) Fed. R. Civ. P. 5.2(a).

32) Fed. R. Civ. P. 26(b)(1).

자에 대하여도 공개하지 않는다.

한편, 증거개시는 비닉특권이 있는 경우를 제외하고는 사건과 관련성이 있는 정보에 대하여 비례성을 충족하는 한 제출을 요구할 수 있고, 개인정보나 영업비밀 등 보호받을 정보도 예외 없이 제출대상에 포함된다.³³⁾ 그러므로 증거개시로 제출되는 정보는 필연적으로 개인정보, 영업비밀, 기타 내밀한 정보 등을 포함하는 경우가 발생한다. 증거개시에서 개인정보나 영업비밀 등 당사자나 제3자가 정보를 제출할 경우의 불편함, 곤혹, 압박감, 또는 부당한 비용부담 등에 대하여 타당한 근거가 있다고 법원이 판단하는 경우 보호명령을 할 수 있고, 보호명령이 인용되면 증거개시의 금지, 증거개시의 기간 특정, 증거개시 방법의 규정, 특정 사항에 대한 질문 금지 또는 증거개시 사항의 범위 제한, 증언조서의 봉인, 영업비밀이나 기타 상업정보의 공개 제한, 특정 서류나 정보는 봉하여 법원 명령에 따라 당사자들이 동시에 개봉 등의 조치가 가능하다.³⁴⁾ 보호명령의 판단에는 위 사유에 대한 법원의 타당한 근거(good cause)에 대한 판단이 들어가므로 보호명령의 심사 기준 등을 둘러싸고 아래와 같이 재판의 공공성을 강조하는 처지와 비밀보호를 강조하는 견해가 충돌한다.

(2) 재판의 기능에 따른 정보공개와 비밀보호: 분쟁해결기능과 공공성

소송은 어떠한 잘못에 대한 법적 책임 유무에 대한 법원의 판단을 넘어 사회적 과장을 초래하는바, 사회적으로 잘못된 행동을 하였다고 주장된 피고의 평판은 훼손된다.³⁵⁾ 증거개시는 광범위한 자료수집을 가능하게 하여 원고가 피고를 공격할 수 있는 실질적인 방법을 제공하므로 소송의 사회적 영향을 좌우하는 핵심 절차로 볼 수 있다.³⁶⁾ 미국에서 법원의 기능에 대하여는 당사자 간의 분쟁을 해결하는 분쟁해결기능을 강조하는 입장과, 공익 실현을 위한 공적 기능을 강조하는 입장으로 나뉘게 되고, 이 입장에 따라

33) *Seattle Times Co. v. Rhinehart*, 467 U.S. 20, 34 (1984)

34) Fed. R. Civ. P. 26(c)(1).

35) Zambrano, *supra* note 2, at 124.

36) *Id.*

정보공개와 비밀보호, 나아가 증거개시에 대한 태도에 영향을 미친다.³⁷⁾

전통적으로 법원의 기능은 실체법에 따라 중립적이고 공정한 법적 판단을 내리는 것으로, 행정부나 입법부와 달리 공익이나 사회정책 등의 실현이 주된 기능이 아니다.³⁸⁾ 법원의 기능이 당사자 간의 분쟁해결에 있다면 재판의 공공성보다는 당사자 간의 원만한 분쟁해결을 위한 비밀보호조치 등에 대한 필요성은 긍정된다.³⁹⁾ 당사자 합의에 의한 증거개시 정보에 대한 비밀보호는 당사자들이 더 효율적으로 정보를 교환하게 하며, 이로 인하여 합리적인 화해를 가능하게 하여 분쟁해결을 촉진한다.⁴⁰⁾ 그러므로 변론 전의 증거개시절차에서 수집된 정보에 대하여 일반적이고 추상적인 공익을 이유로 공개를 요구하는 것은 적절하지 않다.⁴¹⁾

반면, 법원의 기능이 국가적·사회적 가치실현 등 공익에 이바지하는 것이라면 재판의 공공성이 강조되어 증거개시 정보에 대한 비밀보호는 재판의 투명한 공개를 저해하는 것으로 비판의 대상이 된다.⁴²⁾ 재판기능에서 분쟁해결기능 외에 공적 기능을 강조하는 학자들은 증거개시에 제출된 정보의 공개는 공익에 도움이 될 수 있고, 재판과정에서 모든 정보를 공개하여야 투명성이 확보되어 재판공개가 실현된다고 주장한다.⁴³⁾ 증거개시는 공익의 사적집행(private enforcement)에서 전통적으로 사용되는 도구로 규제의 수단으로도 기능하는 등 공공성을 가지고 있고,⁴⁴⁾ 정보공개를 통한 사법접근성 신장을 위해서는 증거개시에 대한 법원의 보호명령이 지나치게 사용되는 것은 공익에 반한다고 주장하기도 한다.⁴⁵⁾

37) Dustin B. Benham, *Proportionality, Pretrial Confidentiality, and Discovery Sharing*, 71 Wash & Lee L. Rev. 2181, 2188 (2014); Erichson, *supra* note 1, at 361; Dore, *supra* note 17, at 296.

38) Dore, *supra* note 17, at 305.

39) Id., at 295.

40) Seth Katsuya Endo, *Contracting for Confidential Discovery*, 53 U.C. Davis L. Rev. 1249, 1262 (2020).

41) Dore, *supra* note 17, at 306.

42) Endo, *supra* note 40, at 1262.

43) Dore, *supra* note 17, at 296.

44) Zambrano, *supra* note 2, at 95.

45) Matthew A. Shapiro, *The Indignities of Civil Litigation*, 100 B. U. L. Rev. 501,

이에 대하여, 재판의 공공성이 지나치게 강조되어 증거개시자료에 대한 보호명령이 제한되고, 일반적 접근성이 인정이 되는 경우 프라이버시 침해가 이루어질 수 있고, 지나친 공개는 시민들이 소송을 제기하는 것에 대한 장애요소⁴⁶⁾가 되어 사법접근성이 오히려 떨어지고, 증거개시가 지나치게 광범위하게 이루어지는 경우 절차의 지연과 과중한 비용부담 등으로 재판의 적정한 진행이 방해를 받는다는 반론이 가능하다.⁴⁷⁾ 또한 재판 당사자가 소를 제기할 당시에 자신의 모든 프라이버시를 포기하는 것이 아니고, 증거개시로 제출하는 것은 분쟁해결을 위한 것이 주된 목적임을 고려할 때 재판에서의 비밀보호에 대한 당위성은 부정하기 힘들다고 주장한다.⁴⁸⁾ 증거개시에 대한 비밀보호를 옹호하는 입장에서, 역사적으로 증거개시절차의 정당성은 자유로운 증거개시로 인하여 당사자에게 소송의 준비, 변론, 화해를 위한 정보를 취득하게 하여 적절하게 분쟁을 해결하려는 것이며, 소송자료를 일반시민에게 공개하려는 것이 아니라는 점도 고려하여야 한다.⁴⁹⁾ 이와 같은 반론에도 불구하고, 재판의 공공성을 강조하는 학자들은 후술하는 바와 같이 재판에 관련된 기록의 공개를 지지한다.

2. 재판의 공공성의 강조와 일반적 접근권의 보장

(1) 재판공개에 이론적 배경

재판공개는 일반적으로 벤담(J. Bentham)이 제시한 공개재판에서 그 이론적 배경을 찾으며, 벤담은 공개된 법정은 양 당사자가 동등하게 서로의 주장을 펼치고 증거를 제출하고 판단을 받음으로써 사람들에게 법이 공평하게 적용되는 것을 보여주는 민주주의의 실현의 장으로 제시하였다.⁵⁰⁾ 벤

505 (2020).

46) Keeling & Mangum, *supra* note 17, at 440.

47) Benham, *supra* note 37, at 2216.

48) Id., at 2188; Erichson, *supra* note 1, at 361 참조.

49) Erichson, *supra* note 1, at 366.

50) Judith Resnik, *A2J/A2K: Access to Justice, Access to Knowledge, and Economic Inequalities in Open Courts and Arbitrations*, 96 N.C.L. Rev. 605, 616 (2018).

답이 제시한 소송을 통한 ‘법원의 시민에 대한 법교육’이 실현되기 위해서는 공개된 법정에서 정보가 제시되고, 그에 대하여 법이 적용되는 과정이 공개될 필요가 있다.⁵¹⁾ 벤담이 주장한 재판공개는 공공에 대한 공개를 통하여 투명성을 확보하는 것이 사법시스템의 적절한 기능의 핵심임을 전제로 한다.⁵²⁾ 재판은 법적으로 중요한 의미를 가지며, 법원에 제출하는 모든 서면 등은 공식기록이 된다.⁵³⁾ 재판의 공공성을 실현하기 위해서는 사람들이 법원 판단의 근거가 되는 재판기록의 내용을 알 필요가 있으므로, 재판에 관한 모든 사항들은 원칙적으로 공개되어야 하고 일반적 접근권이 인정되어야 한다.⁵⁴⁾ 시민들은 재판과정을 지켜보면서 소송당사자들의 주장과 행동에 대한 잘못, 의무 등에 대한 공적 토론을 알게 되므로, 소송은 이러한 일련의 대화가 이루어지는 사회적 실천(social practice)의 의미를 지닌다.⁵⁵⁾ 재판의 공공성은 소송당사자들이 각자의 지위와 환경에 관계없이 법에 의하여 공평한 대우를 받는 것을 보여주면서 법교육을 하는 동시에, 이를 실현하기 위하여 모든 사람들에게 사법정의에 접근할 수 있는 권리를 보장할 것을 요구한다.⁵⁶⁾

(2) 재판공개에 대한 미국 헌법상 근거

미국 헌법에서도 공개재판을 받을 권리가 인정되며, 수정연방헌법 제1조와 보통법원칙⁵⁷⁾에 의하여 재판과정에서 얻은 정보의 공개를 구할 권리가 인정된다.⁵⁸⁾ 미국 연방대법원은 형사재판의 변론에 대한 일반적 접근권

51) Id., at 616.

52) Davis S. Ardia, *Court Transparency and the First Amendment*, 38 Cardozo L. Rev. 835, 838-39 (2017).

53) Id., at 897.

54) 재판에 대한 일반적 접근권의 보장은 보통법계 소송의 특징이기도 하다. John H. Langbein, *The Disappearance of Civil Trial in the United States*, 122 Yale L. J. 522, 534 (2012) 참조.

55) Resnik, *supra* note 50, at 617.

56) Id., at 617-18.

57) *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589, 597-99 (1978)

58) *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555, 576 (1980); *Globe Newspaper Co. v. Superior Court*, 457 U.S. 596 (1982); Benham, *supra* note 37, at 2187.

이 수정연방헌법 제1조에 의하여 보호되고,⁵⁹⁾ 형사재판의 변론에 대한 공개는 형사사법체계가 공정하고 투명하게 운영되고 있음을 보여주어 신뢰를 향상한다고 판시하였다.⁶⁰⁾ 다만 미국 연방대법원은 재판공개와 관련하여, 재판기록에 접근할 권리는 절대적인 권리가 아니며, 법원에서 적절하게 제한할 수 있는 권리로 해석한다.⁶¹⁾

비록 연방대법원이 명시적으로 민사소송에서의 재판공개와 재판기록에 대하여 인정하지는 않았으나, 일반적으로 민사소송에서도 변론의 공개는 인정이 되고, 변론 전 절차 또는 재판기록 등에 대하여는 공개 여부에 대한 하급심판례가 일치하지 않아 명확한 법리가 확립되어 있지 않다.⁶²⁾ 공개변론을 헌법에서 보장하는 취지가 사법의 투명성을 제고하는 것이라면, 제출된 서면과 증거, 의견서 등의 내용과 제출 시점 및 방법 등에 대하여 접근권을 보장하여야 진정한 의미의 재판공개가 되므로, 변론의 공개와 법원 기록의 공개를 구별할 필요가 없다는 점에서, 변론과 법원 기록에 대한 접근권은 일반적으로 인정되고 있다고 볼 수 있다.⁶³⁾ 다만 일반적으로 재판기록에 대한 공개를 인정한다고 하더라도, 미국 민사소송에서는 변론에 이르기 전에 화해로 종결되는 사건이 다수이고, 화해 또는 조정으로 조기 종결하는 경우에는 당사자 합의로 증거개시로 제출한 정보들을 과기하며 기밀성을 유지하는 경우가 많으므로, 일반에게 공개되지 않는 사건과 기록은 상당히 존재한다.⁶⁴⁾

한편, 미국 연방대법원은 민사소송의 변론 전에 증거개시 단계에서 당사자들이 교환한 정보는 소송의 공적 기록물이 아니므로 헌법상 공개의 대상이 아니라고 판단한 바 있다.⁶⁵⁾ 증거개시의 보호명령제도가 연방수정헌

59) Ardia, *supra* note 52, at 919.

60) *Globe Newspaper Co. v. Superior Court*, 457 U.S. 596, 606 (1982).

61) *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589, 597-599 (1978); *Seattle Times Co. v. Rhinehart*, 467 U.S. 20, 33 (1984).

62) Ardia, *supra* note 52, at 858.

63) Ardia, *supra* note 29, at 1407.

64) Arthur R. Miller, *Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts*, 105 Harv. L. Rev. 427, 429 (1991); Benham, *supra* note 37, at 2187.

65) *Seattle Times Co. v. Rhinehart*, 467 U.S. 20, 33 (1984) ("Pretrial depositions and interrogatories are not public components of a civil trial ... and, in general, they

법 제1조를 위반하는지가 문제되었던 사건에서, 형사소송의 재판공개에 적용하였던 심사기준을 민사소송에도 동일하게 적용하고,⁶⁶⁾ 이 기준에 따라 증거개시 정보가 법원에 제출이 되고 판단의 근거가 된 경우 등에 비로소 그 정보는 일반적 접근권 대상이 되어 열람 등을 신청할 수 있게 된다고 판시하였다.⁶⁷⁾

(3) 미국의 재판공개 확대 주장

미국 헌법에서 재판공개 및 일반시민의 재판기록에 대한 열람·복사 등 이용할 수 있는 접근권은 공정하고 투명한 재판을 실현하여 사법신뢰를 제고한다는 점에서 중요한 권리이나, 절대적으로 인정되는 권리는 아니다.⁶⁸⁾ 그럼에도 불구하고 일부 학자들은 소송절차에 제출된 모든 자료에 대하여 일반시민이 열람·이용 등을 할 수 있도록 접근할 권리를 주장한다.⁶⁹⁾ 모든 재판기록에의 열람을 허용하고 나아가 증거개시로 제출된 정보에도 일반적 접근권을 인정해야한다고 주장하는 학자들은 증거개시로 제출된 정보에 대한 보호명령 또는 재판기록의 열람제한명령은 재판에 제출된 정보에 대한 공공의 이익을 침해하는 것이며, 특히 공공의 건강과 안전에 대한 정보는 일반에게 공개되어야 한다고 주장한다.⁷⁰⁾ 이 입장에서, 재판의 기능은 분쟁 해결을 넘어 공익을 실현하는 것으로, 법원은 공공기관으로서의 소임을 다하기 위하여 사적인 민사소송에서도 사회 공익을 촉진해야 한다.⁷¹⁾ 이 입장은 광범위한 증거개시도 지지하는데, 정보교환을 충분히 함으로써 당사자들은 공정하고 적절한 분쟁해결을 할 수 있으며, 법원의 입장에서는 정확한 법적용을 가능하게 하며, 당사자 간의 정보불균형을 시정하여 협상능력을

are conducted in private as a matter of modern practice.”)

66) Dore, *supra* note 17, at 321.

67) Ardia, *supra* note 29, at 1427; Erichson, *supra* note 1, at 362.

68) Nixon v. Warner Communications, Inc., 435 U.S. 589, 597-599 (1978); Seattle Times Co. v. Rhinehart, 467 U.S. 20, 33 (1984); Miller, *supra* note 64, at 429; Ardia, *supra* note 29, at 1408.

69) Miller, *supra* note 64, at 429.

70) Id., at 429-31; Erichson, *supra* note 1, at 361.

71) Miller, *supra* note 64, at 431; Endo, *supra* note 40, at 1264.

공평하게 할 수 있다고 강조한다.⁷²⁾

재판의 공공성을 주장하는 측에서는 사법접근성의 보장과 법치주의의 실현을 위하여 법원에 대한 공공의 감시 또는 통제가 필요하고, 이를 위하여는 사법판단의 기초가 된 기록에 대한 일반적 접근권의 보장을 찬성한 다.⁷³⁾ 재판기록에 대한 일반적 접근의 보장은 재판의 정확성을 도모할 뿐만 아니라,⁷⁴⁾ 일반시민에 대한 법교육의 효과가 있으며,⁷⁵⁾ 시민과 정부 간의 정보불균형을 해소하여 민주주의 실현의 전제가 된다.⁷⁶⁾ 알권리의 보장은 민주주의주의의 핵심요소로,⁷⁷⁾ 연방수정헌법 제1조에서 보장하는 접근권에 의하여 재판의 공공성에 관한 보장에 관한 범위와 한계가 정해질 수 있다.⁷⁸⁾ 이 입장은 언론에 의한 재판기록의 공개도 긍정적으로 보는데, 언론 보도로 일반 시민들은 사법부에서 다루는 소송에 대한 정보를 알 수 있기 때문이다.⁷⁹⁾

이 주장은 제조물책임사건 등에서 대기업이 보호명령을 이용하여 타이어 결함 등 공익에 기여하는 정보에 대한 공개를 하지 않았던 사건 등 보호명령을 이용하여 공익을 위하여 공개되어야 할 정보가 은닉되어 사회적 피해가 발생하였던 사건을 배경으로 설득력을 얻게 되었다.⁸⁰⁾ 그 결과 1990년대 초에 재판기록의 투명한 공개를 위한 입법 움직임이 나타났고, 이른바 ‘재판공개법안(Sunshine in Litigation Act)’이 발의되었다.⁸¹⁾ 텍사스 주는 이와 유사한 법을 입법한 최초의 주로, 법원 기록에 대한 일반접근권을 인

72) Zambrano, *supra* note 2, at 90.

73) Endo, *supra* note 42, at 1264; Erichson, *supra* note 1, at 361; Richard L. Marcus, *The Discovery Confidentiality Controversy*, 1991 U. Ill. L. Rev. 457, 459 (1991); Dore, *supra* note 17, at 322.

74) Endo, *supra* note 42, at 1264; Dore, *supra* note 17, at 323.

75) Endo, *supra* note 42, at 1265.

76) Adria, *supra* note 52, at 900; Dore, *supra* note 17, at 323.

77) Adria, *supra* note 52, at 889.

78) Id., at 893.

79) Endo, *supra* note 42, at 1265.

80) Endo, *supra* note 42, at 1265.

81) Benham, *supra* note 37, at 2196-97; Endo, *supra* note 42, at 1298; Dore, *supra* note 17, at 311.

정하였다.⁸²⁾ 이 법은 영업비밀이나 기타 재산권에 관련된 것이 아니면 재판 기록의 공중보전과 안전에 관한 재판기록을 원칙적으로 공개하도록 하면서, 공개되었을 경우의 이익과 정보 비공개로 인한 공중보전이나 안전에 대한 명백한 반대효과보다 명백하게 특정하고 중대한 이익이 침해되는 경우에 한하여 비공개를 인정한다고 규정한다.⁸³⁾ 그러나 이 입법을 실제로 한 주는 많지 않으며, 1990년대 중반 논의 이후 입법 움직임이 사라졌다.⁸⁴⁾ 1994년 이와 유사한 연방법의 입법이 시도되었으나 통과되지 못하였고,⁸⁵⁾ 2014년,⁸⁶⁾ 2017년에도 연방법 제정에 대한 시도가 있었으나, 통과하지 못하였다.⁸⁷⁾

(4) 비밀보호에 대한 공공성 진영에서의 도전

재판의 비밀보호를 반대하고 재판의 모든 기록과 과정에 대한 공개를 주장하는 학자들이 제시하는 근거는 다양하다. 우선, 결과주의적 측면에서, 재판에서 비밀보호는 공공의 안전에 위해를 가할 수 있다.⁸⁸⁾ 공공의 안전에 위해를 가할 수 있는 정보에 기밀성을 인정하여 일반에게 공개하지 않으면, 기밀유지에 의한 폐해는 결국 시민에게 전가된다.⁸⁹⁾ 또한 유사한 사건을 진행하는 다른 당사자들이 그 자료를 볼 수 없어서 재판의 효율성과 정확성이 떨어질 수 있다. 미국 연방법원에 접수되는 민사사건의 대다수는 변론 전에 화해로 종결되며 당사자 간 화해계약은 통상 법원의 비밀유지명령을 유지하고 당사자 간에 증거개시로 수집한 정보를 반환하거나 파기하는 조항을 포함하고 있으므로, 당사자가 아닌 제3자는 유사사건의 당사자라 하더라도 증거개시 자료에 접근할 수 없다.⁹⁰⁾ 그러므로 유사 사건의 당사자는 독립적으로 증거개시를 진행하게 되어, 이미 다른 재판에서 제출하였으나 비공개

82) Tex. R. Civ. P. 76(a).

83) Id.

84) Endo, *supra* note 42, at 1298; Dore, *supra* note 17, at 311-12.

85) Sunshine in Litigation Act, S. 1404, 103d Cong. (1994).

86) Sunshine in Litigation Act of 2014, S. 2364, 113th Cong. (2014).

87) Sunshine in Litigation Act of 2017, H.R. 1053, 115th Cong. (2017).

88) Benham, *supra* note 37, at 2189.

89) Id., at 2187.

90) Id., at 2189.

된 정보에 대하여 증거개시를 신청하게 되고, 신청 받은 당사자는 동일한 정보를 제출하게 되어 비용과 절차지연의 부담이 증가하고, 개별사건마다 신청한 증거개시의 범위가 동일하지 않을 경우 개별사건에서 진실추구가 어렵다는 점을 들 수 있다.⁹¹⁾

한편, 기본권 또는 사법접근성 측면에서도 재판의 공공성이 우선되어야 한다고 주장한다. 그 첫 번째 근거로, 미국 수정연방헌법 제1조의 해석과 관련하여 재판의 공공성을 주장하는 학자들은 보호명령으로 증거개시 자료의 공개가 제한되는 것은 표현의 자유를 침해하는 것이라고 주장한다.⁹²⁾ 그러나 이에 대하여 미국 연방대법원은 후술하는 *Seattle Times, v. Rhinehart* 사건에서 증거개시 정보는 민사소송의 특징상 다른 표현물과 달리 엄격한 심사기준이 적용되지 않으므로 보호명령은 표현의 자유 침해가 아니라고 판단하였다.⁹³⁾ 공공성 진영의 두 번째 근거는 증거개시 정보에 대한 일반적 접근권을 인정하는 보통법상 권리이다. 보통법상 법원에 접수된 기록과 자료를 열람할 권리가 인정되었으며, 2000년 FRCP 개정 전까지 증거개시로 제출하는 자료도 법원에 제출하도록 규정되어 있었으므로, 이를 근거로 증거개시 자료에도 일반에게 공개되어야 함을 주장하였다.⁹⁴⁾ 그러나 2000년 FRCP 개정을 통하여 증거개시 자료는 절차와 관련이 있거나 제출명령이 있는 경우에만 법원에 제출하도록 개정됨으로써 이 주장은 힘을 잃게 되었다.⁹⁵⁾

3. 재판에서 비밀보호의 보장

(1) 프라이버시의 두 관점: 자유와 존엄

일반적으로 프라이버시(privacy)란 삶의 가치의 핵심적 가치로 인간의 존엄 내지 인격의 근본적인 요소로 법적 보호의 대상이 된다.⁹⁶⁾ 그러나 각

91) *Id.*, at 2187.

92) *Id.*, at 2193.

93) 476 U.S. 20, 37 (1984).

94) Benham, *supra* note 37, at 2195.

95) *Id.*, at 2196.

국의 역사와 전통, 관습 등에 따라 다르게 발현이 되며, 미국법과 대륙법계 국가들은 프라이버시에 대하여 다르게 접근하는 것을 비교법적으로 관찰할 수 있다.⁹⁷⁾ 실제로 프라이버시는 다면적인 의미를 가지는 복합적 개념으로, 일반적으로 비밀보호(confidentiality)를 전제로 한다고 볼 때 ‘존엄성으로서의 프라이버시(privacy as dignity)’와 ‘자유로서의 프라이버시(privacy as freedom)’로 분류할 수 있다.⁹⁸⁾ 자유로서의 프라이버시는 사회화된 존재를 전제로 하는 존엄성으로서의 프라이버시와 달리 통제로부터 자유로운 개인의 자유로운 자기표현을 보호한다.⁹⁹⁾ 즉 자유로서의 프라이버시는 정부 규제로부터의 자유를 상정하며, 이는 미국 Roe v. Wade 판결에서 의미한 프라이버시권(the right to privacy)과 연결된다.¹⁰⁰⁾

자유(freedom) 또한 소극적 자유(negative freedom)와 적극적 자유(positive freedom)로 구분할 수 있는데, 소극적 자유는 국가나 기타 외부로부터 자유로운 상태로 보호받는 프라이버시를 설정하는 것을 의미하며, 적극적 자유는 자율적 또는 자발적으로 공동선을 구축하는 시민참여 또는 자기통치(self-governance)를 의미한다.¹⁰¹⁾ 외부로부터 자유로운 공간 또는 내면을 지키는 소극적 자유는 미국에서 프라이버시권으로 발현되어 논의되어왔다.¹⁰²⁾ 즉 미국에서 프라이버시는 자유로서의 프라이버시를 의미하며, 특히 국가로부터 개인의 사적 영역을 침해당하는 것으로부터 보호하는 것에 중점을 둔다.¹⁰³⁾ 그러므로 민사소송에서의 증거자료로 제출하는 정보에 대한 개인정보 등 정부기관에의 자료 제출이나 언론 노출 등에는 상대적으로 민감하지 않다.¹⁰⁴⁾

96) James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 *Tale L. J.* 1151, 1153 (2004).

97) Whitman, *supra* note 96, at 1159.

98) Robert C. Post *Three Concepts of Privacy*, 89 *Geo. L. J.* 2087, 2092-95 (2001).

99) *Id.*, at 2095.

100) *Id.*, at 2096.

101) Frédéric G. Sourgens, *Functions of Freedom: Privacy, Autonomy, Dignity, and the Transnational Legal Process*, 48 *Vanderbilt J. Trans'l L.* 471, 518-19 (2015).

102) *Id.*, at 522.

103) Whitman, *supra* note 96, at 1161.

반면, 비교법적으로 대륙법계 국가들에서 프라이버시는 개인의 존엄에 대한 존중과 보장을 의미한다.¹⁰⁵⁾ 즉, 초상, 이름, 평판 등에 대한 권리를 보호하며 이러한 정보에 대한 공개 여부를 개인이 통제하고 결정할 수 있는 개인정보자기결정권을 의미한다.¹⁰⁶⁾ 개인정보자기결정권은 외부로부터 보여지는 나의 이미지에 대한 결정권도 보호하므로, 대륙법계에서 프라이버시는 원하지 않는 공적 노출로부터의 보호를 의미하고, 평판을 해치거나 모욕감을 주는 등 공적 존엄에 위해를 가할 수 있는 언론에 의한 노출, 기관에 의한 정보 수집 등을 경계한다.¹⁰⁷⁾

(2) 존엄성의 두 관점: 위상으로서의 존엄(dignity as status)과 명예로서의 존엄(dignity as privacy)

민사소송은 자신의 권리를 주장, 실현하는 절차라는 점에서 존엄성의 실현이 이루어진다.¹⁰⁸⁾ 민사소송은 자신에게 잘못된 행동을 한 상대방에게 책임을 추궁하는 방법과 장소를 제공한다.¹⁰⁹⁾ 민사소송은 모든 시민에게 동등하게 다른 사람의 책임을 추궁할 수 있도록 함으로써 정치적 공동체 구성원 간의 관계를 구성하는 측면도 있으므로, 소송의 승패와 관계없이 소송을 제기할 수 있도록 사법접근성을 보장하는 것은 존엄성 보장 측면에서 의미가 크다.¹¹⁰⁾ 민사소송은 사적인 법적 분쟁을 해결하고자 하는 모든 사람에게 열려있고, 피고는 소송절차에 따라 공개된 법정에서 원고의 주장에 응해야 하므로, 법원의 피고에 대한 판단과는 무관하게 권리 소지자인 원고는 적정한 절차에 의하여 자신의 권리를 주장하였다는 점에서 존엄이 보장되었다고 볼 수 있다.¹¹¹⁾ 이는 모든 사람에게는 평등한 사회적 위상이 인정되

104) Id., at 1162.

105) Id., at 1161.

106) Id.

107) Id.

108) Shapiro, *supra* note 45, at 513.

109) Id., at 516-17.

110) Id., at 519.

111) Id., at 523-24.

어야 한다는 존엄의 다양한 의미 중에서도 가장 전통적인 위상으로서의 존엄(dignity as status)에 기반하며,¹¹²⁾ 위상으로서의 존엄은 공적으로 이를 표현하고 존중받음으로써 보호되므로 사회적·정치적 공동체 구성원에 대한 표현으로서 사회적 의미도 가진다.¹¹³⁾ 사법접근성 보호를 주장하는 학자들은 이와 같은 맥락으로 소송 또는 사법정의에 접근할 수 있도록 각종 제약을 제거하고 재판을 공개할 것을 주장하며, 이로써 민사소송 관점에서 위상으로서의 존엄은 보호된다.¹¹⁴⁾

한편, 민사소송에서 원고는 자신의 권리를 주장함으로써 스스로의 권리를 주장, 행사하여 위상을 확립하는 동시에, 공개된 법정에서 자신이 피해자임을 인정하여야 하므로 다른 의미의 존엄이 침해될 수 있다.¹¹⁵⁾ 사회적 평판에 대한 관리는 자신의 정보에 대한 관리·통제의 문제로 이루어지는데, 민사소송은 공개된 법정에서 이루어지므로 자신의 치부에 대한 정보에 대한 관리·통제권을 상실하게 된다.¹¹⁶⁾ 이는 대륙법계의 프라이버시에 해당하는 개인정보자기결정권과 상통하며,¹¹⁷⁾ 이러한 의미에서 민사소송은 명예로서의 존엄(dignity as privacy)¹¹⁸⁾을 공개재판원칙을 침해하지 않으면서 어떻게 보장할 것인지의 문제에 직면한다.¹¹⁹⁾

(3) 재판에서의 비밀보호의 필요성

극단적인 공공성 및 재판공개와 강화는 아무리 그 자료가 내밀한 것이며 사소하고, 부정확한 것이라고 하더라도 투명하게 일반시민에게 공개하도록 하는 폐단을 초래한다.¹²⁰⁾ 당사자의 내밀한 사정까지 일반에게 공개하는 것이 재판의 본질이 아님¹²¹⁾에 비추어볼 때, 재판의 공공성에 대한 극단적

112) Id., at 521-22.

113) Id., at 523.

114) Id., at 526.

115) Id., at 532.

116) Id., at 536.

117) Id., at 528.

118) Id., at 527-28.

119) Id., at 541.

120) Miller, *supra* note 64, at 431.

인 강화는 도전을 받게 된다. 공공성에 대한 이론적 반론으로, 전술한 바와 같이 재판의 기밀성 또는 프라이버시의 개념이 등장한다. 공공성이 제한되는 것을 지지하는 학자들은 ‘프라이버시’를 이유로 내세우는 반면, 재판의 공공성을 확대하여야 한다고 주장하는 학자들은 ‘기밀성(secretcy)’이라는 개념을 사용하는 경향이 있다.¹²²⁾ 중립적으로 비밀보호(confidentiality)라는 용어가 사용되기도 한다.¹²³⁾

어느 용어를 사용하든 재판에서 모든 자료가 일반에 공개되어야 하는 것은 당연한 것은 아니며, 미국에서도 재판에서의 비밀보호는 중요하게 여겨지는 가치로 본다.¹²⁴⁾ 일반적인 민사소송절차에서 법원은 당사자의 주장과 이를 뒷받침하기 위하여 제출한 증거를 바탕으로 법을 적용하여 판단을 내리게 되며, 재판공개원칙은 재판에 대한 신뢰를 향상하고 법치주의를 실현하는 장(forum)으로서 의미를 가진다. 재판기록에 대한 열람은 재판공개원칙의 수단으로서의 의미가 있고,¹²⁵⁾ 변론에서 다루어지지 않은 변론 전 자료에 대한 공개는 재판공개 목적을 달성하는데 필수적인 요소가 아니다.¹²⁶⁾ 한편, 변론 전 자료에 대한 공개가 재판공개와는 별도로 존재하는 공공정보에 대한 공개청구권이라고 볼 수 있으나, 이 관점에서 보더라도 소송의 당사자가 아닌 제3자가 사적인 소송당사자들의 민사소송에서 증거개시로 수집한 자료를 이용할 권리는 없다고 볼 수 있다.¹²⁷⁾ 재판에 정보를 제출하는 것은 정확한 법적 판단을 받기 위한 것으로 외부에의 공개를 목적으로 한 것이 아니라는 점에서 재판과정 중에 제출한 정보, 특히 변론 전 증거개시에서 제출한 정보까지 모두 공개되어야 한다는 견해는 설득력을 상실한다.¹²⁸⁾

121) Id., at 431.

122) Benham, *supra* note 37, at 2188; Shapiro, *supra* note 45, at 542 참조.

123) Benham, *supra* note 37, at 2188; Miller, *supra* note 64, at 429; Endo, *supra* note 40, at 1256; Erichson, *supra* note 1, at 361.

124) Miller, *supra* note 64, at 429.

125) Id., at 430. 다만 이 논문에서 Miller 교수는 재판기록 공개에 대하여 ‘민사재판의 부차적인 혜택 또는 부작용(secondary benefit - side effect)’이라고 표현한다.

126) Miller, *supra* note 64, at 440.

127) 467 U.S. at 32.

128) Erichson, *supra* note 1, at 366.

미국 민사소송에서 비밀보호의 문제는 민사소송 단계별로 대두되며, 광범위한 자료제출을 전제로 하는 증거개시단계에서도 문제가 된다.¹²⁹⁾ 물론 증거개시로 상대방에게 제출한 정보는 공적 기록이 아니므로 재판공개와 같은 일반적 접근권이 동일하게 인정되지는 않는다.¹³⁰⁾ 그러나 일반적 공개의 대상이 아니더라도 제출받은 당사자는 이를 이용·유포·출판 등을 할 수 있으므로 상대방 당사자가 개인정보나 영업비밀 등 보호가 필요한 정보를 공개하지 못하도록 보호명령 등 비밀을 보호하기 위한 조치가 필요하다. 재판의 공공성과 재판공개원칙은 존중되어야 하나, 이를 위하여 비밀이 보장되어야 할 자료를 보호하기 위한 법원의 권한을 지나치게 제한하는 것은 사법제도의 공정성과 효율성을 해하는 것이며, 동시에 소송당사자의 프라이버시, 보호받을 가치가 있는 재산상 이익, 외부로부터의 개입 없이 자유로이 분쟁을 해결할 권리를 침해하므로,¹³¹⁾ 증거개시의 보호명령은 논란의 대상이 되어왔다.

증거개시 정보에 대한 비밀보호의 논의는 정보에 대한 접근에 대한 제약이 사라지면서 그 중요성이 더 커지고 있다. 미국에서 전통적으로 재판기록은 공개의 대상이 되어왔으나, 과거에는 재판기록 열람을 위하여 법원에 가야 했으므로 물리적, 시간적인 접근의 제약이 존재하여 문제의 소재가 적었다. 그러나 전자소송의 증가와 재판기록공개에 대한 전자시스템이 구축되어 접근가능성이 증가하면서 프라이버시 침해 논란이 일어나게 되었다.¹³²⁾ Case Management/Electronic Case Files(CM/ECF)에 의한 Public Access to Court Electronic Records(PACER)가 도입된 이후, 기록열람에 소요되는 비용이 현저히 절감되었다.¹³³⁾ 그 결과 대면으로 재판기록 접근이 허용되었던 과거보다 전자정보로 접근하면서 개인정보 등에 대한 침해 위험이 커지게 되었다.¹³⁴⁾ 평균적으로 재판기록으로 제출된 서면 당 113개의 민감

129) Zambrano, *supra* note 2, at 124; Dore, *supra* note 17, at 317.

130) Erichson, *supra* note 1, at 361.

131) Miller, *supra* note 64, at 432; Endo, *supra* note 40, at 1265.

132) Ardia, *supra* note 29, at 1395-96; Endo, *supra* note 40, at 1270; Sedona Guidelines, *supra* note 20, at 144.

133) Endo, *supra* note 40, at 1270.

134) *Id.*, at 1270.

정보를 담고 있다는 조사도 나오면서, 재판기록에 대한 접근권 보장으로 개인정보 또는 민감정보 침해 문제가 발생할 가능성이 증가하였다.¹³⁵⁾

Ⅲ. 미국 증거개시제도와 재판의 공공성과 비밀보호의 균형점 모색 과정

1. 미국 증거개시의 도입과 사법접근성의 확대

미국 증거개시는 형평법소송 상의 절차적 도구로 1938년 FRCP에 도입되었으며, 당시 열린 법원을 표방하며 소답(訴答)절차(pleading)의 기준을 완화하고 분쟁의 대상(subject matter of disputes)에 대한 증거를 수집하기 위한 증거개시를 도입하는 등 사법접근성을 확대하였다.¹³⁶⁾ 1938년 개정은 당사자들이 자신의 권리주장을 위하여 필요한 사건에 관련이 있는 자료를 증거개시의 범위에 넣음으로써 모색적인 증거낚기(fishing expeditions)를 허용하는 등¹³⁷⁾ 극단적인 광범위성을 특징으로 한다.¹³⁸⁾ 또한 1938년 개정 FRCP는 소답절차의 기준을 완화하여 당사자들은 소장과 답변서를 통하여 청구에 대한 통지를 받고 증거개시절차를 통하여 사실관계와 쟁점을 찾았다.¹³⁹⁾ 분쟁의 대상과의 관련성이 인정되면 증거개시의 대상이 되므로 증거낚기는 증거개시를 제한하는 요소가 아님에도 불구하고 광범위한 증거개시를 제한하는 사법부에 대응하여 1946년 개정은 증거개시의 광범위성을 명확히 하였다.¹⁴⁰⁾ 이러한 광범위한 증거개시는 변론 전에 미리 분쟁에 대한

135) Id., at 1271.

136) Scott Dodson, *New Pleading, New Discovery*, 109 Mich. L. Rev. 53, 58 (2010); Arthur R. Miller, *From Conley to Twombly to Iqbal: A Double Play on the Federal Rules of Civil Procedure*, 60 Duke L. J. 1, 3 (2010); Jeffrey W. Stempel, *Politics and Sociology in Federal Civil Rulemaking: Errors of Scope*, 52 Ala. L. Rev. 529, 535 (2001).

137) Stempel, *supra* note 136, at 535-36; *Hichman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947).

138) Zambrano, *supra* note 2, at 80; Erichson, *supra* note 1, at 363.

139) Miller, *supra* note 136, at 3; Benham, *supra* note 37, at 2215.

충분한 자료를 수집하여 다툼이 있는 사실이나 쟁점만을 변론에서 다투도록 하고 예상하지 못한 공격을 방지하여 정확한 판결의 전제가 되는 사실관계 확정의 질을 담보하고 변론의 효율성을 제고하는 것을 목적으로 하였다.¹⁴¹⁾

이러한 광범위한 증거개시와 사법접근성의 확대는 1950년대와 1960년대로 이어지면서 광범위한 증거개시는 미국 소송의 핵심요소가 되었다.¹⁴²⁾ 정보의 불균형은 권리주장을 위한 자료의 부재와 연결되어 소제기를 어렵게 하며, 나아가 당사자 간 화해도 저해한다.¹⁴³⁾ 당시 미국 민사소송법은 대표당사자소송(class action)을 도입하는 등 사법접근성을 강화하여 ‘열린 법원(open courts)’을 사법정책의 방향으로 설정하며, 상대방이 가지고 있는 정보를 포함하여 분쟁해결에 필요한 정보에 대한 쉬운 접근을 허용하였다.¹⁴⁴⁾ 1970년 개정에서도 증거개시의 광범위성과 증거수집에의 접근 강화의 방향은 유지되었다.¹⁴⁵⁾

그 결과 미국의 증거개시는 상대방에게 변론 전에 분쟁대상에 관련된 자료를 제출하도록 강제하여 정보의 불균형을 시정하고, 이를 바탕으로 공정한 재판의 전제가 되는 정확한 사실관계의 발견과 쟁점의 정리를 가능하게 하여 변론 전에 당사자 간 화해로 사건을 조기종결하는 요인으로 작용하게 되었다.¹⁴⁶⁾ 비교법적으로도 증거개시는 미국에서만 이용되는 특징적인 제도로, 광범위성과 당사자주도성이 큰 특징으로 꼽힌다.¹⁴⁷⁾ 증거개시는 정확한 진실추구(accuracy)를 가능하게 하고 당사자참여(participation)를 보장하여, 절차적 공정성(procedural fairness)¹⁴⁸⁾ 측면에서 정당성을 찾을 수 있고, 당사자 간 정보불균형과 소송숙련도 불균형을 시정한다는 점에서 평등

140) Stempel, *supra* note 136, at 538.

141) Benham, *supra* note 37, at 2215.

142) Stempel, *supra* note 136, at 540.

143) Shay Lavie & Avraham Tabbach, *Litigation Signals*, 58 Santa Clara L. Rev. 1, 8 (2018).

144) Stempel, *supra* note 136, at 540.

145) *Id.*, at 540.

146) Zambrano, *supra* note 2, at 90.

147) Erichson, *supra* note 1, at 365.

148) Wang, *supra* note 21, at 2127.

(equality) 내지 당사자 공평대우 측면에서도 정당성을 찾을 수 있다. 1970년대 중반까지 사회제도의 개선이나 공공정책에 영향을 주는 대표당사자소송 등이 다수 제기되었고, 이러한 공익소송은 당시 FRCP에서 허용한 자유로운 증거개시로 가능하였다.¹⁴⁹⁾

2. 1970년대 중반 이후 증거개시 남용의 제한을 위한 FRCP 개정과 비례원칙의 강화

1970년대에 대규모소송과 광범위한 증거개시가 빈번해지면서 증거개시의 남용에 대한 지적이 힘을 얻기 시작하였다.¹⁵⁰⁾ 1976년 파운드회의(Pound Conference)에서 허용적인 소답절차, 광범위한 증거개시, 사법적극주의를 표방하는 ‘열린 법원’은 논란의 대상이 되었으며, 특히 광범위한 증거개시는 비판의 대상이 되었다.¹⁵¹⁾ 그 이후 미국 소송규칙 개정논의에서 증거개시를 축소하기 위한 증거개시 개혁 움직임이 발생하였다.¹⁵²⁾ 구체적으로 증거개시 개혁을 주장하는 측은 증거개시의 무제한적 범위와 이로 인한 절차 지연과 막대한 비용 증가, 그 결과 발생하는 사법시스템에 대한 과부하를 근거로 증거개시가 남용되고 있는 실무를 개혁해야 한다고 주장하였다.¹⁵³⁾

1980년 FRCP 개정에서도 증거개시의 광범위성을 제한하는 것을 목적으로 하는 개정이 이루어졌으나,¹⁵⁴⁾ 본격적으로 증거개시 개혁이 입법으로 가시화된 것은 1983년 규칙 개정으로, 증거개시의 범위와 제한에 관한 26조(b)항에 대한 개정에서 개별사건에서 법관이 여러 정황을 종합적으로 고려하여 증거개시의 범위를 제한할 수 있도록 하는 비례성원칙이 반영되었으며,¹⁵⁵⁾ 개별사건의 특성에 기인한 유연한 법관의 재량을 인정하는 대신, 일

149) Stempel, *supra* note 136, at 542.

150) Id., at 543; Benham, *supra* note 37, at 2216.

151) Stempel, *supra* note 136, at 543.

152) Id., at 532.

153) Stempel, *supra* note 136, at 532-33; Benham, *supra* note 37, at 2216.

154) Benham, *supra* note 37, at 2218.

155) Keeling & Mangum, *supra* note 17, at 418-19; Benham, *supra* note 37, at 2218.

괄적인 제한기준을 규정하는 것을 지양하였다.¹⁵⁶⁾ 26조 (b)항 (iii)호는 증거개시의 제한에 적용될 기준으로 소송에서 승소할 경우의 배상액에 대한 고려는 물론, 그 소송이 가지는 철학적, 사회적 가치도 고려요소로 산정하여 비용편익분석을 하도록 하여 고용차별 등 공익소송이나 기본권사건에서의 증거개시는 허용하도록 하였다.¹⁵⁷⁾ 비슷한 시기인 1984년 재판의 비밀유지에 대한 *Seattle Times Co. v. Rhinehart* 판결의 선고가 이루어졌고, 연방대법원은 증거개시가 실무상 명백하게 남용될 여지가 있으며, 그 결과 절차지연과 비용부담, 그리고 소송당사자와 제3자의 프라이버시권을 심각하게 침해한다고 지적하였다.¹⁵⁸⁾

비례성원칙이 도입된 이후로도 FRCP 개정에서 증거개시 범위의 제한에 대한 논의가 제기되었고, 1993년 개정을 준비하면서 연방사법센터(Federal Judicial Center)는 증거개시 범위에 대한 연구를 위하여 데이터분석 및 설문조사를 실시하였다.¹⁵⁹⁾ 그 결과 대다수의 사건에서 증거개시가 거의 이루어지지 않으며,¹⁶⁰⁾ 다만 증거개시가 이루어지는 소수의 사건에서 상당한 비용이 소요됨을 확인하였다.¹⁶¹⁾ 이를 종합적으로 해석하여, 전체적인 연방법원 접수사건을 보면 증거개시는 적정하게 이루어지고 있다는 분석도 존재한다.¹⁶²⁾ 즉 증거개시 개혁의 필요성을 주장하기 위하여 제시되는 절차지연, 비용과다 등은 실증적 연구에서 확인되지 않았으며, 대다수의 사건에서는 증거개시 비용이나 절차지연이 문제되지 않으며 증거개시 비용이 문제되는 사건들은 대개 쟁점이 복잡적이거나 사건의 특성에 따른 것으로 증거개시 제도 자체의 문제가 실증적으로 밝혀진 것은 아니다.¹⁶³⁾ 한편, 위 연구에서 증거개시가 이루어지는 일부 사건에서 대리인들은 과중한을 호소

156) Paul W. Grimm, *Are We Insane?: The Quest for Proportionality in the Discovery Rules of the Federal Rules of Civil Procedure*, 36 Rev. Litig. 117, 123 (2017).

157) *Id.*, at 126.

158) 467 U.S. 20, 34-35 (1984).

159) Stempel, *supra* note 136, at 573.

160) *Id.*, at 574.

161) *Id.*, at 574.

162) *Id.*, at 575.

163) Miller, *supra* note 136, at 66; Stempel, *supra* note 136, at 576.

하였고,¹⁶⁴⁾ 대리인들은 법관이 증거개시에 적절히 개입하는 것이 비용을 낮추고 더 공정한 재판을 가능하게 한다고 응답하였다.¹⁶⁵⁾ 이러한 연구결과를 바탕으로, 증거개시의 남용으로 인한 폐해가 명확하게 실증연구에서 드러나지 않았음에도 소송에서 대기업을 변호·방어하는 엘리트 법조인들의 입장이 강하게 반영되면서 소제기를 억제하고 증거개시 범위를 축소하는 개정이 이루어지게 되었다는 비판이 있다.¹⁶⁶⁾

위와 같은 비판에도 불구하고 자문위원회(Advisory Committee)에서는 증거개시과정에서의 정보량의 폭증에 대한 문제인식을 공유하였고, 특히 전자적 저장정보(electronically stored information)의 이용 증가로 인한 비용과 정보량에 대한 우려가 제기됨에 따라 증거개시 이용에 대한 제한은 1993년, 2000년, 2006년 개정에도 반영되게 되었다.¹⁶⁷⁾ 이러한 증거개시 제한에 대한 개정에도 불구하고 2015년 개정작업의 기초를 형성한 듀크 회의(Duke Conference)¹⁶⁸⁾ 등에서 26(b)(2)의 비례성원칙의 입법의도가 실무에서 충분히 반영되고 있지 못하여 증거개시의 비용과 부담이 과중하다는 우려가 추가적으로 제기되었고,¹⁶⁹⁾ 비례성원칙 요소를 26(b)(1)으로 위치를 변경, 내용을 강화하고 증거개시 비용분담규정을 도입한 2015년 개정으로 이어지게 되었다.¹⁷⁰⁾

2015년 개정이 마련한 증거개시 남용을 통제하는 절차적 수단으로 경

164) Stempel, *supra* note 136, at 576.

165) Id., at 577.

166) Miller, *supra* note 136, at 12; Stempel, *supra* note 136, at 613-14.

167) Grimm, *supra* note 156, at 127-28; Zambrano, *supra* note 2, at 87; Keeling & Mangum, *supra* note 17, at 419-20.

168) U.S. Courts, 2010 Civil Litigation Conference, <https://www.uscourts.gov/rules-policies/records-and-archives-rules-committees/special-projects-rules-committees/2010-civil> (2022. 1. 18. 최종방문).

169) Grimm, *supra* note, at 130; Benham, *supra* note 37, at 2218.

170) Grimm, *supra* note, at 130; Lavie & Tabbach, *supra* note 143, at 40. 다만 실제로 증거개시가 논의되는 바와 같이 비효율적인 제도인지에 대하여는 논란이 있으며, 미국 연방사법센터(Federal Judicial Center) 등의 통계에 의하면 극히 일부 사건에서 증거개시의 비용이 문제된다. Federal Judicial Center, National, Case-Based Civil Rules Survey (2009. 10.), 27, available at <https://www.fjc.gov/sites/default/files/materials/08/CivilRulesSurvey2009.pdf> (2022. 1. 19. 최종방문) 참조. 증거개시의 비용 등에 대하여는 별도의 심도 있는 연구가 필요하다.

제적 측면에서 비례성원칙의 강화에 초점이 맞추어져 있다.¹⁷¹⁾ 다만 자문위원회는 증거개시의 제한에 대한 우려와 비판을 고려하였고, 소송 당사자들이 자신의 권리주장을 위하여 필요한 정보를 취할 수 없는 상황, 즉 정보 불균형이 있는 경우에는 더 많은 정보를 가진 당사자에게 더 무거운 증거개시 부담을 과하는 것을 권고하였다.¹⁷²⁾ 또한 비례성원칙을 처음 도입하였던 1983년 개정에서 소가 외에 공익성 등을 고려하도록 취지를 존중하여, 소가 또는 승소시 원고가 실제로 배상받을 금액이 적더라도 중요한 사회적 쟁점을 포함한 사건의 경우에는 증거개시를 허용하도록 권고하였다.¹⁷³⁾

2015년 개정의 결과 탄생한 현행 FRCP는 일반적 범위로, ① 비닉특권이 적용되지 않는 것으로 당사자의 공격·방어 등 주장과 관련이 있고, ② 비례성이 있어야 하며 비례성에 대한 판단은 소송에서 해당 쟁점의 중요성, 다툼의 비중, 당사자들의 상대적인 관련 정보에의 접근성, 당사자들의 자원(resources), 사건해결에 증거개시의 중요성, 신청한 증거개시에 대한 부담 또는 비용이 그 기대되는 효과보다 중한지 등을 종합적으로 고려하고, ③ 증거개시의 대상이 되는 정보는 증거허용성(admissible)을 갖출 필요가 없다고 규정한다.¹⁷⁴⁾ 이러한 개정에도 불구하고, 여전히 증거개시는 광범위하고, 당사자들은 관련성이 있는 정보에 대하여 비닉특권이 적용되지 않으면 제출을 요구할 수 있고, 별도의 명령이 없으면 이를 자유로이 공개할 수도 있어서 여전히 광범위한 정보접근권을 행사할 수 있다.¹⁷⁵⁾

3. 증거개시에서 공공성과 비밀유지 균형을 위한 보호명령의 운영

(1) 개관

1938년 광범위한 증거개시제도 도입 이후, 증거개시제도는 적법절차원

171) Benham, *supra* note 37, at 2222; Keeling & Mangum, *supra* note 17, at 423.

172) Grimm, *supra* note 156, at 132-33.

173) Grimm, *supra* note 156, at 133.

174) Fed. R. Civ. P. 26(b)(1).

175) Endo, *supra* note 40, at 1258.

칙의 실현 등 헌법적 근거를 가지는 제도로 여겨진다.¹⁷⁶⁾ 그러나 증거개시의 광범위성으로 인한 절차지연과 막대한 비용, 비효율성은 실무에서 논란의 대상이 되었으며, 특히 대기업을 변호하는 대형 로펌에 근무하는 변호사들은 막대한 비용을 들여 준비한 증거개시 자료들이 극히 일부만이 실제로 재판에 활용되는 비효율성 등을 체감하며 증거개시 제한을 주장하였다. 미국 연방사법센터 통계자료에서 보듯이 실제로 막대한 비용과 절차지연이 문제되는 증거개시가 이루어지는 사건은 연방법원에 접수되는 민사사건 중 일부에 지나지 않으나, 복잡소송(complex litigation)에서의 증거개시의 경우 그 비용과 시간 등이 지나치게 소요되는 것도 사실이다.¹⁷⁷⁾

증거개시제도의 개혁과 관련한 논의에서, FRCP 개정을 위한 자문위원회는 증거개시제도의 적정한 운영을 위하여 당사자 간의 자료 또는 정보의 교환 범위, 즉 비례성원칙에 대한 부분에 논의를 집중하였다. 한편, 광범위하게 이루어지는 증거개시는 효율성에 대한 논란뿐만 아니라, 소송당사자와 제3자의 프라이버시를 침해할 수도 있다.¹⁷⁸⁾ 프라이버시 등 비밀보호를 위하여 FRCP에 규정되어 있는 보호명령은 당해법원의 재량에 따라 판단이 이루어진다.¹⁷⁹⁾ 그러므로 증거개시에서 재판의 공공성과 비밀유지의 관점에서, 법원은 제출요구한 자료에 대한 공개와 이에 대한 비밀보호에 관한 보호명령(protective order)¹⁸⁰⁾에 관한 판례를 발전시켰다.¹⁸¹⁾

한편, 연방대법원은 증거개시에 대한 직접적인 법리는 아니지만, 증거개시의 무분별한 이용을 방지하기 위한 소답절차의 기준을 강화하는 법리를 발전시켰다. FRCP는 소답절차에 법적 구제를 받을 권리가 있음을 보여주지 위한 간명하고 평이한 주장의 진술이 있을 것을 규정하고, 연방대법원

176) Zambrano, *supra* note 2, at 80.

177) Federal Judicial Center, National, Case-Based Civil Rules Survey (2009. 10.), 27, available at [https://www.fjc.gov/sites/default/files/materials/08/CivilRules Survey 2009.pdf](https://www.fjc.gov/sites/default/files/materials/08/CivilRules%20Survey%202009.pdf) (2022. 1. 19. 최종방문) (이하 ‘2009 FJC 보고서’라 한다)

178) Keeling & Mangum, *supra* note 17, at 422; Dore, *supra* note 17, at 326; Shapiro, *supra* note 45, at 541.

179) Keeling & Mangum, *supra* note 17, at 423; Dore, *supra* note 17, at 327.

180) Fed. R. Civ. P. 23(c).

181) Endo, *supra* note 40, at 1252 참조.

은 원고가 자신의 주장을 뒷받침하는 구체적인 사항을 적시하는 것을 요구하지 않았다.¹⁸²⁾ 그러나 2007년과 2009년에 선고된 두 연방대법원 판례¹⁸³⁾가 확립한 개연성 기준(plausibility pleading)에 의하여, 원고는 FRCP 12(b)(6)에 의한 각하를 피하기 위하여 피고가 잘못된 행동에 대한 책임이 있다는 점에 대하여 단순한 가능성을 넘어서, 법원이 합리적이고 개연성이 있다는 추론을 할 수 있도록 구체적인 근거를 제시하는 것이 요구되어 그 기준이 강화되었다.¹⁸⁴⁾ 소답절차는 그 요건을 충족하는 사건에 대하여만 증거개시를 허용하는 필터로 기능하게 되어,¹⁸⁵⁾ 결과적으로 개연성 기준은 원고의 증거개시 신청을 제한하게 되었다.¹⁸⁶⁾

(2) 보호명령 제도의 규정과 연방수정헌법 제1조

증거개시제도는 FRCP 제정 이전에도 형평법상 인정되어 오던 절차로, 형평법상의 증거개시에도 소송당사자가 아닌 사람이 제한 없이 증거개시로 수집된 정보에 접근할 권리는 인정되지 않았다.¹⁸⁷⁾ 이는 1938년 증거개시의 FRCP 도입 당시에도 동일하여, 당시 FRCP 30(b)는 법정 외 증인신문(deposition)에 대하여 법원이 보호명령을 할 수 있다고 규정하였고, 10년 후 보호명령 대상은 서면진술(written interrogatory) 등으로 확대되었다.¹⁸⁸⁾ 1970년 개정으로 보호명령은 FRCP 26(c)로 위치가 변경되었고 증거개시로 수집되는 모든 형태의 자료를 대상으로 할 수 있도록 개정되면서, 당시 법리를 반영하여 영업비밀, 상업정보 등 보호되어야 할 정보에 대한 구체적인 문구가 삽입되었다.¹⁸⁹⁾ 증거개시의 경우 비닉특권이 적용되는 자료를 제외

182) Conely v. Gibson, 355 U.S. 41, 45-47 (1957).

183) Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 55 U.S. 544 (2007); Ashcroft v. Iqbal, 556 U.S. 662 (2009).

184) Brooke D. Coleman, *One Percent Procedure*, 91 Wash. L. Rev. 1005, 1041 (2016); Dodson, *supra* note 136, at 62; Miller, *supra* note 136, at 18.

185) Zambrano, *supra* note 2, at 86.

186) Zambrano, *supra* note 2, at 86; Miller, *supra* note 136, at 59.

187) Endo, *supra* note 40, at 1254-55.

188) Id., at 1255.

189) Id., at 1255.

하면, 계속 중인 사건과 관련이 있는 것이면 변론에서 받아들여지지 않을 정보라 하더라도 제출하도록 할 수 있고,¹⁹⁰⁾ 그 정보가 개인적인 것이거나 내밀한 것이어서 프라이버시가 있는 것이라고 하더라도 그 제출대상에서 제외하지 않고, 제출에 불응하는 경우 범정모독이 되어 제출이 강제되므로, 소송당사자와 제3자의 프라이버시가 침해될 가능성이 존재한다.¹⁹¹⁾

한편, 개인정보보호에 대한 논의와 더불어 2007년 Rule 5.2가 신설되어 법원에 제출하려는 서면에는 개인의 사회보장번호나 납세자번호의 끝 네자리수, 개인의 출생연도, 미성년자 이름 첫글자, 금융계좌번호의 끝 네자리수만 표시하고 나머지 부분은 삭제하여 제출하도록 규정하여 민감정보에 대한 보호규정을 두었다.¹⁹²⁾ 이는 사회보장번호, 미성년자 이름, 금융계좌번호, 출생일 등 개인식별정보가 법원에 제출되었을 경우 일반적 접근으로부터 보호하기 위한 연방사법회의(the Judicial Conference)의 논의 결과가 반영된 규정이다.¹⁹³⁾

그러나 증거개시로 수집된 자료들이 가지는 사회적 가치에 주목하면서, 재판의 공공성이 강조되면서 1970년대 후반 표현의 자유 또는 알 권리의 하나로 증거개시로 수집된 자료들에 대한 일반적 접근권이 보장되어야 하고, 법원의 보호명령은 증거개시에 대한 일반적 접근권을 제한한다는 주장이 제기되었다.¹⁹⁴⁾ 개정 전 FRCP는 증거개시로 수집된 자료들은 법원에 제출하게 되어있었고, 이는 증거개시로 수집된 자료 역시 공적 정보로서 공개의 대상이 된다는 주장의 근거로 작용하였다.¹⁹⁵⁾ 다만, 위 FRCP 조항은 1980년 개정과 2000년 개정을 거치면서 소송에 사용되거나 기타 법원의 제출명령이 있는 경우를 제외하고, 증거개시로 수집된 자료는 원칙적으로 법원에

190) 467 U.S. at 29.

191) Id., at 30.

192) Fed. R. Civ. P. 5.2(a), added Arp. 30, 2007, eff. Dec. 1, 2007.

193) U.S. Courts, Privacy Policy for Electronic Case Files, <https://www.uscourts.gov/rules-policies/judiciary-policies/privacy-policy-electronic-case-files> (2022. 2. 5. 최종방문).

194) Endo, *supra* note 40, at 1256; Erichson, *supra* note 1, at 361.

195) Endo, *supra* note 40, at 1255.

제출하지 않도록 개정되었고, 이에 따라 증거개시에 대한 일반적 접근권을 FRCP가 인정하는 것은 아니라는 해석이 힘을 얻게 되었다.¹⁹⁶⁾

(3) 보호명령의 연방수정헌법 제1조 심사기준에 대한 판결

1) 판결의 배경 및 사실관계

증거개시신청에 대하여 법원은 신청 당사자의 이익과 일반에의 공개 중요성 등을 고려하여 보호명령을 할 수 있다.¹⁹⁷⁾ 보호명령에 대하여 법원은 넓은 재량권을 가지나, 여기에서 당사자가 아닌 자의 이익을 어느 정도 고려해야하는지에 대하여는 불분명하다.¹⁹⁸⁾ 보호명령이 재판공개를 저해하며, 이는 소송당사자가 소송 중에 수집된 자료를 유포할 권리를 침해하고, 특히 증거개시와 화해에 대한 자료에 대한 일반적 접근권을 침해하여 연방수정헌법 제1조에 위배된다는 논의가 등장하면서,¹⁹⁹⁾ 보호명령제도와 증거개시의 공공성과 비밀보호에 대한 법적 쟁점이 연방대법원에도 이르게 되었다. 이에 대한 판단이 1984년 *Seattle Times Co. v. Rhinehart*²⁰⁰⁾ 판결이다.

이 판결은 종교기관인 Aquarian 재단과 그 지도자인 Rhinehart가 *Seattle Times*를 대상으로 제기한 소송에서 *Seattle Times*가 위 재단의 기부자 명단과 기부금액, 회원명단을 요구한데 대하여 Aquarian 재단이 자료 제출의 금지 또는 신문사의 정보유포의 금지를 위한 보호명령을 신청했던 사건이다.²⁰¹⁾ 사실심 법원은 증거개시로 신청된 자료를 제출하도록 하면서 보호명령을 기각하였으나,²⁰²⁾ 이에 대한 항고심에서 법원은 소송 준비에 필요한 경우를 제외하고 신문사가 해당 정보를 출판, 유포, 사용하는 행위를 금지하였고 워싱턴주 대법원은 이를 확정하였다.²⁰³⁾

196) *Id.*, at 1256.

197) Fed. R. Civ. P. 26(c)(1).

198) Miller, *supra* note 64, at 435.

199) Miller, *supra* note 64, at 436-37; Endo, *supra* note 40, at 1256.

200) *Seattle Times Co. v. Rhinehart*, 467 U.S. 20 (1984).

201) *Id.*, at 23-25.

202) *Id.*, at 25.

203) *Id.*, at 27-28.

2) 판결의 주요내용

연방대법원은 보호명령은 연방수정헌법 제1조의 엄격한 심사기준의 대상이 아니라고 판단하였다.²⁰⁴⁾ 우선 연방대법원은, 증거개시에 의하여 제출된 정보 역시 다른 정보와 마찬가지로 연방수정헌법 제1조의 보호대상이 되고, 증거개시로 제출된 자료의 공개에 대한 공익이 인정되더라도, 소송 당사자가 변론 전 증거개시로 제출된 자료를 제한 없이 유포할 권리가 인정되는 것은 아니라고 판단하였다.²⁰⁵⁾ 증거개시로 제출된 자료에 대한 보호명령으로 인하여 제출된 증거의 자유로운 접근과 이용을 제한하는 것이 표현의 자유 위반인지를 심사하기 위해서는, ① 문제가 된 조치가 표현의 억압과 무관하게 중요하거나 중대한 정부의 이익을 위한 것이고, ② 연방수정헌법 제1조의 자유에 대한 제한이 문제된 정부의 이익에 대한 보호에 필요하고 핵심적인 정도를 벗어나지 않는 것인지 심사할 필요가 있다고 기준을 제시하였다.²⁰⁶⁾

연방대법원은 당해사건에서 당사자가 자유로이 이용하기를 원하는 자료는 민사소송의 증거개시에 의하여 제출된 자료이며 증거개시는 민사소송 절차의 일부로서 법률상의 의미를 가지는 것으로 소송에 사용되기 위한 목적으로만 제출된 정보에 대하여 소송당사자는 연방수정헌법의 정보접근권을 주장할 수 없다고 판단하였다.²⁰⁷⁾ 그러므로 증거개시로 제출된 정보에 대하여 정부가 지속적으로 관리·통제하는 것은 다른 상황에서 발생하는 정부의 통제 또는 검열과 구별된다고 지적하였다.²⁰⁸⁾ 더구나 변론 전 질문서(interrogatories)와 증언조서(depositions)는 민사소송의 공식적인 구성요소가 아니고, 그러한 비공식적 절차는 보통법상 일반에게 공개되지 않고 당사자 간에 이루어진다.²⁰⁹⁾ 사실상 변론 전 증거개시로 제출된 정보의 대다수는 실제로 당해사건과 관련성이 없으므로 증거개시로 당사자들이 제출하였으나 법원이 증거로 채택하지 않은 정보에 대한 제한은 전통적으로 공적 정

204) Id., at 32-24.

205) Id., at 31.

206) Id., at 32.

207) Id., at 32.

208) Id.

209) Id., at 33.

보로 여겨지는 정보에 대한 제한과 같이 볼 수 없다.²¹⁰⁾ 더구나 변론 전에 증거개시로 제출된 정보의 유출을 금지하는 명령은 일반적인 연방수정헌법 제1조 심사기준이 적용되는 경우와 다르다.²¹¹⁾ 보호명령이 유포를 금지하는 정보는 증거개시과정에서 취득한 정보에 한정되므로, 당사자는 보호명령이 적용되는 동일한 정보를 법원에서의 절차 외의 별도의 독립적인 방법으로 취득한 경우에는 유포할 수 있다.²¹²⁾ 증거개시로 수집되는 정보는 비닉특권이 적용되는 정보를 제외하고 관련성이 있는 것을 모두 대상으로 하여 광범위하며, 프라이버시 등이 담긴 정보를 예외로 두지 않으므로 소송당사자 또는 정보소지자의 프라이버시 등을 침해할 우려에 대하여 통제할 수 있는 법원의 내재적인 형평법상의 권한은 정당하다고 판시하였다.²¹³⁾ 법원은 증거개시로 영향을 받는 당사자들의 필요와 이익을 가장 잘 파악하고 판단할 수 있는 위치에 있으므로 증거개시의 고유한 특징은 보호명령에 대한 법원의 재량을 정당화한다.²¹⁴⁾ 연방대법원은 당해사건의 보호명령 심사에서 법원이 재량을 일탈하지 않았고, 이에 의하여 변론 전 민사재판의 증거개시절차로 수집된 정보의 유포를 제한하는 것은 연방수정헌법 제1조 위반이 아니라고 판단하였다.²¹⁵⁾

3) 판결의 의미 및 영향

비록 이 판결은 변론 전 증거개시 절차에 대한 일반인의 접근권, 즉 공개에 대하여 직접적으로 판단을 내리지는 않았으나, 연방대법원은 민사사건에서 소송당사자가 아닌 일반시민이 소송절차에 제출된 정보에 접근할 권리가 있는가를 판단하기 위한 2단계 심사기준을 제시하였다.²¹⁶⁾ 우선 법원

210) Id., at 33.

211) Id.

212) Id., at 34.

213) Id., at 34-35.

214) Id., at 36.

215) Id., at 37.

216) Miller, *supra* note 64, at 439; 형사사건의 경우 Press-Enterprise Co. v. Superior Court, 478 U.S. 1, 8 (1986); Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia, 448 U.S. 555, 575-81 (1980) 등 참조.

은 그 장소와 절차가 역사적으로 언론과 일반시민에게 공개되어 왔는지, 그리고 공공의 접근 보장이 문제된 특정 절차의 기능에 중대한 긍정적인 역할을 하는지²¹⁷⁾를 심사한다. 위의 기준을 적용하면 민사사건에서 증거개시로 수집한 정보는 일반적 접근의 대상이 아니다.²¹⁸⁾ Rhinehart 판결에서 연방 대법원이 판시한대로, 변론 전에 증거개시로 수집된 정보는 자동적으로 재판의 공적 요소로 편입되어 공개의 대상이 되는 것이 아니고, 증거개시로 수집된 정보는 사건과의 관련성이 있는 것으로 사건의 적정하고 신속한 해결을 위하여 수집하는 것이기 때문이다.²¹⁹⁾

비례성원칙 강화 등 FRCP 개정에서 증거개시의 남용을 방지하려는 개정이 이루어졌으나, 여전히 증거개시의 범위는 광범위하고, 개인정보 등을 제외대상으로 하지 않기 때문에 내밀한 정보가 담겨있다고 하더라도 다른 정보와 마찬가지로 제출의 대상이 되며, 상대방 당사자는 이를 공개할 위험이 존재함을 인정하였다.²²⁰⁾ 이에 대한 핵심적인 절차상 통제방법은 법원의 보호명령임을 확인하면서,²²¹⁾ 연방대법원은 증거개시의 남용을 방지하기 위한 보호명령의 의의를 확인하면서 보호명령에 대한 법원의 재량을 인정하였다.²²²⁾

한편, 제3순회 연방고등법원은 보호명령을 위하여 법원이 고려하여야 할 사항으로, ① 공개로 인하여 개인정보 침해가 발생하는지, ② 그 정보를 구하는 목적이 합리적인지 부적절한지, ③ 그 정보의 공개가 당사자를 당혹스럽게 하는지, ④ 정보에 대한 비밀유지가 공중보건과 공공의 안전에 중요한지, ⑤ 소송당사자들 간에 그 정보의 공유가 공정성과 효율성을 도모하는지, ⑥ 보호명령으로 이익을 받는 당사자가 공공기관이나 공인인지, ⑦ 사건의 쟁점이 공익과 중대한 연관이 있는지 등을 제시하여 법원의 재량에 대한 기준을 마련하였다.²²³⁾

217) Seattle Times Co. v. Rhinehart, 467 U.S. 20, 32 (1984).

218) Miller, *supra* note 64, at 439-40.

219) 467 U.S. at 33; Miller, *supra* note 64, at 439-40 참조.

220) Endo, *supra* note 40, at 1258.

221) Id.

222) 467 U.S. at 35; Shapiro, *supra* note 45, at 536.

223) Glenmede Tr. Co. v. Thompson, 56 F.3d 476, 483 (3d Cir. 1995).

IV. 비밀보호와 재판의 공공성의 균형 관점에서 증거개시에 대한 비교법적 연구의 시사점

1. 증거개시단계에서 재판공개와 비밀보호 논의의 필요성

재판의 공공성이라는 개념은 영미법상 개념이나, 우리 헌법에서도 제 109조 재판공개원칙, 제27조 공정하고 신속한 재판을 받을 권리 등을 통하여 재판의 공개, 즉 재판에 대한 일반접근권을 인정하고 있다. 또한 재판의 공공성에 의한 일반적 접근권이 인정되는 경우 필연적으로 문제가 되는 내밀한 자료의 공개에 따른 개인정보 침해, 영업비밀침해 등의 문제와 이를 보호하는 법제와의 조화를 위하여 어느 정도 재판에서의 비밀유지의 필요성도 인정이 된다. 우리 헌법은 ‘재판의 심리와 판결’의 공개를 요구하며, 민사소송에서 재판의 공개와 비밀보호에 대한 논의는 판결서 공개 단계에 관한 연구가 많다.²²⁴⁾

그러나 영미법상의 소송제도인 증거개시, 배심재판, 대표당사자소송(class action) 등을 민사사건에도 적용, 확대하자는 논의가 꾸준한 상황에서, 우리와 법체계가 다른 영미법상 소송제도를 정확하게 이해하기 위해서는 전체 사법구조 내에서 유기적으로 이해하는 것이 필요할 것으로 보인다. 미국의 경우 개인의 소송에 의한 법집행(private enforcement regime) 전통이 있으며,²²⁵⁾ 독점금지법, 민권법 등 일부 법률은 명시적으로 범위반행위에 대하여 개인이 소를 제기할 수 있음을 규정하고 있다.²²⁶⁾ 이러한 사적

224) 판결 공개와 프라이버시 침해에 대한 문헌으로, 전원열, “판결 공개에 따른 프라이버시 침해와 민사소송법 제163조의2”, 저스티스 통권 제168호(2018. 10.) 참조. 한편, 국내에서도 재판공개 범위의 확대와 더불어 민사소송의 각 단계에서 재판의 공개와 개인정보 보호의 조화를 위한 연구가 등장하고 있으며, 이에 대한 연구로 김도훈, “민사소송상 개인정보 보호에 관한 소고”, 홍익법학 제22권 제3호 (2021); 사법정책연구원, “민사소송절차에서 비밀 보호에 관한 연구 - in camera 심리절차를 중심으로-”, JPRI 연구북서, 2022-02 (2022) 등 참조.

225) Miller, *supra* note 136, at 76.

226) Zambrano, *supra* note 2, at 97-98.

법집행 사건의 경우 민사소송절차에 의하여 소가 진행되며, 이러한 절차에서 이루어지는 증거개시절차는 사실관계 파악에 필수적인 절차로,²²⁷⁾ 행정부에 의한 감독(administrative subpoena)과 그 기능과 효과가 유사하다.²²⁸⁾ 이러한 유형의 사건에서 당사자가 증거개시 중에 제출한 정보에는 공공의 안전 등 중대한 공익에 관한 정보가 있을 것이고, 그러한 정보가 공개될 경우 예상되는 사회적 비난과 이로 인한 일반적 예방효과 등이 부수적으로 기대된다.²²⁹⁾ 이러한 측면에서 법원의 공공성을 강조하면서 증거개시 정보도 공개되어야 한다는 주장이 등장했고, 정보공개청구권의 확대와 더불어 미국 내에서 논란이 되었다.

우리나라에서는 공공정책의 민사소송에 의한 집행은 일반적이지 않음을 고려하면, 증거개시절차에 의한 사실관계파악의 중요성 및 재판의 공공성에 대한 미국의 논의는 우리나라에 그대로 적용하기에 한계가 있다. 그러나 증거개시절차가 가지는 의의, 즉 공정함과 당사자 간의 평등, 그리고 재판절차에의 실질적 참여라는 가치는 일반 민사소송절차에서도 인정되는 가치이다.²³⁰⁾ 사회적 약자의 정보불균형 시정 또는 증거의 구조적 편재의 시정 필요성을 위한 관련 정보의 확보 필요성이 소제기 전 증거조사제도의 주요 도입목적을 고려할 때, 그 공개범위와 비밀보호의 기준을 어디까지 인정할 것인지에 대하여 논의할 필요가 있다.

우리의 경우 확정된 사건의 판결서는 일반공개 대상이나(민사소송법 제163조의2 제1항)²³¹⁾ 소송기록에 대하여는 ① 당사자 및 이해관계인은 열람·복사가 가능하고(법 제162조 제1항 참조) ② 권리구제·학술연구·공익적

227) Id., at 97.

228) Id., at 102; Miller, *supra* note 136, at 5-6.

229) 물론 이러한 부수적 효과는 증거개시의 본질이 아니라는 비판이 존재한다. 다만 이러한 비판에도 불구하고 증거개시의 부수적 효과로 위와 같은 현상이 일어나고 있는 점을 부정할 수 없다.

230) Zambrano, *supra* note 2, at 130.

231) 다만 판결서 공개의 범위는 2020. 12. 8. 개정되어 2023. 1. 1.부터 ‘판결이 선고된 사건의 판결서’로 확대되어 소액사건 판결서 등을 제외하고 확정되지 아니한 사건에 대한 판결서도 포함된다. 민사소송법 제163조의2 (2020. 12.. 8. 법률 제17568호로 일부개정된 것) 참조.

목적으로 열람을 신청하여 당해 소송관계인의 동의가 있는 경우 누구든지 확정된 소송기록의 열람이 가능하다고 규정하여(법 제162조 제2, 3항) 일반 공개의 대상은 아니다.²³²⁾ 그러나 일반공개 대상이 아니더라도, 소제기 전 증거조사가 도입되어 이용되는 경우 소송 당사자는 사건 초기단계에서 사건에 대한 정보를 얻고 이를 바탕으로 더 많은 정보의 제출을 요구할 수 있을 것으로 보이므로, 개인정보 또는 영업비밀이 포함된 소송기록에 대한 보호조치를 마련할 필요가 있다. 물론 소제기 전 증거조사의 경우 FRCP 증거개시와 같은 광범위성을 보일 것으로 보이지는 않으며, 법원의 감독 하에 이루어지므로 상대적으로 남용될 우려는 낮다고 보인다.²³³⁾ 그러나 본안 전에 이루어지는 절차라는 점에서, 변론에서 이루어지는 것과 같은 법원의 감독과 판단을 기대할 수 없으므로 보호될 정보의 유형과 기준 등을 사전에 마련할 필요가 있다.

판결서 공개의 경우 성명 등 개인정보에 대한 보호조치의무가 민사소송법에 규정되어 있다(민사소송법 제163조의2 제2항, 민사판결서 열람 및 복사에 관한 규칙 제4조). 소송기록에 대해서는 민사소송법에 당사자의 생활에 관한 중대한 비밀이나 영업비밀이 있는 경우 당사자 신청에 따라 소송기록중 비밀이 적혀 있는 부분의 열람 등의 신청자를 당사자로 한정하고 있을 뿐(법 제163조 참조)이고, 비실명처리 등 보호규정은 대법원규칙에 규정되어 있다.²³⁴⁾ 우선 소제기 전 증거조사로 제출한 정보가 일반에게 제한 없이 공개되는 정보인지, 당사자에게만 공개되는 정보인지, 당사자에게도 공개되지 않고 법원만 볼 정보인지에 대한 기준을 민사소송법에서 명확하

232) 재판공개원칙의 범위와 향후 확대에 관한 논의로, 사법정책연구원, “민사소송절차에서 비밀 보호에 관한 연구 - in camera 심리절차를 중심으로-”, JPRI 연구북서, 2022-02 (2022), 65면 참조.

233) 김도훈, 앞의 글, 180면 참조.

234) 소송기록의 개인정보보호에 대하여는 재판기록 열람·복사 규칙(대법원규칙 제2810호, 2018. 12. 4. 일부개정) 제7조 제3항에서 재판장은 피해자, 증인 등 사건관계인의 생명 또는 신체의 안전을 현저히 해칠 우려가 있는 경우 법원사무관 등에게 개인정보 보호조치를 명할 수 있고, 이 경우 법원사무관 등은 재판기록에 대하여 사건관계인의 개인정보 보호를 위한 비실명처리를 하도록 규정하고 있다. 기타 재판기록열람 준수 사항을 위반하거나, 사고가 발생하거나 발생할 염려가 있는 경우에는 열람 등의 중지, 제한 등의 조치가 가능하다(동조 제4, 5항).

게 정립할 필요가 있다. 또한 기준을 정립한 이후에 당사자에게만 공개하는 정보의 경우 상대방 당사자가 그 정보를 이용하거나 유출하는 경우의 제재방안을 실효적으로 마련할 필요가 있다. 또한 향후 재판기록이 공개대상이 될 경우에 본안소송이 제기되지 않았던 소제기 전 증거조사는 공개대상에서 제외하는 방안도 고려할 필요가 있다. 우리가 도입을 논의하는 소제기 전 증거조사제도의 경우, 개정 전의 미국 증거개시와 마찬가지로 수집된 증거자료들은 법원에 제출되어 공적 기록으로 편입이 된다. 미국에서 증거개시된 정보에 대한 일반적 접근권 논의의 근거 중 하나가 법원への 자료 제출인 점을 고려하면, 향후 재판공개 범위가 재판기록으로 확대될 경우 소제기 전 증거조사에 의하여 제출한 자료 역시 공개대상이 될 가능성이 크므로 본안소송이 제기되지 않았던 경우에는 공개대상에서 제외하도록 규정할 필요가 있다.

2. 증거개시제도의 배경이 되는 미국 민사소송의 특징에 대한 고려의 필요성

(1) 민사소송의 공공성

민사소송에서 증거는 소송의 승패를 좌우한다. 그러므로 증거의 구조적 편재는 당사자 공평대우, 공정하고 신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위하여 반드시 해결되어야 할 과제이다. 다만 증거개시는 단순히 민사소송에서 자신의 권리실현을 위하여 이용되는 소송절차 도구로서의 의미만을 가지지 않는다. 미국에서 증거개시는 소송절차 도구의 의미를 넘어 사적 당사자가 공익을 실현하는 규제적인 기능도 내포하고 있다.²³⁵⁾ 증거개시는 공공정책의 민사소송에 의한 집행과 밀접한 관련이 있으며, 이러한 공공성으로 인하여 단순히 공정하고 신속한 민사소송을 위한 제도로만 취급하는 것은 증거개시의 모든 기능을 설명하지 못한다.²³⁶⁾ 그러므로 대륙법계와 영미법계로 법체계가 다를 뿐만 아니라, 공익소송·사적집행이 익숙하지 않은 우리 법제

235) Zambrano, *supra* note 2, at 95; Miller, *supra* note 136, at 6.

236) Zambrano, *supra* note 2, at 90.

에서 미국의 민사소송에 대한 이해 없이 증거개시제도에 접근하는 것은 증거개시제도의 모든 측면을 다루지 못하는 것으로 볼 수 있다.

(2) 변론사건의 희소성

미국 민사소송은 우리나라를 비롯한 여러 나라들과 다른 독특한 구조를 가지고 있다.²³⁷⁾ 더구나 ADR 활성화, 변론 전 절차의 활성화 등으로 미국 연방법원에 접수되는 대부분의 민사사건이 변론에 이르기 전에 종결된다.²³⁸⁾ 2020. 10. 1.부터 2021. 9. 30까지 연방법원에서 종결된 민사사건 통계에 의하면 총 271,275 건 중 소송행위가 이루어지지 않고 종결된 사건 58,577 건, 변론 전에 종결된 사건 173,472 건, 변론 전 절차 도중 또는 후에 종결된 사건 37,797 건, 변론 중 또는 변론 후 종결된 사건 1,429 건으로 나타났다.²³⁹⁾ 변론 전에 증거개시를 하는 사건들은 대개 양측 대리인의 법적 공방이 치열한 사건으로, 광역소송이나 대표당사자소송(class action) 등에서 증거개시에 소요되는 막대한 비용은 미국에서 사회적 문제가 되었고, FRCP 개정의 동력이 되었다. 그러나 증거개시에 대한 실증연구를 보면, 대다수의 미국 연방법원의 민사소송 사건에서 증거개시는 이루어지지 않거나, 거의 이루어지지 않는다.²⁴⁰⁾ 미국 FRCP의 개정에서 특이한 점은 상위 1%의 난이도 있는 사건이 전체 민사소송규칙의 개정 방향을 좌우하고 있다는 점이다.²⁴¹⁾ 그 결과 연방법원에 민사사건으로 접수되는 대다수의 사건에 적합하지 않은 규칙개정이 이루어지고 있다는 비판이 있고,²⁴²⁾ 그 대표적인 사례 중 하나

237) Richard Marcus, 'American Exceptionalism' in Goals for Civil Litigation, 123, in A. Uzelac (ed.), GOALS OF CIVIL JUSTICE AND CIVIL PROCEDURE IN CONTEMPORARY, 2014.

238) Nora Freeman Engstrom, *The Diminished Trial*, 86 Fordham L. Rev. 2131, 2132 (2018).

239) U.S. Courts, U.S. District Courts - Civil Judicial Business (September 30, 2021), https://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/jb_c4_0930.2021.pdf (2022. 2. 23. 최종방문).

240) Coleman, *supra* note 184, at 1042.

241) Id., at 1041.

로 증거개시의 비례성원칙을 강화한 2015년 FRCP 개정을 들 수 있다.²⁴³⁾

민사소송의 변론이 사라진 미국과 달리 우리나라에서는 대다수의 민사 사건이 변론을 하게 되며, 미국의 광역소송이나 대표당사자소송과 같은 복잡한 사건이나 당사자가 많은 사건은 현재로서는 거의 존재하지 않는다. 그러므로 증거개시 제한에 초점을 둔 미국의 최근 FRCP 개정과 미국 연방대법원의 판례를 직접 참조하는 것은 우리 법제 및 소제기 전 증거조사의 도입취지에 부합하지 않을 우려가 있다. 다만 집단소송의 경우 미국에서도 증거개시 비용이 막대하며 비판의 대상이 되므로, 집단소송에서 소제기 전 증거조사가 이루어질 경우 실무운영 방안을 모색할 필요가 있을 것이다.

(3) 민사소송에 대한 헌법상 보호

근본적으로, 미국 연방헌법은 민사소송에 관한 규정으로 소가가 20달러를 초과하는 보통법 사건에서 배심재판을 받을 권리만을 보장하고 있다.²⁴⁴⁾ 소송절차 중 재판권, 송달 등의 경우에는 연방수정헌법 제5조와 14조의 적법절차원칙에 의하여 보장된다.²⁴⁵⁾ 미국 민사소송에서는 제1심인 사실심 재판에서 공정하게 재판받을 권리, 특히 배심재판을 받을 권리를 보장하면 헌법에서 요구하는 사항이 충족이 된다.²⁴⁶⁾ 미국 FRCP는 사실심에서의 배심재판을 충실히 하기 위하여 집중심리제와 이를 위한 당사자 간의 변론 전 증거개시를 통한 쟁점의 정리와 정보의 수집을 보장한다. 그러므로 당사자 간의 광범위한 증거개시로 인하여 비용과 시간이 소모되더라도 이는 미국 헌법에서 보장하는 민사재판을 위하여 정당화가 가능하다.

반면, 우리 헌법은 제27조에서 공정하고 신속한 재판을 보장하고 있고, 민사소송법은 이를 실현하기 위한 절차를 제공한다. 민사소송절차에 대한

242) Id.

243) Id.

244) U.S. Amend. VII.

245) Congress, Constitution Annotated, Amdt5.4.4.1 Procedural Due Process in Non-Criminal Cases: Overview, https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt5_4_4_1/ (2022. 2. 27. 최종방문)

246) Cobbleddick v. United States, 309 U.S. 323, 325 (1940) 참조.

헌법상 보장이 다른 상황에서, 우리의 경우에 소송 전에 증거조사를 허용하는 것이 우리 민사소송의 이상을 실현하는데 적절하고 필요한지, 그리고 소송 전 증거조사를 허용한다면 그 조사범위를 어디까지 인정할 것인지, 소송 전 증거조사가 개인정보 등 다른 법익과 충돌하는 경우 이를 해소하는 방안은 무엇인지에 대한 고민이 필요하다.²⁴⁷⁾

3. 재판의 공공성과 비밀보호를 위한 균형점 모색 방안

(1) 고려사항

재판의 기능, 재판공개 의미, 증거개시의 사회적 영향 등에 대하여 어떠한 정책적 태도를 취할지에 대하여는 재판청구권의 형성에 대한 입법가의 결단에 의하여야 하고, 어느 방향을 취하여야 할지에 대한 부분은 이 연구의 범위를 벗어나게 된다. 다만 우리 헌법상 요구되는 사법신뢰성 제고를 위한 재판의 투명성 등 재판공개원칙과 사법접근성 향상을 위한 여러 정책적 태도를 종합하면 재판의 공공성은 부분적으로 인정되는 개념으로 보이고, 한편으로 민사소송에서 개인정보 등 비밀유지의 필요성은 이미 공감대가 형성된 것으로 보인다. 소재기 전 증거조사 등 영미법상의 증거개시를 모델로 하는 제도를 마련함에 있어서는 고려하여야 할 요소를 정리하여 추후 구체적인 방안에 활용할 수 있도록 논의를 정리할 필요가 있다.

1) 보호받을 정보의 기준 마련

우선적으로 고려되어야 할 요소는 개인정보, 영업비밀 등 보호받을 가치가 있는 정보의 기준이다.²⁴⁸⁾ 실정법에서 보호되는 정보, 예를 들어 개인정보의 경우 개인정보보호법에서 보호되는 정보가 포함될 것이며, 소송당사자 외의 제3자의 개인정보도 보호할 필요가 있다. 2007년 세도나원칙은 전자적 저장정보의 증거개시 제출에 관하여 비닉특권 등을 보호할 합리적인

247) 충실한 민사재판의 심리운영을 위한 증거개시제도의 도입 필요성에 관한 논문으로, 김형두, “새로운 범조양성체제하에서 미국식 디스커버리의 도입 방안”, 법학평론(서울대학교 법학평론 편집위원회) 제9권 (2019. 4.) 참조.

248) Endo, *supra* note 40, at 1262.

절차를 준수하도록 권고하고, 주식에서 프라이버시, 영업비밀, 기타 비밀이 유지되어야 할 정보에 대한 보호조치를 요구하였다.²⁴⁹⁾ 이 권고는 2018년 원칙에서 더 구체화되어, 개인정보 보호를 의무로 하면서, 주식에서 개인정보, 영업비밀, 비밀보호가 필요한 전자정보, 불법적이나 부적절한 공개로부터 보호받아야 할 정보를 보호할 것을 명확하게 하였다.²⁵⁰⁾ 이를 위하여 법원의 보호명령은 물론 당사자 간의 합의를 권고하고, 당사자는 증거개시 회의에서 개인정보 등을 제외하도록 하는 합의를 할 것을 권고한다.²⁵¹⁾ 우리도 소제기 전 증거조사를 도입하는 경우 민사소송법 또는 집단소송법에 보호받을 정보를 개인정보보호법 등 관련법의 내용을 참조로 명확히 규정할 필요가 있다.²⁵²⁾

2) 비공개정보 중에서 완전 비공개 정보의 기준 마련

두 번째로는 보호받을 정보의 보호수단과 비공개에 정도를 설정할 필요가 있다. 미국의 경우 보호받을 정보는 크게 ① 당사자를 포함한 모든 사람에게 비공개하는 완전 비공개와 ② 당사자에게는 공개하나 일반에게 공개하는 것을 금지하는 일반 비공개로 나누어서 규정하고, 일반비공개정보의 보호 수단으로는 보호명령, 봉인명령 등 공개금지조치와 익명화소송 등 익명조치를 규정한다.²⁵³⁾ 위에서 선정한 보호받을 가치가 있는 정보 중에서도 절대적으로 보호받아야 할 정보는 완전 비공개정보로 분류할 필요가 있다. 미국의 경우 완전 비공개정보로 증거개시로 요청받은 정보를 제출에서 제외하는 절대적인 보호명령이 있거나 비닉특권이 적용되는 경우,²⁵⁴⁾ 당사자나 대리인이 소송이나 변론에 대비하여 준비한 문서나 물건에 해당하는 경우 ²⁵⁵⁾ 등이 규정되어 있다.²⁵⁶⁾ 완전 비공개정보는 제출대상에서 제외되므

249) Keeling & Mangum, *supra* note 17, at 425

250) Id., at 427.

251) Id.

252) 비밀보호에 대한 명확한 기준이 필요하다는 취지에 관하여, 김도훈, 앞의 글, 184면 참조.

253) Shapiro, *supra* note 45, at 544.

254) Fed. R. Civ. P. 26(b)(1).

255) Fed. R. Civ. P. 26(b)(3).

256) Shapiro, *supra* note 45, at 547.

로, 사전이 정립된 기준에 따라 완전 비공개정보로 인정받으면 그 정보는 보호를 받게 된다. 미국의 경우 비닉특권 적용에 대한 방대한 법리가 축적되어 있어 이에 대한 기준이 상세히 존재하므로, 우리도 완전 비공개정보를 설정하는 경우 상세한 기준을 함께 제시할 필요가 있다.²⁵⁷⁾ 또한 법원에 제출하는 서면 등에는 FRCP 5.2에 의하여 개인식별정보 등에 대하여 비식별 처리를 하도록 규정하고 있어 법원의 추후 비실명 처리 부담을 완화하기 위하여 사전에 당사자에게 비식별처리를 하고 제출을 하도록 하는 방안을 참고할 필요가 있다. 한편 당사자에게는 공개하나 일반공개를 금하는 일반 비공개 정보는 법원의 보호명령 결정에 의한다.²⁵⁸⁾ FRCP는 보호명령의 대상이 되는 정보를 상세히 열거하지 않고, 그 보호 여부에 대한 기준을 법원의 재량으로 하고 있어 많은 논란의 대상이 된다.²⁵⁹⁾ 일반 비공개 정보의 경우 보호받을 정보의 종류를 특정할 수 없고 새로운 유형의 정보가 등장할 것으로 예상되므로 모든 종류의 정보를 열거하는 것은 입법기술상 쉽지 않다. 그러므로 이 부분에 대하여는 일반 비공개대상 정보의 열거보다는 앞서서 마련한 보호정보의 기준에 따르게 된다.

3) 중대 공익에 관련된 정보에 대한 고려

소제기 전 증거조사에도 공익에 대한 고려가 필요할 것으로 보인다. 우선 소제기 전 증거조사의 대상이 된 정보가 사회적으로 중요한 공익에 관련된 것일 경우 이를 비공개대상에서 제외할지에 대하여 논의가 필요하다.²⁶⁰⁾ 이를 위하여 공공의 안전, 건강 등 중대한 공익은 보호받을 정보인지를 판단하는 기준에 포함할 필요가 있을 것으로 보인다.²⁶¹⁾ 미국의 경우 제조물 책임사건 등에서 대기업이 특정제품의 결함이 담긴 정보에 영업비밀 등이

257) 우리의 문서제출의무의 예외 대하여 그 불명확성을 지적한 논문으로, 전원열, “민사소송 절차상 디스커버리 도입에 관한 검토”, 인권과 정의 501권 (2021. 11.), 131-32면 참조.

258) 보호명령의 경우에도 완전 비공개로 당사자에게도 공개를 금하는 절대적인 보호명령도 있으나, 여기에서는 상대방에게는 공개하나 그 정보의 이용, 공개, 유포 등을 금하는 일반적인 보호명령을 의미한다.

259) Shapiro, *supra* note 45, at 546.

260) Endo, *supra* note 40, at 1265.

261) Erichson, *supra* note 1, at 369.

있음을 주장하여, 그 결함이 다른 경로로 알려지기까지 추가적인 사회비용이 발생하면서 재판의 공공성에 대한 논의가 촉발되었다²⁶²⁾는 점을 참조할 필요가 있다.

(2) 심사기준의 마련

비공개대상 정보에 해당하는지를 판단하기 위한 심사기준으로는 완화된 기준을 적용할 필요가 있다.²⁶³⁾ 변론 전의 절차인 증거개시에서 비공개대상 정보인지에 대하여 엄격한 기준을 적용할 경우, 이에 대한 공방이 길어지고 증거개시의 개시가 어려워지므로 사법접근성을 저해할 우려가 있다. 특히 증거가 불충분하여 법적 주장을 확립하기 어려운 현대형 소송의 경우 정보의 취득과정에서 제한을 받게 되면 정보의 수집이 어려워지고, 이는 소송결과에도 영향을 미치게 된다.²⁶⁴⁾ 세도나 회의에서도 증거개시의 보호명령에 대하여 완화된 기준을 적용할 것을 권고하였는데,²⁶⁵⁾ 완화된 기준은 법원 심사의 부담을 경감하여 재판의 효율성을 높이게 되며, 당사자 간의 정보교환을 촉진하게 되는 것이 그 이유이다.²⁶⁶⁾ 증거개시에 대한 비판의 상당부분은 비효율성에 있고, 재판의 공공성과 비밀유지의 균형을 위하여 당사자들에게 지나치게 부담을 줄 경우 그러한 제도는 지속가능하지 않다. 이러한 점을 고려할 때 효율성을 고려하더라도 심사기준은 완화할 필요가 있을 것이다.²⁶⁷⁾

비공개대상 정보에 대한 기준 외에 하나 더 고려할 사항은, 소송 전 증거조사의 개시 여부에 대한 심사기준이다. 미국 FRCP의 증거개시는 소답 절차 후에 이루어지는데, 연방대법원이 소답절차에 개연성 기준을 도입하여

262) Endo, *supra* note 40, at 1265.

263) Erichson, *supra* note 1, at 360.

264) Miller, *supra* note 136, at 68.

265) The Sedona Conference, The Sedona Guidelines: Best Practices Addressing Protective Orders, Confidentiality & Public Access in Civil Cases, 8 Sedona Conf. J. 141 (2007), <https://thesedonaconference.org/node/8764> (2022. 2. 14. 최종방문).

266) Erichson, *supra* note 1, at 360.

267) Endo, *supra* note 40, at 1262.

소답절차의 기준을 엄격하게 한 이후로 증거개시의 이용을 제한한다는 평가를 받고 있다.²⁶⁸⁾ 우리의 경우 소제기 전에 이루어지는 증거조사이므로 그 개시여부에 대한 제한은 없으며, 법관이 판단할 사항이다. 다만 소제기 전 증거조사로 인한 상대방 당사자의 부담 등을 고려하면 법관의 재량으로 하는 것보다는 입법으로 보다 상세한 기준이 마련되는 것이 예측가능성을 담보하여 소제기 전 증거조사의 이용이 촉진되지 않을지에 대한 고민이 필요하다.

(3) 비공개 의무 위반에 대한 제재방안

미국의 경우 증거개시로 광범위한 정보를 수집하고, 우리와 같은 통합적인 개인정보보호법이 일반적이지 않아 민사소송에서 비밀보호 방안에 대한 논의는 지속적으로 이루어지고 있다. 증거개시는 전통적으로 당사자 주도로 이루어지는 절차이므로 법원이 제한적으로 개입하나, 증거개시 보호명령 위반은 법원이 개입하여 단호하게 제재한다. 보호명령을 위반하여 정보를 공표하는 경우 법정모독에 해당하여 강한 제재를 받으며,²⁶⁹⁾ 이에 의하여 보호명령의 실효성을 담보하고 있다.²⁷⁰⁾ 우리의 경우 통합적으로 개인정보를 보호하는 개인정보보호법이 있음을 고려하면, 소송 당사자가 고의 또는 과실로 개인정보를 유출한 경우, 특히 민감한 생체정보나 미성년자의 신상정보 등이 누출되는 경우에는 강한 제재를 할 필요가 있다. 그러나 민사소송법상으로는 소송기록이나 확정 판결서를 열람·복사한 사람은 열람·복사에 의하여 알게 된 사항을 이용하여 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 해하거나 관계인의 명예 또는 생활의 평온을 해하는 행위를 금지하고 있을 뿐이다(민사소송법 제162조 제4항, 제163조의2 제4항). 민사소송법에는 위 금지조항에 대한 제재조항이 없으며, 소송 당사자의 경우 개인정보보호법 제2조의 개인정보처리자에 해당한다고 할 수 없어 제재가 현재로서는 어렵다.²⁷¹⁾ 이 금지조항의 실효성을 담보하기 위하여 단호한 입법을 통하여 강

268) Miller, *supra* note 136, at 76.

269) Fed. R. Civ. P. 37(b)(1).

270) Erichson, *supra* note 1, at 371.

271) 정선주, “비공개심리와 비밀유지의무”, 민사소송 제23권 제2호 (2019. 6.), 58-59면.

한 제재조치를 마련할 필요가 있다.

(4) 특정 사건에서의 탄력적 적용을 위한 구체적 지침의 마련과 당사자 합의

미국 연구에 의하면 증거개시가 과도하게 이루어지는 사건들은 대표당사자소송, 광역사건 등 복잡소송(complex litigation)²⁷²⁾, 전자정보에 대한 증거개시의 신청이 이루어진 사건²⁷³⁾, 당사자들의 과도한 적대감이 개입된 사건²⁷⁴⁾, 대리인 간의 적대감 또는 부적절한 행동 등이 개입된 사건²⁷⁵⁾, 나홀로소송(pro se litigation)²⁷⁶⁾, 증거훼손이 이루어진 사건²⁷⁷⁾, 정보불균형적인 사건²⁷⁸⁾ 등으로 유형화된다. 개별사건마다 당사자의 주장, 협력, 대리인의 협력 등이 다르므로 사건유형별로 일의적인 기준을 적용하는 것은 바람직하지도 않고 가능하지도 않다. 그러나 미국의 축적된 연구를 통하여 증거개시가 과도하게 이루어지고 비밀보호가 문제되는 사건의 특징을 파악하여, 실무에서 운용 가능한 구체적 지침을 마련할 필요가 있다.

특히 소비자소송, 집단피해 불법행위소송, 의료소송 등 현대형 소송은 증거의 구조적 편재가 문제되는 유형이다. 이와 같은 경우 기업의 비밀보호 등을 과도하게 인정하여 소제기 전 증거조사를 제한하면 주장입증을 위한 증거를 확보하기 어려워 사법접근성을 제한하고, 결국 승소를 어렵게 한다. 미국의 경우 대표적으로 사법접근성을 위하여 광범위한 증거개시를 인정하는 사건 유형은 민권(civil rights) 사건이다. 민권, 나아가 헌법상 기본권의 침해를 주장하는 사건의 경우 사실입증이 어려워 소송 종결까지 오랜 시간이 소요되고, 권리실현을 위하여 자유로운 증거개시가 필요하다.²⁷⁹⁾ 미국의

272) Grimm, *supra* note 156, at 178.

273) Id., at 178-79.

274) Id., at 179-80.

275) Id., at 181.

276) Id., at 182-83.

277) Id., at 183.

278) Id., at 186.

279) Patricia W. Hatamyar Moore, *The Anti-Plaintiff Pending Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure and the Pro-Defendant Composition of the*

논의를 참조하여, 집단피해 불법행위 등 민사소송에서 정보은닉을 위하여 보호명령이 남용될 가능성에 대하여 경계할 필요가 있다.²⁸⁰⁾ 위와 같은 유형에서 사법접근성을 보장하고 양 당사자의 공평한 대우를 위하여 제출대상 정보의 비밀보호 기준을 탄력적으로 적용할 필요가 있는데, 이는 당사자의 예측가능성 보장, 실무상 운영의 효율성 등을 고려하면 체계적으로 법률 또는 실무적으로 명확하게 기준이 나와야 실효성이 있을 것으로 보인다.

한편, 비밀유지가 필요한 정보인지에 대하여 보호명령과 같은 법원의 판단보다 당사자 간의 증거개시 비밀유지(confidential discovery)가 장려될 필요가 있다.²⁸¹⁾ 당사자 간의 증거개시 비밀유지 또는 협력은 소송의 효율성을 높이고, 소송의 질을 향상하면서 당사자 사이에 존재하는 불균형을 해소할 수 있다.²⁸²⁾ 법원의 일괄적인 보호명령보다 당사자 간의 합의가 더 효율적으로 기능할 것이며, 소송계약의 하나로 장려할 수 있도록 입법안에 ‘증거조사에 관한 당사자 간의 합의’의 문구를 법문언에 삽입하는 것을 고려할 수 있을 것이다.

V. 결 론

민사소송은 일반적으로 자신의 이름을 걸고 권리를 실현하는 절차이므로 자신의 권리를 주장한다는 측면에서 인간의 존엄을 보호한다.²⁸³⁾ 민사소송은 공개된 법정에서 신속하고 공정하게 진행되고, 재판은 공개된다. 그러나 재판공개원칙이 있다고 하여도 소송 당사자들이 소제기 당시 자신들이 제출하는 모든 정보가 공개된다는 것에 동의하였다고 볼 수는 없다.²⁸⁴⁾ 지나치게 소송에 관한 정보가 공개될 경우, 특히 변론에 사용되지 않는 증거

Federal Rulemaking Committees, 83 U. Cin. L. Rev. 1083, 1139 (2015).

280) Endo, *supra* note 40, at 1266.

281) Id., at 1262.

282) Erichson, *supra* note 1, at 369.

283) Shapiro, *supra* note 45, at 540.

284) Id., at 539.

개시정보들이 모두 공개된다면 프라이버시 등을 침해하여 다른 측면의 존엄을 해할 수 있다.²⁸⁵⁾ 미국 증거개시의 특징의 하나는 광범위성으로, 비닉 특권이 적용이 되는 정보를 제외하면 사건과 관련성이 있고 비례성이 충족되면 모두 대상이 될 수 있다. 그 결과, 미국 연방대법원이 표현하였듯이 증거개시 제출대상에는 프라이버시, 영업비밀 등 비밀이 유지되어야 하는 정보의 제출도 모두 포함이 되며, 그 결과 소송당사자, 심지어 소송당사자가 아님에도 불구하고 정보를 소지하고 있는 제3자의 프라이버시와 평판을 침해하는 정보의 제출이 강제될 수 있다.²⁸⁶⁾

소제기 전 증거조사 등 미국 FRCP의 증거개시제도를 모델로 하는 제도의 도입을 위한 논의가 활발하다. 소제기 전 증거조사는 증거개시와 같은 광범위한 정보수집을 예정하지는 않으나 변론 전, 심지어 소제기 전에 증거조사를 한다는 점에서 제출하는 정보에 대한 비밀보호의 필요성이 제기될 수 있다. 소제기 전 증거조사 단계에서 비밀보호에 대한 기준의 마련은 알권리와 개인정보보호 등 충돌하는 기본권에 대한 균형을 모색하는 일이며, 구체적인 기준은 당사자의 예측가능성을 담보하고 실무에서의 효율적인 재판운영을 가능하게 할 것으로 보인다. 예를 들어 개인정보 등에 대하여 일부삭제하고 제출하도록 기준이 마련되면 개인정보 유출 위험이 현저히 감소하게 되므로 개인정보 제출에 대한 저항감이 낮아지게 되고, 법원의 비실명처리 부담이 감소할 것이므로 효율성을 도모할 수 있을 것이다. 민사소송에 제출하는 정보에 대한 비밀보호 기준의 마련은 우리 헌법에서 규정하는 재판공개원칙에 의하여야 할 것이고, 법원의 기능과 민사소송의 본질, 개인정보 등 비밀보호에 대한 심도 있는 논의가 필요할 것이다.

미국 증거개시에서의 재판공개와 비밀보호에 대한 소고 - 조 수 혜	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.02.28.	2022.03.07.	2022.03.24.

285) Id., at 541.

286) 467 U.S. 20, at 35.

[참고문헌]

- 김도훈, “소제기 전 증거조사 제도 도입에 관한 비판적 검토 - 2019년 민사소송법 일부개정 법률안을 중심으로-”, 법학연구(연세대학교 법학연구원) 제30권 제3호 (2020. 9.)
- _____, “민사소송상 개인정보 보호에 관한 소고”, 홍익법학(홍익대학교 법학연구소) 제22권 제3호 (2021)
- 김형두, “새로운 법조양성체제하에서 미국식 디스커버리의 도입 방안”, 법학평론(서울대학교 법학평론 편집위원회) 제9권 (2019. 4.),
- 변진석, “미국 민사소송에서 증거개시의 제한 남용방지를 위한 비례성의 원칙”, 미국헌법연구(미국헌법학회) 제29권 제1호(2018. 4.)
- 이상원, “사법신뢰형성구조와 재판의 공개”, 서울대학교 법학(서울대학교 법학연구소) 제53권 제3호 (2012. 9.)
- 전원열, “판결 공개에 따른 프라이버시 침해와 민사소송법 제163조의 2”, 저스티스(한국법학원) 통권 168호 (2018. 10.)
- _____, “민사소송절차상 디스커버리 도입에 관한 검토”, 인권과 정의(대한변호사협회), 통권 501권 (2021. 11.)
- 정선주, “민사소송절차에서 공개재판의 원칙과 비밀보호”, 서강법학연구(서강대학교 법학연구소) 제2권 (2000. 3.)
- _____, “비공개심리와 비밀유지의무”, 민사소송(한국민사소송법학회) 제23권 제2호 (2019. 6.)
- 조수혜, “소송 전 증거조사로써 28 U.S.C. §1782에 의한 미국 증거개시 이용 가능성에 대한 검토”, 비교사법(한국비교사법학회) 제28권 제4호 (2021. 11.)
- 사법정책연구원, “효율적인 증거개시·수집을 위한 제도 개선 방안에 관한 연구”, JPRI 연구보고서, 2015-05 (2015.)
- 사법정책연구원, “민사소송절차에서 비밀 보호에 관한 연구 - in camera 심리절차를 중심으로-”, JPRI 연구보고서, 2022-02 (2022)
- Davis S. Ardia, *Court Transparency and the First Amendment*, 38 Cardozo L. Rev. 835 (2017)
- _____, *Privacy and Court Records: Online Access and the Loss of Practical Obscurity*, 2017 U. Ill. L. Rev. 1385 (2017)
- Dustin B. Benham, *Proportionality, Pretrial Confidentiality, and Discovery Sharing*, 71 Wash & Lee L. Rev. 2181 (2014)
- Brooke D. Coleman, *One Percent Procedure*, 91 Wash. L. Rev. 1005 (2016)
- Scott Dodson, *New Pleading, New Discovery*, 109 Mich. L. Rev. 53 (2010)
- Laurie Kratky Dore, *Secrecy by Consent: The Use and Limits of Confidentiality in the Pursuit of Settlement*, 74 Notre Dame L. Rev. 283 (1999)
- Seth Katsuya Endo, *Contracting for Confidential Discovery*, 53 U.C. Davis L. Rev. 1249 (2020)
- Nora Freeman Engstrom, *The Diminished Trial*, 86 Fordham L. Rev. 2131 (2018)
- Howard M. Erichson, *Court-Ordered Confidentiality in Discovery*, 81 Chi.-Kent L. Rev. 357 (2006)
- Jessica Erickson, *Bespoke Discovery*, 71 Vand. L. Rev. 1873 (2018)
- Paul W. Grimm, *Are We Insane?: The Quest for Proportionality in the Discovery*

- Rules of the Federal Rules of Civil Procedure*, 36 Rev. Litig. 117 (2017)
- Simona Grossi, *Frontloading, Class Actions, and a Proposal for a New Rule 23*, 21 Lewis & Clark L. Rev. 921 (2017)
- Lonny Sheinkopf Hoffman, *Access to Information, Access to Justice: the Role of Presuit Investigatory Discovery*, 40 U. Mich. J. L. Reform 217 (2007)
- Robert D. Keeling & Ray Mangum, *The Burden of Privacy in Discovery*, 20 Sedona Conf. J. 415 (2019)
- John H. Langbein, *The Disappearance of Civil Trial in the United States*, 122 Yale L. J. 522 (2012)
- Shay Lavie & Avraham Tabbach, *Litigation Signals*, 58 Santa Clara L. Rev. 1 (2018)
- Richard L. Marcus, *The Discovery Confidentiality Controversy*, 1991 U. Ill. L. Rev. 457 (1991)
- William Matthewman, *Towards a New Paradigm for E-Discovery in Civil Litigation: A Judicial Perspective*, 71 Florida L. Rev. 1261 (2019)
- Richard Marcus, 'American Exceptionalism' in *Goals for Civil Litigation*, in A. Uzelac (ed.), GOALS OF CIVIL JUSTICE AND CIVIL PROCEDURE IN CONTEMPORARY (2014)
- Arthur R. Miller, *Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts*, 105 Harv. L. Rev. 427 (1991)
- Arthur R. Miller, *From Conley to Twombly to Iqbal: A Double Play on the Federal Rules of Civil Procedure*, 60 Duke L. J. 1 (2010)
- Patricia W. Hatamyar Moore, *The Anti-Plaintiff Pending Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure and the Pro-Defendant Composition of the Federal Rulemaking Committees*, 83 U. Cin. L. Rev. 1083 (2015)
- Scott A. Moss, *Litigation Discovery Cannot Be Optimal But Could Be Better: The Economics of Improving Timing in a Digital Age*, 58 Duke L. J. 889 (2009)
- Robert C. Post, *Three Concepts of Privacy*, 89 Geo. L. J. 2087 (2001)
- Judith Resnik, *The Contingency of Openness in Courts: Changing the Experiences and Logics of the Public's Role in Court-Based ADR*, 15 Nev. L. J. 1631 (2015)
- Deborah L. Rhode, *Access to Justice: A Roadmap for Reform*, 41 Fordham Urb. L. J. 1227 (2014)
- J.J. Prescott, *Improving Access to Justice in State Courts with Platform Technology*, 70 Vanderbilt L. Rev. 1993 (2017)
- Judith Resnik, *A2J/A2K: Access to Justice, Access to Knowledge, and Economic Inequalities in Open Courts and Arbitrations*, 96 N.C.L. Rev. 605 (2018)
- Matthew A. Shapiro, *The Indignities of Civil Litigation*, 100 B.U.L. Rev. 501 (2020)
- Frédéric G. Sourgens, *Functions of Freedom: Privacy, Autonomy, Dignity, and the Transnational Legal Process*, 48 Vanderbilt J. Tran'l L. 471 (2015)
- Jeffrey W. Stempel, *Politics and Sociology in Federal Civil Rulemaking: Errors of Scope*, 52 Ala. L. Rev. 529 (2001)
- Yanbai Andrea Wang, *Exporting American Discovery*, 87 U. Chi. L. Rev. 2089 (2020)
- James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 Tale L. J. 1151 (2004)
- Diego A. Zambrano, *Discovery as Regulation*, 119 Mich. L. Rev. 71 (2020)

【국문초록】

미국 연방민사소송규칙(FRCP)에 규정된 증거개시(Discovery)는 변론 전에 광범위한 정보를 수집함으로써 진실발견에 도움을 주어 정확한 법적 용을 가능하게 하여 재판의 공정성을 도모한다. 한편으로, 당사자들 간에 존재하는 정보불균형(information asymmetry)을 극복하고 법적 주장을 펼칠 수 있으며, 조정이나 화해를 하는 경우에도 상대적으로 유리한 입장에서 협상을 할 수 있다는 점에서 증거개시는 사법접근성(Access to Justice) 보장에도 기여한다. 증거개시는 미국 민사소송의 핵심적인 절차로서 다양한 측면에서 연구의 대상이 된다. 증거개시의 극단적인 광범위성은 필연적으로 개인적이거나 상업적 가치를 가지는 정보의 제출도 요구하게 된다. 보호명령(protective order)이나 당사자 간의 비밀보호 약정 등 별도의 보호조치가 없는 경우, 증거개시로 제출한 정보를 유폐하는 행위를 저지할 수도 없다. 증거개시에 대한 보호명령은 공개재판에서 비밀보호를 위한 법원의 중요한 보호조치로 기능한다. 법원의 기능, 재판의 공개, 개인정보 등 여러 측면에서 우리 소송법체계는 미국의 소송법체계와 다르므로 소송법 분야에서 비교법 연구는 한계를 지닌다. 그러나 우리 민사소송에서도 꾸준히 소제기 전 증거조사의 도입 필요성이 논의되고 실무에서도 활발히 논의와 연구가 되는 상황에서, 그 모델이 된 증거개시가 미국에서 재판의 공개와 비밀보호 측면에서 어떠한 이론적 논의가 이루어졌고, 실무상 어떠한 운영의 변화가 있었는지를 연구하는 것은 우리 법제에도 시사하는 바가 있을 것으로 보인다. 소제기 전 증거조사절차가 당장 도입되지 않는다고 하더라도, 미국연방법전 28편 제1782조에 의하여 FRCP에 규정된 증거개시절차를 우리나라에서 이용할 가능성이 있는 점 등을 고려하면 증거개시에 대한 다양한 논의를 위한 여건이 성숙된 것으로 볼 수 있고, 이는 우리의 증거조사절차에 대한 개선점을 찾고 좋은 재판을 모색하기 위한 논의의 출발점이 될 것으로 보인다.

【Abstract】

Publicity and Confidentiality of Civil Trial in U.S.
Discovery*

Cho, Soohye

(Assistant Professor, Jeonju Univ.)

U.S. Discovery set forth in the Federal Rules of Civil Procedure provides fair and full trial by ensuring litigants to request the submission of information that is relevant to claims and defenses, which would lead to accurate law application. Discovery also promotes Access to Justice in that it overcomes information asymmetry existing between litigants, empowering the negotiation position of the weak party. As a central part of U.S. civil litigation, discovery has been one of the interesting subjects for researchers and practitioners. The broad discovery demands to submit any information which is relevant to the case, even if it contains confidential information, including privacy. The submitted information for discovery may be accessed, circulated, and even published without the protective orders of the court or the confidential discovery agreements between parties. Protective orders are the main device to protect confidential information under the principle of trial publicity. A comparative law study has its limitations for the differences of the legal system, constitutional protection, and civil procedure. Nonetheless, the

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea(NRF-2021S1A5A8065102).

research on U.S. discovery would implicate the balance of publicity and confidentiality of trial to Korean civil procedure for its introduction of presuit evidence-taking proceedings, which are inspired by U.S. discovery.

주제어(Keywords): 증거개시(discovery), 재판공개(publicity of trial), 비밀보호(confidentiality), 프라이버시(privacy), 보호명령(protective order), 사법접근성(access to justice)

EU 민사분쟁의 간이구제절차에 관한 일고*

- 유럽지급명령절차를 중심으로 -

성 대 규**

▶ 목 차 ◀

- | | |
|----------------------|----------------------|
| I. 들어가며 | III. 유럽지급명령절차에 관한 규칙 |
| II. EU 민사집행절차에 관한 규칙 | 1. 개관 |
| 1. 브뤼셀협약 | 2. 지급명령절차의 적용 범위 |
| 2. 암스테르담조약 | 3. 지급명령의 구체적 절차 |
| 3. 리스본조약 | IV. 나오며: 약간의 시사점 |

I. 들어가며

한국이 1970년대 이후 세계 역사상 전무후무한 경제성장을 이룩했다는 것은 이미 주지하는 바와 같다. 그리고 이러한 경제성장의 중심에는 대외무역이 자리하고 있으며, 무역 상대국 가운데 중국과 일본이 한국에게 중요한 파트너임은 부정할 수 없다. 한국·중국·일본(이하 ‘한중일’)은 3국간의 정치적·역사적·이념적 갈등 관계에도 불구하고, 이와는 별개로 제2차 세계대전 이후 경제적 협력관계를 꾸준히 구축해오고 있다. 특히 1990년대 중반 중국

* 이 글은 필자가 사법정책연구원에 재직 중 연구책임자로서 단독으로 작성한 연구보고서 “유럽연합(EU)의 통합적 분쟁해결절차에 관한 연구”의 일부분을 발췌·수정한 것임을 일러둔다. 그리고 부족한 글에 대해 고견을 보내주신 익명의 심사위원분들께 감사의 말씀을 드린다.

** 강원대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사.

의 시장개방을 계기로 한중일 3국의 상호간 경제적 의존도는 매우 높은 수준을 형성하고 있다.

이러한 무역증가와 경제적 의존도에 기초하는 한중일 3국간의 ‘경제협력관계’¹⁾는 자연스럽게 ‘법적 영역’에서 3국간의 사법(司法)적 협력을 요구하게 될 것이다.²⁾ 그리고 사법(司法)적 협력이 국경 사이의 민사 및 상사거래로부터 야기되는 분쟁의 해결에 집중될 것은 충분히 예상할 수 있다. 무엇보다 각국에 거주하는 사인(私人) 간의 사법(私法)적 분쟁은 손해배상소송을 통한 해소로 귀결될 수밖에 없을 것이다. 그러나 각각 다른 국가에 거주하고 있는 사인 간의 거래에서 야기되는 사적 분쟁이 현재의 법체계 하에서 해결되기는 쉽지 않다. 왜냐하면 한중일 3국이 각각의 법적 분쟁해결절차를 마련해두고 있으며, 따라서 분쟁당사자 일방이 자국의 법원에 소를 제기하여 재판에서 승소하더라도, 그 판결을 집행권원으로 하여 상대방이 거주하는 다른 국가에서 집행하기 위해서는 판결에 대한 그 국가의 ‘승인’ 및 ‘집행가능선언’이 필요하기 때문이다.³⁾ 이러한 점을 고려할 때 유럽연합이 오늘날 마련해두고 있는 ‘역내 민사분쟁의 간이구제절차’는 시사하는 바가 적지 않다고 생각한다.

유럽에 위치하는 국가들은 일찍이 정치·경제·사회·문화 등의 다양한 방면에서 통합을 이루고자 노력해왔으며, 유럽연합(EU)은 그러한 노력의 결과물이다. 유럽연합이 탄생하기까지는 유럽공동체(European Community)가 처음 탄생한 제2차 세계대전 이후를 기점으로 하더라도 75년의 시간이

1) 한중일 3국간 경제협력관계에 관한 문헌으로서 예컨대 김정식, “동아시아 경제협력의 역사적 지향과 과제”, 「산업경제연구」 제23권 5호, 2010, 2455-2476면; 이영찬, “동아시아 국가들의 경제현황과 경제협력방안에 관한 연구”, 「관세학회지」 제16권 4호, 2015, 299-320면; 정진상, “동아시아 지역 경제협력에 관한 연구”, 「평화학연구」 제7권 1호, 2006, 149-168면; 임반석, “동아시아 경제통합과 중국, 일본”, 「국제지역연구」 제9권 1호, 2005, 257-288면; 진홍상·박승록, “한·중·일 경제관계와 동북아 경제협력” (연구보고서), 2005, 1-191(50-63)면 등.

2) 이러한 전망에 관한 문헌으로는 두도, “동아시아 자유무역시대의 국제민사사법판결의 상호승인제도의 구상”, 「국제사법학회」 제20권 1호, 2014, 381-407면.

3) 김용진, “유럽연합 민사집행법의 발전 현황과 시사점”, 「법조」 제67권 2호, 2018, 331면 이하. 외국판결에 대해 집행선언이 필요한 이유는 강제집행의 본질적 의의가 한 국가의 주권행사이기 때문이다.

소요되었다. 그 시간 동안 유럽의 국가들은 ‘파리조약’, ‘로마조약’, ‘브뤼셀조약’, ‘단일유럽의정서’, ‘마스트리히트조약’, ‘암스테르담조약’, ‘니스조약’과 ‘리스본조약’ 등을 체결했으며, 그러한 국제협력의 과정을 통해서 현재의 유럽연합을 형성·발전시킨 것이다.⁴⁾

주목할 점은 오늘날 유럽연합이 회원국 간 사법(司法)적 협력의 차원을 넘어, 연합 차원의 통합적 사법체계를 구축했다는 것이다. 특히 유럽연합은 상호승인의 원칙하에 역내 민사사건에 대한 통합적 간이구제절차를 마련하고 있다. 즉 섭외 민사사건과 관련하여 ‘브뤼셀협약’, 브뤼셀협약의 개정법인 ‘브뤼셀 I 규칙’, 브뤼셀 I 규칙의 개정법인 ‘개정 브뤼셀 I 규칙’을 수립했으며, 이와 더불어 ‘유럽집행명령에 관한 규칙’, ‘유럽지급명령절차에 관한 규칙’ 및 ‘유럽소액소송절차에 관한 규칙’ 등을 제정되었다. 여기에서 가장 두드러지는 특징은, 외국 법원의 판결에 대한 ‘승인과 집행’이 계속해서 점점 더 간소화·신속화되기 위해 발전했다는 점이다.

‘브뤼셀 규칙’에 의하는 경우, 어느 회원국에서의 판결을 다른 회원국에서 집행하기 위해서는 그 판결에 대한 다른 회원국의 승인 및 집행가능선언이 있어야 한다. 다만 ‘승인거부사유’와 ‘승인을 거부하지 못하는 사유’만을 규정할 뿐, 다른 회원국이 그 대상 판결에 대해 심사하지 못하며, 승인거부사유가 존재하지 않는 한 다른 회원국은 즉시 승인 및 집행가능선언을 해야 한다. 반면 ‘유럽집행명령에 관한 규칙’의 목적은 ‘집행채권에 대하여 다툼이 없는 경우’에 ‘당사자의 신청에 의해’ 당해 판결을 ‘유럽집행권원’으로 인증함으로써, 동 판결이 모든 회원국에서 ‘승인과 집행가능선언’ 없이 유통될 수 있도록 하는 것이다. 말하자면 유럽집행명령절차에 있어서는 다른 회원국에서의 ‘승인과 집행가능선언’이 생략됨으로써 그 회원국에서의 집행이 ‘브뤼셀 규칙’에 비해 간소하고 신속하게 이루어질 수 있게 되었다. 그에 반해, ‘유럽지급명령절차와 유럽소액소송절차’는 외국판결의 집행을 ‘유럽집행명령절차’보다 더욱 간소화·신속화하고 있다. 즉 유럽집행명령절차에서와

4) 이에 관한 개괄적 소개로서 박덕영외 16인, EU법 강의(제2판), 박영사, 2012, 1-2면; 채형복, 유럽연합법, 한국학술정보(주), 2005, 27-28면; 이호선, 유럽연합(EU)의 법과 제도, 세창출판사, 2006, 1-6면; 노명환·이선필, 유럽통합사, 높이깊이, 2009, 10면 등.

다르게, 두 절차에서는 판결에 대한 ‘유럽집행권원으로서의 인증’을 신청하지 않더라도, 외국판결 그 자체가 ‘유럽집행권원’으로서 효력을 가지게 된다. 다만 두 규칙 사이에 약간의 차이점이 존재할 뿐이다.⁵⁾ 이로써 현재의 유럽 지급명령절차와 유럽소액소송절차는 유럽연합 내 민사분쟁의 간이구제절차로서 최적화된 집행절차라고 할 수 있다.

이에 본고의 목적은 다음과 같다. 첫째, 유럽연합의 발전 과정에서 체결되었던 ‘브뤼셀협약’, ‘암스테르담조약’ 및 ‘리스본조약’을 시기적 기준으로 하여, 시간적 순서에 따라 제·개정되었던 EU 민사집행절차에 관한 각 규칙(Regulation)들의 ‘외국재판에 대한 승인과 집행’에 대해 알아본다(II). 둘째, 유럽연합 내 통합적 민사분쟁의 최적화된 간이구제절차로서 ‘유럽지급명령절차’에 대해 살펴본다. 유럽지급명령절차와 함께 통합적 민사분쟁해결절차의 양 기둥을 이루는 ‘유럽소액소송절차’에 대해서는 적게 남아 이미 다른 연구들에서 충실히 소개되고 있으나,⁶⁾ 유럽지급명령절차에 관해서는 그 전반적인 내용이 여전히 다루어지지 않는 것으로 보인다(III). 마지막으로 앞선 논의로부터 향후 한중일 3국간에 통일적인 민사분쟁해결절차를 마련하는 경우 염두에 둘 만한 약간의 시사점을 도출해보고자 한다(IV).

다만 한 가지 일러두고자 하는 바는, 본고에서 살펴보는 협약(Convention) 내지 규칙(Regulation)들의 내용은 각 협약 또는 규칙이 마련하고 있는 조문(Article)에 기초하여 이를 충실히 번역하고 이해하는 것을 통해서 살펴보고자 한다. 또한 본고에서 검토되는 브뤼셀 I 규칙, 개정 브뤼셀 I 규칙, 유럽집행명령에 관한 규칙, 유럽지급명령절차에 관한 규칙, 유럽소액소송절차에 관한 규칙은 외국판결의 승인 및 집행과 관련하여 필요한 양식으로서 이른바 ‘부속서(ANNEX)’를 각 규칙의 뒤에 붙여 마련해두고 있다. 이하의 본문에서 언급되는 ‘부속서 양식의 이름’은 각 규칙이 마련하고 있는 그것을 가리킨다.

5) 유럽지급명령절차와 유럽소액소송절차의 비교에 관하여 본고 II. 3. (2).

6) 예컨대 김효정, “국제상거래상 간이한 추심을 위한 EU소액소송절차(ESCP)”, 「국제거래법 연구」 제29권 2호, 2020, 135-169면; 서성운, “유럽연합소액소송절차에 관한 연구”, 「민사소송」 제18권 2호, 2014, 361-415면 등. 나아가 김용진, “유럽연합 민사집행법의 발전 현황과 시사점”, 「법조」 제67권 2호, 2018, 326-365면.

II. EU 민사집행절차에 관한 규칙

1. 브뤼셀협약

(1) 의의

브뤼셀협약⁷⁾은 1968년 9월 27일에 제정되어 1973년 2월 1일에 발효된 것으로서, 유럽공동체 내에서 판결의 자유로운 유통을 보장하기 위해 네덜란드, 룩셈부르크, 벨기에, 독일(당시 ‘서독’), 이탈리아 및 프랑스 등 6개국에 의해 체결되었다.⁸⁾ 브뤼셀협약은 ‘유럽경제공동체설립조약(1957년 3월 25일 체결, 1958년 1월 1일 발효)’ 제220조에 근거한다.⁹⁾

종래 민사집행과 관련된 국제조약들은 외국판결의 ‘승인과 집행’에 대해서만 규정했던 반면, 브뤼셀협약은 처음으로 이미 판결 단계에서 승인·판할’을 생략하도록 규정하였다. 이로써 개별 회원국 내 법원의 판결이 유럽역내에서 유통성을 가지게 되었다. 다만 여전히 외국판결의 집행을 국내판결의 집행과 동일하게 처리하는 것에는 한계가 있었다.

(2) 브뤼셀협약의 주요 내용

브뤼셀협약은 ‘전문’, ‘8개의 장’과 ‘68개조’로 구성되어 있으며, 각 장의

7) 정식명칭은 “민사 및 상사사건의 재판관할과 판결의 집행에 관한 1968 브뤼셀협약(1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters)”이다. 동 협약의 원문에 관하여 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927\(01\)&from=GA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927(01)&from=GA) 참조(2022. 3. 25. 최종 방문).

8) 석광현, “민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽연합규정”, 「법학논총」 제20권 1호, 2003, 75면.

9) ‘유럽경제공동체설립조약 제220조’

회원국은 (다음과 같이) 필요한 경우 자국민의 이익을 확보하기 위해 서로 협상해야 한다: 각 국가가 자국민에 대한 것과 동일한 조건에서 개인의 보호, 권리의 향유 및 보호;

- 공동체 내에서 이중과세 폐지;

- 제58조 제2항의 의미 내에서 기업이나 회사의 상호인정, 한 국가에서 다른 국가로 이전하는 경우 법인격의 유지, 다른 국가의 법률에 의해 규율되는 기업 또는 회사 간의 합병 가능성;

- ‘법원 또는 재판소’와 ‘중재’ 판결의 상호 인정과 집행을 위한 형식의 간소화.

내용은 다음과 같다.

장(Chapter)		조(Article)
제1장	적용범위	제1조
제2장	관할	제2조 내지 제24조
제3장	승인과 집행	제25조 내지 제49조
제4장	공정증서와 재판상 화해	제50조 내지 제51조
제5장	일반규정	제52조 내지 제53조
제6장	경과규정	제54조
제7장	다른 협약들과의 관계	제55조 내지 제59조
제8장	최종규정	제60조 내지 제68조

1) 집행절차의 신청과 재판

브뤼셀협약에 따르면, 어느 회원국의 채권자가 집행절차를 신청하면 그 회원국의 법원은 상대 채무자에 대한 심문없이 재판을 하게 된다(브뤼셀협약 제34조 제1문단, 이하 명칭 생략). 이때 그 상대 채무자는 각 회원국가가 별도로 마련하고 있는 불복절차에 따라 항변할 수 있고(제37조), 그때까지 보전처분만 가능하게 된다(제38조).¹⁰⁾ 어느 회원국에서 내린 집행력 있는 판결은 채권자의 신청에 따라 그 판결을 다른 회원국가가 집행할 수 있다고 선언한 경우에는 그 다른 회원국에서 집행될 수 있다(제31조, 이른바 집행선언의 신청과 집행선언). 집행선언 신청이 적법하고 이유 있는 때에는 집행법원이 집행가능선언을 하고, 집행권원과 집행가능선언을 그 신청자에게 송달해야 한다(제35조).

2) 결정에 대한 불복

채권자는 법원의 기각결정에 대하여 불복할 수 있으며(제40조), 채무자는 집행법원의 집행가능선언에 대해서 불복할 수 있다(제36조). 채권자의 항소기간은 1달이고, 채무자의 항소기간은 2달이며, 그러한 항소기간과 항

10) 채권자는 보전처분만 할 수 있기 때문에, 상대 채무자의 심문청구권이 보장되지 않는 것은 아니라고 한다. Bauer/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht Band I Einzelvollstreckungsrecht, 1995, § 55 Rn. 55.12. 한편 “법적심문청구권”에 관하여 이시윤, “민사절차상의 재판을 받을 권리”, 「헌법논총」 제21집, 2010, 52-56면.

소결정 때까지 채권자는 채무자의 재산에 대한 보전처분만 할 수 있고 그 외의 집행을 할 수 없다(제39조). 따라서 채권자는 항소기간 중 압류는 가능하지만 채권의 만족을 얻을 수는 없다.¹¹⁾

나아가 항소법원의 결정에 대해서 각 당사자는 상급법원에 상고할 수 있다(제37조 제2문단, 제41조). 당사자가 상고하는 경우 상고법원은 EU 사법재판소에 선결적 판결¹²⁾로서 브뤼셀협약의 해석문제를 상정하여 그 판결을 구해야 한다(동 협약 의정서 제1조, 제2조 제1문단, 제3조 제1문단). 그와 같은 상정은 항소법원도 가능하나(동 의정서 제3조 제2문단), 일반적으로 각 회원국의 상고법원(최고사법기관)에 의해 상정된다.¹³⁾

2. 암스테르담조약

(1) 의의

암스테르담조약(Treaty of Amsterdam)은 1997년 10월 2일에 체결되어 1999년 5월 1일에 발효되었으며, 공동체 권한의 확대가 아닌 ‘통합’에 목적을 두고 성립되었다. 동 조약을 통해서 마스트리히트조약(=유럽연합조약)과 유럽공동체설립조약(舊 유럽경제공동체설립조약)¹⁴⁾이 개정되었으며, 특히 마스트리히트조약(=유럽연합조약)에 유럽연합의 가입조건이 명시되었다.

암스테르담조약은 유럽의 민사집행법의 발전 과정에서 가장 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다. 암스테르담조약을 통해 ‘브뤼셀협약’은 그 범형식이 EU 각료이사회 규칙인 브뤼셀규칙¹⁵⁾(2000년 12월 22일 제정, 2002년

11) 김용진, “유럽연합 민사집행법의 발전 현황과 시사점”, 「법조」 제67권 2호, 2018, 337면.

12) EU 사법재판소는 선결적 판결을 통한 관할권을 가진다. 유럽연합기능조약 제267조에 따르면, EU 사법재판소는 회원국의 재판소에서 개시되어 그곳에서 끝나는 국내 소송절차에서 ‘유럽연합조약 및 유럽연합기능조약의 해석’과 ‘유럽연합의 기관, 기구, 부서 또는 수탁자의 행위의 유효성과 그에 대한 해석’에 관하여 선결적 판결에 대한 관할권을 갖는다. 만약 회원국의 법원이나 심판기구에 계류 중인 그와 같은 문제가 인신구속과 관련되어 있다면, EU 사법재판소는 신속하게 결정을 내려야 한다.

13) 김용진, “유럽연합 민사집행법의 발전 현황과 시사점”, 「법조」 제67권 2호, 2018, 337면.

14) 마스트리히트조약(=유럽연합조약)을 통해서 ‘유럽경제공동체설립조약’이 ‘유럽공동체설립조약’으로 개명(改名)되었는데, 이는 공동체의 권한을 비경제적 영역까지 확대하려는 회원국의 입장이 반영된 것이다. 박덕영 외 16인, EU법 강의(제2판), 박영사, 2012, 16면(각주73).

3월 1일 시행, 이하 ‘브뤼셀 I 규칙’¹⁶⁾)으로 대체되었고, 이에 따라 브뤼셀협약의 근거가 되었던 유럽경제공동체설립조약 제220조는 유럽공동체설립조약 제65조로 대체되었다.¹⁷⁾ 이로써 유럽공동체설립조약 제65조에 따라 역내 시장의 원활한 기능을 위해 필요한 조치 및 민상사사건에서 소송상 또는 소송외 재판에 있어서 승인과 집행을 용이하게 할 수 있게 되었다. 결과적으로 집행위원회는 유럽공동체설립조약 제65조에 근거하여 브뤼셀협약을 대체하는 ‘민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 규칙(브뤼셀 I 규칙)’을 제정하게 된 것이다.¹⁸⁾

브뤼셀 I 규칙은 2004년 4월 21일에 제정된 ‘유럽집행명령에 관한 규칙’¹⁹⁾과 함께 유럽연합 민사집행법의 주된 기능을 담당하는 것으로 평가된다.²⁰⁾ 두 규칙은 유럽공동체설립조약 제249조²¹⁾가 정하는 이른바 유럽연합

15) 정식명칭은 “Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters”이다.

16) 동 규정을 ‘브뤼셀 I 규칙’이라고 칭하는 이유는 다음과 같다: 브뤼셀협약은 혼인 등 가족사건에 적용되지 않았으나(브뤼셀협약 제1조 제2문단 제1호), 이에 대한 국제재판관할과 외국재판의 승인 및 집행에 관한 별도의 협약이 1998. 5. 28.에 마련되었다. 그 협약이 암스테르담조약을 통해서 2001. 3. 1.에 이사회‘규정’(브뤼셀 II)으로 전환되어, 이 규정(브뤼셀 II)과 위에서 소개된 규정(브뤼셀 I)을 구분하기 위해서 각각의 명칭을 사용하는 것이다. 석광현, “민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽연합규정”, 「법학논총」 제20권 1호, 2003, 77면; 김용진, “유럽연합 민사집행법의 발전 현황과 시사점”, 「법조」 제67권 2호, 2018, 339면.

17) ‘유럽경제공동체설립조약 제220조’에 관하여는 본고 각주 9) 참고. 한편 ‘유럽공동체설립조약 제65조’의 규정은 다음과 같다.

‘유럽공동체설립조약 제65조’

제67조에 따라서, 그리고 역내 시장의 원활한 기능을 위해 필요한 경우 섭외 민사사건에 대한 사법협력 부문의 조치는 다음을 포함해야 한다: (a) 개선과 간소화: 소송상 및 소송외 문서의 국가 간 서비스 시스템, 증거 수집에 대한 협조, 민사 및 상사판결에 대한 승인 및 집행(소송외 사건에 대한 결정 포함); (b) 법률 및 관할권의 충돌과 관련하여 회원국 내에 적용되는 규칙의 호환성 촉진; (c) 필요한 경우, 회원국 내에 적용되는 민사 절차에 관한 규칙의 호환성 촉진을 통한 민사절차의 긍정적 기능을 방해하는 장애물 제거.

18) 집행위원회는 그 외에 ‘유럽연합혼인규정’, ‘유럽연합송달규정’ 및 ‘유럽연합도산규칙’을 제정하였다.

19) 정식명칭은 “Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims”이다.

20) 김용진, “유럽연합 민사집행법의 발전 현황과 시사점”, 「법조」 제67권 2호, 2018, 340면.

21) 유럽공동체설립조약 제249조는 유럽연합기능조약 제288조와 동일한 내용을 가지며, 유럽연합기능조약 제288조는 다음과 같다.
‘유럽연합기능조약 제288조’

의 ‘규칙(Regulation)’이기 때문에, 전체적인 구속력을 가지고 회원국에 직접 적용된다. 따라서 두 규칙에 저촉되는 회원국의 국내법은 그 사안에 있어서 배제되고, 이러한 이유에서 각 회원국이 두 규칙을 국내법화 해야 할 의무를 부담하지 않는다.²²⁾

(2) 브뤼셀 I 규칙

브뤼셀 I 규칙은 ‘전문’, ‘8개의 장’, ‘76개조’와 ‘6개의 부속서’로 구성되어 있으며, 각 장의 내용은 다음과 같다.²³⁾

장(Chapter)		조(Article)
제1장	적용범위	제1조
제2장	관할	제2조 내지 제31조
제3장	승인과 집행	제32조 내지 제56조
제4장	공정증서와 재판상 화해	제57조 내지 제58조
제5장	일반규정	제59조 내지 제65조
제6장	경과규정	제66조
제7장	다른 협약들과의 관계	제67조 내지 제72조
제8장	최종규정	제73조 내지 제76조

연합의 권한을 행사하기 위하여, 기관들은 규칙, 지침, 결정, 권고 및 의견을 채택한다. 규칙(Regulation)은 보편적 적용성을 갖는다. 규칙은 완전한 구속력을 갖고 모든 회원국에 직접 적용된다. 지침(Directive)은 목적 달성을 위하여 그것이 전달된 각 회원국을 구속하되, 그 형식과 방법의 선택은 회원국 국내 당국에 유보된다. 결정(Decision)은 완전한 구속력을 갖는다. 전달 대상자가 특정된 결정은 오직 그들만 구속한다. 권고(Recommendation)와 의견(Opinion)은 구속력을 갖지 않는다.

- 22) 다만 두 규칙은 덴마크에 대해서 적용되지 않는다(브뤼셀 I 규칙 제1조 제3항; 유럽집행명령에 관한 규칙 제2조 제3항). 왜냐하면 유럽공동체설립조약에 관하여 덴마크에 대해서는 특별한 약정이 적용되는데, 덴마크는 두 규칙의 적용을 거부하였기 때문이다. 석광현, “민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽연합규정”, 『법학논총』 제20권 1호, 2003, 76면(각주 8). 예컨대 브뤼셀 I 규칙 전문 제21조는 “덴마크는 유럽연합조약 및 유럽공동체설립조약에 부속된 덴마크의 입장에 관한 의정서 제1조 및 제2조에 따라 본 규정의 채택에 참여하지 않으며, 따라서 이에 구속되지도 않고 적용의 대상도 아니다.”라고 규정한다. 유럽집행명령에 관한 규칙 전문 제25조 또한 표현방식에 있어 약간의 차이를 보일 뿐, 규정하는 바는 동일하다.
- 23) 브뤼셀 I 규칙의 목적을 고려할 때, 동 규칙에서 말하는 ‘재판’은 판결, 결정 또는 집행명령 등과 같은 명칭에 상관없이, 회원국의 법원 또는 재판소가 내린 모든 재판을 의미하며, 문서공무원의 비용확정결정을 포함한다(브뤼셀 I 규칙 제32조).

1) 외국재판의 승인

회원국의 판결은 특별한 절차 없이 다른 회원국에서 승인되어야 한다(브뤼셀 I 규칙 제33조 제1항, 이하 명칭 생략). 다만 브뤼셀 I 규칙은 ‘제34조’에서 승인거부사유를 다음과 같이 정하고 있다.²⁴⁾ 첫째, 외국재판의 승인이 승인국의 공서(公序)에 “명백히(manifestly)”²⁵⁾ 반하는 경우에 그 재판은 승인되지 않으며(동조 제1호), 공서에 반하는지 여부는 승인국의 법에 따라서 판단된다. 둘째, 채무자에게 절차를 개시하는 서면 또는 동등한 서면 등이 충분한 시간적 여유를 가지고 채무자의 방어가 가능하도록 하는 방법으로 송달되지 아니한 때에는 승인이 거부된다. 다만 채무자가 재판국에서 다룰 수 있었음에도 불구하고 다투지 않은 경우는 승인거부사유에 해당하지 않는다(동조 제2호). 셋째, 재판국에서의 재판이 동일한 당사자들 간의 분쟁에서 내려진 승인국에서의 재판과 상충하는 경우 승인이 거부된다(동조 제3호). 넷째, 재판국에서의 재판이 다른 회원국 또는 제3국(비회원국)에서 동일한 당사자들 간의 동일한 청구에 대하여 내려진 선행 재판과 상충하고, 후자의 재판이 승인국에서 요구하는 승인요건을 충족하는 경우 승인이 거부된다(동조 제4호). 이때 후자의 재판이 선행되었는지 여부는 재판 선고시를 기준으로 한다.

그러나 다음과 같은 경우에는 승인을 거부할 수 없다. 첫째, 원칙적으로 재판국 법원의 관할은 재심사될 수 없고(제35조 제3항), 관할에 관한 규정은 공서(公序)에 속하지 않는다. 다만 보험에 관한 관할(제2장 제3절), 소비자계약에 관한 관할(제2장 제4절), 전속관할(제2장 제6절)을 위반한 경우에는 승인과 집행 모두 거부된다(동조 제1항). 이때 승인국이 각각의 관할권을 심사하는 경우 그 심사근거는 재판국의 법원이 각 관할권을 인정하기 위한 기초사실에 기속된다(동조 제2항). 둘째, 어떠한 경우에도 외국의 재판에 대하여 그 실질을 재심사할 수 없다(이른바 ‘실질재심사금지의 원칙’, 제36조). 따라서 승인국은 재판국의 재판에 대한 재심사를 통해 승인을 거부할 수 없는 것이다.

24) 석광현, “민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽연합규정”, 『법학논총』 제20권 1호, 2003, 89-91면.

25) 이러한 “명백히(manifestly)”라는 표현은 종래 브뤼셀협약에 없던 표현이다.

2) 외국재판의 집행

브뤼셀 I 규칙은 외국재판의 집행에 관하여 주요한 세 부분으로 나누어 규정하고 있다.²⁶⁾ 첫째, 집행가능선언 절차에 관하여 통일적인 규정을 마련하여 채권자에 의한 ‘일방적 신청절차’로 간소화한다(제38조 내지 제42조). 둘째, 채무자와 채권자에 대한 구체절차를 규정하고, 특히 채무자에 대한 구체절차를 예정해둠으로써 채권자에 의한 ‘일방적 신청절차’와 균형을 이룬다(제43조 내지 제46조). 셋째, 기타 개별적인 문제들에 대하여 규정한다(제48조 내지 제52조).

(가) 집행요건 및 절차

채권자가 집행가능선언을 신청하는 경우 신청서 제출은 집행국법에 의한다. 그리고 신청 시에 ‘판결서 등본’ 및 ‘부속서 V’의 양식에 따라 기재한 재판 관련 사항 증명서 등을 첨부해야 한다. 신청인은 신청서를 제출한 법원의 관할구역 내에 송달받을 주소를 지정해야 하고, 만약 집행국법에 송달받을 주소에 관한 규정이 없다면 송달을 수령할 자를 지정해야 한다.

신청서를 접수한 법원은 외국재판에 관하여 앞서 살펴본 제34조와 제35조에 따른 심사 없이, 제53조²⁷⁾가 요구하는 증명서 등 제출이 완료되면 즉시 ‘집행가능선언’을 해야 한다. 당해 법원은 집행거부사유 또는 승인거부사유의 존부에 대한 판단을 할 수 없다(제41조).

집행가능선언의 신청에 대한 재판결과는 집행국의 법이 정한 절차에 따라 신청인에게 즉시 통지되어야 하며(제42조 제1항), 집행가능선언은 (아직 재판결과가 상대방에게 송달되지 않은 때에는 재판결과와 함께) 상대방에게 송달되어야 한다(동조 제2항).²⁸⁾

26) 이하에서 소개되는 브뤼셀 I 규칙의 집행에 관한 주요한 내용들에 대하여 석광현, “민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽연합규정”, 『법학논총』 제20권 1호, 2003, 91-92면.

27) ‘브뤼셀 I 규칙 제53조’

1. 승인 또는 집행가능선언을 신청하는 자는 신청의 진위확인예 필요한 요건을 충족하는 판결서 등본을 제출해야 한다. 2. 집행가능선언을 신청하는 자는 제55조를 위반함이 없이 제54조의 증명서를 작성(첨부)해야 한다.

28) 다만, 영국에서는 외국재판이 집행가능선언이 아니라 당사자(채권자)의 신청에 따른 외국재판의 등록에 의하여 집행될 수 있다(제38조 제2항).

(나) 집행가능선언에 대한 불복

집행가능선언 신청에 대한 결정이 있는 경우 양 당사자는 항소할 수 있고, 이때 항소장을 ‘부속서 III’의 목록에 표시된 법원에 제출되어야 한다. 집행가능선언에 대한 항소는 그 효력 발생 후 1개월 이내에 제기되어야 하며, 그 상대방이 집행국이 아닌 다른 회원국에 소재하는 경우에 이의 신청 기간은 2개월로 한다. 다만 거리상의 이유로 인해 기간이 연장될 수 없다. 상대방이 집행국에 소재하지 않는 경우에는 ‘상대방의 불출석’에 관한 브뤼셀 I 규칙 제26조 제2항 내지 제4항의 규정이 적용된다(제43조, 제44조).

제43조 또는 제44조에 따라 항소하는 법원은 제34조와 제35조에 규정된 사유 중 하나에 한하여 집행가능선언을 기각 또는 취소할 수 있으며, 법원은 지체없이 결정을 내려야 한다. 다만 이때에도 사안의 본질에 관한 외국재판은 어떠한 경우에도 심사할 수 없다(제45조).

(3) 유럽집행명령에 관한 규칙

유럽집행명령에 관한 규칙은 2004년 4월 21일에 제정되어 2005년 1월 21에 발효되었다. 유럽집행명령에 관한 규칙은 ‘전문’, ‘8개의 장’, ‘33개조’와 ‘6개의 부속서’로 구성되어 있으며, 각 장의 내용은 다음과 같다.

장(Chapter)		조(Article)
제1장	목적, 적용범위 및 정의	제1조 내지 제4조
제2장	유럽집행명령	제5조 내지 제11조
제3장	다툼이 없는 소송절차에 대한 최소기준	제12조 내지 제19조
제4장	집행	제20조 내지 제23조
제5장	재판상 화해와 공정증서	제24조 내지 제25조
제6장	경과규정	제26조
제7장	공동체의 다른 법행위와의 관계	제27조 내지 제28조
제8장	일반규정과 최종규정	제29조 내지 33조

1) 의의

‘유럽집행명령에 관한 규칙’의 목적은, 최소기준을 설정함으로써 ‘집행 채권에 대하여 다툼이 없는 경우(유럽집행명령에 관한 규칙 제3조, 이하 명칭 생략)’ 다른 회원국에서의 ‘승인과 집행’이라는 별도의 중간절차 없이 모든 회원국에서 판결, 재판상 화해 및 공정증서가 자유롭게 유통될 수 있도록 하는 것이다(제1조). 말하자면 재판국에서의 판결이 신청(제6조 제1항)에 의해 ‘유럽집행명령’으로 ‘인증’을 받는 경우 그 판결은 집행국에서 집행가능 선언을 할 필요 없이 자동적으로 집행될 수 있는 일종의 ‘인증서’로서 효력을 가진다(제5조). 유럽집행명령에 따라 재판국의 판결은 집행국인 외국법원에 의해서 심사되지 않고 즉시 그 집행력이 보장되는 것이다(제11조). 동 규칙은 법원 또는 재판소의 성격에 관계없이 민상사사건에 적용되는 반면, 수입, 관세나 행정적인 문제 또는 주권 행사에서의 작위와 부작위에 대한 국가의 책임에는 적용되지 않는다(제2조 제1항).

2) 인증

유럽집행명령으로 인증받기 위해서는 무엇보다 어느 회원국에 송달된 청구에 대하여 다툼이 없어야 한다(제6조). 이로써 재판국의 법원이 신청에 따라 해당 판결을 유럽집행명령으로 인증한 경우 채권자는 채무자의 재산에 대하여 유럽연합 내에서 언제든지 아무런 제한 없이 강제집행을 할 수 있다.

3) 집행

(가) 집행 절차

집행국에서의 집행절차는 유럽집행명령의 규정에 반하지 않는 한 집행국의 법률에 따른다(제20조 제1항 제1문). 그리고 유럽집행명령으로 인증된 판결은 집행국에서 선고된 판결과 동일한 조건으로 시행되어야 한다(동 항 제2문단).

집행을 위해 채권자는 ‘진위 확인에 필요한 조건을 충족하는 판결서 등본’과 ‘진위 확인에 필요한 조건을 충족하는 유럽집행명령 인증서 등본’을 집행국의 관할 집행기관에 제출해야 한다(동조 제2항 (a), (b)). 그리고 필요한 경우에는 유럽집행명령 인증서 등본을 집행국의 공식 언어로 번역해야 하며,

나아가 각 회원국은 인증서의 진위 확인을 위해 자국의 공식 언어 외에도 유럽공동체의 공식 언어 또는 공동체 기관의 언어를 사용할 수 있다(동항 (c)).

(나) 집행 거부

채무자의 신청에 의하여, 유럽집행명령으로 인증된 판결이 다른 회원국 또는 제3국에서 내려진 ‘이전 판결’과 양립할 수 없는 경우 집행은 관할 법원에서 거부되어야 한다. 이때 양립할 수 없는 이전 판결은, ① 동일한 청구원인을 가지고 동일한 당사자 사이에 내려졌고, ② 집행국에서 내려졌거나 집행국 내 승인을 위한 요건을 충족하고, ③ 양립불가능성에 대하여 재판국의 법원 절차에서 이의가 제기되지 않았고 제기될 수 없었어야 한다(제21조 제1항 (a) 내지 (c)).²⁹⁾

(다) 다른 규칙과의 관계

유럽집행명령에 관한 규칙은 브뤼셀 I 규칙에 따른 재판, 재판상 화해 및 공정증서의 승인과 집행의 가능성에 영향을 미치지 않으며(제27조), 유럽송달규칙³⁰⁾의 적용에도 영향을 미치지 않는다(제28조).

3. 리스본조약

(1) 개요

리스본조약(Treaty of Lisbon=개혁조약, Reform Treaty)은 2007년 12월 13일에 체결되어 2009년 12월 1일에 발효된 마스트리히트조약(=유럽연합조약)과 유럽공동체설립조약의 개정을 위한 조약이다. 동 조약을 통해서

29) 한편 유럽집행명령에 관한 규칙 제19조가 의미하는 검토신청을 포함하여 유럽집행명령으로 인증된 판결에 대하여 이의를 제기하거나 제10조에 따라서 유럽집행명령 인증서의 수정 또는 철회를 신청한 경우, 채무자의 신청에 따라 관할법원 또는 기관은 집행절차를 ‘보전처분(protective measures)’로 제한하거나 ‘담보(security)’를 조건으로 하여 집행하거나 예외적인 상황에서 집행절차를 보류한다(제23조). 또한 회원국은 일반대중과 전문가들에게 ‘회원국 내에서의 집행방법과 절차’ 및 ‘회원국의 집행 관할기관’에 관한 정보를 제공하기 위해 협력해야 한다(제29조).

30) 정식명칭은 “Council Regulation (EC) No 1348/2000 of 29 May 2000 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters”이다.

종래의 유럽공동체(EC)는 유럽연합(EU)으로 대체되었고, 유럽연합은 유럽공동체의 모든 권리와 의무를 승계하게 된다. 유럽연합조약은 그 명칭이 유지되었지만, 유럽공동체설립조약은 ‘유럽연합기능조약(Treaty on the Function of the European Union)’으로 명칭이 변경되었다.

무엇보다 동 조약이 서명되고 발효될 즈음에 유럽연합 내 통합적 분쟁 해결절차를 위한 유럽민사집행법상 진정한 의미의 유럽집행권원을 규정하는 ‘유럽지급명령절차에 관한 규칙’과 ‘유럽소액소송절차에 관한 규칙’이 탄생했다. 나아가 브뤼셀 I 규칙 또한 리스본조약이 서명되고 발효된 이후인 2012년 12월 12일에 개정되었으며, 오늘날 ‘개정 브뤼셀 I 규칙(2015년 1월 10일에 발효)’으로서 유럽 내 민사집행절차에 적용되고 있다.

(2) 유럽지급명령절차와 유럽소액소송절차에 관한 규칙

1) 개설

EU 각료이사회는 암스테르담조약에 의하여 승인과 집행을 간소화하기 위한 권한을 위임받았으며, 이에 지급명령절차와 소액소송절차에 관한 녹서를 발간하였다. 이후 이 녹서에 기초하여 유럽지급명령절차에 관한 규칙(2006년 12월 12일 제정, 2008년 12월 12일 발효)과 유럽소액소송절차에 관한 규칙(2007년 7월 11일 제정, 2009년 1월 1일 발효)이 수립되었다. 두 규칙은 리스본조약(2007년 12월 13일 서명, 2009년 12월 1일 발효) 이전에 시행되었고, 따라서 유럽공동체설립조약(유럽연합기능조약의 前身) 제249조에서 의미하는 유럽연합규정에 해당한다. 이로써 두 규칙은 유럽연합 회원국에 직접 적용되기 때문에 회원국은 두 규칙을 국내법화해야 하는 의무를 부담하지 않으며, 오히려 두 규칙과 회원국의 국내법이 ‘충돌’하는 경우 두 규칙이 우선해서 적용된다.

두 규칙에 앞서 유럽집행명령에 관한 규칙(2004년 4월 21일 제정, 2005년 1월 21일 발효)이 제정되고 발효되었다. 동 규칙은 사건이 이미 관할법원에 의해서 판결이 내려지거나 재판상 화해 또는 공정증서에 기한 청구인 경우, ‘이에 대하여 다툼이 없는 때에는’ 재판국 법원에 유럽집행명령을 신청

하여 그 인증서를 통해 다른 회원국에서 집행할 수 있었다. 그러나 재판국에서 당해 판결을 유럽집행명령으로 ‘인증’해야 하는 구조를 가졌다는 점에서 진정한 ‘유럽’집행명령이라고 평가할 수는 없을 것이다.

그러나 유럽지급명령절차에 관한 규칙과 유럽소액소송절차에 관한 규칙은 개별회원국 각각의 또는 회원국 간의 소송법을 조정하는 것이 아니라 ‘독자적인 유럽집행권원을 획득하기 위한 독자적인 절차’를 마련했다는 점에서 그 의미가 매우 크다.³¹⁾ 무엇보다 두 규칙은 ‘회원국 간 판결의 상호인정’이라는 원칙 하에 역내 섭외사건에서 채권자의 권리를 인정함과 아울러 그 실현을 간소화·신속화하고 있다는 점에서 유럽연합 내에 단일시장 구축에도 기여하는 것으로 평가된다.

2) 지급명령절차와 소액소송절차의 비교

유럽지급명령절차에 관한 규칙과 유럽소액소송절차에 관한 규칙은 다음과 같은 점에서 비교가 가능하다.³²⁾

① 두 규칙은 각 회원국이 마련하고 있는 국내절차법과 병존관계에 있게 되며, 두 절차의 요건이 모두 충족되는 경우에는 상호 대체가 가능하다. 따라서 당사자는 각각의 요건이 충족된다는 전제하에 유럽지급명령절차, 유럽소액소송절차와 해당 국내절차법 가운데 자신에게 유리한 절차를 선택할 수 있다.³³⁾

② 소송목적의 값이 5,000유로를 초과하지 않는 경우에는 지급명령절차와 소액소송절차 모두를 고려할 수 있다. 다만 유럽지급명령절차의 대상은 ‘다툼이 없는 금전 청구소송’에 한정되므로, 채무자가 이의를 제기할 가능성이 있는 경우에는 유럽소액소송절차를 선택하는 것이 바람직할 것이다. 물론 그러한 사례에서 청구인이 유럽지급명령절차를 선택하더라도 동 절차가

31) 김용진, “유럽연합 민사집행법의 발전 현황과 시사점”, 「법조」 제67권 2호, 2018, 345면.

32) 물론 섭외사건에서 그 소재지는 유럽법 또는 국내법에 따라서 관할권이 있는 법원에 제출되어야 한다. Council Regulation No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (‘Brussels I’), OJ L 12, 16. 1. 2001, 1.

33) 다만 두 규칙과 국내절차법이 충돌해야 하는 경우에는 두 규칙이 우선함은 앞서 언급한 바와 같다.

이를 막는 것은 아니다.

③ 소송목적의 값이 5,000유로를 초과하는 경우에는 신청요건이 충족되는 때에 한하여 지급명령절차를 선택할 수 있다. 소액소송절차는 소송목적의 값이 5,000유로까지만 적용되고, 5,000유로를 초과하면 적용될 수 없기 때문이다.

④ 지급명령절차는 신청서 제출 시 기한이 지난 다툼이 없는 ‘(특정) 금전’에 한하여 적용된다. 반면 소액소송절차는 그 대상을 금전에 한정하지 않으므로, 예컨대 물건반환이나 작위 또는 부작위에 대해서 적용될 수 있다. 다만 이러한 비금전인 경우에도 소송목적의 값은 5,000유로 이하로 제한된다.

⑤ 지급명령절차는 다툼이 없는 금전 청구소송에 적용되기 때문에 법정심리에 대해 규정하지 않으며, 특별히 이의를 제기하거나 반대하는 경우가 아니라면 서면심리만으로 지급명령이 신속히 결정된다. 반면 소액소송절차에서는 서면심리를 원칙으로 하되, 필요하다면 법정심리(구술심리)를 열 수 있다고 규정한다.

⑥ 그밖에 온라인절차가 도입됨에 따라 전자적 방식에 의한 소의 제기가 가능해졌으며, 격지자간 화상변론 및 전자송달제도가 도입되었다.³⁴⁾

(3) 개정 브뤼셀 I 규칙

1) 개설

‘브뤼셀협약(1968년 9월 27일 제정, 1973년 2월 1일 발효)’이 시행된 이후 동 협약은 암스테르담조약(1997년 10월 2일 서명, 1999년 5월 1일 발효)을 통해 그 법형식이 유럽연합의 이사회규칙인 ‘브뤼셀 I 규칙(2000년 12월 22일 제정, 2002년 3월 1일 발효)’으로 대체되었고, 이러한 브뤼셀 I 규칙은 최근에 개정되어 오늘날에는 “개정 브뤼셀 I 규칙³⁵⁾(2012년 12월 12일 개정,

34) 최근 두 규칙을 개정하기 위해 제정된 규칙(2015년 12월 16일 개정, 2017년 7월 14일 시행)의 정식명칭은 “Regulation (EU) 2015/2421 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Regulation (EC) No 861/2007 establishing a European Small Claims Procedure and Regulation (EC) No 1896/2006 creating a European order for payment procedure”이다.

2015년 1월 10일 발효, 이하 ‘개정 브뤼셀 I 규칙’)이 적용되고 있다. ‘개정 브뤼셀 I 규칙’은 ‘전문’, ‘8개의 장’, ‘81개조’와 ‘3개의 부속서’로 구성되어 있으며, 각 장의 내용은 다음과 같다.

장(Chapter)		조(Article)
제1장	적용범위와 정의	제1조 내지 제3장
제2장	관할	제4조 내지 제35조
제3장	승인과 집행	제36조 내지 제57조
제4장	공정증서와 재판상 화해	제58조 내지 제60조
제5장	일반규정	제61조 내지 제65조
제6장	경과규정	제66조
제7장	다른 협약과의 관계	제67조 내지 제73조
제8장	최종규정	제74조 내지 제81조

2) 외국재판의 승인과 집행

(가) 승인

우선 ‘개정 브뤼셀 I 규칙’ 제36조 제1항은 브뤼셀 I 규칙 제33조 제1항과 마찬가지로, “어느 회원국에서 내려진 판결은 특별한 절차를 요구하지 않고 다른 회원국에서 승인되어야 한다.”고 규정한다. 그리고 ‘개정 브뤼셀 I 규칙’ 제45조는 브뤼셀 I 규칙 제34조가 규정하던 승인거부사유를 그대로 규정하고 있다. 다만 브뤼셀 I 규칙에서 약자보호를 위해 보험에 관한 관할(브뤼셀 I 규칙 제2장 제3절)과 소비자계약에 관한 관할(브뤼셀 I 규칙 제2장 제4절)이 관할권 여부에 대한 심사 대상이었으나, ‘개정 브뤼셀 I 규칙’은 여기에 개별근로계약에 관한 관할을 추가하였다(제45조 제1항 (e) (i)).

나아가 브뤼셀 I 규칙 제34조는 승인거부사유가 존재하는 경우 “판결은 승인되지 않는다.”라고 규정하여 승인거부사유는 직권조사사항으로 이해되었으나, ‘개정 브뤼셀 I 규칙’ 제45조는 승인거부사유가 존재하는지 여부에

35) 정식명칭은 “Regulation(EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)”이다.

대하여 “이해당사자가 신청한 경우에 한하여” 조사를 하는 것으로 규정되어 있다. 후자의 경우 승인을 반대하는 자가 열거된 승인거부사유들 가운데 어느 하나를 특정해야 하는 것은 아니며, 단지 승인을 거부하는 취지만 신청해도 충분하다.³⁶⁾

(나) 집행

‘개정 브뤼셀 I 규칙’은 유럽집행명령에 관한 규칙, 유럽지급명령절차에 관한 규칙, 유럽소액소송절차에 관한 규칙 등의 선례에 따라서 브뤼셀 I 규칙이 규정하고 있었던 ‘집행가능선언’ 절차를 전격적으로 폐지하였다. 이로써 어느 회원국에서 집행가능하다는 판결은 다른 회원국에서 집행가능선언 없이 집행이 가능하게 되었다(개정 브뤼셀 I 규칙 제39조 제1항, 이하 명칭 생략).

신청인은 다른 회원국에서 주어진 판결의 어느 회원국에서의 집행을 위해 ① 그 진정성을 확인하는 데 필요한 조건을 충족하는 판결서 등본과, ② 판결이 집행가능하다는 점 및 상당한 정보가 포함된 인증서를 관할 집행기관에 제공해야 한다. 이때 재판국 법원은 이해당사자의 요구에 따라 ‘부속서 I’의 양식을 사용하여 인증서를 발급해야 하고, 이 인증서를 통해 재판국의 판결이 집행적격을 갖추었음이 확인된다(제53조).

한편 채무자는 ① 승인거부사유를 주장하여 집행을 거부하거나(제46조; 제45조), ② 승인거부사유의 존재를 확인하는 별소(別訴)를 제기할 수 있다(제45조 제4항). 다른 한편 채권자는 채무자가 소를 제기하기 전이라도 승인거부사유의 부존재를 확인하는 소를 제기할 수 있다(제36조 제2항; 제45조). 채무자 또는 채권자에 의한 그러한 소제기는 집행국의 단일법원에서 처리된다.³⁷⁾

4. 소결

이상으로 브뤼셀협약, 암스테르담조약, 리스본조약을 시기적 기준으로

36) 김용진, “유럽연합 민사집행법의 발전 현황과 시사점”, 「법조」 제67권 2호, 2018, 349-350면.

37) 김용진, “유럽연합 민사집행법의 발전 현황과 시사점”, 「법조」 제67권 2호, 2018, 350면.

하여, 유럽연합의 민사분쟁을 위한 간이구제절차를 시간적 순서에 따라서 살펴보았고, 이를 통해 유럽의 간이구제절차가 점점 더 간소화·신속화되었다는 점을 분명하게 확인할 수 있었다. 이러한 점을 염두에 두고, 이하에서는 진정한 유럽집행권원으로 평가되는 두 가지 규칙 가운데 유럽지급명령절차에 관한 규칙에 대하여 보다 자세히 살펴본다.³⁸⁾

Ⅲ. 유럽지급명령절차에 관한 규칙

1. 의의

유럽지급명령절차에 관한 규칙은 유럽지급명령을 통해서 역내 섭외사건에서 ‘다툼이 없는 금전 청구소송’을 간소화·신속화하고 비용을 절감하는데 그 목적이 있다. 동 규칙을 통해 유럽연합 전체에서 통용될 수 있는 지급명령의 최소기준을 마련함으로써 이를 허용하고, 결과적으로 다른 회원국의 ‘승인 및 집행’이라는 중간절차를 생략할 수 있게 된다(유럽지급명령절차에 관한 규칙 제1조, 이하 명칭 생략).

2. 지급명령절차의 적용 범위

(1) 지역적 적용범위

유럽지급명령절차에 관한 규칙은 덴마크를 제외한 모든 회원국에 적용된다. 즉 채권자는 덴마크 법원에 ‘유럽’지급명령절차를 신청할 수 없고, 덴마크에서는 ‘유럽’지급명령절차가 실시되지 않는다는 의미다.³⁹⁾

38) 유럽소액소송절차에 관한 규칙에 대하여 소개한 문헌으로는 본고 각주 6) 참고.

39) 유럽지급명령절차에 관한 규칙 전문 제32조는 “덴마크는 유럽연합조약 및 유럽공동체설립 조약에 부속된 덴마크의 입장에 관한 의정서 제1조 및 제2조에 따라 본 규정의 채택에 참여하지 않으며, 따라서 이에 구속되지도 않고 적용의 대상도 아니다.”라고 규정한다.

(2) 물적 적용범위

1) 민사사건 및 상사사건

(가) 의의

동 규칙의 물적 적용범위는 역내 섭외 민사사건 및 상사사건이며(제2조 제1항), 다만 동 규칙에서 민사사건 및 상사사건이 무엇을 의미하는지 정의하고 있지는 않다. 이와 관련하여 EU 사법재판소는 ‘민사사건 및 상사사건’의 의미에 대해서 ‘민사 및 상사와 관련된 해당 지역법률의 목적과 국가의 법률시스템 전체의 기초가 되는 일반 원칙에 근거하여 이로부터 도출되는 자율적 의미를 부여해야 한다.’고 일관되게 주장해 왔다.⁴⁰⁾ 특히 EU 사법재판소는 ‘분쟁의 주제’와 ‘당사자 간 관계의 특성’이라는 두 가지 요소가 분쟁의 민사사건 및 상사사건 여부를 결정하는 데 관련이 있다고 보았다.

한편 EU 사법재판소는 ‘공공기관이 당사자이거나 개입된 사건’에서 공공기관과 민간인 간의 분쟁은 민사사건 또는 상사사건이 아니라고 명시했다. 즉 ‘민사사건 및 상사사건’인지 여부를 민사사건 및 상사사건에 ‘포함되는 행위자’와 ‘배제되는 행위자’를 구별하여 이를 기준으로 판단하고 있다.

(나) 민사사건 및 상사사건인지 여부에 대한 판결례

EU 사법재판소에 의해서 민사사건 및 상사사건인지 여부가 판단된 사례는 다음과 같다.⁴¹⁾

① ‘유로컨트롤(Eurocontrol)’⁴²⁾ 사례에서, 국제조약에 의해 만들어진

또한 동 규칙 제2조 제3항도 “동 규칙에서 ‘회원국’은 덴마크를 제외한 회원국을 말한다.”고 규정하고 있다.

40) 예컨대 “C-29/76 LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co KG V EuroControl, ECR 1976, 1541” 판결.

41) 아래에 소개된 사례들은 European Commission Justice, Practice Guide “For the Application of the Regulation on the European Order For Payment”, European Judicial Network in civil and commercial matters (2011), 10면 이하에 기초하여 정리되었다.

42) ‘유로컨트롤’은 유럽전체를 관할하는 항공교통관제를 위해 1963년에 설립된 국제민간항공 기구이다. 정식명칭은 ‘유럽항행안전기구(European Organisation for the Safety of Air Navigation)’이며, 2021년 현재 41개국이 참여하고 있다. 유로컨트롤에 대하여 보다 자세한 것은 <https://www.eurocontrol.int/about-us> (2022. 3. 25. 최종 방문).

공공기관의 장비 및 서비스 사용에 대한 민간 당사자의 부담금을 회수하기 위해 공공기관이 청구한 요금의 의무적이고 일방적으로 고정된 것이라면, 그 요금에 관한 분쟁은 민사사건 및 상사사건이 아니라고 판단했다.

② ‘Rüffer’⁴³⁾ 사례에서, 공공기관이 충돌사고를 수습하면서 발생한 비용을 회수하기 위해 충돌사고의 당사자인 선주에게 소송을 제기하는 경우, 이러한 청구는 민사사건 또는 상사사건에 해당하지 않는다고 판단했다.

③ ‘Sonntag’⁴⁴⁾ 사례에서, 원칙적으로 범죄행위로부터 야기된 개인의 상해에 대한 민사소송은 그 본질이 민사사건이지만, 그러한 소송은 손해를 야기한 자가 공공기관으로서 공권력을 행사하는 것으로 간주되는 경우에는 민사사건에 해당하지 않는다고 판단했다.

④ ‘Gemeente Steenberghe’⁴⁵⁾ 사례에서, 이혼한 배우자와 자녀에게 사회부조의 방식으로 지급된 총금액을 그 상대배우자로부터 회수하려는 공공기관에 의한 청구(구상청구)는 일반적으로 ‘민사사건’의 개념에 포함된다고 판단했으나, 입법을 통해서 공공기관에 특권을 부여한 규정에 의하여 구상권을 행사하는 조치는 ‘민사사건’에 포함되지 않는다고 판단했다.

⑤ ‘Préservatrice foncière’⁴⁶⁾ 사례에서, 국가가 채권자와 보증인 간 보증계약에 개입하게 되는 경우에는 당해 보증계약에 적용되는 민사법의 범주를 벗어나서 공권력을 행사할 수 없으므로, 그와 같은 민사법에 근거한 국가의 개입은 민사사건의 개념에 포함된다고 판단했다.

⑥ ‘Frahul/Assitalia’⁴⁷⁾ 사례에서, 수입업자의 해당 관세 납부를 보증하기 위해 관세청과 보증인이 보증계약을 체결하여 보증인이 그 이행으로서 관세청에 관세를 납부한 경우, 관세청이 법적 대리인으로서 관세가 부과되었던 수입업자(주채무자)에게 관세 상당액을 보증인에게 갚도록 지시한 법적 조치는 결과적으로 주채무자의 빚을 갚도록 지시한 것이므로, 이는 ‘상

43) C-814/79 Netherlands v Rüffer, ECR 1980, 3807.

44) Case C-172/91, ECR 1993, I-1963.

45) Case C-271/00, ECR 2002, I-10489.

46) C-266/01, ECR 2003, I-4867.

47) Case C-265/02, ECR 2004, I-1543.

사사건'의 개념에 포함된다고 판단했다.

⑦ 'Lechouritou'⁴⁸⁾ 사례에서, 정부군에 의한 전시의 손실이나 피해에 대한 보상은 '민사사건'에 포함되지 않는다고 판단했다.

2) 역내 섭외사건

유럽지급명령절차는 역내 섭외사건에 적용된다. 이때 섭외사건이란 당사자 중 적어도 1인 이상이 회원국에 상주하는 사건을 말하고(제3조 제1항), 주거지(상거지) 여부는 '브뤼셀 I 규칙 제59조⁴⁹⁾ 및 제60조⁵⁰⁾에 따라서 결정된다(동조 제2항).

따라서 동 규칙은 당사자 중 1인만이 회원국에 주거지를 가지고 상대방이 그렇지 않은 경우에도 그 상대방이 동 규칙을 이용할 수 있도록 규정한다. 즉 ① 채무자가 관할법원이 소재하는 회원국 외의 회원국에 주거지를 갖는 경우에도 동 규칙 제3조를 충족하는 한, 유럽연합 밖에 거주하는 자도 그 채무자를 상대방으로 하여 유럽지급명령을 신청할 수 있다. ② 관할법원이 소재하는 회원국에 주거지를 갖는 채권자는 역외에 주거지를 갖는 채무자를 상대로 유럽지급명령을 신청할 수 있다.⁵¹⁾ 당사자의 주거지 또는 상거

48) C-292/05, ECR 2007, I-1519.

49) 브뤼셀 I 규칙 제59조(=개정 브뤼셀 I 규칙 제62조)

1. 당사자가 어느 문제에 관한 관할법원이 소재하는 회원국에 주거지를 가지거나 상거하는지 여부를 결정하기 위해서는 그 법원은 국내법을 적용해야 한다. 2. 만약 일방 당사자가 관할법원이 소재하는 회원국에 주거지를 가지지 않거나 상거하지 않는 경우에는, 그 일방 당사자가 다른 회원국에 주거지를 가지거나 상거하는지 결정하기 위해 그 회원국의 법을 적용한다.

50) 브뤼셀 I 규칙 제60조(=개정 브뤼셀 I 규칙 제63조)

1. 동 규칙의 목적상 회사나 기타 법인, 또는 자연인이나 법인의 단체는 다음의 장소에 주소를 가진다: (a) 법적 본거지, 또는 (b) 중심 경영지, 또는 (c) 주된 사무소 소재지. 2. 영국과 아일랜드의 목적상 '법적 본거지'는 등록사무소, 또는 어디에도 그러한 사무소가 없는 경우 설립지, 또는 어디에도 그러한 장소가 없는 경우 조직준거법 소속국을 의미한다. 3. 신탁이 어느 문제에 대한 관할법원이 소재하는 회원국에 주거지를 가지거나 상거하는지 여부를 결정하기 위해서는 그 법원은 당해 국제사법을 적용한다.

51) 한편 실무에 있어서 당사자의 주거지 또는 상거지는 신청인에 의해 제공된 '부속서 I의 양식 A'의 정보에 근거하여 결정된다. 그리고 신청서의 초기 검토 단계에서는 자동화된 절차에 의해 이루어질 수 있으므로, 이점에 대해서 문제가 있다는 지적이 있기 전이라도 당사자의 주거지나 상거지가 관할법원 내에 있는지 또는 다른 회원국에 있는지 확인하기에 충분하다. 다만 당해 법원은 신청인에 의해 제공된 정보의 정확성에 의문이 있을 경우

지는 유럽지급명령 신청서가 제출될 때를 기준으로 평가되며, 당해 사건이
 섭외사건인지 판단하는 시점 또한 신청서 제출시점이다(제3조 제3항).

(3) 적용 시점

유럽지급명령절차에 관한 규칙은 그 발효시점인 2008년 12월 12일 이
 후 동 규칙에 의해 구속되는 모든 회원국에 적용된다. 그리고 지급명령‘절
 차’ 자체는 발효일로부터 가능하지만, 신청서가 제출된 법원의 규정에 따라
 해당 신청에 적용되는 기한이 아직 만료되지 않았다면 2008년 12월 12일 이
 전에 야기된 분쟁에 대해서도 당일로부터 유럽지급명령절차에 관한 규칙을
 적용할 수 있다.

(4) 관할권

유럽지급명령절차에 관한 규칙에 따라서 제출된 신청서에 대한 관할권
 은 원칙적으로 브뤼셀 I 규칙이 정하는 바에 의하여 결정된다(제6조 제1항).
 단 소비자계약에 관한 관할, 즉 소비자가 채무자일 경우의 관할권은 ‘채무자’
 가 거주하는 회원국의 법원에 속한다(동조 제2항, 브뤼셀 I 규정 제59조).

3. 지급명령의 구체적 절차

(1) 신청서의 작성과 제출

1) 소송목적의 값

신청은 ‘동 규칙이 마련하고 있는 양식 A(이하 해당 양식과 서식만 표
 기)’를 사용해야 하며(제7조 제1항), 이때 소송목적의 값에는 원금을 표시해
 야 하고, 필요한 경우에는 이자, 계약상 위약금과 비용이 포함될 수 있다(동
 조 제2항 (b)). 원금청구금액과 계약상 위약금액은 ‘양식 A의 제6서식 및 제
 8서식’에 명시되고, 그 신청서가 제출된 때를 기준으로 한다.

신청인에게 보정을 요구하거나 신청을 완료하도록 요구할 수 있다.

이자율과 이자기간에 대한 세부사항은 ‘양식 A의 제7서식’에 기재되며, 구체적인 이자액이 기재될 것이 요구되지 않는다. 따라서 ‘양식 A’의 작성지침⁵²⁾에는 법원의 판결 시까지 이자가 산정되어야 하는 경우 마지막 날짜 칸은 비워두도록 되어 있다. 동 조 제2항 (c)에 의하여, 회원국의 법률에 따라 법정이자⁵³⁾가 자동적으로 원금에 가산되는 경우에도 신청인은 이자율과 이자기간을 기재할 필요가 없다(동항 (c)).

모든 비용에 대한 세부사항은 ‘양식 A의 제9서식’에 나열되어 있다. ‘양식 A의 제9서식’에는 주된 비용으로서 법정수수료(인지액 등)를 상정하고 있으나, ‘양식 A’의 작성지침에는 신청인의 대리인에 대한 비용이나 사전 소송비용을 별도비용에 포함시킬 수 있다고 명시되어 있다.

법원에 납부하는 법원수수료에는 인지액을 포함한 부대비용이 모두 포함될 있으며, 그 금액은 국내법에 따라 정해져 있다(제25조). 작성지침은 신청인이 법원수수료를 알 수 없는 경우에는 해당 칸을 비워둘 수 있음을 명확히 하고 있다.

법원의 ‘판결일’ 현재 채무자 측으로부터 지불되어야 할 총액은 ‘양식 E’에 명시된다. 다만 ‘양식 E’에는 판결일 이후의 이자를 청구할 수 있는지에 대해 규정하지 않고 있다.

2) 신청서 작성

지급명령 신청은 표준양식에 의해서만 가능하고, 법원 또한 표준양식으로 신청된 경우에 한하여 신청을 심사할 수 있다. 지급명령 신청서는 청구권의 근거로서 청구원인을 기재해야 하며, 필요한 경우 청구하려는 이자에 대해서 설명해야 한다. 또한 신청인의 주장을 뒷받침하는 증거에 대한 설명도 포함되어야 한다(제7조).

동 조는 신청인이 제공해야 할 세부사항의 정도를 명시하지 않으며, 법원이 신청에 대해 심사해야 하는 방법도 규정하지 않는다. 그리고 지급명령 신청서의 심사는 반드시 판사에 의할 필요가 없으며, 그 심사가 자동화된

52) 유럽지급명령절차에 관한 규칙은 ‘양식 A(부속서 I)’에 대한 작성지침(Guidelines for Filling in the Application Form)을 마련해두고 있다.

절차 형태로 이루어질 수 있음을 명확히 한다(제8조). 물론 법원은 신청서에서 제공하는 있는 정보에 기초하여 신청서를 검토해야 한다.⁵³⁾

‘양식 A’가 증빙서류를 첨부할 것을 요건으로 하지 않지만, 신청자가 원하면 얼마든지 첨부할 수 있을 것이다. ‘양식 A의 제11서식’은 신청자가 필요한 경우 추가진술서 및 추가정보를 제공할 수 있도록 허용하고 있다.

3) 관할

지급명령절차에 있어서 관할법원은 각 회원국이 미리 지정하여 집행위원회에 공식적으로 통보한 법원을 말한다. 그러나 실제로 그러한 통지는 매우 일반적인 성격을 가지며, 절차법의 일반규정을 언급하는 것에 지나지 않는다. 또한 각 회원국이 언제든지 지정통보를 수정할 수 있다. 따라서 정확한 법원을 찾기 위해서는 보다 많은 노력이 필요하며, 신청자는 신청 시에 각 회원국의 관할법원이 어디인지 확인할 필요가 있다. 관할법원에 관한 모든 통지는 ‘민사사건에 관한 유럽사법아틀라스’를 통해서 알 수 있다.⁵⁴⁾

4) 신청서 제출

우선 각 회원국은 지급명령 신청서가 서류로 제출될 수 있도록 하는 데 동의해야 하며, 추가 요건은 없다. 회원국은 전자적인 것을 포함하여 신청서 제출을 위한 다른 방법을 활용할 수 있으며, 여기에는 팩스 및 전자우편 등도 포함된다. 만약 신청서가 전자 양식으로 제출된 경우에는(제7조 제5항⁵⁵⁾) ‘전자서명을 위한 공동체 프레임워크 지침’⁵⁶⁾ 제2조 제2항⁵⁷⁾에 따라

53) 신청서 작성에서 유의할 점은, 신청서의 항목들을 충실히 채움으로써 법원으로 하여금 청구이유가 충분히 납득되도록 정보를 제공하여 신청이 기각되지 않도록 해야 할 것이다. 이러한 점을 고려하여 ‘양식 A’의 목록은 금전 청구에 대한 적극적인 증거 유형을 철저히 담고 있는 것으로 평가된다(예컨대 ‘양식 A의 제6서식 내지 제10서식’).

54) ‘민사사건에 관한 유럽사법아틀라스’는 ‘유럽전산사법포털(European e-Justice Portal, “https://e-justice.europa.eu/home.do?plang=en&action=home”)’의 한 섹션(section)으로서, 이 섹션의 목적은 민사사건의 사법협력에 관한 실질적인 정보를 이 섹션에서 한 번에 제공하는 것이다. 특히 하나의 회원국에서 여러 지역별로 관할법원을 지정하고 있는 경우에는 ‘민사사건에 관한 유럽사법아틀라스’의 ‘관할법원찾기’ 도구를 사용할 수 있다. 예컨대 독일의 관할법원에 관하여 <https://e-justice.europa.eu/cdbCompetentAuthPrint.do?clang=en&articleContentId=-1&articleId=72&taxonomyId=373&msId=11> 참조(2022. 3. 25. 최종 방문).

55) 유럽지급명령절차에 관한 규칙 제7조 제5항

회원국에서 인정하는 양식으로 서명해야 한다(동조 제6항). 그러나 일부 회원국은 일반우편 또는 등기우편으로 제출되는 경우에만 서류 신청을 받아들이기도 한다. 따라서 신청서를 제출하기 전에 ‘유럽사법아틀라스’에서 어떤 방법이 특정 회원국에 의해 받아들여지는지 확인할 필요가 있다. 신청인 또는 그의 대리인이 신청서를 제출해야 하며, 종종 신청서와 함께 수수료를 관할법원에 납부해야 하는 경우가 많다는 점에 유의해야 한다.⁵⁸⁾

(2) 재판 전 절차

1) 서면심리

신청이 있는 경우 법원은 이를 검토하게 되며 증거에 대해서는 평가하지 않는다. 법원은 요건이 충족되지 않거나(제7조), 청구가 명백하게 근거가 없거나 신청이 허용되지 않는 때에는, ‘양식 B’를 사용하여 신청자가 신청서를 완성하거나 보정할 수 있는 기회를 주어야 한다(제9조 제1항).

2) 신청서 보정

법원이 신청인에게 신청서의 완성 또는 보정을 요구하는 경우에는 적절하다고 인정되는 기한을 명시해야 하며, 재량에 따라 그 기한을 연장할 수 있다(제9조 제2항). 법원이 보정을 요구했음에도 불구하고 일부만이 보정된 경우, 법원은 ‘양식 C’를 이용하여 신청인에 대하여 그 효과를 통지해야 한다. 이때 법원은 지급명령의 발부 대상 금액을 정하고 이를 신청인에게 제안해야 하며, 신청인은 그러한 ‘지급명령’을 수락할 것인지 여부를 결

신청서는 종이서류 또는, 재판국에서 받아들여지고 관할법원에서 사용될 수 있는 전자 기타 통신수단에 의해 제출되어야 한다.

- 56) 정식명칭은 “Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures”이다.
- 57) 동 지침은 전자서명의 요건에 대하여 ‘서명자와 고유하게 연결될 것’, ‘서명자를 식별할 수 있을 것’, ‘서명자가 그만의 통제 하에서만 유지될 수 있는 수단을 통해 작성될 것’, ‘데이터의 후속변경을 탐지할 수 있는 방식으로 관련 정보에 연결될 것’ 등을 규정하고 있다.
- 58) 예컨대 독일의 일부 지역 관할법원에 신청서를 제출하는 방법에 관하여 <https://e-justice.europa.eu/cdbCompetentAuthPrint.do?clang=en&articleContentId=-1&articleId=72&taxonomyId=373&msId=11> (2022. 3. 25. 최종 방문).

정하게 된다(제10조 제1항). 신청인이 법원의 제안을 수락한 경우에 법원은 신청인에 의해서 받아들여진 그 부분에 대해 지급명령서를 발부하게 되며, 이때 최초의 청구금액에서 그 금액을 제외한 나머지 금액은 국내법에 의해 규율된다(동조 제2항). 즉 그 나머지 금액에 대해서 다시 다룰 수 있다(제11조 제3항). 신청인이 법원에서 정한 기한 내에 회신을 하지 못하거나 법원의 제안을 거부할 경우에 법원은 지급명령 신청 전체를 기각한다(제10조 제3항).

3) 신청 거부

법원은, ① 제2조(적용범위), 제3조(섭외사건), 제4조(금전채권), 제6조(관할), 제7조(지급명령 신청)에 규정된 요건이 충족되지 않은 경우, ② 청구가 명백하게 근거가 없는 경우, ③ 법원의 신청서 보정 요구에 대해 신청인이 정해진 기한 내에 회신하지 않는 경우, ④ 지급명령 발급 제안에 대해 신청인이 정한 기한 내에 회신을 보내지 않거나 제안을 거부하는 경우에는, ‘양식 D’를 사용하여 지급명령 신청을 기각해야 한다(제11조 제1항). 신청을 기각하는 경우 법원은 신청인에게 기각사유를 통지해야 하며, 신청 거부에 대해서는 항소가 불가능하다. 다만 신청이 기각되더라도, 그 신청인은 지급명령을 새로이 신청하거나 회원국의 법률에 따라 다른 절차를 이용할 수 있다(제11조 제3항).

(3) 지급명령의 결정

1) 지급명령서 작성

지급명령 신청서(‘양식 A’)가 제출되고 적합한 보정이 이루어지면, 법원은 법원수수료 납부를 전제로 ‘양식 E’를 사용하여 ‘지급명령서’를 발부해야 한다. ‘양식 E’에는 ① 당사자와 그 대리인의 성명, 주소, 그 밖에 당사자에 대한 세부 사항뿐만 아니라, ② 채무자는 신청인이 ‘양식 A’에서 청구한 금액을 지급하라는 명령이 포함되고, 그 사본이 첨부된다(제12조). 나아가 금액에는 청구된 원금 총액과 이자, 그 지급기한, 그리고 계약상 위약금과 법원수수료가 명시된다(제25조).

‘양식 E’에서는, ① 채무자가 지급명령에 따라 명시된 청구액을 신청인

에게 지급해야 하거나, 혹은 그 지시에 반대하여 재판국의 법원에 반대진술을 제출할 수 있다는 점이 명시되고, 나아가 ② 지급명령은 신청인이 제공한 정보에 의해서만 결정되었으며 그 정보가 법원에서 검증되지 않았다는 점, 채무자의 이의신청이 법원에 제출되지 않는 한 명령이 집행될 수 있다는 점, 이의신청이 제기되는 경우에도, 신청인의 요청에 따라 소송이 명시적으로 종료되지 않는 한, 소송은 통상적인 민사소송 규정에 따라 재판국의 관할법원에서도 계속될 수 있다는 점이 전달된다.⁵⁹⁾

2) 지급명령서 발부

지급명령 신청이 요건을 충족하는 경우(제8조), 법원은 통상적으로 신청서를 접수한 날로부터 30일 내에서, 가능한 한 신속하게 지급명령을 결정한다(제12조 제1항). 30일의 기간에는 신청인이 신청서를 작성하거나 보정하는 데 소요되는 시간은 포함되지 않는다.⁶⁰⁾

지급명령에 불복하는 경우, 채무자는 ‘양식 F’를 사용하여 유럽지급명령서를 받은 날로부터 30일 이내에 반대진술을 제출해야 하며(동조 제3항(b); 제16조 제1항 및 제2항), 반대진술을 기한 내에 제출하지 않으면 집행이 가능해진다.

(4) 송달

지급명령서는 회원국의 국내법에 따라 채무자에게 송달되어야 하며, 다만 그 송달은 최소절차기준을 준수해야 한다(제13조 내지 제15조). 송달방식은 일반적으로 채무자의 수령증명이 있는 송달(제13조)과 채무자의 수령증명이 없는 송달(제14조)이 있다.

59) 한편 신청인이 소송종료를 명시적으로 요구했다라도, 이 정보가 채무자에게 전달되지는 않는다. European Commission Justice, Practice Guide “For the Application of the Regulation on the European Order For Payment”, European Judicial Network in civil and commercial matters (2011), 19면.

60) 유럽지급명령절차에 관한 규칙에서 예정하고 있는 ‘기간 제한’은 “기간, 날짜, 시간 제한에 적용 가능한 규정을 결정하는 규칙[Regulation (EEC, Euratom) No 1182/71 of the Council of 3 June 1971 determining the rules applicable to periods, dates and time limits]”에 따라서 정해진다.

우선 채무자의 수령증명이 있는 송달에서는 송달이 채무자에 의해 직접 수령되거나 반환되었다는 점이 증명될 수 있어야 유효하다. 즉 ‘원칙적으로’ 지급명령서가 도달했음을 다른 사람이 아닌 채무자가 직접 인식했다는 것이 증명되어야 유효한 송달로 인정될 수 있다(제13조, 송달의 원칙규정).

반면 채무자의 수령증명이 없는 송달에서는 채무자의 주소가 명백한 경우에 한하여 유효성이 인정될 수 있다. 특히 채무자의 수령증명이 없는 송달은 동 규칙 제14조가 규정하는 방식 외에는 허용하지 않는다.

(5) 이의신청

채무자는 ‘양식 F’를 이용하여 지급명령에 대하여 이의를 신청할 수 있으며(제16조 제1항), 이때 채무자가 반대 이유를 밝힐 필요는 없다(동조 제3항). 채무자는 지급명령서를 송달받은 날로부터 30일 이내에 이의신청을 해야 한다(동조 제2항).

이의신청서는 서면 또는 전자적 수단을 포함하여, 재판국에서 받아들여지고 관할법원에서 이용 가능한 다른 통신 수단으로 제출 가능하며(동조 제4항), 채무자 또는 그의 대리인이 서명하여야 한다(동조 제5항).

채무자가 적법하게 이의신청을 한 경우에도, 신청인이 명시적으로 소송 종료를 요구하는 경우 외에는(제7조 제4항, 제17조 제1항 제1문단), 소송은 회원국의 관할법원에서 통상적인 민사소송규정에 따라 계속될 있다. 이때 해당 소송절차를 재판국 법원으로 이관하는 것은 재판국의 법률에 따른다(제17조 제2항).

(6) 집행가능선언

채무자가 30일 내에(제16조 제2항) 이의신청을 하지 않는 경우 재판국 관할법원은 ‘양식 G’를 사용하여 지체없이 지급명령의 집행가능선언을 해야 한다(제18조 제1항). 집행가능선언의 형식은 재판국의 국내법을 따른다(동조 제2항). 재판국에서 집행가능한 것으로 선언된 지급명령은 다른 회원국에서 승인 및 집행가능선언을 할 필요 없이 집행이 가능하다

(제19조).

(7) 번역

집행국이 명시적으로 유럽연합의 다른 공식 언어로 지급명령서를 요구하지 않는 한, 통상적으로 지급명령서는 그 집행국의 공식 언어로 제출되어야 할 것이다. 또한 집행국의 관할법원이나 기관은 신청인에게 지급명령서를 그들의 공식 언어로 제출할 것을 요구할 수 있다. 각 회원국에서 어떤 공식 언어가 받아들여지는지에 대한 자세한 정보는 ‘유럽사법아틀라스’에서 확인할 수 있다(제21조 제2항 (b)).

(8) 유럽집행명령에 대한 예외적 심사

이의신청기간(제16조 제2항)이 만료된 후, 첫째, 채무자는 ① 지급명령이 ‘채무자의 수령증명이 없는 송달(제14조)’의 방법 중 하나의 방법으로 송달되었으나, 송달이 채무자의 과실 없이 채무자가 방어할 수 있는 기간 내에 도달하지 않은 경우, ② 채무자가 불가항력적인 이유 또는 특별한 사정으로 인해 이의를 제기할 수 없었던 경우에는 재판국의 관할법원에 ‘예외적으로’ 지급명령에 대한 재심사를 신청할 수 있다(제20조 제1항 (a), (b)). 둘째, 동 규칙에서 명시하는 요건 또는 기타 외부적 사정으로 인해 지급명령이 명백히 잘못 발부되었다고 판단하는 경우에도 재판국의 관할법원에 지급명령에 대한 재심사를 신청할 수 있다(동조 제2항).

만약 법원이 앞서 언급된 재심사 사유가 존재하지 않는다는 이유에서 채무자의 재심사 신청을 기각하면 지급명령의 효력은 유지되고, 재심사 사유가 인정되면 유럽지급명령은 무효가 된다(동조 제3항).

(9) 집행

1) 집행의 실행

재판국에서 관할법원에 의해 발부된 지급명령은 그 재판국에서 집행가능하다면 다른 회원국에서도 동일하게 즉시 집행가능하며, 집행국에서 별도

의 승인 및 집행가능선언이 필요하지 않다. 집행국은 ‘집행의 거부(제22조)’ 혹은 ‘집행의 보류 또는 제한(제23조)’의 경우가 아니라면, 그 지급명령이 발부된 이유나 절차에 대해 재심사할 수 없다.

집행은 동 규칙에 반하지 않는 한, 집행국의 국내법에 따라 실행된다(제21조 제1항 제1문단). 신청인은 반드시 집행가능하다고 선언된 지급명령서의 등본(‘형식 E’)과 집행가능선언(‘형식 G’)을 집행국의 집행 관할법원이나 기관에 제출해야 한다(규칙 제21조 제2항).⁶¹⁾

2) 집행의 거부

집행국 관할법원은 원칙적으로 지급명령에 대해 재심사할 수는 없다. 다만 동일한 당사자 간에 존재하는 종래의 결정이나 명령이 현재의 소송과 동일한 청구원인을 가지고 있고, 그러한 종래 결정이나 명령이 집행국에서 승인에 요건을 충족하는 경우에는 채무자의 청구에 따라 집행국 관할 법원은 당해 지급명령에 따른 집행을 거부해야 한다(제22조 제1항). 또한 채무자가 지급명령에서 인정하는 금액을 변제한 경우, 그러한 범위에서 집행을 거부할 수 있다(동조 제2항)

3) 집행의 보류 또는 제한

채무자가 ‘예외적인 재심사유(제20조)’에 따라서 재심을 신청했다면, 채무자는 집행을 보류하거나 제한하도록 신청할 수 있다. 이 경우에 집행국의 관할법원은, ① 보전처분으로 집행을 제한하거나, ② 담보를 조건으로 집행을 하거나, ③ 예외적인 사정이 있는 경우에는 집행절차를 보류할 수 있다.

IV. 나오며: 약간의 시사점

이상으로 유럽의 통합적 민사분쟁해결절차에 관하여 ‘그 발전 모습’과

61) 이때에도 집행을 담당하는 법원이나 기관은 회원국마다 다르므로, 집행을 신청하는 경우 신청인은 ‘유럽사법아틀라스’의 ‘관할법원찾기’ 도구를 이용할 필요가 있다.

‘유럽지급명령절차에 관한 규칙’을 중심으로 살펴보았다. 유럽연합(EU)은 유럽의 평화를 바라고 유럽을 통합하고자 했던 유럽인들의 노력의 산물이며, 그러한 노력은 ‘사법(司法) 영역’에서도 마찬가지로 이루어졌다. 요컨대 오늘날 유럽지급명령절차에 관한 규칙은 유럽소액소송절차에 관한 규칙과 함께 역내 섭외 민상사사건의 해결을 위한 진정한 의미의 ‘유럽집행권원’이라고 할 수 있다.

여기에서 ‘유럽의 통합적 민사집행절차의 발전과정’과 현행 ‘유럽지급명령절차’에 비추어 볼 때, 향후 한중일 간 통합적 ‘지급명령절차’를 제정하는 경우에는 무엇보다 우선적으로 유럽지급명령절차에 관한 규칙이 어느 한순간 갑자기 제정된 것이 아니라는 점을 염두에 둘 필요가 있다고 생각한다.⁶²⁾ 즉 유럽 내 정치·경제·사회·문화 및 사법(司法) 영역에서의 ‘통합’이라는 궁극적인 목적 달성을 배경으로 하여, 역내 섭외 민상사거래의 증가와 그로부터 발생하는 분쟁해결의 필요성이 상이한 회원국 간에 적용할 통일적 민사집행절차를 요구하게 되었으며, 그러한 통일적 민사집행절차는 계속해서 간소화·신속화될 필요가 있다는 공감대 안에서 절차 규칙(Regulation)들이 형성·발전했고, 마침내 외국판결에 대한 ‘승인 및 집행가능선언’ 절차가 생략된 유럽지급명령절차에 관한 규칙이 제정되었다는 점이 반드시 고려되어야 할 것이다.

따라서 한중일 간 지금 당장 통합적 지급명령절차 등을 수립하기는 어려워 보이고, 그 필요성에 대한 직접적인 공감대 역시 가시적이지 않은 것도 사실이다. 3국 사이에 여전히 정치적·역사적·이념적 갈등이 존재하고 있음을 부정할 수 없고, 따라서 ‘외국판결의 승인과 집행’이 전제하는 ‘상대방 국가와 그 국가의 법체계’에 대한 신뢰가 형성되어 있다고 보기도 어렵기 때문이다. 그럼에도 불구하고 ‘가까운’ 혹은 ‘먼’ 장래에 통합적 민사 분쟁해결절차가 요구되는 경우 유럽지급명령절차가 탄생하기까지의 과정이나 그 내용이 하나의 좋은 모범이 될 수 있을 것으로 생각한다. 예컨대 ‘변호사에 의한 대리 여부’, ‘인지액 등 수수료’, ‘표준양식의 마련’, ‘언어’,

62) 이하에서 언급되는 시사점은 소액소송절차에서도 마찬가지로 고려될 수 있을 것이다.

‘송달방식’, ‘증거수집’, ‘원거리 화상심문’ 등의 문제에 있어서는 한중일 3국간의 기본적인 차이점을 극복해야 한다는 점에서 선제적인 대응이 필요하며, 유럽의 사례를 참조하여 가장 효율적이고 적절한 규범이 마련될 수 있기를 기대한다.

EU 민사분쟁의 간이구제절차에 관한 일고 - 유럽지급명령절차를 중심으로 -	수령 날짜	심사개시일	개재결정일
- 성 대 규	2022.02.28.	2022.03.10.	2022.03.24.

[참고문헌]

1. 단행본

- 노명환·이선필, 유럽통합사, 높이깊이, 2009
 박덕영외 16인, EU법 강의(제2판), 박영사, 2012
 이호선, 유럽연합(EU)의 법과 제도, 세창출판사, 2006
 채형복, 유럽연합법, 한국학술정보(주), 2005
 Bauer/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht Band I
 Einzelvollstreckungsrecht, 1995

2. 논문

- 김용진, “유럽연합 민사집행법의 발전 현황과 시사점”, 「법조」 제67권 2호, 2018
 김정식, “동아시아 경제협력의 역사적 지향과 과제”, 「산업경제연구」 제23권 5호, 2010
 김효정, “국제상거래상 간의한 추심을 위한 EU소액소송절차(ESCP)”, 「국제거래법연구」 제29권 2호, 2020
 두도, “동아시아 자유무역시대의 국제민상사판결의 상호승인제도의 구상”, 「국제사법학회」 제20권 1호, 2014
 서성운, “유럽연합소액소송절차에 관한 연구”, 「민사소송」 제18권 2호, 2014
 석광현, “민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽연합규정”, 「법학논총」 제20권 1호, 2003
 이시운, “민사절차상의 재판을 받을 권리”, 「헌법논총」 제21집, 2010
 이영찬, “동아시아 국가들의 경제현황과 경제협력방안에 관한 연구”, 「관세학회지」 제16권 4호, 2015
 임반석, “동아시아 경제통합과 중국, 일본”, 「국제지역연구」 제9권 1호, 2005
 정진상, “동아시아 지역 경제협력에 관한 연구”, 「평화학연구」 제7권 1호, 2006
 진홍상·박승록, “한·중·일 경제관계와 동북아 경제협력”(연구보고서), 2005

3. 해설서

- European Commission Justice, Practice Guide “For the Application of the Regulation on the European Order For Payment”, European Judicial Network in civil and commercial matters (2011)

4. 사이트

- <https://e-justice.europa.eu/cdbCompetentAuthPrint.do?clang=en&articleContentId=-1&articleId=72&taxonomyId=373&rmsId=11>
[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927\(01\)&from=GA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927(01)&from=GA)
<https://www.eurocontrol.int/about-us>

【국문초록】

한국·중국·일본(이하 ‘한중일’) 3국간 거래 당사자들 사이에서 발생하는 사법(私法)적 분쟁을 오늘날의 법체계 하에서 해결하기는 쉽지 않다. 왜냐하면 어느 분쟁당사자 일방이 자국의 법원에 소를 제기하여 재판에서 승소하더라도, 그 판결을 가지고 상대방이 거주하는 다른 국가에서 집행하기 위해서는 판결에 대한 다른 국가의 ‘승인’과 ‘집행가능선언’이 필요하기 때문이다. 그러나 오늘날 3국간에는 그러한 ‘승인’과 ‘집행가능선언’을 위한 통합적인 법제도가 마련되어있지 않다. 요컨대 이에 대한 시사점은 유럽연합이 오늘날 마련해두고 있는 ‘통합적 민사집행제도’에서 찾을 수 있을 것이다.

유럽연합은 그 형성·발전 과정에서 회원국 간 유럽연합 차원의 통합적 사법(司法)체계를 구축하기 위해 노력하였고, 이에 사법(私法) 영역에서는 통합적 민사집행제도를 마련해왔다. 유럽연합은 ‘브뤼셀 규칙(브뤼셀협약, 브뤼셀 I 규칙, 개정 브뤼셀 I 규칙)’을 수립하였고, 이와 더불어 ‘유럽집행명령에 관한 규칙’, ‘유럽지급명령절차에 관한 규칙’ 및 ‘유럽소액소송절차에 관한 규칙’ 등을 제정하였다. 유럽연합의 통합적인 민사집행절차에서 가장 두드러지는 특징은, 외국 법원의 판결에 대한 ‘승인과 집행’을 지속적으로 보다 간소화·신속화하기 위해 발전했다는 점이다. 유럽연합이 오늘날 마련하고 있는 통합적 민사집행절차들, 특히 유럽지급명령절차는 민사 및 상사 사건에 관한 분쟁을 간소하고 신속하게 처리하기 위해 마련된 제도이며, 이는 한중일 3국간 통합적 민사집행절차를 마련함에 있어 시사점을 줄 수 있을 것이다.

【Abstract】

Study on the simplified Dispute Resolution Procedure of
the European Union
- Focusing on Order for Payment -

SUNG, Daegyul

(Assistant Professor, Kangwon National University Law School)

It is not easy to resolve private law disputes arising between the transacting parties residing in three different states(Korea, China, and Japan) under today's legal systems. This is because even if a party to a dispute files a suit in its domestic court and wins the trial, the judgment needs to be recognized and enforceable in other states where the other parties reside. However, there is no integrated legal system for such recognition and declaration of enforceability of foreign judgments between the three states today. Since the European Union (EU) has established the integrated civil execution system, useful implications could be found by examining the EU system in place today.

The EU has endeavored to establish an EU-level integrated judicial system among member states in the process of its formation and development, and accordingly, it has established an integrated civil execution system in the judicial field. The EU has established the Brussels Regulations (Brussels Convention, Brussels I Regulation, Brussels I Regulation (recast)) and, in addition, enacted the European Enforcement Order Regulation, the European Order for Payment Procedure Regulation, and the European Small Claims Procedure

Regulation. The most striking feature of the EU's integrated civil execution proceedings is that they have been developed to continuously simplify and accelerate the recognition and enforcement of judgments rendered by foreign courts. The EU's integrated civil execution procedures, particularly the European Order for Payment Procedure, are systems designed to simplify and expedite disputes in civil and commercial cases, which could provide implications in preparing for the similar integrated civil execution procedures between Korea, China, and Japan.

주제어(Keywords): 사법적 분쟁(private law dispute), 승인(recognition), 집행가능선언(declaration of enforceability), 유럽지급명령절차(european order for payment procedure), 유럽소액소송절차(european small claims procedure)

개정 국제사법에 관한 비교법적 고찰

- 혼인관계사건의 국제재판관할을 중심으로 -

강 영 주*

▶ 목 차 ◀

I. 시작하며	V. 혼인관계사건의 국제재판관할 규정 내용
II. 국제재판관할의 기본이념	1. 혼인관계사건의 특징
1. 개요	2. 개정 국제사법의 내용
2. 기본이념	VI. 혼인관계사건의 국제재판관할 에 관한 비교법적 고찰
III. 혼인관계사건에 대한 판례의 입장	1. EU의 브뤼셀 개정 제2규정
1. 국제사법 제2조 신설 전의 판례	2. 독일 가사·비송법 98조
2. 국제사법 제2조 신설 후의 판례	3. 일본 인사소송법 3조의 2
3. 소결	4. 소결
IV. 국제재판관할에 관한 입법적 해결 과정	VII. 마치며
1. 2001년 입법 내용	
2. 2018년 입법 경위와 일반원칙	

I. 시작하며

지난해 12월 9일 국제사법개정안이 국회 본회의를 통과했다. 2018년 11월에 국회에 제출하여 3년 만에 통과한 개정 국제사법에 대하여 그 시행을 앞두고 되짚어 보는 것이 의미가 있다고 생각한다. 새로운 제정이라고 할 정도로 국제사법이 전면 개정된 배경에는 해외 교류가 활발해지면서 국제

* 고려대학교 법학연구원, 연구원.

적인 사건이 증가하는 현실을 반영한 것으로 볼 수 있다. 2020년 이민정책연구원의 발표에 따르면 2019년 현재 한국에 체류하는 외국인은 약 250만 명으로 1990년의 국내 체류 외국인 수(49,500명)와 비교하여 30년 동안 50배 이상 증가하였다.¹⁾ 결혼이민자의 경우는 1990년 중반부터 현재까지 중국, 일본, 동남아 등에서 유입이 되고 있으며²⁾, 2020년 코로나 전염병의 대유행으로 외국인의 체류가 소폭 감소한 상황에서도 결혼이민자는 상승곡선을 그리고 있다.³⁾

이에 따라 외국적 요소와 관련된 법적 분쟁 역시 증가하게 되는데, 소송이 개시되면 먼저 부딪치는 문제가 국제재판관할에 관한 내용이다. 국제소송에서 어느 재판관할을 선택하느냐에 따라 소송에 사용되는 비용, 언어, 적용 규범 등에 차이가 있으므로 재판관할의 문제가 더욱 중요한 위치를 차지한다.

국제재판에서 당사자는 유리한 판결을 받기 위해 재판관할을 마치 쇼핑하듯이 ‘관할법원 쇼핑⁴⁾(forum shopping)’을 하기도 하는데, 이를 ‘법정지 편의적 선택⁵⁾’, 또는 ‘무리한 관할법원의 선택⁶⁾’이라고 부른다. 특정 국가의 법원에 소송이 쇄도할 때 이 국가를 ‘자석 법정지(magnet forum)’라고 부른다.⁷⁾ 상대적으로 소를 제기하는데 장벽이 낮고 높은 배상을 받을 수 있는 미국 법원에 소송이 몰리는 경향이 있는데, 영국의 판사 로드 데닝(Lord

1) 강동관, 대한민국 이민정책 프로파일, 이민정책연구원, 2020, i 면. 한국은 이민 송출국에서 이민 유입국이 되었는데, 1960-1970년에 중반에 간호사와 광부의 독일 노동 이주가 주를 이루었고, 1970년 중반에서 1990년대 중반까지 건설노동자의 중동 취업이 크게 증가했다. 그 후 미국이나 캐나다 등으로 영주 이민의 현상이 있었고, 1990년 초부터 현재까지 취업을 위하여 중국과 동남아 국가에서 노동이주자들이 유입되었다 (동 자료 259쪽).

2) 앞의 자료, 259쪽.

3) 법무부 출입국외국인정책본부(출입국, 외국인정책 통계월보 2020년 9월호)에 따르면 2020년 9월 현재 우리나라 국민의 배우자인 결혼이민자는 16만8천26명으로, 2019년 같은 기간의 16만4천463명에 비해 2.2% 증가했다.

4) 마치 재판관할을 쇼핑하듯 한다는 뜻을 잘 살리는 ‘관할법원 쇼핑’이라는 용어를 제안해 볼 수 있다. 물론 한국어와 영어가 혼합되어 있지만 ‘쇼핑’이라는 단어는 국립국어원 표준국어대사전에 실려 있고, 우리의 일상에 이미 활용이 높은 용어이기 때문에 ‘관할법원 쇼핑’이라고 사용하는 것은 개념을 쉽게 이해하는 데 도움이 될 수 있다고 생각한다.

5) 정동윤·유병현·김경옥, 「민사소송법」 제8판, 법문사, 2020, 130쪽.

6) 이시윤, 「신민사소송법」 제15판, 박영사, 2021, 65쪽.

7) 석광현, 「국제민사소송법」, 박영사, 2012, 69-70쪽.

Denning)은 이를 가리켜 “나방이 불빛에 이끌려 가듯이 소송 당사자는 미국으로 끌려간다”라고 묘사했다.⁸⁾

특히 가사사건은 사람의 생활 전반에 큰 영향을 미치기 때문에 재판관할의 문제는 더욱 민감한 요소이다. 개정 국제사법(2021년 12월 9일에 통과된 법률안을 이하 ‘개정 국제사법’으로 한다)에는 한국 사회가 다문화사회로 진입하면서 주목해야 할 가사사건에 관한 규정 역시 새롭게 도입되었다. 본 연구에서는 혼인관계사건을 중심으로 개정 국제사법과 EU, 독일, 일본의 국제재판관할 제도를 비교하였다. 국가별로 공통점과 차이점을 살펴보고, 개정 국제사법의 내용을 외국의 제도와 비교하면서 그 의미를 고찰하고자 한다. 먼저 개정 국제사법이 제정되기까지 영향을 미친 판례를 살펴보고, 제정과정과 혼인관계사건의 국제재판관할에 관한 개정 내용을 비교법적으로 검토한다.

II. 국제재판관할의 기본이념

1. 개요

섭외적 요소를 가지는 사건에 관하여 어느 나라 법원에서 재판할 것인가 하는 것이 국제재판관할권의 문제이다.⁹⁾ 예를 들면 당사자가 외국인인 경우라든지, 외국에서 발생한 불법행위로 인한 손해배상 청구 등에 대하여 국내 법원이나 해외 법원 중 어느 곳에 재판권을 가지는가가 논의된다.¹⁰⁾ 법적 개념으로서의 관할권은 경험칙이 아닌 규범적이며, 이는 주로 규범의 제정과 적용을 통해 해당 권한 대상자들의 법적 관계를 통제하고 변경할 수 있는 권한과 관련이 있다.¹¹⁾

8) 앞의 책(각주 7), 70쪽.

9) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 120쪽.

10) 앞의 책, 120쪽.

11) Stephen Allen, Daniel Costelloe, Malgosia Fitzmaurice, Paul Gragl and Edward Guntrip, “Instruction: Defining State Jurisdiction and Jurisdiction in International Law”, 『The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law』, Oxford

이러한 국제재판관할권을 규정하는 문제는 오랜 역사를 지니고 있다. 성정에는 외국인을 상대로 하는 소송에 대한 언급이 여러 곳 나오는데, 재판을 할 때는 양방 간에 공정하게 판결해야 하며 타국인에 대해서도 그렇게 하라고 언급하고 있다(신명기 1장 16절, 레위기 24장 22절 등). 국제민사소송법적 관점에서 생각하면 외국인에 대해서도 유대인과 같은 율법으로 평등하고 공정하게 적용하라는 것이며, 이는 이방인에 대하여도 재판관할이 있다는 것을 전제한 것으로 해석된다.¹²⁾ 고대 그리스 시대의 아테네에서는 외국인에 대하여 비교적 개방적이었는데, 외국인이 재판을 받을 수 있는 특별법원의 역할을 했던 집무실을 두어 재판관할권을 인정했다.¹³⁾

국제재판관할권은 먼저 토지관할과 구별해야 하는데 어느 국가의 법원에 재판권이 있는가 하는 문제는 국제재판관할권의 문제이고, 만약 한국에 국제재판관할권이 인정된 경우 국내 법원 중에서 어떤 특정한 법원이 이를 처리할 것인가 하는 것은 토지관할의 문제이다.¹⁴⁾ 그리고 국제재판관할권은 절차적인 측면을 다루고 있다는 점에서 실체법인 국제사법과 구별된다.¹⁵⁾ 또한 법을 적용할 때 어느 나라의 법에 따르는가는 하는 문제와도 구별되며 “절차는 법정지법(*lex fori*)에 의한다”라는 원칙에 따라 한국법원이 국제재판관할권을 가지는 경우 한국의 민사소송법이 적용된다.¹⁶⁾

2. 기본이념

국제재판관할은 국내와 국제 문제의 양상을 동시에 지니고 있으므로 이에 관련한 기본개념은 양자의 긴장 관계를 반영하고 상호 충돌하는 이익

University Press, 2019, p.4.

12) 이연주, “고대 그리스로부터 근세에 이르기까지 국제민사소송의 시대적 변천에 관한 연구 - 국제재판관할과 준거법의 문제를 중심으로,” 비교사법 제23권 제2호(통권 73호), 588쪽, 2016.

13) 앞의 논문(각주 12), 588-590쪽.

14) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 121쪽.

15) 신창섭, 「국제사법」 제3판, 세창출판사, 2015, 13쪽.

16) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 121쪽.

을 조정하며, 국제재판관할 제도가 가지는 보편타당한 실체적 이상을 담은 것이어야 한다.¹⁷⁾ 이를 고려하여 다음과 같이 민사소송법의 기본 원칙을 적용할 수 있다.¹⁸⁾

(1) 적정·공평·신속·경제

먼저 민사소송의 기본이념인 적정·공평·신속·경제(민사소송법 제1조 제1항)에서 그 원칙을 찾을 수 있다. 적정은 법원이 사실을 인정하는 경우 정확성을 통해 실체적 진실을 발견하고, 타당한 법률을 적용하여 권리 있는 자는 반드시 승소하게 하고 그렇지 않은 자는 반드시 패소하게 하는 것을 말한다.¹⁹⁾ 공평은 양 당사자를 민사소송의 모든 절차에서 평등하게 취급해야 한다는 것이며,²⁰⁾ 소송을 가능한 한 빨리 완결하는 것이 신속이고 이를 통해 재판의 실효성이 보장된다.²¹⁾ 또한, 경제란 소송에서 최소한의 비용과 노력을 들이면서 효과를 최대한으로 얻기 위한 이념이며 소송경제라고 일컫는다.²²⁾

(2) 합리성의 원칙

합리성의 원칙이란 국제재판관할에 대하여 국제적인 기준에 도달하지 못한 경우에는 외국에서 승인될 수 없다는 보편적인 원칙을 일컫는다.²³⁾ 일반원칙을 준수하고 국제기준을 성실하게 이행할 때 법적 안정성을 증가시킬 수 있으며, 또한 국내 재판관할이 외국에서 인정을 받는데 필요한 원칙이라고 할 수 있다.²⁴⁾

(3) 신의성실의 원칙

17) 이연주, “국제재판관할의 기본이념에 관한 연구,” 중앙대학교 대학원 석사 논문, 2012, 108쪽.

18) 앞의 논문(각주 17), 108쪽.

19) 호문혁, 「민사소송법」 제14판, 법문사, 2020, 39쪽.

20) 정영환, 「신민사소송법」 개정신판, 법문사, 2019, 55쪽.

21) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 30쪽.

22) 호문혁, 앞의 책, 41쪽.

23) 이연주, 앞의 논문(각주 17), 113쪽.

24) 앞의 논문(각주 17), 113쪽.

민사소송법에서 명문화하고 있는 신의성실의 원칙(민사소송법 제1조 제2항)이란 당사자와 소송관계인 사이에 서로의 신뢰를 지키도록, 소송을 신의에 따라 성실하게 수행해야 한다는 원칙을 말한다.²⁵⁾ 이 원칙은 국제민사소송법에서도 준수되어야 할 원칙으로 국제소송의 당사자, 법원 등 소송관계인뿐 아니라 국제재판관할에 관한 규정의 제정·해석·적용에 있어서 존중되어야 할 것이다.²⁶⁾

국제재판관할은 국가의 주권과 관련되는 문제이므로 재판관할권을 확장하려는 시도는 타당하지 않지만, 반면에 국제재판관할을 쉽게 포기해서는 안 될 것이다.²⁷⁾ 이러한 기본이념에 따라 개정 국제사법의 국제재판관할의 내용을 검토할 필요가 있다. 아래에서는 종래의 판례 입장을 살펴보고자 한다.

Ⅲ. 혼인관계사건에 대한 판례의 입장

1. 국제사법 제2조 신설(2001년) 전의 판례

재판관할권은 일반적으로 피고의 주소지에 기초하여 인정되는데 이를 처음으로 인정한 것은 유스티니안 법전으로 “피고는 그의 주소지가 있는 국가에서 제소된다”라는 원칙에서 발전되어 왔다.²⁸⁾ 이렇게 피고를 보호하는 것은 피고가 외국의 법원에서 방어권을 행사하는 것이 자신이 거주하는 국가의 법원에서 하기보다 어렵다는 사실에 근거한다.²⁹⁾ 영미법계 국가에서도 판례법이나 성문법을 통하여도 인정되고 있는 원칙이다.³⁰⁾ 한국 판례의 입장은 국내 토지관할 규정을 기본으로 하면서 민사소송법의 기본이념인 적정·공평·신속 등에 반하는 특별한 사정이 있는 때에는 국제재판관할권을

25) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 32쪽.

26) 이연주, 앞의 논문(각주 17), 114쪽.

27) 서울고등법원 2013. 2. 8. 선고, 2012르3746 판결.

28) 신창섭, 앞의 책, 50쪽.

29) 앞의 책, 50쪽.

30) 앞의 책, 50쪽.

부정해야 한다는 입장이었다.³¹⁾

2001년 국제사법 개정 전의 판례를 살펴보면 원칙적으로 피고 주소지 주의를 따르고 있으며, 예외적으로 상대방이 행방불명 기타 이에 따르는 사정이 있거나 상대방이 적극적으로 응소하여 그 이익이 부당하게 침해될 우려가 없다고 보이는 경우 원고 주소지 관할을 인정할 수 있다는 점을 밝히고 있다.³²⁾ 대법원은 외국인 간의 가사사건에 관하여 국내토지관할에 관한 규정에 따르고, 규정이 없는 경우 조리 등에 의하여 재판관할권을 정하고 있다.³³⁾

또한, 대법원은 선량한 풍속 기타 사회질서에 관련하여도 언급하고 있는데, “동일 당사자 간의 동일 사건에 관하여 대한민국에서 판결이 확정된 후에 다시 외국에서 판결이 선고되어 확정되었다면 그 외국판결은 대한민국의 판결의 기판력에 저촉되는 것으로서 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되어 민사소송법 제203조 제3호에 정해진 외국판결의 승인요건을 흠결한 경우에 해당하므로 다른 요건에 대하여 더 판단할 필요 없이 대한민국에서는 효력이 없다”고 판단하였다.³⁴⁾

2. 국제사법 제2조 신설 후의 판례

국제재판관할에 관하여 민사소송법과 학설, 위에서 소개한 판례에 의하여 해결하여 오다가 2001년에 국제재판관할에 관한 일반원칙(국제사법 제2조)이 제정되었다. 제정된 이후 대법원은 혼인관계와 관련된 국제재판관할을 ‘국제재판관할의 특수성’을 고려하여 한국법원의 재판관할권을 인정하였다.

(1) 대법원 2006. 5. 26. 선고, 2005므884 판결

1) 사실관계

31) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 124-125쪽, 대법원 1995.11.21. 선고, 93다39607.

32) 대법원 1988. 4. 12. 선고 85므71. 1975. 7. 22. 선고, 74므22 판결 역시 피고 주소지주의를 밝히고 있다.

33) 대법원 1994. 2. 21. 자92스26 결정.

34) 대법원 1994. 5. 10. 선고, 93므1051,1068 판결.

원고는 미국 국적자이고 미국 미주리 주에 법률상 주소(legal domicile)를 두고 있던 남자이다. 피고는 한국 국적을 가진 여자로 그들은 1991년 11월 6일 서울에서 혼인신고를 마쳤고, 그 후 원·피고의 자녀들이 출생하였다. 피고는 원고와 혼인한 다음 미국 시민권을 취득하였다. 원·피고는 1992년 7월부터 1994년 7월까지 미국 등지에서 거주하였고 그 후에 1994년 7월경 대한민국으로 돌아왔다. 현재까지 그 거주기한을 정하지 아니하고 자녀들과 함께 대한민국에서 계속 거주하고 있다. 원고는 제1심법원에 이혼 청구를 함과 동시에 자녀들에 대한 친권자와 양육자를 원고로 지정하여 달라는 취지의 소를 제기하였다. 피고는 대한민국에서 이 사건 소장 부분을 적법하게 송달받고 적극적으로 응소하여 현재에 이르고 있다.

2) 판결 요지

대법원은 이혼 청구와 친권자 및 양육자 지정청구에 관하여 한국법원의 재판관할을 인정하였다. 첫째, 대법원은 원·피고가 거주기한을 정하지 아니하고 대한민국에 거주하고 있다는 점이 쌍방 모두 대한민국에 상거소를 가진다고 할 수 있다고 판시했다. 여기에 혼인이 대한민국에서 성립되었고 혼인 생활의 대부분이 대한민국에서 형성되었다는 점까지 고려한다면, 이 사건은 대한민국과 실질적 관련이 있다고 볼 수 있다고 밝혔다. 따라서 국제사법 제2조 제1항의 규정에 따라 대한민국 법원이 이 사건에 대하여 재판관할권을 가진다고 판시했다.

둘째, 대법원은 이혼 등에 관한 미주리 주의 법률(Missouri State Statute, Chapter 452. Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance)의 관련 규정들(제305조, 제310조, 제371조 등), 미주리 주의 주법원 판결(Mo. App. 1959, GRANT v. GRANT, 324 S.W.2d 382 등), 미국 연방대법원 및 각 주 법원의 관련 판결들 그리고 학설 등에 근거하여 일반적으로 승인된 이혼에 관한 미국 국제사법의 일반원칙(Restatement of the Law, 2nd, Conflict of Laws 제11조 내지 제21조, 제71조, 제285조 등)을 종합하여 보면, 원·피고는 적어도 원고가 미군 복무를 마친 다음부터 그 자유의지로 피고와 자녀들과 함께 대한민국에 정착한 시점부터는 선택에 의한 주소

(domicile of choice)를 대한민국에 형성하였다고 볼 수 있다고 판단하였다.

셋째, 피고가 이 사건 소장 부분을 적법하게 송달받고 적극적으로 응소하였다는 점까지 고려해 본다면, 원·피고의 본국법인 동시에 종전 주소지를 관할하는 미주리 주의 법에 비추어 대물 소송(in rem)에 해당하는 이 사건 이혼 청구와 대인 소송(in personam)에 해당하는 이 사건 친권자 및 양육자 지정 청구 등에 대하여 모두 대한민국 법원이 재판관할권을 행사하는 것은 정당하다고 볼 수 있다고 판시했다. 결국, 국제사법 제2조 제2항에 규정된 ‘국제재판관할의 특수성’을 충분히 고려하더라도 이 사건에 대한 대한민국 법원의 재판관할권 행사에는 아무런 문제가 없다고 밝혔다.

3) 검토

이 판결은 국제사법의 ‘실질적 관련성’(제2조 제1항)과 ‘국제재판관할의 특수성’(제2조 제2항)의 규정 취지에 관하여 본격적으로 검토한 최초의 판결이다.³⁵⁾ 국제사법 제2조는 국제재판관할의 특수성을 고려하여 국내법의 관할규정(민사사건의 경우 민사소송법의 토지관할규정)을 고려하되 그 관할규정에 얽매이지 말고 국제재판관할 원칙을 세우라는 취지³⁶⁾이며 판례는 이를 따르고 있다. 다음은 대법원 판례가 나온 이후 대표적인 하급심 판례를 소개한다.

(2) 서울고등법원 2006. 7. 26. 선고, 2005르1643 판결³⁷⁾

1) 사실관계

원·피고는 원래 한국 국적을 가지고 있으면서 1967년 9월 26일 혼인신고를 하였다가 1974년 6월 11일에 자진하여 프랑스 국적을 취득하였다. 원고는 1998년 3월 27일 피고를 상대로 하여 프랑스 베르사유 지방법원에 이혼을 요청하여 1999년 3월 11일 위 법원이 피고의 과오로 인한 이혼 판결을

35) 최성수, “국제사법 제2조상의 국제재판관할 관련 우리나라 판례의 검토”, 「동아법학」 제48호, 동아대학교 법학연구소, 2010, 800쪽.

36) 석광현, “국제재판관할의 기초이론—도메인이름에 관한 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다 59788 판결의 의의”, 「법학논총」 제22권 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2005, 17쪽.

37) 한숙희, “국제가사사건의 국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 「국제사법연구」 제12권, 한국국제사법학회, 2006, 16-18쪽.

선고하여 그 판결이 확정되었다. 피고는 2001년 4월부터 현재까지 약 3개월 간 국내에 체류하였고 출국하여 해외에서 잠시 머무른 다음 다시 입국하였다. 또다시 약 3개월간 국내에서 체류하기를 반복하고 있고, 국내 체류 기간에는 종중회관이나 친척 집에 머물렀다. 원고는 피고에게 책임 있는 사유로 원·피고 간의 혼인관계가 파탄되었다고 주장하면서 피고를 상대로 이혼과 이에 따른 위자료 및 재산분할을 청구하였다.

2) 판결 요지

서울고등법원은 먼저 외국인 간의 이혼 심판 청구 사건도 상대방인 피청구인의 주소가 한국에 있으면 한국법원에 재판관할권을 인정할 수 있다고 밝혔다. 법원은 피고가 비록 국내에 특정한 주소나 거소를 두고 있지 않아도 국내에 생활의 주된 근거를 두고 거주하고 있다고 봄이 상당하며, 또한 여기에 피고가 변호사를 선임하여 이 사건 소송에 대응하고 있어 그 이익이 부당하게 침해될 우려가 있다고 보이지 않는 점 등을 종합해 보면, 원·피고가 모두 프랑스 국적자라 하더라도 한국법원에 이 사건에 대한 재판관할권이 있다(피고는 주로 국내에 거주하고 있으나 국내에 특정한 주소나 거소를 두고 있지는 아니하므로, 가사소송법 13조 2항에 따라 대법원 소재지인 서울가정법원에 관할권이 있다)고 판시했다.

3) 검토

본 판례는 앞서 소개한 대법원 2006년도 판결과 달리 국제사법 제2조의 조문 표현을 원용하여 근거로 삼는 경향을 보여주지 않고 있다.³⁸⁾ 국제사법 제2조의 신설에도 불구하고 오히려 기존의 판례가 인정하는 국제이혼규칙이 계속 유효하며, 국제이혼 재판관할에 관한 법 해석의 조건은 별로 없는 것으로 본 듯하다.³⁹⁾ 주류적 판례인 주소지주의를 중심으로 판단하여 국제재판관할을 피고 주소지관할로 적용하였다.⁴⁰⁾

38) 장준혁, “한국 국제이혼관할법 판례의 현황- 국제사법 제2조 신설 후의 판례를 중심으로 -”, 「민사소송 제13권 제1호, 한국민사소송법학회, 2009, 70쪽.

39) 앞의 논문(각주 38), 70쪽.

40) 앞의 논문(각주 38), 70쪽.

3. 소결

국제사법 제2조의 신설 전 판례는 국제재판관할에 관하여 피고 주소지 주의를 원칙으로 하고 있다. 그리고 이혼 청구의 상대방이 행방불명이나 기타 이에 준하는 다른 사정이 있거나 또는 상대방 측이 적극적으로 응소하여 부당하게 그 이익을 침해될 우려가 없어 보이는 경우, 예외적으로 원고 주소지 관할을 인정하고 있다. 2001년 국제사법 개정으로 제2조 국제재판관할 규정이 신설된 이후 대법원은 당시 판례들을 필요한 범위 내에서 보완·수정하며 정리할 기회를 가지게 되었다.⁴¹⁾ 그 후 대법원 판례가 있었으나(2006. 5. 26. 선고, 2005므884 판결) 국제재판관할 규칙을 정립하거나 그 방향을 제시한다고 보기 어렵다.⁴²⁾ 하급심의 실무를 보면 과거 대법원판결에 따르고 있고 이러한 상황을 볼 때 국제재판관할에 관한 명확한 기준을 확립하기 위해 입법적 조치가 필요하게 되었다.

IV. 국제재판관할에 관한 입법적 해결 과정

1. 2001년 입법 내용

앞에서 언급한 바와 같이 국제재판관할에 관한 조항이 2001년 7월에 개정된 국제사법에 처음으로 신설되었다. 국제사법 제1장 총칙에 일반원칙(제2조), 실종선고(제12조), 한정후견개시·성년후견개시 심판(제14조), 소비자계약(제27조), 근로계약(제28조)에 관하여 규정을 두고 있다. 개정 당시 진행 중이었던 헤이그 국제사법회의의 작업을 더 주시할 필요가 있었고 보다 상세한 국제재판관할을 제정하는 일이 현실적으로 어려움을 겪으면서 과도 기적 조치로 이러한 입법을 하게 되었다.⁴³⁾

41) 앞의 논문(각주 38), 77쪽.

42) 석광현, “가사사건의 국제화에 따른 문제점-국제가족법과 국제상속법을 중심으로”, 「가정상담」, 2014, 14쪽.

43) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙:총칙을 중심으로”, 「국제거래와 법」 제21호, 동아대학교 법학연구소, 2018, 44쪽.

하지만 그 후 10여 년의 판례를 보면 국제사법 제2조는 그 추상성으로 인하여 판단기준의 역할을 충분히 하지 못하였다.⁴⁴⁾ 판례는 제2조를 근거로 한국법원에 국제재판관할을 폭넓게 인정하고 있으나 실질적 판단에 영향을 미치는 요소들을 유형화하여 그 기준으로 제시하기는 쉽지 않아 보였다.⁴⁵⁾

2. 2018년 입법 경위와 일반원칙

(1) 개정 경위

법무부는 국제재판관할에 관한 규칙을 보완하기 위하여 2014년 6월 국제사법개정위원회를 구성하였고, 초안 구성 작업을 2015년 12월 31일까지 진행했으나 위원회에서 개정안을 채택하지 못하였다.⁴⁶⁾ 2017년 법무부는 다시 개정안을 성안하였고, 개정안은 법제처의 심사를 거치면서 일부 수정되어 2018년 11월에 국회에 제출되었다.⁴⁷⁾ 하지만 제20대 국회 회기가 2020년 5월 29일 만료되어 폐기되었다가 2020년 8월 7일 제21대 국회에서 의안 2818로 제출되어 2020년 9월 1일에 입법 예고 기간이 만료되었다.⁴⁸⁾ 그 후 2021년 12월 9일 개정안이 본회의 심사를 통과하였다.

(2) 일반원칙

먼저 일반원칙과 관련된 개정 내용⁴⁹⁾을 보면 2001년에 입법이 된 국제

44) 한애라, “국제재판관할과 관련된 판결의 추이 및 국제사법 개정방향 - 국제재판관할의 판단구조 및 법인에 대한 일부 과잉관할 쟁점과 관련하여 -”, 「민사판례연구」 제35집, 민사판례연구회(편), 박영사, 2013, 1126쪽.

45) 앞의 논문, 1126쪽.

46) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안[공청회안]에 따른 가사사건의 국제재판규칙”, 「국제사법연구」 제24권 제2호, 한국국제사법학회, 2018, 486쪽.

47) 석광현, 앞의 논문(각주 46), 486쪽.

48) 국회 입법 예고

http://pal.assembly.go.kr/law/endReadView.do?lgsltpaId=ARC_Y2I0G0H8M0D7N1J6N2M3Q3Q7Q3M5U7 (2021.8.25. 최종검색)

49) 이하 제정이유, 내용, 입법 효과에 관하여는 법무부 「국제사법」 전부개정법률안 조문별 제·개정이유서 참조함.

<https://opinion.lawmaking.go.kr/gcom/ogLmPp/43010> (2021.7.13. 최종검색).

사법 제2조(일반원칙)는 ‘실질적 관련성’에 관한 기준을 제시하지 않으나, 개정 국제사법에서는 실질적 관련성의 유무를 판단하는 경우 구체적인 기준을 제시하였다. 법원은 실질적 관련 여부를 판단할 때에 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 꾀한다는 문구를 추가했다. 이는 그동안 판례에서 제시한 ‘실질적 관련성’에 관한 구체적인 기준들을 개정 국제사법에 반영한 것이다.⁵⁰⁾ 또한, 제2항에서는 국제재판관할에 관한 규정이 없는 경우 국내법을 참작하여 국제재판관할의 유무를 판단하고 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려할 것을 명시하였다.

개정 국제사법은 국제재판관할의 일반원칙 규정에 기준을 명시함으로써 구체적인 규정 해석의 기준을 정립하는데 도움이 되며, 국제재판관할 범위를 정할 때 그 범위가 과도하거나 과소하지 않도록 조정하고자 하였다.⁵¹⁾ 국제재판관할을 명확하게 판단하기에는 조문이 상당히 부족한 점을 개선하기 위해 개정 국제사법은 그동안 축적된 판례, 외국의 입법례 등을 참고로 하여 국제재판관할의 규정을 구체적으로 마련하고자 하였다.⁵²⁾ 혼인관계사건과 관련된 법률 분쟁에 대해서도 마찬가지로 예측 가능성을 높임으로 효율적으로 해결하는데 그 취지가 있다고 할 수 있다.⁵³⁾ 이러한 구체적인 규정을 제정함으로써 재판에 있어서 국제재판관할이라는 예비적인 논점에 지나친 정력을 낭비하는 문제점도 감소시켜 줄 것으로 기대하고 있다.⁵⁴⁾ 다음은 혼인관계사건의 국제재판관할에 관한 개정 국제사법 내용을 알아본다.

V. 혼인관계사건의 국제재판관할 규정 내용

50) 대법원 2005. 1. 27. 선고, 2002다59788 판결.

51) 법무부, 「국제사법」 전부개정법률안 조문별 제·개정이유서, 1쪽.

52) 법무부, 「국제사법」 전부개정법률안, 2020.8.7., 1쪽.

http://pal.assembly.go.kr/law/endReadView.do?lgsltpaId=ARC_Y2I0G0H8M0D7N1J6N2M3Q3Q7Q3M5U7 (2021.8.25. 최종검색)

53) 앞의 자료(각주 52), 1쪽

54) 장준혁, “혼인관계사건의 국제재판관할 - 이혼사건을 중심으로”, 「국제사법연구」 제21권 제1호, 한국국제사법학회, 2015, 184쪽.

1. 혼인관계사건의 특징

혼인관계사건은 재산관계사건보다도 사람의 신분과 생활 전반에 큰 영향을 미치기 때문에 원고구제에 중점을 두어야 하며, 공익성이 강하므로 관할합의 제한과 같은 임의처분이 제한되는 특징이 있다.⁵⁵⁾ 한편 피고의 입장에서 국제적 요소를 가지는 혼인관계사건의 경우 응소의 부담이 증가한다는 점 등을 고려해야 할 것이다.⁵⁶⁾ 따라서 원고나 피고 어느 한 편만 관련하여 관할을 지정하는 것은 지양해야 할 필요가 있다.⁵⁷⁾

또한, 재산관계사건은 분쟁에 대비하여 계약 내용을 미리 정해 놓거나 일반적으로 승인되는 국제법상의 원칙으로 해결할 수 있는 반면에, 혼인관계사건의 국제재판관할은 청구가 당면해서야 비로소 고려되는 특징이 있으므로 더욱 관련 규정이 명확하고 구체적이어서 예견을 쉽게 할 수 있어야 한다.⁵⁸⁾

이러한 특징을 고려하면서 혼인관계에 관련된 개정 국제사법의 내용을 살펴본 후 외국의 입법례를 고찰해 보고자 한다. 국제재판관할에 관하여 유럽 국가의 모델이 된 EU의 「브뤼셀 개정 제2규정」(Brussels II bis⁵⁹⁾), 개정 국제사법이 참고한 「독일 가사사건과 비송사건의 절차에 관한 법률」(Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 약칭 FamFG⁶⁰⁾), 이하 독일 가사·비송법⁶¹⁾ 그리고 최근에 개정된 일본 「인사소송법⁶¹⁾」(人事訴訟法)을 통하여 비교법적으로 논의해 보고자 한다.

55) 석광현, 앞의 논문(각주 46), 500쪽.

56) 김원태, “국제사법 전부개정법률안의 검토 -가사사건의 국제재판관할을 중심으로”, 「민사소송」 제22권 제2호, 한국민사소송법학회, 2018, 152쪽.

57) 김원태, 앞의 논문, 153쪽.

58) 이승미, “혼인관계사건의 국제재판관할에 관한 입법적 제안과 유럽재판소 및 독일 판례의 시사점,” 「국제사법연구」 제21조 제1호, 한국국제사법학회, 2015, 61쪽.

59) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32003R2201> (최종방문 2022.1.17)

60) <https://www.gesetze-im-internet.de/famfg> (최종방문 2022.1.17)

61) <https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=415AC0000000109> (최종방문 2022.1.17)

2. 개정 국제사법의 내용

(1) 국제재판관할의 기준

개정 국제사법 제3조 일반관할 규정에 따르면 일상거소(habitual residence)를 재판관할로 두고 있다. 이와 마찬가지로 혼인관계에 관한 사건의 특별관할에서도 소송 당사자의 일상거소를 중심으로 관할을 정하고 있다(개정 국제사법 제56조 제1항 제1호, 제2호, 제4호).

일상거소가 어느 국가에도 없거나 일상거소를 알 수 없는 사람의 거소가 대한민국에 있는 경우에도 재판관할권을 가진다(개정 국제사법 제3조 제1항). 대사나 공사, 그리고 그 밖에 외국의 재판권 행사대상에서 제외되는 대한민국 국민에 대한 소에 관하여 대한민국 법원에 국제재판관할이 있다(동법 제3조 제2항). 주된 사무소나 영업소 또는 정관상의 본거지나 경영의 중심지가 대한민국에 있는 법인 또는 단체, 대한민국 법에 따라 설립된 법인 또는 단체에 대한 소에 관하여도 대한민국 법원에 국제재판관할이 있다(동법 제3조 제3항).

민사소송법은 피고의 보통재판적이 있는 곳에서 소를 관할하는(동법 제2조) 것으로 규정되어 있는데, 개정 국제사법에서는 이에 대응하여 ‘일상거소’를 중심으로 국제재판관할의 일반관할 규정을 신설했다. 그리고 ‘상거소’라는 용어를 개정 국제사법은 ‘일상거소’로 개정했다. 일상거소란 생활의 중심이 되는 장소를 말하는 것으로, 상당한 기간 통상 일정한 장소에서 정주한 사실이 인정되면 정주 의사가 없어도 그곳이 일상거소로 인정되는 것으로 보고 있다.⁶²⁾ 주소는 법적 개념이고 일상거소는 상대적으로 사실상의 개념이라고 할 수 있는데, 일상거소의 존재 여부는 당사자의 체류 기간과 목적, 가족관계나 근무 관계 등 관련된 요소를 종합적으로 고찰하여 구체적인 상황에 따라 판단한다.⁶³⁾

한편 우리 민법은 생활의 근거가 되는 곳을 주소로 규정하고 있는데(민

62) 석광현, 「국제사법 해설」, 박영사, 2013, 120쪽.

63) 앞의 책(각주 62), 120쪽.

법 제18조 제1항), 정주 의사를 필요로 하지 않는 객관주의 태도를 보이는 것으로 이해되고 있다.⁶⁴⁾ 따라서 일상거소의 개념과 민법의 주소 개념은 별 차이가 없는 것으로 보인다.⁶⁵⁾ 그렇다고 하더라도 일상거소는 국가에 따라 개념상 차이가 있는 주소와 비교하면 개념으로 정의를 규정하지 않아 주소보다 국제 분쟁에 더 유연하게 접근할 수 있다.⁶⁶⁾

(2) 원고관할

개정 국제사법은 일정한 요건 아래에 원고관할을 인정하고 있는데, 부부 중 한쪽의 일상거소가 대한민국에 있고 부부의 마지막 공동 일상거소가 대한민국에 있는 경우(동법 제56조 제1항 제1호)에 인정한다. 이 경우 실질적인 관련성이 있다고 볼 수 있기 때문이다.⁶⁷⁾ 또한, 원고와 미성년 자녀의 전부나 일부의 일상거소가 대한민국에 있는 경우, 대한민국 국민으로서 대한민국에 일상거소를 둔 원고가 혼인관계 해소만으로 목적으로 제기하는 사건의 경우(동법 제56조 제1항 제2호, 제4호)에 원고관할을 인정하고 있다.

(3) 본국관할

개정 국제사법은 국적과 관련하여 부부 모두가 대한민국 국민이면 국제재판관할을 인정하고 있다(동법 제56조 제1항 제3호). 본국관할(혹은 국적에 근거한 관할이라는 뜻으로 국적관할⁶⁸⁾)을 명시한 것인데, 그동안 판례는 가사사건에서 국적과 관련하여 관할을 인정하는 것에 인색하였으나 개정 국제사법은 부부가 모두 한국인인 경우에만 보수적으로 본국관할을 인정하고 있다.⁶⁹⁾

64) 박운직·김재형, 「민법총칙」 9판, 박영사, 2018, 140쪽.

65) 석광현, 앞의 책(각주 62), 121쪽.

66) 이승미, 앞의 논문(각주 58), 83쪽.

67) 석광현, 앞의 논문(각주 46), 506쪽.

68) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙:각칙을 중심으로”, 「국제거래와 법」 제23호, 동아대학교 법학연구소, 2018, 46쪽.

69) 석광현, 앞의 글(각주 46), 507쪽.

(4) 합의관할과 변론관할

합의관할이란 당사자 사이에 합의로 정한 관할법원(민사소송법 제29조)을 말하며, 변론관할이라 함은 피고가 관할위반에 관하여 항변하지 아니하고 본안에 대하여 변론하여 생기는 관할(민사소송법 제30조)을 말한다. 개정 국제사법은 합의관할과 변론관할을 인정하지 않는다(동법 제13조).

VI. 혼인관계사건의 국제재판관할에 관한 비교법적 고찰

1. EU의 브뤼셀 개정 제2규정

(1) 제·개정 소개

유럽은 지정학적으로 여러 국가가 국경을 맞대고 있었고 통합정책을 적극적으로 펼쳐 왔기 때문에 그동안 빈번하게 외국적 요소를 가진 혼인 관계가 발생하였다.⁷⁰⁾ 이에 따라 발생하는 문제를 해결하기 위해 계속해서 노력하였고 「브뤼셀 개정 제2규정」 제정을 통해 국내법 규칙이 다른 EU 회원국이 공통으로 적용할 수 있도록 하였다.⁷¹⁾

(2) 국제재판관할의 기준

브뤼셀 개정 제2규정에서 국제재판관할의 기준으로 삼고 있는 것은 일상거소이고 이는 헤이그 국제사법회의에서 채택한 개념이다.⁷²⁾ 일상거소는 브뤼셀 개정 제2규정의 혼인관계 조항과 관련하여 주요 연결 요소이다.⁷³⁾ 영국의 경우 브뤼셀 개정 제2규정에 따라 일상거소라는 개념을 관할의 근거로서 1973년 법에 사용하였다.⁷⁴⁾ 이후에 유럽 전반에 걸쳐 이를 수용하게

70) 이승미, 앞의 논문(각주 58), 72쪽.

71) 앞의 논문(각주 58), 73쪽.

72) 이승미, “이혼사건의 국제재판관할권에 관한 소고: 「EU의 Brussel IIa 규칙」을 중심으로”, 「아주법학」 제7권 제1호, 아주대학교 법학연구소, 2013, 183쪽.

73) Maire Ni Shuilleabhain, 「Cross-Border Divorce Law, BRUSSELS II BIS」, Oxford, 2010, p.82.

되었는데 프랑스, 스코틀랜드 법원에서도 이를 지지했다.⁷⁵⁾

동 규정의 특징을 보면 제3조의 여러 관할 사유들이 서로 대등한 관계이고 원칙과 예외의 관계가 아니라는 점이다.⁷⁶⁾ 이는 청구권에 기초하여 각각 사안에 따라 인정되는 여러 관할들에 관한 근거를 열거하고 있다고 볼 수 있다.⁷⁷⁾

(3) 원고관할

브뤼셀 개정 제2규정의 경우 원고관할을 일정한 요건 아래에 인정한다. 청구인이 일상적으로 거주하며 청구 직전 최소 1년 이상 일상적으로 거주하는 경우, 청구인이 일상적으로 거주하며 청구 직전 최소 6개월 이상 일상적으로 거주하였고 해당 국가의 국적자이거나 영국·아일랜드의 경우 그곳에 ‘주소(domicile⁷⁸⁾)’을 둔 경우 이혼·법정별거 또는 혼인무효 사건에 관하여 관할이 인정된다(동법 제3조 제1항 a호 5목, 6목).

(4) 본국관할

브뤼셀 개정 제2규정에서는 쌍방 배우자가 해당 국가의 국적자이면 국제재판관할을 가지는데(동법 제3조 제1항 b호), 이러한 입법은 신분 관계에 관하여 전적으로 타당한 것으로, 본 규정은 유럽연합회원국에서 이미 폭넓게 인정되는 입법 태도를 수용한 것으로 볼 수 있다.⁷⁹⁾ 국적을 기준으로 관할을 결정하는 주요 장점은 거주지와 달리 장기간의 사법적 심의 없이 일반적으로 비교적 쉽게 결정할 수 있다는 점이다.⁸⁰⁾ 반면 일반적으로 모든 사람에게는 주소는 있으나 국적은 없는 경우도 있는데 무국적자이면 재판관

74) Ibis, p.37.

75) Ibis, p.37.

76) 장준혁, 앞의 논문(각주 54), 116쪽.

77) 앞의 논문(각주 54), 116쪽.

78) 영국에서 주소(domicile) 개념을 보면 개인이 자신의 뿌리가 있다고 생각되는 장소나 혹은 개인이 영구적인 가정이 있다고 여기는 장소를 주소로 간주한다. 주소와 관계된 기본 규칙은 첫째, 어떤 개인도 주소가 없을 수 없다는 것이며 둘째, 어떤 개인도 동시에 같은 목적으로 한 개 이상의 주소를 가질 수 없다는 것이다. (Mo Zhang, Habitual Residence v. Domicile: A Challenge Facing American Conflicts of Laws, 70 Me. L. Rev. 161, 2018, p.170-171.)

79) 장준혁, 앞의 논문(각주 54), 121쪽.

80) Maire Ni Shuilleabhain, op. cit., p.73.

할을 결정하는데 불리할 수가 있다.⁸¹⁾

쌍방 배우자가 해당 국가의 국적자이거나, 영국과 아일랜드의 경우 쌍방 배우자가 ‘주소(domicile)’를 둔 경우 본국관할을 가지며(동법 제3조 제1항 b호), 이 규정에서 사용한 주소의 개념은 영국과 아일랜드의 법체계와 같은 의미를 가진다(동법 제3조 제2항).

(5) 합의관할과 변론관할

브뤼셀 개정 제2규정은 합의관할과 변론관할이 규정하고 있지 않다. 이는 이 두 경우가 허용되지 않는다는 취지이며 동 규정 개정안에는 당사자의 합의관할에 관한 내용이 있었으나 이는 채택되지 않았다.⁸²⁾

2. 독일 가사·비송법 98조

(1) 제·개정 소개

2009년 9월 1월부터 시행이 되는 독일의 가사·비송법은 1898년 5월부터 100여 년 동안 시행되어 온 비송사건절차법(FGG)을 대신한 것으로 후견·상속·등기 등과 같은 고전적인 조항들을 모두 규정하고 있다.⁸³⁾ 제1편은 총칙 규정(제1조-제110조), 제2편은 가사사건에 관한 절차(제111조-제270조), 제3편에서 제8편까지가 비송사건에 관한 절차, 제9편은 부칙을 규정하고 있다.

(2) 국제재판관할의 기준

독일 가사·비송법은 피고 관할원칙이 아닌 일상거소에 근거한 국제재판관할을 정하고 있다. 동법은 쌍방 배우자의 일상거소가 국내에 있는 경우, 일방의 배우자가 국내에 일상거소를 둔 무국적자인 경우, 일방 배우자의 일상거소가 국내에 있는 경우에 관할이 인정되며, 다만 배우자가 속하는 어느

81) Ibis, p.73.

82) 장준혁, 앞의 논문(각주 54), 123쪽.

83) 반홍식, “독일 가사 및 비송사건절차법의 내용과 구조 - 비송사건을 중심으로”, 민사소송 제15권 제1호, 한국민사소송법학회, 2011, 48-49쪽.

나라의 법에 의하여서도 판결이 명백하게 승인되지 않은 경우에는 재판관할이 인정되지 않는다(동법 제1항 제2-4호).

(3) 원고관할

독일 가사·비송법에서는 국내에 일방 배우자의 일상거소가 있는 경우 원고 관할이 인정된다. 이는 부부가 공동 일상거소까지 가질 것을 요구하는 한국 개정 국제사법(동법 제56조 제1항 제1호)과 비교된다. 다만 배우자가 속하는 어느 나라의 법에 의하여서도 판결이 명백하게 승인되지 않은 경우에는 재판관할이 인정되지 않는다(독일 가사·비송법 제98조 제1항 4호).

(4) 본국관할

독일법은 일방 배우자가 독일인이거나 혹은 혼인 체결 당시 독일인이었던 경우에 혼인관계사건에 관하여 본국관할을 인정한다(독일 가사·비송법 제98조 제1항 1호). 이는 일상거소 유무에 관계가 없이 인정되며, 독일법이 일방 배우자인 경우에도 본국관할을 인정하고 있어서 쌍방의 배우자를 요구하는 브뤼셀 개정 제2규정과 비교하면 상당히 호의적이라고 볼 수 있다.⁸⁴⁾

(5) 합의관할과 변론관할

독일 민사소송법은 소송이 비재산적 청구인 경우에 관할의 합의를 인정하지 않는다(독일 민사소송법 제40조 제2항). 이를 근거로 가사소송의 경우에 합의관할과 변론관할을 인정하지 않은 견해가 통설로 보인다.⁸⁵⁾

3. 일본 민사소송법 3조의 2

(1) 제·개정 소개

일본은 그동안 국제재판관할에 관한 일반적인 명문 규정이 없고 조리

84) 석광현, “이혼 기타 혼인관계사건의 국제재판관할에 관한 입법론”, 「국제사법연구」 제19권 제2호, 한국국제사법학회, 2013, 126-127쪽.

85) 석광현, 앞의 논문(각주 84), 128쪽.

와 선례에 따라 관할 유무를 판단하고 있었으나⁸⁶⁾ 2018년 인사소송사건과 가사사건의 국제재판관할 규정을 인사소송법과 가사사건절차법에 각각 신설하였다. 2016년 2월 ‘인사소송법 등의 일부를 개정하는 법률안’이 제190회 국회에 제출된 바 있으나 폐기되었다가 2018년 2월 다시 제196회 국회에 제출되어 같은 해 4월 18일에 국회 본회의를 통과하였다.⁸⁷⁾ 국제재판관할에 관하여 기존의 판례와 학설, 각국의 법령 등을 바탕으로 당사자의 절차상 이익을 고려한 후, 판례 법리를 정리하여 일부는 변경하고 새로운 관할원인을 첨가하고 있다.⁸⁸⁾

인사사건이란 혼인의 무효·취소소송, 이혼소송, 친생부인의 소, 입양의 무효·취소 등과 관련된 사건을 말한다(인사소송법 제2조). 개정법은 인사에 관한 소에 관하여는 인사소송법, 그 외의 가사소송 사건은 가사사건절차법⁸⁹⁾에 의하여 규율하고 있다. 인사소송사건과 가사소송사건에 대한 국제재판관할 규칙을 해당법의 개정 형식으로 한 것은 국제재판관할과 국내토지판할이 밀접한 관련이 있다는 점을 고려한 것으로 볼 수 있다.⁹⁰⁾

(2) 국제재판관할의 기준

일본 인사소송법 제3조의 2는 일상거소가 아닌 주소지를 재판관할에 관한 기준으로 삼고 있다. 피고 주소지(제1호-제4호)와 일정한 요건 아래에 원고 주소지(제6-7호)에 재판관할을 인정하고 있다. 피고 주소지가 인정되는 경우를 살펴보면 신분 관계의 당사자 일방에 대한 소송으로서 그 당사자의 주소(주소가 없거나 알 수 없는 경우에는 거소)가 일본 내에 있는 경우(제1호), 신분 관계의 당사자 쌍방에 대한 소송으로서 당사자 일방 또는 쌍방의 주소(주소가 없거나 주소를 알 수 없는 경우에는 거소)가 일본 내에 있

86) 김문숙, “일본에서의 인사소송사건에 관한 국제재판관할 - 개정 인사소송법을 중심으로”, 「국제사법연구」 제25권 제2호, 한국국제사법학회, 2019, 404쪽.

87) 内野宗揮, 「一門一答 平成30年人事訴訟法・家事事件手続法等改正」, 商事法務, 2019, 4頁.

88) 西谷祐子, 「人事訴訟事件及び家事事件の國際裁判管轄等に関する新法制(1)」, 法曹時報71卷3号, 2019, 507頁. [김문숙, 앞의 논문, 재인용, 409쪽.]

89) <https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=423AC0000000052> (2022년 2월 8일 최종검색)

90) 内野宗揮, 前掲注, 11頁.

을 때(제2호), 신분 관계의 당사자 일방이 제기한 소송으로서 다른 당사자가 그 사망 시에 일본 내에 주소를 가지고 있을 때(제3호), 신분 관계의 당사자 쌍방이 사망하고, 당사자 일방 또는 쌍방이 그 사망 시에 일본 내에 주소를 가지고 있을 때(제4호)에 인정된다.

(3) 원고관할

인사소송법에서는 일정한 경우에 원고 주소지 관할이 인정된다(인사소송법 제3조의2). 일본 내에 주소가 있는 신분 관계의 당사자 일방이 제기한 소송으로서, 해당 신분 관계의 당사자가 마지막 공통의 주소를 일본 내에 가지고 있을 때(제6호), 일본 내에 주소가 있는 신분 관계의 당사자 일방이 제기한 소송으로서 ① 다른 당사자가 행방불명일 때 ② 다른 당사자의 주소가 있는 국가에서 제기된 소송과 관련된 신분 관계와 동일한 신분 관계에 대한 소송과 관련된 확정판결이 일본에서 효력이 없는 때 ③ 그 밖에 일본 재판소가 심리 및 재판을 관할하는 것이 당사자 간의 균형을 도모하거나 적당하고 신속한 심리의 실현을 확보하게 되는 특별한 사정이 있다고 인정하는 때(제7호)이다.

(4) 본국관할

인사소송법에서는 당사자 일방이나 쌍방이 그 사망 당시에 일본 국적을 가지고 있는 때를 포함하여 신분 관계의 당사자 쌍방이 일본 국적을 가지고 있는 때에 본국관할을 인정한다(동법 제3조의2의 5호). 본국관할은 위에서 언급한 원고의 주소지 관할과 취지가 다르므로 원고의 주소가 일본에 있을 것을 요구하지 않고, 원고와 피고의 주소가 일본에 없어도 일본인 부부이고 외국에 같은 주소지를 가지는 경우 본국관할이 인정된다.⁹¹⁾

(5) 합의관할과 변론관할

인사소송사건에 있어 합의관할이나 변론관할은 인정되지 않는다. 가사사건에 대하여도 개정법은 원칙적으로 이를 인정하지 않으며, 유산분할심판사건(가사사건절차법 제3조의 11 제4항)과 가사조정사건(동법 제3조의 13)

91) 김문숙, 앞의 논문, 414쪽.

에서 예외적으로 인정하고 있다. 합의관할이나 변론관할에 있어서 그 관할지와 사건과의 관련성은 문제가 되지 않으므로, 이와 같은 관할원인을 규율할 경우 인사소송사건에 대하여 적절한 심리·재판을 하기 위한 강한 요청에 응할 수 없기에 이를 인정하지 않는 것으로 보고 있다.⁹²⁾

4. 소결

유럽의 경우 지리적으로 인접한 국가들이 많아 왕래가 잦으므로 그만큼 국제사건에 관한 분쟁이 빈번하게 발생하였고, 국제재판관할의 중요성이 일찍이 대두되었다. 반면 한국과 일본은 유럽의 경우에 비해 비교적 최근에 국제재판관할에 관한 규정을 제정하였다. 국제재판관할에 관한 규정을 정비하기 전 한국과 일본에서는 사안별로 판례에 따라 국제재판관할의 유무를 판단하였다. 일본의 개정법은 종래의 최고재판소 판결의 특징과 부합하는 것으로 볼 수 있고,⁹³⁾ 한국 역시 판례에서 제시한 구체적인 기준들을 개정 국제사법에 반영하였다.

브뤼셀 개정 제2규정, 독일의 가사·비송법은 국제재판관할의 기준을 일상거소 중심으로 규정하였고, 한국의 개정 국제사법도 이를 따르고 있다. 반면 일본은 주소를 중심으로 국제재판관할을 정하고 있다. 독일이 일상거소를 채택한 점에 대하여 원고관할과 피고관할을 동등하게 취급하며 혼인관계사건에 대하여 중립적인 관할 규칙을 규정한 것이라는 평가를 받고 있는데⁹⁴⁾ 일상거소를 채택한 다른 나라도 마찬가지로 생각한다. 또한, 독일은 일방 배우자가 국내에 일상거소를 둔 무국적자인 경우(독일 가사·비송법 제 98조 제1항 제3호)도 규정하고 있다는 점에서 특색이 있다. 일상거소는 해외 입법례를 보더라도 주소 대신 채택하는 예가 많고 주소와 비교하면 국제법적으로 내용을 통일하기 쉽다는 장점이 있다.⁹⁵⁾⁹⁶⁾ 따라서 개정 국제사법에서

92) 内野宗揮, 前掲注, 23頁.

93) 内野宗揮, 前掲注, 36頁.

94) 석광현, 앞의 논문(각주 84), 127쪽.

95) 장준혁, 앞의 글(각주 54), 172-173쪽.

일상거소를 채택한 것도 이러한 이유가 있다고 보인다. 또한, 개정 국제사법은 ‘상거소’를 ‘일상거소’로 대체했는데, 이에 대하여 ‘상거소’라는 용어는 수년 동안 정착되었기에 수정할 필요가 없다는 의견⁹⁷⁾도 있으나, ‘일상거소’라고 하는 것이 더욱 자연스럽게 법령에 사용하기에도 적절하다고 생각한다.

원고관할은 일정한 요건 아래에 한국의 개정 국제사법, 브뤼셀 개정 제2규정, 독일의 가사·비송법, 일본 인사소송법이 모두 인정하고 있다. 독일의 경우 일방 배우자가 국내에 일상거소가 있는 경우 원고관할이 인정되는 반면 한국은 부부가 공동 일상거소까지 가질 것을 요구하고 있다. 앞으로 한국도 독일의 경우와 같이 인정 범위를 보다 넓히는 방향을 고려해 볼 수 있을 것이다.

또한, 독일의 경우 일방의 배우자가 국내에 일상거소가 있는 때 배우자가 속하는 어느 나라의 법에 따라서도 판결이 명백하게 승인되지 않으면 독일 법원의 관할을 부정하고 있는데, 이는 혼인 관계의 파행을 막고 신분 관계에 대하여 국제적 판결의 일치를 위한 것으로 볼 수 있다.⁹⁸⁾ 한국의 개정 국제사법 역시 가사사건은 공익적인 성격을 띠고 사람의 생활 전반에 영향을 미치는 점을 고려하여 원고구제를 유념하였다고 할 수 있다.

나아가 본국관할에 관하여 유럽, 독일, 일본에서 인정하는 바와 같이 한국에서도 역시 본국관할을 인정하고 있다. 본국관할을 인정하는 것은 언어나 지리, 통신상 등 당사자 이익을 고려하고, 국가로서는 가족관계부를 정리하는 국가이익에도 부합하는 것으로 볼 수 있다.⁹⁹⁾ 일방의 본국관할을 인정하는 독일에 비하여 한국은 브뤼셀 개정 제2규정과 같이 부부 쌍방의 본국관할을 제한적으로 인정하고 있다. 그동안 한국 대법원은 본국관할을 인정하는 문제에 있어서 대체로 명시적으로 언급하기를 꺼려왔으며 불분명한 태도를 보였다.¹⁰⁰⁾ 브뤼셀 개정 제2규정 등 해외 입법례에 관심을 가진다면 본국관

96) 이에 대하여 외국과의 조율이나 국제적 정합성에 너무 매달릴 필요가 없다고 하면서, 일상거소를 기본으로 하더라도 주소지관할을 반드시 배제할 필요가 없다는 주장이 있는데, 이에 따르면 구체적 사안을 처리하는데 주소지관할을 병용하는 것이 실용적이라면 주소지관할에 대하여도 적극적인 태도를 보이는 것이 좋다고 한다. 위의 글(각주 54), 176-177쪽.

97) 석광현, 앞의 논문(각주 46), 487쪽.

98) 석광현, 위의 논문(각주 84), 127쪽.

99) 앞의 논문(각주 84), 135쪽.

할과 원고관할에 보다 개방적인 태도로 판례가 전개될 것을 기대하였던 바¹⁰¹⁾ 개정 국제사법에서 이를 명시적으로 밝힌 것은 이러한 기대에 부응하였다고 할 수 있다.

합의관할과 변론관할에 관하여는 한국을 포함하여 각국이 이를 부정하고 있다. 이 역시 사람의 신분에 영향을 미치는 가사사건의 특징을 반영하고, 이미 다양한 관할을 인정하고 있기 때문이라고 분석할 수 있다.

VII. 마치며

지금까지 혼인관계사건의 국제재판관할을 중심으로 최근 국회 본회의를 통과한 한국 개정 국제사법 내용을 비교법적으로 고찰하였다. 법률이 제정되기까지의 판례를 살펴보았으며, 유럽에서 국제재판관할의 모델이 된 EU의 브뤼셀 개정 제2규정, 개정 국제사법의 참고가 된 독일 가사·비송법, 그리고 최근 입법이 된 일본 인사소송법을 검토하였다.

국제재판관할의 문제는 고대 근동에서부터 오랜 역사를 지니고 있으며, 지리적으로 인접한 국가가 많은 유럽에서 빈번하게 발생하였다. 한국에서도 외국과 관련된 분쟁이 증가하고 있으며, 특히 외국적 요소를 가진 혼인관계사건은 사회의 기본이 되는 가정 문제이기 때문에 그 중요성이 더욱 크다고 할 수 있다. 따라서 재산관계사건에 비해 예측 가능성을 더욱 명확하게 해야 할 필요가 있다.

이러한 분쟁을 해결하기 위한 판례의 입장을 살펴보면 2001년 국제사법 개정 전에는 원칙적으로 피고 주소지주의에 따르고 예외적으로 원고 주소지관할을 인정하였다. 그 후 실질적 관련성과 관련된 일반원칙이 제정되면서 대법원은 이러한 규정 취지에 따라 사건을 검토하였다. 하지만 하급심 실무가 이를 따를 정도로 그 방향을 제시하지 못하였고 개정 국제사법에서는 이러한 문제들을 입법적으로 해결하려고 하였다.

개정 국제사법은 국제재판관할에 관하여 실질적 관련 원칙을 선언한

100) 장준혁, 앞의 논문(각주 38), 41쪽.

101) 앞의 논문(각주 38), 59쪽.

과거의 법률에서 벗어나 구체적인 국제재판관할을 명문으로 규정하여 국제재판관할의 내용에 대하여 명확히 하려고 노력하였다. 특히 국제혼인과 관련된 분쟁이 빈번해지는 현실을 반영하였고, 외국의 제도와 비교하여 국제적 흐름에 부합하는 규정을 도입하기 위해 노력한 점이 보인다. 다양한 국제재판관할을 인정하였으며 특히 일상거소를 중심으로 관할을 정하고 있어 국제법적으로 통일을 수월하게 하였다. 또한, 법률용어도 쉽고 자연스럽게 개정하여 ‘상거소지’를 ‘일상거소지’(개정 국제사법 제16조, 제17조)로, ‘준거법지정시의 반정’(개정 전 제9조)을 ‘외국법에 따른 대한민국 법의 적용’(개정 국제사법 22조)으로 바꾸었는데 이 점도 고무적이라고 생각한다.

한편 일본 인사소송법과 같이 제3조의 1, 제3조의 2와 같은 가지번호를 부여한 입법례가 있으나 개정 국제사법은 조문에 새로운 번호를 부여하였다. 35개나 되는 많은 조문이 신설되었고, 더구나 2001년 국제사법의 개정과정이 과도기 단계였기 때문에 새 번호를 부여할 충분한 이유가 있다고 볼 수 있다.¹⁰²⁾ 일본의 경우 국제재판관할을 단행법이나 국제사법에 두지 않고 인사소송법의 개정 형식으로 규율한 것은 앞에서 언급한 바와 같이 국제재판관할 규정과 국내 토지관할 규정의 밀접한 관계를 고려한 것으로 보인다. 한국도 이 점이 고려되었으면 하는 아쉬움이 남긴 하지만 이미 국제재판관할의 규정을 국제사법의 개정으로 된 이상 이에 발맞춰 발전시키는 것이 필요하다.

국제재판관할의 문제는 외국법과의 관계에도 영향을 미치기 때문에 앞으로 주변국을 비롯하여 다양한 해외의 제도를 지속적이고 폭넓게 연구할 필요가 있다. 국제사법의 개정을 통해 재판관할권을 정비하는 것은 그동안 많은 학자가 주장하여 온 바이며, 해외에서는 이미 그 입법례가 충분히 있음을 검토한바 이번에 개정안이 통과된 것은 환영할 바이다.

개정 국제사법에 관한 비교법적 고찰 - 혼인관계사건의 국제재판관할을 중심으로 - - 강 영 주	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.02.11.	2022.03.06.	2022.03.24.

102) 석광현, 앞의 논문(각주 43), 55쪽.

[참고문헌]

[단행본]

- 곽윤직·김재형, 「민법총칙」 9판, 박영사, 2018.
 석광현, 「국제민사소송법」, 박영사, 2012.
 ———, 「국제사법 해설」, 박영사, 2013.
 신창섭, 「국제사법」 제3판, 세창출판사, 2015.
 이시윤, 「신민사소송법」 제15판, 박영사, 2021.
 정동윤·유병현·김경옥, 「민사소송법」 제8판, 법문사, 2020.
 정영환, 「신민사소송법」 개정신판, 법문사, 2019.
 호문혁, 「민사소송법」 제14판, 법문사, 2020.
 Maire Ni Shuilleabhain, 「Cross-Border Divorce Law, BRUSSELS II BIS」, Oxford, 2010.
 内野宗揮, 「一門一答 平成30年人事訴訟法·家事事件手続法等改正」, 商事法務, 2019.

[논문]

- 김문숙, “일본에서의 인사소송사건에 관한 국제재판관할 - 개정 인사소송법을 중심으로”, 「국제사법연구」 제25권 제2호, 한국국제사법학회, 2019.
 김원태, “국제사법 전부개정법률안의 검토 - 가사사건의 국제재판관할을 중심으로”, 「민사소송」 제22권 제2호, 한국민사소송법학회, 2018.
 반홍식, “비송사건절차에 있어서의 자유증명의 대상과 적용범위 - 독일가사및비송사건절차법(FamFG)에 관한 내용을 중심으로”, 원광법학 제25집 제4호, 원광대학교, 2009.
 ———, “독일 가사 및 비송사건절차법의 내용과 구조 - 비송사건을 중심으로”, 민사소송 제15권 제1호, 한국민사소송법학회, 2011.
 석광현, “국제재판관할의 기초이론—도메인 이름에 관한 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결의 의의”, 「법학논총」 제22권 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2005.
 ———, 이혼 기타 혼인관계사건의 국제재판관할에 관한 입법론”, 「국제사법연구」 제19권 제2호, 한국국제사법학회, 2013.
 ———, “가사사건의 국제화에 따른 문제점-국제가족법과 국제상속법을 중심으로”, 「가정상담」, 통권 369호, 2014.
 ———, “2018년 국제사법 전부개정법률안[공청회안]에 따른 가사사건의 국제재판규칙”, 「국제사법연구」 제24권 제2호, 한국국제사법학회, 2018.
 ———, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙:총칙을 중심으로”, 「국제거래와 법」 제21호, 동아대학교 법학연구소, 2018.
 ———, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙:각칙을 중심으로”, 국제거래와 법 제23호, 동아대학교 법학연구소, 2018.
 이승미, “이혼사건의 국제재판관할권에 관한 소고: 「EU의 Brussel IIa규칙」을 중심으로”, 「아주법학」 제7권 제1호, 아주대학교 법학연구소, 2013.

- _____, “혼인관계사건의 국제재판관할에 관한 입법적 제안과 유럽채판소 및 독일 판례의 시사점,” 「국제사법연구」 제21권 제1호, 한국국제사법학회, 2015.
- 이연주, “고대 그리스로부터 근세에 이르기까지 국제민사소송의 시대적 변천에 관한 연구 - 국제재판관할과 준거법의 문제를 중심으로,” 비교사법 제23권 제2호(통권73호).
- _____, “국제재판관할의 기본이념에 관한 연구,” 중앙대학교 대학원 석사논문, 2012.
- 장준혁, “한국 국제이혼관할법 판례의 현황- 국제사법 제2조 신설 후의 판례를 중심으로 -”, 「민사소송 제13권 제1호, 한국민사소송법학회, 2009.
- _____, “혼인관계사건의 국제재판관할 - 이혼사건을 중심으로”, 「국제사법연구」 제21권 제1호, 한국국제사법학회, 2015.
- 최성수, “국제사법 제2조상의 국제재판관할 관련 우리나라 판례의 검토”, 「동아법학」 제48호, 동아대학교 법학연구소, 2010.
- 한숙희, “국제가사사건의 국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 「국제사법연구」 제12권, 한국국제사법학회, 2006.
- 한애라, “국제재판관할과 관련된 판결의 추이 및 국제사법 개정방향 - 국제재판관할의 판단구조 및 법인에 대한 일부 과잉관할 쟁점과 관련하여 -”, 「민사판례연구」 제35집, 민사판례연구회(편), 박영사, 2013.
- Mo Zhang, “Habitual Residence v. Domicile: A Challenge Facing American Conflicts of Laws”, 70 Me. L. Rev. 161, 2018.
- Stephen Allen, Daniel Costelloe, Malgosia Fitzmaurice, Paul Gragl and Edward Guntrip, “Instruction: Defining State Jurisdiction and Jurisdiction in International Law”, 「The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law」, Oxford University Press, 2019.

[기타자료]

강동관, “대한민국 이민정책 프로파일”, 이민정책연구원, 2020.

[첨부] 혼인관계사건에 대한 각국의 법 조항 내용

1. EU의 브뤼셀 개정 제2규정

제2장 재판관할권

제1절 이혼, 법정별거, 혼인무효

제3조 (일반관할)

① 이혼, 법정별거 또는 혼인무효 사건에 관하여 다음의 회원국의 법원이 재판관할권을 가진다.

(a) 그 영토 안에

1. 쌍방 배우자가 일상적으로 거주하는 경우
2. 쌍방 배우자가 최종 일상적으로 거주하였고 그 중의 일방 당사자가 여전히 일상적으로 거주하는 경우
3. 피청구인이 일상적으로 거주하는 경우
4. 공동청구인의 경우 부부 일방의 일상거소가 있는 경우
5. 청구인이 일상적으로 거주하며 청구 직전 최소 1년 이상 일상적으로 거주한 경우
6. 청구인이 일상적으로 거주하며 청구 직전 최소 6개월 이상 일상적으로 거주하였고, 해당 국가의 국적자이거나 영국, 아일랜드의 경우 그곳에 ‘주소(domicile)’을 둔 경우

(b) 쌍방 배우자가 해당 국가의 국적자이거나, 영국과 아일랜드의 경우 쌍방 배우자가 ‘주소(domicile)’를 둔 경우

② 이 규정에서 ‘주소(domicile)’은 영국과 아일랜드의 법체계와 동일한 의미를 가진다.¹⁰³⁾

103) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32003R2201>
(2022년 2월 8일 최종 검색) 필자 번역. 참조: 이승미, 앞의 논문(각주 72), 193쪽.

2. 독일 가사사건과 비송사건의 절차에 관한 법률 (FamFG)

제98조 (혼인관계사건: 이혼사건과 이혼효과사건의 병합) ① 독일 법원은 다음의 경우 혼인관계사건에 관하여 관할이 있다.

1. 일방 배우자가 독일인이거나 혼인 체결 당시 독일인이었던 경우
2. 쌍방 배우자의 일상거소가 국내에 있는 경우
3. 일방 배우자가 일상거소를 국내에 둔 무국적자인 경우
4. 일방 배우자의 일상거소가 국내에 있는 경우. 다만 배우자가 속하는 어느 나라의 법에 의하여서도 판결이 명백하게 승인되지 않은 경우에는 그러하지 아니하다.¹⁰⁴⁾

3. 일본 인사소송법

제3조의2(인사에 관한 소의 관할권) 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 때에는 일본 재판소에 인사에 관한 소를 제기할 수 있다.

1. 신분 관계의 당사자 일방에 대한 소송으로서 그 당사자의 주소(주소가 없거나 알 수 없는 경우에는居所)가 일본 국내에 있을 때
2. 신분 관계의 당사자 쌍방에 대한 소송으로서 당사자 일방 또는 쌍방의 주소(주소가 없거나 주소를 알 수 없는 경우에는居所)가 일본 국내에 있을 때
3. 신분 관계의 당사자 일방이 제기한 소송으로서 다른 당사자가 그 사망 당시에 일본 국내에 주소를 가지고 있는 때
4. 신분 관계의 당사자 쌍방이 사망하고, 당사자 일방 또는 쌍방이 그 사망 당시에 일본 국내에 주소를 가지고 있는 때
5. 신분 관계의 당사자 쌍방이 일본 국적을 가지고 있는 때
(당사자 일방 또는 쌍방이 그 사망 시에 일본 국적을 가지고 있는 때를 포함한다.)

104) <https://www.gesetze-im-internet.de/famfg> (2022년 2월 8일 최종검색) 필자 번역.
참고: 석광현, 앞의 논문(각주 84), 126쪽.

6. 일본 내에 주소가 있는 신분 관계의 당사자 일방이 제기한 소송으로서 해당 신분 관계의 당사자가 마지막 공통의 주소를 일본 내에 가지고 있는 때
7. 일본 내에 주소가 있는 신분 관계의 당사자 일방이 제기한 소송으로서 다른 당사자가 행방불명일 때, 다른 당사자의 주소가 있는 국가에서 제기된 소송과 관련된 신분 관계와 동일한 신분 관계에 대한 소송과 관련된 확정판결이 일본에서 효력이 없는 때, 그 밖의 일본 재판소가 심리와 재판을 관할하는 것이 당사자 간의 균형을 도모하거나 적정하고 신속한 심리의 실현을 확보하게 되는 특별한 사정이 있다고 인정되는 때¹⁰⁵⁾

105) <https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=415AC0000000109> (2022년 2월 8일 최종검색) 일본 「인사소송법」, 법제처 번역.

【국문초록】

이 글은 최근 국회 본회의를 통과한 개정 국제사법 내용 중 혼인관계사건에 관한 국제재판관할을 비교법적 관점에서 고찰한 것이다. 외국의 법률 중 유럽에서 국제재판관할의 모델이 된 EU의 브뤼셀 개정 제2규정, 한국의 개정안에 참고가 된 독일가사비송법, 그리고 최근에 입법이 된 일본 인사소송법을 검토하였다.

고대 근동부터 시작된 국제재판관할문제는 지리적으로 인접한 국가가 많은 유럽에서 빈번하게 발생하였다. 한국 역시 외국과 관련된 분쟁이 최근 증가하고 있는데, 특히 혼인과 같은 가사사건의 증가세가 뚜렷하다. 혼인관계사건은 사람의 신분과 생활 전반에 큰 영향을 끼치기 때문에 재산관계사건보다 법적 안정성이 강조된다.

2001년 국제사법 개정안에서 국제재판관할에 대한 실질적 관련 원칙이 선언되었고 이를 기초로 판례들이 형성되었지만, 국제재판관할에 대한 입법적 필요성은 계속 제기되었다. 그 후 국제사법을 개정하려는 노력이 있어왔고, 2021년 12월에 비로소 개정 국제사법이 통과되면서 국제재판관할에 대한 많은 부분들이 입법적으로 해결되었다.

개정 국제사법은 국제재판관할에 대해 구체적인 명문의 규정을 두어 개정 전 법보다 실질적 관련 원칙에 대한 판단 기준을 확보하였다는 평가를 받고 있다. 특히 국제혼인과 관련된 분쟁이 빈번해지는 현실을 고려하여 이와 관련된 내용을 명확히 정하였다고 볼 수 있다. 국제재판관할기준을 브뤼셀 제2규정이나 독일의 가사비송법처럼 일상거소를 중심으로 정한 점 그리고 원고구제를 목적으로 일정한 요건 아래 원고관할을 인정한 것을 그 예로 들 수 있다. 앞에서 언급한 바와 같이 혼인관계사건은 사람의 생활 전반에 중요한 영향을 끼치기 때문에 원고관할은 큰 의미를 가지게 된다.

국제재판관할문제는 국내 문제와 국제 문제 모두를 포괄한다는 특징이 있으므로 각 문제가 상호 충돌하는 것을 조정하여야 한다. 더 나아가 국제재판관할문제는 외국법과도 서로 영향을 미치기 때문에 앞으로 주변국 뿐만 아니라 해외의 다양한 제도를 지속적으로 폭넓게 연구하여야 한다.

【Abstract】

A Comparative Approach to the Revised Act on Private
International Law: Focusing on the International
Jurisdiction of Marriage

Kang, YoungJu

(Researcher, Legal Research Institute of Korea University)

This paper presents a review of international jurisdiction regarding marriage-related cases arising from the revision of the Act on Private International Law that was recently passed (December, 9. 2021) by the National Assembly. As international exchanges have increased, disputes with foreign entities have also become increasingly important. Previous cases involving international jurisdiction were settled through precedents and ultimately a revision of the Act Private International Law was drafted in 2018.

The issue of international jurisdiction has a long history extending back to the ancient Near East. Problems with international jurisdiction in Europe have frequently arisen because Europe has many geographically adjacent countries.

This article also reviews legal precedents. Although there have been legal cases regarding international judicial jurisdiction, the need for legislation still arises. The revised Private International Law statute is intended to legislatively resolve this need in consideration of such necessity. Furthermore, this paper compares and discusses the EU's Brussels II bis, a model for international jurisdiction in Europe,

Germany's Act on Proceedings in Family Matters and in Matters of Non-contentious Jurisdiction, Japan's recently enacted Personal Status Litigation Act, and Korea's revision of the Act on Private International Law.

The statutory revision seeks to diverge from the former statute, which had only a clause declaring the principle of substantive relevance to international jurisdiction, and undertakes to clarify international jurisdiction by stipulating specific international jurisdiction in statutory form. In so doing, the statutory revision is expected to enhance predictability for the relevant parties and thereby contribute to legal stability. In particular, Korean marriage-related regulations apparently both consider the reality of frequent international marriages and disputes and strive to reflect international trends through comparison with foreign legal systems.

Since the issue of international jurisdiction has both domestic and international aspects, reconciling both is necessary. As domestic affairs such as marriage have greater influence on a person's status and overall life than property-related matters, international jurisdiction should be established in due consideration of this reality.

The issue of international jurisdiction also affects relations with foreign laws. Therefore, Korean legislation and jurists must undertake continuous and extensive research on various foreign systems, including those of neighboring countries.

주제어(Keywords): 국제재판관할(international jurisdiction), 국제사법(international private law), 개정 국제사법(The revised Korea Private International Law statute), 혼인관계사건(family affairs), 국제이혼(international divorce), Brussels II bis 규칙(Brussels II bis regulation(EU)), 독일 가사비송법(FamFG(German)), 일본 인사소송법(Personal Status Litigation Act(Japan))

국제인권규약상 자결권의 의미에 관한 소고

임 예 준*

▶ 목 차 ◀

I. 서론	1. 자유로운 선택
II. 자결권의 발전과정	2. 내적 측면과 외적 측면
III. 자결권의 성격	3. 천연의 부와 자원에 대한 자유로운 처분
1. 집단적 권리	VI. 자결권의 실현 촉진과 존중 의무
2. 계속적으로 실현되어야 할 권리	1. 당사국의 의무
IV. 자결권의 주체	2. 한국의 실행
V. 자결권의 내용	VII. 결론

I. 서론

오늘날 자결권 존중은 국제법 기본원칙이고, 국제인권의 핵심이다. 그러나 자결권이 무엇이고, 자결권의 주체인 인민(people)¹⁾은 누구이며, 자결

* 고려대학교 공공정책대학 공공사회·통일외교학부 조교수.

1) 외교부 공식번역본은 제1조 제1항 및 제2항의 ‘people’을 ‘사람’으로 번역하고 있다. 자결권이 개인에게 주어진 권리가 아니고, 복수의 사람으로 구성된 집단에 주어진 권리임을 고려할 때 단수형인 ‘사람’은 집단적 권리의 주체에 대한 적절한 번역이 아니다. 일반논평 제12호(1984) 제1조 자결권에 대한 국가인권위원회의 번역본은 ‘people’을 ‘국민’으로 번역하고 있으나, 이는 국적을 기준으로 한 집단뿐 아니라 여러 요소에 기초해 집단성이 인정될 수 있는 ‘people’의 의미를 반영하지 못한다. 흔히 자결권을 ‘민족자결권’이라 쓰는 경우도 마찬가지이다. 자결권의 주체인 ‘people’에 대한 번역으로 일본, 중국 등 한자 문화권에서는 ‘인민(人民)’을 주로 사용한다. 원래 ‘인민’은 중립적인 개념으로 자율과 자유의 주체인 집합적 구성원을 의미하며, ‘국민’과 달리 기존 국가에 의해 정해지는 수동적 개념이 아니라는 점에서 자결권의 주체에 대한 번역어로

권의 내용과 실현방식이 무엇인지에 대해서는 여전히 불분명한 점이 많다. 특히 자결권이 식민주의 맥락을 넘어서 논의되는 경우 그 내용과 범위의 불확정성은 더 커진다.²⁾ 자결권은 국가 성립의 근거가 되기도 하고 국가 분열의 근거가 되기도 한다. 또한 외부로부터 주권을 보호하기도 하지만 외부의 개입을 고무하기도 한다.³⁾ 자결권이 모호하고 모순적일 수 있다는 점은 여러 관점에서 다른 정치적 목적에 따라 이용될 수 있음을 의미한다. 실제 자결권은 발칸 반도와 코카서스 불안에서부터 선주민의 주장과 기존 국가 내에서 더 큰 자치권을 위한 주장까지 포스트식민주의 시대에 직면한 여러 도전과 관련성을 갖는다.⁴⁾

이러한 논의에서 자결권의 개념은 흔히 1966년 두 개의 국제인권규약 제1조에 명시된 문구가 그대로 사용된다.⁵⁾ 1966년 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」(이하 ‘자유권규약’)과 「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」(이하 ‘사회권규약’) 제1조는 자결권에 대해 다음과 같이 규정하고 있다.

제1조

1. 모든 인민은 자결권을 가진다. 이 권리에 기초하여 모든 인민은 그들의 정치적 지위를 자유로이 결정하고, 또한 그들의 경제적, 사회적 및 문화적 발전을 자유로이 추구한다.
2. 모든 인민은 호혜의 원칙에 입각한 국제경제협력으로 발생하는 의무나 국제법상 의무를 저해함이 없이, 그들 자신의 목적을 위하여 천연의 부와 자원을 자유로이 처분할 수 있다. 어떠한 경우도 인민은 그들의 생존 수단을 박탈당해서는 안 된다.

가장 적합하다. 2000년대 이후 자결권과 관련된 국내 문헌도 ‘people’의 번역어로 ‘인민’을 주로 사용하고 있다. 이 글에서도 자결권의 주체인 ‘people’을 인민으로 번역한다.

- 2) Catriona Drew, “The East Timor Story: International Law on Trial”, *European Journal of International Law*, Vol.12 (2001), p.658.
- 3) James Summers, “The Internal and External Aspects of Self-Determination Reconsidered”, Dunkan French ed., *Statehood and Self-Determination* (Cambridge University Press, 2013), p.229.
- 4) Jamie Trinidad, *Self-Determination in Disputed Colonial Territories* (Cambridge University Press, 2018), p.1.
- 5) Robert McCorquodale, “Group Rights”, D. Moeckli, S. Shah & S. Sivakumaran eds, *International Human Rights Law* (Oxford University Press, 2014), p.336.

3. 비자치지역 및 신탁통치지역의 행정책임을 맡은 국가들을 포함하여 이 규약의 당사국은 국제연합헌장의 규정에 따라 자결권의 실현을 촉진하고 동 권리를 존중하여야 한다.

국제인권규약의 거의 모든 조항이 인권전문가로 구성된 인권위원회의 주도로 선정 및 작성된 것과는 달리, 자결권은 조항 삽입에 대한 유엔 총회의 결정⁶⁾과 정부 대표로 구성된 제3위원회 내 실무반의 초안을 바탕으로 완성되었다.⁷⁾ 제1항의 내용은 시민적 및 정치적 권리와 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 구별을 반영하여 자유롭게 결정할 수 있는 정치적 지위와 자유롭게 추구할 수 있는 경제적, 사회적 및 문화적 발전으로 구분된다.⁸⁾ 제2항에서는 자결권의 경제적 측면을 보다 확대하여 자원에 대한 처분권을 명시하고 있다. 제3항은 규약 당사국의 자결권 실현 촉진 및 존중에 대한 의무를 규정하고 있다.

자결권은 두 개의 국제인권규약에 공통으로 명시된 유일한 권리다. 두 규약이 같은 조항을 공유하는 것은 자결권이 시민적 및 정치적 권리와 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 모두 걸쳐 있을 뿐 아니라 이 모두를 받쳐주는 근본토대가 되는 권리임을 의미한다.⁹⁾ 후자에 관하여 자유권규약위원회의 일반논평에서는 자결권의 실현이 다른 인권들의 효과적인 보장과 준수 그리

6) 1952년 2월 5일 유엔 총회는 결의 제421(V)호가 자결권을 기본적 인권으로 확인한 것을 상기하고, 국제인권규약에 자결권에 관한 조항을 포함할 것을 결정하는 결의 제545(VI)호(1952)를 채택하였다. 구체적으로 조항의 문구는 “모든 인민이 자결권을 가져야 한다(All peoples shall have the right of self-determination)”라고 작성되어야 하며, 비자치지역의 행정을 책임지고 있는 국가뿐 아니라 모든 국가가 유엔 헌장의 목적과 원칙에 부합하는 방식으로 자결권을 촉진하고 실현해야 한다고 규정하도록 하였다. UN Doc. A/RES/545(VI)(1952), para.1.

7) 제1조 초안 작성을 위한 실무반은 브라질, 코스타리카, 엘살바도르, 그리스, 인도, 파키스탄, 폴란드, 시리아, 베네수엘라 대표로 구성되었다. UN Doc. A/C.3/SR.656(1955), para.1. Marc J. Bossuyt, *Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights* (Martinus Nijhoff, 1987), p.30.

8) James Summers, “The Right of Peoples to Self-Determination in Article 1 of the Human Rights Covenant as a Claimable Right”, *New England Journal of Public Policy*, Vol.31 (2019), p.2.

9) Sarah Joseph & Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 3rd ed. (Oxford University Press, 2013), p.153(para.7.01).

고 그 증진과 강화를 위해 필수적인 조건이기에 두 규약이 자결권을 명문 조항으로 두고, 두 규약 내에서 모든 기타 권리들과 구분하여 다른 조항들에 가장 앞선 제1조에 두었다고 해설하고 있다.¹⁰⁾

1966년 두 규약의 명사로 자결권은 비로소 협약국제법에 뿌리를 내리게 되었으며, 다른 개별적인 인권의 행사를 위한 기본토대임이 확인되었다.¹¹⁾ 이후에도 자결권의 중요성은 여러 국제문서를 통해 지속적으로 강조되며 발전하였다. 그러나 여전히 자결권은 국제법상 가장 정치적이고 논란이 많은 규범이라 여겨진다.¹²⁾ 그렇다면 국제인권규약에서 자결권은 어떻게 명문화되었고 그 의미는 무엇일까? 이 글은 1950년대 인권규약 성안 과정과 이후 규약위원회의 논의를 중심으로 두 개의 국제인권규약 제1조에 명시된 자결권의 의미를 살펴보고, 이를 바탕으로 자결권을 둘러싼 주요 쟁점을 이해함을 목적으로 한다. 이 글의 또 다른 목적은 자결권이 인권규약에서도 의도적으로, 추상적으로 규정되었을 뿐 아니라 해당 법리를 발전시키고 개념을 명확히 할 수 있는 이후의 방법 또한 없다는 것을 논의하기 위함이다. 이를 위하여 먼저 자결권의 발전과정을 살펴보고(Ⅱ), 자결권의 성격(Ⅲ), 자결권의 주체(Ⅳ), 자결권의 내용(Ⅴ), 자결권에 대한 의무(Ⅵ)를 둘러싼 쟁점에 대해 검토하도록 한다. 결론에서는 쟁점이 발생하는 영역에 대한 고찰을 통해 자결권에 내재한 논의의 한계에 대해 살펴보도록 한다.

Ⅱ. 자결권의 발전과정

자결이라는 개념의 기원은 18세기 미국의 독립선언과 프랑스 대혁명에서 찾을 수 있다.¹³⁾ 이후 자결은 정치적 원칙으로서 이탈리아의 통일운동,

10) HRC General Comment No.12(1984), para.1.

11) William A. Schabas, *U.N. International Covenant on Civil and Political Rights: Nowak's CCPR Commentary*, 3rd ed. (N.P. Engel Verlag, 2019), p.10(para.2). Daniel Thürer & Thomas Burri, "Self-Determination", *Max Planck Encyclopedias of International Law*, MPEPIL (2008), para.10.

12) Jan Klabbers, "The Right to be Taken Seriously: Self-Determination in International Law", *Human Rights Quarterly*, Vol.28 (2006), p.187.

오스트리아-헝가리 제국의 분리운동, 이오니아 제도의 그리스와의 통합 등 19세기 유럽 국가들의 형성과 분열에 지대한 영향을 미쳤다.¹⁴⁾ 20세기 초에는 러시아혁명의 정치적 이념이 되었으며, 제1차 세계대전 중에는 연합국의 전쟁 수행 목적 중 하나이자 동맹국과 연합국 사이 체결된 휴전협정의 조건이 되기도 하였다.¹⁵⁾ 제1차 세계대전이 끝나고 자결의 원칙을 포함한 우드로 윌슨의 14개 조항은 유럽 평화의 기초가 되었지만, 실제 파리강화조약에서 자결권의 실행은 제한적이었다.¹⁶⁾ 올란드 제도(Åland Island)에 관한 국제법률가위원회(International Commission of Jurists)의 의견에서 볼 수 있듯이, 국제연맹 시절 자결의 원칙은 도덕적 혹은 정치적 의미 이상의 법적 규범이었다고 보기는 어렵다.¹⁷⁾ 그러나 당시에 자결의 개념은 소수민(minorities) 보호 체계 및 국제연맹의 위임통치제도와 밀접하게 관련되어 있었다.¹⁸⁾

1940년대 들어 자결은 국제문서에 언급되기 시작하였다. 1941년 대서양 헌장은 정부의 형태를 선택할 인민의 권리를 존중하고 그러한 권리를 강제로 빼앗긴 인민들에게 주권적 권리와 자치 회복을 추구할 것을 명시하였다.¹⁹⁾ 1945년 유엔 헌장은 제1조 제2항에서 “평등권 및 인민자결 원칙의 존중에 기초하여 국가 간의 우호 관계를 발전시키며, 세계평화를 강화하기 위

13) Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Appraisal* (Cambridge University Press, 1995), p.11.

14) Schabas, *supra* note 11, pp.8-9(para.1).

15) *Ibid.*

16) *Ibid.*, p.9(para.1).

17) *The Question of the Aaland Islands: Report of the Commission of Jurists* (1920) League of Nations, Official Journal, Special Supplement 3. Cassese, *supra* note 13, pp.27-29. 박정원, “국제법상 인민자결권의 현대적 경향에 대한 소고”, 『한양법학』 제22권 (2008), p.274. Hurst Hannum, *Autonomy, Sovereignty, and Self-determination: The Accommodation of Conflicting Rights* (University of Pennsylvania Press, 1990), pp.28-30.

18) Schabas, *supra* note 11, p.9(para.2).

19) *Ibid.* The Atlantic Charter, August 14, 1941. 8개의 선언으로 구성된 이 헌장은 자결이라는 개념을 직접 명시하지는 않았지만, 자결의 핵심 내용을 담고 있다. 자결권의 내용을 담고 있다고 해석되는 제3항의 원문은 다음과 같다. Third, they respect the right of all peoples to choose the form of government under which they will live; and they wish to see sovereign rights and self government restored to those who have been forcibly deprived of them.

한 기타 적절한 조치를 취한다”라고 함으로써 자결이 유엔의 목적을 달성하는데 기초가 되는 원칙임을 확인하였다.²⁰⁾ 그러나 유엔 헌장의 자결은 독립을 이루지 못한 인민의 권리를 생각할 정도로 발전된 것은 아니었다.²¹⁾ 이러한 유엔 헌장의 이해를 반영하듯 1948년 세계인권선언에는 자결권에 관한 조항이 없다. 자결권의 내용은 인민의 의사가 정부 권위의 기초가 되고, 이 의사는 선거를 통해 표현됨을 선언한 제21조 제3항과 밀접한 관련성이 있지만, 자결의 개념을 별도로 명시하고 있지는 않다.²²⁾

1950년대에 들어 인권규약에 자결권을 포함해야 한다는 논의가 발전함에 따라 자결은 국제질서에 중요한 ‘원칙’을 넘어 인민의 ‘권리’임이 강조되기 시작하였다. 유엔 총회는 1950년 결의 제421(V)호에서 인권위원회가 ‘자결권’ 보장 방법을 연구하도록 요청하였으며, 1952년 결의 제545(VI)호를 통해 국제인권규약에 자결권에 관한 조항을 포함할 것을 결정하였다.²³⁾ 그러나 실제 자결권을 별도의 권리 조항으로 만드는 과정은 쉽지 않았다. 규약 성안 과정에서 제1조 자결권에 대한 첫 번째 쟁점은 자결권이 정치적 원칙인지 법적 권리인지였다.²⁴⁾ 서구 국가들은 대체로 자결이 중요한 정치적 원칙이지만 엄격한 법적 의미에서의 권리가 아니므로 규약에 규정될 수 없다고 주장하였다.²⁵⁾ 이에 대한 근거로는 유엔 헌장 제1조 제2항 및 제55조가 자결을 권리가 아닌 원칙이라고 하였음을 강조하였다.²⁶⁾ 또한, 자결이 법적 권리

20) 신용호, “민족자결권의 주체”, 『국제법학회논총』 제43권 제1호 (1998), p.155.

21) Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Clarendon Press Publication, 1995), p.111. 식민지 본국이 지배하고 있는 인민에 대한 의무에 대한 인식은 있었지만, 이들 인민을 주체로 본다거나 독립을 부여해야 할 의무를 포함하는 것은 아니었다. 따라서 Higgins는 오늘날의 자결권에 대한 이해를 바탕으로 유엔 헌장에 명시된 자결의 의미를 이해하는 것은 역사를 소급해서 다시 쓰는 것이라 지적하였다.

22) James Summers, *Peoples and International Law* (Brill Nijhoff, 2014), pp.288-289.

23) UN Doc. A/RES/421(V)(1950). 1950년 12월 4일 사우디아라비아와 아프가니스탄이 초안을 작성한 결의 제421(V)호 D는 인권위원회가 자결권을 보장할 방법에 관해 연구하고 유엔 총회에 권고하도록 유엔 경제사회이사회를 통해 요청하는 내용을 담고 있다. 그러나 인권위원회는 1951년까지 이를 수행하지 못하였고, 이에 따라 1952년 2월 5일 결의 제545(VI)호가 채택되었다. 결의 제545(VI)호의 내용은 상계주 6 참고.

24) UN Doc. A/2929(1952), para.2. Bossuyt, *supra* note 7, pp.19-20.

25) UN Doc. E/CN.4/SR.253(1952), p.7(영국); UN Doc. E/CN.4/SR.255(1952), p.5(호주).

로 규정되기 위해서는 그 실체 및 내용에 있어 오해가 없을 정도의 명확한 정의가 필요한데, 자결은 ‘지역자치’, ‘자치정부’, ‘분리독립 또는 연합’, ‘독립 및 주권국가’ 등의 다양한 의미로 사용되고 있으며, 자결의 주체인 ‘인민’의 개념 역시 불분명하다는 점을 지적하였다.²⁷⁾ 따라서 이러한 개념 정의에 대한 합의가 이뤄지기 전에 자결을 규약에 명시하는 것은 시기상조라고 하였다.²⁸⁾ 이 밖에도 자결권을 반대하는 국가들은 자결권이 집단의 권리이므로 개인의 기본적 권리와 자유를 다루는 규약에 적합하지 않으며²⁹⁾, 자결권에 대한 논란이 전체 규약의 비준에 영향을 미칠 수 있다고 지적하였다.³⁰⁾

반면, 사회주의 국가들과 중동지역 국가들은 자결이 원칙일 뿐만 아니라 권리라고 주장하였다. 이들은 자결권이 모든 ‘인민 및 네이션(nations)’³¹⁾에게 주어진 집단적 권리이며, 자결권을 존중받지 못한다면 여기에 속한 그 어떠한 개인도 자유로울 수 없다고 강조하였다.³²⁾ ‘인민’의 정의가 어렵다는 점을 인정하면서도, 보편적으로 적용할 수 있고 수용 가능한 정의가 과연 가능한지에 대해 오히려 반문하였다.³³⁾ 무엇보다 유엔 총회가 이미 모든 인민의 자결권을 인정하였음을 강조하며, 회원국의 의무로서 이 권리를 촉진하고 존중할 수 있는 적절한 조항으로 규정해야 한다고 주장하였다.³⁴⁾ 나아가 자결권은 국제평화를 유지하는 데 있어 필수적이며, 개별인권 존중의 전

26) UN Doc. E/CN.4/SR.243(1951), p.11(벨기에); UN Doc. E/CN.4/SR.259(1952), p.5(스웨덴); UN Doc. E/CN.4/SR.260(1952), p.5(영국).

27) *Ibid.* UN Doc. A/2929(1952), para.3.

28) UN Doc. E/CN.4/SR.255(1952), p.6(폴란드); UN Doc. E/CN.4/SR.245(1951), p.7(유고슬라비아). UN Doc. A/2929(1952), para.3.

29) Cassese, *supra* note 13, p.47; Schabas, *supra* note 11, pp.12-13(para.7).

30) Summers, *supra* note 22, pp.292-293.

31) 영문 nation을 ‘민족’ 또는 ‘국민’으로 번역하기도 하나 nation은 일반적으로 주권을 지닌 정치공동체의 구성원을 의미한다. 이러한 정치공동체는 국가를 구성할 수도 있지만, 국가를 구성하기 전 단계일 수도 있다. 박명규, 『국민, 인민, 시민 - 개념사로 본 한국의 정치주체』 (소화, 2009), p.62, p.72. 따라서 이 글에서는 영문 nation의 한글 표기 그대로 ‘네이션’이라 한다.

32) UN Doc. A/2929(1952), para.4. UN Doc. E/CN.4/SR.245(1951), p.7(유고슬라비아); UN Doc. E/CN.4/SR.254(1952), p.9(레바논); UN Doc. E/CN.4/SR.255(1952), p.6(폴란드).

33) UN Doc. A/2929(1952), para.4. UN Doc. E/CN.4/SR.254(1952), p.8(레바논).

34) UN Doc. A/2929(1952), para.4. UN Doc. E/CN.4/SR.254(1952), p.11(레바논).

제조건임을 강조하였다.³⁵⁾ 이러한 입장은 사회주의 국가뿐 아니라 아시아, 중동 및 아프리카 국가들의 폭넓은 지지를 받았다.³⁶⁾ 최종적으로 1955년 11월 제3위원회가 제1조 초안을 33개국 찬성 12개국 반대, 13개국 기권으로 채택함으로써 인권조약 상 최초로 자결권이 명문화되었다.³⁷⁾

1955년 인권위원회에서 최종 채택된 제1조 초안에서 볼 수 있듯이, 규약 성안 과정에서 자결을 정치적 원칙이라 주장하며 인권규약에서 제외하려는 입장은 수용되지 않았다. 이후 이러한 논의의 결과를 반영하듯 1960년 유엔 총회가 채택한 식민지 및 인민의 독립 부여에 관한 선언에서는 자결을 원칙이 아니라 ‘권리’로 명시하였다.³⁸⁾ 1962년 천연자원에 대한 영구주권 선언에 관한 결의 역시 자결을 ‘권리’로 명시하고 있으며, 자결권의 경제적 측면을 강조하였다.³⁹⁾ 앞서 살펴본 바와 같이 1966년 최종 채택된 두 규약 제1조는 자결을 인민의 ‘권리’라고 명시하고 있으며, 이는 유엔 헌장 제1조 제2항 및 제55조가 자결을 단지 ‘원칙’이라고 표현한 것과 구별된다. 이로써 자결권이 정치적 원칙인지 법적 권리인지는 1960년을 기점으로 논쟁의 여지가 없어졌다.

이후에도 자결권은 여러 국제문서를 통해 강조되며 발전하였다. 유엔 총회가 채택한 1970년 국가 간 우호 관계와 협력에 관한 국제법 원칙에 관한 선언은 자결권의 내용 및 적용 방식을 발전시켰으며,⁴⁰⁾ 1974년 신국제경

35) Summers, *supra* note 22, p.292.

36) Cassese, *supra* note 13, p.47.

37) 찬성(콜롬비아, 코스타리카, 체코슬로바키아, 에콰도르, 이집트, 엘살바도르, 그리스, 파테말라, 하이티, 인도, 인도네시아, 이라크, 레바논, 라이베리아, 멕시코, 파키스탄, 페루, 필리핀, 폴란드, 사우디아라비아, 시리아, 태국, 우크라이나 소비에트 사회주의 공화국, 소련, 우루과이, 베네수엘라, 예멘, 유고슬라비아, 아프가니스탄, 아르헨티나, 볼리비아, 벨로루시 소비에트 사회주의 공화국, 칠레); 반대(프랑스, 룩셈부르크, 네덜란드, 뉴질랜드, 노르웨이, 스웨덴, 터키, 영국, 미국, 호주, 벨기에, 캐나다); 기권(쿠바, 덴마크, 도미니카 공화국, 에티오피아, 온두라스, 아이슬란드, 이란, 이스라엘, 파나마, 브라질, 버마, 중국); UN Doc. A/C.3/SR.676(1955), para.27.

38) 이 선언은 제2항에서 모든 인민이 자결권에 기초해 자유롭게 그들의 정치적 지위를 결정하고, 경제적, 사회적 및 문화적 발전을 추구할 수 있다고 선언하는 한편, 5항에서 식민지배의 종결 및 비독립 지역의 독립과 자유의 완수를 위한 즉각적인 조치를 요청하였다. Declaration on the Granting Independence to Colonial Countries and Peoples, UN Doc. A/RES/1514(XV)(1960), para.2, para.5.

39) Permanent Sovereignty over Natural Resources, UN Doc. A/RES/1803(XVII) (1962).

40) Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and

제질서에 관한 선언은 자결권의 경제적 측면의 구체화에 기여하였다.⁴¹⁾ 1975년 유럽안보협력기구에서 채택된 헬싱키 선언은 유엔 헌장의 목적 및 원칙과 영토적 완전성을 포함한 관련 국제법에 부합하는 자결권의 행사를 존중할 것을 명시하였으며,⁴²⁾ 1981년 「인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장」은 지속적인 행사가 요구되는 집단적 권리로서의 자결권에 관한 두 개의 조항을 마련하였다.⁴³⁾ 1993년 비엔나 세계인권회의에서 채택된 비엔나 인권선언 및 행동계획은 불가양의 인권으로서 자결권에 대한 부인은 인권침해라 하였다.⁴⁴⁾

오늘날 여러 국제문서에서의 자결권에 대한 인정과 중요성의 강조는 자결권이 일반국제법으로 인정받고 있음을 확인해주고 있으며,⁴⁵⁾ 국제관습법으로 자리 잡았다고 볼 수 있다.⁴⁶⁾ 나아가 식민주의 맥락에서는 자결권으로부터 파생되는 의무들은 이탈이 허용되지 않는 강행규범적 지위에 있다고 논의된다.⁴⁷⁾ 국제법위원회(ILC)는 국제위법행위로 인한 국가책임 조항에 대한 주석에서 자결권을 조약법에 관한 비엔나 협약 제53조에 따른 강행규범이라고 보았으며,⁴⁸⁾ 2019년 일반국제법상 강행규범에 대한 결론 제1회독 초안도 자결권을 강행규범 예시 목록에 포함하였다.⁴⁹⁾ 따라서 오늘날의 쟁점은 자결권이 법적 권리인지에 대한 논의를 넘어 국제법상 강행규범인지에 있다고 볼 수 있다.

Co-operation among States, UN Doc. A/RES/2625(XXV)(1970).

41) Establishment of a New International Economic Order, UN Doc. A/RES/3201(S-VI)(1974). Schabas, *supra* note 11, p.10(para.2).

42) Conference on Security and Co-Operation in Europe, Final Act (1975).

43) African Charter on Human and Peoples' Rights (1981), Articles 20, 21.

44) Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF.157/23(1993), para.2.

45) Schabas, *supra* note 11, p.11(para.3).

46) Ki-Gab Park, "The Right to Self-Determination and Peremptory Norms", D. Tladi ed., *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)* (Brill Nijhoff, 2021), pp.692-700.

47) Schabas, *supra* note 11, p.16(para.13). Cassese, *supra* note 13, p.140.

48) Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, Article 26, UN Doc. A/56/10(2001), p.85. Schabas, *supra* note 11, p.11(para.3).

49) Draft Conclusions on Peremptory Norms of General International Law, Conclusion 23, Annex, UN Doc. A/74/10(2019), p.208.

Ⅲ. 자결권의 성격

1. 집단적 권리

자결권은 복수의 사람으로 구성된 집단인 ‘인민’에게 주어진 권리이다.⁵⁰⁾ 두 규약이 개인의 권리를 중심으로 규정되어 있다는 점을 고려할 때, 집단의 권리인 자결권은 분명 규약의 다른 권리와 구별된다.⁵¹⁾ 예컨대, 규약 제27조 소수민의 권리도 전체로서의 소수집단의 권리가 아닌, 소수민을 구성하는 개인의 권리로서 보호하고 있다. 그러나 집단의 권리라는 자결권의 성격이 자결권이 ‘인권’임을 부정하는 것은 아니다.⁵²⁾ 실제 개인의 권리와 집단의 권리는 밀접하게 연결되어 있다. 자유권규약위원회는 제1조에 대한 일반논평 제12호(1984)에서 집단이 억압의 대상이 되는 경우 집단의 권리가 행사될 수 없을 뿐만 아니라, 집단에 속한 개인의 권리도 행사될 수 없다고 하였다.⁵³⁾ 자결권은 집합체인 인민의 권리이지만, 표현의 자유, 집회 및 결사의 자유, 투표권, 공무담임권을 포괄하는 권리라는 의미에서 개인의 인권으로서의 성질도 있다.⁵⁴⁾ 역으로 개인의 인권 역시 간접적으로 집단의 권리를 보호하는 역할을 하기도 한다. 예컨대, 집회의 자유에 대한 권리, 노동조합에 참가할 권리, 종교의 자유에 대한 권리는 모두 특정한 집단의 소집을 보장 및 보호하며, 그들의 의견을 표출할 수 있게 한다.⁵⁵⁾

50) Joseph & Castan, *supra* note 9, p.154, para.7.06. Schabas, *supra* note 11, p.17(para.15).

51) Schabas, *supra* note 11, p.18(para.16).

52) 「인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 인권헌장」과 같이 인민의 집단적 권리(collective right)와 개인의 인권(human right)을 구별하는 이원론을 따른다면, 자결권은 ‘집단적 권리’이지만 ‘인권’은 아니다. 의미론적 관점에서 이러한 구별은 가능하지만, 인권이 균질적인 것이 아니라는 점과 개인적 권리로부터 소위 제3세대 인권과 같이 연대적 권리로 발전하고 있는 인권의 흐름을 고려할 때, 구별의 의의를 찾기는 어려울 것이다. Schabas, *supra* note 11, pp.17-18(para.15).

53) HRC General Comment No.12(1984), para.1.

54) Cassese, *supra* note 13, p.53.

55) McCorquodale, *supra* note 5, p.334. 다만, 이러한 개인의 권리는 다른 개인의 권리와 함께 행사될 수 있으며, 개인에 의해서만 주장될 수 있다. 종교기관이나 기업처럼

한편 자결권이 개인의 권리가 아닌 집단의 권리라는 점은 제1조에 대한 권리구제를 위해 자유권규약 제1선택의정서에 규정된 개인통보제도를 활용할 수 없다는 것을 의미한다. 제1선택의정서 제1조는 개인통보의 주체를 “규약에 규정된 권리에 대한 침해의 피해자임을 주장하는 개인”이라고 명시하고 있다. 따라서 인민이라는 집단의 권리인 자결권 침해에 관한 주장은 개인을 통보의 주체로 하는 제1선택의정서에 의하여 제기될 수 없다.⁵⁶⁾ 자유권규약위원회는 *Lubicon Lake Band v. Canada* 사건(1990)에서 선택의정서 제1조의 문언을 엄격하게 해석하여, 자유권규약 제1조에 기초한 개인통보를 받아들이지 않았다.⁵⁷⁾ 이 사건에서 위원회는 규약이 인민의 자결권과 천연자원의 처분에 대한 권리를 단호한 표현을 통해 인정하고 보호하고 있으며, 개별적인 인권의 증진과 강화, 실효적인 보장과 준수를 위한 필수적인 조건임을 재확인하였다.⁵⁸⁾ 그러나 개인은 인민에게 주어진 규약 제1조 자결권 침해의 피해자임을 선택의정서에 기초해 주장할 수 없다고 하였다.⁵⁹⁾ 북스칸디나비아 Sami족의 순록사육권이 결부된 *Kitok v. Sweden* 사건(1998)에서도 “개인 통보자는 제1조에 규정된 자결권 침해의 피해자임을 주장할 수 없다고 본다. 선택의정서는 개인이 권리를 침해받았음을 주장할 수 있는 절차를 제공하고 있는 반면에 제1조는 ‘인민’에게 주어진 권리를 다루고 있다”라고 하며, 이에 대한 심사는 허용되지 않는다고 보았다.⁶⁰⁾ *Diergaardt*

개인들을 대표한 범인을 통해 주장할 수 있는 경우도 있지만, 그렇다 하더라도 이러한 권리들은 여전히 개인의 권리 영역에 남으며, 간접적으로 해당 집단을 보호할 뿐이다.

56) Hurst Hannum, “The Right of Self-Determination in the Twenty-First Century”, *Washington & Lee Law Review*, Vol.55 (1998), p.774.

57) 이 사건의 통보자 Bernard Ominayak는 캐나다 Alberta 지방에 사는 Cree Indian Band인 Lubicon Lake Band의 수장(Chief)이다. 통보자는 캐나다 정부의 상업적 목적을 위한 수용과 산업 개발로 인해 Lubicon Lake Band의 환경적 및 경제적 기반이 위협당하고 있으며, 그로 인해 자유롭게 정치적 지위를 결정하고 경제적, 사회적 문화적 발전을 추구할 자결권이 침해당했다고 주장하였다. 캐나다는 이에 대해 Lubicon Lake Band는 규약 제1조의 ‘인민’에 해당하지 않으며, 선택의정서의 개인통보는 개인만이 제출할 수 있고, 개인에게 주어진 권리의 침해에 대한 것이라고 주장하며 통고자는 개인통보를 제기할 자격이 없다고 주장하였다. *Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No.167/1984(1990), para.1, paras.2.1-2.3, para.6.1.

58) *Ibid.*, para.13.3.

59) *Ibid.*

v. Namibia 사건(2000)에서도 일관된 입장에 따라 통보자가 속한 공동체가 ‘인민’에 해당하는지는 위원회의 쟁점이 아니라고 보았으며, 선택의정서는 규약 제III부에 규정된 제6조 내지 제27조의 개인적 권리에 대한 개인의 권리구제만을 다루고 있다고 해석하였다.⁶¹⁾ 이후로도 제1조에 기초한 개인통보는 허용할 수 없다는 견해를 유지하고 있다.⁶²⁾

그러나 자유권규약 제1선택의정서 제1조는 규약위원회에게 “규약에 규정된 어떠한 권리”의 위반에 대해서도 심사할 권한을 부여하고 있으므로, 자결권에 대한 개인통보를 허용하지 않는 것은 지나치게 엄격하고 제한적인 해석이라는 비판도 있다.⁶³⁾ 준비문서를 살펴볼 때 ‘개인적 권리’라는 표현이 반드시 어떠한 집단이 규약의 권리를 주장하거나 개인통보를 통해 이들의 권리를 확보함을 배제하기 위한 목적이었다고 해석할 수 없다는 지적이 있다.⁶⁴⁾ 실제 선택의정서의 피해자 개념을 좁게 해석하는 규약위원회의 태도는 피해자의 국제적인 권리구제 기회를 박탈하고 있으며,⁶⁵⁾ 이는 자결권이 규약에 규정된 다른 권리의 효과적인 보장을 위해서도 필수적이라는 규약위원회의 일반논평과도 모순된다.⁶⁶⁾ 결국 제1조의 침해를 주장하는 사람들은 국가보고서와 국가 간 통보제도에 의존할 수밖에 없는데, 이러한 해석이 과연 규약의 목적 및 기능에 비추어 적합한지는 의문이다.⁶⁷⁾ 또한 자결권에 대한 개인통보를 허용하지 않음으로써, 자유권규약위원회는 통보를 제기한 집단이 ‘인민’인지에 대한 판단을 할 필요가 없게 되었다. 그리고 이는 제1조 자결권의 해석에 있어 통보제도가 특별한 역할을 하지 못하는 결

60) *Kitok v. Sweden*, Communication No.197/1985(1988), para.6.3.

61) *Diergaardt v. Namibia*, Communication No.760/1997(2000), para.10.3.

62) *Mahuika v. New Zealand*, Communication No.547/1993(2000); *Poma Poma v. Peru*, Communication No.1457/2006(2009). Schabas, *supra* note 11, p.21(para.26). Joseph & Castan, *supra* note 9, p.164(para.7.24).

63) Summers, *supra* note 8, p.3.

64) Schabas, *supra* note 11, p.18(para.16).

65) Joseph & Castan, *supra* note 9, p.164(para.7.24).

66) Summers, *supra* note 8, p.3.

67) Schabas, *supra* note 11, p.22(para.26). 규약위원회가 제1조 자결권에 대한 개인통보 심사를 자체하는 것은 정치적인 관점에서는 현명할 수 있지만, 법적인 관점에서의 비판을 피할 수 없다고 평가한다.

과로 이어졌다.⁶⁸⁾ 이는 이하에서 살펴보듯이 자결권의 해석 및 적용에 대한 규약위원회의 역할을 제한하는 결과로 이어졌다.

2. 계속적으로 실현되어야 할 권리

자결권에 대한 두 개의 국제인권규약 제1조 제1항은 자결권을 미래형인 ‘가져야 한다’(shall have)가 아닌 현재형인 ‘가진다’(have)고 규정함으로써 자결권이 영속적인 권리이고, 계속해서 실현되어야 할 권리임을 강조하고 있다.⁶⁹⁾ 이는 한 차례 국민투표를 시행했거나 정치적 독립을 쟁취했다고 하여 권리 행사가 종결된다거나 권리가 소진되지 않음을 의미한다. 또한, 생명권이나 신체의 자유에 대한 권리와 마찬가지로 모든 인간이 가지고 있는 권리이고 별도로 부여될 필요가 없는 권리임을 강조하기도 한다.⁷⁰⁾ 계속적 실현을 요구하는 자결권의 성격에 부합하도록 제1조 제3항에 명시된 규약 당사국의 의무 또한 계속해서 요구된다.⁷¹⁾ 즉, 자결권의 실현을 촉진하고 존중해야 할 의무를 비자치지역 및 신탁통치지역의 행정책임을 맡은 국가뿐만 아니라 모든 규약 당사국의 의무로 규정함으로써, 자결권이 식민지 맥락을 넘어서도 유효함을 나타내고 있다.⁷²⁾

국가들 역시 규약위원회 국가보고 과정에서 자결권이 식민지 지배하에 있는 인민뿐 아니라 ‘모든 인민’에게 적용되며, 독립하는 순간 소멸하는 권리가 아니라고 함으로써 계속적으로 실현되어야 할 권리로서의 자결권에 대한 이해를 표명하였다. 예컨대, 요르단은 자결권은 계속적인 절차이며, 독

68) Summers, *supra* note 22, p.294.

69) *Ibid.*, p.19(para.18). 1952년 채택된 인권위원회의 원안은 “All peoples shall have the right of self-determination.”이었지만, 최종 합의된 초안은 “All peoples have the right of self-determination.”이다. 당시 최종 초안을 제출한 대변인은 미래형을 현재형으로 바꾸면서 자결권의 영속적 성격을 강조했다고 설명하였다. Antonio Cassese, “The Self-Determination of Peoples”, L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights* (Columbia University Press, 1981), p.98. David Raič, *Statehood and the Law of Self-Determination* (Kluwer Law International, 2002), p.229에서 재인용.

70) *Ibid.*

71) *Ibid.* Paul M. Taylor, *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights* (Cambridge University Press, 2020), p.46.

72) Raič, *supra* note 69, p.228.

립선언으로 끝나는 것이 아니라고 하였다.⁷³⁾ 호주는 자결권이 단순히 식민 지배 이후 독립을 얻었다고 하여 완전히 행사된 것은 아니라는 이해를 밝혔다.⁷⁴⁾ 자결권에 대한 이러한 이해는 구체적인 사안에서의 국가 입장에도 반영된다. 네덜란드는 1965년 모리셔스로부터 차고스 군도 분리의 법적 결과에 관한 권고적 의견을 위해 국제사법재판소(ICJ)에 제출한 서면을 통해 탈식민주의 맥락에서의 자결권의 이행과 행사로의 전환에 주목하고, 자결권이 한 번의 행사(one-off exercise)로 소진되지 않으며, 상설적이고 계속적이며, 보편적이고 양도할 수 없는 권리라고 강조하였다.⁷⁵⁾

계속적으로 실현되어야 할 권리로서의 자결권은 ‘경제적, 사회적 및 문화적 발전의 추구’라는 표현에서도 강조된다. 두 규약 제1조 제1항은 모든 인민이 자결권에 기초하여 경제적, 사회적 및 문화적 발전을 외부 또는 국내적 간섭 없이 자유로이 추구한다고 밝히고 있다. ‘발전을 [...] 자유로이 추구’한다는 문구는 ‘경제적, 사회적 및 문화적 지위의 결정’이라고 작성되었던 인권위원회 초안과 달리 권리의 계속성을 강조한다.⁷⁶⁾ 자유권규약위원회는 국가보고서를 검토하며, 자결권은 인민에게 주어진 자유로운 선택의 계속적 보장을 요구하므로 이를 정부 체제에 반영함으로써 그들이 경제적, 사회적 및 문화적 발전을 결정할 수 있도록 해야 한다고 강조해 왔다.⁷⁷⁾ 관련하여 Antonio Cassese도 자결권이 민주적인 의사결정과정을 통해 실현될 수 있고, 기존 국가 내에서도 민주적인 절차와 제도를 통해 계속해서 보장되어야 함을 강조하였다.⁷⁸⁾ 이처럼 자결권이 계속적 실현이 요구되는 권리라는 점은 인민의 범위뿐만 아니라 권리행사의 내적 측면 논의와도 연결된다.

73) Report of the Human Rights Committee, A/37/40(1982), p.38(para.170).

74) Report of the Human Rights Committee, A/43/40(1988), p.99(para.428).

75) *Written Statement of the Kingdom of the Netherlands on Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, 27 February 2018, p.2, para.1.5. 정경수, “미완의 비식민화 잔여물의 탈식민적 청산-차고스 군도에 관한 권고적 의견을 중심으로-”, 『국제법평론』 제54호 (2019), p.132.

76) Schabas, *supra* note 11, p.27(para.38).

77) Higgins, *supra* note 21, p.120.

78) Cassese, *supra* note 13, pp.52-55.

IV. 자결권의 주체

자결권은 ‘인민’이라는 집단의 권리이다.⁷⁹⁾ 앞서 언급한 바와 같이 두 규약 제1조는 ‘모든 인민’의 자결권을 확보할 것을 규정하고 있지만, 어떠한 집단이 ‘인민’인지에 대해서는 정의를 내리지 않고 있다. 자결권의 주체에 관한 질문은 규약 성안 과정 초기부터 제기되었다. 국가들은 특히 소수민(minorities)을 자결권의 주체인 ‘인민’이라 볼 수 있는지 불분명하다고 지적하였다.⁸⁰⁾ 이에 인민을 ‘대규모의 민족 집단(national groups)’, ‘민족, 종교 혹은 언어적 소수집단’, ‘명확한 영토에 거주하고 있는 인종 단위’ 등으로 정의하자는 다양한 의견이 제시되었다.⁸¹⁾ 그러나 인민은 가장 일반적인 맥락에서 이해되어야 하므로, 한정된 정의를 내릴 필요가 없다는 견해가 우세했다.⁸²⁾

그렇다면 어떠한 집단을 ‘인민’이라 할 수 있을까? UNESCO 전문가들은 ‘인민’의 표지로 공통의 역사적 전통, 인종 혹은 민족적(ethnic)⁸³⁾ 동일성, 문화적 동질성, 언어적 통일성, 종교 혹은 사상적 친밀성(affinity), 영토적 연결성, 공동의 경제생활을 제시하였다.⁸⁴⁾ 그리고 ‘인민’을 상기한 특징의

79) 국제인권규약에 자결권에 관한 조항을 포함할 것을 결정한 결의 제545(VI)호(1952)는 자결권의 주체를 ‘모든 인민과 네이션(all peoples and nations)’이라 하였다. 이에 따라 초기에는 인민과 네이션을 병기한 초안이 논의되었다. ‘네이션’을 통해 보편적인 성격을 강조하고자 하였으나, 비자치지역 또는 신탁통치 대상 주민이 반드시 ‘네이션’인지 불분명하다는 지적이 있었다. 결국 ‘인민’이 유엔 헌장 전문의 표현과 부합하고 보다 포괄적이라는 고려에 따라 병기되었던 ‘네이션’은 제3위원회 실무반의 논의과정에서 삭제되었다.

80) UN Doc. A/2929(1952), para.3.

81) Taylor, *supra* note 71, p.47.

82) Bossuyt, *supra* note 7, pp.32-35. UN Doc. A/2929(1952), pp.42-43; UN Doc. A/3077(1955), para.63, para.72. Schabas, *supra* note 11, p.22(para.28)에서는 인권위원회가 인민이 가장 넓게 이해되기를 의도하며 의도적으로 정의를 피했다고 해석한다.

83) 이 글에서는 ethnic은 맥락에 따라 ‘종족’ 또는 ‘민족’으로 번역한다. ethnic이 민족으로 번역되는 national과 함께 사용되는 경우 종족으로 번역하였다. 그러나 단독으로 사용되거나 인종적(racial)이라는 표현과 함께 사용되는 경우 ethnic은 종족보다 범주가 넓은 것으로 이해된다는 점에서 ‘민족’으로 번역하였다.

84) Final Report and Recommendation of an International Meeting of Experts on the Further Study of the Concept of the Right of People for UNESCO, SNS-89/CONF.602/7(1990). Robert McCorquodale, “Self-Determination: A Human Rights

일부 또는 전부를 공유하는 개인으로 구성된 집단이라고 하면서, 첫째, 이러한 집단은 대규모일 필요는 없지만, 적절한 정도의 수로 국가 내의 개인의 연합 이상이어야 하고, 둘째, 집단은 전체로서 인민으로 규명되고자 하는 의지가 있거나 의식이 있어야 하며, 셋째, 해당 집단은 그들의 정체성에 대한 의지와 공통의 특징을 표현하기 위한 기관 또는 다른 수단을 창출할 수 있어야 한다고 설명하였다.⁸⁵⁾ 그러나 이러한 기준 또한 정성적인 판단이 필요하므로 자의적일 수 있으며, 판단의 주체가 없다는 지적을 받는다.⁸⁶⁾ 특히 스스로 인민으로 규명되고자 하는 의지가 있거나 의식이 있어야 한다는 두 번째 요소는 그 자체로 주관적이다.⁸⁷⁾

이처럼 인민을 정의하는 영구적이고 보편적으로 수용될 수 있는 표지를 제시하기는 어렵다.⁸⁸⁾ 자유권규약위원회의 일반논평이나 자결권에 대해 자세한 설명을 제공한 인종차별위원회의 일반권고 역시 인민의 개념적 요소를 제시하고 있지 않다.⁸⁹⁾ 또한, 구체적 사례에 대한 위원회의 견해를 찾기도 어렵다. 앞서 언급한 바와 같이 자유권규약위원회는 개인은 제1조의 피해자가 될 수 없다는 취지에서, 제1조에 대한 개인통보는 허용되지 않는다고 판단하였다. 결과적으로 개인통보절차를 통해 제1조 위반을 주장한 *Mikmaq Tribal Society v. Canada* 사건(1984)의 Mikmaq 부족⁹⁰⁾, *Ivan Kitok v. Sweden* 사건(1988)의 Sami족, *Lubicon Lake Band v. Canada* 사

Approach”, *International Comparative Law Quarterly*, Vol.43 (1994), p.866.

85) *Ibid.*

86) 이현택, “인민자결권의 현대적 의미와 그 한계”, 『국제법평론』 제60호 (2021), p.174.

87) McCorquodale, *supra* note 5, p.337.

88) Cassese는 인민을 국제법적으로 정의하려는 것은 불가능하다고 하였다. 다른 학문 분야에서도 ‘인민’, ‘네이션’, ‘종족 집단’에 대한 논란이 많다는 점을 상기할 때, 모호하고 논란이 될 수밖에 없으며, 결국 주관적인 해석을 하게 될 인민에 대한 법적 정의에 국가들이 합의할 이유가 있겠냐고 반문하였다. 또한 이러한 변화 가능한 영역에 대해 법적 정의를 제시하는 것은 잘못된 법적 도면 설계(bad legal draftsmanship)라 하였다. Cassese, *supra* note 13, pp.326-327.

89) Joseph & Castan, *supra* note 9, pp.154-155(para.7.06)

90) 제1조에 기초한 첫 번째 개인통보 사례인 *Mikmaq v. Canada* 사건(1984)의 경우 규약위원회가 통보자의 대표성을 검토한 것으로 보아, Mikmaq 부족을 집단적 권리인 자결권 침해를 주장할 수 있는 권한이 있는 ‘인민’으로 간주하였다고 보는 견해도 있다. Schabas, *supra* note 11, p.21(para.25).

건(1990)의 Lubicon Lake Band, *Diergaardt et al. v. Namibia* 사건(2000)의 Rehoboth Baster 공동체 등이 규약에 규정된 자결권의 주체인 ‘인민’에 해당하는지에 관한 판단은 이뤄지지 않았다.⁹¹⁾

다만 자유권규약위원회는 *Gillot v. France* 사건(2002)에서 인민을 구성하는 요소 중 영토적 연결성을 간접적으로 인정하였다.⁹²⁾ 이 사건에서 위원회는 제1조 자결권의 보장 여부 자체는 개인통보제도를 통해 심사할 수 있는 내용은 아니지만, 규약 제2부 및 제3부에서 보호하는 권리 위반의 결정에 관련된 경우라면 제1조를 해석할 수 있다고 보았다.⁹³⁾ 그리고 제1조의 ‘인민’의 정의에 대한 견해를 밝히지 않더라도, 이 사건에서 주민투표권을 뉴칼레도니아 지역과의 충분한 유대를 가진 사람으로 제한하는 것은 합리적이라고 판단할 수 있다고 하였다.⁹⁴⁾ 이러한 판단은 위원회가 뉴칼레도니아의 향후 지위를 결정하는 주민투표에 있어 프랑스 정부가 정한 ‘권한 있는 인민’에 대한 정의를 수용한 것으로 볼 수 있다. 따라서 자결권의 주체인 인민을 해당 영토와 장기적인 연관성을 가진 사람으로 제한함을 인정했다고 볼 수 있다. 물론 이러한 논의가 인민을 영토 범위 내 국가의 구성원 전체로만 보는 제한된 시각을 지지하는 것은 아니다.⁹⁵⁾ 유엔 헌장은 평등권

91) Taylor, *supra* note 71, p.48.

92) 이 사건의 통보자는 뉴칼레도니아에 거주하는 프랑스 시민 21명으로 통보자 중 한 명인 Marie-Hélène Gillot가 이들을 대표하였다. 이들은 1998년과 2014년 주민투표가 뉴칼레도니아의 향후 지위를 결정하는 자결권 행사의 과정임에도 불구하고, 거주기간 등의 요건을 통해 투표권을 제한한 것은 규약 제25조(투표권) 및 제26조(평등권)를 침해한다고 주장하였다. *Gillot v. France*, Communication No.932/2000(2002), paras.1-3.

93) *Ibid.*, para.13.4. 즉, 위원회는 제25조는 제1조의 맥락에서 고려해야 하며, 투표권을 제한하는 기준이 자결권 실현 과정의 틀 안에서 실시되는 투표에만 엄격하게 적용된다면 합리적이라고 간주하였다.

94) *Ibid.*, para.13.16.

95) 대표적으로 Rosalyn Higgins는 자결권이 “국가 내의 인민들 전체(the peoples of a State in their entirety)”에 적용된다고 하며, 소수민은 인민이 아니라고 하였다. Rosalyn Higgins, “Postmodern Tribalism and the Right to Secession, Comments”, Catherine Brolmann et. al., eds, *Peoples and Minorities in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), p.32. Rosalyn Higgins, “Minorities, Secession and Self-Determination”, JUSTICE Bull (1992), p.3. (“all those inhabitants-as one group-within a State’s boundaries.”) Problems and Process에서도 자결권의 주체인

및 인민자결 원칙에서의 인민을 유엔 회원국의 국민과 식민지, 위임통치지역 또는 신탁통치지역 주민으로 상정하였다.⁹⁶⁾ 그러나 인권규약에 규정된 자결권의 주체로서의 인민은 국가의 구성원 전체로 한정되지 않는다. 또한 이러한 ‘인민’에 있어 국가 내의 헌법적 인정을 요구하지도 않는다.⁹⁷⁾

탈식민지 맥락에서 ‘인민’을 보다 구체화하면, 기존 국가의 ‘인민으로서의 전체 국민’과 기존 국가 내의 종족 등 앞서 언급한 여러 표지에 따라 집단성을 인정받은 ‘인민’이 있을 수 있다.⁹⁸⁾ 원칙적으로 자결권은 독립된 다민족국가뿐 아니라 제27조에 따라 소수민으로 보호받지 못하는 ‘인민’에게도 적용된다.⁹⁹⁾ 반면, 기존 국가 내의 소수민이 그 자체로서 ‘인민’이 되는 것은 아니다. 자결권의 주체인 인민은 소수민과 구별된다. 규약 성안 과정에서도 소수민의 권리는 별도의 조항을 통해 확보되어야 한다는 주장에 따라, 1950년 인권위원회에서 소수민을 자결권의 맥락에서 보호하고자 한 소련의 제안은 수용되지 않았다.¹⁰⁰⁾ 1951년과 1952년 진행된 인권위원회에서의 논의 역시 인민에는 소수민을 포함하지 않는다는 것으로 이해되었다.¹⁰¹⁾ 이후의 해석 또한 마찬가지이다. 1981년 인권소위원회 차별 예방 및 소수민 보

인민은 “영토의 모든 사람(all the peoples of a given territory)”으로 이해해야 한다고 주장하였다. Higgins, *supra* note 21, p.124. 이현택, *supra* note 86, p.175.

96) 이성덕, “국제법상 자결권의 개념과 그 형성과정”, 『국제법학회논총』 제48권 제1호 (2003), p.236. 이현택, *supra* note 86, p.175.

97) Cassese는 1981년 글에서 자결권의 주체인 인민을 “헌법적으로 다민족국가의 구성요소로 인정된 민족적 또는 인종적 집단”이라고 정의였다. 이에 따라 식민지 혹은 외국의 지배를 받는 지역 외에서는 구소련, 구유고슬라비아, 인도와 같이 다민족국가가 적정 규모의 민족을 헌법적으로 인정한 경우에만 자결의 주체가 된다는 제한적 정의를 내렸다. Antonio Cassese, “The Self-Determination of Peoples”, L. Henkin ed., *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (Columbia University Press, 1981), p.96. Cassese의 이러한 논의는 이후 많은 비판을 받았다. 예를 들어, Alexander C. Kiss, “The Right to Self-Determination”, *Human Rights Law Journal*. Vol.7 (1986), p.173. Schabas, *supra* note 11, p.23(para.29). Taylor, *supra* note 71, p.47

98) Raič, *supra* note 69, p.272.

99) Schabas, *supra* note 11, p.24(para.31).

100) *Ibid.*, p.23(para.28).

101) Cassese는 따라서 소수민은 규약 제1조의 자결권의 주체인 인민에 해당하지 않는다고 보았다. Cassese, *supra* note 13, pp.61-62.

호에 관한 특별보고자 Aureliu Cristescu는 ‘인민’을 분명한 정체성과 고유
의 특성을 갖는 사회적 실체로 정의하며, 이 개념이 영토와는 관련성이 있
지만, 제27조 맥락에서의 소수민과는 구별되어야 한다고 강조하였다.¹⁰²⁾ 제
27조 소수민의 권리에 대한 일반논평 제23호(1994)에서도 자유권규약이 제1
조 자결권과 제27조가 보호하는 소수민의 권리를 구별하고 있다고 하였
다.¹⁰³⁾ 그러나 여전히 ‘인민’의 정의가 확정되지 않는 한 구체적으로 어떠한
집단이 ‘인민’에 해당하는지는 논란이 있을 수밖에 없다. 이는 특히 탈식민
주의 맥락에서 기존 국가 내의 특정 집단이 자결권을 주장할 때 더욱 논란
이 될 것이다.

자결권의 주체인 인민이 누구인지는 단순히 정의의 문제에서 끝나는
것이 아니라, 자결권의 적용 범위의 한계를 긋는 작업과 밀접히 관계된다.
인민의 범위는 인민의 상황적 맥락과 관련된다. 식민지 지배하의 인민이나
유사하게 외국 또는 외세에 종속 및 예속된 인민은 두 규약 제1조 제3항의
문언을 통해서 확인되는 대표적인 자결권 주체이다. 제1조 제3항은 “비자치
지역 및 신탁통치의 행정적 책임을 맡은 국가를 포함한” 모든 당사국이 자
결권의 실현을 촉진해야 한다고 규정하고 있다. 규약 성안 과정에서 국가들
은 자결권의 적용 범위를 피식민지 지역의 인민뿐만 아니라 외국의 혹은 외
세의 지배를 받는 인민을 포함하였다.¹⁰⁴⁾ 1981년 「인간과 인민의 권리에
관한 아프리카 헌장」 제20조 제2항도 “식민상태에 있거나 억압받고 있는
인민은 국제사회에 의하여 인정된 어떠한 수단에 호소하여서라도 지배의
속박으로부터 스스로를 해방시킬 권리”가 있음을 강조하고 있다. 그러나 자
결권의 주체인 인민은 ‘식민 지배를 받는 인민’ 또는 ‘압제 하의 인민’으로
한정되지 않는다.¹⁰⁵⁾

인권규약 준비문서에 따르면 제1조 자결권의 주체인 인민은 식민주의
나 외국의 예속, 지배 및 착취 하의 인민뿐만 아니라 주권국에 사는 ‘모든

102) UN Doc. E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1(1981), p.41(para.279).

103) HRC General Comment, No.23(1994), para.2, para.3.1.

104) Summers, *supra* note 22, p.307.

105) Raič, *supra* note 69, p.228.

인민’을 의미한다.¹⁰⁶⁾ 즉, 독립 여부나 자치 여부를 불문하고 모든 국가 및 영토에 있는 인민들을 의미하며, 여기에는 ‘자국 인민’이 포함된다. 자유권규약위원회는 일반논평(1984)을 통해 당사국의 특별한 의무가 “자국 인민뿐 아니라 자결권의 행사가 불가능하거나 행사의 가능성을 박탈당한 모든 인민”에 대해 있다고 확인하였다.¹⁰⁷⁾ 또한 위원회는 제1조 자결권의 이행에 관한 국가보고서에 전통적인 식민지 상황이 아니라 하더라도 당사국 내 주민의 자결권을 존중할 의무를 어떻게 이행하는지를 묻는다.¹⁰⁸⁾ 따라서 제1조의 해석에 있어 기존 국가 내의 인민의 자결권을 부정하는 해석은 수용되지 않는다. 예를 들어, 인도는 두 규약에 가입하면서 자결권을 규정한 제1조에 대해 ‘외국의 점령 아래 있는 인민들’만 해당하며, ‘독립된 주권국가’ 또는 ‘인민의 일부 또는 국민의 일부’는 해당하지 않는다고 선언하였다.¹⁰⁹⁾ 이에 대해 프랑스, 독일, 네덜란드 및 파키스탄은 자결권이 모든 인민에게 적용된다고 강조하며 인도의 해석선언에 대해 반대하였다.¹¹⁰⁾ 이러한 해석은 규약위원회의 논의에서도 찾아볼 수 있다. 규약위원회는 아제르바이잔의 규약이행에 대한 최종견해에서 아제르바이잔이 제출한 최초보고서상 자결의 원칙에 관한 입장을 지적하며¹¹¹⁾, 규약 제1조에 따라 자결의 원칙이 식민 지배 또는 외국의 예속, 지배 및 착취 하의 인민뿐 아니라 모든 인민에게 적용됨을 상기하였다.¹¹²⁾ 학자들 역시 자결권이 식민지 맥락을 넘어서도 적용되며, 따라서 자결권의 주체인 인민이 식민 지배 또는 외국의 통치 아래 있는 경우로 한정되지 않는다고 본다.¹¹³⁾

106) Schabas, *supra* note 11, p.22(para.28).

107) HRC General Comment No.12(1984), para.6.

108) Raič, *supra* note 69, p.230.

109) Schabas, *supra* note 11, p.29(para.44).

110) Cassese, *supra* note 13, pp.60-61.

111) 아제르바이잔은 규약 최초 이행보고서에서 자결의 원칙은 식민지에만 적용되어야 한다고 주장하며, 국가 내의 지역적 집단을 위해 사용될 수 없으며, 그렇지 않다면 주권과 국경선 불가침의 원칙이 위반된다는 견해를 밝혔다. UN Doc. CCPR/C/81/Add.2(1994), para.4.

112) UN Doc. CCPR/C/79/Add.38(1994), para.6.

113) Cassese는 자결권의 주체인 인민을 1) 독립주권국에 사는 인구 전체; 2) 독립을 아직 쟁취하지 못한 지역의 인구 전체; 3) 외국의 군사적 정복 아래 사는 인구라고 구분하

V. 자결권의 내용

1. 자유로운 선택

자결의 핵심은 ‘자유로운 선택’이다.¹¹⁴⁾ 따라서 자결권은 인민의 ‘자유로운 선택’에 대한 권리이다.¹¹⁵⁾ 그렇다면 무엇에 대한 자유로운 선택인가? 두 규약 제1조 제1항의 내용은 ‘정치적 지위의 자유로운 결정’과 ‘경제적·사회적·문화적 발전의 자유로운 추구’로 구분된다. 그러나 ‘정치적 지위’와 ‘경제적·사회적·문화적 발전’이 각각 무엇을 의미하는지는 구체화되지 않았다. 특히 ‘경제적·사회적·문화적 발전’에 대해서는 규약 성안 과정이나 이후의 규약위원회에서의 관련된 논의를 찾기도 힘들다.¹¹⁶⁾

자결권의 내용을 더욱 명확히 해야 한다는 논의는 일찍이 규약 성안 과정에서 있었다. 당시 인권위원회는 자결권을 “모든 인민 및 네이션이 정치적, 경제적, 사회적 및 문화적 지위를 자유로이 결정한다”라고 정의하였다.¹¹⁷⁾ 이에 따라 자결권은 외부의 간섭 없이 정치조직을 자유로이 설립하고, 경제자원을 자유로이 개발하며, 사회적 및 문화적 발전을 자유로이 이끌어가는 매우 포괄적인 개념으로 이해되었다.¹¹⁸⁾ 그러나 이러한 광의의 정의는 자명하거나 충분하지 않으며, ‘지위’의 의미가 무엇인지도 불분명하다는 비판 또한 받았다.¹¹⁹⁾ 이에 따라 ‘독립 국가의 건설’, ‘정부 형태의 선택’, ‘다

며, 자결권의 존재는 지역의 국제적인 정치적 지위에 따라 결정되지 않는다고 하였다. Cassese, *supra* note 13, p.59.

114) ICJ는 서사하라 권고적 의견에서 자결의 원칙을 “자유로이 진정하게 표현된 인민의 의지”(a free and genuine expression of the will of the peoples), “자유롭게 표현된 인민의 의지를 반영할 필요”(the need to pay regard to the freely expressed will of peoples)라고 설명하였다. *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p.12, paras 55, 59.

115) Higgins, *supra* note 21, p.119.

116) Ben Saul *et. al.*, *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials* (Oxford University Press, 2016), p.60.

117) UN Doc. A/2929(1952), para.11. Bossuyt, *supra* note 7, p.33. Taylor, *supra* note 71, pp.48-49.

118) UN Doc. A/2929(1952), para.12.

른 인민 혹은 국민으로부터의 분리 또는 연합'과 같은 자결권의 내용 또는 실체(substance)를 구체적인 방식으로 명시하자는 제안이 있었다.¹²⁰⁾ 그러나 대다수 국가는 불완전한 열거보다는 추상적인 문구로 남기는 것을 선호하였다.¹²¹⁾ 결국 제1조는 자결권의 내용을 구체적으로 명시하지 않았다.

제1조에 대한 규약위원회의 일반논평 제12호(1984)는 제1조의 내용을 반복하는 것을 넘어 자결권의 명확한 의미를 제시하고 있지 않다. 다만 위원회는 일반논평을 통해 규약의 다른 규정 및 다른 국제법 규칙과의 관계를 강조하고, 1970년 우호관계선언을 포함해 자결권을 명시한 여러 국제법 문서를 언급함으로써, 규약 제1조에 규정된 자결권이 다른 문서에서 언급하고 있는 자결권과 동일한 의미임을 간접적으로 시사하였다.¹²²⁾ 1970년 우호관계선언은 자결권의 구현 방식으로 “인민의 자유로운 결정에 의한 독립주권국의 성립, 다른 독립국과 자유로운 연합이나 통합 또는 기타 정치적 지위로의 출현”을 열거하였다.¹²³⁾ 여기서 기타 정치적 지위로의 출현은 국경선의 변동을 반드시 수반하지 않는 경우도 포함될 수 있다. 동 선언은 나아가 “인종이나 신념 혹은 피부색에 대한 구별 없이 해당 영역 내 모든 인민을 대표하고 있는 정부”가 있다면 자결권이 실현되고 있다는 점을 확인함으로써, 자결권이 국가 내의 인민이 정치적 지위를 선택하고, 정치적 참여의 정도와 정부의 형태를 선택하는 등 내적 측면이 있음을 밝히고 있다.¹²⁴⁾

탈식민화 과정에서는 독립이라는 비교적 분명한 자결권 행사의 내용과 목적이 있었다.¹²⁵⁾ 예컨대, 1960년 식민지 및 식민지 인민의 독립 부여에 관한 유엔 총회 결의 제1514호는 ‘인민의 의지의 자유롭고 진정한 표현이 행

119) UN Doc. A/2929(1952), para.13.

120) UN Doc. A/2929(1952), para.15.

121) Taylor, *supra* note 71, p.49.

122) Joseph & Castan, *supra* note 9, p.154(para.7.05). HRC General Comment No.12 (1984), para.7.

123) UN Doc. A/RES/2625(XXV)(1970).

124) McCorquodale, *supra* note 84, p.864.

125) 이현택, *supra* note 86, p.179. Higgins는 식민지 맥락에서도 자결권은 단순히 독립만을 의미했던 것은 아니었으며, 여기에서 자유로운 선택지는 ‘독립국’ 또는 ‘기타 탈식민주의 지위’에 중점을 두고 있었다고 설명한다. Higgins, *supra* note 28, p.120.

사되는 주관적인 절차보다는 ‘독립 국가’와 같은 객관적인 결과를 강조하였다.¹²⁶⁾ 국제사법재판소(ICJ)는 2010년 일방적 독립선언의 국제법상 합치성에 대한 권고적 의견에서 20세기 중반까지 자결에 관한 국제법은 비자치지역 및 외세의 종속, 지배 및 착취 아래 인민의 독립할 권리를 창출하는 방향으로 발전해 왔음을 상기하였다.¹²⁷⁾ 그러나 탈식민주의 맥락에서의 자결권의 행사는 반드시 독립을 의미하지 않는다. 탈식민주의 맥락에서 자결권 구현 방식의 선택지는 보다 다양할 것이다. 예컨대, 스위스의 칸톤 체제와 같이 국가의 특정 지역이 정책과 법률 제정에 대한 자율적 권한을 갖는 형태도 있을 수 있으며, 덴마크와 그린란드의 경우처럼 교육, 사회, 문화와 같은 특정한 정책에 대해 배타적 통치 권한을 부여할 수도 있다.¹²⁸⁾ 따라서 오늘날 자결권은 ‘자유로운 선택’이라는 ‘과정’에 집중하여 설명되고 해석된다. 두 규약 역시 자결권의 정의에 있어 ‘자유로운 결정과 추구’라는 구체적인 과정을 강조하고 있다. 과정으로서의 자결권의 핵심은 인민이 어떠한 정치적 지위를 얻는지 보다는 인민이 어떻게 정치적 지위를 결정하는가에 있다.¹²⁹⁾

그렇다면 인민의 자유로운 선택이라는 과정만 충족되면 그 결과는 항상 실현되는가? 자결권의 행사는 유엔 헌장의 목적과 원칙에 부합해야 한다. 인권규약 제1조는 유엔 헌장의 목적과 원칙에 따라 모든 인민이 자결권을 가진다는 점을 확인하고 있다.¹³⁰⁾ 또한 모든 권리의 행사가 무제한적이지 않듯 인권으로서의 자결권도 국제평화와 안전의 유지라는 국제사회의 일반적 이익을 보호하기 위해 제한될 수 있다.¹³¹⁾ 따라서 자결권의 행사는

126) Drew, *supra* note 2, pp.658-659.

127) *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*, p.403, p.436, para.79.

128) McCorquodale, *supra* note 84, p.864.

129) Klabbers는 오늘날 자결권은 절차적 규범이라고 주장하였다. Klabbers, *supra* note 12, p.186. 이처럼 자결권을 절차적 규범이라 보고 과정에 집중한다면, 자유로운 주민투표를 통한 정치적 지위에 대한 자기결정의 행사를 통해 자결권이 실현되었다고 볼 수 있다. 반면, 실현되는 결과에 집중하게 된다면 단순히 자기결정의 행사가 아닌 자유롭게 결정한 ‘정치적 지위’를 획득해야 할 것이다.

130) HRC General Comment No.12(1984), para.1.

131) McCorquodale, *supra* note 84, p.879.

국가의 영토적 완전성(territorial integrity)의 원칙과 *uti possidetis* 법리와
의 관계를 고려해야 한다.¹³²⁾

1970년 우호관계선언은 자결권 실현의 촉진 및 존중에 대한 국가들의
의무를 선언하며, 동시에 이러한 선언이 “인종이나 신념 혹은 피부색에 대
한 구별 없이 해당 영역 내 모든 인민을 대표하고 있는 정부를 가지고 있고,
평등권 및 인민의 자결권 원칙을 준수하고 있는 독립주권 국가의 영토적 완
전성이나 정치적 통일성을 부분적으로 또는 전체적으로 분열시키거나 손상
하는 행위를 승인한다거나 고무하는 것으로 해석되어서는 안 된다”라는 점
을 명확히 밝히고 있다. 1993년 비엔나 세계인권회의에서 채택된 비엔나 인
권선언 및 행동계획도 자결권의 실현방식의 한계에 관한 중요한 문구를 담
고 있다.¹³³⁾ 이 선언은 자결권의 실효적인 실현의 중요성을 강조하며 동시
에 “이러한 자결권은, 평등권과 인민자결의 원칙에 따라 행동하고 그 결과
영토에 속한 모든 인민을 구별 없이 대표하는 정부가 있는 주권 독립 국가
의 영토적 완전성이나 정치적 통일성을 총체적 또는 부분적으로 훼손하거
나 손상할 수 있는 행동을 정당화 또는 조장하는 것으로 해석되어서는 안
된다”라고 하였다.¹³⁴⁾ 이러한 논의를 반영하여 인종차별철폐위원회의 자결
권에 관한 일반권고 제21호(1996)는 위원회의 행동이 “영토 내의 모든 사람
을 대표하는 정부를 가진 독립 국가와 주권의 영토적 완전성이나 정치적 통
일성을 완전히 또는 부분적으로 와해시키거나 손상시키는 행위를 허가하거
나 장려하는 것으로 오해되어서는 안 된다”라고 하였다.¹³⁵⁾

자결권 행사에 있어 영토적 완전성에 대한 강조는 자결권이 바로 분
리독립을 의미하는 것은 아님을 보여준다.¹³⁶⁾ 이러한 맥락에서 인종차별
철폐위원회도 국제법이 하나의 국가에서 분리된다고 일방적으로 선언하는
인민의 일반적 권리를 인정하지는 않는다고 확인하였다.¹³⁷⁾ 그러나 상기

132) *Ibid.* Park, *supra* note 46, p.698.

133) Schabas, *supra* note 11, p.16(para.14).

134) Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF.157/23(1993).

135) CERD General Recommendation No.21(1996), para.6.

136) Park, *supra* note 46, p.708.

137) CERD General Recommendation No.21(1996), para.6.

표현에서도 살펴볼 수 있듯이 ‘영토적 완전성’에 의한 자결권 제한 또한 모든 경우에 적용되는 것은 아니며, ‘모든 인민을 구별 없이 대표하는 정부가 있는 국가’의 경우에만 해당한다.¹³⁸⁾ 즉, 모든 인민을 대표하지 않고 영토 내 인민을 억압하는 정부는 영토적 완전성을 근거로 자결권 행사를 막을 수 없다.¹³⁹⁾

2. 내적 측면과 외적 측면

자결권은 일반적으로 외적 자결권과 내적 자결권으로 구분되어 설명된다. 그러나 이러한 구분이 항상 명확한 것은 아니며, 자결권 주체인 인민의 상황적 맥락(식민주의 또는 탈식민주의)과 결부되어 설명되기도 하고, 자결권 행사의 대상(외국 세력 또는 주권국 정부) 또는 구체적인 실현 방식(분리독립 또는 자치정부)과 연계되어 논의되기도 한다. 최종 성안된 인권규약 제1조는 자결권의 내적 또는 외적 측면의 구별 없이 자결권을 ‘정치적 지위의 자유로운 결정’과 ‘경제적, 사회적 및 문화적 발전의 자유로운 추구’라고만 규정함으로써, 자결권이 행사되는 과정에 방점을 두고 있다. 이는 식민 지배 또는 비자치지역 인민의 독립을 중심으로 했던 자결권의 논의를 확장시키는 역할을 했으며, 지속적인 행사가 가능한 권리로서 인민과 그들이 속한 국가 및 정부와의 관계에서도 대내적으로 작동된다는 점을 강조하고 있다.¹⁴⁰⁾

규약 성안 과정에서 자결권의 외적 측면과 내적 측면의 구분은 자결권의 다양한 측면을 고려하는 단계에서 언급되었다. 1952년 제3위원회의 논의에서 시리아 대표는 자결권의 국내적 요소와 국제적 요소를 구별하여 다음과 같이 설명하였다: “자결권의 원칙은 해당 권리가 국내적인 관점에서 보는지, 국제적인 관점에서 보는지에 따라 두 개의 측면을 가지고 있다. 국내적인

138) McCorquodale, *supra* note 84, pp.879-880.

139) *Ibid.*, p.880.

140) *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*, p.403. Separate Opinion Judge Yusuf, para.8.

관점에서 자결권은 자치정부의 형태를 취하며, 인민이 대표기관을 선출하고 정부의 형태를 자유로이 선택함을 의미한다. 국제적인 관점에서 자결권은 독립을 의미한다.”¹⁴¹⁾ 반면, 네덜란드는 자결을 권리가 아닌 원칙으로 전제했지만, 국내적 차원의 자결과 대외적 차원의 자결을 구별해야 한다고 하며, 국내적 차원의 자결권은 이미 국가를 구성한 상태에서 정부의 형태를 선택하고, 추구하는 정책을 결정할 국민의 권리이고, 대외적 차원은 스스로 ‘네이션(nation)’이라고 여기는 ‘집단(group)’이 국가를 구성할 권리라고 보았다.¹⁴²⁾

규약 성안 과정에서의 논의에 따르면 내적 자결권은 국가를 이미 구성하고 있는 상황에서 인민들이 정부의 형태를 자유롭게 선택하고 정책을 결정할 권리를 의미한다.¹⁴³⁾ 국가들은 내적 자결권을 ‘기존 국가 내의 인민이 그들 고유의 헌법 및 정부에 대한 통제를 주장하는 권리’, 보다 간단히는 인민이 자유롭게 그들의 정치적 및 경제적 체제를 선택하는 권리라는 의미에서 ‘민주주의에 대한 권리’ 또는 ‘진정한 자치정부에 대한 권리’라고 하였다.¹⁴⁴⁾ 내적 자결권은 자유권규약에 명시된 권리 중 제25조 투표권 및 공무담임권뿐만 아니라 제19조 표현의 자유, 제20조 평화로운 집회에 대한 권리, 제22조 결사의 자유의 총체적 표현이라고도 설명될 수 있다.¹⁴⁵⁾ 인종차별철폐위원회는 일반권고 제21호(1996)에서 자결권의 대내적 측면을 다음과 같이 설명하였다: “인민의 자결권은 모든 인민이 외부의 간섭 없이 자유로이 자신의 경제, 사회, 문화적 발전을 추구할 권리라는 내적인 측면이 있다. 이러한 점에서 이는 [...] 모든 시민이 모든 단계의 공공업무 수행에 참여할 수 있는 권리와 연결된다. 따라서 정부는 인종, 피부색, 혈통 또는 민족 혹은 종족적 출신에 관한 구별 없이 모든 주민을 대표해야 한다.”¹⁴⁶⁾ 국가들은 내

141) UN Doc. A/C.3/SR.397(1951), para.5.

142) UN Doc. A/C.3/SR.447(1952), para.4. 실제 네덜란드는 자결권의 복합적인 성격과 법적 권리로서의 부적합함을 강조하기 위해 자결권의 대내적 측면과 대외적 측면의 구분을 강조하였다. Summers, *supra* note 22, pp.341-342.

143) Taylor, *supra* note 71, p.42.

144) *Ibid.*

145) Cassese, *supra* note 13, p.53.

적 자결권을 주로 정부의 형태, 중앙정부와 지방정부 간의 권력 배분, 민족 집단 간의 관계와 같은 주권국가 내의 자치정부의 내적 측면에 적용되는 것으로 이해한다.¹⁴⁷⁾ 즉, 인민이 그들의 입법자와 정치지도자를 국내 당국으로부터의 어떠한 조작이나 부당한 영향 없이 자유롭게 선택할 수 있고, 국가의 정치적, 경제적, 사회적 및 문화적 정책을 자유롭게 결정할 수 있는 권한이 있다는 것이다.¹⁴⁸⁾ 결국 자결권의 내적 측면은 민주적 절차 및 제도와 밀접하게 연결되어 있다.¹⁴⁹⁾

외적 자결권은 인민이 그들의 정치적 지위뿐만 아니라 사회경제적 발전을 외부의 간섭 없이 결정한다는 것을 의미한다.¹⁵⁰⁾ 여기서 ‘외부’는 국제적 세력일 수도 있지만 같은 국가 내의 다른 ‘인민’일 수도 있다. 따라서 외적 자결권은 군사점령이나 식민 지배 및 유사한 형태의 신식민주의 또는 제국주의적 착취와 같은 외세의 다양한 형태의 통제로 인해 침해될 수 있으며, 주권국 중앙정부의 분리독립권에 대한 거부에 의해서도 침해될 수 있다.¹⁵¹⁾ 가장 고전적인 형태의 외적 자결권 행사는 독립선언, 다양한 인민의 연방 또는 연합국가로의 통합, 분열, 영토 일부의 분리독립과 별개 국가의 성립, 다른 연합국가와의 합병 등이다. 이러한 과정에서 인민은 그들의 의지를 자유로이 표현할 수 있어야 하며, 인민의 의지는 자유로운 결정이 보장된 여건 속에서 이뤄진 주민투표를 통해 확인될 수 있다.¹⁵²⁾ 인종차별철폐 위원회는 일반권고 제21호(1996)에서 외적 자결권이 “모든 인민이 평등권

146) CERD General Recommendation No.21(1996), para.4.

147) Summers, *supra* note 22, p.343.

148) Cassese, *supra* note 13, pp.52-53.

149) Cassese는 주권국가 내의 인민의 내적 자결권에 대해 ‘독재정권(authoritarian regime)으로부터 자유로운 권리’를 의미한다고 보았다. 이러한 견해는 자결권을 인권규약에 포함하는 것이 불가피하다는 점을 인정한 이후 자결권의 의미를 제한하고자 한 미국, 영국, 그리스, 뉴질랜드, 덴마크 등 서구 국가들을 중심으로 주장되었지만, 역설적으로 인도, 시리아, 파키스탄, 레바논, 이집트 등의 발언에서도 민주주의적 인 절차를 통한 자치정부 형성에 대한 인민의 권리로 이해하고 있음을 확인할 수 있다고 강조하였다. Cassese, *supra* note 13, pp.59-60.

150) Schabas, *supra* note 11, p.24(para.32).

151) *Ibid.*

152) *Ibid.*, p.25(para.32).

원칙에 기초한 국제공동체에서의 그들의 정치적 지위와 위치를 자유롭게 결정하는 것을 의미하며, 인민을 식민주의로부터 해방시키고 인민을 외부의 종속, 지배 및 착취 아래 두는 것의 금지를 예로 들 수 있다”라고 설명하였다.¹⁵³⁾ 국가들은 외적 자결권을 분리독립 또는 국가 경계선의 변경을 포함하는 것으로 이해하기도 한다.¹⁵⁴⁾ 그러나 실제 비자치지역이나 외국의 종속, 지배 및 착취 아래 있는 인민의 맥락 외에서도 자결권을 기초로 기존 국가에서 분리독립을 할 수 있는지에 대한 국가들의 이해는 상이하다.¹⁵⁵⁾ 특히 기존 국가 내에서라도 압제의 상황에서는 분리독립이 인정되어야 한다는 구체적 분리독립(remedial secession)은 구체적 사례를 통해 논의되고 있으며, 오늘날 자결권을 둘러싼 주요 쟁점이 되고 있다.¹⁵⁶⁾

3. 천연의 부와 자원에 대한 자유로운 처분

자결권의 내용은 정치적 영역에 국한되지 않는다. 이는 자결권이 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약뿐만 아니라 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제1조에 규정되어 있다는 점에서도 알 수 있다. 자결권의 사회경제적 측면과 정치적 측면은 불가분하게 엮여 있으며 완전한 경제적 자결권의 향유는 정치적 자결권에 달려 있다.¹⁵⁷⁾ 경제적 측면의 자결권은 주로 천연자원에 대한 처분의 권리 형태로 나타난다. 이에 따라 자결권에 관한 두 규약 제1조 제2항은 모든 인민이 그들 자신의 목적을 위하여 천연의 부와 자원을 자유로이 처분할 수 있는 권리가 있음을 확인하고 있다.

153) CERD General Recommendation No.21(1996), para.4.

154) Summers, *supra* note 22, p.343.

155) Schabas, *supra* note 11, p.25(para.34). *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J Reports 2010*, p.403, p.438, para.82.

156) 관련 논의는, 김석현, “대외적 자결권에 관한 국제법 상황” - 피암박 소수자 집단의 일방적 분리독립권을 중심으로 -, 『국제법평론』 제46호 (2017), pp.1-53.

157) Saul et. al., *supra* note 116, p.14.

제2항의 규약 성안 과정을 살펴보면, 1952년 칠레의 제안에 기초한 인권위원회의 초안은 ‘천연의 부 및 자원에 대한 영구적인 주권(permanent sovereignty)’을 보장함으로써, 인민이 어떠한 상황에서도 생존 수단을 빼앗기지 않을 수 있게 되어 있었다.¹⁵⁸⁾ 그러나 이 초안은 적절한 보상 없는 외국 재산의 국유화를 허용하게 될 것을 우려한 서구 산업 국가들의 강한 반대에 부딪혔고, 이후 여러 차례 수정을 거치게 되면서 오히려 법적 의미가 불분명해졌다.¹⁵⁹⁾ “어떠한 경우도 인민은 그들의 생존 수단을 박탈당해서는 안 된다”라는 부분이 별도의 문구로 남았지만, 경제적 자결권의 의미는 여러 측면에서 축소 및 완화되었다.

먼저, 인민의 ‘영구적 주권’이 아닌 ‘자유로이 처분할 수 있는 권리’로 규정되었으며, 천연의 부와 자원에 대한 처분은 ‘인민의 목적을 위한 것’이어야 한다는 조건이 붙었다.¹⁶⁰⁾ 즉, 인민의 목적을 위한 것이 아니라면 처분권 행사의 범위가 제한된다. 그리고 이러한 처분의 권리는 호혜의 원칙에 입각한 국제경제협력으로 발생하는 의무나 국제법상 의무를 저해하지 않는다. 이는 국제경제협력에 관한 조약상의 의무나 해외투자 보호와 관련된 여러 관습법상 의무로 인민의 천연의 부와 자원의 처분권을 제한한다고 하더라도 그것이 동 규약의 위반은 아니라는 의미이다. 다만, 국제경제협력에 대해서는 ‘호혜의 원칙에 입각’하여 체결된 조약이라는 제한이 붙는다. 이는 경제협력에 관한 조약은 상호 이익이 되는 경우에만 구속력이 있다는 의미이다. 만일 해당 조약이 당사자 한 측에만 이익이 되는 경우, 이는 천연자원에 대한 자유로운 처분의 권리에 기초해 다른 일방이 일방적으로 폐지할 수 있

158) Schabas, *supra* note 11, p.27(para.40). 1952년 칠레는 자결권이 천연자원에 대한 통제의 권리를 포함해야 한다고 주장하였다. 이러한 제안은 사회주의 국가들과 제3세계 국가들의 지지를 받았다. Cassese, *supra* note 13, p.49. 찬성 10, 반대 6, 기권 2로 채택된 1952년 채택된 인권위원회 초안의 원문은 다음과 같다. “The right of peoples to self-determination shall also include permanent sovereignty over their natural wealth and resources. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence on the grounds of any rights that may be claimed by other States.” UN Doc. E/2256 and A/2929(1952), Article 1, §3[§2]. 제2항은 본래 제3항의 위치에 있었다.

159) Schabas, *supra* note 11, p.27(para.39).

160) *Ibid.*, p.27(para.40).

다는 것이다.¹⁶¹⁾ 그러나 동시에 외국 자산을 수용할 때 적절한 보상을 해야 한다는 국제법 일반 규칙이 지켜져야 하며, 이는 생존 수단을 빼앗길 경우에만 적용되는 것이 아니다.¹⁶²⁾

인민의 천연의 부와 자원에 대한 자유로운 처분권은 다른 국가나 외국 기업에 대해서만이 아니라 주권국 정부 또는 비자치지역이나 신탁통치지역의 행정책임을 맡은 국가를 상대로도 주장할 수 있다. 따라서 이들은 천연의 부와 자원을 인민의 이익에 부합하지 않게 처분할 수 없으며, 적절한 보상을 해야만 한다.¹⁶³⁾ 인권위원회 초안은 “다른 국가가 주장하는 어떠한 권리”를 포함하여 대외적 측면만을 상정하고 있었던 것으로 보인다. 그러나 최종 채택된 문장은 해당 부분을 삭제함으로써, 경제적 자결권도 대내적 행사가 가능하다는 의미를 내포하고 있다. 따라서 정부가 인민의 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 조직적으로 심각하게 침해한다면 시민적 및 정치적 권리와 마찬가지로 자결권의 침해를 구성한다.¹⁶⁴⁾

제2항에 관한 자유권규약위원회의 관련 논의는 많지 않다.¹⁶⁵⁾ *Lubicon Lake Band v. Canada* 사건(1990)에서, 위원회는 크리족(Cree Indian Band)의 대내적 경제적 자결권을 이들 구성원의 문화를 향유할 권리로 바꿔서 다뤘으며, 이에 따라 캐나다가 규약 제27조를 위반했다고 판단하였다.¹⁶⁶⁾ 제2항을 기초로 한 *E.P. v. Colombia* 사건(1990)에서는 국내적 구제 절차가 완료되지 않았다는 절차적 흠결로 인해 다루지지 않았다.¹⁶⁷⁾ 다만, 개별국가에 대한 최종견해에서 선주민의 토지에 대한 권리를 인정하는 맥락에서 언

161) *Ibid.*, p.28(para.41).

162) *Ibid.* 다만 외국인의 투자에 대한 보호와 관련된 관습국제법의 준수 역시 제2항의 해석에 있어서 고려해야 할 규약 제47조에 따라 완화될 수 있다. 1966년 제3세계 국가들의 주도로 삽입된 규약 제47조는 “규약의 어떤 규정도 모든 인민이 그들의 천연적 부와 자원을 충분히 자유로이 향유하고 온전히 이용할 수 있는 고유의 권리를 침해하는 것으로 해석되지 아니한다”고 하였다.

163) *Ibid.*, p.28(para.42).

164) *Ibid.*

165) *Ibid.*, p.28(para.43).

166) *Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No.167/1984(1990), para.33.

167) *E.P. v. Colombia*, Communication No.318/1988(1990), para.8.3.

급된 내용을 일부 참조할 수 있다.¹⁶⁸⁾ 1999년 캐나다에 대한 최종견해에서 규약위원회는 선주민의 토지에 대한 권리에 손해가 되거나 제한하는 것은 규약 제1조 제2항의 위반이 될 수 있다고 확인하였다.¹⁶⁹⁾

VI. 자결권의 실현 촉진과 존중 의무

1. 당사국의 의무

두 규약 제1조 제3항은 모든 당사국에 대해 자결권의 실현을 촉진하고 이의 행사를 존중할 의무를 부과하고 있다. 이러한 의무는 비자치지역 및 신탁통치지역의 행정책임을 맡은 국가들뿐만 아니라 당사국 모두에게 주어지며, 관할권 내에 있는 인민뿐 아니라 자결권 행사를 위해 투쟁하고 있는 다른 인민에 대한 의무를 포함한다.¹⁷⁰⁾ 한편, 제3항은 ‘확보’ 또는 ‘보호’가 아닌 ‘촉진’과 ‘존중’을 당사국의 의무로 정하고 있다. 이러한 표현은 국제인권규약에 자결권에 관한 조항을 포함할 것을 결정한 결의 제 545(VI)호(1952)를 따르고 있는데, 이는 당시 이 결의가 탈식민화 과정을 염두에 두고 작성되었음을 보여준다.¹⁷¹⁾ 구체적 내용은 권리에 따라 달라질 수 있지만, 일반적으로 ‘확보’나 ‘보호’는 권리 실현을 위해 당사국이 적극적 조치를 취해야 함을 의미한다. 반면, ‘존중’은 명시적으로 허용된 예외가 아니라면 당사국이 해당 권리의 행사를 방해하거나 제한하지 말라는 취지로 소극적 의무에 해당한다. 실현의 ‘촉진’ 역시 구체적 결과를 예정하고 있지 않다.

규약 성안 과정 당시 실무반은 인권위원회가 채택한 제3항의 의무를 식민지 세력에만 부과하려고 하였으나 제3위원회 국가 대표들은 이를 차별적

168) Joseph & Castan, *supra* note 9, p.162(para.7.20).

169) UN Doc. CCPR/C/79/Add.105(1999).

170) Schabas, *supra* note 11, p.19(para.20).

171) *Ibid.*, p.19(para.21).

이라고 보았다.¹⁷²⁾ 이에 유고슬라비아는 “이들 국가를 포함하여(including those [States])”라는 문구를 넣을 것을 제안하였고¹⁷³⁾, 이 제안은 반대 없이 채택되었다.¹⁷⁴⁾ 비자치지역 및 신탁통치지역에 대한 명시적인 언급은 중요성을 보다 강조하는 의미에서 유지되었다.¹⁷⁵⁾ 이로써 제3항의 자결권의 실현을 촉진하고 존중할 의무는 비자치지역 및 신탁통치지역의 행정책임을 맡은 국가들 뿐 아니라 이 규약의 모든 당사국의 의무이며, 모든 인민에게 적용된다는 점이 더욱 분명해졌다.¹⁷⁶⁾ 또한 제1조 제3항은 관할권 내 사람의 권리 존중과 확보 의무를 부과하는 규약 제2조 제1항과 달리, 관할권 밖에 있는 인민에 대한 의무를 부과하고 있다는 점이 특징적이다.¹⁷⁷⁾ 자유권 규약위원회는 일반논평을 통해 제3항이 당사국에 자결권 행사가 불가능하거나 자결권 행사의 가능성을 박탈당한 모든 인민에 대해 자결권의 실현을 촉진하고 존중할 구체적 의무를 부과한다는 점에서 특별히 중요하다고 강조하였다.¹⁷⁸⁾

그렇다면 인권규약 당사국이 자결권과 관련한 의무를 이행하는 방법은 무엇인가? 일차적으로 비자치지역 또는 신탁통치지역의 행정책임을 맡은 국가들은 자결권의 주체인 인민에게 독립을 부여해야 할 의무가 있다.¹⁷⁹⁾ 다른 지역 인민의 자결권 실현을 ‘촉진’하는 의무를 이행하는 방법으로는 주민 전체 투표(referenda)를 지원하거나¹⁸⁰⁾ 자결권과 관련된 국제

172) *Ibid.*, p.15(para.12).

173) UN Doc. A/C.3/L.495/Rev.2(1955),

174) UN Doc. A/C.3/SR.676(1955), para.17. UN Doc. A/3077(1955), para.59, para.72.

175) Schabas, *supra* note 11, p.15(para.12).

176) *Ibid.*

177) Joseph & Castan, *supra* note 9, p.163(para.7.23).

178) HRC General Comment No.12(1984), para.6.

179) Schabas, *supra* note 11, p.25(para.33).

180) 대한민국은 1999년 제출한 자유권규약 제3차 국가보고서에서 제1조 의무의 이행으로 팔레스타인 지원 및 동티모르 지원사항을 소개하였다. UN Doc. CCPR/C/KOR/2005/3(2005), para.21-23. 실제 한국 정부는 1999년 8월 투표관리위원회와 선거참관인단, 민간경찰 파견 등을 통해 주민투표 및 제헌의회 선거를 지원하였으며(외교부, 동티모르 제헌의회 선거 실시에 관한 외교부 대변인 논평, 2001년 8월 31일), 2001년 3월에는 주동티모르 대한민국 대표부를 개설하고, 이를 통해 당시 독립을 목표로 하고 있던 동티모르와 우호적으로 협력할 것이라는 성명을 내기도 하였다(외교부,

기구 및 국제문서에 적극적으로 참여하는 것을 들 수 있다.¹⁸¹⁾ 보다 적극적인 수단에는 자결권을 부정하는 국가들과 외교 관계를 종결하는 것이 포함될 수 있다.¹⁸²⁾ 그러나 동시에 이러한 적극적 조치는 유엔 헌장에 부합해야 하므로 다른 국가의 국내문제를 간섭하거나 그로 인해 역으로 자결권 행사에 영향을 주는 것을 자제해야 한다.¹⁸³⁾ 따라서 다른 국가에서 억압받는 인민의 자결권 행사를 지원하기 위해 무력을 사용하는 것은 금지된다.¹⁸⁴⁾ 자결권을 ‘존중’하는 최소한의 의무에는 자결권을 행사하는 인민에 대해 무력을 사용하지 않는 방법이 포함된다.¹⁸⁵⁾ 자유권규약위원회가 제1조의 해석에 있어 참조한다고 명시한 1970년 우호관계선언은 모든 국가가 인민의 자결권 행사에 대한 무력 행사를 하지 말아야 할 의무가 있으며, 그러한 강압적인 무력 행사에 대항하기 위해 인민들은 유엔 헌장의 목적과 원칙에 따라 지원을 요청하고 받을 수 있는 권한이 있음을 강조하고 있다.¹⁸⁶⁾

규약위원회는 국가보고서를 검토하며, 규약에 따라 자결권의 행사가 제한된 모든 인민에 대한 의무를 강조해 왔으며, 일반논평에서는 적극적인 조

주동티모르 대한민국 대표부 개설 보도자료, 2001년 3월 19일). 팔레스타인에 관해서도 2005년 1월 자치정부수반 선거에서 마흐무드 압바스 팔레스타인 해방기구(PLO) 의장이 당선된 것을 환영하며, 팔레스타인 인민의 숙원인 독립국가 건설을 추진해 나갈 것을 기대한다는 성명을 발표하였다(외교부, 압바스 PLO의장 팔레스타인 자치정부 수반 당선 외교부 대변인 성명, 2005년 1월 10일). 나아가 2005년 6월에는 한-팔레스타인 관계를 일반대표부 관계로 격상하기로 합의하였으며, 같은 해 8월 비상주 대표를 파견하고 일반대표부 업무를 개시하였다(외교부, 한-팔레스타인 대표부 업무 개시 보도자료, 2005년 8월 8일).

181) Taylor, *supra* note 71, pp.52-53. 예컨대, 1960년 식민지 및 인민에 대한 독립 부여 선언, 1980년 유럽 공동체 회원국의 베니스 선언, 1975년 헬싱키 의정서, 1989년 선주민 및 부족 인민에 대한 ILO 협약 제169호, 남아프리카공화국으로의 석유 및 석유화학제품의 공급 및 해상운송 감시를 위한 정부 간 그룹 등 자결권을 존중하는 국제문서에 대한 국가의 자발적인 참여 또한 자결권 실현 촉진 의무의 구체적인 이행이 될 수 있다.

182) Joseph & Castan, *supra* note 9, p.163(para.7.23).

183) HRC General Comment No.12(1984), para.6.

184) Joseph & Castan, *supra* note 9, p.163(para.7.23).

185) Taylor, *supra* note 71, pp.52-53.

186) HRC General Comment No.12(1984), para.7.

치의 필요성을 강조하였다.¹⁸⁷⁾ 예컨대, 모로코에 관한 최종견해에서 서사하라 인민의 자결권 실현을 위한 의무 이행에 대한 우려를 나타냈으며¹⁸⁸⁾, 이스라엘에 대한 최종견해에서는 팔레스타인 인민의 토지에 대한 지속적인 수용과 몰수를 언급하면서, 이러한 행위가 자결권을 포함한 규약에 있는 여러 권리 향유기반을 약화시킨다고 우려를 표하였다.¹⁸⁹⁾ 모리셔스에 관한 최종견해에서는 1965년 이후 차고스 군도에서 내쫓긴 주민들이 자결권을 누릴 수 있도록 노력할 것을 권고하였다.¹⁹⁰⁾

2. 한국의 실행

자유권규약과 사회권규약의 당사국으로서 대한민국 역시 자결권의 실현을 촉진하고 존중할 의무가 있다. 대한민국 정부는 2008년 3월에는 코소보 공화국을 주권 독립 국가로 승인함으로써 코소보-알바니아 인민의 구체적 분리독립을 인정하는 입장을 취했다.¹⁹¹⁾ 반면, 2014년 우크라이나-크림반도 사태에 관해서는, 우크라이나의 주권과 영토적 안정성을 존중하고, 크림반도 주민투표와 러시아 크림 병합을 인정할 수 없다는 성명을 발표하였다.¹⁹²⁾ 두 사례 모두 ‘인민’이라는 전제하에, 이러한 구체적 사례에 대한 한국의 실행은 구체적 분리독립의 가능성은 인정하지만, 영토적 완전성에 의해 자결권의 행사가 제한될 수 있다는 이해를 보여준다.¹⁹³⁾

인권규약 제1조에 대한 한국의 실행에 있어 국제사회가 특히 주목하는 사항으로는 통일과정에서의 자결권 존중의 문제가 있다. 대한민국이 1991년

187) HRC General Comment No.12(1984), para.6.

188) Concluding Observations, Morocco, CCPR/CO/82/MAR(2004), para.8; Concluding Observations, Morocco, CCPR/C/MAR/CO/6(2016), paras.9-10.

189) Concluding Observation, Israel, CCPR/C/ISR/CO/4(2014), para.17.

190) Concluding Observation, Mauritius, CCPR/CO/83/MUS(2005), para.5.

191) 외교부, 코소보 공화국 국가승인, 2008년 3월 28일.

192) 외교부, 우크라이나 사태 관련 외교부 대변인 성명, 2014년 3월 19일.

193) 이러한 입장은 크림반도 주민을 자결권의 주체인 ‘인민’으로 보지 않았을 수도 있고, 자치지역으로서 이미 내적 자결권이 행사되고 있으므로, ‘압제 하의 인민’이 아니므로 자결권 행사가 제한될 수 있다는 이해를 바탕으로 할 수도 있다.

자유권규약위원회에 제출한 최초보고서 검토 당시 제1조와 관련하여 위원들은 재통일(reunification) 과정에서 인민의 자결권 및 민주주의에 대한 권한, 경제적, 사회적, 정치적 및 문화적 체제를 선택할 권한에 관한 대한민국의 입장을 설명하도록 요청하였다.¹⁹⁴⁾ 당시 대한민국 정부 대표단은 대한민국과 조선민주주의인민공화국(북한)의 관계는 대한민국의 인권 상황에 영향을 미치는 중요한 요소 중 하나임을 상기하며, 남북기본합의서와 한반도 비핵화 선언이 채택되어 (재)통일을 위한 세 개의 기구가 설립되었음을 설명하였다.¹⁹⁵⁾ 그러나 핵 문제에 대한 상이한 입장이 협상 진행을 방해하고 있으며, 대한민국은 한반도의 (재)통일은 자결, 평화 및 민주주의 원칙에 기초해야 한다는 입장이지만, (재)통일의 상대인 북한은 이와 다른 입장을 취하고 있으므로, 진행 중인 양자 간 대화에서 결과를 예측하기 어렵다고 하였다.¹⁹⁶⁾ 이러한 답변에 따라 관련 내용은 최종견해에 포함되지는 않았다.

대한민국 정부의 답변에는 여러 정치적 고려가 있었을 것이다. 그러나 대한민국 정부의 설명이 규약 제1조 자결권에 대한 완전한 이해를 바탕으로 하고 있었는지는 의문이다. 대한민국 정부는 평화 및 민주주의 원칙과 함께 자결을 재통일의 원칙이라 언급했지만, 제1조 규약의 이행과 관련된 답변이므로 재통일에 관한 헌법 및 정치적 과정을 설명하고, 재통일 과정에서 자결권의 주체와 자결권의 실현을 어떻게 촉진하고 존중할 것인지를 보다 구체적으로 답변했어야 한다. 실제 자유권규약위원회는 일반논평을 통해 다수의 규약 당사국이 제1조에 대한 설명을 생략하거나, 선거법에 대해서만 언급하거나 부적절한 정보를 제공하고 있다고 지적한 바 있다.¹⁹⁷⁾ 제1조와 관련하여 당사국은 자결권의 행사를 허용하는 자국의 헌법 및 정치적 과정을 서술하라고 하였다.¹⁹⁸⁾

194) UN Doc. A/47/40(1992), p.114(para.474).

195) UN Doc. A/47/40(1992), p.117(para.489).

196) *Ibid.*

197) HRC General Comment No.12(1984), para.3.

198) HRC General Comment No.12(1984), para.4.

대한민국 헌법은 통일과 관련된 여러 조항을 두고 있다. 제3조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속 도서로 한다.” 제4조는 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다”라고 함으로써 통일이 분명한 국가의 목표임을 밝히고 있다. 이에 따라 헌법기관들에도 이를 의무화하고 있다. 헌법 제66조에는 국가원수에게 “조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 진다”라는 요구 규정이 있다. 또한, 대한민국의 대통령은 직무의 수행을 선서할 때 제69조에 따라 이 목표를 지키겠다고 분명하게 선서할 의무가 부여된다. 제92조에는 “민주주의와 평화통일을 위한 국가 자문위원회를 설립”할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 재통일 과정에서의 인민의 자결권에 관한 명시적 언급은 없다.

반면, 1949년부터 1990년까지 효력을 지녔던 구 독일연방공화국(서독)의 기본법은 대한민국 헌법과 달리 동서독 통일 목표에 대한 구체적 규정이나 ‘재통합(Wiedervereinigung)’이라는 개념을 두고 있지는 않았다.¹⁹⁹⁾ 그러나 서독 기본법의 시간적 잠정성은 재통일의 의지로 볼 수 있다. 또한 전문의 마지막 항에서 “독일 전체 인민에게 주어진 자유로운 자기결정에 의하여 독일의 통일과 자유를 성취하도록 요망된다”라고 명시함으로써, 통일이 독일 전체 인민의 자결권에 의한 것임을 밝히고 있다.²⁰⁰⁾

지금까지 자유권규약위원회에 제출한 국가보고서에서 설명한 바와 같이, 대한민국은 국제평화주의 원칙에 따라 유엔 헌장의 원칙과 제 규정을 수락했으며, 모든 인민의 정치적, 경제적, 사회적 및 문화적 발전을 자유로이 추구할 자결권을 보유하고 있음을 인정하고 있다.²⁰¹⁾ 따라서 정부 답변과 같이 자결권 존중은 재통일 과정에서도 기본원칙이 될 것이다. 다만 한

199) 클라우스 슈튀베, “통일로 가는 길 - 독일 재통일에 관한 헌법적 기초”, 『분단국가의 통일과 사회통합』 (서강대학교 출판부, 2011), pp.226-227.

200) 독일 원문은 “Das gesamte Deutsche Volk bleibt aufgefordert, in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden.” 영문 번역은 다음과 같다: “The entire German people are called upon to complete the unity and freedom of Germany through free self-determination.”

201) CCPR/C/68/Add.1(1991), paras.21-22. CCPR/C/114/Add.1(1997), paras.17-18. CCPR/C/KOR/2005/3(2005), paras.17-18. CCPR/C/KOR/4(2013), paras.34-36.

반도 재통일의 주체인 인민의 범위에 관해서는 통일 방식과 과정에 따라 달라질 수 있으므로 구체화가 어려울 수 있다. 따라서 이를 제외하고라도 ‘통일 과정에서 인민의 자결권을 중시한다’라는 정도의 내용을 명문화하는 사항은 향후 적절한 시점에 논의될 수 있을 것이다.

VII. 결 론

1966년 두 개의 국제인권규약 제1조에 공통되게 규정된 자결권은 국제적인 인권 보호에 있어서 가장 중요한 혁신 중 하나라고 평가된다.²⁰²⁾ 그러나 제1조는 자결권을 선언적 형태로만 규정함으로써 이후 국제법의 발전과 이해에 따라 자결권에 관한 해석이 진화될 가능성을 열어두었다. 규약 성안 과정의 논의를 상기해 보면, 국가들은 자결권에 관한 제1조를 추상적 문구로 남기기를 선호하였다. 특히 쟁점이 되는 두 영역인 ‘인민’의 의미와 자결권의 내용은 의도적으로 추상적인 표현으로 합의가 되었음을 알 수 있다. 인민은 가장 포괄적인 표현으로 이해했으며, 자결권의 실현방식의 불완전한 열거를 원하지 않았다. 이는 자결권에 내재한 쟁점으로 인해 합의가 어려웠던 이유도 있지만, 여러 맥락과 국제사회의 변화에 따라 자결권에 대한 이해가 달라질 수 있도록 의도하였다고도 볼 수 있다. 자결권 규정의 추상성은 자결권을 다양한 관점과 측면에서 바라볼 수 있게 한다. 그러나 다양한 이해와 이에 따른 전략적 활용이 자결권의 본질적인 의미와 항상 부합하는 것은 아니며, 자결권의 존중과 발전을 위해 항상 바람직한 것은 아닐 것이다. 결국 개념의 불명확성은 자결권이 논쟁에서 어떻게 정당화되는가의 문제로 귀결될 수 있으며, 자결권이 적용되는 관행의 일관성을 찾기 어렵게 만든다.

자결권의 의미를 둘러싼 쟁점들은 자결권에 대한 공통된 이해의 정도를 보여준다. 앞서 살펴본 바와 같이 1960년대를 전후로 자결이 정치적 원

202) Schabas, *supra* note 11, p.8(para.1).

척인지 법적 권리인지에 관한 쟁점은 종결되었다.²⁰³⁾ 따라서 자결이 원칙인지 권리인지에 대한 논의는 1966년 두 규약 제1조의 자결권을 해석하는 데에 있어 고려의 대상이 되지 못한다.²⁰⁴⁾ 주지하다시피 자결권은 모든 국가에 의해 존중되어야 할 법적 권리이다. 국제사법재판소(ICJ)는 1995년 동티모르 사건에서 자결권을 대세적 권리(a right *erga omnes*)라 확인하였으며,²⁰⁵⁾ 2004년 팔레스타인 장벽에 관한 권고적 의견에서도 자결권의 대세적 성격을 재차 강조하였다.²⁰⁶⁾ 2019년 차고스 군도 권고적 의견에서 설명한 바와 같이 자결권 존중 의무의 대세적 성격은 모든 국가가 자결권 보호에 대한 법적 이익이 있음을 의미한다.²⁰⁷⁾ 따라서 오늘날의 쟁점은 자결권이 강행규범인지에 있다. 다만, 자결권의 쟁점이 되는 여러 측면을 고려할 때, 강행규범인지에 관한 논의는 상황적 맥락의 특징이 필요할 것이다.

20세기 중반까지 자결에 관한 국제법은 비자치지역 및 외세의 종속, 지배 및 착취 아래 인민의 독립할 권리를 창출하는 방향으로 발전하였

203) 반면, 국제사법재판소(ICJ)가 자결을 국제법의 기본원칙 중 하나로서 ‘평등권과 인민 자결의 원칙’이 아닌 인민이라는 집단의 권리로 수용하는 데에는 더 많은 시간이 걸린 것으로 보인다. ICJ는 1971년 나미비아에 관한 권고적 의견에서 국제법의 기본원칙 중 하나로서 ‘평등권과 인민자결의 원칙’이라고만 언급하였다. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p.16, p.31, para.52. 1975년 서사하라 권고적 의견에서도 자결의 유효성에 대해 논하며, 자결에 대한 권리라 하지 않고 원칙이라고 하였다. *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p.12, p.31, para.54. Klabbers, *supra* note 19, p.195. 이 사건은 자결의 행사 방식을 다루었을 뿐이며, 관습법적 확립 또한 언급하지 않았다. 정경수, *supra* note 75, p.126.

204) Schabas, *supra* note 11, p.16(para.13).

205) *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p.90, p.102, para.29.

206) *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p.136, p.172, para.88.

207) *Legal Consequences of the Separation off the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019*, p.95, p.139, para.180 (“Since respect for the right to self-determination is an obligation *erga omnes*, all States have a legal interest in protecting that right.”)

다.²⁰⁸⁾ 그러나 1966년 두 규약에 규정된 집단적·계속적 권리로서의 자결권은 식민주의 또는 외국의 지배를 받는 인민뿐만 아니라 기존 국가 내의 인민을 포함한 모든 인민의 권리이다. 이러한 자결권의 핵심은 인민의 자유로운 선택이다. 자결권의 내용은 독립 국가 건설과 같은 대외적 측면도 있지만 기존 국가 내의 정부에 대한 권리로서의 대내적 측면도 있다. 자결권의 내적 측면과 외적 측면은 자결권 행사의 대상을 기준으로 논의되기도 하지만 자결권 행사의 결과가 국제적 지위의 획득인지 국내적 지위의 획득인지에 따라서 구분되기도 한다. 규약 당사국은 자결권의 실현을 촉진하고 존중할 의무가 있으며, 이러한 의무는 관할권 내의 자결권을 행사하는 인민뿐만 아니라 관할권 밖의 인민에 대한 지원 의무를 포함한다. 자결권은 대내외적 측면을 모두 포함하며, 따라서 포스트식민주의 맥락에서도 유효하다.

구체적 사례에 적용할 때 자결권의 의미를 둘러싼 주요 쟁점은 자결권의 주체와 내용에 있다. 즉, 자결권 행사의 주체인 ‘인민’이 누구인가와 자결권 행사가 어떠한 ‘결과’를 담보하는가이다. 어떠한 집단이 ‘인민’인지에 관한 쟁점은 탈식민지 맥락에서 국가 내 특정 집단이 자치 또는 분리독립과 같은 특정 목적을 위해 자결권 주체로서의 ‘인민’임을 주장할 때 발생할 것이다. 식민 지배 혹은 외국의 점령 하의 인민의 경우 문제가 발생하지 않는다.²⁰⁹⁾ 이들의 선택지 또한 독립 또는 기타 탈식민지 지위로 한정적이다. 그러나 탈식민지 맥락에서는 특정 집단이 단순히 소수집단에 불과한지 혹은 자결권의 주체인 ‘인민’에 해당하는지에 대한 논란이 있을 수 있으며, 선택

208) *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*, p.403, p.436, para.79.

209) 여전히 일부 국가들은 자결 ‘원칙’의 적용 범위는 식민주의 또는 외국의 지배를 받는 인민으로 한정된다고 주장한다. 예컨대, 중국은 2009년 4월 16일 코소보 인민의 분리 독립 선언의 국제법상 합치성에 관한 권고적 의견에 대한 서면을 통해 국제법상 자결권의 적용은 식민 지배 혹은 외국 점령의 상황으로 제한된다고 주장하였다. *Written Statement of the People's Republic of China to the International Court of Justice on the Issue of Kosovo*, p.3. 따라서 여전히 자결권의 주체로서 논란이 없는 인민은 식민 지배 또는 외국의 예속, 지배 및 착취 하의 인민이다. Schabas, *supra* note 11, p.24(para.31).

지 또한 여러 경우의 수가 발생한다. 더욱이 자결권의 내적·외적 측면의 병존은 구체적 상황에서 자결권이 존중되고 있는지를 판단할 때 혼란을 가져오기도 한다.

자결권에 관한 쟁점들이 해소되지 않는 이유는 자결권의 의미를 확인할 방법이 없기 때문이다. 주지하다시피 자결권에 대한 논란은 인민에게 주어진 집단적 권리로서 논의되기보다는 권리 실현의 측면에 초점이 맞추어진 행태로 발생한다. 오늘날 국제사회에서 자결권을 둘러싼 최대 쟁점은 자결권의 행사로 일방적인 분리독립을 요구할 때이다. 그러나 자결권의 외적 실현에 따르는 국제질서의 변동은 정치적 영역으로 간주되어 사법 판단 또는 준사법적 판단의 자제가 이뤄진다. 국제재판소는 자결권과 관련된 이슈를 다룸에 있어서 자결권을 분리독립이라는 가능한 결과와 분리해 다루어왔으며, 자결권을 집행 가능한 권리로 간주하지 않았다.²¹⁰⁾ Klabbers의 지적과 같이 자결권의 행사를 사법적으로 결정하기에는 그 책임이 너무나 무거울 수 있기 때문이다.²¹¹⁾

쟁점이 해소되지 않는 또 다른 이유는 앞서 설명한 집단적 권리로서의 성격과 관련된다. 제1조 자결권의 해석 및 적용에 대해 규약위원회가 제시한 법리는 거의 없다.²¹²⁾ 자유권규약위원회는 집단적 권리인 자결권에 대한 개인통보제도를 허용하지 않음으로써 자결권의 해석과 적용에 관한 법리의 발전에 역할을 하고 있지 못하다. 이는 자결권의 주체인 인민의 의미뿐만 아니라 자결권의 실현방식에 관한 쟁점을 해결하지 못하는 결과로 이어지고 있으며, 자결권이 여러 관점에서 다른 목적에 따라 인용되는 결과를 낳고 있다. 반면, 2013년 5월 발효된 사회권규약 선택의정서는 자유권규약과는 다른 접근을 취하고 있다. 선택의정서 제2항은 개인통보를 제기할 수 있는 대상을 개인으로 한정하지 않았으며, “규약에 명시된 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 위반”에 대한 개인통보를 허용한다고 규정하였다. 이는 자결권 제1조 위반에 대해서도 개인통보가 가능하다는 것을 의미한다. 즉, 개인

210) Klabbers, *supra* note 12, p.191

211) *Ibid.*, pp.190-191.

212) Joseph & Castan, *supra* note 9, p.154(para.7.03).

통보를 다루며 위원회가 자결권의 주체인 ‘인민’을 판단하는 기준을 찾을 가능성이 열렸다.²¹³⁾ 그러나 여전히 2022년 2월 현재 26개국만이 당사국인 점에 비추어 이 통보제도가 제1조 자결권의 의미를 규명하는 데 얼마나 큰 역할을 할지는 의문이다.

국제인권규약상 자결권의 의미에 관한 소고 - 임 예 준	수령 날짜	심사개시일	제재결정일
	2022.02.15.	2022.03.06.	2022.03.24.

213) 1996년 의정서 성안 당시 위원회는 자유권규약위원회의 전철을 밟지 않으면서도, 개인통보제도가 분리독립을 고무하게 될 수 있다는 오용될 점을 고려하였다. 독일의 Simma 위원은 이 절차가 다른 목적을 위해 것을 우려하였고, 이에 자결권의 경제적, 사회적 및 문화적 측면만이 통보의 대상이 된다는 제한적 초안을 제시하였다. Summers, *supra* note 22, p.298. 즉, 이러한 제한을 통해 위원회가 ‘정치적 지위’에 대해 평가하지 않도록 하였다. 그러나 간접적으로 특정 집단이 자결권의 주체인 ‘인민’에 해당하는지는 경제적, 사회적 및 문화적 맥락 내에서 개인통보제도를 통해 확인할 수 있는 길을 열어두었다.

[참고문헌]

- Bossuyt, Marc J., Guide to the “*Travaux Préparatoires*” of the *International Covenant on Civil and Political Rights* (Martinus Nijhoff, 1987)
- Cassese, Antonio, *Self-Determination of Peoples: A Legal Appraisal* (Cambridge University Press, 1995)
- Cassese, A., “The Self-Determination of Peoples”, L. Henkin ed., *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (Columbia University Press, 1981)
- Drew, Catriona, “The East Timor Story: International Law on Trial”, *European Journal of International Law*, Vol.12 (2001)
- Hannum, Hurst, *Autonomy, Sovereignty, and Self-determination: The Accommodation of Conflicting Rights* (University of Pennsylvania Press, 1990),
- Higgins, Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (A Clarendon Press Publication, 1995)
- Higgins, Rosalyn, “Postmodern Tribalism and the Right to Secession, Comments”, Catherine Brolmann et. al., eds., *Peoples and Minorities in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993)
- Joseph, Sarah & Castan, Melissa, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 3rd ed. (Oxford University Press, 2013)
- Kiss, Alexander. C., “The Right to Self-Determination”, *Human Rights Law Journal*. Vol.7 (1986)
- Klabbers, Jan, “The Right to be Taken Seriously: Self-Determination in International Law”, *Human Rights Quarterly*, Vol.28 (2006)
- McCorquodale, Robert, “Group Rights”, D. Moeckli, S. Shah & S. Sivakumaran eds, *International Human Rights Law* (Oxford University Press, 2014)
- McCorquodale, Robert, “Self-Determination: A Human Rights Approach”, *International Comparative Law Quarterly*, Vol.43 (1994)
- Park, Ki-Gab, “The Right to Self-Determination and Peremptory Norms”, D. Tladi ed., *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)* (Brill Nijhoff, 2021)
- Raič, David, *Statehood and the Law of Self-Determination* (Kluwer Law International, 2002)
- Saul, Ben, et. al., *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials* (Oxford University Press, 2016)
- Schabas, William A., *U.N. International Covenant on Civil and Political Rights: Nowak’s CCPR Commentary*, 3rd ed. (N.P. Engel Verlag, 2019)
- Summers, James, “The Internal and External Aspects of Self-Determination Reconsidered”, Duncan French ed., *Statehood and Self-Determination* (Cambridge University Press, 2013)
- Summers, James, *Peoples and International Law* (Brill Nijhoff, 2014)

- Summers, James, “The Right of Peoples to Self-Determination in Article 1 of the Human Rights Covenant as a Claimable Right”, *New England Journal of Public Policy*, Vol.31 (2019)
- Taylor, Paul M., *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights* (Cambridge University Press, 2020)
- Trinidad, Jamie, *Self-Determination in Disputed Colonial Territories* (Cambridge University Press, 2018)
- Thürer, Daniel & Burri, Thomas, “Self-Determination”, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, MPEPIL (2008)
- 김석현, “대외적 자결권에 관한 국제법 상황” - 피압박 소수자 집단의 일방적 분리독립권을 중심으로 -, 『국제법평론』 제46호 (2017)
- 박명규, 『국민, 인민, 시민; 개념사로 본 한국의 정치주체』 (소화, 2009)
- 박정원, “국제법상 인민자결권의 현대적 경향에 대한 소고”, 『한양법학』 제22권 (2008)
- 신용호, “민족자결권의 주체”, 『국제법학회논총』 제43권 제1호 (1998)
- 이성덕, “국제법상 자결권의 개념과 그 형성과정”, 『국제법학회논총』 제48권 제1호 (2003)
- 이현택, “인민자결권의 현대적 의미와 그 한계”, 『국제법평론』 제60호 (2021)
- 정경수, “미완의 비식민화 잔여물의 탈식민적 청산 - 차고스 군도에 관한 권고적 의견을 중심으로-”, 『국제법평론』 제54호 (2019)
- 클라우스 슈튀베, “통일로 가는 길 - 독일 재통일에 관한 헌법적 기초”, 『분단국가의 통일과 사회통합』 (서강대학교 출판부, 2011)
- Kitok v. Sweden*, Communication No.197/1985(1988)
- Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No.167/1984(1990)
- Mahuika v. New Zealand*, Communication No.547/1993(2000)
- Diergaardt v. Namibia*, Communication No.760/1997(2000)
- Gillot v. France*, Communication No.932/2000(2002)
- Poma Poma v. Peru*, Communication No.1457/2006(2009)
- Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1971*, p.16
- East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1995*, p.90
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 2004*, p.136
- Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 2010*, p.403
- Legal Consequences of the Separation off the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 2019*, p.95
- Western Sahara*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1975*, p.12

【국문초록】

자결권은 국제법상 가장 복잡하고 불명확한 개념 중 하나이다. 오늘날 자결권 존중은 국제법 기본원칙이고, 국제인권의 핵심이다. 그러나 자결권이 무엇이고, 자결권의 주체인 인민은 누구이며, 자결권의 내용과 실현방식은 무엇인지에 대해서는 여전히 불분명한 점이 많다. 특히 자결권이 식민주의 맥락을 넘어서 논의되는 경우 그 내용과 범위의 불확정성은 더 커진다. 자결권은 국가 성립의 근거가 되기도 하고 국가 분열의 근거가 되기도 한다. 또한 외부로부터 주권을 보호하기도 하지만 외부의 개입을 고무하기도 한다.

1966년 두 개의 국제인권규약이 인권조약 상 처음으로 자결권을 명시함에 따라 자결권은 기본적 인권의 지위를 확고히 하게 되었으며, 다른 개별적인 인권의 행사를 위해 필수적인 조건임이 확인되었다. 이후에도 자결권의 중요성은 여러 국제문서를 통해 지속적으로 강조되며 발전하였다. 이처럼 여러 문서에서 확인된 권리임에도 불구하고 자결권은 국제법상 가장 정치적이고 논란이 많은 규범이다. 그렇다면 국제인권규약에서 자결권은 어떻게 명문화되었고 그 의미는 무엇일까?

이 글은 1950년대 인권규약 성안 과정과 이후 규약위원회의 논의를 중심으로 두 규약 제1조에 명시된 자결권의 의미를 살펴보고, 이를 바탕으로 자결권을 둘러싼 주요 쟁점을 이해함을 목적으로 한다. 이 글의 또 다른 목적은 자결권이 인권규약에서도 의도적으로, 추상적으로 규정되었을 뿐 아니라 해당 법리를 발전시키고 개념을 명확히 할 수 있는 이후의 방법 또한 없다는 것을 논의하기 위함이다. 이를 위하여 먼저 자결권의 발전과정을 살펴보고, 자결권의 성격, 자결권의 주체, 자결권의 내용, 자결권에 대한 의무를 둘러싼 쟁점에 대해 검토하였다. 결론에서는 쟁점이 발생하는 영역에 대한 고찰을 통해 자결권에 내재한 논의의 한계에 대해 살펴보았다.

【Abstract】

The Meaning of the Right to Self-Determination in
International Human Rights Covenants

Yejoon Rim

(Korea University, College of Public Policy)

The right to self-determination is one of the controversial concepts in international law. There is no doubt that respect for the right to self-determination constitutes one of the fundamental principles of international law. However, there are still unclear points about the meaning of the right to self-determination in that/in terms of what is the definition of self-determination, and who are the subject of that right, what is the content and the forms for realization of that right is. In particular, when the right to self-determination is claimed outside the context of colonialism, it increases its indeterminacy on its content and the scope for application.

As the two main international human rights covenants, namely, the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, stipulated the right to self-determination in their common Article 1, the right to self-determination confirms its importance as an essential condition for the effective guarantee and observance of other individual human rights. Since then, the importance of the right to self-determination has been continuously emphasized and developed through various international documents. The question arises why the right to self-determination

remains as the most political and controversial norm in international law despite the right has been stated in various documents? What is the meaning of the right to self-determination stipulated in the International Conventions on Human Rights?

The purpose of this article is to examine the meaning of the right to self-determination as stipulated in the common Article of the two international human rights covenants, and to understand the controversial points around the right to self-determination, through the analysis of the travaux préparatoires and the Committee's practices. Another purpose of this article is to discuss the reason why the right to self-determination has been intentionally broadly framed, while there is no way to clarify the meaning of the right to self-termination. To this end, this article examines the development and features of the right to self-determination (II) and the meaning and the scope of peoples as the subject of the right to self-determination (III). It furthers to examine the content and the forms of the right to self-determination (IV); and the obligations upon the State party to respect and to promote its realization (V). In the conclusion, considering the points where the controversy arises, it discusses inherent limitations to provide the concrete definition of the right to self-determination.

주제어(Keywords): 자결권(self-determination), 인민(peoples), 분리독립(secession), 인권규약(human rights covenants), 자유권규약위원회(human rights committee)

미국특허법 제103조(비자명성) 탄생에 대한 역사적 성찰*

윤 권 순**

▶ 목 차 ◀

- | | |
|---------------------------------------|--|
| I. 서론 | 5. 특허·상표·저작권 소위원회 주도의 개정 작업(1949-1952) |
| II. 연방대법원 대법관(William O. Douglas)의 영향 | IV. 제103조에 대한 의회의 해석 |
| III. 제103조의 입법화 과정 | 1. 입법 자료에서의 공식적 해석 |
| 1. 1952년 미국특허법 제103조의 내용 | 2. 입법 참여자로서의 개인적 해석 |
| 2. 제103조 입법과 관련한 조직과 역할 | V. 제103조에 대한 법원의 해석 |
| 3. 루스벨트 대통령의 제안에 따라 설치된 위원회의 권고 | 1. 혼돈의 시기(1953-1966): 하급심 판례 |
| 4. 초기 입법 동향(1945-1949) | 2. 연방대법원 판례에서의 정립(1966) |
| | VI. 결론 |

I. 서론

특허법상 진보성 관련 용어와 개념은 시간과 공간에 따라 변화해 왔으며, 오늘날에는 대체로 미국 특허법 제103조에서 규정하고 있는 비자명성(nonobviousness)과 관련된 개념으로 수렴되어, 대다수 국가의 특허법 조문에 반영되어 있다. 1952년 미국에서 주요국 최초로 비자명성(진보성) 법리가

* 이 논문은 2020년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (2020S1A5B5A16082887).

** 한양대학교 비교역사문화연구소 연구부교수(법학박사).

특허등록 요건으로 법조문화 되는 역사적인 사건이 벌어졌다. 이는 발명이라는 애매한 개념을 조문화하기 보다는 유연하게 판례법에 맡기는 것이 타당하다는 미국 법조계의 100년 넘는 전통을 넘어선 것이라는 점에도 이례적이다.

‘진보성’이라는 개념은 특허법상 가장 불확실한 개념으로 알려져 있고, 특허등록 과정이나 특허소송 과정에서도 이러한 현상은 잘 드러난다. 진보성의 불확실성은 상당 부분은 미국 특허법 제103조에 나타나는 ‘통상의 기술자에게 자명하다면’이라는 주관적인 요소로 부터 나온다고 할 수 있으며, 우리 특허법 제29조 제2항의 ‘쉽게 발명할 수 있으면’이라는 문구도 결국은 미국 특허법 규정에 영향을 받은 결과라고 할 수 있다.

따라서 미국이 왜 이러한 주관적인 기준을 법조문에 담게 되었는지를 아는 것은 특허법상 가장 중요하고 문제가 되는 개념을 깊이 이해하고, 그 변화의 가능성을 성찰해 볼 수 있다는 점에서 연구의 가치가 있다고 하겠다. 이 논문은 왜 이러한 일이 공간적으로는 미국에서, 시간적으로는 1952년이라는 시점에서 일어났는지 그 과정과 원인을 밝히고자 한다. 또한 이를 둘러싼 역사에 대해 성찰함으로써 이 사건이 가지는 함의를 제시하고자 한다.

연구의 시기로는 특허법 제103조의 입법을 촉발시킨 것으로 알려진 연방대법원 판례(1941년)로부터 시작하여 연방대법원 차원에서 제103조를 정착시킨 판례(1966년)까지를 다루고자 한다.

II. 연방대법원 판사(William O. Douglas)의 영향

1920년대와 30년대에 많은 사람들은 특허 포트폴리오로 무장한 대기업들이 너무 강한 권리를 가지고 있다고 생각하기 시작했다.¹⁾ 대기업들이 특허로 각 산업을 지배하는 일련의 반경쟁적 행위가 나타났다. 1938년 루스벨트 대통령은 특허법을 이용하여 산업독점을 창출하지 못하도록 특허법을 개정할 것을 의회에 제안하게 된다.²⁾

1) Merges, R. et al., *Intellectual Property in the New Technological Age*, Second edition, Aspen Law & Business, 2000, p. 129.

일 년 후인 1939년 루스벨트 대통령은 전 예일대 법대 교수이자 연방증권 거래 규제위원회(Securities and Exchange Commission) 위원장(1937-1939)이었던, 윌리엄 더글러스를 연방대법관으로 지명했다.³⁾ 그는 뉴딜정책을 성공적으로 수행하였다는 평가를 받았으며, 백악관 참모들은 이점을 들어 루스벨트 대통령에서 그를 추천하였다고 알려지고 있다.⁴⁾ 1939년 의회의 동의를 얻어 40세의 젊은 나이에 대법관으로서의 긴 임기(1939-75)를 시작하게 된다.⁵⁾

더글러스는 표현의 자유의 옹호자이자 인종차별의 반대자였다.⁶⁾ 그는 판결할 때 사법적 일관성과 선례를 높게 평가하지 않았고 사회적, 정치적, 경제적 맥락 하에 판단하였으며, 사법적 절제와 법원의 정치적 독립을 중시하는 동료(Felix Frankfurter)와 사이가 안 좋았던 것으로 알려지고 있다.⁷⁾

더글러스는 임명 초기 쿠노 사건(Cuno, 1941년)의 다수의견 저자로서, 호치키스 판례의 법리를⁸⁾ 인용하면서도⁹⁾ 이에 더하여 ‘천재의 섬광(flash of genius)’을 발명요건으로 요구하였다.¹⁰⁾ 이에 따라 일부 법원은 ‘천재의

2) Roosevelt, Franklin D., "Message to Congress on Curbing Monopolies(Apr. 29, 1938)", The American Presidency Project, <<https://www.presidency.ucsb.edu/node/209657>>, 검색일: 2022. 2.3.

3) Danelski, D. J., "The Appointment of William O. Douglas to the Supreme Court", *Journal of Supreme Court History*, Vol.40 No.1(2015), p.95.

4) Ibid., p.87.

5) Ibid., p.95.

6) Tomlins, Christopher L., *The United States Supreme Court*, Houghton Mifflin, 2005, p.476.

7) Ibid.

8) 1851년 호치키스(Hotchkiss) 판례는 '그 분야 통상의 기술자 이상의 재능이 발휘 되어야 한다.'는 기준을 제시했다. Hotchkiss v. Greenwood, 52 U.S. 248, 267 (1851). "unless more ingenuity and skill in applying the old method of fastening the shank and the knob were required in the application of it to the clay or porcelain knob than were possessed by an ordinary mechanic acquainted with the business, there was an absence of that degree of skill and ingenuity which constitute essential elements of every invention."

9) Cuno Engineering Corp. v. Automatic Devices Corp., 314 U.S. 84, 90 (1941).

10) Ibid., 91. "...The principle of the Hotchkiss case applies to the adaptation or combination of old or well known devices for new uses. ...That is to say, the new device, however useful it may be, must reveal the flash of creative genius, not merely the skill of the calling. If it fails, it has not established its right to a private grant on the public domain."

섬광'을 발견하지 못했다는 이유로 특허를 무효화했다.¹¹⁾ 또한 애틀랜틱 사건(Great Atlantic, 1950년)에서는 발명으로 인정되기 위해서는 헌법 조문에 근거하여,¹²⁾ 지식의 최전선을 확장해야 하며 발명적 천재성(inventive genius)을 보여주어야 한다는¹³⁾ 동조 의견을 제시했다. 이 판례 또한 전통적인 호치키스 판례 기준을 넘어선 것으로 평가되었다.¹⁴⁾

이 두 판례에서 더글러스에 의해서 제시된 발명의 기준은 너무 높은 것으로 비판을 받게 된다.¹⁵⁾ 루스벨트의 '뉴딜'과 정부의 거대한 독점금지 소송이 있었던 30년대 중반부터 법원은 서서히 발명의 기준을 높였으며, 쿠노와 애틀랜틱 판례에서 절정에 달하게 되었다는 견해가 있다.¹⁶⁾ 이에 대해 쿠노 판결의 경우 7명 판사를 대표하여 더글러스 판사가 집필한 것으로 그에게만 과도한 비판이 제기 것은 부당하다는 견해도 있다.¹⁷⁾

두 가지 판례에 의견을 제시한 더글러스 판사는 1952년 연방특허법의 개정을 촉발시키는 역할을 했다.¹⁸⁾ 두 판례에서 제시된 기준은 너무 지나쳤고, 이해

11) Rich, Giles S., "The Vague Concept of Invention as Replaced by Sec. 103 of the 1952 Patent Act", *Journal of the Patent Office Society*, Vol.46 No.12(1964), p.867.

12) Great Atlantic & Pac. Tea Co. v. Supermarket Equipment Corp., 340 U.S. 147, 155 (1950). "The standard of patentability is a constitutional standard; and the question of validity of a patent is a question of law." "The Constitution never sanctioned the patenting of gadgets. Patents serve a higher end—the advancement of science. An invention need not be as startling as an atomic bomb to be patentable. But it has to be of such quality and distinction that masters of the scientific field in which it falls will recognize it as an advance."

13) Ibid., 154. "Every patent is the grant of a privilege of exacting tolls from the public. The Framers plainly did not want those monopolies freely granted. The invention, to justify a patent, had to serve the ends of science—to push back the frontiers of chemistry, physics, and the like; to make a distinctive contribution to scientific knowledge." "That is why through the years the opinions of the Court commonly have taken 'inventive genius' as the test."

14) Rich, Giles S., "Laying the Ghost of the Invention Requirement", *APLA Quarterly Journal*, Vol.1 No.1(1972), p.35.

15) Duffy, John F., "Inventing Invention: A Case Study of Legal Innovation", *Texas Law Review*, Vol.86 No.1(2007), p.41. ; Beier, Friedrich-Karl, "The Inventive Step in Its historical Development", *IIC*, Vol.17 No.3(1986), p.307.

16) Beier, Friedrich-Karl, Ibid.

17) Barton, John H., "Non-Obviousness", *IDEA: The Journal of Law and Technology*, Vol.43 No.3(2003), p.485.

관계자들의 압력 아래 입법부는 특허법을 개정 할 의무가 있다고 느꼈다.¹⁹⁾

쿠노 판례가 제103조의 입법을 촉발시켰다는 주장은 동 조항 문구 작성에 주도적인 역할을 수행했던 특허청 심사관(Federico)에 의해서도 뒷받침되고 있다. 그에 따르면, ‘천재의 섬광’이라는 표현은 상당한 논평을 불러일으켰고, 몇몇 하급 법원들도 발명의 기준에 변화가 있었다고 확신했으며, 이 표현은 상당한 영향을 미쳐서 결국 그 문제를 다루는 다양한 법안이 의회에 제출되었다.²⁰⁾

한편, 제103조의 입법이 ‘발명의 기준’에 대한 너무 엄격한 판례에 의해 촉발된 점도 있지만, 발명 그 자체에 대한 정의가 불확실하다는 점도 원인이라는 지적이 있다. 즉 쿠노 판례는 이전의 어떤 사건도 명백히 기각하지 않았기 때문에 호치키스 기준에 대한 온건한 해석도 지속되었고, 이에 따라 발명 기준에 대한 다양한 해석이 계속되었다는 것이다.²¹⁾ 예컨대 1950년 사건에서 한 판사(Hand)는 발명 기준이 막연한 유령과 같아 다루기 어렵다고 비판하고 있다.²²⁾

Ⅲ. 제103조의 입법화 과정

1. 1952년 미국특허법 제103조의 내용

1952년 연방특허법 제103조는 ‘출원 대상이 그 분야 통상의 기술자에게 자명하다면 특허를 받을 수 없다’고 규정하고 있으며, 법조문 제목을 ‘비자명 대상(non-obvious subject matter)’이라고 붙이고 있다.²³⁾ 이어서 조문

18) Taylor, David O., “Patent Reform, Then and Now”, *Michigan State Law Review*, Vol.2019 (2019), p.438.; 다음 논문도 20세기 중반 발생한 두 가지 중요한 판례 모두에 더글러스 판사가 관여했음에 주목하고 있다. Barton, John H., *Ibid*.

19) Beier, Friedrich-Karl, *supra* note 15, p.308.

20) Federico, P. J., “Origins of Section 103”, *APLA Quarterly Journal*, Vol.5 No.2(1977), p.87.

21) Duffy, John F., *supra* note 15, p.43.

22) *Harries v. Air King Prod. Co.*, 183 F.2d 158, 162 (2d Cir. 1950).

23) 1952년 미국특허법 제103조. “[Conditions for patentability; non-obvious subject matter] A patent may not be obtained though the invention is not identically disclosed or described as set forth in section 102 of this title, if the differences

문구에 대한 사소한 개정을 거치게 되며 2011년 개정법에서는 선출원주의 도입으로 판단시점이 ‘발명’ 시점에서 ‘출원 시점’으로 변화되어 지금에 이르고 있다.²⁴⁾ 조문 명칭은 1952년 이래 현재까지 이어져 오고 있다.

2. 제103조 입법과 관련한 조직과 역할

(1) 의회

미국 의회의 하원과 상원은 각각 사법위원회(the Committee on the Judiciary)를 두고 있고, 1952년 연방특허법 개정 당시 위원회 산하에 특허·상표·저작권 소위원회(the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights)를 두고 있었다.²⁵⁾

당시 마지막으로 전문개정 된 1870년 특허법은 1836년부터 1870년까지의 기간 동안의 회기법률(Session Law)이 성문화되고(codification) 개정된(revision) 성문법전(Statutory Code)이다.²⁶⁾ 회기법률은 제정 순서에 따라 연대순으로 수집되고, 성문법전은 법률을 주제에 따라 재정비한 것으로 50개의 표제(title)로 분류되어 있으며, 특허법(Title 35)도 포함된다.²⁷⁾

당시 소위원회의 위원장(Joseph Bryson)은 그의 위원회가 특허법을 개정하고 성문화하는 두 가지 역할을 담당하기로 결정했다고 1950년 5월 23일

between the subject matter sought to be patented and the prior art are such that the subject matter as a whole would have been obvious at the time the invention was made to a person having ordinary skill in the art to which said subject matter pertains. Patentability shall not be negated by the manner in which the invention was made.”

24) Public law 112 - 29, Sept. 16, 2011.

25) 하원 법사위원회 산하 소위원회의 명칭은 다음과 같다: the House Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary.

26) Harris, L. James, “Some Aspects of the Underlying Legislative Intent of the Patent Act of 1952”, George Washington Law Review, Vol.23 No.6(1955), p.660.

27) 회기법률은 미합중국법률전집(‘Statute at Large’)에 수록된다. 성문법전은 정부간행의 미합중국법전(United States Code; U.S. Code; U.S.C.)과 상업적으로 편집된 ‘United States Code Annotated(U.S.C.A.)’, ‘United States Code Service(U.S.C.S)’가 있다. 육소영, 『해외국가별 지식재산권 제도 분석: (1) 미국편』, 한국발명진흥회, 2002, 19-20면.

밝히고 있으며,²⁸⁾ 후에 제103조를 포함한 1952년 개정 특허법을 발의하게 된다. 두 상원의원(Alexander Wiley, McCarran)도 상원에서 법안 통과를 강력히 주장하였다.

또한 하원 소위원회에 소속된 법률개정 자문위원(the Law Revision Counsel)인 세 사람(Charles Zinn, C. Murray Bernhardt, 후임으로 L. James Harris)이 입법과정에 참여하게 된다.²⁹⁾ 이들은 ‘특허 개혁’을 의제에 올리는 활동(Zinn, Bernhardt), 초안 작성에 참여하는 활동(Bernhardt, Harris)을 수행했다.

(2) 특허청

소위원회가 특허법의 성문화 작업을 맡기로 결정하자, 특허청은 법무부의 반독점부(Anti-Trust Division)가 개입될 경우 특허 시스템에 대한 공격이 발생할 것을 우려하여 법안 초안을 만들어 주겠다고 제의하게 된다.³⁰⁾ 당시 특허청장(Lawrence C. Kingsland)은 페데리코(Pasquale J. Federico)를 6개월 이상 하원위원회에서 기술 조수(a technical assistant)로 일하고 법안 초안을 작성하도록 했다.³¹⁾ 그는 오늘날의 특허청 심판원과 유사한 기능을 수행했던 특허항소위원회(Patent Board of Appeals) 위원으로, 직위는 심사책임자(Examiner-in-Chief)였다.³²⁾ 그는 1952년 특허법에 대한 첫 번째 예비초안을 만들었으며, 1952년 특허법 법안과 관련된 상·하원 보고서(the House and Senate Reports)의 초안을 작성했다.³³⁾

(3) 전미특허법협회 평의회(민간)

전미특허법협회 평의회(National Council of Patent Law Associations: NCPLA)는 미국 각지의 특허법협회들이 모여 만든 단체로서, 의회에서 특

28) Harris, L. James, *supra* note 26, p.660.

29) Taylor, David O., *supra* note 18, p.458.

30) Sirilla, George M., “35 U.S.C. 103: From Hotchkiss to Hand to Rich, the Obvious Patent Law Hall-of-Famers”, *J. Marshall L. Rev.* Vol.32. (1999), p.509.

31) Taylor, David O., *supra* note 18, p.458.

32) Barton, John H., *supra* note 17, p.486.

33) Taylor, David O., *supra* note 18, p.452.

허법을 성문화하도록 하는 결정이 나오자, 특허법이 특허 법조계(patent bar)의 관점과 양립할 수 있도록 특허법 개정 작업에 동참하게 된다.³⁴⁾ 특히, 이 과정에서 제103조의 문구작성에 깊이 개입하게 된다.

1949년 11월 페데리코는 평의회 의장(Henry Ashton)에게 특허 개혁 법안의 예비초안을 보여주었다.³⁵⁾ 의장은 동 예비초안에 관한 여러 협회의 노력을 조율하기 위해 평의회 회의(1950년 2월 8일, 23명 참석)를 소집, 두 가지 사항을 결정하였다. 첫째 조정위원회(a Coordinating Committee)를 만들어 새로운 특허법을 기초하는 의회를 돕는다. 둘째, 두 사람(Giles Rich와 Paul Rose)으로 구성되는 초안위원회(Drafting Committee)를 만든다.³⁶⁾ 조정위원회는 개인, 기업, 정부에서 일하는 변호사 약 30명으로 구성되었으며, 하원 소위원회와 협력했다.³⁷⁾

초안위원회는 리치(Giles Rich)가 주도가 되어 페데리코가 만든 예비초안을 바탕으로 제103조의 내용을 담은 법안을 작성하게 된다. 초안 위원회의 정식 구성원은 아니지만, 평의회 의장(Ashton), 특허청 심사관(Federico)과 소위원회 자문위원(Bernhardt, Harris) 등 두 세 명도 초안위원회에 참석하였다.³⁸⁾ 두 사람(Rich와 Ashton)은 의회보고서 부록의 개정 주석(the Revision Notes)의 초안을 작성하게 된다.

3. 루스벨트 대통령의 제안에 따라 설치된 위원회의 권고

1941년 루스벨트 대통령은 특허시스템을 점검하기 위해 국가특허기획위원회(National Patent Planing Commission)를 설치했다.³⁹⁾ 위원회(위원

34) Sirilla, George M., *supra* note 30, p.509.

35) Taylor, David O., *supra* note 18, p.450.

36) *Ibid.*, p.451.

37) Giles S. Rich, *supra* note 14, p.31.

38) Taylor, David O., *supra* note 18, p.451.

39) Edward, Victor L., "Efforts To Establish A Statutory Standard of Invention(Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary, U.S. Senate, Eighty-fifth Congress, First Session)", U.S. Government Printing, 1958, p.2. 이 자료는 상원 소위원회에서 발간한 자료로서 제103

장(Charles F. Kettering)는 1943년 다음과 같이 권고하였다.⁴⁰⁾ “특허성(patentability)은 기술의 진보에 기여하는 특성에 의해 객관적으로 결정되어야 하며, 발명이 이루어진 과정의 특성에 의해 주관적으로 이루어져서는 안 된다는 정책을 명확히 법제화해야한다.”

4. 초기 입법 동향(1945-1949)

국가특허기획위원회의 권고안을 반영한 개정안이 1945년(79회기)부터 도입되어, 1948년(80회기), 1949년(81회기)까지 이어져 논의 되었으며, 이와 동시에 호치키스 판례와 유사한 기준을 담은 두 종류의 개정안이 1947년(80회기) 및 1949년(81회기)에 도입되었다.⁴¹⁾ 이들 법안들은 모두 폐기되었으나, 제시된 법안과 소위원회가 개최한 청문회에서의 논의 중 일부는 최종 법안에 반영되어 결실을 맺게 된다.

(1) 국가특허기획위원회 권고안

1) 법조문 문구

“기술진보 기여 특징 기준”에 대한 법안이 세 차례에 걸쳐 의회에 제출되었다.⁴²⁾ 발명의 특허조건은 기술진보 기여의 특징에 따라 객관적으로 결정되어야 하며, 발명이 만들어진 과정의 특징에 따라 주관적으로 결정되어서 안 된다는 내용이 담겨져 있다.⁴³⁾

조 입법과 관련한 상세한 의회 문서가 담겨져 있다. 저자는 의회 도서관 산하의 입법참고국(Legislative Reference Service, Library of Congress)소속 되어 있었다.

40) National Patent Planning Commission, “The American Patent System(Report of the National Patent Planning Commission, House Document No. 239, 78th Cong.)”, Government Printing Office, 1943, p.6. “The commission therefore recommends the enactment of a declaration of policy that patentability shall be determined objectively by the nature of the contribution to the advancement of the art, and not subjectively by the nature of the process by which the invention may have been accomplished.”;

41) Edward, Victor L., *supra* note 39, pp.3-9.

42) *Ibid.*, p.3. “H. R. 3694 (79th Cong., 1st sess.)(1945), Representative Hartley; H. R. 5248 (80th Cong., 2d sess.)(1948), Representative Hartley; H. R. 4798 (81st Cong., 1st sess.)(1949), Representative Bryson.”

국가특허기획위원회의 제안에서 가져온 이 문구에 따르면 발명 과정과 관련된 쿠노 판결의 ‘천재의 섬광’ 기준은 배제될 수 있으나, 구체적 판단 기준이 제시되지 않는다는 한계를 가진다. 또한 ‘기술의 진보’라는 당시 미국 판례에서 잘 나타나지 않은 용어가 핵심 개념으로 등장하고 있는데, 이는 동 위원회의 위원장과 상임이사가 엔지니어 출신인 것과 관련이 있다고 판단된다.⁴⁴⁾ 이 기준은 독일의 ‘기술적 진보’나 미국 판례에서의 ‘새로운 효과’라는 기준과 유사하다.

2) 청문회 결과

① 1948년 법안(H.R.5248)

1948년 법안(H.R.5248)에 대한 청문회가 1948년(5월 5, 7, 12일) 열렸다.⁴⁵⁾ 뉴욕 특허법협회는 기본적으로 동 법안을 지지하였다. 동 조직을 대리하여 리치(Rich, 변호사)는 법안의 목적은 훌륭하나, 객관적, 주관적이라는 문구가 의미하는 바가 명확하지 않아서 삭제하는 것이 필요하다고 주장하였다.⁴⁶⁾ 또한 ‘Patentability of inventions’이라는 문구로 인해 ‘invention’

43) Ibid. 법안 문구: “Patentability of inventions and discoveries, including discoveries due to research, and improvements thereof, shall be determined objectively by the nature of the contribution to the advancement of the art, and not subjectively by the nature of the mental process by which the invention or discovery, or the improvement thereof, may have been accomplished.”

44) 동 위원회의 다음과 같이 구성되어 있다. Charles F. Kettering(Chairman), Chester C. Davis, Edward F. McGrady, Francis P. Gaines, Owen D. Young, Andrey A. Potter(Executive Director), Conway P. Coe(Executive Secretary). The American Patent System(Report of the National Patent Planning Commission), p.iv.; 위원장(Kettering)은 전기 분야 엔지니어로서 당시 GM의 연구소장(1920-1947)으로 일했다(Petroski, Henry, *An Engineer's Alphabet*, Cambridge University Press, 2011, p.112.); Andrey A. Potter는 퍼듀 대학 기계공학 분야 교수로 일하면서 발명가의 권리를 옹호했다(Purdue University, “Potter, A. A. (Andrey Abraham), 1882-”, <[https://archives.lib.purdue.edu/agents/people/1021?&filter_fields\[\]=subjects&filter_values\[\]=Patents](https://archives.lib.purdue.edu/agents/people/1021?&filter_fields[]=subjects&filter_values[]=Patents)>), 검색일: 2022.2.4.; Conway P. Coe는 당시 특허청장으로 재직 중이었다.

(USPTO, <<https://www.uspto.gov/about-us/conway-p-coe>>, 검색일: 2022.2.4.).

45) 1945년(H.R.3694) 법안에 대해서는 청문회가 열리지 않았다. Edward, Victor L., *supra* note 39, p.3.

46) Ibid., p.4.

을 정의해야하는 상황에 빠지게 되는데 이는 바로 우리가 벗어나고자 하는 것이며, 우리가 진정으로 원하는 것은 특허성을 결정하는 기준이라고 진술하였다. 전미제조업협회(National Association of Manufactures) 특허자문관(George E. Folk)은 쟁점을 더 복잡하게하고 법원의 혼란을 증가시킨다는 이유를 들어 반대하였다. 또한 시카고 특허법협회도 동 문구는 법률의 중요한 요건인 확실성과 명확성이 결여되어 오히려 혼란을 초래한다는 이유를 들어 반대하였다. 한편, 법무부의 입장은 중립적이라고 할 수 있는데, 만일 적절한 문구가 도입된다면 개정이 바람직 할 것이라고 하면서, 동 법안의 통과를 추천하지 않았다.

② 1949년 법안(H.R.4798)

1949년 법안(H.R.4798)에 대한 청문회가 1949년 6월(15일, 22일)에 개최되었다.⁴⁷⁾ 법안에 대한 개정 의견 가운데 주목할 만한 제안은 랜햄(Fritz Lanham, National Patent Council)이⁴⁸⁾ 제시한 개정안으로,⁴⁹⁾ '발상 시 그러한 기술이나 과학에 숙련된 사람에게는 자명하지 않을 기술이나 과학의 진보를 나타낸 경우'라는 문구가 나타나고 있다. 컨설팅 엔지니어(C. E. Beach)도 유사한 문구를 제안하였다.⁵⁰⁾

47) Ibid., p.5.

48) 1946년 연방상표법 제정(일명Lanham Act)을 발의한 전 하원의원이며, 청문회 당시 로비스트로 활동하고 있었다.

49) Edward, Victor L., supra note 39, p.5. "Patentable invention shall be presumed to be present if the invention or discovery for which application for patent is made, or upon which a patent is granted, is directed to patentable subject matter, is new and useful, and represents an advance in the art or science to which it appertains or most nearly appertains which would not be obvious to one skilled in such art or science at the time of conception thereof and irrespective of the manner in which or the circumstances under which such invention or discovery was conceived.(hearings, pp. 41-49)."

50) Ibid., p.6. "Patentable invention shall be presumed to be presented, irrespective of the nature of the mental processes by which, or the circumstances under which, the invention or discovery or the improvement thereof was conceived or made, if the invention or discovery, or improvement thereof, for which application for patent is pending or upon which a patent is granted, is directed to new and useful subject matter and represents, in the art or science to which it appertains or most nearly appertains, an advance that would not be obvious, at the time of conception

한편, 법무부는 두 가지 측면에서 동 법안에 대한 반대 의견을 제시했다.⁵¹⁾ 첫째, 개정안의 문구는 판례법상의 ‘발명’ 기준 보다 더 확실성이 높은 것도 아니다. 둘째, 주어진 문구만을 유일한 발명 기준으로 삼으면, 특허 시스템의 헌법적 목적을 달성하기 위해 고려해야 할 다른 요인들이 무시될 수 있다. 특허청과 법원이 ‘그 분야 기술자에게 자명할 것인지에 대해서는(it would be obvious to one skilled in the art)’ 고려하지 않는 것을 의미하는 것이라면, 이는 특허제도의 기본 취지에 부합하지 않는 교리이다.

이를 종합해 보면, 증인들(Fritz Lanham, C. E. Beach, 법무부)의 공통된 주장은 ‘그 분야 기술자에게 자명한 것’을 발명으로 인정하지 말아야 한다는 점이다. 다만, 두 사람(Fritz Lanham, C. E. Beach)의 제안은 이 기준을 ‘기술적 진보’라는 기준의 하위 기준으로 보고 있지만, 법무부는 이와 관련짓지 않고 이를 헌법적 요구사항이라고 판단하고 있다는 점이다. 이러한 청문회를 통해 제시된 제안은 1952년 미국특허법 제103조의 내용에 한 걸음 다가서는 모습을 보이고 있다. 당시 특허권 남용 행위에 대한 강력히 대응해 왔던 법무부와는 협력이 법 통과에 중요한 변수가 될 수 있었다는 점에서 법 통과를 위해서는 이러한 견해를 수용해야 하는 상황에 이르렀다고 보인다.

(2) 호치키스 기준과 유사한 내용을 담은 법안

호치키스 기준과 유사한 내용을 담은 법안이 1947년과 1949년에 제출되었다. 전자의 경우 ‘오래된 수요가 있었으나 실패한 경우’라는 기준을 제시했고⁵²⁾ 후자는 ‘보통의 기술’이라는 기준을 제시했다.⁵³⁾ 동 법안들은 폐

or discovery thereof, to one skilled in such art or science (hearings, p. 67).”

51) Ibid., pp.6-7.

52) Ibid., p.7. H. R. 4061 (80th Cong., 1st sess. Representative Gamble): “...If the preponderating weight of such evidence shows that the subject matter of the claim complies with the requirements previously set forth in this section and fills a long-felt want, such evidence shall be deemed sufficient to constitute proof that the subject matter of the claim amounts to invention, provided the preponderating weight of such evidence further shows that, prior to such invention, the skill of the art to which the invention appertains had not supplied such want and in its then state of development was unable so to do.”

53) Ibid., p.9. S.2518; H.R.6436 (81st Cong., 1st sess.): “There shall be no criteria of

기되기는 했으나,⁵⁴⁾ 이러한 구체적 기준은 1947년 및 1948년 법안을 동시에 다룬 1948년 개최 청문회⁵⁵⁾ 참가자들에게 선례의 문구를 찾도록 하는데 자극을 주었을 것으로 추정해 볼 수 있다. 이는 이듬해인 1949년 청문회에서 비자명성이라는 선례의 문구가 등장하는데서 알 수 있다.

5. 특허·상표·저작권 소위원회 주도의 개정 작업(1949-1952)

앞서 언급한 다양한 법안과 청문회의 의견을 바탕으로 특허·상표·저작권 소위원회 주도로 예비초안이 만들어진다.⁵⁶⁾ 이 예비초안은 민간단체 산하 초안위원회에서 검토 되면서 법안(H.R.9133, 1950년)으로 만들어지게 된다. 제103조의 문구와 유사한 내용을 담고 있는 동 법안은 한 차례의 개정안(H.R.3760, 1951년)을 거쳐 최종 법안(H.R.7794, 1952년)으로 바뀌게 된다. 예비초안 작성에서 최종 법률의 문안에 이르는 사이에 일어난 중요한 변화를 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 비자명성 기준이 도입되는 단계, 둘째, ‘발명 독트린(invention doctrine)’이 비자명성 독트린(‘nonobvious doctrine’)으로 전환되는 단계 셋째, 기술진보 기준이 삭제되는 단계이다. 이 가운데 첫 번째는 예비초안이 만들어지는 단계에서 도입되었다. 두 번째 단계는 초안위원회 논의 과정에서 도입되었다. 이는 발명이라는 모호한 개념을 특허요건에서 배제하고자 의도적으로 제103조의 제목을 ‘발명의 결여’에서 ‘비자명한 대상’으로 바꿈으로서 달성된다. 이 법안(H.R. 9133)에 있는 ‘기술진보에 기여’

patentable invention or discovery other than novelty (beyond what is reasonably to be expected of the ordinary person exercising the mere routine skill of the art) and utility” ; ‘Long-felt want’ 기준(H.R. 4061)과 관련된 청문회에서 이를 지지하는 견해로, 오래된 수요로서 실패가 있었다면 이는 통상의 기술자가 가진 것 보다 더 큰 것이 요구되는 증거(something more is required than the ordinary skill of artisan)가 된다는 선례를 들고 있다. Ibid., p.8.

54) ‘오래된 수요’ 기준은 특정한 상황에서만 적용될 수 있다는 등의 이유로 다수가 반대하게 된다. 이 법안은 법무부, Rich, Lanham, 시카고 특허법협회 등 많은 사람들의 반대 에 부딪치게 된다. Ibid.,p.8.

55) 1947년에 제안된 법안(80회기 1세션, H.R. 4061)은 앞서 소개한 H. R. 5248 (80th Cong., 2d sess.)(1948) 법안에 대한 청문회(1948년 5월(5,7,12))에서 함께 논의 되었다. Ibid.,p.7.

56) Ibid., p.9.

라는 어구가 빠진 수정안(H.R. 3760)은 제103조의 문구와 거의 동일하다.

문구 수정을 거친 최종 법안(H.R.7794, 1952)은 1952년 5월 20일 발의되며, 하원과 상원에서 만장일치의 동의를 얻고 1952년 7월 1일 대통령의 승인을 얻어, 1953년부터 효력을 발휘하게 된다.⁵⁷⁾

그 과정을 상술하면 아래와 같다.

(1) 예비초안(preliminary draft)의 작성

예비초안의 제23조(제103조의 전신)는 발명의 법률적 기준(statutory standard of invention)을 다루고 있다.⁵⁸⁾ 제23조는 비자명성 법리('obvious to an ordinary person skilled in the art')를 첫 문단에 포함시키고, 두 번째 문단은 기술진보 기여의 정신적 생성 과정이 아니라, 기술진보 기여의 특성에 의해 특허성이 결정되어야 한다고 기술하고 있다. 또한 '발명의 결여(lack of invention)'를 동 조항의 제목으로 잡고 있다. 제23조의 주석에 따르면, 첫 번째 문단은 두 가지 이유로 추가 되었다. 첫째, 호치키스 판례에 따

57) Ibid. p.15.; 최종 법안(H.R. 7794)이 하원에서 만장일치로 통과되었으며, 재심의 끝에 상원에서 만장일치로 통과되었다. Harris, L. James, *supra* note 26, p.661.

58) Committee on the Judiciary(House of Representatives, 81st Cong.), "Proposed revision and amendment of the patent laws : preliminary draft with notes", Government Printing Office, 1950, pp.12-13. "§23.(Conditions for patentability, lack of invention) A patent may not be obtained though the invention is not identically disclosed or described in the material specified in section 22 of this title, if the differences between the subject matter sought to be patented and said material are such that the subject matter as a whole would be obvious to an ordinary person skilled in the art. Patentability as to this condition shall be determined by the nature of the contribution to the advancement of the art, and not by the nature of the mental processes by which such contribution may have been accomplished. [Note] There is no provision corresponding to the first paragraph explicitly stated in the present statutes, but the refusal of patents by the Patent Office, and the holding of patents invalid by the courts, on the ground of lack of invention has been followed since at least as early as 1850. This paragraph is added for two reasons, first, a specific statement in the statute might have some stabilizing effect, and second, it serves as a basis for the addition of a provision defining or setting a standard of invention if such addition were considered desirable or necessary. The second paragraph brings up recent proposals relating to an objective standard of invention, see 79th Congress, H.R. 3694; 80th Congress, H.R. 4061 and 5428, hearings, May 1948; 81st Congress, H.R. 1798, hearings, June, 1949."

른 발명 독트린이 1850년대부터 이어져오는 상황에서 동 법리를 법조문에서 특정함으로서 안정화 효과(stabilizing)를 가져오게 하고, 둘째 발명의 기준을 정의하는 것이 필요할 경우 이에 대한 토대를 제공해 준다는 것이다. 또한 주석에서는 제23조의 두 번째 문단은 발명의 객관적 기준을 정립하는 것과 관련이 있다고 하면서, 앞선 법안(4개)을 인용하고 있다.

동 예비초안의 작성자(Federico)는 다음과 같이 제103조의 문구작성 과정을 설명하고 있다.⁵⁹⁾ 제23조의 첫 번째 단락에 ‘발명 요건’을 명시적으로 표현함으로서 왜곡된 방식으로 추론되는 것을 방지하고, 문제에 대한 이해를 명확히 함과 동시에 그것을 다루는 데 도움이 될 거라고 생각한 새로운 접근법이었다고 설명하고 있다. 또한 ‘그 분야 보통 사람에게 자명(obvious to an ordinary person skilled in the art)’이라는 표현은 특정한 하나의 법원 판결로부터 나온 것은 아니고, 축적된 특허법 용어이며 빈번하게 사용되어 왔던 수많은 균등한 표현의 합성체라고 하면서, 사실은 1949년 청문회에서 두 증인이 유사한 문구가 포함된 제안을 했다고 밝히고 있다.⁶⁰⁾ 또한 ‘단순한 관행적인 기술을 발휘하는 보통 사람에게 기대되는 것을 넘어설 것’을 요구하고 있는 앞선 하원의 법안(H.R.6436)도 소개하고 있다.⁶¹⁾

당시 자문위원(Harris)도 사법위원회가 주관적인 개념을 최대한 객관적인 용어로 명확하고 단순하게 표현하려고 시도했으며, 그 조항은 법원에서 자주 사용되는 언어를 번역한 것이라고 설명하고 있다.⁶²⁾

(2) 1950년 법안(H.R. 9133)의 작성

특허법조계와 국민들로부터 받은 수많은 제안과 비판 등을 고려하여 제81

59) Federico, P. J., supra note 20, p.90.

60) Ibid., pp.92-93.

61) Ibid., p.93. “There was also a bill in the 81st Congress (H.R.6436, not included in the hearings and a Senate companion bill, S.2518) which referred to “utility and novelty (beyond what is reasonably to be expected of the ordinary person exercising the mere routine skill of the art).”

62) Harris, L. James, supra note 26, p.675. 주. 70. Webster’s New International Dictionary, Second Edition (1953), defines the word “obvious” to mean, “easily discovered, seen, or understood; plain; evident; as an obvious, meaning, remark, defect.”

차 의회에서 법안(H.R. 9133)이 준비되어⁶³⁾ 1950년 7월 17일 제출되었다.⁶⁴⁾

예비초안은 초안위원회에서 변호사(Rich)의 주도하에 법안(H.R. 9133)으로 다듬어지게 된다. 예비초안과 비교하여 이 법안이 가지는 가장 커다란 차이점은 예비초안 제23조가 제103조로 바뀌고 제목도 ‘Conditions for patentability, lack of invention’에서 ‘Conditions for patentability, non-obvious subject matter’로 바뀐 것이라고 할 수 있다.⁶⁵⁾ 이로서 판례법 상의 ‘발명’ 독트린은 최소한 법률상으로는 사라지고, ‘비자명성’ 독트린이 법률상으로 탄생하게 된다. 리치는 자신이 이를 제안했으며,⁶⁶⁾ ‘발명’이라는 용어는 정의가 불가능하고, 동 용어 사용 시 법원이 과거의 해석을 덧붙일 것이기 때문이 이 용어에서 완전히 벗어나고자 법조문의 명칭을 변경하였다고 설명하고 있다.⁶⁷⁾ 자문위원(Harris)도 제103조의 제목이 조문의 핵심 개념을 담은 구절로 매우 조심스럽게 구체화되었고, 이는 ‘발명’이라는 용어 주변에서 자라난 부랑자들을 피하기 위해서였다고 밝혔다.⁶⁸⁾

한편, 동 법안에서 유의해야 할 점은 기술 진보와 유사한 문구(‘the nature of the contribution to the art’)가 아직도 포함되어 있다는 점이고 이는 다음 개정안에서 삭제되게 된다.

(3) 비자명성 기준 법안의 제안과 통과

63) Federico, P. J., *supra* note 20, pp.92-94. “§103. Conditions for patentability, non-obvious subject matter: A patent may not be obtained though the invention is not identically disclosed or described in the material specified in section 102 of this title, if the differences between the subject matter sought to be patented and said material are such that the subject matter as a whole would have been obvious at the time the invention was made to a person having ordinary skill in the art. Patentability as to this condition shall be determined by the nature of the contribution to the art, and shall not be negated by the manner in which such contribution may have been accomplished.”

64) Edward, Victor L., *supra* note 39, p.10.

65) Rich, Giles S., *supra* note 14, p.32

66) Rich, Giles S., “Why and How Section 103 Came to Be”, *Federal Circuit Bar Journal*, Vol.14 No.1(2004), p.191.

67) Rich, Giles S., *supra* note 14, p.34.

68) Harris, L. James, *supra* note 26, p.675.

1950년, 1951년, 1952년에 연속적으로 법안이 제출되었다.⁶⁹⁾ 앞서 소개한 1950년 (H.R.9133) 법안은 의견 수렴용으로 제안되었고, 관련 청문회가 없었으며, 다시 수정된 법안(H.R.3760)이 1951년 제출되었다.⁷⁰⁾ 달라진 점은 제103조의 두 번째 문단에서 ‘기술진보에 공헌’이라는 문구가 삭제되었다는 점이다. 이는 미국의 발명 독트린 가운데 하나의 기준인 ‘새로운 결과’이나 독일의 기준이었던 ‘기술적 진보’ 개념과 연관된 것으로 동 문구의 삭제는 이들 법리와 완전히 결별한다는 점에서 커다란 변화라고 볼 수 있다. 동 법안에 대한 청문회가 1951년 7월(13-15일) 개최되었는데, 이 문구가 있음으로 해서 ‘inventiveness’나 ‘inventive genius’가 있는지 여부가 필요 없음이 명확해졌는데, 이 문장이 생략되면 어떤 효과가 있는지 의문을 제기하는 사람(I.J. Feller)이 있었다.⁷¹⁾ 신 법안에는 발명의 증거가 발명된 것의 가치에 의해 나타난다는 점이 삭제되어, 발명에 대한 적극적인 기준이 빠졌다는 것이다. 이에 대해 소위원회 위원장(Mr. Bryson)은 그렇지 않다고 말했다. 이에 대해 그는 다시 한 번 두 번째 문장이 발명의 개념을 확대하여 적극적 기준을 포함시킨 것이냐 라는 질문에 위원장은 그렇다고 대답했다.

이 대화를 보면, 청문회의 질문자는 삭제의 효과를 명확히 인식하고 있었으나, 오히려 소위원회 위원장은 커다란 차이점을 인식하고 있지 못하거나, 아니면 법안을 원만히 통과시키기 위해서 의도적으로 차이점이 없다고 응답하고 있음을 알 수 있다.

한편, 동 청문회에서 뉴욕 시 법조협회(Bar Association of the City of New York)는 첫 번째 문단에서 언급된 선행기술이 단지 제102조에 언급된 선행기술에 국한 되는 것이 아니라는 점을 명확히 한 수정안을 제안했으며, 이를 그대로 받아들인 최종 법안(H.R.7794)이 만들어져 의회에서 통과되었다.⁷²⁾

69) H.R. 9133 (81st Cong., 2d sess. 1950), H.R. 3760 (82d Cong., 1st sess. 1951), H.R. 7794 (82d Cong., 2d sess. 1952). Edward, Victor L., *supra* note 39, p.10.

70) *Ibid.*, p.11. “Conditions for patentability: nonobvious subject matter. []... Patentability shall not be negated by the manner in which the invention was made.”

71) *Ibid.*, p.12.

72) *Ibid.*, p.15.

IV. 제103조에 대한 의회의 해석

1. 입법 자료에서의 공식적 해석

미국 의회에서 법안이 통과되기 위해서는 그 전 단계로 담당 위원회가 하원 또는 상원에 보고하기로 결정해야 하며, 보고하기로 결정된 경우 위원회 보고서가 위원회 보좌진에 의해 작성되어 표결 전에 배포되어야 한다.⁷³⁾

(1) 상하원 사법위원회 보고서

상원 및 하원 사법위원회의 보고서에는 제103조의 의미와 의도에 대한 진술이 있다.⁷⁴⁾ 이 보고서에서는 동 법안이 기본적으로 기존 (회기) 법령의

73) 김영희, 『미국의 입법과정』, 한국학술정보, 2007, 85면.

74) 하원의 사법위원회 보고서((H. Rept. 1923, 82d Cong., 2d sess.)와 상원의 사법위원회 보고서는 같은 내용을 담고 있다. 이 글에서는 상원 보고서를 기준으로 인용하였다. The Committee on the Judiciary(Senate), Senate Report No.1979 (82d Cong., 2d sess.) (To accompany H.R. 7794), 1952, p.3: "Although the principal purpose of the bill is the codification of title 35, United States Code, and involves simplification and clarification of language and arrangement, and elimination of obsolete and redundant provisions, there are a number of changes in substantive statutory law. These will be explained in some detail in the revision notes keyed to each section which appear in the appendix of this report. The major changes or innovations in the title consist of incorporating a requirement for invention in section 103 and the judicial doctrine of contributory infringement in section 271." p.4. "Section 103, for the first time in our statute, provides a condition which exists in the law and has existed for more than 100 years, but only by reason of decisions of the courts. An invention which has been made, and which is now in the sense that the same thing has not been made before, may still not be patentable if the difference between the new thing and what was known before is not considered sufficiently great to warrant a patent. That has been expressed in a large variety of ways in decisions of the courts and in writings. Section 103 states this requirement in the title. It refers to the difference between the subject matter sought to be patented and the prior art, meaning what was known before as described in section 102. If this difference is such that the subject matter as a whole would have been obvious at the time to a person skilled in the art, then the subject matter cannot be patented. That provision paraphrases language which has often been used in decisions of the courts, and the section is added to the statute for uniformity and definiteness. This section should have a stabilizing effect and minimize great departures which have appeared in some cases."

성문화 작업이라고 하면서도, 실체법상 많은 변화가 있었음을 인정하고 있으며 비자명성 조항인 제103조와 기여침해조항인 제271조를 언급한다. 제103조는 최소 백년 동안 판례를 통해 지속되어온 법리를 조문화한 것이라고 하면서, 기존 판례의 핵심 내용으로 선행기술과 출원발명의 차이가 충분해야 한다는 점을 들고 있다. 이는 호치키스 판례를 중심으로 한 다양한 판단 기준을 포괄적으로 지칭한 것으로 보인다. 이어서 이 발명 법리는 다양한 방식으로 표현되었다는 점을 인정하면서, 제103조의 비자명성 법리를 설명하고 있다. 이 조항이 기존 판례의 용어를 바꾸어 표현한 것이며 통일성과 명확성을 위해 조항이 추가되었다고 밝히고 있다. 또한 이 조항으로 법적 안정성 효과가 있어야 하며, 약간의 판례에서 나타난 큰 이탈을 최소화해야 한다고 기술하였다.

이 보고서는 제103조의 문구가 기본적으로 기존 판례에서 나왔다는 점을 강조하여 기존의 다양한 판례 가운데 하나의 법리만 선택했다는 점을 명확하게 하고 있지는 않으며, 다만, ‘큰 이탈’을 가져온 판례의 법리는 최소화하고자 한다고 설명하고 있다.

(2) 개정 주석

개정 주석(revision notes)은 법안(H.R. 7794)에 대한 보고서의 부록에 수록되어 있다.⁷⁵⁾ 개정 주석에는 제103조와 관련해서 기존의 발명 법리를 조문화한 것으로 법적 안정성을 위한 것이라고 설명하고 있으며, 쿠노 판례의 ‘천재의 섬광’ 법리의 폐기를 명시적으로 언급하고 있다. 이는 보고서의 ‘이탈의

75) Ibid., p.13. "Section 103: There is no provision corresponding to the first sentence explicitly stated in the present statutes, but the refusal of patents by the Patent Office, and the holding of patents invalid by the courts, on the ground of lack of invention or lack of patentable novelty has been followed since at least as early as 1850. This paragraph is added with the view that an explicit statement in the statute may have some stabilizing effect, and also to serve as a basis for the addition at a later time of some criteria which may be worked out. The second sentence states that patentability as to this requirement is not to be negated by the manner in which the invention was made, that is, it is immaterial whether it resulted from long toil and experimentation or from a flash of genius."

최소화'라는 언급 보다 구체적인 것으로, 입법 후에도 상당 기간 쿠노 판례의 법리를 여전히 적용한 판례가 나왔다는 점에서 유의미한 차이라고 판단된다.

(3) 상원 의사록

한 상원위원(Wiley)은 최종법안(H.R.7794)법안이 미국 특허법을 단순히 (simply) 재구성하는 것이라고 하면서 법안 통과를 적극적으로 주장하였다.⁷⁶⁾

후에 동 법안을 이어서 맡게 된 상원의원(McCarran)에게 동료 위원 (Saltonstall)은 동 법안이 어떤 방식으로든 법률의 변화를 가져오는 것인지, 아니면 단지 현재의 회기 특허법을 성문화하는 것인지를 묻게 된다.⁷⁷⁾ 이에 그는 특허법을 성문화하는 것이라고 답하면서, 서면으로 별도 견해를 삽입하는 것을 허락받아 그 내용이 회의록에 기재된다. 정작 서면 기록에는 현행법을 성문화하였다고 하면서도, 대법원 판례에 비추어 보아서 약간의 변화가 있었고 새로운 용어가 사용되었다고 밝히고 있다. 이러한 대화 직후 법안은 상원에서 통과되었다.⁷⁸⁾

한편, 심리 중에 제103조의 효력이 발효된 상황에서 재판이 진행된 사건에서, 1953년 연방항소법원은 앞서 언급한 진술들을 그대로 인용하면서, 새로운 법률이 판례법의 기준을 완화했다는 주장을 반박하고 있다.⁷⁹⁾ 그러나, 두 번째 대화에서의 서면 진술은 인용하지 않고 있다. 이 판례에 대해 당시 입법에 참여했던 소위원회 자문위원(Harris)은 두 상원의원의 대화는 명백히 즉흥적이고 불완전하다고 하면서, 추가 서면 기록이 의회 기록의 같은 페이지에 수록되어 있음을 지적하고 있다.⁸⁰⁾ 그는 제103조 첫 문단이 기존 판례법이 정한 발명기준을 변화시킬 의도가 없다는 입장을 취한 판결은 법안 작성자의 의도에 대한 오해에 근거한다고 주장하면서도, 오해가 발생

76) Congress, "Congressional Record(Senate, 82nd Congress, 2nd Session, July 3, 1952)", Vol.98, p.9097.

77) Congress, "Congressional Record(Senate, 82nd Congress, 2nd Session, July 4, 1952)", Vol.98, p.9323.

78) Edward, Victor L., *supra* note 39, p.15.

79) New Wrinkle, Inc. v. Watson. 206 F.2d 421, 422 (C.A.D.C. 1953).

80) Harris, L. James, *supra* note 26, p.676.

한 이유로서 이러한 의회 입법 기록을 들고 있다.

이와 같이 상원에서의 법안 통과 과정을 보면, 법안의 통과를 원활하게 하기 위해, 기존 (회기) 법률의 성문화 작업임을 강조하고 있으며 다만, 기존 판례와 다르거나 새로운 용어가 사용되었다는 점을 서면으로 추가하고 있음을 알 수 있다.

2. 입법 참여자로서의 개인적 해석

(1) 페데리코(Federico, P. J.)

페데리코는 개정법이 통과된 후에 한 민간 출판사가 1954년 출판한 주식서의 서문에 입법과정을 자세히 설명하고 있다.⁸¹⁾ 이 논평은 1952년 특허법 초안 작성자들의 의도를 이해하고자 하는 법원에게 중요한 자료가 되었다.⁸²⁾

이 논평은 대체로 보고서와 주식의 관련 부분을 인용하여 약간의 설명을 덧붙이고 있다. 그가 특히 강조하고 있는 것은 의회 보고서와 같은 공식 문서에서는 제103조가 기존 판례에서 제시한 발명의 기준을 수정한다고 명시하지 있지는 않지만, 엄격함을 완화시키는 의도를 가지고 있다는 점이다. 그 근거로, 제103조의 문구가 기존 판례의 다양한 표현된 것 가운데 비교적 온건한 표현을 채택했다는 점과, 의회 보고서의 ‘큰 일탈의 최소화’라는 문구를 들고 있다.⁸³⁾ 또한 제103조의 두 번째 문구가 ‘천재의 섬광’을 배제하도록 한 것이라고 한 의회보고서 부록의 개정 주석을 인용하고 있다. 페데리코가 초안을 작성한 의회보고서의 본문에는 쿠노 판결에 대한 언급이 없

81) Taylor, David O., *supra* note 18, p.452.; Federico, *Commentary on the New Patent Act*, Title 35, United States Code Annotated (1954 Ed.), West Publishing Company. 이 글은 1993년 학술지에 다시 실리게 된다. Federico, P. J., “*Commentary on the New Patent Act*”, *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, Vol.75 No.3(1993), pp. 161-231. ; 민간 회사의 주식서이지만, 신뢰도가 높아서 준공식 논평이라고 불린다. Barton, John H., *supra* note 17, p.486.

82) *Symbol Techs., Inc. v. Lemelson Med.*, 277 F.3d 1361, 1366 (Fed. Cir. 2002). “Federico’s commentary is an invaluable insight into the intentions of the drafters of the Act.”; Taylor, David O., *Ibid*.

83) Federico, P. J., *supra* note 81, pp.183-4.

지만, 리치가 초안을 작성한 부록의 개정 주석에는 이러한 표현이 있었다.

(2) 리치(Rich, Giles S.)

1952년 미국특허법 제정 후 10여년이 지난 1964년 발표된 논문에서 리치 판사는⁸⁴⁾ 실무(변호사, 심사관, 판사)에서 제103조의 비자명성 요건이 제대로 정착되지 못하고, 여전히 기존의 발명 법리를 따르고 있다고 비판하고 있다. 제103조의 두 번째 문장에서 제시된 바에 따라, ‘천재의 섬광’ 기준은 사라졌으나, 첫 번째 문장에서 제시된 ‘비자명성’ 개념이 아닌, 문장에 없는 ‘발명’ 개념을 아직까지도 실무진에서 사용되고 있다는 것이다.⁸⁵⁾ 그 원인을 다음과 같이 지적하고 있다. 첫째, 한 세기 동안 지속되어온 발명 법리에 익숙한 사람들이 이를 극복하기 어려웠다. 둘째, 재판 구성원들이 기존의 극단적 판례를 이용하려고 제103조를 경시하고, 제103조로 인해 변화가 일어난 것이 아니라 기존의 판례를 조문화한 것뿐이라고 설득했기 때문이다.

1966년 연방대법원 판례(Graham)에 의해 제103조의 비자명성 법리가 정착된 이후인 1972년 작성된 논문에서도 법원이 제103조를 잘 지키지 않는 사례가 있다고 한탄하면서, 살아 있는 동안 제103조를 만든 저자들 중 한 명으로서, 그 조항의 의도를 계속해서 세상에 알릴 것이라고 선언하고 있다.⁸⁶⁾

그는 제103조의 목적이 기존의 판례법인 ‘발명의 요건’을 제거하고 조문에서 제시한 비자명성 문구 그대로 법원이 적용하도록 하는 것이었다고 밝히고 있다.⁸⁷⁾ 발명에 대한 모든 다양한 판례와 수사적 선언에서 벗어나 새로운 출발을 하기 위한 목적으로 발명이라는 용어를 사용하지 않고 있다는 점에서, 제103조는 완전히 새로운 사고방식이었고 법원이 그렇게 생각하도록 분명히 지시한 것이라고 말한다.⁸⁸⁾

의회 보고서에 “이 조항은 통일성과 명확성을 위해 법률에 추가된다.”

84) 입법 당시 변호사였다가 이후 관세특허항소법원(Court of Customs and Patent Appeals: CCPA)에서 판사로 오랜 기간 근무하였다. 이 법원은 CAFC로 변경되었다.

85) Rich, Giles S., *supra* note 11, pp.867-8.

86) Rich, Giles S., *supra* note 14, p.27.

87) *Ibid.*, p.36.

88) *Ibid.*, p.34.

고 진술하고 있어서, 이것이 단지 성문화인 것인가에 대한 논쟁을 불러오기는 하지만, 그것은 전혀 불확실하고 불확정한 구법의 낡은 요건에 대한 새로운 진술이라고 주장하였다.⁸⁹⁾ 특히, 조문의 구체적인 의도가 ‘천재의 섬광’이 필요하다는 쿠노 판례의 기준을 뒤집기 위한 것이었기 때문에 이를 성문화라고 부를 수는 없다는 것이다.

리치는 제103조가 효력을 발휘한 이후에도 상당기간 전통적인 ‘발명 법리’가 적용된 원인을 1964년에 이어 또 다시 두 가지를 제시하고 있다. 즉 첫째는 ‘발명성의 법리’에 오랫동안 익숙해 있었고, 둘째는 법안을 통과시키기 위해 제103조가 기존 판례의 성문화라고 설명되었고, 의회보고서 등 입법 자료도 그렇게 기재되어 있기 때문이라는 것이다.⁹⁰⁾ 이전과 달라진 점은 그가 1972년 시점에서 제103조가 법원에서 잘 작동하지 못한 원인으로 입법 자료의 결함도 일정 부분 책임이 있다는 점을 인정하고 있다는 것이다.

V. 제103조에 대한 법원의 해석

1. 혼돈의 시기(1953-1966) : 하급심 판례

1958년 의회 발간 자료는 1952년 연방특허법 제103조가 등장한 이후 연방 하급심 법원에서 제103조를 인용한 판례 현황을 담고 있다.⁹¹⁾ 동 법률이 발효된 1953년부터 1957년까지의 판례를 분류하여 발명의 기준이 변화되지 않은 판례(29건), 변화된 판례(7건), 분명치 않은 판례(27건)로 구분하여 제시하고 있다. 이는 제103조가 제정된 초기에 법원이 동 조항을 적용하는데 있어서 커다란 혼란을 겪고 있음을 말해 주고 있으며, 주로 발명의 기준에 변화가 없다고 하는 판례가 다수를 차지하고 있음을 알 수 있다.

1953년 판례는, ‘법률조항을 자세히 살펴보면 의회가 발명을 판별하는

89) Ibid., p.36.

90) Ibid., p.34.

91) Edward, Victor L., supra note 39, pp.23-24.

고전적 규범의 변화를 의도하지 않았다는 것을 알 수 있으며, 의회 보고서 주석에서 지적인 것처럼 새로운 개정의 목적은 법률을 혁명화하자는 것이 아니라 현행 법률을 안정화 시키는 것이다.'라고 판단했다.⁹²⁾ 1954년 판례는 1950년 사건(Great Atlantic)에서 적용된 기준은 제103조에 의해 변화되지 않았으며, 제103조는 수백 년간 이어져온 판례법을 통일성과 확실성의 목적으로 조문화 한 것에 불과하다고 보고 있다.⁹³⁾

또한 제103조가 기존의 판례를 성문화하는 것은 맞지만, 두 번째 문장은 쿠노의 천재의 섬광이라는 기준을 명확히 배제하고 있다고 보는 판례도 있다. 1953년 판례는 제103조의 첫 번째 문장은 판례법에서 인정되어 오던 것을 단지 안정화하거나 법률적 효과를 준 것이라면, 두 번째 문장은 새로운 것으로 상원보고서가 공식적으로 쿠노 판결의 '천재의 섬광' 기준을 거절한 것으로 보고 있다.⁹⁴⁾ 1957년 판례도 '천재의 섬광'이라는 기준은 필요 없고 그 분야 기술의 기술보다 더한 재능이 관련되었다는 기준을 적용하고 있다.⁹⁵⁾ 다만, 이 판례는 제103조의 후단에 의해 쿠노 기준은 배격했지만, 전단의 비자명성 기준이 아니라 호치키스 기준을 적용하고 있음을 알 수 있다.

한편, 1955년 판례는, 의회가 특허성의 기준을 정의하려 한다고 평가하면서, 이러한 시도가 연방대법원이 인정한 발명 기준을 낮추려는 의도를 가지고 있다면 실패할 것이라고 판단하고 있다.⁹⁶⁾ 연방대법원이 특허성에 대한 헌법적 기준의 최종 권위자라는 것이다. 이는 상당수 연방대법원 판례가 발명 독트린을 헌법조문과 연결하고 있는 이유를 설명해 주고 있다는 점에서 흥미롭다.

2. 연방대법원 판례에서의 정립(1966)

1966년 연방대법원은 두 개의 판례를 통해 제103조의 비자명성 요건이

92) *Thys Co. v. Oeste*, 111 F. Supp. 665, 673-674 (N. D. Calif. 1953).

93) *Interstate Rubber Products Corp. v. Radiator Specialty Co.*, 214 F. 2d 546, 548 - 549 (4th Cir. 1954).

94) *Gagnier Fibre Products Co. v. Fourslides, Inc.*, 112 F.Supp. 926, 929. (E.D. Mich. 1953).

95) *Plax Corp. v. Precision Extruders, Inc.* 239 F. 2d 792, 794 (3rd Cir. 1957).

96) *Seismograph Service Corp. v. Offshore Raydist*, 135 F. Supp. 342, 350-351 (E.D. La. 1955).

특허등록요건임을 명확히 하고 있다.⁹⁷⁾ 동 판례가 입법에 대한 헌법적 행사로서(a constitutional exercise of legislative power), 제103조 문구의 저자(Rich)라는 관점에서 볼 때 만족할 만한 성과를 거두었다는 평가도 있다.⁹⁸⁾

두 판례 가운데 특히 그레이엄(Graham) 판례는 비자명성 법리가 조문화되기까지의 역사가 자세히 기술되어 있고, 기존 관련 판례와 제103조의 조항에 대한 연방대법원의 입장이 기술되어 있다는 점에서 큰 의미가 있다고 하겠다. 또한 우리와는 달리 미국의 경우 연방대법원이 위헌 심사를 할 수 있고 헌법에 특허법 관련 조항이 있다는 점에서 제103조가 헌법에 부합한다는 판단을 내린 것으로 볼 수 있다는 점에서도 중요한 판결이라고 하겠다.⁹⁹⁾ 이를 상술하면 아래와 같다.

(1) 하급심 판결

1963년 연방지방법원은 ‘개선된 기능적 결과(An improved functional result)’가 있다는 것을 근거로, 그 분야 통상의 기술자에게 자명하지 않다는 판단 하에, 그레이엄 특허의 유효성을 인정하였다.¹⁰⁰⁾

이에 대해 제8 연방항소법원은 다음과 같은 점을 근거로 동 특허가 무효라고 판단하였다.¹⁰¹⁾ 제1심 법원이 다소 정확하게 특허법 제103조 문구를 따랐지만, ‘기능적 개선 결과’에 근거하여 자명하지 않다고 판단한 것은 낮은 기준이라고 지적하고 있다.¹⁰²⁾ 즉 제1심 법원은 쿠노와 애틀랜틱 판례에서의 대법원의 가르침에 함축되어 있는 더 엄격한 기준을 적용하지 못했다

97) 두 판례(Graham v. John Deere Co., United States v. Adams) 가운데, 전자는 제103조의 의의에 대해서 상술하고 있으며, 후자는 비자명성이 별도의 등록요건이라는 점을 간략하게 서술하고 있다. 따라서 본 논문에서는 전자에 대해서만 상술하고자 한다. Graham v. John Deere Co., 383 U.S. 1, 3 (1966): “the Congress has for the first time expressly added a third statutory dimension...the test of obviousness...”; United States v. Adams, 383 U.S. 39, 48 (1966): “...novelty and nonobviousness...are separate tests of patentability...”

98) Rich, Giles S., supra note 14, p.37.

99) 1870년 제정 최초의 연방상표법은 연방대법원에서 위헌 판결을 받는다. United States v. Steffens, 100 U.S. 82 (1879).

100) Graham v. John Deere Co., 216 F.Supp. 272, 278 (W.D. Missouri 1963).

101) John Deere Co. v. Graham, 333 F.2d 529 (8th. Cir. 1964).

102) Ibid., 534.

고 하면서, 제1심의 발견을 ‘새로운 결과’의 발견이라고 해석해 주더라도, 발명이 자명하지 않다는 판단은 명백하게 오류라고 보았다. 또한 헌법 규정과 쿠노 판결의 정당성을 강조하면서 동 특허가 무효라고 결론을 내렸다.¹⁰³⁾ 또한 이 특허가 제5항소 법원에서는 유효하다고 판단되었지만, 이 항소법원(제8순회 법원)의 판단기준이 다르다고 언급하고 있다.¹⁰⁴⁾

이와 같이 이 항소법원은 쿠노 판례 법리를 명확히 인정하고 있으며 항소법원마다 제103조 적용 기준이 다르다는 점을 밝히고 있다. 이는 연방대법원의 개입을 불러오게 된다.

(2) 대법원 판결

법원은 다음과 같은 세 가지 측면에서 중요한 판단을 하고 있다.

첫째, 제103조가 헌법 조문과 관련이 있다는 점을 분명히 하고 있다. 1950년 애틀랜틱 판결이 15년 지난 시점에서 연방 대법원은 다시 미국 법률에 기술되어 있는 요건 하에서 헌법 제1장 제8조 제8항의 기준의 발명 특허성에 초점을 맞추게 되었다고 말한다.¹⁰⁵⁾

둘째, 제103조는 선례의 조문화로서 다만 자명성에 대한 심사를 강조했을 뿐 특허로 인정받기 위한 혁신의 기준에는 변함이 없다고 판단하였다.¹⁰⁶⁾ 즉 의회의 의도가 발명의 일반적 기준(the general level of patentable invention)을 바꾸려고 하는 것이 아니며, ¹⁰⁷⁾ 비자명성을 강조하는 것은 특허등록 요건의 심사방식과 관련한 것이지 헌법에 부합하는데 필요한 품질과는 관련이 없다는 것이다.¹⁰⁸⁾ 또한 의회가 지난 20년 또는 30년 동안 적

103) Ibid., 535.

104) Ibid., 533.

105) *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1, 3. (1966).

106) Ibid., 3-4. “The questions, involved in each of the companion cases before us, are what effect the 1952 Act had upon traditional statutory and judicial tests of patentability and what definitive tests are now required. We have concluded that the 1952 Act was intended to codify judicial precedents embracing the principle long ago announced by this Court in *Hotchkiss v. Greenwood*, 11 How. 248, 13 L.Ed. 683 (1851), and that, while the clear language of s 103 places emphasis on an inquiry into obviousness, the general level of innovation necessary to sustain patentability remains the same.”

107) Ibid., 16.

용한 ‘높아진 기준’에 대응하여 제103조를 만들어서 대법원으로 하여금 완화된 기준을 찾도록 압박하고 있지만, 연방대법원에서 그 기준은 변함없이 유지 되어왔다고 기술하고 있다.¹⁰⁹⁾ 제103조가 선행 판례를 무시하여 특허성 기준을 완화하려는 의도에서 도입되었다는 견해와 사소한 변형과 평범한 혁신을 배제하는 선행 판례를 반영한 것으로, 특허성과 유효성을 결정하는데 있어서 안정성과 예측가능성에서 더 나은 수단으로서 발명 보다는 비자명성에 심사의 초점을 맞추도록 의도했다는 견해가 대립되고 있다고 인정한 후, 입법관련 자료를 들어 후자의 손을 들어주고 있다.¹¹⁰⁾

셋째, 제103조의 문구를 충실히 따르는 심사방식을 구체적으로 제시하고 있다. 선행기술을 확정하고, 선행기술과 출원발명의 차이를 확정하며, 그 분야 통상의 기술자의 수준을 확인하는 작업을 바탕으로 비자명성 여부를 판단하도록 제시하고 있으며, 상업적 성공이나 오래된 미해결과제, 실패 등을 이차적으로 고려하도록 하고 있다.¹¹¹⁾

넷째, 의회가 제103조의 두 번째 문장이 쿠노 판례의 ‘천재의 섬광’ 문구에 의한 기준을 폐기하려는 의도를 가지고 있다는 것은 논쟁의 여지가 없다고 보고 있다.¹¹²⁾

또한 특이하게도 특허청과 법원이 적용한 기준에 차이가 있다고 보면서, 그 원인으로 특허청이 심사 건수가 증가하자 발명 개념을 종종 자유재량에 따라 적용하고 있다는 데서 찾고 있으며, 향후 특허청이 1952년 법을 연방대법원이 여기서 해석한대로 엄격하게 준수해야 한다고 실시하고 있다.¹¹³⁾

동 판례는 연방대법원이 특허법 제103조를 적극적으로 수용하고, 그 문구를 충실하게 따른 적용 절차를 명확하고 있다는 점과 쿠노 판례의 기준을 명확히 배제하고 있다는 점에서 비자명성 법리의 정착에 결정적인 기여를 했다고 평가된다. 다만, 여전히 제103조가 기존 판례의 성문화라는 입장을 견지

108) Ibid., 17.

109) Ibid., 19.

110) Ibid., 16.

111) Ibid., 17-18.

112) Ibid., 15.

113) Ibid., 18.

하고 특허등록 기준에 변함이 없다는 인식을 가지고 오히려 특허청의 변화를 촉구하고 있다는 점에서 불확실성을 던져준 측면도 있다고 하겠다.¹¹⁴⁾

VI. 결 론

미국 특허법 제103조(비자명성) 탄생에 대한 입법과정을 돌이켜 보면 다음과 같은 주요 요인을 꼽을 수 있다.

첫째, 루스벨트 대통령의 특허개혁 의지를 들 수 있다. 1930년대 대공황 시기 특허납용을 배제하려는 행정부(루스벨트 대통령)에 의해 특허법 개정이 촉발되었다. 1938년 루스벨트 대통령이 특허납용을 배제하는 특허개혁을 의회에 요청하고, 1943년 국가특허기획위원회가 발명 요건의 법제화를 제안 하면서, 1945년부터 의회에 다양한 관련 법안에 제출되기 시작하였다.

둘째, 일부 연방대법원 판례에서 극단적이라고 인식된 특허등록 기준이 제시되고 이에 따른 혼란으로 인해 제103조의 입법이 시급하게 되었다. 1941년 쿠노 판례의 ‘천재의 섬광’이라는 발명의 기준과 1950년 애틀랜틱 판결의 ‘발명적 천재성’과 ‘지식 경계의 확장’이라는 기준이 극단적인 기준으로 여겨졌고, 이를 견제하기 위한 입법적 대응이 필요하다는 공감대가 넓어지게 되었다.

셋째, 1949년 6월에 열린 입법 관련 청문회에서 ‘비자명성 문구’가 등장하게 된다. 두 사람(Fritz Lanham, C. E. Beach)과 법무부가 ‘비자명성’ 기준을 제시하였으며, 기존의 법안에서도¹¹⁵⁾ 유사한 문구가 발견된다는 점에서

114) 한 독일의 법학자(Beier)는 입법부가 호치키스부터 쿠노, A&P에 이르는 전체 판례법을 성문화할 의도였을 뿐 완화시킬 의도는 없었다고 연방대법원(Graham)이 판단했다고 비판하고 있다. 대법원의 판례 보다 낮은 기준을 적용하는 것은 헌법에 위배되는 것이기 때문에 입법부가 그렇게 할 수 없었을 것이라고 판단했다고 하면서, 이로써 입법부의 모든 노력은 수포로 돌아갔다고 강하게 비판하고 있다(Beier, Friedrich-Karl, *supra* note 15, p.309.). 그러나, 동 판례에서 Cuno 판례를 명확히 배제했다는 점에서 이 학자는 오류를 범하고 있다고 할 수 있고 다만, 동 판례가 기존 판례의 성문화라고 판단한 부분에 대한 비판은 일리가 있다고 하겠다.

115) H. R. 6436 (81st Cong., 1st sess., 1949).

비자명성 법리에 대한 선호도가 어느 정도 있다는 점이 확인되었다.

넷째, 특허청은 법안 작성에 깊이 개입하였으며, 특허청 심사관(Federico)은 당시 특허청에서 채택하고 있는 중요한 규칙 중의 하나인 것으로 알려지고 있는 ‘비자명성’ 규칙을 예비초안(제23조)에 담게 된다. 특허청이 일찍이 19세기 중반부터 비자명성 법리를 적용한 사례가 발견된다.¹¹⁶⁾ 또한 특허청 결정의 사실상의 최종 법원이라고 할 수 있는 관세특허항소법원(Court of Customs and Patent Appealing)은¹¹⁷⁾ 쿠노 판결 이후인 1944년 판결에서 비자명성 법리를 타당한 법리로 판단하여 적용하고 있다.¹¹⁸⁾

다섯째, 전미특허법협회 평의회는 조직적 참여 하에 산하의 초안위원회에서 제103조의 비자명성 법리 문구가 완성되게 된다. 특히 한 위원(Rich)의 제안으로 조문의 제목을 ‘발명 요건’에서 ‘비자명성 대상’으로 변화시킴으로서 발명 독트린을 제거하는 혁명적인 일이 벌어지게 된다. 또한 ‘기술적 진보’라는 문구가 삭제됨으로서, 국가특허위원회의 제안에서 완전히 탈피하게 된다.

여섯째, 법안 통과를 위한 전략적 법안 마케팅을 수행했다. 법안 통과 전후 의회의 공식문서에, 개정안의 제103조가 기존의 판례를 성문화한 것이라는 설명이 나타나고 있는데 이는 당시 법안의 원만한 통과를 위한 전략인 것을 판단된다. 당시 위원회는 특허법의 성문화 및 개정 작업을 동시에 진행하면서, 논란이 되는 부분은 포함시키지 않고 성문화에 집중하고자 하였다.¹¹⁹⁾ 이에 상원위원회 회의록의 의원 발언, 제103조에 대한 하원 및 상원 보고서, 보고서 부록에 있는 제103조에 대한 주석에 제103조가 기존 판례의 조문화라는 설명이 담기게 되고 이러한 의회의 기록은 일부 연방 법원의 판결에서 인용되고 있다. 특히, 의회 보고서에서¹²⁰⁾ 동 조항의 역사적 기원으로 ‘비자명

116) Ex parte Allen, 1 F.Cas. 434, 435 (C.C.D.C. 1860). ; Ex parte Smith, 22 F.Cas. 370, 371 (C.C.D.C. 1860).

117) 1982년 설립된 CAFC의 전신으로 특허청에서 올라온 특허의 유효성 판단을 담당하였다.

118) Prager, Frank D., “Standards of Patentable Invention from 1474 to 1952”, *University of Chicago Law Review*, Vol.20(1952), p.87.; In re Shortell, 142 F. 2d 292, 296(Cust. & Pat. App., 1944).

119) Edward, Victor L., *supra* note 39, p.10.

120) The Committee on the Judiciary(Senate), *supra* note 74, p.4, p.13.

성 기준'을 적용하지 않은 1851년 호치키스 판례를 간접적으로 지명하고 있는데, 이는 제103조를 기존 판례의 조문화라는 관점에서 설명하기 위해, 의도적으로 포괄적인 기준을 언급한 것이라고 추정된다. 특허법 제103조가 기존의 발명 법리 가운데 특정한 법리를 선택했으며 세계적으로도 유래 없는 내용이라는 점이 묻히게 된 배경으로 이러한 입법 과정을 들 수 있다.

일곱째, 법안 통과에 강력한 의지를 가진 의원들(하원, Joseph Bryson; 상원 Alexander Wiley, McCarran)이 존재했다. 특히 상원의원들은 개정 특허법이 기존 판례의 단순한 성문화라는 논란의 소지가 있는 발언을 의회의 기록에 남기는 무리수를 두기도 하였다.

여덟째, 연방대법원(1966년)은 제103조를 승인하고, 제103조를 적용하기 위한 세부 절차를 제시하여 비자명성 법리가 정착되는데 큰 기여를 하게 된다.

이러한 제103조 입법과정은 우리에게 다음과 같은 시사점을 던져주고 있다.

첫째, 특허법 제103조는 기존 판례의 성문화 작업의 결과가 아니라, 발명이라는 법리 하에 적용되어 오던 다양한 기준 가운데¹²¹⁾ 특정한 법리를 의도적으로 선택하고, 정교한 문장으로 다듬고, 대표 용어인 '비자명성(nonobvious)'으로 부각시킨 비자명성 법리의 법률적 창작이라고 할 수 있다. 즉 제103조(비자명성)의 탄생은 특허법 역사상 가장 중요한 개념과 용어를 세계 최초로 법률에 장착시킨 혁명적인 사건이라고 평가할 수 있다.¹²²⁾ 특히 입법과정에서 '기술적 진보'라는 문구가 삭제됨으로서 한 동안 독일에서 적용되었던 법리와 완전한 차별화를 이루게 된다.

둘째, 개념과 용어의 힘이 강하다는 점이다. 한번 정착된 개념이나 용어는 지속적인 영향력을 가지고 있다. 리치(Rich) 판사는 1952년 미국 특허법이 발명 법리를 명시적으로 폐기하였는데도, 1964년 시점에서 여전히 이러한 용어가 사용되고 있음을 지적하고 있다.¹²³⁾ 개념이 적절한 용어를 입게

121) 이 시기 발명성 관련하여 학자들 사이에 다양한 견해가 제시되고 있다. 일례로 Novelty, Novelty plus, Flash of Genius, Scrutinize-with Care, Non-obviousness 기준으로 시기별로 구분하는 방식을 제안하는 학자도 있다. 나종갑, "특허의 진보성 개념의 발전과 전개: 반공유의 비극과 효율성", 『산업재산권』, 제32호(2010), 41면.

122) Taylor, David O., *supra* note 18, p.433.

123) Giles S. Rich, *supra* note 11, p.863.

되었을 때 응집된 힘을 발휘할 수 있다. 특허법 제103조는 범조항 제목을 ‘비자명성 대상(non-obvious subject matter)’이라는 용어로 표현하여, 모호한 ‘발명’이라는 험거운 옷을 ‘비자명성’이라는 단단한 옷으로 갈아 입혔다고 할 수 있다.

셋째, 대공황 이후 이어진 반 특허의 정서 속에서도 특허법 제103조에는 비교적 균형 잡힌 특허 등록 기준이 채택되었다는 점이다. 이는 특허 관련 실무진(특허청, 특허변호사, 기업 등)의 적극적이고 의도적인 참여로 인해 가능해졌다. 1930년대와 달리 1940년대부터는 전쟁으로 인해 반특허 분위기가 바뀌었으며 1952년 특허법이 이를 반영하고 있다는 견해도 있다.¹²⁴⁾

넷째, 제103조로 인해 특허등록 요건의 패러다임이 전환되었음에도 입법 통과를 위해 기존 판례법의 성문화라고 표현한 입법 자료로 인해 상당 기간 동 조항의 명확한 적용이 법원에서 이루어지지 않았다는 점이다. 원만한 법률 통과를 위한 이러한 정치적 선택은 큰 대가를 치르게 된다. 1966년 연방대법원이 또 한 번의 정치적 해석을 하게 된다. 그레이엄 판례는 제103조를 기존 판례의 성문화였다고 단정하여 동 판례가 남긴 성과에도 불구하고 제103조의 미래에 어두운 그림자를 남겨 주게 된다.

다섯째, 급진적인 선택이 급진적인 결과를 낳았다는 점을 알 수 있다. 즉 1941년 쿠노 판결에서 ‘신규성과 유용성’만 있으면 특허를 받을 수 있다는 변호사의 급진적 주장에 대해 더글러스 판사는 ‘천재의 섬광’이라는 과격한 대응을 하게 되고,¹²⁵⁾ 이에 대한 반작용으로 세계 최초로 발명이라는 법리를 법률에 담으려는 급진적인 시도가 나타나게 된다. 이어서 1950년 판결(Great Atlantic)의 ‘지식의 최전선의 확장’ 등의 표현이 다시금, 법제화가 반드시 필요하다는 결심을 불러일으키는 모습을¹²⁶⁾ 지켜볼 수 있다.

124) “1940년대에 들어서서 추는 다시 친 특허 쪽으로 돌아가게 된다. 전쟁 중에 정부는 모든 가용 자원을 동원하였으며, 기업은 경쟁자를 제거할 시간도 능력도 갖지 못했다. 정부 주도의 산업개발과 강제 협력이 배제적 행위를 대체하였다. 전쟁이 끝난 후 의회에서는 강한 특허 시스템을 선호하게 되었다. 19세기 들어와서 특허법의 첫 번째 주요 개정인 1952년 특허법은 많은 관점에서 그 시대의 원칙으로 돌아간 표지라고 할 수 있다.” Merges, R. et al., *supra* note 1, p.129.

125) Rich, Giles S., *supra* note 14, p.30.

126) “1950년 12월, 그 법률은 특허법 협회 구성원들조차 만장일치로 ‘발명’에 대한 요건을

여섯째, 미국이 제103조 입법 과정에서 초기에 제시된 ‘기술의 진보’라는 비교적 객관적 기준을 채택하지 않고, ‘통상의 기술자에게 자명하다면’이라는 다소 심리학적이고 주관적인 기준을 채택하는 과정에서 이에 대한 논리적 근거에 대한 논의가 입법과정에서 거의 드러나지 않는다는 점이다. 본문에서 살펴본 바와 같이 제103조의 입법은 극단적인 판례에 의해 촉발되어 급하게 이루어졌다는 것을 알 수 있다. 더 큰 문제는 이러한 주관적인 기준이 세계적인 기준으로 받아들여지게 되었다는 점이다. 이러한 점은 제4차 산업혁명이라는 새로운 환경 속에서 ‘비자명성’ 법리를 버리고 새로운 기준의 채택을 가능하게 하는 출발점이 될 수 있을 것으로 판단된다. 또한 한국 특허법 제29조 제2항에 규정된 ‘쉽게 발명할 수 있으면’이라는 주관적인 기준도 ‘기술 진보’, ‘기술의 효과’ 등과 같은 보다 객관적인 기준으로 바꾸는 것이 타당한지에 대한 논의가 필요할 것으로 판단된다.

결론적으로, 미국에서의 제103조 입법 경험은 제4차 산업혁명이라는 기술혁신에 적합한 특허법 설계를 앞두고 있는 우리에게 혁신적인 새로운 개념과 용어의 창출이 가능하다는 실례를 보여주고 있다. 또한 입법 용어 선택, 입법 과정에의 다양한 분야의 참석 유도, 입법의도의 명확한 표현이 중요하다는 점을 일깨우고 있다.

미국특허법 제103조(비자명성) 탄생에 대한 역사적 성찰 - 윤 권 순	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.03.01.	2022.03.09.	2022.03.24.

다루어야 한다고 생각하는 것은 아니었다. 더글러스 판사의 동의 의견(Great Atlantic)이 뉴욕타임즈에 게재된 그날, 나는(Rich) 초안위원회에서 이 의견을 큰 소리로 읽었다. 그 판례의 결정은 옳았을지 모르지만, 의견에서 언급된 것이 특허법상 ‘발명 요건’이 가진 잘못된 모든 것의 전형이라고 초안위원회는 생각했다. 이와 같이 이 연방대법원 판례는 조정위원회가 판례를 법률 조항으로 대체하도록 설득하였다.” Ibid., p.32 ; 연방대법원 판결은 1950년 12월 4일 날 나왔고, 뉴욕타임지에는 그 다음날인 12월 5일 날 이에 대한 기사를 게재했다. New York Times, “High Court shows some patent ire”, Dec. 5, 1950.

[참고문헌]

<단행본(국내 및 동양)>

김영희, 『미국의 입법과정』, 한국학술정보, 2007,
 육소영, 『해외국가별 지식재산권 제도 분석: (1) 미국편』, 한국발명진흥회, 2002.

<단행본(서양)>

Merges, R. et al., Intellectual Property in the New Technological Age, Second edition,
 Aspen Law & Business, 2000.
 Petroski, Henry, An Engineer's Alphabet, Cambridge University Press, 2011.
 Tomlins, Christopher L., The United States Supreme Court, Houghton Mifflin, 2005.

<학술지(국내 및 동양)>

나종갑, “특허의 진보성개념의 발전과 전개: 반공유의 비극과 효율성”, 『산업재산권』,
 제32호(2010).

<학술지(서양)>

Barton, John H., “Non-Obviousness”, IDEA: The Journal of Law and Technology,
 Vol.43 No.3(2003).
 Beier, Friedrich-Karl, “The Inventive Step in Its historical Development”, IIC, Vol.17
 No.3(1986).
 Danelski, D. J., “The Appointment of William O. Douglas to the Supreme Court”, Journal
 of Supreme Court History, Vol.40 No.1(2015).
 Duffy, John F., “Inventing Invention: A Case Study of Legal Innovation”, Texas Law
 Review, Vol.86 No.1(2007).
 Federico, P. J., “Origins of Section 103”, APLA Quarterly Journal, Vol.5 No.2(1977).
 Federico, P. J., “Commentary on the New Patent Act”, Journal of the Patent and
 Trademark Office Society, Vol.75 No.3(1993).
 Harris, L. James, “Some Aspects of the Underlying Legislative Intent of the Patent
 Act of 1952”, George Washington Law Review, Vol.23 No.6(1955).
 Prager, Frank D., “Standards of Patentable Invention from 1474 to 1952”, University
 of Chicago Law Review, Vol.20(1952).
 Rich, Giles S., “The Vague Concept of Invention as Replaced by Sec. 103 of the 1952
 Patent Act”, Journal of the Patent Office Society, Vol.46 No.12(1964).
 Rich, Giles S., “Laying the Ghost of the Invention Requirement”, APLA Quarterly
 Journal, Vol.1 No.1(1972).
 Rich, Giles S., “Why and How Section 103 Came to Be”, Federal Circuit Bar Journal,
 Vol.14 No.1(2004).
 Sirilla, George M., “35 U.S.C. 103: From Hotchkiss to Hand to Rich, the Obvious Patent
 Law Hall-of-Famers”, J. Marshall L. Rev. Vol.32. (1999).
 Taylor, David O., “Patent Reform, Then and Now”, Michigan State Law Review,
 Vol.2019 (2019).

<판례>

Hotchkiss v. Greenwood, 52 U.S. 248 (1851).
 Cuno Engineering Corp. v. Automatic Devices Corp., 314 U.S. 84 (1941).

Great Atlantic & Pac. Tea Co. v. Supermarket Equipment Corp., 340 U.S. 147 (1950).
 Harries v. Air King Prod. Co., 183 F.2d 158 (2d Cir. 1950).
 Thys Co. v. Oeste, 111 F. Supp. 665 (N. D. Calif. 1953).
 Gagnier Fibre Products Co. v. Fourslides, Inc., 112 F.Supp. 926 (E.D. Mich. 1953).
 New Wrinkle, Inc. v. Watson. 206 F.2d 421 (C.A.D.C. 1953).
 Interstate Rubber Products Corp. v. Radiator Specialty Co., 214 F. 2d 546 (4th Cir. 1954).
 Seismograph Service Corp. v. Offshore Raydist, 135 F. Supp. 342 (E. D. La. 1955).
 Plax Corp. v. Precision Extruders, Inc. 239 F. 2d 792, 794 (3d Cir. 1957).
 Ex parte Allen, 1 F.Cas. 434 (C.C.D.C. 1860).
 Ex parte Smith, 22 F.Cas. 370 (C.C.D.C. 1860).
 Graham v. John Deere Co., 216 F.Supp. 272 (W.D. Missouri 1963).
 John Deere Co. v. Graham, 333 F.2d 529 (8th. Cir. 1964).
 Graham v. John Deere Co., 383 U.S. 1 (1966).
 United States v. Adams, 383 U.S. 39 (1966).
 Symbol Techs., Inc. v. Lemelson Med., 277 F.3d 1361 (Fed. Cir. 2002).

<신문기사>

New York Times, 「High Court shows some patent ire」, Dec. 5, 1950.

<인터넷 자료>

Roosevelt, Franklin D., “Message to Congress on Curbing Monopolies(Apr. 29, 1938)”,
 The American Presidency Project,
 <<https://www.presidency.ucsb.edu/node/209657>>, 검색일: 2022. 2.3.
 Purdue University, “Potter, A. A. (Andrey Abraham), 1882-”,
 <[https://archives.lib.purdue.edu/agents/people/1021?&filter_fields\[\]=subjects&filter_values\[\]=Patents](https://archives.lib.purdue.edu/agents/people/1021?&filter_fields[]=subjects&filter_values[]=Patents)>, 검색일: 2022.2.4.
 USPTO, <<https://www.uspto.gov/about-us/conway-p-coe>>, 검색일: 2022.2.4.

<연구보고서>

Edward, Victor L., “Efforts To Establish A Statutory Standard of Invention(Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary, U.S. Senate, Eighty-fifth Congress, First Session)”, U.S. Government Printing, 1958,
 National Patent Planning Commission, “The American Patent System(Report of the National Patent Planning Commission, House Document No. 239, 78th Cong.)”, Government Printing Office, 1943.
 The Committee on the Judiciary(House of Representatives, 81st Cong.), “Proposed revision and amendment of the patent laws : preliminary draft with notes”, Government Printing Office, 1950.
 The Committee on the Judiciary(Senate), “Senate Report No.1979 (82d Cong., 2d sess.) (To accompany H.R. 7794)”, 1952,

<기타 자료>

Congress, “Congressional Record(Senate, 82nd Congress, 2nd Session, July 3, 1952)”, Vol.98, p.9097.
 Congress, “Congressional Record(Senate, 82nd Congress, 2nd Session, July 4, 1952)”, Vol.98, p.9323.

【국문초록】

1952년 미국특허법 제103조(비자명성)는 다음과 같은 과정을 통해서 탄생되었다. 첫째 1938년 루스벨트 대통령의 의회에 대한 특허개혁 요청과 ‘천재의 섬광’이라는 높은 특허기준을 제시한 연방대법원 판례(Cuno, 1941)가 특허법 개혁을 촉발시켰다. 둘째, ‘기술진보에 대한 공헌’ 기준 등 다양한 발명요건을 담은 법안이 1945년부터 제출되어 관련 청문회를 거치게 된다. 셋째, 청문회 참가자들로부터 비자명성 문구가 제안되었고, 특허청 주도로 이를 반영한 예비초안(제23조)이 만들어지게 된다. 넷째, 예비초안은 다양한 분야의 특허변호사(개인, 기업, 정부)가 참여한 민간 위원회에서의 논의를 거쳐 ‘발명 요건’에서 ‘비자명성 요건’으로 제목을 변경하는 제103조를 담은 법안(H.R. 9133)으로 변경된다. 이후 ‘기술진보’ 문구가 삭제된 법안(H.R. 7794)이 만들어져 1952년 통과되게 된다. 법안의 원만한 통과를 위해 동 조항은 기존 판례의 성문화 작업이라고 입법 자료에 기술되어, 상당 기간 혼란을 불러왔다. 이 연구는 혁신적 입법 시 용어의 선택, 다양한 이해 관계자의 참여, 입법의도의 명확한 표현이 중요하다는 점을 시사해 준다.

【Abstract】

Historical reflection on the birth of Article 103
(non-obviousness) of the U.S. Patent Act

Yoon, Kwon-Soon

(Research Associate Professor, Research Institute of Comparative
History and Culture, Hanyang University)

Article 103 of the U.S. Patent Act 1952 was born through the following process. First, in 1938, President Roosevelt's request for patent reform to Congress and the Supreme Court decision(Kuno, 1941), which presented standards of 'a flash of genius,' triggered the reform of patent law. Second, various bills were submitted and went through related hearings. Third, standard of non-obviousness was proposed by the hearing participants, and a preliminary draft reflecting this was created under the leadership of Patent Office. Fourth, the title of the preliminary draft(Article 23) was changed to 'non-obvious subject matter'(Article 103). Afterwards, the bill(H.R. 7794) in which the phrase 'the advancement of the art' was deleted passed in 1952. For the smooth passage of the bill, the provision was described in legislative documents as a codification of precedents, causing confusion. The history suggests that the choice of terms, the participation of various interested parties, and clear expression of legislative intentions are important in the legislative process containing innovative concept.

주제어(Keywords): 미국특허법(U.S. Patent Act), 특허(patent), 역사(history), 발명(invention), 비자명성(non-obviousness), 제103조(Article 103)

高麗法學 논문투고 및 논문작성에 관한 규칙 [규정 명칭 변경 2020.9.1.]

2009. 4. 1. 제정

2012. 8. 13. 개정

2020. 9. 1. 개정

제1조 (목적) 이 규칙은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 『高麗法學』(영문명 : Korea Law Review)』(이하 ‘『高麗法學』’이라 한다)에 게재할 논문의 작성요령 및 논문투고에 관한 사항 등을 정하는 것을 목적으로 한다. <개정 2020. 9. 1.>

제2조 (투고자격 및 자격의 제한) ① 투고자의 자격은 다음과 같다.

1. 국내·외 대학 전임교원
2. 법학 관련 연구소의 연구원
3. 법률 분야의 전문가
4. 석사학위과정 이상의 사람
5. 그 밖의 편집위원회의 추천을 받은 사람

② 『高麗法學』에 게재된 원고는 다른 학술지에 다시 게재할 수 없고, 다른 학술지에 게재되었던 원고도 『高麗法學』에 게재할 수 없다.

③ 편집위원회는 위원회의 결정으로 제2항에 위반한 투고자에 대하여 일정기간 투고자격을 제한할 수 있다.

④ 『高麗法學』에 게재된 원고는 전자출판을 할 수 있다.

<본조신설 2020. 9. 1.>

제3조 (논문작성요령) ① 『**高麗法學**』에 게재될 논문은 특집논문, 일반 논문, 판례평석, 연구논문, 학술발표문 및 특별강연문으로 구분된다.

② 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 영문), 필자성명(국문 및 영문), 소속과 직위, 학위, 주소, 전화번호(사무실, 자택, 이동전화), 팩스번호 및 e-mail 주소를 기재하여야 한다.

③ 논문의 분량은 200자 원고지 200매(A4용지 25매) 내외를 원칙으로 하며, 300매를 초과할 수 없다.

④ 논문의 본문 및 각주의 작성방법은 본 규칙 [별첨 1]의 원고작성방법에 따라야 한다.

⑤ 제출하는 논문에는 본문 뒤에 참고문헌, 외국어 초록(외국어논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어를 병기한 5개 이상의 주제어를 첨부하여야 한다. <개정 2020. 9. 1.>

제4조 (원고제출) ① 투고자는 온라인 논문투고 및 심사시스템을 통하여 원고마감일까지 제출하여야 한다. 다만 특별한 사정이 있는 경우에는 e-mail 등의 방법으로 제출할 수 있다. <개정 2020. 9. 1.>

② 『**高麗法學**』은 원칙적으로 매년 3월 30일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 30일 연 4회 발간하며, 『**高麗法學**』에 논문을 게재하고자 하는 사람은 각각 발간일 45일 전까지 원고를 제출하여야 한다. 다만 논문제출마감일이 공휴일인 경우에는 그 다음날까지 원고를 제출할 수 있다. <개정 2020. 9. 1.>

③ 편집위원장은 원고제출 마감일까지 제출된 논문의 수가 상당히 적은 경우에는 원고제출 기일을 연장할 수 있다. 이 경우 법학연구원 홈페이지에 공지하여야 한다. <개정 2020. 9. 1.>

④ 원고마감일 이후에 투고된 원고는 투고자의 의사에 따라 다음 호에 투고한 것으로 한다. <신설 2020. 9. 1.>

⑤ 투고자는 원고를 제출할 때 투고할 논문과 ‘**高麗法學** 논문 투고자 서약서/저작물동의서(**高麗法學** 연구윤리지침 [별첨 1])’를 온라인 논문투고 및 심사시스템에 업로드 하여야 한다. 다만 온라인 논문투고 및

심사시스템을 통해 연구윤리서약에 동의한 경우에는 ‘高麗法學’ 논문 투고자 서약서/저작물동의서(高麗法學 연구윤리지침 [별첨 1])’를 제출한 것으로 본다. <신설 2020. 9. 1.>

⑥ 게재가 확정되면 투고자에게 일정 금액의 게재료를 부과할 수 있다. 다만 편집위원회의 결정에 따라 게재료를 면제할 수 있다. <신설 2020. 9. 1.>

제5조 (논문게재안내) 매 학술지 말미에는 이 규칙에 근거하여 다음 호에 게재할 논문의 투고 및 작성요령을 안내한다. <개정 2020. 9. 1.>

제6조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 고려대학교 법학 연구원에 귀속된다. <개정 2020. 9. 1.>

제7조 (기타) 이 규칙에서 정하지 아니한 사항은 편집위원회의 결정에 따른다. <신설 2020. 9. 1.>

부칙

이 규칙은 2009년 4월 1일 부터 시행한다.

부칙

제1조 이 규정은 2012년 8월 13일 부터 시행한다.

부칙<2020.9.1.>

제1조 (시행일) 이 규칙은 2020년 2월 4일로 소급하여 적용한다.

제2조 (명칭변경) 이 규칙의 명칭을 ‘高麗法學’ 논문투고 및 논문작성에 관한 규정’에서 ‘高麗法學’ 논문투고 및 논문작성에 관한 규칙’으로 변경한다.

[별첨 1]

高麗法學 원고 작성방법

1. 편집용지(A4)의 여백주기(호글에서 F7 키를 누름)

- 위쪽 : 23, 아래쪽 : 23, 왼쪽 : 28, 오른쪽 : 28, 머리말 : 11, 꼬리말 : 11.

2. 글자모양

- 서체 : 신명조, 자간 : -5, 장평 : 100, 크기 : 10.

3. 문단모양

- 왼쪽 : 0, 오른쪽 : 0, 들여쓰기 : 2, 줄간격 : 160, 문단 위 : 0,
문단 아래 : 0, 낱말간격 : 0, 정렬방식 : 혼합.

4. 목차의 순서

- I (‘큰제목’으로 설정)
- 1. (‘중간제목’으로 설정)
- (1) (‘작은제목’으로 설정)
- 1) (‘아주작은제목’으로 설정)
- (가) (‘바탕글’로 설정)
- 가) (‘바탕글’로 설정)
- i) (‘바탕글’로 설정)

5. 각주의 표기

- 저서의 인용 : 저자명, 서명, 출판사, 출판년도, 인용면수.

- 정기간행물의 인용 : 저자명, “논문제목”, 『잡지명』 제○권 ○호, 출판
년도, 인용면수.
- 대법원 판결의 인용 : 대법원 20○○.○○.○○ 선고, ○○다○○ 판결.
또는 대판 20○○.○○.○○, ○○다○○.
- 헌법재판소 판결의 인용 : 헌재 20○○.○○.○○. 20○○헌마○ 결정.

6. 저자의 표기

- 논문의 제목 아래에 저자를 표기하고 오른쪽에 * 표를 하여 각주란
에 인적사항을 표기한다.
- 공동연구논문의 경우에는 주저자(책임연구자)와 공동저자를 구분하고,
주저자/공동저자의 순서로 표기한다.

7. 참고문헌의 표기

- 논문의 본문 뒤에 중요한 참고문헌의 서지사항을 목록으로 첨부하여
야 한다.

8. 논문초록의 표기

- 논문의 본문 뒤에 외국어(영어·독어·불어 중 택1)로 작성한 논문
초록을 첨부하여야 한다.
- 논문초록에는 초록작성 언어로 논문명과 필자명, 소속이 함께 표기되
어야 한다.
- 논문의 내용을 적절한 표현으로 전체적으로 전달하되 분량은 20줄 내외
로 한다.

9. 주제어의 표기

- 논문초록의 뒤에는 주제어(Keyword)를 국문과 외국어를 병기하여 5개
이상을 첨부하여야 한다.

高麗法學 제105호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 **高麗法學** 제104호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한

2022년 5월 15일 (6월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식

- 1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외
- 2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

- ※ 한국연구재단 등재지로서 기일 준수 및 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.
- ※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문게재료가 부과될 수 있음.
- ※ 게재확정시 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

3. 원고 제출방법

- 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : **klr.jams.or.kr**

- ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
- ※ 기존 온라인논문투고시스템(klr.korea.ac.kr)을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 **klr.jams.or.kr** 에서만 논문투고가 가능하오니 투고자분들의 많은 양해를 부탁드립니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.
- ※ 홈페이지 참조 : <http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do>

4. 심사결과 후 게재판정기준

투고된 논문의 게재여부는 심사위원 3인의 심사결과 점수를 합산한 총점의 순위를 참고하여 편집위원회에서 최종 결정함.

- ※ 기타 문의사항은 법학연구원 고려법학 이메일(lab004@korea.ac.kr) 또는 편집실(02.3290.1630/2914)로 연락주시기 바랍니다.

高麗法學 제106호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제105호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한

2022년 8월 15일 (9월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식

- 1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외
- 2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

- ※ 한국연구재단 등재지로서 기일 준수 및 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.
- ※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문게재료가 부과될 수 있음.
- ※ 게재확정시 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

3. 원고 제출방법

- 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : klr.jams.or.kr

- ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
- ※ 기존 온라인논문투고시스템(klr.korea.ac.kr)을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 klr.jams.or.kr 에서만 논문투고가 가능하오니 투고자분들의 많은 양해를 부탁드립니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.
- ※ 홈페이지 참조 : <http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do>

4. 심사결과 후 게재판정기준

투고된 논문의 게재여부는 심사위원 3인의 심사결과 점수를 합산한 총점의 순위를 참고하여 편집위원회에서 최종 결정함.

- ※ 기타 문의사항은 법학연구원 고려법학 이메일(lab004@korea.ac.kr) 또는 편집실(02.3290.1630/2914)로 연락주시기 바랍니다.

高麗法學 연구윤리지침

2016. 6. 9. 개정

2020. 9. 1. 개정

2021. 8. 16. 개정

제1장 총 칙

제1조 (목적) 이 지침은 고려대학교 법학연구원과 관련된 연구의 연구윤리를 확보하고 연구부정행위를 방지하며 연구 부정행위 여부를 공정하게 검증할 수 있는 기준을 제시하는 데 그 목적이 있다.

제2조 (적용대상) 이 지침은 고려대학교 법학연구원과 관련된 연구에 종사하는 사람 및 고려대학교 법학연구원이 발행하는 학술지와 관련된 연구에 종사하는 사람에 적용한다.

제3조 (적용범위) 특정 연구 분야의 연구윤리 및 진실성에 관하여 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 지침에 의한다. 이 지침을 적용하기 어려운 분야의 특수한 사정이 있는 경우에는 이를 고려하여 적용할 수 있다.

제4조 (서약) ① 고려법학에 게재를 희망하는 투고자와 논문 심사위원은 본 지침을 준수할 것을 서약해야 한다.

② 논문 투고자와 논문 심사위원은 별첨 1, 2의 서약서를 작성하여 제출하여야 한다. <본조신설 2016. 6. 9>

제2장 연구의 진실성과 사회적 책임

제5조 (연구의 진실성) ① 연구자는 모든 연구 행위(연구의 제안, 연구의 수행, 연구결과의 보고 및 발표, 연구심사·평가행위 등)를 정직하고 진실하게 수행하여야 한다.

② 연구자는 연구 내용과 그 중요성에 관해 객관적이고 정확하게 기술

해야 하고, 연구결과를 임의로 삭제하거나 추가하지 말아야 한다.

③ 연구자는 모든 연구행위가 편견과 예단 없이 이루어지도록 하여야 한다.

제6조 (연구정보 기록, 보존, 보고 및 공개의무) 모든 연구정보는 정확히 보고되어야 하고 해석 및 확인이 가능하도록 명확하고 정확하게 기록, 처리 및 보존되어야 한다.

제7조 (연구결과의 사회적 기여) 연구자는 연구를 통해 사회적 이익을 증진시키고 공익의 기준에 부합하도록 노력해야 하며, 자신의 연구가 사회에 미칠 영향을 자각하고 전문가로서 책임을 다하여야 한다.

제8조 (연구결과 활용 시 주의사항) 연구자는 연구결과를 공표하고 활용할 때 자신의 학문적 양심에 부합하도록 해야 한다. 특히 외부의 평판 제고나 연구비 확보 등을 위해 연구결과를 왜곡하거나 과장하지 말아야 한다.

제9조 (관련 법규 준수의무) 연구자는 특허나 저작권과 같은 지적 재산권을 존중하고 연구관련 법규를 준수해야 한다.

제 3 장 연구자 상호관계의 공정성

제 1 절 저자의 책임과 의무

제10조 (공동연구) 연구자는 다른 연구자와 공동연구를 수행할 경우에 역할과 상호관계를 분명히 하고 그에 따른 책임을 다해야 한다. 연구 착수에 앞서 연구과제의 목표와 기대 결과, 협력관계에서 각자의 역할, 데이터수집·저장·공유의 방법, 저자결정과 순위기준, 연구책임자 선정, 지적 재산권 및 소유권 문제 등에 대하여 상호 합의와 이해가 이루어져야 한다.

제11조 (저자의 책임과 의무) 저자들은 법학연구원 또는 외부 기관이 자신의 기여도에 대한 증명을 요구할 경우 이에 따라야 한다.

제 2 절 저자결정 기준 및 저자표시

제12조 (저자결정 기준) ① 저자는 연구내용 또는 결과에 대한 학술적·기술적 기여도에 따라 정한다. 학술적·기술적 기여도의 예는 다음과 같다.

1. 연구의 착상 및 설계
2. 데이터 수집 및 해석
3. 초고 작성
4. 최종 원고의 승인 등

② 연구내용 또는 결과에 학술적·기술적 기여를 하지 않은 사람을 감사의 표시 또는 예우 등의 이유로 저자에 포함시켜서는 안 된다. 다만 데이터 수집 또는 입력이나 다른 언어로의 번역 등 기타 기여의 내용에 관하여는 사사를 표하는 주에 그 내용을 적시할 수 있다.

제13조 (저자표시 순서결정) 저자표시 순서는 모든 저자들 간의 협의에 따라 연구 기여도를 반영하여 공정하게 결정하여야 한다.

제14조 (저자정보의 표시) ① 저자는 논문을 투고할 때 저자의 소속, 직위를 정확하게 밝혀서 연구의 신뢰성을 제고하여야 한다.

② 저자의 소속은 집필 등 연구를 수행할 당시의 소속으로 표시한다.

③ 편집위원회는 발간된 논문의 저자정보를 확인하고 관리하여야 한다.

<개정 2020. 9. 1.>

제 4 장 연구 부정행위 및 기타 비윤리적 연구행위

제 1 절 인용방법 및 원칙

제15조 (인용방법 및 원칙) ① 저자는 자신의 저작물에 소개, 참조, 논평 등의 방법으로 타인의 저작물의 일부를 원문 그대로 또는 번역하여 인용할 수 있다.

② 저자는 출처 표시와 참고문헌 목록 작성의 정확성을 기하여야 한다. 저자는 인용의 모든 요소(저자명, 학술지의 권·호수, 페이지, 출간년도 등)를 2차 출처에 의존하지 말고 원 논문에서 직접 확인해야 하며, 다만 불가피한 경우에는 재인용을 밝히고 인용할 수 있다.

③ 저자는 피인용저작물이 인용저작물과 명확히 구별될 수 있도록 신의 성실의 원칙에 입각하여 합리적인 방식으로 인용하여야 한다.

④ 저자는 원칙적으로 공표된 저작물을 인용하여야 하며, 공개되지 아니한 학술 자료를 논문심사나 연구제안서 심사 또는 사적 접촉을 통하여 확

특한 경우에는 반드시 해당 연구자의 동의를 얻어 인용하여야 한다.

⑤ 저자는 타인이 이미 발표한 논문에 담긴 이론이나 아이디어를 번안해서 자신의 저작물에 소개할 때에는 그 출처를 명시해야 한다.

⑥ 저자는 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하는 경우 어떤 아이디어가 자신의 것이고 어떤 아이디어가 참조된 출처로부터 왔는지를 독자들이 명확하게 알 수 있도록 집필해야 한다.

⑦ 저자는 연구의 방향을 결정하는 데에 중대한 영향을 주었거나 독자가 연구 내용을 이해하는 데에 도움이 될 수 있는 중요한 공개된 문헌이라면 관련 연구자가 이론적·경험적으로 알 수 있는 경우를 제외하고는 모두 참고문헌에 포함시켜야 한다.

⑧ 선행연구 리뷰에서 초록을 사용했으면서도 참고문헌 목록에는 학술지 논문을 인용하거나, 논문의 출간 버전을 인용하면서 실제로는 학술회의 발표논문집에 출간된 초기 버전 또는 예비 버전을 사용하는 것을 피해야 한다.

제16조 (일반 지식의 인용방법) ① 타인의 아이디어 또는 그가 제공한 사실에 관한 정보를 사용할 때에는 누구의 것인지 출처를 밝혀야 하지만, 그것이 일반적으로 공지된 지식이거나 독자들이 인지하고 있는 자료인 경우에는 예외로 한다.

② 어떤 개념 또는 사실이 일반 지식인지 의문이 드는 경우에는 인용하는 것이 바람직하다.

제 2 절 연구부정행위

제17조 (연구부정행위의 정의) “연구부정행위”라 함은 전 연구과정(연구의 제안, 연구의 수행 및 연구결과의 보고 및 발표, 연구심사·평가 행위 등)에서 발생하는 위조 및 변조행위, 표절행위, 부당한 논문저자 표시 행위, 중복게재 행위 등을 말한다.

1. “위조”는 존재하지 않는 데이터 또는 연구결과 등을 허위로 만들어 내는 행위를 말한다.
2. “변조”는 연구 재료·장비·과정 등을 인위적으로 조작하거나 데이터를 임의로 변형·삭제함으로써 연구 내용 또는 결과를 왜곡하는 행위를 말한다. (여기서 “삭제”라 함은 기대하는 연구결과의 도출에

방해되는 데이터를 고의로 배제하고 유리한 데이터만을 선택하여 사용하는 행위를 말한다.)

3. “표절”은 저작권법상 보호되는 타인의 저작, 연구 착상 및 아이디어나 가설, 이론 등 연구결과 등을 정당한 승인 또는 인용 없이 사용하는 행위를 말한다.
4. “부당한 논문저자 표시”는 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 기여가 없는 자에게 논문저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
5. “중복게재”는 편집인이나 독자에게 이미 출간된 본인 논문의 존재를 알리지 않고 이미 출간된 본인 논문과 완전히 동일하거나 거의 동일한 텍스트의 본인 논문을 다른 학술지에 다시 제출하여 출간하는 것을 말한다.

제18조 (아이디어 표절) ① “아이디어 표절”이라 함은 창시자의 공적을 인정하지 않고 전체나 일부분을 그대로 또는 피상적으로 수정해서 그의 아이디어(설명, 이론, 결론, 가설, 은유 등)를 도용하는 행위를 말한다.

② 저자는 통상 각주 또는 참고인용의 형태를 통해 아이디어의 출처를 밝힐 윤리적 책무가 있다.

③ 저자는 타인의 연구제안서 및 기고 원고에 대한 동료 심사 등을 통해 알게 된 타인의 아이디어를 적절한 출처와 인용 없이 도용해서는 안 된다.

제19조 (텍스트 표절) “텍스트 표절”이라 함은 저자를 밝히지 않고 타인 저술의 텍스트 일부를 복사하는 행위를 말한다.

제20조 (모자이크 표절) “모자이크 표절”이라 함은 타인 저술의 텍스트 일부를 조합하거나, 단어를 추가 또는 삽입하거나, 단어를 동의어로 대체하여 사용하면서 원저자와 출처를 밝히지 않는 행위를 말한다.

제21조 (중복게재) ① 이미 출간된 본인 논문과 주된 내용이 동일하다면 후에 출간된 본인 논문의 본문이 다소 다른 시각이나 관점을 보여주는 텍스트를 사용하거나 이미 출간된 동일한 데이터에 대한 다소 다른 분석을 포함하더라도 중복에 해당한다.

② 이미 출간된 논문을 인지할 수 없는 다른 독자군을 위하여 중복게재

를 하는 경우에는 두 학술지의 편집인이 중복게재에 대해 동의해야 하고, 저자는 학술지의 독자들에게 동일 논문이 다른 학술지에 출간되었다는 사실을 밝혀야 한다. 한 언어로 출간된 논문을 다른 언어로 번역하여 다른 학술지에 출간하는 경우도 마찬가지이다.

③ 동일논문을 서로 다른 학회지에 복수로 기고하는 것은 금지되며, 하나의 학술지에 게재거부가 결정된 후에 다른 학술지에 기고하는 것이 원칙이다.

제22조(연구부정행위의 사후조치) ① 연구부정행위 의혹이 제기되면 편집위원회가 부정행위 조사를 실시한 후 과반수 투표로 최종 결정한다. ② 연구윤리를 위반한 투고자는 향후 고려법학 투고가 금지된다. <본조 신설 2016. 6. 9>

제23조 (연구부정행위와 저작권침해 유의) ① 논문이 학술지에 게재되면 통상적으로 저작권은 학술지 발행인에게 이전된다. 따라서 저자는 학술지에 게재된 논문을 다른 형태로 출간하거나 재사용할 때에는 저작권 침해의 우려가 있음을 유의하여야 한다. ② 중복게재는 저작권침해의 우려가 있으므로 유의하여야 한다. ③ 저작권이 보호된 출처로부터 광범하게 텍스트를 인용하는 경우에 인용부호를 적절하게 사용하거나, 제대로 환문하였다 하더라도 저작권이 침해될 수 있음을 유의하여야 한다.

제 3 절 비윤리적 연구행위

제24조 (심사과정의 비윤리적 연구행위) ① 심사자는 연구제안서 또는 논문심사 과정에서 알게 된 특정정보를 원저자의 동의 없이 심사자가 직간접으로 관련된 연구에 유용해서는 안 된다.

② 다음 각 호의 행위는 심사과정의 비윤리적 연구행위에 해당할 수 있으므로 삼가야 한다.

1. 자신이 의뢰받은 논문심사를 학생이나 제3자에게 부탁하는 행위
2. 심사 중인 연구제안서나 논문의 내용을 학과나 학회 동료들과 논의하는 행위
3. 심사종료 후 심사물의 사본을 반납하거나 분쇄하지 않고 이를 보유

하는 행위

제25조 (비윤리적 연구행위) 다음의 행위는 윤리적으로 부적절한 연구행위에 해당할 수 있다.

1. 공동연구의 사실을 적절한 방식으로 알리지 않고 학회나 세미나에서 발표하는 행위
2. 연구계획이 해당분야에 상당히 기여할 것이라는 확신을 주어 연구비를 지원받으려고 기대효과에 관한 진실을 왜곡하는 행위
3. 제출된 논문을 심사하는 과정에서 명예를 손상시키는 언명이나 인신공격을 하는 행위
4. 금전적 이익을 얻기 위해 연구결과를 과대평가하는 행위
5. 논문을 읽지 않고 심사·평가하는 행위
6. 연구비 유용행위
7. 연구업적 및 결과를 허위로 진술하거나 보고하는 행위

제 4 절 부적절한 집필행위

제26조 (부적절한 집필행위) 다음의 행위는 부적절한 집필행위에 해당한다.

1. 부적절한 출처인용
2. 참고문헌 왜곡
3. 출간논문을 인용하면서 초록 등에 의존하는 행위
4. 읽지 않거나 이해하지 못한 저술의 출처인용
5. 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하면서 부분적으로만 출처를 밝히는 행위
6. 텍스트의 재활용 행위
7. 연구업적을 부풀릴 의도로 하나의 논문으로 게재되었어야 할 연구결과를 수 개의 논문으로 분할하여 게재하는 행위

제27조 (참고문헌의 왜곡금지) ① 참고문헌은 논문의 내용과 직접적으로 관련이 있는 문헌만 포함시켜야 한다. 학술지나 논문의 인용지수를 조작할 목적으로 또는 논문의 게재 가능성을 높일 목적으로 관련성에 의문이 있는 문헌을 의도적으로 참고문헌에 포함시켜서는 안 된다.

② 자신의 데이터 또는 이론에 유리한 문헌만을 편파적으로 참고문헌에

포함시켜서는 안 되며, 자신의 관점과 모순될 수 있는 문헌도 인용할 윤리적 책무가 있다.

제28조 (텍스트의 재활용) ① “텍스트의 재활용”이라 함은 저자가 자신의 다른 저술에서 이미 사용했던 텍스트의 일부를 재사용하는 것을 말한다.
 ② 텍스트 재활용은 윤리적 집필정신에 어긋나므로 이미 출간된 텍스트를 재활용하는 것을 피해야 하며, 불가피하게 재활용하는 경우에는 인용부호를 표시하거나 적절한 환문을 하는 등 표준적 인용관행에 따라야 하며, 저작권 침해가 발생하지 않도록 하여야 한다.

부 칙

이 규정은 2007년 3월 1일 부터 시행한다.

부 칙 <2020.9.1.>

이 지침은 2020년 2월 4일로 소급하여 적용한다.

부 칙 <2021.8.16.>

제1조 (시행일) 이 지침은 2021년 8월 16일부터 시행한다.

제2조 (다른 규칙의 개정) **高麗法學** 게재 논문 심사규칙 일부를 다음과 같이 개정한다.

별첨 2의 내용 중 “**高麗法學** 게재 논문 심사규정’ 제4조 (심사판정과 이의 제기)와 제7조 (비밀유지의무)”를 “**高麗法學** 게재 논문 심사규칙’ 제4조 (심사기준 및 방법)와 제7조 (이의제기) 및 제8조 (비밀유지의무)”로 한다.

[별첨 1]

高麗法學 논문 투고자 서약서/저작물 동의서

투고 논문	제 목							
	종 류	특집 논문		연구 논문		판례 평석		학술발표문 및 특별강연문

본인은 '高麗法學' 제 호에 게재를 희망하는 자로서 고려대학교 법학연구원 '高麗法學' 연구윤리지침을 준수하고 그 위반으로 인해 발생하는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.

본인은 위 저작물이 장래 법학 발전에 기여할 수 있도록, 아래와 같이 고려대학교 법학연구원이 위 저작물을 이용하는데 동의합니다.

- 다 음 -

1. 고려대학교 법학연구원이 운영하는 DB구축과 인터넷 등 정보통신망을 통한 서비스와 보존을 위하여, 본 저작물의 내용 변경을 제외한 필요 범위 내에서 편집 및 형식상 변경을 허락하고, 필요한 범위의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함.
2. 저작물을 이미지DB(PDF)로 구축하여 인터넷을 포함한 정보통신망 등에 공개하여 저작물 일부 또는 전부의 복제·배포 및 전송에 관한 일체를 제공하는데 동의함.
3. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고 이용 기간 종료 3개월 이내에 별도의 의사표시가 없을 때에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
4. 저자가 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 편집위원장에게 이를 통보함.
5. 고려대학교 법학연구원은 저작권자의 저작물 이용 동의를 받기 이전에, 해당 저작물로 인하여 발생되었거나 발생될 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음.

20 년 월 일

논문 투고자 : (서명 또는 인)

고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하

[별첨 2]

高麗法學 논문 심사위원 서약서

투고 논문	제 목							
	종 류	특집 논문		연구 논문		판례 평석		학술발표문 및 특별강연문

본인은 '高麗法學' 제 호에 게재 논문의 심사위원으로서 고려대학교 법
학연구원 '高麗法學' 게재 논문 심사규칙' 제4조 (심사기준 및 방법)와
제7조 (이의제기) 및 제8조 (비밀유지의무)를 준수하고 그 위반으로 인해
발생되는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.

20 년 월 일

심사위원 : (서명 또는 인)

고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하

편집위원장: 김상중 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

편 집 위 원: 고세일 (충남대학교 법학전문대학원 교수)

김경욱 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

김성은 (강원대학교 법학전문대학원 교수)

박찬호 (부산대학교 법학전문대학원 교수)

신호영 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

심재한 (영남대학교 법학전문대학원 교수)

윤은경 (제주대학교 법학전문대학원 교수)

이희정 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

전윤구 (경기대학교 법학과 교수)

차진아 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

「高麗法學」은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 법학학술지입니다.

문의나 건의사항이 있으신 분은 아래로 연락주시기 바랍니다.

서울특별시 성북구 안암로 145 고려대학교 법학연구원
lab004@korea.ac.kr

TEL : (02)3290-1630 / FAX : (02)922-4013

高麗法學 (제104호)

2022年 3月 20日 印刷

2022年 3月 30日 發行

發行人 金 河 兗

發行處 高麗大學校 法學研究院

서울특별시 성북구 안암로 145

고려대학교 법학연구원

TEL : (02) 3290-2914

FAX : (02) 922-4013

製作處 (주)한신아트

TEL : (02) 2277-2271

값 30,000원

* 이 책의 무단전재 또는 복제행위를 금합니다.

ISSN 1598-1584 (Print)

ISSN 2672-0736 (Online)