高麗法學

제 112 호
2024. 3.

高麗大學校 法學研究院

간 행 사

高麗法學에 많은 관심과 격려를 아끼지 않으시는 많은 연구자들의 헌신적 노력으로 高麗法學 제112호를 무사히 발간하게 되어 기쁘게 생각합니다. 이번 호에도 다양한 분야에서 13편의 논문이 투고되었으며, 엄격한 심사를 거쳐 총 8편을 게재하게 되었습니다. 투고된 논문을 모두 게재하지 못한 아쉬움이 큽니다만, 더 나은 학술지로 발전하는 하나의 과정으로 이해해 주시기를 부탁드립니다. 이번 호에는 현재의 우리 사회에서 특히 문제가 되고 있는 다양한 쟁점들을 다룬 논문들이 게재되었습니다. 헌법과 국제법 영역에서의 쟁점은 물론 민사소송법, 민법, 상법 등의 분야에서 최근 가장 첨예하게 논의되고 있는 주제들이 다루어짐으로써 高麗法學이 전문 학술지로서 한 단계 더 도약할 수 있는 계기가 될 것으로 생각합니다.

특히 이번 高麗法學 제112호는 2024년 2월 고려대학교 법학전문대학원에서 정년을 맞이하신 박노형 교수님과 유진희 교수님의 정년을 기념하는 대담록과 강연자료를 특별자료의 형태로 싣게 되었습니다. 박노형 교수님과 유진희 교수님의 정년을 다시 한번 진심으로 축하드리며, 두 분 교수님께서 더욱 건강하시고 앞으로도 왕성한 연구활동을 이어 나가시기를 기원드립니다.

이번 高麗法學 제112의 발간에도 늘 그러하듯 보이지 않는 곳에서 많은 연구자들께서 심사와 편집 및 출간을 위해 힘써 주시었습니다. 특히 高麗法學의 출간에 물심양면의 지원을 아끼지 않고 계시는 강병근 법학연구원장님께 감사드리며, 쉽지 않은 논문심사 작업과 발간업무를 차질 없이 수행해 주신 심현우 간사께도 감사의 인사를 드립니다.

2024년 3월

高麗法學 편집위원장 김경욱

목　　차

▣ 연구논문

메타버스 아바타의 인격에 대한 법이론적 논의
- 헌법상의 인간과 인격을 중심으로 -····· 계인국 / 01

전자정보에 대한 증거절차에서 적정한 비용부담의 모색:
미국 디스커버리의 비용부담에 대한 비교법적 연구의 관점에서····· 조수혜 / 37

판례평석 : 해제권유보조항과 이행의 착수 및 기한의 이익 사이의 관계
- 대법원 2024. 1. 4. 선고 2022다256624 판결 -····· 한종현 / 87

착오송금 관련 판례 법리의 문제점과 송금의뢰인 보호 방안····· 김필수 / 117

자율주행자동차 책임법제에 관한 연구
- 자배법상 대리운전기사 법리 도입을 중심으로 -····· 김하민 · 박선종 / 161

회사의 지식재산권 침해에 대해 이사가 부담하는 손해배상책임 연구··· 최기성 / 191

역학을 통해 바라본 산업재해와 업무상 질병 문제
- 항공승무원의 우주방사선 노출 사례를 중심으로 -
····· 김슬아 · 이다은 · 장은지 · 장시원 / 237

ICJ의 국가관할권 면제 사건과 이탈리아의 주장 및 후속 조치····· 이창위 / 293

▣ 정년기념 특별대담

박노형 교수 정년기념 대담····· 323

▣ 정년기념 특별강연

기업경영의 효율성과 경쟁의 의미····· 유진희 / 359

고려대학교 법학연구원
고려법학 제112호 2024년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2024.112.1

메타버스 아바타의 인격에 대한 법이론적 논의

- 헌법상의 인간과 인격을 중심으로 -

계 인 국*

▶목 차◀

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 아바타의 인격성
1. 문제의식
2. 헌법상의 인간과 인격
3. 아바타의 인격 여부
4. 소 결
Ⅲ. 메타버스에서 일반적 인격권의 발현
1. 일반적 인격권
2. 법인의 인격권 문제
3. 아바타와 이용자의 일반적 인격권
Ⅳ. 결 어

Ⅰ. 서 론

메타버스(Metaverse)에 대한 많은 관심과 기대만큼 메타버스에서의 법적 문제도 발생하리라 예상된다. 다양한 유형[1]의 메타버스마다 법적 문제상황 역시 다양하게 나타날 것인데, 특히 가상세계(virtual world)의 경우 이용자가 완전히 새롭게 구현된 세계에 몰입(immersion)하여 아바타를 통해 행위하고 상호작용을 하게 된다. 이에 따른 문제들의 출발점으로서 메타버스에서 아바타가 마치 인간과 같이 인격을 가지는가를 생각해보아야 한다. 즉

* 고려대학교 행정전문대학원 교수, 법학박사.

1) 대표적인 유형분류로 2007년 미국의 미래가속화연구재단(Acceleration Studies Foundation: ASF)이 발간한 "메타버스 로드맵 보고서(Metaverse Roadmap)"에서 제시한 유형을 들어볼 수 있다. John Smart, Jamais Cascio & Jerry Paffendorf, Metaverse Roadmap - Pathways to the 3D Web 4 (2007)

아바타를 통한 가상세계에서의 행위, 일상의 확장 및 세계의 연결 및 그 결과와 책임의 논의가 결국 아바타를 마치 인간과 같은 고유한 인격체로 인정하게 되는 것은 아닌가의 문제이다. 향후 기술의 발전에 의해 - 포스트 휴머니즘에서 말하는 것과 같이 - 이용자의 정신을 부분적, 심지어 전면적으로 업로드하는 수준에 이르게 된다면 아바타는 이용자 실체에 더욱 근접할지도 모른다. 기술 자체는 아직 다소 가상적일지 모르나 아바타의 인격 문제는 이론적으로 미리 논의될 필요가 있다. 이 논의는 다양한 법이론적 관점은 물론 이를 기초로 하여 헌법상 인간상과 성격, 인격, 인격권에 이르는 주제에까지 이어지게 된다.

여기에서 우리는 헌법상 인간과 인간으로서의 성격, 그리고 인격에 대한 보다 근본적인 물음을 던져야 한다. 먼저 인간이 인간으로서 가지는 정체성으로서 인격과 그 인격을 가진 인간의 존엄과 가치의 문제를 살펴보아야 할 것이다. 여기에서는 아바타에 인격을 인정할 수 있는가의 문제에서 시작하여 이용자의 인격이 확장되거나 또는 상징으로서 나타나는 모습이 보호될 것인가의 논의에 이른다. 다음으로 일반적 인격권의 근거인 인격의 자유로운 발현에 대한 권리가 메타버스에서 아바타와 이용자의 행위가 누구를 주체로 보는가, 이에 따라 일반적 인격권의 보호가 달라지는가를 살펴보아야 한다.

Ⅱ. 아바타의 인격성

1. 문제의식

아바타는 메타버스에서 이용자를 표상하는 존재이다. 아바타의 실현 단계에 따라 아바타는 단순히 이용자를 지칭하는 것을 넘어 이용자의 인격을 확장시키고 반영하며, 더 나아가 일정 부분 반영된 인격이 다시 이용자에게 영향을 미친다고 볼 수도 있다. 실현 단계가 더욱 고도화되면 아바타는 이용자를 넘어 마치 독립된 하나의 개체와 같은 형상을 가질 수도 있다. 외형상으로는 물론, 이용자의 정신이 반영된 아바타는 가상 휴머노이드 또는 가

상인간(virtual human)에 근접하게 되어 메타버스에서 이용자를 표상하거나 이용자가 일일이 조종하지 않아도 자율적 의사결정과 같아 보이는 행동을 할 수도 있다. 더 나아가 메타버스 내에서 아바타 간 형성되는 관계가 법적 문제를 불러올 수도 있다. 이미 발생하는 문제로서 아바타에 대한 각종 공격 및 침해를 생각해 볼 수 있다. 아바타에 대해 가해지는 각종 명예훼손이나 성적 수치심을 유발하는 침해, 혐오적 표현은 물론 메타버스 내에서 아바타의 움직임을 저해하는 등의 침해가 그 예이다. 한편 아바타를 매개로 각종 의사결정을 내리거나 자율적 결정을 하는 경우 각종 불법행위나 권리침해, 개인정보의 불법적 유출, 딥 페이크 기술로 인한 사칭 등이 문제될 수도 있다.[2] 이런 문제를 해결하기 위한 방법으로 아바타를 인격체로 보아 각종 침해행위를 인격권의 침해 및 보호로 볼 것인가?

다만 메타버스에서 인격권 보호가 문제되는 경우를 무엇이라고 일률적으로 정해놓고 논의를 진행하기는 어렵다. 메타버스의 실현 단계가 서비스별로 각각 다르고 이용목적이나 구현방식이 각각 다를 뿐만 아니라 인격권의 침해 자체가 매우 광범위하고 비정형적인 사안을 의미하기 때문이다. 개별적인 문제상황을 통해 인격권 침해나 보호 여부를 곧바로 살펴보는 것보다는 오히려 인격과 인격권에 대한 기성의 헌법학적 논의를 메타버스 및 메타버스에서의 아바타에 대입시켜 어떤 차이점이 발생할 수 있는지를 논하는 것이 본고의 연구방향이라 하겠다. 그 출발점으로서 헌법상 인간과 인격을 정리할 필요가 있다.

2. 헌법상의 인간과 인격

(1) 헌법상의 인간

헌법상 인간의 모습은 대개 인간의 존엄성을 통해 찾게 된다. 대한민국

---

2) 메타버스에서의 각종 인격권 침해 양상에 대해서는 많은 선행연구가 존재한다. 예를 들어, 유주선, 메타버스 내 인격권 침해 구제방안에 관한 연구, 저스티스 제194-3호 (2023. 2.) 273면 이하; 이희옥, 메타버스 내 적대적 언행(Hate Speech) 규제방안에 관한 연구, 경제규제와 법 제215권 제1호 (2022. 5.) 193면 이하 등

헌법은 물론 세계 여러 나라의 헌법 역시 인간의 존엄성을 헌법에 규정하고 있으며 혹 인간의 존엄성에 대한 명문의 규정이 없더라도 인간의 존엄성에 대해 특별히 이의를 제기하는 경우를 찾아보기는 힘들다. 그렇다면 헌법은 인간이 무엇이며 대체 왜 존엄하다고 인정하는가? 이 질문에 답하기 위해서 헌법은 인간을 어떻게 바라보고 있는지 살펴본다.

결론부터 말하자면 헌법이 전제하는 인간은 단지 육체적인 존재에 그치지 않으며 또한 육체와 영혼 및 정신을 분리하여 이해하는 것이 아니라 일체를 이루는 존재이다. 이를 소위 "육체-영혼-정신의 일체(Leib-Seele-Geist-Einheit)"라고 한다.[3] 이러한 인간상은 철학에서는 특히 E. Stein이 주장하였는데,[4] Stein은 인간의 존재를 육체적 존재만이 아니라 정신과 영혼의 일체라는 존재론적 차원에서 고찰하였다. 즉 인간이 하나의 인격이며 인격은 인간의 육체적-영혼적-정신적 구조를 하나의 단일체로 통일시킨다고 보았다.[5] 인간이 하나의 인격이며 인격이 하나의 자유로운 존재라는 것은 또한 인간이 스스로를 "형성할 수 있고 또한 형성해야 하는", 자유와 당위를 따르는 동태적인 존재라는 것을 말해준다.[6]

헌법이 철학적 논의와 같이 인간을 "육체-영혼-정신의 일체"로 인정한다는 것이 얼핏 보기에 매우 낯설게 보일 수도 있다. 그러나 헌법상 기본권의 분류에서 이미 나타나듯이 기본권은 단지 육체적인 것 또는 물질적인 것뿐만 아니라 정신생활 영역에서도 보장되며, 기본권의 주체나 내용에 있어서도 이러한 일체적 인간상이 발견된다.[7] 예를 들어 정신적 체험능력이 낮

---

3) 계희열, 헌법학(중), 283면; 한수웅, 헌법학, 626면; *Jarass/Pieroth*, Kommentar GG, Art. 2, Rn. 83; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte: Staatsrecht II, Rn. 472; *V. Epping*, Grundrechte, Rn. 107.; *G. Manssen*, Staatsrecht II, Rn. 291; 독일 연방헌법재판소 역시 육체-영혼-정신의 일체성을 인정하고 있다. 대표적으로 BVerfGE 52, 131 (174); 56, 54 (75).

4) *E. Stein*, Der Aufbau der menschlichen Person, 1994, S. 102. 사실 Stein의 연구업적은 1910년대 후반부터 발표되었으나, 여성이며 또한 유대인이란 이유로 제대로 출간되지 못하였다. 1942년 Stein은 결국 아우슈비츠에서 처형당하였고 전후에야 비로소 Stein의 연구가 재조명받고 출간되기 시작했다.

5) *E. Stein*, Der Aufbau der menschlichen Person, 1994, S. 125; *dies.*, Endliches und ewiges Sein, S. 335 ff.

6) *E. Stein*, Der Aufbau der menschlichen Person, 1994, S. 102.

7) 신학적 사유에 따른 인간상은 개별 기본권은 물론 법적 관계 전반에 있어서도 영향을

거나 장애로 인해 합리성(Rationalität)과 자아의식(Selbstbewusstsein)이 낮은 정신지체인이나 미성년자라도 당연히 인간의 존엄성의 주체가 되나 법인은 아무리 체험능력이 축적되었더라도 그 주체가 되지는 못한다.[8] 또한 생존가치가 있거나 없는 삶(lebenswertes oder lebensunwertes Leben)이라는 구별은 인정되지 않으므로 불치병 환자나 신체 또는 정신적 장애를 이유로 인간의 존엄성에서의 주체성을 달리 판단하게 할 수는 없다.[9] 신체를 훼손당하지 않을 권리의 경우 신체의 건강이란 단지 육체적 건강에만 국한되지 않고 당연히 정신적 건강의 보호가 요구된다. 영적 측면에 있어 종교의 자유는 인간의 영적 존재에 대한 믿음을 보호하고 이에 따라 각자가 추구하는 영적 평안함을 보호한다. 종교적 차원을 넘어서도, 태아나 수정란을 생명권의 주체로 보거나 초기 배아의 경우 적어도 국가의 보호필요성을 인정하려는 것은 헌법이 육체적인 차원은 물론 주관적 정신세계를 넘어서는 영적 존재를 인식함을 보여준다.[10] 즉, 인간의 존엄성과 이를 정점으로 하는 헌법상의 개별 기본권을 보장하기 위하여 현대 헌법국가는 인간을 "육체-영혼-정신의 일체"로 보고 인간과 인간의 신체 및 정신생활 영역의 자유 등을 온전히 위의 전제에서 이끌어내고 있음을 알 수 있다.[11]

미치고 있다. 이에 대해서는 *Ch. Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/ders.,*(Hrsg.), Kommentar Grundgesetz, 7.Aufl., Art. 1 Abs 1, Rn. 5 ff.

8) 여러 기준 중 여기에서 합리성과 자아의식을 거론하는 것은 아래에서 살펴볼 탈인간중심적 사고방식에 대비시키기 위한 것이다. 이에 대해서는 II. 2. (3) 참조. 또한 P. Singer(황경식/김성동 역), 실천윤리학, 145면 이하 참조.

9) 계희열, 헌법학 (중), 210면.

10) 이렇게 보면 태아의 기본권이나 배아의 국가적 보호필요성은 헌법상 인간개념의 "확장"이 아니라 본래부터 헌법상 인간개념에 부합하는 것이며 다만 법기술적으로 어떻게 보호할 것인가의 문제로 전환된다. 반면 이를 인간개념의 확장이라는 견해로는 양천수, 현대 지능정보사회와 인격성의 확장, 동북아법연구 제12권 제1호, 1면(6면) 참조. 이러한 탈인간중심적 인격의 견해를 극단적으로 견지할 경우 Singer나 Whitehead의 인격개념에 접근한다.

11) 최민영/계인국, 새로운 권리로서 정신적 자기결정권이 필요한가 - 신경과학의 발달에 따른 시론적 연구, 생명윤리 제22권 제2호 (2021), 43면

(2) 인간과 인격

대개 인간이 존엄한 이유는 "육체-영혼-정신의 일체"로서 인간이 인간으로서의 성격을 가지며 인간으로서 주체성인 인격을 가지기 때문이라고 설명된다. 이러한 점에서 인간, 그리고 인간의 존엄성은 종종 인격과 동의어로 여겨지기도 한다. 그러나 인간으로서의 성격과 이러한 인간이 주체적 의미로서 인격을 보유한다는 것은 분명한 상관관계에도 불구하고 엄밀히는 그 차원을 다소 달리한다.[12]

1) 인간으로서의 성격(Persönlichkeit)

인간을 무생물과 구별할 때에는 유기체적 신체의 존재를 말하곤 하지만 다른 생명체와의 구별에서는 영혼이나 정신의 존재를 언급한다. 그러나 영혼의 존재에 대해서는 타 생명체의 영혼과 정신을 입증하기 어렵다. 그렇기 때문에 인간의 영혼과 정신이라는 것은 그 자체로서 입증하기 보다는 그것이 발현 - 또는 발현된 것이라고 여겨지는 - 모습으로 설명하고 구분짓게 된다. 이것이 성격(Persönlichkeit)이다. 성격은 개체의 특징이나 인성(Charakter)를 넘어 신체적 외형과 특성, 행동양식, 기질, 가치판단, 자기이해 등을 포괄한다.[13] 개인이나 일정한 단체의 특성, 더 나아가 그 특성의 변화가능성의 문제는 바로 인간으로서의 성격을 통해 파악되곤 한다. 흔히 인간을 "호모 사피엔스 사피엔스"라고 지칭한다거나, 서술적으로 "이기적 존재", "사회적 존재", "경제적 인간(Homo economicus)" 등으로 표현하는 것, 행동경제학에서 "합리적/비합리적 인간상"과 같은 모습들을 언급하는 것 역시 인간으로서의 성격을 통해 인간을 표현하려는 것이다. 그 중 특히 주목

---

12) 다만 성격과 인격은 법적(juristisch) 개념으로서 명확히 구별되지는 않고 법이론적(rechtstheoretisch)으로 구별된다. 또한 이하에서 설명하는 성격과 인격에 대해 법이론과 법학은 물론 철학, 신학 등에서의 논의를 모두 설명할 수는 없으므로, 본고의 문제의식에 대한 부분을 중심으로 하여 한정적으로 다룬다.

13) *Hartwig Hanser/Scholtyssek* (Hrsg.), Lexikon der Neurowissenschaft, "Persönlichkeit und Personalität"; *N. Hartmann*, Das Problem des Geistigen Seins, Untersuchungen zur Grundlegung der Geschichtsphilosophie und der Geisteswissenschaften, S. 125, 128 ff.

할 만한 것으로 “나는 생각한다, 고로 존재한다(cogito, ergo sum)”라는 Descartes의 유명한 명제는 감각이나 논리적 오류로 인한 오해에도 불구하고 내가 존재한다는 것을 사유로서 전제한다. 이 존재의 의미는 또한 아리스토텔레스가 스스로를 자각하는 것이 스스로의 존재를 자각하는 것이라는 명제에도 연결되면서[14] 존재하기 위해 다른 어떤 것을 필요로 하지 않고 사유로서 실체한다고 여기게 된다. 이렇게 인간으로서의 성격이 인간 외의 생명체 또는 나 이외의 다른 인간 개체를 구분짓고 또한 표현한다는 점에서, 성격은 다양한 학문분과, 즉 철학이나 종교학, 사회학, 인류학은 물론 문학이나 예술에서도 다루어져 왔다. 이들을 통해 제시된 인간으로서의 성격은 고유의 어떤 것들을 지시하여 인간이 무엇이며 왜 존엄한 존재인지 밝히는데 크게 기여하고 있다.

동시에 성격은 본래 가변적인 것으로, 외부의 영향을 받으며 심지어 침해될 수 있다는 것을 인정한다. 신체적 외형이나 심리적 행동양식이 다양한 원인에서 침해되거나 변형되는 것은 자연적 현상이기도 하고 사회적 현상이기도 하다. 예를 들어 신체적 외형이나 행동 및 인지능력은 노화나 질병을 통해 변형된다. 심리적 행동양식의 변화는 신체적 변형에 수반되기도 하지만, 그렇지 않은 경우에도 변형될 수 있는데, 교육이나 사상적 전향, 개심 등이 그 예이다. 이에 더하여 지금까지 발전해 온 과학기술, 특히 현대 신경과학기술은 데카르트적인 사고가 전제하고 있던 동일하고 영원한 존재를 신경활동의 생화학 반응으로 변화시킬 수 있고 대체되거나 심지어 소멸시킬 수도 있음을 다양한 방식으로 보여주었다.[15]

2) 상호관계적 의미의 인격

반면 인격(Personalität)은 성격을 지닌 고유한 인간이 특히 상호관계 가운데에 나타나게 되는 주체성이나 사회성에 보다 집중된 방식으로 각 주체를 설명한다. 인격이 개체적 성격을 포함하면서도 보다 상호적 관계를 통해

---

14) *Aristotle*, Nicomachean Ethics, 1170a25 ff.

15) *Hartwig Hanser/Scholtyssek* (Hrsg.), Lexikon der Neurowissenschaft, “Persönlichkeit und Personalität”. 신경과학기술의 개요 및 여러 영향력에 대해서는 최민영/계인국/김수정/박정연, 신경과학기술과 법, (2023) 참조.

논의된 배경에는 서양 사상에 강력하게 영향을 미친 크리스트교 교리가 자리 잡고 있다. 크리스트교 신학은 기존의 유일신 사상을 그대로 확립하면서도 예수의 신적 본질을 규명하여야 했기 때문에 제1차 니케아 공의회(Concilium Nicaenum Primum) 이후 이른바 삼위일체론(Theoria Trinitatis)을 수용하였다. 니케아 공의회에서 채택된 Athanasius의 삼위일체론은 이후 콘스탄티노플 공의회에서 성부(Pater)-성자(Filius)-성령(Spiritus Sactus)의 세 인격이 동질성을 지니지만 본질(ousia)과 실체(hypostastasis)라는 점에서 구별된다고 정리되었고 세부적인 설명의 차이는 있으나 그 핵심 내용은 현대 신학에까지 이어진다.[16] 삼위일체론에서 각 페르소나[17]는 성부로부터 주어진 자기의식을 통해 한편으로는 구별되지만 동시에 성자와 성령의 페르소나는 완전한 주체성을 가지지는 않고 그러면서도 본질에 있어서는 같다고 설명된다. 이를 해명하기 위해 삼위일체의 페르소나는 성부를 원인으로 한 상호적 관계를 형성하는데 이는 인격이나 존재양식 등 다양한 방식으로 설명된다.[18] 크리스트교 교리상의 삼위일체론은 제1차 니케아 공의회에서부터 중세철학을 넘어 현대 철학과 신학에서도 끊임없이 논쟁의 대상이 되지만, 분명한 것은 삼위일체론에서의 인격의 설명이 서양사상사에 계속적인 영향을 미친다는 점이다.[19] 특히 여기에서는 인격의 상호관계적 의미에 주목할 것인데, 삼위일체론 그 자체나 이에 대한 해석에서 나타나는 상호관계는 물론

---

16) 대표적으로, *K. Barth*, Dogmatik im Grundriss, S. 47 ff; *ders.*, Die Kirchliche Dogmatik I/1, S. 374. 등

17) 다만 Barth는 여기에서 페르소나라는 표현을 사용할 경우 페르소나라는 가면 배후의 또 다른 인격을 논할 위험이 있으므로 persona 대신 존재양식(Seinwesen)이라는 표현을 사용한다. 이에 대해서는, *K. Barth*, Die Kirchliche Dogmatik I/1, S. 375; 허준, 바르트의 인격론, 진교훈 외, 인격, 339면 이하 (349면) 참조.

18) 예를 들어, Barth는 성부/성자/성령의 각 존재양식의 관계성에서, Stein은 - 마치 St. Augustine의 논리와 유사하게 - 신의 사랑이라는 관계성 속에서 삼위의 인격 간의 상호관계성을 찾는다. *K. Barth*, Die Kirchliche Dogmatik I/1, S. 375; *E. Stein*, Endliches und ewiges Sein, S. 300.

19) 헌법이론에 있어서도 역사적 영향은 물론 현대에서도 정신적 유물로서 이는 지속되고 있으며 특히 인간에 대한 고차원적 가치는 여전히 의미가 있다. 이러한 지적은 *Ch. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/ders.*, (Hrsg.), Kommentar Grundgesetz, 7.Aufl., Art. 1 Abs 1, Rn. 5. 이에 영향을 받은 대한민국 헌법 및 헌법이론 역시 그 영향을 "외국법" 또는 "외국법이론"이라며 무작정 배제할 이유는 조금도 없고 오히려 보다 적극적으로 연구할 필요가 있다.

이후 다양한 철학적 논의에서 인격은 상호관계성을 전제하거나 최소한 그 영향을 인지하고 있다.

예를 들어보면, 먼저 Stein은 인격으로서 인간이 "형성할 수 있고 또한 형성해야 하는" 동태적인 사건 속에 있다고 하며[20] 이 형성과정이 타인의 인격과의 만남을 통해 형성된다고 보았다.[21] 이와 유사하게 Hartmann은 인격이 상황 혹은 사건 속에 빠져있으며 이를 감당하기 위한 작용은 인격이 살고 있는 세계와의 연관을 통해 나타난다고 보았다.[22] 즉 인격은 자기를 초월하여 다른 인격들과 관계를 맺고 살아가는 존재라고 하였다.[23] 더 나아가 인간을 인격적 존재이자 자기존재로서의 양면으로 보고 인간의 존재를 관계성에서 이해한 Buber나[24] 인간은 자아의 본질성을 발견하여 주체의 관점에서 세계를 생산하고 실현하나, 이를 타인과의 관계, 특히 책임 수용에서 윤리적 자아로서 전환되어 인격자로 정립된다는 Levinas[25], 그리고 신학에서는 신과의 상응관계에서 시작되어 인간관계 가운데에서도 마치 삼위일체의 인격과 유사한 공존의 인간성과 인격을 제시하는 Barth[26]에 이르기까지 다양한 사유 가운데 일정한 공통점으로서 인간의 인격은 관계성을 보인다.

이러한 배경에서 보듯, 인격은 각 개체들이 자신들의 본질이나 종류, 존재 등에 관계하는 방식을 특별하게 하여 마침내 인격체로 다시 향하도록 만든다. 이러한 점에서 인격은 성격에 비해 보다 규범적인 차원에서 사용되는데, 규범적 차원에서 이러한 상호관계성은 결국 불가침의 지위를 부여하고 관계에 따라 주체적 성격과 사회적 성격을 도출해내기 때문이다.[27] 규범적

---

20) 위 II 2 (1) 참조

21) 이은영, 슈타인의 인격론, 진교훈 외, 인격, 175면 이하 (189면) 참조.

22) *N. Hartmann*,, Das Problem des Geistigen Seins, Untersuchungen zur Grundlegung der Geschichtsphilosophie und der Geisteswissenschaften, S. 134 ff.

23) *N. Hartmann*,, Das Problem des Geistigen Seins, Untersuchungen zur Grundlegung der Geschichtsphilosophie und der Geisteswissenschaften, S. 143; 각 표현은 하르트만(하기락역), 정신철학원론 (1990)의 번역례를 참조; 또한 김주완, 인간-인격-정신의 존재론적 상호관계, 철학논총 제39집 (2005), 81면 참조.

24) 마르틴 부버(김천배 역), 나와 너, (2020), passim.

25) 레비나스의 인격론에 대해서는 특히, 강영안, 주체는 죽었는가 (1997), passim.

26) 허준, 바르트의 인격론, 진교훈 외, 인격, 339면 이하 (351면 이하)

27) 계희열, 헌법학(중), 192면; 베르너 마이호퍼(심재우/윤재왕 역), 법치국가와 인간의

의미로서 인격은 그가 속한 다른 집단에도 불구하고 그의 부분으로서의 존재를 통해 하나의 전체를 설명하며, 자신의 역할이나 고유한 특성을 지시한다.[28] 이러한 이해는 법철학에서는 인간관계에 있어서의 주체적이고 방어적 성격으로서의 인격으로 언급하거나[29] 헌법에서는 국가나 공동체 그리고 인격을 지닌 인간의 관계가 일방적이 아니라 상호관련성에 입각하여 이해되어야 한다[30]는 것으로도 나타난다.

3) 인격을 보유한 인간과 그 존엄성

이와 같이 인간이 인간으로서의 성격(Persönlichkeit)을 나타내며 또한 주체성의 인정이라는 규범적 의미에서의 인격(Personalität)을 보유하고 있다는 것은 사실 새로운 논의가 아니라, 이미 다양한 학문 분과에서 다양한 논거를 통해 설명되어 왔다.[31] 예를 들어 크리스트교 교리는 본질적인 유일신 사상과 위에서 언급한 삼위일체론을 연결하기 위한 오랜 논의를 통해[32] 인격이 이성적 본성의 방식으로 실존하며 고유한 존재에게만 해당되는 것으로 보게 된다. 또한 크리스트교 교리는 인간이 신의 형상으로 창조되었다는 이른바 "신-인 동형설(Imago-Dei-Lehre)"을 통해 인간이 다른 피조물과 구별되는 고유한 가치와 존엄성을 지닌다고 본다.[33] 인간이 인격을 보유한다는 것은 Boetius나 Aquinas로부터 이후 Kant에 이르기까지 반복적으로

존엄, 29면 이하, 특히 38면, 47면.

28) 로베르트 슈페만, 왜 인격들에 대해 말하는가, 32면 이하, 41면.

29) 예를 들어 베르너 마이호퍼(심재우/윤재왕 역), 법치국가와 인간의 존엄, 38면 이하.

30) 통합론적 헌법관의 국가론이 이념적 기초로 하는 Litt의 문화철학은 자아가 상대와의 상호작용과 공동체와의 사회적 교착에서만 참된 본질을 형성하는 데 도달한다고 본다. *G. Dürig*, Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, in: JR 1952, S. 259 (261); 계희열, 헌법학(중), 193면에서 재인용.

31) *Ch. Starck*, in: *Mangoldt/Klein/ders.,* (Hrsg.), Kommentar Grundgesetz, Bd. I. Art. 1 Abs. 1, Rn. 4.; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte: Staatsrecht II, Rn. 412 ff.; 계희열, 헌법학(중), 192면 이하; 장영수, 헌법학, 566면 이하; 한수웅, 헌법학, 543면 이하 등.

32) 논의의 진행경과에 대해, 로베르트 슈페만, 왜 인격들에 대해 말하는가, 41면 이하.

33) 계희열, 헌법학(중), 195면; 장영수, 헌법학, 566면; 쿠르트 젤만(윤재왕 역), 법철학, 289면 이하; *Ch. Starck*, in: v. *Mangoldt/Klein/ders.* (Hrsg.), Kommentar Grundgesetz, Bd. I. Art. 1 Abs. 1, Rn. 5 ff; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte: Staatsrecht II, Rn. 412.

확인된다. Kant는 이성적 본성은 목적 그 자체로서 존재하며 인간은 필연적으로 그 고유한 실존을 상정한다고 보았다. 계몽주의 철학에서는 인간만이 이성능력을 사용할 수 있으며 이를 통해 이성적 존재로 자신을 규명해가는 계몽의 과정을 수행할 수 있으므로 존엄성을 부여받는다고 보았다.[34]

물론 헌법상 인간상을 단지 특정한 철학적 사유만으로 정하는 것은 문제가 된다. 왜냐하면 철학적 사유에 따라 너무나도 다양한 인간상이 제시되기 때문이다.[35] 그렇기에 다양한 철학적, 인류학적, 사회학적 관점을 고려하여 헌법학은 특정 종교나 철학관을 넘어 인간의 존엄성의 근간이 되는 인격성을 포괄적으로 파악하기 위해 인간의 존엄을 인간의 윤리적 가치이며 또한 고유 가치라고 보는 것이다.[36] 이에 의하면 인간의 고유한 가치를 보장하기 위해서는 윤리적 가치에 대한 자기결정권이 존중되어야 하고 결국 존엄성이란 인간이 인격자로서 그의 정체성(Identität)을 보장받아야 하는 것에까지 이르게 된다.[37] 인격을 가지고 있다는 것은 어떤 한 특정의 인간도, 모든 인간을 지칭하는 것도 아닌 고유한 인간을 대상으로 한다.[38] 헌법은 인격을 보유한 인격자로서 정체성을 보장받는 인간을 존엄성의 대상으로 상정하고 그 전제로서 인간의 육체적 존재와 영적 및 정신적 존재가 누려야 할 자유를 보호한다.

---

34) 계희열, 헌법학(중), 195면; 장영수, 헌법학, 566면; 이상돈, 인권법, 32면; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte: Staatsrecht II, Rn. 412.

35) 이러한 지적으로는 *P. Badura*, Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 1964, S. 337 (340 f); *K. Stern*, Staatsrecht III/1, S. 7 ff; *Ch. Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/ders.*, (Hrsg.), Kommentar Grundgesetz, 7.Aufl., Art. 1 Abs 1, Rn. 4.

36) "헌법적 존엄성의 개념과 그 의미는 이를 규정하게 된 배경과 현행 헌법의 원칙들 및 법원칙들의 해석을 통해 찾아내야" 하기 때문이다. 계희열, 헌법학(중), 196면. 같은 견해로, 장영수, 헌법학, 567면.

37) 이에 대해 P. Häberle는 "인간이 인격자가 되도록, 인격자이도록 또한 인격자로 머물도록 함을 가능하게 하는 것"이라고 표현하였다. *P. Häberle*, Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art.2 Abs.1 Verfassung Griechenland 1975, in: *ders.,* Rechtstheorie, S. 389 (404); 계희열, 헌법학(중), 197면.

38) 같은 견해로, 박진완, 우리 헌법상의 일반적 인격권의 보장체계, 공법연구 제33집 제1호, 299면 (307면 이하).

(3) 탈인간중심적 인격의 반론

1) 기술적 포스트 휴머니즘

인격을 보유한 인간과 인간의 존엄성을 정점으로 하는 헌법, 이를 기초로 하는 법체계는 이른바 인간중심적 사고에 기초한, 인간중심적 모델이라고 할 수 있다. 반면 이러한 인간중심적 모델을 벗어나는 탈인간중심적 모델은 인간을 넘어 다른 생명체, 심지어 생명과 무관하게 인격성을 인정할 수 있다고 본다. 이러한 흐름은 특히 포스트 휴머니즘(post-humanism) 내지 트랜스 휴머니즘(transhumanism)으로 표현되는 논의에서 두드러지게 나타난다. 포스트 휴먼, 즉 현세의 인간과 다른 새로운 인간이란 과학기술의 발전으로 인해 육체와 영혼, 정신의 각 능력이 대폭적으로 향상(enhancement)되고 마침내 현세 인간의 한계를 뛰어넘어 인간 변형을 가져온다는 것을 의미한다.[39] 이러한 움직임은 소위 강인공지능의 특이점 도달[40]이라든지 침습 및 비침습적 신경과학기술에 의한 두뇌의 생물학적 한계 극복 등 새로운 과학기술이 포스트 휴먼으로의 도약(창발: emergence)을 가능케 한다는 기술적 포스트 휴머니즘(technologischen Posthumanismus: tPH)으로 이어진다.[41] 기술적 포스트 휴머니즘은 인간의 정신을 디바이스 혹은 온라인 세계에 업로드함으로써 생물학적 사멸의 한계를 뛰어넘는 것은 물론 신체의 물리적(시간, 공간) 한계 역시 초월할 수 있다고 본다. 이는 메타버스의 이념을 본질적인 차원에서 극대화시키는 것이 될 수 있다. 다시 말해, 아바타를 단순히 구현하는 것이 아니라 IT기술과 신경과학기술을 접목시켜 이용자의 정신 그 자체를 업로드(정신 업로딩: mind uploading)하여

---

39) 다양한 포스트 휴먼 내지 트랜스 휴먼의 의미가 있으나 여기에서 소개하는 내용은 1998년 Max More가 주도적으로 작성하고 이후 보완되어온 엑스트로피스트 선언(The Extropist Manifesto)를 주로 참조하였다.

40) 소위 강인공지능의 특이점 도달을 통한 인류의 정체성 변화를 레이 커즈와일이나 닉 보스트롬이 포스트 휴머니즘 논의에 동조하는 것은 이러한 배경에 있다.

41) 특히, *J. Loh*, Trans- und Posthumanismus zur Einführung (2023), S. 92 ff. 여기에서 Loh는 포스트 휴머니즘을 트랜스 휴머니즘, 기술적 휴머니즘, 비판적 휴머니즘의 3개 접근방식으로 설명한다.

메타버스에서의 인격체로 존재한다는 것이다.

2) 실천철학과 비판적 포스트 휴머니즘

한편 기술적 포스트 휴머니즘 외에도 실천철학이나 과정철학 역시 인간중심적 인격의 사고를 비판하고 이를 벗어나고자 하는 움직임을 보인다. 예를 들어 Singer의 경우 동물의 보호를 위해 인간에게 적용되는 윤리기준을 동물에게 동일하게 적용할 수 있다고 주장한다.[42] 여기에서 중요한 것은 그 근거로, Singer는 동물 역시 인간과 같이 생명에 대한 욕구를 가지고 그러한 자아의식을 합리적으로 추구하기에 "인격체"라고 본다.[43] 여기에서 더 나아가 Whitehead는 인간이나 동물, 세포는 물론 생명체가 아닌 원자나 양자단위까지도[44] 인격적 사회로 이해한다. 마찬가지로 비판적 포스트 휴머니즘(kritischer Posthumanismus: kPH)은 기존의 인간중심적 모델이 인간이 신체뿐만 아니라 영혼과 정신의 일체이므로 다른 동물들과 구별된다는 소위 본질주의(Essenzialismus)를 부정한다. 특히 이 과정에서 앞서 설명한 것과 같이 인격은 어떤 정신적 본질의 문제가 아니라 상호관계적인 것이라는 것을 강조한다.[45] 다만 비판적 포스트 휴머니즘은 이 상호관계가 - Singer의 실천윤리나 Whitehead의 과정철학과 마찬가지로 - 인간 사이에서만이 아니라 동물, 더 나아가 사물과 양자 단위까지 확대된다는 것이다. 특히 디바이스나 온라인상의 자아가 충분한 자율성을 가진 아바타 - 또는 가상인간이나 휴머노이드 - 로 등장한다면 기존에 인간이 보여준 '본질적인' 상호관계가 충분히 가능하고 이는 탈인간중심적 모델을 뒷받침한다는 것이다.[46]

---

42) P. Singer(황경식/김성동 역), 실천윤리학, 155면

43) P. Singer(황경식/김성동 역), 실천윤리학, 186면.

44) Whitehead는 이를 생명적 인격과 비생명적 인격으로 구분한다. Whitehead에 의하면 비생명체도 인격을 보유하게 되는데 이는 Whitehead가 인격의 상호관계적 성격을 일정한 질서를 지닌 사회(society)에서 찾지만 그 사회 자체가 인간에 한정되지 않기 때문이 다. A. N. Whitehead(오영환 역), 과정과 실재, 108면 이하 참조.

45) 여기에서 보는 바와 같이 인격이 상호관계적이라는 것은 인간중심적 모델에서도, 탈인간중심적 모델에서도 나타난다. 문제는 상호관계성을 어떻게 이해하는가이지 상호관계성이 인간중심/탈인간중심을 결정짓는 기준은 아니다.

46) 이용주, 트랜스-/포스트휴머니즘에 대한 신학적-비판적 고찰, 한국기독교신학논총

3) 탈인간중심적 모델에 대한 재비판

탈인간중심적 인격모델에 대한 비판은 다양하게 제시된다. 먼저 인간과 인격의 분리에 대해서는 인격 본질주의와 동물주의의 전통적인 대립이 있으나 이들 각자가 지닌 취약점을 간과할 수 없다.[47] 특히 인격 본질주의나 Singer의 실천철학, Whitehead의 과정철학은 탈인간적 인격의 인정을 통해 법학체계가 수용하기 어려운 결과를 제시한다. 예를 들어 Singer와 같이 무뇌자나 정신지체와 같이 합리성과 자의식을 가지지 못하는 개체를 비인격체로 보아 보호할 필요가 없다는 논리는, 비록 학문적 일관성에서 나온 결론일 뿐이라고 하여도[48] 법학에서 바로 수용하기는 힘들다. 만약 전면적 수용이 아니라 어디까지나 법인 등의 법기술적 요소를 통해 수용하는 것이라고 한다면, 인간중심적 모델 역시 다양한 법기술적 요소를 활용하는 것과 그저 반대편에서의 접근일 뿐 본질적인 차이점을 갖지 못하면서 오히려 헌법적 가치의 정점인 인간의 존엄에 대한 의문만을 남기는 것이 된다.

한편, 탈인간중심적 모델이 법학에서 일반적이고, 인간중심적 모델이 오히려 특이한 예외라는 견해를 비판해본다. 법학에서 인간이 아닌 인격이 보다 중심적인 지위를 차지한다는 견해는 Maihofer가 제시한 기준, 즉 자기존재(Selbstsein)를 정신과 육체로 구성된 독자적인 몸으로, 사회적 관계를 '로서의 존재'(Alssein)로 보는 데에서 출발한다. 그러므로 인간과 인격이 구별되며, 인격을 통한 규범적 관계를 설명하는 법학은 그러므로 인간중심적이지 않다고 설명한다.[49] 그런데 일단 이 견해에서 법학에서 '인격이 중심

114집, 293면 (304면 이하) 참조.

47) 인격이 심리적 능력을 본질적 속성을 지닌 존재라고 보는 인격 본질주의는 유기체의 존재를 도외시할 뿐만 아니라 심리적 능력의 유무나 수준에 따라 인격여부를 결정한다는 점에서 인간의 권리를 정점으로 하는 법학에서 수용하기 어렵다. 동물주의는 유기체 자체를 인격으로 본다는 모순과 인격적 동일성에 있어 문제점을 드러낸다. 이에 대해서는 김남호, 인격, 인간인격, 그리고 인격 동일성, 인간연구 제34호 (2017), 189면 (193면 이하)

48) 학문적 논리 일관성으로 인해 그대로 수용되어야 한다면 이는 아킬레스가 거북이를 따라잡을 수 없다는 제논의 역설을 실제로도 그대로 인정해야 한다는 말과 같다.

49) 이러한 주장은 양천수, 현대 지능정보사회와 인격성의 확장, 동북아법연구 제12권 제1호, 1면(7면).

적인 지위를 차지한다'는 말이 어떤 의미인지 불명확한 부분이 있다. 즉 법학에서 인격(Personen)이라는 개념을 자연인에 국한시키지 않으며 법기술적으로 법인에 권리능력을 인정하는 등의 모습이 일반적이라고 하는 것인지 아니면 포스트 휴머니즘과 같은 탈인간중심적 모델이 일반적이라고 하는지는 항상 명확하지만은 않다.[50] 먼저 지적되어야만 할 것은 이 견해에서 이론적 근거로 제시된 Maihofer의 자기존재와 '로서의 존재'의 구별이나 인간과 인격의 구별이 과연 탈인간중심적 인격모델에 기초하는 것인가이다. Maihofer는 인간의 삶에 관한 존재물음이든 그 의미이든 결국 인간질서의 의미중심은 자기존재와 '로서의 존재'라는 두 가지 답을 얻는 것이며[51] 모든 당위의 성립은 자연적 사회현실 속에서 살고 있는 인간존재에 근거하고 당위의 목표는 법적 사회현실에 있는 인간존재에 근거한다고 하였다.[52] 즉 Maihofer가 자기존재와 '로서의 존재'를 구별하는 것은 존재론적 인간(Mensch)과 관계성 속의 인격(Personalität)이 발현되는 모습을 각각 설명하는 것이지 인간중심적 인격모델을 부정하지 않는다.[53] 그렇기에 Maihofer는 인간의 존엄성을 인격으로 파악한다면 인간의 자기결정 뿐만 아니라 타자/상호지향성을 침해하는 것 양측을 바로 인간 존엄의 침해라고 보는 것이다.[54]

그뿐만 아니라, 인간중심적 모델에서는 - 앞서 서술한 바와 같이 - 단지 유기체적 육체를 인간존재 또는 자기존재로 보지도 않으며[55], "인간이 처한 사건"

---

50) 일단 지능정보사회의 특성을 설명하는 데에서 양천수 교수는 법기술적 차원을 넘어 탈인간중심적 모델을 지지하는 것으로 보인다. 현대 지능정보사회와 인격성의 확장, 동북아법연구 제12권 제1호, 1면(3면, 5면 등); 인공지능 혁명과 법, 73면 이하.

51) 베르너 마이호퍼(심재우/윤재왕 역), 법과 존재/인간질서의 의미에 관하여, 277면.

52) 베르너 마이호퍼(심재우/윤재왕 역), 법치국가와 인간의 존엄, 44면

53) Maihofer가 이러한 논증 부분에서 인용하고 있는 문헌들 역시 탈인간중심적 인격모델과 거리가 멀다. 베르너 마이호퍼(심재우/윤재왕 역), 법치국가와 인간의 존엄, 35면, 45면 등.

54) 베르너 마이호퍼(심재우/윤재왕 역), 법치국가와 인간의 존엄, 44면 이하. 특히 인간의 존엄에 대해서는 48면 이하.

55) 자기존재를 정신과 육체로 설명하는 점에서 양천수 교수의 논리가 인격 본질주의와 동물주의의 중간 내지 혼합적 모습인지 아니면 구성주의적 인격개념을 따르는 것인지는 분명하지 않다. 구성주의적 인격개념의 법학적 수용여부의 문제는 지면상 추후에 다루기로 한다. 구성주의적 인격개념에 대해서는, 김남호, 인격, 인간인격, 그리고 인

(E. Stein), “상황”(N. Hartmann), “타자적 관점의 수용”(E. Levinas)등 상호관계성이 인간이 지니는 인격이라는 것은 적절히 설명해왔다. Maihofer의 존재론적 구별 역시[56] 탈인간중심적 모델의 근거가 아니라 오히려 상호관계적 인격이 규범적으로 발현되는 모습[57]으로 설명된다. 즉, 상호관계적 의미의 인격에 대해서 인간중심적 모델은 설득력있는 논의를 진행하여 왔으며 인격이 탈인간중심적이라고 제시된 예시논거인 ‘자연인과 법인’, ‘인간의 권리와 국민의 권리’와 같은 구별은 인간중심적 모델에서는 인격을 보유한 인간에 대한 법기술적 보호양태로 충분히 설명가능하다.

결국 인간과 인격의 구별이나 인격이 관계적 개념이라는 것만으로는 법체계에서 탈인간중심적 인격모델이 법학에서 일반적이라고 볼 근거가 되기 어렵다. 오히려 탈인간중심적 모델은 적어도 법학에서는 지금까지의 법체계 또는 그 배경이 되어온 법이론이라기보다는 - 마치 tPH나 kPH와 같이 - 장래 시점에 나타날 수도 있는 문제의식으로 의미를 가진다고 보아야 하는 것이다. 이 문제의식은 인간이 아닌 기술적 대상 및 존재에서도 인간의 정서적 상호작용이나 도덕적 자율성, 규범준수의지와 능력이 본질적으로 유효하게 나타날 것인가와 이를 과연 법학이 일반적으로 수용할 수 있는 것인가라는 질문이다.[58] 탈인간중심적 모델이 법학에서 일반적이라는 주장이 설득력을 얻기 위해서는 오히려 이러한 질문에 대한 답변이 일관된 방향성을 지닌 채로 제시되어야 할 것이지, 법인격의 인정이나 국적에 따른 권리의 차이 등 법기술적인 차원의 예시나 인격이 관계적 의미를 가진다는 논증만으로는 받아들이기 힘들다고 생각된다.

3. 아바타의 인격 여부

격 동일성, 인간연구 제34호 (2017), 189면 (199면 이하) 참조.

56) 양천수, 현대 지능정보사회와 인격성의 확장, 동북아법연구 제12권 제1호, 1면(7면 이하).

57) 예를 들어, 베르너 마이호퍼, 법과 존재/인간질서의 의미에 관하여, 274면 이하

58) 유사한 문제제기로는, 송호영, 법인격의 형성과 발전, 재산법연구 제38권 제2호, 23면 이하 (49면 이하).

(1) 법학에서의 페르소나

라틴어로 가면을 의미하는 페르소나(persona)는 배우들이 가면을 바꾸어 써서 가면 뒤의 '실제' 인격과 다른 인격을 표상하게 만들고 또한 가면을 계속 바꿔쓰게되면서 다양한 인격이 하나의 인격에 의해 다뤄지는 것을 표현한다.[59] 인격(Personen)은 이 페르소나를 어원으로 하나, 이것만으로 인격을 설명하기는 힘들다. Boetius가 인격적 실체를 persona est로 표현하고 또한 크리스트교 교리인 삼위일체론에서 사용되면서 개념어적(Konzept) 요소를 채워가게 되었으나, 이후 다양한 사상에서 활용되면서 의미의 확대 및 변화가 일어난다. 특히 법학에서 페르소나는 인간의 일정한 지위나 권한을 표시하면서 인격과 인권을 동의어로 쓰는 출발점이 된다.[60] 즉 법학에서 페르소나에 따른 인격(Personen) 개념의 이용은 대체로 인격(Personalität)을 지닌 인간의 권한을 확장하거나 축소하기도 하며 법적 성격에 따라서는 본래 인격을 대신하거나 유사하게 그 권한을 행사할 수 있다는 법기술적 가능성을 보여주는 것이다.

(2) 인격으로서 아바타?

이러한 점에서 메타버스에서의 아바타의 의미를 생각해볼 수 있다. 아바타는 가상현실에서 이용자를 대신하여 그를 표상하는 개체이다. 지금까지의 아바타는 주로 캐릭터의 모습으로 나타나곤 했는데, 캐릭터(charakter)는 대개 "연기자가 연극이나 영화, 게임 등의 매체에서 등장하는 인물, 동물, 물건 등으로 그 작품의 내용에 의하여 독특한 이미지가 부여된 존재"로 정의된다.[61] 다만 아바타는 해당 컨텐츠에 따라 특정의 형상이 부여될 수도, 아닐 수도 있기 때문에 아바타는 주로 캐릭터의 모습을 가지지만 항상 캐릭터인 것은 아니다. 오히려 아바타의 특성은 아바타를 통해 이용자가 가상세계에서의 본인의 실체를 자각하고 다른 이용자 및 아바타와 상호관계를 맺을

59) 박승찬, 인격 개념의 근원에 대한 탐구, 인간연구 제13호 (2007), 87면
60) 로베르트 슈페만, 왜 인격들에 대해 말하는가, 40면.
61) 김현귀, 가상인간의 인격에 대한 법적 고찰, 미디어와 인격권 제8권 제3호 (2022), 8면.

수 있다는 데에 있다. 사실 이용자들 입장에서는 아바타가 어떤 프로그램을 통해 어떻게 형성되었는지를 정확히 이해하고 있지 않더라도 메타버스에 존재하는 자신의 아바타를 통해 메타버스에서 본인의 존재를 발견한다. 이러한 논리를 확장시키면 아바타를 인격(Personalität)을 지닌 존재로 볼 수 있지 않느냐는 - 다소 거친 - 결론을 내릴지도 모른다.

그러나 아바타를 인격으로 보기에는 극복하기 어려운 한계 역시 존재한다. 첫 번째 한계는 역시 기술적 문제이다. 앞서 살펴본 기술적 포스트휴머니즘은 한 인간 개체가 지닌 정신의 업로딩 기술이나 강인공지능 등의 신기술을 근거로 제시하고 있다. 그러나 현재까지의 기술은 인격을 논하기에 앞서 인간의 성격이라는 차원에서도 인간의 신체적 외형과 특성, 행동양식, 기질, 가치판단, 자기이해를 구현함에 한계를 나타낸다. 물론 앞으로 메타버스 실현기술이 더욱 고도화되어 가상현실에서 이용자의 투사가 더욱 현실감있게 나타나며 각종 감각이 실제화된다고 했을 때 인간의 성격으로서 신체적 외형이나 감각적 자각 등의 차이는 상당한 정도로 완화될 수도 있다.[62] 이용자의 형상이 실제화되면서 이용자가 아바타를 움직이는 모습이 또한 고유의 행동양식이나 기질로 보여질 수도 있다. 그러나 두 번째 더욱 극명한 한계는, 아바타가 고도로 유사한 인간의 성격을 표상해간다고 해도 인격은 본래 어떤 존재의 특징으로 국한되지 않고 오히려 개별적 생명 실현의 각각의 유일성으로 표시된다는 데에 있다.[63] 이는 다양한 문제에 부딪힌다. 즉 인격 본질주의와 동물주의, 구성적 인격, 확장된 마음과 책임성의 문제 등은[64] 메타버스에 구현된, 고도로 이용자와 유사하거나 그를 이전시킨 아바타에 대해 인격을 부여하기보다는 오히려 은유적으로 확장되거나 투사된 자아를 보여주는데 불과하다고 볼 수도 있다. 전통적인 입장에서 볼 때

62) 가상세계는 물론 현실과 가상현실 간의 융합을 위한 기술로 예를 들어 적응시각전환기술이나 광학연결기술 등이 추진되는 것은 바로 이러한 괴리감 내지 한계를 극복하기 위한 것이다.한국과학기술기획평가원, 국가전략기술 프로젝트 추진체계 구축 및 지원, (2023. 3.) 59면 이하 참조.

63) 로베르트 슈페만, 왜 인격들에 대해 말하는가, 101면.

64) 이에 대해서는, 김남호, 인격, 인간인격, 그리고 인격 동일성, 인간연구 제34호 (2017), 189면 이하; 그의 책, 신경과학 시대에 인간을 다시 묻다, 64면 이하, 91면 이하, 98면 이하 참조.

아바타가 메타버스에서 명백하게 이용자를 지칭하거나 이용자 집단의 특징을 대변하거나 하여도 그 의미는 결국 이미 이용자의 인격을 통해 규정된 메타버스에서의 지위를 점하는 것뿐이다. 특정한 사유에서의 의식상태나 가상세계에서의 기능 안에서, 고유한 인간 존재와 구별되는 인격의 존재가 있다고 볼 수는 없다. 슈페만이 적절하게 지적하듯 "실제적인 사유는 자신이 사유로서 체험되고 있다는 것을 통하여 조작된 사유, 곧 기계의 사유와 구별된다".[65]

3) 인격의 확대?

이렇게 볼 때 아바타를 인격으로 보기 어려울 뿐만 아니라 아바타가 이용자 인격의 확대[66]라는 단어도, 그 표현의 의미 또는 추구하는 바를 포착할 수는 있다고 하더라도 어쩌면 명확하지 않거나, 잘못된 것일 수도 있다. 페르소나의 가면으로서 의미에서부터 이미 인격(Personen)은 그의 본성적인 작용과 항상 동일한 외형으로 나타나지 않는다. 가상적인 것은 인격의 본성적인 생명의 행동양식과 오히려 독립적인 차원을 형성하며, 따라서 인간은 고유한 본성과 늘 동일하지는 않다. 이는 인간의 위선적 차원만을 말하는 것이 아니라 성격의 가변성, 즉, 교육, 사회화, 놀이, 모방 등의 다양한 모습을 뜻한다. 메타버스의 아바타가 가지는 인격의 확대 또는 대안적 존재의 모습은 이미 오래 전, 그러니까 고대 그리스에서 페르소나라는 개념을 확대하여 사용할 때부터 예술과 놀이에서 사용되어온 것이고 그 기술의 발전에도 불구하고 이는 어디까지나 가상이라는 것을 의식하면서 체험되고 이해된다. 메타버스라는 가상세계가 현실세계를 대체할 수 있는가라는 질문 역시 이러한 점에서 그 질문의 의도를 조정할 필요가 있다. 인격체로서 인간은 가상의 것을 파악하면서도 가상의 혹은 허구의 현실에 스스로를 내어맡기고, 오히려 이러한 점에서 인간은 인격(Personalität)과 독립된 형상인 가상을 형성하는 인격들(Personen)이며, 역설적으로 인간이 인격적 존재임을 보여주기 때문이다.[67]

---

65) 로베르트 슈페만, 왜 인격들에 대해 말하는가, 102면.

66) 아바타를 인격의 확장으로 이해하는 견해는 윤웅기, MMORPG/GRPMMO의 법적 특징과 문제점. Law & technology 2권 4호, 9면 이하; 김현귀, 앞의 글, 12면

4. 소 결

지금까지의 논의를 통해 나타나는 것은, 헌법상 인간의 존엄성과 가치에서 인정되는 인격과 인격권의 문제가 헌법에서의 인간상인 "육체-정신-영혼의 일체"에 결국 연결됨을 확인시켜준다.[68] 인간의 성격이 지닌 모습들이 메타버스에서 고도화된 유사성을 보이게 된다고 하여도 인격을 보유한 인간을 대체할 것은 아니며 오히려 이러한 가상에서의 인간에 유사한 대상이 역설적으로 인간이 인격적 존재임을 보여준다. 이상의 설명에서 아바타에게 인격을 인정한다는 것은 적어도 본 연구에 의하면 인정하기 어렵다. 그렇다면 아바타에 대한 각종 침해나 공격을 방치할 것인가라는 반문에 대해, 아바타가 메타버스에서 보여주는 외형이나 행동양식 등에 법적 지위를 부여한다는 것은 인격적 존재로서 인간의 차원이 아니라 상징으로서 활동하는 페르소나에 대해 인격적 존재인 인간의 책임을 인정하는 방향이 될 것이라고 답할 수 있다. 법학에서 이는 이하에서 보게 될 이용자의 일반적 인격권의 발현이다.

Ⅲ. 메타버스에서 일반적 인격권의 발현

1. 일반적 인격권

(1) 일반적 인격권

인격 자체에 대한 권리, 다시 말해 존엄한 인간이 인격자로서 그의 정체성(Identität)을 보장받을 권리를 엄격한 의미의 인격권이라고 한다면, 일

---

67) 로베르트 슈페만, 왜 인격들에 대해 말하는가, 135면.

68) 같은 견해로, "인간의 존엄의 핵심적 내용은 바로 개인의 정체성 내지 육체적, 영적 그리고 지적인 불가침성의 유지와 보장이다". 박진완, 우리 헌법상의 일반적 인격권의 보장체계, 공법연구 제33집 제1호, 299면 (308면)

반적 인격권(allgemeines Persönlichkeitsrecht)은 인간이 그의 자유로운 생활영역에서 그의 다양한 특징이나 기질, 성향 등의 성격을 유지하고 표현하고 결정함으로서 마침내 인격을 자유롭게 발현시키게 된다는, 이른바 인격의 자유로운 발현권에서 도출된다.[69] 인격 그 자체가 유지되고 이를 결정하는 것은 인간의 개별적이고 고유한 성격과 존엄한 가치에 초점을 두는 것이며[70] 이를 자유롭게 발현시키고 침해받지 아니하며 또한 이로써 다양한 관계성 속에서 상호작용하며 행동하는 자유가 필요한 것이다.

일반적 인격권을 파생시키는 인격의 자유로운 발현권은 대한민국 헌법에서는 명문의 규정을 두고 있지 않으며 여기에서는 제10조 제1문 후단의 행복추구권에서 근거를 찾고자 한다.[71] 이 견해에 의하면,[72] 행복은 생활환경이나 조건, 인생관, 가치관에 따라 다르고 그 안에 살고 있는 개인에 따라 다르므로 행복이 각자 인격에 따라 다르다. 그러므로 행복의 내용은 각자의 인격과 밀접한 관계를 맺고 있으며 각자 행복이라고 생각하는 바를 얻기 위해 자유롭게 노력하고 행동할 권리, 즉 인격적 행동을 할 권리가 요청된다고 한다. 그러므로 행복추구권이란 인격에 따라 상이할 수밖에 없는 행복을 인격적 행동을 통해 얻으려는 권리, 즉 인격의 자유로운 발전과 실현의 권리라고 설명한다. 헌법재판소는 이와 유사하게, "행복추구권이란 소극적으로는 고통과 불쾌감이 없는 상태를 추구할 권리, 적극적으로는 만족감을 느끼는 상태를 추구할 수 있는 권리라고 일반적으로 해석되고 있으나, 행복이라는 개념 자체가 역사적 조건이나 때와 장소에 따라 그 개념이 달라질 수

---

69) 헌재 2002. 10. 31. 99헌바40 등에서의 반대의견(주선회 재판관) 이와 유사한 견해를 찾아볼 수 있다. "인격권은 누구나 각자의 삶을 스스로 자주적으로 결정할 수 있어야 한다는 자기결정권에 이념적 바탕을 두고, 자유로운 인격발현의 기본조건이 국가공권력에 의하여 위협받는 경우에 헌법적 보호를 제공하는 기본권이다". 다만 이 의견에서도 인간의 존엄과 가치에서 도출되는 좁은 영역의 인격과 인격의 자유로운 발현이라는 넓은 영역이 구별되지는 않은 채 "성적 자기결정권은 헌법상 보호되는 인격권의 한 부분으로서, 인격권은 헌법 제10조의 인간의 존엄성과 행복추구권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 그 헌법적 기초를 두고 있다"고 하였다.

70) 이러한 점에서 헌법은 분명히 인간중심적 인격모델을 채택하고 있다.

71) 계희열, 헌법학(중), 216면.; 추가적인 설명과 판례의 정리는, 박진완, 우리 헌법상의 일반적 인격권의 보장체계, 공법연구 제33집 제1호, 299면 (314면).

72) 이하의 서술은 계희열, 헌법학(중), 216면을 참조.

있으며, 행복을 느끼는 정신적 상태는 생활환경이나 생활조건, 인생관, 가치관에 따라 각기 다른 것"으로 판시한 바 있다.[73]

정리하면, 먼저 헌법 제10조 제1문 전단의 인간의 존엄과 가치에서 도출되는 인격권은 인격을 보유하는 고유한 인간을 전제하고 그의 존엄과 가치의 보장이 타인과의 관계에서 가지게 되는 불가침적 성격으로 인해 좁은 영역에서 인정되는 인격권이다. 반면 헌법 제10조 제1문 후단의 행복추구권을 인격의 자유로운 발현권으로 이해할 경우 여기에서 도출되는 일반적 인격권은 보다 넓은 영역의 기본권으로 구성된다.[74] 이렇게 이해할 때, 인격이 고유한 인간의 본성이며, 각 개체들 스스로의 본질이나 종류에 관계하는 방식을 특별하게 하며, 자신의 역할이나 고유한 특성을 지시하고, 다양한 관계성 가운데에서 이해되는 것을 다시 보여준다.

(2) 일반적 인격권의 내용

1) 서술적 정의 방식

일반적 인격권이 무엇인가에 대해서는 다양한 논의가 가능하다. 왜냐하면 인간으로서의 성격이 이미 다양한 외형과 특성, 행동양식, 기질, 가치판단, 자기이해 등을 내용으로 하고 있으며 인격은 인간이 그 스스로와 타인과의 관계 및 공동체와의 관계에서 나타나는 다양한 상황에서 자기의 구체적 개성의 본질을 형성하고 동시에 공동생활을 형성할 의무를 지도록 하기 때문이다. 따라서 일반적 인격권을 "권리주체와 분리될 수 없는 인격적 이익, 즉 생명・신체・건강・명예・정조・성명・초상・사생활의 비밀과 자유 등의 향유를 내용으로 하는 권리"[75]라고 정의하거나 "사적 생활형성을 위한 자율적 영역인 사생활영역의 보호를 비롯하여 인간의 존엄성과 밀접한 연관관계

73) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6 등

74) 계희열, 헌법학(중), 216면. 이와 유사하게 "인격권이란 권리주체와 분리될 수 없는 인격적 이익이라거나 권리주체 개인의 인격 발현을 위한 모든 권리(독자적 생활형성을 위해 필요한 기본조건 보장의 범주 보다는 확대된 의미), 또는 권리주체와의 밀접한 인격적 연관을 가진 권리 등"으로 정의하는 견해로는 조소영, 지능정보사회에서 인격권의 새로운 보호체계 검토, 공법학연구 제21권 제3호, 112면.

75) 권영성, 헌법학원론, 법문사(2010), 452면.

를 보이는 자유로운 인격발현의 기본조건을 포괄적으로 보호하고자 하는 기본권"[76], "사람이 생명・자유・신체・건강・명예・사생활・성명・초상・음성・대화 등에 관하여 가지는 권리를 포괄하기 위한 권리"[77] 등으로 정의하는 것은 모두 인격의 배경이 되는 인간으로서의 성격이 보장될 권리를 서술적으로 정의하는 것이다.[78] 인격의 자유로운 발현권이라는 의미의 일반적 인격권은 이러한 인격권의 서술적 정의와 내용상 유사하다고 볼 수 있다.

이와 같은 서술적 정의는 그 대상이 지닌 다양한 의미를 보다 구체적으로 제시할 수 있다는 장점이 있지만, 반면 대상에 대해 합의된 방향성 내지 개념어(concept)적 요소가 서술적 정의 과정에서 다시 합의되지 않은 인지적 표상개념인 관념어(conception)로 회귀해버릴 문제도 지닌다. 실제로 이러한 문제는 종래 인격권에 대한 정의에 대한 비판으로 나타난다. 서술과정에서의 불분명성으로 인해 인격 내지 인격권의 개념정의가 모호하다거나 지나치게 포괄적이라는 비판은 물론, 이러한 포괄적 기본권을 일반적 인격권이라는 개념으로 설명하는 것이 독일 연방기본법이 아닌 대한민국 헌법체계에서 열거되지 않은 권리를 보장하는 헌법 제37조 제1항과 관련성 하에서 굳이 인정할 필요가 없다는 비판도 제기될 수 있다.

2) 유형적 접근 필요성

반면 일반적 인격권을 인정하고 여기에서 파생되는 다양한 기본권을 설명하는 견해는 일단 기본권 주체의 인격적 가치의 내용이 무엇인지를 파악할 필요를 강변한다.[79] 물론 이러한 견해 아래에서도 인격권의 분류나 내용은 매우 다양하게 전개된다. 왜냐하면 인간으로서 성격이 나타나는 행동양식이나 기질 등은 매우 다양한 형태로 나타날 것이기 때문이다. 이러한 점에서 일반적 인격권이 포괄적 성격을 가질 수밖에 없다는 것이 이해되기

---

76) 한수웅, 헌법학, 541면

77) 김재형, 인격권에 관한 입법제안, 민사법학 제57호(2011. 12), 46면

78) 위 논의의 정리는, 조소영, 지능정보사회에서 인격권의 새로운 보호체계 검토, 공법학연구 제21권 제3호, 111면 이하 참조.

79) 조소영, 지능정보사회에서 인격권의 새로운 보호체계 검토, 공법학연구 제21권 제3호, 112면. 이부하, 일반적 인격권의 헌법적 보장, 공법학연구 제17권 제2호 137면 (144면 이하, 151면).

는 하나 동시에 여전히 주의해야 할 점은 일반적 인격권이 인간의 존엄성과 마찬가지로 개인을 행위와 관련하여서가 아니라 주체성에 있어서 보호한다는 것이다.[80] 그렇기 때문에 학설과 판례를 통하여 도출된 매우 다양한 일반적 인격권의 내용들은 상이한 생활영역에 대하여 효력을 갖는 것이 아니라 주체의 다양한 발현방식에 대하여 효력을 가지는 것이다.

일반적 인격권이 인격 주체의 다양한 인격발현 방식에 효력을 가진다는 것은 해당 생활영역의 변화 자체를 하나씩 헌법에 규율하려는 것이 아니라, 헌법제정 당시 의식하지 못했거나 의식할 수 없었던 새로운 종류의 인간의 인격성에 대한 위협요인들에 적절히 대처하려는 것이다. 일반적 인격권의 보호영역이 포괄적이고 외견상 불명확해보이는 것은 문제점이 아니라 필요적인 것이며, 이를 완결적으로 확정하는 것은 가능하지도 합목적적이지도 않다. 새로운 기술적 · 사회적 발전에 의하여 인격성이 새롭게 위협받을 때 판례가 계속적 법형성을 통해 일반적 인격권의 새로운 요소들을 개발할 수 있는 가능성이 있으며 또한 요청되기 때문이다.[81] 그러므로 일반적 인격권의 내용은 서술적인 정의 외에도 그 전형적인 내용을 유형화하여 정리하고 그 유형 가운데 포괄적 기본권의 문제를 해명하는 방식으로 진행되었으며 표현의 차이는 있으나 대개 자기유지(Selbstbewahrung)에 대한 권리, 자기표현(Selbstdarstellung)에 대한 권리, 자기결정(Selbstbestimmung)에 대한 권리로 나누어왔다.[82]

3) 일반적 행동의 자유

일반적 행동의 자유는 엄밀하게 말하자면 일반적 인격권의 한 내용이라기보다는 일반-특수의 관계에 있는 자유권이다. 인격의 자유로운 발현으

---

80) 박진완, 우리 헌법상의 일반적 인격권의 보장체계, 공법연구 제33집 제1호, 299면 (308면); 이부하, 일반적 인격권의 헌법적 보장, 공법학연구 제17권 제2호 137면 (144면 이하, 148면); 양천수, 법인의 인격권 재검토 - 법철학의 관점에서 - 전북대학교 법학연구 제58집 (2018), 170면 이하에서는 이를 “탈대상화된 권리”로 표현한다.

81) 계희열, 헌법학(중), 217면 이하. 같은 견해로 양천수, 법인의 인격권 재검토 - 법철학의 관점에서 - 전북대학교 법학연구 제58집 (2018), 171면은 이를 “가변성”으로 표현한다.

82) 계희열, 헌법학(중), 218면 이하; 계인국, 인터넷 검색엔진과 개인정보보호- 인적관련 정보의 처리와 정보자기결정권 및 'IT-기본권' -, 법제연구 제46호, 159면 이하. 박진완, 우리 헌법상의 일반적 인격권의 보장체계, 공법연구 제33집 제1호, 299면 (313면)

로서 일반적 인격권이 인간의 인격성의 자유라면, 일반적 행동의 자유는 인격성의 자유로 인해 나타나지만 이를 일정한 범주로 묶기 어려운,[83] 무규정적이고 비정형적인 넓은 범위의 자유행동으로서 헌법에 열거된 기본권 중 어느 하나의 보호영역 내에 포섭되지 않는 행동들을 포괄하는 보호영역을 말한다. 헌법재판소의 판례에서도 확인되는 바와 같이 일반적 행동자유권은 "적극적으로 자유롭게 행동을 하는 것은 물론 소극적으로 행동을 하지 않을 자유 즉, 부작위의 자유도 포함되며, 포괄적인 의미의 자유권으로서 일반조항적인 성격"을 가지며 "모든 행위를 할 자유와 행위를 하지 않을 자유로 가치있는 행동만 그 보호영역으로 하는 것은 아닌 것으로, 그 보호영역에는 개인의 생활방식과 취미에 관한 사항도 포함"한다.[84] 특히 일반적 행동의 자유는 일반적 인격권의 내용 중 하나인 자기결정에 대한 권리와 관련을 맺게 된다. 즉 자신의 인격발현의 방향과 내용에 대해 스스로 결정하고 이에 따라 행동으로 나아가는 자유인 것이다. 이는 헌법상 자유권의 규정에 포섭될 수도, 되지 않을 수도 있으며 후자의 경우를 포괄하는 행동의 자유가 일반적 행동의 자유이다. 헌법재판소의 판례 역시 일반적 행동의 자유의 비정형성을 보여주며 또한 자기결정권과의 관련성을 반복하여 설시하고 있다.[85]

(3) 일반적 인격권의 주체

일반적 인격권을 향유하는 주체는 기본적으로 인격을 보유하는 인간, 즉 자연인이다. 일반적 인격권은 자연인의 다양한 행위가 아닌 주체성의 측면에서 보호되는 기본권이다. 이러한 의미에서 법인은 일반적 인격권이나 일반적 행동의 자유의 주체가 되지 않음이 원칙이다. 그러나 예외적으로 법인이 주체성의 차원에서 보호될 필요가 있는 경우 일반적 인격권이 인정되기도 한다. 자연인이 아닌 법인이 일반적 인격권의 주체성이 인정되는 문제는 메타버스에서의 아바타에게도 일반적 인격권의 주체성을 인정할 수 있는가의 문제가 될 수 있으므로 이에 대해서는 항목을 바꾸어 논한다.

---

83) 여기서 일정한 유형으로 묶을 수 있는 자유는 제37조 제1항의 열거되지 아니한 자유로 인정하여 보호하는 것이 기본권 체계상 보다 타당하다고 본다.

84) 헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518.

85) 예를 들어, 헌재 2020. 2. 27. 2017헌마1339.

2. 법인의 인격권 문제

(1) 견해의 대립

지금까지 살펴본 인간과 인간으로서의 성격, 인격을 보유한 인간의 논의는 자연인을 논의대상으로 한다. 이는 헌법에서도 다르지 않으므로 인간의 존엄과 가치나 일반적 인격권은 모두 자연인이 주체임을 원칙으로 하고 자연인 가운데에서도 미성년자와 성년자, 자연인의 경계에서 태아와 배아, 사자의 주체성이 논의되어온 것이다. 헌법재판소의 판례 역시 "존엄한 인간 존재와 그 근원으로서의 생명 가치를 고려할 때 출생 전 형성 중의 생명에 대해서는 일정한 예외적인 경우 기본권 주체성이 긍정"되며[86] "사자(死者)의 경우에도 인격적 가치에 대한 중대한 왜곡으로부터 보호되어야 하고, 사자에 대한 사회적 명예와 평가의 훼손은 사자와의 관계를 통하여 스스로의 인격상을 형성하고 명예를 지켜온 그들의 후손의 인격권, 즉 유족의 명예 또는 유족의 사자에 대한 경애추모의 정을 침해"하는 것[87]으로 보았다. 그러나 법인이 예외적으로 인격권의 주체가 될 수 있다는 것은 학설과 판례에서 그 범위의 문제일 뿐 대체로 인정되고 있다. 여기에서 주의할 것은, 앞서 언급한 인격의 보유자로서 인간의 인격권과 일반적 인격권의 문제를 동일하게 보아서는 안된다는 것이다.

법인의 인격권을 부정하는 견해에서는 인격은 고유한 인간으로서 자연인만 보유할 수 있는 것이므로 그 자체에 대한 권리인 인격권 역시 자연인만이 주체가 된다고 본다. 마찬가지로 인간의 존엄과 가치는 자연인만이 주체가 되므로 법인이 인격권을 향유할 수는 없다는 것이다.[88] 이 서술 자체는 기본적으로 타당하다. 다만 이 견해를 읽어내는 데에 있어 인격권이 고유한 인간의 존엄과 가치에서 나타나는 좁은 영역의 인격권인지 일반적 인격권인지는 구분할 필요가 있다. 헌법재판소는 법인의 주체성을 인정하면서

86) 헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346
87) 헌재 2011. 3. 31. 2008헌바111
88) 김현귀, 법인의 인격권, 헌법재판연구원, 2015, 60면.

“법인도 법인의 목적과 사회적 기능에 비추어 볼 때 그 성질에 반하지 않는 범위 내에서 인격권의 한 내용인 사회적 신용이나 명예 등의 주체가 될 수 있고 법인이 이러한 사회적 신용이나 명예 유지 내지 법인격의 자유로운 발현을 위하여 의사결정이나 행동을 어떻게 할 것인지를 자율적으로 결정하는 것도 법인의 인격권의 한 내용을 이룬다”고 판시한 바 있다.[89]

다만 헌법재판소는 법인이 예외적으로 인격권의 주체가 될 수 있음을 밝히고 있으나 그 근거에 대해서는 명확히 설시하지 않고 있다. 법인의 인격권 주체성을 인정하는 견해에서는 법인의 구성원인 자연인에게 책임을 묻거나 그의 권리를 보호할 필요가 있는 경우 법인의 인격권을 인정하는 대신 문제된 법률관계에 적용될 수 있는, 최대한 가까운 책임규범을 찾아 이를 유추적용한다는 투시이론(Durchgriffsprinzip: 실체파악원칙)을 제시하거나[90] 실용적 차원에서 법인에게 인격권의 주체성을 일정한 조건 아래 승인하게 되면 그 주체성을 인정할 수 있다고 한다. 법인에 대해 인격권 주체성을 승인하는 것은 헌법재판이나 사법적 판단을 통해 관습법이나 조리에 근거하여 인정될 수도 있고, 입법을 통해 정책적으로 인정될 수도 있다는 것이다.[91]

(2) 일반적 인격권의 특성에 따른 논의

앞의 견해들은 일면 타당성을 지니고 있다. 그러나 이를 좀더 종합적으로 정리할 필요가 있다. 무엇보다도 일반적 인격권은 포괄적 성격을 지닌다는 것, 행위 대상이 아닌 주체성을 중심으로 논의된다는 것, 그리고 이를 통해 인격권 침해요소의 변화 양상에 대처하는데 기여한다는 것을 염두에 두어야 한다. 더 나아가 인격의 문제는 인간으로서의 성격을 전제로 함에도 규범적 의미에서 고유한 개체로서의 인간이 타인이나 공동체와의 관계성에서 의미를 가진다는 것도 다시금 환기하고자 한다. 일련의 논의에 따르면

---

89) 헌재 2012. 8. 23. 선고 2009헌가27; 헌재 2015. 7. 30. 2013헌가8 등

90) 이에 대하여는, 양천수, 법인의 인격권 재검토 - 법철학의 관점에서 - 전북대학교 법학연구 제58집 (2018), 167면 이하; 송호영, 법인격의 형성과 발전, 재산법연구 제38권 제2호, 23면 이하 (46면 이하)

91) 김현귀, 가상인간의 인격에 대한 법적 고찰, 미디어와 인격권 제8권 제3호 (2022), 28면 이하.

법인에게 일반적 인격권의 주체성을 인정한다는 것은 일반적 인격권의 특성에 기인함을 보여준다. 즉, 일반적 인격권은 가변적인 권리이면서 동시에 그 외연이 지속적으로 확장되는 권리라는 것이다. 또한 고유한 인간이 보유하는 인격 그 자체는 규범적 의미로서 관계성을 얻게 되는 경우 인격에 따른 권한과 의무를 부여하는 기능을 수행하기 때문에 인격 그 자체의 문제가 아니더라도 인격에 유사한 기능과 권한의 문제를 가져온다. 이러한 가상의 인격에 대해 인간은 스스로를 독립된 형상으로 구분하면서 역설적으로 인간이 인격적 존재임을 나타낸다는 것은 앞서 설명한 바와 같다.[92]

3. 아바타와 이용자의 일반적 인격권

이상의 논의에서 자연인이 아닌 법인에게 인격(Personen)을 인정한다는 것은 본성적인 측면이 아니라 법학적 또는 법기술적인 방안임이 확인된다. 그러므로 일단 메타버스에 적용되는 디지털 기술이 발전하여 메타버스와 메타버스에서의 아바타의 구현 수준이 고도화된다는 것, 다시 말해 아바타와 아바타 주변세계의 실감성은 그 자체로 곧장 아바타에게 인격(Personen)을 부여할 수 있는 근거가 되기에는 아직 부족하다고 본다. 아바타에 대한 인격 부여의 문제는 일차적으로는 아바타를 매개로 하여 이용자의 일반적 인격권이 침해되는 새로운 문제상황을 어떻게 법기술적으로 대응할 것인가에서 출발하여야 한다. 이를 넘어 존재적 권리로부터 분리시키는 이른바 탈존재화된 권리로서 인격권을 논의할 것인지[93] 아니면 이른바 "확장된 마음 이론(extended-mind thesis)"[94]을 적용하거나 전자적 인격의 확대를 인정할 것인지 등은 별도의 문제가 된다.[95] 아바타를 매개로 하여 가

92) 위 II. 3 (1) 및 (2)

93) 양천수, 인격권의 법철학적 기초: 인격권의 구조·성장·분화, 법과 정책연구, 1139면 이하.

94) L. R. Baker, Persons and the Extended-Mind Thesis, p. 643; 김남호, 신경과학 시대에 인간을 다시 묻다, 90면에서 재인용

95) 예를 들어 탈인간중심적 인격모델, 구성주의적 인격론, 인공적 도덕 행위자 등의 문제는 지금까지의 논의를 정리하고 난 뒤에 비로소 출발할 수 있다. 앞서 살펴본 양천수 교수의 견해(현대 지능정보사회와 인격성의 확장, 동북아법연구 제12권 제1호, 1면 이하) 역시 이 지점에서부터 새롭게 의미를 발견하게 된다.

해지는 이용자의 일반적 인격권의 보호 문제는 아바타에 가해지는 각종 공격이나 메타버스에서의 유해한 행동에 대해 방관하자는 것이 결코 아니다. 이러한 공격 등으로부터 아바타를 보호하여야 하는 근거를 아바타 고유의 인격에서 찾을 수 없다는 것뿐이다. 아바타의 고유한 인격이 아니라 이용자의 일반적 인격권을 통해 아바타의 침해문제에 대응한다는 것은 다양한 논거를 통해 새로운 인격 침해요소에 대처하기 위한 것이다. 기본적으로 아바타는 이용자의 이미지에 추가적인, 다시 말해 아바타 고유의 인격권을 인정할 수는 없다. 그러나 이용자의 인격권이 다양한 형태로 침해되는 것에 대한 대응으로서 이용자의 일반적 인격권은 아바타가 침해되는 것으로부터 보호하도록 원용된다.

이용자의 일반적 인격권을 통해 메타버스에서의 인격권 침해에 대처한다는 것은 일반적 인격권의 다양한 내용이 투영된 기존의 현행법 규정을 통해 이미 적용가능하고 또한 적용되고 있다. 예를 들어 아바타에 대한 성적 공격행위는 정보통신망법상 불법정보의 유통금지라든지 성폭력처벌법상 통신매체를 이용한 음란행위 등의 문제로 규제할 수 있다. 그 배경에는 이미 헌법상 이용자의 일반적 인격권이 근거로 작동하고 있다. 문제는 현행 법률상으로 아직 대처할 수 없는 메타버스에서의 인격권 침해양상이 될 것인데, 물론 이는 가상적 문제상황이더라도 방관할 수는 없지만, 그렇다고 해서 곧바로 아바타에 고유한 인격권을 인정함으로 대응한다는 것은, 중간에 해결해야 할 무수한 난제를 단 하나도 해결하지 않은 이론적 비약에 불과하다. 또한 이용자의 일반적 인격권을 아바타를 매개로 하거나 그 이상으로 법기술적인 확대를 도모하는 차원이 아니라 곧장 탈인간적 권리로 전환한다는 것은 적절하지 않다. 오히려 어떤 경우에 아바타에 대한 공격이 이용자의 일반적 인격권을 침해하는가를 일차적으로 판단한 뒤, 일반적 인격권의 각 내용을 기초로 하여 해당 영역의 특수성 등을 어떻게 반영할 것인가, 그리고 이에 따라 나타나는 보호법익의 내용과 특성을 어떤 방식으로 구체화시킬 것인가의 단계적 방향성을 유지해야 한다. 이러한 단계적 논의를 거쳐보니 '결국 아바타에 대한 침해가 이용자의 인격권을 침해하는 것이 아닌가'라는 것은 어디까지나 결과적인 것이며 경험적인 판단일 뿐이지, 아바타의 인

격성을 기초로 하여 형성된 논의가 아닌 것이다.

Ⅳ. 결 어

이미 메타버스에서 아바타에 대한 다양한 공격이 발생하고 있으며 이로서 이용자의 인격권이 침해될 우려는 가상적인 것에 그치지 않는다. 메타버스에 대한 다양한 법적 규정이 등장하면서 “안전한 이용환경”이나 “공공의 안녕 질서”에 대한 보호를 천명하고 국가의 책무를 선언한다. 그러나 이 책무에 대응한다는 명목으로 새로운 문제상황 앞에서 인간의 인격과 인격권의 논의를 뒤흔다는 것은, 혁신적으로 보일지 모르지만 실상 가장 위험하고 또한 가장 무책임한 대응이 될 뿐이다. 오히려 기존에 예측하지 못했거나 사회의 변화 및 기술의 변화로 인해 발생한 다양한 침해에 대응하기 위하여 포괄적이고 가변적으로 설정된 일반적 인격권을 통해 개별적 문제에 대처할 출발점을 제시하는 것이 중요하다. 일반적 인격권은 아바타에 대한 공격으로부터 이용자의 인격의 자유로운 발현과 이를 통한 개인적 및 사회적 정체성의 보호를 예정하는 출발점이 된다. 다만 존재적 권리를 완전히 분리시키는 탈인간중심적 모델에 대해서는 적어도 현시점이 아닌 그 이후의 논의 대상이라고 잠정적인 결론을 맺고자 한다. 철학적 논의의 지평에서 볼 때 인간만이 인격을 지닌다거나 동물 혹은 사물과 양자 단위에서 인격을 인정할 것인지에 대한 절대적인 찬반의 논거를 들기는 어렵다.[96] 결국 이 문제를 법학에서는 고유한 관점을 통해 재편하여야 하고 본 고에서 다루지 못한 부분, 특히 유럽연합의 전자적 인격의 문제나 인공적 도덕 행위자의 기준설정 등의 문제는 후속 연구를 통해 계속 진행하도록 할 것이다.

메타버스 아바타의 인격에 대한 법이론적 논의 - 계 인 국	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2024.02.15.	2024.03.03.	2024.03.26.

96) 보다 정확히는 이러한 논쟁에서 절대적인 근거란 본래부터 존재하지 않는다.

[참고문헌]

강영안, 주체는 죽었는가: 현대 철학의 포스트 모던 경향, 문예출판사 (1997)

계인국, 인터넷 검색엔진과 개인정보보호- 인적관련 정보의 처리와 정보자기결정권 및 'IT-기본권' -, 법제연구 제46호 (2014), 145면 이하.

계희열, 헌법학(중), 신정2판, 박영사 (2005).

권영성, 헌법학원론, 법문사(2010)

김남호, 인격, 인간인격, 그리고 인격 동일성, 인간연구 제34호 (2017), 189면 이하

김남호, 신경과학 시대에 인간을 다시 묻다, 이야기나무 (2024)

김재형, 인격권에 관한 입법제안, 민사법학 제57호(2011. 12), 41면 이하.

김주완, 인간-인격-정신의 존재론적 상호관계, 철학논총 제39집 (2005), 75면 이하.

김현귀, 가상인간의 인격에 대한 법적 고찰, 미디어와 인격권 제8권 제3호 (2022), 1면 이하.

니콜라이 하르트만 (하기락 역), 정신철학원론, 이문출판사 (1990)

로베르트 슈페만 (박종대/김용해 역), 왜 인격들에 대해 말하는가, 서광사 (2019).

마르틴 부버 (김천배 역), 나와 너, 대한기독교서회 (2020)

박승찬, 인격 개념의 근원에 대한 탐구, 인간연구 제13호 (2007), 83면 이하.

박진완, 우리 헌법상의 일반적 인격권의 보장체계, 공법연구 제33집 제1호 (2004. 11.), 299면 이하.

베르너 마이호퍼(심재우/윤재왕 역), 법치국가와 인간의 존엄, 세창출판사 (2019)

베르너 마이호퍼(심재우/윤재왕 역), 법과 존재/인간질서의 의미에 관하여, 박영사 (2022)

송호영, 법인격의 형성과 발전, 재산법연구 제38권 제2호 (2021. 8.), 23면 이하

알프레드 노스 화이트헤드 (오영환 역), 과정과 실재, 민음사 (2003)

양천수, 현대 지능정보사회와 인격성의 확장, 동북아법연구 제12권 제1호 (2018. 5.), 1면 이하.

_____, 법인의 인격권 재검토 - 법철학의 관점에서 - 전북대학교 법학연구 제58집 (2018), 163면 이하.

_____, 인격권의 법철학적 기초: 인격권의 구조·성장·분화, 법과 정책연구 제11집 제3호 (2011. 9.), 1139면 이하.

_____, 인공지능 혁명과 법, 박영사 (2020).

유주선, 메타버스 내 인격권 침해 구제방안에 관한 연구, 저스티스 제194-3호 (2023. 2.) 273면 이하

윤웅기, MMORPG/GRPMMO의 법적 특징과 문제점. Law & technology 2권 4호 (2006), 5면 이하.

이부하, 일반적 인격권의 헌법적 보장, 공법학연구 제17권 제2호 (2016), 137면 이하.

이상돈, 인권법, 세창출판사 (2005)

이용주, 트랜스-/포스트휴머니즘에 대한 신학적-비판적 고찰, 한국기독교신학논총 114집, 293면

이희옥, 메타버스 내 적대적 언행(Hate Speech) 규제방안에 관한 연구, 경제규제와 법 제215권 제1호 (2022. 5.) 193면 이하

장영수, 헌법학 제13판, 홍문사 (2021)

조소영, 지능정보사회에서 인격권의 새로운 보호체계 검토, 공법학연구 제21권 제3호

(2020), 109면 이하.
진교훈 외, 인격, 서울대학교출판문화원 (2014)
최민영/계인국, 새로운 권리로서 정신적 자기결정권이 필요한가 - 신경과학의 발달에 따른 시론적 연구, 생명윤리 제22권 제2호 (2021. 12.), 37면 이하.
최민영/계인국/김수정/박정연, 신경과학기술과 법, 박영사 (2023)
피터 싱어 (황경식/김성동 역), 실천윤리학, 연암서가 (2013)
한수웅, 헌법학, 법문사 (2021)

Badura, Peter, Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 1964, S. 337 ff.
Barth, Karl, Die Kirchliche Dogmatik. Studienausgabe: Band 1: I.1 1-7: Das Wort Gottes ALS Kriterium Der Dogmatik, Zürich 1986.
Epping, Volker, Grundrechte, 8. Auflage, Berlin 2019
Häberle, Peter, Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art.2 Abs.1 Verfassung Griechenland 1975, in: *ders.,* Rechtstheorie, Berlin 1980,
Hanser, Hartwig/*Scholtyssek,* Christine (Hrsg.), Lexikon der Neurowissenschaft, "Persönlichkeit und Personalität", Heidelberg 2000.
Hartmann, Nicolai, Das Problem des Geistigen Seins: Untersuchungen zur Grundlegung der Geschichtsphilosophie und der Geisteswissenschaften, Berlin 2015.
Jarass, Hans/*Pieroth*, Bodo, Kommentar GG, 15. Auflage, München 2018.
Kingreen, Torsten/Poscher, Ralf, Grundrechte: Staatsrecht II, Heidelberg 2019.
Loh, Janina, Trans- und Posthumanismus zur Einführung, 4. Auflage, Hamburg 2023.
Manssen, Gerrit, Staatsrecht II: Grundrechte, 19. Auflage, München 2019.
John Smart, Jamais Cascio & Jerry Paffendorf, Metaverse Roadmap - Pathways to the 3D Web 4 (2007)
von *Mangoldt, Hermann/Klein, Friedlich/Starck,* Christian (Hrsg.), Kommentar Grundgesetz, Bd. I, 7. Auflage, München 2018.
E. Stein, Der Aufbau der menschlichen Person, Freiburg 1994.

【국문초록】

메타버스의 구현 수준이 높아지면서 메타버스 내에서 아바타가 고유한 인격체로 존재하는 것인가에 대한 물음이 제기될 수 있다. 본 연구는 메타버스 아바타의 인격 여부를 설명하기 위해 헌법상 인간과 인격과 그 법이론적 배경을 설명한다. 헌법이 전제하는 인간은 육체-영혼-정신의 일체로 이러한 인간이 인격을 보유한다는 것은 인간으로서의 성격을 넘어 상호관계적 의미에서의 인격을 의미한다. 인격의 상호관계성은 인격체에게 주체성과 사회적 성격을 부여하고 결국 인간이 인격자로서 그의 정체성을 보장받는다는 데에 이르게 된다. 한편 인격을 보유하는 인간이라는 인간중심적 인격모델에 반대되는 탈인간중심적 인격모델 및 포스트 휴머니즘에 대해서는 법학의 추구하는 본질과 가치와의 이질성을 들어 비판하였다. 또한 인간과 인격을 구별한다는 것이 곧바로 탈인간중심적 인격으로 이어지지 않음도 설명하였다. 아바타가 인격체가 되지는 못하지만 이용자의 일반적 인격권을 통해 각종 침해에 대응할 수 있다. 아바타에게 법인과 같이 기술적으로 인격권의 주체성을 인정할 것인가에 대해서는 다양한 가능성이 존재하나 이로서 아바타가 인격이 되는 것은 아니다. 다만 일반적 인격권을 통해 이용자에 대한 새로운 인격침해에 대응한다는 것이다.

【Abstract】

Eine rechtstheoretische Diskussion zur Personalität der Avatar im Metaverse

Prof. Dr. jur. Inkook Kay
(Korea University, Graduate School of Public Administration)

Mit zunehmendem Implementierungsgrad des Metaversums können Fragen aufgeworfen werden, ob der Avatar als einzigartige Persönlichkeit innerhalb des Metaversums existiert. Diese Arbeit erläutert den Menschen und die Persönlichkeit gemäß der Verfassung sowie ihren rechtstheoretischen Hintergrund, um zu erklären, ob der Metaversum-Avatar eine Persönalität hat. Die Verfassung setzt voraus, dass ein Mensch eine Einheit von Leib-Seele-Geist ist und dass ein solcher Mensch über die Persönlichkeit eines Menschen hinaus Persönalität, also Persönalität im wechselseitigen Sinne, besitzt. Die Wechselbeziehung der Persönalität verleiht Subjektivität und sozialen Charakter und führt letztlich zur Gewährleistung der Identität des Menschen als Persönalität. Unterdessen wurden das posanthropologische Persönalitätsmodell, die im Gegensatz zum menschenzentrierten Persönalitätsmodell stehen, mit den von der Rechtswissenschaft verfolgten Wesen und Werten kritisiert. Es wurde auch erklärt, dass die Unterscheidung zwischen Mensch und Persönalität nicht direkt zu einer postanthropozentrischen Persönalität führt. Obwohl es sich bei einem Avatar nicht um eine Person handeln

kann, kann er über die allgemeinen Persönlichkeitsrechte des Nutzers auf verschiedene Verletzungen reagieren. Es gibt verschiedene Möglichkeiten, die Subjektivität von Persönlichkeitsrechten an einem Avatar wie einem Unternehmen technisch anzuerkennen, was jedoch nicht bedeutet, dass der Avatar eine Person wird. Allerdings bedeutet es, auf neue Verletzungen der Persönlichkeit der Nutzer durch allgemeine Persönlichkeitsrechte zu reagieren.

주제어(Schlüsselwörter : 메타버스(Metaverse), 아바타(Avatar), 인격(Personalität), 포스트휴머니즘(Posthumanismus), 일반적 인격권(allgemeines Persönlichkeitsrecht)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제112호 2024년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2024.112.37

전자정보에 대한 증거절차에서 적정한 비용부담의 모색:

미국 디스커버리의 비용부담에 대한 비교법적 연구의 관점에서*

조 수 혜**

▶목 차◀

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 전자디스커버리 비용부담의 문제
1. 증거자료로서 전자정보의 특성
2. 전자정보에 대한 증거조사 비용의 증가
3. 우리나라의 증거조사비용 부담에 관한 규정
Ⅲ. 미국의 전자디스커버리비용 부담원칙과 실무에서의 적용
1. 미국의 디스커버리비용 부담원칙
2. 디스커버리 단계에서 비용부담에 대한 규정과 법원의 해석
3. 종국판결 이후 소송비용의 부담에 대한 규정과 법원의 해석
4. 미국의 제출자부담주의의 적정성 문제
Ⅳ. 전자정보에 대한 증거절차비용의 적정한 비용부담방법의 모색
1. 개관
2. 소송 당사자 간의 비용부담 원칙에 대한 검토
3. 비용 결정방법에 대한 검토: 법관의 재량에 의한 결정 vs. 법규정에 의한 분배
Ⅴ. 결 론

* 이 논문은 2023년도 전주대학교 교내 학술연구 지원사업의 지원을 받아 수행된 연구임.
** 전주대학교 법학과 부교수.

Ⅰ. 들어가며

전자적 방법으로 저장된 정보(Electronically Stored Information, 이하 'ESI' 또는 '전자정보'라 한다)는 다양한 형태로 여러 장소에 존재하며, 생성·저장·보관이 쉬워 그 양이 무한대로 폭증할 수 있으므로 ESI에 대한 증거조사에는 상당한 비용이 발생한다.[1] 전자정보의 보존, 수집, 처리, 제출 등 일련의 절차를 통하여 발생하는 비용은 해마다 증가하고 있으며, 전자정보에 대한 변론 전 증거개시, 즉 디스커버리(discovery)가 활발한 미국의 경우 디스커버리 비용의 부담으로 인하여 변론에 나아가지 못하고 그 전에 화해로 사건을 종결하게 되기도 한다.[2] 소송비용은 소송 여부를 결정하는 중요한 경제적 요소의 하나이며, 지나친 소송비용은 당사자에게 실질적인 부담으로 돌아가 재판청구권을 위축시킬 우려가 있다.[3] 부담이 되는 소송비용을 누가 어떻게 부담하는지의 문제는 당사자에게 첨예한 문제로 다가오게 된다.

우리나라는 전자소송 시행 이래 전자소송이 성공적으로 정착하였고, 일상과 업무에서의 IT 보급이 빠르게 이루어지면서 많은 증거자료가 전자정보의 형태로 제출이 되며, 전자정보의 중요성은 증대하고 있다. 전자정보의 양은 지속적으로 폭증하는 추세에 있으므로[4] 법원에 증거로 제출하는 전자정보의 양도 증가하게 된다. 이에 따라 전자증거에 소요되는 비용과 부담은 소송에서 중요하게 고려할 요소가 된다. 한편, 증거의 구조적 편재 등 현대형 소송의 문제점을 해소하고 당사자의 재판청구권을 실질적으로 보장하기 위한 방안으로 증거절차 개선방안에 대한 입법론이 활발하게 전개되고 있다.[5] 대법원에서 진행한 한국형 디스커버리에 대한 연구는 전자정보에 대한

---

1) John T. Yip, *Addressing the Costs and Comity Concerns of International E-Discovery*, 87 Wash. L. Rev. 595, 601 (2012).

2) Karel Mazanec, *Capping E-Discovery Costs: A Hybrid Solution to E-Discovery Abuse*, 56 Wm. & Mary L. Rev. 631, 644 (2014).

3) Mazanec, *supra* note 2, at 663.

4) Statista, Volume of Data/Information Created, Captured, Copied and Consumed Worldwide from 2010 to 2020, with Forecasts from 2021 to 2025, https://www.statista.com/statistics/871513/worldwide-data-created (2024. 1. 4. 최종방문).

5) 계류 중인 입법안으로 조응천 의원 대표발의, 민사소송법 일부개정법률안(의안번호

자료제출명령의 도입을 촉구하고 있으며,[6] 전자정보에 대한 제출명령이 도입된다면 소송 또는 변론 전부터 자료제출을 위하여 보존·수집·처리·제출되는 전자정보의 양이 증가할 가능성이 크다. 이는 전자정보의 보존·수집·제출 등에 대한 당사자의 비용과 시간, 노력 등 부담을 현저히 증가시킬 가능성이 크며, 현저히 증가한 부담을 한 당사자에게 부담시키는 것은 변론 종결 전에 화해로 사건을 종결하도록 당사자를 유인하는 요소가 될 수 있다. 이는 당사자의 재판청구권을 제한하고 나아가 우리 민사소송제도의 적정한 운용을 위협할 소지가 있으므로, 전자정보에 대한 증거조사의 비용의 당사자 간의 부담 방법에 대하여 논의할 필요가 있다.

당사자에게 있어서 소송의 승패와 더불어 직접적인 문제로 다가오는 소송비용 부담에 대하여는 선행연구가 존재하나,[7] 아직 디스커버리 도입을

21-10874호) (소제기 전 증거조사 제도의 도입을 제안함); 조응천 의원 대표발의, 민사소송법 일부개정법률안(의안번호 21-10939호) (문서제출명령 제도 개편을 제안함); 이주환 의원 대표발의, 특허법 일부개정법률안(의안번호 21-7978호) (증언녹취제도 도입을 제안함) 등 참조. 디스커버리 도입에 관한 실무에서의 검토로, 대법원, 사법행정자문회의 회의결과: 제23차 회의 결과 안내, https://www.scourt.go.kr/supreme/news/NewsViewAction2.work?pageIndex=1&searchWord=&searchOption=&seqnum= 44&gubun=944 (2024. 2. 23. 최종방문); 대한변호사협회, [보도자료] 대한변협·국회입법조사처 '민사소송 선진화 방안 - 디스커버리 제도 도입을 중심으로' 공동세미나 개최, https://koreanbar.or.kr/pages/news/view.asp?teamcode=&category=&page=1&seq=13131&types=3&searchtype=contents&searchstr=%EB%94%94%EC%8A%A4%EC%BB%A4%EB%B2%84%EB%A6%AC (2024. 2. 23. 최종방문); 류호연, 민사소송절차 선진화를 위한 디스커버리 제도 도입에 관한 조사, 국회입법조사처(2023. 12. 1.), https://www.nars.go.kr/report/view.do?cmsCode=CM0043&brdSeq=43470 (2024. 2. 23. 최종방문) 등 참조. 디스커버리 제도의 도입에 관한 최근의 이론적 연구로 김경욱, 디스커버리 제도 도입에 관한 연구, 법무부 연구보고서(2021); 김재영·이재민, "디스커버리 제도 입법동향과 소비자 관점에서의 시사점", 소비자정책동향 제119호(2022); 전원열, "민사소송절차상 디스커버리 도입에 관한 검토", 인권과 정의 제501호(2021. 11.); 한충수, 민사소송절차상 디스커버리 제도 도입에 관한 연구, 법무부 연구보고서 (2020) 등 참조.

6) 대법원, 사법행정자문회의 회의자료23차, 제23차 회의자료, 디스커버리(증거개시) 제도 등 도입 검토(2022. 10.), 60-61면, https://file.scourt.go.kr//AttachDownload?file=1665565868615_181108.pdf&path=007&downFile=4.%20[%C0%DA%B9%AE%C8%B8%C0%C7%2023%C2%F7]%20%B5%F0%BD%BA%C4%BF%B9%F6%B8%AE(%C1%F5%B0%C5%B0%B3%BD%C3)%20%C1%A6%B5%B5%20%B5%B5%C0%D4.pdf (문서제출명령 대상을 문서에서 문서 등 자료로 확대하는 것을 긍정적으로 검토함).

전제로 그 비용부담의 방법에 대한 논의는 본격적으로 이루어지지 않은 것으로 보인다. 전자정보에 대한 증거조사의 비용배분 및 부담에 관하여, 전자정보에 대한 증거수집 및 증거조사가 활발한 미국의 사례를 비교법적으로 연구하여 그 축적된 법리를 탐구할 필요가 있다. 구체적으로, 이 논문은 미국 연방민사소송규칙(Federal Rues of Civil Procedure, 이하 'FRCP'라 한다)에 의한 디스커버리의 비용부담에 대한 규정과 연방법원의 판례, 그리고 그 문제점을 학자들의 비판을 중심으로 살펴본다. 이를 토대로, 전자정보에 대한 증거조사절차에서 발생하는 비용의 부담 방법과 방식 등을 절차적 공정성의 측면에서 탐색할 필요가 있다.

미국과 우리나라는 소송구조, 특히 변론 전 증거개시의 실시 여부 등 증거절차가 다르고 소송비용에 대한 기본적인 부담 구조가 다르다는 점을 고려하면 일률적인 비교법적 연구는 한계를 지닐 수밖에 없다. 또한 소송절차는 여러 요소가 영향을 미치는 역동적인 것으로 단순하게 소송비용 등 특정 요인이 절차의 공정성 등에 어떠한 영향을 미치는지를 예측할 수 없다.[8] 이 논문의 연구범위는 전자자료에 대한 자료제출명령의 비용의 부담이 당사자가 소를 제기하는 것을 억제하는지, 또는 변론 전에 화해로 사건을 종결하고자 하는 유인이 되는지 등으로 한정된다. 그러나 막대한 전자정보의 증거수집 및 조사비용의 당사자 간 부담에 대한 미국의 논의를 살펴보는 것은 우리 법체계에 부합하는 적정한 증거비용부담의 원리를 탐색하기 위한 논의의 초석이 될 수 있을 것으로 본다.

---

7) 전병서, "소송비용제도의 개선에 관한 제안", 민사소송 제14권 제1호 (2010. 5.); 전병서, "소송비용의 부담에 관한 약간의 검토", 민사소송 제13권 제2호 (2009. 11.); 김나루, "공익소송에서 소송비용 패소자부담 원칙의 개선에 관한 소고", 저스티스 제197호 (2023. 8.); 신동진, "소송비용확정제도의 제문제 검토", 홍익법학 제22권 제4호 (2021. 12.); 이준범, "장애인차별금지법 사건의 활성화와 편면적 소송비용 부담제도", 비교사법 제27권 제2호 (2020. 5.) 등 참조.

8) Emery G. Lee III & Thomas E. Willging, *Defining the Problem of Cost in Federal Civil Litigation*, 60 Duke L. J. 765, 776 (2010).

Ⅱ. 전자디스커버리 비용부담의 문제

1. 증거자료로서 전자정보의 특성

증거조사 대상으로 전자정보 또는 ESI라는 용어는 2006년 FRCP 제26조와 제34조에 도입되었으며, 문서(documents)나 유형물(things)과 동등하게 디스커버리의 대상이 되는 정보(information)의 고유한 범주를 지칭하는 것으로 '데이터 편집물(data compilation)' 대신 도입된 용어이다.[9] 전자정보는 기존의 문서나 유형물과 다른 특징들을 가지고 있다. 첫째로 전자정보의 양은 사실상 무제한으로 증가할 수 있다.[10] 전자정보의 양은 생성과 보관의 편리성과 복제성 등으로 인하여 실물 문서보다 양이 많으며,[11] 유통되는 전자정보의 양은 해가 갈수록 증가하고 있다. 생성·복제·소비 등이 된 데이터 총량은 2010년 2 제타바이츠(zettabytes)에서 2010년 64.2 제타바이츠(zettabytes)로 증가하였으며, 2025년에는 180 제타바이츠를 초과할 것으로 예측되는 등 빠르게 증가하고 있다.[12] 이러한 방대한 전자정보의 양으로 인하여 제출당사자는 부담을 느끼게 되고, 당사자들은 전자정보에 대한 디스커버리의 범위에 대하여 다투게 된다.[13]

둘째로 전자정보는 다양한 장소에 복수로 존재하고 해당 전자정보에 대한 정보(메타데이터, metadata)가 존재하는 등 종이문서나 유형물과 저장·보관 방식이 다르다.[14] 같은 문서라고 하더라도 문서 생성자·검토자·수

---

9) Barbara J. Rothstein, Ronald J. Hedges, and Elizabeth C. Wiggins, *Managing Discovery of Electronic Information: A Pocket Guide Judges*, 2, Federal Judicial Center (2007), available at https://www.uscourts.gov/sites/default/files/eldscpkt_1.pdf(2024. 1. 15. 최종방문).

10) Seth Katsuya Endo, *Discovery Hydraulics*, 52 U.C. Davis L. Rev. 1317, 1338 (2019); Rothstein et al., *supra* note 9, at 2.

11) Mazanec, *supra* note 2, at 636-37.

12) Statista, Volume of Data/Information Created, Captured, Copied and Consumed Worldwide from 2010 to 2020, with Forecasts from 2021 to 2025, https://www.statista.com/statistics/871513/worldwide-data-created/ (2024. 1. 4. 최종방문).

13) Rothstein et al., *supra* note 9, at 4; Yip, *supra* note 1, at 601.

14) Rothstein et al., *supra* note 9, at 2-3; Mazanec, *supra* note 2, at 637.

신자의 직장 및 집의 컴퓨터·노트북·이동식 저장매체 등에 저장되어 있으면서 이메일 서버와 클라우드 저장소(cloud storage)에도 존재하는 등 복수로 존재한다.[15] 자료제출자는 방대한 전자정보 안에서 중복되는 정보를 정리하고 비닉특권 적용 여부 등을 검토해야 하므로 디스커버리 범위에 대하여 더욱 치열하게 다투게 된다.[16] 또한 전자정보는 종이문서나 유형물과 달리 물리적으로 훼손하거나 변경하는 것 외에도 파일을 단순하게 열어서 내용 변경 없이 닫은 행위나 컴퓨터의 메모리공간 자동정리기능 등으로 인하여 저장자의 행위 없이도 전자정보에 대한 관련 정보가 변경될 수 있다.[17] 전자정보의 용이한 변동성으로 인하여 전자정보에 대한 디스커버리는 기존과 달리 소송 이전부터 디스커버리 대상이 될 수 있는 자료에 대한 소송유지 또는 증거보존(litigation hold)에 대한 문제가 발생한다.[18]

셋째로 종이문서나 유형물에는 없는 전자정보의 고유한 특성으로 전자정보의 생성·수정에 관련된 사람과 일시, 수정내용 등을 나타내는 메타데이터(metadata)가 있다는 점,[19] 전자정보는 특정한 시스템 내에서만 이용·열람할 수가 있다는 점, 전자정보는 삭제되더라도 복구 가능하다는 점 등이 있다.[20] 소송에서 제출되는 전자정보는 이메일, 전자문서, 데이터베이스, 웹페이지 등에 한정되지 않으며 이동식 저장매체에 저장된 정보나 클라우드 서버 등에 저장된 모든 정보를 포함하며, 컴퓨터 등에 대한 포렌식이나 복구 작업 등을 통하여 저장되거나 저장되었던 정보를 모두 찾아내게 된다.[21] 전자디스커버리의 경우 당사자는 상대방에게 전자정보가 수정·삭제되었더라도 복구를 요청하게 되고, 포렌식이나 복구비용 등은 전자정보 제출자의 부담이 되어 비용을 증가시킨다.[22]

---

15) Rothstein et al., *supra* note 9, at 2.
16) Rothstein et al., *supra* note 9, at 4; Yip, *supra* note 1, at 603.
17) Rothstein et al., *supra* note 9, at 3.
18) Id., at 4.
19) Mazanec, *supra* note 2, at 638.
20) Rothstein et al., *supra* note 9, at 3.
21) Jason L. Callaway, *Note: Tethered to the Statute: How the Third Circuit's Narrow Interpretation of 28 U.S.C. § 1920(4) Will Shape the Future Cost-Shifting and E-Discovery for the Better*, 67 Okla. L. Rev. 191, 192 (2014).

2. 전자정보에 대한 증거조사 비용의 증가

다양한 방식으로 저장된 방대한 전자정보 중에서 당사자 주장과 관련이 있고 사건 해결을 위하여 적정하면서 비닉특권이 적용되지 않는 자료[23]를 찾아내고 복구·처리하여 제출하기 위해서는 법률 이해를 바탕으로 하여 기술적인 작업이 필요하다. 미국에서는 일반적으로 변호사가 전자디스커버리 전문가를 별도로 고용하여 기술적 측면에서 제출해야 할 전자정보를 수집, 처리, 검토, 제출하는 작업을 진행하게 된다.[24] 법률 전문가와 기술 전문가의 인건비 외에도, 방대하고 다양한 형식의 자료를 정확하고 효율적으로 처리하기 위하여 기술기반검토(Technology Assisted Review, 이하 'TAR'라 한다) 등 리걸테크(Legal Technology)를 이용하므로[25] 기술적 비용을 고려할 필요가 있다. 결국 전자디스커버리의 고비용구조에 의하여 사건 당사자들은 전자디스커버리에 대한 비용에 부담을 호소하게 된다.[26]

2009년의 실증연구에서 다른 조건이 모두 동일한 경우 ESI에 대한 디스커버리는 10%의 비용증가를 초래하였다는 사실을 확인하였다.[27] 다른 연구에서의 추산에 의하면, 2009년 ESI에 대한 디스커버리 비용은 28억 달러에 이르며, 이는 2008년에 추산된 비용에서 10% 증가하고 2006년 추산된 비용에서 46% 증가한 것이다.[28] 2012년 연구에서 기가바이트 당 ESI의 평균 제출비용은 1만 8천 달러로 추산된다.[29] 한편, 다른 실증연구는 ESI 양이 500

---

22) Rothstein et al., *supra* note 9, at 4; Yip, *supra* note 1, at 600; Mazanec, *supra* note 2, at 639.

23) Fed. R. Civ. P. 26(b)(1).

24) Callaway, *supra* note 21, at 205; Mazanec, *supra* note 2, at 640.

25) The Sedona Conference, The Sedona Principles, Third Edition: Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production, 19 Sedona Conf. J. 1, 164 (2018) (이하 'Sedona Principles'라 한다); The Sedona Conference, *TAR Case Law Primer, Second Edition*, 24 Sedona Conf. J. 1, 7 (2023).

26) Callaway, *supra* note 21, at 205; Samantha J. Kwartler, *Postjudgment Cost Shifting: Electronic Discovery and 28 U.S.C. § 1920(4)*, 89 St. John's L. Rev. 1311, 1315 (2015).

27) Emery G. Lee III & Thomas E. Willging, *Defining the Problem of Cost in Federal Civil Litigation*, 60 Duke L. J. 765, 785-86 (2010)

28) Mazanec, *supra* note 2, at 642.

기가바이트인 중간 정도 규모의 소송에서 당사자는 전자 디스커버리 비용으로 250만~350만 달러를 지출하는 것으로 추산하였다.[30] 전자 디스커버리 비용이 소송규모나 가치, 소송이 사회에 가져오는 공익적 효과 등에 비추어 일반적으로 과다하다고 단언하기 어려우나,[31] ESI에 대한 디스커버리 비용이 애플과 삼성 간의 특허소송 등 쟁점이 복잡한 일부 사건에서 당사자에게 상당한 부담이 될 가능성이 있다는 점을 부인하기는 어려운 것으로 보인다.[32]

우리 민사소송에서도 전자정보에 대한 증거조사를 하는 경우, 우선 방대한 전자정보의 제출비용이 문제가 될 수 있다. 민사소송규칙 제120조에 따라 전자정보를 문서로 출력하여 제출하게 되면 인쇄비용 및 관련 인건비 등이 소요되고, 전자 형태로 제출하더라도 법원의 전자사건관리시스템에서 가능한 pdf 등으로 변환하여 제출하여야 하므로, 변환 및 관련 인건비 등이 필요하다.[33] 게다가 방대한 자료 속에서 사건과 관련된 내용을 찾고 그 의미를 분석하여 증거로 제출하기 위해서는 변호사 외에 기술 측면의 전문가가 필요하므로, 전문가비용이 별도로 필요하다.[34] 더구나 전자정보 열람을 위한 특정 장치 또는 프로그램의 필요한 경우, 관련 비용이 필요하다.[35] 이러한 점을 고려하면 우리 실무에서도 명확한 통계자료는 없으나 전자정보에 대한 증거조사비용은 당사자에게 부담이 된다고 할 수 있다. 소송당사자들의 비용부담은 재판청구권과 적법절차에서 주요하게 다루어야 하는 것으로 이론 및 실무에서 중요한 의미가 있다.[36]

---

29) Endo, *supra* note 10, at 1339.

30) Mazanec, *supra* note 2, at 642.

31) Jonah B. Gelbach & Bruce H. Kobayashi, *The Law and Economics of Proportionality in Discovery*, 50 Ga. L. Rev. 1093, 1106 (2016); Alexandra D. Lahav, *A Proposal to End Discovery Abuse*, 71 Vanderbilt L. Rev. 2037, 2041 (2019).

32) Lahav, *supra* note 31, at 2050 (삼성과 애플 간의 특허소송에서 양측은 10억 달러 이상의 디스커버리 비용을 지출한 것으로 추산함).

33) 강성수 등, 전자정보의 증거조사 현황과 개선 방안에 관한 기초 연구, 사법정책연구원 보고서, 2016, 286면.

34) 강성수 등, 위의 글, 286-87면.

35) 강성수 등, 위의 글, 286면.

36) Martin H. Redish, *Discovery Cost Allocation, Due Process, and the Constitution's Role in Civil Litigation*, 71 Vand. L. Rev. 1847, 1853 (2018).

3. 우리나라의 증거조사비용 부담에 관한 규정

우리 실무에서 문서제출명령에 관한 비용은 신청 당사자가 우선 그 비용을 부담하고, 소송이 끝난 후 소송비용 부담의 재판으로 패소한 당사자에게 종국적으로 그 비용을 부담하도록 하고 있다.[37] 비용을 필요로 하는 소송행위에 대하여 법원은 당사자에게 미리 그 비용을 내게 할 수 있는데(민사소송법 제116조 제1항), 민사소송규칙 제19조에 따라 이익을 받을 당사자인 신청 당사자가 그 비용을 우선 예납한다. 법원은 사정에 따라 사건의 일부나 중간의 다툼에 관한 재판에서 그 비용에 대한 재판을 할 수 있으나, 원칙적으로 사건을 완결하는 재판에서 직권으로 그 심급의 소송비용 전부에 대하여 재판한다(민사소송법 제104조). 소송비용부담의 판결주문이 선고되고 그 판결이 확정되면 소송비용액 확정절차에서 그 구체적인 액수를 확정한다(동법 제110조).

소송비용 부담의 기준에 대하여, 우리 민사소송법은 패소자부담을 원칙으로 한다(동법 제98조). 그 예외로서, 승소자가 그 권리를 늘리거나 지키는 데 필요하지 않은 행위로 발생한 소송비용(동법 제99조 전단), 상대방의 권리를 늘리거나 지키는 데 필요한 행위로 인한 소송비용(동법 제99조 후단), 당사자가 적당한 시기에 공격·방어방법을 제출하지 아니하였거나 기일·기간의 준수를 게을리 하였거나 그 밖에 당사자가 책임져야 할 사유로 소송이 지연되어 발생한 소송비용(동법 제100조)의 전부나 일부를 승소자에게 부담하게 할 수 있다고 규정한다.

패소자부담원칙을 예외 없이 일률적으로 적용하는 것은 전자정보 수집에 대한 막대한 비용을 일방적으로 패소자에게 부담시켜 부당한 결과를 초래할 수 있다.[38] 전자정보 제출자가 패소한 경우, 막대한 양의 전자정보를 수집하고 제출하여 성실하게 재판에 임한 결과 재판에 패소하게 되고 그 비용까지 부담하게 되는 것은 부당하며, 특히 제출한 전자정보가 소송의 승패에 별다른 영향을 미치지 않은 경우에 재판에 필요한 정보의 수집 및 제출

37) 강성수 등, 앞의 글, 287면
38) 강성수 등, 위의 글, 287면.

등에 관한 비용을 패소자에게만 부담시키는 것은 가혹할 수 있다.[39] 그러므로 소송비용 부담에 대한 적정한 기준을 사전에 정립할 필요가 있고, 이를 위하여 이미 재판절차에서 증거자료로 막대한 전자정보의 수집·제출 등의 비용이 문제가 되었던 미국의 사례를 참조할 필요가 있다.[40]

Ⅲ. 미국의 전자디스커버리비용 부담원칙과 실무에서의 적용

1. 미국의 디스커버리비용 부담원칙

(1) 소송비용의 각자부담주의의 의의와 형성배경

소송비용과 관련하여, 미국은 같은 영미법계인 영국과 달리 각자부담주의(American Rule)를 채택하여 소송비용과 변호사비용을 각자 부담하는 것이 일반적이며, 승소한 당사자라 하더라도 별도의 근거 규정이 없는 한 해당 소송에서 지출한 소송비용과 변호사비용을 패소한 당사자에게 청구할 권리는 없다.[41] 식민지 시대에 영국법을 계수한 미국에서 언제 각자부담주의가 실무에서 정착되었는지에 대하여는 정확하게 시기를 단정할 수 없으나, 1796년 연방대법원은 미국 소송에서 변호사비용은 각자부담이 원칙이므로 패소당사자가 승소당사자의 변호사비용을 부담하지 않는다고 판단한 바 있다.[42] 1853년에는 연방소송비용법(Fee Act)을 제정하여[43] 승소 당사자라 하더라도 변호사비용 등의 소송비용을 각자 부담하도록 하는 각자부담주의

39) 강성수 등, 위의 글, 287면.

40) 강성수 등, 위의 글, 288면.

41) Alyeska Pipeline Serv. Co. v. Wilderness Soc'y, 421 U.S. 240, 247 (1975); Cameron T. Norris, *One-Way Fee Shifting After Summary Judgment*, 71 Vand. L. Rev. 2117, 2121 (2018); Benjamin Spencer, *Rationalizing Cost Allocation in Civil Discovery*, 34 Rev. Lit. 769, 773 (2015); Callaway, *supra* note 21, at 194; Kwartler, *supra* note 26, at 1321; Jonathan R. Nash & Joanna Shepherd, *Aligning Incentives and Cost Allocation in Discovery*, 71 Vand. L Rev. 2015, 2019 (2018).

42) Arcambel v. Wiseman, 3 U.S. (3 Dall.) 306, 306 (1796).

43) Act of Feb. 26, 1853, 10 Stat. 161.

를 원칙으로 하였으며, 이는 현재 연방법으로 승계되었다.[44]

다만 각자부담주의의 예외도 인정되어 왔으며, 연방법원은 법률 규정에 근거하여 패소한 당사자에게 승소 당사자의 소송비용을 부담시키기도 하고, 형평을 고려하여 당사자 간에 소송비용을 부담시키기도 하며,[45] 근거 규정이 없어도 변호사비용의 부담에 대한 재판을 법원의 고유권한으로 보아 당사자 간에 부담시키기도 한다.[46] 현재 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure, 이하 'FRCP'라 한다)는 각자부담주의의 예외로 제54조에서 판결 후 절차로 변호사비용을 제외한 소송비용을 패소한 당사자에게 부과할 수 있도록 하였다.

(2) 디스커버리비용의 제출자부담원칙의 의의와 형성배경

디스커버리 비용배분에 있어서도 미국 연방법원은 각자부담주의를 적용하여, 자료제출자, 즉 디스커버리 피신청인이 제출비용을 부담하는 것이 일반적이다.[47] 미국의 각자부담주의는 변호사비용의 부담에 관하여 형성된 원칙이나 법원은 점차 이를 소송비용 전반으로 확대 적용하였다.[48] 변호사비용이나 일반적인 소송비용은 소송당사자가 그 지출범위에 대한 결정권을 가지고 소송비용 등의 지출로 인한 혜택을 당사자 스스로 받으나, 디스커버리의 경우에는 자료제출을 요구하는 당사자가 그 범위를 정하여 신청하고 정당한 사유 없이 자료제출요구에 응하지 않으면 법원의 제재를 받게 되므로 자료제출자는 비용지출범위에 대한 결정권이 없고, 제출한 자료는 자료요구를 신청한 상대방을 위하여 사용되므로, 디스커버리비용과 일반적인 소

---

44) Spencer, *supra* note 41, at 777; Kwartler, *supra* note 26, at 1321.

45) Spencer, *supra* note 41, at 774-75.

46) Chambers v. NASCO, 501 U.S. 32, 45 (1991).

47) Oppenheimer Fund Inc. v. Sanders, 437 U.S. 340, 358 (1978); Norris, supra note 41, at 2121; Jay Tidmarsh, *Shifting Costs in American Discovery: A Critical Appraisal*, 2021 ELR 246, 246 (2021); Spencer, *supra* note 41, at 778; Kwartler, *supra* note 26, at 1318.; the Sedona Principles, *supra* note 25, at 187; Martin H. Redish & Colleen McNamara, *Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory*, 79 Geo. Wash. L. Rev. 773, 778 (2011).

48) Callaway, *supra* note 21, at 194.

송비용은 그 성질이 다르다.[49] 그럼에도 불구하고, FRCP 제정당시 자문위원회는 사법접근성 보장을 위하여 모색적 증명을 허용하는 자유로운 디스커버리제도를 마련하면서[50] 디스커버리 비용에 대하여는 별도의 입법적인 논의를 진행하지 않았다.[51] 실무에서는 별다른 고민 없이 디스커버리에서 발생한 비용은 비용이 발생한 곳에서 부담하도록 하였고, 소송결과에 관계없이 디스커버리 자료의 제출비용을 각자 부담하는 것은 사법접근성을 보장하기 위한 것으로 자연스럽게 받아들여졌다.[52] 또한 각자부담주의의 원형이 형성되던 당시 디스커버리 비용의 부담방법은 주목받지 않았다. 디스커버리 비용의 부담이 실무에서 문제가 되기 시작한 것은 1959년 제록스 복사기가 보급된 이후이다.[53] 그 이전까지 디스커버리 비용은 변론절차에서의 불의타를 방지하기 위한 증언녹취(deposition)에 집중되어 있었으며, 자료제출비용은 크게 비중을 차지하지 않았다.[54] 그러나 1960년대와 1970년대를 지나 복잡한 독점금지법 사건 등에서 변호사들이 공격적으로 FRCP 제34조의 자료제출요구제도를 이용하기 시작하였고, 당시 빠르게 보급되던 복사기는 대량의 자료제출을 가능하게 하면서 디스커버리 비용에서 특히 자료제출비용이 크게 증가하였고, 소송비용 구조에서 중요한 변화가 나타났다.[55]

이러한 상황 속에서, 1978년 미국 연방대법원은 Oppenheimer Fund Inc. v. Sanders 사건에서 소송비용의 각자부담주의를 확인하면서 디스커버리비용에 있어서도 각자부담주의에 따라 자료를 제출하는 사람이 그 비용을 스스로 부담하는 것이 원칙임을 확인하였다.[56] 위 연방대법원 판례는 당

---

49) Redish & McNamara, *supra* note 47, at 779.

50) Kwartler, *supra* note 26, at 1316.

51) Redish & McNamara, *supra* note 47, at 795.

52) Nash & Shepherd, *supra* note 41, at 2019.

53) E. Donald Elliott, *How We Got Here: A Brief History of Requester-Pays and Other Incentive Systems to Supplement Judicial Management of Discovery*, 71 Vand. L. Rev. 1785, 1786 (2018).

54) Elliott, *supra* note 53, at 1786.

55) Id.

56) Oppenheimer Fund Inc. v. Sanders, 437 U.S. 340, 358 (1978). 이 판례는 어음 사기사건에서 원고가 피고에게 특정 어음의 구매자 이름을 제출하도록 요청한 사건으로, 디스커버리 비용에 대하여 제출자부담원칙을 확인하면서 법원의 비용부담에 대한

시 실무에서 문제가 되기 시작했던 디스커버리비용, 특히 폭증하는 자료제출요구로 인한 비용이 당사자에게 얼마나 부담이 되는지 등의 문제를 고려하지 않고[57] 디스커버리비용에서도 각자부담주의를 그대로 적용하였다. 현재 미국 실무에서 증언녹취록 제작 전에 막대한 양의 자료제출요구를 하는 것이 관례로 여겨지며,[58] 디스커버리 비용의 증가를 초래하였다. 1990년대 이후 급격한 전산화와 2000년대 전자정보 저장비용의 절감으로 문서는 종이문서가 아닌 전자파일의 형태로 저장되기 시작하였고,[59] 이후 자료제출요구의 대상은 ESI가 주가 되었고 ESI를 대상으로 한 자료제출 비용은 이전보다도 현격히 증가하였으나,[60] 제출자부담원칙은 여전히 유지되고 있다.

2. 디스커버리 단계에서 비용부담에 대한 규정과 법원의 해석

(1) 디스커버리 허가 및 조건에 대한 법원의 권한 규정

FRCP는 디스커버리 비용의 부담자가 누구인지 직접적으로 규정하지 않으나,[61] 디스커버리의 피신청인, 즉 자료제출자가 부담하는 것을 전제로 한다.[62] ESI에 대한 디스커버리 폭증과 비용부담을 해결하기 위하여 2006년 FRCP가 개정되었으며,[63] 디스커버리 비용과 관련한 대표적인 개정내용인 Rule 26(b)(2)(B)은 연방법원에 ESI에 대한 디스커버리에 대하여 구체적인 조건(conditions)을 정할 수 있는 권한을 부여하였다.[64] 이 조항에 의하

재량권도 확인한 사건이다. 법원의 비용부담에 대한 권한에 대하여는 후술한다.

57) Elliott, *supra* note 53, at 1787.

58) Id.

59) Kwartler, *supra* note 26, at 1316.

60) Id., at 1315.

61) Redish, *supra* note 36, at 1855.

62) Endo, *supra* note 10, at 1359.

63) Kwartler, *supra* note 26, at 1319; Bradley T. Tennis, *Comment, Cost-Shifting in Electronic Discovery*, 119 Yale L. J. 1113, 1115 (2010); Mazanec, *supra* note 2, at 646.

64) Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(B) *Specific Limitations on Electronically Stored Information.* A party need not provide discovery of electronically stored information from

여 법원은 2단계로 디스커버리의 허가 및 조건에 대하여 정할 수 있는데, 첫 번째 단계는 합리적 접근성 심사로, 당사자는 과도한 부담이나 비용 때문에 합리적으로 접근할(reasonably accessible) 수 없다고 밝힌 ESI에 대한 디스커버리 자료를 제출할 필요가 없으며, 디스커버리를 강제하거나 보호명령을 위한 신청에서 디스커버리 피신청인은 그 정보가 과도한 부담이나 비용으로 인하여 합리적으로 접근할 수 없음을 보여야 한다. 두 번째는 타당성 심사로, 법원은 합리적으로 접근할 수 없다는 점이 밝혀진 경우에도 디스커버리 신청인이 해당 정보 제출의 필요성에 대한 정당한 근거(good cause)를 제시한다면 디스커버리를 명할 수 있고, 다만 여러 사정을 고려하여 그 빈도나 범위를 제한할 수 있다.

2006년 FRCP 자문위원회(Advisory Committee)는 위 조항의 해석과 관련하여, 디스커버리의 허용 여부를 결정함에 있어서 법관은 ① 디스커버리 요청의 구체성, ② 외부의 더 용이하게 접근 가능한 곳에서 이용 가능한 정보의 양, ③ 더 접근이 용이했던 곳에 존재했던 것으로 보이나 더 이상 이용할 수 없어 관련 정보를 제출할 수 없는 점, ④ 외부의 더 접근이 용이한 출처에서 취득할 수 없는 것으로 제출이 요청된 관련 정보를 찾을 가능성, ⑤ 추가 정보의 중요성과 유용성에 대한 예측, ⑥ 소송 본안에서 쟁점의 중요성, ⑦ 당사자의 자원 등을 고려하도록 하였다.[65] 법원은 디스커버리의 조건들을 정할 수 있는데, 법원이 정할 수 있는 조건에는 합리적인 방법으로 접근할 수 없는 정보를 취득하기 위한 적정한 비용의 일부 또는 전부를 디스커버리 신청인에게 부과하는 것이 포함된다고 해석되어 왔다.[66]

---

sources that the party identifies as not reasonably accessible because of undue burden or cost. On motion to compel discovery or for a protective order, the party from whom discovery is sought must show that the information is not reasonably accessible because of undue burden or cost. If that showing is made, the court may nonetheless order discovery from such sources if the requesting party shows good cause, considering the limitations of Rule 26(b)(2)(C). The court may specify conditions for the discovery.

65) Rothstein et al., *supra* note 9, at 9.

66) Zubulake v. UBS Warburg LLC, 217 F.R.D. 309, 317-20 (S.D.N.Y. 2004); Spencer, *supra* note 41, at 780.

(2) 법원의 디스커버리 비용분배 권한 규정

FRCP는 2015년에 디스커버리의 비례성원칙(proportionality)을 강화하는 등 디스커버리의 과도한 비용 및 부담을 제한하기 위하여 다시 개정되었다.[67] 비례성원칙을 강화하여 법원이 과도한 디스커버리신청을 제한할 수 있게 하여 신청 단계에서 과도한 비용이 발생하지 않게 규정하는 한편, 디스커버리 남용에 대한 대책 중 하나로 FRCP 26(c)(1)(B)[68]에 연방법원의 디스커버리에 대한 권한으로 '디스커버리 비용분배(allocation of expenses)'를 명시하였다. 이 개정에 의하여 기존에 판례에서 인정되어 오던 연방법원의 디스커버리 비용분배의 결정권한이 법률상 명시되었다.[69] 이 개정은 이전부터 연방법원에서 판례를 통하여 형성한 법원의 비용분배결정에 대한 권한을 확인한 의미가 있다.[70] 이 조항에 의하여, 법원은 과도한 디스커버리 신청을 제한하고, 디스커버리 비용분배를 결정할 권한이 있음을 명확히 규정하였다.[71] 다만 이러한 입법은 어디까지나 예외적으로 법원의 비용분배결정의 근거를 명문화한 것으로, FRCP는 자료제출 신청인에게 비용을 이전하는 것을 일반적인 관행이라고 인정하지 않으며, 제출자가 디스커버리 제출비용을 부담하여야 한다는 원칙은 여전히 유지되고 있다.[72]

---

67) Endo, *supra* note 10, at 1339; Jonah B. Gelbach & Bruce H. Kobayashi, *The Law and Economics of Proportionality in Discovery*, 50 Ga. L. Rev. 1093, 1097 (2016).

68) Fed. R. Civ. P. 26(c)(1) In General. A party or any person from whom discovery is sought may move for a protective order in the court where the action is pending —or as an alternative on matters relating to a deposition, in the court for the district where the deposition will be taken. The motion must include a certification that the movant has in good faith conferred or attempted to confer with other affected parties in an effort to resolve the dispute without court action. The court may, for good cause, issue an order to protect a party or person from annoyance, embarrassment, oppression, or undue burden or expense, including one or more of the following:

(B) specifying terms, including time and place or the allocation of expenses, for the disclosure or discovery;

69) Tidmarsh, *supra* note 47, at 247; Norris, *supra* note 41, at 2128; Spencer, *supra* note 41, at 780; the Sedona Principles, *supra* note 25, at 187.

70) Norris, *supra* note 41, at 2128-29.

71) Tidmarsh, *supra* note 47, at 247.

FRCP의 개정에도 불구하고 디스커버리의 과도한 비용발생 및 불명확한 비용분배는 여전히 문제로 남아있다. 우선 26(b)(2)(B)의 합리적으로 접근이 되지 않는 전자정보에 대한 충분한 소명에 대한 기준은 Rule 26(b)(1)의 비례성심사기준과 유사하여 독자적인 기준이 되지 못한다.[73] 또한 디스커버리 비용분배의 원칙이나 방법이 변경되지 않았으므로 여전히 자유로운 디스커버리 신청이 가능하여 디스커버리 비용을 둘러싼 분쟁을 효과적으로 해결하지 못한다는 비판이 있다.[74]

(3) 디스커버리 단계에서 비용분배에 대한 연방법원 판례

1) 연방법원 주요판례

연방법원은 소송에 소요된 비용을 다른 당사자에게 부과(cost shifting)할 수 있는 법원의 권한을 전통적으로 인정하여 왔다.[75] 1978년 연방대법원은 Oppenheimer 사건에서 디스커버리에서 자료제출요청시 제출자가 그 비용을 부담한다고 추정하면서, 법원은 형평을 고려하여 소송비용부담에 대한 결정을 할 재량권이 있음을 선언하였다.[76] 그러나 위 판례는 법원에게 디스커버리비용의 과도한 비용을 상대방에게 부과할 권한이 있다는 것을 확인하면서도, 과도한 부담이나 비용(undue burden or expense)이 무엇인지에 대하여는 구체적으로 기준을 제시하지 않았다.[77] 디스커버리비용의 당사자 간의 분배에 대한 FRCP 규정 역시 '합리적인 접근성(reasonable accessibility)', '정당한 이유(good reason)', '비례성(proportionality)' 등 추상적인 기준을 제시하여, 실제로 디스커버리 비용을 상대방에게 부과한 사례는 많지 않다.[78] 전자 디스커버리의 비용증가로 일부 법원이 적극적으로 비용부담에

---

72) Norris, *supra* note 41, at 2131; the Sedona Principles, *supra* note 25, at 187; Tidmarsh, *supra* note 47, at 247.

73) Mazanec, *supra* note 2, at 650.

74) Mazanec, *supra* note 2, at 650.

75) Oppenheimer Fund, 437 U.S. at 358; Spencer, *supra* note 41, at 780; Endo, *supra* note 10, at 1358.

76) 437 U.S. at 358.

77) Elliott, *supra* note 53, at 1788; Yip, *supra* note 1, at 604.

대하여 재량을 발휘하였음에도 불구하고, 전통적으로 법원의 전자디스커버리 비용부담결정은 예외적인 것으로 여겨진다.[79]

법원의 디스커버리 비용배분에 대하여는 2006년 FRCP 개정 이전부터 아래 두 개의 하급심판례가 주요판례로 작용하며, 이 두 판례의 법리는 2006년 FRCP 개정에도 영향을 주는 등 여전히 의의가 크다.[80] 2002년 뉴욕남부연방지방법원은 인종차별사건에서 백업 장치에 저장된 이메일에 대한 제출요구를 받은 피고가 사건과의 관련성이 없고 프라이버시 침해가 된다며 제출을 거부하면서, 만일 제출이 되어야 한다면 그 제출비용은 원고에게 전환시켜야 한다고 주장했던 사건에서, 자료에 대한 접근가능성(accessibility)에 대하여 심사한 다음, 다음의 여덟 개의 고려요소를 종합하여 원고에게 관련성과 비닉특권 적용여부를 검토하는 비용을 제외하고 이메일 백업 장치에서의 복구 및 제출비용을 원고에게 부과하였다.[81] 이 사건에서 연방지방법원이 고려했던 요소는 ① 디스커버리 요청의 구체성, ② 중요정보의 발견 가능성, ③ 해당 정보의 다른 방법으로의 취득 가능성, ④ 피신청인이 요청받은 자료를 보관한 목적, ⑤ 그 정보를 취득하는 당사자의 상대적 이득, ⑥ 제출과 관련된 총비용, ⑦ 각 당사자의 상대적인 비용관리 능력 및 비용관리에 대한 유인요소, ⑧ 각 당사자가 활용할 수 있는 자원 등이다.[82]

한편 2003년 같은 연방지방법원은 성차별사건으로 백업테이프와 다른 저장장치에만 존재하는 이메일에 대한 제출이 문제가 되었던 Zubulake v. UBS Warburg LLC 사건에서, 요청된 정보가 합리적으로 접근할 수 없는 경우 신청인에게 비용을 부과할 수 있다고 하였다.[83] 첫 번째 심사단계는

---

78) Kwartler, *supra* note 26, at 1320.

79) Spencer, *supra* note 41, at 781.

80) Rothstein et al., *supra* note 9, at 10; Yip, *supra* note 1, at 605; Tennis, *supra* note 63, at 1115; Mazanec, *supra* note 2, at 648; Endo, *supra* note 10, at 1360; Genevieve H. Harle, *Electronic Discovery in Civil Litigation: Avoiding Surprises in Cost Shifting Decisions*, 12 Seton Hall Cir. Rev. 267, 273-74 (2016).

81) Rowe Entm't Inc. v. William Morris Agency, Inc., 205 F.R.D. 421, 429 (S.D.N.Y. 2002)

82) Id., at 428-29.

83) Zubulake v. UBS Warburg LLC, 217 F.R.D. 309 (S.D.N.Y. 2003).

정보의 합리적 접근성으로, 자료에 대한 접근성(accessibility)은 제출자에게 과도한 부담이나 비용을 발생시키는 경우 부정된다. Zubulake 사건의 법원은 ESI 포맷을 다섯 가지로 분류한 후, 이 중 세 가지의 포맷에 대하여 접근성을 인정하였다.[84] 두 번째 단계는 비용분배 여부를 결정하는 단계로, 법원은 ① 관련 정보를 취득하기 위한 자료제출신청이 필요한 범위로 제한된 정도, ② 다른 출처에서 그 정보를 취득할 수 있는지의 여부, ③ 다툼의 정도에 비추어 자료제출의 총 비용, ④ 각 당사자가 가진 자원에 비추어 자료제출의 총 비용, ⑤ 각 당사자가 그 비용을 관리할 수 있는 상대적 능력과 비용관리에 대한 상대적 유인의 정도, ⑥ 소송에서 해당 쟁점의 중요성, ⑦ 정보를 취득하는 당사자의 상대적 이익 등을 고려하였다.[85]

2) ESI 대상으로 TAR를 적용한 경우의 최근 판례 경향

위 판례에서 제시한 고려요소는 2006년 개정위원회 해석에서 보듯이 세부적인 내용에서의 변화는 있으나 2단계 판단구조를 유지하는 등 기본구조가 유사하다. FRCP는 2006년 개정을 통하여 합리적 접근이 어려운 자료에 대한 디스커버리 허가 및 조건에 관한 법원의 권한을 강화하고 2015년 개정을 통하여 디스커버리 비용배분에 대한 법원의 권한을 명시하였으나, 자료제출자가 자료제출비용을 부담하는 원칙을 유지하고 있다.[86] FRCP 개정 이후로도 디스커버리 비용배분에 대한 판례의 변화는 크지 않으며, 다만 위 주요판례의 법리는 비용부담에 대한 중립적인 기준을 제시하기보다 상대방에게 비용을 전환시켜야 할 경우 비용 전환을 정당화하는 경향이 있다는 비판을 받고 있다.[87]

한편, ESI에 대한 디스커버리 비용을 신청인에게 전환한 사례가 축적되기 시작했다.[88] ESI에 대한 디스커버리에서 TAR를 이용한 사례가 증가하

84) 217 F.R.D., at 318-20.

85) 217 F.R.D., at 322.

86) The Sedona Conference, *TAR Case Law Primer, Second Edition*, 24 Sedona Conf. J. 1, 71 (2023).

87) Endo, *supra* note 10, at 1360.

88) Endo, *supra* note 10, at 1358; Graham Streich, *Court Mandated Technology-*

고 있으며, TAR 이용으로 기술비용이 추가되나 TAR가 적절하게 활용된 경우 디스커버리 비용을 절감할 수 있으므로, 그 비용분배에 대하여도 논의할 필요가 있다. 일반적으로 TAR가 이용되는 경우에도 법원은 자료제출 당사자에게 제출비용을 부담시키나, TAR 이용으로 인한 효율성, TAR 적용을 거부하거나 시의적절한 제안을 하지 않은 당사자가 초래한 비효율성 등을 고려하여 아래와 같이 그 비용을 당사자 간에 분배하기도 한다.[89]

Lawson v. Spirit AeroSystems, Inc.[90] 사건에서 연방지방법원은 TAR 관련 비용에 대하여 원고가 80%, 피고가 20%를 부담하도록 하였다. 원고에게 TAR 관련 비용을 80% 부담시킨 이유에 대하여, 법원은 원고가 사건의 해결에 적정하지 않음에도 불구하고 TAR를 이용한 전자디스커버리를 주장하였고, 결과적으로 불필요하게 광범위한 디스커버리가 이루어졌다는 점을 지적하였다.[91] 이러한 사정을 고려하여 법원은 피고를 보호하기 위하여 비용의 상당부분을 원고에게 부담을 시켰다.[92] 캘리포니아남부 연방지방법원은 Youngevity Int'l Corp. v. Smith[93] 사건에서 원고가 당사자 합의에 따른 검토 없이 420만 페이지의 자료를 제출하자, 피고의 요청을 부적절하게 초과하여 자료를 제출하였으며 당사자 합의에도 반한다는 점을 지적하며 해당 신청의 비용을 원고에게 부담시키는 한편, 원고에게 ① 피고의 요구와 비닉특권에 대한 검토 후 자료를 재제출하거나 ② 첫 제출에서 누락되었던 70만 페이지의 요청자료를 검토 없이 제출하되 첫 제출과 이번의 제출에서 개시된 자료에 대한 피고의 TAR 비용을 지불하도록 명령하였다.[94]

위와 같은 전향적인 판례에도 불구하고 2015년 FRCP 개정 이후의 연

Assisted Review in E-Discovery: Changes in Proportionality, Cost-Shifting, and Spoliation, 90 Fordham L. Rev. 139 (2021).

89) the Sedona Conference, *TAR Case Law Primer, Second Edition*, 24 Sedona Conf. J. 1, 71 (2023).

90) Case No. 18-1100-EFM-ADM, 2020 WL 3288058 (D. Kan. Jun. 18, 2020), aff'd 2020 WL 6939752 (D. Kan. Nov. 24, 2020).

91) Lawson, 2020 WL 3288058, at *21.

92) Id., at *22.

93) Case No. 16-cv-704-BTM-JLB, 2017 WL 6541106 (S.D. Cal. Dec. 21, 2017).

94) Smith, 2017 WL 654106, at *11-12.

방법원 판례 약 150건의 분석 결과 디스커버리 비용전환의 기준은 여전히 추상적이고, 일부 법원은 비용전환을 실기한 공격에 대한 일종의 제재 또는 구제책으로 여기고 있는 것이 드러났다.[95] 약 150건의 판결 중 34건만이 비용전환을 일반적인 사항으로 간주하였고, 이 중 12건이 비용을 전환하고 22건은 비용을 전환하지 않았다.[96] 비용을 전환하는 경우에도 비용의 일부만이 전환하는 등, 2015년 FRCP 개정 이후로도 법원은 디스커버리 비용의 분배권한을 적극적으로 활용하지 않는 것으로 드러났다.[97]

FRCP는 방대한 디스커버리를 허용하고 자료제출 신청인은 막대한 자료제출요구를 통하여 필요한 자료를 제공받아 소송에서 유리한 증거로 사용하면서도 그 비용을 부담하지 않으므로 피신청인에게 막대한 자료제출을 요구하는 것이 합리적인 구조를 취하고 있다.[98] FRCP가 규정한 디스커버리 비용의 당사자 간 분배의 기준은 추상적이며, 법원의 해석은 통일되어 있지 않다.[99] ESI에 대한 디스커버리의 비용부담에 대한 연방법원의 판례가 축적되고 있으나, 여전히 비용분배에 대한 해석기준이 불분명하고 실제로 비용전환이 인정되는 경우가 드물어 디스커버리 비용을 둘러싼 분쟁을 해결하기에 부족하다.[100]

3. 종국판결 이후 소송비용의 부담에 대한 규정과 법원의 해석

(1) 판결 이후 절차에서의 소송비용분배에 대한 규정

미국 연방의회는 1853년 소송비용에 대한 연방법을 제정하던 당시부터 각자부담주의를 원칙으로 하면서 그 예외도 함께 규정하였다.[101] FRCP

95) Tidmarsh, *supra* note 47, at 249.
96) Id.
97) Id.
98) Mazanec, *supra* note 2, at 650.
99) Mazanec, *supra* note 2, at 647; Norris, *supra* note 41, at 2131; Nash & Shepherd, *supra* note 41, at 2021.
100) Mazanec, *supra* note 2, at 650; Redish & McNamara, *supra* note 47, at 783.
101) Callaway, *supra* note 21, at 197; Kwartler, *supra* note 26, at 1321.

54(d)(1)은 제정 당시부터 복사비용 등에 대하여 각자부담주의의 예외를 규정하여,[102] 연방 법률이나 관련 규정 또는 법원의 명령이 달리 정하지 않는 한, 우세한 당사자(prevailing party)는 변호사비용을 제외한 비용(costs)을 상환 받을 수 있다고 규정한다.[103] 미국 연방민사소송은 극히 일부 사건만이 종국판결을 받게 되므로 종국판결 이후의 사후적 절차인 FRCP 54와 28 U.S.C. §1920에 의하여 디스커버리 비용을 정산하는 경우가 적으며, 이 조항에 의하더라도 디스커버리 비용 일부만을 상대방에게 부과할 수 있다.[104] 이러한 제한에도 불구하고, 디스커버리 단계에서 디스커버리 비용분배에 대한 예측가능성이 결여되며 비용분배가 예외적으로만 인용되는 상황에서, 디스커버리의 막대한 비용을 상대방에게 부과하기 위하여 FRCP 54(d)을 이용하고자 하는 움직임이 나타났다.[105]

FRCP 54에 의하여 패소당사자에게 상환을 구할 수 있는 비용은 28 U.S.C. §1920에 규정되어 있으며, 전자정보에 대한 디스커버리에 관하여는 28 U.S.C.§1920(4)[106] 중 해당 사건에 사용하기 위하여 취득하는데 필요한 사본(copies)의 생성비용의 적용 여부를 검토할 필요가 있다.[107] 이 조항은 이전에 '종이의 사본'의 비용을 규정하고 있던 것을 2008년에 '사건에 사용

---

102) Callaway, *supra* note 21, at 196.

103) Fed. R. Civ. P. 54(d)(1) Costs Other Than Attorney's Fees. Unless a federal statute, these rules, or a court order provides otherwise, costs－other than attorney's fees－should be allowed to the prevailing party. But costs against the United States, its officers, and its agencies may be imposed only to the extent allowed by law. The clerk may tax costs on 14 days' notice. On motion served within the next 7 days, the court may review the clerk's action.

104) Spencer, *supra* note 41, at 810.

105) Kwartler, *supra* note 26, at 1320; Mazanec, *supra* note 2, at 651; Endo, *supra* note 10, at 1360; Nash & Shepherd, *supra* note 41, at 2022.

106) 28 U.S.C. §1920
A judge or clerk of any court of the United States may tax as costs the following:
(4) Fees for exemplification and the costs of making copies of any materials where the copies are necessarily obtained for use in the case;

107) 인증등본(exemplification) 비용을 포함하여 언급한 판례도 존재하나, 주된 논의는 사본 생성비용에 전자정보 제출을 위한 준비비용 등이 포함되는지가 논란이 된다. Kwartler, *supra* note , at 1326 참조.

하기 위하여 취득하는 것이 필요한 경우 자료의 사본 생성 비용'으로 개정하였다.[108] 개정 이전에 1장의 종이문서를 2장으로 복사하는 등 물리적인 복사비용에 적용되었으나, 개정 이후 전자정보에 대한 디스커버리의 이용이 활발해지면서 전자문서 사본의 생성과 관련하여 인정되는 범위를 둘러싸고 상반되는 해석이 나오고 있다.[109] 비록 그 범위에 대하여는 아래와 같이 법원의 해석이 통일되어 있지 않으나 위 조항에 따라 디스커버리에서 자료를 복사하는 데 사용한 비용은 패소당사자에게 부담시킬 수 있게 되었다.[110] 다만 디스커버리 과정에서 전자정보의 보존 및 제출을 위한 처리 과정 등에서 발생하는 비용에 대하여 28 U.S.C. §1920(4)는 규정하지 않으며 연방대법원도 전자정보와 관련하여 위 조항을 직접적으로 해석한 바 없다.[111]

(2) 사후적 소송비용부담절차에서 디스커버리 비용의 취급에 대한 법원의 해석

전자정보의 자료제출 준비를 위하여 소요되는 비용이 28 U.S.C. §1920(4)의 복사 비용에 포함되는지 여부에 대하여 연방대법원의 판례는 없으며, 연방고등법원의 판례는 그 해석이 통일되어 있지 않다.[112] 다만 미국 연방대법원은 2012년 Taniguchi v. Kan Pacific Saipan[113] 사건에서 28 U.S.C. §1920(6) 중 통역인 보수(compensation of interpreters)의 해석에 대하여 판단하였고, 이 판례는 하급심 법원에도 영향을 주고 있다. 이 사건에서 연방대법원은 28 U.S.C. §1920에서 인정하는 상대방에게 부담시키는 비용은 소소한 비용에 한정되며, 외국어 문서를 영어 문서로 번역(translating)한 비용은 통역인 보수에 포함되지 않는다고 해석하여 28 U.S.C. §1920에서 규정한

108) Harle, *supra* note 80, at 274.

109) Callaway, *supra* note 21, at 198; Harle, *supra* note 80, at 274.

110) Spencer, *supra* note 41, at 781.

111) Callaway, *supra* note 21, at 198; Kwartler, *supra* note 26, at 1323; Mazanec, *supra* note 2, at 651.

112) Spencer, *supra* note 41, at 781; Callaway, *supra* note 21, at 198; Mazanec, *supra* note 2, at 652; Nash & Shepherd, *supra* note 41, at 2023.

113) Tanihuchi v. Kan Pacific Saipan, Ltd., 566 U.S. 560 (2012).

상대방에게 부담시킬 수 있는 비용에 대하여 제한적으로 해석하는 태도를 보였고,[114] 그 결과 28 U.S.C. §1920(4)의 비용도 엄격하게 해석해야 한다는 흐름으로 이어지고 있다.[115]

2012년 이전 일부 연방법원은 전자정보에 대한 디스커버리 제출에 대한 비용을 28 U.S.C. §1920(4)의 자료 복사 비용에 포함하는 넓은 해석을 하였으나,[116] 위 연방대법원 이후 엄격한 해석을 하는 연방법원 판례가 증가하고 있다.[117] 제3순회 연방고등법원은 디스커버리의 자료제출에 소요된 비용 중 종이문서의 스캔, 원본파일의 TIFF로의 변환, VHS테이프의 DVD로의 복제 등에 대하여만 §1920(4)에 의하여 부담 가능한 비용으로 보았고,[118] 제4순회 연방고등법원도 이에 동조하였다.[119] 연방순회 고등법원(Fed. Cir.)도 위 규정에 의하여 제출한 사본을 생성하는데 소요된 비용은 부담시킬 수 있으나, 자료제출을 위한 검색, 필터링, 분석, 검토 비용 등은 비용부담결정의 비용에 포함시킬 수 없다고 판단하였다.[120] 복사(copy)를 엄격하게 해석하는 입장을 보이는 하급심법원들은 전자정보에 대한 자료제출명령의 활동을 (i) 원본을 찾는 행위와 (ii) 원본의 사본을 생성하는 행위로 나누고 후자인 사본을 생성하는 비용만이 복사비용에 해당한다고 해석한다.[121]

상대방에게 ESI에 대한 디스커버리 비용을 판결 후에 전환하는 규정은 해석기준의 불명확성으로 인하여 예측가능성이 결여되며,[122] 특히 여러 재판관할권의 법원에서 소송을 수행하는 광역소송에서 당사자는 법원별로 각

---

114) Kwartler, *supra* note 46, at 1324.

115) Kwartler, *supra* note 46, at 1327; Harle, *supra* note 80, at 277.

116) Tibble v. Edison Int'l, No. CV 07-5359 SVW, 2011 WL 3759927, at *7 (C.D. Cal. 2011); Lockheed Martin Idaho Technologies Co. v. Lockheed Martin Advanced Environmental Systems, No. CV-98-316-E-BLW, 2006 WL 2095876, at *2 (D. Idaho, 2006).

117) Kwartler, *supra* note 46, at 1329.

118) Race Tires Am., Inc. v. Hoosier Racing Tire Corp., 674 F.3d 158, 167 (3d Cir. 2012).

119) Country Vintner of N.C., LLC v. E. & J. Gallo Winery, Inc., 718 F.3d 249, 260 (4th Cir. 2013).

120) CBT Flint Partners, LLC. v. Return Path, Inc., 737 F.3d 1320, 1331 (Fed. Cir. 2013).

121) Callaway, *supra* note 21, at 204.

122) Nash & Shepherd, *supra* note 41, at 2024.

기 다른 기준을 고려하여 디스커버리 비용에 대한 대책을 마련해야 하므로 당사자에게 부담이 된다.[123] 또한 28 U.S.C. §1920(4)는 각자부담주의 구조를 유지하면서 그 예외를 규정한 것에 불과하므로, 연방법원 실무에서 디스커버리 비용을 당사자 간에 적정하게 배분하는데 실질적으로 기여하고 있지 않다.[124] 28 U.S.C. §1920에 의하여 패소자에게 디스커버리 복사비용 등을 부과하는 판례가 형성되고 있으나, 여전히 대다수의 연방법원은 보수적인 입장을 유지하여 디스커버리 비용의 배분이나 전환을 인정하더라도 FRCP 26(b)(2)(B)에 의하여 결정하고, 디스커버리 비용의 전환을 사후적으로 허용하지 않는 경우가 많다.[125]

4. 미국의 제출자부담주의의 적정성 문제

(1) 미국의 각자부담주의와 제출자부담주의의 의의와 적정성

1) 사법접근성 측면

미국의 각자부담주의는 소송비용부담에 소송결과를 반영시키지 않음으로써 패소에 대한 두려움 없이 적극적으로 소송에 임하게 하여 사법접근성(Access to Justice)을 보장하기 위한 것으로, 자신의 권리를 법적으로 실현시키고자 하는 잠재적 원고를 보장하는 한편, 잠재적 피고가 방어하는 입장이라는 사실만으로 불이익을 받지 않도록 잠재적 피고도 보호한다.[126] 특히 소송결과를 예측할 수 없는 경우 경제적 약자인 원고가 패소하더라도 불이익을 입지 않도록 보호하여 사법접근성을 보호한다.[127] 미국의 광범위한 디스커버리도[128] 사법접근성 보장을 위한 것이며, 미국이 전통적으로 채택하고 있는 '자료제출자(피신청인)부담원칙'은 상대적으로 디스커버리 제출자료를

123) Mazanec, *supra* note 2, at 653; Harle, *supra* note , at 279.
124) Mazanec, *supra* note 2, at 654.
125) Mazanec, *supra* note 2, at 660; Spencer, *supra* note 41, at 811.
126) Spencer, *supra* note 21, at 773; Tidmarsh, *supra* note 47, at 249; Nash & Shepherd, *supra* note 41, at 2025.
127) Callaway, *supra* note 21, at 195.
128) Nash & Shepherd, *supra* note 41, at 2019.

많이 보유한 사람(예: 대기업)에게 비용을 부담시킨다. 이는 디스커버리 부담이 적은 원고(예: 소비자)가 상대적으로 적은 비용으로 모색적 증명을 할 수 있도록 하여 충분한 자료수집에 의하여 소의 제기 및 승소가능성을 향상한다.[129] 소송당사자가 자신의 승소를 위하여 필요한 자료를 수집할 수 있는 유일한 방법은 디스커버리이며, 디스커버리를 이용하기 위해서는 재판관할권과 소답절차기준 등 필요한 조건을 충족해야 하므로 자료제출명령의 신청이 무분별하게 남용되는 것을 방지할 장치가 존재하여 적정성을 충족한다.[130]

2) 당사자의 신의성실의 원칙 측면

당사자는 자신이 원고 또는 피고로 재판을 받기 위하여 소요되는 비용을 부담할 의무가 있으며, 상대방 당사자의 이익을 위하여 소요된 소송비용을 부담했다고 하더라도 정부나 상대방 당사자에게 재산을 몰수당했거나 잘못으로 인한 제재를 받았다고 볼 수 없다.[131] 시민들은 사법부의 운영에 협조할 의무가 있으므로 적법하게 소환되면 법원에 출석하여 증언할 의무가 있고,[132] 이 의무는 경제적으로 부담이 된다고 하더라도 없어지지 않는다.[133] 디스커버리의 자료제출에 있어서도, 재판에 필요한 자료를 제출하는 것은 시민의 기본의무라고 할 수 있고, 이에 소요된 비용의 배상을 청구할 권리는 누구에게도 없다.[134]

법원의 적법한 자료제출명령에 의하여 제출한 자료는 피신청인의 제출자의 주장의 일부를 뒷받침하기 위하여 사용될 수 있으므로 제출자에게 우선 부담시키는 것이 형평에 어긋나는 것은 아니다.[135] 만약 제출한 자료가 제출자의 주장을 뒷받침하지 못하고 신청인의 주장을 뒷받침하여 신청인에게만 유리하게 작용하였다고 하더라도, 재판에 필요한 자료를 보유한 사람

---

129) Norris, *supra* note 41, at 2133; Mazanec, *supra* note 2, at 659; Lahav, *supra* note 31, at 2045.

130) Spencer, *supra* note 41, at 797.

131) Id.

132) United States v. Bryan, 339 U.S. 323, 331 (1940); Balckmer v. United States, 284 U.S. 421, 438 (1932).

133) Hurtado v. United States, 410 U.S. 578, 589 (1973).

134) Spencer, *supra* note 41, at 792.

135) Id., at 788.

은 이를 제공해야 할 의무가 있으므로[136] 법원의 적법한 자료제출명령을 준수하기 위하여 발생한 비용은 당사자가 감수해야 하는 것이다.[137]

다만 당사자가 부담해야 하는 비용은 공정하고 적정한 재판에 필요한 자료의 제출에 대한 것으로 재판에 불필요한 자료제출비용을 부담할 필요는 없다. FRCP 같은 경우에는 법원 재판관할권(jurisdiction)과 소답절차(pleadings) 기준을 충족한 경우에만 디스커버리 이용을 허가하고,[138] 디스커버리의 자료제출명령에 있어서 당해사건과의 관련성을 요구하고 있으며,[139] 비례성원칙을 강화하여 부적절한 부담이나 비용을 초래하는 디스커버리를 제한하고 있어 불필요한 자료제출의 가능성을 제한한다.[140] 또한 법원은 FRCP가 규정하는 보호명령제도에서 자료제출자가 법관 앞에서 제출명령 대상이 된 자료의 해당 사건과의 관련성이나 과도한 부담 등에 대하여 이의제기할 수 있는 절차를 보장한다.[141] 그러므로 민사재판에서의 디스커버리의 자료제출명령이 적법하고 재판에 관련성이 있으며 과도한 부담이 되지 않는다고 법원이 판단한 것이라면 자료제출명령에 따라 발생한 비용은 헌법에서 보호하는 재산권이라고 할 수 없어 그 비용을 정부나 자료제출로 인한 수익자가 보전해야 하는 것은 아니다.[142]

3) 민사소송의 적정성 측면

민사소송이란 법을 준수하도록 장려하여 당사자 간의 사적 분쟁을 평화롭게 해결하면서 일방 당사자가 입은 피해를 적절하게 보상하면서 법을 발전시키는 것이다.[143] 민사소송의 목적이 공정·신속·경제임을 비추어보면 디스커버리비용의 부담원칙 및 방법도 공정·신속·경제의 이념에 부합하여야 한다. 제출자부담주의 하에서 자료제출을 요구하는 당사자는 저렴한 비

136) Id., at 789.
137) Id., at 789.
138) Id., at 796.
139) Fed. R. Civ. P. 26(b)(1).
140) Fed. R. Civ. P. 26(c)(1).
141) Spencer, *supra* note 41, at 794.
142) Id., at 795.
143) Id., at 799.

용으로 디스커버리제도를 이용할 수 있으며, 경제적 부담 없이 디스커버리로 자료를 확보하여 재판에 이를 활용하여 정확한 법적용을 가능하게 하므로 민사소송의 공정의 이념에 부합한다.

아래에서 살펴보는 바와 같이 미국의 제출자부담주의는 무제한적인 디스커버리신청을 조장하여 디스커버리비용을 과다하게 하고 당사자에게 지나친 부담이 된다고 비판받으며, 이는 민사소송의 신속성이나 경제성에 반하는 것으로 보일 수 있다. 그러나 당사자가 부담을 느끼게 되는 소송비용(litigation cost)의 총액에는 다양한 변수가 영향을 미치며, 디스커버리 비용이 과다한지에 대하여는 판별하기 어렵다.[144] 또한 디스커버리 비용이 과다하여 실무에서 문제가 되고 있다는 일반적인 인식과 달리, 실증연구에서 제출자부담주의 하에서 디스커버리 비용이 과다하다고 밝혀진 바는 없다.[145] 2015년 FRCP 개정을 준비하면서 2008년에 연방민사사건을 담당한 2000명 이상의 변호사들에 대한 설문조사를 실시하여 그 결과가 공개되었는데, 이 설문조사 결과 변호사비용을 포함한 소송비용의 중앙값은 원고가 $15,000, 피고가 $20,000로 나타났다.[146] 디스커버리 비용이 전체 소송비용에서 차지한 비율의 중앙값은 원고가 20%, 피고가 27%로[147] 피고의 부담이 원고보다는 컸으나, 제출자부담주의에 대한 비판에서 지적되는 것처럼 원고가 피고의 디스커버리비용을 무제한적으로 부담시키는 것은 일부 고액소송에 국한되며, 일반적인 상황이 아닌 것으로 나타났다.[148]

소송비용의 증감에 영향을 미치는 요소는 사실관계의 복잡성, 당사자간의 다툼의 정도, 담당 변호사의 소속 로펌의 규모 등으로,[149] 과다한 디스커버리 비용이 문제가 된다는 일반적인 인식과 상반된 결과가 나타났다.[150] ESI에 대한 디스커버리를 하는 경우 10%의 비용증가가 발생하는 등[151]

---

144) Lahav, *supra* note 31, at 2041.
145) Id., at 2049.
146) Lee & Willging, *supra* note 8, at 770.
147) Id., at 779-80.
148) Lahav, *supra* note 31, at 2051.
149) Lee & Willging, *supra* note 8, at 783-84.
150) Lahav, *supra* note 31, at 2049.
151) Lee & Willging, *supra* note 8, at 786.

ESI에 대한 디스커버리는 비용을 상승시키나, 디스커버리 비용은 소송절차보다도 제출해야 하는 ESI의 저장방식 등에 좌우되는 것으로 나타났다.[152] 더구나 1997년의 디스커버리 비용과 2009년의 디스커버리 비용을 비교하면 인플레이션을 감안하였을 때 유의미한 비용증가는 발견되지 않았다.[153] 소송비용에는 디스커버리 외에 다른 요소가 더 중요한 영향을 미치므로 디스커버리비용의 부담방식이 소송비용, 나아가 소송결과 등에 어떠한 영향을 미치는가 하는 점에 대하여는 명확하게 밝혀진 바가 없다.[154]

(2) 디스커버리 제출자부담원칙에 대한 비판

1) 경제적 인센티브 측면

제출자부담원칙을 채택하는 경우 디스커버리에서 자료제출을 요구하는 당사자는 자료제출에 대한 비용을 부담하지 않고 오히려 자료제출자에게 그 비용을 부담하게 하므로, 사건과 관련성이 있는 자료에 대하여 광범위한 디스커버리를 하는 것이 유리하다.[155] 이는 제조물책임사건이나 의료사고 등 당사자 중 한 명이 정보를 독점한 정보 불균형(asymmetric information) 상황에서 심화된다.[156] 또한 일반적으로 소송은 당사자들이 서로 어떠한 자료를 가지고 있으며 그 자료의 내용이 무엇인지, 그 자료가 소송에서 가지는 가치가 어떠한지에 대하여 정확하게 알지 못한 상태에서 진행이 되며, 이러한 불확실성은 광범위한 디스커버리를 부추기게 된다.[157] 제출자부담원칙의 구조에 의하면 자료제출신청인은 자료를 확보할수록 유리하며, 자료제출비용은 제출자가 부담하게 되므로 방대한 자료제출을 요구하는 것이 합리적인 선택이 되며, 방대한 자료제출의 요구는 결과적으로 디스커버리비용을 사실상 무제한으로 제출자에게 부담시키게 된다.[158] 앞서 살펴본 바와

152) Id., at 785.

153) Lahav, *supra* note 31, at 2049.

154) Tidmarsh, *supra* note , at 251; Spencer, *supra* note 41, at 799.

155) Norris, *supra* note 41, at 2121; Kwartler, *supra* note 26, at 1317; Tidmarsh, *supra* note 47, at 248; Gelbach & Kobayashi, *supra* note 67, at 1104.

156) Tidmarsh, *supra* note 47, at 248.

157) Lahav, *supra* note 31, at 2042; Redish & McNamara, *supra* note 47, at 801.

같이 ESI에 대한 디스커버리 비용의 부담은 상당하며, 디스커버리비용의 무제한적인 부담은 소송절차 내에서의 부담으로 그치지 않고, 사건의 종결에도 영향을 미친다. 자료제출자에게 자료제출에 대한 모든 비용을 부담시키면 자료제출자는 더 이상의 자료제출비용의 부담을 피하기 위하여 조기에 화해로 사건을 종결시키고자 한다.[159] 화해하는 경우에도 자료제출자는 이미 부담한 디스커버리비용을 자신의 소송비용으로 산입하여 계산하게 되고, 이는 당사자가 합의 가능한 범위에 영향을 미치게 된다.[160]

예를 들어 원고가 피고에게 1억 원의 지급을 구하는 사건에서 원고의 승소율이 50%라고 하면 원고의 기댓값은 5,000만 원이 되며, 여기에서 각자부담원칙에 따라 변호사비용을 포함한 소송비용이 각 2,000만 원이라고 하면 원고는 소송으로 3,000만 원의 기댓값을 가지게 되고, 반대로 피고는 7,000만 원의 기대비용을 지불하게 된다.[161] 이 경우 원고와 피고의 협상가능영역은 3,000만 원에서 7,000만 원 사이에 형성이 된다.[162] 그러나 피고의 소송비용이 디스커버리 자료제출비용을 합하여 4,000만 원이라고 한다면 피고는 9,000만 원까지는 화해로 사건을 종결하고자 할 것이고, 이는 피고가 부담하는 소송비용이 증가할수록 피고가 화해로 사건을 종결할 가능성이 커지는 것을 의미한다.[163] 극단적으로는 디스커버리비용이 막대한 경우, 자료제출자인 피고는 단순히 더 이상의 비용부담을 피하고자 원고가 승소가능성이 없더라도 화해를 하는 것이 더 이익이 되는 일도 있을 수 있다.[164]

현재 FRCP는 사건과의 관련성이 인정되고 비닉특권이 적용되지 않는 것에 대하여 광범위한 디스커버리를 인정하고 있으며, 자료제출요구의 피신청인이 신청인의 광범위한 자료제출요구를 제한하기 위해서는 ESI에 대한

---

158) Elliott, *supra* note 53, at 1787; Kwartler, *supra* note 26, at 1317; Nash & Shepherd, *supra* note 41, at 2026.

159) Mazanec, *supra* note 2, at 645; Lahav, *supra* note 31, at 2039; Redish & McNamara, *supra* note 47, at 803.

160) Norris, *supra* note 41, at 2123; Lahav, *supra* note 31, at 2039.

161) Norris, *supra* note 41, at 2122.

162) Id.

163) Norris, *supra* note 41, at 2123; Mazanec, *supra* note 2, at 644; Lahav, *supra* note 31, at 2039.

164) Norris, *supra* note 41, at 2123.

합리적 접근성의 결여 등을 다투어야 한다. 미국 연방대법원은 제출자부담원칙으로 인한 디스커버리 남용문제를 인식하고 Bell Atlantic Corp. v. Twombly[165] 사건에서 소답절차 기준을 강화하는 등 디스커버리 남용을 방지하기 위한 법리를 형성하였으나,[166] 신청인이 막대한 자료제출요구를 하여 유리하게 소송을 종결하려는 경제적 유인을 근본적으로 해결하지는 못한다.[167] 결국 제출자부담원칙은 본안의 승소가능성이 없더라도 디스커버리 자료제출비용에 대하여 부담을 느끼는 상대방 당사자를 압박하여 화해로 유도하게 되며, 승소가능성이 없는 소의 제기를 구조적으로 부추긴다.[168]

2) 비용부담과 혜택의 공평 측면에서의 고찰

미국의 제출자부담주의 구조 하에서 자료제출을 하는 당사자는 자료제출을 요구한 상대방의 요구에 따라 비용을 부담하면서 자료제출을 준비하고, 제출된 자료는 자료제출을 요구한 상대방의 승소가능성을 높이거나 화해의 협상력을 강화하는데 사용된다.[169] 만약 자료제출자가 승소하였다고 하더라도 상대방의 자료제출요구에 응하여 자료제출을 한데 소요된 비용은 보상받지 못할 확률이 크다. 이는 보통법상의 준계약관계 등에서의 적정한 보상원리(Quantum Meruit)[170]에 반하는 것으로, 디스커버리에서 자료제출을 하는 당사자는 자료제출을 준비한 비용과 자료제출로 인하여 상대방이 얻은 이익에 대한 비용을 받는 것이 공평의 이념에 부합한다.[171] 즉 자료제출자에게 불리하게 작용할 수 있는 자료의 제출을 강제하면서 그 제출비용의 부담까지 강제하는 것은 부당하다.[172]

---

165) 550 U.S. 544, 548 (2007).

166) Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007); Ashcroft v. Iqbal, 556 U.S. 662 (2009); Norris, *supra* note 41, at 2128.

167) Mazanec, *supra* note 2, at 645.

168) Mazanec, *supra* note 2, at 644; Tidmarsh, *supra* note 47, at 248; Spencer, *supra* note 41, at 802.

169) Redish & McNamara, *supra* note 47, at 788.

170) 'quantum meruit'은 'as much as he has deserved'를 뜻하는 라틴어로, 당사자의 명확한 합의 없이 행한 일에 대하여 보상받고자 할 때 사용되는 법리이다. Redish & McNamara, *supra* note 47, at 784 참조..

171) Redish & McNamara, *supra* note 47, at 791.

172) Tidmarsh, *supra* note 47, at 248; Redish, *supra* note 36, at 1854.

현재 FRCP 구조 하에서 자료제출을 요구하는 당사자는 광범위한 디스커버리를 하는 것이 유리한 반면, 자료제출요구를 받은 당사자는 디스커버리의 범위와 비용, 시간 등을 통제할 권한이 사실상 없어서 디스커버리에 의한 자료제출요구에 응하기 위한 비용을 스스로 결정할 수도 없으며, 자료제출요구에 불성실하게 응하는 경우 법원의 제재를 받을 위험도 있다.[173] FRCP는 지나친 디스커버리 신청을 제한하기 위하여 비례성원칙을 강화하였으나, 비례성원칙에 따른 제한은 디스커버리에 의하여 요청된 자료의 보관형태와 제출비용, 소송에서의 가치, 소송규모에 비추어 적정한지의 여부에 대하여 당사자들과 법원은 모두 사건 개시 이후 불완전한 초기 정보에 의하여 판단하도록 요구한다.[174] 그러므로 디스커버리에 대하여 법원이 비례성원칙에 따라 통제하는 것은 정보의 불확실성으로 인하여 완전하게 작동하기 어렵고,[175] 법원의 불완전한 통제가 작동되는 현재의 디스커버리 구조에서 자료제출자에게 일방적으로 그 비용을 부담시키는 것은 합리적인 이유가 없어 공평하지 않다.[176]

3) 적정한 민사소송 측면에서의 고찰

민사소송의 목적은 법의 준수를 장려하고, 분쟁을 평화롭게 해결하며, 불법행위에 대하여 적정하게 보상을 하고, 이 과정에서 법을 발전시키는 것이다.[177] 민사재판절차는 위 목적을 달성하기 위하여 적법절차를 준수하며 효율적이고 적정하게 진행되어야 한다.[178] 디스커버리는 적정한 민사분쟁의 해결을 위하여 당사자들이 재판에 필요한 자료를 실효적으로 확보하기 위한 절차적 수단이다.[179] 한편으로, 디스커버리는 광범위한 자료제출요구를 통하여 재판에 필요한 자료를 확보하는 한편 자료제출요구의 신청 및 제출, 자료검토에 전문가 검토가 사실상 필수적이며 이에 대한 비용과 시간이

173) Redish & McNamara, *supra* note 47, at 805.
174) Id., at 803.
175) Lahav, *supra* note 31, at 2042.
176) Redish, *supra* note 36, at 1863.
177) Spencer, *supra* note 41, at 799.
178) Id., at 799.
179) Lahav, *supra* note 31, at 2045.

소요되므로 민사소송을 지연하고 비용부담을 초래할 위험이 있다. 미국에서 디스커버리의 목적에는 재판에 필요한 자료의 확보 외에 자료공개를 통한 공익적 목적의 추구도 인정되므로[180] 적정한 민사소송과 적정한 디스커버리가 무엇인지, 공정성과 신속성 및 경제성이 어떻게 조화를 이루어야 하는지에 대하여는 단언하기 힘들다.

그러나 현재 미국의 제출자부담원칙이 적용된 디스커버리의 경우 자료제출요구의 피신청인이 자료제출의 막대한 비용에 부담을 느껴 본안의 승소가능성과 무관하게 사건을 화해로 종결하게 하는 부작용이 문제 되고 있다.[181] 막대한 디스커버리비용에 부담을 느낀 상대방 당사자를 압박하여, 본안에서의 청구인용 가능성과 무관하게 화해를 통하여 일정한 비용을 지불하고 타협하게 하는 것은 민사소송의 공정성 관념에 위배된다.[182] 디스커버리 비용을 자료제출자에게 부담시키는 미국의 제출자부담주의는 제출자, 주로 피고에게는 불법행위에 대하여 과잉억지력(overdeterrence)을 발휘하는 한편, 자료제출 신청인, 주로 원고에게는 불법행위에 대하여 과잉보상(overcompensation)을 가능하게 한다.[183] 결국, 민사분쟁을 적정하고 효율적으로 해결하고자 하는 민사소송과 화해의 본연의 가치를 훼손한다.[184]

Ⅳ. 전자정보에 대한 증거절차비용의 적정한 비용부담방법의 모색

1. 개관

소송비용의 부담과 관련하여, 첫째로 소송비용을 누가 부담할 것인가에 관한 소송 당사자 간의 비용부담 원칙에 대한 논의가 있고, 둘째로 그 원칙에 따라 소송비용의 구체적인 비용을 확정하는 방법에 대한 논의가 존재한

180) Lahav, *supra* note 31, at 2045.
181) Mazanec, *supra* note 2, at 646.
182) Redish, *supra* note 36, at 1865.
183) Norris, *supra* note 41, at 2127.
184) Mazanec, *supra* note 2, at 646.

다. 첫 번째로 검토해야 하는 소송 당사자 간에 비용부담을 시키는 방법은 크게 ① 소송 결과를 반영한 방법(패소자부담주의, English Rule)과 ② 소송 결과를 반영하지 않은 방법으로 나눌 수 있다. 소송 결과를 반영하지 않은 방법은 ②-(1)제출자부담주의와 ②-(2)신청인부담주의로 나눌 수 있다. 미국의 경우 각자부담주의(American Rule)에 입각하여 디스커버리에서 제출자부담주의를 기본원칙으로 채택하고 있다. 앞서 미국이 채택한 제출자부담주의에 대하여는 검토하였으므로, 우리나라를 비롯한 대륙법계 국가와 보통법계국가 중 영국 및 미국의 일부 주가 채택한 패소자부담주의와 신청인부담주의에 대하여 절차적 공정성의 관점에서 고찰할 필요가 있다.

두 번째로 소송비용 중에서도 증거비용을 ⓐ 누가 얼마만큼을 부담하는지에 대하여 일률적으로 법규정으로 정할 수 있고, ⓑ 법원의 재량으로 정할 수 있다. 소송비용 부담에 관한 패소자부담주의 또는 각자부담주의 등 어느 방식에 따르더라도 소송의 전체적인 상황을 고려하여 법원이 결정하는 것이 일반적이다. 이에 소송비용 결정절차에 대하여도 절차적 공정성의 관점에서 고찰할 필요가 있다.

2. 소송 당사자 간의 비용부담원칙에 대한 검토

(1) 패소자부담주의(English Rule)

1) 의의 및 공정성

대다수의 대륙법계 국가들과 보통법계국가 중 영국과 미국 알래스카주 등 일부 주가 채택한 패소자부담주의는 소송결과에 따라 소송비용을 부담시키며,[185] 패소한 당사자는 자신의 소송비용뿐만 아니라 승소한 당사자의 소송비용도 부담하게 된다.[186] 디스커버리 비용은 판결의 부수적 절차인 소송비용확정절차를 통하여 패소자가 부담하며, 미국의 FRCP 54 및 28 U.S.C. §1920에서 비용전환이 인정되지 않는 디스커버리 전문가비용, 자료

185) Callaway, *supra* note 21, at 195.
186) Norris, *supra* note 41, at 2134.

생성 및 복구비용, 제출검토비용 등을 패소자에게 부담하게 할 수 있다.[187]

합리적인 소송 당사자는 소송비용지출보다 소송으로 얻는 이익이 크다고 판단하는 경우에만 소를 제기하고 본안에 대하여 다투게 되므로 패소자부담주의는 구조적으로 본안에서의 승소가능성이 높거나 본안 청구액이 디스커버리 비용보다 많은 경우에 소를 제기하도록 유도하므로 부당소송(frivolous claims)을 억제한다.[188] 한편 패소자부담주의는 부당소송을 억제하면서도 승소를 확신하는 당사자가 소를 제기할 수 있는 환경을 조성하여 승소가능성이 높은 사건에서 소를 제기할 수 있도록 한다.[189] 또한 디스커버리를 신청하려는 사람은 소송의 승패를 확신할 수 없는 상황에서 자료제출비용을 부담할 가능성을 감안하여, 자료제출요구시 필요한 자료만을 선별하여 신중하게 신청하게 되므로 방대한 디스커버리로 인한 지나친 비용 발생 등의 폐단을 방지할 수 있다.[190]

2) 문제점

패소자부담주의에 대한 첫 번째 비판은 사법접근성 측면에 관한 것이다. 패소자부담주의는 승소가능성이 불확실한 경우 소송비용부담으로 사법접근성을 저해할 우려가 있으며, 특히 경제적 약자나 소액사건에서 소제기를 억지할 우려가 있다.[191] 소를 제기하는 데 정당한 이유가 있는 사람이더라도 사건 초기에 ESI에 대한 막대한 디스커버리 비용을 감당하지 못하거나, 패소하였을 경우 막대한 디스커버리 비용이 부과되는 위험을 회피하기 위하여 소를 제기하지 않을 우려가 있다.[192] 결국 패소자부담주의는 부당소송을 억제하는 효과가 있으나, 일부 사건에서 사법접근성을 저해하여 부당한 행위에 대하여 당사자가 보상을 받지 못하게 되어 불법행위에 대한 억지력이 낮아지게 된다.[193] 비용부담으로 인한 사법접근성의 저해에 대한 대안으로 소송 당사자

---

187) Mazanec, *supra* note 2, at 661.

188) Spencer, *supra* note 41, at 802; Norris, *supra* note 41, at 2134.

189) Norris, *supra* note 41, at 2134; Spencer, *supra* note 41, at 774; Mazanec, *supra* note 2, at 662.

190) Mazanec, *supra* note 2, at 662; Tidmarsh, *supra* note 47, at 250.

191) Mazanec, *supra* note 2, at 662; Tidmarsh, *supra* note 47, at 249.

192) Mazanec, *supra* note 2, at 663.

가 제3자로부터 소송비용 등을 투자받는 소송금융(litigation funding)[194] 등이 제안되었으나, 제3자에 의한 펀딩 지원은 청구금액의 증가 및 소송당사자들과 펀딩 제공자의 이해관계충돌 등 당사자의 소송에서의 신의성실원칙 등 여러 문제점을 야기하여 완전한 대안으로 보기 어렵다.[195]

두 번째 비판은 경제적 인센티브의 관점에서 제기된다. 디스커버리 비용의 부담원칙으로 패소자부담주의를 채택하면 당사자의 부담이 경감되는지, 이에 따라 본안으로 나아가는 데 유의미한 차이가 있으며 그 소송비용의 증감은 어떠한지, 그리고 패소자부담주의에 따라 소송비용부담을 결정하는 단계에서의 소송비용의 증감이 어떠한지에 대하여 고찰할 필요가 있다. 그러나 비용부담의 방식에 따른 소송비용 증가 등에 대한 실증연구 결과가 확립되어 있지 않아 정확한 추론을 하기에는 한계가 많다.[196] 소송비용의 증감에 영향을 미치는 요소는 사실관계의 복잡성, 당사자 간의 다툼의 정도, 담당 변호사의 소속 로펌의 규모 등으로 밝혀졌으며, 디스커버리비용의 영향력은 제한적이다.[197] ESI에 대한 디스커버리에서 비용 상승의 요인은 제출해야 하는 ESI의 저장방식 등에 좌우되는 것으로 나타났다.[198] 그러므로 디스커버리비용의 부담방식이 소송에 어떠한 영향을 미치는가 하는 점에 대하여는 분명하지 않다.[199]

또한 경제적 측면에서의 분석은 당사자들이 소송을 통하여 기대할 수 있는 배상액과 디스커버리를 통하여 얻을 수 있는 자료의 가치 등을 정확하게 알고 있다는 점을 전제로 하나, 이러한 전제는 실제 세계에서는 불가능하다.[200] 패소자부담주의의 장점으로 꼽히는 디스커버리 범위의 적정성 추구와 그에 따른 자료제출비용의 제한 효과는 이론상 추론일 뿐, 실증연구로

193) Spencer, *supra* note 41, at 809.

194) 법률신문, "'소송금융' 본격화, 법조 새 시장 열리나", (2024. 2. 23. 기사 입력), https://www.lawtimes.co.kr/news/196074 (2024. 2. 26. 최종방문).

195) Tidmarsh, *supra* note 47, at 251.

196) Spencer, *supra* note 41, at 799.

197) Lee & Willging, *supra* note 8, at 783-84.

198) Id., at 785.

199) Tidmarsh, *supra* note 47, at 251.

200) Id.

정립되지 않았다는 점을 주목할 필요가 있다.[201] 오히려 일부 미국의 실증연구에서는 패소자부담주의를 도입한 미국의 일부 주에서 소송비용이 증가한 것을 확인하였다.[202]

한편 패소자부담주의에서는 소에서 누가 우세하였는지를 가려서 소송비용을 상대방에게 전환시킬 수 있으므로 변론을 거쳐 판결을 받고자 하는 가능성이 높아진다. 그러므로 본안으로 나아가는 비율이 증가하고 화해로 종결되는 사건이 줄어들게 되고, 이는 디스커버리 비용을 절감할 수 있으나 결국 변론과정에서의 소송비용의 증가로 이어지게 된다. 또한 승소가능성을 예측할 수 없는 사건에서 비용에 부담을 느낀 당사자가 불완전한 디스커버리를 하는 경우, 변론에서 실체적 진실을 추구할 가능성이 낮아지게 되어 결국 재판의 정확성을 떨어뜨리고, 이는 소송의 사회적 비용을 증가할 우려가 있다.[203] 그러나 이러한 추론 역시 이론상의 추론일 뿐이며, 실증연구에서 밝혀진 바는 없다. 1980년 플로리다주는 의료분쟁에 패소자부담주의를 도입하였는데, 한 연구에서는 소송이 증가하고 화해종결비율이 감소한 반면 원고에 대한 배상액이 높아졌다고 보고하였으나, 패소자부담주의를 채택한 알래스카주의 다른 연구에서는 불법행위 사건에서 그러한 효과가 나타나지 않았다.[204]

적정한 민사소송은 경제적 측면에서 소송비용의 지나친 부담을 지양하므로 디스커버리 비용을 패소자에게 부담하게 하여 필요한 범위 내에서의 디스커버리가 이루어지도록 경제적으로 유도할 필요는 인정된다. 그러나 소송의 가치와 디스커버리로 얻고자 하는 자료의 가치 등이 불확실한 현실에서 실체적 진실을 밝힐 자료가 확보되지 않는다면 부당한 소송결과가 나오게 되어 공정성이 침해될 소지가 있다.[205]

마지막으로, 패소자부담주의에 따를 경우 필연적으로 본안소송 후 소송

---

201) Spencer, *supra* note 41, at 799.
202) Norris, *supra* note 41, at 2134.
203) Tidmarsh, *supra* note 47, at 250; Spencer, *supra* note 41, at 809.
204) Spencer, *supra* note 41, at 800.
205) Tidmarsh, *supra* note 47, at 251.

비용부담에 대한 결정절차를 통하여 소송에서 우세한 비율에 따라 소송비용 부담비율을 정하는 절차를 거치게 된다. 이러한 사후적인 소송비용에 대한 절차는 당사자들에게 본안에 대한 재판 외에 소송비용에 대하여 다시 법정에서 다투게 함으로써 새롭고 추가적인 비용을 부담시켜 경제적 약자인 원고에게 큰 부담이 될 수 있다.[206] 또한 법원의 입장에서 소송비용에 대하여 다시 재판하는 것은 결국 해당 사건에 대한 재판을 두 번 하는 것이므로 법원에도 부담이 된다.[207]

(2) 신청인부담원칙

소송의 승패 등 결과와 무관하게, 자료제출을 요구하는 사람과 그 요구에 응하는 사람 중 누구에게 자료제출비용을 부담해야 하는지에 대하여 미국은 앞서 살펴본 대로 자료제출요구에 응하는 사람, 즉 자료제출자에게 부담시키는 원칙을 채택하고 있다. 그러나 제출자부담원칙이 디스커버리의 무제한적 이용을 정당화하는 요인이라는 지적이 있었고, 미국은 2015년 FRCP 개정을 준비하면서 디스커버리비용의 부담원칙을 자료제출을 요구하는 사람이 부담하는 신청인부담원칙으로 변경하는데 대하 검토한 바 있다.[208]

신청인부담원칙으로 변경하면 디스커버리 신청인은 자료제출에 소요되는 비용을 부담하게 되므로 승소에 필요한 자료로 범위를 한정하여 디스커버리를 신청하게 되고, 결과적으로 제출자료의 양과 그 비용이 전체적으로 절감되는 효과를 기대할 수 있다.[209] 또한 제출자부담원칙과 달리 자료제출자가 자료제출비용에 부담을 느끼고 본안의 승소가능성과 무관하게 화해를 하게 되는 폐단을 방지할 수 있다.[210] 자료제출신청인은 제출된 자료를 이용하여 자신의 소송을 유리하게 이끌어갈 수 있으므로 자료제출의 이익을 누리고, 수익자가 비용을 부담하게 되면 미국의 제출자부담주의에서 드러난

206) Callaway, *supra* note 21, at 196.
207) Id.
208) Norris, *supra* note 41, at 2132.
209) Norris, *supra* note 41, at 2132; Nash & Shepherd, *supra* note 41, at 2028.
210) Norris, *supra* note 41, at 2133; Nash & Shepherd, *supra* note 41, at 2027.

여러 폐단들을 시정할 것으로 보인다.[211]

그러나 신청인부담원칙은 자료제출요구 당사자인 원고의 디스커버리 비용을 증가하여 소 제기를 어렵게 한다.[212] 특히 경제적으로 취약한 당사자가 부당한 행위에 대하여 법정에서 다투고자 하는 경우 소송 준비 중에 비용부담으로 인하여 도중에 포기할 우려가 있어 정치적·사회적으로 문제가 될 수 있다.[213] 민사소송의 적정성 측면에서도, 자료제출에 대한 비용을 부담하게 되는 원고는 소를 제기하지 않거나, 소를 제기하더라도 비용부담으로 인하여 자료제출요구를 충분히 할 수 없어 본안의 승소가능성이 떨어지게 될 우려가 있고, 이는 법위반행위의 피해자에게는 정당한 보상을 받을 기회를 상실하게 하는 반면, 법위반행위의 가해자는 법위반행위에 대한 용인으로 이어질 우려가 있다.[214] 결국 피고의 불법행위에 대한 억지력이 약해지고(underterrence) 원고에 대한 보상이 미달하는(undercompensation) 상황이 발생할 수 있다.[215] 즉 신청인부담주의는 사법접근성을 저해하며, 제출자부담주의의 장점과 단점을 그대로 바꾼 것에 불과하다고 할 수 있다.[216]

3. 비용 결정방법에 대한 검토: 법관의 재량에 의한 결정 vs. 법규정에 의한 분배

(1) 법관의 소송비용부담결정에 대한 검토

디스커버리 비용을 어느 한 당사자에게 일률적으로 부담하게 하는 것은 위에서 살펴본 대로 각기 소송절차의 공정성과 경제성 측면에서 문제점을 드러낸다.[217] 예를 들어 제출자부담주의를 극단적으로 적용하게 되면 불법행위에 대한 과잉보상(overcompensation)이 이루어질 우려가 있는 한편,

211) Redish & McNamara, *supra* note 47, at 814.
212) Norris, *supra* note 41, at 2133; Spencer, *supra* note 41, at 802.
213) Redish & McNamara, *supra* note 47, at 814.
214) Spencer, *supra* note 41, at 802.
215) Norris, *supra* note 41, at 2133.
216) Id., at 2133.
217) Nash & Shepherd, *supra* note 41, at 2019.

패소자부담주의나 신청인부담주의를 채택하게 되면 불법행위에 대한 과소보상(undercompensation)이 이루어질 우려가 있어 적정한 민사소송이 실현되지 못한다.[218] 디스커버리의 본질적인 목적이 당사자들에게 공격방어방법을 충분히 확보하게 하여 당사자들이 진실에 부합하고 정확한 법적용이 이루어지는 공정한 재판을 받기 위한 것임을 고려하면 디스커버리 비용의 부담원칙의 일률적인 규정의 적용은 디스커버리의 본질적인 목적에 부합하지 않은 것으로 보인다.[219] 디스커버리 역시 민사소송의 이상에 따라 3공정·신속·경제의 이상에 부합하게 운영되어야 한다.[220] 이러한 점을 반영하여, 일반적으로 법원은 디스커버리 비용을 포함하여 소송비용의 결정권한을 가지고 있다. 미국의 경우에도 각자부담주의의 예외로 법적 근거가 없더라도 당사자 간의 소송비용부담을 결정하는 권한을 법원의 고유권한으로 인정하는데, 이러한 사법적인 예외는 당사자들이 해당 사건에서 사법서비스를 받기 위한 비용의 전부 또는 일부를 부담할 의무가 있다는 것을 전제로 한다.[221]

다만 법원의 소송비용부담결정에 대한 재량을 광범위하게 인정하는 경우 여러 문제점이 발생할 수 있다. 첫째, 개별사건에서 법관이 재량으로 비용부담 배분을 결정하게 되면 소송비용부담에 대한 예측가능성이 결여된다.[222] 미국 연방법원의 판례에서 보듯이 비례성원칙에 입각한 디스커버리 비용의 부담규정은 법관의 비교형량에 의존하며, 추상적인 기준으로 인하여 통일적인 판례법이 형성되어 있지 않다.[223] 사건마다 달라지는 소송비용부담에 대한 결정에 대하여 당사자는 그 비용부담을 예측할 수 없으므로 당사자의 행동을 제한하는 유인 효과를 기대할 수 없어 당사자의 디스커버리 비용을 절감하는 효과가 거의 없다.[224]

두 번째로 법관은 소송비용을 결정하기에 적절한 위치에 있지 않다. 법

---

218) Spencer, *supra* note 41, at 802.
219) Id., at 803.
220) Id., at 805.
221) Id., at 776.
222) Elliott, *supra* note 53, at 1788-89; Tidmarsh, *supra* note 47, at 249.
223) Norris, *supra* note 41, at 2130.
224) Id., at 2130.

관들은 과중한 업무에 시달릴 뿐만 아니라 변론 전에 이루어지는 디스커버리 신청의 비례성을 판단하기 어렵다.[225] 현실적으로 법관은 막대한 디스커버리 신청을 하나씩 따져서 그 신청을 제한하지 않고, FRCP 16(c)에 따라 디스커버리의 세부적인 사항은 부판사(magistrate judge)나 특별담당관(discovery special master)에게 위임한다.[226] 이는 부판사 등이 디스커버리 검토를 담당하게 하여 법관의 업무를 경감하고 사건 진행의 신속성을 도모하는 효과가 있으나, 부판사 등은 사건 전체를 총괄하지 않으므로 디스커버리 신청에 대한 비례성심사 및 비용제한에 대한 판단의 정확성이 떨어질 수 있다.[227]

셋째로 당사자들은 소송비용 부담을 누가 하는 것이 타당한지, 그리고 얼마를 부담시켜야 하는지를 다투게 되고 법관은 이를 판단하여야 하므로 비용과 부담이 증가한다.[228] 또한 사건별로 각각 소송비용부담에 대하여 다투게 되므로 유사한 상황에서도 다른 결과가 나올 수 있고, 이는 당사자가 본안에 대한 재판 후 소송비용에 대한 다툼도 전력을 다하게 되는 이유가 되어, 소송의 경제성을 침해하게 된다.[229]

(2) 디스커버리 비용의 상한선 규정 등 디스커버리 비용결정기준의 마련 필요성

디스커버리 비용을 누구에게 부담시킬지를 일률적으로 규정하는 것은 위에서 살펴본 부담원칙의 부작용을 극대화하는 것이므로 바람직하지 않고, 법원의 비용부담권한이 인정되고 있는 실무에서 현실적이지 않다. 그러나 법원의 소송비용부담에 대한 결정기준에 대한 명확한 규정을 두는 것은 소송비용확정절차를 간소화하고 예측가능성을 높여 신속성과 효율성을 도모할 수 있다.[230] 소송비용부담의 결정기준에 대한 규정은 민사소송의 이상인 공정·신속·경제을 달성하기 위하여 적정하게 마련되어야 할 필요가 있다.

---

225) Norris, *supra* note 41, at 2130; Spencer, *supra* note 41, at 807.
226) Spencer, *supra* note 41, at 807.
227) Norris, *supra* note 41, at 2130.
228) Id., at 2131.
229) Tidmarsh, *supra* note 47, at 249.
230) Nash & Shepherd, *supra* note 41, at 2033.

소송비용부담의 결정기준과 관련된 예시로 디스커버리 비용의 상한선을 설정하는 방안이 영국에서 시행되고[231] 학자들이 제안하고 있어 이에 대하여 검토할 필요가 있다.[232] 이 방안은 디스커버리의 비례성원칙을 고려하고 디스커버리의 기능을 생각할 때 소송비용은 본안 청구액을 초과할 수 없다[233]는 점을 전제로 한다. 이 제안은 디스커버리 비용이 과도하게 제출자에게 부담을 주어 변론 전에 화해로 종결되는 것을 방지하기 위하여 디스커버리 비용의 상한선을 두는 방안으로, 가령 본안 청구액의 50%까지는 제출자가 부담하되 50%를 넘는 비용은 신청인이 예납하고 종국판결 이후 패소자가 부담하는 방식이다.[234] 이 방식은 각자부담주의와 패소자부담주의를 혼합한 것으로, 잠재적 원고가 소송비용에 대한 부담 없이 소를 제기할 수 있도록 사법접근성을 보장하면서 상한선을 설정하여 과도한 소송비용으로부터 자료제출자 또는 잠재적 피고를 보호할 수 있는 장점이 있다.[235]

여기에 대하여는 상한선을 설정하는 것에 대한 근본적인 타당성에 대한 의문 외에도 여러 문제가 지적될 수 있다. 첫째로 상한선을 본안 청구액의 50%로 하는 것의 타당성에 대한 의문이 제기될 수 있다.[236] 민사소송의 비용, 특히 디스커버리의 비용은 분쟁해결에 대한 당사자들의 이해관계 외에도 공정한 해결이라는 사회적 비용도 고려하여야 하므로 본안 청구액과 반드시 관련이 있을 필요는 없다. 디스커버리비용의 상한선을 청구금액과 연관을 지으면 공익소송 등 소송의 사회적 가치가 크나 본안소송의 청구금액이 소액인 경우 제출비용이 막대한 ESI에 대한 디스커버리는 진행되지 못할 우려가 있다.[237] 실무적으로 보더라도, 디스커버리 비용은 자료제출요구의 신청범위와 자료의 보관·생성·제출에 이르기까지의 환경과 절차 등에 의하여 좌우되므로 본안 청구액과 직접적인 관련이 크지 않다.

---

231) Tidmarsh, *supra* note 47, at 253.
232) Mazanec, *supra* note 2, at 654; Harle, *supra* note 80, at 285.
233) Tidmarsh, *supra* note 47, at 248.
234) Mazanec, *supra* note 2, at 654.
235) Id., at 656.
236) Id., at 658.
237) Mazanec, *supra* note 2, at 659.

둘째로 디스커버리 비용 상한선과 청구금액을 연관 지을 경우 디스커버리 비용의 상한선을 높이기 위하여 처음부터 본안소송의 청구금액을 높일 가능성이 있다.[238] 또한 당사자들은 서로 디스커버리 비용의 상한선을 높이기 위하여 반소를 제기하고 소를 병합하는 등의 소송전략을 사용하게 되며, 이는 소송을 복잡하게 만들어 소송비용을 전반적으로 증가시킬 뿐만 아니라 법원의 부담을 가중할 우려도 있다. 이에 대하여 법원이 통제할 권한이 있다고 하더라도 법원은 소송절차 초반에 불완전한 정보만을 가지고 있을 뿐이므로 그 소송의 정확한 가치를 파악하기 힘들고, 디스커버리 비용의 상한선을 정하기 어렵다.[239]

셋째로 상한선을 둘 경우, 상한선이 새로운 기준이 되어 디스커버리 신청을 상한선에 이르기까지 하는 것이 관행으로 정착하여 소송비용의 증감과 사건의 종결에 영향을 미칠 수 있다. 만약 상한선이 높게 설정된 경우 원고는 상한선까지 디스커버리비용을 사용하여 소송비용이 전체적으로 증가하게 되고, 피고는 디스커버리비용에 대한 부담을 회피하고자 화해하여 사건을 조속히 종결하고자 할 것으로 보인다. 한편, 상한선이 낮게 설정된 경우 디스커버리비용은 절감되나 원고는 충분한 자료를 확보하지 못하여 승소하지 못할 가능성이 있고, 피고도 디스커버리비용에 대한 부담 없이 법원의 본안판단을 받고자 하는 유인이 있을 것으로 예상된다. 민사소송의 적정성을 고려하여 디스커버리 상한선을 정하는 것이 바람직하나, 이를 위하여 심도 있는 실무와 이론에서의 연구가 필요하다.

V. 결 론

미국 FRCP에 규정된 변론 전 증거개시인 디스커버리는 당사자들이 충분한 자료교환을 통하여 사실관계를 파악하고 쟁점을 정리할 수 있도록 광범위한 자료제출요구를 허용하고 그 비용을 제출자에게 부담하도록 하여

238) Id., at 658.

239) Tidmarsh, *supra* note 47, at 253.

소를 제기하고자 하는 잠재적 원고의 사법접근성을 보장한다. 제정 당시 모색적 증명을 허용하면서 광범위한 디스커버리 제도가 마련되었으나, 변화하는 소송환경 등으로 여러 차례 개정을 거치면서 비례성원칙에 의한 통제가 강화되는 등 디스커버리 제도는 변화하고 있다. 디스커버리 비용에 대하여도 2006년과 2015년 개정을 통하여 법원의 권한이 강화되었으나 기본적으로 제출자부담주의 원칙은 유지되고 있다. 디스커버리는 민사소송에서의 진실발견 및 정확한 법의 적용, 당사자들이 공평하고 공정하게 재판받을 권리를 보장하기 위한 것이므로 디스커버리의 비용에 대한 문제는 디스커버리의 본질, 나아가 민사소송의 이상을 떠나서 생각할 수 없다.

소송절차는 복합적인 여러 요소가 영향을 미치는 동적인 것으로 소송비용의 부담원칙에 따라 소송결과나 화해에 이르는 비율 등이 어떠한 변화를 보이는지에 대하여는 여러 실증연구가 상충되는 결과를 보이고 있다. 또한 전체 소송비용에서 디스커버리 비용이 차지하는 비율은 제한적이므로 디스커버리 비용의 부담방식에 따라 절차의 공정성이나 효율성 등이 얼마나 좌우되는지에 대하여는 명확하지 않다. 그러나 ESI에 대한 디스커버리비용이 상당함에도 불구하고 비용부담의 방법이 공정하지 않거나 명확하지 않은 경우, 소송당사자는 비용부담으로 인하여 위축되어 충분한 디스커버리 신청을 하지 못하거나 승소가능성 등과 무관하게 화해로 사건을 조기에 종결하는 등 공정한 재판이 이루어지지 못할 가능성이 있다. 그러므로 공정·경제·신속이라는 민사소송의 이상을 실현하기 위하여는 디스커버리 비용에 대한 적정한 기준이 마련될 필요가 있다. ESI의 빠른 증가와 함께 ESI에 대한 디스커버리 비용은 증가하고 있으며, 우리 민사소송에서도 전자정보에 대한 증거조사의 중요성은 큰 비중을 차지한다. 또한 전자정보에 대한 자료제출명령의 도입 등 한국형 디스커버리의 입법론이 성숙한 상황에서 전자정보에 대한 디스커버리에서의 적정한 비용부담원칙과 방법을 고민하는 것이 필요할 것으로 보인다.

전자정보에 대한 증거절차에서 적정한 비용부담의 모색 - 조 수 혜	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2024.02.29.	2024.03.11.	2024.03.26.

[참고문헌]

강성수 등, 전자정보의 증거조사 현황과 개선 방안에 관한 기초 연구, 사법정책연구원 연구총서 2016-22, 2016

사법정책연구원, 외국사법제도연구(31): 각국의 소송비용 제도, 사법정책연구원, 2023

김나루, “공익소송에서 소송비용 패소자부담 원칙의 개선에 관한 소고”, 저스티스 197호 (2023. 8.)

남동현, “독일의 인적 증거조사비용과 도입가능성”, 외법논집 34권 2호 (2010. 5.)

신동진, “소송비용확정제도의 제문제 검토”, 홍익법학 22권 4호 (2021. 12.)

이규호, “소송당사자의 소송비용부담에 관한 법경제학적 분석 - 변호사비용을 중심으로”, 민사소송 7권 2호 (2003. 8.)

이준범, “장애인차별금지법 사건의 활성화와 편면적 소송비용 부담제도”, 비교사법 27권 2호 (2020. 5.)

전병서, “소송비용제도의 개선에 관한 제안”, 민사소송 14권 1호 (2010. 5.)

전병서, “소송비용의 부담에 관한 약간의 검토”, 민사소송 13권 2호 (2009. 11.)

Jason L. Callaway, Note: *Tethered to the Statute: How the Third Circuit's Narrow Interpretation of 28 U.S.C. § 1920(4) Will Shape the Future Cost-Shifting and E-Discovery for the Better,* 67 Okla. L. Rev. 191 (2014)

E. Donald Elliott, *How We Got Here: A Brief History of Requester-Pays and Other Incentive Systems to Supplement Judicial Management of Discovery,* 71 Vand. 1785 (2018)

Seth Katsuya Endo, *Discovery Hydraulics,* 52 U.C. Davis L. Rev. 1317 (2019)

Jonah B. Gelbach & Bruce H. Kobayashi, *The Law and Economics of Proportionality in Discovery,* 50 Ga. L. Rev. 1093 (2016)

Genevieve H. Harle, *Comment: Electronic Discovery in Civil Litigation: Avoiding Surprises in Cost Shifting Decisions,* 12 Seton Hall Cir. Rev. 267 (2016)

Samantha J. Kwartler, *Postjudgment Cost Shifting: Electronic Discovery and 28 U.S.C. § 1920(4),* 89 St. John's L. Rev. 1311 (2015)

Alexandra D. Lahav, *A Proposal to End Discovery Abuse,* 71 Vanderbilt L. Rev. 2037 (2019)

Emery G. Lee III & Thomas E. Willging, *Defining the Problem of Cost in Federal Civil Litigation,* 60 Duke L. J. 765 (2010)

Karel Mazanec, Capping E-Discovery Costs: *A Hybrid Solution to E-Discovery Abuse,* 56 Wm. & Mary L. Rev. 631 (2014)

Jonathan R. Nash & Joanna Shepherd, *Aligning Incentives and Cost Allocation in Discovery,* 71 Vand. L Rev. 2015 (2018)

Cameron T. Norris, *One-Way Fee Shifting After Summary Judgment,* 71 Vand. L. Rev. 2117 (2018)

Emily P. Overfield, *Shifting the E-Discovery Solution: Why Taniguchi Necessitates a Decline in E-Discovery Court Costs*, 118 Dick. L. Rev. 217 (2013)

Martin H. Redish, *Discovery Cost Allocation, Due Process, and the Constitution's Role*

in Civil Litigation, 71 Vand. L. Rev. 1847 (2018)

Martin H. Redish & Colleen McNamara, *Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory,* 79 Geo. Wash. L. Rev. 773 (2011)

The Sedona Conference, *TAR Case Law Primer, Second Edition,* 24 Sedona Conf. J. 1 (2023)

The Sedona Conference, *The Sedona Principles, Third Edition: Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production*, 19 Sedona Conf. J. 1 (2018)

Benjamin Spencer, *Rationalizing Cost Allocation in Civil Discovery,* 34 Rev. Lit. 769 (2015)

Graham Streich, *Court Mandated Technology-Assisted Review in E-Discovery: Changes in Proportionality, Cost-Shifting, and Spoliation,* 90 Fordham L. Rev. 139 (2021)

Bradley T. Tennis, Comment, *Cost-Shifting in Electronic Discovery,* 119 Yale L. J. 1113 (2010).

Jay Tidmarsh, *Shifting Costs in American Discovery: A Critical Appraisal,* 2021 ELR 246 (2021)

John T. Yip, *Addressing the Costs and Comity Concerns of International E-Discovery,* 87 Wash. L. Rev. 595 (2012)

Barbara J. Rothstein, Ronald J. Hedges, and Elizabeth C. Wiggins, *Managing Discovery of Electronic Information: A Pocket Guide for Judges, Federal Judicial Center* (2007), available at https://www.uscourts.gov/sites/default/files/eldscpkt_1.pdf

【국문초록】

전자정보는 다양한 형태로 여러 장소에 존재하며, 생성·저장·보관이 쉬워 그 양이 무한대로 폭증할 수 있으므로 전자정보에 대한 증거조사에는 상당한 비용이 발생한다. 전자정보의 보존, 수집, 처리, 제출 등 일련의 절차를 통하여 발생하는 비용은 해마다 증가하고 있으며, 전자정보에 대한 변론 전 증거개시, 즉 디스커버리(discovery)가 활발한 미국의 경우 디스커버리 비용의 부담으로 인하여 변론에 나아가지 못하고 그 전에 화해로 사건을 종결하게 되기도 한다. 소송비용은 소송 여부를 결정하는 중요한 경제적 요소의 하나이며, 지나친 소송비용은 당사자에게 실질적인 부담으로 돌아가 재판청구권을 위축시킬 우려가 있다. 소송비용을 누가 어떻게 부담하는지의 문제는 당사자에게 첨예한 문제이며, 민사소송제도의 적정한 운용도 영향이 있으므로, 전자정보에 대한 증거조사의 비용의 당사자 간의 부담 방법에 대하여 논의할 필요가 있다.

미국은 전자정보에 대한 증거수집 및 증거조사가 활발하게 이루어지면서 디스커버리 비용에 대하여도 다양한 판례가 존재하여, 전자정보에 대한 증거조사의 비용배분 및 부담에 대한 법리를 탐구함에 있어서 좋은 비교법 연구의 대상이 된다. 이 논문은 미국 연방민사소송규칙(Federal Rues of Civil Procedure)에 의한 디스커버리의 비용부담에 대한 규정과 연방법원의 판례, 그리고 그 문제점을 학자들의 비판을 중심으로 살펴본다. 이를 토대로, 전자정보에 대한 증거조사절차에서 발생하는 비용의 부담 방법과 방식 등을 절차적 공정성의 측면에서 탐색하는 것을 목적으로 한다.

미국과 우리나라는 증거법 절차가 다르고 소송비용에 대한 기본적인 부담 구조가 다르다는 점을 고려하면 일률적인 비교법적 연구는 한계를 지닐 수밖에 없다. 또한 소송절차는 여러 요소가 영향을 미치는 역동적인 것으로 단순하게 소송비용 등 특정 요인이 절차의 공정성 등에 어떠한 영향을 미치는지를 예측하는 데에는 한계가 있다. 이 논문의 연구범위는 전자자료에 대한 자료제출명령의 비용의 부담이 당사자가 소를 제기하는 것을 억제하는지, 또는 변론 전에 화해로 사건을 종결하고자 하는 유인이 되는지 등

에 한정된다. 그러나 막대한 전자정보의 증거수집 및 조사비용의 당사자 간 부담에 대한 미국의 논의를 살펴보아 우리 법체계에 부합하는 적정한 증거비용부담의 원리를 탐색하는 것은 공정·경제·신속의 민사소송의 실현에 필요한 것으로 의미 있는 논의의 초석이 될 것으로 보인다.

【Abstract】

Exploring Just Discovery Cost Allocation for Electronically Stored Information:

A Comparative Study on Discovery Cost Allocation in the United States

Cho, Soo Hye
(Associate Professor, Jeonju Univ.)

The landscape of electronically stored information(ESI) presents a multifaceted challenge in modern legal proceedings, characterized by its ubiquitous presence across diverse mediums and locations. This ubiquity, coupled with the ease of generation, storage, and retention, leads to an exponential proliferation of electronic data, thus imposing substantial costs on discovery of ESI(e-discovery). Notably, the expenses incurred throughout e-discovery, from preservation to collection, processing, and submission, register annual escalations. In jurisdictions like the United States, where pre-trial discovery mechanisms are robust, parties often find themselves compelled to settle matters prior to trial, primarily due to the considerable burden imposed by discovery costs. Such costs assume paramount economic significance, influencing the decision to litigate and carrying the potential to impede the exercise of substantive legal rights. The allocation of litigation expenses emerges as a pivotal concern, impacting not only the parties but also the overarching efficacy of the civil litigation system. Consequently, there arises a pressing necessity to deliberate on the equitable distribution of costs associated with

e-discovery among involved stakeholders.

The United States stands as an instructive jurisdiction for comparative analysis, given its rich repository of legal precedents delineating the allocation and burden of costs in e-discovery. This paper delves into the regulatory framework governing cost allocation for discovery under the Federal Rules of Civil Procedure, alongside pertinent federal court jurisprudence, critically engaging with scholarly discourse on associated lacunae and challenges. Rooted in this examination is an endeavor to elucidate procedural fairness by exploring methodologies and modalities for cost allocation in e-discovery.

Acknowledging the inherent disparities in evidentiary proceedings and cost taxation structures between jurisdictions like the United States and Korea, a nuanced approach to comparative legal studies is warranted. Moreover, the dynamism inherent in litigation processes, underscored by multifaceted influences on procedural fairness, underscores the complexity of predicting the impact of singular factors, such as litigation costs. While the focus of this inquiry is circumscribed to the inhibitory effects of cost burdens associated with e-discovery on litigation initiation and their potential as incentives for pre-trial settlements, a broader consideration of the extensive discourse surrounding e-discovery costs in the United States promises to illuminate principles conducive to equitable discovery cost allocation within our legal framework. Such discussions serve as a foundational cornerstone for fostering meaningful dialogue essential to the realization of fair, cost-effective, and expeditious civil litigation practices.

주제어(Keyword) : 증거개시비용(Discovery Cost), 전자정보(Electronically Stored Information), 소송비용(Litigation Cost), 비례성원칙(Proportionality), 절차적 공정성(Procedural Fairness)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제112호 2024년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2024.112.87

판례평석 : 해제권유보조항과 이행의 착수 및 기한의 이익 사이의 관계

- 대법원 2024. 1. 4. 선고 2022다256624 판결 -

한 종 현*

▶목 차◀

I. 대상판결의 정리
1. 사실관계
2. 당사자의 주장
3. 사실심의 판단
4. 대상판결 요지 (상고 기각)

II. 평석
1. 쟁점의 정리
2. 이행기 전 이행 착수 관련 부분
3. 기한의 이익 관련 부분
4. 결론

Ⅰ. 대상판결의 정리

1. 사실관계[1)]

(1) 원고와 피고의 수분양권 매매

피고는 2020. 11. 3. 원고에게 이 사건 아파트의 수분양권을 매도하였다(이하 '이 사건 계약'). 주요 계약내용은 아래와 같다. 특기할 만한 점은 중도금 지급 없이 잔금 지급시기만 정해두고 있었다는 것이다.

---

* 부산지방법원 서부지원 조정전담변호사.

1) 이하에서 설명하는 비교판결과 사실관계를 대조·구별하고자 비교적 상세히 서술하였다.

2. 총 매매대금(분양금액 + 권리금액 + 확장금액 + 옵션금액)
   총 매매대금 401,400,000원
3. 분양금액과 중도금 등 납부내역
   · 분양금액: 312,300,000원
   · 확장비: 10,100,000원
   · 현재까지 납부한 금액: 219,610,000원
   · 앞으로 납부할 금액: 102,790,000원
4. 권리금: 79,000,000원
5. 주택분양권 매매(양도)금액
   · 정산지불금: 298,610,000원[2)]
   · 융자금: 187,380,000원은 현 상태에서 매수인이 승계함
   · 계약금: 20,000,000원은 계약시에 지불하고 영수함.
   · 잔금: 91,230,000원은 2021. 1. 4.에 지불한다.
6. 위 아파트 분양권 매매(양도) 계약을 체결함에 있어 다음과 같이 계약을 이행하는 조건으로 계약을 체결한다.

제2조 (계약의 해제) 매수인이 매도인에게 중도금(중도금이 없으면 잔금)을 지불하기 전까지는 매도인은 계약금액의 배액을 상환하고 매수인은 계약금을 포기하고 이 계약을 해제할 수 있다. 본 계약서에 기재되지 않은 사항은 민법상 계약에 관한 규정과 일반 관례에 따른다.

[특약사항]
· 분양권 상태에서의 매매계약으로 공급계약서, 발코니 계약서, 신분증 등을 확인 후 체결하는 계약이다. - 계약금 중 20,000,000원 중 3,000,000원은 2020. 10. 21.에 피고 계좌로 송금함
· 발코니 확장비용(10,100,000원)은 매매대금에 포함하고 이 중 계약금 1,000,000원은 정산지불금에 포함됨.
· 중도금대출 1~6회 총액 187,380,000원은 매수인 책임 하에 승계 및 상환하며 후불제이자, 인지대 등 명의변경시까지의 승계에 따른 모든 제반비용을 매수인이 부담하기로 함.
· 잔금일은 2021. 1. 4.로 정하고, 시공사 본사 일정 및 상호협의 하에 앞당겨질 수 있다.

2) 저자 주 : 매도인인 피고가 매수인인 원고로부터 기투입한 비용을 정산받는다는 의미로, 총 매매대금 401.400.000원에서 앞으로 매수인인 원고가 직접 시공사에게 지급하면 되는 돈인 102,790,000원을 공제한 나머지 금액이다. 이 금액에는 피고가 계약 시점까지 납부한 금액 219,610,000원(중도금대출 융자금 187.380.000원 포함)에 원고로부터 받는 프리미엄 79,000,000원을 더한 금액이다.

(2) 계약 체결 이후 발생한 사정

원고는 계약 당일 피고에게 계약금 20,000,000원을 지급하였다. 그리고 원고는 계약일로부터 6일 후인 2020. 11. 9. 피고 명의 계좌로 거래 명목을 '축 생신'으로 기재하여 총 4회에 걸쳐 합계 20,000,000원을 송금하였다. 그러나 원고가 그 송금 전후로 피고 또는 피고 측 대리인에게 송금사실을 고지한 적은 없었다. 피고는 2020. 11. 13.경 원고의 송금사실을 알고서 그 직후부터 수차례에 걸쳐 원고 측에게 반환하겠다고 고지하였으나, 원고는 이를 거부하였다.

결국 피고는 2020. 11. 23. 원고에게 이 사건 계약을 해제하겠다는 의사를 표시하였고, 2020. 12. 1. 원고를 피공탁자로 하여 계약금의 배액을 포함한 60,000,000원[3]을 공탁하였다.

원고는 2021. 1. 4. 피고를 피공탁자로, 공탁원인을 잔금 수령거절로 하여 나머지 잔금 71,230,000원을 공탁하고, 피고를 상대로 수분양권 명의변경절차의 이행을 구하는 소송을 제기하였다.

2. 당사자의 주장

(1) 원고

원고는 피고로부터 이 사건 계약을 해제하겠다는 의사를 통보받기 전에 피고에게 잔금의 일부를 지급함으로써 이 사건 계약의 이행에 착수하였는바, 피고가 주장하는 해약금에 의한 해제는 효력이 없고, 원고는 이 사건 계약에서 정한 대금을 모두 지급하였으므로, 피고는 원고에게 이 사건 아파트의 수분양자 명의변경절차를 이행할 의무가 있다.

---

3) 계약금 20,000,000원 + 해약금 20,000,000원 + 추가 송금 받은 20,000,000원

(2) 피고

원고가 이 사건 계약에서 정한 잔금 지급기일 전에 일방적으로 피고에게 20,000,000원을 지급한 것은 피고의 계약해제권을 부당하게 박탈하는 것이므로 이 사건 계약의 이행에 착수하였다고 볼 수 없고, 이 사건 계약은 해약금 조항에 근거한 피고의 해제권 행사로 해제되었다.

3. 사실심 판단

(1) 제1심 (원고 승소)

1) 청구원인에 대한 판단

원고는 피고에게 이 사건 계약에 따른 대금을 전부 지급하였으므로, 피고는 이 사건 계약에 따라 원고에게 이 사건 아파트의 분양권에 관하여 2020. 11. 3. 매매를 원인으로 하는 수분양자 명의변경절차를 이행할 의무가 있다.

2) 피고의 항변에 대한 판단[4)]

원고가 2020. 11. 9. 피고에게 20,000,000원을 지급한 행위는 이행의 착수에 해당하여 그 후 이루어진 피고의 해제의 의사표시는 효력이 없다. 따라서 피고의 항변은 이유 없다.

① 이 사건 계약에 "매수인이 매도인에게 중도금을 지불하기 전까지 매도인은 계약금의 배액을 상환하고, 매수인은 계약금을 포기하고 계약을 해제할 수 있다"는 내용이 포함되어 있기는 하나, 이는 민법 제565조에서 정하고 있는 해약금과 관련된 내용일 뿐이고, 위 조항이 중도금 지급과 관련하여 매도인의 해약금 조항에 기한 해약권 보장을 위하여 이행기 전에는 매수인의 중도금 또는 잔금의 지급을 금지하는 조항이라고 보기는 어렵다.

---

4) 이 판단 구조는 후술하겠지만, 비교판결의 논증구조를 활용한 것이기 때문에 대조를 위하여 상세히 나열한다.

② 피고는 이 사건 계약 체결 이후 불과 6일 만에 피고에게 어떠한 통지 없이 잔금 중 일부를 지급한 원고의 행위는 피고의 해제권을 부당하게 박탈하는 것이라고 주장하나, 이 사건 계약에 의하더라도 원고로 하여금 잔금 지급기일 전에 잔금을 지급할 수 없도록 특약을 하였다고 볼 만한 기재가 전혀 없고, 오히려 상호 협의 하에 잔금 지급기일을 앞당길 수 있다고 약정한 사실이 인정될 뿐이며, 이 사건 아파트의 시가가 상승하였다는 사정 외에는 이 사건 계약의 존속을 위협하는 불가피한 사정도 없는 것으로 보인다.

③ 원고가 사전 약속 없이 잔금 지급기일로부터 약 두 달 전에 피고 계좌로 20,000,000원을 송금한 것이 다소 이례적이기는 하나, 계약을 유지하고자 하는 원고로서는 적극적으로 이행에 나아가는 것만이 당시 취할 수 있는 최선의 방법이었다고 볼 수 있고, 달리 이행기 전의 이행의 착수가 허용되어서는 안 될 만한 불가피한 사정이 있었다고 보기 어렵다.

(2) 항소심 (제1심 취소, 원고 패소)

다음 사정에 더하여 이 사건 계약 본문 제2조와 특약사항을 종합할 때 이행기 전 이행 착수 금지 특약이 있는 경우에 해당한다.

① 원고는 계약일로부터 6일 후에 피고에게 아무 통보 없이 '축 생신' 명목으로 20,000,000원을 지급하고, 이를 피고 측에게 알리지 않았다.

② 피고가 이 사실을 알고 원고에게 반환하려고 하자, 원고는 일방적으로 수령을 거부하였다.

③ 위 20,000,000원은 원고가 출연의무를 부담하는 총 금액 381,400,000만 원(= 현금 지급 91,230,000원 + 시공사 직접 지급 잔금 102,790,000 + 대출 승계금 187,380,000원) 기준으로 볼 때 약 5.2% 수준이다.

④ 이 사건 계약의 특약사항 기준으로 볼 때, 대상판결의 사실관계만으로는 잔금 지급일이 앞당겨졌다고 볼 수 없다.

⑤ 이 사건에서 매도인인 피고가 약정해제 하더라도 매수인인 원고가 예측하지 못한 손해를 입는다고 볼 수 없다.

따라서 원고가 2020. 11. 9. 피고에게 20,000,000원을 송금하였다는 사정만으로는 피고의 약정해제권 행사에 영향을 미칠 수 없고, 이 사건 계약

은 매도인인 피고가 매수인인 원고에게 계약금의 배액을 상환하면서 이 사건 계약을 해제하겠다고 의사를 표시하며 공탁한 순간 적법하게 해제되었다.

4. 대상판결 요지 (상고 기각)

(1) 새로 설시한 법리[5)]

부동산 매매계약에서 중도금 또는 잔금 지급기일은 일반적으로 계약금에 의한 해제권의 유보기간의 의미를 가진다고 이해되고 있으므로, 계약에서 정한 매매대금의 이행기가 매도인을 위해서도 기한의 이익을 부여하는 것이라고 볼 수 있다면, 채무자가 이행기 전에 이행에 착수할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 할 수 있다. 이에 해당하는지 여부는 채무 내용, 이행기가 정하여진 목적, 이행기까지 기간의 장단 및 그에 관한 부수적인 약정의 존재와 내용, 채무 이행행위를 비롯하여 당사자들이 계약 이행과정에서 보인 행위의 태양, 이행기 전 이행행위가 통상적인 계약의 이행에 해당하기보다 상대방의 해제권의 행사를 부당하게 방해하기 위한 것으로 볼 수 있는지, 채권자가 채무자의 이행의 착수에도 불구하고 계약을 해제하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수 있는지 등 여러 가지 사정을 종합하여 구체적으로 판단해야 한다.

---

5) 종전 법리를 다시 설시한 부분은 다음과 같다. 「매도인이 민법 제565조에 따라 계약금의 배액을 상환하고 계약을 해제하려면 매수인이 이행에 착수할 때까지 하여야 하는데, 이때 '이행의 착수'는 객관적으로 외부에서 인식할 수 있는 정도로 채무 이행행위의 일부를 하거나 또는 이행을 하기 위하여 필요한 전제행위를 하는 경우를 말하는 것으로, 단순히 이행의 준비를 하는 것으로는 부족하지만, 반드시 계약 내용에 들어맞는 이행의 제공에까지 이르러야 하는 것은 아니다. 또한, 민법 제565조가 해제권 행사의 시기를 당사자 일방이 이행에 착수할 때까지로 제한한 것은 당사자 일방이 이미 이행에 착수한 경우 필요한 비용을 지출하였을 것임은 물론 계약이 이행될 것으로 기대하고 있다고 볼 수 있으므로, 이 단계에서 상대방이 계약을 해제함에 따라 입게 될 불측의 손해를 방지하려는 것으로, 이행기의 약정이 있더라도 당사자가 채무의 이행기 전에 착수하지 아니하기로 하는 특약을 하는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 이행기 전에 이행에 착수할 수 있다(대법원 1993. 1. 19. 선고 92다31323 판결, 대법원 2006. 2. 10. 선고 2004다11599 판결 등 참조).」

(2) 이 사건의 경우

이 사건 계약의 내용, 계약에서 잔금 지급기일을 정하는 외에 사전 지급에 관한 특약까지 명시한 점, 원고가 잔금 지급기일에 앞서 송금한 액수 및 명목, 이에 대한 피고의 반응과 조치, 그러한 상황 하에서 피고의 계약해제권 행사가 계약의 구속력의 본질을 침해하는 등 신의칙에 반하거나 원고에게 예측하지 못한 손해를 가한 것으로 볼 수 있는지 등을 종합해 볼 때, 이 사건에서는 잔금 지급기일과 관련하여 매도인인 피고에게도 기한의 이익이 인정되므로 원고가 잔금 지급기일 전에 이행에 착수할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 봄이 타당하다. 따라서 이 사건 계약에서 정한 잔금 지급기일이 도래하기 전에 원고가 잔금 중 일부를 일방적으로 지급하였더라도, 그러한 사정만으로 이 사건 계약에서 정한 잔금 지급의 이행에 착수하였다거나 피고의 계약해제권이 소멸하였다고 볼 수 없으므로, 이 사건 계약은 피고의 계약금 배액의 제공 및 해제 의사표시에 따라 적법하게 해제되었다고 보아야 한다.

Ⅱ. 평석

1. 쟁점의 정리

(1) 배경

2020년 하반기부터 2021년 상반기까지, 부동산 가격의 폭증과 그로 인한 사회적 여파가 무척 컸다.[6] 소송실무에서는 관련 분쟁이 많이 발생했다.

---

6) 연합뉴스, ""전세 씨가 말랐다"…전세수급지수 19년 만에 최고", 2020. 10. 31.자 기사; 헤럴드경제, "전국 아파트값, 역대 최고 상승…전세난·패닉바잉·풍선효과 맞물렸다", 2020. 12. 10.자 기사; 뉴시스, "전국 미분양, 2003년 5월 이후 최저…불장에 '재고 소진' 지속", 2020. 12. 30.자 기사; 중앙일보, ""부동산 자신있다"던 靑, 2년만에 "너무 죄송 드릴 말씀 없다"", 2021. 9. 27.자 기사 등 참조. 이 논문에서는 부동산 가격 급등

부동산(수분양권 포함) 매매계약 체결 이후 잔금 지급시기까지 발생한 급격한 가격 증가로 인해, 매수인은 서둘러 중도금(중도금이 없으면 잔금)[7]을 지급하고 매매 목적 부동산의 소유권을 이전받고자 했다. 중도금/잔금 전액이 어렵다면 매수인은 매도인에게 그 일부를 먼저 지급한 다음, 매도인에게 민법 제565조 제1항에 따라 이행에 착수했으므로 해약금해제권이 봉쇄되었다고 주장하는 경우도 많았다.

반면 매도인은 매수인에게 계약금 배액을 주고 해제하더라도 가격이 오른 만큼 다른 곳에 매도하면 더 이익이었으므로 서둘러 계약을 해제하고자 했다. 매도인은 매수인의 잔금을 받지 않고[8] 매수인은 매도인의 해약금을 받지 않으려다 보니[9] 서로 공탁제도를 활용하기도 했다. 공탁 이후에 매도인은 해제를 전제로 매수인에게 채무부존재확인을 청구하고, 매수인은 매도인에게 잔금을 지급하였으므로 계약 내용이 이행되어야 한다고 청구하였다. 대상판결의 사안도 그러한 여러 사건 중 하나이다.

(2) 평석방향

이 사건은 이행의 착수, 이행기 전 이행금지 특약, 해제권유보조항의 존부와 그 효력범위, 그리고 기한의 이익에 관한 이론이 서로 얽혀있다. 일반적으로 많이 사용하는 계약조항을 사용한 부동산 매매에서 매수인이 매도인의 해제권을 막겠다는 명확한 목적을 가지고 매도인에게 중도금/잔금의 일부만을 지급한 경우, 매도인의 해제권이 봉쇄되는지에 대하여 판단한 사

원인을 분석하는 것을 목표로 하지 않으므로, 그 원인이 이른바 임대차 3법에 따른 것인지 아니면 주택규제 정책 때문이었는지까지는 논하지 않는다. 다만 위 기사들을 통해 2020년 하반기부터 2021년 상반기까지 해당 현상이 존재했다는 점만 남긴다.

7) 이하에서는 “중도금(중도금이 없을 때에는 잔금)”을 “중도금/잔금”으로 표기한다. 이준일, “표준 부동산매매계약상 해제권유보조항과 해약계약금 해제 : 해제권유보조항의 독자성을 중심으로”, 「저스티스」 통권 제193호, 한국법학원, 2022에서 표기방법을 참조하였다.

8) 매수인이 계약금을 입금하는 과정에서 알고 있던 매도인의 계좌를 매도인 스스로가 거래정지 해두는 경우가 있었다.

9) 통상 부동산 매매과정에서 매도인은 매수인의 은행계좌번호를 알지 못하므로, 매도인이 해제의사를 밝히며 반환할 계좌를 알려달라고 하자 매수인이 반환을 거부하며 알려주지 않는 경우가 있었다.

례가 없었다. 그런데 대상판결을 통해 그러한 사례에서 일응의 기준이 세워지고 앞으로 거래실무에서 이를 표준으로 삼을 수 있다고 본다. 이 논점에 관한 대부분의 선행연구는 계약금계약의 법적 성질이나 민법 제565조의 적용에 대하여 주로 다루고 있다.

반면 민법 제565조에서 이야기하는 '이행의 착수'나 위 조항에서 쟁점이 도출되는 기한의 이익 포기 관련 사항을 다룬 문헌은 많지 않다.[10] 이 글에서는 크게 ① 이행기 전 이행 착수 부분과, ② 기한의 이익 부분으로 나누어 대상판결을 분석한다.

2. 이행기 전 이행 착수 관련 부분

(1) 민법 제565조와 일반이론

소송실무에서 이행기 전 이행착수 금지 특약의 존재는 특별한 사정으로서 통상 재재항변의 차원에서 다루어진다.[11] 이와 같은 일반론은 매매계약에서 통상 계약금을 교부하는 경우가 많다는 점과, 민법 제565조가 이 경우의 판단 기준 규범이 된다는 점을 각각 전제로 하고 있다. 민법 제565조는 매도인(수령인)이 계약금 배액을 제공하고 계약에서 해방될 수 있는 시기를 '상대방이 이행에 착수한 때까지'로 정하고 있다. 그리고 매수인(교부자)가 이를 포기하고 계약에서 해방될 수 있는 시기도 마찬가지이다. 그래서 이때에는 그 해제권이 봉쇄되는 시점이 반드시 이행기가 도래하였다는 것과 같은 의미는 아니다.[12]

---

10) 일본에서의 '이행 착수' 개념에 관하여는 정상현·박석일, "계약금의 해약금 추정규정에 관한 민법상 의미 재검토 : 연혁과 입법례로부터의 이해", 「성균관법학」 제33권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2021, 534면 이하 참조.

11) 사법연수원, 요건사실론, 2019, 42-43면; 최진수, 주요 조문별·판례중심 요건사실과 주장증명책임(제12판), 진원사, 2023, 877-879면; 만일 매도인이 해제를 전제로 채무부존재확인 청구를 하였다면 이행기 전 착수 금지 특약 쟁점은 재항변의 차원에서 다루어질 것이다. 어느 쪽이든 이행기 전 이행착수라는 사정만을 들면 유효한 반대주장(이행착수의 주장에 대한 반대주장)으로서 기능할 수 없다는 것이 일반론이다.

12) 대법원 1993. 1. 19. 선고 92다31323 판결; 구체적으로 위 판결은 민법 제565조가 해제권 행사가 가능한 시기를 "당사자의 일방이 이행에 착수할 때까지"로 제한한 이유를

이와 같은 해석은 민법 제565조에 따라 계약금이 해약금의 추정을 받는 상태 자체가 계약의 구속력을 약화시키는 것이어서 가급적 그 행사기간이 축소되어야 한다는 관점을 전제로 한다.[13] 이 견해에서는 이행의 착수와 이행기의 관계를 완화해서 해석할 여지가 있으므로 가능하다면 이행의 착수를 너그럽게 보아야 한다는 것이다.[14] 이 견해는 위와 같은 배경에서 매수인의 중도금/잔금 지급기일 전이라도 그 일부를 지급하는 방식으로 이행에 착수할 수 있으며, 그 경우에 매도인의 민법 제565조에 따른 계약금 배액 상환이 제한된다고 해석한다.[15] 이 견해에 따르면 이행기의 약정이 있는 경우라 하더라도 당사자가 채무의 이행기 전에는 착수하지 아니하기로 하는 특약을 하는 등 특별한 사정이 없는 한 이행기 전에 이행에 착수할 수 있다는 것이 원칙이 된다. 판례가 이러한 입장을 취하고 있다.[16]

실제 사건에서 단순한 이행 준비행위와 이행에 필요한 전제행위는 서로 구별하기 어렵다. 결국 구체적 사건마다 그 계약의 성질을 참작해서 법규정의 취지를 고려하여 판단해야 한다. 여기서 계약의 이행에 필요한 전제행위가 계약서의 문언상 계약의 이행 그 자체라고 할 정도는 아니지만, 거래내용이나 관행에 비추어 이행의 일부를 이루는 행위라고 생각된다. 그렇다면 전제행위란 「계약의 내용이나 태양, 거래관행에 의하여 이행을 위한 것이라고 전제된 행위」[17]라고 파악할 수 있겠다.

다음과 같이 설시하고 있다. 「① 당사자의 일방이 이미 이행에 착수한 때에는 그 당사자는 그에 필요한 비용을 지출하였을 것이고, ② 그 당사자는 계약이 이행될 것으로 기대하고 있는데 만일 이러한 단계에서 상대방으로부터 계약이 해제된다면 예측하지 못한 손해를 입게 될 우려가 있으므로 이를 방지하고자 함에 있다.」

이에 대한 상세 평석으로는 홍성무, "민법 제565조 제1항에 의한 이행의 착수와 이행기의 약정 - 대법원 1993. 1. 19. 선고 92다31323 판결 참조 -", 「사법행정」 제35권 제2호, 한국사법행정학회, 1994, 57면 이하 참조.

13) 아래 각주 20) 참조. 비교판결의 항소심에서 서울고등법원이 설시한 이유와 같은 견해를 바탕으로 한다.

14) 한웅길, "계약금에 관한 소고", 「동아법학」 제49권, 동아대학교 법학연구소, 2007, 141면에서는 이를 "목적론적 해석"으로 지칭하고 있다.

15) 곽윤직 편집대표, 민법주해(14)-채권(7), 박영사, 1997, 157면(심재돈 집필부분); 김용덕 편집대표, 주석 민법 채권각칙(2)(제5판), 한국사법행정학회, 2021, 231면(오종근 집필부분) 각 참조.

16) 대법원 1993. 1. 19. 선고 92다31323 판결

이행기 전 이행의 착수에 대한 대법원 판결들은 교과서를 포함해 상세히 소개한 문헌이 있으므로 여기서는 생략하고[18], 이하에서는 대상판결과 대조하기 위하여 비교판결을 먼저 소개한다.

(2) 비교판결 : 유사 사례
(대법원 2006. 2. 10. 선고 2004다11599 판결)[19]

1) 비교판결의 사실관계

원고는 2001. 11. 13. 피고로부터 X 부동산을 대금 135억 원에 매수하였다. 당시 원고와 피고는 계약금 13억 5,000만 원은 계약 체결 시, 중도금 40억 5,000만 원은 2002. 4. 13.까지, 잔금 81억 원은 2002. 9. 13.까지 각각 지급하기로 정하였다. 별도의 해제권유보약정은 없었다. 그리고 2002. 1. 2.경 위 X 부동산에 고도제한조치가 해제되었다.

피고는 2002. 1. 9.경 원고에게 대금 증액을 구두로 요청하였다. 원고가 이를 거부하고 2002. 2. 20.경 피고 측에게 자기앞수표로 중도금 40억 5,000만 원을 제시하였는데, 피고 측에서 수령 거절하고 그 수령 거절 사실을 뒷받침하는 문서를 작성해주었다. 피고는 2002. 2. 25. 원고에게 계약금 배액을 공탁하고 위 매매계약을 해제한다고 통지하였다.

원고는 2002. 4. 12. 중도금 지급기일 1일 전에 피고에게 중도금 40억 5,000만 원을 공탁하였다. 피고는 그 이후로도 다른 회사에게 위 X 부동산을 매도하였다가 시가 상승을 이유로 계약금 배액을 지급하고 계약을 해제하였다.

---

17) 고재민, “민법 제565조의 해제권 행사와 이행의 착수”, 「판례연구」 제19집, 부산판례연구회, 2008, 550면.

18) 고재민, 앞의 논문, 550면; 정길용, “계약금이 수수되어 해제권이 유보된 계약과 채무자의 기한의 이익 포기”, 「법학연구」 제20권 제3호, 연세대학교, 2010, 4면 이하; 송덕수, 채권법각론(제4판 중판), 박영사, 2020, 178-180면; 최진수, 앞의 책, 878-879면 등 각 참조.

19) 비교판결에 대한 상세한 평석은 한웅길, 앞의 논문, 135면 이하 참조.

2) 비교판결의 판단

(가) 개요

비교판결 사실관계에서는 이 사건 계약 본문 제2조처럼 당사자 일방이 해약금해제를 할 수 있는 마지막 시기에 대한 정함이 없었다. 계약 당시에 계약금, 중도금, 잔금만 지급하기로 약정되어 있었고 실제로 계약금만 교부된 상태였다. 이런 상황에서는 민법 제565조에 따라 일반 법리로 해결되어야 한다.[20]

(나) 판시내용

피고 대표자가 현장에 없었고 전화로 연결되기만 한 점이나, 중도금 전액이 현금으로 제공된 것이 아니었다는 등의 사정들만으로는 매수인인 원고가 '중도금 전액을 제공함으로써 이행에 착수하였다'고 보는 것을 막을 수 없다. 따라서 매수인의 해약금해제권이 봉쇄되었다.

다음 사정을 고려하면, 단지 시가 상승이라는 이유만으로는 매매계약의 체결 후 그 기초적 사실관계가 변경되었다고는 볼 수 없다.

① 피고가 해제권을 행사하게 된 이유가 단순히 고도제한조치 완화라는 우연한 사정이 후발적으로 발생하여 그로 인하여 이 사건 토지의 시가가 급격히 상승하였다는 사정 이외에는 별다른 계약 존속을 위협하는 불가피한 사정은 없다. 고도제한조치 완화방침도 갑작스럽게 이루어진 것이 아니

---

20) 그래서 위 비교판결 항소심(서울고등법원 2004. 1. 16. 선고 2003나37862 판결)에서도 다음과 같은 취지로 일반론을 설시하였다 : 「① 매수인 측의 이행기 전의 중도금 제공이 해제권 행사기한을 결과적으로 앞당기는 '이행의 착수'에 해당하는지 여부와, ② 이행의 착수로 인정된다면 이행기 전에 이루어진 이행의 착수를 허용해서는 안되는 '특별한 사정'이 매도인 측에게 있는지 여부 등을 판단하는 기준은 다음과 같다. "계약은 유지되어야 한다"는 계약법상의 대원칙과 아울러 계약의 구속력을 강화시키기 위하여 계약금을 수수한다는 당사자의 의사 등을 함께 고려하여야 한다. 이와 모순되는 민법 제565조의 해약금제도는 불가피하게 계약에서 벗어나야만 하는 측의 해제권 행사를 최소한 보장하는 범위 내에서만 목적론적으로 해석하여야 한다. 즉, '계약준수'라는 대원칙에 입각하여, '이행의 착수'의 개념은 완화하여 해석하고, 예외적인 '특별한 사정'의 존재는 엄격하게 해석할 필요가 있는 것이다. 또한 당해 계약 자체의 이행은 아니더라도, 그 계약의 진행을 전제로 하여 상당한 준비작업(예 : 진입로 확보를 위한 주변 토지의 매수와 설계비용의 지출 등)을 하였다면, 그러한 신뢰를 보호할 필요도 감안하여야 할 것이다.」

라 계속적으로 소문이 있었고 피고도 이를 알고 있었던 상황이다.

② 그와 같은 시가 상승만을 이유로 피고가, 이 사건 매매계약을 해제하겠다거나 계약금의 배액을 지급하겠으니 이를 수령하라는 등의 아무런 의사표시나 그 이행제공도 없이, 단순히 원고에게 위 고도제한조치 완화방침 발표 후 불과 7일 만에 매매대금의 증액을 요청한 것 자체가 자유로운 의사에 기하여 체결한 계약의 구속력을 인정하여야 하는 민법 원칙에 어긋나 부당한 것이므로, 매수인 측인 원고가 이를 수용하지 않았다거나 확답을 하지 않은 것에 어떠한 잘못이 있다거나 신의칙에 위배된다고도 볼 수 없다.

③ 피고로서는 고도제한조치 완화방침 발표 이후에 원고와의 협상이 원활치 않을 경우 계약금의 배액을 공탁하고 계약을 해제하는 방법도 고려하고 있었을 것이므로, 원고가 이행에 착수하기 전에 스스로 먼저 해제권을 행사할 충분한 시간이 있었음에도 불구하고 이를 행사하지 않았다.

④ 비록 매수인 측이 사전 약속 없이 40억 원이 넘는 거액을 중도금 지급기일을 1달 이상 앞둔 시점에 지급하고자 한 것이 다소 이례적이기는 하나, 계약을 유지하고자 하는 매수인 측으로서는 적극적으로 이행에 나아가는 것만이 당시 취할 수 있는 최선의 방법이었다.

⑤ 피고는 시가 상승을 이유로 이 사건 매매계약 이후에도 이 사건 토지에 관한 매매계약을 2차, 3차 거듭 체결하고 이 사건에서와 같이 계약금 배액상환이라는 동일한 방법으로 중복된 계약을 해제하는 등, 해약금제도를 이용하여 스스로 체결한 계약의 효력을 계속 상실시키고 있다.

따라서 '피고를 당초의 계약에 구속시키는 것이 특히 불공평하다'거나 '피고에게 계약내용 변경요청의 상당성이 인정된다'고 할 수 없다. 그리고 매수인인 원고에 의한 이행기 전의 이행의 착수가 허용되어서는 안 될 만한 불가피한 사정이 있다고도 할 수 없다.

(3) 대상판결의 의의

1) 대상판결의 특이점

지금까지의 일반론과 비교판례는 모두 민법 제565조를 판단 기준으로

삼는다. 한편 구체적인 계약에서 달리 정한 경우가 있다면 이는 민법 제565조에서 정한 “다른 약정”이 있는 경우에 해당하므로, 그때에는 그 계약 조항을 놓고 일방이 계약금을 기준으로 해제권을 행사할 수 있는지 별도로 검토하여야 한다.[21] 대상판결은 일반론에서 그치지 않고 이 부분까지 나아가 판시한 것이다. 구체적으로 대상판결은 이 사건 계약 중 아래의 내용에 주목하였다.

제2조 (계약의 해제) 매수인이 매도인에게 중도금(중도금이 없으면 잔금)을 지불하기 전까지는 매도인은 계약금액의 배액을 상환하고 매수인은 계약금을 포기하고 이 계약을 해제할 수 있다. 본 계약서에 기재되지 않은 사항은 민법상 계약에 관한 규정과 일반 관례에 따른다.
[특약사항] · 잔금일은 2021. 1. 4.로 정하고, 시공사 본사 일정 및 상호협의 하에 앞당겨질 수 있다.

이하에서는 이 사건 계약 본문 제2조를 ‘이 사건 해제권유보조항’으로, 특약사항 중 잔금일을 명시한 부분을 ‘이 사건 특약사항’이라고 지칭한다. 대상판결 제1심은 비교판결과 같은 논리에서 이 사건을 바라보고 이 사건 해제권유보조항을 해석하였다. 실제로 대상판결 제1심의 이유 설시를 보면 판단척도가 비교판결에서 대법원이 제시했던 기준 또는 논증구조와 같다는 점을 알 수 있다. 그러나 대상판결 항소심에서는 이 사건 해제권유보조항은 민법 제565조와 동일하지 않고 취지를 같이하는 것이라고 명시함으로써 구체적인 적용 과정에서 다른 부분이 있음을 지적하였다. 대상판결 항소심은 이러한 상황에서 이 사건 해제권유보조항과 이 사건 특약사항을 통해 계약에서 정한 이행기가 매도인을 위하여도 기한의 이익을 부여한 것에 해당한다고 본 후, 이행기 전 이행착수 금지 특약이 있는 경우에 해당한다고 설시하였다. 대법원도 이러한 항소심의 견해를 긍정하였다.

21) 한종현, “부동산 매매에서 해약금에 관한 고찰 - 거래 실무에서 통용되는 계약 조항과 판례의 입장을 중심으로 -”, 「인권과정의」 제515권, 대한변호사협회, 2023, 34면.

2) 검토

결국 대상판결 사안에서는 이 사건 해제권유보조항과 같은 경우가 오히려 부동산 매매에서의 사실상 표준양식으로 활용되고 있는 점이 가장 먼저 고려되어야 한다. 이때에는 약정한 지급기일이 주계약상 채무의 이행기일 뿐 아니라, 그 계약에서 정한 해제권을 행사하는 것을 유보한 기간이기도 하다.[22]

민법 제565조 제1항에서 정한 "이행에 착수할 때까지"와, 이 사건 해제권유보조항에서 정한 "중도금/잔금을 지불하기 전까지"는 문언상으로 분명히 서로 다른 시기를 가리킨다. 이때의 '지불'은 문자 그대로나 일반적인 의미로나 '완불'을 의미하고, 일부만을 지급하는 경우까지 여기에서의 '지불'에 해당된다고 해석할 수는 없다.[23] 사실 비교판결에서도 매수인이 중도금 전액을 이행제공하였다는 점에서 크게 다르지 않다. 아마 비교판결에서도 매수인이 중도금 전액 대신 일부만을 이행 또는 이행제공하였다면 다른 결론이 나왔을 여지도 있다. 결과적으로는 대상판결과 같은 사실관계에서 어느 모로 보나 '일부 금액의 지급'을 가리켜 이 사건 해제권유보조항에서의 '지불'로는 볼 수 없다. 다만 민법 제565조가 적용된다면 그때 이행의 착수라고 할 여지는 있다. 대상판결의 제1심과 항소심에서 서로 다른 결론이 내려진 점도 이 부분으로 생각된다. 대상판결의 항소심에서 매수인인 원고가 이행

---

22) 고재민, 앞의 논문, 562면 참조. 이준일, 앞의 논문, 91면에서는 이 경우 계약 내용을 진정한 당사자의 의사로 보아야 하고 단순한 예문으로 취급해서는 안 된다고 보고 있다. 한편 임의규정의 내용이 당사자의 표준적 이익상황에 부합하는 경우로서 임의규정의 적용을 배제하는 명시적인 조항을 두지 않은 한 당사자가 임의규정과 다른 내용으로 합의하였다고 보지는 않는 것이 바람직한 해석이라는 취지로 최준규, "계약법상 임의규정을 보는 다양한 관점 및 그 시사점", 「법조」 제62권 제9호, 법조협회, 2013, 60면.

23) 마찬가지 견해로 이준일, 앞의 논문, 93면; 한종현, 앞의 논문, 33면. 한편 고재민, 앞의 논문, 561면 이하에서는 "매매 당사자가 계약의 이행을 위한 전제행위를 할 필요가 없는 통상적인 경우에 매수인이 오로지 매도인의 해약금에 의한 계약해제를 차단하기 위해 매도인이 원하지 않음에도 지급기일 전에 중도금을 지급하여 스스로 계약에 깊이 빠져드는 행위를 이행의 착수로 인정하는 것이 민법 제565조의 입법취지에 부합하는 것인지 의문이 든다"고 지적하고 있다. 여기에서는 "이행행위 자체가 이행기 전에 이루어지는 경우에 있어서도 계약금에 의한 해제권 유보가 계약의 구속력을 약화시킨다는 등의 이유로 이행기를 무시하는 해석은 타당하지 않다"는 입장을 취하고 있다.

한 부분이 전체 대금의 5.2%라는 점을 강조하였기 때문이다. '이행의 착수'와 '지불'을 서로 구별해야 한다는 입장에서는 민법 제565조 제1항이 적용되는 매매계약이라면 해제할 수 있는 경우(즉, 이행기 전 일부 또는 상당한 금액을 지급함으로써 이행에 착수하였다고 평가되는 경우)라도, 이 사건 해제권유보조항과 같은 특약이 있을 때에는 매수인이 중도금/잔금 일부만을 지급하면서 매도인의 해약금해제가 봉쇄되었다고 주장할 수는 없다.

한편, 대상판결은 당사자가 계약을 체결할 당시 이 사건 해제권유보조항과 함께 이 사건 특약사항을 두었으므로, 이를 반대해석하여 당사자 사이에 시공사 본사 일정과 상호협의 없이는 앞당겨질 수 없어서 이행기 전 이행 착수가 명시적으로 금지되어 있다고 해석한 것으로 보이기도 한다.[24]

그렇다면 약정된 지급기일 전이라도 매수인이 매도인에게 중도금/잔금을 먼저 전부 지급하고 난 후에는 매도인이 이 사건 해제권유보조항에 따른 해제권을 더 이상 행사할 수 없는지 의문이 들 수 있다. 이에 대하여는 항을 바꾸어 논한다.

3. 기한의 이익 관련 부분

(1) 기한의 이익에서의 '이익'

기한의 이익과 그 포기를 정한 민법 제153조는 임의규정이어서 당사자가 특약으로 이를 달리 정할 수 있고, 만일 법률행위의 성질에 따라 기한의 이익을 보유하는 당사자가 채권자인지 채무자인지 분명하다면 그에 따른다.[25] 그것이 불분명한 경우에 비로소 민법 제153조 제1항에 따라 채무자의 이익을 위한 것으로 추정된다. 채권자만 기한의 이익을 갖는 경우(예컨대 무상임치)가 있고, 채무자만 기한의 이익을 갖는 경우(예컨대 무이자 금전소비대차)가 있다. 그런데 이자부 금전소비대차 또는 이자부 정기예금은 대

24) 이때에는 위 각주 22)의 최준규, 앞의 논문, 60면의 견해처럼, 당사자가 임의규정인 민법 제565조의 적용을 명시적으로 배제하는 합의를 한 것으로 볼 여지도 있다.

25) 김용덕 편집대표, 주석 민법 총칙(3)(제5판), 한국사법행정학회, 2019, 702면(남성민 집필부분).

표적으로 채권자(대주 또는 예금주)와 채무자(차주 또는 금융기관) 모두에게 기한의 이익을 갖는 경우로 설명된다.[26] 이때 기한의 이익은 기한이 도래하기 전까지 당사자가 누리는 이익을 가리키는데[27], 이러한 설명에 따르면 여기에서는 사실적·법률적·경제적 범위를 불문하고 전체적 관점에서 볼 때 그 이익을 보유하는 자에게 유리한 편익 내지 효용을 주는 것이면 모두 기한의 이익으로 분류될 수 있을 것이다.

(2) 이 사건의 경우

한편 기한의 이익은 채무자를 위하여 존재하지만 반대로 상대방의 이익을 해할 수 없다(민법 제153조 제2항 단서). 이 사건 해제권유보조항과 같은 특약이 설정·부가된 경우가 이에 해당할 여지가 있다.

대법원은 대상판결을 포함하여 계약 체결 이후의 사정까지 살펴본 다음에야 비로소 채권자에게도 기한의 이익이 생기는 것처럼 설시하여 왔다. 구체적으로 대법원 1993. 1. 19. 선고 92다31323 판결에서는 「매도인이 민법 제565조에 의하여 계약을 해제한다는 의사표시를 하고 일정한 기한까지 해약금의 수령을 최고하며 기한을 넘기면 공탁하겠다고 통지를 한 이상 중도금 지급기일은 매도인을 위하여서도 기한의 이익이 있다고 보는 것」이라고 하였다. 대상판결에서도 이 사건 계약 내용만 가지고, 즉 이 사건 해제권유보조항의 존재만 가지고 매도인인 피고에게 기한의 이익을 인정하지는 않았다. 대상판결은 이 사건 해제권유보조항과 이 사건 특약사항의 존재에 더하여 사실관계에서의 제반 사정[28]까지 두루 고려하여 피고에게 기한의 이익이 있다고 판단하였다. 한편, 위 92다31323 판결에서는 사실관계상 당사자 사이의 계약에 해제권유보약정이 있었는지 여부가 분명하지는 않고 대법원도 민법 제565조를 적용하여 이를 기준으로 판시하였다. 반면 대상판결은 사실관계에서 드러난 이 사건 해제권유보조항을 기초로 판단하였다.

---

26) 주석 민법 총칙(3), 704면; 곽윤직·김재형, 민법총칙(제9판), 박영사, 2013, 410면.

27) 곽윤직·김재형, 앞의 책, 409-410면.

28) 원고가 잔금 지급기일에 앞서 송금한 액수 및 명목, 이에 대한 피고의 반응과 조치, 그러한 상황 하에서 피고의 계약해제권 행사가 계약의 구속력의 본질을 침해하는 등 신의칙에 반하거나 원고에게 예측하지 못한 손해를 가한 것으로 볼 수 있는지 등

결과적으로 계약에서 해제권유보조항을 둔 경우라 하더라도 그 자체만으로는 매도인에게도 기한의 이익이 있다고 하지 아니하고, 계약 체결 이후의 사정까지 종합하고 나서야 비로소 일정 시점 이후에 매도인에게도 기한의 이익이 생겼는지 여부를 판단하는 것이 대법원의 입장으로 해석된다. 이때 매도인에게 기한의 이익이 있다고 보는 사정은 판례가 설시하는 '이행기 전 이행 착수를 금지하는 특별한 사정' 또는 이를 금지하는 '특약'(민법 제565조의 '다른 약정')에 포섭되는 것으로 보인다.[29] 이에 대하여는 원칙과 예외가 바뀌었다는 비판도 있다.[30]

그렇다면 계약에서 명시적으로 해제권유보조항을 설치한 사실관계의 경우에도, 매도인에게 기한의 이익을 일괄적으로 인정하지 않고 예외적으로 특별한 사정이 있는지 여부를 판단하러 나아가는 것이 타당한지 검증할 필요가 있다.

원칙적으로 기한의 이익은 기한을 설정할 당초부터 그 존부가 결정된다. 왜냐하면 당사자가 기한을 정할 때 그로 인해 자기 자신에게 돌아오는 편익과 효용 기타 경제적 사정을 고려하여 설정하였을 것이기 때문이다. 그리고 매매계약에서 대금의 이행기 자체는 매수인을 위하여 설정되는 것이다. 매도인 입장에서는 대금 지급시기가 언제인지, 또는 그것이 도래하였는지 여부를 따지지 않고 대금을 모두 받으면 즉시 매수인에게 매매 목적물인 재산권을 이전할 의사가 있을 것이기 때문이다. 이렇게 보면 중도금/잔금의 이행기 설정으로 인한 기한의 이익은 오직 매수인에게만 존재하게 된다.[31]

다만 일반적으로 부동산 매매 당사자에게 중도금/잔금 지급기일은 계약금에 의한 해제권을 유보할 수 있는 기간이라고 이해되고 있는 것이 거래현실이고[32] 이는 우리 법의식에 강하게 자리 잡은 것이어서[33] 이 점이 반

29) 구체적으로 대법원은 '특별한 사정'에 '특약'이 포함되는 것으로 보고 있다. 상세는 대법원 2006. 2. 10. 선고 2004다11599 판결 참조.

30) 고재민, 앞의 논문, 561면; 정길용, 앞의 논문, 29면.

31) 그리고 민법 제565조는 이행기 전 이행의 착수가 가능한 것을 오히려 원칙으로 두고 있기 때문에, 민법 제565조가 적용되는 상황이라면 그만큼 매도인의 계약금 배액 상환에 의한 해제의 폭이나 해제 가능 시기가 그만큼 좁아진다. 이때에는 '이행의 착수'라는 불확정적 개념이 있는 이상 법원의 사실인정에 따라 해제 여부가 달라질 가능성이 커진다.

드시 고려되어야 한다.[34] 그렇다면 일반적으로 부동산 거래에서 흔히 사용되는 해약금해제조항(이 사건 해제권유보조항과 같은)이 있을 때, 매도인도 중도금/잔금을 지급하기로 약정한 시기까지는 계약금 배액 상환에 의한 해제가 가능하다는 일종의 사실적·법률적·경제적 이익을 보유한다. 따라서 이러한 견해에 따를 때 매매계약에서 이 사건 해제권유보조항과 같이 해약금해제권을 별도로 약정하였다면, 그 자체만으로도 매도인에게도 기한의 이익이 있다.[35]

그러면 위 견해에 따를 때, 매매계약에 해제권유보조항이 있고 이와 별도로 매수인이 지급기일 전에 중도금/잔금의 전부를 지급하면 어떻게 해결할지가 문제된다. 매수인이 기한의 이익을 포기해서 먼저 매도인에게 대금을 지급하는 것은 매수인의 자유이다. 이때 매도인에게 해약금해제권이라는 기한의 이익이 있다고 보면 일률적으로 그 이익을 해하지 못한다(민법 제153조 제2항 단서). 물론 매도인이 매수인의 지급기일 전 중도금 전액 지급에 동의하여 이를 수령하였을 때, 이로써 계약에서 정한 해약금해제 봉쇄가 달성되고 민법 제565조에 따르더라도 적법한 이행의 착수라고 보는 것에는 의문이 없다.[36] 그러나 매도인이 동의하지 않는 경우라면 매도인에게 기한의 이익이 되는 해약금해제권을 매수인의 중도금/잔금 전부 지급으로 봉쇄시킬 수 있다고 보아야 할지 의문이 든다. 만일 봉쇄시킬 수 없다고 보면 매수인이 중도금/잔금 전부를 일찍 지급하였더라도 매도인이 중도금/잔금 지급기일 전까지 매수인에게 계약금 배액을 지급하면서 미리 받은 중도금/잔금 전부를 반환하면 여전히 계약을 해제할 수 있다는 결론에 이른다.

결국 위 견해에 따르면 직관적으로 계약 준수의 원칙에 반하는 결론이 도출된다.[37] 그리고 위 견해에 따라 매수인이 중도금/잔금을 전부 지급한

---

32) 고재민, 앞의 논문, 562면 참조. 대상판결의 설시도 이 입장에 서있다.

33) 주석 민법 채권각칙(2), 232면.

34) 주석 민법 채권각칙(2) 232면; 고재민, 앞의 논문, 562면; 이준일, 앞의 논문, 94면; 정길용, 앞의 논문, 27-29면.

35) 같은 견해로 고재민, 앞의 논문, 562면; 정길용, 앞의 논문, 3면.

36) 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002다46492 판결의 사실관계가 이에 해당한다.

37) 사실심인 부산지방법원 2021. 9. 8. 선고 2020가합50948 판결은 “사실상 매매계약의

경우에도 매도인의 계약금 배액 제공으로 해제될 수 있다고 본다면, 매수인의 이행 정도(중도금/잔금 액수)에 비추어 매도인이 주면 되는 돈(계약금의 배액)이 비교적 적을 것이라는 점이 고려되어야 한다. 즉, 이런 경우까지도 여전히 매도인이 해약금해제를 할 수 있다고 보는 것은 매수인에게 너무 큰 손해를 강요하는 모양이 된다. 그러한 손해를 매수인이 자초한 것이어서 감수해야 한다고 보는 것[38]도 오히려 기한의 이익이나 이행기의 존재를 강조하다 보니 오히려 계약준수의 원칙을 해치는 것이라고 생각한다. 계약 체결 이후 발생한 시가 변동이 있다고 하더라도, 매수인이 자기의 기한의 이익을 먼저 포기하여 중도금/잔금을 전부 지급하였다면, 그 시점부터는 매도인도 해약금해제를 할 수 없다고 보는 것이 공평한 것처럼 보인다. 이러한 경우까지 일괄적으로 매도인을 보호하여 전체적 관점에서 계약의 구속력을 약화시키는 것을 조장할 필요가 없다.[39] 결국 해제권유보조항의 존재만으로 매도인에게 곧바로 기한의 이익을 인정하면 위와 같은 경우에 논리적으로 도출되는 결과가 부당하다(귀류법).

이러한 불합리한 결과를 방지하기 위하여, 원칙적으로는 약정한 이행기까지 매도인이 해약금해제권을 보유하되, 상대방(매도인)의 해약금해제권 행사가 신의성실의 원칙에 위반하여 허용할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 해제권이 소멸하는 것으로 해석해야 한다는 견해가 있다.[40] 이 견해에 따르면 매수인이 지급기일보다 더 먼저 중도금/잔금을 전부 지급하더라도 매도인이 해약금해제를 할 수 있으며, 그럼에도 불구하고 개별적인 사실관계와 구체적인 사정에 의하여 매도인의 해약금해제가 신의칙에 위반될 때에만 해제할 수 없다는 것 자체가 원칙이 된다. 그러나 이 견해는 다음

완결 단계에 이를 때까지 매도인이 해약금해제 권한을 보유하는 한편, 매수인은 지나치게 불안정한 상태에 놓이게 된다는 점에서 부당하다"고 설시하였다. 해당 판결에 대한 상세한 소개는 이준일, 앞의 논문, 91-93면 참조.

38) 각주 23) 참조.

39) 해약금 제도가 단순히 계약을 해제할 수 있는 권리를 유보하는 것만이 아니라, 당사자 전부에게 계약금을 통해 계약 준수를 간접적으로 강제하기 때문에 양면성이 있다는 견해로 정길용, 앞의 논문, 23면.

40) 정길용, 앞의 논문, 33면.

과 같은 이유로 타당하지 않다. 이 견해에 따르면 거래당사자 또는 실무자들에게 어떠한 행위표준도 제시하지 못하게 되는 결과가 도출된다. 매수인과 매도인이 서로 상대방의 행위가 신의칙에 위반되는지 아닌지를 놓고 다투는 것 자체가 원칙이 될 수는 없다는 의미이다. 해약금해제가 문제되는 모든 사건을 규율하는 과정에서 신의칙 그 자체가 분쟁해결의 기준이 되어서는 안 된다.

대상판결도 그런 의미에서 매도인의 해제권 행사가 신의칙에 반한다고 볼 수 있다는 그 사정 자체를 판단기준으로 삼지 않고, 매도인의 기한의 이익이나 이행기 전 이행 착수할 수 없는 특별한 사정을 판단하는 과정에서 개별적으로 고려해야 하는 요소로만 설시한 것으로 보인다. 그런 의미에서 대상판결은 신의칙이 ㉠ 매도인의 측면에서 작용하는 경우와, ㉡ 매수인의 측면에서 작용하는 경우를 나누어 설시하였다. 구체적으로 전자(㉠)는 채권자인 매도인이 채무자인 매수인의 이행의 착수에도 불구하고 계약을 해제하는 것이 신의칙에 반하는지 여부이고, 후자(㉡)는 이행기 전 이행행위가 통상적인 계약의 이행에 해당하기보다 상대방의 해제권의 행사를 부당하게 방해하기 위한 것으로 볼 수 있는지 여부이다.

결과적으로는 매수인이 기한의 이익을 포기하며 중도금/잔금을 전부 지급하더라도, 그 사실만 가지고 매도인이 해제권을 여전히 행사할 수 있다거나 전혀 행사할 수 없다는 식의 일도양단적 결론은 타당하지 않다.

그래서 대상판결 항소심도 이 사건 해제권유보조항에 더하여 이 사건 특약사항까지 일체로 보고 종합적으로 해석하여, 매도인에게 기한의 이익을 인정하고 약정한 지급기일 이전에 매수인이 지급하여서는 아니 되는 특별한 사정을 도출한 것으로 보인다. 대상판결 항소심은 이 사건 특약사항이 '잔금일이 당사자 합의로 앞당겨질 수 있다'는 취지로 기재되어 있어서, 이를 반대해석하면 시공사 일정이나 상호협의 없이는 당사자가 임의로 먼저 지급할 수 없다는 뜻을 가지는 것으로 해석하였다. 이와 같이 해석하면 대상판결 사안에서는 계약 체결 이후의 사정은 고려할 필요 없이 그 자체로 매도인에게도 기한의 이익(이행기 전 이행 착수가 금지된다는 의미에서)을 인정하기에 충분하다고 본다.[41]

이렇게 되면 결국 시가 상승액을 누가 차지하는가는 매수인의 중도금/잔금 지급과 매도인의 계약금 배액 제공에 따른 해제 중 어느 것이 빠른가에 달려 있게 된다는 지적이 있다.[42] 그러나 이는 매도인에게 일률적으로 기한의 이익을 인정한다고 해서 달라지는 것이 아니다. 계약 체결일과 중도금/잔금 지급기일 사이에 시가가 상승한 모든 경우에 매도인이 중도금/잔금 지급기일 전이라면 항상 매수인에게 계약금 배액만 지급하고 온전히 시가 상승액을 누릴 수 있다는 결론이 더 공평하지 않기 때문이다. 계약준수의 원칙에 따라 매도인의 계약금 배액 제공 전에 매수인이 약정한 중도금/잔금 전액을 지급함으로써 매도인의 해약금해제를 봉쇄할 여지가 있는 것으로 보는 것이 구체적 타당성을 도모하기에 충분하다. 이 경우에 민법 제468조가 적용되어, 매수인이 대금을 지급함으로써 매도인의 해약금해제를 봉쇄함으로써 매도인이 입은 손해를 배상할지의 문제는 다른 영역이다.[43]

한편, 대상판결은 「① 채무 이행행위를 비롯하여 당사자들이 계약 이행과정에서 보인 행위의 태양, ② 이행기 전 이행행위가 통상적인 계약의 이행에 해당하기보다 상대방의 해제권의 행사를 부당하게 방해하기 위한 것으로 볼 수 있는지, ③ 채권자가 채무자의 이행의 착수에도 불구하고 계약을 해제하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수 있는지」와 같은 계약 체결 이후의 사정도 고려해서 기한의 이익 존부를 판단하라고 일반원칙을 설시하였다. 이때 매도인에게 기한의 이익이 왜 계약 체결 이후에 다른 사정과 종합하여 사후적으로 생겨날 수 있는지에 대하여 대법원에서도 치밀하게 논증하지 않은 것이 아쉽다.

---

41) 앞의 각주 24)와 그 부분 본문 참조.

42) 고재민, 앞의 논문, 561면.

43) 이때 매도인이 입은 손해는 매수인의 중도금/잔금 일부의 일방적 송금 당시(= '해약금 해제권 봉쇄/소멸')의 매매목적물의 시가와, 매매대금(또는 계약당시의 매매목적물의 시가)의 차액에서, 계약금(해약금)을 공제한 잔액이 해제권 소멸(즉, '매도인의 기한의 이익 상실')로 인한 매도인의 손해가 될 것이고, 바로 이 손해금을 매수인이 매도인에게 배상하여야 한다는 결과가 된다는 견해로 정길용, 앞의 논문, 28면. 사견으로는 매도인의 매수인에 대한 손해배상이 인정되더라도 공평의 원칙이나 신의칙에 따라 그 범위가 제한 내지 적절히 분배될 여지가 있다고 본다. 그러나 이 논리에 따르면 시가 상승분의 귀속을 매번 재판으로 해결해야 한다는 한계가 있다.

4. 결 론

지금까지 논의한 내용을 경제적 이익 귀속 관점에서 본다면, 매매계약 체결 이후 당사자가 예상하지 못한 목적물 시가 상승의 이익이 누구에게 귀속되는 것이 적정한지의 문제이기도 하다.

계약금을 해약금으로 삼는 제도에 대하여 계약준수의 원칙을 해한다는 비판은 많지만, 입법경위를 떠나 오랜 시간이 지남으로써 우리나라에서도 계약금을 해약금으로 삼는 합의를 자연스럽게 받아들이고 이제는 법의식 수준이 되었다고 본다.[44] 해약금을 지급하고 계약에서 해방될 수 있는 여지가 있는 것도 당사자의 권리로서 중요하다. 그렇다고 해약금해제를 광범위하게 인정하면 계약의 구속력과 계약준수의 원칙이 훼손될 수 있다. 다른 한편으로는 이행의 착수 범위를 넓게 보거나 일부 지급만으로 '지불'을 인정하는 등, 해약금해제의 봉쇄 여지를 크게 두면 그만큼 해약금해제권 행사를 기대하던 당사자의 이익이 침해될 가능성도 있다. 적정한 경계가 필요하다. 대상판결도 이런 사정을 고민한 흔적이 보인다.

지금까지의 평석에 대하여, 매수인의 입장에서는 매매계약이 해제되지 않을 것을 믿고 이행의 착수로 인정되지 않을 수도 있는 부수적인 많은 행위들을 미리 준비하는 경우가 많은데, 이행의 착수 개념을 좁게 해석할 경우 또는 매도인에게 일률적으로 기한의 이익을 인정하면 매수인으로서는 예측하지 못한 손해를 입게 될 수 있다는 비판이 있을 수 있다. 그러나 실제 거래 실무에서는 매도인도 해약금해제를 할 수 있는 만큼 매수인도 시가하락이나 대출이자 급등으로 인한 이자부담 등을 이유로 계약금을 포기하고 계약을 해제할 여지가 분명히 있으며, 실제로도 그런 경우가 제법 있다.[45] 그래서 이행의 착수 개념이나 기한의 이익을 고려할 때에는 당사자 일방의 지위만을 고려하여서는 안 된다.

---

44) 마찬가지 견해로 고재민, 앞의 논문, 555면; 정길용, 앞의 논문, 20면.

45) 매수인이 계약금 포기에 따른 해제권 행사를 하지 않는 사이에 매도인이 매수인에게 소유권이전등기의무의 이행제공을 한 후 계약 이행을 강제하는 경우도 있다.

대법원도 대상판결에서 일률적인 기준을 설시한 것은 아니고, 구체적인 계약에서 이 사건 해제권유보조항 및 이 사건 특약사항과 같은 약정이 존재한다면 매도인에게도 해약금해제를 할 만한 기한의 이익이 있는지 세부적으로 살펴보라는 취지라고 생각한다. 대상판결이 기한의 이익 존부 시점에 관해서 엄밀하게 논증하지 않은 점이 아쉽지만, 큰 틀에서 대상판결의 입장에 찬성한다.

판례평석 : 해제권유보조항과 이행의 착수 및 기한의 이익 사이의 관계 - 한 종 현	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2024.02.14.	2024.03.03.	2024.03.26.

[참고문헌]

[단행본]

김용덕 편집대표, 주석 민법 채권각칙(2)(제5판), 한국사법행정학회, 2021

김용덕 편집대표, 주석 민법 총칙(3)(제5판), 한국사법행정학회, 2019

곽윤직 편집대표, 민법주해(14)-채권(7), 박영사, 1997

곽윤직·김재형, 민법총칙(제9판), 박영사, 2013

사법연수원, 요건사실론, 2019

송덕수, 채권법각론(제4판 중판), 박영사, 2020

최진수, 주요 조문별·판례중심 요건사실과 주장증명책임(제12판), 진원사, 2023

[논문]

고재민, "민법 제565조의 해제권 행사와 이행의 착수", 「판례연구」 제19집, 부산판례연구회, 2008

이준일, "표준 부동산매매계약상 해제권유보조항과 해약계약금 해제 : 해제권유보조항의 독자성을 중심으로", 「저스티스」 통권 제193호, 한국법학원, 2022

정길용, "계약금이 수수되어 해제권이 유보된 계약과 채무자의 기한의 이익 포기", 「법학연구」 제20권 제3호, 연세대학교, 2010

정상현·박석일, "계약금의 해약금 추정규정에 관한 민법상 의미 재검토 : 연혁과 입법례로부터의 이해", 「성균관법학」 제33권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2021

최준규, "계약법상 임의규정을 보는 다양한 관점 및 그 시사점", 「법조」 제62권 제9호, 법조협회, 2013

한웅길, "계약금에 관한 소고", 「동아법학」 제49권, 동아대학교 법학연구소, 2007

한종현, "부동산 매매에서 해약금에 관한 고찰 - 거래 실무에서 통용되는 계약 조항과 판례의 입장을 중심으로 -", 「인권과정의」 제515권, 대한변호사협회, 2023

홍성무, "민법 제565조 제1항에 의한 이행의 착수와 이행기의 약정 - 대법원 1993. 1. 19. 선고 92다31323 판결 참조 -", 「사법행정」 제35권 제2호, 한국사법행정학회, 1994

【국문초록】

매매계약에서는 흔히 “매수인이 매도인에게 중도금/잔금을 지불하기 전까지 매도인은 계약금의 배액을 상환하고, 매수인은 계약금을 포기하고 본 계약을 해제할 수 있다”는 해제권유보조항이 사용된다. 대상판결은 해제권유보조항이 부가된 매매계약을 체결한 후, 매수인이 매도인에게 이행기 전 잔금의 일부만을 지급하고 매도인이 더 이상 매매계약을 해약금해제할 수 없다고 주장한 사안이다. 이 사안에서 대법원은 제반 사정에 비추어 보아 계약에서 정한 매매대금의 이행기가 매도인을 위해서도 기한의 이익을 부여하는 것으로 볼 수 있다면 이는 곧 매수인이 이행기 전에 이행에 착수할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우가 된다고 보고, 매수인의 주장을 배척하였다.

대상판결을 이행기 전 이행 착수 관점에서 분석하면, 유사 사례인 대법원 2006. 2. 10. 선고 2004다11599 판결(비교판결)과의 차이점이 눈에 띈다. 비교판결은 대상판결과 달리 민법 제565조가 직접 적용된 사안이고, 매수인이 잔금 전액의 이행제공을 하였던 사건이어서 이행기 전 이행 착수가 인정될 수 있었다. 그러나 대상판결 사안에서 해제권유보조항은 “중도금/잔금을 지불”할 때까지를 명문으로 두고 있다. 따라서 민법 제565조와 달리 일부 지급만으로 여기에서의 ‘지불’에 해당한다고 볼 수는 없다. 이 ‘지불’은 문언상으로나 해석상으로나 ‘완불’로 보아야 하기 때문이다.

대상판결을 기한의 이익 관점에서 분석하면, 해제권유보조항의 존재만 가지고 매도인에게도 기한의 이익이 부여되어야 한다는 견해가 있다. 그런데 이 견해를 견지하면 매수인이 중도금/잔금 전부를 일찍 지급하더라도 매도인이 매수인에게 이행기까지 계약금 배액과 함께 매수인으로부터 앞서 받은 돈을 전부 반환하는 경우 여전히 계약을 해제할 수 있다는 결론이 도출된다. 이는 직관적으로 계약준수의 원칙에 반하는 것이고, 매수인의 이행 정도에 비추어 매도인의 출재가 더 적다는 점에서 매수인에게 더 큰 손해를 강요하는 것이 된다. 이러한 경우까지 일괄적으로 처리하여 계약의 구속력을 약화하는 것을 조장할 필요가 없다고 본다.

다만 기한의 이익은 원칙적으로 기한을 설정할 당시에 생기는 것으로 생각되는데, 대상판결의 설시는 기한의 이익이 당초부터 존재하는 것이 아니라 계약 체결 후의 사정들을 종합하여 사후적으로도 생겨날 수 있는 것처럼 보이기도 한다. 이 부분 논증이 엄밀하지 않은 점이 아쉬우나 전체적으로는 대상판결의 취지에 찬성한다.

【Abstract】

A case study : The relation between rescission reservation agreement, initiation of performance, and benefit of time
- based on the Supreme Court Decision 2022Da256624
Decided January 4, 2024 -

Jonghyun Han
(Attorney at law,
Conciliation Staff Attorney of Western Branch of Busan District Court)

In a contract of sale, a commonly used provision is the rescission reservation agreement, which stipulates, 'Until the buyer pays the interim/remaining payment to the seller, the seller may rescind the contract by repaying double the amount of the down payment, and the buyer may rescind by waiving the down payment.' The Supreme Court ruled as follows: If the commitment date specified in the contract can be considered as conferring a benefit to the seller as well, it implies that there are special circumstances where the buyer cannot commence performance before the commitment date.

In the analogous case, unlike the aforementioned judgment, Article 565 of the Civil Act was directly applied, and the buyer fully paid the remaining balance. Consequently, the Supreme Court prohibited the seller from rescinding the contract. However, in the previously discussed judgment, the rescission reservation agreement explicitly specifies 'pays of the interim/remaining payment'. This implies that partial payment

cannot be deemed equivalent to the payment stated above, in contrast to Article 565 of the Civil Act. This ‘payment’ should be interpreted as ‘complete payment’.

From another perspective, it appears that the prevailing opinion suggests the mere presence of a rescission reservation agreement should automatically grant the benefit of time to the seller. However, following this viewpoint leads to the conclusion that even if the buyer pays the entire interim/remaining amount early, the seller can still rescind the contract by returning the down payment and the money received in advance. This intuitively contradicts the principle of ‘pacta sunt servanda’. While it is reasonable to assert that the benefit of time arises when the commitment date is set, the aforementioned judgment is analyzed as follows: the benefit of time may not exist initially but can emerge based on post-contractual circumstances. This part of the argument lacks rigorous precision.

주제어(Keyword) : 계약금(Down payment), 해약금(Earnest money), 해약금해제(Rescission with Earnest money), 해제권유보(Rescission reservation), 이행의 착수(Initiation of performance), 기한의 이익(Benefit of time), 민법 제565조(Article 565 of the Civil Act)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제112호 2024년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2024.112.117

착오송금 관련 판례 법리의 문제점과 송금의뢰인 보호 방안*

김 필 수**

▶목 차◀

Ⅰ. 문제의 제기
Ⅱ. 착오송금 관련 판례 법리 전개의 분석
1. 계좌이체와 예금의 성립시기
2. 착오송금과 부당이득
3. 송금의뢰인 보호를 위한 상계권 남용 법리
4. 마이너스통장에 대한 착오송금과 이미 제3자가 압류한 계좌에 대한 착오송금
Ⅲ. 송금의뢰인 보호를 위해 제시된 법리에 대한 비판적 검토
1. 수취인의 예금채권 성립여부
2. 착오송금과 부당이득 반환청구의 상대방
3. 수취은행의 상계권행사로부터의 보호
Ⅳ. 실효성 있는 송금의뢰인의 보호 방안
1. 예금거래기본약관 개정을 통한 입금기장거절권 명문화
2. 법률행위 해석을 통한 묵시적 임의신탁 설정의 인정
3. 송금의뢰인이 수취인을 대위하여 수취은행을 상대로 착오송금액 상당의 예금지급을 청구하는 방안
4. 착오송금 송금의뢰인의 착오송금 수취인에 대한 반환 협조 요청 절차 개선
5. 송금의뢰인 보호 방안의 악용 위험에 대한 우려와 대응 방안
Ⅴ. 결 론

* 본 논문의 작성과정에서 귀중한 조언을 해주신 김제완 교수님, 부족한 제자의 학문적 발전을 위해 세심하게 지도해주시는 신현탁 교수님께 감사드립니다. 익명의 심사위원님들께서 주신 심사평에도 감사드립니다. 이 글의 주장은 필자 개인의 것이며, 필자가 소속되어 있는 금융결제원의 공식적인 견해와는 무관함을 밝혀둡니다.
** 금융결제원 과장.

Ⅰ. 문제의 제기

우리나라는 예금자보호법 개정을 통해 2021년 7월부터 예금보험공사가 착오송금반환지원제도를 운영해왔다.[1] 이 제도를 통한 반환지원을 위해서는 우선 신청대상 조건[2]에 부합해야 하며, 신청대상 조건에 부합한다고 하더라도 제도 자체가 수취인에 대한 부당이득반환청구권의 매입을 기초로 하므로 수취인이 무자력인 경우 동 제도에 의한 구제는 법리적 한계에 직면하게 된다.[3]

은행 예금계좌에 대한 착오송금[4] 사안에 대하여 수취인 명의의 예금계약이 성립하고 송금의뢰인은 수취인을 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있을 뿐 수취은행을 상대로 부당이득반환청구를 할 수는 없다는 것이 대법원의 확립된 입장이다.[5] 또한, 대법원은 수취은행이 수취인을 상대로 보유

---

1) 예금자보호법 제5장(착오송금 반환지원)이 2021년에 신설되었다. 착오송금반환지원제도 시행 후의 현황 등은 예금보험공사 보도자료, "예금보험공사 잘못 보낸 돈 되찾기 서비스(착오송금반환지원제도) 2년간의 성과", 2023.7.12.

2) ① 2021.7.6. 이후 발생한 5만원 이상 1천만원 이하의 착오송금일 것, ② 2023.1.1. 이후 발생한 5만원 이상 5천만원 이하의 착오송금일 것, ③ 금융회사를 통해 사전 반환 신청을 하였으나 반환받지 못하였을 것, ④ 착오송금과 관련하여 진행 중인 법적절차가 없을 것, ⑤ 신청일이 착오송금일로부터 1년 이내일 것 등의 조건을 충족하는 경우에만 반환지원을 신청할 수 있다. 지원대상 조건은 예금보험공사의 착오송금반환지원정보시스템(https://kmrs.kdic.or.kr/ko/index.do, 최종방문일 : 2024.2.14.)을 참고하였다.

3) 이처럼 근본적 한계가 뚜렷한 착오송금반환지원제도에 대해서는 도입 이전부터 문제점이 지적되었다 [김용재, 「은행법원론」 제3판, 2019, p.388.; 이상용, "착오 송금 법리의 재구성", 민사법학 제92호, 2020. p.256-257. 등]. 그러나 많은 비판과 한계에도 불구하고 예금자보호법 개정을 통해 동 제도가 도입되어 운영 중이다.

4) 착오송금이란 송금인이 송금금액, 수취은행, 수취인 계좌번호 등을 잘못 기재하거나 입력하여 수취인에게 자금의 이동이 일어난 경우를 의미한다. 전자금융거래 기본약관(공정거래위원회 표준약관 제10028호, 2022.1.21. 개정) 제32조, 예금자보호법 제2조 제9호 등 참고. 착오송금 반환지원제도를 도입하면서 예금자보호법을 개정하여 예금자보호법 제2조 제9호에서 착오송금을 "송금인의 착오로 수취금융회사, 수취계좌번호 등을 잘못 기재하거나 입력하여 수취인에게 자금이 이동된 거래"로 정의하였는데, 동 정의는 착오송금 반환지원제도 대상이 되는 착오송금을 정의한 것일뿐 이를 착오송금의 법적 정의로 일반화해서는 안될 것이다. 즉, 실제 민사거래에서의 착오송금의 범위나 착오송금 판례법리의 적용 대상을 예금자보호법 제2조 제9호에 정의된 착오송금으로 한정할 수는 없다.

5) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004다12219 판결; 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다51239

한 대출채권을 자동채권으로 하여 수취인의 예금채권과 상계하는 것도 원칙적으로 유효한 것으로 본다. 다만, 예외적으로 수취인이 착오송금을 인정하고 반환요청을 승낙하여 수취은행이 착오송금이라는 사실을 인지하고 있는 경우에는 상계권의 행사가 권리남용에 해당(상계권 남용)하여 무효라고 보고 있다.[6]

판례의 입장에 따를 경우 송금의뢰인이 착오송금에 관하여 과실이 있다고 하더라도 수취인의 무자력 위험을 전적으로 부담해야 하는 결과가 초래된다. 또한, 현재 대법원의 판례 법리를 고려하면 마이너스 통장으로 착오송금한 사안에서 수취은행이 수취인에 대한 대출금 채권으로 상계를 하는 경우나 수취인의 채권자가 수취인 예금채권에 대하여 압류 등 강제집행을 하는 경우에는 수취인의 무자력으로 인해 송금의뢰인의 부당이득반환청구권이 현실적으로 의미가 없게된다.[7] 송금의뢰인이 착오로 송금한 자금이 수취은행이나 다른 채권자 등의 채권 만족에 활용되는 결과는 착오송금의 수취인이 수취은행에 대해 예금채권을 취득하는 법리[8]로부터 출발하는 것이지만 이러한 법리를 기계적으로 적용하기만 한다면 그 자체의 논리적 완결성에도 불구하고 정의 관념에 반하는 측면이 존재한다.[9] 최근 3년 금융결제원 자금청구반환시스템 처리실적을 살펴보면 착오송금 발생에 따른 송금의뢰인의 반환신청 접수가 매년 20만건을 상회하고 있다.[10] 금융결제원 자금청구반환시스템 처리실적에는 송금은행과 수취은행이 다른 경우의 반환신청 접수 건만 집계되고 자행이체 거래에 대한 반환신청 건수는 포함되지 않으므로 실제 착오송금 건수는 훨씬 더 많을 것이다. 매년 수십만건의 착오

판결.

6) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2007다66088 판결.

7) 이러한 경우에는 예금보험공사의 부당이득반환청구권 양수를 통해서도 송금의뢰인의 구제가 어렵다. 이상용, 앞의 논문(주3), p.256-257; 임정하, “착오송금의 분쟁해결지원과 관련법리의 재검토”, 은행법연구 제12권 제1호, 2019. p.20-21.

8) 이른바 원인관계불요설의 입장이다. 관련 법리에 대해서는 후술한다.

9) 서희석, “지급인의 착오로 인한 자금이체의 효력 - 착오이체의 법률관계에 관한 판례법리의 전개 -”, 비교사법 제20권 3호, 2013. p.752-754; 이상용, 앞의 논문(주3), p.293.

10) 고상근, “전자금융거래법 일부개정법률안 검토보고 - 김희곤의원 대표발의(의안번호 제2122609호)”, 제410회국회(임시회) 제9차 정무위원회, 2023.

송금이 발생하고 있는데 이는 결코 적지 않은 숫자이다. 그러므로 송금의뢰인의 보호를 위해 작동될 수 있는 다양한 법리적, 제도적 해결방안을 논의해볼 필요가 있다.

이에 본 연구에서는 착오송금 관련 판례 법리의 논리구조를 분석하고(제2장), 판례법리의 타당성 여부를 쟁점별로 검토하면서 각 쟁점과 관련하여 선행연구에서 제시되었던 법리적 대안들의 문제점을 분석하였다(제3장). 그리고 이를 바탕으로 보다 실효성 있는 송금의뢰인의 보호방안을 모색해보고자 하였다(제4장).

Ⅱ. 착오송금 관련 판례 법리 전개의 분석

1. 계좌이체와 예금의 성립시기

(1) 예금계약의 법적성질

우리나라 법률에서는 예금에 관한 정의를 두고 있지 않으며, 예금계약의 법적성질도 해석론에 맡겨져 있다. 학계의 다수의견은 예금계약을 은행등 금융기관을 수치인으로 하는 금전의 소비임치 계약으로 해석하고 있으며 대법원도 같은 입장이다.[11] 소비임치 계약에 해당하므로 소비대차에 관한 민법의 규정이 준용(민법 제702조)되지만 대법원이 판시한 바와 같이 사실상 예금계약의 내용은 약관에 의하여 정하여 진다.[12]

---

11) 대법원 1985. 12. 24. 선고 85다카880 판결.

12) 대법원은 “이른바 예금은 은행등 법률이 정하는 금융기관을 수치인으로 하는 금전의 소비임치 계약으로서 수치인은 임치물인 금전등을 보관하고 그 기간중 이를 소비할 수 있고 임치인의 청구에 따라 동종 동액의 금전을 반환할 것을 약정함으로써 성립하는 것이므로 소비대차에 관한 민법의 규정이 준용되나 사실상 그 계약의 내용은 약관에 의하여 정하여질 따름”이라고 판시한 바 있다. 대법원 1985. 12. 24. 선고 85다카880 판결.

(2) 착오송금과 수취인의 예금채권 성립 여부

최근에는 계좌조회, 계좌이체 등의 단순한 거래는 스마트폰뱅킹이 활성화되면서 모바일 뱅킹앱을 통한 거래의 비중이 PC 인터넷뱅킹을 추월하게 되었으며 계좌이체 등의 단순 거래는 은행 영업점 창구를 통한 대면거래 비중이 높지 않고 대부분 인터넷뱅킹, 스마트폰뱅킹 등 비대면 채널을 통해 전자적 방법으로 처리하고 있다.[13] 이러한 방식의 계좌이체를 전자금융거래법에서는 전자자금이체로 정의하고 있다(전자금융거래법 제2조 제12호)[14]. 최근에 문제가 되고 있는 착오송금 사안은 대부분 전자자금이체 방식으로 계좌이체를 한 사안들이다.

예금거래기본약관에서는 계좌이체를 예금계좌에 대한 입금방법 중 하나로 정하고 있으며(예금거래기본약관 제6조 제2항), 계좌이체를 통한 입금 시 예금이 성립되는 시기는 예금원장에 입금이 기록된 때로 규정하고 있다(예금거래기본약관 제7조 제1항). 계좌이체의 방법으로 입금을 할 때 예금이 되는 것은 계좌개설인과 계좌개설은행 간의 계약에 따른 것이다.[15] 이른바 "착오송금" 사례들에 관한 일련의 판결에서 대법원은 수취인의 예금채권이 성립한다는 법리를 확립하여 유지하고 있다.

다른 약정이 없는 한 계좌이체방법으로 입금을 하는 경우 이체 의뢰인과 계좌 개설인(수취인) 사이에 계좌이체의 원인이 되는 법률관계가 존재하는지 여부와 그 법률관계의 내용이 무엇인지 여부와 관계없이 수취인이 수취은행에 대하여 계좌이체된 금액 상당의 예금채권을 취득한다는 것이 대법원 판례의 일관된 입장이다.[16] 이러한 법리는 착오송금 사안에서도 그대

13) 한국은행, "2022년중 국내은행 인터넷뱅킹서비스 이용현황", 2023.

14) 전자금융거래법 제2조 제12호에서는 지급인의 지급지시에 따른 자금이체(제2조 제12호 가목)와 수취인의 추심지시에 따른 자금이체(제2조 제12호 나목)를 전자자금이체의 두 가지 방법으로 규정하고 있는데, 착오송금이 문제되는 사안은 주로 지급인의 지급지시에 따른 자금이체이다.

15) 박준, "예금계약", BFL 제85호, 2017. p.75.

16) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다51239 판결. 대법원은 "수취인과 은행 사이의 예금계약의 성립 여부를 송금의뢰인과 수취인 사이에 계좌이체의 원인인 법률관계가 존재하는지 여부에 의하여 좌우되도록 한다고 별도로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 경우"라는 단서를 판시사항에 포함시키고 있다.

로 적용된다. 즉, 송금인이 수취인의 동일성에 대한 착오를 일으켜 송금인의 의도와는 다른 수취인에게 자금을 송금한 사안과 관련하여 대법원은 송금인과 수취인간에 계좌이체의 원인이 되는 법률관계의 존부나 그 유효성에 관계 없이 수취인과 수취은행 사이에 예금관계가 성립된다는 입장을 취하고 있다.[17] 송금인과 수취인 간의 법률관계를 "원인관계"라고 지칭하고 대법원이 "원인관계불요설"의 입장을 취하는 것으로 평가하기도 한다.[18] 대법원은 수취인의 예금채권 성립과 관련하여 원인관계가 필요하지 않다는 입장을 계속해서 유지해오고 있다.[19]

결론적으로 계좌이체가 되면 그 이체가 착오송금에 해당하는지 여부를 불문하고 예금거래기본약관에 따라 예금원장에 입금의 기록이 된 때에 수취인과 수취은행 사이에 계좌이체 금액 상당의 예금계약이 성립하고 수취인이 수취은행에 대하여 동 금액 상당의 예금채권을 취득한다는 것이 대법원 판례의 법리이다.

---

17) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005다59673 판결; 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다51239 판결 등.

18) 서희석, 앞의 논문(주9), p.742.

19) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다51239 판결에서 원인관계불요설에 대한 이론적 근거가 처음으로 제시된 것으로 평가되고 있다. 동 판결의 원심판결(서울중앙지방법원 2007. 6. 29. 선고 2007나1196 판결)은 예금계약 당사자의 진정한 의사를 근거로 예금채권의 성립에 원인관계가 필요하다고 판시하면서 원인관계필요설의 입장을 취하여 대법원 판례 법리와 다른 결론을 도출하였는데 대법원은 이를 배척하면서 원인관계불요설의 입장을 유지하였다. 대법원은 계좌이체에 대하여 은행간 및 은행 점포간 송금절차를 통해 저렴한 비용으로 안전하고 신속하게 자금을 이동시키는 수단으로 다수인 간의 자금이동을 원활하게 처리할 수 있도록 중개 역할을 수행하는 은행이 자금이동의 원인이 되는 법률관계의 존부, 내용 등에 관여하지 않고 자금이동을 수행하는 체제라는 취지로 설명하면서 계좌이체가 되면 예금거래기본약관에 따라 예금원장에 입금의 기록이 된 때에 수취인과 수취은행 사이에 계좌이체 금액 상당의 예금계약이 성립하고 수취인이 수취은행에 대하여 동 금액 상당의 예금채권을 취득하는 것으로 해석하고 있다. 그런데 이와 같은 이론적 근거를 제시한 판시사항은 일본 최고재판소의 1996년 판결(最高裁判所 1996. 4. 26. 判決 平成4(オ)413, 民集 50卷 5號 1267頁.)의 내용을 그대로 번역하여 옮긴 것으로 판단된다. 이에 대해서는 후술한다.

2. 착오송금과 부당이득

위에서 살펴본 바와 같이 착오송금이 발생하는 경우 수취인이 수취은행에 대하여 유효하게 예금채권을 취득하지만 송금의뢰인과 수취인 사이에 계좌이체의 원인이 되는 법률관계가 존재하지 않으므로 송금의뢰인은 수취인에 대하여 계좌이체 금액 상당의 부당이득반환청구권을 갖게된다.[20] 대법원은 수취은행이 이익을 얻은 것이 없기 때문에 부당이득반환청구권 행사의 상대방이 될 수 없다는 입장이다.[21]

착오송금에 관한 최초의 대법원 판결은 수취인이 착오이체라는 사실을 인정하였지만 수취인의 계좌가 부도로 지급정지 상태였기 때문에 착오송금 금액 상당을 인출하여 송금의뢰인에게 반환할 수 없었고 송금의뢰인은 수취은행을 상대로 부당이득반환청구소송을 한 사안에 관한 것이었다. 원심에서 수취인의 예금채권이 성립하였기 때문에 수취은행이 착오송금 금액을 부당이득하였다고 할 수 없고 수취인의 계좌가 거래정지 상태인 경우에도 마찬가지라고 판시하였고, 이에 원고가 상고하였으나 대법원에서 상고가 기각되면서 원심판결이 확정되었다.[22]

3. 수취은행의 상계권행사와 상계권남용 법리를 활용한 송금의뢰인의 보호

대법원은 착오송금 사안에서 수취은행이 대출채권 등을 자동채권으로

---

20) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004다12219 판결; 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다51239 판결.

21) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004다12219 판결; 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다51239 판결.

22) 착오송금에 관한 최초의 대법원 판결은 대법원 2004.5.14. 선고 2004다12219 판결이며 동 판결의 원심판결은 대구지방법원 2004. 1. 28 선고 2003나10191 판결이다. 동 판결이 착오송금에 관한 최초의 대법원 판결이라는 점은 서희석, 앞의 논문(주9), p.742.를 통해 인지하였다. 원심판결에 대한 평석은 정대익, “타인의 계좌 또는 지정하지 않은 수취인계좌로 이루어진 지급이체의 법률문제 - 대구지법 판결(2004. 1. 28 선고 2003나10191 판결)에 대한 평석을 겸하여 - ”, 비교사법 제11권 제4호, 2004.

하여 수취인의 예금채권과 상계하는 것을 원칙적으로 정당하다고 보고 있다.[23] 다만, 대법원은 상계권남용의 법리를 통해 송금의뢰인의 보호를 도모하고 있다. 대법원은 2010년에 처음으로 수취은행의 상계권 남용을 인정하였다.[24] 대법원은 ① 송금의뢰인(지급인)이 수취은행에 대하여 착오송금 금액의 반환을 요청하고, ② 수취인이 착오송금 사실을 인정하고 수취은행에 대하여 그 반환을 승낙하며, ③ 수취은행이 선의인 상태에서 수취인의 예금채권을 담보로 대출을 하여 그 자동채권을 취득한 것이라거나 그 예금채권이 이미 제3자에 의하여 압류되었다는 등의 사정이 없을 것을 상계권 남용의 요건으로 제시하고 있다.[25] 이러한 요건을 충족하는 경우 수취인이 착오송금 금액의 반환을 승낙하고 있음에도 불구하고 수취은행이 상계를 통해 채권회수를 도모하는 것은 공평·정의의 이념에 반하며, 공공성을 지닌 자금이체시스템의 운영자가 송금의뢰인의 실수를 기화로 그의 희생하에 당초 기대하지 않았던 채권회수의 이익을 취하는 것은 상계제도의 목적이나 기능을 일탈하고 법적으로 보호받을만한 가치가 없다는 점을 상계권 남용의 인정 근거로 제시하고 있다.[26]

4. 마이너스통장에 대한 착오송금과 이미 제3자가 압류한 계좌에 대한 착오송금

(1) 마이너스통장에 대한 착오송금

마이너스통장에 대한 착오송금이 이루어진 경우의 법률관계에 관한 명시적인 판결은 없었는데 최근 대법원에서 이에 관한 판결이 선고되었다. 동

---

23) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2007다66088 판결. 한편, 수취은행의 상계에 의해 수취은행이 착오이체 금액 상당의 부당이득반환의무를 진다고 할 수 없다고 판시한 사례도 존재한다. 대법원 2005. 11. 24. 선고 2005다54456 판결.

24) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2007다66088 판결.

25) 서희석, 앞의 논문(주9), p.735-736.; 김호용, “타인의 마이너스 통장 은행계좌로 송금한 금액이 착오송금임을 주장하며 그 수취은행을 상대로 부당이득반환을 구한 사건”, 대법원판례해설 제131호, 2022. p.423.

26) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2007다66088 판결.

판결의 사실관계를 정리해보면 다음과 같다. 송금의뢰인A가 수취인B의 계좌로 약 3,100만원을 착오로 송금하였는데, B의 계좌는 종합통장 자동대출 약정이 체결된 계좌로 이른바 마이너스통장에 해당하는 것이었으며 착오송금 금원이 입금되기 이전에 타행 당좌부도로 지급정지 되었고 대출금 채무가 연체되고 있었으며 착오송금 당시의 잔액은 약 마이너스 8,400만원 이었다. 송금의뢰인A는 수취은행을 상대로 부당이득반환청구, 제3자 채권침해에 의한 손해배상청구, B의 인출금청구권 양수인으로서의 지위에 기한 인출금청구 등을 구하였으나 제1심, 제2심, 대법원 판결에서 A의 청구는 인정되지 않았다.[27]

대법원은 기존에 확립했던 착오송금 관련 판례 법리의 연장선 상에서 마이너스 통장에 대출채무가 있는 상태에서 해당 마이너스 통장으로 자금이 이체되는 경우에도 수취인의 예금채권이 성립된다고 판단하였다. 그 결과 수취인의 예금채권 성립과 동시에 수취인과 수취은행 사이의 종합통장 자동대출 약정에 의거하여 수취은행의 대출채권과 수취인의 예금채권의 상계가 이루어진다는 것이다. 결국, 수취인의 마이너스 통장으로 이체된 금원이 송금의뢰인과 수취인 사이에 자금이체의 원인이 되는 법률관계 없이 착오송금된 것이라고 하더라도 송금의뢰인은 수취인을 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있을 뿐이고 수취은행이 상계를 통해 대출채권의 만족을 얻은 것은 종합통장 자동대출 약정에 따른 것으로 적법한 원인이 있는 것이기 때문에 착오송금의 송금의뢰인이 수취은행을 상대로 부당이득청구권을 취득하지는 않는다는 결론에 이르게 된다. 한편, A는 B가 수취은행에 대하여 갖는 대출거래약정에 따른 인출요구권을 수취은행이 부당하게 거부하여 B의 A에 대한 채무변제를 방해하였다는 이유로 수취은행에 대하여 제3자 채권침해에 의한 손해배상청구권이 있다고 주장하였으나 1심판결에서 수취은행의 인출 거부는 이미 존재하고 있었던 지급정지조치에 따른 정당한 업무수행이라는 점, 인출거부로 인해 A가 B에 대하여 가지는 부당이득반환청구권에 아무런 영향이 없다는 점 등을 이유로 제3자 채권침해에 해당하지 않는

27) 수원지방법원 평택지원 2015. 12. 18. 선고 2015가단6215 판결; 수원지방법원 2016. 6. 30. 선고 2016나50495 판결; 대법원 2022. 6. 30. 선고 2016다237974 판결.

다고 판단하였으며 이 부분은 2심과 대법원에서 동일하게 판단하였다. A가 B의 인출금청구권을 양수하였다는 점을 전제로 수취은행에 대하여 동 인출금청구권을 갖는다고 주장한 부분의 경우 착오송금 당시 잔액이 마이너스 8,400만원이었던 계좌에 약 3,100만원이 착오송금으로 입금된 즉시 B의 예금채권 성립과 동시에 B의 대출금채무 변제에 충당됨으로써 B는 착오송금된 3,100만원에 대하여 수취은행에 대한 인출금청구권을 취득하는 것이 아니므로 동 인출금청구권의 존재를 전제로 하는 A의 청구는 이유가 없다는 것이 1심, 2심, 대법원의 공통적인 판단이다.[28]

동 판결에 대하여는 다양한 평가가 제시되고 있다. 착오송금 사안에서 수취계좌가 마이너스 통장이고 잔액이 마이너스인 상태에서 착오송금으로 입금이 되는 경우 수취은행의 별도의 상계 의사표시 없이 대출약정에 의해 자동적으로 상계처리가 가능하며 이는 수취은행의 상계권행사가 권리남용에 해당하지 않고 허용되는 새로운 경우를 제시한 것으로 수취은행의 상계에 대한 합리적 기대가 인정될 수 있는 경우에 해당한다는 취지로 대법원의 판시와 결론을 지지하는 견해[29]도 있으나 그러한 결론이 논리필연적인 것인지에 대하여 의문을 제기하면서 상계를 허용하는 결과가 법질서에 반한다는 점을 이유로 신의칙 위반을 인정할 수 있을 것이라는 이유로 대법원의 결론에 반대하는 견해도 제시되고 있다.[30] 또한, 결론에는 찬성하면서도 수취은행은 금전 지급의 통로 내지는 수단이지, 법률행위의 상대방이라고 할 수 없으며 수취은행의 법적 지위는 이행(수령)보조자(민법 제391조)에 불과하므로 지급된 금전의 반환이라는 급부의 원상회복이 문제되는 경우에 급부자의 급부 반환청구 상대방이 될 수 없다는 점을 지적하면서 착오송금의

28) 수원지방법원 평택지원 2015. 12. 18. 선고 2015가단6215 판결; 수원지방법원 2016. 6. 30. 선고 2016나50495 판결; 대법원 2022. 6. 30. 선고 2016다237974 판결.

29) 강혜림, “2022년 민법(채권법) 중요 판례 평석”, 경희법학 제58권 제1호, 2023; 박준·한민, 「금융거래와 법(제3판)」, 2022. p.35-36.도 마이너스통장에 착오송금한 사안과 관련하여 착오송금된 금액이 마이너스 통장 대출금 변제에 자동적으로 사용되고 수취인이 송금의뢰인에 대하여 부당이득반환채무를 지게 되며 이 경우에 착오송금으로 인해 수취은행이 부당이득을 취득한 것은 아니라고 하면서 위 대법원 판결을 각주에서 인용함으로써 사실상 대법원의 결론을 지지하고 있는 것으로 보인다.

30) 조경임, “2022년 채권법 중요판례평석”, 인권과정의 Vol.513, 2023.

부당이득 처리는 수취인의 예금채권 성립 등을 근거로 은행에 이익이 없다는 논리를 구성할 것이 아니라 송금의뢰로 인한 급부관계가 송금의뢰인과 수취인 사이에서만 성립하므로 그 급부의 원인 결여로 인한 급부부당이득도 송금의뢰인과 수취인 사이에만 성립한다고 주장하면서 대법원 판결의 논리구조에는 반대하는 견해가 있다.[31]

(2) 이미 제3자가 압류한 계좌에 대한 착오송금

최근 대법원에서는 수취인 계좌에 착오로 입금된 금원 상당의 예금채권이 이미 제3자에 의하여 압류되었다는 특별한 사정이 있는 경우 수취은행이 수취인에 대한 대출채권 등을 자동채권으로 하여 수취인의 그 예금채권과 상계하는 것이 허용되더라도 이는 피압류채권액의 범위 내에서만 가능하고 그 범위를 벗어나는 상계는 신의칙에 반하거나 권리를 남용하는 것으로서 허용되지 않는다는 판결이 선고되었다.[32] 동 판결은 A가 착오로 B에게 약 1억원을 이체하였는데 B의 계좌가 세금체납(약 1,500만원)으로 압류되어 있던 사안에 관한 것이었다. 착오송금 직후 A가 수취은행에 착오송금 반환을 요청하였고 수취인 B도 수취은행에 착오송금 반환을 승낙하였으나 수취은행은 B에 대하여 보유하고 있던 약 2억원의 대출원리금 채권을 자동채권으로 B의 예금채권 약 1억원을 수동채권으로 하여 상계하였으며 수동채권에 A의 착오송금 금원이 포함되어 있었다. A는 수취은행을 상대로 주위적으로 착오송금액 약 1억원에 대한 부당이득반환 청구하고, 예비적으로 B를 대위하여 착오송금액 상당의 예금지급을 청구하였다. 수취은행은 이익을 얻은 것이 없고 상계로 B의 예금채권이 소멸하였다고 항변하였고 A는 수취은행의 상계권을 남용한 것이라고 재항변하였다.[33] 1심과 2심은 착오송금에 관한 그 동안의 대법원 판례 법리에 따라 A의 청구를 전부 기각하였으나 대법원이 파기환송하였다. 1심 및 2심판결과 대법원 판결의 핵심 차

---

31) 양창수, “마이너스 통장 착오 송금에서 부당이득반환청구의 상대방 : 대법원 2022. 6. 30. 선고 2016다237974 판결” 법률신문 5012호, 2022.

32) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2020다212958 판결.

33) 서울중앙지방법원 2019. 1. 11. 선고 2018가단5036369 판결; 서울중앙지방법원 2020. 1. 15. 선고 2019나9209 판결.

이점은 대법원이 세금체납으로 압류된 금원이 약 1,500만원에 불과하므로 착오송금액 중 압류의 효력이 미치지 않는 나머지 부분에 대해서는 수취은행의 상계가 신의칙에 반하거나 권리를 남용하는 것이라는 A의 주장의 인정 여부였다. 대법원이 이를 인정하면서 예금채권이 이미 제3자에 의하여 압류되었다는 사정이 있어 수취은행의 상계권남용이 인정되지 않는 예외적인 경우에 상계권행사가 가능한 범위에 관한 판례의 입장이 확인된 것이다.

Ⅲ. 송금의뢰인 보호를 위해 제시된 법리에 대한 비판적 검토

1. 수취인의 예금채권 성립여부

송금의뢰인의 보호를 위한 법리를 검토함에 있어 먼저 논의해야하는 법적쟁점은 착오송금의 수취인이 예금채권을 취득하는지 여부인데 이와 관련하여 다양한 접근방법이 존재한다.[34] 첫 번째 접근방법은 계좌이체를 위한 지급지시가 착오에 의하여 이루어졌음을 이유로 착오 취소가 가능한지 여부를 검토하거나 지급지시 의사표시 자체의 철회를 모색함으로써 지급지시 자체의 하자를 해결하고자 하는 방안이다.[35] 두 번째 접근방법은 계좌이체에 따른 법률관계를 그 원인이 되는 지급인과 수취인간의 법률관계인 원인관계와 완전히 분리할 수 없다는 이유로 수취인과 수취은행 사이의 계약

34) 착오송금 사안에서 수취인의 예금채권 취득 여부에 관한 국내 논의는 일본의 관련 논의로부터 많은 영향을 받았다는 점이 선행연구에서 나타난다. 김용재, 앞의 책(주3), p.382.; 이상용, 앞의 논문(주3), p.261-266. 등. 착오송금 사안에서 수취인의 예금채권이 성립할 수 있는지 여부가 선결적 쟁점으로 오래전부터 논의되어 왔다는 점은 일본의 착오송금에 관한 최신 연구(孫 思遠, “誤振込により成立した預金債權をめぐる被仕向銀行と振込依頼人の法律關係について”, 北大法政ジャーナル, 29, 2022.)에서도 언급되고 있는데 동 연구에서는 수취인의 예금채권 성립에 관한 논의를 “착오접근법”과 “계약해석접근법”이라는 두 가지 접근법으로 분류하여 소개하고 있다. 착오 송금인을 보호하기 위한 접근방안을 송금인의 지급지시 하자에 착안하여 취소 또는 철회하는 방안과 송금인과 수취인 사이의 원인관계 부존재에 착안하여 구제방안을 찾아보는 방안으로 분류하여 소개하고 있는 국내 선행연구[이상용, 앞의 논문(주3)]의 분석과 크게 다르지 않다.

35) 김용재, 앞의 책(주3), p.382.; 이상용, 앞의 논문(주3), p.261-263.

해석에 의해 예금계약의 성립자체를 부정하는 견해로 이른바 원인관계필요설이 이러한 접근방법의 대표적인 것이다.[36] 세 번째 접근방법은 송금의뢰인과 수취인 사이에 계좌이체의 원인이 되는 법률관계가 존재하지 않는 경우에도 계좌이체는 유효하여 수취인의 수취은행에 대한 예금채권이 유효하게 성립한다는 견해로 이른바 원인관계불요설의 입장이다. 앞서 살펴본 바와 같이 우리나라 대법원은 원인관계불요설의 입장에 서 있으며 다수설의 입장도 같다.[37]

첫 번째 접근방법의 경우 착오송금 사례에서 지급인이 착오를 이유로 지급지시를 취소하는 것이 대부분 불가능하다는 문제점이 있다. 지급인의 착오는 중대한 과실[38]로 평가되어 취소권이 발생하지 않게 되며[39], 취소권이 발생하더라도 수취인이 선의의 제3자로 보호되어 실제로 취소의 목적을 달성할 수 없기 때문이다.[40] 지급지시 자체를 철회하는 방안 또한 전자자금이체 거래지시의 철회는 수취인 계좌원장에 입금기록이 끝나기 이전에만 가능(전자금융거래법 제13조 제1항 제1호 및 제14조 제1항)[41]한데 전자자금이체의 입금기록은 사실상 지급지시와 거의 동시에 실시간으로 이루어지는 것이 우리나라 거래의 현실이므로 지급지시의 철회도 유효한 접근방안

36) 원인관계불요설의 입장을 취한 일본 최고재판소의 1996년 판결이 나오기 이전의 하급심 판례의 입장이었다. 이에 관해 자세한 내용은 후술한다.

37) 김용재, 앞의 책(주3), p.383.; 박준·한민, 앞의 책(주29), p.45.; 정순섭, 「은행법」, 2017. p.394.; 서희석, 앞의 논문(주9); 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다51239 판결 등.

38) 착오송금 사안에서 송금의뢰인이 수취인을 제대로 확인하지 않은 것은 중대한 과실에 해당하기 때문에 착오에 의한 취소가 불가능(민법 제109조 제1항 단서)하다는 것이 다수의 견해이다. 계좌이체를 위한 지급지시 과정에서 수취인의 동일성을 제대로 확인하지 않은 것은 지급지시 행위의 종류와 목적을 고려할 때 보통 요구되는 주의를 현저히 결여한 것이라는 점을 그 근거로 제시한다. 정대익, 앞의 논문(주22), p.271.; 김형석, "지급지시·급부관계·부당이득", 서울대학교 법학 제47권 제3호, 2006, p.317에서는 정당한 채권자에게 계좌이체를 한다고 생각하면서 은행에 타인의 이름과 계좌번호를 제공한 것은 중과실로 착오한 것으로 평가하면서 착오 취소가 불가능한 것으로 평가하고 있다.

39) 김용재, 앞의 책(주3), p.382. 각주96.

40) 이상용, 앞의 논문(주3), p.262.

41) 전자금융거래기본약관(공정거래위원회 표준약관 제10028호, 2022. 1. 21. 개정) 제13조 제2항도 이를 반영하고 있다.

이 되기에는 한계가 있다.[42] 결론적으로 지급지시의 착오 취소나 철회를 통해 착오송금 수취인이 예금채권을 취득하지 못하는 것을 전제로 착오송금 당사자간의 법률관계를 정리하려는 시도는 성공하기 힘들다.

두 번째 접근방법인 원인관계필요설의 경우 원인관계불요설의 입장을 취한 일본 최고재판소의 1996년 판결[43]이 나오기 이전의 하급심 판례의 입장이었다.[44] 일본 최고재판소의 1996년 판결이 파기한 원심 판결에서는 "계

---

42) 다만, 계좌이체 서비스를 제공하는 대부분의 금융회사에서 착오 송금 등으로 인한 고객 피해를 방지할 수 있도록 고객의 신청을 전제로 지연이체서비스를 제공하고 있으며, 서비스 신청시 설정한 이체 지연 시간(통상 3시간-5시간) 이내에 취소 버튼을 누르면 계좌이체를 위한 지급지시가 철회될 수 있다.

43) 最高裁判所 1996. 4. 26. 判決 平成4(オ)413, 民集 50卷 5號 1267頁. (https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=57058 최종방문일 : 2024.2.14.) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다51239 판결의 "계좌이체는 은행 간 및 은행점포 간의 송금절차를 통하여 저렴한 비용으로 안전하고 신속하게 자금을 이동시키는 수단이고, 다수인 사이에 다액의 자금이동을 원활하게 처리하기 위하여, 그 중개 역할을 하는 은행이 각 자금이동의 원인인 법률관계의 존부, 내용 등에 관여함이 없이 이를 수행하는 체제로 되어 있다"는 판시는 위 일본 최고재판소 판결의 판결문 일부("振込みは、銀行間及び銀行店舗間の送金手續を通して安全、安価、迅速に資金を移動する手段であって、多數かつ多額の資金移動を円滑に處理するため、その仲介に当たる銀行が各資金移動の原因となる法律關係の存否、内容等を關知することなくこれを遂行する仕組みが採られているからである。")를 그대로 번역한 것으로 보인다. 그러나 동 판결이 선고되는 시점에는 이미 전자금융거래법이 제정되어 시행(2007년 1월 1일 시행)되고 있었으며(원심판결의 사실관계를 보더라도 착오송금은 2006년 7월 10일에 이루어졌는데 이는 전자금융거래법이 제정된 2006년 4월 이후이므로 이 사건에 직접 전자금융거래법의 관련 조항을 적용할 수 없다고 하더라도 일반론을 설시함에 있어 전자금융거래법 제정안의 관련 조항과 입법자료 등을 참고할 수는 있었을 것이다), 예금거래기본약관, 전자금융거래기본약관 등의 표준약관도 마련되어 있었다. 결론이 크게 다르지 않다고 하더라도 일본 판례를 번역하여 그대로 우리나라 대법원 판결문에 옮기기 보다는 우리나라의 법제, 은행과 고객 사이의 계약(약관) 내용 등에 대한 해석을 바탕으로 대법원이 직접 일반론 내지 이론적 근거를 설시했으면 좋지 않았을까 하는 아쉬움이 남는다. 우리나라 착오송금 관련 판례들이 일본의 판례를 모방하고 있다는 점과 관련해서는 선행연구(서희석, "한국민법에 대한 일본민법의 영향과 향후의 관계 - 비교법의 연구대상으로서의 일본민법을 위하여 -", 민사법학 제52호, 2010, p.142-147, p.150-151.)에서도 논의된 바 있다(선행연구에서도 문제제기가 된 바 있다는 점을 지적해주신 익명의 심사위원께 감사드린다).

44) 東京高等裁判所 1991.11.28. 判決 平成2(ネ)3876. 동 판결은 1996년 최고재판소 판결의 원심판결로서 원인관계필요설의 입장을 취하고 있으나 최고재판소 판결에 의해 파기되었다. 일본에서는 수취인과 수취은행의 계좌개설계약에 유효한 원인관계(대가관계)가 있는 지급인으로부터의 입금을 수령하는 것만 위임하였다는 해석하는 것이

좌이체가 송금의뢰인과 수취인 사이의 원인관계를 정산하기 위한 지급수단이라는 점에서 예금채권이 유효하게 성립하기 위해서는 특별한 규정이 없는 한 기본적으로 송금의뢰인과 수취인 사이에 해당 송금액을 수령할 정당한 원인관계가 존재할 것을 요한다고 해석된다"고 하여 원인관계필요설의 입장을 채택하였다.[45] 그러나 계좌이체의 결과로 수취인이 수취은행에 대하여 예금채권을 취득하는 것은 수취인과 수취은행 사이의 예금계약에 따른 것인데, 예금거래기본약관 및 전자금융거래기본약관 등에서 계좌이체와 관련한 송금의뢰인과 수취인의 원인관계에 대해서는 별도로 정하고 있는 바가 없다. 결국 이는 계약해석의 문제로 귀결되는데, 수취인과 수취은행 사이에 별도의 약정이 없는 이상 수취은행이 알 수 없고 조사권한도 없는 지급인과 수취인 사이의 원인관계에 따라 계좌이체의 효력이 달라지는 것이 예금계약 당사자의 의사라고 해석하기는 어렵다는 점, 은행 예금기반의 계좌이체가 주요 지급수단으로 사용되고 있는 현대 경제시스템에서 계좌이체의 법적 효력이 원인관계에 따라 언제든지 달라질 수 있는 상태에 있다는 것은 경제주체들이 경제활동에 수반되는 채권 채무관계의 청산이 안정적으로 이루어지는 것을 저해할 우려가 있다는 점 등을 고려하면 원인관계필요설의 입장에 따라 수취은행의 예금채권 성립을 부정하는 것을 전제로 착오송금자의 보호 법리를 전개하는 방안이 수용되기는 어려울 것이다.

결국 세 번째 접근방법인 원인관계불요설의 입장에 따라 착오송금의 수취인이 수취은행에 대해 예금채권을 취득하는 것을 전제로 하여 지급지시를 의뢰한 송금의뢰인의 보호 또는 구제가 가능한 법리를 검토해야 할 것이다. 이에 대하여 수취은행이 송금의뢰인의 이행보조자의 지위에 있는 것으로 해석하면서 송금의뢰로 인한 급부관계는 송금의뢰인과 수취인 사이에

당사자들의 의사에 부합한다는 이유로 원인관계불요설을 주장하는 학계의 견해도 존재한다. 이상용, 앞의 논문(주3), p.266.; 예금채권의 성립여부와 관련한 일본의 학계 논의 및 판례 입장에 대한 자세한 분석은 이상용, "착오 송금의 법률관계와 착오 송금인의 구제수단", 고려대학교 대학원 석사학위논문, 2013. p.107-113.

45) 最高裁判所 1996. 4. 26. 判決 平成4(オ)413, 民集 50卷 5號 1267頁; 東京高等裁判所 1991.11.28. 判決 平成2(ネ)3876.
(https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=57058 최종방문일 : 2024.2.14.)

만 성립하고 그 급부의 원인 결여로 인한 급부부당이득도 송금의뢰인과 수취인 사이에서만 성립한다고 설명하면 충분하고 수취인의 수취은행에 대한 예금채권의 성립여부는 애초에 문제 삼을 필요가 없다는 취지의 주장이 제기된다.[46] 그러나 이러한 주장에는 의문이 없지 않다. 수취은행은 수취인과의 예금계약에 따라 법률행위를 하는 당사자이자 지급결제시스템의 참가기관으로서 송금은행과의 환거래계약에 따라 송금의뢰인과 송금은행의 지급지시에 의거하여 수취인의 예금계좌에 입금기장을 처리하며 이러한 입금기장 처리가 완료됨으로써 송금의뢰인의 수취인에 대한 급부가 유효하게 성립할 수 있는 것이다. 전자금융거래기본약관에서는 계좌이체를 지급인의 전자적 장치를 통한 지급지시에 따라 은행이 지급인의 출금계좌에서 자금을 출금하여 같은 은행 또는 다른 은행의 계좌에 입금하는 것을 말한다고 규정(제2조 제1항 제11호)하고 있고, 계좌이체 거래는 이용자의 거래지시를 은행이 확인하고 수수료를 포함한 출금자금을 출금계좌원장에 출금기록을 한 때에 성립하며(동 약관 제11조), 계좌이체로 입금한 경우 예금이 성립하는 시기는 예금원장에 입금의 기록이 된 때이다(예금거래기본약관 제7조 제1항 제2호 및 전자금융거래법 제13조 제1항 제1호). 송금의뢰인과 송금은행, 수취인과 수취은행, 송금은행과 수취은행 사이의 계약관계가 연쇄적으로 작동하면서 계좌이체를 통해 자금의 이동이 이루어지는 경제적 실질을 구현하는 것이다. 이 과정에서는 송금의뢰인의 송금은행에 대한 지급지시, 송금은행의 송금인 출금계좌원장에 대한 출금기록, 송금은행의 수취은행에 대한 지급지시 전송, 수취은행의 수취인 입금계좌원장에 대한 입금기록, 수취은행의 송금은행에 대한 처리결과 응답 등이 연쇄적으로 이루어진다. 이에 따라 송금의뢰인의 송금은행에 대한 예금채권이 송금 금액만큼 소멸하고 수취인의 수취은행에 대한 예금채권이 송금 금액만큼 발생되는 구조로 계좌이체가 이루어진다.[47] 즉, 계좌이체를 통한 지급이 적법하게 효력을 갖기

46) 양창수, 앞의 글(주31); 윤진수, “2007년 민법 주요 판례 회고”, 서울대학교 법학 제49권 제1호, 2008. p.379.

47) 경제 현실에서는 이러한 구조를 통해 현금에 의한 지급과 계좌이체에 의한 지급이 사실상 동일하게 활용되고 있다. 그리고 이러한 거래구조로 지급결제가 원활하게 이루어짐으로써 경제주체들이 경제활동을 영위하는데 문제가 없도록 은행 예금이

위해서는 수취인의 수취은행에 대한 예금채권 성립이 전제되어야 한다. 따라서, 수취은행은 단순한 이행보조자일 뿐이고 수취인의 수취은행에 대한 예금채권의 성립여부와 관계없이 송금의뢰인과 수취인 사이에서 계좌이체에 따른 급부관계가 성립한다는 취지의 주장은 현대 지급결제제도와 이를 기반으로 하는 은행 예금 기반의 계좌이체의 법적 구조에 부합하지 않는다.[48] 착오송금 관련 법률관계와 송금의뢰인의 보호 또는 구제에 관한 법리적 해결 방안을 모색하는 논의는 수취인이 수취은행에 대해 예금채권을 취득하는 것을 전제로 진행하는 것이 타당하다.[49]

2. 착오송금과 부당이득 반환청구의 상대방

착오송금 사안에서 송금의뢰인은 수취은행이 아니라 수취인에 대하여만 부당이득반환청구권을 취득하는 것으로 해석하는 대법원 판례의 입장은 수취인의 예금채권 성립 여부에 관한 대법원 판례 법리와 연계하여 이해하면 자연스러운 결론에 해당한다. 즉, 수취인이 수취은행에 대하여 예금채권을 취득함으로써 송금의뢰인은 같은 금액만큼의 예금채권을 상실하게 되며 이로 인해 손해가 발생한 것으로 해석할 수 있고 송금의뢰인은 법률상 원인 없이 예금채권을 취득하는 이익을 얻은 수취인을 상대로 부당이득반환청구권을 취득(민법 제741조)하는 것으로 해석하는 것이 대법원 판례의 논리 구

어떤 상황에서도 법정화폐인 현금과 동일한 액면가치로 교환될 수 있다는 신뢰를 뒷받침하는 제도가 마련되어 있다. 이에 대한 자세한 설명은 김필수, “전자지급서비스 이용자 보호 강화를 위한 법적 과제”, 고려법학 제104호, 2022. p.14-15.

48) 계좌이체를 통한 금전지급에 있어서 우리가 관념적으로 돈 또는 금전이라고 생각하는 것이 실제로는 은행이 관리하는 전자기록(데이터베이스)의 장부 잔액에 불과하다는 점도 생각해볼 필요가 있다. 장부로 기능하는 전자기록(데이터베이스) 관리자인 은행의 기록을 통한 예금채권의 발생·소멸과 무관하게 전자자금이체 방식의 계좌이체를 통해 “금전”의 이동을 처리할 수는 없다. 즉, 착오송금 사안에서 송금의뢰인의 수취인에 대한 급부(금전의 인도)는 예금채권 발생·소멸을 통해서만 가능하며 수취인이 부당이득반환 청구의 상대방이 되는 것도 착오송금 금액 상당의 예금채권을 취득했기 때문이다.

49) 이상용, 앞의 논문(주3), p.267; 김상중, “송금인의 수취인 착오로 이루어진 계좌이체에 따른 반환관계”, 고려법학 제55호, 2009. p.237-239. 등도 같은 입장이다.

조인 것이다.[50] 위에서 검토한 바와 같이 원인관계불요설의 입장에 따라 착오송금의 수취인이 수취은행에 대해 예금채권을 취득하는 것을 전제로 하여 지급지시를 의뢰한 송금의뢰인의 보호 또는 구제가 가능한 법리를 검토해야 하는 이상 착오송금 수취인이 유효하게 취득한 예금채권이 법률상 원인이 없는 것이라면 송금의뢰인은 수취인을 상대로 부당이득반환을 청구할 수 있다고 봐야한다.[51] 따라서, 수취인에 대하여만 부당이득반환청구권을 취득하는 것으로 해석하는 대법원 판례의 입장은 원칙적으로 타당한 것이다. 다만, 이러한 법리에 따를 경우 수취인이 자발적으로 착오송금된 자금을 반환하지 않는 이상 송금의뢰인 입장에서는 수취인을 상대로 한 부당이득반환청구소송이 유일한 구제수단이 된다.[52] 그러나 소송수행에 따른 비용부담과 시간 소요, 수취인의 무자력 위험 등을 고려할 때 부당이득반환청구소송이 의미있는 구제수단이 되기는 어렵다.[53]

송금의뢰인이 수취은행을 상대로 부당이득반환청구를 할 수는 없는 것인지 여부가 문제되는데 앞서 살펴본 바와 같이 대법원 판례는 일관되게 수취은행에 대한 부당이득반환청구는 인정하지 않는다. 수취은행이 대출채권 등을 자동채권으로 하여 수취인의 예금채권과 상계하는 것도 원칙적으로 정당하므로 법률상 원인이 없는 이득의 존재라는 요건을 충족할 수 없고 수취은행의 이득과 송금의뢰인의 손실 사이의 인과관계도 결여되어 있기 때문에 송금의뢰인의 수취은행에 대한 부당이득반환청구권은 인정될 수 없다.[54]

---

50) 서희석, 앞의 논문(주9), p.744.

51) 정대익, 앞의 논문(주22), p.283.; 이상용, 앞의 논문(주3), p.267-268.; 김상중, 앞의 논문(주49), p.240. 등도 같은 입장이다.

52) 임정하, 앞의 논문(주7), p.16.

53) 부당이득반환청구소송과 함께 법원에 사실조회신청을 하여 수취인의 인적사항을 확인하기 전까지는 송금의뢰인이 수취인이 인적사항을 파악하기 어려워 수취인의 예금채권에 대한 가압류 신청 등도 사실상 불가능한 경우가 대부분이다. 수취인이 수취은행에 착오송금 반환을 동의하면 해결될 수 있으나 수취은행 또는 수취은행의 고객센터를 통해 수취인에게 연락을 취하더라도 보이스피싱을 의심하여 수취인이 전화수신을 거절하거나 전화 연결이 되더라도 자금반환을 취한 출금 동의를 하지 않는 경우도 많이 있어 은행의 연락을 통해 수취인의 착오송금 반환 동의를 획득하는데도 실무상 많은 어려움이 존재한다.

54) 김상중, 앞의 논문(주49), p.241.

송금의뢰인이 수취은행을 상대로 직접 부당이득반환청구를 할 수 있는 방안으로 편취 금전에 의한 변제의 법리에 의한 보호, 전용물소권의 법리에 의한 보호 등이 논의되기도 한다.[55] 편취자 M이 피해자 X로부터 금전을 편취하여 M 자신의 채권자 Y에 대한 채무 또는 Y의 채권자 Z에 대한 채무 등을 변제한 경우 X가 Y 또는 Z에 대하여 직접 부당이득반환을 청구할 수 있는지가 문제되는데 이는 부당이득법상 편취금전에 의한 채무변제와 부당이득이란 쟁점으로 논의되고 있다.[56] 이 문제와 관련하여 대법원은 M이 X로부터 편취한 금전을 Y에 대한 채무변제에 사용하는 경우 Y가 편취 금전이라는 사실에 대해 악의 또는 중과실이 없는 한 X에 대한 관계에서 법률상 원인이 있는 것으로 봄이 상당하다는 입장이며, 이러한 법리가 M이 편취한 금전을 Y에 대한 채무변제에 직접 사용하지 않고 Y의 Z에 대한 채무를 변제하는데 사용한 경우에도 마찬가지라는 입장이다.[57] 즉, 판례의 법리는 악의·중과실의 변제수령자에 대하여 피해자가 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보는 것인데 공평의 관점에 따라 법률상 원인의 존재 여부를 달라지도록 하여 악의·중과실인 경우 법률상 원인이 없다는 결론에 이르는 것이다.

이러한 법리를 착오송금 사안에 유추적용하여 송금의뢰인이 수취은행에 대하여 직접 부당이득반환청구를 할 수 있는지가 문제된다. 현재까지 이에 대한 명시적인 대법원 판례가 없으므로 판례의 입장을 단정하기는 어렵다. 그러나 이론상으로는 편취금전에 의한 변제 법리가 착오송금 사안에 적용될 수 있는 여지가 있다. 부당이득법에서는 행위 보다는 결과의 위법성을 중요하게 고려하므로 수취인이 지급인에게 반환되어야 할 착오송금 금원 상당의 예금채권으로 자신의 대출채무 소멸이라는 이득을 얻었다면 결과

55) 이상용, 앞의 논문(주3), p.277.

56) 편취금전에 의한 채무변제와 부당이득에 관한 쟁점은 일본의 관련 논의로부터 영향을 받아 우리나라 학계에서도 많은 논의가 이루어지고 있는데 이에 대한 자세한 논의는 본 연구의 범위를 넘어선다. 이에 관한 자세한 논의는 양창수, “금전의 부당이득으로 인한 반환의무 - 소위 편취금전에 의한 변제 문제 서설 - ”, 서울대학교 법학 제43권 제4호, 2002; 김우성, “편취금전에 의한 변제”, 서울대학교 법학 제57권 제1호, 2016 등.

57) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다53733, 53740 판결.

측면에서는 편취 금전에 의한 변제 법리가 상정하고 있는 수준의 위법성은 갖춘 것으로 평가할 수 있으며 수취은행이 악의 또는 중과실인 경우 송금의뢰인에 대하여 직접 부당이득반환의무를 부담한다는 이론적 구성이 가능할 수 있다.[58] 이와 같은 이론 구성은 위법한 방법으로 취득한 금전을 수익자가 보유하는 것이 부당하다는 관점에서 실질적 공평을 실현하기 위한 수단으로 부당이득법리를 활용하는 방안이라고 할 수 있다.[59] 마이너스 통장으로 착오송금한 사안과 이미 제3자가 압류한 계좌에 대한 착오송금 사안 등에서 편취금전에 의한 변제 법리를 활용하는 경우 수취은행이 악의·중과실이라면 송금의뢰인이 수취은행을 상대로 직접 부당이득반환을 청구할 수 있게 된다는 점에서 동 법리를 활용하면 대법원 판례의 결론이 달라질 수 있는 이론적 가능성이 있다.[60]

하지만 이는 이론적 가능성일 뿐이며 그와 같은 이론적 구성이 타당한 것인지는 의문이다. 편취금전에 의한 변제 법리가 문제되는 사안은 가해자의 위법한 행위가 존재하지만 착오송금 사안에서 수취인이 예금채권을 취득하는 것이 그와 동일하게 위법하다고 보기는 어렵다. 또한, 편취금전에 의한 변제 사안에서 변제수령자인 Y 또는 Z에게는 채권, 위임, 사무관리 등의 법률상 원인이 존재하므로 이들이 악의·중과실이라는 이유만으로 법률상원

58) 이 경우 송금의뢰인의 수취인에 대한 부당이득반환채권과 수취은행에 대한 부당이득반환채권은 부진정연대관계에 있다고 봐야 할 것이다. 이상용, 앞의 논문(주3), p.282. 다만, 동 논문의 저자는 편취금전에 의한 변제 법리와 관련한 판례 이론에 찬성하지 않기 때문에 동 저자가 이러한 이론적 구성을 지지하는 것은 아니며 판례 법리를 전제로 이론적 귀결을 설명하고 있을 뿐이다.

59) 그러나 이에 대해서는 수익자 입장에서는 채권의 존재 자체가 법률상 원인이라는 점, 편취사실을 우연히 알았을 뿐이고 편취에 적극적으로 가담한 것이 아님에도 불구하고 자신의 채무자에게 귀속된 금전으로부터 변제를 받지 못하는 결과가 과연 공평한 것인지에 대해 의문이 제기될 수 있다는 지적이 있다. 김우성, 앞의 논문(주56), p.83.

60) 특히, 착오송금 사안의 수취인이 무자력인 경우에 이러한 이론적 구성을 바탕으로 수취은행에 대하여 부당이득반환청구를 할 수 있다면 송금의뢰인 보호에 도움이 될 수 있는 측면이 존재한다. 그러나 이는 공평의 관점을 지나치게 강조함으로써 실제로 법률상 원인이 존재함에도 불구하고 수취은행이 악의·중과실인 경우에는 법률상 원인이 없다는 결론을 도출하는 이론 구성이라는 점에서 송금의뢰인의 보호 필요성에도 불구하고 찬성하기 어렵다. 송금의뢰인의 구제는 다른 법리와 방안을 통해 도모하는 것이 합리적이라고 본다.

인이 없다는 논리를 구성하는 판례의 입장은 타당하지 않다는 점도 고려해야 할 것이다.[61]

다음으로 전용물소권의 법리를 통해 송금의뢰인의 보호를 도모하는 것이 가능한지에 관한 논의를 검토해본다. 전용물소권의 법리는 계약상 급부가 계약의 상대방뿐만 아니라 제3자에게도 이익이 된 경우 급부를 한 계약당사자가 계약 상대방에게 반대급부를 청구할 수 있는 것과 별도로 제3자에 대하여 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다는 이론이다.[62] 대법원 판례는 자기 책임 하에 체결된 계약에 따른 위험부담을 제3자에게 전가시키는 것이 되어 계약법의 기본원리를 반하는 결과를 초래할 뿐만 아니라 채권자인 계약 당사자가 채무자인 계약 상대방의 일반채권자에 비하여 우대받는 결과가 되어 일반채권자의 이익을 해치고 수익자인 제3자의 계약상대방에 대한 항변권 등을 침해하게 된다는 점을 근거로 전용물소권을 인정하지 않는다.[63] 전용물소권을 인정할 경우 법률관계가 지나치게 복잡해지고 법적 안정성을 저해하는 등 치러야 할 비용이 크지만 얻을 수 있는 실익은 별로 없다는 점을 이유로 반대하는 견해[64]와 판례의 입장이 타당하다. 따라서, 송금의뢰인의 보호를 위해 전용물소권을 근거로 수취은행을 상대로 한 부당이득반환청구를 인정하기는 어렵다는 결론에 이르게 된다.

3. 수취은행의 상계권행사로부터의 보호

착오송금 사안에서 수취인이 예금채권을 취득하며 송금의뢰인은 수취

---

61) 특히, 부당이득에 관한 이른바 유형설(비통일설)의 입장에서는 편취금전에 의한 변제 사안에서 Y가 M에 대하여 채권을 가지고 있는 한 동 채권이 급부를 보유할 수 있는 법률상 원인이 되므로 X가 Y에 대하여 부당이득반환 청구를 할 수 없고 이는 Y가 악의인 경우에도 다를 바 없다고 보는 것이 급부부당이득에 관한 법리에 부합한다고 주장한다. 양창수, 앞의 논문(주56), p.22.

62) 이상용, 앞의 논문(주3), p.282-284.

63) 대법원 2022. 8. 23. 선고 99다66564, 66571 판결. 동 판결에 반대하는 입장은 박세민, “삼각관계상의 부당이득 : 지시사례를 중심으로”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2007. p.260-268.

64) 이상용, 앞의 논문(주3), p.284.

인을 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있으나 수취은행을 상대로 부당이득반환청구를 할 수 없다는 것이 확립된 판례 법리이며, 이와 관련해서는 법리적 대안을 통해 송금의뢰인을 보호하는 방안을 강구하기 어렵다는 점을 이상의 분석을 통해 확인할 수 있었다. 대법원 판례 법리에 의할 경우 착오송금 사안에서 계좌이체의 원인이 되는 법률관계가 존재하지 않음에도 불구하고 수취인은 예금채권을 유효하게 취득하므로 수취은행이 수취인에 대하여 갖는 별도의 대출채권 등을 자동채권으로 하여 수취인의 예금채권과 상계하는 것은 양 채권이 상계적상에 있는 한 원칙적으로 유효하다.[65] 이처럼 수취은행의 상계가 원칙적으로 정당한 경우 수취인의 무자력 위험은 송금의뢰인이 전적으로 부담하고 수취은행은 송금의뢰인의 손실을 바탕으로 뜻하지 않은 채권의 만족을 얻게 되는 결과가 되는데, 이러한 결과가 서로 대립하는 채권 채무 관계의 공평한 처리라거나 상계에 대한 합리적 기대 범위 내에 있다고 볼 수 있는지에 대해서는 의문이 제기될 수 밖에 없다.[66] 수취은행의 상계로부터 송금의뢰인을 보호하는 방안으로 대법원 판례는 상계권 남용의 법리를 활용하고 있다는 점은 앞의 제2장에서 살펴본 바와 같다. 대법원은 착오송금에 관한 확립된 판례법리를 전제로 기본적으로 수취은행의 수취인에 대한 상계권이 유효하다는 점을 인정(원칙)하면서도 일정한 요건을 충족하는 경우 상계권 남용에 해당하여 상계가 무효(예외)가 되도록 함으로써 송금의뢰인을 보호할 수 있는 길을 열어주고 있는데 이러한 판례의 입장에 대해서는 법적 안정성을 유지하면서 구체적 타당성을 확보하고 있다는 평가가 제시되기도 하였다.[67] 그러나 이후 판결들에서

65) 이상용, 앞의 논문(주3), p.274; 서희석, 앞의 논문(주9), p.748.

66) 이상용, 앞의 논문(주3), p.276.

67) 서희석, 앞의 논문(주9), p.736. 그러나 상계권 남용의 법리를 통한 착오송금 송금의뢰인의 보호 시도는 여러 가지 한계에 직면하는 경우가 있어 법리적인 대안을 모색하는 논의가 전개되고 있으며, 대법원 판결의 상계권 남용 법리 자체를 비판하는 견해도 등장하고 있다. 이에 관해 자세한 내용은 김기환, “착오송금과 상계”, 재산법연구 제40권 제1호, 2023. (대법원의 상계권 남용 법리를 이론적으로 비판하면서 상계권 남용에 의하지 않고 상계자가 가지는 상계 기대에 대한 분석을 통하여 상계 기대를 인정할 수 없는 사안의 경우 민법 제492조 제1항 단서에 따라 채무의 성질이 상계를 허용하지 아니하는 것으로 볼 여지가 있다는 해석론을 제시한다.)

나타난 바와 같이 상계권 남용의 법리만으로는 착오송금 사안의 송금의뢰인을 보호하는데 한계가 존재한다. 특히, 대법원은 송금의뢰인이 은행에 반환요청을 하거나 수취인이 반환 승낙을 하기 전에 수취은행이 상계를 먼저한 사안들의 경우 상계권 남용에 해당하지 않는다고 판단하고 있으며[68], 예금채권이 이미 제3자에 의해 압류된 경우에도 상계권 남용을 인정하지 않고 있다.[69]

예금채권이 이미 제3자에 의해 압류된 경우 상계권 남용을 인정하지 않는 대법원 판례의 입장에 대하여는 수취은행과 송금의뢰인 간의 권리의무를 어느 정도 조율하고 있다는 점에서 의미가 있다고 비교적 긍정적으로 평가하는 견해가 있다.[70] 그러나 이에 대해서는 무자력 위험을 사실상 송금의뢰인이 전적으로 부담하고 수취은행이 송금의뢰인의 손실을 바탕으로 망외의 채권 만족을 얻는 결과를 수취은행과 송금의뢰인 간의 권리의무를 합리적으로 조율하고 있는 것이라 보기는 어렵다는 비판이 제기될 수 있을 것으로 생각된다.[71] 그 밖에 착오송금된 금원을 인출하여 소비하는 것이 횡령죄를 구성하는 이상 착오송금된 금원이 은행의 대출금 채권 만족을 위해 소모되는 결과는 저지되어야 한다는 이유로 대법원 판례의 입장에 대한 비판적인 견해도 주장되고 있다.[72]

대법원 판례의 입장을 비판하는 견해들의 타당성을 살펴본다. 먼저, 착오송금된 금원을 인출하여 소비하는 것을 횡령죄에 해당한다고 판시한 형사판결의 입장을 논거로 활용하는 것은 최근 대법원 형사판례의 동향을 고려할 때 신중할 필요가 있다. 기존 착오송금 관련 형사판결에 대해서 많은 비판[73]이 제기되고 있다는 점, 횡령·배임 관련 대법원 형사 판결의 동향이

---

68) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다89040 판결; 대법원 2015. 4. 23. 선고 2013다204256 판결; 대법원 2016. 2. 24. 선고 2015다253689 판결 등.

69) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2012다72612 판결.

70) 이정수, “2022년 금융법 중요판례평석”, 인권과 정의 Vol.512, 2023.

71) 예컨대, 이상용, 앞의 논문(주3), p.276.

72) 조경임, 앞의 논문(주30), 2023.

73) 예컨대, 이승준, “원인관계 없이 착오로 송금된 금전의 임의인출과 횡령죄의 성부”, 법학논고 제53집, 2016; 김동윤·윤상훈, “착오송금 사안에서 위탁관계의 존부 및 횡령·배임죄 성부에 대한 비판적 검토” 법학평론 제13권, 2023. p.267. ; 류경은, “디지털자산의 착오이전과 이른바 ‘착오송금 법리’의 적용 가능성”, 은행법연구 제16권 제1호,

변화하고 있다는 점을 고려할 필요가 있다. 최근 양자간 부동산 명의신탁에서 명의수탁자가 신탁 받은 부동산을 임의로 처분한 경우 횡령죄를 부정한 판결[74]이 선고되었고, 금전담보를 위해 채권을 양도한 후 채권양도 통지를 하지 않고 양도채권의 채무자로부터 변제금을 수령한 채권양도인의 횡령죄를 부정한 판결[75], 채권양도계약이 이루어진 후 채권양도인이 채권양도의 대항요건을 갖추어 주기 전에 채무자로부터 채권을 추심하여 금전을 수령한 경우 채권양도인과 채권양수인 사이에 채권양도인이 추심한 금전은 채권양도인의 소유에 속하고, 채권양도인에게 그 금전에 관한 보관자의 지위도 인정할 수 없다는 이유로 횡령죄를 부정한 판결[76]도 선고되었다. 이와 같은 대법원의 최근 형사판결들은 재물보관자의 범위를 엄격하게 제한하겠다는 대법원의 의지를 보여주는 것으로 평가되고 있다.[77] 즉, 대법원은 타인의 재산관리에 대한 의사 합치가 명확한 사안에 한정하여 횡령죄·배임죄 성립을 인정하고 있는 것이다.[78] 이러한 형사 판결의 변화 동향을 고려할 때 착오송금된 금원을 인출하여 소비하는 것이 횡령죄에 해당한다는 대법원 판결 역시 향후 변화될 가능성을 배제할 수 없다.[79] 따라서, 수취은행이 상계

2023. p.109-112. 등.

74) 대법원 2021. 2. 18. 선고 2016도18761 전원합의체 판결.

75) 대법원 2021. 2. 25. 선고 2020도12927 판결.

76) 대법원 2022. 6. 23. 선고 2017도3829 전원합의체 판결. 채권양도계약이 이루어진 후 채권양도인이 채권양도의 대항요건을 갖추어 주기 전에 채무자로부터 채권을 추심하여 금전을 수령한 경우 금전은 채권양도인과 채권양수인 사이에서 채권양수인의 소유에 속하고 채권양도인은 채권양수인을 위하여 이를 보관하는 자의 지위에 있다고 보아 횡령죄의 성립을 인정해 오던 대법원 1999. 4. 15. 선고 97도666 전원합의체 판결 등 종전 판례를 변경한 것이다.

77) 송문호, “가상자산 착오이체와 횡령죄배임죄 성부 - 대법원 2021. 12. 16. 선고 2020도9789 판결 -”, 동북아법연구 제16권 제1호, 2022. p.258.

78) 김동윤·윤상훈, 앞의 논문(주73), p.267.

79) 대법원에서도 채권양도인이 채권양도 통지를 하는 등으로 채권양수인에게 완전한 권리를 이전해 주지 않은 채 자신이 채무자로부터 채권을 추심하고 금전을 수령하여 사용한 행위에 대하여 횡령죄의 성립을 인정하였던 종전 판례의 결론을 변경하면서 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 것이 전형적·본질적 내용이 아닌 통상의 계약관계에서 배임죄나 횡령죄의 성립을 부정해온 최근 10여 년 동안 대법원 판례의 흐름과 배치된다는 점을 지적하고 있다. 또한, 착오송금에 관한 기존 대법원 판결을 인용하는 것은 동 전원합의체 판결의 반대의견이라는 점도 주목할 필요가 있다. 대법원 2022.

등을 통해 대출금 채권 만족을 위해 착오송금된 금원이 소비되는 결과를 저지되어야 하는 이유로 착오송금된 금원을 인출하여 소비하는 것이 횡령죄를 구성한다는 형사판결을 그 근거로 제시하는 견해를 지지하기는 어렵다.

Ⅳ. 실효성 있는 송금의뢰인의 보호 방안

1. 예금거래기본약관 개정을 통한 입금기장거절권 명문화

독일에서의 논의의 영향을 받아 수취인에게 입금기장거절권을 인정하고 수취인이 이를 행사하면 수취인의 예금채권 성립 자체를 부인함으로써 착오송금 법률관계를 해결하자는 주장이 제기된다.[80] 우리나라에서는 긍정설과 부정설이 대립하고 있다. 긍정설은 수취은행과 수취인 사이의 계약의 보충적 해석을 통해 법적원인이 없는 입금기장이나 수취인 의사에 반한 입금기장으로 이른바 강요된 부당이득 상태가 발생하는 경우까지 수취인이 무인적인 예금채권 취득을 수용하려는 의사가 있다고 보기는 어려우므로 수취인에게는 입금기장을 거절할 권한이 유보되어 있다는 것이다.[81] 부정설에서는 독일에서 수취인 보호를 위한 법리로써 논의되고 있는 입금기장거절권을 송금의뢰인 보호를 위해 활용하는 것이 타당한지 의문이라는 점, 수취인이 입금기장거절권을 행사하지 않는 경우 송금의뢰인을 어떻게 구제

---

6. 23. 선고 2017도3829 전원합의체 판결. 한편, 가상자산 착오전송 사안에 대하여 배임죄 성립을 부정한 대법원 판결의 결론이 일반적인 착오송금 사안에도 적용할 수 있다는 견해가 주장되고 있으며 동 견해는 착오송금 사안에서 횡령죄와 배임죄의 성립을 부정하고 있다. 김동윤·윤상훈, 앞의 논문(주73), p.267-268.

80) 독일의 입금기장거절권 논의에 대한 자세한 내용은 김상중, 앞의 논문(주49), p.248-252; 이상용, 앞의 논문(주3), p.268-274.

81) 김상중, 앞의 논문(주49), p.252-255; 독일의 논의와 기존 국내학설들에 대한 검토를 바탕으로 신의성실의 원칙에 기반한 보충적 해석에 의해 입금기장거절권이 도출될 수 있다는 견해로는 이상용, 앞의 논문(주3), p.271; 수취인과 수취은행 사이의 계약의 보충적 해석에서 입금기장거절권의 법적근거를 찾는 독일의 논의를 지지하는 견해로는 정대익, 앞의 논문(주22), p.17-18.

할 수 있을지 애매하다는 점, 무인적 예금계약의 성립을 인정하고 있는 취지와 충돌된다는 점, 수취은행이 입금기장거절권을 유보하는 것을 계약내용으로 수용하는 합의를 할 이유가 없으므로 보충적 해석을 통해서 입금기장거절권이 도출되기는 어렵다는 점 등이 근거로 제시되고 있다.[82]

독일에서의 입금기장거절권이 수취인 보호를 위해 인정되는 이론이기는 하지만 입금기장거절권의 도입을 통해 기존의 판례법리와 해석론의 한계를 극복하고 착오송금 관련 당사자들의 이해관계를 합리적으로 조정할 수 있는 길이 열릴 수 있다면 입금기장거절권의 유래에도 불구하고 이를 우리 현실에 맞게 변형하여 수용하지 못할 이유는 없다. 위에서 제시한 부정설의 지적은 긍정설이 기존 판례법리와 해석론의 한계를 극복하기 위한 방안을 고민하는 과정에서 보충적해석을 통해 예금약관 등에 명문의 규정이 없는 입금기장거절권을 해석론을 통해 도출하여 인정할 수 있다고 주장한 점과 무관하지 않다. 착오송금 송금의뢰인의 보호가 상계권 남용이론에 전적으로 의존하고 있는 상황에서 마이너스 통장으로의 착오송금이나 이미 제3자가 압류한 계좌에 대한 착오송금 사안에 대한 판례의 결론은 우리 법제 현실에서 고려할 수 있는 해석론을 통한 법리적 해결방안의 부재를 드러내는 것이다. 입금기장거절권에 관한 논의가 현행 판례법리상의 한계와 문제점을 극복하는 결과로 이어지기 위해서는 해석론만으로 입금기장거절권을 인정할 수 있다고 주장하기 보다는 이를 예금거래기본약관에 명문으로 규정하는 방안을 논의할 필요가 있다. 즉, 입금기장거절권이 수취은행과 수취인 간의 계약 내용의 보충적 해석을 통해 도출될 수 있는 것인지 여부에 대해서는 다툼이 있을 수 밖에 없다는 점을 고려하면 이를 판례에서 해석론으로 수용하기를 기대하기는 어렵다.[83] 입금기장거절권을 인정함으로써 착오송금의 결과를 원상복구 하는 것이 결과적 정의의 실현을 위한 합리적인 방안으로 인정된다면 일정한 요건하에 수취인의 입금기장거절권이 인정될

82) 오영준, “송금의뢰인의 착오송금시 수취은행의 수취인에 대한 상계의 가부 - 대상판결 : 2010.5.27. 선고 2007다66088 판결”, BFL 제43호, 2010. p.99-100.

83) 특히, 해석론으로 입금기장거절권을 인정하여 수취인의 예금채권 성립을 부인하는 방안은 수취인이 수취은행에 대해 예금채권을 취득하는 것을 전제로 법리를 전개해온 판례의 입장과 정면으로 충돌된다.

수 있도록 예금거래기본약관에 명문의 규정을 두는 방안을 금융정책적 차원에서 고려해볼 수 있다. 또한, 입금기장거절권이 인정되는 요건과 그 행사의 효과 등을 약관에 규정하고 그 시스템적으로 처리 프로세스를 구현함에 있어 지급결제시스템의 안정성에 영향을 미치지 않는 방향으로 제도와 인프라를 설계한다면 무인적 예금계약의 성립을 인정하는 취지와 반드시 충돌된다고 보기도 어렵다.[84] 현실적 문제는 표준약관인 예금거래기본약관을 개정하여 착오송금수취인의 입금기장거절권을 명문의 규정으로 도입하고, 예금취급 금융기관들이 동 규정의 운영에 필요한 시스템 개발을 추진하는데 적지 않은 비용이 소요될 것이라는 점이다. 우리나라는 계좌이체시 수취조회 기능이 잘 구현되어 있고, 대부분의 금융회사에서 고객이 신청하는 경우 지연이체서비스를 제공하고 있어 착오송금을 예방할 수 있는 시스템적 인프라가 비교적 잘 구축되어 있는 편이다. 이러한 점을 고려하면 송금의뢰인에게 중과실이 있다는 점을 부인하기 어렵고 중과실이 있는 송금의뢰인의 보호를 위해 비용을 투입해서 예금거래기본약관에 입금기장거절권을 명문으로 도입하고 이를 실현하기 위한 시스템을 구축해야 하는지에 대해 의문이 제기될 수 있다. 그러나 인터넷뱅킹과 모바일뱅킹 등 비대면 채널을 통한 계좌이체서비스 이용 증가에 따라 착오송금 발생 건수도 계속 증가하고 있고 자발적으로 반환을 받지 못하는 사례가 적지 않은 현실이 예금자보호법 개정을 통한 착오송금반환지원제도 도입의 계기가 되었다는 점, 동 제도의 도입 이후에도 착오송금 및 미반환액 증가에 따른 금융소비자 피해가 확대되고 있다는 이유로 이른바 '쌍방향 전자금융 이체 거래 시스템' 구축을 주장하는 전자금융거래법 개정안이 발의된 점 등을 고려하면 예금거래기본약관 개정을 통한 입금기장거절권 명문화를 논의해볼 가치는 충분히 있다고 판단된다.[85] 입금기장거절권 행사 절차와 처리프로세스를 금융결제원

84) 착오송금의 송금은행과 수취은행이 다르고, 착오송금 수취인이 반환에 동의하는 경우 금융결제원 시스템을 통해 자금청구·반환 업무를 처리할 수 있는 체계가 구축되어 활용되고 있으며, 이러한 제도와 인프라의 운영이 지급결제시스템의 안정을 해치는 것은 아니다.

85) 국회, "전자금융거래법 일부개정법률안(김희곤의원 대표발의, 의안번호 제2122609호)", 2023. 및 고상근, 앞의 보고서(주10). 다만, 동 법률안에서 제시하는 "쌍방향 전자금융 이체 거래 시스템"은 위의 검토보고서(p.8-10.)에서 잘 지적하고 있는 바와

전자금융공동망을 통한 자금 청구반환 처리 절차와 유사하게 설계하고 기존 시스템을 이용한다면 타행 착오송금에 대한 입금기장거절권 관련 시스템 구축을 효율적으로 진행하여 각 금융기관의 시스템 구축 부담을 완화할 수 있을 것이다.

수취인이 입금기장거절권을 행사하면 처음부터 입금기장이 없었던 것으로 취급되어 착오송금액에 관한 수취인의 예금채권은 소급적으로 소멸하고 수취은행은 수취인 계좌에 이루어진 입금기장을 말소할 수 있게 될 것이다. 착오송금액이 마이너스통장에 입금되어 종합통장 자동대출 약정에 따라 수취인의 예금채권과 은행의 대출채권이 상계처리 된 경우나 제3자 압류한 수취인 계좌로 착오송금이 되어 수취은행이 수취인에 대한 대출채권 등을 자동채권으로 하여 수취인의 예금채권과 상계한 경우에도 추후 수취인의 입금기장거절권 행사에 따라 상계는 무효가 되므로 상계권남용 법리를 통한 송금의뢰인 보호의 한계를 극복할 수 있게 된다. 송금의뢰인은 송금은행을 상대로 출금기장된 금액에 대하여 재입금기장을 청구할 수 있고[86] 송금은행은 수취은행에 부당이득반환청구를 할 수 있다. 송금은행은 한국은행 당좌예금계좌를 통하여 수취은행과의 차액결제로 인하여 손실이 발생하게 되었고 수취은행은 수취인에 대한 예금채무를 부담하지 않으면서 송금은행과의 차액결제로 얻은 이익을 보유하기 때문이다.[87] 실무적으로는 송금은행이 수취은행에 부당이득반환청구를 하기보다는 금융결제원 전자금융공동망을 통한 자금 청구반환 처리 절차(전자금융공동망규약 시행세칙 제7절)를 준용하게 될 것이다. 입금기장거절권은 수취인의 입금기장거절권 행사를 통해 송금의뢰인를 보호하는 법률효과의 발생을 도모하기 위한 것이라는 점, 착오송금 반환에 자발적으로 동의하지 않는 수취인이 스스로 입금기장거절권을 행사하기를 기대하는 것은 어렵다는 점 등을 고려하여 애초에 일정 요건이 갖춰지면 송금의뢰인이 입금기장거절권을 대위행사[88]할 수 있도록 약

같이 많은 문제점이 있어 착오송금 예방을 위한 적절한 제도의 도입 논의라고 평가하기 어렵다.

86) 송금의뢰인의 송금은행을 상대로 한 출금기장된 금액의 재입금기장 청구의 법적근거에 대한 여러 견해와 평가에 대한 자세한 소개는 이상용, 앞의 논문(주3), p.273.

87) 이상용, 앞의 논문(주3), p.273-274.

관 규정을 설계하고 관련 절차를 마련해두는 방안을 고려해볼만 하다.

2. 법률행위 해석을 통한 묵시적 임의신탁 설정의 인정

최근 착오송금 수취은행의 상계와 관련하여 수취인의 수탁자적 지위에 따른 제한이 있다고 보아야 한다는 견해도 주장된다. 수취인이 착오송금된 예금을 인출하여 사용하는 행위가 횡령죄에 해당할 정도로 비난받을 행위라면 수취은행이 착오송금임을 알면서 상계하고 수취인의 예금인출과 같은 효과를 가져오는 행위 역시 허용되어서는 안 된다는 것이다.[89] 동 견해의 취지와 방향성에는 공감하나 이론적 근거에 대해서는 일부 이견이 있다. 첫째, 동 견해는 수취인이 횡령죄로 처벌될 수 있는 지위에 있다면 수취인이 민사적으로도 예금채권을 송금의뢰인의 이익을 위해 행사해야 하는 지위에 있다고 보는 것이 타당하다고 주장[90]하나 횡령죄 관련 형사판결을 근거로 제시하는 견해와 관련하여 앞에서 살펴본 문제점이 여기서도 동일하게 적용될 수 있다.[91] 둘째, 수취인의 수탁자적 지위를 착오송금 수취인을 횡령죄로 처벌하는 대법원 판례가 제시한 송금의뢰인과 수취인 사이의 신의칙상 보관관계로부터 도출하는 것은 타당하지 않다. 이와 관련하여 선행연구에서 부당이득반환의무가 위탁관계의 발생근거가 된다고 볼 수는 없고, 착오송금 금원에 대한 위탁관계 설정과 관련하여 송금의뢰인과 수취인 사이에 명시적 의사 합치가 있다고 보기도 어려우며, 송금의뢰인과 수취인 사이에 착오송금 금원에 관한 위탁관계 설정에 대한 추정적 의사가 있다고 보기는 어렵다는 점에서 위탁관계를 인정할 수는 없다는 지적이 제기된 바 있

---

88) 선행연구 중에서는 수취인이 무자력인 경우 지급인이 입금기장거절권을 대위행사할 수 있다는 견해가 제시된 바 있다. 이상용, 앞의 논문(주3), p.294.

89) 박준, 앞의 논문(주15), p.77. 신탁재산에 속한 채권을 수동채권으로 하고 수탁자의 고유재산에 속한 채무를 자동채권으로 하는 상계는 신탁법상 원칙적으로 허용되지 않으며 상계를 하고자 하는 제3자가 선의·무과실인 경우에만 허용된다는 취지의 신탁법 제25조 제1항을 유추적용하려는 것인데, 무과실을 요구할 것인지 중과실이 없음을 요구할지에 대해서는 추가적인 검토가 필요하다는 입장이다.

90) 박준, 앞의 논문(주15), p.76.

91) 앞의 Ⅲ. 3. 수취은행의 상계권행사로부터의 보호 파트에서 논의한 내용 참고.

다.[92] 수취인의 수탁자적 지위를 인정해야 한다는 견해의 경우 영미법상 인정되는 의제신탁(constructive trust) 법리에 착안하여 수취인이 수탁자적 지위에 있다는 해석론의 도입을 시도하는 것이고 이와 유사한 주장을 전개하는 선행연구[93]도 있는데 동 선행연구 역시 착오송금 형사판결과 연계하여 형법상 횡령죄가 성립하는 주체의 경우 민사상 의제신탁의 수탁자 지위를 인정하는 것으로 이론 구성을 한다는 점에서 한계가 있다.

우리 법제상 해석론만으로 영미법상 의제신탁 법리를 수용할 수 있는지에 대해서는 의문이 제기되어 왔다.[94] 영미에서 인정되는 의제신탁은 기본적으로 당사자의 신탁설정의사에 기초하지 않고 법원이 신탁을 설정하는 경우에 성립되는 것[95]으로 개별적 사안의 특수성을 고려하여 그 결과가 달라지는데 우리 법체계상 법원이 개별 사안별로 우선권 인정 여부를 결정하는 법리를 채택하기는 현실적으로 어려울 것이라는 지적이 제기되기도 한다.[96]

명문의 규정 없이 해석론을 통해 영미법상 인정되는 의제신탁 법리를 수용하기는 어렵다. 그러나 우리 신탁법상 신탁의 법률관계가 위탁자와 수탁자 간의 계약에 의해서도 설정될 수 있으므로(신탁법 제3조 제1항 제1호) 법률행위 해석을 통해 수취인의 묵시적 임의신탁이 설정된 것으로 인정할 수 없을지 검토해볼 필요가 있다.[97] 묵시적 임의신탁에 관한 명시적인 대법

---

92) 김동윤·윤상훈, 앞의 논문(주73), p.267-268.

93) 착오송금된 금원에 대하여 수취인을 수탁자, 송금의뢰인을 수익자로 하는 의제신탁이 성립된 것으로 본다면 제3자의 압류가 있었는지 여부와 무관하게 수취은행의 상계권이 부정되어 착오송금자의 구제의 실효성이 제고될 수 있다는 점을 제시하면서 착오송금자 구제를 위해 의제신탁 법리의 전향적 검토가 필요하다고 주장하는 견해가 있다. 임정하, 앞의 논문(주7).

94) 성문법 체계의 우리 법구조에서 판사의 판단에 의해 당사자들의 설정 의사가 없는 법률관계를 성립시키기는 어렵다는 이유로 우리법에서 의제신탁이 허용될 수 없다는 견해로 허준석, “신탁 성립에 관한 연구 - 성립 요건과 범위를 중심으로 -”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2019. p.82, p.405.

95) 오영걸, “의제신탁의 이해”, 비교사법 제18권 제4호, 2011. p.1266.

96) 최준규, “금전의 이동과 물권적 청구권”, 법조, 2009. p.149. 그밖에도 채권과 물권을 엄격히 준별하면서 물권법정주의를 택하고 있는 우리 민법하에서는 의제신탁법리를 인정하기 어렵다는 견해도 제시된다. 이상용, 앞의 논문(주3), p.291.

97) 묵시신탁을 논의한 기존 문헌(임채웅, “묵시신탁과 의제신탁의 연구” 저스티스 제105호, 2008.8.)을 영미에서의 표현이나 그것을 번역한 일본에서의 분류를 그대로 가져와

원 판례[98]는 없으나 의사표시에 일정한 방식을 요구하지 않는한 묵시적으로도 의사표시가 이루어질 수 있다는 점이 인정[99]되고 있으므로 신탁을 설정하고자 하는 당사자의 의사표시는 묵시적으로도 가능하다고 볼 수 있다.[100] 수취인이 착오송금이라는 것을 인정하는 순간부터 수취인과 송금의뢰인 간의 관계는 영미법상 신인관계(fiduciary relationship)와 유사한 상태에 놓이게 되며 우리 신탁법상 용어인 신임관계(신탁법 제2조)가 형성되었다고 평가할 수 있다. 신탁 설정 의사의 주요한 객관적 지표로 신탁재산의 확정을 위한 신탁 재산의 분별관리 의무, 신인관계를 통한 충실의무 및 수익자의 물권적 이익의 존재를 제시하는 견해[101]에 따를 경우 착오송금 사실을 인정한 이후의 수취인은 충실의무를 부담하며 송금의뢰인에게는 착오송금 상당 금원에 대한 물권적 이익[102]이 존재한다는 점은 분명하다. 그러나

서 명시신탁(express trust)과 묵시신탁(implied trust)을 구분하는 것이라는 점을 지적하면서 명시신탁과 묵시신탁을 신탁의 종류로 설명할 필요는 없다는 견해(최수정, 「신탁법」 제3판, 2023. p.36-37.)도 주장된다. 그러나 기존 문헌에서도 이른바 묵시신탁에 대해 "설정과정에서 의사표시가 명시적으로 표현되지 않았다는데 중점이 있는 것에 지나지 않는다고 평가하면서 독립된 용어로 묵시신탁이라고 부르는 의의가 그다지 크지 않다"는 점을 지적(임채웅, 위의 논문, p.289)하고 있으므로 두 문헌의 입장이 반드시 배치된다고 보기는 어렵다. 또한, 기존 문헌에서도 의제신탁을 묵시신탁과 구별하고 있다는 점(임채웅, 위의 논문, p.285)에서 동 문헌에서 논의하는 묵시신탁은 법률행위에 의한 신탁을 의미하는 것으로 의제신탁을 포괄하는 영미의 implied trust를 지칭하는 것은 아니다. 본 연구에서 사용하는 "묵시적 임의신탁"이라는 용어는 우리 신탁 법제상 임의신탁을 별도의 신탁 유형으로서 인정하여야 한다는 점을 주장하는 것이 아니고 묵시적 의사표시에 따라 성립되는 신탁을 의미하기 위해 사용하였으며, 당사자의 의사와 무관하게 성립하는 영미법상 의제신탁과는 구별된다는 점을 밝혀둔다.

98) 사채권리금 지급대행계약 사건(대법원 2002. 7. 26. 선고 2000다17070 판결)이 묵시적 임의신탁을 인정한 사례인지 문제될 수 있으나 동 판결의 의의에 대해서는 학계에서 논란이 있고 아직까지 지배적인 견해가 존재하는 것은 아닌 것으로 판단되므로 묵시적인 임의신탁에 관한 명시적인 대법원 판례가 존재한다고 평가하기는 어려울 것이다.

99) 2003. 1. 24. 선고 2000다5336,5343 판결; 대법원 2016. 5. 26. 선고 2016다203315 판결; 대법원 2017. 7. 18. 선고 2017다206922 판결 등.

100) 임채웅, 앞의 논문(주97), p.288; 정순섭, "신탁의 기본구조에 관한 연구", BFL 제17호, 2006. p.19; 최수정, 앞의 책(주97), p.36; 허준석, "묵시 신탁의 기능과 위험 배분 - 묵시 신탁을 통한 금융소비자 보호 -", 신탁연구 제3권 제2호, 2021.12. p.34.

101) 허준석, 앞의 논문(주94), p.272.

102) 신탁재산의 독립성(신탁법 제22조 제1항 본문)과 제3자 이의의 소 제기 권능(신탁법

착오송금 금원이 수취인의 예금계좌에 그대로 머물러 있는 한 신탁 재산의 분별관리 의무를 객관적으로 확인할 수 없으므로 분별 관리 의무의 존재를 통해 신탁 설정 의사를 추정하기는 어렵다. 결론적으로 우리 법제상으로도 착오송금 사안에서 수취인이 착오송금을 인정하고 있는 경우에는 착오송금액에 상응하는 수취인의 예금채권에 대하여 묵시적 임의신탁이 설정된 것으로 해석할 수 있는 가능성은 존재한다. 다만, 신탁재산의 확정을 위한 신탁 재산의 분별관리 의무를 신탁성립의 요건으로 본다면 수취인이 착오송금 사실을 인정한 경우라도 착오송금액 상당액을 별단계좌 등을 통해 관리하는 수준의 조치가 수반되어야 묵시적 임의신탁의 설정을 인정할 수 있게 될 것이다.[103] 별단계좌로 이동된 착오송금액의 경우 신탁재산에 속한 것임을 제3자에게 대항할 수 있다(신탁법 제4조 제2항).

이상에서 살펴본 바와 같이 해석론을 통해 영미법상 의제신탁 법리를 수용하기는 어렵다고 하더라도 수취인이 착오송금 사실을 인정한 경우 법률행위 해석을 통해 묵시적 임의신탁의 성립을 인정할 수 있는 여지는 존재한다고 판단된다. 다만, 묵시적 임의신탁 설정의 효과는 수취인이 착오송금 사실을 명시적으로 인정한 이후에 발생한다고 보아야 할 것이므로 묵시적 임의신탁 인정에 따라 수취은행의 상계가 제한되는 효과도 수취인의 착오송금 사실 인정 이후로 한정되는 한계가 존재한다. 수취인의 착오송금 사실 인정에 따라 묵시적 임의신탁이 성립된다고 하더라도 수취인이 착오송금 사실을 인정하기 이전에 수취은행이 상계를 하는 것은 수취은행이 착오송금 사실에 대하여 선의, 무과실이라면 적법하다(신탁법 제25조 제1항 단서).

우리 법제상 해석론만으로 영미법상 의제신탁 법리를 그대로 수용할 수 없다는 한계가 있음에도 불구하고 학계와 실무에서 신탁법리의 활용에

제22조 제2항), 도산절연기능(신탁법 제24조) 등은 수익권의 법적 성질을 “물권화된 채권”으로 볼 수 있다는 견해(이계정, “신탁의 수익권의 성질에 관한 연구”, 민사법학 제77호, 2016, p.133)가 제시된다. 수익자에게 “물권적 이익”이 존재한다는 것의 의미는 단순한 채권적 이익만을 갖는 것이 아니라 일반적인 채권과는 구별되는 “물권화된 채권”의 성격을 갖는 수익권을 보유한다는 것으로 이해할 수도 있을 것이다.

103) 별단계좌를 통해 관리되고 있다는 점을 통해 분별관리 의무의 존재를 인정할 수 있다는 점은 허준석, 앞의 논문(주100), p.55-60.의 내용을 참고한 것이다.

관한 논의가 지속적으로 전개되는 것은 기존 우리나라의 법리만으로 당사자간의 법률관계의 합리적인 해결을 도모할 수 없는 경우가 계속 발생하고 있으며 신탁법리를 활용하였을 때 기존 법리의 한계를 보완하여 형평의 관점에 부합하는 결과를 도출할 수 있는 법률관계가 존재하기 때문이다. 따라서, 법률행위 해석을 통한 묵시적 임의신탁의 설정을 인정하기 위한 해석론도 지속해서 관심을 갖고 발전시켜 나갈 필요가 있다.

3. 송금의뢰인이 수취인을 대위하여 수취은행을 상대로 착오송금액 상당의 예금지급을 청구하는 방안

송금의뢰인이 수취인에 대하여 갖는 부당이득반환청구권을 피보전권리로 하여 수취인이 수취은행에 대해 갖는 예금채권을 대위행사하는 방안도 고려해볼 수 있다. 채권자대위권으로 이론구성할 경우 채무자의 무자력 요건이 문제될 수 있는데 이와 관련해서는 착오송금 사안의 경우 무자력의 판단기준을 착오송금된 예금을 자유롭게 인출할 수 있는지 여부를 기준으로 판단하면 족하다는 견해가 제시된 바 있다.[104] 동 견해에 따르면 수취인의 예금계좌가 지급정지되었거나 채권자가 수취인의 예금계좌를 압류한 경우와 같이 수취인의 예금인출이 불가능한 사정이 있는 경우 무자력 요건을 충족하여 송금의뢰인이 수취인의 예금채권을 대위행사할 수 있는 것으로 해석된다.[105] 송금의뢰인이 수취인을 대위하여 수취은행을 상대로 착오송금액 상당의 예금지급을 청구하는 방안에 관한 명시적인 대법원 판결은 없다. 그러나 대법원이 채무자가 자력이 없으면 특별한 사정이 없는 한 보전의 필요성을 긍정하는 한편 채무자의 자력이 있는 경우에도 예외적으로 채권자가 보전하려는 채권과 대위하여 행사하려는 권리 사이에 밀접한 관련성이 인정되는 등 특수한 사안에서 보전의 필요성을 인정하기도 하는 점[106], 앞에서

---

104) 서희석, “은행의 착오로 인한 자금이체의 효력 - 대법원 2012.10.25. 선고 2010다47117 판결 -”, 민사법학 제64호, 2013, p.315.

105) 서희석, 위의 논문(주104), p.315.

106) 채권자대위권의 행사요건인 ‘보전의 필요성’을 인정하기 위한 요건 및 이를 판단하는

살펴본 이미 제3자가 압류한 계좌에 대한 착오송금 사례가 문제된 최근 대법원 판결[107]의 파기환송심에서 송금의뢰인인 원고가 대위행사하는 수취인의 예금채권액에서 대법원이 상계권 남용에 해당하지 않는다고 본 피압류채권액(체납액)을 공제한 금액과 이자 상당액을 피고(수취은행)가 원고(송금의뢰인)에게 지급하도록 화해권고결정[108]이 내려진 점 등을 고려하면 수취인이 명백히 무자력인 경우 또는 무자력이 아니더라도 예외적으로 보전의 필요성이 인정될 수 있는 사안의 경우에는 송금의뢰인이 수취인을 대위하여 수취은행을 상대로 착오송금액 상당의 예금지급을 청구하는 방안도 송금의뢰인의 보호를 위한 방안으로서 이론과 실무 모두에서 활용될만한 가능성이 있다고 판단된다.

4. 착오송금 송금의뢰인의 착오송금 수취인에 대한 반환 협조 요청 절차 개선

앞서 제시한 예금거래기본약관 개정을 통한 입금기장거절권 명문화, 묵시적 임의신탁 설정의 인정 등이 보다 실효성 있는 송금의뢰인의 보호 방안이 되기 위해서는 수취인이 착오송금이라는 사실을 인정하였다는 점을 수취은행이 시스템적으로 인지할 수 있도록 관련 절차가 구현될 필요가 있다.

송금의뢰인 입장에서는 수취인에 대하여 아는 정보가 계좌번호밖에 없으므로 송금은행과 수취은행의 협조를 통해 수취인을 간접적으로 접촉하여 착오송금 반환 동의를 구할 수 밖에 없다. 송금의뢰인이 반환을 신청하더라도 송금의뢰인의 일방적 주장만으로 수취은행이 착오송금 사실을 확인할

기준에 관한 자세한 판시는 대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결; 피보전채권이 금전채권인 경우에도 보전채권과 채권자가 대위행사할 권리 사이의 밀접한 관련성 등 그 밖의 특수한 사정에 비추어 채무자의 자력 유무와 관계없이 보전의 필요성을 인정한 사례로 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결; 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다39013 판결 등.

107) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2020다212958 판결. 원고는 예비적으로 수취인의 수취은행에 대한 예금채권을 대위행사하여 착오송금액 상당 금원과 지연손해금의 지급을 청구한 바 있다. 동 사안의 경우 수취인이 무자력라는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없었다.

108) 서울중앙지방법원 2022. 11. 30.자 2022나40040 화해권고결정.

수 있는 것은 아니므로 수취인 입장을 확인하여 수취은행이 착오송금 사실을 인지하기까지 상당 시간이 소요되거나 인지하기 어려운 경우도 존재할 수 있다. 착오송금 관련 통계를 통해 자발적으로 정상적인 반환이 이루어지는 경우는 전체 접수건수 중 30% 미만이며, 수취인과 연락이 원활하게 되지 않는 경우도 전체 접수건수 중 약 11%에 이른다는 점을 확인할 수 있다.[109] 송금의뢰인은 은행 영업점, 고객센터, 홈페이지, 모바일 앱 등을 통해 착오송금 반환을 신청할 수 있는데 수취은행은 착오송금 반환신청이 접수되면 전화, SMS 등을 통해 수취인과 연락을 시도한다. 문제는 수취인이 착오송금 사실을 확인하고 반환에 동의하는 절차이다. 고객센터를 통한 전화, SMS 등은 스팸, 보이스피싱 등으로 오인되는 경우가 적지 않다.[110] 이러한 실태를 개선하고 수취인이 착오송금이라는 사실을 인정하였다는 점을 수취은행이 시스템적으로 인지할 수 있도록 하기 위해서는 수취인이 자주 사용하는 뱅킹서비스 채널을 통해 착오송금이 맞는지 확인하도록 안내하고 반환의사와 방법을 표시하도록 시스템을 구축해야 할 것이다.[111]

5. 송금의뢰인 보호 방안의 악용 위험에 대한 우려와 대응방안

이상에서 제시한 송금의뢰인 보호를 강화하는 방안과 관련하여 막연한 악용 가능성에 대한 우려만으로 앞서 제시한 송금의뢰인 보호를 강화하는

---

109) 금융결제원 자금청구반환시스템을 통한 최근 3개년('20년-'22년) 처리건수를 기준으로 한다. 처리건수 현황은 고상근, 앞의 보고서(주10), p.12. [참고자료 1] 금융결제원 자금청구반환시스템 처리실적(최근 3년) 참고.

110) 착오송금 관련 업무처리를 하는 담당자와의 인터뷰를 통해 직접 확인한 사실이다.

111) 예컨대, 수취인 계좌로 착오송금 반환신청이 접수된 경우 수취은행은 뱅킹앱 푸시메시지, 카카오톡 알림톡 등을 통해 수취인이 뱅킹앱을 실행하여 착오송금 사실 확인 관련 화면에서 (i) 해당 이체내역이 착오송금이 맞는지, (ii) 착오송금이 맞다면 해당 금액의 반환에 동의하는지, (iii) 반환에 동의하는 경우 수취은행이 직접 출금하여 반환하는 방안과 일회용 송금의뢰인 계좌번호 안내를 통해 수취인이 직접 반환하는 방안 중 어떤 방안으로 반환할 것인지를 선택하도록 할 수 있을 것이다. 수취인이 (i)-(iii)에 해당하는 정보를 뱅킹앱을 통해 입력하면 수취은행 서버에 그 기록이 남게 되므로 수취은행은 수취인의 의사표시와 동시에 착오송금 여부를 확정적으로 인지할 수 있게 된다. 뱅킹앱이 아닌 인터넷뱅킹 채널을 통해서도 유사하게 구현할 수 있을 것이다.

방안에 관한 논의의 전개를 가로막는 것은 경계할 필요가 있다. 그러나 송금의뢰인 보호를 위한 방안들이 반드시 송금의뢰인의 보호만을 위하여 활용된다는 점을 보장하기 어렵다는 가능성이 존재하며 그러한 가능성이 현실화될 수 있는 위험에 대한 대응이 필요하다는 점도 충분히 고려해야 할 것이다. 즉, 송금의뢰인과 수취인이 통모하여 송금의뢰인 보호 방안을 채권자 등 제3자의 이익을 해할 목적으로 악용할 위험이 현실화될 가능성[112]을 배제할 수 없으므로 그러한 악용 위험을 최소화하기 위한 대책에 대해서도 함께 논의가 이루어질 필요가 있다. 애초에 정상적인 송금이었으나 차후에 송금의뢰인이 마음을 바꾸어 또는 송금의뢰인과 수취인이 통모하여 부정한 방법으로 송금의뢰인 보호 방안을 활용하는 것은 엄격하게 제한해야 할 것이다.[113] 앞서 제시한 송금의뢰인 보호를 강화하는 방안의 경우 해석론과 관련 당사자간의 계약 관계 정비 등을 통해 송금의뢰인의 보호를 강화하는 방안을 모색한 것인데, 이를 악용하여 금융질서를 문란하게 하거나 도산, 강제집행 제도에 혼란을 초래할 위험이 높다고 판단될 경우 이는 해석론이나 약관 정비 수준으로 해결하기는 어렵고 입법적 보완이 뒷받침될 필요가 있을 것이다. 전자금융거래법에 거짓으로 금융회사등에 착오송금 반환을 요청한 자를 처벌하는 규정을 신설하는 방안을 고려할 수 있을 것으로 생각된다.

---

112) 수취인의 수탁자적 지위 인정이 송금의뢰인과 수취인이 통모하여 착오송금을 가장하여 일반채권자의 이익을 해하는 목적으로 악용되거나 도산 및 강제집행 제도에 혼란이 초래되는 결과가 초래될 수도 있다는 점이 논의된 바 있다. 이상용, 앞의 논문(주3), p.292.

113) 일본에서도 착오송금 반환청구 제도 개선을 제안하면서 그러한 제도의 악용을 막을 수 있는 장치에 대한 고려가 중요하다는 점을 강조하고 있으나 구체적인 악용 방지 아이디어까지 제시된 것은 아니다. 垣水 道生, “誤振込による預金の成否と不当利得-誤振込金相当額返還請求制度の提言を含む-”, 企業法學研究 2022 第11卷 第1号, 2022. 16頁

V. 결 론

대법원 판례 법리에 의할 경우 착오송금 사안에서 수취인의 무자력 위험은 송금의뢰인이 전적으로 부담하며 수취은행이나 수취인의 채권자는 송금의뢰인의 손실을 바탕으로 뜻하지 않은 채권의 만족을 얻게 되는 결과가 초래된다. 대법원은 상계권 남용 법리를 활용하고 있으나 상계권 남용 법리의 한계는 마이너스 통장 사안과 이미 제3자가 압류한 계좌에 대한 착오송금 사안에서 명확하게 드러난다.

이러한 대법원 판례 법리의 한계를 극복하고자 다양한 법리적 대안에 대한 논의가 시도되었으나 현재까지는 판례 법리의 변화를 이끌어내는데 실패하였으며 유의미한 제도 개선으로 이어지지도 못하였다. 착오송금에 관한 일부 선행연구에서 제시된 바 있는 입금기장거절권을 통한 해결방안은 수취은행의 상계와 수취인 채권자의 강제집행으로부터 착오송금의 송금의뢰인을 보호할 수 있는 효과가 있음에도 불구하고 아직까지 활용되지 못하고 있다. 이에 본 연구에서는 예금거래기본약관 개정을 통해 입금기장거절권을 수취은행과 수취인 사이의 예금계약 내용으로 편입시키고 착오송금 반환에 자발적으로 동의하지 않는 수취인이 스스로 입금기장거절권을 행사하기를 기대하는 것은 어렵다는 점 등을 고려하여 애초에 일정 요건이 갖춰지면 송금의뢰인이 입금기장거절권을 대위행사할 수 있도록 약관 규정을 설계할 필요가 있다고 제안한 것이다.

착오송금 수취은행의 상계와 관련하여 수취인의 수탁자적 지위에 따른 제한이 있다고 보아야 한다는 견해의 취지와 방향성에 공감하면서 수취인이 착오송금 사실을 인정한 경우에는 묵시적 임의신탁이 성립된 것으로 볼 수 있다는 해석론을 제시하였다. 묵시적 임의신탁 인정이 수취은행의 상계권 행사에 미치는 영향은 기존 대법원 판례의 상계권 남용 법리와 크게 다르지 않다는 한계가 있다. 그럼에도 불구하고 묵시적 임의신탁의 설정을 인정할 경우 단순한 채권적 권리인 수취인에 대한 부당이득반환청구권에만 의존할 수 밖에 없는 현행 법리의 한계를 극복하고 수취인이 착오송금을 인정한 이후에는 송금의뢰인이 착오송금액에 대하여 사실상 우선변제권을 보유

하게 되는 결과가 되어 상계권 남용 법리에만 의존하는 것보다는 송금의뢰인의 실질적인 보호를 강화할 수 있으므로 논의의 실익이 있다고 판단된다.

기존에 제시된 이론적 대안들이 일정한 한계를 갖고 있는 것에 반해 송금의뢰인이 수취인을 대위하여 수취은행을 상대로 착오송금액 상당의 예금지급을 청구하는 방안의 경우 송금의뢰인의 보호를 위해 이론과 실무 모두에서 활용될 수 있으며 법원에서도 수용될 가능성이 있다. 다만, 동 방안의 경우 상계권남용이 인정되지 않는 예외적인 경우에 상계권행사가 가능한 범위에 대해서는 수취은행의 상계를 유효하게 보고 있는 대법원의 입장을 고려하면 사안에 따라 착오송금액 전액의 구제가 어려울 수 있다는 점이 한계로 지적될 수 있을 것이다.

마지막으로 착오송금 송금의뢰인의 착오송금 수취인에 대한 반환 협조요청 절차 개선을 통해 이론적 해결방안이 보다 실효성 있게 작동될 수 있는 기반을 마련할 필요가 있다. 아울러 이상의 해결방안을 악용하여 금융질서를 문란하게 하거나 도산, 강제집행 제도에 혼란을 초래할 위험이 높다고 판단될 경우 전자금융거래법에 거짓으로 금융회사등에 착오송금 반환을 요청한 자를 처벌하는 규정을 신설하는 방안을 고려할 필요가 있을 것이다.

착오송금과 관련해서는 기존 선행연구에서 많은 논의가 진행되었으나 여전히 해결되지 않은 문제들이 남아 있다고 판단된다. 본 논문에서 제시한 해결방안에 대해 후속 논의가 진행되어 착오송금 판례 법리의 문제점을 극복하는 결과로 이어질 수 있기를 바란다.

착오송금 관련 판례 법리의 문제점과 송금의뢰인 보호 방안 - 김 필 수	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2024.02.21.	2024.03.03.	2024.03.26.

[참고문헌]

1. 국내문헌

강혜림, “2022년 민법(채권법) 중요 판례 평석”, 경희법학 제58권 제1호, 2023.

고상근, “전자금융거래법 일부개정법률안 검토보고 - 김희곤의원 대표발의(의안번호 제2122609호)”, 제410회국회(임시회) 제9차 정무위원회, 2023

김기환, “착오송금과 상계”, 재산법연구 제40권 제1호, 2023.

김동윤·윤상훈, “착오송금 사안에서 위탁관계의 존부 및 횡령·배임죄 성부에 대한 비판적 검토” 법학평론 제13권, 2023.

김상중, “송금인의 수취인 착오로 이루어진 계좌이체에 따른 반환관계”, 고려법학 제55호, 2009.

김용재, 「은행법원론」 제3판, 2019.

김우성, “편취금전에 의한 변제”, 서울대학교 법학 제57권 제1호, 2016.

김필수, “전자지급서비스 이용자 보호 강화를 위한 법적 과제”, 고려법학 제104호, 2022.

김형석, ″지급지시·급부관계·부당이득″, 서울대학교 법학 제47권 제3호, 2006.

김호용, “타인의 마이너스 통장 은행계좌로 송금한 금액이 착오송금임을 주장하며 그 수취은행을 상대로 부당이득반환을 구한 사건”, 대법원판례해설 제131호, 2022.

류경은, “디지털자산의 착오이전과 이른바 ‘착오송금 법리’의 적용 가능성”, 은행법연구 제16권 제1호, 2023.

박세민, “삼각관계상의 부당이득 : 지시사례를 중심으로”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2007.

박준, “예금계약”, BFL 제85호, 2017.

박준·한민, 「금융거래와 법(제3판)」, 2022.

서희석, “한국민법에 대한 일본민법의 영향과 향후의 관계 - 비교법의 연구대상으로서의 일본민법을 위하여 -”, 민사법학 제52호, 2010.

서희석, “은행의 착오로 인한 자금이체의 효력 - 대법원 2012.10.25. 선고 2010다47117 판결 -”, 민사법학 제64호, 2013.

서희석, “지급인의 착오로 인한 자금이체의 효력 - 착오이체의 법률관계에 관한 판례법리의 전개 -”, 비교사법 제20권 3호, 2013.

송문호, “가상자산 착오이체와 횡령죄・배임죄의 성부 - 대법원 2021. 12. 16. 선고 2020도9789 판결 -”, 동북아법연구 제16권 제1호, 2022.

양창수, “마이너스 통장 착오 송금에서 부당이득반환청구의 상대방 : 대법원 2022. 6. 30. 선고 2016다237974 판결” 법률신문 5012호, 2022.

양창수, “금전의 부당이득으로 인한 반환의무 - 소위 편취금전에 의한 변제 문제 서설 - ”, 서울대학교 법학 제43권 제4호, 2002.

오영걸, “의제신탁의 이해”, 비교사법 제18권 제4호, 2011.

오영준, “송금의뢰인의 착오송금시 수취은행의 수취인에 대한 상계의 가부 - 대상판결 : 2010.5.27. 선고 2007다66088 판결”, BFL 제43호, 2010.

윤진수, “2007년 민법 주요 판례 회고”, 서울대학교 법학 제49권 제1호, 2008.

이계정, “신탁의 수익권의 성질에 관한 연구”, 민사법학 제77호, 2016.

이상용, “착오 송금의 법률관계와 착오 송금인의 구제수단”, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 2013.

이상용, “착오 송금 법리의 재구성”, 민사법학 제92호, 2020.
이승준, “원인관계 없이 착오로 송금된 금전의 임의인출과 횡령죄의 성부”, 법학논고 제53집, 2016.
이정수, 2022년 금융법 중요판례평석, 인권과 정의 Vol.512, 2023.
임정하, “착오송금의 분쟁해결지원과 관련법리의 재검토”, 은행법연구 제12권 제1호, 2019.
임채웅, “묵시신탁과 의제신탁의 연구” 저스티스 제105호, 2008.
정대익, “타인의 계좌 또는 지정하지 않은 수취인계좌로 이루어진 지급이체의 법률문제 - 대구지법 판결(2004.1.28 선고 2003나10191 판결)에 대한 평석을 겸하여 - ”, 비교사법 제11권 제4호, 2004.
정순섭, “신탁의 기본구조에 관한 연구”, BFL 제17호, 2006.
정순섭, 「은행법」, 2017.
조경임, “2022년 채권법 중요판례평석”, 인권과정의 Vol.513, 2023.
최수정, 「신탁법」 제3판, 2023.
최준규, “금전의 이동과 물권적 청구권 - 가치 소유권 및 의제신탁으로부터의 시사”, 법조 Vol.638, 2009.
허준석, “신탁 성립에 관한 연구 - 성립 요건과 범위를 중심으로 - ”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2019.
허준석, “묵시 신탁의 기능과 위험 배분 - 묵시 신탁을 통한 금융소비자 보호 -”, 신탁연구 제3권 제2호, 2021.

2. 해외문헌

孫 思遠, “誤振込により成立した預金債權をめぐる被仕向銀行と振込依賴人の法律關係について”, 北大法政ジャーナル, 29, 2022.
垣水 道生, “誤振込による預金の成否と不当利得 -誤振込金相当額返還請求制度の提言を含む-”, 企業法學硏究 2022 第11卷 第1号, 2022.

【국문초록】

착오송금과 관련해서는 기존 선행연구에서 많은 논의가 진행되었으나 여전히 해결되지 않은 문제들이 남아 있다. 예금자보호법 개정을 통해 2021년 7월부터 착오송금반환지원제도가 도입되었으나 동 제도는 수취인에 대한 부당이득반환청구권의 매입을 기초로 하므로 수취인이 무자력인 경우 법리적 한계에 직면하게 된다. 여전히 착오송금은 수십만건이 발생하고 있지만 착오송금반환지원 제도를 통해 구제되는 송금의뢰인의 숫자는 제한적이다.

착오송금에 관해 확립되어 있는 대법원 판례 법리에 의할 경우 착오송금 사안에서 수취인의 무자력 위험은 송금의뢰인이 전적으로 부담하며 수취은행이나 수취인의 채권자는 송금의뢰인의 손실을 바탕으로 뜻하지 않은 채권의 만족을 얻게 되는 결과가 초래된다는 문제점이 있다. 대법원은 이러한 문제점을 해결하기 위해 상계권 남용 법리를 활용하고 있으나 상계권 남용 법리의 한계는 마이너스 통장 사안과 이미 제3자가 압류한 계좌에 대한 착오송금 사안에서 명확하게 드러난다. 대법원 판례 법리의 한계를 극복하고자 다양한 법리적 대안에 대한 논의가 시도되었으나 현재까지는 판례 법리의 변화를 이끌어내는데 실패하였으며 유의미한 제도 개선으로 이어지지도 못하였다.

본 연구는 착오송금에 관한 대법원 판례 법리의 논리구조를 다시 분석하고, 판례법리의 타당성 여부를 쟁점별로 검토하면서 각 쟁점과 관련하여 선행연구에서 제시되었던 법리적 대안들의 문제점을 규명하였다. 그리고 이를 바탕으로 보다 실효성 있는 송금의뢰인의 보호방안을 모색해보고자 하였다. 예금거래기본약관 개정을 통한 입금기장거절권의 명문화, 법률행위 해석을 통한 묵시적 임의신탁 설정의 인정, 송금의뢰인이 수취인을 대위하여 수취은행을 상대로 착오송금액 상당의 예금지급을 청구하는 방안 등을 송금의뢰인의 보호를 위한 이론적 해결방안으로 주장하였다.

본 연구에서 제시한 착오송금 송금의뢰인 보호 방안에 관한 핵심 주장을 정리하면 다음과 같다. 첫째, 일부 선행연구가 제시하였던 해석론을 통해

입금기장거절권을 도출할 수 있다는 논의의 한계를 극복하기 위해 예금거래기본약관 개정을 통해 입금기장거절권을 수취은행과 수취인 사이의 예금계약 내용으로 편입시키는 방안을 제안하였다. 이는 수취은행의 상계와 수취인 채권자의 강제집행으로부터 착오송금의 송금의뢰인을 보호할 수 있는 효과가 있는 입금기장거절권의 현실적 활용방안을 모색하고자 한 것이다. 둘째, 착오송금 수취은행의 상계와 관련하여 수취인의 수탁자적 지위에 따른 제한이 있다고 보아야 한다는 견해의 취지와 방향성에 공감하면서 수취인이 착오송금 사실을 인정한 경우에는 송금의뢰인과 수취인 사이에 묵시적 임의신탁이 성립된 것으로 볼 수 있다는 해석론을 제시하였다. 묵시적 임의신탁의 설정을 인정할 경우 단순한 채권적 권리인 수취인에 대한 부당이득반환청구권에만 의존할 수 밖에 없는 현행 법리의 한계를 극복하고 수취인이 착오송금을 인정한 이후에는 송금의뢰인이 착오송금액에 대하여 사실상 우선변제권을 보유하게 되는 결과가 되어 상계권 남용 법리에만 의존하는 것보다는 송금의뢰인의 실질적인 보호를 강화할 수 있다. 셋째, 송금의뢰인이 수취인을 대위하여 수취은행을 상대로 착오송금액 상당의 예금지급을 청구하는 방안의 경우 송금의뢰인의 보호를 위해 이론과 실무 모두에서 활용될 수 있으며 법원에서도 수용될 가능성이 있다. 넷째, 송금의뢰인의 수취인에 대한 반환 협조 요청 절차 개선을 통해 본 연구에서 논의한 이론적 해결방안이 보다 실효성 있게 작동될 수 있는 기반을 마련할 것을 제안하였다. 다섯째, 해결방안을 악용하여 금융질서를 문란하게 하거나 도산, 강제집행 제도에 혼란을 초래할 위험이 높다고 판단될 경우 전자금융거래법에 거짓으로 금융회사등에 착오송금 반환을 요청한 자를 처벌하는 규정을 신설하는 방안을 고려할 필요가 있다는 점을 함께 제시하였다. 본 논문에서 제시한 해결방안에 대해 후속 논의가 진행되어 착오송금 판례 법리의 문제점을 극복하는 결과로 이어질 수 있기를 바란다.

【Abstract】

Challenges in Judicial Decisions on Mistaken Transfers and Measures for Remitter Protection

Kim Pil Soo
(Manager, Korea Financial Telecommunications & Clearings Institute)

Despite extensive discussions in previous studies, issues related to mistaken transfers remain unresolved. Although the Scheme to Support the Recovery of Misdirected Money Transfers was introduced in July 2021 through the revision of the Depositor Protection Act, this scheme faces legal limitations when the recipient is insolvent, as it is based on the purchase of the right to claim unjust enrichment against the recipient. While hundreds of thousands of mistaken transfers still occur, the number of remitters who are protected through this scheme remains limited. Supreme Court decisions have traditionally placed the burden of the recipient's insolvency entirely on the remitter, inadvertently allowing recipient banks or creditors to benefit from remitters' losses. Although the Supreme Court has invoked the abuse of the right of set-off doctrine to mitigate these concerns, its limitations are stark in scenarios involving overdraft accounts or accounts seized by third parties. Attempts to rectify these judicial shortcomings through various legal alternatives have not led to meaningful changes in the Supreme Court's decisions or broader systemic improvements. By reevaluating

the framework of judicial decisions on mistaken transfers, this study assesses their efficacy and scrutinizes the issues with previously suggested legal alternatives. It proposes robust protection measures for remitters, including amendments to the general terms and conditions for deposit transactions to unambiguously include the right to reject incorrect transactions, and the recognition of express trusts, established through the interpretation of legal actions, when recipients admit to receiving funds erroneously. Furthermore, the study suggests a mechanism for remitters to claim the equivalent of the mistakenly transferred funds from the recipient bank by subrogating the recipient's rights, presenting it as a potential solution that could be utilized in both theory and practice, with the possibility of being accepted by the courts. Additionally, the study calls for refining the process through which remitters can request the return of mistakenly transferred funds, streamlining recovery efforts. It also highlights the importance of introducing specific penalties for falsely requesting the return of mistaken transfers from financial institutions within the Electronic Financial Transactions Act, aiming to deter misuse and maintain the integrity of financial transactions. By fostering ongoing dialogue and analysis, this study seeks to address the current challenges in judicial decisions regarding mistaken transfers, advocating for significant legal and procedural improvements that better protect remitters in such scenarios.

주제어(Keyword) : 착오송금(mistaken transfers), 상계권남용(abuse of right to set off), 부당이득(unjust enrichment), 묵시적 임의신탁(express trusts through legal interpretation), 입금기장거절권(Zurückweisungsrecht), 채권자대위권(right of subrogation of a creditor), 예금거래기본약관(general terms and conditions of deposit transaction), 전자자금이체(electronic funds transfer), 전자금융거래법(Electronic Financial Transactions Act)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제112호 2024년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2024.112.161

자율주행자동차 책임법제에 관한 연구

- 자배법상 대리운전기사 법리 도입을 중심으로 -

김 하 민*· 박 선 종**

▶목 차◀

Ⅰ. 문제의 제기
Ⅱ. 자율주행자동차 책임법제에 관한 기존의 논의
1. 자율주행자동차 개관
2. 자배법 적용의 견해
3. 제조물책임법 등 적용의 견해
4. 소결
Ⅲ. 자배법상 대리운전기사 법리
1. 자배법상 대리운전기사 개관
2. 判例유형① : 피해자가 타인인 경우
3. 判例유형② : 피해자가 대리운전 의뢰인인 경우
4. 소결
Ⅳ. 자율주행자동차 책임법제의 대리운전기사 법리 도입 검토
1. 자율주행모드 시 당사자의 성격
2. 대리운전기사 법리의 적용
3. 한계 및 시사점
Ⅴ. 나가며

Ⅰ. 문제의 제기

21세기에 들어 기술 발전의 고도화 및 가속화로 인해 이를 규율하는 법제가 그 속도를 따라가지 못하는 '규제 시차(regulatory lag)'가 빈번히 발생

* 주저자 : 고려대학교 자유전공학부 경영학과 학사, 고려대학교 법학전문대학원 전문석사과정생.
**교신저자 : 숭실대학교 법학과 교수(금융법).

하고 있다. 규제 시차의 발생은 단순히 법제가 기술사회의 규범적 역할을 제대로 수행하지 못한다는 것을 넘어, 법률의 공백으로 인해 기술과 그에 따른 제반 상황을 불안정하게 하므로 기술 발전 자체의 걸림돌이 될 수 있다.

자율주행시스템(Automated Driving System; 이하 “ADS”) 혹은 자율주행자동차는 작금의 제4차 산업혁명을 대표하는 기술 중 하나이다. 운전자가 별도의 제어 없이 목적지까지 안전하게 이동하는 자율주행자동차는 이제 더 이상 꿈이 아니다. 산업통상자원부는 2022년 12월 20일, ‘제4차 산업융합 규제특례심의위원회’에서 Level 3 단계의 자율주행 트럭을 활용한 화물운송 서비스를 승인하였다. 인천·부산 간 간선도로 등 일정 거리에 14대의 자율주행시스템을 장착한 트럭이 화물운송을 진행하게 되었다. 또한 서울시는 같은 해 12월 22일부터 경복궁 인근 등에서 49인승 대형 자율주행버스를 정기 운행하겠다고 선언하였다.[1] 자율주행자동차의 상용화를 앞두고 있음에도, 자율주행자동차 주행 시 발생할 사고를 둘러싼 책임법제의 정비는 확정된 바가 없고, 이에 관한 학설들 또한 통일되지 못한 것이 현실이다. 현대차가 자사의 대형 전기 SUV 라인 중 하나인 EV9 GT라인에 레벨3 하이웨이 드라이빙 파일럿(HDP)을 출시하기로 선언했으나,[2] 그 출시일이 기한 없이 연기되고 있는 이유 중 하나도 자율주행자동차 관련 법제의 규제 시차 때문이라고 이해할 수 있다.

자율주행자동차의 개발 현황 및 상용화 단계에 비추어 보았을 때, 지금 당장 자율주행자동차가 거리를 채울 가능성은 크지 않으나, 그 이전 혹은 적어도 상용화가 시작되는 때까지는 자율주행자동차 책임법제가 그 구조를 갖추어야 할 것이다. 그러나 자율주행자동차만의 새로운 법리를 구축하는데 시간이 얼마나 걸릴지 알 수 없고, 설령 법리를 구축하였다 하더라도 상용화 이후 예상치 못한 법적 쟁점까지 충분히 포섭할 수 있다고 담보하기는 어렵다. 따라서 전혀 새로운 법리를 고안하는 것보다는 현행 자동차사고 관

1) 우주성, “자율주행차 사고 책임은 제조사 독박?..."통신사·SW 책임 확대해야"”, 아주경제, 2022.12.27., https://www.ajunews.com/view/20221226143859558.

2) 한명오, “시속 80㎞까지 자율주행… 현대차 ‘레벨3’ 상용화 선언”, 국민일보, 2023.9.1., https://m.kmib.co.kr/view.asp?arcid=0924319105.

련 법리를 적절하게 응용하는 것이 더욱 합리적·경제적이라 할 것이다. 또한 법제가 구축되기 전에 자율주행자동차 사고에 대한 법적 분쟁이 생길 가능성도 있기에, 법률 공백에도 불구하고 이를 해결할 수 있도록 기존 법리를 재검토할 이유는 충분하다.

이 논문은 이러한 요구에 따라, 자율주행자동차 책임법제를 둘러싼 기존의 논의에서 포착하지 못한 '자배법상 대리운전기사 법리'를 유추적용할 것을 제안한다. 즉, 이 연구는 다가올 자율주행자동차 시대를 맞이하여, 피해자에 대한 신속한 손해 전보와 차보유자와 차제조사등 간의 공평한 책임배분을 위한 책임법제의 새로운 가능성을 제시하고자 한다.

이 연구의 범위는 ① 지금까지의 관련 법제의 현황과 학설을 정리하고, ② 자배법상 대리운전기사 법리를 재검토한 후, ③ 자율주행자동차의 자율주행모드에서 발생한 사고에 대리운전기사 법리를 유추적용할 수 있을지 그 가능성을 논하는 것으로 한다. 논의의 구체성을 위해, 이 논문에서 말하는 자율주행자동차는 미국자동차공학회(Society of Automotive Engineers, 이하 "SAE")에서 규정하는 Level 3으로 한정하기로 하며, 책임법제의 경우 자배법의 적용을 받는 대인배상 Ⅰ에 제한하도록 한다.

Ⅱ. 자율주행자동차 책임법제에 관한 기존의 논의

1. 자율주행자동차 개관

(1) 자율주행자동차의 의의

현행 자동차관리법 제2조 제1호의3은 자율주행자동차를 운전자 또는 승객의 조작 없이 스스로 운행이 가능한 자동차라고 규정하고 있는데, Level 3 이상의 자율주행자동차를 의미하는 것이라고 해석하는 것이 통설이다. SAE International은 자율주행자동차를 총 Level 0~6로 나누어 규정하고 있는데, Level 0~2(가속·감속·조향 기능 보조, 자동주차기능 등)은 현

재 운용되고 있는 자동차 수준을 의미한다. Level 3이 현재 상용화 단계에 있는 자율주행자동차 수준이며, 이 글에서 다루게 될 자율주행자동차의 정의이다. Level 3은 조건부 자율주행(Conditional Driving Automation)단계인데, SAE의 기준에 따르면 "전형적이고, 일상적인 상황에서 자율주행시스템이 운행가능영역(Operational Design Domain; 이하 "ODD")상 지속적인 동적운전업무(Dynamic Driving Task; 이하 "DDT")[3]를 수행하는 것"을 의미한다. 자율주행모드의 경우 운전자가 차량을 관리하지 않아도 되며, 다만 위기대응을 위해 준비상태를 유지하는 것으로 충분하다. 자율주행시스템(Automated Driving System; 이하 "ADS")은 ODD를 벗어나거나 DDT 관련 시스템상 오류가 발생하는 등의 상황이 되면 운전자에게 제어권 전환을 요청한다(운전 전환 요구).[4]

따라서 Level 3 자율주행자동차의 경우, 자율주행모드인지, 제어권 전환 요청이 있었는지, 수동모드인지에 따라 사고책임의 주체를 달리 볼 수밖에 없으며, 특히 ODD 상태, 즉 정상적인 자율주행모드 환경에서 발생한 사고에서 Level 3 자율주행자동차 특유의 책임 문제가 발생한다. 그 외의 경우[5]에 발생한 사고는 운전자가 운전에 대한 주의의무를 온전히 부담한다는 점에서 기존의 일반적인 자동차 사고와 달리 볼 것이 없다.[6] 이에, 이 글에서 다룰 책임법제도 정상적인 자율주행모드에서 발생한 사고에 관한 것으로 한정된다.

(2) 현행 자율주행자동차 책임법제

---

3) 전방주시, 차량제어 등 자동차의 주행과 관련된 일체의 업무를 의미함. 운전업무는 DDT와 Non-DDT로 구분되며, Non-DDT(동적운전업무 이외의 업무)로는 출발 전 도로 상황 파악, 안전벨트 착용, 사고 후 조치 등이 있음.
(참조: 황현아·손민숙, "자율주행차사고 책임법제 및 보험제도: 레벨4 주요국 제도 비교를 중심으로", 「KIRI 연구보고서」, 2023, 8면.)

4) SAE, "J3016 Recommended Practice: Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles", 2021.04.

5) 수동모드, 제어권 전환 요청 과정 혹은 이후, ODD 상태가 아닌 상황에서의 자율주행모드.

6) 황현아, "레벨3 자율주행차 도입에 따른 배상책임법제 개선 방안", 「KIRI 리포트 포커스」, 2018, 6면.

자동차 관리법에서 자율주행자동차를 규정함에 따라 개정된 「자동차 손해배상 보장법」(이하 “자배법”)을 반영하여 금융위원회는 업무용 자율주행차 전용 특약 상품을 개발하고, 그 표준 특약을 발표하였다. 주요한 내용으로는 약관에서 자율주행모드 중 교통사고 보상을 명확히 함과 함께, 사고 발생 시 보험사가 선(先)보상한 후 자율주행차 결함 시 자동차제조사(이하 “차제조사”)에 후(後)구상함을 약관상 명시하도록 하였다. 또한 사고원인 조사에 대한 차소유자의 협조의무 등을 약관에 추가하고, 보험료는 시스템 결함, 해킹 등 새로운 위험이 추가된 점을 감안하여 현행 업무용 자동차보험료보다 3.7% 높은 수준으로 운영하기로 했다. 다만, 개인형 자율주행차 보험은 출시 동향을 감안하여 아직 발표하지 않았다.[7]

2018년, 국토교통부가 고시한 관련 규정[8]에 따르면, 자율주행자동차의 운행으로 발생한 교통사고 피해에 대하여 자배법 제3조에 따른 손해배상책임을 진다고 명시하고 있으며, 그와 함께 자배법 제5조 제1항 등에 따른 보험(대인보험 Ⅰ)을 의무적으로 가입해야 한다. 이듬해 제정된 「자율주행자동차 상용화 촉진 및 지원에 관한 법률」은 자율주행자동차의 사고에 관해 민사책임을 구체적으로 다루고 있지 않으며, 대통령령으로 정하는 책임보험 가입의무만을 규정하고 있고, 이때 책임보험이 자배법상 보험임을 명시하고 있지는 않다.[9]

---

7) 금융위원회, “4차 산업혁명 기술의 발전에 따른 자율주행차 전용 보험상품 도입”, 보도참고자료, 2020.9.17.

8) 국토교통부고시 제2018-224호, 「자율주행자동차의 안전운행요건 및 시험운행 등에 관한 규정」

제4조(손해배상 책임 및 보험가입) ① 자율주행자동차를 시험·연구 목적으로 임시운행 허가를 받으려는 자동차 소유자나 자동차를 사용할 권리가 있는 사람(이하 “자율주행자동차 임시운행허가 신청인”이라 한다)는 해당 차량의 운행으로 발생된 교통사고 피해에 대하여 「자동차손해배상보장법」 제3조에 따른 손해배상책임을 져야 한다.

② 자율주행자동차 임시운행허가 신청인은 교통사고 피해에 대한 적절한 손해배상을 보장하기 위 하여 「자동차손해배상보장법」 제5조 제1항 및 제2항에 따른 보험 등에 가입하여야 한다.

9) 「자율주행자동차 상용화 촉진 및 지원에 관한 법률」

제19조(보험 가입 의무) 시범운행지구에서 자율주행자동차에 관한 연구・시범운행을 하는 자는 연구・시범운행으로 인해 발생할 수 있는 인적・물적 손해를 배상하기

현행 법제를 이해하건대, 자율주행자동차의 자율주행모드 중의 사고와 관련한 구체적인 책임에 대한 법리의 논의는 진행 단계에 있으며, 현행 자배법의 규정을 원용하는 듯한 구조를 띠고 있다.

2. 자배법 적용의 견해

현행 책임법제와 유사하게, 학계에서도 자배법을 전면적으로 적용하자는 의견이 가장 유력하다.[10] 자배법 적용을 찬성하는 측에서는 자율주행자동차 상용화 이후 오랫동안 일반 자동차와 자율주행자동차가 혼재할 것인데, 자율주행차인지 여부 또는 그 차가 자율주행모드로 주행 중이었는지 여부에 따라 책임법제 적용이 달라져서는 안된다는 의견이 있다.[11] 법제 적용의 공평함이라는 측면 외에도, 긴급한 상황 혹은 시스템이 한계상황에 직면할 경우, 제어권 전환 요청에 따라 운전자가 언제든지 운전에 개입할 가능성이 전제되어 있다는 점에서 Level 3 자율주행자동차의 운전자도 자배법상 '운행의 지배'를 유지하고 있다고 볼 수 있다.[12] 즉, 자율주행모드의 여부를 떠나 운전자 혹은 자동차 보유자는 운행을 제어할 최종적인 권한을 그대로 유지한다.[13]

그러나 자배법상 '운행자'의 판단 기준에 대한 기존 대법원의 입장에 따른 '운행이익'과 '운행지배'가 자율주행자동차 운전자에게 항시 존재한다고 인정하기에는 어려움이 있다. 운행이익이 인정된다는 점에서는 이견이 없겠으나, SAE의 기준에서도 언급하고 있듯이 자율주행모드에 돌입한 이상 운행 및 차량의 관리는 전적으로 ADS에 있으며, 운전자는 단지 제어권 전환 요청을 위한 준비상태를 유지하는 의무만 지게 된다. 따라서 자배법을 온전

위하여 대통령령으로 정하는 보험(이하 "책임보험"이라 한다)에 가입하여야 한다.

10) 박세민, "보험법", 박영사, 2023, 831면.

11) 황현아(2018), 앞의 논문, 9면.

12) 김현수, "자율주행자동차 사고에 대한 민사법적 책임과 과제", 「과학기술법연구」 제23권 제2호, 2017, 20면.

13) 이제우·명순구, "자율주행자동차의 등장과 민사책임법의 변화", 「고려법학」 86권, 2017, 387면.

히 적용하기 위해서는 판례상 운행이익과 운행이익 외에도, 운행으로 발생하는 결과에 대한 법적 효과를 자기에게 귀속시킬 것이라는 인식, 소위 '운행책임의식'을 함께 고려해야 한다는 보충적 의견도 있다.[14]

3. 제조물책임법 등 적용의 견해

자배법 적용설 다음으로 유력한 견해는 제조물책임법을 적용하자는 것이다. 그러나 자율주행자동차를 제조물책임법으로 해결하기 위해서는 (1) 자율주행모드 시 발생한 사고를 제조물책임법으로 포섭할 수 있을지, (2) 포섭할 수 있다면 제조물책임법상 '결함'을 원활히 증명할 수 있을지가 문제된다.

제조물책임법은 제2조 제1호에서 '제조물'이란 제조되거나 가공된 동산(다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우도 포함)을 의미하는데, 제조물을 해석하는 전통적인 관점에서는 자율주행모드를 제어하는 소프트웨어(혹은 알고리즘)를 '제조되거나 가공된 동산'으로 보기 힘들다.[15][16] 또한 동조에서는 제조물의 '결함'을 유형화하면서 '제조상의 결함', '설계상의 결함', '표시상의 결함'을 들고 있는데, 소프트웨어 제작자나 차제조사의 책임은 '제조상의 결함'에 한하여 인정될 가능성이 크다. 인정된다고 하더라도 '안전성'을 규범적으로 어느 수준까지 요구할 것인가가 불분명하며, 제조사 등의 개발위험의 항변도 예상된다.[17]

자율주행모드 시 발생한 하자로 인한 사고를 제조물책임법에 온전히

---

14) 김영국, "자율주행 자동차의 운행 중 사고와 보험적용의 법적 쟁점", 「법이론실무연구」 제3권 제2호, 2015, 254면.

15) 주지홍, "소프트웨어하자로 인한 손해의 제조물책임법리 적용여부", 「민사법학」 제25권, 2004, 435면.

16) 다만, ADS는 자율주행자동차에 탑재되어 부품과 같은 기능을 수행하는 'Embedded software'로서 부품으로서의 제조물로 볼 수 있다는 의견도 있으나, 현행 제조물책임법의 해석상 포섭이 어렵다는 반대의견도 있다.
(참조: 권영준·이소은, "자율주행자동차 사고와 민사책임", 「민사법학」 제75호, 2016, 468면; 맹준영, "자율주행자동차와 민사책임", 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2019, 214면)

17) 이동진, "운행자책임: 과거, 현재, 미래", 「비교사법」 제26권 제4호, 2019, 58면.

포섭할 수 있을지 여부 외에도, 그 피해자인 자동차 보유자 내지 운전자가 결함을 증명할 수 있을지 여부도 주요한 쟁점이다. 자율주행자동차의 소프트웨어상 결함을 통해 제조물책임을 입증하는 것은 굉장히 어렵다.[18] 대법원이 제조물책임법 시행 이전부터 결함 및 인과관계를 추정한 경우가 있고, 시행 이후에도 같은 취지로 판결한 경우가 적지 않은 것은 사실이지만, 자동차에 한해서는 이러한 결함의 추정이 적용되는 경우는 적다는 점을 주목해야 한다.[19] 대표적으로 자동차의 급발진으로 사고가 발생한 사례에서 대법원은 이를 제조물책임법상 결함으로 인정한 적이 없으며, 오히려 액셀러레이터 페달의 오조작 없이는 발생하기 어렵다 하여 운전자의 책임에 가깝다고 보고 있다.[20] 2017년 신설된 제조물책임법 제3조의2(결함 등의 추정)[21]에 따라 피해자의 증명책임이 다소 완화되었으나, 이를 명시적으로 원용한 대법원 판례는 아직 없고, 하급심 판결에서 원용한 사례가 관찰되지만 자동차 사고에서 이를 적용한 사례는 발견되지 않았다.[22]

따라서 제조물책임법을 통해 자율주행자동차 사고를 규율하기 위해서는 기존의 제조물책임법 및 그에 관한 법리를 원용하기보다는 어느 정도의 변용이 필요하다. 같은 취지에서 제조회사가 변형된 형태의 제조물책임보험을 통

---

18) 임창열, "자율주행자동차 운행으로 발생한 사고와 민사배상책임", 고려대학교 대학원 법학과 석사학위논문, 2017, 7면.

19) 이재우·명순구(2017), 앞의 논문, 377면.

20) 대법원 2004. 3. 12. 선고, 2003다16771 판결.

21) 「제조물책임법」
제3조의2(결함 등의 추정) 피해자가 다음 각 호의 사실을 증명한 경우에는 제조물을 공급할 당시 해당 제조물에 결함이 있었고 그 제조물의 결함으로 인하여 손해가 발생한 것으로 추정한다. 다만, 제조업자가 제조물의 결함이 아닌 다른 원인으로 인하여 그 손해가 발생한 사실을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 해당 제조물이 정상적으로 사용되는 상태에서 피해자의 손해가 발생하였다는 사실
2. 제1호의 손해가 제조업자의 실질적인 지배영역에 속한 원인으로부터 초래되었다는 사실
3. 제1호의 손해가 해당 제조물의 결함 없이는 통상적으로 발생하지 아니한다는 사실
[본조신설 2017. 4. 18.]

22) 이에 대하여 미국의 'res ipsa loquitur' 법리를 변형한 '기능 이상 법리'를 자율주행자동차에 적용하여, 제조상 결함으로 어떤 사고가 발생하였으나 결함의 존재를 직접 증명하기 어려울 때, 특정한 요건에 따라 결함을 추정하자는 견해가 있다.
(참조: 권영준·이소은(2019), 앞의 논문, 471-472면.)

해 운행자책임에 준하는 배상책임을 부담해야 하며, 이에 따라 제조물책임보험을 의무보험 및 유한배상책임으로 의율하고, 정상적인 자율주행모드에서의 사고는 제조물책임법에 의해 1차적으로 보상해야 된다는 의견이 있다.[23]

제조물책임법 적용의 견해 외에도, 자율주행사고에 대해 차제조사에게 자배법상 운행자와 유사한 지위를 갖는 것으로 간주하여 무과실책임을 지우는 의견, 자율주행사고의 경우 차보유자는 운행지배와 운행이익을 가지고 차제조사는 자율주행시스템을 제공함으로 사실상 운전의 책임을 부담하므로 차보유자와 차제조사가 공동으로 자배법상 무과실책임을 부담시켜야 한다는 의견 등이 있다.[24]

4. 소 결

지금까지 제정된 자율주행자동차 책임법제는 자배법을 기반으로 운영되고 있는 것으로 보이며, 학설의 경우도 자배법 적용의 견해가 다수설로 이해되고 있다.[25] 그러나 Level 3의 자율주행모드는 특정한 조건 아래에서 그 운행에 대한 지배가 ADS에 의해 이루어지고 있으므로, 일괄적으로 자배법을 적용하는 방안은 '공평한 책임의 배분'이라는 보험법의 취지에 부합하지 않는다고 평가할 수 있다. 반면, 제조물책임법을 적용하는 방안의 경우, 차보유자의 책임을 감경하고 자율주행모드에서 운행을 지배하고 있는 ADS를 제공한 차제조사 등에게 그 책임을 묻기 때문에 '과실책임주의'의 원칙에 부합한다는 긍정적인 면이 있다. 다만, 제조물책임법의 기존 법리와 체계로는 자율주행자동차를 충분히 포섭할 수 없으며, 입증의 곤란 그리고 피해자

---

23) 박세민, "레벨 3 자율주행자동차의 자율주행모드시 사고에 따른 민사상 책임법리의 해석에 대한 연구", 「기업법연구」 제33권 제1호, 2019, 194면.

24) 황현아(2018), 앞의 논문, 9면.

25) 이제우·명순구(2017), 앞의 논문, 387-388면; 이중기·황창근, "3단계 자율주행차 사고와 책임의 구조: 우버 자율주행차 사고를 중심으로", 「중앙법학」 제20집 제3호, 2018, 17-18면, 20면; 김규옥·문영준·조선아·이종덕, "자율주행자동차 윤리 및 운전자 수용성 기초연구", 한국교통연구원, 2016, 205면 등.
(재인용: 박세민(2019), 앞의 논문, 193면.)

의 손해에 대한 신속한 보장의 측면에서 어려움이 예상되기 때문에 이 또한 완벽한 대안은 될 수 없다.

특정 법제를 전면적으로 적용하는 방안은 자율주행자동차의 특성을 온전히 반영하지 못하며, 제3의 법제 내지 법리를 새로이 구축하는 방안은 시간적·경제적 측면에서 비효율이 예상된다. 따라서 지금에 있어 최선의 대안은 지금까지 쌓아온 자동차사고 관련 법리를 충분히 활용하되, 자율주행자동차의 특성을 반영할 수 있는 적합한 법리를 유추적용하여 법적 분쟁을 해결하거나 새로이 제정할 법제의 기초 법리로 이용하는 것이다.

Ⅲ. 자배법상 대리운전기사 법리

1. 자배법상 대리운전기사 개관

자배법은 의무보험인 대인배상 Ⅰ을 중심으로 자동차사고에서 '자기를 위하여 자동차를 운행하는 자' 즉, '운행자'의 무과실책임을 인정하고 있는 법률로서, '운행자성' 판단이 가장 중요한 쟁점이다. 대법원은 판단 기준으로 '운행이익'과 '운행지배'를 두고 있다. 운행이익이란 운행을 통해 얻게 되는 직간접적 경제적 이익과 정신적 이익(만족감)을 의미하고[26], 운행지배란 자동차의 운행과 관련하여 현실적으로 자동차를 관리 운영할 수 있는 상태를 말한다.[27]

대리운전은 심야까지 이어지는 우리나라의 음주문화에서 비롯한 독특한 계약형태로서, 해외에서도 '상시' 근로자 형태의 대리기사가 포착되는 경우가 있지만, 우리나라와 같이 '일시적인' 대리운전 시장이 성장한 사례는 발견하기 어렵다. 따라서 대리운전과 관련한 법리는 국내의 특수한 문화에 맞추어 발전된 법리라 할 수 있다. 대리운전계약은 통상 대리운전 의뢰인(이하 의뢰인)의 청약에 대하여 대리운전업자가 이를 승낙함으로써 성립되는 유상계약으로, 의뢰인은 약정한 요금을 지급할 채무를 부담하고 그 반대

26) 대법원 1987. 1. 20. 선고, 86다카1807 판결.
27) 대법원 1995. 10. 13. 선고, 94다17253 판결.

급부로써 대리운전업자는 약속한 장소까지 안전하게 자동차를 운전할 채무를 부담하게 된다.[28] 대리운전계약에서 관찰되는 당사자는 의뢰인, 대리운전자[29], 대리운전업자인데, 이들에게 운행자성을 어떻게 보느냐에 따라 자배법상 배상책임 주체가 달라진다.

대리운전자가 민법 제750조에 기한 불법행위책임을 질 수 있음은 별론으로 하고, 대리운전자는 대리운전업자가 연결해준 의뢰인을 위해 차량을 운전하는 것일 뿐이므로, 자신을 위하여 운행하는 것으로 보기는 어렵다. 대리운전업자와 대리운전자의 내부적 의사 관계에 근거하더라도 대리운전업자에 소속된 대리운전자를 운행자라고 해석하지 않는 것이 바람직하다.[30]

판례에 따르면, 차보유자 내지 의뢰인은 기본적으로 운행이익과 운행지배가 인정되며, 대리운전약정에 의하여 의뢰인로부터 자동차의 운전을 위임받음으로써 의뢰인에 대한 관계에서 운행으로 인한 위험을 전면적으로 인수하게 된다는 점 등에 비추어 기본적으로 대리운전업자에게도 의뢰인과 공동의 운행자성을 인정할 수 있다.[31]

대법원은 피해자가 누구인지에 따라 그 유형을 달리하여 논리를 구성하고 있는데, 첫 번째 유형은 피해자가 자배법상 '타인'인 경우이며, 두 번째 유형은 피해자가 대리운전 의뢰인인 경우이다. 오랜동안 이러한 유형별 법리를 유지하고 있으나, 대리운전자의 과실에 의해 사고가 발생했다는 동일한 사실관계에도 불구하고 피해자에 따라 운행자성 인정 여부가 달라지는 현행 판례 해석에 대한 비판도 존재한다.[32]

2. 判例유형①: 피해자가 타인인 경우

---

28) 박윤철, "대리운전업자의 운행자책임에 관한 고찰", 「한양법학」 제22권 제2호, 2011, 264면.

29) 다른 말로 대리운전기사; 대리운전업자에 소속되어 차량을 운전하는 자.

30) 박세민, "음주로 인한 대리운전 중 사고피해자에 대한 배상책임의 귀속 및 보험관계에 관한 연구", 「경영법률」 제32권 제3호, 2022, 60면.

31) 서울고등법원 2007. 11. 16. 선고, 2007나28927 판결.

32) 박세민(2023), 앞의 책, 796-797면.

대리운전자의 과실로 인해 자동차 사고가 발생할 경우, 피해자가 자배법상 '타인'[33]이라면 자배법상 운행자책임은 의뢰인 내지 차보유자가 진다. 대법원은 자동차의 소유자 또는 보유자가 주점에서의 음주 기타 운전장애사유 등으로 인해 일시적으로 타인에게 자동차의 열쇠를 맡겨 대리운전을 시킨 경우에도 자동차 사고의 피해자에 대한 관계에서는 의뢰인이 객관적·외형적으로 운행지배와 운행이익을 가지고 있다 판시하였다.[34]

판례의 입장을 이해하건대, 통상적으로 의뢰인이 목적지와 운행경로를 정하고 운행에 관한 구체적 지시를 하는 지위에 있기에 운행이 그의 의사에 따라 이루어진다 할 것이므로, 의뢰인이 해당 자동차의 운행을 지배하는 책임주체가 된다고 해석할 수 있다.[35]

이러한 형태의 사고가 발생하였을 때 자배법상 보험에 따른 배상 주체를 검토하여 보자면, 1차적으로 의뢰인이 대인배상 Ⅰ 부분을 배상할 책임을 가지며, 대리운전업자가 '대리운전업자 특약보험'에 가입하는 등의 경우에는 대인배상 Ⅰ 부분의 초과분에 대하여 2차적으로 대리운전업자가 가입한 특약보험에서 배상이 이루어진다 할 것이다.[36][37] 의뢰인은 타인에 대하여 손해배상책임을 짐으로써 입은 손해의 배상을 민법 제390조의 채무불이행에 기한 손해배상으로 대리운전업자에게 청구할 가능성이 있을 뿐이다.

정리하자면, 대리운전자의 과실로 인해 타인이 사상을 입은 경우, 운행자책임은 의뢰인이 지게 되며(대인배상 Ⅰ부분), 대리운전업자 특약보험이 있을 때 대인배상 Ⅰ부분의 초과부담분에 대하여 대리운전업자가 보충적으로 책임을 진다고 이해할 수 있다.

---

33) 운행자와 당해 자동차 운전자, 운전보조자를 제외한 그 이외의 자

34) 대법원 1994. 4. 15. 선고, 94다5502 판결.

35) 박윤철(2011), 앞의 논문, 266면.

36) 박세민(2023), 앞의 책, 793-794면.

37) 서울동부지방법원 2021. 8. 18. 선고, 2021나22420 판결에서는 이에 관해 명시적으로 판시한 바 있다. (아래는 판시 내용 중 일부 발췌)
"대리운전기사들이 가입하는 대리운전보험의 경우 책임보험인 「대인배상Ⅰ」은 당연히 자동차의 종합보험으로 보상된다는 전제하에 「대인배상Ⅱ」만 보상대상으로 하였는데(이하 생략)"
이외에도 대법원 2010. 2. 11. 선고, 2009다71558 판결; 서울고등법원 2007. 1. 11. 선고, 2006나57393 판결 등이 있다.

3. 判例유형②: 피해자가 대리운전 의뢰인인 경우

피해자가 타인이었을 때, 의뢰인이 운행자책임을 졌던 것과는 달리, 피해자가 의뢰인 자신인 경우에는 의뢰인의 운행자성이 부정되고 이것이 대리운전업자에게 전가된다. 대법원은 대리운전업자와 대리운전 약정을 체결한 의뢰자는 공동운행자인 대리운전업자와 의뢰인 사이의 내부관계에 있어서 차량에 대한 운행지배와 운행이익을 공유할 수 있다고 할 수 없기에 단순한 동승자에 불과하다고 판시하고 있다.[38] 같은 취지에서 자동차 소유자와 대리운전업자 간의 내부적 관계에서는 대리운전자만이 모든 책임을 부담하고 자동차 소유자에게 책임의 분담을 요구할 수 없다는 판결도 있다.[39]

이는 대리운전업자와 내부관계에서는 대리운전업자만이 운행자책임을 부담하므로, 의뢰인은 자배법상의 '타인'에 해당한다는 해석으로 비춰지며, 사상을 입은 의뢰인은 운행자성을 가지는 대리운전업자에게 자배법상 운행자책임을 물을 수 있을 것이다.[40]

4. 소결

자배법상 대리운전기사 법리에 대한 판례의 입장을 정리하자면, 원칙적으로 의뢰인과 대리운전업자가 공동의 운행자 지위를 가지되, ① 대리운전자의 과실로 인한 사고의 피해자가 타인인 경우 의뢰인이 운행자책임을 지고, ② 피해자가 의뢰인 본인인 경우 대리운전업자가 운행자책임을 진다. 판례의 이러한 이원적 법리 구성은 의뢰인과 대리운전업자 간의 내부관계 그리고 의뢰인과 피해자 간의 외부관계를 나누어 운행자책임의 귀속을 간명하게 한다는 점에서 효용이 있다 할 것이나, 피해자가 누구냐에 따라 운행자성과 타인성이 공존하게 되는 논리적 모순이 존재하기 때문에 관련하여 학계의 비판을 받고 있기도 하다. 이러한 모순을 해결하기 위해 피해자 유

38) 대법원 2009. 5. 28. 선고, 2007다87221 판결.
39) 대법원 2008. 3. 27. 선고, 2008다2616 판결.
40) 박세민(2023), 앞의 책, 794면.

형에 관계없이, 대리운전업자는 대리운전에 의한 대금이라는 운행이익을 향유하고 대리운전계약에 따라 의뢰자로부터 자동차의 운전을 위임받음으로써 사실상 운행을 지배한다는 점에서 운행자성을 인정하는 것도 고려할 만한 방안이다.[41]

Ⅳ. 자율주행자동차 책임법제의 대리운전기사 법리 도입 검토

1. 자율주행모드 시 당사자의 성격

자율주행자동차의 정상적인 조건 하에서 진행되는 자율주행모드 시 발생한 사고를 자배법상 대리운전기사 법리로 해결하기 위해서 가장 먼저 자율주행모드 시 당사자의 성격을 명확히 하는 것이 필요하다. 당사자로는 차보유자, 차제조사등[42] 그리고 ADS가 있다.

Level 3 자율주행모드에서는 ADS가 차량 운행의 실질적이고 주도적인 운행지배를 갖고 있다고 해석할 수 있다. 특정한 조건인 ODD 상태에서 자율주행모드가 실행될 수 있을 것인데, 이때 ADS가 운전 업무를 담당하는 동안에는 전방주시, 차량제어 등 핵심적인 DDT, 즉 일반적인 운행의 지배는 ADS에 있다 할 것이다.[43] 따라서 차보유자는 자율주행자동차와 그 운행에 대해 실력적인 지배가 부정될 것이고, 통제와 제어권은 ADS에게 귀속되며, 이것이 자율주행자동차의 본질적인 성격이다. 차보유자의 의사에 또는 ADS의 제어권 전환 요청에 따라 수동모드로 전환하여 차보유자가 다시 운행을 지배할 수도 있지만, 최소한 자율주행모드에서 발생한 사고는 그 사고 당시 차보유자가 일체의 통제와 관리가 어렵다는 점을 주목해야 한다.[44]

---

41) 오지용, “대리운전과 관련한 법률관계 분석”, 「한국재산법학회 학술대회 자료집」, 2009, 217면.

42) 차제조사, 소프트웨어 제작사 등 자율주행자동차 및 그 시스템 제작 혹은 판매에 기여한 자.

43) 황현아 “자율주행차 보험의 쟁점과 과제”, 「KIRI 보험법 리뷰 포커스」, 2023, 3면.

44) 박세민(2019), 앞의 논문, 194면.

자율주행모드 시 당사자의 성격과 관계는 자배법상 대리운전기사 법리에서 관찰되는 관계와 상당히 유사하다. 차보유자의 의뢰 내지 요청에 의해, 차제조사등이 제공한 ADS는 특정한 목적지까지 운전할 의무를 지게 된다. 따라서 차보유자는 의뢰인과 대응될 것이며, ADS는 대리운전자와, 차제조사등은 대리운전업자와 대응될 수 있다.

다만, ADS는 차제조사등이 개발한 알고리즘 형식의 소프트웨어이므로 자연인 등과 유사한 책임능력이 인정되는지 여부가 문제된다. 최근 AI 등에게 법인격 내지 권리능력을 부여할 것인가에 관한 논의가 확대되고 있음은 별론으로 하더라도, 민법상 불법행위책임 등을 제외하고 자배법상 운행자책임으로 국한했을 때 대리운전자 자체는 자배법상 운행자책임을 지지 않으므로, 이와 동일하게 ADS에게 별도의 책임능력을 요하지 않는다고 볼 수 있을 것이다. 따라서 대리운전업자를 통해서 의뢰인을 위해 운전하는 대리운전자의 법적 성격[45]과 유사하게, ADS는 차제조사등에 의한 자율주행자동차 판매 내지 계약을 통해서 차보유자를 위해 운전하고 있는 지위에 있다고 이해할 수 있다.

또한 ADS에 의한 사실상의 운행지배가 가능하다고 해석할 수 있다면, ADS를 제공한 차제조사등에게 운행자성이 인정되고 반면에 차보유자의 운행자성이 부정되어 자배법상 대리운전기사 법리의 判例유형①과 차이가 생기는 것이 아니냐는 지적이 있을 수 있다. 자배법상 대리운전자도 운행을 사실상 지배하고 있다. 그러나 의뢰인은 목적지와 운행경로를 정하고 운행에 관해 구체적으로 지시하는 지위에 있기에 운행지배가 부정될 수 없고, 운행이익 또한 유지된다. 이러한 상황에도 불구하고, 피해자와의 관계에서 의뢰인에게 운행자성을 부정함은 불합리하므로, 판례는 대리운전업자가 아닌 의뢰인에게 운행자성을 규범적으로 인정한 것이다. 자율주행모드시 차보유자는 목적지 등을 자기 의사에 따라 결정하고 특정한 상황에서 수동모드로 전환하는 등의 구체적 지시가 가능하다는 점을 판례와 유사한 논리로 해석한다면, 이러한 지적이 문제 되지 않을 것이다.

---

45) 운행지배는 인정될 수 있을지 몰라도 운행이익을 향유하고 있다고 보기는 어렵기에 운행자성이 부정됨.

다음으로 차보유자가 대리운전업자에 대응하는 차제조사등과 대리운전 계약을 맺은 것으로 볼 수 있는지에 대해 검토하도록 한다. 기존의 전통적인 자동차매매계약에 있어서는 자동차 가격에 대한 일체의 대금을 지급함으로 해당 자동차의 소유권을 얻게 된다. 자동차의 기능 혹은 외관상 옵션을 추가하더라도, 최초 매매계약 시에 정해지는 자동차매매대금에 해당 옵션의 비용이 포함되어 청구되므로, 매매계약 외에 다른 유형의 계약이 차보유자와 차제조사등의 사이에 성립하였다고 볼 여지가 없다. 그러나 최근 출시 예정되고 있는 Level 3 자율주행자동차의 경우, 자율주행기능을 옵션으로 판매하고 있으며, 해당 기능에 대한 대금 지급을 최초 매매계약 시 일시적으로 지급하는 형태가 아닌 구독의 형태로 지급하고 있다. 실제로 독일 B사의 경우, 최고급 세단 라인의 구매 고객에게 Level 3 자율주행기능을 연간 2,500달러의 구독료를 받고 제공하고 있다.[46][47] 자율주행기능을 일시금으로 하지 않는 가장 큰 이유는 한번 설치를 완료하면 지속적인 관리가 필요하지 않은 일반적인 옵션과는 달리, 자율주행기능은 소프트웨어의 업그레이드, 시스템상 오류의 개선 등 차제조사등의 정기적인 점검이 필요하다는 것에 있다.

자율주행기능의 구매는 자동차 구매와는 별개로 성립되는 계약이라는 점을 주목해야 한다. 차보유자가 자율주행모드를 실행할 경우, 그 운행지배가 ADS에 이전되며, 차보유자는 본인의 운전 업무를 일시 중단할 목적으로

---

46) 최동훈, “벤츠·BMW, 자율주행 레벨3 출시…현대차는 ‘심사숙고’”, 시사저널-e, 2023.11.26., https://www.sisajournal-e.com/news/articleView.html?idxno=305504.

47) 자율주행자동차의 리딩파티인 테슬라의 경우, 첨단운전자보조시스템(Advanced Driver Assistance System; 이하 “ADAS”)을 제공하고 있는데 현재 상용화된 ADAS는 Full Self Driving Capability로 차량 구매자가 옵션으로 구매할 수 있으며, 일시불 가격은 미화 15,000달러, 월정액 구독 가격은 미화 199달러이다. 소프트웨어 업데이트는 옵션 구매 유형에 관계 없이 무료로 가능하다. 다만, 이 글에서 테슬라의 구매 계약 모델을 중점적으로 다루고 있지 않은 이유는 ADAS가 Level 3 수준의 ADS가 아닌 Level 2에 해당하는 기능에 해당하기 때문이다. 이와 달리 벤츠는 미국 최초로 Level 3 인증을 받았다는 점에서 자율주행기능 구매 관련 계약의 대표 사례로 다루게 되었다.
참조: 임대준, “메르세데스-벤츠, 미국 최초 레벨 3 자율주행차 등극”, AI 타임스, 2023.1.30., https://www.aitimes.com/news/articleView.html?idxno=149164.

ADS 활용하는 것이므로, 대리운전자에게 운전을 맡기는 것과 그 형태가 유사하다. 즉, 차보유자와 ADS·차제조사등의 관계를 넓은 의미의 대리운전이라 볼 여지가 있음을 감안하면, 구독료 형태의 자율주행기능 옵션의 구매를 일종의 대리운전계약으로 해석할 여지가 충분하다. 설령, 옵션 구매의 형태가 일시금 지급이더라도 개별 대리운전계약에 대한 계속적 계약을 위한 대금 지급으로 이해할 여지가 있다. 또한 실제 차제조사등과 자율주행기능 구독에 있어 운행 중 발생한 사고의 책임소재 등에 관해 대리운전계약과 유사한 약관을 삽입하여 계약을 진행한다면, 차보유자와 차제조사등 간의 구독계약과 대리운전계약을 전혀 다른 성질의 계약으로 볼 수 없다.

2. 대리운전기사 법리의 적용

앞서 차보유자와 ADS·차제조사등의 관계와 대리운전계약에서 관찰되는 관계의 유사성을 검토하였다. 그러나 자율주행자동차 책임 법제에 자배법상 대리운전기사 법리를 유추적용하는 것이 설득력을 갖기 위해서는 외형적 유사성 외에 도입 시 실효성이 있는가를 다루어야 할 것이다. 궁극적으로, 자율주행자동차 책임법제의 과제는 ① 책임 공백 및 보상 공백을 해소하고, ② 공평한 책임 배분을 도모하며, ③ 합리적 보상기준을 마련하는 데 있으므로[48], 자배법상 대리운전기사 법리가 자율운행자동차의 특성을 적절히 반영하고, 책임법제의 과제를 달성하는 데 적합한가에 대해 논하도록 한다.

자율주행자동차의 중요한 특징은 자율모드주행 시 사실상의 실력적인 운행지배가 ADS에 이전되어, 차보유자의 주의의무가 현격하게 축소 내지 면제되며, 전방주시, 차량제어 등 핵심적인 DDT를 담당하지 않게 된다는 점이다. 그러나 제어권 전환 요청 등에 따라 이를 준비할 최소한의 의무 그리고 자율주행자동차 운행의 이익은 여전히 차보유자에 귀속된다 할 것이므로, 자율주행모드 시의 운행자성 판단은 자배법상 대리운전기사 법리의 기본적인 입장인 공동의 운행자성에 근거하여 이해하는 것이 합당하다. 따

48) 황현아(2023), 앞의 논문, 2면.

라서 원칙적으로 차보유자와 ADS를 제공 및 관리하는 차제조사등이 공동의 운행자 지위를 가지게 된다고 보고, 자율주행모드 시 발생한 사고의 피해자 유형에 따라 책임귀속을 이원적으로 평가한다면 자배법의 적용으로 인해 피해자에 대한 신속한 보상이 가능해질뿐더러 차보유자와 차제조사등 간의 책임 분배의 공평도 담보할 수 있게 된다.

피해자가 타인인 경우에는 차보유자의 운행자성을 우선적으로 평가하여, 그에게 운행자책임을 귀속시킬 수 있다. ADS가 자율주행모드 시 사실상 운행을 지배하고 있다 하더라도, 목적지 설정 등 구체적인 운행 지시는 차보유자에게 여전히 귀속되며 운행이익을 향유하는 자도 차보유자이기에, 의뢰인이 타인과의 외부적 관계에서 운행자책임을 지는 자배법상 대리운전기사 법리를 유추적용할 수 있을 것이다. 따라서 피해자에 대한 1차적인 배상은 차보유자의 대인배상 Ⅰ로써 조속히 해결하고, 피해자의 손해분이 대인배상 Ⅰ로 만족되지 않는 경우에 한하여 차제조사등이 보충적으로 책임을 진다. 경우에 따라 차보유자가 차제조사등에 대해 민법 제390조 등 자배법 외의 법률에 의해 손해배상을 청구하거나 구상할 수 있도록 한다.

피해자가 차보유자인 경우에는 대리운전업자에 대응하는 차제조사등의 운행자성을 우선적으로 인정하여, 차보유자가 차제조사등에 자배법상 운행자책임을 물을 수 있도록 해야 할 것이다. 자율주행자동차를 비롯한 차량의 본질적인 임무 중 하나가 해당 차량에 탑승한 자를 안전히 보호하는 것이므로, 피해자가 차보유자인 경우 차제조사등에게 책임을 묻는 것이 공평한 책임분배라고 할 수 있다.

기존의 논의 중 하나였던 자배법을 전면적으로 적용하는 견해와 이 글에서 주장하는 자배법상 대리운전기사 법리 도입의 가장 큰 차이는 차제조사등에 자배법상 책임을 부담하게 할 것인가에 있다. 자배법을 전면 적용하는 견해에 따르면, 피해자 유형이나 그 외 사고 정황에 관계 없이 자배법 제3조의 면책사유를 주장하지 못하는 이상, 자율주행모드 시 사고에 대한 운행자책임을 차보유자가 단독으로 지게 된다. 그러나 이는 사실상 운행지배가 ADS에게 이전되는 자율주행자동차의 특성을 반영하지 못한 것으로서, ADS의 과실 내지 오류로 인한 결과를 차보유자에게 전부 귀속시키는 불합

리한 결과를 야기한다. 반면, 자배법상 대리운전기사 법리를 도입할 경우, 차보유자의 일방적인 책임귀속에서 벗어나 사고 유형에 따라 차제조사등에게도 운행자책임을 인정하여, 보다 공평한 책임분배가 가능하다. 책임귀속의 문제를 합리적으로 해결함과 함께, 자배법에 따라 피해자에 대한 배상이 이루어지므로 자배법의 무과실책임주의와 그에 따른 신속한 손해배상의 이점을 동시에 누릴 수 있다는 이점을 가진다.

3. 한계와 시사점

자율주행모드 시 발생하는 사고에 따른 배상책임을 자배법상 대리운전기사 법리로 해결할 경우, 책임 공백 및 배상 공백을 해소하고 공평한 책임의 배분이 가능하다는 장점이 있으나 해당 주장의 본질적인 한계는 여전히 존재한다.

첫째, ADS와 대리운전자의 대응을 정당화하는 과정에 장애물이 존재한다. 대리운전업자에 소속된 대리운전자는 자배법상 운행자책임을 지지 않더라도, 책임능력이 있는 자연인으로서 민법 제750조에 기한 불법행위책임 등 기초적인 책임은 인정된다. 그러나 지금까지의 논의에 따르면, ADS에게 이러한 책임능력을 인정할 여지는 적다. 자배법상의 책임으로 한정한다면 ADS와 대리운전자 모두 자배법상 책임을 질 여지는 없다는 점에서 유사하게 봄이 가능할 것이나, 근본적으로 ADS의 법적 성격을 명확히 정의하기 어렵다는 한계를 내포하고 있다. 또한 ADS가 대리운전자가 아닌 상시 고용상태의 운전기사로 볼 수 있다는 지적도 가능하다. 판례의 입장에 따르면 회사나 개인에 소속되어 운전하는 기사는 사고 유형에 관계 없이 민법상 불법행위책임을 질 가능성만 있을 뿐, 무과실을 기초로 하는 자배법상 운행자책임은 항상 그를 고용한 회사 내지 개인에게 있다. 따라서 ADS를 고용한 주체를 차제조사등으로 보든, 개인 차보유자로 보든지 간에 결국 고용한 주체에게만 자배법상 책임이 귀속된다. 이는 대리운전업자에 소속되어 있는 대리운전자에게는 자배법상 책임을 지우지 않는 자배법상 대리운전기사 법리와 동일한 결론이라는 점에서 그 논의의 실익이 없다.

둘째, 차보유자와 차제조사 간의 자율주행기능 내지 ADS 구독계약을 대리운전계약과 완전히 동일시하기 어렵다. 대리운전계약은 의뢰인의 청약에 따라 대리운전업자가 이를 승낙하여 대리운전자로 하여금 의뢰인의 차량을 운행하도록 하는 일시적이고, 산발적인 계약이라 볼 수 있다. 반면에 현재의 자율주행기능 구독계약은 구독을 시작한 이상 별도의 청약이나 승낙 없이 ADS에 의한 운행이 가능하고, 각각의 계약마다 대금을 지급하는 대리운전계약과는 달리 연단위로 대금을 지급한다는 차이점을 가지고 있다. 그럼에도 불구하고, 대리운전계약은 낙성·불요식 계약에 해당하므로 그 형태에서 다소의 차이가 있는 것은 문제 되지 않는다. ADS 구독계약과 그에 따른 대금지급을 일시적인 대리운전계약의 중첩적·계속적 계약형태, 즉 일시적 계약과 계속적 계약이 혼합된 '계속적 공급계약'의 일환으로 해석한다면, 이러한 차이를 좁힐 수 있다. 이때 계속적 공급계약이란 민사법상 규정된 개념이 아니라, 판례나 학설상 개념으로 사용되고 있는 비전형계약형태로서, '일정한 기간 또는 부정한 기간 동안 종류로 정해진 물건 또는 용역을 일정한 대금으로 계속적으로 공급하는 계약'을 의미한다. 우유 등 배달계약, 학원계약, 전기·물 등의 계속적 공급계약, 사업자 간의 프랜차이즈계약 등이 대표적인데, 현대에 이르러 OTT서비스, 빨래대행구독서비스 등 다양한 형태로 확장되고 있다. 계속적 공급계약은 그 외관에 있어서는 계속적 계약인 위임이나 도급, 임대차 등과 유사해 보인다. 그러나 급부 자체가 장기성을 띠고 있는 계속적 계약과는 달리, 계속적 공급계약은 동종의 별개 급부를 계속적으로 공급한다는 점에 차이를 보인다.[49] 즉, 당사자 간의 편의를 위해, 일시적 계약에 계속적 계약의 성질을 혼합한 비전형계약의 일종인 것이다. 따라서 ADS 구독료를 대리운전을 위한 계속적 공급계약의 정기금으로 해석한다면, ADS 구독계약과 대리운전계약을 별개의 계약으로 볼 것은 아니다. 또한 차보유자의 자율주행모드 실행 시 문자 혹은 음성의 형태로 ADS가 청약 내지 승낙의 의사표시를 전달하도록 하는 방안도 충분히 고려해볼 수 있다.

---

49) 김성천·박희주, "계속적 공급계약과 소비자보호", 한국소비자원 KCA보고서, 1996, 1-3면.

셋째, 자배법상 대리운전기사 법리에서 관찰되는 판례의 이원적인 태도에 대한 비판이 존재한다. 앞서 검토했던 바와 같이 판례는 피해자의 유형에 따라 운행자책임을 달리 평가하는 이원적 기준을 오랜 기간 유지하고 있는데, 이러한 법리의 모순에 대해 학계의 비판이 적지 않다. 그러나 이 글에서 자배법상 대리운전기사 법리를 도입하고자 했던 취지는 현재의 법리가 완벽하다라는 것을 주장하는 것이 아니라, 자배법 전면 적용의 견해 등 특정 법제를 전면적으로 적용하는 방안이 가지는 한계를 극복하여, 자율주행자동차 사고의 공평한 책임배분을 도모함에 있다. 사견으로는 피해자가 타인인 경우에도 의뢰인과 대리운전업자가 공동의 운행자책임을 지도록 하여, 피해자가 의뢰인과 대리운전업자 모두에게 배상책임을 물을 수 있도록 하되, 의뢰인과 대리운전업자의 내부 과실 비율 혹은 책임귀속사유에 따라 내부적인 구상이 이루어지도록 판례 법리를 변경하는 것이 더욱 합당하다고 본다. 이러한 법리에 따라 자율주행자동차 사고의 책임귀속 문제를 해결하는 것이 공평한 책임배분의 목적에 부합한다고 생각된다. 다만, 자연인인 대리운전자가 사고를 일으킨 경우에는 의뢰인의 운행 지시 여부, 사고 방지를 위한 조치 가능성, 사고 당시 의뢰인의 운행 개입 가능성, 대리운전자의 주의의무 정도 등을 종합 고려한다면 양자 간의 책임배분이 비교적 용이할 것으로 예상되나, 자율주행자동차 사고가 발생한 경우에는 단순히 차보유자의 과실과 ADS의 오류 외에도 통신상의 장애나 도로상태의 문제 등 고려해야 할 요소가 많으므로 내부 과실 비율 산정에 어려움이 있을 것으로 보인다.

이러한 한계에도 불구하고, 자배법상 대리운전기사 법리 도입을 검토하는 것에는 충분한 실익이 있다. 기존의 법리를 재활용하여 새로운 법리를 구축하는 데 드는 시간적·경제적 비용을 줄일 수 있음은 물론, 기존 논의가 가진 자율주행자동차의 특성 반영 미흡이라는 한계를 극복할 수 있기 때문이다. 또한 법률의 유추적용은 법률의 흠결을 보충하는 것으로 법적 규율이 없는 사안에 대하여 그와 유사한 사안에 관한 규범을 적용하는 것으로서, 사안 간의 공통점 내지 유사성이 있어야 하고 범규범의 체계, 입법 의도와 목적 등에 비추어 그 정당성을 평가해야 한다.[50] 대법원의 유추적용에 관한 입장을 반추하였을 때 자배법상 대리운전기사 법리의 유추적용은 형태상

유사성과 함께 책임귀속의 합리성, 차보유자에 대한 자위적 기능, 피해자에 대한 사회적 기능을 목적하는 자동차보험의 체계 및 입법 의도에 비추어 합당하다고 평가할 수 있다. 이러한 유추적용 내지 도입이 자율주행자동차 책임법제의 완벽한 대안이라 장담할 수 없겠으나, 기존의 법리를 통해 법률의 공백을 조속히 해결하되 기존 논의가 포착하지 못한 자배법상 대리운전기사 법리의 책임배분 기능을 재조명했다는 점에서 그 의미가 크다 할 것이다.

Ⅴ. 나가며

이 논문에서는 Level 3 자율주행자동차의 책임법제에 관한 기존의 논의를 정리하고, 기존 논의가 가졌던 한계를 보완하기 위해 자배법상 대리운전기사 법리 도입을 제안하였다. 현행 법제는 자배법을 원용하는 수준으로 이해되며, 그 외의 사고 발생 상황과 책임귀속에 대한 법리는 아직 논의 중인 상황이다. 가장 유력한 견해는 자배법을 전면 적용하는 견해로, ADS의 오류 발생 가능성 등을 고려하지 않고 1차적으로 차보유자에게 자배법상 운행자책임을 귀속시켜 피해자의 빠른 손해 전보를 가능케 한다는 이점이 있다. 이외에도 제조물책임법을 적용하는 등의 견해가 있지만, 기존의 논의는 자율주행자동차의 특성을 온전히 반영하지 못하고, 설령 반영한다 하더라도 법제의 전면적인 정비 없이는 곧바로 Level 3 자율주행자동차 사고 상황에 적용하기에 어려움이 따른다.

따라서 차보유자, ADS, 차제조사등 간의 삼면 관계가 대리운전계약과 유사하다는 점에서 자배법상 대리운전기사 법리를 유추적용할 것을 주장한다. 이 법리를 ADS에 의한 자율주행모드시 발생하는 사고에 유추적용할 경우, 차보유자와 차제조사등에게 보다 공평한 책임분배가 가능하다. 피해자가 제3자 내지 타인인 경우, 1차적으로 차보유자에게 자배법상 운행자책임을 인정하여 피해자의 신속한 손해배상청구를 도모할 수 있고, 기존 판례의

50) 대법원 2020. 4. 29. 선고, 2019다226135 판결.

법리를 보완하는 취지에서 차보유자와 차제조사등에게 공동으로 운행자책임을 지게 하여 피해자와의 관계에 있어 부진정연대책임을 지는 방안도 고려할 수 있다. 피해자가 차보유자 본인인 경우에는 차보유자의 운행자성을 부정하고 자배법상 운행자책임을 차제조사등에게 단독으로 물어 차보유자의 안전유지라는 자율주행자동차의 주된 목적에 부합하도록 하는 것이 합당하다. 또한 자배법상 대리운전기사 법리를 도입한다면, 차제조사등에게 자배법 제5조에 기한 의무보험에 강제가입하도록 해야 함은 당연하다.

다만, ① ADS를 대리운전자로 볼 수 있을지에 대한 문제, ② ADS 옵션 구매 계약을 대리운전계약으로 볼 수 있을지에 대한 문제, ③ 대리운전 사고 관련 판례 입장에 대한 비판이라는 한계가 남아 있어, 이에 대한 추가적인 논의가 필요하다. 그럼에도 불구하고, 우리나라의 독특한 문화에서 기인한 대리운전 사고에 관한 풍부한 판례 이론을 활용하여 자율주행자동차의 책임법제를 논의한다는 점에서 그 의미가 크다.

Level 3 자율주행자동차가 도로에 등장할 날이 머지 않았다. 이에 조속히 책임법제를 정비하여 규제시차를 해소해야 할 것이다. 이 연구가 다가올 자율주행자동차 시대를 맞이하여, 피해자에 대한 신속한 손해 전보와 차보유자와 차제조사등 간의 공평한 책임 배분을 위한 책임법제의 새로운 가능성을 제시하였기를 바란다.

자율주행자동차 책임법제에 관한 연구 - 김 하 민 · 박 선 종	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2024.02.14.	2024.03.11.	2024.03.26.

[참고문헌]

<법령>

「국토교통부고시 제2018-224호」
「자동차손해배상 보장법」
「자율주행자동차 상용화 촉진 및 지원에 관한 법률」
「제조물 책임법」

<판례>

대법원 1987. 1. 20. 선고, 86다카1807 판결.
대법원 1994. 4. 15. 선고, 94다5502 판결.
대법원 1995. 10. 13. 선고, 94다17253 판결.
대법원 2004. 3. 12. 선고, 2003다16771 판결.
대법원 2008. 3. 27. 선고, 2008다2616 판결.
대법원 2009. 5. 28. 선고, 2007다87221 판결.
대법원 2010. 2. 11. 선고, 2009다71558 판결
대법원 2020. 4. 29. 선고, 2019다226135 판결.
서울고등법원 2007. 1. 11. 선고, 2006나57393 판결.
서울고등법원 2007. 11. 16. 선고, 2007나28927 판결.
서울동부지방법원 2021. 8. 18. 선고, 2021나22420 판결.

<단행본>

박세민, “보험법”, 박영사, 2023.

<논문>

권영준·이소은, “자율주행자동차 사고와 민사책임”, 「민사법학」 제75호, 2016.
김성천·박희주, “계속적 공급계약과 소비자보호”, 한국소비자원 KCA보고서, 1996.
김영국, ”자율주행 자동차의 운행 중 사고와 보험적용의 법적 쟁점“, 「법이론실무연구」 제3권 제2호, 2015.
김현수, “자율주행자동차 사고에 대한 민사법적 책임과 과제”, 「과학기술법연구」 제23권 제2호, 2017.
맹준영, “자율주행자동차와 민사책임”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위 논문, 2019.
박윤철, “대리운전업자의 운행자책임에 관한 고찰”, 「한양법학」 제22권 제2호, 2011.
박세민, “레벨 3 자율주행자동차의 자율주행모드시 사고에 따른 민사상 책임법리의 해석에 대한 연구”, 「기업법연구」 제33권 제1호, 2019.
박세민, “음주로 인한 대리운전 중 사고피해자에 대한 배상책임의 귀속 및 보험관계에 관한 연구”, 「경영법률」 제32권 제3호, 2022.
오지용, “대리운전과 관련한 법률관계 분석”, 「한국재산법학회 학술대회 자료집」, 2009.
이동진, “운행자책임: 과거, 현재, 미래”, 「비교사법」 제26권 제4호, 2019.
이제우·명순구, “자율주행자동차의 등장과 민사책임법의 변화”, 「고려법학」 86권, 2017.
임창열, “자율주행자동차 운행으로 발생한 사고와 민사배상책임”, 고려대학교 대학원 법학과 석사학위논문, 2017.

주지홍, “소프트웨어하자로 인한 손해의 제조물책임법리 적용여부”, 「민사법학」 제25권, 2004.
황현아, “레벨3 자율주행차 도입에 따른 배상책임법제 개선 방안”, 「KIRI 리포트 포커스」, 2018.8.
황현아 “자율주행차 보험의 쟁점과 과제”, 「KIRI 보험법 리뷰 포커스」, 2023.6.
황현아·손민숙, “자율주행차사고 책임법제 및 보험제도: 레벨4 주요국 제도 비교를 중심으로”, 「KIRI 연구보고서」, 2023.

<기타>

SAE, “J3016 Recommended Practice: Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles”, 2021.04.
금융위원회, “4차 산업혁명 기술의 발전에 따른 자율주행차 전용 보험상품 도입”, 보도참고자료, 2020.9.17.
임대준, “메르세데스-벤츠, 미국 최초 레벨 3 자율주행차 등극”, AI 타임스, 2023.1.30., https://www.aitimes.com/news/articleView.html?idxno=149164.
우주성, “자율주행차 사고 책임은 제조사 독박?..."통신사·SW 책임 확대해야"”, 아주경제, 2022.12.27., https://www.ajunews.com/view/20221226143859558.
최동훈, “벤츠·BMW, 자율주행 레벨3 출시…현대차는 ‘심사숙고’”, 시사저널-e, 2023.11.26., https://www.sisajournal-e.com/news/articleView.html?idxno=305504.
한명오, “시속 80㎞까지 자율주행… 현대차 ‘레벨3’ 상용화 선언”, 국민일보, 2023.9.1., https://m.kmib.co.kr/view.asp?arcid=0924319105.

【국문초록】

Level 3 자율주행자동차는 특정한 조건 하에 동적운전업무를 자율주행시스템(ADS)이 전적으로 수행하여, 시스템의 제어권 전환 요청 등의 경우가 아닌 한 기존 차보유자 내지 운행자가 가지고 있던 주의의무가 상당히 경감되는 차량을 의미한다. 따라서 그에 따른 대인사고 책임 분배의 문제도 기존 자동차사고의 그것과는 다른 바, Level 3 자율주행자동차의 책임법제를 위한 검토가 필요하다. 그러나 Level 3 자율주행자동차의 상용화를 목전에 두고 있는 지금까지도, 국내에서는 통일된 책임법제가 부재하며, 이와 관련한 학설의 대립도 여전히 존재한다.

가장 대표적으로 자동차손해배상보장법을 일괄적으로 적용하자는 견해, 제조물책임법 등을 적용하자는 견해가 있다. 이러한 견해들은 운행에 대한 사실적 지배가 ADS에게 이전된다는 자율주행자동차의 특성을 온전히 반영하지 못하며, 기존 법제와의 정합성 문제 등 한계가 뚜렷하다. 제3의 법제를 구축하고자 하는 방안은 Level 3 자율주행자동차의 상용화 진행 단계를 고려하건대, 시간적·경제적 비효율이 예상되는 바, 최선의 방안은 지금까지 쌓아온 자동차사고 관련 법리를 충분히 활용하여 이를 유추적용하는 것이다.

우리나라에는 자배법상 대리운전기사 법리라는 독특한 판례 입장이 유지되어 왔는데, 그 골자는 대인사고의 피해자가 타인이냐, 차보유자 내지 의뢰인 자신이냐에 따라 책임 배분의 판단을 달리 하는 것이다. 전자의 경우 차보유자에게 운행자성을 인정하여 자배법상 대인배상 Ⅰ의 책임을 지우고 있으며, 후자의 경우 차보유자와 대리운전업자의 내부적 관계에서 대리운전업자에게 운행자성을 인정하여 그 책임을 지우고 있다.

대리운전 관련 사고의 주요 당사자는 차보유자와 대리운전업자 그리고 업자를 통해 차보유자를 위해 운전하는 대리운전기사로 나타나는데, 자율주행자동차 차보유자의 요청에 따라 차제조사등이 ADS를 제공한다는 점에서 대리운전과 자율주행자동차의 구조적 유사성이 크다. 이러한 점에 주목하여, ADS에 의한 자율주행자동차 운전 시 발생하는 대인사고를 자배법상 대

리운전기사 법리를 유추적용하여 해결하고자 한다.

이러한 관점은 자율주행자동차의 특성을 반영할 수 있음과 함께, 피해자를 위한 신속한 손해보전 및 책임배분의 공평을 도모할 수 있다는 점에서 논의의 실익이 크다. 다만, ADS에 대한 법적 판단이 문제된다는 점, 대리운전기사 법리 자체에 대한 비판이 있다는 점 등에서 한계를 가지고 있어 추가적인 검토가 요구된다.

【Abstract】

A Study on The Liability Legislation of Autonomous Vehicles
- Focused on The Introduction of The Legal Principles about Designated Drivers under Compulsory Motor Vehicle Liability Security Act -

Kim Hamin
(J. D. Student, Korea University School of Law)

Park Sung Jong
(Professor Soongsil University, College of Law)

A Level 3 autonomous vehicle refers to a vehicle that the automated driving system (so-called "ADS") fully performs dynamic driving tasks under certain conditions, so the duty of care held by the vehicle owner or driver is significantly reduced unless, a request to change the control of the system is made. Therefore, the problem of distributing liability for personal accidents accordingly is different from that of existing motor vehicle accidents, and it is necessary to review the liability legislation for Level 3 autonomous vehicles. However, even now, when the commercialization of Level 3 autonomous vehicles is on the verge of, there is no unified liability act in Korea, and there is still a confrontation of theories in this regard.

Most representatively, there are views that Compulsory Motor Vehicle Liability Security Act should be applied collectively either or Product Liability Act should be applied. These views do not fully

reflect the characteristics of autonomous vehicles in which factual control over operation is transferred to ADS, and have clear limitations such as consistency issues with existing legislation. Considering the stage of commercialization of Level 3 autonomous vehicles, establishing a totally new legislation could cause time and economic inefficiency. Therefore, the best way is to apply it by analogy by fully utilizing the laws related to motor vehicle accidents that have been accumulated so far.

In Korea, unique precedents have been maintained, which is the legal principles about designated drivers under Compulsory Motor Vehicle Liability Security Act, and the main point is to judge the distribution of liability differently depending on whether the victim of a personal accident is third party or the vehicle owner(the client) himself. In the former case, the vehicle owner is responsible for Personal Compensation Ⅰ under Compulsory Motor Vehicle Liability Security Act by recognizing the "operator's legal personality", and in the latter case, the designated driving entrepreneur is responsible by recognizing the operator's legal personality in the internal relationship with the vehicle owner.

The main parties to the designated driving-related accident appear to be the vehicle owner, the designated driving entrepreneur, and the designated driver who drives for the vehicle owner through the entrepreneur, and there is a great structural similarity between the designated driving and autonomous vehicle in that the "vehicle manufacturer etc." provides ADS at the request of the vehicle owner. Paying attention to this, this study intends to solve the personal accident that occurs when driving an autonomous vehicle by ADS by analogy applying the legal principles about designated drivers under Compulsory Motor Vehicle Liability Security Act.

This perspective is of great benefit to the discussion in that it can reflect the characteristics of autonomous vehicles and promote rapid damage compensation for victims and fairness in the

distribution of liability. However, it has limitations in that defining the legal characteristic on ADS is a problem and there is criticism of the legal principles about designated drivers itself, so further review is required.

주제어(Keyword) : 자배법(Compulsory Motor Vehicle Liability Security Act), 대리운전(Designated Driving), 운행자 책임(Liability of Operator), 자율주행자동차(Autonomous Vehicle), ADS, 대인배상 Ⅰ(Personal Compensation Ⅰ)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제112호 2024년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2024.112.191

회사의 지식재산권 침해에 대해 이사가 부담하는 손해배상책임 연구

최 기 성*

▶목 차◀

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 상법 제401조의 이사의 제3자에 대한 책임
1. 의의 및 법적성질
2. 요건
Ⅲ. 불법행위책임 근거로 하는 경우와 비교
1. 문제의 소재
2. 우리나라의 사례
3. 미국의 사례
4. 영국의 사례
5. 검토
Ⅳ. 회사의 지식재산권 침해와 상법상 이사의 제3자에 대한 책임
1. 회사의 지식재산권 침해가 법령위반인지 여부
2. 지식재산권의 조사의무와 임무해태
3. 선관주의의무와 임무해태
4. 고의 또는 중대한 과실
Ⅴ. 내부통제에 관련한 의무위반
1. 문제의 소재
2. 내부통제시스템에 관련한 판례 법리
3. 지식재산권에 관한 내부통제
Ⅵ. 결 론

* 변호사・법학박사.

Ⅰ. 서 론

법인 제도는 구성원과 별도의 법적 주체이고 구성원의 재산과도 분리하여 구별하는 데 목적이 있다. 상법 제169조에 따라 회사는 법인격을 향유하므로 권리·의무의 귀속은 그 구성원이 아닌 회사에 있다. 따라서 회사의 행위로 인해 제3자의 지식재산권을 침해한 경우 그 책임도 회사가 스스로 부담하게 된다. 이 경우 제3자가 지식재산권 침해소송을 제기할 때 통상 피고는 회사가 될 것이다. 그런데, 일정한 경우에는 대표이사나 임원 등 회사를 경영하는 개인에게도 책임을 묻고자 할 수 있다. 지식재산권 침해소송의 대표적 구제수단인 금지청구와 손해배상청구에 있어, 금지청구의 경우 침해의 상대방이자 금지를 이행할 수 있는 것은 회사이므로 대표이사나 임원 등 개인에 대한 금지청구는 원칙적으로 불가능하고,[1] 굳이 금지청구를 할 이유도 없을 것이다. 반면 손해배상청구의 경우에는 개인에 대해 할 필요 또는 이유가 있을 수 있다. 예를 들어 회사의 자력이 충분하지 않거나 회생・파산절차에 있는 경우 등 지식재산권 침해 소송에 승소하더라도 손해배상액 상당의 보전을 받기 어렵다고 판단되는 경우는 물론 회사의 경영자를 소송당사자로 포함시킴으로써 일종의 압박을 가하기 위한 경우 등이다.[2]

회사의 지식재산권 침해에 대해 개인에게 손해배상책임을 추급함에 있어 상법 제401조의 이사의 제3자에 대한 책임 규정을 근거로 하는 경우를 소재로 회사의 지식재산권 침해에 이사가 책임을 부담하는 요건을 검토한다. 그런데, 회사의 행위에 대한 책임을 그 구성원에게 묻는 것은 법인 또는 회사 제도의 본질에 비추어 신중하게 검토될 필요가 있을 것이다. 그 근거와 요건을 정립하는 것은 기업을 경영하는 개인에게 책임을 지우기 위한 측면만이 아니라 반대로 개인이 책임을 지지 않도록 필요한 조치가 무엇인지 예측가능성을 확보할 수 있다는 의미에서도 중요하다.

---

1) 특허법원 지적재산소송 실무연구회 편, 지적재산소송실무(제4판), 박영사, 2019, 487면.

2) 배상을 받을 가능성이나 합의 가능성이 높아질 수 있다고 설명하는 Ronald B. Coolley, *Personal Liability of Corporate Officers and Directors for Infringement of Intellectual Property*, 68 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 228, 228 (1986) 참고.

Ⅱ. 상법 제401조의 이사의 제3자에 대한 책임

1. 의의 및 법적성질

우리 상법 제401조는 “이사가 고의 또는 중대한 과실로 그 임무를 게을리 한 때에는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임을 부담한다.”고 규정한다.[3] 주식회사의 이사가 회사와 위임관계에서 일반적인 선관주의의무를 부담하지만, 제3자에 대해 직접 법률관계를 갖는 것은 아니므로 당연히 손해배상의무가 발생하는 것은 아니다. 상법 제401조는 일정한 요건 하에 이사에게 제3자에 대한 직접적 책임을 지움으로써 제3자를 보호하고 이사의 직무를 충실히 규정하도록 하는 규정으로 이해할 수 있다.[4]

우리나라와 일본의 특유한 규정으로 그 법적성격에 관하여 학설로는 법정책임설, 불법행위특칙설 및 특수불법행위설 등 다양한 견해가 소개되고 있다. 다만, 학설의 대립은 제401조의 성격을 규명하는데 중요할 수 있지만 결론에는 영향이 없다는 것이 일반적인 이해로 보인다.[5] 판례는 “제3자를 보호하기 위하여 상법이 인정하는 특수한 책임”이라고 판시한 바 있다.[6]

2. 요건

상법 제401조의 법적성격을 어떻게 이해하든지 간에 불법행위책임과의 관련성을 부인하기는 어렵지만, 문언 그 자체로는 불법행위의 성립요건과 차이가 있다. 즉, 상법 제401조의 책임이 인정되기 위해서는 ‘이사가 고의 또는 중대한 과실로 그 임무를 게을리한 때’여야 한다. 판례는 단순히 통상

---

3) 일본 회사법 제429조 제1항도 “이사 등이 그 직무를 행하는 것에 대해 악의 또는 중대한 과실이 있었던 때는, 해당 임원 등은 이에 의해 제3자에 발생한 손해를 배상할 책임을 부담한다.”고 하여 유사한 규정을 두고 있다. 2005년 개정 전에는 일본 상법 제266조의 3에서 같은 내용을 규정하고 있었다.

4) 손영화, “이사의 제3자에 대한 책임”, 「경제법연구」 제16권 제2호, 2017, 64면.

5) 이철송, 회사법강의(제30판), 박영사, 2022, 822면.

6) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다82601 판결.

의 거래행위로 인하여 부담하는 회사의 채무를 이행하지 않는 것만으로는 악의 또는 중대한 과실로 그 임무를 해태한 것이라고 할 수 없지만, 이사의 직무상 충실 및 선관의무 위반의 행위로서 위법성이 있는 경우에는 악의 또는 중대한 과실로 그 임무를 해태한 경우에 해당한다고 본다.[7] 고의·중과실은 제3자의 손해에 대한 것이 아니라 임무해태에 대한 것을 의미한다. 고의·중과실의 증명책임은 책임을 묻는 제3자에 있다. 만약 경과실만 있으면 민법 제750조의 불법행위책임이 문제가 될 수 있다.[8]

손해배상책임이 발생하기 위해서는 고의·중과실에 의한 임무해태에 더하여 회사의 손해 및 임무해태와 손해 사이의 상당인과관계가 있어야 한다. '손해'는 이사의 임무해태 행위로 직접 제3자에게 발생한 손해(직접손해)와 회사가 손해를 입은 결과 제3자에게 발생한 손해(간접손해)가 있을 수 있다. 대체로 주주의 간접손해가 포함되는지가 논의되는데 판례는 대표이사의 회사재산 횡령으로 회사재산이 감소함으로써 결과적으로 주주의 경제적 이익이 침해되는 것과 같은 간접적인 손해는 제외된다는 입장이다.[9]

Ⅲ. 불법행위책임 근거로 하는 경우와 비교

1. 문제의 소재

지식재산권 침해에 대한 손해배상책임은 기본적으로 불법행위책임과 관련지어 이해할 수 있다. 물론 우리 법체계상 지식재산권 침해의 성립이 곧 불법행위를 의미하는 것은 아니다. 지식재산권 침해가 성립하면 금지청구가 가능한 것과 비교하여, 손해배상을 청구하기 위해서는 불법행위의 요건도 갖출 필요가 있다.[10] 따라서 지식재산권 침해로 회사에 책임을 구하는

---

7) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다47316 판결. 2011. 4. 14. 개정(법률 제10600호) 전 구 상법 제401조 제1항에서는 '악의 또는 중대한 과실'이라고 규정하고 있었다.

8) 이철송, 위의 책(주 5), 582면.

9) 대법원 1993. 1. 26. 선고 91다36093 판결.

경우는 물론 이사 등 개인에게 책임을 구할 때에도 불법행위의 요건을 갖추었는지가 문제가 된다. 판례 사안 가운데에도 불법행위책임에 기초하여 개인의 책임을 추급한 사례들이 발견된다.

상법 제401조를 근거로 책임을 추급하는 것의 실익이나 의미를 검토하기 위해 먼저 불법행위에 근거하여 책임을 추급하는 경우를 살펴보고자 한다. 또 영미법에서는 기본적으로 지식재산권 침해를 불법행위(tort)로 보므로,[11] 해외의 사례를 검토하는 의미도 있다.

2. 우리나라의 사례

불법행위책임을 기초로 하여 회사 또는 법인과 별도로 개인에게 책임을 물을 수 있는 법적 근거로는 민법 제760조의 공동불법행위책임을 묻는 방법 또는 민법 제35조나 상법 제389조 제3항, 제210조에 따라 법인이나 회사가 불법행위책임을 질 경우 대표자 등 개인도 손해배상책임을 면할 수 없다는 규정을 근거로 하는 방법을 생각할 수 있다. 또 학설 가운데 복수주체의 특허권 침해 문제의 일 유형으로 이해하는 견해도 있다.

(1) 민법 제760조의 공동불법행위

수인이 공동하여 위법행위를 하여 타인에게 손해를 가하는 경우를 공동불법행위라고 한다. 민법 제760조 제1항은 “수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.”고 규정하고 있다. 수인이 공동하여 타인에게 손해를 가하는 민법 제760조 제1항의 공동불법행위가 성립하려면 각 행위가 독립하여 불법행위의 요건을 갖

10) 대법원 2014. 9. 25. 선고 2014다37491 판결(“저작권법이 보호하는 공연권이 침해되었다고 하기 위해서는 침해되었다고 주장하는 기존의 저작물과 대비대상이 되는 공연 사이에 실질적 유사성이 있다는 점 외에도 그 공연이 기존의 저작물에 의거하여 이루어졌다는 점이 인정되어야 한다. 나아가 저작권 침해로 인하여 손해배상책임이 발생하기 위해서는 행위자의 고의·과실 등 민법 제750조에 의한 불법행위 성립요건이 구비되어야 한다.”); 조영선, 특허법 3.1(제8판), 박영사, 2023, 349면.

11) Carbice Corp. v. Patents Development Corp., 283 U.S. 27, 33 (1931).

추고 있으면서 객관적으로 관련되고 공동하여 위법하게 피해자에게 손해를 가한 것으로 인정되어야 한다.[12] 하급심 가운데 회사와 대표이사의 민법 제760조의 공동불법행위책임을 인정한 사례가 있다.[13]

(2) 민법 제35조 또는 상법 제389조 제3항, 제210조의 책임

민법 제35조는 '법인의 불법행위능력'이라는 제목으로, 동조 제1항에서 "법인은 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 이사 기타 대표자는 이로 인하여 자기의 손해배상책임을 면하지 못한다."고 규정하고 있다. 법인이 요건을 충족하여 불법행위책임을 부담하면, 제35조 제1항 2문에 따라 대표자 개인도 책임을 면할 수 없다. 이때 법인의 책임과 대표자의 책임은 부진정연대채무의 관계에 있다. 또 상법 제389조 제3항, 제210조의 대표이사의 제3자에 대한 책임에 관한 규정은 민법 제35조 제1항과 같은 취지로 대표이사의 행위가 바로 회사의 행위로 인정되는 성질 및 피해자 구제에 만전을 기하고자 하는 정책적 배려에서 특별히 규정한 것이다.[14] 따라서 상법상 회사에 대해서는 민법 제35조가 적용될 여지는 거의 없다고 한다.[15]

그런데, 판례 사안 중에는 특허 전용실시권 침해를 이유로 민법 제35조 제1항에 따라 회사의 대표이사의 불법행위책임을 인정한 사례가 있다.[16] 대

---

12) 대법원 1998. 2. 13. 선고 96다7854 판결.

13) 대전지방법원 2020. 10. 15 선고 2019가단135199 판결. 피고가 소외 회사를 설립하여 대표이사로 취임하고 피고가 보유한 특허를 토대로 소외 회사가 제품을 제조・판매하였다. 원고는 별도의 소에서 소외 회사를 상대로 특허권 침해소송을 제기했고, 침해금지 및 손해배상 지급을 명하는 판결이 확정되었다. 그런데 소외 회사가 폐업하여 이 사건에서 대표이사를 피고로 소송을 제기하였고, 법원은 소외 회사와 이 사건 피고의 제760조의 공동불법행위책임을 인정하였다. 항소심인 특허법원 2021. 8. 19 선고 2020나2073 판결에서도 제1심의 판단을 그대로 수긍하였다. 다만, 피고가 특허를 출원하여 소외 회사로 하여금 사용하게 하였다 하더라도 이 사건 특허권침해행위는 소외 회사를 경영하는 과정에서 발생한 것이고 법인의 대표이사 개인의 행위에 대한 손해배상책임은 법인과의 공동불법행위책임에 모두 포함되며 그 외 별도의 손해배상책임이 인정될 여지가 없다고 판단하였다.

14) 정찬형, 상법강의(상)(제25판), 박영사, 2022, 1095면.

15) 송호영, 주석 민법(총칙 1)(제5판)(편집대표 김용덕), 한국사법행정학회, 2019, 695면.

16) 대법원 2011. 5. 13 선고 2010다58728 판결. 제1심(서울중앙지방법원 2008. 6. 27 선고

표이사가 원고와 전용사용승인계약을 체결하고 원고에게 전용실시권을 설정하였음에도, 다른 업체들에게 통상실시권을 설정하여 이 사건 특허기술이 적용된 공사를 수주할 수 있게 돕고, 이들 중 일부에 공사를 하도급받았으며, 이로 인해 특허법위반죄로 형사처벌을 받은 점을 이유로 민법 제35조 제1항의 법인 대표자의 불법행위책임을 부담한다고 판단하였다.

다른 사안에서는 회사의 실용신안권 침해에 대표이사가 공동불법행위자로 손해배상책임을 진다고 인정하였다.[17] 피고 회사를 설립하고 대표이사가 되어 실질적으로 운영하여 오면서 피고 회사가 지관가공장치를 매수하여 사용하는데 이를 결정하고 실행하게 한 자로서 실용신안권 침해행위에 대하여 과실이 있는 한 손해배상책임을 면할 수 없다고 하여 공동불법행위자로서 손해배상책임을 인정하였다.[18]

2007가합86087 판결)은 피고 대표이사가 통상실시계약에 따라 특허를 실시할 수 있도록 하고 공사를 수주하는 데 사실상의 행위를 주도한 사실이 인정된다고 하였지만, 항소심(서울고등법원 2010. 3. 31 선고 2008나68717 판결)은 피고 회사와의 계약에 기해 다른 업체들이 이 사건 특허를 사용하였을 뿐이고 피고 대표이사가 다른 업체들과 계약행위를 하였다고 하더라도 어디까지나 피고 회사를 대표해서 한 행위이지 개인 자격으로 한 행위라고 볼 수는 없으며, 달리 피고 대표이사가 개인으로서 원고의 전용실시권을 침해하는 행위를 했다고 볼 증거는 없다는 이유로 청구를 배척하였다.

17) 대법원 2003. 3. 11 선고 2000다48272 판결. 이 사건 원고는 종이로 만든 실패인 지관(紙管) 제작에 관련한 고안을 다수 출원하여 실용신안을 받은 자로 이 사건에서 문제가 된 고안의 실용실안을 등록한 후, 소외 A가 제작한 지관가공장치가 이 사건 등록고안과 유사하다는 이유로 권리범위확인심판을 청구하여 인용 심결을 받고 피고 회사에 대해 소외 A에게서 구입·사용한 지관과공장치가 이 사건 실용신안권을 침해한 것이어서 사용을 중지할 것을 요청하였다. 한편 피고의 등록무효심판 및 소극적 권리범위확인심판은 모두 기각되었다. 원고가 피고 회사 및 대표이사에 대해 침해행위의 중지, 장치의 폐기 및 손해배상을 구한 사안이다. 제1심(서울지방법원 1999. 7. 23 선고 98가합76958 판결) 및 항소심(서울고등법원 2000. 7. 25 선고 99나47640 판결)에서는 별다른 설시 없이 대표이사를 공동불법행위자로 인정하였다. 판례가 '공동불법행위자'라고 표현하여 (1)항의 민법 제760조를 염두에 둔 것으로 보이기도 하나, 판례공보 참조조문으로 '민법 제35조 제1항, 상법 제210조, 제389조'가 기재되어 있어 (2)항의 사례로 소개하였다.

18) 대법원은 피고들의 과실에 관하여, 피고들은 지관 제조업 분야에 종사하는 자로서 지관가공의 전 공정을 최초로 자동화한 원고들의 이 사건 등록고안이 존재한다는 사실을 알 수 있는 위치에 있었고, 원고 역시 소외 A에게서 지관가공장치를 구입하여 사용하면서 4년 이상 이의를 제기하지 않았더라도 그것만으로 피고들이 소외 A에게서 매수하여 사용한 지관가공장치가 이 사건 등록고안의 권리범위에 속하지 아니한다고 믿은 데 대하여 상당한 이유가 있다고 보기 어려우므로 과실이 없거나 구 실용신안법 제31조, 특허법 제130조에 따른 과실 추정이 번복된다고 할 수 없다고 하였다.

(3) 복수주체의 특허 침해

이른바 복수주체의 특허 침해 문제는 단일한 특허침해의 성립에 복수의 주체가 관여하는 경우나 독립한 특허의 실시형태가 종적으로 연결되는 경우를 말한다.[19] 예를 들어 복수의 구성요소로 이루어진 특허발명에 관하여 복수의 주체가 나눠서 실시하는 경우를 들 수 있다. 학설 중 회사와 대표이사 사이의 문제도 복수주체의 특허 침해 문제로 다루는 입장이 있다. 즉 회사의 실시행위에 대하여 특허침해가 인정되는 경우 대표이사를 공동실시한 특허침해자로 인정할 수 있는 경우 회사와 대표이사가 연대하여 배상할 책임을 지는 경우가 있다는 것이다. 이러한 유형의 공동 특허침해는 원칙적으로 대표이사 등 회사의 대표자는 회사의 기관으로서 행위를 하는 것이므로, 대표이사가 회사의 대표 기관으로서의 지위가 아니라, 그와 별도로 개인의 지위에서 그와 같은 실시행위에 대한 공동의 의사 교환과 실시행위의 분담이 있었다는 사실이 증거로 입증되는 경우여야 인정될 수 있다고 한다.[20]

3. 미국의 사례

(1) 특허침해소송에서 직접침해 주장과 법인격부인의 법리

미국 법원은 회사와 별도로 개인에 대해 특허권을 직접 침해한 경우의 근거인 미국 특허법 제271조(a)의 책임을 물을 때 법인격부인의 법리(piercing the corporate veil)를 적용한다.[21] 법인격부인의 법리는 영미법상 판례를 통해 확립된 것으로 회사에 법인격을 부여한 제도의 목적에 반하여

---

19) 조영선, “복수주체에 의한 특허침해의 법률문제”,「법조」제57권 제10호, 2008, 210-211면.

20) 김영기, “복수주체의 특허침해와 손해배상책임”, 「사법」 제55호, 2021, 891면. 전형적으로 논의되는 복수주체의 특허침해 문제보다 넓게 직접침해자·간접침해자 사이 및 회사와 대표이사 관계도 포함하여 논의하고 있다.

21) Lynda J. Oswald, *The Divergence of Corporate Officer Liability Doctrine Under Patent and Copyright Law*, 52 Am. Bus. L.J. 557, 585 (2015). 다만, 이러한 접근방식은 법인격부인의 법리가 기본적으로 주주에 관한 것임에도 준별 없이 활용되고 있다고 비판한다.

남용하는 것을 방지하기 위해 일정한 경우 법인격을 부인하는 것이다.[22]

미국 연방순회항소법원 Orthodynamics, Inc. v. Safety Travel Chairs, Inc. 사건[23]이 특허침해소송에 법인격부인의 법리를 적용한 선례로 꼽힌다. 특허권자는 회사 및 이사이자 주주인 3인을 피고로 특허침해소송을 제기하였는데, 배심이 위 3인도 미국 특허법 제271조(a)의 직접침해 및 제271조(b)의 유도침해의 책임을 부담한다고 평결하였다. 그런데 지방법원은 유도침해에 대해서는 언급하지 않고 일반적으로 기업의 행위에 개인이 부담하는 책임의 일반원칙만을 다루고 위 3인의 고의의 침해 책임을 인정하지 않았다. 연방순회항소법원은 개인이 기업의 직접침해에 대한 책임을 부담하기 위해서는 법인격부인의 법리에 관한 일반 원칙에 근거하여야 하고, 임원이 불법행위에 개인적으로 참여하거나 불법행위를 범하기 위해 다른 임원, 대리인이나 직원에 특별히 지시한 경우 직접침해 책임을 부담한다고 판시하였다. 위 3인의 이사 및 주주는 침해 물품의 디자인 및 생산에 직접적 책임이 있고 판매로 인한 이익을 얻을 수 있는 유일한 사람들이라고 판단하였다.[24]

다만, 미국 연방순회항소법원은 법인격부인의 법리를 적용하면서 결론에 있어 이사의 책임을 인정하는데 소극적인 것으로 분석된다.[25] 적어도 특정한 불법행위를 벗어나고자 하는 의도가 없는 한 정의의 관점에서 회사를 무시하고 개인의 책임을 인정해서는 안 된다는 것이다.[26]

---

22) 정영환, “민사소송에 있어서의 법인격부인론”, 「민사소송」 제4권 제1호, 한국민사소송법학회, 2001, 197면.

23) Orthodynamics, Inc. v. Safety Travel Chairs, Inc., 806 F.2d 1565 (Fed. Cir. 1986). 이 사건에서 문제가 된 특허는 ‘척추측만증 패드가 있는 정형외과적 의자’ 및 ‘여행의자’에 관한 것이고 원고는 소아용 휠체어를 포함한 장애인용 제품을 제조하였는데, 피고 회사가 유사한 의자를 판매하자 위 특허들을 침해하였다고 주장한 사안이다.

24) *Id*, at 1579.

25) Ashley M. Fry, *Corporate-Participant Liability for Direct Patent Infringement: A Look to Copyright Law's Vicarious Liability Analysis*, 2012 Colum. Bus. L. Rev. 284, 304 (2012).

26) Manville Sales Corp. v. Paramount Sys., Inc., 917 F.2d 544, 552 (Fed. Cir. 1990). 이 사건은 피고 회사의 법인비서(corporate secretary)가 특허권의 보호를 받는 원고 기기의 도면을 입수한 후 대표(president)에게 보냈고, 다시 대표가 도면을 피고 회사 디자이너에게 보내어 피고 제품을 제조・판매한 사안으로, 지방법원은 이들은 원고 기기의 복제품을 판매하기 위해 피고 회사를 설립하였고, 위 2인 및 디자이너 모두

(2) 특허침해소송에서 유도침해 주장

한편 미국 법원은 미국 특허법 제271조(b)의 유도책임을 넓게 해석함으로써 회사의 침해에 대한 적극적인 조력이나 교사(actively aid and abet)의 경우 개인의 책임을 인정하였다.[27]

미국 연방순회항소법원 Power Lift, Inc. v. Lang Tools, Inc. 사건[28]에서 위 법리에 따라 개인의 책임을 인정하였다. 원고 특허는 유정 등 시추 작업 중 폭발방지장치 등 장비를 들어 올리는 데 사용되는 장치에 관한 것이었는데, 피고가 설립자, 대표, 주 소유주 및 이사인 회사가 이미 현장에서 사용되던 원고 폭발방지 시스템을 조사하여 이를 참고로 한 장치를 개발하였다. 개발 당시에는 원고가 특허를 출원한 사실을 알지 못했는데, 이후 원고가 특허등록 후 피고에게 연락하여 침해 사실을 알리고 라이선스를 제안했는데 피고가 거부한 사안이다. 원고는 특허등록 후 9일 만에 침해소송을 제기하였다. 이 사건에서 연방순회항소법원은 피고가 특허등록 후 특허의 존재를 알게 되었고 원고의 통지 후 피고가 계속 생산하기로 한 결정에 'willfulness'를 인정한 배심의 판단을 수긍하였다.[29]

이때 유도침해가 인정되기 위해서는 유도된 침해에 대해 알아야 할 뿐 아니라 다른 자의 침해를 조장하려는 의도(specific intent to encourage another's infringement)까지 필요하다고 이해된다. 또 법인격 부인의 법리 적용 여부와 관계없이 유도책임을 질 수 있다고 한다.[30]

과거 이러한 기기를 설계한 경험이 없고 피고 제품 설계는 원고 기기의 도면이 유일한 자료가 되었고, 위 2인이 피고 제품의 제조·판매를 결정하였으며 필요한 정보를 제공하였다는 이유로 직접침해를 인정하였다. 그런데, 연방순회항소법원은 두 개인의 행위의 인식이 있으나 고용 범위 내이므로 기업 베일에 의해 보호되어야 함에도 법인격 부인을 인정한 지방법원의 판단이 잘못되었다고 판단하였다(*Id*, at 553). 그런데, 연방순회항소법원이 지적한 것과 달리 지방법원은 법인격 부인을 언급하지는 않았다는 점은 부연해둔다.

27) Coolley, *supra* note 2, at 229-230.

28) Power Lift, Inc. v. Lang Tools, Inc., 774 F.2d 478 (Fed. Cir. 1985).

29) *Id*, at 482.

30) Manville Sales Corp. v. Paramount Sys., Inc., 917 F.2d at 553. 이 사건 지방법원은 직접침해만이 아니라 유도침해의 책임도 인정했는데, 연방순회항소법원은 피고 회사와 마찬가지로 두 개인은 소송제기 전까지 원고 특허를 인지하지 못했고, 피고 회사의

(3) 저작권침해소송에서의 접근방식

미국의 저작권 관련 사건에서는 특허 사건에서 일반적으로 법인격부인의 법리를 적용하는 것과 달리 사건별 다양한 접근방법이 채택되고 있다. 일부 사건에서 법인격 부인의 법리를 활용한 사례도 있다.[31] 하지만 일반적으로는 법인격부인의 법리를 적용하는 대신 직접침해(direct infringement) 또는 대리책임(vicarious liability)인지 여부를 검토하는 것으로 이해된다. 전자는 저작권침해에 참여하거나 배후에서 영향력을 행사하는 기업 임원은 개인적으로 책임을 질 수 있다는 것이고, 후자는 침해행위를 감독할 책임을 지고 그로부터 이익을 얻는 사람은 대리책임을 부담한다는 것이다.[32] 대리책임은 ① 침해행위를 감독할 권한과 책임 및 ② 그러한 행위에 직접적 재정적 이익이 있을 것을 요건으로 한다.[33] 한편 직접침해와 대리책임을 혼합하는 형태로 개별 임원의 책임을 평가할 때 고려하여야 할 요소들을 제시한 사례도 있다.[34]

후속 침해에 대해서도 변호인의 조언에 따른 선의의 믿음(good faith belief)에 근거한 것으로 유도침해의 책임을 지지 않는다고 판단하였다.

31) Word Music, LLC. v. Lynns Corp. of Am., No. 3:09-0411, 2010 WL 3619815 (M.D. Tenn. Sept. 13, 2010). 이 사건은 음악저작물에 대한 저작권자인 원고가 피고들에 대해 원고의 허락을 받지 않고 노래방 디스크를 광고, 배포 및 판매한 것에 대한 저작권 침해의 소를 제기한 점에 관하여 피고 회사의 유일한 경영자, 이사 및 주주인 개인이 책임을 부담하는지 여부가 다투어진 경우였다.

32) Disney Enterprises, Inc. v. Hotfile Corp., No. 11-20427-CIV, 2013 WL 6336286, at *41-42 (S.D. Fla. Sept. 20, 2013). 이 사건에서는 온라인 저장 공간을 제공하는 서비스를 운영하는 회사의 임원이자 창립자 중 1인의 책임 여부가 문제가 되었는데, 피고 측은 위 1인을 엔지니어, 기술자 등으로 표현하여 역할을 축소하는 취지로 주장하였지만, 법원은 회사의 고위급 중심인물이고 다른 주주들과 동등한 지분을 가지고 회사를 관리하였으며, 설립자이자 비즈니스 모델 개발에 결정적 역할을 하고 이후에도 계속 경영전략에 참여하는 등 금전적 이익과 통제력을 모두 갖춘 자로 인정하였다.

33) Oswald, *supra* note 21, at 592. 이러한 기준은 Shapiro, Bernstein & Co. v. HL Green Co., 316 F.2d 304 (2d Cir. 1963)에서 유래하였는데, 임원이 기본적으로 기업 활동을 감독할 권리와 능력을 갖는 점 및 주주와 달리 일반적으로 회사의 이익을 공유하지 않는 문제점이 지적된다(*Id*, at 596).

34) 즉, ① 해당 임원이 침해 행위에 직접 참여하거나, ② 임원이 회사의 대주주로서 침해행위로부터 금전적 이익을 얻었거나 야기한 행위로부터 수익의 일정 비율을 받는 등 다른 수단으로 금전적 이익을 얻은 경우, ③ 임원이 회사를 고의적으로 저작권 침해를 수행하는 도구로 사용한 경우, ④ 임원이 회사에 지배적 영향력을 가지고 침해

4. 영국의 사례

(1) 1인회사의 경우

영국 법원에서 지식재산권 침해소송에 있어 개인이 주주와 임원의 지위를 겸하는 경우를 1인회사(one-man company) 등으로 칭하여 회사와 공동으로 책임을 부담하는지 여부를 다룬 사례로 영국 고등법원 Grenade UK Ltd v Grenade Energy Ltd 사건[35]이 자주 언급된다. 법원은 먼저 불법행위법상 회사의 규모가 작고 이사의 통제력이 강력하더라도 곧바로 이사가 해당 회사와 동일시 해서는 안 된다는 원칙을 제시하였다. 또 그럼에도 불구하고 이사가 회사와 공동으로 책임을 부담하기 위해서는 주요한 불법행위를 야기하기 위해 적극적으로 협력했다는 사실 및 그 협력이 불법행위로 판명된 행위를 일으키기 위해 도움이 될 의도가 있었다는 사실이라는 두 가지 점 모두가 입증되어야 한다는 영국 대법원의 판례 기준을 제시하였다. 그런데, 이 사건에서 피고 회사는 1인회사이므로, 피고 회사의 모든 행위가 피고 대표이사의 선동(instigation)에 의해 행하여졌다는 증거적 추정(evidential presumption) 하에 피고가 그의 관여가 없음을 입증할 책임이 있으나, 입증이 부재하므로 공동 책임을 져야 한다는 취지로 판단하였다.

를 초래하는 정책을 결정한 경우 또는 ⑤ 위 기준들의 조합이다(Famous Music Corp. v. Bay State Harness Horse Racing & Breeding Ass'n, Inc., 423 F. Supp. 341, 344 (D. Mass. 1976)). 경마장을 운영하는 피고 회사가 다른 회사를 고용하여 경마장 방송 시스템을 이용하여 원고 음악저작물을 방송한 것을 이유로 저작권침해소송이 제기된 사안이다. 법원은 피고 개인에 저작권 침해 책임이 있는지 여부에 있어 피고 회사의 회장이자 재무담당자(president and treasurer)임은 분명하나 그것만으로 책임을 부담하게 되는 것이 아니고 추가 사실인정이 필요하다는 이유로 위 기준들 중 어느 것을 채택하지는 아니한 채 약식판단 신청을 기각하였다.

35) Grenade UK Ltd v Grenade Energy Ltd [2016] EWHC 877 (IPEC). 원고는 스포츠 시장에 에너지 제공 및 퍼포먼스 향상을 위한 음식 및 음료를 공급하는 회사로 'Granade' 문자로 된 상표 및 특정한 폰트의 'Granade' 문자에 A 대신 수류탄(grenade) 총기 이미지로 된 상표권자이고, 피고 회사는 Grenade Energy Limited로 에너지 음료를 공급하며 'www.grenadeenergy.com'이라는 웹사이트를 운영하면서 회사명과 로고를 표시하고 자사의 에너지 음료를 광고하였다. 또 피고 대표이사는 단독이사이자 주주였다. 원고는 피고들이 두 가지 상표를 침해하고 판매한 에너지 음료가 원고의 제품이거나 원고와 사업상 관련된 것처럼 속였다고 주장하고, 피고 대표이사는 공동으로 책임을 져야 한다고 주장하였다.

(2) 회사와 공동불법행위책임을 부담하는지 여부

그런데, 위와 같은 법리는 1인회사, 즉 단일 이사 겸 주주가 존재하며 일반적으로 다른 직원이 없는 경우에만 적용될 수 있다. 영국 고등법원 De L'Automobile v Gator Sports Ltd. & Ors 사건[36]은 그러한 입장 하에서 상표권 침해의 공동불법행위책임(joint tortfeasor)을 부담하기 위한 요건으로 사소한 조력이나 조장(assistance or facilitation)을 넘는 공통 계획(common design)이 요구되며, 조력은 최소 또는 사소한 것이 아닌 실질을 가져야 하고 낮은 정도의 조력은 책임의 기여를 평가함이 아니라 책임을 함께 부담하지 않는 것으로 평가하여야 하는 등의 기준을 제시하였다. 이 사건에서 피고 대표이사는 피고 회사들의 주된 불법행위를 행하는데 실질적인 도움을 주었음이 인정되고, 그의 조력은 공통 계획에 따른 것이며, 문제가 된 판매는 상표권 침해이며 사칭통용(passing-off)에 해당하므로 공동불법행위책임을 부담한다고 판단하였다.

영국 고등법원 BMW AG v Premier Alloy Wheels (UK) Ltd & Ors 사건[37] 역시 상표권 침해의 공동불법행위책임이 인정된 사례였는데, 문제가 된 개인이 실제 상표를 레플리카 휠에 부착하는 행위를 하였는지 여부는 불분명하지만, 회사의 유일한 이사이자 주주인 점에 더해 은행계좌의 주요 서명자이고, 타이어 수리공으로서 창고에서 재고 관리프로그램 입력하고 임

36) De L'Automobile v Gator Sports Ltd. & Ors [2017] EWHC 3564 (Pat). 월드 랠리 챔피언십(WRC) 등 다양한 모터스포츠 챔피언십을 주관하는 원고가 원고와의 계약에 따라 WRC 브랜드 의류 등의 공식판매원으로 계약 만료 후 의류 및 액세서리를 판매한 피고 회사들에 대해 상표권 침해를 주장한 사안인데, 피고 대표이사는 피고 회사 1, 2의 대주주 및 투자자였다가 이사로 취임하였고, 피고 회사 3의 유일한 주주이자 이사였다. 피고 회사 3이 eBay에서 판매한 사실이 확인되어 상표권 침해를 인정하였고, 피고 대표이사의 개인적인 책임이 문제가 되었다.

37) Bayerische Motoren Werke AG v Premier Alloy Wheels (UK) Ltd & Ors [2020] EWHC 2094 (Pat). 이 사건은 BMW의 상표를 부착한 레플리카 휠을 판매한 피고들에 대해 자동차 휠 디자인권 침해가 문제가 되었다. 피고들은 위와 같은 레플리카 휠을 거래한 창고 운영 등 물류회사 A와 A의 단독이사이자 주주인 B, 무역회사 C와 C의 단독이사이자 주주인 D, B의 부친이고 D의 외할아버지인 E였고, 선행사건에서 A, B의 침해책임이 인정되었고, 이 사건에서는 C의 책임이 인정된 가운데, D, E가 함께 책임을 부담하는지 여부가 문제가 되었다. 이하에서 '개인'이라 함은 D를 말한다.

금을 수령한 점 등 적어도 회사의 사업에 상표가 붙어있는 레플리카 휠 판매가 포함되어 있음을 알면서, 공통 계획의 일부로 사소한 조력을 넘어서므로 공동 책임을 부담한다고 판단하였다. 단, 해외 유학간 후 회사의 업무에 관여하지 않아 그 시점 이후의 책임은 부담하지 않는다고 판단하였다.

영국 대법원의 판단이 예정되어 있어 주목받고 있는 영국 고등법원 Lifestyle Equities C.V. & Anor v Ahmed & Anor 사건[38]에서도 상표침해 소송의 피고로 두 개 기업 이사 A, B가 책임을 부담하는지 여부가 다투어졌는데, A, B는 이사로서의 회사의 이익을 위한 선의의 행위였으며 그러한 권한 내에서 행동하였다는 등을 주장하였다. 법원은 이사나 주주로서의 지위가 아니라면 원칙적으로 상표침해와 같은 불법행위법상 엄격책임(tort of strict liability)에서 부적절한 동기나 행위가 침해이거나 침해일 수 있다고 믿을만한 이유가 있어야 하거나 있을 것은 요구되지 아니하며 분명하게 고의적·의도적(deliberate and intentional)일 것만으로 충분하고 A, B의 행위는 이를 충족하는 것으로 보았다. 또한 이 사건 법원은 여러 선례를 검토하여 이사가 단순한 이사회에서의 의결권 행사만이 아니라 기관적 지위에서의 통제권 행사를 한 경우에도 이사의 보호가능성, 즉 책임을 면할 가능성은 있지만 적어도 보호받을 수 있음을 입증하여야 한다고 하고, 단순히 신인의무(fiduciary duty)를 위반하지 않았다는 의미에서 적절하게 행위를 했다는 것만으로는 항변이 성립할 수 없다고 하였다. A, B는 회사의 상표권 침해에 밀접하게 개인적 관여(close personal involvement)하여 회사로부터 위임된 권한을 행사한 것으로 볼 수 없고, 부적절한 동기를 가졌다고 할 수 없다거나 상표침해에 해당할 가능성이 있음을 알았거나 통지받았다는 점, 조언에 따라 행위 했다거나 로고디자인이 위임(delegate)되었다는 점 및 이 회사가 '1인 회사'가 아니라는 점 등은 이들의 책임에 영향을 미치지 못한다고 판단하였다.

---

38) Lifestyle Equities C.V. & Anor v Ahmed & Anor [2021] EWCA Civ 675. 원고 등록상표인 'BEVERLY HILLS POLO CLUB' 및 말을 타고 있는 폴로 선수가 포함된 표장 등을 피고들이 'SANTA MONICA POLO CLUB'이라는 표장과 말을 타고 있는 폴로 선수가 포함된 표장을 사용한 것에 대해 상표권침해소송이 제기된 사안이다. 17명의 피고들은 대부분 회사였는데, 개인인 A, B가 포함되어 있었다.

5. 검토

불법행위를 근거로 개인에게 손해배상책임을 부담할 것인지가 다루어진 국내외 사례를 살펴보았는데, 상법 제401조를 근거로 하는 경우와 비교하기 위한 관점에서 몇 가지 점을 검토한다.

첫째, 민법 제760조를 근거로 하는 경우나 민법 제35조 등을 근거로 하는 경우 모두 개인의 행위가 불법행위의 요건, 즉 위법성과 고의·과실을 만족할 필요가 있다. 상법 제401조의 임무해태와 고의·중과실 요건과 비교할 수 있다. 물론 상법 제401조는 임무해태가 곧 위법행위라는 관점에서 위법성을 별도의 요건으로 설명하지 않는 것으로 볼 수도 있다.[39] 다만, 불법행위책임을 묻기 위한 위법성이 인정되기 위해서는 가해자의 피해자에 대한 가해행위의 존재가 필요하고, 부작위의 불법행위인 경우에는 작위의무의 존재가 필요하다.[40] 하지만 이사가 무언가의 행위를 하더라도 회사의 임원으로서 행동한 데 지나지 않아 가해행위나 작위의무 또는 고의·과실을 인정하기 어려울 수 있어 상법 제401조의 책임을 묻는 것이 유리할 수 있다.[41] 한편 상법 제401조가 중과실을 요건으로 하여 경과실을 배제하는 점이 요건상의 큰 차이이다. 물론 상법 제401조의 청구를 함에 있어서는 이사 자신이 지식재산권자에 손해를 입히는 점에 대한 고의·과실이 아니라, 회사의 기관으로서 이사가 행하는 직무집행이 회사와의 관계에서 임무해태로 평가되고 그 임무해태에 대해 이사의 고의·중과실을 요구하므로 기본적으로 민법상 공동불법행위 청구와 차이가 있다.[42] 단, 상법 제401조에 관한 법정책임설 등 민법상 불법행위에 기한 손해배상청구권과 청구권 경합을 인정하면 손해배상을 구하는 입장에서는 큰 차이가 없을 수 있다.

둘째, 민법 제760조의 공동불법행위에 있어서는 공동불법행위자 상호간

---

39) 이원석, 주석 상법(회사 3)(제6판)(편집대표 권순일), 한국사법행정학회, 2021, 557면.
40) 대법원 2023. 11. 16. 선고 2022다265994 판결.
41) 양만식, “이사의 제3자에 대한 책임의 고찰”, 「기업법연구」 제31권 제1호, 2017, 55면; 野上誠一, 取締役の責任, 第一法規, 2022, 23頁.
42) 中村彰吾, “知的財産権侵害訴訟における商法266条の3の役割”, 「パテント」 Vol.56 No.2, 2003, 62頁.

에 의사의 공통이나 공동의 인식이 필요하지 아니하고 객관적으로 각 그 행위에 관련공동성이 있으면 족하고, 이는 전체 손해발생에 있어서 인정되어야 한다.[43] 우리 판례가 객관적 관련 공동성을 요구하는 점에 대해 공동불법행위의 성립범위가 넓어진다는 지적을 염두에 두고 보면 민법 제760조를 주장하게 되면 회사와 이사 등 개인의 관계 그 자체로 시간적·장소적 근접성이나 위험공동체 또는 이익공동체로써의 일체성 등 공동성의 표지를 만족해 버리는 것 아닌지라는 의문이 든다.[44] 앞서 2.(1)항에서 소개한 민법 제760조의 공동불법행위책임을 인정한 하급심 사례는 어떤 면에서 객관적 관련 공동성을 갖는다고 본 것인지는 불분명한 반면, 손해배상책임을 져야 할 회사의 폐업이라는 사정을 고려하여 개인에게 그 한도 내 책임을 부담하게 할 필요가 있다는 실질을 고려한 판단으로 보이기도 한다.

셋째, 민법 제35조나 상법 제389조 제3항, 제210조는 '이사 기타 대표자' 또는 '대표이사'의 책임에 관한 규정이다. 상법 제401조가 '이사', 즉 적법하게 선임된 상법상 이사를 의미하는 것과 구별된다. 한편 판례는 상법상 주식회사에 원칙적으로 민법 제750조에 근거하여 손해배상을 청구할 수 없고, 다만 대표기관이 '직무에 관하여' 또는 '업무집행으로 인하여' 불법행위를 한 경우로 한정된다고 판시한 바 있다.[45] 직무관련성에 관하여는 대법원이 이른바 외형이론에 따라 외형상 객관적으로 법인의 대표자의 직무행위로 인정할 수 있는 경우를 의미하는 것으로 해석하여 왔다. 이때 법인의 목적, 대표자의 통상적 업무와 불법행위와의 관련 정도를 고려하여 판단하도록 하고 있다.[46] 2.(2)항의 두 가지 대법원 판례를 살펴보면 직무관련성이 크게

---

43) 대법원 1988. 4. 12. 선고 87다카2951 판결.

44) 이은영, "공동불법행위에 있어서 가해자들의 관련 공동성과 특정", 「법학연구」 제46집, 전북대학교 법학연구소, 2015, 41면 참고.

45) 대법원 2011. 7. 28 선고 2010다103017 판결. 회사인 피고에 대해 저작권 침해 및 부정경쟁방지법상 영업비밀 침해행위가 인정되지 않은 사안이다. "비록 피고의 대표자 C가 원고 프로그램을 타인으로 하여금 사용하도록 하여 형사 처분을 받은 사실이 있더라도, 원심에서 조사한 증거 등에 의하면 C의 위와 같은 행위가 그의 업무집행으로 인한 것으로 단정할 수 없는 이상, 피고가 상법 제389조 제3항, 제210조 등에 근거하여 원고에게 손해배상책임을 부담한다고 볼 수도 없다."고 판시하였다.

46) 대법원 2023. 6. 1. 선고 2020다9268 판결.

문제가 될 것으로 보이지는 않는다. 다만, 사안에 따라 대표이사의 '개인적' 행위가 포착되면 2.(3)항의 학설과 같이 복수주체의 특허 침해의 문제로 볼 경우도 있을 것이다.[47]

넷째, 영미법에서 불법행위책임으로 다룬 사례들은 우리 법에 직접 참고가 될 것은 아니지만, 회사를 넘어 개인에게 책임을 묻는 것에 대한 신중한 접근은 참고할 수 있다고 생각된다. 특히 미국 특허침해소송에서 직접침해 책임을 묻는 경우 법인격 부인의 법리를 적용하면서 '베일을 뚫고' 책임을 묻는 것에 신중한 입장인 점, 영국 판례에서 1인회사의 경우 특유한 추정을 인정하면서도 원칙은 회사의 규모가 작고 이사의 통제력이 강력하더라도 곧바로 이사를 해당 회사와 동일시해서는 안 된다고 전제하는 점은 주목할 필요가 있다고 생각된다. 한편 상법 제401조는 법인격 부인론의 대체적 기능을 한다는 것으로 알려져 있고, 특히 주주가 동시에 이사인 소규모 주식회사 등에 있어 의미가 크다고 한다.[48]

Ⅳ. 회사의 지식재산권 침해와 상법상 이사의 제3자에 대한 책임

---

47) 개인이 회사와 별도로 개인으로서 실시행위를 하지 않으면 독자적인 특허권침해행위를 인정할 수 없다는 東京地方裁判所 平成26年12月18日 平成24年(ワ)第31523号 참고. 김영기, 위의 논문(주20)에서 든 사례 역시 대표이사가 다른 사업체 명의를 사용하여 수출한 점이 인정되어 대표이사로서의 지위가 아닌 개인적 지위에서 한 행위가 문제가 된 특허침해가처분 사건이었다. 서울중앙지방법원 2015. 4. 9.자 2014카합80452 결정에서 회사와 별도로 대표이사에 대한 가처분은 모두 받아들이지 않은 반면, 항고법원인 서울고등법원 2017. 8. 21.자 2015라20296 결정에서 '생산'에 관하여는 회사와 별도로 제품을 제작하였음이 소명되지 않았다고 하여 가처분을 받아들이지 않은 반면, '판매'에 관하여는 대표이사가 다른 사업체 명의를 사용하여 수출한 사실이 인정되어 개인적 지위에서 한 행위인 점은 인정되었다. 다만, '수출'이 특허법의 실시 태양에 제외되어 있고 '양도'가 수반된다고 할 수 없어 특허권 침해가 되지 않으므로 이 역시 가처분을 받아들이지 아니하였다. 한편 본안에 해당하는 대법원 2019. 10. 17 선고 2019다222782, 222799 판결의 원심인 특허법원 2019. 2. 19 선고 2018나1220, 2018나1237(병합) 판결에서 대표이사에 대해 침해 또는 간접침해를 인정한 판단을 수긍하였다. 대표이사가 일부 제품 제작의 의뢰를 하고, 납품받아 자신의 지배하의 별도 회사 등을 통해 납품하거나 싱가포르를 경유하여 납품하는 등으로 '생산'에 관여하여 대표자로서 뿐만이 아니라 개인적 지위에서도 생산에 관여하였음을 인정하였다.

48) 정찬형, 위의 책(주 14), 1095면.

1. 회사의 지식재산권 침해가 법령위반인지 여부

상법 제401조는 이사의 회사에 대한 책임을 규정한 제399조와 달리 '법령·정관에 위반한 행위'를 규정하고 있지 않다. 따라서 제401조의 임무해태에 '법령·정관에 위반한 행위'도 포함될 수 있는지 문제가 될 수 있다. 하지만 '법령·정관에 위반한 행위'도 넓게 임무해태에 속하나 제399조 제1항은 선관주의의무 위반의 정도가 현저하여 따로 규정한 것이므로 포함되는 것으로 보며, 특히 이러한 경우 고의·중과실의 근거가 될 수 있다고 본다.[49] 제401조의 임무해태에 법령·정관에 위반한 경우도 포함될 수 있는 것으로 보면, 지식재산권법이 '법령'에 포함될 수 있는지 문제가 될 수 있다. 판례는 법령에 위반한 행위를 한 때에 이른바 경영판단의 원칙이 적용될 여지가 없다는 입장에 있기 때문에 법령위반인지 여부를 구별할 실익이 있다.[50]

우리 대법원은 상법 제399조 제1항에서의 '법령'의 의미에 관하여 "이사로서 임무를 수행함에 있어서 준수하여야 할 의무를 개별적으로 규정하고 있는 상법 등의 제 규정과 회사가 영업활동을 함에 있어서 준수하여야 할 제 규정을 위반한 경우"라고 판시하였다.[51] 또 "일반적인 의미에서의 법령, 즉 법률과 그 밖의 법규명령으로서의 대통령령, 총리령, 부령 등을 의미하는 것"이므로, 회사의 내부규정 등은 포함하지 않는다고 판시하였다.[52] 상법

---

49) 이철송, 위의 책(주 5), 582면.

50) 대법원 2005. 7. 15. 선고 2004다34929 판결.

51) 대법원 2005. 7. 15. 선고 2004다34929 판결. 한편 일본 최고재판소는 상법 기타 법령 중에서도 회사가 수신인이 되어 회사가 그 직무를 행할 때 준수하여야 할 규정도 포함된다고 판시한 바 있다(最高裁判所 平成12年7月7日 平成8年(オ)第270号). 즉, "구 상법 제266조에서의 '법령'에 대해 이사를 수신인으로 하여 이사의 수임자로서의 의무를 일반적으로 정한 상법 제254조 제3항(민법 제644조), 상법 제254조의 3의 규정(합하여 '일반규정'이라고 한다) 및 이를 구체화하는 형태로 이사가 그 직무수행 때에 준수하여야 할 의무를 개별적으로 정한 규정이 본 규정에서 말하는 '법령'에 포함되는 것은 명확하지만, 이에 더하여 상법 기타 법령 중 회사를 수신인으로 하여 회사가 그 업무를 행할 때에 준수하여야 하는 모든 규정도 이에 포함되는 것으로 해석하는 것이 상당하다."고 판시하였다. 이 사건에서 문제가 된 규정은 일본 공정거래법 제19조에 규정된 불공정한 거래방법의 하나인 부당한 이익에 의한 고객유인이었는데, 사업자인 회사가 그 직무를 수행함에 있어 준수하여야 할 규정에 해당하므로 '법령'에 해당한다고 보았다.

제399조에 관한 것이기는 하나 판례의 기준에 따르면 제401조에 있어서도 지식재산권법 역시 '법령'에 형식적으로 포함될 수는 있다고 보아야 할 것이다.[53] 다만, 실질적인 의미에서 포함하는 것이 바람직한지는 의문이 있다.

일본의 학설 가운데에는 일본 특허법 제68조 '특허권의 효력' 규정[54]이 충실의무를 규정한 일본 회사법 제355조의 '법령'에 해당하고, 회사와 이사 사이의 위임계약에 유래한 것은 아니기 때문에 회사가 특허권 침해를 한 경우 그 의사결정을 한 이사에는 선관주의의무 위반 유무를 불문하고 바로 임무해태가 인정된다는 견해가 있다.[55] 한편 특허법상 침해자의 과실을 추정하는 일본 특허법 제103조 등의 규정을 지식재산권의 조사의무를 창설하는 규정으로 이해하면 '법령'에 포함될 여지는 있지만, 과실 추정 규정이 재판규범으로서의 성질이 강한 점에서 '직무를 행할 때 준수하여야 할 규정'에 해당하지 않는다는 견해도 있다.[56]

적어도 전자의 견해의 다음과 같은 점을 고려하면 지식재산권 침해 사안을 법령위반의 문제로 다루는 것은 바람직하지 않다고 생각된다. 첫째, 지식재산권법 자체가 '법령'에 해당할 수 있더라도 '특허권의 효력' 규정을 통해 권리부여형의 입법형태를 갖는 우리나라나 일본의 경우 '특허권의 효력' 규정을 근거로 삼는 것은 맞지 않는 해석으로 이해된다.[57]

---

52) 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004다41651,41668 판결.

53) 모든 법령을 포함하는 것이 판례의 입장이라고 소개하는 윤영신, "법령위반행위에 대한 이사의 손해배상책임", 「민사판례연구」 33(상), 박영사, 2011, 755면 참고.

54) 일본 특허법 제68조(특허권의 효력) 특허권자는 업으로서 특허발명의 실시를 할 권리를 전유한다. 단, 그 특허권에 대해 전용실시권을 설정한 때는 전용실시권자가 그 특허발명의 실시할 권리를 전유하는 범위에 대해서는 그러하지 아니하다. 우리 특허법 제94조 제1항에 대응하는 규정이다.

55) 飯島歩, "特許権侵害と取締役の対第三者責任", 「知財管理」 Vol.72 No.8, 2022, 976-977頁. 구체적인 의무해태의 유형을 ① 특허권 침해를 야기하는 행위(침해야기형), ② 야기된 특허권 침해에 의해 발생한 손해의 확대에 기여하는 행위(손해확대형), ③ 손해배상금의 회수를 곤란 내지 불가능하게 하는 행위(손해회수장해형)로 구별하고, 앞의 두 유형인 침해야기형과 손해확대형이 법령위반에 해당하며, 뒤의 손해회수장해형은 선관주의의무 위반으로 보는 견해이다.

56) 杉光一成·三和圭二郎. "知的財産に関する取締役の責任:知的財産法、会社法そしてコーポレートガバナンス · コードとの関係", 「NBL」 1190号, 2021, 21頁.

57) 윤선희, "특허권 취득 후 특허발명의 불실시에 관한 주요국의 특허법상 규정과 취급에

둘째, 전자의 견해는 일본 「생 김 이물질 분리제거장치에서의 생 김 공회전 방지장치」 사건 항소심[58]에서 선관주의의무 위반을 검토하지 않고 특허권 침해만으로 바로 임무해태를 인정했다는 점을 근거로 들고 있다. 그런데, 이 사건 판결문에 정리된 당사자들의 주장을 보면 선관주의의무에 관한 언급이 없어 임무해태 여부가 아니라 악의 또는 중과실 여부만이 다툼이 되었던 것으로 보인다. 따라서 판례 사안을 일반화하기는 어렵다고 생각된다.

셋째, 전자의 입장에 서면 일률적으로 경영판단의 원칙을 적용할 수 없게 되는데,[59] 적어도 우리 판례의 입장과는 맞지 않다고 생각된다. 즉, 판례는 법령에 위반한 행위는 제399조의 경우 회사와의 관계에서 채무불이행이 되는 것이어서 손해배상책임을 면할 수 없다는 의미에서 경영판단의 원칙을 적용하지 않는 것이다.[60] 하지만 제401조의 의미, 즉 제3자에 대해 지식

관한 소고", 「법조」 제68권 제6호, 2019, 233면 주 24). 미국과 같은 금지규범창설방식과 구별한다.

58) 知的財産高等裁判所 平成30年6月19日 平成30年(ネ)第10001号. 특허권자인 원고가 피고 장치 1, 2 및 위 장치들의 생산에 사용되는 물(고정 링, 판형 부재 또는 스텐 칩)이 특허권침해소송을 제기하면서 피고 대표이사가 주위적으로 공동불법행위, 예비적으로 일본 회사법 제429조 제1항의 책임이 있다고 주장한 사안이다. 제1심(東京地方裁判所 平成29年12月13日 平成27年(ワ)第23843号)은 피고 대표이사의 공동불법행위 등에 대해 피고 회사의 대표자로서의 행위를 넘어 개별 불법행위에 미치는 것을 인정하기에 족한 증거는 없다고 하고, 또 회사법 제429조 제1항의 책임을 부담하는지 여부에 관하여도 피고 대표이사가 피고 회사의 불법행위를 스스로 악의로 행한 점을 인정하기에 족한 증거는 없다고 하여 피고 대표이사의 책임을 인정하지 않았다. 한편 항소심은 "피고 대표이사는 피고 회사의 사업전반을 총괄하기 때문에 거래 실시에 있어 제3자의 특허권을 침해하지 않도록 배려하여야 할 의무를 부담하여야 한다."고 전제하고, 피고 회사의 장치가 아니라 다른 회사의 장치에 관한 통지서를 수령한 시점에는 피고 장치에 대해 전문가에 문의하는 등 조사를 하지 않고 판매를 중지하지 않은 점은 중과실을 인정할 수 없으나, 피고 장치 1 및 고정 링과 판형 부재에 대한 판매 등을 금지하는 취지의 가처분결정을 알게 된 시점에는 피고 장치가 이 사건 특허권을 침해할 우려가 높다는 것을 충분히 인식할 수 있었다고 인정되는데 피고 대표이사가 가처분결정에 따라 중립적 전문가 의견을 청취하는 등 검토를 행한 흔적이 없이 거래를 계속하고 피고 장치의 품명을 변경하는 등의 경과에 비추어 이 시점 이후 피고 회사에 의한 피고 장치 판매를 중지하는 등 조치를 취하지 않았던 피고 대표이사는 피고 회사에 의한 특허권침해에 대해 악의 또는 적어도 중과실이 있다고 보아 특허권 침해에 대한 회사법 제429조 제1항의 책임을 진다고 판단하였다.

59) 飯島步, 前揭論文(注 55), 977頁.

60) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006다33685 판결.

재산권 침해가 있더라도 이사가 제3자에게 채무불이행이 되는 것은 아니다.

2. 지식재산권의 조사의무와 임무해태

지식재산권법상 지식재산권의 조사의무에 관한 직접적인 규정은 없다. 다만 침해자의 과실을 추정하는 규정과의 관계에서 조사의무가 인정되는지 여부가 논의된다. 예를 들어 특허법 제130조는 "타인의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자는 그 침해행위에 대하여 과실이 있는 것으로 추정한다." 고 규정한다.[61]

우리 특허법 제130조가 참고한 것으로 보이는 일본 특허법 제103조는 입법경위에 비추어 특허공보를 조사할 것을 기본적인 내용으로 하는 조사의무를 인정한 것으로 이해한다.[62] 우리 판례는 '조사의무'라는 표현은 사용하지 않고 '특허권의 침해에 대한 주의의무'를 부담한다고 한다. 또 판례는 특허법 제130조의 과실 추정을 복멸하기 위해서는 특허권의 존재를 알지 못하였다는 점을 정당화할 수 있는 사정이 있다거나 자신이 실시하는 기술이 특허발명의 권리범위에 속하지 않는다고 믿은 점을 정당화할 수 있는 사정이 있다는 것을 주장·입증하여야 한다는 입장이다.[63]

그런데, 과실 추정 규정으로부터 지식재산권 조사의무를 일반적으로 끌어내고 곧바로 제401조의 임무해태에 해당한다고 할 경우에 다음과 같은 해석상의 어려움이 발생할 수 있다.

첫째, 과실 추정규정이 있다고 하여 모든 경우에 조사의무가 인정될 수 있는지 생각해 볼 필요가 있다. 특허침해품을 '생산'한 회사는 기존 특허권

---

61) 실용신안법 제31조, 디자인보호법 제65조 제1항 본문. 상표권은 상응하는 규정은 없지만 특허권 등과 달리 볼 이유가 없다는 이유로 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013다21666 판결에서 마찬가지의 추정을 인정하고 있다. 참고로, 일본 상표법 제39조는 일본 특허법 제103조를 준용하여 과실 추정 규정이 존재한다.

62) 露木美幸, "特許法103条と責任法上の注意義務 - 産業財産権法の過失の推定規定の再検討 -", 「知財研紀要」 Vol. 21, 2012, 4頁; 露木美幸, "調査と過失の現代的諸相 - 実施者に課せられた調査義務を前提とした損害回避義務 -", 「パテント」 Vol. 67 No. 1, 2014, 18頁; 杉光一成·三和圭二郎. 前掲論文(注 56), 20頁.

63) 대법원 2006. 4. 27 선고 2003다15006 판결.

을 침해하지 않도록 조사할 필요가 크다고 할 수 있지만, 그렇지 않은 경우도 있을 수 있다. 택시회사가 특허침해가 인정될 수 있는 자동차를 운행하는 경우 택시회사에 조사의무를 과하는 것은 어려울 수 있고, 소매업자가 침해품을 판매하는 경우 그 소매업자에게 조사할 것을 기대하기 어렵다는 등 학설에서 제시하는 예를 참고할 수 있다.[64]

둘째, 지식재산권법마다 '추정' 규정에 차이가 있는 점을 고려할 필요가 있다. 즉, 명시적으로 추정규정이 있거나 판례에 의해 추정을 인정하는 산업재산권법의 경우와 달리 무방식주의를 취하는 저작권법은 '등록' 저작물 침해시 과실을 추정하는 규정을 두고 있다.[65] 저작권법상의 추정 규정도 다른 산업재산권법의 규정과 유사한 취지로 이해하기는 한다.[66] 그런데, 출원하여 공시되는 것을 전제로 권리를 부여하는 산업재산권법과 그렇지 아니한 저작권법의 차이는 염두에 둘 필요가 있다. 특히 조사의무라는 관점에 있어서는 등록을 통한 공시의 내용의 차이가 있어 저작권의 경우 공보의 조사만으로는 저작물의 내용까지는 쉽게 확인하기 어렵다고 할 수 있다.[67]

셋째, 특허법 등의 과실 추정 규정은 사실상 추정을 뒤집기 어려운 것으로 이해되는 점에 대한 우려가 있다. 추정을 뒤집기 어렵다는 점에서 사실상 간주 규정에 가깝다는 설명도 있다.[68] 우리나라와 일본의 판례 모두 과실 추정의 복멸을 인정하는 경우가 거의 없는 것으로 이해되고 있다.[69]

---

64) 강명수, "상표법상 고의 추정 규정에 대한 소고", 법학연구 제18집 제4호, 인하대학교 법학연구소, 2015, 122면 참고.

65) 저작권법 제125조 제4항. 참고로, 일본 저작권법은 이러한 규정을 두고 있지 않다.

66) 박성수, 저작권법 주해(정상조 편), 박영사, 2007, 1236면.

67) 특허공보에는 서지사항, 발명의 명칭, 요약, 명세서와 같은 기술에 관한 정보가 포함되어 있는 것과 비교할 수 있다. 다만, 저작권법 제55조 제7항에 따라 열람이나 사본 발급의 신청을 할 수 있다.

68) 中山信弘(한일지재권연구회 역), 특허법, 법문사, 2001, 337면.

69) 흔치 않게 과실 추정의 복멸을 인정한 예로 일본 「관광 고시엔」 사건(大阪地方裁判所 平成29年4月10日 平成27年(ワ)第7767号)이 있다. 원고 대학(학교법인)이 '관광 플랜 콘테스트'라는 고등학생들이 지역 관광 플랜을 기획, 응모하고 프레젠테이션 등을 통해 경합하는 대회에 관련하여 제1회 대회 때부터 '관광 고시엔'이라는 상표를 등록하여 사용해왔는데, 제6회 대회 개최 전 원고가 학생모집을 중단하고 피고 학교법인에 학생 및 학과 승계를 검토 의뢰했다. 이후 피고가 제7회 대회를 피고 대학에서 개최하면서, 홈페이지상 이 사건 등록상표와 동일 내지 유사한 상표를 사용하여 고지

넷째, 추정되는 과실의 내용의 차이가 있다. 특허권 등 침해에 추정되는 과실의 내용은 구체적인 행위 그 자체에 대한 주의의무가 아니라 특허권의 존재에 대한 사실을 알지 못한 것 또는 특허권의 권리범위에 속한다는 판단을 하지 못한 것이라고 할 수 있다.[70] 그런데, 상법 제401조에서의 악의 또는 중과실의 대상은 이사의 직무집행에 대한 임무해태여서 차원을 달리 하는 것으로 구별되어야 한다는 입장도 있다.[71]

다섯째, 추정되는 과실의 종류에 관한 문제도 있다. 만약 추정되는 과실이 경과실이라고 하면, 상법 제401조와의 관계에서 다시 중과실이 있는지의 입증이 문제가 되기 때문이다. 학설로는 침해자에게 중과실이 없다는 사실을 입증해야 할 책임이 있다고 이해하는 것이 타당하다는 견해가 있다.[72]

마지막으로, 이러한 조사의무가 회사의 의무일 수 있더라도 곧바로 이사의 의무라고 할 수 있는지 생각해 볼 필요도 있다. 일본 판례 가운데에는 이사의 주의의무로 보고 그 위반이 과실에 의해 '직접' 원고에 대해 책임을 진다고 판단한 사례가 있다.[73] 또 의심스러운 사정이 있는 경우 조사

하였다. 원고는 피고에게 상표권을 매수하라고 청약하고 상표사용 중단을 요청하였고, 피고는 상표사용을 중단하고, 홈페이지에 과거 대회에 대해 '과거의 관광 플랜 콘테스트'라고 기재했다. 법원은 피고가 원고 허락없이 홈페이지에 이 사건 상표를 사용하여 상표권침해라는 점을 인정하였다. 법원은 "상표권침해에 대해 과실이 추정되는 것으로 하는 취지는 상표권의 내용에 대해서는 상표공보, 상표등록원부 등에 의해 공시되고, 누구라도 그 존재 및 내용에 대해 조사하는 것이 가능한 점 등의 사용이 고려된 것이라고 해석된다. 이 점에 비추어 보면 침해행위를 한 자에 있어 상표권자에 의한 해당 상표의 사용허락을 믿고, 그러한 믿음에 관해 정당한 이유가 있는 경우에는 과실이 없다고 인정하는 것이 상당하다."는 일반론을 제시하고, 구체적인 사실관계를 고려하여 과실을 인정하지 아니하였다.

70) 박성수, 특허법 주해Ⅱ(정상조・박성수 공편), 박영사, 2010, 306면.

71) 中村彰吾, 前揭論文(注 42), 64頁. 大阪地方裁判所 平成12年12月12日 平成8年(ワ)第1635号 사건에서 과실추정규정은 어디까지나 회사에 대한 것이고 이사의 직무집행에 대한 악의 또는 중과실은 무관계하다는 취지로 판시하였다고 주장한다. 참고로, 이 견해는 특허법 과실추정규정의 과실의 대상은 특허권침해행위라고 하는 입장이다.

72) 박성수, 특허법 주해Ⅱ(주 70), 307면.

73) 東京地方裁判所 昭和38年9月21日 昭和35年(ワ)第8888号・昭和37年(ワ)第2253号. 피고 A회사의 대표이사는 거래처 직원으로부터 문제가 된 실용신안의 고안자인 C를 소개받아 침해품인 비닐 캔 등의 제조・판매를 추천받고 제조・판매하기로 한 후 별도 피고 B회사를 설립하여 대표이사로 취임한 후 기술부분을 C에게 담당시킨 후 피고 B회사가 제품을 생산하여 A회사에 판매하고 A회사가 수요자들에게 판매하는

의무를 긍정하는 취지로 판시하면서 피고 회사는 과실이 있고, 피고 대표이사는 중과실이 있다고 판단한 사례도 있다.[74] 하지만 이사에게 일상적인 특허조사를 기대할 수 없기 때문에 부정적으로 보는 학설도 있다.[75]

3. 선관주의의무와 임무해태

법령위반이나 과실 추정 규정으로부터 조사의무를 이끌어내지 않더라도 일반적인 이사의 의무인 선관주의의무나 충실의무 등을 통해 임무해태를 파악할 수 있다.

(1) 선관주의의무·충실의무와 경영판단의 원칙

상법 제382조, 민법 제681조에 따라 이사는 회사와 위임의 관계에 있고,

사업을 시작하였는데, 피고 A회사의 대표이사는 제조·판매를 개시함에 있어 실용신안권 기타 권리 침해 여부를 특별히 조사하지 않고 C에 일임하였고, 피고 B회사 등은 원고로부터 실용신안권 침해 경고를 받고 실용신안공보도 확인하였음에도 C와 변리사에 상담하여 판매한 물품이 실용신안의 기술적 범위에 속하지 않는다는 취지의 답변을 듣고 판매를 계속하였던 사안이다. 피고 회사의 대표이사는 침해품의 제조·판매 당시 실용신안권의 존재를 알고 있었던 것은 아니지만, 제조·판매에 관여한 것으로 그 제조·판매가 실용신안권 기타 권리를 침해하는지 여부에 대해 상당한 주의를 다하였다고 하기 어렵고, 원고로부터 경고를 받은 후에는 실용신안권의 존재를 알고 고안자인 C와 변리사의 의견을 들었지만 이것만을 가지고 주의의무를 다하였다고 할 수 없는 점에서 과실에 의해 '직접' 원고에 대해 책임을 부담한다고 하였다. 이에 대하여 피고들이 피고 대표이사의 행위가 회사의 기관으로서 행위한 것이므로 일본 상법 제266조의 3 규정에 의하지 않는 한 책임이 없다는 취지로 주장하였는데, 위 규정은 이사의 행위가 직접 제3자에 대해 불법행위 등을 구성하지 않는 경우라도 이사에 있어 제3자에 대한 책임을 부담하여야 한다는 취지를 정한 것에 지나지 않고, 이 사건과 같이 대표이사의 행위가 직접 제3자에 대한 불법행위를 구성하는 경우에 관한 것이 아니고, 달리 회사의 기관으로서의 행위인 것이기 때문에 이사 개인의 불법행위책임을 부정하여야 할 근거는 찾을 수 없다고 하였다.

74) 東京地方裁判所 平成14年2月25日 平成12年(ワ)第21175号. 피고 회사는 이 사건 상품을 필리핀 소재 A사에게서 수입하였는데, A사는 필리핀 소재 B사에게, B사는 싱가폴 소재 C사에게, C사는 원고에게서 각각 상표의 사용허락을 받았다고 주장하였다. 문제가 된 서간은 C사 부사장 P가 B사에 보낸 것으로 2문에는 "현재 당사는 B사와 서브라이선시로 지명하는 내부 절차 중이다"라고 기재되어 있고, 3문에는 "B사는 1998년 12월 1일부터 원고의 상품을 제조, 판매 등 할 수 있다"고 기재되어 있었다.

75) 飯島步, 前揭論文(注 55), 977頁.

수임인으로서 위임의 본지에 따라 선관주의의무를 부담한다. 따라서 이사의 직무수행은 적법하고 규범적으로 타당하여야 할 뿐 아니라, 영리실현을 위해 합목적적이고 효율적이어야 한다.[76] 한편 상법 제382조의 3은 선관주의의무와 별도로 이사의 충실의무를 규정하고 있다. 이 규정과 선관주의의무와의 관계에 관하여 독자적인 의미를 갖는지, 영미법상의 충실의무(duty of royalty) 또는 신인 의무(fiduciary duty)를 도입한 것인지 등에 관련한 논의가 있다. 하지만 선관주의의무의 구체적 부연 설명이고 특별히 새로운 의무를 규정한 것은 아니라고 하는 것이 일반적인 입장으로 보인다.[77]

법령 위반의 경우와 달리 선관주의의무 위반 등에는 경영판단의 원칙이 적용될 수 있다. 경영판단의 원칙은 상법상 규정이 있는 것은 아니지만 판례에 의해 인정되고 있다.[78] 우리 판례는 주로 제399조의 이사의 회사에 대한 책임에 관련하여 경영판단의 원칙을 적용하고 있지만 학설에서는 제401조의 책임에 관련해서도 경영판단의 원칙이 적용될 수 있다고 설명한다.[79]

학설에서는 경영판단의 원칙에 의하더라도 타사의 지식재산권의 존부 및 침해 가능성에 대해 사전에 조사하여 판단하고 실행하는 것이 선관주의의무에 포함된다는 견해가 있다. 이 견해는 예를 들어 회사에 지식재산권을 담당하는 부서가 없고 조사를 할 수 있는 사내규칙 등도 마련되어 있지 않아 이사를 제외하면 이러한 일을 행할 것으로 기대되는 자가 없는 경우라면

---

76) 이철송, 위의 책(주 5), 755면.

77) 이철송, 위의 책(주 5), 804면.

78) 대법원 2023. 3. 30 선고 2019다280481 판결.

79) 김홍기, “회사책임의 원칙과 이사책임의 보충성”, 「비교사법」 제23권 제3호, 2016, 825-826면; 경영판단의 원칙의 적용은 가능하지만 이때의 고의·중과실과 이사의 주의의무 이행에 있어서의 고의·중과실은 반드시 일치한다고 보기 어렵다는 송종준, “경영판단 원칙과 그 수용상의 과제”, 「인권과정의」 제364호, 2006, 23면 참고. 한편 일본 판례 가운데에는 이사의 제3자에 대한 책임에 관하여 경영판단의 원칙을 적용한 사례로 大阪高等裁判所 平成26年2月27日 平成24年(ネ)第2282号가 있다. 이사들이 무모하게 외국어 회화 교실을 신규개설하고 경비를 지출한 것이 선관주의 의무 위반이라고 주장되었던 사건인데, 법원은 “신규 점포의 개설에 의한 사업의 확대라고 하는 경영계획의 기본 방침의 책정에 대해서는, 장래 예측에 걸치는 이사의 경영상의 전문적 판단에 맡겨져 있어야 하고, 그 판단의 과정, 내용에 현저하게 불합리한 점이 없는 한 이사로서의 선관주의 의무를 위반하는 것은 아니다. 따라서 결과적으로 사업 확대가 역효과가 되어 실적 악화를 초래하게 되더라도 그러한 경영 판단을 한 것이 즉시 이사로서의 선관주의 의무 위반에 해당한다고 평가할 수 없다.”고 판단하였다.

지식재산권 조사를 행하지 않고 신규사업에 나아간다는 판단은 사업 인식에 부주의한 오류 또는 결정의 과정이나 내용에 현저히 불합리할 수 있다고 지적한다.[80]

(2) 감시의무

이사의 감시의무는 다른 이사 또는 경영진의 업무집행이 법령이나 정관에 위반되지 않고 적절하게 이루어지고 있는지를 감시하고 부적절한 행위가 이루어지지 않도록 필요한 조치를 해야 하는 의무로 정의할 수 있다. 우리 상법에 명시적으로 규정된 것은 아니지만 상법 제393조 제2항의 이사회의 감독권은 이사의 감시의무를 포함하는 개념으로 이해된다.[81] 학설과 판례는 선관주의의무의 일종으로 감시의무를 인정한다.[82] 판례는 "위법하다고 의심할만한 사유가 있음에도 이를 방치한 때"라는 기준으로 이사의 감시의무를 인정하고 있다.[83] 한편 감시의무를 부담하는 이사는 이른바 신뢰의 권리(신뢰의 원칙)에 따라 다른 임직원의 담당하는 업무에 의심할만한 사정이 없는 한 적정하게 행하여진 것으로 신뢰할 수 있으므로 감시의무 위반에 따른 선관주의의무 위반을 인정하지 않을 수 있다.[84] 지식재산권 침해에 대한 적절한 감시를 해태한 경우 신뢰의 권리 등에 의해 정당화되지 않는 한 감시의무 위반도 인정될 수 있다는 견해가 있다.[85]

---

80) 杉光一成·三和圭二郎. 前揭論文(注 56), 22頁. 특허법상 과실 추정 규정에서 사업자의 조사의무가 인정되는 점, 타사의 지식재산권에 의해 자사의 사업이 정지될 가능성이 있는 점은 상식에 속하는 점 및 충분한 조사를 행하지 않고 기업매수를 행한 경우 선관주의의무위반을 인정하는 판례가 있는 점을 근거로 한다.

81) 임재연, 회사법Ⅱ(개정8판), 박영사, 2022, 487면. 그러나 이사회의 감독권은 이사의 감시권이나 감시의무와는 구별되어야 한다는 이철송, 위의 책(주 5), 756면 참고.

82) 김병연, "한국 상법상 이사의 의무와 책임추궁", 「상사법연구」 제28권 제1호, 2009, 103면; 박창규·박승배, "이사의 감시의무와 내부통제시스템에 대한 고찰", 「법조」 제71권 제6호, 2022, 155면. 그런데, 우리 판례에서 "대표이사가 모든 직원의 직무집행을 감시할 의무"라고 하는 것은 대표이사의 본래의 업무집행에 있어서의 주의의무에 불과하여 굳이 감시의무로 구분할 이유는 없다는 지적으로 송옥렬, "이사의 감시의무와 내부통제시스템 구축의무", 「기업법연구」 제36권 제1호, 2022, 12면 참고.

83) 대법원 1985. 6. 25. 선고 84다카1954 판결.

84) 다만, 신뢰의 권리는 이사를 면책하기 위한 법리여서 우리나라 판례에서는 그다지 다루어지지 않는다고 지적하는 송옥렬, 위의 논문(주 82), 22면 참고.

(3) 선관주의의무 및 감시의무위반의 내용

비교적 최근의 일본 「이산화탄소 함유 점성 조성물」 사건[86]은 하급심이지만 지식재산권 침해에 관련한 이사의 선관주의의무의 내용과 판단기준 등을 자세히 판시한 바 있어 참고가 될 수 있으므로 자세히 살펴본다.

1) 일반론

이 사건 법원은 “회사의 이사는 그 선관주의의무의 내용으로 회사가 제3자의 특허권침해가 되는 행위에 미치는 것을 주도하였음에도 불구하고, 또는 다른 이사의 업무집행을 감시하여 회사가 그러한 행위에 미치지 않도록 주의하여야 할 의무를 부담한다고 할 수 있다.”고 판시하였다. 그 이유는 “법인의 대표자 등이 법인의 업무로 제3자의 특허권을 침해하는 행위를 행한 경우 제3자의 배타적 권리를 침해하는 불법행위를 행한 것으로 법인은 제3자에 대해 손해배상채무를 부담하는 동시에 해당 행위자가 벌을 받는 외 법인 자신도 형벌의 대상이 된다.”는 것이다.

또 “특허권자와 피의침해자와의 사이에서 특허권 침해의 성부나 특허의 유무효에 대해 엄격하게 의견이 대립하고, 쌍방이 일정한 논거를 가지고 자신의 견해를 주장하는 경우에는 특허청 또는 법원의 절차를 거쳐 침해 성부 또는 특허의 유효성에 대해 공권적 판단이 확정되기까지 일정 시간이 요하는 경우가 있다. 이 경우 특허권자가 피의침해자에 특허권침해를 통고하

---

85) 飯島步, 前揭論文(注 55), 977頁.

86) 大阪地方裁判所 令和3年9月28日 令和元年(ワ)第5444号. 이 사건은 원고가 별건의 소송으로 소외 A, B 회사를 포함하여 다수의 회사들에 대해 특허권침해소송을 제기하였고, 그 사건에서 소외 A, B 회사를 포함한 일부 회사들의 손해배상책임이 인정되고 확정되었는데, A. B 회사의 도산으로 두 회사의 대표이사, 이사인 피고들에 대해 이 사건 특허권 침해에 대해 주위적으로 피고 1 내지 4에 대해 일본 회사법 제429조 제1항에 기한 손해배상을 구하고, 예비적으로 대표이사였던 피고 1 내지 3에 대해 일본 민법 제709조에 기한 손해배상을 구한 사안이다. 피고들의 지위를 조금 더 자세히 살펴보면, 피고 1은 원래 원고 대표이사로 근무하였고 문제가 된 두 개 특허권 중 하나의 발명자 중 1명이었는데, 특허출원 후 퇴사하고 그 특허의 이용발명에 해당하는 별건의 특허를 취득하였다. 앞서 별건의 소송에서 소외 A 회사의 특허권 침해가 인정되자 피고 1은 파산신청을 하였다. 피고 3은 소외 B 회사를 설립하여 피고제품의 판매사업을 하였는데, 원고에게 특허권 침해의 경고를 받고 피고 1과 상담하였으나 특허권 침해가 아니라는 전문가 의견을 받았다는 피고 1의 말을 듣고 판매를 계속하였다. 피고 2는 소외 A 회사, 피고 4는 소외 B 회사에 각각 이사로 근무하였다.

였더라도 피의침해자의 입장에서 어떠한 경우라도 그 하나의 일을 가지고 당연히 실시행위를 정지하여야 한다고 할 수는 없고, 반대로 피의침해자 측에 비침해 또는 특허무효를 주장하는 일정한 논거가 있더라도 실시행위를 계속하는 것이 당연히 허용되는 것도 아니다. 자사의 행위가 제3자의 특허권침해가 될 가능성이 있는 점을 지적받은 이사로서는 침해 성부 또는 권리의 유효성에 대해 자사의 논거 및 상대방의 논거를 진중하게 검토하여, 침해 성부 또는 권리의 유효성에 대해서는 공권적 판단이 확정되기까지 어느 쪽도 결정되지 않는 경우가 있는 점, 그 판단이 자사에 유리하게 확정된다고는 할 수 없는 점, 정상적인 경제활동을 이유없이 중지하여야 하는 것은 아니지만 제3자의 권리를 침해하여 손해배상채무를 부담하는 사태는 가급적 회피하여야 하고 만약 침해가 되는 경우라도 부담하는 손해배상채무는 가급적 제어하여야 하는 점 등을 종합적으로 고려하고, 해당 사안에서 가장 적절한 경영판단을 하여야 하게 되고, 그것이 이사로서의 선관주의의무의 내용이 된다고 생각할 수 있다."고 판시하였다.

그리고 이사가 취할 수 있는 구체적인 방법으로는 "① 비침해 또는 무효 판단을 얻을 수 있는 개연성을 고려하여, 실시행위를 정지하거나 제품의 구조 구성 등을 변경, ② 상대방과의 사이에 비침해 또는 무효에 대해 자사의 주장을 반영한 요율을 정해, 사용료를 지불하고 실시행위를 계속, ③ 잠정적 합의에 의해 실시행위를 정지하고, 비침해 또는 무효 판단이 확정되면 그 사이의 보상을 얻을 수 있도록 하거나, ④ 실시행위를 계속하고, 손해배상 상당액을 이익보다 유보하는 등으로 침해이고 유효의 판단이 확정된 경우에 바로 보상을 하여, 자사가 손해배상채무를 실질적으로는 부담하지 않도록 하는 등" 여러 가지 방법을 생각할 수 있으므로 개별 사안에 따라 이사가 행한 경영판단이 적절한지를 검토하여야 한다고 판시하였다.

2) 구체적 판단

피고 1에 대해서는 특허권 침해에 해당하지 않다거나 이 사건 특허가 무효라는 점에 충분한 근거가 없음에도 특허제도에 대한 이해의 부족으로 침해가 되지 않는다고 오해하여 피고 제품의 제조·판매를 계속하고 거래처에도 마찬가지로 설명하였는데, 특허권 침해 여부가 공권적 판단에 의해

결정되기 전 신중한 경영판단을 하여야 하며 위 4가지 방법을 취해 회사에 손해배상의무를 부담하게 하는 것을 가급적 회피하는 것이 가능함에도 불구하고 어떠한 방법도 취하지 않고 판매를 계속하였다고 판단하였다. 또 별건 판결에서 회사의 특허권 침해가 인정된 후 배상 상당액을 유보하는 등 손해를 지연하지 않고 전보할 수 있었음에도 임의로 배상하지 않고 회사를 채무초과상태로 한 채 파산절차개시를 신청한 사정도 인정하였다. 따라서 피고 1은 이 사건 각 특허등록을 알면서 특단의 방법을 취하지 않고 피고 제품의 제조·판매를 계속함으로써 이사로서의 선관주의의무를 위반하였고, 그 전제가 되는 사정을 인식하면서 회사의 업무로 행하였으므로 악의에 의한 것이라고 결론 내렸다.

피고 3은 피고 1의 설명을 듣고 피고 제품의 판매를 계속하기로 하는 결정을 내린 것인데, 피고 1의 판단근거가 충분한 논거가 없고 피고 1의 특허제도에 대한 이해 부족에 기인한 점에 더해 특허권 침해 등의 공권적 판단이 자기에게 유리하게도 불리하게도 확정될 가능성이 있다는 것을 전제로 그 어떤 경우라도 제3자의 권리를 침해하여 손해를 발생하게 하는 것을 가급적 회피하고 자사의 이익을 꾀하는 경영판단을 하여야 할 주의의무가 있는데 4가지 방법 중 아무런 조치도 취하지 않고 피고제품을 계속 판매하여 이사로서 선관주의의무를 위반하여 적어도 중과실이 인정된다고 하였다.

피고 2에 대해서도 원고와 회사 사이에 명확한 분쟁이 발생하여 이에 대해 파악하는 것이 용이하고, 피고 1에 대해 회사에 불리한 공권적 판단이 확정될 가능성도 고려하여 적절한 경영판단을 행하는지 확인하고 그 판단에 불충분한 점이 있으면 재고를 요구하는 것이 가능하다고 전제하고 감시·감독을 다하지 못한 점에 중과실을 인정하였다. 피고 4에 대해서도 "회사법상 이사로 선임된 이상 개별 능력, 지식, 보수 등의 유무에 관계없이 이사로서 일반적으로 요구되는 선관주의 의무를 다하여 대표이사의 업무집행의 감독을 해야 할 것이다."고 전제하고 피고 4가 분쟁발생을 파악하는 것이 용이하고, 피고 3에 확인하여 특허권 침해가 성립하지 않는 점에 충분한 논거가 없고 특허권 침해가 확정된 경우의 대응도 상정하지 않은 채 계속 판매하여 감시·감독을 게을리 한 의무 위반이 있고 과실의 정도가 중대하다

고 인정하였다.

3) 학설의 평가

「이산화탄소 함유 점성 조성물」 사건에 비판적인 견해로는 이사가 취할 수 있는 4가지 조치의 예시가 이사가 침해 성립의 개연성을 판단하는 것이 가능함을 당연한 전제로 임무해태를 인정함으로써 사실상 고의・중과실 판단을 제거한다는 지적이 있다. 전문가도 어려운 특허침해 개연성 판단을 이사 일반에 구하고, 가장 적절한 대응을 선택하게 하는 것은 현실적이지 않아 예견가능성을 도외시하고 결과회피의무를 부담하게 하여 결과책임을 묻는 것에 지나지 않다는 것이다. 또 특허권침해와 같은 불법행위에 대한 이사의 임무는 위법상태의 회피, 해소와 손해회복에 미치는 것이어서 광범위한 재량을 전제로 하는 경영판단에 친하지 않다고 지적한다.[87]

반면 구체적인 대응 기준을 명시하여 예측가능성의 관점에서 바람직하다는 평가와 경영판단의 원칙 하에서 전문가의 중립적 의견을 청취하고(경영판단에 이르는 과정), 그 결과 특허권 침해의 가능성이 있다면 가장 적절한 경영판단(경영판단의 내용) 등 대응한 경우라면 후에 특허권 침해가 인정되더라도 이사 개인의 책임을 부정하여야 한다는 입장도 있다.[88]

4. 고의 또는 중대한 과실

고의가 인정될 수 있는 대표적인 경우는 이사가 발명에 관여하여 내용을 잘 알 수 있는 경우일 것이다. 우리나라 사례로 다른 임원의 특허를 받을 권리를 침해한 불법행위를 구성한다고 하여 피고 회사에 대해서는 상법 제389조 제3항, 제210조에 의하여, 피고 대표이사는 상법 제401조에 의하여 연대하여 손해배상책임을 인정한 사례가 있다. 피고 회사의 피고 대표이사와

---

87) 飯島步, 前揭論文(注 55), 978, 980頁.

88) 三和圭二郎・杉光一成, “特許權侵害事例における取締役個人の特許權者に對する損害賠償責任”, 「パテント」 Vol.76 No.5, 2023, 64-65頁. 다만, 특허권침해의 가능성의 많고 적음에 불구하고 구체적 대응을 요구하는 점, 특허권 침해의 구체적 가능성에 대해 미지의 시점에 가장 적절한 경영판단을 행하지 않으면 개인의 손해배상책임을 부담하게 한다는 구체적 기준의 내용은 문제가 있다고 한다.

원고인 이사(생산본부장 겸 부사장)가 공동으로 이 사건 발명을 고안하였음에도 피고 대표이사가 원고를 의도적으로 배제하고 자신의 단독발명으로 피고 회사 명의로 특허를 출원하여 등록을 마친 경우였다.[89] 또 일본 「유량제어밸브」 사건[90]은 문제가 된 특허의 발명자로서 내용을 숙지하고, 피고 회사들의 사업을 행함에 주체적으로 활동한 자는 침해행위를 인식하였으므로 일본 회사법 제429조 제1항의 책임을 인정한 바 있다.

고의나 중과실이 인정될 수 있는 대표적인 예는 권리자로부터 침해의 경고 등을 받고 아무런 조치를 취하지 않은 경우를 들 수 있다. 우리나라 하급심 사례에서 피고 회사 대표이사가 취임 당시 이미 상표권 침해의 경고장을 받았고, 사용허락을 받고 사용한 유사 상표에 대한 등록무효심판이 진행 중이었으며, 대표이사 취임 이후 원고의 가처분 신청 및 원고의 협의 제안 등의 사정을 고려하여 피고 대표이사가 회사가 원고의 상표권을 침해하였음을 알았거나 알 수 있었음에도 고의 또는 중대한 과실로 그 침해행위를 저지하여야 할 임무를 게을리 하여 제401조의 책임을 인정한 사례도 있다.[91] 또 일본 사례로 노래방을 경영하는 자로 A회사의 대표이사 겸 B회사의 이사인 피고가 원고에게서 관리 음악저작물에 대한 이용허락계약 체결을 거듭 독촉받고 구체적 절차를 요구하였으나 피고가 사용료 산정 등에 불만을 제기하며 아무런 절차를 취하지 않고 방치하여 그 이후 시점에는 피고

---

89) 대법원 2008. 12. 24. 선고 2007다37370 판결. 원심인 서울고등법원 2007. 4. 25. 선고 2006나65233 판결에서는 피고 A와 원고 사이의 원고가 피고 회사의 기술개발업무를 담당하되 원고가 개발한 기술은 이를 피고 회사에만 제공하기로 한 약정에 따라 공동발명자인 원고와 사이의 계약 등을 통하여 이 사건 발명에 대한 특허를 받을 권리를 적법하게 취득하여야 함에도, 그 임무에 위배하여 악의로 원고를 배제한 채 이 사건 발명에 관한 특허출원을 하여 특허등록을 마침으로써 원고에게 손해를 입힌 점이 인정되었고, 원고가 당시 피고 회사의 이사였으므로 '제3자'에 해당하는지 여부에 관하여 '임무해태로 인한 책임을 지는 당해 이사와 회사를 제외한 자들'이어야 하므로 제3자에 해당한다고 판단하였다.

90) 東京地方裁判所 平成26年12月18日 平成24年(ワ)第31523号. 피고회사 1은 대표이사 피고A가 발명한 특허권을 등록받았는데 이후 특허권은 소외 X 회사를 거쳐 원고에 이전등록되었다. X를 퇴직한 후 피고A가 주요주주인 피고회사 2의 대표이사로 취임한 피고B의 책임도 문제가 되었는데, 피고B는 특허권침해행위의 인식을 결하였더라도 피고A의 뜻을 받들어 만연히 행동하여 피고회사 2의 특허권침해행위를 초래하여 적어도 중과실이 있다고 판단하였다.

91) 서울중앙지방법원 2017. 10. 20. 선고 2015가합562616 판결.

회사들이 저작권을 침해하여 손해배상책임을 부담하지 않도록 조치할 이사의 임무를 악의 또는 중과실에 의해 해태하였다고 인정한 예도 있다.[92]

한편 일본 「스크럽 비누의 제조 방법」 사건[93]에서는 경고장을 수령한 후 OEM 제조 회사로부터 문의하여 제조방법이 달라 특허권 침해에 해당하지 않는다는 설명을 들은 경우 구체적인 제조방법을 문의할 의무까지 있었다고 할 수 없다는 등의 이유로 대표이사의 중과실을 인정할 수 없다고 판단하였다.

그런데, 이사 등의 관여사실이 분명하지 않은 경우에는 이사의 고의 또는 중과실을 인정하기 어렵다. 예를 들어 일본 「복층 타이어」 사건[94]에서는 피고 회사가 원고의 특허권 침해가 인정된 타이어 등의 제조, 판매를 행한 점은 인정되나 피고 대표이사가 그 행위에 어느 정도 관여하였는지 명확한 증거가 없고, 피고 대표이사의 고의·과실을 전제로 하는 사실을 인정할 수 없다고 하였다. 한편 원고는 피고 회사 이사들에 대해 회사의 위법한 영업행위에 대해 미연에 방지하고, 위법행위를 할 때는 이것을 바로 중지하여야 할 주의의무가 있어 이를 해태한 중대한 과실이 있다고 주장하였지만 중과실을 인정할 증거가 없다고 하여 책임을 부정하였다.

Ⅴ. 내부통제에 관련한 의무위반

1. 문제의 소재

앞서 살펴본 것과 같이 회사의 지식재산권 침해에 관련하여 이사에게 상법 제401조의 책임을 묻는 경우 임무해태는 선관주의의무・충실의무나

92) 大阪高等裁判所 平成12年12月22日 平成12年(ネ)第2042号. 한편 피고는 노래방을 경영하는 회사가 저작권을 침해하여 손해배상책임을 부담하지 않도록 조치하는 것은 이사의 임무이므로 회사 경영의 존속·유지를 위해 저작권사용료 지불을 유보하고 다른 회사채무의 지불을 우선시한 것은 회사에 대한 임무해태가 아니라는 주장에 대해 회사에 불법행위를 행하는 것이 이사의 정상적인 업무 수행이라는 것을 전제로 한 주장이므로 받아들일 수 없다고 판단하였다.

93) 東京地方裁判所 令和元年10月30日 平成28年(ワ)第10759号.

94) 大阪地方裁判所 平成12年12月12日 平成8年(ワ)第1635号.

감시의무에 근거할 수 있다. 여기에 더하여 특히 최근에 강조되고 있는 기업의 내부통제 관점에서 임무해태가 인정될 수 있는지를 검토하고자 한다. 이 점을 별도로 살펴보는 이유는 먼저 현대사회에서 고도로 전문화되고 분업화된 대규모 회사의 경우 일반적인 선관주의의무·충실의무 또는 감시의무 위반을 근거로 하면 임무해태나 고의·중과실을 인정하기 어려울 수 있다는 점을 들 수 있다. 또 지식재산권 침해의 경고를 받는 등 외부로부터 침해 가능성을 인식하게 되기 이전 단계, 즉 거래가 실시되기 이전에도 침해 여부를 조사하는 등 내부통제시스템을 구축할 의무 등을 인정할 수 있다면 그 임무해태나 고의·중과실을 검토하는 것은 보다 예측가능하고 객관적 기준이 될 수 있다고 생각되기 때문이다.

우리 판례는 이사의 감시의무와 관련하여 내부통제시스템에 관한 의무를 논의하고 있다. 기업이 내부통제를 통해 경영위험을 체계적으로 관리함으로써 회사의 성공적 업무수행의 가능성이 획기적으로 향상될 수 있다는 점이 강조되고 있다. 즉, 내부통제에 관련한 의무는 이사의 의무로서 경영진에 부과되는 것이다.[95] 실질적으로는 판례가 감시의무의 기준으로 삼는 의심할만한 사유라는 기준이 고도로 전문화되고 분업화된 대규모 회사의 경우에는 적용되기 어렵다는 인식에서 감시의무를 내부통제시스템과의 관계에서 논의하게 된 것으로 이해된다.[96] 그런데, 감시의무의 경우에는 개념상 고의나 중과실을 인정하기 어려우므로 제3자에 대한 손해배상책임을 지는 경우는 매우 드물 것이라는 견해가 있다.[97] 그 취지를 추측해보면 감시의무가 항시 발생할 수는 없다거나 적극적인 작위의무에 해당하는 것은 아니라고 이해할 수 있다.[98] 일반적인 감시의무가 아니라 내부통제에 관련한 의무

95) 박세화, “이사의 선관의무와 내부통제에 관한 회사법적 고찰”, 「법학연구」 제28권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2018, 49면.

96) 한국법학원, 기업 컴플라이언스와 이사의 감시의무에 대한 연구, 2022, 73면.

97) 임재연, 위의 책(주 81), 491면.

98) “이사가 회사의 업무에 대해 아무런 경영판단을 하지 아니한 경우 경영판단의 원칙을 적용할 수 없다. 감시의무위반과 같은 단순한 부작위에 대해 이사의 책임을 추궁할 때 경영판단의 원칙이 적용되지 아니한다. 다만, 충분한 정보를 수집한 후 이사가 경영자로서 판단에 입각하여 어떤 행동을 하지 않기로 결정한 경우에는 단순한 부작위가 아니므로 경영판단의 원칙이 적용된다.”고 설명하는 김효정, “상법상 이사의

위반을 문제삼는 경우 이사의 직접적인 감시를 기대할 수 없는 경우에도 임원의 책임을 추급할 수 있게 된다.[99]

2. 내부통제시스템에 관련한 판례 법리

우리 판례의 입장은 한편으로는 미국의 Caremark 법리의 수용으로,[100] 다른 한편으로는 일본의 「다이와은행」 사건[101] 이래 판례를 통해 형성된 법리를 참고한 것으로 이해되고 있다.

회사에 대한 책임과 민사소송상 주장·증명책임", 「선진상사법률연구」 제90호, 2020, 115면 참고.

99) 野村修也, "取締役の監督義務と内部統制体制", 「会社法判例百選(江頭憲治郎ほか編)」, 有斐閣, 2006, 125頁.

100) 박창규·박승배, 위의 논문(주 82), 173면; 서완석, "내부통제시스템의 본질과 내부통제의무 위반에 대한 법적 책임", 「상사법연구」 제31권 제2호, 2012, 315면. Caremark 법리는 In re Caremark Int'l Inc. Derivative Litig., 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996) 사건에서 이사들이 회사에 정보·보고시스템을 갖출 의무(a duty to attempt in good faith to assure that a corporate information and reporting system)를 갖추지 못한 경우 감시의무 위반에 해당하고, 이러한 의무를 다하지 못한 것은 이사의 책임을 부담하게 하는 성실성(good faith) 부족이 성립한다는 것에 유래한다. 그런데, Caremark 주장의 입증은 매우 어려운 것으로 여겨졌는데 비교적 최근 델라웨어주 법원에서 감시의무 위반을 인정한 사례들이 등장하여 주목을 모으고 있다(송옥렬, 위의 논문(주 82), 26-33면 참고).

101) 大阪地方裁判所 平成7年(ワ)第11994号·平成8年(ワ)第4676号·平成9年(ワ)第1939号·平成10年(ワ)第8677号·平成10年(ワ)第9278号. 일반론 판시 부분만을 소개하면 "건전한 회사 경영을 행하기 위해서는 목적으로 하는 사업의 종류, 성질 등에 따라 발생하는 각종 리스크, 예를 들면 신용리스크, 시장리스크, 유동성리스크, 사무리스크, 시스템리스크 등 상황을 정확하게 파악하고, 적절하게 제어하는 것, 즉 리스크 관리를 결하지 않고, 회사가 운영하는 사업의 규모, 성질 등에 따라 리스크관리체제(이른바 '내부통제시스템')을 정비할 것을 요한다. 그리고 중요한 업무집행에 대해서는 이사회가 결정하는 것을 요하기 때문에, 회사 경영의 근간에 관련한 리스크관리체제의 대강에 대해서는 이사회에서 결정할 것을 요하고, 업무집행을 담당하는 대표이사 및 업무담당이사는 대강에 따라 담당하는 부분에서 리스크관리체제를 구체적으로 결정하여야 할 직무를 부담한다. 이러한 의미에서 이사는 이사회의 구성원으로서, 또 대표이사 또는 업무담당이사로서, 리스크관리체제를 구축하여야 할 의무를 부담하고, 대표이사 및 업무담당이사가 리스크관리체제를 구축하여야 할 의무를 이행하는지 여부를 감시할 의무를 부담하며, 이것 또한 이사로서의 선관주의의무 및 충실의무의 내용이 된다고 하여야 한다."고 판시하였다. 참고로 일본은 2005년 회사법 개정을 통해 일정한 종류의 회사에 내부통제시스템 관련 규정을 두고 있다.

우리 대법원에서 이사의 감시의무와 내부통제시스템의 구축에 관하여 최초로 논의된 사례는 대법원 2008. 9. 11 선고 2006다68636 판결이고, 최근 다수의 대법원 판례들도 이 판결을 기초로 하여 의미가 크다.

이 사건에서 대법원은 ① 상법 제401조에서 규정하고 있는 이사의 제3자에 대한 손해배상책임 규정에 관하여, 이사의 선관주의의무에 기초하여 대표이사가 모든 직원의 직무집행을 감시할 의무 또는 이사회의 구성원으로서 다른 이사회 구성원의 업무집행을 감시할 권한과 책임이 있고, ② 감시의무의 구체적 내용은 일률적으로 정해진 것은 아니지만 "고도로 분업화되고 전문화된 대규모의 회사에서 공동대표이사 및 업무담당이사들이 내부적인 사무분장에 따라 각자의 전문 분야를 전담하여 처리하는 것이 불가피한 경우라 할지라도 그러한 사정만으로 다른 이사들의 업무집행에 관한 감시의무를 면할 수는 없고, 그러한 경우 무엇보다 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 배려할 의무가 이사회를 구성하는 개개의 이사들에게 주어진다"고 하였다.

이어서 ③ "그러한 노력을 전혀 하지 아니하거나 위와 같은 시스템이 구축되었다 하더라도 이를 이용한 회사 운영의 감시·감독을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행 등 이사들의 주의를 요하는 위험이나 문제점을 알지 못한 경우라면, 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행을 구체적으로 알지 못하였다는 이유만으로 책임을 면할 수는 없고, 위와 같은 지속적이거나 조직적인 감시 소홀의 결과로 발생한 다른 이사나 직원의 위법한 업무집행으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다."고 판시하였다.

3. 지식재산권에 관한 내부통제

그렇다면 우리 판례의 법리를 고려할 때 내부통제시스템에 관련한 의무로서 경영진이 지식재산권에 관한 어떤 의무를 부담하는지 여부를 살펴볼 필요가 있다.

내부통제(internal control)라는 개념은 미국 1992년 COSO 보고서에서

유래한 것으로 알려져 있다. COSO 보고서에서는 ① 운영의 유효성과 효율성, ② 재무보고의 신뢰성, 그리고 ③ 관련 법규의 준수 등에 관한 세 가지 목표 달성을 합리적으로 보장해줄 수 있도록 고안되어, 당해 기업의 이사회, 경영진 및 기타의 구성원들이 이를 수행하는 절차로 정의된다. 또 내부통제의 구성요소는 ① 통제환경, ② 리스크평가, ③ 통제활동, ④ 정보와 의사전달 및 ⑤ 감시활동의 5가지를 든다.[102]

즉, 내부통제라는 개념 자체는 조직의 위험에 대한 통제에 관련한 모든 것이 포함될 수 있는 광범위한 개념이다. 따라서 내부통제의 어떤 측면에 중점을 두고 바라보는지에 따라 정의나 내용은 물론이고 규제하고자 하는 바도 달라질 수 있다.

예를 들어 미국에서 2002년 발효된 SOX법(Sarbanes-Oxley Act)은 회계부정으로 인한 회계제도의 개혁의 필요성에서 탄생한 것으로 재무보고와 감사활동 등을 규제한다. 주로 회계에 관한 내부통제를 목적으로 하므로, 지식재산권이 그다지 관계될 수 없다고 생각할 수 있다. 하지만 우리 판례에서 설시한 것과 같이 "내부통제시스템은 비단 회계의 부정을 방지하기 위한 회계관리제도에 국한되는 것이 아니라, 회사가 사업운영상 준수해야 하는 제반 법규를 체계적으로 파악하여 그 준수 여부를 관리하고, 위반사실을 발견한 경우 즉시 신고 또는 보고하여 시정조치를 강구할 수 있는 형태로 구현되어야 한다."고 보아야 한다.[103] 미국의 SOX법 하에서도 지식재산권은 기업의 무형자산으로서 자사의 잠재적인 것을 포함한 지식재산권을 특정하여 목록화 하고, 적절하게 가치평가하며, 보호와 통제한다는 점에서 관련성을 찾는 견해도 있다.[104]

최근 일본에서는 2021년 코퍼레이트 거버넌스 코드 개정에 따라 무형

---

102) Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, Internal control, integrated framework: Executive summary, 1992, pp.1-3.

103) 대법원 2021. 11. 11 선고 2017다222368 판결.

104) Matthew D. Goodstein, *Sarbanes-Oxley: A Dark Cloud Over Intellectual Property and Business*, 6 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 272, 280-282 (2007); Kenneth J. Hautman, *Intellectual Property and the Sarbanes-Oxley Act: Steps for Implementing IP Best Practices*, 106 Intellectual Property Counselor Article II (2005).

자산으로서 지식재산에 대한 대처를 요구하였고,[105] 이를 구체화한 지재·무형자산 투자·활용전략 개시 및 거버넌스에 관한 가이드라인에서 자사의 지식재산권의 보호만큼이나 타사의 지식재산권의 존중・권리침해의 회피의 필요성을 강조하였다.[106]

보다 직접적으로는 내부통제의 일환 또는 내부통제와 밀접하게 관련되어 있는 지식재산권 감사(IP Audit)를 시행함에 있어서 제3자의 지식재산권을 침해하지 않는지 여부를 검토되어야 할 리스크의 하나로 삼을 수 있을 것이다.[107] 또 사후적・독립적으로 시행되는 내부감사의 측면에서만이 아니라 제3자의 지식재산권을 침해하지 않도록 침해 여부를 조사할 것을 사내규칙 등에 두는 체제정비를 생각할 수 있다.[108] 기업이 내부통제시스템의 일환으로 침해 리스크 대응을 위한 조사나 감정 등 실무 프로세스를 확립함으로써 침해행위를 적정하게 제지하여 사업경영의 위축을 방지한다는 측면에서 필요한 것으로 이해할 수 있다.[109] 지식재산권 분야 담당이사를 두거나 담당 부서를 설치하고, 해당 부서에서 출원업무 뿐 아니라 조사업무까지 담당하도록 하며, 신규사업시 다른 회사의 지식재산권을 조사하도록 하는

---

105) 株式会社東京証券取引所, コーポレートガバナンス・コード, 2021, 12, 16 (보충원칙 3-1③, 4-2②). 코퍼레이트 거버넌스 코드는 상장회사가 준수하여야 할 기업통치에 관한 행동규범으로 일본 금융청과 도쿄증권거래소가 책정한 것이다. 상장회사는 정보개시를 충실하게 할 의무에 관한 보충원칙으로 “자사의 서스테이너빌리티에 대한 대책을 적절하게 개시하여야 한다. 또 인적자본이나 지적재산에의 투자 등에 대해서도 자사의 경영전략·경영과제와의 정합성을 의식하면서 알기 쉽게 구체적으로 정보를 개시·제공하여야 한다.”고 하고, 이사의 적절한 리스크 테이크를 유지하는 환경 정비를 행할 역할·책무에 관한 보충원칙으로, “이사회는 중장기적 기업가치 향상의 관점에서 자사의 서스테이너빌리티를 둘러싼 대처에 대해 기본적인 방침을 책정하여야 한다. 또 인적자본·지적재산에의 투자 등의 중요성에 비추어 이것들을 비롯한 경영 자원의 배분과 사업 포트폴리오에 관한 전략의 실행이 기업의 지속적인 성장에 기여하도록 효과적으로 감독을 실시해야 한다.”고 규정하게 되었다.

106) 知財投資·活用戦略の有効な開示及びガバナンスに関する検討会, 知財·無形資産の投資·活用戦略の開示及びガバナンスに関するガイドライン Ver 2.0, 2023, 39頁.

107) WIPO, Uncovering IP Risks and Potential: IP Audit <https://www.wipo.int/sme/en/ip-audit.html>.

108) 杉光一成, “コーポレートガバナンス・コードと知的財産”, 「IPジャーナル」 18号, 2021, 26頁.

109) 飯島歩, 前掲論文(注 55), 980頁.

사내규칙을 운용하며, 외부 전문가의 의견을 청취하고 결정에 이르는 프로세스를 수립하는 등을 생각할 수 있을 것이다.[110] 내부통제시스템이 합리적으로 구축되고 정상적으로 운영되었다고 주장하는 입장에서는 단순히 제도를 두거나 직위를 만들어두는 것만이 아니라 제도의 내용이나 직위에 부여된 임무가 무엇인지, 그러한 제도가 실질적으로 운영되고 있고 임무가 정상적으로 수행되었는지까지 입증할 필요가 있음을 주의할 필요가 있다.[111]

최근 일본 사례 중 저작권침해소송에서 '지식재산권 보호체제의 구축', '지식재산권 침해를 방지하기 위한 사내 체제'를 갖추었으므로 일본 회사법 제429조 제1항의 악의 또는 중과실이 인정되지 않는다는 피고의 주장을 검토한 사례가 있다.[112] 법원은 디자인 기획・제작 등을 업으로 하는 회사의 대표이사로서는 디자인 제작 등에 따라 저작권, 초상권 기타 지적재산권을 침해하지 않도록 하는 조치를 충분히 집행하는 것은 이사의 기본적 임무에 해당하며, 대표이사는 직무상 사진을 웹페이지에 게재할 수 있는지 여부를 확인하여야 할 주의의무가 있고, 원고에게 용이하게 확인할 수 있음에도 이를 해태하여 사진의 디지털 데이터에 복제방지조치를 하지 않은 채 만연하게 7년 동안 웹페이지에 게재하였고, 디지털 데이터에 원고 이름이 붙어있지 않은 채 상당히 복제되어 피고 대표이사에게 적어도 중과실이 있음이 명확하고 저작권의 중요성을 간과한 것으로 책임이 중대하고, 지식재산권 침해를 방지하기 위한 사내 체제가 불충분하다는 비난을 면할 수 없다고 판단하였다.

---

110) 杉光一成·三和圭二郎. 前揭論文(注 56), 22頁.

111) 대법원 2022. 7. 28 선고 2019다202146 판결. 또한 판례는 단순히 '임직원의 직무수행에 관한 추상적이고 포괄적 지침 또는 사전 교육에 불과'한 경우에는 내부통제시스템을 갖추지 못한 것으로 본다(대법원 2022. 5. 12 선고 2021다279347 판결).

112) 東京地方裁判所 令和5年5月18日 令和3年(ワ)第20472号. 사진사인 원고가 사진저작권을 갖는 사진을 디자인 기획・제작 등을 업으로 하는 피고 회사가 판매촉진용 소책자 작성을 하면서 원고에게 총액 460만 엔의 허락료를 지급하고 문제가 된 사진들을 게재하는 것을 허가받았는데, 허락 기간 경과 후 피고 회사가 업무 실적을 알리기 위해 웹페이지상 소개하면서 웹페이지 좌측에는 짧은 해설문을, 우측의 보다 넓은 면적에는 원고 사진을 게재하고 상단의 작은 이미지에 커서를 맞추면 그 사진이 웹페이지 우측에 표시되도록 한 사안이다. 원고는 피고 회사의 행위가 공중송신권을 침해하는 것으로 피고 회사 및 대표이사에 대해 손해배상의 지급을 구하였다.

위 사건에서 디자인 기획·제작 등을 업으로 하는 회사의 지식재산권 침해를 방지하기 위한 사내 체제를 갖출 필요성을 인정하고 있는데, 이는 높은 법적 위험이 예상되는 경우 내부통제시스템을 구축하고 작동하게 하기 위한 노력 또는 시스템을 통한 감시·감독할 의무를 부담한다는 우리 판례의 입장과 마찬가지로 이해된다.[113] 위 사건은 저작권에 관한 사례지만, 기술이나 특허 의존도가 높은 분야의 회사에도 적용될 수 있을 것이다.

Ⅵ. 결 론

상법 제401조의 이사의 제3자에 대한 책임을 지식재산권 침해소송에서 묻는 경우를 소재로 하여 검토하였다. 법인·회사 제도의 원칙으로 돌아가면 이사 개인은 회사의 지식재산권 침해 행위에 책임을 부담하지 않아야 할 것이다. 하지만 피해자 보호의 관점에서는 손해보전의 방법으로 개인에게 책임을 추급할 필요가 있는 경우도 분명히 상정할 수 있다. 불법행위와 구별하여 상법 제401조에 근거하여 책임을 묻는 경우의 요건을 구체화할 필요가 있다. 특히 임무해태의 요건과 관련하여 지식재산권 침해를 법령 위반으로 이해하거나, 특허법 등의 과실 추정 규정에서 조사의무를 이끌어내는 것보다는 일반적인 선관주의의무·충실의무 또는 감시의무를 근거로 하는 것이 타당하다고 생각된다. 또 우리나라와 일본 사례에서 고의·중과실 쟁점이 다루어진 사례들도 소개하였다.

더 나아가 최근 주목받고 있는 내부통제와 관련한 이사의 의무와 관련지어 임무해태 여부나 고의·중과실을 검토하는 방안을 검토하였다. 우리나라는 일본과 같이 법에서 내부통제시스템 구축의 기본방침을 이사 또는 이사회가 정하게 하는 등의 관련 규정은 없지만 판례에서 감시의무의 일환으

113) 대법원 2021. 11. 11 선고 2017다222368 판결; 대법원 2022. 5. 12 선고 2021다279347 판결. 입찰담합이 충분히 예상되는 산업상 특성이나 종래 담합으로 공정거래위원회 조사, 형사사건 등에 연관된 경험이 있다면 관련한 내부통제시스템을 구축·운영할 의무가 있다는 것이다.

로 내부통제에 관한 이사의 의무가 인정되고, 최근 다수의 대법원 판례를 통해 많은 주목을 받고 있기도 하다. 그런데 내부통제에 관한 관심에도 불구하고 지식재산권 분야에서 그다지 다루어지고 있지는 않은데, 지식재산권 분야에서 구축・운용되어야 할 내부통제시스템의 내용은 일부 소개한 논의를 참고하여 발전시켜나갈 필요가 있다.

회사의 지식재산권 침해에 대해 이사가 부담하는 손해배상책임 연구 - 최 기 성	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2024.02.29.	2024.03.08.	2024.03.26.

[참고문헌]

이철송, 회사법강의(제30판), 박영사, 2022.
임재연, 회사법Ⅱ(개정8판), 박영사, 2022.
정찬형, 상법강의(상)(제25판), 박영사, 2022.
조영선, 특허법 3.1(제8판), 박영사, 2023.
주석 민법(총칙 1)(제5판)(편집대표 김용덕), 한국사법행정학회, 2019.
주석 상법(회사 3)(제6판)(편집대표 권순일), 한국사법행정학회, 2021.
지적재산소송실무(제4판)(특허법원 지적재산소송 실무연구회 편), 박영사, 2019.
저작권법 주해(정상조 편), 박영사, 2007.
특허법 주해Ⅱ(정상조・박성수 공편), 박영사, 2010.
한국법학원, 기업 컴플라이언스와 이사의 감시의무에 대한 연구, 2022
中山信弘(한일지재권연구회 역), 특허법, 법문사, 2001.

강명수, “상표법상 고의 추정 규정에 대한 소고”, 법학연구 제18집 제4호, 인하대학교 법학연구소, 2015.
김병연, “한국 상법상 이사의 의무와 책임추궁”, 「상사법연구」 제28권 제1호, 2009.
김영기, “복수주체의 특허침해와 손해배상책임”, 「사법」 제55호, 2021.
김홍기, “회사책임의 원칙과 이사책임의 보충성”, 「비교사법」 제23권 제3호, 2016.
김효정, “상법상 이사의 회사에 대한 책임과 민사소송상 주장·증명책임”, 「선진상사법률연구」 제90호, 2020.
박창규·박승배, “이사의 감시의무와 내부통제시스템에 대한 고찰”, 「법조」 제71권 제6호, 2022.
서완석, “내부통제시스템의 본질과 내부통제의무 위반에 대한 법적 책임”, 「상사법연구」 제31권 제2호, 2012.
손영화, “이사의 제3자에 대한 책임”, 「경제법연구」 제16권 제2호, 2017.
송옥렬, “이사의 감시의무와 내부통제시스템 구축의무”, 「기업법연구」 제36권 제1호, 2022.
송종준, “경영판단 원칙과 그 수용상의 과제”, 「인권과정의」 제364호, 2006.
양만식, “이사의 제3자에 대한 책임의 고찰”, 「기업법연구」 제31권 제1호, 2017.
윤선희, “특허권 취득 후 특허발명의 불실시에 관한 주요국의 특허법상 규정과 취급에 관한 소고”, 「법조」 제68권 제6호, 2019.
윤영신, “법령위반행위에 대한 이사의 손해배상책임”, 「민사판례연구」 33(상), 박영사, 2011.
이은영, “공동불법행위에 있어서 가해자들의 관련 공동성과 특정”, 「법학연구」 제46집, 전북대학교 법학연구소, 2015.
정영환, “민사소송에 있어서의 법인격부인론”, 「민사소송」 제4권 제1호, 한국민사소송법학회, 2001.
조영선, “복수주체에 의한 특허침해의 법률문제”, 「법조」 제57권 제10호, 2008.

野上誠一, 取締役の責任, 第一法規, 2022.

中村彰吾, “知的財産權侵害訴訟における商法266條の3の役割”, 「パテント」 Vol.56 No.2, 2003.
野村修也,“取締役の監督義務と內部統制体制”, 「會社法判例百選(江頭憲治郎ほか編)」, 有斐閣, 2006.
露木美幸,“特許法103條と責任法上の注意義務 – 産業財産權法の過失の推定規定の再檢討 –”, 「知財硏紀要」 Vol. 21, 2012.
露木美幸,“調査と過失の現代的諸相 – 實施者に課せられた調査義務を前提とした損害回避義務 –”, 「パテント」 Vol. 67 No. 1, 2014.
杉光一成·三和圭二郎. “知的財産に關する取締役の責任:知的財産法、會社法そしてコーポレートガバナンス · コードとの關係”, 「NBL」 1190号, 2021.
杉光一成,“コーポレートガバナンス · コードと知的財産”, 「IPジャーナル」 18号, 2021.
飯島步,“特許權侵害と取締役の對第三者責任”, 「知財管理」 Vol.72 No.8, 2022.
三和圭二郎・杉光一成,“特許權侵害事例における取締役個人の特許權者に對する損害賠償責任”, 「パテント」 Vol.76 No.5, 2023.

Coolley, Ronald B., *Personal Liability of Corporate Officers and Directors for Infringement of Intellectual Property,* 68 J. Pat. & Trademark Off. Soc′y 228 (1986).
Fry, Ashley M., *Corporate-Participant Liability for Direct Patent Infringement: A Look to Copyright Law's Vicarious Liability Analysis,* 2012 Colum. Bus. L. Rev. 284, 304 (2012).
Goodstein, Matthew D., *Sarbanes-Oxley: A Dark Cloud Over Intellectual Property and Business,* 6 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 272 (2007).
Hautman, Kenneth J., *Intellectual Property and the Sarbanes-Oxley Act: Steps for Implementing IP Best Practices,* 106 Intellectual Property Counselor Article II (2005).
Oswald, Lynda J., *The Divergence of Corporate Officer Liability Doctrine Under Patent and Copyright Law,* 52 Am. Bus. L.J. 557 (2015).

Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, Internal control, integrated framework: Executive summary, 1992.

【국문초록】

회사의 지식재산권 침해에 대해 개인에게 손해배상책임을 추급함에 있어 상법 제401조의 이사의 제3자에 대한 책임 규정을 근거로 하는 경우를 소재로 하여 회사의 지식재산권 침해에 이사가 책임을 부담하는 요건을 검토한다. 이 쟁점은 회사 제도의 본질과 피해자의 보호라는 관점에서 기업을 경영하는 개인에게 책임을 지우기 위한 측면만이 아니라 반대로 개인이 책임을 지지 않도록 필요한 조치가 무엇인지 예측가능성을 확보할 수 있다는 의미를 갖는다.

지식재산권 침해가 주로 불법행위법에 관련하여 검토되고 있는 점에 비교하면 상법 제401조를 근거로 할 때에 불법행위의 요건과의 차이를 비교할 필요가 있다. 제401조의 고유의 요건으로 특히 지식재산권 침해에 있어 '임무해태'가 무엇을 의미하는지가 중요한 쟁점으로 법령위반에 해당하는지 여부, 지식재산권법상 과실추정규정에서 조사의무를 이끌어낼 수 있는지 여부 및 선관주의의무 등 일반적인 이사의 의무로부터 구체적인 임무해태 검토하였다. 우리나라와 일본 사례에서 고의・중과실이 다투어진 사례들도 소개하였다. 또 최근 주목받고 있는 기업의 내부통제 관점에서 임무해태나 고의, 중과실을 인정할 수 있는지 여부를 살펴보았다. 내부통제에 대한 관심은 높지만 지식재산권 분야에서의 논의는 많지 않은데, 그 내용을 구체화할 필요가 있다고 생각되고 이 점은 상법 제401조의 책임을 논의함에 있어서도 필요하다.

【Abstract】

A study on the directors personal liability for damages of IP rights infringement pursuant to the article 401 of the Commercial Act

CHOI, Gi-sung
Attorney at law, Ph.D.

This paper analyses the requirements of Article 401 of the Commercial Act when an IP right holder files a suit for IP infringement damages against director of corporation pursuant to the article. This point needs to be carefully considered in light of the nature of the corporation system. Establishing the basis and requirements of this issue is important not only in the sense of liability on the director but also predictability of the conditions for exemption from liability.

The requirements for Article 401 to be established are directors neglect of duty and by intentional gross negligence. It is distinguished general IP infringement theories usually based on torts. Especially the issue of 'neglect of directors duty' is more appropriate to breach of general duty of care, duty of royalty or duty to monitor rather than violation of statute or the duty of investigation from provisions for presumption of negligence. Furthermore, the duty relation to the internal control can be more suitable as the duty of Article 401 in certain circumstances. Despite the increasing interest in internal control, it is not discussed much in the field of IP rights. It is expected that developing

the content of the internal control system in the field of IP rights will help clarify the liability of directors for Article 401.

주제어(Keyword) : 상법 제401조(Article 401 of the Commercial Act), 이사의 제3자에 대한 책임(directors liability to third parties), 지식재산권 침해(IP infringement), 임무해태(neglect of directors duty), 선관주의의무(duty of care), 내부통제시스템(internal control)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제112호 2024년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2024.112.237

역학을 통해 바라본 산업재해와 업무상 질병 문제*

- 항공승무원의 우주방사선 노출 사례를 중심으로 -

김 슬 아** · 이 다 은*** · 장 은 지**** · 장 시 원*****

▶목 차◀

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 업무상 질병의 인과관계
1. 업무상 질병 관련 법률
2. 판례에 나타난 현행 인과관계 법리
3. 역학을 통한 현행 인과관계 법리 검토
Ⅲ. 항공승무원의 우주방사선 노출과 업무상 질병 인정
1. 항공승무원의 우주방사선 노출 문제
2. 항공승무원의 우주방사선 노출 관련 현행 제도
3. 제도 개선 방안
Ⅳ. 맺으며

Ⅰ. 들어가며

(가) 오늘날 눈부시게 발전한 산업의 이면에는 반드시 산업재해가 있다. 모든 업무는 해당 업무를 수행하는 근로자에게 크고 작은 위험을 야기한다.

---

* 이 글은 2023. 11. 서울대학교 대학원 법역학 수업 및 법가치론특수연구 수업의 공동연구 발표문을 수정・보완한 것이다. 이 글의 초고에 대하여 귀한 조언을 해주신 서울대학교 보건대학원 황승식 교수님과 법학전문대학원 공두현 교수님께 깊은 감사를 드린다.

** 공동주저자. 수원지방검찰청 안산지청 검사.
*** 공동주저자. 서울대학교 보건대학원 보건학과 박사과정(간호사).
**** 공동주저자. 대한산업보건협회 서울지역본부 산업보건의(예방의학과전문의).
***** 교신저자. 법무법인(유한) 정률 변호사.

근로자는 건강한 삶을 영위하기 위해 일하지만, 업무로 인하여 부상・질병・장애를 갖게 되거나 심지어 사망에 이를 수도 있다. 이와 같은 '산업재해의 역설'은 결과의 측면에서 근로자 개인의 커다란 비극일뿐더러 그가 속한 사업장과 사회 공동체에도 큰 손실을 야기한다. 원인의 측면에서도 근로자 개인이나 개별 사업장을 넘어 경제 전반의 구조와 동향, 관련 법규의 실효성 등 사회적 요인과 접점이 있기 마련이다. 이에 산업재해를 사회문제로 인식하면서, 업무의 위험을 사회 전체가 분담하고 감소시키려는 노력이 이어져 왔다.

한국은 근로기준법이 1953. 5. 10. 제정되면서 산업재해의 예방과 보상에 관한 규율이 법제화되었으나[1] 여러 한계를 노출하였다.[2] 이에 산업재해보상보험법이 1963. 11. 5. 제정되어 재해보상에 관한 사회보험 제도가 도입되었고, 산업안전보건법이 1981. 12. 31. 제정됨으로써 안전보건 관련 규제가 보다 체계적으로 마련되었다. 최근에는 기업의 안전관리 시스템 미비로 인한 산업재해 등을 예방하기 위한 '중대재해 처벌 등에 관한 법률'(이하 '중대재해처벌법'이라 한다)이 2021. 1. 26. 제정되기도 하였다.

이처럼 한국의 산업재해 예방・보상 제도는 체계적으로 완비된 것처럼 보인다. 그러나 산업재해 발생은 오히려 증가하는 추세에 있다.[3] 근로자가 실제로 산업재해의 보상을 신청하고 보험급여를 수령하는 것도 쉽지 않고,[4]

---

1) 이 법은 근로시간을 제한하고 휴식을 보장하면서 유해・위험작업 등을 규제하였고(제4장, 제5장), 안전조치, 안전위생교육 등을 규정하였다(제6장 '안전과 보건'). 재해보상에 관하여 사용자의 무과실책임을 규정하였고(제8장 '재해보상'), 근로감독관 제도와 처벌 조항도 두었다(제11장, 제12장).

2) 근로기준법은 안전보건 관련 조항이 많지 않았고, 근로조건의 최저기준 마련만으로는 재해 예방에 충분하지 않았다. 하청 등 특수고용관계의 재해예방 책임이 불명확하기도 하였다(송강직, "산업안전보건법의 집행체계에 관한 국제비교 -일본, 영국을 중심으로-", 안전보건공단 산업안전보건연구원, 2016, 5-6면).

3) 최근 5년간 산업재해자 수는 2018년 102,305명, 2019년 109,242명, 2020년 108,379명, 2021년 122,713명, 2022년 130,348명에 이르렀고, 2022년 기준 사고재해자가 107,214명, 질병재해자가 23,134명, 사고 사망자가 874명, 질병 사망자가 1,349명이었다[안전보건공단, "연도별 산업재해분석(2017~2022)", 안전보건공단 웹사이트, https://www.kosha.or.kr/kosha/data/industrialAccidentStatus.do?mode=view&articleNo=447413, 2024. 3. 28. 최종확인].

4) 산업재해 발생 시 고용노동부의 감독 강화나 개별실적요율제도에 대한 우려 등으로 인하여 노사 간의 사적 해결, 이른바 공상처리(公傷處理) 및 국민건강보험에 의존하는

특히 장기간 여러 유해요인에 노출되어 발생하는 질병은 업무와의 인과관계 증명이 어렵다. 결국 근로자는 산업재해의 신속한 보상이라는 제도 취지가 무색하게도 지난한 송사에 휘말리며 이중고를 겪기도 한다. 최근 도입된 중대재해처벌법은 사업주 등의 안전 및 보건확보의무 위반과 산업재해 간의 인과관계 증명이라는 새로운 쟁점을 낳고 있다.

(나) 업무상 질병 중에서도 항공승무원[5]의 우주방사선 노출 문제는 한동안 주목받지 못하였다. 일부 인공방사선 노출을 규제하는 법으로 원자력법(현 원자력안전법), 원자력 손해배상법과 의료법이 있었을 뿐 자연방사선의 일종인 우주방사선은 규제 대상이 아니었다. 그러나 극항로를 비행하는 항공승무원 등이 많은 양의 우주방사선에 피폭될 수 있다는 점이 알려지면서[6] '생활주변방사선 안전관리법'(이하 '생활주변방사선법'이라 한다)이 2011. 7. 25. 제정되었다.[7] 항공승무원의 우주방사선 노출을 이유로 한 산업재해보상보험법상 보험급여 신청이 2018. 6. 최초로 접수되었다. 이후 항공승무원들의 사례 발견과 보험급여 신청이 이어지면서 뒤늦게 우주방사선 관련 규정들이 강화되고 있으나,[8][9] 향후 더 많은 사례가 발견됨에 따라 인

등 산업재해가 은폐되는 비율이 약 66%에 달한다(김정우, "노동조합은 산업재해 발생과 은폐에 어떤 영향을 미치는가?", 「산업노동연구」 제27권 제1호, 2021, 105면; 123면). 또한 업무상 질병의 산업재해 처리에 2023년 8월 기준 평균 209.2일이 소요되거나(이재혁, "업무상 질병재해, 추정의 원칙 도입했지만 처리 기간 209일로 늘어", 메디컬투데이, 2023. 10. 22.자 보도), 역학조사 기간이 규정상 180일을 넘어 수년 이상 소요되는 문제가 지적되고 있다(반올림, "역학조사만 5~6년? '산재보험 기다리다 환자 죽는 상황'", 오마이뉴스, 2023. 3. 9.자 보도).

5) 항공승무원(비행승무원, flight crew 또는 aircrew)은 운항승무원(cockpit crew)과 객실승무원(cabin crew)을 모두 포함하는 개념이다. 항공안전법은 운항승무원을 조종사, 항공사, 항공기관사의 자격증명을 받고 항공기에 탑승하여 항공업무에 종사하는 사람으로, 객실승무원을 항공기에 탑승하여 비상시 승객을 탈출시키는 등 승객의 안전을 위한 업무를 수행하는 사람으로 정의한다(항공안전법 제2조 제16호, 제17호).

6) 우주에서 다양한 방사선이 날아와서 대부분 지구의 양극으로 퍼진다[한국원자력안전재단, "항공승무원이 알아야 할 우주방사선 이야기", 2016, 12-14면].

7) 한국원자력안전재단(주 6), 10면.

8) 조문희, "우주방사선 피폭으로 첫 산재인정 승무원, 질병판정서 보니", 경향신문, 2021. 5. 23.자 보도.

9) 조승한, "[이지 사이언스] 항공승무원 방사선 관리 강화한다는데…우주방사선이 뭐길래", 연합뉴스, 2023. 6. 10.자 보도.

과관계 증명의 문제가 대두될 가능성이 크다.

이러한 업무상 질병의 인과관계 증명과 관련해서 최근 역학이 주목받고 있다. 질병, 특히 잠복기가 긴 질병과 유해요인 노출 간의 인과관계를 추정할 때 역학과 법학의 접점이 생긴다.[10] 코로나바이러스감염증-19 대유행 속에서 역학조사 등에 대한 국민적 관심이 높아졌으나, 법조계에서는 역학적 연구결과가 개별적 사건의 법적 인과관계에 대하여 어떠한 증명력을 갖는지에 대한 논란이 지속되었다.[11] 산업안전보건법, 산업재해보상보험법에서도 역학이 활용되고 있지만,[12] 역학이 업무상 질병의 판정 및 예방에 관한 행정 및 사법 절차 전반에서 본래의 의미에 충실하게 작동하고 있는지는 의문이다.

(다) 이에 본 연구에서는 여러 유형의 산업재해 중 항공승무원의 방사선 노출 사례를 중심으로, 업무상 질병의 인정에 요구되는 인과관계 판단의 문제를 고찰해 보고 역학의 올바른 활용 방안을 모색하고자 한다. 나아가 해석론과 입법론의 각 측면에서 대안을 제시함으로써, 모든 근로자가 마주하게 되는 '산업재해의 역설'을 조금이나마 타파하는 데에 기여하고자 한다.

Ⅱ. 업무상 질병의 인과관계

1. 업무상 질병 관련 법률

(1) 산업재해보상보험법에 따른 업무상 질병

산업재해보상보험법(이하 '산재보험법'이라 한다)은 산업재해보상보험 사업을 시행하여 근로자의 업무상의 재해를 신속하고 공정하게 보상하며,

---

10) 이연갑, "역학연구결과에 의한 인과관계의 증명", 「법조」 제61권 제7호, 2012, 112-113면.

11) 신승아 · 정상원, "역학적 인과관계와 담배 소송의 인과관계 법리 - 비특이성 질환 이론의 문제점과 인과확률 판단의 필요성을 중심으로 -", 「저스티스」 통권 제193호, 2022, 38면.

12) 근로자의 질환과 작업장의 유해요인의 상관관계에 관한 역학조사(산업안전보건법 제141조 제1항), 업무상 질병의 인정 여부 판단을 위한 역학조사(산업재해보상보험법 제10조, 같은 법 시행규칙 제21조 제2항 제6호 등) 등이 있다. 이때 역학조사는 주로 산업안전보건공단의 산업안전보건연구원이 실시하고 역학조사평가위원회가 심의한다.

재해근로자의 재활 및 사회 복귀를 촉진하기 위하여 이에 필요한 보험시설을 설치·운영하고, 재해 예방과 그 밖에 근로자의 복지 증진을 위한 사업을 시행하여 근로자 보호에 이바지하는 것을 목적으로 한다(산재보험법 제1조). 고용노동부장관의 위탁을 받아 이러한 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 근로복지공단을 설립한다(같은 법 제10조).

산재보험법에서 업무상의 재해란 업무상의 사유에 따른 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망을 말한다(같은 법 제5조 제1호). 근로자가 업무상 사고, 업무상 질병, 출퇴근 재해 중 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장해가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 보고, 그중 업무상 질병은 '가. 업무수행 과정에서 물리적 인자(因子), 화학물질, 분진, 병원체, 신체에 부담을 주는 업무 등 근로자의 건강에 장해를 일으킬 수 있는 요인을 취급하거나 그에 노출되어 발생한 질병, 나. 업무상 부상이 원인이 되어 발생한 질병, 다. 근로기준법 제76조의2에 따른 직장 내 괴롭힘, 고객의 폭언 등으로 인한 업무상 정신적 스트레스가 원인이 되어 발생한 질병, 라. 그 밖에 업무와 관련하여 발생한 질병'을 말한다(같은 법 제37조 제1항 본문 제2호). 다만, 업무와 재해 사이에 상당인과관계(相當因果關係)가 없는 경우에는 업무상의 재해로 보지 아니한다(같은 법 제37조 제1항 단서). 업무상의 재해의 구체적인 인정 기준은 대통령령으로 정한다(같은 법 제37조 제5항).

이에 산재보험법 시행령은 근로자가 근로기준법 시행령 제44조 제1항 및 별표 5의 업무상 질병의 범위[13]에 속하는 질병에 걸린 경우[14] '1. 근로자가 업무수행 과정에서 유해·위험요인을 취급하거나 유해·위험요인에 노출된 경력이 있을 것, 2. 유해·위험요인을 취급하거나 유해·위험요인에 노출되는 업무시간, 그 업무에 종사한 기간 및 업무 환경 등에 비추어 볼 때 근로자의 질병을 유발할 수 있다고 인정될 것, 3. 근로자가 유해·위험요인에 노출되거나 유해·위험요인을 취급한 것이 원인이 되어 그 질병이 발생

13) 업무상 부상으로 인한 질병, 물리적 요인으로 인한 질병, 화학적 요인으로 인한 질병, 생물학적 요인으로 인한 질병, 직업성 암 등으로 크게 구분하되, 그 밖에 업무로 인한 것이 명확한 질병도 업무상 질병의 범위에 포함되도록 하고 있다.

14) 임신 중인 근로자가 유산·사산 또는 조산한 경우를 포함한다.

하였다고 의학적으로 인정될 것'의 요건 모두에 해당하면 산재보험법에 따른 업무상 질병으로 보고 있다(같은 법 시행령 제34조 제1항). 업무상 질병의 구체적인 인정 기준은 위 시행령 별표 3에 예시적으로 규정되어 있다(같은 법 시행령 제34조 제3항).[15] 근로복지공단은 근로자의 업무상 질병 또는 업무상 질병에 따른 사망의 인정 여부를 판정할 때 그 근로자의 성별, 연령, 건강 정도 및 체질 등을 고려하여야 한다(같은 법 시행령 제34조 제4항).

산재보험법은 업무상 질병의 인정 여부를 심의하기 위하여 근로복지공단 소속 기관에 업무상질병판정위원회를 두도록 한다(같은 법 제38조 제1항). 업무상질병판정위원회는 위원장 1명을 포함하여 180명 이내의 위원[16]으로 구성하고, 위원장을 제외한 위원은 비상임으로 한다(산재보험법 시행규칙 제6조 제1항).

(2) 산업안전보건법에 따른 산업재해와 사업주 등의 의무

산업안전보건법의 산업재해란 노무를 제공하는 사람이 업무에 관계되는 건설물・설비・원재료・가스・증기・분진 등에 의하거나 작업 또는 그 밖의 업무로 인하여 사망 또는 부상하거나 질병에 걸리는 것을 뜻하므로(같은 법 제2조 제1호), 정의상으로는 산재보험법 제5조 제1호 소정의 '업무상의 재해'와 그 의미가 동일한 것으로 보인다.[17] 다만 산재보험법은 그 목적을 재해의 신속하고 공정한 보상에 두고 있는 것에 비하여, 산업안전보건법은 ① 산업안전 및 보건에 관한 기준을 확립하고 ② 그 책임의 소재를 명확하게 하는 것에 목적을 두고 있다(같은 법 제1조). 즉 산업안전보건법은 산업 안전 및 보건에 관한 기준을 지키지 아니한 사업주 등에게 책임을 물어 형사처벌하

15) 위 시행령 별표 3의 제1호(뇌혈관 질병 또는 심장 질병)부터 제12호(물리적 요인에 의한 질병)에 규정된 발병요건을 충족하지 못하였거나, 제1호부터 제12호까지에 규정된 질병이 아니더라도, 근로자의 질병과 업무와의 상당인과관계가 인정되는 경우에는 해당 질병을 업무상 질병으로 본다(제13호).

16) 변호사, 공인노무사, 조교수, 의사, 치과의사, 한의사, 산업재해보상보험 관련 업무에 5년 이상 종사한 사람, 산업위생관리 또는 인간공학 분야 기사 이상의 자격을 취득하고 관련 업무에 5년 이상 종사한 사람 중에서 근로복지공단 이사장이 위촉하거나 임명한다(산재보험법 시행규칙 제6조 제2항).

17) 정진우, 산업안전보건법, 개정증보 5판, 중앙경제, 2022, 41면.

고 있으므로, 근로자가 산재보험법에 따라 보상을 받을 수 있는 상황이라고 해도 반드시 그 사업주가 산업안전보건법에 따라 처벌되는 것은 아니다.

보다 구체적으로, 산업안전보건법은 제39조에서 '건강장해'를 방사선, 유해광선, 고온 등에 의한 건강장해 등으로 정의하면서, 이를 예방하기 위하여 필요한 조치(이하 '보건조치'라고 한다)를 할 것을 사업주 등에게 요구하고 있고, 그 구체적인 사항은 고용노동부령으로 정하도록 하고 있다(같은 법 제39조 제1항, 제2항). 이때 사업주가 취하여야 할 보건조치는 객관적으로 효과를 기대할 수 있는 구체적인 조치여야 한다. 가령 사업주가 단순히 근로자에게 주의를 주는 것만으로는 보건조치를 다한 것으로 평가될 수 없다.[18]

이러한 산업안전보건법 제39조 제1항의 조치를 다하지 아니하여 근로자가 질병을 얻게 되어 사망하게 되었을 경우, 사업주는 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금형에 처해질 수 있다(같은 법 제167조 제1항). 한편 근로자가 사망하지 아니한 경우라고 하더라도, 제39조 제1항의 보건조치를 소홀히 한 경우는 그 자체로 형사처벌 대상에 해당한다(같은 법 제168조 제1호).

그 밖에 사업주 등은 주의의무 위반을 이유로 형법상의 업무상과실치사상죄로도 처벌될 수 있을 것이다. 이때 업무상과실치사죄와 산업안전보건법위반죄 사이의 관계는 형법 제40조의 상상적 경합 관계에 해당한다.[19] 다만 후술할 바와 같이, 근로자의 사망으로 인하여 산업안전보건법이나 형법상의 업무상과실치사상죄로 처벌될 경우는 사업주, 도급인의 의무 위반과 근로자의 상해, 사망 사이에 인과관계가 존재함이 증명되어야 할 것이다.

(3) 중대재해처벌법에 따른 중대산업재해와 사업주와 경영책임자 등의 의무

1) 중대재해처벌법상 중대산업재해의 의미

중대재해처벌법이 제정됨에 따라, 사업장 등에서 중대재해(중대산업재해, 중대시민재해)가 발생하였을 때 사업주뿐만 아니라 경영책임자 등을 처

18) 정진우(주 17), 205면.
19) 정진우(주 17), 641면.

벌할 수 있게 되었다. 이 때 중대산업재해란 산업안전보건법 제2조 제1호에 따른 산업재해로서 “가. 사망자가 1명 이상 발생, 나. 동일한 사고로 6개월 이상 치료가 필요한 부상자가 2명 발생, 다. 동일한 유해요인으로 급성중독 등 대통령령으로 정하는 직업성 질병자가 1년 이내에 3명 이상 발생” 중 어느 하나의 결과를 야기한 재해를 말한다(같은 법 제2조 제2호).

이에 관하여 같은 법 시행령은, 염화비닐, 납, 수은, 크롬 등의 독성물질에 노출되었을 경우의 급성중독, 전리방사선에 노출된 경우의 급성방사선증 및 무혈성 빈혈 등의 24개의 질병을 중대산업재해에 해당하는 직업성 질병으로 한정적으로 열거하고 있다(같은 법 시행령 제2조 별표 1). 그 외의 직업성 질병이 중대재해처벌법상 중대산업재해를 구성할 수 있는지 여부에 대해서는 후술하기로 한다.

2) 중대재해처벌법상 경영책임자 등의 형사책임

중대재해처벌법은 사업주(자신의 사업을 영위하는 자, 타인의 노무를 제공받아 사업을 하는 자)와 경영책임자 등(사업을 대표하고 사업을 총괄하는 권한과 책임이 있는 사람 또는 이에 준하여 안전보건에 관한 업무를 담당하는 사람, 이하 사업주와 경영책임자 등을 통틀어 ‘경영책임자 등’이라 한다)에게 책임을 묻는 법률이다(중대재해처벌법 제2조 제8호, 제9호 가목). 경영책임자 등은 안전 및 보건확보의무(이하 ‘안전보건확보의무’라고 한다)를 지는데, 안전보건관리체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치, 재해 발생 시 재해방지 대책의 수립 및 그 이행에 관한 조치 등을 취해야 한다(같은 법 제4조 제1항). 구체적인 의무의 내용은 같은 법 시행령에서 규정하고 있다(같은 법 시행령 제4조 및 제5조 제2항 참조).

만약 경영책임자 등이 이러한 안전보건확보의무를 소홀히 하여 중대산업재해가 발생한다면, 사망의 결과가 발생한 경우 1년 이상의 징역 또는 10억 원 이하의 벌금, 사고 또는 질병의 결과가 발생한 경우 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금형으로 처벌받게 된다(같은 법 제6조). 이는 결과적 가중범이므로, 사망 등의 중한 결과와 경영책임자 등의 안전보건확보의무 사이의 인과관계가 인정되어야 한다. 산업안전보건법의 경우와는 달리, 경영책임자

등이 안전보건확보의무를 소홀히 한 것 자체를 처벌하는 규정은 없다.

이 인과관계에 대해서는, 경영책임자 등이 '안전보건확보의무를 이행하였다면 중대재해가 발생하지 않았을 것'이라면 인과관계가 인정된다는 견해와, 가정적 인과관계는 부적절하다는 견해가 대립한다.[20] 인정하는 견해는 ① 산업안전보건법위반이 매개된 경우에는 중대산업재해의 발생과 산업안전보건법상 보건조치의무 위반 사이의 인과관계는 물론, 산업안전보건법상 보건조치의무 위반과 중대재해처벌법상의 경영책임자 증의 안전보건확보의무 사이의 인과관계가 인정되어야 하고, ② 다만 산업안전보건법이 매개되지 아니한 경우는 예외적으로 중대산업재해와 안전보건확보의무 위반 사이의 직접적인 인과관계가 인정되어야 한다고 한다.[21]

최근 직업성 질병의 발병에 대해 경영책임자 등을 중대재해처벌법위반으로 처벌한 최초의 판결이 선고되었는데, 산업안전보건법을 매개하여 인과관계가 인정되었다.[22] 이는 에어컨 부품 탈지작업을 하던 근로자들이 세척제에 포함된 트리클로로메탄에 노출되어 독성 간염에 걸린 사건이다. 법원은 ① 경영책임자가 사업장 특성을 반영한 위험성 평가 절차를 마련하는 등 안전보건확보 의무를 다하였다면 국소배기장치 설치 미비 등의 산업안전보건법상의 보건조치의무 위반이 발생하지 않았을 것이고, ② 이러한 보건조치의무 위반으로 인해 유해물질이 공기 중으로 발산되고 근로자들이 이에 노출되어 독성 간염에 걸렸다는 취지로, 경영책임자의 중대재해처벌법위반과 중대산업재해 발생 사이의 인과관계가 인정된다고 판단하였다.

한편 중대재해처벌법은 산업안전보건법과는 달리 손해배상 규정을 두고 있는데, 일반적인 손해배상 규정과 달리 사업주 또는 경영책임자의 고의 또는 중대한 과실을 그 요건으로 하고 있다(같은 법 제15조).

---

20) 이승준, "중대재해처벌법위반죄에서의 경영책임자의 책임과 인과관계 - 의정부지법 고양지원 2023. 4. 6. 선고 2022고단3254 판결의 평석-", 「형사법의 신동향」 통권 제179호, 2023, 139면.

21) 김성룡, "「중대재해 처벌 등에 관한 법률」의 적용을 둘러싼 형사법적 쟁점 검토", 「법학논고」 통권 제77호, 2022, 173-174면.

22) 창원지방법원 2023. 11. 3. 선고, 2022고단1429 판결.

2. 판례에 나타난 현행 인과관계 법리

(1) 상당인과관계 법리

산재보험법 제37조는 업무상 재해를 정의하면서, 명문으로 업무와 재해 사이에 '상당인과관계'가 필요하다고 정하고 있다. 대법원은 산재보험법상의 상당인과관계의 증명에 대하여, 의학적, 자연과학적인 명백한 증명과 이를 비교하면서, 근로자의 취업 당시의 건강 상태, 질병의 원인, 작업장에 발병 원인물질이 있었는지 여부, 발병 원인물질이 있는 작업장에서의 근무기간 등 제반 사정을 고려할 때 질병 또는 그에 따른 사망과의 사이에 상당인과관계가 있다고 추단되는 경우에도 인과관계 증명이 있다고 보아야 한다고 설시하였다.[23]

특히 대법원은 일명 '삼성반도체 직업병'에 대한 산재보험법 사건에서, 산재보험법의 업무와 질병 사이의 인과관계는 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 증명되어야 하는 것은 아니고, 법적·규범적 관점에서 상당인과관계가 인정되면 인과관계가 증명되었다고 보아야 한다고 설시하면서, 산업안전공단 역학조사평가위원회(이하 '역학조사평가위원회'라 한다)의 역학조사 결과를 기초로 요양급여지급을 거부한 근로복지공단의 처분을 취소해야 한다고 판단한 바 있다.[24] 이 사건은 삼성전자에서 LCD 패널 검사 작업을 하던 원고가 다발성 경화증을 진단받았던 사안이다. 이 사건 역학조사에서 평가위원 11명 중 5명은 원고의 업무가 다발성 경화증 자체를 발생시켰

---

23) 대법원 2005. 11. 10. 선고, 2005두8009 판결; 대법원 1997. 2. 28. 선고, 96누14883 판결 등. 다만 이러한 정도에 이르지 못한 채, 막연히 과로나 스트레스가 일반적으로 질병의 발생, 악화의 원인이 될 수 있다고 하여, 현대의학상 그 발병 및 악화의 원인 등이 사적인 생활에 속하는 요인이 관여하고 있어 그 업무에 내재하는 위험이 현실화된 것으로 볼 수 없는 경우에는 인과관계가 인정되지 않는다고 보고 있다(대법원 2002. 2. 5. 선고, 2001두7725 판결 등).

24) 대법원 2017. 8. 29. 선고, 2015두3867 판결. 이전의 '삼성반도체 직업병'에 대한 대법원 판결인 대법원 2016. 8. 30. 선고, 2014두12185 판결이 원심에서 패소한 원고 3명(2명의 원고는 원심에서 승소하였고 피고는 상고하지 아니함)의 상고에 대해 유해물질에 노출되거나 과로하거나 스트레스를 받았다고 하더라도 암, 급성 골수성 백혈병, 악성 림프종을 유발하거나 그 진행을 촉진할 정도에 이르렀다고 보기 어렵다면서 인과관계를 부정하고 상고를 기각한 것과 대비된다.

다고 볼 수는 없으나 기왕증으로 내재하던 상병의 방아쇠 역할을 하였다고 보았고, 4명은 관련성은 배제할 수 없으나 직접적 연관성은 없다고 판단하는 등 의견이 대립하여 '판정불가' 결과에 이르렀는데, 유해화학물질 노출 정도에 대한 확인·측정·조사는 이루어지지 않았다.

대법원은 이에 대해 ① 특정 산업 종사자군의 발병률이 전체 인구의 평균 유병률보다 유달리 높다면 이러한 사정은 업무와 질병 사이의 상당인과관계를 인정하는 유리한 간접사실이 된다는 점, ② 이 사건 역학조사는 원고가 근무하던 때로부터 상당한 시간이 지난 뒤에 시작되었으며, 유해화학물질의 노출 정도에 대한 확인이나 측정이 부족하였고, 오히려 상당수 평가위원이 원고가 수행한 작업의 노동강도와 스트레스가 높은 수준이라는 것과 다발성 경화증 악화와 업무 사이의 관련성은 긍정하였던 점, ③ 사업주의 협조·조사 거부로 유해요소의 종류나 노출 정도를 특정할 수 없었던 점 등을 고려하여 원고의 업무와 다발성 경화증 발병·악화 사이에 상당인과관계가 인정된다고 보았다. 이를 종합하면, 대법원은 적어도 산재보험법 사건에서의 상당인과관계의 증명은 역학조사 결과의 단편적 인용 등 자연과학적 방법 중 일부에만 단편적·일방적으로 의존할 것이 아니라, 이를 비롯하여 사업주의 역학조사 방해, 특정 직업군과 전체 인구 유병률의 비교 등 다양한 간접사실을 종합하여 규범적으로 판단해야 한다는 태도를 취한 것으로 보인다.[25]

한편 산업안전보건법 제167조의 산업안전보건법상의 안전·보건조치를 소홀히 하여 근로자를 사망에 이르게 한 사업주 등에 대한 처벌조항, 중대재해처벌법 제6조의 중대산업재해 발생 시 사업주와 경영책임자에 대한 처벌조항은 결과적 가중범으로, 사망이나 상해 등의 중한 결과와 경영책임자 등의 의무 위반 사이에 인과관계가 요구되고, 대법원에 의하면 이때에도 상당인과관계가 요구된다.[26]

---

25) 이 사건 이전에도 서울고등법원 2015. 1. 22. 선고, 2013누50359 판결과 그 1심 판결인 서울행정법원 2013. 10. 18. 선고, 2013구합51244 판결 등 삼성반도체 직업병 사건에 대한 다수의 하급심 판결은 사업주가 정보제공을 거부하여 역학조사가 어려워진 점, 역학조사 시기와 원고가 실제로 근무하였던 시기 사이에 상당한 시간적 차이가 있는 점 등을 고려하여 상당인과관계를 판단해야 한다고 판시한 바 있었다.

(2) 비특이성 질환 법리

그런데 대법원은 역학적 연구결과를 이용하여 이러한 인과관계의 증명이 시도되었던 사건들에 대해, 소위 '비특이성 질환 법리'를 들어 그 인과관계를 부정한 바 있다. 비록 대법원이 산업재해 사건에서 비특이성 질환 법리를 명시하면서 상당인과관계를 부정한 사례는 찾기 어려웠으나, 비특이성 질환 법리가 산재보험법 사건에서의 위험인자와 질병 사이의 인과관계 판단 문제의 보편적인 법리로 확대될 우려가 있으므로 여기에서 살피고자 한다.

대법원은 이른바 '고엽제 소송'에서, 원고 내지 대상자들에게 발생한 질병이 "특정 병인에 의하여 발생하고 원인과 결과가 명확히 대응하는" 특이성 질환인지, 아니면 "발생 원인 및 기전이 복잡다기하고, 유전・체질 등의 선천적 요인, 음주, 흡연, 연령, 식생활습관, 직업적・환경적 요인 등 후천적 요인이 복합적으로 작용하여 발생하는" 비특이성 질환인지를 구분하였다. 그러면서 비특이성 질환의 경우에는 특이성 질환과 달리 특정 위험인자와 비특이성 질환 사이에 "역학적 상관관계"[27]가 인정되더라도 어느 개인이 그 위험인자에 노출되었다는 사실과 그 비특이성 질환에 걸렸다는 사실을 증명하는 것만으로 양자 사이의 인과관계를 인정할 만한 개연성이 증명되었다고 볼 수 없고, 발병시기, 건강상태, 생활습관, 가족력 등을 추가로 증명하는 등 해당 위험인자로 인하여 해당 질환이 유발되었을 개연성을 증명하여야만 개별적 인과관계를 인정할 수 있다고 판시하였다.[28]

이러한 비특이성 질환 법리는 흡연자와 그 가족이 대한민국・주식회사 케이티앤지를 상대로 제기한 이른바 '담배 소송'의 대법원 판결[29], 원자력 발전소 주변 주민 암 발생 소송의 항소심 판결[30] 등에서도 인용되었다.

---

26) 대법원 1967. 10. 31. 선고, 67도1151 판결 등.

27) 대법원의 표현을 그대로 옮겼으나, 역학에서는 '역학적 상관관계'라는 용어보다 '역학적 연관성'을 통상적으로 사용한다.

28) 대법원 2013. 7. 12. 선고, 2006다17539 판결.

29) 대법원 2014. 4. 10. 선고, 2011다22902 판결.

30) 부산고등법원 2019. 8. 14. 선고, 2014나53844 판결.

(3) 상당인과관계의 증명책임

산업안전보건법위반과 중대재해처벌법위반을 이유로 사업주나 경영책임자에게 형사책임을 묻는 경우의 증명책임[31]을 보면, 인과관계는 구성요건요소이므로 검사가 증명해야 한다.[32] 중대재해처벌법위반으로 손해배상청구의 소가 제기될 경우, 인과관계의 증명책임은 손해배상책임의 성립요건을 증명해야 하는 원고에게 있을 것이다.[33]

산재보험법 제37조 제1항은 "근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장해가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다. 다만, 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 없는 경우에는 그러하지 아니하다."고 하고 있다. 본문에서 정한 사항은 그 법률효과를 주장하는 자가, 단서에서 정한 사항은 그 상대방에게 증명책임이 있다는 법률요건분류설에 비추어 볼 때, 근로자가 증명해야 할 것은 본문에 불과하며, 단서의 상당인과관계는 그 법률효과를 다투는 상대방(소송이 진행되는 경우 근로복지공단)이 증명해야 하는 것은 아닌지 문제가 되었다. 그러나 대법원 전원합의체 판결 다수의견은 구 산재보험법 제37조 제1항의 단서 조항은 상당인과관계의 필요성을 명시하기 위한 것일 뿐, 증명책임을 전환하는 것은 아니라면서, 근로자에게 상당인과관계의 증명책임이 있다고 판시하였다.[34] 구 산재보험법 제37조 제1항이 상당인과관계의 증명책임을 근로자에게 부여한다는 전제로 위 규정이 근로자 유족들의 유족급여수급권을 실질적으로 박

---

31) 입증책임이라고도 하나, 요증사실의 존재 또는 부존재 어느 경우로도 확정되지 않을 때 그 불이익을 누가 부담하는가에 관한 문제로, 그 의미에 비추어 볼 때 '증명책임'이라는 용어가 더 적합하다(박지순·이주원, "산재보험급여소송에서 업무상 재해의 증명책임", 「고려법학」 통권 제63호, 2011, 37면). 그 밖에 '증명책임'이 대법원 2021. 9. 9. 선고, 2017두45993 판결을 비롯한 최근 판결에서 널리 쓰인 점 등을 고려하여, 본 글에서는 '증명책임'으로 용어를 통일하였다.

32) 김정한, "형사소송에서 입증책임과 쟁점형성책임에 관한 실무적 고찰", 「형사소송이론과 실무」 제9권 제2호, 2017, 129면.

33) 정현희, "「중대재해 처벌 등에 관한 법률」의 재판 실무상 쟁점", 사법정책연구원, 2022, 217면.

34) 대법원 2021. 9. 9. 선고, 2017두45993 전원합의체 판결. 소수의견은 조문 구조상, 근로자가 아닌 그 상대방이 증명책임을 부담한다고 보았으나 다수의견은 입법과정 등에 비추어 볼 때 증명책임의 전환은 없었다고 판단하였다.

탈한다는 취지의 헌법소원이 제기된 적도 있으나, 헌법재판소는 합헌결정을 내린 바 있다.[35]

3. 역학을 통한 현행 인과관계 법리 검토

(1) 역학에서의 연관성, 상관관계, 인과관계

역학이란 "인구집단에서 질병의 분포와 그 분포에 영향을 미치거나 결정하는 요인이 무엇인지를 연구하는 학문"이다.[36] 역학에서는 질병을 일으키는 원인과 결과 사이의 인과관계를 확률적 관련성 내지는 통계적 연관성(statistical association)으로 설명한다.[37] 질병과 관련된 현상은 수많은 변수가 동시다발적으로 상호작용하면서 복합적인 결과를 도출하기 때문에, 단 한 가지의 특정 변수를 원인이라고 단정하기 어렵기 때문이다.[38] 통계적 연관성으로 인과관계를 이해할 때의 주요한 쟁점은 두 변수의 관계가 단순한 상관관계(correlation)에 불과한지, 아니면 진정한 원인과 결과라고 볼 수 있는 인과관계(causation)에 해당하는지를 구분하는 문제이다.[39] '상관관계'는 통계적 연관성을 확인하는 분석기법 중 하나이며, 상관관계가 있다는 것은 연관성이 있다는 것을 의미하지만, 인과관계를 의미하지는 않는다. 교란변수(confounding variable)[40]의 존재 여부에 따라 가짜 연관성(spurious association)이 나타날 수 있기 때문이다.[41]

예컨대, 아이스크림 소비량과 익사 사고의 연관성을 상관관계를 통해

---

35) 헌재 2015. 6. 25. 2014헌바269 결정.

36) David D. Celentano, et al., 한국역학회 역, 고디스 역학, 제6판, 범문에듀케이션, 2020, 3면.

37) 대한예방의학회, 예방의학과 공중보건학 Ⅰ 건강과 질병, 역학과 그 응용, 제4판, 계축문화사, 2021, 10-11면.

38) 정미선 외 6, "방사선노출에 의한 암 발생 가능성 추정을 위한 인과확률 프로그램 개발 연구", 안전보건공단 산업안전보건연구원, 2015, 105면.

39) 대한예방의학회(주 37), 11면.

40) '혼란변수'로 번역하기도 한다.

41) Naomi Altman, et al., "Association, correlation and causation", 「Nat Methods」 Vol.12, 2015, p.899 - 900.

분석하면, 아이스크림 소비량이 늘어날수록 익사 사고가 증가하는 양의 상관관계를 보일 수 있다. 그러나 아이스크림 소비 증가가 익사 사고의 결과를 야기하는 원인이라고 설명할 수 없는데, 이는 두 변수 사이에 '여름철 기온과 강수량 증가'라는 교란변수가 작용하기 때문이다. 연구에서 많은 변수들을 고려하더라도 이런 가짜 연관성은 생길 수 있고, 따라서 연관성이 있는 것으로 보여도 인과관계가 있다고 볼 수는 없다.[42] 이처럼 역학에서 사용하는 연관성, 상관관계, 인과관계의 정의와 개념은 서로 명확히 구별되는 것임을 유의할 필요가 있다. 질병의 원인이 되는 결정요인을 파악하여 인과관계를 밝히고자 할 때도, 확률론적 관점을 바탕으로 통계적 연관성과 잠재적 교란변수의 존재 여부를 종합적으로 탐색하여 판단해야 한다.

가짜 연관성이 아닌 진정한 인과관계를 판단하는 역학적 지침으로는 '힐의 기준(Hill's criteria)'이 있다. 해당 기준은 아홉 가지 항목으로 구성되며, 각 항목은 '시간적 선후관계', '연관성의 강도', '양-반응 관계', '결과의 반복성', '생물학적 설명 가능성', '다른 해석의 가능성 고려', '노출 중단', '기존 지식과의 일치성', '연관성의 특이성'으로 설명된다. 힐의 기준이 인과성의 절대적인 판단 기준으로 사용되는 것은 아니지만, 아홉 가지 항목 중 '시간적 선후관계'를 반드시 포함하면서 그 외의 항목들을 많이 충족할수록 인과관계로 해석될 가능성이 높아진다. 다만, 해당 항목 중 '연관성의 특이성'의 경우 과거 일부 감염성 질환의 발생을 해명하는 데에 활용되었으나, 현대적인 질병 발생 및 건강모형에 적합하지 않아 가장 설명력이 약한 기준으로 여겨진다.[43]

(2) 역학에서의 상대위험도, 기여위험분율, 인과확률

역학 연구에서 질병의 원인으로 추정되는 위험요인과 질병 발생의 연관성의 크기를 측정하고자 할 때 사용하는 대표적인 지표로는 '상대위험도(relative risk)'[44]가 있다. 상대위험도는 특정한 위험요인의 노출 유무에 따라

42) David D. Celentano, et al.(주 36), 281-284면.
43) David D. Celentano, et al.(주 36), 286-290면.
44) '비교위험도'로 번역하기도 한다.

집단을 구분하여 각각의 질병 발생률을 구한 다음 노출군의 질병 발생률을 비노출군의 질병 발생률로 나누어 산출할 수 있다. 두 군의 질병 발생률이 동일하면 상대위험도 값은 1이기 때문에, 1보다 큰 값이 나와야 '특정 위험요인에 노출된 경우 특정 질병에 걸릴 확률'이 '해당 위험요인에 노출되지 않은 경우 해당 질병에 걸릴 확률'보다 해당 값만큼의 배수로 높다고 해석된다.[45]

특정 위험요인이 특정 질병의 원인으로 작용할 가능성이 있는지(서로 얼마나 강한 연관성이 있는지)를 판단하는 데에 상대위험도가 이용된다면, 질병 발생에서 특정 위험요인 노출이 다른 요인들에 비해 기여하는 정도가 어떠한지 알기 위해서는 '기여위험도(attributable risk)' 또는 '기여위험분율(attributable fraction)'을 활용할 수 있다. 가령 폐암이 발생했을 때, 다른 위험요인을 제외하고 흡연 때문에 발생률이 증가된 부분이 얼마인지 파악하는 도구이다. 질병에 관한 기여위험도는 특정 위험요인의 노출군과 비노출군의 질병 발생률 차(노출군의 질병 발생률 - 비노출군의 질병 발생률)로 산출하며, 이 기여위험도를 노출군의 질병 발생률로 나눈 값을 기여위험분율이라고 한다.[46]

$$\text{기여위험분율} = \frac{\text{노출군의 발생률} - \text{비노출군의 발생률}}{\text{노출군의 발생률}} = 1 - \frac{1}{\text{상대위험도}}$$

수식 1. 기여위험분율

만약 전체 인구집단의 질병 위험도 중에서 특정 위험요인의 노출이 기여한 정도를 알고자 한다면 '인구집단 기여위험분율'을 계산하는 방법도 있다. 인구집단 자료에서 나타난 기여위험분율을 개인 수준에서 적용하기 위해서는 '인과확률' 개념이 도입되어야 한다. 인과확률(probability of causation)은 특정 질환자에게 특정 위험요인 노출이 질병 발생에 관여했을 확률로 정의되며, 이 값은 기여위험분율보다 같거나 크다. 즉, 기여위험분율이 매우 낮더라도 인과확률은 매우 높을 수 있다. 다시 말해 인과확률은 기여위험분율보다 실제 인과관계에 좀 더 가까운 추정치이고, 기여위험분율을 인과확률과

45) 대한예방의학회(주 37), 194면.
46) 대한예방의학회(주 37), 195면.

등치로 보아 사용해서는 안 된다.[47]

인과확률은 산업재해 판정의 법적 기준을 정하는 데에 중요하게 활용되어 왔고, 특히 방사선작업종사자에게 발생한 각종 암의 직업적 인과관계를 평가할 때 적용되었다. 일반적으로 암은 방사선 외에도 다양한 발암인자의 영향을 받으며, 발병까지 잠복기가 수년에서 수십 년으로 길고 개인별 편차가 커서 기여위험분율을 산출하기 매우 어렵다. 따라서 국제적으로도 업무상 방사선 노출에 의한 암 발생의 보상 기준으로 기여위험분율 대신 인과확률을 이용하도록 권고하고 있고, 한국도 한국인의 기저 암 발생 특성을 반영한 인과확률 프로그램(KOSHA-PEPC Ver.2.0 프로그램)을 개발하여 사용하고 있다.[48]

방사선작업종사자의 암에 관한 인과확률은 개인에게 발생한 암에 대한 방사선 노출의 기여도를 평가하기 위한 통계적 측도(measure)로, "방사선에 노출된 사람이 갖는 총 위험도에 대해 방사선 노출로 인해 증가된 암 위험도($\triangle R$)의 비"로 정의된다.[49]

$$PC = \frac{\triangle R}{R_0 + \triangle R} \times 100\%$$

수식 2. 인과확률

여기서 R_0는 방사선에 노출되지 않은 사람이 암에 걸릴 위험도를 나타낸다. 인과확률은 "개인이 방사선 노출 후에 암에 걸릴 확률"을 의미하는 것이 아니고, "개인에게 이미 발생한 암이 방사선 노출에 기인되었을 정도"를 측정한 값으로서, "인구집단에서의 암 위험도 기댓값을 개인에게 적용한 추정치"를 의미한다.[50] KOSHA-PEPC Ver.2.0 프로그램에서는 위의 추정식

47) 대한예방의학회・한국역학회 담배와 폐암 소송 관련 특별위원회, "흡연과 폐암의 인과성에 대한 <대한예방의학회・한국역학회 담배와 폐암 소송 관련 특별위원회>의 의견", 「예방의학회지」 제48권 제3호, 2015, 122면.

48) 정미선 외 6(주 38), 2면.

49) 정미선 외 6(주 38), 2면.

50) 정미선 외 6(주 38), 2면.

에 한국인의 암 특성을 반영하여 암 발생자의 성별, 암종, 암 진단 시 연령, 방사선 노출 이력(노출선량, 노출 시 연령, 노출 후 경과시간, 다중노출이력 등)의 정보를 통해 상대초과위험도를 추정하고, 몬테카를로 방법(Monte-Carlo method)[51]을 이용하여 기타 불확실성 요인을 보정한 뒤 인과확률의 분포(제50, 90, 95, 99백분위수)를 산출한다.[52] 산출된 결과치 중 제50백분위수는 중앙값을, 제95백분위수는 인과확률의 95% 신뢰상한을 의미한다. 이때 95% 신뢰상한은 신뢰구간의 상한값보다 인과확률이 작거나 같을 가능성이 95%임을 뜻한다.[53]

일반적으로 인과확률의 추정치가 50%를 초과하면 발생한 암이 방사선 노출에 기인한 것으로 판단한다.[54] 이때 암종별 기준에 따라 점추정치(point estimate)인 제50 백분위수 또는 중앙값을 사용하거나, 구간추정치(interval estimate)인 95% 혹은 99% 신뢰상한을 사용할 수 있다. 최근에는 인과확률 계산에 내포된 불확실성을 반영하여 점추정치보다는 95% 신뢰상한이 50%를 초과하는지 여부를 평가하는 경향이 증가하였다.[55]

한편 기여위험분율과 마찬가지로 인과확률 또한 50%를 기준으로 인과성을 기계적으로 판별하려는 시도는 부적절하다. 앞서 기여위험분율은 인과확률의 하한선이기 때문에 기여위험분율이 50%보다 낮아도, 인과확률은 50% 이상의 추정치가 가능함을 앞서 언급하였다. 비록 인과확률이 기여위험분율보다 신뢰할 만한 추정치이긴 하나, 산출 과정에서 발생할 수 있는 다양한 오류를 완전히 제거하는 것은 불가능하다. 따라서 인과확률 50%를 절대적인 문턱값(threshold value)으로 설정하는 것은 실제 인과관계를 과소

---

51) 난수를 이용하여 함수의 값을 확률적으로 계산하는 알고리즘을 말하며, 계산하려는 값이 닫힌 형식으로 표현되지 않거나 복잡한 경우 근사적으로 계산할 때 사용한다. 수학, 물리학, 기상학, 역학 등의 분야에서 수치예보의 불확실성을 측정하기 위해 활용되고 있다(한국기상학회, “몬테카를로 방법”, 기상학백과 웹사이트, https://terms.naver.com/entry.naver?docId=5702027&cid=64656&categoryId=64656, 2024. 3. 28. 최종확인.).

52) 정미선 외 6(주 38), 12-20면.

53) 정미선 외 6(주 38), 51면.

54) 정미선 외 6(주 38), 9면.

55) 정미선 외 6(주 38), 115면.

평가할 가능성이 있음을 염두에 두고, 인과확률의 분포나 신뢰구간에 근거하여 암의 방사선 인과성을 평가하는 것이 바람직하다.[56]

(3) 최근 하급심 판결의 역학적 개념 적용 사례와 문제점

최근 질병 발생과 직업적 방사선 노출 간의 연관성이 문제 된 사안에서 다양한 역학적 개념을 적극적으로 적용한 하급심 판결들이 등장하고 있다. 이 중에서 일부는 산재보험법의 업무상 질병 인정 여부가 쟁점이 된 사건이었으나 일부는 산재보험법 사건이 아니었고, 역학적 연구결과에 대한 태도도 조금씩 달랐다.

먼저 '국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률'이 문제 된 사건에서, 부산지방법원이 독립변수와 종속변수 사이의 통계적 연관성에 대한 역학 연구결과를 적극적으로 수용하여, 위험인자와 질병 사이의 인과관계를 인정한 사례가 있었다.[57] 이는 공군에서 항공기 방사선 비파괴검사(Non-Destructive Testing) 보조 업무를 하였던 원고가 만성골수성백혈병 진단을 받게 되자 부산지방보훈청에 국가유공자등록을 신청하였으나, 부산지방보훈청이 '국가유공자 등 비해당' 결정을 하자 원고가 그 취소를 구하는 행정소송을 제기한 사건이다. 이때 부산지방법원은 원고의 업무와 백혈병 발생 사이의 인과관계가 증명되는지를 검토하면서, '백혈병을 유발할 최대 인과확률의 95% 신뢰상한이 50%를 초과하기 위한 방사선의 피폭량은 17.4mSv(밀리시버트) 이상인데, 원고의 경우 추정 방사선 피폭량이 358mSv에 달한다는 점' 등을 이유로 인과관계가 인정된다고 보았다. 이 사건에서 법원은 비특이성 질환 여부에 대해서는 언급하지 아니하였고, 방사선 피폭은 유전적 소인과 달리 해당 질환의 발병 원인이 된다는 점만을 명시하였다.

한편 원자력 손해배상법에 의한 손해배상 사건에서, 대법원의 '비특이성 질환' 법리를 원용하고 이에 더하여 인과확률이 50%를 넘지 못한다는 이유로 인과관계 증명이 부족하다고 판단한 사례도 있었다.[58] 이 사건 소송

56) 정미선 외 6(주 38), 9-10면.
57) 부산지방법원 2018. 11. 21. 선고, 2015구단21388 판결.
58) 대구지방법원 경주지원 2023. 2. 16. 선고, 2020가합2502 판결.

은 한국수력원자력 주식회사(이하 '한수원'이라 한다)의 원자력발전소 원자로 설비개선 공사 중 압력관 교체작업을 수행한 원고가 골수형성이상증후군 발병을 이유로 한수원을 상대로 제기한 손해배상 소송이었다. 대구지방법원 경주지원은 원고의 질환이 비특이성 질환에 해당한다고 전제한 뒤,[59] 원고가 노출된 100mSv의 저선량 방사선의 경우 백혈병 또는 고형암 발병과의 인과확률의 신뢰구간 범위가 상당히 넓어 통계적 유의미성이 떨어지고, 선형 무역치 모델(Linear Non Threshold)[60]에 의하더라도 95%, 99%의 신뢰상한에서 계산한 인과확률이 각 40.63%, 45.97%로 50%를 넘지 않는다는 등의 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

그러나 위 대전지방법원 경주지원 판결의 역학적 연구결과 활용에는 두 가지 문제점이 있다.

첫째로, 위 판결이 원용한 대법원의 비특이성 질환 법리는 역학의 특이성(specificity) 개념을 오해한 것이다. '특이성・비특이성 질환'이라는 용어는 질병의 인과성을 다루는 역학 분야에서 사용되지 않고,[61] 대법원이 제시한 특이성 질환의 개념은 역학의 영역을 넘어 의학의 영역에서도 존재하기 어렵다.[62] 오히려 현대 의학과 역학의 질병 발생 모형에 따르면 대부분의 질병은 복수의 요인이 복합적으로 상호 작용하여 발생하고, 단일 요인을 필요충분조건으로 갖는 질환은 존재하지 않는다.[63] 따라서 과학적이지 않은 방법으로 비특이성 질환을 정의한 뒤 현실적으로 불가능한 증명을 요구하기보다는, 모든 질환이 비특이성 질환이라는 전제를 바탕으로 인과관계를 판

59) 이 판결에서 경주지원은 원고의 질환이 명백히 비특이성 질환이라고 설시하지는 아니하였으나, "역학적 상관성"이 낮다면서 원고의 골수형성이상증후군 발병과 방사선 노출 사이의 개연성이 매우 강하게 증명되어야 한다고 설시하고 있는바, 원고의 질환을 비특이성 질환이라고 전제한 것으로 보인다.

60) '문턱 없는 선형비례 모델 가설'이라고도 번역한다. 낮은 선량의 방사선의 경우에도 그 크기에 비례하는 위험성이 있다는 가설이다(이재기, "저선량 방사선 영향과 발현암의 인과성 문제", 「동위원소회보」 제15권 제3호, 2000, 78면).

61) 대한예방의학회・한국역학회 담배와 폐암 소송 관련 특별위원회(주 47), 120면.

62) 명준표 외 3, "역학적 관점에서 업무상 질병의 인과관계 판단의 발전방향", 「대한의사협회지」 제61권 제8호, 2018, 467면.

63) 이선구, "유해물질소송에서 역학적 증거에 의한 인과관계의 증명: 대법원 판례를 중심으로", 「저스티스」 통권 제146호, 2015, 276면.

단해야 한다.

둘째로, 인과확률의 50%를 문턱값으로 적용하여 유해요인과 질병 간의 인과관계를 판단하였다. 오랜 기간 저선량의 방사선에 노출되어 발생한 암의 경우, 방사선 노출량 측정 시에 발생하는 여러 제약과 정보 부족, 다양한 교란요인에 의한 불확실성으로 인해 실증자료에서 인과확률을 추정하는 것이 극도로 까다롭다. 최근 국제적으로 인과확률의 점추정치 또는 구간추정치가 50% 이상일 때 암이 방사선 노출에 기인한 것으로 간주하도록 권고하는 것은, 그것이 과학적으로 인과성의 존부를 일도양단하는 절대적인 기준치여서가 아니라 근로자 보호 등 법익의 균형을 고려한 것이다.[64] 반면 위 판결은 40.63%, 45.97%로 인과확률이 50%에 근접하는 높은 추정치를 가짐에도 50%를 일률적인 잣대로 삼아 업무적 인과성을 부정하였는데, 이는 과학적으로도, 피해자를 보호하고자 하는 원자력 손해배상법의 취지(같은 법 제1조)에 비추어 보더라도 적절하지 않다.[65]

다행히 적지 않은 산재보험법 사건에서는 역학조사 결과 인과확률이 50% 미만이라는 결론이 도출되어도 이것이 곧 상당인과관계를 부정하는 것이 아니라고 판단한 경우들이 있었다. 부산지방법원은 인과확률이 50%에 미치지 않아도 산재보험법상 상당인과관계는 인정될 수 있다고 보았다.[66] 이 사건은 한국전력공사 근무 중 위암과 췌장암을 진단받아 사망한 근로자의 유족이 근로복지공단의 유족보상 및 장의비 부지급 처분을 취소하라는 취지로 제기한 소송이었다. 역학조사 결과 위암과 췌장암에 대한 총 인과확률 추정치는 1.64%, 95% 신뢰상한은 6.19%로 모두 50% 미만이었으나, 부산지방법원은 위 근로자가 지속적으로 방사선에 피폭되었고 근무기간 중 총 방사선 피폭량이 98.32mSv에 이른 점, 피폭량이 0이 아닌 이상 암이 발

64) 정미선 외 6(주 38), 115면.

65) 최근 서울고등법원은 산재보험법 사건에서 “일반적으로 기여분률이 50%가 넘어야 ‘높은 인과확률의 수준’으로 평가”한다는 감정의의 소견 등을 근거로 제시하면서 원고의 기저질환인 모야모야병의 악화 여부를 판단하기도 하였는데(서울고등법원 2020. 9. 9. 선고, 2019누48822 판결), 이에 관한 상세한 논거가 드러나 있지 않아 구체적인 논평에는 한계가 있으나 기여위험분율과 인과확률의 관계 설정, 50%라는 문턱값의 적용 여부 등과 관련하여 재고할 여지가 있다.

66) 부산지방법원 2012. 2. 29. 선고, 2009구단4764 판결.

생할 수 있다는 의학적 견해로 ALARA(as low as reasonably achievable, 합리적으로 달성할 수 있는 한 낮게)라는 방사능 피폭 관리 원칙이 있는 점 등을 고려하여 상당인과관계를 인정하고, 원고의 청구를 인용하였다.[67]

인과확률은 인과관계를 판정하는 데에 하나의 표지를 제공하므로[68] 불확실한 요인들과 편향을 최대한 제거하여 계산한다면 인과관계를 판단하는 좋은 근거가 될 수 있다. 그러나 동시에 인과확률 50%는 절대적 수치가 아니고 인과확률이 높아질수록 인과성이 높아진다는 것을 표현할 뿐이라는 점을 염두에 두면서, '전부 아니면 전무(all or nothing)'의 이분법에서 벗어나 유연한 사고를 할 필요가 있다.

Ⅲ. 항공승무원의 우주방사선 노출과 업무상 질병 인정

1. 항공승무원의 우주방사선 노출 문제

(1) 항공승무원의 근무환경 및 주요 유해요인

항공승무원의 기내 근무환경은 고유한 직업적·환경적 특성을 갖는다. 우주방사선 노출, 야간 교대근무로 인한 생체리듬 혼란, 불규칙한 일정 및 빈번한 시간대 교차, 열악한 기내 공기 질, 높은 수준의 소음, 저기압, 저산소증, 고농도 오존 등 다양한 유해요인이 승무원의 건강 및 안전에 영향을

67) 이외에도 서울행정법원은 병원에서 방사선사로 근무하다가 다발성 골수증 진단을 받은 산재보험법 사건에서도 인과확률의 추정치가 50% 미만임에도 원고에게 가족력이 없고 원고의 발병연령이 전국 평균 다발성 골수종 발병연령보다 훨씬 이른 점 등을 들어 방사선사 근무와 다발성 골수증 사이의 상당인과관계를 인정하였고(서울행정법원 2022. 4. 29. 선고, 2021구단63436 판결), 방사선사로 근무하다가 골수성 백혈병 진단을 받은 산재보험법 사건에서도 인과확률의 추정치가 50% 미만임에도 원고의 근무기간(약 20년), 가족력, 원고에게 다른 발병요인이 없는 점, 저선량의 방사선 노출로도 암이 발생할 수 있다는 연구결과 등을 근거로 상당인과관계를 인정하였다(서울행정법원 2018. 2. 2. 선고, 2017구단30750 판결).

68) Sander Greenland, et al., "Epidemiology, justice, and the probability of causation", 「Jurimetrics」 Vol.40, 1999, p.321.

미칠 수 있다.[69][70][71]

유해요인에 따른 질환에 대한 관련 연구는 적지만, 알려진 결과에 따르면 전반적으로 호흡기 질환, 유방암 및 피부암, 생식기계 및 주산기 건강, 근골격계 질환이 기내 근무기간 또는 기내 노출과 관련이 있었다.[72] 또한 불규칙한 교대근무, 부적절한 수면 패턴 등은 승무원들에게 큰 스트레스와 피로감을 주며, 흉통을 유발하고 바이오리듬을 저해한다.[73] 무거운 장비를 끌고 미는 행위, 기내에서 불편한 각도로 굽히고 있어야 하는 제약들로 인하여 요통과 두통이 유발되고, 오래된 비행기일수록 소음의 정도가 심해짐에 따라 기억 상실, 청력 상실이 더 유발될 수 있다.[74]

(2) 주요 유해요인 중 우주방사선의 특성

최근 항공승무원에게 주요 유해 요인으로 대두된 것은 우주방사선이다. 우주방사선은 자연에서 노출될 수 있는 전리방사선 중 하나이다. 전리방사선은 주위 물질을 이온화할 수 있는 에너지를 가진 방사선으로, 해당 물질을 이루고 있는 원자에 충돌하여 이를 붕괴시킨다.[75] 전리방사선의 종류에는 알파선, 베타선, 감마선, 엑스선, 중성자선 등이 있고,[76] 발생 근원지에 따라 자연방사선과 인공방사선으로 나뉜다.[77] 자연방사선은 태양이나 은하

---

69) Eileen McNeely, et al., “Estimating the health consequences of flight attendant work: comparing flight attendant health to the general population in a cross-sectional study”, 「BMC Public Health」 Vol.18, 2018, p.1-2.

70) Robin F. Griffiths, et al., “The occupational health and safety of flight attendants”, 「Aviation, space, and environmental medicine」 Vol.83, 2012, p.514-521.

71) Rayman B. Russell, “Cabin air quality: an overview.”, 「Aviation, space, and environmental medicine」 Vol.73, 2002, p.211.

72) Eileen McNeely, et al.(supra note 69), p.6.

73) Lekha Sharma, “Lifestyles, flying and associated health problems in flight attendants.”, 「The journal of the Royal Society for the Promotion of Health」 Vol.127, 2007, p.273.

74) Lekha Sharma(supra note 73), p.273-274.

75) 대한예방의학회, 예방의학과 공중보건학 Ⅱ 환경과 건강, 제4판, 계축문화사, 2021, 659면.

76) 국립암센터, “발암 요인 보고서 [전리방사선]”, 2023, 4면.

77) 한국원자력안전재단(주 6), 5면.

등 우주, 토양, 체내, 식품 등에서 방사되고, 인공방사선은 공항의 보안검색 장치, 병원의 엑스선 촬영기기 등 인공적인 방사선 조사(照射) 장치로부터 발생할 수 있다. 주목할 점은, 자연방사선이라고 해서 인공방사선에 비해 유해하지 않은 것이 아니고, 노출되는 피폭량이 동등하다면 인체에 미치는 생물학적 영향도 동일하다는 것이다.[78]

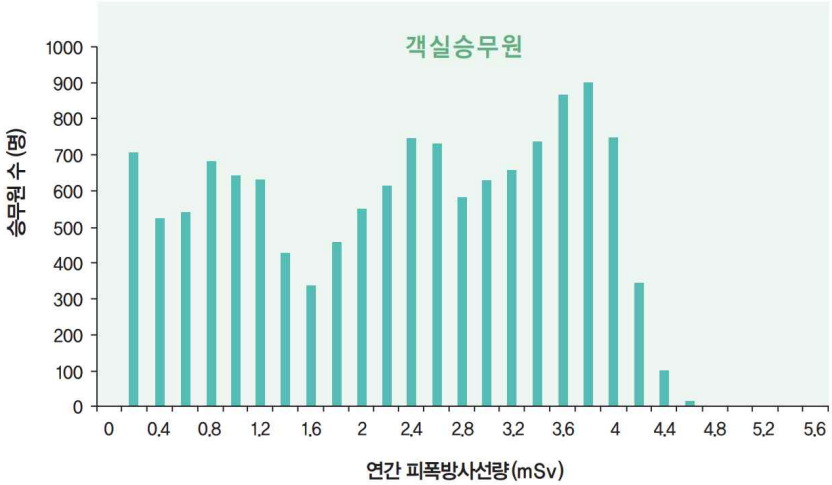
방사선이 인간의 몸을 투과할 때 발생하는 전리 현상은 인체의 주요 유전물질인 DNA를 절단하여 장기의 기능 이상이나 유전적 결함을 초래하고, 암을 비롯한 각종 질병을 유발한다.[79] 방사선에 의한 영향은 일정한 양(발단선량, threshold dose) 이상 피폭되면 필연적으로 신체에 영향을 주는 '결정적 영향'과 발단선량이 아니더라도 영향을 미치는 '확률적 영향'으로 나뉜다.[80] 확률적 영향의 측면에서, 방사선 노출은 그 최소 역치가 없고 극미량의 노출선량에 의해서도 질병이 발생할 수 있다. 또한 암이나 태아 성장 발달 등의 건강장해가 발생할 수 있는 노출선량이 사람마다 각기 다른 반응을 보일 수 있음을 뜻한다.[81] 따라서 방사선 노출에 관하여 선형 무역치 모델을 사용하고, 저선량의 방사선 노출도 인체에 해를 입힐 수 있다고 보는 것이 일반적이다. 국제 방사선 방어위원회(ICRP)에서는 '모든 피폭은 사회적, 경제적 요인을 고려하여 방사선 피폭에 의한 결정적 영향의 발생을 방지하고 확률적 영향의 발생확률을 합리적으로 달성할 수 있는 한 낮게 유지한다는 원칙(ALARA)'을 고수하고 있다.[82]

(3) 항공승무원의 우주방사선 노출 현황

국내 항공사의 항공승무원을 대상으로 2015년 연간 피폭방사선량을 분석한 결과에 따르면 객실승무원의 경우 2.20mSv였고, 운항승무원(조종사, 항공기관사)의 경우 1.67mSv였다.[83] 특히 상당수의 객실승무원이 매년

78) 한국원자력안전재단(주 6), 4-5면.
79) 울산대학교 산학협력단, "「작업장 방사선 피폭예방」을 위한 직업건강 가이드라인", 안전보건공단, 2020, 112면.
80) 대한예방의학회(주 75), 661면.
81) 울산대학교 산학협력단(주 79), 113면.
82) 울산대학교 산학협력단(주 79), 131면.

3mSv 이상의 방사선에 피폭되었음을 확인할 수 있었다[그림 1].[84]



〔그림 2〕 국내 항공승무원의 연간 피폭방사선량(mSv)

코로나바이러스감염증-19 대유행 이전인 2019년을 보더라도, 전체 항공승무원 평균 2.12mSv, 객실승무원 평균 2.29mSv, 운항승무원 평균 1.70mSv의 연간 피폭방사선량이 나타났고, 연간 피폭방사선량의 최대값은 운항승무원의 경우 5.46mSv, 객실승무원의 경우 4.71mSv에 달하였다.[85] 위 모든 통계는 북극항로와 무관한 국내선을 주로 탑승하는 승무원도 포함한 것이다.

연간 3mSv의 방사선 노출량은 원자력 발전소와 같은 곳에서 방사선을 직접적으로 취급하는 방사선작업종사자들이 노출되는 것보다 많은 양이다. 그나마 방사선작업종사자의 방사선 피폭에 대해서는 원자력안전법에 따라 방사선 관리구역 설정, 보호구 착용, 방사선 개인 선량계(측정기) 등을 통하

83) 객실승무원의 방사선 노출량이 운항승무원의 방사선 노출량에 비하여 더 많은 것은, 일반적으로 객실승무원의 비행시간이 운항승무원의 비행시간에 비하여 더 길기 때문인 것으로 해석된다[한국원자력안전재단(주 6), 22면].

84) 한국원자력안전재단(주 6), 22면.

85) 한국원자력안전기술원, “2020년 생활주변방사선 안전관리 실태조사 및 분석”, 2021, 52면.

여 관리가 이루어지고 있으나, 항공승무원의 방사선 피폭은 원자력안전법이 아닌 생활주변방사선법에 따른 관리만 이루어지고 있고, 기내 근무의 특성상 항공승무원의 피폭 관리가 상대적으로 어려운 문제도 있다.[86] 즉 항공승무원은 방사선 노출 환경에서 방사선으로부터 직접적인 영향을 받을 위험이 있다. 한국 기준 일반인 1인당 연평균 자연방사선 노출량인 3.08mSv[87]와 비교하면 항공승무원의 노출량은 문제가 되지 않는다고 오인할 수 있으나, 항공승무원들은 일반인이 노출되는 방사선량에 더해서 근무 중 노출되는 우주방사선의 선량만큼 추가로 방사선에 노출된다고 보아야 한다.[88]

또한 우주방사선량은 항공기 항로의 위도나 고도, 태양활동 및 비행시간과도 연관되어있다. 우주방사선량은 적도 지역보다는 극지역에서 더 많고, 고도가 높아짐에 따라 증가한다.[89] 비행 기술 발전 및 여행지 확대 등으로 인하여 세계적으로 극항로 운항, 고고도・장거리 운항이 늘어남에 따라, 항공승무원이 우주방사선에 노출될 위험도 점차 커지고 있다.[90] 한국 또한 북극항로로 운행하는 항공편이 확대되는 추세이므로[91] 극지역을 비행하는 항공승무원의 방사선 노출량에 대해 더 세심한 고려가 필요하다.

항공운송산업종사자의 질병 발생을 살펴본 코호트 연구결과에 따르면 남성 항공운송산업 종사자의 백혈병 발생비(incidence ratio)[92]는 남성 공무원 대비 1.86배(95% CI:1.15-2.84), 남성 전체 일반 근로자 대비 1.77배(95% CI: 1.10-2.70)로 나타났다.[93] 여성 항공운송산업 종사자는 '기타 불특정 여러 부위의 악성 신생물'[94]의 발생비가 여성 공무원 대비 1.64배

86) 한국원자력안전재단(주 6), 23면.
87) 한국원자력안전재단(주 6), 9면.
88) 강청완, "'희귀병' 스튜어디스, 산재 인정될까", SBS, 2018. 12. 16.자 보도.
89) 한국원자력안전재단(주 6), 14면.
90) 한국원자력안전재단(주 6), 14면.
91) 한국원자력안전재단(주 6), 17면.
92) 연령표준화한 값이다.
93) Wanhyung Lee, et al., "Cancer incidence among air transportation industry workers using the national cohort study of Korea", 「International journal of environmental research and public health」 Vol.16, 2019, p.4.
94) Malignant neoplasms of other, ill-defined, secondary, unspecified, and multiple sites. 해당 연구에 쓰인 제10차 국제질병분류체계(ICD-10)를 기준으로 C73 - C80, C97에 해당한다.

(95% CI: 1.45-1.85), 여성 전체 일반 근로자 대비 1.68배(95% CI: 1.49-1.89)로 나타나,[95] 남녀 모두 항공운송산업종사자가 다른 직군보다 암 발생 위험이 높았다. 다만 이 연구는 비행 이력, 생활방식과 같은 요인은 고려하지 못하였다. 생활습관(흡연, 음주 등) 및 과거력 등의 교란요인을 보정한 다른 코호트 연구결과[96]에 따르면 항공운수업 내 서비스직에서 구강 및 비인두암의 발생비[97]가 다른 일반 근로자에 비해 2.19배(95% CI: 1.25-3.55) 높았고, 백혈병, 전립선암, 갑상선암의 발생률도 높았다. 이는 암 발생에 영향을 주는 여러 요인을 통제했음에도 해당 직종이 많은 암종에서 높은 위험도를 가짐을 알 수 있다. 또 다른 단면연구[98]에 따르면 객실승무원은 모든 암에서 일반직군 대비 높은 유병비를 가졌지만 특히 여성에서 유방암 유병비(prevalence ratio)가 1.51배(95% CI: 1.02, 2.24), 흑색종의 유병비가 2.27배(95% CI: 1.27, 4.06), 비흑색종 피부암은 4.09배(95% CI: 2.70, 6.20) 높았다.[99] 해당 결과에서도 객실승무원이 다른 직종 대비 암과의 연관성이 높음을 확인할 수 있다.

2. 항공승무원의 우주방사선 노출 관련 현행 제도

(1) 생활주변방사선법 등 관련 법률

1) 기존 법률의 한계와 생활주변방사선법의 의의

원자력안전법상 보호를 받는 '방사선작업종사자'란 원자력이용시설 관련 업무에 종사하는 자에 한정하여 규정되어 있고(원자력안전법 제2조 제21호), 법상 규제 대상이 되는 '방사성물질'은 핵연료물질 등을 말하므로(같은

95) Wanhyung Lee, et al.(supra note 93), p.7.
96) 안전보건공단 산업안전보건연구원, "항공교통산업에서의 직종별 집단의 직업관련 질환 발병 위험 평가 역학조사보고서 (2)", 2021, 54면.
97) 간접표준화한 값이다.
98) 노출과 질병 발생을 동시에 수집하여 시간적 선후관계는 파악할 수 없는 연구이다.
99) Eileen McNeely, et al., "Cancer prevalence among flight attendants compared to the general population", 「Environmental Health」 Vol.17, 2018, p.3-4.

법 제2조 제5호), 항공승무원은 방사선작업종사자에 해당하지 않고 관련 규제도 적용되지 않는다. 산업안전보건법 및 그 시행규칙 또한, 뒤에서 상세히 검토할 바와 같이 우주방사선에 관해서는 구체적인 규정을 두고 있지 않다(산업안전보건기준에 관한 규칙 제573조 내지 제591조).

결국 항공승무원의 우주방사선 노출을 구체적으로 규제하고 있는 법률은 생활주변방사선법이 유일하다. 이 법은 '원자력안전위원회의 설치 및 운영에 관한 법률'[100]에 따라 설치된 원자력안전위원회가 그 소관부처이고, 규율 대상인 '생활주변방사선'의 유형을 열거하면서 '태양 또는 우주로부터 지구 대기권으로 입사(入射)되는 방사선'을 우주방사선으로 정의하고 있다(생활주변방사선법 제2조 제1호 나목). 국가는 국민의 건강과 환경을 보호하기 위하여 생활주변방사선의 안전관리에 필요한 시책을 마련하여야 하고(같은 법 제3조), 생활주변방사선의 안전관리에 대하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다(같은 법 제4조).

원자력안전위원회는 생활주변방사선으로부터 국민의 건강과 환경을 보호하기 위하여 5년마다 생활주변방사선방호 종합계획(이하 '종합계획'이라 한다)을 수립하여야 하고(같은 법 제5조 제1항, 제2항 제7호), 그 연도별 시행계획을 수립하여 관계 중앙행정기관의 장에게 통보하여야 하며, 관계 중앙행정기관의 장은 소관 업무와 관련된 사항을 추진하여야 한다(같은 법 제6조 제1항, 제2항). 원자력안전위원회는 우주방사선 등의 피폭 우려가 있는 사람의 안전조치에 관한 안전지침을 작성하여 항공운송사업자 등에게 배포하여야 하고, 이를 관계 중앙행정기관의 장에게 통보하는 등 효율적인 활용방안을 마련하여야 한다(같은 법 제8조 제1항, 제2항 제4호, 제8조 제3항).

2) 승무원 보호를 위한 항공운송사업자와 원자력위원회의 역할

국제항공운송사업을 경영하는 항공운송사업자(이하 '항공운송사업자'라 한다)는 국제항공노선에 탑승하여 우주방사선에 피폭할 우려가 있는 운항승무원 및 객실승무원(이하 '승무원'이라 한다)의 건강 보호와 안전을 위하

100) 원자력안전위원회를 설치하여 원자력의 생산과 이용에 따른 방사선재해로부터 국민을 보호하고, 공공의 안전과 환경보전에 이바지함을 목적으로 한다(원자력안전위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제1조).

여 노력하여야 한다(생활주변방사선법 제18조 제1항, 같은 법 시행령 제9조 제1항, 제2항).

항공운송사업자는 항공노선별로 승무원이 우주방사선에 피폭하는 양, 승무원이 연간 우주방사선에 피폭하는 양을 조사·분석하여야 하고(같은 법 제18조 제3항), 그 결과를 반영하여 승무원의 건강 보호 및 안전을 위한 조치를 하여야 한다(같은 법 제18조 제4항). 또한 승무원에 대하여 건강진단을 실시하여야 하고(같은 법 제18조 제5항),[101] 우주방사선 피폭 등에 관한 사항에 대하여 원자력안전위원회가 실시하는 교육을 받게 하여야 한다(같은 법 제18조 제6항).[102] 원자력안전위원회는 위 조치들에 필요한 세부사항을 정하여 고시한다(같은 법 제18조 제7항). 항공운송사업자는 위 조사·분석 결과, 안전조치 결과, 건강진단 결과, 교육실시 결과를 기록·보관하고 원자력안전위원회에 보고하여야 한다(같은 법 제18조의2 제1항).

생활방사선법시행령제10조(승무원에대한안전조치등)

항공운송사업자는 법 제18조 제4항에 따라 승무원의 건강 보호 및 안전을 위하여 피폭방사선량이 선량한도를 초과하지 않도록 다음 각 호의 조치를 하여야 한다.

1. 승무원의 피폭방사선량을 최소화하기 위한 다음 각 목의 조치
   가. 승무원의 연간 피폭방사선량을 고려한 국제항공노선 탑승 근무의

101) 항공운송사업자는 승무원에 대한 건강진단을 다음 각 호의 구분에 따른 시기에 실시해야 한다(생활주변방사선법 시행령 제10조의2 제1항).
   1. 국제항공노선 탑승 근무를 최초로 시작하는 승무원: 국제항공노선 최초 탑승 전까지
   2. 국제항공노선 탑승 근무 경험이 있는 승무원으로서 국제항공노선 탑승 근무가 편성(편성 예정인 경우를 포함한다. 이하 같다)된 승무원: 국제항공노선 탑승 근무가 편성되는 해의 1월 1일부터 12월 31일까지(제1호에 따른 건강진단을 받은 해는 제외한다)
   3. 법 제18조제3항에 따른 조사·분석 결과 피폭방사선량이 선량한도를 초과한 승무원: 즉시

102) 항공운송사업자는 승무원에게 '1. 우주방사선의 개념 및 우주방사선이 인체에 미치는 영향, 2. 승무원의 우주방사선 피폭 관리 방안, 3. 우주방사선의 안전관리 관련 법령, 4. 그 밖에 우주방사선의 안전관리에 필요한 사항'에 관하여 원자력안전위원회가 실시하는 3시간의 신규교육과 2년마다 1시간의 정기교육을 받게 해야 한다(생활주변방사선법 제10조의3 제1항, 제2항, 제3항).

편성

나. 국제원자력기구 등 국제기구의 권고사항 등을 고려하여 원자력안전위원회가 정하여 고시하는 연간 피폭방사선량 기준을 초과할 우려가 있는 승무원에 대한 항공노선의 변경 및 탑승 횟수 조정

2. 법 제18조 제5항 및 이 영 제10조의2에 따른 건강진단의 결과 해당 승무원이 우주방사선으로 인한 건강 악화 우려가 있고 비행 탑승 근무를 지속하기 어려운 상태라는 의사의 소견을 받은 경우에는 국제·국내 항공노선 탑승 근무에서 제외

3. 승무원의 피폭방사선량에 관한 정보 제공(승무원이 항상 확인할 수 있도록 하여야 한다)

4. 승무원의 피폭방사선량이 제1호 나목에 따라 원자력안전위원회가 정하여 고시하는 연간 피폭방사선량 기준을 초과한 경우에는 다음 각 목의 조치

가. 연간 피폭방사선량 기준을 초과한 사실을 안 날부터 1개월 이내에 경위 조사 및 해당 승무원의 연간 피폭방사선량에 대한 재평가를 실시할 것

나. 가목에 따른 조사 및 재평가 결과를 해당 승무원에게 즉시 통보할 것

다. 그 밖에 해당 승무원의 추가 피폭을 방지하기 위하여 원자력안전위원회가 정하여 고시하는 조치를 할 것

'항공운송사업자의 우주방사선 안전관리 규정'(원자력안전위원회고시) 제4조(승무원에 대한 안전조치 절차, 방법 등)

① 「생활주변방사선 안전관리법 시행령」(이하 "영"이라 한다) 제10조 제1호 나목에서 "원자력안전위원회가 정하여 고시하는 연간 피폭방사선량 기준"이란 승무원의 피폭방사선량 최적화를 위한 관리기준으로서 연간 6밀리시버트를 말한다. 다만, 임신한 승무원의 경우 임신한 사실을 항공운송사업자에게 보고·통보하여 임신이 확인된 시점부터 출산시까지의 기간에는 1밀리시버트로 한다.

② 법 제18조 제7항에 따른 법 제18조 제4항 및 영 제10조의 승무원의 건강 보호 및 안전을 위한 조치를 이행하기 위한 절차, 방법 등 세부사항은 다음 각 호와 같다.

1. 영 제10조 제1호 가목에 따라 승무원의 국제항공노선 탑승 근무를 편성할 때에는 누적 연간 피폭방사선량이 높은 승무원의 근무를 가능한 한 피폭방사선량이 낮은 노선으로 편성할 것
2. 영 제10조 제1호 나목에서 기준을 초과할 우려란 직전 조사·분석 시점까지의 연간 피폭방사선량과 직전 조사·분석 시점 이후 탑승하였거나 탑승 예정인 국제항공노선의 예상 피폭방사선량의 합이 제1항에 따른 기준을 초과하는 경우를 말함
3. 영 제10조 제3호에 따른 정보제공은 승무원이 별도로 요청하지 않아도 항상 확인할 수 있도록 할 것
4. 영 제10조 제4호 가목에 따른 경위 조사 및 해당 승무원의 연간 피폭방사선량 재평가는 다음 각 목의 방법으로 할 것
   가. 경위 조사: 영 제10조 제1호의 조치 수행 여부를 포함할 것
   나. 해당 승무원의 연간 피폭방사선량 재평가: 해당 승무원의 연간 국제항공노선 탑승 기록을 기반으로 노선별 피폭방사선량을 재평가하여 합산할 것

③ 영 제10조 제4호 다목에서 "원자력안전위원회가 정하여 고시하는 조치"란 다음 각 호 중 어느 하나에 해당하는 조치를 말한다.
1. 기존 계획된 국제항공노선보다 피폭방사선량이 낮은 노선으로 변경
2. 탑승 예정 국제항공노선 횟수의 조정
3. 국제·국내항공노선을 탑승하지 않는 근무로 변경
4. 그 밖에 해당 승무원의 피폭을 저감 할 수 있는 조치

원자력안전위원회는 생활주변방사선의 안전관리 실태를 점검하기 위하여 매년 승무원에 대한 우주방사선의 안전관리 현황에 해당하는 사항에 대한 조사계획을 수립·시행하여야 하고(같은 법 제23조 제1항), 종합계획 및 연도별 시행계획을 수립할 때 생활주변방사선 안전관리 실태조사 및 분석 결과를 반영하여야 한다(같은 법 제23조 제4항). 원자력안전위원회는 승무원에 대한 생활주변방사선 건강영향조사를 실시할 수 있고(같은 법 제18조의3 제1항), 이를 위하여 관계 중앙행정기관의 장 등에게 통계자료 등의 제출을 요청할 수 있으며, 자료의 제출을 요청받은 자는 특별한 사유가 없으

면 이에 따라야 한다(같은 법 제18조의3 제2항). 원자력안전위원회는 생활주변방사선에 피폭할 우려가 있는 사람을 위한 교육프로그램을 개발·운용할 수 있다(같은 법 제26조).

생활주변방사선법은 건강영향조사와 관련된 업무와 관련하여 직무상 알게 된 개인정보의 누설 또는 직무 외 사용에 대해서만 형사처벌조항 및 양벌규정을 두고 있고(같은 법 제29조 제1의3, 제30조), 이외의 의무 위반에 대해서는 과태료 조항만을 두고 있다. 대표적으로, 승무원의 건강 보호 및 안전을 위한 조치를 취하지 아니한 자는 2,500만 원 이하의 과태료에 처해지고(같은 법 제31조 제2항 제3의4호), 승무원에 대하여 건강진단을 실시하지 아니한 자는 1,000만 원 이하의 과태료에 처해지며(같은 법 제31조 제3항 제7호), 승무원에게 교육을 받게 하지 아니한 자는 300만 원 이하의 과태료에 처해진다(같은 법 제31조 제4항 제2의2호).

(2) 우주방사선 관련 업무상 질병 판정 사례

2023년 9월 8일부터 근로복지공단은 업무상질병판정위원회의 업무상 질병 판정서 및 심사결정서를 온라인으로 열람 가능하도록 웹사이트에 공개하고 있다.[103] 2017년부터 2022년까지의 판정서가 공개되고 있고, 정신질환(자살) 관련 사례는 공개되지 않는다. 해당 웹사이트에서 현재 검색할 수 있는 항공승무원의 직업성 암 발생 사례는 본 연구 작성일인 2024. 2. 4. 기준으로 총 3건이 확인되었다.

2021년 판정이 이루어진 한 사례(업무상질병판정위원회 2021. 5. 17.자 2021 판정 제1024호)는 우주방사선 피폭으로 인한 항공승무원의 산업재해를 인정받은 최초의 사례이다. 북극항로를 비행하는 항공기에 수년간 탑승하다 급성골수성백혈병에 걸려 숨진 A 항공 전직 승무원 B 씨(여성, 1984년생)가 법령상 허용치보다 낮은 방사선 피폭량에도 산업재해를 인정받은 것이다. 2009년 A 항공에 입사한 B 씨는 5년 7개월간 객실승무원으로 근무하면서 미주 노선 북극항로를 비행하는 업무를 맡았다. 총 1,176시간가량 북극

103) 근로복지공단, “업무상질병판정서 통합검색”, 업무상질병판정서 웹사이트, https://jilbyungcase.comwel.or.kr, 2024. 3. 28. 최종확인.

항로 비행에 투입되었으며, 방사선 피폭량은 총 18.67mSv로 추정되었다. 이 추정치를 바탕으로 계산된 인과확률의 중앙값은 11.8603%이다(KOSHA-PEPC Ver. 2.0 프로그램에 의해 계산된 것으로, 이하 판정 사례들에서도 같다.). 업무상질병판정위원회에 함께 제출된 자료에는 역학조사평가위원회 심의서에 따르면 근로자의 상병은 업무관련성에 대한 과학적 근거가 부족하다고 판단되었다. 기존 역학연구에서 항공산업 종사자 집단과 백혈병 간의 연관성이 아직 충분히 밝혀지지 않았고, 100mSv 이하의 저선량 방사선 노출로 인한 백혈병의 잠복기는 5~7년인데 반해 B 씨 근속연수가 충분히 길지 않아 백혈병의 자연발생 가능성을 배제하기 어렵다는 이유였다. 또, 판정이 이루어진 당시 관련 법령에 따르면 방사선작업종사자의 경우 방사선 노출 허용치는 연간 50mSv, 5년간 100mSv를 넘지 않는 것을 기준으로 되어 있었던 점도 역학조사평가위원회의 판단에 영향을 미쳤을 것으로 사료된다.

그러나 업무상질병판정위원회는 업무상 질병 판정서에서 “근로자 상병의 업무관련성에 대한 과학적 근거가 부족하다”면서도 “역학조사에서 산출한 고인의 누적 방사선량은 보수적 관점에서 산출된 수치”라고 판단했다. B 씨의 누적 방사선량이 일반적인 방사선 의료 종사자의 노출량에 비해 낮은 수준으로 볼 수 없고, 대부분의 국제기구의 보고에서 저선량 방사선과 암 발생 간의 한계치가 없는 선형 양-반응관계 가능성을 배제할 수 없다고 간주하고 있는 점을 언급하였다. 또한 우주방사선의 측정 장비와 피폭량의 예측 모델에 한계가 있어 고인의 누적 방사선 노출량은 1.4~2.1배 증가할 가능성이 있다고 보면서, B 씨의 산업재해 인정 가능성을 적극적으로 해석하였다. 특히 국내외 연구에서 표본 수의 한계는 있으나 타 직업군 또는 일반 인구와 비교해 항공종사자의 혈액암의 발병 위험을 완전히 부인할 수 없고, 고인이 만 31세라는 젊은 나이에 상병이 발생했으며, 우주방사선 노출 기간이 5년 이상으로 방사선 유발 암의 잠복기를 충족하는 점을 고려하면, 고인의 상병과 업무 사이에 상당인과관계가 인정된다고 보았다.

2021년의 다른 사례(업무상질병판정위원회 2021. 6. 14.자 2021 판정 제1026호)는 A 항공 조종사로 32년간 근무하다 급성골수성백혈병이 발생하고, 연쇄구균에 감염된 C 씨(남성, 1956년생)와 관련한 판정으로, 그 또한 산

업재해를 인정받았다. 그의 비행시간 19,337시간 중 10,979시간이 북극항로가 포함된 고위도 노선이었고, 방사선 피폭량은 총 98.93mSv로 추정되었다. 이를 바탕으로 계산된 인과확률의 중앙값은 20.5218%로 산출되었다.[104] 앞선 B 씨의 사례와 유사하게 역학조사평가위원회는 C 씨의 질병의 업무관련성을 낮게 평가하였는데, 이는 C 씨의 흡연력이나 C 씨 부모의 암 발생이라는 가족력 등 개인적 요인으로 인한 발병 가능성을 충분히 배제하기 어렵다는 점이 근거로 작용하였다. 그러나 업무상질병판정위원회는 장기간 비행 업무로 인한 지속적인 노출, 흑점 폭발과 같은 더 높은 피폭량의 가능성, 불규칙한 야간 교대근무, 항공기 소독 시 소독용 약제 노출, 보안검색대 전리방사선 노출 등과 같은 C 씨의 근무환경을 보다 종합적으로 고려하였다. 이러한 근무환경은 백혈구 감소증과 급성 골수성 백혈병을 유발할 수 있는 상당인과관계가 있고, 연쇄구균감염 또한 급성 골수성 백혈병의 합병증이라는 의학적 소견을 채택하는 데에 무리가 없어 업무상 질병으로 인정할 수 있다고 설시하였다.

한편, 2021년의 또 다른 사례(업무상질병판정위원회 2021. 9. 27.자 2021판정 제1283호)는 호지킨 림프종으로 진단받은 D 씨(여성, 1986년생)의 경우로, 업무상 질병을 인정받지 못했다. 만 28세가 되던 2015년에 호지킨 림프종으로 진단받은 D 씨는 객실승무원으로서 2011년부터 2015년 동안 총 3,917시간을 비행하였고, 그중 97.2%인 3,806시간을 국제선에 탑승하여 누적 방사선 노출량이 12.87mSv로 추정되었다. D 씨는 상병과 혈액 종양 질환과 관련된 특이 과거력이나 가족력이 없고, 음주 및 흡연을 하지 않았지만, 3년 8개월의 비교적 짧은 근무 기간과 잠복기를 고려했을 때 전리방사선 노출 기간 및 노출 후 발병 기간이 짧은 점이 산업재해 불승인 판정의 이유로 제시되었다. 더불어 전리방사선 노출과 호지킨림프종 유발인자 간의 관련성을 명확하게 확인하기 어려운 점과 신청인의 진단 당시 연령이 해당 상병의 호발 연령대에 속했다는 점도 판정 근거에 포함되었다. 특히 인과확률의 중앙값이 0.0004%로 나와 일반적인 판정승인 기준치인 50%에 비해

104) 박태인, “[단독] 조종사도 첫 ‘방사선 피폭’ 산재 인정 “일반인 80배””, JTBC, 2021. 6. 8.자 보도.

매우 낮았다는 점도 중요한 요인이었다.

(3) 현행 법리에 따른 업무상 질병 및 중대산업재해 인정 가능성

산재보험법은 ① 근로자가 업무 중 유해·위험요인에 노출되었고, ② 유해·위험요인에 노출된 업무시간, 근무기간 및 환경에 비추어 볼 때 질병을 유발할 수 있다고 인정되며, ③ 유해·위험요인의 노출이 원인이 되어 그 질병이 발생하였다고 의학적으로 인정된다면 해당 질병이 어떤 질병인지에 관련 없이 업무상 질병으로 보고 있다(산재보험법 시행령 제34조 제1항). 따라서 항공승무원의 질병이 업무상 질병으로 인정되기 위해서는, 항공승무원이 업무 중 우주방사선에 노출된 시간, 정도 등 구체적 경위와, 이러한 방사선 노출과 백혈병 간의 인과관계 인정이 문제 된다.

한편 산업안전보건법은 방사선에 의한 건강장해를 법상 건강장해의 하나로 정의하고 있으나(산업안전보건법 제39조 제1항 제2호), 사업주 등의 보건조치가 미흡하였을 경우에 사업주 등을 처벌하고 있으므로 사업주 등이 방사선 노출과 관련하여 어떠한 보건조치를 위반하였다고 볼 수 있는지가 관건이다. 산업안전보건법은 구체적인 보건조치의 내용을 '산업안전보건기준에 관한 규칙'에 위임하였고, 특히 방사선에 의한 건강장해의 예방은 위 규칙 제2편 제7장(산업안전보건기준에 관한 규칙 제573조 내지 제591조)에서 다루고 있다. 그런데 그 내용은 주로 엑스선 검사 업무, 원자력발전소의 검사 업무, 갱내의 핵원료물질의 채굴업무 등에 관한 것이고(같은 규칙 제574조 제1항), 위 규칙 제574조 제1항 제8호가 "그 밖에 방사선 노출이 우려되는 기기 등의 취급 업무"의 경우도 사업주 등이 근로자의 건강장해를 예방하기 위하여 필요한 방사성물질의 밀폐, 차폐물 설치, 배기장치 설치, 경보시설의 설치 등의 조치를 취해야 한다고 정하고 있을 뿐이다. 여기에서 '기기 등'의 의미가 명확하진 않으나, 상위규범인 산업안전보건법에서 방사선에 의한 건강장해 일반을 산업안전보건법상의 건강장해로 규정한 부분과 산업안전보건법의 근로자 보호 취지를 고려한다면, 방사선 노출이 우려되는 '기기 등'에 항공기가 포함되는 것으로 해석함이 타당할 것이다. 따라서 사업주 등이 항공승무원의 방사능 노출로 인한 건강장해를 예방하기 위하여

필요한 구체적인 조치를 취하지 않았다면 산업안전보건법위반으로 처벌될 가능성이 있다. 만약 사업주 등이 보건조치를 소홀히 한 것 자체가 아니라(같은 법 제168조 제1호) 보건조치 소홀로 인하여 항공승무원이 백혈병 등의 질병을 앓게 되어 사망하였다면(같은 법 제167조 제1항), 그 보건조치 소홀과 사망 사이의 인과관계가 인정되어야 할 것이다.

중대재해처벌법은 앞서 살폈듯 중대산업재해를 ① 사망자가 1명 이상 발생한 경우(가목), ② 동일한 사고로 6개월 이상 치료가 필요한 부상자가 2명 이상 발생한 경우(나목), ③ 동일한 유해요인으로 급성중독 등 대통령령으로 정하는 직업성 질병자가 1년 이내에 3명 이상 발생한 경우(다목)로 정의하고 있다(중대재해처벌법 제2조 제2호). 그러면서 같은 법 시행령은 위 다목의 직업성 질병자에 관하여 방사선에 관련한 질환으로 "전리방사선(물질을 통과할 때 이온화를 일으키는 방사선)에 노출되어 발생한 급성 방사선증 또는 무혈성 빈혈"만을 규정하고 있다(같은 법 시행령 제2조 별표 1 제23호). 따라서 근로자들이 같은 방식으로 우주방사선에 장기간 노출되어 백혈병 등을 앓게 된 사례가 1년 이내에 3건 이상 발생하더라도, 중대재해처벌법 제2조 제2호 다목에 의한 중대산업재해에는 해당하지 않을 것이다.

그런데 중대재해처벌법 제2조 제2호는 가, 나, 다목의 세 가지 경우를 중대산업재해로 열거할 뿐, 가목의 사망을 언급하면서 나목과 다목을 인용하는 형태로는 규정되어 있지 않으므로, 가목에서 질병으로 인한 사망의 경우 그 질병을 같은 법 시행령 제2조의 질병으로 한정하지 않는 것으로 보인다. 따라서 근로자가 우주방사선에 장기간 노출되어 백혈병 등으로 사망에 이르렀을 경우, 그 백혈병이 산업안전보건법 제2조 제1호에 따른 산업재해에 해당하는 업무상 질병이라는 점이 인정되면 중대산업재해로 인정될 가능성이 높다. 다만 이 경우 역시, 실제로 경영책임자 등을 중대산업재해 발생이라는 중한 결과의 발생을 이유로 처벌하기 위해서는(같은 법 제6조), 경영책임자 등의 안전보건확보의무 위반이 있었는지, 위 의무 위반과 사망 사이에 인과관계가 있는지 등에 대한 증명이 필요할 것이다.

3. 제도 개선 방안

(1) 해석론적 개선 방안

1) 상당인과관계 및 비특이성 질환 법리 해석의 문제

최근 대법원은 산재보험법 사건에서의 인과관계에 대해 법적·규범적 관점에서 상당인과관계가 인정되면 인과관계가 증명된다고 판단하였다('삼성반도체 직업병' 사건). 그러나 법원은 산재보험법 사건 이외의 사건에서 일반적으로 위험인자와 질병 발생 간의 인과관계를 판단할 때에는 여전히 대법원의 '비특이성 질환 법리'를 원용하고 있다.

비특이성 질환 법리는 역학을 오해한 결과 탄생한 법리이다. 특이성·비특이성 질환의 이분법적 구분은 역학적 근거가 없고, 단일 원인에 의한 필요충분조건을 갖는 특이성 질환은 엄밀한 의미에서 존재하지 않는다.[105] 따라서 향후 업무상 질병 인정 결과의 일관성 및 신뢰성을 보장하기 위해서는 역학적 관점의 인과성에 대한 정확한 이해가 있어야 한다.[106] 대법원의 '비특이성 질환 법리'가 계속 유지되어서는 곤란하고, 특히 이러한 법리가 항공승무원의 직업성 암과 같은 산업재해 사건에까지 확대되어 인과성을 부정하는 논리로 쓰여서는 더더욱 안 될 것이다.

이에 더하여, 항공승무원의 업무환경이나 전리방사선 노출이 직업성 암 발병으로 이어지는 인과관계가 '불명확하다'는 문구가 기재된 역학조사서의 결과뿐 아니라 그 추론 과정을 주의 깊게 볼 필요가 있다. 개인의 흡연력 등 생활 방식 요인에 대한 '정보가 부족하다'는 점이 방사선 노출과 질병 간의 인과성 추론을 제한하는 논거로 작용한 사례들이 있기 때문이다. 더불어 항공운송산업 직군은 객실승무원이나 운항승무원뿐만 아니라 항공교통관제사, 항공기 정비승무원, 지상직원 등 다양한 직군의 인력으로 구성되어 있는데, 이들의 직군에 따른 다양한 유해·위험요인이 충분히 밝혀지지 않았다는 점도 문제가 된다. 이처럼 다양한 직무를 "하나의 노출된 그룹"으로 집계

105) 대한예방의학회·한국역학회 담배와 폐암 소송 관련 특별위원회(주 47), 119-120면.
106) 명준표 외 3(주 62), 467면.

함으로써 항공운송 부문의 근무조건과 관련된 잠재적 위험이 과소평가되었을 가능성이 높다.[107]

즉, 현재 항공승무원 관련 집단 또는 개인에 관하여 축적된 정보의 한계를 고려하면, 항공승무원의 업무상 질병 판정 시 다양한 개별 요인의 인과성을 엄격하게 검증하기를 요구하는 것은 적절하지 않다. 오히려 생활주변방사선법이 국가에 생활주변방사선의 안전관리에 필요한 시책을 마련할 의무를 부과하고 있는 점, 원자력안전위원회의 생활주변방사선 안전관리 실태조사 및 분석 의무, 승무원에 대한 생활주변방사선 건강영향조사 제도, 항공운송사업자의 승무원 피폭량 조사·분석 의무 등을 규정하고 있다는 점이 상당인과관계 증명 여부 판단 시에 반드시 고려되어야 한다.

이는 대법원이 '삼성반도체 직업병' 사건에서 보인 태도와도 일맥상통하는 부분이 있다. 위 사건에서 대법원은 역학조사 '결과'에 단편적으로 의존하는 대신, 사업주의 역학조사 방해, 특정 직업군과 전체 인구 유병률의 비교 등 다양한 간접사실을 종합하여 상당인과관계를 규범적으로 판단하였기 때문이다. 항공운송산업종사자의 백혈병·암 발생률이 일반 근로자보다 현저히 높은 점, 관련 법규의 근로자 보호 취지, 항공승무원 관련 집단이나 개인에 대한 정보 축적이 불충분하다는 점과 개별 사건의 구체적인 사실관계(이를테면 항공운송사업자의 역학조사 방해가 있었는지 여부 등)를 더하여 종합적·규범적으로 상당인과관계를 판단하는 것이, 항공승무원의 우주방사선 노출 사건에서 더욱 적절한 상당인과관계 판단이 될 것이다.

나아가 항공승무원에 관한 국가 차원의 전수조사 및 직군별 코호트 연구가 충분히 수행되어야 하고, 개인의 비행 이력(비행시간, 고용기간, 비행경로, 우주방사선 노출 수준), 생활방식 및 암 특성(예: 백혈병의 하위 유형, 종양 잠복기 및 기간별 진단)에 따른 집단별 분석도 병행될 필요가 있다.

2) 인과확률 해석의 문제

항공승무원의 우주방사선 산업재해 판정 시 중요한 근거로 활용된 자료는 KOSHA-PEPC Ver.2.0 프로그램으로 산출된 인과확률이다. 이것은

107) Wanhyung Lee, et al.(supra note 93), p.11.

방사선 작업 종사자에게 발생한 암이 방사선 노출에 기인된 정도를 평가하는 국내 평가도구로서, 직업적 노출력의 개연성을 확률로 산출한 '인과확률' 개념을 활용한다. 역학조사 단계에서는 누적 방사선량의 인과확률 중앙값이 50%에 미치지 못할 경우 업무관련성을 낮게 판단하는 중대한 분기점으로 작용했다. 또, 국제원자력기구(IAEA) 등의 국제적 기준으로 봤을 때 누적 방사선량이 질병을 일으킬 만큼 상당한 수준으로 산출되더라도 개인적 요인의 가능성을 충분히 배제하기 어려울 경우, 업무와 질병 발생 사이에 상당인과관계가 있음을 인정받기 어려운 경향을 보였다.

그러나 이와 같은 관행은 몇 가지 한계를 가지고 있다. 먼저, KOSHA-PEPC Ver. 2.0 프로그램에서 사용되는 인과확률을 업무상 질병 판단의 절대적 근거로 활용하기에는 통계적 불확실성이 크다. 해당 프로그램은 개인의 암 발생에 대한 방사선의 기여도를 인구집단에서 관찰된 평균 모형을 적용하여 인과확률을 계산한다. 이때 암 발생자의 성별, 노출 시 연령, 노출 정도, 노출 후 경과시간, 흡연량 등의 정보를 추가하여, 인구집단의 평균을 개인에게 적용할 때 발생할 수 있는 불확실성을 다소 보완하고 있다.[108] 그럼에도 개인의 업무 조건과 상황에 대한 정보는 충분히 활용하기 어렵고, 방사선을 제외한 다른 발암 요인의 잠재적 영향을 빠짐없이 포함할 수는 없기 때문에 여전히 인과확률의 추정치는 큰 변동가능성을 갖는다.[109]

우주방사선 피폭량의 측정에도 난관이 있다. 대부분의 국내 항공사는 'CARI-6M'이라는 방사선 유효선량 계산 프로그램을 사용하여 우주방사선을 측정해왔다. 그러나 이는 연중 변화가 적은 은하 우주방사선만을 측정하고 태양풍과 흑점 폭발 등 태양 우주방사선의 급격한 영향을 반영하지 못하는 문제가 있기 때문에, 이를 보완하는 프로그램이 개발되고 있다.[110] 저선량의 우주방사선이 만성적으로 인체에 미치는 영향을 밝히려면 매우 큰 표본 수가 필요하다는 것도 문제이다. 과학자들은 10mSv의 방사선 노출이 일

108) 정미선 외 6(주 38), 115면

109) 정미선 외 6(주 38), 114-115면.

110) 한국천문연구원, "천문연, 항공기 탑승 시 우주방사선 피폭량 확인할 수 있는 웹서비스 시작", 한국천문연구원 보도자료 웹사이트, https://www. kasi.re.kr/kor/publication/post/newsMaterial/29288, 2024. 3. 28. 최종확인.

으키는 피해를 계산하기 위해서는 최소 5백만 명의 연구대상이 있어야 통계적으로 의미 있는 결과의 도출이 가능하다고 제시하고 있어, 연구를 기획하고 진행하는 데에 여러 현실적 제약이 따른다.[111]

다행인 것은 최근 업무상질병판정위원회가 우주방사선의 측정 장비와 피폭량 예측 모델의 한계를 인정하고, 누적 방사선량 이외에 항공승무원의 근무환경과 다양한 유해요인을 더욱 종합적·적극적으로 고려하고 있다는 점이다. 즉, 인과확률의 중앙값이 50%에 미치지 못한다고 해서 반드시 산업재해 불승인으로 이어지는 것은 아니며, 흡연력, 음주력, 가족력과 같은 다른 기여위험요인이 다양하게 존재하더라도, 신청 상병 관련하여 개인적 소인을 명확히 검증하기 어렵다면 근무환경 등을 종합적으로 고려하여 상당인과관계를 인정하고 있다.[112]

일부 국가에서는 인과확률 50%를 기준으로 삼는 대신 낮은 수준의 기여위험도만 있어도 인과관계가 존재한다고 인정하기도 한다. 예컨대 독일에서 2배 규칙(two-fold rule)은 폐암과 같이 개인적 혹은 직업적 요인에 의한 발생이 많은 질병에만 적용되고, 희귀질환의 경우에는 2배 위험도가 증명되지 않더라도 노출과 질환 사이에 분명한 연관성이 있는 경우 업무상 질병으로 인식되고 업무상 질병 목록에 포함될 수 있다.[113]

결국 항공승무원의 우주방사선 노출과 혈액종양질환 간의 인과성을 판단할 때 인과확률의 추정치가 50% 미만으로 산출되었다고 해서 섣불리 직

---

111) Hee-Bok Ahn, et al., “A Study on the Reduction of Cosmic Radiation Exposure by Flight Crew”, 「J. Korean Soc. Aviat. Aeronaut」 Vol.28, 2020, p.3.

112) 다음과 같은 역학조사평가위원회의 심의 사례도 발견된다. 2021년 5월 심의된 E씨(여성, 1974년생)는 만 41세가 되던 2016년 좌측 유방 악성종양을 진단받았다. 해당 승무원은 20년간 국제선 승무원으로 근무하며 누적 방사선량 78.81mSv만큼 노출되었고, KOSHA-PEPC Ver. 2.0 프로그램의 인과확률 중앙값은 4.0886%로 산출되었다. 이는 50%에 크게 미치지 못하는 값이지만, 항공기 탑승을 위한 수시 X-ray 보안검사, 야간 교대근무 및 불규칙한 비행 주기로 인한 생체리듬 부조화 등의 직업적 노출력을 복합적으로 인정받아, 근로자 상병의 업무관련성에 대한 과학적 근거 수준이 높다고 판단되었다(안전보건공단, “국내 재해사례: 직업병”, 안전보건공단 웹사이트, https://www.kosha.or.kr/kosha/data/occupationalDisease.do?mode=view&boardNo=246&articleNo=423926, 2024. 3. 28. 최종확인).

113) 정미선 외 6(주 38), 111면.

업적 요인의 인과성을 부정하는 것은 바람직하지 않다. 그보다는 근로자의 업무 조건을 종합적으로 파악하는 한편 업무와 재해 간 인과관계 추정을 위한 구체적 요건을 마련하고자 하는 노력이 수반되어야 할 것이다.

(2) 입법론적 개선 방안

1) 산업재해 보상 절차 개선

근로복지공단이 발표한 심의현황 보고서에 따르면, 2022년의 업무상 질병 인정률(인정건수 / 판정건수)은 62.9%이고, 그중 직업성 암의 인정률은 62.8%이다. 인정률의 표면적인 수치를 넘어 한국의 산업재해 보상 절차는 근로자에게 큰 장벽으로 작용하는 경우가 많다. 2022년 기준으로 이의제기율(전체 불승인 사건에서 심사청구 및 재심사청구를 합한 비율)이 21.7%에 달하고, 취소율도 6.8%나 된다.[114]

산업재해에 관한 증거와 자료는 사업주 측에 편중되어 있음에도 불구하고, 산재보험법은 업무와 재해 간 상당인과관계 및 시간적・의학적 인과관계의 증명책임을 근로자에게 부담시키고 있다.[115] 사업주의 자료 제공 의무에 관한 추상적인 규정이 법에 있지만(산재보험법 제5조 제1항 제3호), 사업주가 영업비밀을 이유로 관련 자료의 공개를 거부하는 경우, 근로자가 자료 공개를 강제하거나 사업장에 출입할 권한이 불명확하다. 재해 현장 조사가 제한된 시간 안에서 이루어지기 때문에 요일별・시간대별 업무가 변경되는 근로자의 경우 작업 현장의 실태가 제대로 반영되지 못한다는 지적도 있다.[116] 무엇보다 업무상 질병의 심사 과정이 복잡한 탓에 심의가 지연되어 많은 재해자가 생활고를 경험하고 있다. 산업재해가 인정되어 휴업급여를 받는다고 해도 평균임금의 70%만 받을 수 있다(산재보험법 제52조).

---

114) 근로복지공단 산재보상국 업무상질병사업부, “업무상질병판정위원회 2022년도 4분기 심의현황 분석”, 근로복지공단, 2023, 19면; 25면.

115) 조윤익 외 3, “업무상 재해의 상당인과관계 증명책임 완화에 대한 검토 및 제언 - 산업재해보상보험법의 입법론적 개선방안을 중심으로 -”, 「고려법학」 통권 제99호, 2020, 239면.

116) 김정민 외 3, “[구멍난 산재보험]② 입증・심사・승인…무엇 하나 쉽지 않은 산재보상”, 연합뉴스, 2021. 1. 20.자 보도.

또한 업무상질병판정위원회의 전문성과 책임성에 관한 문제도 있다. 위원에 대하여 일정한 자격이 요구되긴 하지만 위원장을 제외한 위원이 모두 비상임이고, 위원의 전체 명단은 공개되지만 특정 심의에 참여한 위원의 명단은 비공개로 유지된다. 당사자가 요구하는 경우에도 위원 이름이 가려진 채로 심의위원별 의견이 제공되고, 정보공개 청구를 통해 심의위원별 의견을 받더라도 요약된 결론을 중심으로 기재된다. 또한 산업재해 불승인 처분이 법원에서 취소되더라도, 충분한 사후 평가가 이루어지지 않음으로써 같은 문제가 있는 판정이 반복되기도 한다.[117]

이러한 문제로 인해 산재보험법 제37조를 개정하여 증명책임을 전환하고자 하는 시도가 이루어지기도 했으나, 해당 개정안들이 사업주의 면책증명 촉진, 산업재해 예방 의욕 및 유인의 부재, 보험급여 비용의 현저한 증가 등의 우려 속에서 국회의원 임기 만료로 폐기되었다. 향후 산업재해의 증명 곤란 문제를 실질적으로 해결할 수 있도록 사업주의 정보제공 의무를 강화하여야 하고, 정보제공 의무의 위반이나 증명방해 행위를 충분히 제재하도록 하는 방안을 고려할 필요가 있다.[118] 또, 업무상질병판정위원회의 심의 절차를 간소화하고, 비교적 정형화된 다빈도 상병의 경우 심의를 면제하거나 신속 심의 절차를 밟게끔 보완하는 것도 대안이 될 수 있다. 업무상질병판정위원회의 운영 인력과 전문인력을 충원하여 전문성을 강화하는 한편, 업무상질병판정위원회 판정의 자의성을 통제하고 일관성을 확보하기 위한 평가 제도를 마련하는 것도 요구된다.

2) 방사선 방어의 최적화 원칙 강화

항공승무원의 방사선 피폭 문제가 점차 사회적 공감대를 얻음에 따라, 관련 제도의 변화가 이루어지고 있다. 국토교통부는 2021년 5월 24일부터 항공승무원의 피폭방사선량 안전기준을 기존 연간 50mSv에서 연간 6mSv로 낮추었고, 임신한 여성 승무원의 경우 피폭량 한도는 연간 2mSv 이하에

117) 박다혜, “[부당한 산재 불승인, 그만 ④] 업무상질병판정위, 신뢰는 어디에서 오는가”, 매일노동뉴스, 2023. 10. 29.자 보도.

118) 조윤익 외 3(주 115), 257면.

서 1mSv 이하로 낮아졌다. 원자력안전위원회는 2023. 6. 9. '항공운송사업자의 우주방사선 안전관리 규정'을 개정하여 연간 피폭방사선량이 기준치를 초과하였거나 누적 연간 피폭방사선량이 높은 승무원 등에 대한 안전조치를 마련하였다.[119]

이와 같은 개선안은 서구 선진국과 다양한 국제기구에서 제시하는 권고 수준에 부합하는 변화이다. 다만 ALARA 원칙의 취지를 다시금 되새기자면, 방사선 허용 선량한도는 선량한도 미만의 방사선 노출이 안전하다고 판단하는 기준이 아니라는 점을 유의하여야 한다.[120] 선량한도는 방사선에 의한 피폭을 합리적이고 안전하게 관리하기 위한 수단일 뿐이고, 선형 무역치 모델에 따라 방사선 노출을 최대한 차단하는 것이 가장 근원적인 대책이다. 특히 항공승무원의 경우 근무 시 차폐복 착용이 어렵고, 방사선 노출이 이루어지는 제반 환경을 개인 수준에서 통제하기 불가능한 경우가 다수이므로, 경영책임자 등의 안전보건확보의무가 (중대)산업재해 예방에 중대한 역할을 할 것이라 유추할 수 있다.

더불어 방사선 노출에 관한 산업안전보건법상 보건조치의무 등의 규제가 원자력작업종사자 중심의 규제에서 탈피하여 자연방사선 관련 규제를 분명하게 포함하는 한편 생활주변방사선법과의 관계 또한 명확하게 하는 방향으로 개정되어야 하고, 중대재해처벌법의 실제 적용을 위한 하위법령 마련도 필요하다. 또한 현행법이 우주방사선과 관련된 의무 위반을 주로 낮은 수준의 과태료로 제재하고 있는 것은 항공운송사업자의 안전보건확보의무를 강제하는 데에 큰 한계로 작용할 수 있으므로, 생활주변방사선법의

119) 앞서 살펴본 업무상 질병 판정서 중 하나(업무상질병판정위원회 2021. 6. 14.자 2021 판정 제1026호)에서, 해당 사건의 항공운송사업자가 '당사는 국제권고안을 참고하여 운항 및 객실승무원의 방사선 관리프로그램인 '우주방사선 승무원 보호절차'를 자체적으로 수립하고 있고, 모든 국제선 운항편에 대한 방사선량을 연간 6mSv 내에서 관리하고 있으며, 이에 따라 매월 승무원의 개인누적방사선량을 계산하여 사내 임직원 정보사이트에 등재하고 있고, 최초 신입 승무원 교육 및 전 승무원을 대상으로 우주방사선에 대한 교육을 실시하고 있으며, 개인누적방사선량이 6mSv를 초과하지 않도록 사전 조치하고 있다.' 취지로 주장하였다는 내용이 확인되고, 다른 사례에서도 비슷한 취지의 주장이 확인된다.

120) 한국원자력안전재단(주 6), 10면.

처벌조항 및 양벌규정을 실효적으로 보완할 필요가 있다.

Ⅳ. 맺으며

(가) 1953년 근로기준법이 도입된 이래로 2021년 중대재해처벌법이 제정되는 등 한국의 산업재해 관련 법제는 여러 단계에 걸쳐 개선되어 왔다. 그러나 장기간 유해요인에 노출되어 발생되는 업무상 질병은 인과관계의 증명이 여전히 쉽지 않고, 특히 항공승무원의 우주방사선 노출로 인한 질병은 한동안 규제의 사각지대에 있었다. 최근에 들어서야 관련 규제가 마련되기 시작하였으나, 현재까지 밝혀진 항공승무원의 우주방사선 노출량, 역학적 연구결과상의 백혈병, 암 발생비 등에 비추어 볼 때 우주방사선 노출 문제에 대하여 훨씬 더 많은 관심과 연구가 필요하다.

(나) 역학적 방법론은 위험인자와 업무상 질병의 인과관계를 증명하는 중요한 방법이다. 그런데 과연 관련 기관이 역학적 방법론을 정확하게 이해하고 사용하였는지, 인과관계를 적합하게 판단하기 위해서는 어떻게 해야 하는지가 문제 된다.

대법원이 일반적으로 인과관계 판단에서 사용해 온 비특이성 질환 법리는 역학의 특이성 개념을 오해한 것이다. 현대 의학과 역학에 의하면 대부분의 질병은 복수의 요인으로 인하여 발생하므로, 엄밀한 의미의 특이성 질환은 존재하지 않는다. 한편 역학적 연구결과를 활용하면서 인과확률 50%를 절대적인 문턱값으로 사용한 경우 또한 역학을 적절하게 이해하지 못한 것이다. 인과확률은 그 수치가 클수록 인과성이 크다는 것을 나타내는 지표일 뿐, 50%를 넘지 않는다면 50%에 근접하여도 인과성이 없다는 사실을 나타내는 지표가 아니다.

이는 법원이나 업무상질병판정위원회가 항공승무원의 우주방사선 노출과 질병 간의 관계를 파악할 때에도 마찬가지이다. 해당 질병이 비특이성 질환에 해당한다는 이유를 들어 역학적 연구결과를 배제해서는 곤란하고, 인과확률의 추정치가 50%를 넘지 못한 경우에도 인과확률 추정의 어려움이

나 편향의 가능성을 고려하여 반영해야 한다. 나아가, 근로자의 증거 수집에 장해요인은 없었는지 여부, 산재보험법, 산업안전보건법, 중대재해처벌법 등 관련 법률의 근로자 보호 취지 등을 종합적·규범적으로 살피면서 법을 해석·적용할 필요가 있다.

입법론적으로는, 종래의 원자력발전소와 인공방사선 중심의 방사선 규제에서 나아가 인공방사선·자연방사선 모두를 고려한 방사선 규제가 산업안전보건법에서부터 분명하게 마련되어야 한다. 특히 방사선으로 인한 피해는 회복이 어렵고 인체에 치명적인 영향을 끼치므로, 방사선 방어의 목표인 '합리적으로 달성할 수 있는 한 낮게'에 부합하는 규제를 더욱 꼼꼼하게 도입하여 실효성을 확보할 필요가 있다. 승무원의 경우 특정한 직업 환경 공간이 정해져 있고 이에 따른 유해인자도 예측 가능하므로, 당국과 사업자의 노력에 따라 산업재해의 예방에 관한 조치가 상당 부분 가능하고 그만큼 더욱 절실하다고 할 수 있다. 나아가 산업재해 보상의 절차를 개선하기 위하여 업무상질병판정위원회의 투명성·전문성이 제고되어야 하고, 장기적으로는 증명책임의 조정도 검토할 필요가 있다.

(다) 지금까지 현행 법제를 토대로 역학과 근로자 보호의 관점에서 업무상 질병 문제를 조망해 보았다. 그러나 앞으로는 기존 제도의 틀을 넘어서는 시각에서 대안을 고안해볼 수도 있다.

가령 2010년 국제원자력기구(IAEA), 국제노동기구(ILO), 세계보건기구(WHO)가 공동으로 권고한 '인과확률을 이용한 업무상 질병의 보상체계 접근법'은 현행 법제 안에 갇힌 우리의 상상력을 자극한다. 이는 방사선작업종사자에게 직업적 방사선 노출이 암을 유발하는 중요한 요인이 되지만 그 구체적인 영향력을 개개인마다 의학적·생물학적 수단으로 알아낼 방법이 부족하다는 점을 인정하는 전제에서, 통계적인 분석 방법을 활용하여 업무상 질병의 보상체계를 고안하는 것이다. 가령 ① 인과확률의 점추정치가 50%가 넘을 경우 전액보상하는 방식, ② 손해를 비율적으로 보상하는 방식(sliding scale of compensation)으로서 인과확률의 점추정치가 50%를 넘으면 전액보상하고, 50%부터 10% 또는 20%의 일정한 절단값(cutoff value)까지는 부분보상을 하고, 나머지는 보상하지 않는 방식, ③ 인과확률의 점추정

치가 갖는 불확실성을 고려하여, 90%, 95%, 99%에서 신뢰도를 선택하고 인과확률의 신뢰상한 추정치가 50% 이상이면 보상하는 방식이 있다. 손해를 비율적으로 보상하면서도 인과확률의 점추정치 대신 불확실성을 반영한 인과확률의 신뢰상한을 사용하는 등 여러 방식을 혼합하여 사용할 수도 있다.[121]

물론 현행 산재보험법의 '전부 아니면 전무' 방식의 급여체계 등을 고려할 때 위와 같은 대안을 당장 한국의 법제에 적용하기는 곤란한 점이 있고, 이러한 비율적·비례적 보상의 논리가 근로자 보호의 취지에서 벗어나서 오용되면 산재보험법의 무과실책임주의를 훼손할 우려도 있는 것도 사실이다. 그러나 근로자가 처한 여러 한계에도 불구하고, 위험요인과 질병 간의 인과관계를 확실하게 증명하지 못하였다는 이유로 아무런 급여도 받지 못하게 될 수도 있는 현실을 고려하면, 방사선 노출 문제와 같이 본질적으로 그 인과관계의 불확실성을 배제하는 것이 곤란한 사안에 대하여 부분적인 급여 지급이라도 가능한 방법을 고안할 수 있을 것이다.

나아가 산업재해의 필연적인 불확실성에 대한 더욱 궁극적인 대안은, 보상의 '공정성'을 위해 '업무상 질병의 인과관계 법리에 대한 정교성', '개별적 사건 하나하나에 대한 산업재해 인정과 보험급여 지급의 타당성' 등에 매몰되지 않을 때 비로소 도출될 수 있다. 물론 재원의 효과적인 사용이라는 측면에서는 산업재해 인정을 위한 최소한의 판단 과정이 꼭 필요하다. 그러나 산업재해의 인정을 둘러싼 지난한 갈등과 수많은 송사는 산업재해 보상보험 제도의 취지에서 벗어나 근로자의 존엄을 훼손할 우려가 있음은 물론이고, 장기적으로는 산업재해를 둘러싼 사회적 비용을 증가시켜 제도 안팎의 효율마저 저해할 우려가 있다. 산업재해가 사회문제로 인식된 이유를 곱씹어 본다면 국가가 사용자를 대신하여 근로자와 치열하게 다투는 구조가 형성되는 것은 결코 바람직하지 않다. 독일, 프랑스 등의 입법례와 같이 민사법의 일반적인 상당인과관계 법리를 넘어 업무상 질병의 인정 기준 자체를 상당 부분 완화함으로써[122] 산업재해에 수반하는 각종 비용과 근로

121) 정미선 외 6(주 38), 85-86면.

122) 김수정, "업무상 질병의 인과관계 귀속 및 그 증명책임", 「서울대학교 법학」 제63권 제4호, 2022, 268면.

자의 고통을 줄이는 방향을 고민할 필요가 있다.

이러한 방향으로 나아가기 위해서는 근로자 보호의 필요성에 대한 사회적 합의와 적극적 투자가 가장 중요하다. 본 연구를 계기로, 업무상 질병의 인정 및 보상 절차의 개선과 산업재해의 예방을 위한 활발한 논의가 전개되고 구체적인 정책이 마련되기를 기대한다.

역학을 통해 바라본 산업재해와 업무상 질병 문제 - 김 슬 아·이 다 은·장 은 지·장 시 원	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2024.02.04.	2024.03.05.	2024.03.26.

[참고문헌]

대한예방의학회, 예방의학과 공중보건학 Ⅰ 건강과 질병, 역학과 그 응용, 제4판, 계축문화사, 2021.
대한예방의학회, 예방의학과 공중보건학 Ⅱ 환경과 건강, 제4판, 계축문화사, 2021.
정진우, 산업안전보건법, 개정증보 5판, 중앙경제, 2022.
David D. Celentano, et al., 한국역학회 역, 고디스 역학, 제6판, 범문에듀케이션, 2020.

김성룡, "「중대재해 처벌 등에 관한 법률」의 적용을 둘러싼 형사법적 쟁점 검토", 「법학논고」 통권 제77호, 2022.
김수정, "업무상 질병의 인과관계 귀속 및 그 증명책임", 「서울대학교 법학」 제63권 제4호, 2022.
김정우, "노동조합은 산업재해 발생과 은폐에 어떤 영향을 미치는가?", 「산업노동연구」 제27권 제1호, 2021.
김정한, "형사소송에서 입증책임과 쟁점형성책임에 관한 실무적 고찰", 「형사소송 이론과 실무」 제9권 제2호, 2017.
대한예방의학회・한국역학회 담배와 폐암 소송 관련 특별위원회, "흡연과 폐암의 인과성에 대한 <대한예방의학회・한국역학회 담배와 폐암 소송 관련 특별위원회>의 의견", 「예방의학회지」 제48권 제3호, 2015.
명준표 외 3, "역학적 관점에서 업무상 질병의 인과관계 판단의 발전방향", 「대한의사협회지」 제61권 제8호, 2018.
박지순・이주원, "산재보험급여소송에서 업무상 재해의 증명책임", 「고려법학」 통권 제63호, 2011.
신승아・정상원, "역학적 인과관계와 담배 소송의 인과관계 법리 - 비특이성 질환 이론의 문제점과 인과확률 판단의 필요성을 중심으로 -", 「저스티스」 통권 제193호, 2022.
이선구, "유해물질소송에서 역학적 증거에 의한 인과관계의 증명: 대법원 판례를 중심으로", 「저스티스」 통권 제146호, 2015.
이승준, "중대재해처벌법위반죄에서의 경영책임자의 책임과 인과관계 - 의정부지법 고양지원 2023. 4. 6. 선고 2022고단3254 판결의 평석-", 「형사법의 신동향」 통권 제179호, 2023.
이연갑, "역학연구결과에 의한 인과관계의 증명", 「법조」 제61권 제7호, 2012.
이재기, "저선량 방사선 영향과 발현암의 인과성 문제", 「동위원소회보」 제15권 제3호, 2000.
조윤익 외 3, "업무상 재해의 상당인과관계 증명책임 완화에 대한 검토 및 제언 - 산업재해보상보험법의 입법론적 개선방안을 중심으로 -", 「고려법학」 통권 제99호, 2020.

국립암센터, "발암 요인 보고서 [전리방사선]", 2023.
근로복지공단 산재보상국 업무상질병사업부, "업무상질병판정위원회 2022년도 4분기 심의현황 분석", 근로복지공단, 2023.
송강직, "산업안전보건법의 집행체계에 관한 국제비교 -일본, 영국을 중심으로-", 안전보건공단 산업안전보건연구원, 2016.
안전보건공단 산업안전보건연구원, "항공교통산업에서의 직종별 집단의 직업관련 질환 발병 위험 평가 역학조사보고서 (2)", 2021.

울산대학교 산학협력단, “「작업장 방사선 피폭예방」을 위한 직업건강 가이드라인”, 안전보건공단, 2020.
정미선 외 6, “방사선노출에 의한 암 발생 가능성 추정을 위한 인과확률 프로그램 개발 연구”, 안전보건공단 산업안전보건연구원, 2015.
정현희, “「중대재해 처벌 등에 관한 법률」의 재판 실무상 쟁점”, 사법정책연구원, 2022.
한국원자력안전기술원, “2020년 생활주변방사선 안전관리 실태조사 및 분석”, 2021.
한국원자력안전재단, “항공승무원이 알아야 할 우주방사선 이야기”, 2016.

강청완, “‘희귀병’ 스튜어디스, 산재 인정될까”, SBS, 2018. 12. 16.자 보도.
김정민 외 3, “[구멍난 산재보험]② 입증・심사・승인…무엇 하나 쉽지 않은 산재보상”, 연합뉴스, 2021. 1. 20.자 보도.
박다혜, “[부당한 산재 불승인, 그만 ④] 업무상질병판정위, 신뢰는 어디에서 오는가”, 매일노동뉴스, 2023. 10. 29.자 보도.
박태인, “[단독] 조종사도 첫 ‘방사선 피폭’ 산재 인정 “일반인 80배””, JTBC, 2021. 6. 8.자 보도.
반올림, “역학조사만 5~6년? ‘산재보험 기다리다 환자 죽는 상황’”, 오마이뉴스, 2023. 3. 9.자 보도.
이재혁, “업무상 질병재해, 추정의 원칙 도입했지만 처리 기간 209일로 늘어”, 메디컬투데이, 2023. 10. 22.자 보도.
조문희, “우주방사선 피폭으로 첫 산재인정 승무원, 질병판정서 보니”, 경향신문, 2021. 5. 23.자 보도.
조승한, “[이지 사이언스] 항공승무원 방사선 관리 강화한다는데…우주방사선이 뭐길래”, 연합뉴스, 2023. 6. 10.자 보도.

근로복지공단, “업무상질병판정서 통합검색”, 업무상질병판정서 웹사이트, https://jilbyungcase.comwel.or.kr, 2024. 3. 28. 최종확인.
안전보건공단, “연도별 산업재해분석(2017~2022)”, 안전보건공단 웹사이트, https://www.kosha.or.kr/kosha/data/industrialAccidentStatus.do?mode=view&articleNo=447413, 2024. 3. 28. 최종확인.
안전보건공단, “국내 재해사례: 직업병”, 안전보건공단 웹사이트, https://www.kosha.or.kr/kosha/data/occupationalDisease.do?mode=view&boardNo=246&articleNo=423926, 2024. 3. 28. 최종확인.
한국기상학회, “몬테카를로 방법”, 기상학백과 웹사이트, https://terms.naver.com/entry.naver?docId=5702027&cid=64656&categoryId=64656, 2024. 3. 28. 최종확인.
한국천문연구원, “천문연, 항공기 탑승 시 우주방사선 피폭량 확인할 수 있는 웹서비스 시작”, 한국천문연구원 보도자료 웹사이트, https://www.kasi.re.kr/kor/publication/post/newsMaterial/29288, 2024. 3. 28. 최종확인.

대법원 1967. 10. 31. 선고, 67도1151 판결
대법원 1997. 2. 28. 선고, 96누14883 판결
대법원 2002. 2. 5. 선고, 2001두7725 판결 등
대법원 2005. 11. 10. 선고, 2005두8009 판결
대법원 2013. 7. 12. 선고, 2006다17539 판결
대법원 2014. 4. 10. 선고, 2011다22902 판결

대법원 2016. 8. 30. 선고, 2014두12185 판결
대법원 2017. 8. 29. 선고, 2015두3867 판결
대법원 2021. 9. 9. 선고, 2017두45993 전원합의체 판결
대법원 2021. 9. 9. 선고, 2017두45993 판결
헌재 2015. 6. 25. 2014헌바269 결정

부산지방법원 2012. 2. 29. 선고, 2009구단4764 판결
서울행정법원 2013. 10. 18. 선고, 2013구합51244 판결
서울고등법원 2015. 1. 22. 선고, 2013누50359 판결
서울행정법원 2018. 2. 2. 선고, 2017구단30750 판결
부산지방법원 2018. 11. 21. 선고, 2015구단21388 판결
부산고등법원 2019. 8. 14. 선고, 2014나53844 판결
서울고등법원 2020. 9. 9. 선고, 2019누48822 판결
서울행정법원 2022. 4. 29. 선고, 2021구단63436 판결
대구지방법원 경주지원 2023. 2. 16. 선고, 2020가합2502 판결
창원지방법원 2023. 11. 3. 선고, 2022고단1429 판결

업무상질병판정위원회 2021. 5. 17.자 2021 판정 제1024호
업무상질병판정위원회 2021. 6. 14.자 2021 판정 제1026호
업무상질병판정위원회 2021. 9. 27.자 2021 판정 제1283호

Eileen McNeely, et al., “Estimating the health consequences of flight attendant work: comparing flight attendant health to the general population in a cross-sectional study”, 「BMC Public Health」 Vol.18, 2018.
Eileen McNeely, et al., “Cancer prevalence among flight attendants compared to the general population”, 「Environmental Health」 Vol.17, 2018.
Hee-Bok Ahn, et al., “A Study on the Reduction of Cosmic Radiation Exposure by Flight Crew”, 「J. Korean Soc. Aviat. Aeronaut」 Vol.28, 2020.
Lekha Sharma, “Lifestyles, flying and associated health problems in flight attendants.”, 「The journal of the Royal Society for the Promotion of Health」 Vol.127, 2007.
Naomi Altman, et al., “Association, correlation and causation”, 「Nat Methods」 Vol.12, 2015.
Rayman B. Russell, “Cabin air quality: an overview.”, 「Aviation, space, and environmental medicine」 Vol.73, 2002.
Robin F. Griffiths, et al., “The occupational health and safety of flight attendants”, 「Aviation, space, and environmental medicine」 Vol.83, 2012.
Sander Greenland, et al., “Epidemiology, justice, and the probability of causation”, 「Jurimetrics」 Vol.40, 1999.
Wanhyung Lee, et al., “Cancer incidence among air transportation industry workers using the national cohort study of Korea”, 「International journal of environmental research and public health」 Vol.16, 2019.

【국문초록】

오늘날 눈부시게 발전한 산업의 이면에는 반드시 산업재해가 있다. 산업재해가 야기하는 개인적·사회적 비극을 해소하기 위하여 근로기준법을 시작으로 산업재해보상보험법, 산업안전보건법이 제정되었고, 최근에는 중대산업재해 등의 예방을 위해 중대재해처벌법이 제정되기도 하였다. 그러나 산업재해는 여전히 증가하고 있고, 업무상 질병의 인과관계 증명 및 인정 절차에도 많은 난관이 존재한다. 특히 항공승무원의 우주방사선 노출로 인한 업무상 질병 문제는 그 위험성이 뒤늦게 부각됨에 따라 더욱 많은 관심이 필요한 실정이다. 이에 본 연구는 최근 인과관계 증명에 관하여 주목받는 '역학적 방법론'을 통해 업무상 질병의 인과관계를 고찰하고, 항공승무원의 우주방사선 노출 문제 해결을 위한 방안을 제시한다.

먼저 해석론적 관점에서, 역학에서의 통계적 연관성과 인과성에 대한 정확한 이해가 요구된다. 대법원이 위험인자와 질병 사이의 상당인과관계에 관하여 역학적 연구결과를 배제하면서 전개한 '비특이성 질환 법리'는 단일 요인을 필요충분조건으로 갖는 질환이 존재하지 않는다는 점을 오해한 것으로서 부적절하다. 또한 업무상 질병의 인과관계를 판단할 때 인과확률 50%를 절대적인 문턱값으로 사용하는 것은 지양해야 한다. 근로자 보호라는 법률 취지와 근로자의 증거 수집 장해 등 구체적인 사실관계를 두루 살펴 규범적으로 인과관계를 판단할 필요가 있다. 우주방사선 피폭량의 정확한 측정이 어려운 점을 비롯하여 방사선 관련 연구·조사가 갖는 각종 한계도 충분히 고려하여야 한다.

입법론적으로는 산업재해 보상 절차의 투명성과 전문성을 확보해야 하고, 장기적으로 증명책임의 조정도 검토할 필요가 있다. 일부 인공방사선을 중심으로 이루어진 종래의 규제와 달리 우주방사선까지 고려한 규제가 마련되어야 하며, 생활주변방사선법과 중대재해처벌법의 실효성도 제고하여야 한다. 특히 방사선의 인체에 대한 치명적 위해를 고려하여

방사선 방어의 목표인 ‘합리적으로 달성할 수 있는 한 낮게’에 부합하는 규제가 요구된다.

나아가 산업재해에 수반하는 각종 사회적 비용과 근로자의 고통을 줄일 수 있도록, 기존 법제의 틀을 넘어서는 보상체계를 고민해볼 수도 있다. 본 연구를 계기로, 업무상 질병 관련 법제의 개선과 산업재해 예방을 위한 활발한 논의가 전개되고 구체적인 정책이 마련되기를 기대한다.

【Abstract】

Industrial Accidents and Occupational Diseases through the Lens of Epidemiology
: Examining Cases of Cosmic Radiation Exposure among Flight Crew

Seul-A Kim
(Prosecutor, Ansan Branch of Suwon District Prosecutors' Office)
Da-eun Lee
(PhD Student, Department of Public Health Sciences, Graduate School of Public Health, Seoul National University. RN)
Eun Jee Chang
(Industrial Health Doctor, Seoul Regional Headquarters, Korean Industrial Health Association. Preventive Medicine Specialist)
Siwon Zhang
(Attorney at Law, JeongYul LLC)

Significant progress in modern industries has cast a shadow over a simultaneous rise in industrial accidents. Legislative improvements, including acts such as the 'Labor Standards Act,' 'Industrial Accident Compensation Insurance Act,' and 'Industrial Safety and Health Act,' aim to address tragedies due to industrial accidents, and nowadays the 'Serious Accidents Punishment Act' focuses on preventing serious industrial accidents. However, industrial accidents show no signs of diminishing, and there are

still challenges in proving occupational diseases. The recent awareness of risks related to cosmic radiation exposure among flight crews demands special attention. This study explores causation in occupational diseases using epidemiological methods and proposes solutions for cosmic radiation exposure issues among flight crews.

First, from a legal hermeneutics, a precise understanding of statistical association and causation in epidemiology is required. The Supreme Court's 'non-specific disease doctrine,' excluding epidemiological results on the proximate causal relationship between risk factors and diseases, arises from a overlooking that no disease is solely caused by a single factor as a necessary and sufficient condition. Avoiding a 50% probability of causation as an absolute threshold value when determining the causation of occupational diseases is essential. A normative assessment is needed, considering barriers like hindrances of employers in workers' evidence collection and the legislative intent of worker protection. Limitations in radiation-related research, such as inaccuracies in measuring cosmic radiation exposure, should be especially regarded as well.

Legislatively, enhancing the transparency and expertise of compensation procedures for occupational diseases is vital. Additionally, a review of the burden of proof's allocation is necessary. Regulations should cover both artificial and cosmic radiation. The effectiveness of the 'Act on Protective Action Guidelines against Radiation in the Natural Environment' and 'Serious Accidents Punishment Act' needs improvement to align

with radiation defense goals emphasizing ‘As Low As Reasonably Achievable,’ considering the lethal impact of radiation on the human body.

In conclusion, thoughtful consideration of a compensation system beyond existing limitations is crucial to alleviate social costs and hardships for workers. This study aims to foster active discussions on improving procedures related to occupational diseases and formulating concrete policies for preventing industrial accidents.

주제어(Keyword) : 업무상 질병(Occupational Disease), 중대산업재해(Serious Industrial Accident), 통계적 연관성(Statistical Association), 인과성(Causation), 상당인과관계(Proximate Causal Relationship), 항공승무원(Flight Crew), 우주방사선(Cosmic Radiation)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제112호 2024년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2024.112.293

ICJ의 국가관할권 면제 사건과 이탈리아의 주장 및 후속 조치

이 창 위*

▶목 차◀

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 국제사법재판소 판결의 핵심
Ⅲ. 이탈리아 법원의 독일에 대한 관할권 면제 적용 거부
1. 국제사법재판소에서의 쟁점
1) 행위의 위법성
2) 국가면제와 국제관습법
3) 국가면제와 주권적 행위
2. 영역적 불법행위 원칙 (Territorial Tort Principle)
1) 국가면제의 예외
2) 유럽협약과 유엔협약
3) 국내법
4) 각국 법원의 판례
Ⅳ. 이탈리아의 후속 조치와 평석

Ⅰ. 서 론

서울중앙지방법원 제34민사부는 2021년 1월 8일 위안부 피해자 12명이 2013년 8월의 조정을 거쳐 2015년 10월에 일본을 상대로 제소한 사건에서 한국과 일본의 위안부 합의(2015년 12월 28일)에 정면으로 배치되는 판결을 내렸다. 제34민사부는 위안부 문제와 같은 반인도적 범죄행위에 대한 국가면제의 적용을 부정하고 원고 측 청구를 모두 인용함으로써, 일본이 피해자

* 서울시립대학교 법학전문대학원 교수.

들에게 1억 원씩 각각 지급하라고 원고 측 손을 들어줬다.[1)]

법원은 판결에서 이 사건 행위는 일본제국에 의하여 계획적, 조직적으로 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위로서 국제 강행규범을 위반한 것이고, 일본이 불법 점령 중이던 한반도 내에서 피해자들에 대하여 자행된 것이며, 그런 행위가 국가의 주권적 행위(acta jure imperii)라고 하더라도 국가면제를 적용할 수 없기 때문에, 예외적으로 대한민국 법원이 재판권이 있다고 판시했다.

또한 법원은 국제사법재판소 판결을 부인한 이탈리아 헌법재판소의 2014년 10월 결정을 참고하여 일본의 국가면제를 적용하지 않는다는 점을 분명히 했다.[2)] 법원은 헌법과 세계인권선언에 의한 보호와 함께, 침해당했거나 침해될 위험이 있는 다른 기본권을 보장하는 재판권의 특수성을 고려할 때, 재판권의 제한에 대해 신중하게 접근해야 한다고 판단했다. 법원은 또한 한반도에서 전쟁행위가 발생하지 않았으므로, 무력충돌 행위에 대한 국가면제를 정당화하는, 예측 불가능한 피해의 가정이 적용될 수 없다는 점을 고려하여, 피해자들이 보상을 요구할 수 있는 수단이 달리 없었다는 점을 지적했다.[3)]

3월 29일 서울중앙지방법원은 이와 관련하여 “일본으로부터 추심할 수 있는 소송비용 부분은 없다”라고 결정했다. 재판부는 일본에 대한 추심을 결정하면 비엔나협약 제27조 등에 위배된다고 판시했다.[4)] 법원이 일본과의 외교관계를 고려하여 일본의 국가재산에 대한 강제집행을 막기 위한 판단을 한 것이다. 그러나 6월 9일 법원은 강제집행을 위한 재산목록을 일본이 법원에 제출해야 한다고 결정했다.[5)] 일본 재산에 대한 강제집행은 한국이

---

1) 서울중앙지법 2021년 1월 8일 선고 2016가합506092 판결

2) ICJ 판결 이후 이탈리아 헌법재판소는 2014. 10. 22. 국가면제의 국제관습법은 인간의 존엄과 가치 및 사법에의 접근권을 근간으로 하는 이탈리아 헌법 질서의 기본적 가치를 침해하는 것으로서 국내법 질서에 수용될 수 없다는 취지의 판단을 하였다(서울중앙지법 2021년 1월 8일 선고 2016가합505092 판결).

3) 서울중앙지법 2021년 1월 8일 선고 2016가합506092 판결

4) “위안부 소송 패소한 일본에 소송비용 추심하는 것은 국제법 위반”, 법률신문, 2021.4.21

5) 서울중앙지법 2021카명391; “일본군 위안부 피해자 소송 패소한 일본에 배상금 강제집행은 적법”, 법률신문, 2021.6.15

비준한 국제법에 위배되고 심각한 외교분쟁을 초래하게 되지만, 법원은 그런 점을 고려하지 않았다.

2021년 4월 21일 서울중앙지방법원은 다른 위안부 피해자들의 별도 청구에 대하여 국가면제를 적용하여 각하 판결을 내렸다.[6] 그러나 서울고등법원은 2023년 11월 23일 항소심에서 1심 판결을 취소하고 원고 승소 판결을 내렸다. 법원은 국제관습법을 이유로 일본의 국가면제를 오히려 인정하지 않았다.[7]

한편 강제징용 피해자들은 2005년 2월 28일 서울중앙지법에 신일철주금을 피고로 하여 소송을 제기했다. 원고는 2008년 4월 3일에 패소했고, 다음 해 서울고법에서 항소도 기각된다. 그러나 2012년 5월 24일에 대법원은 원심을 파기환송했다. 그리고 2013년 7월 10일 서울고법은 파기환송심에서 피해자들에게 신일철주금이 1인당 1억 원씩을 배상해야 한다고 판결했다.

2018년 10월 30일 이 판결은 대법원 전원합의체에 의해 최종적으로 확정됐다.[8] 대법원은 또한 2023년 12월 21일 강제징용 피해자들이 미쓰비시중공업과 일본제철을 상대로 각각 제기한 소송에서도 피고들이 1억에서 1억5천만 원씩 배상해야 한다고 판결한 원심을 확정했다. 이는 2018년 대법원의 판결과 같은 맥락에서 내려진 결론이다.[9]

다만, 강제징용 문제에 대한 손해배상 소송은 일본을 상대로 제기한 것이 아니고, 일본 기업을 상대로 제기한 것으로서 국가면제가 직접 관련되지는 않았다. 법원은 1965년 청구권협정은 샌프란시스코 평화조약에 따라 재정적·민사적 채무관계를 정치적으로 정리한 것으로, 일본의 식민 지배의 불법성을 묻지 않았기 때문에, 일본의 반인도적 불법행위에 대한 개인의 손해배상 청구권은 소멸하지 않았다고 판시했다.

이상과 같이 일본의 과거사 문제에 대한 국내법원의 판결은 일관되게

---

6) 서울중앙지법 2021년 4월 21일 선고 2016가합580239 판결
7) 서울고등법원 2023년 11월 23일 선고 2021나2017165 판결
8) 대법원 2018년 10월 30일 선고 2013다61381 전원합의체 판결
9) 대법원 2023년 12월 21일 선고 2018다303653 판결 및 2019다17485 판결; “대법, 일제징용 피해자 日기업 배상책임 또 인정”, 조선일보 2023.12.22

내려지지 않았는데, 일본의 전쟁범죄나 반인도적 불법행위에 대하여 국가면제가 인정될 수 있는지, 개인의 청구권이 인정되는지가 핵심적인 쟁점으로 전개되었다. 한국 사법부의 혼란은 이탈리아 사법부의 변화무쌍한 판결과 일맥상통하는 점이 있다. 특히 한국 법원이 이탈리아 헌법재판소의 2014년 10월 결정을 참고하여 일본의 국가면제를 인정하지 않은 것은 주목된다.[10]

어쨌든 이탈리아 국내법원은 두 번에 걸친 국제사법재판소의 판결을 거쳐서 결국 독일에 대한 국가면제를 실질적으로 인정했다. 그런 맥락에서, 이하 독일과의 분쟁이 시작된 국제사법재판소의 국가관할권 면제 사건을 이탈리아의 청구를 중심으로 살펴보고, 이탈리아 정부와 의회의 정치적 · 입법적 보완 조치를 통한 문제 해결의 과정을 검토하기로 한다.

Ⅱ. 국제사법재판소 판결의 핵심

독일은 2008년 12월 23일 국제사법재판소에 이탈리아를 상대로 소송을 제기했다. 독일은 이탈리아 법원이 독일에 대한 국가면제의 적용을 부정하여 국제관습법상 의무를 위반했고, 독일의 국가재산에 대한 강제조치로 독일의 국가면제 특권을 침해했으며, 그리스의 판결을 이탈리아에서 집행하도록 하여 독일의 국가면제 권리를 더욱 훼손했다고 주장했다. 독일은 이탈리아의 국제법 위반을 확인하여, 독일이 향유하는 국가면제를 침해한 결정을 무효로 하고, 향후 유사한 사건에서 국가면제가 부정되지 않도록 하는 조치를 강구하도록 국제사법재판소에 요청했다.[11]

독일은 재판소 관할권의 근거로 이탈리아가 1960년 1월 29일, 독일이 1961년 4월 18일에 비준한 1957년 4월 29일의 분쟁의 평화적 해결에 대한

---

10) Vessela Terzieva, “State Immunity and Victims’ Rights to Access to Court, Reparation, and the Truth”, *International Criminal Law Review*, Vol 22, Issue 4, July 2022, pp.784~785

11) *Case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgement of 3 February 2012(이하 *Jurisdictional Immunities of the State Case*), paras. 15~17

유럽협약 제1조를 원용했다. 이탈리아는 독일이 주장한 국제사법재판소의 관할권을 인정하여 응소하였고, 그리스는 비당사자로서 양국의 소송에 참가했다.[12]

국제사법재판소는 2012년 2월 3일 선고된 판결에서 제2차 세계대전에서 독일이 저지른 행위의 불법성 여부가 아니라, 독일에 대한 이탈리아 법원의 국가면제 인정 여부가 쟁점이었다는 점을 강조했다. 유럽인권재판소도 이탈리아 법원의 독일에 대한 국가면제의 부인은 국제의무에 대한 위반이라고 판결했다. **따라서 현재 국제관습법하에서 국가가 국제인권법이나 무력분쟁법에 대한 심각한 위반을 이유로 기소됐다고 해서 면책특권을 박탈당하지는 않는다고 판시했다.**[13]

이탈리아는 법정지국의 영역 내에서 발생한 신체의 상해나 재물의 손괴와 같은 불법행위에는 예외적으로 국가면제가 적용되지 않는다고 주장했다. 1960년대부터 그에 대한 각국의 판례가 축적되었고, 국가면제에 대한 유럽협약과 유엔협약 및 각국의 입법도 그렇게 진행되었다고 주장했다. 독일은 불법행위에 대한 예외가 국제관습법이 아니며, 가령 그렇다 하더라도 군대의 행위에는 국가면제가 그대로 적용된다고 주장했다.[14] **국제사법재판소는 국가면제의 예외가 적용된 배경과 국가실행 및 조약의 문언에 대한 해석을 통하여 무력분쟁의 수행과정에 발생한 군대의 행위에 대해서는 국가면제가 적용된다고 판시했다.**[15]

국제사법재판소는 살해, 추방, 노예노동이 금지된 무력분쟁법의 규칙이 강행규범이라고 하더라도, 이러한 규칙과 국가면제 사이에 충돌은 없다고 판단했다. 두 개의 규칙은 서로 다른 문제를 다루기 때문이다. 국가면제의 규칙은 특정 국가의 법원이 다른 국가에 대하여 재판권을 행사할 수 있는지 결정하는 데 국한되었다. 따라서 소송이 제기된 행위의 합법성이나 불법성은 다루지 않았다.[16]

---

12) *Jurisdictional Immunities of the State Case,* paras. 1~10
13) *Ibid.*, paras. 81~91
14) *Ibid.*, paras. 62~63
15) *Ibid.*, paras. 64~79

그리고 국제사법재판소는, 피해자들이 이탈리아에서 보상을 확보하기 위한 시도가 모두 실패했다는 이유로 이탈리아 법원이 독일에 대한 국가면제를 거부한 것은 정당하다는 주장을 검토했다. **국제사법재판소는 국가면제를 위한 국가의 권원이 배상의 확보를 위한 대체 수단의 여부에 따라 국제법적으로 달라진다는 것을 인정할 수 없다고 판단했다.**[17]

국제사법재판소는 이탈리아에 있는 독일 재산인 '빌라 비고니'(Villa Vigoni)가 오직 비상업적 목적으로만 사용되었으며, 독일이 '빌라 비고니'에 대한 강제조치나 사법 청구의 이행에 동의한 적이 없다는 점을 주목했다. 국제사법재판소는 이 사건에서 외국의 재산에 대하여 강제조치를 취할 수 있는 조건이 충족되지 않았으므로, 이탈리아가 독일의 국가면제를 존중해야 할 의무를 위반했다고 결론지었다.[18]

국제사법재판소는 또한 독일 군대가 1944년 그리스의 디스토모에서 자행한 학살로 제기된 소송에서 그리스 법원이 독일에 대하여 내린 판결이 이탈리아에서 집행 가능한지를 검토했다. 재판소는 이탈리아가 그리스 판결의 이탈리아에서의 집행을 허용한 것은 독일의 관할권 면제를 존중해야 할 의무를 위반한 것이라고 판단했다.[19]

따라서 국제사법재판소는 이탈리아가 적절한 입법 조치나 다른 방법을 통해 독일이 국제법상 향유하는 국가면제를 침해한 자국 법원의 결정과 다른 사법 당국의 결정이 효력을 상실하도록 해야 한다고 판시했다.[20]

Ⅲ. 이탈리아 법원의 독일에 대한 관할권 면제 적용 거부

국제사법재판소는 우선 독일의 최초의 신청에서 제기된 문제, 즉 다양한 이탈리아인 원고에 의해서 제기된 소송에서 독일에 대한 재판권을 행사

16) *Ibid.*, paras. 92~97
17) *Ibid.*, paras. 98~104
18) *Ibid.*, paras. 109~120
19) *Ibid.*, paras. 121~133
20) *Ibid.*, para. 139

함으로써 이탈리아 법원이 독일에 국가면제를 부여할 의무를 위반했는지에 대한 문제를 검토했다. 또한 국제사법재판소는 Villa Vigoni에 집행한 강제조치에 대하여, 이어서 그리스의 판결이 이탈리아에서 집행 가능하다고 선언한 이탈리아 법원의 결정에 대하여 검토했다.

1. 국제사법재판소에서의 쟁점

1) 행위의 위법성

재판소는 이탈리아 법원의 절차는 독일 군대 및 기타 독일 기관이 저지른 행위에서 비롯되고 있다는 인식에서 출발한다. 독일은 "특히 학살 당시 이탈리아인 남녀에게 그리고 전 이탈리아 군인 수용자에 대하여 준 필설로 다할 수 없는 고통"을 전면적으로 인정하여(독일 · 이탈리아 공동선언, 트리에스테(Trieste), 2008.11.18), 그들의 행위가 불법임을 받아들이고, 이 재판소에서도 독일은 "이 점에 대한 책임을 완전히 인식하고 있다"고 했다. 재판소는 문제의 행위는 '인도에 대한 기본적 고려'(코르푸해협 사건(영국 대 알바니아) 본안 판결, 니카라과 사건(니카라과 대 미국) 본안 판결)에 대한 완전한 무시의 표현이라고 평가할 수밖에 없다고 생각한다.[21]

사건의 첫 번째 유형은 1944년 6월 29일 치비텔라(Civitella), 코르니아(Cornia), 산판크라지오(San Pancrazio)에서 독일군의 '헤르만 괴링'(Hermann Göring) 사단 구성원이 그 며칠 전 4명의 독일 병사가 레지스탕스 병사에 의해 살해된 뒤 인질로 잡은 203명의 민간인을 학살한 실례와 같이, 점령지에서 보복 수단의 하나로 자행한 민간인 대규모 학살에 관한 것이다(Max Josef Milde case, Military Court of La Spezia, Judgment of 10 October 2006(registered on 2 February 2007)).[22]

두 번째 유형은 독일의 사실상의 노예 노동자로서 이탈리아에서 이송된 루이지 페리니 같은 민간인에 관한 것이다. 세 번째 유형은 전쟁포로의

---

21) *Ibid.*, para. 52

22) *Ibid.*, para. 52

지위와 그 지위에 따라 누려야 할 보호가 거부되어, 강제 노동자와 비슷한 취급을 받은 이탈리아 군인들에 관한 것이다. 재판소는 이런 행위가 1943년부터 1945년 사이에 적용할 수 있는 무력분쟁에 관한 국제법에 대한 중대한 위반이라는 것은 의심의 여지가 없다고 생각한다. 1945년 8월 8일 뉘른베르크에서 체결된 국제군사재판소 헌장 제6조(b)는 전쟁범죄로 '점령지 소속 또는 점령지 내의 민간인 살해, 학대 또는 노예노동 또는 그 외의 목적을 위한 추방'과 함께 '전쟁포로에 대한 살해 또는 학대'를 들고 있었다. 이 헌장 제6조(c)는 인도에 반하는 죄로 '전쟁 전 또는 전쟁 중에 민간인에 대하여 저질러진 모든 살해, 처형, 노예화, 추방 및 기타 비인도적 행위'를 열거했다. 이탈리아에서의 민간인 인질 살해는 제2차 세계대전 직후의 재판에서 많은 전쟁범죄 피고인들이 유죄 선고를 받은 공소 사실의 하나였다(예를 들면, Von Mackensen and Maelzer 사건(1946), Kesselring 사건(1947), Kappler 사건(1948)). 뉘른베르크 헌장의 원칙은 1946년 12월 11일 유엔총회 결의 95(I)에 의해 승인됐다.[23]

그러나 이런 행위가 위법인지에 대해서는 다툼이 없어서 재판소는 판단을 요구받고 있지 않다. 재판소에 요구된 문제는 이들 행위에서 발생한 배상청구에 관한 절차에서 이탈리아 법원이 독일에 국가면제를 부여할 의무가 있었는지의 여부이다. 이와 관련하여, 재판소는 당사자 사이에 적용 법에 대하여 상당한 정도의 합의가 존재한다는 것을 유의한다. 특히 양 당사자는 면제는 단순한 예양의 문제가 아니라 국제법에 의해 결정되는 일이라는 것에 동의하고 있다.[24]

2) 국가면제와 국제관습법

독일과 이탈리아 사이에서 모든 면제의 향유는 조약이 아니라 국제관습법에 의한다. 독일은 1972년 5월 16일 유럽국가면제협약(이하 "유럽협약"이라고 함)에 참여한 8개국 중 하나이지만, 이탈리아는 참여국이 아니므로 이 조약에 구속되지 않는다. 어쨌든 미발효 상태지만, 2004년 12월 2일에 채

23) *Ibid.*, para. 52
24) *Ibid.*, para. 53

택된 유엔국가면제협약(이하 '유엔협약'이라고 함)에는 양국 모두 참여하지 않고 있다. 2012년 1월 1일 현재 유엔협약은 28개국이 서명했고, 13개국이 비준, 수락, 승인, 가입했다는 서면이 제출되었다. 이 조약 제30조는 이 조약이 30번째 서면이 기탁된 날로부터 30일 후에 발효한다고 규정한다. 독일과 이탈리아는 당시 이 조약에 서명하지 않고 있었다.[25]

그래서 재판소는 재판소규정 제38조(1)(b)로, 국가에 면제를 부여하는 '법으로서 인정된 일반 관행의 증거로서의 국제관습'의 존재 여부와, 만일 그런 국제관습법이 존재한다면 그 면제의 정도와 범위를 판단해야 한다. 그러기 위해서는 재판소는 국제관습법 규칙을 확인하기 위해 거듭 선언된 기준을 적용해야 한다. 특히 북해대륙붕 사건에서 재판소는 국제관습법이 존재하기 위해서는 '일반 관행'과 함께 '법적 확신'이 필요하다고 밝혔다(북해대륙붕 사건(독일연방공화국 대 덴마크, 독일연방공화국 대 네덜란드) 판결). 그리고 재판소는 다음과 같이 판시했다.

"다자조약이 관습, 또는 실제로는 발달 중인 관습을 기록하여, 이에 유래하는 규칙을 정의하는 것에 큰 역할을 다할 수 있더라도, 물론 국제관습법의 실질은 무엇보다 현실의 실행과 국가의 법적 확신 속에서 발견된다는 것은 분명하다."(대륙붕 사건(리비아 대 몰타) 판결)[26]

이러한 맥락에 따르면, 특히 중요한 국가실행은 외국에 면제를 부여할지에 대한 국내법원의 판결, 면제에 관한 국내법을 제정한 국가의 법령, 국가가 외국의 법원에 제기한 면제의 요구와 국가의 진술, 국제법위원회의 이 문제에 대한 광범위한 연구와 유엔협약에 채택된 문언 속에서 발견될 것이다. 이러한 맥락에서, 법적 확신은 특히 면제의 권리가 국제법으로 부여된다는 이유로 외국의 법원에서 면제를 요구하는 국가의 주장, 국제법상의 의무로서 면제를 부여하는 국가에 의한 승인, 그리고 역설적으로, 외국에 대해 재판권을 행사하는 국가의 주장 속에 반영된다. 국가는 때로는 국제법의 요구보다 광범위한 면제를 부여하지만, 현재의 목적을 위해서는, 그러한 사안에서의 면제 부여는 필수 요건인 법적 확신을 수반하지 않는다는 점에서 재

25) *Ibid.*, para. 54
26) *Ibid.*, para. 55

판소는 지금 그런 문제를 고려하지 않는다.[27]

국가면제의 기원과 국가면제의 기초를 구성하는 원칙에 대하여 과거에 많은 논란이 있었지만, 국제법위원회는 1980년에 국가면제 규칙은 "현재의 국가실행에 깊숙이 자리 잡은 국제관습법의 일반 원칙으로 채용되어 왔다"고 결론지었다(국제법위원회 연보 1980). 이 결론은 국가실행에 관한 광범위한 조사에 근거하고 있으며, 재판소의 견해에 따르면, 국내입법의 기록, 사법적 판단, 면제의 권리에 대한 주장, 그리고 유엔협약 작성 과정에서의 여러 국가의 의견으로 뒷받침되어 있다. 그런 국가실행이 자국을 위한 면제의 요청인지 타국을 위한 면제의 부여인지 불문하고, 국가는 국제법에 의한 면제의 권리를 가지며, 이에 대응하는 의무로서 타국에 대한 국가면제를 존중하여 부여해야 한다는 전제하에 일반적으로 행동한다는 것을 알 수 있다.[28]

재판소는 국가면제 규칙은 국제법과 국제관계에 중요한 위치를 차지하고 있다고 판단한다. 그것은 유엔헌장 제2조 제1항에 규정된, 국제법 질서의 기본적인 원칙의 하나인 국가의 주권평등 원칙으로부터 유래한다. 이 원칙은 모든 국가는 그 영역에서 주권을 갖는다는 원칙, 그 주권에 의해 영역 내의 사건과 인간에 대한 관할권을 갖는다는 원칙과 함께 고찰되어야 한다. 국가면제에 대한 예외는 주권평등 원칙에서의 일탈을 의미한다. 국가면제는 영역주권의 원칙과 그로부터 발생하는 관할권에서의 출발을 표현할 수 있다.[29]

3) 국가면제와 주권적 행위

양 당사자 사이에는 국제관습법의 일부인 국가면제의 유효성과 중요성에 대한 폭넓은 합의가 있다. 그러나 국가면제의 범위와 정도를 결정하기 위해 적용하는 법은 1943년부터 1945년, 즉 이탈리아 법원의 절차의 원인이 된 사건 발생 당시의 법인지(독일의 주장), 절차 자체의 시작 당시의 법인지(이탈리아의 주장)에 대해서는 당사자 사이에 다툼이 있다. 재판소는 국제법위원회의 국제위법행위에 대한 국가책임 초안 제13조가 가리키는 원칙에

27) *Ibid.*, para. 55
28) *Ibid.*, para. 56
29) *Ibid.*, para. 57

따라, 행위와 국제법의 적합성은 행위 발생 당시에 유효한 법에 의해서만 결정할 수 있다고 생각한다. 그런 맥락에서, 문제가 된 독일의 행위와 이탈리아의 행위를 구별하는 것이 중요하다. 문제가 된 독일의 행위는 제52항에 기재된 바와 같이, 1943년부터 1945년 사이에 이루어졌으므로 이에 적용되는 법은 당시의 국제법이다. 문제가 된 이탈리아의 행위는 이탈리아 법원의 국가면제 부정과 재판권 행사인데, 이탈리아 법원에서 절차가 시작되기 전에는 이루어지지 않았다. 재판소에 제기된 청구는 이탈리아 법원의 행위에 관한 것이어서, 재판소가 적용할 법은 그 절차 당시 유효한 국제법이다. 게다가 재판소는 (국제법에 의한 외무장관 개인의 면제의 맥락에서) 면제의 법은 본질적으로 절차적 성격이라고 판시한 바 있다.[30] 이는 특정 행위에 대한 재판권 행사의 규제에 대한 법이기 때문에 그 행위가 적법한지 불법인지 판단하는 실체법과 전혀 다르다. 이러한 이유로 재판소는 1943년부터 1945년 사이에 존재한 법이 아니라, 이탈리아에서의 절차 당시에 존재한 국가면제의 법을 검토해서 적용해야 한다고 판단한다.[31]

양 당사자는 국가면제 규칙의 정도와 범위에 대해서도 맞서고 있다. 이런 맥락에서 재판소는 많은 국가(독일과 이탈리아를 포함)가 국가면제를 요구하는 경우나 타국에 부여하는 경우에도, 국가면제의 제한에 관해 직무적 행위와 주권적 행위를 구별하고 있다는 것에 유의한다. 그런 접근법은 유엔협약과 유럽협약에서도 적용되었다(미주기구에서의 범미 법률위원회에 의한 1983년 미주 국가면제조약 초안 참조).[32]

재판소는 국제법이 직무적 행위에 대하여 국가면제 문제를 어떻게 다루고 있는지와 같은 문제의 처리를 요구받고 있지 않다. 이탈리아 법원에서의 소송절차의 대상인 독일군 및 기타 국가기관에 의한 행위는 분명히 주권적 행위이다. 재판소는 이탈리아가 재판관의 질문에 답했을 때, 이런 행위는 불법이지만 주권적 행위로 간주된다고 인정한 것을 유의한다. 재판소는 '주

---

30) *Arrest Warrant of 1 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment,* ICJ Reports 2002, p. 25, para. 60

31) *Jurisdictional Immunities of the State Case,* para. 58

32) *Ibid.*, para. 59

권적 행위'와 '직무적 행위'라는 용어가 해당 행위가 적법한지 어떤지를 의미하는 것이 아니라, 문제의 행위를 평가하기 위해서 참조하는 법이 주권의 행사를 통제하는 법(공적인 법)인지, 아니면 사적, 상업적 활동 같은 국가의 비주권적 활동에 관한 법(업무관리적 법)인지에 대한 것이라고 생각한다. 이 구별은 국가가 어떤 행위에 대하여 외국의 법원에서 국가면제를 누릴 수 있는지를 결정하는 한도에서 중요하며, 그것은 재판권이 실행되기 전에 적용되어야 한다. 이에 반해, 행위 자체가 적법인지 불법인지는 재판권의 실행에 의해서만 판단되는 사항이다. **이 사건은 해당 행위의 위법성을 절차의 모든 단계에서 독일이 인정한 특이한 성격의 것이지만, 재판소는 이러한 사실이 이들 행위가 주권적 행위라는 성격을 변경하는 것은 아니라고 생각한다.**[33]

국가가 일반적으로 주권적 행위에 대하여 면제를 누린다는 것은 당사자 사이에 다툼이 없다. 이는 유엔과 유럽에서 그리고 미주조약 초안, 관련 국내법을 제정한 국가의 법령, 국내법원의 법리에 의해 적용된 접근법이다. 이러한 배경하에, 재판소는 본 소송에서 제기된 문제, 즉 국가의 군대(및 군대와 협력하는 국가의 기타 기관)가 무력분쟁의 수행 과정에서 저지른 행위에 대하여 면제가 적용되느냐는 문제로 접근해야 한다. 독일은 주권적 행위에 관한 한 국가가 누리는 면제에 대한 제한이 없으므로 면제가 그대로 적용된다고 주장한다. **이탈리아는 재판소에 제출한 서면에서 이탈리아 법원에서 독일이 두 가지 이유로 면제를 누릴 수 없다고 주장한다. 첫째 이유는 주권적 행위에 관한 면제는 법정지 국내에서 인간의 살상과 재물의 훼손을 초래하는 불법행위에는 미치지 않는다는 것이며, 둘째 이유는, 어디에서 문제의 행위가 이루어졌는지와 무관하게, 이런 행위는 다른 어떤 구제수단도 존재하지 않고, 강행규범적 성격의 국제법 규칙에 대한 가장 심각한 위반이기 때문에 독일은 면제를 누릴 수 없다는 것이다. 재판소는 다음에 이탈리아의 각 주장을 검토한다.**[34]

33) *Ibid.*, para. 60
34) *Ibid.*, para. 61

2. 영역적 불법행위 원칙(Territorial Tort Principle)

1) 국가면제의 예외

이탈리아의 첫 번째 주장의 핵심은, 법정지국 내에서 인간의 살상 및 재산상 손해를 초래한 불법행위에 대해서는 그 행위가 주권적 행위라고 해도 국가는 면제를 누릴 수 없다는 부분까지 국제관습법이 발전했다는 것이다. 이탈리아는 이 주장이 이탈리아에서 자행된 행위에 대하여 이탈리아 법원에 제기된 청구에만 적용되고, 이탈리아 외에서 구속되어 독일을 포함한 이탈리아의 영토 외로 강제 노동자로 이송된 이탈리아 군인 수용자들의 경우에는 적용되지 않는다는 것을 인정하고 있다.[35]

이런 주장의 근거로, 이탈리아는 유럽협약 제11조, 유엔협약 제12조가 채택됐다는 사실, 그리고 오로지 국가면제를 다루는 국내법을 제정한 10개국 중 (파키스탄을 제외한) 9개국이 위 두 조약과 유사한 조항을 채택한 사실을 지적한다. 이탈리아는 유럽협약에는 이 조약이 외국군대의 행위에 적용되지 않는다는 취지의 조항(제31조)이 있다는 것을 인정하지만, 이 조항은 영역국의 동의하에 주둔하는 군대의 지위를 규제하는 문서와 조약의 충돌을 회피하는 것을 주요 목적으로 하는 유보 조항에 불과하므로, 국가가 외국에서 군대의 행위에 대해 면제를 누린다는 취지가 아니라고 주장한다. 이탈리아는 유엔협약의 체결과정에서 이 조약이 군대의 행위에 적용되지 않는다는 것을 시사하는 진술(후기 69항에서 설명)의 중요성을 부정한다. 이탈리아는 두 국내법(영국과 싱가포르)이 외국군대에 적용되지 않는다는 사실을 주목하지만, 외국군대에 의한 불법행위에 대하여 재판권을 행사하는 기타 7개국(아르헨티나, 호주, 캐나다, 이스라엘, 일본, 남아공, 미국)의 중요한 국가실행이 존재한다는 사실도 주장한다.[36]

독일은 유럽협약 제11조 및 유엔협약 제12조가 주권적 행위에 대하여 국가면제를 부정하는 취지라면, 이들 조항은 국제관습법을 반영하지 않는다고 주장한다. 또, 위 어느 조항도 군대에 적용하는 것을 예정하지 않으므로,

---

35) *Ibid.*, para. 62

36) *Ibid.*, para. 62

어쨌든 이 사건에 대해서는 중요하지 않다고 주장한다. 독일은 또 이탈리아의 여러 사건과 그리스에서의 디스토모 사건을 제외하면, 어떤 국가의 법원도 무력분쟁 시의 군대의 행위에 대하여 국가가 국가면제를 누릴 수 없다고 판시한 적이 없으며, 반대로 여러 나라 법원에서 비슷한 사건에 대하여 피고국이 국가면제를 누린다는 이유로 분명히 관할권을 부인했다는 사실을 지적했다.[37]

2) 유럽협약과 유엔협약

재판소는, 국가면제가 법정지국의 영역 내에서 자행된 인간의 살상과 재산상 손실을 초래한 행위에 관한 민사소송에는 적용되지 않는다는 주장이 교통사고나 기타 '보험적 사고'에서 비롯되었다는 견해에 대하여 먼저 검토한다. 그런 사건에 대하여 몇몇 국내법원이 인정한 국가면제의 제한은 업무적 관리행위에 한정된 것으로 취급되어 왔다.[38] 그러나 재판소는 국가면제에 대한 '영역적 불법행위 예외'를 규정하는 국내법 중에 주권적 행위와 업무적 관리행위를 명확히 구별한 사례가 존재하지 않는 것에 유의한다. 캐나다 대법원은 캐나다 국내법에 따른 예외 규정이 그러한 구별에 종속된다는 견해를 분명히 부인했다.[39] 유럽협약 제11조와 유엔협약 제12조에서도 그러한 구별은 채택되지 않았다. 나중에 유엔협약 12조가 된 초안에 대한 국제법위원회 주석은 이는 의도적으로 선택된 것으로, 해당 조항의 적용은 업무적 관리행위에 한정되는 것이 아니라고 했다.[40] 그러나, 제12조가 주권적 행위에 적용되는 것이라고 본다면, 그 조문이 국제관습법을 반영하지 않는다고 주장한 것은 독일뿐만 아니다. 중국은 1990년에 국제법위원회 초안 제12조를 비판하면서 "이 조문은 주권적 행위와 사법(私法)적 행위의 구별을 두지 않은 점에서 제한적 면제주의보다 앞서 갔다"고 평가했다. 또한 미

37) *Ibid.*, para. 63

38) *Judgment of the Supreme Court of Austria in Holubek v. Government of the United States of America (Juristische Blatter (Vienna),* Vol.84, 1962, p.43; ILR, Vol. 40, p. 73)

39) *Schreiber v. Federal Republic of Germany and the Attorney General of Canada, [2002] Supreme Court Reports (SCR),* Vol. 3, p. 269, paras. 33~36

40) *Yearbook of the International Law Commission,* 1991, Vol. II (2), p. 45, para. 8

국은 2004년에 유엔협약 초안에 대한 논평에서 주권적 행위와 업무적 관리 행위의 구분을 감안하지 않는 관할권의 확장은 "현재의 국제법 원칙에 배치되기" 때문에 제12조는 "주권적 행위와 업무적 관리행위라는 전통적인 구분에 어긋나지 않게 해석·적용되어야 한다"고 했다.[41]

재판소는 이 사건에서 주권적 행위에 적용할 수 있는 국가면제에 대한 '불법행위 예외'가 국제관습법으로 존재하는지에 대한 문제를 일반적으로 해결할 필요는 없다고 본다. 재판소에 제기된 쟁점은 법정지국의 영역에서 외국군대 또는 그와 협동하는 기타 국가기관에 의한 무력분쟁의 수행 과정에서 이루어진 행위로 한정되어 있기 때문이다.[42]

재판소는 우선 유럽협약 제11조와 유엔협약 제12조의 채택으로 전술한 유형의 행위에 대하여 국가가 더 이상 국가면제를 누리지 않는다는 이탈리아의 주장에 어떤 근거가 있는지 검토한다. 이미 재판소가 설명한 바와 같이,[43] 어떤 조약도 이 사건의 당사자 사이에서 효력을 갖지 않는다. 그래서 이러한 조약의 조항은, 이들 조항과 그 채택 및 이행의 과정이 국제관습법의 내용을 규명하는 한도 내에서만 이 사건과 관련된다.[44]

유럽협약 제11조는 다음과 같이 '불법행위의 예외'를 광범위하게 규정하고 있다.

"체약국은 인간에 대한 상해 또는 재물에 대한 손해의 구제절차에서, 상해 또는 손해를 초래한 사실이 법정지국의 영역 내에서 발생하고, 상해 또는 손해의 가해자가 이들 사실이 발생했을 때 해당 영역 내에 존재했을 경우, 다른 체약국 법원의 관할권에서의 면제를 주장할 수 없다."

그런데, 이 조항은 다음과 같은 제31조에 비추어 읽어야 한다.

"이 조약의 어떤 조항도 체약국 군대가 다른 체약국 영역 내에서 자행했거나 또는 그와 관련된 어떠한 작위나 부작위에 대하여 체약국이 누리는 면제 또는 특권에 영향을 미치지 않는다."

---

41) *Jurisdictional Immunities of the State Case,* para. 64
42) *Ibid.*, para. 65
43) *Ibid.*, para. 54
44) *Ibid.*, para. 66

제31조의 목적의 하나가 주둔군의 지위에 관한 각종 협정과 이 조약의 관계라고 하더라도, 제31조의 문언은 그것에 국한되지 않고 이들 군대가 체약국과의 합의에 의해 주둔하고 있는지, 그 행위가 평시에 행해졌는지, 무력분쟁 시에 행해졌는지에 상관없이 외국군대의 행위에 관한 모든 소송을 조약의 범위에서 제외하고 있다. 협의절차를 위해 작성된 상세한 주석을 포함한 설명 보고서는 제31조에 대해 다음과 같이 규정하고 있다.

"조약은 무력분쟁 시 발생하는 사태를 통제하기 위한 것도 아니며, 동맹국 사이의 주둔군 문제의 해결에 원용될 수도 없다. 통상 이러한 문제들은 특별협정에 의해 처리된다"(제33조 참조). 또한 조약이 이들 문제에 영향을 준다고 해석되어서는 안 된다(제116항).[45]

재판소는, 이 조약 제31조가 '유보 조항'으로서의 효력을 가지며, 그 결과 군대의 행위에 대한 국가면제는 완전히 조약의 적용 범위 외이기 때문에, 그것은 국제관습법으로 판단되어야 한다고 한 이탈리아의 입장에 동의한다. **그러나 결론적으로, 유럽협약 제11조에 '영역적 불법행위 원칙'이 포함되었다고 해서, 그것이 자국의 군대가 저지른 불법행위에 대해 국가가 면제를 누릴 수 없다는 주장의 근거가 될 수는 없다.** 설명 보고서에 명시된 바와 같이, 협약 제31조의 효과는 이 조약이 해당 문제에 대해여 어떠한 영향도 미치지 않는다는 것이다. 다음 각국의 판례는, 협약 제31조는 군대가 저지른 불법행위에 대한 국가의 면제가 협약 제11조에 의해 영향을 받지 않는다는 취지라고 결론지었다. 즉, 벨기에(2000년 2월 18일 겐트 1심법원 보텔벨게 대 독일(Botelberghe v. German State) 사건 판결), 아일랜드(1995년 12월 15일 대법원 맥켈히니 대 윌리엄스(McElhinney v. Williams) 사건 판결), 슬로베니아(헌법재판소 Case No. Up-13/99), 그리스(마겔로스 대 독일연방공화국(Margellos v. Federal Republic of Germany) 사건), 폴란드(폴란드 대법원 나토니엡스키 대 독일연방공화국(Natoniewski v. Federal Republic of Germany) 사건)에서의 판결이 그러한 판례가 된다.[46]

유엔협약 제12조는 다음과 같이 규정한다.

---

45) *Ibid.*, para. 67

46) *Ibid.*, para. 68

"어느 국가도 인간의 사망 혹은 신체의 상해 또는 재물의 파손 혹은 멸실이 자국의 책임으로 귀속된다고 주장되는 행위 또는 부작위로 인해 발생한 경우, 해당 행위 또는 부작위의 전부 또는 일부가 타국 영역 내에서 행해지고, 해당 행위 또는 부작위를 행한 사람이 그렇게 한 시점에서 해당 타국의 영역 내에 소재했던 경우, 관련 국가 들이 달리 합의하지 않는 한, 국가는 타국의 법원에서의 금전적 보상에 관한 재판절차에서 관할권 면제를 청구할 수 없다."

유럽협약과 달리 유엔협약에는 그 적용 범위에서 군대의 행위를 제외한다는 조항은 존재하지 않는다. 하지만 국제법위원회의 제12조에 대한 주석은 이 조항은 '군사분쟁에 관한 상황'에는 적용되지 않는다고 한다(국제법위원회 연보 1991). 게다가 유엔총회 제6위원회의 국가면제협정 특별위원회 보고에서 특별위원회 의장은 "조약 초안은 군사활동을 커버하지 않는다는 일반적 이해를 바탕으로 준비해 왔다"고 설명했다. 어떤 국가도 이러한 해석에 의문을 제기하지 않았다. 게다가 현재까지 조약을 비준한 국가 중 노르웨이와 스웨덴 2개국이 "조약은 국제인도법이 말하는 무력분쟁이나, 국가의 군대가 공무로 수행하는 활동을 포함하는 군사활동에는 적용되지 않는다"는 이해를 동일한 취지의 문구로 선언한 것을 재판소는 유의한다. **이러한 여러 증거에 비추어, 재판소는 조약 제12조의 존재는, 무력분쟁의 상황에 법정지국 영역에서, 타국의 군대와 협동기관에 의한 인간의 사망 혹은 신체의 상해 또는 재물의 파손을 일으킨 행위에 대한 배상절차와 관련하여, 국제관습법이 국가면제를 거부하고 있다는 주장의 어떠한 근거도 될 수 없다고 결론짓는다.**[47]

3) 국내법

국내법 형식에 의한 국가실행에 대하여 검토하면, 오로지 국가면제를 주제로 하는 법률을 제정한 국가로서 양 당사자가 언급한 10개국 중 9개국이 법정지국에서의 사망, 상해 또는 재산상 손해에 관한 배상에 대하여 국가가 면제를 누릴 수 없다는 효과를 가진 조항을 채택하고 있다는 사실을

47) *Ibid.*, para. 69

재판소는 유의한다. (1976년 미국 외국국가면제법, 1978년 영국 국가면제법, 1981년 남아프리카 외국면제법, 1985년 캐나다 국가면제법, 1985년 호주 외국면제법, 1985년 싱가포르 국가면제법, 1995년 아르헨티나 법원에서의 외국면제에 관한 법률, 2008년 이스라엘 외국면제법, 2009년 일본 대외국민사재판권법). 파키스탄 국가면제법(1981)만이 유사한 조항을 포함하지 않는다.[48]

이들 중 2개 법령(영국 국가면제법, 싱가포르 국가면제법)은 외국군대의 행위에 관한 소송을 적용에서 제외하고 있다. 이에 대응하는 캐나다, 호주, 이스라엘의 조항에서는 주둔국의 동의를 얻어 주둔한 군대에 의한 행위 또는 주둔군에 관한 법령에 의해 규정된 것에 대해서만 제외하고 있다. 남아프리카, 아르헨티나, 일본의 법령에는 제외 조항이 존재하지 않는다. 단, 일본 법령(제3조)은 "이 법률의 규정은 조약 또는 확립된 국제법규에 따라 외국 등이 향유하는 특권 또는 면제에 영향을 미치지 않는다"고 규정한다. 1976년 미국의 외국국가면제법에는 외국군대의 행위와 관련된 청구를 특별히 다루는 조항은 없지만, "미국에서 발생하고 그 외국의 불법적 행위 또는 부작위로 인해 발생한 개인의 상해 또는 사망, 재산의 손상 또는 손실에 대해 외국을 상대로 금전적 손해배상을 청구하는 경우"에는 면제를 인정하지 않는다는 조항(1605(a)(5))은 "재량권 남용 여부와 관계없이 재량권의 행사 또는 수행의 실패에 근거한 청구(1605(a)(5)(A))"에는 적용되지 않는다. 타국의 입법례가 없는 이 조항의 해석으로 미국 법원은 미국 내에서 암살에 관여한 외국의 스파이는 면제를 누릴 수 없다고 판시했다.[49] **그러나 재판소는 미국 법원이 이 조항을 무력분쟁의 과정에서 외국군대 및 협동기관에 의한 행위에 적용하도록 요청받았는지와 같은 사례는 모른다. 실제로 국내법에 군대의 행위에 대한 일반적 제외를 규정하지 않는 7개국 중, 그러한 법을 무력분쟁의 과정에서 외국군대나 협동기관의 행위에 적용하도록 법원이 요청받고 있는 국가는 없다.**[50]

---

48) *Ibid.*, para. 70

49) *Letelier v. Republic of Chile (1980), Federal Supplement (F. Supp.), Vol. 488, p. 665; ILR, Vol. 63, p. 378 (United States District Court, District of Columbia*

50) *Jurisdictional Immunities of the State Case,* para. 71

4) 각국 법원의 판례

재판소는 다음에 군대의 행위와 관련된 국가면제에 대한 국내법원 판결 형식의 국가실행을 살펴본다. 외국의 동의하에 그 영역에 주둔하거나 방문한 군대가 불법행위에 관여했다며 제소된 재판절차에서 국가가 면제를 향유하는지 많은 사건에서 국내법원이 검토해왔다. 1934년 1월 이집트 법원 결정(Bassionni Amrane 대 John 사건), 1957년 벨기에 브뤼셀 항소 법원 판결(S.A. Eau, gaz, éectricitéet applications 대 Office d'aide mutuelle 사건), 그리고 1957년 독일 슈레스비히 항소법원 판결(영국 면제 사건)은 국내법원이 외국군대의 행위를 주권적 행위라고 하여 면제를 부여한 초기의 실례이다. 그 후 여러 나라의 국내법원이 군함에 의한 손해에 대하여 국가면제가 인정된다고 판시했다(2001년 네덜란드 대법원 미국 대 에무스하벤 항만국 사건, 1999년 9월 3일 프랑스 엑상프로방스 항소법원 제2재판부 알리안츠보험 대 미국 사건, 2000년 이탈리아 파기원 토렌트 대 미국 사건(군사훈련에 의한 손해)). 영국 법원은 외국군대의 영국 영역 내에서의 행위에 의한 불법행위 소송에서 해당 행위가 주권적 행위인 경우 국제관습법상 면제가 요구된다고 판시했다.[51]

아일랜드 대법원은 법정지국의 영역에 있는 외국군대 구성원들의 주권적 행위에 대해서는 법정지국의 허가가 없는 경우에도 국제법이 외국정부에 면제를 부여하도록 요구하고 있다고 판시했다(1995년 맥켈히니 대 윌리엄스 사건). 이후 유럽인권재판소 대법정은 이 판단은 국제법으로 폭넓게 지지된 견해를 반영한 것이므로 면제의 향유는 유럽인권조약과 모순되지 않는다고 판시했다(2001년 11월 21일 맥켈히니 대 아일랜드 사건). 이 사건에서 제기된 특정한 쟁점에 직결되는 것은 아니지만, 기타 어떤 국가의 법원에서도 부정한 적이 없다고 볼 수 있는 이러한 사법적 판단은 국가가 외국 영역에서 군대가 한 주권적 행위에 대해서는 면제를 누린다는 것을 시사하고 있다.[52]

---

51) *Littrell v. United States of America (No. 2), Court of Appeal, [1995] 1 Weekly Law Reports (WLR) 82 ; ILR, Vol. 100, p. 438 ; Holland v. Lampen Wolfe, House of Lords, [2000] 1 WLR 1573 ; ILR, Vol. 119, p. 367*

그러나 이 사건의 목적을 위한 가장 적절한 국가실행은 무력분쟁의 과정에 군대가 실행했다고 주장되는 행위에 관한 재판절차에서 국가가 면제를 누리는지에 대한 국내법원의 판결 속에서 찾을 수 있다고 재판소는 생각한다. 이탈리아 법원에 제기된 사건과 사실관계가 매우 유사한 이 모든 사건은 제2차 세계대전 당시의 사건과 관련이 있다. 그런 맥락에서, 프랑스 파기원은 제2차 세계대전 중 프랑스 점령지에서 추방된 청구인들이 제기한 일련의 소송에서 독일이 면제의 권리를 누릴 자격이 있다고 일관되게 판시해왔다.[53] 또한 재판소는 유럽인권재판소가 그로즈 대 프랑스 사건(신청번호 14717/06, 2009년 6월 16일 판결)에서 프랑스가 2006년 파기원 판결(판결번호 04-47504)의 대상이 된 재판절차에서 유럽인권협약을 위반하지 않았다고 판시했는데, 이는 파기원이 국제법에서 요구하는 면책조항을 적용했기 때문이라는 점을 주목한다.[54]

슬로베니아와 폴란드의 최고법원도 제2차 세계대전 중 국내에서 행해진 독일군의 불법행위에 대하여 독일에 면제를 인정했다. 2001년 슬로베니아 헌법재판소는 독일 점령기에 독일로 추방된 청구인이 제기한 소송에서 독일이 면책권을 가질 자격이 있으며, 슬로베니아 대법원이 면책권을 인정하는 데 자의적으로 행동하지 않았다고 판결했다(2001년 3월 8일 판결). 폴란드 대법원은, 2010년 10월 29일 나토니엡스키(Natoniewski) 대 독일연방공화국 사건 판결에서, 1944년에 독일군이 점령했던 폴란드의 마을을 태우고 수백 명의 주민을 학살했을 때 부상당한 원고에 의한 소송에 대하여 독일은 면제를 누린다고 판시했다. 이 법원은 페리니 사건, 디스토모 사건, 마겔로스 사건의 판결, 유럽협약과 유엔협약의 조항, 기타 문서를 광범위하게 검토한 뒤 무력분쟁 과정에서 군대의 행위에 기인한다고 주장되는 손해배상에 대하여 국가는 여전히 면제를 누린다는 결론을 내렸다. 벨기에(2000년 2월 18일 겐트 1심법원 보텔벨게(Botelberghe) 대 독일 사건 판결), 세르비

52) *Jurisdictional Immunities of the State Case,* para. 72

53) *No. 02 45961, 16 December 2003, Bull. civ., 2003, I, No. 258, p. 206(the Bucheron case) ; No. 03 41851, 2 June 2004, Bull. civ., 2004, I, No. 158, p. 132(the X case) and No. 04 47504, 3 January 2006 (the Grosz case)*

54) *Jurisdictional Immunities of the State Case,* para. 73

아(2001년 11월 1일 레스코바츠 1심법원 판결), 브라질(2008년 7월 9일 리오데 자네이로 연방법원 바레토(Barreto) 대 독일연방공화국 사건 판결; 브라질 영해 내에서의 독일 잠수함에 의한 브라질 어선 침몰에 관한 소송에 대하여 독일의 면제를 인정)의 하급심도 이들 국가의 영역 또는 영해에서의 전쟁행위에 대하여 독일은 면제된다고 판단했다.[55]

마지막으로, 독일 법원도 군대의 행위에 대하여 그 행위가 법정지국에서 행해진 경우도 불법행위의 예외는 국제법에 따른 국가면제의 향유를 방해할 수 없다고 결론 내린 것을 재판소는 유의한다(2003년 6월 26일 연방대법원 그리스 시민 대 독일연방공화국 사건 판결; 독일의 면제 향유를 침해한다는 이유로 디스토모 사건에 대한 그리스 판결의 독일에서의 집행을 부정).[56]

이 사건의 주제인 이탈리아의 여러 판결을 제외하고, 이탈리아의 주장을 뒷받침하는 사법 실행이 존재하는 유일한 국가는 그리스다. 그리스 대법원의 2000년 디스토모 사건 판결은, 그것이 무력분쟁 시의 군대의 행위에는 적용되지 않는 것을 전혀 언급하지 않고, 불법행위의 예외에 대하여 광범위한 논의를 진행하고 있다. 그러나 그리스 특별최고재판소는 마겔로스 대 독일연방공화국 사건 판결에서 디스토모 사건에 대한 대법원의 논리를 부정하고 독일이 면제를 누린다고 판단했다. 특히 특별최고재판소는 불법행위의 예외는 무력분쟁의 과정에서 국가 군대의 행위에는 적용되지 않는다고 판단했다. 이 판결이 디스토모 사건의 결과를 바꾸지는 않지만, 그리스에서 외국 군대가 저지른 불법행위에 국가면제가 적용될 수 있는지와 같은 쟁점을 다루는 그리스 내 법원 및 기타 기관은, 마겔로스 판결 이후 국제관습법이 변화했다고 판단하지 않는 한, 특별최고재판소의 마겔로스 사건 판결에 구속된다고 그리스가 재판소에 설명했다. 마겔로스 판결 이후, 제2차 세계대전 중 독일군의 행위로 인한 손해임을 주장하여 독일에 배상을 청구한 재판절차에서 면제를 거부한 그리스 법원은 존재하지 않고, 대법원도 2009년 판결에서 방론이지만 마겔로스 사건의 논리를 승인했다고 독일은 지적했다. 마겔로스 판결과 2009년 사건의 방론, 디스토모 판결의 집행을 그리스 자신

55) *Ibid.*, para. 74
56) *Ibid.*, para. 75

의 국내에서 허가하지 않은 그리스 정부의 결정, 유럽인권재판소의 카로게로풀 외 대 그리스·독일 사건(2002년 12월 12일 판결)에서 위 결정을 옹호한 것을 감안하면, 그리스의 국가실행은 전체적으로 보면 이탈리아의 주장을 뒷받침하는 것이 아니라 오히려 부정하는 것이라고 재판소는 결론짓는다.[57]

이 재판소의 견해에 따르면, **주권적 행위에 대한 국가면제는, 해당 행위가 법정지국에서 이루어졌다고 해도, 무력분쟁 수행에 있어서 군대나 기타 국가기관에 의한 인간의 살상 및 재산 손해를 초래하는 행위에 대한 민사소송에 계속 적용된다는 주장을 사법적 판단 형식의 국가실행은 지지하고 있다.** 국제관습법이 국가면제를 요구한다는 입장을 밝힌 여러 국가의 주장과 많은 국내법원의 판단에 나타나듯이, **그러한 국가실행에는 법적 확신이 수반된다.** 반대의 사법적 판단이 거의 존재하지 않는 것, 현재까지 재판소가 아는 범위에서, 국제법위원회의 국가면제에 관한 작업이나 유엔협약의 채택 과정에서 국제관습법은 그런 경우에 면제를 요구하지 않는다는 의견이 각국에서 나오지 않았다는 것도 중요하다.[58]

위에 비추어 재판소는, **국제관습법은 무력분쟁 수행 과정에서 국가의 군대 기타 국가기관이 손해를 초래하는 행위를 타국의 영역에서 했다는 이유로 제소된 국가에 대하여 국가면제를 인정하는 것을 지금도 요구하고 있다고 본다.** 이러한 결론은 재판소가 언급한 유럽인권재판소의 판결로 인정되었다.[59]

그러므로 이 재판소는 이 사건에 있어서 이탈리아의 주장과 달리 독일에 대한 면제를 거부한 이탈리아 법원의 결정은 불법행위의 예외로 정당화될 수 없다고 결론짓는다.[60]

---

57) *Ibid.*, para. 76

58) *Ibid.*, para. 77. 이와 관련하여, 서울고등법원은 2023년 11월 23일 선고된 위안부 항소심 판결에서 위안부 사건에서 문제가 된 일본군의 행위는 국제사법재판소 판결에 명시된 '무력분쟁의 수행 중'에 발생한 것이 아니라는 이유로 국가면제의 적용을 거부한다고 판시했다(서울고등법원 2023년 11월 23일 선고 2021나2017165 판결).

59) *Ibid.*, paras. 72, 73, 76 & 78

60) *Ibid.*, para. 79

Ⅳ. 이탈리아의 후속 조치와 평석

이탈리아는 2012년 국제사법재판소의 판결을 받아들여 국내적 조치를 취했다. 이탈리아 정부는 2013년 5월 6일 '국가와 그 재산의 관할권 면제에 관한 유엔협약'에 가입했다.[61] 이탈리아 의회는 유엔국가면제협약의 이행을 위한 2013년 법률(Law No. 5/2013)을 통과시켜 국제사법재판소 판결의 효력을 명문화했으며, 헌법재판소도 국제사법재판소의 판결을 수용했다.[62]

그러나 2014년 1월 피렌체 지방법원은 피해자들의 요청으로 법률 5/2013호가 이탈리아 헌법에 합치하는지에 대한 위헌심판을 청구했다. 2014년 10월 이탈리아 헌법재판소는 재판관할권 면제에 대한 국제사법재판소의 판결과 법률 5/2013호가 이탈리아 헌법의 원칙과 상충한다고 결정 238호로 선언했다. 헌법재판소는 국가면제가 개인의 사법적 보호에 대한 기본권을 절대적으로 희생시킬 수 없다고 판시했다. 특히 인권과 존엄성이라는 보편적 가치에 대한 심각한 침해, 즉 개별 국가의 이익을 넘어서는 잔학행위에 대해 피해자가 재판을 받을 수 있는 다른 방법이 없는 경우 관할권 면제가 인정되지 않는다고 했다.[63]

헌법재판소의 결정 238호는 이탈리아 국내에서 논란의 대상이 되었다. 예컨대 2016년 감바 대 독일 사건의 판결에서 파기원은 "법률 5/2013호의 제3조가 무효화되고, 이탈리아 법원이 2012년 국제사법재판소 판결을 준수해야 할 의무가 발생하면, 원고들이 제기한 손해배상 청구에 대한 이탈리아 법원의 관할권을 확인해야 한다고 결론을 내려서" 국제사법재판소의 판결에 어긋나는 취지를 확인했다.[64] 그러나 이는 과거의 판결과 모순된다. 파

---

61) https://treaties.un.org/ (2023. 12 최종 방문)

62) Andrea Maria Pelliconi, The Italian Constitutional Court's new decision on state immunity and the ICJ Germany vs Italy No. 2(July 28, 2023) https://www.ejiltalk.org/category/international-law-and-domestic-law/ (2023. 12 최종 방문)

63) Natalino Ronzitti, "La Cour Constitutionnelle Italienne et L'immunité Juridictionnelle des États", *Annuaire Français de Droit International*, 2014, pp.3~6

64) *Corte di Cassazione(Sezioni Unite Civili),* Gamba and others v. Federal Republic of Germany and Presidency of the Council of Ministers, 29 July 2016, No. 15812

기원이 다른 여러 이탈리아 법원과 함께 국제사법재판소의 판결에 즉시 동조했고, 2013년 법률 5/2013호가 채택되기 전에는 그 판결의 위헌성 문제를 제기하지 않았기 때문이다.[65]

헌법재판소의 238호 결정 후 다양한 소송이 다시 이탈리아 국내에서 제기되었다. 피해자인 원고들이 승소한 일부 소송에서 독일의 국유재산에 대한 강제집행이 문제가 됐다. 이탈리아 파기원은 2018년 Regione Sterea Ellada 사건의 판결에서 독일 국유재산인 빌라 비고니에 대한 강제조치로부터 독일의 국가면제를 인정했다. 파기원은 헌법 제10조에 따라 이탈리아 법원이 외국의 국유재산이나 공공재산에 대한 강제조치를 취할 수 있는 관할권이 없다고 판시했다. 다만, 이탈리아 정부가 빌라 비고니에 대한 강제조치를 집행할 수는 없지만, 그러한 권한은 유지한다고 하면서 이 건물에 대한 저당 조치의 해제를 명령했다.[66]

그러나 이탈리아 파기원은 2019년 9월 3일 독일의 국가면제를 부인하는 판결을 내렸다. 파기원은 국제사법재판소의 판결은 사법기관을 포함한 개인이나 기관에 직접적인 구속력이 없고, 국제관습법의 국내적 수용 규칙조차도 소송에 직접적인 영향을 미칠 수 없다는 입장을 밝혔다. 외국의 사법권 행위에 대한 민사관할권 면제는 특권에 해당하기 때문에, 이탈리아 법원은 2014년 헌법재판소 결정 238호를 존중하여 관할권 절차 또는 외국판결의 승인 절차나 집행 절차에서 해당 관할권의 면제를 거부할 제도적 의무가 있다고 했다. 이 판결을 내린 파기원 재판부는 그 전과 다른 판사들로 구성되었다.[67]

이탈리아에서 파기원의 판결 이후 다시 독일의 국가면제를 부인하는 여러 판결이 내려졌고, 독일은 2022년 4월 국제사법재판소에 이탈리아를 상

---

65) Carlo Focarelli, "State Immunity and Serious Violations of Human Rights: Judgment No. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court Seven Years On", *The Italian Review of International and Comparative Law 1*, 2021, pp.38~39

66) *Corte di Cassazione(sez. III civile)*, Regione Sterea Ellada v. Presidency of the Council of Ministers and Federal Republic of Germany, 8 June 2018, No.14885, paras. 14, 24~25.

67) Carlo Focarelli, *op. cit.* pp.41~42

대로 두 번째 제소했다. 독일은 이탈리아가 헌법재판소의 2014년 결정으로 국제사법재판소의 판결을 의도적으로 위반했으므로 이를 시정하고, 더 이상 이런 위반이 반복되지 않도록 보장해줄 것을 요청했다.[68]

이탈리아는 과거 독일의 전쟁범죄와 반인도적 범죄 피해자에 대한 배상기금을 조성하는 새로운 법을 제정하여 독일과의 갈등을 일단락 지었다. 이탈리아 헌법재판소는 2023년 7월에 새로운 법이 합헌이라고 확인하여, 독일의 배상 문제가 실질적으로 마무리되었다는 결정을 내렸다. 다만 이탈리아는 이 법이 국가면제가 아니라 배상기금의 조성에 대한 내용의 합헌성을 다루었다는 점을 강조했다.[69]

위안부 문제와 강제징용 배상 문제에 대한 한국 사법부의 판결도 이탈리아의 경우와 유사하게 전개되었다. 2015년 12월 한일 양국의 위안부 합의와 2023년 3월 한국 정부의 결단으로 과거사 문제를 둘러싼 갈등은 일단락되었지만, 완전한 사법적 해결은 아직 미완의 상태라고 할 수 있다. 이탈리아 정부와 사법부의 국가면제에 대한 오랜 갈등과 정치적 해결을 참고하여 국내에서도 입법적·사법적 보완 조치를 취할 필요가 있다.

ICJ의 국가관할권 면제 사건과 이탈리아의 주장 및 후속 조치 - 이 창 위	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2024.02.13.	2024.03.06.	2024.03.26.

68) "Germany institutes proceedings against Italy for allegedly failing to respect its jurisdictional immunity as a sovereign State", ICJ Press Release, No. 2022/16, 29 April 2022

69) Andrea Maria Pelliconi, *op. cit.*

[참고문헌]

Vessela Terzieva, “State Immunity and Victims’ Rights to Access to Court, Reparation, and the Truth”, International Criminal Law Review, Vol 22, Issue 4, July 2022

Andrea Maria Pelliconi, The Italian Constitutional Court’s new decision on state immunity and the ICJ Germany vs Italy No. 2(July 28, 2023)

Natalino Ronzitti, “La Cour Constitutionnelle Italienne et L’immunité Juridictionnelle des États”, Annuaire Français de Droit International, 2014

Carlo Focarelli, “State Immunity and Serious Violations of Human Rights: Judgment No. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court Seven Years On”, The Italian Review of International and Comparative Law 1, 2021

Case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgement of 3 February 2012

대법원 2023년 12월 21일 선고 2018다303653 판결

대법원 2018년 10월 30일 선고 2013다61381 전원합의체 판결

서울고등법원 2023년 11월 23일 선고 2021나2017165 판결

서울중앙지법 2021년 4월 21일 선고 2016가합580239 판결

서울중앙지법 2021년 1월 8일 선고 2016가합506092 판결

“일본군 위안부 피해자 소송 패소한 일본에 배상금 강제집행은 적법”, 법률신문, 2021.6.15.

“위안부 소송 패소한 일본에 소송비용 추심하는 것은 국제법 위반”, 법률신문, 2021.4.21.

“대법, 일제 징용 피해자 日기업 배상책임 또 인정”, 조선일보 2023.12.22

【국문초록】

국제사법재판소는, 2008년 12월 23일 독일이 이탈리아를 상대로 제소한 국가관할권 면제 사건의 2012년 2월 3일 판결에서, 제2차 세계대전 중 독일군의 행위의 불법 여부가 아니라, 이탈리아 법원의 독일에 대한 국가면제의 인정 여부가 쟁점이라고 지적했다. 국제사법재판소는 현행 국제관습법하에서 국가가 국제인권법 위반을 이유로 기소됐다고 해서 국가면제를 박탈당하지 않는다고 했다.

국제사법재판소는 독일군의 행위가 강행규범에 위배된다고 하더라도, 국제관습법상 외국에 대한 국가면제의 부여와 강행규범의 위반은 서로 충돌하지 않는다고 했다. 국가면제의 인정은 절차적인 것이지만, 강행규범의 위반은 실체적인 것이기 때문이다. 국제사법재판소는 국가면제의 적용을 반대하는 이탈리아와 국가면제의 적용을 주장한 독일의 입장을 검토하여, 국가면제가 적용돼야 한다는 독일의 청구를 인용한다고 판결했다.

그러나 이탈리아 법원과 헌법재판소가 국제사법재판소의 판결을 부인하는 결정과 판결을 잇달아 내리자, 독일은 2022년 4월 국제사법재판소에 이탈리아를 상대로 두 번째 제소했다. 독일은 이탈리아가 국제사법재판소의 판결을 의도적으로 위반했으므로 이를 시정하고, 위반이 반복되지 않도록 보장해줄 것을 요청했다. 이탈리아는 과거 피해자에 대한 배상기금을 조성하는 법을 제정하여 독일과의 갈등을 일단락 지었고, 2023년 7월 이탈리아 헌법재판소는 이 법이 합헌이라고 확인했다.

한국과 일본의 과거사 문제에 대한 갈등과 해결도 이탈리아의 경우와 유사하게 전개되었다. 한일 양국의 2015년 12월 위안부 합의와 2023년 3월 강제징용 배상에 대한 정치적 해결로 갈등은 일단 봉합되었지만, 완전한 사법적 해결은 미완의 상태라 할 수 있다. 이탈리아의 국가면제에 대한 사법부의 오랜 혼란과 정부의 정치적·외교적 해결을 주목하여, 국내에서도 과거사 문제에 대한 입법적·사법적 보완 조치를 취할 필요가 있다.

【Abstract】

Jurisdictional Immunities of the State Case and State Practice of Italy

Chang Wee LEE
(University of Seoul)

In its February 3, 2012 judgment in the Jurisdictional Immunity of the State case brought by Germany against Italy on December 23, 2008, the International Court of Justice noted that the Italian court's denial of state immunity to Germany was at issue, not the illegality of German military actions during World War II. The Court noted that under current customary international law, a state is not deprived of its immunity merely because it is accused of violating international human rights law.

Even if the actions of the German army violated jus cogens (peremptory norms), the ICJ held that under customary international law, the granting of state immunity to a foreign state and the violation of jus cogens do not conflict with each other. This is because the recognition of state immunity is procedural, whereas a violation of jus cogens is substantive. After reviewing the positions of Italy, which argued against the application of state immunity, and Germany, which argued for the application of state immunity, the ICJ found in favor of Germany's claim that state immunity should apply.

However, after a series of decisions and rulings by Italian courts and the Constitutional Court rejecting the ICJ's ruling, Germany brought a

second action against Italy before the ICJ in April 2022. Germany claimed that Italy had intentionally violated the ICJ's judgment and requested that Italy remedy the violation and ensure that it would not be repeated. Italy resolved the conflict with Germany by enacting a law establishing a reparations fund for past victims, and in July 2023, the Italian Constitutional Court confirmed that the law was constitutional.

The conflict and resolution of past history issues in Korea and Japan are somewhat similar to the Italian case. While the December 2015 comfort women agreement and the March 2023 political settlement on forced labor compensation between Korea and Japan have resolved the conflict, a full judicial resolution remains incomplete. In light of the judiciary's longstanding confusion over state immunity and the government's political and diplomatic resolution in Italy, it is necessary to take complementary legislative and judicial measures on past history issues in Korea.

주제어(Keyword) : 국가면제(state immunity), 위안부(comfort woman), 강제징용(forced labor), 국제사법재판소(ICJ), 강행규범(Jus Cogens)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제112호 2024년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2024.112.323

박노형 교수 정년기념 대담

대담 참석자

이로리 교수 (계명대학교)
안민호 박사 (한국생명공학연구원)
오현석 교수 (계명대학교)
김효권 교수 (국립부경대학교)

약 력

	기 간	학 교	전 공	학 위
① 학력	1977.3~1981.2	고려대학교 법과대학	법학	법학사
	1981.3~1983.2	고려대학교 대학원	국제법	법학석사
	1984.8~1985.5	美 하버드대학교 로스쿨	국제법	LL.M.
	1986.10~1990.5	英 케임브리지대학교	국제법	Ph.D.
② 주요경력	기 간	경 력	직 위	발 령 청
	1990.9~2024.2	고려대학교 법학전문대학원	조/부/교수	총장
	1991.9~2009.3	고려대학교 국제경제법강좌	지도교수	
	1995.9~2017	WTO 패널리스트명부 등재		
	1996.7~1997.6	美 Brookings Institution	Guest Scholar	

	2000	사단법인 대한국제법학회	부회장	
	2000~2002	한·칠레FTA 협상단 분쟁해결 분과	협상단원	외교부장관
	2002	사단법인 한국협상학회	회장	
	2003.3~2006.12	사단법인 한국국제경제법학회	초대회장	
	2003.12~현재	Manchester Journal of International Economic Law	자문위원	
	2004.3~2007.3	산업통상자원부 무역위원회	위원	대통령
	2006.12~2008.1	고려대학교	교무처장	총장
	2010.2~2015.2	사단법인 동해연구회	회장	
	2011.9~2013.6	고려대학교 법학전문대학원	원장	총장
	2013.1~2015.1	사단법인 국제공정무역학회	회장	
	2014~2017	사이버안보 UN전문가회의	정부대표 자문	외교부장관
	2016.3~2020.2	사단법인 한국조정학회	회장	
	2016.1~2017	법관임용절차개선자문및연구위원회	위원장	법원행정처장
	2017.3~현재	사단법인 국제사이버법연구회	회장	
	2018.10	러시아 극동연방대학교	명예법학박사	
	2020.9~현재	사단법인 국제조정센터	이사장	
	2023.2~2024.1	대통령실 국가안보실	정책자문위원	국가안보실장
	2024.3~현재	고려대학교 법학전문대학원	명예교수	총장
③ 상훈	년 월 일	상 훈 종 류		수여기관
	2007.10.12.	대통령 표창		대통령
	2015.12.7.	산업포장		대통령
	2023.7.12.	근정포장		대통령
	2023.12.15.	표창장		산업부장관
	2024.2.29.	옥조근정훈장		대통령

연구업적

【저서】

- 박노형 외 6인 공저: 國際法의 現實問題 1, 一潮閣, 1983
- 박노형: 새 유럽의 도전: EC통합의 올바른 이해, 매일경제신문사, 1991
- 박노형: WTO協定案 批准에 대한 法的 檢討, 政務長官(第1)室, 1994
- 박노형: GATT의 紛爭解決事例硏究, 博英社, 1995
- 박노형 외 3인 공저: WTO와 반덤핑관세: 정치·경제·법적 분석과 우리의 대응, 世宗硏究所, 1995

- 박노형: WTO體制의 紛爭解決制度硏究, 博英社, 1996
- 박노형 외 5인 공저: WTO 정부 보조금 및 상계관세: 정치·경제·법적 분석과 사례연구, 세종연구소, 1996
- 박노형 외 2인 공저: 國際法 I, 法文社, 1999
- 박노형 외 2인 공저: 國際法 II, 法文社, 2000
- 박노형 외 16인 공저: 국제경제법, 博英社, 2006
- 박노형: 협상 교과서, 랜덤하우스코리아, 2007
- Nohyoung Park: The Role of Law in Korean Economic Development, Korea Legislation Research Institute, 2008
- 박노형 외 2인 공저: 투자자-국가간 분쟁 사례로 본 국제중재판정부의 관할권 연구, 대한상사중재원, 2009
- 박노형 외 1인 공저: WTO 규범협상의 현황과 향후 과제, 대외경제정책연구원, 2010
- 박노형 외 8인 공저: EU개인정보보호법 - GDPR을 중심으로 -, 박영사, 2017
- 박노형 외 31인 공저: 신국제경제법, 박영사, 2018
- 박노형 외 1인 공저: 한국의 1967년 GATT 가입 협상, 외교부 외교안보연구소, 2019
- 박노형: 개인정보보호법, 박영사, 2020
- 박노형: 국제상사조정체제: 싱가포르조정협약을 중심으로, 박영사, 2021
- 박노형: 개인정보보호법(제2판), 박영사, 2023

【논문】

- No-hyoung Park: The Third World as an International Legal System, Boston College Third World Law Journal, No. 7(1), 24페이지, 1987
- 박노형: 우리나라의 'GATT 정부조달 협정' 가입을 위한 제언, 정보사회연구, 2권 2호, 10페이지, 1990
- 박노형: 판례평석: 태국의 담배수입제한에 관한 GATT의 분쟁해결, 판례연구, 5권, 25페이지, 1991
- 박노형: EC사법법원에 의한 회원국행위의 사법심사, 법학논집, 27권, 24페이지, 1992.4
- 박노형: EC입법-EC규칙의 법적 분석, 법학논집, 28권, 18페이지, 1992.12
- 박노형: EC기관의 역할에 관한 연구: EC반덤핑법을 중심으로, 국제법과 현대법의 신전개 (기남 이중범교수회갑기념 논문집), 23페이지, 1993.10.

- 박노형: 남북한 직교역과 GATT법, 국제법학회논총, 38권 1호, 14페이지, 1993.6
- 박노형: GATT의 의무면제에 관한 연구, 국제법률경영, 17권, 17페이지, 1993.10
- 박노형: 국제기구로서의 GATT의 법제도적 연구, 법학논집, 29권, 32페이지, 1993.12
- 박노형: EC지적소유권 보호 - EC법상 산업재산권의 보호: EC사법법원 판례를 중심으로 -, 계간 저작권 24호, 9페이지, 1993.12
- 박노형: 저작권 및 저작인접권의 보호기간의 조화에 관한 EC 지침, 계간 저작권, 25호, 5페이지, 1994.3
- 박노형: 미국 통상법 수퍼301조 부활과 우리의 대응, 관세, 282권, 6페이지, 1994.3
- 박노형: 판례연구: 캐나다의 관세양허 철회에 관한 GATT의 분쟁해결, 판례연구, 6권, 17페이지, 1994.6
- 박노형: 우루과이라운드(UR) 공산품분야협정에 대한 입법적 대응방안, 법제연구, 6권, 33페이지, 1994.6
- 박노형: NAFTA 반덤핑/상계관세의 분쟁해결제도, Revista Iberoamericana, 5권, 12페이지, 1994.9
- 박노형: WTO체제의 분쟁해결제도: 패널절차, 통상법률, 2권, 29페이지, 1995.4
- 박노형: 무역과 환경에 관한 국제규범, 성곡논총, 26권 1호, 44페이지, 1995.6
- 박노형: TRIPS협정의 일고찰, 계간 저작권, 31호, 12페이지, 1995.9
- 박노형: 일본-반도체 무역 제한 사건, 통상법률, 7권, 16페이지, 1996.2
- 박노형: 국제경제법의 개념에 관한 고찰, 통상법률, 8권, 19페이지, 1996.4
- 박노형: 아시아에 대한 EC의 반덤핑정책: 누구에 대한 가시인가?, 통상법률, 16페이지, 1996.8
- 박노형: WTO기술장벽협정의 연구, 法實踐의 諸問題 (동천 김인섭 변호사 화갑기념 논문집), 30페이지, 1996.12
- 박노형: 조세와 라벨부착 관행(1987), 국제법 판례연구 (지해 박춘호 교수 정년기념 논문집), 28페이지, 1996
- 박노형: 북한의 WTO가입에 관한 법적 연구, 국제경제법연구, 4권, 70페이지, 1997.5
- 박노형: 경제협력개발기구의 법제도적 고찰, 법학논집, 33권, 45페이지, 1997.8
- 박노형: 미국 철강산업의 통상법 활용사례 연구, 통상법률, 17권, 23페이지, 1997.10
- 박노형: 미국의 1974년 무역법 301조의 분석과 발동상황, 통상법률, 18권, 23

페이지, 1997.12

- 박노형: '미국과 EC의 호르몬 분쟁' 패널보고서의 평석, 통상법률, 19권, 30페이지, 1998
- 박노형: WTO분쟁해결제도 운영사례분석, 통상법률, 28권, 32페이지, 1999.8
- 박노형: 전자상거래와 WTO <상>, 통상법률, 23권, 17페이지, 1998.10
- 박노형: 전자상거래와 WTO <하>, 통상법률, 24권, 20페이지, 1998.12
- 박노형: WTO분쟁해결제도 운영사례분석, 통상법률, 28권, 32페이지, 1999.8
- 박노형: WTO 기본통신협정의 Reference Paper의 이행-EC의 경우, 통상법률, 30권, 20페이지, 1999.12
- 박노형: 국제통상법의 현황과 활성화 방안, 법조, 520권, 18페이지, 2000.1
- 박노형: 생명공학안전의정서와 다른 국제협정과의 관계, 통상법률, 33권, 18페이지, 2000.6
- 박노형: 도메인네임에 대한 WIPO중재중개센터의 첫 패널 결정, 중재, 296권, 7페이지, 2000.6
- 박노형: TRIPS협정상 생명공학의 지위, 국제법학회논총, 제45권 제1호, 통권 87호, 13페이지, 2000.6, KCI후보(O)
- 박노형: WTO체제에서의 남북한 무역거래의 지위, 법조, 530권, 23페이지, 2000.11
- 박노형: 중국산 상품에 대한 무역구제조치의 WTO 특별규정(안) 검토, 무역구제, 1권, 13페이지, 2001.1
- 박노형: 미국의 통상법제도 연구-미국기업의 통상정책 형성 참여 방안, 연암 해외연구교수 논문집, 7권, 33페이지, 2001.1
- 박노형: 산업피해구제법상 세이프가드조치제도의 검토와 향후 발전 과제, 무역구제, 3권, 26페이지, 2001.7
- 박노형: 반덤핑 판정시 구조조정의 필요성 여부에 관한 연구, 무역구제, 4권, 13페이지, 2001.10
- 박노형(주), 유병화(교): 정보의 국제법적 지위, 안암법학, 14권, 46페이지, 2002.4
- 박노형: 전자상거래를 통한 무역과 국제통상 규범 동향, 고려법학, 38권, 24페이지, 2002
- 박노형: 중국의 세이프가드조치제도 분석과 시사점, 월간 관세와 무역, 35권 4호, 10페이지, 2003.4
- 박노형: 저작권 분쟁의 조정과 조정기법, 계간 저작권, 62호, 19페이지, 2003.6

- Nohyoung Park: "Statistical Analysis of the WTO Dispute Settlement System (1995-2000)", Federico Ortino & Ernst-Ulrich Petersmann (eds.), The WTO Dispute Settlement System 1995-2003 (Studies in Transitional Economic Law Vol. 18), Kluwer Law International, pp. 531-554, 2004.2
- 공수진(주), 박노형(교): ASEAN+3의 WTO 분쟁해결 현황 및 분석, 통상법률, 56권, 28페이지, 2004.4, KCI후보(O)
- Nohyoung Park: "Overview on the State of WTO Dispute Settlement Involving the ASEAN+3, Mitsuo Matsushita & Dukgeun Ahn (eds.), WTO and East Asia: New Perspectives, Cameron May, pp. 241-266, 2004
- Nohyoung Park: Application of International Law in Korean Courts, ASIA LAW REVIEW, 1권 1호, 23페이지, 2004.12
- 박노형: 미국 연방법원의 공판건수 감소와 ADR의 영향, 중재, 315권, 6페이지, 2005.3
- 박노형: 유럽인권협약의 법적 분석: 개론적 접근, 고려법학, 45권, 30페이지, 2005.11
- 박노형: 국제기구로서 WTO의 지위, 고려법학, 46권, 36페이지, 2006.4, KCI후보(O)
- Nohyoung Park: "Statistical analysis of the WTO dispute settlement system", Chen, Huiping & Eric E. Bergsten (eds.), International Economic Law and China in its Economic Transition (Chinese Law Series Vol. 12), William S. Hein & Company, 30페이지, 2006.6
- Nohyoung Park: "Anti-dumping Practice of the Korea Trade Commission", Mitsuo Matsushita, Dukgeun Ahn, & Tain-Jy Chen (eds.), The WTO Trade Remedy System: East Asian Perspectives, Cameron May, 16페이지, 2006
- 박노형: 한국 법원의 국제법 수용: WTO협정의 직접 효력 문제, 저스티스, 92호, 9페이지, 2006.7, KCI후보(O)
- 박노형(주), 마광(교): 중국의 물류산업 관련 법제도에 관한 연구, 아시아법제연구, 6권, 46페이지, 2006.9
- Sherzod Shadikhodjaev(주), Nohyoung Park(교): Cessation and Reparation in the GATT/WTO Legal System A View from the Law of State Responsibility, Journal of World Trade, 41권 6호, 22페이지, 2007, SSCI등재(O)

- 박노형: 2008년 미국 대통령 후보의 통상정책 성향 검토, 관세와 무역, 40권 7호, 6페이지, 2008
- Nohyoung Park(주), Yeonjae Bae(교): Labor Laws of Korea: 60-Year Progress, KOREA UNIVERSITY LAW REVIEW, 5호, 38페이지, 2009.3
- 박노형: 조정의 선진화 및 활성화 소고, 중재, 329호, 8페이지, 2009.9
- Nohyoung Park: Court-Annexed Mediation in Korea, Asia. Pac. Law. Rev., 17권, 17페이지, 2009.12, SSCI등재(O)
- Nohyoung Park: Mediation Mechanism in the Korea-EU FTA, Korea University Law Review, 8권, 9페이지, 2010
- Nohyoung Park, "IHO seeking way to resolve East Sea name dispute", in Northeast Asian History Foundation, Geographical Issues on Maritime Names - Special Reference to the East Sea, Northeast Asian History Foundation, pp. 171-182, 2010.12
- 박노형: 고대 국제법학 100년, 고려대학교 100년사 편찬위원회, 고려대학교 법과대학 학술사, 고려대학교 출판부, 17페이지, 2011.05
- 박노형: 조약에 의한 국내법의 강제 집행: 한미FTA의 노동 관련 규정을 중심으로, 법학평론, 제2권, 23페이지, 2011.09
- 박노형: 통상국가인 한국의 통상법 교육 현황과 방향, 통상법률, 100권, 7페이지, 2011, KCI등재(O)
- 박노형: 사이버안전 관련 국제규범의 정립을 위한 연구, 안암법학, 37호, 28페이지, 2012.01, KCI등재(O)
- Qureshi, Asif. H(주), Nohyoung Park(교): The WTO as a 'Facilitator' in the Harmonisation of Domestic Trade Laws, Asian Journal of WTO International Health Law and Policy, 8권 1호, 31페이지, 2013.3, SSCI등재(O)
- 박노형: 개인정보보호법과 정보통신망법의 관계 분석— 개인정보보호법 제6조를 중심으로 —, 안암법학, 41호, 25페이지, 2013.5, KCI등재(O)
- 박노형(주), 정명현(교): 사이버전의 국제법적 분석을 위한 기본개념의 연구 - Tallinn Manual의 논의를 중심으로, 국제법학회논총, 59권 2호, 29페이지, 2014.6, KCI등재(O)
- 박노형: 미국의 사이버안전에 관한 법 제정 동향과 시사점, 법제연구, 46호, 29페이지, 2014.6, KCI등재(O)

- 배연재(주), 박노형(교): 한국의 GATT/WTO체제 경험과 국제경제법학의 발전, 고려법학, 73호, 32페이지, 2014.6, KCI등재(O)
- 박노형(주), 정명현(교), 이선: 유전자원 접근 및 이익공유에 관한 나고야 의정서의 주요 과제에 대한 법적 분석, 안암법학, 47호, 32페이지, 2015.5, KCI등재(O)
- 박노형: 전자전송물의 통상법상 지위: Digital Models 사건의 미국 연방순회법원 결정을 중심으로, 통상법률, 126권, 8페이지, 2015.12, KCI후보(O)
- Myung-Hyun Chung(주), Nohyoung Park(교): Analysis of a New Mediation Procedure under the WTO SPS Agreement, Journal of World Trade, 50권 1호, 23페이지, 2016.2, SSCI등재(O)
- 박노형: 데이터무역 국제규범의 출범 -TPP의 중요한 의의-, 안암법학, 35페이지, 2016.5, KCI등재(O)
- 박노형(주), 정명현(교): 제4차 정보안보에 관한 유엔정부전문가그룹 논의 분석과 국제사이버법의 발전 전망, 국가전략, 22권 3호, 26페이지, 2016.9, KCI등재(O)
- 박노형(주), 정명현(교): GATT가입을 위한 한국 정부 노력의 시대적 조명 - 단기 4285년2월 “GATT會議에 관한 復命書”를 중심으로 -, 안암법학, 53호, 33페이지, 2017.5, KCI등재(O)
- 박노형(주), 정명현(교): 빅데이터 분석기술 활성화를 위한 개인정보보호법의 개선 방안 - EU GDPR과의 비교 분석을 중심으로 -, 고려법학, 85호, 19페이지, 2017.6, KCI등재(O)
- 박노형(주), 정명현(교): 국제사이버법의 발전: 제5차 UNGGE활동을 중심으로, 국제법학회논총, 63권 1호, 25페이지, 2018.3, KCI등재(O)
- 박노형(주), 정명현(교): EU GDPR상 프로파일링 규정의 법적 분석, 안암법학, 56호, 33페이지, 2018.5, KCI등재(O)
- Nohyoung Park: How to Approach the Issue of Digital Sequence Information: Focusing on the AHTEG, Asian Business Lawyer, 21권, 17페이지, 2018.6
- 박노형(주), 정명현(교): 디지털통상과 국제법의 발전, 국제법학회논총, 63권 4호, 20페이지, 2018.12, KCI후보(O)
- 박노형(주), 박주희(교): 비국가 행위자의 사이버오퍼레이션에 대한 국가책임법상 귀속: 북한의 사례를 중심으로, 고려법학, 93호, 38페이지, 2019.6, KCI등재(O)

- 박노형(주), 정명현(교): EU 개인정보보호법의 영토적 적용 범위에 관한 고찰, 법제연구, 56호, 28페이지, 2019.6, KCI등재(O)
- Nohyoung Park: "A Korean Approach to Data Localization", Evan A. Feigenbaum, Michael R. Nelson (eds.), The Korean Way With Data: How the World's Most Wired Country Is Forging a Third Way, Carnegie Endowment for International Peace, pp. 61-71, August 17, 2021
- 박노형(주), 박주희(교): 제6차 UNGGE 보고서 채택과 국제사이버법의 발전, 국제법학회논총, 66권 3호, 30페이지, 2021.9, KCI등재(O)
- 박노형(주), 김효권(교): 국제사이버법상 상당한 주의 의무에 관한 국가 실행, 국제법학회논총, 66권 4호, 35페이지, 2021.12, KCI등재(O)
- 박노형: EU 적정성 결정에 따른 개인정보보호위원회 고시인 보완규정의 법적 분석, 고려법학, 106호, 41페이지, 2022.9, KCI등재(O)
- 김효권(주), 박노형(교): 자동화된 결정에 관한 개인정보보호법 정부 개정안 신설 규정의 문제점 - EU GDPR과의 비교분석, 사법, 1권 62호, 30페이지, 2022.12, KCI등재(O)
- 김효권(주), 박노형(교): 사이버공간에 적용되는 Jus ad Bellum에 관한 국가 실행, 국제법학회논총, 67권 4호, 38페이지, 2022.12, KCI등재(O)
- 박노형: 개정된 개인정보보호법상 개인정보의 국외이전에 관한 규정의 분석: GDPR을 참조하여, 고려법학, 109호, 36페이지, 2023.6, KCI등재(O)
- 박노형: 우주공간의 사이버안보에 관한 국제법적 고찰, 국제법학회논총, 68권 4호, 30페이지, 2023.12, KCI등재(O)
- Nohyoung Park: "The International Transfer of Personal Information under South Korea's Personal Information Protection Act", Gwanhoo Lee and Doug Strub(ed.), U.S.-ROK Tech Cooperation: Export Controls, Data Policy, and Artificial Intelligence, National Bureau of Asian Research (NBR), 11 페이지, 5 March 2024

정년기념 대담

■ **이로리 교수 :** 오늘 박노형 교수님 정년을 맞아 제자 4명이 박노형 교수님의 교수 생활을 회고하고, 저희가 교수자로서, 연구자로서 교수님께 배우는 그런 시간을 갖겠습니다. 오늘 대담에 참여해 주신 우리 4명이 각자 교수님과의 인연을 간략하게 소개하고, 시작하면 어떨까요? 일단 제가 먼저 할까요? 저는 1998년 9월 석사 4학기 때부터 박 교수님 연구 조교를 했고, 1999년 1월부터 박 교수님이 통상법 전문가 양성을 위해 설립하신 고려대학교 통상법연구센터에서 훈련받고 2002년 8월 국제통상법 박사학위를 받은 첫 제자입니다.

■ **오현석 교수 :** 여기 다른 분들과 같이 저 역시 우리 교수님하고 인연이 정말 오래되고 특별한 듯합니다. 처음 인연은 1992년 입학하면서 시작되었습니다. 저희 반 지도교수님이셨고요, 또한 졸업 후에도 학교 고시실 지도교수님으로 인연이 지속되었습니다. 그때 많은 업무로 바쁘신 중에도 고시실 제자들을 항상 따뜻하고 세심하게 챙겨주셨던 기억이 납니다. 그리고 제가 상사중재원에 근무할 때는 우리 교수님께서 중재인으로 중재심리에 오셔서 자주 뵙게 되었습니다. 당시, 제가 계속 공부를 해보고 싶다고 말씀을 드려서 2001년 석사과정에 입학하면서 본격적으로 스승과 제자로서 관계를 맺게 됐습니다. 저는 특히 상사중재원에 있다 보니, 교수님의 연구분야 중 하나인 협상과 조정 분야에서 교수님을 모시고 다양한 사업을 할 수 있었습니다. 교수님이 주축이 되어 설립된 한국조정학회는 중재원과 우리나라에서 처음으로 조정인 전문교육 및 인증 사업을 수행하였습니다.

■ **안민호 박사 :** 저는 학부 때는 경영학을 전공했다가 국제법, 특히 국제경제법 공부를 하고 싶어서 2002년 석사과정에 입학하였습니다. 석사학위를 받은 후 직장에 다니면서 박사과정을 병행하였고, 2013년 박사학위를 받았습니다.

■ **김효권 교수 :** 저는 학부 때 2004년 선생님을 처음 뵙고 2009년부터 석사와 박사과정을 쭉 해서 선생님께 2020년 박사학위 받았습니다.

■ **이로리 교수 :** 이런 인연을 가진 제자들이 오늘 교수님과의 대담에 참여하게

되었습니다. 일단 교수님, 오늘 정년 소회부터 듣고 싶습니다.

■ **박노형 교수님 :** 물론 시원섭섭하지만, 학교를 떠나서 새로운 환경에 대한 설레는 마음도 있네요. 오늘 대담에 참여한 네 친구들이 대전, 대구, 부산에서 올라와 시간 내줘서 고맙고요.

■ **이로리 교수 :** 교수님, 대학원에서 국제법 전공으로 학위 과정을 시작하신 후 고려대학교에 부임하기 전까지 이야기를 좀 먼저 듣고 싶은데요.

■ **박노형 교수님 :** 고대 법대, 학부 때는 사실 공부를 많이 못했어요, 몸이 안 좋아서. 그래도 학부를 졸업할 때, 공부에 대한 욕심이 났었고. 국제법이 아니라 상법으로 지원을 했는데, 2학기 진학할 때 지도교수를 정하는데, 그때 상법 교수님 한 분이 계셨는데 그 학기에 학생을 한 명도 안 받으시겠다고 하셔서, 당시 학과장을 맡고 계신 유병화 선생님께 상의드렸는데, 일단 한 학기는 유 선생님을 지도교수로 하였지만, 3학기 올라갈 때도 상황이 변하지 않아서... 지금 생각하면 그 교수님께서 내가 국제법을 공부하라고 의도하신 것인지 모르겠네요. 그 교수님께서 국제법 강의도 하신 적이 있어서.

(웃음)

■ **박노형 교수님 :** 유병화 선생님께서 "왜 상법을 지원하느냐" 물으셔서, 경제 관련되는 법을 공부하고 싶다고 말씀드리니, 국제법도 경제 관련 분야가 있다고 하셨어요. 또 유 선생님께서 개방적이시고. 그래서 "그러면 저는 국제법 하겠습니다"고 말씀드리고 3학기 때 비로소 국제법 공부를 시작한 거예요, 그때 박재섭 선생님도 계셨고. 국제법을 늦깎이로 시작한 거지요. 그리고 석사학위 받고 유학을 생각했었고, 선생님들께서 영미권에서 공부하는 게 좋겠다고 하셨고, 박춘호 선생님과 유 선생님께서 적극적으로 챙겨주셔서, 미국에서 LL.M.을 했고요. 당시 세계적으로 중국에 대한 관심이 높아져서, 박사과정에서 중국법을 전공하려고 했는데, 중국법을 담당하신 교수님께서 다른 로스쿨로 가시고... 결국, 영국에서 국제법을 공부할 것을 생각하고, Oxford와 Cambridge에 지원했는데, 먼저 옥스퍼드의 입학 허가를 받았어요. 국내에서

인문사회계는 옥스퍼드가 강하다는 인식이 있어서 옥스퍼드로 가려고 했는데, 박춘호 선수님께서 국제법은 캠브리지가 더 좋다고 하셔서, 캠브리지로 가게 되었지요. 옥스퍼드나 캠브리지는 'Professor' 타이틀이 전공 별로 한 분만 계셨는데, 나는 운 좋게 국제법의 'Professor'이신 Derek Bowett 선생님께 지도를 받게 되었지요. Bowett 선생님은 세계적인 국제법 대가이시지만, 정말 따뜻하신 분이었지요.

■ **이로리 교수 :** 그때 몇 년도쯤 계셨던 거예요?

■ **박노형 교수님 :** 캠브리지는 1986년 10월 입학하고, 논문 제출은 1989년 11월 가을, 그러니까 만 3년 걸렸어요. 1990년 초 논문 심사받았지요.

■ **이로리 교수 :** 그 당시에 그 정도면 학위를 빨리 받으신 편 아닌가요?

■ **박노형 교수님 :** 이 교수도 논문 쓴 게 생각보다 빠르던데... 내가 Bowett 선생님께 두 가지를 배우고 한 가지는 실천하고 한 가지는 실천하지 못한 게 있는데. 하나는 논문을 쓰는 방법에 대한 것인데. 보통 대학원에 들어오면 학위논문 주제를 정하는 데 1-2년, 주제에 관련된 자료 찾는 데 또 1-2년, 그런 후에 논문 쓰기 시작하는데. 문제는 이렇게 주제 정하고 자료 찾다 보면 세상은 바뀌고... Bowett 선생님께서는 일단 주제 정하고 목차를 바로 정해서 그 목차에 따라 하나의 소주제로 논문을 쓰도록 하셨지요. 선생님 말씀은 챕터 하나를 일단 불완전하게라도 끝내고 또 다음 챕터로 가고, 다음 챕터로 가면 어차피 논문의 전체 주제와 관련되기 때문에 챕터 별로 관련된 자료들이 나오고. 그래서 일단 논문 초안이 완성되면, 다시 읽어보고 검토하라고 말씀하셨지요. 그래서 나는 논문을 쓰면서 다른 길로 안 새고... 또한 당시 첨단인 지금의 노트북인 랩톱을 법대 도서관에서 휴대할 수 있었지요. 아마 이로리 박사가 그렇게 따라온 것 같고.

■ **박노형 교수님 :** Bowett 선생님께 배우고도 따르지 못한 것은, 지금도 후회가 되는 것인데. 선생님하고 서너 달에 한 번은 논문 초안을 갖고 만나서 미팅을 하는데, 미팅하면 보통 한두 시간 걸리고. 미팅에서 선생님께서 챕터 등 초안에 관하여 질문을 하시는데, 연관된 질문을 여럿 계속 주시면, 그 답을

하다 보면 내가 그 부분이 틀렸다는 것과 어떻게 고쳐야 하는지를 알게 되고. 죄송하다고 말씀드리면, 선생님께서 살짝 미소를 지으시면서, 계속 잘 해보라고 하셨지요. 근데 내가 학교에 와서는 이런 가르침을 따라 하지 못했어요. 수업시간에 질문을 연이어 던지긴 했는데, 개별적으로 학생을 지도할 때 조금 못하면 왜 모르냐고 야단을 먼저 치고 그러다 보니... 학교생활을 다시 시작한다면, 지금 교수로 있는 친구들에게 꼭 당부하고 싶은 것은, 학생들에게 야단을 먼저 치지 않고 그들이 스스로 깨닫게 기회를 주어야 한다는 것이지요.

■ **이로리 교수 :** 1998년 통상법연구센터를 설치하시고 대학원생들이 센터를 많이 거쳐 갔거든요. 제 기억에도 30명이 넘습니다. 그 당시 센터에 있던 대학원생들한테 매일 통상 관련 이슈 브리핑을 하게 하셨어요. 아침 8시에 모여서 각자 검색한 WTO, OECD, EU, 미국, 중국의 통상 관련 뉴스를 매일 정리했고, 거기에 대해서 저희가 다시 추가로 공부해야 할 부분에 대해서 교수님께서 질문을 많이 하셨습니다. 사실 질문이 좀 두렵긴 했는데 그런 과정을 몇 년 동안 꾸준히 거치면서 우리가 공부하는 통상법이 실제로 어떻게 실무에 적용되는지를 배웠고, 학위 받고 강의를 할 때나 연구를 할 때 그런 경험이 큰 도움이 되었습니다. 막상 교수가 되고 보니까 사실 그걸 학생들과 매일 한다는 게 얼마나 어려운 일인지 실감하고 있습니다. 그럼 다시 유학 시절로 돌아가서, 영국에서 박사학위 받으셨을 때 어떤 주제로 논문을 쓰셨는지요?

■ **박노형 교수님 :** 내 논문 주제는 GATT의 개도국을 위한 'differential and more favourable treatment'에 관한 것인데, 그 당시 욕심은 GATT를 전반적으로 공부하고 싶었고 그러려면 개도국에 대한 차별 대우인 예외를 다루면서 일반 원칙을 함께 이해할 수 있지 않을까 한 것이지요. 사실 논문 깊이는 지금 봐도 별로 그렇게 좋지 않다고 생각하지만, GATT를 이해하는 데 도움이 됐다고 생각해요.

■ **이로리 교수 :** 당시 국내에서 국제경제법 주제로 논문을 쓰신 분은 교수님이 최초가 아니신가요?

■ **박노형 교수님 :** 아니, 잘 모르겠어요. 1990년 9월 학교에 부임하였을 때 국내

에서도 국제경제법에 관한 논문도 있었을 것인데. 다만, GATT 등을 구체적으로 다루지는 않은 것 같고, 흥미롭게도 경제학, 특히 국제경제학 하시는 분들이 GATT를 많이 연구하셨어요. 어쨌든 나름 고려대 법대가 국내에서는 통상법을 먼저 체계적으로 시작한 거 아닌가, 그런 생각은 하고 있어요.

■ **김효권 교수 :** 제가 가장 물어보고 싶은 질문은 연구의 확장성입니다. 선생님께서는 국제경제법 분야로 박사학위를 받으셨고 얼마 후 WTO가 설립되면서 그 분야의 선구자 역할을 하셨습니다. 선생님께서는 제자들에게 항상 연구의 확장성을 강조하시면서 국제경제법 이외의 다른 분야들을 개척해 나가셨습니다. 국제경제법 외 어떤 분야들을 개척해 나가셨는지 전반적으로 여쭙고 싶고, 다음으로 분야별 자세한 이야기를 듣고 싶습니다.

■ **박노형 교수님 :** 지금 김 박사 질문은 A+ 주고 싶은데,

(웃음)

■ **박노형 교수님 :** 확장성 얘기를 했기 때문에. 확장성은 나중에 끝맺음에도 하고 싶은 얘기지마는 대한민국의 국제법, 공법이든 통상법이든, 제일 중요한 덕목 중의 하나가 확장성이 아닐까 생각하는데. 보통은 우리가 박사학위를 받으면 박사학위 주제를 가지고, 물론 전문성을 유지할 필요도 있지만, 박사학위 받은 후 20년, 30년 되더라도 그 주제나 그 분야에서 벗어나지 못하는, 또 벗어나려고 하지 않는 것이 일반적인데, 우리한테 좋은 것은 아니라고 생각해요. 우리 사회가 너무나 많이 급속하게 바뀌고 있잖아요. 인터넷이 도입되고 다음에 사이버, 다음에 AI. 이렇게 데이터, 디지털로 이 세상은 변하고 있는데 교수 등 전문가가 자기가 처음 공부할 때의 전문성만 갖고 있다가는 이 사회 변화에 따라가지 못하게 될 것이지요. 특히 우리 박사들은 교수로 있든, 연구원으로 있든 사회를 위해서 그러한 시대 흐름에 따른 새로운 변화를 설명해 줄 수 있어야 하는데 자신이 오래전에 배운 것을 고수하는 것이 학문적 자존심은 아닌 것 같아요. 내가 이런 생각을 자신 있게 하는 것은 1990년 학교 부임 후 유병화 선생님께 “통상법, GATT법 강의를 할 수 있을까요?” 여쭈었더니, “왜 못하냐, 해라, 할 수 있다”고 하셨고, 유 선생님께서

는 내가 담당할 과목을 정할 때 그냥 쉽게 “자네 마음대로 해라”, “하고 싶은 과목 다 개설하라”고 하셨어요. 그래서 내가 생각한 대로 국제경제법 즉 통상법 과목을 다양하게 개설하였고, 내 생각대로 연구와 교육을 할 수 있었지요. 이렇게 유 선생님의 후원을 받아 주위 눈치 보지 않고, 학문적 개방성이랄까 자유로움이랄까, 이런 태도를 학교생활 시작할 때부터 가질 수 있었지요. 그리고 유 선생님께서 특히 강조하시길 2년 정도 집중하면 그 분야 전문가가 될 수 있다는 것이지요. 그래서 김 박사가 지적한 대로 공부의 범위를 많이 넓혔어요. 공부하는 방법, 접근하는 방법이 같다고 한다면 대상만 다른 것이고. 그렇다면 얼마든지 새로운 분야를 공부할 수 있다고 생각하는데, 다행히 개인정보보호법과 사이버안보도 늦깍이로 공부하게 됐고, 그 두 가지 분야를 공부하니까 디지털통상법에 자연스럽게 연결되고, 통상법을 공부하니까 협상과 조정을 공부할 수밖에 없었고. 남들은 저 친구 이것저것 다 한다고 나무라는 소리를 할 수 있겠지만, 하여튼 지난 30여년 재미있게 다양하게 공부를 했어요. 학문 영역의 확장성, 개방성은 우리 전문가들한테 굉장히 중요한 덕목이라고 생각합니다.

■ **김효권 교수 :** 이들 분야 중 선생님께서 선구자적 역할을 하신 분야가 개인정보보호법 분야인데요. 대학에서 국제경제법과 같은 국제법 과목을 가르치시다가, 갑자기 무슨 생각이 드신 것인지 그 일화를 들었으면 좋겠습니다.

■ **박노형 교수님 :** 그 얘기를 꼭 하고 싶었는데. 그동안 학문적으로 박재섭 선생님, 유병화 선생님, 박춘호 선생님과 캠브리지의 Bowett 선생님의 지도를 받았고, 그 외에 고대 정보보호대학원 원장을 오래 하시고, 정년퇴임 후 정부와 민간에서 활발한 활동을 하고 계신 임종인 교수님의 도움을 기억하고 싶습니다. 임 교수님께서 2000년대 초반부터 우리 법대에서 개인정보, 포렌식 등 새로운 분야를 해야 된다고 계속 강조하시는데, 그때는 나와는 관련이 없는 분야라 생각해서 다른 전공 교수들께 말씀을 드렸는데, 그러다가 2008년 런던에 갔어요. 런던에서 일주일 동안 변호사 대상으로 하는 연수에서 당시 EU 개인정보보호법인 ‘1995년 지침’을 중심으로 교육받았는데, 월요일부터 금요일까지 오전 9시부터 오후 5시까지 꼬박 교육받으니 우리 식으로 3학점짜리 한 과목 교육을 받은 것이지요. 그 후 일반대학원에서 EU 개인정보보호법

강의를 개설하였는데, 2011년 개인정보보호법이 시행되고, 내가 개인정보보호법 강의를 개설하고 맡았지요. 이렇게 개인정보보호법에 관심을 가질 수 있었던 다른 계기는 당시 법제처 홍승진 과장 (현재 법무법인 광장 근무)이 외국법 연구 차원에서 EU 개인정보보호법의 연구를 위한 여러 지원을 해준 것이 큰 도움이 되었고요. 이후 2012년인가 2013년에 G20 정상회의가 서울에서 개최되었는데, 당시 행안부인지 행자부인지 그 부처가 아젠다에 사이버안보 협력을 포함하려고 했는데, 임종인 원장께서 관련 보고서를 작성하도록 주선하셨지요. 그 후에, 국정원과 외교부에 자문을 하는 형식이지만, 사이버안보에 관한 연구에 있어서 이들 부처의 큰 지원을 받았지요. 사이버안보 UNGGE 회의에 4년 동안 참석하면서 많이 배웠지요. WTO 회의에도 참석하였지만, 안보라는 성격으로 그 무게가 사뭇 다르다는 점에 상당히 놀란 기억이 있네요. 국정원에서 사이버안보의 책임을 맡으신 후 국가보안기술연구소 소장을 역임하신 김광호 박사님, 국정원 3차장까지 역임하신 김선희 박사님께 깊이 감사드립니다.

■ **이로리 교수 :** 1999년 통상법연구센터의 서가에 책들이 있었고, 제가 2005년 계명대학교에 교수로 임용되어 갈 때, 그 서가의 책 일부를 가져가라고 하셔서, '교수의 길'이라는 본문이 세로줄로 인쇄된 옛날 문고판 책을 발견한 적이 있습니다. 그 당시에 교수님께서 어떤 마음으로 그 책을 읽으셨을까, 굉장히 궁금했었거든요.

■ **박노형 교수님 :** 김효권 박사는 내 서가에서 자기 전공과 관계없는 John Jackson 교수의 'World Trade and the Law of GATT' (1969년 출간)를 가지고 갔는데... 이제 교수로서 큰 활동을 하고 있는 이 박사가 그 문고판의 도움을 많이 받은 것으로 보이네요. 다만, 교수는 기본적으로 가르치고, 연구하고, 그다음 봉사하게 되는데, 교수 생활 20년 가까이 되어서 내가 잘못하고 있다고 생각한 것이 있는데, 대학원생들의 개인적인 목표를 이해하지 못하였지요. 나는 대학원생들에 대한 눈높이를 일률적으로 했어요. 학생마다 다른 기준을 정해놨으면 나도 편하고 학생들도 편했을 터인데, 모든 대학원생들에게 같은 기준으로 공부를 더 열심히 하라고 다그치곤 했지요. 대학원생들이 석박사 과정을 마치고 모두 연구소나 학교의 전문가가 될 것이라 생각했기 때문인데...

학생들이 대학원에 들어온 이유가 각각 저마다 달랐는데, 그것을 무시한 것이지요. 좋은 학생들이지만, 그런 점을 잘 챙기지 못한 게 굉장히 아쉬워요.

■ **안민호 박사 :** 교수님의 논문 저술 등 연구 활동에 대한 소회를 듣고 싶습니다.

■ **박노형 교수님 :** 작년 말 국제법학회논총에 우주의 사이버안보에 관한 논문이 게재되었는데, 심사위원 한 명에게 호되게 혼났지요. 자주 듣는 비판이 내 논문이 '비문'이라는 것인데. 내 나름의 변명은 우리가 다루는 분야가 국제법이고 또 조약 원문을 보고, 그 원문을 국문으로 설명하거나 인용하게 되는데, 나는 일관되게 직역을 하거든요. 나는 그런 원문을 알기 쉬운 목적이라도 풀어쓰는 것을 되게 싫어해요. 여기 김 박사 포함하여 풀어 썼다가 꾸중 들은 학생들도 많은데. 풀어 쓰다 보면 풀어 쓰는 게 자기 것처럼 또 풀어 쓰게 되고, 그건 학문적으로 혼란을 준다고 생각하거든요. 그리고 이 기회에 변명 아닌 변명이지만, 또 잘못한 것은 논문을 쓰다 보면 그 분야에서 처음 다루는 주제의 논문이라고 생각을 하였고, 그러다 보니 국내 논문을 참조하지 않게 되었어요. 그것은 잘못이라고 생각해요. 국내에도 분명히 선행 논문이 있을 터인데, 그것을 확인하지 않고 바로 외국 논문들 중심으로 갔기 때문에, 그래서 그런 부분을 반성하고 있지요.

■ **이로리 교수 :** 제가 학교에서 뵌 저희 쪽 분야의 교수님 중에서는 후학 양성에 가장 적극적으로 노력하셨던 걸로 알고 있습니다. 교수자로서 강의를 통해서 학생들 후학을 양성하는 걸 넘어서서 이렇게 연구센터를 통해서 적극적으로 학생들을 전문가의 길로 인도하셨는데 그동안 교수님이 배출하신 후학들의 성과에 대해서 좀 말씀해 주십시오.

■ **박노형 교수님 :** 그 질문에 대한 정확한 답은 없을 것 같고요. 길게 보면 1990년 9월 학교생활을 시작하면서 학부가 있고 일반대학원이 있고, 그리고 법무대학원이 만들어지고 거기 국제경제법 전공도 있고, 그리고 2009년 로스쿨이 만들어졌지요. 내가 부임하고서, 유병화 선생님과 박춘호 선생님께서 박사과정을 지도하셨고, 내가 석사과정을 지도하게 되었지요. 유 선생님과 박 선생님께 석사과정 지도를 받고 싶은 학생들도 나와 같이 갈 수밖에 없었고, 지

금 생각하면 나와 몇 살 차이 나지 않는 그런 친구들이 당황했을 것이지요. 학생과 교수라는 관계 때문에, 따라와 주기도 했겠지만, 근데 못 따라온 친구들이 그 초반기에는 굉장히 힘들었을 것이지요. 생각해 보니, 초창기에 류정우라고 똑똑하고 다부진 학생이 있었는데, 학문의 길로 가도록 잘 챙기지 못한 것이 지금도 후회되고요. 그리고 일본의 명문 규슈대학교 국제법 교수로 있는 한상희 박사를 언급할 수밖에 없는데. 한 교수는 고대에서 국제법 석사를 하고, 일본 게이오대학교에서 국제법 박사, 중국 북경대학교에서 정치학 박사를 받은, 정말 다재다능한 학자였는데, 고대 법대 교수로 초빙하지 못했지요. 이 자리에서 전모를 밝히지 않겠지만 ... 한 박사가 우리와 함께 있었으면 우리 고대 법대가 한국, 중국, 일본을 중심으로 국제법 연구와 교육의 중심 역할을 할 수 있었을 것인데. 한 박사를 품은 규슈대학만 좋게 된 것이지요. 그리고 생각 밖으로 학교 쪽으로 나간 후학들이 많지는 않은데, 그 이유가 있지만, 굳이 여기서 이야기는 하지 않겠고. 다만, 유병화 선생님의 선구적 안목으로 초창기 중국 학생들이 내게 많이 왔었는데, 김철 박사, 김호 박사, 임호 박사, 마광 박사가 현재 중국 학계에서 활발히 활동하고 있고, 박사과정을 중단하여 아주 아쉽지만 김창화 변호사도 변치 않고 사제 간의 관계를 이어주고 있어서 고맙지요. 이 자리의 이로리 박사, 안민호 박사 등 친구들이 내가 온갖 국제 프로그램 등 행사를 할 때마다 그리고 내가 어려울 때나 그럴 때마다 계속 챙겨주고 있어서 특히 고맙고요. 상대적으로 법무대학원과 로스쿨은 별로 못 사귀었는데, 내 잘못이라서 많이 아쉽지요. 내가 로스쿨 원장을 맡을 당시 자주 보던 로스쿨 1기의 회장과 부회장을 맡았던 최수남 변호사와 육은령 판사 그리고 김상현 변호사나 오동현 변호사 등이 지금도 계속 연락하고 있지만... 내 지도학생이었는지 확실하지 않은데, 나와 친하게 지냈던 전지원 학생이 지금 IT업계에서 아주 활발히 활동하고 때마다 연락하고 있고요. 로스쿨을 생각해 보니 2009년부터 2023년까지 햇수로는 14년이 되어 내 고대 재직 시간의 거의 반이 되는데, 로스쿨 학생들에게 미안하네요. 그리고 내 교수 생활의 전반부에서 큰 비중을 차지하였던 법대 학부의 국제경제법연구회에 가입하여 나와 함께 시간을 보낸 친구들도 기억에 새롭고요. 내가 1990년에 부임하여 당시 4학년인 87학번이 내 첫 제자 학년이 되는데, 87학번의 김형근 변호사, 김종무 변호사, 신희강 변호사, 홍승진 변호사, 구태언 변호사 등 쟁쟁한 친구들이 내게 큰 힘이 되고 있지요.

■ **이로리 교수 :** 고려대학교 통상법연구센터의 설립은 고대가 국제통상법 연구의 중심이 되고, 그 연구 활동을 대외적으로 공유할 수 있는 계기를 제공했던 큰일이었습니다. 교수님께서는 당시 어떤 마음으로 통상법연구센터를 설립하실 생각을 하셨는지 궁금합니다.

■ **박노형 교수님 :** 마침 1996년부터 1년 동안 미국 D.C.에 소재한 Brookings Institution에서 Guest Scholar로 있으면서, 미국의 think tank의 역할을 눈여겨 보게 되었지요. 그리고, 오늘 이 순간도 그렇지마는 통상법은 고대 법대가 적어도 국내에서는 제일 으뜸이고, 또 세간에 '고대 국제법', '고대 통상법'이라는 말이 있을 정도이니... 하여튼 통상법 전문가를 많이 만들어야겠다는 생각이었지요.

■ **이로리 교수 :** 최초로 법과대학에 설치된 통상법연구센터이기도 했고, 고려대학교 교우회관에 있었던 연구센터에서 대학원생들이 매주 '통상법제브리핑'을 만들어서 기업과 정부에 최신의 통상 정보를 제공했었지요. 지금 산자부에서 지금 그런 일을 하고 있는데, 그러한 접근을 벌써 20년 전에 대학의 연구센터에서 했다는 것이 지금 생각해 보면 대단한 것 같습니다.

■ **박노형 교수님 :** 지금 생각하면 무모한 일인데, 근데 전문가를 양성한다고 했을 때 그나마 다행인 것은 이로리 박사도 거쳐 갔고, WTO 사무국에 있는 이준영 박사도 거쳐 갔어요.

■ **이로리 교수 :** KDI 국제대학원의 세르조드 교수도 있었습니다.

■ **안민호 박사 :** 한국무역협회의 조성대 실장도 있었지요.

■ **박노형 교수님 :** 특히 세르조드 (Sherzod Shadikhodjaev) 박사는 학문이나 품성에서 흠잡을 틈이 없는 학자이지요. 이 박사가 기억할지 몰라도, 그때 내가 어떻게 강요했냐면, 통상법 실체 분야 하나와 지역 하나를, 이를테면 EU와 반덤핑, 미국과 상계관세, 그런 식으로 전문화하라고 요구했고. 오전에는 미국이나 EU와 시차가 있으니까, 그 자료가 모아지면 정리하고, 그때 되게 고

생했을 거예요. 교수 잘못 만나서 자유로운 생활도 못하였고...

■ **이로리 교수 :** 기억해 보면 직장인 같은 생활을 했던 거 같아요,

■ **안민호 박사 :** 제가 석사 마치고 처음 실무를 시작한 곳이 무역구제, 즉 반덤핑, 상계관세 분야의 컨설팅 회사였습니다. 회사에서 처음 만난 통상전문 베테랑 회계사 선배에게 제 출신과 지도교수님 이야기를 했더니 통상법연구센터에서 발간하던 '통상법제브리핑'을 구독했었다고 하더군요. 최신 통상이슈가 빠르게 정리되어 오는데 그 수준이 높아서 깜짝 놀랐다고 합니다. 단순한 뉴스 전달이 아니라, 그에 대한 법적 분석·평가·시사점 등의 코멘트가 붙어서 왔는데 그 부분에서 내공이나 전문가적 통찰력이 느껴졌다더군요. 당시에 그런 양질의 정보를 적시에 입수할 수 있어 실무자로서 큰 힘이 되었는데 브리핑 발간이 끝나서 아쉬웠다고 합니다. 선생님과 센터의 활동이 시대를 많이 앞서 나갔던 것 같습니다.

■ **이로리 교수 :** 센터 내에서 브리핑은 매일 하고, 통상법제브리핑 발간은 주간으로 하고 그랬었습니다.

■ **박노형 교수님 :** 통상법제브리핑 발간과 관련하여 WTO 사무국에 근무하는 이준영 박사를 언급하고 싶은데... 내가 교무처장 할 때 당시 한승주 총장서리께서 해외출장 다녀오신 후 처장회의를 하는데 기분 좋은 일이 있다고 말씀하셨고. 즉 귀국 길에 비행기 안에서 중앙일보 영자지의 이준영 박사 인터뷰 기사를 보셨는데, 이 박사가 WTO 인턴 당시 Lamy 사무총장에게 매일 통상 관련 직보를 하는 역할을 맡았었고, 통상법연구센터에서의 경험이 큰 힘이 되었다고 밝힌 것이지요. 파스칼 라미 사무총장에게 매일 직보하는 작업이 통상법제브리핑 만드는 것과 똑같은 작업이어서, 통상법센터에서 활동한 경험이 유용했다고 밝힌 것이지요. 한 총장님께서 "당신 참 좋겠다, 훌륭한 제자 뒀다"라고 덕담을 해주셨지요.

■ **이로리 교수 :** 당시 대학원생 10명 정도가 연구센터에 상주하고 있었는데, 매일 아침 7시 반에 센터에 나와서 WTO나 OECD, EU, 미국 등의 통상 관련

뉴스를 검색하고 분석해서 매일 8시에 교수님께 브리핑하는 훈련을 짧게는 1~2년, 길게는 4~5년 가까이 했던 것 같아요, 저는 1999년 1월부터 참여해서 한 2003년까지 그 활동을 했습니다.

■ **박노형 교수님 :** 늦게 나오고 나에게 야단맞은 친구들도 많았을 것이고. 이 박사도 그때 멋도 모르고 끌려온 거지요?

■ **이로리 교수 :** 그렇죠. 어느 날 선배가 교수님이 센터로 나오라고 하셨다고 해서 불려간 것이 시작입니다. 사실 그때 그렇게 공부했던 것이, 훈련받았던 것이 교수로서 강의나 연구, 자문 활동을 하는 데 있어서 큰 도움이 되었습니다. 지금 오현석 박사도 계명대 교수로 있지만, 계명대 국제통상학과에 변재웅 교수님이 제가 2005년에 계명대에 부임하여 갔을 때 제게 인사하시면서 몇 년 전에 통상법제브리핑을 통상법연구센터에 요청해서 받은 인연이 있다고 말씀하셔서 깜짝 놀랐습니다.

■ **이로리 교수 :** 통상법연구센터 말고도 아까 연구의 확장성과 관련해서 설치하신 센터나 학회가 많지요. 교수님께서 생각하실 때 그 외에 의미 있는 활동으로 생각하시는 센터나 학회는 어떤 것들이 있는지 말씀해 주십시오.

■ **박노형 교수님 :** 1990년 고대에 부임 직후 영국에 갔는데, 캠브리지에서 공부한 사정으로 유럽연합 (유럽공동체)의 법에 대한 관심을 가지고 있었고, Exter 대학교의 유명한 EU법 교수께서 EU법 연구를 위하여 '유럽자료센터' (European Documentation Centre, EDC)가 반드시 필요하다고 말씀하시면서 유럽위원회의 대학교육 담당 관리를 만나라고 하셨지요. 그래서 바로 브뤼셀에 가서 Ms. Jacqueline Lastenouse를 만나서 고대에 EDC 지정을 해달라고 부탁하였지요. Ms. Lastenouse는 이미 한국의 두어 대학교가 신청서를 보내왔다고 말씀하셔서, "저는 직접 신청하러 왔다"고 말씀드렸더니, 웃으시면서 유럽위원회의 한국 대표부 Anouil 대사와 상의하라고 하셨지요. 이렇게 하여 고대에 국내 첫 EDC가 설치되었는데, 당시 도서관장님께서 공간이 없는데 꼭 받아야 하느냐고 하셔서 조금 난처한 기억이 새롭네요. (EDC 설치와 관련하여 학교의 공로패도 받지 못했고요...) 여새를 몰아서 고대에 EU연구센터를 설치

하였고, 한국EU학회 설립을 주도하였지요. (EU학회는 대부분 경제학 하는 분들인데, 원래 법, 경제, 정치의 세 분야가 협력하자고 한 것인데...) 통상법으로는 사단법인 한국통상법제연구소가 있는데, 지금도 안 박사가 잘 챙겨주고 있고, 사이버법을 다른 교수 등과 같이 공부할 목적으로 사단법인 국제사이버법연구회를 만들었는데, 김효권 박사가 이 분야에 큰 관심을 가지고 있지요. 이 박사와 오 박사도 같이 참여한 한국협상학회와 한국조정학회의 설립에도 관여하였고, 이후 국제조정센터(KIMC)를 주도하여 설립하였지요. 오 박사와 이 박사와 함께 금년부터 KIMC 활동을 더 많이 하려고 하지요. 나보고 "저 친구는 여기 센터 만들고 저기 학회 만들고", 그런 소리 들을 것 같네요.

■ **이로리 교수 :** 학회 활동을 좀 살펴보면 사단법인 한국국제경제법학회를 창설하여 초대 회장을 역임하셨고, 국내 연구자들을 한꺼번에 모아서 국제경제법 교과서를 편찬하는 등 국내 국제경제법 연구의 구심점을 제공해 주셨습니다. 우리나라 학계에서 연구와 또 후진 양성에 있어서 교수님이 쌓으신 업적이 크다고 할 수가 있을 것 같습니다.

■ **안민호 박사 :** 제가 선생님이 참 대단하시다고 생각하는 점은 넓고 다양한 연구 스펙트럼을 부단히 섭렵하시면서 개척하고 확장해 나가신다는 것입니다. 타의 추종을 불허할 정도로 탁월하신 것 같아요.

■ **이로리 교수 :** 학생들이 교수님의 열정을 못 쫓아갔고, 아직도 못 쫓아가고 있는 것 같습니다.

■ **박노형 교수님 :** 아니, 그런 건 아니고요. 지금 생각해 보면 1990년 9월 학교에 부임할 때, 1992년 EC 시장통합, 우루과이라운드가 한참 진행 중이었는데, GATT와 EC 중심의 통상법 자체를 전공하는 교수는 안 계시지 않았나 생각해요. 그래서 내가 경제기획원의 타스크포스에 불려 갔고, 이렇게 정부 부처에 대한 자문을 일찍 시작하였지요. 세태 변화를 느끼는데, 그 당시 회의를 하면 정부 부처 과장 아니면 국장이 직접 연락을 주셨는데, 지금은 대부분 주무관이 연락하지요. 당시는 정부가 교수나 전문가를 크게 존중했었지요. 1993년 12월 우루과이라운드가 사실상 타결되었는데, 쌀시장 개방이 합의되

었고, 막 당선된 김영삼 대통령께서 쌀시장 개방은 없다고 선언하셨지만, 근데 막을 수가 없는 거죠. 이미 다자간협상에서 약속한 것이니. 하여튼 당시 신문에서, 좌든 우든, 모든 신문이 통상법 전문가와 협상 전문가가 없다고 질타하였지요. 이후 통상법 전문가를 양성하겠다고 당시 세계화추진위원회, 즉 세추위가 사법시험 과목을 개편하여 통상법 과목을 넣겠다고 하였는데, 통상법이라고 내놓은 과목이 국제거래법이에요. 그래서 당시 청와대, 국무총리실, 법무부, 외교부에 연락해서 국제거래법을 통상법이라고 한다면 크게 문제 삼겠다고 목소리를 높인 기억이 있어요. 정부는 국제경제법이 통상법이라고 이해하게 되었지만, 사시과목에서 국제거래법은 빼지 못하겠다고 하여서, 우여곡절 끝에 국제경제법이 국제법에 포함되어 간신히 들어갔지요. 당시에 국제경제법을 사시과목으로 어떻게든 반영한 것을 잘했다고 생각했는데, 결과적으로 학생들 부담이 엄청 커지게 되었지요. 국제법도 과목이 큰데 국제경제법까지 들어오니까, 교수들은 교수들대로 이들 두 과목을 가르치고 시험 문제 내고 채점하는 것도 힘들고. 아무튼 교내에 통상법연구센터 만들고, 교외에 한국통상법제연구소 만들고, 나라도 할 수 있는 대로 통상법 전문가를 만드는 방법을 찾으려고 했고, 결국 국제경제법학회를 만들게 된 것이지요. 그러니까 2023년이 학회 창립 20주년이 됐네요. 20주년 기념식에서 그 공로로 산업부 장관 표창을 받기는 했는데, 국제경제법학회를 만들면서 국제법학회에서 이단아가 돼버렸죠. 나는 이미 국제법학회 부회장도 역임하였는데, 국제경제법학회를 만든 것이 국제법학회 활동에 나쁜 영향을 준다고 잘못 생각한 분들이 많았어요. 당시 중국과 일본에도 국제경제법학회가 있었고. 우리는 통상에 의지하는 통상국가이고. 일단 국제경제법학회를 통하여 한국의 통상법 연구와 교육이 활성화되면 내 소임을 다하는 것이라 생각은 했지만. 이후 국제경제법학회는 국제경제법 교과서를 학회 회원들과 같이 만드는 등 학회로써 활발한 활동을 하고 있고, 정부와 잘 공조하고 있어서 다행이라고 생각해요. 근데 협상전문가가 없다는 문제에 대하여, 당시 정부는 대외경제정책연구원에 지시해서 하버드 로스쿨과 일주일 협상교육 프로그램을 만들어서 1차로 사무관과 서기관 등 젊은 공무원들을 Harvard Law School로 보냈어요. 중간에 통상 관련 전문가들도 이 협상 교육에 참여하고, 나도 거기에 끼여서 주로 경제학 박사들과 같이 협상 교육을 받았고, 이후 고대 법대에 협상론을 정식으로 개설하였지요. 내가 하버드에서 LL.M. 과정에 있을 때는 하버드 로

스쿨이 협상 분야에서도 그렇게 강한 학교인 것을 몰랐죠. 아마도 우리나라에서 고대 법대가 협상과목을 처음 개설하지 않았나 생각하고요.

■ **이로리 교수 :** 우리나라 법과대학에서 최초로 학부에서 협상을 가르치고, 또 법무대학원에서도 협상을 가르치신 일도 의미가 있는 것 같습니다.

■ **박노형 교수님 :** 예. 김형배 선생님 등 여러 교수님들께서 이해를 해주셔서, 법무대학원은 공통과목으로 모든 전공 학생들이 협상론을 수강해야 했지요. 당시 경찰대학의 장문철 교수님과 둘이서 공동으로 주거니 받거니, 오랫동안 그 강의를 했어요. 지금은 어떤 상황인지 모르겠고.

■ **이로리 교수 :** 로스쿨 도입 이전부터 법대에서 법조 실무 과목을 강의하신 셈이거든요, 저도 교수님 덕분에 협상/조정 분야를 연구하고 교육할 수 있게 되었는데, 저도 감사하게 생각하고 있습니다. 저는 석사과정에 입학했던 1997년 교수님을 처음 뵀는데 그때 선배들 얘기가 교수님이 되게 무섭다고 했고, 첫 수업에서 긴장했던 기억이 있습니다. 그런데 막상 제가 교수님을 수업에서 뵀을 때는 그런 느낌은 아니었는데 교수님께서 처음에 교수 생활 시작하실 때 어떤 교수가 되어야겠다고 생각하신 교수의 상과 지금 이제 정년을 앞두고 교수님이 구축하신 교수의 상하고 비교해 보면 어떤 차이가 있는지 좀 듣고 싶습니다.

■ **박노형 교수님 :** 그런 험한 말을 한 선배라는 친구가 누구인지 궁금하긴 한데. 하여튼, 간단해요. 학교이니 학생들이 더 많이 공부하게 하는 것이지요. 다만, 다시 교수 생활을 시작한다면, 고대 교수로 다시 시작하고 싶고. 다시 시작한다면 따뜻한 교수가 되고 싶은데요. 어렵다고 보거나 아니면 무섭다고 한다는 나의 인상을 고치고 싶네요. 안 박사, 당신도 나 무서운 거요?

■ **안민호 박사 :** 예. 무섭습니다.

(웃음)

■ **박노형 교수님 :** 아, 그래요? 따뜻한 교수가 되고 싶어요. 따뜻하고 하지만 학

문적으로는 그럴 때 좀 엄정하고, 그렇게 하고 싶은 것은 박사학위가 뭐냐하면 박사학위를 예컨대 고대에서 박사학위를 받았다고 하면 그 박사는 고대에서 강의를 할 수 있어야 한다고 생각하지요. 그 생각이 있기 때문에 박사가 된다면, 그만큼 공부를 해야 하는 거 아니냐, 공부의 양도 필요하고 질도 필요한 것이고. 근데 자꾸 무섭다, 무섭다 하니까 내가 교육에 실패하였는가 하는데, 조금 억울하기는 하지요.

■ **이로리 교수 :** 제가 생각할 때 실패한 건 아닌 것 같은데, 왜냐하면 지금 안민호 박사가 교수님 앞에서 무섭다는 얘기를 이렇게 당당하게 할 수 있다는 건...

■ **안민호 박사 :** 제가 볼 때는, 감히 추측해 본 건데 선생님께서 워낙 일찍 젊은 나이에 교수가 되시다 보니 처음 학생들과의 관계 정립을 카리스마 있게, 엄격하게 하셨던 것 같습니다. 제자들이 갖게 된 선생님의 첫인상이 후배들에게 전해지고 내려가면서 굳어진 게 아닐까요. 학생들이 선생님을 무서워하는 포인트가 몇 가지 있습니다. 그중 하나가, 다들 공감하실 것 같은데, 정확한 용어 사용에 관한 것입니다. 누군가 어떤 용어를 부정확하게, 얼렁뚱땅 썼다 치면 여지없이 잡아내셨지요. 그러실 때의 선생님 성대모사도 할 수 있습니다. "지금 당신이 한 말, 무슨 말인지는 알고 하는 거요?" (웃음) 정확하게 알고 그 용어를 쓰는 거냐, 어떤 표현을 했을 때 그게 맞는 거냐라는 부분에 대해서 굉장히 엄격하셨지요. 그러지 못했을 때 선생님께서 속된 말로 버럭(?) 하셨는데, 아마 이 점도 학생들이 선생님을 무서워한 이유 중 상당 부분을 차지할 겁니다. 지금도 선생님 앞에서는 자기도 모르게 긴장되어 말을 더듬게 된다는 선배들이 있을 정도니까요. 저도 무서웠고 많이 혼났지만, 지나고 보면 그런 훈련은 법학을 공부하는 사람이 반드시 갖추어야 할 기본기를 다져주신 것이었지요. 선생님께 가장 잘 배웠다고 생각하는 것 중 하나입니다.

■ **이로리 교수 :** 안 박사가 정확하게 얘기를 한 것 같아요. 학위 과정에서 지도교수로서 박노형 교수님을 봤을 때 그냥 교수 자리에 안주하고, 학생들하고 친목을 다지는 그런 스타일은 아니셨습니다. 강의만 하고 편하게 지내실 수도 있을 법한데, 여러 다양한 분야의 연구 활동을 하시고, 프로젝트도 하고 학생들과 함께 항상 공부하는 모습을 보여주셨습니다. 그런 부분에 있어서

우리가 훈련의 과정이라고 생각했을 때 지나고 보면 충분히 수용할 수 있는 부분인데 좀 그런 부분이 아까 말했던 선입견들 때문에 조금은 아쉬운 부분도 있는 것 같습니다.

■ **오현석 교수 :** 학생들은 우선 교수님의 하버드 석사, 캠브리지 박사 등 화려한 이력 자체에서 많은 위화감을 느껴던 듯합니다. 우리하고는 무엇인가 많이 다르다는 생각으로 교수님께 다가서기가 쉽지 않았던 부분이 있었습니다. 그리고 또, 원래 법대 교수님들이 일반적으로 재미있으시거나 따뜻하시지는 않았던 듯한데요. 특히 우리 교수님은 조금 더 그러셨던 듯합니다. 수업시간에 사적인 얘기도 조금 하시고, 학생들과 일상생활과 관련된 소소한 대화들을 많이 하셨으면 조금 더 교수님께 편하게 다가갈 수 있었을 터인데요. 우리 교수님은 수업시간에 주로 전공과 관련된 말씀을 많이 하시다 보니, 학생 입장에서 다소 어렵고 편하지 않다고 느꼈던 게 아닌가 생각합니다.

■ **이로리 교수 :** 매년 12월 29일 교수님 생신 되면 법대 학부의 국제경제법연구회 학생들과 대학원생들이 교수님 댁에서 모여서 함께 식사하기도 했습니다.

■ **안민호 박사 :** 네. 마침 또 생신이 연말이라 의미 있는 자리였는데 코로나 판데믹 때문에 중단되어 아쉬웠습니다. 사모님께는 대단히 죄송합니다만, 다시 댁에서 모였으면 좋겠네요.

■ **오현석 교수 :** 예전에는 혹시 말씀을 잘못 드리게 되면 화내실까 매우 조심스러웠었는데요. 최근에는 교수님께서 제자들의 말을 많이 들어주시고, 또 혹시 실수해도 너그러이 이해해 주시는 듯합니다. 그렇다 보니, 요즘에는 제자들이 교수님께 조금 더 가까이 가서 보다 자유롭고 편하게 말씀드릴 수 있게 된 듯합니다.

■ **이로리 교수 :** 교수님은 연구나 후학 양성뿐만이 아니라 고려대학교 내에서 다양한 보직도 하셨습니다. 기획처장과 교무처장도 하시면서 학교에 고대만의 어떤 특별한 제도를 많이 만드셨던 걸로 기억하고 있거든요.

■ **박노형 교수님 :** 학교 보직은 비교적 많이 맡았어요. 처음 법대 학과장인데, 학과장 맡는 것은 법대 교수의 기본 의무였고. 다음에 일반대학원 인문사회계 학부장을 맡았는데, 좀 이른 나이였고요. 이후 김정배 총장님 모시고 기획처장을 맡았고. 기획처장 맡은 직후 우리 직원 선생들의 파업이 일어나서, 총장님의 허락을 받고 노조와 한 달 동안 협상을 하였고, '무노동무임금'을 실천에 옮겼지요. 그 과정에서 우리 직원 선생들이 정말 착한 분이라고 확인하였고요. 얼마 있다가 이필상 총장님 모시고 교무처장 맡았고 이후 한승주 총장 서리님 모시고 교무처장을 계속 맡았고, 그리고 로스쿨 원장 맡았지요. 이 자리는 보직 관련 이야기할 자리는 아니지만, 교무처장을 맡고서 성적표에 담당 교과목 교수 성함을 표기하여 소위 '교육실명제'를 실시하고, 서로 다른 분야의 교수들 만남을 도모하기 위하여 학문소통연구회를 만든 것이 큰 기억이네요. 이런 보직을 맡으니 공부 흐름이 끊기는 거예요. 교무처장을 2006년쯤 했는데 결국 2007년쯤 그만둔 후 2008년 1주일 동안 EU의 개인정보보호법 공부하러 런던에 갔었고, 2011년 로스쿨 원장을 맡고서 2년 채 안 하고 그다음부터는 학교 일은 전혀 손을 안 댔거든요. 원장직에서 물러나고 싶었는데 마침 여름방학 시작할 즈음이어서, 당시 총장께 후임 원장이 방학 중에 미리 교무 등의 업무 숙지가 필요하다는 핑계를 둘러댔지요. 이후 동료 교수들한테 미안할 정도로 로스쿨 입학 면접도 안 나가고, 공부의 흐름을 끊기 싫었어요. 근데 기획처장, 교무처장, 로스쿨 원장을 맡을 때는 학교가 이상할 정도로 굉장히 어려울 때였어요. 특히 로스쿨 원장을 맡을 때는 로스쿨 3년차에 세 번째 원장이 되었지요. 선배들께 불려가서 혼도 나고... 정말 힘든 시절이었네요.

■ **이로리 :** 교수님께서 국가적으로 중요한 통상문제에 대한 기고나 자문도 많이 하셨던 것으로 기억하고 있습니다. 특별히 기억에 남는 것이 있다면 어떤 것입니까?

■ **박노형 교수님 :** 1990년 9월 부임 전후 매일경제신문에 60번 정도 EC 시장통합에 대하여 기고를 하였고, 이를 기반으로 내 이름으로 첫 단행본을 출간하였지요. 기억 나는 초창기 논문은 남북한 직교역의 GATT법상 지위에 관한 것인데, 지금도 애착이 가지만, 당시 GATT의 법논리에 따라 비교적 간단하

게 분석하였지요. 재미있는 것은 같은 주제로 경제기획원과 외교부가 나와 Petersmann이라는 GATT법 권위자에게 각각 보고서를 작성하게 한 것이지요. 나는 웨이버 등을 통해서 남북한 직교역에 대한 최혜국대우의 예외를 인정받을 수 있다는 결론을 가지고 있었는데, 정부는 예외가 아니고 원칙에 맞는다는 보고를 달라고 해서 그건 못 한다고 했었고. 나중에 보니까 페터스만이 남북한 직교역이 GATT의 상위규범인 UN헌장에 규정된 민족자결 원칙에 따라 한국과 북한이 스스로 자기네 경제 협력을 결정할 수 있어야 하는 점에서 GATT 위반이 아니라고 보고했다고 들었지요. 그리고, 조금 전 우루과이라운드협상에 관하여 언급하였는데, 당시 청와대 제2정무차관인 조경근 변호사께서 한국의 우루과이라운드협정 비준의 법적 논리를 정리해달라고 부탁하셔서, 제목은 정확치 않은데 청와대에 그 보고를 했어요. 당시 민정당인지 민자당인지 의원총회에서 설명 하고, 국회 청문회에도 불려 갔었지요. 국회 청문회에 비준 찬반의 전문가가 7~8명 나왔는데, 여당, 야당 포함해서, 나 빼고 모두 장관을 했었을 거예요. 우루과이라운드협정 비준은 후에 우리나라를 거의 반쪽 내다시피한 광우병이나 스크린쿼타보다 훨씬 험악하고 민감한 어려운 상황이었지요. 이후 내가 주도하여 국제경제법학회에서 '국제경제법' 교과서를 발간하였고, '협상교과서'라는 단행본과 싱가포르조정협약을 설명한 책을 출간하였고, '개인정보보호법' 교과서도 출간하였고, 지금 산업부 장관이신 안덕근 교수께서 소개하셔서 국립외교원의 주요 협상 사례를 정리하는 프로젝트에서 한국의 GATT 가입 협상을 정리하여 발간한 것이 기억에 있지요. GATT 가입 협상에 관한 책은 그 내용은 짧고, 부록으로 관련 자료를 붙였는데, 원래는 우리가 6.25 전쟁 중에 처음 가입할 수 있었는데, 미국은 일본보다 한국이 먼저 가입하길 바랐고, 2차대전 직후니까 미국이 일본과 좀 거리를 두려 했고, 근데 한국은 1953년 휴전할 때까지 협상을 마무리하지 못하여 1967년 겨우 가입했는데, 그때 어려운 상황에서 특히 외교관들께서 정말 고생한 것이 기록에 다 나와 있습니다.

■ **오현석 교수 :** 향후 국제법을 포함해서 어떤 법 분야가 발전하고 확장될 수 있는지에 대한 교수님의 혜안이 궁금합니다.

■ **박노형 교수님 :** 어떻게 하자, 어떻게 해야 한다는 생각은 우리 모두 하겠지만, 현실적으로 쉬운 답은 없는 것 같아요. 사법시험 체제를 개선, 개혁하겠다고

나온 것이 변호사시험 체제인데, 지금은 사법시험의 과거로 다시 돌아간 상황이 돼서 큰 문제이지요. 로스쿨 관련해서, 인가 신청을 하는데, 특성화 부문을 정해야 하는데 우리 법대는 국제법무로 하였는데, 나와 아무런 상의도 없었지요. 또한 미국식 로스쿨 개념이기 때문에 변호사 중심의 교육이면 협상과 조정을 학생들이 많이 필요하겠다고 생각했는데, 지나고 보니 통상법, 국제법도 활성화되지 않았고 협상과 조정도 그렇고, 교수인 내 책임이겠지만 굉장히 아쉽네요.

■ **이로리 교수 :** 정부 위원회 활동도 많이 하셨잖아요. 그중 어떤 활동들이 특별히 기억나시는지요?

■ **박노형 교수님 :** 1990년 학교에 부임한 직후 정부에 참여할 기회가 있긴 했는데, 그동안 학문의 길에서 흔들리지 않은 것이 큰 다행이라 생각하지요. 다만, 정부의 자문위원회는 비교적 많이 참여했지요. 통상법 관련하여 무역위원회 비상임위원 3년 활동을 했는데, 그때 노무현 대통령 정부인데, 노 대통령께서 탄핵받는 중 고건 대통령 대행 때 간신히 위촉될 수 있었지요. DJ 대통령 때도 기회가 있었다는데 그때는 어리다고 했고, 노 대통령 때는 그분이 특정 대학교를 싫어하셔서 안 된다고 그랬는데, 마침 당시 상임위원께서 내가 위촉되도록 힘을 쓰셨다고 들었지요. 이로리 박사는 기억할 텐데, 농산물 지리적표시 등록 심의위원회라는 이름도 거창한 위원회 위원장을 맡았었고, 영상물 등급 심의위원회 위원도 했어요. 그 위원회에 참여하면 영화를 자주 볼 수 있을까 기대하였는데, 위원회 자체는 일종의 2심 역할을 해서, 산하 분과위원회의 실제 영상물 등급에 대한 이의가 제기되면 오니까, 결국 영화 두 편을 봤는데, 정말 보고 싶지 않은 그런 영화를 봤어요. 소위 사법농단 파동 직전에 법관임용절차개선자문연구위원회 위원장으로 위촉되어 법관 임용에 관하여 큰 고민을 할 수 있었지요. 최근에는 용산 국가안보실 사이버안보 정책자문위원도 맡았었지요.

■ **이로리 교수 :** 교수님 하면 빼놓을 수 없는 게 국제교류 활동인 것 같습니다. 국제교류와 관련해서 특히 중국뿐 아니라 미국, EU 등과 다양하게 활동을 하셨는데 어떤 활동들을 주로 하셨습니까?

■ **박노형 교수님 :** 2003년 국제경제법학회를 만들고, 2004년 중국과 교류를 하려고 당시 중국국제경제법학회 회장이 하문, 즉 샤먼대학교 법대에 계신 진안, 중국어로 첸안 교수님이신데, 그분을 만나러 중국 하문에 갔어요. 그때 마침 중국국제경제법학회 총회를 하는 날인데, 그 모인 숫자가 2~3백명은 되었을 거예요. 당시 우리 국제경제법학회는 20~30명 정도 모였는데. 그때 드는 생각이 UR협정문을 한국 교수들은 각각 20~30장 씹어 먹으면, 중국 교수들은 각각 두서너 장 씹어 먹으면 되겠다는 오싹한 기분이 있었지요. 그 학회 총회 후 저녁을 먹는데, 나는 샤먼대 법대학장이 주재하는 둘째 테이블에 앉았는데, 내가 약간의 호기가 있어서, 옆에 앉은 교수에게 왜 바이주가 없냐고 그랬더니 그분이 학장에게 바이주 가져오라고 말씀하셔서 즐거운 저녁이 되었지요. 그때 내 옆에 있던 분이 홍콩성시대학교 법학원 왕구이구어 (왕귀국) 원장이었어요. 몇 달 후 왕 원장께서 홍콩에서 강의하라고 말씀하셨고, 이제 따지면 2004년부터 교류이니까 20년이 되네요. 지금은 내가 왕 원장을 '대형' 즉 큰형이라고 부르는 가까운 사이가 되었고, 그분을 통하여 중국과 교류를 많이 할 수 있게 되었지요. 예컨대, 홍콩에서 강의를 하는데, 어느 날 굉장히 똑똑한 학생이 있어서 물어보니, 중국 판사라고 해서, 중국 판사가 왜 홍콩에 와 있냐고 물었더니 중국법관학원과 홍콩성시대학 법학원이 협정을 맺고 중국의 젊은 판사 30명을 LL.M. 교육을 시키는 것을 알게 되었지요. 여름방학 동안 미국 콜롬비아 로스쿨에서 한 달 동안 연수를 한다기에, 중국 판사들 홍콩에 돌아올 때 서울에 들러가면 좋지 않냐고 왕 원장께 제안하였더니, 서울의 체재 비용은 나보고 대라고 해서, 흔쾌히 합의를 하였지요. 나는 기업 등에서 후원금을 쉽게 구할 줄 알았는데 쉽지 않았어요. 그때 굉장히 난감했는데 김앤장의 이재후 변호사님께 간곡히 부탁드려서 2,000만 원을 지원받았으니 정말 큰 액수이지요. 그래서 중국 판사들을 서울에 부르는 약속을 지킬 수 있었지요. 그후 여러 기관의 도움을 받았고요. 우리 4년, 5년 초청했나요?

■ **안민호 박사 :** 6년 했습니다.

■ **박노형 교수님 :** 안 박사가 사실상 중국판사 초청 프로그램을 다 맡아주었는데, 결국 안 박사는 중국 판사들 한 200명 정도의 친구가 되었지요?

■ **안민호 박사 :** 200명 좀 넘지 않을까 싶습니다. 한 해에 두 팀이 온 적도 있어서요. 친구가 되었다고 하긴 좀 그렇지만, 한 번은 중국에 출장을 갔는데 그 도시에서 왔던 판사가 생각나서 연락했더니, 퇴근하고 밤늦게 제가 머무는 곳으로 찾아와 반갑게 만났던 좋은 기억이 있네요.

■ **박노형 교수님 :** 안 박사가 중국 판사들 네트워킹은, 아마 대한민국의 어느 누구보다 중국 판사를 제일 많이 아는 상황이 됐고. 그리고, 사이버안보 관련해서 마이크로소프트의 브래드 스미스(Brad Smith) 사장이 고대를 방문하셨는데, 총장실 미팅에 나도 같이 참석하였고. 스미스 사장께 아시아에서 그 당시만 해도 프라이버시와 사이버에 대한 논의가 별로 없으니 마이크로소프트가 지원해야 한다고 말씀드렸고, 그 후 4년 동안 1년에 1억씩 일본 게이오대학과 함께 고대를 지원하기로 하여서, 그 지원으로 사이버법센터를 만들었고, 이를 중심으로 게이오대학교와 아시아 사이버·프라이버시 전문가라운테이블을 시작하였고. 그리고 국가보안기술연구소의 지원을 받아 한·중·일 사이버안보전문가회의를 6년 수행하였고, 작년에는 일본의 사이버범죄 연구 교수들을 서울에 초청하여 한일세미나를 개최하였고. 그사이 안 박사가 재직 중인 생명공학연구원과 나고야의정서를 중심으로 한·일 내지 한·중 세미나를 개최하였는데, 2024년 2월 초 제7회 한·일나고야의정서세미나를 서울에서 개최하여 코로나의 비대면 기간을 극복하였지요. 특히 의미있는 것은 2023년 12월 산업부 지원으로 서울디지털통상법정책라운드테이블을 개최한 것이고, 중국인민대 법학원과 일본 중앙대와 한·중·일 개인정보보호법 전문가회의도 개최하여서, 앞으로 이들 분야에서 특히 중국과 일본의 전문가들과 정례적으로 회동하고, 이렇게 회동하여 반강제적으로 공부를 하게 될 것이지요. 30여 년 공부하다 보니 우리 세상이 국제법과 국내법의 구별보다 통합이 되는 현상을 보게 되고, 또한, 한·중·일 국가의 특성만큼이나 비교법적 연구도 필요하고, 소위 트랙2 전문가들의 교류가 중요한 것을 깨닫게 되었지요. 그리고, 내가 한국조정학회 회장을 맡았을 때 아시아태평양 조정세미나를 시작했네요. 이런 국제교류를 다양하게 할 수 있도록 나를 도와 이런 행사, 학술행사를 준비하고 함께 참여해준 나의 각별한 제자들, 이러한 활동에 재정적 지원을 해준 정부기관 등에 늘 감사하고 있지요.

■ **이로리 교수 :** 지금 국제 교류 관련해서 말씀하신 게 한 8가지 정도가 되고, 사실 그것이 시작부터 지금까지도 이어지고 있어서 사실은 정년을 맞는 교수 중 교수님만큼 바쁘게 지내시는 분이 있을까 싶습니다. 그런데, 정년퇴임 하시면서 아까 교수님께서 설렌다는 표현을 하셨는데, 어떤 의미인가요?

■ **박노형 교수님 :** 학교 재직 중에는 교수라는, 로스쿨 교수라는 지위로 인해서 여러 특별한 대우를 오랫동안 누렸기 때문에, 정년퇴직하면 학교에 안 나타나려고 그랬거든요. 근데 작년, 재작년에 국제법 내에 상황의 변화도 있었고. 결국 공부하기 위하여 가르쳐야 한다는 생각이 들었고, 그래서 로스쿨에서 1학기에는 개인정보보호법을 2학기에는 디지털통상법을 계속 강의하려고 하지요. 그런데, 강의를 계속 할 수 있어도, 학교에 정식으로 적을 둔 것과 적을 두지 않는 것은 그 지위에 엄청난 차이가 있어서 이제 서운하고 뭔가 다른 생각, 기분, 느낌은 있지요. 설레는 느낌은 학교를 떠나서 새로운 다른 환경에서 학교의 울이라는 도움 없이 내 스스로 활동을 해야 한다는 것에서, 즉 비우고 채우는 것을 잘할 수 있을까 생각이 드는 것이지요. 이와 관련하여, 내 후임인 조수정 박사가 2023년 2월 말로 부교수로 임용되는데, 내게는 큰 위안이 되고 특혜라고 생각하고요. 원래 고대는 퇴임 후에 후임을 충원하는 것이 기본인데, 법전원과 국제법 전공 내의 사정으로 내가 퇴임하기 전에 통상법 전임을 충원할 수 있게 된 것이지요. 조 박사는 20년 넘은 기간 통상전문 공무원으로서 큰 활동을 하면서 최근 미국의 IRA 등 현안을 성공적으로 다루었고, 앞으로 고대 국제법 내지 통상법의 연구와 교육에서 큰 역할을 할 것이라 기대하고 있습니다.

■ **이로리 교수 :** 퇴임 이후 교수님의 계획이 궁금합니다.

■ **박노형 교수님 :** 퇴직 후인 2024년 3월 1일부터 국제조정센터 (KIMC)를 활성화할 것이고, 그동안 벌려 놓은 공부도 계속해야 할 것이고요. 설레는 느낌이 이런 부분이에요. 계속 할 수 있고 또 새로운 것도 시작할 수 있다, 그런 것이지요. 근데 주위의 좋은 친구들과 잘 지내고 싶어요. 좋은 친구들하고만 봐도 짧은 시간이기 때문에, 제한된 시간이기 때문에 잘 지내고 싶어요. 그리

고, 이제 "우리 아이가 달라졌어요" 하듯이 나도 달라졌다는 얘기를 몇 년 전부터 듣고는 있는데, 아니 더 듣고 싶은데. 무슨 생각이냐 하면, 이제는 내가 다 할 수 없다는 생각도 들고, 나와의 관계에서 사제 간인 우리 후학들이 5년, 10년, 15년 계속하여 사회에서 자리 잡아가면서 이제 그들에게 의지하고 싶은 거죠. 얼마 전에 신문에서 본 글귀인데 논어에서 언급된 '불치하문' (不恥下問)이라고, 아랫사람에게 물어보는 거를 부끄러워하지 말라는 뜻인데, 그게 요즘 나에게 딱 맞는 얘기 같아요. 문자 그대로 하면 그런 얘기이고, 달리 생각해 보면 아래 또는 후학, 자녀한테 의지할 건 의지하고 그들을 따라야 할 것이면 따라야 한다는 것이지요. 그래서 많이 의지할 것이고 모르면 물어볼 것이고, 모르면 모른다고 할 것이고 가르쳐 달라고 할 것이고. 그래서 공자께서 논어의 첫머리에서 말씀하신 '호학' (好學)의 즐거움 즉 학문을 좋아하라는 말씀을 따르고 싶지요. 다행히 우리가 하는 국제법 분야는 정말 국가나 사회에서 실용적으로 필요한 그런 분야이고 계속 발전하고 있어서 호학 즉 공부를 좋아하는 것이 특히 중요하지요.

■ **이로리 교수 :** 추가 질문으로, 교수님은 자신에 대해 어떻게 정의하시는지 궁금합니다. 교수님을 한 단어로 표현하자면 예를 들어 교수님이 추구하는 것이든 좋아하는 것이든 그동안의 교수 생활에서 교수님을 표현할 수 있는 키워드가 있을까요?

■ **박노형 교수님 :** 특색이 있나요?

■ **이로리 교수 :** 특색이 엄청 많으신데요?

■ **안민호 박사 :** 아니면 스스로 자부하시는 점이라든지, 선생님을 나타낼 수 있는 것 키워드랄까, 선생님이 생각하시는 어떤 모토랄까? 그런 것도 괜찮을 것 같습니다.

■ **이로리 교수 :** 아까 대화하는 도중에 교수님의 학자로서의 어떤 태도나 정신이나, 이런 걸 이야기했을 때 우리가 확장성, 개방성, 그다음에 이제 개척 정신, 또 제가 생각할 때는 사회적 변화에 맞춰서 항상 그 분야에서 한발 앞서서 공부해야 할 분야를 먼저 찾고 공부하는 어떤 그런 실용주의, 추진력, 이런 것들이 사실 교수님 하면 떠오르는 대표적인 그런 단어들인 것 같습니다.

■ **박노형 교수님 :** 이 박사가 지금 이야기해서 생각이 났는데. 내가 평소 중요하게 생각한 것은 “남보다 먼저 시작하고 이왕 시작한 건 더 잘하자”라는 것이지요. 국제법 및 미국이나 EU 법의 앞선 발전을 목도하면서, 이러한 발전이 우리에게도 조만간 닥칠, 우리가 해야 할 학문적인 미션으로 본 것이지요. 앞으로도 새로운 것을 찾고 찾아서 자기 것으로 소화하고, 그리고 확산시키고, 계속 그렇게 해야 하지 않을까요.

■ **안민호 박사 :** 이런 말씀 들으면 기업을 경영하셨어도 잘하셨을 것 같다는 생각이 듭니다. 예컨대 카OO 같은 회사는 first mover를 하지 않고 fast follower로 나서서 다 싹쓸이하잖아요. 하지만 선생님은 싹쓸이는 못 할지언정 항상 블루오션을 찾는 first mover를 일관되게 추구하신 것 같습니다. 이건 처음 드리는 말씀인데요, 제가 저녁 자리에서 선후배들하고 얘기할 때 종종 하는 비유가 있습니다. 선생님을 따라 어떤 별에 착륙해서 막 돌아다니면서 탐사하고 건물 올리고 겨우 정착하려는데, 우리 선생님은 어느새 나만 남겨두고 새로운 별을 찾아서 다른 별로 떠나셨다고...

(웃음)

■ **안민호 박사 :** 새로운 연구 분야를 개척하기 위해 끊임없는 도전 정신을 갖고 안주하지 말라는 것을 평생 몸소 보여주셨어요. 물론 혹자는 그렇게 이야기할 수도 있습니다. 아니, 한 분야에서 더 깊이 팔 수도 있는데 왜 파다가 남들이 와서 같이 파면 다른 데 가서 또 새로운 걸 팝니까. 그런데 사실 이건 뭐가 좋다 나쁘다, 맞다 틀리다의 개념은 아니잖아요. 그럼에도 국제법이라는 분야의 특성, 즉 급변하는 국제사회를 다루는 학문이란 관점에서 보면 개척 정신은 분명 굉장히 중요한 덕목이라고 생각합니다.

■ **이로리 교수 :** 지금 시대가 요구하는 자세인 것 같아요.

■ **박노형 교수님 :** 학문적으로는 아까 이야기했지마는 어느 분야가, 예컨대, 최근 우주안보를 위한 사이버안보에 관한 논문이 간신히 심사에 통과하여 국제법학회논총에 게재되었는데, 내가 우주법 그 자체를 공부해야 된다고 생각은

안 해요. 옛날에 GATT법은 혼자서 다 할 수 있었지만, 예컨대 우주법은 너무나 다른 측면의 내용을 규율하기 때문에, 그렇다면 그 다른 부분이 각자의 전문가들이 봤을 때 자기 영역에 해당하는 부분을 좀 떼어내서, 그러면 각자 연구하는 부분은 각자에 맞는 것이니까 큰 무리없이 연구를 수행할 수 있고, 이들 각자의 연구를 모아두면 전체적으로 한국의 현실에서 제한된 수의 전문가들이 보다 다양하게 큰 그림으로 연구할 수 있게 되는 것이 아닌가 생각이 드네요.

■ **오현석 교수 :** 통상법 공부하는 우리 후학들이 궁금해하는 것 중의 하나가 WTO의 미래인데요, 교수님께서 향후 WTO가 어떻게 발전하고 변화할지에 대한 고견이 있으시면 말씀 부탁드립니다.

■ **박노형 교수님 :** 요즘 WTO 무용론 그렇게 이야기를 많이 하는데 또 거기에 더해서 세계화도 끝났다는 얘기도 하는데, 나는 그렇게 생각하지 않고요. 세계화는 계속 진행형이고, 다만 그 세계화가 어떻게 진행될지는 그 안에서, 'supply chain'에서 보듯이 국가들 사이에서 어떤 범주로 국가들의 어떤 그루핑이 드러날 뿐이지, 하지만 예컨대 중국에 대해서 우리가 미국이 어떤 제안을 하지만 기본적인 틀인 국가간 체제의 시스템은 미국도 부인, 부정할 수가 없거든요. 그래서 WTO가 발전시킨 틀은 그대로 유지되고 지속될 것이라는 생각이 들어요. 다만 중국이 WTO 가입할 때 미국이 기대했던 그러한 긍정적인 것보다는 특히 시진핑 주석이 들어서면서 미국에 맞서는 상황을 미국이 불편하고 위험하게 생각하는 사실은 인정해야지요. WTO 분쟁해결제도에 대한 미국의 불만은 어제오늘의 일이 아닌 점에서, 어느 국가가 WTO체제에 어떤 문제가 있다고 제기했을 때, 특히 초강대국인 미국이 제기했을 때는 어떤 시스템의 변화가 올 것이지요. 시간이 지나면서 시스템 체제의 변화는 당연한 것이고, 그 체제가 변화하려는 것이, 그러한 것을 지금의 체제를 부인하는 것으로 보지 않고 체제를 발전시키는 것으로 본다면, WTO 무용론은 쉽게 언급할 것은 아니지요. 또한, 디지털통상에 관하여 WTO회원국들이 복수국간무역협정의 형식으로 협상을 수행하고 있어서, WTO는 여전히 기능을 수행하고 있다고 보아야겠지요. 그래서 WTO는 계속 유지, 계속 발전시켜야 하고, 그 과정에서 한국이 좀 더 큰, 좀 좋은 역할을 해야 하지 않나 생각해요. 여러분들 후학의 역할이 큰 것이지요.

■ **오현석 교수 :** 제자들이 볼 때는 우리 교수님께서 학문, 학자로서의 길 외에도 일부 사회활동도 하셨던 듯합니다. 제가 알기로 '동해' 지명을 연구하고 국제적으로 홍보하는 '동해연구회' 활동을 오랫동안 해오시기도 하셨는데요. 이제 퇴직을 하시게 되면 다른 시민사회 참여 요청도 많이 받으실 것 같습니다. 그런 활동에 대한 참여 의사가 있으신지 계획을 듣고 싶습니다.

■ **박노형 교수님 :** 시민사회, 사회운동 참여의 여유는 없을 것 같아요. 다만, 싱가포르조정협약체제에서 상사조정의 활성화를 위한 사회적 캠페인은 하려고 합니다. 좀 이상하게 들릴 수도 있는데, 예컨대 교수들이 신문에 기고할 때 시론이라 해서 일반적인 사회 문제에 대한 지적을 많이 하잖아요, 근데 나는 그게 아니더라고요. 사회의 시스템이나 그 문제만 보는 그런 교수도 필요하겠지만, 여하튼 사회운동은 나하고는 별 관계가 없고 앞으로도 별로 없을 것 같아요.

(웃음)

■ **이로리 교수 :** 오늘 대담을 진행하면서 그동안 교수님이 해 오셨던 활동의 양이나 내용에 놀라게 되고, 그러한 개별적인 활동들을 교수님이 어떤 생각으로 하셨는지를 들으니까 그 의미에 대해서 조금 더 깊게 이해할 수 있게 되었습니다. 오늘 대담은 교수님과 교수로서의 생활을 회고하는 그런 대화였는데 사실 교수님이 답변하시면서 성찰적인 부분을 많이 언급하셔서 교수님께서 저희가 교수로서, 연구자로서 살아가는 삶의 태도에 지표로 삼을 수 있는 커다란 가르침을 주신 것 같습니다. 교수님, 참여자 여러분 장시간 수고하셨고, 오늘 대담을 마치도록 하겠습니다. 교수님, 감사합니다.

■ **박노형 교수님 :** 오늘 대담이 자칫 자화자찬으로 보일 수 있겠는데, 나의 잘잘못이 작은 교훈이 되길 바랍니다. 대담에 참여한 네 명의 박사를 포함하여, 지난 33년 6개월 동안 나와 인연을 맺은 법대 학부, 대학원, 법무대학원 및 로스쿨 학생들에게 고맙고요. 학교에서 행정 등의 활동에서 묵묵히 지원을 아끼지 않은 직원 선생들께도 고맙습니다. 고대, 고대 로스쿨 등 법학의 교육과 연구의 기능, 특히 통상법을 포함한 국제법 분야는 더욱 발전해야 합니다. 고맙습니다.

고려대학교 법학연구원
고려법학 제112호 2024년 3월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2024.112.359

기업경영의 효율성과 경쟁의 의미*

유 진 희

Ⅰ. 시작하며

오늘 한국경영법률학회, 한국유통법학회, 고려대 ICR센터가 공동으로 주최하는 학술대회에서 기조발제를 할 수 있게 된 것을 무한한 영광으로 생각합니다. 저한테 기조발제를 할 수 있는 기회를 주신 것은 이달 말 정년퇴임을 앞두고 지난 30년간 상법 및 경제법 교수로서의 활동을 회고하고 정리할 수 있는 기회를 주신 것으로 생각합니다. 이러한 뜻깊은 학술대회를 기획하고 준비하신 한국경영법률학회 김재두 회장님, 한국유통법학회 최영홍 회장님과 고려대 ICR센터 이황 센터장님을 비롯한 관계자 여러분께 진심으로 감사드립니다. 또한 오늘 행사에서 귀한 축하의 말씀을 해주신 한국법학원 이기수 원장님, 권오승 명예교수님, 최완진 명예교수님, 그리고 좌장과 발표를 맡아 주신 교수님들께도 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

저는 지난 30년간 상법과 경제법 분야의 연구와 강의를 해왔습니다. 그 중에서도 특히 기업의 인수·합병(M&A)에 많은 관심을 가져왔고, 어떻게 하면 기업경영의 효율성을 증대하면서도 이해관계자 간 이익을 적절하게 조정할 것인가라는 회사법적 문제와 시장에서의 시장지배력의 부당한 형성과 남용을 방지 내지 규제할 것인가라는 경쟁법적 문제를 중점적으로 연구해 왔습니다. 이런 의

* 이 글은 2024. 2. 6. 있었던 정년기념 학술대회(한국경영법률학회 · 한국유통법학회 · 고려대 ICR센터 주최 2024년 동계공동학술대회 – 대주제: 기업조직재편 및 기업결합의 동향과 쟁점)에서 기조발제했던 내용입니다.

미에서 오늘 학술대회의 대주제인 '기업조직재편 및 기업결합의 동향과 쟁점'은 지난 30년을 돌아보는 자리에서 다루기에 매우 적절한 주제라고 생각합니다. 이 자리를 빌려 기업경영의 효율성과 경쟁의 의미에 관한 저의 생각을 말씀드리고, 오늘 학술대회에서 다루게 될 개별 주제에 대하여 간단히 소개하는 것으로 기조발제를 갈음하고자 합니다.

Ⅱ. 기업경영의 본질적 속성으로서 효율성

우리는 코로나19 시대의 혼란과 두려움을 극복하고 다시 일상의 삶으로 돌아왔습니다. 하지만 현재 기업의 경영환경은 과거에 비해 녹녹하지 않습니다. 글로벌 관점에서 보면 미국과 중국의 충돌, 글로벌 공급망의 교란, 자국 위주의 보호무역주의 확산, 우크라이나와 중동에서의 전쟁, 인공지능(Artificial Intelligence, AI)의 발전과 디지털 경제에서의 치열한 경쟁 등이 있습니다. 국내의 관점에서는 인구의 감소, 대기업 중심의 경제력 집중의 심화, 투자에 비해 효율적이지 못한 연구개발 현실, 기업의 혁신을 방해하는 규제, 디스플레이와 반도체와 같은 핵심기술에서 중국의 추격 등을 생각할 수 있습니다. 이와 같이 기업의 경영환경이 나날이 어려워지고 있는 만큼 생존을 위한 기업의 혁신은 과거 어느 때보다 중요해지고 있습니다. 따라서 기업경영의 효율성은 아무리 강조해도 지나치지 않습니다.

기업은 영리를 목적으로 재화와 서비스를 생산·판매하는 경제주체로서 매우 중요한 역할을 하고 있습니다. 상법은 제169조에서 기업의 대표적 형태라고 할 수 있는 회사를 '상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 하여 설립한 법인'이라고 규정합니다. 영리 추구를 위하여 기업은 혁신을 통해 경영의 효율성을 극대화하려고 합니다. 기본적으로 효율성은 영리를 추구하는 기업경영의 본질적 속성이라고 할 수 있습니다.

기업경영의 효율성을 추구하기 위한 수단은 다양한데, 기업의 인수·합병으로 대표되는 기업결합 내지 기업조직재편은 기업의 효율성 추구를 위한 가장 역동적이고 효과적인 수단이라고 할 수 있습니다. 기업의 지배구조와 사업에 근본적

인 변화를 가져오기 때문입니다. 예를 들어 IBM은 Microsoft의 성공 이후 미국의 대표적인 컴퓨터 하드웨어 기업의 자리를 내주었지만 여러 소프트웨어 기업을 인수하여 오늘날 컨설팅과 소프트웨어 중심의 기업이 되었습니다. 또한 구글도 안드로이드, 유튜브, 딥마인드 테크놀로지 등을 인수하여 모바일 OS, 동영상, AI 등에서 세계 최고의 기업이 되었습니다. 우리나라에서도 SK가 하이닉스를 인수하여 세계적인 반도체 기업이 된 사례가 있습니다. 이처럼 성공적인 기업조직재편을 통해 기업경영의 효율성을 극대화하여 기업이 도약한 경우는 많습니다.

상법이 규정하는 기업조직재편으로 합병, 분할, 주식의 포괄적 교환·이전, 영업양도 등이 있습니다. 기업조직재편은 지배구조와 사업에 근본적인 변화를 가져오기 때문에 주주, 채권자, 근로자 등과 같은 이해관계자(stakeholder)에게 큰 영향을 줍니다. 기업경영의 효율성을 높이기 위한 기업조직재편이 특정 이해관계자에게 불이익을 주는 경우도 있습니다. LG에너지솔루션이 물적분할 된 후 상장되어 모회사인 LG화학의 소수주주에게 불이익이 생겼던 경우, 제일모직과 구(舊) 삼성물산의 합병 시 주식매수가격의 적정성이 문제가 되었던 경우, 지배주주에 의한 소수주식 전부 취득시 경영상 목적을 어떻게 이해할 것인가 등은 모두 기업조직재편 과정에서 지배주주와 소수주주간 이익의 조정에 관한 문제들이라고 할 수 있습니다. 따라서 기업경영의 효율성만큼 이해관계자간 이익의 조정도 중요합니다.

미국의 저명한 회사법학자인 Gevurtz 교수는 자신의 회사법 교과서(Corporation Law)에서, 회사법을 체스 경기에 비유하면서 회사 설립은 체스 게임의 시작이고, 주식과 주주, 회사의 기관, 기업재무 등은 체스판의 중심을 차지하기 위한 체스 게임 중반의 노력이며 기업조직재편은 체스 게임의 승부를 결정하는 최종 단계로 볼 수 있다고 하였습니다. 이런 관점에서 보면 기업조직재편은 회사법에서 매우 중요한 분야라고 할 수 있습니다. 향후에도 효율성 추구가 기업경영의 본질적 속성임을 고려하면서 기업조직재편에 관한 논의가 더 활발하게 전개되기를 기대합니다.

Ⅲ. 기업경영의 효율성의 한계로서 경쟁

회사법이 개별적 존재로서의 기업을 대상으로 한다면, 경쟁법은 시장 전체에서 개별 기업간의 경쟁의 보호를 대상으로 합니다. 경쟁법은 기업의 시장지배력의 부당한 형성과 남용을 방지 내지 규제하여 시장에서 경쟁을 보호하고자 하는 것입니다. 그런데 경쟁법은 회사법의 기업조직재편 중 단순분할을 제외한 나머지 사항 모두에 적용될 수 있기 때문에 경쟁법에서도 기업결합은 매우 중요한 의미를 갖습니다.

기업결합을 통하여 규모의 경제와 범위의 경제가 실현되고 최적화된 기업조직재편이 가능하기 때문에 기업결합은 기업경영의 효율성 추구의 효과적인 방법이라고 할 수 있습니다. 반면 기업결합은 두 개 이상의 기업이 하나의 기업이 되는 과정에서 시장지배력의 부당한 형성·강화를 가져와 시장의 경쟁을 제한할 가능성이 있습니다. 또한 경우에 따라서는 시장에서 기업간 담합의 가능성이 커지기도 합니다. 그런데 한번 이루어진 기업결합은 원래의 상태로 되돌리는 것이 어렵기 때문에 기업결합은 사전적으로 경쟁제한성 판단을 하게 됩니다. 공정거래법은 제9조 이하에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합을 금지하고 있습니다. 그 결과 시장지배력의 부당한 형성·강화를 가져올 가능성이 큰 기업결합은 성공적으로 마무리되기 어렵습니다.

현재 우리나라에서 기업결합은 다양한 분야에서 이루어지고 있습니다. 공정거래위원회에 따르면 2022년 말 기준으로 기업결합 심사는 1천 건이 넘었고(1,027건) 금액으로는 약 325.5조원 규모라고 합니다. 이는 우리나라에서 기업결합이 기업경영의 효율성을 높이는 수단으로서 매우 활발하게 이용되고 있음을 보여주는 것이며, 그만큼 공정거래법상 기업결합 심사의 중요성도 커지고 있습니다.

한편, 최근 디지털 경제가 발전함에 따라 온라인 플랫폼 기업의 기업결합에 대한 관심이 높아지고 있습니다. 온라인 플랫폼 기업은 전통적인 기업과 다른 방식으로 사업을 하고 있기 때문에 기업결합의 심사도 새로운 방식으로 이루져야 하는지에 대한 논의가 활발합니다. 예를 들어 잠재적인 경쟁사가 될 수 있는 소규모 기업을 초기에 인수하는 킬러인수(Killer Aquisition), 다수의 소규모 기

업결합을 연쇄적으로 진행하는 연쇄인수(Serial Acquisition) 등 과거와는 다른 형태의 기업결합이 온라인 플랫폼 기업 등에 의해 이루어지고 있습니다. 기술혁신과 새로운 시장의 개척을 통해 기업경영의 효율성을 높임으로써 단기간에 크게 성장할 수 있었던 온라인 플랫폼 기업의 등장과 같은 법적 환경의 변화는 우리에게 새로운 유형의 기업결합에 대한 대응을 과제로 제시하고 있습니다.

시장에서 경쟁을 제한하는 기업결합은 허용될 수 없기 때문에 경쟁은 어떤 면에서는 기업경영의 효율성의 한계가 될 수 있습니다. 하지만 자유롭고 공정한 경쟁이 보장되지 않는 시장에서는 기업결합이 제대로 이루질 수 없기 때문에 경쟁은 기업경영의 효율성을 높이기 위한 토대가 되기도 합니다. 따라서 향후 기업결합은 시장의 경쟁제한 우려를 방지하면서도 기업경영의 효율성을 증대시키는 방향으로 고려되고 검토되어야 할 것입니다.

Ⅳ. 기업조직재편과 기업결합의 쟁점과 동향

오늘 학술대회의 제1분과 주제는 상사법상의 기업조직재편입니다.[1] 말씀드린 바와 같이 기업조직재편은 많은 경우에 기업경영의 효율성을 높이는 결과를 가져오지만, 그 과정에서 이해관계자의 이익이 영향을 받기 때문에 이해관계자의 이익을 조정하는 것이 중요합니다.

합병비율은 합병계약의 가장 중요한 내용이라고 해도 과언이 아닙니다. 합병비율이 일방에게 불리하게 정해진다면 합병 전의 지분비율을 합병 후에 유지할 수 없기 때문에 실질적으로 주식의 일부를 상실하는 것과 같습니다. 따라서 합병할 회사의 재산상태와 주식의 실제적 가치에 비추어 합병비율이 공정하게 정해져야 합니다.

적대적 M&A와 같은 회사 지배권 변화 시도는 자본시장에서 언제든지 발

1) 이 부분은 제가 한국상사법학회 제30대 회장직을 수행할 때 연구이사와 총무이사로 학회일을 도와주셨던 다섯 분께서 발제를 맡아 주셨습니다. 바쁘신 중에도 흔쾌히 발제를 맡아주신 데 대하여 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

생할 수 있습니다. 적대적 M&A를 통해 기업경영의 효율성이 증가할 수 있지만 투기적 자본에 의해 회사와 주주가 피해를 볼 수도 있습니다. 적대적 M&A의 순기능과 역기능을 고려하여 적절한 대응책을 마련하는 것은 기업가치와 주주 이익의 보호에 도움이 될 수 있습니다.

상법은 다중대표소송을 규정하고 있습니다. 이는 지배회사 소수주주의 이익을 보호하고 지배회사와 종속회사의 지배구조 개선을 위한 것입니다. 국제합병의 결과로 지배회사와 종속회사가 서로 다른 국가에 있다면 다중대표소송과 관련된 준거법, 재판관할권 등의 문제가 발생할 수 있습니다. 이에 대한 논의는 경제가 글로벌화되고 있는 상황에서 큰 의미가 있다고 할 수 있습니다.

미국, 일본, 우리나라는 합병과 같은 기업조직재편에 반대하는 주주는 주식매수청구권을 통해 회사로부터 자신의 출자에 대한 보상을 받을 수 있습니다. 한편, 독일은 주식매수청구권과 유사한 보상청구권(Abfindungsrecht)을 인정하고 있습니다. 주식매수청구권과 보상청구권의 비교법적 검토는 우리에게 많은 시사점을 줄 것입니다.

우리나라에서 기업인수의 대상이 될 수 있는 보험사는 한정되어 있고 보험사의 가치 분석은 쉽지 않습니다. 이는 보험 영역에서 기업인수가 어려운 이유 중의 하나입니다. 또한 보험 영역에서 기업인수는 감독당국의 가이드라인이 필요할 수도 있습니다. 은행과 같은 금융회사의 외형 확장을 위한 보험 영역에서의 기업인수가 주목받고 있는 현실에서 이에 관한 최근 동향과 쟁점을 살펴보는 것은 매우 시의성이 크다고 하겠습니다.

오늘 학술대회의 제2분과 주제는 경쟁법상의 기업결합입니다.[2] 기업경영의 효율성을 높이는 방법으로 선택된 기업결합은 자유롭고 공정한 경쟁의 토대 위에서만 가능합니다. 이러한 관점에서 살펴볼 수 있는 다양한 문제들이 있습니다.

---

2) 이 부분 발제는 고려대학교 '경제법 연구실'에서 저와 인연을 맺은 동료와 후학들이 맡아 주셨습니다. 발제뿐만 아니라 이번 행사를 기획하고 준비하는 과정에서 노고를 아끼지 않으신 데 대하여 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

공공선택론은 시장 실패에 대한 정부개입에 반대하고 정부실패의 가능성을 인정합니다. 공공 부분에 대해서도 분배의 효율성을 높일 수 있는 제도적 장치가 필요하다고 보고 있습니다. 대한항공과 아시아나항공의 기업결합은 사실상 정부의 강력한 지원 하에 기업경영의 효율성을 기대하여 진행돼 온 것으로 보이는데 현재까지의 경과를 보면서 그러한 기대가 충족될 수 있을지에 관하여 의문을 제기하는 견해도 있습니다. 이를 공공선택론의 관점에서 분석하는 것은 의미 있는 시도가 될 것입니다.

디지털 경제에서의 기업결합은 전통적인 관점에서의 기업결합과 다른 요소가 많습니다. 양면시장의 존재, 데이터의 역할, 기술혁신의 중요성, 규모와 범위의 경제 등 여러 고려요소가 있습니다. 이러한 면을 고려할 때 디지털 경제에서의 기업결합의 여러 쟁점은 시사하는 바가 크다고 할 수 있습니다.

기업결합은 두 개 이상의 기업이 결합하여 경제적으로, 또는 법적으로도 하나의 기업이 되는 것이기 때문에 결합된 회사가 단독으로 경쟁을 제한할 가능성이 있습니다. 이러한 단독효과는 기업결합 심사의 핵심적인 고려 요소입니다. 따라서 단독효과의 관점에서 기업결합의 심사를 검토하는 것은 기업결합에서 가장 기본적이면서도 중요한 부분이라고 할 수 있습니다.

온라인 플랫폼의 기업결합은 혼합결합의 형태가 많습니다. 혼합결합은 전통적으로 경쟁제한 효과가 크지 않다고 보았습니다. 하지만 온라인 플랫폼 기업은 혼합결합을 통해 자신의 사업을 확대하는 경우가 많습니다. 이때 특정 시장에서의 시장지배적 지위를 이용하여 새로운 시장에서 자신의 시장지배력을 강화할 수 있습니다. 최신 사례를 통한 혼합결합의 규제에 대한 검토가 기대됩니다.

빅데이터는 디지털 경제의 핵심자산이라고 할 수 있습니다. 빅데이터가 경쟁법의 규제 대상이 되는지에 대해서도 논의가 진행되고 있습니다. 빅데이터가 경쟁법의 규제 대상이 된다면 기업결합 과정에서 빅데이터의 취득은 기업결합 심사에서 중요한 고려 요소가 되어야 합니다. 기업결합의 경쟁제한성을 판단하기 위한 빅데이터의 역할에 대한 검토가 필요한 이유입니다.

기업결합의 시정조치와 관련하여 앞으로는 공정거래위원회가 경쟁제한적 기업결합을 하려는 기업들에게 시정조치를 부과함에 있어 기업들이 경쟁제한 우려를 해소할 수 있는 방안을 먼저 제출하고 이를 수정 및 보완한 내용으로 시정조치를 부과할 수 있게 되었습니다(공정거래법 제13조의2 신설). 향후 시정조치의 효과와 이행이라는 측면에서 의미 있는 변화가 있을 것으로 예상됩니다.

Ⅴ. 마무리하며

기업경영의 효율성과 경쟁의 의미를 부각시키기 위해서 조금 과장되게 표현하자면, 기업조직재편은 기업경영의 효율성을 위한 것이고 기업결합의 규제는 경쟁을 보호하기 위한 것입니다. 이 둘은 상충되는 것처럼 보이지만 자유롭고 공정한 경쟁의 토대 위에서 기업경영의 효율성 극대화라는 공동의 목적을 가지고 있다고 할 수 있습니다.

상사법과 경쟁법은 서로 다른 영역에서 기업조직이나 기업활동의 틀을 제시하고 있습니다. 하지만 상사법과 경쟁법은 전혀 동떨어진 것이 아니라 서로 보완하는 관계라고 할 수 있습니다. 기업경영의 효율성을 위한 기업조직재편에서는 이해관계자간 이익의 조정이 고려되어야 하고, 기업결합 규제는 기업의 혁신이 보호되어 기업경영의 효율성을 증대하는 방향으로 이루어져야 합니다.

기업의 경영환경은 빠르게 변화하고 있습니다. 그러나 법과 제도는 이러한 변화에 신속하게 대응하지 못하고 있습니다. 법학자와 법을 다루는 실무가들은 기존의 문제를 사후적으로 해결하는 데 머물 것이 아니라 변화하는 법적 환경을 선제적으로 연구하여 새로운 방향도 제시할 수 있어야 합니다. 오늘 학술대회에서 논의되는 소중한 내용들이 기업경영의 효율성 증대와 경쟁의 보호에 도움이 되기를 기대합니다.

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, 일반논문, 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 논문제출 마감일이 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 논문투고자 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 법학연구원에 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, 출판년도, 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 각주란에 인적사항을 표기한다.
- 공동연구논문의 경우에는 주저자(책임연구자)와 공동저자를 구분하고, 주저자/공동저자의 순서로 표기한다.

7. 참고문헌의 표기

- 논문의 본문 뒤에 중요한 참고문헌의 서지사항을 목록으로 첨부하여야 한다.

8. 논문초록의 표기

- 논문의 본문 뒤에 외국어(영어・독어・불어 중 택1)로 작성한 논문초록을 첨부하여야 한다.
- 논문초록에는 초록작성 언어로 논문명과 필자명, 소속이 함께 표기되어야 한다.
- 논문의 내용을 적절한 표현으로 전체적으로 전달하되 분량은 20줄 내외로 한다.

9. 주제어의 표기

- 논문초록의 뒤에는 주제어(Keyword)를 국문과 외국어를 병기하여 5개 이상을 첨부하여야 한다.

高麗法學 제113호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제113호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한
   2024년 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 제114호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제114호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한
   2024년 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 신의성실의 원칙에 입각하여 합리적인 방식으로 인용하여야 한다.

④ 저자는 원칙적으로 공표된 저작물을 인용하여야 하며, 공개되지 아니한 학술 자료를 논문심사나 연구제안서 심사 또는 사적 접촉을 통하여 획

득한 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 이의제기)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 발생되는 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 법학연구원 '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 : 김경욱 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

편 집 위 원 : 고세일 (충남대학교 법학전문대학원 교수)
박찬호 (부산대학교 법학전문대학원 교수)
방준식 (영산대학교 법학과 교수)
신호영 (고려대학교 법학전문대학원 교수)
심재한 (영남대학교 법학전문대학원 교수)
윤은경 (제주대학교 법학전문대학원 교수)
최우진 (고려대학교 법학전문대학원 교수)
허완중 (전남대학교 법학전문대학원 교수)
하명호 (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 (제112호)

2024年 3月 20日 印刷
2024年 3月 30日 發行

發行人 康 炳 根
發行處 高麗大學校 法學硏究院
서울특별시 성북구 안암로 145
고려대학교 법학연구원
TEL : (02) 3290-2914
FAX : (02) 922-4013

製作處 (주)한신아트
TEL : 010-2209-3179

값 30,000원

* 이 책의 무단전재 또는 복제행위를 금합니다.

ISSN 1598-1584 (Print)
ISSN 2672-0736 (Online)