

成均館法學

第30卷 第4號



法學研究院

2018

발 간 사

2018년이 시작된 지가 엇그제 같은데, 어느새 2019년 기해년이 눈앞에 다가왔습니다. 이제 제야의 종소리와 함께 새로운 한 해가 시작될 것입니다. 새로운 희망을 품고 새로운 시작을 맞이할 시간이 되었습니다.

저희 법학연구원도 후학들을 위한 희망의 다리를 굳건히 다지겠다는 교수님들의 학문적 열정에서 출발해서 법학 전문 학술지로서 위상을 높여가고 있습니다. 이렇듯 새로운 변화와 발전의 희망을 매년 조금씩 쌓아갈 수 있었던 것은 관심 있는 연구자 여러분들의 적극적인 참여와 도움이 있었기에 가능하다고 생각합니다.

이번 『성균관법학』 제30권 제4호에도 엄정한 심사 절차를 거쳐 선정된 우수한 논문들이 게재되었습니다. 바쁘신 와중에도 옥고를 투고해주신 연구자분들과 공정한 심사를 위해 애써주신 심사위원님들께 감사의 말씀을 드립니다. 그리고 제30권 제4호 출간 편집 업무를 담당하여 수고해주신 상명대학교 김동민 교수님과 편집 간사인 이정민 성균관대학교 법학연구원 연구원에게도 감사드립니다.

저희 법학연구원은 앞으로도 더 좋은 학술지를 만들어 내기 위해 열심히 노력하겠습니다. 『성균관법학』의 지속적인 관심과 성원을 부탁드립니다. 여러분의 건승과 학문적 성취를 기원합니다.

2018. 12. 31.

법학연구원장
고 동 원

目 次

[研究論文]

• 문화유산관리의 법적주체와 관할경합 - 프랑스 제도의 함의 -	권채리	1
• Privacy by design제도에 대한 규범적 고찰	김남심·지성우	35
• 낙태와 관련한 자기결정권의 행사와 그 한계에 대한 재조명	엄주희·양지현	65
• ‘정보통신서비스 제공자’에 관한 법적 고찰 - 개념의 유용성과 범주의 정합성을 중심으로 -	이민영	93
• 민간투자사업 실시협약 해지와 공익처분의 관계 - 별개설 vs. 일체설 -	이상훈	129
• 異時배당에 있어서 선순위 공동근저당권자의 우선변제권 범위 - 대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992 전원합의체 판결 -	김지웅	157
• 부모의 징계권과 아동학대 - 친권남용 및 친권제한과 관련하여 -	안영하	189
• 재혼의 법률관계에 관한 일고찰	전경근	237
• 국제항공여객운송계약에서의 오버부킹과 약관규제법의 적용 여부 再論 - 대법원 2014. 8. 28. 선고 2013다8410 판결-	정구태	269
• 개인정보보호법상 형사처벌 규정의 개선방안에 대한 연구	박웅산·박광민	293
• 객관적 귀속 재검토 : 형법철학의 관점에서	양천수	319

• 중일신용카드사기범죄의 입법동향 및 해석론상의 문제점	정군남	347
• 일본에서의 조세부담의 착오와 구제방안에 관한 고찰	길용원	369
• 미국의 P2P 대출 현황과 법적 규제	노태석·석지웅	405
• 독일의 외국금융기관 규제에 관한 법적 연구	이종호	431
• 초국경적 특허발명의 실시와 특허권 침해 - 네트워크 관련 발명을 중심으로 -	김동준	489
• 위치상표에 관한 법제 및 판례 국제비교 연구	채종일	523
• 환경보호에 관한 남극조약 의정서(마드리드 의정서)상 환경영향평가제도에 관한 연구	이길원	555
• 유럽연합 규범체계에 대한 체계적 고찰을 위한 소고	이재훈	579
• 한국전쟁 종전선언의 법적 쟁점과 과제	최철영	625

CONTENT

Articles

- | | | |
|---|-------------------------------|-----|
| • Towards Legal Stewardship and Jurisdictional Rivalry for Cultural Heritage – Relevance of the French Model – | Kwon, Cherry | 1 |
| • A normative Study on the “Privacy by Design” principle | Kim, Nam Sim
Ji, Seong Woo | 35 |
| • Review on the exercise of the right to self-determination and its limitation surrounding the case of abortion at the constitutional court in Korea | Eom, Ju Hee
Yang, Ji Hyun | 65 |
| • A Legal Inquiry into the ‘Providers of Information and Communications Services’ | Lee, Min Yeong | 93 |
| • The Relationship between the termination by concession agreement and the termination by the administrative action in the PFI project | Lee, Sang Hoon | 129 |
| • The extent to which a joint collateral mortgagee can exercise his preferential right of satisfaction for the remaining jointly mortgaged immovables | Kim, Jee Woong | 157 |
| • Parents’s right to take disciplinary action and child abuse | An, Young Ha | 189 |
| • A study on Problems of remarriage | Jun, Gyung Gun | 237 |

• Overbooking in the Contract for International Air Passenger Transportation, and the Application of the Act on the Regulation of Terms and Conditions -Supreme Court Decision 2013Da8410 delivered on August 28, 2014-	Chung, Ku Tae	269
• A Study on Improvement of Criminal Penalty Regulations in the Private Information Protection Law	Park, Woong Shin Park, Kwang Min	293
• The Theory of “objektive Zurechnung” Revisited- From the perspective of a criminal philosophy -	Yang, Chun Soo	319
• Legislative trends and explanations of credit card fraud in China and Japan	Zheng, Jun Nan	347
• A Study on the Misunderstanding of Tax Burden and Remedies in Japan	Kil, Yong Won	369
• US P2P lending status and legal regulation	Roh, Tae Seok Seok Ji Woong	405
• A legal study on Supervision and Regulation of Foreign Banks in Germany	Lee, Jong Ho	431
• Patent infringement by cross-border activities	Kim, Dong Jun	489
• The Study on the International Comparisons of Legislation and Judicial Precedents on Position Marks	Chae, Jong Il	523
• A Study on Environment Impact Assessments under the Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty	Lee, Kil Won	555
• A Study on Systematic Review of normative Structure of EU Law	Lee, Jae Hoon	579
• Legal Issues of End-of-War Declaration in the Korean Peninsula	Choi, Cheol Young	625

문화유산관리의 법적주체와 관할경합

- 프랑스 제도의 합의* -

권 채 리**

【목 차】

I. 들어가며	1. 계약방식을 통한 협력
II. 관리의 귀속 : 국가와 지방자치단체	2. 공공단체간의 협력
1. 국가의 전통적 역할	3. 소 결
2. 문화지방분권론의 등장	IV. 사인(私人)관리
3. 소 결	1. 비영리법인
III. 공법인 사이의 협력 : 공법인 역할의 다양성의 가능성	2. 제3섹터의 활동 : 메세나(Mécénat)
	V. 마치며

【국 문 요 약】

일반적으로 문화영역에 있어서 문화유산 부분은 다른 분야에 비해 국가의 개입이 두드러지기 마련이다. 그런데 여기서 프랑스의 경우에는 특히 주목할 점이 있다. 즉 프랑스에서는 1980년대 이래 나타난 집중적인 지방분권에 이어 2000년대 들어 이 흐름이 더욱 가속화되었다. 근래 한국에서는 문화자치 등에 관하여 관심이 고조되고 있으나 본격적 지방자치의 역사가 짧은 탓에 그 논의는 아직 미숙한 단계에 머물고 있음이 사실이다. 따라서 한국의 문화재정책은 여전히 국가의 강한 주도적 역할 하에 놓여 있고, 국가와 지방자치단체 간의 협력 또는 지방자치단체 간의 협력도 프랑스에 비해 경직되어 있다. 대신에 재단과 협회와 같은 사법인의 역할이 - 부분적으로 프랑스의 영조물 법인과 같은 역할을 수행하며 - 비교적 활발한 것으로 보인다. 사실 메세나 및 민·관협력은 오늘날 문화재 보호와 관리에 있어서도 점차 그 역할을 확대해가고 있다.

* 이 논문은 한국법제연구원에 2016년 보고된 ‘프랑스의 문화유산 관리주체에 관한 연구’를 논문 형식으로 개편하고 수정·보완한 것임.

** 한국법제연구원 부연구위원.

그러나 지방분권과 제3섹터의 등장에도 불구하고, 국가가 여전히 주된 보호자 역할을 하고 있다는 점은 지적되어야 할 것이다. 즉, 문화적 분권이 상당히 앞서 있는 프랑스에서나, 또는 지방분권에 상대적으로 뒤늦게 관심을 가진 한국에 있어서나 모두 공통적인 사실은 적어도 문화재보호에 있어서만큼은 국가이익이 여전히 압도적이라는 점이다. 물론 국가의 역할이 과거보다는 부분적으로 도전을 받고 있으며, 또 이 국가이익 또는 국익이 이른바 ‘지방화된 국가이익’의 형태로 나타나고 있음 또한 주지의 사실이다.

I. 들어가며

전 세계에서 가장 먼저 문화부를 창설한, 그리고 흔히 ‘문화의 나라’로 불리는 프랑스는 현존하는 국가 중 문화분야에서 행정적·입법적으로 가장 앞선 제도를 보유하고 있다. 프랑스 혁명기간의 역사적 기념물이 프랑스의 문화적 주권을 방어하는 상징물이었음을 상기할 필요가 있다. 이러한 경험을 토대로 프랑스에서는 문화유산이 프랑스적 가치인 동시에 보편적 가치를 띠는 것이다.

기존의 문화유산 관련 선행연구는 문화유산 유형별로 복원, 활용을 포함한 보호에 대한 검토에 초점이 맞추어졌고 보다 거시적 관점에서 문화유산을 운용하는 관리주체에 관한 논의는 잘 이루어지지 않았다. 이와 같은 인식에 바탕을 두고 본 연구에서는 문화재의 관리주체, 다시 말해 전통적인 국가의 개입 및 문화지방분권 현상, 그리고 재단법인과 사단법인과 같은 비영리법인의 역할 등을 검토하고자 한다. 즉, 문화유산의 관리주체로서의 국가와 지방자치단체, 공법인 간의 협력 그리고 비영리법인을 비롯한 사적주체로 나누어 비교연구를 진행하려 한다. 프랑스와의 비교연구는 두 나라 사이에 존재하는 역사적, 정치적, 사회적, 인류학적, 지리학적, 그리고 문화적 동질성과 이질성의 인정 위에 출발한다.

한편, 본 연구에서는 주로 문화유산이란 용어를 사용하나 문맥에 따라서 문화유산과 문화재 두 용어를 혼용한다. 우리나라에서는 「문화재보호법」에서 문화재로 명명하고 있기는 하지만 문화재라는 용어에서 ‘재화’라는 재산적 가치를 내포하고 있기에 점차 정책적으로는 문화유산을 많이 쓰고 있는 실정이다. 「문화유산과 자연환경자산에 관한 국민신탁법」 또한 그러하다. 프랑스에서 문화유산

은 ‘patrimoine culturel’로 표현되는 바, 접두어 ‘patr-’는 조상으로부터 내려오는 유산의 의미를 함축하고 있어 프랑스의 법제에서는 문화유산이라고 표기하였다.

궁극적으로 프랑스와 한국 간의 비교연구를 통하여 한국의 문화유산 보호제도에 유용한 시사점을 제공하려는데 그 주안점이 있다.

II. 관리의 귀속 : 국가와 지방자치단체

1. 국가의 전통적 역할

가. 문화에 대한 공권력¹⁾의 개입

문화재 또는 문화유산의 공공재적 가치로 말미암아 대부분의 국가에서 문화유산의 보호에 있어 국가의 개입은 당연한 것으로 간주되지만, 문화는 그 특성상 자유, 자율성을 근간으로 하기 때문에 공권력 개입에 일정한 제한이 추구되는 경향이 있다. 문화에 대한 국가의 개입을 명문으로 정한 규정으로는 1946년 10월 27일 헌법을 꼽을 수 있다. 전문(前文) 13문(항)에서 “국가(Nation)는 아동과 성인의 교육, 직업훈련, 문화에의 평등한 접근권을 보장해야 한다”²⁾고 정하고 있는데 이는 현행 헌법인 프랑스 제5공화국 1958년 헌법 전문에 그대로 계승되었다.³⁾

그러나 프랑스법에서 문화에 대한 국가의 개입, 나아가서는 모든 분야에 있어 원용할 수 있는 원칙이 존재하는데 바로 “공공서비스”(service public) 원칙이다. 문화 공공서비스(service public culture) 원칙은 1926년 판례에 의하여 형성되어 교육, 환경, 스포츠, 청소년, 외무부 등에서 분산되어 수행되다가, 마침내 1959년

1) 여기서 국가의 개입 내지 관여를 뒷받침하는 ‘힘’ 내지 ‘영향력’을 편의상 우리나라에서 보편화된 용어인 공권력으로 쓰고 있으나 이는 독일의 oeffentliche Gewalt의 번역어이고 프랑스의 경우 puissance publique 또는 puissance étatique에 해당된다.

2) “La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, la formation professionnelle et à la culture.”

3) “프랑스 국민은 1789년 인간과 시민의 권리선언에서 규정되고 1946년 헌법 전문(前文)에서 확인·보완된 인권과 국민주권의 원리, 그리고 2004년 환경헌장에 규정된 권리와 의무를 준수할 것을 엄숙히 선언한다. 공화국은 이상의 원리들과 국민들의 자율적인 원칙에 따라, 공화국에 병합할 의사를 명백히 하고 있는 해외영토에 대하여도 자유·평등·박애의 보편적 이념에 입각하고 그들의 민주적 발전을 위해 구상된 새로운 제도들을 제공한다.”

세계 최초의 문화부 창설⁴⁾로 이어졌다.⁵⁾

나. 문화유산 보호에 있어서 국가의 주도적 역할

우리나라 「문화재보호법」 제4조 제1항에서 “국가는 문화재의 보존·관리 및 활용을 위한 종합적인 시책을 수립·추진하여야 한다.”고 밝히고 있는 바와 같이 국가는 문화유산을 보호할 의무가 있다. 물론 상대적으로 민간의 역할이 두드러지는 미국이나 영국에서 문화유산 보호를 위한 국가의 개입은 프랑스나 우리나라에 비해 제한적으로 나타난다.

최초의 문화 관련 기관 설립을 정확히 어느 시점으로 삼을지는 대해서는 의견이 분분하다. 다만 콜레주 드 프랑스⁶⁾(Collège de France)나 프랑스 한림원(Académie française) 등이 일정 부분 문화기관의 역할을 했다고 볼 수 있고 이 시기, 즉 16~17세기 예술과 문화발전의 원동력은 왕족의 후원 아래 이루어졌다.

프랑스에서 문화유산의 보호는 1789년의 프랑스 혁명을 계기로 18세기에 구체화되어 19세기 말부터 문화유산 보호를 위한 다양한 법령이 제정되었다. 반달리즘(vandalisme) 즉 문화·예술의 파괴를 일삼는 만행으로 멸실, 훼손된 예술작품 및 건축물의 보호가 공적개입으로 이어진 만큼 프랑스에서는 문화유산 보호에 있어 국가의 역할은 절대적일 수밖에 없었다. 문화유산에 대한 국가의 개입이 본격적으로 시작된 시기이며 이와 같은 맥락에서 “프랑스 혁명으로 문화유산은 국가의 소유가 되었다”⁷⁾고 일컬어진다.

‘국가문화유산’(patrimoine culturel étatique)을 위한 법제의 예는 다양하다. 문화유산에 관한 첫 번째 입법인 역사적 기념물에 관한 1887년 법률에서는 역사적·예술적 관점에서 ‘국가이익 또는 국익’(intérêt national)을 가진 기념물에 한하여 문

4) Décret des 3 février, 22 et 24 juillet 1959. 문화부 설립 시 첫 번째 공식명칭은 문화공무부(Ministère des Affaires Culturelles)였다. 그 후 반세기동안 여러 명칭을 거쳤고, 현재는 문화부(Ministère de la Culture)이다.

5) 당시 문화부의 수립은 문화를 수단으로 공동의 정체성을 확인함을 통해 국가를 재건하고 사회를 통합하기 위한 데 목적이 있었다.

6) 콜레주 드 프랑스는 1530년 프랑스와 1세 때 설립된 고등교육기관으로 현재 교육과정은 수학, 자연과학, 철학, 사회학, 역사학, 언어학, 고고학 등 7개의 과목으로 이루어져 있다.

7) Le « fait national » de J.-P. BABELON et A. CHASTEL, cité in L. TOUZEAU, *La protection du patrimoine architectural contemporain : recherche sur l'intérêt public et la propriété en droit de la culture*, Texte remanié de thèse pour le doctorat de 2009 de l'Université Paris-Sud XI, L'Harmattan, 2010, p.189.

화유산으로 인정하였다. 도시계획법에 따른 지구지정에서 국가의 결정권 또한 막강하였다. 1950년대 후반에 추진된 도시재건 정책에서 고도(古都)를 보전할 필요성에서 보전지구(secteurs sauvegardés) 제도를 도입하였는데 이 보전지구의 지정은 국가의 통제와 주도 아래 이루어졌다.

그러나 1980년대의 문화지방분권 움직임에 이어 2000년대 들어 상당한 부분이 있어 지방자치단체로 권한이 이전되면서 국가 중심의 문화유산 보호는 이후 큰 변화를 맞이하였다.

2. 문화지방분권론의 등장

가. 개관

1959년 세계 최초로 문화부를 설치하며 프랑스 공권력은 문화정책에 적극적으로 개입하였고, ‘문화민주주의’(démocratisation culturelle), ‘문화 지방분권’(décentralisation culturelle), ‘문화적 다양성’(diversité culturelle) 등의 원칙을 확립하였다. 1960년대와 1970년대가 문화 민주주의 등이 뿌리 내리는 시기였다면, 1980년대 들어 나타난 지방분권 현상은 문화재 관리에 있어 다각도로 많은 영향을 미쳤다. 지역 공동체에 있어 문화재는 경제적, 정체성, 정치적 가치의 지표이기 때문이다. 이러한 까닭에 프랑스에서 문화 권한분배 시 각 지방에서는 문화재를 선점하고자 하였다.

1980년대 들어 본격적으로 추진된 문화지방분권 현상은 1970년대 초반까지 국가가 운영하는 ‘문화의 집’(Maison de la culture)을 통해 지방의 문화정책을 관리해온 점, 그리고 1970년대 말부터 시(市)가 문화비 지출의 절반을 부담한 점 등이 작용했다.⁸⁾ 또한 광역문화사무국(Direction régionale des affaires culturelles, DRAC)과 광역현대예술기금(Fonds régional d'art contemporain, FRAC) 등과 같이 행정분산(déconcentration) 방식을 통하여 중앙정부의 역할을 레지옹(région) 등 지방자치단체에 분산하는 장치도 이 시기에 마련되었다.

1982년부터 2004년까지 집중적으로 나타난 프랑스의 지방분권을 향한 노력은

8) 변해철, “프랑스 문화분야에서의 국가와 지방자치단체 간의 권한분배에 관한 소고”, EU연구 제10호, 한국외국어대학교 외국학종합연구센터 EU연구소, 2002, 155면.

법의 제·개정에는 물론 실험적(expérimentale) 방식의 시도 등을 통해 나타났다.

나. 1982-1983년의 지방분권법

일명 드페레(Deffere) 법이라 일컬어지는 ‘꼬문, 데파르트망과 레지옹의 권한과 자유에 관한 1982년 3월 2일자 법률’⁹⁾은 주된 내용은 지방자치단체의 자유로운 행정 및 영토적 관점에서의 지방분권에 관한 것으로 민주주의와 지방분권의 기반이 되는 입법이라 할 수 있다.

꼬문, 데파르트망, 레지옹과 국가 간 권한분배에 관한 1983년 7월 22일자 법률¹⁰⁾의 입법목적은 국가와 지방자치단체 간의 권한분배 방식에 관하여 일반원칙을 정립하는데 있다. 특히나 기존에 ‘지방사무’(affaires locales)로 표현해왔던 문구를 ‘자치사무’(affaires de leur compétences)로 명명하였다는 점이 바로 그 같은 사례이다. 또한 이 법률에서는 두 가지 중요한 원칙을 세우고 있는데, 하나는 지방자치단체 간의 권한중첩을 회피하기 위한 목적으로 만든 ‘권한블록배분원칙’¹¹⁾(principe de répartition des compétences par blocs de compétences)과 ‘지방자치단체 간 경쟁원칙’(principe de concours entre collectivités locales)이다.

1983년 7월 22일자 법률은 문화와 관련하여 크게 두 분야에서 지방자치단체로의 권한이양을 정하고 있는데, 보다 정확히 말하면 데파르트망(département)으로의 권한이양이라 할 수 있다. 우선, 기존에 국가에서 관할하던 도서관 사무가 중앙정부의 통제¹²⁾ 하에 데파르트망으로 이전되었다.

또 다른 권한이양은 고문서(archives)에 관한 것이다. 꼬문, 데파르트망, 레지옹 모두 고유의 고문서를 수집해야 하므로 관련 부서를 두는 것은 필요하다. 이전에

9) Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, J.O. du 3 mars 1982, p.730, modifiée par la loi n° 82-623 du 22 juillet 1982, J.O. du 23 juillet 1982, p.2347.

10) Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, J.O. du 9 janvier 1983, p.215 complétée par la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983, J.O. du 23 juillet 1983, p.2286.

11) 각 지방자치단체의 규모 등을 고려하여 가장 효율적으로 수행할 수 있는 자치단체에 권한을 독점적으로 배분하여 그 활동영역에서 총괄적인 권한을 갖도록 하는 이른바 총괄적 권한배분 방식이다. 예를 들어, 교육의 경우 중학교(collège)는 데파르트망이 권한을 갖고, 고등학교(lycée)는 레지옹 관할이다. 전훈, 프랑스 지방분권법, 경복대학교 출판부, 2013, 56면.

12) 국가는 도서수집(collection)의 품질, 문헌정보관리(gestion des ressources documentaires) 등에 관하여 기술적 통제(contrôle technique)를 한다.

도 고문서에 관하여는 데파르트망이 재정적으로 가장 많이 부담을 해 왔으나 국가의 관할에 속하였다. 그러므로 1983년 법률을 계기로 고문서에 관한 데파르트망의 독립적이고 고유적인 권한을 확인하게 되었다고 볼 수 있다.

아울러 이른바 ‘1%의 원칙’(1% artistique, 1% culturel, 1% décoratif)도 1983년 법에서 확립되었다. 꼬뮌, 데파르트망, 레지옹은 1년 건축예산 중 1%를 예술공사에 투자할 의무를 진다. 특히 중고등학교(중학교는 데파르트망, 고등학교는 레지옹)의 개보수, 관공서, 박물관 등에는 반드시 1%의 의무가 지켜져야 한다.

이 외에도 1983년 법으로 인해 지방자치단체가 지방문화재의 보호와 활용에 개입할 수 있는 가능성이 열렸는데, 건축·도시·경관 문화재 보호권(Zone de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager)이란 건축물과 그 주변을 지정하는 새로운 방식의 부동산 문화재 보호를 제정한 것이다. 보호권을 지정함에 있어 꼬뮌과 국가가 공동으로 결정하는 절차가 법적으로 보장됨에 따라, 꼬뮌은 - 비록 재정적인 부담은 있지만 - 도시계획에 있어 권한을 갖게 되었다.

이렇듯 1982~1983년에 걸쳐 이루어진 지방분권 개혁은 프랑스 지방자치 역사에 있어 매우 중요한 전환기를 마련하였음에도 불구하고 문화유산 관련해서는 미미한 정도의 권한이양이 이루어졌다. 사실, 이 시기의 의미있는 변화 중 하나는 중앙정부와 지방자치단체의 새로운 협력방식 - 이 경우 계약을 통한 -이 마련되었다는 점이다. 1974년의 문화헌장(Charte Culturelle) 및 1982년의 문화협약(Convention Culturelle)이 그 대표적 예이다. 이에 관하여는 후술한다.

다. 2000년대 지방자치단체의 비약

1) 실험적 방식의 문화지방분권 프로토콜(규약)

지방자치단체와 새로운 관계를 정립하고자 하는 국가의 의지는 2001년 실험적 방식의 문화지방분권 프로토콜(protocoles de décentralisation culturelle à titre expérimental)로 발현되었다. 이는 국가와 지방자치단체가 3년 동안 계약을 맺어 문자 그대로 시범적으로 시도하는 방식을 일컫는다. 3년의 실험 후 평가를 통해 계속 수행하는 게 적절하지 않다고 판단이 되면 더 이상 지속하지 않기 때문에 효율적이며 합리적인 측면이 있다. 즉 프로토콜 시행 전으로 돌아갈 수 있는 ‘가

역성'(可逆性)(réversibilité)을 프로토콜의 가장 큰 장점으로 꼽을 수 있다고 본다. 또한 2004년 분권법에서 정하는 실험법(droit à expérimentation)은 권한이양을 받는 지방자치단체에 선택권을 부여하고 있는 것이다.

프로토콜은 문화분야 전체를 대상으로 하지는 않으며 지방정부의 선택에 따라 문화유산과 예술교육 두 분야에서만 시도되었다. 또한 교문은 적합하지 않다는 판단 하에 레지옹과 데파르트망만 참여하였다. 아무튼 실험방식에 의해 각 지방자치단체별로 권한이 배분되었는데, 문화유산의 경우 비보호농촌문화유산(patrimoine rural non-protégé, RPNP) 관리를 위한 예산이 데파르트망이 갖게 되었고 이는 이후 2004년도 지방의 자유와 책임에 관한 법에 규정되었다.

주의할 점은 2003년 헌법개정과 2003년 8월 1일자 조직법률에 따라 헌법 제 37-1조¹³⁾에 명문화된 이른바 '규범적 실험'(expérimentation normative)과는 구별된다는 점이다.¹⁴⁾

2) 근접민주주의에 관한 2002년 2월 27일자 법률

근접민주주의에 관한 2002년 2월 27일자 법¹⁵⁾은 두 가지 주제를 담고 있는데 하나는 권한이전을 통한 문화지방분권이고, 다른 하나는 프로토콜의 경험의 법적 명문화이다. 이에 따라 기념물과 예술품의 목록작성, 부동산 문화유산의 역사적 기념물의 추가적 목록에의 등록, 역사적 기념물의 유지보수 공사 등 문화유산에 관한 다섯 가지의 실험적 방식의 권한이전과 그 방식을 정해 놓았다. 그러나 지방정부로서는 관련 권한이전을 요청할 만큼의 충분한 유인책이 부족했기에 철저히 외면 받는 결과를 낳았다. 따라서 결과적으로 비록 사문화되었지만 2000년도의 프로토콜과 후술하는 2004년도 법에 의한 권한이전 사이에서 계주자로서 역할을 했다는 점에서 의미가 있다고 할 것이다.

3) 지방의 자유와 책임에 관한 2004년 8월 13일자 법률

13) “법률과 행정입법은 정해진 목적과 기간 내에서 실험적 성격의 조항을 포함할 수 있다.”(헌법 제37-1조)(La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental.)

14) J.-M. PONTIER, « Les expérimentations en matière de patrimoine », *Pouvoirs locaux*, n° 63 IV, La Documentation française, Décembre 2004, p.72.

15) Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

2004년도는 문화유산에 있어 특별한 해이다. 문화유산법전(code du patrimoine)이 제정되었고, 문화부의 개편에 따라 조직이 신설되었으며 그리고 이른바 ‘지방분권의 제2막’(acteII de la décentralisation)이라 불리는 지방의 자유와 책임에 관한 2004년도 8월 13일자 법률¹⁶⁾이 제정되었기 때문이다.

2004년도 법은 2002년 2월 27일 법에서 특히 문화유산의 일반목록과 역사적 기념물 등 다섯 가지의 권한이전을 이어 규정하였는바 구체적 내용은 다음과 같다. 첫째, 문화유산의 일반목록(inventaire général du patrimoine culturel)의 작성에 관한 권한이 레지옹으로 이전되었다. 레지옹은 목록의 작성을 협약으로 다른 지자체에 위임할 수 있다. 둘째, 지방자치단체는 국가 또는 역사적기념물센터(Centre des monuments historiques)에 속하는 역사적 기념물의 소유를 요청할 수 있다. 이는 역사학자 René Rémond이 작성한 보고서에 근거하여 이루어졌는데, Rémond 보고서에서는 기념물을 국가소유로 유지되어야 할 (부동산) 문화유산(136개), 지자체에 이전가능한 문화유산(84개), 이전하는 것이 바람직한 문화유산(78개) 이렇게 세 그룹으로 분류하였다. 따라서 결과적으로 가장 유명하고 수익성이 있는 문화유산은 여전히 국가의 그늘 아래 머물렀고 이전대상에서 제외되었기에 지방의 이양요구도 생각 외로 저조할 수밖에 없었다. 세 번째 권한이전은 국가와 국립박물관이 관리하는 중요 작품을 지방박물관으로의 대여이다. 대여는 국가와 지자체 간의 협약을 통해 무상으로 이루어진다. 넷째, 역사적 기념물의 유지 및 복원공사 예산의 레지옹으로의 이전으로 단 국가 소유의 역사적 기념물은 대상이 아니다. 마지막으로 다섯 번째 권한이전은 비보호농촌문화유산(patrimoine rural non protégé)의 예산이 데파르트망으로 이전된 것이다.

위의 다섯 가지 권한이전 외에 건축유산, 경관 등의 건축계획에 전권을 행사하며 국가이익을 대변하던 프랑스 문화유산 건축사(Architecte des bâtiments de France, ABF)의 권한이 대폭 축소되었다는 점을 들 수 있겠다.

3. 소 결

16) Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, J.O., n°190 du 17 août 2004, p.14545.

가. 지방분권론의 대두 이후 문화유산의 관리양상

2002년도, 2004년도 법을 통한 지방분권 외에도 부동산 문화유산의 지구지정을 위한 도시계획 절차 수립에 있어 지방의 권한은 향상되었다. 그런데, 앞서 살펴 본 1980년대부터 2000년대에 이르는 지방분권이 영토적 지방분권(décentralisation territoriale)이라면, 프랑스에는 기능적 지방분권(décentralisation fonctionnelle)도 존재함을 유념해야 한다. 2002년의 문화협력영조물법인(établissement public de coopération culturelle)의 도입 및 법인화, 그리고 국가권한서비스¹⁷⁾를 통한 국립박물관의 운영체제 변화는 문화부문의 기능적 지방분권을 강화시키는 계기가 되었다.

그러나 영토적·기능적 지방분권으로 지방자치단체가 문화유산 보호에 있어 일차적 관리자로 전환된 것은 아니다. 즉, 과거에 비하여 중앙에서 지방으로 상당한 정도로 지방분권이 이루어졌지만 여전히 국가가 영향력을 유지하고 있는 것도 사실이기 때문이다. 이에 대한 대표적인 예로 국가의 과학적·기술적 통제(contrôle scientifique et technique)를 꼽을 수 있는데, 1980년대 지방분권개혁에서 도입된 것으로¹⁸⁾ 이를 통해 지방자치단체에 귀속된 문화유산에 대하여 절차상 개입을 통해 국가 차원의 일관성을 유지한다. 그리고 지방의 자유와 책임에 관한 2004년 8월 13일자 법률에서 문화유산의 일반목록(inventaire général du patrimoine culturel) 작성을 레지옹으로 이전하였는데¹⁹⁾ 목록을 작성할 때 국가의 과학적·기술적 통제가 행해짐에 따라 국가이익과 지방이익이 공존한다고 볼 수 있다.

나. 시사점

17) 국가권한서비스(Service à compétence nationale)는 1997년 시행된 제도로 독립적인 법적위상을 지니지는 못하지만 기관장에게 박물관 운영에 관한 행정권한을 부여하는 제도로 우리나라의 책임운영기관과 유사하다.

18) “국가는 문화유산의 조사, 보존 및 활용을 담당하는 꼬뮌, 데파르트망, 레지옹 소속의 과학적·기술적 corildawk 활동에 대하여 통제를 행한다.”(꼬뮌, 데파르트망, 레지옹의 권한과 자유에 관한 1983년 7월 22일자 법률 제 65조)

19) “문화유산 일반목록은 문화적, 역사적 및 과학적 가치를 지니는 문화유산의 정보를 조사연구하고 알리는 것이다.”(지방의 자유와 책임에 관한 2004년 8월 13일자 법률 제95-I조)

프랑스는 단일국가로서 나름대로의 방식과 전통에 따라 지방분산의 체제를 운용해오고 있다. 한국 또한 1300년의 역사를 가진 단일국가로서, 프랑스처럼 중앙 집중적 모델을 취하고 있으나 분단을 포함하는 특유의 정치적 상황으로 말미암아 지방자치 실현의 역사가 짧으며, 지방자치단체의 낮은 재정자립도로 인하여 중앙 의존성이 강하다는 점에서 두드러진 차이점이 있다. 따라서 전반적으로 한국의 문화유산 정책은 여전히 강한 국가의 주도적 역할 하에 놓여 있다. 이러한 배경에서 주목할 점은 우리나라는 1962년 문화재보호법 제정 당시부터 문화재 지정의 주체로서 지방자치단체가 관여했다는 점이다. 다시 말해, 우리나라의 문화유산 관리제도 있어 지방자치단체의 개입이 가장 두드러지는 부분은 지정제도라 할 수 있다.

우리나라와 프랑스 모두 지정·등록제도를 통하여 문화재 중 특히 보호할 가치가 높은 대상을 선정하여 중점적으로 관리하는 중점보호주의를 취하고 있다. 프랑스에서 협의의 지정제도는 역사적 기념물(monuments historiques)의 지정을 가리키는데 지정절차에는 지방자치단체와 국가가 단계별로 참여한다. 반면, 우리나라의 경우 문화재보호법 제2조에서 정하는 문화재는 각각 지정권자별로 국가와 지방자치단체에 의해 지정된다. 국가지정문화재는 3,940건, 시도지정문화재는 5,991건에 달한다.²⁰⁾ 비록 일본법을 계수하면서 도입된 것일지언정 당시의 국내 지방자치의 수준을 감안하면 이는 상당히 의미가 있다고 보인다.

III. 공법인 사이의 협력: 역할의 다양성

1. 계약방식을 통한 협력

가. 문화현장

문화현장(Charter culturelles)은 1974년 당시 국무장관(Secrétaire d'Etat)이던 미셸 귀(Michel Guy)가 고안한 것으로 국가는 지역문화의 진흥을 촉진하고 문화사

20)

http://www.cha.go.kr/html/HtmlPage.do?pg=/cultural_info/cultureTotal_ccrebasei_kor.jsp&mn=NS_03_07_03 2017년 12월 31일 기준 통계임.(최종방문일 2018.11.30.)

업을 공동으로 추진하기 위하여 꼬문, 레지옹 등과 공동으로 협약을 체결한다.²¹⁾

초기 3년 동안 국가는 열 한 개의 시, 다섯 개의 레지옹 등과 26개의 문화현장을 맺었고, 문화분야에 있어 국가와 지방자치단체 간의 최초 계약방식이지만 국가가 지방자치단체로 재정적 부담을 전가하는 수단으로 여겨졌기에 성공적으로 평가받지는 못했다. 그러나 문화현장의 긍정적인 측면도 물론 없지는 않다. 즉, 축제, 전시행사 등 다양한 영역에서 국가, 민간단체 등과 협력하며 문화정책의 발전에 큰 몫을 하였고 지방정부의 문화에 대한 영향력을 키우는 계기가 되었기 때문이다. 또한 계약 당사자인 지방자치단체의 지위, 참여의 방식, 국가와 지방자치단체 간 예산 배분, 계약의 기간 등이 사업마다 다르게 설정되는 점 또한 지역과 문화의 특수성을 반영할 수 있다는 점에서 협약의 장점으로 꼽힌다.

문화현장은 그 뒤 이보다 개선된 방식인 문화발전협약(Conventions de développement culturelle)으로 대체된다.

나. 국가-레지옹 계획계약

계획화의 개혁에 관한 1982년 7월 29일자 법²²⁾에 따라 국가는 정책 및 중요계획의 시행을 위해 지방자치단체, 레지옹, 공기업 또는 사기업 그리고 경우에 따라 기타 법인과 당사자의 상호적 참여를 정하는 계획계약을 체결할 수 있다(제11조).²³⁾

계획계약에 관한 법은 지방분권이 시행됨에 따라 제정되어 1984년부터 실시되고 있다.²⁴⁾ 계획계약은 국토정비 및 중앙정부와 지방정부 관계의 현대화 등 국가와 지방자치단체의 균형적 발전을 목적으로 도입되었다. 사실 구체적 사업 단위로 계약이 체결되고 국가와 지자체 간 협의를 통해 투자예산의 범위를 정한다는

21) 정확히 말하면 문화부의 업무를 수행하기 위해 각 레지옹에 설치된 광역문화사무국(Direction régionale des affaires culturelles, DRAC)과 지방자치단체 간에 체결된다.

22) Loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant la réforme de la planification, J.O. du 30 juillet 1982, p.2441.

23) “L’État peut conclure avec les collectivités territoriales, les régions, les entreprises publiques ou privées et éventuellement d’autres personnes morales, des contrats de plan comportant des engagements réciproques des parties en vue de l’exécution du plan et de ses programmes prioritaires.”(art.11)

24) 따라서 지방분권 이전에 체결된 국가-지자체 간 협약은 진정한 계약이 아니라 당사자 간의 합의에 지나지 않는다고 보는 시각도 있다.

측면에서 보면 계획계약은 그 이전의 방식에 비하여 발전한 것은 분명하다. 그럼에도 불구하고 현실적으로 계획계약은 국가와 레지옹 간의 평등한 파트너십을 기반으로 하지는 않는다. 왜냐하면 계약은 국가에 의해서만 해지될 수 있고 재정적인 측면에서도 국가 쪽의 부담이 상대적으로 덜 하기 때문이다.²⁵⁾ 이러한 연유로 계획계약에 있어 주도권은 국가가 가지고 있는 셈이다.

계약은 국가의 대표인 레지옹지사(préfet de régions)와 지방자치단체 대표에 의하여 체결되며, 레지옹은 계약의 목표를 달성하기 위해 다른 당사자와 별도로 계약을 체결할 수 있다.

계획계약은 전술한 바와 같이 국가가 영화제, 음악공연과 같은 문화사업을 추진함에 있어 재정적 부담을 경감시켜준다는 측면에서 국가에 유리하고, 레지옹 입장에서는, 예를 들어 국가와 꼬문이 전담하던 문화유산 분야 등에 새로운 방식으로 참여할 가능성을 열었다는 점에서 긍정적으로 평가받는다.

한편 문화유산과 관련하여 계획계약은 문화헌장보다 많이 쓰이는 수단으로서 중세문화유산·교회·수도원의 복원, 비보호농촌문화유산(patrimoine rural non protégé)·해양문화유산의 보호, 문화유산목록(inventaire du patrimoine)의 작성, 자연유산·문화유산·산업문화유산의 활용, 고고학 발굴 지역의 조사와 활용 등에 있어 이용되어 오고 있다. 특히 1차 계획계약에서 5차에 이르기까지 문화유산의 활용은 여러 레지옹에서 꾸준히 다루었다.

계획계약은 1984년부터 5년 단위로 체결되어오다가 제4차 계획계약(2000-2006)부터 유럽구조기금(fonds structurels européens)과의 조화를 목적으로 7년 단위로 체결되고 있다. 즉 계약 기간은 제1차(1984-1988) 및 제2차(1989-1993)는 5년, 제3차(1994-1999)는 6년, 제4차(2000-2006) 및 제5차(2007-2013)는 7년이다. 한편, 제6차 계획계약(2015~2020)에 문화는 포함되지 않는다.

다. 지방자치단체에 대한 실험

2003년도의 헌법개정²⁶⁾에 따라 지방자치단체는, 헌법 제34-1조 및 제72조 및

25) 레지옹은 30~60%의 예산을 부담한다.

26) Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, J.O. du 29 mars 2003 p.5568.

지방자치단체법전(code général des collectivités territoriales) 법률편 제1113-1조에 근거하여, 실험적 방식으로 기존의 국가사무 또는 새로운 관할영역에 참여할 수 있다. 프랑스 제5공화국 헌법 제72조 제4문은 “공적 자유의 행사를 위한 기본 요건 또는 헌법에서 보장하는 권리에 반하는 경우를 제외하고, 지방자치단체·지방자치단체연합은 법률 또는 행정입법에서 정하는 경우, 조직법에서 정하는 바에 따라 한정된 대상과 기간에 한하여 실험적 방식으로 해당 권한실행에 대한 관련 규정의 특례를 규정할 수 있다.”고 규정한다.²⁷⁾ 이는 실험(expérimentation) 방식을 도입한 2000년도의 문화지방분권 프로토콜의 성공적 경험에서 비롯된 것으로 국가와 지방자치단체가 3년간의 계약기간 동안 시범적으로 시행해보고 지속여부를 결정하는 방식이다. 때문에 가역성과 유연성을 실험적 방식의 강점으로 꼽을 수 있다.²⁸⁾

2000년도의 프로토콜에서 등장한 이른바 ‘선도적 지방자치단체’ (collectivité chef de file)도 2003년도의 헌법 개정에서 명문화되었는바, 실험적 방식이 헌법으로 수용된 또 다른 예이다.²⁹⁾

실험적 방식 또는 실험법은 전술한 지방의 자유와 책임에 관한 2004년도 8월 13일자 법률에서 역사적 기념물의 유지와 복원공사를 위한 예산운용 관련하여 구체화되었다.³⁰⁾ 문화현장이나 국가-레지옹 간의 계획계약과 마찬가지로 실험적 방식에 있어서도 국가가 주도한다.

27) “Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences.”(Constitution, art.72, al.4)

28) 이에 대하여는 전훈, “실험법과 지방자치”, 한국지방자치법학회 학술대회 자료집, 한국지방자치법학회, 2005, 59-84면 참조.

29) “어떠한 지방자치단체도 다른 지방자치단체에 영향력(tutelle)을 행사할 수 없다. 단, 특정한 권한이 수개의 지방자치단체의 협조를 요하는 경우에 법률은 그 중 1개의 지방자치단체 또는 지방자치단체연합이 공동의 활동방식을 정할 수 있도록 허용할 수 있다.”(헌법 제72조 제5문) (Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune.)(Constitution, art.72, al.5)

30) “Une expérimentation est engagée dans un délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, pour une durée de quatre ans, afin de permettre aux régions et, à défaut, aux départements, de gérer les crédits budgétaires affectés à l'entretien et à la restauration des immeubles, orgues et objets mobiliers classés ou inscrits au titre du titre II du livre VI du code du patrimoine n'appartenant pas à l'Etat ou à ses établissements publics.”(art.99-I).

2. 공공단체간의 협력

가. 문화공익단체(Groupement d'intérêt public culturel)

공익단체(Groupement d'intérêt public)는 프랑스의 연구와 기술적 발달을 위한 오리엔테이션 및 계획에 관한 1982년 7월 15일자 법률³¹⁾에 의해 생겨났다. 1987년 메세나법을 계기로 '연구'는 '문화'로 확대되었고, 1991년 11월 28일자 데크레³²⁾에 의해 문화공익단체로 확대 포괄되었다. 즉 이 데크레 제1조에 따르면 “법 인격과 재정자립을 갖춘 공익단체는, 정해진 기간 동안 문화활동을 수행하고 문화활동에 필요한 공동의 이익을 가진 시설과 서비스 일체를 만들고 관리하기 위한 목적 하에, 국가, 지방자치단체, 영조물법인, 사단법인과 그 밖의 사법인 간의 협약으로 설립될 수 있다.” 이를 통해 문화공익단체는 상대적으로 유연한 형태의 공법인임을 알 수 있다.

나. 꼬문간 협력 영조물법인(Etablissement public de coopération intercommunale, EPCI)

프랑스의 기초자치단체인 꼬문(commune)은 오랜 전통을 가지고 있는 자연발생적 공동체로서 대혁명 시기에 행정조직으로 인정되었다. 2018년 1월 기준으로 35,357개의 꼬문이 존재하는데³³⁾ 이 중 약 130개는 프랑스령 해외영토에 속한다.

권한의 일반조항(clause général de compétence)으로 꼬문의 문화영역에의 개입이 증대된 것은 사실이지만,³⁴⁾ 재정의 과중함은 늘 부담으로 작용해왔기에 이러한 난관을 극복하고자 하는 노력은 1999년 7월 12일의 코뮌간 협력강화 및 단순화에 관한 법³⁵⁾의 제정으로 꼬문연합체(intercommunalité)의 결성이 활발해졌다.

31) Loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, J.O. du 16 juillet 1982, p.2270.

32) Décret n° 91-1215 du 28 novembre 1991 relatif aux groupements d'intérêt public constitués pour exercer des activités dans les domaines de la culture, J.O. du 4 décembre 1991, p.15829.

33) 꼬문의 작은 규모는 근린자치의 이점도 있지만 효율적 행정과 국토관리 측면에서 각종 문제를 야기하여 수차례에 걸쳐 코뮌의 합병이 추진되었다. 그러나 별 다른 성과를 거두지 못함에 따라 코뮌간의 다양한 협력방식을 발전시키게 되었다.

34) M. VERPEAUX, « Intercommunalité et service public culturel », *AJDA*, 20 septembre 2000 spécial, p.116.

물론, 꼬뮈엔합체가 문화에 관한 공공서비스를 수행하기 위해 고안된 것은 아니었으나 도서관, 음악학교, 무용학교 등에 도입되며 결과적으로 문화영역에서도 중요한 협력방식으로 자리잡게 되었다.

한편, 2002년에 EPCC가 제정되면서 일부 EPCI는 EPCC로 변경되었으며 따라서 현재는 문화 관련 EPCI는 많지 않다. 또한 EPCI는 기타의 협력방식에 비하여 문화유산 분야에서는 덜 선호되는 방식인데, 박물관, 도서관 그리고 음악교육기관 등에서는 여전히 많이 쓰이고 있다.

다. 문화협력영조물법인(EPCC)

1) 도입배경

지방자치단체 간의 협력은 2001년도에 문화지방분권 프로토콜(protocoles de décentralisation culturelle)에서 처음 등장하였다. 당시 레지옹 Aquitaine 과 Lorraine은 문화재 데이터베이스를 구축하는 작업에 참여하였는데 이는 이듬해 문화협력영조물법인(Etablissement public de coopération culturelle)의 창설로 이어진다.³⁶⁾

프랑스에서는 전통적으로 크게 두 종류의 영조물법인이 존재하는데, 하나는 행정적 성격의 영조물법인³⁷⁾(établissement public à caractère administratif, EPA)과 다른 하나는 상공업적 성격의 영조물법인³⁸⁾(établissement public à caractère industriel et commercial, EPCC)이다. 그러나 기존의 방식으로는 문화 분야의 특수적인 요구를 충족하기에는 불충분했고 따라서 새로운 형식의 공공단체의 필요성이 대두되었다. 물론, 문화분야에서는 상대적으로 공법인 간의 협력이 덜 두드러

35) Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale.(약칭 Chevènement법)

36) Loi n° 2002-6 du 4 janvier 2002 relative à la création d'établissements publics de coopération culturelle. 이후 지방자치단체 일반법전으로 편입되었다.

37) 공공의 목적을 위해 일부 독립적인 행정과 예산을 수행하는 공법인으로, 문화분야에서는 국립도서관, 국립 보자르 학교 및 국립문화유산연구소(INP)와 같은 교육기관에서 이 방식으로 운영된다. 수익이 발생하지 않고 교유의 정책목적을 수행한다.

38) 산업 및 상업 활동이 목적이나 국가의 이익 및 이해와 연관되며 공공서비스의 형태를 띠는 경우가 해당된다. 대표적인 사례가 바로 SNCF(프랑스국가철도법인)이며 문화 관련해서는 파리오페라, 1680년 창설된 코메디프랑세즈, 라빌레트 공원 내에 있는 음악당 등이 있다.

진다.³⁹⁾ 비록 재단법인이나 사단법인과 같은 비영리법인이 종종 활용되기는 하지만 문화사무 수행을 사법인에게 전적으로 기대하기에는 적합하지 않은 측면이 있다. 또한 전술한 문화공익단체(GIPC)는 30년이라는 기간의 제약 및 자체 인력의 채용이 불가능하여 파견 형태로만 충원하다는 단점이 있었다. 그러므로 문화협력 영조물법인은 기존의 불충분하고 부적합한 관리방식을 개선하고 문화협력의 필요성에 부응하고자 하는 입법자의 의도가 적극적으로 반영된 데 따른 것이었다.

요컨대, 1980년대의 지방분권법에서 해소되지 못한 문화권한, 수십 년 전부터 얽혀 온 국가와 지방자치단체의 관계에 따른 권한의 중첩 그리고 점차 증대되고 있는 문화의 중요성 등이 새로운 형태의 영조물법인의 제정을 이끈 것이다.⁴⁰⁾

2) 문화협력영조물법인의 특징

명칭에서도 드러나듯이 입법자는 새로운 관리방식의 제정을 통해 문화공공서비스 수행을 위하여 지방자치단체 간의 ‘협력’을 조직화하고 공고히 하고자 하였다. 이 법인의 가장 큰 특징은 지방자치단체가 국가와의 협력 하에 법인을 만들 수 있다는 것이다. 지방자치단체법전에서는 “지방자치단체와 지방자치단체 소속 단체는 국가 및 국가의 영조물법인과 협력하여 관련 공법인의 이익을 대변하고 문화의 국가적 목표를 달성하는데 기여하는 문화공공서비스의 창설과 관리를 책임지는 문화협력영조물법인을 설립할 수 있다”(법률편 제1431-1조 제1항)⁴¹⁾고 규정하는 바, 이는 지방자치단체와의 협력을 통해 국익 및 국가의 문화정책을 실현하는 문화협력영조물법인의 성격을 나타낸다.

그런데, 동 법전 제1412-2조에서는 지방자치단체와 지방자치단체 소속 단체가 공사설립을 통해 독자적으로 문화공공서비스를 수행할 수 있다고 정하고 있어 전

39) “사실, 다른 종류의 지방자치단체 협력이 높은 수준으로 요구되는 문화지방분권의 요청에 부응하기에 전통적 형태의 공법인은 적합하지 않다.”(Il est vrai que les personnes publiques classiques étaient inadaptées aux exigences de la décentralisation culturelle qui suppose un haut degré de coopération entre les différentes collectivités territoriales.) D. GUILLARD, « Les établissements publics de coopération culturelle : premier bilan », *AJDA*, 30 janvier 2006, p.183.

40) J.-M. PONTIER, « L'établissement public de coopération culturelle : un nouvel outil juridique pour la culture ? », *AJDA*, 20 mai 2002, pp.430 et s.

41) “Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent constituer avec l'État et les établissements publics nationaux un établissement public de coopération culturelle chargé de la création et la gestion d'un service public culturel présentant un intérêt pour chacune des personnes morales en cause et contribuant à la réalisation des objectifs nationaux dans le domaine de la culture.”(art.L1431-1, al. 1er du CGCT)

술한 조항과의 관계에서 이론의 여지를 불러일으킨다.⁴²⁾ 제1412-2조가 문화협력 영조물법인에의 적용여부, 적용이 된다면 문화협력영조물법인의 창설에 국가의 참여가 의무적인지 등이 고려되어야하기 때문이다. 그러나 문화협력영조물법인에 관한 2002년 1월 4일자 법률은 국가의 협력 없는 문화협력영조물법인의 창설에 관한 조항을 마련하였고 이는 지방자치단체법전 법률편 제1412-3조로 편입되었다. 따라서 입법자가 문화협력영조물법인의 형식에 있어 국가와 지방자치단체 그리고 지방자치단체간의 협력 이렇게 두 가지 방식에 대한 가능성을 열어두었다.

문화협력영조물법인의 운영방식은 행정적 성격의 영조물법인과 상공업적 성격의 영조물법인 중에 정할 수 있으며 지방자치단체가 선택하게끔 명문화하였다. 행정적 성격의 영조물법인은 기념물과 예술품의 일반목록 작성이나 역사적 기념물, 박물관 관리 등에 적합하고, 상공업적 성격의 영조물법인은 창작분야에 주로 이용되고 있다. 아비뇽(Avignon)의 교황청(Palais des Papes), 앙굴렘(Angoulême)의 만화이미지센터(Cité internationale de la bande dessinée et de l'image), 지베르니 인상파 박물관(Musée des impressionnismes Giverny) 등이 문화협력영조물법인 방식으로 관리되는 예이다.

이렇듯 문화협력영조물법인은 지역 문화정책에 있어 독자적인 예산과 운영에 대한 협력이 가능한 제도를 마련함으로써 새로운 장을 열었다.

3. 소 결

이상에서 문화유산 관련한 계약방식의 협력 및 기관 간의 협력을 살펴보았는데, 이를 표로 정리해보면 아래와 같다. 협력방식을 다시 세 가지로 나누어 보았는데, 협력의 주체가 양자인지 또는 다자인지, 그리고 국가와 지방자치단체 간의 협력인지 또는 지방자치단체 간의 협력인지, 그리고 다른 종류의 공법인 사이에 횡적으로 협력하는 모습인지 또는 같은 단계의 공법인 사이의 종적협력인지 구분

42) “Les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics de coopération intercommunale ou les syndicats mixtes peuvent individualiser la gestion d'un service public administratif relevant de leur compétence par la création d'une régie soumise aux dispositions du chapitre Ier du titre II du livre II de la deuxième partie, le cas échéant, après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1. Sont toutefois exclus les services qui, par leur nature ou par la loi, ne peuvent être assurés que par la collectivité locale elle-même.”(art.L1412-2, CGCT)

해보았다.

[표1] 문화유산 관련 기관 간 협력 및 계약방식의 협력

		양자 협력	다자간 협력	국가와 지자체	지자체 간 협력	횡적 협력	종적 협력
	EPCI		○		○		○
1974	CPER	○		○		○	
1982	GIP		○	○	○	○	
1974	문화헌장	○		○		○	
2001	프로토콜	○		○		○	
2002	EPCC	○		○	○	○	

꼬문 간 협력 영조물법인(EPCI)은 다수의 꼬문이 종적으로 협력하는 형태이다. 국가와 레지옹의 계획계약(CPER)은 국가와 지방자치단체 양자가 횡적으로 협력하는 방식이다. 공익단체(GIP)는 국가와 지방자치단체 또는 서로 다른 종류의 지방자치단체가 횡적으로 협력한다. 문화헌장(Charte culturelle)은 국가와 지방자치단체 양자 간의 횡적협력이다. 그리고 문화협력영조물법인(EPCC)은 국가와 지방자치단체 또는 지방자치단체 간의 양자협력이다.

이를 통해 다자간 협력보다는 양자협력이, 지자체 간 협력보다는 국가와 지자체 간의 협력이, 그리고 종적협력보다는 횡적협력이 더 많이 쓰이고 있음을 알 수 있다.

IV. 사인(私人)관리

1. 비영리법인

가. 재단법인

영미국가는 물론 한국에 비해서도 프랑스에서의 재단법인은 덜 발달되어 있거나 활용되고 있으며 문화 관련 기관에 흔히 쓰이는 형식은 더욱 아니다. 1969년 각종 공익사업을 지원하기 위해 ‘프랑스 재단’(Fondation de France)이 설립되면서 본격적으로 이 조직기법이 활발해지기 시작했고, 최근에는 2,000여개의 재단 중 약 1/4이 문화관련 재단이다. 그러나 우리나라의 경우와 달리 프랑스에서는 모든 재단이 법인격을 갖고 있지 않다.

1990년도에 재단법인의 한 형태로 ‘기업재단’(fondation d’entreprise)을 인정하며⁴³⁾ 메세나 부흥의 발판이 되었으며 현재 기업재단은 문화 관련 재정에 있어 매우 큰 역할을 하고 있다.

문화유산 관련한 재단법인으로 문화유산재단(Fondation du patrimoine)이 있다. 1996년 문화유산재단에 관한 법률⁴⁴⁾에 의해 설립되었고, 이듬해인 1997년 공익성 인정 및 재단의 법적지위 승인에 관한 데크레⁴⁵⁾가 제정되었다. 문화유산재단은 공법인의 제안에 따라 설립되는 비영리 사법인이라는 점에서 특별한 지위를 갖고 있으며(문화유산법전 법률편 제143-1조)⁴⁶⁾ 공익재단(fondations reconnues d’utilité publique)의 규정이 적용된다.(동 법전 법률편 제143-2조 및 제143-2-1조)

문화유산재단은 국가 문화유산의 보존 및 활용을 증진하고, 비보호농촌문화유산(patrimoine rural non-protégé, PRNP)⁴⁷⁾의 식별, 보존, 가치증진 등을 담당한다. 문화유산재단의 지원은 보조금 지급을 통해 이루어지며 보조금 지급대상은 공법인, 사법인 모두를 포함한다. 문화유산의 보존 및 보수 공사를 재정적으로 지원하기 위해 문화유산재단은 직접적으로 기부를 받을 수 있으나 이 경우 재단에 귀속된 기부금은 철회 불가능하다. 재단의 주된 수입은 기업 - Axa, Danone, L’Oréal,

43) Loi n° 90-559 du 4 juillet 1990 créant les fondations d’entreprise et modifiant les dispositions de la loi no 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat relatives aux fondations, JORF n°155 du 6 juillet 1990 p. 7914.

44) Loi n° 96-590 du 2 juillet 1990 relative à la Fondation du patrimoine, J.O. n° 153 du 3 juillet 1996, p.10002.

45) Décret du 18 avril 1997 portant reconnaissance d’utilité publique et approbation de ses statuts.

46) “La ‘Fondation du patrimoine’ est une personne morale de droit privé à but non lucratif, soumise aux règles relatives aux fondations reconnues d’utilité publique, sous réserve des dispositions du présent chapitre.”(C.Patr. art.L143-1)

47) 비보호문화유산이란 국가나 지방자치단체로부터 법적으로 보호받지 못하는 문화재를 가리키며 주로 지방 고유의 특색을 지니는(vernaculaire) 문화유산을 가리킨다. 문화유산재단의 가장 큰 임무가 바로 이 비보호문화유산의 가치를 발굴하고 지키는데 있다. 2004년도에 비보호농촌문화유산의 예산이 데파르트망으로 이전된 것을 계기로 지방자치단체의 비보호농촌문화유산에 대한 개입은 활기를 띄고 있다. 이에 대해서는, 권채리, “비지정문화재 보호의 모색 : 프랑스 법제와의 비교를 중심으로”, 법학논집, 이화여자대학교 법학연구소, 2016, 297-323면 참조.

Vivendi와 같은 대기업 - 의 메세나에 의해 충당된다. 이와 같이 문화유산재단은 문화유산 보호 활동 관련하여 지자체와 기업 사이에서 가교역할을 하고 있다.

문화유산재단의 중요한 역할 가운데 하나는 재단이 부여하는 라벨 제도를 통해 역사적 기념물로 지정되지 않았으나 문화유산적 가치가 있는 건조물 또는 유적지를 보존하고 복원하는 작업을 수행한다는 것이다. 단, 이는 소득세를 납부하는 개인 소유의 부동산 문화재에 국한되며 따라서 지방자치단체나 비영리법인 소유의 문화유산은 문화유산재단의 라벨대상에서 제외된다. 문화유산재단으로부터 보조금을 지급받은 개인 소유주는 두 가지 의무를 진다. 첫째, 보존·복원공사로부터 최소 10년 동안 해당 문화유산의 보호의무가 있으며 이는 소유주의 변경이 있는 경우에도 마찬가지이다. 둘째, 10년 동안 문화유산을 대중에 공개해야 한다.

보존·복원작업은 재단의 단독수행이 아닌 지방자치단체와의 공동협력으로 이루어지며 작업의 확인 결과 당초 예정된 계획과 다를 경우 문화유산재단은 라벨을 철회할 수 있다는 점은 주목할 만하다.

나. 사단법인

프랑스의 경우 사단법인이 재단법인보다 훨씬 선호되며 빈번히 이용되는 방식이다. 재단법인과 마찬가지로 사단법인 또한 민법에서 직접 규정하고 있지 아니하며 개별법에 따르고 있다. 1901년 7월 1일자 법⁴⁸⁾은 제1조에서 2인 이상이 영리 아닌 목적 하에 영속적인 방식으로 사단법인을 설립할 수 있음을 규정하고 있다.⁴⁹⁾ 사단법인 설립에 있어 허가주의를 취하고 있는 우리나라의 경우와 달리 행정관청에 신고함으로써 법인격을 취득한다.

문화유산보호에 관여하는 사단법인은 약 2천여 개로 추정되며 이 가운데 약 1,500개의 사단법인은 1980년 이후에 생겨났다. 지방문화재의 연구조사, 지방박물관 운영 등 상대적으로 공권력의 덜 주목하는 문화유산 보호활동에서 많이 발견된다. 더욱이 문화유산의 개념이 확대되고 있는 추세와 맞물려 일상에서의 문화유산적 가치를 발굴하고 보존하고자 하는 활동이 중시되면서 지역주민들의 자발

48) Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

49) "L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices."(art.1, al.1)

적 조직에 많이 이용된다.

2. 제3섹터의 활동 : 메세나(Mécénat)⁵⁰⁾

가. 박물관의 운영방식 및 작품취득

1) 일반

프랑스는 문화부 행정체계 및 법령에서 박물관과 미술관을 별도의 기관으로 구분하지 않고 ‘musée’로 포괄 통칭한다. 우리나라는 2015년도 기준, 등록된 박물관이 780개, 미술관이 202개⁵¹⁾이며, 이 중 사립 박물관·미술관은 약 40%이다. 반면, 1,218개의 ‘프랑스박물관’ 가운데 82%가 지방자치단체 소속 박물관이고, 13%가 사단법인과 재단법인, 그리고 5%만이 국가 소유로 상대적으로 사립박물관의 비중이 낮다. 특히, 보유하고 있는 작품의 인지도 및 입장료 수입면에서 프랑스의 사립박물관은 국공립박물관에 비해 저조하다 할 것이며, 작품의 구매자로서는 더욱 그러하다.

우리나라는 공공조직으로 되어 있거나 또는 재단법인 형태를 많이 취하는 반면 프랑스에서는 학교, 병원 등 대부분 영조물 법인 형식을 취하는데, 프랑스 영조물 법인의 특징은 다음과 같다 : 첫째, 법률상 권리의무의 주체가 되고, 둘째, 역할과 권한이 법률로 정해진다. 셋째, 재정 운영의 자율권을 부여받아 독자적으로 예산을 집행하고, 넷째, 정부의 감독을 받는다.

2) 운영방식

프랑스의 경우, 90년대부터 루브르 박물관을 비롯한 오르세, 베르사유 궁, 기메 박물관 등 대표적인 문화시설의 운영방식을 영조물법인으로 전환하여 각 법인이 자체적으로 소장품을 구입할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 이러한 변화는 중앙 및 지방행정조직의 일부였을 때는 소장품 구입 시 최종 결정이 문화부 장관에 의

50) 이 부분은 2016년도 문화체육관광부 연구용역 보고서 ‘박물관 및 미술관 운영활성화를 위한 세제개선 방안 연구’의 워크숍(2016.5.20.)에서 발제한 내용을 기초로 작성하였음.

51) <http://stat.mcst.go.kr/mcst/resource/static/index/index03.html> (최종방문일 2018.11.30)

해 이루어지기 때문에 절차가 복잡하고 오랜 시간이 걸리는 단점에 기인한다. 이 때, 법인화된 박물관들이 국립박물관의 지위 및 직원의 공무원 신분유지 그리고 국가의 지속적인 재정지원이 보장되는 형태로 이루어진다.

2003년도 메세나법 개정 이후 국립 박물관 법인들은 자체 예산과 정부 교부금 그리고 메세나 등을 통해 마련한 재원을 활용하여 보다 능동적이고 독립적인 소장품 구입정책을 실행하고 있다.

우리의 경우 국립현대미술관이 2006년부터 책임운영기관⁵²⁾으로 전환되었으며, 18대와 19대 국회에서 국립현대미술관 운영의 효율성과 전문성을 제고하기 위하여 독립법인으로 설립하고자 하는 입법시도가 있었으나 법인화의 실효성에 대한 문제가 제기되면서 입법이 보류된 바 있다.

프랑스 영조물 법인의 세부 운영방식은 크게 행정적 성격의 영조물 법인과 상공업적 성격의 영조물 법인으로 구분되며, 이들은 적용 법률, 재원 및 회계방식, 감독기관, 그리고 직원 신분에서 각각 다른 형태를 띤다.

루브르, 오르세,蓬피두 센터 등 프랑스의 대다수의 국립 박물관이행정적 성격의 영조물 법인(établissement public à caractère administratif)에 해당한다. 업무수행에 필요한 전체 예산 중 자체 수익 조달부분을 제외한 나머지 비용을 정부가 보조해주는 방식을 취하고 있으며, 직원들은 공무원 신분을 유지한다. 2-3년 단위로 문화 감독기관과의 협약을 통해 업무영역을 정하며, 이 기간동안 기관장이 독자적인 예산집행권과 인사권을 수행한다.

국립박물관연합(Réunion des musées nationaux)이 상공업적 성격의 영조물 법인(établissement public à caractère industriel et commercial) 형식으로 운영된다. 국립박물관연합은 국립박물관들이 수행할 수 없는 수익사업을 대행하고 현금기증을 받기 위한 기관으로 설립되었다. 민간기업과 동일한 회계체제로 운용되며, 기관장과 회계책임자만이 공무원 신분을 유지하고 나머지 직원은 민간부문 종사자로 구분된다. 국립박물관연합은 최근까지 프랑스 문화부 산하 33개 국립박물관의 입장료 수입 관리업무와 그랑팔레(Grand Palais) 전시장을 활용한 특별전 기획 및 카탈로그, 기념품 제작업무를 맡아왔으나 행정적 성격의 영조물 법인형태를 취하고

52) 책임운영기관 제도는 정부가 수행하는 사무 중 공공성을 유지하면서도 경쟁원리에 따라 운영하는 것이 바람직함에 비추어 사무에 대하여 기관장에게 행정 및 재정상의 자율성을 부여하고 그 운영성과에 대하여 책임을 지게 하는 제도로, 1997년 말 IMF 관리체제로 들어가면서부터 제기된 국공립 예술기관들의 민영화 논의에서 도입된 제도임.

있는 주요 국립박물관들도 자체적으로 수익사업을 할 수 있는 법률적 장치가 마련됨에 따라 국립박물관연합의 역할과 위상이 축소되고 있는 실정이다.

3) 프랑스박물관

2002년에 제정된 프랑스박물관법⁵³⁾에 따라 운영주체와 무관하게 가치가 뛰어난 소장품을 보유하고 있는 박물관에 ‘프랑스박물관’(musées de France)이라는 명칭을 부여하는 일종의 박물관 공인제도를 운영하고 있다. 이는 문화부 산하 박물관위원회(Haut Conseil des musées)심의를 거쳐 선정되며, 2009년 통계에 따르면 총 1,210개의 ‘프랑스 박물관’이 지정되었다. ‘프랑스 박물관’은 소장품 구입과 운영에 있어서 정부지원과 세제혜택을 보장받으나, 동시에 소장품의 공개의무 및 소유권 이전불가와 같은 공공 박물관에 준하는 정부통제를 받는 것이 이 제도의 특징이다.

나. 메세나

1) 메세나법

사법인의 문화활동 참여는 재정적 지원, 문화 서비스 참여, 문화산업 관리 등 여러 갈래로 나타날 수 있다. 메세나(mécénat)는 재정적 후원에 관한 제도로 프랑스에서는 다른 유럽 국가나 미국에 비해 그 출발이 늦어 1987년 메세나법⁵⁴⁾이 제정되었으며 초기에는 세제혜택 또한 범위가 미미하였다.

그 후 2003년도 법 개정⁵⁵⁾에서 메세나를 하는 기업에게 큰 세제혜택을 보장함으로써, ‘국가의 세제(稅制) 선물’이라 부르기도 한다. 기업이 이러한 세금감면을 목적으로 후원을 하지 않을까 하는 의구심과 함께 - 세제혜택이 사실상 반대급부에 가까우므로 - ‘반대급부’가 있는 스폰서쉽(parrainage)과의 차별성을 놓고 비판이 제기되기도 했다.⁵⁶⁾ 이 같은 부정적 인식에도 불구하고 기업의 메세나로 루브

53) Loi n° 2002-5 du 4 janvier 2002 relative aux musées de France.

54) Loi n° 90-559 du 4 juillet 1990 créant les fondations d'entreprises et modifiant les dispositions de la loi n°87-571 du 23 juillet 1987, J.O. du 6 juillet 1990, p.7914.

55) Loi n° 2003-709 du 1^{er} août 2003 relative au mécénat, aux associations et aux fondations, J.O. du 2 août 2003 p.13277.

르 박물관은 15억 상당의 유명한 작품을 보유할 수 있었고, 따라서 2003년 메세나법의 가장 큰 수혜자는 바로 공공 컬렉션이라 할 수 있다.

메세나를 촉진하기 위해 1979년 상공업메세나진흥조합(Association pour le développement du mécénat industriel et commercial)이 출범하였는데 이는 1994년에 발족한 한국기업메세나협의회와 거의 비슷한 기능을 수행한다.

2) 박물관 관련 세제혜택

가) 상속세를 대신하는 작품의 기증

국공립 채권의 시효와 관련한 1968년 12월 31일자 법률에서 납세자가 현금(païement en numéraire) 대신 현물(en nature)로 납부할 수 있는 방식을 마련하여 작품 등으로 상속세를 대물변제 할 수 있게 되었다. 기증 대상은 예술적 또는 역사적으로 높은 가치를 가진 예술작품, 서적, 수집품, 출판물 등(조세법전 제 1716조 bis)으로 기증은 동산 또는 일부 목적상 부동산 (immeuble par destination)⁵⁷⁾에 제한된다. 이는 납세능력이 없는 납세자의 부담을 덜어주고, 국가로서는 보다 풍부한 공공 컬렉션을 보유할 수 있다는 장점이 있다. 대물변제의 적용대상은 무상 양도세(droits de mutation à titre gratuit)와 연대세(impôt de solidarité sur la fortune)⁵⁸⁾이다.

나) 증여

예술적 또는 역사적으로 높은 가치를 가진 예술작품, 서적, 수집품, 출판물 등의 취득자(구매자)(acquéreur), 수증자(donataire), 상속인(héritier), 유증수혜자(légataire)는 이를 국가에 기증하거나 지방자치단체가 관리하는 박물관/미술관에 기증 시 양도세(droits de mutation) 및 이에 부수하는 각종 세금을 면제받는다.(조

56) 경제적·재정적 용어에 관한 1989년 1월 6일자 시행규칙(Arrêté du 6 janvier 1989 relatif à la terminologie économique et financière)에 따라 메세나는 '수혜자로부터 반대급부없이 작품 또는 공익적 성격의 활동을 하는 인(人)에 이루어지는 물질적 지원을 뜻하며, 스폰서십은 직접적 이익을 취할 목적으로 행사(manifestation), 사람, 기관에 행해지는 물질적 지원을 일컫는다.

57) 부동산에 결부된 동산을 일컫는다.

58) 연대세(impôt de Solidarité sur la Fortune, ISF)란 가난한 사람들과 고통을 분담한다는 취지로 고소득층의 재산에 부과하는 일종의 부유세를 뜻한다.

세법전 법률편 제1131조) 또한, 소득세 및 법인세도 감면되는데, 작품이나 문화관련 또는 예술적 문화재의 활용에 이바지하는 공익기관, 이를테면 문화유산재단(Fondation du patrimoine)으로의 기증이 이에 해당하며(조세법전 법률편 제200-1조), 개인은 소득의 20% 한도 내에서 기부금 66%를 감면받는다. 법인의 경우 인정되는 기부 주체의 폭이 보다 넓으며 매출액의 0.5% 범위 내에서 법인세의 40%가 감면대상이다.

다) 구입

공법인에 예술작품, 수집품, 골동품 등의 판매를 희망하는 개인의 경우 조세법전에 따라 귀금속 매매에 대한 세금(taxe forfaitaire)을 면제한다. 사법인(私法人)이 메세나를 통해 국보(trésor nationaux) 또는 예술품을 취득할 경우 세제혜택은 아래의 표와 같다.

[표2] 2003년도 법에 따른 기업메세나

	국보 취득 시	예술품 취득 시
대상	수출허가 증서의 발급 거부대상이고 국가가 소유주에 구매제안을 한 국보의 성격을 가지고 있는 문화재	조세법전 제98A의 별표III에 명시된 예술품 ; 예술품 구입 당시 작가가 생존해 있을 것 ; 예술품이 고정자산의 성격을 가지고 대차대조표의 대변에 기록되어 있을 것
관련 기업	소득발생에 따라 법인세 납부의무가 있는 모든 기업. (따라서 납세의무가 없는 비영리기관은, 세금면제가 부분에 한하지 않는 한 제외됨)	
혜택	◦구입금 90% 상당액의 세금감면 (문화부 장관 및 예산처장의 승인 필요) ◦법인세 50% 감면 (조세법전 art. 238 bis OA) 1) 국가의 구매제안에 의한 것이 아닐 것 ; 2) 역사적 기념물로의 지정에 후원자인 기업의 동의;	◦법인세 40% 감면 1) 국가의 구매제안에 의한 것이 아닐 것 ; 2) 역사적 기념물로의 지정에 후원자인 기업의 동의; 3) 취득 후 10년 동안 양도되지 않을 것. 4) ‘프랑스박물관’, 고문서보관소, 국립도서관 또는 기술적 통제 하에 보관

	국보 취득 시	예술품 취득 시
	3) 취득 후 10년 동안 양도되지 않을 것.	될 것.
감면 범위	매출액의 3.25% 내에서 20년간 감면	매출액의 0.5% 내에서 5년간 감면
의무	공개의무	취득년도 포함 5년간 무상으로 공개 의무

프랑스는 모든 국공립 문화기관이 소장하고 있는 예술작품을 국가 문화재로 지정하여 목록을 작성해놓고 있는데, 프랑스 박물관 주요 정책 중 하나인 국가 문화재 양도불가능성 원칙에 의거하여 박물관이 구입하거나 기증받은 작품은 국가 문화재로 귀속된다. 국가 문화재 대상에서 해제되지 않는 이상 국가 이외에 어떠한 기관에게도 양도될 수 없다.

라) 재산세

재산세는 건축물이 있는 경우와 없는 경우로 나뉘어 과세한다. 건축물이 없는 토지의 토지세(taxe foncière sur les propriétés non bâties)는 법령에서 비과세로 규정된 것을 제외한 모든 토지에 대해 과세하며, 해당 토지의 공익성 및 비수익성이 인정되는 시민공원, 과학박물관 등은 비과세대상이다. 건축물이 있는 토지의 경우 건축물이 과세대상이며 농업 경영에 이용되는 건축물이나 문화 등은 과세대상이 아니다.

마) 소결

우리나라에서는 메세나법 제정을 위한 노력이 수 년 전부터 있었으나 다른 분야와의 형평성 등을 이유로 번번이 무산되다가 2013년 「문화예술후원 활성화에 관한 법률」이 마침내 제정되어 2014년부터 시행 중이다. 제9조에서 문화예술후원자 및 문화예술후원매개단체에 대한 국세·지방세 감면을 정하고 있어⁵⁹⁾ 메세나에

59) 문화예술후원 활성화에 관한 법률 제9조(조세의 감면) 국가와 지방자치단체는 문화예술후원을 장려하기 위하여 문화예술후원자 및 문화예술후원매개단체에 대하여 「조세특례제한법」, 「지방세

대한 조세감면 혜택을 위해 법적 근거를 마련했다는 데 큰 의미가 있다고 할 것이나 조세특례제한법의 개정이 수반되어야 더 큰 의의가 있을 것으로 보인다.

또한 우리나라 국·공립박물관은 기부금 모집을 할 수 없고 사립 박물관의 경우에는 전체 수입에 기부금 비율이 약 8.6% 정도로 수입의 대부분을 입장료에 의존하고 있는 실정이다. 따라서 법인화를 통해 기업 메세나, 현금 기부 및 브랜드(상표이용권)를 사용한 수익사업이 가능해지면서 박물관의 재정수입이 급증한 프랑스의 예를 참고할 수 있을 것이다.

V. 마치며

혁명의 산물로 본격적인 문화유산 정책이 시작된 이래, 프랑스는 뒤이은 정치·사회적 소용돌이를 거치는 과정을 거치면서 본격적으로 이 분야에서 가장 발달한 제도를 보유하게 되었다. 한국의 경우도 1962년도 문화재보호법이 개정되었고, 특히 2000년대 들어 몇 차례의 나름대로 개혁을 시도하며 문화재 보호의 발전을 꾀하고 있다.

이미 앞에서도 지적하였듯이 문화유산은 문화영역의 다른 분야에 비해 국가의 개입이 두드러진다. 그러나 프랑스에서는 1980년대 이래 집중적으로 지방분권이 이루어졌고 이어 2000년대 들어 이 움직임은 더욱 가속화되었다. 한국은 문화자치 등에 관하여 관심이 고조되고 있으나 본격적 지방자치운동의 역사가 짧은 탓에 문화분권에 관한 논의는 아직 미숙한 단계에 머물고 있음이 사실이다. 따라서 한국의 문화유산 보호정책은 여전히 강한 국가의 주도적 역할 하에 놓여 있고, 국가와 지방자치간의 협력 또는 지방자치단체 간의 협력도 프랑스에 비해 경직되어 있다. 대신에 재단과 협회와 같은 비영리법인이 부분적으로 프랑스의 영조물 법인의 역할을 수행하며 상대적으로 활발하다고 할 수 있다. 또한 메세나 및 민관협력은 오늘날 문화유산 보호에 있어서도 점차 그 역할이 증대하고 있다.

그러나 지방분권과 제3섹터의 역할등장에도 불구하고, 국가가 여전히 주된 보호자 역할을 하고 있음은 부인 할 수 없다고 본다. 즉, 문화적 분권이 상당히 앞서 있는 프랑스에서나, 또는 지방분권에 상대적으로 뒤늦게 관심을 가진 한국에

특례제한법」, 그 밖의 조세 관계 법률에서 정하는 바에 따라 국세 및 지방세를 감면할 수 있다.

있어서나 공통적으로 나타나는 현실은 적어도 문화유산 보호에 있어서만큼은 국가이익이 여전히 압도적이라는 점이다. 물론 국가의 역할이 과거보다는 부분적으로 약화되었고, 또는 이 국익이 이른바 ‘지방화 된 국익’의 형태로 나타나고 있음 또한 주지의 사실이다.

이렇듯 본 연구에서는 문화유산 관리주체에 있어 비교대상으로 삼은 두 국가, 한국과 프랑스가 일련의 공통점을 공유하고 있는 점을 확인하는 동시에 두 국가 사이의 역사적, 정치적, 제도적 상황 등에 따른 근본적 차이 내지 개별성에 주목하였다. 그리고 이와 같은 결론에 이르기까지 프랑스의 문화유산 관련법과 정책이 한국적 적용 타당성과 관련하여 제기될 법적 및 실제의 여러 함의와 고려사항을 나름대로 검토하여 보았다.

(논문투고일 : 2018.11.30, 심사개시일 : 2018.12.05, 게재확정일 : 2018.12.20)



▶ 권 채 리

프랑스 문화유산, 메세나, 문화지방분권, 문화유산재단, 공법인 협력

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 「민간네트워크를 기반으로 하는 문화재 보존관리 정책수립을 위한 연구」, 2002, 국회문화관광위원회, 177면.
- 「주요국 문화재보호 법제 수집·번역 및 분석」, 2010, 문화재청, 700면.
- 「주요업무통계자료집」, 문화재청, 2016, 130면.
- 강문수, 「문화유산의 세계화 법제연구」, 한국법제연구원, 2014, 143면.
- 김정순, 「문화유산의 지속가능한 향유를 위한 법제연구」, 한국법제연구원, 2010, 205면.
- 이보슬, 「문화유산분야에서 메세나 비교 연구 - 프랑스와 한국을 중심으로 -」, 석사학위 논문, 숙명여자대학교 국제관계대학원, 2012, 106면.
- 전훈, 「프랑스 지방분권법」, 경북대학교 출판부, 2013, 169면.

II. 논문

- 권세훈, “지방자치단체간의 협력과 협력기구의 발전 - 프랑스를 중심으로”, 법학논고 제43호, 경북대학교 법학연구원, 2013, 59~78면.
- 배준구, “프랑스문화 : 프랑스의 코뮌간 협력과 특징”, 프랑스문화연구 제23권, 한국프랑스문화학회, 2011, 73~109면.
- _____, “프랑스문화, 지역학 : 프랑스 문화정책에서 공공단체 간의 협력”, 프랑스문화연구 제21권, 한국프랑스문화학회, 2010, 207~231면.
- 변해철, “프랑스 문화분야에서의 국가와 지방자치단체 간의 권한분배에 관한 소고”, EU연구 제10호, 한국외국어대학교 외국학종합연구센터 EU연구소, 2002, 151~165면.
- 양효식, “세계혜택으로 더욱 활발해진 프랑스의 메세나 활동”, 메세나 제62호, 한국메세나협의회, 2008, 23~25면.
- 우무상, “프랑스의 지방문화 정책 - 지방문화 촉진을 위한 중앙정부의 지방분산 및 지방분권 정책”, 한국프랑스학논집 제43집, 한국프랑스학회, 2003, 362~365면.

III. 국외문헌

GUILLARD David, «Les établissements publics de coopération culturelle : premier bilan», AJDA, 30 janvier 2006, pp.183-188.

Les musées nationaux après une décennie de transformations (2000-2010), Rapport public thématique, Cours des comptes, Mars 2011, 274p.

PONTIER Jean-Marie, «L'établissement public de coopération culturelle : un nouvel outil juridique pour la culture?», AJDA, 20 mai 2002, pp.430-435

_____, «Les contrats de plan Etat-régions 2000-2006», RA, n° 319, 2001, pp.58-65.

VERPEAUX Michel, « Intercommunauté et service public culturel », AJDA, 20 septembre 2000 spécial, pp.115-124

IV. 인터넷 자료

Department of Statistics, Malaysia, Official Website,
<http://www.statistics.gov.my/>

e-Fatwa, "What is Fatwa", Portal Rasmi Fatwa Malaysia,
<http://www.e-fatwa.gov.my/apa-itu-fatwa>.

Halal Industry Development Corporation, <http://www.hdcglobal.com/>

The Malaysia Government's Official Portal, <http://www.malaysia.gov.my/EN/Relevant%20Topics/IndustryInMalaysia/Business/AgricultureAndAgroBasedIndustry/AgroHalalCertification/AgroActOnHalal/Pages/AgroActOnHalal.aspx>

Abstract

Towards Legal Stewardship and Jurisdictional Rivalry for Cultural Heritage – Relevance of the French Model –

Kwon, Cherry⁶⁰⁾

The backbone of cultural heritage in a given state stems from its stewardship for it. The institution and its management varies from one state to another. In France, following the expanded decentralization that has taken place since the 1980s, the trend continued and furthered as it moves into the 2000s.

In Korea, interests or zeal for the protection of cultural property is growing with unprecedented propensity. Yet one has to recognize at the same time the concerted efforts of the conservation experience as to the cultural heritage remains rather marginal. At the same time the history of local autonomy, as another subject for the administration is short and limited. It is safe to say that the discussion on the matter is still in its infancy as far as the local governments are concerned.

Therefore, Korea 's cultural heritage policy is still under the dominant role of a strong state, and cooperations between the state and local governments or between and among the local governments are rather limited as compared to the French counterparts. Instead, the role of the judiciary, in respects of areas such as recognizing legal entities or fostering foundations and associations, appears to be conspicuously active, as compared again to the French cases. MECENAT, a pro bono public-private cooperative organization, and similar entities are gradually expanding their roles in promoting towards the protection of cultural heritages.

60) Research Fellow, Korea Legislation Research Institute.

However, it should be pointed out that despite the decentralization and the emergence of the third sector, state appears to be still the leading protector in this regard. In other words, one would find that both in France, where cultural decentralization is relatively far more advanced, and in Korea, less decentralized, not much discernible differences, national interests being overwhelming as it relates to the protecting the cultural heritages. That is to say that primary goal predicates upon the national, rather than the regional or local interests. as far as protecting cultural heritages are concerned.

All in all it would be fair to say that with waning of the state power or its role as it relates to the cultural heritages we are undeniably faced with the state of "localized national interests".



► **Kwon, Cherry**

cultural heritage, cultural decentralization, mecenat, Cultural heritage foundation, experiment

Privacy by design제도에 대한 규범적 고찰

김 남 심*

지 성 우**

【목 차】

I. 서론

II. 개인정보보호 이슈와 최근의 규범화 방향

1. 개인정보의 활용 확대와 정보보호 패러다임 전환의 필요성
2. 최근 정보보호정책의 변화 방향

III. Privacy by design 원칙의 발전과 사례

1. PbD의 개념과 7대 원칙
2. PbD의 실제 적용 예

IV. 해외의 PbD 관련 법제 현황과 시사점

1. 미국 FTC: 개인정보보호 기본 정책으로서 PbD
2. EU GDPR: 형식적 의미의 규범으로서의 PbD
3. 해외 PbD 관련 정책의 시사점

V. 맺음말

【국 문 요 약】

‘개인정보 자기결정권(right to self-determination of personal information)’이라 함은 “자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고, 또 이용되도록 할 것인지를 정보 주체가 스스로 결정할 수 있는 권리”, 또는 “정보 주체가 개인 정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리”를 의미한다.

최근 국내·외에서는 다음과 같이 2가지의 개인정보 보호문제가 새로이 제기되고 있다. 첫째, 정보 주체(data subject)의 권리 강화와 둘째, 개인정보에 대한 사전적 보호장치(Privacy by design and default, 이하 PbD)의 마련이다.

PbD 정책은 각국의 개인정보보호 규제 체계에 따라 다르게 나타난다. 예를 들

* SK경영경제연구소 선임연구원

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

면 미국 FTC는 상품과 서비스 개발에서 개인정보보호를 고려하는 것이 필수적임을 정책의 기본 원칙으로 도입하여 운용 중이며, 시장 자율적인 행동강령을 도입하도록 권고하고 있다. 이 원칙은 모든 상업적 주체에 적용되는데 만일 상업적 주체가 연간 5,000명 미만의 소비자로부터 중요하지 않은 데이터를 수집하고 제3자와 데이터를 공유하지 않는 경우에는 적용에서 배제된다.

반면, EU GDPR은 PbD를 개인정보보호의 원칙으로 바라보는 관점에서 더 나아가 보다 구체적으로 PbD를 “적절한 기술 및 관리조치”로 정의하고, 이를 법제화하여 정보처리자의 의무로서 명확히 하였으며 정보처리자가 PbD 이행 의무를 행동강령과 인증에 의해 입증하도록 규정하였다. 즉, EU에서는 PbD를 사전적 이행 의무로 명확히 규정함으로써 규제 당국의 개입 근거를 마련하고 있다.

PbD는 정보기술 및 시스템 설계, 상품 개발이나 서비스 기획 단계에서부터 프라이버시의 보호와 강화 조치를 확립하는 포괄적인 절차를 의미한다. PbD는 개인정보보호를 실행하는 절차 또는 원칙에서 출발해 빅데이터 기술과 관리전략으로 구체화되어 오다가, 최근 EU GDPR에 법제화되면서 그 법적 의미가 “개인정보 처리와 관련한 법 요건 충족을 위해 준수해야 할 적절한 기술 및 관리조치”로 구체화되었다. EU GDPR의 적용 범위는 광범위하여 향후 우리나라의 PbD의 성립과 의미 해석에 있어 참고가 될 수 있다.

우리나라에서는 그동안 IoT 정책의 일환으로 “보안이 내재화된 IoT 기반 조성(Security by Design)”의 형태로 도입되어, 홈가전, 의료, 교통, 환경, 재난, 제조, 건설 등 IoT 분야에서 보안을 내재화하여야 한다는 정책을 추진해 왔다. 아직 우리나라에서는 PbD가 일반 개인정보보호의 원칙으로 규범화되어야 한다는 논의로 까지 발전하고 있지는 않지만 향후 PbD의 적용 방식은 개인정보보호 체계에 따라 변모할 가능성도 있으므로 이에 대한 구체적인 논의와 연구가 필요하다.

I. 서론

현재 우리는 AI, 클라우드, 빅데이터 기술 발전이 점점 더 많은 사람과 사물을 디지털과 연결시키고, 사람과 사물이 쏟아내는 데이터들을 축적, 활용해 아이디어를 혁신하고 사업화하는 기업과 국가가 승자가 되는 새로운 경제 시대를 맞이하

고 있다.¹⁾ 최근의 데이터 경제 시대에는 20세기 원유에 비견되는 데이터의 가치가 점점 높아지면서, 데이터 생산자와 소비자 간의 공정한 계약 문제²⁾나 개인정보의 남용 문제 등 해결해야 할 새로운 국가적 과제가 부상하게 되었다.

특히, 전 세계 20억 명 이상의 인구를 연결하는 커뮤니케이션 기업인 페이스북의 최근 일련의 상황³⁾에서 알 수 있듯이, 데이터 경제를 이끄는 기업들에 대해 갖게 되는 개인정보 오·남용 의혹은 데이터 경제의 어두운 면이자 데이터 경제 발전의 장벽이기도 하다. 개인정보보호를 위한 규제에 대한 요구가 높은 이유도 이러한 데이터 경제의 부작용이 부각되고 있기 때문이다.

인터넷 시대 초기부터 각국의 정책당국에서는 인간의 존엄, 사생활 비밀의 자유, 개인정보 자기결정권⁴⁾ 등 정보주체의 기본권 보호를 최상위의 목적으로 두고 개인정보보호 관련 규범을 형성해 왔다. 컴퓨터와 인터넷을 활용하게 된 이후 오랫동안 유지되어 온 개인정보보호 정책의 기본 원칙은 ‘정보처리의 공정성 원칙(FIPPs: Fair Information Practice Principles)’이다.⁵⁾ 이는 개인과 개인에 관한 정보를 수집하는 기업 간의 균형을 피하려 했던 ‘통지 및 동의(notice and consent)’ 제도의 근간이 되는 원칙⁶⁾으로서, 1960-70년대 컴퓨터 보급이 확산되면서 미국에서 발전하기 시작하여 1980년 OECD 프라이버시 정책 가이드라인으로 채택되어 오랫동안 주요 국가의 개인정보보호 규율의 중요한 원칙이 되었다.⁷⁾

1) 인터넷 시대가 만들어 낸 새로운 경제 패러다임을 ‘인터넷 경제(Internet Economy)’ 부르는 것과 대비해, 빅데이터, AI(Artificial Intelligence), IoT(Internet of Things) 등에서 쏟아지는 정형/비정형 데이터(또는 데이터들의 결합)를 활용해 만들어 내는 新경제를 ‘디지털 경제(Digital Economy)’ 또는 ‘데이터 경제(Data Economy)’라 일컫는다.

2) 개인정보의 제공에 있어서 “통지와 동의” 과정을 계약에 있어서 “청약과 승낙” 과정에 대입하여 개인정보 제공 동의를 계약으로 파악하는 관점이 있다. 또한 초기 검색/이메일/SNS를 사용하던 시기와는 달리 데이터의 가치가 커지면서 인터넷 기업과 정보생산자인 개인 간에 공정한 계약을 맺고 있는 것인가에 대한 문제가 제기되고 있다.

3) 최근 캠브리지 애널래티카(CA)라는 정치 데이터 업체가 애플리케이션을 통해 페이스북에 접근해 얻은 정보로 유권자 성향을 분석하여 트럼프 캠프에 넘긴 의혹이 보도되면서, 하루 새 페이스북의 시가총액이 약 40조 증발하는 사건이 발생했다(18.3.20). 이에 대해 미국 연방거래위원회(FTC: Federal Trade Commission)가 공식적인 조사에 착수했으며, 지난 4월 10일 미국 상원 청문회에 페이스북 최고경영자인 마크 주커버그가 출석해 이 사건 조사에 대해 답변한 바 있다.

4) 개인정보의 자기결정권이라 함은 “자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보 주체가 스스로 결정할 수 있는 권리” 또는 “정보 주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리”를 의미한다. 김일환(2017). “초연결사회에서 개인정보보호법제 정비방안에 관한 연구”, 성균관법학 제29권 제3호, p. 41에서 재인용

5) Timothu J. Toohey/김태오 譯(2013). “정보유통과 프라이버시의 균형: 미국의 관점을 중심으로”, 경제규제와 법 제6권 제1호, p. 37.

6) Timothu J. Toohey/김태오 譯(2013), 각주 5, p. 34.

7) 1980년 OECD가 “Guidelines governing the protection of privacy and Transborder flows of

정보처리의 공정성 원칙은 기본적으로 개인정보 생산자인 개인에게 정보 활용에 대해 ‘통지와 동의’를 얻은 상태에서, 정보 주체의 권리가 침해되는 사건이 발생하면 ‘사후적으로 구제’하는 제도이다.

하지만, 최근 이러한 사후적인 구제제도만으로 국민의 기본권을 충분히 보호할 수 없으며, 특히 초연결 사회에서는 국민의 권리 침해가 발생하기 이전에 이를 예방하는 사전적·절차적 제도를 통한 권리보호의 중요성이 강조되고 있다.⁸⁾ 이렇게 개인정보보호 제도와 관련하여 사전적 예방제도의 유력한 대안 중 하나로 주목받고 있는 이론이 바로 ‘Privacy by Design(PbD)’⁹⁾이다.

최근까지는 PbD가 시장에서 행동 강령(Code of Conduct)의 형태로 발전해 왔으나, 유럽연합(이하 EU)의 일반개인정보보호규칙(GDPR: General Data Protection Regulation)¹⁰⁾에 명시되면서 PbD의 실행 방식과 규제 효과에 대한 정보보호 관계자들의 관심이 한층 높아지고 있는 상황이다.

국내에서는 PbD와 관련한 연구는 아주 초기 단계로서 향후 PbD의 개념과 원칙 및 관련 해외 법제도 현황을 소개하고, 이를 바탕으로 국내 개인정보보호 법제에의 도입필요성과 가능성을 상세하게 검토해야 한다.¹¹⁾

본고에서는 우선 PbD의 도입 타당성이 주장되는 최근 데이터 경제 환경 변화의 시각을 재점검하고, PbD의 개념의 발전양상과 사례에 대해 살펴본다. 이후 미국 FTC의 권고안¹²⁾과 EU GDPR의 PbD 관련 규정과 시사점을 분석함으로써 향후 한국의 개인정보보호 법제에의 적용방안에 관해 논의한다.

personal data”를 발표하여 국제적인 프라이버시 원칙 가이드라인이 제시되었으며, 가이드라인의 중심 원칙이 바로 ‘정보처리의 공정성 원칙(FIPPs)’이다.

8) 김일환(2017). 각주 4, p. 64.

9) ‘Privacy by Design’은 ‘프라이버시 중심 디자인’, ‘프라이버시 중심 설계’, ‘설계에 의한 프라이버시’, ‘개인정보보호 최적화 설계’ 등으로 번역되어 사용되고 있다. 본고에서는 영어 원문을 그대로 쓰고, 주로 축약어인 ‘PbD’로 표기하였다.

10) EU GDPR은 유럽의 일반 정보보호규칙으로 인공지능 등 새로운 기술 확산, 국경간 개인정보 유통 급증 등 개인정보보호 환경의 급변에 따라 EU가 기존의 데이터 보호지침(DPD, Data Protection Directive 95/46/EC)을 개편, 강화한 규제로, 2016년 4월에 채택되어 2018년 5월 25일 발효되었다.

11) 김나루(2017a), 김나루(2017b), 김일환(2017), 손상영/이원태/김희연/문정욱(2016), 한국인터넷진흥원(2014), 최혜선(2013) 등의 기존 연구가 있다.

12) FTC(2012.3). “Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change: Recommendations for Businesses and Policymakers”, FTC REPORT.

II. 개인정보보호 이슈와 최근의 규범화 방향

1. 개인정보의 활용 확대와 정보보호 패러다임 전환의 필요성

디지털 정보기술이 보편화되기 전까지는 일상적인 업무수행을 위해 타인의 개인정보를 수집·이용·공유하는 행위를 규제할 필요성이 크지 않았다.¹³⁾ 컴퓨터와 네트워크 보급이 확대되어 오프라인 정보들이 온라인으로 옮겨져 디지털화되면서 개인정보보호의 문제가 본격적으로 사회적인 문제로 부상하게 되었다. 이메일과 정보 검색이 확대되면서 인터넷 양면시장 상에서 광고 비즈니스 모델이 확대되었고, 검색 서비스 이용자는 개인에게 유용한 정보 검색의 결과를 제공받는 대가로 개인의 신상정보나 검색 성향 관련 정보를 서비스 사업자에게 제공하는 관행이 정착되었다. 또한 인터넷 전자상거래가 확대되면서 신상정보 외에 상품 소비 성향, 결제정보 등 수집되는 정보의 양과 질이 급속도로 확대되었다.

2000년대 후반 스마트폰의 보급 확대로 디지털화에 한층 더하여 이동 시에도 개인정보가 생산, 축적되는 환경이 도래함에 따라, 유통되는 개인 관련 데이터의 양이 폭발적으로 증가하게 되었다.

여기에 더하여 소셜 미디어의 사용 확대, 다양한 스마트폰 애플리케이션의 소비 증가, 시간대별 위치정보, 쇼핑, 결제, 브라우징 행동습관이나 취향정보에 대한 광범위한 수집이 일상적으로 진행되고 있다. 이 과정에서 디지털 서비스를 제공하는 기업들은 무료(또는 유료) 비즈니스 모델을 내놓으며 서비스 이용 혜택의 대가로 개인의 정보 제공에 대한 동의를 요구하게 되었다. 다수의 서비스 이용을 위한 ID, 패스워드 신설의 번거로움을 간편화하는 소셜 로그인¹⁴⁾서비스도 나타났으며, 이에 따라 몇 개의 거대 글로벌 기업들이 사용자 기반을 더욱 확대하며 데이터의 네트워크 효과를 강화함으로써 데이터 경제분야에서도 강한 시장집중의 문제가¹⁵⁾ 발생하게 되었다.¹⁶⁾

13) 김진환(2014). 개인정보 보호의 규범적 의의와 한계 - 사법(私法) 영역에서의 두 가지 주요 쟁점을 중심으로, 저스티스 통권 제144호, p. 58.

14) 소셜 로그인(Social Login)은 페이스북, 구글, 트위터 등 거대 인터넷 기업들이 다양한 서비스들에 ID 공유를 통해 접근할 수 있도록 함으로써, 사용자들로 하여금 일일이 다른 ID로 로그인해야 불편함을 덜어주는 것을 의미한다. 이는 사용자의 편의성을 높이는 반면, 거대기업들의 서비스 문지기(gateway) 역할을 강화하는 효과가 있다.

이러한 데이터 집중 현상은 센서기술의 발달로 확대된 사물 인터넷과 인공지능 기술 등에 따라 더욱 강화될 것으로 예상된다. 사람에게서, 사람과 관련된 사물에서, 집에서, 그리고 사회와 도시 인프라에서, 스마트폰 뿐만이 아닌 웨어러블 기기, AI 스피커, 차량 등의 단말과 다양한 서비스를 통해 개인에 관한 문자, 음성 발화, 움직임과 행동까지 수집·저장·복제·분석·유통되고 있다. 이제 데이터는 그 규모가 방대하고 복잡하여 데이터 생산자인 개인이 자신의 정보가 어떻게 사용되는지에 대해 통제하거나 추적할 수 없고, 규제기관도 모니터링에 한계를 느끼게 되었다.¹⁷⁾ 오히려 거대 데이터 독점기업들이 ‘나도 모르는 내 속의 다양한 디지털 페르소나’¹⁸⁾를 가장 잘 알고 있으며, 여전히 개인데이터에 대한 통제와 관리방식이 불확실하고 불투명한 상태에서 데이터의 패턴, 예측까지 타겟팅하여 제공하는 단계로 진화하고 있다.

그간 개인정보 활용에서 정보 주체의 권리를 보장하기 위해 적용되었던 규제 원칙의 근간은 ‘통지와 동의’였다.

정보주체의 동의는 자신에 대한 데이터 처리 여부를 선택하고 이로 인해 발생 가능한 위험의 내용을 이해하였다는 의미보다는, 해당 서비스를 이용할 것인지 혹은 포기할 것인지의 선택(‘take-it-or-leave-it’ choice)하는 것에 그칠 가능성이 높았던 것이 사실이다.¹⁹⁾ 즉, 동의의 적극적 행사에 의한 서비스 선택이 일어나기 어려운 시장 구조에서 형식적인 동의에 근거한 데이터 활용이 이루어져 왔다고 할 것이다. 더욱이 IoT, AI 환경이 고도화되면서 데이터에 대한 동의를 구하는 것도 어렵고, 최근에는 빅데이터 분석기술을 통해 엄청난 양의 비정형 데이터가 처리되어, 동의정보와 기타 소셜정보 등을 연결·조합하여 새로운 개인정보가 생성되기도 한다.²⁰⁾

이렇게 디지털 데이터의 종류와 범위가 확대되는 환경에서 ‘통지와 동의’의 규

15) Google은 현재 인터넷 검색에서 시장 점유율이 90%가 넘고, 인터넷 사용자 중 약 89%인 20억 명이 페이스북을 활용하고 있으며, 이 두 기업은 많은 웹과 앱서비스의 문지기 역할을 하고 있다.

16) 데이터 경제의 특징과 문제점에 대해서는 Economist(2016). Fuel of the future : Data is giving rise to a new economy를 참조.

17) Decode(2017). Me, my data and I: The future of the personal data economy, 2017.9, p. 6.

18) 돈 탭스콧/알렉스 탭스콧(2017). 블록체인 혁명, 을유문화사, pp. 41-45.

19) 전승재/주문호/권현영(2017). 개인정보 비식별 조치 가이드라인의 법률적 의미와 쟁점, 정보법학 제20권 제3호, p. 266.

20) 소셜 미디어 등에서 수집된 데이터 프로파일이 신용정보로 연결되거나 기업 채용에 활용되는 것은 공공연한 사실이다.

제 패러다임이 어떻게 진화되어야 할 지에 대해서는 논쟁이 있어 왔다. 빅데이터, 클라우드, IoT 시대에 적합한 프라이버시 보호를 위해 ‘통지와 동의’ 중심의 정보 처리의 공정성원칙(FIPs)을 개정해야 한다는 주장과 ‘통지와 동의’ 제도를 실질화해 정보 수요자인 기업의 사전적인 행동강령까지 도입해야 한다는 주장이 대립되어 왔다.²¹⁾

이러한 논쟁이 이어져 정보 활용의 실질적인 투명성 보장, 그리고 이를 통해 궁극적으로 정보주체의 권리를 강화하기 위한 바람직한 정책 패러다임은 무엇인지에 대해 지속적으로 논의되고 있으며, 관련 정책도 계속 발전하고 있다. 최근 전 세계적으로 일고 있는 개인정보보호 규범화는 이러한 대응 방향의 결과물이라 본다.

2. 최근 정보보호 정책의 변화 방향

최근 국내외에서 논의되고 있는 개인정보보호의 규범적 대응 방향은 크게 2가지로 요약할 수 있다. 첫째, 정보 주체(data subject)의 권리 강화와 둘째, 개인정보에 대한 사전적 보호장치(Privacy by design and default)의 마련이다.²²⁾

초연결사회에서 정보기술이 인간 우호적이고 인간이 통제할 수 있는 시스템으로 발전하지 않으면 정보 주체로서의 인간이 의사결정에서 배제되고 결과적으로 민주법치국가의 존립근거인 인간의 존엄성과 자율성을 훼손하는 상황을 초래할 수 있다.²³⁾ 데이터 경제에서 정보주체의 권리보호는 단순히 개인의 권리보호문제가 아니라 사회와 국가의 존립근거와도 직접 관련된 문제로 파악해야 한다.²⁴⁾ 이러한 중요성에 따라 정보주체의 권리는 과거부터 강조되어 왔다.

최근 EU GDPR에서는 잊혀질 권리(right to be forgotten)²⁵⁾, 개인정보의 이전권

21) 이에 대한 자세한 내용은 손상영/이원태/김희연/문정욱(2016). p. 43-44를 참조.

22) 국내의 정보보호 정책의 변화 방향은 데이터 보호 제도의 연혁과 과제, 데이터 경제와 비즈니스 모델의 발전, 데이터 소유권 정립과 계약관계 등 매우 광범위한 연구주제를 탐구해 도출해야 하지만, 본고의 범위를 넘어선다는 판단 하에 2가지 정책 방향을 주관적·단정적으로 제시한 한계가 있다는 점을 밝혀둔다. 그럼에도 불구하고 사전적 장치로서 ‘Privacy by design’이 미국을 필두로 하여 EU GDPR 발효를 계기로 개인정보보호 정책의 핵심 수단으로 등장한 것만은 분명하다.

23) 김일환(2017). pp. 59-61.

24) 김일환(2017). p. 60

25) 개인정보처리자(data controller)는 정보주체가 본인의 개인정보 처리를 더 이상 원하지 않거나 개인정보를 보유할 법적 근거가 없으면 해당 정보를 삭제해야 함을 의미하는데(이원태, 2016, p.

(right to portability), 프로파일링 처리 관련 권리(right to related to profiling)²⁶⁾ 등이 추가되며 정보 주체의 권리가 초연결사회, 지능정보사회에 대응하여 강화되고 구체화되었다.²⁷⁾

이 중 개인정보의 이전권은 “정보주체가 한 개인정보처리자에게 제공했던 정보를 다른 정보처리자에게 전송할 권리”²⁸⁾를 말하는데, 이는 정보주체의 명시적 동의 또는 계약조건 수행에 의해 서비스 공급자 사이에 개인정보가 이전될 수 있는 환경이 발생함을 의미한다.²⁹⁾

즉 개인정보 이전권이 신설됨으로써 정보주체의 개인정보에 대한 통제권을 높여 데이터 계약관계의 변화가 가능하게 되었다. 이를 통해 “대기업에 선점된 개인정보시장(data market)에 접근할 수 있는 기회를 제공함으로써 기업 간 경쟁과 혁신을 증진시킬 것으로 기대되고 있다”는 견해도 제시되었다.³⁰⁾

한편, 프로파일링 관련 권리는 인간이 개입되지 않은 자동화된 방식의 개인정보처리 결과에 정보주체가 종속되지 않을 권리를 명시적으로 규정하여 최근 AI 등 기술 발전 환경에서 개인정보의 자기결정권을 명확히 하였다.

이러한 정보주체의 권리 강화와 구체화는 개인정보보호 규범의 획기적인 패러다임 변화인 사전적·절차적 제도를 통해 더욱 실효성이 제고된다. 개인정보의 침해는 인간의 존엄, 사생활 비밀의 자유, 개인정보자기결정권 등 정보주체의 침해를 야기하고, 개인정보 침해 발생 이후에 2차, 3차 침해로 이어질 수 있다는 특징이 있어, 사후적 구제수단을 통한 실질적 구제는 한계가 있다.

PbD는 기술이나 서비스 기획의 초기부터 폐기 단계까지 정보주체의 이익을 우선 보호하는 관점에서 개인정보보호를 사전적으로 내재화하여 설계하는 원칙과

12), 특히 GDPR 제17조 1항 (f)는 정보사회서비스 제공과 관련되어 개인정보가 미성년자의 동의에 근거해 수집된 경우에 정보주체로 하여금 잊혀질 권리를 부여한다고 명시하였다. 고려대학교 산학협력단(2016). EU 개인정보보호법제(GDPR) 분석 및 개인정보보호법제 개선 입법수요 연구, p. 7.

26) GDPR상 프로파일링과 관련된 정보주체의 권리는 정보를 제공받을 권리(제13조, 제14조), 프로파일링 정보에 대한 접근권(제15조), 반대권 및 자동화된 개별 의사결정(제21조, 제22조) 등이 있다.

27) 이 세 가지 정보 주체의 권리(잊혀질 권리, 정보 이전권, 프로파일링 관련 권리)는 우리나라 개인정보보호법 상에는 아직 규정이 마련되어 있지 않다. 고려대학교 산학협력단(2016). p. 8, p. 13, p. 63 등을 참조.

28) EU GDPR 제20조, 고려대학교 산학협력단(2016). pp. 11-13.

29) 2016년 말 개인정보보호위원회가 발표한 “제3차 개인정보보호 계획(2018~2020)”에 따르면, 국내에서도 자기정보 이전권(right to data portability), 프로파일링 거부권 등 환경 변화에 따른 정보 주체의 권리 개념 조정 및 권리 구체화 관련 연구를 추진하는 것으로 되어 있다.

30) 고려대학교 산학협력단(2016). p. 12.

실행 전략을 통칭한다.³¹⁾ 이는 FTC의 정보보호의 기본 정책으로 채택되어 운영되어 왔고, 최근 EU GDPR 제25조에 명시되면서 더욱 주목 받고 있다. PbD를 통해 정보처리의 공정성 원칙(FIPPS)이 보완되고 진화되어 ‘통지와 동의’제도의 많은 단점을 보완해 더 강력한 이용자 중심의 ‘투명성과 통제’ 모델이 될 것이라고 예상되고 있다.³²⁾

III. Privacy by design 원칙의 발전 사례

1. PbD의 개념과 7대 원칙

PbD라 함은 “정보기술 및 시스템 설계, 상품 개발이나 서비스 기획 단계에서부터 프라이버시의 보호와 강화 조치를 확립하는 포괄적인 절차”를 의미한다.³³⁾ PbD는 1990년대 중반 이후 개인정보 분야에 등장하기 시작했는데, 캐나다 온타리오주의 정보프라이버시 위원(Information & Privacy Commissioner)이었던 앤 카부키언(Ann Cavoukian)에 의해 널리 알려지기 시작하였다.³⁴⁾

PbD는 기본적으로 네트워크로 연결된 데이터 시스템 설계에서부터 프라이버시가 설계 목표와 프로세스에 필수적으로 고려되어야 한다는 개념에서 출발해, 우리 삶에 영향을 주는 모든 표준, 프로토콜 및 프로세스에 프라이버시 보호가 포함되어야 하는 의미로 발전하였다.³⁵⁾

앞에서도 살펴보았듯이 이 배경에는 그동안 디지털 환경에서 제조와 서비스 혁신의 속도가 점점 더 빨라지고 글로벌 경쟁이 증가하는 등 시스템이 복잡해지면서 쏟아지는 엄청난 규모의 개인정보를 효과적으로 보호할 방법에 대해 논의였다.

31) 김일환(2017). p. 65.

32) 손상영/이원태/김희연/문정욱(2016). p. 45.

33) 김나루(2017a). pp. 3-4.

34) Stuart L. Pardo/Blake Edward(2017). “The FTC, the Unfairness Doctrine, and Privacy by Design: New Legal Frontiers in Cybersecurity”, *Journal of Business & Technology Law*, Volume 12 Issue 2, p. 264.

35) Ann Cavoukian(2011). “Privacy by Design- The 7 Foundational Principles: Implementation and Mapping of Fair Information Practices”, p. 1-2.

정보화와 혁신의 이점은 충분히 누리면서도 데이터 흐름에 대한 선택 결정의 자유와 개인의 통제력을 보호할 새로운 수단이 사회적으로 요구되었던 것이다. 앤 카부키언은 개인정보보호에 ‘디자인 씽킹(design-thinking)’³⁶⁾ 관점을 도입해, 현재의 개인정보보호 환경이 맞닥뜨린 제약을 총체적(holistic), 학제적(interdisciplinary), 통합적(integrative), 혁신적(innovative), 영감을 불어넣는(inspiring) 접근법³⁷⁾을 고안해 내었는데, 그 결과물이 바로 PbD이다.

이러한 PbD 원칙이 세계적으로 인정받게 된 것은 2010년 10월 예루살렘에서 열린 제32차 ‘정보보호와 프라이버시위원회(ICDPPC, International Protection and Privacy Commissioners)’ 국제 컨퍼런스에서였다. 이 컨퍼런스에서 앤 카부키언은 PbD의 개념과 7대 원칙을 제시했고, 전 세계의 개인정보보호 감독관들은 PbD가 개인정보보호의 필수 구성요소임을 인식하고 PbD를 촉진하기로 결의하였다.³⁸⁾

이 회의를 기점으로 PbD가 단순히 개념적 논의에 머무르지 않고 7대 원칙을 통해 실행 단계로 발전하기 시작하였다. PbD의 7대 원칙은 투명성, 통지 등 현행 개인정보보호 규제 수단을 포함해 명시하면서도, 근간에 핵심 원칙인 사전적·기본적 조치를 두고 데이터의 생애주기 동안 보호를 원칙으로 제시함으로써 PbD의 실행을 위한 구체적인 접근법을 제공하고 있다.

<표 1> PbD의 7대 원칙(The 7 Foundational Principles)³⁹⁾

구 분	내 용
사후적 조치가 아닌 사전적 조치 (Proactive or Reactive; Preventive not Remedial)	프라이버시 침해 사건이 발생하기 전에 선제적으로 예방하는 접근법으로, 사전적인 조치
기본 설정으로서의 프라이버시 (Privacy as the Default Setting)	주어진 IT 시스템 또는 비즈니스 관행에서 개인정보를 자동적으로 최대한 수준 보장
설계에 내재된 프라이버시 (Privacy Embedded into Design)	기술, 비즈니스 운영, 정보 아키텍처에 프라이버시 보호가 총체적(holistic), 통합적(integrative), 창조적인(creative) 방식으로 내재화→ (기술이나 서비스의) 성능을 감소시키지 않으면서도 프라이버시를 시스템 내에 통합
완전한 기능보장-제로섬이 아닌 포지티브섬(Full)	정당한 이해관계와 목표들을 윈-윈(Win-Win) 방식으로 조화시킴→ ‘프라이버시 對 보안’의 이분법적 접근을

36) 디자인 씽킹(design thinking)은 디자인 과정에서 디자이너가 활용하는 창의적인 전략을 의미하며, 전문적인 디자인 관행보다는 문제를 숙고하고, 문제를 더 폭넓게 해결할 수 있기 위하여 이 용할 수 있는 접근법으로 산업과 사회적 문제에 적용되어 왔다. 위키백과, 2018.4.6. 검색.

37) Ann Cavoukian(2011). p. 1.

38) Stuart L. Pardau/Blake Edward(2017). p. 264.

39) Ann Cavoukian(2011). 김나루(2017a), 손상영/이원태/김희연/문정욱(2016)을 참조하여 재구성하였다.

Functionality-Positive-Sum, not Zero-Sum)	피하고 두 가지 목표를 동시에 추구 ⁴⁰⁾)
단대단 보안-생애주기 보호 (End-to-End Security-Lifecycle Protection)	PbD가 시스템에 내재되어 있어, 개인정보의 수집 초기부터 폐기 시점까지 데이터의 전체 생애주기에 걸쳐 강력한 보안조치를 실행
가시성과 투명성-공개 (Visibility and Transparency-Keep it Open)	모든 이해관계자들에게 이미 명시된 약속과 목표에 따라 기술과 비즈니스 운영이 되도록 보장하고 관련 요소를 투명하게 공개
이용자의 프라이버시 존중-이용자 중심(Respect for User Privacy-Keep it User-Centric)	설계자 및 정보 처리자들이 강력한 프라이버시 기본 설정, 적절한 통지, 이용자 친화적 선택권 부여 등에서 정보 생산자인 개인의 이익을 가장 우선적으로 보호

이후 2012년 미국 연방거래위원회(FTC)의 프라이버시 정책 권고안에 PbD의 원칙들이 포함되면서 시장에서 행동 강령(Code of conduct) 형태로 확대되기 시작하였고,⁴¹⁾ 이후 EU GDPR에서도 PbD가 공식적으로 규범화되었다. 하지만 여전히 PbD가 어떻게 실행되고 구체화되는지 또는 바람직한 행동 강령이나 인증을 위한 표준화된 형식을 도출할 수 있는 것인지 등에 대한 논의는 초기 단계라 할 수 있다.

PbD의 실행전략을 좀 더 구체화해서 제시한 사례가 유럽네트워크정보보호원(ENISA, European Union Agency For Network and Information Security)⁴²⁾의 빅데이터 처리에 있어서 8가지 프라이버시 설계 전략이다.⁴³⁾ 실제로는 현재 시행되고 있는 개인정보보호 법제의 원리인 최소 사용, 통지, 입증책임 등을 열거하고 세부 사항을 설명한 것으로도 보일 수도 있으나 기술이나 상품 설계에서 PbD를 구체화하는 행동 가이드라인을 제시하는 의미가 있으며, 이를 토대로 각 기술, 산업, 서비스 분야별 특성에 따른 프라이버시 설계 전략을 보다 구체화할 수 있을 것이다.

40) 현재 개인정보처리자가 획득하는 이익(주로 광고모델)이 개인정보 즉 데이터 생산자와 공정한 계약 관계에 의한 것인지 또는 공정한 이익 배분이 이루어지고 있는 것인지에 대한 문제제기가 있다. PbD의 7대 원칙 중 제로섬이 아닌 포지티브섬을 추구하는 원칙과 이용자의 이익을 가장 우선 보호하는 원칙이 실제 기술과 비즈니스 운영에 적용될 때 데이터의 공정한 거래 측면을 제기할 수 있는 원칙으로 해석할 수 있을 것이다. 이에 대해서는 추후 보다 심도 있는 연구가 필요할 것으로 판단된다.

41) 인터넷 검색 결과로는 주로 Healthcare 분야의 행동 강령들이 다수인데, 해외 학술연구 논문이나 자율규제기구 등에서 PbD를 구체화한 행동 강령 전문 등은 추가로 검색하여 분석해야 할 과제이다.

42) ENISA는 유럽의 사이버 보안 전문 기술 센터로, 사이버보안, 클라우드 보안, 데이터 보호, 프라이버시 강화 기술, eID 등 NIS(Network and Information Security) 관련 문제에 관해 민간과 정책 기관에 대한 자문과 연구를 수행하는 기관이다. <https://www.enisa.europa.eu/about-enisa>, 검색일: 2018.4.2.

43) ENISA(2015), Privacy by design in big data-An overview of privacy enhancing technologies in the era of big data analytics, pp. 21-26.

〈표 2〉 ENISA의 8가지 프라이버시 설계 전략⁴⁴⁾

- * **‘최소화(Minimize)’**: 개인정보의 양은 가능한 최소한의 양으로 제한되어야 함. 목적 외 수집 제한, 정보 보유기간, 자동화된 삭제 시스템 등을 고려할 수 있음
- * **‘숨기기(Hide)’**: 개인정보와 개인정보 간 관계성은 일반적 시야(plain view)에서는 숨겨져야 함. 추적금지(anti-tracking), 암호화(encryption), 신원 숨김(identity masking) 등 기술 활용
- * **‘분리(Separate)’**: 개인정보는 가능할 때마다 분리된 구획으로, 분산된 방식으로 처리되어야 함
- * **‘총계(Aggregate)’**: 개인정보는 가장 높은 수준의 총계로, 유용한 선에서 가능한 세부사항을 최소화하는 방식으로 처리해야 함. 익명화, 가명화 등이 수단이 될 수 있음
- * **‘통지(Inform)’**: 정보주체는 개인정보가 처리될 때마다 사용 내역/범위/목적 등을 적절히 통지받아야 함. 수집에서 폐기까지 데이터 생애주기 동안 통지의 투명성 확보방안 마련
- * **‘통제(Control)’**: 정보주체에게 개인정보보호와 관련한 권리 행사를 실행할 수 있도록 하는 수단을 제공해야 함
- * **‘강화(Enforce)’**: 법적 요구사항에 상응하는 개인정보보호 정책이 시행되고 강화되어야 함
- * **‘입증(Demonstrate)’**: 개인정보처리자는 현재 시행 중인 관련 법률 및 프라이버시 정책을 준수하였음을 입증해야 함

한편, 빅데이터 처리는 가능한 한 풍부한 양과 깊이를 갖춘 데이터를, 가능한 한 여러 각도에서 결합하여 혁신적 정보를 창조하고, 이를 바탕으로 혁신서비스를 만들어내는 (공공 또는 민간) 비즈니스 모델 구조를 갖고 있다. PbD 원칙이 강하게 실행될 때는 현재와 같은 빅데이터 비즈니스 모델을 제약할 가능성이 있으며, 이는 개인정보처리 패러다임과 비즈니스 모델이 이전과는 완전히 달라져야 한다는 것을 의미한다. 따라서 PbD가 시장에서 잘 적용되고 작동되기 위해서는 오랜 시간이 걸릴 수도 있겠지만, 사회적 가치를 고민하는 데이터 과학자나 엔지니어 및 기업들, 그리고 개인의 신뢰(trust)가 매우 중요한 분야를 중심으로 이미 시장에서는 PbD 원칙의 실행 사례가 증가하고 있다.

2. PbD의 실제 적용 예

44) ENISA(2014). Privacy and Data Protection by Design—from policy to engineering, 손상영/이원태/김희연/문정욱(2016), 김나루(2017a) 등을 참고하여 작성함.

‘PbD의 실제 적용’이라 함은 기술과 시스템 설계, 상품 개발이나 서비스 기획 단계에서부터 계획적, 의도적으로 프라이버시 보호와 강화 대책을 포함시키는 것을 의미한다. 기술적으로는 프라이버시 증진 기술들(Privacy Enhancing Technologies: PETs)⁴⁵⁾을 도입하는 한편, 조직 및 관리 관점에서 프라이버시를 우선적으로 고려하는 프로세스를 확립하는 것이다.⁴⁶⁾ 47) 앤 카부키언은 PbD의 적용 영역에 대해 대중교통 시스템에서 CCTV/감시 카메라, 바이오 인증, 스마트 그리드, IP 위치 데이터 설계, 헬스케어 시스템 등 다수의 예시를 하고 있다.⁴⁸⁾ 여기서는 이 중 CCTV, RFID, 인증에서 적용예를 검토한다.

(1) CCTV 사례

첫째, CCTV⁴⁹⁾ 감시 카메라 사례를 들 수 있다.⁵⁰⁾

CCTV는 보안과 안전 필요에 따라 대중교통 시스템, 쇼핑센터, 아파트, 공공기관, 학교 등 곳곳에 설치되어 사람들의 위치와 움직임을 촬영하고 있다.⁵¹⁾ 국내에서도 ‘16년 말 기준으로 CCTV 설치 대수가 약 1천 3백만 대 이상으로 추정되고 190개 지방자치단체의 통합관제센터가 약 19만대 CCTV 모니터링을 실시하고 있으며, 수도권 시민 하루 평균 83차례 CCTV에 노출되는 것으로 보도된 바 있다.⁵²⁾

45) PETs로는 익명화(anonymization), 암호화(encryption), 메타데이터와 DRM, 신원 관리(Identity management), 프라이버시 유지 데이터 마이닝 기법 등이 있다. 손상영/이원태/김희연/문정욱(2016), pp. 48-51.

46) PbD 도입 프로세스는 대체로 대상으로 하는 프라이버시 요건이 어떻게 변화되고 있는지를 확인하여 요건을 작성, 개인정보를 새로운 시스템을 이용하여 어떻게 수집, 이용 또는 개시하게 될 것인지, End-to-End 시스템 라이프사이클로 확인, 1 확인된 프라이버시 대책의 요구사항을 개발, 프라이버시 요구사항을 바탕으로 설계, FIPS의 원칙에 따라 시스템을 개발, 요구된 프라이버시 대책이 포함되어 있는지를 검증 단계로 설명된다. 高坂 定/瀬戸洋一 기고문, 헬로넷, 2012.8.17.

47) 프라이버시 보호와 강화 조치의 절대적 수준을 정의하기가 어려운 상황에서, PbD의 적용의 적절성 또는 타당성을 누가, 어떻게 평가할 수 있을까? 뒤에서 살펴보는 바와 같이 개인정보보호 규제 당국이 정책 운용 원칙으로 채택하거나 법제화로 강제하더라도 이행의 적절성에 대한 이슈는 여전히 남는 문제이다. 여기서의 PbD 적용 사례는 이러한 제한적 상황에서 PbD를 적용하는 기술적, 절차적 시도들을 예시적으로 살펴본 것이다.

48) Ann Cavoukian(2016)을 참조.

49) CCTV(Closed Circuit Television)는 폐쇄회로 텔레비전으로 비디오 카메라를 이용해 특정 장소의 한정된 모니터로 신호를 전송하는 것을 의미한다.(위키백과, 2018.5.12 검색)

50) 김나루(2017)a, 손상영(2016), 차상욱(2014) 등을 참고해 작성함.

51) 우리나라 개인정보보호법 제25조(영상정보처리기관의 설치운영 제한)는 CCTV 설치부터 데이터 활용을 엄격히 제한하고 있으며, 특히 CCTV 운영자에 대해 개인정보 처리를 위한 안전성 확보 조치를 의무화하고 있다.

52) ‘15. 2월 기준, 파이낸셜 뉴스, 한국미래교육센터 블로그(2017.8.9)에서 재인용.

CCTV 카메라로 촬영된 데이터는 중앙 시스템으로 전송되어 데이터베이스에 저장되며, 필요 시 정보 처리되어 활용된다. 이러한 CCTV 처리 정보는 범죄 예방과 범죄 조사 등 공공안전 증진에 역할을 하는 반면, 촬영된 정보의 활용 시에 프라이버시 침해 우려가 있고, 제3자의 2차적 이용 또는 오작동에 의한 정보유출 우려도 제기된다.⁵³⁾ CCTV 시스템의 기능을 살리면서도 PbD를 내장할 수 있는 방법으로는 몇 가지 대안이 제시되어 있다.

그 중 하나는 스마트 카메라인데, 특수 기술을 사용해 카메라 설계 자체에서 객체의 행동데이터와 신원데이터(얼굴, 자동차 번호판 등)를 분리해 관리하는 방식이다. 신원데이터는 범죄확인 등이 필요한 기관에만 전송되고, 신원데이터와 분리된 행동데이터만으로는 프라이버시 침해 위험을 줄이거나 없앨 수 있도록 설계하는 것이다.

또 다른 PbD 적용 방식은 이미지 암호화이다. 이는 객체의 이미지를 암호화하여 안전하게 보호하고 권한을 가진 지정된 사람들만 이미지를 복호화해 접근할 수 있도록 비밀 키를 제공하는 방식이다. 예컨대 범죄 수사 등에서 개인을 특정할 필요가 있을 경우에는 수사기관에서 비밀 키를 이용해 CCTV 영상에 접근할 수 있다. 이처럼 스마트 카메라나 이미지 암호화 기술 적용을 통해 제한된 관리자에게만 CCTV 영상 확인을 허락하고 허가되지 않은 사람에게는 필요 이상의 정보를 공개하지 않음으로써 CCTV 본연의 설치 목표인 보안 확보와 프라이버시 보호가 양립하게 할 수 있다.

(2) RFID 사례

다음으로는 RFID⁵⁴⁾ 사례를 들 수 있다.⁵⁵⁾

RFID 태그는 바코드의 차세대 기술로, RFID 태그를 제품에 붙이면 제품이 판매된 시간, 장소 등 관련 정보가 마이크로 칩에 저장되어 원거리에 있는 판독 단말기에서 고유 식별번호와 함께 인식될 수 있다. RFID 기술은 제품 공급이나 재고, 물류 관리 등에서 중요하게 활용되고 있다.

53) 차상욱(2014) 참조.

54) RFID(Radio-Frequency Identification)는 주파수를 이용해 ID를 식별하는 SYSTEM으로 일명 전자 태그로 불린다(위키백과, 2018.5.10 검색).

55) RFID 사례는 高坂 定/瀬戸洋一 기고문, 헬로넷, 2012.8.17을 참조함.

하지만 RFID의 원거리 비접촉 인식이라는 특성 때문에 프라이버시 보호 관점에서는 정보주체가 인식하지 못하는 사이에 구입 상품 및 개인정보가 판독될 가능성이 있다는 우려가 있다. 예컨대, RFID 태그가 부착된 제품을 지니고 다닐 경우 개인이 인지하지 못한 상태에서 RFID 태그에 담겨있는 제품 정보가 주변에 있는 리더기에 읽히면서 프라이버시를 침해하고 감시에 악용될 소지도 있다. 이러한 RFID 태그의 정보 유출 및 불필요한 감시 문제를 해결하는 방안으로 PbD가 고려될 수 있기는 하지만, 비용상의 문제 때문에 효율적인 기술적 조치는 아직 확립되어 있지 않다.

이 문제를 해결하기 위해 최근 일본 총무성에서는 ‘전자태그와 관련한 프라이버시 보호 가이드라인’을 통해 ‘태그 내에 개인정보를 포함시킬 경우에는 개인정보 등이 소비자가 알지 못하는 사이에 원하지 않는 형태로 판독될 수 있는 등의 우려’가 있음을 공표하는 관리적 조치를 도입하도록 하고 있다. 또한 RFID 태그가 장착되어 있다는 사실의 표시, 용도가 완료되었을 때에는 탈착하고 불필요한 정보를 기록하지 않는 등 프라이버시 보호를 위한 시스템 도입을 권고하고 있다.

(3) 생체인식 기술

셋째, 생체인식 기술(biometric technology)도 PbD에서 아주 중요한 적용분야이다.

최근 들어, 공항 및 건물의 출입 제한·허용, 금융기관 등 다양한 거래와 계약의 인증, 스마트폰 접근 등에 신체적 정보(지문, 홍채, 정맥, 얼굴인식 등)나 행동정보(음성, 걸음걸이 등)를 이용한 생체정보에 의한 인증 방식이 확대되고 있다. 인증은 본인확인과 식별에 필수적인 절차로 디지털화가 진전되면서 다양한 인증수단들이 출현했지만, 고유성(uniqueness)을 담보할 수 있고, 인증의 편의성을 높이는 측면에서 생체 정보에 의한 인증의 필요성이 있었다.

하지만, 생체정보는 오·남용될 경우 ID나 비밀번호와 달리 새로운 대체정보로 바꾸거나 처음 단계로 돌리는 것이 어렵기 때문에 더욱 큰 문제가 될 수 있으며, 생체정보 시스템은 해킹 공격에도 잠재적으로 취약한 특성이 있다.⁵⁶⁾ 생체인증 기술에도 PbD를 내재할 수 있는데, 생체정보 처리에 암호화 프로세스를 도입하는

56) 손상영/이원태/김희연/문정욱(2016). p. 55.

것이 그 방법이다. 예를 들어, 지문을 이용한 개인 인증시스템에서 실제 지문을 중앙 데이터베이스 시스템 내에 저장하지 않고 지문정보를 암호화하여 시스템 내에 포함시키거나 별도의 저장소에 저장하는 방식을 도입할 수 있다. 이 때 실제 지문정보에 접근하기 위한 암호화 키는 데이터베이스 내에 저장되지 않고 정보주체가 해당 키를 관리하도록 하여 정보주체의 통제권도 보장하는 시스템 설계가 가능하다. 또한 등록된 지문 데이터의 수집부터 파기에 이르기까지의 운용 가이드라인을 정비하는 등 PbD를 체계적으로 명확히 하여 생체정보 인증 시스템을 구현할 수 있다.

한편, 최근 확산되고 있는 블록체인 기술⁵⁷⁾에 의한 인증방식도 PbD 관점에서 주목받고 있다.⁵⁸⁾

블록체인 인증은 사용자 인증과 관련된 식별정보와 개인정보의 저장, 관리가 분리되어, 인증서비스를 이용하는 사람에게 신뢰도를 높이고 개인정보 유출 위험을 최소화하도록 설계되어 있다. 이 때, 블록체인 시스템은 인증통로의 역할만 수행하며, 개인정보는 사용자 모바일 기기 등에 암호화되어 저장되는데, 블록체인 인증시스템에 연동한 다양한 서비스제공자들은 블록체인 인증을 통해 해당 서비스를 이용하는 사람이 누구인지 알 필요도 없이(Zero-knowledge Verification) 서비스를 제공하는 환경을 구현할 수 있다.⁵⁹⁾

IV. 해외 PbD 관련 법제의 현황과 시사점

57) 블록체인 기술은 “탈중앙, 분산화된 방식으로 거래 정보를 비가역적으로 저장할 수 있는 기술”을 의미하며, 이더리움(Ethereum) 출현 이후 Public 블록체인을 기반 기술로 하는 탈중앙 어플리케이션(DApp, Decentralized App)이 등장하면서 생태계가 커지고 있다. 최근 다양한 Use Cases 중 블록체인 인증 서비스가 은행, 보험 등 금융기관을 중심으로 대규모의 확대 가능성을 보여주고 있다. 지디넷코리아, 신한 등 6개 은행, 블록체인 인증 시범서비스, 2019.3.5.

58) 블록체인 기술은 인증 보안 조치의 적용 가능성 외에도, 가명처리 등 Data 비식별화 안전조치 및 Data 제공에 대한공정한 계약을 보다 용이하게 하고 자동화하는 Smart Contract 등의 구현이 가능하여 정보보호와 관련한 다양한 Use cases 출현과 이의 의미에 대한 연구가 진행되어야 한다.

59) 블록체인 인증을 사업화한 대표적 스타트업으로 ShoCard (www.shocard.com. 참조)가 있으며, 국내 삼성SDS도 블록체인 인증 플랫폼인 넥스레저(NexLedger)를 개발해 제공 중이다.

각 국의 개인정보보호 관련 시장 환경이나 정책의 접근방식에 따라 다르겠지만, PbD는 주요 국가들의 개인정보보호 정책과 입법에 있어서 기본 원칙으로 확대되고 있다. 본고에서는 PbD 원칙을 비교적 조기에 법제화한 미국 FTC의 사례와 아울러 디지털 경쟁력 제고 차원에서 오랫동안 숙고의 과정을 거쳐 입법화된 유럽에서의 GDPR 중 관련 조항을 분석하고, 국내 법제 개선을 위한 시사점에 대해 살펴본다.

1. 미국 FTC: 개인정보보호 기본 정책으로서의 PbD

미국에서는 ‘정보처리의 공정성 원칙(FIPPs)’이 소비자의 프라이버시 문제에 관한 규제 관할을 갖고 있는 FTC의 규제 집행 기반을 형성하며, 일반 개인정보보호 법제 없이 의료, 금융 등 각 산업 영역의 법제에 의해 개인정보보호가 규율되어 왔다.

하지만 지속적으로 포괄적인 정보보호 입법에 대한 요구가 있었고, 이에 대한 대응으로 2012년 백악관과 FTC는 (입법에 이르지 못했지만) 개인정보보호와 활용의 균형을 위한 프라이버시 정책 프레임워크를 제시하였다.⁶⁰⁾ PbD는 FTC가 발표한 ‘급변하는 시대의 소비자 프라이버시 보호(Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change)’ 보고서에서 FTC 프라이버시 프레임워크의 3가지 주요 부문⁶¹⁾ 중 하나로 제시되었다.

60) FTC의 보고서에 바로 앞서 발표된 2012년 2월에 백악관 보고서 “연결된 세상에서 소비자 데이터 프라이버시: 글로벌 디지털 경제 환경에서 프라이버시 보호와 혁신 촉진에 관한 프레임워크”는 “소비자 프라이버시 권리장전(bill of rights)”을 제안하며 개인의 정보 통제권과 투명성, 정보처리자의 책임성을 강조한 바 있다. 이는 FTC 보고서와 같이 미국 개인정보보호 입법 형성 과정에 중요한 영향을 준 것으로 분석되고 있다. Timothy J. Toohey/김태오 譯(2013) 참조.

61) FTC 프라이버시 프레임워크의 3가지 주요 부문은 (1) PbD, (2) 소비자 선택의 단순화(Simplified Consumer Choice)- 정보수집 당시의 조건준수, 추적금지체계 제공, 민감정보 수집 전 적극적 동의의 요구 등, (3) 투명성(Transparency)-통지(notice), 접근(access), 소비자 교육 등이다.

〈표 3〉 FTC가 제시한 PbD 원칙의 구조⁶²⁾

* 기본 원칙(Baseline Principle): 회사는 조직 전체와 제품 및 서비스 개발의 모든 단계에서 소비자 개인정보를 보호해야 함	
A. 실체적 원칙	
- 최종 원칙(Final Principles): 회사는 실질적인 개인정보보호를 위해 데이터 보안, 정보수집의 합리적인 제한, 건전한 정보 보유·폐기 관행, 정보 정확성 등의 요소를 실무에 통합해야 함	
B. 실체적 원칙을 이행하기 위한 절차적 보호	
- 최종 원칙(Final Principles): 회사는 제품과 서비스의 생애주기 전반에 걸쳐서 포괄적인 데이터 관리 절차를 유지해야 함	

FTC가 제시한 PbD는 기본 원칙과 실체적 원칙, 그리고 실체적 원칙의 이행을 위한 절차적 보호 원칙으로 구성된다. 이 원칙들은 기업 활동의 모든 분야, 상품과 서비스 개발의 모든 단계에서 소비자의 프라이버시 보호를 고려하는 것이 필수적임을 강조하고 있다. 실체적 원칙 중 데이터 보안과 관련해서 FTC는 자체 법령에 따라 데이터 보안 의무를 강하게 부과해 왔기 때문에 기업들의 합리적인 보안 관행이 잘 정착되어 있기는 하지만, 지속적으로 생겨나는 데이터 유형들에 대해 최상의 데이터 보안 관행을 개발·구현하도록 업계에 요청하고 있다.⁶³⁾ 또한 ‘정보수집의 합리적 제한’은, 기업들이 Netflix 등 추천형 서비스를 사례로 들어 혁신을 저해할 우려가 있다고 항변하였다.

하지만 특정한 거래 상황, 소비자와 기업 간 거래 계약에 부합하는 범위 내 또는 법이 특별한 자격을 부여하는 경우로 정보수집을 제한해야 한다는 것이 최종 원칙의 내용으로 담겼다. 또한 데이터에 대한 실체적 원칙의 실행이 데이터의 수집 단계 뿐 만 아니라 데이터 생애주기 내내 포괄적인 관리와 보호가 이루어져야 함을 밝히고 있다.

FTC의 PbD 원칙 권고는 프라이버시 보호와 관련된 부담을 정보주체에서 개인 정보처리자로 이전시킨다는 의미가 있다. 이에 따라 소비자가 서비스 선택 결정을 위해 프라이버시에 관한 기업의 처리 관행에 대해 학습하고, 깊고 이해할 수

62) FTC(2012), p. vii 참조.

63) FTC는 Google, Twitter 및 Mozilla와 같은 회사들은 온라인 서비스에서 기본적으로 SSL 암호화를 제공하는 등 자발적 의무를 이행하고 합리적인 보안 유지를 위해 노력하고 있음을 밝히고 있다. FTC(2012), pp. 25-26.

없는 프라이버시에 관한 통지 사항을 읽을 필요 없이 소비자의 개인정보가 서비스에 내재되어 보호된다.⁶⁴⁾ 이러한 PbD 원칙의 실행은 개인정보보호 책임자를 두거나, 직원들에게 정보보호의 체크리스트 작성을 요구하는 정도로 달성되는 것이 아니며, 정보주체가 자신의 정보가 사용되는 방식에 대해 의미 있는 선택을 할 자격이 있다는 개념이 회사의 혁신 프로세스와 일하는 문화 전반에 깊이 자리 잡아야 가능한 것이다.⁶⁵⁾

FTC의 PbD 원칙은 기본적으로 입법 형태가 아니라 ‘행동 강령(Code of conduct)’의 형태로 제정되었다. 이 강령에서 FTC는 2012년 프레임워크는 특정 소비자, 컴퓨터 또는 기타 장치에 합리적으로 연결될 수 있는 소비자 데이터를 수집하거나 사용하는 모든 상업적 주체에 적용된다고 밝히고 있다.⁶⁶⁾

2. EU GDPR: 형식적 의미의 규범으로서의 PbD

EU GDPR은 유럽의 일반 정보보호규칙으로 IoT, 인공지능과 같은 새로운 기술 확산, 국경 간 개인정보 유통 급증 등 개인정보보호 환경의 급변에 따라 EU가 기존의 데이터보호지침(DPD)을 개선한 규제로, 2016년 4월에 채택되어 2018년 5월 25일 발효되었다.

EU GDPR에서 PbD는 크게 네 부분에서 규정되어 있는데, 법 조항의 필요성을 설명하는 Recital(78), 정보처리자의 의무를 규정하고 있는 본문 조항 제25조, 실행 방식을 담고 있는 제40조 및 제42조, 그리고 위반 시 제재를 규정한 제83조 등이다

먼저, 법령 제·개정 이유를 설명하는 Recital (78)⁶⁷⁾에서는 PbD를 개인정보 처리와 관련한 법 요건 충족을 위해 지켜야 할 ‘적절한 기술 및 관리조치’로 설명하고 있다.⁶⁸⁾ 정보처리자는 법 준수를 입증하기 위해서 정보처리의 최소화, 가능한 빠른 시

64) FTC(2012), p. 23.

65) Edith Ramirez(2012). “Privacy By Design and the New Privacy Framework of the U.S. Federal Trade Commission, Remarks of Commissioner Edith Ramirez Privacy by Design Conference Hong Kong, 2012.6.13., p. 2.

66) FTC(2012), pp. 15-22. 단, 그 상업적 주체가 연간 5,000 명 미만의 소비자로부터 중요하지 않은 데이터만 수집하고 제3자와 데이터를 공유하지 않으면 이 규정을 적용하지 않는다.

67) Recital은 유럽 법제에서 해당 법령을 제(개정)하는 이유에 해당하는 내용을 표시하는 것이다. 홍승진(2007). 유럽연합의 법령 입안을 위한 공동 실무가이드(1), 법제처.

68) The protection of the rights and freedoms of natural persons with regard to the processing of

일 내에 개인정보 가명처리, 개인정보 기능과 처리의 투명성 제고 등 PbD를 충족하는 내부 정책과 조치를 채택하고 시행해야 한다. 이러한 조치는 제품, 서비스 및 어플리케이션 개발자가 기술 개발/기획 당시에 개인정보보호를 고려해야 하고, 정보처리자가 초기부터 개인정보보호 의무를 이행할 수 있도록 보장해야 함을 의미하는 것이다.

다음으로, PbD를 규정한 것은 일반규칙 제25조(설계와 기본설정에 의한 데이터 보호)이다. 여기에서는 제IV장의 제1절 정보처리자와 수탁처리자의 일반적인 의무 규정 내에 다루고 있다. 이는 총 3개의 항으로 구성되어 있는데, 제1항은 PbD가 정보처리자가 정보주체의 권리 보호와 본 규칙의 요건 충족을 위해 실행해야 할 ‘적절한 기술 및 관리조치’ 이행 의무임을 명확히 하면서, PbD 실행 대상의 고려 요소, 실행 시점 및 기술/관리 조치의 예시 등을 담고 있다.

기본 설정(Default) 의무를 규정한 제2항은 구체적인 목적에 필요한 정보만 처리되도록 기술관리 조치를 이행하도록 하고 있는데, 특히 개인정보가 정보주체의 허락 없이 불특정 다수가 접근하지 못하도록 보장해야 한다고 규정하여, 정보주체의 통제권을 제품 및 서비스 설계의 기본 설정이 되도록 하고 있다. 제3항에서는 동 법 제42조의 인증(Certification) 메커니즘을 정보처리자가 PbD 내용을 준수하고 있음을 입증하는 데 사용할 수 있다고 규정하고 있다.

personal data require that appropriate technical and organisational measures be taken to ensure that the requirements of this Regulation are met. In order to be able to demonstrate compliance with this Regulation, the controller should adopt internal policies and implement measures which meet in particular the principles of data protection by design and data protection by default. Such measures could consist, inter alia, of minimising the processing of personal data, pseudonymising personal data as soon as possible, transparency with regard to the functions and processing of personal data, enabling the data subject to monitor the data processing, enabling the controller to create and improve security features. When developing, designing, selecting and using applications, services and products that are based on the processing of personal data or process personal data to fulfil their task, producers of the products, services and applications should be encouraged to take into account the right to data protection when developing and designing such products, services and applications and, with due regard to the state of the art, to make sure that controllers and processors are able to fulfil their data protection obligations. The principles of data protection by design and by default should also be taken into consideration in the context of public tenders.

<표 4> EU GDPR의 PbD 관련 조항⁶⁹⁾

제25조 (Data protection by design and by default)

1. 최신 기술과 실행 비용, 정보 처리의 성격과 범위, 맥락(Context), 목적뿐만 아니라 정보처리로 인해 개인의 권리와 자유에 대해 발생할 수 있는 변화 가능성과 중대성의 위험성을 고려하여, 정보처리자는 정보처리 수단을 결정한 시점과 처리 당시 시점에서, 데이터 최소화⁷⁰⁾ 등 개인정보보호의 원칙을 이행하고 본 규정의 요건을 충족하고 정보 주체의 권리를 보호하기 위해, 처리에 필요한 안전조치를 포함하도록 설계하기 위해 가명처리 등 적절한 기술 및 관리조치를 이행해야 한다.
1. 정보처리자는 기본설정을 통해, 처리의 개별 특정 목적에 필요한 정도에 한하여 개인정보가 처리될 수 있도록 보장하기 위한 적절한 기술 및 관리조치를 이행해야 한다. 이러한 의무는 수집되는 개인정보의 양, 해당 처리의 범위, 개인정보의 보관기간 및 접근용이성에 적용된다. 특히, 이러한 조치는 개인정보가 관련 개인의 개입 없이 불특정 다수에게 열람되지 않도록 기본설정을 통해 보장한다.
1. 제42조에 근거한 공식 인증 메커니즘은 본 조항의 제1항 및 제2항에 규정된 요건의 준수를 입증하는 요소로 이용될 수 있다.

EU GDPR은 정보처리자의 PbD 의무를 명확히 하면서 의무 이행방식을 별도로 규정하고 있다. PbD 실행 보장과 관련해 제40조(Code of Conduct) 제1항과 제2항(h)는 정보보호 규제 당국이 다양한 정보보호 부문의 구체적인 특징과 영세 중소기업의 구체적인 요구를 참작하여 규칙 실행에 도움이 되는 행동강령의 도입을 촉진하도록 규정하고 있다.

나아가 PbD 관련규정인 제25조 3항에서도 규정했듯이, 제42조(Certification)는 정보처리자의 작업이 본 규칙을 준수하고 있음을 보여주기 위한 목적으로 EU 차원의 개인정보보호 인증 메커니즘, 개인정보보호 인장(seals)과 마크(marks) 수립을 장려하고 있으며, 동 조 제3항에서는 인증이 자발적이고 투명한 절차를 통해 제공되도록 하고 있다. 인증 메커니즘은 EU GDPR 제43조에서 규정한 자격 있고, 인가 받은 인증기구를 통해 수행된다.⁷¹⁾

PbD 의무를 위반해 개인정보를 침해한 경우 처벌에 대해서는 규칙 제83조 행정 과태료 부과에 관한 일반조건의 제4항에서 규정하고 있다.

69) EU GDPR 제25조(Data protection by design and default)

70) 데이터 최소화(data minimization)는 “개인정보가 처리되는 목적과 관련해 적절하고, 타당하고 필요한 범위로 제한되어야 한다”는 원칙을 의미한다. EU GDPR 법조는 제5조 제1항(c)

71) 자세한 내용은 EU GDPR 제 43조(Certification bodies)를 참조하십시오.

이에 의하면 1000만 유로 또는 직전 회계연도의 연간 전 세계 총 매출의 2%에 이르는 과태료 중 높은 금액이 부과된다.⁷²⁾ 여기에서는 규칙의 침해에 대한 제재 조치 부과에 있어서 유효성(effective), 비례성(proportionate) 등의 원칙을 밝히고 있다. 또한 과태료 부과나 액수 결정에 있어 고려해야 할 사항으로 PbD 및 보안 조치 이행 정도, 공인 행동강령 및 인증 메커니즘 준수 등의 요소를 적시하고 있다.

요컨대 EU GDPR은 PbD를 개인정보 처리자가 준수해야 할 ‘적절한 기술 및 관리 조치’로 규정하고 있다. 또한 정보처리자에게 제품 및 서비스 설계 초기에 규칙에서 요구하는 데이터 최소화 등 개인정보보호 원칙을 구현할 의무를 부과하고, 이를 이행하고 있다는 사실을 정보처리자가 자율적인 행동강령이나 공인인증을 통해 입증하도록 요구한다.

3. 해외 PbD 관련 법제의 시사점

위에서 살펴본 바와 같이 PbD관련 법제는 각 국의 개인정보보호 규제체계에 따라 다르게 나타난다. 미국 FTC는 개인정보를 필요로 하는 모든 상품과 서비스 개발에서 정보보호를 고려하는 것이 필수적임을 정책의 기본 원칙으로 하고 있으며, 정보처리자로 하여금 시장 자율적인 행동 강령을 도입하도록 권고하고 있다. 미국의 PbD 정책은 모든 상업적 주체를 그 적용 대상으로 하지만, 연간 5,000명 미만의 소비자로부터 중요하지 않은 데이터를 수집하고 제3자와 데이터를 공유하지 않는 상업적 주체의 경우는 정책의 적용에서 배제된다.

반면, EU GDPR은 PbD를 상품과 서비스 개발에서 준수해야 할 원칙으로 파악함은 물론, 여기에서 한 걸음 더 나아가, PbD를 입법화하여 ‘적절한 기술 및 관리 조치’로 보다 구체적으로 정의하고 정보처리자의 의무를 명확히 하였으며, 정보처리자가 PbD 이행의무를 행동강령과 인증에 의해 입증하도록 하였다. 즉 PbD를 정보처리자의 사전적 이행 의무로 확실히 규범화하여 규제당국의 개입근거를 마련하고 있다.

72) 참고로 EU GDPR 제재 규정에 따르면, 동의 조건을 비롯한 정보처리의 기본 원칙(제5, 6, 7조 및 제9조), 정보주체의 권리(제12-22조), 개인정보 이전(제44-49조) 등을 침해한 경우에는 2,000만 유로 또는 직전 회계연도의 연간 전 세계 총 매출의 4%에 이르는 과태료 중 높은 금액의 처분을 받는다.

이러한 EU GDPR에서의 PbD 규정 도입은 개인정보보호를 위한 기술 및 관리조치를 제품과 서비스 개발의 프로세스에 사전적으로 탑재하도록 하는 조치로서, 정보처리자에게 개인정보보호를 위한 사전적 의무를 강화하는 규제로 해석할 수 있다. 이미 기존의 EU 데이터보호지침(DPD)에서도 정보보호 영향평가(DPIA: Data Protection Impact Assessment)가 해당 정보의 처리에 따른 위험성을 사전에 예측하기 위해 사전적 예방조치로 규정되어 있었지만, PbD는 이에 더하여 제품 및 프로세스 개발과 수명주기 동안의 모든 프로세스에서 정보보호를 내장해야 하는 보다 강력한 사전적 규범으로서 의미가 있다.

다만, EU GDPR 규정에서도 밝히듯이 PbD 적용 대상과 범위를 정함에 있어서 최신기술과 실행비용, 변화가능성과 중대성의 위험 등을 고려해 이행하도록 단서를 붙이고, 인증의무에 대해서도 영세기업이나 중소기업의 구체적인 요구를 참작하도록 하는 등의 여지를 두고 있다. 기업 규모에 따른 규범의 의무 이행 면제 요소는 미국 FTC의 정책에서도 나타난다.

이러한 PbD 정책 시행과 법제화는 향후 개인정보를 다루는 기업 활동과 산업 전반에 광범위한 영향을 미칠 것으로 예상된다. PbD 규제의 도입 수준과 각 산업에 적합한 기술 및 관리조치의 기준을 어떻게 만들어 갈 것인지, 이러한 기준을 준수하면서 PbD 이행을 강제하기 위한 인증제도나 시장 자율의 행동강령의 사례들이 어떻게 확산되고 채택될 것인지 지속적으로 주시할 필요가 있다.

혁신적인 기술 도입의 영향을 사전적으로 모두 예측하는 것은 불가능하다. 따라서 기술과 서비스 개발 프로세스에 정보보호 장치를 내장하도록 하는 기업 관행의 변화에는 오랜 시간이 걸리겠지만, 규범의 이행과 위반 및 징벌의 사례가 축적되어 가면서 PbD의 이론이 점차 정착되어 갈 것이다.

현재 EU GDPR이 정보처리자의 PbD 의무 이행방식을 ‘인증’과 ‘행동강령’으로 규정하고 있듯이, PbD의 정착에는 규제당국의 의지와 더불어 정보처리자의 자율적 의무준수가 중요한 요소가 된다. 이에 규제당국은 정보처리자가 PbD를 단순히 의무로서 이행하도록 하는 것이 아닌, 개인정보보호의 사회적 가치를 만들어가는 주체로서 그들의 유인 시스템을 잘 구축해 가는 방안도 고려할 필요가 있다.

V. 맺음말

PbD는 개인정보 분야에서는 1990년대 중반에 등장한 개념이지만 최근 IoT, AI, 빅데이터 정보처리 환경에 따른 개인정보보호 규범의 획기적인 패러다임 변화 요구 속에서 그 중요성이 강조되고 있다. 즉, 정보처리 이후 사후적 구제제도만으로는 정보주체의 기본권을 충분히 보호하기에 한계가 있어, 개인정보의 침해를 예방하는 사전적·절차적 제도를 통한 권리보호의 대안적 규제로서 PbD가 주목받고 있는 것이다.

PbD는 정보기술 및 시스템 설계, 상품 개발이나 서비스 기획 단계에서부터 프라이버시의 보호와 강화 조치를 확립하는 포괄적인 절차를 의미한다. 이는 개인정보보호를 실행하는 절차 또는 원칙에서 출발해 빅데이터 기술과 관리전략으로 구체화되어 오다가, 최근 EU GDPR에 법제화되면서 그 법적인 의미가 ‘개인정보 처리와 관련한 법 요건 충족을 위해 준수해야 할 적절한 기술 및 관리조치’로 구체화되었다.

주지하다시피 EU GDPR은 유럽 내에서만이 아니라 그 적용범위가 광범위하고 또한 많은 국가들에서 최신의 개인정보보호 법제 개선에 EU GDPR을 비교법적 사례로 참고하고 있어, 신규로 입법화된 Privacy by Design 규정의 도입을 둘러싼 논의가 활발히 일어날 것으로 예상된다. 물론 각국의 개인정보보호 체계에 따라 Privacy by Design 규제의 도입 여부와 규범화 방식은 달라질 수 있을 것이다.

우리나라에서는 IoT 정책에서 ‘보안이 내재화된 IoT 기반 조성(Security by Design)’로 도입되어, 홈가전, 의료, 교통, 환경, 재난, 제조, 건설 등 IoT 분야에서 보안 내재화 정책을 추진해 왔다.

하지만 우리나라에서는 PbD가 일반 개인정보보호의 규범화 논의로까지 이어진 것은 아니다. 다만, 2016년 말 개인정보보호위원회가 발표한 ‘제3차 개인정보보호 기본 계획’에서 우리나라도 최근 급속한 데이터 경제 환경변화에 따라 최소한의 규제이행을 요구하는 정부 주도 규제체계로는 신기술 서비스 출현에 따른 취약점과 침해사고 등에 대해 사후약방문식 대응을 반복할 수밖에 없다는 판단 하에, 기술서비스 분석 및 개발단계부터 개인정보 보호 최적화 설계(Privacy by Design) 기술과 정책을 개발하는 것이 필요하다는 점이 강조되고 있다.⁷³⁾

데이터 경제시대에 개인정보보호 침해의 사전적 예방제도로서 Privacy by Design의 입법화 여부가 중요한 논의 주제임은 분명하며, 우리나라에서는 개인정보보호법에 규정하는 방식을 고려하는 것도 당연한 수순일 것이다. 입법화 논의를 시작하는 단계에서는 Privacy by Design이 개인정보보호의 사전적 규제라는 점을 고려할 필요가 있다.

우리나라 개인정보보호법은 개인정보 수집·이용의 원칙으로서 통지와 동의제도를 엄격하게 운용해 왔고, 법 제33조의 개인정보 사전영향평가를 규정해 공공기관에 대해서는 정보처리의 위험요인 분석과 개선사항 도출을 사전적으로 검증하는 제도를 이미 시행 중에 있다.⁷⁴⁾ 사전규제라는 관점에서 EU GDPR의 개인정보 사전영향평가는 한국과 비교할 때 공공기관만이 아닌 민간기관을 포함하고, PbD 규정은 개인정보 사전영향평가와는 달리 해당 제품이나 서비스의 출시부터 파기까지 모든 프로세스에 걸쳐 개인정보보호를 내재화하도록 의무화하는 차이가 있다. 이러한 차이를 고려해 이미 우리나라 개인정보보호법이 규정하고 있는 개인정보 사전영향평가와 새로이 도입을 고려하는 PbD 규정이 규율하는 대상과 범위에서 중복될 여지는 없는지, 개인정보 침해를 방지하기 위한 사전적 예방제도를 통합적으로 고려하여, PbD 제도 도입의 목적과 원칙 그리고 방식과 효과를 면밀하게 검토할 필요가 있다.

PbD 제도의 목적과 원칙, 규제의 수준 등을 도출한 이후에, 제도의 도입 방식은 시장의 자율규제에 의한 행동강령 제정을 우선적으로 검토할 수도 있고, 개인정보보호법 체계 내에 PbD를 규정하고 이의 이행방식을 인증이나 행동강령으로 규정하는 방안 등을 고려해 볼 수 있을 것이다.

(논문투고일 : 2018.11.30, 심사개시일 : 2018.12.03, 게재확정일 : 2018.12.20)



● 김 남 심 · 지 성 우

정보, 개인정보, 개인정보의 자기결정권, 설계단계에서의 프라이버시 보호, EU개인정보보호규칙

73) 개인정보보호위원회(2016. 12), 제3차 개인정보보호 기본 계획(2018-2020년), p. 9.

74) 개인정보보호법 제33조(개인정보 영향평가) ① 공공기관의 장은 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 개인정보파일의 운용으로 인하여 정보주체의 개인정보 침해가 우려되는 경우에는 그 위험요인의 분석과 개선 사항 도출을 위한 평가(이하 "영향평가"라 한다)를 하고 그 결과를 행정안전부장관에게 제출하여야 한다.

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

- 개인정보보호위원회(2016). 제3차 개인정보보호 기본 계획(2018-2020년), 2016.12.
- 고려대학교 산학협력단(2016). EU 개인정보보호법제(GDPR) 분석 및 개인정보보호법제 개선 입법수요 연구, 2016.7.21.
- 김나루(2017a). 'Privacy by design'의 도입과 그 적용에 관한 소고, 성균관법학 제29권 제4호, 2017.12.
- 김나루(2017b). 빅데이터 활용과 개인정보보호체계의 재구축을 위한 헌법적 고찰, 숙명여자대학교 대학원 박사학위 논문, 2017. 6.
- 김일환(2017). 초연결사회에서 개인정보보호법제 정비방안에 관한 연구, 성균관법학 제29권 제3호, 2017.9.
- 김진환(2014). 개인정보 보호의 규범적 의의와 한계 - 사법(私法) 영역에서의 두 가지 주요 쟁점을 중심으로, 저스티스 통권 제144호, 2014.10.
- 돈 탭스콧/알렉스 탭스콧(2017). 블록체인 혁명, 을유문화사.
- 손상영/이원태/김희연/문정옥(2016). 안전한 초연결사회를 위한 사회문화적 조건 - 초연결사회의 지속가능성을 위한 사회문화적 조건과 한국사회의 대응(II)", 정보통신정책연구원.
- 이원태(2016.12). EU의 알고리즘 규제 이슈와 정책적 시사점, KISDI Premium Report 16-12, 정보통신정책연구원.
- 전승재/주문호/권현영(2017). 개인정보 비식별 조치 가이드라인의 법률적 의미와 쟁점, 정보법학 제20권 제3호.
- 차상욱(2014). 빅데이터(Big Data) 환경과 프라이버시의 보호, IT와 법연구 제8집.
- 최혜선(2013). 개인정보보호의 신경향 -프라이버시 중심 디자인(Privacy by Design)을 중심으로-, 일감법학 제24권.
- 한국인터넷진흥원(2014). 유럽네트워크정보보호원, '프라이버시 중심 디자인(Privacy by Design)'에 관한 보고서 발표, Internet & Security Biweekly, 2014.1.

홍승진(2007). 유럽연합의 법령 입안을 위한 공동 실무가이드(1), 법제처, 2007.7.

II. 외국문헌

- Timothu J. Toohey/김태오 譯(2013). “정보유통과 프라이버시의 균형 미국의 관점을 중심으로”, 경제규제와 법 제6권 제1호.
- Cavoukian(2011). Privacy by Design- The 7 Foundational Principles: Implementation and Mapping of Fair Information Practices.
- Cavoukian(2012). Operationalizing Privacy by Design: A Guide to Implementing Strong Privacy Practices.
- Cavoukian/Jonas(2012). Privacy by Design in the Age of Big Data Information and Privacy Commissioner.
- Decode(2017). Me, my data and I: The future of the personal data economy.
- Ramirez(2012.6.13). Privacy By Design and the New Privacy Framework of the U.S. Federal Trade Commission, Remarks of Commissioner Edith Ramirez Privacy by Design Conference Hong Kong.
- ENISA(2015). Privacy by design in big data-An overview of privacy enhancing technologies in the era of big data analytics.
- ENISA(2014). Privacy and Data Protection by Design-from policy to engineering.
- FTC(2012.3). Protecting Consumer Privacy in ad Era of Rapid Change: Recommendations for Businesses and Policymakers, FTC REPORT.
- Lovells(2016). “GDPR – A game changer for the digital economy”, Chronicle of Data Protection.
- Pardau/Edward(2017). “The FTC, the Unfairness Doctrine, and Privacy by Design: New Legal Frontiers in Cybersecurity”, Journal of Business & Technology Law 12-2.
- The White House(2012.2). Consumer Data Privacy in a Networked World: A Framework for Protecting Privacy and Promoting Innovation in the Global Digital Economy.

Abstract

A normative Study on the “Privacy by Design” principle

Kim, Nam Sim*

Ji, Seong Woo**

The General Data Protection Regulation of EU(GDPR) brings lots of important changes in 2018, and organisations have a lot to do to remain compliant. One such change is the need for ‘Privacy by Design(PbD)’.

PbD includes internal projects, product development, software development, IT systems, and much more. Until today, tagging security or privacy features on at the end of a long production process would be fairly standard.

According to the ‘PbD principle’ governments should take into account the state of the art, the cost of implementation and the nature, scope, context and purposes of processing as well as the risks of varying likelihood and severity for rights and freedoms of natural persons.

Moreover the controller shall implement appropriate technical and organisational measures for ensuring that, by default, only personal data which are necessary for each specific purpose of the processing are processed. And controller should follow some principles such as pseudonymisation, which are designed to implement data-protection principles, such as data minimisation, in an effective manner and to integrate the necessary safeguards into the processing in order to meet the requirements of this Regulation and protect the rights of data subjects.

Up to now korean government has not legalized this principle. But in the future perhaps we should consider legalize PbD for the foreseeabe future.

* Senior Researcher of SK Research Institute

** Prof. Sungkyunkwan Uni Law School, Dr. Jur



▶ **Kim, Nam Sim · Ji, Seong Woo**

Information, Personal Information, Right to self-determination of personal information, Privacy by design, GDPR

낙태와 관련한 자기결정권의 행사와 그 한계에 대한 재조명

엄 주 희 *

양 지 현 **

【목 차】

- I. 서론
- II. 낙태와 관련한 자기결정권의 행사
- III. 낙태와 관련한 자기결정권의 한계
- IV. 생명 보호의 헌법가치를 지향하는 입법 개선 방향
- V. 결론

【국 문 요 약】

낙태죄 폐지에 관한 찬성과 반대를 둘러싼 논쟁이 평행선을 달려오는 가운데, 헌법재판소에서 이와 관련된 사건이 계속 중이다. 낙태와 관련하여 가장 최근에 있었던 헌법재판소 판결에서는 낙태죄 폐지와 존치가 각각 4:4를 이루어 합헌을 유지하였다. 낙태를 처벌하는 규정이 임부의 자기결정권 내지 낙태의 자유를 제한하고 있으므로, 이것이 정당한 제한인지를 과잉금지의 원칙으로 판단하였다. 낙태 허용을 주장하는 논거 중 가장 강력한 것이 태아의 생명권과 대립적이 위치에 놓이게 되는 임부의 자기결정권이다. 국가의 생명 보호의무, 태아의 생명 보호의 가치와 필요성은 헌법적으로 보호되어야 한다. 찬반 논변 중 어느 것이라도 낙태율을 줄여야 한다는 데는 이견이 없다. 무고한 생명을 살리면서도 여성의 처우를 배려해야 한다는 공동의 목표가 있는 셈이다. 낙태율이 심각하게 높아진 배경에는 피임의 책임을 여성에게 전가한다든지, 여성의 사회활동은 증가한데 비해 출

* 제1저자(주저자): 국가생명윤리정책원 팀장, 세종대·명지전문대 겸임교수 역임, 법학박사
본고의 초고는 2018년 6월 15일 국회 조배숙 의원실 주최, 국회 포럼에서 발표되었다. 본고의 완성도를 위해 유익한 논평을 해주신 논찬자님들, 심사위원님들께 깊이 감사드린다.

** 공동저자: 연세대 의료법윤리학연구원, 연구원

산과 양육에 대한 지원이 부족한 현실과 미혼모에 대한 심각한 차별과 편견 등이 존재 한다. 자기결정권은 헌법상 기본권이면서, 개인이 자신의 삶에 관한 중대한 사항을 스스로 자유롭게 결정하고, 그 결정에 따라 책임을 져야한다는 자기운명 결정권이다. 낙태와 관련한 자기결정권은 임신과 출산에 관한 자기결정권으로 설명할 수 있다. 소극적으로는 임부의 의사에 반하여 국가가 임신, 출산, 낙태에 개입, 간섭하지 못하도록 금지하는 것, 즉 의료적으로 낙태를 강제하거나, 임신·출산을 하거나 하지 못하도록 강제하는 조치를 금지하는 것이다. 적극적으로는 임신, 출산, 낙태에 대해 결정하는 것으로서 이에 대한 의료에 접근할 권리이다. 태아는 인간생명의 초기 형태이므로 생명권의 보호의 범주에 포함되는 객체로서 인정된다. 태아의 생명은 완전히 독립적이지 않고 임부에 의존할 수밖에 없다는 점, 즉 태아는 임부에게도 독립적인 타인이 아니라 임부의 신체의 일부를 이루기도 하고, 임부의 신체에 의존하고 있다는 점에서 독립된 개인들 간의 기본권 상충의 문제와 다르게 문제 해결의 어려움이 있다. 태아에 대한 생명이나 신체 침해는 동시에 임부의 신체의 일부에 대한 침해가 될 수 있기 때문이다. 국가의 기본권 보호 의무는 태아의 생명에 대한 보호와 함께 임부의 신체에 대한 보호가 동시에 이루어져야 한다는 귀결로 이어진다.

따라서 이 연구에서는 임부의 자기결정권의 형성과 그 행사의 모습을 재조명하였고, 낙태 문제에서 자기결정권이 가지는 내재적 한계와 기본권의 상충 상충에 대한 해결방법을 살펴보았다. 그럼으로써 낙태죄 위헌여부를 다루고 있는 현 상황에서 참조할 만한 통찰을 제시하였다.

I. 서론

2012년 헌법재판소는 형법상 낙태죄의 위헌 여부 등을 다룬 사건에서 해당 조항이 ‘임부의 자기결정권’을 침해하지 않는다고 결정하였다.¹⁾ 비록 법정의견은 합헌이었지만 심리에 참여한 재판관 8인의 의견이 4:4의 합헌과 위헌의견으로 갈라졌던 만큼, 당시 헌법재판소의 결정은 ‘형벌을

1) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402결정.

통한 낙태 규제의 헌법적 정당성' 논란의 종지부를 찍지 못한 상태로 끝났다.²⁾ 그로부터 5년이 지난 2017년 형법상 낙태죄의 위헌 여부를 다루는 헌법소원이 다시 제기되어 헌법재판소는 2018년 5월에 공개 변론을 열었다. 그러나 공개변론이 있는 후에도 합헌론과 위헌론의 견해 차이는 좀처럼 좁혀지지 않은 상태로 헌법재판소의 새로운 결정을 기다리며 팽팽한 평행선을 유지하고 있다.³⁾

현재 낙태 행위는 형법 제27장의 '낙태의 죄(269조 내지 270조)'와 모자보건법 제14조 및 동법 시행령 제15조의 '인공임신중절의 허용한계'에 관한 규정이 적용된다.⁴⁾ 다시 말해, 형법으로 낙태의 죄와 형을 규정하여 원칙적으로 낙태가 금지되어 있으나, 모자보건법의 허용한계에 규정된 요건을 충족하면 법령에 의한 정당행위(형법 제20조)로 위법성이 조각되는 구조이다. 그러므로 낙태를 원하는 임부의 자기결정권의 행사는 상당한 제약의 범위 내에서만 실현이 가능하다.

헌법재판소는 2012년 결정에서 위의 자기낙태죄 조항(형법 제269조 제1항)이 '태아의 생명 보호'를 위해 '헌법 제10조에서 도출되는 임부의 자기결정권(낙태의 자유)'을 제한한다는 점을 인정하였으나 과도한 제한이 아니므로 합헌이라고 판시했다. 그리고 태아도 '생명권의 주체'임을 합헌 판단의 중요한 논거로 삼고 있으나 임부와 태아의 기본권의 충돌 문제를 직접적으로 다루지는 않고, 기본권 제한에 관한 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙만을 심사기준으로 삼았다.⁵⁾ 즉, 헌법재판소는 임

2) 김종대, 민형기, 박한철, 이정미 4인의 재판관의 법정의견, 이강국(재판장), 이동흡, 목영준, 송두환 4인의 재판관의 반대이견 및 이동흡 재판관의 반대이견에 대한 보충의견으로 나뉘어 위헌정족수 6인을 충족하지 못했다.

3) 낙태 찬성론에서는 스스로의 결정에 의해 임신을 유지하지 않겠다는 의미로 "임신 중단"이라는 용어를 주장하기도 하고, 모자보건법에서는 24주 이내(모자보건법 시행령 제15조) 동안 일정한 인공임신중절의 허용 사유를 두고 있으나, 본고에서는 인공적으로 임신을 중단하는 것을 범죄(낙태죄)로 규정하는 것에 대해 헌법재판소에서 그 위헌여부를 다룬 사건을 논하기 위해 낙태라는 용어를 사용하기로 한다.

4) 모자보건법 제14조 및 동법 시행령 제15조에 따른 '인공임신중절수술의 허용한계'는 "① 낙태 정당화 사유의 존재, ② 본인과 배우자(사실상의 배우자 포함)의 동의, ③ 임신 24주 이내일 것, ④ 의사가 낙태를 시술할 것"이라는 4가지 요건으로 구성되어 있다. ①의 정당화 사유는 "i) 본인이나 배우자가 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우, ii) 본인이나 배우자가 전염성 질환이 있는 경우, iii) 강간 또는 준강간에 의하여 임신이 된 경우, iv) 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우, v) 임신의 지속이 보건·의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우"라고 규정되어 있다.

부의 자기결정권과 태아의 생명권이 상하의 서열관계에 있는 것으로 본 것은 아니었으나, 사실상 태아의 생명권 보호라는 ‘공익’을 보다 중시하는 취지의 결론에 이른 것으로 평가할 수 있다. 그러나 이러한 헌법재판소의 결정에도 불구하고 낙태율은 여전히 감소하지 않고, 태아의 생명권 보호의 이상은 오랜 기간 지속되어 온 논쟁의 불씨를 더욱 키워가고 있는 듯하다.⁶⁾

한편 낙태율이 심각하게 높아진 배경에는 남성의 피임 책임의 회피, 미혼모에 대한 차별과 편견, 출산·양육에 대한 지원 부족, 직장 내 차별 등과 같은 사회·문화적 요소들이 있다. 국가 인구 조절 정책의 일환으로 시행되었던 정부의 인위적인 가족계획 사업도 낙태에 대한 거부감과 죄의식을 희박하게 만든 원인으로 지목 된다.⁷⁾ 또 ‘낙태죄가 생명을 선별하고 통제하기 위한 국가의 정책이었으며 여성의 몸을 출산의 수단으로 도구화하여 사회적, 성적으로 불평등한 위치에 있는 여성들에게 책임을 전가해왔다’는 여성단체의 주장도 눈여겨볼 필요가 있다.⁸⁾ 임부나 의사

5) 헌법재판소는 흡연권과 혐연권의 충돌, 인격권과 언론의 자유의 충돌 등 기본권 충돌이 문제되는 사건인 경우에 충돌하는 기본권과 그 심사 기준을 구체적으로 실시하는 경우가 많은 듯하다. 헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457, 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165, 헌재 2005. 11. 24. 2002헌바95 등, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 헌재 2012. 5. 31. 2010헌바87 등 참조.

6) 낙태 반대론의 논거로는 1) 낙태는 생명을 죽이는 살인이라는 것 2) 낙태는 인간생명에 대한 경시 풍조를 확산시킨다는 것 3) 가정을 파괴하고 성윤리를 타락시킨다는 것 4) 당사자인 여성에게 신체적으로나 정신적으로 깊은 상처를 남긴다는 것 5) 사회경제적인 이유로 낙태를 허용하게 되면, 사회경제적으로 부담이 된다는 이유로 영아살해, 중증 장애인, 치매 노인의 안락사도 허용되어야 할 것이라는 미끄러운 경사면의 논증 6) 동성애자의 인권을 주장할 수 있다면 소수자 중의 소수자인 태아의 인권도 말할 것도 없이 소중하다는 점을 들 수 있다. (부모세대가 상대적인 불편요소를 모두 제거하는 사조에 편승해 낙태를 합법화한다면 훗날 자녀세대의 불편요소로 전락해서 안락사라는 이름 아래 제거대상이 될 수도 있다는 사실을 기억해야 한다. 백상현, “태어나기 전에는 합법적인 인간이 아니다?“, 국회 포럼 자료집 [태아의 생명권과 낙태법 유지], 2018.6.15.; 낙태 찬성론의 논거는 1) 태아가 성인과 동등한 도덕적 지위를 가진 인간이 아니고 사실상 과학이 아닌 사회적 합의의 문제라는 것 2) 태아가 인간이라고 하더라도 태아의 생존을 위해 자신의 신체를 빌려주어야 할 의무는 없다는 것 3) 여성의 삶의 질의 관점에서 임신출산으로 인한 신체적 심리적 부담과 경제사회적 영향을 고려해야 한다는 것 4) 태아 자신과 공공 복리에 대한 물음으로서 미혼모, 근친간, 강간 등으로 출생한 아기가 큰 충격과 불행을 겪을 수 있다는 것 5) 여성이 자신의 몸에 대한 권리를 스스로 소유하고 있으므로 임신, 낙태, 출산의 결정을 모두 여성이 알아서 해야 할 일이라고 하는 페미니스트의 견해가 있다. 권복규·김현철, 「생명윤리와 법」, 이화여자대학교 출판부, 2007, 69-70면 등.

7) 김성진, “출산억제정책으로서 모자보건법과 낙태에 대한 반성적 접근”, 한국법정책학회, 「법과 정책연구」 제10권 제1호, 2010, 65면.

8) Marge Berer, Abortion Law and Policy Around the World: In Search of Decriminalization, Health and Human rights Journal 19(1), June 2017, p21 ; 유럽국가들에

모두가 낙태를 심각한 윤리적 문제로 여기지 않고 있다는 점도 높은 낙태율을 형성하는데 한 몫을 하였다.⁹⁾ 임신을 유지하는데 큰 장애가 될 만한 사유가 아닌데도 낙태를 요구하는 경우, 의사가 이를 일상적인 시술로 생각해 무감각하게 대하고 오히려 수입의 수단으로 생각하고 있다면 낙태를 막는 데 큰 장애가 될 것이다.¹⁰⁾

국가로서는 장차 국가의 구성원이 될 생명 즉 태아의 생명을 낙태로부터 보호하는 것에 관심을 기울이며 그 의무를 다하고자 힘쓰는 것이 마땅하다고 할 것이다. 그러나 낙태가 태아의 생명에 치명적인 영향을 미치는 만큼, 낙태죄의 규정은 임부와 의료인의 자기결정권과 삶에도 지대한 영향을 미친다는 점을 부정할 수 없다. 그러므로 이제는 끝나지 않을 논쟁을 거듭하기 보다는 어떻게 하면 낙태율은 줄이고 무고한 생명을 살릴 수 있는 법제도가 될 수 있는지에 대해 논의하는 것이 필요하다. 그것이 세계 최고를 달리는 낙태 국가라는 오명을 가지고 있는 우리 현실에 합당한 논의라고 할 것이다.¹¹⁾

이에 본고에서는 낙태죄 위헌의견의 주요 논거인 임부의 자기결정권을 집중적으로 조명해보고자 한다. 먼저 낙태와 관련한 자기결정권 행사의

서는 낙태를 죄로 취급하는 보수 종교적인 관점에서 국가가 낙태를 규제해왔다. 일본과 우리나라는 국가의 인구정책과 출산 통제의 주요 수단으로 낙태를 취급해왔던 것을 볼 수 있다. 우리나라 낙태죄 현재 사건에서 2018.5.23. 법무부가 제출한 변론요지서에 대한 비판으로, 성행위를 재생산을 위한 것으로만 한정하고 있는 점, 여성과 태아를 한 쌍으로 보고 남성의 것인 아이를 임신중절 대상으로 보면서 여성을 적대적인 대상으로 보는 관점, 남성과 국가가 이를 관리하겠다는 인식에 대한 저항을 들 수 있다. ‘낙태, 성교하되 책임 안지는 것’ 법무부 의견 무엇이 문제?...여성들이 분노한 3가지 이유’, 경향신문, 2018년 5월 24일자; ‘여성의 죄로 묘사되는 드라마 속 낙태’, 경향신문, 2018년 6월 25일자.

9) 권복규/ 김현철, 앞의 책, 70면.

10) 손영수, “형법상 낙태와 모자보건법상 인공임신중절에 관한 의료법리학적 이해”, 대한산부회지 53권 6호, 2010, 473면; 대법원 2005.4.15. 선고 2003도2780 판결 [살인·업무상촉탁낙태·의료법 위반] 등; 의사로서 마땅히 거부해야 할 낙태시술을 해주겠다고 제의하거나 약속하거나, 자신의 병원을 방문하도록 권유하고 안내하여 유인 유도하는 경우에 의료법 위반 사유가 되고 처벌한 사례들이 있다.

11) 배정순, “낙태에 대한 올바른 이해가 낙태를 막을 수 있다”, 국회 포럼 자료집 [태아의 생명권과 낙태법 유지], 2018.6.15., 10-11면. 28면 2017년 11월 26일 대한산부인과 의사사회는 우리나라의 낙태건수가 하루 3천 건에 달한다고 추정하는데 보건복지부의 2005년도 통계의 3배가 되는 것이며, 음성적으로 이루어지는 낙태를 산부인과 의사들의 인터뷰를 통해 통계수치를 잡은 것이라는 점에서 실제 수치는 이보다 두세 배는 넘을 것으로 추정된다. 세계 최고 수준의 저출산 국가인 동시에 낙태율과 영아유기 사건 발생률이 세계 최고 수준이라는 사실은 우리 사회의 심각한 병리현상을 보여주는 것이다.

모습을 검토하고(Ⅱ), 낙태 문제에서 자기결정권이 가지는 내재적 한계와 기본권의 충돌의 해결방법(Ⅲ)을 살펴봄으로써, 낙태죄 위헌여부에 대해 다투고 있는 현 상황에서 헌법가치를 지향하는 입법 개선 방향과 헌법적으로 참조할 만한 통찰을 제시(Ⅳ)해 보고자 한다.

Ⅱ. 낙태와 관련한 자기결정권의 행사

1. 자기결정권의 헌법적 의의와 성격

자기결정권은 개인이 자신의 삶에 관한 중대한 사항에 대하여 스스로 자유롭게 결정하고 행동할 수 있는 자기운명결정권이다.¹²⁾ 자기결정권을 행사할 수 있는 주체는 이성적 판단능력을 가진 성숙한 인간이어야 한다. 자기결정권을 행사할 때 그 주체가 의도하는 내용이 실현되려면 그에 관한 지식을 이해하고 어떻게 행동할 것인가를 가늠하는 능력이 필요하기 때문이다.¹³⁾

자기결정권은 성적 자기결정권, 연명의료 중단에 관한 자기결정권, 개인정보 자기결정권, 시체처분에 관한 자기결정권 등 여러 내용을 담고 있지만, 낙태와 관련한 자기결정권은 임신과 출산에 관한 자기결정권으로 설명할 수 있다. 소극적으로는 임부의 의사에 반하여 국가가 임신, 출산, 낙태에 개입, 간섭하지 못하도록 금지하는 것, 즉 의료적으로 낙태를 강제하거나, 임신·출산을 하거나 하지 못하도록 강제하는 조치를 금지

12) 헌법재판소는 성적 자기결정권(헌재 2018.7.10. 2018헌마605 등), 연명의료 중단에 관한 자기결정권(헌재 2009. 11. 26. 2008헌마385), 개인정보 자기결정권(헌재 2018.6.28. 2012헌마191 등), 소비자의 자기결정권(의료소비자의 자기결정권 포함 헌재 2018.6.28. 2016헌바77 등; 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76), 시체처분에 관한 자기결정권(헌재 2015. 11. 26. 2012헌마940), 배아생성자의 배아에 대한 자기결정권(헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346) 등 삶과 생명의 중대한 사항에 대해서는 포괄적 의미의 자유권으로서 일반적 행동자유권(헌재 2016. 2. 25. 2015헌가11 등)을 사용하지 않고 자기결정권이라는 구체적 기본권으로 표현한다.

13) 김현철, “자기결정권에 대한 법철학적 고찰”, 『이화여자대학교 법학논집』 제18권 제4호, 2015, 367면; 자기결정권의 구조는 자기결정권의 주체(누가 자기결정권을 보유하는가), 자기결정권의 행사(어떻게 자기결정권을 행사하는가), 자기결정권에 대한 승인(타인의 자기결정권을 승인하는 것)의 세 가지로 설명될 수 있다고 한다.

하는 것이다.¹⁴⁾ 적극적으로는 임신, 출산, 낙태에 대해 결정하는 것으로서 이에 대한 의료에 접근할 권리이다. 소극적인 방어권과 적극적인 자유권의 두 가지 측면이 있다. 후자의 적극적 자유권의 형태로 낙태 행위는 의료를 수반하며 본인의 요청이 존재해야 실현될 수 있다는 성질 때문에, 의료에 관한 자기결정권 행사에서의 기본원칙인 설명에 의한 동의(informed consent, 이하 설명에 의한 동의권 또는 설명 동의로 칭함)가 반드시 수반되어야 한다. 설명에 의한 동의권은 의사가 환자를 치료하는 행위에 정당성을 부여하는 권리이다.

법적인 개념의 설명에 의한 동의권은 충분한 설명과 지식에 기초하여 강제성 없이 자발적이고 이성적으로 의료진의 의료 행위에 대해 승인을 할 수 있는 권한이다. 설명에 근거하여 현재의 상황과 잠재적 결과에 대한 지식을 기반으로 결정이 이루어진다. 설명에 의한 동의권은 환자가 정보를 이해하고 추론하고 소통할 수 있는 의사능력, 의사로부터 주어지는 정보의 제공, 그리고 압박이 없는 상태에서 의사결정이 이루어져야 하는 자발성이라는 세 가지 요소로 구성된다. 설명에 의한 동의권은 일회적으로 끝나는 것이 아니라 치료를 목적으로 의사와 환자 사이의 상호연대감을 기반으로 하는 쌍방향의 의사결정 과정으로 설명될 수 있다.¹⁵⁾

2. 낙태에서의 동의권 행사의 의미

낙태도 의료적으로 이루어지는 것이므로 설명에 의한 동의가 수반되어야 하는데, 임상 현장에서 유독 낙태에 관해서 만큼은 다른 의료와는 달리 설명의무와 설명에 의한 동의가 잘 실행되지 않는다고 하는 이유는 낙태가 음성적으로 이루어지는 현실 때문일 것이다.¹⁶⁾ 낙태로 인한 합병

14) 중앙일보, 2018.12.25.일자, “강제낙태에 고문까지” 美, 탈북자 영상 공개하며 北인권문제 압박 ; 북한 경찰이 혼혈을 인정하지 않는다는 이유로 강제 낙태한 이 사례와 같이 공권력에 의한 강제 낙태가 임신 출산에 관한 자기결정권 침해라 할 수 있다.

15) 엄주희, “미성년자 연명의료 결정에 관한 소고: 미국에서의 논의를 중심으로”, 「법학논총」 제41집, 2018.

16) 최안나, “인공임신중절의 실태와 의료적 문제” [인공임신중절의 윤리], 2018 춘계학술대회 자료집, 한국의료윤리학회, 2018.5.18. 33면 충분한 정보 제공과 지원 없이 선택하게 하는 낙태는 여성의 권리 보호가 아니라 사회적 강요이다.

증과 심리·정신의학적 트라우마는 2012년 현재 판결문에서와 같이 일률적으로 임신 초기 12주 이전은 결정할 수 있다고 단정할 수 있는 문제가 아니다.¹⁷⁾ 따라서 낙태로 인해 신체에 미칠 수 있는 예후와 잠재적 결과와 위험을 정확하게 설명하고 임부 본인의 자발성에 근거한 동의를 받도록 하여야 한다. 모자보건법 상 낙태를 정당화하는 사유로¹⁸⁾ 본인 이외에 배우자의 동의를 별도로 요구하고 있는데, 이것이 본인의 운명에 대해 스스로 결정하고 행동한다는 자기결정권의 논리적 정합성에 부합하지 않는다.¹⁹⁾

또한 낙태의 결정에 중대한 영향을 미치는 것으로 낙인과 같은 사회의 편견과 차별, 양육의 부담, 학업이나 직업 활동에서의 불이익 등의 사회경제적 이유가 있으므로, 낙태에 대한 동의를 위한 설명에는 의료적인 정보 뿐 아니라 출산과 양육의 부담을 해소하기 위한 사회보장적 지원 및 그에 대한 정보에 대한 접근성도 포함되어야 할 것이다. 사회경제적 이유의 낙태는 표면적으로는 자기결정권의 행사처럼 포장될 수 있어도 실상은 출산의 포기가 될 수 있는 것이고, 이는 자기결정권의 행사가 아니라 사회적 강요가 될 수 있기 때문이다.²⁰⁾ 임신·출산의 자기결정권이 낙태의 자유 뿐 아니라 낙태를 강제하는 것을 금지한다는 최후의 방어선을 가지고 있다는 점을 되새길 필요가 있다.

17) 낙태 합병증은 임신 8주부터는 2주가 경과할수록 높아지고, 의학기술의 발전으로 임신초기 태아의 독립 생존율도 점점 높아지고 있다. 최안나, 앞의 글, 9면, 배정순, “외상 후 스트레스 장애로서의 낙태”, 「생명, 윤리와 정책」 제2권 제1호, (2018), 87-99면; Martha Shuping, M.D. & Dabbie McDaniel, M.A. LPC (배정순, 이지훈), 「심리치료의 4단계」, 도서출판 책과 세계, 2015. 12주 이전이든 이후이든 낙태에 대한 정신적 후유증은 모두 외상(트라우마)으로 돌아온다. 미국, 영국, 아일랜드 등 많은 나라에서 낙태 후유증을 외상 후 스트레스(PAS (Post Abortion Syndrome), PASS (Post Abortion Stress Syndrome)으로 규정하고 다양한 상담과 치료활동을 하고 있다. 의학적으로 안전한 낙태란 존재하지 않으며 모든 낙태는 위험하다.

18) 모자보건법 상 인공임신중절 수술의 허용한계는 각주 4 참조.

19) 영국의 낙태법(Abortion Act 1967)에 의하면 임신부가 낙태를 결정할 경우 배우자나 가족의 동의를 필요로 하지 않는다. 배우자나 가족이 이 법에서 허용하는 낙태를 하는 임신부를 막을 권리가 없기 때문이다. 이은영 등, 앞의 논문, 113면.

20) 십대 임신은 2011년 기준으로 해도 약 1만5천명이 넘는 것으로 추정되지만, 적절한 상담과 도움을 받기 보다는 주변인들이 낙태를 강요하여 많은 수가 낙태로 이어진다. 정현미, “비혼모에 대한 한국사회 처우와 권리 보장 방안”, 「이화젠더법학」 제2권 제2호, 2011.6, 116-117면.

3. 낙태에 관한 자기결정권 행사 방법으로서는 비교법적 검토

독일의 경우 임신갈등 회피와 극복을 위한 법률 (Schwangerschaftskonfliktgesetz - SchKG '임신갈등법'으로 약칭)을 제정함으로써²¹⁾ 교회, 병원, 임산부조력을 위한 기관 등에 상담소를 운영하여 임부가 익명으로 상담을 받을 수 있는 기회를 제공하고, 생명 존중의 상담과 지원을 병행하고 있다. 임신여성 지원 확대 및 비밀출산에 관한 법률이 2014년부터 시행되어 임부의 익명성을 보장하면서 임신, 출산에 관한 상담서비스와 지원을 받고, 임부가 원하는 경우에 병원에서 의료서비스를 받으며 익명·가명으로 출산하는 것이 가능하다.²²⁾ 즉 상담을 할 때에는 여성이 낙태든 출산이든 아무 선택이나 할 수 있도록 하는 문제

21) 독일 형법 제219조에 상담은 태아의 생명보호에 기여해야 한다고 명시하고 있으며, 상담절차는 임부가 책임 있고 양심에 따른 결정을 하도록 조력을 제공해야 한다고 한다. 상담절차에 대한 조사결과 여성들이 처음에는 상담확인증을 받으려고만 했으나, 출산 여부로 갈등을 겪었던 임부의 절반 가량이 임신을 지속하면서, 이 과정에서 상담의 역할이 컸다고 밝히고 있다. 이기현/ 정현미, “낙태의 허용범위와 허용절차 규정에 관한 연구”, 한국형사정책연구원 연구총서, 1994.12.74면; 이인영, 「생명의 시작과 죽음: 윤리논쟁과 법 현실」, 삼우사, 2009, 377-378면.

22) 독일이 경우 1974.4.26.일 낙태죄를 규정하고 있는 형법 218조의 개정을 통해 기한방식을 처음 도입하였다. (214a조 산모의 동의를 얻어 의사의 상담 후 행해지는 12주 내의 낙태는 허용되며 처벌되지 않는다) 그러나 연방헌법재판소가 1975.2.25. 정당화 사유 없이 임신중절을 불 처벌하는 규정이 헌법에 반한다고 판결하였고, 그후 1992년 ‘임산부 및 가족원조법’에서 12주 내로 상담의무를 전제로 한 낙태를 허용한다고 규정했으나, 1993.5.28. 연방헌법재판소는 이를 다시 독일기본법 상 인간존엄과 생명권 규정에 반하므로 위헌 무효로 판결하면서, 헌법에 합치하는 상담의무는 태어나지 않은 생명의 보호에 기여한다고 제시하는 등 태아 생명보호를 위한 상담의무의 기준도 엄격하게 설정하였다. 1995년에는 ‘임산부 및 가족원조법’이 ‘임신갈등법 (SchKG) ’으로 개정되어 익명으로도 가능한 개별적인 맞춤형 상담을 제공하면서 익명출산까지 보장하고 있다. 제218조와 219조로 원칙적으로 낙태를 처벌한다고 규정하고(218조 낙태를 하는 자는 3년 미만 징역 또는 벌금형, 부녀의 부동의 낙태나 부녀를 치상케 한 때는 6개월 내지 5년 미만의 징역, 219조 부녀가 낙태를 시술한 경우 1년 미만 징역 또는 벌금형, 낙태 시술을 시도한 의료인 처벌), 218a조에서 상담의무와 절차를 명시한다. 결국 독일의 경우도 기존의 낙태행위를 비범죄화한 것이 아니라 낙태행위의 정당화사유를 일부 수정한 것에 불과하다. 신옥주, “낙태죄의 위헌성에 관한 고찰” 「생명, 윤리와 정책」, 제2권 제1호, (2018), 43-45면, 신동일, “낙태죄 폐지에 대한 법적 이해에 대하여”, 「생명, 윤리와 정책」, 제2권 제1호, (2018), 61면, 독일은 형법 제219조 1항에 따라 상담 절차시 임산부에게 태아가 살 권리를 가지고 있다는 사실을 인지하도록 하여 생명 보호를 우선하는 상담이 이루어지도록 한다. 그밖에 도, 영국, 호주, 뉴질랜드의 상담 절차에 대한 상세한 기술은 이은영 등, “낙태 관련 의사결정의 합리화: 각국의 낙태 상담절차와 규정”, 「한국의료법학회지」 제18권 제2호, 2010, 111-119면.

한의 자기결정이 아니라, 태아의 생명 보호가 중시되는 관점에서 이루어 지도록 의무화하고, 출산과 양육이 부담스럽고 사실상 불가능한 임부를 위해서 비밀출산²³⁾이 허용되도록 제도화하고 있다. 또한 독일, 영국, 호주 등 상담 절차를 두고 있는 나라에서는 관련 상담과 낙태 시술이 각각 지정된 기관 또는 지정된 병원에서만 시행하도록 하고, 낙태 시술과 상담 기관은 분리하여 이원화함으로써 무분별하게 낙태가 시행되는 것을 예방하고 있다.

이러한 임부의 건강과 태아의 생명 보호를 위한 제도적 안전장치와 법제는 우리나라에도 시사점을 준다.

Ⅲ. 낙태와 관련한 자기결정권의 한계

1. 자기결정권의 내재적 한계

헌법상 자기결정권의 행사는 무한정 자기 자신이 원하는 대로 할 수 있는 무제한적인 자유가 아니라 일정한 제약을 받는다. 사회 속에서 실현되는 자기결정권은 본인의 의사와 행동이 본인에게만 영향을 미치는 진공상태가 아니라 상대방이 존재하고 상대방과의 상호 관계 속에 형성되는 구조를 가지고 있기 때문이다.²⁴⁾ 개인의 자유의 영역이라고 하더라도 타인의 생명, 건강, 존엄, 동종의 인권을 해치는 곳에서 개인의 자유가 멈추게 되는 것이다. 사람은 사회적 존재로 타인의 이익과의 관계에 있어서의 한계가 있다.²⁵⁾ 자기결정권의 행사는 다른 사람의 자기결정권 행사와 양립하여야 할 수 있어야 함을 의미한다. 누군가의 자기결정권은

23) 비밀출산 이외에도 임부가 본인의 신원을 밝히지 않고 아기를 포기하는 소위 베이비박스라고 불리는 익명인도도 존재하고 있다. 독일에서는 아기로람이라는 뜻의 Babyklappe, Babywiege 등으로 불린다. 엄주희, “영아의 생명권을 위한 규범적 고찰 - 베이비박스에 관한 영아유기 문제를 중심으로”, 「서울법학」 23(3), 2016, 17-18면; 결국 독일의 제도를 보면 여성의 자기결정권을 인정하면서도 태아의 생명을 해치지 않는 선을 내재적 한계로 두고, 제도를 설계하는 것을 볼 수 있다.

24) 김현철, 앞의 논문, 364면.

25) 김강운, “헌법상 자기결정권의 의의”, 「법학연구」 제10권, 2005, 176면.

실현되고 그로인해 타인의 기본권은 좌절된다면 자연권으로 이해되는 자기결정권의 본질에 반한다는 것이다.²⁶⁾

법철학적 배경으로는 존 스튜어트 밀의 자유론²⁷⁾에서 제시된 자유와 책임의 원리로서, 사적인 사항에 관한 자기결정이라 하더라도 그것이 타인을 위한 경우에는 제약을 받게 된다.²⁸⁾ 타인에게 피해를 가하지 않는 경우라도 본인의 행동이 타인과의 관련성이 있기 때문에, 본인의 의사에 반하여 국가가 후견적으로 자기결정에 개입하는 것이 정당화 될 수도 있다.²⁹⁾ 이 원리는 공공복리, 덕행원리에 입각한 국가개입, 국민의 기본권 보호의무 등으로 설명된다.³⁰⁾ 예컨대, 미성년자, 정신장애인 등 자율적 판단능력에 제약이 있는 경우 자기결정에 개입하는 제도를 만들 수 있다.

또한 도덕율과 헌법질서³¹⁾도 기본권의 내재적 한계로써 작용한다.³²⁾

26) 김현철, 앞의 논문, 367면.

27) 자기결정권은 법철학과 윤리학에서는 자율성과 의미가 통하는 것으로서, 존 스튜어트 밀(John Stuart Mill)은 자유론에서, 자유를 표명하고 누리는 방식은 다른 사람에게 직접 피해를 주어서는 안 된다는 것을 위해의 원칙(Harm principle)이라고 설명한다, 칸트(Immanuel Kant)의 정언명령, 생명윤리에서는 비침과 칠드레스(Beauchamp & Childress)의 생명윤리 4원칙 중 자율성의 원칙과 악행금지의 원칙으로 설명된다.

28) 살인과 낙태를 동일한 정도의 법익 침해로 보아서는 안 된다고 즉 인간의 생명 침해와 태아의 생명 침해를 동일한 가치로 평가해서는 안 되기 때문에 자유권의 보호 범위에 들어간다고 하는 주장들도 있는데 (윤정인, 자유권 보호영역의 범위와 한계, 고려대학교 박사학위논문, 2012.12월). (p174' 괴롭지만 가능하다고 말할 수 밖에 없다'라는 표현) 이러한 주장에서도 인간의 생명단계에 따라 그 가치를 차등화 하는 것에 대한 불편함을 엿볼수 있다. 그러나 동일한 가치는 아니라고 하는 규범적인 평가를 하더라도 그 때문에 행위 유형에 따라서 보호범위와 비난가능성, 그 가벌성의 정도(낙태 : 2년 이하 징역 또는 200만원 이하 벌금, 살인 : 사형, 무기, 5년 이상의 징역, 영아살해 : 10년이하의 징역, 존속살해: 사형, 무기, 7년 이상의 징역)가 다른 것 뿐이지, 개인의 기본권의 내재적 한계는 될 수 있는 것이고 그 한계 지점부터는 개인이 국가를 상대로 기본권을 주장할 수는 없다.

29) 이열, “자기결정권 법리의 체계화를 위한 형법학의 과제”, 부산대학교 법학연구 제54권 제4호, 2013, 280면.

30) 후견주의를 기본권의 내재적 한계로 이해하는 입장으로는, 민병로, “헌법상 자기결정권과 후견주의”, 「법학논총」 제32권 제1호, (2012). 162면.

31) 신동일 “자기결정권과 객관적 규칙에 대하여”, 성신법학 제10호, 2010, 20면 자율성에는 공동체의 도덕원칙과 법률이라는 내재적 한계가 있다. 허영, “기본권의 내재적 한계에 관한 연구”, 법률연구 제4권, 1986, 392-394면, 기본권주체로서의 인간은 역사성이나 사회성에서 유리된 개인주의적 인간이 아니고, 인간 공동생활을 책임 있게 함께 형성해 나갈 사명을 간직한 사회적 인격체로서의 인간이며, 이와 같은 사회연관성이 기본권의 일정한 한계를 시사하고 있다. 기본권은 타인의 권리를 침해하지 않고, 헌법질서와 도덕율에 반하지 않는 범위 내에서만 인정된다고 하는 이 세 가지가 기본권의 내재적 한계라고 하는, 독일의 기본권에 관한 3한계이론으로 이해한다.

기본권의 내재적 한계를 부정하는 입장에서는 우리 헌법이 기본권의 일반적 법률유보를 따르고 있기 때문에, 법률에 의하지 아니하는 기본권 제한은 인정하기 어렵다고 하면서, 내재적 한계가 일반적인 기본권의 제한 사유가 되거나, 기본권을 법률로 제한할 수 있기 때문이라고 한다.³²⁾ 그러나 기본권의 제한은 기본권의 내재적 한계를 기초로 하고 있다. 대부분 기본권의 일반적 법률유보로 해결할 수 있겠지만, 신앙과 양심의 자유처럼 법률에 의한 외부적인 제약을 가하는 것이 적당치 못한 기본권이 다른 기본권이나 헌법적 가치와 충돌할 때³⁴⁾의 문제를 해결하기 위한 수단으로 원용될 수 있다. 기본권의 내재적 한계는 개인의 주관적 권리를 주장하지 못하는 부분에서 국가가 제도나 입법 형성을 통해 어느 정도 기본권을 보호를 할 수 있는 영역이 되기도 한다. 그리고 충돌되는 기본권 상호간의 법익 교량을 하는 데에도 기본권의 내재적 한계가 기준이 될 수 있다.³⁵⁾

헌법재판소는 자기결정권에 대해서 정의하는데 있어서, “이성적이고 책임감 있는 사람의 자기 운명에 대한 결정·선택을 존중하되 그에 대한 책임은 스스로 부담함을 전제로 한다”고 판시하였다.³⁶⁾ 즉 자기책임의 원리를 자기결정권의 한계로 설명하였다. 헌법재판소가 혼인빙자간음죄와 간통죄 위헌에 관한 판결에서 성적 자기결정권의 내재적 한계를 실시

32) 허영, 한국헌법론 전정14판, 2018, 291-295, 660-661면 기본권에 내포된 국민의 윤리적 의무로서, 기본권적인 자유는 관용과 책임의 도덕적 품성에 의해 그 내용이 보완되는 경우에만 사회공동체가 동화적 통화기능을 나타낼 수 있다. 타인의 자유와 권리를 침해하고 사회공동체의 기본적인 도덕률을 파괴하는 경우에 동화적 통합을 기대할 수 없기 때문이다.

33) 전재황, 신 헌법입문, 박영사, 2018, 299면 등

34) 허영, 앞의 책, 294면

35) 모자보건법 상 낙태의 허용 한계 사유는 정당하다고 볼 수는 없고 재검토되어야 하지만 (형사법개정특별심의위원회, 보건복지부 등의 낙태 관련 형법, 모자보건법 등 규정의 개정 논의와 연혁으로는 김성진, 앞의 논문, 69-70면; 프로라이프의사회, 대한산부인과 등 의료계의 개정안 논의는 손영수, 앞의 논문, 8면. 모자보건법 제14조 제1항 3호 강간 또는 준강간에 의한 임신의 경우 낙태가 허용되는 것은 자기결정이 아닌 행위에 대해 책임을 부담하지 않는다는 자기책임의 원리, 즉 자기결정권의 한계로 정당화 될 수 있다.

36) 헌재 2004.6.24.선고, 2002헌가27, 헌재 2013.5.31.선고 2011헌바360 헌재 2014.4.24.선고 2013헌가12, 헌재 2017.5.25.선고 2014헌바360 등. “자기책임의 원리는 인간의 자유와 유책성, 인간의 존엄성을 진지하게 반영한 원리로서, 책임부담의 근거로 기능함과 동시에 자기가 결정하지 않은 것이나 결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않고 책임부담의 범위도 스스로 결정한 결과 내지 그와 상관관계가 있는 부분에 국한됨을 의미하는 책임의 한정원리로 기능한다.”

한 바 있다. “성적 자기결정권은 사람이 각자 선택하여 독자적으로 내린 성적 결정에 따라 자기책임 하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리를 의미하는 것인데, 결혼을 앞세워 위장된 호의와 달콤한 유혹으로 과상적 공세를 취하여 여성을 유혹하고 성관계라는 이름으로 성을 짓밟는 행위가 여성의 성적 자기결정권을 침해하는 것이 되므로, 남성의 성적 자기결정권의 내재적 한계를 벗어난다”고 판시하였다.³⁷⁾ 간통죄 사건에서도 “간통 및 상간 행위는 자신만의 영역을 벗어나 다른 인격체나 공동체의 법익을 침해하는 행위이기 때문에 성적 자기결정권의 내재적 한계를 벗어나는 것”이라고 하였다.³⁸⁾

2. 태아의 생명권과 낙태에 관한 자기결정권의 내재적 한계

낙태죄의 보호 법익은 태아의 생명이라고 하는데 형법학자들에 이견이 없고, 헌법재판소는 2008년 태아의 손해배상청구권에 관한 판결에서 태아의 기본권 주체성을 명시적으로 인정하였다.³⁹⁾ 또 태아는 인간생명의 초기형태이므로 생명권의 보호를 받는 객체로도 인정된다. 헌법재판소의 판단에 따르면 태아의 생명은 생성 중에 있는 생명이라는 지위가 부여되는데, 완전한 생명이 아니라 형성 중에 있는 생명, 생존할 수 있는 잠재성이 큰 생명도 인간의 존엄과 가치의 존중 요구에 비추어 보호되어야

37) 현재 2002.10.31. 선고 99헌바40 ; 현재 2009.11.26. 선고 2008헌바58 재판관 이강국, 조대현, 송두환의 합헌의견 이 판결에서 혼인빙자간음죄는 위헌 법정의견 6: 합헌의견 3 으로 위헌으로 판결이 났지만, 합헌의견에서는 남성의 자신만의 영역을 벗어나 다른 인격체의 법익을 침해하는 행위이기 때문에 자기결정권의 내재적 한계를 벗어난다고 판시하였다.

38) 현재 2015.2.26. 선고 2009헌바17 재판관 이정미, 안창호의 합헌의견; 재판관 김이수의 위헌 의견에서도 성적 자기결정의 자유는 혼인을 선택한 자기결단에 따라 형성한 성적 공동체의 배타성과 지속성의 유지라는 내재적 한계 내에서 이를 행사하여야 한다는 본질적 제한을 받는다고 판시하고 있다.

현재 1990.9.10. 선고 89헌마82 “성적자기결정권도 국가적 사회적 공공복리 등의 존중에 의한 내재적 한계가 있으며 절대적으로 보장되는 것이 아닐 뿐 아니라 동시에, 헌법 제27조 2항의 질서유지, 공공복리 등 공동체 목적을 위하여 제한할 수 있다’고 설명한다. 이 판결에서는 자기결정권의 성질로 내재적 한계를 기준으로 설정하고, 이 기준에 따라 자기결정권을 제한할 때에는 법률유보라는 기본권의 제한 형식을 따라 제한하고 있다.

39) 윤부찬, “낙태와 관련된 민사적 제 문제”, 연세대학교 법학연구원, 「법학연구」, 2011.237면, 논리적으로 민법 제762조의 태아에 대한 손해배상책임은 구체적인 권리가 침해되어야 하므로, “태아의 생명권을 인정하는 전제에서만 인정된다.”

할 법익임에는 틀림없다.⁴⁰⁾ 형법학자들 사이에서는 태아의 생명이 주된 보호 법익이고 임부의 생명·신체가 부차적인 법익이라는 견해가 다수이고, 일부 학자는 오직 태아의 생명만이 낙태죄의 보호법익이라고 해석을 하기도 한다.⁴¹⁾ 태아보호에 만전을 기하기 위해서는 태아의 생명 뿐 아니라 태아의 신체의 안전도 보호법익이 된다는 견해도 있다.⁴²⁾ 민법에서도 손해배상청구권에 관하여 이미 출생한 것으로 보며(민법 762조), 부(父)는 포태 중인 태아에 대하여도 이를 인지할 수 있다고 규정하고(민법 858조), 상속순위에 있어서 이미 출생한 것으로 보아 상속에서의 권리능력을 인정하고(민법 제1000조 제3항), 유증의 권리능력(민법 제1064조)을 인정하는 것과 같이 제한적으로 권리의 주체성을 인정하고 있다.

따라서 태아의 생명을 생존하는 인간의 생명과 동일한 수준으로 보호하지는 않는다고⁴³⁾ 하더라도 임부의 자기결정권의 행사는 태아의 생명의 보호라는 한계에 부딪히게 된다. 태아의 생명은 완전히 독립적이지 않고 임부에 의존할 수밖에 없다는 점, 다시 말하면 임부에게서 독립적인 타인이 아니라 임부의 신체의 일부를 이루기도 하고, 태아가 임부의 신체에 의존하고 있다는 점에서 태아와 임부 사이의 충돌 상황은 독립된 개인들 간의 기본권 상충의 문제와는 다르게 문제 해결의 어려움이 있다. 태아에 대한 생명이나 신체 침해는 동시에 임부의 신체의 일부에 대한 침해가 될 수도 있기 때문이다. 국가의 기본권 보호 의무는 태아의

40) 현재 2008.7.31.선고, 2004헌바81 결정. 태아의 생명이 언제부터 시작되는지에 대한 명확한 판단은 내리지는 않았지만 태아를 생명권의 주체로 인정하고 과소보호금지의 원칙만 제시하면서 그 보호의 범위와 방법을 입법 재량에 맡기고 있다; 법원도 낙태자체가 사회상규에 어긋나 위법성이 있다고 판결한다. 대판 1965.11.23. 65도876 등, 이경환 등, “생명윤리관련 법률문제의 체계적 이해”, 「저스티스」, 2010.2, 156면

41) 이인영, 앞의 책, 288-289면, 태아의 생명만을 보호법익으로 보는 견해로 이정원, 오영근, 박상기 등이 있다.

42) 오영근, 「형법각론」, 대명출판사, 2002, 116면. 태아의 생명만 보호법익으로 본다면 태아의 생명에 추상적 위험조차 초래하지 않는 시기에 태아를 모체 외로 배출시키는 행위는 낙태죄를 구성하지 않기 때문에 태아 보호에 만전을 기하기 위해서는 태아의 신체의 자유도 보호법익이 되어야 한다는 것이다.

43) Ronald Dworkin, Life's Dominion - An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom, First Vintage Book Edition, 1992 로날드 드워킨은 도덕적 지위에서의 생명과 권리 주체로서의 인간을 분리함으로써 태아의 생명에 대한 보호 정도가 달라질 수 있음을 논증하였다.

생명에 대한 보호와 함께 임부의 신체에 대한 보호가 동시에 이루어져야 한다는 것으로 귀결된다.

임부가 자기결정권을 행사할 때 태아의 생명과 직결되는 지점이 자기결정권의 행사의 내재적 한계가 될 것이고, 이러한 범위에서 임부가 주장할 수 있는 자기결정권은 멈추게 된다.⁴⁴⁾ 임부의 입장에서 주장하는 기본권의 측면에서는 자기결정권은 그 내재적 한계로 인해 적극적으로 자기결정권을 주장할 수는 없게 된다. 예컨대, 출산 전까지 임신기간 동안에는 언제든지 본인의 자기결정에 따라 무제한 낙태를 할 자유의 행사가 허용될 수는 없게 되는 것이다. 소극적 측면의 임부의 자기결정권과 달리 적극적인 낙태의 자유는 자기결정권 행사의 한계가 작용한다. 낙태에 대해 적극적인 자기결정권을 인정하는 것은 본인의 선택과 결정에 대해 스스로 책임을 부담한다는 자기책임의 원리에 반한다는 자기결정권의 한계 지점을 만나게 되기 때문이다. 자기결정권의 한계는 입법자에게는 입법형성권의 한계로 작용할 수 있고, 낙태에 관한 입법의 범위와 기준을 제시하게 된다.

3. 기본권 충돌 상황의 해결

태아의 생명과 임부의 기본권의 충돌 상황을 해결하기 위해서 몇 가지 방법을 상정해 볼 수 있다. 첫째, 기본권의 충돌을 해결하는 이론으로 서로 충돌하는 법익의 기본권을 비교 형량하여 기본권간의 서열관계를 정하고 보호법익이 더 큰 기본권을 우선적으로 사안에 적용해야 한다는 법익형량의 원칙, 둘째, 충돌하는 기본권 중 우위에 있는 기본권만을 적용하는 방식을 지양하고 규범조화적 해석을 통해 두 기본권을 모두 적용하는 규범조화적 해석의 원칙이 있다. 셋째, 기본권이 충돌하는 경우에는 헌법 질서 안에서 판단 기준을 구하여 기본권의 해석을 거쳐 기본권의 규범영역을 분석함으로써 그 기본권의 행사 방식 중 비전형적인 것이 있다면 한 기본권의 내용에서 제외하는 방식인 규범영역 분석이론 등이 있

44) 헌법재판소도 열거되지 않은 기본권으로서 자기책임의 원리에 반하는 제재를 받지 아니할 권리를 인정해야 한다고 설시하면서, 기본권의 내재적 한계로서 타인의 기본권을 침해할 우려가 없어야 하는 지점이라고 논증하고 있다. 헌재 2005.12.22.선고 2005헌마19.

다.⁴⁵⁾

임부의 기본권에는 자기결정권 뿐 아니라 인격적 이익이 있고⁴⁶⁾, 인격권의 측면의 기본권이나 생명권 모두 동일한 정도로 보호되어야 하는 기본권이므로, 태아의 생명권을 우위에 두어 서열화 하는 것은 온당하지 못하다. 따라서 태아의 생명권과 임부의 자기결정권의 충돌 상황에서 이를 해결하는 데에도 임부의 자기결정권의 한계를 인정하면서, 태아의 생명권과 조화될 수 있는 규범조화적 해석의 방법을 찾을 필요가 있다. 아일랜드가 시민의회를 구성하여 국민투표를 시행함으로써, 태아의 생명권을 규정하고 있던 헌법이 개정된 사례⁴⁷⁾에서 보듯이, 국가 공동체의 운명을 좌우할 수도 있는 생명의 문제에 있어서 국민들의 숙고와 직접적인 정치 참여를 유도하면서 기본권 보호의 조화적 해결방법을 찾았던 것을 참조할 필요도 있다.⁴⁸⁾

국가의 기본권 보호 책무가 태아의 생명 보호를 어느 정도까지 실현할 수 있을지, 즉 우리 공동체에서 태아 생명의 가치와 기본권을 어느 정도까지 보호하는 것으로 합의할 수 있는지, 그것이 헌법 질서 속에 담긴 생명보호의 가치와 도덕성을 가늠하는 기준이 될 것이다. 생명의 존중이라는 가치는 우리 공동체 존속의 전제가 될 뿐 아니라 헌법이 추구하는 기본권 중의 기본권이기 때문이다.

45) 규범영역 분석이론의 예로 “복잡한 교차로 위에서 그림을 그리는 행위를 예술창작 활동에서 전형적이거나 필수적인 행위가 아니고 비전형적인 행사라고 하여 예술의 자유의 규범영역에서 배제할 수 있다는 것”이다. 기본권의 충돌 해결에 대한 이론 설명은 다음을 참조. 김성진, “경영권의 단체교섭대상여부 - 기본권충돌이론의 적용을 통한 해결”, 「노동법학」 (45), 2013, 217-220면.

46) 정철, “헌법재판소의 낙태결정(2010헌바402)에 대한 헌법적 검토”, 「헌법학연구」 제19권 제2호, 2013, 330면.

47) “아일랜드 보통시민 99명, 풀뿌리 개헌을 논하다”, 한겨레 2017년 2월 9일 보도 (http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/781923.html 검색일자: 2018.6.12.) 아일랜드의 경우도 헌법에서 “산모와 태아의 생명권을 동등하게 존중해야 한다”는 조항을 폐지함으로써 낙태의 일부가 허용될 수 있는 헌법적 정당화 근거를 만든 것인지, 낙태 자체를 합법화한 것이 아니다.

48) Justin Buckley Dyer, “The Constitution, Congress and Abortion”, 11 N.Y.U. J.L. & Liberty 394, 2017, p.423-425 연방주의를 취하는 미국의 경우 낙태 허용에 관해 이정표를 세운 연방대법원의 Roe v. wade 판결 이후, 2003년 연방의회에서 부분출산 낙태 금지법(Partial-birth Abortion Act)을 통과시켜 임신 중기(15-26주)에 낙태 시술이 금지되는데 영향을 주는 연방 법률이 발효 중이고, 2015년에는 20주 태아 낙태를 금지하는 태아 보호법(Pain-Capable Unborn Child Protection Act)을 발의하는 등 사법부와 의회가 주어진 권한 내에서 국가의 생명보호 범위와 낙태 규제 논쟁을 계속 하고 있는 중이다.

IV. 생명 보호의 헌법가치를 지향하는 입법 개선 방향

헌법의 기본질서 속에서 자기결정권의 측면에서 살펴본바, 생명보호의 가치를 지향하는 입법 개선을 다음과 같이 몇 가지 방식으로 고려해 볼 수 있다.

1. 생명 보호를 위한 최소한의 규범적 안전장치

우선, 생명 보호의 지향점과 국가의 기본권 보호 의무를 고려할 때 형법상 생명 침해에 대한 처벌은 생명의 보호를 위한 필요·최소한의 수단이 될 수 있다. 기본권의 과소보호 금지의 원칙을 고려해 볼 때,⁴⁹⁾ 태아, 영아, 영아기 이후의 인간의 생명 침해에 대해 각각 처벌의 정도를 다르게 정하여 다른 생명에 대한 침해보다 태아의 생명에 대한 침해를 경하게 처벌 하더라도, 이는 생명 보호를 위한 필요·최소한의 조치가 될 수 있다는 것이다. 불법적인 낙태가 시행 된 경우에 민법 제762조, 제752조에 근거하여 태아 유족의 위자료 청구권의 인정 여부는 별론으로 하더라도, 태아는 사망하게 되면서 태아 본인은 아무런 배상도 받을 수 없게 되므로, 태아의 생명 침해에 대해서 책임을 물을 수 있는 방법이 없다. 결국 낙태를 행한 임부 본인 스스로 양심에 따라 죄책감과 트라우마를 지고 살아야 하는 도덕적 책임감에 맡길 수밖에 없게 된다. 태아는 스스로를 방어할 수 없는 존재라서 국가의 기본권 보호 의무에 의존할 수밖에 없기 때문에 가장 취약하고 약한 존재인 태아에 대해 국가가 안전장치를 하지 않으면 사실상 생명 보호라는 것이 형해화 되고 만다.

형벌과 책임 간의 비례원칙이나 체계정당성의 관점에서나 태아의 생명도 국가의 기본권 보호 범위 안에 있기 위해서는 생명 침해에 상응하는 규범이 존재하여야 한다.⁵⁰⁾

49) 엄주희, 앞의 논문(각주 23), 99-100면. 과소보호 금지의 원칙에서도 생명권의 보호를 위한 규제의 강도는 강하게 적용한다.

50) 성적 자기결정권의 경우에는 비범죄화하여 형사처벌이 없더라도, 민사적 책임을 강화하여 타인(유책배우자의 상대방 배우자)의 법익 침해에 대한 자기책임의 원리에 부합하다고 할 수 있

2. 생명 존중의 가치 위에서 설명 동의권 실현

생명 보호 방식에 관하여 임부의 자기결정권이 온전하게 지켜지기 위한 기본 요건으로서 의료진으로부터 설명 동의가 가능하도록 해야 하고, 건강보험으로 시술의 급여를 보장하여 건강권을 보호할 수 있다. 기한 방식, 상담 방식 등 일정 기간 내에 낙태를 허용할 수 있도록 하자는 논의⁵¹⁾는 오래 동안 이어지고 있으나, 생명 존중이 중심이 되어야 한다는 핵심은 등한시 되었던 경향이 있다. 낙태를 결정하기 위해서는 상담 절차를 거치게 하는 방식을 취할 수 있으나, 상담의 기본원칙과 방식이 생명 존중을 우선하는 형식이 되어야 한다. 상담의 원칙, 방식, 절차적인 요건을 모두 법령의 근거를 두도록 하는 동시에, 충분한 상담을 거쳐 설명 동의를 취득했다는 사실의 바탕 위에서 건강보험제도 안에서 의료적으로 안전한 절차가 되어야 한다.⁵²⁾ 또한 낙태의 실태를 투명하게 보건 의료 당국에서 모니터링 할 수 있게 하고, 음성적인 낙태 행위를 방지하기 위하여 보건의료 제도 안에서 낙태 전 상담과 낙태 후 관리까지 모든 조치가 이루어질 수 있도록 해야 한다.⁵³⁾

지만, 태아는 스스로를 보호할 수 없는 가장 약한 존재이기 때문에 국가의 기본권 보호의 정도에 의존할 수 밖에 없다. 민법 제762조 위헌 사건에서도 헌법재판소 김종대 재판관은 한정위헌의견으로서 ‘민법 제762조를 해석할 때 제3조에 대한 특칙으로 보지 않고, 태아가 살아서 출생한 경우에만 손해배상청구권을 취득하고 손해배상청구권의 발생시기만 태아 당시로 소급하는 것으로 해석한다면, 태아의 생명을 침해한 자가 태아에게 아무런 사법상 책임을 지지 않게 된다고 하여, 국가가 태아의 생명을 실제적인 가치로 인정하지 않고 허구적이고 조건적으로 인식함으로써 태아의 생명을 경시하는 것으로 국가의 기본권 보호의무를 다하지 않은 것으로 헌법에 위반된다’는 의견을 제시하였다. 헌재 2008.7.31. 2004헌바81.

51) 기한방식과 허용사유 방식에 대해서는 조국, “낙태범죄화론”, 「서울대학교 법학」 제54권 제3호, 2013 717-719면, 김학태, “낙태에 관한 형법적 범철학적 고찰”, 「외법논집」 제3집, 1995, 400면 등 ; 기한방식은 24주, 12주 등 낙태 허용가능한 기간을 정하는 것이고, 허용사유 방식은 의료적, 윤리적, 사회경제적 사유 등의 낙태 허용사유를 법령에 정하는 것이다. 낙태 찬성론에서는 12주내 무제한의 낙태 또는 낙태죄 폐지를 주장하고, 허용사유도 사회·경제적 사유를 포함해줄 것을 주장한다. 사회·경제적 사유를 포함할 경우 결과적으로 낙태의 사유가 무제한적으로 넓어지는 효과가 있다. 현재 우리 모자보건법은 24주의 기한을 정해서 사유를 명시하고 있으므로 일종의 기한방식과 허용사유 방식의 결합이다.

52) 낙태가 질병 치료는 아니라도 보건의료상 임부에게 최대한 안전한 시술의 필요성이 있으므로, 낙태가 필요하다면 건강보험제도에서 낙태 시술이 이루어져야 하고 보건당국이나 학계에서 정확한 실태 파악이 될 수 있도록 관리되어야 한다.

53) AK Whitaker et al, “Motivational interviewing to improve post-abortion contraceptive uptake by young women: development and feasibility of a counseling intervention”,

또한 모자보건법에서 낙태 허용 사유를 열거하면서 배우자의 동의를 요건으로 하고 있는 점은 여성의 자기결정권의 정합성에 맞지 않고, 의료진으로부터 충분한 설명과 상호작용이 뒷받침된 숙고를 거쳐 본인의 자발적인 결정이 되어야 한다는 설명 동의의 취지에서도 배우자의 동의 조항은 삭제하는 방향으로 개선되어야 한다.

3. 동의권 행사의 실효성 제고를 위한 사회적 여건 마련

홀로 아이를 키워야 하는 한부모의 임신과 양육에 대한 제도적 지원 강화와 생부에 대해 책임을 부과하는 법제도적 장치가 필요하다. 낙태와 관련한 여성의 자기결정권이 본래의 취지를 벗어나 사회적 강요가 되지 않으려면 임신, 출산을 선택한 한부모가 그에 대한 국가적 지원을 받을 수 있어야 한다.⁵⁴⁾ 이런 지원 없이 임부가 선택의 기로에 선다면 보다 손쉬운 방법인 낙태 선택으로 향하게 될 수 있고, 이는 자기결정권의 행사가 아니라 암묵적인 사회적 강요에 의한 결정이 될 수밖에 없다. 낙태율이 낮고 미혼부의 책임이 강한 국가들 예컨대, 덴마크, 캐나다, 영국, 미국 등의 경우 양육비를 회피하는 경우 월급, 재산 압류, 운전면허정지, 여권 정지 등의 행정적 제재와 벌금, 구속 등의 형사적 제재를 두고 있다는 점도 참고할 만하며, 결혼 유부에 상관없이 생물학적 부(夫)에게 책임을 강화하는 법제에 대해 연구와 그 실현이 필요하다. 사회경제적으로 독립이 되지 않은 여성들에게는 출산과 양육은 무거운 짐이나 고통처럼 여겨질 수 있어, 선택의 상황이 주어진다면 쉽게 부담을 회피할 수 있는 길로 갈 가능성이 높기 때문이다.⁵⁵⁾ 그러나 법 위반으로 느끼는 죄

Contraception.; 92(4), 2015, 미국의 경우 낙태 후 피임 상담 개입에 대한 임상적 연구가 행해졌는데, MI(motivational interviewing, 동기 강화 상담)를 통해서 낙태 후 관리를 행하고 있음을 보여준다. 사전 상담도 중요하지만 사후에 다시 문제가 재발하지 않도록 하면서 여성의 건강을 보호하는 보건의료적 측면에서도 필요한 조치일 것이다.

54) 이유리/김소윤/이일학, “임신중절 감소를 위한 여성 및 아동 지원 정책 방안”, 「한국모자보건학회지」 제15권 제1호, 2011.1 15-22면, 우리나라의 미혼모 관련 정책은 대부분 출산 전 또는 직후의 단기적인 시설보호 위주의 서비스에 국한되었으며, 미혼모의 삶을 유지하기 위한 장기적인 접근은 없고 예방적인 정책이나 사회적 인프라도 미국, 일본, 캐나다, 독일 등 외국에 비해 너무 약하다.

55) 양현아, “여성 낙태권의 필요성과 그 함의”, 「한국여성학」 제21권 1호, 2005, 32면 등에서

책감과는 별개로 낙태로 인한 후유증은 신체 뿐 아니라 심리적·정신적으로 심각한 트라우마를 남겨 여성의 건강 보호에 도움이 되지 않을 뿐 아니라, 여성이 가진 고유의 권리인 출산의 자유를 오히려 자기결정권 주장 하에 훼손할 수 있다.⁵⁶⁾ 그것이 과연 바람직한 선택의 길인지 제고하지 않을 수 없다.

4. 속의 민주주의 절차로 규범적 해결방안 모색

문제가 발생한 후에 해결하는 것 보다는 미연에 방지하는 것이 최선이다. 원치 않는 임신을 예방하고, 생명의 잉태가 고난과 갈등의 시작이 아니라 축복의 사건이 될 수 있도록 성윤리와 남녀평등에 기반한 성교육⁵⁷⁾과 어떤 조건하의 생명인지를 따지는 것이 아닌 생명 자체를 존중하는 문화 조성이 필요하다.⁵⁸⁾ 이와 동시에 도덕과 윤리의 면에서 국민들 스스로에게 충분한 숙고의 시간을 주면서 합의점을 찾아가는 제도적인 방안도 필요할 수 있다.⁵⁹⁾ 국민적 정당성을 가진 국회를 통한 입법적

는 낙태 행위로 인해 법에 의해 처벌되지 않더라도 그것이 범죄라는 사실만으로도 여성들이 죄책감의 부담이 지워져있다고 한다. 그러나 범죄로 규정되지 않았다고 해서 죄책감이나 상흔이 생기지 않는 것인가. 비범죄화하면 여성들의 정신적 고통이 사라질까. 실제 낙태를 경험한 여성의 트라우마는 그것이 법으로 범죄로 규정되었기 때문에 범법행위를 했다는 사실로부터 죄책감이 아니라, 생명이라는 본능적인 도덕적 윤리적 감정적 의미 때문에 심리적·정신적 상흔과 트라우마를 경험한다. (배정순, 앞의 논문, 주 17), 89면) 국가의 기본권 보호 의무가 이렇게 개개인의 도덕성에 의존하는 것은 충분하지 않다. 생명권 보호의무 이행을 위한 적절한 조치가 필요하다.

56) Reva B. Siegel, "Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions under Casey/ Carhart", 117 *Yale L.J.* 1694, 2008, p1796.

57) 피임과 성교육을 한다고 해서 성 기술적인 면에서만 강조하는 건 어린이, 청소년에게 성적 호기심만 자극하는 '독이 든 사과'를 주는 것과 마찬가지이다. 생명과 성의 존엄성에 대한 바른 가치관과 윤리를 가질 수 있도록 하는 교육이 되지 않으면 안 된다. 이명진, "낙태 방지를 위한 정책 제언", 국회 포럼 자료집 [태아의 생명권과 낙태법 유지], 2018.6.15., 10-11면.

58) 결혼 제도 하에서 부모의 환영을 받아 잉태된 생명은 축복받는 생명이고, 미혼부모나 청소년 등과 같이 취약한 상황에 있는 여성의 생명 잉태는 부담이나 고통일 뿐이라고 여기는 시각과 자녀의 미래가 부모의 결정권에 달려있다는 시각으로 제도를 설계하자면, 낙태는 쉽고도 간단하며 저비용의 문제 해결 방법이 될 수밖에 없고, 부모의 의향과 의지에 따라 유전자 편집을 사용하여 자녀를 디자인하는 맞춤형 아기(designer's baby)에 대해서도 긍정적인 입장을 가지게 될 가능성이 높다.

59) 현재 이석현 의원이 대표발의한 '생명문화교육지원 법률안' (의안번호: 16449) 이 국회에 계류 중인데 생명존중에 관한 교육을 체계적으로 수행하도록 보건복지부 소속의 생명문화교육지원위원회와 지역생명문화교육센터를 지정하는 내용을 담고 있다. 한 공중파방송에서도 2018년 12

해결도 필요하겠지만 입법이 되기 위해서는 먼저 낙태 문제와 같이 난해하고 개인의 삶에 큰 영향을 끼치면서도 합의되지 않은 윤리적·도덕적 사안에 대한 국민적 합의의 과정을 거칠 필요가 있다. 의사결정의 독립성을 위하여 정부 인사가 아닌 민간전문가들로 구성된 특별 윤리위원회를 구성하여 국민들에게 공론화하는 절차를 거치는 방식 등을 고려해 볼 수 있다. 이러한 숙의 민주주의의 절차적 과정을 통해 정책 결정에서의 정당성과 사회적 수용성이 확보될 수 있을 것이다.⁶⁰⁾

시민의회의를 구성하여 폭넓은 숙의와 참여를 유도하고 국민투표를 거쳐 낙태금지 관련 헌법 규정을 개정한 아일랜드의 경우와 같이, 헌법재판소의 결정으로 생명의 보호 범위를 단정하기 보다는⁶¹⁾ 국민들에게 충분한 숙고의 시간을 주고 임부와 태아 모두의 생명보호의 헌법 가치를 훼손하지 않도록 하는 입법 개선이 이루어질 수 있는 토양을 만들어주는 것도 필요하다고 생각된다.

이러한 입법의 개선이 추가로 이루어질 때 임부와 태아 모두의 기본권, 생명과 안전을 동시에 보호 하는 규범적 해결의 길이 열리게 될 것이다.

V. 결론

현대사회에서 자기결정권 주장은 점차 확대되어 갈 수 있지만, 자기결정권이 타인의 기본권이나 법익, 공동체의 도덕과 윤리의 범주 내에서

월 방송을 목표로, 낙태 문제에 관한 시민들의 의견을 공론화하는 프로그램을 제작 준비 중이다. 공론화의 시도는 좋은나 낙태 문제에 대해서 정부가 주도하는 방식 보다는 윤리적 기반 위에서 생명가치에 대해 국민들이 스스로 숙고할 수 있는 장을 마련할 필요가 있겠다.

60) 정문식, “독일 줄기세포법상 줄기세포연구중앙윤리위원회의 구성과 사무”, 「헌법학연구」 제 11권 제4호, 2005.12, 416-419면, 의학과 과학기술 등 연구와 정책과 윤리적인 사항에 관하여 입법으로 추진하기 전에 국가 윤리위원회를 거치는 방법은 국민들이 수용할 수 있는 사회적 기반을 마련하는 길이기도 하고, 특정한 종교관이나 세계관과 연결된 윤리 논의를 국가가 주도하지 않고 국민들의 참여를 반영하는 숙의 민주주의 방식이기도 하다.

61) 입법 개선 없이 일방적으로 법률을 무효화해버리는 것은 생명 보호의 안전장치를 없애는 것과 마찬가지로, 이렇게 될 경우 눈에 보이지 않는 생명(몇 개월 후면 출생신고 될 수 있는 잠재적 국민과 미래세대)이 현재 생존하고 있는 생명보다 무가치하다는 메시지를 암묵적으로 사회에 던지게 될 수 있다는 위험성도 고려하여야 한다.

행사해야 한다는 한계를 지닌다는 사실을 기억해야 한다. 임부의 자기결정은 한 사람의 삶에 대한 결정에 그치지 않고 그 결정이 다른 존재에게 영향을 미치게 된다. 낙태 문제는 미래세대를 지속시키는 생명의 문제이기 때문에, 여성들의 인권의 문제이자 전 사회 공동체의 관심사인 동시에 국가가 보호해야 할 중요한 헌법적 가치의 문제이다. 자기결정권이라는 기본권이나 태아의 생명이나 모두 국가를 향하여 보호를 요구하는 권리이고, 국가가 이들을 보호해야 할 의무가 있다는 점에서 궁극적으로 두 기본권이 추구하는 바는 인간의 존엄성에 기초해야 하는 것이어야 한다. 태아나 임부나 둘 중 하나를 택일하라는 식의 논리구도로는 문제 해결이 어렵다. 낙태죄를 폐지하여 임부의 자기결정권에 한계가 없는 것처럼 취급한다던가, 낙태를 전면적으로 규제하고 임부에게 출산의 책임을 강요하는 것, 이 두 가지 모두 문제의 해결일 수는 없다.

국가의 기본권 보호 의무에 기하여 낙태 예방이 이루어지는 것이 마땅하고, 그 방법으로는 임부의 건강권과 태아의 생명권이라는 국민의 기본권이 최대한 보장되도록 해야 한다. 현재 형법으로 태아의 생명이라는 법익 침해에 대한 위법성을 규율하고 있는데 이 규정이 사라져야 한다면 생명 침해의 위해성이 사라졌다는 분명한 증거와 이유가 존재해야 하며 생명 보호를 근간에 보유하고 있는 전체 헌법질서 속에서 체계정당성을 갖출 수 있는지를 고려하여야 한다. 낙태가 비범죄화 된다고 하여 낙태 문제가 해결될 수 있을 만큼 사회적 인식이나 사회보장제도가 단기간에 개선될 수도 없을 것이기 때문이다.

임신으로 인해 학업과 직업능력을 쌓을 기회를 잃게 될 수 있는 청소년 미혼모나 양육 부담이 큰 여성에 대해서도, 모성 보호와 여성 근로의 보호 등으로 여성에 대한 특별한 보호를 명시하고 있는 헌법적 요청을 감안해야 한다. 가정과 학교에서 윤리적이고 효과적인 성교육과 피임법의 보편화와 접근성 제고, 그리고 안전하고 효과적인 피임법의 개발과 보급, 성윤리 교육에 대한 연구도 무시되어서는 안 된다. 출산과 양육 부담을 온전히 여성에게만 지우고 있는데서 사회 갈등의 골이 깊어진다. 임신 출산의 원인이 남녀 양쪽에 있는데도 불구하고 책임은 유독 여성에게만 지우고 있는 것은 자기결정권의 원리에 비추어도 타당하지 않다. 미혼부의 양육 책임을 현실화할 수 있는 법제화의 노력, 친생부의 책임

을 강화하고 처벌에 있어서도 공평한 부담을 지우게 할 수 있는 제도의 개선 등이 자기결정권의 한계이자 자기책임의 원리에 부합한다. 임신으로 인해 발생하는 의무와 문제들을 남녀 공히 분담할 수 있는 사회경제적 제도와 사회 환경적 뒷받침이 더 요구되는 시점이다.

(논문투고일 : 2018.11.28, 심사개시일 : 2018.11.29, 게재확정일 : 2018.12.20)



▶ 엄 주 희 · 양 지 현

낙태, 낙태죄, 임신중절, 자기결정권, 자율성, 내재적 한계,
기본권의 한계

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 권복규/ 김현철, 「생명윤리와 법」, 이화여자대학교 출판부, 2007
이인영, 「생명의 시작과 죽음: 윤리논쟁과 법 현실」, 삼우사, 2009
허영, 「한국헌법론」 전정14판, 박영사, 2018
Ronald Dworkin, Life's Dominion - An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom, First Vintage Book Edition, 1992

II. 논문

- 김강운, “헌법상 자기결정권의 의의”, 「법학연구」, 제10권, 2005
김성진, “출산억제정책으로서 모자보건법과 낙태에 대한 반성적 접근”, 한국법정책학회, 「법과 정책연구」, 제10권 제1호, 2010
김성진, “경영권의 단체교섭대상여부 - 기본권충돌이론의 적용을 통한 해결”, 「노동법학」, 제45권, 2013
김현철, “자기결정권에 대한 법철학적 고찰”, 「이화여자대학교 법학논집」, 제19권 제4호, 2015
배정순, “외상 후 스트레스 장애로서의 낙태”, 「생명, 윤리와 정책」, 제2권 제1호, 2018
신동일, “자기결정권과 객관적 규칙에 대하여”, 「성신법학」, 제10호, 2010
신동일, “낙태죄 폐지에 대한 법적 이해에 대하여”, 「생명, 윤리와 정책」, 제2권 제1호, 2018
신옥주, “낙태죄의 위헌성에 관한 고찰”, 「생명, 윤리와 정책」, 제2권 제1호, 2018
손영수, “형법상 낙태와 모자보건법상 인공임신중절에 관한 의료법리학적 이해”, 「대한산부회지」, 53권 6호, 2010

- 엄주희, “영아의 생명권을 위한 규범적 고찰: 베이비박스에 관한 영아
유기 문제를 중심으로”, 『서울법학』, 제23권 제3호, 2016
- 엄주희, “미성년자 연명의료 결정에 관한 소고: 미국에서의 논의를 중
심으로“, 『법학논총』 제41집, 2018.5
- 이기현/ 정현미, “낙태의 허용범위와 허용절차 규정에 관한 연구”, 『한
국형사정책연구원 연구총서』, 1994.12
- 이열, “자기결정권 법리의 체계화를 위한 형법학의 과제”, 『부산대학교
법학연구』, 제54권 제4호, 2013
- 이유리/ 김소윤/ 이일학, “임신중절 감소를 위한 여성 및 아동 지원 정
책 방안”, 『한국모자보건학회지』 제15권 제1호, 2011.1
- 이은영 등, “낙태 관련 의사결정의 합리화: 각국의 낙태 상담절차와 규
정”, 『한국의료법학회지』 제18권 제2호, 2010
- 윤부찬, “낙태와 관련된 민사적 제 문제”, 연세대학교 법학연구원, 『법
학연구』, 2011
- 윤정인, “자유권 보호영역의 범위와 한계”, 고려대학교 박사학위논문,
2012.12
- 정문식, “생명윤리법상 국가의 기본권 보호의무”, 『공법학연구』, 제8
권제3호, 2007
- 정철, “헌법재판소의 낙태결정(2010헌바402)에 대한 헌법적 검토”,
『헌법학연구』, 제19권제2호, 2013
- 정현미, “비혼모에 대한 한국사회 처우와 권리 보장 방안”, 『이화젠더
법학』, 제2권제2호, 2011.6
- 최한나, “인공임신중절의 실태와 의료적 문제” [인공임신중절의 윤리],
2018 춘계학술대회 자료집, 한국의료윤리학회, 2018.5.18.
- 허영, “기본권의 내재적 한계에 관한 연구”, 『법률연구』, 제4권, 1986
- AK Whitaker et al, “Motivational interviewing to improve
post-abortion contraceptive uptake by young women:
development and feasibility of a counseling intervention”,
Contraception.; 92(4), 2015
- Justin Buckley Dyer, “The Constitution, Congress and Abortion”,

11 N.Y.U. J.L. & Liberty 394, 2017

Reva B. Siegel, “Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions under Casey/ Carhart”, 117 Yale L.J. 1694, 2008

Abstract

Review on the exercise of the right to self-determination and its limitation surrounding the case of abortion at the constitutional court in Korea

Eom, Ju Hee *

Yang, Ji Hyun **

The controversy surrounding the decriminalization of the abortion is running parallel, and the Constitutional Court is pending the case. In the most recent Constitutional Court ruling on abortion, pro-choice and anti-abortion were 4:4, respectively, and the constitutionality of ban on abortion was maintained. Since the punishment for abortion limits the right of self-determination or the freedom of abortion of the pregnant woman, it is judged that this is a legitimate restriction. The most powerful argument against abortion is the self-determination right of the pregnant woman, which is placed in a confrontational position with the fetus's right to life. The duty of the State to protect the life, the value and necessity of the life protection of the fetus shall be protected by the Constitution. There is no question that any of the pros and cons agree with the appropriateness that we should reduce the abortion rate. There is a common goal that we should consider the right and health of women while saving innocent lives. In the context of the abrupt escalation of the abortion rate, there are serious discrimination and prejudice

* Ph.D, former Adjunct Professor of Myongji College, Head of research team, Korea National Institute for Bioethics Policy, Corresponding Author : juheelight@gmail.com

** Department of Medical Law and Bioethics Yonsei University Graduate School, Student; Asian Institute for Bioethics and Health Law, Researcher

against single mothers who pregnant and the fact that the responsibility for contraception is passed on to women or the social activities of women are increased, but there is lack of social support for childbirth and nurture. Self-determination is the fundamental right of the Constitution, and it is the fate of self-determination that an individual must freely determine the crucial aspects of his or her life and be accountable for that decision. Self-determination in relation to abortion can be explained by self-determination of pregnancy and childbirth. Since the fetus is the earliest form of human life, it is recognized as an object that is included in the category of right of life. The fact that the life of the fetus is not completely independent and depends on the pregnancy (pregnant mother), that is, the fetus is part of the body of the pregnant woman rather than being independent of the pregnant woman, and is dependent on the body of the pregnant woman. Unlike the problem of conflict, there is a difficulty in solving the problem. Because life or physical infringement of the fetus can be a violation of part of the body of the pregnant woman at the same time. The State obligation to protect the basic rights of people leads to the conclusion that both the protection of the life of the fetus and the protection of the body of the pregnant woman should be done at the same time.

Therefore, this study reexamined the formation of the self-determination right of the pregnant women and the way of the exercise of that, and examined the inherent limitations of self-determination right toward abortion and the solution of conflicts of both basic rights. In this way, insights can be referred to in the present situation, which is contesting whether or not the abortion is unconstitutional.



▶ **Eom, Juhee · Yang, Ji Hyun**

abortion, illegal abortion, criminal abortion, right to self-determination, autonomy, inherent limitations, limitations of basic rights

‘정보통신서비스 제공자’에 관한 법적 고찰*

-개념의 유용성과 범주의 정합성을 중심으로-

이 민 영**

【목 차】

I. 논의를 시작하며	III. 서비스제공자 범주의 분석
II. 서비스제공자의 법적 개념	1. 망법의 규율내용에 따른 범주
1. 입법연혁으로 되짚은 비교론적 검토	2. 관련법규에 따른 범주의 확장
2. 서비스제공자에 대한 비교법적 검토	IV. 결론에 갈음하여

【국 문 요 약】

현행 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 ‘망법’이라 한다)은 제2조제1항제3호에서 ‘정보통신서비스 제공자’(이하 ‘서비스제공자’라 한다)의 개념을 ‘「전기통신사업법」 제2조제8호에 따른 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자’로 정의하고 있다. 그런데 정보통신기술의 급격한 발전으로 인하여 증폭되어가는 엄청난 수준의 사회적 변동 속에서 정보통신법규가 후발적 현상 포섭의 규율양상에 머무를 수 있는 현실적 한계도 사실상 존재하지만, 망법에 따른 서비스제공자의 입법목적적 존재의의를 재조명하여 그에 상응하는 정연한 논리체계로써 서비스제공자의 진화적 변용의 해법을 도출하는 입법정책적 논의가 필요하다.

무엇보다 서비스제공자는 관계법규에서 정하고 있는 개인정보의 안전한 처리에 필요한 기술적·관리적 조치를 취하여야 할 법률상 의무를 부담한다. 그리고 융합

* 본 연구는 2018년도 가톨릭대학교 교비연구비의 지원으로 이루어졌음.

** 가톨릭대학교 법학전공 부교수 · 법학박사

환경에서 융합서비스에 정보통신서비스가 연계되거나 포함되어 있으면 해당 재화나 용역의 제공주체는 서비스제공자가 되므로 이용자와의 관계에서 논의되어야 한다. 따라서 정보보안의 관점에서 광의의 정보보호를 염두에 둔다면, 주요서비스 제공자와 집적시설사업자를 어떻게 규율할 것인가와 관련하여 망법의 입법목적들 함께 고려한 입법정책으로 그 수범자와 보호대상에 관한 재검토가 요구된다.

이러한 관점에서 당초 조건적 제한으로 제약이 없었던 서비스제공자에 대한 ‘영리 목적’의 한정을 제거하고 주요서비스제공자나 집적시설사업자의 개념을 명확히 하는 입법개선이 입법수요에 상응하게 이루어져야 한다. 수범자가 법규의무를 이행하는 측면에서 권익제한을 받기 때문에 법률유보원칙이 관철되어야 할 뿐만 아니라 현실적으로 규율대상에 관한 예측가능성이 확보되어야 하기 때문이다. 그 방편 중 하나로 이 글에서는 서비스제공자의 개념을 「전기통신사업법」 제2조제6호에 따른 전기통신의무를 제공하거나 이를 이용하여 정보의 제공 또는 그 매개를 업무로 하는 자’로 정의할 것을 제안한다.

I. 논의를 시작하며

현행 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 ‘망법’이라 한다)은 제2조제1항제3호에서 ‘정보통신서비스 제공자’(이하 ‘서비스제공자’라 한다)의 개념을 「전기통신사업법」(이하 ‘사업법’이라 한다) 제2조제8호에 따른 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신의무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자’로 정의하고 있다. 그런데 서비스제공자라는 용어는 ‘전산망 보급확장과 이용촉진에 관한 법률」 제2조제2호의 전산망사업(전자계산조직의 이용기술의 개발, 전산망의 구성·유지·보수, 전산망을 이용한 정보의 처리·보관·전송업무 및 전산망과 관련된 기타 사업)을 영위하는 자’를 ‘전산망사업자’로 명명한 「전산망 보급확장과 이용촉진에 관한 법률」 제8조제1항에 따라 등장한 개념에서 비롯된 것이다.¹⁾

1) 「전산망 보급확장과 이용촉진에 관한 법률」은 제23조에서 전산망사업자·전산망관리자 및 그 종사자와 전산망이용자를 아울러 ‘전산망사업자등’이라 하고 그 준수사항으로서의 금지행위로 전산망의 개발·보급, 관리·운영 및 이용 등에 있어서 ① 국가의 안전을 위태롭게 하는 행위, ② 공공의 안녕질서 및 미풍양속을 해치는 행위, ③ 국가경제질서를 파괴하거나 경제발전에 위해로운 행위, ④ 범죄행위 기타 이 법 또는 다른 법률에서 금지하는 행위 등을 명시하고 있었다. 그리고

이후 지난 1999년 2월 8일 법률 제5835호로 전부개정되어 같은 해 7월 1일부터 시행된 「정보통신망 이용촉진 등에 관한 법률」(이하 ‘구법’이라 한다) 제2조 제3호에서 서비스제공자를 ‘사업법 제2조제1호의 규정에 의한 전기통신사업자와 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자’라고 규정함으로써 현행법의 서비스제공자와 유사한 용어로 발전하게 된다. 그렇지만 망법의 규율과는 달리 구법에서는 ‘영리를 목적으로’라는 목적적 조건의 제한을 두지 않았다는 점에서, 서비스제공자의 개념적·범주적 함의를 가늠할 수 있는 단서로 여길 수 있다고 본다.

물론 정보통신기술의 급격한 발전으로 인하여 증폭되어가는 엄청난 수준의 사회적 변동 속에서 정보통신법규가 후발적 현상포섭의 규율양상에 머무를 수 있는 현실적 한계도 사실상 존재하지만, 망법에 따른 서비스제공자의 입법목적적 존재의의를 재조명하여 그에 상응하는 정연한 논리체계로써 서비스제공자의 진화적 변용의 해법을 도출하는 입법정책적 논의는 그와 같은 입지를 넓혀줄 것으로 예상된다. 본고(本稿)는 이와 같은 관점에서 구법의 수범자의 개념과 범주를 연혁적으로 되짚어보고 그 단서로써 서비스제공자에 관한 비교론적 검토와 비교법적 검증을 시도한 후에 입법론적·법제도적 정책방향의 단초를 모색한다.

II. 서비스제공자의 법적 개념

1. 입법연혁으로 되짚은 비교론적 검토

가. 서비스제공자와 정보제공매개자

지난 2001년 1월16일 법률 제6360호로 전부개정된 망법은 2000년11월21일 정부가 발의한 개정안이 국회 과학기술정보통신위원장 대안으로 흡수·폐기된 결과물로 출발하였다.²⁾ 그러나 대안에 반영된 의안에서 서비스제공자 중 정보제공자와

이 법의 전산망사업자는 ‘전산망과 관련된 기타 사업’을 영위하는 자를 수범자로 삼은 까닭에, 망법에 따른 서비스제공자보다 그 규율대상의 범위가 훨씬 넓은 개념이었다.

2) 그 제안이유는 ‘정보통신망의 이용을 촉진하기 위하여 인터넷서비스 품질 개선 및 인터넷주소자

정보제공매개자의 개념에 ‘영리를 목적으로’라는 제한을 가하여 전기통신역무를 이용한 정보제공자 또는 정보제공매개자의 관념적 범주를 한정된 원안의 내용은 분명 없었다. 종래 구법에서 ‘사업법 제2조제1호의 규정에 의한 전기통신사업자와 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자’로 규정되던 것에 대하여 ‘정보통신서비스 이용자의 권리 보장과 서비스제공자에의 규제 강화’라는 방향으로 입법논의를 확장한다면, 서비스제공자의 범위 확대와 그 획정에 따른 개념 재정립도 도모할 수 있다.

전기통신역무를 이용한 정보제공자나 정보제공매개자의 경우 방법의 표현 그대로 ‘정보보호 등’을 위한 의무부과가 필수적으로 여겨지는 상황에서 규제의 적정성을 고려하지 않을 수는 없겠지만,³⁾ 당시 구법의 전부개정과정에서 비영리 정보의 제공·매개 관련 규율을 배제해야할 당위성에 대하여는 그 논거를 찾을 수 없다. 무릇 서비스제공자는 정보통신시스템 소유자나 관리자의 지위에 관한 개념적 논의대상이 아니라 방법 제2조제1항제2호에 따른 정보통신서비스를 이용자와의 역무 제공·이용 계약체결을 전제로 한 법률관계에 있어서의 기능적 당사자를 말한다.⁴⁾ 계약체결은 이용약관 및 개인정보처리방침 고지에 기초한 회원가입과 같이 실질적으로 역무이용에 관한 쌍방적 합의로서의 의사합치 방식이면 족하다.⁵⁾ 이러한 규율대상의 명확성에도 불구하고 서비스제공자의 범위의 해석에 있어서는 난점이 존재한다.

원의 확충을 위한 시책을 마련하고, 정보통신서비스이용자의 개인정보를 보호하기 위하여 정보통신서비스제공자에 대한 규제를 강화하며, 인터넷상의 음란·폭력물로부터 청소년을 보호하기 위하여 정보내용등급자율표시제를 도입하는 한편, 학교·도서관 등 청소년이용시설에 대하여 청소년 유해정보를 선별·차단할 수 있는 소프트웨어의 설치를 권장하고 그 밖의 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것’이었다.

3) 「행정규제기본법」 제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. ‘행정규제’란 국가나 지방자치단체가 특정한 행정 목적을 실현하기 위하여 국민(국내법을 적용받는 외국인을 포함한다)의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로서 법령등이나 조례·규칙에 규정되는 사항을 말한다.

4) 방법 제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

4. ‘이용자’란 정보통신서비스 제공자가 제공하는 정보통신서비스를 이용하는 자를 말한다.

5) 한편, 판례는 방법 관련조항의 문언, 그 전반적인 체계와 취지·목적 등을 종합하여 볼 때, 방법 제22조제1항 전문에 의하여 보호되는 개인정보의 주체인 이용자는 자신의 개인정보를 수집하려고 하는 서비스제공자로부터 정보통신서비스를 제공받아 이를 이용하는 관계를 전제로 하고 있다고 해석한다; 대법원 2013. 10.17. 선고 2012도4387 판결 참조.

나. ‘영리 목적’의 해석에 관한 쟁점

방법에 따른 정의를 문리해석하면, 서비스제공자는 ① 사업법 제2조제8호에 따른 전기통신사업자, ② 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하는 정보제공자, ③ 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보의 제공을 매개하는 정보제공매개자로 대별할 수 있다.⁶⁾ 물론 이와는 달리 ③의 정보제공매개자에 대하여 비영리성과 전기통신역무이용성을 배제하는 견해도 전적으로 그 타당성을 부정할 수는 없겠지만,⁷⁾ ①의 전기통신사업자와 구별되는 정보제공매개자의 개념은 ‘사업법 제2조제6호에 따른 전기통신역무와 이를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는’ 정보통신서비스의 개념 정의에 기초한 것이다.

여기서 서비스제공자의 개념요소 혹은 구성요건으로서 ‘영리 목적’은 널리 경제적인 잉여이익을 취득할 목적을 말하는 것으로서 영리를 목적으로 소비자를 유인하는 사람이 반드시 경제적인 이익의 귀속자나 경영의 주체와 일치하여야 할 필요는 없다.⁸⁾ ‘영리 목적’에 있어서 그 대척점으로서 반대개념인 비영리성의 경우 수익사업을 전제로 하지 않는 비영리 목적이나 그에 포함되는 공공의 목적을 포괄한 것으로 해석해야 할 것이기 때문이다.⁹⁾ 물론 “구 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제2조제1호나목에서 정한 ‘영업’은 경제적 대가를 얻는 것을 목적으로 하는 사업으로서 단순히 영리를 목적으로 하는 경우만이 아니고 널리 경제상의 수지계산 위에 서서 행하여지는 일체의 사업을 포함하므로, 비영리법인이 관람객으로부터 입장료를 징수하고 일정한 임대료를 수수하는 등 경제상의 수지계산 위에서 운영하고 있다면 이는 같은 법상 보호받아야 할 ‘영업’에 해

6) 종합적으로 검토해보면, ‘영리목적의 정보제공 및 정보제공매개자’는 인터넷 상에 상업적인 목적으로 웹사이트를 개설·운영하거나 인터넷 기반 서비스를 제공하는 경우를 의미한다. 예를 들어, 웹호스팅업체, 인터넷쇼핑몰업체, 경매커뮤니티·미니홈피·블로그 서비스 제공자·P2P 등 인터넷 기반 서비스 제공 사업자 대부분이 정보통신서비스 제공자에 해당된다고 할 수 있다; 한국인터넷진흥원, 정보통신서비스 제공자를 위한 개인정보보호 법령 해설서, 방송통신위원회, 2012, 13쪽.

7) 가령 ‘정보제공자’를 재산상의 이익을 취득하거나 이윤을 추구하기 위하여 전기통신역무를 이용하여 각종 정보를 게시·전송·대여·공유하는 일련의 정보제공행위를 하는 자를 가리키는 것으로 보면서 ‘정보제공매개자’는 단순히 정보를 제공하려는 자와 제공받으려는 자를 연결시켜 서비스 제공이 가능하도록 하는 자라고 풀이하는 경우이다; 개인정보침해신고센터, 현행 정통방법 개인정보보호규정의 적용범위, 한국정보보호진흥원, 1~2쪽, available at <<https://privacy.kisa.or.kr/kor/jsp/downloadAction.jsp?bno=45&dno=54&fseq=1>>

8) 대법원 2017. 8.18. 선고 2017도7134 판결.

9) 헌법재판소 2000.11.30. 자 98헌바103 결정 참조.

당한다.”라고 하여 비영리사업의 ‘영업성’을 확인한 하급심판결도 있다.¹⁰⁾ 하지만 사업으로서의 영업은 영리목적성이라는 수익사업성을 필수조건으로 하는 개념이므로 영업은 사업활동 전부를 가리키는 개념이 아니다. 따라서 “구 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조제1항제7호에서 비공개대상정보로 정하고 있는 ‘법인 등의 경영·영업상 비밀’은 ‘타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보’ 또는 ‘사업활동에 관한 일체의 비밀사항’을 의미하는 것이고, 공개 여부는 공개를 거부할 만한 정당한 이익이 있는지 여부에 따라 결정되어야 한다.”라는 판시는 사업의 경영에 관한 사업활동으로서의 접점인 영업에 대한 개념 정의를 명확하게 보여주지 못하고 있다.¹¹⁾ 한편, 헌법재판소는 「보건범죄 단속에 관한 특별조치법」 제5조 위헌소원 사건에서 법원의 위헌제청기각결정이유¹²⁾와 같은 판단을 함으로써,¹³⁾ ‘영리 목적’의 업(業)으로서 영업의 관념이 죄형법정주의 원칙에 따른 명확성원칙에 위배되지 않는다고 결정하였다. 요컨대 영업이라 함은 영리를 목적으로 계속적으로 동종의 행위를 하는 사업으로서 영리성이 필수불가결한 개념요소가 되는 까닭에,¹⁴⁾ 사업은 영리성 있는 수익사업인 영업만을 가리키는 것은 아니다. 요점은 정보제공자나 정보제공매개자가 제공하는 역무가 비영리성의 것인 경우 방법의 수범자가 아니어야 할 합당한 논거가 무언가에 있다.

다. 사업법과의 연계로 살펴본 논점

서비스제공자의 의의에 대하여는 사업법 관련규정을 살펴봄으로써 그 명확한 의미를 짚어볼 수 있다.

우선 사업법 제2조제1호의 전기통신이라 함은 ‘유선·무선·광선 또는 그 밖의 전자적 방식으로 부호·문언·음향 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것’을 말하고, 같은 조 제2호의 전기통신설비는 ‘전기통신을 하기 위한 기계·기구·선로 또는 그 밖

10) 서울고등법원 2006.12.12. 선고 2005나35938 판결. 다만, 본안판단에 관한 상고이유의 주장이 받아들여져 원심은 상고심인 대법원 2009. 4.23. 선고 2007다4899 판결에 따라 파기환송되었다.

11) 대법원 2014. 7.24. 선고 2012두12303 판결.

12) ‘영리 목적’이란 널리 경제적인 이익을 취득할 목적을 의미하며(대법원 2003. 9. 5. 선고 2003도2903 판결), ‘업으로’의 의미는 행위자가 그 행위를 영업으로 반복, 계속할 의사로써 한 것을 의미한다고 봄이 상당하고(대법원 2003. 6.13. 선고 2003도935 판결), 이러한 해석은 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로서는 구체적으로 어떠한 행위가 이에 해당하느지의 의심을 가질 정도로 불명확하다고 할 수 없다.

13) 헌법재판소 2007. 3.29. 자 2003헌바15 결정 참조.

14) 대법원 1981. 6.23. 선고 80누534 판결 참조.

에 전기통신에 필요한 설비’를 말하여, 같은 조 제6호의 전기통신역무란 ‘전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 전기통신설비를 타인의 통신용으로 제공하는 것’을 말한다. 정보통신서비스가 전기통신역무와 정보제공 및 정보제공매개를 포함하는 역무라면 전기통신역무의 활용이 전제되어야 하는바, 전기통신설비의 활용이 선결되어야만 구동되는 전기통신역무에 근간을 두어야만 정보제공매개역무를 상정할 수 있기 때문이다. 그러나 전기통신사업자가 영리 목적의 사업자라는 점에 비추어, 서비스제공자 중 정보제공자나 정보제공매개자에 대한 영리성이 관철되어야 할 논리필연성은 없다. 다만, 전기통신역무 이용이라는 정보통신서비스의 핵심을 기초로 ‘정보통신망의 이용을 촉진하고 정보통신서비스를 이용하는 자의 개인정보를 보호함과 아울러 정보통신망을 건전하고 안전하게 이용할 수 있는 환경을 조성하여 국민생활의 향상과 공공복리의 증진에 이바지함’이라는 망법의 입법취지를 어떻게 실현할 것인지가 규명되어야 한다.

다음으로 사업법 제2조제7호는 전기통신사업을 ‘전기통신역무를 제공하는 사업’으로 정의하면서 같은 조 제8호에서는 전기통신사업자를 ‘사업법에 따른 허가를 받거나 등록 또는 신고(신고가 면제된 경우 포함)를 하고 전기통신역무를 제공하는 자’로 정의하고 있다. 그리고 사업법에 따른 전기통신사업자는 ① 과학기술정보통신부장관으로부터 사업법 제6조에 따른 기간통신사업의 허가를 받은 기간통신사업자,¹⁵⁾ ② 기간통신사업자의 전기통신회선설비 등을 이용하여 기간통신역무를 제공하는 사업이나 사업법 시행령으로 정하는 구내에 전기통신설비를 설치하거나 그 전기통신설비를 이용하여 구내에서 전기통신역무를 제공하는 사업을 경영하기 위하여 사업법 제21조에 따라 과학기술정보통신부장관에게 등록한 별정통신사업자, ③ 사업법 제22조에 따라 부가통신역무를 제공하는 사업을 경영하려고 과학기술정보통신부장관에게 신고하거나 등록한 부가통신사업자 등을 말한다.¹⁶⁾

한편, 사업법 제48조의2는 ‘전기통신번호 매매 금지’와 관련하여 제2항에서 같은 조 제1항(“누구든지 유한한 국가자원인 전기통신번호를 매매하여서는 아니 된

15) 사업법 제2조제11호에서 규정하고 있는 기간통신역무란 ‘전화인터넷접속 등과 같이 음성·데이터·영상 등을 그 내용이나 형태의 변경 없이 송신 또는 수신하게 하는 전기통신역무 및 음성·데이터·영상 등의 송신 또는 수신에 가능하도록 전기통신회선설비를 임대하는 전기통신역무’를 말한다. 다만, 과학기술정보통신부장관이 정하여 고시하는 세부적 개별 전기통신역무는 제외된다.

16) 다만, 사업법 제2조제13호에서 규정하고 있는 ‘특수한 유형의 부가통신역무’로서 ① 「저작권법」 제104조에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 부가통신역무와 ② 문자메시지 발송 시스템을 전기통신사업자의 전기통신설비에 직접 또는 간접적으로 연결하여 문자메시지를 발송하는 부가통신역무의 경영에 대하여는 예외적으로 사업법 제22조제2항에 의거하여 과학기술정보통신부장관에 대한 등록의무가 부과되어 있다.

다.”)을 위반하여 전기통신번호를 매매하는 내용의 정보가 정보통신망에 게재된 경우 망법의 서비스제공자에 대하여 과학기술정보통신부장관이 해당 서비스의 폐쇄 또는 게시제한을 명할 수 있게 하고 있다. 아울러 그 실효성 확보를 위하여 사업법 제104조는 제2항제1호에서 제48조의2제1항을 위반하여 전기통신번호를 매매한 자에 대하여는 3천만원 이하의 과태료를 그리고 제5항제7의2호에서 제48조의2제2항에 따른 과학기술정보통신부장관의 폐쇄 또는 게시제한 명령을 이행하지 아니한 자에 대하여는 1천만원 이하의 과태료를 부과하도록 규정하고 있다.

2. 서비스제공자에 대한 비교법적 검토

가. 국내법규에서의 비교대상과 그 검토

1) 「저작권법」에 따른 온라인서비스제공자

인터넷상에서 자유로운 정보교환 및 의사소통은 중개 매개자인 ‘온라인서비스 제공자(online service provider)’를 통하여 이루어지고 있는 까닭에, 온라인서비스 제공자는 온라인상의 다양한 형태의 서비스를 제공하는 일체의 기관을 포괄하는 의미로서 사용되고 있다.¹⁷⁾ 인터넷상 정보의 흐름과 관련된 법률관계는 ‘발신자’(제3자인 이용자), ‘발신자 정보의 전달자 및 인터넷접속서비스제공자’, 그리고 ‘정보수신자’라는 삼면관계로 구성되는데, 이때 발신자 정보의 전달자 및 인터넷접속 서비스제공자는 온라인서비스제공자 또는 ‘인터넷서비스제공자(internet service provider; ISP)’ 혹은 ‘온라인매개서비스제공자(online intermediary service provider)’ 등으로 불린다.¹⁸⁾ 현행 법규로는 「저작권법」이 제20조제30호에서 온라인서비스 제공자의 개념을 정의하고 있는데, 가목에서는 ‘이용자가 선택한 저작물등을 그 내용의 수정 없이 이용자가 지정한 지점 사이에서 망법에 따른 정보통신망을 통하여 전달하기 위하여 송신하거나 경로를 지정하거나 연결을 제공하는 자’를 그리고 나목에서는 ‘이용자들이 정보통신망에 접속하거나 정보통신망을 통하여 저

17) 이찬도, 한중 저작권법상 온라인서비스제공자(OSP) 규정과 통상 대응전략, 무역연구 12(1), 한국무역연구원, 2016, 297~298쪽

18) 나낙균, 온라인서비스제공자의 책임제한 법제의 특징과 한계 : 독일의 경우, 커뮤니케이션학 연구 23(2), 한국커뮤니케이션학회, 2015, 122쪽.

작물등을 복제·전송할 수 있도록 서비스를 제공하거나 그를 위한 설비를 제공 또는 운영하는 자’를 포괄하여 규정하고 있다. 생각건대, 「저작권법」에 따른 온라인서비스제공자의 개념 정의가 공공기관 해당성을 전면적으로 배제하고 있지 아니하며, 제104조의2(기술적 보호조치의 무력화 금지)의 경우 수범자를 ‘누구든지’로 하고 있다는 점에서 그 범주를 ‘영리 목적’의 사업자로 한정할 근거는 없다.

2) 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」의 온라인서비스제공자

「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조는 제8호에서 온라인서비스제공자를 ‘다른 사람들이 망법에 따른 정보통신망을 통하여 온라인 자료를 이용할 수 있도록 서비스를 제공하는 자로서 대통령령으로 정하는 자’로 규정하고 그 구체적인 개념요소를 위임입법으로 상세화하고 있다. 그런데 시행령은 위 제2조제8호의 ‘대통령령으로 정하는 자’를 망법에 따른 서비스제공자로 명시하고 있으며, 온라인서비스제공자의 의무에 관한 법 제17조의 경우 제2항에서 “「저작권법」 제104조에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자는 이용자가 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 검색하거나 업로드 또는 다운로드를 할 경우 해당 화면이나 전송프로그램에 아동·청소년이용음란물을 제작·배포·소지한 자는 처벌을 받을 수 있다는 내용이 명확하게 표현된 경고문구를 대통령령으로 정하는 바에 따라 표시하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

3) 「국가정보화 기본법」에 따른 정보통신서비스 제공자

「국가정보화 기본법」은 제3조제18호에서 ‘정보통신서비스 제공자’를 ‘사업법 제2조제8호에 따른 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자’로 정의하고 있다. 그런데 ‘이용자의 권익 보호 등’에 관한 「국가정보화 기본법」 제41조제2항은 “정보통신서비스 제공자는 사업을 할 때 이용자를 보호하기 위하여 필요한 조치를 마련하여야 한다.”라고 규정하고 있지만, ‘지식재산 및 지식재산권의 보호’에 관한 제42조제2항은 “국가기관등은 국가정보화를 추진할 때 정보통신서비스 제공자 등의 「지식재산 기본법」 제3조제1호에 따른 지식재산에 관한 권리 또는 이익을 침해하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있음에도 정보통신서비스 제공자

‘등’에 포함되는 수범자를 규율하고 있지 못한 실정이어서 예측가능성과 법적 안정성에 흠결이 있다. 또 하나의 문제점은 ‘건전한 정보통신 윤리의 확립’에 관한 「국가정보화 기본법 시행령」 제36조제2항이 “과학기술정보통신부장관은 법 제40조에 따라 청소년이 정보통신서비스를 건전하게 이용하기 위하여 필요한 관리적·기술적 조치 등에 관한 기준을 정하여 고시하고, 망법 제2조제1항제3호에 따른 서비스제공자에게 그 기준을 준수할 것을 권고할 수 있다.”라고 규정하고 있어 모법(母法)인 「국가정보화 기본법」에 따른 ‘정보통신서비스 제공자’의 개념을 무색하게 하고 법률용어로서의 입지를 퇴색시키고 있다는 점이다.

4) 「성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」의 서비스제공자 등

「성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제33조제1항은 망법에 따른 또는 「저작권법」 제2조제30호의 온라인서비스제공자는 망법 제2조제1항제1호의 정보통신망을 이용하여 2명 이상이 실시간으로 대화할 수 있는 기능이 포함된 디지털콘텐츠로서, 컴퓨터, 이동통신단말장치에서 이용되는 웹 사이트 및 애플리케이션 등 대통령령으로 정하는 디지털콘텐츠의 대화 화면에 법정사항을 이용자가 알아보기 쉽게 게시하도록 의무를 부과하고 있다.

5) 그 밖의 관련법규에 따른 제공자

망법에 따른 서비스제공자의 개념을 원용하고 있는 것으로 「가축 및 축산물 이력관리에 관한 법률 시행령」 제17조제2항, 「게임산업진흥에 관한 법률」 제38조제7항, 「공공단체등 위탁선거에 관한 규칙」 제14조제4항, 「국어기본법」 제16조제3항, 「규제자유특구 및 지역특화발전특구에 관한 규제특례법」 제118조제1항, 「녹색건축물 조성 지원법」 제10조제5항제2호, 「스마트도시 조성 및 산업진흥 등에 관한 법률 시행령」 제17조제5항제2호, 「옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 법률」 제10조, 「인터넷주소자원에 관한 법률」 제15조제2항, 「전자어음의 발행 및 유통에 관한 법률 시행령」 제7조제2항, 「클라우드컴퓨팅 발전 및 이용자 보호에 관한 법률」 제26조제2항 등이 있다. 그리고 「농수산물의 원산지 표시에 관한 법률 시행령」 제7조제5항, 「방송통신발전 기본법」 제15조제1항, 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 시행령」 제

8조, 「주민등록법 시행령」 제12조의3제2항제3호 등은 방법에 따른 서비스제공자를 원용하지 않고 용례만 따른 것이라 할 수 있다.

한편, 「실종아동등의 보호 및 지원에 관한 법률」 제9조제2항제2호, 「의료법 시행령」 제24조제1항제4호, 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 제9조의2제1항 및 「환경친화적 자동차의 개발 및 보급 촉진에 관한 법률 시행령」 제18조의3제2항제1호의 경우 해당법규에서 서비스제공자 중 규율대상을 한정하여 규정하고 있다. 그 외에도 「도서관법」 제2조제10호는 온라인 자료를 정보통신망을 통하여 공중송신하는 ‘온라인 자료 제공자’를, 「자동차관리법 시행령」 제13조의 경우 온라인 자동차 매매정보제공자를 수범자로 삼고 있다.

나. 국외법규에서의 비교대상과 그 검토

1) 유럽연합의 역무제공자

기존 역무별 규제체계에서 전송(network)·역무(service)·내용(content) 등의 계층별 수평적 규제체계¹⁹⁾로의 전환을 주요골자로 하는 Framework Directive(Directive 2002/21/EC)²⁰⁾에서는 ‘전자적 신호를 전자적으로 전달하는 전송시스템과 부대설비’를 전자통신망(electronic communications network)으로 정의하면서, 전송정보의 유형과는 무관하게 전자적 신호를 전달하는 모든 전송설비를 포함하고 있다. 또한 ‘전자통신망에서 전자적 신호를 사업 목적으로 전달하는 것으로 통신역무와 내용의 전송 및 제공 역무 그리고 방송목적의 전송망을 이용하는 전송역무’를 전자통신(electronic communications service)²¹⁾로 정의하되, 전송내용의 편집이나 편

19) 여기서 수평적 규제체계라 함은 전송계층(carriage stratum)과 내용계층(content stratum)을 구분하여 전송계층에 대하여 동일한 규제를 적용하는 것을 말하는바, 전자통신역무를 포함하는 전송계층에 대하여는 단일규제체계를 적용하고 내용계층에 대한 규제에는 그 적용을 배제하면서 ‘시청각정책지침(Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Principles and guidelines for the Community's audiovisual policy in the digital age, COM/99/0657 final)’과 ‘텔레비전지침(Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities)’에 따른다는 것이다; See OECD, *The Implications of Convergence for Regulation of Electronic Communications*, DST/ICCP/TISP(2003)5/FINAL, 2003, pp.5~41.

20) Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services : Framework Directive

집역무를 제공하는 편성은 제외시키고 있다.²²⁾ 한편, Directive 98/48/EC²³⁾ 제1조에 따라 개정된 Directive 98/34/EC²⁴⁾는 Directive 2015/1535²⁵⁾로 수정되어 제2조(a)항제2호에서 정보사회역무를 ‘수용자의 개별 요구에 따라 전자적 수단에 의하여 비동시다발적인 유상의 제공이 이루어지는 통상적인 역무’로 규정하였으며, Directive on electronic commerce(2000/31/EC)²⁶⁾은 제2조(a)항에서 이를 원용하고 있다. 이는 정보사회역무를 규율하고 있는 Directive on electronic commerce에서의 한정된 범위인 전자상거래를 통하여 ‘유상으로’ 제공하는 정보사회역무의 제공 주체는 제2조(b)항과 결부되어 명시된 것이며, 제2조(c)항의 ‘개업한 정보사회역무 제공자(established service provider)’가 추구하는 ‘영리활동(economic activity)’의 성격과 같은 맥락에서 대가상환에 따른 요금지불로서의 ‘유상성’에 더 잡아 규정된 것이다.²⁷⁾

그럼에도 불구하고 ‘인터넷서비스 제공자(internet service provider)’의 웹기반 콘텐츠 제공에 대한 규범이 아닌 Framework Directive는 전문 (10)에서 온라인상의 영리활동의 범위와 관련하여 Directive 98/34/EC가 정보사회역무 개념을 확장하고 있다고 기술하고 있지만, Framework Directive의 규율목적에 따른 규율대상

21) Framework Directive Chapter I. Article 2. Definition (c) electronic communications service means a service normally provided for remuneration which consists wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks, including telecommunications services and transmission services in networks used for broadcasting, but exclude services providing, or exercising editorial control over, content transmitted using electronic communications networks and services; See EU, *Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services*(Framework Directive), Official Journal of the European Communities L 108/39, 2002.

22) J. Scott Marcus, *The Potential Relevance to the United States of the European Union's Newly Adopted Regulatory Framework for Telecommunications*, Journal on Telecommunications and High Technology Law 2(1), 2003, pp.122~123.

23) Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998 amending Directive 98/34/EC laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations

24) Directive of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations

25) Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services

26) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market

27) See generally Paul Przemysław Polański, *Revisiting country of origin principle : Challenges related to regulating e-commerce in the European Union*, Computer Law & Security Review 34(3), 2018, pp.564~567.

의 한정이 정보사회역무 자체의 영업성을 단언할 수 있는 결정적인 단서로 보기 어렵다. 또한 Framework Directive 제2조에서는 방송전송에 관한 규율도 포함되어 있어 공영방송제공에 관한 사항이 배제되어 있지 않을 뿐만 아니라, 제2조(d)항에 있어서는 ‘전적으로나 혹은 대체적으로 전자통신역무에 대한 공공성 있는 제공이 가능하도록 활용되는 전자통신망’으로 정의되는 공공통신망(public communications network) 개념도 규정되어 있음에 유념해야 할 것이다. 덧붙여 Directive on electronic commerce에서는 OSP(online service provider)라는 용례를 취하고 있지 않으며, 그 전문 (18)은 정보사회역무에 있어서 ‘그 범위가 특히 온라인 물품매매로 이루어지는 온라인 영리활동에 다다른다는 점’과 ‘상품배송이나 오프라인 역무는 해당되지 않고 온라인 계약체결에 국한되는 것이 아니라 정보에의 접속이나 정보검색을 허용하는 툴의 제공 또는 통신망을 통한 상업적 통신이나 온라인 정보의 수신과 같은 무상서비스를 포함하는 영리활동에까지 미친다는 점’을 설명하고 있을 뿐이다.

2) 미국의 역무제공자

1998년에 제정된 디지털밀레니엄저작권법(Digital Millennium Copyright Act; DMCA)의 관련입법으로 일괄상정되어 시행된 연방법률인 온라인저작권침해책임제한법(The Online Copyright Infringement Liability Limitation Act; OCILLA)은 주요 온라인에서의 책임제한에 관한 17 U.S.C. § 512에서 (k)(1)로 역무제공자 개념을 정의하고 있는바, 같은 조 (a)에서의 협의의 역무제공자는 ‘송수신된 콘텐츠의 변형 없이 이용자에 의하여 특정된 접속점 사이의 디지털 온라인 통신을 위한 연결이나 전송 및 라우팅을 제공하는 실체’를 의미하고 그 밖의 규정에서 정의되는 광의의 역무제공자는 협의의 역무제공자를 포함하여 온라인서비스 및 네트워크접속 제공자 또는 설비운용자를 뜻한다.²⁸⁾

한편, 1986년 전자통신프라이버시법(Electronic Communications Privacy Act; ECPA)은 18 U.S.C. § 2510 (15)호에서 전자통신역무를 유선통신 또는 전자통신의 송수신력을 이용자에게 제공하는 서비스로 정의하고 있는바, 전자통신역무제공자

28) See generally Neil A. Benchell, *The Digital Millennium Copyright Act : A Review of the Law and the Court's Interpretation*, The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law 21(1), 2002, p.9.

란 이러한 전자통신역무를 제공하는 단체(company)를 뜻한다.²⁹⁾ 여기서 전자통신이라 함은 국내의 통상에 영향을 주는 유선·무선·광선·전자기·시공학적 체제에 의하여 전적으로나 부분적으로 전도되는 신호·부호·문언·영상·음향·자료 또는 지식의 전송을 말하며, 유선통신·구술통신 및 18 U.S.C. § 2510 (b)에 따른 추적장치로부터의 통신 등은 제외된다.³⁰⁾ 다만 이 같은 해석은 18 U.S.C. § 2510 (5)(a)에서 제공자(provider) 자체에 관한 개념이 정의되지 않고 쓰이고 있지만, 주식에서는 firm이 아니라 company라는 용례를 취하고 있으며 같은 조 (6)에서는 규율대상에 노동자나 공무원도 포함하고 있기 때문이다.³¹⁾ 덧붙여 개정된 1978년의 국외정보감독법(Foreign Intelligence Surveillance Act; FISA) 역시 50 U.S.C. § 1881 (b)(4)에서 전자통신역무제공자(electronic communication service provider)의 유형에 ECPA의 전자통신역무의 제공자를 명시적으로 포함시키고 있는바, 이에 기간통신사업자³²⁾도 그 분류에 해당될 뿐만 아니라 공공부문이 배제되는 것도 아니다.

3) 독일의 역무제공자

인터넷법(Gesetze im Internet)이라고도 일컬어지는 독일의 통신미디어법(Telemediengesetz; TMG)은 제2조제1호에서 역무제공자(Diensteanbieter)를 ‘자신이나 타인의 통신미디어를 이용할 수 있도록 제공하거나 이용을 중개하는 모든 자연인 또는 법인’으로 정의하면서, 주문형 시청각미디어역무의 경우 ‘제공 콘텐츠의 선택과 편집을 효과적으로 통제하는 자연인 또는 법인’을 수범자로 하고 있다.³³⁾ 그런데 여기서의 ‘역무’는 TMG 제1조제1항이 규정하는 바대로,³⁴⁾ 정보통신

29)

<https://www.alston.com/-/media/files/insights/publications/peter-swire-testimony-documents/chapter-9--the-broad-scope-of-electronic-communication.pdf?la=en>

30) 18 U.S.C. § 2510 (12).

31) “person means any employee, or agent of the United States or any State or political subdivision thereof, and any individual, partnership, association, joint stock company, trust, or corporation.”

32) 연방커뮤니케이션법(Communications Act of 1934) 47 U.S.C. 153 (Definitions) (10) COMMON CARRIER - The term ‘common carrier’ or ‘carrier’ means any person engaged as a common carrier for hire, in interstate or foreign communication by wire or radio or in interstate or foreign radio transmission of energy, except where reference is made to common carriers not subject to this Act; but a person engaged in radio broadcasting shall not, insofar as such person is so engaged, be deemed a common carrier.

33) TMG 제2조제2호에서는 Directive on electronic commerce에서와 마찬가지로 고정시설을 통한 개업한 역무제공자에 대하여 규율하고 있다.

34) TMG §1 (Anwendungsbereich) (1) Dieses Gesetz gilt für alle elektronischen Informations- und

법(Telekommunikationsgesetz; TKG) 제3조제24호에 따라 정보통신망을 통한 신호 전송으로 구성되는 정보통신역무 그리고 TKG 제3조제25조의 통신관련역무와 방송협약(Rundfunkstaatsvertrag; RfStV) 제2조에 따른 방송역무 등이 제외된 포괄적인 통신미디어역무(elektronischen Informations- und Kommunikationsdienst; 전자정보 및 통신 서비스)이다. 그리고 위 조문에 근거하여 TMG는 공공기관을 포함한 모든 역무제공자에 대하여 유사성 여부와는 무관하게 적용된다는 점이 특기할 만하다.³⁵⁾

한편, TKG는 제3조제6호에서 역무제공자를 ‘전적으로나 부분적으로 정보통신역을 제공하거나 그에 기여하는 모든 사람’으로 규정하고 있으며, 입법목적을 규정하고 있는 제2조제2항제5호에 따르면 공중이 활용하는 고성능 차세대 정보통신망의 가속화에 있으므로 역무제공자를 ‘영리 목적’의 사업자로 한정하더라도 그 공익적 성격을 배제할 수 없다.³⁶⁾

4) 프랑스의 역무제공자

프랑스의 「전자통신과 시청각커뮤니케이션에 관한 법률(Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle; 전자통신법)」은 전기통신 및 우정시장 관리법규(Code des postes et des communications électroniques)」 제L32조를 대체하여 제2조제1호에서 전자통신의 개념을 전자기 수단을 사용하여 신호, 부호, 영상 또는 음향을 전송 또는 송·수신하는 것으로 정의하고 있으며, 같은 조제6호에서는 전적으로나 대체로 전자통신의 제공으로 구성되는 역무로서 이를 일반 공중에게 게시하거나 배포하는 역무를 제외되는 것으로 전자통신역무(services de communications électroniques)를 규정하고 있다.³⁷⁾ 아울러 전자통신법 제L32-1조

Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach §3 Nr.24 des Telekommunikationsgesetzes, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, telekommunikationsgestützte Dienste nach §3 Nr.25 des Telekommunikationsgesetzes oder Rundfunk nach §2 des Rundfunkstaatsvertrages sind (Telemedien). Dieses Gesetz gilt für alle Anbieter einschließlich der öffentlichen Stellen unabhängig davon, ob für die Nutzung ein Entgelt erhoben wird.

35) Vgl. Mareike Gehrmann und Paul Voigt, *IT-Sicherheit : Kein Thema nur für Betreiber Kritischer Infrastrukturen*, Computer und Recht 33(2), 2017, S. 93f.

36) zuerst Vgl. Christoph Wagner, *Vorgaben für die Frequenzmitnutzung durch Diensteanbieter im Rahmen der 5G-Frequenzvergabe*, Computer und Recht 33(9), 2017, S. 610f.

제II항에서 네트워크 운영자와 전자통신역무제공자 사이의 효과적이고 공정한 경쟁과 이용자의 권익을 위한 조치와 공공질서 및 공공안전 의무를 지닌 네트워크 운영자와 및 전자통신역무제공자의 법규준수를 위한 대책의 마련은 규제당국의 의무로 규정하고 있다. 그리고 「전기통신법(Loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications)」은 제3조(b)호에서 ‘전기통신역무의 개념을 전기통신기술을 활용하여 타인을 대신하여 정보를 전송하는 것’으로 정의하고 있으나, 별다른 개념 정의 없이 전기통신역무제공자(fournisseur de services de télécommunication)라는 용례를 취하고 있다.

한편, 「소비자법(LOI n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation)」 제9조에 의하여 이 법에 흡수폐지된 종전의 「소비자법규(Code de la consommation)」 제L121-20-3조에서 제공자에 대하여 계약 체결 이전에 물품의 인도나 역무의 수행에 관한 기한의 표시의무를 부여하고 있을 뿐이다. 다만 인터넷제공자(fournisseur d'Internet)나 인터넷접속제공자(fournisseur d'accès à Internet; FAI)라는 단어는 법률용어로 사용되기보다는 일반적인 관용어로 여겨지지만, 제공업체(fournisseur d'offre)와는 달리 제공자(fournisseur)라는 용례를 채택하고 있으므로 역시 ‘영리 목적’을 전제로 하고 있지는 않다.³⁸⁾

5) 일본의 역무제공자

현행 전기통신사업법(電気通信事業法) 제2조제5호는 같은 조 제3호에 따른 전기통신역무(전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하고 다른 전기통신설비를 타인의 통신 용도로 제공하는 것)를 타인의 수요에 응하기 위하여 제공하는 사업인 전기통신사업³⁹⁾을 영위하는 것에 대하여 제19조의 등록을 받은 자 또는 제16조제1항에 따라 신고한 자로 전기통신사업자를 규정하고 있지만, 전기통신회선설비를 설치하는 자와 기초적 전기통신역무를 제공하는 사업자 그리고 도메인 네임전기통신역무법(ドメイン名電気通信役務に関する規律)에 따른 DNS(Domain Name System) 관련 전기통신사업자까지 포괄하는 개념이다.⁴⁰⁾ 여기서 전기통신

37) 이는 시청각커뮤니케이션 역무에 해당하는 전자통신역무의 상관성에서의 관념적 조율이다.

38) Voir Direction générale Communication, *Les communications électroniques et le marché unique numérique résumé*, Eurobaromètre spécial 438, Commission européenne, 2016, p.2 et p.8.

39) 같은 조 제4호에 따라 방송법 제118조제1항에서 규정하는 방송국 설비공급 역무에 관한 사업을 제외한다.

이라 함은 같은 조 제1호에 따라 ‘유·무선 그 밖에 전자적 방식에 의하여 부호, 음향 또는 영상을 송·수신하거나 전달하는 것을 말하며, 유선전기통신법(有線電気通信法) 제2조제1항에 따른 유선전기통신(송신지와 수신지간 선체(線體) 그 밖에 도체(導體)를 이용하여 전자적 방식으로 부호·음향 또는 영상을 송·수신하거나 전달하는 것)과는 차이가 있다. 그리고 특정전기통신역무제공자책임제한법(特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律)의 경우 제2조제1호에서 특정전기통신을 ‘불특정 다수에 의하여 수신되는 것을 목적으로 하는 전기통신의 송신’이라고 규정하고 있으며,⁴¹⁾ 같은 조 제3호에서 ‘특정전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하고 다른 특정전기통신설비를 타인의 통신 용도로 제공하는 자’로 특정전기통신역무제공자의 개념을 정의하고 있다.⁴²⁾

한편, 정보통신망기본법(高度情報通信ネットワーク社会形成基本法)은 제4조에서 “고도 정보통신망 사회의 형성은 전자상거래를 포함한 고도 정보통신망을 이용한 경제활동의 촉진, 중소기업과 다른 사업자의 경영효율성 및 생산성 향상, 새로운 사업 영역의 창출과 취업 기회의 증대를 가져와 경제구조 개혁의 추진과 산업의 국제경쟁력 강화에 기여하는 것이어야 한다.”라고 규정하는 등 ‘사업자’라는 용어를 채택하고 있다.

Ⅲ. 서비스제공자 범주의 분석

1. 방법의 규율내용에 따른 범주

가. 정보주체의 권리 보장에 관한 서비스제공자

40) 海野敦史, 法律上の通信の秘密の「間隙」とその立法論的解決策 : 電気通信事業法制を手がかりとして, 情報通信学会誌 35(4), 情報通信学会, 2018, 88~89面 参照.

41) 같은 조 제1호에 따라 공중에 의해 직접 수신되는 것을 목적으로 하는 전기통신의 전송은 제외한다.

42) 특정전기통신역무제공자를 ISP 등으로 해석하는 견해로는 高田寛, 特定電気通信役務提供者に対する発信者情報開示請求権についての一考察, 富大経済論集 61(2), 富山大学経済学部, 2015, 162面 参照.

1) 서비스제공자와 서비스제공자등

이른바 ‘개인정보보호’⁴³⁾와 관련하여 서비스제공자는 망법 제22조(개인정보의 수집·이용 동의 등), 제22조의2(접근권한에 대한 동의), 제23조(개인정보의 수집 제한 등), 제23조의2(주민등록번호의 사용 제한), 제24조(개인정보의 이용 제한), 제24조의2(개인정보의 제공 동의 등), 제26조의2(동의를 받는 방법), 제44조(정보통신망에서의 권리보호), 제44조의2(정보의 삭제요청 등), 제44조의3(임의의 임시조치) 등의 수범자이다. 한편, 망법은 제25조(개인정보의 처리위탁)에서 제1항으로 ‘서비스제공자와 그로부터 제24조의2제1항에 따라 이용자의 개인정보를 제공받은 자’에 대하여 서비스제공자등으로 명명하고 있다. 그리하여 서비스제공자를 포함한 서비스제공자등은 제25조를 위시하여 제26조(영업의 양수 등에 따른 개인정보의 이전), 제26조의2(동의를 받는 방법),⁴⁴⁾ 제27조(개인정보 보호책임자의 지정), 제27조의2(개인정보 처리방침의 공개), 제27조의3(개인정보 유출등의 통지·신고), 제28조(개인정보의 보호조치), 제28조의2(개인정보의 누설금지), 제29조(개인정보의 파기), 제30조(이용자의 권리 등), 제31조(법정대리인의 권리), 제32조(손해배상), 제32조의2(법정손해배상의 청구), 제32조의3(노출된 개인정보의 삭제·차단) 등의 수범자이다. 다만 망법은 개인정보 보호책임자의 지정에 관한 제27조제1항 단서에서 종업원 수, 이용자 수 등이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 서비스제공자등의 경우에는 책임자를 지정하지 아니할 수 있도록 하고 있으며, 개인정보 이용내역의 통지에 관한 제30조의2제1항에서 서비스제공자등으로서 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 자로 통지의무의 대상을 한정하고 있다.

이렇듯 서비스제공자에 대한 규정 이외에 서비스제공자등으로 수범자를 확장함에 있어서는 서비스제공자로부터 개인정보를 제공받은 자에 대한 정보주체의 권리 보장에 관한 책무를 부여하기 위한 입법정책적 고려인바, 원론적으로 개인정보의 제공 이후의 처리 단계가 아닌 한 법령준수의무 자체는 서비스제공자에 대한 규율로 망법의 입법취지를 실현할 수 있을 것이고 서비스제공자가 아닌 자에

43) 개인정보에 관한 논의는 ‘개인정보보호’ 혹은 ‘개인정보침해’라는 용어로 대표되고 있다. 그러나 엄격히 말하자면 개인정보는 그와 관련된 권리의 객체에 지나지 않는 것이지만, 그 권리객체의 적격성 여부를 떠나 그 자체가 권리 개념에 포섭되는 보호법익은 아니라 할 것이다.

44) 망법 제26조의2(동의를 받는 방법) 제22조제1항, 제23조제1항 단서, 제24조의2제1항·제2항, 제25조제1항, 제26조제3항 단서 또는 제63조제2항에 따른 동의(이하 ‘개인정보 수집·이용·제공 등의 동의’라 한다)를 받는 방법은 개인정보의 수집매체, 업종의 특성 및 이용자의 수 등을 고려하여 대통령령으로 정한다.

대한 제공 직전 처리 단계는 개인정보처리자에 대한 「개인정보 보호법」의 적용으로 입법목적의 구현이 가능한 구조이다. 다만 의문이 드는 것은 「개인정보 보호법」 제정 이전에도 방법은 동일한 내용을 다루고 있었는바,⁴⁵⁾ 이에 분명 입법 공백이 존재하므로 사실상 방법의 일반법적 지위를 엄두에 두더라도 용납될 수 없는 형국이었다. 하지만 오히려 현시점에서 개인정보의 연계·연동 등과 서비스제공자로부터 개인정보를 제공받은 자가 개인정보 수집·제공 등에 있어 수기처리(手記處理)가 예외적인 경우일 것이라는 점을 감안하면, 서비스제공자등 가운데 ‘서비스제공자로부터 개인정보를 제공받은 자’에 대하여 개인정보처리 전과정에서 정보주체의 권리 보장에 관한 의무를 이행토록 함이 타당하다고 본다. 즉, 서비스제공자 개념 가운데 ‘……정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자’뿐만 아니라 ‘정보를 제공받은 자’로까지의 확대에 관한 논의도 필요하다고 생각한다.

2) 준용사업자

현행 방법 제67조에서 방송사업자에 대한 준용에 대하여 규정하고 있는바,⁴⁶⁾ 제1항은 “「방송법」 제2조제3호가목부터 마목까지와 같은 조 제6호·제9호·제12호 및 제14호에 해당하는 자가 시청자의 개인정보를 수집·이용 또는 제공하는 경우에는 제4장을 준용한다. 이 경우 서비스제공자 또는 서비스제공자등은 ‘「방송법」 제2조제3호가목부터 마목까지와 같은 조 제6호·제9호·제12호 및 제14호에 해당하는 자’로, ‘이용자’는 ‘시청자’로 본다.”라고 하고 있다.⁴⁷⁾ 아울러 같은 조 제2

45) 법률 제6360호로 전부개정된 방법의 경우에도 제24조제3항에서 ‘정보통신서비스제공자등(정보통신서비스제공자와 그로부터 이용자의 개인정보를 제공받은 자를 말한다. 이하 같다)’을 법 적용대상을 확장하면서 문구만 변경되었지 그 실질적 근거는 동일하게 제25조(개인정보처리의 위탁) 이하를 규정해왔다.

46) 그렇지만 방법 제67조제2항의 수탁자에 대한 준용까지 포괄하는 제명은 분명 아니다.

47) 「방송법」 제2조(용어의 정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

3. ‘방송사업자’라 함은 다음 각목의 자를 말한다.

가. 지상파방송사업자 : 지상파방송사업을 하기 위하여 제9조제1항의 규정에 의하여 허가를 받은 자

나. 종합유선방송사업자 : 종합유선방송사업을 하기 위하여 제9조제2항의 규정에 의하여 허가를 받은 자

다. 위성방송사업자 : 위성방송사업을 하기 위하여 제9조제2항에 따라 허가를 받은 자

라. 방송채널사용사업자 : 방송채널사용사업을 하기 위하여 제9조제5항의 규정에 의하여 등록을 하거나 승인을 얻은 자

마. 공동체라디오방송사업자

6. ‘중계유선방송사업자’라 함은 중계유선방송사업을 하기 위하여 제9조제2항의 규정에 의하여 허가를 받은 자를 말한다.

항은 “제25조제1항에 따른 수탁자에 관하여는 제22조, 제23조, 제23조의2부터 제23조의4까지, 제24조, 제24조의2, 제26조, 제26조의2, 제27조, 제27조의2, 제27조의3, 제28조, 제28조의2, 제29조, 제30조, 제30조의2 및 제31조를 준용한다.”라고 하여 개인정보 처리위탁을 받는 수탁자에 대한 준용을 규정하고 있다. 여기서의 문제는 방법이 준용되는 방송사업자등으로부터 개인정보를 제공받은 자가 서비스 제공자등이 아닌 서비스제공자로 의제되어 일괄적으로 방법 제4장의 준용을 받는다는 점과 수탁자의 경우도 마찬가지로 제22조(개인정보의 수집·이용 동의 등), 제22조의2(접근권한에 대한 동의), 제23조(개인정보의 수집 제한 등), 제23조의2(주민등록번호의 사용 제한), 제24조(개인정보의 이용 제한), 제24조의2(개인정보의 제공 동의 등)의 준용에 있어 ‘서비스제공자가 아닌 서비스제공자등’과의 실제적 규율상 형평성 및 개인정보처리의 상대적 위협성 관련 숙려가 입법개선 차원에서 요구된다.

3) GDPR의 controller

지난 5월 25일 전격 발효된 GDPR(General Data Protection Regulation)⁴⁸⁾의 경우 제4조제7호에서 개인정보처리자(controller)를 ‘단독으로 또는 제3자와 공동으로 개인정보처리의 목적 및 방법을 결정하는 자연인 또는 법인, 공공기관, 기관, 그 밖의 기구’로 정의하고 있는바,⁴⁹⁾ 「개인정보 보호법」의 규율범위를 인정하더라도 방법의 수범자에 대한 재검토가 필요하며 이에 대하여는 정보보안에 관한 서비스 제공자의 책무에까지의 해아림이 수반되어야 할 것이다. 이는 수령인에 대하여도 ‘제3자 포함 여부에 관계없이 개인정보가 제공되는 자연인 또는 법인, 공공기관,

9. ‘음악유선방송사업자’라 함은 음악유선방송사업을 하기 위하여 제9조제5항의 규정에 의하여 등록을 한 자를 말한다.

12. ‘전광판방송사업자’라 함은 전광판방송사업을 하기 위하여 제9조제5항의 규정에 의하여 등록을 한 자를 말한다.

14. ‘전송망사업자’라 함은 전송망사업을 하기 위하여 제9조제10항의 규정에 의하여 등록을 한 자를 말한다.

48) Regulations Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)

49) GDPR Article 4 (Definitions For the purposes of this Regulation) (7) ‘controller’ means the natural or legal person, public authority, agency or other body which, alone or jointly with others, determines the purposes and means of the processing of personal data.

기관, 그 밖의 기구’로 정의하고 있음에서 확인되는 바이다.⁵⁰⁾

나. 정보보안에 관한 서비스제공자 범주 재검토

1) 서비스제공자와 주요서비스제공자

방법은 정보통신망의 안정성 확보 등에 관한 제6장에서 정보보호와 관련하여 수범자를 규정하고 있는바,⁵¹⁾ 방법 제44조의5(게시판 이용자의 본인 확인)와 관련하여서는 제1항제1호에서 본인확인조치 의무대상으로 국가기관, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제5조제3항에 따른 공기업·준정부기관 및 「지방공기업법」에 따른 지방공사·지방공단을 정하고 있다. 개인정보처리를 전제로 서비스제공자에 대한 법 적용과 준용을 규정하고 있는 것과 다른 양상이다.⁵²⁾ 이는 제45조의2(정보보호 사전점검)에도 원용될 수 있는 내용이다.

또한 방법이 제47조의4(이용자의 정보보호)와 제48조의2(침해사고의 대응 등)로 주요서비스제공자에 대하여 규정하고 있는 내용은 그 입법취지와 비견할 때 주요서비스제공자에 대한 명확한 정의가 없고 시행령으로의 위임도 없이 규정된 것이므로 주요서비스제공자에 관한 유형화를 재검토해볼 여지가 있다. 이렇듯 주요서비스제공자의 개념 정의를 신설하면서 행정형벌과 행정제제에 관한 근거규정도 마련하는 것이 방법의 입법취지의 실효성 확보와 관련규정의 연관적 해석에도 부합한다.⁵³⁾ 연혁적으로 볼 때 2004년 1월29일 법률 제7139호로 일부개정된 방법에

50) GDPR Article 4 (Definitions For the purposes of this Regulation) (9) ‘recipient’ means a natural or legal person, public authority, agency or another body, to which the personal data are disclosed, whether a third party or not.

51) 정보보호(information protection)란 내·외부 공격으로부터 정보시스템을 안전하게 보호함으로써 시스템 소유자나 사용자의 안정적 이용을 보장하고 그 안에 저장되거나 유통되는 데이터의 무결성(integrity)·비밀성(confidentiality) 및 가용성(availability)의 보장으로 정보에 대한 신뢰성(reliability)을 확보하는 것인바, 그 개념상 개인정보보호(Personal Data Protection)와 정보보안(Information Security)으로 구분된다.

52) 한편, 제45조제2항에서는 정보보호지침의 고시와 준수에 따른 권고권한을 명시하고 있는바, 불이행으로 인한 제재가 없다는 점에서 비권력적 사실행위인 행정지도로 볼 것이지만 보안사고 이후 이행 여부가 책임귀속에 영향을 줄 수 있다는 점에서 그 실효성이 재검토되어야 할 것이다.

53) 주요서비스제공자 개념은 개정과정에서의 법문 수정 오류로서 분명히 입법과오에 해당하는 부분이다. 그리고 주요서비스제공자의 개념정의를 문제시되고 있는 방법 제47조의4제2항 및 제48조의2제2항은 이용자의 정보보호와 침해사고의 대응에 관한 중요한 내용임에도 별도의 벌칙 및 행정제제 규정과 연계되어 있지 않다. 한 동안은 행정제량에 근거하여 운용이 가능하겠지만, 향후 반드시 수정이 필요한 부분으로 생각된다. 이렇게 명문으로 개념을 규정하고 법률상 의무가

서 정보통신망의 안정성 확보 등에 관한 제45조가 제4항제1호로 '사업법 제2조제1항제1호의 규정에 의한 전기통신사업자로서 전국적으로 정보통신망접속서비스를 제공하는 자'로 규율하면서 등장하여 그 개념 정의를 잃은 채 이어져온 주요서비스제공자라는 용어는 개정과정에서 입법흡결로 남아있는 것인바, 그 개념 정의가 입법취지와 동일한 맥락에서 보완되어야 할 것이다.

2) 집적시설사업자

한편, 망법 제46조(집적된 정보통신시설의 보호)의 경우 '타인의 정보통신서비스 제공을 위하여 집적된 정보통신시설을 운영·관리하는 사업자'라는 뜻을 '집적정보통신시설 사업자(이하 '집적시설사업자'라 한다)'로 명명하여 규율하고 있는 바,⁵⁴⁾ 보호조치 내용에 있어 큰 차이도 없을 뿐만 아니라 위반시 제재가 없으면서 보험가입만 의무로 하고 있다. 그리고 망법 제46조의2(집적시설사업자의 긴급 대응)의 경우 이용약관에 대한 신고와 그 수리로 갈음할 수 있는 부분이다. 무엇보다도 주무부서인 과학기술정보통신부 사이버침해대응과에서 망법 제46조 및 같은 법 시행령 제37조제2항에 따라 집적정보통신시설을 운영·관리하는 사업자가 취하여야 하는 보호조치의 세부적 기준 등 집적정보통신시설 보호를 위해 필요한 사항에 대하여 정하는 것을 목적에서 고시로 마련한 「집적정보 통신시설 보호지침」은 제2조제1호에서 '집적정보통신시설'의 개념을 망법 제2조제2호에 따른 정보통신서비스를 제공하는 고객의 위탁을 받아 컴퓨터장치 등 「전자정부법」 제2조제13호에 따른 정보시스템을 구성하는 장비를 일정한 공간으로서 전산실에 집중하여 관리하는 시설로 규정하고 있는바, 상위법규에서 집적시설사업자의 관념이 확정되지도 않은 채 의무부과의 규율내용을 담고 있으며,⁵⁵⁾ 이는 망법 시행령

주어져야만 이에 관한 해석문제를 명확하게 해소할 수 있을 것이다; 김중길, 주요서비스제공자의 주의의무와 불법행위책임 : 제3자의 침해행위로 인한 개인정보 유출사고를 중심으로, 재산법연구 33(2), 한국재산법학회, 2016, 175~176쪽 참조.

54) 그러나 망법은 집적정보통신시설에 관한 명확한 개념정의를 규정하고 있지 않다. 다만, 「국가정보화 기본법」은 제23조의3(데이터센터의 구축 및 운영 활성화)제1항에서 정보통신서비스의 제공을 위하여 다수의 정보통신기반을 일정한 공간에 집적시켜 통합 운영·관리하는 시설로서 데이터센터에 대하여 규정하고 있다.

55) 위 지침 제3조제1항(출입자의 접근제어 및 감시 : 집적정보통신시설을 관리·운영하는 사업자는 집적정보통신시설을 출입하는 자를 감시·통제하고 권한 없는 자의 출입을 방지하기 위하여 다음 각 호에 해당하는 조치를 하여야 한다.)을 비롯하여 제4조(각종 재난에 대비한 보호조치) 및 제5조(관리인원의 선발 및 배치), 제6조(시설보호계획과 업무연속성계획의 수립 및 시행) 참조.

제37조제2항의 위임에 따라 과학기술정보통신부장관은 관련 사업자의 의견을 수렴하여 정해진 보호조치의 구체적인 기준이므로 법령보충규칙이라 할지라도 규율 대상으로서 수범자는 위임의 수권도 없이 고시에서 규율되고 있어 위임입법의 한계를 벗어나 규율밀도의 정합성에 있어서 본질적인 사항이 의회제정법(statute)으로 규정되지 못하고 있어 위헌 논란에서 자유롭지 못하다.⁵⁶⁾

또한 망법 제47조(정보보호 관리체계의 인증)는 제2항에서 ‘사업법 제2조제8호에 따른 전기통신사업자와 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자’로 요건을 넓혀서 서비스제공자의 ‘영리를 목적으로’라는 개념요소를 전제로 하고 있지 않다. 그리고 인증 대상은 그 중 ① 사업법 제6조제1항에 따른 허가를 받은 자로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 정보통신망서비스를 제공하는 자, ② 집적시설사업자, ③ 연간 매출액 또는 세입 등이 1,500억원 이상이거나 정보통신서비스 부문 전년도 매출액이 100억원 이상 또는 3개월간의 일일평균 이용자수 100만명 이상으로서 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 자이다.⁵⁷⁾ 그런데 정보보호 관리체계 인증의 필요성을 인정하더라도 집적시설사업자에 대한 인증은 「정보통신기반 보호법」(이하 ‘기반보호법’이라 한다)에 따른 주요정보통신기반시설의 지정과 관리로 그 기대효과를 거둘 수

56) 특정 사안과 관련하여 법률에서 하위 법령에 위임을 한 경우에 모법의 위임범위를 확정하거나 하위 법령이 위임의 한계를 준수하고 있는지 여부를 판단할 때에는, 하위 법령이 규정한 내용이 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 본질적 사항으로서 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역인지, 당해 법률 규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 고려하여야 하고, 위임 규정 자체에서 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 문언적 의미의 한계를 벗어났는지나, 하위 법령의 내용이 모법 자체로부터 위임된 내용의 대강을 예측할 수 있는 범위 내에 속한 것인지, 수권 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 범위를 확장하거나 축소하여서 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있는지 등을 구체적으로 따져 보아야 한다. 여기서 어떠한 사안이 국회가 형식적 법률로 스스로 규정하여야 하는 본질적 사항에 해당되는지는, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 또는 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 하지만, 규율대상이 국민의 기본권 및 기본적 의무와 관련한 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 또는 상충하는 이익 사이의 조정 필요성이 클수록, 그것이 국회의 법률에 의해 직접 규율될 필요성은 더 증대된다; 대법원 2015. 8.20. 선고 2012두23808 전원합의체 판결.

57) 이를 망법의 주요서비스제공자로 보는 주장은 양천수, 망법 해석에 관한 몇 가지 쟁점, 과학기술과 법 제8권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2017, 8~9쪽에서 찾을 수 있으나, 문리해석도 아니라 목적론적 해석을 넘어선 태도라는 점에서 입법개선이 필요한 부분이라 할 수 있다. 법의 해석에 있어서 입법자의 의도에 충실하려는 접근과 언어의 통상적 의미에 입각한 해석을 강조하는 접근 그리고 법이 추구하는 기본적 목적과 취지를 강조하는 목적론적 접근이 존재하는바, 규정의 본연적 취지와 그 근본적 목적의 해석으로 법규의 실효적으로 실현을 위하여는 법 적용 대상자에 관한 법률상 의무의 규율을 전제로 할 때 그 범주의 확정이 법률유보원칙에 따라 실체화되어야 마땅하다.

있다. 한편, 제48조의3(침해사고의 신고 등)에서의 집적시설사업자에 대한 신고의 무가 서비스제공자에 대한 그것과 다를 바 없어 결국 집적시설사업자에 대한 별도의 규정을 요하는지 여부가 되짚어져야 한다.⁵⁸⁾ 판단컨대, 개별적으로 시행령에서 서비스제공자 가운데 의무부과가 필요한 요건을 구체화함이 적절할 것이다.⁵⁹⁾

3) 서비스제공자 등

망법 제48조의4(침해사고의 원인 분석 등)의 경우 서비스제공자 및 집적시설사업자 그리고 ‘서비스제공자 등’으로 함으로써 개인정보에 관한 정보주체의 권리 보장 등에 관한 의무를 부담하는 ‘서비스제공자등’과의 관계에서 용어상의 혼란을 보이고 있는바,⁶⁰⁾ 그 유형의 구분이 큰 의미가 없음을 전제로 할 때 입법적 전환이 요청되는 부분이다.

58) 다만, 망법 제48조의2제2항제3호에 따라 시행령은 다음과 같이 규정하고 있는바, 아래 시행령 제57조제3호에 따른 ‘민간사업자’라는 용어는 망법에서 국가기관을 포함한 공공기관의 경우에도 사업자가 될 수 있음과 사업자가 수익사업을 영위하는 ‘영리 목적’의 사업자로 한정되는 것이 아님을 보여주는 용례로 판단된다.

망법 시행령 제57조 (침해사고 관련정보 제공자) 법 제48조의2제2항제3호에서 ‘정보통신망을 운영하는 자로서 대통령령으로 정하는 자’란 정보통신망을 운영하는 자 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

1. 「정보통신기반 보호법」 제6조 및 제10조에 따라 과학기술정보통신부장관이 수립 및 제정하는 주요정보통신기반시설보호계획 및 보호지침의 적용을 받는 기관
2. 서비스제공자의 정보통신망운영현황을 주기적으로 관찰하고 침해사고 관련정보를 제공하는 서비스를 제공하는 자
3. 인터넷진흥원으로부터 「인터넷주소자원에 관한 법률」 제2조제1호가목에 따른 인터넷 프로토콜 주소를 할당받아 독자적으로 정보통신망을 운영하는 민간사업자 중 과학기술정보통신부장관이 정하여 고시하는 자
4. 정보보호산업에 종사하는 자 중 컴퓨터바이러스 백신소프트웨어 제조자

59) 가령 망법 제47조의4제3항에서 「소프트웨어산업 진흥법」 제2조에 따른 소프트웨어사업자의 통지의무를 부과하고 있는 것도 이러한 입법례이다.

60) 망법 제48조의4(침해사고의 원인 분석 등) ① 서비스제공자 등 정보통신망을 운영하는 자는 침해사고가 발생하면 침해사고의 원인을 분석하고 피해의 확산을 방지하여야 한다.

- ② 과학기술정보통신부장관은 서비스제공자의 정보통신망에 중대한 침해사고가 발생하면 피해 확산 방지, 사고대응, 복구 및 재발 방지를 위하여 정보보호에 전문성을 갖춘 민간합동조사단을 구성하여 그 침해사고의 원인 분석을 할 수 있다.
- ③ 과학기술정보통신부장관은 제2항에 따른 침해사고의 원인을 분석하기 위하여 필요하다고 인정하면 서비스제공자와 집적시설사업자에게 정보통신망의 접속기록 등 관련 자료의 보존을 명할 수 있다.
- ④ 과학기술정보통신부장관은 침해사고의 원인을 분석하기 위하여 필요하면 서비스제공자와 집적시설사업자에게 침해사고 관련 자료의 제출을 요구할 수 있으며, 제2항에 따른 민간합동조사단에게 관계인의 사업장에 출입하여 침해사고 원인을 조사하도록 할 수 있다. 다만, 「통신비밀보호법」 제2조제11호에 따른 통신사실확인자료에 해당하는 자료의 제출은 같은 법으로 정하는 바에 따른다.

⑤⑥ <생략>

2. 관련법규에 따른 범주의 확장

가. 입법목적론에 따른 서비스제공자 분류의 재구성

1) 언론정보사업자

‘언론사 등의 언론보도 또는 그 매개로 인하여 침해되는 명예 또는 권리나 그 밖의 법익에 관한 다툼이 있는 경우 이를 조정하고 중재하는 등의 실효성 있는 구체제도를 확립함으로써 언론의 자유와 공적 책임을 조화함’을 목적으로 하는 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 제2조에서 규정하고 있는 언론사업자로는 ① 방송사업자(「방송법」 제2조제3호에 따른 지상파방송사업자·종합유선방송사업자·위성방송사업자 및 방송채널사용사업자),⁶¹⁾ ② 정기간행물사업자(「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 정기간행물사업자 중 잡지 또는 기타간행물을 발행하는 자),⁶²⁾ ③ 「뉴스통신 진흥에 관한 법률」 제2조제3호에 따른 뉴스통신사업자,⁶³⁾ ④ 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조제4호에 따른 인터넷신문사업자⁶⁴⁾ 및 ⑤ 언론의 기사를 인터넷을 통하여 계속적으로

61) 방송사업자의 경우 방법의 준용규정에 따라 정보주체의 개인정보에 관한 권리 보장 관련책무를 부담하는바, 오히려 정보보안에 관한 준용에 대한 재검토가 절실히 필요하다.

62) 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 제2조는 제6호에서 ‘잡지 등 정기간행물’을 ‘「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제2조제1호가목 및 라목에 따른 잡지 및 기타간행물’로 정의하고 있어 수범자인 언론사업자와는 달리 규율하고 있음에 유의해야 한다. 다만 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제2조제1호는 다목에서 통신망을 이용하지 아니하고 컴퓨터 등의 정보처리장치를 이용하여 읽거나 보고 들을 수 있도록 전자적으로 발행한 전자간행물을 규정하고 있는 반면, 라목에서 ‘기타간행물’을 ‘월 1회 이하 발행되는 간행물 중 책자 형태가 아닌 간행물’로 정의하여 정보통신망을 통한 언론사업의 중첩이 존재한다.

63) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. ‘뉴스통신’이란 「전파법」에 따라 무선국의 허가를 받거나 그 밖의 정보통신기술을 이용하여 외국의 뉴스통신사와 뉴스통신계약을 체결하고 국내외의 정치·경제·사회·문화·사상 등에 관한 보도·논평 및 여론 등을 전파하는 것을 목적으로 하는 유무선을 포괄한 송수신 또는 이를 목적으로 발행하는 간행물을 말한다.

2. ‘뉴스통신사업’이란 뉴스통신을 업(業)으로 하는 것을 말한다.

3. ‘뉴스통신사업자’란 뉴스통신사업을 하기 위하여 제8조에 따라 등록한 자로서 뉴스통신을 경영하는 법인을 말한다.

64) 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

2. ‘인터넷신문’이란 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치와 통신망을 이용하여 정치·경제·사회·문화 등에 관한 보도·논평 및 여론·정보 등을 전파하기 위하여 간행하는 전자간행물로서 독자적 기사 생산과 지속적인 발행 등 대통령령으로 정하는 기준을 충족하는 것을 말한다.

제공하거나 매개하는 전자간행물⁶⁵⁾을 경영하는 인터넷뉴스서비스사업자, ⑥ 「인터넷 멀티미디어 방송사업법」 제2조제5호에 따른 인터넷 멀티미디어 방송사업자⁶⁶⁾ 등이 열거되어 있다.⁶⁷⁾ 이들 중 방법에 따른 인터넷홈페이지나 SNS 플랫폼의 운영 등을 포함하여 정보통신망으로 언론정보를 제공하거나 매개하는 경우 서비스제공자가 되는데, 방송사업자에 대한 준용규정이 무색하게 방법이 적용된다.

2) 주요정보통신기반시설 관리기관

실질적으로 기반보호법이 규율하는 수범자는 주요정보통신기반시설 관리기관이라 할 수 있는바, 그 지정현황에서 시스템과 망을 관리하는 기관에 대한 규율을 확인할 수 있다.⁶⁸⁾ 다시 말하자면, ‘정보통신기반시설’이라는 용어는 ‘주요정보통신기반시설’이 작위의무를 명하는 하명(下命)으로서의 지정⁶⁹⁾이라는 행정행위로써 법적 자격과 지위가 변동되는 법률관계의 특징을 반영할 때 도구개념으로 쓰이는 용어에 불과하며,⁷⁰⁾ 실제 기반보호법의 보호법익은 주요정보통신기반시설의 보호

4. ‘인터넷신문사업자’란 인터넷신문을 전자적으로 발행하는 자를 말한다.

65) 다만, 인터넷신문 및 인터넷 멀티미디어 방송, 그 밖에 대통령령으로 정하는 것(사업법에 따른 부가통신사업자가 아닌 자가 인터넷을 통하여 언론의 기사를 계속적으로 제공하거나 매개하는 전자간행물)은 제외한다.

66) 「인터넷 멀티미디어 방송사업법」 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. ‘인터넷 멀티미디어 방송’이란 광대역통합정보통신망등(자가 소유 또는 임차 여부를 불문하고, 「전파법」 제10조제1항제1호에 따라 기간통신사업을 영위하기 위하여 할당받은 주파수를 이용하는 서비스에 사용되는 전기통신회선설비는 제외한다)을 이용하여 양방향성을 가진 인터넷 프로토콜 방식으로 일정한 서비스 품질이 보장되는 가운데 텔레비전 수상기 등을 통하여 이용자에게 실시간 방송프로그램을 포함하여 데이터영상·음성·음향 및 전자상거래 등의 콘텐츠를 복합적으로 제공하는 방송을 말한다.

5. ‘인터넷 멀티미디어 방송사업자’란 다음 각 목의 사업자를 말한다.

가. 인터넷 멀티미디어 방송 제공사업자 : 인터넷 멀티미디어 방송 제공사업을 하기 위하여 제4조제1항에 따른 허가를 받은 자

나. 인터넷 멀티미디어 방송 콘텐츠사업자 : 인터넷 멀티미디어 방송 콘텐츠를 사업을 하기 위하여 제18조제2항에 따라 신고등록하거나 승인을 받은 자

67) 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 제2조제12조에 따라 언론사라 함은 방송사업자, 신문사업자, 잡지 등 정기간행물사업자, 뉴스통신사업자 및 인터넷신문사업자를 말한다.

68) 기반보호법 제8조제6항에 따른 고시 참조.

69) 여기서의 지정은 수범자 범위를 법령으로 정하기 곤란한 경우 법 적용대상자를 상황변화에 따라 신속히 정하기 위하여 그 범위를 개별처분의 형식으로 정하고 이를 관계인에게 통지하는 경우에 있어서 사용되는 처분인바, 여기서의 통지는 통보 이외에 주로 고시나 공고로 이루어진다.

70) 기반보호법 제5조(주요정보통신기반시설보호대책의 수립 등) ① 주요정보통신기반시설을 관리하는 기관(이하 ‘관리기관’이라 한다)의 장은 제9조제1항의 규정에 의한 취약점 분석·평가의 결과에 따라 소관 주요정보통신기반시설 및 관리 정보를 안전하게 보호하기 위한 예방, 백업, 복구

에 있다.⁷¹⁾ 제13조(침해사고의 통지)에서 제1항이 “관리기관의 장은 침해사고가 발생하여 소관 주요정보통신기반시설이 교란·마비 또는 파괴된 사실을 인지한 때에는 관계 행정기관, 수사기관 또는 인터넷진흥원(이하 ‘관계기관등’이라 한다)에 그 사실을 통지하여야 한다. 이 경우 관계기관등은 침해사고의 피해확산 방지와 신속한 대응을 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.”라고 규정하면서 제14조(복구조치)제1항에서 “관리기관의 장은 소관 주요정보통신기반시설에 대한 침해사고가 발생한 때에는 해당 정보통신기반시설의 복구 및 보호에 필요한 조치를 신속히 취하여야 한다.”라고 규정하고 있는 기반보호법은 주요정보통신기반시설 관리기관을 작위의무의 수범자로 설정하고 있는바, 망법과 같이 주된 수범자를 서비스제공자로 한정하고 있음에 유의하여야 한다.

나. 망법에 따른 서비스제공자의 개념 및 범주 재론

1) 개념의 유용성

망법의 서비스제공자는 관련법규와의 비교론에 있어서나 비교법적으로도 유용한 도구개념이다. 하지만 그 통일적 일관성에 있어서는 다음과 같은 논거로 입법보완이 요구된다.

서비스제공자는 「저작권법」을 비롯한 관련법규에서 쓰이는 온라인서비스제공자와 용례에 있어 입법목적에 근거한 제공대상의 차별성을 제외하고는 본질적 차이가 없다. 즉, 서비스제공자 가운데 ‘사업법 제2조제8호에 따른 전기통신사업자’의 경우 사업법 제2조제6호의 ‘전기통신역무’ 개념을 전제로 한 용어인바, ‘전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 전기통신설비를 타인의 통신용으로 제공하는 것’의 제공에 있어서 허가를 받거나 등록 또는 신고(신고가 면제된 경우를 포함한다)를 하고 전기통신사업을 하는 자인 까닭에 입법목적에 따른 실질관념에 비추어보건대 비록 그 비영리성이 관철된다고 하더라도 전기통신설비와 직접 관련된다.⁷²⁾ 아울러 「저작권법」에서 온라인서비스제공자를 ‘이용자가 선택한

등 물리적·기술적 대책을 포함한 관리대책(이하 ‘주요정보통신기반시설보호대책’이라 한다)을 수립·시행하여야 한다.

71) 기반보호법 제3조(정보통신기반보호위원회) ① 제8조의 규정에 의하여 지정된 주요정보통신기반시설(이하 ‘주요정보통신기반시설’이라 한다)의 보호에 관한 사항을 심의하기 위하여 국무총리 소속하에 정보통신기반보호위원회를 둔다.

저작물등을 그 내용의 수정 없이 이용자가 지정한 지점 사이에서 망법에 따른 정보통신망을 통하여 전달하기 위하여 송신하거나 경로를 지정하거나 연결을 제공하는 자'와 '이용자들이 정보통신망에 접속하거나 정보통신망을 통하여 저작물등을 복제·전송할 수 있도록 서비스를 제공하거나 그를 위한 설비를 제공 또는 운영하는 자'로 구분하여 규정하고 있으며, 망법 제2조제1항제1호에 따른 정보통신망이란 '사업법 제2조제2호에 따른 전기통신설비를 이용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체제'를 말하기 때문이다. 그런데 「저작권법」의 경우 '저작물등'과 관련되는 서비스의 제공이라는 조건으로 온라인서비스제공자를 한정하고 있음에 반하여, 망법은 전기통신사업자가 아닌 서비스제공자에 대하여 '전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는' 정보제공자나 정보제공매개자의 경우 '영리를 목적으로'라는 목적적 제한을 가하고 있다. 제공하는 '서비스'의 차별적 규율로 그 개념을 달리하면서도 용어를 동일하게 사용하는 입법론이 요청되는 연유는 수범자인 제공자에 대한 중복적 규율은 중첩적 의무에 대한 혼란을 가져온다는 데 있다. 달리 말하자면 「저작권법」의 온라인 서비스제공자는 망법의 서비스제공자이므로 개인정보의 보호 및 정보통신망에서의 이용자 보호 그리고 정보통신망의 안정성 확보 등에 관한 책무의 부담을 받으므로 「저작권법」에 따른 의무를 면제받는 개념요소는 망법 적용이 배제됨을 망법에 규정할 필요가 있기 때문에,⁷³⁾ 예측가능성의 차원에서 입법적 연동이 필요하다.

2) 범주의 정합성

서비스제공자에 대한 '영리 목적'의 요구는 망법의 입법목적 달성을 저해한다. 비교법적으로 유럽연합 Framework Directive에 따른 전자통신역무의 정보사회역무·인터넷서비스 등과 준별은 미국 ECP 또는 독일 TMG의 전자통신역무제공자 개

72) 사업법 제2조제4호는 사업용전기통신설비를 규정하고 있는바, 같은 조제1호 및 제2호와 연결해 보면 전기통신사업에 제공하기 위한 것으로서, '유선·무선·광선 또는 그 밖의 전자적 방식으로 부호·문언·음향 또는 영상을 송신하거나 수신하는' 전기통신을 하기 위한 기계·기구·선로 또는 그 밖에 전기통신에 필요한 '전기통신설비'로 그 개념을 정의할 수 있다. 비영리 목적의 전기통신설비가 존재함에도 불구하고 사업법은 사업용만 규율한다.

73) 「저작권법」 제102조(온라인서비스제공자의 책임 제한) 및 제104조의2(기술적 보호조치의 무력화 금지) 그리고 제133조의2(정보통신망을 통한 불법복제물등의 삭제명령 등) 등이 그 예이다.

념에 공공기관이 포함되어 있음과 맞닿아 있고 프랑스 전자통신법과 전기통신법의 의무 관념뿐만 아니라 일본 특정전기통신역무제공자책임제한법에 따른 특정전기통신역무제공자의 개념에까지 이어져 있으며, 이는 곧 관련 서비스제공에 대한 공익적 차원에서의 접근과 이를 위한 입법정책적 귀결로 형성된 것이다. 거듭 강조하거니와 망법의 서비스제공자는 유용한 개념이지만, 그 범주는 정합성을 요하는 도구개념의 범위이다. 활용될 수 있는 방편으로 삼는 데 있어 관건은 그 유용성에 근거한 범주의 확정과 관련 수범자의 관계설정에 달려있다.

살피건대 비영리의 정보제공자 및 정보제공매개자의 경우 「개인정보 보호법」에 따른 개인정보처리자로 규율됨은 별론으로 하더라도 정보통신망에서의 이용자 보호 및 정보통신망의 안정성 확보 등에 있어서는 사각지대로 평가될 만큼 취약한 상황인바, 서비스제공자의 개념에서 배제하는 것이 아니라 그 범주를 현실적 상당성이 있는 경우에 한하여 개별 조문에서 조율하는 입법방식이 채택되어야 할 것으로 본다. 망법의 경우 제42조(청소년유해매체물의 표시)에서 “전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 정보를 제공하는 자(이하 ‘정보제공자’라 한다) 중 「청소년 보호법」 제2조제2호마목에 따른 매체물로서 같은 법 제2조제3호에 따른 청소년유해매체물을 제공하려는 자는 대통령령으로 정하는 표시방법에 따라 그 정보가 청소년유해매체물임을 표시하여야 한다.”라고 하여 영리목적성에 국한되지 않음을 명시하고 있으며,⁷⁴⁾ 제47조(정보보호 관리체계의 인증)는 제2항에서 ‘사업법 제2조제8호에 따른 전기통신사업자와 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자’로 정하여 그 요건에서 서비스제공자의 ‘영리를 목적으로’라는 전제를 규율하지 않고 있는 것은 그 반증이라 할 것이다. 국가기관을 포함한 공공기관의 ‘정보보호 등’도 고려되어야 함은 물론이다.

74) 공개는 제공의 한 부분이므로 불특정 다수인 공중에, 즉 일반에게 공개 목적으로 정보를 제공하는 자는 서비스제공자 중에 한정하는 방식으로 입법기술적 규율이 가능하다.

IV. 결론에 갈음하여

서비스제공자는 관계법규에서 정하고 있는 개인정보의 안전한 처리에 필요한 기술적·관리적 조치를 취하여야 할 법률상 의무를 부담한다.⁷⁵⁾ 그리고 융합환경에서 융합서비스에 정보통신서비스가 연계되거나 포함되어 있으면 해당 재화나 용역의 제공주체는 서비스제공자가 되므로 이용자와의 관계에서 논의되어야 한다. 따라서 정보보안의 관점에서 광의의 정보보호를 염두에 둔다면, 기반보호법과의 관련성에서 주요정보통신기반시설 관리기관이나 주요서비스제공자와 집적시설사업자를 어떻게 규율할 것인가와 관련하여 망법의 입법목적은 함께 고려한 입법정책으로 그 수범자와 보호대상에 관한 재검토가 요구된다. 이미 언급한 바와 같이 망법은 주요서비스제공자의 개념을 정의하고 있지 않고 있으며, 집적시설사업자에 대하여는 구체적 개념 정의는 하지 않은 채 위임 없이 「집적정보 통신시설 보호지침」에서 그 개념을 정의하고 있다. 단순한 입법개선의 쟁점이 여기서 찾을 수 있다.

망법은 법 제명 그대로 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등’에 관한 규율에 그 입법취지가 있다. 분명 정보보호 등에는 정보통신망·정보 및 정보통신시스템·프로그램 등의 보호가 포함된다. 하지만 그와 같은 환경을 구축하는 데는 서비스사업자에 의무를 부과함으로써 수범자를 한정할 수는 없다. 이는 기반보호법에 따라 제정된 해양경찰청·행정안전부·금융위원회·기획재정부·방송통신위원회·산업통상자원부 등 관계 중앙행정기관의 주요정보통신기반시설 지정현황에서 확인할 수 있는 것이다.

일반적으로 ‘영리 목적’이라 함은 잉여이익을 취득할 목적을 가리키며, 망법에 따른 서비스제공자는 ‘사업법 제2조제8호에 따른 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자’이므로 망법을 개인정보 보호를 포함하여 사실상 민간부분의 정보보호에 관한 일반법의 지위로 기능하게 하고 있다는 점에서 의의가 있다. 망법이 제47조의4제3항에서 신고의무를 부과하고 있는 「소프트웨어산업 진흥법」 제2조에 따른 소프트웨어사업자와 시행령 제57조에서 수범자로 확정하고 있는 컴퓨

75) 대법원 2015. 2.12. 선고 2013다43994·44003 판결 참조.

터바이러스 백신소프트웨어 제조자 등은 규범적 규율범주에서 분명 이질적이기는 하지만, 입법목적의 실현에 있어 필수적으로 연계되어야 할 대상이다. 이렇게 본다면 서비스제공자의 관념에 제한을 둔 영리목적성을 제거할 수도 있을 것이다. 환원하자면 정보통신서비스(사업법 제2조제6호에 따른 전기통신역무와 이를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 것)를 제공하는 모든 서비스제공자를 수범자로 하여, 망법 제47조제2항에 따른 ‘사업법 제2조제8호에 따른 전기통신사업자와 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자’를 포섭할 수 있다면 국가기관을 포함한 공공기관의 정보보호까지 아우를 수 있을 것이다. 반면, 집적시설사업자와 주요서비스제공자의 존재를 그대로 두어 수범자로서의 의무이행을 실효성 있게 실현하는 법제도적 근거를 마련할 필요가 있다. 아울러 망법이 제25조제1항에서 ‘서비스제공자와 그로부터 제24조의2제1항에 따라 이용자의 개인정보를 제공받은 자’를 ‘서비스제공자 등’으로 약칭하고 있음과 달리 제48조의4제1항이 ‘서비스제공자 등 정보통신망을 운영하는 자’라고 규정함으로써 혼란을 주고 있는 실정이다.

결론적으로 개별법규에 따른 개별 수범자는 ‘서비스제공자 이외의 자(가령 개별사업자)’로 하여 ‘서비스제공자’와 구분하되, ‘서비스제공자’의 경우 망법에서 명확한 개념 정의를 하여 각각의 준별의 필요성과 입법수요에 상응하게 정리하는 입법보완이 요구된다. 수범자가 법규의무를 이행하는 측면에서 권익제한을 받기 때문에 법률유보원칙이 관철되어야 할 뿐만 아니라 현실적으로 규율대상에 관한 예측가능성이 확보되어야 하기 때문이다.⁷⁶⁾ 이는 서비스제공자의 책임성이 보다 엄격하게 강화될 필요가 있음과 궤를 같이 하여 융합보안 환경에서 절실한 대목이다.⁷⁷⁾ 이와 같은 관점에서 서비스제공자의 개념을 ‘사업법 제2조제6호에 따른 전기통신역무를 제공하거나 이를 이용하여 정보의 제공 또는 그 매개를 업무로 하는 자’로 정의할 것을 제안하며, ‘정보보호 등’의 입법취지가 법적 안정성으로 현실화되길 기대한다.

76) Benjamin W. Cramer, *Unasked Questions and Unquestioned Answers : The Perils of Assuming Diversity in Modern Telecommunications Policy*, Communication Law and Policy 17(3), 2012, p.278.

77) 기술융합에 따른 보안환경의 변모는 이렇듯 개별적인 영역에서의 대응이 아니라 통합적인 차원에서의 관리를 요구하게 되는데, 융합보안 환경에 대한 선제적 대응이 정책적·제도적으로 수립되어 선순환을 이룰 수 있게 되는 규범적 준거가 정립될 필요가 있다. 여기서 융합보안이란 물리적 보안과 정보보호가 IT위험을 관리하기 위하여 유사하거나, 연계되거나, 혹은 동일한 프로세스와 기능을 갖추는 것이다; Nicole S. Latimer-Livingston, *Let's Get Physical : What Clients Are Asking About the Integration of Physical and Logical (IT) Security*, Gartner, 2007, pp.2~3.

(논문투고일 : 2018.11.27, 심사개시일 : 2018.11.27, 게재확정일 : 2018.12.20)



▶ 이 민 영

서비스제공자, 망법, 영리를 목적으로, 개념의 유용성, 범주의 정합성

【참 고 문 헌】

I. 단행본

한국인터넷진흥원, 「정보통신서비스 제공자를 위한 개인정보보호 법령 해설서」, 방송통신위원회, 2012.

Direction générale Communication, *Les communications électroniques et le marché unique numérique résumé*, Eurobaromètre spécial 438, Commission européenne, 2016.

Jerry Kang, *Communications law and policy : cases and materials*, Foundation Press, 2012.

II. 논문

김중길, “주요서비스제공자의 주의의무와 불법행위책임 : 제3자의 침해행위로 인한 개인정보 유출사고를 중심으로”, 「재산법연구」 제33권 제2호, 한국재산법학회, 2016.

나낙균, “온라인서비스제공자의 책임제한 법제의 특징과 한계 : 독일의 경우”, 「커뮤니케이션학 연구」 제23권 제2호, 한국커뮤니케이션학회, 2015.

양천수, “방법 해석에 관한 몇 가지 쟁점”, 「과학기술과 법」 제8권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2017.

이찬도, “한·중 저작권법상 온라인서비스제공자(OSP) 규정과 통상 대응전략”, 「무역연구」 제12권 제1호, 한국무역연구원, 2016.

Benjamin W. Cramer, *Unasked Questions and Unquestioned Answers : The Perils of Assuming Diversity in Modern Telecommunications Policy*, Communication Law and Policy Vol.17 No.3, 2012.

Christoph Wagner, *Vorgaben für die Frequenzmitnutzung durch Diensteanbieter im Rahmen der 5G-Frequenzvergabe*, Computer und Recht Vol.33 No.9, 2017.

J. Scott Marcus, *The Potential Relevance to the United States of the*

European Union's Newly Adopted Regulatory Framework for Telecommunications, Journal on Telecommunications and High Technology Law Vol.2 No.1, 2003.

Mareike Gehrman und Paul Voigt, *IT-Sicherheit : Kein Thema nur für Betreiber Kritischer Infrastrukturen*, Computer und Recht Vol.33 No.2, 2017.

Neil A. Benchell, *The Digital Millennium Copyright Act : A Review of the Law and the Court's Interpretation*, The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law Vol.21 No.1, 2002.

Paul Przemysław Polański, *Revisiting country of origin principle : Challenges related to regulating e-commerce in the European Union*, Computer Law & Security Review Vol.34 No.3, 2018.

高田寛, 特定電気通信役務提供者に対する発信者情報開示請求権についての一考察, 富大経済論集 第61巻 第2号, 富山大学経済学部, 2015.

海野敦史, 法律上の通信の秘密の「間隙」とその立法論的解決策 : 電気通信事業法制を手がかりとして, 情報通信学会誌 第35巻 第4号, 情報通信学会, 2018.

III. 기타문헌

European Union, *Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services(Framework Directive)*, Official Journal of the European Communities L 108/39, 2002.

Nicole S. Latimer-Livingston, *Let's Get Physical : What Clients Are Asking About the Integration of Physical and Logical (IT) Security*, Gartner, 2007.

Organisation for Economic Co-operation and Development, *The Implications of Convergence for Regulation of Electronic Communications*, DSTI/ICCP/TISP(2003)5/FINAL, 2003.

Abstract

A Legal Inquiry into the 'Providers of Information and Communications Services'

Lee, Min Yeong*.

The existing 「Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection, etc.」 (Network Act) defines the term of 'providers of information and communications services'(service provider) as 'the telecommunications business operators prescribed in the 「Telecommunications Business Act」 (Biz Act) and other persons who provide information or intermediate to provide information 'commercially' by utilizing services provided by a telecommunications business operator'. But lawmaking objective for service provider of Network Act should be re-illuminated with legislative policy at the head of evolutional variation of the conception related to service provider despite actual limits of the laws and ordinances concerned caused by subsuming the present situation as latecomer in regulatory aspect in the ICT's development and social alternation.

Above all, service provider is obligated to legal duty of technical and manageable measures for securing stability and reliability of personal data processing. Furthermore should be service provider under discussion on relationship as the counterpart with users of information and communications services in integrated circumstances. Therefore is it necessary for renewal review upon regulating 'major provider of information and communications services' and 'business operator of clustered information and communications facilities' from the standpoint of enacting purpose of Network Act and information security with

* Associate Professor of Legal Faculty at the Catholic University of Korea · Ph. D. in Law

relevance to legal policy-making suitable.

On these ground of legislative demands, constraint apart to the outset absent from proviso restriction of ‘commercial aim’ should be excluded and the conceptual terminology must be defined coincident with the Statute Reservation Principle and presupposition possibility appropriately and clearly. With that, this article includes the proposal for revise the definition of service provider as ‘the provider telecommunications services prescribed in subparagraph 6 of Article 2 of Biz Act and other persons who provide information or intermediate to provide information by utilizing telecommunications services for official or business purposes’.



▶ **Lee, Min Yeong**

service provider, Network Act, commercially, conceptual usefulness, categorial consistency

민간투자사업 실시협약 해지와 공익처분의 관계

- 별개설 vs. 일체설 -

이 상 훈*

【목 차】

I. 서설

1. 민간투자사업 공익처분의 의의
2. 이 글의 배경
3. 공익처분과 관련한 주요 쟁점 및 이 글의 검토 대상

II. 공익처분과 실시협약 해지의 관계가 문제되는 이유

1. 개설
2. 구체적인 문제점

III. 실시협약의 의의와 성격

1. 검토의 배경 및 요지
2. 실시협약의 의의-법을 구체화·집행하기 위한 수단

3. 관련 근거 조항들에 비추어 본 실시협약의 의의와 기능
4. 헌법재판소 결정에 비추어 본 실시협약의 의의와 성격
5. 실시협약의 성격 - 공법상 계약

IV. 실시협약 해지와 공익처분의 관계 - 별개설과 일체설

1. 실시협약의 해지에 대하여 가능한 2가지 견해: 별개설과 일체설
2. 별개설과 일체설의 구체적인 차이
3. 검토: 일체설이 타당

V. 결론

【국 문 요 약】

이 글은 민간투자사업 실시협약의 해지와 공익처분의 관계를 다룬다. 현재 민간투자사업의 사업자지정은 실시협약 체결로 이루어진다는 민간투자법 제13조 제3항에 근거하여 실시협약 체결을 사업자지정이라는 행정처분의 성격을 병유하는 것으로 보는 견해가 다수인 것으로 보이는 반면, 그 반대로 관계를 해소(unwind)하는 국면에서는 실시협약 해지라는 계약적 수단과 공익처분 등 행정처분에 의한 종결은 전혀 별개라고 보는 시각이 주를 이루고 있다. 그러나 이는 비대칭적 파악으로 체계적 일관성이 결여되었으며 실질적인 면에서도 타당하다고 보기 어렵다.

* 경북대학교 법학전문대학원 교수

양자를 일체관계로 볼 것이냐 별개의 관계로 볼 것이냐는 근본적으로 실시협약을 법으로부터 위임의 연쇄를 따라 법에서 존재의 의의와 사명을 부여받은 법규 구체화 또는 법집행을 위한 계약이라고 볼 것이냐(일체설), 아니면 실시협약은 민법상 계약 자유 원칙 또는 공법상 계약 자유 원칙에 입각하여 체결된 것으로서 법령과는 별개의 제도라고 볼 것이냐(별개설)는 시각 차이에 연유한다. 후자의 관점 그리고 그에 기반하고 있다고 생각되는 별개설은 실시협약이 그 존립근거를 어디에서 부여받았으며 왜 존재하는지, 법률과 시행령에서 규정하고 있는 실시협약에 대한 그 수많은 위임 조항들의 존재와 의미는 무엇인지를 지나치게 경시한 논리이다. 일체설과 별개설의 대립적인 관점은 실무상 민간투자사업 종료와 관련한 거의 모든 쟁점을 관통하는 핵심 쟁점이다. 이 문제를 쟁점으로 인식하고 일체설의 관점에서 관련 쟁점들을 체계적으로 풀어나갈 필요가 있다.

I. 서설

1. 민간투자사업 공익처분의 의의

정부가 사업을 추진하는 방식은 크게 세 가지로 나눌 수 있다.¹⁾ 첫째는 정부(국가 또는 지방자치단체)가 직접 자신의 명의로 정부의 재정을 재원으로 사업을 추진하는 재정사업이다. 둘째는 정부가 공기업, 공공기관 등 법인을 설립하여 이들을 통하여 사업을 추진하는 공공기관 투자사업이다. 셋째는 민간이 투자를 하고 여기에 정부가 일정한 보조를 더하고 부담을 서로 나누어 지는 일종의 조합 유사한 형태(PPP; Public-Private Partnership²⁾)로 사업을 추진하는 민간투자사업(이하 “민자사업”이라 한다)이다. 민자사업을 규율하는 대표적인 법률은 「사회기반시설에 관한 민간투자법」(이하 “민간투자법” 또는 단순히 “법”이라 한다)이다.

1) 이상훈, “민간투자법 제3조 제1항‘관계법률에 우선하여 적용’에 대한 해석”, 「일감법학」 제33호, 건국대학교 법학연구소(2016.2.), p.382.

2) 영미의 제도로부터 성립·발전한 개념이라고 한다. 김성수, “민간투자사업의 성격과 사업자선정의 법적 과제”, 「공법연구」 제36집 제4호(한국공법학회 2008.6), p.466, 민간투자사업의 개념에 관하여, 예컨대 최승필, “민간투자사업에 대한 법·제도적 검토”, 「외법논집」 34(1)(한국의국어대학교 법학연구소 2010.2), p.297

동 법에 따라 규율되는 민자사업³⁾은 그 업무를 정부와 민간사업자⁴⁾가 계약을 체결하여 진행하는데 이 계약을 실시협약⁵⁾(이하 “실시협약” 또는 “협약”이라고 한다)이라고 한다. 실시협약의 일방 당사자인 정부는 일정한 경우 상대방 당사자인 민간사업자를 상대로 공익처분을 내릴 수 있다. 이를 규율하는 것이 민간투자법 제47조인데 동조는 “사회기반시설의 상황 변경이나 효율적 운영 등 공공의 이익을 위하여 필요한 경우”에 정부가 민간사업자를 상대로 공익처분을 내릴 수 있는 권한을 부여하고 있다.

위 조문에 따르면, ‘공익을 위한 처분’ 즉 공익처분은, 민간투자법상의 지정·승인·확인 등을 받은 자에 대하여, 사회기반시설의 상황변경이나 효율적 운영 등 공공의 이익을 위하여 필요한 경우, 법 제46조의 처분(법령위반에 대한 처분), 즉 명령이나 처분의 취소 또는 변경, 사회기반시설공사의 중지·변경, 시설물 또는 물건의 개축·변경·이전·제거 또는 원상회복을 명하거나 그 밖에 필요한 처분을 명하는 것을 말한다.

민간투자법 제45조의 감독명령도 넓은 의미에서는 공익처분의 일종으로 볼 수 있고, 법 제46조의 법령위반에 대한 처분 역시도 법령위반이라는 공익 위배 상황을 바로잡기 위한 처분이라는 점에서 넓은 의미의 공익처분의 일종으로 볼 수 있다. 그러나 통상 그리고 실무상 주로 논의되는 용례로서의 ‘공익처분’이라 하면 법 제47조의 상기 ‘공익을 위한 처분’을 가리키므로, 좁은 의미의 공익처분은 위 47조의 공익처분이라고 할 수 있다. 이하에서는 이러한 좁은 의미의 공익처분(이하 “공익처분”이라 한다)을 전제로 분석한다.

2. 이 글의 배경

실무상 공익처분과 관련하여서는 적지 않은 쟁점들이 있다. 민자사업은 크게 시설물을 건설하는 건설단계와 건설이 완료된 뒤 이를 운영하는 운영단계로 나뉜다. 건설단계 초기에 건설이 실제 개시되지 않은 상태에서 사업자 지정을 취소하는 형태의 공익처분 사례는 알려져 있으나, 실제 사업에 착수하여 진행된 이후의

3) 사회기반시설에 관한 민간투자법 제2조 제5호

4) 법 제2조 제7호: "사업시행자"란 공공부문 외의 자로서 이 법에 따라 사업시행자의 지정을 받아 민간투자사업을 시행하는 법인을 말한다.

5) 법 제2조 제6호: "실시협약"이란 이 법에 따라 주무관청과 민간투자사업을 시행하려는 자 간에 사업시행의 조건 등에 관하여 체결하는 계약을 말한다.

공익처분 사례는 아직 없는 것으로 파악되고 있다. 그 점에서 실질적인 공익처분 사례는 없는 셈이므로 실무상 쟁점이 별로 없다고 생각하기 쉽지만 실제 그렇지 않다. 오히려 쟁점이 많이 제기되고 있는데 공익처분이 내려질 경우 그 결과가 무겁고 이렇다 할 선례가 없다 보니 주무관청으로서의 속앎이를 하면서도 선뜻 공익처분을 내리지 못하는 경우가 상당하다고 보는 것이 현실에 가깝다.⁶⁾ 가령 법 제45조의 감독명령 형태로 내려져 현재 대법원에 계류중인 광주 제2순환고속도로 사건의 경우도 법조문 근거는 제45조를 선택하여 진행되었지만, 그 내용 실질을 들여다보면 사실은 감독명령 보다는 제 46조의 법령위반 처분 내지 47조의 공익처분으로 진행되었어야 하는 사안이라고 생각된다. 이처럼 공익처분에 대한 현실적인 필요성이나 수요, 관련 요건에 대한 의문이나 문제제기와 논란은 겉으로 드러난 것 보다는 비교적 많이 이루어지고 있음에도 워낙 민자사업을 뒷받침하는 학문적인 저변이 넓지 않다 보니 몇몇 실무 전문가들의 선에서 논의되다 그칠 뿐 법리적인 정돈과 뒷받침으로 마무리되고 정리되지 못하여 온 것으로 보인다. 그러한 법리적 정돈과 쟁점을 정리해 보고 필자 나름의 법리적 대안을 제시해 보려는 것이 이 글의 배경이다.

3. 공익처분과 관련한 주요 쟁점과 이 글의 검토 대상

실무상 공익처분과 관련하여 문제되는 가장 중요한 쟁점은, 첫째, 공익처분의 요건으로 법에 규정된 사회기반시설의 상황변경, 효율적 운영, 공공의 이익을 위하여 필요한 경우의 의미가 무엇인지이다. 둘째는 공익처분도 행정법의 일반원칙의 기속을 받는 행정처분이라고 본다면, 행정처분에 적용되는 일반원칙으로 일컬어지는 비례의 원칙(헌법 제37조 제2항)을 얼마나 강하게 요구할 것인가이다. 이미 법의 요건에 구체화되었다고 볼 여지가 많기 때문에 공익처분의 법정 요건이나 실시협약의 해지요건(이는 후술하는 일체설의 관점에 의할 경우임)을 통해 이미 구체화되었다고 볼 것인지, 아니면 그에 추가적으로 비례원칙을 별도로 요구한다고 볼 것인지도 현실적으로 종종 부딪히는 문제이다.⁷⁾ 후자의 견해를 취할

6) 이러한 배경 하에 필자도 2013년 기획재정부가 주도하는 공익처분 요건 마련을 위한 태스크포스에 참여하여 광범위한 실태분석과 법리검토를 수행한 바 있다. 이 검토를 토대로 기획재정부는 2016.10. “사업시행조건 조정 및 공익처분 업무지침”이라는 형태의 지침을 마련하여 “관계기관 합동” 명의로 정부 및 지자체에 배포한 바 있다.

7) 가령 서순성/김기식, 『사회기반시설에 대한 민간투자법 이론과 실무해설』, 삼일인포마인(2016),

경우에는 구체적으로 법정 요건 외에 무엇을 더 추가적으로 요구할 것이며 그 구체적인 내용은 무엇이 될지 쟁점이 된다. 셋째는 민자사업은 주로 실시협약의 형태로 사업 인가가 이루어지는데 이러한 사업 인가를 취소·철회하는 형태의 공익처분과 기존의 실시협약이라는 계약법적 요소와의 관계를 어떻게 정리할 것인지의 문제이다. 이 셋째의 쟁점은 현실적으로 많은 법리적인 문제를 야기한다. 특히 실시협약에서는 통상 사업의 중도 해지, 즉 사업자 지정의 취소 내지 철회와 실질적으로 동일한 효과를 갖는 해지에 대하여 상세한 규정을 두기 때문에, 그럼에도 불구하고 그와 별개로 행정처분인 공익처분으로 실시협약 종결 효과를 갖는 처분을 내릴 수 있는 것인지, 그 경우 양자의 요건과 효과의 관계는 어떻게 되는 것인지 가령 경합관계인지 배제관계인지 등이 문제되며, 이 문제를 먼저 분석해야 위 첫째와 둘째 쟁점도 논의가 제대로 될 수 있는 구조적인 측면이 있다. 그 점에서 이 셋째 쟁점은 첫째와 둘째 쟁점에 비해 다소 기술적(技術的)인 것처럼 보이기는 하지만 이들과 상호 연결되어 있는 측면이 있으며, 현실적·실무적으로는 오히려 더 중요한 내지는 선결적인 쟁점이라고 볼 여지가 있다. 이 글이 다루고자 하는 쟁점은 이 세 번째 쟁점이다.

II. 공익처분과 실시협약 해지의 관계가 문제되는 이유

1. 개설

공익처분에 의한 사업자 지정 취소로써 사업시행자는 사업시행자 자격을 잃게 되는데, 그것은 공법(민간투자법)에 의한 법률관계이다. 민간투자법상 사업시행자는 토지 수용권(제20조)은 물론, 국유지 및 국유시설에 대한 관리운영권을 부여받아(제4조, 제25~26조 등) 가령 시민들의 통행을 통제하며 통행료를 징수할 권리를 갖는 등 정부가 수행할 수 있는 권능을 수여받아 행사하게 되는데 이것은 국가나 지자체 등 정부가 갖는 사업권을 양여(讓與; concession)받는 강학(講學)상의 특허(特許)에 해당⁸⁾한다.

p.475는 이러한 논점의 가능성 자체를 인식한 서술로 보이지는 아니하나 행정처분 일반원칙을 별도로 준수하여야 한다는 입장인 것으로 보인다.

8) 황호동/황학천/김길홍, 「사회기반시설에 대한 민간투자법에 따른 실시협약에 대한 이해」,

그런데 이러한 공법적 법률관계(특허)를 종료시키는 행정처분인 공익처분이 실시협약이라는 계약관계까지도 자동으로 종료시키는 효력이 있는 것인지, 그 경우 실시협약 상 당사자의 권리의무에 어떠한 영향을 미치는지 문제된다. 또 반대로 실시협약 해지라는 계약관계의 종료가, 법률에 의하여 부여된 사업자 자격(특히로써 부여된 사업권 또는 관리운영권)에 어떠한 영향을 미치는지도 문제된다.

2. 구체적인 문제점

위와 같은 문제는 실무적인 과정에서 발생하는 쟁점들에 맞추어 보다 세분화해 보면 다음과 같은 파악이 가능하다.

첫째, 협약에 의한 해지권과 법에 의한 법률관계 종결권(주무관청의 공익처분권 또는 사업시행자에게 부여된 매수청구권)이 별개의 권리 내지 권한⁹⁾인지(이른바 청구권 경합에 유사한 권리의 경합인지) 아니면 하나인지 문제된다. 이 쟁점은, 특히 민간 측에서 이른바 민사법에서의 청구권 경합설과 유사한 권리 경합설, 즉 양자가 별개의 권리 및 절차로서 별개의 제도이기 때문에 사업시행자에게 둘 중 어떠한 절차로 진행할 것인지에 대하여 선택권이 부여된다는 논리를 주장하고 있어 현실적인 쟁점의 실익이 있다.

둘째, 실시협약에 규정된 해지시지급금과 법률에 규정된 보상가액(공익처분시 법률에서 규정한 “정당한 보상”과 매수청구권 가액)의 관계는 어떻게 되는지와 관련된다. 이에 대하여는, 양자가 별개의 제도로서 양 권리 또한 별개이기 때문에, 양 절차에 따른 보상가액은 다를 수 있고 실제로 다르며¹⁰⁾ 사업시행자에게 이 중 어떠한 금액(보다 큰 금액)을 청구할 수 있는지 선택권이 부여된다는 취지의 주장이 제기되므로,¹¹⁾ 이와 관련하여서도 매우 중대한 현실적인 쟁점의 실익

BFL37호, 2009, P.43. 그외 김대인, “민간투자법상 실시협약의 효력-변경 및 해지가능성과 보상 문제를 중심으로”, 유럽헌법연구 제17호(2017), p.642~662도 민자사업을 기본적으로 특허사업으로 파악하는 관점에서 서술하고 있다.

9) 공법관계에서는 의무와 동전의 양면을 이루는 권리라는 표현보다는 권한이라는 표현이 적합한 경우가 많으나 이 글의 목적상 큰 차이가 없고, 실시협약과 같은 계약관계와의 비교 국면에서는 권리라는 용어로 통일하여 쓰는 것이 적당할 것으로 생각되어 이하 권리라는 용어를 사용한다.

10) 가령 서순성/김기식, 앞의 책, p.474(법 제47조에 의한 정당한 보상액과 실시협약의 해지시지급금은 가액이 다르며 실시협약에 따른 보상금액은 법의 취지에 반하므로 달리 산정되어야 한다고 함).

11) KDI, 『2015 민간투자사업의 실시협약 해지 및 해지시지급금에 관한 연구』, p.263~264(법무법인 광장의 의견으로 소개되어 있음).

이 있다.

셋째, 협약상 해지절차 및 요건과, 법상의 공익처분에 의한 법률관계 종결 절차 및 요건이 다를 경우, 양자의 관계를 어떻게 해석해야 하는지, 예컨대 법률 쪽에 상위의 지위를 부여하여 계약의 내용 및 해석은 그에 기속 된다고 또는 그것을 해석 기준의 하나로 삼아야 한다고 볼 것인지(일종의 배제관계 내지 흡수관계 또는 일체관계), 아니면 양자는 전혀 별개의 절차로 독립적으로 존재하는 것이므로 양 요건은 각자 독립적으로 충족되어야 비로소 관계가 종결된다고 보아야 하는 것인지(일종의 경합관계)도 문제된다. 이 역시 법률관계의 종결, 그에 관한 실시협약 조항 협상과정에서 실무상 중요한 쟁점임은 물론이다.

넷째, 협약에 기한 해지 절차의 법률적 근거가 없다고 볼 것인지, 아니면 공익 처분 등 법률이 예정하고 있는 법률관계 종결에 관한 규정들이 그 근거 규정이라고 볼 것인지도 문제된다. 이는 공법상 계약이 법률상 근거가 불필요한 것인지, 법률상 근거가 필요함이 원칙이라고 보아 법에서 근거를 찾는 해석 노력이 필요하다고 볼 것인지의 문제와 연결된다.

다섯째, 민간측 사업시행자가 파산절차로 진입하였을 때 파산관재인은 일반적인 계약의 해지와 동일하게 보아 도산법상의 해지권을 행사할 수 있는 것인지, 아니면 공법상 행정처분의 취소 실질이라고 보아 파산관재인이 함부로 해지할 수 없다고 볼 것인지도 문제된다. 이는 최근 의정부 경전철 사업에서 파산관재인이 실시협약을 해지함으로써 사실상 정부의 인허가를 취소 내지 철회하는 효과를 초래하였는바,¹²⁾ 이는 행정처분을 파산관재인이 취소 내지 철회한 실질을 갖기 때문에 과연 계약법 관점에서 미이행쌍무계약 해지권 발동 차원에서 그렇게 처리하여도 되는 것인지 문제를 제기한다. 이상은 필자가 우선적으로 상정해 본 것일 뿐 이외에 더 많은 쟁점들이 있을 수 있다.

이러한 쟁점들에 관한 참조할 만한 국내 선례나 이를 쟁점으로 자세히 논하는 문헌은 찾기 어려운 상황이고, 위와 같이 위 쟁점들이 서로 연결되어 있다는 시각이나 그에 관한 문제의식 자체가 없는 상황이다.¹³⁾ 국내 일부 논의가 있는 경

12) 최근 의정부 경전철 사건에서 파산관재인이 해지를 함으로써 이러한 입장을 취한 바 있다. 의정부 경전철 사업자가 의정부시와의 의정부 경전철 사업에 대한 실시협약을 맺고 운영을 하였으나, 50% 허들 조항을 넘지 못해 MRG도 보전받지 못함으로 부채초과상태가 되어 파산 법원에 파산 신청을 하였고, 법원에서는 파산결정을 내려 파산관재인을 선임하였다(서울회생법원 2017.5.26. 결정 2017하합100011).

13) 가령 실시협약의 해지와 공익처분에 의한 법률관계의 종결을 전혀 별개로 설명하고 있는 경우로, 홍성필/윤성철, 『민간투자사업분쟁관계법』, 도서출판 법과 교육(2014), p.413이하 및 768이

우에도, 전체적·일반적·체계적 관점보다는 실무적인 관점에서 민간측의 보상금을 가장 크게 얻을 수 있도록 하고 정부의 해지권을 제약하기 위한 목적으로 실시협약의 계약적 측면을 강조하며 공익처분과는 별도의 계약적 구속력이 강조되어야 한다는 정도의 실무적인 주장이 있는 수준이라고 보인다. 즉, 해지시지급금과 정당한 보상금액은 서로 별개의 금액이며, 사업시행자는 양자 중 큰 금액을 선택할 수 있을 뿐 주무관청이 선택할 수는 없다는 점을 주장¹⁴⁾하는 데 주안을 두어 전개되는 수준이고, 그 외 달리 참조할 만한 검토가 충분치 않은 상황이다.

해외 또는 국내 다른 행정법의 입법례 상으로도, 행정처분과 실시협약을 연계시켜 실시협약을 체결함으로써 사업자를 지정한다고 규정해 놓은 민투법의 입법례는 세계적으로는 물론, 국내 행정법에서도 유례를 찾기 어려워¹⁵⁾ 수평적인 비교법적 검토도 마땅치 않은 상황이다.¹⁶⁾ 이처럼 이 문제는 달리 참조할 만한 전거나 기초적인 선행 연구를 찾기가 어려우므로 다소의 시행착오 위험을 감수하고 나름의 논리를 세워보려는 시론적인 연구가 필요하다고 보인다.

이러한 배경 하에 이 글에서는 우선 민간투자법상 실시협약의 의의와 성격에 대한 검토를 해 본 뒤 그것과 공익처분 등 행정처분의 관계에 관한 일반원칙 정립을 시도해 본다. 그런 다음 그 원칙에 따라 앞서 제기한 각론적인 세부 쟁점들을 일관되게 풀어갈 수 있음을 보이려고 한다.

Ⅲ. 실시협약의 의의와 성격

1. 검토의 배경 및 요지

실시협약 해지와 공익처분의 관계는, 실시협약의 의의와 법적 성질과 관련이 있다. 실시협약의 성격에 관하여는 그간 많은 논의가 있지만 실시협약이 단순한

하(특히 p.775이하). 둘 간의 연관 가능성 여부 자체를 논점으로 인식하지는 않은 것으로 보인다.

14) 전계 KDI, 같은 곳

15) 김성수, 전계논문, p.473: “민간투자법 제13조 제3항의 실시협약은 그 체결과 동시에 사업시행자의 지정이 이루어지는 매우 특이한 법 구조를 가지고 있다.”

16) 일본은 2011년 사회기반시설에대한 민간투자법(PFI)을 개정하여 법 제 10조의 16에서 공공시설 운영협정의 중대한 위반, 공공시설 운영사업에관한 법령 위반 등 일정한 사유가 발생한 경우에 행정청은 공공시설 등 운영권을 취소하거나 그 행사의 정지를 명할 수 있다고 규정하고 있다.

사법상 계약이 아니라 공법상 계약이다, 실시협약을 체결함으로써 사업자 지정이라는 행정처분이 함께 이루어지는 것이라는 정도의 추상적·관념적인 논의가 있을 뿐, 행정처분과의 관계, 특히 해지와 공익처분의 관계에 이르기까지 일관된 원칙이나 논리를 가지고 설명하려는 시도, 그것을 바탕으로 실무상 일어나는 세부적인 쟁점에 대한 원칙에 근거한 답을 제시하려는 시도는 이루어진 바 없다. 이러한 일관된 설명이나 파악은 실시협약의 의의와 성격에 대한 파악을 전제로 그로부터 뺄어나가야 한다는 것이 필자의 관점이며 이를 시도해보려는 것이 이 글의 주제이다. 이러한 배경 하에 이하 실시협약의 의의와 성격에 관하여 검토하며 실시협약은 사업자 지정이라는 행정처분을 내림에 있어 법이 정한 요건과 절차를 구체화하는 일종의 법집행 계약이며 따라서 그 성격은 공법상 계약의 속성을 가질 수 밖에 없음을 논구(論究)한다.

2. 실시협약의 의의 - 법을 구체화·집행하기 위한 수단

실시협약은 민자사업의 주무관청과 사업시행자가 총사업비 및 사용기간 등 사업시행의 조건 등에 관하여 체결하는 계약을 의미한다(법 제2조 제6호, 제13조 제3항).

이처럼 실시협약은 국가 또는 지방자치단체에 소유권이 귀속되는 사회기반시설을 통한 공적 서비스 제공이라는 목적을 수행하기 위한 수단으로, 정부가 창의적이고 효율적인 사회기반시설의 확충·운영을 도모하기 위해 민간부문의 참여를 유도하기 위해(법 제1조) 그 법률관계를 규율하는 방식이다.

즉 정부(법인격상으로는 국가 또는 지자체)의 소유재산을 통해 공적 서비스를 제공함에 있어 본래는 정부가 재정사업으로 하여도 될 뿐 아니라 많은 경우 재정사업으로 진행 함이 원칙인 사업들을 민간의 투자 참여를 통해 파트너십 형태로 운영하는 민자사업을 규율하기 위한 법적인 수단이라고 할 수 있다.

민간투자법은 민간의 투자를 통해 사업을 효율적으로 시행하는 것을 목적으로 하므로, 민자사업의 효율적인 시행을 위해서는 (i) 사업시행자가 지정되고, (ii) 사업의 시행에 필요한 구체적인 권리 의무에 관한 사항들이 정해져야 함이 필수적이다. 그런데 수십년에 걸쳐 이루어지는데다가, 적게는 수십억 원, 많게는 수조 원이 투입되는 대규모 프로젝트 사업으로서 사업마다 개별적인 특수성이 존재하는 민자사업의 구체적인 사업시행조건들을 법 및 시행령, 민간투자사업기본계획

등 사전적·추상적인 일반규정으로 미리 정해 두는 것은 사실상 불가능하다.

이에, 민간투자법 제13조 제3항은 ‘민간투자사업의 시행을 위한 주무관청의 사업시행자 지정’이라는 목표 달성을 위하여, 그에 필요한 세부적인 사항들은 주무관청과 사업시행자 사이의 계약의 형태인 실시협약의 체결로서 정할 것을 규정한 것이라고 보아야 한다.¹⁷⁾ 실무상 체결되는 실시협약들도 대부분 전문 및 제1조에, “실시협약은 민간투자법, 동법 시행령, 민간투자사업기본계획을 근거로 체결되는 것이며, 즉 본건 사업을 시행함에 있어 필요한 사항을 규정하는 것을 목적으로 체결함을 명시하여 법에 근거하여 그 필요한 사항을 규율하기 위한” 것이라는 취지를 명기한다.

이러한 원칙적인 부분 뿐 아니라 실제 법 및 시행령과 기본계획의 세부 조항들을 더 들어가 보면, 실시협약이 주무관청과 사업시행자가 당해 민자사업에 대하여 민간투자법 등이 정하고 있는 각 사항을 포함한 권리의무의 구체적인 조건들을 정하기 위한 수단에 해당하는 것이라는 점이 더욱 분명하게 드러난다. 항을 바꾸어 이 점을 본다.

3. 관련 근거 조항들에 비추어 본 실시협약의 의의와 기능

전술한 바와 같이 실시협약이 법을 개별사업의 특성에 맞도록 구체화하고 이를 집행이 가능하도록 하기 위한 수단적 성격을 갖는다는 점을 보여준다고 생각되는 조문들은 다음과 같다.

<민간투자법>

제2조 제6호: “실시협약”이란 이 법에 따라 주무관청과 민간투자사업을 시행하려는 자 간에 사업시행의 조건 등에 관하여 체결하는 계약을 말한다.

17) 필자는 이러한 의미에서 실시협약을 법규구체화 또는 법집행을 위한 계약이라고 개념화하였는데, 공법상계약에 관하여 소개하고 있는 국내 행정법 문헌에서도 공법상계약을 “규범집행계약”이라는 개념으로 설명하는 예가 있다. 홍준형, 『행정법』 제2판, 법문사(2017), p.363: “가령 기속행위의 경우 그 행위 형식에 관하여 공법상계약이 금지되어 있지 않은 이상 행정주체는 행정행위 대신에 공법상 계약을 체결할 수 있으나, 법률이 이미 규정한 것을 함의할 수밖에 없는 계약을 받는다. 이러한 규범집행계약(Normenvollzugsverträge)은 별반 현실적인 의미가 없다고도 할 수도 있겠으나, 가령 복잡한 사안이나 급부관계 및 공급관계에서 발생하는 쌍무적 권리의무를 규율함에 있어서는 합목적적인 행위형식이 될 수도 있다.”

제13조(사업시행자의 지정)

① 민간투자사업을 시행하려는 자는 제10조제3항에 따라 고시된 시설사업기본계획에 따라 대통령령으로 정하는 바에 따라 사업계획을 작성하여 주무관청에 제출하여야 한다.

② 주무관청은 제1항에 따라 제출된 사업계획을 대통령령으로 정하는 바에 따라 검토·평가한 후 사업계획을 제출한 자 중 협상대상자를 지정하여야 한다. 이 경우 공익성이 높은 장기투자자금의 제공 등 주무관청의 원활한 사업시행에 부합하는 사업계획을 제출한 자에 대하여는 사업계획을 평가할 때 우대할 수 있다.

③ 주무관청은 제2항에 따라 지정된 협상대상자와 총사업비 및 사용기간 등 사업시행의 조건 등이 포함된 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정한다. 이 경우 대통령령으로 정하는 일정요건에 해당하는 사업시행자 지정에 관한 사항은 사전에 심의위원회의 심의를 거쳐야 한다.

제24조(사회기반시설의 관리·운영)

민간투자사업으로 조성 또는 설치된 토지 및 사회기반시설은 실시협약에서 정하는 바에 따라 관리·운영되어야 한다.

제25조(시설사용 내용)

① 사업시행자는 제4조제1호 또는 제2호에 따른 방식으로 추진되는 사회기반시설을 실시협약에 명시된 공개경쟁과정을 거쳐 결정된 총민간사업비의 범위에서 해당 시설의 준공 후 일정기간 무상으로 사용·수익할 수 있다.

② 사업시행자는 제4조제3호에 따른 방식으로 추진되는 사회기반시설을 실시협약에 명시된 공개경쟁과정을 거쳐 결정된 총민간사업비의 범위에서 해당 시설의 준공 후 일정기간 소유·수익할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항의 무상 사용기간 및 소유·수익 기간의 산정 또는 총사업비의 변경에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

④ 사업시행자는 제1항 및 제2항에 따른 수익을 실현하기 위하여 해당 시설

을 타인으로 하여금 사용하게 할 수 있으며, 타인에게 사용하게 하였을 때에는 통행료, 임차료 등의 사용료를 징수할 수 있다. 이 경우 사용료 및 사용료 징수기간과 그 밖에 사용료에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

⑤ 제1항 및 제2항에도 불구하고 사업시행자가 실시협약에 명시된 공사기간을 단축하거나 사업비를 절감하여 공사를 완공한 경우에는 이를 이유로 사용기간 또는 사용료를 조정하지 아니할 수 있다.

제26조(사회기반시설의 관리운영권)

① 주무관청은 제4조제1호 또는 제2호에 따른 방식으로 사회기반시설사업을 시행한 사업시행자가 제22조에 따라 준공확인을 받은 경우에는 제25조제1항에 따라 무상으로 사용·수익할 수 있는 기간 동안 해당 시설을 유지·관리하고 시설사용자로부터 사용료를 징수할 수 있는 사회기반시설관리운영권(이하 "관리운영권"이라 한다)을 그 사업시행자에게 설정할 수 있다.

<민간투자법 시행령>

제18조의2(부대사업 이익의 사용)

주무관청은 법 제21조제14항에 따라 부대사업의 이익을 해당 사회기반시설사업의 총사업비, 적정 수익률, 무상 사용기간 또는 소유·수익 기간 등을 고려하여 기획재정부장관이 정하는 바에 따라 통행료·임차료 등 사용료의 인하, 제37조에 따른 재정지원의 절감 등에 사용하여야 하며, 그 구체적인 내용은 실시협약에 반영하여야 한다.

제22조(무상 사용기간 등)

① 법 제25조제1항 및 제2항에 따른 무상 사용기간 또는 소유·수익 기간은 총사업비의 범위에서 무상 사용기간 또는 소유·수익 기간 중의 운영수익, 부대사업을 통한 예상 순이익 및 제37조에 따른 재정지원 효과 등을 고려하여 산정한다.

② 사업시행자는 법 제25조제3항에 따라 실시협약에 명시된 총사업비를 다

음 각 호의 경우 외에는 변경할 수 없다.

제23조(사용료)

① 법 제25조제4항에 따른 사용료는 사회기반시설사업의 총사업비, 적정 수익률, 무상 사용기간 또는 소유·수익 기간 등을 고려하여 실시협약에서 정한다.

③ 제1항에 따라 정해진 사용료는 물가 변동이나 그 밖에 실시협약에서 정한 사유가 발생한 경우에 실시협약에서 정한 방법과 절차에 따라 조정할 수 있다.

위 조문들의 대표 격이라 할 법 제24조는, 사회기반시설은 실시협약에서 정하는 바에 따라 관리·운영토록 하고 있다. 이것은, 법 제2조에서 실시협약이 법에 따라 사업시행조건을 정하기 위해 체결되는 계약이라는 정의와 법 제13조 제3항과 합쳐서 보면, 민자사업 실행의 조건, 사업자 지정의 조건을 실시협약으로 정하라는 의미로 파악될 수 있다. 이는 실시협약이 사업인가 및 사업자지정이라는 행정처분의 세부 조건을 구체화하는 것으로서 그와 일체를 이루는 것이라는 해석의 근거가 된다.

또한 법 제25조와 시행령 제22조 및 23조에서는 민자사업의 구조가 민간사업비, 사용기간, 사용료수익률의 함수로 구성됨을 규정하고, 법 제7조와 8조의 위임을 받은 민간투자사업기본계획은 제11조에서 이를 공식으로 구체화하고 있는데 이는 민자사업의 핵심을 보여준다.¹⁸⁾ 이를 통해 민자사업 시행조건인 총민간사업비, 사용료, 사용기간(=사용료 징수기간)등을 위 시행령 조문들에서 보듯이 모두 실시협약으로 정하도록 위임하고 있음을 알 수 있다. 그러면서 실시협약으로 정해진 총사업비는 원칙적으로 변경할 수 없도록 하고 있다(시행령 제22조 제2항 이른바 ‘사전확정주의’). 법에서 정한 사항을 시행령에 위임하고 시행령은 이를 다시 실시협약으로 정하도록 위임함으로써 결국 실시협약이 법규를 보충하고 이를 구체화하는 역할을 하고 있는 것이다.

이는 행정처분에 해당하는 민자사업 인가(사업지정 및 사업자 지정)라는 강학(講學)상 특허를 내 줌에 있어서, 그 구체적인 조건을 사전에 확일적으로 정할 수

18) 이상훈·박경애, “민간투자사업의 MRG(최소운영수입보장)와 새로운 유형(투자위험분담형)의 분석 및 비교”, 「선진상사법률연구」(통권 제75호), 법무부(2016.7.), p.70~71.

없는 특수성을 감안하여, 이를 구체화하여 사업특성에 맞게 정할 수 있도록 실시협약에 위임한 것이라 보아야 할 것이다.

결론적으로 실시협약은 법의 위임을 받아 법의 일부로써 체결되는 것이며 행정처분의 조건과 내용을 구체화하고 보충함으로써 그와 일체를 이루는 것이라고 할 수 있다(일체설, 후술).

4. 헌법재판소 결정에 비추어 본 실시협약의 의의와 성격

위에서 살펴 본 필자의 분석은 다음에서 볼 헌법재판소의 판례를 통해서도 확인할 수 있다.

헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2004헌바64결정은, “민간투자법 규정들의 내용 및 형식과 투하된 민간자본의 회수라는 민간투자법의 입법목적에 유기적이고 종합적으로 고려하면 비록 민간투자법 제25조 제4항 후문이 사용료, 사용료징수기간 등에 관하여 그 내용의 규정을 대통령령에 위임하였다고 하여도 사업시행자가 징수할 사용료의 수준은 실시협약에 명시된 총사업비의 범위 내이며 사용료징수기간도 당해시설의 준공 후 일정기간 즉, 실시협약에 명시된 총사업비의 회수에 필요한 기간임을 충분히 예측할 수 있다.”는 이유로 민간투자법 제25조 제4항은 포괄위임금지원칙에 위반되지 않는다고 판시한 바 있다.

위 결정문에 언급하고 있듯이 시행령 제23조 제1항은 “법 제25조 제4항에 따른 사용료는 사회기반시설사업의 총사업비, 적정수익률, 무상 사용기간 또는 소유·수익 기간 등을 고려하여 실시협약에서 정한다”고 규정하여 법이 시행령에 위임한 것을 시행령은 다시 실시협약에서 정하도록 하고 있다. 이것이 포괄위임금지라는 주장에 대하여 헌법재판소는 포괄위임금지원칙에 위반되지 않는다는 합헌 결정을 내린 것이다. 이것은, 실시협약이 법령으로부터 위임받은 사항을 구체화함으로써 법 시행에 필요한 사항을 정하는 하위 법령에 준하는 것이라는 판단이 전제된 것이다. 만약 시행령의 위임에도 불구하고 실시협약이 그에 기속을 전혀 받지 않는 별개의 제도라고 보았다면, 법률이 시행령에 위임한 사항을 시행령이 자기 자신은 그에 관하여 정함이 없이 이를 실시협약에 그대로 넘겼음에도 이를 포괄위임금지라고 보지 아니한 것은 납득하기 어렵게 된다. 실시협약이 법령과 전혀 별개라면 실시협약은 실시협약일 뿐 법령의 위임 연쇄에서 고려할 대상이 아니므로 시행령까지만 보아야 하는데 시행령에서는 별달리 정한 것이 없기 때문이다. ‘실

시협약이 총민간사업비를 정해 줄 것이고 그 범위에서 모든 세부 조건이 정해질 것이라는 점이 예측가능하니 포괄위임이 아니'라는 논리는 뒤집어 보면 실시협약이 법률에서 정해진 테두리 범위 내에서 체결될 것이기 때문이라는 논지로서 실시협약을 거의 시행령 등 법령과 일체관계로 파악하고 있는 것이라고 이해해야 정당화가 가능한 논리 전개라고 할 것이다.

5. 실시협약의 성격 - 공법상 계약

이상에서 본 바와 같이 실시협약은 공법관계를 규율하고 있는 민간투자법에서 정한 민자사업을 구현하기 위한 구체적인 세부조건들을 정하는 법적인 도구(tool)이기 때문에 당연히 공법적 속성을 내포할 수밖에 없다. 바꾸어 표현한다면, 실시협약은 법, 그리고 행정처분의 일부를 구성하는 성격이기 때문에, 설령 그 체결방식이 계약이라는 형태를 띄고 있다라도 기본적으로 공법적인 성격을 가질 수밖에 없음은 당연한 것이다.¹⁹⁾

다음 서울고등법원 2004. 6. 24. 선고 2003누 6483 판결도 같은 취지라고 보아야 할 것이다.

“민간투자법 제18조 내지 제20조에 의하면, 사업시행자는 민자사업의 시행을 위하여 타인의 토지에 출입 등을 할 수 있고, 국·공유재산을 무상으로 사용할 수 있으며, 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있으므로 사업시행자 지정의 효력을 가진 실시협약의 체결을 단순한 사법적, 일반적 계약관계라고 할 수 없다.”

위 판례는 명시적으로 실시협약이 공법상 계약에 해당한다고 실시하고 있지는 않으나, 실시협약이 수용·사용 등이 부여되는 사업시행자 지정의 효력을 가지는 것을 근거로 실시협약 체결을 단순한 사법적 계약관계로 볼 수 없다고 판시하였는바, 이는 실시협약의 법적 성격을 공법상 계약으로 이해하는 취지라고 할 수 있다.²⁰⁾

대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다215526 판결 (한국형 헬기 개발사업 사건) 사안도,²¹⁾ 민·관사이에 기술개발협약을 체결하고 정부가 그 대가를 지급하기로 하는

19) KDI, 전제서, p.232, 공법상 계약이라는 점에 대해 학계와 실무의 견해는 일치되어 있다고 함.

20) 이 판결을 공법상 계약임을 판시한 취지로 이해하는 것이 일반적이다. 전항 각주 외에도 가령, 황창용, “민간투자사업 실시협약의 공법적 특수성”, 『법학연구 제25권 제3호(연세대학교 법학연구회 2015)』, p.69.

21) 한국형 헬기 개발사업(Korean Helicopter Program)에 개발 주관업자 중 하나로 참여하여 국가

계약이었는데, 기술에 대한 권리는 국가에 귀속시키되 공익목적으로(방위사업) 기술사용권을 개발업자에게 이전하여 사용하게 하는 관계이며 비용 증액에 국가의 승인이 필요하다는 점 등을 근거로 그 관계가 민사관계가 아닌 공법관계(행정소송의 대상)라고 판단하였다.

이 사안을 보면, 권리의 소유는 국가로 귀속시키되 그 권리의 사용권은 민간업자에게 이전하는 것이라는 점, 해당 권리가 방위산업기술에 관한 것이어서 공익성이 있다는 점, 권리의무의 내용 중 정부가 금전을 지급할 의무가 있다는 점 등에서 민자사업의 실시협약과 유사한 속성을 가지는 바, 이 관계가 공법관계라고 판단한 점은, 민자사업 실시협약의 성격을 파악하는데도 원용이 가능하다고 생각된다.

IV. 실시협약 해지와 공익처분의 관계 - 별개설과 일체설

1. 실시협약의 해지에 대하여 가능한 2가지 견해: 별개설과 일체설

산하 중앙행정기관인 방위사업청과 한국형헬기 민군겸용 핵심구성품 개발협약을 체결한 한국항공우주산업 주식회사가 협약 이행 과정에서 환율변동 및 물가상승 등 외부적 요인 때문에 협약 금액을 초과하는 비용이 발생하였다고 주장하며 국가를 상대로 초과비용 지급을 구하는 민사소송을 제기한 사안에서, “과학기술기본법 제11조, 구 국가연구개발사업의 관리 등에 관한 규정(2010. 8. 11. 대통령령 제22328호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘국가연구개발 사업규정’이라 한다) 제2조 제1호, 제7호, 제7조 제1항, 제10조, 제15조, 제20조, 항공우주산업개발 촉진법 제4조 제1항 제2호, 제2항, 제3항 등의 입법 취지와 규정 내용, 위 협약에서 국가는 회사에 ‘대가’를 지급한다고 규정하고 있으나 이는 국가연구개발사업규정에 근거하여 국가가 회사에 연구경비로 지급하는 출연금을 지칭하는 데 다름 아닌 점, 위 협약에 정한 협약금액은 정부의 연구개발비 출연금과 참여기업의 투자금 등으로 구성되는데 위 협약 특수조건에 의하여 참여기업이 물가상승 등을 이유로 국가에 협약금액의 증액을 내용으로 하는 협약변경을 구하는 것은 실질적으로는 KHP사업에 대한 정부출연금의 증액을 요구하는 것으로 이에 대하여는 국가의 승인을 얻도록 되어 있는 점, 위 협약은 정부와 민간이 공동으로 한국형헬기 민·군 겸용 핵심구성품을 개발하여 기술에 대한 권리는 방위사업이라는 점을 감안하여 국가에 귀속시키되 장차 기술사용권을 갑 회사에 이전하여 군용 헬기를 제작·납품하게 하거나 또는 민간 헬기의 독자적 생산기반을 확보하려는 데 있는 점, KHP사업의 참여기업인 회사로서도 민·군 겸용 핵심 구성품 개발사업에 참여하여 기술력을 확보함으로써 향후 군용 헬기 양산 또는 민간 헬기 생산에서 유리한 지위를 확보할 수 있게 된다는 점 등을 종합하면, 국가연구개발사업규정에 근거하여 국가 산하 중앙행정기관의 장과 참여기업이 체결한 위 협약의 법률관계는 공법관계에 해당하므로 이에 관한 분쟁은 행정소송으로 제기하여야 한다.”라고 판시함.

가. 개관

실시협약의 해지는 민간투자법에 의하여 부여된 사업자지정이라는 행정처분(특허)을 거두어들이는, 그에 기한 법률관계를 종결짓는 행위이다. 이러한 법률관계의 종결은 행정법관계에 기해 발하여진 행정처분을 다시 거두어들이는 실질이므로 마땅히 행정처분의 취소, 철회 등 행정처분에 기하여 이루어지는 것이 원칙적이고 당연하다. 실제로 그에 관하여 규정하고 있는 것이 법 제46조 내지 제47조의 공익처분이라고 볼 수 있다. 그럼에도 이러한 행정처분에 기한 종결과는 별도로, 실시협약 해지라는 계약법적인 수단을 마련해 둔 것의 법적인 의미와 성격을 무엇으로 보아야 하는지 문제된다.

이에 관하여는 이렇다 할 논의가 없음은 물론 이 문제를 쟁점으로 파악하는 시각 자체를 찾기 어려운 실정임은 모두(冒頭)에 언급한 바와 같다.

생각건대 이에 관하여는 두가지 상반된 관점을 상정해 볼 수 있다. 첫째는 실시협약 해지는 행정처분과는 전혀 별개의 제도라고 보는 관점(이하 “처분-협약 별개설” 또는 “별개설”이라고 이름 붙여 본다), 둘째는 일체관계, 즉 실시협약 해지는 공익처분이라는 행정처분(또는 그 밖에 법률에 정해진 종결관계)의 구체적인 조건과 집행절차를 정해 둔 것으로 양자는 일체관계 내지 흡수관계라고 보는 관점(이하 “처분-협약 일체설” 또는 “일체설”이라고 이름 붙여 본다) 이다. 이하에서는 이 두가지 관점의 구체적인 논리, 그리고 그 관점들을 밀고가면 어떠한 쟁점 파악(issue-spotting)이 가능해지며 그 각 쟁점에 대하여 어떠한 결론에 이르게 될지 전개해 본다.

나. 별개설의 논리

실시협약 해지에 관하여는 위와 같이 일체설의 입장을 취하는 견해는 찾기 어렵고, 해지에 관하여는 양자는 별개라는 시각의 별개설 관점만 제시되고 있는 상황이므로 별개설을 통설이라고 보아야 한다.²²⁾

22)가령 황창용, “민간투자사업 실시협약의 공법적 특수성”, 「법학연구 제25권 제3호(연세대학교 법학연구원 2015.9.)」, p.71~75는 실시협약의 공법상 계약으로서의 특수성을 인정하면서도 공익처분등 종결 처분과는 별개의 독립된 제도로 이해하면서, 다만 양자의 통일적인 규율이 필요하다는 취지인데, 일체설과 별개설의 쟁점 가능성 자체를 인식하고 있지는 않아 보인다. 이는 일체설의 필요성을 인정하면서도 일단 현행 제도의 해석론으로는 별개설의 관점에 입각한 파악이

별개설의 논거는, 협약의 체결에 관하여는 제13조 제3항의 법조항이 있으나, 해지에 관하여는 그러한 법조항이 없으므로 협약의 해지에 관하여는 법적 근거가 없는 상황이라는 점이 핵심이다.²³⁾ 관계를 종료하는 절차나 그로 인한 법률효과를 법률상의 근거가 없이 계약의 형태로 규정해 두었으니 이는 법과는 별개의 제도라고 보아야 한다. 공법상 계약이 법률에 근거하지 아니한 채 체결되는 것이 위법하거나 무효라면 별론, 그렇지 아니한 이상 이러한 내용을 담은 공법상 계약의 유효성을 부정할 수는 없는 것이고, 그렇다면 실시협약의 해지 관련 조항들은 법률과 별개로 독자적인 효력을 가진다고 보아야 한다. 그런데 공법상 계약은 반드시 법률에 근거하여야 한다는 법률유보의 원칙에 기속을 받는 것은 아니라는 것이 행정법학계의 통설이므로²⁴⁾ 이에 따르면 그 유효성은 인정된다고 할 것이고, 결국 그에 규정된 실시협약 해지에 관한 조항들은 모두 법상의 공익처분과는 별도의 독립한 제도로서의 의의와 효력을 가진다고 보아야 한다.

따라서 양자는 경합관계로서, 정부로서는 법률관계를 종결지으려면 법에서 정한 절차와 실시협약에서 규정한 요건과 절차를 둘 다 중첩적으로 준수해야 한다. 이는 반대로 사업시행자에게 선택권을 부여하는 것임을 의미할 수 있다. 실제로 실무상 실시협약의 해지조항들은 이를 전제로 성안(成案)되어 있다.

다. 일체설의 논리

전술한 바와 같이 실시협약을 법에 의한 세부조건을 구체적으로 규율하기 위한

라고 볼 수 있다; 한편, 김성수, 전제 논문 p.473~474도 명확하지는 않으나 별개설의 입장인 것으로 보인다(“외관적으로만 보면 실시협약의 체결과 동시에 사업자 지정이 이루어지는 것으로 보이지만 실시협약의 체결은 일종의 수단이며, 그 최종적인 목적은 역시 사업시행자를 지정하는 것이기 때문에 양자는 이론으로 구분되어야 한다. 다시 말하자면 실시협약은 협약 당사자인 협상대상자와 주무관청 간의 권리와 의무를 확정하는 것을 그 내용으로 하는 것이며, 주무관청이 우선협상대상자로 지정한 자 중에서 특정한 자를 사업시행자로 지정하는 행위는 이와 별도의 행정처분으로서 법리적으로 계약의 체결과는 구분되는 법률 행위인 것이다); 그 외에, 앞서 본 각주 10, 11, 12, 13도 참조. 반면, 공법상 계약을 법규구체화 내지 규범집행계약으로 설명하는 것은 일체설에 가까운 관점이라고 할 수 있을 것이다, 각주 17참조.

23) KDI, 전제서, p.7(실시협약 해지에 관하여는 법상 근거가 없다고 함). 다만 같은 책 p.6에서는 주무관청이 일방적 처분 또는 매수청구권 조항을 근거로 하여 실시협약을 소멸시킬 근거를 두고 있다고 함으로써, 앞뒤가 모순되는 듯한 면이 있다.

24) 홍정선, 전제서, p.362에 의하면, 공법상계약의 허용성을 인정하는 것이 오늘날 지배적인 견해라고 하며, 다만, 허용성을 인정하는 경우에도 법치행정의 원리와의 관계에서 법률의 근거 없이도 공법상계약이 가능한지에 대하여는 견해가 나뉜다고 한다. 이에 따르면 법률의 근거 없이 공법상 계약이 가능하다는 공법상 계약 자유설이 ‘통설’이라고 하긴 어려울 것이다.

일종의 법규 구체화를 위한 계약, 법집행 계약이라고 정의한다면, 실시협약의 체결은 사업시행자 지정이라는 법상의 행위를 집행하기 위한 세부사항을 정하는 계약으로서 행정처분 그 자체 또는 그와 일체를 이루는 세부사항 즉 그 구성부분이라고 보는 것이 합리적이다. 법 제13조 제3항은“실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정한다”고 규정함으로써 하나의 행위가 양자를 모두 충족한다는 의미로 기술하고 있는 것도 이와 같은 견지에 선 것이다.

이처럼 실시협약 체결에 관하여는 법 제13조 제3항의 존재로 인해 “실시협약 체결 = 사업자 지정이라는 행정처분”이라는 점에 관하여 비록 명시적인 판례는 없으나, 학설상으로는 이견이 없는 것으로 보인다.²⁵⁾

이처럼 “실시협약 체결 = 사업자 지정 처분”의 관계가 성립한다면, 역으로 “실시협약 해지 = 사업자 지정 처분 취소”의 관계가 성립한다고 봄이 체계상 타당하다. 이처럼 일체관계로 본다면, 공법상 계약이라 할 수 있는 실시협약에서 정한 해지사유나 효과는 법에 기한 관계 종결 절차 가령 법 제46조의 법령위반 처분, 제47조의 공익처분 또는 제59조의 매수청구권의 내용과 효과, 절차에 관하여 이를 구체화 해 둔 것이라고 보아야 한다. 법에서 민자사업의 핵심조건들을 실시협약에 위임하고 있는 점은 앞서 보았는데 해지에 관한 사항도 이러한 위임받은 범위에 속하는 사항이라고 보아야 한다. 가령 법과 시행령에서는 관리운영권의 내용(법 제24조), 시설물의 사용기간과 조건(법 제25조)에 관하여 실시협약으로 정하도록 위임하였는 바, 해지는 사업의 종료 조건과 절차에 관한 것으로서 관리운영권의 내용, 사용기간과 조건이라는 항목에 당연히 포함되는 사항이다. 이처럼 실시협약의 해지 관련 조항은 법에서 정해진 위임받은 사항을 구체화하는 수단이므로 법에서 정한 내용과 어긋나는 내용을 실시협약 해지 조항에 담아서서는 아니 되고, 실시협약 해지는 곧 공익처분 또는 매수청구권 행사 등을 포함하여 법이 정한 종결절차의 형태로 이루어져야 하는 등 양자는 일체관계로 파악되어야 한다. 이처럼 실시협약의 내용은 공익처분 등 법에서 정한 행정법관계의 종결절차를 법의 위임 내지 명령에 따라 상호간에 합의하여 미리 정해둔 세부적인 집행절차 내지 구체화 규정으로 이해되어야 하는 것이므로, 양자는 하나의 절차인 것이지 마치 민법상 청구권 경합처럼 별개의 병존하는 경합관계로 볼 것은 아니다.

25) 예컨대, 김대인, 전제논문, p.662, “민간투자법 제13조 제3항에서는 주무관청이 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정하는 것으로 보고 있기 때문에 실시협약의 체결행위는 ‘공법상 계약의 체결’의 성격과 함께 ‘사업시행자지정행위’라는 행정행위의 성격을 병유하는 것으로 보아야 한다.” 반면 이와 다른 관점으로는 각주 22에 소개된 김성수 전제논문 참조.

2. 별개설과 일체설의 구체적인 차이(논의 실익)

별개설과 일체설을 쟁점으로 파악하는 시각을 찾기 어려우나 사건으로는 이 문제는 공익처분 내지는 민자사업 종료와 관련한 민자사업 실무상의 주요 쟁점 모두를 관통하는 핵심 논점(이른바 “master issue”)이다. 필자의 생각에 이 논점이 미치는 영향 범위²⁶⁾와 그에 대한 각 관점의 결론을 밀고가면 다음과 같다.

	별개설	일체설
협약의 본질	· 양 당사자간의 민자사업상 권리의무를 정하기 위한 계약. · 법과는 별개인 계약(민사적 특성 강조)	· 민자사업이라는 것이 본래 정부의 사업. 실시협약은 이를 실행하기 위한 수단 · 민투법의 위임을 받아 세부적인 사항을 규율하기 위한 법 구체화 또는 법 집행 수단의 일종으로서의 공법상 계약(공법 원리 강조). · 법의 위임에 따라 정해지는 일체화된 일부.
협약과 행정 처분	· 협약과 행정처분은 별개 · 협약상 해지권 해지절차는 법상의 해지권 해지절차와 별개, 양자는 각각 별도로 병존	· 협약의 체결은 사업자지정 처분 · 협약의 해지는 취소·철회 처분 · 협약의 변경은 사업자지정 조건(사업인가 조건)의 변경
해지의 법적 근거	· 법상 근거 조항이 없음. · 근거 조항 마련이 바람직함. ²⁷⁾	· 구비되어 있음. 총론적으로 법 2조 6호의 정의조항, 13조 3항, 24조, 25조가 모두 근거조문들임. · 각론적으로, 정부측에서의 46조와 47조의 처분,²⁸⁾ 사업자 측에서의 59조의 매수청구권 조항 등이 협약 종료의 근거 조문들이며²⁹⁾, 이를 구현하기 위

26) 이는 완결적·폐쇄적인 것은 아니며 예시적 잠정적인 것으로 추후 보다 검토가 진행되고 심화되면, 쟁점 사유들이 더 추가되거나 삭제될 수 있을 것이다.

		한 것이 법 제7조 및 8조의 위임을 받아 기본계획에서 마련하여 둔 실시협약의 해지제도임.
협약상 해지권	· 협약상 해지권은 공익처분 등 취소처분과는 전혀 별개, 권리 경합관계	· 법상의 사업자지정 취소 처분의 실행행위로서 그 조건을 미리 합의하여 정해둔 것. · 양자는 일체이며 일종의 구체화 또는 집행계약 성격이므로, 권리 경합관계가 아님.
해지시 지급금	· 법에는 근거가 없음. · 기본계획에 의해 창안된, 법과는 별개의 제도 및 절차 · 법과는 별개의 제도이므로, 법에 의한 보상금액과, 해지시지급금을 비교하여 사업시행자가 선택할 수 있음.	· 사업자 지정 취소 상황에서 법에 근거하여 법을 구체화하기 위해 보상 여부 및 가액을 미리 정해 놓은 것임. · 즉 공익처분시 정당한 보상을 미리 협의하여 정하도록 한 것(법 제47조 제2항) 또는 59조의 매수청구권 가액, 또는 관리 운영의 조건을 협약으로 정하도록 한 24조와 25조, 재정지원에 관한 53조 ³⁰⁾ , 세부조건을 기본계획으로 정하도록 한 법 제7조 및 8조에 근거한 기본계획에 근거하여 미리 합의로 정해 놓은 것임. · 따라서 협약이 법에 위반되는 위법한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, “협약에 합의로 정해 놓은 것과 법에 의한 금액은 별개”라는 논리를 내세워 추가 금액을 청구하는 것은 원칙적으로 불가함.
협약상 해지절차	· 법과는 별개의 제도, 절차이므로, 법에 정한 것과 별개로 또는 그에 배치되더라도 당사자들이 합의	· 법을 구체화하고 집행하기 위한 것이므로 법에 위배되어서는 안 되며 그 위임 범위내에서 작성되어야 함. · 법을 구체화하고 사업시행자에게 어느

의 의 의 와 한계	하여 자세히 정할 수 있음. · 따라서 법과 다르더라도 위법이 아니며 계약상 효력(구속력)은 원칙적으로 그대로 유지됨. · 법을 구체화하기 위한 것이 아니라 그와는 별개이므로, 사업시행자는 상황에 따라 두가지 절차 중 자신에게 유리한 것을 선택하여 진행할 수 있음.	정도 편의를 제공하는 수준의 재량은 가능할 것이나, 법의 근본 취지를 벗어나는 조항은 법에 위배되어 위법하다고 보아야 함(사안별로 그 효력이 무효로서 부인될 여지도 배제할 수 없음). · 법을 구체화하기 위해 미리 합의해 놓은 것이므로 법과 협약을 별개로 보고 상황에 따라 양자 중 유리한 것을 골라 선택한다는 발상은 타당하지 않음.
파 산 관 재 인 에 의 한 해 지 가 능 성	협약은 행정처분과는 별개이고, 계약상의 제도이므로, 계약 일반원칙에 따라 도산법에 따라 파산관재인이 해지할 수 있음.³¹⁾³²⁾	· 원칙적으로 불가하다고 보아야 함. · 협약의 해지는 행정처분(취소처분)을 구체화하는 절차이므로, 해지여부의 의사결정은 행정청의 권한임. · 법원이 행정처분을 취소하는 등으로 공법관계를 종료시킬 수는 있으나 취소소송 또는 공법상 당사자소송 제도에 의하는 것이 원칙임. · 사업자 측에서 해지하는 경우에도 민투법의 일부라고 볼 수 있는 실시협약 범위 내(실시협약이 정한 절차)에서 이루어져야 하는 것이지, 파산관재인이 채권자들에 대한 채무변제를 지도 원리로 하는 도산법을 근거로 해지할 수는 없다고 보아야 함. · 요컨대, 도산법이 행정법에 우위에 있다고 볼 법체계적인 관점의 필요성이 있다면 그러한 점에 대한 “교통정리”가 선행된 뒤에 결론이 내려져야 하는

		것이지, 별개설처럼 ‘계약이기에 도산법 일반원칙에 따라 당연히 해지가능하다’고 볼 것은 아님. 그것은 도산법이 민투법이 정한 공법관계(그 일체인 실시협약 조항의 내용 포함)에 당연히 우위에 선다는 발상(=도산법원/민사법원이 행정법원의 역할을 대신할 수 있다는 발상)으로, 그 중간에 논리적인 공백이 있는 관점이라고 할 것임.
--	--	--

3. 검토: 일체설이 타당

법 제13조 제3항에서 협약체결로써 사업자지정 처분이 이루어진다고 보았다면, 협약의 해지는 사업자지정 취소 처분과 동일하게 보아야 균형이 맞다. 별개설에 의하면, 상위법에 따라 내려진 행정처분을 법상 근거 없이 계약으로 실효시킬 수 있다는 결론이 되는데, 법치행정의 법률유보³³⁾와 법률우위³⁴⁾의 원칙에 위배될 소지가 있다.

별개설은 실시협약이 마치 순수한 민사계약이라는 듯 법령상의 권한과의 청구

27) KDI, 전게서, p.233.

28) 김대인 전개논문, p.662는 제46조나 제47조에 의한 사업시행자 지정 취소는 실시협약 해지를 당연히 내포한 것으로 보아야 한다고 함.

29) KDI, 전게서, p.238.

30) 예컨대, 사업자귀책인데도 선순위차입금 상당은 전액 정부가 보장하는 해지시지급금 제도는 순전히 보상의 관점에서만 설명하긴 어려우며, 정부가 어느 정도 투자회수를 사전적으로 보장 약속을 제공함으로써 민자사업의 위험비용을 낮추어 투자를 유치하기 위한 재정지원의 성격도 가미되어 있다고 보아야 할 것이다.

31) KDI, 전게서, p.238.

32) 황창용, “파산절차상 미이행 쌍무계약으로서의 민간투자사업 실시협약”, 「성균관법학」 제29권 제3호(성균관대학교 법학연구원 2017.9.), p.594 이하는 민간투자사업 실시협약의 공적인 성격이 파산절차에서 고려될 필요성이 있다면서도, 실시협약은 미이행쌍무계약으로서 채무자회생 및 파산에 관한 법률에 따라 파산관재인이 해지 대상이라는 점을 별다른 의문 없이 당연한 것으로 결론내리고 있는바, 이는 기본적으로 별개설의 관점이라고 볼 여지가 있다.

33) 법률유보란 행정작용은 법률이나 법률의 위임에 의한 법규명령 등 법적 근거가 있어야 한다는 것을 말함, 이동식/전훈/김성배, 『행정법총론』, 준커뮤니케이션즈, 2017, p.33..

34) 법률 우위란 행정은 법에 위반되지 않아야 한다는 것으로, 행정은 법에 반하는 작용을 해서는 안 된다는 것을 말함, 상게서, p.38.

권 경합 등 민법 특히 계약법상의 일반원칙의 적용을 강조하는 경향이 있으나, 실시협약은 전술한 바와 같이 순수한 민사계약으로 보긴 어려우며 민자사업 인가와 관련된 권리의무관계는 특허권과 관련된 대(對) 정부 관계에서의 권리의무로서 공법상의 권리의무이며 따라서 실시협약의 주요 약정들은 공법상 계약이라고 보아야 한다. 또한 별개설은, 공법상 계약으로서의 성격을 인정하는 경우에도 이른바 공법상 계약 자유의 원칙 즉 공법상 계약이 반드시 법률에 근거가 있어야 하는 것은 아니며 그 내용은 자유로이 정할 수 있다는 논리를 주장하는 것으로 보이나, 공법상 계약이 반드시 법률의 근거가 있어야 하는 것은 아니라고 하더라도 법률우위 원칙상, 법에서 정한 법률관계 종료에 관한 법 조항들의 내용에 위배되는 내용을 담을 수는 없다고 보아야 할 것이다.³⁵⁾ 공익처분 등 법이 정한 종결에 관한 내용과 전혀 별개의 병존하는, 양자간에 경합관계가 인정되는 전혀 새로운 내용들을 담는다면, 그것은 공법관계의 종결에 관하여 법에서 정한 내용을 사실상 위반하거나 그것을 무의미하게 만들고 그와 별개의 내용을 새로 창설하는 것이 되므로 행정작용/처분 법정주의에 배치될 소지가 있다. 따라서 공법상 계약이 법률상 근거없이 체결될 수 있다는 법 논리가 법에서 정한 종결절차 가령 공익처분과는 전혀 별개의, 그와 상치될 수도 있는 2원적인 내용을 실시협약에 담아도 좋다는 논리의 근거가 될 순 없다고 보아야 한다.³⁶⁾

또한 행정처분으로 전개된 공법상 법률관계라면 그것을 거두어들이는 것 역시도 행정처분으로 마무리된다고 봄이 체계상 타당하다.³⁷⁾ 이를 공법상계약의 형태로 같음할 수 있다고 보는 경우에도 관련 내용을 완전히 새로이 창설할 수 있다는 의미가 아니라, 실시협약에 의한 해지조차도 애당초 법 또는 행정처분이 예정한 것이었다고 보아야 한다. 그 예정된 바에 따라 법정 절차를 구현하기 위한 수단적인 것, 그 위임받은 것을 실행하기 위한 도구적인 개념이라고 이해되어야지

35) 같은 취지로, 홍준형, 전게서, p.363: “---공법상 계약의 자유성은 인정되어야 할 것이다. 그러나 행정의 행위형식으로서 공법상 계약이 남용되면 법치행정의 원리와 충돌이나 공행정의 상업화를 가져올 우려가 있다는 점도 간과할 수 없다. 따라서 법률의 우위 원칙에서 오는 공법상 계약의 한계가 인정되지 않을 수 없다”

36) 홍준형, 전게서, p.363: “공법상 계약의 자유성이 인정된다 하여도 법치 행정의 원리와 관련하여 그 내용이 실정법에 위반해서는 안 된다는 제약이 가해진다. 또한 행정의 행위형식으로서 공법상 계약이 남용되는 것도 허용될 수 없다. 가령 기속행위의 경우 그 행위 형식에 관하여 공법상 계약이 금지되어 있지 않은 이상 행정주체는 행정행위 대신에 공법상 계약을 체결할 수 있으나, 법률이 이미 규정한 것을 함의할 수 밖에 없는 제약을 받는다.”

37) 홍준형, 전게서, p.364: “V. 공법상 계약의 특색(중략)---당사자의 합의에 의한 계약의 변경, 해지·해제가 가능함은 물론이나, 그 계약성립상 행정청의 인가나 보고를 필요로 하는 것인 경우에는 그 변경, 해지·해제를 위해서도 동일한 절차를 거쳐야 한다고 본다.”

그와 전혀 별개의 독립적인 제도로 이해해서는 곤란할 것이다. 공법상계약 자유라는 논리는 행정처분의 내용을 공법상 계약의 형태로 구현해도 괜찮다, 그 점에 관하여 반드시 법률상 명문의 근거가 있어야 하는 것은 아니며 그러한 근거가 없더라도 위법이 아니라는 정도의 의미로 이해되어야 할 것이다.³⁸⁾

상기와 같은 이유로 일체설이 타당하다고 본다. 일체설이 타당하다고 본다면, 민자사업 실무상 제기되는 각종 쟁점들에 관하여는 위 IV.2.항에서 제시한 일체설의 관점에 입각하여 접근하여야 할 것이다.

V. 결론

이상에서 민자사업 실시협약의 해지와 공익처분의 관계에 관하여 살펴보았다. 현재 이 문제에 관하여 사업자지정은 실시협약 체결로 이루어진다는 법 제13조 제3항에 근거하여 실시협약 체결을 사업자지정이라는 행정처분의 성격을 병유하는 것으로 보는 견해가 다수인 것으로 보이는 반면, 그 반대로 관계를 해소(unwind)하는 국면에서는 실시협약의 해지와 공익처분 등 행정처분에 의한 종결이 전혀 별개라고 보는 시각이 주를 이루는 것으로 보인다. 그러나 이는 비대칭적 파악으로 체계적 일관성이 결여되어 있다.

양자를 일체관계로 볼 것이냐 별개의 관계로 볼 것이냐는 근본적으로 실시협약의 존립 근거와 의의를 무엇으로 볼 것이냐와 연관된다. 즉 그것이 법으로부터 위임의 연쇄를 따라 법에서 존재의 의의와 사명을 부여받은 법규 구체화 내지 법집행을 위한 계약이라고 볼 것이냐, 아니면 그러한 존립근거 규정들은 무시 내지 그에 큰 의미를 부여하지 아니한 채 민법상 계약자유 원칙 또는 공법상 계약자유 원칙에 입각하여 창설·운용되는 그와 별개의 제도라고 볼 것이냐와 관련된다. 후자의 관점 그리고 그에 기반하고 있다고 생각되는 별개설은 실시협약이 어떻게 존립근거를 부여받았으며 왜 존재하는 것인지, 법률과 시행령에서 규정하고 있는 실시협약에 대한 그 수많은 위임 조항들의 존재와 의미를 어떻게 보아야

38) 홍준형, 전거서, p.363: “공법상 계약은 원칙적으로 법률의 강행규정에 위반하여서는 아니 된다. 공법상 계약의 본래적인 적용분야는 행정청에게 재량권이 부여된 경우이다. 이러한 재량권을 통해 부여된 차등적 행위에 대한 권한은 바로 시민과의 합의를 통해서도 실현될 수 있는 것이다. 그러나 이 경우에도 재량권의 법적 한계가 준수되어야 한다.”

할 것인지를 지나치게 경시하는 문제가 있다. 이는 민자사업의 공법적 성격, 즉 사업내용의 공공적 성격, 본래 정부의 사업인데 이를 특허 형태의 행정처분으로 양여(concession)해준 것이라는 공법적 처분의 성격을 충분히 음미하지 못한 해석론이다. 주로 민간 입장의 실무적인 관점에서 제기되는 논리임에도 반대편 당사자인 정부측에서 이에 대해 깊이 있는 연구나 논리 검토 없이 대응하는 듯한 모습은 바람직하지 않다. 민자사업 실시협약 당사자로서의 정부는 민간사계약 즉 국고(國庫)계약의 당사자로서의 정부가 아니라 예산과 세금을 집행하는 행정주체로서의 정부라는 점을 유의할 필요가 있다.

이 글은 이러한 점들에 대한 총론적·개괄적인 문제제기 성격의 글이다. 이러한 문제제기가 이 문제에 대한 관심과 보다 자세한 각론적·이론적인 후속 검토를 촉발하는 계기가 되기를 바라며 글을 맺는다.

(논문투고일 : 2018.11.30, 심사개시일 : 2018.11.30, 게재확정일 : 2018.12.20)



▶ 이 상 훈

민간투자사업, 민간투자법, 공익처분, 실시협약, 실시협약 해지

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- KDI(한국개발연구원), 『2015 민간투자사업의 실시협약 해지 및 해지시지급금에 관한 연구』
- 서순성·김기식, 『사회기반시설에 대한 민간투자법 이론과 실무해설』, 삼 일 인 포마인(2016)
- 이동식/전훈/김성배, 『행정법총론』, 준커뮤니케이션즈(2017)
- 홍성필/윤성철, 『민간투자사업분쟁관계법』, 도서출판 법과 교육(2014)
- 홍준형, 『행정법』 제2판, 법문사(2017)

II. 논문

- 김대인, “민간투자법상 실시협약의 효력-변경 및 해지가능성과 보상문제를 중심으로”, 유럽헌법연구 제17호(유럽헌법연구 2017)
- 김성수, “민간투자사업의 성격과 사업자선정의 법적 과제”, 「공법연구」 제36집 제4호(한국공법학회 2008.6)
- 이상훈, “민간투자법 제3조 제1항‘관계법률에 우선하여 적용’에 대한 해석”, 「일감법학」 제33호, 건국대학교 법학연구소(2016.2.)
- /박경애, “민간투자사업의 MRG(최소운영수입보장)와 새로운 유형 (투자위험분담형)의 분석 및 비교”, 「선진상사법률연구」(통권 제75호), 법무부(2016.7.)
- 최승필, “민간투자사업에 대한 법·제도적 검토”, 「외법논집」 34(1)(한 국 외 국 어대학교 법학연구소 2010.2)
- 황창용, “민간투자사업 실시협약의 공법적 특수성”, 「법학연구」 제25 권 제3호(연세대학교 법학연구원 2015.9.)
- , “파산절차상 미이행 쌍무계약으로서의 민간투자사업 실시협약”, 「성균관법학」 제29권 제3호(성균관대학교 법학연구원 2017.9.)
- 황호동/황학천/김길홍, 「사회기반시설에 대한 민간투자법에 따른 실시협약에 대한 이해」, BFL37호(서울대학교 금융법센터 2009)

Abstract

The Relationship between the termination by concession agreement and the termination by the administrative action in the PFI project

Lee, Sang Hoon

This article deals with the relationship between (1)the termination of the private finance initiative(PFI) or public-private partnership(PPP) project concession agreement and (2)the termination by the administrative action for public interest. It is a generally view that entering into the PFI concession agreement is itself a administrative action for giving the concession right for the project to the private party based on the Article 13 (3) of the Private Investment Act. However, on the contrary, when terminating the PFI, it appears that a general view is that the termination based on the concession agreement and the terminating administrative action are totally separate and distinct. However, this asymmetric view lacks systematic consistency, and is not feasible.

Whether the two should be regarded as a whole or a totally different relationship depends on how to view the nature of the concession agreement under the PFI Law. It will be the correct understanding that through the chain of delegation, the concession agreement is created as a tool for the PFI Law enforcement.



▶ **Lee, Sang Hoon**

PPP, PFI, Concession Agreement, termination by administrative action for public interest, termination for convenience

異時배당에 있어서 선순위 공동근저당권자의 우선변제권 범위

- 대상판결: 대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992 전원합의체 판결 -

김 지 응*

【목 차】

I. 사실관계와 소송의 경과	III. 대상판결에 대한 검토
1. 사실관계	1. 들어가며
2. 소송의 경과	2. 피담보채권의 확정 여부와 관련하여
II. 대법원 판결과 주요 쟁점에 대한 학계의 논의	3. 채권최고액 감액과 관련하여
1. 서론	IV. 근저당권으로 담보되는 피담보채무의 범위에 대한 검토
2. 기존 판례와 대상판결의 내용	1. 문제의 소재
3. 학계의 논의	2. 채권최고액 범위 내에서 보장되는 지연이자의 범위에 관한 논의
	3. 소결
	V. 결론

【국 문 요 약】

대법원은 최근 전원합의체 판결을 통해 공동근저당권자가 공동담보 목적 부동산 중 일부에 관하여 타인에 의한 경매 등이 개시되어 그 환가대금에서 다른 권리자에 우선하여 피담보채권의 일부에 대하여 배당 등을 받은 경우 공동담보 나머지 목적 부동산에 관하여 공동근저당권자로서 우선변제권을 행사할 수 있는 범위에 대해서, ‘① 피담보채권의 확정 여부와 상관없이, ② 최초의 채권최고액에서 우선변제 받은 금액을 공제한 나머지 채권최고액으로 제한되며, ③ 이러한 법리는 채권최고액을 넘는 피담보채권이 원금이 아니라 이자·지연손해금인 경우에도 마찬가지로 적용된다’고 선고한 바 있다(대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992판결).

* 금융위원회 금융정보분석원 사무관(변호사).

대법원은 판시의 주된 이유에 대해 이시배당의 경우에도 동시배당과 마찬가지로 공동근저당권자가 공동근저당 목적 부동산의 각 환가대금으로부터 채권최고액 만큼 반복하여 배당(소위 ‘누적적 배당’)을 받을 수 없다고 해석하는 것이 민법 제368조의 취지에 부합한다고 설시하였다.

대상판결의 결론(누적적 배당을 받을 수 없다고 해석한 것)은 채권최고액의 범위 내에서 공동근저당권의 권리가 행사될 것으로 신뢰한 물상보증인, 후순위 권리관계자 등 이해관계인과의 형평을 도모할 수 있다는 점에서 타당하다고 생각한다.

그러나 그러한 결론에 도달하는 과정에서 대상판결이 실시한 ① ‘피담보채권의 확정 여부와 상관없이’, ② ‘최초의 채권최고액에서 우선변제 받은 금액을 공제한 나머지 채권최고액으로 제한된다’는 취지의 이론 구성에 대해서는 검토가 필요하다. 먼저, 대상판결에서 강조하는 민법 제368조의 경우 이와 관련한 일본, 중화민국 등 해외 입법례는 피담보채권이 모두 동시에 확정됨(소위 ‘동시확정론’)을 전제로 공동근저당권에 제368조와 유사한 규정을 적용하고 있다는 점, 동시확정론을 취하지 않을 경우 동시배당과 이시배당에서 같은 결론을 도출하기 어려운 문제점이 발생할 수 있는 점을 고려할 필요가 있다. 나아가, 채권최고액에서 우선변제받은 금액을 공제하는 것 역시 민법 제368조 제2항의 대위권 행사에 있어서 대위 대상 권리보다 대위 행사 금액이 더 큰 결과가 초래될 수 있다는 점, 등기제도 상 공시와 실체가 불일치 할 수 있는 문제점이 발생할 수 있다.

이러한 점 등을 감안할 때 공동근저당권 피담보채권은 동시에 확정(소위 ‘동시확정론’)된다고 보아야 하며, 이러한 입장을 취할 경우 채권최고액을 감액하지 않더라도 이해관계인의 형평을 도모할 수 있다는 점에서 타당하다고 생각한다.

다만, ‘동시확정론’에 의하더라도 선행 경매 등의 절차에서 받은 배당액과 선행 경매 등으로 인한 환가절차 이후 잔존 원본채권으로부터 발생한 지연이자의 합이 채권최고액을 넘는 경우, 공동근저당권자가 채권최고액 이상의 배당액을 받게 되는 결과가 되어 이해관계인과의 형평을 침해하는 문제가 발생할 수 있다. 이러한 ‘동시확정론’의 문제점은 근저당권 확정 이후 1년 이내에 발생한 지연이자에 대해서만 채권최고액 범위 내에서 담보한다는 해석론을 취한다면 해소될 수 있을 것이다.

I. 사실관계¹⁾와 소송의 경과

1. 사실관계

가. 공동근저당의 설정 및 소유권 이전

피고는 2005년 6월 甲에 대한 채권²⁾을 담보하기 위하여, 각 물상보증인 乙, 丙 소유의 부동산 A, B, C³⁾에 관하여 1순위 공동근저당권설정등기(채권최고액은 71억5천만 원, 이하 ‘이 사건 공동근저당권’이라 한다)를 경료하였다.

같은 날 丁은 甲에 대한 채권을 담보하기 위하여 위 A, B, C 각 부동산에 관하여 2순위 공동근저당권설정등기(채권최고액 300억 원, 이하 ‘2순위 근저당권’이라 한다)를 경료하였다. 이후 2006년 12월 甲은 A 부동산에 관하여 매매를 원인으로 소유권이전등기를 경료하였다.

1) 아래의 사실관계를 도표로 나타내면 다음과 같다.

	일시 부동산	'05.6.13.	'06.12.28.	'08.5.16.	'08.5.26.	'10.6.15.
소유 권	A	乙	甲	甲	원고	원고
	B	丙	丙	丙	丙	丙
	C	丙	丙	丙	丙	丙
저당 권	A	1.피고 2.丁	1.피고 2.丁	말소	-	-
	B	1.피고 2.丁	1.피고 2.丁	1.피고 2.丁	1.피고 2.丁	1.피고 2.원고
	C	1.피고 2.丁	1.피고 2.丁	1.피고 2.丁	1.피고 2.丁	1.피고 2.원고

2) 피고(상고인, 은행)와 甲(주식회사) 사이에 체결한 여신거래약정에 따라 발생한 일반자금 대출거래 및 기업구매자금대출거래로 발생한 채권임.

3) 위 판결에서는 별지 제1목록 내지 제3목록 기재 부동산으로, 이하에서는 별지 제1목록 부동산을 A, 별지 제2목록 부동산을 B, 별지 제3목록 부동산을 C로 각 표시함.

나. 공동근저당 목적물 일부(A 부동산)에 대한 환가절차 등

법원은 2007년 9월 甲에 대한 회생절차 개시결정을 하였고, 회생절차에서 甲은 피고가 신고한 甲에 대한 채권⁴⁾ 중 일부인 약 42억 원⁵⁾을 회생담보채권으로 시인하였으며, 피고는 A 부동산에 대하여 1순위 근저당권자로서 약 41억 원을 수령⁶⁾하였다(丁이 후순위 근저당권자로서 배당받은 금액은 없었다).⁷⁾ 2008년 5월 16일 위 A부동산에 관한 피고와 丁의 각 근저당권설정등기는 말소되었다.

이후 2008년 5월 원고(피상고인)는 A 부동산에 관하여 甲으로부터 영업양수도를 원인으로 하여 소유권이전등기를 경료하였으며, 2010년 6월 원고는 B, C 부동산에 설정된 丁의 2순위 공동근저당권설정등기에 관하여 근저당권이전의 부기등기를 마쳤다.

다. 나머지 공동저당 목적물(B부동산)에 대한 환가절차

한국자산관리공사는 2011. 6. 20. B 부동산에 관한 공매를 시행하였고, 피고는 1순위 근저당권자로서 약 34억 원⁸⁾의 배당을 받았으며, 원고는 전혀 배당받지 못하였다.

2. 소송의 경과

가. 당사자의 주장

1) 원고의 주장

원고는 피고가 이 사건 공동근저당권의 채권최고액인 71억5천만 원을 초과한

4) 피고가 신고한 채권은 총 11,429,353,426원이었음.

5) 정확한 금액은 4,292,603,000원임.

6) 정확한 금액은 4,109,272,480원임.

7) 한편, 丁은 이 사건 회생절차에서 18,679,329,900원의 채권을 신고하였고, 이 사건 회생계획에 따라 甲이 보유한 중국 회사의 주식에 대한 1순위 질권자로서 4,377,508,894원을, 일반채권자로서 1,888,169,307원을 변제받았음.

8) 정확한 금액은 3,47,784,780원임.

금액을 배당(약 75억8천만 원)받았으므로, 피고는 초과배당금(약 4억3천만 원) 및 이에 대한 지연손해금을 부당이득으로 반환해야한다는 취지로 주장하였다.

2) 피고의 주장

이에 대하여 피고는 ① 자신이 A 부동산에 관하여 배당받은 것은 (근저당권자로서의 우선변제권 행사가 아닌) 채무자로부터 임의변제를 받은 경우⁹⁾와 동일하므로, 이후 B 부동산에 관한 공매절차에서는 우선변제액과 상관없이 채권최고액 범위 내에서 배당받을 수 있다고 주장하였다.

나아가, ② 설령 피고가 A 부동산에 관하여 배당받은 것을 (채무자의 임의변제가 아닌) 이 사건 공동근저당권의 우선변제권 행사로 보더라도, 배당 후 잔존 원본채권에 대한 지연이자¹⁰⁾가 다시 발생할 수 있고, 이 경우 근저당권의 피담보채권 중 지연이자¹¹⁾는 근저당권의 채권최고액의 한도 내에서는 그 전액이 담보되는 것이므로, 근저당권자가 배당받은 원본채권 및 지연이자의 합산액이 결과적으로 채권최고액을 초과하였다는 것만으로 부당이득이 될 수 없다고 주장하였다.

나. 이 사안의 주요 쟁점

이 사안의 쟁점은 공동근저당권자가 공동담보의 목적 부동산 중 일부에 관하여 타인에 의하여 경매·공매 또는 회생 절차 등(이하 ‘경매 등’이라 한다)이 개시된 경우, 그 환가대금 등으로부터 다른 권리자에 우선하여 피담보채권의 일부에 대하여 배당 또는 변제를 받았다면, ①공동근저당의 나머지 목적 부동산에 관한

9) 다수의 판례에 따르면, ‘채무자의 채무액이 근저당 채권최고액을 초과하는 경우에 채무자 겸 근저당권설정자가 그 채무의 일부인 채권최고액과 지연손해금 및 집행비용만을 변제하였다면 채권전액의 변제가 있을 때까지 근저당권의 효력은 잔존채무에 미치는 것이므로 위 채무일부의 변제로써 위 근저당권의 말소를 청구할 수 없다’고 판시하고 있다(대법원 1981. 11. 10. 선고 80다2712 판결 등 참조). 한편, 최근 대법원은 ‘채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산에 공동근저당권이 설정된 후 공동담보의 목적 부동산 중 채무자 소유 부동산을 임의환가하여 청산하는 경우 (...) 공동근저당권자는 그와 같이 변제받은 금액에 관하여는 더 이상 물상보증인 소유 부동산에 대한 경매 등의 환가절차에서 우선변제권을 행사할 수 없다고 보아야 할 것이다’고 판시한 바 있는데(대법원 2018.7.11. 선고 2017다292756 판결), 임의 변제로 받은 금액을 우선변제 받을 수 있는 금액에서 공제하지 않았던 그 동안의 다수 판례와 비교할 때 참고할 필요가 있다고 사료된다.

피담보채권도 확정된다고 볼 수 있는지, ②공동근저당권자로서 공동근저당의 나머지 목적 부동산에 대한 경매 등의 환가절차에서 다시 최초의 채권최고액 범위 내에서 공동근저당권자로서 우선변제권을 행사할 수 있는지(소위 ‘누적적 배당’의 문제) 이다.¹⁰⁾

다. 원심의 판단¹¹⁾

원심은 다음 두 가지 사항¹²⁾에 대해서 판단하였다.

① 피고의 우선변제권 행사 여부와 그로 인한 B, C 부동산에 관한 공동근저당권의 피담보채권 확정 여부

원심은 피고가 B 부동산에 관한 공매절차에서 행사할 수 있는 근저당권의 채권최고액의 범위가 줄어드는지 여부를 판단하기 위해서는, 공동근저당권이 설정된 부동산 중 일부 목적물에 대한 경매절차 개시로 공동근저당권이 설정된 나머지 목적물에 대한 피담보채권도 확정되는지에 대한 검토가 선행되어야 한다고 판시하였다.

나아가, A 부동산에 관한 이 사건 공동근저당권의 피담보채권은 甲에 관한 회생절차가 개시됨으로써 피담보채권이 확정되었다고 보면서, i) 공동근저당권자가 적극적으로 경매를 신청하였는지, 아니면 제3자의 경매신청에 소극적으로 참가하였는지 여부에 의하여 공동근저당권의 피담보채권의 범위가 달라진다면 물상보증인 등 제3자가 예측하지 못하는 손해를 입을 수 있고, ii) 甲에 대한 회생절차가 개시된 이상 甲의 신용상태에 관한 중대한 변경이 있는 경우에 해당하므로, B, C 부동산에 관한 이 사건 공동근저당권의 피담보채권도 모두 확정된다고 해석

10) 대상판결에서는 공동근저당권자가 채무자의 회생절차에서 회생담보권으로서 받은 우선변제를 채무자의 임의변제와 달리 공동근저당권자로서 우선변제권의 행사로 볼 것인가에 대한 것도 쟁점이 되었으나 본 논의에서는 위 쟁점을 중심으로 살펴보겠다.

11) 서울고등법원 2013. 2. 1. 선고 2012나33107 판결(대상판결의 하급심인 서울중앙지방법원 2012. 3. 29. 선고 2011가합112839 판결은 대상판결과 내용이 유사하여 생략한다).

12) 동 사안에서는 ‘회생절차에서의 회생담보권 행사가 우선변제권 행사에 해당하는지 여부’도 쟁점이 되었고 이에 대하여 “피고가 A 부동산에 관하여 우선변제를 받은 것은 우선변제권의 행사에 해당하고, 임의변제와 같은 성격으로 보기는 어렵다”고 판단하였다. 다만, 이 글에서의 주요 쟁점은 아닌 관계로 이하에서는 생략한다.

하는 것이 거래 당사자의 의사에 더 부합한다고 보았다.

② B 부동산에 관한 공매절차에서 선순위 근저당권자인 피고가 우선변제권을 행사할 수 있는 채권최고액의 범위

공동근저당권자가 선행 경매절차에서 배당받은 금액은 채권 최고액에서 공제되어야 하고 공제된 범위 내에서만 후행 공매절차에서 우선변제권을 행사할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다고 판시¹³⁾하였다.

II. 대법원 판결과 주요 쟁점에 대한 학계의 논의

1. 서론

우리나라의 부동산 담보거래에서는 보통의 저당권을 설정하는 방식보다 근저당권을 설정하는 방식이 자주 활용되고 있고,¹⁴⁾ 특히, 공동저당 형태의 근저당권은 금융권에서 담보로 많이 활용되고 있는 실정이다.

그러나 우리 민법은 공동근저당권과 관련하여 오직 근저당권에 대한 한 개의 조문(민법 제357조)과 공동저당에 대한 한 개의 조문(민법 제368조)만을 규정하고 있어¹⁵⁾ 민법 제357조, 제368조가 규정하지 아니한 나머지 사항에 대해서는 오로지 해석론에 맡겨져 있다.

이하에서는 대상판결의 내용과 그 의미, 그 동안의 대법원의 입장 등을 살펴보고, 대상판결의 결론 및 그 결론에 도달하기 위하여 실시한 이유가 공동저당의

13) 판시 이유는 후술하는 대상판결에서 실시한 이유와 유사하므로 생략한다.

14) 김상용, “근저당권의 입법방향에 관한 견해”, 한국감정원 부동산포커스 제104호 (2017.1), 47면.

15) 통설(김용담 편집대표, 주석 민법 물권법(4)(제4판), 한국사법행정학회 (2011), 286면 (김재형 집필); 고상룡, 물권법, 법문사 (2001), 712면, 김상용, 물권법(제3판), 화산미디어 (2016), 722면; 이영준, 물권법(전정신판) 박영사 (2009), 950면 등)과 판례(대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992 전원합의체 판결 등)는 민법에서 규정하고 있는 공동저당과 관련한 조문(제368조)이 공동근저당의 경우에도 적용된다고 보고 있다.

특성, 민법 제368조의 규정과 관련한 해외입법례 및 적용범위 등의 관점에서 타당한지를 살펴보고자 한다.

2. 기존 판례와 대상판결의 내용

가. 기존 판례의 입장

대상판결이 선고되기 전까지의 하급심을 포함한 기존 판례의 입장은 크게 두 가지로 구분할 수 있다. 주류적인 대법원의 판결¹⁶⁾은 공동근저당권의 일부 목적 부동산에 대하여 경매 등이 실행되는 경우, 공동담보의 나머지 목적 부동산에 대하여 공동근저당권자로서 행사할 수 있는 우선변제권의 범위는 피담보채권의 확정 여부와 관계없이 최초의 채권최고액에서 이미 우선 변제받은 금액을 공제한 나머지 채권최고액으로 제한된다는 것이었다.

반면, 일부 대법원 및 하급심 판결¹⁷⁾에서는 공동근저당권의 목적 부동산이 일부씩 나누어 순차로 경매 등이 실행되는 경우에 공동근저당권자가 선행 경매절차에서 배당받은 원본, 이자, 지연손해금의 합산액이 결과적으로 채권최고액을 초과하더라도 나머지 목적 부동산에 관한 경매 등의 환가절차에서 다시 우선변제권을 행사할 수 있다고 보았다.

나. 대상판결의 내용

1) 대법원의 판단

대법원은 기존의 주류적인 대법원 판결의 입장과 결론을 같이 하면서, 이와 다른 종전의 판결을 폐기하였다. 주요 판시사항은 다음과 같다.

16) 대법원 보도자료, “『공동근저당권의 일부 목적물에 대한 우선변제권 행사에 따른 나머지 목적물의 채권최고액 감액』 사건”, 대법원 공보관실 (2017. 12. 21.), 3면. 한편, 주류적인 판례와 결론은 같이 하면서도, 나머지 공동저당 목적물에 관한 피담보채권의 확정을 전제로 채권최고액 감액이 타당하다는 하급심 판결례도 있다(이 사건 원심 판결 등).

17) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008다72318 판결, 서울고등법원 2005. 1. 28. 선고 2004나40926 판결 등.

대법원은 원심과 달리, 피고의 A 부동산에 관한 우선변제권 행사로 인해 B, C 부동산에 관한 이 사건 공동근저당권의 피담보채권이 확정되는지에 대해서는 별도로 판단하지 않으면서¹⁸⁾, 공동근저당권자가 목적 부동산의 일부에 관하여 스스로 근저당권을 실행하거나 타인에 의하여 개시된 경매 등 절차에서 피담보채권의 일부를 우선 변제받은 경우에 공동담보의 나머지 목적 부동산에 대하여 공동근저당권자로서 행사할 수 있는 우선변제권의 범위는 ‘i) 피담보채권의 확정 여부와 상관없이, ii) 최초의 채권최고액에서 우선변제 받은 금액을 공제한 나머지 채권 최고액으로 제한된다’고 판시¹⁹⁾하였다.

나아가, 이러한 법리는 채권최고액을 넘는 피담보채권이 원금이 아니라 이자·지연손해금인 경우에도 마찬가지로 적용된다고 판시하였다(이하에서는 이러한 대 상관결의 입장을 ‘채권최고액 감액론’이라 한다).

2) 대상판결의 주요 이유

대법원은 위와 같이 판결을 설시한 이유에 대해 크게 두 가지를 제시하고 있다.

첫째는 민법 제368조의 취지 및 적용과 관련한 것이다. 민법 제368조는 공동근저당권의 경우에도 적용되는 바, 동시배당의 경우 공동근저당권자는 부동산 별로 각 환가대금에 비례한 액수로 배당을 받고(동조 제1항), 공동근저당권의 각 목적

18) 다만, ① 기존 대법원 판례는 근저당권자 자신이 근저당 목적물에 대하여 경매를 신청한 경우 경매 신청시에 피담보채권이 확정된다(대법원 1988. 10. 11. 선고 87다카 545 판결 등)고 보면서도, 후순위 저당권자 등 제3자가 신청한 경우에는 경락대금이 완납된 때 비로소 피담보채권이 확정되는 것(대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결)으로 보고 있어 두 경우를 다르게 보고 있는 점, ② 대상판결은 공동담보의 나머지 목적 부동산에 관한 피담보채권이 확정된다고 본 원심 판결에 대하여 “원심의 이 사건 제2부동산(본 글에서는 B)에 관한 이 사건 공동근저당권의 피담보채권 확정되는지의 여부는 위와 같은 원심의 결론에 영향이 없으므로 … 원심 판결을 파기할 사유가 되지 못한다”라고 판시한 점 등에 비추어 볼 때, 대상판결의 입장은 공동근저당권자 이외의 제3자가 공동저당 목적물 일부에 경매 등을 신청한 경우 나머지 공동근저당 목적물에 관한 피담보채권 역시 확정되지 않는다는 입장에 가까운 것으로 보인다. 이러한 점에서 원심과 대법원은 피고가 선행 경매절차에서 배당받은 금액은 공동근저당권자의 채권최고액에서 공제되어야 한다는 결론에 있어서는 같으나, 피담보채권 확정 여부에 있어서는 차이를 보인다.

19) 강조 및 밑줄은 필자가 표시한 것임.

부동산에 대하여 채권최고액만큼 반복하여, 이른바 누적적으로 배당받지 아니한다는 것이다. 그렇다면 이시배당의 경우에도 동시배당의 경우와 마찬가지로 공동근저당권자가 공동근저당권의 목적 부동산의 각 환가대금으로부터 채권최고액만큼 반복하여 배당(‘누적적 배당’)받을 수는 없다고 해석하는 것이 민법 제368조의 취지에 부합한다는 것이다.

나아가, 만일 공동근저당권자가 누적적 배당을 받게 된다면, 후순위 근저당권자에 의한 민법 제368조 제2항에 따른 대위권 행사가 불가능하게 되거나 대위의 범위가 축소될 수 있으며, 공동근저당권자가 의도적으로 이시배당을 선택할 우려가 있어 후순위 저당권자를 보호하려는 민법 제368조 제2항의 취지에 어긋난다는 것이다.

둘째, 물상보증인의 기대이익을 박탈한다는 것이다. 채무자 및 물상보증인 소유의 각 부동산에 공동근저당권이 설정된 경우 그 중 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 먼저 경매 등의 환가절차가 진행되고, 그 환가대금에서 공동근저당권자가 피담보채권의 일부에 대하여 배당받은 때에는 물상보증인은 배당받은 가액의 범위 내에서 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대하여 공동근저당권을 대위취득하게 된다. 그러나 만약 누적적 배당이 가능할 경우 이러한 물상보증인의 변제자대위가 불가능하게 되거나 대위의 범위가 축소되어 자신의 부동산을 담보로 제공한 물상보증인의 기대이익을 박탈하게 된다는 것이다.

3. 학계의 논의

위 쟁점에 대한 학설은 크게 감액을 긍정하는 견해와 감액을 부정하는 견해로 나뉘는 것으로 보인다.

먼저, 대상판결과 같이 채권최고액의 감액을 긍정하는 견해²⁰⁾는, 공동근저당에 있어서 이시배당으로 인한 일부변제의 경우 채권최고액이 감액되지 않아 근저당권자가 후행의 경매 등 절차에서 채권최고액 전부에 대하여 우선변제권을 다시

20) 김석우, “공동근저당권에 관한 소고 - 일본 개정민법과 관련하여”, 법조 25권 2호(1976. 2), 11면 이하; 양창수, “공동근저당권에 있어서 선행경매절차에서의 일부배당이 후행절차상의 우선변제권에 미치는 영향”, 아세아여성법학 제7호(2004. 9), 181면 이하; 이계정, “기획기사-[2017년 분야별 중요판례분석] 3. 민법 上”, 법률신문(2018. 3. 15.) 등.

행사할 수 있다면, 이는 한편으로 근저당권자에게 아무런 이유 없이 부당한 이익을 주고, 다른 한편으로 다른 일반 채권자 및 후순위 저당권자에게 근거 없는 불이익을 가하는 것이라고 보고 있다. 또한, 경매 등의 절차가 누구의 신청에 의하여 개시되었든 간에 근저당권자가 자기 채권의 만족을 얻은 것을 채무자로부터 임의변제를 받은 것과 동일하게 볼 수는 없다고 본다.²¹⁾

일본에서도 근저당권에 관한 민법 규정이 신설²²⁾되기 전의 다수설은 공동근저당권자가 선행 배당에서 일부의 만족을 얻었으면 그 후에 행하여진 저당목적물에 대한 경매절차로부터는 이미 배당받은 금액이 당연히 공제되어야 한다는 태도를 취하고 있었다.²³⁾

한편, 감액을 긍정하면서도, 피담보채권의 확정 문제와 연결지어 생각하는 것이 타당하다는 견해도 있다. 즉, 대상판결과 같이 공동근저당권 중 일부만이 확정되고, 일부는 확정되지 않는다는 이론 자체가 자연스럽지 못할 뿐 아니라, 민법 제368조 제2항과도 조화되지 않으므로²⁴⁾, 이러한 경우에는 일부 부동산에 관하여 확정사유가 생기면 다른 부동산에 관하여도 확정된다고 보아야 한다는 것이다.²⁵⁾

채권최고액의 감액을 부정하는 견해는 공동근저당의 목적물 중 일부가 공동근저당권자가 아닌 제3자의 신청에 의하여 경매 등이 이루어진 경우에는 공동근저당의 기본계약관계가 종료되지 않은 한, 경매 등이 이루어진 부동산상의 피담보

21) 양창수, 앞의 논문, 191면. 다만, 최근 대법원은 임의변제에 관하여도 대상판결에서 실시한 법리(임의변제받은 금액에 관하여는 공동담보의 나머지 목적 부동산에 대한 경매 등의 환가절차에서 다시 공동근저당권자로서 우선변제권을 행사할 수 없다)가 적용된다고 판시한 바 있다(상세내용은 각주 9) 참조).

22) 일본에서는 1971년 민법을 개정하여 근저당권과 관련한 규정을 개정한 바 있다(상세 내용은 III.1.나.에서 후술).

23) 香川保一, 新版擔保(基本金融法務講座3) (1964) 852면; 柚木馨 編集, 注釋民法(9) (1965) 283면 등.

24) 윤진수, “2006년도 주요 민법 관련 판례 회고”, 서울대학교 법학 제48권 제1호 (2007. 3), 418면 이하, 그 이유로 “예컨대, 앞선 절차에서 공동근저당권자가 채권최고액 전액을 배당받은 이상 더 이상 배당받을 것이 없다고 본다면 다른 부동산에 관하여는 공동근저당권이 아직 확정되지 않았다는 것이 별 의미가 없게 된다. 뿐만 아니라 민법 제368조 제2항 제2문은 ‘선순위 저당권자가 전항의 규정에 의하여 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서’라고 규정하고 있는데, 일부만이 확정된다면 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액이라는 것을 확정할 수 없다.”는 점을 들고 있다.

25) 윤진수, 앞의 글, 418면; 이준현, “공동근저당권자에 대한 일부 담보목적 부동산의 우선배당과 나머지 담보목적 부동산에 대한 효력”, 법조 727호 (2018.2), 679면.

채권만 확정된다고 보아야하며, 경매되지 않은 목적물에 대한 근저당권은 담보한도가 줄어들지 않은 채 이미 발생한 것은 물론 그 이후에 발생하는 것까지 담보하게 된다고 한다. 그 이유는 거래관계가 계속되는 이상 근저당관계를 유지시킬 필요가 있고, 공동근저당권자의 신청에 의한 경매 등 절차가 아니므로 채무자로부터 임의변제를 받은 것과 마찬가지로 보아도 무방하기 때문이라 한다.²⁶⁾

한편, 채권최고액을 감액할 법률상의 근거가 없으며, 채권최고액의 감액은 피담보채권이 확정·변제되어 채권최고액과 현실의 피담보채권액 간 차액이 있을 경우에 비로소 문제되는 바, 피담보채권이 확정되지 않은 나머지 근저당권의 채권최고액을 감액할 수는 없다고 하는 견해도 있다.²⁷⁾

Ⅲ. 대상판결에 대한 검토

1. 들어가며

대상판결이 선순위 공동근저당권자가 나머지 공동저당 목적물에 관하여 채권최고액을 초과하는 범위에 대해서는 누적적으로 배당을 받지 못한다고 판시한 결론은, 채권최고액의 범위 내에서 공동근저당권의 권리가 행사될 것으로 신뢰한 물상보증인, 후순위 권리관계자 등 이해관계인의 형평을 도모할 수 있다는 점에서 타당하다고 생각한다.

그러나 이하에서는 그러한 결론에 도달하는 과정에서 대상판결이 실시한 ① ‘피담보채권의 확정 여부와 상관없이’, ② ‘최초의 채권최고액에서 우선변제 받은 금액을 공제한 나머지 채권최고액으로 제한된다’는 취지의 이론 구성에 대해 검토해보고자 한다.

26) 박윤직 편집대표, 민법주해(VII), 박영사 (1992) 212~213면(조대현 집필); 김용담 편집대표, 앞의 책, 295~296면.

27) 김병두, “공동근저당에 있어서의 채권최고액의 감액”, 민사법학 제33호 (2006.9.), 157면.

2. 피담보채권 확정 여부와 관련하여

가. 민법 제368조의 취지에 부합하는지

대상판결은 민법 제368조가 이시배당의 경우에도 최종적인 배당의 결과를 동시배당의 경우와 동일하게 함으로써 공동저당권자의 실행 선택권 행사로 인하여 불이익을 입은 후순위 저당권자를 보호하는 데에 그 취지가 있다고 보면서도, 목적물에 대한 ‘피담보채권의 확정 여부와는 관계가 없이’ 채권최고액의 감액이 가능하다고 판시하고 있다.

그러나 피담보채권의 확정 여부와 관계없이 민법 제368조의 취지를 충족할 수 있는지에 대해서는 다음의 측면에서 살펴볼 필요가 있다.

먼저, 민법 제368조 제2항 제2문은 후순위 근저당권자의 대위에 대하여 “선순위 근저당권자가 전항의 규정에 의하여 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서”라고 규정하고 있다. 따라서 이시배당의 경우 위 한도를 산정하여 동시배당에서와 동일한 결론을 도출하기 위해서는 공동근저당 대상 각 부동산의 책임을 안분 부담할 금액을 산정할 필요가 있다. 그런데, 공동근저당의 경우 동시배당이든 이시배당이든 각 부동산의 경매 등 대가에서 안분 부담할 금액을 정함에 있어서는 안분의 전제가 되는 채권액이 특정되어 있을 것으로 하고, 따라서 근저당권의 행사를 위해서는 근저당권의 확정이 필요한 것이다.²⁸⁾

그러나, 대상판결과 같이 피담보채권이 확정되지 않은 상황에서 즉, 안분의 기초가 되는 피담보채권이 일정하지 않은 상황에서 동시배당과 이시배당이 같은 결론을 도출할 수 있을지는 의문이다. 일부만이 확정된다면 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액이 확정될 수 없기 때문이다.²⁹⁾

둘째로, 근저당권의 피담보채권이 확정되지 않는다면, 근저당권이 담보하는 원금 자체가 변할 수 있는데 이 경우 피담보채권이 줄어들기도 하고, 늘어나기도 할 것이다. 이에 따르면, 먼저 환가될 때 그 당시까지 발생한 피담보채권액이 소액이어서 선순위 공동근저당권자는 조금만 배당을 받고 나머지는 후순위권자가

28) 이우재, 부동산 및 채권집행에서의 배당의 제문제(제2판), 진원사 (2012), 1032면.

29) 윤진수, 앞의 글, 418면.

배당받았으나, 나머지 부동산의 환가 시 피담보채권이 증가하는 경우도 발생할 수 있는데, 이 경우 먼저 환가된 부동산에서 배당받은 후순위권자에게 배당받은 것을 반환하라고 할 수도 없는 상황이다.³⁰⁾

따라서 일부 공동근저당 목적물에 대하여 공동근저당권자의 피담보채권이 확정된 경우 나머지 부동산에 관한 피담보채권 역시 확정되었다고 보는 것이 민법 제368조의 취지에 비추어 타당하다고 생각한다(이하에서는 이러한 견해를 ‘동시 확정론’이라 한다).

나. 민법 제368조와 관련한 해외 입법례를 통해 본 피담보채권의 확정문제

특정의 채권을 담보하기 위한 ‘공동저당’에 관해 규정하고 있는 민법 제368조의 취지를, 불특정 채권의 담보를 위해 설정한 ‘공동근저당’에도 피담보채권의 확정을 전제함이 없이 그대로 적용할 수 있는지 검토해 볼 필요가 있다. 이 문제를 검토하기는 위하여 먼저 민법 제368조와 유사한 규정에 대한 외국 입법례를 살펴보고, 이를 참조할 필요가 있다. 민법 제368조는 독일, 구 만주국³¹⁾과 중화민국의 민법을 참조하여 제정한 것으로 보인데,³²⁾ 특히, 이들 국가의 입법례를 중심으로 살펴보려고 한다.

먼저, 독일은 우리 민법 제정 당시 ‘최고액저당(Höchstbetragshypothek)’의 개념을 인정하고 있었으나, 우리나라에서 공동 근저당권을 一物一權 주의에 따른 복수의 저당권으로 보는 것과는 달리, 단 한 개의 근저당권임을 명문화³³⁾하고 있다. 즉, 저당권이

30) 이우재, 앞의 책, 1022면.

31) 구 만주국 민법은 일본민법을 모범으로 하였지만 독일민법의 영향을 강하게 받은 민법전으로, 구 만주국 민법의 제정에는 일본의 민법학자 아치영(我妻榮, 1897~1973)의 주도로 법안이 작성되었으며, 1945년 일본이 패전하면서 그 효력이 상실되었다(김상용, 근저당권비교연구, 화산미디어 (2013), 3면). 구 만주국 민법은 일본 민법을 모범으로 하는 한편, 독일 민법의 영향을 강하게 받았다(김상용, “근저당권에 관한 비교법제사적 고찰”, 법조 669권(2012.6), 제229면, 각주6)}. 이하에서는 현존하지 않는 구 만주국 민법 대신 구 만주국 민법 제정에 많은 영향을 준 독일과 일본 민법을 중심으로 살펴보기로 한다.

32) 민법안심의를록 上卷 (민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회 편) (1957), 221면 (제정 민법 제368조는 중화민국민법 제875조와 구 만주국 민법 제354조를 참조하였다고 기재되어 있다).

33) 독일 민법 제1132조 제1항; Staudinger/Wolfsteiner, Kommentar zum Bürgerlichen

한 개인 것을 전제로 연대주의³⁴⁾ 또는 할당주의를 적용하게 되므로 최고액 저당권간의 연대 내지 법정의 구속에 관한 문제는 발생하지 않는다.³⁵⁾ 그 결과 어떠한 근저당에서 발생한 사유가 다른 근저당에 영향을 미치는지, 특히 이시배당에서 어떠한 근저당권의 피담보채권의 확정과 실행이 어떠한 영향을 미치는가와 같은 문제는 거론되고 있지 않다. 결론적으로 공동의 최고액저당에서의 피담보채권의 확정과 우선변제한도 문제는 단독으로 설정되어 있는 최고액저당의 경우와 다르지 않은 문제이다.³⁶⁾

한편, 일본³⁷⁾ 및 중화민국의 민법은 우리나라 민법 제정 이후 근저당권의 개념을 각국의 민법에 신설하면서, 근저당권을 포함한 공동근저당권에 적용되는 조문의 내용을 세분하여 규정하였다. 주목할 점은 일본과 중화민국 모두 공동근저당권에 관하여 우리나라 민법 제368조와 같은 규정을 적용하기 위해서는 ‘피담보채권의 확정을 전제’로 하고 있다는 것이다.

일본의 경우 1971년 민법개정을 통해 공동담보를 구성하는 각 근저당의 최고액을 합제한 금액에 대해 근저당권자가 우선변제권을 취득하는 누적적 공동근저당(일본 민법 제398조의 16, 18)과 목적물의 담보가치를 일괄하여 정한 최고액에 담보권자의 우선변제권이 존재하는 순수공동근저당권(일본 민법 제398조의 16, 18)을 구분하여 규정³⁸⁾하였다 (우리나라의 공동근저당권은 이중 순수공동근저당권과 유사하다고 할 수 있다). 나아가, 피담보채권의 확정에 있어서 하나의 부

Gesetzbuch mit Einföhrungsgegetz und Nebengesetzen, Sellier - de Gruyter (1996), §1132 Rn 2 참조, 김병두 앞의 글, 135면에서 재인용.

34) 공동저당에 있어서 연대성은 다음과 같이 설명된다. 공동저당을 이루는 복수의 저당권은 각각 피담보채권의 전부를 담보하고, 피담보채권의 각 부분은 복수의 저당권 전부에 의하여 담보되는 것으로, 공동저당권자는 복수의 저당권을 동시에 실행하거나 일부만을 골라서 실행할 수 있고, 일부만을 실행하는 경우에도 그 경매대가로부터 피담보채권의 전액을 변제받을 수 있으며, 일부분에 대하여 담보권을 실행함으로 인하여 채권의 변제를 받으면 그 부분에 대한 채권이 소멸되고 전부의 변제를 받으면 채권이 소멸됨으로, 담보권을 상실케 된다는 것이다. 그런데 공동근저당권에서는 후술하는 바와 같이 각 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에는 소멸에 있어서의 부종성이 완화되어 있으므로 그 연대성이 약화될 수 밖에 없다(김병두, 앞의 논문, 132면).

35) Staudinger/Wolfsteiner, 앞의 책, § 1190 Rn 참조, 김병두 앞의 글 135면에서 재인용.

36) 김병두, 앞의 글, 135면.

37) 위 각주36)에서 살펴본 바와 같이 구 만주국 민법은 1945년 효력을 상실하였으므로, 구 만주국 민법이 모범으로 하고 있는 일본 민법의 변화과정을 살펴보기로 한다.

38) 이중 누적적 근저당권이 원칙적 유형이나, 실제 금융거래에 있어서는 우리나라의 공동근저당에 해당하는 순수공동근저당을 보다 많이 이용하고 있다고 한다(양창수 교수, 앞의 글, 186면).

동산에 확정 사유가 발생하면 모든 부동산에 관하여 자동적으로 확정된다고 규정하고 있다(동법 제398조의17 제2항). 만약 하나의 근저당권의 피담보채권이 확정 되었음에도 불구하고 다른 근저당권의 피담보채권이 확정되지 않고, 이후 원본채권이 추가되는 경우에는 연대성이 파괴되는 바, 이를 방지하기 위하여 규정한 것이다.³⁹⁾ 결론적으로 일본 민법은 순수공동근저당에서 부동산에 발생한 피담보채권의 범위 및 채권최고액의 변경, 확정, 최고액감액청구 등의 사유에 절대적 효력을 인정하고 있다.⁴⁰⁾

이는 중화민국 민법 역시 마찬가지인데, 일본의 민법과 마찬가지로 중화민국의 민법에서는 “동일한 채권의 담보로 수개의 부동산에 근저당권을 설정한 경우에 그 담보된 원래의 채권이 그 중 하나의 부동산에만 확정사유가 발생한 때에 각각의 근저당권이 담보하는 원래의 채권은 모두 확정된다.”고 명시하고 있다.⁴¹⁾

이상의 점을 종합해보면, 우리나라 민법 제368조를 제정할 당시 입법적 참고가 된 중화민국 민법과 일본 민법(구 만주국 민법의 모범)은 공동근저당권의 경우에는 ‘피담보채권의 확정’을 전제로 우리나라 민법 제368조와 같은 규정을 적용하고 있다 점을 알 수 있다.

다. 공동근저당의 특수성에서 살펴본 피담보채권 확정 문제

공동근저당은 보통의 저당권과는 다른 ‘근저당권으로서의 특성’과 ‘공동근저당으로서의 특성’을 동시에 갖고 있다. 근저당권은 그 성립시에는 근저당권설정계약에 의해 채권최고액만 정해지고, 피담보채권의 구체적인 내용은 기본계약의 결산기의 도래, 근저당권의 존속기간 만료 등 일정한 사유가 발생한 때에 확정된다.⁴²⁾ 근저당권은 통상의 저당권과 달리 피담보채권의 부종성이 완화된다는데, 민법 제357조 제1항 후단이 “그 확정될 때까지의 채무의 소멸 또는 이전은 저당권에 영향을 미치지 아니한다”고 정하는 것도 부종성 완화의 표현이라고 할 수 있다.⁴³⁾

39) 김병두, 앞의 글, 137면.

40) 김병두, 앞의 글, 137~138면.

41) 중화민국 민법 제881조의10. 중화민국의 경우 실무상 근저당권이 이용되고 있었으나, 민법에 명문으로 규정된 것은 2007년이다.

42) 김용담 편집대표, 앞의 책, 285면.

43) 양창수, 앞의 글, 184면.

공동근저당의 경우 다음과 같은 주요 특성을 가진다. 첫째, 우리 민법에서는 독일이나 스위스⁴⁴⁾와는 달리 一物一權 주의에 따라 각각의 저당물마다 별개의 저당권이 성립한다. 즉, 공동근저당의 경우에도 一物一權 주의가 관철되고 있다. 각각의 저당권은 별개이므로, 저당권의 성립요건과 시기, 저당권설정계약상의 하자가 저당권에 미치는 영향 등은 공동으로 된 다른 저당권과 아무 관계가 없으며, 각각의 저당권은 그 피담보채권 전부를 독자적으로 담보한다.⁴⁵⁾

둘째, 공동근저당도 저당권인 이상 저당권 일반의 특성을 갖고 있다. 먼저, 담보권자는 그 피담보채권 전부를 변제받을 때까지 그 담보권을 행사할 수 있다는 불가분성의 원칙이 적용된다(민법 제370조, 제321조). 1개의 채무를 담보하기 위하여 여러 개의 부동산에 근저당권설정등기를 경료하였을 경우에는 근저당권 설정 당시 목적물의 일부가 존재하지 않거나 목적물이 될 수 없는 것이거나 또는 설정 후 일부가 멸실되었다 할지라도 나머지 근저당권 자체가 무효가 된다고 할 수 없고, 저당권의 불가분성에 의하여 저당권자는 나머지 저당목적물로부터 채권 전부의 변제를 받을 수 있다.

다만, 민법 제368조에 의하여 불가분성은 제한된다고 볼 수 있다. 즉, 동시배당의 경우에 저당권자는 어느 부동산의 경매대가로부터 얼마를 변제받을 것인지를 결정할 수 없고, 이시배당의 경우에는 다른 부동산에 대한 공동근저당권이 후순위 권리자에게 법률상 당연히 이전되므로, 저당권의 불가분성이 제한된다는 것이다.

또한, 피담보채권이 존재하지 않는다면 저당권이 존재할 수 없다는 부종성과 피담보채권의 이전에 따라 저당권도 이전하고 피담보채권상의 부담을 저당권도 부담한다는 수반성 역시 적용된다. 다만, 공동근저당권자가 일부 부동산의 경매대가로부터 피담보채권을 완제 받은 경우 그 부동산에 배당의 불이익을 입은 후순위저당권자가 있는 때에는, 공동근저당권자의 다른 부동산에 대한 저당권은 그 후순위저당권자가 대위하게 되므로 소멸하지 않는다.⁴⁶⁾

이상의 내용을 정리해보면, 공동근저당권은 각 부동산마다 성립되어 있는 여러 개의 저당권으로서 공동저당 및 근저당으로서의 특성을 동시에 가지고 있는데,

44) 독일(독일 민법 제1132조 제1항)과 스위스(스위스 민법 제798조 제1항)는 공동근저당을 1개의 저당권으로 규정하고 있다.

45) 김용담 편집대표, 앞의 책, 237~238면.

46) 김용담 편집대표, 앞의 책, 241~242면.

보통의 저당권처럼 피담보채권에 대한 완전한 변제로 모든 공동근저당권이 함께 소멸하는 부종성과 수반성이 적용되기 위해서는 민법 제357조 제1항을 고려할 때 근저당권 피담보채권의 확정이 전제되어야 공동근저당권의 특성에 부합할 것으로 생각한다.

라. 소결

민법 제368조의 취지, 해외 입법례, 공동근저당권의 특수성 등을 고려해 볼 때, 공동근저당권의 경우에는 동시확정론을 취할 경우 제368조의 취지를 살리면서 동 조항을 원활하게 적용할 수 있을 것으로 생각된다.⁴⁷⁾

3. 채권최고액 감액과 관련하여

가. 민법 제368조 제2항 적용의 문제

‘채권최고액 감액론’에 따를 때, 민법 제368조 제2항과 관련하여 두 가지 측면에서 생각해 볼 수 있다.

먼저, 대상판결은 만약 누적적 배당이 인정될 경우, 후순위 근저당권자의 민법 제368조 제2항에 따른 대위권 행사가 제한될 수 있다는 점을 채권최고액 감액론의 근거 중 하나로 들고 있다. 민법 제368조 제2항은 문언상 먼저 경매 등 ‘선행’ 환가절차가 진행된 부동산의 후순위 저당권자에게 인정되는 권리이다. 그런데, 이 사안과 같이 후행 환가절차가 진행된 부동산(B)의 후순위 저당권자에게도 동 조항에 따른 대위권 보호를 인정하려면, 적어도 해당 사안에 동 조항을 적용할 수 있고, A 부동산의 후순위 저당권자가 동 조항에 따라 대위권을 행사할 수 있었다는 것이 전제되어야 합리적인 것으로 생각된다.

그러나 기존 대법원 판례⁴⁸⁾에 따르면, 대상판결과 같은 사실관계는 애초에 민법 제368조 제2항이 적용될 수 있는 경우가 아니다. 즉, 판례는 대상판결에서의

47) 동시 확정이 필요하다는 견해로는 윤진수, 앞의 글, 제418면; 이우재, 앞의 책, 1025면; 김병두, 앞의 글, 156~157면 등이 있다.

48) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다25417 판결 등.

사실관계와 같이 채무자 소유와 물상보증인 소유의 부동산이 공동근저당 목적물인 경우 물상보증인의 변제자대위(민법 제481조, 제482조)를 후순위 저당권자의 민법 제368조 제2항에 따른 권리보다 우선한다고 보고 있다. 따라서, 대상판결의 사실관계에서는 민법 제368조 제2항에 따른 대위권의 제한 또는 침해 여부는 채권최고액 감액론을 전개하기 위하여 고려할 이유가 아니라고 생각된다.

민법 제368조 제2항이 적용될 수 있는 사안⁴⁹⁾이라고 가정하더라도, ‘채권최고액 감액론’에 따르면 다음과 같은 적용상의 문제점이 있을 수 있다. 민법 제368조 제2항 제2문은 ‘선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다’의 규정하고 있는 바, 위 조항에 의한 대위는 선순위자의 공동근저당권이 그 본래의 피담보채권이 수반되지 않은 채 후순위저당권자에게 이전되고, 그 이전된 저당권이 후순위저당권자의 기존 저당권상의 피담보채권을 담보한다고 해석되고 있다.⁵⁰⁾ 즉, 선순위 공동근저당의 우선변제권을 이용하여 후순위저당권자의 채무가 우선 변제되는 것이다.⁵¹⁾

그런데 ‘채권최고액 감액론’에 따르면, 대위의 대상인 공동담보의 나머지 목적 부동산에 관한 선순위 공동근저당권자의 우선변제권 범위를 최초의 채권최고액에서 우선변제 받은 금액을 공제한 나머지 채권최고액으로 제한하고 있는 바, 후순위 저당권자의 대위 범위가 대위 대상인 공동근저당의 우선변제 범위보다 큰 경우가 발생할 수 있다. 다음 사례⁵²⁾를 보면,

부동산	매각대금	순위 1번	순위 2번
A	350	공동근저당권자 甲 피담보채권액 400	저당권자 乙 200
B	150	공동근저당권자 甲 피담보채권액 400	저당권자 丙 100

(단위: 만원, 이하 단위 생략)

위와 같은 사례에서, A 부동산이 먼저 매각된 때에는 甲은 그 매각대금으로부

49) 제368조는 공동저당이 설정된 부동산들이 한 사람의 채무자 또는 물상보증인에게 귀속하는 경우에 한해서 적용된다(김형석, “공동저당의 실행과 이해관계의 조정”, 서울대학교 법학 제57권 제4호 (2016.12) 제94면).

50) 박윤직 대표집필, 앞의 책, 194면; 김용담 대표집필, 앞의 책, 274면.

51) 이우재, 앞의 책, 1076면. 이러한 점에서 저당권의 부종성에 대한 예외라고 할 수 있다.

52) 이우재, 앞의 책, 1077면에 기재된 사례를 인용.

터 350의 변제를 받고도 아직 50의 채권이 남아 있으므로 乙은 변제를 받을 수 없다. 만약 A, B 부동산이 동시에 매각되어 그 대금이 동시에 배당되었다면 甲은 A 부동산의 매각대금으로부터 280 [$400 \times 350 / (350 + 150)$], B 부동산의 매각대금으로부터 120 [$400 \times 150 / (350 + 150)$]을 각 변제받을 수 있었을 것이므로, 乙은 B부동산 위의 甲의 공동근저당권에 기하여 甲의 50의 잔액채권의 변제를 정지조건⁵³⁾으로 하여 대위를 할 수 있어야 한다. 따라서 후일 B 부동산이 150에 매각된 때에는 甲이 B 부동산의 분할부담액 120으로부터 위 잔액채권 50을 변제받고 그 나머지 70을 乙이 변제받게 되며, 丙은 150에서 120을 공제한 30을 변제받게 된다.

그런데 ‘채권최고액 감액론’에 따르면, 甲이 A 부동산으로부터 350을 변제받게 되는 경우 甲은 B 부동산에 대하여 50의 범위(채권최고액 400-변제받은 350)에서 우선변제권을 행사할 수 있는 바, 乙이 甲의 공동근저당권을 대위하여, 애초에 甲이 우선변제권을 행사할 수 있는 범위보다 더 큰 70을 변제받는 결과가 될 수 있다.

즉, 통설⁵⁴⁾은 근저당권의 채권최고액의 의미를 우선변제권의 한도라고 보고 있는 바, 이러한 우선변제권의 한도를 의미하는 채권최고액의 범위가 제한된다면, ‘우선변제권의 한도’(사안에서는 50)가 민법 제368조 제1항에서 규정한 후순위 저당권자의 대위 한도액인 ‘선순위저당권자가 전항의 규정에 의하여 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도’(사안에서는 120)보다 낮을 경우 대위의 대상 권리 보다 대위 행사액이 큰 결과가 나올 수 있다.

나. 등기제도의 관점에서 본 ‘채권최고액 감액론’

채권최고액은 근저당권이라는 물권의 한 내용으로서 등기사항에 해당한다(부동산등기법 제75조 제2항). 그런데, 대상판결의 사실관계와 같이 물상보증인이 담보를 제공한 경우 채권최고액의 의미에 대하여 판례⁵⁵⁾와 다수의 견해⁵⁶⁾는 우선변

53) 선순위 공동근저당권자가 일부의 부동산의 매각대금으로부터 그 채권의 일부만을 변제받은 경우에는 그 선순위의 공동근저당권자는 여전히 잔액채권에 관하여 매각되지 아니한 다른 부동산 위에 저당권을 보유하고 있으므로, 후순위저당권자의 대위권은 선순위의 공동근저당권자가 그 채권의 전부를 변제받을 것을 정지조건으로 하여 발생한다(이우재, 앞의 책, 1077면).

54) 박윤직·김재형, 물권법(제8판 보정), 박영사 (2015), 498면; 이영준, 앞의 책, 873면 등.

55) 대법원 1974. 12. 10. 선고 74다998 판결은 ‘채무자가 아닌 물상보증인이 채무를 대

제를 받을 수 있는 한도로 이해하고 있다.

따라서, 선순위 근저당권자의 후행 경매 등 목적물에 대한 우선변제권 행사의 범위가 제한된다는 것은 곧 근저당권에서 명시하고 있는 채권최고액이 감액된다는 것을 의미하고, 이는 곧 물권의 내용 자체가 변동됨을 의미한다. 나아가, 등기에 기재되는 채권최고액과 실제 근저당권자가 행사할 수 있는 우선변제권의 범위가 다르게 된다는 것을 의미한다.

현재, 부동산등기법령 및 관련 예규 등에 따르면, 후순위 근저당권자가 민법 제368조 제2항에 따른 대위를 위하여 다른 공동근저당 목적부동산에 부기등기를 할 경우 선순위 근저당권자가 변제받은 액수를 기재해야 한다는 규정⁵⁷⁾은 있으나, 선행 경매 등 절차에서의 배당으로 인하여 다른 공동근저당 목적물의 등기에 채권최고액을 변경해야 한다는 내용의 규정은 없는 것으로 보인다.

이 경우 채권자가 우선변제권을 행사할 수 있는 범위를 뜻하는 채권최고액은 물권의 한 내용으로서 부동산 등기부상 공시되어 있는데 채권자가 우선변제권을 행사할 수 있는 범위가 감소됨에도 불구하고, 부동산 등기부상 채권최고액에 변경이 없어 공시와 실체가 불일치하는 문제가 발생한다.⁵⁸⁾

이에 대해서는 선행 경매 등 목적물의 후순위 저당권자가 후행 경매 등 목적물에 대해서 공동근저당의 대위 등기를 신청하는 경우 ‘선순위 공동근저당권자가 변제받은 금액’을 부동산 등기부에 기재하도록 예규에서 규정하고 있으므로, 이를 통해 사실상 나머지 공동근저당 목적물에서 선순위 공동근저당권자가 우선 배당 받을 수 있는 한도가 부동산 등기부상 공시가 된다는 반론을 제기할 수 있다. 그러나 대위등기 절차는 필수적이지 않을 뿐 아니라⁵⁹⁾, 먼저 경매 등의 절차가 진

위변제할 경우에는 근저당권에 의하여 부담하는 채무액의 범위는 결산기에 이르러 확정되는 채권 중 근저당설정계약에 정하여진 채권최고액을 한도로 하는 것이고, 물상보증인은 최고액을 초과하는 부분에 해당되는 채권액까지 부담하는 것은 아니다’라고 판시하고 있음.

56) 박윤직·김재형, 앞의 책, 498면; 이영준, 앞의 책, 873면 등.

57) 공동근저당 대위등기에 관한 업무처리지침(등기예규 제1407호) 제3조.

58) 특히, 경매 등이 이미 진행된 공동근저당 일부 부동산에 후순위 저당권자가 없고, 그 경매 등 절차에서 선순위 공동근저당권자가 피담보채권액 상당수를 배당받은 경우, 나머지 공동근저당 목적물의 소유자는 해당 부동산의 담보가치를 제대로 활용하지 못하는 문제점이 발생할 수도 있다.

59) 후순위 저당권자의 대위권은 법률의 규정에 의한 저당권의 이전이기 때문에 별도의 등기 없이도 대위권의 효력이 발생하며, 대위의 등기 없이 저당권을 실행하려면 등기부등본과 배당조서 등에 의하여 대위의 대상인 저당권과 대위사실을 증명하여야 한

행된 공동근저당 부동산에 후순위 저당권자가 없는 경우, 대위 등기를 상정할 수도 없어 대위 등기를 통한 공시의 보완을 모든 경우에 기대하기는 어려운 상황이다.

또한, 대위등기가 경료되어 공동근저당권자가 변제받은 액수가 기재된다 하더라도 후순위 저당권자의 대위권 행사액이 대위 대상인 공동근저당권의 감액된 채권최고액보다 더 큰 경우⁶⁰⁾, 후순위 저당권자가 실제 선순위 저당권자가 행사할 수 있는 우선변제권보다 더 큰 금액에 대해 대위권을 행사할 수 있게 되는 결과가 초래될 수 있으므로, 감액된 채권최고액 범위만큼 우선변제권 행사가 된 것으로 믿고 공동근저당 목적물인 나머지 공동근저당목적 부동산과 관련한 거래를 한 제3자에게 피해를 줄 수도 있다.

나아가, 법원은 손해배상예정액 감액과 같이 당사자 간 채권적 문제도 명문의 규정(제398조 제2항)에 근거하여 감액하는 상황에서, 아무런 법률상 근거도 없이 물권의 권리 귀속 문제가 아닌 권리 내용 중 일부에 관한 문제인 채권최고액 감액을 할 수 있는지는 의문이다.

IV. 근저당권으로 담보되는 피담보채무의 범위에 대한 검토

1. 문제의 소재

그런데 ‘동시확정론’에 의하더라도 ‘채권최고액 감액론’을 취하지 아니할 경우 해결할 수 없는 문제가 있는데, 그것은 선행 경매 등의 환가절차에서 변제되지 않은 피담보채권의 잔존 원본채권에서 발생하는 지연이자에 대한 것이다. 즉, 일부 공동근저당 목적물에 대한 경매절차 개시로 각 공동근저당 목적물에 관한 피담보채권이 확정되더라도, 선행 경매 등 절차에서 받은 배당액과 선행 경매 등으로 인한 환가절차 이후 잔존 원본채권으로부터 발생한 지연이자의 합이 채권최고액을 넘는 경우 다수설⁶¹⁾ 및 실무상의 관행에 의하면 지연이자는 공동근저당권

다(김용담 편집대표, 앞의 책, 275면). 또한, 먼저 경매 등의 절차가 진행된 공동근저당 부동산에 후순위 저당권자가 없는 경우 대위 등기를 기대하기도 어렵다.

60) 예를 들면, III.3.가.에서 살펴본 사례와 같은 경우를 들 수 있다.

61) 학설의 상세 내용은 IV.2.에서 후술한다. 우리나라는 특정채권에 대해서도 저당권이

의 채권최고액 범위 내에서는 제한 없이 담보된다고 보기 때문에, 채권최고액 이상의 배당액을 공동근저당권자가 받게 되는 결과가 된다는 것이다.

특히, 주목할 필요가 있는 부분은 이번 사안을 포함하여 공동근저당권자가 채권최고액을 넘는 누적적 배당을 주장한 다수의 판례는 앞서 살펴 본 지연이자에 관한 것이었다는 점이다.⁶²⁾

대상판결의 사실관계에서 선행 경매 등의 절차가 개시된 사유인 ‘채무자의 회생절차 개시’ 뿐 아니라 채무자의 파산절차의 개시, 14일 이상의 이자 지급의 연체 등 채권자가 채무자의 변제를 기대하기 어려운 사정의 경우에는 법령에 기한 이익 상실 사유로 규정되어 있거나⁶³⁾ 혹은 채권자와 채무자 사이의 여신약정⁶⁴⁾에 의하여 기한이익의 상실 특약을 하는 경우가 보통이다. 즉, 공동근저당권자는 자신의 담보권을 실행할 정도로 채무자의 경제 상황이 악화되었다면, 여신약정 또는 법령에 의하여 기한이익 상실에 해당하는 사유가 발생했을 가능성이 크고, 이에 따라 채무자의 결산기 등이 도래하여 공동근저당권에 의하여 담보되는 채무가 확정되기 때문에 ‘동시확정론’을 취하지 않는 경우라 하더라도 실무상 나머지 공동저당 목적물에 관한 피담보채무는 확정되어 있는 경우가 보통인 것으로 보인다. 따라서, 실무상으로는 선행 환가절차 이후 잔존 피담보채권에서 발생하는 지연이자의 담보 범위 문제가 더 클 것으로 보이고, 이러한 문제는 ‘동시확정론’에 의해서도 해결할 수 없기 때문에 이해관계인의 이익을 조정하기 위해서는 채권최고액 범위 내에서 보장되는 지연이자의 범위에 대해서 검토해 볼 필요가 있다.

2. 채권최고액 범위 내에서 보장되는 지연이자의 범위에 관한 논의

이와 관련하여 학계에서는 견해가 대립되고 있다. 다수의 견해⁶⁵⁾는 지연이자나

아닌 근저당권을 설정하는 관행이 있는데, 이는 우선변제권이 인정되는 피담보채권으로 포함되는 지연이자의 범위가 보통의 저당권의 경우보다 넓게 인정되기 때문인 것으로 보인다.

62) 대상판결로 파기된 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008다72318 판결도 마찬가지로 지연이자와 관련된 사안이었다.

63) 예를 들면, 기한부채권의 경우 파산선고시에 변제기에 이른 것으로 보는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제425조가 있다.

64) 공정거래위원회, “은행여신거래기본약관(기업용)”(표준약관 제10005호), 제7조 참조.

65) 고상룡 앞의 책, 707면; 곽윤직·김재형 앞의 책 499면, 김증한·김학동, 물권법(제9판), 박영사(1997), 566면; 송덕수, 물권법(제3판), 박영사 (2017), 555면; 이영준, 앞의

지연배상도 원본과 마찬가지로 채권최고액에 포함된다고 보아야 하며, 채권최고액에 포함된다고 하는 이상 지연이자를 1년분에 한정할 필요는 없다고 본다.

이에 대하여 근저당권이 확정된 이후의 지연배상은 1년분에 한정된다고 보는 견해도 있다.⁶⁶⁾ 왜냐하면, 근저당권이 확정되기 전에는 개별 피담보채권이 이행기를 1년 이상 경과하여도 실행할 수 없으며, 근저당권이 확정되면 그때부터는 보통의 저당권으로 전환되기 때문이라고 한다.⁶⁷⁾

한편, 일본 민법의 경우에는 근저당권의 피담보채권 확정 후 근저당권설정자는 근저당권의 최고액을 현존하는 채무액과 이후 2년간 발생할 이자 그 밖의 정금 및 채무불이행에 의한 손해배상액을 더한 액으로 감액할 것을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.⁶⁸⁾

3. 소결

‘동시확정론’을 취했을 때 발생할 수 있는 문제점인 피담보채권 확정 이후 발생하는 지연이자 문제는 근저당권 확정 이후 발생한 지연이자에 대해서는 1년 범위 내에서만 담보한다는 해석론⁶⁹⁾을 취함으로써 해결 가능하다고 본다. 특히, 판례⁷⁰⁾가 근저당권의 피담보채권이 확정된 이후에는 보통의 저당권과 아무런 차이가 없는 것으로 보고 있는 이상, 이러한 해석론이 종래의 판례 태도에 비추어 무리가 되지는 않을 것으로 보인다.

V. 결론

대상판결은 전원합의체를 통해 선순위 공동근저당권자가 나머지 공동저당 목적물에 관하여 채권최고액을 초과하는 범위에 대해서는 누적적으로 배당을 받을

책, 942면 등.

66) 김상용, 물권법(제3판), 732면, 이은영, 물권법(제4판), 박영사 (2006), 841면 등.

67) 김상용, 앞의 책, 755면.

68) 일본 민법 제398조의21 제1항.

69) 이 경우에도 근저당권 확정 전에 변제기가 도래한 지연이자에 대해서는 그 전액에 관하여 우선변제 받을 수 있다.

70) 대법원 1962. 5. 10. 선고 62다138 판결 등.

수 없다는 입장을 분명히 함으로써, 다소간의 혼선이 있었던 대법원의 입장을 명확히 정리했다는 점에서 의의가 있다. 또한, 대상판결의 결론은 채권최고액의 범위 내에서 공동근저당권의 권리가 행사될 것으로 신뢰한 물상보증인, 후순위 권리관계자 등 이해관계인의 형평을 도모할 수 있다는 점에서 타당하다.

그러나 그러한 결론에 도달하는 과정에서 대상판결이 실시한 ① ‘피담보채권의 확정 여부와 상관없이’, ② ‘최초의 채권최고액에서 우선변제 받은 금액을 공제한 나머지 채권최고액으로 제한된다’는 취지의 이론을 취할 경우 앞에서 살펴본 바와 같이 동시배당과 이시배당에서 같은 결론을 도출하기 어려운 점, 등기제도 상 공시와 실재가 불일치하는 등의 문제점이 발생할 수 있다.

따라서, 이러한 발생가능한 문제점들을 해결하고, 민법 제368조와 관련한 해외 입법례 등을 감안할 때 공동근저당권자의 피담보채권이 확정된 경우 나머지 부동산에 관한 피담보채권 역시 확정한다고 보고, 이러한 소위 ‘동시확정론’을 통해 해결할 수 없는 지연이자에 대해서는 채권최고액 범위에서 우선변제권이 인정되는 지연이자의 범위를 한정하는 것으로 해결하는 것이 타당할 것으로 생각한다.

다만, 장기적으로는 일본, 중화민국과 같이 피담보채권이 동시에 확정되고, 채권최고액 범위에서 우선변제권이 인정되는 지연이자의 범위 역시 한정되도록 입법적 개선을 검토할 필요가 있다. 이에 관하여는 법무부에서 2004년 발의한 민법 일부 개정 법률안⁷¹⁾과 법무부 민법개정위원회에서 2013년 발표한 민법 개정시안을 참고할 만 하다⁷²⁾.

71) 국회의 임기만료로 폐기되었다.

72) 각 안(案)에서는 피담보채권의 확정 사유를 열거하여, 근저당권에서 피담보채권이 확정되는 경우를 입법적으로 명확히 하고자 하였다. 특히, 담보할 원본이 더 이상 발생하지 아니하게 된 때는 근저당권이 담보할 피담보채권이 확정(2004년 법률 개정안 제357조의11 제1호)되도록 하는 한편, 근저당권설정자도 일정한 요건 하에 피담보채권의 확정청구를 할 수 있도록 규정하여 근저당권자와 이해관계자 간 권리의 형평을 도모하고자 한 것으로 보인다(2013년 개정시안 제357조의8 제1항).

[2004년 법률 개정안] 제357조의11(원본의 확정사유) ① 근저당권이 담보할 원본은 다음 각호의 경우에 확정된다.

1. 담보할 원본이 더 이상 발생하지 아니하게 된 때
2. 근저당권자가 저당부동산에 대하여 경매 또는 제370조의 규정에 의하여 준용되는 제342조의 규정에 의한 압류를 신청한 때. 그러나 경매절차의 개시 또는 압류가 있는 때에 한한다.
3. 근저당권자가 저당부동산에 대하여 채납처분으로 인한 압류를 한 때
4. 근저당권자가 저당부동산에 대한 경매절차의 개시 또는 채납처분으로 인한 압류가 있었음을 안 날부터 2주가 경과한 때

(논문투고일 : 2018.11.13, 심사개시일 : 2018.11.16, 게재확정일 : 2018.12.20)



▶ 김 지 용

공동근저당, 우선변제권, 민법 제368조, 채권최고액, 피담보채권

5. 채무자 또는 근저당권설정자가 파산선고 또는 회사정리절차의 개시결정을 받은 때
- ② 제1항제4호의 경매절차의 개시 또는 압류나 제5호의 파산선고 또는 회사정리 절차의 개시결정이 그 효력을 잃은 때에는 담보할 원본은 확정되지 아니한 것으로 본다. 그러나 원본이 확정된 것으로 하여 그 근저당권을 취득한 자가 있는 때에는 그러하지 아니하다.
- [2013년 개정시안] 제357조의8(피담보채권의 확정청구)** ① 근저당권설정자는 근저당권을 설정한 날부터 3년이 경과한 때에는 피담보채권의 확정을 청구할 수 있다. 이 경우에 피담보채권은 그 청구시부터 2주가 경과함으로써 확정된다.
- ② 근저당권자는 언제든지 피담보채권의 확정을 청구할 수 있다.
- ③ 제1항의 확정청구권은 미리 포기하지 못한다.
- ④ 제1항, 제2항에서 정한 피담보채권의 확정시기를 약정한 경우에는 적용하지 아니한다.

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

- 고상용, 물권법, 법문사, 2002.
- 곽윤직 편집대표, 민법주해 [VII], 박영사, 1992.
- 곽윤직·김재형, 물권법(제8판보정), 박영사, 2015.
- 김병두, “공동근저당에 있어서의 채권최고액의 감액”, 민사법학 제33호, 2006.9.
- 김상용, 물권법(제3판), 화산미디어, 2016.
- _____, 근저당권비교연구, 화산미디어, 2013.
- _____, “근저당권에 관한 비교법제사적 고찰”, 법조, 제669권, 2012.6.
- _____, “근저당권의 입법방향에 관한 견해”, 한국감정원 부동산포커스 제104호, 2017.1.
- 김상진·김동욱, 공동근저당권자의 경매배당에 관한 연구, 토지법학, 제28권 제2호, 2012.12.
- 김석우, “공동근저당에 관한 소고”, 법조, 제25권 제2호, 1976.
- 김승래, 공동저당권의 공시방법으로서 등기와 후순위저당권자의 대위등기, 법학연구, 제17권 제2호, 2017.
- 김용담 편집대표, 주식 민법 물권(4)(제4판), 한국사법행정학회, 2011.
- 김증한·김학동, 물권법(제9판), 박영사, 1997.
- 김형석, “민법 제368조에 대한 단상”, 서울대학교 법학, 제51권 제1호, 2010.
- _____, “공동저당의 실행과 이해관계의 조정”, 서울대학교 법학, 제57권 제4호, 2016.
- 법무부, 민법(재산편) 개정자료집, 2004.
- _____, 2013년 법무부 민법개정시안, 2013.
- _____, 일본민법전, 2011.
- _____, 대만민법전, 2012.
- 법원행정처, 법원실무제요 민사집행 II, 2014.
- 송덕수, 물권법(제3판), 박영사, 2017.
- 양창수, 독일민법전, 2018.
- _____, “공동근저당권에 있어서 선행경매절차에서의 일부배당이 후행절차상의

- 우선변제권에 미치는 영향”, 아세아여성법학 제7호, 2004.
- _____, “공동근저당권에서 채권최고액의 의미”, 고시계 제49권 제10호, 2004.
- 오시정, “근저당권의 이론과 실무”(전정4판), 한국금융연수원, 2017.
- _____, “선순위 공동저당 부동산상의 후순위 권리자 보호”, 경영법무, 제136호, 2008.
- 윤진수, “2006년도 주요 민법 관련 판례 회고”, 서울대학교 법학 제48권 제1호, 2007.
- 이계정, “기획기사-[2017년 분야별 중요판례분석] 3. 민법 上”, 법률신문 2018.
- 이영준, 물권법(전정신판), 박영사, 2009.
- 이우재, 부동산 및 채권집행에서의 배당의 제문제(제2판), 진원사, 2012.
- 이은영, 물권법(제4판), 박영사, 2006.
- 이준현, “공동근저당권자에 대한 일부 담보목적 부동산의 우선배당과 나머지 담보목적 부동산에 대한 효력”, 법조 727호, 2018.

II. 외국문헌

- 香川保一, 新版擔保(基本金融法務講座3), 1964.
- 柚木馨 編集, 注釋民法(9), 1965.
- 我妻榮, 新訂 擔保物權法, 岩波書店, 1968.
- Staudinger-Wolfsteiner, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Sellier - de Gruyter, 1996.

Abstract

The extent to which a joint collateral mortgagee can exercise his preferential right of satisfaction for the remaining jointly mortgaged immovables

Kim, Jee Woong

A recent en banc decision of the Supreme Court of Korea on the extent to which a joint collateral mortgagee can exercise his preferential right of satisfaction for the remaining jointly mortgaged immovables in case the mortgagee obtains satisfaction of part of his mortgage-secured claim in preference to other right holders from the realization price from an auction of some jointly mortgaged immovables requested by a third party states that ① regardless of whether the mortgage-secured claim is determined or not, ② the amount is limited to the remaining maximum pledge amount after deducting the preferentially satisfied amount of his claim from the initial maximum pledge amount, and ③ these legal principles apply also to the cases in which the mortgage-secured claim in excess of the maximum pledge amount is not the principal but the interest or loss incurred by delay (2013Da16992 dated Dec. 21, 2017).

The Supreme Court noted, as a primary reason of the judgment, that it is consistent with the intent of Civil Act Art. 368 to interpret that the joint collateral mortgage should not receive dividends repeatedly from each of the realization prices of the immovables up to the maximum pledge amount (so-called "cumulative satisfaction") for the cases of simultaneous dividend payout as well non-simultaneous dividend payout.

The conclusion of the above judgment is reasonable in that it can promote equity with persons concerned, including persons who pledged their property to secure

another's obligation and subordinated creditors, who trusted that the right to a joint collateral mortgage will be exercised within the extent of the maximum pledge amount .

However, in the process of reaching such conclusion, the theory building therein to the effect that "① regardless of whether the mortgage-secured claim is determined or not" and "② the amount is limited to the remaining maximum pledge amount after deducting the preferentially satisfied amount of his claim from the initial maximum pledge amount" do not correspond to the intent of Civil Act Art. 368 considering the origin of the legislation of the provision. This matter deserves another look from the perspective of the application of Civil Act Art. 368(2) and the registration system.

If the nature of joint collateral mortgages and the above decision were to follow the legislative origin of Civil Act Art. 368 on joint mortgage, which has been noted as a major ground for the said decision, it would be reasonable to reach a conclusion different from the above judgment that once the mortgage-secured claim of the joint collateral mortgagee is determined for some jointly mortgaged objects, the mortgage-secured claim for the remaining immovables is determined as well (so-called "concurrent determination theory"). In particular, the Japanese and Taiwanese Civil Acts, which served as the matrix of Civil Act Art. 368, have been amended to apply the provision similar to the effect of Korea's Civil Act Art. 368 on the premise that mortgage-secured claim concerning the remaining immovables is determined.

However, even based on the concurrent determination theory, if the sum of the satisfactions received from the procedures, such as a preceding auction, and the interest for arrears incurred from the remaining original claim after the realization process through a preceding auction exceeds the maximum pledge amount, the a joint collateral mortgagee would end up receiving the amount of satisfaction higher than the maximum pledge amount, infringing the fairness with any persons concerned. This problem, however, may be addressed when we accept the interpretation that only the interest for arrears incurred within one year from the determination of the mortgage will be secured within the scope of the maximum pledge amount.



▶ **Kim, Jee Woong**

Joint collateral mortgage/ Preferential right of satisfaction/ Civil Act Art.
368/ Maximum pledge amount/ Mortgage-secured claim

부모의 징계권과 아동학대

-친권남용 및 친권제한과 관련하여-

안 영 하*

【목 차】

- | | |
|--|--|
| I. 서론 | |
| II. 가정 내 아동학대 실태와 아동학대에 대한 개념 | IV. 친권감독인 및 자녀복리를 위한 필요한 처분 제도 신설에 대한 검토 |
| III. 아동학대 등과 관련된 친권 상실 등 친권제한 관련 현행 규정 | V. 결론 |

【국 문 요 약】

친권이란 子의 양육과 재산에 관한 사항을 포괄하는 것이다. 이러한 친권은 부모의 자녀에 대한 지배권이 아니라, 자녀의 복리실현을 위하여 부모에게 부과된 의무인 동시에 권리(의무권)로 인식되고 있으며, 또한 친권은 子의 건강한 성장과 재산의 보전을 위하여 인정된 것이므로, 친권자인 부모는 그러한 목적의 범위 내에서 친권을 행사하여야만 한다. 민법 제915조는 “친권자는 그 자를 보호 또는 교양하기 위하여 필요한 징계를 할 수 있고 법원의 허가를 얻어 감화 또는 교정기관에 위탁할 수 있다.”고 하여 친권자에게는 명문으로 징계권을 인정하고 있다.

이 부분에서 근본적인 의문이 발생한다. 친권자의 징계권은 어느 수준까지 인정할 수 있을 것인가? 또한 예컨대 자녀의 교육에 대하여 엄한 징계와 체벌이 필요하다는 양육관(혹은 교육관)을 가진 부모에 의하여 징계권의 남용이 이루어진 경우에, 과연 현행 친권제한제도가 아동복리를 증진시킬 수 있는 바람직하고 올바른 방향으로 작동할 수 있을까 하는 의문도 있다. 이러한 의문을 해결하기 위하여 본 연구에서는 우선 오늘날 가정 내에서 발생하고 있는 아동학대의 모습을

* 법학박사, 국립목포대학교 법학과 교수.

살펴보고, 아동학대와 징계권의 경계에 대하여 검토한 후, 이를 토대로 하여 아동학대가 있는 경우에 친권상실 등을 통하여 부모로부터 아동을 분리하여 보호하도록 하고 있는 현행 민법 및 관련 특별법들을 검토하여 보았다. 이러한 검토를 바탕으로 설령 아동학대가 있다고 하더라도 친권자인 부모에게 계속해서 친권을 인정하는 것이 아동의 복리에 타당하다고 판단될 경우, 아동의 보호와 건강한 성장을 추구할 수 있는 개선방안으로서 친권감독인제도의 신설 및 자녀복리를 위한 필요한 처분 제도 신설에 대하여 검토하였다.

I. 서론

친권이란 子의 양육과 재산에 관한 사항을 포괄하는 것으로, 친권의 효력으로서 子의 양육과 관련된 사항은 보호·교양의 권리의무(민법 제913조) 및 여기서 파생되는 거소지정권(제914조), 징계권(제915조), 子의 인도청구권 등이 있고, 子의 재산에 관한 것으로는 子의 재산관리권(제916조), 법정대리권(제920조) 및 동의권 등이 있다.¹⁾ 과거 가부장제 가족제도 하에서는 자녀는 가장인 아버지의 권위에 절대 복종하여야 하는 대상에 지나지 않았으며, 가족 내에서 하나의 독립된 인격체로서 인정되지 않았다고 한다.²⁾ 그러나 민법 제정 이후 친권에 관한 6차의 개정과 아동복지법 등 특별법의 제정 및 개정을 통하여, 현행 친권제도하에서 친권은 더 이상 자녀에 대한 부모의 권리만은 아닌 것으로 받아들여지고 있다. 친권은 그 명칭에 비추어 보면 부모의 권리처럼 보이지만, 실제로는 부모 자신의 이익을 위한 것이 아니라 자녀의 이익을 위한 것이기 때문에 권리보다는 의무로서의 성격이 강하다.³⁾ 즉 오늘날 친권은 더 이상 부모의 자녀에 대한 지배권이 아니라, 자녀의 복리실현⁴⁾을 위하여 부모에게 부과된 의무인 동시에 권리(의무권)

1) 이와 같은 친권의 효력은 子의 건강한 성장과 재산의 보전을 위하여 인정되는 것이므로, 친권자인 부모는 그러한 목적의 범위 내에서 친권을 행사하여야 한다고 한다(김주수·김상용, 친족상속법(제15판), 법문사, 2018, 434면).

2) 김주수·김상용, 전제서, 417면.

3) 윤진수, 친족상속법 강의(제2판), 박영사, 2018, 222면.

4) 자녀의 복리 원칙은 이미 실정법(민법 제912조)에 반영되어 법규범으로서의 지위를 획득하였지만 이것이 곧 이에 대한 비판적 검토가 일단락되었음을 의미하는 것은 아니고, 이 원칙에 대한 도덕적 정당성의 근거를 파악하여야 할 필요가 있다는 주장이 있다. 즉 전형적인 문제 상황에서 자녀의 복리원칙과 상충하는 자녀 양육에 관한 부모의 권리나 이익 존중도 도덕적 정당성이 인

로 인식되고 있으며⁵⁾, 또한 친권은 자의 건강한 성장과 재산의 보전을 위하여 인정된 것이므로, 친권자인 부모는 그러한 목적의 범위 내에서 친권을 행사하여야만 한다.

그러나 오늘날 현실을 살펴보면, 대부분의 부모들이 이러한 친권을 행사함에 있어서 자녀의 건강한 성장 및 재산의 보전을 위하여 최선의 노력을 다하고 있다고 생각되지만, 경우에 따라서는 오히려 가정폭력과 같은 아동학대 등의 행위를 통하여 자신의 자녀에게 해악을 끼치는 일도 빈번하게 발생하고 있다.

친권의 남용에 따른 친권의 제한과 관련한 학계의 연구를 검토해보면, 과거에는 주로 자녀의 재산의 보전에 대한 문제에 중점을 두어 검토하는 경향이 많았다. 즉 친권자의 자녀 양육과 관련된 친권남용의 문제보다는, 친권자인 부모의 자의 재산관리권 및 법정대리권의 행사가 이해상반행위 등을 이유로 하여 자녀의 재산에 손해를 끼침으로써 자녀의 복리를 해칠 우려가 있는 경우와 같은, 재산적 문제에 관련된 친권남용 및 친권자의 현저한 비행을 원인으로 한 친권상실에 대한 논의가 많이 이루어져 왔던 것이 사실이다. 그런데 최근에는 자녀에 대한 아동학대와 관련하여 아동의 복리를 위하여 양육권 및 징계권에 대한 남용이 있을 경우에 친권을 상실시키거나 제한하는 방안에 대한 연구가 많이 이루어지고 있다.⁶⁾ 생각건대 오늘날 발생하는 사회현상을 살펴보면 더 이상 친권문제를 자녀의

정될 수 있다면 자녀의 복리 원칙의 적용국면은 도덕적 딜레마 상황을 초래한다고 한다(권재문, “자녀의 복리 원칙의 의미에 대한 윤리적 접근”, 가족법연구 제29권 제2호, 2015, 36면). 타당하지 않다고 생각되고, 자녀의 복리 원칙에 대한 규범윤리학적 분석이 부모의 징계권과 자녀의 복리를 위한 아동학대의 금지라고 하는, 일면 모순될 수도 있는 두 개념의 조화로운 해석에 대한 시발점이 될 수도 있으리라 생각된다. 자녀의 복리 원칙이 가지는 규범윤리학적 의미에 대한 자세한 내용은 권재문, 전제 “자녀의 복리 원칙의 의미에 대한 윤리적 접근”, 38면 이하 참조.

5) 이와 같이 친권의 개념이 변화하게 된 배경에는 사회구조 및 의식의 변화, 그리고 이로 인하여 초래된 가부장제 가족제도의 붕괴가 자리잡고 있으며, 가족제도의 변화에는 항상 그에 앞선 사회구조와 의식의 변화가 있기 마련이며, 가족법의 개정은 바로 이러한 변화를 반영하는 것이라는 분석이 있다(김주수·김상용, 전제서, 417-418면).

6) 권재문, “친권의 제한·정지 제도 도입을 위한 검토사항”, 가족법연구 제28권 제1호, 2014; 권재문, “자녀의 복리 원칙의 의미에 대한 윤리적 접근”, 가족법연구 제29권 제2호, 2015; 권재문·강현아, “친족위탁에 대한 재평가와 친족위탁양육자 지원을 위한 후견제도의 활용-가정위탁보호지원법(안) 발의를 계기로-”, 가족법연구 제28권 제3호, 2014; 김현수, “미성년후견제도의 개정방향에 관한 소고”, 가족법연구 제28권 제1호, 2014; 류부근, “아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토”, 형사정책 제27권 제1호, 2015; 박주영, “개정 민법상 친권제한제도의 평가 및 향후 과제-일본과의 비교를 중심으로-”, 성균관법학 제27권 제3호, 2015; 박주영, “학대피해아동에 대한 단기간의 분리보호 및 친권제한조치-아동학대특별법의 내용을 중심으로-”, 홍익법학 제16권 제1호, 2015; 안문희, “2014년 프랑스아동보호법 개정안에 관한 연구”, 가족법연구 제29권 제2호, 2015; 양혜원, “아동학대와 부모의 친권에 관한 문제-영·미 제도의 시사점-”, 가족법연구 제27권 제1호, 2013; 윤진수·현소혜, “부모의 자녀 치료거부 문제 해결을 위한 입법론”, 법조 제680호, 2013; 이노홍, “아동의 권리와 가정내 아동체벌금지에 관한 헌법적 고찰”, 홍익법학 제16

재산 및 친권자의 현저한 비행⁷⁾에만 중점을 두어 검토할 것은 아니다. 즉 가정 내의 폭력 및 아동학대를 통하여 자녀의 복리를 현저하게 해치거나 해칠 우려가 있을 경우에는 부모의 친권을 상실시키거나 일시 정지 또는 일부 제한함으로써 자녀가 건강하게 성장할 수 있도록 국가가 개입하여야 할 경우가 점점 늘어나고 있는 것이다. 물론 민법 제915조는 “친권자는 그 자를 보호 또는 교양하기 위하여 필요한 징계를 할 수 있고 법원의 허가를 얻어 감화 또는 교정기관에 위탁할 수 있다.”고 하여 친권자에게 명문으로 징계권을 인정하고 있다.

이 부분에서 근본적인 의문이 발생한다. 친권자의 징계권은 어느 수준까지 인정할 수 있을 것인가? 자녀를 보호 또는 교양하기 위한 부모의 교육권 및 양육권에 따른 적절한 수준의 징계권 및 양육권의 범위와 이를 넘어서는 아동학대 혹은 친권남용을 어떻게 구별할 수 있을 것인가? 신체적 체벌과 같은 아동학대가 발생한 경우 형사적 처벌은 별론으로 하더라도, 친권상실 혹은 친권 일부 제한의 선고를 하지 않는다면⁸⁾ 국가가 아무런 관여없이 그냥 방치하여야 할 것인가? 근본적으로 아동에 대한 체벌과 같은 징계가 사회상규의 범위 이내라는 판단 하에 인정될 수 있는 것인가? 아울러 징계권 남용 이외에는 완벽한 부모라고 할 때 친권을 상실시키거나 제한하는 것이 자의 복리를 증진시키는 것인가? 혹 징계권에 대해서만 친권제한을 하는 것은 가능할 것인가? 설령 가능하다고 하더라도 제한된 친권에 대해서만 미성년후견을 하도록 한다면, 과연 실효성 및 자녀보호에 효과

권 제1호, 2015; 이은정, “친권 제한의 유연화-신분적 효력을 중심으로-”, 가족법연구 제27권 제1호, 2013; 이찬엽, “아동학대에 관한 형사법적 고찰”, 일감법학 제20호, 2011; 임홍수·박송춘, “부모의 아동학대 실태와 대처방식에 관한 연구”, 복지상담교육연구 제5권 제1호, 2016. 이 이외에도 많은 선행 연구 논문들이 있다.

7) 친권상실의 사유로서의 현저한 비행은 2014년 민법개정으로 삭제되었다. 현행법에 따르면 친권자의 현저한 비행이 있다고 하더라도, 다시 친권을 남용하여 자녀의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있는 경우에 해당되어야 친권상실의 대상이 된다. 다만 민법에는 현저한 비행을 독립된 친권상실사유로 규정하고 있지 않지만, 아동복지법 제18조는 “시·도지사, 시장·군수·구청장 또는 검사는 아동의 친권자가 그 친권을 남용하거나 현저한 비행이나 아동학대, 그 밖에 친권을 행사할 수 없는 중대한 사유가 있는 것을 발견한 경우 아동의 복지를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 법원에 친권행사의 제한 또는 친권상실의 선고를 청구하여야 한다.”고 규정하여 현저한 비행도 여전히 친권상실 혹은 친권제한의 사유로 하고 있다.

8) 친권의 상실 혹은 친권의 일부 제한의 선고와 관련하여 가장 중요한 요건은 아동의 복리이다. 이러한 아동의 복리라는 요건은 2가지 측면에서 검토하여야 한다고 생각된다. 즉 친권자의 친권남용행위가 자녀의 복리를 해치거나 해칠 우려가 있는지에 대한 1차적 판단과, 이러한 법원의 선고로 인하여 친권을 상실시키거나 제한한 결과가 현상을 유지하는 것과 비교하여 자녀의 복리에 더 유리한지에 대한 2차적 판단이 필요하다. 1차적 판단에 해당한다고 하더라도 2차적 판단을 통하여 현상을 유지하는 것이 자녀의 복리에 더 유리하다고 판단되는 경우도 있을 수 있다. 이러한 경우에는 친권에 대한 제한없이 현상대를 유지하는 결과가 발생한다.

가 있는 것일까 하는 의문이 꼬리를 물고 떠오르게 된다. 이러한 의문을 정리하여 보면, 예컨대 자녀의 교육에 대하여 엄한 징계와 체벌이 필요하다는 양육관(혹은 교육관)을 가진 부모에 의하여 징계권의 남용이 이루어진 경우에, 과연 현행 친권제한제도가 아동복리를 증진시킬 수 있는 바람직하고 올바른 방향으로 작동할 수 있을까 하는 의문이다.⁹⁾

이러한 의문을 바탕으로 이하에서는 오늘날 가정 내에서의 아동학대에 대한 모습을 살펴보고, 아동학대와 징계권의 경계에 대하여 검토한 후, 이를 토대로 하여 아동학대가 있는 경우에 친권상실 등을 통하여 부모로부터 아동을 분리하여 보호하도록 하고 있는 현행 민법 및 관련 특별법들을 검토하고자 한다. 또한 현행법의 규정을 검토한 후 현행법에 문제점은 없는지, 만약 문제점이 있다면, 가정 내의 아동학대가 지속되는 것을 예방하고 아동의 건강한 성장을 추구할 수 있는 개선방향에 대하여 검토하기로 한다.

II. 가정 내 아동학대 실태와 아동학대에 대한 개념

1. 아동학대 실태

9) 이러한 의문은 자녀의 교육에 대하여 엄한 징계와 체벌이 필요하다는 양육관(혹은 교육관)을 가진 부모(다른 부분 즉 재산에 관한 부분과 일반적인 자녀 양육에 대하여는 정상적으로 자녀의 복리에 맞도록 친권을 행사하고 있다고 가정한다)에 의하여 징계권의 남용이 이루어진 경우, 이러한 부모의 친권의 제한과 관련하여 다음과 같은 질문으로 정리할 수 있다.

1. 이러한 부모의 징계권의 남용이 있을 경우, 이들 부모의 친권 전부를 상실시키는 것이 자녀의 복리증진에 최선일까?
2. 재산관리에 대한 친권행사에는 문제가 없는 경우, 친권의 일부 제한선고를 통하여 양육권에 관한 부분만 친권을 제한하고, 양육은 미성년후견을 통하여 함으로써 아동을 부모와 분리시키는 것이 자녀의 복리증진에 최선일까?
3. 양육권은 인정하고 징계권만을 제한하여 징계권만 미성년후견을 개시하는 것이 가능한가? 가능하다 하더라도 아동을 부모가 양육하는 상황에서 징계권만을 제한한다고 한다면, 실제 자녀와 같이 생활하면서 양육하는 현실에서 미성년후견인이 친권자와의 충돌없이 징계권만을 효과적으로 행사할 수 있을까?
4. 징계권의 남용이 있었다 하더라도, 부모의 친권을 제한하지 않고 그냥 부모가 친권을 계속 행사하는 것이 자녀에게 더 유리하다는 판단으로 친권을 제한하지 않는 경우, 자녀에 대한 징계권의 남용에 대한 위험성은 여전히 상존하고 있는데, 이러한 상태로 그냥 두는 것이 아동의 복리에 문제는 없을 것인가? 아동학대를 예방할 수 있는 효율적인 방법은 있을까?
5. 근본적인 문제로서 징계권의 범위는 어디까지인가의 문제가 있다.

2016년 전국아동학대현황보고서¹⁰⁾에 따르면 2016년도에 전국 59개 아동보호전문기관을 통해 아동학대 신고로 접수된 사례는 총 29,674건이라고 한다.¹¹⁾ 2016년에는 2015년 말부터 언론을 통해 부각된 일련의 아동학대사건을 통해서 아동학대 사건의 심각성이 국민들에게 노출되어 아동학대에 대한 관심을 불러일으켰으며 범정부적으로는 아동보호체계 구축을 위한 점검 및 조치들을 실행함에 따라 신고접수건수가 크게 증가하였다고 한다.¹²⁾ 동보고서에 따르면 아동학대 신고 중 아동학대의심사례가 차지하는 비중 또한 지속적으로 증가하였으며, 2010년부터 80% 이상을 차지하며 높은 수치를 보이고 있다고 한다. 또한 2016년의 경우 전체 아동학대 신고건수 중 87.2%가 아동학대의심사례였는데, 이는 기존에 ‘가정 내 훈육’으로 치부되던 아동학대를 ‘중대한 범죄’로 인식하게 되면서 신고·발견 건수가 크게 증가하였고 이에 따라 실제로 아동학대의심사례를 신고하는 비율이 높아졌다고 분석하고 있다.¹³⁾

또한 2016년 전국 평균 피해아동 발견율¹⁴⁾은 2.15%로 나타났으며, 2015년의 1.32%에 대비하여 약 0.83%포인트 가량 상승한 것으로 분석되었다.¹⁵⁾ 이는 아동 1000명당 2.15명의 아동이 학대의 피해를 받은 것으로 파악되었다는 의미이다. 이러한 수치는 학대피해를 받은 것으로 확인된 숫자이므로, 실제로는 이보다 훨씬 더 많은 아동들이 아동학대의 피해를 보고 있는 것으로 생각된다. 이와 관련하여 아동보호전문기관이 관할하는 행정구역 내에 아동 인구가 적을수록 피해아동 발견율이 높아지는 상관관계가 있다고 한다. 따라서 각 지역의 아동 인구에 대비하

10) 보건복지부에서 발행한 전국에서 발생한 아동학대에 대한 2016년도의 현황보고서이다. 전국 59개 아동보호전문기관(2016년 기준) 직원들이 국가아동학대정보시스템에 입력한 내용을 집계하여 분석한 자료로서, 2017년 11월에 발행되었다. 전국 아동보호전문기관으로 신고접수된 사례를 바탕으로 집계된 자료이므로 실제 발생한 아동학대 통계와는 다소 상이할 수 있다고 한다(보건복지부, 2016 전국아동학대현황보고서, 2017, 19면.).

11) 2015년도 전국아동학대현황보고서에 의하면 2015년도의 아동학대 신고건수는 19,214건 이었다. 1년 사이에 폭발적으로 신고건수가 확대되었다고 볼 수 있다(보건복지부, 2015 전국아동학대현황보고서, 2016, 230면.).

12) 보건복지부, 2016 전국아동학대현황보고서, 233면.

13) 보건복지부, 2016 전국아동학대현황보고서, 233면.

14) 동 보고서에 의하면 피해아동 발견율이란 아동 인구 1,000명 대비 아동학대로 판단된 피해아동 수를 의미하며, 2016년 통계청에서 집계한 「연령별(시도) 추계아동인구」 자료를 기준으로 아동인구 1,000명 당 피해아동 발견율을 산출하였다고 한다. 동 보고서에 제시된 피해아동 발견율의 경우, 지역아동보호전문기관에 신고접수되어 아동학대 혐의 있음으로 판단된 사례를 기반으로 하였기 때문에 아동학대의 실제 발생률과는 다소 상이할 수 있다고 하며, 따라서 피해아동 발견율의 개념은 아동학대를 발견하여 보호한 수치로 보는 것이 더 적합하다고 한다(보건복지부, 2016 전국아동학대현황보고서, 100면.).

15) 보건복지부, 2016 전국아동학대현황보고서, 100면.

여 아동보호전문기관의 수가 충분히 설치될 경우, 피해아동 및 관련인들에 대한 접근성이 높아지기 때문에 피해아동에 대한 발견 및 보호를 극대화 시킬 수 있을 것이라고 한다.¹⁶⁾

여기서 본 연구에서 검토하고 있는 부모의 징계권과 아동학대와의 문제와 관련하여 확인하여야 할 부분은 부모에 의한 아동학대의 경우이다. 물론 아동학대가 있는 경우, 부모의 징계권과 관련된 문제일 수도 있지만 징계권과 무관한 단순한 학대나 폭력인 경우도 있다. 징계의 목적으로 이루어졌다고 하더라도 이러한 행위가 아동학대인 경우도 있다.¹⁷⁾ 2016년에 아동학대로 판단된 18,700건 중 부모에 의해 발생한 경우는 80.5%에 해당하는 15,048건으로 나타났다. 아동학대 사례 10건 중 약 8건 정도가 부모에 의해 발생되었음을 알 수 있다. 부모에 의해 발생한 사례 중 친부에 의해 발생한 사례가 8,295건(44.4%), 친모는 5,923건(31.7%), 계부와 계모는 각각 394건(2.1%), 362건(1.9%) 순으로 높게 나타났다.¹⁸⁾ 다양한 매체를 통하여 계부·계모에 의한 학대(756건)의 심각성이 부각되고 있지만 실제로 아동학대의 대부분은 친권자인 친부모에 의한 학대(15,048건)라는 조사 결과는 친권의 남용과 관련하여 시사하는 바가 있다고 생각된다. 아울러 부모에 의한 아동학대의 경우 신체학대가 8,875건, 정서학대가 10,117건, 성학대가 292건, 방임이 3,969건으로 나타나고 있다.¹⁹⁾

또한 아동학대의 경우 많은 부분이 부모에 의하여 일어나고 있는데 반하여 그에 대한 조치는 주양육자가 계속하여 양육을 담당하게 되는 원가정보보호가 가장 많다. 즉 피해아동의 초기조치결과를 살펴보면, 아동이 주양육자에 의해 지속적으로 보호받는 유형인 원가정보보호에 해당하는 사례가 14,563건(77.9%)으로 가장 많았고, 분리보호 4,095건(21.9%), 사망 42건(0.2%)으로 나타난다.²⁰⁾

이러한 결과를 보면 친권자인 부모에 의하여 아동학대가 있는 경우에도 여전히 피해아동은 부모와 공동생활을 하고 있는 경우가 많음을 알 수 있다. 앞에서 본

16) 보건복지부, 2016 전국아동학대현황보고서, 101면. 현황보고서에서는 각 지역의 아동인구와 관할면적, 사례당 평균이동소요시간, 아동학대 신고접수 건수 등 다양한 특성을 고려한 아동보호 전문기관의 확대 설치가 필요하다는 방안을 제시하고 있다.

17) 본 논문에서 다루고자 하는 부분이 바로 아동학대와 부모의 정당한 징계권과의 구별이며, 그 한계 및 아동의 보호를 위한 방안을 살펴보고자 하는 것이다.

18) 보건복지부, 2016 전국아동학대현황보고서, 114면.

19) 보건복지부, 2016 전국아동학대현황보고서, 127면.

20) 피해아동이 초기에 분리보호 조치된 경우에는 일시보호 2,325건(12.4%), 친족(친인척)보호 1,179건(6.3%), 장기보호 322건(1.7%), 연고자에 의한 보호 158건(0.8%), 병원입원 104건(0.6%), 가정위탁 7건(0.0%) 순이라고 한다(보건복지부, 2016 전국아동학대현황보고서, 24면).

바와 같이 부모에 의한 아동학대의 경우 신체학대와 정서학대가 많은 비율을 차지하고 있는데, 실제 신고되고 있는 가정내의 아동학대는 징계권과는 무관한 단순한 아동학대가 많고, 징계권의 행사가 남용의 경우로까지 나아간 경우에는 대부분의 경우 신고가 되지 않고 있는 것이 현실이라고 하겠다. 그렇다고 한다면 친권자가 징계권을 행사하였는데 이러한 징계권의 행사가 남용으로 인정될 경우, 지금까지의 처리과정으로 보아 부모와의 공동생활을 계속할 개연성이 높다. 따라서 징계권의 남용이 있을 경우에 아동의 복리를 위하여 친권자의 친권에 대하여 어떠한 제한을 가하여야 할 것인가의 문제가 논의되어야 할 것이다.²¹⁾

2. 아동학대에 대한 개념

형법상 학대죄²²⁾는 자기의 보호 또는 감독을 받는 자를 학대함으로써 성립하는

21) 이와 관련하여 최근 발생한 주요 가정 내 아동학대 사건은 다음과 같다.

발생 일시	주요 내용
2015. 12.12.	몸무게 16Kg의 11세 여자아이가 2년간 감금된 채 학대받다가 맨발로 탈출
2016. 1.15.	인천에서 부모의 학대를 받던 초등생 최모 군이 숨진 지 2년 만에 시신으로 발견
2016. 2. 1.	경기 평택시에서 계모로부터 랙스 학대 등을 당한 7세 신군 사망
2016. 2. 3.	부모에게 학대받던 13세 여중생이 숨진 뒤 11개월간 방치되다 발견
2016. 8. 2.	친모에게 학대받던 4세 여자아이 사망
2016. 9. 30.	양부모가 6세 여자아이를 테이프로 묶어 방치한 끝에 사망
2017. 4. 26.	고준희양 실종 사망사건. 친부의 아동학대치사혐의.

이와 같은 최근의 사건 이외에도 아동의 방임 및 신체적 학대에 의한 아동학대로 전국민을 경악케 한 사건들이 있었다. 이러한 주요 사건들은 언론보도를 통하여 사람들에게 알려졌고, 이를 접한 대다수의 국민들은 자신의 주위에서 벌어진 가정 내의 아동학대 및 그 결과에 대하여 경악을 금치 못했다. 이러한 주요 사건 이외에도 수많은 가정 내의 아동학대 사건은 꼬리를 물고 계속 발생하고 있다. 아동학대에 대한 선제적 조치로 부모의 친권을 상실시키거나 또는 관련된 부분의 친권을 제한하는 조치 등을 통하여 아동을 보호할 수 있는 방법을 찾았다더라면 아동이 목숨을 잃는 최악의 사태는 발생하지 않았으리라는 점에서 더욱 아쉬움을 남기고 있다.

22) 형법 제273조 제1항

자기의 보호 또는 감독을 받는 사람을 학대한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌

범죄이다. 보호자 또는 감독자라는 신분관계로 인해 범죄가 성립되는 진정한 신분법이며, 학대죄의 보호법익은 사람의 생명·신체의 안전을 포함한 사람의 인격권이고, 보호의 정도는 추상적 위험범이라고 한다.²³⁾ 이와 같은 형법상의 학대죄에 대한 규정이 있음에도 불구하고 아동학대의 심각성이 커지고 아동의 보호에 대한 필요성이 증가함에 따라 아동복지법을 제정하여 아동학대에 대한 정의 및 아동학대로 금지되는 행위를 규정하고 이를 위반한 경우에는 형사처벌하도록 하였다.

아동복지법에서는 “아동학대란 보호자를 포함한 성인이 아동의 건강 또는 복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적·정신적·성적 폭력이나 가혹행위를 하는 것과 아동의 보호자가 아동을 유기하거나 방임하는 것을 말한다.”라고 아동학대²⁴⁾를 정의하고 있다(아동복지법 제3조 제7호).²⁵⁾ 또한 아동복지법 제17조에서는 아동에게 하여서는 안되는 금지행위를 규정하고 있는데, 여기에는 아동에 대한 신체적 학대행위 뿐만 아니라 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위도 포함하고 있으며, 자신의 보호·감독을 받는 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 하는 방임행위 및 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 성적 학대행위를 구체적으로 열거하고 있다.²⁶⁾²⁷⁾ 이에 기초하여 아동학대 예방 및 상담기관 종사자를 위한 아동학

금에 처한다.

23) 김신규, 형법각론, 청록출판사, 2015, 130면.

24) 아동학대의 개념은 아동학이나 법학 중에서도 민법 혹은 형법에서 보는 시각의 차이가 있을 수 있지만, 본 논문에서는 친권상실 등의 원인이 되는 아동학대 혹은 징계권의 남용에 국한하여 살펴보기로 한다.

25) 지난 2014년 1월에 제정된 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 아동학대특례법이라고 약칭한다)도 제2조 제4호에서 아동학대에 대하여 정의하고 있는데, 여기서는 아동학대의 정의에 대하여 아동복지법의 정의를 그대로 사용하고 있다.

26) 아동복지법 제17조(금지행위) 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다. <개정 2014.1.28.>

1. 아동을 매매하는 행위
2. 아동에게 음란한 행위를 시키거나 이를 매개하는 행위 또는 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 성적 학대행위
3. 아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위
4. 삭제 <2014.1.28.>
5. 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위
6. 자신의 보호·감독을 받는 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 하는 방임행위
7. 장애를 가진 아동을 공중에 관람시키는 행위
8. 아동에게 구걸을 시키거나 아동을 이용하여 구걸하는 행위
9. 공중의 오락 또는 흥행을 목적으로 아동의 건강 또는 안전에 유해한 곡예를 시키는 행위 또는 이를 위하여 아동을 제3자에게 인도하는 행위

대 대처방안 안내서에서는 아동학대의 유형을 방임, 신체적 학대, 정서적 학대²⁸⁾, 성적 학대로 구분하고 있고, 아동학계와 사회복지학계의 많은 연구들도 아동학대의 유형을 이상과 같은 4가지로 분류하고 있다.²⁹⁾ 생각건대 아동학대란 신체적 학대 뿐만 아니라 정서적 학대, 방임 등을 포함하는 넓은 개념이다.³⁰⁾³¹⁾ 학대는 반드시 장기간 반복적으로 행하여질 것을 요하지 않는다. 단 1회의 학대라도 자녀의 복리를 현저히 해치는 결과로 이어질 수 있으며, 이런 경우에는 친권상실, 친권의 일시정지 및 친권의 일부제한이 가능하다.³²⁾ 또한 부모가 자녀의 건강, 생명 등을 지키기 위하여 필요한 의사표시(예컨대 수술에 대한 동의)를 하여야 하는

10. 정당한 권한을 가진 알선기관 외의 자가 아동의 양육을 알선하고 금품을 취득하거나 금품을 요구 또는 약속하는 행위

11. 아동을 위하여 증여 또는 급여된 금품을 그 목적 외의 용도로 사용하는 행위

- 27) 아동복지법은 이러한 금지행위를 하였을 경우에는 형사처벌을 하도록 하는 벌칙규정을 두고 있는데, 처벌의 수준은 매매행위(10년 이하의 징역)와 음행매개 및 성적 학대행위(10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금)를 비슷하게 높게 규정하고, 신체적 학대, 정서적 학대, 유기 및 방임행위 등은 동일한 수준(5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금)으로 규정하고 있으며, 아동을 위하여 증여 또는 급여된 금품을 그 목적 외의 용도로 사용하는 행위(3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금), 곡예를 시키는 행위 등(1년 이하의 징역, 1000만원 이하의 벌금) 순으로 처벌 수준을 정하고 있다(아동복지법 제71조 제1항). 아동학대특례법에서도 아동학대범죄의 처벌절차와 처벌수준을 규정하고 있는데, 아동학대치사와 아동학대중상해를 제외하면 형법의 구성요건이나 아동복지법의 금지행위와 특별히 다르지 않다. 다만 동법에서는 아동학대범죄의 주체를 보호자로 한정하고 있다는 점에서 보호자가 아닌 성인에 의한 아동학대는 형사 절차의 특례규정이 적용되지 않음을 명시하고 있는데, 이는 아동학대특례법이 부모와 같은 보호자와 피해아동이 일반적으로 특수한 관계에 있다는 사정을 좀 더 적극적으로 고려하기 위하여 입법되었다는 취지를 드러내는 것이라는 해석이 있다(류부곤, 전계논문, 141-142면).
- 28) 형법의 체계와 학대죄의 해석에 대한 판례의 태도 등에 따르면 형법상의 학대행위에는 정서적 학대나 폭력이 포함된다고 보기 어려우므로, 아동복지법과 아동학대특례법상에서 특히 의미가 있는 부분은 형사처벌의 대상이 되는 아동에 대한 학대에 정서적 학대행위라고 할 수 있는 정서적 가혹행위나 폭력이 포함되어 있다는 점이라고 한다(류부곤, 전계논문, 143면).
- 29) 임흥수, 박송준, “부모의 아동학대 실태와 대처방식에 관한 연구”, 복지상담교육연구 제5권 제1호, 2016, 132면.
- 30) 김주수·김상용, 전계서, 458면.
- 31) 단순한 신체적·정서적 학대행위도 금지되는 학대행위로 규정하고 있는 아동복지법의 학대의 개념과는 달리 형법에서는 학대의 개념을 더 엄격하게 해석하고 있는 것 같다. 판례는 “형법 제273조 제1항에서 말하는 '학대'라 함은 육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위를 가리키고, 이러한 학대행위는 형법의 규정체제상 학대와 유기죄의 죄가 같은 장에 위치하고 있는 점 등에 비추어 단순히 상대방의 인격에 대한 반인륜적 침해만으로는 부족하고 적어도 유기에 준할 정도에 이르러야 한다.”(대법원 2000.04.25. 선고 2000도223 판결)고 판시하여 학대죄가 성립하기 위한 법익침해행위의 수준을 유기죄와 동일하게 보고 있다. 아동복지법상의 학대개념과 형법상의 학대개념에 대한 구체적인 차이점 등 아동학대범죄의 해석에 관한 자세한 내용은 류부곤, 전계논문, 142면 이하 참조.
- 32) 아동학대로 인하여 아직까지 자녀의 복리가 침해되지는 않았으나 그러한 우려가 있는 경우에는 바로 친권을 상실시키기 보다는 우선 친권을 정지시키는 조치를 취하는 것이 바람직하다고 한다(김주수·김상용, 전계서, 459면).

상황임에도 불구하고 이를 거부하여 아동의 생명 등이 위험에 놓이는 형태의 방임도 아동학대이다. 이러한 아동학대가 있는 경우에는 가정법원의 친권자의 동의를 갈음하는 재판을 통하여 아동을 보호할 수 있다.³³⁾ 물론 이와 같은 경우 1회성의 동의일 때에는 친권자의 동의를 갈음하는 재판을 통하여 아동을 보호하는 것이 효과적이지만, 이러한 문제가 지속될 때에는 친권행사의 일부(예컨대 의료행위에 대한 동의권)를 제한하고 그 부분에 대하여 미성년후견인을 선임하여 이러한 문제를 해결하는 방법도 있다.³⁴⁾ 자녀의 건강, 생명 등을 지키기 위하여 필요한 의사표시가 필요한데도 불구하고 이를 친권자가 하지 않는 경우를 위하여 아동학대특별법에 친권자의 의사표시를 갈음하는 결정을 할 수 있도록 규정하고 있고, 이와 같은 취지로 2014년 개정민법도 민법상 친권자의 동의를 갈음하는 재판에 대한 규정을 도입하였으므로 아동의 복리를 위하여 이 제도를 적극적으로 활용할 필요가 있다고 생각된다.

3. 아동학대와 친권자의 징계권의 경계

친권자인 부모는 자녀의 양육과 교양을 위한 징계권을 가지고 있다. 그렇다고 하더라도 이러한 징계권의 행사가 앞에서 살펴본 아동학대로까지 나아가서는 안 될 것이다. 그렇다면 어디까지가 정당한 징계권이고, 어느 정도부터 아동학대라고 할 것인가?³⁵⁾ 형사처벌 혹은 친권제한 등의 대상이 되는 행위에 대한 사회적 평가의 측면에서, 아동학대와 교육 및 양육을 위한 수단으로서 허용되는 징계³⁶⁾를 구별하기는 정말 어려운 것이 현실이다. 사회적·전통적으로 허용되는 훈육의 방

33) 민법 제922조의 2, 아동학대특별법 제47조 제1항 제9호에서도 피해아동보호명령으로서 친권자의 의사표시를 갈음하는 결정을 할 수 있도록 규정하고 있다.

34) 다만 1회의 의사표시에 의해서 문제를 해결할 수 있는 경우라면 가정법원이 직접 친권자의 의사표시를 갈음하는 결정을 하는 것이 더 간단하다고 한다(김주수·김상용, 전거서, 474면).

35) 가정내 아동체벌관련 주요국가의 입법례 및 판례에 대한 자세한 내용은 이노홍, 전거 “아동의 권리와 가정내 아동체벌금지에 관한 헌법적 고찰”, 132면 이하 참조.

36) 2011년 초·중등교육법시행령이 개정된 이래 학생에 대한 직접 체벌은 금지되었다. 초·중등교육법 시행령 제31조 제8항에 의해 “학교의 장은 법 제18조 제1항 본문에 따라 지도를 할 때에는 학칙으로 정하는 바에 따라 훈육·훈계 등의 방법으로 하되, 도구, 신체 등을 이용하여 학생의 신체에 고통을 가하는 방법을 사용해서는 아니 된다”고 하여 직접적 신체 체벌을 금지하고 있다. 이와 관련하여 이 같은 법령개정에도 불구하고 여전히 학생체벌금지규정이 법률이 아닌 시행령에 존재하고 있다는 점, 학생에 대한 간접적 체벌은 허용된다는 점, 여전히 학생체벌에 관한 민·형사적 사건에서 교사의 훈육적 체벌권이 정당사유로 인정되고 있다는 점 등의 문제점이 남아있다는 비판이 있다(이노홍, 전거 “아동의 권리와 가정내 아동체벌금지에 관한 헌법적 고찰”, 139-140면).

식과 수준에 대하여는 시대와 문화적 배경에 따라 매우 달라지기 때문이다.³⁷⁾

이와 관련하여 친권자는 자녀의 교육에 관한 권리를 가진다는 것이 헌법재판소의 판결이다.³⁸⁾ 이에 따르면 친권자는 자녀의 교육에 관한 권리를 가지고 있으므로 그 방법도 친권자가 선택할 수 있다. 교육의 방법으로 아동에 대하여 징계를 하는 것은 인정되는가? 우리 민법은 친권자는 자녀에 대한 징계권을 가지며, 법원의 허가를 얻어 자녀를 감화 또는 교정기관에 위탁할 수 있다고 규정하고 있다(민법 제915조). 이러한 징계권과 관련하여, 자녀에 대한 체벌로 비록 수십 회에 걸쳐서 계속되는 일련의 폭력행위가 있었다고 하더라도 친권자의 징계권의 범위에 속하는 경우에는 위법성이 조각되어 형법상의 학대죄가 성립되지 않는다는 판례가 있다.³⁹⁾ 그러나 이와는 달리 아무리 교육목적이 훌륭하다고 하더라도 아동에 대한 정신적·육체적 결함을 발생케 할 경우에는 학대행위로 간주하여 형사적 제재를 가하는 것이 타당할 것으로 판단된다고 하여 단순한 체벌만으로는 부족하고 정신적 육체적 결함이 발생하는 경우에만 학대행위가 된다고 하는 견해가 있는데,⁴⁰⁾ 형사적 학대죄의 적용에는 이러한 견해도 일응 이해가 되지만, 민사상의 친권자의 징계권의 남용과 관련하여서는, 체벌행위는 어떤 형태로든지 징계의 대상인 아동에게는 육체적인 결함은 미미할 수 있다고 하더라도 정신적인 상처는 남을 수 밖에 없기 때문에, 친권의 내용인 징계권을 인정한다고 하더라도 이러한

37) 류부곤, 전계논문, 150면. 이와 관련하여 아동학대는 문화적 관습과도 상당한 관련이 있는데, 유교적 전통을 이어받은 가부장적인 국가(사회)에서는 아동훈육의 수단으로 유형력을 사용하는 것이 허용되는 것으로 받아들이고 있으며, 우리나라나 동남아시아국가에서는 훈육의 방법으로 체벌을 학대로 보지 않는 반면 미국 등 유럽국가에서는 이를 학대로 보고 있는 것과 같이 인종적인 차이도 있다는 분석이 있다(이찬엽, 전계논문, 348면).

38) 헌법재판소 2009. 4. 30. 선고 2005헌마514 결정. “자녀의 양육과 교육은 가족생활의 핵심적 요소로서 일차적으로 부모의 천부적인 권리인 동시에 부모에게 부과된 의무이기도 하다. 부모의 자녀에 대한 교육권은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 모든 인간이 국적과 관계없이 누리는 양도할 수 없는 불가침의 인권으로서 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”고 규정하는 헌법 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이다.”

39) 대법원 1986.07.08. 선고 84도2922 판결. “학대죄는 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에게 육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위가 있음과 동시에 범죄가 완성되는 상태범 또는 즉시범이라 할 것이고 비록 수십 회에 걸쳐서 계속되는 일련의 폭력행위가 있었다 하더라도 그중 친권자로서의 징계권의 범위에 속하여 위 위법성이 조각되는 부분이 있다면 그 부분을 따로 떼어 무죄의 판결을 할 수 있다.”

40) 이찬엽, 전계논문, 348면. 같은 견해로 “아무리 훌륭한 목적이 있다고 하더라도 사회적으로 용인되기 어려운 수준의 가혹한 훈육행위에 대해 형사적 제재를 가할 필요성은 분명히 있다고 할 것이며, 그 기준은 결국 그 행위로 인하여 피해아동에게 발생하거나 발생할 현저한 위험이 있는 신체적·정신적 피해의 유무가 되어야 할 것이다.”라는 견해가 있다(류부곤, 전계논문, 150면).

징계권에는 체벌 및 정신적인 학대행위는 포함되지 않고, 설령 교육목적이라고 하더라도 체벌이나 정신적 학대행위가 있으면 이는 징계권의 범위를 벗어난 남용이라고도 생각된다.⁴¹⁾

아동에 대한 학대는 개인의 인권에 대한 침해행위임과 동시에 우리 사회의 미래에 대한 중대한 위협행위이다. 전통적으로 인정되었던 훈육과 양육방법이라는 이유만으로 육체적·정신적 학대행위를 징계권의 범위 내의 행위라고 인정할 수는 없다. 아동의 보호와 건전한 양육이라는 목적을 달성하기 위하여서라도 육체적·정신적 학대행위는 징계권의 남용이고 아동학대에 해당한다는 엄격한 법원칙의 정립이 필요한 시점이라고 생각한다. 결과적으로 육체적 징계행위 등과 같은 학대행위는 징계권에 포함될 수 없고 금지되어야 한다. 이러한 내용은 아동복지법에서 명확하게 규정으로 제시하고 있으며, 이를 위반한 때에는 형사적 처벌을 가하고 있다. 그러나 교육적 목적만으로 행해진 육체적 체벌과 같은 징계권을 남용한 아동학대가 있는 경우 부모의 형사처벌 만이 능사는 아니라고 생각된다. 즉 법원은 친권자인 부모를 형사처벌하는 것이 자녀의 복리를 위하여 도움이 되는지에 대하여 징계목적과 징계방법으로서의 육체적 체벌의 회피가능성 및 아동의 가정환경과 양육여건 및 양육사정 등을 종합하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다.⁴²⁾⁴³⁾ 이와 관련하여 절대적 보호가 필요한 개인에 대한 인권침해의 관점에서

41) 동지 : 윤진수, 전거서, 228면. 윤진수 교수는 유엔의 아동권리위원회는 한국에 대하여 여러 차례에 걸쳐 가정이나 학교 기타의 모든 다른 기관에서의 체벌을 명시적으로 금지하도록 관련 규정을 개정할 것을 권고하였는데, 이러한 결과 2015년 신설된 아동복지법 제5조 제2항은 아동의 보호자는 아동에게 신체적 고통이나 폭언 등의 정신적 고충을 가하여서는 안된다는 규정을 두고 있는 것을 징계권에 육체적 체벌이 포함되지 않는 근거로 보고 있다.

42) 물론 아무리 아동의 건전한 양육을 목적으로 하는 징계권의 행사라고 하더라도 육체적인 체벌 행위가 있는 경우에는 징계권의 남용이고 아동학대가 된다고 생각하지만, 징계권의 남용이 있었다고 하여 반드시 민사적으로 친권의 제한이 따라야 되는 것은 아니다. 형사적 처벌문제와 민사적 친권제한문제는 분리하여 검토하고 적용하여야 한다고 생각한다. 즉 아동의 복리를 기준으로 판단하여 징계권을 남용한 친권자라고 하더라도 친권 특히 양육권을 계속 유지하는 것이 아동의 복리에 도움이 되는 경우라고 한다면 설령 아동학대로 처벌을 받더라도 현행 친권 제한제도에 의한 친권상실이나 일부 제한을 할 필요는 없는 경우도 있을 수 있을 것이다. 이와 관련하여서는 후술한다.

43) 이와 같은 논의와 관련하여 프랑스 민법 제378조 제1항은 부 또는 모가 그들의 자녀에 대한 범죄행위의 형사판결의 정범, 공동정범, 중범일 경우 또는 그들의 자녀에 의한 범죄행위의 형사판결의 공동정범, 중범일 경우 또는 다른 부모 일방에 대한 범죄행위의 형사판결의 정범, 공동정범, 중범일 경우에는 그의 친권의 전부상실이 가능하다고 규정하고 있는데, 2014년 아동보호법 개정안 제20조는 이러한 규정의 개정을 제안하고 있다고 한다. 즉 친권의 전부상실이 가능하다고 규정한 부분에 대하여 이를 삭제할 것을 제안하고 있는데, 가능성의 삭제를 통해 프랑스 민법 제378조가 규정하는 형사범죄의 판결을 받은 부 또는 모의 친권의 전부상실을 확정해 해당 자녀를 두텁게 보호하고자 하는 것으로 해석할 수 있다고 한다(안문화, “2014년 프랑스아동보호법 개정안에 관한 연구”, 가족법연구 제29권 제2호, 2015, 94-95면).

학대행위로 인한 신체적·정신적 피해를 기준으로 형사처벌의 대상을 정립한다는 법원칙을 유지하더라도 사회통념의 범위를 벗어나지 않는 수준에서 행해지는 부모의 훈육행위를 보장할 필요성은 있다는 견해가 있다. 즉 일정한 경우에 학대행위의 위법성을 조각할 수 있는 규정을 두는 것도 하나의 보완책이 될 수 있을 것이라는 전제하에, 예컨대 아동복지법 제71조 제2항에 “제17조 제3호 내지 제6호의 행위가 오로지 훈육의 목적으로 행해지고 형법상의 상해에 이를만한 피해를 야기하지 않은 경우에는 처벌하지 아니한다”와 같은 규정의 신설을 제안하는 견해가 있다.⁴⁴⁾ 그러나 오로지 훈육의 목적으로 행해진 행위이고, 형법상의 상해에 이를만한 피해를 야기하지 않았다고 하더라도 이미 그러한 행위로 인하여 아동에게는 회복하기 어려운 정신적 상처가 남는다고 생각된다. 아동복지법에서 금지되어 있는 아동학대행위를 하였을 경우에는 그 목적이 아동의 훈육과 교양이라고 하더라도 학대죄 등의 구성요건에는 해당된다고 생각된다. 다만 구성요건에 해당한다고 하더라도 다시 그러한 처벌 등 학대행위가 사회상규에 해당되어 위법성을 조각할 수 있는 지는 별개의 문제이다.⁴⁵⁾ 생각건대 훈육을 목적으로 할 경우에는 위법성을 조각한다는 규정을 별도로 둘 것이 아니라 현행과 마찬가지로 위법성여부를 판단하는 것이 타당하리라 생각된다.⁴⁶⁾ 만약 부모가 아동학대를 행하였다고 하더라도 그 목적이 교육일 경우에는 위법성을 조각한다는 규정을 두게 되면 이러한 학대행위를 하는 사람들이 아동에 대한 학대행위가 법적으로 허용되는 행위라는 오해를 할 수도 있다고 생각된다.⁴⁷⁾

결론적으로 양육의 목적이라고 하더라도 아동에 대한 모든 처벌 및 정서적 학

44) 류부곤, 전계논문 151-152면.

45) 필자도 위법성조각사유로서 사회상규를 부정하는 것은 아니다. 법원의 판단으로 위법성 조각사유를 적용하여 형사적 처벌을 부정할 수는 있다. 다만 이러한 규정을 명문으로 규정을 한다면 친권자인 부모는 징계행위로서의 육체적 처벌이나 정신적 가혹행위가 허용되는 것으로 오해할 수 있고, 이러한 오해로 인한 징계행위가 아동학대로 이어지는 불상사가 발생하는 근거가 될 수도 있다는 점에서 징계권과 관련하여 아동학대가 되는 행위를 교육적 목적으로 행하였을 때에는 위법성을 조각한다는 것을 명문화하는 것에 대하여는 찬성하기 어렵다.

46) 다만 판례는 대체적으로 양육과 관련하여 징계권의 범위를 너무 넓게 보고 있는 것 같다. 즉 대법원 1986.07.08. 선고 84도2922 판결에 따르면 수십 회에 걸쳐서 계속되는 일련의 폭행행위가 있었던 경우에도 친권자로서의 징계권의 범위에 속한다고 하여 위법성이 조각된다고 판시하고 있는데, 이러한 경우까지 위법성이 조각된다고 하는 것은 의문이고, 좀 더 엄격하게 적용할 필요가 있다고 생각된다.

47) 다만 법원도 아동학대죄에 대한 판단을 함에 있어서, 명문의 규정이 없다고 하더라도 현재와 같이 부모의 징계권을 폭넓게 위법성조각사유로 인정할 것이 아니라, 부모가 자녀에게 행한 신체적·정신적 학대행위와 방임행위가 오로지 훈육의 목적으로 행해지고 형법상의 상해에 이를만한 피해를 야기하지 않은 경우에서만 위법성을 조각할 수 있다고 좁게 해석하여야 할 것이다.

대 등은 징계권의 범위를 벗어난 아동학대라고 생각된다.⁴⁸⁾ 다만 이러한 아동학대행위는 형사적 처벌의 대상이 되어 학대죄 등의 구성요건에는 해당이 되지만 위법성 조각사유로 다시 판단하여야 할 것이다.⁴⁹⁾ 친권자인 부모에게 이러한 행위가 금지된다는 것을 확실히 주지시켜 이러한 양육권 및 징계권을 병자한 아동학대가 발생하지 않도록 하여야 할 것이다.⁵⁰⁾

Ⅲ. 아동학대 등과 관련된 친권 상실 등 친권제한 관련 현행 규정

친권의 상실 혹은 일부 제한에 대해서는 민법에서 규정하고 있지만, 아동의 복지를 위하여 아동학대 및 아동상대 범죄행위의 금지·처벌 및 피해아동의 보호와 관련하여 여러 특별법에서도 규정하고 있다. 민법은 친권의 제한에 대하여 친권을 완전히 박탈하는 친권상실과 친권을 일정기간 완전히 박탈하는 친권의 일시정지 및 친권의 일정 부분만 박탈하는 친권의 일부제한 제도를 두고 있다. 이하에

48) 필자는 아동에 대한 모든 처벌 및 정서적 학대행위가 징계권을 벗어난 아동학대라고 판단하기 때문에 징계권의 남용이라고 생각한다. 따라서 형사적 처벌과는 별개로 징계권의 남용으로 인한 친권의 제한문제와 연관이 있는 것이다. 이러한 아동학대와 같은 징계권의 남용이 있으면 아동의 복리를 위하여 친권에 대한 박탈이나 제한이 필요한 경우가 있지만, 경우에 따라서는 친권을 그대로 유지하는 것이 아동의 복리에 도움이 되는 경우도 있을 수 있는 것이다. 이러한 경우 아동학대의 재발방지를 위한 제도가 필요하다고 할 것인데 이에 관하여는 후술한다.

49) 이와 관련하여 정서적 학대행위를 하는 가해자에 대하여는 치료처분을 하기 위하여서라도 형사적 제재를 하는 것이 아동학대방지에 도움이 된다는 견해가 있다. “정서적 학대행위를 하는 대다수의 가해자에 대해서는 처벌보다는 치료의 필요성이 더 크다는 점에 있다. 일응 이 주장이 모순되어 보일지 모르지만, 이러한 주장은 현행 법체제에서 민사적 방법이나 행정처분으로는 아동학대의 가해자에 대한 실효성 있는 치료처분을 행하기 어렵다는 점에 기인한다. 즉 정서적 학대사건의 가해자의 경우 학대를 훈육의 일종으로 생각해서 죄책감을 느끼지 못하거나 학대를 잘못된 것으로 여기면서도 강박적 내지 충동적으로 학대를 행하는 경우가 있어서 치료처분의 필요성이 큼에도 불구하고, 가해자가 정서적 학대행위의 심각한 불법성이나 가해자 자신의 심리적 문제점을 인식할 가능성이 크지 않은 상황이라면 치료처분을 적극적으로 받아들이게 하기 위한 강제적이고 효과적인 수단이 형사적 제재가 될 수 있다는 것이다. 형사사법이 죄형법정주의에 의거한 일회적이고 획일적인 제재에 만족하지 않고 범죄자 및 피해자의 요구에 부응하여 적절한 처우를 위한 프로그램을 적극적으로 활용하는데 기능하여야 한다는 치료적 사법의 이념은 정서적 학대에 대한 적극적이고 구체적인 형사적 개입의 정당성에 대한 중요한 근거가 될 수 있을 것이다.”(류부근, 전게논문 147면). 이러한 비판에서 보더라도 아동학대가해자인 부모에게 아동학대방지를 위하여 필요한 처분을 법원에서 할 수 있는 민사적 근거규정이 요구된다고 하겠다. 이와 관련된 제도개선방안에 대하여는 후술한다.

50) 이와 관련하여 가정 내 아동체벌에 대하여 예외적으로 아동에 대한 폐해가 심각한 경우만 금지하고 국가가 개입하는 것이 아니라 체벌금지원칙의 도입을 통하여 아동의 권리에 대한 부모 및 양육자의 인식전환이 필요할 것이며 아동의 권리보장이 더 이상 공허한 외침이 되지 않도록 노력하여야 한다는 주장이 제기되고 있다(이노홍, 전게논문, 153면).

서는 먼저 친권자 및 친권상실 등과 관련된 민법 주요규정의 변천과정을 간단히 살펴본 후, 친권상실, 친권 일시정지 및 친권의 일부제한에 관한 아동학대 등과 관련된 요건 및 관련 효과를 살펴보기로 한다.

1. 친권자 및 친권상실 등과 관련된 민법 주요규정의 변천과정

친권과 친권의 제한에 대한 현행 제도를 아동의 복리라는 친권법의 이념에 맞도록 해석하기 위하여, 친권제도에 대한 우리 법의 변천과정에 대하여 간략하게나마 살펴볼 필요가 있다. 이하에서는 친권제도에 대한 민법의 태도, 친권자에 대한 규정에 대하여 제정민법부터 6차 개정을 통한 현행규정까지의 주요한 법규정을 기초로 하여 간단히 살펴보기로 한다.⁵¹⁾

제정민법하에서는 부만이 친권자이고, 모는 친권자가 될 수 없었으며, 이혼시에는 부만이 친권자였으며, 이혼 전 부가 사망한 경우 모가 친권자가 될 수 있었으나, 친가에 복적하거나 재혼한 때에는 친권을 상실하였다. “친권자는 그 친권에 복종하는 자에 가름하여 그 자에 대한 친권을 행사한다”고 하여 자녀는 친권자에 복종한다는 규정을 간접적으로 두고 있었다. 또한 친권의 상실과 관련하여서는 친권상실제도만을 인정하고 있었고, 부 또는 모가 친권을 남용하거나 현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있는 때에는 법원은 제777조의 규정에 의한 자의 친족 또는 검사의 청구에 의하여 그 친권의 상실을 선고할 수 있었다.

친권에 관한 1차 개정인 77년도의 개정법에서는 혼인 중에는 부모가 공동으로 친권을 행사하는 것으로 개정하여 친권이 가부장권의 일부라는 사고를 일부 수정하였으나, 의견이 일치하지 않는 경우에는 여전히 부가 친권을 행사하는 것으로 규정하고 있었다.

90년도의 2차 개정에서는 미성년자녀는 부모의 친권에 복종한다는 규정을 명문화하였다. 혼인외의 자가 인지된 경우와 부모가 이혼한 경우, 친권자를 정함에 있어서 부모의 협의로 친권자를 정하도록 하였고, 협의할 수 없거나 협의가 이루어

51) 친권자 및 친권의 제한에 관한 규정의 변천을 살펴보는 것은 친권의 남용에 대한 해석 및 대안제시를 함에 있어서 현행규정이 상정하고 있는 친권에 대한 시각을 살펴보는 데 중요한 지표가 될 수 있으므로 여기에서 중요한 부분에 대하여만 간단히 살펴보기로 한다. 또한 조문 전체를 검토하는 것이 아니라, 본 논문내용과 관련된 친권에 대한 민법의 태도, 친권자 결정 및 친권제한에 관련된 주요 부분만 발췌하여 검토하기로 한다.

지지 않는 경우에는 부가 행사하는 것이 아니라 당사자의 청구에 의하여 법원이 결정하는 것으로 개정하여 친권이 부모 공동의 권리이자 의무라는 사고가 도입되었다. 또한 혼인 외의 자가 인지되었으나 모가 자녀와 가를 달리하는 경우 및 부모가 이혼하였을 경우 개정 전에는 모는 친권자가 될 수 없었으나, 모를 친권자로 인정할 수 있도록 하여 친권이 부모의 공동의 권리이자 의무로 하였다.

2005년 개정법에서는 자는 친권에 복종한다는 규정을 삭제하고,⁵²⁾ 협의이혼시 친권을 행사할 자를 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 않는 경우 가정법원에 그 지정을 청구하여야 한다는 규정으로 개정하였다.⁵³⁾ 재판상 이혼 등에서는 직권으로 친권자를 정하게 함으로써 부모가 자녀의 친권에 대하여 서로 책임을 미루는 경우를 방지하였고, 자녀의 복리를 위하여 필요한 경우 정하여진 친권자를 변경할 수 있도록 하여 자녀의 복리증진에 진일보한 입법이었다. 또한 친권행사의 기준규정을 신설하여 친권을 행사함에 있어서는 자의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다고 규정함으로써 친권이 자녀에 대한 부모의 지배권이 아니라, 자녀의 복리를 우선하면서 올바른 자녀양육을 하기 위한 부모의 권리이자 의무임을 밝히고 있다.⁵⁴⁾

2007년 개정법에서는 이혼시 반드시 친권자를 지정하도록 하여 자녀가 친권의 보호로부터 방치되는 일이 없도록 규정하였다. 이 경우 친권자를 협의로 정한 경우 이러한 협의가 자의 복리에 반하는 경우에는 가정법원은 보정을 명하거나 직권으로 친권자를 정할 수 있도록 하여 자녀의 보호에 더욱 박차를 가하였다.⁵⁵⁾

2011년 개정법에서는 친권과 관련하여 자녀의 복리를 최우선으로 하려는 입법태도가 잘 드러났다고 하겠다. 즉 이혼 등으로 단독 친권자로 정해진 부모의 일방이 사망하거나 친권을 상실하는 등 친권을 행사할 수 없는 경우에, 개정 전에

52) 2005년 개정법 제910조에서 친권자는 그 친권에 따르는 자에 갈음하여 그 자에 대한 친권을 행사한다고 규정하고, 친권에 복종하는 것이 아닌 친권에 따르는 것으로 개정하였다.

53) 개정 전에는 가정법원에 그 지정을 청구할 수 있다고 규정하고 있어서, 실제 청구를 하지 않는 경우에는 강제할 방법이 없었다.

54) 친권은 부모의 절대권이 아니라, 자녀의 복리실현을 위하여 법률에 의하여 부모에게 인정된 설정법상의 의무인 동시에 권리이다. 이러한 친권제도는 '친권행사의 유일한 기준은 자의 복리'라는 원칙에 의하여 뒷받침되고 있는데, 개정민법은 이로써 현대친자법의 중심이념을 명문으로 선언한 것이라는 평가가 있다(김주수·김상용, 전거서, 434-435면). '친권행사의 유일한 기준은 자의 복리'라는 원칙은 뒤에서 살펴 볼 친권남용과 관련하여 가장 중요한 기준이며, 유일한 기준이라는 점에 유의하여 친권남용 시 친권제한에 대한 적절성을 검토하여야 할 것이다.

55) 2007년의 개정법에는 협의이혼을 할 때 친권자결정 등에 관한 협의서 또는 가정법원의 심판정본을 이혼의사 확인서 의무적으로 제출하도록 하는 절차규정도 신설되었다(제836조의 2 제4항 신설).

는 정지되어 있던 타방 부모의 친권이 부활되어 자동적으로 친권자가 되었으나, 생존부모가 친권을 행사하는 것이 자녀의 복리에 맞지 않다고 판단될 때에는 미성년후견이 개시되도록 하는 규정을 신설하였다. 즉 가정법원의 심리를 거쳐 친권자로 정해지지 않았던 부모의 다른 일방을 친권자로 지정하거나 후견이 개시되도록 하고, 입양이 취소되거나 파양된 경우 또는 양부모가 사망한 경우에도 가정법원의 심리를 거쳐 친생부모 또는 그 일방을 친권자로 지정하거나 후견이 개시되도록 하여 부적격의 부 또는 모가 당연히 친권자가 됨으로써 미성년자의 복리에 악영향을 미치는 것을 방지하고,⁵⁶⁾ 이혼 등으로 단독 친권자로 정해진 부모의 일방이 유언으로 미성년자의 후견인을 지정한 경우라도 미성년자의 복리를 위하여 필요하다고 인정되면 후견을 종료하고 친권자로 정해지지 않았던 부모의 다른 일방을 친권자로 지정할 수 있게 하여 미성년자의 복리를 증진시킬 수 있도록 하였다. 자녀의 복리 측면에서 진일보한 규정이다. 또한 '자녀의 복리'가 친권행사에 있어서는 물론 친권자 지정에 있어서도 우선적으로 고려되어야 할 기준이라는 원칙을 선언하였다는 점에서 의미가 있는 개정이었다.⁵⁷⁾

이후 2014년에 친권의 상실, 일시 정지 및 일부 제한 등과 관련한 개정이 있었는데 이 개정법이 현재 시행되고 있다.

2. 아동학대와 친권의 제한과 관련된 현행 규정

부모는 자녀의 복리에 적합하게 친권을 행사할 의무를 부담하는데, 이러한 의무를 위반하여 자녀의 복리를 위태롭게 할 때에는 아동의 보호의무를 지고 있는 국가가 개입하여 필요한 조치를 취해야만 한다. 부모로부터 친권을 박탈하는 친권상실신고는 국가가 취할 수 있는 조치 가운데 가장 강력한 수단이라고 할 수 있을 것이다.⁵⁸⁾ 이하에서는 친권의 상실, 일시 정지 및 친권의 일부 제한과 관련

56) 단독친권자가 사망한 경우 생존친이 자동으로 친권자가 되는 것으로 보는 종전의 실무(친권자 동부활론)는 여러 가지 문제를 야기하고 있었다고 하면서, 생존친이 혼인 중에 자녀에 대하여 상습적으로 폭행을 한 경우와 같이 처음부터 친권자로서 적합하지 않은 경우들이 있는데도 불구하고 생존친의 친권을 자동으로 부활시키는 경우에는 자녀의 복리가 회복불가능하게 침해될 수 있고, 이러한 경우는 단순한 우려를 넘어 이미 현실이 되었다는 점을 들면서 개정 친권법은 바로 이러한 폐해를 막기 위한 목적으로 마련된 것이라는 분석이 있다(김주수·김상용, 전게서, 423-424면).

57) 김주수·김상용, 전게서, 435면.

58) 김주수·김상용, 전게서, 456면.

된 요건으로서의 아동학대에 대하여 검토하기로 한다.

(1) 친권상실 및 친권의 일시 정지의 요건으로서의 아동학대

1) 민법의 규정

민법 제924조 제1항에서는 “가정법원은 부 또는 모가 친권을 남용하여 자녀의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있는 경우에는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 그 친권의 상실 또는 일시 정지를 선고할 수 있다.”고 하여 친권상실 및 친권의 일시 정지제도를 규정하고 있다. 민법은 친권상실 및 친권의 일시 정지의 원인으로 친권의 남용과 이러한 남용으로 인한 자녀의 복리침해를 상정하고 있다.

친권의 남용이란 친권을 자의 복리실현에 현저하게 반하는 방식으로 행사하는 것을 말한다. 예컨대 자녀에 대한 신체적·정신적 학대, 필요한 의료행위에 대한 동의거부, 자녀의 취학거부, 자녀를 범죄나 성매매 등으로 유도하는 것, 친권자의 이익을 위하여 자의 재산을 처분하는 행위 등이 친권의 남용에 해당한다고 한다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾ 이러한 친권의 남용은 친권 본래의 목적인 자녀의 복리실현에 현저히 반하는 방식으로 친권을 행사하는 것(적극적 남용)은 물론, 의도적으로 친권을 행사하지 않아서 자녀의 복리를 해치는 것(소극적 남용, 예컨대 방임)까지를 포괄하는 개념이다.⁶¹⁾ 친권자가 자녀를 학대한 경우는, 자신의 친권의 내용인 양육권이나 징계권을 남용한 것이므로, 이로 인하여 자녀의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우

59) 김주수·김상용, 전게서, 458면; 송덕수, 친족상속법(제4판), 박영사, 2018, 220면. 윤진수 교수는 징계권을 만용하여 자녀를 학대하는 것도 친권의 남용의 예로 들고 있다(윤진수, 전게서, 248면).

60) 이 이외에도 자녀와 친밀한 유대관계에 있는 제3자(예를 들면 조부모)와의 만남을 금지하는 행위 등도 친권의 남용에 해당한다는 견해가 있다(김주수·김상용, 전게서, 458면.). 그런데 이러한 행위가 앞에서 본 다른 사유와 같이 절대적으로 친권 남용에 해당하는지는 의문이다.子を 직접 양육하지 않는 부모의 일방과 자는 상호 면접교섭권을 가지고 있는데, 이러한 부모와 자식 간의 면접교섭권도 자녀의 복리를 위하여는 제한하거나 배제할 수 있다(민법 제837조의 2). 생각건대 자녀와 친밀한 유대관계에 있는 제3자라고 하더라도, 그러한 자와의 만남을 인정할지의 여부는 자녀를 양육하는 부모의 교육관 혹은 양육관에 따라 친권자가 결정할 수 있는 친권의 범위 내라고 생각되고, 또한 아무리 친밀한 관계에 있다고 하더라도 그러한 사람과의 만남이 자녀의 복리에 도움이 되지 않는다고 한다면 만남을 배제하는 것도 정당한 친권의 행사라고 생각된다. 다만 일반적이지 않은 과도한 배제가 자녀의 복리를 해치는 정도의 수준이라면 친권의 남용으로 볼 수도 있다고 생각된다.

61) 김주수·김상용, 전게서, 457면; 윤진수, 전게서, 248면.

려가 있는 경우에는 친권상실 또는 일시정지가 가능하고, 학대의 경우에는 자녀의 복리를 현저히 해치는 경우가 많을 것이므로 일반적으로 친권의 남용이 될 것이다.

그런데 자녀의 복리를 해하거나 해칠 우려가 있는 지에 대한 판단에 있어서 단순히 친권자의 친권남용행위 자체만에 대한 판단만으로 결정할 것은 아니라고 생각된다. 경우에 따라서는 친권남용행위로 판단하여 친권을 제한하는 것이 결과적으로 자녀의 복리에 더 악영향을 미치는 경우도 있을 수 있다. 즉 친권의 상실 혹은 친권의 일부 제한의 선고와 관련하여 가장 중요한 목적은 아동의 복리이다. 이러한 아동의 복리라는 요건은 2가지 측면에서 검토하여야 한다. 친권자의 친권남용행위가 자녀의 복리를 해치거나 해칠 우려가 있는 행위인지와 관련하여 행위 자체에 대한 1차적 판단과, 친권을 상실시키거나 일부 제한하는 선고를 한 결과가 현상을 유지하는 것과 비교하여 자녀의 복리에 더 유리한 결과를 가져오는 것인지에 대한 2차적 판단이 필요하다고 생각된다. 1차적 판단 결과 남용행위 자체가 자녀의 복리를 해하는 행위라고 하더라도 2차적 판단을 통하여 현상을 유지하는 것이 자녀의 복리에 더 유리하다고 판단되는 경우도 있을 수 있다. 이러한 경우에는 친권에 대한 제한없이 현상태를 유지하는 것이 아동의 복리에 더 유리할 수 있으므로 법원은 친권의 상실시키거나 제한하는 선고를 함에 있어서는 더욱 신중하여야 할 것이다.⁶²⁾ 아동학대 등 친권남용이 있는 경우에 친권상실의 선고를 가정법원에 청구할 수 있는 청구권자는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장이다. 규정에 의하면 자녀 자신도 친권의 상실 또는 일시 정지 및 일부 제한에 대한 청구권자이다. 그러나 어린 자녀가 스스로 이러한 청구를 하는 것은 현실적으로 어렵다고 하겠다. 따라서 자녀가 자신의 복리를 도모하는 것을 실효성있게 보장하기 위하여 절차법적으로도 부모에 대해 자녀의 이익을 대변해 줄 수 있는 특별대리인 제도의 도입을 검토할 필요가 있다.⁶³⁾

62) 물론 최후성과 보충성의 원칙에 의하여 친권상실선고 대신 친권 일시 정지나 친권 일부 제한의 선고를 할 수 있지만, 친권 일부 제한의 선고에 대한 판단에서는 경우에 따라서는 현상을 유지하는 것이 아동의 복리에 더 도움이 된다고 한다면 친권 일부 제한의 선고없이 현상을 유지하여야 할 것이다. 그러나 현상을 유지한다고 하더라도 친권남용행위 자체로 인한 아동의 복리에 대한 1차적 침해는 있는 것이므로 아동보호에 최선의 방법이 될 수는 없다. 이와 관련하여 아동의 복리를 보장할 수 있는 대응방안에 대하여는 후술한다.

63) 권재문, 전제 “친권의 제한·정지 제도 도입을 위한 검토사항”, 51면. 이러한 경우의 특별대리인 제도의 도입과 관련하여서는 본 논문에서는 따로 자세히 다루지 않고 별도의 연구를 통하여 자세히 다루기로 한다.

2) 아동복지법 등 특별법

① 아동복지법

아동이 건강하게 출생하여 행복하고 안전하게 자랄 수 있도록 아동의 복지를 보장하는 것을 목적으로 하고 있는 아동복지법은 친권자에 의한 아동학대 등이 있는 경우 친권상실의 선고를 청구할 수 있도록 규정하고 있다(아동복지법 제18조).⁶⁴⁾ 민법과 비교하여 특이한 사항은 친권상실 선고의 원인으로서 아동학대를 명문으로 규정하고 있다는 점이다.⁶⁵⁾ 동법에 의하면 시·도지사, 시장·군수·구청장 또는 검사는 아동의 친권자가 그 친권을 남용하거나 현저한 비행이나 아동학대, 그 밖에 친권을 행사할 수 없는 중대한 사유가 있는 것을 발견한 경우, 아동의 복지를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 법원에 친권행사의 제한 또는 친권상실의 선고를 청구하여야 한다고 규정하고 있는데, 이러한 사람들에게 청구할 수 있는 선택권이 아니라 청구하여야 한다는 의무를 부담시키고 있다. 또한 아동복지시설의 장 및 초·중등교육법에 따른 학교의 장은 이러한 청구권은 없지만 위에 해당하는 자치단체장이나 검사에게 이와 같은 친권의 상실이나 제한을 청구하도

64) 아동복지법 제18조(친권상실 선고의 청구 등)

- ① 시·도지사, 시장·군수·구청장 또는 검사는 아동의 친권자가 그 친권을 남용하거나 현저한 비행이나 아동학대, 그 밖에 친권을 행사할 수 없는 중대한 사유가 있는 것을 발견한 경우 아동의 복지를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 법원에 친권행사의 제한 또는 친권상실의 선고를 청구하여야 한다.
- ② 아동복지시설의 장 및 「초·중등교육법」에 따른 학교의 장(이하 "학교의 장"이라 한다)은 제1항의 사유에 해당하는 경우 시·도지사, 시장·군수·구청장 또는 검사에게 법원에 친권행사의 제한 또는 친권상실의 선고를 청구하도록 요청할 수 있다.
- ③ 시·도지사, 시장·군수·구청장 또는 검사는 제1항 및 제2항에 따라 친권행사의 제한 또는 친권상실의 선고 청구를 할 경우 해당 아동의 의견을 존중하여야 한다.
- ④ 시·도지사, 시장·군수·구청장 또는 검사는 제2항에 따라 친권행사의 제한 또는 친권상실의 선고 청구를 요청받은 경우에는 요청받은 날부터 30일 내에 청구 여부를 결정한 후 해당 요청기관에 청구 또는 미청구 요지 및 이유를 서면으로 알려야 한다.
- ⑤ 제4항에 따라 처리결과를 통보받은 아동복지시설의 장 및 학교의 장은 그 처리결과에 대하여 이의가 있을 경우 통보받은 날부터 30일 내에 직접 법원에 친권행사의 제한 또는 친권상실의 선고를 청구할 수 있다.

65) 아동복지법에서는 친권상실 선고의 청구의 원인으로 친권의 남용과 아동학대를 대등한 관계로 규정하고 있다. 또한 이로 인하여 아동의 복리를 해치거나 해칠 우려가 있는 사정을 요구하고 있지 않다. 따라서 이러한 사유만 있으면 법원에 친권상실 선고를 청구하여야 하는데, 이를 심판하는 법원에서는 민법의 친권상실의 요건에 맞추어 아동학대와 같은 행위를 통하여 친권을 남용하였는지의 여부와 이로 인하여 아동의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있는 지에 대하여 다시 판단하여 결정할 것이다.

록 요청할 수 있는 권한을 부여하였고, 이들이 청구를 하지 않는 경우에는 직접 법원에 친권의 상실 또는 제한을 청구할 수 있는 권한을 부여하고 있다.

② 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 약칭 청소년성보호법)

청소년성보호법⁶⁶⁾도 아동·청소년대상 성범죄 사건을 수사하는 검사는 그 사건의 가해자가 피해아동·청소년의 친권자나 후견인인 경우에 법원에 민법 제924조의 친권상실신고 또는 같은 법 제940조의 후견인 변경 결정을 청구하여야 한다고 규정하고 있다.⁶⁷⁾ 피해아동의 가해자가 친권자인 경우에는 이는 성적 학대행위가 된다. 동법은 아동 성범죄의 가해자가 친권자인 경우에는 친권상실선고를 청구하여야 한다고 규정하여 강제하고 있다. 청구권자는 검사이다. 다만 검사가 친권상실 선고를 청구하지 않으면, 아동보호의 일선에 있는 아동보호전문기관과 성폭력 피해상담소, 성폭력피해자보호시설, 청소년상담복지센터, 청소년쉼터와 같은 기관과 그 기관의 장은 검사에게 친권상실선고를 청구하도록 요구할 수 있도록 하고 있다. 만약 검사가 이러한 요구에 응하지 않으면 직접 법원에 청구를 할 수 있다. 이러한 청구에 의하여 친권상실선고를 하는 경우에는 법원은 피해아동·청소년을 다른 친권자 또는 친족에게 인도하거나 청소년성보호법 제45조 또는 제46조에서

66) 청소년성보호법은 아동·청소년대상 성범죄의 처벌과 절차에 관한 특례를 규정하고 피해아동·청소년을 위한 구제 및 지원 절차를 마련하며 아동·청소년대상 성범죄자를 체계적으로 관리함으로써 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하고 아동·청소년이 건강한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 함을 목적으로 하고 있다(청소년성보호법 제1조).

67) 청소년성보호법 제23조(친권상실청구 등)

- ① 아동·청소년대상 성범죄 사건을 수사하는 검사는 그 사건의 가해자가 피해아동·청소년의 친권자나 후견인인 경우에 법원에 「민법」 제924조의 친권상실신고 또는 같은 법 제940조의 후견인 변경 결정을 청구하여야 한다. 다만, 친권상실신고 또는 후견인 변경 결정을 하여서는 아니 될 특별한 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 다음 각 호의 기관·시설 또는 단체의 장은 검사에게 제1항의 청구를 하도록 요청할 수 있다. 이 경우 청구를 요청받은 검사는 요청받은 날부터 30일 내에 해당 기관·시설 또는 단체의 장에게 그 처리 결과를 통보하여야 한다.
 1. 「아동복지법」 제45조에 따른 아동보호전문기관
 2. 「성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제10조의 성폭력피해상담소 및 같은 법 제12조의 성폭력피해자보호시설
 3. 「청소년복지 지원법」 제29조제1항에 따른 청소년상담복지센터 및 같은 법 제31조제1호에 따른 청소년쉼터
- ③ 제2항 각 호 외의 부분 후단에 따라 처리 결과를 통보받은 기관·시설 또는 단체의 장은 그 처리 결과에 대하여 이의가 있을 경우 통보받은 날부터 30일 내에 직접 법원에 제1항의 청구를 할 수 있다.

규정하고 있는 기관·시설 또는 단체에 인도하는 등의 보호조치를 결정할 수 있다.
이 경우 그 아동·청소년의 의견을 존중하여야 한다.(청소년성보호법 제24조)

③ 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법

아동복지법의 미비점⁶⁸⁾들을 수정·보완하여 아동학대사례의 개입에 관한 전체적인 틀을 새로이 만든 법인 아동학대특례법⁶⁹⁾에서도 친권자가 아동학대중상해죄를 저지르거나 상습적으로 아동학대범죄를 범한 경우에는 검사가 법원에 친권상실 선고를 청구하여야 한다고 규정하고 있다(아동학대특례법 제9조).⁷⁰⁾ 동 법에 의하면 아동학대의 가해자가 친권자인 경우, 검사는 법원에 친권상실의 선고를 청구하여야 하며, 검사가 이러한 청구를 하지 않을 때에는 아동보호전문기관의 장은 검사에게 친권상실의 선고를 청구하도록 요청할 수 있으며, 그래도 검사가 청구하지 않을 때에는 아동보호전문기관의 장은 직접 법원에 청구할 수 있다(아동학대특례법 제9조). 동법은 아동학대에 대한 신고와 관련하여 일반인과는 달리 아동

68) 아동복지법은 당초부터 아동학대에 대응하기 위하여 만든 법률이 아니라 미아나 기아 등의 요보호아동을 염두에 두고 제정한 법률이라고 한다. 점점 아동학대문제가 피할 수 없는 사회문제라는 것을 인식할 무렵인 2000년에 전면개정을 통하여 부분적으로 아동학대에 관한 법적 근거를 두게 되었고, 그 후에 몇 번의 개정과정을 거치면서 보완하였다고 한다. 그러나 여전히 아동학대의 예방 및 아동학대행위자의 처벌이나 피해아동의 보호 등에 관한 실질적인 규정들이 미흡할 수 밖에 없었고, 아동학대에 대한 전면적이고 체계적인 규율이 이루어질 것을 기대하기는 어려운 상황이었다고 한다(박주영, 전제 “학대피해아동에 대한 단기간의 분리보호 및 친권제한조치”, 354면).

69) 아동학대특례법은 아동학대범죄의 처벌 및 그 절차에 관한 특례와 피해아동에 대한 보호절차 및 아동학대행위자에 대한 보호처분을 규정함으로써 아동을 보호하여 아동이 건강한 사회 구성원으로 성장하도록 함을 목적으로 하고 있다(아동학대특례법 제1조). 또한 아동학대범죄로 인하여 아동학대처벌법 제36조 제1항에 따른 보호처분의 대상이 되는 사건인 아동보호사건의 관할은 아동학대행위자의 행위지, 거주지 또는 현재지를 관할하는 가정법원으로 하여 아동학대 사건에 대한 기본관할을 가정법원으로 하고 있다(아동학대특례법 제18조 제1항).

70) 아동학대특례법 제9조(친권상실청구 등)

- ① 아동학대행위자가 제5조 또는 제6조의 범죄를 저지른 때에는 검사는 그 사건의 아동학대행위자가 피해아동의 친권자나 후견인인 경우에 법원에 「민법」 제924조의 친권상실의 선고 또는 같은 법 제940조의 후견인의 변경 심판을 청구하여야 한다. 다만, 친권상실의 선고 또는 후견인의 변경 심판을 하여서는 아니 될 특별한 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 검사가 제1항에 따른 청구를 하지 아니한 때에는 아동보호전문기관의 장은 검사에게 제1항의 청구를 하도록 요청할 수 있다. 이 경우 청구를 요청받은 검사는 요청받은 날부터 30일 내에 그 처리 결과를 아동보호전문기관의 장에게 통보하여야 한다.
- ③ 제2항 후단에 따라 처리 결과를 통보받은 아동보호전문기관의 장은 그 처리 결과에 대하여 이의가 있을 경우 통보받은 날부터 30일 내에 직접 법원에 제1항의 청구를 할 수 있다.

과 관련된 특수한 직역에 종사하는 사람에게 아동학대범죄를 알게 된 경우나 그 의심이 있는 경우에는 아동보호전문기관 또는 수사기관에 즉시 신고하여야 한다는 의무를 부과하고 있다(아동학대특례법 제10조).

3) 아동학대로 인한 친권상실 또는 친권 일시 정지 선고의 효과

친권상실선고 심판이 확정되면 친권자는 친권을 상실한다. 공동친권자인 부모 중 일방의 친권만이 상실된 때에는 다른 일방이 단독으로 친권을 행사하게 되고, 친권자가 아무도 없는 경우에는 후견이 개시된다.⁷¹⁾ 이혼시 친권자로 지정된 부모 또는 모가 친권상실선고를 받은 경우에 부모의 다른 일방이 생존해 있는 경우에는 일정한 자가 일정한 기간 내에 생존하는 부나 모를 친권자로 지정할 것을 청구할 수 있고(민법 제927조의 2 제1항, 민법 제909조의 2 제1항), 그 기간 내에 친권자 지정청구가 없을 때에는 가정법원은 직권 혹은 일정한 자의 청구에 의하여 미성년후견인을 선임할 수 있다(민법 제927조의 2 제1항, 민법 제909조의 2 제3항).⁷²⁾

친권 일시 정지가 선고되면 친권자의 친권은 일시 정지된다. 친권의 일시 정지는 친권을 영구히 박탈할 정도는 아니지만 일정 기간 친권 전체를 정지시키는 것이 아동의 복리에 유용할 때 사용할 수 있다.⁷³⁾ 가정법원은 친권의 일시 정지를 선고할 때에는 자녀의 상태, 양육사항, 그 밖의 사정을 고려하여 그 기간을 정하여야 한다. 이 경우 그 기간은 2년을 넘을 수 없다.(민법 제924조 제2항). 가정법원은 자녀의 복리를 위하여 친권의 일시 정지 기간의 연장이 필요하다고 인정하는 경우에는 자녀, 자녀의 친족, 검사, 지방자치단체의 장, 미성년후견인 또는 미성년후견감독인의 청구에 의하여 2년의 범위에서 그 기간을 한 차례만 연장할 수 있다(민법 제924조 제3항). 이러한 친권의 일시 정지는 친권을 영구히 박탈할 정도는 아니라고 하더라도, 주로 치료거부 등에 의한 아동학대가 있을 경우에 이용할 수 있다고 한다. 즉 아동의 치료가 필요한데 부모가 종교적 신념을 이유로 자

71) 윤진수, 전계서, 249면.

72) 송덕수, 전계서, 223면.

73) 친권상실의 선고는 친권의 일시 정지, 친권의 일부 제한 또는 그 밖의 다른 조치에 의해서는 자녀의 복리를 충분히 보호할 수 없는 경우에만 할 수 있다(민법 제915조의 2 제1항). 따라서 친권의 일부가 아닌 전체를 제한하여야 하지만, 친권의 영구적인 박탈이 아니라 일정 기간 동안에만 친권 전체를 일시 정지시키는 것만으로도 자녀의 복리를 충분히 보호할 수 있는 경우에는 친권상실이 아니라 친권 일시 정지를 선고하여야 한다.

녀의 치료를 거부할 경우에 효용성이 있다고 한다. 현행법에서는 친권자의 동의를 갈음하는 재판을 통하여(민법 제922조의 2) 아픈 미성년 자녀를 부모의 동의가 없더라도 병원에 입원시켜 치료할 수 있는데, 가령 가정법원이 친권자의 동의를 갈음하는 재판을 통하여 자녀를 병원에 입원하게 하여 치료하도록 하는 강제 조치를 취하더라도 부모가 법정대리인으로서 의료계약을 해지하거나, 거소지정권 또는 자녀의 인도청구권을 주장하여 법원의 조치를 무력화할 수 있다는 우려가 있다고 한다.⁷⁴⁾ 이러한 경우에 미성년 자녀를 보호하기 위하여 민법은 친권의 일시정지와 일부제한제도도 도입하였다고 한다.⁷⁵⁾ 이 견해는 일면 동의가 되지만 친권의 일시 정지제도 만으로 이러한 문제를 해결하는 것은 적절하지 않을 수도 있다고 생각된다. 문제가 되는 것이 아동의 치료거부에 국한되는 것이라면 전체 친권을 정지시키는 것이 아동의 복리에 도움이 되는 것인지는 의문이다. 친권 일시 정지제도와 일부 제한제도를 혼용하여 친권의 일부를 일시 제한하는 것이 타당할 것이다. 친권의 일시 정지제도는 친권의 전부를 일정기간 정지시키는 것이다. 생각건대 아동의 치료에 필요한 양육권 중 신상감호에 관한 부분만 일부 일시 정지하는 것이 타당하리라 생각된다. 친권 일부의 일시정지도 해석상 얼마든지 가능하다고 생각된다.⁷⁶⁾⁷⁷⁾

(2) 친권의 일부 제한의 요건으로서의 아동학대

1) 민법의 규정

가정법원은 거소의 지정이나 징계, 그 밖의 신상에 관한 결정 등 특정한 사항에 관하여 친권자가 친권을 행사하는 것이 곤란하거나 부적당한 사유가 있어 자녀의 복리를 해치거나 해칠 우려가 있는 경우에는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 구체적인 범위를 정하여 친권의 일부 제한을

74) 송덕수, 전게서, 224면.

75) 송덕수, 전게서, 224면.

76) 송덕수, 전게서, 225면; 윤진수, 전게서, 253면.

77) 친권의 일부를 일시 정지하는 것과 관련하여 친권제한·정지제도 도입 개정위원회에서는 친권의 일부제한과 일시정지를 결합한 형태 즉 친권의 내용 중 일부를 일시적으로 제한하는 것도 필요하다는데 의견이 모아졌으나, 친권의 전부를 일시 정지할 수 있다면 그 일부에 대한 일시정지는 당연히 가능한 것으로 해석할 수 있으므로 이러한 취지를 명시하는 것 대신 친권의 일부 제한에 대해서도 실현회복이 가능하도록 수정하기로 하였다고 한다(권재문, 전게 “친권의 제한·정지 제도 도입을 위한 검토사항”, 37-38면).

선고할 수 있다(민법 제924조의 2). 친권을 행사하는 것이 곤란하거나 부적당한 사유가 있어야 하는 것이 일차적 요건이고, 이러한 이유로 자녀의 복리를 해해치거나 해칠 우려가 있는 것이 이차적 요건이 된다.

① 친권을 행사하는 것이 곤란하거나 부적당한 사유가 있을 것

민법은 친권을 행사하는 것이 곤란하거나 부적당한 사유가 있을 수 있는 경우의 예시로 징계를 들고 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 친권자에게 징계권이 인정되지만 체벌을 통한 신체적 학대와 정신적 학대행위는 징계권의 남용으로 아동학대가 될 수 있다는 필자의 입장에서는 친권의 일부 제한제도는 아주 유용하게 활용될 수 있는 제도이다. 요건으로서 친권을 행사하는 것이 곤란한 경우란 객관적으로 볼 때 친권을 행사할 수 없는 사정이 있는 때라고 해석되고, 친권자의 고의나 과실은 요구되지 않는다고 한다.⁷⁸⁾ 또한 친권을 행사하는 것이 부적당한 사유가 있는 때라고 규정하고 있는데,⁷⁹⁾ 이러한 사유로는 자녀에 대한 징계권의 남용이 우려되거나 친권자가 자녀의 치료를 위하여 필요한 의료행위를 거부할 의도를 가지고 의료계약을 해지하거나, 거소지정권 또는 자녀의 인도청구권을 주장하는 것을 들 수 있다고 한다.⁸⁰⁾ 물론 이러한 원인으로 인한 친권의 일부 제한은 경우에 따라서는 친권의 일시 정지제도와 결합하여 행해질 때 더 좋은 효과를 거둘 수 있을 것이다.

생각건대 친권을 행사하는 것이 부적당하여 친권의 일부를 제한하여야 하는 경우에는 징계권의 남용이 적절한 예가 될 수 있다. 다만 앞에서 살펴본 바와 같이

78) 김주수·김상용, 전거서, 469면.

79) 친권 일부제한의 요건인 친권자가 친권을 행사하는 것이 부적당한 사유에 대하여 이러한 예를 찾기 어렵다는 지적이 있다(김주수·김상용, 전거서, 469면). 생각건대 친권의 일부 제한이 필요한 경우는 특히 민법이 예시로 들고 있는 징계와 관련하여 징계권의 남용 등으로 인한 아동학대의 우려가 있는 경우에 정말 유용할 수 있다. 즉 부모가 자신의 교육관에 따라 신체적 징계를 행할 때, 이러한 징계행위가 남용으로 인정되어 자녀의 복리를 현저히 해하거나 해할 수 있는 경우에는 물론 친권상실을 선고할 수 있다. 그러나 친권자의 친권행위가 재산관리 행위 등에서는 너무나 훌륭하지만, 자녀를 사랑하는 마음이 자신의 교육관에 따라 징계권의 남용으로 발현되어 아동학대에 해당된다면, 전체 친권을 상실시킬 것이 아니라 친권 중 양육권 혹은 징계권에 관한 부분만 제한하도록 하는 것이 오히려 자녀의 복리에 도움이 될 수 있다. 따라서 친권의 일부 제한은 이러한 부분에서 충분히 유용한 제도이고, 경우에 따라 친권의 일시 제한제도와 병행하여 행사한다면 자녀의 복리에 구체적으로 대응할 수 있을 것으로 생각된다. 따라서 부모의 징계권과 관련한 양육방법이 일반적인 사회상규를 벗어나는 경우가 친권을 행사하는 것이 부적당한 사유에 해당할 수 있다고 생각된다.

80) 윤진수·현소혜, “부모의 자녀 치료거부 문제 해결을 위한 입법론”, 법조 제680조, 2013, 84면.

징계권의 남용이 있다고 하여 징계권을 제한하여 이 부분만을 미성년후견의 대상으로 하는 것에 대하여는 별도의 검토가 필요하다.⁸¹⁾

② 아동학대 등으로 인하여 자녀의 복리를 해치거나 해칠 우려가 있을 것.

아동학대 등으로 인하여 자녀의 복리를 해치거나 해칠 우려가 있을 경우에 일부 제한을 선고할 수 있다. 친권상실의 요건에서는 자녀의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있다고 규정하고 있는데 반하여 일부 제한에서는 ‘현저히’라는 용어를 사용하지 않고 있다. 따라서 아동학대가 있으면 자녀의 복리를 해하는 것은 논리필연적이므로 단순히 아동학대의 우려가 있는 경우에도 친권의 일부제한이 가능하다고 하겠다. 다만 친권의 상실선고와 마찬가지로 아동의 복리에 대하여는 2단계의 검토를 하여야 한다. 1차적으로 친권자의 부적당한 친권의 행사가 자녀의 복리를 해하거나 해할 우려가 있는 행위인지의 여부와, 2차적으로 친권행사를 제한하는 선고를 하여 후견이 개시된 경우의 아동복리상태와 친권행사의 제한없이 현상을 유지하도록 함으로써 발생할 수 있는 아동의 복리상태와의 비교형량이 필요하다. 만약 친권을 제한하여 후견을 개시하는 것이 오히려 아동의 복리를 해할 수 있다면 이러한 제한선고를 하여서는 안 될 것이다.

2) 특별법의 규정

청소년성보호법과 아동학대특별법에 의하면 검사는 친권상실을 청구할 수 있다고 규정하고 있지만 친권의 일부 제한에 대한 청구는 규정하고 있지 않다.⁸²⁾ 그러나 검사는 아동학대범죄가 재발될 우려가 있는 경우에는 직권으로 또는 사법경찰관이나 보호관찰관의 신청에 따라 법원에 임시조치로서 친권 권한행사의 제한 또는 정지를 청구할 수 있고(아동학대특별법 제14조제1항), 법원 스스로도 아동의 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 결정으로 임시조치⁸³⁾⁸⁴⁾ 및 보호처

81) 이와 관련하여서는 후술한다.

82) 친권자가 자신의 친권에 따르는 자녀에 대한 성범죄 가해자인 경우에는 친권을 완전히 박탈하여 자녀로부터 분리하는 것이 타당하고, 양육권 등 일부만 제한하는 것은 아동의 복리에 대하여 별다른 도움이 되지 못하는 때문이라고 생각된다. 타당한 입법이라고 생각된다.

83) 이 경우 판사는 친권 행사의 제한 또는 정지로 인하여 피해아동에게 친권을 행사하거나 후견인의 임무를 수행할 사람이 없는 경우 그 임시조치의 기간 동안 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사·시장·군수·구청장 및 아동복지전담기관의 장으로 하여금 임시로 후

분⁸⁵⁾으로서 친권 권한행사의 제한 또는 정지를 할 수 있다(아동학대특별법 제19조 제1항 제4호, 제36조 제1항 제3호). 아동복지법에 의하면 아동학대특별법에서 임시조치로 친권을 제한할 수 있는 것과는 달리 종국적인 친권행사의 제한을 청구할 수도 있다. 아동의 구체적 사정에 따라 아동복리에 도움이 될 수 있는 방법을 택할 수 있도록 다양한 방법을 열어놓은 것으로 판단된다.⁸⁶⁾ 이 경우 친권제한을 청구할 수 있는 경우는 친권을 남용하거나 현저한 비행이나 아동학대, 그 밖에 친권을 행사할 수 없는 중대한 사유가 있는 때이다.

3) 아동학대로 인한 친권의 일부 제한의 효과

아동학대로 인하여 친권의 일부를 제한한다면 양육권 혹은 징계권을 제한할 수 있을 것이다. 친권이 제한된 범위에서 당해 친권자의 친권행사가 정지된다. 이러한 친권의 일부 제한은 친권자의 친권을 전부 박탈할 정도는 아니지만, 일정한 범위에 대하여는 친권을 영구히 혹은 일시적으로 행사할 수 없도록 하는 것이 아동의 복리에 더 나은 경우에 사용할 수 있다. 예컨대 부모가 다른 부분에서는 자녀에게 문제가 없으나 교육에 대한 철학으로 자녀를 학교에 보내지 않거나 징계

권인의 임무를 수행하게 하거나 그 임무를 수행할 사람을 선임하여야 한다(아동학대특별법 제23조 제1항). 다만 어디까지나 이러한 친권의 제한은 임시명령이라는 점에 주의하여야 한다. 관사는 심리의 결과 필요하다고 인정될 때에는 결정으로 피해아동에 대한 친권 행사의 제한 또는 정지라는 보호처분을 할 수 있다(아동학대특별법 제36조 제1항 제3호).

84) 아동학대특별법에 따른 임시조치로 2015년도에 친권 또는 후견인의 권한 행사의 제한 또는 정지를 청구하도록 검사에게 신청된 수는 28건이고, 이러한 신청 중 실제 검사가 법원에 청구한 건수는 7건이고, 법원에서 결정된 건수는 57건이라고 한다(보건복지부, 2015 전국아동학대현황보고서, 152-154면). 검사가 신청한 건수보다 법원에서 인정한 수가 훨씬 더 많다. 이는 다른 임시조치를 인정하면서 필요하다고 판단되어 법원에서 별도로 인정한 것으로 보인다.

85) 이러한 보호처분은 최장 2년을 경과할 수 없다.

아동학대특별법 제40조(보호처분의 변경) 제2항

제1항에 따라 보호처분의 종류와 기간을 변경하는 경우 종전의 처분기간을 합산하여 제36조제1항제1호부터 제3호까지 및 제5호부터 제8호까지의 규정에 따른 보호처분의 기간은 2년을, 같은 항 제4호의 규정에 따른 사회봉사·수강명령의 기간은 400시간을 각각 초과할 수 없다.

보호처분으로서 친권의 제한 혹은 정지와 관련된 보호처분의 기간은 종전의 처분기간을 합산하여 2년을 초과할 수 없다고 규정하고 있는 처분변경에 대한 규정이지만, 별도로 보호처분의 기간을 규정하고 있지 않은 것으로 보아 보호처분으로서 친권의 제한 혹은 정지 기간은 최장 2년으로 해석된다.

86) 아동복지법 제18조(친권상실 신고의 청구 등)

① 시·도지사, 시장·군수·구청장 또는 검사는 아동의 친권자가 그 친권을 남용하거나 현저한 비행이나 아동학대, 그 밖에 친권을 행사할 수 없는 중대한 사유가 있는 것을 발견한 경우 아동의 복지를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 법원에 친권행사의 제한 또는 친권상실의 신고를 청구하여야 한다.

권의 남용이 우려되는 경우, 자녀의 치료에는 동의하지만 수혈을 거부하는 경우 등에 대하여 해당되는 사항에 관하여서만 친권을 제한하는 것이 바람직하다고 판단되는 경우에 사용할 수 있다.

공동친권자 모두 친권이 제한된다면 후견이 개시되지만, 만약 부모가 이혼하여 일방 부모가 친권을 행사하고 있는 경우, 친권을 가지고 있는 일방 부모의 친권 중 양육권이나 징계권이 제한된다면, 그 범위에서는 자녀에게 법정대리인이 없는 것과 같은 상태가 되고, 이 경우에는 제909조의 2 제1항 및 제3항부터 제5항까지의 규정이 준용된다. 따라서 단독친권자가 양육권 혹은 징계권 제한의 선고를 받은 경우, 이혼 시 친권자로 지정되지 않은 부 또는 모 등의 청구권자는 친권의 일부 제한 심판이 확정된 것을 안 날로부터 1개월, 심판의 확정일로부터 6개월 내에 친권이 제한된 범위에 한정하여 친권자 지정 청구를 할 수 있다. 위 기간 내에 친권자 지정 청구가 없으면 가정법원은 직권 또는 청구에 따라 친권이 제한된 범위에 한정하여 미성년후견인을 선임할 수 있다(민법 제927조의 2). 또한 가정법원은 친권자가 새로 지정되거나 미성년후견인이 선임될 때까지 친권이 제한된 범위에 한정하여 임시로 법정대리인의 임무를 수행할 사람을 선임할 수 있다(민법 제927조의 2 제1항에 의한 909조의 2 제5항의 준용).⁸⁷⁾ 가정법원이 아동학대로 인하여 친권자의 양육권 등을 제한하는 선고를 할 경우, 가정법원은 직권 또는 청구권자의 청구에 의하여 친권자가 지정되거나 미성년후견인이 선임될 때까지 그 임무를 대행할 사람을 선임할 수 있다고 규정하고 있지만, 법원은 청구권자의 청구가 없다고 하더라도 반드시 직권으로라도 아동의 양육권에 대한 공백이 없도록 임시대리인을 선임하여야 할 것이다.⁸⁸⁾

87) 김주수·김상용, 전제서, 482면.

88) 아동학대특별법에서는 친권을 일부 제한하는 경우 법원은 임시로 후견인의 업무를 일정한 자에게 수행하게 하거나 수행할 사람을 선임하도록 강제하고 있다. 아동보호에 공백이 생기지 않도록 민법에서도 참고할 만한 조항이라고 생각된다.

아동학대특별법 제23조(임시로 후견인의 임무를 수행할 사람) ① 판사는 제19조제1항제4호의 임시조치로 인하여 피해아동에게 친권을 행사하거나 후견인의 임무를 수행할 사람이 없는 경우 그 임시조치의 기간 동안 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사·시장·군수·구청장·아동보호전문기관의 장 및 가정위탁지원센터의 장으로 하여금 임시로 후견인의 임무를 수행하게 하거나 그 임무를 수행할 사람을 선임하여야 한다.

IV. 친권감독인 및 자녀복리를 위한 필요한 처분 제도 신설에 대한 검토

1. 징계권의 남용 등 아동학대가 있는 경우에 현행제도의 분석

징계권의 남용 등 아동학대가 있는 경우에 현행 규정으로 친권과 관련하여 현실적으로 선택할 수 있는 방법은 5가지가 있다고 생각된다.⁸⁹⁾ 친권과 관련하여 할 수 있는 방법은 친권의 상실, 친권의 정지, 친권의 일부인 징계권을 제한하는 방법과 양육권을 제한하여 부모와 분리하는 방법, 현 상황대로 친권을 계속 인정하는 방법이다. ① 친권자의 친권상실선고를 통하여 친권 전체를 박탈하고 미성년후견을 개시하는 방법 ② 친권자의 친권을 일시 정지하여 정지 기간 동안 친권 전체를 박탈하고 미성년후견을 개시하는 방법 ③ 친권자의 양육권과 관련된 부분만을 제한하여 자녀를 친권자인 부모와 분리하여 생활하게 하는 방법 ④ 친권자에게 양육권은 인정하되 양육과 관련된 징계권만을 제한하여 징계권에 대하여서만 미성년후견을 개시하는 방법 ⑤ 친권 상실이나 일부 제한없이 친권자인 부모에게 자녀의 양육을 계속 하도록 하는 방법이 있을 수 있다. 만약 자녀의 교육에 대하여 엄한 징계와 체벌이 필요하다는 양육관(혹은 교육관)을 가진 부모에 의하여 과도한 육체적인 체벌과 같은 아동학대가 있는 경우, 어떤 조치를 취하는 것이 아동의 복리에 가장 도움이 되는 것일까?⁹⁰⁾

89) 친권이 상실 또는 제한된다고 하여 항상 미성년후견이 개시되는 것은 아니다. 즉 부모가 공동 친권을 행사하는 경우 친권자 모두가 친권을 상실 또는 제한되게 되면 미성년후견이 개시되지만, 일방만의 친권이 상실 또는 제한되면 타방 부모가 친권을 행사하게 되고 미성년후견이 개시되지는 않는다. 또한 이혼 후 부부의 일방이 친권을 행사할 때 이러한 친권이 상실 또는 정지된다면 타방 부모의 친권이 개시될 수도 있고 경우에 따라서는 미성년후견이 개시될 수도 있다. 하지만 여기서는 논의의 간편성을 위하여 부모 모두의 친권이 상실 또는 제한되어 미성년후견이 개시되는 것으로 논의의 폭을 제한하여 검토하기로 한다.

90) 현행법상 자녀의 교육에 대하여 엄한 징계와 체벌이 필요하다는 양육관(혹은 교육관)을 가진 부모에 의하여 과도한 육체적인 체벌과 같은 아동학대가 있는 경우의 친권의 제한과 관련하여서는 각 단계별로 다음과 같은 사항의 검토가 필요하다.

1. 이러한 부모의 징계권의 남용이 있을 경우, 이들 부모의 친권 전부를 상실 혹은 전체를 정지시키는 것이 자녀의 복리증진에 도움이 되는 최선일까? 친권상실선고의 보충성·최후성 및 친권 일시 정지의 보충성에 대한 검토가 요구된다.
2. 재산관리에 대한 친권행사에는 문제가 없는 경우, 친권의 일부 제한선고를 통하여 양육권에 관한 부분만 친권을 제한하고, 양육은 미성년후견을 통하여 함으로써 아동을 부모와 분리시키는 것이 자녀의 복리증진에 최선일까?

우선 신체적 체벌 등과 관련된 아동학대에 대해 검토해보면, 만약 징계권의 남용 등 아동을 학대한 부모가 지속적으로 아동학대를 계속할 경우에는 아동의 복리를 위해서라도 아동을 부모에게서 분리하여 양육하는 것이 타당할 것이다. 이와 관련하여 자녀를 학대하는 부모에게 다양한 교육·치료프로그램이 제공되어도 학대를 중단하는 경우는 약 40-50%에 지나지 않기 때문에 자녀를 부모로부터 격리시키고 친권을 전적으로 상실시키는 조치가 불가피하다는 견해가 있다.⁹¹⁾ 그러나 이와 반대로 교육과 치료를 받은 부모의 50% 정도는 학대를 중단한다고 볼 수 있으므로 학대나 유기원인을 개선시키고 이를 확인한 후 부모에게 자녀를 돌려보낼 수 있는 장치로서 친권의 일부를 제한할 수 있어야 한다는 견해도 있었다.⁹²⁾ 현행 친권 일부 제한제도의 의하면 법원은 친권자의 아동학대 등으로 인하여 자녀의 복리를 해치거나 해칠 우려가 있는 경우에는, 학대행위로 인한 형사적 처벌은 별개로 하더라도, 친권의 일부를 제한할 수 있다. 반대로 아동학대특별법에 의하면 법원이 아동을 학대한 친권자에게 보호조치로서 친권의 제한을 결정하였다고 하더라도, 이후 아동학대행위자의 성행이 교정되어 정상적인 가정생활이 유지될 수 있다고 판단되거나 그 밖에 보호처분을 계속할 필요가 없다고 인정하는 경우에는 직권 또는 검사, 피해아동, 그 법정대리인, 변호사, 보호관찰관이나 수탁기관의 장의 청구에 의하여 결정으로 보호처분의 전부 또는 일부를 종료할 수 있다.⁹³⁾ 생각건대 재산상의 행위에 대하여는 아무런 문제가 없으나, 자녀의 교육에 대하여 엄한 징계와 체벌이 필요하다는 양육관(혹은 교육관)을 가진 부모에 의하여 과도한 육체적인 체벌과 같은 아동학대가 있는 경우,⁹⁴⁾ 앞에서 예시한 ①,

3. 양육권은 인정하고 징계권만을 제한하여 징계권만 미성년후견을 개시하는 것이 가능한가? 가능하다고 하더라도 아동을 부모가 양육하는 상황에서 징계권만을 제한한다고 하면, 실제 부모가 자녀와 같이 생활하면서 양육하는 현실에서 미성년후견인이 징계권만을 독자적으로 행사하는 것이 가능한지의 여부와 아동보호에 현실적으로 도움이 될 것인가? 또한 부모에 의한 신체적 학대와 같은 아동학대가 재발하지는 않을까?

4. 징계권의 남용이 있었다고 하더라도 부모의 친권을 제한하지 않고 그냥 부모가 친권을 계속 행사하도록 할 경우, 자녀에 대한 징계권의 남용에 대한 위험성은 여전히 상존하고 있는데, 이러한 상태로 그냥 두는 것이 아동의 복리에 문제는 없을 것인가?

91) 김상용, “친권상실신고제도의 문제점”, 고시연구 제26권 제6호, 1999, 84면.

92) 이은정. 전제논문, 227-228면. 이 견해는 2014.10.15. 민법개정법에 의하여 친권의 일시 정지 및 친권 일부 제한제도로 도입되어 현재 시행되고 있다.

93) 아동학대특별법 제42조(보호처분의 종료) 법원은 아동학대행위자의 성행이 교정되어 정상적인 가정생활이 유지될 수 있다고 판단되거나 그 밖에 보호처분을 계속할 필요가 없다고 인정하는 경우에는 직권 또는 검사, 피해아동, 그 법정대리인, 변호사, 보호관찰관이나 수탁기관의 장의 청구에 의하여 결정으로 보호처분의 전부 또는 일부를 종료할 수 있다.

94) 이러한 가정은 부모가 아동학대행위가 있었다고 하더라도(형사적 처벌여부는 상관하지 않는다), 이러한 아동학대행위가 오로지 자녀의 교육을 위한 목적으로만 행하여진 것이고, 이러한 아동

②의 방법과 같이 친권자의 친권 전체를 상실하게 하거나 친권 전체를 일시 정지할 필요는 없을 것이라고 생각된다. 친권자에게서 문제가 된 부분은 재산상의 행위가 아니라 자녀의 양육과 관련된 신분상의 행위에 국한이 되어 있기 때문이다. 2014년 민법 개정 전에도 법정대리인인 친권자가 신분상의 행위에는 문제가 없지만 자녀의 재산상의 행위에만 친권남용이 있었던 경우, 대리권·재산관리권의 상실의 선고를 통하여 친권의 일부만 상실하게 할 수 있었다. 아동의 복리를 위하여서도 친권 전체에 대한 제한은 필요없고, 친권상실선고의 최후성, 보충성을 고려하고, 친권 일시 정지의 보충성의 원칙을 고려할 때 이러한 문제는 친권의 일부 제한으로도 가능하므로 친권의 상실 또는 일시정지는 이러한 경우에 적합하지 않다.

그렇다면 ③과 같이 친권자의 양육권과 관련된 부분만을 제한하여 자녀를 친권자인 부모와 분리하도록 하는 것이 언제나 아동의 복리 증진에 적합할 것인가? 일반적인 경우라고 한다면 아동학대가 인정되는 경우 부모로부터 자녀에 대한 양육권을 박탈하여 자녀를 부모와 분리하여 생활하도록 하는 것이 자녀의 복리에 도움이 될 것이다. 이 점에는 의문의 여지가 없다. 다만 필자는 모든 경우에 이러한 분리가 최선의 방법인가에 의문이 있는 것이다. 아동학대를 인정하는 범위가 넓어진 오늘의 현실에서 육체적 학대뿐만 아니라 정서적 학대도 아동학대로 인정된다. 결국 부모의 자녀에 대한 행동이 아동학대로 인정되는 경우가 정말 많아졌고, 이는 형사처벌의 대상이기도 하다. 그런데 이렇게 아동학대로 인정된다고 하여도 모든 경우 자녀와 부모를 분리하는 것이 타당하지는 않다는 것이다. 즉 경우에 따라서는 아동학대로 인정된다고 하더라도 부모가 계속 양육하는 것이 자녀의 복리에 도움이 될 경우도 있다고 생각된다. 자녀에게는 가족과 같이 생활한다는 것이 큰 행복일 수 있다. 아동을 가정으로부터 분리하는 것은 아동에게 있어서 결코 가벼운 일이 아니다. 아동의 복리를 기준으로 판단하여 징계권을 남용한 친권자라고 하더라도 친권 특히 양육권을 계속 유지하는 것이 아동의 복리에 적합한 경우라고 한다면 설령 아동학대로 처벌을 받았다고 하더라도 양육권을 제한할 필요는 없는 경우도 있을 수 있다.⁹⁵⁾ 양육권을 제한하는 것이 아동의 복리를

학대와 같은 징계행위의 남용 이외에는 자녀에 대한 다른 친권부분의 행사에 대하여는 문제가 없는 것을 전제로 한다. 만약 아동학대행위가 일상적인 폭력인 경우에는 아동의 보호를 위하여 친권 상실선고를 통하여 친권을 박탈하거나 친권 일부 제한 선고로 양육권을 제한하여 아동을 부모로부터 분리하여야 하는 것은 아동의 복리를 위하여 너무나 당연한 것이라 하겠다.

위한 것인가에 대한 최종판단은 법원이 하게 되는데, 양육관과 교육 방법에 대한 극단적인 문제가 있는 부모일 경우라고 한다면 자녀로부터 분리를 하는 것이 아동의 복리에 도움이 될 수도 있지만, 대부분의 양육현실을 보면 아동을 부모와 분리하여 위탁시설 등으로 보내서 양육하도록 하는 것은 일반적으로 아동의 복리향상에 도움이 되리라 판단되지는 않는다. 따라서 예시와 같은 상황이라고 한다면 자녀에 대한 양육권을 제한하여 부모와 아동을 분리하여 양육하는 것은 아동의 복리를 해할 수도 있으므로 항상 최선의 방법이 되는 것은 아니라도 생각된다.⁹⁶⁾ 그런데 현행 제도에 따르면 이러한 경우 양육권을 계속 인정한다고 하더라도 이전과 같은 부모에 의한 아동학대가 또 발생할 수 있는 개연성이 있다. 즉 다시 아동학대가 있을 수도 있는데 이를 방지할 방법이 없는 것이다. 따라서 필자는 이와 같은 경우 아동학대의 재발을 방지하기 위하여 친권감독인 제도 등의 신설을 방안으로 제시하는 것이다. 이에 관하여는 후술한다.

④와 같이 친권자에게 양육권은 인정되되 훈육과 관련된 징계권만을 제한하여 징계권에 대하여서만 미성년후견을 개시하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 그러나 징계권의 남용으로 인하여 징계권만 제한한다면, 이 경우 아동은 여전히 친권자와 같이 생활하기 때문에 후견인이 실생활에서 발생하는 징계권에 대하여서만 후견업무를 보는 것은 사실 불가능하다. 어떻게 징계권에 대하여서만 후견을 할 수 있을 것인가? 설령 후견인의 이러한 징계권만에 대한 후견이 가능하다고 하더라도 실제 양육을 하고 있는 부모와의 사이에서 발생할 수 있는 갈등과 긴장관계는 오히려 자녀의 복리를 해할 우려도 있다. 사실 이러한 경우 후견업무보다는 친권자가 그러한 아동학대행위를 하지 못하도록 감시 감독하는 역할이 더 필요하다고 하겠다.

95) 자녀의 복리원칙에 의한 판단은 제반사정을 고려한 전체적 평가이고 이렇게 본다면 결국 복리란 철학적으로 '행복'을 의미하는 것으로 볼 수 있다고 한다. 그런데 성장·발달 과정에 있는 사람이라는 아동의 특성에 비추어 볼 때 아동에게 가장 적합한 행복 개념은 덕이론에서 찾을 수 있다고 하면서 자녀의 행복과 밀접한 관련이 있는 자녀의 번영은 사회적, 인지적, 신체적, 정서적 능력의 발달과 부모·형제자매와의 인간관계의 원만한 형성·유지이므로, 인간관계나 성장발달이라는 요소도 자녀의 복리에 포함되는 것이라고 한다(권재문, 전제 "자녀의 복리 원칙의 의미에 대한 윤리적 접근", 57-58면). 이와 같은 분석을 따른다면 자녀가 기존의 가정생활을 계속 유지하면서 부모와 형제자매와의 인간관계를 원만하게 형성하고 유지할 수 있다면, 부모의 양육권을 제한하지 않고 계속 양육할 수 있도록 하는 것이 자녀의 복리에 바람직한 방향일 수도 있을 것이다.

96) 만약 친권자에 의한 자녀의 양육이 아동의 복리를 해할 수 있다는 이유로 친권을 제한하는 선고를 한 경우, 누군가가 양육을 실제 담당하여야 한다는 문제가 발생하는 데, 이와 관련된 한 방안인 친족위탁에 대한 자세한 내용은 권재문·강현아, 전제 "친족위탁에 대한 재평가와 친족위탁양육자 지원을 위한 후견제도의 활용", 270면 이하 참조.

결국 예시와 같은 경우라고 한다면 친권을 제한하거나 박탈하지 않고 그냥 친권자인 부모에게 자녀의 양육을 계속 하도록 하는 방법이 자녀의 복리에 있어서 가장 적합한 방법이 될 수도 있다.⁹⁷⁾ 아동의 양육과 관련하여 징계권의 남용이 있어서 아동학대가 되었다고 하더라도 형사적 처벌여부와 관계없이 반드시 친권을 제한하여야 할 것은 아니다. 즉 이러한 경우 아동의 복리를 기준으로 판단하여 징계권을 남용한 친권자라고 하더라도 친권 특히 양육권을 계속 유지하는 것이 아동의 복리에 적합한 경우라고 한다면 설령 아동학대로 처벌을 받았다고 하더라도 양육권을 제한할 필요는 없는 경우도 있을 수 있고⁹⁸⁾, 경우에 따라서는 오히려 친권을 제한하는 것이 아동의 복리를 해하는 결과를 가져올 수도 있을 것이다.⁹⁹⁾

97) 이러한 자녀의 복리차원의 문제 이외에도 실질적으로 친권의 일부제한과 관련하여서는 친권의 내용 중에서 어떻게 범위를 정하여 제한할 것인지에 대한 논란이 끊이지 않고 있다고 한다. 또한 친권의 일부제한제도는 법원에 큰 부담으로 작용하여 절차를 지연시킬 우려가 있을 뿐만 아니라 국가에 의한 과도한 개입가능성도 있기 때문에 신중하게 고민하여야 한다는 견해가 있다(박주영, 전제 “학대피해아동에 대한 단기간의 분리보호 및 친권제한조치”, 371면).

98) 대법원은 부모가 이혼하는 경우 부모 중 누구를 미성년자인 자의 친권 및 양육자로 지정할 것인가에 관한 판결에서 다음과 같은 기준을 제시하고 있다. “부모가 이혼하는 경우에 부모 중 누구를 미성년인 자의 친권을 행사할 자 및 양육자로 지정할 것인가를 정함에 있어서는, 미성년인 자의 성별과 연령, 그에 대한 부모의 애정과 양육의사의 유무는 물론, 양육에 필요한 경제적 능력의 유무, 부 또는 모와 미성년인 자 사이의 친밀도, 미성년인 자의 의사 등의 모든 요소를 종합적으로 고려하여 미성년인 자의 성장과 복지에 가장 도움이 되고 적합한 방향으로 판단하여야 한다.”(대법원 2010.05.13. 선고 2009므1458 판결)

물론 이 판결은 이혼 시 친권자를 정하는 기준에 관한 판결이지만, 친권의 제한 및 상실과 관련된 심판에서도 좋은 본보기가 될 수 있을 것이다. 즉 이러한 친권의 제한 등에 관한 심판에서도 미성년인 자의 성장과 복지에 가장 도움이 되고 적합한 방향으로 판단하여야 하므로, 설령 친권자인 부모에게 신체적 체벌 등과 같은 학대행위가 있었다고 하더라도, 친권을 제한하지 않고 그대로 유지하는 것이 자녀의 성장과 복지에 가장 도움이 된다면 친권을 제한하지 않고 부모에게 친권을 유지시키는 것이 타당하리라 생각된다.

99) 2014년 개정 전의 민법 제924조는 친권자의 현저한 비행도 친권상실사유로 규정하고 있었다. 그런데 판례는 친권자의 현저한 비행이 있었다고 하더라도 비행을 저지른 친권자를 대신하여 다른 사람이 친권을 행사하거나 후견을 하게 하는 것이 자녀의 복리를 위하여 보다 낫다고 인정되는 경우가 아니라면 선불리 친권상실을 인정하여서는 안 될 것이라고 하여, 현저한 비행으로 형사처벌을 받은 친권자(미성년자의 모인 친권자는 간통죄로 징역 1년에 집행유예 2년의 선고를 받았다)의 친권상실을 부정하고 있다(물론 이 사건의 경우 친권자인 모는 간통행위를 저지르기는 하였으나 자녀들의 양육과 보호에 관한 의무를 소홀히 하지는 않았고, 자녀 중 1인은 자폐증환자이자 정신지체자로서 장기적인 가료와 특수교육 및 보호를 필요로 하고, 다른 자녀는 이상비대증이 엮보이는 4세 남짓한 어린아이로 모두 친권자인 모와 함께 살면서 양육되어 왔으며, 친권이 상실될 경우 자녀들은 따로 살아오던 76세의 할머니의 후견을 받아야 된다는 사정이 있었다). “친권은 미성년인 자의 양육과 감호 및 재산관리를 적절히 함으로써 그의 복리를 확보하도록 하기 위한 부모의 권리이자 의무의 성격을 갖는 것으로서, 민법 제924조에 의한 친권상실신고사유의 해당 여부를 판단함에 있어서도 친권의 목적이 자녀의 복리보호에 있다는 점이 판단의 기초가 되어야 하고, 설사 친권자에게 간통 등의 비행이 있어 자녀들의 정서나 교육 등에 악영향을 줄 여지가 있다 하더라도 친권의 대상인

그렇다고 하더라도 친권을 제한하거나 박탈하지 않고 그냥 친권자인 부모에게 자녀의 양육을 계속 하도록 하는 방법을 선택하여 부모가 계속 친권을 유지할 경우, 이에 대한 실효적 감시·감독제도가 없다는 문제가 있다. 즉 현실적으로 학대가 발생한 경우, 아동을 친권자로부터 분리하는 임시처분 및 보호처분은 현행법상 인정되지만(아동복지법 등), 일반적인 가정보다는 장래에 아동학대가 재발될 가능성이 높다고 생각되는 예시와 같은 경우에, 아동학대로부터 자녀를 예방하고 보호할 수 있는 예방적 차원, 특히 아동의 양육상황 및 혹시라도 있을지 모르는 아동학대행위에 대하여 지속적으로 모니터링 등의 감시·감독을 할 수 있도록 처분할 수 있는 아동보호방법은 부족하다.¹⁰⁰⁾ 기존에 아동학대가 있었던 경우에는 일반가정보다 재발의 위험성이 높다고 생각된다. 친권자의 아동학대가 위법성이 조각되어 실질적으로 무죄가 된 경우도 재발의 위험성이 높겠지만, 처벌을 받았으나 아동의 복리를 고려하여 친권을 그대로 유지하기로 한 경우에는 더욱 더 재발의 위험성은 높아진다. 그러나 현행제도에 의하면 아동학대로 형사처벌을 받았다고 하더라도 아동의 복리를 위하여 친권을 제한하지 않는 것으로 법원이 판단한 경우, 지난 시간동안의 아동보호를 위하여 행하여졌던 노력들이¹⁰¹⁾ 장래에는 실효적인 효력을 발생시키지 않는다. 즉 아동학대가 없었던 과거의 모습과 거의 동일하게 다시 처음으로 돌아가는 상태가 되므로, 아동을 위해서 할 수 있는 일이라고는 아동학대가 발생하지 않기를 기도하는 수 밖에 없을 것이고,¹⁰²⁾ 혹시라

자녀의 나이나 건강상태를 비롯하여 관계인들이 처해 있는 여러 구체적 사정을 고려하여 비행을 저지른 친권자를 대신하여 다른 사람으로 하여금 친권을 행사하거나 후견을 하게 하는 것이 자녀의 복리를 위하여 보다 낫다고 인정되는 경우가 아니라면 선불리 친권상실을 인정하여서는 안 된다.”(대법원 1993.03.04. 자 93스3 결정).

이 판결은 현저한 비행에 대한 판단이었지만, 아동학대와 같은 징계권의 남용과 관련된 친권의 상실이나 일부 제한의 경우에도 좋은 시사점이 된다. 즉 아동학대와 같은 징계권의 남용이 있었다고 하더라도, 설령 이로 인하여 형사적 처벌을 받았다고 하더라도 이러한 친권자에게서 아동의 양육권을 빼앗아 다른 친권자나 후견인에게 양육을 맡기는 것이 자녀의 복리를 위하여 더 낫다고 인정되는 경우가 아니라면 선불리 친권상실이나 친권 양육권의 제한을 인정할 것이 아니라, 개별 사안에 따라 신중히 검토하여야 한다. 물론 이러한 아동학대나 징계권의 남용이 있었던 친권자가 계속하여 자녀의 양육을 할 때에는, 혹시도 있을지 모르는 장래의 아동학대에 대한 지속적인 감독과 감시 및 아동양육방법에 대한 교육과 치료가 필요하다.

100) 아동학대특례법 제26조에 의하면 검사는 아동학대행위자에 대하여 상담, 치료 또는 교육 받는 것을 조건으로 기소유예를 할 수 있다. 그러나 이 경우도 아동학대 행위자에 대한 예방이고 피해아동에 대한 처분은 없으며, 지속적인 모니터링을 할 수 있는 것은 아니다.

101) 아동학대의 신고, 범죄해당여부에 대한 조사, 경우에 따라서 필요한 경우 행해지는 보호처분, 법원에서 친권의 남용으로 친권을 제한할 것인지에 한 심리 등 일련의 모든 과정들.

102) 물론 아동학대특례법에서는 재발방지를 위하여 보호처분을 결정할 수는 있다. 즉 판사는 심리의 결과 보호처분이 필요하다고 인정하는 경우에는 결정으로 보호처분을 할 수 있다. 그러나

도 아동학대가 다시 현실로 발생한 경우, 이를 발견한 신고의무자의 신고가 있을 수는 있지만, 이는 지속적으로 관심을 가지고 지켜보아야 할 법적 관리의무가 아닌 우연한 기회에 알게 된 아동학대를 신고하는 것에 지나지 않는다. 따라서 이러한 경우에 혹시라도 발생할지 모르는 친권자의 아동학대행위에 대한 지속적인 감독과 감시가 필요하다.¹⁰³⁾

이러한 친권자에 대한 지속적인 감독과 감시의 역할을 담당할 수 있는 방안이 친권감독인제도이다. 후견제도에서 본인을 위하여 후견인을 두고 있지만, 이러한 후견인이 자신의 역할을 제대로 하지 못하거나 남용할 우려가 있으므로 후견감독인제도를 두고 있다. 친권에서도 마찬가지로 경우에 따라서는 친권감독인제도를 신설하여 친권자가 친권을 남용할 우려를 미연에 방지할 예방적 조치가 필요한 것이다. 이러한 예방적 차원의 아동학대방지책이 없이 친권을 현상대로 유지시킨다면 아동학대의 재발가능성은 높다고 생각되고, 다시 재발된 아동학대로 아동에게 극심한 피해가 가해졌을 때 비로소 친권상실을 선고한다든가 형사적 처벌을 하는 것은 사후약방문에 지나지 않을 것이다.

또한 민법 제925조의 2(친권 상실 선고 등의 판단 기준)에서 친권의 일부 제한 등의 선고는 동의에 갈음하는 재판 또는 그 밖의 다른 조치에 의해서는 자녀의 복리를 충분히 보호할 수 없는 경우에만 할 수 있다고 규정하고 있는데, 민법상 자녀의 복리를 위한 조치를 할 수 있는 근거를 찾기 어렵다. 예컨대 아동학대 등이 있는 경우, 가해자인 부모에게 치료를 받거나 상담을 통하여 이러한 학대행위를 근절할 수 있는 근본적인 조치가 필요하고, 학대받은 아동에 대한 치료·상담 등이 요구된다.¹⁰⁴⁾ 그런데 이러한 조치를 할 수 있는 근거를 찾기 어렵다. 따라서

친권을 제한하거나 정지하지 않았을 때에는 자녀를 계속 양육하여야 하므로 실질적으로 할 수 있는 보호처분은 의료기관에의 치료위탁과 아동보호전문기관, 상담소 등에의 상담위탁에 불과하다고 하겠다(아동학대특별법 제36조). 이와 관련하여 상담소 등에의 상담위탁의 대상이 학대가해자인지 피해자인 아동인지에 대하여 의문이 있다. 단순히 상담위탁이라고만 규정되어 있기 때문이다. 생각건대 제36조 제6항에서 “제1항제4호부터 제8호까지의 규정에 따라 처분을 한 경우에는 법원은 아동학대행위자의 교정에 필요한 참고자료를 보호관찰관 또는 수탁기관의 장에게 보내야 한다.”고 규정하고 있는 것으로 보아 상담위탁의 대상은 피해아동이 아닌 학대가해자인 친권자로 판단된다.

103) 친권자의 입장에서 자신의 양육행위를 지켜보고 있는 감독자가 있다는 사실을 의식한다면 과거와 같은 아동학대행위를 하는 것에 대하여 심리적 부담감이 있을 수 밖에 없다. 따라서 자연스럽게 아동학대행위가 발생할 개연성이 줄어들 수 있다고 생각된다.

104) 구속이나 수사 대상이 아닌 경미한 학대의 경우에도 학대행위자와 비가해보호자에 대한 아동보호전문기관의 상담·교육 및 심리치료 등의 의무를 부과할 수 있도록 법·제도적 보완이 필요하다는 분석이 아동보호를 담당하고 있는 현장의 실무가들에게서 주장되고 있다(보건복지부, 2015 전국아동학대현황보고서, 130-131면).

법원에서 아동복리를 위하여 부모에 대한 교육 및 아동의 치료상담 등을 명령할 수 있는 방안이 필요하다.¹⁰⁵⁾

2. 친권감독인 및 자녀복리를 위한 필요한 처분 제도 신설에 대한 제안

생각건대 아동의 복리를 위하여 법원은 아동의 복리에 필요한 처분을 할 수 있다는 근거규정이 필요하고, 또한 친권자에 대한 지속적인 감독과 감시를 위하여 친권감독인 제도를 도입하는 것에 대한 검토가 필요하다고 생각된다.¹⁰⁶⁾ 즉 가정

105) 물론 아동학대특별법에서는 긴급조치와 보호처분 규정을 통하여 일정부분 이러한 문제를 해결하고 있다. 그러나 아동학대특별법에서도 가해 부모에 대한 감호처분이나 치료처분 및 상담처분을 규정하고 있어서 이러한 처분이 시행되고 있지만, 피해아동에 대한 상담치료 등에 대하여는 규정이 모호하여 관행적으로 행해지고 있다. 아동보호를 위해 필요한 처분을 법원에서 할 수 있도록 하는 근거규정을 민법에 규정하는 것이 타당하리라 생각된다.

아동학대특별법 제36조(보호처분의 결정 등)

① 판사는 심리의 결과 보호처분이 필요하다고 인정하는 경우에는 결정으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 보호처분을 할 수 있다.

1. 아동학대행위자가 피해아동 또는 가정구성원에게 접근하는 행위의 제한
2. 아동학대행위자가 피해아동 또는 가정구성원에게 「전기통신기본법」 제2조제1호의 전기통신을 이용하여 접근하는 행위의 제한
3. 피해아동에 대한 친권 또는 후견인 권한 행사의 제한 또는 정지
4. 「보호관찰 등에 관한 법률」에 따른 사회봉사·수강명령
5. 「보호관찰 등에 관한 법률」에 따른 보호관찰
6. 법무부장관 소속으로 설치한 감호위탁시설 또는 법무부장관이 정하는 보호시설에의 감호위탁
7. 의료기관에의 치료위탁
8. 아동보호전문기관, 상담소 등에의 상담위탁

② 제1항 각 호의 처분은 병과할 수 있다.

③ 제1항제3호의 처분을 하는 경우에는 피해아동을 아동학대행위자가 아닌 다른 친권자나 친족 또는 아동복지시설 등으로 인도할 수 있다.

④ 판사가 제1항제3호의 보호처분을 하는 경우 보호처분의 기간 동안 임시로 후견인의 임무를 수행할 사람의 선임 등에 대하여는 제23조를 준용한다.

⑤ 법원은 제1항에 따라 보호처분의 결정을 한 경우에는 지체 없이 그 사실을 검사, 아동학대행위자, 피해아동, 법정대리인, 변호사, 보호관찰관 및 보호처분을 위탁받아 하는 보호시설, 의료기관, 아동보호전문기관 또는 상담소 등(이하 "수탁기관"이라 한다)의 장에게 통지하여야 한다. 다만, 수탁기관이 국가나 지방자치단체가 운영하는 기관이 아닌 경우에는 그 기관의 장으로부터 수탁에 대한 동의를 받아야 한다.

⑥ 제1항제4호부터 제8호까지의 규정에 따라 처분을 한 경우에는 법원은 아동학대행위자의 교정에 필요한 참고자료를 보호관찰관 또는 수탁기관의 장에게 보내야 한다.

⑦ 제1항제6호의 감호위탁기관은 아동학대행위자에 대하여 그 성행을 교정하기 위한 교육을 하여야 한다.

106) 아동의 복리에 필요한 처분에 따른 업무 수행 및 친권감독의 업무를 수행하기 위하여는 일정 부분 비용이 필요할 수도 있다. 이 비용은 친권자가 부담하여야 할 것이다. 다만 친권자가

법원은 거소의 지정이나 징계, 그 밖의 신상에 관한 결정 등 특정한 사항에 관하여 친권자가 친권을 행사하는 것이 자녀의 복리를 해칠 우려가 있는 경우에는, 친권을 일부 제한하는 판결을 선고할 수도 있지만, 경우에 따라서는 친권을 제한하는 것보다는 친권을 유지하되 친권자의 친권행사를 감독할 수 있는 친권감독인 제도를 신설하여 직권으로¹⁰⁷⁾ 또는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 친권감독인을 선임할 수 있도록 할 필요가 있다. 또한 가정법원은 직권으로 또는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장 및 친권감독인의 청구에 의하여 자녀의 복리를 위해 필요한 처분을 명할 수 있어야 한다.¹⁰⁸⁾ 또한 친권감독인은 친권에 따르는 자의 신상에 급박한 사정이 있는 경우에 그의 보호를 위하여 필요한 행위 및 처분을 할 수 있어야 한다.¹⁰⁹⁾ 이를 정리하면

부담할 능력이 없는 경우에는 국가가 부담하여야 한다. 아동의 문제는 개인의 문제가 아니므로 국가책임이 그 어느 분야보다도 강조된다고 생각된다. 따라서 비용부담은 1차적으로 친권자가 담당하고, 부담할 능력이 되지 않는 경우에는 국가가 책임을 지는 형태로 규정하는 것이 타당할 것이다. 이와 관련하여 아동학대특별법은 다음과 같이 규정하고 있다.

아동학대특별법 제43조(비용의 부담)

- ① 제19조제1항제6호에 따른 임시조치 또는 제36조제1항제7호 및 제8호에 따른 보호처분을 받은 아동학대행위자는 위탁 또는 보호처분에 필요한 비용을 부담한다. 다만, 아동학대행위자가 지급할 능력이 없는 경우에는 국가가 부담할 수 있다.
- ② 판사는 아동학대행위자에게 제1항 본문에 따른 비용의 예납(豫納)을 명할 수 있다.
- ③ 제1항에 따라 아동학대행위자가 부담할 비용의 계산, 청구 및 지급 절차, 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

107) 법원이 직권으로 친권감독인을 선임할 수 있도록 하는 것은 친권상실, 친권 일시 정지 및 친권 일부제한의 청구가 있는 경우에, 양육권과 관련된 경우 친권자의 친권을 제한하는 것보다는 유지시키는 것이 아동의 복리에 더 유리하다고 판단되어 이러한 제한을 하지 않는다고 하더라도 장래에 아동의 복리에 위협을 가할 우려가 있는 경우, 친권의 일부 제한 등의 선고 대신 친권감독인을 선임할 수 있는 재량권을 부여하기 위한 것이다.

108) 아동학대의 재발 방지를 위하여 가해친권자에게는 치료 및 상담이 필요하고, 실질적으로 아동학대가 있는지를 파악하기 위하여는 대상 아동에 대한 지속적인 전문상담기관의 상담을 통하여 아동의 상태를 모니터링하는 것이 필요하다. 이러한 치료 및 상담을 위하여 법원이 이를 강제할 수 있는 조치를 처분할 필요가 있다.

개인적인 생각으로는 아동학대의 사유로 친권감독인을 선정하는 경우에는 아동복지법의 규정에 의한 보건복지부 산하 아동보호전문기관과 같은 기관에서 친권감독을 하는 것이 가장 효과적이라고 생각된다. 실질적으로 아동학대가 발생하고 있는지의 여부에 관하여는 아동을 지속적으로 상담하면서 지켜볼 수 있는 시설이나 기관에서 아동과의 지속적인 상담을 통한 아동의 심리적 변화를 관찰하는 것이 가장 효과적이라고 생각된다. 따라서 가장 효과적인 방법은 법원이 피해아동에 대하여 지속적인 상담치료를 처분하고, 이러한 처분에 따라 상담치료를 하는 기관이 친권감독인으로서의 역할을 수행하는 것이 효과적이라고 생각된다. 하지만 친권감독인을 신설한다고 하더라도 현행법상 성년후견인과 달리 미성년후견인은 성년후견인과 달리 1인에 국한되고, 법인도 성년후견인이 될 수 있다고 규정하고 있어서(민법 제930조) 법인이 미성년후견인이 될 수 있다고 해석하기에는 어려움이 있다. 이와 관련하여 만약 친권감독인제도가 신설된다면 법인도 친권감독인이 될 수 있도록 할 필요는 있다. 이와 관련된 부분은 지면관계상 다음 기회로 미루기로 한다.

109) 친권감독인은 또한 아동복지법 등 특별법에서 아동학대에 대한 신고의무자로 규정하여야 할

다음과 같다.

[자녀복리를 위해 필요한 처분 등]

- ① 가정법원은 거소의 지정이나 징계, 그 밖의 신상에 관한 결정 등 특정한 사항에 관하여 친권자가 친권을 행사하는 것이 자녀의 복리를 해칠 우려가 있는 경우에는, 직권으로 또는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 친권감독인을 선임할 수 있다. 또한 가정법원은 직권으로 또는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장 및 친권감독인의 청구에 의하여 자녀의 복리를 위해 필요한 처분을 명할 수 있다.
- ② 전항에 의하여 친권감독인을 선임한 경우, 가정법원은 친권감독인의 사무감독의 범위를 정하며, 친권감독인은 정하여진 범위에서 친권자의 사무를 감독한다.
- ③ 친권감독인은 친권에 따르는 자의 신상에 급박한 사정이 있는 경우에는 그의 보호를 위하여 필요한 행위 및 처분을 할 수 있다.
- ④ 친권감독인은 제922조의 2, 제924조 및 제924조의 2에 규정하고 있는 심판을 청구할 수 있다. 친권감독인에 대하여는 제681조, 691조, 제692조, 제930조 제2항·제3항, 제936조 제3항·제4항, 제937조, 제939조, 제940조 및 제947조의 2 제3항을 준용한다.

3. 친권상실신고 또는 양육권 제한 신고를 통한 후견 개시시 비용의 문제

아동학대를 이유로 하여 친권상실을 판결할 경우, 아동을 부모로부터 분리하여 양육할 필요성이 있다.¹¹⁰⁾ 이러한 경우 보호아동은 부모가 아닌 친족이나 아동복지시설 혹은 가정위탁 양육을 통하여 보호받아야 한다.¹¹¹⁾ 물론 아동과 일정한 친

것이다.

- 110) 필자는 앞에서 친권을 제한하지 않고 친권자가 계속 양육하는 경우를 상정하여 친권감독인제도의 신설을 주장하였다. 하지만 이러한 경우는 친권을 박탈하거나 제한하는 경우보다는 그대로 유지하는 경우가 아동의 복리에 더 타당하다고 인정되는 특수한 경우를 위한 제안이다. 즉 많은 경우는 친권을 박탈하여 친권자와 아동을 분리하는 것이 아동복리에 타당할 것이다. 이렇게 친권을 박탈하여 부모와 아동을 분리할 경우 이에 대한 양육비용 등의 문제는 반드시 해결되어야 할 문제이다.
- 111) 피해아동의 학대 후유증 최소화 및 건강한 성장 지원을 위해서는 가급적 1:1 또는 소규모 양육이 가능하도록 전문가정위탁제도가 시급히 도입되어야 한다는 것이 실무계의 판단이다. 또한 긴급한 상황에서도 개별 피해아동의 특성에 맞는 치료와 보호가 가능하도록 전문가정위탁부모의 양성 및 관리가 활성화 될 필요가 있다고 한다.(보건복지부, 2015 전국아동학대현황보고서, 129-130면.)

족관계에 있는 사람이 양육을 하게 되는 것이 가장 바람직 할 수도 있다. 그러나 친족이 양육을 하는 경우에는 이러한 친족을 미성년후견인¹¹²⁾으로 선임하여야 하는 문제가 우선 발생하고, 미성년후견인으로 선임한다고 하더라도, 친족의 경우에는 부모와의 관계를 단절하는 데 어려움이 있다는 문제가 있다. 또한 이러한 경우 아동의 양육비는 친부모에게 청구할 수 있지만, 친부모에게 부양능력이 없다면 실질적으로 도움이 되지 않는다. 실질적인 아동보호를 위하여 친족이 미성년후견인으로 양육을 할 때에 대하여 국가적 지원이 필요하다. 아동의 양육은 이제 개인의 문제가 아니라 국가적 문제로 바라보는 시각이 요구된다.¹¹³⁾

또한 위탁시설 등을 통하여 아동을 보호하는 경우에도 이와 관련된 비용문제가 가장 중요한 문제가 된다. 이와 관련하여 아동복지법에서는 비용보조에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

아동복지법 제59조(비용 보조)

국가 또는 지방자치단체는 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 비용의 전부 또는 일부를 보조할 수 있다.

1. 아동복지시설의 설치 및 운영과 프로그램의 운용에 필요한 비용 또는 수탁보호 중인 아동의 양육 및 보호관리에 필요한 비용
2. 보호대상아동의 대리양육이나 가정위탁 보호에 따른 비용
3. 아동복지사업의 지도, 감독, 계몽 및 홍보에 필요한 비용
4. 삭제

112) 미성년후견인과 관련하여서는 현행 민법은 성년후견과 달리 1인으로 한정하고 있으며, 법인을 미성년후견인으로 인정하고 있지 않다. 이러한 문제와 관련하여 미성년후견인의 수와 법인을 후견인으로 인정할 수 있는지의 문제가 논의되고 있다. 실질적으로 아동의 복리와 관련된 중요한 문제이므로 이에 대한 논의는 필수적이지만, 본 발표에서는 이 부분에 대한 논의는 시간 관계상 다음 기회로 미루기로 한다. 미성년후견인과 관련된 자세한 내용은 권재문, “친권의 제한·정지 제도 도입을 위한 검토사항”, 가족법연구 제28권 제1호, 2014; 권재문·강현아, “친족 위탁에 대한 재평가와 친족위탁양육자 지원을 위한 후견제도의 활용-가정위탁보호 지원법(안) 발의를 계기로-”, 가족법연구 제28권 제3호, 2014; 김현수, “미성년후견제도의 개정방향에 관한 소고”, 가족법연구 제28권 제1호, 2014; 박주영, “개정 민법상 친권제한제도의 평가 및 향후 과제-일본과의 비교를 중심으로-”, 성균관법학 제27권 제3호, 2015 참조.

113) 이와 관련하여 ‘공적 양육’이라는 개념을 생각해 볼 수 있다. 공적 양육이라는 용어는 아직 확립된 것은 아니지만 미성년자의 양육에 대해 국가 등의 공적 주체가 개입하는 모든 경우를 가리키는 말로 사용된다고 한다. 공적 양육은 좁은 의미로는 부모가 없거나 그의 양육이 자녀의 복리라는 기준에 비추어 부적절한 상황에 놓인 미성년자를 국가·사회의 책임 하에 친부모 이외의 사람이 양육하는 것을 뜻하지만 넓은 의미로는 자녀의 복리가 실현될 수 있도록 부모의 양육을 지원·보충하는 작용까지도 포함되는 것으로 파악할 수 있다고 한다. 부모의 양육이 자녀의 복리를 실현하지 못하는 상황이 되면 친자관계와 아동복지에 관한 기본이념인 아동의 복리 원칙을 실현하기 위하여 양육에 대한 공적 개입이 요구된다고 한다(권재문·강현아, 전게논문, 267-268면).

- | |
|--|
| 4의2. 제26조에 따른 신고의무 교육에 소요되는 비용
5. 제37조에 따른 취약계층 아동에 대한 통합서비스지원에 필요한 비용
6. 제38조에 따른 보호대상아동의 자립지원에 필요한 비용
7. 제42조에 따른 자산형성지원사업에 필요한 비용
8. 제58조에 따른 아동복지단체의 지도·육성에 필요한 비용 |
|--|

이 법에 의하면 국가 또는 지방자치단체는 비용을 보조할 수 있다고 규정하고 있지만, 이는 의무규정이 아닌 선언적 규정일 뿐이다. 가정 내 아동학대에 따른 아동보호를 위하여는 국가가 이에 대하여 전적으로 책임을 져야 한다. 1차적으로는 국가가 부담하고, 이후 해당 부모에게 구상권을 행사하여야 할 것이다.¹¹⁴⁾ 이러한 비용적 문제가 해결되지 않는 한, 아동학대에 대한 친권상실과 같은 문제는 근본적 해결책이 될 수 없다. 아동보호비용에 대한 국가의 지원을 의무로 규정하는 강제규정으로의 입법이 반드시 요구된다. 아울러 아동복지법은 당초부터 아동학대에 대응하기 위하여 만든 법률이 아니라 미아나 기아 등의 요보호아동을 염두에 두고 제정한 법률이므로, 비용의 보조에 대하여서도 아동복지시설 및 대리양육이나 가정위탁보호에 대한 비용에 대한 지원을 기본으로 하여 규정하고 있다. 그러나 이제 아동의 양육은 공적인 영역의 문제임을 생각해 볼 때, 이러한 경우에만 국한할 것이 아니라 친권의 상실선고나 친권 중 양육권의 제한으로 인한 친권자와 아동의 분리의 경우에도 양육인에 대한 지원의 강화에 관한 입법이 시급하다고 하겠다.¹¹⁵⁾

114) 이와 관련하여 아동학대특별법상의 비용의 부담에 대한 규정이 있는데, 이 규정 역시 비용부담의 선후를 수정하여야 한다. 즉 우선 국가가 부담을 하되 아동학대행위자에게 구상할 수 있는 형태로 개정하는 것이 타당하다고 생각된다. 물론 국가적 비용의 증가라는 문제가 있지만, 아동의 보호, 양육보다 더 중요한 문제는 없다고 생각된다.

아동학대특별법 제43조(비용의 부담)

- ① 제19조제1항제6호에 따른 임시조치 또는 제36조제1항제7호 및 제8호에 따른 보호처분을 받은 아동학대행위자는 위탁 또는 보호처분에 필요한 비용을 부담한다. 다만, 아동학대행위자가 지급할 능력이 없는 경우에는 국가가 부담할 수 있다.
- ② 관사는 아동학대행위자에게 제1항 본문에 따른 비용의 예납(豫納)을 명할 수 있다.
- ③ 제1항에 따라 아동학대행위자가 부담할 비용의 계산, 청구 및 지급 절차, 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

115) 동지 : 권재문·강현아, 전계논문, 290-291면.

V. 결론

친권의 일환으로 인정되고 있는 징계권과 관련하여 양육의 목적이라고 하더라도 아동에 대한 모든 체벌 및 정서적 학대 등은 징계권의 범위를 벗어난 아동학대라고 생각되고, 이러한 아동학대는 친권의 남용이 된다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 아동학대로 인하여 친권의 남용이 된 경우, 일반적인 경우에는 부모로부터 친권을 박탈하거나 일시 정지 혹은 일부 제한을 통하여 아동을 보호할 수도 있겠지만, 경우에 따라서는 이러한 친권의 제한 등을 통한 부모와 아동의 분리보다는 부모에게 계속 양육권을 인정하는 것이 자녀의 복리에 도움이 되는 경우도 있을 수 있다. 이러한 경우 혹시라도 다시 발생할지 모르는 친권자의 아동학대행위에 대한 지속적인 감독과 감시가 필요하다. 그러나 현행 제도에서는 아동학대의 재발을 막을 수 있는 현실적인 방법이 없다고 생각된다.

생각건대 이러한 친권자에 대한 지속적인 감독과 감시를 통하여 아동학대의 재발을 방지할 수 있는 방안이 바로 친권감독인제도이다. 필자는 현행 제도에는 없는 친권감독인제도의 신설을 제안한다. 친권감독인제도를 신설하여 친권자가 친권을 남용할 우려를 미연에 방지할 예방적 조치가 필요한 것이다. 이러한 예방적 차원의 아동학대방지책이 없이 친권을 현상대로 유지시킨다면 아동학대의 재발가능성은 높다고 생각되고, 다시 재발된 아동학대로 아동에게 극심한 피해가 가해졌을 때 비로소 친권상실을 선고한다든가 형사적 처벌을 하는 것은 사후약방문에 지나지 않을 것이다.

또한 민법 제925조의 2(친권 상실 선고 등의 판단 기준)에서 친권의 일부 제한 등의 선고는 동의에 갈음하는 재판 또는 그 밖의 다른 조치에 의해서는 자녀의 복리를 충분히 보호할 수 없는 경우에만 할 수 있다고 규정하고 있는데, 민법상 자녀의 복리를 위한 조치를 할 수 있는 근거를 찾기 어렵다. 예컨대 아동학대 등이 있는 경우, 가해자인 부모에게 치료를 받거나 상담을 통하여 이러한 학대행위를 근절할 수 있는 근본적인 조치가 필요하고, 학대받은 아동에 대한 치료·상담 등이 요구된다. 그런데 이러한 조치를 할 수 있는 근거를 찾기 어렵다. 따라서 법원에서 아동복리를 위하여 부모에 대한 교육 및 아동의 치료상담 등을 명령할 수 있는 방안이 필요하다. 가정법원은 직권으로 또는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는

지방자치단체의 장 및 친권감독인의 청구에 의하여 자녀의 복리를 위해 필요한 처분을 명할 수 있어야 하므로 이러한 규정의 신설을 제안한다.

(논문투고일 : 2018.11.30, 심사개시일 : 2018.11.30, 게재확정일 : 2018.12.20)



▶ 안 영 하

아동학대, 징계권, 친권, 친권자, 친권남용

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

- 권재문, “친권의 제한·정지 제도 도입을 위한 검토사항”, 가족법연구 제28권 제1호, 2014
- 권재문, “자녀의 복리 원칙의 의미에 대한 윤리적 접근”, 가족법연구 제29권 제2호, 2015
- 권재문·강현아, “친족위탁에 대한 재평가와 친족위탁양육자 지원을 위한 후견제도의 활용-가정위탁보호 지원법(안) 발의를 계기로-”, 가족법연구 제28권 제3호, 2014
- 김상용, “친권상실선고제도의 문제점”, 고시연구 제26권 제6호, 1999
- 김신규, 형법각론, 청록출판사, 2015
- 김주수·김상용, 친족상속법(제15판), 법문사, 2018
- 김현수, “미성년후견제도의 개정방향에 관한 소고”, 가족법연구 제28권 제1호, 2014
- 류부곤, “아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토”, 형사정책 제27권 제1호, 2015
- 박주영, “개정 민법상 친권제한제도의 평가 및 향후 과제-일본과의 비교를 중심으로-”, 성균관법학 제27권 제3호, 2015
- 박주영, “학대피해아동에 대한 단기간의 분리보호 및 친권제한조치-아동학대특별법의 내용을 중심으로-”, 홍익법학 제16권 제1호, 2015
- 보건복지부, 2015 전국아동학대현황보고서, 2016
- 보건복지부, 2016 전국아동학대현황보고서, 2017
- 송덕수, 친족상속법(제4판), 박영사, 2018
- 안문희, “2014년 프랑스아동보호법 개정안에 관한 연구”, 가족법연구 제29권 제2호, 2015
- 양혜원, “아동학대와 부모의 친권에 관한 문제-영·미 제도의 시사점-”, 가족법연구 제27권 제1호, 2013
- 윤진수, 친족상속법 강의(제2판), 박영사, 2018
- 윤진수·현소혜, “부모의 자녀 치료거부 문제 해결을 위한 입법론”, 법조 제680조,

2013

이경희, 가족법(9정판), 법원사, 2017

이노홍, “아동의 권리와 가정내 아동체벌금지에 관한 헌법적 고찰”, 홍익법학 제 16권 제1호, 2015

이은정, “친권 제한의 유연화-신분적 효력을 중심으로-”, 가족법연구 제27권 제1호, 2013

이찬엽, “아동학대에 관한 형사법적 고찰”, 일감법학 제20호, 2011

임홍수·박송춘, “부모의 아동학대 실태와 대처방식에 관한 연구”, 복지상담교육 연구 제5권 제1호, 2016.

Abstract

Parents's right to take disciplinary action and child abuse

An, Young Ha

Parental authority is those that cover the care and property of a child. Such parental authority is not the parents's control over the children. But parental authority is recognized as a right (right of obligation) to parents while also imposing a duty on their children to realize their welfare. In addition, parental authority is recognized for the healthy growth of children and the preservation of property, so the persons of parental authority should exercise their parental authority within the scope of such purposes. Article 915 of the Civil Code grants the Parents's right to take disciplinary action.

Article 915 (Right to Take Disciplinary Action)

The person of parental authority may, in order to protect or educate his or her child, take necessary disciplinary action against the child, and may entrust such child to a reformatory or correctional institution upon the approval of the court.

A fundamental question arises here. To what extent will the disciplinary authority be granted? This paper examines the modern state of child abuse at home. After reviewing the boundaries of child abuse and disciplinary rights, on this basis, in the event of child abuse, the current civil law and associated special laws requiring the separation of children from their parents, such as loss of parental rights, were reviewed. This paper also considered ways to improve children's healthy growth.



▶ **An, Young Ha**

child abuse, right to take disciplinary action, Parental Authority, Person of Parental Authority, abuse of Parental Authority

재혼의 법률관계에 관한 일고찰

전 경 근*

【목 차】

I. 들어가는 말	IV. 재혼으로 인한 경제적 관계
II. 계모의 법적 지위의 변화	1. 이혼시의 재산분할
1. 법정혈족에서 인척으로	2. 재혼으로 인한 연금수급권 상실
2. 계모자관계에 대한 헌법재판소의 결정	V. 재혼으로 인한 상속관계
III. 재혼으로 인한 친족관계	1. 재혼 전에 증여한 재산의 성격
1. 재혼의 성립과 관련된 문제	2. 황혼재혼 후 재혼배우자에게 증여한 재산의 성격
2. 재혼으로 인한 가족관계의 형성	VI. 맺는 말

【국 문 요 약】

이혼이 증가함에 따라 재혼도 증가하고 있다. 그렇지만 지금까지 학자들이나 실무가들이 재혼으로 인한 법률관계에 관하여는 별로 관심을 두지 않고 있어 여러 가지 법률문제가 발생하고 있다.

법률문제를 만드는 첫 번째 이유는 계모의 법적 지위가 법정혈족에서 인척으로 변경되었기 때문이다. 법정혈족관계였던 계모와 계자녀의 관계가 인척관계로 변경되면서, 변경 전에 父의 사망으로 계모에게 상속되었던 재산이 계자녀에게 상속되지 않는 것으로 되었다.

두 번째 이유는 황혼재혼이 증가하면서 피상속인의 재산이 배우자에게 상속되기 때문이다. 당사자 일방이 혼인신고를 한 경우 혼인이 유효하게 성립하는지에 관한 문제가 발생하고 있으며, 재혼으로 인한 친족관계의 형성에 있어서도 초혼보다 복잡하다. 특히 재혼으로 형성된 법률관계에서 비롯되는 이혼으로 인한 재산분할과 상속과정에서 발생하는 문제는 재혼을 하는데 장애가 되기도 한다.

* 아주대학교 법학전문대학원 교수

이 글에서는 위에서 제시한 각각의 논점에 대한 현재의 논의와 필자의 견해를 제시하였다. 재혼이 점차 증가하고 있으나 이에 관한 논의가 거의 이루어지지 않고 있어 문제가 누적되고 있다는 점을 고려하면, 앞으로 재혼에 관한 연구가 조금 더 활발하게 진행될 필요가 있다고 생각된다.

I. 들어가는 말

2017년에는 264,500건의 혼인이 성립하였으며, 이 가운데 남녀 모두가 초혼인 경우는 206,100건이고, 일방이 재혼이거나 쌍방이 재혼인 경우는 58,400건으로 전체 혼인건수의 22.1%를 차지하고 있다.¹⁾ 그리고 최근 10년간의 통계를 보면 2008년에 가장 많은 재혼이 성립하였고,²⁾ 그 후 점차 감소하는 추세에 있다.³⁾

한편 재혼의 패턴에 관한 연구에 따르면, 재혼을 함에 있어서 당사자의 교육수준과 초혼이 해체된 연령대, 초혼의 해체사유 및 초혼의 지속기간 등의 사유가 재혼의 성립에 영향을 미친다고 한다.⁴⁾

위와 같은 상황의 영향을 받아 최근 들어 실무에서는 재혼으로 인한 문제가 자주 발생하고 있지만,⁵⁾ 재혼에 관한 집중적인 연구는 그리 활발한 편은 아니며,⁶⁾

1) 통계청 보도자료 [2017년 혼인·이혼통계]에서 발췌하여 인용함.

【재혼건수】

유형	남(재) + 여(초)	남(초) + 여(재)	남(재) + 여(재)
건수	10,500건	16,200건	31,100건

2) 2008년의 경우 전체 혼인건수가 327,700건이었고, 재혼건수는 78,300건이었다.

3) 2017년에는 2016년에 비하여 재혼건수가 약 3.8% 감소하였다.

4) 우해봉, 한국인의 재혼 패턴에서의 성별 차이에 관한 연구, 보건사회연구 32권 4호(2012), 273 이하. 재혼에 관한 정확한 통계라고 보기는 어렵지만 2018. 1. 8.자 중앙일보에 따르면, 재혼을 위해 결혼정보업체를 찾는 돌싱 남녀 중에서 전 배우자와 사별로 헤어진 비중을 보면 남성이 여성보다 훨씬 더 많은 것으로 드러났다고 한다.<http://news.joins.com/article/22266572> 이러한 경향은 위의 연구와 동일한 결과를 보여주고 있다.

5) 필자가 실무가로부터 개인적으로 질문을 받은 것은 대부분 재혼으로 인한 상속관계에 관한 것이다.

6) 2000년부터 2013년 사이의 재혼에 관한 연구를 분석한 논문에 따르면, 재혼에 관한 연구는 모두 109편이 이루어졌다고 하는데, 연구자의 전공이 심리학인 탓인지 법학분야의 연구는 포함되지 않았다. 자세한 연구내용은 변복수, 재혼에 관한 연구경향 분석: 2000년~2013년 발간된 국내 논문을 중심으로, 가족과 상담 2014년 4권 1호 참고.

이는 법학분야의 경우에도 마찬가지이다.

그래서 이 글에서는 계모의 법적 지위에 관하여 중대한 변화를 야기함으로써 재혼으로 인한 법률문제의 단초를 제공한 1990년의 민법 개정사항을 살펴본 후에 판례에 나타난 사안을 소재로 하여 재혼으로 인하여 발생하는 문제를 친족관계의 경우와 상속관계의 경우로 나누어 개략적으로 살펴보고자 한다.

II. 계모의 법적 지위의 변화

1. 법정혈족에서 인척으로

제정민법 제773조는 [계모자관계로 인한 친계와 존수]라는 제목 하에 “전처의 출생자와 계모 및 그 혈족, 인척사이의 친계와 존수는 출생자와 동일한 것으로 본다.”고 규정하고 있었다.⁷⁾ 그런데 계부와 재혼한 처의 직계비속과의 관계에 대하여는 따로 규정하지 않았기 때문에 계부자관계는 민법 제769조에 의하여 배우자의 혈족인 인척에 해당하는 것으로 보았다.⁸⁾ 이와 같이 제정민법이 계부와 계모를 차별하여 계모자관계만 법정혈족관계로 규정하는 것은 계모자관계의 형성에 관한 당사자의 의사를 무시하는 것이고, 양성평등에도 반한다는 이유로 1990년의 민법개정에서는 제773조를 삭제하였다.⁹⁾ 그리고 이와 관련하여 부칙 제4조[모와 자기의 출생 아닌 자에 관한 경과조치]에서는 “이 법 시행일 전에 발생한 전처의 출생자와 계모 및 그 혈족·인척 사이의 친족관계와 혼인 외의 출생자와 부의 배우자 및 그 혈족·인척 사이의 친족관계는 이 법 시행일부터 소멸한다.”고 규정하였다.¹⁰⁾

7) 그럼에도 불구하고 개정 전 민법 제912조에서는 “자기의 출생 아닌 자에게 친권을 행사하는 모에 대하여는 후견인에 관한 규정을 준용한다.”고 규정함으로써 계모에 대하여 친모와 동일한 지위를 부여하지 않고 있었다. 민법 제912조도 1990년 민법개정에 의하여 삭제되었다.

8) 김주수, 개정 가족법의 개정경위와 과제, 가족법연구 제4호(1990), 32면. 이하에서는 민법의 조문에 대하여 법명을 붙이지 않고 인용한다.

9) 법률 제4199호, 1991. 1. 1. 시행

10) 계모자관계를 법정혈족관계에서 제외한 위 개정에 대하여 회의적으로 보는 견해도 있다. 지원림 교수는 위 개정과 관련하여 “다른 한편 가족법이 지나치게 이념에 경도된 점도 없지 않은 것 같다. 즉 양성평등의 이념에 치우쳐 다른 법적 가치가 무시 내지 경시되지 않았는가 하는 점이 반성되어야 할 것이다. 가령 1990년 민법개정에 따라 종래의 「법정」의 친자관계이던 계모자관계

2. 계모자관계에 대한 헌법재판소의 결정

1990년의 개정을 통하여 구 민법 제773조를 삭제함으로써 종전의 법정혈족관계가 소멸하게 되었고, 따라서 계모와 계자녀 사이에서는 상속이 이루어지지 않게 되었다. 그렇지만 친부의 사망으로 인하여 계모가 상속한 재산을 계모가 사망하면 계자녀가 상속받을 수 있다고 알고 있었던 사람들이 개정민법이 시행된 후에 계모가 사망한 경우에는 상속을 받을 수 없게 되자 헌법재판소에 개정 민법의 위헌 여부에 관한 문제를 제기하였다.

그런데 헌법재판소는 계모자간의 법정혈족관계 소멸과 관련하여 제기된 민법 제1000조 제1호 제1항 위헌확인(헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2007헌마1424 결정),¹¹⁾ 구 민법 부칙 제4조 위헌소원(헌법재판소 2011. 2. 24. 선고 2009헌바89·248 결정),¹²⁾ 민법 제1000조 제1항 제4호 위헌소원(헌법재판소 2018. 5. 31. 선고

가 父의 배우자와 夫의 직계비속이라는 인척관계로 바뀌었는데, 과연 바람직한 개정이었다고 할 것인가?”라고 하였다(지원림, 민법강의 제15판, 홍문사, 1813면). 그리고 손현경 박사는 전통적 관습에 따르면 계부자관계나 계모자관계는 일반적인 인척관계와는 다르게 여겨왔으므로 이를 통상적인 인척관계로 규정하는 것은 합리적이라고 할 수 없다고 한다(손현경, 현행법상의 계부자 및 계모자관계에 대한 비판적 고찰, 경성법학 제6호, 7-8면).

11) 이 결정의 요지는 다음과 같다: 이 사건 법률조항은 상속의 순위를 법률로써 규정함으로써 피상속인이 사망하여 상속이 이루어지는 경우 발생할 수 있는 상속 순위에 관한 법률적 분쟁을 사전에 예방하고자 하는 규정인 동시에, 우리 민법이 취하고 있는 혈족상속의 원칙을 입법한 것으로서 입법목적의 타당성이 인정되고, 수단의 적정성도 인정할 수 있다. 현행 민법상 계모자관계는 혈족관계가 아닌 인척관계에 불과하고, 대다수 외국의 법제도에서도 인척에게 상속권을 인정하는 경우는 찾아보기 어려우며, 당사자가 법적인 모자관계를 원한다면 입양신고를 함으로써 친생자관계와 똑같은 효과를 얻을 수 있고, 계모와 계자 상호간에 재산의 이전을 원한다면 증여나 유증 등에 의하여 상속에 준하는 효과를 얻을 수 있으며, 사망한 계모에게 상속인이 없는 경우에는 계자가 특별연고자에 대한 분여청구를 통하여 계모의 재산을 분여받을 수 있는 점 등을 종합하여 볼 때 인척관계인 계모자 간에 상속권을 인정하지 않는 것이 피해의 최소성원칙에 반한다고 할 수 없다. 구 민법의 계모자관계는 아무런 혈연관계가 없음에도 당사자의 의사를 전혀 고려하지 않고 법률로써 모자관계로 의제하였는데, 계모자관계는 조선시대부터 내려오던 가부장적 가족제도의 산물이어서 오늘날의 가족생활관계에서는 그 타당성을 인정하기 어려우며, 계부자관계는 인정하지 않으면서 계모자관계만을 인정하는 것은 양성평등의 원칙에 반한다는 비판적 여론에 따라 입법자가 계모자관계를 폐지하고 계모가 사망하는 경우 계자를 상속권자로 규정하지 않은 것으로서, 이 사건 법률조항이 추구하는 이러한 공익이 계자인 청구인의 상속권이라는 사익보다 결코 작다고 할 수 없다.

12) 이 결정의 요지는 다음과 같다: 계모자 사이의 법정혈족관계를 폐지한 것은, 계모자관계는 당사자의 의사를 고려하지 않고 법률로써 모자관계를 의제하여 계자가 불이익을 받는 경우가 많았고 이는 가부장적 제도의 산물로서 양성평등의 원칙에 반한다는 등의 근거에 의하여 사회적 공익을 유지하기 위한 결단에 따른 것으로 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. 그리고 계모자관계 당사자는 입양신고로써 친생자관계와 동일한 효과를 얻을 수 있고 가족공동생활을 유지하고 있는 경우 상호 부양의무가 인정되므로 기본권 제한의 정도가 과도하지 아니하며, 사회 전체에 통용되는 가족질서를 형성한다는 관점에서 유사한 정도의 효과를 가지는 적절한 대

2015헌바78 결정)¹³⁾ 등에 관한 판단을 통하여 계모자관계에 대하여 법정혈족관계를 인정하지 아니하는 위 조항들이 헌법에 위반되지 아니한다고 판단함으로써,¹⁴⁾ 계자녀가 계모의 재산을 상속할 수 없다는 결론을 제시하였다.

제정민법과 그 후에 개정된 민법 모두 상속에 관하여는 상속개시 당시에 시행되던 법을 적용하는 것으로 규정하고 있다. 따라서 계모자관계에 적용되는 상속에 관한 규정도 계모나 계자가 사망할 당시의 법을 적용하여 처리하는 것이 옳다.¹⁵⁾ 그렇지만 계모자관계가 법정혈족관계에서 인척관계로 변경됨으로써 계모자간의 상속이 일어나지 않게 되면 계자녀가 갖는 상속에 대한 기대권이 소멸하게 되는 문제가 발생한다. 따라서 1990년 개정법이 시행된 1991. 1. 1. 당시 법정혈족관계에 있다가 그 후 계모가 사망한 경우에는 계모가 친부로부터 상속받은 재산을 계자녀들이 상속받을 수 있는 방안을 마련할 필요가 있다고 생각한다.¹⁶⁾

채수단을 찾기도 어려우므로 이 사건 법률조항은 피해최소성의 원칙에도 반하지 아니하고, 또한 법익의 균형성도 인정되므로, 이 사건 법률조항은 헌법 제36조 제1항이 보장하는 미성년인 가족구성원이 성년인 가족으로부터 부양과 양육, 보호 등을 받을 권리를 침해하지 아니한다. 한편 이 사건 법률조항은 계자의 친부와 계모의 혼인의사를 일률적으로 계자에 대한 입양 또는 그 대리의 의사로 간주하기는 어려우므로, 계자의 친부와 계모의 혼인에 따라 가족생활을 자유롭게 형성할 권리를 침해하지 아니하고, 또한 개인의 존엄과 양성평등에 반하는 전래의 가족제도를 개선하기 위한 입법이므로 가족제도를 보장하는 헌법 제36조 제1항에 위반된다고 볼 수도 없다.

13) 이 사건에서는 민법 제1000조 제1항 제4호에서 규정하는 “피상속인의 4촌 이내의 방계혈족”을 상속인으로 한 것으로 인하여 피상속인을 부양한 계자가 특별연고자로서 상속재산을 분여 받을 기회가 차단됨으로써 과잉금지 원칙에 위반된다고 주장하였다.

14) 민법 제1000조의 위헌확인을 구한 사건으로는 헌법재판소 2010. 12. 14. 선고 2010헌마692 결정도 있는데, 이 결정에서는 청구요건을 갖추지 못하였음을 이유로 심판청구를 각하하였다.

15) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다42321 판결에서는 「구 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것) 제773조는 “전처의 출생자와 계모 및 그 혈족, 인척 사이의 친계와 혼수는 출생자와 동일한 것으로 본다.”고 규정하여 친생자와 동일한 지위를 갖게 되는 전처의 출생자는 계모의 상속인이 될 수 있었으므로, 위 구 민법 시행 당시 계모의 母가 사망한 경우 계모가 그 전에 이미 사망하였다면 전처의 출생자가 사망한 계모의 순위에 갈음하여 대습상속을 하게 된다.」고 판시한 바 있다.

16) 최근에 선고된 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017다360, 377 판결에서는 현행 민법시행 이전에 실종기간이 만료된 庶子에 대한 실종선고가 2008년에 있었던 경우, 嫡母가 庶子の 재산을 상속받을 수 있는가가 문제되었는데, 법원은 1990년의 민법개정으로 적모서자관계가 법정혈족관계에서 인척관계로 변경되었기 때문에 상속이 인정되지 않는다고 판단하였다.

Ⅲ. 재혼으로 인한 친족관계

재혼으로 인하여 성립하는 친족관계를 살펴보는 경우에는 일반적인 혼인의 경우와 마찬가지로 혼인관계가 유효하게 성립하였는가와 재혼으로 인하여 배우자의 친족과의 사이에 어떠한 법률관계가 성립하는가에 관하여 고찰할 필요가 있다.¹⁷⁾ 특히 재혼을 하는 일방 당사자에게 미성년인 자녀가 있는 경우에는 그 자녀에 대한 친권의 행사나 양육 등의 법률문제가 발생한다. 그에 비하여 황혼재혼의 경우에는 자녀에 대한 관계가 대부분 상속으로 인한 문제로 귀결된다. 따라서 재혼으로 인한 법률관계를 재혼한 당사자의 연령과 그의 가족관계에 따라 구분하여 검토할 필요가 있다.

1. 재혼의 성립과 관련된 문제

재혼이 성립하기 위해서는 제807조 이하에서 규정하고 있는 요건을 갖추어야 한다.¹⁸⁾ 그런데 이 가운데 황혼재혼과 관련하여 실무상 가장 문제되는 것은 혼인 신고를 할 당시에 당사자들에게 혼인의사가 있었는가에 대한 점이다. 이하에서는 황혼재혼에 관한 판결의 사안을 소재로 하여 이 문제에 대한 논의를 진행한다.

가. 혼인의사의 의미와 존부의 판단

유효한 혼인이 성립하기 위해서는 당사자에게 혼인의사가 존재하여야 하며, 당사자 사이에 혼인의 합의가 없는 때에는 그 혼인은 무효이다(제815조 제1호). 혼인의사가 무엇인가에 관하여는 학설이 대립하고 있는바, 혼인의사는 실질적 의사이고 신고는 그 방식에 불과하다는 실질적 의사설과 혼인의사는 신고의사만을 말하고 신고는 그 방식에 불과하다는 형식적 의사설이 대표적이다.¹⁹⁾

17) 재혼으로 인하여 성립한 가족을 '재혼가족(Remarried Family)'이라고 하는데, 재혼부부의 혼인상 태 및 자녀의 유무 그리고 전혼자녀의 유무 등에 따라서 다양하게 분류될 수 있다고 한다(김은아, 재혼가족의 친족법적 과제, 가족법연구 제24권 3호, 79면).

18) 민법 제807조와 제808조는 적용가능성이 없지만, 근친혼 등의 금지에 관한 제809조, 중혼의 금지에 관한 제810조, 혼인신고에 관한 제812조의 요건은 갖추어야 한다.

한편 판례가 혼인의사의 존재에 관하여 어떤 입장을 취하는가에 관하여는 학자들 사이에 견해의 대립이 있지만,²⁰⁾ 판례는 일관하여 당사자간에 사회관념상 부부라고 인정되는 정신적, 육체적 결합을 생기게 할 의사를 갖고 있지 않은 가장 혼인의 경우에는 무효라고 하는 입장을 취함으로써 부부관계를 형성할 의사가 없는 경우에는 혼인이 무효라고 본다.²¹⁾ 그렇지만 대법원 1983. 9. 27. 선고 83므22 판결에서는 “혼인의 합의란 법률혼주의를 택하고 있는 우리나라 법제하에서는 법률상 유효한 혼인을 성립케 하는 합의를 말하는 것이므로 비록 양성간의 정신적·육체적 관계를 맺는 의사가 있다는 것만으로는 혼인의 합의가 있다고 할 수 없다”고 하였다. 나아가 사실혼관계에 있는 당사자 일방이 혼인신고를 한 경우에도 상대방에게 혼인의사가 결여되었다고 인정되는 한 그 혼인은 무효라 할 것이나, 상대방의 혼인의사가 불분명한 경우에는 혼인의 관행과 신의성실의 원칙에 따라 사실혼관계를 형성시킨 상대방의 행위에 기초하여 그 혼인의사의 존재를 추정할 수 있다고 한다.²²⁾

나. 혼인신고의 유효 여부가 다투어진 사안

- 사례1: 부산가정법원 2017드단207419 판결²³⁾

19) 윤진수, 친족상속법 강의, 31면. 그렇지만 최근에는 혼인의 법률효과를 발생시키려는 효과의사라는 법적 의사실이 주장되고 있다. 법적 의사실을 취하는 견해로는 박희호, 혼인의 성립요건에 대한 소고, 가족법연구 25권 1호, 14면 이하를 들 수 있는데, 이 견해는 혼인신고는 혼인의사와 별개의 요건이라고 하며, 혼인은 혼인의 의사와 혼인신고의 두 가지 요건에 의하여 성립한다고 한다(박희호, 위의 논문, 25면).

20) 윤진수 교수는 “판례는 실질적 의사와 형식적 의사가 모두 필요하다는 것으로 이해된다”고 한다(윤진수, 친족상속법 강의 31면). 이에 비하여 대법원 1990. 12. 26. 선고 90므293 판결을 근거로 형식적 의사설을 취하고 있다고 보는 견해도 있고(조미경, 혼인의사와 신고, 가족법연구 제10호, 63면), “대법원은 혼인의사에 대하여 실질적 의사설이나 형식적 의사설을 채택하고 있지 않다고 보아야 한다”고 주장하는 견해도 있다(박희호, 혼인의 성립요건에 대한 소고, 가족법연구 제25권 제1호, 22면).

21) 대법원 1996. 11. 22. 선고 96도2049 판결; 대법원 2009. 10. 8 자 2009스64 결정.

22) 사실혼관계에 있는 당사자 사이의 혼인의사가 불분명한 경우, 혼인의사의 존재를 추정할 수 있는지 여부가 문제된 대법원 2000. 4. 11. 선고 99므1329 판결에서는 「혼인의 합의란 법률혼주의를 채택하고 있는 우리 나라 법제하에서는 법률상 유효한 혼인을 성립하게 하는 합의를 말하는 것이므로 비록 사실혼관계에 있는 당사자 일방이 혼인신고를 한 경우에도 상대방에게 혼인의사가 결여되었다고 인정되는 한 그 혼인은 무효라 할 것이나, 상대방의 혼인의사가 불분명한 경우에는 혼인의 관행과 신의성실의 원칙에 따라 사실혼관계를 형성시킨 상대방의 행위에 기초하여 그 혼인의사의 존재를 추정할 수 있으므로 이와 반대되는 사정, 즉 혼인의사를 명백히 철회하였거나 당사자 사이에 사실혼관계를 해소하기로 합의하였다는 등의 사정이 인정되지 아니하는 경우에는 그 혼인을 무효라고 할 수 없다.」라고 판시함으로써 혼인의사의 존재를 추정할 수 있다고 한다. 같은 취지의 판결로는 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012므2451 판결이 있다.

(1) A는 1968년. 9. 24. B와 혼인하였고, 원고 등을 자녀로 두었는데, A와 B는 1978년부터 자녀들의 교육을 이유로 가족들과 떨어져 생활하였다. A는 2015. 2. 경 담도암 진단을 받고 투병생활을 시작하였으며, 2015. 2. 17. B와 별거하였고, 3. 경부터 피고의 간병을 받으며 지냈다. A는 2015. 8. 6. B를 상대로 이혼 청구의 소를 제기하였고, 2017. 5. 16. 이혼판결이 선고되었다. A는 2017. 6. 7. 직접 이혼신고를 하였고, 2017. 6. 10. 피고에 대한 위임장을, 2017. 6. 12. 혼인신고서를 직접 작성하였고, 피고는 2017. 6. 12. A와의 혼인신고를 하였다.²⁴⁾

(2) 법원은, 망인이 이 사건 혼인신고 당시 심망 증상이 있었던 사정만으로는 의사결정능력이 없었다고 판단하기 부족하고, 망인이 병원에서 심폐소생술 거부동의서에 직접 서명하였고, 이 사건 혼인신고를 할 당시 지남력이 있었으며, 의료진이 묻는 말에 적절하게 대답하는 등 의사표현이 가능하였고, 다른 사람과 문자도 주고받은 사실이 인정되는 바, 망인이 이 사건 혼인신고 당시 이혼 및 혼인신고의 의미와 그 효과를 이해할 수 있는 의사결정능력이 있었다고 보아 이 사건 혼인신고가 유효하다고 보았다.

• 사례2: 부산지방법원 가정지원 2018. 1. 19 선고 2016드단6800 판결²⁵⁾

(1) 피고와 망 소외 1(이하 ‘망인’이라 한다)은 2016. 2. 22. 부산 수영구에서 혼인신고(이하 ‘이 사건 혼인신고’라 한다)를 하였다. 망인은 2016. 3. 1. 및 같은 해 3. 2. 알코올중독 등으로 진료를 받았고, 같은 해 3. 4. ‘기질성 뇌증후군, 베르니케뇌병증, 알코올의 남용, 뇌허혈, 상세불명 간질환’ 등 병명으로 진단을 받고 입원하여 입원치료를 받다가 2016. 3. 30. 요양병원으로 전원하여 요양 중 2017. 7. 31.경 직접사인 ‘급성 호흡부전’으로 결국 사망하였다. 망인은 1993. 2. 1. 전처인 소외 2와 혼인하여 슬하에 원고 및 소외 3을 자녀로 두었는데, 2013. 12. 18.자 이혼조정성립으로 2014. 3. 24. 이혼신고를 마친 상태였다. 원고는 망인의 큰아들로서 2016. 5. 27. 피고 및 망인을 상대로 각 이 사건 혼인무효확인의 소를 제기하였다가 앞서 본 바와 같이 망인이 사망하자, 망인에 대한 소는 취하하였다.

23) 대법원 홈페이지에게 제공하는 전국법원 주요판결에서 검색

24) 원고는 A가 혼인신고 당시 혼인의 사회적 의미나 효과를 이해할 수 있는 정신적 능력이 결여되고 있었고, 2년이 넘는 투병생활로 힘든 상황에서 피고의 강요에 의하여 혼인신고를 하였거나, 참다운 부부관계를 설정하려는 의사 없이 단지 상속재산 취득, A에 대한 전통적 투여를 용이하게 하려는 목적으로 혼인신고를 하였으므로 이 사건 혼인신고는 혼인의 합의가 없는 때에 해당하여 무효이라고 주장하였다.

25) 각공2018상, 280.

(2) 법원은, 甲과 乙은 혼인신고를 마친 법률상 부부인데, 乙의 아들 丙이 甲과 乙 사이의 혼인신고서가 甲에 의하여 위조되었고, 위 혼인신고 당시 乙은 의사능력이 없는 상태였으므로 위 혼인신고가 무효라고 주장하면서 甲과 乙 사이의 혼인 무효 확인을 구한 사안에서, 위 혼인신고서의 위조사실을 인정할 만한 증거가 없고, 丙이 甲과 乙의 혼인신고일 4일 전에 乙을 방문하였을 당시, 乙이 丙과 丙의 동생 생활비 문제, 丙의 이사계획 및 이사할 집의 아이들 학군, 대출금 지원 문제 등에 관하여 논의할 정도로 비교적 정상적인 의사능력을 가지고 있었던 사실 등에 비추어 혼인신고 당시에도 乙에게 의사능력이 없었다고 보기 어려우며, 설사 혼인신고 당시 乙에게 의사능력이 없거나 부족했다 하더라도, 甲과 乙이 혼인신고 무렵까지 2년간 동거생활을 유지하고 있었고, 웨딩샵에서 결혼사진까지 찍어 주거지 벽에 걸고 지낸 사실, 乙이 빌라를 乙 명의로 매수하고 乙 명의의 소유권이전등기를 마친 후 위 빌라에서 甲과 동거생활을 유지한 사실, 乙이 동거기간 甲에게 월 100만 원 정도의 생활비를 계속 지급해온 사실 등에 비추어 혼인신고 당시 甲과 乙이 사실혼관계에 있었음이 인정되므로 甲과 乙에게 혼인의사가 있었음이 추정되고 이를 번복할 만한 증거가 없다는 이유로, 甲과 乙 사이의 혼인신고가 유효하다고 하였다.

• 사례3: 인천가정법원 2018. 6. 1 선고 2017르11382 판결²⁶⁾

(1) 망인과 A는 1991. 5. 16. 혼인신고를 마친 법률상 부부로서, 그 사이에 원고를 두고 있다. A는 2002. 7. 15. 인천지방법원 2002드단17098호로 망인을 상대로 이혼, 친권자의 지정을 구하는 소를 제기하였고, 위 법원은 2002. 11. 12. “원고와 피고는 이혼한다. 원고의 친권자로 A를 지정한다.”는 내용의 판결을 선고하였으며, 위 판결을 2002. 12. 12. 그대로 확정되었다. 위 이혼 확정 판결에 따라 2003. 1. 10. A와 망인 사이의 이혼 신고가 마쳐졌다. 이혼 이후 망인은 피고를 만나 2007년경부터 동거하면서 피고와 함께 사업체를 운영하였다. 한편 망인은 2017. 1. 29. 뇌지주막하출혈의 증상으로 갑자기 쓰러져 2017. 1. 30. 병원에 입원하였으나 의식 불명상태로 있다가 2017. 2. 13. 사망하였다. 피고는 2017. 2. 6. 인천광역시 서구청장에게 망인과의 혼인신고(이하 ‘이 사건 혼인신고’라 한다)를 하였다

(2) 법원은 혼인신고 당시 망인에게 의사능력이 없었음을 인정하면서도, 망인과 피고 사이에는 주관적인 혼인의 의사는 물론 객관적으로도 부부공동생활을 인정

26) 대법원 홈페이지에게 제공하는 전국법원 주요판결에서 검색

할 만한 혼인생활의 실체가 있었다고 봄이 상당하며, 망인이 혼인의사를 철회하였다고 볼 수 없다고 하여 혼인신고가 유효하다고 판단하였다.

다. 재혼에 있어서 혼인의사의 판단기준

재혼의 경우에도 원칙적으로는 혼인의 일반적인 경우와 동일한 기준에 따라 혼인의사의 존부를 결정하여야 한다. 그리하여 당사자에게 의사능력이 있는 경우에는 법률상의 혼인관계를 성립시키고자 하는 당사자의 의사표시와 그에 따른 혼인신고에 의하여 유효한 혼인이 성립한 것으로 인정할 수 있을 것이다. 그리고 혼인신고 당시에는 당사자 일방이 의사무능력 상태에 빠졌다고 하더라도 그가 의사능력을 상실하기 전에 당사자 사이에 사실혼관계가 성립했다고 볼 수 있는 경우에는 판례에 따라 혼인의사가 계속 존재한다고 추정하는 것이 합리적일 것이다.

다만 당사자간에 사실혼관계가 형성된 후 그들의 의사에 따라 혼인신고를 할 수 있었음에도 불구하고 혼인신고를 하지 않은 것이 자녀들과의 친족관계를 형성하는 것이 부담스러웠거나 사실혼 관계에 있는 배우자를 상속에서 배제하기 위한 목적이었다면 특별한 사정이 없는 한 사실혼관계에 있었다는 사정만으로 혼인의사를 인정하기 어려울 것이며, 따라서 이러한 경우에는 당사자 일방이 상대방의 동의없이 혼인신고를 한 경우나 당사자 일방이 의사능력을 상실한 후 이루어진 혼인신고는 무효라고 보아야 할 것이다.²⁷⁾

그러므로 개별적인 사안에서 혼인신고를 하지 않은 이유가 무엇이었는지를 기준으로 일방적인 혼인신고나 의사능력을 상실한 후의 혼인신고의 효력을 판단하여야 하며, 이를 위하여 이에 관한 사례를 수집하여 분석할 필요가 있다고 할 것이다.

27) 이러한 경우를 ‘자발적 사실혼’이라고 부를 수 있는데, 지원림 교수는 자발적 사실혼의 경우에는 범질서가 허용하는 범위에서 당사자의 합의에 대하여 계약법적인 접근법에 따라 문제를 해결해야 한다고 주장하고 있으며(지원림, 사실혼에 관한 약간의 비판적 고찰, 가족법연구 22권 3호, 467-469면), 박경재 교수는 자발적 사실혼의 경우에는 법률혼을 원하지 않는 사실혼 당사자의 의사를 존중하여 준혼 이론의 적용을 배제하는 것이 타당하다고 주장한다(박경재, 자발적 사실혼의 법리 - 황혼동거를 중심으로, 아주법학 제7권 제3호, 190면 이하). 한편 박인환 교수는 이러한 상황을 ‘의도적 선택적 사실혼’이라고 부르고 있다(박인환, 사실혼 보호법리의 변천과 과제, 가족법연구 제23권 제1호, 156-157면).

2. 재혼으로 인한 가족관계의 형성

재혼이 성립하게 되면 상대방 배우자의 친족과의 관계가 형성된다.²⁸⁾ 이 가운데 가장 문제되는 것은 전혼에서 출생한 자녀와의 관계라고 생각된다. 그러므로 이하에서는 재혼으로 인한 가족관계를 쉽게 설명하기 위하여 甲과 乙이 재혼하였고, 甲에게는 전혼 배우자와의 사이에서 낳은 미성년자인 丙이, 乙에게는 미성년자인 丁이 있는 것으로 상정하여, 재혼으로 인한 계부 및 계모와 자녀의 관계를 살펴본다.²⁹⁾

한편 이혼 후 재혼을 하였는데, 이혼이 무효이거나 취소된 경우에는 중혼이 성립하게 된다.³⁰⁾ 이 경우 전혼에는 이혼사유가 있으며, 후혼인 재혼은 취소할 수 있는 것으로 된다고 하는 것이 일반적인 견해이다.³¹⁾ 또한 배우자가 실종선고를

28) 이혼 후 재혼한 경우에는 재혼으로 인한 친족관계의 변화만 있지만, 사별한 경우에는 재혼으로 인하여 종전의 혼인에 의하여 형성되었던 친족관계가 소멸하는 효과도 생긴다(제775조).

29) 재혼이 성립한 경우에 그 내용이 가족관계등록부에 기재된다. 그런데 2008년에 시행된 가족관계증명제도에 따르면 재혼 후 혼인관계증명서를 발급하면 현재의 유효한 혼인뿐만 아니라 전혼의 배우자와의 관계도 기재되어 있다는 문제가 있었고, 가족관계증명서에는 계자녀에 관한 정보도 포함되어 기재되어 있었다. 그리하여 2016년의 개정을 통하여 증명서를 일반증명서와 상세증명서로 구분하여 발급할 수 있도록 하였다. 그렇지만 이것만으로는 개인정보의 보호에 충실하지 않다는 견해가 있다(김상용, 2016년 가족관계등록법 개정의 의의와 한계 - 등록사항별 증명서제도의 개정을 중심으로, 중앙법학 제20권 제1호, 75면). 가족관계등록제도의 문제점과 개정에 관한 자세한 내용은 위의 논문 49면 이하 참고.

30) 법원이 중혼의 성립을 인정한 예로는 다음과 같다; (1) 배우자 있는 자가 이중혼적을 만들어 타인과 다시 혼인한 경우(대법원 1986. 6. 24. 선고 86므9 판결; 대법원 1991. 12. 10. 선고 91므344 판결; 대법원 1988. 5. 31. 자 88스6 결정), (2) 부부간의 이혼심판이 확정되었다가 재심에 의해 취소된 경우(대법원 1985. 9. 10. 선고 85므35 판결; 대법원 1987. 1. 20. 선고 86므74 판결; 대법원 1987. 2. 24. 선고 86므125 판결, 대법원 1991. 5. 28. 선고 89므211 판결; 대법원 1994. 10. 11. 선고 94므932 판결), (3) 위조된 협의이혼서에 의하여 이혼을 하였다가 취소한 경우(대법원 1964. 4. 21. 선고 63다770 판결), (4) 협의이혼이 기망에 의한 것이라는 이유로 취소된 경우(대법원 1984. 3. 27. 선고 84므9 판결)

31) 판결편취에 의한 이혼이 무효라고 보아 그 후에 이루어진 재혼에 대하여 미국 네바다 주 법을 적용하여 무효라고 한 사례: 서울가정법원 2014. 6. 27 선고 2013드단91378 판결

[사실관계] 원고와 피고 1은 1978. 10. 26. 혼인신고를 마친 법률상 부부로서, 그 사이에 성인이 된 자녀를 두고 있었다. 한편 피고 1은 2007년경 원고를 상대로 장기간의 별거 등을 이유로 하여 서울가정법원 2007드단45145호로 이혼 소송을 제기하였다가 청구 기각 판결을 받았는데, 그 이후로도 피고 1은 귀가하지 아니하고 계속적으로 원고 및 자녀와 별거하였다. 그런데 피고 1은, 미국 네바다 주 나이카운티 지방법원에서 2011. 8. 11. 확정된 원고와 피고 1 사이의 이혼 판결을 기초로, 2013. 4. 18. 이혼신고를 하였는데, 위 네바다 주 이혼판결에는, 원고와 피고 1이 공동으로 이혼을 신청하여 판결을 받았다고 기재되어 있고, 네바다 주에서 6주 동안 거주한 원고가, 네바다 주 클라크 카운티에 있는 공증인의 면전에서 이혼에 동의하여 직접 서명하였다는 내용이 첨부되어 있으나, 원고는 1995. 6. 6. 대한민국에 입국한 이후로는 단 한 차례도 출국한 사실이 없다. 한편 피고들은 위 이혼 판결 직후인 2011. 8. 31. 혼인하여, 2013. 4. 22. 미

받은 후에 재혼을 하였는데 실종선고가 취소된 경우에도 마찬가지이다.³²⁾ 따라서 이혼의 무효 또는 취소로 인한 중혼도 재혼과 관련한 중요한 논점이라고 볼 수 있지만 이 논문을 통하여 다루고자 하는 재혼의 문제점과는 거리가 있기 때문에 더 이상 논의를 진행하지 않는다.³³⁾

가. 친족관계의 형성과 효과

(1) 甲과 乙이 재혼하는 경우에게 丙과 丁은 각각 乙과 甲에 대한 관계에서 계부와 계모 및 계자녀라는 인척관계가 성립한다. 그렇지만 계자녀는 제779조 제1항 제1호에서 규정하는 가족의 범위에 포함되지 않기 때문에 丙은 乙과 생계를 같이 하는 경우에, 丁은 甲과 생계를 같이하는 경우에만 甲과 乙에 대한 관계에서 제779조에서 규정하는 가족의 범위에 포함된다.³⁴⁾

그렇지만 부모가 재혼을 한다고 해서 자녀들의 성과 본이 변경되는 것은 아니다.³⁵⁾ 따라서 丁의 성과 본을 甲과 동일하게 하거나 丙과 丁의 성과 본을 동일하

국 네바다주 클라크카운티 혼인등록관이 작성한 혼인증서등본을 서울 강서구청장에게 제출함으로써 청구취지 기재 혼인신고를 마쳤다.

[판결요지] 갑이 미국 네바다 주 소재 지방법원에서 확정된 을과 갑 사이의 이혼판결을 기초로 이혼신고를 한 후 병과 혼인하여 미국 네바다 주 혼인등록관에게 혼인등록을 하고 혼인증서를 발급받아 증서등본을 서울 강서구청장에게 제출하여 혼인신고를 마쳤는데, 을이 대한민국 국적인 갑과 미국 국적인 병을 상대로 갑과 병 사이의 혼인 무효 확인을 구한 사안에서, 갑과 을 사이의 이혼이 을의 진정한 이혼 의사 없이 편취된 판결에 기하여 이루어진 것이어서 이혼신고는 무효이고, 따라서 갑과 병 사이의 혼인은 중혼에 해당하는데, 중혼의 효력에 관하여 당사자의 본국법이 서로 다른 경우에는 일반적으로 혼인의 유효성을 보다 부정하는 나라의 법률을 적용함이 타당하므로, 갑과 병 사이의 혼인은 미국 네바다 주 법을 적용하여 무효라고 본 사례.

32) 실종선고의 취소로 인하여 중혼인 된 경우, 그 혼인관계를 어떻게 처리할 것인가에 관하여는 다양한 견해들이 있다(이에 관한 자세한 내용은 윤부찬, 잔존배우자의 재혼과 실종선고의 취소, 가족법연구 제28권 제1호, 209면 이하 참고). 이에 대하여 윤부찬 교수는 종래의 다수설을 지지하면서 재혼당사자의 일방이 악의인 경우에는 후혼인 중혼을 취소하여야 한다고 주장한다. 그렇지만 이와는 반대로 남윤봉 교수는 후혼인 재혼을 보호하기 위하여 전혼이 부활하지 않는 것으로 해야 한다는 취지의 개정안을 제시하고 있다(남윤봉, 실종선고 취소의 효과에 대하여, 재산법연구 제23권 제2호, 77면 이하[특히 86면 이하] 참고).

33) 인천지방법원 1993. 1. 6. 선고 92고단4640 판결에서는 「처녀의 신분으로 이혼한 남자와 혼인한 후 남편의 전처가 이혼무효의 소를 제기함으로써 남편과 전처와의 혼인이 부활되고 자신의 혼인은 취소되었음에도 남편과 동거생활을 계속하다가 전처로부터 간통죄로 고소된 경우 간통죄의 구성요건에는 해당되지만 그러한 행위를 하지 않으리라는 기대가능성이 없다」고 보아 무죄를 선고하였다.

34) 재혼을 한 후 전혼의 자녀와 동거하지 않는 경우에도 이혼 후 자녀를 양육하는 양육친에 대하여 양육비를 지급해야 할 의무가 소멸하지는 않는다. 그렇지만 현실적으로는 양육친에게 양육비를 지급하지 않는 경우가 많으며, 재혼한 경우에 있어서 비양육친이 지급해야 할 양육비 산정에 관하여는 연구도 거의 이루어지지 않고 있다.

35) 甲과 乙이 혼인을 하면서 그들 사이에 출생할 자녀의 성과 본을 모의 성과 본을 따르기로 한

게 하기 위해서는 제781조에서 정하는 바에 따라 성과 본을 변경하여야 한다.³⁶⁾ 그러나 계자녀의 성과 본을 변경한다고 해서 계부모와 계자녀의 관계가 인척관계에서 법정혈족관계가 형성되지 않는다. 그렇다면 실질적으로 법적인 가족의 지위를 향유하기 위해서는 계자녀의 성본변경의 절차보다는 입양 또는 친양자입양이라는 제도를 택할 수밖에 없다.³⁷⁾

한편 甲과 丙의 관계와 乙과 丁의 관계는 친생자관계이므로 제909조에 의하여 각각 친권자로서의 지위를 가지지만, 각각의 계자녀에 대해서는 친권을 행사할 수 없다. 다만 甲과 乙의 전혼의 배우자가 사망한 경우나 甲과 乙이 단독친권자로 지정된 경우에는 丙과 丁에 대하여 甲과 乙이 각자의 자녀에 대하여 단독으로 친권을 행사할 수 있지만, 친권을 공동으로 행사하기로 한 경우나 丙과 丁의 친권자가 전혼의 배우자로 지정되어 있고, 甲과 乙이 양육권만을 가진 경우에는 자신의 자녀들에 대하여 친권을 행사할 수 없거나 친권을 행사함에 있어서 제한을 받게 된다. 그리고 丙과 丁은 乙과 甲에 대한 관계에서 배우자의 직계혈족에 불과하기 때문에 丙과 丁은 乙 또는 甲과 생계를 같이하는 경우에만 제974조에 의하여 계부모로부터 부양을 받을 수 있다.³⁸⁾

다른 한편 丙과 丁은 서로에 대한 관계에서 제767조에서 규정하는 인척의 범위에 포함되지 않으므로 丙과 丁 사이에는 법률상 어떠한 친족관계도 형성되지 않는다.³⁹⁾ 따라서 丙과 丁이 계부모와 동거하고 있고, 서로를 남매 사이라고 인식하고 있는 경우에도 제809조에서 규정하고 있는 금혼범위에 포함되지 않아 법적으로 혼인할 수 있는 지위를 가진다.⁴⁰⁾

경우에도 마찬가지이다.

36) 울산지법 2008. 1. 28. 자 2008년단12 심판이나 서울가법 2009. 5. 12. 자 2009브34 결정에서는 계자녀가 계부의 성과 본으로 변경하는 것을 허가하였다. 이와 같이 계부의 성과 본으로 변경하기 위해서는 모와 계부 사이에 혼인이 성립해야 하는데, 이와 관련하여 사회적 친자관계를 인정함으로써 계부와 계자녀의 성과 본을 일치시킬 수 있는 방안을 제시하는 견해도 있다(손현경, 민법상의 친족 및 가족에 대한 입법론적 고찰, 가족법연구 제25권 제3호, 22면). 그렇지만 혈통주의에 반한다는 이유에서 계자녀의 성과 본을 계부모와 동일하게 하기 위하여 변경하는 것을 허용하지 않아야 한다는 주장도 있다(오병철, 호주제 폐지 10년, 더 평등한 가족의 모색, 제12차 저출산·고령화 포럼 토론문, 78면).

37) 김은아, 재혼가족의 친족법적 과제, 83면.

38) 2018. 6. 29.자 조선일보에는 온라인커뮤니티에 “재혼시 죽은 와이프가 데려온 딸을 어디에 맡겨야 할지 고민입니다”라는 제목의 글이 올라왔다는 기사가 실린 바 있다.

39) 김은아, 재혼가족의 친족법적 과제, 가족법연구 제24권 3호, 81면.

40) 2005년 9월부터 2006년 7월까지 SBS에서 방송했던 ‘하늘이시여’라는 드라마에서는 남녀주인공이 이러한 관계에 있으면서도 혼인을 하는 것으로 설정한 바 있다. 계자녀간의 혼인에 대해서는 전통적인 친자관념에 따라 허용될 수 없다는 주장이 있다(손현경, 현행법상의 계부자 및 계모자

(2) 위와 같은 법률관계는 자의 복리에 반하는 결과를 가져오므로 현행법상의 계친자관계를 개선해야 한다는 견해들이 있는데, 이은정 교수는 “계친자관계를 입양으로 전환하지 않더라도 실제 함께 생활하면서 친자관계에 준하는 공동체를 형성하고 있다면, 양육권, 부양의무 등 그들 사이의 관계를 보호할 수 있을 정도의 권리의무를 인정하는 것이 ‘자의 복리’를 위하여 타당할 것이라고 한다.⁴¹⁾

한편 손현경 박사는 동일한 배우자의 직계비속인 계자녀와 혼인자는 다르게 취급되어야 한다는 전제에서 민법 제779조에서 규정하는 가족의 범위를 1. 당연히 가족으로 하는 경우, 2. 혼인시 가족이 되지 않는다는 당사자의 의사표시가 없으면 가족으로 하는 경우, 3. 생계를 같이하는 경우에 한하여 가족으로 하는 경우로 구분하는 입법론을 제시하고 있다.⁴²⁾ 이 가운데 두 번째가 계부모와 계자녀의 관계인데, 부모와 자녀의 관계를 제1항과 제2항을 구분한 이유는 제2항의 경우에는 혈연관계로 형성된 관계가 아니라 혼인으로 인하여 형성된 관계이기 때문이라고 한다.⁴³⁾ 다시 말하면 가족의 혼인을 통해 본인의 의사와 상관없이 가족이 되는 것이 불합리한 결과를 초래할 수도 있으며, 이러한 경우에는 가족이 될 당사자의 의사를 고려하는 것이 합리적일 것이므로 제2항에 해당하는 경우는 혼인시 가족이 되지 않는다는 당사자의 의사표시가 없으면 가족으로 인정해야 한다고 주장하고 있다.⁴⁴⁾

나. 계부와 계모에 의한 입양과 파양

(1) 甲과 乙이 재혼한 후에 각각 丁과 丙을 입양하거나 친양자입양을 하면 甲과 丁 및 乙과 丙 사이에 양친자관계가 성립한다.⁴⁵⁾ 입양을 위해서는 가정법원의

관계에 대한 비판적 고찰, 경성법학 제6호, 14-15면). 그리하여 손현경 박사는 ‘혈족의 배우자의 혈족’을 다시 금혼범위에 포함시키되 2촌까지만 혼인을 금지하는 것으로 할 것을 제안한다(손현경, 민법상의 친족 및 가족에 대한 입법론적 고찰, 24면).

41) 이은정, 가족제도의 변화와 친자법 개정의 필요성, 민법논고 제33집, 389면.

42) 손현경, 민법상의 친족 및 가족에 대한 입법론적 고찰, 13면.

43) 손현경, 민법상의 친족 및 가족에 대한 입법론적 고찰, 13면.

44) 손현경, 민법상의 친족 및 가족에 대한 입법론적 고찰, 13면. 손현경 박사는 “민법 제779조(가족의 범위)에 대한 이와 같은 입법론은 현행 민법상의 친족, 자녀의 성씨, 친권 및 후견, 혼인, 부양 및 상속 등에 적용되고 있는 친족개념을 보완 또는 대체할 수 있는 가족개념으로 유용할 것이라고 주장한다(손현경, 위의 논문, 14면).

45) 민법은 친양자입양에 대하여는 “1년 이상 혼인 중인 부부의 한쪽이 그 배우자의 친생자를 친양자로 하는 경우”에 관하여 규정하고 있지만 일반입양에 관하여는 부부의 공동입양에 관하여만 규정하고 있을 뿐(제874조), 배우자의 친생자를 입양하는 경우에 관하여는 규정하고 있지 않다.

허가를 받아야 하고(제867조 제1항), 법정대리인의 동의를 얻어야 하며(제869조), 또한 양자가 될 미성년자는 부모의 동의를 받아야 한다(제870조). 그리고 甲과 乙이 친양자입양을 하고자 하는 경우에는 甲과 乙의 혼인관계가 1년 이상 지속되어야 하고, 丙과 丁의 친생부모가 친양자입양에 동의하여야 하며, 법정대리인의 동의도 받아야 한다(제908조의2). 따라서 丙과 丁의 입양 또는 친양자입양에 대하여 전혼 배우자가 동의하지 않는 경우에는 입양을 하거나 친양자입양을 하는 것도 그리 쉬운 일이 아니라고 할 것이다.⁴⁶⁾

(2) 한편 甲과 乙이 재혼을 한 후 丙과 丁을 입양하는 것이 쉽게 이루어질 수 있다고 하더라도 甲과 乙이 이혼을 하게 되면 丙과 丁의 관계가 혼란에 빠지게 된다.⁴⁷⁾ 이 때 甲과 乙이 이혼하면 양친자관계가 해소되는가가 문제될 수 있는데, 대법원 2001. 5. 24. 선고 2000므1493 전원합의체 판결에서는 「민법 제776조는 “입양으로 인한 친족관계는 입양의 취소 또는 파양으로 인하여 종료한다.”라고 규정하고 있을 뿐 ‘양부모의 이혼’을 입양으로 인한 친족관계의 종료사유로 들고 있지 않」다는 점을 들어 양모가 이혼을 하고 양부의 가를 떠난 경우에도 양모자관계가 소멸하지 않는다고 한다.

따라서 甲과 乙이 재혼한 후 서로의 자녀를 입양하였다면 그 후 甲과 乙이 이혼을 하더라도 丙과 丁을 파양할 사유가 있어 파양이 이루어지지 않는 한 甲과 丁, 乙과 丙 사이에는 양친자관계가 유지된다.⁴⁸⁾ 더구나 친양자입양의 경우에는 파양사유가 더욱 제한되어 있어 부모가 이혼한 경우에도 파양하기가 매우 어려울 것으로 생각된다.⁴⁹⁾ 이러한 점을 고려한다면 재혼 후 상대방의 자녀를 입양하기

46) 같은 취지의 견해로는 김은아, 재혼가족의 친족법적 과제, 87면이 있는데, 이 논문은 입양에 관한 민법의 개정이 이루어지기 전에 쓰여진 것이다.

47) 만약 甲이 丁을 입양한 후 이혼하였다가 A와 재혼하는 경우 A가 丁을 다시 입양할 수 있는가도 문제될 수 있는데, 판례는 중첩적인 양자관계를 인정하기 때문에 가능하다고 보아야 할 것이다(대법원 2014. 7. 24. 선고 2012므806 판결). 다만 이 경우 丁은 친부모인 乙 외에도 甲과 A를 양부모로 가지게 된다.

48) 대법원 1990. 7. 27. 선고 89므1108 판결에서는 「피청구인들의 생부가 이미 사망한 상태에서 피청구인들의 생모와 재혼한 계부가 당시 7세, 4세에 불과한 피청구인들을 친자식처럼 기르기로 합의하고 친생자로 출생신고하였다면, 그 의사 속에는 법률상 친자관계 이상의 관계를 맺으려는 의사, 적어도 양친자관계를 창설하려는 의사가 당연히 포함되었다고 볼 수 있고, 그 의사는 위 출생신고에 의하여 확실하게 표시되었으며, 친자적인 공동생활 관계가 지속됨으로써 더 확고하게 보증되었다고 할 것이므로, 입양당사자 사이에 입양의사의 합치가 있고, 입양의 다른 실질적 요건도 갖추어진 것으로 보이는 이 사건에 있어서 위 출생신고는 형식에 있어 다소 잘못이 있더라도 입양신고로서의 기능을 발휘한다고 할 것이어서 계부와 피청구인들 사이에는 양친자관계가 존재한다고 할 것이고, 양친자관계를 해소할 필요가 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 효력 기재 자체를 말소하여 법률상 친자관계의 존재를 부당하게 되는 이 사건 친생자관계부존재확인 청구는 확인의 이익이 없어 부적법하다」고 판단하였다.

로 결정하는 것이 그리 쉬운 일이 아닐 것으로 생각된다. 사건으로는 재혼 후 배우자의 자녀를 입양하는 경우, 부모가 이혼한 후에도 입양으로 인한 친족관계가 계속 유지되기 어려울 것이므로, 재혼한 부모가 이혼을 하는 경우에는 입양으로 인한 법률효과를 어떻게 처리할 것인지에 관한 규정을 둘 필요가 있다고 생각된다.⁵⁰⁾

(3) 재혼자녀의 입양과 관련하여 검토해 볼 필요가 있는 문제로는 동반입국하거나 중도입국한 결혼이민자의 자녀입양이 있다. 대한민국 국민과 혼인한 적이 있거나 혼인관계에 있는 재한외국인을 ‘결혼이민자’라고 하는데,⁵¹⁾ 결혼이민자 중에는 이미 본국에서 결혼과 출산을 한 경우가 있다. 이들은 대한민국 국민과의 재혼 후 본국에 있는 전혼의 자녀를 데리고 오는데, 이들은 외국인인 母의 가족으로서의 지위를 가지고 체류하게 된다. 그렇지만 안정적인 생활을 영위하기 위해서는 영주권이나 대한민국 국적을 취득할 필요가 있고, 계자녀가 대한민국 국적을 취득하는 가장 쉬운 방법은 계부의 양자가 되는 것이다.⁵²⁾ 이와 같이 결혼이민자의 자녀가 입양되어 대한민국 국적을 취득하였으나 부모가 이혼하는 경우 이들을 파악할 수 있는지도 문제되는데, 위에서 살펴본 법리에 따르면 중도입국자녀를 입양한 후 이혼을 하였다고 하더라도 파악을 할 수 없다고 보아야 할 것이나, 이혼 후 母를 따라 본국으로 돌아간 후에도 자녀로서의 지위를 계속 유지한다면 양부가 사망한 후에 상속으로 인한 분쟁이 발생할 여지가 매우 크다. 따라서 이러한 경우에도 친족관계를 정리할 수 있는 근거가 마련되어야 한다.

49) 일반입양의 경우에는 제905조에서 규정하고 있는 사유[① 양부모가 양자를 학대 또는 유기하거나 그 밖에 양자의 복리를 현저히 해친 경우, ② 양부모가 양자로부터 심히 부당한 대우를 받은 경우, ③ 양부모나 양자의 생사가 3년 이상 분명하지 아니한 경우, ④ 그 밖에 양친자관계를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우]가 있으면 재판상 파악을 할 수 있지만, 친양자입양의 경우에는 ① 양친이 친양자를 학대 또는 유기(遺棄)하거나 그 밖에 친양자의 복리를 현저히 해하는 때, ② 친양자의 양친에 대한 패륜(悖倫)행위로 인하여 친양자관계를 유지시킬 수 없게 된 때에만 파악을 할 수 있다.

50) 입법론적으로는 계부모와 계자녀의 관계에 대한 특별한 규정이 필요한 이유이기도 하다.

51) 재한외국인 처우 기본법 제2조 제3호.

52) 결혼이민자의 경우에는 국적법 제5조에서 규정하는 일반귀화가 아닌 제6조 제2항에서 규정하는 간이귀화의 방법으로 대한민국 국적을 취득할 수 있다. 이 경우 결혼이민자의 전혼의 자녀인 중도입국자녀는 제8조에서 규정하는 수반취득의 방법에 의하여 대한민국 국적을 취득할 수 있으며, 대한민국 국민인 계부모에 의하여 입양된 경우에는 제6조에서 규정하는 간이귀화나 제7조에서 규정하는 특별귀화를 할 수 있다.

다. 계자녀에 의한 계부모의 부양

재혼을 한 당사자는 상대방에 대한 부양의무를 부담한다. 특히 황혼재혼의 경우에는 혼자서 생활하는 것이 어려워 재혼을 한 경우이므로 부양이 중요한 의미를 가진다. 다만 부부간의 부양의무는 1차적 부양의무에 해당한다는 점에서 부양의무의 존부나 범위에 관하여 따로 논의할 필요가 없을 것이다. 그리고 계부모에 의한 미성년자인 계자녀의 부양은 친권에 관한 논의에 결들여 살펴보았으므로 이곳에서는 계부모와 계자녀 사이의 부양에 관하여 살펴본다.

앞서 설정된 관계에서 甲과 乙이 혼인하였으나 甲이 사망한 경우 계자녀인 丙이 乙을 부양할 의무를 부담하는가가 문제될 수 있다. 乙이 丙을 입양하지 않았다면 丙과 乙과의 관계는 직계혈족이 아닌 '직계혈족의 배우자'로서의 지위를 가질 뿐이므로 민법 제974조 제1호에서 규정하는 부양의무자의 범위에 속하지 않아 乙과 丙은 서로 부양할 의무를 부담하지 않는다. 다만 丙이 성년이 된 후에도 乙과 생계를 같이 한다면 제974조 제3호에 의하여 부양의무를 지는 경우도 상정할 수 있다. 그렇지만 계자녀가 친부모 사후에 계부모를 부양하여야 한다는 점은 경제적으로나 정신적으로 상당한 부담이 될 것이며, 노년층의 재혼에 큰 장애가 될 수 있다고 보는 견해도 있다.⁵³⁾ 현행법상 乙이 丙을 입양하지 않았다면, 乙에 대한 부양의무는 丁이 부담하게 될 것이며, 丁이 乙을 부양하지 못하여 乙이 국민기초생활보장법상의 수급자가 되는 경우에는 그에 따른 부양이 이루어질 것이므로 丙의 乙에 대한 부양이 그리 문제되지 않을 수도 있다. 그렇지만 법률상의 부양의무의 존부와는 무관하게 재혼의 장애사유가 될 여지가 많으므로 이에 대한 해결책을 마련할 필요가 있다고 생각된다.

53) 김은아, 재혼가족의 친족법적 과제, 93면. 왜냐하면 노년에 재혼하고자 할 경우 자녀들은 추후 부담하여야 할 계부모에 대한 부양의무를 염려하여 재혼을 반대할 가능성이 높기 때문이라고 한다.

IV. 재혼으로 인한 경제적 관계

부부가 재혼하는 경우에 부부재산계약을 체결할 수 있으며, 부부재산계약을 체결하지 않은 경우에는 법정재산제에 의하게 된다. 그리고 부부의 공동생활이 필요한 비용은 공동으로 부담하며, 일상가사에 관하여 대리권을 가진다는 점은 특별히 문제될 것이 없다고 본다. 다만 이혼시의 재산분할과 연금수급자인 부부 일방의 사망으로 상대방이 취득하는 유족연금수급권이 재혼으로 인하여 소멸하는 경우에 관하여는 검토할 필요가 있다고 생각되어 이점에 관하여서만 살펴본다.

1. 이혼시의 재산분할

甲과 乙이 재혼을 한 후 이혼을 하는 경우에는 혼인 중 쌍방의 협력으로 이룩한 재산에 대한 분할을 청구할 수 있게 된다. 이 경우 혼인 전에 보유하고 있던 재산은 분할의 대상이 되지 않지만, 혼인 중 형성한 재산이 있다면 이는 당연히 분할의 대상이 되어야 한다.⁵⁴⁾ 그러나 분할의 대상이 되는 재산에 대한 분쟁이 발생할 수 있으므로 이를 예방하기 위하여 제829조에서 규정하는 재산분할약정을 활용할 필요가 있다.⁵⁵⁾ 그렇지만 재산분할약정을 체결하는 경우가 그리 많지 않은 것으로 예상되므로 대부분의 경우 법정재산제인 별산제에 따르게 될 것으로 예상된다.⁵⁶⁾

그렇다면 대부분의 경우에는 현재 이루어지고 있는 이혼시 재산분할에 관한 학설과 판례에 따라 재산분할이 이루어지게 된다. 다시 말하면 혼인 중 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산에 대한 당사자의 기여를 고려하여 재산분할을 하게

54) 이 경우 문제되는 것은 혼인생활 중 당사자의 특별한 노력 없이 재산의 가액이 증가한 경우에 분할의 대상이 된다고 보아야 하는가의 문제이다.

55) 송효진 외, 재혼가족 부부의 재산상 평등권 제고방안, 35면 이하에서도 재혼을 하는 경우 부부 재산계약을 체결하는 것이 필요하다고 생각하고 있지만, 현행법상의 부부재산계약을 체결하는 것이 어렵고, 그 효력도 불완전한 것으로 판단되기 때문에 많이 이용되지 않는다고 한다(송효진 외, 재혼가족 부부의 재산상 평등권 제고방안, 35-39면 참고).

56) 부부재산약정에 관한 규정은 민법이 제정될 당시에 도입되었지만 2001년이 되어서야 첫 번째 부부재산약정이 체결되었고, 대법원은 그 약정의 등기를 위하여 부부재산약정등기에 관한 규정을 마련하였다. 현재까지 얼마나 많은 부부재산약정이 체결되었는지에 관하여도 연구가 이루어진 바가 없다.

될 것이다. 다만 재혼의 경우에는 혼인시에 이미 소유하고 있던 재산이 있을 가능성이 더 많기 때문에 고유재산에 대한 분할이 더 의미가 있게 된다.

예를 들어 혼인할 때 甲이 자신의 자금 1억원을 지불하고 주택을 구입하여 그곳에서 공동생활을 하였는데, 그곳이 재개발구역으로 지정되어 그 가액이 5억원이 된 경우, 구입자금 1억원에 해당하는 부분은 부부 각자의 고유재산이라고 보아야 할 것이지만, 증가액 4억원의 경우에는 당사자의 노력이 아닌 주변상황의 변화에 의하여 가격이 증가하였다는 점을 강조하면 주택의 소유자인 甲의 고유재산에 해당한다고 보아야 할 것이고, 그곳에서 공동생활을 하는 동안 주택을 처분하지 않고 유지하였다는 점을 강조한다면 혼인생활 중 형성된 재산이라고 볼 수 있을 것이다. 따라서 4억원의 성격을 어떻게 이해하는가에 따라 분할 여부가 결정되게 된다.⁵⁷⁾

현재의 학설과 판례는 고유재산이 원칙적으로는 분할의 대상이 되지 않는다고 하면서도,⁵⁸⁾ 다른 일방이 그 재산의 유지·감소방지 또는 증가에 협력한 때에는 그것도 분할의 대상이 될 수 있다고 하며,⁵⁹⁾ 판례도 같은 입장을 취하고 있다.⁶⁰⁾ 다만 혼인재산의 가액증가에 대해서는 명확한 판단을 유보하고 있는 상황이며, 전체적인 기여를 고려하여 분할비율을 결정하고 있을 뿐이다.

한편 재산분할에 관한 대부분의 경우는 혼인이 계속되는 동안 재산이 증가한 상황에 대한 것이다. 따라서 중년기 혹은 장년기에 재혼한 후 당사자들이 경제활동을 계속하는 경우에는 위와 같은 결론을 내려도 무방하다고 생각된다.⁶¹⁾

그렇다면 이미 형성한 재산을 소비하면서 혼인생활을 계속하는 경우에도 동일한 결론을 제시할 수 있을까. 황혼재혼의 경우에는 이미 형성한 재산을 소비하면서 생활하는 경우가 많을 것이다. 다시 말하면 혼인기간이 증가할수록 부부의 재

57) 참고로 이러한 상황에 대하여 독일식의 잉여재산제를 적용하는 경우에는 증가한 재산인 4억원은 분할의 대상이 된다(독일민법 제1363조 이하 참고).

58) 고유재산의 범위에는 혼인 전부터 가진 재산과 그로부터 증가된 재산, 혼인 중 부부의 일방이 상속·증여·유증받은 재산이 포함되는 것으로 본다(송덕수, 친족상속법, 102면).

59) 송덕수, 친족상속법, 102면.

60) 대법원 1993. 5. 25. 선고 92므501 판결. 이 판결에서는 「부부 일방의 특유재산은 원칙적으로 분할대상이 되지 아니하나 특유재산일지라도 다른 일방이 적극적으로 특유재산의 유지에 협력하여 감소를 방지하였거나 증식에 협력하였다고 인정되는 경우에는 분할대상이 될 수 있고 또 부부 일방이 혼인중 제3자에게 부담한 채무는 일상가사에 관한 것 이외에는 원칙으로 개인채무로서 청산대상이 되지 않으나 공동재산의 형성에 수반하여 부담한 채무인 경우에는 청산대상이 된다」고 판시한 바 있다. 같은 취지의 판결로는 대법원 1998. 4. 10. 선고 96므1434 판결도 있다.

61) 고유재산의 분할에 관하여는 전경근, 재산분할과 재혼, 법학연구 제24권 2호, 충북대학교 법학연구소, 139면 이하 참고.

산이 점차 감소하는 경우를 상정해 볼 수 있다. 이 경우에는 이혼을 하는 경우에도 혼인생활 중 공동으로 형성한 재산이 없으므로 재산분할이 이루어지기 힘들다고 보아야 할 것이다. 다만 현재의 판례에 따르면 혼인생활 중 유지된 재산에 대한 분할을 인정하는 경우도 있는데,⁶²⁾ 사건으로는 이러한 경우 재산분할을 인정하지 않는 것이 타당하다고 할 것이다.

2. 재혼으로 인한 연금수급권 상실

연금수급권의 취득은 재혼에 따른 결과는 아니라는 점에서 여기에서 다루기에 적절하지 않은 측면이 있다. 그렇지만 재혼을 하게 되면 전혼의 해소로 취득한 유족연금이 소멸하는 효과가 발생하므로 이에 관하여 간략하게 소개한다.⁶³⁾

국민연금법에서는 유족연금과 분할연금에 관하여 규정하고 있다.⁶⁴⁾ 이 가운데 분할연금은 이혼에 따른 재산분할에 의하여 지급되는 것이므로 재혼한 경우에도 분할연금을 수령하는데 장애가 발생하지 않는다. 왜냐하면 분할연금은 이혼에 따른 재산분할로 취득하게 되는 연금으로 혼인기간 중 분할연금수급권자의 기여에 의하여 취득한 것이기 때문이다.⁶⁵⁾

그렇지만 유족연금은 가입자에 의하여 생계를 유지하고 있다는 이유로 사망한 연금수급자와 일정한 친족관계에 있는 사람에 대해서만 지급된다(국민연금법 제73조). 한편 유족연금은 제73조 제1항 각 호의 순위에 따라 최우선 순위자에게만 지급하는데, 수급권을 가진 배우자가 재혼하는 경우에는 제1항 제2호에 따른 유

62) 서울가정법원 2013. 7. 19. 선고 2012노합144 결정에서는 당사자가 동거하기 전에 형성한 재산에 대하여 그 전부를 재산분할의 대상으로 삼아 5%의 비율에 의한 분할을 인정하였다. 이 판결에 대한 평석으로는 박경재, 자발적 사실혼의 법리: 황혼동거를 중심으로, 아주법학 제7권 제3호, 167면 이하가 있다.

63) 재혼을 하는 경우 유족연금 수급권을 상실하게 되는 것에 대한 비판적 견해로는 「차성안, 배우자의 유족연금 수급권, 노동법연구 32권, 서울대학교 노동법연구회, 293-347면」이 있다. 차성안 판사는 이 논문을 통하여 “배우자의 경우 재혼으로 인하여 유족연금 수급권이 소멸하는 것은 혼인의 자유를 저해하고, 배우자가 연금형성에 기여한 것에 대한 보상이 전혀 이루어지지 않는다는 면에서 위헌이라고 판단된다.”고 주장한다.

64) 현재는 공무원연금법과 사립학교교직원연금법에도 유족연금 외에 분할연금에 관한 규정을 두고 있다.

65) 최근에 발표된 ‘4차 국민연금중립운영계획안’에서는 혼인기간이 1년이 넘으면 국민연금을 분할하도록 하고 있고, 기존의 ‘이혼한 배우자의 노령연금 수급권 발생 시 분할방식’에서 이른바 ‘이혼 즉시 소득이력 분할방식’을 도입해서 혼인기간 중의 보험료 납부기간 전체를 배우자 2명에게 적용하고 납부소득을 나눌 수 있게 할 예정이라고 한다.(연합뉴스 12. 17.자)

죽인 자녀들에게 유족연금을 지급하게 된다.⁶⁶⁾ 따라서 재혼을 하는 경우에 유족연금 수급권이 완전히 소멸하는 것은 유족연금 수급권을 승계할 자녀들이 25세 이상인 경우에만 해당된다. 그리고 유족연금이 수급권자에 의하여 생계를 유지하고 있던 배우자에게 지급되는 것이라는 점을 고려한다면, 수급권자의 배우자가 재혼함으로써 그 배우자에 대한 1차적 부양의무를 부담하는 사람이 생겼다는 점에서 유족연금 수급권이 소멸하는 것으로 규정한 국민연금법 제75조의 정당성을 찾을 수 있을 것이다.⁶⁷⁾

유족연금의 지급과 관련된 다른 문제는 배우자에 대한 유족연금의 지급을 제한하고 있다는 점이다.⁶⁸⁾ 국민연금법상 ‘유족’이란 군인 또는 군인이었던 사람의 사망 당시 그가 부양하고 있던 사람을 말하는데, 배우자의 경우 사실상 혼인관계에 있던 사람은 포함되지만, 퇴직 후 61세 이후에 혼인한 배우자는 제외하고 있다. 따라서 연금수급권자가 퇴직 후 61세 이후에 재혼한 경우에는 재혼한 배우자에게는 유족연금수급권을 인정하지 않는다(제3조 제1항 제4호 가목, 29조).⁶⁹⁾ 공무원연금법의 경우에는 재직 당시 혼인관계에 있던 배우자에 대해서만 유족연금의 지급을 하므로 퇴직 후 재혼한 경우에는 재혼배우자가 유족연금을 받지 못한다.⁷⁰⁾

이와 같은 규정을 둔 이유는 연금지급사유가 발생한 후에 유족연금을 수급할 자가 새로 생기는 것은 연금의 운영에 부담을 주기 때문일 것인바, 고령사회에 다가가고 있는 현재의 상황을 고려한다면, 차성한 판사가 주장하는 바와 같이 재혼배우자의 유족연금 수급권을 보장할 수 있는 방법을 긍정적으로 검토할 필요가 있다고 생각된다.⁷¹⁾

66) 군인연금법이나 공무원연금법에도 같은 취지의 규정을 두고 있다(군인연금법 제29조, 공무원연금법 제59조).

67) 참고로 국민의 최저생계를 보장하는 국민기초생활보장법 제3조 제2항 본문에서는 “부양의무자의 부양과 다른 법령에 따른 보호는 이 법에 따른 급여에 우선하여 행하여지는 것으로 한다.”고 규정하고 있다.

68) 이는 황혼재혼의 경우에 문제되는 사항이다.

69) 대법원 2011. 5. 13. 선고 2010두27264 판결에서는 「갑이 군인으로 재직하던 중 을과 혼인관계에 있다가 이혼하여 병과 혼인하였는데 다시 이혼하고 69세에 을과 혼인한 후 사망하자, 을이 갑의 배우자로서 군인연금법에 정한 유족연금의 지급을 청구하였으나, 갑이 61세 이후에 혼인한 배우자로서 군인연금법에서 정한 유족에 해당하지 않는다는 이유로 유족연금 지급불가 결정을 받은 사안에서, 을의 청구를 기각하였다.

70) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010두14091 판결에서는 국립대학교 교수로 재직 중인 형부와 사실혼관계에 있던 처제가 형부가 사망한 후 유족연금을 신청한 사안에서, 취소할 수 있는 혼인관계에 있는 자에 대한 유족연금승계 불승인 결정을 취소한다고 판단하였다.

71) 차성한 판사는 배우자의 연금수급권에 관한 그의 글에서 다음과 같은 결론을 제시하고 있다(차성한, “배우자의 유족연금 수급권”, 노동법연구 32권(2012), 서울대학교 노동법연구회, 343면); 배

IV. 재혼으로 인한 상속관계

재혼을 하면 상대방 배우자로서의 지위를 갖게 되므로 다른 공동상속인에 비하여 5할을 가산한 금액을 상속할 수 있게 된다. 이 경우 재혼배우자가 갖는 상속재산에 대한 권리를 시간적으로 제한하는 규정을 두고 있지 않기 때문에, 재혼이 있기 전에 다른 공동상속인이 피상속인의 증여 또는 유증을 통하여 취득한 재산에 대하여도 재혼배우자가 권리를 행사할 가능성이 있다.⁷²⁾

한편 계부모와 계자녀의 관계는 인척관계에 불과하기 때문에 계부모가 사망하더라도 계자녀는 계부모의 재산을 상속받을 수 없다. 그렇지만 계자녀의 입장에서는 친부모의 사망으로 계부모가 상속받은 재산이 그의 친생자에게만 상속된다는 것은 그리 달갑지 않을 것이다. 그러므로 계자녀에 대하여 계부모의 재산에 대한 상속이 인정되지 않는 것은 부당하므로 계부자 및 계모자관계를 혈족으로 인정하여 상속권을 친자관계와 같이 인정하는 것이 타당하다는 주장도 있다.⁷³⁾ 나아가 손현경 박사는 계자녀에게 상속권을 인정하는 것 때문에 재산상속에 있어서 친자녀와의 형평성이 문제된다면 계부자 및 계모자간의 재산상속분에 차등을 두는 것이 고려될 수 있을 것이라고 한다.⁷⁴⁾

한편 “대습상속의 경우 직계비속의 배우자와 형제자매의 배우자에게 대습상속권을 인정하는 것은 실질적으로 본다면 인척에게 상속시키는 것이므로 직계인척인 계자에게 상속권을 인정한다고 해서 법체계상 큰 문제가 되는 것은 아니다. 다만 계자의 상속순위와 상속분을 구체적으로 어떻게 정할 것인지는 보다 신중한 검토가 필요하다. 배우자의 상속순위에 준하여 직계비속 또는 직계존속과는 동순

우자의 경우 재혼으로 인하여 유족연금 수급권이 소멸하는 것은 혼인의 자유를 저해하고, 배우자가 가입자 등의 연금형성에 기여한 것에 대한 보상이 전혀 이루어지지 않는다는 면에서 위헌이라고 판단된다. 배우자의 유족연금과 관련하여 이러한 위헌상황을 해결하기 위한 개선입법 이 조속히 이루어질 필요가 있다. 재혼으로 인한 유족연금 소멸의 경우 재혼을 유족연금 소멸사유에서 아예 삭제하거나, 혹은 재혼을 유족연금 소멸 사유로서 유지한다면 적절한 금액의 일시보상을 인정하고 재혼해소시 유족 연금 수급권 부활을 인정함으로써 그 위헌성을 상쇄시켜야 할 것이다.

72) 이에 관하여는 후술한다.

73) 손현경, 현행법상의 계부자 및 계모자관계에 대한 비판적 고찰, 경성법학 제6호, 15면

74) 일본민법에서는 비적출자의 상속분을 적출자의 상속분의 2분의 1로 제한하고 있는바(일본민법 제900조 제4호), 이에 대하여는 일본 최고재판소의 위헌결정(平成25年9月4日最高裁大法廷平24(ク)984号)이 있었다.

위로 공동상속인이 되고, 직계비속이나 직계존속이 없는 때에는 단독상속인이 되도록 하는 것이 상속의 사후부양적 측면과 그 동안의 생활수준을 유지시켜 준다는 차원에서 바람직하다”고 보는 견해도 있다.⁷⁵⁾ 그렇지만 위와 같은 해결방안은 현행법의 해석론만으로는 실현될 수 없고, 입법적인 해결이 필요하다는 점에서 이에 관한 이상 논의를 진행하지 않는다.

그리고 피상속인이 사망한 경우 사실혼 배우자에게도 상속을 인정하거나,⁷⁶⁾ 재산분할청구권을 인정하자는 주장이 있다.⁷⁷⁾ 왜냐하면 혼인 중 쌍방의 협력으로 이룩한 재산에 대하여 이혼시 재산분할을 인정하는 제도가 사실혼의 경우에도 적용된다고 하는 것이 통설이지만, 배우자가 사망한 경우에는 사실혼 배우자에게 아무런 권리가 인정되지 않기 때문이다. 그런데 만약 이러한 견해를 받아들인다면 재혼으로 인한 상속에 관한 논의를 별로 실익이 없게 된다. 왜냐하면 이혼 또는 사별 후에 이루어진 모든 사실혼의 경우에 상속이 이루어질 것이므로 자녀들이 부모의 재혼에 반대하는 것은 상속법적 관점에서 의미가 없는 일이 될 것이기 때문이다.⁷⁸⁾

그러므로 이하에서는 재혼 후의 상속관계에 대해서만 중점적으로 살펴본다.

1. 재혼 전에 증여한 재산의 성격

가. 상속재산분할의 경우

서울가정법원 2010. 10. 12. 선고 2009느합101, 165 심판에서는 청구인이 계모인 상대방이 피상속인으로부터 증여받은 재산이 특별수익에 해당한다고 주장한 데 대하여 상대방은 피상속인이 재혼하기 전에 상속인인 자녀들에게 증여한 재산

75) 최진섭, 재혼 부모의 사망 및 이혼에 따른 자녀보호의 법적 문제점, 가족법연구 11호, 307면. 최진섭 교수는 위와 같은 주장은 계친의 배우자(계자의 생친)가 계친보다 먼저 사망한 경우에 인정하자는 것이지 생존하고 있는 경우에는 계자의 상속권을 인정할 필요는 없다고 본다. 계자의 생친이 배우자로서 상속권을 가지게 되므로 계자의 부양에는 큰 문제가 없기 때문이다. 다만 계자의 상속분은 다른 공동상속인과 균분으로 하든지 또는 친자와 계자 사이의 사회적 인식의 차이를 고려하여 상속분을 0.5 정도로 인정하는 것도 고려해 볼 수 있다고 한다.

76) 김은아, 상속인으로서 배우자의 범위에 대한 검토, 법학연구 32집, 211면 참고.

77) 김상용, 사실혼의 해소와 재산분할청구, 민사판례연구 32권, 584면; 박인환, 노년의 혼인해소와 재혼을 둘러싼 가족법적 과제, 법학논문집 제33집 제1호, 63면; 최정인, 사망으로 인한 사실혼의 해소와 재산분할청구, 가정법원 50주년 기념논문집, 430면.

78) 따라서 이 문제에 대해서도 더 이상 논의를 진행하지 않는다.

을 특별수익으로 보아 상속재산의 분할대상으로 삼아야 한다고 주장하였다. 이러한 상대방의 주장에 대하여 법원은 “청구인들은 상대방의 위 특별수익 주장에 관하여, 설령 상대방이 주장하는 청구인들의 특별수익은 모두 상대방이 상속인 자격을 취득하기 이전의 일이므로 상대방은 이를 다룰 수 없다는 취지로 주장하는데, 특별수익자의 상속분에 관한 민법 제1008조에는 그 명문상 특별수익을 주장할 수 있는 자를 제한하지 않고 있으며, 특정 상속인의 특별수익을 인정할 것인지 여부를 결정함에 있어 중요한 점은 공동상속인들간의 형평성을 해하는지 여부이지 상속인 자격을 갖춘 시기나 특별수익의 시기의 선후는 특별수익 인정 여부에 영향을 끼칠 수 없으므로, 이와 같은 점을 고려하면 상대방은 피상속인과 혼인함으로써 뒤늦게 그의 상속인이 될 자격을 갖추었으나 청구인들의 특별수익의 점에 관하여 그 수익일시를 불문하고 이를 다룰 수 있다고 봄이 상당하므로, 이 부분 청구인들의 주장은 이유 없다”고 판단하였다. 그렇지만 증여받은 재산이 특별수익에 해당하는지 여부에 대하여 판단하면서 “민법 제1008조의 입법 취지에 비추어 볼 때 특별수익의 인정 여부는 수증재산을 상속분의 선급으로 보지 않을 경우 상속인들 간의 형평성을 해하게 되는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다.”고 전제하고서,⁷⁹⁾ 상대방이 피상속인으로부터 넘겨받은 재산은 특별수익에 해당하나 청구인들이 피상속인으로부터 받은 재산은 특별수익에 해당하는 것으로 보기 어렵다고 판단하였다.⁸⁰⁾

79) 이러한 취지의 판결로는 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다16571 판결과 대법원 1998. 12. 8. 선고 97트513, 520, 97스12 판결이 있는데, 대법원 97트513, 520, 97스12 판결에서는 「민법 제1008조는 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증 재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다고 규정하고 있는바, 이는 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별 수익자가 있는 경우에 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정함에 있어 이를 참작하도록 하려는 데 그 취지가 있는 것이므로, 어떠한 생전 증여가 특별수익에 해당하는지는 피상속인의 생전의 자산, 수입, 생활수준, 가정상황 등을 참작하고 공동상속인들 사이의 형평을 고려하여 당해 생전 증여가 장자 상속인으로 될 자에게 돌아갈 상속재산 중의 그의 몫의 일부를 미리 주는 것이라고 볼 수 있는지에 의하여 결정하여야 할 것이다.」라고 판시하였다.

80) 피상속인 상속인에게 증여한 재산이 특별수익에 해당하는가가 문제된 대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다31802 판결과 대법원 2015. 7. 17. 자 2014스206, 207 결정도 있는데, 대법원 2012다31802 판결에서는 대습상속인이 받은 증여가 특별수익에 해당하는가가 다투어졌고, 대법원 2014스206, 207 결정에서는 상속결격자가 증여를 받은 것이 특별수익에 해당하는가가 다투어졌는데, 모두 특별수익에 해당하지 않는다고 보았다. 그렇지만 대법원 2007. 8. 28. 자 2006스3, 4 결정에서는 「민법 제1008조는 ‘공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증 재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다.’고 규정하고 있는바, 이와 같이 상속분의 산정에서 증여 또는 유증을 참작하게 되는 것은 원칙적으로 상속인이 유증 또는 증여를 받은 경우에만 발생하고, 그 상속인의 직계비속,

그런데 이 판결에서는 자녀들에게 증여한 재산을 특별수익으로 보지 않는 이유에 대하여 구체적으로 실시하고 있지 않은바, 필자는 이 판결에 대한 평식에서, 증여가 있는 후 재혼한 배우자에게는 증여재산에 대한 상속에 대하여는 기대권이 존재하지 않는다는 점, 증여한 재산을 자녀들에게 귀속시키고자 하는 피상속인의 추정적 의사를 계부모에 대한 관계에서 자녀들이 증여받은 재산을 특별수익으로 인정하지 않을 근거로 제시한 바 있다.⁸¹⁾

민법에서는 특별수익이 무엇인지를 구체적으로 규정하고 있지 않지만, 학설은 사업자금이나 주택구입 등을 특별수익의 범위에 포함시키고 있다.⁸²⁾ 따라서 학설에 따른다면 피상속인이 재혼하기 전에 자녀들에게 증여한 재산의 상당부분은 특별수익에 해당하여 생존한 계부모의 상속가액을 산정함에 있어서 포함되어야 할 것이다. 그렇지만 이러한 재산을 모두 특별수익에 포함시키는 것은 피상속인의 의사에 반하는 것이고, 재혼한 배우자에게는 망외의 권리를 인정하는 것이 된다. 따라서 필자의 사건으로는 재혼 이전에 이루어진 증여가 있는 경우에는 특별수익의 범위를 제한적으로 판단함으로써 피상속인의 상속재산 귀속에 대한 의사가 유지될 수 있도록 하여야 할 것이다.⁸³⁾

나. 유류분 반환의 경우

상속재산의 분할에서 특별수익으로 인정된 재산은 유류분을 산정함에 있어서도

배우자, 직계존속이 유증 또는 증여를 받은 경우에는 그 상속인이 반환의무를 지지 않는다고 할 것이나, 증여 또는 유증의 경위, 증여나 유증된 물건의 가치, 성질, 수증자와 관계된 상속인이 실제 받은 이익 등을 고려하여 실질적으로 피상속인으로부터 상속인에게 직접 증여된 것과 다르지 않다고 인정되는 경우에는 상속인의 직계비속, 배우자, 직계존속 등에게 이루어진 증여나 유증도 특별수익으로서 이를 고려할 수 있다고 함이 상당하다.」고 판시함으로써 특별수익의 범위를 확장하고 있다.

81) 자세한 것은 전경근, 특별수익, 유류분 그리고 재혼, 가족법연구 제24권 제3호, 436면 이하 참고.

82) 송덕수, 친족상속법, 321면; 윤진수, 친족상속법 강의, 369면. 윤진수 교수는 혼인을 위한 증여도 특별수익에 해당한다고 본다. 이러한 견해에 따르면 서울가정법원 22009노합101, 165 심판에서 인정한 자녀들에 대한 증여는 특별수익으로 보아야 한다.

83) 구체적인 경우에, 피상속인의 의사가 자녀들에게 생긴 증여를 통해 재산분재를 해 주고 재혼배우자에게는 재혼 이후에 남아 있는 재산을 상속해 주려는 것일 때에는 이를 존중해 줄 필요가 있다는 견해가 있다(김자영/백경희, 대습상속인의 특별수익 및 유류분 반환의무에 관한 고찰, 강원법학 제43권, 107면). 저자들은 “앞서 언급한 바와 같이, ‘특별수익 반환면제 의사표시’를 명백히 인정할 수 있을 때에는 이를 고려하여 재혼 배우자의 특별수익 유류분반환청구를 제한할 필요가 있고, 그렇게 하더라도 특별수익제도의 취지에 반하지는 않겠으나, 입법론으로는 몰라도 현행법의 해석상으로는 한계가 있다고 본다”고 주장한다.

그대로 반영된다. 따라서 특별수익으로 인한 문제는 유류분에서도 그대로 나타난다. 예를 들어 대법원 1998. 5. 29. 선고 97다38503 판결에서는 “망인이 유언증서를 작성한 후 재혼하였다거나, 유언증서에서 유증하기로 한 일부 재산을 처분한 사실이 있다고 하여 다른 재산에 관한 유언을 철회한 것으로 볼 수 없다”고 판시하고 있으므로 재혼을 하기 전에 행하여진 유언은 그대로 효력이 유지된다.

그렇지만 재혼이 있기 전에 상속인에 대한 유증이 있는 경우에도, 증여재산은 공동상속인의 특별수익으로 인정되어야 하므로 유언자가 유언을 통하여 상속인에게 귀속시키려고 했던 재산 중 일부는 재혼배우자에게 귀속되는 결과를 가져온다. 그렇지만 피상속인의 의사에 비추어 이러한 결과가 바람직하지 않다고 할 것이므로 피상속인이 재혼이전에 상속인에게 증여한 경우뿐만 아니라 유언을 통하여 유증한 경우에도 특별수익에 해당하지 않는 것으로 볼 필요가 있을 것이다. 다만 앞서 살펴본 바와 같이 증여의 경우에는 상속분의 선급에 해당하지 않는 사유를 인정함으로써 특별수익에서 제외할 수 있을 것이나, 유증의 경우에는 피상속인이 사망한 때에 비로소 상속인에게 승계되는 것이므로 특별수익에 해당하는 것으로 볼 가능성이 많을 것이다.⁸⁴⁾ 따라서 공동상속인 사이의 분쟁을 예방한다는 차원에서 재혼 이전에 성립한 유언을 가지고 계부모에게 대항할 수 있는 방안을 마련할 필요가 있을 것이다.

2. 황혼재혼 후 재혼배우자에게 증여한 재산의 성격

황혼재혼은 노후의 외로움을 달래기 위한 목적과 함께 부양을 받기 위한 목적도 있는 것을 볼 수 있다. 따라서 고령의 부모가 재혼을 함으로써 배우자의 부양을 받는 경우, 그에 대한 보답으로 배우자에게 재산을 증여하거나 유증한다면 이러한 재산을 특별수익으로 보아야 할 것인가의 문제도 발생할 수 있을 것이다.

이와 관련해서는 대법원 2011. 12. 8. 선고 2010다66644 판결을 참고할 필요가 있는데, 이 판결에서는 夫가 처에게 증여한 재산을 “피고가 피상속인의 처로서 평생을 함께 하면서 재산의 형성·유지과정에서 기울인 노력과 기여에 대한 보상 내지 평가, 청산, 부양의무의 이행 등의 취지가 포함되어 있다고 볼 여지가 충분하

84) 언론의 주목을 받았던 서울가정법원 2017. 5. 1. 선고 2015느합30335, 2016느합29, 2016느합30 심판의 경우에도 청구인이 자녀들에게 유류분 반환을 청구한다면 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다60753 판결의 법리에 따라 그 자녀들은 상속받은 재산의 일부를 반환하여야 한다.

고, 이를 반드시 공동상속인 중 1인에 지나지 않는 피고에 대한 상속분의 선급이라고 볼 것만은 아니”라고 판단하였다.

그런데 황혼재혼의 경우에는, 위 판결의 사안과는 달리, 처로서 평생 동안 함께 하면서 피상속인을 돌본 것은 아니어서 위 판결을 법리를 그대로 적용하기는 곤란할 것이다. 그렇지만 가족들이 부양하기 가장 어려워하는 노친을 옆에서 부양하였다는 점에서 소규모의 재산에 대한 증여는 부양의 대가라고 볼 여지가 있을 것이다.

최근 들어 황혼재혼이 증가하고 있고, 이로 인한 상속분쟁이 발생할 가능성을 고려한다면 하급심 판결의 분석을 통하여 어느 정도의 재산 증여가 특별수익에 해당하지 않는가의 기준을 마련할 필요가 있다고 생각된다.

V. 맺는 말

최근 들어 이른바 재혼이 증가함에 따라 혼인의 유형으로서의 재혼이 점차 일반적인 것이 되고 있으나 아직 재혼에 관한 본격적인 연구는 이루어지지 못하고 있다. 이는 이혼이 재산분할과 위자료, 자녀의 양육 등 첨예한 문제를 발생시키는 반면, 재혼 자체로는 특별한 이슈를 제공하지 않기 때문이라고 생각된다.

매년 5만쌍 정도의 재혼부부가 탄생하고 있고, 이들의 가족까지 고려한다면 재혼은 더 이상 방치해서는 안 되는 사회현상이라고 할 것이다. 이 글에서는 재혼과 관련된 가족법적 쟁점에 대하여 개략적으로 살펴보았다. 1990년의 민법개정에서 비롯된 계부모와 계자녀 사이의 간극은 재혼이 증가함에 따라 자주 사회문제로 등장하고 있는 것으로 보인다. 이는 이혼과 재혼에 대한 도덕적 평가가 아직 유교적인 사회환경에서 이루어지고 있기 때문일 것이다. 따라서 앞으로는 재혼에 관한 전통적인 생각을 버리고 재혼으로 인한 문제를 적극적으로 해결해 나가도록 해야 할 것이며, 현행법으로 해결하지 못하는 문제에 대해서는 입법적인 개선도 고려해야 할 것이다. 이 글을 계기로 재혼의 법률관계에 관한 활발한 논의가 진행되기를 기대해 본다.

(논문투고일 : 2018.11.29, 심사개시일 : 2018.11.30, 게재확정일 : 2018.12.20)



▶ 전 경 근

재혼, 친족관계, 계모, 황혼재혼, 상속

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 송덕수, 「친족상속법」, 102면
 송효진 외, 「재혼가족 부부의 재산상 평등권 제고방안」, 한국여성정책연구원, 2017.
 윤진수, 「친족상속법 강의 제2판」, 박영사, 2018.
 지원립, 「민법강의」 제15판, 홍문사, 2016.

II. 논문

- 김상용, “2016년 가족관계등록법 개정의 의의와 한계 - 등록사항별 증명서제도의 개정을 중심으로”, 중앙법학 제20권 제1호, 중앙법학회, 2018.
 김상용, “사실혼의 해소와 재산분할청구”, 민사판례연구 32권, 민사판례연구회, 2010.
 김은아, “상속인으로서 배우자의 범위에 대한 검토”, 법학연구 32집, 한국법학회, 2008.
 김은아, “재혼가족의 친족법적 과제”, 가족법연구 제24권 3호, 한국가족법학회, 2010.
 김자영/백경희, “대습상속인의 특별수익 및 유류분 반환의무에 관한 고찰”, 강원법학 제43권, 강원대학교 비교법학연구소, 2014.
 남윤봉, “실종선고 취소의 효과에 대하여”, 재산법연구 제23권 제2호, 한국재산법학회, 2006.
 박경재, “자발적 사실혼의 법리: 황혼동거를 중심으로”, 아주법학 제7권 제3호, 아주대학교 법학연구소, 2013.
 박인환, “노년의 혼인해소와 재혼을 둘러싼 가족법적 과제”, 법학논문집 제33집 제1호, 중앙대학교 법학연구소, 2009.
 박인환, “사실혼 보호법리의 변천과 과제”, 가족법연구 제23권 제1호, 한국가족법학회, 2009.
 박희호, “혼인의 성립요건에 대한 소고”, 가족법연구 25권 1호, 한국가족법학

- 회, 2011.
- 변복수, “재혼에 관한 연구경향 분석: 2000년~2013년 발간된 국내 논문을 중심으로”, 가족과 상담 4권 1호, 숭실대학교 부부가족상담연구소, 2014.
- 손현경, “민법상의 친족 및 가족에 대한 입법론적 고찰”, 가족법연구 제25권 제3호, 한국가족법학회, 2011.
- 손현경, “현행법상의 계부자 및 계모자관계에 대한 비판적 고찰”, 경성법학 제6호, 경성대학교 법학연구소, 1997.
- 우해봉, “한국인의 재혼 패턴에서의 성별 차이에 관한 연구”, 보건사회연구 32권 4호, 한국보건사회연구원, 2012.
- 윤부찬, “잔존배우자의 재혼과 실종선고의 취소”, 가족법연구 제28권 제1호, 한국가족법학회, 2014.
- 이은정, “가족제도의 변화와 친자법 개정의 필요성”, 민법논고 제33집, 경북대학교 법학연구원, 2010.
- 전경근, “재산분할과 재혼”, 법학연구 제24권 2호, 충북대학교 법학연구소, 2013.
- 전경근, “특별수익, 유류분 그리고 재혼”, 가족법연구 제24권 제3호, 한국가족법학회, 2010.
- 조미경, “혼인의사와 신고”, 가족법연구 제10호, 한국가족법학회, 1996.
- 지원림, “사실혼에 관한 약간의 비판적 고찰”, 가족법연구 22권 3호, 한국가족법학회, 2008.
- 차성안, “배우자의 유족연금 수급권”, 노동법연구 32권, 서울대학교 노동법연구회, 2012.
- 최정인, “사망으로 인한 사실혼의 해소와 재산분할청구”, 가정법원 50주년 기념 논문집, 서울가정법원, 2013.
- 최진섭, “재혼 부모의 사망 및 이혼에 따른 자녀보호의 법적 문제점”, 가족법연구 11호, 한국가족법학회, 1997.

Abstract

A study on Problems of remarriage**Jun, Gyung Gun**

With the increase of divorce, remarriage is increasing. However, because scholars and practitioners have not paid much attention to the legal relationship caused by remarriage, many legal problems have arisen.

The first reason that create the legal problems is the legal status of the stepmother was changed from being a relative by blood to a relative by marriage. Because the relationship between stepmother and stepchildren was changed from a relative by blood into a relative by marriage, stepchildren do not succeed to stepmother's property, that was stepchildren's father's property. And elderly remarriage is increasing, new legal problems are occurring. If either party reports marriage, there is a problem with whether the marriage is valid. In addition, the relationship evolve from second marriage is more complicated compared to the first marriage. In particular, problems arising from the distribution of marriage property and distribution of inheritance property between stepmother and stepchildren can prevent remarriage.

In this article, I present the current discussion and my opinion on each of the above issues. Remarriage is increasing, but we do not research about remarriage. Because many problems are remain in our society. Considering that remarriage is increasing but there is little discussion about it, so I think there is a need for further research on remarriage. In this paper, I propose a new approach to remarried marriage, which is based on the concept of remarriage.



▶ **Jun, Gyung Gun**

remarriage, relative relationship, stepmother, elderly remarriage,
inheritance

국제항공여객운송계약에서의 오버부킹과 약관규제법의 적용 여부 再論*, **

-대법원 2014. 8. 28. 선고 2013다8410 판결-

정 구 태***

【목 차】

I. 序 言	III. 약관규제법 제3조 제3항의 적용 여부
II. 국제사법 제27조의 적용 여부	1. 문제의 소재
1. 문제의 소재	2. 피고의 설명의무 위반 여부
2. 학설 및 판례	3. 검토
3. 검토	IV. 結 語

【국 문 요 약】

이 글에서의 논의를 요약·정리하면 다음과 같다.

첫째, 국제사법 제27조는 운송계약에도 예외 없이 적용되어야 하므로 이 사건 국제항공운송계약의 준거법은 소비자의 상거소지법인 한국법으로 결정된다. 대법원 판결은 적용공정설을 취한 최초의 대법원 판결로서 큰 의미가 있다.

둘째, 환송 전 원심판결이 피고의 약관규제법상 설명의무 위반을 인정하지 않은 것은 부당하다. 환송 전 원심판결은 오버부킹으로 인한 탑승거절 시 보상에 관한 내용을 피고가 설명했더라도 원고가 항공권 구입계약을 체결하지 않았을 것

* 이 글은 2018. 11. 2. 전남대학교 법학전문대학원에서 개최된 한국소비자법학회 판례연구회에서 발표한 글을 대폭 수정·보완한 것입니다. 지정토론자로서 유익한 의견을 주신 한국외대 이병준 교수님과 전남대 임병석 교수님, 플로어에서 자유토론으로 유익한 의견을 주신 전북대 박수영 교수님과 전남대 김화 교수님, 한국소비자원 김도년 박사님, 발표의 기회를 주신 한국 소비자법학회 서희석 학회장님(부산대)과 정진명 판례연구회장님(단국대), 草稿를 읽고 귀중한 의견을 주신 조선대 무역학과 이창재 교수님과 심사의견을 통해 논문의 미비한 점을 예리하게 지적해주신 익명의 심사위원들께 깊이 감사드립니다.

** 이 논문은 2018년 조선대학교 학술연구비의 지원을 받아 연구되었습니다.

*** 조선대학교 법과대학 교수, 법학박사.

으로 보이지도 않는다는 이유로 피고의 설명의무 위반을 부정하였다. 그러나 이러한 논리대로라면 소비자에게 사업자와 당해 계약을 체결하는 것 외에 다른 선택지가 없는 경우 언제나 사업자의 설명의무는 면제될 수밖에 없어 소비자에게 크게 불리한 결과가 초래된다.

셋째, 환송 전 원심판결은 이 사건 계약의 비대면성을 강조하면서 피고의 설명의무 위반을 부정하였으나, 인터넷으로 계약을 체결하였다는 이유만으로 계약의 성질상 약관의 설명이 현저하게 곤란한 경우에 해당하여 약관설명 의무가 면제된다고 볼 수는 없다.

[사안의 개요 및 대상판결의 요지]

1. 사안의 개요

가. 원고는 2011. 6. 24. (주)클럽엠투어라는 여행사를 통하여 4,486,300원(항공요금 3,860,000원 + 세금 475,400원 + 여행사 수수료 150,900원)을 지급하고 피고(에어프랑스)로부터 다음과 같은 내용의 ‘서울-파리’ 구간 비즈니스석 왕복항공권을 구입하였다[원고는 웹사이트에서 항공권을 구입한 것으로 보이고, 같은 날 이티켓(e-Ticket)을 발급받았다].

○ 2011. 9. 10.¹⁾ 09:25 서울(인천 공항)에서 출발, 같은 날 14:20 파리(샤를 드골 공항)에 도착하는 에어프랑스(AF) 267편

○ 2011. 9. 17. 21:00 파리(샤를 드골 공항)에서 출발, 다음 날 14:50 서울(인천 공항)에 도착하는 에어프랑스(AF) 262편[이하 ‘이 사건 항공편’이라 한다. 대한항공과 공동 운항으로 실제 운항기는 대한항공(KE) 902편임]

나. 원고는 피고의 항공기 좌석 초과판매로 인하여 이 사건 항공편을 이용하지 못하였는데, 그 경위는 다음과 같다.

○ 피고는 공동운항사인 대한항공으로부터 이 사건 항공편 중 일등석 2석, 비즈니스석 20석, 이코노미석 48석을 할당받았는데, 일등석 2석, 비즈니스석 21석,

1) 현지 시간(Local Time). 이하 같음.

이코노미석 50석을 발매하여, 비즈니스석 1석, 이코노미석 2석을 초과판매하였다.

○ 이 사건 항공편 중 비즈니스석 항공권을 구매한 21인 중 원고를 제외한 20명은 2011. 9. 17. 11:58부터 19:03까지 사이에 탑승수속을 마쳤고, 원고가 같은 날 19:14 마지막으로 탑승수속을 하였다.

○ 위 21인 중 가장 늦게 발권을 한 3명은 2011. 9. 13. 및 같은 달 14일에 항공권을 구입하였고, 이들은 2011. 9. 17. 17:57부터 18:34까지 사이에 탑승수속을 하였다.

○ 공동 운항하는 대한항공 902편으로 할당된 좌석 중 비즈니스석은 만석이었고 일등석 2석, 이코노미석 8석이 남아 있었으나, 일등석은 대한항공 측의 이유로 제공이 불가능하여 피고가 차액 환급과 이코노미석 이용을 권유하였으나 원고가 건강상의 이유로 거절하였다.

다. 이에 피고는 대체 항공편으로서 일본 도쿄(나리타 공항)로 가는 에어프랑스²⁾ 278편을 이용하여 나리타 공항으로 가서 다시 서울로 가는 항공편으로 갈아타는 방법과 숙박을 제공받은 후 다음 날 오후 서울로 직접 출발하는 에어프랑스 264편을 이용하는 방법을 제안하였다. 그러나 원고는 위 각 제안도 고령 및 개인 일정상의 이유로 거절하고 피고에게 2시간 후(23:00)에 출발하는 대한항공 904편 일등석(비즈니스석은 없었음)을 요구하였으나, 피고가 이를 거절하자 대한항공에 5,214.85유로(한화 약 836만 원)를 지급하고 위 항공편 일등석을 구입한 후 위 항공편을 이용하여 귀국하였다.

라. 위 항공편 탑승 전 피고는 원고에게 탑승거절확인서(Attestation of Denied Boarding)를 발급하고, 탑승이 거절된 승객에게 보상금을 바로 지급하도록 명시한 유럽연합규정[Regulation (EC) No 261/2004]에 따라 600유로(한화 약 90만 원)의 보상금 ‘바우처³⁾’를 지급하였다. 원고에 대한 이 사건 항공편 탑승거절로 인한 피고의 미사용 항공권의 환불 예정금액은 2,221,100원(항공요금 1,930,000원 + 사용하지 않은 세금 291,100원)인데, 피고는 나중에 위 600유로 상당의 바우처와 위 환불금을 원고에게 모두 한화로 지급하였다.

2) 원고는 이 항공편이 이 사건 항공편보다 6시간 30분 뒤에, 피고는 2시간 35분 뒤에 출발하는 것이었다고 주장함.

3) 피고의 영업소에 제시하여 현지 화폐로 환산하여 환불받거나 피고의 항공권 구입 시 같은 금액 만큼 요금을 대신할 수 있는 전자문서 형태의 영수증.

한편, 피고의 일반운송약관은 ‘오버부킹으로 인한 탑승거절 시 보상 (Compensation for Denied Boarding in the event of Overbooking)’에 관하여 “비록 승객이 확정된 예약과 유효한 항공권을 소지하고 일정한 시간과 조건을 충족하여 탑승수속을 하였더라도, 정기 항공편의 오버부킹으로 인하여 항공사가 승객에게 좌석을 제공할 수 없는 상황이라면 항공사는 현행법에 따라 보상금을 지급하여야 한다.”고 규정하고 있었다(제9조 제3항).

2. 당사자의 주장

가. 원고

1) 초과예약이 아닌 초과판매: 원고는 이미 여행일의 3개월 전에 요금을 지급하고 항공권을 구입하였고, 원고가 피고에게 항공권을 제시하고 탑승권을 요구한 시각이 초과예약으로 처리될 만큼 늦은 시각이 아니었음에도 불구하고 피고는 탑승을 거부하였다. 피고는 일부 항공권의 취소가능성을 예상하여 초과예약을 받은 것이 아니라 항공권 자체를 실제 좌석 수를 초과해서 판매하였는바, 이는 위법·부당한 상술로서 피고는 당초부터 원고를 빈자리가 많은 항공편으로 유도할 계획을 가지고 출발시각이 임박하여 급하게 출발하려는 제3자에게 비싼 가격에 원고의 항공권을 판 것이다.

2) 사전 연락이 없었음: 피고는 원고의 발권 후 3개월이 지나도록 아무런 사전 연락을 한 바 없고, 원고가 귀국을 위하여 공항 탑승 카운터에 나타날 때까지 초과판매 사실을 숨기고 있다가, 원고가 탑승하려고 하자 탑승을 거절하였다.

3) 약관 설명의무 위반: 초과판매도 초과예약 개념에 포함된다는 취지의 피고의 약관에 대하여는 피고가 이를 설명한 사실이 없다.

4) 손해액: 원고는 건강상 및 일정상의 이유로 부득이하게 대한항공 904편을 이용하여 귀국하였는데, 위 항공권 요금(5,214.85유로, 한화 836만 원)은 피고의 초과발권으로 인한 탑승거절과 상당인과관계 있는 손해이고, 원고는 의사소통이 원활하지 않은 파리 공항에서 궁박한 처지에 몰리고 어떤 면에서는 인종차별적 대우를 받아 정신적 상처를 입었으므로 그에 대한 위자료는 최소 200만 원이다. 따라서 피고는 원고에게 위 손해액 합계 1,036만 원에서 환불받은 요금 222만 원 및

피고가 지급한 보상금 90만 원을 뺀 724만 원 및 그 지연손해금을 배상할 의무가 있다.

나. 피고

1) 항공권의 초과예약과 초과판매는 같은 개념으로서 피고의 일반운송약관에도 예약은 항공권이 판매된 상태까지 포괄하는 것이고, 항공사의 초과예약은 항공운송업의 특성상 일정 수준의 예약을 더 받음으로써 좌석 이용을 극대화하는 항공사의 일반적 영업행위로서 용인된 관행이지 불법이 아니며, 문제가 생길 경우 대체 항공편과 숙식 제공 등은 합리적인 해결책이다.

2) 피고가 위법·부당한 상술로써 고의로 원고의 항공권을 제3자에게 고가에 판매하고 원고에게 인종차별적 대우를 하였다는 것은 원고의 근거 없는 주장이다.

3) 여행 당일까지는 많은 승객들이 항공권을 취소하여 빈 좌석이 있을 수 있고 초과예약되었을 경우 좌석 조정이나 대체편을 통하여 좌석을 최대한 제공할 수 있으며 대부분의 경우 어떤 승객이 공항에 나올지 여부는 여행 당일이 되어야 알 수 있기 때문에 특정 승객을 골라 사전에 탑승거절을 통보하는 게 가능하지 않다.

4) 일반운송약관은 승객에게 직접 설명하지 않는 것이 일반적이다.

5) 유럽연합 회원국의 영토 내 위치한 공항에서 출발하는 항공기 승객에 대하여는 유럽연합규정[Regulation (EC) No 261/2004]이 적용되어야 하고, 위 유럽연합규정에 의한 보상기준이 한국 공정거래위원회 고시 제2010-1호(2010.1.29) 소비자분쟁해결기준보다 원고에게 유리한바, 피고는 원고에게 위 유럽연합규정에 따라 600유로의 보상금을 지급하고 이 사건 항공편 요금 2,221,100원을 환불함으로써 피고는 원고에게 탑승거절로 인한 의무를 모두 이행하였다. 가사 민법에 의하더라도 원고가 주장하는 손해는 원고의 일방적이고 감정적인 타 항공사 일등석 탑승행위로 말미암은 것으로 피고의 행위와 상당인과관계가 없다.

3. 소송의 경과

가. 환송 전 원심 판결⁴⁾의 요지

“국제사법의 해석상⁵⁾ 로마협약과 마찬가지로 운송계약과 소비자의 상거소지 외에서 배타적으로 용역이 제공되는 계약의 경우에는 제27조의 적용이 배제된다 고 해석되므로,⁶⁾ 원고의 위 주장은 이유 없다. … 항공편의 탑승거절로 인한 손해에 대하여 피고가 유럽연합규정[Regulation (EC) No 261/2004]에 따라 원고에게 ‘파리-서울’ 구간 항공권 요금을 환불하여 주고 보상금을 지급한 것에 현행법상 어떠한 잘못이 있다고 할 수 없으므로, 그 외에 원고가 건강상 및 일정상 이유로 부득이하게 다른 항공편을 이용함으로써 지급하게 된 항공권 요금과 정신적 손해를 배상하여야 한다는 주장은 이유 없다.”

나. 대소판결⁷⁾의 요지

“외국적 요소가 있는 계약에서 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에는 국제사법 제26조에 따라 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이 준거법이 된다. 그렇지만 소비자가 직업 또는 영업활동 외의 목적으로 체결하는 계약에서, 소비자의 상대방이 계약체결에 앞서 그 국가에서 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하거나 그 국가 외의 지역에서 그 국가로 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하고, 소비자가 그 국가에서 계약체결에 필요한 행위를 한 경우나(같은 법 제27조 제1항 제1호), 소비자의 상대방이 그 국

4) 서울중앙지방법원 2012. 12. 5. 선고 2012나24544 판결. 대법원 종합법률정보 웹사이트 (<http://glaw.scourt.go.kr/>)에서 검색 가능하다.

5) “‘계약채무의 준거법에 관한 1980년 유럽공동체협약(EC Convention on the Law Application to Contractual Obligation)’. 위 협약 제5조 제4항은 운송계약과 소비자에 대한 용역이 소비자가 상거소를 가지는 국가 이외의 장소에서 배타적으로 제공되어야 하는 용역의 제공에 관한 계약에 대하여 제5조 소비자계약 규정의 적용을 배제하고 있음.”[판결문 원문의 각주를 그대로 인용한 것임 - 筆者 註]

6) “이것이 우리나라에서의 유력한 견해임. 석광현, ‘2001년 개정 국제사법 해설’ 제2판 226쪽 참조.”[판결문 원문의 각주를 그대로 인용한 것임 - 筆者 註]

7) 대법원 2014. 8. 28. 선고 2013다8410 판결(미공간). 대소판결과 환송후 원심판결 및 환송후 원심에 대한 상고심 판결문을 보내주신 서울대 석광현 교수님께 감사드립니다.

가에서 소비자의 주문을 받은 경우(같은 항 제2호) 등에는, 당사자가 준거법을 선택하지 아니하였더라도 같은 법 제27조 제2항이 적용되어 소비자의 상거소지법이 준거법이 된다. 따라서 운송계약이나 소비자의 상거소지 외에서 용역이 제공되는 계약이라고 하더라도 소비자계약에 해당하는 경우에는 마찬가지로 보아야 한다.”

다. 환송 후 원심판결⁸⁾의 태도

환송 후 원심은 대상판결취지에 따라, 원고의 상거소지법인 대한민국법이 준거법이 되고, 피고는 원고에게 채무불이행으로 인한 손해배상으로 4,024,582원⁹⁾ 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판시하였다.

라. 환송 후 상고심판결¹⁰⁾의 태도

이에 대하여 피고가 상고하였으나, 대법원은 소액사건심판법 제3조에 의하면, 소액사건에 대하여는 법률·명령·규칙 또는 처분의 헌법위반 여부와 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대한 판단이 부당한 때나 대법원의 관례에 상반되는 판단을 한 때에만 상고할 수 있는데, 이 사건은 이에 해당하지 않는다는 이유로 상고를 기각하였다.

8) 서울중앙지법 2015. 1. 29. 선고 2014나48391 판결(미공간).

9) 원고는 미사용 예약항공권에 관하여 환불금 및 보상금 600유로를 받았으므로, 실제 손해액은 KE 904편의 일등석 항공권 구입비용에서 환불받은 금액 및 보상금을 공제한 나머지 금액이 된다.

10) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다15757 판결(미공간).

[연구]

I. 序言

한국 국적의 원고는 프랑스 항공사(에어프랑스)인 피고와 국제항공여객운송계약을 체결하였는바, 우선 이 계약에 적용될 준거법이 무엇인지가 문제된다. 피고의 일반운송약관은 준거법 합의조항을 두고 있지 않아 원고와 피고 간에 준거법 합의는 없었는바, 이 사건 계약이 국제사법 제27조 소정의 소비자계약에 해당한다면, 同條 제2항¹¹⁾에 따라 소비자(원고)의 상거소지법인 한국법이 준거법이 될 것이다. 이 사건에 국제사법 제27조가 적용되는지에 관하여는 아래 II.에서 검토한다.

원고는 오버부킹으로 인한 탑승거절 시 보상에 관한 피고의 일반운송약관에 대하여 피고가 이를 설명한 사실이 없다고 주장한 반면, 피고는 일반운송약관은 승객에게 직접 설명하지 않는 것이 일반적이라고 항변하였다. 원고는 피고의 설명의무 위반(약관규제법 제3조 제3항)을 주장하고 있으므로, 원고의 주장이 적법하기 위해서는 일단 이 사건 계약에 약관규제법이 적용되어야 하고, 오버부킹으로 인한 탑승거절 시 보상에 관한 내용이 설명의무의 대상에 해당하여야 한다. 약관규제법이 적용되기 위해서는 이 사건 계약에 국제사법 제27조 제2항이 적용되어 준거법이 한국법으로 결정되고, 이 사건 계약에 약관규제법 제3조 제3항이 적용되어야 한다. 이에 대하여는 아래 III.에서 검토한다.

II. 국제사법 제27조의 적용 여부

1. 문제의 소재

우리 국제사법은 사회적 약자인 소비자를 위한 저촉법적 보호조치로서 당사자

11) 국제사법 제27조(소비자계약) ② 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 제1항의 규정에 의한 계약은 제26조의 규정에 불구하고 소비자의 상거소지법에 의한다.

자치 원칙을 제한하고(제27조 제1항), 객관적 준거법 결정 및 계약의 방식에 관하여도 일반 원칙을 수정하여 소비자의 상거소지법에 의하도록 하고 있다(제27조 제2, 3항).

소비자기본법 제2조 제1호는 소비자를 “사업자가 제공하는 물품 또는 용역(시설물을 포함한다)을 소비생활을 위하여 사용(이용을 포함한다)하는 자 또는 생산활동을 위하여 사용하는 자로서 대통령이 정하는 자”라고 정의하여 적극적 방식을 취하고 있는 반면, 국제사법 제27조 제1항은 소비자계약을 “소비자가 직업 또는 영업활동 외의 목적으로 체결하는 계약”이라고 규정하여 소극적 방식을 취하고 있다. 이는 로마협약(계약상 채무의 준거법에 관한 유럽공동체 협약) 제5조 제1항¹²⁾의 영향을 받은 것으로서 유럽계약법의 소비자개념을 수용한 것이다.¹³⁾

국제사법 제27조의 소비자계약에 해당하기 위해서는 제1항 각호¹⁴⁾ 중 어느 하나에 해당하여야 하는바, 이 사건에서 소비자(원고)의 상대방인 피고(에어프랑스)가 ㈜클립엠투어라는 한국 여행사를 통하여 한국에서 원고의 주문을 받았으므로,¹⁵⁾ 국제사법 제27조 제1항 제2호의 요건이 충족된 것으로 보인다. 문제는 이 사건과 같은 운송계약에도 국제사법 제27조를 문언 그대로 적용할 것인지 여부이다.

2. 학설 및 판례

가. 적용긍정설

12) 로마협약 제5조(소비자계약) ① 이 조는 사람(소비자)의 직업상의 또는 영업상의 활동에 속하지 아니하는 목적을 위하여 소비자에게 동산을 공급하거나 용역을 제공하기 위한 계약과 그러한 거래를 위하여 금융을 제공하기 위한 계약에 적용된다.

13) 소비자 개념에 관한 상설 고형석, 「디지털콘텐츠거래와 소비자보호법」(선문대 출판부, 2015), 29-55면; 이병준, 「현대 시민사회와 소비자계약법」(집문당, 2013), 311-370면 참조.

14) 국제사법 제27조(소비자계약) ① 소비자가 직업 또는 영업활동 외의 목적으로 체결하는 계약이 다음 각호중 어느 하나에 해당하는 경우에는 당사자가 준거법을 선택하더라도 소비자의 상거소가 있는 국가의 강행규정에 의하여 소비자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없다. 1. 소비자의 상대방이 계약체결에 앞서 그 국가에서 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하거나 그 국가 외의 지역에서 그 국가로 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하고, 소비자가 그 국가에서 계약체결에 필요한 행위를 한 경우 2. 소비자의 상대방이 그 국가에서 소비자의 주문을 받은 경우 3. 소비자의 상대방이 소비자로 하여금 외국에 가서 주문을 하도록 유도한 경우.

15) 다만, ㈜클립엠투어 여행사가 피고와의 관계에서 정확히 어떠한 법적 지위를 가지는지는 판결 문만으로 반드시 명확하지 않다.

운송계약을 소비자계약의 범위에서 명시적으로 제외하고 있는 로마협약 제5조 제4항과 달리,¹⁶⁾ 그러한 제한을 두고 있지 않은 우리 국제사법 제27조의 해석상으로는 운송계약에도 동 규정이 그대로 적용된다고 보는 견해이다. 우리의 경우에는 보험계약에 관하여 별도의 소비자보호규정을 두고 있지 아니하고, 국제사법은 수동적 소비자만을 보호하여 그 보호범위를 제한하고 있으므로, 운송계약에 대하여도 국제사법 제27조를 적용해야 한다는 점을 근거로 한다.¹⁷⁾ 이에 의하면 국제사법 제27조 제2항에 따라 소비자의 상거소지법인 한국법이 준거법으로 결정된다.

대상판결도 “운송계약이나 소비자의 상거소지 외에서 용역이 제공되는 계약이라고 하더라도 소비자계약에 해당하는 경우에는 국제사법 제27조 제2항이 적용되어야 한다.”고 하여 이러한 취지이다. 一說도 대상판결에 찬동하면서, “외국항공사를 이용하여 국제여행을 다녀오는 내국인이 점차 증가하고 있는 상황에서 내국인 보호에 커다란 이정표가 될 수 있다.”고 평가한다.¹⁸⁾

나. 적용부정설

국제항공여객운송계약은 성질상 국제사법 제27조의 소비자계약에 해당하지 않는다고 보는 견해이다. 운송계약을 소비자계약으로 보아 이에 관하여 사업자가 예상할 수 없는 다수 소비자들의 상거소지법을 적용하는 것은 사업자에게 지나치게 불리한 결과를 초래한다는 점을 주된 근거로 든다. 대량의 거래를 신속하고 통일적으로 규율하기 위하여 동일한 약관을 통해 운송계약을 체결하였음에도, 사업자로서는 소비자의 각기 다른 상거소지법에 따라 법률관계가 달리 규율되는 불이익을 받게 된다는 것이다.¹⁹⁾

또한 一說은 국제사법 제32조 제3항에 따라 가해자와 피해자간에 존재하는 법

16) 로마협약 제5조(소비자계약) 제4항은 “이 조는 다음의 계약들에 대하여는 적용되지 아니한다.”고 하면서 첫 번째로 ‘운송계약’을 들고 있고, 同條 제5항은 “제4항에도 불구하고 이 조는 일괄 가격을 대가로 하여 운송 및 숙박을 함께 제공하는 계약에 적용된다.”고 규정하고 있다.

17) 이현목, “국제사법 제27조에 의해 보호되는 소비자계약의 범위와 수동적 소비자가 되기 위한 요건의 분석”, 「소비자문제연구」 제49권 제2호(한국소비자원, 2018.08), 215면.

18) 권창영, “항공권의 초과예약(Overbooking)에 관한 항공사의 민사책임”, 「항공우주정책·법학회지」 제31권 제1호(항공우주정책법학회, 2016.06), 130면.

19) 석광현, 「국제사법 해설」(박영사, 2013), 328면; 최성수, “국제사법 제27조의 해석론 및 관련 판례에 대한 평가”, 「국제사법연구」 제22권 제2호(한국국제사법학회, 2016.12), 22면.

물관계가 불법행위에 의하여 침해된 경우에는 그 법률관계의 준거법에 의하여야 하는바, 항공기사고가 발생한 경우 운송약관에 준거법 합의가 없는 한 종속적 연결에 따라 불법행위의 준거법은 항공운송계약의 준거법에 따르게 되는데, 항공운송계약도 소비자계약으로 보면 소비자의 상거소지법이 준거법으로 결정되어 소비자별로 각기 준거법이 달라지고, 이는 사업자의 예측가능성을 크게 해치는 것임은 물론, 소비자로서도 동일한 항공기사고로부터 각자의 상거소지법에 따라 다른 배상을 받게 되어 형평에 반하는 결과가 된다고 한다.²⁰⁾

이 견해는 국제사법 제27조의 입법과정에서도 로마협약 제5조와 같은 취지의 규정을 두자는 의견이 있었으나 결국 입법에 이르지 못하는 못하였는바, 이는 국제사법에 특칙을 둘 경우 몬트리올협약(국제항공운송에서 일부 규칙 통일에 관한 협약)에 따른 통일규칙 간의 관계가 불분명해진다는 점을 고려한 것일 뿐,²¹⁾ 이를 의도적으로 로마협약 제5조 제4항의 취지를 배제하기 위한 것이라고 해석하는 것은 부당하다고 한다.²²⁾ 그리하여 이 견해는 국제사법 제27조에 은폐된 흠결²³⁾이 존재함을 이유로 이를 목적으로서 제한해석함으로써 그 흠결을 보충하는 것이 타당하다고 한다. 즉, 운송계약은 그 성질상 소비자계약으로 보는 것이 부당함에도 국제사법 제27조는 이를 소비자계약의 범위에서 명시적으로 배제하고 있지 않은바, 이는 은폐된 흠결로서 국제사법 제27조는 그 문언에도 불구하고 운송계약에는 적용되지 않는 것으로 목적으로서 제한해석되어야 한다는 것이다.²⁴⁾

환송 전 원심판결도 이례적으로 각주에서 로마협약 제5조 제4항과 석광현 교수의 견해까지 인용하며 이러한 결론을 취하였다.

3. 검토

결론부터 말한다면 적용긍정설에 찬동한다.²⁵⁾ 적용부정설에서는 운송계약을 소

20) 석광현, “국제사법상 소비자계약의 범위에 관한 판례의 소개와 검토”, 「국제사법연구」 제22권 제1호(한국국제사법학회, 2016.06), 55면.

21) 석광현(註20), 50면.

22) 최성수(註19), 21면은 국제사법 제27조가 로마협약을 모범으로 하여 제정된 이상 입법당시 로마협약과 다른 입법적 결단이 확인되지 않는 한 로마협약의 입법취지를 참고하여 해석하는 것이 상당하다고 한다.

23) 은폐된 흠결이란, 해당사안을 규율할 법규정은 존재하나 이를 그대로 적용할 경우 불합리한 결과가 나타나는 경우를 말한다. 이 경우 흠결은 한계설정의不在에 있다. 김영환, “법학방법론의 관점에서 본 유추와 목적론적 축소”, 「법철학의 근본문제(제3판)」(홍문사, 2012), 415면.

24) 석광현(註20), 69-77면; 최성수(註19), 22면.

비자계약으로 보아 사업자가 예상할 수 없는 다수 소비자들의 상거소지법을 적용하는 것은 사업자에게 지나치게 불리한 결과를 초래한다고 비판한다. 그러나 사업자의 영업활동 결과 다수의 소비자들이 생겨나고 사업자는 그로 인한 이익을 누리게 되는데, 사업자의 영업활동으로 생겨난 다수 소비자들의 상거소지가 달라짐으로 인해 그 적용 법률도 달라짐은 사업자가 충분히 예상할 수 있는 바이다. 소비자의 상거소지에 따라 준거법이 달라지는 것은 다양한 국가의 소비자와 계약 체결을 의도한 사업자가 마땅히 감수해야 하는 결과이다.

근본적으로 국제사법 제27조는 대한민국 소비자를 보호하기 위하여 사업자에게 이러한 불리한 결과를 강제한다는 데 그 규범목적이 있다. 국제사법 제27조는 어디까지나 사업자가 아닌 소비자를 보호하기 위한 규정이므로, 소비자에게 유리한 방향으로 해석하는 것이 그 취지에도 부합한다. 국제사법 제27조의 국내적 강행규정인 약관규제법은 소비자를 보호하기 위한 법률이므로, 그 적용으로 소비자가 유리해지고 사업자가 불리해지는 것은 어찌 보면 당연하다. 사업자에게 불리한 결과가 발생한다고 하여 운송계약을 소비자계약에서 제외하는 것은 대한민국 소비자를 보호하기 위해 존재하는 국제사법 제27조의 의의를 몰각시키는 것이다. 결국 국제사법 제27조에는 적용부정설이 주장하는 바와 같은 은폐된 흠결이 존재한다고 볼 수 없으며, 은폐된 흠결의 존재를 전제로 한 목적론적 축소해석도 정당화될 수 없다.

다른 한편, 적용부정설에서는 항공운송계약도 소비자계약으로 보면 종속적 연결에 따라 소비자의 상거소지법이 준거법으로 결정되어 소비자별로 준거법이 달라지는데, 그 결과 각자의 상거소지법에 따라 피해자들이 각기 다른 배상을 받게 되어 형평에 반한다고 비판한다. 그러나 상거소지법에 따른 배상을 받은 결과가 피해자별로 각기 달라지는 것이 반드시 형평에 반하는지는 의문이다. 가령 1인당 국민소득이 10만 달러인 여객과 1,000 달러인 여객이 동일한 금액의 배상을 받게 된다면 이것이 과연 형평에 부합하는 것일까? 오히려 상거소지법에 의한 배상기준을 적용하는 것이야말로 형평에 부합한다고 생각된다.

25) 필자는 일찍이 환송 전 원심판결에 대한 평석을 발표한 바 있는데, 그 당시에는 미공간된 대상판결의 존재를 미처 알지 못한 채 적용부정설을 취하였다. 정구태, “국제항공여객운송계약에서의 오버부킹과 약관규제법의 적용 여부 -서울중앙지방법원 2012. 12. 5. 선고 2012나24544 판결-”, 『외법논집』 제39권 제4호(한국외국어대 법학연구소, 2015.11), 22-24면. 그러나 이후 미공간된 대상판결문을 입수하고 한국소비자법학회 판례연구회(2018. 11. 2.)에서 대상판결을 주제로 발표하는 과정에서 지정토론자인 한국외대 이병준 교수, 전남대 임병석 교수의 견해를 좇아 적용부정설로 견해를 변경하게 되었다.

적용부정설에서는 국제사법 제27조가 로마협약을 모범으로 제정된 이상 로마협약의 입법취지를 좇아 해석해야 한다고 주장하지만,²⁶⁾ 로마협약을 대체하여 2009. 12. 발효된 로마 I 규정(계약상 채무의 준거법에 관한 유럽의회 및 이사회 규정)에 의하더라도 대상판결에서는 소비자의 상거소지법이 준거법으로 결정됨을 유의해야 한다. 즉, 로마 I 규정 제6조(소비자계약) 제4항은 “제1항²⁷⁾과 제2항²⁸⁾은 다음의 경우에는 적용되지 아니한다.”고 하면서 두 번째로 “패키지여행, 패키지휴일 및 패키지관광에 관한 1990. 6. 13. 90/314/EEC 이사회지침의 의미에 속하는 패키지여행에 관한 계약 이외의 운송계약”을 들고 있는바, 대상판결과 같은 운송계약의 경우에는 로마 I 규정 제6조(소비자계약)가 적용되지 않으므로 제5조(운송계약)에 의해 준거법을 결정할 수밖에 없다. 그런데 로마 I 규정 제5조(운송계약) 제2항은 “여객운송계약의 준거법이 아래 제2호에 따라 당사자들에 의하여 선택되지 않는 한, 출발지 또는 목적지의 어느 하나가 여객의 상거소지에 소재하는 경우 그 준거법은 그 국가의 법이 된다.”²⁹⁾고 규정하고 있으므로,³⁰⁾ 당사자가 준거법을 선택하지 않은 대상판결에서 준거법은 출발지이자 여객의 상거소지법인 한국법으로 결정될 수밖에 없다.

이상과 같은 이유에서 대상판결이 적용공정설을 취함으로써 소비자의 상거소지법인 한국법을 준거법으로 결정한 데 대하여 찬동하는 바이다.³¹⁾

26) 앞의 註22) 참조.

27) 로마 I 규정 제6조(소비자계약) ① 제5조(운송계약)와 제7조(보험계약)에 영향을 미치지 아니하고, 그의 영업 또는 직업에 속하지 않는 것으로 간주될 수 있는 목적을 위하여 자연인(‘소비자’)이 영업 또는 직업을 영위하는 다른 사람(‘사업자’)과 체결한 계약은 다음의 요건을 구비한 경우에는 소비자가 상거소를 가지는 국가의 법에 의하여 규율된다. (a) 사업자가 소비자가 상거소를 가지는 국가에서 상업적 또는 직업적 활동을 추구한 경우, 또는 (b) 사업자가 어떠한 수단에 의하여든 그러한 활동을 그 국가 또는 그 국가를 포함하는 복수의 국가로 지향하고, 그 계약이 그러한 활동의 범위 내에 속하는 경우.

28) 로마 I 규정 제6조(소비자계약) ② 제1항에도 불구하고, 당사자들은 제1항의 요건을 구비하는 계약의 준거법을 제3조(법의 선택의 자유)에 따라 선택할 수 있다. 그러나 그러한 선택은, 선택이 없었더라면 제1항에 기초하여 적용되었을 법에 의하여, 당사자의 합의로써 배제할 수 없는 규정이 소비자에게 부여하는 보호를 그로부터 박탈하는 결과를 초래할 수 없다.

29) the law applicable shall be the law of the country where the passenger has his habitual residence, provided that either the place of departure or the place of destination is situated in that country.

30) 그 해석에 관한 상서는 Schulze, Art. 5 Rome I, in Calliess (ed.) Rome Regulations (2nd. ed 2015), pp.150-151.

31) 대상판결은 국제사법 제27조가 운송계약에도 적용되는지에 관하여 적용공정설을 취한 최초의 대법원판결로서 막중한 의미가 있음에도 판례공보는커녕 대법원 종합법률정보에조차 탑재되어 있지 않는데(오히려 적용부정설을 취한 원심판결은 대법원 종합법률정보에 탑재되어 있다), 어떠한 이유에서 이렇게 중요한 대법원판결마저 미공간으로 남아 있는지 매우 의문스럽다.

Ⅲ. 약관규제법 제3조 제3항의 적용 여부

1. 문제의 소재

위 Ⅱ.에서 본 바와 같이 국제항공여객운송계약에도 국제사법 제27조가 적용되므로 소비자의 상거소지법(한국법)인 약관규제법이 이 사건에도 적용된다. 다만, 이 사건 계약에 약관의 설명의무에 관한 약관규제법 제3조 제3항이 적용되기 위해서는 오버부킹으로 인한 탑승거절 시 보상에 관한 내용이 설명의무의 대상에 해당하여야 한다. 이하에서 검토한다.

2. 피고의 설명의무 위반 여부

가. 약관의 설명의무 일반론

사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 하되(약관규제법 제3조 제3항 본문), 계약의 성질상 설명하는 것이 현저하게 곤란한 경우에는 그러하지 않다(同項 단서). 약관의 중요한 내용의 설명은 구두로 하는 것이 원칙이나, 중요한 내용을 문서로 정리하여 서명날인을 받음으로써 설명에 갈음할 수 있다.³²⁾ 설명의무의 대상이 되는 ‘중요한 내용’은 사회통념에 비추어 고객이 계약체결의 여부나 대가를 결정하는 데 직접적인 영향을 미칠 수 있는 사항을 말하고,³³⁾ 약관조항 중에서 무엇이 중요한 내용에 해당하는지에 관하여는 일률적으로 말할 수 없으며, 구체적인 사건에서 개별적 사정을 고려하여 판단하여야 한다.³⁴⁾

약관의 중요한 사항이라고 하더라도, 고객이나 그 대리인이 그 내용을 잘 알고 있는 경우에는 당해 약관이 바로 계약 내용이 되어 당사자에 대하여 구속력을 가지므로 약관의 내용을 따로 설명할 필요가 없으며,³⁵⁾ 거래상 일반적이고 공통

32) 박수영, 「소비자법해설[제2판]」(fides, 2013), 159면.

33) 송오식, 「소비자법」(전남대학교 출판부, 2013), 76면.

34) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011다69053 판결.

된 것이어서 고객이 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 경우,³⁶⁾ 이미 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 경우에도 설명의무가 인정되지 않는다.³⁷⁾

나. 환송 전 원심판결의 태도

환송 전 원심판결은 ① 오버부킹으로 인한 탑승거절 시 보상에 관한 이 사건 약관은 일반적으로 용인된 관행으로서 기습적인 조항이라고 보기 어렵다는 점, ② 위 약관상으로도 “현행법에 따라 보상하여야 한다”고 규정하여 피고의 면책을 내용으로 하고 있는 것도 아니라는 점, ③ 원고가 설명을 들어서 알았더라면 항공권 구입계약을 체결하지 않았을 것으로 보이지도 않는다는 점, ④ 원고는 웹사이트상으로 항공권을 구입한 것으로 보이는데, 원고가 (주)클럽애프터로부터 받은 이티켓의 하단 부분에 “항공사가 제공하는 운송 및 기타 서비스는 운송약관에 준하며, 필요 시 참조하실 수 있습니다. 이 약관은 발행 항공사를 통해 확인하실 수 있습니다”라고 기재되어 있고, 거래 현실상 항공사 또는 여행사 직원이 구매자의 질의가 없는 경우에도 약관의 전체적인 내용을 설명하는 것은 적절하지 아니하므로, 필요한 약관 내용에 대한 확인은 소비자인 원고가 항공사 홈페이지 등을 통해서 해야 할 것이라는 점을 이유로, 피고가 오버부킹으로 인한 탑승거절 시 보상에 관하여 설명하지 않았어도 이는 계약 내용에 편입된다고 판시하였다.

35) 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다27054 판결은 이때 고객이나 대리인이 그 약관의 내용을 충분히 잘 알고 있다는 점은 이를 주장하는 사업자 측에서 증명하여야 한다고 판시하였다.

36) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2007다8044 판결.

37) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2005다60017 판결. 이와 달리, 윤진수, “한국법상 약관규제법에 의한 소비자보호”, 「민사법학」 제62호(한국민사법학회, 2013.03), 322면은 일반 국민이 법령에 규정된 사항이라고 하여 모두 알고 있을 것이라고 할 수는 없으므로 법령에 규정되었다는 것만으로 당연히 설명의무가 인정되지 않는다고 하는 것은 지나친 일반화라고 한다. 그러나 약관 조항이 법령에 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 경우에는 ‘의외성’이 없어 고객이 예측하지 못한 불이익을 받게 된다고 할 수 없기 때문에, 설명의무가 면제된다는 관례의 태도가 타당하다. 같은 취지로 김진우, “약관의 편입통제”, 「동북아법연구」 제8권 제3호(전북대 동북아법연구소, 2015.01), 333면 참조.

3. 검토

결론부터 말한다면, 환송 전 원심판결이 ③과 ④의 논거를 들어 피고의 설명의 무 위반을 인정하지 않은 것은 부당하다.³⁸⁾

가. 계약 체결 여부에 대한 영향

대법원은 약관의 설명의무가 인정되는 것은 어디까지나 고객이 알지 못하는 가운데 약관의 중요한 사항이 계약 내용으로 되어 고객이 예측하지 못한 불이익을 받게 되는 것을 피하기 위함이므로, 설명의무가 제대로 이행되었다고도 그러한 사정이 계약 체결 여부에 영향을 미치지 아니하였다고 볼 만한 사정이 인정된다면 이를 설명의무의 대상이 되는 중요한 내용으로 볼 수 없다고 한다.³⁹⁾ 환송 전 원심판결이 ③과 같은 이유로 피고의 설명의무 위반을 부정한 것도 이러한 판례를 따른 것이다.

실제로 다음과 같은 사례에서 대법원은 사업자의 설명의무 위반을 부정하였다. 즉, 비닐하우스에서 화초를 재배하는 甲은 한전과 전기공급계약을 체결하면서 한전의 전기공급규정을 준수하기로 약정하였는데, 그 규정에는 한전에 고의나 중과실이 없는 한 전기 공작물에 고장이 발생한 경우 전기 공급을 중지할 수 있고, 이 경우 수용가가 입은 손해에 대해서는 배상책임은 지지 않는다는 내용이 있었다. 그런데 경과실로 판단되는 사정으로 전기 공급이 중단되어 甲이 재배하던 화초가 냉해로 모두 죽자 甲은 한전을 상대로 손해배상을 청구하였는데, 한전은 위 면책규정을 근거로 면책을 주장하였다. 甲은 약관인 전기공급규정의 위 내용을 한전이 설명하지 않아 계약의 내용으로 주장할 수 없다고 다투었는데, 대법원은 다음과 같이 판결함으로써 甲의 청구를 기각하였다: “위 면책규정을 피고 한전의 고의·중대한 과실이 아닌 경우에만 적용되는 것으로 보는 한 객관적으로 보아 원고가 이 사건 전기공급계약을 체결할 당시 위 면책규정의 내용에 관하여 피고로

38) 필자는 환송 전 원심판결에 대한 평석에서 피고의 설명의무 위반이 인정되지 않는다고 보았으나[정구태(註25), 31-32면], 대상판결에 관하여 한국소비자법학회 판례연구회(2018. 11. 2.)에서 발표하면서 플로어에서 의견을 준 전북대 박수영 교수와 전남대 김화 교수의 견해를 좇아 설명의무 위반이 인정되는 것으로 견해를 변경하게 되었다.

39) 대법원 2005. 10. 7. 선고 2005다28808 판결.

부터 설명을 들어 이를 알았더라면 위 전기공급계약을 체결하지 아니하였으리라고 인정할 만한 사정도 엿보이지 않는 이 사건에서 위 면책규정의 이러한 사항은 약관의규제에관한법률 제3조 제2항에서 규정하고 있는 약관의 중요한 내용에 해당하지 아니한다.”

이러한 판례에 따르면 우편·통신·운송·전기·가스 등의 재화를 공급하는 공익적 독점기업과 약관의 형태로 계약을 체결하는 소비자로서는, 사업자가 중요한 사항을 설명하지 않더라도 언제나 사업자에게 설명의무 위반을 주장할 수 없게 된다. 어차피 사업자가 설명하더라도 소비자로서는 사업자와 당해 계약을 체결하는 것 외에는 다른 선택지가 없기 때문이다. 그러나 이러한 논리는 사업자의 설명의무를 불합리하게 면제하는 것으로서 부당하다. 설령 소비자가 당해 계약을 체결할 수밖에 없는 불가피한 상황에 처하였다고 하더라도, 사업자가 ‘객관적’으로 계약체결의 여부나 대가를 결정하는 데 직접적인 영향을 미칠 수 있는 사항을 설명하지 않았다면, ‘현실적’으로 소비자에게 계약 체결 여부에 관한 다른 선택지가 존재하였는지와 무관하게 일응 사업자의 설명의무 위반은 인정되어야 한다.

사안에서 오버부킹으로 인한 탑승거절 시 보상에 관한 내용은 항공운송계약에서 피고가 부담하는 급부의무의 내용 자체를 중대하게 변경하는 것으로서 ‘객관적으로’ 보아 고객이 계약체결의 여부나 대가를 결정하는 데 직접적인 영향을 미칠 수 있는 사항이다. 따라서 피고가 이를 설명하였더라도 원고가 ‘현실적으로’ 피고와 항공권 구입계약을 체결하는 것 외에 다른 선택을 할 수 없었다고 하여, 이를 이유로 피고의 설명의무 위반을 인정하지 않는 것은 타당하지 않다.

나. 인터넷 거래의 성질

환송 전 원심판결은 사업자가 인터넷을 통하여 약관을 게시하고 그 약관이 적용됨을 전제로 하여 전자거래의 방법으로 고객과 계약을 체결하는 경우에는 계약의 성질상 설명하는 것이 현저하게 곤란한 경우에 해당하여 설명의무가 면제된다고 이해하는 것으로 보인다(④ 부분).

그러나 인터넷으로 거래를 하는 경우에도 사업자가 고객에게 전화통화를 이용하여 구두로 중요 내용을 이해할 수 있게 설명하거나, 적어도 상품설명 화면이나 계약신청 화면에 약관 게시와 별도로 고객이 쉽게 알아보고 이해할 수 있도록 계약의 중요 내용을 명시하는 등의 방법으로 설명의무를 이행할 수 있고, 인터넷

외의 방법으로 가입한 고객에 대한 보호와 인터넷 가입 고객에 대한 보호의 형평성 등을 고려할 때, 인터넷으로 계약을 체결하였다는 이유만으로 설명의무가 면제된다고 볼 수는 없다.⁴⁰⁾ 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011다69053 판결도 이와 같은 취지이다.

이와 달리, 一說은 “오프라인으로는 계약을 체결하지 않고 오직 온라인만으로 계약을 체결하는 인터넷 쇼핑물의 경우와 같이 비대면성과 함께 신속성을 특징으로 하는 경우에도 설명의무를 이행하여야 하는지의 문제가 남는다.”고 하면서, “위에서 대법원이 언급한 바와 같이 상품설명 화면이나 계약신청 화면에 약관의 게시와 별도로 계약의 중요 내용을 명시하는 것 등을 설명의무를 이행한 것으로 볼 수 있다면 설명의무를 부과하는 것이 적절하다고 할 수 있지만, 이러한 견해는 법문상 ‘설명’(說明)의 일반적 의미에 부합하지 않고 이에 따를 경우 수범자의 입장에서 자신이 설명의무를 이행하였는지의 여부가 지나치게 불명확하게 될 우려가 있다.”고 한다.⁴¹⁾ 그러나 약관규제법에 엄연히 설명의무가 규정되어 있는 이상 그 취지를 살리기 위해서는 판례와 같이 엄격하게 해석하는 것이 타당하다.⁴²⁾

사안에서 비록 원고가 (주)클럽엠투어로부터 받은 이티켓의 하단 부분에 “항공사가 제공하는 운송 및 기타 서비스는 운송약관에 준하며, 필요 시 참조하실 수 있습니다. 이 약관은 발행 항공사를 통해 확인하실 수 있습니다”라고 기재되어 있었더라도, 이는 피고가 명시의무를 이행한 것으로 볼 수는 있을지언정, 이를 들어 피고가 설명의무를 이행했다고 보는 것은 부당하다.⁴³⁾

40) 이병준, “약관의 형식적 요건에 관한 고찰 -소위 ‘깨알약관’ 사건을 계기로-”, 「서울법학」 제24권 제2호(서울시립대학교 법학연구소, 2016.08), 125면도 약관규제법 제3조 제3항의 설명의무는 약관과 별도로 다른 형식을 통하여 이루어질 것을 요구하고 있다고 하면서, “인터넷에서는 Q&A, mp3파일 등을 통하여 이루어진다.”고 한다.

41) 이호영, 「소비자보호법[제3판]」(홍문사, 2015), 142면.

42) 서희석, 「소비자계약의 법리」(부산대학교 출판부, 2018), 348면은 약관에 의한 계약에서 중요 내용의 설명의무는 약관의 계약내용의 편입요건이면서 동시에 정보제공의무로서의 성격을 갖는다고 평가한다. 중요내용의 설명 결과 당해 계약체결을 포기하거나 개별약정을 체결하는 고객이 증가하게 된다면 그것은 계약체결과정의 적정성을 담보하고 계약체결 후의 분쟁가능성을 미연에 방지한다는 점에서 긍정적으로 평가해야 한다는 것이다. 다만, 약관규제법과 같이 사업자에게 설명의무를 부과하는 것은 입법례로서는 유례가 없고 우리의 현행법이기도 한 CISG에서도 설명의무를 요구하지는 않는 만큼, 적어도 국제거래에서는 설명의무를 면제하거나 경감하는 방안을 모색할 필요가 있다. 설명의무의 입법론적 개정방향에 대하여 보다 상세한 것은 김진우(註37), 333~334면 참조.

43) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011다69053 판결도 인터넷상으로 신용카드 회원가입신청을 하는 경우 약관을 읽고 이에 동의하여야 신청절차가 진행되도록 조치하고, 인터넷상으로 회원가입을 신청한 신청자들에게 카드를 배송할 때 카드회원가입신청서를 추가로 제시하고 “신용카드개회원규약 등을 충분히 이해하고 동의합니다.”라는 기재 아래에 서명 또는 날인하도록 한 사실

IV. 結語

이상에서의 논의를 요약·정리하면 다음과 같다.

첫째, 국제사법 제27조는 운송계약에도 예외 없이 적용되어야 하므로 이 사건 국제항공운송계약의 준거법은 소비자의 상거소지법인 한국법으로 결정된다. 대상 판결은 적용공정설을 취한 최초의 대법원 판결로서 큰 의미가 있다.

둘째, 환송 전 원심판결이 피고의 약관규제법상 설명의무 위반을 인정하지 않은 것은 부당하다. 환송 전 원심판결은 오버부킹으로 인한 탑승거절 시 보상에 관한 내용을 피고가 설명했더라도 원고가 항공권 구입계약을 체결하지 않았을 것으로 보이지도 않는다는 이유로 피고의 설명의무 위반을 부정하였다. 그러나 이러한 논리대로라면 소비자에게 사업자와 당해 계약을 체결하는 것 외에 다른 선택지가 없는 경우 언제나 사업자의 설명의무는 면제될 수밖에 없어 소비자에게 크게 불리한 결과가 초래된다.

셋째, 환송 전 원심판결은 이 사건 계약의 비대면성을 강조하면서 피고의 설명의무 위반을 부정하였으나, 인터넷으로 계약을 체결하였다는 이유만으로 계약의 성질상 약관의 설명이 현저하게 곤란한 경우에 해당하여 약관설명무가 면제된다고 볼 수는 없다.

결론적으로 오버부킹으로 인한 탑승거절 시 보상에 관한 피고의 약관 내용은 원고와의 항공운송계약에 편입되었다고 볼 수 없고, 피고는 항공권을 초과판매하여 원고에 대한 급부의무를 불이행함으로써 원고와의 계약을 유책하게 위반하였으므로 그로 인해 원고가 입은 손해를 배상해야 한다. 환송 후 원심판결이 대상 판결의 취지에 좇아 피고로 하여금 원고가 입은 재산상 손해를 배상하도록 명한 것은 타당하다.

이 인정된다고 하더라도, 약관규제법이 약관의 '명시의무' 외에 중요 내용에 대한 '설명'의무를 별도로 규정하고 있는 취지를 고려할 때에, 위 사실만으로는 약관의 '명시의무'를 다한 것이라고 할 수 있을 뿐 중요 내용에 대한 설명의무까지 이행하였다고 볼 수는 없다고 판시하였다.

(논문투고일 : 2018.11.22, 심사개시일 : 2018.11.27, 게재확정일 : 2018.12.20)



▶ 정 구 태

국제항공여객운송계약, 오버부킹, 준거법 결정, 소비자계약, 설명의무

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 고형석, 「디지털콘텐츠거래와 소비자보호법」(선문대 출판부, 2015)
 박수영, 「소비자법해설[제2판]」(fides, 2013)
 서희석, 「소비자계약의 법리」(부산대학교 출판부, 2018)
 석광현, 「국제사법 해설」(박영사, 2013)
 송오식, 「소비자법」(전남대 출판부, 2013)
 이병준, 「현대 시민사회와 소비자계약법」(집문당, 2013)
 이호영, 「소비자보호법[제3판]」(홍문사, 2015)
 Schulze, Art. 5 Rome I, in Calliess (ed.) Rome Regulations (2nd. ed 2015)

II. 논문

- 권창영, “항공권의 초과예약(Overbooking)에 관한 항공사의 민사책임”, 「항공우주정책·법학회지」 제31권 제1호(항공우주정책법학회, 2016.06)
 김영환, “법학방법론의 관점에서 본 유추와 목적론적 축소”, 「법철학의 근본문제[제3판]」(홍문사, 2012)
 김진우, “약관의 편입통제”, 「동북아법연구」 제8권 제3호(전북대 동북아법연구소, 2015.01)
 석광현, “국제사법상 소비자계약의 범위에 관한 판례의 소개와 검토”, 「국제사법연구」 제22권 제1호(한국국제사법학회, 2016.06)
 윤진수, “한국법상 약관규제법에 의한 소비자보호”, 「민사법학」 제62호(한국민사법학회, 2013.03)
 이병준, “약관의 형식적 요건에 관한 고찰 -소위 ‘깨알약관’ 사건을 계기로-”, 「서울법학」 제24권 제2호(서울시립대학교 법학연구소, 2016.08)
 이현목, “국제사법 제27조에 의해 보호되는 소비자계약의 범위와 수동적 소비자가 되기 위한 요건의 분석”, 「소비자문제연구」 제49권 제2호(한국소비자원, 2018.08),
 정구태, “국제항공여객운송계약에서의 오버부킹과 약관규제법의 적용 여부 -서

울중앙지방법원 2012. 12. 5. 선고 2012나24544 판결-”, 「외법논집」
제39권 제4호(한국외국어대 법학연구소, 2015.11)

최성수, “국제사법 제27조의 해석론 및 관련 판례에 대한 평가”, 「국제사법연구」 제22권 제2호(한국국제사법학회, 2016.12)

Abstract

**Overbooking in the Contract for International Air
Passenger Transportation, and the Application of the Act
on the Regulation of Terms and Conditions
-Supreme Court Decision 2013Da8410 delivered on August 28, 2014-**

Chung, Ku Tae

The following is a summary of the discussion in this article.

First, Article 27 of the Private International Law shall apply without exception to the contract of carriage, so the governing law of this case is Korean law. The judgment is of great significance as the first Supreme Court decision to take this view.

Second, it is not valid that the Seoul Central District Court decision did not admit the violation of the duty of explanation of the clauses in the Act on the Regulation of Terms and Conditions. Even though the defendant explained the fact that excess sales are also included in the concept of overbooking, the plaintiff would sign a ticket purchase contract. However, according to this logic, when there is no option other than concluding a contract with a consumer, the obligations of explanation of the provider are always exempted, resulting in a disadvantageous effect to consumers.

Third, the Seoul Central District Court decision denied the defendant's obligation to explain, emphasizing the non-face-to-face relationship of the case, but only if it was difficult to explain the terms of contract, the obligation to explain the terms can not be exempted.



▶ **Chung, Ku Tae**

Contract for International Air Passenger Transportation, Overbooking,
Choice of Law, Consumer Contract, Duty of Explanation of the Clauses

개인정보보호법상 형사처벌 규정의 개선방안에 대한 연구

박 응 신*

박 광 민**

【목 차】

I. 들어가며	IV. GDPR을 고려한 한국 개인정보보호법의 개선방안
II. 대한민국의 개인정보보호법제 분석	1. 논의의 지향점 - 개인정보의 활용과 보호의 조화
1. 대한민국의 개인정보 보호법제의 체계	2. 개인정보 보호에 대한 ‘형법적 개입’의 한계
2. 개인정보보호법의 주요내용	3. 형법적 보호의 대상이 되는 개인 정보
3. 정보통신망법의 주요내용	4. 정보주체의 개인정보 자기결정권의 보장
III. EU의 GDPR과 개인정보보호법의 비교 분석	5. 광범위한 형사처벌 규정의 개선
1. 들어가며	V. 나가며
2. EU GDPR의 특징 및 주요내용	

【국 문 요 약】

정보통신 기술이 발달한 대한민국에서도 개인정보 침해 특히 온라인 공간에서의 개인정보 침해는 일상다반사로 발생하고 있다. 지난 2017년 대한민국 정부의 공식자료에 의하면 최근 5년간 해킹 등으로 약 5,340만건 이상의 개인정보가 침해된 것으로 밝혀졌다.¹⁾ 이러한 사회현상에 대응하기 위해 대한민국은 형법과 개

* 동서대학교 시간강사, 법학박사.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

1) 지난 2017년 10월 2일 국회 과학기술정보방송통신위원회 소속 김성태 의원이 방송통신위원회로부터 제출받은 자료에 따르면 최근 5년간 해킹 등으로 116건의 유출 사고를 겪었고, 이로 인해 5342만개 이상의 개인정보가 빠져나간 것으로 드러났다. 이에 대해 자세한 사항은 2017년 10월 2일 조선일보 보도 참조.

인정보보호법, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 정보통신망법) 등의 수단으로 개인정보 보호를 위해 노력하고 있다. 하지만 변화하는 정보통신기술은 개인정보 보호에 대한 명백하고 현존하는 위협으로 평가될 수 있기에 이러한 사회현상에 발맞추어 적극적으로 입법적 개선을 경주할 필요가 있다. 그리고 이러한 대한민국의 입법적 노력에 많은 시사점을 주는 것이 바로 EU의 GDPR이다.

전통적으로 EU는 1995년 개인정보보호지침을 시작으로 개인정보 보호에 대한 글로벌 스탠다드를 제시해왔다. 뿐만 아니라 최근에는 변화하는 과학기술에 대응한 비식별화 조치, 잊혀질 권리, 개인정보 이동요청권, 프로파일링 거부권 등 과학기술의 발달의 어두운 면에 대응한 개인정보 보호를 위해서도 새로운 지향점을 제시하고 있다.

이에 본 연구에서는 대한민국의 개인정보보호법제 특히 개인정보 보호의 일반법인 개인정보보호법과 정보통신망법과 EU의 GDPR의 주요내용을 비교검토하여 개인정보보호법제가 지향해야하는 점을 찾고자 한다. 구체적으로는 대한민국에서 개인정보 보호의 중심축인 개인정보보호법과 정보통신망법의 주요내용을 분석하여 그 현황을 파악하고자 한다 이후에 비교대상인 EU의 새로운 GDPR의 주요내용을 검토하여 논의의 지향점을 삼고자 한다. 다만, 대한민국과 EU의 개인정보 보호의 일반적 내용은 다른 훌륭한 발표자들이 계시기에 본 연구에서는 양자간 개인정보보호법의 형사법적 관점에서의 쟁점사항을 추출해 검토하고자 할 것이다. 마지막으로 형사처벌과 관련된 EU의 GDPR의 쟁점사항을 고려해 대한민국의 개인정보보호법 개정을 위해 검토해야할 사항을 고민할 것이다.

I. 들어가며

과학기술의 발달은 우리에게 다양한 편익을 주었지만, 그 이면에는 다양한 형태의 부작용도 존재하고 있다. 대표적으로 정보통신공간에서 정보주체의 동일성을 상징하는 개인정보 침해를 제시할 수 있다. 이에 각국은 온라인과 오프라인을

막론하고 개인정보 보호를 위한 법·제도적 노력을 지속적으로 기울이고 있는 실정이다. 이러한 노력은 멀리는 1980년의 OECD 개인정보보호 가이드라인을 시작으로 1995년 EU 개인정보보호지침과 개별국가에서 제정된 개인정보보호법제 그리고 2018년 5월 25일 시행되는 EU의 일반개인정보보호규정(General Data Protection Regulation, 이하 GDPR) 등으로 나타나고 있다.

정보통신 기술이 발달한 대한민국에서도 개인정보 침해 특히 온라인 공간에서의 개인정보 침해는 일상다반사로 발생하고 있다. 지난 2017년 대한민국 정부의 공식자료에 의하면 최근 5년간 해킹 등으로 약 5,340만건 이상의 개인정보가 침해된 것으로 밝혀졌다.¹⁾ 이러한 사회현상에 대응하기 위해 대한민국은 형법과 개인정보보호법, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 정보통신망법) 등의 수단으로 개인정보 보호를 위해 노력하고 있다. 하지만 변화하는 정보통신기술은 개인정보 보호에 대한 명백하고 현존하는 위협으로 평가될 수 있기에 이러한 사회현상에 발맞추어 적극적으로 입법적 개선을 경주할 필요가 있다. 그리고 이러한 대한민국의 입법적 노력에 많은 시사점을 주는 것이 바로 EU의 GDPR이다.

전통적으로 EU는 1995년 개인정보보호지침을 시작으로 개인정보 보호에 대한 글로벌 스탠다드를 제시해왔다. 뿐만 아니라 최근에는 변화하는 과학기술에 대응한 비식별화 조치, 잊혀질 권리, 개인정보 이동요청권, 프로파일링 거부권 등 과학기술의 발달의 어두운 면에 대응한 개인정보 보호를 위해서도 새로운 지향점을 제시하고 있다.

이에 본 연구에서는 대한민국의 개인정보보호법제 특히 개인정보 보호의 일반법인 개인정보보호법과 정보통신망법과 EU의 GDPR의 주요내용을 비교검토하여 개인정보보호법제가 지향해야하는 점을 찾고자 한다. 구체적으로는 대한민국에서 개인정보 보호의 중심축인 개인정보보호법과 정보통신망법의 주요내용을 분석하여 그 현황을 파악하고자 한다(Ⅱ). 이후에 비교대상인 EU의 새로운 GDPR의 주요내용을 검토하여 논의의 지향점을 삼고자 한다(Ⅲ). 단, 대한민국과 EU의 개인정

1) 지난 2017년 10월 2일 국회 과학기술정보방송통신위원회 소속 김성태 의원이 방송통신위원회로부터 제출받은 자료에 따르면 최근 5년간 해킹 등으로 116건의 유출 사고를 겪었고, 이로 인해 5342만개 이상의 개인정보가 빠져나간 것으로 드러났다. 이에 대해 자세한 사항은 2017년 10월 2일 조선일보 보도 참조.
(http://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2017/10/02/2017100200605.html#csidxe91112da71322a4b19f8d785503dcde)

보 보호의 일반적 내용은 다른 훌륭한 선행연구가 존재하므로 본 연구에서는 양자간 개인정보보호법의 형사법적 관점에서의 쟁점사항을 추출해 검토하고자 할 것이다. 마지막으로 형사처벌과 관련된 EU의 GDPR의 쟁점사항을 고려해 대한민국의 개인정보보호법 개정을 위해 검토해야할 사항을 고민해보고자 한다(IV).

II. 대한민국의 개인정보보호법제 분석

1. 대한민국의 개인정보 보호법제의 체계

대한민국에서 전통적인 개인정보 보호는 보호영역에 따라 2원화된 체계에서 시작되었다. 즉, 1994년 제정된 “舊 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률”은 공공영역을, 그리고 1987년 제정된 “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률”은 민간영역에서의 개인정보를 추구하였다. 하지만 사회적으로 다양하고 광범위한 개인정보 처리가 확산되면서 개인정보 보호를 위한 일반법 제정에 대한 지속적인 요구가 제기되었다. 뿐만 아니라 지속적으로 발달하는 ICT 기술의 악영향으로 대한민국에 큰 사회적 파장을 일으킨 개인정보 침해사건이 지속적으로 발생한 사회현실도 통합적인 개인정보 규범체계 형성에 큰 영향을 미쳤다. 이러한 규범적·현실적 배경에서 개인정보 보호를 위한 일반법인 “개인정보보호법”이 2011년에 정보통신망법의 폐지를 전제로 제정되었다.²⁾³⁾ 하지만 애초의 입법목적과는 다르게 정보통신망법은 존속하면서 정보통신공간에서 개인정보 보호의 일반법적 성격을 가지게 되었을 뿐만 아니라,⁴⁾ 개별 영역별 특별법(ex. 신용정보법, 위치정보법 등)을 제정해 개인정보보호법제의 체계적 정합성에 의문이 제기되는 실정이다. 이러한 법현상에 대해 개인정보보호법이 일반법으로서 개인정보보호법제의 기본적 사항을 정하면서 개별적 사안에 대해 개별 특별법이 보완하는 체계라 선

2) 이처럼 일반법적 규제를 중심으로 하고 있다는 점에서 대한민국의 개인정보보호체계는 유럽식 체계의 영향을 강하게 받은 것임을 알 수 있다.

3) 김민섭, 개인정보의 보호와 이용의 조화에 관한 법제적 연구, 숭실대학교 박사학위논문, 2014, 92면.

4) 정보통신망법 제5조(다른 법률과의 관계) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관하여는 다른 법률에서 특별히 규정된 경우 외에는 이 법으로 정하는 바에 따른다. 다만, 제7장의 통신과금서비스에 관하여 이 법과 「전자금융거래법」의 적용이 경합하는 때에는 이 법을 우선 적용한다.

해할 수 있겠지만, 개인정보보호법의 입법취지가 몰각되었을 뿐만 아니라 혼란된 인적자원도 개인정보보호법제를 파악함에 상당히 어렵기 때문에 법률의 규범력 확보 차원에서도 다시 한 번 생각해볼 문제라 판단된다.

즉, 대한민국의 개인정보보호법제는 애초의 취지는 유럽식의 입법체계(통합주의)를 계수하고자 하였으나, 다양한 법외적 문제로 미국식 입법체계(개별주의)가 개입하면서 단순한 법률의 사각지대 문제가 아니라, 법률간의 충돌 또는 법제간 규제 수준의 상이라는 법체계상의 문제가 노출되고 있다.⁵⁾

2. 개인정보보호법의 주요내용

가. 입법목적 및 적용범위

동법은 개인정보의 처리 및 보호에 관한 사항을 정함으로써 개인의 자유와 권리를 보호하고, 나아가 개인의 존엄과 가치를 구현함을 목적으로 하고 있다. 즉, 개인정보를 보호함으로써 정보주체의 기본권 보장을 기본 목적으로 설정하고 있다. 그리고 이러한 개인정보보호법은 사람, 장소, 사항 등에 특별한 제한이 없이 일반적으로 적용된다.⁶⁾

나. 개인정보보호법의 주요내용

동법의 주요내용은 그 적용 대상을 공공과 민간의 모든 개인정보처리자로 하고, 개인정보의 수집, 이용, 제공, 파기 등 각 처리단계별 보호기준을 마련하였으며, 민감정보와 고유식별정보를 별도로 분류화하고 이에 대한 보호기준을 마련하였으며, 공공기관에 대한 개인정보파일 등록의무 및 개인정보 영향평가 등도 반영하였다. 이 외에 정보주체에게 개인정보의 열람청구권, 정정 및 삭제청구권, 처리정지 요구권 등을 부여하고, 개인정보의 효율적 보호를 위해 개인정보침해 신고 센터의 설치근거 및 개인정보분쟁 조정위원회의 설치, 집단분쟁조정제도, 단체

5) 구태언, 온라인과 오프라인에서 개인정보 보호 규제체계의 이분화에 따른 문제점, 개인정보 보호의 법과 정책, 박영사, 2014, 163면.

6) 행정자치부, 개인정보보호 법령 및 지침·고시 해설, 2016, 8면.

소송제도 등도 도입하였다.

다. 비교법적인 관점에서 개인정보보호법의 특징

EU의 GDPR과 비교해 개인정보보호법의 가장 큰 특색은 개인정보 침해에 대한 적극적이고 광범위한 국가 형벌권의 개입이다. 개인정보보호법은 제70조부터 제73조에 이르기까지 단지 4개의 형사처벌 조항을 가지고 있지만 그 4개의 조항이 강제력을 가지는 범위가 매우 광범위하다. 즉 일종의 사이버테러 행위인 공공기관의 개인정보 처리업무를 방해할 목적으로 공공기관에서 처리하고 있는 개인정보를 변경하거나 말소하여 공공기관의 업무 수행의 중단·마비 등 심각한 지장을 초래하는 행위와 영리를 목적으로 부정한 수단으로 타인이 처리하는 개인정보를 취득한 후 이를 판매하는 행위를 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하고 있다.⁷⁾ 또한 정보주체의 동의를 받지 않고 개인정보를 제3자에게 제공하거나 민감정보·고유식별정보를 법률이 허용하지 않는 방식으로 처리하는 경우, 업무상 알게된 개인정보를 누설하는 등의 행위는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금으로 처벌하고 있다.⁸⁾ 다음으로 영상정보처리기기를 목적 외 이용하거나 부정한 수단으로 개인정보를 취득 또는 직무상 알게된 비밀을 누설하는 행위를 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하고 있다.⁹⁾ 마지막으로 개인정보처리자가 안전성 확보조치를 게을리하여 개인정보가 분실, 도난 등이 된 경우 또는 정보주체의 개인정보 자기결정권의 구체적 행사에 협조하지 않은 행위 등을 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하고 있다.¹⁰⁾ 여기서 언급한 것은 국가형벌권의 행사만을 지적한 것이며, 행정질서벌인 과태료의 성립범위는 더욱 더 광범위하다.¹¹⁾

이러한 개인정보보호법의 태도는 정보사회에서 개인정보라는 정보주체의 인격적 가치에 대해 빈틈없는 형사법적 보호를 배려하겠다는 입법자의 결단으로 볼 수 있으며, 개인정보보호법 소정의 형사처벌 규정에 대해 형벌에 의한 강력한 보

7) 개인정보보호법 제70조.

8) 개인정보보호법 제71조.

9) 개인정보보호법 제72조.

10) 개인정보보호법 제73조.

11) 개인정보보호법 제75조. 단, 이는 하나의 조문이지만 세부적으로는 27개의 행위유형에 대해 과태료 처분을 예고하고 있다.

호가 필요한 영역도 분명히 존재하고 있다. 하지만 이러한 태도가 형법의 대원칙인 ultima ratio를 진지하게 고려한 것인지 매우 의심스러우며, 실제 개인정보침해 사건에서 의미 있는 형사처벌이 이루어진 사례가 별로 없다는 형벌의 집행 결손 실태와 이에 기인하는 개인정보보호법의 규범력 약화를 고려할 때 장기적으로 개인정보보호법에서 과중한 형사처벌은 재검토를 요한다고 볼 것이다.

3. 정보통신망법의 주요내용

가. 입법목적 및 적용범위

정보통신망법은 정보통신망의 이용을 촉진하고 정보통신서비스를 이용하는 자의 개인정보를 보호함과 아울러 정보통신망을 건전하고 안전하게 이용할 수 있는 환경을 조성하여 국민생활의 향상과 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 하고 있다. 개인정보보호법이 개인정보의 ‘보호’에 집중하고 있다면 정보통신망법은 ‘활용’에도 관심을 기울이고 있다고 평가할 수 있다. 그리고 이러한 정보통신망법은 ‘정보통신서비스 제공자’와 이들이 제공하는 서비스를 이용하는 ‘이용자’에게 적용된다. ‘정보통신서비스 제공자’란 전기통신사업법 제2조 제8호에 따른 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자를 의미한다. 즉, 개인정보와 관련한 정보통신망법의 적용범위는 온라인 공간에서 적용되는 것으로 볼 수 있다.

나. 정보통신망법의 주요내용

정보통신망법은 개인정보 보호 뿐만 아니라 정보통신망의 이용촉진, 정보통신망에서의 이용자 보호, 정보통신망의 안정성 확보, 통신과금서비스 등 통신망 자체의 건전한 운영을 위한 규정들도 상당수 존재하고 있다. 그리고 개인정보 보호에 대한 주요내용으로 개인정보의 수집이용 및 제공 등에 관하여 개인정보 처리주체인 정보통신서비스제공자의 의무사항, 개인정보 이용 제한 등을 우선적으로 규정하고 있다. 다음으로 개인정보의 관리 및 파기 등에 관한 사항인 개인정보 관리책임자 지정, 개인정보의 침해시 통지·신고에 관한 사항, 개인정보의 침해를

방지하기 위한 기술적·관리적 조치 의무 등을 규정하고 있다. 마지막으로 정보주체의 권리로서 이용자의 정보통신서비스제공자에 대한 동의 철회권, 열람·제공 요구권, 정정 요구권 등과 이용자 개인정보의 이용내역을 주기적으로 이용자에게 통지해야하는 개인정보 이용내역 통지에 관한 사항, 손해배상 청구 등에 관해 규정하고 있다.

다. 정보통신망법의 특징

앞에서 본 바와 마찬가지로 정보통신망법상 개인정보 보호 규정도 개인정보보호법과 유사하게 정보주체의 개인정보를 보호하고, 기업에 대해 개인정보보호 책임을 강화하는 입법태도를 지향하고 있다. 하지만 이러한 입법현실과 무관하게 정보통신망에서의 개인정보 침해가 지금도 발생하고 있으며 이를 위해 정보통신망법 역시 넓고 깊은 형사처벌 규정들을 가지고 있다.

정보통신망법의 개인정보 보호를 위한 형사처벌 규정은 일반법인 개인정보보호법과 유사하지만 개인정보의 동의 없는 수집을 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다는 점에서 차별된다. 이러한 맥락에서 개인정보보호법이 14세 미만의 아동에 대한 개인정보 수집시 법정대리인의 동의를 얻지 않은 행위는 형사처벌이 아닌 과태료의 영역임에 반해, 정보통신망법은 이러한 경우에 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다는 점에서 특징이라 할 것이다.

Ⅲ. EU의 GDPR과 개인정보보호법의 비교 분석

1. 들어가며

EU가 정치·경제·사회의 중심축인 유럽에서는 개인정보 보호 측면에서도 EU가 주도적 지위를 차지하고 있다. 즉, 유럽에서 근대적인 형태의 개인정보 보호는 1995년 10월 24일에 제정된 개인정보보호지침(Directive 95/46/EC, 이하 1995년 지침)에서 태동했다. 그리고 이 1995년 지침은 개인정보 보호를 개별 국가 차원이 아닌 EU라는 공동체의 차원에서 접근하고 있음을 시사하는 것이었으며, 이러한

영향은 개별 국가의 입법에 반영된다.¹²⁾

하지만 1995년 지침은 입법형태가 법률이 아닌 지침이기에 개별 국가의 구체적인 개인정보보호법제가 상이하다는 점과 변화하는 정보통신 환경에 대응하여 새로운 보호영역을 창설할 필요가 있다는 주장이 제기되었다.¹³⁾ 이러한 배경에서 제정된 GDPR은 당해 규범의 적용범위 확대, 적용의 통일성 확대, 기업에 대한 설명 책임의무의 도입, 정보주체의 권리강화, 제재와 집행의 강화를 그 특징으로 한다.

2. EU GDPR의 특징 및 주요내용

여기서는 형사처벌과 연관성을 가지는 GDPR의 특징과 주요내용에 대해서 검토한다.

가. GDPR의 목적

우선적으로 GDPR은 개인정보의 처리에서 개인의 보호와 관련된 규범 확정 즉, 정보주체의 개인정보에 대한 보호를 중심으로 하지만¹⁴⁾ 그와 더불어 EU권 내에서의 개인정보의 자유로운 이동이 개인정보와 관련되었다는 이유만으로 제한되거나 금지되어서는 안된다는 것을 명시하고 있다.¹⁵⁾ 이는 정보주체의 개인정보 보호 뿐만 아니라 정보사회에서 정보의 자유로운 순환 역시 전자에 상응하는 가치임을 명시적으로 선언한 것으로 보여진다. 즉, 정보사회에서 개인정보의 보호와 활용에 대한 균형점을 제시한 것으로 해석할 수 있다.

다만, 개인정보의 이동이 “EU권 내에서의 자유로운 이동”을 의미한다는 점이 다. 이를 반대해석하면 EU권 외에서의 자유로운 이동은 개인정보와 관련성 있다

12) 즉, 영국은 1998년 “개인정보보호법(The Data Protection Act 1998)”, 프랑스는 1978년 “정보 기술·정보화일 및 자유에 관한 법률(La loi n°78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés du 6 janvier 1978, 이하 1978년법)”, 독일은 1977년 연방 정보보호법(Bundesdatenschutzgesetz, 이하 BDSG)을 제정하여 변화하는 정보통신환경에서 개인정보 침해에 대응하기 시작하였다.

13) 함인선, EU의 2016년 일반개인정보보호규칙(GDPR)의 제정과 그 시사점, 법학논총 제36권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2016, 411면.

14) GDPR 제1조 제1항 및 제2항.

15) GDPR 제1조 제3항.

는 이유만으로 제한될 수 있다고 볼 수 있다. 이는 정보사회에서 정보 특히 개인 정보가 인격적·재산적 가치 뿐만 아니라 공유재의 성격을 가지고 있다는 점에서 착안하여 개인정보의 활용의 역내 폐쇄성을 암시하는 것으로 보여지며 이는 경제학적으로 Elinor Ostrom이 주장한 공유지의 비극(The Tragedy of the Commons)¹⁶⁾ 이론을 접목한 것으로 해석할 수 있다. 이러한 논의를 중심으로 본다면 개인정보라는 공유재의 훼손은 i) 디지털 정보를 공개하는 당사자와 그것을 사용하는 주체가 모두 그에 대한 비용을 과도하게 책정함으로서 디지털 정보라는 공유재와 그로 인해 유지되는 정보통신망이라는 공유자원 자체가 과용될 수 있으며, ii) 부정확한 정보와 시의성이 지난 정보를 유통시킴으로서 공유자원 체제가 오염될 수 있으며, iii) 점점 더 많은 사용자들이 유사한 종류의 정보를 취득하여 각각의 정보가 가지는 그 고유의 가치가 감소될 수 있기 때문이다. 문제는 정보사회에서 이러한 개인정보의 남용을 억제하고 정보통신체계의 가치를 유지시키는 것은 단순한 개인정보 등에 대한 보호만이 능사가 아니라는 점이다. 즉 정보의 순환·자유를 보장하면서도 그러한 정보의 보호에 대해 고민해야 할 것이다. 사회적·경제적으로 중요한 가치를 가지는 개인정보를 보호한다는 미명하에 정보의 자유로운 접근을 제한하는 것은 경제적 손실 뿐만 아니라 정치적으로도 손실이 더 크기 때문이다.

나. 개인정보의 개념

GDPR은 개인정보를 식별된 또는 식별 가능한 개인(정보주체)과 관련된 일체의 정보를 의미한다고 규정하고 있다. 그리고 식별 가능한 개인이란 직접 또는 간접적으로, 특히 이름이나 식별번호, 위치정보, 온라인 식별자, 또는 해당 개인의 신체나 생리, 유전자, 정신, 경제, 문화 또는 사회적 정체성에 국한된 하나 이상의 요인을 참조하여 식별될 수 있는 자를 의미하는 것으로 규정되어 있다.

이러한 규정은 1995년 지침상의 개인정보 규정과 대동소이 하지만, 발전하는 ICT 기술을 감안하여 식별가능한 정보에 위치정보, 온라인 행태정보, 유전정보를

16) 공유지의 비극이란 Garrett Hardin이 1968년에 사이언스지에 실었던 논문이다. 이 논문에서 하딩은 공유지(Common Pool Resource)의 비극은 '지하자원, 초원, 공기, 호수에 있는 고기와 같이 공동체의 모두가 사용해야 할 자원은 사적 이익을 주장하는 시장의 기능에 맡겨 두면 이를 당 세대에서 남용하여 자원이 고갈될 위험이 있다'는 내용을 담고 있다. 따라서 이는 시장실패의 요인이 되며 이러한 자원에 대해서는 국가의 관여가 필요하다는 내용이다.

명시적으로 포함시키고 있다. 즉, 개인정보의 범위를 정보주체에 관한 일체의 정보라는 넓은 정의를 1차적으로 하고, 뒤에서 구체적인 범위의 개인정보를 열거하여 개인정보의 범위를 제시하고 있다. 이러한 점은 개인정보 침해 범죄의 첫 출발점이 개인정보의 개념 확정문제이며, 이 개인정보 개념에 대한 논의가 아직도 치열하게 진행되고 있는 우리에게 참고할 부분이라 생각한다. 특히 EU의 GDPR은 대한민국과 같은 넓고 깊은 형사처벌 규정이 없음에도 개인정보의 개념을 명확히 시도하고 있다는 점에서 시사점을 준다고 할 것이다.

다. 개인정보 처리시 동의 및 아동의 동의

종래 1995년 지침은 개인정보 처리시 동의를 “정보주체의 동의는 자신의 개인 정보가 처리되는 것에 대한 합의를 의미하는, 자유로운 상태에서 구체적이고 충분한 정보를 제공받은 상태에서 이루어지는 정보주체의 의사표시”로 규정하였다.¹⁷⁾ GDPR은 동의의 의미를 좀 더 구체화하여 “자신의 개인정보 처리에 대한 합의를 의미하는, 자유로운 상태에서 구체적이고 충분한 정보를 제공받은 상태에서 이루어지는 진술 또는 모호하지 않은(unambiguous) 정보주체의 의사표시”로 규정하였다.¹⁸⁾ 즉, GDPR은 정보주체의 동의는 “모호하지 않은 명백한 의사표시”이어야 하며 그렇지 않은 모호하거나 명백하지 않은 의사표시는 개인정보 처리의 동의에 포섭될 수 없음을 규정하고 있다. 뿐만 아니라 GDPR은 아동의 동의 규정도 신설한 바, “아동에게 온라인상의 정보 서비스를 직접 제공하는 경우에 아동의 개인정보처리는 최소 16세 이상인 경우에 적법하다. 아동이 16세 미만인 경우, 아동의 개인정보 처리는 친권자에 의한 동의가 이루어지거나 승인받은 경우에만 적법하다. 회원국은 법률로 아동의 개인정보 처리를 위해 그 연령을 하향할 수 있지만, 그 연령이 13세 미만으로 설정할 수는 없다”고 규정한다.¹⁹⁾ 이는 개인정보 처리과정에서 개인정보 자기결정권의 첫 단계인 동의제도의 실질화를 위해 동의 개념의 명백화를 꾀할 뿐만 아니라 16세 미만자의 동의는 법정대리인의 동의를 전제하여, 정보통신 서비스 이용연령이 점차 하향하는 현실에서 이용자 보호를 위한 개선방안으로 평가할 수 있다.

17) 1995년 지침 제2조 h.

18) GDPR 제4조.

19) GDPR 제8조.

대한민국은 개인정보보호법에서 14세 미만자의 개인정보를 처리하기 위해서 법정대리인의 동의를 요구하고 있으며 이를 이행하지 않은 개인정보 처리자에게 5천만원 이하의 과태료를 부과하고 있으며, 정보통신망법은 14세 미만자의 개인정보를 수집·이용·제공 등의 동의를 받으려면 그 법정대리인의 동의를 받아야 한다고 규정하면서, 이를 이행하지 않은 경우에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 즉, 아직 판단능력이 미성숙한 14세 미만자의 동의절차에 법정대리인의 동의를 요구하면서 GDPR과 유사한 태도를 보이고 있지만, 그게 위반한 경우 강력한 형사처벌 규정을 가지고 있다는 점에서 차이가 있다.

라. 정보주체의 권리강화

GDPR은 1995년 지침과 비교해 정보주체의 권리가 비약적으로 강화되었다. 정보주체의 정보적 자기결정권 행사의 전제가 되는 정보의 투명성, 연락 및 형식을 명시적으로 규정했을 뿐만 아니라,²⁰⁾ 정보주체의 정정권²¹⁾과 삭제권(소위 잊혀질 권리)²²⁾을 별도의 조문으로 편성했으며, 처리제한권²³⁾과 정보이동권²⁴⁾의 개념도 도입하였다.

정보주체의 권리강화와 관련하여 가장 중요하고 유명한 것은 정보주체의 잊혀질 권리이다. 즉, 개인정보가 수집되거나 처리된 목적과 관련하여 더 이상 필요하지 않게 된 경우, 정보주체가 동의를 철회하고 처리에 대한 다른 법적 근거가 없는 경우, 정보주체가 공공의 이익을 위한 업무수행과 관련하여 정보처리를 거부하고 그러한 정보처리에 정당한 이익 및 근거가 더 이상 존재하지 않는 경우, 정보주체가 마케팅 목적을 위한 개인정보 처리를 거부한 경우, 개인정보가 불법적으로 처리되는 경우, 정보관리자가 이행해야 하는 유럽연합에서의 법률상 의무 또는 회원국의 법률에 따라 정보가 삭제되어야 하는 경우, 아동에 대한 온라인상 서비스 제공과 관련하여 정보가 수집된 경우에 정보주체는 지체 없이 정보관리자에게 개인정보의 삭제를 요청할 권리를 가지며, 정보관리자는 지체없이 개인정보

20) GDPR 제12조.

21) GDPR 제16조.

22) GDPR 제17조.

23) GDPR 제18조.

24) GDPR 제20조.

를 삭제할 의무를 진다'²⁵⁾고 규정하고 있다.

대한민국의 개인정보보호법 역시 정보주체의 개인정보 자기결정권을 실효적으로 보장하기 위해 개인정보를 열람한 정보주체가 자신의 개인정보의 정정 또는 삭제를 요구할 수 있으며,²⁶⁾ 자신의 개인정보 처리 중지를 요구할 수 있다.²⁷⁾ 이 경우 정보주체의 이러한 요구에 응하지 않은 개인정보처리자에게는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

마. 정보관리자의 책임 강화

GDPR은 '정보관리자의 책임(Responsibility of the controller)'이라는 규정으로 개인정보 관리자의 의무를 구체화한다. 즉, "정보처리의 특성, 범위, 맥락, 목적, 정보처리로 인한 자연인의 권리와 자유에 대한 다양한 위험 가능성을 고려하여 정보관리자는 적절한 기술적·체계적 조치를 이행해야 하며 개인정보의 처리가 이 규칙에 따라 잘 이루어 지고 있음을 증명할 수 있어야 한다"고 규정하고 있다.²⁸⁾ 뿐만 아니라 정보관리자로 하여금 정보처리에 대한 기록을 남기도록 하고 있다.²⁹⁾

이러한 규정들은 수집된 개인정보에 대한 안전성 강화의무를 개인정보 관리자에 대해 부과한 것으로 대한민국 역시 이러한 안전성 강화조치를 취하지 않음으로³⁰⁾ 개인정보가 침해된 경우에 당해 개인정보 처리자에게 2년 이상의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하고 있다.³¹⁾

바. 제재규정

전술한 바와 같이 EU의 GDPR과 대한민국의 개인정보보호법제의 가장 큰 차이점은 위반시 가해지는 형사처벌이다. 물론 이는 GDPR이 EU라는 공동체에서 개인

25) GDPR 제17조.

26) 개인정보보호법 제36조 제1항.

27) 개인정보보호법 제37조 제1항.

28) GDPR 제24조.

29) GDPR 제30조.

30) 개인정보보호법 제23조.

31) 개인정보보호법 제73조 제1호.

정보보호의 일반적 방향을 제시하고 개별 국가들에게 GDPR 상의 과태료 처분 대상이 아닌 개인정보 침해행위에 대해 적용할 수 있는 형사처벌 규정 신설을 촉구하고 있다는³²⁾ 점에서, 우리나라의 실질적 강제규정인 개인정보보호법과 차이가 있는 것으로 이해할 수 있다. 따라서 이 부분에 대한 개별 국가의 후속 입법을 기다린 후 형사처벌 규정의 정도와 범위를 검토해도 늦지 않을 것이다. 다만 EU 개별 국가의 형사처벌의 지향점은 GDPR의 규정 특히 과태료 부과기준을 검토하면 어느 정도 예상할 수 있을 것이다.

우선 GDPR은 제83조 제2호에서 개별적인 과태료 부과처분시 제83조 제4호와 제5호에 규정된 과태료 부과처분 뿐만 아니라, 개인정보 침해사건에서 과태료 부과수준을 i) 관련 정보처리의 성격, 범위 또는 목적을 고려한 침해의 성격, 중대성 및 기간, 그리고 영향을 받은 정보주체의 수와 피해 정도, ii) 고의적이거나 태만한 침해 특성, iii) 정보주체가 입은 피해를 완화하기 위해 정보처리자나 수탁처리자가 취한 조치, iv) 개인정보처리자 등의 책임의 정도 v) 침해로 영향을 받은 개인정보의 범주³³⁾ 등을 고려하도록 규정하고 있다. 따라서 개별 회원국이 개인정보 침해에 대한 형사처벌 규정을 제정함에 있어서 위 GDPR 제83조 제2호의 제반조건들을 고려해 형사처벌 규정을 제정할 것이라 예상된다.

IV. GDPR을 고려한 한국 개인정보보호법의 개선방안

1. 논의의 지향점 - 개인정보의 활용과 보호의 조화

정보사회에 있어서 정보는 활용의 대상일 뿐만 아니라 보호의 대상이다. 개인정보를 둘러싼 현실은 이용과 보호의 갈등이기 때문에 사회적 행위에 대해 규제하고 있는 규범체계도 개인정보를 이용과 보호라는 2가지 측면에서 균형적으로 바라보아야 할 것이다. 그런 의미에서 대한민국의 개인정보보호 법제는 어떠한가? 대한민국의 개인정보 보호정책의 일반적인 기조는 개인정보 활용을 통한 새로운 가치의 창출 보다는 엄격한 보호를 통한 정보주체의 인격권·재산권 침해의 방지

32) GDPR 제84조.

33) GDPR 제83조 제2항.

에 중점을 두고 있다.

이러한 입장은 정보주체의 개인정보 자기결정권을 통한 인격적 가치의 수호에만 치중한 나머지, 정보통신망에서 순환되는 개인정보가 정보주체와는 독립한 가치를 가진다는 점을 도외시할 뿐만 아니라, 보호의 영역을 형법적으로 결부시키는 문제점이 있다. 예를 들어 개인의 이름, 나이, 주소 등의 공개정보는 그것이 일정한 목적으로 수집·저장·처리되어 정보자산인 DB화 됨으로 기존의 가치중립적인 개인정보와는 다른 경제적 가치를 가지는 것인데³⁴⁾ 이를 온전히 정보주체에 대해 관점에서 접근할 수 있는지 의문이다. 뿐만 아니라 일반적으로 공개된 개인정보를 정보주체의 동의 없이 처리했다고 이에 형법이 개입해야 하는지는 다시 한 번 생각해보아야 한다. 공개된 개인정보의 중요성은 시간이 갈수록 더해질 것이기 때문이다. 즉, 정보화가 진전될수록 개인정보 사용에 대한 사회적·기술적 필요성은 증대할 것이기 때문에 보호에 중점을 둔 개인정보보호법제는 그 시각의 전환을 요구받아야 한다.

2. 개인정보 보호에 대한 ‘형법적 개입’의 한계

우리나라에서는 전통적으로 보호의 시각으로 개인정보를 접근했으나, 발달하는 ICT 기술을 고려하여 활용의 영역을 넓혀야 한다는 주장도 최근 주장되고 있다. 정보사회에 있어서 어느 하나만을 택하는 것은 불가능하기 때문에 보호와 활용의 균형점을 찾아야 하며, 개인정보의 보호는 정당한 활용가능성을 저해하지 않는 수준에서 이루어져야 한다.

그렇다면 개인정보 침해를 비롯한 ICT에 기반한 새로운 침해행위에 대한 형법적 개입의 한계는 무엇인가? 국가가 분화하여 국민이 되는 것이 아니라, 사회 구성원이 모여 수단적·도구적 의미로서 국가를 형성하는 것이 자유민주적 기본질서에 부합하는 국가관이며, 이러한 국가의 강력한 사회통제 수단인 형법의 가장 큰 목적은 사회구성원을 보호하는 것이다. 형법의 가장 큰 목적은 개인의 이익을 보호하는 것이며 형법의 이러한 특징은 헌법에서도 확인하고 있다.³⁵⁾

34) 佐久間 修, 最先端法領域の刑事規制: 医療・経済・IT社会と刑法, 立花書房, 2003, 400면.

35) 헌법은 전문에서 “자유와 조화를 중심으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히”해야 한다는 전제로 두고 제10조에서 인간의 존엄과 가치를 확인하며 이를 보장하는 것이 국가의 임무임을 선언하고 있다.

이러한 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위해 형법은 공동체 구성원의 인격보호를 위해 특정한 금지규범(또는 명령규범)을 선언하여 인격의 존재 자체 뿐만 아니라 자유로운 발현도 보장하고 있다. 구체적으로 우리 형법상 구성요건은 범죄를 크게 국가적·사회적·개인적 법익으로 범죄를 분류하고 있으나, 국가적·사회적 법익을 침해하는 범죄는 공동체 구성원이 자유로운 인격을 발현할 수 있는 전제가 되는 공동체 자체의 존재와 안전을 보호하기 위한 규정이다. 또한 개인적 법익에 관한 죄는 크게 인격적 법익과 재산적 법익을 보호하기 위한 것인데, 재산적 법익을 침해하는 범죄 역시 사람의 자유로운 인격의 발현을 수월하게 하는 것이 재산권이라는 측면에서 인격적 가치를 보호하기 위한 수단적 존재이다.

즉, 전통적인 형법관은 다양한 행위 중에서 개인의 인격적 가치를 침해하는 것을 형법적 보호의 핵심으로 삼고 있으며, 나머지 재산적 법익, 국가적·사회적 법익은 개인의 인격적 가치를 보호하기 위한 수단적인 의미에 불과하다. 개인정보 침해에 대한 형법적 개입도 이처럼 형법이 개인의 인격적 가치를 보호해야 한다는 명제를 감안하면 개입의 한계도 정보주체의 인격적 가치를 침해하는 수준에서만 발동되어야 하지 지금과 같은 깊고 넓은 형태의 처벌 규정은 전통적인 형법이론에서 비판받을 소지가 충분하다.

3. 형법적 보호의 대상이 되는 개인정보

가. 현행 개인정보의 개념과 이에 대한 비판론

앞에서 검토한 바와 같이 현행 개인정보보호법은 개인정보를 “살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다”고 규정하고 있다.³⁶⁾ 즉, 개인정보에 포섭되기 위해서는 i) 일단 정보이어야 하며, ii) 정보 중에서도 자연인에 관한 정보, iii) 특정인을 식별 또는 식별할 수 있는 정보이어야 한다.

36) 정보통신망법도 유사한 정의규정을 가지고 있다. 즉, 정보통신망법 제2조 제6호는 개인정보를 “생존하는 개인에 관한 정보로서 성명·주민등록번호 등에 의하여 특정한 개인을 알아볼 수 있는 부호·문자·음성·음향 및 영상 등의 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없어도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 경우에는 그 정보를 포함한다)를 말한다”고 규정하고 있다.

이러한 현행법의 태도에 대해 지속적으로 제기된 비판 중의 하나가 개인정보 개념의 불명확성이다. 즉, “해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 정보”도 개인정보로 보기 때문에 개인정보의 외연이 지속적으로 확대될 수 있으며, 그 “식별의 주체”와 “쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것”이라는 점에서 어느 정도 쉽게 결합해야 개인정보로 인정될 수 있는가를 명확하게 규정하고 있지 않다는 점이다. 이를 해결하기 위한 해석론으로 i) 극단적으로 개인정보 정의 규정 중 괄호 안의 문구를 아예 삭제하거나, 식별자들을 예시적으로 열거하자는 입장이 제기될 뿐만 아니라,³⁷⁾ ii) 식별가능성의 주체(즉 개인정보 개념상 “쉽게 결합하여”의 주체)를 개인정보 처리자로 한정하는 방안,³⁸⁾ iii) 다양한 스펙트럼을 가지는 개인정보 중에서 개인의 인격성과 관련 없는 단순정보, 공인과 유명인 등에 관한 공공정보, 공개정보 등을 제외하여 활용영역으로 남겨두자는 입장³⁹⁾ 등이 제기된다. 이와 같이 개인정보 개념을 축소하자는 입장은 “식별(가능)성”에 중점을 두고 있는 현행 개인정보 개념은 과학기술의 발달에 따라 식별(가능)성은 점차 확대될 것이며, 공적인 영역의 정보도 개인정보로 보고 있는 판례의 해석상⁴⁰⁾ 법률적 규제를 받는 개인정보의 범위가 불안정하여 예측가능성도 없으며, 명확성의 원칙에 위반되기 때문에 변경해야 한다고 주장한다.⁴¹⁾

비판론에서 제기하는 것과 같이 우리나라의 개인정보 개념 규정이 비교법적으로 그렇게 광범위한 개념은 아니다. EU의 GDPR은 앞에서 본 바와 같이 개인정보를 “정보주체와 관련된 모든 정보”로 규정하고 있으며, 영국은 정보보호법(The Data Protection Act 1998) 제1조 제1항에서 “개인정보란 다음으로부터 신원이 확인될 수 있는 살아있는 개인과 관련된 데이터를 의미하며 (a) 해당 데이터, (b) 정보관리자가 보유하고 있거나 입수하게 될 가능성이 높은 데이터 또는 기타 정보

37) 구태언, 개인정보보호법상 동의 관련 범죄의 비범죄화 및 대안에 관한 연구, 가천법학 제6권 제4호, 가천대학교 법학연구소, 2013, 78면.

38) 전웅준, 개인정보보호법률상 형사처벌 규정의 적정성에 관한 연구, 정보법학 제17권 제2호, 한국정보법학회, 2013, 225면.

39) 손형섭, 개인정보의 보호와 그 이용에 관한 법적 연구, 법학연구 제54집, 한국법학회, 2014, 14면.

40) 헌법재판소 2005.05.26. 선고 99헌마513: 개인정보 자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다.

41) 전웅준, 개인정보보호법률상 형사처벌 규정의 적정성에 관한 연구, 216면; 구태언, 개인정보보호법상 동의 관련 범죄의 비범죄화 및 대안에 관한 연구, 78면.

그리고 해당 개인에 대한 모든 의견의 표현과, 정보관리자 또는 그 개인과 관련된 모든 자의 의도의 표시를 포함한다”고 규정하고 있다. 독일 역시 연방정보보호법(Bundesdatenschutz gesetz) 제3조 제1항에서 “개인정보란 신원이 확인되었거나 확인가능한 자연인(정보주체)의 인적, 물적 환경에 관한 일체의 정보를 의미한다”라고 규정하고 있다.

이처럼 개인정보의 개념이 가변적이라는 문제는 우리나라만의 문제는 아니다. 다만 우리나라에서 개인정보 개념의 가변성이 문제되는 것은 외국과는 달리 개인정보 침해범죄에 대해 강력한 형벌이 예고되고 있기 때문에 문제가 되는 것이다.

오히려 개인정보의 개념을 비판론에서 제기하는 바와 같이 제한적으로 보게 된다면 발달하는 과학기술에 의해 새롭게 발현되는 형태의 개인정보에 대한 보호의 공백이 발생하게 될 것이다. 따라서 개인정보의 개념과 관련하여 중요한 것은 법문의 의미를 축소 또는 확대하는 것이 아니라, i) 침해시 형사처벌이 예정되어 있는 개인정보의 개념을 어떻게 합리적으로 해석하는가 그리고 ii) ICT 발달로 인해 비식별정보 또는 일반 공개정보의 중요도가 커지는 상황에서 어디까지를 개인정보로 볼 것인가를 규명하여 형법적 보호와 비형법적 보호의 기준을 제시하는 것이 필요하다.

나. 형법적 보호가 필요한 개인정보 개념

개인정보의 개념을 형사법적 관점에서 어떻게 볼 것인가? 현행 개인정보보호법의 개념처럼 개인을 식별할 수 있는 정보로 포괄적으로 볼 것인가? 아니면 정보주체의 인격적 가치에 대한 외부적 평가와 같이 한정된 형태로 보호하는 것이 타당한 것인가.

비판론이 제기하는 것과 같이 형법상 개인정보를 일률적으로 보호하는 것은 가별성의 범위가 지나치게 확대되기 때문에 정책적으로 바람직하지 않고 실질적으로 가능하지도 않다. 그렇다면 개인정보 침해에 대해 형법이 적용된다면 어떠한 개인정보 침해유형에 대해 형법이 적용되어야 할 것인가?

개인정보의 보호는 정보주체가 통제하지 못한 개인정보가 유통되는 것을 방지하기 위한 것이다. 내 개인정보가 나의 동의 없이 수집·이용·제공된다는 것에 대해 단순히 기분 나쁘다는 인격적 차원의 문제 뿐만 아니라, 이러한 개인정보가 나도 모르는 사이에 유통되는 것을 방지하기 위한 것이다. 동의하지 않은 개인정

보의 유통은 정보주체의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 훼손할 수 있기 때문에 정보주체의 통제권을 벗어난 개인정보의 유통을 보호하는 것이 개인정보 자기결정권의 배후에 숨어있는 의미라고 볼 수 있다. 따라서 정보주체의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 훼손할 우려가 없는 정보에 대해서까지 형법이 개입할 필요는 없을 것이다. 이러한 측면에서 개인정보의 침해는 정보주체의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 하락시킬 수 있는 정보와 그렇지 않은 정보로 구별해 대응해야 할 필요가 있다. 따라서 단순히 개인정보 자체를 침해하는 경우와 개인정보 침해로 인해 사회적 평가가 하락할 수 있는 경우를 구별하고, 전자에 대해서는 활용의 영역인 비형법적 대상으로 남겨두고, 후자에 한해서만 형법적 보호의 대상으로 보는 방안을 고려할 수 있다.⁴²⁾

이름, 전화번호와 같이 개인을 식별할 수 있는 일반적인 개인정보는 사회적으로 공개된 개인정보이며, 공적 또는 가치중립적인 성질의 개인정보이다. 이러한 개인정보는 타인이 인식해도 정보주체의 사회적 평가가 좌우된다고 보기는 어렵다. 따라서 이러한 일반적인 개인정보는 형법적 보호의 대상으로 삼기에는 적절하지 않다. 하지만 이러한 일반적인 개인정보를 형법적 보호의 대상에서 제외한다고 해도 이를 법률에 의한 보호를 포기하는 것으로 해석해서는 안된다. 성명, 주소 등 일반적인 개인정보도 정보주체에게서 유래하는 이상 보호의 필요성은 있기 때문이다. 단지 형법적 보호의 필요성이 없을 뿐이다.

4. 정보주체의 개인정보 자기결정권의 보장

GDPR 제정의 가장 큰 특징 중의 하나가 자신의 개인정보에 대한 정보주체의 통제권 강화이다. 이는 구체적으로 삭제권, 이동권, 처리정지권 등으로 표현되고 있음은 전술하였다. 그렇다면 대한민국의 개인정보 보호법제는 정보주체의 권리강화에 대해 어떻게 규정하고 있는가?

개인정보보호법에서 정보주체의 사후통제권은 크게 개인정보의 열람, 정정·삭제, 처리정지로 구분할 수 있다.⁴³⁾ 현행 개인정보보호법은 정보주체의 사후통제권을 보장하기 위해 정보주체가 자신의 개인정보에 대한 열람을 신청함에도 이를

42) 이는 개인정보를 크게 i) 식별가능성을 중심으로 하는 개인정보와 ii) 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 민감정보로 나누는 개인정보보호법제의 태도와 일치된다.

43) 개인정보보호법 제35조 - 제36조.

거절 또는 제한하는 자를 5천만원 이하의 과태료에 처하고 있으며,⁴⁴⁾ 자신의 개인정보를 열람한 정보주체가 당해 개인정보의 정정 또는 삭제를 요구했음에도 이에 응하지 않고 개인정보를 계속 이용하거나 제3자에게 제공한 자를 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하고 있다.⁴⁵⁾ 뿐만 아니라 정보주체가 자신의 개인정보 처리를 중지해달라는 요구를 했음에도 i) 이에 응하지 않고 계속 이용하거나 제3자에게 제공하는 경우는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하고, ii) 처리가 정지된 개인정보에 대해 파기 등 필요한 조치를 하지 않은 경우는 2천만원 이하의 과태료를 부과하고 있다. 정보통신망법은 정보주체의 사후적 통제권에 대해 i) 개인정보 정정청구에 응하지 않는 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하고 있으나,⁴⁶⁾ 나머지 유형 즉, 정보주체의 개인정보 열람·제공, 철회권을 보장하지 않는 경우에는 3천만원 이하의 과태료에 처하고 있다.⁴⁷⁾ 즉, 현행법의 사후통제권 보장에 대한 법적 평가도 적용법에 따라 다른 것이 현실이다. 물론 개인정보처리자와 정보통신 서비스 제공자라는 차이가 있지만 개인정보라는 동일한 객체에 대해 적용되는 규범은 동일한 관점에서 접근해야 하지 않을까? 따라서 양법의 처벌규정을 동일하게 정비해야 할 필요가 있다. 뿐만 아니라 열람, 정정·삭제·처리정지 등에 대해 그 법적 평가도 동일하게 해야 할 것이다.

즉, 현행법은 정보주체가 동의하지 않은(처리중지 요구에 반한) 계속적 이용·제공을 형사처벌의 대상으로 하는데, 이는 이용·제공의 불법성을 열람, 정정·삭제의 불법성보다 중하게 보는 태도이다. 하지만 opt-out 방식으로 전환하면 개인정보의 수집 자체는 동의 없이 수집하며 이후에 열람, 정정·삭제, 처리중지에 대한 정보주체의 참여권을 보장해야 하기 때문에 열람, 정정·삭제권에 대한 보호장치를 마련해야 한다. 그렇다면 열람, 정정·삭제에 대해 개인정보처리자가 응하지 않는 행위의 불법성을 어떻게 평가할 것인가? 양자를 동일하게 볼 것인가, 아니면 차등을 두어서 평가할 것인가? 열람, 정정·삭제는 행위유형은 비록 다르지만, 정정·삭제는 정보주체가 자신의 개인정보를 열람한 이후에 가능하다. 즉, 열람배제는 정정·삭제 배제의 전단계적 침해로 볼 수 있으므로 양자를 동일하게 취급할 것이 아니라, 열람배제의 불법을 가볍게 평가해야 할 것이다. 더 나아가

44) 개인정보보호법 제75조 제10호.

45) 개인정보보호법 제73조 제2호.

46) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제71조 제7호.

47) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제76조 제4호.

opt-out 방식으로 전환하면 정보주체의 개인정보 처리에 있어서 철회권을 보장해야 하므로 이에 대한 처벌규정의 신설을 고려할 수 있다. 이 경우 철회권 역시 열람권이 행사됨을 전제로 할 것이기 때문에 정정·삭제와 철회의 보호수준을 동일하게 할 것을 고려해 볼 수 있다.

5. 광범위한 형사처벌 규정의 개선

우선 넓은 형사처벌의 문제이다. 형사처벌은 본질적으로 수범자인 국민의 기본권을 제약하기 때문에 가장 최후의 수단으로만 이용되어야 한다. 이것이 모든 형법 교과서의 첫 페이지에 나오는 형법의 보충성의 원칙이다. 하지만 우리 개인정보보호법의 가장 큰 취약점은 형사처벌을 다루고 있으면서도 이러한 보충성의 원칙에 큰 배려를 하지 않았다는 점이다. 즉 개인정보보호법을 보면 개인정보 보호법제의 보호법익이라 할 수 있는 개인정보 자기결정권과 관련성이 없는 분야에 대해서도 형사처벌을 예고하고 있다. 개인정보보호법 제70조 제1호는 공공기관의 개인정보 처리업무를 방해할 목적으로 공공기관에서 처리하고 있는 개인정보를 변경·말소하는 경우를 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처함으로써 공공기관의 개인정보 처리업무를 안정성을 보호하고 있으며, 제72조 제3호는 개인정보보호위원회, 개인정보 분쟁조정위원회에서 종사하였던 자가 직무상 알게 된 타인의 비밀을 누설하는 경우를 처벌하고 있다. 상기 구성요건은 정보주체의 개인정보 자기결정권과는 관련 없는 구성요건이며 특히 제72조 제3호는 누설된 비밀주체의 사생활을 보호하는 규정이다. 규범의 순수성이라는 측면에서 개인정보 자기결정권과 관련이 없는 범죄 구성요건을 삽입하는 형식으로 형사처벌의 범위를 굳이 늘려야 하는지 의문이다. 따라서 EU 개별국의 형사처벌 관련 규정의 개정추이를 주의 깊게 검토해야 할 필요성이 제기되는 문제라고 볼 것이다.

다음으로 중한 형사처벌의 문제이다. 형법이란 역사적·사회적 배경과 경험을 고려하여 형사입법자가 신중하게 고민해온 기준 어떠한 법익침해행위를 범죄화할지, 범죄화를 하면 어떠한 종류의 형을 부과해야 할지 그리고 형벌을 부과해야 한다면 어느 정도의 수준으로 부과해야 하는지에 대한 고민을 집대성한 것이다. 따라서 특정행위에 대한 범죄화 및 그 처벌의 종류와 수준 역시 형법상의 기준에 따라야 한다. 이러한 문제를 고려하지 않고, 기본법에 의한 범죄화의 선언 없이 특별법에 의한 처벌 그것도 과도한 형사처벌을 하는 것이 대한민국 개인정보보호

법제의 현황이자 문제점이다. 개인정보 침해범죄에 대한 과도한 형사처벌은 크게 2가지 측면에서 볼 수 있다. 첫 번째는 인격적 법익에 대한 처벌규정과 개인정보 보호법상의 처벌규정의 전체적인 법정형의 차이와 두 번째는 개별적 구성요건상의 중형주의의 적용이다.

우선, 형법상 개인정보보호법과 유사한 영역을 보호하는 인격적 법익 특히, 인격발현의 진제를 침해하는 범죄에 대한 법정형은 제307조의 명예훼손죄(2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금), 제311조 모욕죄(1년 이하의 징역 또는 1500만원 이하의 벌금), 제313조 신용훼손죄(5년 이하의 징역 또는 1500만원 이하의 벌금), 제316조 비밀침해죄(3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금), 제317조 업무상 비밀누설죄(3년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금)로 구성되어 있다. 신용훼손죄를 제외하고는 법정형은 크게 3년 이하의 징역(벌금형의 경우에는 700만원 이하를 넘지 않는다)으로 수렴되는 것으로 볼 수 있다.

이에 비해 개인정보보호법상 구성요건(제71조와 제72조)의 처벌규정은 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금형(제72조의 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금)으로 수렴되는 것으로 볼 수 있다. 즉, 정확하게 동일한 보호법익은 아니지만 유사한 보호법익간의 처벌규정의 비교만으로도 개인정보보호법이 형법상 관련되는 구성요건에 비해 더 엄하게 처벌되는 것으로 볼 수 있다.

두 번째는 개별범죄로서 특정한 비밀유지 의무가 있는 자에 의한 누설을 처벌하는 구성요건은 형법과 개인정보보호법이 동일하게 규정하고 있다. 형법 제317조 제1항 업무상 비밀누설죄는 특정한 직에 있는(또는 있었던) 자가 업무처리 중 지득한 타인의 비밀을 누설한 경우에 3년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처하지만, 유사하게 개인정보처리자가 업무상 알게 된 개인정보를 누설하거나 권한 없이 제3자가 이용하도록 제공한 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금형에 처하고 있다. 물론 보호의 객체가 비밀과 개인정보로 차이가 있지만 일정한 업무자에게 비밀유지 의무를 부여하고 이를 위반하는 경우에 처벌하는 아주 전통적인 형태의 정보보호라는 점에서 양자는 동일선상에 놓여있다. 하지만 정보누설과 개인정보 누설이 2년과 4300만원의 차이가 날 정도로 불법의 현저한 차이가 있다고 보는 것이 타당한지 의문이다. 이러한 과도한 법정형은 개인정보 보호법 이전에는 기존의 형법으로는 대응하기 어렵다는 입법부의 지극히 추상적인 핑계와 행정부의 권한 확대의 의도가 맞물렸으며, 입법부와 집권당이 이러한 대량의 개인정보 침해범죄에 신속하고도 강력하게 대응한다는 사실을 상징적으로

보여주기 위한 결과로 생각된다.

V. 나가며

이상에서 EU의 GDPR 시행을 계기로 대한민국의 개인정보보호법제의 문제점과 개선방안을 공법적 시각이 아닌 형사법적 시각에서 간단하게 검토하였다. 앞서 본 바와 같이 EU의 새로운 GDPR이 이제 시행을 앞두고 있다. GDPR은 1995년 지침과 달리 회원국에게 직접적인 법률의 효력을 가지는 규범체계이며, 이는 변화하는 정보통신 환경에서 정보주체의 개인정보를 보호와 활용의 균형성을 고려하면서 보호하고자 하는 취지로 읽힌다. 그리고 최근의 개인정보 보호 역사에서 EU가 차지하는 위상과 비중을 고려할 때 EU의 GDPR은 우리나라 뿐만 아니라 전세계적으로 막대한 영향력을 미칠 것이라 예상된다.

우리나라는 개인정보 보호에 대해 상대적으로 엄중한 보호를 유지해왔다. 이는 정보주체의 인격적 가치와 결부되는 개인정보 보호의 효율화를 도모한다는 장점도 있지만, 정보사회에서 정보의 지나친 보호만을 추구한다는 점 그리고 넓고 깊은 영역에 대해 국가의 공형벌권이 개입한다는 문제점을 간단하게 지적하였다. 그리고 개인정보 보호 영역에서 글로벌 스탠다드를 선도하고 있는 EU의 규범체계는 보호와 활용의 균형점을 추구함으로 개인정보 침해에 대한 형사처벌의 최소화를 지향하고 있다는 점에서 대한민국의 개인정보 보호법제를 비판적 시각에서 검토하였다. 물론 EU의 주요 회원국의 국내법에도 개인정보 침해에 대한 형사처벌 규정은 존재하고 있기 때문에 개별 회원국의 개정 추이를 살펴보면서 개인정보보호법상 형사처벌 규정의 개정을 준비하는 것이 필요할 것이다.

(논문투고일 : 2018.11.28, 심사개시일 : 2018.11.29, 게재확정일 : 2018.12.20)



▶ 박 용 신 · 박 광 민

개인정보, 개인정보보호법, 형사처벌, 형벌의 최후수단성, GDPR

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 구태언, 온라인과 오프라인에서 개인정보 보호 규제체계의 이분화에 따른 문제점, 개인정보 보호의 법과 정책, 박영사, 2014.
- 차상육, EU 개인정보보호법제의 최근 입법과 시사점, 정보법학 제21권 제1호, 한국정보법학회, 2017.
- 행정자치부, 개인정보보호 법령 및 지침·고시 해설, 2016.
- 佐久間 修, 最先端法領域の刑事規制: 医療・経済・IT社会と刑法, 立花書房, 2003.

II. 논문

- 김나루, 유럽연합의 새로운 개인정보보호 법제에 관한 소고, 고려법학 제86호, 고려대학교 법학연구원, 2017.
- 김민섭, 개인정보의 보호와 이용의 조화에 관한 법제적 연구, 숭실대학교 박사학위논문, 2014.
- 구태언, 개인정보보호법상 동의 관련 범죄의 비범죄화 및 대안에 관한 연구, 가천법학 제6권 제4호, 가천대학교 법학연구소, 2013.
- 문재완, 유럽연합(EU) 개인정보보호법의 특징과 최근 발전, 외법논집 제40권 제1호, 한국의국어대학교 법학연구소, 2016.
- 손형섭, 개인정보의 보호와 그 이용에 관한 법적 연구, 법학연구 제54집, 한국법학회, 2014.
- 전응준, 개인정보보호법률상 형사처벌 규정의 적정성에 관한 연구, 정보법학 제17권 제2호, 한국정보법학회, 2013.
- 함인선, EU개인정보보호법제에 관한 연구 - 2012년 개인정보보호규칙안을 중심으로 하여, 저스티스 제133호, 한국법학원, 2012.
- 함인선, EU의 2016년 일반개인정보보호규칙(GDPR)의 제정과 그 시사점, 법학논총 제36권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2016.

Abstract

A Study on Improvement of Criminal Penalty Regulations in the Private Information Protection Law

Park, Woong Shin

Park, Kwang Min

In Korea, where information and communication technologies are developed, personal information infringement, especially infringement of personal information in online space, is occurring in daily life. According to official data of the Korean government in 2017, about 53.4 million personal information was infringed by hacking for the last five years. According to data submitted by the National Assembly Communications Commission for Science and Technology Information and Communications Commission of the National Assembly on October 2, 2013, the Korea Communications Commission reported that during the past five years, 116 cases of hacking and other spoofing accidents have resulted in 53.42 million personal information being lost . To cope with such social phenomena, the Republic of Korea is striving to protect personal information by means of the Criminal Act, the Personal Information Protection Act, the Promotion of Information Network Usage and Information Protection Act (hereinafter referred to as the Information and Communication Network Act). However, changing information and communication technologies can be regarded as a clear and existing threat to the protection of personal information, so it is necessary to actively make legislative improvements in line with these social phenomena. It is the GDPR of the EU that gives much suggestion to the legislative efforts of the Republic of Korea.

Traditionally, the EU has introduced a global standard for the protection of personal information, beginning with the Privacy Guidelines in 1995. In addition,

we are also introducing new points of view to protect personal information in response to the dark side of the development of science and technology, such as non-discrimination measures in response to changing science and technology, the right to be forgotten, have.

In this study, I would like to find out what the Personal Information Protection Law should be based on by reviewing the personal information protection law of Korea, especially the privacy protection law, the information privacy law, the information communication network law and the GDPR of the EU. Specifically, we will analyze the main contents of the Personal Information Protection Act and the Information and Communication Network Act, which are the central pillars of personal information protection in the Republic of Korea. We will then review the main contents of the new EU GDPR to be discussed. do. However, the general contents of the personal information protection of the Republic of Korea and the EU will be examined by extracting issues from the viewpoint of criminal law of the bilateral privacy protection law in this study. Finally, considering the issues of EU GDPR related to criminal punishment, I would like to consider matters to be considered for the amendment of Korea Personal Information Protection Act.



▶ **Park, Woong Shin · Park, Kwang Min**

Personal Information, Personal Information Protection Act, Criminal punishment, ultra matio, GDPR

객관적 귀속 재검토*

: 형법철학의 관점에서

양 천 수**

【목 차】

I. 서론	
II. 처분의 객관적 귀속의 형법철학적 의미	
1. 객관적 귀속의 의미와 체계적 지위	IV. 사회이론의 측면에서 본 객관적 귀속의 필요성
2. 인과관계와 형법학의 실증주의화	1. 형법의 관할영역
3. 인과관계와 귀속의 분리	2. 상당인과관계설의 한계
III. 우리 형법학에서 객관적 귀속의 가능성과 필요성	3. 현대 위험사회와 위험 기준의 유용성
1. 객관적 귀속의 가능성	V. 맺음말
2. 객관적 귀속의 필요성에 대한 비판	
3. 비판에 대한 반론	

【국 문 요 약】

객관적 귀속은 인과관계와 더불어 형법의 객관적 구성요건요소로 논의된다. 지배적인 학설은 독일에서 성장한 객관적 귀속을 객관적 구성요건요소로 인정하지만, 이에 반대하는 견해 역시 만만치 않게 존재한다. 객관적 귀속에 대해서는 다음과 같은 문제가 제기된다. 첫째, 객관적 귀속의 실정법적 근거가 있는가? 둘째, 객관적 귀속을 별도로 인정할 필요가 있는가? 셋째, 객관적 귀속은 고의범과 과실범에서 모두 인정할 수 있는 객관적 구성요건요소인가? 넷째, 객관적 귀속의 구체적인 기준은 무엇인가? 이 중에서 두 번째 문제는 여전히 치열한 논쟁대상이 되고 있다. 이 글은 법학방법론과 형법철학 그리고 사회이론의 관점을 원용하여 객관적 귀속에 관한 문제를 검토한다. 그 중에서도 첫 번째 문제와 두 번째 문제 그리고 세 번째 문제에 집중한다. 이를 위해 다음과 같이 논의를 전개한다. 먼저 객관적 귀속의 형법철학적 의미를 탐구한다(III). 다음으로 객관적 귀속이 우리 형

법에서 가능할 수 있는지, 또한 필요한지 논의한다(III). 특히 객관적 귀속이 별도로 필요한지 논쟁이 전개되는데, 이 글은 하버마스의 사회철학을 원용하여 어떤 점에서 객관적 귀속이 독자적인 기능을 수행하는지 논증한다(IV). 이를 통해 이 글은 상당인과관계설로는 대체할 수 없는 객관적 귀속만의 기능적 독자성을 보여 준다. 다만 이 글은 독일의 형법학자 아르민 카우프만의 문제제기를 수용하여, 객관적 귀속은 과실범에만 적용된다는 주장을 한다. 고의범에서는 고의귀속이 더욱 중요한 역할을 해야 한다고 주장한다(V).

I. 서론

객관적 귀속은 인과관계와 더불어 형법의 객관적 구성요건요소로 논의된다.⁴⁸⁾ 지배적인 학설은 독일에서 성장한 객관적 귀속을 객관적 구성요건요소로 인정하지만, 이에 반대하는 견해 역시 만만치 않게 존재한다.⁴⁹⁾ 객관적 귀속에 관해서는 크게 다음과 같은 점이 문제가 되고 있다. 첫째, 객관적 귀속의 실정법적 근거가 있는가? 둘째, 객관적 귀속을 별도로 인정할 필요가 있는가? 이는 인과관계와 같은 다른 형법 도그마틱으로 대체할 수 있는 것이 아닌가?⁵⁰⁾ 셋째, 객관적 귀속은

* 이 글은 2018년 4월 28일 토요일 고려대학교 법학전문대학원에서 열린 안암법학회 춘계학술대회에서 필자가 발표한 글을 대폭 수정 및 보완한 것입니다. 그날 필자의 발표에 대해 유익한 토론을 해주신 임석순 교수님, 홍영기 교수님, 이원상 교수님 그리고 유익한 심사의견을 제시해 주신 익명의 심사위원 분들에게 감사인사를 드립니다.

** 영남대학교 법학전문대학원 교수·법학박사

48) 객관적 귀속에 관해서는 그 동안 많은 연구가 이루어졌다. 그 중에서 객관적 귀속을 정면에서 상세하고 포괄적으로 다루는 문헌으로는 많은 문헌을 대신하여 우선 이용식, “객관적 귀속이론의 규범론적 의미와 구체적 내용”, 「현대 형법이론 I」(박영사, 2008), 43쪽 아래; 객관적 귀속이론의 발전과정에 관해서는 김성룡, “객관적 귀속이론의 발전사: 의사(Wille)의 귀속을 중심으로”, 「법사학연구」 제42호(한국법사학회, 2010), 119~150쪽; 객관적 귀속에 관한 판례를 분석하는 문헌으로는 하태영, “형법 제17조 인과관계와 객관적 귀속: 대법원 판례분석”, 「동아법학」 제58호(동아대학교 법학연구소, 2013), 287~372쪽 등 참고; 객관적 귀속에 관해 중요한 독일 문헌은 이미 1995년에 번역되었다. 이재상 외 (편역), 「인과관계와 객관적 귀속」(박영사, 1995) 참고; 독일의 객관적 귀속에 관해서는 우선 Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage, München 2006, S. 343 ff.

49) 대표적으로 배종대, 「형법총론」 제12판(홍문사, 2016), 223쪽; 오영근, 「형법총론」 제2판(보정판)(박영사, 2012), 176쪽; 임석원, “객관적 귀속에 관한 의문점과 해석의 방향”, 「형사법연구」 제22권 제2호(한국형사법학회, 2010), 161~186쪽; 이건호, 「과실범에 있어서 객관적 귀속에 대한 비판적 연구: 상당인과관계설과 객관적 귀속론을 중심으로」(서울대 법학박사 학위논문, 2001) 등 참고.

50) 이를 강력하게 주장하는 임석원, 앞의 논문(주2), 161쪽 아래.

고의범과 과실범에서 모두 인정할 수 있는 객관적 구성요건요소인가? 넷째, 객관적 귀속의 구체적인 기준은 무엇인가? 이 중에서 두 번째 문제는 여전히 치열한 논쟁대상이 되고 있다. 이 글은 법학방법론과 형법철학 그리고 사회이론의 관점을 원용하여 객관적 귀속에 관한 문제를 검토하고자 한다. 그 중에서도 첫 번째 문제와 두 번째 문제 그리고 세 번째 문제에 집중하고자 한다. 네 번째 문제, 즉 객관적 귀속의 구체적인 기준 또는 척도가 무엇인가에 관해서는 그 동안 형법학에서 풍부한 논의와 성과가 축적되었으므로 이 글에서는 다루지 않기로 한다.⁵¹⁾

II. 객관적 귀속의 형법철학적 의미

본격적인 논의를 하기에 앞서 형법철학의 측면에서 볼 때 객관적 귀속이 어떤 의미를 지니는지 살펴보도록 한다.

1. 객관적 귀속의 의미와 체계적 지위

일반적으로 ‘객관적 귀속’(objektive Zurechnung)이란 특정한 행위자가 범죄구성요건과 관련을 맺는 객관적·외부적 행위로서 특정한 결과를 야기하였을 때 이러한 결과를 행위자의 행위 탓으로 돌리는 것을 말한다. 형법상 범죄체계론에 따르면, 객관적 귀속은 객관적 구성요건요소로 자리매김한다. 보통 객관적 귀속은 범죄자의 특정한 행위로 인해 일련의 결과가 여러 개 발생하였을 때 과연 어디까지 범죄자의 ‘작품’(Werk)으로 인정할 것인지를 판단할 때 문제가 된다.

객관적 귀속은 ‘귀속’(Zurechnung) 개념에서 출발한다. 귀속은 특정한 결과를 행위자의 탓으로, 다시 말해 행위자의 작품으로 돌리는 과정을 뜻한다. 이러한 귀속은 ‘객관적 귀속’과 ‘주관적 귀속’ 그리고 ‘사실의 귀속’과 ‘법률의 귀속’으로 구분할 수 있다. 객관적 귀속과 대비되는 주관적 귀속은 특정한 결과를 행위자의 주관적 탓, 즉 책임으로 돌리는 것을 말한다. 이에 대해 사실의 귀속은 행위자의 행위로 발생한 사실을 행위자의 탓으로 돌리는 것을 말하고, 법률의 귀속은 이러한

51) 객관적 귀속의 구체적인 기준에 관해서는 이상돈, 「형법강론」 제2판(박영사, 2017), 156쪽 아래.

사실을 통해 발생한 규범위반의 결과를 행위자의 탓으로 돌리는 것을 말한다. 엄격한 방법이원론에 따르면, 사실의 귀속이 존재적 판단이라면, 법률의 귀속은 규범적 판단에 해당한다.⁵²⁾

2. 인과관계와 형법학의 실증주의화

객관적 귀속이 형법 도그마틱에 수용된 것은 다른 형법 도그마틱의 주요 개념과 비교할 때 비교적 최근의 일이다. 그러나 객관적 귀속이 완전히 새롭게 등장한 개념인 것은 아니다. 왜냐하면 독일의 형법학자 아르민 카우프만(Armin Kaufmann)이 지적하고 있듯이, 객관적 귀속의 바탕이 되는 귀속 개념은 이미 자연법학자인 푸펜도르프(Samuel von Pufendorf)까지 거슬러 올라가기 때문이다.⁵³⁾ 헤겔 철학이 독일 형법학을 지배하던 1800년대 중반에도 귀속은 낯선 개념이 아니었다. 그렇지만 자연과학 및 사회과학에서 성장한 실증주의가 헤겔 철학을 밀어내고 형법학의 지배적인 방법으로 자리매김하면서 인과관계가 새롭게 범죄행위와 결과의 상관관계를 판단하는 기준으로 등장한다.⁵⁴⁾ 잘 알려져 있는 것처럼, 인과관계는 본래 존재적 학문인 자연과학에서 과학성을 담보하는 핵심적인 기준이자 요소가 되고 있기 때문이다.⁵⁵⁾ 이는 실증주의를 방법론으로 수용한 리스트(Franz von Liszt)의 형법학에서 쉽게 확인할 수 있다. 이를테면 리스트는 인과성을 기준으로 하여 형법상 의미 있는 행위가 무엇인지를 판단하기 때문이다. 물론 그렇다고 해서 형법학에서 인과관계가 순수하게 자연과학적으로 판단된 것은 아니다. 아마도 형법학의 규범적 특성을 고려해서인지 몰라도, 자연과학적 인과성은 논리적으로 추상화되어 조건설이라는 형태로 형법학에 자리 잡는다. 그렇다 하더라도 조건설에서는 인과관계를 판단하는 기준으로 규범성보다는 논리성이 강조되었다는 점은 분명하다.

52) 그러나 이렇게 사실의 귀속과 법률의 귀속을 명확하게 구분할 수 있을지 의문이 없지 않다. 왜냐하면 사실의 성격과 규범의 성격을 모두 갖는 구성요건표지 역시 존재하기 때문이다. 절도죄에서 중요한 '타인의 재물'이라는 구성요건표지를 이러한 예로 언급할 수 있다.

53) Armin Kaufmann, 김영환 (역), "고의범에서의 '객관적 귀속'?", 이재상 외 (편역), 「인과관계와 객관적 귀속」(박영사, 1995), 75쪽.

54) 이에 관해서는 양천수, "19세기 독일 형법학에서 전개된 법익 개념: 이념사를 중심으로 하여", 「법사학연구」 제38호(한국법사학회, 2008), 77~106쪽 참고.

55) Claus Roxin, a.a.O.(주1), S. 350~351.

3. 인과관계와 귀속의 분리

그러나 20세기 중반에 접어들면서 인과관계와 구별되는 귀속 개념이 객관적 귀속이라는 형태로 다시 등장한다. 여기에는 서로 다른 두 개의 철학적 흐름이 기여한다. 그 하나는 신헤겔주의이고, 또 다른 하나는 신칸트주의이다.

(1) 신헤겔주의와 객관적 귀속

독일 형법학에서 객관적 귀속이 다시 등장하는 데 이론적 기초를 제공한 학자는 형법학자가 아니라 민법학자였다. 제2차 세계대전 이후 독일 민법학을 이끌었던 칼 라렌츠(Karl Larenz)가 바로 그 사람이다. 신헤겔주의자인 율리우스 빈더(Julius Binder)의 제자로서 역시 신헤겔주의자였던 라렌츠는 박사학위논문에서 헤겔의 귀속 개념을 복원하는 작업을 한다.⁵⁶⁾ 여기서 라렌츠는 범죄행위를 인격성의 발현으로 파악한 헤겔의 견해에 주목한다. 헤겔에 따르면, 범죄행위는 법체제로 표상되는 기존 질서를 부정하는 범죄자의 의지와 인격성이 발현된 것이다. 이때 귀속은 이러한 범죄자의 부정적인 인격성을 다시 부정하는 것이다. 말하자면 귀속은 자연적인 현상과는 구분되는 인간의 의지적인 표현을 변증법적으로 제재하는 과정인 것이다.⁵⁷⁾

(2) 신칸트주의와 객관적 귀속

이렇게 라렌츠가 신헤겔주의의 토대 위에서 복원한 귀속 개념은 호니히(Richard Honig)에 의해 형법학에 수용된다.⁵⁸⁾ 호니히는 귀속 개념에 관한 라렌츠의 성과를 수용하면서, 특정한 행위결과가 행위자의 것인가를 판단할 때는 인과관계가 아닌 귀속이 판단기준이 되어야 한다고 말한다. 범죄는 인격성의 발현이라는 헤겔의 주장에 초점을 맞춘 것이다. 물론 그렇다고 해서 호니히가 신헤겔주의의 이념마

56) Karl Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig 1927; 이를 분석하는 문헌으로는 조훈, “객관적 귀속에 있어서 간과된 연결고리”, 「형사법연구」 제26호(한국형사법학회, 2006), 557쪽 아래.

57) Karl Larenz, a.a.O.(주9), S. 50 ff.

58) Richard Honig, 이용식 (역), “인과관계와 객관적 귀속”, 이재상 외 (편역), 「인과관계와 객관적 귀속」(박영사, 1995), 11쪽 아래.

저 수용한 것은 아니다. 호니히는 신칸트주의자이면서 ‘목적론적 사고’(teleologisches Denken)를 강조한 형법학자였기 때문이다.⁵⁹⁾ 이러한 호니히가 헤겔의 귀속 개념을 수용한 이유는 이것이 신칸트주의의 방법론에 합치했기 때문이다.⁶⁰⁾ 잘 알려져 있는 것처럼, 신칸트주의는 존재와 당위를 구별한다. 그런데 호니히가 볼 때, 인과관계는 존재적 원인과 결과의 관련성을 판단하는 기준이기 때 당위적 원인과 결과의 관련성을 판단하는 기준으로 사용하기에는 적합하지 않다. 그 점에서 호니히는 신헤겔주의자인 라렌츠의 연구성과에 관심을 갖고 이를 형법학에 수용한 것이다. 이렇게 보면 호니히는 본질론적인 측면, 즉 존재적 과정을 판단하는 인과관계는 규범학인 형법학에 적용할 수 없고, 따라서 규범적 과정을 판단하는 객관적 귀속이 형법학의 기준이 되어야 한다는 논거에서 객관적 귀속을 수용하고 있는 것이다.⁶¹⁾ 다만 필자에게는 이러한 본질론적인 논증이 객관적 귀속을 형법학에 도입하는 데 결정적인 논거가 될 수 있는지에 관해서는 의문이 없지 않다. 왜냐하면 그 당시에 이미 인과관계를 지지하는 진영 역시 인과관계를 규범적으로 발전시킨 상당인과관계설을 주장하고 있었기 때문이다. 상당인과관계설은 인과관계를 판단하는 기준으로서 ‘상당성’이라는 규범적인 요소를 도입함으로써 존재적인 판단기준에서 출발한 인과관계설을 규범적 모델로 바꾸고 있다. 이를 통해 인과관계설에 대한 신칸트주의의 비판을 방어하고 있는 것이다.⁶²⁾

(3) 객관적 귀속의 기능화

호니히에 의해 형법학에 수용된 객관적 귀속은 록신(Claus Roxin)을 통해 상당인과관계설을 대체하는 객관적 구성요건요소로 자리매김한다.⁶³⁾ 다만 여기서 주

59) 이를 보여주는 Richard Honig, *Die Einwilligung des Verletzten. Teil I: Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage*, Mannheim/Berlin/Leipzig 1919.

60) 다만 헤겔철학의 토대 위에서 발전시킨 객관적 귀속을 신칸트주의의 토대 위에 서있는 호니히가 무비판적으로 수용했다는 지적으로는 조훈, 앞의 논문(주9), 564쪽 아래.

61) 물론 이외에도 호니히는 객관적 귀속이 상당인과관계설보다 더욱 설득력 있는 기준을 제공한다고 말한다. Richard Honig, 앞의 논문(주11), 16쪽 아래.

62) 다만 이렇게 규범화한 상당인과관계설을 여전히 인과관계설의 범주에서 언급할 수 있을지 의문이 없지 않다. 오히려 상당인과관계설은 인과관계설과는 구별되는 ‘상관성이론’으로 파악하는 것이 타당하지 않을까 한다. 인과성과 구별되는 상관성에 관해서는 양천수, 「빅데이터와 인권」(영남대학교출판부, 2016), 55~58쪽.

63) Claus Roxin, 장영민 (역), “형법에서의 귀속문제에 관한 고찰”, 이재상 외 (편역), 「인과관계와 객관적 귀속」(박영사, 1995), 45쪽 아래.

의해야 할 점은, 록신이 호니히가 제안한 객관적 귀속을 그대로 수용한 것은 아니라는 것이다. 인과관계와 귀속은 서로 구별된다는 본질론적인 근거에서 객관적 귀속을 옹호한 호니히와는 달리, 록신은 기능론적인 관점에서 객관적 귀속을 받아들인다. 객관적 귀속에 ‘위험’(Risiko)이라는 기능적 개념을 도입한 것이다.⁶⁴⁾ 이를 통해 ‘위험창출’과 ‘위험실현’은 형법에서 객관적 귀속 여부를 판단하는 핵심적인 기준이 된다. 물론 그렇다고 해서 록신이 객관적 귀속을 철저하게 기능적인 개념으로만 파악하는 것은 아니다. 왜냐하면 록신은 인격적 행위론을 주창함으로써 범죄행위가 인격성의 발현이라는 점을 강조하고, ‘규범의 보호범위’라는 기준을 객관적 귀속에 추가함으로써 객관적 귀속의 규범성을 유지하기 때문이다.⁶⁵⁾

객관적 귀속에 대한 록신의 태도는 그가 추구한 형법학 방법론과 무관하지 않다. 호니히와 마찬가지로 록신 역시 목적론적 사고를 지향한다. 이때 말하는 목적론적 사고는 기능적 사고와 규범적 사고를 통합한 것이라고 말할 수 있다. 록신은 ‘목적적 행위론’(finale Handlungslehre)을 통해 ‘행위의 사물논리적 구조’를 지향하고자 했던 벨첼(Hans Welzel)처럼 존재론적 사고를 추구하지는 않는다.⁶⁶⁾ 이러한 맥락에서 록신은 그 전 세대의 형법학자들이 집중했던 행위론에 집착하지도 않는다. 그 대신 록신은 범죄체계론을 정립하는 데 관심을 기울인다. 그렇다고 해서 록신이 존재론적인 범죄체계론을 추구한 것은 아니다. 목적론적 사고에 걸맞게 록신은 형사정책과 형법 도그마틱을 통합함으로써 형사정책적인 목적을 실현하는 범죄체계론을 정립하는 데 관심을 쏟는다.⁶⁷⁾ 이러한 측면에서 록신은 그 이전에 리스트가 추구했던 ‘총체적 형법학’(gesamte Strafrechtswissenschaft), 즉 통합적인 형법학을 복원하고 있는 것이다. 예를 들어, 록신은 적극적 일반예방이라는 형사정책적 목적 실현을 정당화하는 근거이자 제한하는 근거로서 형법상 책임 개념을 설정한다.⁶⁸⁾ 여하간 객관적 귀속은 목적론적 사고로 무장한 록신에 의해 형

64) 위험은 한편으로는 존재적 개념이지만, 다른 한편으로는 기능적·평가적 개념이다. 위험은 가능성 또는 잠재력과 관련을 맺는 개념이기 때문이다. 이러한 위험의 성격에 관해서는 양천수, “위험·재난 및 안전 개념에 대한 법이론적 고찰”, 「공법학연구」 제16권 제2호(한국비교공법학회, 2015), 187-216쪽; 더불어 여기서 주의해야 할 점은, 록신이 제시한 위험 개념은 독일의 사회학자인 울리히 벡(U. Beck)이 제시한 ‘위험’(Risiko) 개념과는 차이가 있다는 것이다. 울리히 벡이 말하는 위험은 현대 위험사회가 산출하는 구조적인 것이라면, 록신이 말하는 위험은 이보다 그 외연이 넓은 것으로서 일상생활에 존재하는 위험 역시 포함한다.

65) 록신의 인격적 행위론에 관해서는 Claus Roxin, a.a.O.(주1), S. 256 ff.

66) 벨첼이 추구했던 ‘목적성’(Finalität)과 호니히·록신이 추구했던 ‘목적론적 사고’(teleologisches Denken)는 우리말 번역으로는 모두 ‘목적’으로 표현되고 있지만, 그 지향점은 다르다는 점에 주의할 필요가 있다.

67) 이를 보여주는 Claus Roxin, 김일수 (역), 「형사정책과 형법체계」(박영사, 1996), 19쪽 아래.

법학에서 상당인과관계설을 대체할 수 있는 설득력 있는 기준으로 자리 잡게 된다.

III. 우리 형법학에서 객관적 귀속의 가능성과 필요성

1. 객관적 귀속의 가능성

(1) 문제점

그러나 이렇게 독일 형법학에서 성장한 객관적 귀속이 우리 형법학에 수용될 수 있는지에 관해서는 논란이 없지 않다. 일단 객관적 귀속의 법적 근거를 우리 형법에서 찾을 수 있는지 문제된다. 이러한 문제가 제기되는 것은 인과관계와 객관적 귀속에 관해 우리 형법이 독일 형법과는 달리 규율하고 있기 때문이다. 독일 형법은 인과관계와 객관적 귀속을 규율하는 명문 규정을 두고 있지 않다. 이에 반해 우리 형법은 제17조에서 인과관계를 명문으로 규정한다. 이에 따르면, “어떤 행위라도 죄의 요소되는 위험발생에 연결되지 아니한 때에는 그 결과로 인하여 벌하지 아니한다.” 우리 형법학에 객관적 귀속을 도입하는 것을 비판하는 학설은 형법 제17조를 근거로 하여 객관적 귀속은 형법적 근거를 갖고 있지 않으므로 인정할 수 없다고 말한다. 이러한 견해는 법학방법론의 견지에서 볼 때 이른바 ‘주관적·역사적 해석방법’을 동원해 형법 제17조를 해석하는 것이다. 우리 형법 제17조가 제정될 당시에는 객관적 귀속이 아직 우리 형법학에 수용되지 않았고, 우리 형법의 입법자가 객관적 귀속을 염두에 두고 제17조를 제정했다고 볼 근거도 없으므로 형법 제17조는 객관적 귀속의 법적 근거가 될 수 없다는 것이다.⁶⁹⁾

(2) 객관적 귀속의 인정 가능성

68) Claus Roxin, a.a.O.(주1), S. 868 ff.

69) 이러한 견해를 주장하는 배종대, 앞의 책(주2), 223쪽; 오영근, 앞의 책(주2), 176쪽 등.

그러나 이러한 주장만이 가능한 것은 아니다.⁷⁰⁾ 다음과 같은 반론을 생각할 수 있다. 첫째, 법학방법론의 견지에서 보면 특정한 법규범을 해석할 때 주관적·역사적 해석방법만이 가능한 것은 아니라는 점을 알 수 있다. 문법적 해석, 논리적·체계적 해석, 목적론적 해석을 동원하는 것도 가능하다. 이 때문에 법학방법론에서는 심지어 ‘방법다원주의’라는 개념을 사용하기도 한다.⁷¹⁾

물론 독일의 법철학자 엥기쉬(Karl Engisch)가 적절하게 지적한 것처럼, 법규범을 해석할 때 다원적으로 사용될 수 있는 해석방법은 궁극적으로는 ‘주관적 해석’과 ‘객관적 해석’으로 귀결된다.⁷²⁾ 요컨대, 궁극적으로 모든 해석은 입법자의 주관적 의사를 고려해 이루어져야 하는지, 그게 아니면 법규범 그 자체가 담고 있는 객관적 의사를 고려해 진행되어야 하는지 대립한다. 입법자가 속한 ‘과거지평’과 해석자가 속한 ‘현재지평’이 대립하는 것이다. 이를테면 해석자가 입법자의 의사를 우선적으로 고려해 문법적·체계적·역사적 해석을 해야 하는지, 법규범 자체의 객관적 의사를 고려해 문법적·체계적·목적론적 해석을 해야 하는지가 문제되는 것이다.⁷³⁾ 그렇지만 이 둘 중에서 어느 한 쪽에 절대적인 우선권을 인정할 수는 없다. 이를테면 다양한 해석방법이 공존하면서 서로 충돌하는 경우에는 주관적·역사적 해석이 가장 우선해야 한다는 주장도 제시되지만,⁷⁴⁾ 그렇다고 해서 입법자의 의사에 절대적인 구속력을 인정할 수 있는 것은 아니기 때문이다. 가령 법규범을 제정할 때 입법자가 내린 판단은 시간이 지나면서 타당하지 않은 것으로 바뀔 수도 있기 때문이다. 예를 들어, 일제 강점기에 우리나라에 적용되었던 일본 구민법은 아내(妻)가 처분행위나 소송행위를 할 때는 남편의 동의를 얻어야 한다고 규정하고 있었는데, 이러한 경우에도 입법자의 의사를 존중해 해석을 해야 하면 오늘날 우리가 수용할 수 없는 자의적인 결론이 도출될 수밖에 없다.⁷⁵⁾ 더군다나 형법 제17조에 대한 입법자의 의사가 명백하게 존재하지 않고, 단지 이

70) 이에 관해서는 김호기, “객관적 귀속론에 대한 주관적 역사적 해석론에 입각한 반론에 대하여”, 『법학논총』 (한양대) 제23권 제2호(한양대학교 법학연구소, 2006), 277쪽 아래.

71) ‘방법다원주의’에 관해서는 이상돈, 『새로 쓴 법이론』 (세창출판사, 2005), 78쪽 아래.

72) 칼 엥기쉬, 안병영·윤재왕 (옮김), 『법학방법론』 (세창출판사, 2011), 141쪽 아래.

73) 역사적 해석이란 달리 말해 입법자가 판단한 목적을 고려하는 ‘주관적·목적론적 해석’이라고도 볼 수 있다.

74) 이러한 주장으로는 양창수, “동산질권에 관한 약간의 문제”, 『민법연구』 제1권(박영사, 1992), 272쪽.

75) 이 문제에 관해서는 양창수, “우리나라 최초의 헌법재판논의: 처의 행위능력 제한에 관한 1947년 대법원판결에 대하여”, 『서울대학교 법학』 제111호(서울대학교 법학연구소, 1999), 125~151쪽.

를 추측할 뿐인 상황에서는 역사적 해석을 사용하는 것이 전적으로 타당하다고 말할 수는 없다.

둘째, 이러한 맥락에서 보면 형법 제17조를 객관적으로 해석하는 것도 가능하고, 이를 통해 객관적 귀속을 추론하는 것도 가능하다.⁷⁶⁾ 세 가지 근거를 제시할 수 있다. 먼저 문법적 해석의 견지에서 보면, 형법 제17조는 객관적 귀속에서 중요한 판단기준이 되는 ‘위험’을 명문으로 규정하고 있다.

다음으로 기능적인 측면에서 볼 때, 인과관계와 객관적 귀속이 수행하는 기능은 유사하다. 둘 다 범죄자가 저지른 행위와 결과 사이의 관련성을 판단하는 데 사용될 뿐만 아니라, 자칫 무한히 늘어날 수 있는 객관적 구성요건 해당성의 범위를 규범적으로 제한한다. 이러한 근거에 비추어 볼 때, 형법 제17조가 인과관계 뿐만 아니라 객관적 귀속을 포함한다고 해석한다고 해서 그것이 ‘법문언의 가능한 의미’를 벗어나는 것으로서 금지되는 유추가 된다고 말할 수는 없다.⁷⁷⁾

나아가 우리 형법학은 명문 규정을 갖고 있지 않은 형법 도그마틱도 인정하고 있다는 점을 고려해야 한다. 예를 들어, 우리 형법학은 도그마틱의 차원에서 ‘정당화적 긴급피난’뿐만 아니라 ‘면책적 긴급피난’도 인정한다.⁷⁸⁾ 이에 관해 우리 형법은 제22조에서 긴급피난을 규정한다. 그런데 ‘위법성조각설’의 관점에서 형법 제22조를 해석하면, 면책적 긴급피난은 형법적 근거를 갖고 있지 않다.⁷⁹⁾ 이는 이른바 ‘초범규적 긴급피난’ 사유가 되는 것이다. 그렇지만 정당화적 긴급피난과 더불어 면책적 긴급피난이 필요하다는 점은 대부분의 형법학자가 인정한다.

2. 객관적 귀속의 필요성에 대한 비판

객관적 귀속이 우리 형법상 법적 근거를 갖는지 여부와는 별개로, 이를 굳이 인정할 필요가 있는가에 관해서도 견해가 대립한다. 객관적 귀속을 별도로 인정할 필요가 없다고 주장하는 견해는 크게 두 가지 근거에 의존한다. 첫째는 객관

76) 형법 제17조는 입법적으로는 인과관계를 규정한 것이지만, 객관적 귀속과도 합치할 수 있다고 해석하는 경우로는 신동운, 「형법총론」 제8판 보정판(법문사, 2015), 173쪽.

77) ‘법문언의 가능한 의미’는 우리 관례가 허용되는 형법해석과 금지되는 유추를 구별하는 기준으로 사용하는 것이다. 그러나 ‘법문언의 가능한 의미’ 기준이 실질적으로 이러한 기능을 수행할 수 있는지에 관해서는 논란이 없지 않다. 이에 관해서는 신동운 외, 「형법해석의 한계」(법문사, 2000) 참고.

78) 배종대, 앞의 책(주2), 374~375쪽.

79) 형법 제22조의 해석에 관해서는 배종대, 앞의 책(주2), 371쪽 아래 참고.

적 귀속이 수행하는 기능을 상당인과관계설과 같은 다른 도그마틱으로 대체할 수 있다는 것이고, 둘째는 객관적 귀속은 행위와 결과의 관련성을 정확하게 판단하는 기준이 될 수 없다는 것이다.

(1) 상당인과관계설의 기능적 동일성

상당인과관계설을 지지하는 견해는 다음과 같은 근거에서 객관적 귀속을 수용할 수 없다고 주장한다. 먼저 호니히가 강조했던 본질론적인 논증, 즉 인과관계와 귀속은 존재론·방법론적인 측면에서 구별해야 한다는 논증은 상당인과관계설을 통해 인과관계 자체가 규범적인 것으로 변모함으로써 설득력을 잃었다고 한다. 상당인과관계설이 객관적 귀속과 동일한 성격을 갖게 되었다는 것이다. 다음으로 객관적 귀속이 수행하는 기능은 모두 상당인과관계설이 수행할 수 있다고 한다.⁸⁰⁾ 다시 말해 객관적 귀속의 표지로 제시되는 위험창출이나 위험실현, 규범의 보호범위와 같은 기준은 모두 상당인과관계설의 핵심적 표지인 '상당성'에 포섭된다는 것이다. 이러한 근거에서 독일에서 성장한 객관적 귀속을 굳이 우리 형법학에 도입할 필요는 없다고 말한다.

(2) 객관적 귀속의 불완전성

상당인과관계설을 지지하는 견해는 객관적 귀속이 객관적 구성요건 해당성을 판단하는 기준으로는 불완전하다고 지적한다. 일관되고 통일된 기준을 제시하지 못하기에 규범적 판단에 대한 기준으로서는 적합하지 않다는 것이다. 달리 말해 객관적 귀속은 규범성이 결여된 임의적이고 자의적인 판단기준만을 제시할 뿐이라고 한다.⁸¹⁾ 이 견해는 객관적 귀속이 귀속판단의 기준으로 제시하는 것들, 이를테면 위험창출이나 위험실현, 규범의 보호범위, 합법적 대체행위 등은 체계적으로 일관되고 통일된 기준이 아니라고 한다. 이들 기준은 상위원리를 기반으로 하여 체계적으로 구체화된 것이 아니라, 마치 '문제변증론'(Topik)처럼 각 문제상황에 맞게 개발된 것이라고 한다.⁸²⁾ 또한 객관적 귀속은 판단주체가 이미 내린 귀속판

80) 오영근, 앞의 책(주2), 176쪽.

81) 배종대, 앞의 책(주2), 228쪽.

82) 다만 배종대 교수가 객관적 귀속론이 문제변증론에 바탕을 둔 것이라고 직접 언급하는 것은 아니다. 다만 “객관적 귀속이론은 규범이 부재한 틈에 생긴 영미법사고의 흉내, 더욱 정확하게는

단을 사후적으로 정당화하는 논증수단에 불과하다고 말한다. 이러한 근거에서 객관적 귀속은 객관적 구성요건 해당성을 판단하는 기준으로서 불완전하고, 따라서 이를 수용할 필요는 없다고 말한다.⁸³⁾

(3) 고의범에는 적용될 수 없는 객관적 귀속

객관적 귀속을 비판하는 견해 중에는 객관적 귀속은 과실범에만 적용될 수 있고, 고의범에는 적용될 수 없다는 견해가 있다. 아르민 카우프만의 주장이 대표적인 경우에 속한다.⁸⁴⁾ 카우프만은 객관적 귀속의 기준들은 과실범을 대상으로 하여 개발된 것이라고 한다. 따라서 이러한 기준들은 고의범에는 적용할 수 없다고 한다. 특히 ‘규범의 보호범위’라는 기준이 문제가 된다. 지배적인 범죄체계론에 따르면, 주관적 구성요건에 속하는 고의는 객관적 구성요건을 인식 및 의욕하는 것이라고 정의된다.⁸⁵⁾ 따라서 만약 객관적 귀속이 객관적 구성요건에 해당한다면, 구성요건적 고의는 이러한 객관적 귀속에 대한 인식 및 의욕을 포함해야 한다. 그런데 객관적 귀속의 기준으로 규범의 보호범위가 포함되면, 고의는 이를 인식 및 의욕하는 것이 되어야 한다. 하지만 그렇게 되면, 책임단계에 속하는 규범성 판단을 고의단계에서 하는 것이 되므로 이는 구성요건 고의와 위법성 인식을 구별하는 범죄체계론의 견지에서 볼 때 타당하지 않다는 것이다. 따라서 고의범에서는 객관적 귀속이 아닌 고의귀속이 더욱 중요한 역할을 한다고 말한다.⁸⁶⁾

3. 비판에 대한 반론

대륙법사고와 영미법사고의 혼합형태라고 할 수 있다.”는 주장에서 객관적 귀속이 문제변증론에 기반을 두고 있다는 주장을 추론할 수 있다.

83) 이외에도 객관적 귀속의 하부요건으로 제시되는 ‘허용되지 않은 위험 창출’에서 ‘허용되지 않은 위험’을 구체적으로 판단하는 것이 쉽지 않다는 비판으로는 우어스 킨트호이저, 윤재왕·홍영기(옮김), “객관적 귀속: 가능성과 한계”, 『형사법연구』 제25권 제4호(한국형사법학회, 2013), 351~373쪽 참고.

84) Armin Kaufmann, 앞의 논문(주6), 90쪽.

85) 예를 들어 Claus Roxin, a.a.O.(주1), S. 437.

86) 이와 유사한 문제의식으로는 홍영기, “인과과정의 착오에서 고의의 특징”, 『고려법학』 제60호(고려대학교 법학연구원, 2011), 453쪽 아래 참고.

이러한 비판은 나름 설득력을 지니고 있다. 그렇지만 다음과 같은 반론도 가능하다.

(1) 객관적 귀속의 기준으로서 상당인과관계설

우선 객관적 귀속을 대체하는 기준으로 제시되는 상당인과관계설이 과연 인과관계에 관한 학설인지 의문을 제기할 수 있다. 애초에 민법학 영역에서 트래거(Ludwig Traeger)에 의해 제창된 상당인과관계설은 ‘상당성’(Adäquanz)이라는 기준이 보여주는 것처럼 존재적인 색채보다는 규범적인 색채가 강하다.⁸⁷⁾ 바로 이 점에서 상당인과관계설은 호니히가 인과관계에 대해 제기하는 본질론적인 비판을 피해가고 있는 것이다. 또한 상당인과관계설에서 상당성에 대한 판단기준으로 제시되는 것이 ‘예견가능성’인데, 객관적 귀속의 구체적인 기준으로 호니히가 제시하는 것도 예견가능성이라는 점을 감안하면,⁸⁸⁾ 결국 인과관계란 용어를 쓰고 있지만 상당인과관계설 역시 실질적으로는 객관적 귀속에 관한 기준이라고 평가할 수 있다.⁸⁹⁾ 따라서 한편으로는 상당인과관계설을 고수하면서, 다른 한편으로는 객관적 귀속을 거부하는 것이 과연 설득력 있는 태도인지 의문이 없지 않다.

(2) 상당성의 불명확성

다음으로 상당인과관계설의 상당성 기준도 완전한 기준은 아니라는 점을 지적할 수 있다.⁹⁰⁾ 상당성은 일반조항적 개념으로서 그 내용이 모호하다. 무엇이 과연 상당한 것인지를 판단하는 것은 쉽지 않다. 이 역시 구체화를 필요로 한다. 그렇지만 이를 어떻게 구체화해야 하는지에 관해서도 견해가 통일되어 있지 않다. 상당성은 흔히 ‘예견가능성’으로 구체화되는데, 이러한 예견가능성을 어떤 기준으로

87) Ludwig Traeger, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des B.G.B.*, Marburg 1904; 물론 엄밀하게 말하면, 트래거가 상당인과관계설을 처음으로 주창한 것은 아니다. 왜냐하면 이 책을 보면 알 수 있듯이, 트래거는 그 이전에 존재했던 다양한 상당인과관계설을 체계적으로 종합한 것이라고 말할 수 있기 때문이다. 가령 Ludwig Traeger, a.a.O., S. 130 ff.

88) Richard Honig, 앞의 논문(주11), 33쪽.

89) 이와 유사한 주장으로는 우어스 킨트호이저, 앞의 논문(주36), 353쪽.

90) 이에 관해서는 이용식, “상당인과관계설의 이론적 의미와 한계: 상당성의 본질”, 『현대 형법이론 I』 (박영사, 2008), 3쪽 아래.

판단해야 하는지에 관해 다시 견해가 대립한다. ‘객관적 예견가능성’과 ‘주관적 예견가능성’이 그것이다. 이러한 점을 고려하면, 오히려 구체성의 측면에서는 ‘상당성’보다는 ‘위험’이 더욱 낫다고도 볼 수 있다. 위험은 확률로서 계량화할 수 있기 때문이다.

(3) 객관적 귀속의 한계로서 문제변증론적 성격(?)

나아가 객관적 귀속은 문제변증론처럼 단일한 기준을 제공하지 못하기에 규범성을 결여하고 있다는 주장에 대해서는 다음과 같이 반론을 할 수 있다.

첫째, 이 견해는 법학방법론의 측면에서 문제변증론에 부정적인 시각을 갖고 있는 것처럼 보인다.⁹¹⁾ 법적 판단에 사용되는 좋은 기준이란 단일한 상위기준에서 일관되게 체계적으로 도출되는 기준을 뜻하는 것으로 보인다. 달리 말해, 개념법학이 추구했던 완결된 개념과 체계에 바탕을 둔 기준이 규범적으로 좋은 기준이라고 말하는 것처럼 보인다.⁹²⁾ 그러나 개념법학과 목적법학의 논쟁이 보여주는 것처럼, 개념법학이 추구했던 기준이 언제나 좋은 기준이라고 말할 수는 없다. 완결된 개념과 체계 및 일관성을 추구한 나머지 현실에서는 불합리한 결과를 야기하는 기준도 다수 존재하기 때문이다.⁹³⁾ 목적법학과 문제변증론은 바로 이러한 문제를 해결하기 위해 등장한 것이라는 점에 주의해야 한다. 개념법학 또는 ‘공리론’(Axiomatik)과는 달리, 문제변증론은 각기 다른 상황을 정의롭게 해결할 수 있는 기준을 모색한다. ‘투입-산출 모델’(input-output model)을 적용해서 말하면, 공리론이 투입을 지향하는 방법론이라면, 문제변증론은 산출을 지향하는 방법론에 해당한다.⁹⁴⁾ 따라서 만약 객관적 귀속이 문제변증론과 유사한 방법을 따른다면, 객관적 귀속은 각각의 상황에 적합한 해법을 추구하는, 달리 말해 정의로운 산출을 지향하는 방법론이라고 말할 수 있다. 이를 부정적으로만 평가할 수는 없다. 논리적으로 완결된 기준을 고수한 나머지 구체적인 상황에서 설득력 있는 역할을 하지 못하는 규범적 기준보다는 완결되고 통일된 기준을 제시하지는 못하지만 현

91) 문제변증론에 관해서는 우선 Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München 1974 참고.

92) 개념법학에 관해서는 김영환, “법의 계수의 결과현상들: 개념법학적인 사유형태와 일반조항에로의 도피”, 『법철학연구』 제4권 제1호(한국법철학회, 2001), 153쪽 아래; 양천수, “개념법학: 형성, 철학적·정치적 기초, 영향”, 『법철학연구』 제10권 제1호(한국법철학회, 2007), 233~258쪽.

93) 이를 보여주는 Rudolf von Jhering, 양창수 (역), “다시 지상에서: 어떻게 개선할 것인가?”, 양창수 (편역), 『독일민법학논선』 (박영사, 2005), 31쪽 아래 참고.

94) Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1974, S. 26.

실적인 문제를 해결하는 데 기여하는 규범적 기준이 더 낮지 않을까 생각한다.

둘째, 특정한 범죄행위로 인해 일련의 결과가 발생하였을 때, 과연 결과의 어느 범위까지 범죄행위의 탓으로 돌릴 것인가를 판단할 때는 다양한 현실적·규범적 요소를 고려해야 한다. 존재영역에서도 인과과정은 단일한 요소로만 결정되지는 않는다. 현실적으로는 여러 요소가 복합적으로 작용하여 결과로 이어지는 경우가 다반사이다. 또한 일련의 결과를 행위자의 탓으로 돌릴 때에도 다양한 규범적 요소를 고려해야 한다. 정의에 대한 판단기준 자체가 다양하게 존재하는 것처럼, 객관적 귀속을 판단할 때 다양한 규범적 요소가 고려되는 것은 어찌 보면 자연스럽다고도 말할 수 있다.⁹⁵⁾ 판례 역시 많은 경우 다양한 요소를 고려하는 종합적인 판단을 선호한다는 점도 이를 예증한다.⁹⁶⁾

셋째, 이러한 맥락에서 보면 상당인과관계설 역시 이와 같은 문제를 피해갈 수 있을지 의문이 든다. 그 이유는 다음과 같이 말할 수 있다. 상당인과관계설에서 핵심이 되는 ‘상당성’ 역시 앞에서 언급한 것처럼 불명확한 개념이다. 이를 실제 사건에 적용하기 위해서는 다시 구체화해야 할 필요가 있다. 그렇지만 상당성을 어떻게 구체화해야 할지에 관해서는 견해가 대립한다. 또한 상당성이 구체화된 것으로 제시되는 ‘예견가능성’이 과연 명확하면서 확고한 기준이 될 수 있을지 의문이 든다. 이 역시 각각의 상황에 따라 개별적으로 판단할 수밖에 없는 기준이 아닐까?

넷째, 객관적 귀속은 문제를 해결하는 기준이 아니라, 이미 결정된 해법을 사후적으로 정당화하는 기준에 불과하다는 비판, 즉 결과를 사후적으로 정당화하는 논증수단에 불과하다는 비판은 사실 객관적 귀속에만 적용되는 것은 아니다. 법적 논증이론이나 법수사학이 강조하는 것처럼, 법도그마틱을 구성하는 법적 개념이나 체계 등은 해석자가 이미 결정한 해석결과를 사후적으로 정당화하는 논증수단으로 작용한다.⁹⁷⁾ 물론 모든 개념이나 체계가 그런 것은 아니다. 법적 개념과 체계가 정교하게 구성되면, 이들에 따라 문제를 풀 수 있는 경우도 많다. 법도그

95) 정의에 관한 다양한 관점 및 기준에 관해서는 마이클 샌델, 이창신 (옮김), 「정의란 무엇인가」 (김영사, 2010) 참고.

96) 여기서 루만의 주장을 상기할 필요가 있다. 루만은 정의란 ‘적절한 복잡성’이라고 말하는데, 이는 복잡한 현실 문제를 해결하기 위해서는 그에 상응하는 기준 역시 적절하게 복잡해야 한다는 점을 뜻한다. 간명한 기준일수록 현실 문제를 해결하기 어렵다. Niklas Luhmann, a.a.O.(주47), S. 23.

97) 이에 관해서는 이계일, “수사학적 법이론의 관점에서 본 법적 논증의 구조”, 「법철학연구」 제13권 제1호(한국법철학회, 2010), 35~88쪽 참고.

마틱이 정교하고 치밀하게 발전한 민사법 영역에서 이러한 경우를 자주 발견할 수 있다. 민사법 영역에서는 여러 쟁점들이 복잡하게 얽힌 사건이 발생하는 경우가 상대적으로 많은데, 이때에는 해석자의 선입견이 직관적으로 작용하여 문제를 해결하기보다는 민사법 도그마틱이 축적한 개념과 체계에 따라 단계적으로 문제를 풀어가게 된다. 그렇지만 해석자가 직관적으로 그 결과를 결정한 후 이를 이론적으로 근거 짓기 위해 법도그마틱을 인용하는 경우도 많다. 예를 들어, ‘기능적 범행지배’라는 기준은 공동정범을 판단하는 기준으로 자리매김하고 있지만, 구체적인 상황에서 과연 공동정범이 성립하는지를 판단할 때 기능적 범행지배가 실질적인 역할을 하지 못하는 경우도 많다. 오히려 직관적으로 공동정범인지 여부를 판단한 후 이를 정당화하기 위해 기능적 범행지배 논증을 끌고 오는 경우가 많다.⁹⁸⁾

(4) 객관적 귀속의 필요성과 한계

이러한 논증에 비추어 볼 때 객관적 귀속이 방법론적으로 불완전하다거나 객관적 귀속이 수행하는 기능을 전적으로 상당인과관계설이 대체할 수 있다고 보는 것은 타당하지 않다. 다만 앞에서 전개한 논증만으로는 객관적 귀속의 독자적인 필요성을 근거 짓는 데 여전히 부족할 수 있다. 상당인과관계설과는 차별화되는 객관적 귀속만의 독자적인 기능적 우월성을 찾아야만 비로소 객관적 귀속이 필요하다는 점을 근거 지을 수 있다. 필자는 사회이론의 관점을 끌어들이 이를 논증할 수 있다고 생각한다. 이를 아래 IV.에서 수행하고자 한다.

다만 여기서 짚고 넘어가야 할 점이 있다. 필자는 객관적 귀속은 과실범에 대해서만 적용할 수 있고 고의범에 대해서는 적용할 수 없다는 아르민 카우프만의 주장이 설득력을 지닌다고 생각한다. 따라서 객관적 귀속은 기본적으로 과실범의 객관적 구성요건 해당성을 판단하는 귀속기준으로 사용하는 것이 바람직하다. 이와 달리 고의범에서는 인과관계만을 판단하고 그 이후에는 행위자에게 고의가 귀속되는지를 중점적으로 판단하는 것이 바람직하다. 달리 말해, 고의범에서는 객관적 귀속보다는 고의귀속이라는 ‘주관적 귀속’에 더욱 초점을 맞추는 것이 바람직

98) 이에 관해서는 양친수, “공동정범 도그마틱에 대한 법이론적 고찰: 기능적 범행지배론에 대한 법이론적 분석을 중심으로 하여”, 『경남법학』 제22집(경남대학교 법학연구소, 2007), 127~146쪽 참고.

하다.⁹⁹⁾ 이를 예시적으로 보여주는 것이 형법학에서 이른바 ‘비유형적 인과과정’의 문제로 논의되는 사례이다. 다수의 학설은 이를 인과과정의 착오 문제로 보는데,¹⁰⁰⁾ 인과과정의 착오는 바로 인과관계 그 자체의 문제라기보다는 고의귀속에 관한 문제에 속한다고 말할 수 있다. 이는 고의에 의해 유발된 비유형적 인과과정의 문제에서는 인과관계나 객관적 귀속보다는 고의귀속 여부가 중요한 논점이 되고 있다는 점을 보여준다.¹⁰¹⁾

IV. 사회이론의 측면에서 본 객관적 귀속의 필요성

필자는 객관적 귀속이론은 상당인과관계설과는 구별되는 기능적 독자성을 갖고 있다고 생각한다. 이는 객관적 귀속에서 핵심적인 척도가 되는 ‘위험’이 수행하는 기능에서 찾아볼 수 있다. 위험이라는 기준이야말로 상당인과관계설의 상당성이 하지 못하는 기능을 수행한다. 그 이유를 다음과 같이 말할 수 있다.

1. 형법의 관할영역

(1) 출발점

형법의 관할영역에서 논의를 시작하고자 한다. 현대사회에서 형법이 관할하는 영역은 어디까지인가? 이 문제는 그리 어려워 보이지 않는다. 왜냐하면 형법은 현대사회에서 발생하는 모든 범죄를 규율하기 때문이다. 따라서 형법이 관할하는

99) 형법학에 객관적 귀속을 다시 도입한 호니히는 한편으로는 신칸트주의 형법학자이면서, 다른 한편으로는 여전히 인과적 범죄체계론을 주장하고 있었다는 점을 고려할 필요가 있다. 우어스 킨트호이저, 앞의 논문(주36), 351쪽; 인과적 범죄체계에서는 구성요건적 고의와 위법성 인식을 명확하게 구분하지 않는다. 그러나 구성요건적 고의와 위법성 인식을 구별하는 범죄체계론을 수용한다면, 아르민 카우프만의 문제의식을 진지하게 고려할 필요가 있다.

100) 이와 달리 홍영기 교수는 이를 사실의 착오에 대한 해결기준인 ‘구체적 부합설’이 적용되는 문제로 파악한다. 홍영기, 앞의 논문(주39), 473쪽 아래.

101) 이 문제를 객관적 귀속의 문제로 해결하고자 하는 견해도 없지 않다. 이에 관해서는 홍영기, 앞의 논문(주39), 457~458쪽 참고; 다만 고의에 의해 야기된 비유형적 인과과정의 문제에서는 설사 객관적 귀속이 인정된다 하더라도 여전히 고의귀속의 문제는 해결되지 않은 채 남아 있다는 점에서 객관적 귀속이 적절한 해법이 될 수는 없다. 객관적 귀속은 기수인지 아니면 미수인지 여부를 판단하는 문제인 반면, 고의귀속은 고의인지 아니면 과실인지를 판단하는 문제라는 점에서 양자는 논의의 지평을 달리 한다.

영역은 사회 전체라고 말할 수 있다. 다만 여기서 문제는 형법이 관할하고 규율하는 사회라는 것이 구체적으로 무엇을 뜻하는가 하는 점이다. 사회이론의 견지에서 볼 때 사회 전체는 다양한 사회적 영역이 공존하는 공간이자 체계이기 때문이다.¹⁰²⁾ 따라서 형법이 관할하는 사회가 구체적으로 무엇을 뜻하는지 파악하기 위해서는 사회라는 영역을 좀 더 구체적으로 살펴볼 필요가 있다.

(2) 사회의 분화

현대사회는 단일한 성격을 갖는 영역으로만 구성되는 것은 아니다. 각기 다른 성격을 갖는 영역이 사회 안에서 공존한다. 사실 전체 사회를 이렇게 파악하는 시각은 법학에 그리 낯설지 않다. 왜냐하면 법학은 로마법 이래로 전체 사회를 공법이 적용되는 공적 영역과 사법이 적용되는 사적 영역으로 구분했기 때문이다. 공적 영역은 국가영역으로, 사적 영역은 사회영역으로 달리 말하기도 한다. 공법이 적용되는 국가영역과 사법이 적용되는 사회영역에 대해서는 각기 다른 법적 원리가 적용된다. 이렇게 전체 사회를 국가영역과 사회영역으로 구획하는 모델을 <국가-사회 이원론>이라고 부르기도 한다.¹⁰³⁾

이렇게 전체 사회를 이원적으로 파악하는 시각은 이외에도 다양하게 존재한다. 예를 들어, 독일의 사회학자인 퇴니스(Ferdinand Tönnis)는 헤겔 철학을 수용하여 전체 사회를 ‘공동사회’와 ‘이익사회’로 구분한다.¹⁰⁴⁾ 마르크스(Karl Marx)는 사회구성체를 ‘토대’와 ‘상부구조’로 구분한다. 프랑스의 사회학자 뒤르케임(Emil Durkheim)은 연대의 유형을 중심으로 하여 ‘기계적 연대’가 지배하는 사회와 ‘유기적 연대’가 지배하는 사회로 구분한다.¹⁰⁵⁾ 이러한 ‘전체 사회 이원론’의 가장 현대적인 형태는 독일의 사회철학자 하버마스(Jürgen Habermas)에게서 발견할 수 있다. 하버마스에 따르면, 전체 사회는 ‘생활세계’(Lebenswelt)와 ‘체계’(System)로 구획된다.¹⁰⁶⁾ 여기서 생활세계는 우리가 일상적으로 경험하는 세계인 반면, 체계는

102) 루만의 체계이론에 따르면, ‘사회’(Gesellschaft) 그 자체가 ‘사회적 체계’(soziales System)에 해당한다. Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt/M. 1984, S. 15 ff.

103) 이에 관해서는 서경석, “국가와 사회: 이원론과 일원론”, 『헌법학연구』 제8권 제3호(한국헌법학회, 2002), 7~32쪽 참고.

104) Ferdinand Tönnis, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Berlin 1887 참고.

105) 에밀 뒤르케임, 민문홍 (옮김), 『사회분업론』 (아카넷, 2012) 참고.

106) 위르겐 하버마스, 장춘익 (옮김), 『의사소통행위론 2: 기능주의적 이성 비판을 위하여』 (나

전문화된 기능영역이다. 생활세계가 공동사회, 기계적 연대가 지배하는 사회에 대응한다면, 체계는 이익사회, 유기적 연대가 지배하는 사회에 대응한다. 하버마스는 ‘정치’와 ‘경제’를 체계로 제시한다.¹⁰⁷⁾

(3) 형법의 관할영역

하버마스는 이러한 이원적 사회이론에 따라 법이 규율하는 영역도 구분한다. 이를테면 형법은 생활세계를 규율하는 배후근거가 된다. 이에 반해 가령 행정법은 체계를 규율하는 법으로 기능한다. 하버마스는 전자를 ‘제도로서 법’(Recht als Institution)이라고 부르고, 후자를 ‘매체로서 법’(Recht als Medium)이라고 부른다. 형법이 생활세계의 제도가 된다는 것은 생활세계가 이미 존재하고 이러한 생활세계의 질서를 규율하기 위해 형법이 존재한다는 것을 뜻한다. 이에 반해 행정법이 체계의 매체가 된다는 것은 행정법을 통해 비로소 정치체계가 구성된다는 것을 의미한다.

이러한 하버마스의 주장은 법의 관할영역과 기능을 사회이론과 결합시키고 있다는 점에서 눈여겨 볼만하다. 그러나 하버마스의 주장이 전적으로 타당한 것은 아니다. 두 가지 반론을 던질 수 있다. 첫째, 하버마스는 제도의 성격을 갖는 법과 매체의 성격을 갖는 법을 각기 분리하고 있지만, 법은 기본적으로 이러한 두 가지 성격을 모두 갖고 있다는 점이다.¹⁰⁸⁾ 예를 들어, 형법은 한편으로는 이미 존재하는 생활세계를 규율하는 법으로 작동하지만, 동시에 생활세계 자체를 구성하는 역할도 수행한다. 이를테면 형법이 성과 관련된 범죄를 어떤 방식으로 규율하는가에 따라 성과 관련된 여성과 남성의 소통문화 등이 구성된다. 형법이 성범죄를 강력하게 처벌하는 방향으로 개정되면서, 성과 관련된 여성과 남성의 소통문화도 여성의 관점을 좀 더 반영하는 쪽으로 변하게 된다. 이는 ‘김영란법’으로 알려진 ‘청탁금지법’에서도 발견할 수 있다. ‘청탁금지법’은 부정한 청탁과 금품 등

남출판, 2006) 참고.

107) 이 점에서 하버마스의 체계 개념은 루만의 체계 개념과 차이가 있다. 크게 두 가지 차이점을 지적할 수 있다. 첫째, 하버마스는 파슨스(Talcott Parsons)의 체계 개념을 수용하는 반면, 루만은 파슨스와는 다른 체계 개념을 정립하고 있다는 점이다. 둘째, 하버마스는 정치체계와 경제체계만을 사회적 하부체계로 언급하는 반면, 루만은 정치체계 및 경제체계뿐만 아니라, 교육, 학문, 종교, 의료 등을 사회의 부분체계로 제시하고 있다는 것이다.

108) 이를 분석하는 양천수, “사회적 부패로서 규제: 규제개혁론에 대한 비판적 고찰”, 「한국부패학회보」 제19권 제3호(한국부패학회, 2014), 41~63쪽 참고.

제공행위의 영역을 확장함으로써 청탁이나 선물제공과 관련된 우리의 생활세계 자체를 새롭게 구성하고 있기 때문이다.

둘째, 오늘날 형법은 생활세계에서 발생하는 범죄만을 규율하지는 않는다. 경제 형법, 금융형법, 회사형법, 도산형법, 의료형법 등이 시사하는 것처럼, 오늘날 형법은 경제체계나 의료체계 등도 관할영역으로 포섭한다. 달리 말해, 사회적 하부체계와 같이 고도로 전문화된 영역에서 발생하는 범죄 역시 형법에 의해 통제된다. 요컨대, 오늘날 형법은 생활세계의 배후근거로만 머무는 것이 아니라, 사회적 하부체계 역시 관할영역으로 포함시킨다. 따라서 형법이 생활세계의 배후근거가 된다는 하버마스의 주장은 애초에 형법이 생활세계를 규율하는 법으로 출발했다는 주장으로 이해하는 것이 타당해 보인다.¹⁰⁹⁾

이러한 맥락에서 하버마스의 사회이론을 독자적인 방식으로 형법학에 수용한 이상돈 교수의 주장에 주목할 필요가 있다. 이상돈 교수는 형법이 관할하는 영역을 세 영역으로 구분한다.¹¹⁰⁾ ‘일상영역’, ‘과학기술에 의해 전문화된 영역’ 그리고 ‘체계’가 그것이다. 이는 하버마스의 이원적 사회이론을 발전적으로 수용하면서, 동시에 형법의 관할영역에 관한 하버마스의 주장을 실제 현실에 맞게 수정한 것이다. 여기서 ‘일상영역’은 생활세계를 뜻하고, ‘과학기술에 의해 전문화된 영역’은 일상영역과 체계가 구조적으로 중첩되는 영역을 말한다. 의료영역이나 교통영역이 이에 관한 대표적인 예에 해당한다. 그리고 ‘체계’는 앞에서 언급한 사회적 하부체계를 뜻한다. 이상돈 교수에 따르면, 형법은 이제 단순히 일상영역만을 규율하는 법이 아니라 과학기술에 의해 전문화된 영역뿐만 아니라 체계까지 관할하는 법, 달리 말해 사회 전체를 규율하는 법인 것이다.¹¹¹⁾

2. 상당인과관계설의 한계

109) 그러나 형법의 역사를 고려하면, 이러한 이해방식 역시 타당해 보이지는 않는다. 왜냐하면 이미 오래 전부터 정치형법은 형법의 중요한 부분을 차지하였는데, 정치형법이야말로 정치체계를 규율하는 법이라고 볼 수 있기 때문이다. 형법의 역사에 관해서는 박상기, 「독일형법사」(율곡출판사, 1993) 참고.

110) 이상돈, 「형법학」(법문사, 1999), 단락번호 [10] “책임의 개인적 귀속과 형법적 행위영역의 유형화” 참고.

111) 이렇게 법이 규율하는 영역을 유형화하는 시도는 민법학에서도 발견할 수 있다. 예를 들어, 김형배 교수는 불법행위가 규율하는 영역을 중심으로 하여 “행위자의 유책성이 귀책근거가 되는 불법행위”와 “행위의 위험성이 귀책근거가 되는 불법행위”를 구분한다. 서광민 교수는 이를 더욱 발전시켜 불법행위를 “행위자비난형 불법행위”, “행위비난형 불법행위”, “위험원지배형 불법행위”로 유형화한다. 이에 관해서는 최홍섭, “불법행위의 성립요건”, 「이영준 박사 화갑기념논문집」(박영사, 1999), 988쪽 아래 참고.

이렇게 오늘날 형법이 ‘일상영역’과 ‘고도로 전문화된 영역’을 모두 관할하기 위해서는 형법 도그마틱 역시 이러한 일상영역과 고도로 전문화된 영역에 모두 적용될 수 있어야 한다. 이러한 근거에서 볼 때, 상당인과관계설은 약점을 가질 수밖에 없다. 왜냐하면 상당인과관계설의 핵심적 기준인 ‘상당성’은 행위자 또는 일반인이 ‘일상생활의 경험’에 비추어볼 때 상당한 것을 뜻하기 때문이다. 이는 상당인과관계설이 일상영역, 즉 ‘생활세계’에서 발생하는 범죄에 대해서만 적용될 수 있다는 것을 시사한다. 이를 예증하듯 가령 배종대 교수는 “상당성의 판단기준은 ‘생활세계의 보편적 경험’이 제공한다.”고 말한다.¹¹²⁾ 따라서 고도로 전문화된 영역, 가령 경제체계에서 발생한 범죄에 대해 “생활세계의 보편적 경험”을 적용하는 데는 한계가 있을 수밖에 없다. 마찬가지로 이유에서 의료영역이나 교통영역에서 발생하는 범죄를 규율하는 과정에서 상당성이라는 기준은 한계에 부딪힐 수밖에 없다.

3. 현대 위험사회와 위험 기준의 유용성

이와 달리 위험을 핵심적 기준으로 수용하는 객관적 귀속론은 일상영역뿐만 아니라 고도로 전문화된 영역에서 발생하는 범죄에 대응하는 데 유리하다. ‘위험사회’라는 개념이 시사하는 것처럼, ‘위해’(Gefahr)나 ‘위험’(Risiko)은 오늘날 사회의 거의 모든 영역에 존재하기 때문이다. 특히 고도로 전문화된 영역에는 다양한 그리고 때로는 허용된 위험이 존재한다. 물론 여기에서도 위험이 구체적으로 무엇인가, 라는 문제가 등장한다. 그렇지만 “생활세계의 보편적 경험”을 바탕으로 하기에 주로 일상영역에서 발생하는 범죄에 대해 힘을 발휘하는 상당인과관계설에 비해, 위험이라는 기능적 기준을 갖춘 객관적 귀속론이 현대 위험사회에서 발생하는 범죄에 대응하는 데는 분명 유리한 점을 갖고 있다. 바로 이 지점에서 필자는 객관적 귀속론의 기능적 독자성을 찾을 수 있다고 생각한다.

112) 배종대, 앞의 책(주2), 229쪽.

V. 맺음말

지금까지 객관적 귀속과 관련된 몇 가지 쟁점을 살펴보았다. 이를 통해 필자는 객관적 귀속이 상당인과관계설과는 차별화되는 기능적 독자성을 갖고 있음을 논증하였다. 그러나 동시에 앞에서 주장한 것처럼 필자는 객관적 귀속이 과실범에만 적용될 수 있는 도그마틱이라는 점도 인정하였다. 현대사회에서 발생하는 과실범은 주로 업무상 과실범의 형태가 많고, 또한 주로 고도로 전문화된 영역에서 발생한다는 점에서 ‘위험창출’과 ‘위험실현’을 핵심적 기준으로 삼는 객관적 귀속이 과실범에 적용된다는 점은 자연스러운 결론이라고 생각한다. 이 점에서 필자는 객관적 귀속에 관해 이른바 ‘제한적 긍정설’을 취한다고 말할 수 있다. 고의범에서는 객관적 귀속이 아닌 주관적 귀속, 특히 고의귀속이 더욱 중요한 역할을 수행해야 한다고 생각한다.

한때 객관적 귀속론은 그 예전에 목적적 행위론이 그랬던 것처럼 새로운 이론이자 형법의 많은 문제를 해결할 수 있는 도그마틱으로 각광을 받기도 하였다. 그 때문에 자연스럽게 객관적 귀속론을 거부하는 주장들도 생겨나기 시작하였다. 이러한 상황에서 필자는 현대사회에서 객관적 귀속이 무엇을 할 수 있고, 무엇을 할 수 없는지를 형법철학의 측면에서 짚어보고자 하였다. 그 결과 제한적 긍정설이라는 다소 어중간한 결론에 도달하였다.

다른 한편 필자는 다음과 같은 추측도 해본다. 인과관계와 객관적 귀속이 한참 문제가 되던 20세기 초반은 아직 인과적 행위론과 고전적 범죄체계론이 지배하던 시기였다. 따라서 그 당시에는 범죄행위의 객관적 측면, 즉 불법성을 판단하는 과정에서는 인과관계와 객관적 귀속이 핵심적 역할을 하였다. 그 때문에 인과관계와 객관적 귀속을 둘러싼 다양한 학설이 등장한 것이 아닌가 하는 점이다. 이와 달리 주관적 귀속 문제는 책임에 속하는 것으로서 다소 소홀하게 취급된 게 아닌가 한다. 그렇지만 이후 벨첼에 의해 목적적 행위론이 등장하고, 목적적 범죄체계가 도입되면서 고의나 과실과 같은 범죄행위의 주관적 요소가 구성요건단계로 자리 잡게 되었다. 고의나 과실 역시 행위의 불법성을 구성하는 기준이 된 것이다. 이는 전통적인 주관적 귀속이 ‘주관적 불법귀속’과 ‘책임귀속’으로 분화되는 계기를 마련하였다. 이러한 상황에서 이제 우리는 범죄행위의 불법성을 판단할 때 객

관적인 측면뿐만 아니라 주관적인 측면도 동시에 비중 있게 고려해야 한다. 그런데도 우리는 여전히 객관적 불법성을 판단하는 인과관계와 객관적 귀속에 과도한 비중을 두고 있는 것이 아닌가 한다. 이와 동등하게 이제 우리는 주관적 불법귀속 판단에도, 가령 고의귀속 판단에도 관심을 기울여야 하지 않을까 생각한다. 그 점에서 한편으로는 객관적 귀속에 과도하게 부여하는 기대를 줄일 필요가 있다고 생각한다. 물론 다른 한편으로는 객관적 귀속에 대해 제기되는 과도한 거부감 역시 경계해야 하지만 말이다.

(논문투고일 : 2018.11.27, 심사개시일 : 2018.12.07, 게재확정일 : 2018.12.20)



▶ 양 천 수

객관적 귀속, 상당인과관계설, 위험, 호니히, 록신, 카우프만, 하버마스, 형법의 관할영역

【참 고 문 헌】

I. 단행본 및 논문

- 김성룡, “객관적 귀속이론의 발전사: 의사(Wille)의 귀속을 중심으로”, 「법사학 연구」 제42호(한국법사학회, 2010).
- 김영환, “법의 계수의 결과현상들: 개념법학적인 사유형태와 일반조항에로의 도피”, 「법철학연구」 제4권 제1호(한국법철학회, 2001).
- 김호기, “객관적 귀속론에 대한 주관적 역사적 해석론에 입각한 반론에 대하여”, 「법학논총」(한양대) 제23권 제2호(한양대학교 법학연구소, 2006).
- 박상기, 「독일형법사」(울곡출판사, 1993).
- 배종대, 「형법총론」 제12판(홍문사, 2016).
- 서경석, “국가와 사회: 이원론과 일원론”, 「헌법학연구」 제8권 제3호(한국헌법학회, 2002).
- 신동운, 「형법총론」 제8판 보정판(법문사, 2015).
- 양창수, “동산질권에 관한 약간의 문제”, 「민법연구」 제1권(박영사, 1992).
- 양창수, “우리나라 최초의 헌법재판논의: 처의 행위능력 제한에 관한 1947년 대법원판결에 대하여”, 「서울대학교 법학」 제111호(서울대학교 법학연구소, 1999).
- 양천수, “공동정범 도그마틱에 대한 법이론적 고찰: 기능적 범행지배론에 대한 법이론적 분석을 중심으로 하여”, 「경남법학」 제22집(경남대학교 법학연구소, 2007).
- 양천수, “개념법학: 형성, 철학적·정치적 기초, 영향”, 「법철학연구」 제10권 제1호(한국법철학회, 2007).
- 양천수, “19세기 독일 형법학에서 전개된 법의 개념: 이념사를 중심으로 하여”, 「법사학연구」 제38호(한국법사학회, 2008).
- 양천수, “사회적 부패로서 규제: 규제개혁론에 대한 비판적 고찰”, 「한국부패학회보」 제19권 제3호(한국부패학회, 2014).
- 양천수, “위험·재난 및 안전 개념에 대한 법이론적 고찰”, 「공법학연구」 제16권 제2호(한국비교공법학회, 2015).
- 양천수, 「빅데이터와 인권」(영남대학교출판부, 2016).

- 오영근, 「형법총론」 제2판(보정판)(박영사, 2012).
- 이건호, 「과실범에 있어서 객관적 귀속에 대한 비판적 연구: 상당인과관계설과 객관적 귀속론을 중심으로」(서울대 법학박사 학위논문, 2001).
- 이계일, “수사학적 법이론의 관점에서 본 법적 논증의 구조”, 「법철학연구」 제13권 제1호(한국법철학회, 2010).
- 이용식, “상당인과관계설의 이론적 의미와 한계: 상당성의 본질”, 「현대 형법이론 I」(박영사, 2008).
- 이상돈, 「형법학」(법문사, 1999).
- 이상돈, 「새로 쓴 법이론」(세창출판사, 2005).
- 이상돈, 「형법강론」 제2판(박영사, 2017).
- 이용식, “객관적 귀속이론의 규범론적 의미와 구체적 내용”, 「현대 형법이론 I」(박영사, 2008).
- 이재상 외 (편역), 「인과관계와 객관적 귀속」(박영사, 1995).
- 임석원, “객관적 귀속에 관한 의문점과 해석의 방향”, 「형사법연구」 제22권 제2호(한국형사법학회, 2010).
- 조훈, “객관적 귀속에 있어서 간과된 연결고리”, 「형사법연구」 제26호(한국형사법학회, 2006).
- 최홍섭, “불법행위의 성립요건”, 「이영준 박사 화갑기념논문집」(박영사, 1999).
- 하태영, “형법 제17조 인과관계와 객관적 귀속: 대법원 판례분석”, 「동아법학」 제58호(동아대학교 법학연구소, 2013).
- 홍영기, “인과과정의 착오에서 고의의 특징”, 「고려법학」 제60호(고려대학교 법학연구원, 2011).
- 에밀 뒤르케임, 민문홍 (옮김), 「사회분업론」(아카넷, 2012).
- 마이클 샌델, 이창신 (옮김), 「정의란 무엇인가」(김영사, 2010).
- 칼 엥기쉬, 안법영·윤재왕 (옮김), 「법학방법론」(세창출판사, 2011).
- 우어스 키티호이저, 윤재왕·홍영기 (옮김), “객관적 귀속: 가능성과 한계”, 「형사법연구」 제25권 제4호(한국형사법학회, 2013).
- 위르겐 하버마스, 장춘익 (옮김), 「의사소통행위이론 2: 기능주의적 이성 비판을 위하여」(나남출판, 2006).
- Richard Honig, 이용식 (역), “인과관계와 객관적 귀속”, 이재상 외 (편역), 「인

과관계와 객관적 귀속」(박영사, 1995).

Rudolf von Jhering, 양창수 (역), “다시 지상에서: 어떻게 개선할 것인가?”, 양창수 (편역), 「독일민법학논문선」(박영사, 2005).

Armin Kaufmann, 김영환 (역), “고의범에서의 ‘객관적 귀속’?”, 이재상 외 (편역), 「인과관계와 객관적 귀속」(박영사, 1995).

Claus Roxin, 장영민 (역), “형법에서의 귀속문제에 관한 고찰”, 이재상 외 (편역), 「인과관계와 객관적 귀속」(박영사, 1995).

Richard Honig, *Die Einwilligung des Verletzten. Teil I: Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage*, Mannheim/Berlin/Leipzig 1919.

Karl Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig 1927.

Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1974.

Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt/M. 1984.

Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage, München 2006.

Ludwig Traeger, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des B.G.B.*, Marburg 1904.

Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München 1974.

Abstract

The Theory of “objektive Zurechnung” Revisited

- From the perspective of a criminal philosophy -

Yang, Chun Soo*

“Objektive Zurechnung” is discussed as an objective “Tatbestandsmerkmal” of criminal law in South Korea along with causality. The dominant doctrine recognizes “objektive Zurechnung” grown in Germany as an objective “Tatbestandsmerkmal” of criminal law, but there is also the opposing view. The following questions arise regarding “objektive Zurechnung”. First, is there a legal basis for “objektive Zurechnung”? Second, is it necessary to admit “objektive Zurechnung”? Third, is “objektive Zurechnung” able to be applied to both the defendant and the negligent? Fourth, what are the specific criteria of “objektive Zurechnung”? In particular, the second of these is the topic of a fierce debate. This paper examines the problems of “objektive Zurechnung” by using the perspective of legal methodology, criminal legal philosophy and social theory. This paper focuses on the first, second and third problem. To this end, the following discussion will be conducted. First, the paper explores the criminal legal philosophical meaning of “objektive Zurechnung” (II). Next, the paper discusses whether “objektive Zurechnung” is possible and necessary in the criminal law system of South Korea (III). In particular, the author argues that “objektive Zurechnung” performs its own function by using the social philosophy of Jürgen Habermas (IV). In this way, this paper shows the functional uniqueness of “objektive Zurechnung” that can not be replaced by causality theory. However, the author accepts the problem raised by German criminal law professor Armin Kaufmann, and argues that “objektive Zurechnung” could be applied only to

* Professor at Yeungnam University Law School • Dr. jur.

the negligence. In the defendant, it is argued that “subjektive Zurechnung” should play a more important role (V).



▶ **Yang, Chun Soo**

objektive Zurechnung, causality, risk, Honig, Roxin, Kaufmann, Habermas,
jurisdiction of criminal law

中日信用卡诈骗犯罪的立法动态及解释论上的问题点*

: 중일신용카드사기범죄의 입법동향 및 해석론상의 문제점

정 군 남**

【목 차】

- | | |
|--|------------------------|
| I. 问题的提出 | |
| II. 中国信用卡诈骗犯罪的立法沿革 | V. 是完美理论还是重蹈覆辙 |
| III. 日本信用卡相关犯罪的立法概况 | ——评中国“法益论”解释功能的局限 |
| IV. 为何是“法益保护的早期化”和“保护法益的抽象化”——日本理论界的解读及其评析 | VI. 结语——比例原则：一个有待关注的原则 |

【국 문 요 약】

2005년 중국형법개정안(5)은 신용카드관련정보의 절취, 구매, 불법제공 등 행위와 위조된 신용카드의 소지, 판매, 구매, 제공 등 행위를 새로운 독립적인 범죄로 규정되었다. 이로 말미암아 형사입법에서 신용카드사기범죄에 관한 입법체계가 형성된 셈이다. 이런 입법체계는 전통적 의미에서의 신용카드사기범죄의 예비행위를 실행행위로 규정됨으로써 완성된 것이다. 즉 형사입법상의 처벌범위의 확장이 그의 현저한 특징이다. 일본도 2000년에 형법개정안형식으로 지불용카드관련 범죄를 신설하였다. 즉 “지불용카드전자기록부정작성등의 죄”, “부정전자기록카드 소지죄”, “지불용카드전자기록부정작성준비죄”이다. 일본 이론학계에서는 이런 입

* 본 논문은 2018.7.24.성균관형사법학회와 성균관대학교 법학연구원이 공동주최한“2018년 성균관 형사법학회 하계 국제학술대회:한중일 형사법의 최근동향”에서 “신용카드사기범죄의 사전규제 및 문제점”이라는 제목으로 발표한 필자의 원고를 제목을 바꾸고 논문의 형식으로 수정,보완한 것이다.

** 길림대학 법학원 교수, 법학박사, 중국법학회 동북아법률연구센터주임(吉林大学法学院教授, 法学博士, 中国法学会东北亚法律研究中心主任).

법 현상을 “법익 보호의 조기화”, “보호법익의 추상화”라고 평가하고 있다. 형사입법상 처벌범위의 확장추세와 직면하였을 때 “법익”개념으로 입법을 제한하려는 이론적 구상은 이미 위기에 빠진 셈이다. 법익보호원칙 외의 “비례성 원칙”이야말로 이런 확장 추세하의 입법제한원칙으로 중요시 받아야 한다.

I. 问题的提出

随着信用卡的普及, 随之而来的便是信用卡犯罪尤其是信用卡诈骗犯罪的兴起和泛滥, 对此, 中日两国均不约而同采取以刑事立法形式积极应对的模式。而且, 从具体的规定方式上来看, 也都呈现出一个共同特征, 那就是刑罚处罚范围的扩张。日本刑法学者将关于信用卡犯罪处罚范围的扩张这一刑事立法特征评价为“法益保护的早期化”和“保护法益的抽象化”。其实, 关于“法益保护的早期化”和“保护法益的抽象化”这一概念, 中国学者并不感到陌生, 也大体知晓这些概念所指称之具体立法现象为何, 但, 在日本刑法理论界为何会出现此种关于处罚范围扩张的评价性概括, 其理论基础和理论逻辑究竟是什么, 有些中国学者未必十分清楚。由此, 面对同样的立法现象, 在中国刑法学界也鲜见有将此同样评价为“法益保护的早期化”和“保护法益的抽象化”的学者。本文的核心在于, 通过对中日两国信用卡诈骗犯罪立法动态的考察, 深入分析在日本学界出现“法益保护的早期化”与“保护法益的抽象化”评价的理论根源和逻辑基础, 评说中国“法益论”的局限, 进而试图在刑事立法层面上主张适用比例原则。

II. 中国信用卡诈骗犯罪的立法沿革

中国1979年刑法典并没有关于信用卡诈骗犯罪的规定, 自上世纪80年代初中国出现信用卡业务以来, 涉信用卡犯罪也就应运而生, 主要表现在利用信用卡实施诈骗活动, 这不仅给被害人带来了财产上的损害, 也给国家的金融秩序造成了较大威胁。当时, 由于刑法典中没有专门规定信用卡诈骗罪, 针对这一特定犯罪现象, 最高人民检察院于1985年1月15日颁布了《关于转发上海市人民检察院〈处理利用“信用卡”进行诈骗活动的几点意见〉中的有关规定》。这是中国最早关于信用卡诈骗犯罪的规范性文件

件, 针对当时少数外来分子利用信用卡进行骗取外汇的行为, 此文件明确指出按照刑法中的诈骗罪进行处理。

然而, 随着信用卡业务的不断发展, 尤其在经济交往领域、金融信贷、结算等领域中作用的不断提升, 信用卡诈骗犯罪也呈现出其不同于普通诈骗罪的特点。可能立法者有感于刑法典中作为侵财犯罪的普通诈骗罪已然无法应对或规制这一新型诈骗犯罪, 于是在1995年6月30, 全国人大常委会通过了《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》(以下简称95年《决定》), 将利用信用卡进行诈骗的行为独立规定为“信用卡诈骗罪”, 并与集资诈骗、票据诈骗罪等一同编入到金融诈骗罪体系中。

然而, 值得关注的是, 上述95年《决定》中还新增设了“伪造金融票证罪”, 并把伪造信用卡的行为作为此罪的构成要件行为。从解释论层面来看, 伪造信用卡的行为不外乎是利用伪造的信用卡实施信用卡诈骗犯罪的预备行为而已, 预备行为的实行行为化, 单独设计一个独立的罪名, 不仅意在加大对伪造信用卡行为的打击力度, 提供法律上的依据, 更是为有效预防信用卡诈骗犯罪采取的有力措施, 这一点也体现了立法者针对信用卡诈骗犯罪的“事前规制”和一般预防的思想。

众所周知, 随后1997年新刑法典将上述95年《决定》中涉及信用卡犯罪的两个罪名“信用卡诈骗罪”和“伪造、变造金融票证罪”编入刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中, 其中“伪造、变造金融票证罪”(第177条)¹⁾作为对金融管理秩序的破坏罪被纳入到第四节中, 而“信用卡诈骗罪”(第196条)²⁾则仍旧保留在金融诈骗罪一节

1) 第177条【伪造、变造金融票证罪】: 有下列情形之一, 伪造、变造金融票证的, 处五年以下有期徒刑或者拘役, 并处或者单处二万元以上二十万以下罚金; 情节严重的, 处五年以上十年以下有期徒刑, 并处五万元以上五十万以下罚金; 情节特别严重的, 处十年以上有期徒刑或者无期徒刑, 并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产:

(一) 伪造、变造汇票、本票、支票的;
(二) 伪造、变造委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证的;
(三) 伪造、变造信用证或者附随的单据、文件的;
(四) 伪造信用卡的。

单位犯前款罪的, 对单位判处罚金, 并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员, 依照前款的规定处罚。

2) 第196条【信用卡诈骗罪】: 有下列情形之一, 进行信用卡诈骗活动, 数额较大的, 处五年以下有期徒刑或者拘役, 并处二万元以上二十万元以下罚金; 数额巨大或者有其他严重情节的, 处五年以上十年以下有期徒刑, 并处五万元以上五十万元以下罚金; 数额特别巨大或者有其他特别严重情节的, 处十年以上有期徒刑或者无期徒刑, 并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。

(一) 使用伪造的信用卡的;
(二) 使用作废的信用卡的;
(三) 冒用他人信用卡的;
(四) 恶意透支的。

前款所称恶意透支, 是指持卡人以非法占有为目的, 超过规定限额或者规定期限透支, 并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。

中。

进入本世纪初,中国信用卡犯罪在数量上出现了急剧增长的势头,2004年上半年的发案数就超过了2003年全年,而每年信用卡犯罪金额多达一亿元左右。³⁾信用卡犯罪活动也呈现出集团化的特征,犯罪人之间有很细的分工,法律适用遇到困难。在伪造信用卡的犯罪活动中,制作、运输、销售各个环节都有专业的犯罪组织承担,各个环节又相互独立,甚至在许多环节上是纯粹的“代工”关系,如果按照共同犯罪处理,很难证明其主观方面共同故意的存在。⁴⁾可见,1997年新刑法中仅有的上述两个罪名对于打击信用卡犯罪已经显得力不从心,正如时任全国人大常委会法工委刑法室副主任黄太云所说,在信用卡犯罪高潮出现之前,及时完善中国刑法的有关规定,这对于维护中国金融管理秩序和金融安全,具有重要意义。⁵⁾在此背景之下,2004年10月全国人大常委会法制工作委员会在与有关部门和专家多次研究的基础上,拟定了《中华人民共和国刑法修正案(五)》(草案),提请全国人大常委会对刑法的有关条文进行修改或增设新罪名并作出具体规定。2004年10月22日,十届全国人大常委会第十二次会议上,全国人大常委会法制工作委员会主任胡康生在向大会说明时指出:“近年来,随着信用卡应用的普及,伪造信用卡的犯罪活动也出现了一些新的情况。这类犯罪出现了境内外相互勾结、集团化、专业化的特点,从窃取、非法提供他人信用卡信息资料、制作假卡,到运输、销售、使用伪造的信用卡等各个环节,分工细密,犯罪活动猖獗。虽然这些具体的犯罪行为都属于伪造信用卡和使用伪造的信用卡进行诈骗的犯罪,但是由于各个犯罪环节上表现出的形式不同,在具体适用刑法时存在一定困难”。⁶⁾因而,针对新的犯罪形式对刑法进行了修改。

《刑法修正案(五)》第一条规定:在刑法第177条后增加一条,作为第177条之一:有下列情形之一,妨害信用卡管理的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处一万元以上十万元以下罚金;数量巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处二万元以上二十万元以下罚金:

盗窃信用卡并使用的,依照本法第264条(盗窃罪)的规定定罪处罚。

3) 参见黄太云:《〈刑法修正案(五)〉的理解与适用》,载《人民检察》2005年第3期,20页以下。当然,中国信用卡犯罪数量的猛增,与银行发卡量的增加有密切关系。根据调查统计,到2003年底,中国发行的贷记卡总数达到480万张。截至2004年6月底,中国发卡机构已有110多家,累计发行银行卡7.14亿张,平均每两人一张。到2004年底,中国银行卡产业规模不断扩大,发卡量是8亿张左右,贷记卡是1000万张,人均持卡量0.6张,信用卡每130人持有一张,银行卡总交易量数逾50亿笔,交易总额26万亿。(参见网站信用卡之窗,网址:www.credicard.com.cn,访问日2015年3月18日。)

4) 参见黄太云:《〈刑法修正案(五)〉的理解与适用》,载《人民检察》2005年第3期,20页以下。

5) 黄太云:《〈刑法修正案(五)〉的理解与适用》,载《人民检察》2005年第3期,20页。

6) 胡康生:《关于〈中华人民共和国刑法修正案(五)〉(草案)的说明》。

- (一) 明知是伪造的信用卡而持有、运输的，或者明知是伪造的空白信用卡而持有、运输，
数量较大的；
- (二) 非法持有他人信用卡，数量较大的；
- (三) 使用虚假的身份证明骗领信用卡的；
- (四) 出售、购买、为他人提供伪造的信用卡或者以虚假的身份证明骗领的信用卡的。

窃取、收买或者非法提供他人信用卡信息资料的，依照前款规定处罚。

银行或者其他金融机构的工作人员利用职务上的便利，犯第二款的，从重处罚。

上述第一条规定共涉及两个罪名，一是第一款的“妨害信用卡管理罪”，二是第二、三款的“窃取、收买、非法提供信用卡信息罪”。

《刑法修正案（五）》第二条还对刑法第196条信用卡诈骗罪进行了修改，将第196条第一款第一项修改为：“使用伪造的信用卡，或者使用以虚假身份证明骗领的信用卡的”。增加了“使用以虚假身份证明骗领的信用卡”的内容。

至此，中国刑法典中涉及信用卡诈骗犯罪的主要罪名共有“信用卡诈骗罪”、“伪造金融票证罪”、“妨害信用卡管理罪”、“窃取、收买、非法提供信用卡信息罪”四个罪名，并形成了预防和打击信用卡诈骗犯罪的立法体系（见图一）。

图一

行 为 环 节	犯 罪 阶 段 (目 的)	构 成 要 件 行 为 类 型	罪 名	分 则 归 类	制 定 时 间
信 息 采 集	预 备 阶 段	窃 取 、 收 买 、 非 法 提 供 他 人 信 用 卡 行 为	窃 取 、 收 买 、 非 法 提 供 信 用 卡 信 息 罪	破 坏 金 融 管 理 秩 序 罪	2 0 0 5 年
制 作	预 备 阶 段	伪 造 行 为	伪 造 金 融 票 证 罪	破 坏 金 融 管 理 秩 序 罪	1 9 9 5 年
流 通	中 间 阶 段	持 有 、 运 输 的 伪 信 用 卡 ； 使 用 伪 造 的 信 用 卡 ；	妨 害 信 用 卡 管 理 罪	破 坏 金 融 管 理 秩 序 罪	2 0 0 5 年

		出售、 购买、 提供 信用卡 的行为			
使用	实行阶 段	使用的 信用卡 的行为	信用卡诈 骗罪	金融诈骗罪	1995 年/200 5年部 分修 正

III. 日本信用卡相关犯罪的立法概况

首先需要明确的是，在日本刑法典中并不存在类似中国刑法中的“信用卡诈骗罪”这一罪名。关于信用卡诈骗犯罪，判例和学说主要围绕是否成立第246条詐欺罪而展开讨论。其中，关于不正当使用信用卡的行为是否构成詐欺罪，争论尤为激烈。一是，对于自己名义的信用卡本人不正当利用的场合（即恶意透支的情况），例如本人并没有支付能力和支付意思却伪装成有，进而去加盟店购买商品的行为，日本判例和通说主张成立针对加盟店的一项詐欺罪。⁷⁾

二是，针对他人名义的信用卡不正当使用的场合（即冒用他人信用卡的情况），如果他人名义的信用卡是基于犯罪行为（如窃取、侵占、强盗、詐欺等）所获得，日本理论界和实务界一致认为构成詐欺罪，对此并不存在争议。例如，针对被告人X通过不正当手段获取了A名义的信用卡并伪装成A本人在没有正当使用信用卡的权限且无支付信用卡使用款的意思和能力的情况下向加油站B从职员出示该卡，获得加油的行为，日本最高裁判所第2小法庭于平成16年2月9日作出决定认为：“被告人伪装成本案信用卡的名义本人在没有正当利用此卡的权限下使用此卡，可以认定从职员是因此产生误信而交付的汽油，因而被告人的行为构成詐欺罪”。⁸⁾这是因为，日本判例认为“信用卡制度的核心是基于信用卡名义人的个别信用提供一定限度内的信用，而且对此无需采取任何担保措施而实施。所以，针对一定额度内的商品购买这种通常交易，仅对其本人

7) 参见【日】长井圆：《クレジットカードの不正使用》，载西田典之、山口厚、佐伯仁志编：《刑法の争点》，第187页以下；【日】西田典之、山口厚、佐伯仁志编：《刑法判例百选Ⅱ各论（第6版）》，有斐阁，第106页以下。

8) 【日】西田典之、山口厚、佐伯仁志编：《刑法判例百选Ⅱ各论（第6版）》，有斐阁，第106页。

给予信用, 禁止名义人以外的其他人使用此卡。⁹⁾

另, 如果行为人征得他人同意或承诺而使用他人信用卡时, 是否成立诈骗罪则存在见解上的对立。实际上, 此种情况也属于冒用他人信用卡的情况。对此, 日本学者山中敬一教授认为, 在承诺的范围内使用信用卡, 而且只要名义人有支付的意思和能力, 就不应该成立诈骗罪。¹⁰⁾对此, 也有反对见解认为, 只要是以伪装成名义人使用信用卡就成立诈骗罪, 而无需考虑行为人是否从信用卡名义人处获得了使用信用卡的权限。¹¹⁾

说来, 在日本正式的信用卡发行于上世纪60年代初, 自90年代始日本信用卡交易开始急剧上升, 尤其伴随手机和电脑的普及更是为金融结算业务带来了极大便利, 由此信用卡也就成为不可或缺的支付价款或结算的手段。然而, 到了上世纪90年末本世纪初, 复制信用卡上的磁条信息并伪造信用卡的新型犯罪不断激增, 此新型犯罪大多由国际犯罪组织实施, 一度成为日本及世界各国的棘手问题。日本信用卡业界为应对此类犯罪行为于2000年与日本警察厅联合成立了“全国信用卡犯罪对策联络协议会”, 同时考虑到为应对此类国际性组织的犯罪有必要强化法律规制, 日本法务省、警察厅和经济产业省联合起草规制伪造信用卡行为的刑法改正动议, 最终日本国会于2001年6月26日表决通过了新增《关于支付用卡电磁记录之罪》的刑法改正案, 并于同年7月4日以法律第97号的形式公布实施。

其实, 该法案增设关于支付用卡电磁记录的犯罪, 也与当时日本的刑事立法现状密切相关。那就是, 在该法案之前的日本刑法典中并没有将不正当获取卡上电磁记录情报的行为或持有伪造卡的行为作为犯罪来规定, 因而对于这些行为的处罚及应对不仅面临重重困难, 而且还导致根据卡的种类而适用不同条款的现象出现, 最终导致罪刑适用上的不均衡。例如, 根据当时的刑事立法, 信用卡等支付用卡的不正制造(伪造)或使用行为成立第161条之2的“电磁记录不正作出或使用罪”, 即把信用卡视为文书或电磁记录¹²⁾, 而针对伪造作为预付卡的电话卡的行为, 日本最高裁判所判例则肯定了成立伪造有价证券罪。由此导致同样是具有支付结算功能的信用卡(Credit card)和预付卡(prepaid card), 对他们伪造的行为将适用不同的条款, 成立不同的罪

9) 【日】山中敬一：《刑法各论Ⅰ》，成文堂2005年版，第324页。

10) 【日】山中敬一：《刑法各论Ⅰ》，成文堂2005年版，第324页。

11) 参见【日】西田典之、山口厚、佐伯仁志编：《刑法判例百选Ⅱ各论(第6版)》，有斐阁，第106页以下。

12) 日本刑法第162条之2“电磁记录不正作出或使用罪”是在1987年关于计算机犯罪的刑法改正案中新增设的罪名。在此之前，针对修改电磁记录的行为，判例倾向于认定伪造文书罪。参见【日】山中敬一：《刑法各论Ⅱ》，成文堂2005年版，第610页以下。

名且法定刑也不相同。¹³⁾，进而造成了法律适用和处罚上的不统一。因此，为统一规制涉及支付用卡的犯罪行为，“确保对支付用卡的社会信赖”¹⁴⁾制定了上述刑法改正案。

该法案在日本刑法典第18章“伪造有价证券罪”和第19章“伪造印章罪”之间增加了“关于支付用卡电磁记录之罪”，并作为第18章之2，此章共含四个条文即第163条之2至163条之5，新增三个罪名，包括“支付用卡电磁记录不正作出等之罪”（第163条之2），“不正电磁记录卡持有罪”（第163条之3），“支付用卡电磁记录不正作出准备罪”（第163条之4）¹⁵⁾。其规制的行为类型包括①不正当制作构成信用卡等支付用卡上的电磁记录的行为，以及使用、转让、借与、进口或持有上述不正当制作的电磁记录的行为。②为不正当制作支付用卡电磁记录之目的，取得、提供或者保管其电磁记录情报的行为，以及准备器械或者原料的行为。

IV. 为何是“法益保护的早期化”和“保护法益的抽象化”——日本理论界的解读及其评析

针对上述日本刑法分则新增设的“关于支付用卡电磁记录之罪”的内容，日本学界普遍认为此立法动向呈现出“处罚的早期化”（或法益保护的早期化）和“保护法益的抽象化”特点。例如曾根威彦教授认为，此章在第163条之2第3项中规定了不正电磁记录卡

13) 参见【日】川端博：《刑法各论讲义》，成文堂2007年版，第494页以下。

14) 参见【日】川端博：《刑法各论讲义》，成文堂2007年版，第494页以下。

15) 第163条之2（支付用卡电磁记录不正作出等）：

1 以使他人财产上的事物处理产生错误的目的，不正制作用于其事物处理的电磁记录且其是信用卡及其他支付价款或费用之卡的人，处以十年以下惩役或者百万日元以下的罚金。不正制作存取款用借记卡之电磁记录之人，亦同。

2 将不正制作的前项电磁记录以前项之目的用于他人财产上的事物处理的，以前项处罚之。

3 将不正制作第一项电磁记录且其构成的磁卡以第一项之目的转让、借贷或者进口的，以第一项处罚之。

第163条之3（不正电磁记录卡持有）：以前条第一项之目的，持有同条第3项之磁卡者，处五年以下惩役或者五十万日元以下罚金。

第163条之4（支付用卡电磁记录不正作出准备）：

1 以供用于第163条之2第1项之犯罪行为的目的，获取同项电磁记录之情报的，处三年以下惩役或者五十万日元以下罚金。知情并提供其情报的，亦同。

2 以前项之目的，保管不正获取第163条之2第1项电磁记录之情报的，以同项处罚之。

3、以第1项之目的，准备器械或原材料的，以同项处罚之。

第163条之5（未遂罪）：第163条之2以及前条第1项之罪的未遂，处罚之。

의转让、借与、进口的行为，同时在第163条之3中又将上述磁卡的持有作为处罚对象。因为，在此章增设之前，在日本刑法中还未曾处罚各种伪造罪中伪造物的持有行为。不正电磁记录卡持有行为实际上具有第163条之2第2项不正电磁记录使用罪的预备性质，现将此持有行为单独作为实行行为新增设为独立罪名进行处罚，这恰是法益保护早期化的体现。在此章第163条之5关于未遂的规定中，对于第163条之4第1项所规定的电磁记录情报获取及提供罪的未遂也进行处罚。然而，情报的获取自身已经是电磁记录不正作出罪（第163条之2第1项）的预备行为，所以对于情报获取的未遂的处罚，实质上等于处罚在现行日本刑法上不可罚的“预备的未遂”。¹⁶⁾

所谓“处罚的早期化”或者法益保护的早期化是指不待发生法益侵害，就将其前阶段的行为进行犯罪化。此种刑事立法的特点意味着刑法介入市民生活范围的扩张，具有转变为以预防为目的的积极刑法之可能。将远离伪造信用卡之前阶段的获取电磁记录情报行为作为独立的犯罪实行行为加以规定，甚至处罚其未遂行为，其行为自身所呈现的违法本质即危险性可谓极其抽象、空洞。据此，可以看出“处罚的早期化”立法倾向在犯罪类型上尤其青睐“抽象的危险犯”。然而，此“抽象的危险犯”并不与具体的个人法益之间产生具体的联系，其也不把任何客体状况作为课题，因此，也不关注具体的法益侵害及其危殆，进而有别于传统的危险犯之特征。正如曾根威彦教授所指出的那样，“此中的抽象危险犯是为保护系统自身或系统的机能，而将社会系统机能的扰乱或对社会政策的不服从作为规制对象。法益保护的早期化迫使危险犯自身的性质发生了改变，此中的危险……意味着现代社会普遍存在的危险（Risiko）”。¹⁷⁾由此，现代刑法中的抽象危险犯是在“社会系统的安全保障”或“社会系统的信赖保护”中谋求其正当化根据，抽象危险犯立法模式的出现及扩张，不仅意味着立法者试图利用抽象危险犯这一规制形式来积极应对现代社会中的各种问题，还意味着刑法对社会生活领域的积极介入，其机能也从事后处理型转向事前规制型。

另一方面，日本学界普遍认为“关于支付用卡电磁记录之罪”的保护法益是“支付系统的社会信赖”，其属性是“社会法益”的一种，进而将此罪放在侵犯社会法益之罪之下进行探讨。¹⁸⁾问题是，如何解读社会法益之一的“支付系统的社会信赖”之内涵？其是

16) 【日】曾根威彦：《现代刑法与法益论的变容》，载《刑事法学的现代课题——阿部纯二古稀祝贺论文集》，第一法規出版社，2004年版，第58-59页。

17) 【日】曾根威彦：《现代刑法与法益论的变容》，载《刑事法学的现代课题——阿部纯二古稀祝贺论文集》，第一法規出版社，2004年版，第60页。

18) 参见【日】前田雅英：《刑法各论讲义（第5版）》，东京大学出版会2011年版，第506页以下；【日】山中敬一：《刑法各论Ⅱ》，成文堂2005年版，第630页以下；【日】山口厚：《刑法各论（补订版）》，有斐阁2005年版，第480页以下。

否过于抽象化？在日本刑法理论界，将“法益”分为具体的个人法益、社会法益和国家法益（法益三分说）并进行刑法分论体系建构已成为通行做法。但关于何谓“社会法益”，其与个人法益之间是何关系？日本理论界还是存在争议的。一种观点认为，“社会法益”自身作为独立的实体法益，其自身就是刑法的直接保护法益，进而有别于个人法益。但日本有力的见解则认为，所谓社会法益是指多数个人法益的集合体，不应该将其把握为超越个人的一个实体，否则会扩大处罚范围。例如日本学者内藤谦教授认为：“在日本宪法的基本原理与构造之下刑法应该优先保护的是作为个人尊严之基础的生命、身体、自由、财产等生活利益，即个人法益。社会法益或国家法益则是作为保护上述个人生活利益所必不可少的外部前提条件的社会或国家中的生活利益，因此其并不是一定的生活利益的抽象化，至少应该具备能够成为犯罪侵害对象的现实的、具体的基础”。¹⁹⁾曾根教授也认为“从日本宪法将个人尊严作为背景的基本人权之尊重与国民主权主义作为基本原理这点来看，国家的任务在于，保护个人的生活利益（个人法益）及作为其集合体的社会利益（社会法益），以及保护为维持、促进这些利益而存在的诸机构或设置（国家法益）”。²⁰⁾由此，此见解主张社会法益必须能够还原为多数人的个人法益，进而作为个人法益来保护。

然而，针对“支付系统的社会信赖”这一社会法益，尽管其最终保护不特定多数人的利益，但其却并不以直接保护不特定多数人的利益为目的，无法还原为不特定多数人的个人利益。²¹⁾其核心保护的是针对支付系统的社会信赖，或者“支付系统的安全及运用”。²²⁾也就是此立法的“保护法益的抽象化”特点。

以上，本文探讨了日本学界对于此项改正案的解读，认为“关于支付用卡电磁记录之罪”的立法模式与以往传统罪名不同，呈现出“法益保护的早期化”和“保护法益的抽象化”特点。然而，从理论学的角度应该给予更加关注和进一步反思的是，日本学界对于此项刑事立法的评价为何是“法益保护的早期化”和“保护法益的抽象化”，其暗含有什么样的理论逻辑甚至是理论危机？

无论是“法益保护的早期化”还是“保护法益的抽象化”，其都是围绕“法益”概念的理解而得出的结论。自近代刑法以来，将刑法的任务视为“保护法益”之时，“法益”概念就成为刑法理论学的核心概念。而且，“法益”概念在进入刑法学领域之初便带有浓厚的个人主义或自由主义的色彩。其始终是作为形式的犯罪概念的实质内容，通过在客

19) 【日】内藤谦著：《刑法理论的史的展开》，有斐阁2007年版，154页。

20) 【日】曾根威彦著：《刑法学的基础》，成文堂2005年版，4页。

21) 【日】山中敬一：《刑法各论Ⅱ》，成文堂2005年版，第461页。

22) 【日】木村裕三、小林敬和共著：《现代刑法各论（改订版）》，成文堂2005年版，第299页。

观上限定犯罪概念的扩张, 进而从国家权力中确保一定的国民的自由。而日本刑法学中结果无价值理论就是在倡导“法益”概念的自由主义性质下构建起来的。

对当今日本刑法理论产生深远影响的日本结果无价值理论的倡导者平野龙一教授就认为, 如果将国家的道义或社会的伦理作为刑法的任务, 这不仅是对刑法的过分要求, 而且还会以法的名义强制他人成为符合自身价值观的人。²³⁾这在平野教授看来, 是国家法益凌驾于个人法益的表现, 是“父权式的干涉主义”与“道德伦理主义”。因此, 平野教授认为, 刑法的任务在于保护法益, 刑法原则上只有在违背他人之意思实施了造成他人重大侵害或危险的行为时, 方可适用。而此“法益”, 必须能够还原为个人的生命、身体、自由、财产等个人的具体的法益, 并不存在超越于个人法益之上的国家或社会的法益。因而, 反对将法益概念抽象化。

据此, 我们也看到现今的日本结果无价值理论主张刑法的任务在于优先保护个人的生命、身体、自由、财产等具体的法益。即使承认社会法益或国家法益的存在, 也并非将其把握为超越于个人法益之上的抽象的价值存在, 而是尽可能的还原为具体的个人法益, 作为不特定多数人的个人法益的集合体的社会利益或作为为保护个人法益而必不可少的机构或设置的国家法益。而且, 结果无价值论者通过将“法益”概念具体化, 也赋予了“法益”概念对刑事立法的批判功能。既然, 刑法的任务在于保护法益, 刑法通过构成要件对犯罪类型的设定必须以保护法益为前提, “无法益既无犯罪”。这一点主要体现在“无被害者的非犯罪化”问题上, 如通奸罪、赌博罪、吸食毒品罪等的非犯罪化问题上。因此, 刑法的法益保护原则发挥着限定刑事立法的机能。

另一方面, 结果无价值论者并不认为只要存在法益或为保护法益就可以立即动用刑罚。刑罚作为必要的恶, 只有当发生针对法益的侵害或危险时, 才允许进行干涉(侵害原理)。实际上, 结果无价值论者主张“侵害原理”的真正意图在于限制国家刑罚权的适用, 强调的是刑法谦抑原则。而结果无价值论中的“法益”概念的具体化和因果变更可能性特点也为运用“侵害原理”提供了可能。因此, 在结果无价值论者看来, 刑法的法益保护原则还体现在分则各具体构成要件对引起法益侵害或危险的行为及其结果的类型性描述上。

当日本结果无价值论者将“法益”概念具体化并以“法益侵害原理”来构建刑法理论体系, 进而面对抽象危险犯的立法模式和“支付系统的社会信赖”这一抽象的法益概念时, “法益保护的早期化”和“保护法益的抽象化”便是其理论的逻辑必然结论。

当然, 面对此种新的立法动向, 结果无价值论者大多持批判态度。因为, 在结果无

23) 【日】平野龙一著:《刑法总论I》, 有斐阁1977年版, 第44页。

价值论者看来,“法益保护的早期化”意味着是对法益侵害及其事后处理为基调的近代刑法谦抑性的放弃,有从侵害刑法沦落为危险刑法、甚至意思刑法的危险。²⁴⁾

确实,在“支付系统的社会信赖”这一抽象法益中,行为与法益侵害结果之间的因果关系未必是明确的,为有效的、全面的保护这些法益,刑法只能将其保护领域在时间上向前推移,进而在远离法益侵害发生的较早阶段就允许刑法的介入。而这时,保护法益也就成为了“法的平稳”、“公共的平稳”或“公共的秩序与安全”。对此,很难说能够运用“侵害原理”来解释这些刑事立法。面对现代刑事立法的这一特点,结果无价值论所主张的“法益”概念实际上已经丧失了立法批判功能,法益侵害原理也不能完全成为合理的限制刑罚权的原理。面对法益的抽象化倾向和抽象危险犯的增加,难怪有日本学者指出:“在现代社会,由于基于个人的法益侵害的可能性逐渐扩张,如果当下不给予禁止,事后的处理将会过于延迟。那么在这些领域里,就无法否定早期的刑法介入的合理性。如果是这样,法益保护原则或侵害原理在立法和解释中将丧失一元的指导原理的性质”。²⁵⁾这必然意味着要在法益概念或侵害原理之外,谋求立法上或解释论上的新原则,以此合理限制刑法的扩张。而且,现实的刑事立法特点即系统自身(信赖)的保护、法益保护的早期化倾向、抽象危险犯立法模式的增加等也迫使自由主义近代刑法思想下的理论范式产生重大转变。问题是,现代刑法理论何去何从,也确实是日本刑法学者面临的一个重大课题。

V. 是完美理论还是重蹈覆辙——评中国“法益论”解释功能的局限

尽管论文在第一、二部分中交待了中日两国为事前防范信用卡诈骗犯罪进而对伪造信用卡行为的具体罪名规定,但从比较法角度来看,两国具体罪名的规制内容和分则体系地位还是存在很大差异的。就具体的行为规制内容而言,例如伪造空白卡的行为,在中国根据立法规定属于伪造信用卡的行为,进而构成“伪造金融票证罪”,但在日本则可能构成伪造文书、有价证券罪,这也导致持有空白信用卡在中国构成“妨害信用卡管理罪”,而在日本则可能不构成犯罪。在日本,持有伪造的信用卡仅仅是指附有不正当电磁记录的卡,空白卡并不是伪造的信用卡。又如,关于买卖伪造的信用卡或

24) 参见【日】曾根威彦:《现代刑法与法益论的变容》,载《刑事法学的现代课题——阿部纯二古稀祝贺论文集》,第一法规出版社,2004年版,第65页以下。

25) 【日】井田良:《变革时代的理论刑法学》,庆应义塾大学出版社2007年版,第16页。

者走私伪造的信用卡等等，中国和日本的具体规定不尽一致。

另一方面，从刑法分则体系的地位来看，与日本将“关于支付用卡电磁记录之罪”视为伪造之罪进而作为侵犯社会法益的犯罪来看待不同，中国所涉三罪名“伪造金融票证罪”、“妨害信用卡管理罪”和“窃取、收买、非法提供信用卡信息罪”均被规定在刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”之下的第四节“破坏金融管理秩序罪”之中。联系“信用卡诈骗罪”归属于“金融诈骗罪”，涉及信用卡诈骗犯罪的这几个罪名在中国被视为是破坏中国社会主义市场经济秩序的经济犯罪应该不会有争议，具体言之，这三个罪名从类罪名的角度来讲，保护的客体都是“金融管理秩序”。在笔者看来，造成这种罪名体系地位不同的主要原因是关于信用卡相关犯罪的本质为何的理解不同所致，例如信用卡诈骗罪，伪造信用卡，非法持有伪造的信用卡等等所涉罪名究竟侵害到何种保护客体，对于这些罪名的保护客体的不同解读，决定了这些罪名在分则体系中的归属问题。当然，这点在形式上，还与刑事制裁法体系的制定模式息息相关。在日本，除刑法典外，还存在经济刑法等特别刑法，在刑事制裁法体系上采取的是多元化模式。与此不同，中国采取的统一化或一元化模式，只存在一部统一的刑事制裁法典，除此之外无其他刑事制裁法。此种立法模式上的差异，对于各具体罪名的解读，尤其是保护法益为何的解释，将会产生重大影响。

尽管中日两国的刑事立法，无论从制定模式上还是从具体行为类型的规制内容上存在一定程度的不同，但至少有一点可以明确或肯定的是，上述日本2001年《关于支付用卡电磁记录之罪》法案与中国2005年《刑法修正案（五）》中所涉信用卡罪名，都呈现出一个共同的特征，那就是刑罚处罚范围的扩张。从只处罚利用信用卡实施诈骗行为始（信用卡诈骗罪），到处处罚信用卡伪造行为（伪造金融票证罪），乃至处罚持有伪造的信用卡（妨害信用卡管理罪）、为伪造信用卡而非法获取信用卡信息的行为（窃取、收买、非法提供信用卡信息罪），中国刑事立法逐渐实现对信用卡诈骗犯罪的事后惩处式立法到事前规制式立法的转变，刑罚处罚的根据也从仅仅关注客观的法益侵害结果的发生（财产侵害）逐渐转向对持有、预备等行为自身的关注上。此种刑事立法动向及刑罚处罚范围的扩张，是否也意味着“法益保护的早期化”和“保护法益的抽象化”？换言之，日本学界对“关于支付用卡电磁记录之罪”的立法评价能否也适用于中国？尤其在“法益”概念被介绍到中国，“法益侵害说”大有替代“社会危害性”理论之趋势的当前，“法益论”在中国究竟有多大的理论涵射面，其解释功能和立法批判功能究竟有多强大，确是值得关注的问题。否则，我们仍旧会面临日本学者尤其是日本结果无价值论者所面临的新课题。

然而，在中国持“法益论”或“法益侵害说”的见解对于中国《刑法修正案（五）》增设的“妨害信用卡管理罪”和“窃取、收买、非法提供信用卡信息罪”两罪名并没有给出“处罚早期化”或“保护法益抽象化”的评价。在笔者看来，这主要因为如下几点原因：

一是，“法益”内涵的泛化。中国的“法益论”作为舶来品，在“中国化”的过程中其内容已然不同于日本的“法益论”。这在“法益”内容的解读上，显得尤为突出。中国的法益论者一般将“法益”概念界定为：“根据宪法的基本原则，由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益”。²⁶⁾进而把刑法所保护的人的生活利益，视为刑法上的法益。就这一定义自身来讲，本无可厚非，但论者将“人的生活利益”内涵进行无限扩张的结果，导致此“法益”概念已经有别于日本论者所要求的“法益”内容的具体化。例如，“法益论”在批判“社会关系”论时就指出：“刑法分则没有一个章节将社会关系作为犯罪客体，相反明文将权利、秩序、利益等作为犯罪客体，用法益概括它们是合理的”。²⁷⁾可见，此“法益”内涵中包含有权利、秩序、利益等等诸多内容。尤其在关于中国刑法第三章关于破坏社会主义市场经济秩序罪的保护客体的解释中，“市场经济秩序”与“经济利益”之间是可以共用的两个概念。即一方面认为刑法规定此类犯罪（经济类犯罪——笔者注）是为了保护社会主义市场经济秩序，同时又认为本章犯罪最终侵犯的是国家、社会与市场主体的经济利益。因为在论者看来，经济秩序本质上是社会经济利益的直接或间接表现。²⁸⁾而刑法分则具体犯罪的保护法益的确定，则要根据其所属类罪的同类法益内容或是刑法具体罪名的条文规定来进行。²⁹⁾当我们根据论者的主张来确定某一具体犯罪的“保护法益”内容时，将“妨害信用卡管理罪”和“窃取、收买、非法提供信用卡信息罪”的法益解读为“管理秩序”，即类法益为“金融管理秩序”，具体法益为“信用卡管理秩序”也就不足为奇。然而，“管理秩序”作为超个人的法益，与生命、身体、财产等个人法益不同，其并不具备作为实体的事实基体。此种无法还原为个人法益的“超个人法益”——“管理秩序”既然是“法益论”对此罪名保护法益解读的结论，当然也就无所谓“抽象化”的问题了。如前所述，“法益”概念原本是被用来限制刑罚权的发动，明确刑法的可罚性限界的。而其途径就是通过法益概念的具体化、明确化来实现。把“谦抑性”视为刑法生命的中国的“法益论”，其法益概念及内涵究竟能

26) 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2000年版，第167页；同著：《刑法分则的解释原理（第2版）上》，中国人民大学出版社2011年版，第345页。

27) 张明楷：《刑法分则的解释原理（第2版）上》，中国人民大学出版社2011年版，第345页。

28) 参见张明楷：《刑法学（第四版）》，法律出版社2011年版，第644页以下。

29) 参见张明楷：《刑法分则的解释原理（第2版）上》，中国人民大学出版社2011年版，第350页以下。

否发挥其应有机能最终实现其目的，着实值得怀疑。

二是，“法益侵害说”（法益侵害原理）的局限与误读。当把保护法益作为刑法的任务时，“法益侵害说”的逻辑是当发生法益侵害或危险时，才可动用刑罚。换言之，刑罚处罚的根据就在于发生了法益侵害或危险的结果。而是否侵犯了法益，可以根据客观因果法则进行认定。³⁰⁾据此，来进一步限缩国家刑罚权的发动，实现刑法的谦抑。于是，在日本学界就有了关于处罚早期化或针对“抽象危险犯”之立法模式的批判。当在时空上远离具体的法益侵害之发生的前行为如预备行为甚至预备的未遂行为被立法者作为犯罪行为规定下来时，此种在立法上“抽象危险犯”犯罪类型的增加，与“法益侵害说”的宗旨相违背时，至少对于现实的刑事立法现状及动向来说，后者的解释论功能大打折扣。这一点在中国的刑法体系下显得更为明显。因为，如前所述，中国刑事制裁法体系采取的是一元化模式，一部统一的刑法典囊括了所有政治、经济、社会秩序、个人财产等等全部领域中关于犯罪的处罚规定，如既包括财产犯罪、人身犯罪这种传统犯罪，也包括涉税犯罪、食品安全犯罪、证券犯罪、市场秩序犯罪等在日本学者看来是特别刑法的部分。当“法益侵害说”把“法益”解读为实体概念，认为法益侵害结果的发生才是刑罚处罚的根据时，尽管其在面对以个人法益为核心成立的传统犯罪类型，解释功能能够发挥最大效用，但面对食品安全犯罪、市场秩序犯罪、金融管理秩序犯罪等等这类犯罪时，“法益侵害说”的解释功能明显会弱化甚至丧失殆尽。因为这些犯罪类型中所保护的客体如“市场秩序”、“食品安全”、“交易安全”等等，当遭受侵犯时，很难运用“法益侵害原理”来加以解读。“法益侵害说”的理论涵射面能否覆盖全部刑法分则体系中的罪名，也是值得怀疑的。另一方面，面对“窃取、收买、非法提供信用卡信息行为”等预备行为的实行行为化立法特点，中国的“法益侵害说”也并没有像日本学者那样给予“处罚早期化”的评价，这一点也是让人有些不可思议之处。

当然，中国的“法益论”者也认为刑法分则具体罪名中出现的“数额较大”、“数量较大”等等“量化要素”的出现，是基于刑法谦抑性原则“限定处罚范围的刑法至少从一个方面说明新刑法的结果无价值论立场”，³¹⁾也表明了法益侵害说的立场。³²⁾换言之，中国“法益论”者将“数额”、“数量”等刑法所规定的作为犯罪成立要素的“量化”结果也视为“结果无价值”或“法益侵害”的应有内容，进而得出中国新刑法与“法益侵害说”不谋而

30) 参见张明楷：《刑法分则的解释原理（第2版）上》，中国人民大学出版社2011年版，第346页以下。

31) 参见张明楷：《新刑法与法益侵害说》，载《法学研究》2000年第1期，23页以下；张明楷著：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2003年版，176页以下。

32) 参见张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2000年版，第327页以下。

合。然而，在笔者看来，这是对“法益侵害说”的误读。换言之，“法益侵害说”中的“法益”概念是否果真具有在“量”上或“程度”上划定刑法保护范围或刑罚处罚范围的机能，更是值得怀疑的。

这是因为，在日本，结果无价值论所主张的“法益”概念更加关注的是其体系批判机能。即针对单纯处罚道德违反的行为如通奸、赌博等，主张因不具备值得保护的法益，而发挥阻止将这些行为犯罪化的机能。对此，正如日本现代结果无价值论的代表者曾根威彦教授所指出的那样：“近代刑法中的法益论的特色在于，法益概念原本是想通过阻止犯罪概念的不当扩张，从国家权力中确保一定的市民自由而导入到刑法学中来的。从这一历史过程来看，体系批判性机能一直优越于体系内在性机能”。³³⁾这也意味着结果无价值论所主张的法益论在某一刑罚法规中没有发现法益时，能够发挥将其排除于刑法之外的机能。然而，这并不意味着结果无价值论所主张的“法益”概念在某一刑罚法规中能够发现法益的存在时，也同样能够发挥限定刑罚处罚范围的机能。

进一步而言，中国结果无价值论者在诠释或解释“量化要素”时，实际上是混淆了法益侵害性与刑法的补充性。刑法的补充性意味着刑法作为保护法益的最后手段，应该尽可能的抑制其适用。因此，只有当发生行政法或民法等的制裁无法进行妥当对应的严重的法益危害行为时，才动用刑法加以规制。这也意味着刑法尽管以保护“法益”为己任，但刑法并不规制所有的法益侵害或威胁的行为。例如，中国“妨害信用卡管理罪”中关于明知是伪造的信用卡而持有和运输以及非法持有他人信用卡的规定，都要求“数量较大”才构成犯罪，其是动用刑罚权的基准。而在这一规定中，仅仅依据是否存在“法益”即“信用卡管理秩序”的法益论是无法合理说明立法者为何要求这些“量化要素”的存在来划定刑罚处罚范围的。而这种“量化要素”所具有的划定刑罚处罚范围的机能只能从刑法是否应该进行规制这种预防论等法益论之外的补充性原理中得到合理说明。也就是说，立法者将何种程度的法益侵害行为纳入到刑罚处罚范围内，单纯从结果无价值论的“法益论”思想中是不能获得合理的解答的。其只能在法益论之外的作为立法者的刑事政策上或价值上的决定这一补充性原理中获得解答。中国结果无价值论者的错误在于，将量化的犯罪结果作为犯罪成立要素的刑事立法所体现的刑法谦抑原则视为是结果无价值理论的表现。应该注意的是，结果无价值理论是寻求违法性实质内容或根据的理论，其强调的是犯罪成立的内在制约性。而“谦抑原则”或“补充性原理”则是刑罚处罚的必要性问题，其更加关注刑事政策或立法者的价值决定。因此，在将量化要素作为犯罪成立要素的中国刑事立法中，上述原则实际上强调的是犯罪成立

33) 【日】曾根威彦著：《刑法重要问题（总论）》，成文堂2006年版，10页。

的外在制约性。两者不可混淆。

综上，中国“法益论”对于《刑法修正案（五）》有关信用卡犯罪的解释功能之发挥是存在限界的。与日本刑事立法动向相同，面对“抽象危险犯”犯罪类型的增加和保护法益的抽象化，深受日本理论影响的中国“法益论”究竟在多大程度上能够发挥其理论解释机能，还有待进一步深入探究。但在笔者看来，至少在刑法原理上“法益侵害说”抑或“法益侵害原理”一家独大的局面已经结束。

VI. 结语 —— 比例原则：一个有待关注的原则

如果仍旧运用传统的法益理论，无论是日本“关于支付用卡电磁记录之罪”还是中国的“妨害信用卡管理罪”、“窃取、收买、非法提供信用卡信息罪”这些新罪名的设定都呈现出了共同的特点即“处罚的早期化”和“保护法益的抽象化”。实际上，从晚近中日两国刑事立法或刑法修正案的内容来看，也都表现出了此种特点。³⁴⁾依托法益保护原则建构的“法益侵害原理”抑或传统的“法益论”在新的刑事立法动向面前已经无法为刑法规制提供正当化根据，也无法为可罚性限界提供明确的基准。既然如此，我们必须在法益保护原则之外，另寻刑事立法的规制原理，以便审视刑法规制内容的合理性和正当性。在笔者看来，那就是公法上的一个重要原则——“比例原则”。“比例原则”原本是宪法、行政法上的原则，是在公权力的行使有制约公民的自由或权利时必须加以考虑的原则，其为国家权力制约或限制基本人权的容许限度提供判断基准。³⁵⁾刑罚权既然是国家权力之一种，是对个人的发动，刑罚权的设置和行使就有必要考虑“比例原则”。

“比例原则”是指基于公权力之行使所获得的东西必须要与其行使而失去的东西保持平衡。³⁶⁾因此，立法者在将某种行为新增设为刑罚处罚对象之际，必须考虑如下三方面内容：（1）手段的正当性，（2）侵害的必要性，（3）利益衡量。所谓（1）手段

34) 例如日本1999年颁布的《不正情报处理行为禁止法》中就规定仅仅处罚不法登陆电脑系统行为或基于ID或密码的提供而实施的帮助行为，2000年颁布的《Stalker行为等规制法》，2011年刑法典所追加的“电脑病毒作成罪”等处罚规定。而在中国，《刑法修正案（八）》也增设了若干“抽象危险犯”的犯罪类型，如生产、销售有毒、有害食品罪，生产、销售假药罪等。

35) 参见【日】小山刚：《基本权的内容形成——基于立法的宪法价值之实现》，尚学社2004年版，第83页以下。

36) 【日】井田良：《变革时代的理论刑法学》，庆应义塾大学出版社2007年版，第23页。

的正当性是指通过设置刑罚法规处罚某种行为,对于规制目的之实现来说是否为有效的手段。为此,首先必须要确认的是该行为的有害性问题。(2)侵害的必要性要考察的内容是规制目的的实现是否有必要动用刑罚这一制裁措施,其核心是刑法的补充性。(3)利益衡量探讨的是在刑罚法规的设置导致的利益之丧失和获得的利益之间进行衡量时,能否得出受益的结论。如果刑罚法规的设置过于限制个人的人权或自由,进而给公民个人带来的不利益大于其要保护的利益,就将违反比例原则。³⁷⁾当然,此时“违宪审查”,对于中国来说“合宪限定解释”将会发挥更重要的作用。

自1997年新刑法典制定以来,至今快20年的时间里,中国共出台了八部《刑法修正案》,九部立法解释,《刑法修正案(九)》也即将颁布实施。如此频繁的刑事立法活动,对于刑事立法的规制来说,“比例原则”将如何发挥其机能也许是我们今后需要面临的且是需要攻克的难题。

(논문투고일 : 2018.11.16, 심사개시일 : 2018.11.16, 게재확정일 : 2018.12.20)



▶ 정 군 남

신용카드사기, 법익보호원칙, 법익침해원리,
처벌조기화, 비례성원칙

37) 参见【日】井田良：《讲义刑法学·总论》，有斐阁2013年版，第24页以下。

【摘要】

鄭 軍 男

2005年中国《刑法修正案（五）》将窃取、收买、非法提供信用卡信息的行为和持有、出售、购买、提供伪造的信用卡的行为作为独立的犯罪规定下来，由此形成了预防和打击信用卡诈骗犯罪的立法体系。而此种立法体系是将传统意义上的信用卡诈骗犯罪的预备行为升格为独立的犯罪实行行为来完成的。即，刑事立法上处罚范围的扩张是其显著特征。无独有偶，日本也于2000年以刑法修正案形式在刑法分则中增设了三个新罪名，即“支付用卡电磁记录不正作出等之罪”，“不正电磁记录卡持有罪”和“支付用卡电磁记录不正作出准备罪”。对此，日本刑法理论界评价为是“法益保护的早期化”和“保护法益的抽象化”。面对刑事立法上处罚范围的扩张，试图以“法益”概念限制立法的构想已然面临着理论危机，而法益保护原则之外的“比例性原则”，才是需要我们应该给予认真对待的立法限制原则。



▶ 鄭 軍 男

信用卡诈骗, 法益保护原则, 法益侵害原理

处罚早期化, 比例性原则

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 西田典之、山口厚、佐伯仁志編 「刑法判例百選Ⅱ各論（第6版）」有斐閣 2008.
- 山中敬一 「刑法各論Ⅰ」 成文堂 2005年.
- 山中敬一 「刑法各論Ⅱ」 成文堂 2005年.
- 川端博 「刑法各論講義」成文堂 2007年.
- 前田雅英 「刑法各論講義（第5版）」 东京大学出版会 2011年.
- 黄太云 「〈刑法修正案（五）〉的理解与适用」 《人民检察》 2005年第3期.
- 胡康生 「关于〈中华人民共和国刑法修正案（五）（草案）〉的说」
- 曾根威彦「現代刑法と法益論の変容」 《刑事法学の現代課題——阿部純二古稀祝賀論文集》 第一法規出版社 2004年版.
- 山口厚「刑法各論（補訂版）」 有斐閣 2005年版.
- 内藤謙「刑法理論の史的展開」 有斐閣2007年版.
- 曾根威彦 「刑法学の基礎」 成文堂 2005年版.
- 木村裕三、小林敬和共 「現代刑法各論（改訂版）」 成文堂 2005年版.
- 平野龙一「刑法各論Ⅰ」 有斐閣 1977年.
- 井田良 「変革時代の理論刑法学」 庆应义塾大学出版社 2007年版.
- 张明楷「法益初论」 中国政法大学出版社 2000年版.
- 张明楷「刑法分则的解释原理（第2版）上」 中国人民大学出版社 2011年版.
- 张明楷 「刑法学（第四版）」 法律出版社 2011年版.
- 曾根威彦 「刑法の重要問題（総論）」 成文堂 2006年版.

Abstract

Legislative trends and explanations of credit card fraud in China and Japan

Zheng, Jun Nan

China's Criminal Law Amendment (5) in 2005 stipulates the act of stealing, buying, illegally providing credit card information and the act of holding, selling, purchasing and providing forged credit cards as independent crimes, thus forming a legislative system for preventing and combating credit card fraud. This legislative system is to upgrade the preparatory act of credit card fraud crime in the traditional sense to an independent criminal act. That is, the expansion of the scope of punishment in criminal legislation is a notable feature. Coincidentally, in 2000, Japan added three new charges in the criminal law in the form of criminal law corrections, namely "the crime of making incorrect electromagnetic records with payment cards" and "the crime of holding incorrect electromagnetic records with payment cards" and "the crime of preparing incorrect electromagnetic records with payment cards". In this regard, the Japanese criminal law theorists evaluate it as "the early protection of legal interests" and "the abstraction of protection of legal interests". Facing the expansion of the scope of punishment in criminal legislation, the idea of trying to restrict legislation with the concept of "legal interest" has been facing a theoretical crisis. The principle of proportionality, which is beyond the principle of legal interest protection, is the principle of legislative restriction that we should take seriously.



▶ **Zheng, Jun Nan**

Credit card fraud ; legal interest protection principle ; legal interest infringement principle ; punishment early ; proportional principle

일본에서의 조세부담의 착오와 구제방안에 관한 고찰

길 용 원*

【목 차】

I. 서론

II. 조세부담의 착오와 효과

1. 조세부담의 착오
2. 동기의 착오
3. 소결

III. 조세법에 있어서의 법률의 착오

1. 납세의무의 존재에 대한 착오
2. 물품세법상의 무신고제조사건
3. 소결

IV. 착오에 따른 후발적 경정청구

1. 高松高判平成 18年 2月 23日
2. 후발적 경정청구의 인정여부
3. 소결

V. 결론

【국 문 요 약】

납세자가 세액을 착오하여 과대 신고한 경우에 특히 그것이 사법상 거래를 전제로 할 때 사법상 법률행위의 효과가 세법에 있어 어떠한 영향을 미치는 지 검토가 요청되는 데, 이는 사법상 거래의 성립여부가 조세부담의 정도에 좌우되는 경우가 실제로 있어 종종 발생되기 때문이다.

조세부담의 착오에 관련하여 요소의 착오로 볼 것인지, 아니면 동기의 착오로 볼 것인지 여부에 대한 판단이 우선적으로 요청되며, 동기의 착오로 볼 경우 이에 대한 취급이 문제된다. 또한 일본의 경우 착오의 효과에 관해 우리와 달리 취소가 아닌 무효를 인정함에 따라 국세통칙법 시행령 제6조 제1항 제2호에서 후발적 경정청구에 해당될 수 있는 지 여부가 문제된다. 이는 해당 조문에서 “해제”와 “취소”만이 명문으로 규정되어 있기 때문이다.

조세부담의 착오에 대해 우리나라의 통설과 판례는 이를 법률의 착오로 보고

* 법학박사, 광운대학교 강사

있다. 원래 법률의 착오라는 개념은 형법상 논의되는 것이라 할 수 있다. 세법에 있어서 착오가 문제되는 경우는 납세의무의 착오, 즉 어떠한 거래행위나 소득의 대상이 세법상 적용대상인지에 관하여 인식이 없는 경우 또는 익금성이나 비손금성에 대한 착오가 대표적이다. 이와 관련된 사안으로 “물품세법상의 무신고제조 사건”의 경우 최고재판소는 “물품세법에 관한 법령의 부지에 불과하다.”며 상고를 기각하였으나 학설상 다툼이 있는 사안이다. 납세자가 자신에게는 납세의무가 없다고 오신한 것이 구성요건의 착오인지, 아니면 위법성의 착오(법률의 착오)인지 여부에 대한 사건으로 본 판결은 많은 판례평석이 이루어지고 있다는 점에서 주목할 만한 가치가 있다. 특히 조세법에 있어서의 고의와 그 착오에 관련된 판단은 우리나라의 재판에 있어서 참고가 될 것이다.

그리고 조세부담의 착오로 인해 사법상의 법률행위가 무효 또는 취소가 된 경우에 당해 법률행위에 기초하여 부과된 세금이 어떻게 처리되어야 하는 지 문제가 된다. 일본의 경우에는 착오에 의한 효과가 취소가 아닌 무효인 바, 경정청구 기간이 넘은 시점에서의 조세부담의 착오에 대한 주장이 즉시 후발적 경정청구의 대상이 된다고 할 수 없다. 이와 관련하여 대표적으로 언급되는 타카마츠 고등재판소의 판결과 관련된 법적 쟁점을 검토하고자 한다. 우리나라는 일본과 달리 조세부담의 착오에 대해 무효가 아닌 ‘취소’를 인정함에 따라 국세기본법 시행령 제25조의2 제2항 규정이 적용될 것으로 판단된다. 다만 단순한 세법에 대한 오해나 부지의 경우에는 주관적 사유에 불과하기 때문에 사법상 효과를 인정하기 어려워 위 시행령 규정이 적용된다고 볼 수 없다. 취소의 권한은 법률의 규정에 근거하여 발생하기 때문에 계약의 효력에 대해 악용하여 조세부담을 면하려는 납세자가 출현할 가능성이 적지만, 위 시행령의 형태에 비추어 보았을 때 ‘부득이한 사유’의 표현이 ‘취소’에는 적용되지 않는 것으로 해석할 수 있으므로 고등재판소 판결에 관한 쟁점을 검토할 필요가 요청된다. 또한 과세의 기초가 된 사법상 법률행위가 사후에 무효 등이 된 경우에 있어 광범위한 후발적 경정청구를 인정하는 우리 법원의 태도와 비교할 필요가 있다.

종래 조세부담의 착오에 기한 과세문제에 대해 일부 논의가 있었으나, 구체적인 구제방안에 관한 논의가 일부 미흡한 점이 있는 바, 비교법적으로 법체계에 있어 상당한 유사성을 지닌 일본에서의 논의를 통하여 시사점을 얻고자 한다.

I. 서론

납세자가 세액을 착오하여 과대 신고한 경우에 특히 그것이 사법상 거래를 전제로 할 때 사법상 법률행위의 효과가 세법에 있어 어떠한 영향을 미치는 지 검토가 요청되는 데, 이는 사법상 거래의 성립여부가 조세부담의 정도에 좌우되는 경우가 실제로 있어 종종 발생되기 때문이다. 뿐만 아니라 조세법에 있어서의 납세의무의 착오, 즉 어떠한 거래행위나 소득의 대상이 세법상 적용대상인지에 관하여 인식이 없는 경우 또는 익금성이나 비손금성에 대한 착오에 대하여 일반형법의 기본원리가 적용되는지, 적용된다면 어떻게 취급되어야 하는지 문제된다.

종래 조세부담의 착오에 기한 과세문제에 대해 일부 논의가 있었으나,¹⁾ 구체적인 구제방안에 관한 논의가 일부 미비한 점이 있는 바, 비교법적으로 우리와 법체계에 있어 상당한 유사성을 지닌 일본에서의 논의를 통하여 시사점을 얻고자 한다. 다만 조세부담의 착오에 관한 일반적 논의는 기존의 선행연구가 있는 바, 간단히 다루고자 하며, 구제방안과 관련하여 형법상의 법률의 착오와 조세법상의 후발적 경정청구에 관한 논의에 집중하고자 한다. 구체적으로 대표적인 판례사안을 통해 판례 및 학설상 쟁점이 되는 사항을 분석하여 검토하고자 한다.

우선적으로 조세부담의 착오에 관련하여 요소의 착오로 볼 것인지, 아니면 동기의 착오로 볼 것인지 여부에 대한 판단이 요청되며, 동기의 착오로 볼 경우 이에 대한 취급이 문제된다. 또한 법률의 착오라는 개념은 원래 형법상²⁾ 논의되는 것이라 할 수 있으므로 형사법적 측면에서의 접근과 더불어 특히 일본의 경우 착

1) 강성태/박훈/허원, “조세부담 착오에 따른 과세문제”, 『조세법연구』 16권 1호 (한국세법학회, 2010) 114면 이하.

2) 우리 형법 제16조에서 “자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 일본 형법 제38조는 고의에 관하여 규정하고 있는데, 제1항은 “죄를 범할 의사가 없는 행위는 처벌하지 않는다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우는 그러하지 아니하다.”, 제3항은 “법률을 몰랐다고 하더라도 그것에 의해서 죄를 범할 의사가 없었다고 할 수 없다. 다만 정상에 의해 그 형을 감경할 수 있다.”고 규정하고 있다. 특히 동조 제3항에서 법률을 몰랐다고 하여 죄를 범할 의사가 없었다고 할 수 없다고 규정한 것은 소위 위법성의 착오(법률의 착오)에 관한 것을 입법화한 것으로 해석되며, 범죄의 위법성 착오(법률의 착오)에는 범위를 조각하지 않는다는 취지를 명백히 한 것이다. 현행 형법은 범죄행위의 위법성 착오(법률의 착오)와 범죄행위 자체의 구성요소인 구성요건의 착오를 구별하고 오로지 후자의 경우에만 범의가 없는 것이 됨을 명료한 것이다. 따라서 범죄행위에 대한 일반 위법성과 범죄행위 자체에 속하는 구성요소와는 엄격히 준별해야 하며, 이에 대한 착오 역시 그 효과를 달리해야 할 것이다.

오의 효과에 대해 우리와 달리 취소가 아닌 무효를 인정함에 따라 국세통칙법 시행령 제6조 제1항 제2호에서 “해제”와 “취소”만이 명문으로 규정되어 있음을 고려할 때 착오 무효가 후발적 경정청구로서 구제방안이 될 수 있는 지에 관해 세법적 측면에서의 접근을 하고자 한다.

II. 조세부담의 착오와 효과

특히 일본의 경우 민법 제95조에 의해 요소의 착오에 대하여 무효의 효과를 인정함에 따라 조세부담의 착오에 대한 세법적 구제에 있어 후발적 경정청구를 인정할 수 있을 것인가의 문제를 초래한다. 이는 국세통칙법 시행령 제6조 제1항 제2호에서 ‘무효’를 규정하고 있지 않기 때문이다. 조세부담의 착오가 요소의 착오인지 여부를 비롯하여 위 시행령상의 ‘해제’ 및 ‘취소’와 무효와의 차이를 언급할 필요가 요청된다.

1. 조세부담의 착오

가. 의의

착오란 표시행위로부터 추단되는 의사와 표의자의 진실한 의사(진의)가 일치하지 않고 있으며, 그 차이를 표의자가 인식하지 않은 상태에서 하는 의사표시를 말한다. 표의자가 그 차이를 모른다는 점에서 비진의의사표시나 통정허위표시와 구별된다. 착오에 관하여 일본 민법 제95조는 “의사표시는 법률행위의 요소에 착오가 있는 때에 무효로 한다. 다만, 표의자에게 중대한 과실이 있을 때에는 표의자는 스스로 그 무효를 주장할 수 없다.”고 규정하여 표의자를 보호하고 있다. 우리 민법은 제109조에서 착오에 의한 의사표시를 규정하고 있다.

일본 민법 제95조의 적용을 받기 위해서는 요소의 착오에 해당하여야 하는데, 그 의미가 반드시 명확한 것은 아니나 통설과 판례에 의하면 요소의 착오란 만일 표의자가 어떤 착오가 없었더라면 해당 의사를 표시하지 않았을 것이며(인과관계), 보통 일반인의 기준에 맞추어도 그 착오가 없었더라면 그와 같은 의사표시

를 하지 않으리라고 생각되는 것(중요성)에 대한 착오가 있을 경우를 말한다.³⁾ 그리고 중대한 과실이란 표의자가 착오를 함에 있어 일반인에게 기대되는 주의를 현저하게 결여한 것을 말한다. 요소의 착오가 있다고 할지라도 이러한 잘못이 있는 표의자까지 보호할 필요가 없기 때문에, 중대한 과실이 있는 표의자에게는 무효의 주장을 허용하지 않는 것이다.

일반적으로 세무상 착오가 문제되는 경우는 대략적으로 3가지 정도로 구분된다고 할 것이다. ① 신고행위 자체와 관련된 착오의 주장, ② 신고(또는 경정 등)의 내용인 과세요건에 관련된 착오의 주장, ③ 신고(또는 경정 등)의 전제가 되는 사법상의 거래와 관련된 착오의 주장이다.⁴⁾ 즉 납세자가 세액을 착오하여 과대 신고한 경우는 신고서의 단순한 기입오류의 경우가 있으며, 또한 사법상의 거래 단계에서 예측하지 못한 과세부담을 신고 후에 확인하여 인식하는 경우 등이 있다. 전자의 경우에는 특별한 문제를 발생시키지 않으나 후자의 경우에는 전자의 경우와 달리 복잡한 문제를 초래하는데, 이는 과세상의 구조적 문제에 기인하는 것이다. 사법의 경우 기본적으로 사적자치의 원칙에 의해 규율이 된다. 조세법은 그러한 사법에 의해 일차적으로 규율되고 있는 경제현상이나 활동을 과세대상으로 하고 있다. 따라서 후자의 경우에는 사법에 의해 규율되는 사적자치의 원칙과 조세법과의 관계의 문제를 초래하기 때문에 단순한 문제가 아닌 것이다. 해당 사법상의 행위가 착오에 해당되어 무효화할지 여부는 민법상의 문제이지만, 그 결과에 의해 과세요건을 구성하는 사실의 존재여부가 달라지기 때문에, 조세 법률 관계에도 영향이 미치게 되는 것이다.

잘못된 신고에 이르기까지의 원인과 오류를 인식하고 구제를 요구하는 데까지의 타이밍은 다양하지만, 결국 이러한 복잡한 문제는 납세자의 잘못된 과다신고에 대해 어떻게 구제할 것인가의 문제로 귀착된다고 할 것이다.

나. 효과

일본의 경우 우리와 달리 착오에 의한 의사표시는 원칙적으로 무효이다. 착오

3) 内田貴, 「民法I(総則・物権総論)」, 東京大学出版会, 2016, 68面. 우리나라의 경우에도 중요부분의 착오를 정의함에 있어 이와 다르지 않다(고상룡, 「민법총칙」, 법문사, 2005, 428면).

4) 岸田貞夫, “平和事件を機に改めて注目される税務における要素の錯誤”, 『税理』 42卷 4号 (ぎょうせい, 1999) 20面.

와 마찬가지로 그 의사표시의 효과가 무효가 되는 것은 공서양속이나 강행법규를 위반하는 계약, 심리유보와 허위표시의 계약으로 인해 당사자의 의사가 흠결한 경우이다.⁵⁾ 이러한 무효인 법률 행위는 특정인의 행위와 무관하게 처음부터 효력이 생기지 않는다. 또한 처음부터 법률행위의 효과가 발생하지 않기 때문에 취소 가능한 행위와 달리 당사자의 의사표시가 불필요한 것이 특징이다. 게다가 무효인 행위를 당사자의 주인으로 유효하게 하려고 할지라도 제3자가 불이익을 받을 가능성이 있기 때문에 추인도 허용되지 않는다. 만일 당사자가 사후에 추인하였다고 할지라도 새로운 동일 내용의 행위를 한 것으로 취급될 뿐이다.⁶⁾ 이렇듯 계약의 효력 발생이 부정되며, 해당 계약에 착오가 있으면 계약은 처음부터 유효하게 성립되지 않은 것이다.

특히 일본은 후술할 사항으로 조세부담의 착오에 대한 구제방안으로서 납세의무 성립 또는 세액의 확정 후에 관련된 법률관계나 사실관계가 변경되는 사안에 관해 국세통칙법 시행령 제6조 제1항 제2호에서 후발적 경정청구의 사유로서 “해제”와 “취소”만이 명문으로 규정되어 있는 점이 특징이다.⁷⁾ 따라서 해제 및 취소와 무효의 차이를 살펴볼 필요가 있다.

취소는 의사표시의 하자를 이유로 특정인(취소권자)의 주장(취소의 의사표시)에 의해 일단 유효하게 성립된 법률행위의 효력을 소급적으로 무효로 하는 것을 말한다. 계약은 취소하기 전까지는 유효한 것이며, 취소에 의해서 비로소 그 계약의 효력이 부정된다. 취소는 국세통칙법 시행령 제6조 제1항 제2호에 규정되어 있기 때문에 취소에 의해서 그 신고 등과 관련된 세액이 과다하게 되었을 때에는 국세통칙법 제23조 제2항 제3호에 의한 후발적 경정청구를 할 수 있다.

그리고 해제란 해제권을 가진 자의 일방적인 의사표시에 의해 계약이 처음부터 없었던 것과 같은 효과를 발생시키는 의사표시를 말한다. 다만 해제권이 있어도 당연히 계약이 해제되는 것은 아니라 일방의 의사표시에 의해 계약을 해소시킬 수 있다. 해제권이 행사되면 그 계약은 소급적으로 효력을 잃게 되며, 그전까지 계약은 당연히 유효하다. 해제권은 법률상 당연히 발생하는 법정 해제와, 계약 당사자의 합의로 해제권을 당사자에게 유보시키는 약정 해제, 그리고 민법의 계

5) 일본 민법 제90조(공서양속), 제93조(심리유보), 제94조(허위표시).

6) 일본 민법 제119조.

7) 우리나라의 경우에도 국세기본법 시행령 제25조의2 제2항에서 “해제”와 “취소”만을 명문으로 규정하고 있다.

약각론에서 특별규정을 두고 있는 계약각론상의 특별규정에 근거하는 해제에 의해 발생한다. 행사가 있어야 계약의 효과가 소급하여 발생한다는 점에서 취소와 유사하지만, 취소는 계약 성립 시에 존재하는 사정을 원인으로 하고 있는 것인 반면에, 해제는 채무불이행 등의 계약 성립 후의 사정을 원인으로 있다는 점에서 양자는 구별된다. 해제의 경우에도 국제통칙법 시행령 제6조 제1항 제2호에 규정되어 있으므로 해당 조문에 근거하여 후발적 경정청구가 가능하다 할 것이다.⁸⁾

무효나 취소, 해제의 경우 법률행위가 처음부터 없었던 것과 같은 법적 효과를 부여한다는 점에서는 차이가 없으나, 무효의 경우에는 처음부터 전혀 효력이 생기지 않으며 따라서 의사표시 또한 필요하지 않은 점에서 취소나 해제와 구별된다. 이는 취소나 해제의 경우 계약 성립 시 또는 성립 이후의 문제를 원인으로 다루는 것으로 법률행위가 성립한 당초부터 법률상 당연히 그 효력이 발생하지 않는 것으로 확정된 무효와 차이를 보이기 때문이다. 이러한 차이는 착오 “무효”의 주장에 따른 후발적 경정 청구의 인정에 있어 어떠한 영향을 주는 것인지 살펴볼 필요가 있다.⁹⁾

2. 동기의 착오

종래 일본 판례는 조세부담의 착오에 대해 법의 부지 또는 법의 착오라고 하여, 요소의 착오에 해당하지 않음을 근거로 착오의 주장을 부인하여 왔다. 학설의

8) 해제와 유사제도로써 합의해제가 있다. 합의해제란 계약 당사자 쌍방의 합의에 의해 기존 계약의 효과를 새로운 계약으로 소급적으로 소멸시키고, 계약이 처음부터 없었던 것의 법률효과를 발생시키는 것이다. 일견 약정해제와 유사한 것으로 보이지만 해제와 합의해제는 다른 제도라 할 것이다. 해제권의 행사는 해제권자에 의한 단독행위지만, 합의해제에는 해제권이 아니라 당사자의 새로운 합의에 의해 기존 계약을 해소시키는 점에서 차이를 보인다. 해제권의 행사가 아니며, 세법상 새로운 계약과 새로운 과세요건사실을 발생시키는 것이므로 원칙적으로 해제와 같은 국제통칙법 제23조 제2항 제3호의 경정의 청구를 인정할 수 없지만, “부득이한 이유” 또는 “당해 계약의 성립 후에 생긴 부득이한 사정”에 따른 것일 때에 한해 경정청구의 사유로 인정할 수 있을 것이다(中嶋明伸, “土地の現物出資に伴う譲渡所得課税-課税されることの錯誤と出資契約の合意解除-”, 『税経通信』 51卷 15号 (税務経理協会, 1996) 219面). 그 취급에 있어 우리나라의 경우에도 기본적으로 이와 다르지 않다(소순무/윤지현, 「조세소송」, 영화조세통람, 2018, 255~256면).

9) 우리나라는 민법 제109조에서 착오에 있어 “취소”를 인정하고 있는바, 위와 같은 논의가 우리에게 있어 논의의 필요성이 낮다고 생각할 수 있으나, 국제기본법 시행령 제25조의2 제2항에서 일본에서와 같이 무효를 규정하고 있지 않은 점에 비추어 무효라는 효과가 발생한 경우 해당법률에 적용됨을 인정할 수 있는 것인지 여부의 문제로 선회한다면 충분히 우리에게 시사점을 부여할 수 있다고 생각된다.

경우에도 동기의 착오에 해당하기 때문에 원칙적으로 무효의 주장을 인정할 수 없다고 하고 있다.¹⁰⁾ 왜냐하면 로마법을 기원으로 하는 “법의 부지·착오는 해한다”, “법의 부지는 무효가 아니다”라는 격언이 있으며, 법의 부지나 착오를 요소의 착오로 인정하지 않는다는 생각이 있었기 때문이다.¹¹⁾ 특히 납세자가 예상하지 않은 세 부담을 이유로 계약의 무효를 쉽게 인정하여 납세의무를 회피하게 하는 것은 법정 신고기한을 정하고 있는 신고납세제도의 의미가 형해화 될 것을 우려한 것이다.¹²⁾ 따라서 조세부담의 착오는 조세부담의 형평과 조세회피방지의 관점에서 요소의 착오가 될 수 없다고 해석한 것이다.

이와 달리 조세부담의 착오를 요소의 착오로 인정한 판결이 헤세이 원년에 나왔으며, 협의이혼에 따른 재산분여자의 과세에 관한 착오의 사례이다.¹³⁾ 이 사례의 원심 판결¹⁴⁾에서는 종전과 마찬가지로 조세부담의 착오는 법률행위 요소의 착오로 인정되지 않고, 그것을 이유로 계약을 무효화할 수 없다고 판단하였다. 그

10) 三木義一, 「新実務家のための税務相談民法編」, 有斐閣, 2017, 33面.

11) 민사법과 달리 형사법에서는 “법률의 부지는 용서받지 못한다”는 고전적 법원칙이 존재한다.

12) 神戸地裁平成 7年 4月 24日 訟月 44卷 12号 2211頁은 “납세의무자는 납세의무의 발생의 원인이 되는 민법상 법률행위를 할 경우, 위 법률행위 시 예정하지 않은 납세의무가 생기거나, 법률행위 시 예정했던 것보다 무거운 납세의무가 생기는 경우, 이 조세부담의 착오는 동기의 착오이며, 이 착오에 근거하여 합의해제를 이유로 위 법률행위가 무효임을 조세 행정청에 대해 법정 신고기한을 경과한 시점에서는 주장할 수 없는 것으로 보는 것이 상당하다. 왜냐하면 우리는 신고 납부방식을 도입하여 신고의무 위반과 탈세에 대해서 가산세 등을 부과하고 있는 결과, 안이하게 조세 부담의 착오를 인정하여 법률행위가 무효로서 납세의무를 면하게 한다면 납세자 간 형평을 상하게 하고 조세법률관계를 불안정하게 하며, 심지어 신고납세방식의 붕괴로 이어지기 때문이다.”라고 판시하고 있으며, 이외에도 大阪地裁平成12年 2月 23日 税資 246号 908頁, 高松高裁平成18年 2月 23日 訟月 52卷 12号 3672頁 등이 있다.

13) 最判平成元年 9月 14日 判時 1336号 93頁·判タ 718号 75頁. 이에 대한 사실관계는 X는昭和 37년(1962) Y와 혼인하여 자녀를 두고 있었으며, 본건 건물에 거주하고 있었다. 그러나 근무처 은행의 부하 여직원 A와 관계가 생긴 것 등을 이유로 Y가 이혼을 결심했고昭和 59년(1984)에 X에 그 내용을 제의했다. X는 직업상의 신분상실을 우려하고 신청에 따르기로 했으나, Y는 본건 건물에 남아 아이를 키우겠다고 이혼 조건을 제시하였다. X는 Y의 뜻에 따라 모두 자기 특유재산에 속하는 본건 건물, 그 용지인 토지 및 토지상 건물(시가 8억엔 상당)전부를 재산분할로 Y에 양도한다는 취지를 기재한 이혼합의서 및 이혼서류에 서명날인하고 신고절차 및 재산분할에 따른 등기절차를 Y에 위임했다. Y는 위임에 의거昭和 59년(1984)에 이혼신고를 하는 동시에, 본건 부동산을 재산분할을 원인으로 소유권 이전 등기를 완료하였다. 본건 재산분할 계약 시 X는 재산분할을 받은 Y에 과세되는 것을 걱정하고 이를 염려하는 발언을 했지만 X에 과세되는 것은 거론되지 않았는데, 이혼 후 X가 자기에게 과세되는 것을 상사의 지적에 의해서 처음 알고 세무사의 통해 확인하였는데, 그 금액이 2억 2224만 여 엔으로 밝혀졌다. 이에 X는 본건 재산분할 계약 시 자기에게 양도소득세를 부과되지 않는 것을 합의의 동기로 표시한 것이며, 2억엔을 넘는 금액이 과세가 되는 것을 알고 있었다면 그 의사표시를 하지 않을 것이므로 본건 재산분할계약은 요소의 착오에 의해 무효라고 주장한 사안이다. 해당 판결의 평식으로 落合福司, “財産分与契約と課税に関する錯誤”, 『帯広大谷短期大学紀要』 29号(帯広大谷短期大学, 1992) 89面 이하.

14) 東京高判昭和 62年 12月 23日 判時 1265号 83頁.

이유로 분여자가 분여에 따라 자기에 과세되는 것을 알지 못한 것이 재산분여계약에 있어서의 과세에 대해 특별한 배려를 하지 않고 그 부담에 관한 조항을 마련했기 때문이라고 할지라도 법률상 당연한 부담을 예견하지 못했다는 것을 이유로 요소의 착오를 긍정하는 것은 상당하지 않고, 고액의 조세채무의 부담이 있다는 것을 미리 알았다라면 다른 내용의 재산분여계약을 체결했을 것이라 추측되지만, 이는 동기의 착오가 있는 것에 지나지 않으며, 이는 표시된 것으로 볼 수 없었기 때문이다.

그러나 최고재판소는 조세부담의 착오도 상대방에게 표시되는 경우에는 요소의 착오로써 법률행위를 무효로 할 수 있다고 판시한 것이다. 특히 동기가 명시적으로 표시된 경우에도 일본 민법 제95조의 적용을 긍정한 점에서 주목을 받은 것이다. 즉 조세부담의 착오는 동기의 착오이며, 동기의 착오가 법률행위 요소의 착오로 무효의 효과를 발생하려면 동기가 명시 또는 묵시적으로 표시되어 법률행위의 내용으로 되는 것이 필요로 한바, X의 조세부담에 관한 동기가 명시적으로 표시되지는 않았으나 묵시적으로 표시되어 본건 재산분여계약이 법률행위의 요소의 착오에 해당되어 무효의 주장을 인정하였다. 이 때문에 조세부담의 착오도 요소의 착오로 인정되면 그것을 이유로 계약을 무효로 할 수 있는 것이다.

일본이나 우리나라 모두 동기의 착오에 관한 규정이 없어, 표시의 착오와 이를 구별할 것인가의 여부에 대해 견해의 대립이 있으나 통설과 판례는 동기표시설의 입장에서 동기가 표시된 경우 민법상의 착오 주장이 가능한 것으로 보고 있다.¹⁵⁾ 일본은 근래에 표시의 착오와 동기의 착오를 구분하지 않는 일원론이 대두되고 이에 기해 법원의 판결도 동기의 “표시”에 관한 의미를 완화하여 해석하고 있으며, 당해 사정을 고려하여 묵시적인 표시를 인정함으로써 이를 반영하고 있다.¹⁶⁾ 위 사안도 이러한 점이 고려된 것이라 할 것이다.

조세부담의 착오에 대해 우리나라의 통설과 판례는 이를 법률의 착오로 보고 있다.¹⁷⁾ 다만 법률의 착오는 법률상태에 관한 착오로서 법률효과의 착오와는 구별된다고 할 것이다.¹⁸⁾ 위 사안의 경우에 양도소득세에 관한 법률은 재산분여계

15) 고상룡, 앞의 책, 414면; 内田貴, 앞의 책, 66면.

16) 山下純司, “動機(法律行為の基礎とした事情)についての錯誤”, 『民法判例百選Ⅰ(総則・物権)』(有斐閣, 2018) 51면.

17) 강성태/박훈/허원, 앞의 논문, 131면.

18) 일본 판례의 경우에도 유산분할의 합의에 따른 과세가격의 전제가 되는 주식의 평가방법에 오신이 있음이 문제된 사안에서 사적거래의 법률행위의 착오를 유산분할의 내용자체의 착오와 과세부담의 착오로 나누어 판단하고 있다(東京地判平成 21年 2月 27日 判タ 1355号 123頁).

약의 법률효과와 무관하므로 법률상태에 관한 착오이지 법률효과에 관한 착오가 아니므로 결국 동기의 착오에 불과한 것이 된다.¹⁹⁾

3. 소결

조세부담의 착오는 세법에 관한 착오이다. 조세법은 각종 경제활동 내지 경제현상을 과세대상으로 하고 있지만, 그들의 활동 내지 현상은 1차적으로 사법에 의해서 규율되고 있기 때문에 조세법률주의의 목적인 법적안정성을 확보하기 위해서는 과세는 원칙적으로 민법상 법률관계에 입각해서 이루어져야 할 것이며, 즉 민법상 법률관계에 의한 판단이 요청된다.²⁰⁾ 하지만 과세상의 고려가 일반적으로 요소의 착오라고 한다면 조세법률관계의 불안정화를 초래하며, 조세회피에 이용될 수 있음을 우려하는 지적이 있다.²¹⁾ 착오는 납세자의 인식(속내)의 문제이며, 그 존재를 객관적으로 파악하는 것이 곤란하기 때문에 이를 조세회피에 이용되는 것을 우려하는 것이다. 또한 이러한 문제에 대한 조세부담의 착오의 주장 여부를 당초 계약에 요소의 착오가 있는 경우(구제해야 할 진정한 조세부담의 착오)와 조세부담의 위험을 의식한 경우(조세회피 목적을 가진 계약의 착오)로 나누어 생각해야 한다는 주장도 있다.²²⁾ 이것은 근본적으로 신고납세제도의 형해화에 대한 우려에 근거하고 있다고 할 것이다.²³⁾

사실 신고는 추상적 납세의무를 객관적으로 확인하고 인정하는 것이므로 거기에 의욕과 의자가 개입할 여지는 없다고 생각된다. 신고납세제도의 취지는 기본

19) 대법원의 경우에도 “법률에 관한 착오(양도소득세가 부과될 것인데도 부과되지 아니하는 것으로 오인)라도 그것이 법률행위의 내용의 중요부분에 관한 것인 때에는 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있고, 또 매도인에 대한 양도소득세의 부과를 회피할 목적으로 매수인이 주택건설을 목적으로 하는 주식회사를 설립하여 여기에 출자하는 형식을 취하면 양도소득세가 부과되지 않을 것이라고 말하면서 그러한 형식에 의한 매매를 제의하여 매도인이 이를 믿고 매매계약을 체결한 것이라 하더라도 그것이 곧 사회질서에 반하는 것이라고 단정할 수 없으므로 이러한 경우에 역시 의사표시의 착오의 이론을 적용할 수 있다.”고 판시한 바 있다(대법원 1981. 11. 10. 선고 80다2475 판결).

20) 中里実, “税負担の錯誤と財産分与契約”, 『租税判例百選』(有斐閣, 2011) 35面.

21) 末崎衛, “遺産分割の錯誤無効と更正の請求”, 『税法学』 561号(日本税法学会, 2009) 132面.

22) 三木義一, “契約の錯誤無効と更正の請求—更正の請求制度の機能回復をめざして(1)—”, 『月刊税務事例』 37卷 8号, 財経詳報社, 2005, 7面.

23) 神戸地裁平成 7年 4月 24日 訟月 44卷 12号 2211頁에서 법정 신고기한 후에 조세부담의 착오를 인정한다면 “납세자 간 형평을 해치고 조세 법률관계가 불안정해지고 심지어 신고납세방식의 파괴로 이어지기 때문이다”고 하고 있다.

적으로 납세자 및 과세관청이 자신의 확정행위뿐만 아니라 상대방의 확정행위를 서로 체크하는 것(상호 확인)을 인정하고 실체적 진실주의를 실현하려는 것이라고 할 것이다.²⁴⁾ 결국 납세자들이 일단 신고한 세액 등의 변경을 요구하는 것 자체는 반드시 신고납세제도의 취지 및 구조에 위배된다고 할 수 없을 것이다. 오히려 구제제도는 상호 확인에 있어서 필수적이며, 신고납세제도를 지지하는 것이라 할 것이다. 이러한 점을 감안하면 위 최고재판소의 판단은 타당하다고 하지 않을 수 없을 것이다.

Ⅲ. 조세법에 있어서의 법률의 착오

법률의 착오라는 개념은 원래 형법상 논의되는 것이라 할 수 있다.²⁵⁾ 조세법 특히 탈세법의 경우 그 성격이 반윤리적·반사회적 성질이 짙은 바, 형사법적인 성격이 강하게 나타나기 때문에 일반적으로 조세형법에도 일반형법의 기본원리가 그대로 적용된다고 본다. 따라서 조세법에 있어서의 착오도 구성요건의 착오에 해당하면 고의를 조각하고, 위법성의 착오(법률의 착오)에 해당하면 정당한 이유가 없는 한 고의가 인정된다.

1. 납세의무의 존재에 대한 착오

형법상 행위자에게 있어 가장 중요한 착오로 구성요건의 착오 및 위법성의 착

24) 荻原芳宏, “更正の請求の期間制限について” 『税法学』 550号(日本税法学会, 2003) 38面.

25) 우리 형법 제16조에서 “자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 일본 형법 제38조는 고의에 관하여 규정하고 있는데, 제1항은 “죄를 범할 의사가 없는 행위는 처벌하지 않는다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우는 그러하지 아니하다.”, 제3항은 “법률을 몰랐다고 하더라도 그것에 의해서 죄를 범할 의사가 없었다고 할 수 없다. 다만 정상에 의해 그 형을 감경할 수 있다.”고 규정하고 있다. 특히 동조 제3항에서 법률을 몰랐다고 하여 죄를 범할 의사가 없었다고 할 수 없다고 규정한 것은 소위 위법성의 착오에 관한 것을 입법화한 것으로 해석되며, 범죄의 위법성 착오는 범위를 조각하지 않는다는 취지를 명백히 한 것이다. 현행 형법은 범죄행위의 위법성 착오와 범죄행위 자체의 구성요소인 사실의 착오를 구별하고 오로지 후자의 경우에만 범의가 없는 것이 됨을 명료한 것이다. 따라서 범죄행위에 대한 일반 위법성과 범죄행위 자체에 속하는 구성요소와는 엄격히 준별해야 하며, 이에 대한 착오 역시 그 효과를 달리해야 할 것이다.

오(법률의 착오)가 있다. 조문을 보면 이 양자의 구체적인 내용에 관해서 규정되지 않아, 무엇을 구성요건의 착오로 볼 것인지, 또는 위법성의 착오(법률의 착오)로 볼 것인지에 관한 문제에 대해서는 해석에 기초한 이론적 판단을 할 수밖에 없다. 구성요건의 착오는 고의의 조각여부가 문제가 되고 고의를 조각하는 경우에는 과실범의 성패가 논의되는 것임에 반하여, 위법성의 착오(법률의 착오)는 입장에 따라서는 고의범이 성립하는 것도 있다. 그러므로 구성요건의 착오 및 위법성의 착오(법률의 착오)를 구별하는 것은 법적 효과의 차이라는 관점에서 중요하다. 특히 행정법 같은 사실의 인식 및 위법성의 인식이 밀접하게 결합되어, 구성요건의 착오인지 위법성의 착오(법률의 착오)인지 분명하게 나눌 수 없는 경우에는 어느 착오에 해당하는지를 밝히는 것이 중요한 사항이 된다.

가. 조세범에서의 고의

1) 의의

조세범은 행정법(법정법)의 일종으로 명령·금지 규정을 위반함으로써 성립하는 것이므로 해당 명령·금지 규정을 모르고 모르는 것에 상당한 이유가 있는 경우에는 행위자의 반사회성 또는 악성은 인정되지 않기 때문에 범의의 성립이 조각된다고 해석된다.²⁶⁾ 조세범에 대해서도 반드시 구체적인 법규 위반의 인식은 필요가 없으며, 여기에서도 위법성인식은 범죄사실이 사회정의와 조리에 어긋난다는 것의 인식이다. 그리고 고의범의 책임 성립에 있어서는 위법성인식의 가능성을 충족시킬 것이 요구되므로 행정법규 등에 규정하는 구성요건에 해당하는 사실을 인식하고 행위 한 사람이 그 행위가 법적으로 허용되지 않은 것을 인식할 가능성이 있다면 그 사람은 고의범의 책임을 면할 수 없게 된다. 형사범이나 조세범 등을 비롯하여 자연범이나 법정범에서 논의되는 고의 개념이 바뀌는 것이 아니다.

조세범의 고의는 범죄주체의 인식, 납세의무의 인식, 부정행위의 인식, 포탈결과과의 인식 및 부정행위와 포탈결과사이의 인과관계의 인식이 있어야 성립하고 그 중 하나라도 결여되면 조세범은 성립하지 아니한다. 특히 허위신고에 기한 탈세의 경우에 허위인 것의 인식, 즉 신고액이 진실의 소득액보다 소액이거나 신고하

26) 田中二郎, 「租税法」, 有斐閣, 1990, 405面.

지 않은 수입이 신고해야 하는 기간 내인 것임 등의 인식이 고의로 필요하다. 납세의무의 존재 및 범위는 정책적이며, 기술적 성질을 지니고 전문가적 판단이 수반되는 경우가 빈번한 바, 따라서 정확한 인식이 곤란하며 개괄적 인식으로 족하다 할 것이다.²⁷⁾ 다만 이것이 고의에 있어 위법성인식이 필요함을 의미하는 것은 아니며, 위법성인식은 책임요소로서 고의의 내용에는 포함되지 않는다고 보는 것이 통설적 입장이다.²⁸⁾

2) 위법성인식의 가능성

책임설의 입장에 따르면 위법성인식의 가능성은 자연범과 법정범을 막론하고 고의와 과실에 공통되는 책임 요소이다. 행위자가 구성요건에 해당하는 사실을 인식하여 행위하고 그 행위의 위법성을 인식할 가능성(책임)이 있으면 비록 현실에는 위법성인식을 흠결하였다고 하더라도 고의의 책임이 인정된다. 그런데 자연범과 법정범 사이에 위법성인식에 대해서 약간의 차이가 발생한다. 자연범은 국민의 사회생활의 기본적 생활질서(근대적 시민사회의 기본적 생활구조를 규제하는 질서)에 대한 위반이며, 법정범은 파생적 생활 질서(시민사회의 기본적 생활구조와 관련하여 일응 차단된 외곽적 생활질서)에 대한 위반이다.²⁹⁾ 그러므로 자연범에 대해서는 그 위법성은 국민 일반에 인식되는 것이 일반적이지만, 법정범에서는 법규의 제정을 통해서 취득되는 경우가 적지 않으므로, 여기에서 위법성인식은 구체적인 법규위반에 대한 인식과 결합되어 있는 경우가 적지 않다는 것이다.³⁰⁾ 면허 및 허가를 필요로 하는 영업활동처럼 자기가 행하는 행위에 대한

27) 김영순, “조세포탈죄에 있어서 법률의 착오에 대한 소고”, 『세무와회계연구』 제6권 제1호 (한국세무사회 부설 한국조세연구소, 2017) 15면; 近藤一久, “租税刑法をめぐる若干の問題”, 『税大論叢』 4号 (税務大学校, 1971) 153면.

28) 범죄론에 있어서 위법성의 인식 내지 그 가능성을 어떻게 취급할 것인지 대해서 일본에서는 아직까지 다툼이 있다. 크게는 고의의 내용인지 여부에 관해 고의설과 책임설의 대답이 있다고 할 수 있다. 구체적인 논의는 山中敬一, 「刑法總論」, 成文堂, 2015, 700면 참조.

29) 福田平, 「行政刑法」, 有斐閣, 1959, 131면. 또한 일반적으로 형법상의 주요 범죄규정이 이른바 개인의 생활이익 또는 개인의 집합체로서 사회·국가의 기본적인 생활이익을 보호하고 있는 것이며, 행정 형법상 규정은 주로 그런 기본적인 생활이익을 유지·촉진시키기 위한 보조적인 이익을 보호하는 것이다. 행위자의 행위가 행정상의 이익을 직접 침해하기 때문에 범죄로서 책임을 묻는 때에는 해당 행위자는 자기행위가 침해하는 행정상의 이익 침해라는 관점에서 그 행위를 인식하고 있어야 한다. 하지만 그런 엄밀한 법적 관점인 것일 필요는 없고 그것에 평행하는 사회적 의미의 것으로 충분하다. 이렇게 해석해서도 행정 형법이 보호하는 행정상의 이익은 기본적인 생활 이익과 관련하고 있기 때문에 그 인식이 그만큼 어렵지 않을 것이다.

30) 福田平, 앞의 책, 131면.

규제가 있는 영역에서는 범죄사실의 인식이 있으려면 관련법규를 검토해야 하고, 위법성인식의 가능성 판단에 있어서는 법의 공지방법이 중요한 시점이 될 것이다.³¹⁾ 그리고 그것과 관련하여 행정형벌법규에 대해서 구성요건의 착오와 위법성의 착오(법률의 착오)를 구별하려면 그 한계가 매우 모호해지는데, 예를 들면 후술하게 될 昭和 34年 2月 27日의 최고재판소 사안이 그러한 것이다.³²⁾

나. 납세의무의 존재에 대한 취급

통상 조세법에서 법률의 착오로 논의되는 것은 납세의무가 존재하는데도 납세의무를 이행하지 않는 것, 물품세의 과세물품에 대하여 무신고로 제조하는 것, 주세를 무면허로 제조하는 등 위법성을 인식하지 않는 경우이다.³³⁾ 다만 근래 납세의무의 존재에 대한 착오가 고의의 대상이 된다는 지적이 있다.³⁴⁾ 이는 조세포탈죄의 고의에 대해서 납세의무에 관한 인식이 필요하다는 독일의 통설적 견해에 영향을 받은 것이라 할 수 있다. 독일에서 조세형벌의 고의문제에 대한 주된 관심사는 납세의무의 존재에 대한 착오가 조세포탈죄의 가벌성에 어떤 영향을 미치는가에 대한 것으로서, 납세의무가 고의의 대상이 될 수 있는 지 이른바 백지형벌법규 및 규범적 구성요건 요소에 관한 구성요건의 착오와 위법성의 착오(법률의 착오)의 한계를 어디서 찾아야 하는지의 문제라 할 것이다.³⁵⁾ 독일연방법원은 면탈행위의 대상은 실제의 조세수입이 아니라 존재하고 있는 조세채권이고, 따라서 조세포탈죄에서 조세채권의 존재가 고의의 대상이 된다고 하여 납세의무에 관한 착오를 구성요건의 착오로 이해하고 고의를 조각하는 것으로 이해하고 있다.³⁶⁾ 이는 조세채권설을 기반으로 하고 있는 것이라 할 수 있다. 결국 납세의무의 착오는 의미의 인식이 문제가 되기 때문에, 규범적 구성요건의 착오로서 고의가 조각될 여지가 크다고 이해하는 견해의 이론적 배경인 것이다. 다만 구성요건 착오로 보는 견해라 할지라도 설명의무나 신고의무 등의 행위의무는 규범적

31) 松原久利, “違法性の錯誤に関する一考察(二)—違法性の意識可能性の判断基準—”, 『同志社法学』 34卷 4号(同志社大学, 1982) 146面.

32) 石井徹哉, “租税脱罪の故意”, 『早稲田法学会誌』 43卷(早稲田大学法学会, 1993) 79面.

33) 近藤一久, 앞의 논문, 158面.

34) 長井長信, “規範的構成要件要素の錯誤—特別刑法を中心に—”, 『刑法雑誌』 30卷 3号(日本刑法学会, 1990) 410面.

35) 石井徹哉, 앞의 논문, 50面.

36) 石井徹哉, 위의 논문, 56面.

구성요건 요소가 아니며 단순한 백지형법이 문제가 되고 있는 것에 지나지 않는 것으로 보며, 따라서 그 행위의무를 기초한 사실에 대한 인식이 있으면 구성요건의 착오로 고의를 조각할 수 있지만 행위의무 그 자체에 대한 인식은 위법성의 착오(법률의 착오)에 불과하다고 보아야 할 것이라 하고 있다.³⁷⁾

그러나 조세채권의 인식을 고의로 요구할 경우 위법성의 인식을 고의로 요구하게 될 수 있어 조세형법에 있어 위법성의 착오(법률의 착오)가 실질적으로 무의미하게 될 우려가 있다. 이에 납세의무의 인식은 위법성의 착오(법률의 착오)에 불과하다는 견해도 유력하게 등장하였다. 위법성의 착오(법률의 착오)에 대한 책임의 실체가 조회의무 불이행에 있음을 그 주장의 배경으로 하고 있으며, 조세법규의 법정책적·기술적요인에 의해 그 이해의 어려움이 인정됨에도 불구하고 조세법규의 이해(및 이해하는 노력)를 요구하는 것은 이 견해가 형법의 임무를 바로 법규범의 타당성 유지에 구하기 때문이고 이것은 규범적 예방론에 따를 경우 더욱 현저하게 나타나게 될 것이기 때문이다.³⁸⁾

우리나라의 경우 논의가 활발한 것은 아니나, 일반적인 자연범과는 달리 조세포탈법에 있어서는 사실의 착오로 인한 조각이 드문 것으로 보고 있으며, 주로 당해 행위 또는 상황에 대한 인식은 있으나 그것이 위법하다는 인식을 하지 못하는 것, 즉 사실관계의 평가에 관한 착오가 대부분이므로 이는 위법성의 착오(법률의 착오)로 보아야 한다는 것이 조세법학자의 다수의 견해로 보인다.³⁹⁾

2. 물품세법상의 무신고제조사건

가. 사실관계 및 법원의 판단

이는 오사카 시내에서 물품세와 관계없는 제재업을 하던 피고인이 그 부산물인 나무토막을 이용하여 부업으로 유아용 목제품의 제조를 착안하여, 昭和 25年

37) 中村邦義, “わが国の租税刑法における違法性の錯誤”, 『産大法学』 50卷 3-4号(京都産業大学法学会, 2017) 492面.

38) 石井徹哉, 앞의 논문, 76面.

39) 김태희, 「조세범처벌법」, 박영사, 2016, 165면. 또한 김영순, 앞의 논문, 18면에서 익금성이나 비손금성, 귀속시기에 대한 착오를 사실의 착오로 볼 여지를 인정하면서도 법률의 착오로 보고 정당한 이유를 판단하는 것이 타당하다고 하고 있다. 이와 달리 최형기, “관례를 중심으로 한 조세포탈법의 성립요건과 문제점”, 『재판자료집』 제50집(법원도서관, 1990) 171면에서 익금성이나 비손금성, 귀속시기의 인식부지에 대하여 사실의 착오로 보는 것이 타당하다고 하고 있다.

(1950) 3月 15日경부터 昭和 27年(1952) 5月 28日경까지 놀이 도구인 그네 67대, 보행기 2,857대, 유모차 765대, 트럭 854대를 제조했으나, 물품 제조업 조합에도 들어가지 않고 그네가 과세물건임을 모르고 그 제조에 대해 정부에 신고해야 한다는 것을 알지 못한 사안이다.⁴⁰⁾

제1심 大阪地裁昭和 29年 3月 1日判決은 본죄의 성립을 인정하기 위해서는 피고인들에 게 해당 물품이 물품세 과세물품임을 인식하면서 그 제조 신고를 하지 않고 이것을 제조한 경우에 한정되는 것이며, 이 경우 본 건 물품이 과세물품임에 대한 인식은 마치 절도죄에서 절취의 목적인 재물이 타인소유에 속한 것을 인식하는 것뿐만 아니라 범죄사실 자체의 인식이며, 이를 결여한 이상 고의는 없다며 무죄를 선고했다. 이에 대하여 항소심 大阪高裁昭和 30年 4月 30日判決은 피고인들이 본 건 물품 제조 당시 각 물품이 모두 물품세 과세물품임에 따라 그 제조에 대해 정부에 제조신고를 해야 하는 것을 알지 못했다는 것만 있고 위 물건을 제조하는 것 자체에 대한 인식은 매우 분명하다. 그런데 본 건 제조물품이 물품세 과세물품인지 여부에 따라 그 제조에 대해 정부에 제조신고를 해야 할지 여부는 물품세법상의 문제이기 때문에, 위 대표자 등이 해당 물품이 과세물품으로써 제조신고를 요하는 것을 알지 못하였더라도 그것은 단지 물품세법에 관한 위법성의 착오(법률의 착오)이며, 원심 판결과 같은 구성요건의 착오가 아니므로 원심 판결을 파기 환송하였다.

최고재판소는 적법한 상고이유에 해당하지 않는다고 하면서도 직권 판단에 따라 “본 건 제조물품이 물품세 과세물품이며 그에 따라 그 제조에 대해 정부에 제조신고를 해야 할지 여부는 물품세법상의 문제이며, 행위자에서 단순히 그 과세물품인 제조신고를 요하는 것을 알지 못한 사실은 물품세법에 관한 법령의 부지에 불과한 것이지 범죄사실 자체에 관한 인식의 결여, 즉 사실의 착오가 되는 것이 아니라는 취지의 원심 판결의 판단은 정당하다.”라고 판시하여 상고를 기각했다. 즉 무신고 제조죄(구 물품세법 제18조)의 성립을 인정한 것이다.

나. 이론적 검토

학설상 다수의 견해는 피고인은 제조하는 그네, 보행기 등을 인식한 후 무신고

40) 最判昭和 34年 2月 27日 刑集 13卷 2号 250頁.

제조한 것이므로 구성요건에 해당하는 사실의 인식을 결여한 것은 아니며, 피고인이 과세물품이 아니라고 착오한 것은 위법성의 착오(법률의 착오)나 법률의 부지에 불과하다고 해석하고 있다.⁴¹⁾ 즉 당시 물품세법의 규정을 참작하면 무신고로 장난감이나 놀이도구를 만드는 것을 인식한 자는 무신고 제조죄의 고의가 인정된다.⁴²⁾ 해당 사실을 바로 인식하면서 그것이 위법한 사실임에 대해 평가 면에서의 오해에 불과할 때에는 해당 사실의 인식을 바탕으로 당연히 위법성인식의 환기가 기대되고 있어 고의가 조각되지 않는 것이다. 행위자가 제조한 것이 그네라는 것을 몰랐다면 구성요건의 착오로 고의가 조각되지만, 본 사건은 그런 사안도 아니다. 또한 해당사건은 규범적 구성요건요소가 문제가 되지 않았는데, 이는 그녀가 “장난감이나 놀이 도구”에 해당하는 것이 분명하기 때문에 해당 사건에 있어 행위자도 그런 사실을 다투지 않았다. 결국 행위자는 그녀가 과세 물품에 지정되어 있는 것을 몰랐다는 것으로 이는 백지형벌법규의 착오이며, 규범적 구성요건 요소와는 무관한 것이다.

다만 최고재판소의 판결에 있어 후지타 재판관의 소수의견인 “법정범에 대해서는 법의 부지는 이를 알지 못한 것에 대해 상당한 이유 있는 경우는 범죄의 성립을 조각할 수 있다.”는 견해도 첨부되었는데, 이에 대한 연장선상에서 단지 부업에 불과한 그녀의 제조에 대해 제조업 조합에 가입하지 않은 것을 고려할 때 몰랐던 사정은 당연한 것이라는 지적이 있다.⁴³⁾ 그러나 부업을 함에 있어 과세 대상물의 해당여부에 의심이 든다면 적어도 관련 업체나 조합에 문의해야 하는 것이 일반적이라 할 것이며, “영리의 목적”으로 놀이 도구를 제조·판매함에도 불구하고 조사하려고도 하지 않고 이처럼 “다량으로 제조하는”것은 상당한 이유가 있었는지 여부에 합리적 의심이 든다.⁴⁴⁾ 특별한 법적규제의 한 영역에서 행동하고자 할 때 법에 관한 정보수집의 노력을 하지 않고 행위에 나설 경우에는 원칙적으로 위법성의 착오(법률의 착오)는 피할 수 있는 것이다.⁴⁵⁾

덧붙여 과세물품으로 지정되면서 최초로 국가의 조세 징수권과의 관계를 획득

41) 秋山規雄, “事実の錯誤か法令の不知か—物品税法第18条第1項第1号の無申告製造罪について—”, 『法学論叢』 66卷 6号(京都大学法学会, 1960) 64面; 脇本利紀, “消費税の簡易課税制度の不適用と犯則所得に関する一考察”, 『税大ジャーナル』 7号(税務大学校, 2008) 119面.

42) 近藤一久, 앞의 논문, 159面.

43) 内藤謙, 「刑法講義總論(下)I」, 有斐閣, 1991, 1039面.

44) 松原久利, 앞의 논문, 138, 147面.

45) 山中敬一, 앞의 책, 713面.

하는 것을 보면, 고의의 내용으로서 “과세물품”이라는 법익침해성을 기초 짓는 속성의 인식을 필요로 하는 것인지 여부에 의문을 제기하며, 그 근거로서 “그네”라는 객체 자체는 가치중립적인 것임을 주장하는 견해가 있으며,⁴⁶⁾ 신고의무의 인식과 과세물품에 해당한다는 인식은 서로 관련된 것으로 이 결론을 일반화하는 것은 문제가 많은 것처럼 생각되며, 행위자의 인식 내용으로 과세물품인 것 알고도 신고하지 않은 것과 그것을 모르고 신고하지 않은 것은 법적 비난이 동일한 것인가 의문을 제기하는 유력한 견해도 있다.⁴⁷⁾ 그 뿐 아니라 본건의 무신고 제조죄의 범죄구성요건은 “정부에 신고하지 않고 장난감이나 놀이도구를 만드는” 것이며, 이들이 물품세의 과세대상물인지 여부는 입법이유일 뿐 본죄의 범죄 구성요건에 포함되지 않다는 견해도 있다.⁴⁸⁾ 결국 이러한 견해들은 해당사안은 위법성의 착오(법률의 착오)가 아닌 구성요건의 착오로 취급이 타당하다는 입장이라 할 것이다.

3. 소결

일본의 경우 규범적 구성요건요소의 인식이나, 처벌규정이 지시하는 충족규범의 내용인식에 관한 문제는 구성요건의 착오 및 위법성의 착오(법률의 착오)의 구별 문제로서 오래 전부터 논의되고 있는 사항이다.⁴⁹⁾ 이들의 구별이 문제가 된 사안 중 구성요건의 착오에 관한 사안으로는 일명 “너구리·오소리 사건”,⁵⁰⁾ “사원 규칙사건”,⁵¹⁾ “무감찰견사건(無鑑札犬事件)”,⁵²⁾ “무허가육장영업사건”⁵³⁾ 등이 있으며, 위법성의 착오에 불과하다고 한 사안으로 “날다람쥐사건”,⁵⁴⁾ “메틸알코올

46) 松原芳博, 「刑法總論」, 日本評論社, 2013, 246面.

47) 石井徹哉, 앞의 논문, 79面. 유사한 취지로 安嶋建, “經濟刑法における事実の錯誤と違法性の錯誤(1)—禁止の特殊性を踏まえて—”, 『早稲田大学大学院法研論集』 151号 (早稲田大学大学院法学研究科, 2014) 18面.

48) 足立勝義, “事実の錯誤か法令の不知か—物品税法第18条第1項第1号の無申告製造罪について—”, 『最高裁判所判例解説(刑事篇昭和34年度)』 (法曹会, 1968) 90面.

49) 菅沼真也子, “故意における「事実の認識」の意義に関する近年の議論状況—ドイツ特別刑法における事実の錯誤と違法性の錯誤の区別について—”, 『商學討究』 67卷 4号 (小樽商科大学, 2017) 194面.

50) 大判大正 14年 6月 9日 刑集 4卷 378頁.

51) 最判昭和 26年 7月 10日 刑集 5卷 8号 1411頁.

52) 最判昭和 26年 8月 17日 刑集 5卷 9号 1789頁.

53) 最判平成 1年 7月 18日 刑集 43卷 7号 752頁.

54) 大判大正 13年 4月 25日 刑集 3卷 64頁.

인식사건”,⁵⁵⁾ “물품세법상의 무신고제조사건” 등이 있다.

조세법, 특히 소득세법이나 법인세법은 기본적으로 회계상의 원칙에 기초하여 그것에 조세정책적 고려를 가미한 것으로, 복잡한 실체규정을 두었으며 게다가 각각의 법규의 적용에 있어서는 방대한 통칙이 그 구체적 적용을 규제하는 데 이르고 있다. 이 때문에 납세의무의 내용을 정확히 인지하기 위해서는 세법의 제반 규정 및 기본통칙을 비롯한 회계원칙 등의 정확한 이해가 필요하지만, 그것은 법률전문가에게 있어서조차 결코 쉽지 않다. 이것은 세무사나 회계사에 있어서도 마찬가지라 할 것이다. 특히 익금성·비손금성 및 수입 등의 발생시기에 있어서도 회계상의 원칙과 세법상의 처리가 다를 수 있으며, 이런 상황은 수익과 지출에 대한 인식과 납세의무의 존재에 대한 인식과의 착각을 초래할 수 있으며, 수입의 익금성 및 지출의 비손금성에 대한 착오를 발생시키곤 한다. 따라서 조세형법상의 범죄에 대한 고의는 다른 행정범죄 못지않게 고의범으로의 귀책에 필요한 인식내용이 문제가 된다. 객관적 구성요건의 내용이 정책적·기술적 성격을 강하게 지니기 때문에 이른바 사실의 인식과 의미의 인식이 괴리가 발생하는 경향이 강하며, 게다가 납세의무의 발생이 각각의 계정 과목에 따른 익금성·비손금성에 의거함으로써 수익과 비용에 대한 조세법적 평가의 오해가 납세의무 전체에 영향을 주게 된다.

이와 관련된 사안으로 “물품세법상의 무신고제조사건”의 경우 최고재판소는 “물품세법에 관한 법령의 부지에 불과하다.”며 상고를 기각하였으나 학설상 다툼이 있는 사안이다. 납세자가 자신에게는 납세의무가 없다고 오신한 것이 구성요건의 착오인지, 아니면 위법성의 착오(법률의 착오)인지 여부에 대한 사건으로 본 판결은 많은 판례평석이 이루어지고 있다는 점에서 주목할 만한 가치가 있다. 특히 조세법에 있어서의 고의와 그 착오에 관련된 판단은 우리나라의 재판에 있어

55) 最判昭和 33年 7月 14日 刑集 2卷 8号 889頁. 최고재판소가 위법성의 착오가 고의를 조각하지 않는다는 판단을 처음 보인 것은 본 사안에 있어서이다. 이 사건은 피고인이 음용에 제공하는 목적을 가지고 메탄올을 판매, 양도, 제조 또는 소지하는 것이 금지되어 있음에도 불구하고, 메탄올과 동일한 것인 메틸알코올을 음식으로 제공하는 목적으로 소지, 양도했는데 피고인은 메탄올과 메틸알코올이 동일한 것임을 몰랐다는 것이다. 최고재판소는 “메틸알코올인 것을 알고 이를 음용에 제공할 목적으로 소지하고 양도한 이상 가령 메틸알코올이 법률상 그 소지 또는 양도가 금지된 메탄올과 동일한 것임을 알지 못했다고 하더라도 이는 단순한 법률의 부지에 지나지 않으며, 범죄구성요건에 필요한 인식에 아무런 결함이 없으므로 범의가 있는 것으로 인정하는데 문제가 되지 않는다.”고 판시하였다. 이러한 판단은 메틸알코올을 음용하는 것은 신체나 생명에 위험하다는 것을 피고인은 이미 인식하고 있었던 것이며, 메틸알코올이라고 인식하고 소지, 양도한 이상 유독음식물단속령이 보호하는 법익 침해라는 관점에서 자신의 행위의 의미를 인식하고 있었다고 볼 수 밖에 없기 때문에 고의를 조각하는 것은 없는 것이다.

서 참고가 될 것이다. 만약 납세의무의 존재에 대한 착오를 규범적 구성요건의 착오라 할지라도 본 사안의 경우에는 설명의무나 신고의무에 관한 착오라 할 수 밖에 없을 것이다. 설명의무나 신고의무 그 자체의 착오는 원칙적으로 위법성의 착오(법률의 착오)로서 고의가 조각되지 않고 착오에 상당한 이유가 있는 경우에만 책임이 조각되게 된다고 할 것이다. 따라서 최고재판소의 판결은 기본적으로 타당하다고 생각된다.

IV. 착오에 따른 후발적 경정청구

조세부담의 착오로 인해 사법상의 법률행위가 무효 또는 취소가 된 경우에 당해 법률행위에 기초하여 부과된 세금이 어떻게 처리되어야 하는 지 문제가 된다. 조세는 기본적으로 고유의 목적과 기능을 가지므로 조세법률관계는 사법상의 법률관계와 다른 특성을 지니기 때문에 사법으로부터의 세법의 독자성의 인정범위가 조세법에 있어 중요한 과제라 할 것이다.⁵⁶⁾ 다만 우리나라의 체계는 원칙적으로 사법상의 법률관계와 조세법상의 법률관계를 별개로 보고 조세법을 적용하고자 하며, 예외적으로 사법상 법률관계를 반영하는 것으로 평가된다.⁵⁷⁾ 납세자에 의해 과세효과가 좌우되는 것과 부당한 조세회피를 방지하기 위한 것으로 조세법률주의에 근거하여 조세법상 규정된 방법에 의해 처리가 될 것이다.

우리나라의 경우 조세부담의 착오에 의해 사법상의 법률행위가 취소된 경우에 이미 과세처분이 있으나 경정청구기간인 5년 이내의 경우에는 통상적 경정청구의 대상이 될 것이며,⁵⁸⁾ 이 기간을 경과한 시점에서 조세부담의 착오가 문제된 경우에는 국세기본법 제45조의2 제2항의 후발적 경정청구의 대상이 될 것이다. 다만 일본의 경우에는 착오에 의한 효과가 취소가 아닌 무효인 바, 경정청구기간이 넘은 시점에서의 조세부담의 착오에 대한 주장이 즉시 후발적 경정청구의 대상이 된다고 할 수 없다. 즉 조세부담의 착오에 의한 무효인 사실이 후발적 사유

56) 임승준, 「조세법」, 박영사, 2017, 19면. 일본에서의 독립설와 통일설에 관한 논의는 水野忠恒, 「大系租税法」, 中央経済社, 2018, 24面 참조.

57) 강성태/박훈/허원, 앞의 논문, 138면.

58) 일본의 경우에도 경정청구기간 내에서 문제가 된 경우에는 국세통칙법 제23조 제1항의 통상적 경정청구에 의한 구제를 긍정하는 입장이 있다(末崎衛, 앞의 논문, 132面).

에 해당하는지 여부에 대해서 별도의 검토가 필요한 것이다. 이것은 국세통칙법 시행령 제6조 제1항에서 취소는 명문으로 규정하고 있으나 무효는 그렇지 않기 때문이다.⁵⁹⁾ 이와 관련하여 대표적으로 언급되는 타카마츠 고등재판소의 판결과 관련된 법적 쟁점을 검토하고자 한다.

1. 高松高判平成 18年 2月 23日

해당 사안은 납세자(원고)가 법정신고기한으로부터 1년(현재 5년)을 경과한 후에 매매 계약이 착오에 의한 무효를 주장하며 해당 연도의 경정청구를 했지만 세무서장(피고)에 의해서 경정을 할 이유가 없다는 통지처분을 받아 위 통지처분의 취소를 요구한 것이다. 즉 할머니가 보유하고 있던 동족회사 출자구⁶⁰⁾를 손자에게 양도하였으나, 둘 사이에 이루어진 매매계약에 요소의 착오가 있다며, 계약의 착오 무효가 국세통칙법 제23조 제2항 제3호 및 국세통칙법 시행령 제6조 제1항 제2호에 규정하는 후발적 사유에 해당하는 경정청구가 가능한지 여부가 진행된 사안이다.⁶¹⁾

가. 사실관계

平成 9 年(1995) 1 月경 원고 X2의 손자인 원고 X1은 A(X1의 아버지, X2의 아들)가 백혈병을 선고받고 생명이 짧은 것으로 판명되었기 때문에 B철공소의 후계자로서 일하게 되었다. A는 자신이 건재할 때에 X1이 B철공소의 후계자가 되는 체제를 굳히기 위해서 B철공소의 출자구를 가능한 한 X1에 취득시키고 싶다고 생각하여, X2가 소유하고 있던 B철공소의 출자구를 X1에 매각하도록 부탁하였다. X2는 자신이 죽으면 자식인 A에게 자신의 지분을 상속시킬 예정이었기 때문에 이를 승낙하였으며, X1도 A가 분주한 모습을 보고 가능한 한 A의 뜻에 따르고

59) 사실 우리나라의 경우에도 계약이 무효인 경우는 국세기본법 시행령 제25조의2에서 취소나 해제와 달리 명문으로 규정하고 있지 않다. 다만 대법원은 위법소득과 관련된 사안에서 이러한 문제를 언급하고 있으나 명확한 판단을 내리고 있지는 않다. 이러한 점을 고려할 때 일본의 구체적인 사안을 통해 계약이 무효가 된 경우에 있어 납세자의 구제방안을 참고하고자 한다.

60) 부동산 투자신탁에서 투자자가 투자 법인에 출자하는 단위의 수를 의미한다. 일반 회사에서의 “주식”이라 할 것이다. 투자법인은 투자자로부터 출자를 받고 설립된 법인이며, 투자자가 투자 법인에 출자하는 단위를 출자구라 한다. 또한 투자구를 보유하는 투자자는 투자자라 한다.

61) 税資 256号順号10328.

싶어 자신에게 구입 가능한 금액이면 본건 출자구를 구입하고 싶다고 생각하고 있었다.

A는 본건 출자구의 매매대금이 너무 낮으면 증여세를 부과될 수 있음을 인지하였기 때문에, 스스로 인근의 회사 및 B철공소와 동일 업종의 상장회사의 주식의 시가를 조사하는 등, 이를 참고하여 출자 1구당 15,000엔, 매매금액 16,875,000엔으로 산출하였다. 그 때 X1과 X2는 A로부터 이 매매대금 액수가 적정하다는 설명과 C세무서의 양해를 얻은 금액이라고 들어 X1에 증여세가 부과될 걱정은 없다고 인식하고 있었다. 그 때문에, 스스로 또는 세무사 등의 전문가에게 상담하여 본건 출자구의 실제 가치를 조사하는 일은 없었다. 그리고 平成9年(1997)2月21일에 매매계약이 체결되어 X1과 X2는 2010년 3월에 본건 매매계약에 근거해 양도소득의 신고서를 제출하였다.

그러나 A의 사망 후 세무조사에 있어서, 본건 출자구의 평가가 1구당 102,590엔으로 판명되어 본건 매매계약은 X2에서 X1에 대한 저가 양도에 해당된다며 X1에 대한 57,759,770엔을 부과하는 취지의 증여세가 지적되었다. 그것을 받은 X1과 X2는 본건 매매계약의 주된 목적은 X1에 증여세가 부과되지 않도록 본건 출자구를 X2에서 X1으로 이전시키는 것으로, 따라서 본건 매매계약이 착오에 의해 무효라고 주장하였다. X1과 X2는 본건 매매대금의 반환을 실시하고 확인서를 작성하는 등의 조치도 행하였으나, 과세관청은 착오가 있었음을 인정하지 않고 X1에 57,759,770엔의 증여세와 86,500엔의 무신고 가산세의 부과하였다. 이것에 대해 X1은, 본건 매매계약은 착오에 의한 무효를 주장하여 각 결정처분의 취소를 요구하였으며, X2도 요소의 착오에 의한 본건 매매계약의 무효를 이유로 하여 平成9年(1999)분의 소득세 경정청구를 실시하였지만, 위 경정청구는 이유가 없다는 통지처분을 받았다.

나. 법원의 판단

1) 高知地判平成 17年 2月 15日

1심의 타카마츠 지방법원은 일단 A와 원고들 사이에서는 본 매매 계약의 동기에 관하여 X1이 많은 증여세를 부과되지 않는다는 인식이 적어도 묵시적으로 표시되고 있으므로 원고들의 착오는 본건 매매 계약의 의사 표시에 대한 착오에 해

당한다고 할 수 있다고 하였다. 다만 원고들은 세무사 등 전문가에게 상담 등을 하면 그 매매대금 액수를 쉽게 인식할 수 있음에도 그것을 하지 않고 선불리 A의 말을 믿고 그 매매대금 액수가 실제 가치에 알맞은 적정한 금액이라 오신 것이므로 그 오신에 중대한 과실이 있는 것은 분명하다고 하여 본건 매매계약은 무효가 되지 않는다고 판시하였다.

2) 高松高判平成 18年 2月 23日

항소심판결(이하 ‘본 판결’이라 한다)은 우선 본건 출자구의 실제의 가치와 X1에 증여세가 부과되지 않는 것이 본건 매매 계약의 중요한 요소인 것은 원심과 같이 인정하였다. 다만 충분한 조사와 검토를 하지 않은 과실은 부정할 수 없지만, 항소인들이 세무사 등 전문가에게 상담하는 등 하지 않은 것은 백혈병에 시달리고 수명이 얼마 남지 않은 A가 나름대로 조사를 하고 세무서에 상담하고 양해를 얻었다는 이야기를 한 것 등에서 일단 조사, 검토하고 있는 것이므로 당시의 항소인들이 처한 입장이나 나이를 고려할 때⁶²⁾ 항소인들의 해태가 현저하게 부주의인 중대한 과실이라고 인정할 수 없다고 하여 착오무효가 성립함을 인정하였다.

그러나 “법정신고기한을 경과한 후에, 당사자의 예기에 반하여 과세당국으로부터 당사자가 예정하지 않았던 납세의무가 생긴다든가 예정했던 것보다 무거운 납세의무가 생기는 것을 이유로 경정처분이 이루어진 경우에 이 조세부담의 착오가 해당 법률행위의 요소의 착오에 해당한다고 하여 당해 법률행위의 착오에 의한 무효를 인정하고 일단 발생한 납세의무의 부담을 면할 것을 시인하면, 그런 착오를 생각하지 않는 일반적인 대다수 납세자들 사이에 현저하게 공평을 해쳐 조세법률관계가 불안하고 나아가 일반 국민의 소박한 정의감에 반하게 된다.”라고 판시하여 법정신고기한을 경과한 시점에서 착오 무효의 주장을 주장할 수는 없다고 하는 것이 상당하다고 하여 결국 본건의 경정청구는 인정되지 않았다.

62) 본건 매매 계약 당시, X1은 학생으로 19세, X2는 80세였다.

다. 본 판결의 문제점

심사청구를 거쳐 최고재판소에서까지 다투었지만 청구는 기각되었다.⁶³⁾ 본 판결이 착오 무효를 경정청구의 사유로 인정하지 않는 이유와 관련하여, 우선적으로 경정청구를 부정한 이유는 위에서 언급한 바와 같이 ‘소박한 정의감’이다. 착오 무효와 관련하여 명문의 근거가 제시되지 않은 점은 법적 안정성의 측면에서 문제가 있다. 이로 인해 본 판결이 경정청구를 인정하지 않은 것이 착오 무효의 사유가 후발적 경정청구사유에 해당되지 않는 것으로 인한 것인지가 여전히 불명확한 것이다.

그리고 본건 납세자의 경우 착오에 의한 무효가 후발적 사유에 해당하는 이유에 대하여 국세통칙법 제23조 제2항 제3호의 “부득이한 이유”에 대하여 국세통칙법시행령 제6조 제1항 제2호는 경정에 따른 “과세표준 등 또는 세액 등의 계산의 기초가 된 사실에 관한 계약이 해제권 행사에 의해 해제되거나 또는 당해 계약의 성립 후에 발생한 부득이한 사정에 의하여 해제되거나 또는 취소될 것”을 규정하고 있는데, 동 규정은 해당 계약의 해소법 중 전형적인 것을 나타낸 것에 지나지 않고, 그 해소의 방법을 해제 또는 취소로 한정하고, 착오 무효를 제외해야 하는 합리적 이유는 존재하지 않으므로 본건 매매 계약에 있어서의 착오는 동법 시행령 제6조 제1항 제2호에 규정하는 ‘부득이한 사정’에 해당한다고 하는 것이라고 주장한 바 있다. 이에 항소심 법원은 ‘부득이한 사정’과 관련하여 국세통칙법 제23조 제2항의 후발적 사유에, 주관적 사정에 근거한 것을 인정하는 것은 불성실한 납세자에 의해 경정청구제도가 악용될 우려가 있다는 것을 이유로 “착오와 같은 표의자의 주관적인 사정은 포함되어 있지 않다.”는 해석을 하고 있다. 이와 같은 해석은 부득이한 사정이 곧 객관적 사정으로 비춰질 수 있어 공서양속 위반과 계약 당시에 실현 불가능한 객관적 사정에 의한 계약의 무효라면 경정청구가 인정될 수 있음을 보여준다. 사실 조문을 정확히 분석하자면 “부득이한 사정”에 국한하여 판단할 것이 아니라 “부득이한 사정에 의하여 해제되거나 또는 취소될 것”이라는 표현까지 고려하여 판단되어야 할 것이며, 그렇다면 객관적 사정에 의하여 해제 또는 취소 이외의 사유가 경정청구의 사유에 해당하는 것은 조세법률주의에 비추어 타당하다고 할 수 없을 것이다.⁶⁴⁾

63) 最判平成 18年 10月 6日 税資 256号順号10525.

64) 이러한 해석은 우리나라의 국세기본법 시행령 제25조의2의 해석에 있어서도 동일하다고 할 것

2. 후발적 경정청구의 인정여부

본건의 납세자는 국세통칙법 시행령 제6조 제1항 제2호 규정은 매매계약의 전형적인 해소 방법을 나타낸 것일 뿐, 착오 무효를 적용대상에서 제외할 합리적 이유가 존재하지 않는다고 주장하였는바, 과연 이러한 착오 무효가 ‘부득이 한 사정’에 해당하는 것인지 그리고 만약 항소심 판결처럼 착오 무효를 위 규정의 경정청구사유로 인정하지 않는다면 다른 구제하는 수단은 존재하지 않는 것인지 검토할 필요가 있다.⁶⁵⁾

가. 납세자의 구제의 필요성

해제권 행사나 취소의 경우 경정청구가 인정되는데 반해 과세의 전제가 되는 민법상의 기초가 성립조차 하지 않는 착오 무효의 경우에는 경정청구가 인정되지 않는다면 아무리 명문상에서 근거를 두고 있지 않더라도 납세자에게 있어 가혹한 것은 사실이다. 다만 소득세법에서는 각 소득계산의 기초가 된 사실 중에 포함된 무효인 행위로부터 초래된 경제적 성과가 그 행위의 무효인 것에 기인하여 상실된 경우에 후발적 경정청구를 인정하는 규정이 존재한다.⁶⁶⁾ 이는 역으로, 계약의 착오 무효로 인하여 해당 계약에서 발생한 경제적 성과가 상실되는 것이 후발적 경정의 청구사유가 된다는 것이라 할 수 있다. 그러나 현재 이런 규정이 국세통칙법에는 존재하지 않아, 소득세법을 제외하고는 계약의 착오 무효를 청구사유로 한 후발적 경정청구를 할 수 없는 것이다.

그외에, 착오 무효를 원인으로 세액의 감액을 구하는 방법으로 고려할 수 있는 것이 세무서장의 직권에 의한 감액경정처분이다. 신고납세방식 하에서는 납세의무의 확정권한을 일차적으로 납세자에게 부여하고 있으나, 납세자가 항상 과세표준 및 세액 등을 적정하게 산출할 수는 없으므로 이차적으로 과세관청에 경정권한이 부여된다. 이것이 국세통칙법 제24조의 직권에 의한 경정처분이다. 다만 경정결정을 과세관청에 의무화한다면 일정한 사유가 있는 경우에 일정기한 내에

이며, 근래 무분별하게 후발적 경정청구의 사유를 확대하는 경향에 제동을 걸 수 있을 것이라 생각된다.

65) 이미 많은 선행연구를 통하여 일반적인 후발적 경정청구사유에 대한 논의가 있는 바, 구체적인 사유에 대한 분석은 생략하기로 한다.

66) 金子宏, 「租税法」, 弘文堂, 2016, 845面.

만 허용한 경정청구의 기간 설정이 실질적으로 무의미하게 될 우려가 있어 이는 어디까지나 과세청의 재량이라고 해석하고 있다.⁶⁷⁾ 본래 과세관청은 합법성의 원칙에 따라 조세 감면의 자유는 없고, 법률이 정한 바에 따라 조세의 부과·징수를 실시하지 않으면 안 될 것이므로, 반드시 적정한 감액경정을 하는 것이 행정실무상 보장되지 않을 것이다.⁶⁸⁾ 이런 점을 고려할 때, 착오 무효에 따른 과세의 전제가 되는 사법상의 기초가 상실된 경우에 실질적인 납세자의 구제조치가 요청된다 할 것이다.

나. 국세통칙법 시행령 제6조 제1항 제2호

무효는 법률에 직접 규정되어 있지 않은 것은 사실이지만, 취소에 의한 경우에도 경정청구가 가능함에도, 무효의 경우는 불가능하다는 것은 극히 부자연스러운 해석이라는 입장⁶⁹⁾과 규정이 없다는 이유로 무효의 경우에 국세통칙법 제23조 제2항에 의한 경정청구를 부정하는 것은 잘못이라는 입장이 존재한다.⁷⁰⁾ 이러한 입장은 기본적으로 무효인 행위로부터 초래된 경제적 성과가 상실했음에도 불구하고, 상실이전과 동일한 과세가 이뤄지는 것은 조세부담의 원칙에 부합하지 않음을 근거로 하고 있다고 할 것이다.

그러나 앞서 언급한 바와 같이 국세통칙법 시행령 제6조 제1항 제2호의 문언에는 취소 및 해제 이외에는 설 자리를 찾아 볼 수 없다. 과세관청이나 법원은 판결 등 이외의 방법에서 착오 무효를 인정하지 않는 것은 그것이 당사자 간에 행해지는 합의 해제와 구별하기 어렵다는 점과 조세회피 목적의 계약 착오도 포함되기 때문이며, 이에 따라 과세관청이나 법원은 신중한 입장을 보이기 십상인 것으로 알려졌다.⁷¹⁾ 법정 신고기한 후의 착오의 주장이 인정되는지 여부에 대해서는 일률적인 개념은 없으며, 케이스 바이 케이스에 의한 정의와 공평하게 비추어

67) 다만 平成 16年(2004) 행정소송법의 개정에 따른 의무화 소송이 법정화되었기 때문에 경정청구에 근거한 감액경정을 요구하는 의무화 소송이 인정될 가능성이 전혀 없는 것은 아니다.

68) 占部裕典, “租税債務確定手続の諸問題と今後のあり方—修正申告, 更正の請求及び更正処分の再検討—”, 税務弘報 41卷 5号, 中央経済社, 1993, 88面.

69) 三木義一, “契約の錯誤無効と更正の請求—更正の請求制度の機能回復をめざして(1)—”, 『月刊税務事例』 37卷 8号 (財経詳報社, 2005) 7面.

70) 末崎衛, 앞의 논문, 126面.

71) 三木義一, “契約の錯誤無効による更正の請求等が否定された事例”, 『Lexis判例速報』 2卷 4号 (雄松堂出版, 2006) 119面.

판단해야 한다는 입장⁷²⁾도 존재하나 실무상 기본적으로 착오 무효에 의한 경정청구는 부정적이라 할 것이다.

다. 국세통칙법 제23조 제2항 제1호

해당 계약의 착오 무효에 대해서 당사자 간에 다툼이 있고 이에 기초하여 계약 무효확인소송의 판결로 해당 계약이 착오의 효과가 있었다고 인정되어 그 사실이 해당 계산의 기초로 된 것과 다르다는 것이 확정되면, 국세통칙법 제23조 제2항 제1호의 ‘판결 등’에 해당되어 후발적 경정청구가 허용된다.⁷³⁾ 이것은 명문의 규정으로 정한 경정청구의 사유인 것으로, 판결을 통하여 객관적으로 해당 계약이 착오 무효임을 나타낼 수 있는 점이 특징이라 할 것이다.

그렇다면 납세자는 과세의 기초가 된 사법상 거래행위에 착오가 있다고 생각될 경우 무효확인소송을 통해 구제를 고려하면 될 것이라 생각할 수 있으나, 현실적으로 과연 실효성이 있는 지는 생각해 볼 필요가 있다. 왜냐하면 당사자 간에 다툼이 없음에도 불구하고 무효확인소송을 제기하는 것이 자연스럽다고 할 수 없으며, 또한 착오 무효임이 판결에 의해 객관적으로 인정될 수 있는 반면에 통정허위표시에 근거한 소송으로 인정될 경우에는 경정청구사유가 부정되는 위험이 있다.⁷⁴⁾ 특히 본건과 같이 당사자가 가까운 친족 간의 경우 등 밀접한 이해관계를 갖고 있는 경우에는 더욱 그렇다고 할 것이다. 본건의 원고들의 경우에도 이러한 점을 고려하여 위 조항의 적용을 회피한 것이 아닐까 생각된다.

72) 伊藤義一/須飼剛朗, “租税負担の錯誤無効を理由とする贈与税決定処分取消請求等の可否”, 『TKC税研情報』 16卷 6号 (TKC税務研究所, 2007) 35面.

73) 김용원/신만중, “일본의 후발적 경정청구의 사유에 관한 연구-국세통칙법 제23조 제2항 제1호를 중심으로-”, 『국세법무』 제10집 제2호 (제주대학교 법과정책연구원, 2018), 43면. 다만 본 사건과 관련하여 국세기본법 제23조 제2항 제1호의 요건인 ‘판결’은 객관적인 기준이라는 평가와 함께 과세의 전제 사실이 변경되어 예측가능성이 상실되는 실질적 이유가 필요하기 때문에, 이 관점에서 단지 ‘판결’이라고 하는 형식만을 이유로 경정청구를 인정할 수 없다는 견해도 존재한다. 権田和雄, “後発的事由による更正の請求-課税負担の錯誤-”, 『九州国際大学法学論集』 21卷 1-3号 (九州国際大学法学院, 2015) 64面.

74) 통모적 합의를 통한 판결에 관한 최근의 사례로서 東京高判平成 16年 4月 22日 (稅務訴訟資料 254号順号9637)을 들 수 있다.

3. 소결

타카마츠 고등재판소의 판결은 기본적으로 타당한 것으로 보인다. 당사자 사이에 착오의 다툼이 없는 경우까지 판결 등을 요구하게 될 수도 있는 점은 의문이지만, 후발적 사유에 기한 경정청구가 특별한 구제 수단이며, 통모적인 합의를 배제할 필요성이 높다는 점도 고려하면 재판예의 경향도 부당한 것이라 할 수 없다.⁷⁵⁾

후발적 경정청구제도의 취지는 신고서 제출 시 또는 법정신고기한 시에 내재하지 않은 사유가 후발적으로 생겼을 경우에 대한 납세자의 권리구제라 할 수 있다.⁷⁶⁾ 국세통칙법 시행령 제6조 제1항 제2호에서 명문화하고 있는 해제나 취소의 경우에도 신고서 제출 시 또는 법정 신고 기한인 때에는 아직 계약이 유효한 것이라 할 것이다. 이와 같이, 국세통칙법 시행령 제6조 제1항 제2호의 구제의 전제가 유효한 계약의 사후적인 무효를 전제로 하고 있는 이상, 처음부터 계약의 효과가 생기지 않은 무효는 애당초 없는 것에 대해서 ‘해당 계약의 성립 후 생긴 사유’가 영향을 미칠 여지가 없어 여기에 포함되지 않을 것이다. 다만 착오는 무효이지만 원칙적으로 표의자만이 주장할 수 있고, 이에 따라서 의사표시의 효력이 상실될 것으로 해석하고 있어 본래의 ‘무효’와 달리 ‘취소’에 유사한 취소적 무효라는 입장도 존재한다.⁷⁷⁾ 이와 더불어 민법상 무효는 이미 계약이 이행된 경우에는 부당이득반환청구(민법 제703조)등의 문제에 영향을 미치는 점에 비추어 계약이 무효이면 법적으로 아무런 영향을 줄 여지가 없다고 보는 것은 법적으로 승인하지 않는 계약의 존재를 무시하는 것으로 볼 수도 있다. 다만 조세법률주의와의 관계를 고려할 때, 부차적으로 근래 후발적 경정청구사유의 확대에 대한 제동이 필요한 상황을 고려할 때 부정하는 것이 타당하다고 보인다. 따라서 본판결의 결론에 이르는 과정은 일부 다르지만, 결과적으로 착오 무효는 국세통칙법 제23조 제2항 제3호 및 동법 시행령 제6조 제1항 제2호가 적용되지 않는다고 볼 것이다.

75) 和田倉門法律事務所, 「後發の事由をめぐる税務」, 清文社, 2018, 76面.

76) 국세통칙법 시행령 제6조 제1항의 1호에서는 ‘취소’, 제3호에서는 ‘그후 당해 사정이 소멸될 것’ 등의 표현이 명문화된 것에 비추어, 물론 제2호의 경우에도 동일하며, 이를 고려할 때 신고서 제출 시 또는 법정신고기한 시에 후발적 경정청구의 사유가 발생할 수 있는 유효한 민법상의 계약이라는 기초가 존재하지 않으면, 해당 조문은 적용되지 않는 것이라 할 것이다.

77) 内田貴, 앞의 책, 75面.

다만 平成 23년(2011)도의 세제개정에 의해, 통상의 경정청구를 할 수 있는 기간이 1년에서 5년으로 연장된 것으로부터, 세 부담의 착오를 세무조사 전에 알 수 있으면, 이것에 응하는 처리를 하여 경정청구가 인정될 가능성은 높아졌다고 말할 수 있을 것이다.⁷⁸⁾

V. 결론

1. 납세의무의 내용을 이루는 것은 일정액의 과세소득의 존재이며, 소득의 존재에 대한 인식이 전혀 없는 경우에는 조세법이 성립할 수 없다. 이러한 납세의무의 인식에 관련하여, 우리나라는 납세의무의 착오에 관해 구성요건의 착오가 아닌 위법성 착오(법률의 착오)로만 보거나 단순한 법률의 부지로만 취급하고 있는 것으로 보인다.⁷⁹⁾ 대법원 판결의 경우에도 2007도9689 판결에서 법률의 착오로 보거나 2001도1541 판결에서 법률의 부지로 판단하고 있다. 다만 행정형벌법규에 대해서는 현실적으로 구성요건의 착오 및 위법성의 착오(법률의 착오)의 구별이 어려운 경우가 있기 마련이기 때문에, 이에 대해 일본의 사례를 참고하여 구체적인 판단기준을 확립할 필요가 있을 것이다. 조세채권의 존재는 조세포탈죄에 있어서 고의의 인식대상이며, 따라서 납세의무의 착오는 규범적 구성요건의 착오, 즉 의미의 인식의 문제라고 보는 것이 타당하다. 다만 단순히 설명의무나 신고의무 등의 행위의무에 관한 사항은 백지형법에 관한 문제로서 위법성의 착오(법률의 착오) 또는 법률의 부지에 관한 것으로 보아야 할 것이다.

2. 타카마츠 고등재판소의 판결에 관한 일본에서의 논의가 우리에게 시사하는 점은 크게 2가지 정도라 할 수 있을 것이다. 첫 번째로 조세부담의 착오에 있어서의 납세자의 구제방안이다. 우리나라의 국세기본법 시행령 제25조의2 제2항에서 ‘해제’, ‘취소’를 규정하고 있는 바, 일본과 달리 조세부담의 착오에 대해 무효가 아닌 ‘취소’를 인정함에 따라 위 시행령 규정이 적용될 것이다. 사실 이러한 점에 비추어 일본과 달리 조세부담의 착오에 대한 구제방안의 논의가 거의 없는

78) 특히 権田和雄, 앞의 논문, 69面에서는 본 사건은 기간연장에 따라 국세통칙법 제23조 제1항의 경정청구로 인정될 여지가 큰 것으로 보고 있다.

79) 주로 사실관계의 평가에 관한 착오가 대부분인 현실을 반영한 것으로 보인다(김태희, 앞의 책, 165면).

것으로 보인다. 다만 단순한 세법에 대한 오해나 부지의 경우에는 주관적 사유에 불과하기 때문에 사법상 효과를 인정하기 어려워 위 시행령 규정이 적용된다고 볼 수 없다. 취소의 권한은 민법(법률)의 규정에 근거하여 발생하기 때문에 계약의 효력에 대해 가장 또는 악용하여 조세부담을 면하려는 납세자가 출현할 가능성이 적지만, 위 시행령의 규정의 형태에 비추어 보았을 때 ‘부득이한 사유’의 표현이 ‘취소’에는 적용되지 않는 것으로 해석할 수 있는 점에 비추어 전혀 무관하다고는 할 수 없을 것이다. 결국 납세제도방식의 붕괴를 초래하게 되어 납세자의 주관에만 맡긴 구제제도로 변질될 수 있음을 유의할 필요는 있다.

두 번째로 현재 우리 대법원의 후발적 경정청구사유에 관한 상당히 관대한 태도에 대한 비판적 고찰의 필요성이다. 일례로, 계약금액의 사후 감액합의사안(2011두1245), 채무자의 사후도산에 기한 소득의 회수불능사안(2013두18810)⁸⁰⁾ 등의 경우에도 후발적 경정청구를 인정하고 있어, 조세법률관계를 당사자간의 사후약정에 기초해 자의적으로 변경함으로써 조세회피의 우려가 크다는 비판을 받고 있다. 특히 2013두18810 판결의 경우에는 채무자의 사후도산의 경우에도 국세기본법 시행령 제25조의2 제2호에 준하는 사유로서 제4호에 해당할 수 있음을 긍정하였는데, 제2호의 규정을 아무리 선해하여 해석한다고 할지라도 “해제”, “취소”된 경우라 볼 수 없으며, 조세법률주의 관점에서 의문이 들지 않을 수 없다. 이러한 점은 일본의 과세관청 및 법원의 판단을 참고할 필요가 있다. 타카마츠 고등재판소의 판결에서 문제된 국세통칙법 시행령 제6조 제1항 제2호는 우리의 국세기본법 시행령 제25조의2 제2호와 상당한 유사한 형태의 규정임에도 그 해석에 있어 엄격한 면을 보이고 있는 것이다. 다만 우리의 경우에는 국세기본법 시행령 제25조의2 제4호에서 그밖에 준하는 사유에 관한 규정이 있지만 이것으로 인해 그 해석에 있어 크게 달라질 것은 없다.

본 판결은 무효에 관한 것으로 사실 ‘계약이 소급하여 효과를 잃은 경우’와 ‘처음부터 성립하지 않은 경우’, 이 두 가지의 상황은 그 효력을 상실하는 과정상의 차이를 보이거나 실질에 있어 경제적 이득이 존재하지 않는 것이므로 즉 계약이 착

80) 납세의무 성립 후 소득의 원인이 된 채권이 채무자의 도산 등으로 인하여 회수불능이 되어 장래 그 소득이 실현될 가능성이 전혀 없게 된 것이 객관적으로 명백한 경우, 국세기본법 시행령 제25조의2 제4호가 정한 후발적 경정청구사유에 해당하는지 여부가 문제된 사안에서 “납세의무의 성립 후 소득의 원인이 된 채권이 채무자의 도산 등으로 인하여 회수불능이 되어 장래 그 소득이 실현될 가능성이 전혀 없게 된 것이 객관적으로 명백하게 되었다면, 이는 국세기본법 시행령 제25조의2 제2호에 준하는 사유로서 특별한 사정이 없는 한 국세기본법 시행령 제25조의2 제4호가 규정한 후발적 경정청구사유에 해당한다고 봄이 타당하다.”라고 판시하였다.

오 무효로 된 때와 해제권의 행사 및 취소가 있을 때는 과세의 전제가 되는 사법상의 기초를 잃게 만드는 효과가 같기 때문에 납세자간의 공평을 고려할 필요가 있는 점은 부정할 수 없다. 그럼에도 불구하고 조세법률주의에 비추어 부정하는 것이 현 상황이다.⁸¹⁾ 따라서 해제권의 행사나 취소의 경우와의 불합리를 해소하기 위해서는 근본적으로 국세통칙법 시행령 제6조 제1항 제2호의 청구사유에 있어 착오 무효에 따른 과세의 전제가 된 사법관계가 존재하지 않는 경우도 포함하여 입법화할 필요가 요청되는 것이다. 우리나라의 경우에도 채무자의 사후도산에 기초한 납세자 권리구제에 관한 사항은 입법을 통해 해결할 문제라 생각된다. 또한 근본적으로 직권에 의한 감액경정제도의 보완의 필요성을 느끼는 바이다.

(논문투고일: 2018.11.27, 심사개시일: 2018.11.27, 게재확정일: 2018.12.20)



▶ 길 용 원

착오, 조세부담, 구제방안, 후발적 경정청구, 법률의 착오, 국세통칙법

81) 근래 東京地裁平成 21年 2月 27日 判決(稅資259号順号11151)에서 조세부담의 착오를 이유로 경정청구를 긍정하였으나 해당 사안은 ① 청구시점(신고기한으로부터 1년 이내인지 여부), ② 태양(자발적 인식에 의한 것인지, 조사의 지적에 의한 것인지 여부), ③ 순수한 조세부담의 착오인지 여부(전제의 착오인지 계산의 착오의 여지도 고려할 수 있다)에서 점에서 본 판결과 구분된다고 할 것이다. 權田和雄, 앞의 논문, 65면.

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 고상룡, 「민법총칙」, 법문사, 2005
김태희, 「조세범처벌법」, 박영사, 2016
소순무/윤지현, 「조세소송」, 영화조세통람, 2018
임승순, 「조세법」, 박영사, 2017

II. 논문

- 길용원/신만중, “일본의 후발적 경정청구의 사유에 관한 연구—국세통칙법 제 23조 제2항 제1호를 중심으로—”, 『국제법무』 제10집 제2호 (제주대학교 법과정책연구원, 2018)
강성태/박훈/허원, “조세부담 착오에 따른 과세문제”, 『조세법연구』 제16권 제1호 (한국세법학회, 2010)
김영순, “조세포탈죄에 있어서 법률의 착오에 대한 소고”, 『세무와회계연구』 제6권 제1호 (한국세무사회 부설 한국조세연구소, 2017)
최형기, “판례를 중심으로 한 조세포탈법의 성립요건과 문제점”, 『재판자료집』 제50집 (법원도서관, 1990)

III. 국외 단행본

- 金子宏, 「租税法」, 弘文堂, 2016
内田貴, 「民法 I (総則・物権総論)」, 東京大学出版会, 2016
内藤謙, 「刑法講義総論(下) I」, 有斐閣, 1991
福田平, 「行政刑法」, 有斐閣, 1959
山中敬一, 「刑法総論」, 成文堂, 2015
三木義一, 「新実務家のための税務相談民法編」, 有斐閣, 2017
松原芳博, 「刑法総論」, 日本評論社, 2013
水野忠恒, 「大系租税法」, 中央経済社, 2018

田中二郎, 「租税法」, 有斐閣, 1990

和田倉門法律事務所, 「後發的事由をめぐる税務」, 清文社, 2018

IV. 국외 논문

権田和雄, “後發的事由による更正の請求—課税負担の錯誤—”, 『九州国際大学法学論集』 21卷 1-3号 (九州国際大学法学会, 2015)

菅沼真也子, “故意における「事実の認識」の意義に関する近年の議論状況—ドイツ特別刑法における事実の錯誤と違法性の錯誤の区別について—”, 『商學討究』 67卷 4号 (小樽商科大学, 2017)

近藤一久, “租税刑法をめぐる若干の問題”, 『税大論叢』 4号 (税務大学校, 1971)

落合福司, “財産分与契約と課税に関する錯誤”, 『帯広大谷短期大学紀要』 29号 (帯広大谷短期大学, 1992)

末崎衛, “遺産分割の錯誤無効と更正の請求”, 『税法学』 561号 (日本税法学会, 2009)

山下純司, “動機(法律行為の基礎とした事情)についての錯誤”, 『民法判例百選 I (総則・物権)』 (有斐閣, 2018)

三木義一, “契約の錯誤無効と更正の請求—更正の請求制度の機能回復をめざして(1)—”, 『月刊税務事例』 37卷 8号 (財經詳報社, 2005)

三木義一, “契約の錯誤無効による更正の請求等が否定された事例”, 『Lexis判例速報』 2卷 4号 (雄松堂出版, 2006)

石井徹哉, “租税逋脱罪の故意”, 『早稲田法学会誌』 43卷 (早稲田大学法学会, 1993)

松原久利, “違法性の錯誤に関する一考察(二)—違法性の意識可能性の判断基準—”, 『同志社法学』 34卷 4号 (同志社大学, 1982)

安嶋建, “經濟刑法における事実の錯誤と違法性の錯誤(1)—禁止の特殊性を踏まえて—”, 『早稲田大学大学院法研論集』 151号 (早稲田大学大学院法学研究科, 2014)

岸田貞夫, “平和事件を機に改めて注目される税務における要素の錯誤”, 『税理』 42卷 4号 (ぎょうせい, 1999)

長井長信, “規範的構成要件要素の錯誤—特別刑法を中心に—”, 『刑法雑誌』 30卷 3号 (日本刑法学会, 1990)

荻原芳宏, “更正の請求の期間制限について” 『税法学』 550号 (日本税法学会, 2003)

中里実, “税負担の錯誤と財産分与契約”, 『租税判例百選』 (有斐閣, 2011)

中嶋明伸, “土地の現物出資に伴う譲渡所得課税—課税されることの錯誤と出資契約の合意解除—”, 『税経通信』 51卷 15号 (税務経理協会, 1996)

中村邦義, “わが国の租税刑法における違法性の錯誤”, 『産大法学』 50卷 3・4号 (京都産業大学法学会, 2017)

足立勝義, “事実の錯誤か法令の不知か—物品税法第18条第1項第1号の無申告製造罪について—”, 『最高裁判所判例解説(刑事篇昭和34年度)』 (法曹会, 1968)

伊藤義一/須飼剛朗, “租税負担の錯誤無効を理由とする贈与税決定処分取消請求等の可否”, 『TKC税研情報』 16卷 6号 (TKC税務研究所, 2007)

秋山規雄, “事実の錯誤か法令の不知か—物品税法第18条第1項第1号の無申告製造罪について—”, 『法学論叢』 66卷 6号 (京都大学法学会, 1960)

脇本利紀, “消費税の簡易課税制度の不適用と犯則所得に関する一考察”, 『税大ジャーナル』 7号 (税務大学校, 2008)

Abstract

A Study on the Misunderstanding of Tax Burden and Remedies in Japan

Kil, Yong Won

Misunderstanding means a situation where the intention presumed from the act of labeling and the true intention (true intention) of the person who intends to make the representation differ and the person who intends to make the difference does not recognize it. Article 95 of the Civil Code provides that in order to protect such an expressive person, “an expression of intention is invalid if the elements of a juristic act are mistaken for an expression of intention.” However, the provision stated in the proviso that “If a person who has declared his intent is grossly negligent, the person who declared his intent cannot assert his intent to declare his intention to be invalid”, because accepting such invalidation always would damage the security. The Civil Code aims to stabilize the transactions between an avowed party and the other party.

The parties to a contract are aware of a mistake in the elements of the contract, and both parties considered the possibility of making a request for rectification if they invalidate the contract and nullify the economic effect, and considered a request for a later rectification. First, if a dispute arises between the parties to a contract concerning the success or failure of a miscomprehension, the contract falls under Article 23, paragraph (2), item (i) of the Act on General Law of National Taxes and becomes a grounds. However, the case discussed in this paper were those in which both parties were aware that the contract was invalid due to miscomprehension, so they did not fight in the lawsuit, but were also found to have existed even in the judgment. In such case,

will Article 23, Paragraph 2, Item 3 of the Act on General Law of National Taxes and Article 6, Paragraph 1, Item 2 of the Order for Enforcement of the Act on General Law of National Taxes apply?

Article 6(1) and (2) of the Order for Enforcement of the Act on General Law of National Taxes specify Article 23(2) and (3) of the Act on General Law of National Taxes. Requests for rectification by rescission or the exercise of the right of termination are accepted in the express text, but the application in the case of invalidation is not clear. The taxpayer of this case argued that this provision was merely a typical solution to the contract, and there was no reasonable reason to exclude the miscomprehension from the scope of the application.

Also, if the invalidation by mistake cannot be requested to be corrected as in the case of a claim, as in the case of the judgment in question, is there any other means of relieving the taxpayer? It can be said that this is the matter that we will discuss ultimately through the case concerned.



▶ **Kil, Yong Won**

Misunderstanding, Tax Burden, Remedies, Claim of Reassessment by
Later Occurring Reason, Mistake of Law, General Law of National Taxes

미국의 P2P 대출 현황과 법적 규제

노 대 석 *

석 지 웅**

【목 차】

I. 서론

II. 미국의 P2P 대출시장 현황

1. P2P 대출거래의 유형
2. P2P 대출시장 현황

III. 미국의 P2P 대출거래 규제

1. 개관
2. P2P 대출거래와 연방 증권 규제

3. 소비자 보호 규제

4. P2P 대출에 대한 주(州) 규제

IV. 우리나라 P2P 대출 규제와 비교

V. 결론

<참고문헌>

【국 문 요 약】

정보통신기술(IT)의 급속한 발달에 따라 인터넷, 소셜미디어(Social media) 등 온라인 방식을 바탕으로 P2P Lending, P2P Fund, P2P insurance 등 P2P(peer to peer, person to person) 금융이 전세계적으로 급격하게 성장하고 있다. 다수의 투자자가 인터넷 플랫폼과 모바일 장치를 통하여 쉽게 의견을 교환할 수 있는 정보통신기술의 발전과 비대면 업무처리방식의 정착이 만들어낸 결과로 보인다.

미국의 P2P 대출규제는 연방차원의 규제뿐만 아니라 각 주(州)차원의 개별 규제도 적용되기 때문에 P2P 대출중개업자에게 상당한 규제부담이 야기되고 있으며, 거미줄처럼 얽혀 있는 관련 법규정으로 말미암아 규제의 일원화가 필요하다는 비판도 있다. 우리나라의 경우 기존 규제체계 내에 포섭하여 규제하려는 움직임과 별도의 입법을 통해 새로운 규제체계를 확립해 나가려는 노력이 이어지고 있으나, 현재까지 P2P 대출규제에 대한 명확한 법적 근거없이 감독당국의 가이드

* 금융위원회 정책전문관/법학박사, 필자가 소속된 기관의 의견과 관련이 없음을 밝힙니다.

** 성균관대학교 대학원, 법학 박사과정수료.

라인에 따라 간접적 규제가 이루어지고 있는 실정이다.

P2P 대출시장의 안정적이고 지속적인 성장을 위해서는 법제도적 뒷받침이 절실히 필요한 시점으로 감독당국의 적극적인 조치와 함께 P2P 대출에 대한 법제화가 시급히 이루어져야 할 것이다.

I. 서론

정보통신기술(IT)의 급속한 발달에 따라 인터넷, 소셜미디어(Social media) 등 온라인 방식을 바탕으로 P2P Lending,¹⁾ P2P Fund, P2P insurance 등 P2P(peer to peer, person to person)²⁾ 금융이 전세계적으로 급격하게 성장하고 있다.³⁾ 다수의 투자자가 인터넷 플랫폼과 모바일 장치를 통하여 쉽게 의견을 교환할 수 있는 정보통신기술의 발전과 비대면 업무처리방식의 정착이 만들어낸 결과로 보인다.

국내에서도 온라인소액투자중개, P2P 대출 등 P2P 금융서비스가 활발하게 진행되고 있으며, 특히 P2P 대출은 급격한 성장세를 보이고 있다.⁴⁾ 전세계적으로 P2P 대출은 미국, 영국, 중국 등이 그 성장을 주도하고 있으며, P2P 대출은 새로운 금융서비스로 자리를 잡아가고 있다. 다만, P2P 대출이 기존 금융서비스와는 다른 점이 있기 때문에 이에 대한 각국의 규제체계도 국가마다 차이를 보이고 있다.

미국과 같이 전통적인 금융규제의 영역으로 포섭하여 기존 규제체계의 틀 내에서 규제하는 국가가 있는가 하면, 영국과 같이 P2P 대출 규제를 위한 별도의 규제체계를 마련하여 규제하고 있는 국가도 있다. 우리나라의 경우 기존 규제체계 내에 포섭하여 규제하려는 움직임⁵⁾과 별도의 입법을 통해 새로운 규제체계를 확

1) 전통적 의미에서 P2P Lending은 개인간 대출만을 말하고, Marketplace Lending은 기관이 개인과 함께 대출을 한다는 의미로 사용되며, P2P Lending의 발전된 형태가 Marketplace Lending으로 이해되고 있다(FDIC, "Marketplace Lending", Supervisory Insight, Winter 2015, p. 12.).

2) 고동원, 「인터넷상에서의 개인 간(P2P) 금융거래에 관한 법적 연구」, 『은행법연구』 제8권 제2호, 은행법학회, 2015.11., 5면에서 P2P 금융이란 "금융기관을 거치지 않고 인터넷이나 모바일 등 온라인에서 당사자 사이에 직접 금융 거래가 이루어지는 것"이라고 정의한다.

3) 이성복, 「P2P 대출중개시장 분석과 시사점」, 자본시장연구원, 2018.01., 25면, "글로벌 P2P 대출중개시장은 지난 5년 동안 연평균 120.6%의 높은 성장세를 보이고 있으며, P2P 대출중개 실적은 2012년에 약 62억달러에 불과했으나, 2016년에 3,237억 달러를 기록하였다."고 한다.

4) 우리나라의 경우에는 2018년 9월말 현재 금융위에 등록된 P2P 연계대부업자는 193개사이며, 전체 누적대출액은 4.3조원, 대출잔액은 1.7조원 수준으로 파악되고 있다(금융감독원 보도자료, "P2P 대출 취급실태 점검결과 및 향후 계획", 2018.11.20, 10면).

립해 나가려는 노력이 이어지고 있다.⁶⁾

국내 P2P 대출시장 역시 최근 급격한 성장을 보이고 있고 아직 투자자(자금공급자)와 차입자(자금수요자)를 보호할 수 있는 규제체계가 마련되지 않아 P2P 대출중개업자의 사기나 부도, 차입자의 채무불이행, 불법적 채무 추심 등에 따른 피해가 우려되고 있다. 최근 감독당국이 P2P 대출중개업자에 대한 실태조사를 한 결과,⁷⁾ 불법적 거래로 말미암아 20개사가 검찰 수사의뢰나 경찰에 수사정보가 제공되었으며, 내부통제 미흡, 영업행태 및 투자자보호 실태 등에 있어서 다양한 문제점이 발견된 바 있어 P2P 대출시장의 건전한 발전을 위해 P2P 대출중개업자를 직접 규율하기 위한 법제화 등의 노력이 시급히 요구되고 있는 상황이다.

현재 국내 P2P 대출중개업자에 대한 규율은 2017년 2월 27일부터 시행되고 있는 「P2P 대출 가이드라인」(이하 “가이드라인”이라 한다)과 2017년 8월 개정된 「대부업법 시행령」상의 온라인대출정보연계대부업자의 금융위원회 등록을 통하여 P2P 대출에 대한 간접적인 관리를 도모하고 있으나, 가이드라인은 법적 구속력이 없는 행정지도에 불과하고, P2P 대출에 대한 법적 정의나 형태에 대한 체계적인 규제체계 없이 현재와 같은 규율방식으로는 규제공백이 발생할 수밖에 없으며,⁸⁾ 이로 인한 투자자 피해 가능성이 증가하고 있으므로, P2P 대출에 대한 법적 규율체계의 마련을 통해 새로운 산업으로서 성장할 수 있는 기반을 마련해야 할 필요가 있다.

이하에서는 현재까지 규제체계가 명확하게 확립되지 않은 P2P 대출의 건전하고 지속적인 발전이 이루어질 수 있도록 미국의 P2P 대출의 구조 및 특성, P2P 대출시장의 현황과 관련 규제체계를 살펴보고 그에 대한 시사점을 도출해보고자 한다.

5) 박광운의원이 대표발의(의안번호 제11787호)한 「대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률 일부개정법률안」은 P2P 대출을 온라인대출중개업으로 정의하고 대부업법상 대부중개업에 포함하여 P2P 대출을 대부업 규제체계 내로 편입하고 있으며, 박선숙의원이 대표발의(의안번호 제15102호)한 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률 일부개정법률안」은 P2P 대출을 자본시장법상 온라인소액투자중개업과 유사한 온라인투자연계금융업자로 정의하여 자본시장법의 규율대상으로 하고 있다.

6) P2P 대출에 관한 제정법으로 「온라인대출중개업에 관한 법률안」(민병두의원안, '17.7.20), 「온라인대출거래업 및 이용자보호에 관한 법률안」(김수민의원안, '18.2.23), 「온라인투자연계금융업 및 이용자보호에 관한 법률안」(이진복의원안, '18.4.13) 등 총 3건의 법률안이 국회에 계류되어 있다.

7) 금융감독원 보도자료, “P2P 대출 취급실태 점검결과 및 향후 계획”, 2018.11.20. 1면.

8) 기준하, “P2P 대출의 현황과 향후과제”, NARS현안분석 vol. 6, 2018.5.18., 12면.

II. 미국의 P2P 대출시장 현황

1. P2P 대출거래의 유형

미국의 P2P 대출거래 유형은 크게 P2P 대출중개업자가 대출자와 차입자를 직접 중개하는 구조인 “직접대출형(Direct lending)”과 P2P 대출중개업자와 연계된 금융회사(Partner Bank)를 통해 대출을 발생시키는 “간접대출형(Indirect lending)”으로 구분해 볼 수 있다.⁹⁾

직접대출형 대출구조의 가장 큰 특징은 은행과 같은 전통적인 금융회사의 개입 없이 P2P 대출중개업자(Marketplace lender)를 통해 차입자(borrowers)와 투자자(investor)간에 대출이 이루어진다는 점이다. 이러한 직접대출형 대출구조에서는 P2P 대출중개업자가 대출을 보유하게 되며, 이에 따라 차입자의 채무불이행에 따른 신용위험을 부담하게 된다.¹⁰⁾ 직접대출형 대출구조에서는 예금수취기관과 연계하지 않기 때문에 P2P 대출중개업자는 일반적으로 대출을 하는 각 주(州)에서 면허를 취득하여야 하지만, 연방은행감독당국의 감독대상은 아니다.¹¹⁾

간접대출형 대출구조에서는 연계금융기관(Partner Bank)을 통해 대출이 이루어지기 때문에 P2P 대출중개업자는 각 주(州)에서 면허를 취득할 필요는 없다. 다만, P2P 대출중개업자의 수행 업무가 은행서비스회사법(Bank Service Company Act)의 은행서비스회사의 법적 정의에 해당하거나 예금수취기관의 자회사 또는 계열회사로서 또는 제3자로서 은행서비스회사를 위해 특정업무를 수행하는 경우 그러한 행위가 은행서비스회사가 자체적으로 수행되는 것과 동일시되는 경우에는 연방은행감독기관의 규제와 검사를 받을 수 있다.¹²⁾

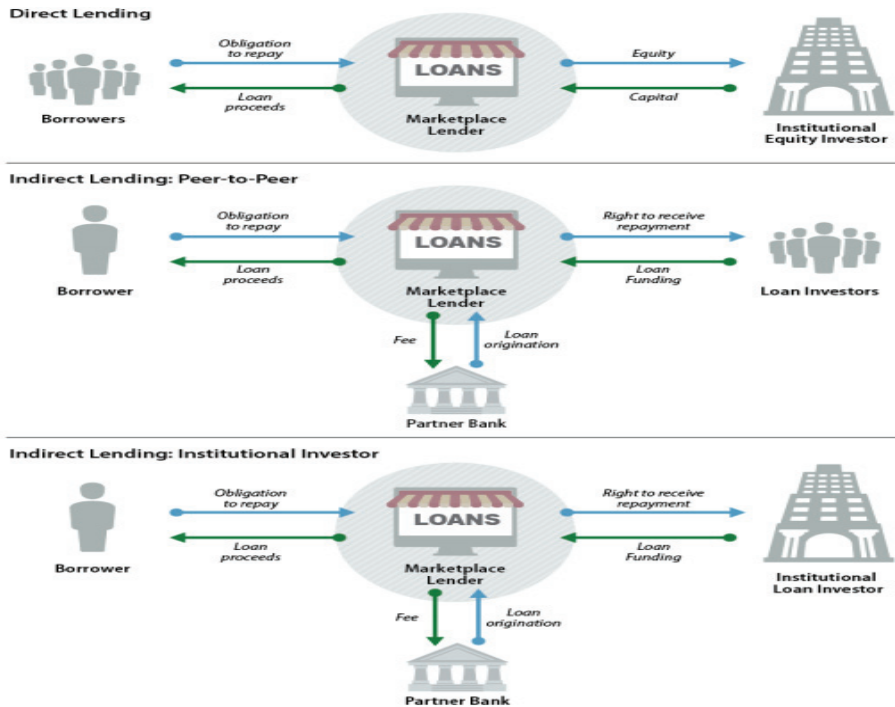
9) U.S. Department of the Treasury, “Opportunities and Challenges in Online Marketplace Lending”, May 10, 2016, p. 5.

10) Congressional Research Service, “Marketplace Lending: Fintech in Consumer and Small-Business Lending”, September 4, 2018, p. 3.

11) U.S. Department of the Treasury, Id, p. 5.

12) Id, p. 8.

[미국의 P2P 대출거래 유형]



출처: Congressional Research Service, “Marketplace Lending: Fintech in Consumer and Small-Business Lending”, September 4, 2018, p. 4.

한편, 직접대출형 대출구조와 달리 간접대출형 대출구조에서 P2P 대출중개업자는 대출을 보유하는 것이 아니므로 차입자의 채무불이행에 따른 신용위험을 부담하지 않는다.¹³⁾ 이러한 간접대출형 대출구조에서 종종 “진정한 대출자(true lender)”가 누구인지 여부가 법적인 쟁점이 되곤 한다.¹⁴⁾

미국에서는 직접대출형 대출구조보다 간접대출형 대출구조가 일반적으로 활성화되어 있으나, 시장이 발달함에 따라 직접대출형 및 간접대출형 P2P 대출중개업자는 다양한 경제적 환경의 변화에 탄력적으로 대응하기 위하여 융합형(Hybrid model)으로 진화하고 있다.¹⁵⁾

13) Id, p. 6.

14) 대표적인 판결로 NRO Boston, LLC & Indelicato v. Kabbage, Inc. & Celtic Bank Corp., No. 1:17-cv-11976 (D. Mass. Oct. 12, 2017); Meade v. Avant of CO, LLC, No. 1:17-cv-00620 (D. Col. Mar. 9, 2017); CashCall, Inc. v. Morrissey, 2014 W. Va. LEXIS (W. Va. May 30, 2014); Madden v. Midland Funding, LLC, 786 F.3d 246 (2d Cir. 2015) 등이 있다.

2. P2P 대출시장 현황

미국의 P2P 대출거래는 2006년 2월 최초로 (주)프로스퍼(Prosper)가 대출서비스를 시작하였고, 2007년 5월 렌딩클럽(주)(Lending club)이 등장하였다. 이러한 P2P 대출중개업자의 등장 배경에는 2007년 금융위기 이후 기존 금융기관들의 급격한 대출위축으로 말미암아 마땅한 대출처를 찾지 못한 사람들을 위한 대안금융(Alternative Finance) 성격으로 나타났다.¹⁵⁾

미국의 조사기관(IBISWorld)의 2018년 9월 조사보고서에 따르면, 2013년부터 2018년까지 5년 동안 330억 달러 상당의 산업으로 발전했으며, 연간 성장률은 51.3% 기록하여 P2P 대출산업이 성숙단계(mature stage)에 도달하였고, 2023년까지 지속적인 성장을 할 것으로 예상된다. 또한 미국 통계조사기관인 Statista의 조사에 따르면, 2018년 P2P Platform을 통한 개인대출(marketplace lending) 건수는 약 340만 건 정도이며, 평균 대출액은 9,851 달러라고 한다. 현재 미국의 P2P 대출시장을 주도하고 있는 업체는 (주)프로스퍼와 렌딩클럽(주)이다.

2007년 설립된 렌딩클럽(주)은 개인대출 및 중소기업(Small-and medium-sized enterprise: SME) 대출을 제공하는 세계 최대의 P2P 대출중개업자이며, 2015년에는 P2P 대출중개업자 중 최초로 뉴욕증권거래소에 상장된 바 있다. 렌딩클럽(주)은 개인대출의 경우 최저 1,000 달러에서 최고 40,000 달러의 대출을 신용도와 대출기간에 따라 연평균 5.99%~34.99% 금리로 취급하고 있으며, 사업대출(business lending)의 경우에는 사업 2년 이상, 연매출 75,000 달러 이상의 기업에 대해서 최저 5,000 달러에서 최고 300,000 달러를 5.9%~25.9%의 금리로 제공하고 있다. 투자자의 경우에는 최저 25 달러를 투자할 수 있으며, 투자에 제한은 없다. 다만, 렌딩클럽(주)의 투자자가 되기 위해서는 일정한 소득기준을 충족하여야만 한다.¹⁷⁾

2006년 설립된 (주)프로스퍼는 미국 최초의 P2P 대출플랫폼 회사로 렌딩클럽(주)과 달리 개인대출만을 취급하며 2018년 상반기까지 약 130억 달러의 대출을 실행하였다. (주)프로스퍼의 개인대출 플랫폼인 Market Place을 통해 발생한 대출은 연

15) U.S. Department of the Treasury, Id, p. 8.

16) Bloomberg, "Peer-to-Peer Lending", 2017.6.7.

17) 렌딩클럽(주)의 투자자가 되기 위해서는 총소득이 적어도 7만 달러 이상이거나, 순자산 7만 달러 또는 총순자산이 적어도 25만 달러 이상이어야 한다("You must have a gross income of at least \$70,000 and a net worth of \$70,000, or you must have a total net worth of at least \$250,000.")

계은행인 WebBank¹⁸⁾에서 이루어진다. 담보는 필요하지 않으나, 대출한도는 35,000 달러이며, 고정금리(연평균 5.99%~36%)와 3년 또는 5년의 대출기간만을 취급하고 있다. (주)프로스퍼에 투자할 수 있는 투자금액은 최소 25 달러 이상이며, 주(州)에 따라서는 주(州)법에서 요구하는 소득요건을 충족해야만 투자자로 참여할 수 있다. (주)프로스퍼에서는 위험분산 차원에서 투자자가 최소 100개의 증서(note)에 투자하는 것을 권고하고 있다.¹⁹⁾

미국 P2P 대출시장에서는 2016년말 기준으로 렌딩클럽(주)이 시장점유율 37%, (주)프로스퍼는 시장점유율 9% 등 상위 5개의 P2P 대출중개업자가 P2P 대출시장의 약 80% 정도를 차지하고 있어 소수 P2P 대출중개업자들의 시장의 집중화 현상이 나타나고 있다.²⁰⁾

2013년 31.8억 달러에서 2015년 213.8억 달러까지 급격한 대출시장 규모의 증가를 보이는데 이러한 급성장의 배경은 P2P 대출의 증권화에 따라 기관투자자가 P2P대출에 투자하였기 때문이라고 보는 견해가 있다.²¹⁾ 2016년 시장 규모 증가율이 급격히 감소하는데, 이자율 제한과 관련하여 대출자가 아닌 차입자가 거주하는 주(州)의 이자제한법을 적용하게 한 Madden 판결의 영향 등 규제 강화에 따른 결과로 보인다.²²⁾

[미국의 P2P 대출시장 규모]

(단위 : 억달러)

2012	2013	2014	2015	2016
24.0	31.8	87.1	213.8	234.0

출처 : 이성복, 「P2P 대출중개시장 분석과 시사점」, 자본시장연구원, 2018.01.

18) 1997년 유타주에 설립된 ILC(Industrial Loan Company)로서 연방예금보험공사(FDIC)의 감독을 받는다.

19) 이에 따라 다양한 종류의 대출 유형에 투자하여 수익을 얻기 위해서는 최소 2,500 달러 이상의 투자가 필요하다.

20) 이성복, 앞의 보고서, 35면.

21) 한국소비자원, 온라인 P2P 대출 서비스 실태조사 16면. “대출의 증권화는 대출채권의 크기가 작고 유동성이 떨어져 투자하기 어려웠던 연기금이나 보험회사가 P2P대출에 투자할 수 있도록 견인함”

22) 이성복, 앞의 보고서, 28면.

Ⅲ. 미국의 P2P 대출거래 규제

1. 개관

미국의 P2P 대출거래 규제의 흐름에 있어서 중요한 살펴보아야 될 것으로 2008년 미국증권거래위원회(SEC)의 P2P 대출중개업자가 발행한 약속증서(promissory note)에 대한 등록의무 부과조치와 2011년 미국 회계감사원(United States Government Accountability Office: GAO)의 P2P 대출규제에 관한 보고서(Person-To-Person Lending: New Regulatory Challenges Could Emerge as the Industry Grows)이다.

미국에서 P2P 대출시장이 급성장함에 따라 미국증권거래위원회(SEC)에서 2008년부터 P2P 대출거래에 규제 및 감독을 시작하였고, 이러한 정책규제당국의 움직임은 P2P 대출시장에 큰 영향을 끼치게 되었다. SEC의 규제는 대출자를 증권투자자로 판단하여, P2P 대출중개업자가 발행한 증서(note)를 1933년 증권법 적용대상인 유가증권으로 파악하고, 이를 미국증권거래위원회(SEC)의 규제대상 유가증권과 동일한 규제를 적용하는 것이 특징이다. 이러한 조치로 인하여 당시 급속하게 성장하던 P2P 대출시장에서 규제부담 등으로 인하여 대부분의 P2P 대출중개업자가 사라졌으며, 이로 인하여 P2P 대출시장이 위축되기도 하였다. 미국증권거래위원회(SEC)의 조치에 대해 새로운 유형의 사업에 대한 과도한 조치로서 관련 시장의 성장을 저해할 것이라는 비판이 제기되기도 하였다.²³⁾

그러나 미국증권거래위원회(SEC)의 P2P 대출에 대한 규제조치는 그 동안 P2P 대출에 대한 규제의 모호성을 해소함으로써 오히려 P2P 대출시장의 지속적인 성장에 기여했다는 평가를 받고 있다.²⁴⁾

23) Carl Smith, "If It's Not Broken, Don't Fix It: The SEC's Regulation of Peer-to-Peer Lending", 6 Am. U. Bus. L. Brief 21, 23 (2010); Andrew Verstein, "The Misregulation of Person-to-Person Lending", UC Davis Law Review, Vol. 45(2011)

24) Benjarmin Lo, "It Ain't Broke: The Case For Continued SEC Regulation of P2P Lending", HARVARD BUSINESS LAW REVIEW, Vol 6(2016), pp. 87-110.에서는 SEC의 지배적인 역할이 성장을 억제하고 새로운 시장진입을 막을 것이라고 우려했으나, 오히려 SEC의 규제로 말미암아 투자자보호 등의 규제 틀이 적절한 보호체계를 구성하여 시장이 성장하고 있다고 한다. 다른 견해로 서영미, "국내외 P2P 대출중개업 관련 규제 동향 및 시사점", 금융투자협회, 2015.8.5., 3면에서는 SEC의 조치로 말미암아 P2P 대출중개업자의 대출증권(notes)이 합법적

이러한 미국증권거래위원회(SEC)의 규제조치와는 별개로 2010년 7월 발효된 금융개혁법(Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act) 989F(a)항에서 미국회계감사원(GAO)으로 하여금 P2P 대출시장의 규제체계, 감독책임, 개인 정보보호, 위험관리 등의 문제를 다룬 보고서를 의회에 제출하도록 규정하였고, 이에 따라 P2P 대출과 관련된 연방규제 방향을 담은 보고서를 발표된 바 있다. 동 보고서에 따르면, P2P 대출시장에 대한 규제접근 방안으로 미국증권거래위원회(SEC) 중심의 규제(An SEC-centered approach)²⁵⁾와 금융소비자보호국 중심의 규제(A CFTB-centered approach)²⁶⁾을 제안한 바 있으며, 미국회계감사원(GAO)은 P2P 대출시장과 관련된 연방차원의 규제접근방식과 관련하여 P2P 대출시장의 진화 가능성을 고려하여 규제방향을 강제적으로 확정하지 않았고, 이후 미국의 P2P 대출시장에 대한 연방차원의 규제는 미국증권거래위원회(SEC)를 중심으로 한 관리·감독체계로 이루어지게 되었다. 이러한 연방차원의 규제와는 별도로 미국 내 P2P 대출중개업자는 각 주(州)에서 요구하는 규제수준도 충족하여야 한다.

P2P 대출시장에 대한 미국의 규제는 연방차원과 주(州)차원의 규제가 복합적으로 적용되고 있으며, 그 규제기관도 복잡하고 다양하게 얹혀 있기 때문에 이러한 규제체계에 대한 비판이 제기되기도 하며,²⁷⁾ P2P 대출시장에 대해서 보다 명확하고 엄격한 규제강화가 필요하다고 주장하기도 한다.²⁸⁾ 2016년 미국의 상원의원 3인은 미국회계감사원(GAO)에 새로운 보고서를 요청했는데, i) 2011년 보고서 이후 온라인 대출시장의 진화와 성장은 무엇이었는지, ii) 기관투자자의 참여로 인한 위험증대가 예상대로 증가했는지 여부, iii) 2011년 보고서 이후의 감독구조의

유가증권으로 인정되어 유통시장이 형성되는 등 P2P 시장 성장에 기여했다고 한다.

25) SEC 중심의 규제접근은 투자자들의 잠재적 위험이 상존하는 P2P 대출시장을 SEC가 연방차원에서 관리·감독해야 된다는 것이다(“An SEC-centered approach, whereby potential risks to investors are regulated at the federal level by the SEC. Under this approach, there would be broad exemptions to individual state-level securities regulations for P2P lending platforms that are in compliance with federal regulations.”).

26) 금융소비자보호국(CFPB) 중심의 규제는 도드-프랭크법으로 부르는 미국의 금융개혁법에 의해 창설된 금융소비자보호국으로 하여금 P2P 대출 및 투자를 소위 ‘소비자금융상품(consumer financial products)’으로 간주하여, 금융소비자보호국이 P2P 대출의 투자자와 대출자, 플랫폼을 모두 관리·감독해야 한다는 것이다(A CFPB-centered approach that would bring together the monitoring of investors and borrowers under the CFPB. Instead of being federally regulated securities, P2P loans and investments in P2P loans would be “consumer financial products” and the CFPB would regulate the relationship between investors and P2P lending platforms.).

27) Paul Slattery, “Square Pegs in a Round Hole: SEC Regulation of Online Peer-to-Peer Lending and the CFPB Alternative”, Yale Journal on Regulation Volume 30(2013), pp. 233-275.

28) Business Inside, “The Fed just warned against ‘predatory’ peer-to-peer lending”, 2017.11.14.

변화, iv) 규제당국의 적절한 역할이 무엇인지 등에 관한 내용을 검토해달라고 하였다.²⁹⁾ 이러한 미국의 P2P 대출 규제체계는 P2P 대출 출현 이전부터 존재한 기존 규제체계로 포섭한 것이기 때문에 이러한 규제가 P2P 대출거래에 있어 어떻게 적용되어야 하고, 그것이 얼마나 효과적일지 여부에 대해서 불확실성이 존재한다.³⁰⁾

이하에서는 규제적 측면에서 투자자보호를 위한 증권 등록 및 공시, 소비자 보호와 공정대출의 준수, 주(州)차원의 규제 등 3가지 측면에서 미국의 P2P 대출 규제체계를 검토해보기로 한다.

2. P2P 대출거래와 연방 증권 규제

미국증권거래위원회(SEC)는 2008년 미국의 대표적인 P2P 대출중개업자인 (주)프로스퍼가 투자자들에게 발행하는 ‘상환청구권이 없는 약속증서’(non-recourse promissory note)를 「1933년 증권법」(Securities Act of 1933)상 ‘증권’(security)으로 보았다.³¹⁾ (주)프로스퍼의 대출거래 형태는 차입자가 차입금과 이자율을 중개업체에 제시하면, 투자자인 대출자들이 원하는 대출금과 이자율을 제시하여 거래가 체결되는데, 차입자는 대출자와 직접적으로 대출거래가 이루어지는 것이 아니고, 차입자는 연계은행(Partner Bank)으로부터 대출을 받고, 대출에 따른 권리를 (주)프로스퍼가 투자자들에게 ‘상환청구권이 없는 약속증서’(non-recourse promissory note)를 발행·교부한다.³²⁾

이러한 약속증서의 발행행위에 대해서 연방증권법 규제가 적용됨에 따라 P2P 대출중개업자는 증권신고서 제출, 정기공시 등의 의무를 부담하게 되었고, 미국증권거래위원회(SEC)의 결정에 따라 종전에 P2P 대출거래에서 발행했던 증권을 등

29) MERKLEY, BROWN, SHAHEEN ASK GAO FOR UPDATED REPORT ON THE FINANCIAL TECHNOLOGY MARKETPLACE. 해당 서신에 대한 원문은 <https://www.merkley.senate.gov/imo/media/doc/Letter%20to%20Gene%20L.%20Dorado%204.18.16.pdf> 참고

30) Congressional Research Service, Id, p. 12.

31) SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, "ORDER INSTITUTING CEASE - AND - DESIST PROCEEDINGS PURSUANT TO SECTION 8A OF THE SECURITIES ACT OF 1933, MAKING FINDINGS, AND IMPOSING A CEASE-AND-DESIST ORDER", Release No. 8984 / November 24, 2008., 증권거래위원회는 2006년 1월부터 2008년 10월 14일까지 Prosper가 발행한 약속증서를 등록하지 않았다고 하여 Prosper에 업무중지명령 결정(cease and desist order)하였다.

32) 고동원, 앞의 논문, 14면.

록하지 않았던 (주)프로스퍼, 렌딩클럽(주) 등 P2P 대출중개업자들의 업무가 잠정적으로 중단되게 되었다. 미국증권거래위원회(SEC)는 ‘약속증서’ 자체가 ‘증권’에 해당된다고 보는 것이 아니라 (주)프로스퍼 등 P2P 대출중개업자가 발행하는 약속증서가 SEC v. W. J. Howey Co., 328 U.S. 293 (1946) 판결에서 연방대법원이 인정한 투자계약증권(investment contracts)에 해당된다고 보았으며, Reves 판결에 따라 증권거래법 제2조(a) (1)항 상의 증권으로 보았다.

그 내용을 살펴보면, ① 대출자는 (주)프로스퍼로부터 증서를 매입하기 때문에 투자행위로 인정되고, ② 대출자는 투자로부터 발생하는 수익을 기대하고 있으며, 그 수익은 (주)프로스퍼의 노력에 의존하고 있다는 점, ③ 대출자의 대출과 차입자의 대출금 상환은 (주)프로스퍼에 의하여 진행되고 대부분 대출은 2인 이상이 참여하거나, 1인의 대출자가 2회 이상 대출을 진행하고 (주)프로스퍼는 대출자와 차입자로부터 각각 수수료를 받기 때문에 공동 사업이라고 보며, ④ 마지막으로 P2P 대출과 관련된 다른 규제체계는 없다고 하였다.³³⁾

이러한 결정에 따라 P2P 대출중개업자는 투자자에게 약속증서를 발행하는 경우 미국증권거래위원회(SEC)에 등록하고, 증권신고서 제출 및 공시의무가 발생하며, 대출자에게 투자설명서를 교부해야 하고, 증권이 판매되는 모든 주에서 증권을 등록해야 한다.

이러한 규제방향에 대해서 과도하게 투자자 보호에 편향된 조치라고 비판하는 견해가 있으며, P2P 대출중개업자에 부담이 될 수 있고, 정보공시 의무화로 인하여 차입자의 프라이버시가 침해될 소지도 있으며, 미국증권거래위원회(SEC)의 적극적인 관여로 인한 추가적 위험 부담으로 대출자들에게 피해를 초래할 우려가 있다고 한다.³⁴⁾ 그러나 이러한 우려와 달리 적극적인 규제로 투자자 보호 등의

33) SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, "ORDER INSTITUTING CEASE - AND - DESIST PROCEEDINGS PURSUANT TO SECTION 8A OF THE SECURITIES ACT OF 1933, MAKING FINDINGS, AND IMPOSING A CEASE-AND-DESIST ORDER", Release No. 8984 / November 24, 2008., "the Prosper notes are securities under Reves because: (i) Prosper lenders are motivated by an expected return on their funds; (ii) the Prosper loans are offered to the general public; (iii) a reasonable investor would likely expect that the Prosper loans are investments; and (iv) there is no alternate regulatory scheme that reduces the risks to investors presented by the platform. As a result of the conduct described above, Prosper violated Section 5(a) of the Securities Act, which states that unless a registration statement is in effect as to a security, it shall be unlawful for any person, directly or indirectly, to make use of any means or instruments of transportation or communication in interstate commerce or of the mails to sell such security through the use or medium of any prospectus or otherwise; or to carry or cause to be carried through the mails or in interstate commerce, by any means or instruments of transportation, any such security for the purpose of sale or for delivery after sale.,

적절한 규제 틀이 만들어져 P2P 대출시장이 안정적으로 성장하고 있다는 주장도 있다.³⁵⁾

3. 소비자 보호 규제

위에서 살펴본 것과 같이 미국의 P2P 대출시장 규제의 특징은 증권법의 적용을 받아 증권 발행, 모집 등의 행위 시에는 미국증권거래위원회(SEC)의 규제를 준수해야 함과 동시에 차입자와 관련해서 P2P 대출중개업자는 소비자보호 관련 법령의 적용도 받게 된다는 점이다.³⁶⁾ 이에 따라 P2P 대출중개업자는 금융소비자보호국(Consumer Financial Protection Bureau; CFPB)과 연방거래위원회(Federal Trade Commission; FTC)의 감독을 받는다. 금융소비자보호국(CFPB)은 대출에 있어 불공정하고 사기적이며 남용하는 행위나 관행을 금지하고 있으며, 연방거래위원회(FTC)는 대출을 포함한 상거래에 영향을 미치거나 부당한 행위를 금지하고 있다. 또한 P2P 대출중개업자는 연방 또는 주(州)법에서 요구하는 차입자 보호 규제가 적용되어 법정최고이자율 적용 및 소비자보호법 등을 준수하여야 한다.³⁷⁾ 그리고 대출 관련 공시조건을 충족하여야 하며, 불공정약관 등 대출에 추가적인 조건을 첨가하는 것은 원칙적으로 금지되며, 연체 시 채무자에 취할 수 있는 조치도 관련 규정에 따라 제한된다. 아울러 P2P 대출은 온라인 방식으로 이루어지는 대출이기 때문에 전자상거래 등에 적용되는 규제도 준수해야할 의무가 있다. 이밖에 P2P 대출중개업자와 연계된 은행은 연방예금보험공사(FDIC), 연방준비제도이사회(FRB), 전국신용조합관리청(National Credit Union Administration; NCUA), 통화감독청(Office of the Comptroller of the Currency; OCC) 등 연방감독기관의 감독 대상이 되며, P2P 대출중개업자도 소비자 보호업무와 관련하여 연방감독기관의 감독 대상이 될 수 있다.³⁸⁾

34) Andrew Verstein, "The Misregulation of Person-to-Person Lending", UC Davis Law Review vol. 45, 2012, pp. 455-530.

35) Benjarmin Lo, Id, p. 110.

36) Congressional Research Service, Id, p. 14.

37) 법정 이자율 제한이 없는 유타주에서 인기를 받은 WeBank를 통해 대출을 실행하는 Lending Club과 Prosper의 경우에도 차입자의 거주지가 속한 주의 법정 최고이자율을 준수('15. 5월, Madden 사건 판결)

38) Congressional Research Service, Id, p. 14, GAO(2017), pp.11-12

[P2P 대출중개업자에 적용될 수 있는 연방 규제]

관련 법	관련 내용	관련 규제기관
은행서비스회사법 (Bank Service Company Act)	은행을 위한 제3자 서비스 제 공자로서의 감독	FRB, OCC, FDIC, NCUA
전자자금이체법 (Electronic Fund Transfer Act)	전자자금이체의 조건에 대한 공시 비승인된 이체에 대한 소비자 책임 제한	OCC, FRB, FDIC, NCUA, FTC, CFPB
신용기회균등법 (Equal Credit Opportunity Act)	인종, 피부색, 종교, 국적, 성 별, 혼인여부, 연령 또는 소득에 대한 공적 부조 여부 등에 따른 차별금지	CFPB, FRB, OCC, FDIC, NCUA, FTC, DOJ
공정신용보고법 (Fair Credit Reporting Act)	신용평가기관에 대한 정확한 정보 보고 신원도용방지를 위한 프로그램 개발 및 이행 신용보고서 정보를 거부하는 대출자에 대한 공시부과	FTC, CFPB, FRB, OCC, NCUA, FDIC
채권의 공정한 추심에 관한 법 (Fair Debt Collection Practices Act)	채권추심에 대한 지침 및 제한 사항 추심과정에서의 위협행위, 괴 롭히는 행위 또는 학대행위 금지	FTC, CFPB, OCC, FRB, FDIC, NCUA
도드-프랭크법 제1036조 (Dodd-Frank Act) 연방거래위원회법 제5조 (Federal Trade Commission Act) 증권법 (Securities Act of 1933)	불공정하거나 사기적 또는 남 용적 영업행위 또는 관행 금지	CFPB, FTC, FRB, FDIC, OCC, NCUA, SEC
금융현대화법 (Gramm-Leach-Bliley Financial Modernization)	금융기관이 제휴하지 않은 제3 자에게 차입자의 비공개 개인정 보 공개 제한 및 정보공유에 대 한 고지, 제3자에 대한 정보공유	FTC, CFPB, FRB, OCC, NCUA, FDIC

Act)	금지권리에 대한 안내	
진실대부법 (Truth in Lending Act)	대출 및 신용거래조건에 대한 이해 가능한 공시	CFPB, FRB, OCC, NCUA, FDIC, FTC
전자서명법 (Electronic Signatures in Global and National Commerce Act)	전자적 기록과 서명을 이용한 계약의 법적 구속력 및 집행력 부여	모든 규제기관
자금세탁방지법 (Bank Secrecy Act)	자금세탁방지 절차 이행	FinCEN, OCC, FRB, FDIC, NCUA

출처: Congressional Research Service, Id, p. 25; Hang Yin, “Status quo of the US and UK’s P2P lending regulation”, GJEBA (2016), p. 3; U.S. Department of the Treasury, Id, pp. 38-39.

4. P2P 대출에 대한 주(州) 규제

미국 전역에서 사업을 영위하는 P2P 대출중개업자는 위에서 살펴 본 바와 같이 연방차원의 규제뿐만 아니라, 자신이 영업하는 주(州)에서도 개별 주(州)법에 따른 규제를 받는다.³⁹⁾ 예를 들면, P2P 대출중개업자는 증권법에 따라 SEC에 증권을 등록해야 하는 것은 물론이고, 주(州)증권법(Blue Sky Laws)에 따라 면제 증권이 아닌 한 증권이 판매되는 모든 주(州)에서 해당 증권을 등록해야 한다. 많은 주(州)에서 주(州)증권위원회는 판매가 부적합하다고 판단되는 증권에 대한 등록을 거부할 수 있는 권한을 보유하고 있으며, 일부 주(州)에서는 등록을 거부하기도 한다.⁴⁰⁾

또한 P2P 대출의 영업모델에 따라서는 많은 경우 개별 주(州)법에서 요구하고 있는 면허를 취득해야 한다. 미국의 대표적인 P2P 대출중개업자인 랜딩클럽주의

39) 개별 주(州)법이 적용되기 때문에 50개의 다른 주(州)법과 규정을 준수하는 것은 불필요한 부담이 될 수 있다고 한다(Brian Knight, “Modernizing Financial Technology Regulations to Facilitate a National Market”, Mercatus Center, Mercatus on Policy Series, August 1, 2017).

40) Peter Manbeck·Marc Franson, “The Regulation of Marketplace Lending: A Summary of the Principal Issues”, Chapman and Cutler LLP, April 2018, p. 38.

경우 30개 주(州)에서 채권추심업, 대출업, 대출중개업, 자금이체업 등 다양한 면허를 취득하여 영업을 하고 있다(아래 표 참고). 이러한 주(州)별 규제가 불필요하고 번거로우며, 비효율적이고 잠재적으로 유익한 산업의 성장을 저해하는 경우도 있다고 주장되기도 한다.⁴¹⁾

[렌딩클럽㈜의 미국 주(州)별 면허취득 현황]

주(州)	취득 면허
Arizona	Collection Agency License No. CA-0930471
Arkansas	Collection Agency License No. 5100
California	Finance Lender License No. 6053714
Colorado	Supervised Lender License No. 992420
Connecticut	Small Loan Company License No. SLC-167439
Idaho	Regulated Lender License No. RRL-9286
Indiana	Collection Agency License
Kansas	Supervised Loan License No. SL.0000294
Louisiana	Licensed Lender No. 167439-1118957 Collection Agency Registration No. 420453351
Maine	Loan Broker License No. CS013612 Debt Collector License No. DCL13609 Loan Servicer Registration No. SVR13611
Maryland	Collection Agency License No. 04-7184
Massachusetts	Debt Collection License No. DC167439
Minnesota	Collection Agency License No. 40454126
Nebraska	Collection Agency Bond Registration No. 1095
New Hampshire	Small Loan Lender License No. 20926-SM
New Jersey	Collection Agency Bond Registration No. 14696
New Mexico	Small Loan Company License No. 02053
New York	Out-of-State Lender License No. OSL 103811
North Dakota	Money Broker License No. MB102844 Collection Agency License No. CA102845
Oklahoma	Supervised Lender License No. SL008260
Oregon	Consumer Finance License No. 0421-001-C
Pennsylvania	Money Transmitter License No. 63064
South Carolina	Supervised Lenders License (website) No. S-8539

41) Congressional Research Service, Id, pp. 16-17

	Supervised Lenders License (home office) No. S-8538
South Dakota	Money Lender License No. MYL.3173
Tennessee	Industrial Loan & Thrift License No. 3092 Collection Agency License No. 1863
Texas	Regulated Loan License No. 154127
Utah	Collection Agency No. 6411138-0131
Vermont	Lender License No. 6940
West Virginia	Credit Service Organization Number No. 372634
Wyoming	Supervised Lender License No. SL-3687

출처: 렌딩클럽㈜ 홈페이지(<https://www.lendingclub.com/legal/licenses>)

한편, P2P 대출에 있어 특정한 경우에는 연방법과 적용되는 주(州)법의 불확실성으로 말미암아 문제가 야기될 수도 있다.⁴²⁾

예를 들면, 대부분의 주(州)에서는 소비자대출에 있어 부과할 수 있는 최고이자율을 법으로 제한하고 있다. 다만, 주(州)에 따라 최고이자율 제한은 차이가 발생할 수 있는데, 온라인을 통해 영업을 하는 P2P 대출중개업자의 경우 차입자가 거주하는 주(州)에 따라 적용되는 최고이자율에 어려움을 겪을 수 있다. 또한 고리대금업법을 위반한 경우 일부 주(州)에서는 전체 대출계약을 무효로 할 수 있으며, 주(州)마다 부과되는 제재가 상이할 수도 있기 때문에 어떠한 법이 적용되는지 여부가 불확실한 경우에는 법적 안정성에 문제가 발생할 수도 있다.

IV. 우리나라 P2P 대출 규제와 비교

2007년 금융위기 이후 미국에서 P2P 대출은 대안금융(alternative finance)의 일

42) 대표적인 법적 문제가 “True Lender”의 문제인데, P2P 대출거래에 있어 연계은행(partner bank)을 통해 P2P 대출이 이루어지는 영업모델의 경우 P2P 대출중개업자와 연계은행 중 누가 진정한 대출자인가 여부가 매우 중요한 문제이다. 대출자가 연계은행인 경우에는 “the exportation doctrine”에 따라 다른 주에서도 합법적인 금리를 수취할 수 있으나, 비은행기관의 경우에는 이러한 원칙이 적용되지 않기 때문에 P2P 대출중개업자가 진정한 대출자로 인정되는 경우에는 개별 주(州)법에 따른 이자율 제한을 준수해야 하는 문제가 발생한다. 이러한 문제로 인하여 통상 P2P 대출중개업자들은 전국적인 영업을 영위하기 위하여 그 도관으로서 은행을 활용한다고 한다 (John Hannon, “The True Lender Doctrine: Function over from As a reasonable constraint on the exportation of interest rate”, DUKE LAW JOURNAL Vol. 67, 2018, pp. 1261-1295).

환으로 성장하기 시작하였으며, 초기의 혼란을 극복하고 P2P 대출시장은 성숙단계에 이르고 있다. 미국에서의 P2P 대출에 대한 규제는 영국과 같이 별도의 규정·지침을 통한 규제방식을 취한 것이 아니라 기존 법규제의 틀 내에서 P2P 대출 행위에 대한 적용 범위를 확대해왔다는 점이다.

앞에서 살펴보았듯이, 미국에서의 P2P 대출규제의 전환점은 2008년 미국증권거래위원회(SEC)가 P2P 대출중개업자가 발행한 증서에 대해서 1933년 증권법 적용 대상인 유가증권으로 포섭함으로써 P2P 대출시장에 대한 미국증권거래위원회(SEC)의 직접 규제 대상이 되었으며, 또한 소비자보호측면에서 금융소비자보호국(CFPB)의 관리·감독 대상이라는 것이다. 이러한 미국의 P2P 대출규제는 연방차원의 규제뿐만 아니라 각 주(州)차원의 개별 규제도 적용되기 때문에 P2P 대출중개업자의 있어서 상당한 규제부담이 야기되고 있으며, 거미줄처럼 얽혀 있는 관련 법규로 말미암아 규제의 일원화가 필요하다는 비판도 있다. 특히 2016년 미국의 상원의원 3인이 핀테크(Fintech)의 성장에 대응하여 미국회계감사원(GAO)에 요청한 질문에 대한 답변이 향후 미국의 P2P 대출규제에 대한 방향을 제시할 것으로 보인다.

국내에서는 현재까지 P2P 대출규제에 대한 명확한 법적 근거 없이 감독당국의 가이드라인에 따라 간접적 규제가 이루어지고 있어 P2P 대출시장에 대한 직접적인 규제가 이루어지고 있지 못하고 있는 실정이다. 가이드라인을 통해 투자한도, 투자금 관리, 영업행위, 투자광고, 정보공시 등에 P2P대출중개업자 및 연계 금융회사 등이 준수해야 하는 사항을 규정하고 있다. 1개의 P2P 대출중개업자는 연간 투자한도를 일반개인투자자는 1천만원(동일차입자 5백만원), 소득적격 개인투자자(① 이자·배당소득 2천만원 초과 또는 ② 사업·근로소득 1억원 초과)는 4천만원(동일차입자 2천만원) 등 투자자별로 차등 관리하여야 하고⁴³⁾, 투자금은 P2P 대출중개업자 등의 자산과 분리하여 은행, 상호저축은행, 신탁업자 등 공신력이 있는 기관에 예치하거나 신탁하여 고객재산을 보호해야 한다. P2P 대출중개업자와 연계 금융회사 등이 P2P 대출에 투자자 또는 차입자로 참여하는 행위를 제한함으로써 다른 투자자와의 이해상충발생을 사전에 방지하고, 원금을 보장이나 확정된 수익 등 투자금 보장으로 오인할 광고는 금지한다. 그리고 투자자의 판단에 도움을 주는 투자위험, 차입자 정보, 예상수익, 계약해제·해지, 조기 상환조건 등의 정보를 홈페이지에 게재하도록 한다. 최근에 들어 P2P 대출 시장에서 P2P 대출중개업자

43) 법인 투자자 및 자본시장법상 전문 투자자(개인)는 별도의 투자한도 없음

의 불법·불건전 영업행위에 따른 투자자의 피해가 지속됨에 따라 가이드라인 개정과 법제화가 추진되고 있다.⁴⁴⁾ PF 대출 관련 공시항목을 대폭 확대·강화하고, 불건전·고위험 영업 제한, 투자자 자금 보호를 강화하기 위해 대출상환금도 투자금처럼 연계대부업자의 고유재산과 분리하여 보관, P2P 대출중개업자의 부도 등에 대비한 처리 절차, 정보보안과 이해상충 관리를 강화, P2P 대출 판매 시 정보제공을 강화하는 방향으로 추진되고 있다.

미국의 경우 잠재적 위험으로부터 투자자를 보호하기 위하여 과감하게 규제당국이 개입하여 일시적인 시장위축을 초래하였으나, 현재에는 P2P 대출시장이 이러한 조치로 말미암아 안정적인 성장세를 기록하고 있다는 점에 비추어 보면, 국내 P2P 대출거래에 있어 규제당국의 적극적인 조치와 함께 P2P 대출에 대한 법제화가 시급히 요구된다.

현재 국회에 제출된 P2P 대출에 대한 5개 입법안을 살펴보면, 크게 P2P 대출을 새로운 금융업의 일환으로 보고, 이를 별도의 입법을 통해 입법화 하려는 방향과, P2P 대출이 그 거래구조상 자본시장법상의 온라인소액투자중개업과 동일한 것으로 보아 이를 자본시장법의 규율대상으로 하는 방안, P2P 대출의 본질적 성격과 그것이 대부중개와 다르지 않으므로 이를 대부업법상의 규율체제로 포섭하는 방안이 고려되고 있다.

44) 금융위원회·금융감독원 보도자료, "P2P대출 가이드라인 개정 방안 및 법제화 방향", 2018.12.11

[P2P대출 관련 의원발의 법안 비교]

구분 (발의 일)	민병두의원안 (‘17.7.20.)	김수민의원안 (‘18.2.23.)	이진복의원안 (‘18.4.13.)	박광온의원안 (‘18.2.6.)	박선숙의원안 (‘18.8.28.)
입법 형태	별도 법안 제정			기존 법안 개정	
입법안	온라인대출 중개업에 관한 법률	온라인대출거 래업 및 이용자보호에 관한 법률	온라인투자연 계금융업 및 이용자보호에 관한 법률	대부업법	자본시장법
진입규 제	등록	등록	등록	등록	등록
최저 자본금	법인, 3억원 이상	법인, 3억원 이상	주식회사, 5억원 이상	법인, 3억원 이상	주식회사, 5억원 이상
영업 행위 규제	공통	차입자 및 투자자 보호 ①과장광고규제, ②공시규제, ③설명의무, ④신의성실의무 등		차입자 보호 중심 (이자율제한, 설명의무 등)	투자자 보호 중심 (공시규제 등)
	자기 자금 투자	제한 없이 가능	투자금 95% 이상 모집시 자기자본 내에서 투자 가능	-	자기자본 내에서 투자 가능
투자 한도	시행령 위임	제한없음	제한없음	제한없음	소득 등에 따라 차등 적용
차입 한도	개인 1억원, 소상공인 5억원, 법인 10억원	제한없음	제한없음	제한없음	제한없음
이용자 보호	①투자예치금 별도보관 ②손해배상책 임	①투자예치금 및 상환금 별도보관 ②손해배상책 임	①투자예치금 및 상환금 별도보관 ②손해배상책 임	투자자 보호 규정 부재	①투자예치금 별도보관 ②손해배상책 임

출처) 금융위원회·금융감독원 보도자료, "P2P대출 가이드라인 개정 방안 및 법제화 방향", 2018.12.11., 12면.

그런데 미국의 사례에서와 같이 기존 규제의 틀 내로 P2P 대출거래를 규율하는 경우에는 규제 중복으로 인한 업자의 부담 가중, 새로운 행위유형에 대한 기존 규제의 적용 곤란 등으로 법적 불확실성이 야기될 수 있는 우려가 있다. 따라서 P2P 대출에 대한 규제체계는 새로운 법률을 제정하여 그에 대한 업 규제 및 행위 규제를 통해 소비자 보호를 도모할 필요가 있다.

한편, P2P 대출행위와 관련하여 향후 문제가 될 소지가 있는 것으로 P2P 대출 중개업자가 대출중개와 함께 채권추심,⁴⁵⁾ 신용평가,⁴⁶⁾ 투자자문 등의 업무를 별도

45) 채권추심업의 경우 신용정보법상의 채권추심업에 해당하는 경우 금융위원회에 별도 허가가 필

의 면허 없이 수행할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 미국에서도 이러한 법적 문제에 대한 다양한 이슈가 제기되고 있으며,⁴⁷⁾ 특히 연방법과 주(州) 법의 차이로 인하여 법적 소송이 빈번하게 제기되고 있는 실정이다. 우리나라에서도 이러한 문제가 발생할 소지가 매우 높으므로 향후 P2P 대출거래에 관하여 입법을 하는 경우에 P2P 대출중개업자의 업무범위 등에 대해서 이를 명확히 하여 법적 문제를 최소화하는 방안을 강구할 필요가 있다. 또한 P2P 대출거래와 관련하여 미국에서 빈번하게 제기되고 있는 문제가 P2P 대출중개업자가 대출자인지 아니면 연계은행이 대출자인지 여부가 문제되는데, 이는 결국 P2P 대출중개업자가 자기대출을 할 수 있는지 여부와 관련되는 문제로 이 부분에 있어 명확한 입법정책적 결단이 필요하다고 본다.

V. 결론

미국은 P2P 대출에 있어 새로운 법률을 제정하기 보다는 기존 규제체제 틀 내에서 감독당국의 적극적인 개입을 통해 규제하는 방식으로 P2P 대출거래에 대응하여 왔다. 현재까지 미국의 규제방식은 성공적인 것으로 평가받고 있으나, 연방차원의 규제와 주(州) 차원의 규제가 복합적으로 적용되고 그 규제기관도 복잡하고 다양하게 얹혀 있기 때문에 P2P의 지속적인 성장에 장애가 되고 있다는 비판이 제기되고 있다. 이에 따라 최근에는 통화감독청(Office of the Comptroller of the Currency: OCC)은 핀테크의 안정적인 성장을 지원하기 위한 새로운 면허체계(Special purpose national bank charter: SPNB)의 도입을 고려하고 있다.

국내에서도 P2P 대출시장의 건전한 성장을 도모하기 위한 규제의 필요성이 꾸준히 제기되고 있고, 그에 따른 법제화의 움직임도 나타나고 있다. 하지만 현재까지는 감독당국은 P2P 대출거래에 대해서 적극적인 개입보다는 가이드라인을 통한

요한 사항이다. 다만, 대부업법상 대부업자의 경우 대부채권매입추심업무가 가능하므로 별도의 허가가 필요한 것은 아니다.

46) P2P 대출중개업자의 영업모델을 보면, 자체적인 신용평가를 통해 차입자에 대한 신용등급을 평가하여 투자자로 하여금 그 정보를 보고 투자판단을 할 수 있게 하는데, 이러한 신용정보업을 영위하기 위해서는 원칙적으로 신용정보법상의 신용정보업 허가를 받아야 한다.

47) Peter Manbeck-Marc Franson, "The Regulation of Marketplace Lending: A Summary of the Principal Issues, Chapman and Cutler LLP, April 2018 Update, pp. 29-121. 참고

간접적 방식을 통해 규율하고 있으나, P2P 대출의 지속적인 성장을 위해서는 감독당국의 과감한 조치가 요구된다. 이러한 감독당국의 과도한 규제에 의하여 P2P 대출시장이 일시적으로 위축이 발생할 수도 있으나 장기적인 관점에서 미국의 사례와 같이 P2P 대출시장의 안정적인 성장을 위해서 P2P 대출에 대한 법제화가 필요한 시점이다.

(논문투고일 : 2018.12.01, 심사개시일 : 2018.12.04, 게재확정일 : 2018.12.20)



▶ 노 태 석 · 석 지 웅

미국 P2P 금융, 미국 P2P 대출, 미국 P2P 대출 현황, 미국 P2P 대출 규제, P2P 대출 가이드라인

【참 고 문 헌】

I. 국내 문헌

- 고동원, “인터넷상에서의 개인 간(P2P) 금융거래에 관한 법적 연구”, 「은행법연구」 제8권 제2호, 은행법학회, 2015.11.
- 이성복, 「P2P 대출중개시장 분석과 시사점」, 자본시장연구원, 2018.1.
- 금융위원회·금융감독원, 「중개업자·발행인·투자자를 위한 알기 쉬운 클라우드펀딩-자본시장과 금융투자업에 관한 법률에 따른 온라인소액투자중개」 제2판, 2015.10,
- 서병호·이순호, 「P2P 대출중개에 관한 제도적 개선방안」, 한국금융연구원, 2015.12.
- 한국소비자원 조사보고서, 「온라인 P2P대출 서비스 실태조사」, 한국소비자원, 2016.6.
- 서승환·이지은, “P2P 대출 규제체계 구축을 위한 비교법제 연구”, 「글로벌법제전략 연구」 17-18-⑧, 한국법제연구원, 2017.11.
- 기준하, “P2P 대출의 현황과 향후과제”, NARS현안분석 vol. 6, 2018.5.
- 금융위원회·금융감독원 보도자료, “P2P대출 관련 관계기관 합동 점검회의 논의 결과”, 2018.6.
- 금융감독원 보도자료, “P2P 대출 취급실태 점검결과 및 향후 계획”, 2018.11.

II. 외국 문헌

- FDIC, Marketplace lending, Supervisory Insight, Winter 2015.
- GAO, Person-To-Person Lending: New Regulatory Challenge Could Emerge as the Industry Grows“, Report to Congressional Committees, July 2011.
- GAO, Financial Technology: Information on Subsectors and Regulatory oversight, Report to Congressional Committees, April 2017.
- U.S. Department of the Treasury, “Opportunities and Challenges in Online Marketplace Lending”, 2016.5.
- Congressional Research Service, “Marketplace Lending: Fintech in Consumer

- and Small-Business Lending”, 2018.9
- Andrew Verstein, “The Misregulation of Person-to-Person Lending”, UC Davis Law Review, Vol. 45, 2012.
- Paul Slattery, “Square Pegs in a Round Hole: SEC Regulation of Online Peer-to-Peer Lending and the CFPB Alternative”, Yale Journal on Regulation Volume 30, 2013,
- Benjamin Lo, “It Ain’t Broke: The Case For Continued SEC Regulation of P2P Lending”, HARVARD BUSINESS LAW REVIEW, Vol 6, 2016.
- Brian Knight, “Modernizing Financial Technology Regulations to Facilitate a National Market”, Mercatus Center, Mercatus on Policy Series, August 1, 2017
- SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, "ORDER INSTITUTING CEASE – AND – DESIST PROCEEDINGS PURSUANT TO SECTION 8A OF THE SECURITIES ACT OF 1933, MAKING FINDINGS, AND IMPOSING A CEASE-AND-DESIST ORDER", Release No. 8984 / November 24, 2008.
- Carl Smith, “If It’s Not Broken, Don’t Fix It: The SEC’s Regulation of Peer-to-Peer Lending”, 6 Am. U. Bus. L. Brief 21, 23, 2010.
- John Hannon, “The True Lender Doctrine: Function over from As a reasonable constraint on the exportation of interest rate”, DUKE LAW JOURNAL Vol. 67, 2018.
- Peter Manbeck • Marc Franson, “The Regulation of Marketplace Lending: A Summary of the Principal Issues”, Chapman and Cutler LLP, April 2018.
- Bloomberg, “Peer-to-Peer Lending”, 2017.6.
- Business Inside, “The Fed just warned against 'predatory' peer-to-peer lending”, 2017.11.

Abstract

US P2P lending status and legal regulation

Roh, Tae Seok
Seok, Ji Woong

The rapid development of information technology brought the global advance of peer to peer finance including p2p lending, p2p fund and p2p insurance through online channels such as social network services and the internet. This advance was impossible without the development of information technology that now enables a large number of investors to share their opinions through online platform and mobile nodes and also manifests peer-to-peer systems. While the United States of America regulates this newly rising area within the traditional financial regulatory system and rules, the United Kingdom regulates it by newly making separate laws and regulations. In the United States, some point out that substantial regulatory burdens weigh down the P2P lending business due to the two-fold system of federal and state laws and further maintain that the regulatory system must be united into a single regime. Republic of Korea, in the meantime, strives to newly legislate the relevant regulation and use the preexisting rules at the same time for this new industry and business. Currently, a mere guideline of the financial authority governs the P2P lending market in the absence of direct regulation. In other words, the new laws and regulations must be made in Republic of Korea to directly govern the new business field.



▶ **Roh, Tae Seok · Seok, Ji Woong**

US P2P lending status, US P2P legal regulation, Peer-to-Peer lending,
P2P Lending, P2P Financing

독일의 외국금융기관 규제에 관한 법적 연구*

이 종 호**

【목 차】

I. 서 론

II. 독일의 외국금융기관에 대한 감독 및 규제

1. 독일의 금융기관 현황 및 감독체계
2. 외국금융기관의 독일 내 지점에
대한 규제
 - (1) 서 설
 - (2) 외국금융기관의 지점 설치 허가
 - (3) 지점의 회계처리
 - (4) 지점의 자기자본에 대한 규제
 - (5) 지점에 대한 허가의 거부 및
취소
 - (6) 지점의 해산
 - (7) 지점의 파산
3. 국경을 초월한 영업행위
 - (1) 서 설
 - (2) 국경을 초월한 영업행위 형태
 - (3) 「국경을 초월하는 영업행위에
대한 허가 지침」의 제정 및
운용
 - (4) 국경을 초월하는 영업행위에
대한 관례
4. 유럽경제지역 소속 국가에 소재
하는 외국금융기관의 독일 내
지점에 대한 규제
 - (1) 서 설
 - (2) ‘단일허가주의’(EU-Pass) 적용
대상 금융기관 및 대상 업무
 - (3) 통지절차
 - (4) 통지절차 위반의 효과
 - (5) 지점 및 국경을 초월하는
영업행위에 대한 감독
 - (6) 규정위반에 따른 시정절차
 - (7) ‘단일허가주의’(EU-Pass)의
예외적 적용
5. 소 결

III. 결 론

* 이 논문은 필자가 2016. 12월 성균관대학교 법학전문대학원에 박사학위 취득논문으로 제출한 “외
국은행 국내지점에 규제에 관한 법적 연구”의 일부를 수정한 것입니다.

** 금융감독원 금융교육교수, 홍익대학교 겸임교수, 배재대학교 초빙교수, 법학박사, 독일 Tübingen
대학 Juristische Fakultät LL.M, 박사과정 수료.

【국 문 요 약】

우리나라의 외국은행에 대한 감독 및 규제는 현지법인, 지점, 사무소로 구분할 수 있는바, 현지법인은 국내은행과 동일한 규제를 하고 있으며, 외은지점은 그 성격에 따른 차별적인 규제, 사무소에 대하여는 진입규제 이외에 별다른 규제가 없는 형태를 띠고 있다. 이는 나라에 따라 외국은행을 현지법인과 지점으로 구분하여 규제하거나 동일하게 규제하는 등 방식에 차이가 있다.

유럽의 경우에는 유럽경제지역내의 경제적인 통합의 진전으로 국경을 초월하는 영업행위에 대한 규제를 어떻게 조화롭게 운용할지에 중점을 두고 진출형태 및 국가 상호간의 영업행위에 대한 규제가 상당히 발달해 있다. 본 연구에서는 유럽에서 외국은행에 대한 대표적인 규제 국가인 독일의 외국금융기관에 대한 감독 및 규제 제도를 소개함으로써 우리나라의 제도상의 문제점을 밝히고 이에 대한 개선방안을 마련하는데 도움을 얻고자 하는 것이다.

국내에서 외은지점에 대한 감독 및 규제에 대한 근본적인 문제는 외은지점이 본점의 해외영업소라는 성격과 「은행법」 상으로는 별도의 은행으로 간주하는데서 비롯된다. 독일의 경우에도 이러한 점에 대하여 인식을 같이 하고 있으며 “분리법(Trennungslösung)”과 “합체법(Einheitslösung)”을 적용하여 합리적으로 해결하고 있다. 즉, 외은지점의 업무의 성격에 따라 감독 목적상 별개의 독립된 법인으로 보는 것이 합리적인 경우와, 본점에 종속하는 ‘단일체’로 보는 것이 합리적인 경우를 구분하여 규제를 하고 있어 독일법과 유사한 규제체계를 가지고 있는 우리의 경우에도 적용이 가능한 것으로 판단된다.

특히 외은지점에 대한 「은행법」 준용은 현재 13개 조문만 적용을 배제하는 것으로 규정하고 있어 이에 대한 반대해석으로 다른 조문은 마치 모두 적용되는 것으로 보이는 등 혼란이 있으므로 독일 「은행법」 상의 자세한 준용 규정을 참고하여 조문별로 적용이 가능한지 여부를 명확하게 규정할 필요가 있다.

외은지점에 대한 감독·규제와 관련하여서는 여전히 논란이 되고, 해결하지 못한 문제들이 많이 있는바, 이의 근본적인 해결을 위하여 외은지점에 적용되는 별도의 법률을 제정하는 것도 고려할 수 있겠지만, 현행 우리나라의 「은행법」 체계의 큰 틀을 바꾸지 않는 범위에서는 독일법에 적용되는 “분리법”과 “합체법”의 이론에 따라 구분하여 규제한다면 많은 문제점을 해결하는 것이 가능할 것으로 판단된다.

I. 서 론

우리나라의 경우 외국은행 국내지점(이하 “외은지점”이라 한다)의 규제 및 감독에 대하여는 기본적으로 「은행법」⁴⁸⁾이 적용된다. 「은행법」에서는 외은지점을 “이 법에 따른 은행”으로 본다고 규정(제59조 제1항)함으로써 법인 형태의 은행과 마찬가지로 「은행법」이 적용된다는 사실을 명확하게 규정하고 있다. 하지만, 외은지점의 본질적인 성격인 외국에서 설립된 본점의 국내 영업소라는 점은 무시할 수 없는 부분임에도 불구하고 감독 및 규제의 목적상 외은지점을 「은행법」상 별도의 은행으로 간주하는데서 여러 가지 법적인 쟁점이 발생한다. 즉, 「은행법」은 기본적으로 법인 형태의 은행을 대상으로 제정된 법이어서 지점 형태의 외은지점에게는 적용하기 어려운 조항도 있다. 물론 「은행법」에서는 일부 조항의 적용을 배제⁴⁹⁾하고 있지만 명확하게 규정하지 아니한 부분도 있어 논란의 대상이 되고 있다.

다시 말하면 외은지점에 대한 「은행법」의 적용에 있어 논란이 발생하는 가장 근본적인 원인은 외국에 있는 본점의 국내 영업소라는 지점의 성격을 가짐에도 불구하고 「은행법」상 독립된 형태의 법인으로 간주함으로써 비롯하는 것으로 이는 나라마다 감독과 규제의 방식에서 많은 차이가 있다.

예를 들어 외은지점의 자본금 규제와 관련하여서는 지점의 법적 성격이라는 측면에서 볼 때 이론적으로 자본금이 없는 것이 당연하나, 우리나라와 독일의 경우에는 일정 규모의 영업자금을 자본금으로 의제하여 각종 영업규제 기준으로 삼고 있으며, 미국의 경우에는 본점의 자본금을 지점의 자본금으로 인정하고 있는 등 규제 방식에 있어 많은 차이가 있다. 이에 따라 미국에서는 우리나라에 없는 규제로 지점의 수신업무를 제한하고 건전성 담보 조치를 취하는 것으로 나타나게 된다.

48) 「은행법」은 「한국은행법」과 동일한 입법취지 아래 1950년 5월 5일 법률 제139호로 제정, 공포되었으며, 「상법」에 대하여 ‘특별법적 성격’을 갖는다. 또한 「은행법」은 은행업에 대한 인가, 은행주식의 소유에 대한 제한, 은행의 업무에 관한 각종 제한과 감독에 관한 사항, 일종의 행정제재인 과징금, 이행강제금, 과태료 등의 부과 징수에 관한 규정을 두고 있어 ‘행정법적 성격’을 갖고 있으며, 은행업의 영위과정에서 공공성을 확보하기 위하여 여러 가지 준수사항과 금지사항을 규정하여 놓고, 그에 위반할 경우에 형벌인 징역형과 벌금형의 제재를 가하고 있는 점에서는 ‘형사법적 성격’도 갖고 있다(정찬형/도제문, 「은행법」, 제2판(박영사, 2005), 44면).

49) 「은행법」 제59조 제1항 참고.

나아가 우리의 경우 「은행법」상 외은지점에 대한 설립 인가 시 모든 은행 업무를 영위할 수 있는 인가권을 부여함으로써 외은지점의 규모에 비하여 지나친 규제를 적용 받는 결과를 초래하기도 하며 외은지점에 대한 지배구조의 차이점을 고려하지 않음으로써 지점의 대표자에 대한 지위나 내부통제의 실효성 등에도 문제가 있다. 외은지점의 청산·파산 시에도 국내채권자 보호에 미흡할 우려가 있을 뿐만 아니라, 본점에 대한 업무의 위탁 및 수탁 기준도 명확하지 아니하여 여러 가지 문제가 발생하기도 한다.

유럽의 경우에는 ‘유럽경제지역’(Europäischer Wirtschaftsraum: EWR) 내에서의 경제적인 통합의 진전으로 국경을 초월하는 영업(cross border business)에 대한 규제를 어떻게 조화롭게 운영할지에 상당 부분 초점이 맞추어져 있어 진출 형태 및 국가 상호간의 영업에 대한 규제가 상당히 발달해 있다. 물론 2008년 세계적 금융위기의 영향으로 건전성 감독 강화를 위한 국제적인 감독기준의 개발 및 적용도 규제의 많은 부분을 차지하고 있다.

이 논문에서는 유럽에서 외국은행에 대한 대표적인 규제 국가인 독일의 제도를 소개함으로써, 우리나라의 외은지점에 대한 규제 및 감독상의 문제점을 보다 정확하게 이해하고 그에 따른 개선방안을 마련하는 데 타산지석(他山之石)으로 삼고자 한다.

II. 독일의 외국금융기관에 대한 감독 및 규제

1. 독일의 금융기관 현황 및 감독체계

유럽 경제의 견인차 역할을 하는 독일은 원칙적으로 독일 국내법에 따른 규제를 하지만 유럽의 경제통합 과정에서 유럽공동체에 의해 제정된 규범이 독일 국내법에 많이 반영되어 있다.

「EU 조약」 제288조에 의하면 유럽공동체 규범 형식은 ‘규정’(Verordnung), ‘지침’(Richtlinie), ‘결정’(Beschlüsse), ‘권고’(Empfehlungen)와 ‘의견’(Stellungnahme)으로 구분된다.⁵⁰⁾ 이러한 법률행위는 기속적 행위와 기속력이 없는 비기속적 행위로

50) Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die

대별할 수 있으며, ‘규정’(Verordnung)은 모든 회원국 내에서 직접적이고 완전한 구속력을 가지고, 사인(私人), 회원국가, 공동체기관 등을 구분하지 아니하고 유럽 규정에 적용되는 모든 당사자에게 직접 적용된다. 따라서, 동 규정은 공동체 판보에 공고됨으로써 바로 적용되며, 회원국의 국내법으로 변환시키는 별도의 행위가 필요 없다.

‘지침’(Richtlinie)은 회원국이 도달하여야 하는 목표를 제시하지만, 이를 실현하기 위한 수단과 방법을 회원국에게 위임한 규범이다. ‘결정’(Beschlüsse)은 특별한 상황을 규율하기 위한 것으로 그 결정은 회원국이나 기업 또는 개인과 같은 구체적인 대상에게 한정하여 적용된다. 또한, ‘결정’은 ‘지침’과 마찬가지로 개인들에게 보다 유용한 법적 지위를 향유할 수 있도록 회원 국가에게 의무를 부과할 수 있으며, 이 경우 그 개인은 회원국이 국내법으로의 변환을 완료한 경우에 한하여 권리를 주장할 수 있다. 비구속적 행위인 ‘의견’(Stellungnahme)은 법적 의무를 형성시키지 아니하고, 정치적인 효력을 갖는데 그치는 것이 원칙이다.⁵¹⁾

독일 「은행법」(Gesetz über das Kreditwesen)(이하 “「은행법」”이라 한다)⁵²⁾상 ‘금융기관’은 일반 은행(Kreditinstitute)과 금융투자회사(Finanzdienstleistungsinstitute)로 구분하고 있으며, 일반 은행은 여수신, 할인, 금융의 중개, 보호예수, 보증 등의 일반은행 업무를 수행하고(「은행법」 §1 Abs.1 Nr.1.~12.),⁵³⁾ 금융투자회사는 투자중개, 투자자문, 거래체결시스템의 운영, 거래체결의 중개, 금융자산운용, 제3국 예금의 중개, 외환거래, 팩토링금융, 금융리스, 투자관리, 유가증권 보호예수 등의 업무를 수행한다(「은행법」 §1 Abs.1a Nr.1.~12.). 이와 별도로 「은행법」에는 은행과 금융투자회사를 모두 지칭하는 용도로 ‘금융기관’(Institute)이라는 용어를 사용하고 있다(「은행법」 §1 Abs.1b). 이와 같이 겸업주의를 채택하고 있는 독일의 금융제도는 우리나라의 금융제도와 달라 용

Arbeitsweise der Europäische Union(2016/C 202-01) Artikel 288.

51) 박인수, “유럽헌법의 규범체계”, 「세계헌법연구」 제13권 1호(국제헌법학회, 2007), 330-331면.

52) Kreditwesengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2776), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 10. Juli 2018 (BGBl. I S. 1102) geändert worden ist.

53) 독일법상의 조문 구성 체계는 우리나라 법 규정의 ‘편’에 해당하는 ‘Teil’, ‘장’에 해당하는 ‘Kapitel’ 또는 ‘Abschnitt’, ‘조’에 해당하는 ‘Artikel’ 또는 ‘Paragraph’(“§”로 표기), ‘항’에 해당하는 ‘Absatz’, ‘호’에 해당하는 ‘Nr.’외에 각 문장(Satz)별로 별도의 번호를 부여하고 있다(하나의 문장(Satz)인 경우에는 번호 없음). 또한, ‘호(Nr.)’의 아래 단위로 ‘Buchstaben’을 표기하는 경우도 있다. 따라서, 독일법 체계에서는 ‘Satz’ 번호 이후에 ‘호(Nr.)’가 오기 때문에 같은 ‘항(Absatz)’에서 ‘호(Nr.)’가 여럿인 경우도 있어 우리의 경우와는 차이가 있다(‘Absatz’와 ‘Nr.’가 하나의 문장으로 구성되는 경우에는 우리와 동일하게 표기). 본 논문에서는 이를 구분하기가 곤란하므로 독일법의 조문체계를 그대로 사용하기로 한다.

어 사용에 혼란이 있을 수 있어, 본고에서는 우리나라의 「은행법」상 외은지점에 해당하는 용어로 독일 「은행법」상의 “외국금융기관의 지점”(Zweigstelle 또는 Zweigniederlassung von Unternehmen mit Sitz im Ausland)⁵⁴⁾⁵⁵⁾이라는 용어를 그대로 사용하기로 한다.⁵⁶⁾

독일 「은행법」상으로는 외국금융기관의 독일 내 지점과 관련하여서는 §53, §53a, §53b, §53c에서 규정하고 있으며, 법적 지위에서는 현지법인(Tochtergesellschaft)과 차이가 있으나, 업무상으로는 커다란 차이가 없다. 즉, 현지법인과 지점에 대하여 회사법과 세법상 적용에 차이가 있는 점 이외에 지점의 경우 어느 나라 감독당국의 감독을 받느냐 하는 점에서 두드러진 차이가 있다. 다시 말하자면, 유럽경제지역(Europäischer Wirtschaftsraum)⁵⁷⁾내 금융기관의 지점인 경우에는 본국의 감독당국이 1차적인 권한을 행사하며, 유럽경제지역 외의 금융기관의 지점이거나 현지법인인 경우에는 독일 현지설립 금융기관과 동일한 감독이 이루어진다.⁵⁸⁾

54) 「은행법」에서는 일반적으로 지점(Zweigstelle)이라는 용어를, 유럽경제지역(EWR)에 소재하는 금융기관 본점이 독일내에 지점을 설치하는 경우에는 특별히 “Zweigniederlassung”이라는 용어를 사용하며(「은행법」 §53b), 유럽 은행지침(CRD-IV Richtlinie §3 Abs.1 Nr.16, §17)에서는 “Zweigstelle”, 유럽공동체설립조약(EGV §43)과 유럽자본시장지침(Finanzmarktrichtlinie §4 Abs.1 Nr.26, §32)에서는 “Zweigniederlassung”이라는 용어를 사용하고 있다. 하지만 영문으로 번역하는 경우에는 모두 “branch”라고 한다.

55) 해외에서 반드시 금융기관으로서 인가를 받고 은행업이나 금융투자업무를 영위하지 않는 일반 기업인 경우에도 독일 내에 지점을 설치하는 것이 불가능하지 않으므로 외국금융 “기업(Unternehmen)”이라는 용어를 그대로 사용하는 것이 보다 정확한 번역이라 할 수 있다 [Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz, KWG §53 Rn. 8, C.H.Beck 4. Auflage(2012)]. 이는 본국에서 은행업 영위의 인가를 받은 경우에만 인가 신청 자격이 있는 것으로 운영하는 우리나라의 경우와 많은 차이가 있으며, 유럽 내의 국가 간 법률 제도의 차이점을 감안하여 본국에서 은행업이나 금융투자업무를 영위하는 경우에도 이와 유사한 업무를 하는 기업의 독일 내 지점 설치 가능성을 열어 놓고 있다. 하지만, 이 장에서는 편의상 ‘외국금융기관의 지점’이라고 번역하기로 한다.

56) 독일 외국은행 연합회(Verband der Auslandsbanken in Deutschland e. V.)에서는 foreign bank branch(외은지점)라는 용어를 사용하면서, 동 지점을 「은행법」 §53에 따른 지점(Zweigstelle), 「은행법」 §53b에 따른 지점(Zweigniederlassung), 「은행법」 §53c에 따른 지점(Zweigstelle)으로 세분화하고 있다.

57) 1992년 5월, 유럽공동체(EC) 12개국과 유럽자유무역연합(EFTA) 7개국 및 유럽경제공동체(EEC), 유럽석탄철강공동체(ECSC)가 포르투갈의 오포르토(Oporto)에서 동질적인 경제지역의 창설을 목표로 협정에 서명하여 출범하였다. 2018년 10월말 현재 유럽경제지역 소속 국가는 EFTA(European Free Trade Association) 회원국 중 스위스를 제외한 Island, Lichtenstein, Norwegen의 3개국과 유럽연합 회원국인 Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Schlowenien, Spanien, Tschechien, Ungarn, Vereinigtes Königreich, Zypern의 28개국 총 31개국으로 구성된다.

<<https://www.auswaertiges-amt.de/de/02-ewr-eu/606444>> 참조.

외국금융기관은 19세기부터 독일의 금융시장에 진출하여 여신, 보증, 외환, 무역금융에 따른 자금결제 등의 금융서비스를 제공하여 왔으며 다국적 기업들의 출현으로 외국금융기관들의 독일 내 활동은 더욱 활발해지고 그들의 위상은 한층 높아졌다. 특히, 외국금융기관은 본국에서 개발한 혁신적인 금융상품을 도입하는데 큰 역할을 하였으며, 역외거래기업의 증가에 따라 무역금융서비스 등의 제공도 늘어났다. 전통적으로 외국금융기관의 주요한 업무영역의 하나는 자산관리 업무로 개인 또는 집단고객에 대한 맞춤형 투자자산관리 서비스를 제공하여 왔다. 그 외에 신디케이트론(syndicated loan), 현물 및 선물거래를 포함한 증권거래 및 예탁업무도 그 규모가 확대되었다.

독일에서 외국금융기관의 지점은 2017년 말 현재 은행 수는 200개로 전체은행 1,823개의 11.0%를 차지하고 있으며 추가지점을 포함하면 369개로 전체 은행 수(지점 포함) 31,949개의 1.2%를 차지하고 있다. 영업규모로 볼 때는 2018년 8월말 현재 전체자산이 433.4십억 유로로 전체 금융기관 자산 7,828.1십억 유로의 5.5%를 차지하고 있다.⁵⁹⁾

58) Verband der Auslandsbanken in Deutschland e. V., web-site <<http://www.vab.de>> Geschäftsmodelle 참조.

59) Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Oktober 2018, S. 128, 130 <<http://www.bundesbank.de/resource/blob/764254/548f430a5ff7d61c9d237cb7ba157fd4/mL/2018-10-monatsbericht-data.pdf>>.

〈표 1〉 독일내의 금융기관 및 외국금융기관 지점의 수

(단위: 개, %)

	2016년말			2017년말		
	금융기관 ¹⁾	지점	계	금융기관 ¹⁾	지점	계
대형은행 (Großkreditbanken)	4	7,005	7,009	4	6,820	6,824
증권거래 및 기타 금융기관 (Wertpapierhandels- und sonstige Kreditbanken)	189	2,275	2,464	186	2,053	2,239
외국금융기관 의 지점 ²⁾	188(10.0)	164(0.5)	352(1.0)	200(11.0)	169(0.6)	369(1.2)
지방은행(Landesbanken)	9	384	393	8	356	364
저축은행(Sparkassen)	403	10,555	10,958	390	9,818	10,208
조합중앙회 (Genossenschaftliche Zentralbanken)	1	13	14	1	13	14
신용협동조합 (Kreditgenossenschaften)	961	9,998	10,959	904	9,281	10,185
특수목적은행 (Realkreditinstitute)	15	36	51	13	38	51
특수은행(Banken mit Sonderaufgaben)	20	23	43	19	16	35
건축대부은행 (Bausparkassen)	20	1,400	1,420	20	1,385	1,405
기 타	78	173	251	78	177	255
합 계	1,888	32,026	33,914	1,823	30,126	31,949

1) 「은행법」 §1 Abs.1에 따라 은행업을 영위하는 은행(Kreditinstitute)을 말하며, 「은행법」 §1 Abs.1a에 따라 투자중개, 계약중개 등의 금융서비스를 제공하는 금융투자회사(Finanzdienstleistungsinstitute)와 「은행법」 §1 Abs.3에 따라 출자지분의 취득, 금전채권의 유상 취득 등의 업무를 위주로 하는 금융회사(Finanzunternehmen) 등은 제외.

2) 「은행법」 §53 Abs.1에 따라 최초의 외국금융기관의 지점은 금융기관의 수에 포함되고 추가지점은 지점으로 분류, 증권거래 금융기관 포함.

3) 괄호안은 전체에서 차지하는 비율.

출처: Deutsche Bundesbank, Bestand an Kreditinstituten am 31. Dezember 2017.

독일의 금융감독 체계는 「금융서비스감독법」(Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht: FinDAG) 제4조에 따라 연방재무부의 하위 기관인 연방금융감독청(Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht: BaFin)⁶⁰⁾이 감독·검사권을 보유하고 있다. 하지만, 실질적으로 금융기관의 감독·검사를 담당하는 기관으로 연방은행(Deutsche Bundesbank)이 보다 중요한 역할을 하고 있다.⁶¹⁾ 독일 「은행법」 상으로도 연방금융감독청이 금융기관에 대한 감독 권한을 보유하고 있음을 명시하고 있고(「은행법」 §6), 독일연방은행은 연방금융감독청과 협력관계에 의거 상시감시 등을 포함한 실무 업무를 담당하는 것으로 되어 있다(「은행법」 §7). 연방은행과 연방금융감독청 간에 이견이 있는 경우에는 최종적으로 연방재무부가 결정한다(FinDAG §4a).

구체적인 업무 분장 관계를 살펴보면, 연방재무부는 금융관련 법령의 제·개정 등 정책적인 부분을 담당하고 있고 연방금융감독청에 대한 관리·감독권한을 보유하고 있다. 금융기관에 대한 상시감시 및 임점검사 업무는 연방은행이 수행하며, 동 결과에 따른 조치는 연방금융감독청이 행사한다(<표 2> 연방금융감독청과 연방은행의 업무분장 참조).

연방금융감독청의 조직은 크게 은행, 증권, 자산운용 및 연금·보험감독 부서로 구분되며 예산은 감독분담금, 행정수수료, 특별보전금 등으로 구성되며 예산은 전액 피감기관으로부터 조달하므로 연방 예산으로부터 독립되어 있다.

60) 연방금융감독청(Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht: BaFin)은 2002년 5월 1일 기존의 은행감독청(Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen: BAKred), 증권감독청(Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel: BAWe), 보험감독청(Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen: BAV)을 통합하여 설립한 통합감독기관으로 Bonn과 Frankfurt에 약 2,602명의 직원들이 근무하고 있다(2017년 말 기준). 2017년 말 현재 약 1,630개의 은행, 720개의 금융서비스기관, 40개의 지급결제 및 전자금융기관, 540개의 보험사, 30개의 연금펀드 및 400개의 자산관리회사, 6,300개가 넘는 국내펀드자산에 대한 감독권한을 행사하고 있다. 독일 연방 재무부 산하 정부기관으로 대부분의 직원은 공무원 신분이므로 연방금융감독“원” 보다는 연방금융감독“청”이라는 용어가 보다 적합한 것으로 판단된다([http://www.bafin.de/DE/DieBaFin/ Aufgaben & Geschichte der BaFin](http://www.bafin.de/DE/DieBaFin/Aufgaben_&_Geschichte_der_BaFin) 참조).

61) 금융기관에 대한 실제 검사업무는 대부분 회계법인을 통하여 이루어지고 있으나, 금융기관으로 하여금 동 회계법인의 선정 시 연방은행에 사전 보고토록 하는 등 연방은행이 실질적인 검사권을 행사하고 있으며, 연방은행은 감독규정 집행에 따른 금융기관에 대한 각종 승인권을 관장하는 등 중추적인 역할을 담당하고 있다. 특히, 상시감시에 따른 연방은행의 해당 금융기관 담당 검사원(RM)과 금융기관과의 정례회의 시 반드시 금융기관 대표자가 참석하여야 하는 등 금융기관에게는 다른 기관보다 가장 중요한 감독·검사 파트너로 인식되고 있다. 이는 연방은행이 연방금융감독청의 설립 이전부터 금융기관에 대한 감독·검사업무를 수행하여 왔다는 점, 연방금융감독청은 지점 등 하부조직이 없으므로 연방은행으로부터의 지원과 협력 없이는 원활한 업무수행이 곤란하다는 점, 연방은행과 연방금융감독청 직원은 같은 공무원 신분으로 정보교류 등 업무 협조에 따른 별다른 문제가 없다는 점 등에 기인하는 것으로 보인다.

〈표 2〉 연방금융감독청과 연방은행의 업무분장

주요 업무	연방금융감독청	연방은행
〈상시감시 ¹⁾ 실무〉		
- DB수집, 분석, 보고서 작성 ²⁾ 등	×	○
- 은행과의 정례 회의 개최	×	○
- 최종 평가 권한 ³⁾	○	×
- 향후 처리 권한	○	×
- 적기 시정 조치권	○	△ (BaFin 동의시)
익년도 감사계획 ⁴⁾ 수립	×	○
익년도 감사계획 결정	○	×
〈금융기관 감사업무〉		
- 감사 실시 승인	○	×
- 감사반 구성, 감사업무, 사후관리	×	○
- 감사보고서 작성 및 질적 검증 작업	×	○
- 감사결과 통보 및 처리 권한	○	×
금융기관으로부터 수령한 데이터 처리 권한	×	○

1) 「은행법」 §7 Abs.1에 의하면 “연방금융감독청과 연방은행은 상시감시 업무에 있어서 항상 협력해야 하며, 상시감시 업무의 경우 주로 연방은행이 담당하고 최종적인 결론은 협력하여 도출한다”고 규정

2) 보고서의 질적 향상을 위해 연방은행은 연방금융감독청에 공동 작업을 신청할 수 있으며, 이에 대한 수락 여부는 연방금융감독청이 결정

3) 연방금융감독청은 연방은행으로부터 보고된 자료가 미흡하다고 판단되는 경우에는 추가적인 증거 및 자세한 분석을 다시 요구할 수 있으며, 필요시 연방금융감독청이 직접 분석(in-depth-analysis) 할 수도 있다

4) 연방은행은 상시감시보고서에 기초하여 익년도 감사계획을 당해 연도 10월말까지 연방금융감독청에 제출해야 한다.

출처: FinDAG, KWG, BaFin Jahresbericht 2017, Deutsche Bundesbank Geschäftsbericht 2017

2. 외국금융기관의 독일 내 지점에 대한 규제

(1) 서 설

독일 내 외국금융기관의 지점과 관련한 규정은 「은행법」 제5장의 특별규정 중 제53조 내지 제53c조의 총 4개 조문으로 구성되어 있다. 제3국에 소재하는 금융기관의 독일 내 지점에 대하여 일반적으로 제53조에서 규정하며, 유럽경제지역이 아닌 제3국 소재 금융기관 지점임에도 「은행법」 규정의 적용을 일부 배제하는 예외적인 경우를 제53c조에서 규정하고 있다. 독일내의 「은행법」상 허가과 감독을 일부 배제(‘단일허가주의’의 적용)하는 유럽경제지역내 소재하는 은행 지점에 대하여는 제53b조에서 규정하고, 사무소에 대하여는 제53a조에서 규정하고 있다. 크게 보아 독일 내에서는 「은행법」 제32조에 따라 현지법인으로 허가를 받거나, 동법 제53조 제2항 제1문에 따라 외국금융기관의 지점으로 허가를 받는 방법 또는 동법 제53b조에 따라 연방금융감독청(BaFin)의 허가를 면제 받아 「은행법」상의 업무를 영위하는 것이 가능하다. 현지법인 또는 지점이 해외 기업집단을 위해 은행업을 중개할 수 있는지는 법에서 명확하게 규정하고 있지 않아 논란이 있으나, 자회사(§32), 지점(§53), 영업소(§53c) 그리고 유럽경제지역내 소재하는 금융기관의 지점(§53b)의 경우에는 일정한 조건하에 은행업의 중개 행위가 가능하다. 다만, 사무소의 경우에는 은행업이 제한되며 어느 정도까지 은행업의 중개가 가능한지에 대하여는 명확한 규정이 없어 논란이 되고 있다.⁶²⁾

독일 내 소재하는 자회사의 경우에는 독일 감독당국의 감독과 본국 감독당국의 당해 기업전체에 대한 감독이라는 이중적인 감독을 받는다. 이는 지점의 경우도 마찬가지이다. 다만, 유럽경제지역에 소재하는 외국금융기관의 독일 내 지점에 대한 감독은 「은행법」의 많은 규정이 적용되지 않아 연방금융감독청의 감독권한이 제한적 또는 보완적으로 행사되고 있다. 사무소의 경우에는 은행업을 영위할 수 없어 연방금융감독청의 감독대상에서 제외되어 있다.

한편, 독일의 경우 외은지점의 업무의 성격에 따라 감독 목적상 별개의 독립된 법인으로 보는 것이 합리적인 경우와, 본점에 종속하는 ‘단일체’로 보는 것이 합리적인 경우를 구분하여 규제를 하는 이른바 “분리법(Trennungslösung)”과 “합체법(Einheitslösung)”을 적용하여 외은지점에 대한 감독 및 규제 상에 발생하는 문

62) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, KWG §53 Rn. 3.

제를 해결하고 있다.

(2) 외국금융기관의 지점 설치 허가

일반적으로 은행업이나 금융서비스업을 영위하는 독일 역외에 소재하는 기업(Unternehmen)이 독일 내에서 ‘지점’(Zweigstelle)을 설치·운영하는 경우, 그 지점은 「은행법」상 은행 또는 금융투자회사로 보며, 다수의 지점이 있는 경우에는 그 전체를 하나의 금융기관으로 본다(「은행법」 §53 Abs.1). 이는 우리나라의 「은행법」 제59조 제2항에서 규정하고 있는 “하나의 외국은행이 대한민국에 둘 이상의 지점 또는 대리점을 두는 경우 그 지점 또는 대리점 전부를 하나의 은행으로 본다”는 우리의 은행법 체계와 동일하다.

이 경우 본국에 소재하는 기업이 은행업 또는 금융서비스업을 반드시 영위할 필요는 없으며 본국으로부터 허가를 받아야 하는 것도 아니다.⁶³⁾ 다만, 그 지점이 독일 내에서 이러한 영업을 하는 경우에 허가를 받아야 한다는 것이다. 그리고 해외라 함은 독일을 제외한 모든 국가를 말하고 있으나 유럽경제지역에 소재하는 국가의 기업인 경우에는 「은행법」 제53b조 제1항에 따라 허가가 면제되는 사유에 해당하면 이 범위 내에서는 「은행법」 제53조의 적용을 배제한다. 지점의 개념은 ① 물적·인적 구성을 통하여 독일 내에서 지속적이고, 물리적인 존재를 유지하여야 하며,⁶⁴⁾ ② 허가가 필요한 영업행위를 영위하는 영업점이어야 하고, ③ 해외 본점과 공간적인 독립성을 유지하여야 하며, ④ 본점의 영업소로서 사법적인 독립성이 인정되지 않고 경제적으로 본점에 종속되어야 한다.⁶⁵⁾ 그러므로 인터넷 등의 통신수단만을 이용하여 국경을 초월하는 금융서비스를 제공한다면 인적구성 요소를 충족하지 못하므로 지점으로 인정될 수 없고, 현금자동입출기(ATM)만을 설치하여 금융서비스를 제공하는 경우에도 인적·물적 요소를 충족하지 못하므로 마찬가지이다. 버스 등 교통수단을 이용하여 이동하면서 금융서비스를 제공하는 이동점포의 경우에도 정주성(定住性)이 없으므로 지점으로 인정하기 곤란하다. 휴가지 등 특정지역의 호텔 등지에서 일정기간 동안 금융기관 직원이 고객서비스를

63) *Ibid.*, KWG §53 Rn. 8.

64) Thilo Kuntz, “Zweigniederlassungsfreiheit und Begriff der Zweigniederlassung von EU-Auslandsgesellschaften im Handels- und Gesellschaftsrecht, Bank- und Versicherungsaufsichtsrecht”, *ZBB - Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* 2005, 412 (414 m.N.).

65) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, KWG §53 Rn. 14~30.

제공하는 경우에는 호텔의 입차기간 등을 고려하여 정주성(定住性)을 판단하여야 하겠지만 대부분 방문서비스 제공으로 보아야 할 것이며, 이러한 경우에는 제53조의 지점이 아니라 제32조에 따른 허가 대상 영업행위로 보는 것이 타당할 것이다. 해당 영업행위가 전체 영업의 일부분을 구성하고 그 행위가 중요한 부분을 차지하는 경우에는 해당 영업의 중요한 부문이 허가 대상이면 업무 전체에 대한 허가가 필요한 것으로 보아야 한다.⁶⁶⁾

다수의 지점을 설치하는 경우에는 지점 전체를 하나의 금융기관으로 보지만 모든 지점에 대한 허가가 필요한 것은 아니고 최초로 설치하는 지점에 대하여만 감독당국의 허가를 요하고, 추가로 설치하는 지점에 대하여는 신고만으로 족하다 (§53 Abs.2 Nr.7). 이는 우리나라의 경우 명확한 규정은 없으나 추가지점을 설치하는 경우도 인가 심사사항의 일부를 생략하고 감독당국의 인가를 받도록 하고 있어 차이가 있다.

아울러 특정 영업 자본을 구분 운용하는 것도 최초 지점 설치의 경우에만 필요하며, 업무집행 및 대표권을 행사할 수 있는 권한을 가진 독일 국내에 주소가 있는 2명 이상의 경영진을 임명(Vier-Augen-Prinzip)하고 이를 상업등기부에 등기하여야 하는 규정도 지점 전체를 대상으로 판단한다 (§53 Abs.2 Nr.1).⁶⁷⁾

외국금융기관이 독일 내에 금융업을 영위하는 지점을 설치하고자 하는 경우에는 「은행법」 제32조 제1항 제1문에 따른 허가가 필요하며, 동 허가는 양도할 수 없고, 본점의 법적 형태가 변경되는 경우에는 허가 내용의 변경으로 새로운 허가를 받아야 한다. 하지만 감독목적상으로 별개의 법인으로 독립되어 있지만, 경제적으로 본점에 종속하는 ‘단일체’로 볼 수 있는 지점의 본질적인 성격으로 업무에 따라 어떠한 허가가 필요한지 구분할 필요가 있다. 특히 지점이 본점의 예금을 중개하는 경우에는 연방금융감독청은 과거에는 지점의 독자적인 중개행위로 보고 제3국 예금중개(Drittstaateneinlagenvermittlung, 「은행법」 §1 Abs.1a Nr.5)의 허가만으로 충분하다고 하였으나, 현재는 예금중개가 아닌 자신의 수신업무(Einlagengeschäft, 「은행법」 §1 Abs.1 Nr.1)를 영위하는 것으로 보아⁶⁸⁾ 은행으로

66) VG Berlin v. 22. 1. 1979, in: Beckmann/Bauer, *Bankaufsichtsrecht*, §53 Abs. 1 KWG, Nr. 5; OVG Berlin v. 6. 7. 1979, in: Beckmann/Bauer, *Bankaufsichtsrecht*, §53 Abs. 1 KWG, Nr. 7; Szagunn/Haug/Ergensinger, *Gesetz über das Kreditwesen, Kommentar*, §53 Rdnr. 6.

67) Panowitz/Jung, *KWG, Kommentar*, §53 Rdnr. 13.

68) BaFin, *Merkblatt "Hinweise zum Tatbestand der Drittstaateneinlagenvermittlung"*, (Stand: Dezember 2009), http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_091204_tatbestand_drittstaateneinlagen

허가가 필요하다. 따라서 이 업무는 금융투자회사는 영위할 수 없다. 본점의 증권 매매업무를 중개하는 경우에도 마찬가지로 투자 중개 또는 계약 중개가 아닌 자기거래 또는 수수료 중개 행위로 보고 있다.⁶⁹⁾ 그러나 ‘분리법’(Trennungslösung)에서는 국경을 초월하는 금융거래의 경우에 지점이 아닌 본점이 「은행법」상의 허가를 받아야 하는 경우도 있지만, ‘합체법’(Einheitslösung)에서는 지점이 본점의 업무를 수행하므로 추가적인 허가의 문제는 발생하지 않는다.⁷⁰⁾ 지점의 업무와 관련하여 이를 단순한 중개로 볼 것이냐 아니면 자신의 영업행위로 볼 것이냐 하는 문제는 부당한 소득이전에 따른 탈세의 문제, 허가권의 잠탈 등의 문제를 항상 내포하고 있지만, 외부에서 볼 때는 양자간의 차이를 발견하기 어렵다. 이론적으로는 관련 영업행위로 인한 위험을 누가 부담하느냐는 관점에서 접근할 필요가 있다. 즉, 지점이 위험을 부담하고 본인의 책임으로 거래를 발생시킨 후 이를 본점에 이전하였다면 ‘분리법’에 따르는 것이 합리적이고, 본점의 위험 부담으로 중개행위가 발생한다면 ‘합체법’으로 보는 것이 타당하겠으나, 이러한 의사는 외부에 명확히 드러나지 않으므로 실제 거래행위에서 이를 구분하는 것은 쉽지 않다. 연방금융감독청 및 연방은행은 이에 대한 이해를 보다 명확히 하기 위하여 은행 및 금융투자회사의 허가과 관련한 지침(Merkblatt)을 제시하고 있다.⁷¹⁾

지점에는 독일 내에 주소를 가진 2명 이상의 자연인을 경영진으로 임명하고 등기하여야 하는바, 독일 내에 주소만 있으면 충분하고 국적에 대하여 따지지는 않는다.⁷²⁾ 이는 감독의 효력이 효과적으로 미치고, 법적인 제재를 부과하는데 따른 어려움이 없도록 하기 위한 것이므로 해외에 별도의 거소(居所)가 있고 독일에 추가적인 거주지를 보유하더라도 상관없다.⁷³⁾

vermittlung.html>.

69) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, §53 Rn. 52.

70) 금융기관의 본점이 해외에 설치한 지점은 본점의 영업소를 해외에 확대한 것으로 지점이 수행하는 업무의 성격에 따라 법적으로 본점과 완전히 분리, 독립된 것으로 보는 것이 합리적인 경우가 있고, 본점에 종속하는 것으로 보는 것이 합리적인 경우가 있다. 독일의 경우에는 전자를 ‘Trennungslösung’이라고 하고 후자를 ‘Einheitslösung’이라고 한다. 동 용어를 본 논문에서는 ‘분리법’과 ‘합체법’으로 번역하여 사용키로 한다.

71) BaFin, “Merkblatt der Deutschen Bundesbank über die Erteilung einer Erlaubnis zum Erbringen von Finanzdienstleistungen”, (Stand: April 2013 - Veröffentlicht mit freundlicher Genehmigung der Deutschen Bundesbank), <http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Merkblatt/WA/dl_071101_fidierlaubnis_buba.html>; “Merkblatt über die Erteilung einer Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften gemäß § 32 Abs. 1 KWG”, (Stand: 31. 12. 2007), <http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Merkblatt/BA/dl_080609_bankerlaubnis_ba.html>.

72) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, §53 Rn. 61.

73) *Ibid.*, §53 Rn. 61.

지점대표의 자격요건에 대하여는 「은행법」의 일반적인 경영진의 자격이 적용되는바(「은행법」 §33 Abs.1 Satz1 Nr.2~4, Abs.2), 무엇보다 전문성이 중시된다. 전문성을 판단하는 기준은 일반적으로 유사한 금융기관에서 3년 이상 경영을 한 경험이 있으면 동 요건을 충족한 것으로 보지만, 외국금융기관에서만 3년 이상의 경영경험이 있는 경우에 감독당국은 추가적으로 다음의 요건을 충족하여야 이에 상당한 경험이 있는 것으로 인정한다. 즉, ① 독일 국내에서 1년 이상 은행관련 업무에 종사하고, ② 독일어에 능통하거나 아니면 최소한 영어사용에 문제가 없거나, ③ 또 다른 경영진이 3년 이상 독일 국내 은행부문에서 경영을 한 경험이 있다는 조건을 모두 충족하는 경우이다.⁷⁴⁾ 하지만 독일 국내에서의 1년 이상의 은행관련 업무 종사요건은 최초로 지점을 설치하는 경우에는 충족시키기가 어려워 설립 초기에는 대부분 독일 국내에서 금융기관 근무경력을 가진 인력을 채용하는 방식으로 해결하고 있다. 독일 국내에 복수의 지점이 설치되어 있는 경우에도 경영진은 그들의 영업활동 전체에 대하여 감독상의 책임을 부담하며 조직 내부적으로 권한이 제한되어 있는지 여부는 고려하지 않는다. 또한 한 지점의 경영진이 전체 그룹 소속 타 금융기관 지점의 경영진을 겸직하는 경우도 있는바, 전문성만 인정된다면 규정상 금지되어 있지 아니하나 실제로 제대로 경영을 하지 못하면서 인건비 절감 등의 목적으로 제도를 악용하는 것은 바람직하지 않은 것으로 판단된다.

(3) 지점의 회계처리

지점은 자신이 영위하는 영업 및 그 영업에 사용하는 자산을 「상법」(Handelsgesetzbuch, 이하 “「상법」”이라 한다)의 규정에 따라 구분 계리하고, 연방금융감독청과 연방은행에 보고하여야 한다(「은행법」 §53 Abs.2 Nr.2). 사법상으로 지점은 본점에 종속되어 있으므로 내부적으로 구분 계리의 필요가 없으나 「은행법」에서는 감독목적상 이를 구분하도록 하고 있다. 특히 글로벌 금융기관들이 위험관리의 목적으로 중앙집중 회계처리방식(central booking)을 많이 채택하고 있으나, 중개업무와 같이 논란의 소지가 있는 거래는 사후입증을 위하여 반대

74) *Ibid.*, §53 Rn. 62.

거래(back-to-back-trading) 내역을 투명하게 기장할 필요가 있는 경우도 있다. 관련 장부 원본은 본점에서의 회계를 위해 일시적인 해외 반출은 허용되지만 기본적으로 해당 지점에 보관하여야 한다.⁷⁵⁾ 본점 또는 타 지점과의 분할 여신이나 여신의 이전, 또는 반대거래의 경우에도 사법상으로는 지점 자체의 거래 행위가 실존하는 것으로 볼 수 없지만, 감독목적상 지점에 독립성이 부여되어 있으므로 지점의 독자적인 거래행위로 기장하여야 한다. 후선업무 지원과 같이 지점이 본점의 거래행위에 일부 참여하는 경우에는 ‘제3자 가격 거래 원칙’(arm’s-length-principle, Grundsätze des Fremdvergleichs angemessener Verrechnungspreis)⁷⁶⁾에 따라 공정하게 수익을 분배하여야 한다.⁷⁷⁾

매년도 대차대조표 대변에는 본점이 지점에 제공한 영업자본금과 자기자본 보강을 위하여 유보된 이익잉여금을 구분하여 표시하여야 하며, 대변과 차변의 차액은 대차대조표의 말미에 총액으로 구분 표시하여야 한다(§53 Abs.2 Nr.2). 매 영업연도말에 작성하는 대차대조표, 손익계산서 및 부속명세서는 「은행법」 제26조에 따른 연말결산서로 간주하며, 이에 대한 감사는 「상법」 제340k조를 준용하되 해당 지점의 경영진이 회계감사인을 선임한다. 또한, 지점은 지점의 연말결산서류를 본점의 연말결산서류와 함께 연방금융감독청과 연방은행에 제출하여야 한다 (§53 Abs.2 N.3). 따라서 지점의 회계연도와 본점의 회계연도는 일치하여야 한다. 그리고 지점과 본점의 결산서류는 「상법」의 규정에 따라 연방정부의 전자관보에 공시하여야 한다(「상법」 §340l Abs.1 Satz1, Abs.2 Satz1). 그러나 금융투자회사인 지점의 경우에는 본점이 물적회사(Kapitalgesellschaft)⁷⁸⁾인 경우에만 공시의무가 있다(「상법」 §340 Abs.4 Satz3). 공시기한은 회계연도 종료일로부터 12개월 이내

75) OFD Düsseldorf, Verfügung v. 2.9.1997 - S 0319-1 - St 2223, DB 1997, 1896.

76) 영어표현인 ‘arm’s-length-principle’은 유사한 상황에서 독립적인 개별 기업 간 거래에 정해진 가격으로 공정하게 거래한다는 원칙으로 우리 말로는 ‘비특수관계 거래원칙’, ‘공정거래원칙’, ‘독립가격원칙’, ‘제3자 가격 거래원칙’ 등 다양하게 번역되고 있으나, 본 논문에서는 ‘제3자 가격 거래 원칙’으로 번역하기로 한다.

77) *Ibid.*, §53 Rn. 74.

78) 독일의 회사(Gesellschaften)는 조합(Personengesellschaften)과 단체(Körperschaften)로 구분하며 조합에는 민법상의 조합(BGB-Gesellschaft), 익명조합(stille Gesellschaft), 인적상사회사(Personenhandelsgesellschaften)인 합명회사(offene Handelsgesellschaft: OHG), 합자회사(Kommanditgesellschaft: KG)가 있고, 단체는 권리능력 없는 사단(Verein), 권리능력 있는 물적회사(Kapitalgesellschaft)로 주식회사(Aktiengesellschaft: AG), 유한회사(Gesellschaft mit beschränkter Haftung: GmbH)로 구분할 수 있다. 인적·물적회사의 혼합형이며 실제 가장 빈번한 형태로는 유한합자회사(GmbH & Co. KG), 주식합자회사(Kommanditgesellschaft auf Aktien: KGaA)가 있다(김성룡/송호영/안성포/이동식, 「독일법」(신론사, 2013. 3), 270면).

이며(「상법」 §325 Abs.1 Satz2), 공개시장에서 증권을 발행하는 금융기관의 경우에는 그 기한이 4개월로 단축된다(「상법」 §325 Abs.4). 본점의 회계서류는 독일어로 공시하여야 하며, 본점 소재지의 공식 언어가 독일어가 아닌 경우에는 영어 또는 본점 등기소의 공증을 받은 등본을 공시하여야 한다(「상법」 §340I Abs.2 Satz3).

(4) 지점의 자기자본에 대한 규제

「은행법」에서는 채권자의 손실을 담보하기 위하여 적정수준의 자기자본(Eigenmittel)을 보유하도록 하고 있으며(「은행법」 §10) 그 한도는 은행이 가진 위험의 종류와 규모에 따라 결정된다. 자기자본(Eigenmittel)은 책임자기자본(haftendes Eigenkapital)과 제3위 자금(Drittrangmittel)으로 구성되며, 책임자기자본(haftendes Eigenkapital)은 핵심자본(Kernkapital)과 보완자본(Ergänzungskapital)에서 특정항목을 공제한 부분으로 구성된다.

지점은 사법상으로는 본점의 일부분으로서 독립성이 부여되어 있지 않으므로 자기자본의 개념을 적용하기는 곤란하다. 그러나, 「은행법」에서는 지점에 대하여 본점이 지점에 제공한 영업자본금(Betriebskapital)과 유보된 잉여금의 합계액에서 본·지점 거래계정에서 차감할 부분이 있는 경우 이를 공제한 이후의 금액으로 「은행법」 제25조에 따라 연방은행에 제출하는 분기보고서에 표시된 가상의 금액을 자기자본으로 정하고 이를 거액여신한도규제(「은행법」 §13) 등 각종 규제비용을 결정하는 기준으로 사용하고 있다. 이는 우리나라 외은지점에 대한 규제 방식과 유사하다.

본·지점간의 거래계정(Verrechnungssaldo)에서 지점의 차변계정의 금액이 대변계정의 금액보다 많으면 지점의 자기자본은 그만큼 감소하지만, 그 반대의 경우에는 자동적으로 자기자본이 증가하지는 아니한다. 이 경우에는 본점이 영업자본금 또는 이익잉여금으로의 계정 전환을 인정하여야 한다.⁷⁹⁾ 여수신 업무를 영위하는 지점의 경우에는 5백만유로 이상의 초기자본금을 보통주 자본금(common equity tier 1: hartes Kernkapital)으로 보유하여야 한다(「은행법」 §53 Abs.2 Nr.4 i.V.m. §33 Abs.1 Satz1 Nr.1 Buchstabe d). 영업자본금은 영업에 필요한 가상의 금액으로⁸⁰⁾ 정해진 규모가 없으나 국제적인 기준에 따라 제3국에 소재하는 본점이 해당

79) Reischauer/Kleinhans, KWG, Kommentar, §53 Rdnr. 30.

감독당국의 감독을 적절하게 받고 있고 그 본점의 영업자금을 지점이 사용할 수 있다면 ‘영업에 필요한 수단을 충분히 보유하여야 한다’는 허가 조건(「은행법」 §32 Abs.1 Satz2 Nr.1)을 충족하는 것으로 보고 있다.⁸¹⁾ 따라서 본점은 지점 앞으로 부동산, 채권, 기타 재산권을 양도하고 이를 영업에 이용할 수 있는 상태면 족하고 영업행위로 인한 자산이 실제로 독일 국내에 있는지 해외에 있는지는 관계가 없다.⁸²⁾

그밖에 「유럽연합규정」(Verordnung) Nr. 575/2013 제71조에 따른 자본금 규정이 적용되며 「유럽연합규정」 제25조 내지 제91조를 적용함에 있어 지점의 자기자본은 납입자본금과 이익유보금으로 구성되는 보통주 자본금(common equity tier 1: hartes Kernkapital)으로 간주된다(§53 Abs.2 Nr.4).

지점의 위험관리와 관련하여서는 「은행법」상의 위험관리기준(「은행법」 §25a Abs.1)과 연방금융감독청이 제정한 위험관리지침⁸³⁾이 적용된다.

(5) 지점에 대한 허가의 거부 및 취소

국가 간의 협약에 근거한 상호주의 원칙이 보장되지 아니하는 경우에는 지점의 허가가 거부될 수 있으나(「은행법」 §53 Abs.2 Nr.5), 지금까지 적용된 사례는 없다.⁸⁴⁾ 또한 독일은 다자간 「서비스 교역에 관한 일반협정」(General Agreement on Trade in Services: GATS)에 가입함으로써 외국은행 및 금융서비스회사의 지점 등을 통한 독일시장 진출을 보장하였기 때문에 동 협정가입국 금융기관의 지점에 대하여는 허가를 거부할 수 없다(「은행법」 §53 Abs.4). 본국 감독당국이 본점에 대한 은행업 또는 금융서비스업의 영위 허가를 취소한 경우 지점에 대한 허가도 취소된다(§53 Abs.2 Nr.5). 「은행법」 제36조제1항에 따라 연방금융감독청이 경영진에 대한 업무정지, 해임권고 등의 조치를 취하는 경우 지점을 법인으로 간주한다(§53 Abs.2 Nr.6). 동 규정은 연방금융감독청이 「은행법」 제35조에서 열거한 사유가 발생하는 경우에 허가를 취소하는 대신에 이에 대한 책임이 있는 경영진에

80) Wolfram Diehl, *Zweigniederlassungen ausländischer Banken*, S.16.

81) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, §53 Rn. 76.

82) Reischauer/Kleinhans, *op. cit.*, §53 Rdnr. 20.

83) BaFin, “Mindestanforderung an das Risikomanagement (MaRisk)”, *Rundschreiben* Nr. 10/2012 vom 14. 12. 2012, <http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs_1210_marisk_ba.html>.

84) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, §53 Rn. 100.

대하여 해임권고, 업무정지 등의 조치를 취할 수 있으며, 이 경우의 금융기관은 법인격을 가진 기관으로 제한하고 있으므로(「은행법」 §36 Abs.1), 지점의 경우에도 동 규정을 적용할 수 있도록 간주 규정을 둔 것이다. 그러므로, 지점의 경우에는 실제의 조직 형태에 관계없이 경영진에 대한 해임권고, 업무정지 조치를 취할 수 있다.

지점은 영업소(또는 추가 지점)를 개설하거나 폐쇄하는 경우에는 지체 없이 연방금융감독청과 연방은행에 보고하여야 한다(「은행법」 §53 Abs.2 Nr.7). 개설과 폐쇄 시의 보고 주체는 본점이 아니라 지점으로 보아야 하며, 잔존 지점을 모두 폐쇄하는 경우에는 청산과 해산절차를 진행하여야 한다(「은행법」 §53 Abs.5, 6).

일반적으로 조직에는 위험관리를 위한 내부통제조직(Aufsichtsorgan)을 필요로 하지만, 지점에 대하여는 「은행법」이나 감독지침에서도 이를 요구하고 있지 않아 별도의 내부통제기구를 설치할 의무는 없다. 하지만 감독당국의 요청에 따른 자료제공의무(「은행법」 §44 Abs.1), 무허가 영업 여부를 확인하기 위한 감독당국의 자료 요청시 이에 따를 의무(「은행법」 §44c Abs.1)까지 면제되는 것은 아니다.

BCCI 사건⁸⁵⁾을 계기로 제정한 「유럽연합지침」(BCCI-Richtlinie 95/26/EG)⁸⁶⁾에서

85) 중동계 다국적은행인 BCCI(The Bank of Credit & Commerce International)는 1974년 룩셈부르크에 지주회사(BCCI Overseas S.A.)를 설립하였으며 케이만군도와 룩셈부르크에 설립한 자회사인 BCCI Overseas Ltd. 와 BCCI S.A.를 중심으로 70여국에 점포망을 구축하였는바, 영국에는 룩셈부르크의 자회사인 BCCI S.A.의 지점이 진출하였고 한국에는 케이만군도의 자회사인 BCCI Overseas Ltd.의 서울지점이 진출하였다. 이들은 별도의 지하조직 본부를 카라치, 여타 비밀은행을 중미 카리브해의 케이맨 군도에 두고 CIA 등 세계 주요 정보기관 및 마약 테러조직과 관련을 맺고 독자적인 지하조직망을 통해 전세계적으로 무기·마약거래, 뇌물공여, 첩보활동, 고리대금업 등을 벌였으며 각종 부정자금을 취급해 왔다. 세계각국의 불법무기거래 및 주요 정보기관의 비밀공작에 관여해 1991년 7월 영국정부가 불법자금관여, 회계부정 등의 혐의로 영업정지와 자산동결 명령을 내리고 미국 등 여러 나라가 잇따라 같은 조치를 취해 세계적 파문을 일으키며 도산했다 [한국은행 은행감독원 감독기획국 국제업무과, 「BCCI사건을 계기로 본 국내의 은행감독상의 문제점 및 교훈」, 업무자료(감독기획국) ; 92-09 (한국은행, 1992. 7) 참조].

86) 본국과 진출국 감독당국의 원활한 상호통합적인 감독을 담보하기 위하여 금융기관이 규제를 회피하기 위한 목적으로 진출국에서 영업 허가를 신청하거나 영업을 하는 경우에는 진출국은 영업허가를 거부하거나 허가를 취소할 수 있다. 또한 금융기관이 법인인 경우에는 정관에서 정한 소재지에서 영업을 하여야 하고, 법인이 아닌 경우에는 본점이 유럽연합 회원국내에 존재하여야 하며 유럽연합 회원국은 본점이 항상 본국에 있고 실제로 영업을 하고 있을 것을 요구할 수 있다.(ABl. EG Nr. L(Rechtsvorschriften), Ausgabe 168, Jahr 1995, S 7-13). 동 지침의 정식명칭은 “Richtlinie 95/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 1995 zur Änderung der Richtlinien 77/780/EWG und 89/646/EWG betreffend Kreditinstitute, der Richtlinien 73/239/EWG und 92/49/EWG betreffend Schadenversicherungen, der Richtlinien 79/267/EWG und 92/96/EWG betreffend Lebensversicherungen, der Richtlinie 93/22/EWG betreffend Wertpapierfirmen sowie der Richtlinie 85/611/EWG betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW)

는 규제 회피의 목적으로 영업을 허가받은 국가가 아닌 제3국에서 주된 영업을 하는 사례를 방지하기 위하여 자회사와 관련된 규정을 적용함에 있어 독일 내 지점은 해외 본점의 100% 자회사로 보고 있으며, 이를 「은행법」에 반영하여 「은행법」상 허가 취소와 관련된 규정(§33 Abs.1 Nr.3 und Abs.3)을 적용하는데 있어 자회사와 지점간의 차이는 없다(§53 Abs.2a).

한편 해외에서 법률 절차를 진행하는데 따른 어려움을 피하기 위하여 지점의 영업과 관련하여 발생한 분쟁의 재판관할권은 지점이 소재하는 지역의 관할 법원으로 하며, 이는 당사자 간의 계약에 의해서도 변경할 수 없다(§53 Abs.3). 그러나 「은행법」 제53조제2항 및 제3항이 의회의 승인을 받아 연방법과 동일한 효력을 갖는 국제협정과 모순되는 경우에는 이의 적용을 배제하도록 하고 있으므로(§53 Abs.2 Nr.4), 1961. 4. 21. 조인한 「유럽상사중재협정」(Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961), 「국제무역기구」(WTO) 가입국간에 협약(GATS) 등을 통한 별도 협정이 있는 경우에는 변경이 가능한 것으로 보아야 한다. 「민사소송법」 제21조 제1항에서도 지점 소재 관할 법원에 소송을 제기할 수 있다고 하고 있다(ZPO §21 Abs.1). 원칙적으로 소송당사자는 「민사소송법」(ZPO)상 자연인이나 법인만이 가능하므로 사법상 법인격이 없는 지점은 당사자 능력이 없고 본점이 당사자가 되어야 하지만,⁸⁷⁾ 동 특별 규정에 의하여 지점의 당사자 능력을 인정하고 있으며, 이 경우의 소송 대상은 지점의 독자적인 영업으로 발생한 사안으로 제한하여야 할 것이다.

하지만, 단순한 중개 업무로 인하여 분쟁이 발생한 경우에는 조금 달리 판단할 필요가 있다. 중개 업무는 중개하는 본 영업에 포함될 수 있으므로 본점을 중개한 지점의 중개 행위는 본점을 법률행위 당사자로 볼 수 있으며, 본점이 아닌 제3자를 중개하여 발생한 거래와 관련하여서는 지점이 아니라 제3자를 대상으로 재판 관할을 결정하는 것이 타당한 것으로 보고 있다.⁸⁸⁾ 한편 「은행법」 제53조 제3항에서는 해당 국가의 법률에서 이를 금지하지 않는 경우에는, 거래의 상대방이 지점이 아니라 본점을 상대로 하여 소송을 제기하거나 독일 국내의 판결을 집행하는 것을 배제하지 않고 있다. 사법상으로는 지점을 통해 이루어진 채무관계는

zwecks verstärkter Beaufsichtigung dieser Finanzunternehmen"이며 약칭하여 "BCCI Richtlinie"라고 한다.

87) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, §53 Rn. 108.

88) *Ibid.*, §53 Rn. 109.

해당 금융기관 전체의 채무관계로 보아야 하고, 소재지와 관계없이 해당 금융기관의 전 재산을 대상으로 청구하거나 집행하는 것도 가능하다. 마찬가지로 「민사소송법」 제722조에 따라 집행 판결(Vollstreckungsurteil)이 있는 경우에는, 해외의 채권자가 독일 내 지점을 대상으로 해외에서의 판결을 강제 집행하는 것도 가능하다(ZPO §722 Abs.1). 이러한 점에서는 감독 목적상 설정한 지점의 독립성은 인정되지 않는 것으로 보여 진다.

(6) 지점의 해산

지점이 업무를 종결하고 폐쇄하기 위하여 해산 결정을 하는 경우에 지점 관할 법원의 상업등기소에 등기하고, 이후 발생하는 각종 법률행위에는 “청산절차 진행 중”임을 표기하여야 하며, 허가서는 연방금융감독청에 반납하여야 한다(§53 Abs.5). 일부 업무의 해산은 불가능하며, 일부 지점 또는 전체 지점에 대한 해산 결정만 가능하다.⁸⁹⁾ 일부 업무만을 정지하고 다른 업무를 계속하는 경우에도 동 규정의 적용 여지가 없고, 다수의 지점 중에서 일부 지점만 폐쇄하는 경우에도 연방금융감독청과 연방은행에 신고만 하면 된다.⁹⁰⁾ 지점의 대표는 청산절차 진행 중에는 청산인의 역할을 맡으며 별도로 청산인을 선임할 필요는 없다.⁹¹⁾

해산 결정을 한다고 즉시 폐쇄되는 것은 아니고, 모든 업무를 청산한 이후에야 폐쇄가 가능하다. 「은행법」상 업무의 청산(Abwicklung)은 일반 법인의 청산(Liquidation)과 같이 잔존 자산을 모두 양도하여야 하는 것은 아니고, 기존 고객과 이루어진 계약의 양도, 변경, 이행, 해지 등의 절차가 필요하며, 실무적으로는 본점의 타 부서 또는 타 영업점에 기존의 계약을 이전한다.⁹²⁾ 물론 이 경우 채권자 또는 채무자의 동의가 필요한 경우도 있으며 이에선 관련 법규에 따른다.⁹³⁾

한편 기존의 허가서는 연방금융감독청에 반납하여야 하는바, 허가는 수익적 행정행위로서 물리적으로 반납할 수 있는 성질의 것이 아니므로, 다시 되돌려준다는 의미라기보다는 연방금융감독청에 대하여 동 관청이 부여한 허가행위를 포기하는 것을 의미한다. 즉, 허가가 필요한 영업을 앞으로 더 이상 영위하지 않겠다

89) *Ibid.*, §53 Rn. 115.

90) *Ibid.*, §53 Rn. 115.

91) *Ibid.*, §53 Rn. 116.

92) *Ibid.*, §53 Rn. 117.

93) *Ibid.*, §53 Rn. 118.

는 의사표시로 보아야 하며 반납 시기는 규정하고 있지 않으나 연방금융감독청의 동의를 얻어 반납하는 것으로 해석하는 것이 타당하다. 따라서 일부 업무에 대하여 청산이 종료된 경우에는 그 부분에 대한 허가의 반납도 가능하다고 보여 진다. 그리고 허가서를 반납하지 아니하는 경우 연방금융감독청은 「은행법」 제35조 제2항 제1호에 의거 6개월 이상 허가한 영업을 영위하지 않는 경우에 허가를 취소할 수 있으므로, 이를 근거로 허가를 취소할 수 있다.⁹⁴⁾

지점에 대한 최종적인 해산은 연방금융감독청의 동의를 얻어 등기하여야 하며, 청산 절차가 종료되었음을 입증하기 전에는 동의가 불가능하다(§53 Abs.6). 해산의 의미는 지점의 설치 이전 단계로 원상회복하는 것으로, 지점에 잔존하는 재산을 청산하고 이를 본점의 장부에 이관하는 것을 말한다. 지점의 해산 등기로 인하여 해당 지점은 실체가 없어지게 되며 소송 당사자의 능력도 상실한다. 따라서 해산 등기 이후에 재산 또는 채권이 발견되거나, 지점의 영업 활동과 관련한 채권자가 소송을 제기하는 경우에는 해외 본점을 상대로 하여야 한다.⁹⁵⁾ 한편 지점이 법률상 허용되지 아니한 업무를 하는 경우 연방금융감독청은 해당되는 업무를 중지할 것과 동 영업 행위를 청산할 것을 명할 수 있다.⁹⁶⁾ 이 경우 적절한 자를 청산인으로 임명할 수 있다(「은행법」 §37 Abs.1). 이는 지점의 업무에 대하여 강제 청산할 수 있는 규정으로 이 경우 지점 전체에 대한 해산은 불가능하다.⁹⁷⁾ 하지만 임명된 청산인이 지점의 정상적인 영업을 불가능하다고 판단되어 파산 신청을 하는 경우에는(「은행법」 §37 Abs.2) 연방금융감독청은 은행업 허가를 취소하고 청산을 명할 수 있다.⁹⁸⁾

(7) 지점의 파산

지점은 사법적으로는 독립성이 없으므로 별도의 재산을 보유할 수 없다. 이는 파산의 경우에도 마찬가지로 적용되어 「파산법」 상 지점은 독립성이 인정되지 않

94) *Ibid.*, §53 Rn. 120.

95) *Ibid.*, §53 Rn. 123.

96) *Ibid.*, §53 Rn. 125.

97) *Ibid.*, §53 Rn. 125.

98) BGH, Urteil vom 2. 4. 1970 - VII ZR 128/68 (Frankfurt): Gesetzliche Vertretung durch Abwickler einer inländischen Zweigstelle eines ausländischen Kreditinstituts, *NJW Heft* 27/1970, 1187. 동 판결에서는 본점 소재지 법에 따라 본점이 파산 등으로 인하여 법인격을 상실하고 이로 인해 지점의 법인격도 상실되는 경우라 할지라도, 독일 내 설립된 지점의 청산을 위하여 선임된 청산인은 청산의 범위 이내에서는 당사자 능력을 가지고, 법률행위를 대리할 수 있음을 밝혔다.

는다. 그러나 이전의 파산 관련 규정에서는 속지주의 원칙(Territorialitätsprinzip)에 따라 지점에 귀속하는 재산과 지점의 채권자에 한정하여 파산을 인정하였다.⁹⁹⁾ 하지만 「국제적인 파산을 규정하는 새로운 법률」(Gesetz zur Neuregelung des internationalen Insolvenzrechts)에 따라 지점에 국한하는 파산 제도는 폐지되었고, 해외 본점의 재산에 대하여 다음과 같은 3가지 파산 절차가 가능하게 되었다.

첫째는, 보편성의 원칙(Universalitätsprinzip)에 따라 외국에 소재하는 본점에서 파산 절차가 개시되는 경우(Hauptinsolvenzverfahren)에 독일 내 소재하는 지점의 재산을 포함한 본점의 전체 재산에 대하여 절차가 개시된다.¹⁰⁰⁾

둘째는, 국내 재산에 대한 개별 파산 절차(Partikularverfahren)로 외국금융기관이 국내에 지점 등의 영업소를 보유하거나 국내에 재산이 있는 경우에 채권자는 「파산규정」(Insolvenzordnung §354)에 따라 채무자의 국내 재산에 대하여 파산 신청을 할 수 있다.¹⁰¹⁾ 즉, 외국에서 본 파산 절차가 개시되지 아니하는 경우에도 독일 국내에서 파산 절차를 개시할 수 있는 길을 열어 놓고 있다. 그러나, 개별 파산 신청은 지점의 지급 불능이 금융기관 전체의 지급 불능 사태를 야기할 수 있다는 사실과 같이 본점의 파산 사유가 명백하게 존재한다는 것을 입증하여야 한다. 채무자가 국내에 지점 등의 영업소가 없는 경우에는 채권자가 외국에서 파산 절차를 개시하는 것이 국내에서의 절차에 따르는 것보다 명백하게 불리하다는 것을 입증하는 경우에 한하여 신청할 수 있다(Insolvenzordnung §354 Abs.2).

셋째는, 부수적 파산절차(Sekundärinsolvenzverfahren)로 본점에서 파산 절차가 개시된 경우 파산관재인의 신청에 의하여 채무자의 국내 재산에 대하여 추가적으로 파산 절차가 개시될 수 있다(Insolvenzordnung §356 Abs.1). 즉, 이는 본 파산 절차에 부수하여 개시되는 것으로 별도의 사유를 필요로 하지 않는다(Insolvenzordnung §356 Abs.2). 이 세 가지의 파산절차는 모두 전체의 금융기관이 파산채무자가 되는 것이고 지점이 파산채무자가 될 수는 없다.¹⁰²⁾ 본 파산 절차(Hauptinsolvenzverfahren)는 본점에 파산사유가 발생하는 경우에 본점뿐만 아니라 전 세계의 지점 등 영업점이 보유하고 있는 재산을 대상으로 파산 절차를 개시하는 것이고, 개별 파산 절차(Partikularverfahren)와 부수적 파산 절차(Sekundärinsolvenzverfahren)는 본점과 타 외국지점을 포함한 전체 금융기관이 보

99) Reischauer/Kleinhans, *op. cit.*, §53 Rn. 36, 37, 39, 40.

100) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, §53 Rn. 134.

101) *Ibid.*, §53 Rn. 134.

102) *Ibid.*, §53 Rn. 135.

유하는 재산 중 지점이 보유하는 국내 재산을 대상으로 파산 절차를 개시하는 것이다. 따라서, 지점 소속의 재산이지만 외국에서 보유하고 있는 재산은 여기에 포함되지 아니한다. 전 세계 영업점의 어떤 채권자도 파산채권자로서의 지위를 가지며 이 세 가지 파산절차에 참여할 수 있다.¹⁰³⁾

3. 국경을 초월한 영업행위

(1) 서 설

유럽경제지역에 소재하는 국가에서 영업하는 은행 간에는 일정한 조건하에 한 국가에서 은행업 허가를 받은 경우에는 다른 나라에서 자유롭게 영업이 가능한 ‘단일허가주의’(EU-Pass)가 적용된다. 유럽경제지역을 제외한 국가의 경우에는 원칙적으로 ‘단일허가주의’가 적용되지 않는다. 따라서, ‘단일허가주의’가 적용되는 국가의 금융기관과 그렇지 아니한 금융기관이 독일 내에서 영업을 하는 경우, 그리고 이들을 대상으로 독일 금융기관 또는 독립된 중개업자가 중개영업 행위를 하는 경우에 「은행법」상 허가가 필요한지에 대하여 상당히 복잡한 문제가 발생한다. 이는 우리나라의 경우에도 현지법인이 아니라 지점 형태로 진출한 금융기관이 본점과의 업무를 중개하거나 위·수탁 업무를 하는 경우에 무인가영업행위에 해당하지 아니하는지 여부와 관련하여 항상 논란이 되고 있다.

(2) 국경을 초월한 영업행위의 형태

외국금융기관이 독일 내에서 영업을 하는 방법은 직접 자회사 또는 지점을 설립하여 영업을 하는 것도 가능하지만 독일 내에 영업소를 두지 아니하고 외국에 소재하는 금융기관의 직원이 독일에 거소나 주소를 둔 고객을 직·간접적인 방법으로 찾아 가거나(aktiver Dienstleistungsverkehr), 반대로 동 고객이 적극적으로 외국에 있는 영업소를 직·간접적인 방법으로 방문하거나(passiver Dienstleistungsverkehr), 외국에 소재하는 금융기관이 독일 내의 제3자(팩스, 전화, 인터넷, ATM기기, 우편 등 물리적인 수단과 제3의 금융기관 또는 중개업자 등 인적 수단을 통한 영업도 가능)를 통하여 국내 고객에게 금융서비스를 제공하는

103) *Ibid.*, §53 Rn. 135.

(Korrespondenzdienstleistungsverkehr) 형태가 있을 수 있다.¹⁰⁴⁾

고객의 요청에 따른 수동적인 영업행위는 계약의 체결도 외국에서 이루어지므로 「은행법」상 규제대상이 아니고(passive Dienstleitungsfreiheit), 외국금융기관의 직원이 독일 고객을 직·간접적인 방법으로 방문하는(aktiver Dienstleistungsverkehr) 경우에도 그 금융기관이 유럽경제지역 소속 국가의 금융기관인 경우에는 허가가 면제되고(「은행법」 §53b Abs.1 Satz1 und Satz2), 신고로서 족하다. 유럽경제지역 소속 국가가 아닌 제3국의 금융기관이 국내의 기관투자자를 대상으로 영업을 하는 경우에도 허가가 면제되므로 제3국 금융기관이 독일 내 일반 고객을 대상으로 영업을 하는 경우가 문제가 된다. 제3국 금융기관이 독일 내 일반 고객을 대상으로 영업을 하는 방법은 지점이나 자회사를 설치하거나 유럽경제지역 소속 금융기관을 중개인으로 하여 영업을 하는 방법이 있을 수 있고, 국경을 초월한 영업(aktiver Dienstleistungsverkehr)을 하는 방법이 있다. 이하에서는 유럽경제지역 소속 국가가 아닌 제3국의 금융기관이 일반 고객을 대상으로 국경을 초월하는 영업행위를 하는 사례를 중심으로 논하기로 한다.

(3) 「국경을 초월하는 영업행위에 대한 허가 지침」의 제정 및 운용

국경을 초월하는 영업행위는 대부분 외국금융기관이 독일 내의 개인 및 법인 고객을 대상으로 영업을 확대하기 위한 목적으로 이루어지는 것이 대부분이므로 국내 고객의 보호를 위하여 어떠한 영업행위가 독일법상의 감독·규제의 대상이 되는지 명확한 기준을 제시할 필요가 있다. 외국금융기관이 독일 국내에서 국경을 초월하는 영업 방법은 앞서 설명한 바와 같이 여러 가지 형태가 있을 수 있다. 「은행법」 제2조 제4항에 따라 허가를 면제하는 것은 이러한 형태에 따라 결정하는 것은 아니고 제공하는 은행업이나 금융서비스업¹⁰⁵⁾의 종류와 내용에 따라

104) Ibid., KWG §53 Rn. 216, §53b Rn. 205.

105) 독일 「은행법」 제1조 제1항에서는 은행업의 종류를, 제1조 제1a항에서는 금융서비스업의 종류를 규정하고 있다. 은행업은 1. 이자 지급 여부에 관계없이, 다른 사람으로부터 예금의 형태로 자금을 수용하거나, 지참인이나 지정인 채무 증서의 형식으로 상환권이 보증되지 않는 기타 환불자금을 공공 대중으로부터 수용하는 업무(예금 업무), 1a. 이중상환청구권부 채권법 § 1 Abs. 1 Satz 2에서 정한 이중상환청구권부 채권업무, 2. 현금 대부 및 인수 신용장의 부여(대부 업무), 3. 환어음 및 수표의 매입(할인 업무), 4. 다른 사람을 위해 신용 기관의 이름으로 금융 증서를 매입 및 각각(당사자 중개업무), 5. 다른 사람을 위해 유가증권의 수탁 및 관리(수탁 업무), 6. (삭 제), 7. 만기 전, 대출금과 관련된 청구권 취득 의무의 발생, 8. 다른 사람을 대신하여 보증과 담보의 인수(보증 업무), 9. 수표, 여행자수표 등 비현금성 지불수단의 발행 및 결제(지로 업무), 10. 신용 기관이 위험 부담을 안고 시장에 투자할 목적으로 금융 증서를 구매하거나 상응하는 담보를

결정된다. 이에 대하여 독일 연방금융감독청은 「은행법」 제32조에 따른 허가가 필요한지 여부에 대하여 2003년 9월에 최초로 지침을 발표하였고, 2005년 4월 1일 이를 개정하였다.¹⁰⁶⁾ 이는 국경을 초월하여 발생하는 영업행위가 독일법상 무허가영업행위에 해당하는지 여부를 판단하는 중요한 기준이 된다.

동 지침에서는 다음과 같이 구체적인 사례를 열거하고 있다. 이에 따르면, 대출의 경우 누가 대출을 실행하기 위한 제안을 먼저 하였는지에 따라 판단하는바, 고객이 먼저 우선권을 가지고 국경을 초월하는 거래를 시도하였다면 수동적인 “서비스제공 자유의 원칙”이 적용되어 별도의 허가가 필요 없는 것이고(passive Dienstleistungsfreiheit), 그 반대로 금융기관이 먼저 제안을 한 경우에는 사전에 허가를 받아야 한다(aktive Dienstleistungsfreiheit).¹⁰⁷⁾ 즉, 찾아온 고객에 대하여는 얼마든지 별도의 규제 없이 자유롭게 서비스를 제공할 수 있지만, 그렇지 아니한 경우에는 허가를 받으라는 것이다. 따라서, 외국의 금융기관이 수익을 목적으로 독일의 금융시장에서 고객에게 여신을 제공하는 영업 행위를 제안한다면 허가가 필요하지만 단순히 기존여신의 연장, 신상품의 안내 등 기존 고객과의 관계를 유지하는 것을 목적으로 고객의 요청에 따라 여신을 제공하는 것이라면 별도의 허가가 필요 없는 것으로 보고 있다(passive Dienstleistungsfreiheit).¹⁰⁸⁾ 특히, 신디케이트론의 경우에는 차주가 대부분 기관투자자로서 금융기관과 대등한 협상력을

인수(인수 업무), 11. (삭 제), 12. 제31항에서 규정하는 장외파생상품(OTC Derivative)의 중앙청산소(CCP)와 증권예탁결제(Central Registry) 업무를 말한다. 제1조 제1a항에서 규정하는 금융투자서비스업은 1. 금융 증서의 매입 및 매각 또는 관련 서류 작업을 포함하는 업무의 중개(투자 중개), 1a. 특정금융상품의 투자와 관련하여 일반적으로 공개된 정보가 아닌 투자자에게 적합한 정보를 해당 고객 또는 그의 대리인에게 권유(투자자문), 1b. 금융상품의 매입계약 체결에 필요한 특정한 방식에 따른 다수의 거래참가자간의 금융상품의 매매거래를 체결하는 매매시스템의 운용(복수거래 매매시스템의 운용), 1c. 확정 인수 의무가 없는 금융상품(주로 증권)의 모집행위(Platzierungsgeschäft), 2. 타인을 위해 타인 명의로 금융 증서를 매입 및 매각(계약 중개 업무), 3. 타인을 위해 차별성을 기초로 금융 증서의 개별 포트폴리오 관리(포트폴리오 관리 업무), 4. 타인을 위해 자기 계정을 기초로 금융 증서의 매입과 매각(자기 계정 거래), 5. 유럽경제지역 밖에 본거지를 두고 있는 기업의 예금업 중개(비 EEA(유럽경제지역) 예금 중개업), 6. (삭 제), 7. 외국 지폐 및 동전의 거래(외국환 거래), 8. (삭 제), 9. 팩토링업무, 10. 리스제공자로서 리스계약의 체결 및 투자자산에 대한 관리(금융리스업무), 11. 금융상품의 선택권이 개인 집합투자자들에게 주어진 집합투자자산의 관리를 제외한 투자상품의 매매(투자관리업무), 12. AIF(alternative Investmentfonds) 증권에 대한 보호예수업무를 규정하고 있다.

106) BaFin, “Merkblatt - Hinweis zur Erlaubnispflicht nach §32 Abs. 1 KWG in Verbindung mit §1 Abs. 1 und Abs. 1a KWG von grenzüberschreitend betriebenen Bankgeschäft und/oder grenzüberschreitend erbrachten Finanzdienstleistungen”(1. April 2005), <http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_050401_grenzueberschreitend.html>.

107) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, §53 Rn. 143.

108) *Ibid.*, §53 Rn. 149.

갖추고 차주의 요구조건에 따라 여신이 이루어지는 소위 “미인대회”(beauty contest/ Konditionsvergleich)의 성격이 있으므로 금융기관은 차주의 선택을 받은 서비스를 수동적으로 제공하는 것으로 보아 별도의 허가가 필요 없는 것으로 보고 있다.¹⁰⁹⁾ 증권발행 인수 계약의 경우에도 계약 체결에까지 이르게 된 과정을 살펴보아 판단하여야 하는바, 외국금융기관이 자신의 위험 부담으로 독일 내 금융시장에서 서비스를 제공할 목적으로 증권 발행의 인수 계약이 이루어지거나 독일 내의 잠재적인 고객을 대상으로 신규로 모집 행위가 있다면 사전에 허가가 필요한 행위로 보지만, 독일 내 기업 또는 금융기관 등이 증권 발행 대행과 인수를 요구하거나 기관투자자 등 고객의 요청에 따라 외국금융기관이 설명회 등 고객 유치 행위를 한다면 이에 별도의 허가가 필요 없는 것으로 본다.¹¹⁰⁾

일반 금융상품의 경우에도 외국금융기관이 독일 내 잠재적인 고객을 모집할 목적으로 독일 금융시장에 접근하는 경우에는 허가가 필요하다고 하겠으나, 기관투자자의 경우와 같이 고객의 요청으로 방문한 경우라면 고객의 요청에 따른 서비스 제공 자유의 원칙(passive Dienstleistungsfreiheit)이 적용된다.¹¹¹⁾

독일 내 중개업자가 기존 또는 새로이 구성된 영업망을 통하여 신규 고객을 유치하는 경우에는 고객에게 제공하는 금융서비스에 대한 허가가 필요하다. 독일 내에서 영업하는 외국금융기관이나 중개업자가 기존의 중개 행위에 대한 허가를 받은 경우에도 마찬가지로 새로운 은행 업무에 대한 허가가 필요하다. 외국금융기관과 독일 내 중개업자간의 중개계약이 존재하거나 독일 내 중개업자의 기존 영업망을 활용하거나 새로운 영업망을 구성하여 금융서비스를 제공하는 실질적인 영업구조가 입증되는 경우에는 외국금융기관이 독일의 금융시장을 목표로 영업활동을 하는 것으로 볼 수 있으므로 허가가 필요하다.¹¹²⁾ 이는 외국금융기관이 고객을 확보하는데 따른 대가를 지급하거나 중개업자가 외국금융기관을 위하여 광고 행위를 대행하는 경우도 마찬가지이다. 고객이 스스로 유럽경제지역 외의 제3국 예금 중개업자를 찾아가는 경우 그 중개업자가 유럽경제지역 외 금융기관과 어떠한 특정한 계약 또는 협력관계도 없다면 이 경우에는 그 금융기관은 별도의 허가가 필요하지 않은 것으로 본다(passive Dienstleistungsfreiheit).¹¹³⁾ 하지만 독일 내

109) *Ibid.*, §53 Rn. 151.

110) *Ibid.*, §53 Rn. 152.

111) *Ibid.*, §53 Rn. 154.

112) *Ibid.*, §53 Rn. 155.

113) *Ibid.*, §53 Rn. 155.

의 중개업자가 유럽경제지역 외의 금융기관과 예금 중개를 하는 경우에는 동 중개업자의 행위는 「은행법」에서 규정하는 제3국 예금 중개 행위로서 별도의 허가를 요하는 행위이다(「은행법」 §1 Abs.1a Satz2 Nr.5). 또한, 유럽경제지역 외의 외국금융기관과 독일 예금 중개업자간에 독일중개업자를 영업망으로 하는 계약 또는 영업 구조를 가지고 있다면 유럽경제지역 외의 제3국 예금수취 금융기관은 별도의 허가를 받아야 한다.¹¹⁴⁾

외국금융기관이 독일 고객과 자금 이체 업무를 지속적으로 수행할 목적으로 독일 금융기관에 계좌를 개설하는 경우 이에 대한 허가가 필요한지는 독일의 이체 요청인이 이체 지시를 하고 최종 수취인이 이를 수령할 수 있는지를 기준으로 판단하는바, 이것이 가능한 경우에는 「은행법」에서 규정하는 허가를 요하는 자금 이체업무(Finanztransfergeschäft)에 해당한다(「은행법」 §32 Abs.1). 이체지시는 전화, 모사전송(fax), 전자우편(e-mail), 또는 서면 등의 수단을 통하며, 관련 계좌에서의 자금 인출이 독일 내에서 발생하는지 또는 외국에서 발생하는지는 관계가 없다.¹¹⁵⁾

독일 국내에 거주하는 잠재적인 고객이 외국금융기관으로부터 직접우편(direct mailing), 모사전송(fax) 또는 전자우편(e-mail) 등의 수단을 통하여 은행 또는 금융 상품을 제공받는다면 외국금융기관은 허가가 필요한 영업 행위를 하는 것이지만, 기존의 고객 영업망을 통하여 단순히 상품 안내만 하는 경우에는 별도의 허가가 필요 없다(passive Dienstleistungsfreiheit). 외국금융기관이 인터넷을 통하여 은행 또는 금융상품을 제공하는 경우에 허가가 필요한지 여부는 이러한 상품을 제공하는 사이트의 내용이 독일의 금융시장을 대상으로 특별한 정보를 제공하고 홍보활동을 하는지에 따라 판단한다.¹¹⁶⁾ 즉, 인터넷을 통한 정보제공의 내용이 특별히 독일 거주자를 목표로 삼고 있는지 외에 면책조항(disclaimer), 도메인의 이름, 사용하는 언어,¹¹⁷⁾ 상품의 설명, 특정국가의 고객에 대한 정보, 법률조건, 가격, 지급수단, 독일 계약당당자의 명시 등 모든 요소를 고려하여야 한다. 특히, 은행 또는 금융서비스 상품이 실제로 독일에 거주하고 있는 고객에게 판매되고 있다면

114) *Ibid.*, §53 Rn. 156.

115) *Ibid.*, §53 Rn. 157.

116) *Ibid.*, §53 Rn. 160.

117) 연방금융감독청의 전신인 연방은행감독청의 공문(Schreiben des BAKred vom 2. Juni 1998)에 의하면 독일어를 사용하여 정보를 제공하는 웹사이트는 독일어를 사용하는 다른 나라의 국민을 대상으로 한 것이 명백하지 않다면 기본적으로 독일시장을 목표로 개설된 것으로 보고 있다(Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, §53 Rn. 161).

이는 독일의 금융시장을 대상으로 제공된 것으로 볼 수 있는 중요한 판단기준이 된다.¹¹⁸⁾ 광고의 경우에도 광고의 수단과 방법보다는 광고의 내용이 특별한 상품 서비스에 관한 내용을 담고 있다면 이는 허가의 대상이 된다. 예를 들어, 외국금융기관이 “XY은행은 최고의 은행”과 같은 잠재적인 고객을 대상으로 일반적인 정보를 제공하는 경우에는 별도의 허가가 필요 없다고 하겠으나, “XY은행의 정기예금은 최고의 금리제공”과 같이 특별한 계약조건을 포함하는 광고의 경우에는 허가가 필요하다. 개별 사안에 따라 명확한 구분이 가능한 것은 아니지만, 대부분의 경우에 외국금융기관은 광고를 통하여 이에 현혹된 잠재적인 고객에게 금융상품을 팔고 있다는 점을 고려할 때, 객관적인 사실과 주변의 정황을 종합적으로 고려하여 고객의 요청에 따라 금융기관이 접근하게 된 것인지, 아니면 금융기관이 고객에게 먼저 접근한 것인지를 판단하여 허가 필요 여부를 결정하여야 한다. 결론적으로 연방금융감독청은 개개의 사안별로 모든 정황을 종합적으로 고려하여 허가를 요하는 영업행위인지(또는 무허가 영업행위인지) 여부를 판단하며, 가장 중요한 판단 기준은 해당 금융기관의 진정한 의사로서, 이는 구체적인 증거를 통해 입증이 가능하여야 한다.¹¹⁹⁾

한편, 「은행법」 제2조 제4항에 따라 연방금융감독청은 외국금융기관이 영위하는 영업행위의 성격상 감독을 필요로 하지 아니하는 경우에는 허가를 면제할 수 있다. 일반적으로는 본국 감독당국이 국제적인 기준에 따라 효과적인 감독을 하거나, 본국 감독당국이 연방금융감독청과 충분한 협력관계를 유지하는 경우에는 허가가 면제되며, 추가적으로 외국금융기관이 본국 감독당국으로부터 독일 내에서 국경을 초월하는 은행업 또는 금융서비스업¹²⁰⁾을 제공할 수 있는 허가를 받고, 이러한 영업행위가 감독상의 문제가 없고, 향후 어떠한 문제가 제기되는 경우 즉시 연방금융감독청에 통보하기로 하는 본국 감독당국의 확인서를 제출하는 경우이다.¹²¹⁾ 유럽경제지역 소속 국가 이외의 금융기관이 유럽경제지역 외에 소재하는 지점을 통하여 별도의 허가 없이 독일 내에서 국경을 초월하는营业을 하기 위해서는 해당 지점이 소재하는 국가 감독당국과의 협력관계가 원활하며, 지금까지 지점의 영업에 대하여 감독상의 문제가 발견된 적이 없고, 향후 발생하는 문제에 대하여는 연방금융감독청과 긴밀히 협의하며, 지점이 소재하는 국가에서의 파산

118) *Ibid.*, §53 Rn. 161.

119) *Ibid.*, §53 Rn. 162.

120) 각주 58) 참조.

121) *Ibid.*, §53 Rn. 185, 186.

과 자금세탁 등에 대한 충분한 감독을 위하여 필요한 경우에는 자세한 계좌내역을 제공하기로 한다는 내용이 추가적으로 확인되어야 한다.¹²²⁾

앞서 언급한 바와 같이 국경을 초월하는 금융거래행위가 기관투자자나 은행간에 발생하는 경우에는 일반적으로 별도의 허가가 필요 없다. 연방금융감독청은 이의 적용을 받는 기관투자자를 ① 연방정부, 주정부, 지방관청 및 그 소속기관, ② 「은행법」 제1조 제1항·제1a조에서 규정하는 은행 및 금융투자회사, ③ 사설 및 공공 보험회사, ④ 독일 「상법」 제267조 제2항·제3항에서 규정하는 법인으로 정하고 있다.¹²³⁾ 기타 일반적으로 개인고객과의 모든 금융거래는 허가를 받아야 하지만, 독일 내에 소재하는 금융기관 또는 유럽경제지역에 소재하는 금융기관의 중개를 통하여 거래하는 경우에는 ‘단일허가주의’(EU-Pass)가 적용되므로 별도의 허가가 필요 없다. 이러한 거래를 지속하는 경우에도 기존의 고객과의 거래 범위 내에서 외국금융기관은 고객과 직접 거래할 수 있다.

(4) 국경을 초월하는 영업행위에 대한 판례

판례의 입장은 과거에는 독일 내에 소재하지 아니하는 외국금융기관에 대하여는 「은행법」이 적용되지 아니하는 것으로 보았으나, 2005년 독일 연방금융감독청이 국경을 초월하는 영업행위에 대한 실무지침¹²⁴⁾을 발표하면서 그 이후의 판례도 입장을 바꾸었다. 대표적으로 2009년 연방행정법원(Bundesverwaltungsgericht)의 판결¹²⁵⁾에서는 물리적인 실체가 없더라도 국경을 초

122) *Ibid.*, §53 Rn. 186.

123) BaFin, Merkblatt (1. April 2005), *op. cit.*, “Institutionelle Anleger/Interbankengeschäfte”.

124) BaFin, Merkblatt - Hinweise zur Erlaubnispflicht nach §32 Abs. 1 KWG in Verbindung mit §1 Abs. 1 und Abs. 1a KWG von grenzüberschreitend betriebenen Bankgeschäften und/oder grenzüberschreitend erbrachten Finanzdienstleistungen (Stand : 1. April 2005).

125) BVerwG, Urt. v. 22. 4. 2009 - 8 C 2.09, Tz. 26.(Der Begriff des Betreibens ist dem allgemeinen Gewerberecht entlehnt. Dort erstreckt er sich über das rechtsgeschäftliche Handeln hinaus auch auf sonstige unternehmerisch-werbende Tätigkeiten, um eine effiziente Gewerbeaufsicht zu gewährleisten (vgl. Urteil vom 14. Juli 2003 - BVerwG 6 C 10.03 - Buchholz 451.20 § 35 GewO Nr. 70 m.w.N.; Beschluss vom 9. März 2004 - BVerwG 6 B 4.04 - GewArch 2004, 482). Entsprechend fordert der Regelungszweck des § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG eine Auslegung des Betreibensbegriffs, die alle für die Vorbereitung und das Zustandekommen des konkreten Bankgeschäfts wesentlichen Schritte erfasst. Der Erlaubnisvorbehalt dient dazu, die Funktionsfähigkeit und die Integrität des deutschen Kredit- und Finanzmarks und damit auch dessen Kunden zu schützen. Dieser Schutz erstreckt sich über die Liquiditätssicherung und den in § 6 Abs. 2 KWG genannten Anlegerschutz hinaus auf die volkswirtschaftlich wichtige Funktion der Kreditgewährung. So sollen Vorkehrungen auch gegen eine mangelhafte Kreditversorgung und den unerwarteten Entzug von Krediten getroffen werden (vgl. die

월하는 서비스교역을 통하여 독일 국내에서 은행업 영위가 가능하며, 「은행법」 제32조의 허가과 관련하여 일부의 행위(Teilakte)가 은행 영업에 필요한 모든 준비 과정과 계약 성립의 단계에 이르기까지의 중요한 일부분을 구성한다면 허가를 요하는 것으로 보았다. 특히, 외국의 금융기관이 인터넷이나 중개업자를 통하여 독일 국내에서 중요한 부분의 서비스를 제공하는 경우에는 허가가 필요한 영업 행위로 판단하고 있다. 어떠한 부분이 그 중요한 행위에 해당하는지에 대하여는 다음과 같은 기준을 제시하고 있다.

첫째는, 은행의 구체적인 영업이나 금융서비스를 제공할 목적으로 준비하거나 계약을 성립시키기 위한 영업 활동을 대상으로 한다. 둘째는, 계약 성립에 이르는 중요한 부분의 활동을 영업당사자의 명의로 하거나 당사자의 명의를 사용하지 않더라도 본인이 이를 실제로 담당할 권한이 있어야 한다. 셋째는, 본질적으로 중요한 서비스 제공 행위가 독일 국내에서 발생하여야 한다.¹²⁶⁾ 국내에 있는 장소에서 법률행위가 발생하거나 국내에서 활동하는 대리인을 통해 국내 고객에게 법적으로 유효한 청약 행위가 일어나는 경우에는 서비스 제공 행위가 국내에서 발생한 것으로 볼 수 있다.¹²⁷⁾

이와 같이 국경을 초월하는 영업 행위에 대하여 연방금융감독청의 실무지침과 판례의 입장은 다소 차이가 있다. 연방금융감독청은 외국금융기관이 계속, 반복적으로 영리를 목적으로 국내에서 금융서비스를 제공한다면 독일의 금융시장에 진입하고자 하는 의사가 있는 것으로 보아 허가가 필요한 행위로 보고 있지만, 판례¹²⁸⁾에서는 부분행위이론(Teilaktstheorie)에 따라 일부분의 행위가 은행 영업에 필요한 모든 구체적인 준비과정과 계약 성립의 단계에 이르기까지의 과정에서 중요한 일부분을 구성한다면 허가가 필요한 행위로 판단하고 있다.¹²⁹⁾ 물론 양자의

Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes über das Kreditwesen vom 25. Mai 1959, BTDrucks 3/1114 S. 19 unter 1.). Dazu setzt der Erlaubnisvorbehalt nach § 32 Abs. 1 KWG nicht erst beim Abschluss einzelner Rechtsgeschäfte an, sondern erfasst die gesamte Geschäftstätigkeit einschließlich der Vorbereitung des konkreten Vertragsabschlusses.

<<http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=220409U8C2.09.0>>.

126) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, KWG §53 Rn. 163.

127) *Ibid.*, KWG §53 Rn. 163.

128) BverwG, Urteil v. 22. 04. 2009 - 8 C 2.09 (VG Frankfurt a.M.), Erlaubnispflicht nach §32 KWG besteht auch bei grenzüberschreitender Erbringung von Bankgeschäften ohne physische Präsenz im Inland. 동 판결에서는 스위스에 소재하는 금융기관이 독일 내에 있는 고객을 대상으로 인터넷 web-site를 통해 고객을 모집하는 과정에서 여신계약을 체결하는데 기본적으로 필요한 신청인 본인의 인적사항, 신용도를 판단할 수 있는 내용을 기재토록 요구하는 여신신청서식을 제공하고 있다면 “가상의 독일 내 금융시장 참여”로 보아 은행업의 허가가 필요한 행위로 보았다.

입장이 같은 결론에 이를 수도 있지만 중개업자를 중개(Vermittlung eines Vermittlers)하는 경우와 같이 국내에서 중요한 일부분의 행위가 있는 것으로 판단하기 곤란한 경우도 있다. 예를 들자면, 국내의 A중개업자가 단순히 광고 등을 통해 고객을 모집하여 외국에 있는 B기관에 고객을 연결하고(콜센터 등을 통한 영업을 상정할 수 있다), B기관(외국에 소재하면서 C로부터 업무를 위탁받은 기업)은 다시 동 고객을 금융서비스를 제공하는 C금융기관에 연결하여 고객이 C금융기관과 계약을 체결하는 경우에 판례의 입장에 따르면 B기관의 부분적인 행위는 전체 계약의 중요한 부분을 차지하는 것으로 보기 곤란한 측면이 있고, 이는 감독의 사각지대에 놓일 우려가 있다.¹²⁹⁾ 하지만 연방금융감독청의 실무지침에 따른다면, 외국금융기관은 결국 독일의 금융시장에 있는 고객을 대상으로 영업행위를 하는 것으로 볼 수 있으므로 허가가 필요한 행위이며, 따라서 포괄적인 감독이 가능한 장점이 있다.¹³¹⁾

4. 유럽경제지역 소속 국가에 소재하는 외국금융기관의 독일 내 지점에 대한 규제

(1) 서 설

유럽경제지역에 소재하는 자본규제가 적용되는 은행(CRR-Kreditinstitute)¹³²⁾과 금융투자회사¹³³⁾는 본점이 영업허가를 받고 유럽지침에 따라 감독을 받고 있는

129) *Ibid.*, KWG §53 Rn. 23. 동 판결은 “계약의 체결에 필요한 중요한 부분적 행위가 시작되는 단계에서부터 허가 의무가 발생”한다는 부분행위이론(Teilaktstheorie)을 재확인하고 있다(GWR, 2009 Heft 10, 249, C. H. Beck).

130) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, §53 Rn. 178.

131) *Ibid.*, §53 Rn. 179.

132) CRR(Capital Requirements Regulation)-Kreditinstitute는 2008-2009 세계 금융위기 이후 은행들의 위기대응 능력을 높이고 위험관리능력을 개선하기 위해 2013. 6. 26. 도입된 「유럽연합지침」(Richtlinie 2013/36/EU)과 「유럽연합규정」(Verordnung (EU) Nr. 575/2013)에 따라 동 규정의 적용을 받는 금융기관으로 「은행법」 상에 CRR-Kreditinstitute와 CRR-Wertpapierfirmen이라는 개념을 도입하였다(두 종류의 금융기관을 모두 지칭하는 용어는 CRR-Institute). CRR-Institute는 「유럽연합지침」 및 「유럽연합규정」에 따른 유럽경제지역내에서 동일한 수준의 감독(single rulebook)이 적용된다(BT-Drucksache 17/10974, S.2).

133) 금융투자회사(Wertpapierhandelsunternehmen)는 CRR-은행이 아니면서 은행업(「은행법」 §1 Satz2 Nr.4, 10)과 금융서비스업(「은행법」 §1a Satz2 Nr.1~4)의 일부 업무를 수행하는 기관을 말하며(「은행법」 §1 Abs.3d Satz4), 이와 관련한 CRR-금융투자회사(Wertpapierfirmen)는 CRD-IV 규정(Verordnung (EU) Nr. 575/2013) 제4조 제1항 제2호에 의한 금융투자회사를 말한다(「은행

경우에는 본점이 허가받은 업무 범위 내에서 연방금융감독청의 허가를 받지 아니하고 독일 국내에 영업소를 설치하거나 국경을 초월하는 방식으로 은행업을 영위하거나 금융서비스를 제공할 수 있다(「은행법」 §53b Abs.1 Satz1). 이에 따라 유럽경제지역에 소재하는 금융기관이 독일 내 금융시장에 원활하게 진출할 수 있는 길을 열어 놓고 있으며, 마찬가지로 독일의 금융기관도 타 유럽경제지역 소속 국가에 동일한 방식으로 진출할 수 있다. 이는 유럽연합 의회에서 제정한 「은행지침」(CRD IV Richtlinie)¹³⁴⁾과 「자본시장지침」(Finanzmarkttrichtlinie)¹³⁵⁾에 따라 본국 감독당국으로부터 허가를 받은 금융기관은 상호주의 원칙에 따라 유럽경제지역 소속 모든 국가에서 영업을 할 수 있는 ‘단일허가주의’(EU-Pass)가 적용된다. 이에 따라 타 국가에 진출한 금융기관에 대한 감독은 유럽지침에 따라 본국 감독당국간에 동일한 수준의 감독을 수행하는 것으로 합의하였다. 하지만, 2008년의 세계적 금융위기를 겪으면서 감독체계상 여러 가지 문제점이 노출되었고, 본국 감독당국의 감독을 보다 강화할 필요성이 제기되었다. 특히, 지점이나 현지법인에 대한 진출국 감독당국과의 협력이 강조되는 등, 자본시장에서의 투명성을 제고하고 투자자 보호를 통한 시장의 신뢰를 확보하기 위하여 2014년 5월 15일 「자본시장지침」을 개정하였고(MiFID II, 2014/65/EU), 이는 2017년 1월 3일부터 시행하였다. 이하에서는 현행의 규정을 중심으로 설명하기로 한다.

유럽 금융시장에서는 기본적으로 유럽공동체설립조약(Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft: EGV)에 따라 영업소 설치의 자유(EGV §43)와 서비스 제공의 자유(EGV §49)가 보장되며, 유럽경제지역에 소재하는 모든 금융기관에 대하여 동일한 수준의 감독을 하기 위하여 유럽연합 의회와 이사회에서 「은행지

법」 §1 Abs.3d Satz2).

134) CRD IV(Capital Requirements Directive Number IV)는 “Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG”을 말하는 것으로 Basel II를 반영한 유럽지침인 Richtlinie 2006/48/EG와 2006/49/EG를 “CRD I”이라 하고, Richtlinie 2009/83/EG와 2009/111/EG를 “CRD II”, Richtlinie 2010/76/EU를 “CRD III”라고 한다(Bundesfinanzministerium, “Basel III – ein Meilenstein im Bankenaufsichtsrecht”, Monatsbericht vom 21. 10. 2013, S.3).

135) Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinie 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 93/22/EWG des Rates(“MiFID 2004/39/EG”). 이 지침은 MiFID II 2014/65/EU 에 의해 개정되었으며 개정된 지침은 2017. 1. 3.부터 시행된다. MiFID는 “Markets in Financial Instruments Directive”의 약자이다.

침」과 「자본시장지침」을 제정하게 되었다. 동 지침에 따르면 유럽경제지역 내의 타 국가에 지점을 설치하는 경우와 별도의 영업소를 설치하지 아니하고 국경을 초월하는 영업행위를 하는 경우(aktive Dienstleistungsfreiheit의 경우만 해당)에는 진출국 감독당국의 허가를 요하지는 않으나, 별도의 통보 절차를 준수하도록 하였다. 이러한 내용은 각국의 국내법에 반영하도록 되어 있으며, 독일도 「은행법」 및 「지급서비스감독법」(ZAG, Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten) 등 관련법에 이를 반영하였다.

(2) ‘단일허가주의’(EU-Pass) 적용 대상 금융기관 및 대상 업무

‘단일허가주의’(EU-Pass)가 적용되는 금융기관은 자본규제가 적용되는 은행과 금융투자회사로, 자본규제가 적용되는 은행과 금융투자회사는 본국에서 허가를 받은 업무이거나 허가를 요하지 아니하는 업무이면서 「은행지침」(CRD-IV Richtlinie) 붙임1의 업무 및 유럽 「자본시장지침」(Finanzmarkttrichtlinie) 붙임1에서 열거한 업무에 포함되는 경우에는 유럽경제지역 소속 국가 어디서나 별도의 허가 없이 영업할 수 있다. 물론 전부 또는 일부 업무의 영위도 가능하며 본국으로부터 허가를 받았으나 지금까지 영위하지 않던 업무에 대하여 진출국에서 새로이 영위하는 것도 가능하다. 이러한 업무가 본국에서 허가 대상이 아니거나 허가 받은 범위에 명시적으로 포함되지 아니한 경우에도 마찬가지이다. 이러한 업무의 일부분이 독일 국내법상으로 허가를 필요로 하는지는 고려 대상이 아니다.

자본규제가 적용되는 은행은 「은행지침」(CRD-IV Richtlinie)에서 규정하는 일반인을 대상으로 예금을 수취하고 여신을 제공하는 은행(Kreditinstitute)이므로(「은행법」 §1 Abs.3d Satz1),¹³⁶⁾ 수신을 기반으로 하지 않는 여신전문금융기관은 동 규정의 적용 대상이 아니다. 또한 이들이 영위할 수 있는 ‘은행업’이라 함은 「은행법」 제1조 제1항 제2문의 은행업과 제1조 제1a항 제2문의 금융서비스업을 말한다.¹³⁷⁾ 유럽경제지역 소속 국가 간 상호주의 원칙이 적용되는 은행지침(CRD-IV Richtlinie)의 붙임1의 업무¹³⁸⁾ 중 환전(Anhang I Nr.7.b), 기업자문(Nr.9), 금융시장

136) Art.4 Abs.1 Nr.1 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 “Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren”.

137) 각주 394) 참조.

138) CRD-IV (붙임1)에서는 국가간 상호주의 원칙이 적용되는 업무로서 예금, 대출, 팩토링, 포페이팅, 금융리스, 보증 등 15개의 업무를 열거하고 있다(CRD-IV Richtlinie Anhang I, “Liste der Tätigkeiten, für die die gegenseitige Anerkennung gilt”).

중개(Nr.10), 상거래안내(Nr.13) 및 대여금고관리(Nr.14)의 업무는 독일 내에서는 별도의 허가 없이 수행 가능하므로 은행업과 금융서비스업에 포함되지 아니한다. 유가증권 발행과 관련된 업무(Anhang I Nr.8)는 「은행법」 제1조 제1항 제2문 제10호에서 규정하는 위험을 부담하거나 이에 상응하는 보증을 인수하는 경우에만 허가를 요하는 은행업이다. 이중상환청구권부 채권업무¹³⁹⁾(Pfandbriefgeschäft)¹⁴⁰⁾는 「은행법」 상으로는 은행업에 포함되지만(「은행법」 §1 Abs.1 Satz2 Nr.1a), 「은행지침」(CRD-IV Richtlinie)에서는 이에 대하여 명확하게 규정하고 있지 아니하다. 하지만 「이중상환청구권부 채권법」(Pfandbriefgesetz) 제41조 제2호에 따르면 「CRD-IV규정」(Verordnung (EU) Nr. 575/2013)의 적용을 받는 금융기관은 연방 금융감독청의 별도의 허가 없이 이중상환청구권부 채권업무의 영위가 가능하므로 유럽경제지역 소속 국가의 금융기관이 독일 국내에서 동 업무를 영위하고자 하는 경우에는 「은행지침」(CRD-IV Richtlinie) 제33조에 따라 ‘단일허가주의’(EU-Pass)가 적용된다.

유럽 「자본시장지침」 불임1에서는 국가 간 상호주의 원칙이 적용되는 업무로 유가증권서비스(Anhang I Abschnitt A Wertpapierdienstleistung und Anlagentätigkeit)와 부수업무(Anhang I Abschnitt B Nebendienstleistung)를 규정하고 있다. 「은행법」 상으로는 증권과 관련한 보호예수업무와 여신업무가 허가를 요하는 업무이며(「은행법」 §1 Abs.1 Satz2 Nr.5, 2),¹⁴¹⁾ 나머지 부수업무는 「은행법」 상 허가 대상이 아니다. 이러한 부수업무는 그 성격상 본 업무를 동시에 수행하는 경우에만 가능하고 부수업무만을 수행하는 경우에는 상호주의 원칙을 적용할 수 없다.

상호주의 원칙을 적용하기 위한 추가적인 조건은 해당 금융기관이 본국의 감독 기관으로부터 유럽의 지침에 따라 감독을 받고 있어야 한다. 이는 해당 금융기관의 영업행위가 유럽 관련지침을 준수하고 있고, 이를 위반하는 경우에는 해당 감

139) 국내에서는 2014. 1. 14. 독일의 법률과 유사한 「이중상환청구권부 채권 발행에 관한 법률」이 제정되고, 2014. 4. 15. 부터 시행되었다(법률 제12264호). 이는 발행기관의 담보자산에 대한 우선변제권 및 발행기관의 다른 자산으로부터 변제 받을 수 있는 청구권이 모두 보장되는 이중상환청구권부 채권(covered bond)을 발행할 수 있는 법적 기반을 마련함으로써, 금융회사의 안정적인 장기·저금리 자금조달 수단을 확대하여 국내 금융시장의 안정성을 유지하고, 가계부채 구조개선에 기여하기 위한 것이다.

140) 독일에서는 금융기관이 보유하고 있는 부동산담보채권을 다른 자산과 분리하여 커버폴에 등록함으로써 발행기관이 도산할 경우에도 커버드본드 투자자들은 커버폴에 대하여 제3채권자들에 비해 우선변제권을 갖는 형태인 반면, 영국의 경우에는 SPC에 부동산담보채권 등을 양도하고 SPC는 발행기관이 발행한 커버드본드에 대하여 보증을 제공하는 형태이다.

141) 이 두 업무는 은행지침(CRD-IV Richtlinie)에서도 규정하고 있는 ‘단일허가주의’(EU-Pass)가 적용되는 업무이다(CRD-IV Richtlinie Anhang I Nr.2, 12).

독당국이 시정 조치를 취할 수 있으며, 진출국 감독당국과 협조하여 상시적 감독이 이루어지고 있고(「은행법」 §53b Abs.4, 5), 경우에 따라서는 본국 감독당국이 독자적으로 감독권한을 행사할 수 있다는 것을 뜻한다.

본국에서 수행하는 영업행위에 대하여 사전에 본국 감독당국으로부터 허가를 받고 진출국에서 영위하고자 하는 영업행위는 그 허가받은 범위내이어야 하므로, 본국에서 영업허가 절차를 진행 중이거나 진출국에서의营业을 동시에 요청하는 경우에는 상호주의 원칙의 적용대상이 아니다. 또한, 영위하고자 하는 업무에 대한 허가권자는 본국의 감독당국이기 때문에 진출국에서는 동 허가에 대하여 어떠한 영향력도 행사할 수 없다. 다만, 본국에서의 허가 절차에 문제가 있다고 판단되는 경우에는 유럽공동체설립조약의 위반을 주장할 수는 있을 것이다(EGV §§226, 227).

(3) 통지 절차

‘단일허가주의’(EU-Pass)가 적용되는 금융기관은 별도의 허가 없이 독일내에 지점을 설치하거나 국경을 초월하는 방식으로 서비스를 제공할 수 있지만, 해당 국가의 감독당국간에 아래의 통보절차를 준수하여야 한다(「은행법」 §53b Abs.2, 2a).

1) 지점을 설치하는 경우

유럽경제지역 소속 외국금융기관이 독일내에 지점(Zweigniederlassung)을 설치하고자 하는 경우에는 「은행지침」(CRD-IV Richtlinie §35 Abs.1, 2)과 유럽 「자본시장지침」(Finanzmarktrichtlinie §32 Abs.2)의 규정을 반영한 각국의 국내법에 따라 지점을 설치하고자 하는 국가, 영업계획, 주소, 지점의 대표자 등의 내용을 본국의 감독당국에 신고하여야 한다. 본국의 감독당국은 해당 금융기관의 영업의 적정성과 재무상황에 이상이 없다고 판단되는 경우, 동 신고를 접수한 날로부터 3개월 이내에 진출국의 감독당국에 이를 통보하고, 동 사실을 해당기업에 알려주어야 한다(CRD-IV Richtlinie §35 Abs.3, Finanzmarktrichtlinie §32 Abs.3). 진출국 감독당국은 본국 감독당국으로부터 신고서를 전달받은 날로부터 2개월 이내에 공공의 이익을 위하여 필요한 경우, 조건을 부과하여 해당 금융기관에게 통보할 수

있으며, 별도의 통보가 없는 경우에도 2개월이 경과한 이후에는 지점을 설치하고 해당 영업을 시작할 수 있다(CRD-IV Richtlinie §36 Abs.1, 2). 유럽연합 집행위원회(EU Kommission)는 이러한 통보절차를 소비자 보호를 위한 새로운 규제를 가하고자 하는 목적이 아니라, 감독당국간의 상호주의 원칙에 입각한 단순한 형식적인 절차규정으로 이해하고 있다.¹⁴²⁾

지점(Zweigniederlassung)의 개념은 「은행법」 제53조에서 말하는 지점(Zweigstelle)과 차이가 없으며, 민사법상 본점에 종속하며, 상당 기간 일정한 장소에 존재하는 정주성(定住性)을 가지고, 금융시장에서 은행업을 영위하거나 금융서비스를 제공하는 업무를 수행할 것을 요건으로 한다.¹⁴³⁾ 유일한 차이점은 상호주의의 원칙에 따라 별도의 허가를 요하지 아니한다는 것이다. 그리고 지점은 본점이 아닐 것을 요하지만 은행지점(CRD-IV Richtlinie §13 Abs.2)과 유럽 자본시장지침(Finanzmarktrichtlinie §5 Abs.4)에서 규정하는 바와 같이 본점은 정관에서 정한 장소에서 실제로 영업을 하여야 하므로 형식적으로 다른 나라에 본점을 설립하고 실제로는 독일내의 지점이 본점의 역할을 하는 것은 허용되지 아니한다.¹⁴⁴⁾

금융기관에 전속되어 타 국가에서 외형상으로는 지점과 유사하게 영업을 중개하는 독립중개업자와 타 국가에 설치한 현금자동입출기(automated teller machine: ATM)와 같이 명확한 구분이 곤란한 경우도 있다. 유럽연합 집행위원회는 독립중개업자의 경우에 실제로 지점은 아니지만 일정한 조건을 충족하는 경우에는 지점으로서의 역할을 인정하고 있다.¹⁴⁵⁾ 그 조건으로 첫째, 중개업자가 업무를 지속적으로 수탁 받아야 하고, 둘째는 중개업자가 업무를 위탁한 금융기관의 지시와 통제 하에 놓여 있어야 하며, 셋째는 중개업자가 명시적인 계약 체결 권한이 없는 경우에도 금융기관으로 하여금 그 계약을 실행시킬 수 있는 실제적인 권한이 있어야 한다. 즉, 고객이 서명한 계약서에 대하여 금융기관 본점이 계약 체결을 거절할 가능성이 있는 경우에는 그러한 중개업자는 지점의 한 종류로 인정될 수 없다. 그리고 중개업자가 이러한 조건을 충족하여 지점으로 인정받는다 하더라도 중개업자는 실제로 본점의 한 부분은 아니므로 중개업자가 스스로 지점임을 적극

142) EU-Kommission, "Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen über den freien Dienstleistungsverkehr und das Allgemeininteresse in der Zweiten Bankenrichtlinie", *ABl. EG* Nr. C209/9 v. 10.7.1997.

143) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, §53b Rn. 35.

144) *Ibid.*, §53b Rn. 36.

145) EU-Kommission, *op. cit.*, Nr. C209.

적으로 주장할 수는 없다. 이에 반하여 유럽연합 집행위원회는 다른 국가에 설치한 현금자동입출기의 경우에 일반적으로 지점으로서의 성격을 인정하지 않고 있다.¹⁴⁶⁾ 왜냐하면, 지점이라 함은 일반적으로 실존하는 자가 경영을 하며 독자적인 의사결정이 수반되므로, 전산설비만으로 기기를 운용하는 경우에는 지점으로 볼 수 없으며, 따라서 타 국가에 현금자동입출기를 설치하는 경우에는 지점설치에 필요한 사전 통보절차가 적용되지 않는다. 동 설비가 진출국에 있는 다른 기업을 통하여 관리 또는 서비스를 받거나, 진출국 금융기관의 현금자동입출기를 공동으로 이용하는 경우에도 마찬가지이다.¹⁴⁷⁾

외국금융기관이 진출국에 소재하는 제3자와 중개계약을 체결하는 방법으로 다른 국가에서 영업을 하는 경우에는 연방금융감독청은 본국 감독당국에게 해당 중개업자의 명칭을 알려줄 것을 요구할 수 있으며, 동 내용을 인터넷 사이트에 공개할 수 있다(「은행법」 §53b Abs.2 Satz3, 4). 이 경우 중개업자는 대외적으로 지점과 동일한 효과를 가지기 때문에 지점 설치에 적용되는 규정이 동일하게 적용된다.¹⁴⁸⁾ 해당 금융기관이 지점의 주소 등 당초에 신고한 내용을 변경하는 경우에는 변경일로부터 1개월 전에 연방금융감독청과 연방은행에 서면으로 통보하여야 한다(「은행법」 §53b Abs.3 Satz2). 이는 「은행지침」(CRD-IV Richtlinie §36 Abs.3)과 유럽 「자본시장지침」(Finanzmarkttrichtlinie §32 Abs.9)의 규정을 반영한 것이다.

유럽사법재판소(EuGH)의 판결에서는 서비스제공자의 직접적인 방문 없이 유럽 공동체내의 타 국가에 서비스를 제공하는 경우에도 서비스제공 자유의 원칙을 제한할 수 없다고 밝히고 있다.¹⁴⁹⁾ 이러한 해석은 금융서비스와 같이 격지자간의 서비스제공이 활발하게 일어나는 경우에 한 국가에 의한 일방적인 규제를 배제함으로써 유럽공동체내의 자유로운 서비스 교역을 촉진하는 기능을 한다.

하지만 인터넷을 이용하여 서비스를 제공하는 경우에는 사전에 진출 국가를

146) *Ibid.*, C209/12.

147) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, §53b Rn. 51.

148) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, §53b Rn. 72, 73.

149) EuGH, Urteil vom 25. Juli 1991, Säger, Rechtssache C-76/90(Artikel 59 EWG-Vertrag verlangt nicht nur die Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen des Dienstleistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen. Eine solche Beschränkung ist erst recht unzulässig, wenn die Dienstleistung anders als in dem in Artikel 60 Absatz 3 EWG-Vertrag geregelten Fall erbracht wird, ohne daß sich der Dienstleistende in das Gebiet des Mitgliedstaats zu begeben braucht, in dem die Leistung erbracht wird).

결정할 수 없으므로 통보절차를 따르는 것이 불가능하고, 독립중개업자의 경우에도 어느 정도로 본점과의 연결 관계가 있는지 판단이 어려운 경우가 많으며, 국경을 초월하는 영업행위에서 영업의 성격이 핵심적인 업무가 되어야 하는데 이에 대한 판단도 어려워 실제로 사전에 통보절차를 따라야 하는지, 할 필요가 없는지에 대한 판단이 쉽지 않다. 그래서 실무상으로 의심스러운 경우에는 무조건 통보절차를 준수하는 경향이 있으며 이로 인하여 추가적인 비용부담을 초래하기도 한다.¹⁵⁰⁾

2) 국경을 초월하는 영업행위

유럽경제지역 소속 금융기관이 지점을 설치하지 아니하고 국경을 초월하는 영업행위를 하고자 하는 경우에는 해당 금융기관은 동 사실을 본국 감독당국에 신고하여야 하며, 본국 감독당국은 1개월 이내에 이를 진출국 감독당국에 전달하여야 한다(CRD-IV Richtlinie §39 Abs.2, Finanzmarktrichtlinie §31 Abs.3). 연방금융감독청은 신고서를 전달받은 날로부터 2개월 이내에 해당 금융기관에게 공공의 이익을 위하여 필요한 경우, 조건을 부과하여 해당 금융기관에 통보할 수 있도록 되어 있으나(「은행법」 §53b Abs.2a), 이는 「은행지침」(CRD-IV Richtlinie)과 유럽 「자본시장지침」(Finanzmarktrichtlinie)에는 별도의 근거가 없으므로 금융기관 앞 통보절차는 생략할 수 있다. 따라서 국경을 초월하는 영업행위는 해당 금융기관이 본국의 감독당국 앞으로 신고한 이후에는 즉시 시작할 수 있는 것으로 보아야 한다. 이 점은 지점을 설치하고자 하는 경우에는 2개월 이내에 유예기간을 두고 있는 것과 차이가 있다.¹⁵¹⁾ 다만, 관련되는 영업행위가 증권서비스와 이에 부수하는 업무인 경우에는 본국 감독당국에 제출한 신고서가 진출국 감독당국에 전달되어야 하므로 관련 신고서가 전달된 이후에야 영업을 개시할 수 있다(Finanzmarktrichtlinie §31 Abs.3). 국경을 초월하는 영업행위의 변경신고의 경우에는 진출국의 감독당국 앞으로 신고의무를 부과하고 있지 아니하며, 본국의 감독당국 앞으로만 신고할 것을 규정하고 있다(Finanzmarktrichtlinie §31 Abs.4).

(4) 통지 절차 위반의 효과

150) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, §53b Rn. 55.

151) EU-Kommission, *op. cit.*, C209/13.

외국금융기관이 신고절차를 준수하지 않고 유럽경제지역 소속 국가에 지점을 설치하거나 또는 지점을 설치하지 아니하고 국경을 초월하는 영업행위를 한 경우에 그 영업행위 자체를 허가받지 않은 행위로 처벌하거나 그 행위의 효력을 부인하기는 곤란하며, 이러한 절차를 준수할 것을 규정하고 있는 본국의 법을 위반한 것으로 처벌할 수밖에 없을 것이다. 따라서 독일 금융시장에 진출하고자 하는 외국금융기관이 이러한 신고절차를 준수하지 않았다면 독일의 감독당국이 이를 처벌할 권한은 없고, 이러한 위반 사실을 본국 감독당국에 통보하여 해당국가의 감독당국이 적절한 조치를 취하도록 하여야 할 것이다. 또한, 신고절차를 위반하여 이미 이루어진 행위의 당사자 간 사법적인 효력도 유효한 것으로 보아야 한다.

(5) 지점 및 국경을 초월하는 영업행위에 대한 감독

유럽경제지역 소속 금융기관이 독일내 설치한 지점 또는 국경을 초월하는 영업행위에 대한 1차적인 감독권한은 본국에 있으나, 연방금융감독청은 「은행법」 상 준용규정을 마련하여 다음과 같이 본국 감독당국과 상호 보완적인 감독권한을 행사하고 있다.

1) 지점에 대한 감독

유럽경제지역 소속 금융기관이 독일 내에 지점을 설치하는 경우에는 일반적으로 지점설치에 관련된 규정인 「은행법」 제53조가 적용되지 아니한다 (§53b Abs.1 Satz3). 하지만 「은행법」 제53b조 제3항에서는 독일 내에 설치한 지점 또는 복수의 지점이 있는 경우 그 전체를 감독 목적상 하나의 금융기관으로 간주할 수 있도록 일반 금융기관에 적용되는 준용규정을 열거하고 있다. 우선 금지된 업무로서는, 일반 은행업무로 인한 자산이 사내 직원들의 예금액을 초과하지 아니하는 대부분의 수신업무를 사내직원들을 통하여 운용하는 저축은행업무(Betrieb von Werksparkassen), 대출을 조건으로 대부분의 수신을 조달하는 대출조건부 수신업무(Betrieb von Zwecksparkunternehmungen), 계약 또는 상관행에 의한 현금인출 제한부여·수신 계약(Gebot der Barabhebungsmöglichkeit)은 금지된다(「은행법」 §3 Abs.1 Nr.1 ~ 3 i.V.m. 「은행법」 §53b Abs.3 Satz1 Nr.1). 일반적으로 외국금융기관의 지점

의 경우 창구를 설치하지 않은 경우가 많은바, 창구를 설치하지 않은 경우에도 계좌이체 등을 통하여 인출이 용이하다면 현금인출제한 금지규정을 위반한 것으로 보기는 어렵다.

연방금융감독청은 은행 및 금융서비스 분야에서 금융기관에 맡긴 고객자산의 안전을 위협하거나, 은행업무 또는 금융서비스업무의 정당한 수행을 방해하거나, 경제전반의 안전을 해치는 부당행위에 대처하여야 한다는 규정(「은행법」 §6 Abs.2)도 지점에 적용되나(「은행법」 §53b Abs.3 Satz1 Nr.1), 동 규정을 근거로 연방금융감독청이 즉각적인 조치권한을 행사할 수 있다고 보기는 어렵다. 또한, 금융기관이 고객의 신용위험을 기초로 한 계약을 체결하는 경우에 필요한 고객의 신용정보 수집과 제공에 관련된 규정(「은행법」 §10 Abs.2)도 지점에 적용된다(「은행법」 §53b Abs.3 Satz1 Nr.1a). 유럽지침에 따라 자본금 규제를 받는 CRR-은행의 경우에는 독일 내에 설치하는 지점에도 유동성규제(「은행법」 §11)가 적용된다(「은행법」 §53b Abs.3 Satz1 Nr.2). 동 지점에 대한 감독권한은 물론 연방금융감독청이 보유하고 있으나 본점을 포함한 전반적인 유동성 상황을 보고하도록 지시할 수 있다(「은행법」 §11 Abs.4). 실무적으로는 본국의 감독당국이 본점 또는 그룹전체의 유동성을 감독하고, 연방금융감독청은 지점의 유동성을 감독하는 이중 감독이 이루어지고 있다.¹⁵²⁾ 연방금융감독청은 지점의 유동성이 국제적인 기준에 비추어 충분하지 못한 경우에 추가로 유동성을 확보하도록 지시할 수 있다(「은행법」 §11 Abs.3). 하지만 사실 지점의 독자적인 유동성 보다는 그룹 전체의 유동성이 보다 중요하며, 이러한 점을 감안하여 영국의 감독당국은 그룹 전체의 유동성에 문제가 없을 것을 조건으로(global liquidity arrangement) 영국에 설치한 독일 금융기관 지점의 개별적인 유동성을 고려하지 않고 있다.¹⁵³⁾ 그러나, 바젤 III의 도입으로 진출국 영업점에 대한 유동성 감독은 상호주의 원칙을 토대로 본국의 권한으로 이관되고 있다. 연방은행에 설치된 여신집중관리기관(Central Credit Register)에 일백만 유로 이상 여신의 분기별 보고의무도 지점에 적용된다(「은행법」 §§14, 22 i.V.m. 「은행법」 §53b Abs.3 Satz1 Nr.3). 연방금융감독청은 지점의 부당한 광고행위에 대하여 필요한 조치를 할 수 있다(「은행법」 §23 Abs.1 i.V.m. 「은행법」 §53b Abs.3 Satz1 Nr.3).

자본규제가 적용되는 은행 또는 금융투자회사가 개인고객과의 거래 시 관련 상

152) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, §53b Rn. 106.

153) *Ibid.*, §53b Rn. 107.

품의 예금보장 여부 및 보장 금액을 알려주어야 하는 규정도 지점에 적용되며 (「은행법」 §23a i.V.m. 「은행법」 §53b Abs.3 Satz1 Nr.4), 지점의 이전 사실과 지점 영업을 중지한 사실도 즉시 연방금융감독청과 연방은행에 통보하여야 한다 (「은행법」 §24 Abs.1 Nr.5, 7 i.V.m. 「은행법」 §53b Abs.3 Satz1 Nr.5).¹⁵⁴⁾ 지점이 지급결제시스템 또는 증권대차결제시스템을 운영하고자 하는 경우에는 연방금융감독청과 연방은행에 통보하여야 하며(「은행법」 §24b), 거래정보 및 고객정보를 유지 및 관리하고, 필요한 경우 감독당국의 접근이 보장되어야 하고(「은행법」 §24c), 월 보고서 및 기타 영업과 관련한 보고서 제출 의무가 있으며(「은행법」 §25), 연방금융감독청의 사후 감독이 가능하도록 수행한 업무에 대한 기록을 5년 이상 보존하도록 하고 있으나(「은행법」 §25a Abs.1 Satz6 Nr.2), 「상법」 규정에 따라 회계장부는 10년, 기타 서류는 6년간 보존하여야 한다(「상법」 §257 Abs.4). 지점은 자금세탁 및 테러자금지원 방지를 위한 적절한 안전장치를 마련하여야 하며(「은행법」 §25h Abs.1), 자금세탁, 테러자금지원, 기타 불법행위를 적발할 수 있는 체계를 갖추어야 하고(「은행법」 §25h Abs.2), 의심스러운 경우에는 이를 조사하고 이에 필요한 정보를 보관하여야 하며(「은행법」 §25h Abs.3), 경영진 직속 자금세탁방지업무 담당자를 임명하여야 한다(「은행법」 §25h Abs.4). 또한 연방금융감독청의 동의를 얻어 이러한 안전조치의 이행을 외부에 위탁할 수 있는바 (「은행법」 §25h Abs.5), 동 업무의 위탁과 관련하여서는 본점을 외부의 제3자로 보아 본점 앞 위탁이 가능하다.¹⁵⁵⁾ 기타 위험이 있는 업무를 수행하는데 주의 의무(「은행법」 §25d), 계좌개설시 금융거래 계약당사자와 경제적인 실체와의 동일성을 확인해야 하는 실명확인 의무(「은행법」 §25j), 제3국 또는 유럽경제지역 소속 타 국가에 소재하는 환거래 금융기관과의 거래 시 주의 의무(「은행법」 §25k), 특정업무의 금지 의무(「은행법」 §25m)도 지점에 적용된다(「은행법」 §53b Abs.3 Satz1 Nr.8). 허용되지 아니하는 업무를 영위하는 경우에 이에 대한 연방금융감독청의 중지명령과 이를 확인하기 위한 자료제공요청 및 영업장소의 방문·조사(「은

154) 지점의 이전과 영업을 중단하는 경우에 연방금융감독청과 연방은행에 통보하도록 한 규정을 준용한 규정(「은행법」 §24 Abs.1 Nr.5, 7 i.V.m. 「은행법」 §53b Abs.3 Satz1 Nr.5)은 엄격히 보면 유럽규정에 위반한다. 왜냐하면 ‘단일허가주의’(EU-Pass)가 적용되는 금융기관이 독일내에 지점을 설치하는 경우 본국에 소재하는 해당기업은 그 나라의 감독당국에 이를 신고하도록 하고, 그 나라의 감독당국은 동 내용을 독일 감독당국에 전달하는 것으로 되어 있으므로, 동 점포를 이전하거나 영업을 중단하는 경우에 이를 통보하는 것도 본점의 감독당국의 소관업무로 보는 것이 타당하기 때문이다.

155) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, §53b Rn. 120.

행법」 §§7, 44c), 은행명칭에 대한 보호(「은행법」 §§39 ~ 42, §43 Abs.2, 3), 지점의 영업보고서 제출의무 및 연방금융감독청의 지점에 대한 검사(「은행법」 §44 Abs.1, 6, §44a Abs.1, 2), 고객의 재산의 안전을 저해할 우려가 있거나 효과적인 감독이 우려되는 경우의 조치(「은행법」 §46), 파산신청 및 절차, 지급유예선언(「은행법」 §§46b ~ 46h), 청산절차(「은행법」 §§47 ~ 47j), 금융체제의 안전을 저해할 우려가 있는 경우에 금융기관에 대한 조치(「은행법」 §§48a ~ 48t)도 지점에 적용되며 이러한 연방금융감독청의 조치는 집행정지의 효과가 없이 즉시 효력을 받으며(「은행법」 §49 i.V.m. 「은행법」 §53b Abs.3 Satz1 Nr.8), 「금융서비스감독법」(Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht: FinDAG)에 따라 강제집행수단을 행사할 수 있다(FinDAG §17 i.V.m. 「은행법」 §53b Abs.3 Satz1 Nr.9).

기타 준용여부를 명시하고 있지 않으나 해석상 다음의 규정도 지점에 적용되는 것으로 보아야 한다. 「은행법」의 규정이 적용되는지 의심스러운 경우에는 연방금융감독청이 결정한다는 규정(「은행법」 §4)도 지점에 적용되나, 어떤 경우가 의심스러운지에 대하여는 우선적으로 유럽지침에 따른 해석이 우선되어야 하므로 이는 제한적으로 운영할 필요가 있다. 또한, 연방금융감독청은 이 법에 따른 규정을 위반하거나 고객자산의 안전을 위협 또는 금융기관의 건전경영을 저해하는 경우에는 해당 금융기관이나 경영진에게 주어진 권한의 범위 내에서 적절한 조치를 취할 수 있다(「은행법」 §6 Abs.3 Satz1). 연방금융감독청이 「은행지침」(CRD-IV Richtlinie)과 「CRD-IV 규정」(Verordnung (EU) Nr. 575/2013)에 따라 금융기관을 감독한다는 규정(「은행법」 §6 Abs.1)도 당연히 지점에 적용되며, 금융기관이 재대출(refinancing) 업무를 하는 경우의 등록업무 등과 관련된 규정(「은행법」 §§22a ~ 22o)도 마찬가지이다. 지점도 해당업무를 수행하는데 필요한 적절한 조직을 갖추어야 한다(「은행법」 §25a Abs.1). 업무위탁과 관련하여 금융기관은 은행업무, 금융서비스업무, 기타 금융기관의 전형적인 업무를 수행하는데 있어서의 필요한 업무나 절차를 제3자에게 위탁할 수 있으며 동 업무의 위탁 시에는 위탁하는 업무의 종류와 범위, 복잡성과 위험을 감안하여야 한다. 또한, 동 위탁으로 인하여 지나친 위험이 발생하지 아니하도록 적절한 조치를 취하여야 하고, 업무의 위탁으로 인하여 영업 및 서비스 제공의 적정성, 영업에 필요한 조직의 적합성을 침해하여서는 아니 되며, 효과적으로 위험을 관리하여야 한다는 규정(「은행법」 §25b Abs.1)도 지점에 적용된다. 따라서, 업무를 위탁하는 경우에 이로 인하여 발

생하는 책임을 수탁기관에 부담시키는 것은 아니 되며, 최종적인 책임과 규정 준수 의무는 위탁기관이 부담한다(「은행법」 §25b Abs.2). 또한, 업무의 위탁으로 인하여 연방금융감독청의 감독권한이 침해받아서는 아니 되며, 위탁기관의 수탁기관에 대한 지시감독권, 수탁기관의 의무 등을 명시한 서면에 의한 계약을 체결하여야 한다(「은행법」 §25b Abs.3). 아울러, 업무의 외부위탁으로 인하여 감독당국의 검사권 등 감독권한이 침해받은 경우에는 연방금융감독청은 이에 적합한 조치를 취할 수 있다(「은행법」 §25b Abs.4). 마지막으로 제6장(「은행법」 §§54~59)의 형사처벌, 벌금, 기타 각종 제재조치도 지점에 적용되는 규정을 위반하는 경우에는 마찬가지로 적용된다.

2) 국경을 초월하는 영업행위에 대한 감독

유럽경제지역 소속 타 국가의 금융기관이 국경을 초월하는 방식으로 영업을 하는 경우에는 「은행법」 제3조(금지된 영업행위), 제23a조(예금자보호제도), 제37조(허용되지 아니하거나 금지된 업무 위반시 조치), 제44조 제1항(영업 관련 보고서의 감독당국앞 제출의무), 제44c조(허가받지 않은 영업행위 여부를 조사하기 위한 자료제출의무 및 현장검사), 제49조(즉시의 효력발생) 및 「금융서비스감독법」(Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht: FinDAG) 제17조(강제집행)¹⁵⁶⁾가 적용된다(「은행법」 §53b Abs.3 Satz3). 하지만 자료제출 및 검사와 관련하여 「은행지침」과 유럽 「자본시장지침」에서는 국경을 초월하는 영업행위를 하는 경우에 본국의 감독당국에 1차적인 감독책임이 있고 진출국 감독당국에 권한을 부여하지 않았으므로, 공익상의 목적 범위 내에서만 권한을 행사할 수 있다. 또한 국경을 초월하는 금융거래의 경우에는 독일 국내에 실제 영업점이 없고 관련 장부도 존재하지 않으므로 사실상 연방금융감독청이 현장검사를 실시하기는 곤란하다.

유럽경제지역 소속 금융기관이 국경을 초월하는 방식으로 영업을 하는 경우에 준용여부를 명시하고 있지 않으나, 해석상 지점에 적용되는 「은행법」의 규정의 의심스러운 경우에는 연방금융감독청이 결정한다는 규정(「은행법」 §4), 연방금융

156) 동 조에서는 연방금융감독청은 “연방금융감독청의 권한 범위에 해당하는 조치를 이행하지 아니하는 자연인 및 법인(공공법인 포함)에 대하여 행정강제집행법(Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz)의 규정에 따른 강제집행 수단을 행사할 수 있으며, 250,000유로 이하의 이행강제금(Zwangsgeld)을 부과”할 수 있음을 규정하고 있다.

감독청은 이 법에 따른 규정을 위반하거나 고객자산의 안전을 위협 또는 금융기관의 건전경영을 저해하는 경우에는 해당 금융기관이나 경영진에게 주어진 권한의 범위 내에서 적절한 조치를 취할 수 있다는 규정(「은행법」 §6 Abs.3 Satz1)도 적용되나, 영업에 필요한 조직체계를 갖출 것을 요구하는 규정(「은행법」 §25b)은 당연히 적용 여지가 없다.

3) 감독 근원에 따른 「은행법」 준용 규정의 구분

다음으로는 「은행법」 상에 규정하고 있는 감독규정이 어떠한 근원에 따라 해당 지점에 준용되는지를 살펴보는 것은 본국과 진출국간의 감독권한의 상관관계를 이해하는데 보다 많은 도움이 될 것이다. 즉, 앞에서 설명한 지점 및 국경을 초월하는 영업행위에 대한 감독의 권한 및 책임이 진출국인 독일 감독당국에 있는지, 그리고 독일 감독당국에 권한 및 책임이 있는 경우에도 공익의 목적에 기인한 것인지 유럽 관련지침에서 부여한 것인지, 본국 감독당국과의 협조가 필요한 것인지, 본국 감독당국의 독자적인 권한에 속하는 것인지, 여러 가지가 혼합된 것인지에 따라 다음과 같이 5가지 형태로 구분할 수 있다.

첫째, 공익목적상 연방금융감독청의 독자적인 권한과 책임에 따른 것으로는 의심스러운 경우에는 연방금융감독청이 결정한다는 규정(「은행법」 §4), 연방금융감독청은 이 법에 따른 규정을 위반하거나 고객자산의 안전을 위협 또는 금융기관의 건전경영을 저해하는 경우에는 해당 금융기관이나 경영진에게 주어진 권한의 범위 내에서 적절한 조치를 취할 수 있다는 규정(「은행법」 §6 Abs.3 Satz1), 테러자금지원 금지와 관련한 조치(「은행법」 §6a), 금융기관이 자금재대출(refinancing) 업무를 하는 경우의 등록업무 등과 관련된 규정(「은행법」 §§22a~22o), 지점의 부당한 광고행위에 대한 조치근거(「은행법」 §23), 지점의 거래정보 및 고객정보를 유지 및 관리하고 필요한 경우 감독당국의 자동접근이 가능하도록 하여야 한다는 규정(「은행법」 §24c), 허가받지 아니하고 영업행위를 한 경우의 조치(「은행법」 §37), 무허가 영업행위 여부를 확인하기 위한 감독당국의 자료 요청(「은행법」 §44c), 고객 재산의 안전을 저해할 우려가 있거나 효과적인 감독이 우려되는 경우의 조치(「은행법」 §46), 파산신청 및 절차, 지급유예선언(「은행법」 §§46b~46h), 청산절차(「은행법」 §§47~47j), 금융시스템의 안전을 저해할 우려가 있는 경우에 금융기관에 대한 조치(「은행법」 §§48a~48t), 집행정지의 효과

가 없는 즉시 효력발생(「은행법」 §49), 제6장(「은행법」 §§54 ~ 59)의 형사처벌, 행정 제재금, 기타 각종 제재조치는 연방금융감독청의 독자적인 권한에 속한다.

둘째, 유럽 관련 지침에 따른 연방금융감독청의 권한에 속하는 것으로 고객의 신용정보 수집과 제공에 관련된 규정(「은행법」 §10 Abs.2)은 정보보호지침(Datenschutzrichtlinie)을 반영한 것이고, 자본규제가 적용되는 은행 또는 금융투자회사의 경우에 개인고객과의 거래 시 관련 상품의 예금보장여부 및 보장금액을 알려 주어야 하는 규정(「은행법」 §23a)은 「예금자보호지침」(Einlagensicherungsrichtlinie)과 「투자자보상지침」(Anlegerentschädigungsrichtlinie)을 반영하였으며, 지급결제시스템 또는 증권대차결제시스템을 운영하고자 하는 경우에는 연방금융감독청과 연방은행에 통보하여야 하는 규정(「은행법」 §24b)은 「결제청산지침」(Abrechnungsrichtlinie)을 반영하였고, 지점은 자금세탁 및 테러자금지원 방지를 위한 적절한 안전장치를 마련하여야 하며(「은행법」 §25h Abs.1), 자금세탁, 테러자금지원, 기타 불법행위를 적발할 수 있는 체계를 갖추어야 하는(「은행법」 §25h Abs.2) 등 자금세탁, 테러자금 지원방지와 관련한 규정은 「자금세탁지침」(Geldwäscherichtlinie)을 반영한 것으로 이는 「은행지침」과 유럽 「자본시장지침」 이외의 유럽의회 및 유럽이사회에서 제정한 특별지침을 반영한 규정으로서 연방금융감독청이 독자적인 규제와 감독권한을 행사한다.

셋째, 연방금융감독청과 본국의 감독당국 간의 협력이 필요한 감독규정으로는, 유동성규제(「은행법」 §11), 100만 유로 이상 여신의 분기별 보고(「은행법」 §§14, 22), 월보고서 및 기타 영업과 관련한 보고서 제출(「은행법」 §25) 등의 규정은 「은행지침」과 유럽 「자본시장지침」에서 진출국에 감독권한과 의무를 부여하였으나, 이를 위반한데 따른 조치는 본국 감독당국과의 협조가 필요한 부분이다.

넷째, 본국 감독당국의 독자적인 권한에 속하는 규정으로 금지된 업무(「은행법」 §3), 지점의 이전 사실과 지점영업을 중지한 사실에 대한 통보(「은행법」 §24 Abs.1. Nr.5, 7)¹⁵⁷⁾, 명칭사용 권한의 보호(「은행법」 §§39 ~ 42, §43 Abs.2, 3)는 전적으로 본국의 권한에 속하는 것으로 유럽경제지역 소속 금융기관이 다른 국가에 지점을 설치하고자 하는 경우에는 진출국에서 영위하고자 하는 영업행위가 본국 감독당국으로부터 그 허가받은 범위 이내이어야 하므로 업무의 종류와

157) 앞서 언급한 바와 같이 「은행법」상으로는 지점 이전과 영업중지 사실을 연방금융감독청과 연방은행에 통보하도록 되어 있으나, 논리적으로는 외국진출에 대한 허가권한과 감독권한을 가진 본국의 감독당국의 전속 권한으로 보는 것이 타당하다.

내용에 대한 감독권한은 전적으로 본국 감독당국이 행사하며, 다른 국가에 지점을 설치하고자 하는 금융기관은 본국의 감독당국에 진출예정국가, 영업계획, 주소, 지점의 대표자 등의 내용을 통보하도록 하고 있으므로 이의 이전과 영업중지 사실도 본점의 감독당국에 통보하여야 한다. 은행의 명칭도 본국에서 사용하고 있는 명칭을 지점을 설치한 장소에서 동일하게 사용할 수 있으므로 본국의 감독당국이 이의 사용 가능 여부를 규제할 수 있다.

다섯째, 본국과 진출국 감독당국의 혼합된 감독 규정으로는, 사후 감독이 가능하도록 수행한 업무에 대한 기록을 5년 이상 보존하도록 하는 규정(「은행법」 §25a Abs.1 Satz6 Nr.2), 감독당국의 요청에 따른 자료제공의무(「은행법」 §44 Abs.1, 6), 국경을 초월하는 정보제공 및 검사(「은행법」 §44a) 관련한 규정이 있다. 이 경우에는 유럽의회 및 유럽이사회에서 제정한 특별지침, 「은행지침」 및 유럽 「자본시장지침」에 따라 연방금융감독청과 본국 감독당국이 상호간에 협력하여 감독 권한을 행사하거나, 사안에 따라 연방금융감독청 또는 본국 감독당국이 독자적인 권한을 행사한다.¹⁵⁸⁾ 본국 감독당국과 연방금융감독청의 권한 행사에 충돌이 있는 경우에는 유럽집행위원회의 조정결정에 따른다.¹⁵⁹⁾

(4) 규정 위반에 따른 시정절차

독일에 진출한 금융기관이 관련 규정을 준수하지 아니할 경우에는 연방금융감독청은 본국 감독당국에 이를 통보하고 필요한 조치를 할 것을 요구할 수 있으며, 본국 감독당국이 적절한 조치를 하지 아니하는 경우에는 연방금융감독청이 직접 조치를 취할 수 있다(「은행법」 §53b Abs.4). 이는 연방금융감독청과 본국 감독당국간의 상호협력을 통한 감독이 필요한 경우에 유용하게 적용된다. 예를 들면, 독일에 진출한 외국 은행의 지점이 유동성규제(「은행법」 §11)를 준수하지 못하거나, 그러한 우려가 있는 경우에는 본국 감독당국에게 이를 즉각 통보하여 필요한 조치를 요구하고, 본국 감독당국의 조치가 미약한 경우에는 본국 감독당국에 이를 통보한 이후 연방금융감독청이 신규 업무의 중단 등 직접 필요한 조치를 취할 수도 있다. 하지만 지점의 유동성만 일부 부족하고, 본점 차원에서의 유동성이 충분한 경우에는 본점 감독당국과의 사전에 협의를 거친 이후에 그러한

158) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, §53b Rn. 164.

159) *Ibid.*, §53b Rn. 170.

조치를 취하는 것이 합리적일 것이다. 한편, 긴급한 경우에는 본국 감독당국에 사전 통보 없이 연방금융감독청이 필요한 조치를 취할 수 있으며, 동 조치를 취한 사실을즉시유럽집행위원회와 유럽은행감독청(Europäische Bankenaufsichtsbehörde), 그리고 본국 감독당국에 통보한다(「은행법」 §53b Abs.5). 유럽집행위원회는 연방 금융감독청, 본국 감독당국, 유럽은행감독청으로부터 의견을 취합하여 해당 긴급 조치가 타당하지 않다고 결정하는 경우에 동 조치는 즉시 효력을 잃는다(「은행법」 §53b Abs.5).

본국 감독당국은 지점의 감독에 필요한 자료를 조사하기 위하여 해당 점포를 검사할 수 있고, 이 경우에는 사전에 연방금융감독청 앞으로 통보하여야 한다(「은행법」 §53b Abs.6). 동 규정은 당연히 지점의 경우에만 적용되고, 국경을 초월하는 금융거래의 경우에는 적용의 여지가 없다. 또한 자본규제가 적용되는 은행의 자회사가 유럽경제지역 소속 다른 국가에 소재하는 경우에도 동 자회사가 독일 국내에 지점 설치 또는 국경을 초월하는 방식으로 일정한 조건하에 연방금융감독청의 허가 없이 은행업, 금융서비스업 또는 현금지급서비스 업무를 영위하는 것을 허용하고 있다(「은행법」 §53b Abs.7). 이는 상호주의를 더욱 확대하여 유럽경제지역 소속 금융기관이 자회사를 설립하여 그 자회사의 지점 등을 통하여 유럽경제지역 소속 국가에서 영업을 하는 현실을 반영한 것이나, 그 적용 사례는 많지 않다.¹⁶⁰⁾

유럽경제지역 소속 다른 국가 금융기관의 독일 내 지점이 독일 내에서 중요한 영향력을 행사한다고 판단되는 경우에는 연방금융감독청은 본국의 감독당국 앞으로 해당 지점을 ‘중점감독지점’(bedeutende Zweigniederlassung)으로 선정할 것을 요청할 수 있다(「은행법」 §53b Abs.8). 중요한 영향력에 대한 판단기준은 ① 독일금융시장에서의 수신점유율이 2%를 초과하거나, ② 동 지점이 국내시장의 유동성, 거래시스템, 결제시스템 등에 상당한 영향을 미치거나, ③ 고객의 수 또는 규모 등을 기준으로 독일의 은행 및 금융시스템에 상당한 영향력을 행사하는 경우 등으로 연방금융감독청은 해당 금융기관 앞으로 이의 판단을 위한 자료를 제공할 것을 요구할 수 있다. 중점감독지점으로 선정되는 경우에는 본국의 감독당국과 공동감시단(Aufsichtkollegien)을 구성하여 감독당국 간의 협력을 강화하고, 이러한 협력관계를 제도적으로 정착시키게 된다. 따라서 어떤 지점이 중점감독지점으로 지정되는 경우에는 연방금융감독청은 다른 국가의 감독당국과 함께 그 금융기관

160) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, §53b Rn. 177.

에 대한 공동감시단의 일원으로 참여가 가능해진다. 한편, 독일 내에 설립된 유럽 연합-금융기관의 자회사에 대한 연결기준의 감독을 강화하기 위하여, 지점에 대한 위험대비 자기자본(Eigenmittel)이 부족할 때, 관련 감독당국 간 공동으로 또는 독자적으로(연방금융감독청이 관련 감독당국으로부터 협조를 얻지 못하는 경우를 말한다) 지점의 자본금에 해당하는 자기자본을 보완하도록 결정할 수 있다(「은행법」 §53b Abs.10). 또한 연방금융감독청은 지점에 대한 검사를 실시하기 전에 본국 감독당국의 의견을 들어야 하며, 검사결과 중요사항은 본국 감독당국 앞으로 통보하여야 한다(「은행법」 §53b Abs.11).

(5) ‘단일허가주의’(EU-Pass)의 예외적 적용

유럽경제지역 소속 국가가 아님에도 ‘단일허가주의’(EU-Pass)가 적용되는 예외적인 경우가 있다. 즉, 연방재무부는 유럽경제지역 소속 금융기관에 대하여 적용되는 「은행법」 §53b의 규정이 유럽경제지역 소속 국가가 아닌 제3국에 소재하는 금융기관에게도 예외적으로 적용되는지를 결정할 수 있으며, 2011년 2월 현재 이와 같은 금융기관으로 미국계 5개,¹⁶¹⁾ 일본계 3개¹⁶²⁾와 1개의 호주계¹⁶³⁾ 금융기관이 지정되어 있다.¹⁶⁴⁾ 따라서 이들 지점은 「은행법」 §53b와 동일한 ‘단일허가주의’(EU-Pass) 또는 부분적인 독일 감독규정 면제의 혜택을 누릴 수 있다.

이와 같이 진출국 감독당국의 규제에서 면제될 수 있는 조건은 유럽연합과의 협약이 있거나, 양 국가 간의 개별 약정이 있는 경우이다(「은행법」 §53c Nr.1 oder Nr.2). 양 국가 간의 개별 약정이 있는 경우에도 해당 금융기관의 본점이 국제적인 감독기준에 따라 감독을 받고 있어야 하며(「은행법」 §53c Nr.2, a), 상호주의 원칙에 따라 독일금융기관이 해당국가에 진출한 지점도 동일한 혜택을 받고 있고(「은행법」 §53c Nr.2, b), 해당국가의 감독당국과 충분한 협력이 이루어지고 있으며 이러한 사항들이 협약에 의하여 보장되어야 한다(「은행법」 §53c Nr.2, c). 위에서 언급한 9개 지점은 모두 독일과 개별국가간의 약정에 의한 것이다. 대표

161) 미국 FRB 또는 통화감독청의 감독을 받고 있는 미국 금융기관의 독일 내 지점으로 독일 연방재무부는 1994. 4. 21. 결정하고 1994. 7. 4. 공고.

162) 일본 재무부의 감독을 받고 있던 금융기관의 독일 내 지점(현재는 금융청의 감독 대상)으로 독일 연방재무부는 1995. 12. 13. 결정하고 1996. 1. 16. 공고.

163) 호주 건전성감독원(Prudential Regulation Authority)의 감독을 받는 금융기관의 독일 내 지점으로 독일 연방재무부는 1999. 6. 2. 결정.

164) Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *op. cit.*, §53c Rn. 1.

적으로 감독과 규제에서 면제되는 부분은 자기자본규제(ehemalige Grundsätze I und Ia des BAKred i.V.m. §10 und §10a), 거액여신(§13) 산정 시 지점의 책임자 자본이 아닌 금융그룹전체 연결기준 책임 자기자본을 기초로 산정하는 부분 등이다. 지점 설립에 따른 허가(「은행법」 §53 Abs.2 i.V.m. §32), 2인의 경영진(「은행법」 §53 Abs.2 Nr.1), 회계처리(「은행법」 §53 Abs.2 Nr.2~4) 등 일반 지점에 적용되는 일부 규정들도 상호주의 원칙에 따라 면제되고 있으나, 5백만 유로의 최소자본금 규정은 면제되지 아니한다.

5. 소 결

외국은행을 현지법인과 지점으로 구분할 때, 독일에서의 현지법인에 대한 규제는 독일 국내은행과 전혀 차이가 없으며(이는 우리나라의 경우와 동일하다), 외은 지점에 대한 감독 및 규제는 제3국에 소재하는 금융기관의 독일 내 지점(「은행법」 §53)과 유럽경제지역 소속 국가에 소재하는 외국금융기관의 독일 내 지점에 대한 규제(「은행법」 §53b)로 크게 나누어 볼 수 있다. 이는 유럽의 단일화, 공동방위 및 공동 외교 정책 추구 등 보다 더 긴밀한 경제적·정치적 연합체인 유럽연합으로 발전하는 과정에서 유럽경제지역 소속 국가와 기타 제3국가를 분리하여 취급하는 결과이다. 이에 따라 유럽경제지역 소속 국가에 소재하는 외국금융기관의 독일 내 지점에 대하여는 ‘단일허가주의’(EU-Pass)가 적용되어 독일 내에서의 독자적인 규제와 감독을 일부 배제하지만, 제3국에 소재하는 금융기관의 독일 내 지점에 대하여는 엄격한 규제와 감독이 적용된다.

‘단일허가주의’(EU-Pass)가 적용되는 경우에는 유럽의회에서 제정한 「은행지침」과 「자본시장지침」, 그리고 이를 국내법에 반영한 규정에 따라 그 대상 금융기관과 업무의 범위를 명확히 하고, 본국 감독당국의 진출국 감독당국 앞 통보 절차를 통하여 1차적인 감독책임은 본국이, 2차적인 감독책임은 진출국이 부담하도록 하는 등 상호간의 협력을 강화하여 감독의 공백이 발생하지 않도록 하고 있다. 또한, 독일 금융시장에 진출한 유럽경제지역 소속 국가의 외국금융기관의 지점이 독일 내에서 상당한 영향력을 행사하는 경우에는 이를 중점감독지점으로 선정, 다른 국가의 감독당국과 공동감시단을 구성하여 정보교환 등 보다 강화된 감독을 하고 있다.

규제와 감독측면에서의 또 한 가지의 특징은 유럽이라는 지정학적 특수성과 정

보통신기술의 발전으로 인하여 국경을 넘나드는 거래가 빈번하며 이에 대한 규제를 어떻게 할 것인지에 대하여 허가지침을 마련하는 등 상당히 발달된 규범 체계를 갖추고 있다는 점이다. 특히, 국경을 초월한 영업행위의 형태를 ‘적극적 서비스제공’(aktiver Dienstleistungsverkehr)과 ‘수동적 서비스제공’(passiver Dienstleistungsverkehr)으로 구분하고 ‘적극적인 서비스제공’ 행위를 기본적인 규제 대상으로 삼아 그에 대한 허가지침을 마련하고 이에 대한 판례도 정립되어 있는 등 상당히 발전된 이론 체계를 갖추고 있다. 이러한 점은 우리나라의 경우 무허가 영업행위로 항상 논란의 대상이 되는 사례¹⁶⁵⁾ 등에 많은 참고가 될 것으로 보인다.

또한, 지점의 자본금에 대한 규제와 관련하여서는 이론적으로 지점은 본점의 일부분으로 독립성이 없으므로 자본금의 개념을 적용하기는 곤란하나, 규제 목적상 본점에서 지점에 제공한 영업자본금(Betriebskapital)과 유보된 잉여금의 합계액에서 본·지점 계정을 공제한 이후의 금액을 자기자본(Eigenmittel)으로 정하고, 이를 기준으로 각종 규제비율을 산정하고 있어, 결국 우리나라의 외은지점에 대한 자본금의 의제와 유사한 제도를 운영하고 있으며, 여수신 업무를 영위하는 지점의 경우에는 5백만 유로 이상의 초기자본금을 보통주 자본금(hartes Kernkapital)으로 보유하도록 하는 등 건전경영을 유도하기 위한 각종 장치를 마련하고 있다.

기타 지점에 대한 감독과 규제에서 항상 문제가 되는 업무의 중개와 업무 위수탁에 대하여도 중개업자의 개념 및 중개의 범위, 별도의 허가 없이 가능한 경우와 허가가 필요한 경우를 명확하게 구분하고 있으며, 각종 준용규정도 열거하고 있어 우리나라의 경우 「은행법」상 6개의 조문으로 외은지점을 규율하고 있는 것과 비교하여 많은 차이가 있다.

따라서, 독일의 외국금융기관에 대한 감독 및 규제는 유럽경제공동체의 특성을 반영한 부분을 제외하고는 전반적으로 우리나라의 규제체계와 유사한 점이 있어서 우리에게 주는 시사점이 많다.

165) 국내에 법인 또는 지점을 보유하지 않은 외국은행이 국내기업에 대출하는 것이 「은행법」에 위반하는지 여부에 대한 질의에서, 금융위는 “현행 「은행법」상 국내에서 은행업을 영위하는 것으로 볼 수 없으며, 별도의 은행업 인가가 필요하지는 않은 것으로 판단”된다고 답변(금융감독원 법규 유권해석 사례, 글번호 95, 등록일 2014. 3. 14.).

III. 결 론

외은지점이 국내에 진출한 이래 국내은행의 경쟁력 강화 및 국제 금융시장의 환경 변화 등으로 외은지점의 영업 환경이 점차 어려워지면서 외은지점으로부터 영업규제의 완화 요구는 지속적으로 제기되어 왔다.

이에 2015년 9월 금융위에서는 국내에 진입하려는 외국은행에 대한 진입장벽을 보다 낮추고 진입단계에서의 자율성을 제고할 계획을 발표하였다.¹⁶⁶⁾ 동 계획에 따르면 그동안 외국은행이 국내에 진입하기 위해서는 사무소 설치 이후에 지점 설치 인가 절차를 밟아야 하였으나 이를 자율적으로 판단하여 지점 설치 인가를 신청할 수 있도록 하였다. 또한, 신용위험 가중치 국가 대상 기준을 현행은 신용 공여 산출 대상에서 제외되는 위험가중치 0% 국가를 'OECD 국가' 등으로 한정하고 있었으나,¹⁶⁷⁾ 적격 외부 신용평가기관의 신용등급 일정 수준(AA- 이상) 이상 또는 OECD 신용등급(0~1등급)에 따라 위험가중치 0%를 적용하기로 하였다. 그 외에 은행의 장외파생상품 취급 시에 자본시장법과 「은행업감독규정」상의 투자자보호 관련 규제가 중복으로 적용되는 점을 개선하기로 하였으며, 금융위원장은 은행업, 금융투자업 등 업권별로 전업주의 또는 겸업주의 체계가 국가마다 달라 발생하는 애로사항에 대해서는 이해상충이 발생하지 않는 범위 내에서 적극적으로 개선해 나가겠다고 밝혀¹⁶⁸⁾ 외은지점의 국내 영업에 따른 법적 불확실성이 보다 많이 해소될 것으로 전망된다.

하지만, 근본적으로 외은지점의 규제와 관련한 문제는 「은행법」상의 6개의 조문으로 이를 해결하려는 데에서부터 시작되고 있으며, 외은지점을 「은행법」의 감독목적상 별개의 은행으로 간주하지만 「상법」상으로는 본점에 종속하는 영업소라는 태생적인 한계에서부터 여러 가지 혼란이 발생한다.

특히 본점 자본금의 인정 문제는 그동안 가장 논란이 되었던 사안으로서 본점의 자본금을 인정하는 경우 국내 은행 산업의 잠식 우려가 있으며, 부실이 발생하는 경우에는 국내 채권자 보호의 문제가 발생할 수 있어 간단한 사안으로 보기

166) 금융위원회, 「임종룡 금융위원장, 「외은지점 주최 CEO 간담회」 참석 - 국내 제도의 국제적 정합성 제고를 위한 의견청취 및 현장답변,」 보도자료(2015. 9. 4), <참고1>.

167) 「은행업감독업무시행세칙」 <별표3> 신용리스크 위험가중자산에 대한 자기자본비율 산출기준 (바젤 I 기준).

168) 위의 보도자료.

는 어렵다. 본점의 자본금을 인정하는 방식으로 제도 개편을 한다면 미국의 경우와 같이 외은지점에 대하여 소매금융 업무를 하지 못하도록 할 것인지 여부를 검토하여야 할 것이고, 본점 자본금 인정에 따른 보완 대책으로 일정 규모 이상의 자산유지의무 제도 도입, 외은지점의 폐쇄 시 해당 지점의 채무초과로 국내지점의 영업기금으로 채무 전액을 변제하지 못하는 경우의 대책 마련 등 이와 관련된 감독 제도의 전반을 손보아야 하는 부담도 있다. 하지만, 독일의 사례에서 보듯이 본점의 자본금을 인정하지 않더라도 그에 상응하는 감독·규제 장치를 마련하는 경우에는 규제에 다른 별다른 문제가 없고, 본점 자본금을 인정하는 제도가 반드시 우월한 제도로 보기도 어려우므로 현행의 제도를 그대로 유지하더라도 크게 문제될 것은 없는 것으로 판단된다.

전반적으로 현행 우리나라의 「은행법」 체계 하에서는 독일의 「은행법」을 참고하여 외은지점의 감독·규제 목적상 별개의 은행으로 취급하는 “분리법(Trennungslösung)”의 이론과 본점에 종속하여 하나의 단일체로 취급하는 “합체법(Einheitslösung)”의 이론에 따라 구분하여 규제한다면 많은 문제와 혼란을 해결할 수 있을 것으로 보인다.

(논문투고일 : 2018.11.14, 심사개시일 : 2018.11.16, 게재확정일 : 2018.12.20)



▶ 이 종 호

주제어 (외국은행 국내지점, 독일의 외국금융기관, 국경을 초월하는 영업행위, 분리법, 합체법, 지점의 자기자본, 자본금 규제)

【참 고 문 헌】

I. 단행본

김성룡/송호영/안성포/이동식, 「독일법」(신론사, 2013. 3).

정찬형/도제문, 「은행법」(박영사, 2003).

_____, 「은행법」, 제2판(박영사, 2005).

한국은행 은행감독원 감독기획국 국제업무과, 「BCCI사건을 계기로 본 국·내외
은행감독상의 문제점 및 교훈」, 업무자료(감독기획국); 92-09 (한국은
행, 1992. 7).논문 등

금융위원회, “임종룡 금융위원장, 「외은지점 주최 CEO 간담회」 참석 - 국내 제
도의 국제적 정합성 제고를 위한 의견청취 및 현장답변,” 보도자료
(2015. 9. 4.).

박인수, “유럽헌법의 규범체계,” 「세계헌법연구」 제13권 1호(국제헌법학회,
2007).

II. 외국문헌

Beckmann/Bauer, Bankaufsichtsrecht, C. H. Beck, Mchn.(Juli 1994).

Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz, C. H. Beck Mchn. 4.
Auflage(2012).

Diehl, Wolfram, Zweigniederlassungen ausländischer Banken, Frankfurt a. M.,
Fritz Knapp(1978).

Panowitz/Jung, KWG, Kommentar, Luchterhand (Hermann)(1999).

Reischauer/Kleinhans, KWG, Kommentar, C. H. Beck Mchn(Grundwerk mit
Ergänzungslieferung 6/15 2015).

Szagunn/Haug/Ergensinger, Gesetz über das Kreditwesen, Kommentar,
Kohlhammer(1997).

BaFin, Merkblatt “Hinweise zum Tatbestand der
Drittstaateneinlagenvermittlung,”(Stand: Dezember 2009),

<http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_091204_tatb

estand_drittstaateneinlagenvermittlung.html>.

_____, “Merkblatt der Deutschen Bundesbank über die Erteilung einer Erlaubnis zum Erbringen von Finanzdienstleistungen,”(Stand: April 2013 – Veröffentlicht mit freundlicher Genehmigung der Deutschen Bundesbank), <http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Merkblatt/WA/dl_071101_fidierlaubnis_buba.html>

_____, “Merkblatt über die Erteilung einer Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften gemäß § 32 Abs. 1 KWG,”(Stand: 31. 12. 2007), <http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Merkblatt/BA/dl_080609_bankerlaubnis_ba.html>.

_____, “Mindestanforderung an das Risikomanagement (MaRisk),” Rundschreiben Nr. 10/2012 vom 14. 12. 2012. <http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs_1210_marisk_ba.html>.

_____, “Merkblatt - Hinweis zur Erlaubnispflicht nach §32 Abs. 1 KWG in Verbindung mit §1 Abs. 1 und Abs. 1a KWG von grenzüberschreitend betriebenen Bankgeschäft und/oder grenzüberschreitend erbrachten Finanzdienstleistungen,”(1. April 2005), <http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_050401_grenzueberschreitend.html>.

Bundesfinanzministerium, “Basel III – ein Meilenstein im Bankenaufsichtsrecht,” Monatsbericht vom 21. 10. 2013.

Deutsche Bundesbank, Bankenstatistik (August 2015), <http://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Veroeffentlichungen/Statistische_Beihefte_1/2015/2015_08_bankenstatistik.pdf?__blob=publicationFile>.

EU-Kommission, “Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen über den freien Dienstleistungsverkehr und das Allgemeininteresse in der Zweiten Bankenrichtlinie,” ABl. EG Nr. C209 v. 10. 7. 1997.

Thilo Kuntz, “Zweigniederlassungsfreiheit und Begriff der Zweigniederlassung von EU-Auslandsgesellschaften im Handels- und Gesellschaftsrecht, Bank-

und Versicherungsaufsichtsrecht,” ZBB – Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2005, 412.

v. Frieling, “Gibt es eine Krise der Repräsentanzen ausländischer Banken in Deutschland?,” ZgKW 2003.

Verband der Auslandsbanken in Deutschland e.V., “Statistiken Pressskonferenz 2015,” 2015. 3. 25.

Abstract

A legal study on Supervision and Regulation of Foreign Banks in Germany

Lee, Jong Ho

The supervision and regulation of foreign banks in Korea shall be divided into 3 categories: (i) subsidiaries of foreign banks which are supervised and regulated just same as domestic commercial banks, (ii) foreign bank branches which are regulated separately based on their business activities, and (iii) representative offices of foreign banks which are not regulated at all except entry barrier. Country by country it varies how to regulate subsidiaries and branches. Sometimes they are regulated separately or on the same standard. For example, in Europe it has been focusing on how to regulate and manage cross border transactions with the development of economic integration within European Economic Community and more stressed on the forms of entry and business activities.

In this regard leading proposals considering the cases of Germany are suggested in this thesis in order to get some ideas regarding supervisory and regulatory problems in Korean financial market.

The substantial problems in the perspective of supervision and regulation of foreign bank branches in Korea have arisen from that while foreign bank branches are extended business arms of head offices in nature, they are also regarded as independent position of bank, directly assigned by the Banking Act. In German banking system being similar to Korea it can be firmly construed as “independent concept” (Trennungslösung) and “single concept” (Einheitslösung). Foreign banks branches are comprehensively supervised and regulated as independent entities

abroad or single entities subjecting to home head office, according to the activities which reflect their core business.

In the Banking Act, conspicuously some of 6 paragraphs are only containing fundamental factors for governing foreign branches and all other rules except 13 paragraphs are excluded from their application. This remains ambiguous and blurry and needs to be clarified one by one paragraph with reference to German Banking Act.

As mentioned above, this research shows what the controversial and unsolved issues regarding foreign bank branches are, and how to interpret and resolve such issues. One solution could be enactment of an Act only for foreign bank branches, but it is too cumbersome and complicated. The other option is to revise current Banking Act on the distinct basis of “independent concept” (Trennungslösung) and “single concept” (Einheitslösung) of foreign bank branches, and then only is able to settle the debates.



▶ **Lee, Jong Ho**

foreign bank branch, foreign banks in Germany, cross border transactions, independent concept, single concept, equity capital of a branch, non-acknowledgement of the equity of head office

초국경적 특허발명의 실시와 특허권 침해*

: 네트워크 관련 발명을 중심으로

김 동 준**

【목 차】

I. 서론	
II. 우리나라의 법리	4. 영국
1. 속지주의 법리	5. 정리
2. 관련 판결례	IV 검토
3. 정리	1. 속지주의 완화의 가능성 및 필요성
III. 주요국의 법리	2. 실시지의 해석
1. 일본	3. 실시행위
2. 미국	4. 복수주체가 관여하는 초국경적 실시
3. 독일	V. 결론

【국 문 요 약】

특허권의 속지주의 원칙에 따르면 특허권은 등록된 국가의 영역 내에서만 그 효력이 미치게 된다. 하지만 글로벌화·네트워크화에 의해 특허발명의 실시가 국경을 넘어 국제적인 양상을 띠고 있어 특허발명을 실시하고 있는 장소인 국가는 어디가 될 것인지(서버의 소재지인지, 서비스를 받는 단말소재지인지, 아니면 서비스 제공자 소재지인지) 문제된다.

우선 (i) 발명을 구성하는 물건이나 공정의 전부가 물리적으로 국내에 존재하지 않으면 침해를 구성하지 않는다고 하는 해석이 속지주의 원칙으로부터 논리필연적으로 도출되는 것은 아니라는 점, (ii) 특허권의 속지주의 원칙이 채용되어 있는 국가에서도 시스템이나 방법의 일부가 해외에 존재 혹은 해외에서 행해진 경우에도 특허권의 침해를 인정한 재판례가 존재한다는 점 및 (iii) 디지털·네트워크 기술환경에서 빈발하고 있는 초국경적 특허발명의 실시에 대응할 필요성 등을 고려

* 이 글은 특허청 정책연구과제(디지털 환경에서의 특허요건 및 침해에 대한 연구, 2018. 1.) 보고서의 내용 중 필자의 집필 부분을 수정한 것이다.

** 충남대학교 법학전문대학원 교수.

하면, 속지주의 완화의 가능성과 필요성은 인정된다고 볼 수 있다.

다음으로 실시지의 유연한 해석과 관련하여 구체적 해석방법 중에는 결국 기존 특허법 체계와 친화성이 있는 ‘주된 행위지’ 기준을 적용하는 것이 대안이 될 수 있을 것인데, 구체적 판단 기준 마련은 입법에 의한 해결보다는 결국 판례의 축적에 의해 기준이 마련됨으로써 대응될 것으로 보인다. 여기서 주된 행위지를 검토함에 있어서는 (i) 실시행위에 대한 주된 의사판단 주체의 물리적 소재지, (ii) 실시행위에 의해 실현되는 특허발명의 기술적 효과의 주된 발현지·귀속지 등을 종합적으로 고려할 필요가 있고, 이러한 기준은 미국 판례에서 제시된 ‘관리와 수익한 사용(control and beneficial use)’이라는 기준과도 유사하다고 볼 수 있다. 또한, 이와 같은 판단기준은 발명의 카테고리에 관계없이 시스템 발명이든 방법 발명이든 동일하게 적용되어야 할 것이다.

한편, 네트워크 관련 발명의 경우 시스템(물건)의 생산·판매를 중심으로 경제적 이익을 향수하는 것이 아니라, 주로 시스템의 ‘사용’을 통해 이익을 창출하며, 네트워크 관련 발명의 경우 ‘방법’ 발명으로 청구되는 경우도 상당하다. 따라서 네트워크 관련 발명의 경우 실시행위 중 ‘사용’ 태양에 대한 검토가 중요해지는데, ‘사용’ 행위를 형식적으로 볼 것이 아니라 특허법의 취지에 맞게 규범적 관점에서 이해하는 해석론으로 대응하는 것을 기본방향으로 하되, 해석론에 의한 대응에 한계가 있을 경우 네트워크 관련 발명 특유의 실시 태양을 실시 규정에 포함하는 방안도 향후 추가 검토할 필요가 있을 것이다.

마지막으로 ‘복수주체가 관여하는 초국경적 실시’의 경우 기본적으로 속지주의 문제와 복수주체 문제 모두에 대한 검토가 필요하고, 결국 복수주체의 실시 전체에 대한 규범적 평가 결과 그 실시가 ‘국내 실시’로 인정될 것인지, 그리고 복수주체 중 누구에게 침해책임이 인정되어야 할 것인지에 대해 검토해야 할 것이다.

1. 서론

디지털·네트워크 환경을 대표하는 기술은 클라우드와 사물인터넷(Internet of Things, IoT)이다. 클라우드로 불리는 인터넷에 연결되어 있으면 어디서나 접근 가능한 서버군·서비스가 보급되고 있고, 이로 인해 다양한 서비스가 국경을 넘어

어디서든 이용가능하게 되었다. 또한, 종래에는 네트워크로 연결되지 않았던 자동차나 가전, 나아가 스마트폰이나 스마트워치와 같은 모바일 단말까지도 포함한 모든 ‘사물’이 인터넷에 연결되게 되는 만물인터넷(Internet of Everything, IoE)으로 인해, 하나의 하드웨어로 완결되지 않는 시스템이 증가하고 있고 그와 같은 발명을 실시하는 주체·장소도 하나에 그치지 않고 있다. 이와 같은 기술적 환경에서는 복수주체 문제,¹⁾ 속지주의의 문제 등에 대한 검토가 필요하다. 예를 들어, A수단, B수단 및 C수단으로 이루어진 시스템 특허발명과 관련하여, A수단과 C수단이 국내에 위치한 서버에 의해 구현되고, B수단이 국외에 위치한 서버에 의해 구현되는 경우 특허권 침해가 성립하는지 문제될 수 있다.²⁾

물론 특허권의 속지주의 원칙에 따르면 특허권은 등록된 국가의 영역 내에서만 그 효력이 미치게 된다.³⁾ 하지만 위와 같은 글로벌화·네트워크화에 의해 특허발명의 실시가 국경을 넘어 국제적인 양상을 띠고 있고, 침해에 관여하는 모든 자의 행위가 국내에 한정되는 경우와는 달리 어느 행위자가 국경을 넘는 경우에는 속지주의 원칙과의 관계에 있어서도 문제가 복잡하게 된다. 클라우드와 IoT 시대에 있어서는 이와 같이 발명을 실시하고 있는 장소인 국가는 어디가 될 것인지(서버의 소재지인지, 서비스를 받는 단말소재지인지, 아니면 시스템 제공자 소재지인지) 문제되는바, 이하 이 문제에 대해 검토해 본다.

1) 복수주체가 관여하는 특허발명의 실시에 있어서 특허권 침해 판단 문제에 대해서는 필자의 선행 연구(“복수주체가 관여하는 특허발명의 실시와 특허권 침해”, 법학연구 29권 1호, 충남대학교 법학연구소, 2018. 2., 301-352면)에서 검토한 바 있으므로 이 글에서는 속지주의 문제로 검토의 범위를 한정한다.

2) 이와 같은 발명을 네트워크 관련 발명이라고 할 수 있는데, 네트워크 관련발명을 넓게 정의하면, 네트워크를 통해 접속된 복수의 컴퓨터(예를 들면, 서버, 클라이언트 등)의 조합에 의해 실시되는 발명(물건의 발명과 방법의 발명 양자를 모두 포함한다)으로 정의할 수 있다. 여기에서 말하는 컴퓨터에는 태블릿 단말, PC, 서버기기, 데이터서버 등 일반적으로 컴퓨터로 이해되는 것 외에, 시계, 건설기계, 건축물 등에 부착되는 센서나 계측기 등도 포함된다. 一般財団法人 知的財産研究教育財団 知的財産研究所, ネットワーク関連発明における国境をまたいで構成される侵害行為に対する適切な権利保護の在り方に関する調査研究報告書(平成28年度 特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書)(平成29年3月), 5頁에서 정의된 내용이다.

3) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다42110 판결(“특허권의 속지주의 원칙상 물건의 발명에 관한 특허권자가 그 물건에 대하여 가지는 독점적인 생산·사용·양도·대여 또는 수입 등의 특허실시에 관한 권리는 특허권이 등록된 국가의 영역 내에서만 효력이 미치는 점을 고려하면…….”); 대법원 2014. 11. 27. 선고 2012두18356 판결(“특허권의 속지주의 원칙상 특허권자가 특허물건을 독점적으로 생산, 사용, 양도, 대여, 수입 또는 전시하는 등의 특허실시에 관한 권리는 특허권이 등록된 국가의 영역 내에서만 그 효력이 미친다고 보아…….”).

2. 우리나라의 법리

가. 속지주의 법리

대법원은 특허권의 속지주의에 대해, 특허권은 등록된 국가의 영역 내에서만 그 효력이 미치는 것이라고 판시하고 있지만,⁴⁾ 간접침해,⁵⁾ 국내 미등록 특허 사용료 과세,⁶⁾ 외국법원 확정판결 승인⁷⁾ 등이 문제된 사안에서 특허권의 속지주의에 대해 판시한 것으로, 이 글의 검토 대상인 초국경적 특허발명의 실시와 관련된 대법원 판결은 없는 것으로 보인다. 또한, 선행연구가 상당 수 존재하는 복수주체의 문제와 달리 초국경적 특허발명의 실시와 관련한 국내 논의는 찾기 어렵다. 다만, 하급심 판결 중에는 다음과 같은 것들이 있다.

나. 관련 판결례

-
- 4) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다42110 판결; 대법원 2014. 11. 27. 선고 2012두18356 판결; 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013두9670 판결; 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결; 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005두8641 판결 등.
- 5) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다42110 판결(특허물건의 생산이 국외에서 일어나는 경우에는 그 전 단계의 행위가 국내에서 이루어지더라도 간접침해가 성립할 수 없음).
- 6) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2012두18356 판결; 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013두9670 판결(미국법인이 특허권을 국외에서 등록하였을 뿐 국내에는 등록하지 아니한 경우에는 미국법인이 그와 관련하여 지급받는 소득은 그 사용의 대가가 될 수 없으므로 이를 국내원천소득으로 볼 수 없음); 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005두8641 판결(국내에서 제조되어 미국으로 수출한 제품의 제조과정에서 사용한 일부 기술이 미국 내에서 등록된 미국법인의 특허실시권을 침해함에 따라 발생한 분쟁을 해결하기 위하여 국내법인이 미국법인에게 지급한 특허실시료 상당액이 미국법인의 국내원천 사용료소득으로 볼 수 없음).
- 7) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결(외국법원의 확정재판 등의 효력을 인정하는 것이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니하여야 한다는 점이 외국판결의 승인 및 집행의 요건인데, 특허권의 속지주의 원칙상 특허권은 등록된 국가의 영역 내에서만 그 효력이 미치는 것이므로 미국 특허권의 요건은 미국 특허법이 아닌 우리나라 특허법에 의하여 판단될 수는 없고, 따라서 미국 특허법상 특허 요건을 우리나라에서도 인정할 것인지에 관한 판단도 우리나라 특허법이 아닌 공서양속 기준에 따라 제한적으로 판단하여야 하는 점 등에 비추어 관련 미국 특허의 유효성을 인정한 이 사건 미국판결을 승인하는 것이 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋난다고 볼 수 없다고 한 원심 판단을 수긍).

1) 사례 1: 서울중앙지방법원 2007. 9. 7. 선고 2006가합73442 판결

가) 사안의 개요

피고가 운영하는 웹사이트에서 제공하는 서비스(본건 서비스)가 동적 멀티웹포시검색방법에 관한 원고의 특허(본건 특허, 10-0369436)를 침해하고 있다고 주장하면서 피고의 웹사이트로부터 이 기능의 제거 등의 침해금지를 청구한 사안이다. 피고는 소외 미국기업의 한국 내 자회사로서 전기 웹사이트의 도메인 네임을 한국 인터넷진흥원에 등록하여 보유하고 있고, 전기 도메인 네임을 가진 웹사이트에서 사이트 이용자에게 본건 서비스를 제공하고 있었다.

나) 법원의 판단

서버컴퓨터가 국외에 위치하고 이것을 소외 회사가 소유하고 있더라도 본건 서비스가 피고에 의해 국내에서 행해지고 있기 때문에 본건 서비스의 사용에 의한 책임은 피고가 부담해야 한다고 판단하였다.⁸⁾

2) 사례 2: 서울중앙지방법원 2015. 2. 17. 선고 2013가합546931 판결

1) 사안의 개요

국내 대기업 A사는 모바일 메신저 앱의 주소록 재편성 기술에 대한 특허권(A사 특허는 ‘~이동통신 단말’, ‘~주소록 재편성 방법’ 형태, 10-0681926)을 보유하고 있으나, 외국의 B사가 A사 특허의 동일 기능을 포함한 메신저 프로그램을 국내 소비자에게 온라인으로 유통한 사안이다. 구체적으로 보면, 피고가 유·무선 인터넷을 통해 바이버(Viber) 애플리케이션(‘바이버애플’)을 한국 내에 배포하고, 이것을 설치한 한국 내 모바일 단말에 대하여 피고 서버를 통해 모바일 인스턴트 메

8) 다만, 법원은 이 사건 특허가 무효라는 피고의 주장을 받아들여 원고의 침해주장을 권리남용이라고 판단하고 원고 패소의 판결을 내렸다. 원고는 이 판결에 대하여 항소하였지만 그 후 소를 취하였다. 한편, 외국에서 행해지는 행위는 판결문 내에 직접적이고 명확하게 지적되고 있지 않지만 피고의 주장 및 법원의 판단에 의하면 정보의 제공·격납 등 서비스의 주요 단계가 일차적으로는 외국에 위치한 서버컴퓨터에 의해 제공되고 있다고 보인다.

신저, 음성통화 등의 서비스를 제공하는 행위는 본건 특허를 침해하는 것이라는 이유로 피고 바이버애플을 한국 내에 배포하지 않을 것 및 피고 서버에 대하여 바이버애플의 한국 내 배포 및 사용의 금지 조치를 취할 것을 원고가 청구하였다. 한편, 피고는 키프로스(Cyprus)에 주소를 둔 외국법인으로서 피고가 운영하는 웹사이트를 통해 바이버애플을 한국 내에 배포하고, 바이버애플을 설치한 이용자에 음성통화서비스, 음성메신저, 파일 전송서비스 등을 제공하였다.

나) 법원의 판단

B사의 앱은 A사의 특허발명을 실시하고 있으며, 그 실질적 주체는 앱을 배포한 피고라고 보아 특허권 침해를 인정하고 앱의 온라인 유통을 금지하였다.⁹⁾

다. 정리

사례 1의 경우 피고가 소외 미국 회사의 한국 내 자회사였기 때문에 재판관할이 다투어지지는 않았고, 피고 서비스의 주요단계가 일어나는 “서버 컴퓨터가 미국, 유럽 등지에 위치하고 있으므로, 속지주의 원칙상 이 사건 특허에 대한 침해가 문제될 수 없다”는 주장을 피고가 하였지만, 아래와 같은 점들을 고려하여 “피고가 피고 웹사이트를 통해 제공되는 이 사건 서비스를 ‘국내에서 사용’하고 있다고 봄이 상당”하다고 판단하고 있다.

① 본건 서비스의 주요 단계가 서버컴퓨터의 정보제공에 의해 사용자의 컴퓨터 상에서 피고 웹사이트를 통해 구현되고 있다고 할 수 있다.

② 서비스가 한국어로 제공되고 있고, 한국인을 주된 대상으로 하고 있다.

③ 피고 도메인네임을 한국 인터넷진흥원에 등록하여 보유하고 있다.

④ 피고가 국내에서 피고 웹사이트에 관련한 업무(홍보, 마케팅, 웹사이트에 게재하는 광고의 판매, 기술 개발 등)를 주도적으로 수행하고 그로부터 이익을 얻고

9) 사용자는 바이버애플이 주소록재편성방법을 행할지 여부를 승인하는 것뿐이고, 승인한 후에 행해지는 각 단계는 바이버애플과 서버가 네트워크를 통해 연동하여 행해진다고 보이면, 결국 주소록재편성방법을 사용하는 바이버애플이 사용자의 이동통신단말에서 실행되고 있는 것뿐이며, 주소록재편성방법은 바이버애플과 서버가 연동하여 수행(바이버애플은 이동통신단말의 주소록에서 바이버 가입자만으로 된 연락처를 재편성하고 있고, 바이버가입자 여부를 확인하기 위해 서버와 연동하는 것으로 된다)되고 있고, 주소록재편성방법을 사용하는 실질적 주체는 피고라 할 수 있으며, 만일 바이버애플의 제작 및 전송이 국외에서 이루어지더라도 주소록재편성방법을 사용하는 행위는 국내에서 이루어지는 것으로 되므로 피고의 주장은 받아들일 수 없다고 판단함.

있으며, 이 사건 서비스가 피고가 피고 웹사이트와 관련하여 행하는 업무와 밀접한 관련이 있다.

한편, 사례 2의 경우 피고가 본안 전 항변으로 “이 사건 소는 대한민국의 국제재판관할권이 없으므로 각하되어야 한다”는 주장을 하였지만,¹⁰⁾ 법원은 관련 법리를 제시한 후,¹¹⁾ 아래와 같은 점을 이유로 대한민국과 이 사건의 당사자 및 분쟁이 된 사안과의 실질적 관련성을 인정하고 대한민국 법원이 이 사건에 대하여 국제재판관할권을 가진다고 보아, 피고의 본안 전 항변을 받아들이지 않았다.

① 이 사건의 청구원인은 피고가 원고의 이 사건 특허발명을 침해하였다는 것으로서, 원고의 특허권이 대한민국에서 출원, 등록되었을 뿐만 아니라 대한민국 법률에 따라 성립, 이전, 효력 등이 규율되고 있다.

② 피고가 운영하는 서버가 비록 해외(사이프러스)에 있다고 하더라도, 피고의 바이버 앱이 최종적으로 설치·사용되고 있는 곳은 다른 아닌 대한민국의 영역 내이며, 국제사법 제32조 제1항에서는 “불법행위는 그 행위가 행하여진 곳의 법에 의한다.”고 규정하고 있다.

③ 국제사법 제24조에서는 “지식재산권의 보호는 그 침해지법에 의한다.”고 규정하고 있는데, 이 사건 특허발명에 대한 침해지는 대한민국이라고 보아야 한다.

나아가 본안에서는, “바이버 앱의 제작 및 전송은 모두 해외에서 이루어지고 있는바, 이러한 행위에 대해서 이 사건 특허발명에 관한 원고의 특허권이 미치지 않는다”는 피고의 주장에 대해, “이동통신 단말에서 주소록 재편성 방법을 사용하는 실질적인 주체는 피고라고 보이는데, 설령 바이버 앱의 제작 및 전송이 해외

10) 피고의 본안 전 항변의 요지는 다음과 같다: “설령 피고가 바이버 앱을 해외 서버에서 국내의 스마트폰 등 사용자에게 전송하는 행위가 이 사건 특허발명을 침해하는 것이라고 할지라도, 피고는 해외에 서버를 두고 바이버 앱을 배포하고 있어 전 세계 각지의 사용자들은 인터넷 접속을 통하여 어디서든 바이버 앱을 다운로드받아 사용할 수 있는바, 만약 바이버 앱의 사용지마다 재판관할권을 인정하게 된다면, 원고는 전 세계 각지에서 피고를 상대로 특허침해소송을 제기할 수 있게 되고, 피고는 이에 응소해야 하는 부당한 결과에 이르게 된다. 따라서 이 사건 소는 대한민국의 국제재판관할권이 없으므로 각하되어야 한다.”

11) 서울중앙지방법원 2015. 2. 17. 선고 2013가합546931 판결(“법원이 국제재판관할권의 유무를 판단함에 있어서 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 기한다는 기본이념에 따라 국제재판관할을 결정하여야 하고, 구체적으로는 소송당사자들의 공평, 편의 그리고 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아니라 재판의 적정, 신속, 효율 및 판결의 실효성 등과 같은 법원 내지 국가의 이익도 함께 고려하여야 하며, 이러한 다양한 이익 중 어떠한 이익을 보호할 필요가 있을지 여부는 개별 사건에서 법정지와 당사자의 실질적 관련성 및 법정지와 분쟁이 된 사안과의 실질적 관련성을 객관적인 기준으로 삼아 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다18355 판결 등 참조).”).

에서 이루어진다고 하더라도, 주소록 재편성 방법을 ‘사용’하는 행위는 국내에서 이루어지게 되므로, 피고의 위 주장도 받아들일 수 없다”고 하여 방법발명의 직접 침해를 인정하고 있다.

위 두 사안의 경우 법원이 규범적 관점에서 침해 책임을 인정하고 있으나, 속지주의 문제(즉, 특허발명의 실시가 국내에서 이루어진 것인지 여부)에 대한 면밀한 분석을 하고 있지는 않다.

3. 주요국의 법리

가. 일본

1) 속지주의 법리

일본에서는 BBS 사건 최고재판소 판결에서 특허권의 속지주의 원칙이 판시된 바 있는데,¹²⁾ 일본뿐 아니라 일본 국외에서도 특허권을 갖는 자가 일본 국외에서 정규모 구입된 제품의 일본으로의 수입을 일본 특허권에 기초하여 금지청구하는 것이 가능한가 하는 문제에 대하여, 속지주의에 기초하여 일본 특허법이 적용되는 것을 전제로, 특허법 규정의 구성요소 충족성의 판단에 있어서 일본 국외의 행위를 고려하는 것을 부정하지 않은 위 최고재판결의 입장으로부터는 행위의 일부만이 국내에서 행해지고 있는 경우나 특허법의 보호법익이 국내에서 실질적으로 침해되고 있는 경우에도 속지주의에 의해 일본법의 적용을 인정하고 외국의 행위를 포함하여 전체로서 일본의 특허법에 비추어 평가한다고 하는 입장도 가능하게 된다는 견해가 있다.¹³⁾

12) BBS 並行輸入事件(最高裁 平成9年7月1日判決·民集51卷6号99頁)은, “속지주의 원칙이란 특허권에 대하여 말하면, 각국의 특허권이 그 성립, 이진, 효력 등에 대해 당해 국의 법률에 의해 정해지며, 특허권의 효력이 당해국의 영역 내에서만 인정된다는 것”이라고 판시.

13) 一般財団法人 知的財産研究教育財団 知的財産研究所, 前掲 報告書, 20頁.

2) 관련 판결례

한편, 특허발명의 실시가 국경을 초월하여 이루어지는 사안에 관한 일본의 재판례로서는 電着画像事件(東京地裁 平成13年9月20日判決・判時1764号112頁)을 들 수 있다.

본 사안은 전착화상 형성방법의 발명에 관한 것으로, 피고는, 시계문자판 등에 사용되는 전착화상을 제조하고 이것을 문자판 제조업자에게 판매하고 있었다. 이 전착화상의 시계문자판 등에서의 부착 자체는 피고제품을 구입한 전기 제조업자가 행하고 있고, 피고와 제조업자가 행한 전 공정은 특허발명의 기술적 범위에 속하는 사안이었다. 본 사안에서는 특히 전체 공정을 피고와 제조업자의 행위가 아니라 피고의 단독 행위와 동일시하여 본건 특허권 침해로 평가하는 것이 가능한지 여부가 다투어졌는데, 초국경적 특허발명의 실시가 문제된 것은 일본 국내에서 방법 특허 공정의 일부를 실시한 피고 제품을 일본 국외로 수출하고 국외에 소재하는 구입자에 의해 방법 특허의 나머지 공정이 실시되는 경우에 대한 침해 판단이었다. 법원은, 국내에서는 방법 특허의 기술적 범위에 속하는 행위를 완결하고 있지 않으므로 속지주의 원칙상 특허권 침해에 해당하지 않는다고 보았다.¹⁴⁾

나. 미국

1) 속지주의 법리

미국특허법 제154조(a)(1)은, 미국특허가 ‘미국에 있어서’만 배타적 권리를 부여한다고 규정하고 있고, 이에 따라 미국특허법 제271조(a)는 ‘미국 내에서’의 실시 행위를 직접침해로 규정하고 있으며, 역외적용의 금지가 강하게 추정되고 있다.¹⁵⁾

14) 電着画像事件(東京地裁 平成13年9月20日判決・判時1764号112頁)(“다만, 피고제품이 수출된 경우에는, 일본 국외에서 피고제품을 구입한 문자판제조업자가 이것을 시계문자판 등에 부착하는 것으로 된다. 이 경우에는 피고 자신은 국내에 소재하고 있더라도 구성요소 ⑥(지지기재로부터 전착화상을 분리하면서 고정용접착제층을 개재하여 전착화상을 피착물의 표면에 부착하는 공정)에 해당하는 공정은 국외에 소재하는 구입자에 의해 국외에서 실시된 것이다. 이와 같은 경우에는 본건 각 특허발명의 전 구성요소에 해당하는 전 공정에 대하여 보면, 그 일부를 일본 국내에서, 나머지를 일본 국외에서 실시하는 것으로 되며, 국내에서는 방법 특허의 기술적 범위에 속하는 행위를 완결하고 있지 않으므로, 일본 특허권의 효력이 일본 영역 내에서만 인정되는 점(특허권의 속지주의 원칙)에 비추어 보면, 피고제품이 수출된 경우에는 피고제품의 제조행위를 본건 특허권의 침해라고는 할 수 없다.”).

이처럼 역외적용의 금지가 추정되지만, 제271조(f)¹⁶⁾ 및 제271조(g)¹⁷⁾는 이 추정에 대한 제한된 예외를 정하고 있다. 주의할 점은, 미국 특허법 제271조(f) 및 제271조(g)가 미국 외에서의 활동을 포함할 수 있다고 해도, 책임의 부과는 미국에 있어서의 행위 때문에 이루어진다는 점이다. 구체적으로 말하면, 미국 특허법 제271조(f)에 관하여, 책임을 발생시키기 위해서는 미국으로부터 구성요소를 수출하는 행위가 필요하며, 제271조(g)에 기초한 책임을 발생시키기 위해서는 침해로 되는 방법에 의해 제조된 제품을 미국에 수입하는 행위가 필요하다.

2) 관련 판결례

SMTP 서버, POP 서버, 무선을 사용한 푸시식으로 휴대전화에 전송하는 서버에 의한 메일전송시스템의 특허발명에 대하여, 피고 RIM사는 무선으로 송신하는 전송서버를 캐나다에 설치하고, SMTP 서버나 POP 서버 및 수취 단말은 미국에 설치하고 있었던 사안에 관한 것이 *RIM* 판결이다.¹⁸⁾

피고인 RIM은 블랙베리(Blackberry) 시스템을 공급하고 있었는데, 사용자가 시스템을 통해 전자 메일을 송신하면 휴대용기기는 무선 네트워크를 통해 메시지를 캐나다의 릴레이(Relay) 장치에 송신하고, 릴레이 장치는 인터넷을 통해 리다이렉트 소프트웨어로 메시지를 전송한다. 한편, 리다이렉트 소프트웨어는 수신한 메시지를 목적지의 메일 서버로 송신하고, 사용자의 데스크톱 또는 서버에 메시지의 사본을 남긴다. 원고 NTP는, RIM에 의한 미국에서의 블랙베리 시스템의 실시 및 판매가 시스템 청구항 및 방법 청구항의 침해에 해당한다고 주장하였다.

연방관할항소법원(CAFC)은, 미국 특허법 제271조(a)의 적용상 특허의 대상이 되는 방법의 ‘사용’이란 특허의 대상이 되는 시스템 또는 기기의 사용과는 기본적으로 다르다고 판시하였다.¹⁹⁾ 구체적으로는, 미국 특허법 제271조(a)에 기초한 시스

15) Microsoft Corp. v. AT&T Corp., 550 U.S. 437, 454 (2007).

16) 미국 특허법 제271조(f)는, 누군가 특허발명의 구성요소의 전부 또는 요부를, 조립되지 않은 상태로, 특허발명을 미국 외에서 조립하는 것을 적극적으로 유도한다거나, 그것에 공헌하는 것과 같은 태양으로, 미국에서 또는 미국으로부터 공급하였거나 공급되도록 한 경우에는, 침해의 책임을 부담한다고 규정하고 있다.

17) 미국 특허법 제271조(g)는, 누군가 권원 없이, 미국 특허의 대상으로 되는 방법에 의해 제조된 제품을 미국에 공급 또는 공급되도록 한 자는, 제품이 미국에서 특허된 방법으로 제조된 것처럼, 침해에 대한 책임을 부담한다고 규정하고 있다.

18) NTP, Inc. v. Research in Motion, Ltd., 418 F.3d 1282 (Fed. Cir. 2005).

19) *Id.* at 1317.

템 청구항의 ‘사용’은, 당해 시스템 전체가 이용가능하게 된 장소 즉, 시스템의 관리가 행해지고 시스템의 유익한 사용이 얻어지는 장소라고 판시한 다음, 미국의 고객이 미국에서 휴대용기기의 조작을 행하고 블랙베리 시스템의 사용에 의해 이익을 향수한 것을 이유로 시스템의 구성요소인 릴레이가 미국 외에 설치되어 있었음에도 불구하고 시스템 전체가 미국에서 ‘사용’되었다고 판단하였다.²⁰⁾ 한편, 방법 청구항의 적어도 하나의 단계가 캐나다에 있는 릴레이에 의해 실행된 것을 이유로 방법은 미국 내에서는 ‘사용’되지 않았다고 판단하였다.²¹⁾ 즉, 시스템 청구항과 방법 청구항의 쌍방에 있어서 직접침해 성립 여부에 대해 다른 판단이 내려진 사안으로, 시스템 청구항의 침해가 인정되기 위한 시스템의 ‘사용’은 시스템 전체가 가동하는 장소와 결부될 필요가 있다고 본 반면, 방법 청구항의 ‘사용’에 기초한 침해의 성립에는 방법의 모든 단계가 미국 내에서 실행되는 것이 필요하다고 보았다.

다. 독일

1) 속지주의 법리

독일 특허법의 법적 효력이 독일에 한정되기 때문에 침해행위가 독일에서 행해지든지, 혹은 침해자의 행위에 기인하는 침해가 독일에서 실현되는 경우에 독일법이 적용된다(독일 민법시행법 제40조 I 참조). 따라서 원칙적으로 특허 청구항 전체의 특징이 독일 국내에서 실현되고 있어야 하며, 독일 국외에서 발생한 행위에 의해서는 침해가 성립될 수 없지만, 독일 국외에서 행해진 행위가 독일 특허권 침해로 될 수 있는 몇몇 예외가 있다. 그것은 독일 국외에서 행해진 행위가 독일에 있어서 침해를 일으키는 경우, 또는 독일 국외의 행위가 독일에 있는 침해자에 기인하는 경우이다.²²⁾

20) *Id.*

21) *Id.* at 1318.

22) 一般財団法人 知的財産研究教育財団 知的財産研究所, 前掲 報告書, 62-63頁.

2) 관련 판결례

독일 국외에서의 행위가 독일과 속지적 연결을 갖고 있고, 당해 행위가 피고에 기인하는 것임을 이유로 독일 특허권의 침해를 인정한 사안으로 전화용 프리페이 드카드 판결이 있다.²³⁾ 이 사건 특허는 주컴퓨터에 통화가 무료로 되는 전화번호를 기억하여 두고 통화자가 번호를 구입할 때마다 일정기간만 무료통화할 수 있는 전화의 처리방법에 관한 것이었다. 영국 및 아일랜드에 거주하는 피고는, 독일의 유저에 무료통화서비스를 제공하고 있었고, 특허에 따라 제조된 전화용 카드는 독일에서 판매되고 있었지만, 번호를 기억한 서버는 아일랜드에 설치되어 있었다. 또한 전화용 카드의 비밀번호(PIN)를 기억하고 접속을 확립하기 위해 사용되는 데이터뱅크로 이루어진 컴퓨터시스템의 프로그래밍은 아일랜드에서 행해졌다.

이 사건 판결에서 침해가 인정된 이유는 독일의 고객이 독일로부터 선불로 통화를 하는 것을 가능하게 하기 위해 독일에서 전화용카드가 판매되었을 뿐 아니라 독일 국내에서 통화가 이용될 수 있도록 되어 있었고, 선불로 한 금액의 유효기간이 경과한 경우 독일로부터 확립된 접속이 독일에서 차단되고 있었기 때문이다. 따라서 그 배경으로 되는 단계(PIN번호의 인식 등)는 독일 국외에서 행해졌을지 모르지만 그것이 의도한 효과는 독일 국내에서 달성되었으므로, 특허에 의해 보호되는 방법의 이점은 전부 독일에서 실현되고 있다고 판시되었다.²⁴⁾

라. 영국

1) 속지주의 법리

제품 또는 시스템 청구항의 실시에 의한 침해에 관하여는, 침해가 있었다고 인정되기 위해서는, 제품 또는 시스템 전부(특히 청구항의 모든 요소를 포함)가 영국 내에서 실시되어야 한다.²⁵⁾ 아래에서 살펴볼 *Menashe* 판결에서 항소법원은, 영국 특허법 제60조 제2항은, 호스트 컴퓨터가 어디에 설치되어 있는지 여부는

23) OLG Düsseldorf 2009.12.10, I-2 U 51/08.

24) 一般財団法人 知的財産研究教育財団 知的財産研究所, 前掲 報告書, 67頁.

25) 一般財団法人 知的財産研究教育財団 知的財産研究所, 前掲 報告書, 60頁.

문제로 되지 않고, 영국 내에서 실시의 효과(effect)가 발휘되고 있으면 충분하다고 한 제1심 판단에 동의하지 않았는바, 침해가 인정되기 위해서는 청구항의 모든 요소가 영국 내에서 실시되고 있을 것을 증명해야 한다는 것이 영국 법원의 입장인 것으로 보인다.²⁶⁾ 다만, *Menashe* 판결에 따르면, 청구항에 관한 시스템(예를 들면, 호스트 컴퓨터)의 하나의 물리적 요소가 영국 밖에 있는 경우, 그럼에도 불구하고 발명이 영국 내에서 실시되고 있다고 할 수 있다면, 시스템에 대한 청구항의 침해가 인정될 수 있는 것으로 보인다.²⁷⁾

2) 관련 판결례

가) *Menashe* 판결

항소법원은, 제1심 법원이 판시한, ‘효과(effect)’가 영국 내에서 발휘되어 있으면 충분하다는 이유를 침해를 확인시키는 이유로는 보지 않고, 사실상 호스트컴퓨터의 장소는 유저에게는 전혀 관련성이 없다고 본 사안이다.

*Menashe*는 게임 시스템에 관한 유럽특허에 대하여 1977년 영국 특허법 제60조 제2항²⁸⁾에 기초하여 침해를 주장하면서 William Hill을 제소하였다. William Hill은, CD에 기록한 컴퓨터 프로그램으로, 컴퓨터를 인터넷을 통해 호스트컴퓨터와 통신시키는 단말 컴퓨터로 변경하는 것을 고객에게 제공하고 있었다. William Hill의 호스트컴퓨터는 영국 외(네덜란드령 안틸레스)에 설치되어 있었다.

항소법원은, 게임시스템 전체를 사용한다고 하는 점에서 호스트컴퓨터는 국외에 설치되어 있다고 하나, 호스트시스템을 ‘사용’한다고 판시하였다.²⁹⁾ 제1심 법원

26) 一般財団法人 知的財産研究教育財団 知的財産研究所, 前掲 報告書, 60-61頁.

27) *Menashe v. William Hill* [2002] EWCA Civ 1702.

28) UK The Patents Act 1977 (as amended) Section 60(2) (“Subject to the following provisions of this section, a person (other than the proprietor of the patent) also infringes a patent for an invention if, while the patent is in force and without the consent of the proprietor, he supplies or offers to supply in the United Kingdom a person other than a licensee or other person entitled to work the invention with any of the means, relating to an essential element of the invention, for putting the invention into effect when he knows, or it is obvious to a reasonable person in the circumstances, that those means are suitable for putting, and are intended to put, the invention into effect in the United Kingdom.”).

29) 항소법원은, “호스트컴퓨터가 안티구아 섬에, 단말 컴퓨터가 영국에 설치되어 있는 경우, 청구 범위에 기재된 게임 시스템의 유저는 누구인가를 묻는 것이 적절하다. 그 답은 고객이 될 것이다. 고객은 그것을 어디에서 이용하고 있는가? 고객이 단말을 영국 내에서 사용하는 것은 틀림없

및 항소법원이 부당한 결과라고 생각되는 것(즉, 피고가 영국에서 특허발명을 이용하고 있어도 다른 국가에 시스템의 요소를 설치하는 것만으로 어디에서도 침해에 대한 책임을 피하는 것이 가능하다고 하는 것)을 피하고 싶었던 것은 분명하고, 1개 이상의 국경을 넘어서는 IT 시스템의 다수에 동일하게 적용할 수 있는 가능성이 있는 중요한 원칙으로 볼 수 있다.³⁰⁾

나) *Research in Motion UK* 판결

영국 특허법 제60조 제2항에 관한 쟁점에 대하여, 특히 ① 특허발명의 이용자는 누구인가, ② 그것을 어디에서 이용하는가 하는 문제에서는, 전기 항소법원의 *Manashe* 판결이 검토되고 적용된 사안이지만, 본건의 구체적 사실에 기초하여 이들 문제에 대한 답은 *Manashe* 판결의 답과는 다른 것으로 되었던 사안이다.³¹⁾

RIM이, 선행기술로부터 자명하다는 것을 이유로 피고인 특허권자(Motorola)의 유럽특허의 취소를 구하였다. Motorola는, RIM에 의해 운영되고 있는 2개의 시스템 즉, 블랙베리 엔터프라이즈 솔루션(BES)과 블랙베리 인터넷 솔루션(BIS)이 자신의 특허권을 침해하고 있다고 반소하였다. BIS의 이용에 의해 RIM이 유지하는 서버는 유저의 개인용 메일 서버로부터 신착 메일을 정기적으로 확인하는데, BIS 서버는 캐나다에 설치되어 있었지만, BIS에 의한 침해는 영국 특허법 제60조 제1항(b) 및 제60조 제2항에 기초하여 주장되어 있었다.

법원은, 선행기술로부터 자명하여 특허가 무효이며, Motorola의 주장에 따른 청구항 1의 해석(법원에 의해 인정되지 않았음)에 의하더라도 RIM이 운용하는 시스

고, 고객은 호스트컴퓨터를 영국 내에서 사용하고 있다고 하더라도 틀린 말은 아니다”고 판시하였다. 또한 항소법원은, 네트워크 관련 발명에 통상의 기계에 대한 장소 개념을 적용하는 것은 타당하지 않다고 하고 있다. *Menashe v. William Hill* [2002] EWCA Civ 1702 at paragraph 32 (“The claimed invention requires there to be a host computer. In the age that we live in, it does not matter where the host computer is situated. It could be in the UK, on a satellite, or even on the border between two countries. Its location is not important to the user of the invention nor to the claimed gaming system. In that respect, there is a real difference between the claimed gaming system and an ordinary machine. For my part, I believe that it would be wrong to apply the old ideas of location to inventions of the type under consideration in this case. A person who is situated in the UK who obtains in the UK a CD and then uses his terminal to address a host computer is not bothered where the host computer is located. It is of no relevance to him, the user, nor the patentee as to whether or not it is situated in the UK.”).

30) 一般財団法人 知的財産研究教育財団 知的財産研究所, 前掲 報告書, 53-54頁.

31) *Research in Motion UK Ltd v. Motorola Inc* [2010 EWHC 118 (Pat)].

템은 특허를 침해하지 않는다고 판단하였다.³²⁾ 법원은 우선, 영국 특허법 제60조 제1항(b) 침해(방법 특허발명의 사용의 청약)와 관련하여, RIM에 의한 청약은 영국이 아닌 캐나다에서의 실시에 관한 것이었기 때문에 침해가 성립하지 않는다고 보았다.³³⁾ 다음으로 영국 특허법 제60조 제2항(간접침해)과 관련하여 법원은, 청구항의 특징을 갖춘 메시지 게이트웨이 시스템의 조작방법의 이용자는 RIM이며, RIM은 그것을 캐나다에서 조작한다는 결론을 내렸고, 따라서 Motorola의 주장대로 청구항이 해석되더라도 침해는 성립하지 않는다고 판시하였다.³⁴⁾

다. 정리

이상 살펴본 바에 따르면, 시스템이나 방법의 일부가 해외에 존재하거나 혹은 해외에서 행해진 경우에도 특허권의 침해를 인정한 주요국 재판례가 존재함을 알 수 있다. 한편, 이들 주요국 판결례를 유형화해보면, ① 국내의 행위부분만으로 침해로 인정하는 경우와 ② 국외의 행위를 국내 행위로 평가함으로써 침해로 인정하는 경우로 나눌 수 있을 것이다.

우선 (i) 일부 서버가 미국 외에 위치하고 있었지만 시스템 청구항에 대한 특허권 침해를 인정한 미국 *RIM* 판결이나³⁵⁾ (ii) 시스템 구성의 일부인 호스트컴퓨터가 국외에 설치되어 있었지만 게임시스템 전체는 영국에서 사용되었다고 본 영국 *Menashe* 판결³⁶⁾ 등이 ① 유형에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

한편, (iii) 특허 방법의 단계 일부가 독일 국내에서 실시되고, 방법의 기타 단계가 독일 국외에서 실시되고 있었는데, 독일 국외에서 실시된 방법의 각 단계가 독일에서 행위하는 피고에 기인하는 경우는 ‘국외에서 실시된 행위는, 독일에서 실시된 행위와 같이 취급된다’고 판시한 독일 뒤셀도르프 항소법원 ‘전화용 프리페이드 카드’ 판결이나, (iv) 특허방법과 관련한 서비스를 외국에 소재하는 소외 회사의 서버로부터 제공을 받으면서, 국내의 피고가 소유한 웹사이트를 통해 구현되는 경우에는 전기 서비스가 피고에 의해 국내에서 이루어진다고 평가하고, 피고가 특허권 침해의 책임을 부담해야 한다고 판단한 서울중앙지방법원 2006가

32) *Id.* at paragraphs 221&224.

33) *Id.* at paragraph 153.

34) *Id.* at paragraphs 156-157.

35) *NTP, Inc. v. Research in Motion, Ltd.*, 418 F.3d 1282 (Fed. Cir. 2005).

36) *Menashe v. William Hill* [2002] EWCA Civ 1702.

합73442 판결 등이 ② 유형에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

4. 검토

가. 속지주의 완화의 가능성 및 필요성

특허권은 등록된 국가의 영역 내에서만 그 효력이 미친다는 속지주의 원칙은 각국에 확립되어 있지만 구체적으로 어떤 사안까지가 ‘영역 내’의 사안으로 평가되어야 하는지가 반드시 분명한 것은 아니며 초국경적 특허발명의 실시와 관련하여 특히 문제될 수 있다.

우선 주요국의 상황을 보면, 특허권의 속지주의 원칙이 채용되어 있는 국가에서도 시스템이나 방법의 일부가 해외에 존재하거나 혹은 해외에서 행해진 경우에도 특허권의 침해를 인정한 재판례가 존재한다. 미국의 경우, 특허법 제154조에서 특허권의 국내효를 규정하고, 직접침해에 관한 제271조(a)에서도 실시 행위가 미국 내에서 이루어질 것을 요건으로 하고 있는데, 앞서 본 바와 같이 *RIM* 판결에서 시스템 청구항의 일부가 해외에 존재하는 경우에도 특허권 침해를 인정하였다. 독일의 경우, 독일 특허법의 법적 효력이 독일에 한정되기 때문에 침해행위가 독일에서 행해지든지, 혹은 침해자의 행위에 기인하는 침해가 독일에서 실현되는 경우에 독일법이 적용되는데, 전화용 프리페이드카드 판결에서 방법 청구항의 일부 단계가 해외에서 실시된 경우에도 특허권 침해가 인정된 바 있다. 영국 특허법 제60조 제1항도 특허권의 효력이 영국 내에 한정되는 속지주의 원칙을 정하고 있는데, 시스템 청구항의 일부 구성이 해외에 존재하는 경우에도 특허권 침해가 인정된 *Menashe* 판결이 존재한다.

앞서 본 우리나라 하급심 판결도 기본적으로는 위와 같은 주요국 판결례와 마찬가지로 입장에 선 것으로 볼 수 있을 것이다. 결국 주요국 법원은 기술환경의 변화와 특허발명의 특징을 고려하여 속지주의를 유연하게 해석하는 것으로 볼 수 있는데 타당한 입장이라고 생각된다. 발명을 구성하는 물건이나 공정의 전부가 물리적으로 국내에 존재하지 않으면 침해를 구성하지 않는다고 하는 해석이 속지주의 원칙으로부터 논리필연적으로 도출되는 것도 아니며³⁷⁾ 특히 디지털·네트워

크 기술환경에서 그와 같은 해석은 지양되어야 할 것이다.

다만, 이와 관련하여 ① 현행 특허법상 속지주의 원칙의 바람직한 해석론과 ② 실시행위 중 ‘사용’의 개념에 대한 검토가 필요한데 이하 차례로 살펴본다.

나. 실시지의 해석

우선 실시지의 해석과 관련한 주요국의 논의를 정리해 본 후 바람직한 해석론에 대해 검토해 본다.

1) 일본의 논의

일본에서는 우선, 국내·외에 분산하여 소재하고 있는 구성요소의 결합으로 실현되고 있는 특허발명에 대하여, 어떤 기준으로 국내 ‘실시’행위로서 평가해야 하는지에 대해, (i) 실시행위에 대한 주된 의사판단 주체의 물리적 소재지, (ii) 실시행위에 의해 실현되는 특허발명의 기술적 효과의 주된 발현지·귀속지 두 가지 기준이 가능한데, (i)의 경우 특허발명의 구성요소 대부분이 국외에 소재하고 있는 경우더라도 당해 특허발명에 관한 시스템의 사용이나 통제(관리)를 하고 있는 주체가 국내에 소재하고 있다면 국내 실시행위로 평가하고, (ii)의 경우 ‘생산’이나 ‘사용’이라고 하는 행위가 이루어짐으로써 발현되는 당해 특허발명의 기술적 효과가 주로 어느 곳에서 발생하고, 또한 귀속되고 있는가 하는 점에 착안하여 기술적 효과의 주된 발현지·귀속지가 국내이면 국내 실시행위로 평가하면 된다는 견해가 있다.³⁸⁾

다른 한편 ① 주된 행위지(기술적 관점), ② 시장지(경제적 관점) 및 ③ 주된 행

37) 飯塚卓也, “国境を越えた侵害関与者の責任”, *ジュリスト* 2017年8月号(No.1509), 有斐閣, 2017.8., 28-33頁.

38) 平嶋竜太, “国境を跨ぐ侵害行為と特許法による保護の課題”, *IPジャーナル* Vol.2, 一般財団法人知的財産研究教育財団, 2017.09., 24-30頁. 이 견해는, 구성요소 사이의 연결 관계에 대해, (i) 물질적 관계성(화학반응처럼 분자 간에 있어서 상호작용에 의한 관계성), (ii) 기계적 관계성(고전역학을 기초로 한 작용관계에 의한 부품 간의 상호작용에 의한 관계성), (iii) 정보적 관계성(전자파를 이용한 신호로서 전송되는 정보에 의해 형성되는 관계성)으로 구분하고, 각각의 구성요소가 정보적 관계성을 가지고 결합하고 있는 발명의 경우, 구성요소 충족성의 평가에 있어서 각각의 구성요소의 소재지에 대하여 고려하는 것의 합리적 근거는 거의 찾을 수 없다고 하면서 실시지의 유연한 해석을 강조하고 있다. 즉, ICT를 기초로 한 네트워크 관련 발명, 비즈니스 관련 발명에 대하여는 국경을 경계로 분석·평가하는 것의 합리성을 찾기 곤란하므로, ‘원칙’의 형식적 유지에 구애되는 것 없이 특허법의 제도취지로 되돌아가 대응할 필요가 있다는 것이다.

위지에 있어서 경제활동(기술적 및 경제적 관점) 등 세 가지 관점에서 실시지 해석에 대해 검토한 견해도 있다.³⁹⁾ ①의 경우 ‘실시’지를 해석할 때 국내에서 ‘주된 행위’가 이루어지면 청구항의 전 구성요소는 국내에서 충족하고 있다고 여기는 입장을 말하며, ②의 경우 기술적 관점을 떠나 ‘실시’지는 실질적으로는 ‘시장지’라고 하는 입장을 말하고, ③의 경우 국내가 ‘주된 행위’지이며 경제활동의 실태가 수반되는 경우에는 국내가 ‘실시’지라고 생각하는 입장을 말하는데, 각각의 관점이 모두 일정한 과제를 안고 있다고 보고 있다.⁴⁰⁾ 즉, 기술적 관점만으로 ‘주된 행위’를 인정하는 것은, 발명의 효과가 일본에 미치는 경우에는 보호를 희망하는 유저 니즈(user needs)⁴¹⁾와의 관계에서 과제를 남긴다는 문제가 지적되며, 또한, 무엇이 ‘주된 행위’인가 혹은 발명의 핵심인가는 명확하지 않고 예측가능성의 측면에서도 문제될 것이라고 한다.⁴²⁾ 한편, ‘시장에의 영향’이라고 하는 개념에 의해 특허권 침해의 성부를 판단한다고 하는 생각은, 적어도 기존 특허법 체계에서는 생소하며, 국내 시장에 영향을 미치는지 여부의 판단은 그 한계가 불명확하고, 복수 국가의 시장에 영향이 있는 경우 ‘시장지’를 어떻게 판단할 것인지 문제될 뿐 아니라, 국내 시장에 조금이라도 영향이 미친다고 인정되면 특허권의 효력이 미친다고 하면 지나친 보호가 아닌지 문제를 제기하는 견해가 있다.⁴³⁾

2) 독일의 논의

독일의 학설에는, 방법의 발명에 대하여 국경을 초월하여 구성되는 침해행위에 대한 생각으로, 전체이론, 단일이론 및 중심이론을 드는 것이 있는데 구체적 내용은 다음과 같다.⁴⁴⁾ 즉, ① 전체이론(국내에서의 침해를 긍정하기 위해서는 방법의 전체가 국내에서 행해져야 한다는 입장), ② 단일이론(방법의 일부가 국내에서 행해지고 있으면 충분하다는 입장), ③ 중심이론(위 양극단의 절충으로, 발명의 핵심이 국내에서 행해지고 있는 경우에 국내에서의 침해를 긍정하는 입장으로, 발명

39) 一般財団法人 知的財産研究教育財団 知的財産研究所, 前掲 報告書, 91-92頁.

40) 一般財団法人 知的財産研究教育財団 知的財産研究所, 前掲 報告書, 91-92頁.

41) 산업계 등 특허제도 이용자의 수요, 바람, 희망, 욕구 정도의 의미로 이해할 수 있을 것이다.

42) 一般財団法人 知的財産研究教育財団 知的財産研究所, 前掲報告書, 91-92頁.

43) 山内貴博, “特許権侵害訴訟の國際裁判管轄”, *ジュリスト* 2017年 8月号(No.1509), 有斐閣, 2017. 8., 11-14頁.

44) 茶園成樹, “ネットワーク関連発明における国境を跨いで構成される侵害行為に対する特許保護”, *IPジャーナル* Vol.2, 一般財団法人 知的財産研究教育財団, 2017.09., 4-10頁.

의 핵심은, 발명에 대하여 특허가 부여되도록 하고, 기술수준에 대하여 기술적 기여가 있는지 문제로 된다는 입장)이 있는데, 상술한 ‘주된 행위’지를 ‘실시’지로 해석하는 생각은, 중심이론과 마찬가지로 할 수 있을 것이다.

3) 검토

이상 살펴본 바와 같이, 초국경적 특허발명의 실시와 관련하여 속지주의 적용을 완화하여 ‘실시지’를 유연하게 해석할 필요성에 대해서는 주요국에서 어느 정도 공감대가 형성된 것으로 볼 수 있다. 문제는 실시지의 유연한 해석의 구체적 방법일 것이다. 즉, 어떤 기준으로 국내 실시 여부를 판단할 것인지가 문제된다.

실시지의 유연한 해석방법으로 일본의 선행연구에서 제시된 세 가지 기준 중에는 결국 ‘주된 행위지’ 기준을 적용하는 것이 다음과 같은 이유로 타당하다고 생각된다.

우선 ‘시장지’ 기준의 경우, 발명의 효과가 국내에 미치는 경우에는 보호를 희망하는 유저 니즈(user needs)에 부응한다는 장점은 있지만, (i) 국내 시장에 영향을 미치는지 여부를 판단은 그 한계가 불명확하고, 복수 국가의 시장에 영향이 있는 경우 ‘시장지’를 어떻게 판단할 것인지 문제된다는 점, (ii) 국내 시장에 조금이라도 영향이 있는 경우 특허권의 효력이 미친다고 하면 지나친 보호가 된다는 점(국단적인 경우 모든 구성요소가 국외에서 충족되는 경우에도 시장지가 국내에 있으면 특허권 침해로 됨), (iii) 유저로서는 어떤 나라에서 청구항의 구성요소를 충족하였는가에 대한 예견가능성이 낮다는 점 등 많은 문제점을 내포하며 기존 특허법 체계에서는 생소한 개념이라는 점에서 타당한 기준이 되기는 어렵다.

다음으로 ‘주된 행위지에서의 경제활동’ 기준의 경우, 기술적 관점과 경제적 관점을 모두 고려한다는 면에서 기존 특허법 체계와 친화성이 있으면서도 유저 니즈(user needs)에도 부합하는 장점이 있지만, ‘시장지’ 기준의 문제점을 상당 부분 공유하게 되는 점에서 문제가 있다.

결국 기존 특허법 체계와 친화성이 있는 ‘주된 행위지’ 기준을 적용하는 것이 대안이 될 수 있을 것인데, 구체적 판단 기준 마련이 문제될 것이다. 이 문제는 입법에 의한 해결보다는 결국 판례의 축적에 의해 기준이 마련됨으로써 대응될 것으로 보이는데, 다음과 같은 점들에 유의할 필요가 있다.

우선 특정한 한 가지 고려요소만으로 ‘국내 실시’ 여부를 판단하는 것은 곤란하

다고 생각된다. 예를 들어, (i) 특허발명의 구성요소 중 ‘다수’가 국내에 존재해야 한다거나(정량적 관점), (ii) 특허발명의 구성요소 중 선행기술과 차별되는 구성요소가 국내에 존재해야 한다는 것만을 기준으로 할 경우(핵심적 구성요소의 관점), ‘발명 전체에 대한 지배관리’ 측면이나 ‘발명의 효과의 귀속지’에 대한 검토 없이 주된 행위를 인정하게 될 뿐 아니라, 침해 회피를 용이하게 할 수 있다. 즉, 발명의 주된 구성요소만 제외하고 나머지 다수의 구성요소를 해외에 소재하게 하거나, 그 반대로 함으로써 (i) 또는 (ii) 기준을 쉽게 회피할 수 있으며, 특히 (ii)의 경우 대비되는 선행기술에 따라 주된 구성요소(선행기술과 차별되는 구성요소)가 변경될 수 있어 적용 측면에서도 문제가 예상된다.⁴⁵⁾ 특히 해외에 설치된 서버를 이용하거나 클라우드 환경에서 구현되는 기술이나 서비스가 증가하는 디지털·네트워크 환경에서는 특허권 침해 판단에 있어 이와 같은 점을 충분히 고려해야 할 것이다.

따라서 주된 행위를 검토함에 있어서는 (i) 실시행위에 대한 주된 의사판단 주체의 물리적 소재지, (ii) 실시행위에 의해 실현되는 특허발명의 기술적 효과의 주된 발현지·귀속지 등을 종합적으로 고려할 필요가 있고,⁴⁶⁾ 이러한 기준은 미국 판례에서 제시된 ‘관리와 유익한 사용(control and beneficial use)’이라는 기준과도 유사하다고 볼 수 있다. 또한, 이와 같은 판단기준은 발명의 카테고리에 관계없이 시스템 발명이든 방법 발명이든 동일하게 적용되어야 할 것이다.

이처럼 ‘주된 행위지’ 기준을 물리적 관점에서 형식적으로 적용하지 않고 특허법의 취지에 맞게 규범적 관점에서 이해하면 ‘주된 행위지에서의 경제활동’ 기준에서 고려요소로 삼고 있는 ‘발명의 효과에 의한 이익이 국내에서 향수되는지 여부’도 ‘주된 행위지’ 기준에서 고려되는 장점이 있다.

이 문제에 대해서는 향후 지속적인 검토가 필요한데, 만일 속지주의를 유연하게 파악하며 침해판단하고, 다른 나라도 마찬가지로 침해판단하게 되는 경우, 국내 기업 등이 다른 나라의 특허권의 권리범위를 인지하지 못하고 침해자로 되어 버릴 우려가 있다는 점에 유의할 필요가 있을 것이다. 결국 이러한 점을 염두에

45) 이런 점을 고려하면, 본질적 부분(균등론), ‘발명에 의한 과제의 해결에 불가결한 것’ (일본의 간접침해 규정), ‘발명의 특징적 부분’, 발명의 본질적 요소(an essential element of the invention) (영국 특허법 60조 2항/독일 특허법 10조 2항), 발명의 주요 부분(a material part of the invention)(미국 특허법 271(c)) 등의 개념은 주된 행위지 판단에 하나의 고려요소로서 검토할 수는 있지만 절대적이고 유일한 기준이 되기는 곤란할 것이다.

46) 平嶋竜太, 前掲 論文, 24-30頁.

두면서, 어떤 경우에 특허발명의 '실시'가 국내에서 행해졌다고 해석할 수 있는지에 대하여 속지주의를 유연하게 파악하는 것을 시야에 넣고 국제조화의 관점도 고려하여 계속 검토해 나갈 필요가 있다고 생각된다.

다. 실시행위

속지주의 문제와 관련하여서는 '실시지'의 유연한 해석과 함께 실시행위 특히 '사용'의 개념에 대한 해석론·입법론상 검토가 필요한데 이하 살펴본다.

종래 '물건' 발명의 경우 '생산'과 '양도'가 중요한 침해태양이었고, 상대적으로 '사용'은 크게 문제되지 않았지만, 네트워크 관련 발명의 경우 '사용' 태양에 대한 검토가 중요해진다. 네트워크 관련 발명의 경우 시스템(물건)의 생산·판매를 중심으로 경제적 이익을 향수하는 것이 아니라, 주로 시스템의 '사용'을 통해 이익을 창출하며, 네트워크 관련 발명의 경우 '방법' 발명으로 청구되는 경우도 상당하기 때문이다.

일본에서는 최고재판소에 의해 확립된 법리가 없고 기존 법이론 사용의 한계도 있는 점 등을 고려하여 실시행위 규정을 개정하는 방안이 제안된 바 있는데,⁴⁷⁾ ① 물과 방법의 '사용' 행위에, 전기통신회선을 통하여 그 물(방법)의 일부(그 일부가 국내에 있는지 여부를 불문한다)를 이용함으로써 그 발명의 목적을 달성하는 행위를 포함하는 것을 내용으로 하는 방안(방안 1), ② '사용'의 개념을 (i) 네트워크에 의한 서비스의 제공을 포함하는 것과 함께 (ii) 발명의 목적이 국내에서 달성되는 경우, 효과가 국내에서 발생하는 경우 또는 이익이 국내에서 향수되는 경우에는 국내에서 실시된 것으로 보는 방안(방안 2), ③ 물과 방법의 '사용' 행위에 전기통신회선을 통하여 그 물(방법)을 사용하게 하는 행위를 포함하는 것을 내용으로 하는 방안(방안 3), ④ 방안 3의 내용을 반영한 독립조항을 신설하는 방안(방안 4), ⑤ '사용' 개념의 완화된 해석이 만일 곤란하다면, 입법론으로 독일 특허법 제9조 제2항⁴⁸⁾을 참고하여, 시스템이나 방법을 제3자에게 제공(offer)하는 행

47) 平成27年度特許委員会第三部会(ソフトウェア部会), “クラウド時代に向けた域外適用・複数主体問題”, *パテント* Vol. 70 No. 1, 日本弁理士会, 2017, 50-53頁; 飯塚卓也, 前掲 論文, 28-33頁; 日本弁理士会「知的財産推進計画2013」及び「知的財産政策ビジョン」の策定に向けての提言, 12-13頁. <<http://www.jpaa.or.jp/old/activity/appeal/2013/55-1-16Comments.pdf>> (2018. 11. 24. 최종방문).

48) Germany, Patent Act (as amended up to Act of April 4, 2016) Section 9 (“The patent shall have the effect that the proprietor of the patent alone shall be entitled to use the patented invention within the scope of the law in force. In the absence of the consent of the proprietor of the

위를 ‘실시’개념에 추가하는 방안(방안 5) 등이 그 내용이다.

일본의 선행연구에서 제안된 방안들의 공통점은 ‘국내 이용자(유저)에게 서비스(시스템에의 접속 등)를 제공하는 사업자’의 행위를 국내 실시로 포섭하기 위한 입법론상 시도라는 점이다. 구체적으로 보면, ① 특허발명의 구성 일부가 해외에 있더라도 발명의 ‘목적’이 국내에서 달성되거나(방안 1, 방안 2), ‘효과’가 국내에서 발생하거나(방안 2), ‘이익’이 국내에서 향수되는 경우(방안 2) ‘국내 실시’로 보려는 취지를 반영하고 있고(취지 1), ② 네트워크에 의한 서비스 제공(시스템이나 방법을 사용하게 하는 행위)을 ‘사용’의 개념에 포섭하려는 취지를 반영하고 있다는 점이다(방안 2, 방안 3, 방안 4, 방안 5)(취지 2).⁴⁹⁾

이러한 입법안들의 취지 두 가지 중 취지 1(국내 실시)의 경우 특정한 한 가지 고려요소만으로 판단기준을 정하기 어려운 점이 있고(예를 들면, 발명의 목적, 발명의 효과, 이익의 귀속 등), 미국 판례에서 제시된 ‘관리와 유익한 사용(control and beneficial use)’ 기준처럼 (i) 실시행위에 대한 주된 의사판단 주체의 물리적 소재지, (ii) 실시행위에 의해 실현되는 특허발명의 기술적 효과의 주된 발현지·귀속지 등을 종합적으로 고려할 필요가 있으므로 ‘사용’행위를 형식적으로 볼 것이 아니라 특허법의 취지에 맞게 규범적 관점에서 이해하는 해석론으로 대응하는 것이 나올 것으로 보인다.

다음으로 여러 입법안들의 취지 2(‘서비스의 제공’이나 ‘사용하게 하는’을 ‘사용’에 포함)의 경우 청구항의 구체적 내용이나 그 해석에 따라 ‘사용’의 주체가 서비스 제공자가 될 수도 있고,⁵⁰⁾ 사용자(유저)가 될 수도 있으므로⁵¹⁾ ‘서비스를 제공하는 사업자’를 현행 실시행위 규정에 의해 침해로 규율할 수 있을지 불확실한 면이 분명 존재한다. 그런 점에서 제안된 입법안들의 장점이 있지만, ① 네트워크

patent, any third party shall be prohibited from, 1. . . .; 2. using a process which is the subject-matter of the patent or, if the third party knows or if it is obvious from the circumstances that use of the process is prohibited in the absence of the consent of the proprietor of the patent, from offering the process for use within the territorial scope of this Act; 3. . . .”). 독일 특허법 영문 버전은 WIPO 웹사이트에 소개된 것이다.

<<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/de/de223en.pdf>> (2018. 11. 24. 최종방문).

49) 다만, 방안 1의 경우 서비스제공자가 아닌 사용자(유저)가 ‘사용’ 행위의 주체가 될 가능성도 있다.

50) 일본의 인터넷サーバ 사건의 경우 발명의 내용이 ‘액세스 방법’이 아니라 ‘액세스 제공 방법’이라고 보고 서비스 제공자를 실시 주체로 봄.

51) 미국의 RIM 사건의 경우 미국의 고객이 미국에서 휴대용기기의 조작을 행하고 블랙베리 시스템의 사용에 의해 이익을 향수한 것을 이유로 하여 시스템의 구성요소인 텔레이가 미국 외에 설치되어 있었음에도 불구하고 시스템 전체가 미국에서 ‘사용’되었다고 판단.

관련 발명에만 적용되는 실시 태양을 추가하는 것이 적절한 것인지, ② 기존의 ‘사용’ 개념과의 정합성에 문제는 없는지(물론 이 문제는 ‘사용’과는 별도의 실시 행위 조항을 마련하는 방법으로 해결할 수는 있을 것이다) 등에 대해 신중한 검토가 필요하다. 따라서 이 문제 역시 ‘사용’ 행위의 규범적 해석을 통해 대응하는 것을 기본방향으로 하되, 이처럼 해석론에 의한 대응에 한계가 있을 경우 네트워크 관련 발명 특유의 실시 태양을 실시 규정에 포함하는 방안도 향후 추가 검토할 필요가 있을 것이다.

한편, 방안 1과 같이 네트워크 관련 발명에 한해 ‘발명의 일부를 이용하여 발명의 목적을 달성하는 행위’를 ‘사용’으로 보고, 나아가 ‘그 일부의 국내 소재 여부’를 불문하는 것은 속지주의 문제와 복수주체 문제에 유연하게 대처할 수 있는 장점은 있지만, 네트워크 관련 발명에만 그러한 특칙을 마련하는 것이 타당한지, 그 적용범위가 지나치게 넓거나 불명확한 것은 아닌지, 속지주의 관점에서 허용될 수 있는지 등에 대해 의문이 있어 현실적으로 입법화하는 것은 쉽지 않을 것으로 보인다.

라. 복수주체가 관여하는 초국경적 실시

1) 주요국의 판결례

초국경적 특허발명의 실시에 단일주체만이 관여하는 것이 아니라 복수주체가 관여하는 경우에는 속지주의 문제와 더불어 복수주체 문제에 대한 검토도 필요하게 되는데, 복수주체 및 속지주의의 문제가 검토된 주요국 판결례를 정리해 보면(아래 <표> 참조),⁵²⁾ 두 쟁점이 모두 검토된 사례 즉, 복수주체가 관여하는 초국경적 특허발명의 실시는 일본의 電着画像 사건⁵³⁾에 불과하며, 일본의 이 판결은 네트워크 관련 발명에 관한 사안이 아니어서 디지털·네트워크 환경에서의 ‘복수주체의 초국경적 특허발명 실시’에 특별한 시사점을 주지는 못한다.

52) 각 판결에 대한 자세한 내용은 김동준·정차호·이해영, “디지털 환경에서의 특허요건 및 침해에 대한 연구”, 특허청 정책연구과제 보고서, 2018. 1., 275-390면 참조.

53) 東京地裁 平成13年9月20日判決.

〈표〉 일부 해외 실시, 복수주체 실시 관련 주요국 판결례 정리

판례	국가	카테고리	청구항	침해유무	네트워크관련 발명
RIM	미국	일부해외	시스템 방법	○ X	○
프리페이드카드	독일	일부해외	방법	○	○
Menashe	영국	일부해외	시스템	○	○
電着画像	일본	일부해외 복수주체	방법	X ○	X
Akamai ⁵⁴⁾	미국	복수주체	방법	○	○
Centillion ⁵⁵⁾ (고객의 사용은 인정)	미국	복수주체	시스템	X (피고)	○
Golden Hour ⁵⁶⁾	미국	복수주체	방법	X	○
BMC ⁵⁷⁾	미국	복수주체	방법	X	○
Muniauction ⁵⁸⁾	미국	복수주체	방법	X	○
On Demand ⁵⁹⁾ (방론: 공동직접침해 인정)	미국	복수주체	방법	X	X (컴퓨터 관련발명)
眼鏡レンズ供給システム ⁶⁰⁾	일본	복수주체	시스템	○	○
スチロピース ⁶¹⁾ (방론: 공동직접침해 인정)	일본	복수주체	방법	X	X
インターネットナンバー ⁶²⁾	일본	복수주체	방법	○	○

54) Limelight Networks, Inc. v. Akamai Technologies, Inc., 134 S.Ct. 2111 (2014).

55) Centillion Data Systems, LLC v. Qwest Communications Intern., Inc., 631 F.3d 1279 (Fed. Cir. 2011).

56) Golden Hour Data Systems, Inc. v. emsCharts, Inc., 614 F.3d 1367 (Fed. Cir. 2010).

57) BMC Resources, Inc. v. Paymentech, L.P., 498 F.3d 1373 (Fed. Cir. 2008).

2) 일본의 논의

일본에서는 주요국의 판결례를 기초로 ‘복수주체의 초국경적 특허발명 실시’ 문제에 대해 가상사례를 중심으로 검토한 3건의 선행연구가 있는데, 선행연구 1⁶³⁾의 경우 복수의 서버로 구성된 시스템을 대상으로 검토하고 있는 반면, 선행연구 2⁶⁴⁾와 선행연구 3⁶⁵⁾은 단일 서버로 구성된 시스템을 대상으로 검토하고 있는 점에서 차이가 있긴 하지만, 비슷한 사안에 대해 다른 분석 결과를 제시하고 있다.⁶⁶⁾

선행연구 1~3에서 공통적으로 검토하고 있는 대상이 서버가 해외에 존재하고 유저는 국내에 존재하는 상황인데, 선행연구 2와 3에서는 이러한 상황에 대해 침해 성립 가능성을 긍정하고 있는 반면, 선행연구 1에서는 침해 성립 가능성을 부정적으로 보고 있다. 즉, 선행연구 1의 경우 시스템 청구항의 침해가 인정되려면 정보처리 서버 중 일부는 최소한 국내에 존재해야 한다고 보아(서버의 일부가 국내에 존재하는 사례에 대해서는 지배관리론 적용이 가능할 수도 있다는 입장으로 이해됨) 서버 전체가 해외에 있는 경우 침해 성립 가능성을 부정적으로 보고 있는 반면, 선행연구 2의 경우는 검토대상 가상발명의 특징적인 동작은 서버에서 행해지는 처리에 있지만 그 발명의 이익은 단말이 얻고 있다고 보아, 서버가 해외에 존재하지만 발명의 이익을 얻고 있는 단말이 국내에 존재하면 단말을 포함한 시스템 청구항에 대한 침해가 성립하는 것으로 보고 있다. 선행연구 3의 경우도 선행연구 2와 비슷하게 물리적인 관점에서 서버가 해외에 존재하더라도 서버를 이용하여 방법발명의 수신·선택·통지의 각 단계를 실시하는 것은 국내에 소재

58) *Muniauction, Inc. v. Thomson Corp.*, 532 F.3d 1318 (Fed. Cir. 2008).

59) *On Demand Machine Corp. v. Ingram Industries, Inc.*, 442 F.3d 1331 (Fed. Cir. 2006).

60) 東京地裁 平成19年12月14日判決.

61) 大阪地裁 昭和36年5月4日判決.

62) 知財高裁 平成22年3月24日判決 判例タイムズ 1358号184頁.

63) 平成27年度特許委員会第三部会(ソフトウェア部会), 前掲 論文, 46-50頁에 소개된 가상사례이며 검토 내용 중 일부임.

64) 榮野隼一·池田恵一·永井冬紀, “ネットワーク関連発明におけるクレーム作成指針の検討—発明の一部海外実施・複数主体による発明の実施—”, 知財管理 66卷 8号, 日本知的財産協会, 2016, 917-919頁.

65) 滝澤ゆかり·黒川美陶, “ネットワークを介した海外からの特許侵害行為への対処”, 知財管理 67卷 5号, 日本知的財産協会, 2017.5., 631-646頁.

66) 각 선행연구에 대한 자세한 내용은 김동준·정차호·이해영, 앞의 보고서, 2018. 1., 434-446면 참조.

하는 주체이며, 그 서비스의 수요자도 국내에 소재하기 때문에 침해가 성립할 수 있다고 보고 있다.

〈표〉 서버는 해외 유저는 국내인 경우의 검토 결과 비교

선행연구 1 (복수의 서버)	선행연구 2 (단일 서버)	선행연구 3 (단일 서버)
시스템 청구항의 침해가 인정되려면 정보처리 서버 중 일부는 최소한 국내에 존재해야 함. 일부가 국내에 존재하는 경우 지배관리론 적용.	단말을 포함한 시스템 청구항의 침해 성립. 특징적인 동작은 서버에서 행해지는 처리에 있지만 그 발명의 이익은 단말이 얻고 있음.	서버를 이용하여 방법 발명의 각 단계를 실시하는 것은 Y(국내 주체)이며, 그 서비스의 수요자도 국내에 소재하기 때문에 침해가 성립.

한편, 선행연구 1과 2에서는 서버는 국내에 있고 유저는 해외에 있는 경우도 검토하고 있는데(선행연구 3은 서버가 해외에 있는 사안에 대해서만 검토), 국내에 존재하는 서버에 대한 장치 또는 시스템 청구항에 대한 침해 성립이 가능할 것으로 보고 있다.

위와 같은 상황 외에 선행연구 2에서 추가 검토한 것은 시스템을 구성하는 서버와 단말 모두 해외에 존재하는 경우인데, 이 경우는 침해 성립이 곤란할 것으로 보고 있다.

또한, 선행연구 3에서 추가 검토한 상황은 해외 사업자가 해외 서버를 이용하여 국내에 서비스를 제공하는 경우(국내에 영업거점이 있는 경우 포함)인데, 이 경우에는 침해 성립이 곤란할 것으로 보고 있다.

유사한 사안에 대해 선행연구 1~3의 검토 결과가 다른 것은, 그 판단기준을 달리 하기 때문으로 보인다. 즉, 선행연구 1의 경우 ‘지배관리’ 주체의 국내 소재 여부를, 선행연구 2는 ‘발명 이익’의 국내 귀속 여부를, 선행연구 3은 ‘관리와 유익한 사용(control and beneficial use)’의 국내 존재 여부를 기준으로 검토하고 있는데, 관련 판결례가 거의 없고 학설도 일치하지 않기 때문에 불가피한 결과로 이해된다.

3) 이 문제에 대한 대응의 기본방향

복수주체가 국경을 초월하여 특허발명을 실시하는 경우의 침해 판단에 있어서는 결국 복수주체의 문제와 속지주의의 문제를 함께 검토하게 된다. 앞서 본 바와 같이, 네트워크 관련 발명을 대상으로 두 가지 쟁점을 모두 검토한 주요국 판결례가 없는 것으로 보이고 미국·일본 등에서 해석론상 혹은 입법론상 대응 방안에 대해 일부 논의가 존재하는 정도이다.

기본적으로 ‘복수주체가 관여하는 초국경적 특허발명 실시’의 경우 속지주의의 문제와 복수주체 문제 모두에 대한 검토가 필요하고, 결국 복수주체의 실시 전체에 대한 규범적 평가 결과 그 실시가 ‘국내 실시’로 인정될 것인지, 그리고 복수주체 중 누구에게 침해책임이 인정되어야 할 것인지에 대해 검토해야 할 것이며 아래와 같은 순서로 판단하는 것이 한 방법일 수 있다.

우선 복수주체에 의한 실시가 특허발명의 모든 구성요소를 충족하는 실시인지 여부를 먼저 판단한다(구성요소 충족성의 평가). 예를 들어, 甲·乙·丙이 초국경적으로 실시하는 경우 각 실시주체의 행위를 모두 종합하면 특허발명의 구성요소가 완비되는 실시에 해당하는지 여부를 판단한다. 만일 이 문제에 대해 부정적 결론에 도달하면 복수주체의 국내 실시이든, 복수주체의 초국경적 실시이든 더 이상의 검토는 불필요하게 된다.

다음으로 속지주의의 문제 즉, 복수주체에 의한 초국경적 실시가 ‘국내 실시’로 볼 수 있는지 검토한다. ‘국내 실시’ 여부 판단 기준은 입법적 해결이 없는 한 결국 판례에 의존할 수밖에 없지만, 미국 *RIM* 판결에서 제시된 ‘관리와 유익한 사용(control and beneficial use)’이라는 기준을 우선 생각해 볼 수 있을 것이다. 이 기준을 적용할 경우 시스템 발명이든 방법 발명이든 동일하게 적용되는 것이 바람직할 것이다(미국 *RIM* 판결에서는 시스템 발명에 대해서만 위 기준을 적용하였음). 만일 단일주체이든 복수주체이든 구성요소를 모두 충족하는 실시가 ‘국내 실시’라고 판단되면, 책임 주체를 규명하기 위해 복수주체의 문제를 검토하며, ‘국내 실시’가 부정되면 더 이상의 검토는 불필요하다(복수주체가 관여하는 문제의 경우에도 사안을 단순화하여 만일 단일주체가 행하였더라도 국내 실시로 인정되기 어렵다면 침해는 부정될 것이다).

마지막으로 구성요소를 모두 충족하는 실시가 ‘국내 실시’라고 판단되면, 책임 주체를 규명하기 위해 복수주체의 문제를 검토한다. 복수주체 중 지배관리 주체

가 인정되면 그에 대해 침해 책임을 물으면 될 것이고, 만일 지배관리 주체가 없다면 공동직접침해 여부를 검토하면 될 것이다. 이 경우 ‘지배관리’ 여부나 ‘공동 직접침해’ 여부 판단기준은 입법적 해결이 없는 한 속지주의 문제와 마찬가지로 판례에 의존할 수밖에 없는데 미국과 일본의 판례에서 제시된 지배관리론이 우선 참고가 될 것이다.⁶⁷⁾ 이 경우 책임주체가 국내 사업자라면 재판관할 인정에 문제가 없을 것이고, 해외 사업자라면 불법행위지에 기초한 재판관할 인정이 가능할 것으로 보인다.

5. 결론

특허권의 속지주의 원칙에 따르면 특허권은 등록된 국가의 영역 내에서만 그 효력이 미치게 된다. 하지만 글로벌화·네트워크화에 의해 특허발명의 실시가 국경을 넘어 국제적인 양상을 띠고 있어 특허발명을 실시하고 있는 장소인 국가는 어디가 될 것인지(서버의 소재지인지, 서비스를 받는 단말소재지인지, 아니면 서비스 제공자 소재지인지) 문제되는바, 이 글에서는 디지털·네트워크 환경에서 문제되는 초국경적 특허발명의 실시와 관련한 특허권 침해 판단에 있어 속지주의 완화의 필요성, 실시지의 유연한 해석, 실시행위 중 사용 개념의 재검토 및 복수주체가 관여하는 초국경적 실시 문제를 중심으로 검토해 보았다.

앞서 본 바와 같이 (i) 발명을 구성하는 물건이나 공정의 전부가 물리적으로 국내에 존재하지 않으면 침해를 구성하지 않는다고 하는 해석이 속지주의 원칙으로부터 논리필연적으로 도출되는 것은 아니라는 점, (ii) 특허권의 속지주의 원칙이 채용되어 있는 국가에서도 시스템이나 방법의 일부가 해외에 존재하거나 혹은 해외에서 행해진 경우에도 특허권의 침해를 인정한 재판례가 존재한다는 점 및 (iii) 디지털·네트워크 기술환경에서 빈발하고 있는 초국경적 특허발명의 실시에 대응할 필요성 등을 고려하면, 속지주의 완화의 가능성과 필요성은 인정된다고 볼 수 있다.

다음으로 실시지의 유연한 해석과 관련하여 구체적 해석방법 중에는 결국 기준

67) 이 문제에 대한 대응방안은 김동준, “복수주체가 관여하는 특허발명의 실시와 특허권 침해”, 법학연구 29권 1호, 충남대학교 법학연구소, 2018. 2., 301-352면 참조.

특허법 체계와 친화성이 있는 ‘주된 행위지’ 기준을 적용하는 것이 대안이 될 수 있을 것인데, 구체적 판단 기준 마련은 입법에 의한 해결보다는 결국 판례의 축적에 의해 기준이 마련됨으로써 대응될 것으로 보인다. 여기서 주된 행위지를 검토함에 있어서는 (i) 실시행위에 대한 주된 의사판단 주체의 물리적 소재지, (ii) 실시행위에 의해 실현되는 특허발명의 기술적 효과의 주된 발현지·귀속지 등을 종합적으로 고려할 필요가 있고, 이러한 기준은 미국 판례에서 제시된 ‘관리와 유익한 사용(control and beneficial use)’이라는 기준과도 유사하다고 볼 수 있다. 또한, 이와 같은 판단기준은 발명의 카테고리에 관계없이 시스템 발명이든 방법 발명이든 동일하게 적용되어야 할 것이다.

한편, 네트워크 관련 발명의 경우 시스템(물건)의 생산·판매를 중심으로 경제적 이익을 향수하는 것이 아니라, 주로 시스템의 ‘사용’을 통해 이익을 창출하며, 네트워크 관련 발명의 경우 ‘방법’ 발명으로 청구되는 경우도 상당하다. 따라서 네트워크 관련 발명의 경우 실시행위 중 ‘사용’ 태양에 대한 검토가 중요해지는데, ‘사용’ 행위를 형식적으로 볼 것이 아니라 특허법의 취지에 맞게 규범적 관점에서 이해하는 해석론으로 대응하는 것을 기본방향으로 하되, 해석론에 의한 대응에 한계가 있을 경우 네트워크 관련 발명 특유의 실시 태양을 실시 규정에 포함하는 방안도 향후 추가 검토할 필요가 있을 것이다.

마지막으로 ‘복수주체가 관여하는 초국경적 실시’의 경우 기본적으로 속지주의 문제와 복수주체 문제 모두에 대한 검토가 필요하고, 결국 복수주체의 실시 전체에 대한 규범적 평가 결과 그 실시가 ‘국내 실시’로 인정될 것인지, 그리고 복수주체 중 누구에게 침해책임이 인정되어야 할 것인지에 대해 검토해야 할 것이다.

(논문투고일 : 2018.11.26, 심사개시일 : 2018.11.27, 게재확정일 : 2018.12.20)



▶ 김 동 준

초국경적 특허발명 실시, 속지주의, 역외적용, 실시지, 네트워크관련 발명.

【참 고 문 헌】

I. 국내 문헌

김동준·정차호·이해영, “디지털 환경에서의 특허요건 및 침해에 대한 연구”, 특허청 정책연구과제 보고서, 2018. 1.

김동준, “복수주체가 관여하는 특허발명의 실시와 특허권 침해”, 법학연구 29권 1호, 충남대학교 법학연구소, 2018. 2.

II. 외국 문헌

一般財団法人 知的財産研究教育財団 知的財産研究所, ネットワーク関連発明における国境をまたいで構成される侵害行為に対する適切な権利保護の在り方に関する調査研究報告書(平成28年度 特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書)(平成29年3月)

茶園成樹, “ネットワーク関連発明における国境を跨いで構成される侵害行為に対する特許保護”, IPジャーナル Vol.2, 一般財団法人 知的財産研究教育財団, 2017. 9.

平嶋竜太, “国境を跨ぐ侵害行為と特許法による保護の課題”, IPジャーナル Vol.2, 一般財団法人 知的財産研究教育財団, 2017. 9.

飯塚卓也, “国境を越えた侵害関与者の責任”, JURIST 2017年8月号 (No.1509), 有斐閣, 2017. 8.

山内貴博, “特許権侵害訴訟の国際裁判管轄”, JURIST 2017年8月号 (No.1509), 有斐閣, 2017. 8.

滝澤ゆかり·黒川美陶, “ネットワークを介した海外からの特許侵害行為への対処”, 知財管理 67巻 5号, 日本知的財産協会, 2017. 5.

平成27年度特許委員会第三部会(ソフトウェア部会), “クラウド時代に向けた域外適用・複数主体問題”, パテント Vol. 70 No. 1, 日本弁理士会, 2017.

榮野隼一池田恵一永井冬紀, “ネットワーク関連発明におけるクレーム作成指針の検討—発明の一部海外実施・複数主体による発明の実施—”, 知財管理

66卷 8号, 日本知的財産協会, 2016.

Ⅲ. 기타

日本弁理士会, 「知的財産推進計画2013」及び「知的財産政策ビジョン」の策定
に向けての提言.

<[http://www.jpaa.or.jp/old/activity/appeal/2013/55-1-16Comments.p
df](http://www.jpaa.or.jp/old/activity/appeal/2013/55-1-16Comments.pdf)>

Abstract

Patent infringement by cross-border activities

Kim, Dong Jun

Under the principle of territoriality, a patent granted in one country has no effect beyond the territorial boundary of that country and cannot be infringed upon in other countries. However, since cross-border working of a patented invention is increasing due to the globalization and international networking, it is difficult to determine the country where the patented invention is being worked (whether it is the location of the server, the location of the terminal receiving the service, or the location of the service provider).

First of all, the interpretation that patent infringement does not exist unless all elements of a patented invention (a product or a process) are physically present in the country is not inevitably derived from the principle of territoriality. In addition, according to the case law of the U.S., the U.K. and Germany, even where the patented system or method is partly worked abroad, it may still constitute patent infringement. Furthermore, it is necessary to cope with the cross-border patent infringement situation that is frequent in the digital and network technology environment. Thus, the possibility and necessity of flexible interpretation of territoriality can be recognized.

Next, in relation to the flexible interpretation of territoriality, it would be a solution to determine the place of patent infringement based on where the 'main act' has been performed. The 'main act' test has an affinity with the patent law system and the specific requirements of the

test can be established by accumulation of cases. When determining where the ‘main act’ has been performed, it is necessary to comprehensively consider factors such as (i) the physical location of the decision maker of the working and (ii) the place where the technical effect of a patented invention is realized. This test, which is similar to the ‘control and beneficial use’ criteria set out in the US case law, should be applied equally regardless of the category of the invention, whether it is a system claim or a method claim.

By the way, in case of network related inventions, profit is usually generated through ‘use’ of the system rather than through manufacture and sale of the system. In addition, many network related inventions are claimed as processes. Therefore, the working act of ‘use’ is more important than before when determining patent infringement. In these situations, it is necessary to interpret the meaning of ‘use’ of the product or process, not formally but normatively. Furthermore, if it is not sufficient to cope with cross-border patent infringement with these interpretations, it will be necessary to amend the provisions of infringing act to incorporate the specially adapted infringing act in relation to network-related inventions.

Finally, in case of cross-border working of a patented invention carried out by a plurality of actors, both the issue of divided infringement and the issue of territoriality matter. In this situation, it should first be determined whether the infringing act has been committed in this country or not and, if so, it should then be determined who among the plurality of actors is responsible for the infringing act.



► Kim, Dong Jun

Cross-border working of a patented invention, Territoriality, Extraterritoriality, Place of working, Network related Inventions.

위치상표에 관한 법제 및 판례 국제비교 연구

채 종 일*

【목 차】

I. 서설	1. 프랑스 루부탱구두 사건(Christian Louboutin v. ZARA France)
II. 위치상표의 정의 및 등록에 관한 각국의 상표법	2. 미국 루부탱구두 사건(Christian Louboutin v. Yves Saint Laurent)
1. 우리나라	3. 네덜란드 루부탱구두 사건(Christian Louboutin v. Van Haren)
2. 세계지적재산권기구(WIPO)	4. EU사법재판소 리바이스 청바지 사건(Colloseum Holding AG v. Levi Strauss)
3. 상표법에 관한 싱가포르 조약(STLT)	5. 우리나라 아디다스 사건
4. 유럽공동체(EU)	IV. 위치상표인정 관련 주요 쟁점 및 국내적용시 고려사항
5. 프랑스	1. 기능성 측면
6. 독일	2. 사용에 의한 식별력 측면
7. 미국	V. 결론
8. 네덜란드	
III. 위치상표 관련 판례	

【국 문 요 약】

위치상표는 단순히 그 위치 등 한 가지 측면에서만 판단하여 인정하기에는 무리가 있다. 프랑스를 비롯한 유럽에서 상표 자체로 등록할 수 없다는 의견이 나오는 이유도 그런 맥락이다. 이는 상품에서 사용할 수 있는 위치가 한정되어 있어 그것을 독점적으로 인정할 경우 공정한 경쟁을 저해하는 요소로 작용할 수 있는 부분도 고려된 것으로 판단된다. 따라서, 물리적인 면적이 상대적으로 협소하여 위치가 한정되어 있는 구두 등과 같은 상품(서비스 또는 서비스의 제공에 관련된 물건을 포함)의 경우에는 비록, 특정 외장색과 대비되는 부분에 국한하는 경우라 할지라도 특정 위치에 모두가 사용할 필요성이 있는 상품 또는 그 상품의 기능을 확보하는데 꼭 필요한 요소인 경우에는 위치상표의 등록에 신중을 기할 필요가

* 고려대학교 대학원 박사과정.

있다고 생각한다. 아울러 그 자체로서도 식별력을 어느 정도는 가질 수 있는 상표에 한정하여 위치상표를 인정하려는 논의가 이루어질 필요성이 있다고 본다.

I. 서설

우리나라에서 위치상표에 대하여 구체적으로 언급한 아디다스 위치상표 사건의 대법원 판례¹⁾는 “상표법상 상표의 정의 규정은 기호·문자·도형 또는 그 결합을 사용하여 시각적으로 인식할 수 있도록 구성하는 모든 형태의 표장을 상표의 범위로 포섭하고 있다고 할 것이다. 따라서 ‘기호·문자·도형 각각 또는 그 결합이 일정한 형상이나 모양을 이루고, 이러한 일정한 형상이나 모양이 지정상품의 특정 위치에 부착되는 것에 의하여 자타상품을 식별하게 되는 표장’도 상표의 한 가지로서 인정될 수 있다(이러한 표장을 이하 ‘위치상표’라고 한다).”고 판시하여 위치상표가 비전형상표에 포함될 수 있는 것으로 판단하였다.

현행 상표법에서도 위치상표에 대하여 별도로 규정하고 있지는 않으나, 상기 대법원 전원합의체 판결이후 상표법 전부개정(2016.9.1.)으로 상표법 제2조에서 상표를 구성이나 표현방식에 상관없이 상품의 출처를 나타내기 위해 사용하는 표시로 자타상품을 식별하기 위해 사용하는 표장(상표법 제2조 제1항 제1호, 2호)으로 포괄적으로 정의하여 위치상표를 상표의 범위로 포섭하고 있는 것으로 볼 수는 있다. 하지만, 위치상표가 소리, 냄새, 입체적 형상, 홀로그램·동작 또는 색채 등 이러한 비전형적인 상표에 해당하는지에 대하여는 법문상에 명확하게 규정되어 있지는 않다고 보여진다.

우리나라뿐만 아니라 외국의 경우에도 위치상표에 관하여 상표법에 명시적인 규정을 두고 있지는 않는 경우가 대부분이다. 대다수의 국가가 ‘구성이나 표현방식에 상관없이’라는 상표의 정의 규정을 두고는 있으나 위치상표가 비전형상표에 해당하는지에 대하여는 명료하지가 않다.²⁾ 따라서, 개별 사건 판례에서 나타나는 위치상표의 인정과 관련한 판단은 위치상표는 기능성 등의 사유로 식별력의 판단과는 관계없이 등록될 수 없는지에 대한 논쟁과 사용에 의한 2차적인 식별력의

1) 대법원 2012.12.20. 선고 2010후2339 -“아디다스 위치상표 사건”- 전원합의체 판결.

2) 위치상표를 소리, 냄새, 색채, 입체 등에 포함되는 기타상표로 분류하는 경우도 있다.

획득을 인정할 것인지 여부로 나뉘어진다고 볼 수 있으며, 사건별로 각기 다른 판단을 하는 등 아직 일관되고 예측가능한 판단기준이 정립되어 있지는 않다고 생각된다. 즉, 위치상표는 그 자체로 식별력을 가진다고 보기는 어려워 사용에 의한 식별력을 취득하여야할 필요성이 있다는 것과 기능성 측면에서 당초부터 등록 및 효력 제한이 필요하다는 근본적인 논쟁의 중심에 있으며 이에 대한 판단이 상당히 난해한 경우로 여겨진다. 이하에서는 각국의 상표법 및 관련 판례의 비교 검토를 통하여 위치상표의 등록요건과 인정 범위 등을 구체적으로 살펴보고 위치상표 인정여부와 관련한 주요 쟁점에 대하여 검토하고자 한다.

II. 위치상표의 정의 및 등록에 관한 각국의 상표법³⁾

1. 우리나라

우리나라 상표법은 제2조(정의) 제1항 제1호에서 상표의 자타상품 식별력에 대하여 정의하고 있으며, 제2호에서 출처표시를 위해 사용하는 상표의 형태에 대하여 규정하고 있다. 그리고, 그 상품의 형상 등을 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장만으로 된 상표(상표법 제33조 제1항 제3호)는 사용에 의한 식별력은 취득할 수 있으나 그 자체로서는 상표로 등록될 수 없고, 상표등록을 받으려는 상품 또는 그 상품의 포장의 기능을 확보하는데 꼭 필요한 입체적 형상, 색채, 색채의 조합, 소리 또는 냄새만으로 된 상표(상표법 제34조 제1항 제15호)는 식별력의 판단여부와는 관계없이 상표등록을 받을 수 없음을 규정하고 있다.

2. 세계지적재산권기구(WIPO)

2006년 WIPO산하 상표법상설위원회는 제16차 보고서(SCT/16/2)에서 새로운

3) 위치상표 판례에서 나타나는 해당 국가의 상표법 중 위치상표 인정여부 검토와 관련된 규정에 한정하여 기술한다.

형태의 상표들 중 위치상표에 대하여 처음으로 규정⁴⁾하였다. 위치상표를 특정 제품에 표시되거나 고정되는 위치로 특정되어지는 표시로 정의하고 있다. 전형적인 예로 청바지 뒷주머니의 패브릭 태그 또는 장식용 상단 바느질의 형태를 취하는 것을 들고 있다. 위치상표에 대하여는 고유(내재적)하거나 사용을 통해 획득한 식별력에 대한 평가는 각 사안별로 이루어져야 할 것으로 보이며, 그래픽 표현에는 상품에 관한 마크의 특수한 위치를 나타내는 그림 또는 그림과 단어로 된 설명이 포함될 수 있다고 정의하고 있다.

3. 상표법에 관한 싱가포르 조약(STLT)

상표법에 관한 싱가포르 조약(Singapore Treaty on the Law of Trademarks, 이하 STLT)에 따른 규칙에서는 Rule 3(출원에 관한 세부사항) (8)에서 위치상표를 규정⁵⁾하고 있다. 다만, 위치상표의 정의에 대한 부분이 아니라 “출원서에 위치표장이라는 취지의 진술이 포함되어 있는 경우 표장의 견본은 제품상에서 표장의 위치를 보여주는 표장의 일면을 구성하고, 행정관청은 보호를 요청하지 아니한 내용을 표시할 것을 요구하거나, 표장의 위치를 설명하는 묘사를 제출할 것을 요구할 수 있다.”고 하여 등록출원시의 실무적인 사항을 규정하고 있다. 현재까지 STLT 가입국은 미국, 영국, 프랑스 등 45개국이며, 우리나라도 동 조약에 가입하여 2016.7.1.부터 조약이 발효⁶⁾되었다.

4) WIPO SCT/16/2, STANDING COMMITTEE ON THE LAW OF TRADEMARKS, INDUSTRIAL DESIGNS AND GEOGRAPHICAL INDICATIONS(NEW TYPES OF MARKS), Sixteenth Session Geneva, November 13 to 17, 2006, (vii) Position marks, p.8.

5) Singapore Treaty on the Law of Trademarks Resolution by the Diplomatic Conference Supplementary to the Singapore Treaty on the Law of Trademarks(done at Singapore on March 27, 2006) and Regulations Under the Singapore Treaty on the Law of Trademarks(as in force on November 1, 2011), p.53.

6) 특허청, 「7월 1일, 상표법에 관한 싱가포르 조약 발효!」, 보도자료(2016.6.30.), 1쪽.

4. 유럽공동체(EU)⁷⁾

EU Regulation 제4조에서 공동체상표는 어떤 사업의 상품 또는 서비스를 다른 사업의 상품 또는 서비스와 식별되게 할 수 있는 표지이고 이러한 표지, 특히 성명을 포함하는 단어, 또는 디자인, 문자, 숫자, 상품의 모양 또는 상품의 포장, 또는 소리 등 모든 표지들은 상표를 구성할 수 있다고 규정하고 있다.

제7조 제1항에서 절대적 등록거절 사유를 (a)호부터 (k)호까지 열거⁸⁾하고 있으며, 제3항에서는 “제1항 (b)와 (c) 및 (d)에 해당하는 표장이라도 사용의 결과 이미 등록 신청한 상품이나 서비스와 관련하여 식별력을 취득한 때에는 이를 적용하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 후술하는 프랑스 루부탱과 네덜란드 반 하 렌과의 위치상표 소송에서 네덜란드 헤이그법원이 EU사법재판소(CJEU)에 선결적 판결(preliminary ruling)을 요청한 EC지침과 동일한 내용인 제7조 제1항 (e)의 경우 (i)부터 (iii)까지가 종전에는 ‘형상(the shape)’으로 정의되어 있던 표현이 2015년 개정분에서 ‘형상 또는 다른 특성(the shape, or another characteristic)’으로 변경되었는데, 이 부분의 해석을 둘러싸고 루부탱 구두의 위치상표가 상표로 등록될 수 있는 것인지의 여부가 쟁점이 되었다.

공동체상표의 사용과 관련하여서는 제15조 제1항에서 “공동체상표권자가 공동체상표의 등록 후 5년 동안 공동체에서 공동체상표를 지정상품 또는 지정서비스업에 진정으로 사용하지 아니하거나 등록 후 5년간 계속하여 진정사용이 유보된 때에는 불사용에 대한 정당한 사유를 입증하지 아니하는 한 본 규정에 의한 제재를 받을 수 있다.”고 규정하고 있고, 제2항에서 제1항의 사용에 포함되는 행위를 규정⁹⁾하고 있다.

7) REGULATION (EU) 2017/1001 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 June 2017 on the European Union trade mark (codification).

8) (a) 제4조의 요건에 부합하지 아니하는 표지 (b) 식별력 없는 표장 (c) 상거래에서 상품 또는 서비스의 종류, 품질, 수량, 의도된 목적, 가치, 원산지의 지리적 표시 또는 생산 시점 또는 기타 특성을 나타내는 표지나 표시만으로 구성된 상표 (d) 상거래에서 현재의 언어로 또는 정립된 선행한 거래관례에서 관행화된 표지나 표시만으로 구성된 상표; (e) 전적으로 다음에서 열거하는 사항만으로 이루어진 표지 (i) 상품 자체의 성질로부터 파생하는 형상 또는 다른 특성 (ii) 기술적인 결과를 획득하기 위하여 반드시 필요한 상품의 형상 또는 다른 특성 (iii) 상품의 본질적 가치를 부여하는 형상 또는 다른 특성 (f)~(k)호는 생략.

9) (a) 등록된 표장의 독특한 특성인 표장의 식별력을 바꾸지 않고 구성요소 일부를 다른 형태로 변경시켜 사용 (b) 전적으로 수출목적으로 공동체내에서 상품 또는 그 상품의 포장에 상표를 부착.

5. 프랑스¹⁰⁾

프랑스 지적재산권법 제7권(Marques de fabrique, de commerce ou de service et autres signes distinctifs) 제1편(Marques de fabrique, de commerce ou de service) 제1장(Eléments constitutifs de la marque)에서는 상표의 구성요소와 관련하여 L.711-1조에서 “상표, 영업 또는 서비스표는 자연인 또는 법인의 상품 및 서비스를 식별하기 위해 사용되는 시각적으로 표시할 수 있는 표지이다.”고 정의하며 그 표지를 구성할 수 있는 것들을 열거¹¹⁾하고 있다.

상표를 구성하는 표장의 식별력에 관하여는 L.711-2조에서 “상표를 구성하는 표장의 식별력은 지정상품 또는 지정서비스에 견주어 평가된다.”규정하며 식별력이 없는 것들에 대하여 a)부터 c)까지 열거¹²⁾하고 있으며, “c)에 규정된 경우를 제외하고, 식별력은 사용을 통해 식별력이 취득될 수 있다.”고 규정하고 있다.

6. 독일¹³⁾

상표로서 보호될 수 있는 표지와 관련하여 독일 상표법 제3조 (1)에서 “한 기업의 상품 혹은 서비스업을 다른 기업의 그것과 구별하기에 적합한 모든 표지, 특히 인명을 포함한 단어, 도형, 문자, 숫자, 소리부호, 상품이나 그 포장의 형상

10) 프랑스 지적재산권법(Code de la propriété intellectuelle, Dernière modification: 01/01/2018, Edition: 04/03/2018)(http://codes.droit.org/CodV3/propriete_intellectuelle.pdf, 2018.4.15.방문).

11) a) 다음과 같은 모든 형태의 명칭 : 단어, 단어의 조합, 성, 지리적 명칭, 가명, 문자, 숫자, 약어; b) 다음과 같은 청각적 표장 : 소리, 악절(phrases musicales); c) 다음과 같은 상형(figuratifs) 표장 : 디자인, 라벨, 인장, 직물의 가장자리(lisières), 입체, 홀로그램, 로고, 합성이미지; 특히 상품 또는 그 포장 또는 서비스의 특성을 나타내는 형태; 색채의 배열, 배합 또는 색조.

12) a) 일상적 또는 전문적 언어상으로, 상품 또는 서비스의 필수적, 총칭적, 또는 관용적 표시만의 표장이나 명칭; b) 상품 또는 서비스의 특성, 특히 종류, 품질, 수량, 용도, 가치, 원산지의 지리적인 표시, 상품 또는 서비스의 생산이나 제공 시점을 표시하는데 사용될 수 있는 표장이나 명칭; c) 상품의 성질이나 기능에 의해 강요되거나, 또는 그 상품에 실질적인 가치를 부여하는 형태만으로 구성된 표장.

13) 독일 상표법(Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen), “Markengesetz vom 25. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3082; 1995 I S. 156; 1996 I S. 682), das zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2541) geändert worden ist”(http://www.gesetze-im-internet.de/markeng/MarkenG.pdf, 2018.4.15.방문.); 특허청·한국지식재산연구원, 「법·제도 연구 국내외 지식재산 법제도 비교 분석(상표법)」, 특허청·한국지식재산연구원, 2016, 부록Ⅲ 독일 상표법 전문 738, 751쪽.

을 포함한 입체적 형상, 색채, 색채들의 조합을 포함한 기타의 외장은 상표로서 보호될 수 있다.”고 규정하고 있으며, (2)에서 상표로 보호될 수 없는 표지를 열거¹⁴⁾하고 있다.

상표의 사용과 관련하여서는 제26조 (1)에서 “등록상표에 의해 청구권을 주장하거나 등록을 유지하는 것이 상표가 사용되었다는 것에 달려 있는한에 있어서, 불사용에 대한 정당한 이유가 있는 것이 아니라면 그 상표는 상표소유주가 지정된 상품 또는 서비스업과 관련해서 성실하게 국내에서 사용하였어야 한다.”고 규정하고 (2)부터 (5)까지에서 사용에 관한 구체적인 내용을 열거¹⁵⁾하고 있다.

7. 미국¹⁶⁾

미국 상표법(15 U.S.C.) 제1127조에서 상표는 “타인이 제작하거나 판매하는 상품으로부터 특이한 상품을 포함한 자신의 상품을 증명하고, 식별하며 출처를 표시하기 위한 것으로 문자, 성명, 기호 및 도형적 요소 또는 이들의 조합을 포함한다.”고 정의하고 “(1) 특정인에 의하여 사용되는 것 (2) 특정인이 상거래에서 사용하고자 하는 성실한 의도를 가지고 있고 이 법에 의하여 비치된 주등록부상에 등록출원을 하는 것”으로 규정하고 있다.

제1052조 (a)부터 (f)까지에서는 상표등록이 거절되는 경우를 규정하고 있다. (e)에서 “전체적으로 어떤 기능적인 요소로 이루어진 표장”등 본질적인 식별력이 없는 경우를 열거¹⁷⁾하고 있고, (f)에서는 “이 조 (a), (b), (c), (d), (e)(3) 및

14) (2) 다음의 형상만으로 구성되는 표지는 상표로서 보호될 수 없다. 1. 상품 본연의 성질에 의존하는 것, 2. 기술적인 효과 달성을 위해 필요한 것 또는 3. 상품에 중요한 가치를 주는 것.

15) (2) 상표소유주의 승낙이 있는 상표의 사용은 상표소유주에 의한 사용으로 간주된다. (3) 등록된 상표의 독특한 특성인 식별력을 바꾸지 않는 한, 등록상표와 차이가 있는 다른 형상으로 사용하는것도 사용으로 간주된다. 제1문장은 상표가 사용된 형상과 똑같이 등록되어 있는 경우에도 적용된다. (4) 상품 또는 그 상품의 포장에 상표를 부착하는 행위도 상품이 오로지 수출하기로만 예정된 경우에는 국내 사용으로 간주된다 (5) 상표의 사용이 등록시점으로부터 5년 이내에 요구되는 한, 이 등록에 관하여 이의신청이 있는 경우에는 이의신청절차의 종결시점이 등록시점을 대신한다.

16) 미국 상표법(U.S. TRADEMARK LAW RULES OF PRACTICE & FEDERAL STATUTES U.S. PATENT & TRADEMARK OFFICE January 1, 2018, “A complete presentation of 37 C.F.R. Part 2—Rules of Practice in Trademark Cases; the text of the Trademark Act of 1946, as amended, and related statutory sections) (https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/trademark_rules_statutes_2018-1-1.pdf, 2018.4.15.방문).

17) (1) 출원인 상품에 사용하는 경우에 그저 서술(기술)하거나 현혹시키게 오기하는 것, (2) 지

(e)(5)에서 명확히 배제하는 것 외에는 상거래에서 출원인이 사용하는 자기 상품의 식별력이 있는 표장을 등록하는 것을 막지 못한다.”고 하여 사용에 의한 2차적 의미의 취득에 의한 식별력은 인정하고 있다. 또한 상거래에서 “출원인의 상품에 사용한 경우, 식별력의 주장을 한 날 전 5년간에 걸쳐, 출원인이 상거래에서 표장으로 배타적이고 지속적으로 출원인 상품에 사용하여 온 실질적인 증거를 가지고 있을 시에는 식별력이 있는 것으로 일단의 증거로 승인할 수 있다.”고 규정하고 있다.

8. 네덜란드(베네룩스 협약)¹⁸⁾

네덜란드의 상표법은 2005년 2월 25일 벨기에, 룩셈부르크 및 네덜란드가 서명한 지적재산권(상표 및 디자인)에 관한 베네룩스 협약(이하 ‘베네룩스 협약’이라 한다)에 의한다. 베네룩스 협약 제2.1조 1에서 “제품이나 포장의 명칭, 디자인, 스탬프, 도장, 글씨, 모양, 형체, 그리고 어느 회사의 상품이나 서비스를 그래픽적으로 표현하여 이를 식별하는 데에 사용될 수 있는 여타의 모든 기호는 개별 상표로 본다.”고 상표에 해당할 수 있는 표지에 대하여 규정하고 있고, 2에서 “단, 제품 고유의 성질에 의해 부과되는 형체를 구성하는 유일한 기호로서, 그 제품에 실질적인 가치를 부여하거나, 또는 기술적 결과를 취득하기 위해 필요한 기호는 상표로 볼 수 없다.”고 규정하고 있다. 또한, 제2.11조 1에서는 식별성이 없는 경우 등 절대적 사유에 의한 거절에 대하여 구체적으로 열거¹⁹⁾하고 있다.

역 원산지 표시로 1054조에 의거 등록될 수 있는 경우를 제외하고 출원인 상품에 사용하는 경우에 주로 지리적으로 이를 서술(기술)하거나 현혹되게 오기하는 것, (3) 출원인 상품에 사용하는 경우에 주로 지리적으로 현혹되게 서술(기술) 하는 것, (4) 주로 성만으로 되거나, 또는 (5) 전반적으로 기능적인 요소로 구성된 것으로 이루어진 표장.

18) 지적재산권(상표 및 디자인)에 관한 베네룩스 협약(Benelux Convention on Intellectual Property (Trademarks and Designs) of February 25, 2005)(http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/text.jsp?file_id=181302, 2018.4.17.방문).

19) 1. 다음 각호와 같이 판단되는 경우 그 등록을 거절하여야 한다. (a) 표지가 제2.1 (1) 및 (2)에서 정의하는 상표에 해당하지 아니하는 경우 (b) 상표에 식별성이 없는 경우 (c) 상표가, 제품제작이나 서비스 제공의 종류, 품질, 수량, 용도, 가치, 원산지의 지리적 표시나 그 시점, 또는 그 밖의 성질을 상거래에서 표시하는 데에 사용될 수 있는 기호나 표시로만 구성되는 경우 (d) 상표가, 통상적인 언어로나 신의성실에 의한 관습이 되어 있고 또 거래 관행으로 확립되어 있는 기호나 표시만으로 구성되어 있는 경우 (e) 상표가 제2.4(a), (b) 또는 (g)에서 말하는 상표인 경우.

III. 위치상표 관련 판례

1. 프랑스 루부탱 구두 사건(Christian Louboutin c/ ZARA France, TGI Paris, 4 novembre 2008; CA Paris, 22 juin 2011; Cass. com., 30 mai 2012)²⁰⁾

【원심】 TGI Paris, 2008.11.4. 【항소심】 CA Paris, 2011.6.22.

가. 사실관계

[그림 1] 상표침해소송 대상 상품 비교



프랑스 신발제조 업체인 Christian Louboutin은 신발 밑바닥의 빨간색 부분을 가지는 신발을 판매한 스페인 ZARA가 자사의 상표권을 침해하였음을 이유로 소송을 제기하였다. 1심인 파리지방법원(TGI Paris, 2008.11.4.)²²⁾은 Christian Louboutin의 상표를 1) 빨간색과, 2) Christian Louboutin이 서명된 스탬프, 구두바닥에 새겨진 ‘VERO CUOIO(진짜 가죽)’와 ‘made in Italy’로 구성된 복합표장으로 보았으며(루부탱의 위치상표 인정), 원고 Christian Louboutin의 주장을 받아들여 ZARA의 상표권 침해를 인정하였다. 파리항소법원(CA Paris, 2011.6.22)은 1심 판결을 파기하고, Christian Louboutin의 빨간색 구두 밑바닥 상표는 식

20) 프랑스의 법률 및 판례는 프랑스어 법률·법규와 대법원 판례 제공을 위한 공공서비스 목적으로 운영되는 프랑스 정부의 공식 웹사이트 <https://www.legifrance.gouv.fr/> 를 참조하였다.

21) 판례에서 ZARA구두의 밑바닥에는 ‘ZARA’라는 이름이 눈에 띄게 나타난다고 확인하고 있다.

22) 프랑스 법원의 체계는 1심 지방법원(Tribunal de Grande Instance), 2심 항소법원(고등법원)(Cour d'appel), 3심 파기원(대법원)(Cour de Cassation)으로 우리나라와 유사하다. 파기원은 항소심에 대한 최종 법률심의 역할을 하고 있다.

별력이 없으므로 그 등록은 무효라고 판결하였으며, 파기원(CASS, 2012.5.30.)은 항소심 판결(파리항소법원)에 위법이 없다고 보아 원심 판결의 입장을 그대로 확정하였다.

나. 쟁점

구두 밑바닥의 빨간색 색채와 형상으로 구성된 위치상표의 인정 여부

다. 판단

파리항소법원은 출원표장(빨간색 구두 밑바닥)의 형상이나 색채 모두 구두의 출처를 표시하는 본질적인 식별력을 부여하기에 명확하고 구체적인 것으로 볼 수 없다고 판단하였다. 판결 이유로 표현된 형상이 구두밑창의 표현으로 직감될 수 없으며, 설사 그렇게 인식된다고 하더라도 이는 기능이나 성질상 요구되는 것으로서 식별력이 없으며, 구두 밑바닥 색채의 경우에는 출원서에 명확히 정의되지도 않았으므로, 유효한 상표가 되기 위해 요구되는 식별력 및 시각적 표현의 기준을 만족하지 못하였다고 판시하였다. 또한, 부정경쟁행위에 근거한 Christian Louboutin의 손해배상청구도 기각하였는데, 그 이유로 빨간색 구두밑바닥만으로는 일반수요자간에 Christian Louboutin구두로 인식되지 않을뿐더러, 계쟁 신발들의 판매장소가 다르고, 판매가격(10배의 가격차이)도 차별화되었다는 점 등을 고려하여 계쟁 상품들간에 혼동위험이 없다고 판단하였다. 아울러, 빨간색 구두 밑바닥을 상표에 결합시킨 것은 단지 아이디어에 불과하여, 빨간색 밑바닥 구두를 판매한 ZARA France 회사의 행위는 부정경쟁행위에 해당하지 않는 것으로 판단하였다.

파리항소법원은 Christian Louboutin이 빨간색 밑바닥 구두의 판매를 금지해 줄 것을 요구하는 주장은 과도한 것이며, 단지 정통하거나 주의 깊은 수요자와 특수한 보도매체만이 빨간색 구두 밑바닥과 Louboutin상표를 결부시켜 인식할 수 있다는 정황만으로는, Christian Louboutin 회사에게 영속적인 권리를 부여할 수 없으며, 이와 같은 아이디어는 자유롭게 사용될 수 있어야 한다고 판단하였으며, 파기원 또한 파리항소법원의 입장을 견지하여 Christian Louboutin의 항소를 기각하였다.

2. 미국 루부탱 구두 사건(Christian Louboutin S.A., Christian Louboutin, L.L.C., v. Yves Saint Laurent America Holding, Inc., 696 F. 3d 206(2th Cir. 2012))²³⁾

【원심】 778 F. Supp. 2d 445(S.D.N.Y. 2011)

가. 사실관계

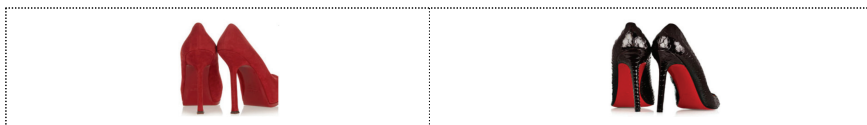
미국 특허상표청(USPTO)은 2008.1.1. Christian Louboutin의 아래 “Red Sole Mark”에 대한 상표등록신청을 받아들였다.

[그림 2] 위치상표 등록 내역

	FOR: WOMEN'S HIGH FASHION DESIGNER FOOTWEAR, IN CLASS 25 (U.S. CLS. 22 AND 39). FIRST USE 0-0-1992; IN COMMERCE 0-0-1992.
placement of the mark	The verbal description reads

구두 바닥의 빨간색은 상표의 특성으로 주장되어졌으며, 상표의 설명에서 점선으로 표시된 부분은 상표의 일부분이 아니라 단지 그 위치를 나타내주기 위한 의도임을 명시하였다.²⁴⁾

[그림 3] 상표침해소송 대상 상품 비교



23) Anne H. Hocking and Anne Desmousseaux, Why Louboutin Matters: What Red Soles Teach Us About the Strategy(Vol. 105 No. 6), INTA, November-December, 2015, p. 1358-1366 참조.

24) 778 F. Supp. 2d 445(S.D.N.Y. 2011), P.5-6(THE MARK CONSISTS OF A LACQUERED RED SOLE ON FOOTWEAR. THE DOTTED LINES ARE NOT PART OF THE MARK BUT ARE INTENDED ONLY TO SHOW PLACEMENT OF THE MARK.).

Yves Saint Laurent

Christian Louboutin

원고 Christian Louboutin S.A는 피고 Yves Saint Laurent America, INC가 판매하는 구두(구두 밑바닥에 붉은색 색채 사용)에 대하여 원고의 Red Sole Mark(빨간 구두 밑바닥 상표)와 동일하거나 유사하여 혼동을 줄 염려가 있으므로 원고를 상표권 침해 및 위조, 희석화 행위, 불공정 경쟁행위에 해당한다며 뉴욕 남부지방법원에 상표권 침해금지 가처분을 신청하였으며, 피고는 원고의 Red Sole Mark(빨간 구두 밑바닥 상표)가 본질적인 식별력이 없고, 기능적 상표임을 근거로 상표권 등록 취소의 반소를 제기하였다. 1심인 뉴욕 남부지방법원은 원고의 상표권을 인정하지 않고 가처분 신청을 기각하였으나, 항소법원은 원고의 Red Sole Mark(빨간 구두 밑바닥 상표)가 상표권으로 보호될 수 있다고 판단하였다.

나. 쟁점

원고의 등록상표가 기능성 상표로서 등록이 취소되어야 하는지 여부 및 피고의 행위가 상표권 침해 등에 해당하는지 여부

다. 판단

뉴욕 남부지방법원은 먼저, 원고의 상표가 패션 산업계에서 ‘에너지, 매력적, 섹시’의 의미를 표출하게 하는 장식적이고 심미적인 기능을 제공하는 기능적 상표에 해당한다고 보았으며, 기능적 상표는 상표로서 보호할 가치가 없다는 전제하에 피고는 상표권 침해 및 불공정 경쟁 행위에 해당하지 않는다고 판단하였다. 그리고, 원고의 상표인 ‘Red Sole Mark(빨간 구두 밑바닥 상표)’가 보호되어야 함을 충분히 증명하지 못하였다고 보아, 피고의 사용 상표가 소비자 혼동을 야기하였는지 여부를 판단할 필요가 없다고 하여 원고의 침해 금지 가처분 신청을 인정하지 않았다. 또한 원고의 상표는 기능적 상표라는 피고의 반소를 인정하여 원고의 등록 상표를 취소하도록 결정(2011.8.10.)하였다. 결론적으로 2차적 의미의 식별력을 획득하였는지 여부와는 별개로 상표법상 보호대상이 되는 상표라는 점을 입증하지 못하였음을 이유로 상표가치 희석에 대한 주장 등을 모두 배척하였다.

반면에, 항소법원은 신발 자체의 색상과 대비되는 경우 ‘Red Sole Mark(빨간 구두 밑바닥 상표)’는 상표권으로 보호될 수 있다고 판단하였다. 원심이 기능적 상표에 해당한다고 한 점에 대하여 경쟁업체가 동일한 시장에 진입하는 것을 방해하지 않는 장식적 특징의 독특하고 임의적인 배열은 기능적이지 않으며 상표법의 보호대상이 될 수 있다고 판단하였다. 다시 말해 해당상표의 보호가 경쟁업체가 관련 시장에서 경쟁할 수 있는 능력을 현저히 저하시킬 때 기능적인 것으로 판단하였으며, “Red Sole Mark”는 Christian Louboutin 브랜드를 식별하는 고유한 상징으로 사용에 의한 2차적인 식별력을 획득하였다고 보아 유효하고 보호가능하다고 하였다. 하지만 ‘Red Sole Mark’가 신발의 나머지 부분과 구분된 색으로 대비되는 경우에만 허용하였다. 이렇게 판단함으로써 Yves Saint Laurent이 구두 전체에 빨간색을 사용하였다고 해서 소비자를 혼동할 우려가 없고 Christian Louboutin의 상표를 위반하지 않았다고 결론 내렸다.²⁵⁾

3. 네덜란드 루부탱 구두 사건(Case C-163/16 Christian Louboutin SAS v. Van Haren Schoenen BV)²⁶⁾

가. 사실관계

Christian Louboutin은 네덜란드 전역에서 운영되는 독일 Deichmann Group의 일원인 Van Haren Schoenen BV를 상대로 상표권 침해 소송을 제기하였고, Van Haren은 Christian Louboutin의 상표는 EU상표지침(2008/95/EC) 제3조²⁷⁾ (1) (e) (iii) “상품의 본질적 가치를 부여하는 형상”에 해당하여 유효하지 않다는 반소를 제기하였다. 또한, Van Haren은 2015년 EU상표지침(EU Directive

25) Christian Louboutin의 기존 상표는 그대로 유효한 것으로 인정하면서도 그 상표 침해는 구두의 외관이 빨간 밑바닥과 대비되는 다른 색상일 경우만 보호된다고 판단함으로써 Yves Saint Laurent측도 소송의 목적을 달성할 수 있게 해줬다는 측면에서 비난도 있다.

26) <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199102&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=651047>, 2018.10.25. 방문).

27) 제3조(거절 또는 무효 근거) 1. 다음은 등록되지 않아야 하며 등록된 경우 무효로 될 수 있다. (e) 이하에서 열거하는 사항만으로 이루어진 표지 (i) 상품 자체의 성질로부터 파생하는 형상 (ii) 기술적인 결과를 획득하기 위하여 반드시 필요한 상품의 형상 (iii) 상품의 본질적 가치를 부여하는 형상.

2015/2436)에서 제3조 (1) (e) (iii)를 “상품의 본질적 가치를 부여하는 형상 또는 다른 특성”으로 개정하였는 바, Christian Louboutin의 위치상표가 이 규정에 해당됨이 보다 명확해졌다고 주장하였다. 네덜란드 헤이그 법원은 EU사법재판소(CJEU)에 사건을 회부하고 EU상표지침 2008/95/EC의 3 (1) (e) (iii) 에서의 형상이란 개념은 윤곽, 치수 및 부피와 같은 제품의 입체적으로 표현된 3차원적인 속성에 한정된다고 보여지는데, 3차원적 특성이 아닌 제품의 특정 위치의 색상과 같은 다른 특성을 포함하는지에 대한 동 규정의 해석에 관한 선결적 판결(preliminary ruling)을 요청²⁸⁾하였다.

나. 쟁점

Christian Louboutin의 위치상표가 상품의 본질적 가치를 부여하는 형상에 해당하여 절대적 부등록사유인지 여부

다. 판단

2018.6.12. EU사법재판소(CJEU)는 Christian Louboutin의 상표가 EU상표지침(2008/95/EC) 제3조 (1) (e) (iii) “상품의 본질적 가치를 부여하는 형상”에 해당하는지와 관련하여 “EU상표지침(2008/95/EC)이 ‘형상’의 개념에 대한 정의를 제공하지 않는다는 점을 감안할 때, 그 개념의 의미와 범위는 일상 언어에서의 일반적인 의미를 고려하여 결정되어야 하는바(2014.9.3., Deckmyn and Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:2132, paragraph 19 참조), 상표법의 문맥에서 ‘형상’의 개념은 일반적으로 관련 제품을 개략적으로 설명하는 일련의 선이나 윤곽으로 이해된다”고 판단하였다. 즉, “윤곽없는 색 그 자체가 ‘형상’을 구성할 수는 없다.”고 보았다.

구체적으로, 특정 색상이 관련 제품의 특정 부분에 적용된다는 사실이 제3조 (1) (e) (iii)의 의미내에서 ‘형상’을 이루는 결과를 낳는지에 대하여 “제품 또는 제품의 일부분의 모양이 색상의 윤곽을 그리는 데 중요한 역할을 한다는 것은 사실이지만, 상표의 등록이 그 모양을 보호하려고 시도하지 않았지만 그 제품의 특

28) 종전에는 ‘shape’에서 ‘shape or other characteristic’으로 변경된 것을 염두에 두고 쟁점이 된 위치상표의 색채 부분이 이러한 것에 해당하는지의 해석을 요청한 사항이다.

정 부분에 색깔을 적용하는 것을 보호하기 위해 노력한 경우 그 표장은 신발의 구체적인 형상과 관련이 없다.”고 판단하였다. 그 이유로 “그 표장의 설명에 명시적으로 그 윤곽은 표장의 일부를 구성하지 않으며 순전히 등록에 포함된 붉은 색의 위치를 보여주기 위한 것”이라고 하였음을 언급하였다.

따라서, Christian Louboutin의 상표는 제3조 (1) (e) (iii)의 의미내에서 ‘형상’만으로 구성되지는 않은 것으로 보아야 한다고 판결하였다.

라. 우리나라 상표법과 비교

EU상표지침(2008/95/EC) 제3조 (1) (e)와 관련하여 (i) 상품 자체의 성질로부터 파생하는 형상의 경우는 우리나라 상표법 제33조 제1항 제3호의 “보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장만으로 된 상표”로 볼 수 있고, (ii) 기술적인 결과를 획득하기 위하여 필요한 상품의 형상의 경우는 우리나라 상표법 제34조 제1항 제15호의 “그 기능을 확보하는 데 꼭 필요한 입체적 형상으로 된 상표”로 볼 수 있다. (iii) 상품의 본질적 가치를 부여하는 형상의 경우는 우리나라 상표법에는 이와 관련되는 직접적인 규정은 없다고 보여진다. 이는 예를들면, 다이아몬드의 커팅(cutting)과 같이 다이아몬드 그 자체로도 가치를 갖지만 커팅에 의한 결과물인 그 형상에 의해서 실질적 가치가 부여되는 경우, 그 형상은 심미적 기능성(aesthetic functionality)이 있다고 보아 보호되지 않는다는²⁹⁾ 것으로 동 지침의 본질적인 가치(substantial value)에 대한 해석 및 적용의 문제와 관련하여서는 많은 이견이 있으나 제품의 본질적 가치에 영향을 주는 것도 상표로 등록받을 수 없다³⁰⁾는 규정으로 그 기능을 확보하는데 있어 꼭 필요한 기능성의 범주에 포함되는 것으로 판단된다.

29) 특허청, TM5 (한·미·일·OHIM·중국)상표법 및 디자인보호법 비교고찰, 2012.8., 150쪽.

30) 특허청, 앞의 보고서(주29), 96쪽.

4. EU사법재판소 리바이스 청바지 사건(EuGH, Urteil vom 18.4.2013 (Rechtssache C-12/12, Colloseum Holding AG / Levi Strauss & Co))³¹⁾

가. 사실관계

Levi Strauss & Co.(원고, 피상고인)는 'LEVI'S'라는 문자상표(이하, '상표1'이라고 함)와 청바지 뒷주머니의 좌측 상단에 붙어있는 빨간색 직사각형 태그 모양의 위치상표(이하, '상표2'라고 함)를 유럽공동체상표로 등록받았고, 그에 앞서 독일에서 주머니 모양의 도형과 빨간색 직사각형 태그 모양과 그 위에 'LEVI'S'라는 문자가 부기된 결합상표(이하, '상표3'이라고 함)를 등록받은 자이다(지정상품은 가방류, 의류 청바지 등이다).³²⁾

Colloseum Holding AG(피고, 상고인)는 2002년에 출시한 진(Jean) 제품들의 오른쪽 뒷주머니 우측 상단 1/3 지점에 빨간색 직사각형 모양의 천으로 된 태그를 꿰매어 달았는데, 그 태그상에는 'SM JEANS', 'COLLOSEUM', 'S.MALIK'등과 같은 문자가 표시되어 있었다. 원고(피상고인)는 Colloseum Holding AG를 상대로 독일 법원에 상표권 침해를 이유로 하는 가처분 신청을 하였고, 피고는 빨간색 직사각형의 천 조각은 오로지 장식적인 기능을 하는 것이며, 원고의 위치상표는 불사용이므로 상표권의 효력을 주장할 수 없다고 주장하였지만, 1심과 2심 모두 원고가 승소하였다.

하지만, 독일 대법원은 원고의 '상표2'와 피고의 사용상표간에는 혼동가능성이 있음을 인정하면서도, 원고의 '상표2'가 불사용이라는 피고의 주장에 대하여 EU사법재판소(CJEU)에 유럽공동체 상표규칙 제15조 제1항의 진정사용(genuine use)의 해석과 관련한 선결적 판결(preliminary ruling)을 요청하였다.

31) 특허청·한국지식재산보호협회, 2014 지재권 핵심판례 100선(상표/디자인), 2016, 46-50쪽.; 특허청·한국지식재산연구원, 법·제도 연구 국내외 지식재산 법제도 비교 분석(상표법), 2016, 412-415쪽 참조.

32) 상표의 등록순서는 '상표3'(1977.1.12.등록, 독일) → '상표1'(1998.10.8등록, 유럽공동체상표) → '상표2'(2005.1.24.등록, 유럽공동체상표)순이며, 당해 소송에서는 '상표2'의 진정사용 여부가 쟁점이 되었다.

나. 쟁점

‘상표3()’의 구성 중 일부에 해당하는 ‘상표2()’가 ‘상표3(LEVI’S)’의 사용을 통해서 유럽공동체 상표규칙 제7조 제3항의 사용에 의한 식별력을 취득했다면, ‘상표3’의 사용에 근거하여 ‘상표2’가 유럽공동체 상표규칙 제15조 제1항에 의한 진정사용(genuine use)의 요건을 충족했다고 볼 수 있는지 여부

다. 판단

독일 대법원은 EU사법재판소(CJEU)에 유럽공동체 상표규칙 제15조 제1항의 진정사용 여부와 관련하여 첫째, ‘상표2’가 다른 결합상표(‘상표3’)의 구성 중 일부분에 해당하고, 그 결합상표(‘상표3’)를 사용한 결과 ‘상표2’부분이 상표로서의 사용에 의한 식별력을 획득한 경우라면, 그 결합상표(‘상표3’)의 사용을 ‘상표2’의 정당한 사용이라고 할 수 있는지와 둘째, ‘상표2’가 항상 다른 상표(‘상표1’)와 함께 사용되었고(청바지에서 결합된 형태로는 아니었지만), 공중이 ‘상표2’와 ‘상표1’을 각각 독립적인 표지로 인식하며, 나아가 양 상표의 결합상표(‘상표3’)가 별개로 등록되어 있는 경우에, 그 결합상표(‘상표3’)의 사용을 두고 ‘상표2’의 진정사용이라고 할 수 있는지의 이 두가지의 해석에 관한 선결적 판결(preliminary ruling)을 요청하였다.

이에 대하여 EU사법재판소(CJEU)는 먼저, 상표의 핵심 기능은 수요자의 눈으로 볼 때 상품의 출처를 표시하는 것임을 명시하며, 특별 현저한 특성의 취득은 ① 어떤 상표의 일부분으로서의 사용에 의하여 또는 ② 어떤 상표와 함께 사용되더라도 독자성이 인정되는 사용에 의하여 발생할 수 있다고 하였다. 상기 두 가지 경우 모두 그러한 사용의 결과 수요자들이 해당 상품이나 서비스가 특정인으로부터 유래한 것이라고 인식하면 충분하므로, 어떤 표지가 등록상표의 일부로서 사용되었는지 또는 다른 등록상표와 함께 사용되었는지 여부를 불문하고, 사용의 결과 그 표지가 관련 공중의 마음속에서 어떤 상품을 표창하고 그 상품의 출처표시 기능을 수행하면 족하다는 것이 기본적인 원칙이라고 판단하였다.

다음으로, 유럽공동체 상표규칙 제8조 제1항 제b호의 혼동가능성을 따지기 위해서 선행상표가 식별력이 있는 부분을 갖고 있는지 여부를 판단할 때, 제7조 제

3항의 사용에 의한 식별력을 판단할 때, 제15조 제1항에서의 진정사용 여부를 판단할 때 동일한 방식으로 적용된다고 할 것이므로 상표의 ‘사용’은 문자 그대로 독립적인 사용 및 다른 상표의 일부로서의 사용 둘 다를 포함한다고 봄이 명백하다고 보았다. 즉, 사용의 인정기준은 권리부여를 위한 것인지, 또는 권리유지를 위한 것인지에 따라 서로 다른 방식으로 평가되어서는 아니되며, 따라서, 제15조 제1항의 의미에서, 어떤 상표의 진정한 사용을 확인하기 위해 적용되는 요건들은 제7조 제3항의 의미에서 등록을 위한 사용에 의하여 식별력을 취득하는 요건과 같다고 보아야 한다고 해석하였다.

결론적으로 이상에 비추어 볼 때 본 질문에 대한 답변은, 어떤 상표의 제15조 제1항에서 말하는 진정사용의 조건은 다른 결합상표의 하나의 구성요소에 해당하는 등록상표가 그 결합상표의 사용에 의해 식별력을 취득하였고 그 결합상표를 통해서만 사용된 경우, 또는 오직 다른 상표와 함께 사용되고 양 상표의 결합이 하나의 상표로서 등록된 경우에도 충족될 수 있다는 것이므로, ‘상표2’는 ‘상표3’의 사용을 통해서 진정사용되었다고 보는 것이 타당하다고 판결하였다.

5. 우리나라 아디다스 사건(대법원 2012.12.20.선고 2010후 2339)

【원심】 특허법원 2010. 7. 14. 선고 2010허364 판결

가. 사실관계

원고(출원인)의 2007.6.12. 상표출원에 대하여 특허청은 이 사건 상표가 지정상품인 ‘스포츠셔츠’의 형상을 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 상표에 해당하여 구 상표법 제6조 제1항 제3호 및 제7호에 해당하고, 또한 사용에 의한 식별력을 취득한다고 볼 수도 없다는 이유로 거절결정을 한다. 그 후 특허심판원, 특허법원도 상기 특허청과 동일한 이유로 기각 결정하자 이 사건 상고에 이르게 된다.

나. 쟁점

상표법상 위치상표의 보호 여부 및 위치상표의 등록요건의 판단 기준

다. 판단

1) 특허법원

특허법원은 출원상표는 “그 지정상품의 일반적인 형상을 나타낸 것에 지나지 않아 자타상품의 식별력이 있다고 할 수 없으며, 독립적인 하나의 식별력 있는 도형이라기보다는 상품을 장식하기 위한 무늬의 하나 정도로 인식될 뿐이므로 식별력이 인정되지 않아 상표법 제6조 제1항 제3호 및 제7호에 해당한다.”고 판단하였다. 또한, 원고가 제출한 증거만으로는 “국내에서 원고만이 독점적으로 사용하여 원고의 상표로 널리 알려졌다고 인정하기에는 부족”하고, “각 제품에는 ‘옆 구리에서 허리까지 연결된 세 개의 굽은 선’과 같은 3선 이외에도 그 출처를 표시하는 원고의 상표가 별도로 부착되어 있는 경우가 대부분”이어서 이러한 3선의 사용이 “상품의 출처를 표시하기 위한 상표적 사용인가에 대한 점에도 의문”이 있다고 하며 사용에 의한 식별력을 취득하였다고 할 수 없다고 판결하였다.

2) 대법원

대법원은 상표의 정의 규정을 보면, “일정한 형상이나 모양이 지정상품의 특정 위치에 부착되는 것에 의하여 자타상품을 식별하게 되는 표장도 상표의 한 가지로서 인정될 수 있다.”고 하여 출원상표를 인정하였으며 이러한 표장을 ‘위치상표’라고 칭하였다. 일점쇄선 부분의 판단과 관련하여서는 “위치상표에서는 지정상품에 일정한 형상이나 모양 등이 부착되는 특정 위치를 설명하기 위하여 지정상품의 형상을 표시하는 부분을 필요로 하게 된다.”라고 하면서 일점쇄선 부분이 이러한 위치를 설명하는 “설명 의미 부여한 것뿐임을 쉽사리 알 수 있는 한” 그 것은 “위치상표의 표장 자체의 외형을 이루는 도형이 아니라고 파악하여야 한다.”고 판단하였다. 그리고, 위치상표의 경우에는 “비록 일정한 형상이나 모양 등이 그 자체로는 식별력을 갖지 않더라도 지정상품의 특정 위치에 부착되어 사용

됨으로써 당해 상품에 대한 거래자 및 수요자 대다수에게 특정인의 상품을 표시하는 것으로 인식되기에 이르렀다면,” 사용에 의한 식별력을 가진 것으로 볼 수 있으므로 상표로 등록이 가능하다고 판결하였다.

3) 파기 환송 후 특허법원 판단³³⁾

대법원 파기 환송심에서 특허법원은 우선 출원상표에서 “지정상품의 일반적인 형상을 나타낸 것으로 볼 수 있는 운동복 상의 모양의 일점 쇄선 부분은 이 사건 출원상표의 표장 자체의 외형을 이루는 도형이 아니다”고 보아 이 사건 출원상표를 상표법 제6조 제1항 제3호에 정한 “상품의 형상을 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장만으로 된 상표에 해당하지 아니한다.”고 판단하였다. 다음으로 출원상표의 세 개의 굵은 선과 관련하여 “지정상품의 옆구리에서 허리까지의 위치에 부착될 경우 상품의 출처표시보다는 장식적인 기능을 하는 문양 등으로 인식될 것이므로 그 표장 자체로는 수요자가 누구의 업무에 관련된 상품을 표시하는 것인가를 식별할 수 없는 상표”라고 보아 이 사건 출원상표는 상표법 제6조 제1항 제7호에 해당한다고 판단하였다. 그렇지만 최종적으로 원고의 사용에 의한 식별력 취득주장에 대하여 판단하면서 “이 사건 출원상표와 부착되는 위치 및 지정상품만 다른 별도의 위치상표들의 등록 여부, 설문조사결과 등을 두루 종합하여 보면, 이 사건 출원상표는 거래자 및 수요자의 대다수에게 원고의 상품을 표시하는 표장으로 인식되기에 이르렀다고 할 것이다.”고 하여 사용에 의한 식별력을 취득한 것으로 판결하였다.

IV. 국내 위치상표 판단시 고려할 사항

우리나라 아디다스 위치상표 사건에서 대법원은³⁴⁾ 위치상표를 “상표의 한 가지로서 인정될 수 있다”고 판시하였다. 그런데, 상표가 등록되려면 기본적으로 자타상품 식별력을 가져야 하므로, 이것이 비전형상표에 포함되는지, 기능성 등

33) 특허법원 2013. 7. 25. 선고 2013허235 파기 환송심 판결.

34) 대법원 2012.12.20. 선고 2010후2339 -“아디다스 위치상표 사건”- 전원합의체 판결.

의 사유로 식별력의 판단과는 관계없이 등록될 수 없는지에 대하여 종합적으로 고려하여 판단하는 것이 필요하다고 생각한다.

앞서 살펴본 Christian Louboutin의 위치상표에 관한 프랑스, 미국, 네덜란드 및 EU사법재판소(CJEU)의 판례에서는 Christian Louboutin의 위치상표를 비전형상표에 해당하는 것으로 볼 수 있는지와 기능성 등의 사유로 등록될 수 없는지 여부에 대하여 중점적으로 다룬 반면에³⁵⁾, 우리나라 대법원 판례의 경우는 이에 관한 구체적인 검토 없이 상표법상 상표의 정의 규정이 “모든 형태의 표장을 상표의 범위로 포섭하고 있다”고 하며 위치상표로 인정할 수 있다는 결과만을 판시하고 있다고 보여진다. 위치상표로 인정할 수 있는지 여부와 관련하여 일차적인 쟁점이 된 점선으로 표시된 모양의 형상을 상품의 일반적인 형상을 나타내는 것으로 보는지에 대하여 대법원은 상품의 형상이 아니라고 판단하였다. 즉, 그와 같은 사유로 자타상품 식별력이 없다고 판단하여서는 안된다는 취지로 생각된다. 하지만, 대법원에서는 쟁점상표가 그 자체로서 등록요건을 충족하는지에 대하여는 별도의 판단을 하지 않았으며, 파기 환송심에서는 그 표장 자체로는 출처를 식별할 수 없다고 보았다.

외국에서도 위치상표의 출원 초기에는 상표심사기준 등에 구체적인 기준이 없어 상표로 등록하고자 하는 위치를 나타낼 의도로 표시한 점선을 상품의 전체적인 형상에 포함되는 것으로 보아 위치상표 등록을 거절한 경우가 있었으나, 현재 이 부분은 위치표장 자체의 외형을 이루는 형태는 아니라고 파악하는 것으로 보는 것에는 별다른 이견이 없어 보인다. 우리나라도 상표심사기준(특허청예규 제100호, 2017.12.19., 일부개정)을 통하여 제8부 제5장 1.1에서 위치상표의 개념을 규정하고, 2.6에서 점선으로 상품 전체의 형상을 나타낸 뒤 상표 설명란에 위치상표에 대한 설명이 기재되어 있는 경우 위치상표로 출원한 것으로 본다고 규정하고 사례를 예시하여 점선으로 그려진 상품 전체의 형상이 법 제33조 제1항 제3호에 해당한다는 이유로 거절결정을 하여서는 안된다고 함으로써 심사실무상의 논란은 해소된 것으로 판단된다.

문제는 Christian Louboutin의 경우처럼 위치상표가 비전형상표에 해당하는

35) 앞서 살펴본 리바이스 위치상표에 관한 독일 및 EU사법재판소(CJEU) 판례의 경우는 리바이스 위치상표가 상표등록이 가능한 표장이고, 사용에 의한 식별력을 취득하였음에 별다른 이의가 없는 사안으로 보여지고 다른 표장과 결합하여 사용한 위치상표의 진정사용여부가 쟁점이 된 것으로 상표 등록이 가능한 표장인지 여부 등이 문제된 Christian Louboutin의 위치상표와는 차이가 있다.

것으로 볼 수 있는지와 기능성 등의 사유로 등록될 수 없는지 여부를 다투는 경우인데, 이 부분에 대하여는 논란이 계속되고 있다. 일본의 경우 Christian Louboutin의 위치상표를 기술적인 표장이며, 위치상표라 주장하지만 상표법에서 규정하는 상표에 부합하지 않는 것으로 보아 이를 거절이유 중 하나로 명시하였다.³⁶⁾ 아직 우리나라에는 Christian Louboutin의 위치상표 출원이 이루어지지 않은 것으로 파악³⁷⁾되는데, 그 동안 위치상표와 관련하여 제기된 일련의 쟁점들을 통하여 이러한 위치상표의 출원이 있는 경우 판단시 고려하여야 할 사항들을 살펴보고자 한다.

1. 기능성 측면

Christian Louboutin의 위치상표에 관한 프랑스와 미국법원의 1심 판결은 상이하다. 파리지방법원은 Christian Louboutin과 ZARA의 소송에서 Christian Louboutin의 상표를 빨간색과, 서명 스탬프, 구두바닥에 새겨진 문구 등으로 구성된 복합표장으로 보아 위치상표를 인정하였다. 반면에, 뉴욕 남부지방법원은 Christian Louboutin과 Yves Saint Laurent의 소송³⁸⁾에서 Christian Louboutin의 등록상표에 적용된 색채는 상업적 출처를 나타내기 위한 것이 아니라 창조적 기능을 수행하는 기능적 상표에 해당하는 것으로 보아 위치상표를 인정하지 않았다. 프랑스와 미국법원의 1심에서는 Christian Louboutin의 상표가 비전형상표에 해당하는지와 기능을 확보하는데에 꼭 필요한 것인지 여부에 초점을 맞추었다.

하지만, 각각의 항소법원에서는 1심과 정반대의 판단을 하게 된다. 파리항소법원은 1심과 달리 출원표장(빨간색 구두 밑바닥)의 형상이나 색채 모두 구두의 출처를 표시하는 본질적인 식별력을 부여하기에 명확하고 구체적인 것으로 볼 수 없다고 판단하였다. 즉, Christian Louboutin의 위치상표는 기능이나 성질상 요구되는 것으로 식별력이 없다고 판단하였다. 반대로 뉴욕항소법원은 1심과 달리 경쟁업체가 동일한 시장에 진입하는 것을 방해하지 않는 장식적 특징의 독특하고 임의적인 배열은 기능적이지 않으며 상표법의 보호를 받을 수 있다고 판단하였으

36) 특허청, TM5 상표법제 실무 통일화 방안 연구, 2013, 60-61쪽.

37) Christian Louboutin은 2010.2.3. 상표국제등록(등록번호 1031242)하였으며(한국, EU, 미국은 미지정), 일본, 중국에서는 거절 결정하였다.

38) 물론, 동 소송은 색채상표 측면에 좀 더 치우쳐 판단한 면이 있으나, Christian Louboutin의 빨간색 밑바닥 구두에 대한 소송으로 동일한 위치상표에 대한 내용이다.

며, Christian Louboutin의 사용에 의한 식별력 취득 주장에 대하여, 2차적인 식별력을 획득하였다고 보아 유효하고 보호 가능하다고 판단하였다.

상기 프랑스와 미국의 판례외에 또 한가지 주목할 사건은 Christian Louboutin과 Van Haren의 상표권 소송이다. 네덜란드 헤이그 법원은 사용에 의한 식별력 획득을 논하기 전에 과연 Christian Louboutin의 위치상표가 상표로 등록될 수 있는 것이었는지에 대한 의구심을 나타내었다. 즉, 상품의 본질적 가치를 부여하는 형상으로 보아 절대적인 부등록사유에 해당하는지에 대하여 EU사법재판소(CJEU)에 사건을 회부하고 선결적 판결(preliminary ruling)을 요청하였다.

EU사법재판소(CJEU)의 최종 판결이 있기전 2018.2.6. EU사법재판소(CJEU) 법무관(advocate general) SZPUNAR는 이 사건과 관련하여 색상과 형태가 결합된 상표는 등록거절사유에 포함될 수 있다는 의견을 발표³⁹⁾하였다. 구체적으로 살펴보면, “이 사건 상표가 위치상표라 하더라도 등록거절사유의 범위에서 제외되지 않으며, 이 사건의 등록거절사유 조항인 EU상표지침(2008/95/EC) 제3조(1)(e)(iii)은 색상과 형태가 결합(제품의 형상과 특정 색깔의 보호로 구성)된 표지에도 적용 가능한 것으로 해석되어야 하고 해당 조항의 의미내에서 사물에 ‘본질적 가치를 부여하는’ 형태의 개념 또한 상표의 명성 또는 상표권자의 명성을 고려하지 아니하고 오직 그 형상의 본질적인 가치에 관한 것으로 판단되어야 한다.”고 하여 Christian Louboutin의 위치상표가 무효로 볼 수 있다는 입장을 취하였다.

비록, EU사법재판소(CJEU)가 Christian Louboutin의 상표를 EU상표지침(2008/95/EC) 제3조(1)(e)(iii)의 의미내에서 ‘형상’만으로 구성되지는 않은 것으로 보아야 한다고 판결하였으나, 위치상표의 경우에도 입체적 형상이 가능하므로 색상과 형태가 결합되어 있는 경우라 하더라도 실질적으로는 상품의 본질적 가치를 부여하는 형상에 해당하는 것으로 볼 여지가 있는 바 동 규정이 적용될 수 있다고 보는 것이 보다 합리적이라고 생각되며, 이러한 색상과 형태가 결합된 위치상표의 인정여부에 대한 논란은 향후에도 지속될 것으로 보여진다.

39) ADDITIONAL OPINION OF ADVOCATE GENERAL SZPUNAR delivered on 6 February 2018(1)(<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de50834cb931584190bf9fc2bfc89ca2e9.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pb38Se0?text=&docid=199102&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=302265>; <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199102&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=738398>, 2018.4.17.방문).

상기의 사례와 같이 살펴볼 때 위치상표 관련 판례에서는 절대적인 부등록사유에 해당하지 않는 경우에 한해 본질적인 식별력이 없더라도 사용에 의한 2차적인 식별력을 획득하였으면 자타상품 식별력이 인정된다고 판단하고 있음을 알 수 있다. 또한, 사용에 의한 식별력 취득을 논하기 전에 그 자체가 상표로서 보호될 수 있는 것인지에 대한 판단에서부터 많은 논란이 벌어지고 있다.

따라서, 국내에서 위치상표에 대하여 판단할 경우, 현행 상표법이 상품 또는 그 상품의 포장의 기능을 확보하는데 꼭 필요한 부분만으로 된 상표는 절대적인 부등록 사유로 규정(상표법 제34조 제1항 제15호)하고 있으므로 일차적으로 이 부분을 중점적으로 검토하는 것이 필요해 보이고, 그 이후에 사용에 의한 식별력을 판단하는 방향으로 진행하는 것이 필요하다고 본다.

Christian Louboutin의 상표가 기능의 확보 측면에 해당하는지가 주요쟁점이 되는 것에서도 볼 수 있듯이 위치상표의 특성상 식별력이 약한 표장이 위치와 더불어 식별력을 획득하는 것⁴⁰⁾이기 때문에, 다른 상표에 비하여 그 판단에 있어 모호한 부분이 많고 난해하여 필연적으로 다양한 논란이 있을 수 밖에 없다고 생각한다. 우리나라에서도 이런 부분을 고려하여 위치상표의 판단시 기능적인 측면 즉, 그 위치에 그 색채를 사용하는 것이 구두의 기능성을 판단함에 있어 미치는 영향에 대하여 구체적으로 판단할 필요가 있다고 여겨진다.

2. 사용에 의한 식별력 측면

Christian Louboutin과 Yves Saint Laurent의 소송사건에서 미국 상표법(15 U.S.C.) 제1125조⁴¹⁾의 식별력 약화에 의한 희석화 및 명성손상에 의한 희석화의

40) 조경숙, 「위치상표의 보호 요건과 심사실무를 위한 비판적 논의 - 패션제품을 중심으로 -」, 지식재산연구 제11권 제4호(2016.12), 한국지식재산연구원, 2016, 132쪽.

41) (c) 식별력 약화에 의한 희석화 및 명성손상에 의한 희석화 (1) 금지청구 형평법의 원칙에 따라 원래 또는 획득한 독특한 유명상표의 소유권자는 상표가 저명해진 이후에 상거래에서 그 표장이나 상호를 사용함으로써 저명상표의 식별력 약화 또는 명성손상 행위에 따라 희석화를 초래할 가능성이 있는 경우에는, 실제 혼동이나 혼동 가능성 여부, 경쟁의 존재 여부, 또는 실제 경제적 손실이 있는지 여부를 불문하고, 언제라도 그러한 사용자를 상대로 사용행위의 금지를 청구할 수 있다. (2) 정의 (A) 위 (1) 규정의 적용상 표장이 미국의 일반소비자에게 그 표장 소유자에 관한 상품 또는 서비스의 출처가 널리 인식되는 경우에는 그 표장은 저명하다. 표장이 주지 저명한지 여부를 결정하는 경우에는, 법원은 다음의 사항을 포함하여 일체의 관련 사항을 고려할 수 있다. (i) 그 표장에 대한 광고 및 홍보기간, 정도 및 지리적 범위, 광고 또는 선전이 소유자에 의해 행해졌는지 또는 제3자에 의해 행해졌는지는 불문한다. (ii) 그 표장으로 제공되는 상품 또는

규정을 Christian Louboutin이 주장함에 있어 동조 (2) (A)의 “표장이 미국의 일반소비자에게 그 표장 소유자에 관한 상품 또는 서비스의 출처가 널리 인식되는 경우에는 그 표장은 저명하다.”에 해당하는지에 대하여 논쟁이 있다. 항소법원은 Christian Louboutin이 사용에 의한 식별력을 취득하였다고 인정하였으나, 상표법 규정대로라면 미국의 일반소비자에게 널리 인식되어야 하는 바, 일반 소비자는 남녀노소 모든 계층에 의할 것인데, 소위 명품으로 유명 연예인들(크리스티나 아길레라, 제니퍼 로페즈, 비욘세 등)이 해당 상품을 애용하면서 이를 통한 대중의 인지도가 제고되었다는 이유만으로 주지 저명상표로 단정하기는 어렵다고 판단된다.

즉, 대법원 판례에서 사용에 의한 식별력의 취득여부를 판단함에 있어 고려한 사항인 “상표의 사용기간, 횟수 및 사용의 계속성, 그 상표가 부착된 상품의 생산 판매량 및 시장점유율, 광고 선전의 방법, 횟수, 내용, 기간 및 그 액수, 상품 품질의 우수성, 상표사용자의 명성과 신용, 상표의 경합적 사용의 정도 및 태양 등을 종합적으로 고려”하여 볼 때, “거래자 및 수요자(일반 소비자) 대다수에게 특정인의 상품을 표시하는 것으로 인식되기에 이르렀을 경우”에 사용에 의한 식별력을 취득한 것으로 인정할 수 있다고 보는 것이 타당할 것이다. 따라서, 국내에서 위치상표에 대하여 사용에 의한 식별력을 판단하는 경우, 상표법 제33조 제2항에서 동조 제1항 제3호부터 제6호까지에 해당하는 상표라도 수요자 간에 특정인의 상품에 관한 출처를 표시하는 것으로 식별할 수 있게 된 경우에는 상표등록을 받을 수 있도록 한 취지가 “원래 식별력이 없는 표장이어서 특정인에게 독점사용하도록 하는 것이 적당하지 않은 표장에 대하여 대세적 권리를 부여하는 것(대법원 1994.5.24. 선고 92후2274 전원합의체 판결 참조)”임을 감안할 때 위치상표의 경우에는 특히 그 기준을 엄격하게 해석하고 적용하여야 할 것으로 생각한다.⁴²⁾

상기의 사용에 의한 식별력 판단시 한 가지 고려할 사항은, 일반소비자의 범위와 관련하여 스위스 연방행정법원이 Christian Louboutin의 상표등록거절과 관련한 소송에서, 스위스 지적재산권사무소가 사용에 의한 식별력 획득의 판단시 일반 소비자를 모든 연령대의 남성과 여성으로 정의한 것에 대하여 획득한 차별성을 그렇게 광범위하게 정의된 대상들에게 증명하기가 극히 어려웠다는 점을 받아들여, 보통보다 약간 높은 패션 감각을 지닌 여성구매자로 국한시켜야 한다고 판

서비스의 판매에 관한 금액, 수량 및 지리적 범위 (iii) 그 표장의 현실 인식의 정도.

42) 대법원 2008.9.25. 선고 2006후2288 -“K2 상표의 사용에 의한 식별력 취득”- 판결 참조.

단⁴³⁾한 경우도 있으므로 ‘수요자(일반 소비자)’의 범위를 정함에 있어서는 식별력을 광범위하게 정의된 일반 소비자 대다수에게 증명하기가 현실적으로 어려운 측면이 있음도 고려하여 출처표시 및 품질보장이라는 상표 기능을 확인할 수 있는 범위내에서 개별 상표의 상황에 맞게 적용하는 실무적 노력이 필요하다고 본다.

V. 결론

Christian Louboutin과 같은 일련의 위치상표 논쟁과 관련하여 패션 산업계가 위치라는 부분으로까지 상표 등록을 확대하는 기조를 통하여 패션 산업에 피해를 끼친다고 보아 영화 속 주인공이 유명 브랜드에 빠져서 자신의 본래 모습을 잃어가는 “악마는 프라다를 입는다(THE DEVIL WEARS PRADA).”는 영화 제목에 빗대어, “THE DEVIL WEARS TRADEMARK.”라고 표현한 비판적 시각의 글⁴⁴⁾에서 볼 수 있듯이, 위치상표의 인정 여부는 단순히 그 위치 등 한 가지 측면에서만 판단하기에는 무리가 있는 논란이 많은 상표이다. 프랑스를 비롯한 유럽에서 상표 자체로 등록할 수 없다는 의견이 나오는 이유도 그런 맥락에서 볼 수도 있다. 이는 상품에서 사용할 수 있는 위치가 한정되어 있어 그것을 독점적으로 인정할 경우 공정한 경쟁을 저해하는 요소로 작용할 수 있는 부분도 고려된 것으로 판단된다.

따라서, 물리적인 면적이 상대적으로 협소하여 위치가 한정되어 있는 구두 등과 같은 상품(서비스 또는 서비스의 제공에 관련된 물건을 포함)의 경우에는 비록, 특정 외장색과 대비되는 부분에 국한하는 경우라 할지라도 특정 위치에 모두가 사용할 필요성이 있는 상품 또는 그 상품의 기능을 확보하는데 꼭 필요한 요

43) Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. April 2016(Abteilung II, B-6219/2013, Christian Louboutin / Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum IGE) (<https://www.bvger.ch/bvger/en/home/judgments/entscheidendatenbank-bvger.html>, 2018.4.18.방문); 스위스 연방행정법원은 판결에서 일반소비자를 보통보다 약간 높은 패션 감각을 지닌 여성구매자로 한정하여 살펴보았지만 구두의 빨간 밑바닥을 주로 장식적 요소로 생각하고 특정상품의 식별 표시로 인식하지 않음에 따라 루부탱의 위치상표등록을 거절 결정하였다.

44) HARVARD LAW REVIEW, THE DEVIL WEARS TRADEMARK: HOW THE FASHION INDUSTRY HAS EXPANDED TRADEMARK DOCTRINE TO ITS DETRIMENT, Volume 127 Number 3, HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, January 2014, P.995(https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol127_trademark_doctrine.pdf, 2018.4.3.방문).

소인 경우에는 위치상표의 등록에 신중을 기할 필요가 있다고 생각한다. 아울러, 그 자체로서도 식별력을 어느 정도는 가질 수 있는 상표에 한정하여 위치상표를 인정하려는 논의가 이루어질 필요성이 있다고 본다.

(논문투고일: 2018.11.28, 심사개시일: 2018.11.29, 게재확정일: 2018.12.20)



▶ 채 종 일

위치상표, 특정 위치, 형상, 본질적 가치, 상품의 기능, 식별력, 상품의 출처

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 특허청·한국지식재산보호협회, 「2014 지재권 핵심판례 100선(상표/디자인)」, 특허청·한국지식재산보호협회, 2016
- 특허청·한국지식재산연구원, 「법·제도 연구 국내외 지식재산 법제도 비교 분석(상표법)」, 특허청·한국지식재산연구원, 2016
- 특허청, 「TM5 상표법제·실무 통일화 방안 연구」, 특허청, 2013
- 특허청, 「TM5 (한·미·일·OHIM·중국)상표법 및 디자인보호법 비교고찰」, 2012.8

II. 논문

- 조경숙, 「위치상표의 보호 요건과 심사실무를 위한 비판적 논의 - 패션제품을 중심으로 -」, 지식재산연구 제11권 제4호(2016.12), 한국지식재산연구원, 2016
- WIPO SCT/16/2, STANDING COMMITTEE ON THE LAW OF TRADEMARKS, INDUSTRIAL DESIGNS AND GEOGRAPHICAL INDICATIONS(NEW TYPES OF MARKS), Sixteenth Session Geneva, November 13 to 17, 2006
- Singapore Treaty on the Law of Trademarks Resolution by the Diplomatic Conference Supplementary to the Singapore Treaty on the Law of Trademarks(done at Singapore on March 27, 2006) and Regulations Under the Singapore Treaty on the Law of Trademarks(as in force on November 1, 2011)
- Anne H. Hocking and Anne Desmousseaux, Why Louboutin Matters: What Red Soles Teach Us About the Strategy(Vol. 105 No. 6), INTA, November-December, 2015
- HARVARD LAW REVIEW, THE DEVIL WEARS TRADEMARK: HOW THE FASHION INDUSTRY HAS EXPANDED TRADEMARK DOCTRINE

TO ITS DETRIMENT, Volume 127 Number 3, HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, January 2014

III. 인터넷 사이트

Code de la propriété intellectuelle, Dernière modification:01/01/2018, Edition:04/03/2018(http://codes.droit.org/CodV3/propriete_intellectuelle.pdf, 2018.4.15.방문)

<https://www.legifrance.gouv.fr/>,(2018.4.15.방문)

Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, “Markengesetz vom 25. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3082; 1995 I S. 156; 1996 I S. 682), das zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2541) geändert worden ist”(http://www.gesetze-im-internet.de/markeng/MarkenG.pdf, 2018.4.15.방문)

U.S. TRADEMARK LAW RULES OF PRACTICE & FEDERAL STATUTES U.S. PATENT & TRADEMARK OFFICE January 1, 2018, “A complete presentation of 37 C.F.R. Part 2- Rules of Practice in Trademark Cases; the text of the Trademark Act of 1946, as amended, and related statutory sections (https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/trademark_rules_statutes_2018-1-1.pdf, 2018.4.15.방문)

Benelux Convention on Intellectual Property (Trademarks and Designs) of February 25, 2005(http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/text.jsp?file_id=181302, 2018.4.17.방문)

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199102&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=651047>, 2018.10.25. 방문).

ADDITIONAL OPINION OF ADVOCATE GENERAL SZPUNAR delivered on 6 February 2018(1)(<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de50834cb931584190bf9fc2bfc89ca2e9.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pb38Se0?text=&docid=199102&>

pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=302265;http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199102&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=738398, 2018.4.17.방문)

Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. April 2016(Abteilung II, B-6219 /2013, Christian Louboutin / Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum IGE)(<https://www.bvger.ch/bvger/en/home/judgments/entscheidungen/bvger.html>, 2018.4.18.방문)

HARVARD LAW REVIEW, THE DEVIL WEARS TRADEMARK: HOW THE FASHION INDUSTRY HAS EXPANDED TRADEMARK DOCTRINE TO ITS DETRIMENT, Volume 127 Number 3, HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, January 2014(https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol127_trademark_doctrine.pdf, 2018.4.3.방문)

Abstract

The Study on the International Comparisons of Legislation and Judicial Precedents on Position Marks

Chae, Jong Il*

Position marks are difficult to judge only on one side, such as its location. That is why the opinion that the trademark itself can not be registered in Europe including France. And this is may considered to be one of the factors that could impede fair competition if the position that can be used in the goods is limited.

Therefore, in the case of a goods(including services or goods related to the provision of services) such as a shoe in which the physical area is relatively narrow and its position is limited, if it needs to be used at a specific position or an essential element for obtaining the functionality of goods, It is necessary to pay close attention to the registration of Position marks even if it is limited to a portion that is in contrast to a specific exterior color.

In addition, there is a need to discuss the position mark recognition only for the marks that can have a certain degree of distinctiveness in itself.



▶ **Chae, Jong Il**

Position Marks, Specific Position, Shape, Substantial Value , Functionality of Goods, Distinctiveness, The Origin of Goods

* Doctorate course, school of law, Korea university.

환경보호에 관한 남극조약 의정서(마드리드 의정서)상 환경영향평가제도에 관한 연구*

이 길 원**

【목 차】

I. 서론	III. 마드리드 의정서 상 환경영향평가 제도에 대한 국제법적 검토
II. 마드리드 의정서 상 환경영향평가 제도의 주요내용	1. 평가 절차의 세밀성
1. 마드리드 의정서 상 환경영향 평가 개관	2. 영향 분석의 엄격성
2. 마드리드 의정서 상 환경영향 평가 절차	3. ATCM·사무국 등 내부기관의 역할 부여
	4. 의정서 당사국 간 협력 체계 구축
	IV. 결론

【국 문 요 약】

환경영향평가란 인간의 계획된 활동이 환경에 미치는 영향에 대하여 평가하는 절차를 말한다. 환경오염이 발생한 후의 사후적인 대응보다 사전에 오염을 방지하려는 차원에서 평가를 실시하는 것이다. 오늘날 환경영향평가는 국내 법률체계 내에서 뿐만 아니라 ‘기후변화협약’, ‘생물다양성협약’ 등 여러 국제환경조약에서 국가의 의무로 받아들여지고 있다.

남극의 환경과 생태계 보호와 관련하여 남극조약을 보완하기 위해 채택된 '환경보호에 관한 남극조약 의정서(마드리드 의정서)'에도 환경영향평가의무에 대한 내용이 포함되어 있는데, 환경적 특수성과 서식하는 생물자원의 민감성 등을 고려하여 그 절차적 내용을 비교적 세밀하게 규정하고 있다.

* 이 논문은 2016년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2016S1A3A2925230).

** 충남대학교 법학전문대학원 부교수

근자에 유엔 총회에서 ‘국가관할권 이원지역의 해양생물다양성 보존과 지속가능한 이용에 관한 유엔해양법협약상 법적구속력 있는 국제 법률문서’를 개발하기로 결정하였다. 이와 관련하여 환경영향평가제도 도입에 관한 논의가 주요이슈 중 하나로 제기되고 있는데 마드리드 의정서 상의 내용들이 상당부분 고려되고 있으며, 향후 환경보호와 관련한 국제문서상 환경영향평가제도를 도입하는 과정에서 동 내용들이 중요한 지침으로 작용할 것으로 보인다.

따라서 본 연구는 마드리드 의정서 상의 환경영향평가제도에 대한 국제법적 검토를 통하여 기존의 국제문서상 환경영향평가제도와 어떤 차이를 보이는지 그리고 향후 환경영향평가제도를 도입하는 과정에서 중요하게 고려 또는 반영될 수 있는 요소들이 무엇인지 등을 분석하고자 한다.

I. 서론

1959년 체결된 남극조약은 남극지역에 관한 사항을 규율하는 기본적인 조약으로 남극에 대한 평화적 이용과 과학연구의 자유를 보장하고 있으며, 남극지역에 대한 영토권 또는 청구권 등 주권적 권리를 인정하지 않고 있다.¹⁾ 남극조약을 중심으로 '남극의 바다표범보호에 관한 협약', '남극해양생물자원보존에 관한 협약', '남극광물자원활동규제조약' 그리고 '환경보호에 관한 남극조약 의정서(마드리드 의정서)' 등이 채택되었으며, 이들은 ‘남극조약체제(Antarctic Treaty System)’라는 하나의 포괄적인 체제를 형성하여 운영되고 있다.²⁾

이 중 마드리드 의정서는 남극의 환경과 생태계 보호와 관련하여 상세한 규정이 결여된 남극조약을 보완하기 위해 1991년 스페인 마드리드에서 채택되었는데, 남극지역에서 발생하는 모든 인간 활동과 관련한 환경보호 기준을 획일화하는 계

1) The Antarctic Treaty, Dec. 1, 1959, 12 U.S.T. 794, 402 U.N.T.S. 71, 제1조, 제2조, 제4조.

2) 남극조약체제는 “남극조약, 남극조약에 따라 시행중인 조치, 남극조약과 관련되어 발효 중인 별도의 국제문서와 그러한 문서에 따라 시행중인 조치”를 모두 포함하는 체제이다. Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, Madrid, Oct. 4, 1991, 30 I.L.M. 1455, in force January 14, 1998, 제1조 (마) [이하 ‘마드리드 의정서’]. 남극의 평화적 이용 및 생물자원 보존 등 기본적인 사항들에 대해 ‘남극조약협의당사국회의(Antarctic Treaty Consultative Meeting)’에서 논의된다. 현재 남극조약에는 협의당사국 29개국과 비협의당사국 24개국을 포함하여 총 53개 국가가 당사국으로 가입되어 있다. https://www.ats.aq/devAS/ats_parties.aspx?lang=e 참조.

기를 마련하였다. 동 의정서는 광물자원활동금지의무,³⁾ 환경영향평가(environmental impact assessment)의무,⁴⁾ 국내이행의무,⁵⁾ 비상대응조치의무,⁶⁾ 손해배상책임의무⁷⁾ 등 남극환경의 보호에 관한 의정서 당사국들의 일반적 의무를 규정하고 있다.⁸⁾ 이 중 환경영향평가의무는 상당히 주목할 만한데, 마드리드 의정서 상 환경영향평가제도가 다른 국제문서에서 제공되는 환경영향평가제도와 비교해 보았을 때, 절차 등 형식적인 면에서 많은 부분 유사하나 남극지역의 환경적 특수성과 서식하는 생물자원의 민감성 등을 반영하여 세밀하게 고안되었다는 점에서 그 차이를 보이고 있기 때문이다.

환경영향평가란 인간의 계획된 활동이 환경에 미치는 영향에 대하여 평가하는 절차를 말한다. 환경오염이 발생한 후의 사후적인 대응보다 사전에 오염을 방지하려는 차원에서 평가를 실시하는 것이다. 마드리드 의정서 제3조에서도 “남극조약지역에서의 활동은 남극환경 및 이에 종속되고 연관된 생태계와 과학적 연구를 수행하기 위한 남극의 가치에 대하여 그러한 활동이 미칠 수 있는 영향을 사전에 평가하고 정확히 판단할 수 있게 하는 충분한 정보에 기초하여 계획되고 수행”되어야 함을 규정하고 있다. 오늘날 환경영향평가는 국내 법률체계 내에서 뿐만 아니라 ‘기후변화협약’, ‘생물다양성협약’ 등 여러 국제환경조약에서 국가의 의무로 받아들여지고 있다.⁹⁾

최근 유엔 총회에서 국가관할권 이원지역의 해양생물다양성 보존과 지속가능한 이용에 관한 유엔해양법협약상 법적구속력 있는 국제 법률문서(international

3) 마드리드 의정서 발효 후 50년경과 시 개최되는 재검토회의에서 개정이 이루어지지 않는 한, 과학조사를 제외한 광물자원에 관한 모든 활동이 금지된다. 따라서 2048년까지 남극에서의 광물자원활동은 금지된다. 마드리드 의정서 제7조; 박수진, 이창열, 김윤화, 이용희, 진동민, 양희철, “국가남극정책 추진전략에 관한 연구”, 「한국해양수산개발원 연구보고서」(2012년 12월), 22쪽.

4) 마드리드 의정서 제8조.

5) 각 당사국은 의정서의 이행을 보장하기 위해 국내적으로 법령 및 행정조치 등을 포함한 적절한 조치를 채택하여야 한다. 마드리드 의정서 제13조 1항.

6) 각 당사국은 남극환경에 해로운 영향을 미칠 수 있는 사고에 대응하기 위해 비상계획을 수립하여야 한다. 마드리드의정서 제15조 1항 (나).

7) 각 당사국은 남극지역에서의 활동으로 인한 손해의 발생에 대한 배상책임과 관련한 규칙과 절차를 수립하여야 한다. 마드리드 의정서 제16조.

8) 마드리드 의정서상 당사국 의무사항에 관한 자세한 논의는 권문상, 이용희, 박성욱, 최정옥, “우리나라 남극환경보전정책 수립에 관한 연구”, 「대한국제법학회논총」, 제45권 (대한국제법학회, 2000) 3~5쪽 참조.

9) 정인섭, “신국제법강의”, (박영사, 2018), 752~753쪽. Convention of Biological Diversity, Rio de Janeiro, June 5, 1992, 31 ILM 818, in force December 29, 1993, 제14조 [이하 ‘생물다양성협약’]; United Nations Framework Convention on Climate Change FCCC/Informal/84 GE.05-62220 (E) 200705, 제4조 1항 (f) 참조.

legally binding instrument under the UNCLOS on the conservation and sustainable use of marine biological diversity in ABNJ, ‘BBNJ 법률문서’)를 개발하기로 결정하였다.¹⁰⁾ 이와 관련하여 환경영향평가제도 도입에 관한 논의가 주요이슈 중 하나로 제기되었으며, 마드리드 의정서 상의 내용들이 상당부분 고려될 것으로 기대된다.¹¹⁾ 이처럼 마드리드 의정서는 향후 환경보호와 관련한 국제문서상 환경영향평가제도를 도입하는 과정에서 중요한 지침으로 작용할 것으로 보인다.

따라서 본 연구는 마드리드 의정서 상의 환경영향평가제도에 대한 국제법적 검토를 통하여 기존의 국제문서상 환경영향평가제도와 어떤 차이를 보이는지 그리고 향후 환경영향평가제도를 도입하는 과정에서 중요하게 고려 또는 반영될 수 있는 요소들이 무엇인지 등을 분석하고자 한다. 국제사회에서 국가관할권 이원지역에서의 과학연구 활동에 대한 투자가 확대되고 있는 오늘 동 활동의 이행 요건으로서 실시되는 환경영향평가에 대한 연구는 상당한 의미를 갖는다고 볼 수 있다. 먼저 제II장에서 마드리드 의정서 상 환경영향평가제도의 주요 내용에 대해 살펴보고, 제III장에서 동 제도에 대한 국제법적 검토를 진행하기로 한다.

II. 마드리드 의정서 상 환경영향평가제도의 주요내용

1. 마드리드 의정서 상 환경영향평가 개관

마드리드 의정서는 전문과 27개의 조문으로 구성되어 있으며, 앞서 언급한 바와 같이 광물자원활동금지의무, 환경영향평가의무 등 남극환경의 보호에 관한 의정서 당사국들의 일반적 의무를 규정하고 있다. 동 의정서는 남극에서 이루어지

10) G.A. Res. 69/292, U.N. Doc. A/RES/69/292 (Jul. 6, 2015).

11) Preparatory Committee Established by General Assembly Resolution 69/292, *Chair's Streamlined Non-Paper on Elements of a Draft Text of an International Legally-Binding Instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction*, Fourth Session, Jul. 10 - 21, 2017, paras. 152 & 160, http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/Chairs_streamlined_non-paper_to_delegations.pdf (2018년 10월 15일 확인). 국가관할권 이원지역에서의 환경영향평가절차 도입에 관한 자세한 논의는 Robin Warner, "Environmental Assessment in Marine Areas Beyond National Jurisdiction", in *Research Handbook on International Marine Environmental Law* 291 (Rosemary Rayfuse ed., 2015) 참조.

는 모든 인간 활동으로부터 남극환경과 이에 종속되고 연관된 생태계를 보호하는데 그 목적을 두고 있다. 남극조약체제 내에서 마드리드 의정서는 남극조약을 보완하며, 동 의정서의 어떤 내용도 남극조약체제 내에서 발효 중인 다른 국제문서에 따라 의정서 당사국이 가지는 권리와 의무에 영향을 주지 않는다.¹²⁾ 의정서의 이행과 관련하여 남극조약협의당사국회의(Antarctic Treaty Consultative Meeting, ATCM)에 제언하고 자문을 제공하기 위해 ‘환경보호위원회(Committee for Environmental Protection, CEP)’가 설치되어 있으며, CEP는 매 회기에 관한 보고서를 ATCM에 제출하도록 하고 있다.¹³⁾

남극조약지역에서의 활동은 남극환경과 생태계에 미칠 수 있는 해로운 영향이나 위험을 피할 수 있도록 계획되고 수행되어야 하는데,¹⁴⁾ 그러한 활동이 남극환경에 미치는 영향을 정확히 판단할 수 있도록 충분한 정보에 기초하여 사전환경영향평가를 실시하여야 한다.¹⁵⁾ 그리고 진행 중인 활동의 영향에 대해 정기적으로 감시하는 등의 사후환경영향평가도 실시하도록 하고 있다.¹⁶⁾

12) 마드리드 의정서 제4조.

13) 마드리드 의정서 제11조 1항과 5항. 환경보호위원회(Committee for Environmental Protection, CEP)는 ATCM에 다음 사항에 관하여 자문한다.

- 가. 이 의정서에 따라 취하여진 조치의 효과
- 나. 그러한 조치를 새롭게 하거나 강화 또는 향상시킬 필요성
- 다. 적절한 경우 추가조치(추가되는 부속서 포함)의 필요성
- 라. 제8조 및 제1부속서에 규정된 환경영향평가절차의 필요성
- 마. 남극조약지역에서의 활동의 환경적 영향을 최소화 또는 완화하는 수단
- 바. 환경비상사태에 대한 대응조치를 포함한 긴급조치를 요하는 상황에 대비절차
- 사. 남극보호구역체제의 운영과 개선
- 아. 조사보고서의 형식 및 조사수행을 위한 점검목록을 포함한 조사절차
- 자. 환경보호에 관련된 정보의 수집, 보관, 교환 및 평가
- 차. 남극환경의 상태
- 카. 이 의정서의 이행과 관련된 과학적 연구(환경감시 포함)의 필요성

마드리드 의정서 제12조 1항.

14) 마드리드 의정서 제3조 2항 (나).

15) 마드리드 의정서 제3조 2항 (다). 마드리드 의정서 제3조 2항 (다)에서 규정하는 사전환경영향평가 시 고려사항은 다음과 같다. (1) 활동범위(활동 지역, 지속기간 및 강도 포함), (2) 활동의 누적적 영향(활동자체로서 그리고 남극조약지역에서의 다른 활동과 연계되어 발생하는 누적적 영향 포함), (3) 활동이 남극조약지역에서의 다른 활동에 해로운 영향을 미칠 것인지 여부, (4) 환경적으로 안전한 운영을 위하여 이용 가능한 기술과 절차가 있는지 여부, (5) 활동의 해로운 영향의 확인 및 조기경보를 위하여, 또한 남극환경 및 이에 종속되고 연관된 생태계에 대한 감시의 결과 또는 증대된 지식에 비추어 필요한 운영절차의 수정을 위하여 주요 환경변수 및 생태계 구성요소를 감시할 수 있는 능력의 존재 여부, (6) 사고(특히 환경에 영향을 미칠 가능성이 있는 사고)에 대한 신속하고 효과적인 대응능력의 존재 여부.

16) 마드리드 의정서 제3조 2항 (라).

각 당사국은 과학연구계획에 따라 남극조약지역에서 수행되는 활동, 관광 및 남극조약 제7조 제5항에 따라 사전통고를 요하는 그 밖의 정부 및 비정부 활동에 관한 결정에 도달하는 계획수립과정에 있어서 마드리드 의정서 제1부속서에 규정된 환경영향평가 절차가 적용되도록 보장하여야 하며, 현행 활동 규모의 증감, 활동의 추가, 시설의 해체 또는 그 밖의 다른 방법에 의해 발생하는 어떠한 활동의 변경에 대해서도 동 평가절차가 적용되도록 하여야 한다.¹⁷⁾ 마드리드 의정서 상의 환경영향평가와 관련한 내용을 보완하기 위해 ATCM의 결의에 따라 ‘남극에서의 환경영향평가에 관한 가이드라인(Guidelines for Environmental Impact Assessment in Antarctica)’이 채택되었는데, 동 가이드라인은 환경영향을 평가하는데 있어서 투명성과 효율성을 제고하고 의정서 상의 의무 이행과 관련하여 일관된 관행을 확립하는데 그 도입 목적을 두고 있다.¹⁸⁾ 다음 마드리드 의정서 상의 환경영향평가 절차에 대하여 사전절차와 사후절차로 나누어 검토해 보기로 한다.

2. 마드리드 의정서 상 환경영향평가 절차

(1) 사전절차

마드리드 의정서 제1부속서는 ‘환경영향평가’라는 제목 아래 8개 조문으로 구성되어 있으며, 남극지역에서 제안된 활동과 관련하여 환경영향평가를 시행하기 위한 기본원칙을 설정하고, 단계별 평가절차에 대해 구체적으로 규정하고 있다. 제안된 활동이 환경에 미치는 영향의 정도에 따라 평가단계는 예비단계

17) 마드리드 의정서 제8조. 남극조약 제7조 5항은 다음과 같다.

각 채택당사국은 이 조약이 자국에 대하여 발효할 때 다른 당사국에게 아래사항을 통보하고, 그 이후에도 사전에 통고한다.

(a) 자국의 선박 또는 국민이 참가하는 남극지역을 향한, 또는 남극지역 내에서의 모든 탐험대 및 자국의 영역 내에서 조직되거나 또는 자국의 영역으로부터 출발하는 남극지역을 향한 모든 탐험대

(b) 자국의 국민이 점거하는 남극지역에서의 모든 기지 및

(c) 이 조약 제1조제2항에 규정된 조건에 따라 남극지역에 들어가게 될 군의요원 또는 장비

18) ‘남극에서의 환경영향평가에 관한 가이드라인’은 처음 1999년 채택되었으며, 2005년과 2016년 두 차례에 걸쳐 동 가이드라인은 개정되었다. 현재 2016년 채택된 가이드라인이 이전 가이드라인을 대체하고 있다. Guidelines for Environmental Impact Assessment in Antarctica, Resolution 1 (2016) Annex, ATCM XXXIX ATCM XXXIX – CEP XIX, Santiago, Chile Final Report (23 May 2016 – 01 Jun 2016) [이하 ‘남극에서의 환경영향평가에 관한 가이드라인’].

(preliminary stage), 초기환경평가(Initial Environmental Evaluation) 그리고 포괄적 환경평가(Comprehensive Environmental Evaluation) 등 크게 세 가지로 나누어진 다.

먼저 예비단계에서 적절한 국내절차에 따라 제안된 활동이 남극 환경과 생태 계에 미치는 영향을 검토하게 되는데, 그 영향이 '사소하거나 일시적인 것에 못 미치는 정도의 영향'인 경우 동 활동은 즉시 수행될 수 있다.¹⁹⁾

만약 예비단계에서 문제된 활동이 미치는 영향이 '사소하거나 일시적인 것에 못 미치는 정도의 영향'보다 적지 않은 경우이거나 포괄적 환경평가가 제1부속서 제3조에 따라 준비되고 있지 않다고 판단되면 초기환경평가를 실시하여야 한다.²⁰⁾ 초기환경평가에서는 제안된 활동의 목적, 위치, 지속기간, 강도 등을 확인 하여야 하며, 동 활동에 대한 대안도 함께 고려된다.²¹⁾ 초기환경평가에서 제안된 활동이 단지 사소하거나 일시적인 영향만을 미치는 것으로 판단되면 동 활동의 영향을 평가하고 입증할 수 있는 감시를 포함한 적절한 조치를 취한다는 전제하에 동 활동은 수행될 수 있다.²²⁾

초기환경평가에서 제안된 활동이 사소하거나 일시적인 것을 초과하는 정도의 영향을 미치는 것으로 나타나거나 결정된다면 포괄적 환경평가를 실시하여야 한다.²³⁾ 포괄적 환경평가에는 목적, 위치, 지속기간 및 강도를 포함한 제안된 활동에 대한 기술과 제안된 활동의 영향을 예측하기 위하여 사용된 방법과 자료에 대한 기술, 감시계획 등이 포함된다.²⁴⁾ 예비단계와 초기환경평가에서 제안된 활동의 평가와 관련하여 해당 당사국이 검토하는 것과는 달리, 포괄적 환경평가에서는 ATCM이 CEP의 조언에 따라 포괄적 환경평가안을 검토한다. 이 과정에서 의정서 당사국들은 의견을 제출할 수 있으며, 최종적인 포괄적 환경평가에 동 의견이 포함된다.²⁵⁾

포괄적 환경평가 뿐만 아니라 초기환경평가와 평가 결과 결정된 사항에 대한 연간 목록 및 정보는 당사국들에게 회람되고 CEP에 송부되며 공개적으로 이용

19) 마드리드 의정서 제1부속서 제1조.

20) 마드리드 의정서 제1부속서 제2조 1항.

21) *Id.*

22) 마드리드 의정서 제1부속서 제2조 2항.

23) 마드리드 의정서 제1부속서 제3조 1항.

24) 마드리드 의정서 제1부속서에 따라 초기환경평가와 포괄적 환경평가는 그 평가 형식과 내용 면에서 많은 차이를 보이고 있다. 남극에서의 환경영향평가에 관한 가이드라인, p. 23 참조.

25) 마드리드 의정서 제1부속서 제3조 5항과 6항.

가능하도록 하고 있다.²⁶⁾ 인간의 생명, 환경보호 등과 관련된 긴급한 경우를 제외하고 남극지역에서 수행되는 모든 활동에 대한 환경영향평가는 마드리드 의정서 제1부속서에 규정된 절차에 따라 실시된다.²⁷⁾

(2) 사후절차 : 감시²⁸⁾

환경영향평가의 결과에 따라 제안된 활동이 개시된다고 하더라도 평가절차가 종료되는 것이 아니다. 감시(monitoring)를 통하여 제안된 활동이 환경에 미치는 영향과 동 영향을 최소화 또는 완화시킬 수 있는 조치(mitigation measure)의 효과 등에 대해 지속적으로 검토하여야 한다. 여기에 해당 활동에 변화를 줄 필요성이 있는지, 새로운 환경영향평가를 진행하여야 하는지에 대한 검토가 포함된다.²⁹⁾

감시와 관련하여서도 마드리드 의정서에 잘 반영되어 있다. 구체적으로 의정서 제3조 2항의 (라)호에서 감시를 통해 진행 중인 활동의 영향에 대한 평가가 되도록 정기적으로 수행될 것을 규정하고 있다.³⁰⁾ 또한, 제안된 활동의 영향을 감소 또는 완화시키고, 환경에 미칠 수 있는 예견되지 아니한 가능한 영향의 조기발견을 용이하게 하기 위해서도 정기적으로 수행될 수 있다는 점을 확인하고 있다.³¹⁾ 포괄적 환경평가에 기초하여 제안된 활동을 수행하기로 결정하였다면 이러한 활동의 영향을 평가하고 입증하기 위하여 주요한 환경지표에 대한 적절한 감시를 포함한 절차를 준비할 것을 요구하기도 한다.³²⁾

26) 마드리드 의정서 제1부속서 제6조.

27) 인간의 생명, 선박과 항공기 또는 고가 장비와 설비의 안전 또는 환경보호와 관련되는 긴급한 활동인 경우에는 이 부속서에 따른 환경영향평가절차를 적용하지 않는다. 다만, 그러한 활동이 포괄적 환경평가의 대상이 되는 경우에는 의정서 당사국과 CEP에 통지되어야 하며, 동 활동이 수행된 후 90일 이내에 충분한 설명이 제시되어야 한다. 마드리드 의정서 제1부속서 제7조 1항과 2항.

28) *Gabcikovo-Nagymaros* 사건에서 위어라멘트리(Weeramantry) 재판관은 개별의견으로 감시절차가 환경영향평가의 일부임을 확인하였다. *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hung. v. Slov.), 1997 I.C.J. 7, at 111 (Sept. 25) (“environmental impact assessment means not merely an assessment prior to the commencement of the project, but a continuing assessment and evaluation as long as the project is in operation.”).

29) 남극에서의 환경영향평가에 관한 가이드라인, p. 27. 마드리드 의정서 제1부속서 제5조 2항에서는 감시의 필요성에 대해 규정하고 있는데, 감시는 환경영향평가가 마드리드 의정서에 일치하는 방식으로 이행하도록 하며 환경에 해로운 영향을 최소화하고, 적절한 경우 활동의 정지, 취소 또는 수정의 필요성에 대한 정보의 제공이 가능하도록 하기 위해 필요하다는 점을 확인하고 있다.

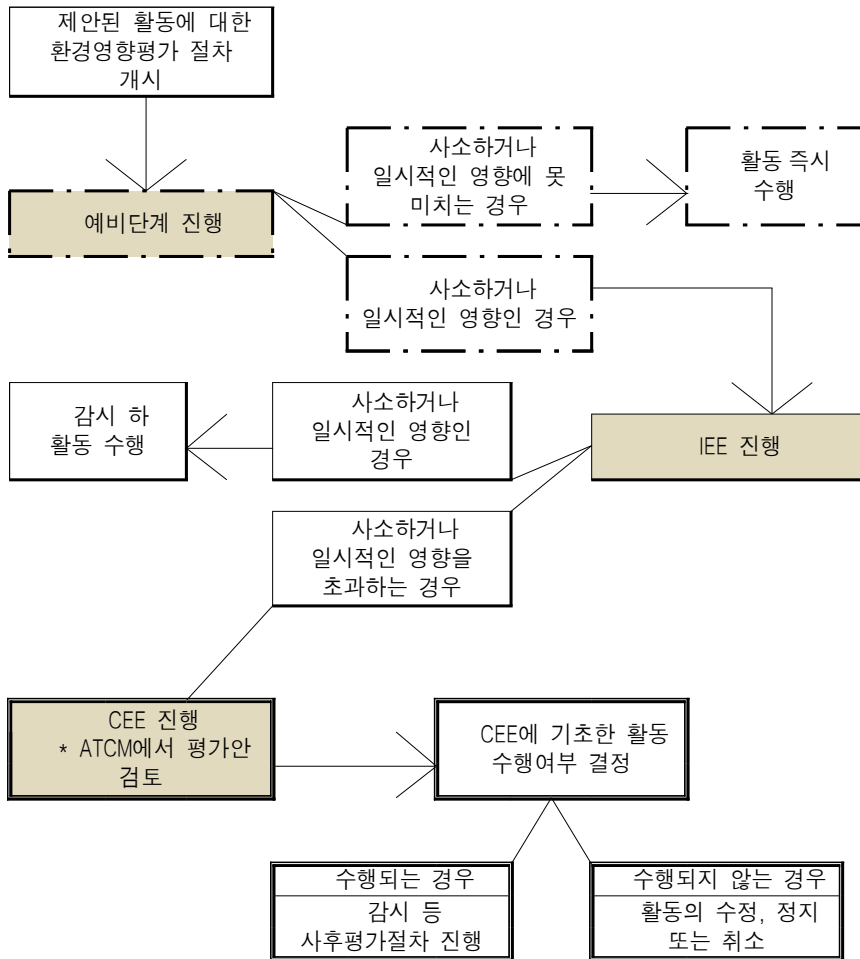
30) 마드리드 의정서 제3조 2항 라.

31) 마드리드 의정서 제3조 2항 마 & 마드리드 의정서 제1부속서 제3조 2항 사.

32) 마드리드 의정서 제1부속서 제5조 1항.

활동 지속시간의 변경, 활동에 사용되는 재료의 변경, 활동 면적의 확대 등 활동의 변경에 따라 환경영향평가를 수정하여야 하거나 새로운 평가를 수행하여야 할 수도 있다. 활동의 변경으로 예견된 영향에 대한 변화가 있을 수 있으며, 환경영향을 최소화시킬 수 있는 적용 가능한 조치를 확인하는 등 전반적으로 재검토가 필요할 수 있기 때문이다. 만약 그 변경 수준이 상당하다면, 새로운 환경영향평가를 실시하여야 할 수도 있다.³³⁾

<표1> 마드리드 의정서 상 환경영향평가 절차³⁴⁾



33) 남극에서의 환경영향평가에 관한 가이드라인, p. 28.

- *IEE = 초기환경평가(Initial Environmental Evaluation)
- *CEE = 포괄적 환경평가(Comprehensive Environmental Evaluation)
- *ATCM = 조약협의당사국회의(Antarctic Treaty Consultative Meeting)

III. 마드리드 의정서 상 환경영향평가제도에 대한 국제법적 검토

1. 평가 절차의 세밀성

마드리드 의정서 상 환경영향평가는 다른 국제문서에 따라 제공되는 환경영향평가에 비해 더 세밀하게 고안된 점이 확인된다. 첫째, 의정서 상 환경영향평가절차는 예비단계, 초기환경평가, 포괄적 환경평가 등 세 단계로 구분되고 있다. 계획된 활동이 환경에 미치는 영향의 정도에 따라 평가 내용과 수준을 다르게 하는 등 다른 국제문서에서 제공되는 단일화된 환경영향평가가 절차와는 확연한 차이를 보이는 것이다.³⁵⁾ 예비단계에서 제안된 활동의 환경에 미치는 영향이 '사소하거나 일시적인 것에 못 미치는 정도의 영향'인 경우 동 활동을 '즉시' 수행할 수 있도록 하고, 포괄적 환경평가안과 관련하여 논평의 접수를 위하여 90일의 기간을 부여하거나 적절한 검토를 위하여 차기 ATCM 개최 120일 전 당사국에 배포함과 동시에 CEP에도 송부하도록 하게 하는 등 절차 진행에 기한을 두어 절차적 신속성을 확보하기도 하였다.³⁶⁾

둘째, 마드리드 의정서 상 환경영향평가는 각각의 절차에 대한 보충 설명이나 규정이 결여되어 있는 대다수 국제문서상의 환경영향평가제도와는 달리, 남극조약체제 하 '남극에서의 환경영향평가에 관한 가이드라인'과 기타 남극조약체제 하 채택된 문서들과 권고안들을 통하여 각 절차상의 검토요소와 방법에 대해 상세히 규정하고 있다.³⁷⁾ 비록 동 가이드라인의 경우 구속력 있는 문서는 아니나 해당

34) 필자의 판단으로 작성되었음을 밝힌다.

35) 일반적으로 여타 국제문서에 따른 환경영향평가는 단일한 절차로 운영되고 있다. United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, December 10, 1982, 21 ILM 1261 (1982), in force November 16, 1994, 제204~206조 [이하 'UN해양법협약']; 생물다양성협약 제14조.

36) 마드리드 의정서 제1부속서 제3조 3항과 4항.

‘활동’과 ‘환경’에 대한 평가 시 고려사항 등 평가 방법을 세부적으로 제시해 주고 있어 평가 진행의 안정성과 예측가능성을 꾀하고 있다고 볼 수 있다. 바다에 관한 기본법이라 할 수 있는 UN 해양법협약이나 UN환경계획의 지역해양프로그램(Regional Seas Programme)에서 주관하는 여러 해양환경 보호협정 등에서 환경영향평가와 관련하여 단순히 일반적인 내용만을 담고 있는 것과는 차이가 크다고 볼 수 있다.³⁸⁾ 국가들에게 감시프로그램 운영과 관련한 가이드라인이 남극연구프로그램운영위원회(Council of Managers of National Antarctic Programmes, COMNAP)에 의해 만들어지기도 하였는데, 동 가이드라인은 감시 프로그램이 마드리드 의정서 상의 요건과 일치하는지 그리고 제안된 활동이 환경영향평가의 결과에 부합하는지 여부에 대한 일련의 지침을 제시한다.³⁹⁾

37) Kees Bastmeijer & Ricardo Roura, “Environmental Impact Assessment in Antarctica”, in *Theory and Practice of Transboundary Environmental Impact Assessment* 175, 180 (Kees Bastmeijer & Timo Koivurova eds., 2008). ‘남극에서의 환경영향평가에 관한 가이드라인’에서는 문제가 되는 활동에 대한 환경 영향을 분석하기에 앞서 진행되는 ‘활동’과 ‘환경’에 대한 검토과정, 영향의 분석, 영향비교, 최소화 또는 완화시킬 수 있는 조치, 감시 등에 대한 구체적인 내용과 환경영향평가서 작성 방법 등에 대해 상세히 규정하고 있다. ‘남극에서의 환경영향평가에 관한 가이드라인’, pp. 4~27. 생물다양성협약(Convention on Biodiversity) 체제하에서도 2012년 ‘해안 및 연안지역에서의 환경영향평가와 전략적환경평가 관련 생물다양성의 고려에 대한 자발적 가이드라인 개정안 (Revised Voluntary Guidelines for the Consideration of Biodiversity in Environmental Impact Assessments and Strategic Environmental Assessments in Marine and Coastal Areas)’에 따라 평가 절차를 구체화하고 있다. Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, Eleventh Meeting, Hyderabad, India, *Marine and Coastal Biodiversity: Revised Voluntary Guidelines for the Consideration of Biodiversity in Environmental Impact Assessments and Strategic Environmental Assessments in Marine and Coastal Areas, Note by the Executive Secretary*, UNEP/CBD/COP/11/23 (Aug. 21, 2012), pp. 3-5.

38) Lingjie Kong, “Environmental Impact Assessment under the United Nations Convention on the Law of the Sea”, 10 *Chinese Journal of International Law* 651, 660~661 (2011). 지역해양프로그램에서는 18개의 지역해양협약과 행동계획을 주관하고 있는데, 이들 문서에서는 대체로 환경영향평가의무와 관련하여 일반적인 의무만 규정하고 있다. 예를 들어, OSPAR, OSPAR Code of Conduct for Responsible Marine Research in the Deep-Seas and High Seas of the OSPAR Maritime Area, OSPAR 08/24/1, Annex 6(2008-1), para. 18 (“If research is planned in an area that contains features on the OSPAR List of Threatened and/or Declining Species and Habitats, a risk assessment should be completed before equipment that may have adverse effects is deployed and, where appropriate, a pre-assessment of the site should be conducted to determine possible impacts and suitable mitigation measures.”); Convention for the Protection of the Natural Resources and Environment of the South Pacific Region, Nov. 25, 1986, 26 I.L.M. 38, 제16조 2항 (“Each Party shall, within its capabilities, assess the potential effects of such projects on the marine environment, so that appropriate measures can be taken to prevent any substantial pollution of, or significant and harmful changes within, the Convention Area.”) [이하 ‘SPREP 협약’].

39) Council of Managers of National Antarctic Programmes, COMNAP Practical Guidelines for Developing and Designing Environmental Monitoring Programmes in Antarctica, January 2005, https://www.comnap.aq/Publications/Comnap%20Publications/comnap_guidelines_practicalmonitoring_20

종합적으로 마드리드 의정서 상 환경영향평가절차는 동 의정서 제1부속서 뿐만 아니라 ‘남극에서의 환경영향평가에 관한 가이드라인’과 기타 남극조약체제 하 채택된 문서들과 권고안들을 기초로 하여 평가 절차의 체계를 확립해 나가고 있으며, 절차 진행의 신속성을 담보하게 되는 등 절차에 대한 당사국들의 신뢰와 예측이 가능하게 되었다고 평가할 수 있다.

2. 영향 분석의 엄격성

‘유엔환경계획 환경영향평가의 목적과 원칙(United Nations Environmental Programme Goals and Principles of Environmental Impact Assessment)’, 생물다양성협약, 유엔해양법협약 등 대다수 국제문서에 따른 환경영향평가 절차에서는 계획된 활동이 해당 환경에 ‘중대한(significant)’ 영향을 미치는지를 기준으로 환경영향평가 개시 여부가 결정되는 것을 확인할 수 있다.⁴⁰⁾ 그러나 앞서 살펴본 바와 같이, 마드리드 의정서와 제1부속서에 따른 환경영향평가 절차에서는 제안된 활동이 사소하거나 일시적인 것에 못 미치는 정도의 영향인지, 사소하거나 일시적인 영향인지, 사소하거나 일시적인 것을 초과하는 정도의 영향인지 등 3단계로

05.pdf (2018년 10월 15일 확인). COMNAP은 환경 감시 프로그램을 설계하는 과정에서 실질적인 도움을 제공하며, 관련 정보를 수집·관리하고, 자문 역할을 수행한다. 이외에도 2000년 남극 과학 기지에서 일어나는 활동의 환경에 미치는 영향에 대한 감시 관련 안내서가 COMNAP과 ‘남극연구과학위원회(Scientific Committee on Antarctic Research, SCAR)’의 공동 작업으로 발간된 바 있다. Council of Managers of National Antarctic Programmes(COMNAP) & Scientific Committee on Antarctic Research(SCAR), Antarctic Environmental Monitoring Handbook: Standards Techniques for Monitoring in Antarctica (May 2000), https://www.comnap.aq/Publications/Comnap%20Publications/comnap-scar_env_monitoring_handbook_jun2000.pdf (2018년 10월 15일 확인)

40) UNEP Goals and Principles of Environmental Impact Assessment, UNEP Res. GC14/25, 14th Sess. (1987), endorsed by GA Res. 42/184, UN GAOR, 42nd Sess., U.N. Doc. A/Res/42/184 (1987), 원칙 1(“... Where the extent, nature or location of a proposed activity is such that it is likely to significantly affect the environment, a comprehensive environmental impact assessment should be undertaken ...”) [이하 ‘UN환경계획 환경영향평가 목적과 원칙’]; 생물다양성협약 제14조 1항의 (a)호(“[Each Contracting Party shall] introduce appropriate procedures requiring environmental impact assessment of its proposed projects that are likely to have significant adverse effects on biological diversity”); UN해양법협약 제206조 (“When States have reasonable grounds for believing that planned activities under their jurisdiction or control may cause substantial pollution of or significant and harmful changes to the marine environment, they shall, as far as practicable, assess the potential effects of such activities on the marine environment ...”). UN해양법협약의 경우, 환경변화의 중대성 이외에도 오염의 ‘실질성(substantiality)’, ‘해로운(harmful)’ 변화 등을 검토하여 환경영향평가 개시여부를 결정한다.

구분하여 평가를 실시한다.⁴¹⁾ 즉, 계획된 활동이 환경에 미치는 영향의 정도에 따라 평가 단계 및 방법을 나누는데, 남극 환경의 민감한 특성을 적절히 고려하고, 가급적 평가대상이 되는 활동의 범위를 확대하려는 것으로 이해된다.

이러한 영향 분석의 엄격성은 관련 환경과 생태계의 보전과 보호를 강화할 수 있다는 측면에서 높이 평가할 수 있다. 다만, 마드리드 의정서 상 영향의 ‘사소함’ 또는 ‘일시성’에 대한 개념이 정립되어 있지 않고, 이를 검토할 수 있는 당사국간 합의나 가이드라인 또한 제시되지 않아 동 개념을 이해하는데 어려움이 존재한다.⁴²⁾ CEP에서 동 개념을 정립하려는 노력은 단지 시도에 그쳤으며, 영향 분석은 줄곧 사안별(case by case)로 검토되었을 뿐이다.⁴³⁾

이러한 개념의 불명확성으로 관련 당사국간 이견이 발생하게 되고 자칫 분쟁으로 확대될 위험이 있으며, 환경영향평가 운용 전반에 매우 부정적인 요소로 작용할 수 있다.⁴⁴⁾ 영향의 ‘중대성’, ‘사소함’ 또는 ‘일시성’ 등 환경영향평가 개시 여부를 결정하는 기준을 설정하는 것과 관련하여 어떠한 용어를 선택하느냐가 중요한 것이 아니라 그 해당 용어에 대한 정확한 이해와 객관성이 보장될 수 있는 일정한 지침을 제공하는 것이 중요하다 할 것이다. 이는 평가대상이 되는 활동에 해당하는지 여부에 대한 일관된 검토 절차를 구축하게 되어 궁극적으로 환경영향평가 절차 전반에 대한 당사국들의 신뢰를 강화할 수 있게 될 것이다.⁴⁵⁾

41) 마드리드 의정서 제8조 1항. 앞서 언급한 바와 같이, 계획된 활동이 환경에 미치는 영향의 정도에 따라 예비단계, 초기환경평가 그리고 포괄적 환경평가로 구분하여 평가를 실시한다.

42) Antarctic Treaty Consultative Meeting XXI, Environmental Impact Assessment – The Role of EIA Guidelines in Understanding "Minor" and "Transitory", Submitted by Australia, XXII ATCM/WP19 (Apr. 1998); Antarctic Treaty Consultative Meeting XXI, Elements for the interpretation of Environmental Impact Assessment procedures established in Annex I of the Madrid Protocol, Submitted by Argentina, XXI ATCM/IP55 (May, 1997), p.2.

43) Neil Craik, "The International Law of Environmental Impact Assessment: Process, Substance and Integration", 136 (2008). 동 개념을 정의하는데 있어서의 어려움은 각각의 계획된 활동과 환경적 요소들과 관련된 많은 변수의 의존에 비롯된 것으로 보인다.

44) Mox Plant 사건에서는 분쟁당사국간 환경영향평가의무 자체에 대해 이견이 존재하지는 않았으나 그 이행의무를 따르는 과정에서 규정의 의미가 명확하지 않은 점에 대해 다투었다. Counter-Memorial of the United Kingdom, MOX Plant (Ir. v. U.K.), (Perm. Ct. Arb. Jan. 9, 2003), pp. 109-121, <https://pcacases.com/web/sendAttach/854> (2018년 10월 15일 확인).

45) '월경성환경영향평가협약(Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, ESPOO)'에서는 환경영향평가의 대상이 되는 활동들을 목록화하기도 한다. Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Feb. 25, 1991, 1989 U.N.T.S. 310 (entered into force Sept. 10, 1997), App. I. 아울러, 2008년 유엔식량농업기구가 개발한 공해상의 심해어업 관리에 관한 국제가이드라인에 따르면 특정 지역을 '취약한 해양생태계(vulnerable marine ecosystems, VMEs)'로 지정하여 동 지역에서 활동을 수행하고자 하는 경우 환경영향평가를 이행할 것을 요구하기도 한다. Food and Agriculture Organization, 2008 Food and Agriculture

3. ATCM·사무국 등 내부기관의 역할 부여

앞서 살펴본 바와 같이, 마드리드 의정서에 따라 환경영향평가를 진행하는 과정에서 ATCM과 사무국 등 내부기관에 일정한 역할이 부여됨에 따라 환경영향평가에 대한 객관성이 보장되고, 관련 환경 정보를 공유할 수 있는 장이 제공된다고 할 수 있다.

(1) 환경영향평가에 대한 객관성 보장

일반적으로 국가가 시행하는 환경영향평가의 대상이 자국민의 계획된 활동이라는 점에서 엄격한 기준과 절차를 제시할 수 있을지에 대한 회의가 적지 않다. 동일한 활동에 대한 환경영향평가라 하더라도 국가들마다 그 평가 내용이 상이할 것이며, 평가 결과의 이행 수준도 다를 수 있다. 따라서 평가와 관련하여 제3자가 개입할 수 있도록 하여 평가 절차와 내용에 대한 어느 정도의 객관성과 공정성을 담보하는 것이 필요하다 할 것인데, 마드리드 의정서 상 포괄적 환경평가가 그러하다.

앞서 살펴본 바와 같이, 예비단계와 초기환경평가에서 제안된 활동의 평가와 관련하여 해당 당사국이 검토하는 것과는 달리, 포괄적 환경평가에서는 ATCM이 CEP의 조언에 따라 포괄적 환경평가안을 검토한다. 해당 당사국 이외에 ATCM이 평가에 참여할 수 있다는 점에서 제3자적 입장에서 환경영향평가가 진행된다고 평가할 수 있다. 해당 당사국은 활동 개시 여부와 관련한 결정권한을 보유한다고 해도 ATCM 등 제3자적 입장에서 검토된 환경영향평가에 대해 간과하기는 쉽지 않을 것이며, 최종적인 포괄적 환경평가의 결과를 준수하여야 하는 강한 압력을 받을 것으로 판단된다.

(2) 관련 환경 정보 공유의 장 제공

초기환경평가와 포괄적 환경평가 그리고 평가 결과 결정된 사항에 대한 연관 목록 및 정보는 당사국들에게 회람되고 CEP에 송부되며 공개적으로 이용 가능하

Organization (FAO) International Guidelines for the Management of Deep-Sea Fisheries in the High Seas, Adopted in Rome, Italy on 29 August 2008, paras. 42-47.

도록 하고 있는데, 의정서 당사국들은 남극조약체제 사무국(secretariat) 공식 웹사이트에 자국이 작성한 초기환경평가와 포괄적 환경평가 보고서를 적극적으로 게시하고 있다.⁴⁶⁾ 남극조약체제 사무국은 이처럼 관련 환경 및 활동에 대한 정보를 공유할 수 있는 장을 제공해 줌으로써 공개적으로 이용 가능한 데이터베이스의 구축에 의한 양질의 평가가 시행될 수 있는 기반을 다지고 있다고 평가할 수 있다.

4. 의정서 당사국 간 협력 체계 구축

마드리드 의정서는 당사국들이 환경영향평가를 준비 중인 다른 당사국에 대한 적절한 원조를 제공하고, 다른 당사국의 요청이 있는 경우 잠재적 환경위험에 관한 정보를 제공하거나 남극환경을 손상시킬 수 있는 사고의 영향을 최소화하기 위한 원조를 제공하여야 하는 등 남극조약지역에서 활동을 계획하고 수행함에 있어 당사국 간 상호 협력할 것을 규정하고 있다.⁴⁷⁾

이러한 맥락에서 앞서 언급한 바와 같이, ATCM이 포괄적 환경평가안을 검토하는 과정에서 모든 의정서 당사국들로 하여금 의견을 제출하도록 하고 있으며, 일반 대중들에게도 의견을 제출할 수 있는 기회를 제공하기 위해 동 평가안을 공개적으로 이용 가능하도록 할 것을 요구하고 있다.⁴⁸⁾ 최종적인 포괄적 환경평가의 경우에도 모든 의정서 당사국들이 이를 공개적으로 이용할 수 있도록 하고 있다.⁴⁹⁾

이처럼 평가 과정에서 관련 당사국 이외 모든 당사국들의 참여뿐만 아니라 모든 당사국 일반 대중들의 참여가 이루어진다는 점은 계획된 활동에 따라 영향이 미치는 지역에 거주하는 대중들과 관련 당사국의 참여만을 요구하는 기존 국제문서에 따른 환경영향평가 절차와는 확연히 다르다고 볼 수 있다.⁵⁰⁾ 남극을 포괄적

46) https://www.ats.aq/devAS/ep_eia_list.aspx?lang=e (2018년 10월 15일 확인). 남극조약체제 사무국 공식 웹사이트에 게시된 초기환경평가와 포괄적 환경평가 보고서에는 계획된 활동에 대한 설명, 환경영향평가의 종류, 활동 수행 지역, 환경영향평가 수행에 책임 있는 기관 등의 내용들이 포함된다. 남극에서의 환경영향평가에 관한 가이드라인, p. 6.

47) 마드리드 의정서 제6조 1항 (나) & (다).

48) 마드리드 의정서 제1부속서 제3조 3항.

49) 제1부속서 제3조 6항.

50) SPREP협약 제16조 3항. 예를 들어 ESPOO협약에 따르면, 환경영향평가 과정에서 계획된 활동에 따라 중대한 영향이 미치는 지역에 거주하는 대중들과 관련 당사국의 참여만을 요구된다.

으로 보호하기 위한 의정서 당사국 모두의 공동 책임과 역할을 요구하는 것으로 이해된다. 해당 당사국 이외에 ATCM과 의정서 당사국 모두 평가에 참여할 수 있다는 점에서 제3자적 그리고 다자적 차원에서 환경영향평가가 관리·운용된다고 평가할 수 있다.

모든 당사국들과 일반 대중들의 의견이 반영된 환경영향평가에 기초하여 계획된 활동의 개시여부가 결정된다면 국제사회로부터 동 결정에 대한 충분한 이해와 지지를 얻게 될 것이다. 그리고 다양한 의견과 정보가 공유됨에 따라 환경영향을 최소화 또는 완화시킬 수 있는 방법을 모색하는 데에도 매우 효과적일 것이다.

IV. 결론

본 연구에서는 마드리드 의정서가 향후 환경보호와 관련한 국제문서상 환경영향평가제도를 도입하는 과정에서 중요한 지침으로 작용할 것으로 기대된다는 점에서 동 의정서에 따른 환경영향평가제도의 주요내용과 절차적 특징들에 대해 살펴보았다.

마드리드 의정서에 따른 환경영향평가는 절차상 예비단계, 초기환경평가, 포괄적 환경평가 등 세 단계로 구분되고, 각 단계별로 검토되는 내용이 다르며, 포괄적 환경평가안에 대한 논평 접수와 관련하여 90일 기간이 부여되는 등 절차 진행에 기한을 두어 절차적 신속성이 담보되고 있다. ‘남극에서의 환경영향평가에 관한 가이드라인’ 등을 채택하여 각 절차상의 검토요소와 방법에 대해 상세히 규정하여 절차적 내용에 대한 불명확성을 해소시키고 있다. 뿐만 아니라, 포괄적 환경평가에서 해당 당사국 이외 ATCM과 의정서 당사국 모두 평가에 참여하게 하여 환경영향평가를 제3자적 또는 다자적 차원에서 접근이 가능하도록 하였다. 남극조약체제 사무국에서 당사국들이 시행한 환경영향평가 보고서를 공개적으로 게시하고 이용 가능하도록 하여 관련 환경 및 활동에 대한 정보를 공유할 수 있는 장을 제공해 줌으로써 향후 양질의 평가가 시행될 수 있는 기반을 제공하기도 한다.

ESPOO협약 제3조 8항. 참고로 ESPOO협약체제 하에서는 환경영향평가 절차상 공중참여에 관한 가이드라인이 채택되기도 하였다. Guidance on Public Participation in Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Meeting of the Parties to the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Report of the Third Meeting, UN Doc. ECE/MP.EIA/6, September 13, 2004, Decision III/8.

물론 마드리드 의정서 상 환경영향평가제도의 미흡한 부분도 분명 존재한다. 환경영향을 분석하는데 있어 기준이 되는 영향의 ‘사소함’ 또는 ‘일시성’에 대한 개념이 명확하지 않다. 환경영향평가와 관련한 다수의 국제분쟁이 규정의 불명확성에서 비롯되었던 것을 감안하면, 동 개념을 포함한 규정상의 내용을 보다 명확히 할 필요가 있다. 또한, 앞서 살펴본 바와 같이, 포괄적 환경평가와 같은 사전 환경영향평가 단계에서 ATCM과 의정서 당사국 모두 평가에 참여할 수 있도록 하여 평가의 객관성을 확보하는 것과 달리, 감시와 같은 사후환경영향평가 단계에서는 그러하지 못하다. 다자적 차원에서의 감시가 이루어질 수 있다면 관련 당사국에게는 상당한 압박으로 작용할 수 있어 평가 결과의 이행을 유도하는데 매우 효과적일 수 있다. 생각건대, 환경영향평가 결과의 이행문제와 관련하여 ATCM의 의제에 상정하고, 해당 활동이 종료될 때까지 계속 ATCM의 의제에 남기며, 관련 당사국으로 하여금 환경영향평가의 이행에 있어서의 진전 상황에 대해 ATCM에 서면으로 보고하게 한다면 평가 결과의 이행에 대한 상당한 압박으로 작용될 수 있을 것이다.⁵¹⁾

환경영향평가의 이행은 오랜 기간 동안 국가관행으로 받아들여져 왔으며, 국제 재판소에서도 여러 차례 확인된 바 있다.⁵²⁾ 그리고 이미 환경영향평가와 관련하여 다자적, 지역적 그리고 분야별 등 다양한 형태로 국제문서가 채택되고 있다. 이러한 상황에서 BBNJ 법률문서 등 향후 환경영향평가제도를 도입하는 과정에서 기존 국제문서에 따라 도입된 환경영향평가제도의 특징과 장점을 적절히 참고하고, 양 제도 간 협력 또는 적용상의 저촉 문제 등에 대하여 고민하는 작업이 필요할 것이다. 그리고 무엇보다 중요한 것은 관련 환경과 생태계에 피해주는 활동이 무조건적으로 차단될 수 있는 방향으로 평가 절차가 구축되어야 한다는 것이다.

51) 세계무역기구(World Trade Organization) 분쟁해결기구(Dispute Settlement Body, DSB)도 분쟁해결절차상 관정이행의 문제에 대하여 지속적으로 감시하며, 동 문제를 DSB 회의에 상정하고, 동 문제가 해결될 때까지 DSB의 의제로 남긴다. 뿐만 아니라, 관련 회원국이 관정이행상황을 DSB에 서면 보고하도록 한다. Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, 15 April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Legal Instruments - Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 1125, Annex 2(1994), 제21조 6항.

52) Pulp Mills on the River Uruguay (Arg. v. Uru.), 2010 I.C.J. 14 (Apr. 20), para. 204.

(논문투고일 : 2018.11.15, 심사개시일 : 2018.11.16, 게재확정일 : 2018.12.20)



▶ 이 길 원

환경영향평가, 환경보호에 관한 남극조약 의정서, 남극조약협약당사
국회의, 환경보호위원회, 초기환경평가, 포괄적 환경평가

【참 고 문 헌】

I. 국내 문헌

- 권문상, 이용희, 박성욱, 최정옥, “우리나라 남극환경보전정책 수립에 관한 연구”, 「대한국제법학회논총」, 제45권 (대한국제법학회, 2000).
- 박수진, 이창열, 김윤화, 이용희, 진동민, 양희철, “국가남극정책 추진전략에 관한 연구”, 「한국해양수산개발원 연구보고서」 (2012년 12월).
- 정인섭, “신국제법강의”, (박영사, 2018).

II. 국외 문헌

- Kees Bastmeijer & Ricardo Roura, “Environmental Impact Assessment in Antarctica”, in Theory and Practice of Transboundary Environmental Impact Assessment 175 (Kees Bastmeijer & Timo Koivurova eds., 2008).
- Neil Craik, “The International Law of Environmental Impact Assessment: Process, Substance and Integration”, 136 (2008).
- Lingjie Kong, “Environmental Impact Assessment under the United Nations Convention on the Law of the Sea”, 10 Chinese Journal of International Law 651 (2011).
- Robin Warner, “Environmental Assessment in Marine Areas Beyond National Jurisdiction”, in Research Handbook on International Marine Environmental Law 291 (Rosemary Rayfuse ed., 2015).

III. 국제 판례

- Counter-Memorial of the United Kingdom, MOX Plant (Ir. v. U.K.), (Perm. Ct. Arb. Jan. 9, 2003).
- Gabcikovo-Nagymaros Project (Hung. v. Slov.), 1997 I.C.J. 7, at 111 (Sept. 25).
- Pulp Mills on the River Uruguay (Arg. v. Uru.), 2010 I.C.J. 14 (Apr. 20).

IV. 국제 협정

- Convention of Biological Diversity, Rio de Janeiro, June 5, 1992, 31 ILM 818, in force

- December 29, 1993.
- Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Feb. 25, 1991, 1989 U.N.T.S. 310, in force Sept. 10, 1997.
- Convention for the Protection of the Natural Resources and Environment of the South Pacific Region, Nov. 25, 1986, 26 I.L.M. 38.
- Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, Madrid, Oct. 4, 1991, 30 I.L.M. 1455, in force January 14, 1998.
- The Antarctic Treaty, Dec. 1, 1959, 12 U.S.T. 794, 402 U.N.T.S. 71.
- Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, 15 April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Legal Instruments – Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 1125, Annex 2(1994).
- United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, December 10, 1982, 21 ILM 1261 (1982), in force November 16, 1994.
- United Nations Framework Convention on Climate Change FCCC/Informal/84 GE.05-62220 (E) 200705.

V. 기타 문서

- Antarctic Treaty Consultative Meeting XXI, Elements for the interpretation of Environmental Impact Assessment procedures established in Annex I of the Madrid Protocol, Submitted by Argentina, XXI ATCM/IP55 (May, 1997).
- Antarctic Treaty Consultative Meeting XXI, Environmental Impact Assessment – The Role of EIA Guidelines in Understanding "Minor" and "Transitory", Submitted by Australia, XXII ATCM/WP19 (Apr. 1998).
- Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, Eleventh Meeting, Hyderabad, India, Marine and Coastal Biodiversity: Revised Voluntary Guidelines for the Consideration of Biodiversity in Environmental Impact Assessments and Strategic Environmental Assessments in Marine and Coastal Areas, Note by the Executive Secretary, UNEP/CBD/COP/11/23 (Aug. 21, 2012).
- Council of Managers of National Antarctic Programmes, COMNAP Practical Guidelines for Developing and Designing Environmental Monitoring Programmes in Antarctica, January 2005.
- Council of Managers of National Antarctic Programmes(COMNAP) & Scientific Committee on Antarctic Research(SCAR), Antarctic Environmental Monitoring

- Handbook: Standards Techniques for Monitoring in Antarctica (May 2000).
- Food and Agriculture Organization, 2008 Food and Agriculture Organization (FAO) International Guidelines for the Management of Deep-Sea Fisheries in the High Seas, Adopted in Rome, Italy on 29 August 2008.
- G.A. Res. 69/292, U.N. Doc. A/RES/69/292 (Jul. 6, 2015).
- Guidance on Public Participation in Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Meeting of the Parties to the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Report of the Third Meeting, UN Doc. ECE/MP.EIA/6, September 13, 2004, Decision III/8.
- Guidelines for Environmental Impact Assessment in Antarctica, Resolution 1 (2016) Annex, ATCM XXXIX ATCM XXXIX – CEP XIX, Santiago, Chile Final Report (23 May 2016 – 01 Jun 2016).
- OSPAR, OSPAR Code of Conduct for Responsible Marine Research in the Deep-Seas and High Seas of the OSPAR Maritime Area, OSPAR 08/24/1, Annex 6(2008-1).
- Preparatory Committee Established by General Assembly Resolution 69/292, Chair's Streamlined Non-Paper on Elements of a Draft Text of an International Legally-Binding Instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction, Fourth Session, Jul. 10 – 21, 2017.
- United Nations Environmental Programme (UNEP) Goals and Principles of Environmental Impact Assessment, UNEP Res. GC14/25, 14th Sess. (1987), endorsed by GA Res. 42/184, UN GAOR, 42nd Sess., U.N. Doc. A/Res/42/184 (1987).

Abstract

**A Study on Environment Impact Assessments under the
Protocol on Environmental Protection to the Antarctic
Treaty**

Lee, Kil Won

An environmental impact assessment (EIA) is defined as an examination of planned activities with a view to ensuring environmentally sound and sustainable development. It is well-established practice to conduct EIAs for activities that are likely to cause significant adverse impacts to the environment. The general provisions on EIAs are well provided under multilateral instruments as well as under various regional and sectoral instruments.

Among these instruments, a procedure on EIAs under the Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty (Madrid Protocol) is worth mentioning as, in a relative sense, it provides specific standards and requirements for the conduct of EIAs with the reflection of distinct character and fragility of the environment concerned, the Antarctic area.

In recent years, as the Madrid Protocol has been referenced in developing the provisions on EIAs under an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity in areas beyond national jurisdiction, it seems to be a useful model for structuring EIAs on any future international agreements. Thus, from an international law perspective, this paper closely examines the distinct features and characters of the EIA procedure provided under the Protocol and discovers the elements that should be taken into account in designing EIAs under future agreements.



▶ **Lee, Kil Won**

Environmental Impact Assessment, Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, Antarctic Treaty Consultative Meeting, Committee for Environmental Protection, Initial Environmental Evaluation, Comprehensive Environmental Evaluation

유럽연합 규범체계에 대한 체계적 고찰을 위한 소고*

이 재 훈**

【목 차】

I. 들어가며	III. 유럽연합 규범체계 하부구조로서 파생적 법적행위
II. 단계적 구조로서 유럽연합 규범체계	1. 유럽연합기능조약 제288조를 기준으로 한 법적행위 형식 구분
1. 제1차법	2. 발령 방식에 따른 법적행위 형식 구분
2. 파생적 법적행위	3. 파생적 법적행위의 체계적 분석
3. 유럽연합 규범체계 내 규범 상호간 효력 관계	IV. 나가며

【국 문 요 약】

유럽연합이 발령한 법적행위의 비교법적 의미가 증대하고 있는 상황에서 유럽연합의 규범체계를 체계적으로 이해하는 것은 의미가 크다. 유럽연합의 규범체계는 크게 세 가지 방식을 통해 체계적으로 고찰할 수 있다. 유럽연합 법체계가 갖고 있는 단계적 구조를 기준으로 유럽연합법의 규범체계를 체계적으로 고찰하는 방법이 그 첫 번째 방법이다. 이 첫 번째 방식을 통해 유럽연합 규범체계에 속한 각종 법원들 및 그들 간의 관계를 살펴봄으로써 유럽연합법의 전반적인 메커니즘을 파악할 수 있다. 또한 이러한 방식은 지금까지 국내에서 크게 관심을 두지 않았던 쟁점들을 살펴보는 계기가 된다. 두 번째로는 유럽연합의 파생적 법적행위를 유럽연합의 기능에 관한 조약 제288조를 기준점으로 삼아 체계적으로 분류하는 것이다. 이를 통해 유럽연합의 파생적 법적행위별 특성 및 상호간의 공통점과 차이점이 드러나게 되며 어떠한 맥락에서 어떠한 법적행위가 작용형식으로 발령

* 본고는 본인의 박사논문(Lee, Demokratische Legitimation der Vollzugsstruktur der sektorspezifischen Regulierungsverwaltung, Nomos, 2017)에서 다루어 진 사항들을 부분적으로 포함하고 있으나, 유럽연합법의 규범체계에 대한 체계적 고찰이라는 관점으로 내용을 대폭 보강하여 학술논문형태로 새롭게 작성된 것이다.

** Dr. jur.(법학박사), 한국법제연구원 부연구위원.

되는지에 대한 논의도 부수적으로 드러난다. 세 번째 방법으로는 파생적 법적행위의 발령 방식을 기준으로 유럽연합의 파생적 법적행위를 체계적으로 고찰하는 방식이다. 이를 통해 발령 방식별로 파생적 법적행위가 갖고 있는 규범적 맥락이 명확해지며, 이러한 체계적 구분 방식을 통해 유럽연합의 개별 법역에서 등장하는 다양한 형태의 법적행위가 어떠한 제도적 맥락에서 활용되게 된 것인지에 대한 관점이 정립될 수 있다. 이러한 세 가지 고찰 방식을 종합하면 유럽연합의 개별 법역을 규율하는 법적행위를 체계적 관점에서 분석할 수 있는 종합적 방법도 도출될 수 있다.

I. 들어가며

유럽연합의 법적행위(Rechtsakt)¹⁾는 행정법 각론 분야의 연구와 관련하여 비교법적 연구대상으로 지속적인 관심을 받고 있다. 따라서 다양한 행정법 각론 분야의 문헌을 탐구하는 과정에서 유럽연합의 구체적인 법적행위의 명칭과 그 내용을 접하게 되는 것은 비교적 익숙한 일이라고 할 수 있다.²⁾ 개인정보보호와 관련해서 유럽연합의 GDPR이 법학계의 주요 관심사인 점,³⁾ 환경법 분야에서 여전히 REACH-명령이 주요 연구대상으로 자리 잡고 있다는 점,⁴⁾ 최근 민간투자법제와 관련하여 유럽연합의 특허지침(Richtlinie für Konzessionsvergabe)에 대한 검토가 이루어지고 있는 점⁵⁾ 등은 이러한 사실에 대한 방증이라고 할 수 있다.⁶⁾

1) 유럽연합이 발령하는 die Rechtsakte(les actes juridique; legal acts)의 번역어인 ‘법적행위’는 이 광운, “유럽헌법안의 법적행위 형식”, 「유럽헌법연구」 창간호 (유럽헌법학회, 2007), 199쪽 이하 및 김중권, 「EU행정법연구」, 법문사, 2018, 64쪽 이하의 용례를 따랐음을 밝혀둔다.

2) 전문적인 행정법각론 영역인 세법 영역과 관련하여 비교법적 연구를 통해 독일법과 유럽연합의 지침을 함께 다루고 있는 문헌으로는 박종수, “생존배려사업과 공법인의 납세의무”, 「조세법연구」 제8집 제1호 (한국세법연구회, 2002), 194쪽 이하.

3) 대표적으로 권건보/이한주/김일환, “EU GDPR 제정 과정 및 그 이후 입법동향에 관한 연구”, 「미국헌법연구」 제29권 제1호 (미국헌법학회, 2018), 1쪽 이하; 박노형 외8인, 「EU개인정보보호법」, 박영사, 2017; 함인선, 「EU개인정보보호법」, 마로니에, 2016.

4) 대표적으로 박종원, “가습기살균제 사건에 비추어 본 화학물질 리스크 평가·관리법제의 문제점과 개선방안”, 「한양법학」 제28권 제2집 (한양대학교 법학연구소, 2017), 91쪽 이하; 성봉근/김연태, “환경법상 화학물질 등에 대한 자율규제와 위험성 제어”, 「환경법연구」 제39권 제3호 (한국환경법학회, 2017), 117쪽 이하.

5) 대표적으로 김대인, “EU의 민간투자법제에 대한 연구 - 2014년 EU 특허지침(Concession Directive)을 중심으로”, 「공법연구」 제46권 제3호 (한국공법학회, 2018), 225쪽 이하.

6) 유럽연합의 개별 법적행위는 유럽연합에 소속된 회원국 내에서 직접 적용되거나 회원국의 법제

행정법 각론 분야의 연구 대상으로서 유럽연합의 개별 법적행위의 내용에 대한 연구는 지속적으로 이루어지고 있는 반면, 유럽연합의 규범 질서 틀 내에서 개별 법적행위가 갖고 있는 규범적 맥락, 그리고 각 법적행위들이 담고 있는 규율 내용 및 검토대상인 법적행위들의 작용형식들이 왜 그러한 형태를 갖게 되었는지에 대한 규범적 배경이라 할 수 있는 유럽연합의 규범체계에 대한 체계적 검토는 최근 크게 주목 받고 있지는 못한 것으로 보인다. 물론 현행 유럽연합법 체계 구축 이전 유럽연합 헌법(안) 논의가 유럽에서 진행 되던 2000년대 중반 및 리스본 조약 체결 전후로는 유럽연합법의 규범체계의 변화에 주목하여 유럽연합법의 규범체계에 대한 연구들이 국내에서도 체계적으로 진행되었다. 하지만 이처럼 유의미한 기존 선행 연구들에도 불구하고 유럽연합의 규범체계와 관련하여 아직까지도 국내에서는 논의되지 않은 숨은 논점들이 여전히 남아있을 뿐 아니라 유럽연합의 개별 법역을 검토함에 있어 그 규범적 맥락을 보다 심도 있게 이해하기 위한 작업으로서 유럽연합의 규범체계에 대한 체계적 검토는 여전히 필요하다고 할 수 있다.

유럽연합의 규범체계를 체계적으로 파악하기 위해 이하에서는 우선 유럽연합 규범의 단계 구조를 살펴보도록 한다. 그 후 유럽연합의 개별 법역을 규율함에 있어 활용되는 유럽연합 규범체계의 하부 구조인 파생적 법적행위를 체계적으로 파악하기 위해 검토되어야 하는 사항들을 살펴보도록 한다. 물론 이러한 과정에서 이미 국내에 소개되어 기초적인 내용이라고 볼 수 있는 사항들도 함께 기술되기는 할 것이다. 하지만 이는 유럽연합법 규범체계를 체계적으로 이해하기 위해서는 필수불가결한 요소이므로 이들을 기술하되 지나치게 상세하게 기술하지는 않았음을 미리 밝혀둔다. 또한 본고에서는 본문 상에 기술된 내용과 관련된 구체적 예시로서 유럽연합에 관한 조약(이하 유럽연합조약으로 칭함), 유럽연합의 기능에 관한 조약(이하 유럽연합기능조약으로 칭함), 통신규제에 대한 프레임워크 지침(RL 2001/21/EG) 및 GDPR상의 각종 법제들이 부분적으로 언급되기도 한다는 점을 미리 밝혀둔다.

도로 변환되는 등 다양한 방식을 통해 국내 법학계가 비교법적 대상으로 삼고 있었던 주요 유럽 국가들의 법제에 영향을 미치고 있기 때문에 유럽연합의 회원국에 해당하는 독일, 프랑스 등의 개별 법제도를 체계적으로 연구하기 위해서도 연구 대상으로서의 의미가 높다고 할 수 있다. 유사한 맥락에서 행정법 연구와 관련하여 유럽연합행정법 연구의 의미를 강조하고 있는 유의미한 선행 연구문헌으로는, 김남진, “EU행정법의 개관”, 「대한민국학술원 통신」 제248호 (대한민국학술원, 2014), 2쪽 이하; 김중권, 앞의 책, 4쪽 이하.

II. 단계적 구조로서 유럽연합 규범체계

유럽연합의 규범 체계는 개별 국가의 규범 체계가 갖고 있는 헌법-법률-하위 법령과 같은 단계 구조를 갖고 있다. 이를 유럽연합법적 관점에서 설명한다면, 유럽연합 규범 체계에는 최상위 층위에 해당하는 제1차법(Primärrecht)에 근거하여 유럽연합의 기관들이 발령하는 법적행위(Rechtsakt)가 존재하는데, 이러한 법적행위들은 파생적 법적행위(abgeleitete Rechtsakte)라고 불리며,⁷⁾ 파생적 법적행위는 당해 법적행위가 발령되는 규범적 맥락에 따라 제2차법(Sekundärrecht)과 제3차법(Tertiärrecht)으로 구분된다. 그리고 이러한 파생적 법적행위의 발령과 관련하여 그 규범적 근거이자 발령 절차 및 내용상의 한계를 설정하고 있는 규범이 바로 제1차법이다.⁸⁾ 즉 유럽연합법의 규범체계는 기본적으로 제1차법-제2차법-제3차법의 구조를 갖고 있다.

이하에서는 제1차법, 제2차법 및 제3차법에 대해서 간략히 살펴보고, 제2차법과 제3차법의 경우 파생적 법적행위(abgeleitete Rechtsakte)로서 본고 III.에서 보다 심도 있게 다루어질 예정이므로, 이하에서는 이들보다는 제1차법에 대한 논의가 보다 심도 있게 다루어진다. 다만 설명이 필요한 부분에 한해 본고 III. 이하에서 설명되고 있는 사항들인 입법행위, 위임적 법적행위, 실행적 법적행위 등이 선회되어 기술되기도 한다.

1. 제1차법(Primärrecht): 유럽연합 최상위 규범체계이자 법적행위에 대한 규범적 잣대

가. 제1차법의 규범적 의의

제1차법은 유럽연합 차원에서의 근본 질서(Grundordnung)로서,⁹⁾ 유럽연합 존재

7) Ruffert, in: Callies/ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl., Beck, 2016, Art. 288 AEUV Rn. 10 참조.

8) 제1차법(Primärrecht), 제2차법(Sekundärrecht), 제3차법(Tertiärrecht)이라는 번역어의 용례는 김중권, 앞의 책, 45쪽 이하의 용례를 따랐음을 밝혀둔다.

9) Knauff, Der Regelungsverbund, Mohr Siebeck, 2010, 84쪽.

의 규범적 기반이며 유럽연합의 목적, 조직법적 구성, 권한에 대한 사항을 담고 있다.¹⁰⁾ 따라서 제1차법은 유럽연합의 조직들이 발령하는 각종 법적행위의 규범적 근거와 한계를 제시하며, 법적행위 발령과 관련된 실체법적·절차법적 틀로서의 역할을 수행한다.¹¹⁾ 즉, 유럽연합적 차원에서 보았을 때, 제1차법은 마치 국내법상 헌법과도 같은 최상위 규범으로서의 성격을 갖고 있다.¹²⁾ 제1차법의 이와 같은 성격은 다수의 문헌에서 발견되는 유럽연합의 “헌법”(Das “Verfassungsrecht” der EU)이라는 표현에서 살펴볼 수 있으며,¹³⁾ 유럽연합법원도 판례를 통해 제1차법에 해당하는 규범텍스트를 공동체를 위한 헌법(Verfassungsurkunde der Gemeinschaft)이라고 표현한다.¹⁴⁾

하지만 유럽연합의 제1차법은 대한민국 헌법 또는 독일의 기본법(Grundgesetz)과는 달리 단일 법전의 형태로 존재하지 않는다. 그 존재 형식도 다양하여 성문법원 뿐 아니라 불문법원의 형태를 취하는 경우도 존재한다. 1차법 차원에서 대표적인 성문법원으로 유럽연합조약, 유럽연합기능조약, 유럽연합 기본권 헌장, 프로토콜, 부속서를 들 수 있으며, 불문법원으로는 관습법, 법의 일반원칙 등을 들 수 있다.¹⁵⁾

본고는 유럽연합 규범체계에 대한 체계적 분석을 주된 목표로 하고 있기 때문에, 이하에서는 제1차법의 성문 법원들 중 유럽연합조약, 유럽연합기능조약, 유럽연합 기본권 헌장, 프로토콜을 파생적 법적행위와의 규범체계적 관계성이라는 관점에 중점을 두어 살펴보도록 한다.¹⁶⁾

나. 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약

10) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., Beck, 2017, 101쪽.

11) Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., Beck, 2018, Art. 288 AEUV Rn. 20.

12) 이 논의를 소개하고 있는 유의미한 선행 연구물로는 김중권, 앞의 책, 46쪽.

13) Maurer/Waldhoff, 앞의 책, 101쪽; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/ders. (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Beck, Art. 288 AEUV Rn. 27.

14) EuGH. Urteil vom 23. April 1986, C-294/83 (Les Verts/EP), Rn. 23.

15) Schroeder, Grundkurs Europarecht, 5. Aufl., Beck, 2017, 82쪽.

16) 이하에서는 부속서, 불문법원, 관습법, 더 나아가 유럽연합의 성립 및 운영과 관련된 기본 조약(현행 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약)의 개정·보충과 같은 사항은 다루지 않는다. 본고에서 다루지 않은 제1차법원과 관련해서는 Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 6. Aufl., Beck, 108쪽 이하 또는 김중권, 위의 책, 40쪽 이하를 참조할 것.

1) 유럽연합 규범질서의 초석

제1차법의 법원들 중에서도 핵심적 기능을 수행하는 성문법원은 유럽연합조약과 유럽연합기능조약이다.¹⁷⁾ 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약은 한 국가의 헌법이 해당 국가가 존립할 수 있는 규범적 토대이듯이 현행 유럽연합이 존립할 수 있는 규범적 토대이다. 유럽연합조약 제1조 제3항 제2문과 유럽연합기능조약 제1조 제2항 제2문은 유럽연합 성립의 규범적 기반이 유럽연합조약과 유럽연합기능조약이라는 점을 명시적으로 제시하고 있다. 유럽연합 존립의 규범적 토대라는 점 이외에도 이들 두 개 조약은 유럽연합의 목적·조직 체계·권한·일반원칙 등을 담고 있다.

유럽연합조약의 경우 유럽연합이 따르는 규범적 가치(인간존엄의 준수, 자유, 민주주의, 평등, 법치주의, 인권보장 등; 제2조), 유럽연합의 일반 원칙(제한적 개별수권 원칙, 보충성의 원칙, 비례성의 원칙; 제5조), 기본권 보호(제6조), 유럽연합의 민주적 질서(제9조부터 제12조) 등을 규정하고 있다. 유럽연합조약이 주로 원칙적인 내용을 담고 있다면, 유럽연합기능조약은 유럽연합의 업무방식을 규율하고 유럽연합의 관할 영역 및 관할권 수행과 관련된 구체적인 사항을 확정한다(제1조 제1항). 유럽연합의 관할권 분배 및 그 유형(제2조부터 제6조),¹⁸⁾ 유럽연합 단일 역내 시장을 실현하기 위한 규범적 기초(제114조 상의 법균일화(Rechtsangleichung) 및 기본적 자유(Grundfreiheiten)), 시장 내 경쟁 상황의 왜곡을 교정하기 위한 경쟁법적 장치(제101조 이하), 유럽연합의 기관이 발령할 수 있는 파생적 법적 작용의 행위형식 및 유형(제288조, 제290조, 제291조 등), 유럽연합의 기관이 법적 작용을 채택하여 발령하는 구체적인 절차(제293조 이하) 등이 유럽연합기능조약의 주요 내용이다.

유럽연합조약 및 유럽연합기능조약이 갖고 있는 헌법적 성격으로 인해 위에서 살펴본 사항들은 법적행위의 발령과 관련하여 실체법적·절차법적 틀로서 기능을 수행하며, 이러한 점은 제한적 개별수권 원칙에서 보다 명확하게 드러난다.¹⁹⁾

17) Ruffert, Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., Beck, 2012, §17 Rn. 31 참조.

18) 이에 대한 구체적인 내용은 박인수, “유럽연합의 권한배분과 행사원칙”, 『유럽헌법연구』 제11호 (유럽헌법학회, 2012), 15~23쪽.

19) 당해 원칙을 “열거적 권한배분의 원칙”으로 번역하고 있으며, 유럽연합의 권한 배분 및 이에 대한 행사와 관련하여 유의미한 국내 선행 연구문헌으로는 박인수, 위의 글, 1쪽 이하. 당해 원

2) 제한적 개별수권 원칙(Grundsatz der begrenzten Einzelmächtigung)

제1차법이 담고 있는 다양한 규정들 중 유럽연합의 규범체계, 특히 제1차법과 유럽연합의 기관이 발령하는 파생적 법적행위의 관계를 체계적으로 고찰함에 있어 각별히 유의해서 살펴보아야 할 원칙은 제한적 개별수권 원칙이다. 제한적 개별수권 원칙은 유럽연합은 유럽연합회원국이 수여한 권한 내에서만 작용할 수 있다는 유럽연합의 작용과 관련된 일반원칙으로서,²⁰⁾ 규범적으로 두 가지 차원의 내용을 담고 있다. 제한적 개별수권 원칙이 담고 있는 첫 번째 차원은 유럽연합과 유럽연합회원국간의 권한분배에 대한 사항이고 그 두 번째 차원은 유럽연합 조직의 작용 권한 규율과 관련된 사항이다.²¹⁾ 그리고 유럽연합의 규범체계 및 개별 법적행위를 체계적으로 파악하기 위한 선이해로서 중요한 의미를 갖는 것은 후자의 차원이며, 이는 유럽연합조약 제13조 제2항 제1문에 규율되어 있다.

유럽연합조약 제13조 제2항 제1문에 따르면 유럽연합의 기관(유럽의회, 유럽이사회, 이사회, 유럽집행위원회, 유럽법원, 유럽중앙은행 및 감사원)은 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약에서 정하는 절차·조건·목적에 따라 이들 조약이 각 기관에게 수여한 권한에 맞게 작용해야 한다. 따라서 유럽연합의 기관의 작용은 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약에 명시적인 법적 권한 근거가 있는 경우에만 이루어져야만 한다.²²⁾ 이러한 맥락에서 법적행위의 발령의 경우에도 마찬가지로 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약에 법적행위의 발령과 관련된 구체적 권한 근거가 존재해야만 한다.

다. 유럽연합 기본권 헌장(Charter der Grundrechte der Europäischen Union)

법적행위의 발령에 제1차법적 권한 근거가 존재해야만 한다는 점과 관련하여

칙을 “제한적인 열거적 권한부여의 원칙”으로 번역하고 있으며 유럽연합 체계 내에서 각종 기관들 및 회원국 의회의 기능과 관련하여 유의미한 국내 선행 연구문헌으로는 은승표, “유럽연합의 기관조직들과 구성국들 간의 권한배분”, 『토지공법연구』 제64집 (한국토지공법학회, 2014), 397쪽 이하.

20) Schroeder, 앞의 책, 115쪽.

21) 박인수, 앞의 글, 12쪽.

22) Streinz, in: ders.(Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., Beck, 2018, Art. 5 EUV Rn. 8. 유럽연합 실무 상 제한적 개별수권 원칙의 엄격성이 완화되는 경향에 대해서는 박인수, 위의 글, 13쪽 참조.

유럽연합의 규범을 체계적으로 고찰함에 있어 유의해서 살펴보아야 하는 것은 유럽연합 기본권 헌장이다. 유럽연합 규범체계의 역사적 발전을 살펴보면 유럽연합 기본권 헌장은 과거에 제1차법에 해당하지 않았을 뿐 아니라, 국내법적 관점에서 개별 법률의 근거를 헌법상의 기본권에서 발견하는 것과는 다른 규범적 의미를 갖고 있기 때문이다.

1) 제1차법의 법원으로서 유럽연합 기본권 헌장

유럽연합조약 제6조 제1항 제1문 전단에 따르면 유럽연합은 유럽연합 기본권 헌장에 규정되어 있는 권리, 자유 및 기본원칙들을 승인한다. 이 규율 내용을 면밀히 살펴보면 유럽연합이 유럽연합 기본권 헌장 상의 법적 규율들을 승인한다고 하고 있을 뿐, 이 헌장이 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약의 구성 요소라고 규정하고 있지는 않다.²³⁾ 이는 유럽연합 기본권 헌장이 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약과는 별개인 독립성을 지닌 법적 문헌임을 명시적으로 규율한 것이라고 볼 수 있다.²⁴⁾

하지만 유럽연합조약 제6조 제1항 제1문 후단은 유럽연합 기본권 헌장이 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약과 규범적으로 동등한 지위를 갖는다는 점을 명시하고 있다. 따라서 유럽연합 기본권 헌장은 제1차법 차원의 법원으로서 기능하며, 유럽연합조약 제6조 제1항 제1문 전단이 유럽연합 기본권 헌장을 승인한다는 형태로 규정하고 있는 것 자체는 유럽연합 기본권 헌장의 효력을 약화시키지는 않는다.²⁵⁾ 오히려 유럽연합조약 제6조 제1항 제1문 전단에 의한 승인으로 인해, 현행 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약 체제 이전에는 구속력 없이 선언적 사항들에 불과했던 유럽연합 기본권 헌장 상의 내용들이 구속력을 발휘하게 되는 패러다임의 변화가 이루어졌다.²⁶⁾

23) 유럽연합조약 제6조 제1항 제1문은 프로토콜 및 부속서에 대해 규정하고 있는 유럽연합조약 제51조와는 문리적으로 전혀 다른 규정 방식을 사용하고 있다.

24) Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Beck, 2018(65. El August), Art. 6 EUV Rn. 20.

25) Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl., Beck, 2016, Art. 6 EUV Rn. 12.

26) Schorkopf, 앞의 글, Art. 6 EUV Rn. 21; Schroeder, 앞의 책, 304쪽.

2) 파생된 법적행위의 제1차법적 법적 근거성?

현행 유럽연합의 규범체계 하에서 파생적 법적행위의 제1차법적 근거를 파악할 때 유럽연합 기본권 헌장과 관련하여 유의할 점은, 유럽연합기능조약 제6조 제1항 제1문에 의해서 유럽연합 기본권 헌장이 제1차법적 법원으로서의 기능을 수행하게 되었지만, 유럽연합 기본권 헌장 상의 규정을 직접적인 법적 근거로 하여 파생적 법적행위가 발령될 수는 없는 점이다.²⁷⁾

이러한 점은 제1차법에 해당하는 성문법원의 명문 규정에도 명확히 기술되어 있다. 유럽연합조약 제6조 제1항 제2문에 따르면 유럽연합 기본권 헌장 상의 규정은 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약에 규정되어 있는 유럽연합의 권한을 확장시키지 못한다. 또한 유럽연합 기본권 헌장 제51조 제2항은 유럽연합 기본권 헌장이 유럽연합의 권한 범위를 유월하여 유럽연합법의 효력범위를 확장시키지 않을 뿐 아니라 유럽연합 기본권 헌장은 유럽연합의 권한 및 임무를 근거 지우지도, 이를 변경하지도 않는다는 점을 명시적으로 규정하고 있다. 유럽연합 기본권 헌장 상의 규정 자체가 유럽연합의 법적행위의 발령 근거로 작용하지 못한다는 것은 유럽연합 규범체계의 기본원칙 중 하나인 제한된 개별수권 원칙의 요청이기도 하다.²⁸⁾

따라서 유럽연합법의 개별 법적행위를 파악함에 있어, 유럽연합 기본권 헌장 상의 규정이 규범적 근거가 되어 고찰 대상인 법적행위가 발령되었다고 파악을 하게 된다면 이는 유럽연합법 전체 규범체계를 오해한 것이라고 할 수 있다. 이를 구체적인 개별 법적행위인 GDPR과 관련하여 기술하면, 유럽연합의 입법자가 GDPR을 유럽연합 기본권 헌장 제8조에 규정되어 있는 개인정보 보호에 관한 권리에 근거하여 발령했다고 파악한다면 이는 유럽연합의 규범체계를 오해한 결과라고 할 수 있다. 유럽연합의 입법자가 GDPR을 발령할 수 있었던 법적 권한 규정은 기본권 헌장 제8조가 아닌, 유럽연합의회 및 이사회는 일반입법절차에 따라 개인정보의 처리 등에 대한 규정을 발령한다는 유럽연합기능조약 제16조 제2항이다.²⁹⁾

27) Cremer, Funktionen der Grundrechte, in: Grabenwarter(Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz(EnzEuR Bd. 2), Nomos, 2014, §1 Rn. 163.

28) Schorkopf, 앞의 글, Art. 6 EUV Rn. 55.

29) Paal/Pauly, dies.(Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2. Aufl., Beck, 2018, Einleitung Rn. 18 참조.

3) 파생적 법적행위의 실제법적 기준으로서 유럽연합 기본권 헌장

앞서 살펴본 바와 같이 유럽연합 기본권 헌장이 파생적 법적행위 발령의 법적 근거가 될 수 없다고 하여 유럽연합 기본권 헌장의 규범력이 부재하는 것은 아니다. 비록 유럽연합 기본권 헌장이 파생된 법적행위에 대한 권한 근거가 되지는 못 하지만, 유럽연합 기본권 헌장 제51조 제1항에서 명시적으로 규정하고 있듯이 유럽연합 기본권 헌장은 유럽연합의 기관들에게 적용되며,³⁰⁾ 따라서 파생적 법적행위가 담고 있는 규율이 당해 헌장 상에서 보장하고 있는 기본권의 내용에 위배 되어서는 안 되기 때문이다.

라. 프로토콜

유럽연합조약 및 유럽연합기능조약과 유럽연합 기본권 헌장은 유럽연합법과 관련된 다수 국내 문헌에서도 일정 부분 검토되어 왔던 사항들이다. 이하에서는 유럽연합법의 제1차법의 법원에 해당하며 파생된 법적행위의 발령과 관련해서도 주의 깊게 살펴보아야 하지만 국내에서 아직 심도 있게 다루어지지 않았던 리스본 조약의 프로토콜을 다루도록 한다. 특히 프로토콜 중 유럽연합의 규범체계 상 하부체계를 구성하고 있는 파생적 법적행위의 발령 절차 또는/및 파생적 법적행위의 규범적 틀이 되는 프로토콜들을 선별하여 살펴봄으로써 프로토콜이 유럽연합법 규범체계에서 갖고 있는 규범적 의의를 살펴보도록 한다.

1) 제1차법적 법원으로서 프로토콜

현행 유럽연합조약 및 유럽연합기본조약이 존재할 수 있는 규범적 모체인 리스본 조약은 다양한 프로토콜과 부속서(Anhänge)를 포함하고 있다. 이러한 프로토콜과 부속서는 유럽연합조약 제51조에 의해 제1차법으로서의 성격을 부여받는다.³¹⁾

30) Folz, in: Vedder/Heintschel von Heinegg(Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Nomos, 2012, Art. 51 GRC Rn. 3.

31) Heintschel von Heinegg, in: Vedder/ders. (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Art. 51 EUV Rn. 2. 프로토콜이나 부속서 이외에 리스본조약과 관련하여 최종보고서 부속 선언서(Erklärungen zur Schulssakte der Regierungskonferenz: 이 번역어는 박인수, 앞의 글, 17쪽의 용례를 따랐음)가 존재하는데, 이와 관련해서는 유럽연합조약 제51조와 같은 형태의 규정이 유럽연합조약 및 유럽연

동 조항은 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약의 프로토콜 및 부속서를 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약의 구성요소라는 것을 명시적으로 규정하고 있다.

따라서 유럽연합의 기관이 자신에게 부여된 권한 내에서 법적행위를 발령할 때, 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약에 규율되어 있는 사항을 준수해야하는 것 이외에 프로토콜에서 규율하고 있는 사항도 위반해서는 안 된다.³²⁾ 현재 유럽연합법 규범체계 내 총 37개의 프로토콜이 존재하며, 그 수에 걸맞게 그 규율 내용 또한 매우 광범위하다.

2) 프로토콜의 유형화

총 37개의 프로토콜이 담고 있는 규범적 사항이 비록 광범위하지만, 이들은 일정 부분 유형화가 가능하다. 이는 이들이 담고 있는 내용을 기준으로 이루어질 수 있으며, ①유럽연합조약 및 유럽연합기능조약에서 구체화 되지 않은 유럽연합의 조직에 대한 사항, ②유럽연합조약 및 유럽연합기능조약에 규정되어 있는 실체법적 규율에 대한 절차법적 구체화, ③유럽연합조약 및 유럽연합기능조약에 규정되어 있는 실체법적 규율에 대한 구체화, ④유럽연합조약 및 유럽연합기능조약상의 규율에 대한 유권 해석, ⑤특정 회원국에서 대한 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약상의 특정 규율 적용 배제, ⑥경과규정으로 유형화될 수 있다.³³⁾

이러한 유형화 작업을 통해 도출할 수 있는 점은, 37개의 프로토콜을 6가지 유형으로 유형화하는 표제어가 담고 있는 내용에서도 찾아볼 수 있듯이 리스본조약의 프로토콜들은 유럽연합의 규범체계 파악과 관련해서 매우 중요한 사항들을 담고 있다는 점이다.

3) 입법행위 발령의 규범적 틀로서 프로토콜: 프로토콜 제2호

이처럼 다양한 프로토콜들 중, 유럽연합의 규범체계를 파악함에 있어, 파생적 법적행위의 발령 과정과 관련하여 주의 깊게 살펴볼 것은 프로토콜 제2호라고 할

합기능조약에 존재하지 않으므로, 1차 유럽연합법의 법원에 해당하지 않는다(Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert(Hsrg.), EUV/AEUV, 5. Aufl., Beck, Art. 51 EUV Rn. 6; Heintschel von Heinegg, in: Christoph Vedder/ders. (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Art. 51 EUV Rn. 3).

32) Schmalenbach, 위의 글, Art. 51 EUV Rn. 3 참조.

33) Dörr, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Bd. 1, Beck, 2018(65. El August), Art. 51 EUV Rn. 10 ff.

수 있다. 유럽연합의 파생적 법적행위들 중 입법행위(Gesetzgebungsakt)는 유럽연합의 입법자인 유럽의회 및/또는 이사회에 의해 입법절차를 통해 발령되어 민주적 정당화 수준이 가장 높은 파생적 법적행위라고 할 수 있는데,³⁴⁾ 이들의 발령과 관련된 제도적 틀은 기본적으로 유럽연합기능조약에서 찾아볼 수 있다. 유럽연합기능조약 제289조는 입법행위의 개념 정의 및 절차에 대해서 규율하고 있으며, 유럽연합기능조약 제294조는 일반입법절차에 대해서 규율하고 있다. 하지만 이러한 규정들만을 살펴보는 것만으로써 입법행위 발령과 관련된 제도적 틀을 온전히 파악하였다고 할 수는 없다. 이는 프로토콜 제2호가 입법행위의 발령과 관련된 보다 세밀한 사항을 규율하고 있기 때문이다.

프로토콜 제2호는 유럽연합조약 제5조 상의 보충성의 원칙 및 비례성의 원칙의 적용과 관련된 프로토콜로서 파생적 법적행위 중 입법행위의 발령과 관련하여 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약에서 규정하고 있지 않은 제도들을 규율하고 있다. 대표적으로 유럽연합 집행위원회가 입법행위(안)을 제출하기 전에 수행해야 하는 광범위한 청문절차(제2조), 입법행위(안)의 이유제시에 기재되어야 할 사항(보충성의 원칙 및 비례성의 원칙 준수 여부관련 이유, 재정 수반 효과, 회원국 법령과의 관계 등; 제5조) 등이 프로토콜 제2호의 내용이다.

유럽연합의 파생적 법적행위 중 입법행위를 실체법적 관점에서 비교법적 연구 대상으로 삼는 경우에는 프로토콜 제2호 자체에 대한 검토는 크게 의미가 없을 수도 있으나, 유럽연합법이라는 하나의 거대한 시스템을 구동시키는 규범적 질서, 특히 입법행위의 발령 절차를 면밀하게 파악하기 위해서는 프로토콜 제2호의 규정은 매우 핵심적인 규정이라고 할 수 있다.

4) 제3차법적 법적행위(Tertiärer Rechtsakt)의 규범적 틀로서 프로토콜: 프로토콜 제36호

위에서도 간략히 언급한 바와 같이 프로토콜들 중에는 절차적법 또는 실체법적 측면에서 파생적 법적행위의 발령과 일정한 관련성을 갖고 있는 프로토콜들이 존

34) 유럽연합의 법적행위 중 입법행위의 민주적 정당화 구조와 관련하여 대의기관인 유럽의회 및 이사의 역할에 대해서는 Franzius/Preuß, Die Zukunft der Europäischen Demokratie, Nomos, 2012, 24쪽; Lee, Demokratische Legitimation der Vollzugsstruktur der sektorspezifischen Regulierungsverwaltung, Nomos, 2017, 93쪽 이하. 입법행위에 대해서는 이하의 III. 2. (1)을 참조할 것.

제한다. 이하에서는 법적행위 또는 그의 발령과 관련성을 갖고 있는 프로토콜들 중 유럽연합의 개별 법제도에 대한 체계적 파악을 위해 유의해야할 사항인 경과 규정과 관련된 프로토콜을 살펴보도록 한다.

경과규정 프로토콜이 법적행위의 체계적 파악과 관련하여 특히 유의미한 이유는 유럽연합의 법제는 제1차법적 차원 뿐 아니라 파생된 법적행위적 차원에서도 시간의 흐름에 따라 발전하고 있는데, 이들의 발전이 항상 동시에 이루어지지 않고 시간차를 두고 이루어지는 경우가 대다수이기 때문이며, 무엇보다 시간차로 인해 생긴 규범적 괴리가 신속히 해결되지 않는 경우가 다수 존재하기 때문이다.

가) 경과규정의 내용 및 그 한계

프로토콜 제36호 제9조에서는 리스본 조약 체계 이전에 채택된 법적행위들의 효력에 대해 규율하고 있다. 프로토콜 제36호 제9조는 현행 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약이 발효되기 전에 채택된 법적 행위는, 폐지되거나 무효로 선언이 되거나 개정되기 전까지는 그 효력을 유지한다고 규정하고 있다. 따라서 현행 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약을 판단 기준으로 삼아 당해 법적행위를 검토했을 때 제1차법에 위반인 법적행위이더라도 폐지, 무효선언, 개정과 같은 별도의 규범적 작용이 매개되지 않는 한 원칙적으로는 그 효력이 유지된다.

이와 관련하여 특히 유의할 점은, 비록 프로토콜 제36호 제9조가 이러한 경과 규정을 규율하고 있으나 유럽연합법 체계 내도 규범 간의 우열 구조가 존재할 뿐 아니라 규범체계 간의 정합성이 보장되어야 한다는 측면에서 파생된 법적 행위와 관련한 규율 내용은 현행 유럽연합조약 내지 유럽연합기능조약에서 규율하고 있는 사항들을 반영하는 형태로 정비되어야 하며,³⁵⁾ 실제로 최근 발령·개정되고 있는 개별 법적행위들의 규범 구조가 그러한 방향으로 변하고 있다는 점이다. 그럼에도 불구하고 유럽연합의 개별 법역과 관련된 법적행위들을 고찰함에 있어 여전히 현행 유럽연합법 상 제1차법의 규범체계에 맞지 않는 파생적 법적행위들이 존재하고 있음도 간과해서는 안 된다.

35) Lee, 위의 책, 301쪽 이하 참조.

나) 제1차법에 부합하지 않는 파생적 법적행위

현행 제1차법에 부합하지 않는 파생적 법적행위의 대표적인 예로는 유럽 연합 통신규제 프레임워크 지침(RL 2001/21/EG)을 들 수 있다. 동 지침은 제2차법인 동 지침에 근거하여 유럽연합 집행위원회에 의해 발령되는 제3차법적 법적행위(Tertiärer Rechtsakt)를 다수 규정하고 있다.³⁶⁾ 하지만 이 지침이 발령될 당시의 제1차법에서는 현행 유럽연합기능조약 제290조(위임적 법적행위)나 제291조(실행적 법적행위)가 담고 있는 형태와 같은 제3차법적 법적행위 발령의 규범적 틀이 존재하지 않았다.³⁷⁾ 따라서 현재 동 지침에 담겨있는 제3차법적 법적행위 발령 관련 규정들은 현행 유럽연합기능조약이 설정하고 있는 규범적 틀, 즉 유럽연합 기능조약 제290조와 제291조에 부합하지 않는다.³⁸⁾ 하지만 통신규제 프레임워크 지침의 경우 여전히 현행 유럽연합기능조약에 부합하는 형태로의 개정이 이루어지고 있지 않고 있다는 점이 매우 특이한 상황이라고 할 수 있다.

다) 제1차법에 부합하게 개정된 파생적 법적행위

위에서 살펴본 통신규제 법제와는 달리, 입법행위 개정 과정에서 제3차법적 법적행위 발령의 제도적 틀이 현행 유럽연합기능조약에 부합하도록 정비된 대표적인 사례로 개인정보보호 분야를 들 수 있다. 개인정보보호지침(95/46/EG)이 GDPR로 전면 개편되는 과정에서 GDPR상의 제3차법적 법적행위 발령과 관련된 제도적 틀이 유럽연합기능조약 제290조 및 제291조에서 요구하는 형태로 개편되었기 때문이다.

그 예로, 위임적 법적행위 발령과 관련하여 유럽연합 집행위원회에게 수권된 사항은 GDPR 제12조 제8항과 제43조 제8항에서 찾아볼 수 있으며,³⁹⁾ 이러한 위임적 법적행위의 발령과 관련하여 GDPR 제92조는 위임적 법적행위 발령 권한 수

36) 프레임워크지침이 담고 있는 다양한 형태의 제3차법적 법적행위에 대해서는 Lee, 앞의 책, 제 355쪽 이하를 참조할 것. 그리고 제3차법적 법적행위에 대해서는 II. 2. (2) 이하를 참조할 것.

37) 유럽연합기능조약 제290조와 제291조에 대한 내용은 III. 2. (2) 2) 이하를 참조할 것.

38) Lee, 앞의 책, 388쪽 이하를 참조할 것.

39) GDPR제12조 제8항: “유럽[연합 집행]위원회[에게]는 아이콘으로 제시되는 정보와 표준화된 아이콘의 제공절차를 [...]정하기 위하여 제92조에 따라서 [위임적 법적행위]를 채택할 권한이 부여된다.”; GDPR 제43조 제8항: “유럽[연합 집행]위원회[에게]는 [...] 정보보호인증제에 대해 고려되는 요건을 구체화하기 위하여 제92조에 [따라서 위임적 법적행위]를 채택할 권한[이 부여된다].” 이들 조항은 함인선, 앞의 책, 298쪽 및 338쪽의 번역을 기반으로 작성되었음을 밝혀둔다.

여 기한(제2항), 유럽의회 및 이사회의 철회권 유보(제3항) 및 위임적 법적행위 발령과 관련한 유럽의회 및 이사회의 이의제기권(제5항)을 규정하고 있다. 이 외에도 GDPR은 제3차법적 법적행위인 실행적 법적행위와 관련된 수권 규정 또한 다수 담고 있는데,⁴⁰⁾ 실행적 법적행위 발령 절차와 관련해서 GDPR 제93조에서 Komitologie-명령 상의 절차에 따를 것을 규정하고 있다. 이러한 사항들은 유럽연합기능조약 제290조 및 제291조의 규정에 부합하는 규정이라고 평가할 수 있다.⁴¹⁾

5) 유럽연합의 개별 법제 검토 시 프로토콜 검토의 필요성

앞서도 살펴본 바와 같이 리스본조약의 프로토콜과 부속서는 제1차법의 주요 법원이라고 할 수 있다. 특히 프로토콜의 경우 유럽연합의 규범체계와 관련하여 매우 광범위한 규율 내용을 담고 있을 뿐 아니라, 유럽연합 규범체계의 하부구조인 입법행위 발령 과정과 관련된 사항을 담고 있다는 점에서 유럽연합의 규범체계를 체계적으로 파악하기 위해서는 유의 깊게 살펴볼 사항이라고 할 수 있다. 특히 구체적인 개별 법역을 면밀히 살펴보는 과정에서는 제2차법에 규율된 실제 법적 사항 뿐 아니라 제3차법적 법적행위의 발령 절차와도 관련된 제도들을 검토·진단해야하는 상황이 발생하기도 하므로, 이러한 경우 앞서 살펴본 경과규정 프로토콜과 개별 파생적 법적행위 내 제3차법 발령 절차 규정 간의 관련성이 부수적으로 함께 검토될 필요가 있다.

2. 파생적 법적행위(abgeleitete Rechtsakte)

앞서는 유럽연합 규범체계에서 최상위 규범의 위치를 점하고 있는 제1차법의 의의 및 유럽연합 규범체계 내에서 이들이 갖고 있는 의미를 살펴보았다. 이하에

40) Pauly, in: Paal/der. (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2. Aufl., Beck, 2018, Art. 93 Rn. 15. 구체적인 조항으로 GDPR 제28조 제7항, 제40조 제9항, 제43조 제9항, 제45조 제3항 및 제5항 제1문단, 제46조 제2항 c호 및 d호, 제47조 제3항, 제61조 제9항, 제67조를 들 수 있다. 법적행위의 체계성과 관련된 검토를 중심 글감으로 삼고 있는 본고에서는 이들의 실제법적 내용은 다루지 않는다. 본 조항들의 구체적인 내용은 함인선, 앞의 책, 282쪽 이하 또는 박노형 외8인, 앞의 책, 455쪽을 참조할 것.

41) 유럽연합기능조약 제290조와 제291조에 대한 구체적인 사항은 III. 2. (2) 2) 이하를 참조할 것.

서는 유럽연합 규범체계 내에서 제1차법보다 하위에 위치하는 규범들에 대해서 살펴본다. 유럽연합 규범 체계에서 상위 유럽연합법에 근거하여 유럽연합의 기관들이 발령하는 법적행위들은 파생적 법적행위라고 불린다.⁴²⁾ 그리고 파생적 법적행위는 당해 법적행위가 발령되는 규범적 맥락에 따라 제2차법과 제3차법으로 구분된다. 모두에서 밝힌 바와 같이 제2차법과 제3차법과 관련된 사항은 III. 이하에서 보다 심도 있게 논의될 예정이므로 이하에서는 유럽연합 규범체계 내에서 제2차법과 제3차법이 갖는 의의와 관련하여 간략하게 살펴보도록 한다.

가. 제1차법에 기반 하여 발령된 제2차법(Sekundärrecht)

1) 제2차법의 의의

제2차법은 제1차법 상의 법적 근거에 기반 하여 유럽연합의 기관이 발령한 법적행위를 의미하며,⁴³⁾ 그 명칭에서도 나타나듯이 제1차법보다 규범적으로 열위에 놓여 있는 법적 작용이다.⁴⁴⁾ 제2차법이 제1차법보다 규범적으로 열위에 놓여 있다는 것은 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약에 직·간접적으로 규율되어 있다. 제한적 개별수권 원칙(Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung)을 규정하고 있는 유럽연합조약 제5조 제2항 및 제13조 제2항 제1문과 법적행위의 제1차법 위배 여부에 대한 유럽연합법원의 통제권을 규율하고 있는 유럽연합기능조약 제263조 등이 그 대표적인 예라고 할 수 있다.⁴⁵⁾

42) Ruffert, 위의 글(각주 7), Art. 288 AEUV Rn. 10.

43) Siegel, Europäisierung des Öffentlichen Rechts, Mohr Siebeck, 2012, 6쪽.

44) 유럽연합법 상 규범적 위계질서를 면밀히 살펴보면, 제1차법보다 규범적으로 열위에 있지만 제2차법보다는 규범적으로 우위에 있는 규범도 존재한다. 이러한 규범은 유럽연합에 의해 체결된 국제법상 협정 및 국제관습법이며, 이들이 제2차법보다 규범적으로 우위에 있다는 점은 전통적으로 유럽연합법원의 판례에서 인정하고 있을 뿐만 아니라 현행 제1차법인 유럽연합기능조약 제216조에서도 명시적으로 규율하고 있다(Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert(Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl., Beck, 2016, Art. 216 AEUV Rn. 50 참조). 본고는 유럽연합의 규범체계 및 파생적 법적행위를 주요 글감으로 삼고 있으므로 국제법적 사항에 대해서는 더 이상 깊게 다루지 않도록 한다.

45) Knauff, 앞의 책, 90쪽 참조.

2) 제2차법의 작용형식

제2차법에 해당하는 법적행위는 일반적으로 유럽연합기능조약 제288조에 규율되어 있는 작용형식의 형태를 갖는다.⁴⁶⁾ 따라서 제2차법에 해당하는 법적행위는 명령(Verordnung), 지침(Richtlinie), 결정(Beschluss), 권고(Empfehlung) 및 의견(Stellungnahme)의 형식으로 발령된다. 하지만 유럽연합기능조약 제288조에 규정된 법적행위의 형식에 해당하지 않는 비정식적 법적행위(atypische Rechtsakte)⁴⁷⁾로 제2차법적 법적행위가 발령되기도 한다.⁴⁸⁾

나. 제2차법에 기반 하여 발령된 제3차법(Tertiärer Rechtsakt)

1) 제3차법 개념 및 그 실익?

제2차법 상의 근거에 더 잡아 유럽연합의 기관들이 발령하는 법적행위들을 지칭하는 개념으로 제3차법이라는 개념이 사용된다.⁴⁹⁾ 그런데 제3차법은 제2차법과는 달리 당해 개념 존재의 실익 여부가 논의되기도 한다.

제3차법이라는 개념의 존재를 부정하는 견해는 현행 유럽연합기능조약 제297조 제2항 제1문 본문에 명시적으로 사용되고 있는 비입법적 법적행위(Rechtsakte ohne Gesetzescharakter)⁵⁰⁾라는 개념이 제3차법이라는 개념을 대체할 수 있으므로, 유럽연합법의 규범체계를 논의함에 있어 제3차법이라는 개념은 더 이상 필요 없는 개념이라고 한다.⁵¹⁾

하지만 제3차법이라는 개념은 유럽연합의 법적작용을 체계적으로 파악함에 있어 여전히 유용한 개념이라고 할 수 있다. 우선, 비입법적 법적행위에 대한 법적 개념 정의는 입법행위와는 달리 유럽연합기능조약에 명시적으로 규정되어 있지 않으며, 오히려 입법행위에 대한 법적 개념 정의인 유럽연합기능조약 제289조 제

46) Schroeder, 앞의 책, 3쪽.

47) 비정식적 법적행위에 대해서는 이하 III. 1. (1) 3)에서 별도로 논의한다.

48) Ruffert, 앞의 글(각주 7), Art. 288 Rn. 15.

49) Nettesheim, 앞의 글(각주 13), Art. 288 AEUV Rn. 31; Reimer, Juristische Methodenlehre, Nomos, 2016, Rn. 184.

50) 비입법적 법적행위에 대한 보다 구체적인 사항은 III. 2. (2)에서 논의 된다.

51) Glaser, Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre, Mohr Siebeck, 2013, 20쪽.

3항의 반대 해석을 통해서 파악된다. 따라서 비입법적 법적행위는 유럽연합기능 조약이 상정하고 있는 입법절차에 따라 채택되지 않은 법적행위에 해당하게 되며, 이에 따라 결국 입법행위에 해당하지 않는 법적행위들이 비입법적 법적행위에 해당하게 된다.⁵²⁾

그런데 유럽연합기능조약에는 제1차법에 기반 하되 입법행위에는 포섭되지 않는 사례들이 산재한다. 그 대표적인 유형은 유럽연합기능조약 제106조 제3항에서 나타난다. 유럽연합기능조약 제106조 제1항과 제2항은 유럽연합 경쟁법적 관점에서 회원국과 회원국의 공기업의 관계에 대한 사항을 규율하고 있는데, 이와 관련하여 유럽연합 집행위원회가 필요한 경우 적합한 지침 또는 결정을 회원국에게 발령할 수 있다. 이러한 형태의 법적행위는 비입법적 법적행위에 해당하지만, 제1차법에 터 잡은 법적행위이기 때문에 제2차법의 지위를 갖게 된다.⁵³⁾ 결국 비입법적 법적행위라는 개념 자체는 제3차법이 갖고 있는 개념적 징표, 즉 제2차법에 터 잡아 채택된 법적행위로서의 성격을 포착하지 못한다. 따라서 제3차법 개념을 비입법적 법적행위라는 개념으로 대체할 수 있다는 입장은 타당하지 않은 것으로 보이며, 따라서 제3차법은 유럽연합의 규범체계를 분석·설명함에 있어 여전히 유용한 개념에 해당한다.⁵⁴⁾

2) 제3차법의 작용형식 구분

제3차법적 법적행위도 제2차법적 법적행위와 마찬가지로 유럽연합기능조약 제288조에서 규율하고 있는 작용형식으로 발령된다.⁵⁵⁾ 하지만 제2차법 상의 근거 규정에서 비정식적 법적행위(atypische Rechtsakte)로 작용형식을 지정하고 있는 경우에는 비정식적 법적행위의 형태로 발령되기도 하는데, 실제로 유럽연합 통신 규제 프레임워크 지침(RL 2001/21/EG)은 통신 시장조사와 관련해서 유럽연합 집행위원회가 제3차법적 지위를 갖고 있는 ‘가이드라인(Leitlinie)’을 발령할 수 있는 근거 규정(제15조 제2항)을 두고 있다.

52) Vedder, in: ders./Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Nomos, 2012, Art. 289 AEUV Rn. 7.

53) 이와 같이 제2차법적 법적행위의 성격을 갖는 제1차법 실행적 법적행위에 대한 사항은 아래의 III. 2. (2) 1)을 참조할 것.

54) Lee, 앞의 책, 56쪽 각주 151).

55) Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/ders. (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Beck, 2018(65. El August), Art. 290 AEUV Rn. 32 및 Art. 291 AEUV Rn. 27 참조.

그리고 발령형식에 따라 작용형식을 구분한다면 제3차법에 해당할 수 있는 법 집행위의 유형으로는 유럽연합기능조약 제290조 상의 위임적 법집행위(delegierter Rechtsakt)와 유럽연합기능조약 제291조 제2항 이하의 실행적 법집행위(Durchführungsrechtsakt)로 발령될 수 있다.⁵⁶⁾

3. 유럽연합 규범체계 내 규범 상호간 효력 관계

가. 제1차법과 파생적 법집행위 간의 규범적 관계

1) 규범효력 상의 관계: 상위법 우선의 원칙

제1차법은 유럽연합 차원에서의 근본 질서(Grundordnung)로서⁵⁷⁾ 유럽연합 규범 질서 내에서 최상위 규범으로서의 역할을 수행한다.⁵⁸⁾ 따라서 제1차법은 파생적 법집행위(제2차법과 제3차법)의 규범적 기준으로서의 기능을 수행한다.⁵⁹⁾ 우선 제1차법에 위반하는 제2차법 및 제3차법은 원칙적으로 무효이며,⁶⁰⁾ 제1차법에 합치되지 않거나 합치되지 않을 소지가 있는 법집행위는 유럽연합법원에 의해 운용되는 유럽연합 차원의 사법 절차에 의한 통제의 대상이 된다.⁶¹⁾

하지만 앞서도 살펴본 바와 같이 프로토콜 제36호 제9호의 내용에 따른 경과규정이 적용되는 법집행위에 대해서는 현행 제1차법 상의 규율에 위반한다고 하여 그 법집행위의 효력이 유지된다는 점을 유의해야 한다.

56) Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., De Gruyter, 2016, §2 Rn. 34.

57) Knauff, 앞의 책, 84쪽.

58) Nettesheim, 앞의 글(각주 13), Art. 288 AEUV Rn. 27; Maurer/Waldhoff, 앞의 책, 101쪽; EuGH. Urteil vom 23. April 1986, C-294/83 (Les Verts/EP), Rn. 23.

59) Craig/de Búrca, EU Law, 6. ed., Oxford University Press, 2015, 111쪽; Reimer, 앞의 책, Rn. 654.

60) Maurer/Waldhoff, 앞의 책, 103쪽.

61) Knauff, 앞의 책, 90쪽 이하. 관련 사법통제 유형으로는 유럽연합기능조약 제263조 상의 무효화 소송(Nichtigkeitsklage), 동 조약 제269조 상의 조약위반소송(Vertragsverletzungsverfahren) 및 동 조약 제277조 상의 부수적 통제(Inzidente Normkontrolle)를 들 수 있다. 이들 절차를 지칭하는 번역어는 김중권, “유럽행정법상 행정소송을 통한 권리보호시스템 연구”, 「공법연구」 제41집 제1호(한국공법학회, 2012), 311쪽 이하에서 사용된 용례를 따랐음을 밝혀둔다.

2) 규범해석 상의 관계: 제1차법 합치적 해석

또한 제1차법은 제2차법과 제3차법을 해석·적용할 때 해석 기준으로서의 기능을 수행한다. 이는 제2차법과 제3차법을 적용하는 과정에서 다양한 해석 결과가 존재하고 그 중 제1차법에 반하는 해석 결과와 제1차법에 합치하는 해석 결과가 병존하는 경우에는 후자의 방향으로 해석해야 하는 제1차법 합치적 해석(primärrechtskonforme Auslegung)에서 찾아볼 수 있다.⁶²⁾ 이러한 제1차법 합치적 해석 방식은 유럽연합의 규범 질서가 하나의 통일된 구조를 이루고 있으며 규범 체계 내에서 발생하는 모순이 방지되어야 한다는 점에서 그 정당화 근거를 발견할 수 있다.⁶³⁾ 제1차법 합치적 해석은 조약합치적 해석(vertragskonforme Auslegung)이라고 불리기도 한다.⁶⁴⁾

나. 파생적 법적행위 간의 규범적 관계

1) 일반: 상위법 우선의 원칙 및 신법 우선의 원칙의 적용

파생적 법적행위 간의 관계는 동일한 계층에 해당하는 파생적 법적행위 간의 관계와 상위법적 관계에 놓여있는 파생적 법적행위 간의 관계로 구분 지어 살펴볼 수 있다.

제2차법에 해당하는 법적행위들 간에는 상하위법 관계가 존재하지 않기 때문에,⁶⁵⁾ 2차 유럽연합법에 해당하는 법적행위들 간에는 신법 우선의 원칙과 특별법 우선의 원칙이 적용된다.⁶⁶⁾ 일반법 논리 상 제3차법에 해당하는 법적행위들 간에도 이와 동일한 논리가 적용된다고 볼 수 있다.

제2차법적 법적행위와 이에 터 잡아 발령되는 제3차법적 법적행위 간에는 상하위법적 관계가 존재하므로 기본적으로 규범적 우열관계가 존재한다고 볼 수 있

62) Knauff, 앞의 책, 91쪽; Reimer, 앞의 책, Rn. 654; 김중권, 앞의 책, 74쪽.

63) Borchardt, Auslegung, Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach(Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl., Nomos, 2010, §15 Rn. 50.

64) Borchardt, 위의 글, §15 Rn. 50, 51.

65) Knauff, 앞의 책, 97쪽.

66) Ruffert, 앞의 글(각주 7), Art. 288 Rn. 13. 이 문헌에서는 신법우선의 원칙이 적용되기 위해서는 관련 법적행위의 발령기관 및 발령절차가 동일해야 한다는 점도 제시하고 있다. 이 논점을 제시하고 있는 국내 선행 연구문헌으로는 김중권, 앞의 책, 75쪽.

다.

2) 예외: 상위법 우선의 원칙의 예외

하지만 국내법적 차원에서 살펴볼 수 있는 법률과 하위 법령간의 관계와는 달리 제3차법적 법적행위가 제2차법적 법적행위와 동등하게 평가 받는 경우도 존재한다. 이러한 점에서 유럽연합의 규범체계는 국내법에서는 찾아볼 수 없는 특수성이 존재한다.⁶⁷⁾

Ⅲ. 유럽연합 규범체계 하부구조로서 파생적 법적행위

앞서는 유럽연합의 규범체계 구조 및 규범적 층위와 관련한 사항들을 살펴보되 제1차법과 관련된 사항에 보다 중점을 두고 살펴보았다. 이하에서는 유럽연합의 규범체계 중 하부구조에 해당하는 파생적 법적행위에 보다 강조점을 두고 유럽연합의 규범체계에 대한 체계적인 고찰을 진행한다. 이와 같이 파생적 법적행위를 별도로 나누어 고찰하는 이유는 파생적 법적행위와 관련된 논의가 다양한 측면에서 이루어질 수 있기 때문이며, 이로 인해 실제로 유럽연합의 개별 법적행위를 살펴볼 때 다양한 관점에서 연구 대상인 개별 법적행위를 파악해야하기 때문이다.

유럽연합의 법적행위를 체계적으로 분류하는 방식은 다양할 수 있으나, 크게 두 가지 방식으로 분류하는 것이 가능하다. 유럽연합의 기관이 이용할 수 있는 작용형식 및 그 법적 효력을 규율하고 있는 유럽연합기능조약 제288조를 기준 삼아 유럽연합의 법적행위를 분류하는 방식이 첫 번째 방식이다. 이와는 달리 유럽연합의 법적행위가 발령되는 제도적 맥락을 기준으로 이들을 분류하는 것이 두 번째 방식이다. 이 두 가지 방식은 상호 다른 기준을 통해 유럽연합의 법적행위를 분류하지만, 실제 유럽연합의 개별 법적행위의 성격을 파악함에 있어서 이 두 가지 기준에 따른 분류 방식을 종합적으로 적용하는 것이 필요하다.

67) 이와 관련된 내용은 별도의 논의가 추가되어 검토되어야 하므로 Ⅲ. 2. (2) 3) (다)에서 재론하도록 한다.

1. 유럽연합기능조약 제288조를 기준으로 한 법적행위 형식 구분

유럽연합의 기관들은 상위 규범에 근거하여 파생적 법적행위를 발령한다. 즉, 유럽연합의 기관들은 제1차법에 근거하여 제2차법 차원의 법적행위를 발령하며, 제2차법 차원의 법적행위에 근거하여 제3차법적 법적행위를 발령한다. 파생적 법적행위로 발령될 수 있는 작용형식 유형은 원칙적으로 유럽연합기능조약 제288조에서 규율하고 있다.⁶⁸⁾ 하지만 유럽연합기능조약 제288조에 규율되지 않은 작용형식들도 존재한다.

가. 유럽연합기능조약 제288조 상의 작용형식

유럽연합기능조약 제288조는 유럽연합 기관의 법적행위와 관련된 작용형식을 규율하고 있다.⁶⁹⁾ 유럽연합기능조약 제288조 제1항에 따르면 유럽연합의 관할권을 행사하기 위해서 유럽연합의 기관은 명령(Verordnung), 지침(Richtlinie), 결정(Beschluss), 권고(Empfehlung) 및 의견(Stellungnahme)을 발령할 수 있다. 그리고 제288조 제2항부터 제5항은 제1항에 제시 되어 있는 작용형식들의 규범적 효력에 대해 기술하고 있다. 유럽연합기능조약 제288조 2항 이하의 작용형식은 법적 구속력 여부를 기준으로 다시 한 번 구분할 수 있다.

1) 구속적 작용형식

가) 구속적 작용형식의 유형 및 효과

유럽연합기능조약 제288조는 법적 구속력을 갖고 있는 작용형식 세 가지를 규율하고 있으며, 이에 따라 구속력을 갖고 있는 작용형식은 명령, 지침 및 결정이다. 유럽연합기능조약 제288조 제2항 제1문에 따르면 명령은 일반적 효력을 갖고 있다. 따라서 명령은 불특정 다수에게 규범적 영향력을 미친다.⁷⁰⁾ 유럽연합기능조

68) Gundel, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 4, Mohr Siebeck, 2017, Art. 288 AEUV Rn. 131 참조.

69) Geismann, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Beck, 2015, Art. 288 AEUV, Rn. 19.

약 제288조 제2항 제2문에 의하면 명령의 경우 법적행위의 모든 부분은 구속력을 갖고 각 회원국 내에서 직접적인 효력을 발생한다. 따라서 명령에 규정된 사항에 따라서 권리 및 의무가 직접적으로 발생하게 되고 이러한 권리·의무의 발생은 유럽연합의 시민 및 유럽연합 회원국 뿐 아니라 유럽연합의 기관들에게 영향을 미친다.⁷¹⁾

결정(Beschluss)에 대해서는 유럽연합기능조약 제288조 제4항에서 규율하고 있다. 유럽연합기능조약 제288조 제4항 제1문에 따르면 결정의 경우 발령된 법적행위의 모든 부분에서 구속력이 발생한다. 유럽연합기능조약 제288조 제4항 제2문에서는 특정 수범자를 지정하여 발령되는 결정을 규정하고 있다. 이러한 경우 지정된 수범자에게만 구속력이 발생하게 된다.⁷²⁾ 하지만 이와 달리 유럽연합기능조약 제288조 제4항 제1문과 제2문의 반대해석을 체계적으로 고려하면, 특정 수범자를 지정하지 않고 발령된 결정은 명령과 마찬가지로 일반적인 효력, 즉 불특정 다수에 대한 효력을 갖는다.⁷³⁾

명령과 결정은 그 내용이 직접적인 구속력을 갖고 있는 반면, 회원국 국내법제로 전환이 된 후에야 구속력이 발생하는 법적행위도 존재한다. 유럽연합기능조약 제288조 제3항에 따르면 지침(Richtlinie)은 이를 통해 달성하려는 목적과 관련하여 구속력이 있다. 하지만 회원국 내에서 어떠한 형식과 수단으로 운영될 것인지는 회원국에서 유보되어 있다. 따라서 1차적으로는 유럽연합적 차원에서, 2차적으로는 개별 회원국 단계에서, 총 2단계의 법제화 작업이 필요한 작용형식이 지침이다.⁷⁴⁾ 지침은 일반적으로 상이한 회원국 간의 법제도를 조화롭게 균일화하기 위한 규범적 도구로 사용되며,⁷⁵⁾ 회원국에 유보된 국내법제화 작업이 지침에서 예정된 사항을 실현시키기에 미흡하거나 지침을 위반한 경우 또는 국내법제화 작업이 이루어지고 있지 않은 경우에는 유럽연합기능조약 제258조 이하에서 규율하고 있는 조약위반절차·소송의 대상이 되기도 한다.⁷⁶⁾ 그리고 제한적인 조건 하

70) Kotzur, in: Geiger/Khan/ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., Art. 288 AEUV Rn. 7.

71) Gundel, 앞의 글, Art. 288 AEUV Rn. 9.

72) 수범자가 지정된 구체적 결정은 독일 행정법 상 행정행위(Verwaltungsakt)와 유사한 작용형식으로 평가 받는다. 이에 대해서는 Gundel, 위의 글, Art. 288 AEUV Rn. 82.

73) Kotzur, 앞의 글, Art. 288 AEUV Rn. 21.

74) Kotzur, 위의 글, Art. 288 AEUV Rn. 10.

75) Gundel, 앞의 글, Art. 288 AEUV Rn. 19.

76) 유럽연합 지침의 의도에 반하는 국내법제화 작업은 유럽연합법 위반이라는 결정의 예로는 EuGH, Rs. C-424/07 (Kommission/Deutschland), JurionRS 2009, 46249, Rn. 53 이하 등.

에서 예외적으로 지침이 직접 효력을 발생하는 경우도 존재한다.⁷⁷⁾

나) 입법행위의 작용형식으로서 구속적 작용형식

앞서 살펴본 명령, 결정, 지침의 세 가지 작용형식은 구속성을 갖고 있다는 면에서 유사하다고 볼 수 있다. 하지만 이들 세 작용형식의 유사성은 단순히 이들 작용형식이 갖고 있는 법적 구속성이라는 실체법적 특성에만 국한되지 않는다. 이들 세 가지 작용형식이 갖고 있는 또 다른 공통점은 이들만이 입법행위(Gesetzgebungsakt)의 작용형식으로서 선택될 수 있다는 점이다.

유럽연합기능조약 289조 제3항은 동조 제1항 및 제2항의 절차에 의해 발령된 법적행위가 입법행위라고 개념정의의 하고 있고, 동조 제1항 및 제2항은 일반입법절차와 특별입법절차를 규정하고 있다. 그리고 제289조 제1항 및 제2항은 당해 절차를 통해 발령될 수 있는 작용형식의 유형으로는 명령, 결정 및 지침만을 규정하고 있다. 따라서 이들 세 가지 작용형식 이외의 작용형식은 입법행위가 될 수 없으므로 이하에서 살펴보는 비구속적 작용형식들은 현행 유럽연합법 체제 하에서는 입법행위가 될 수 없다.

2) 비구속적 작용형식

가) 비구속적 작용형식의 유형

유럽연합기능조약 제288조 제5항은 앞서 살펴본 명령, 결정 및 지침과는 달리 법적 구속력이 없는 작용형식을 규율하고 있다. 유럽연합기능조약 제288조 제5항에 규율된 작용형식은 권고(Empfehlung)과 의견(Stellungnahme)이다. 유럽연합 실무상 권고는 주로 유럽연합의 기관이 법적 작용을 통해 수급자(회원국 또는 경우에 따라 사인)에게 특정한 행위 양태를 권하는 경우에 사용되고 의견은 주로 전문적인 의사를 표명하는데 사용된다.⁷⁸⁾

나) 비구속적 작용형식의 효력: 사실상 규범적 효력 발생

77) 이 논의에 대해서는 원고의 분량 상 생략하기로 하며, 이와 관련된 구체적인 내용은 Kotzur, 앞의 글, Art. 288 AEUV Rn. 17 또는 김중권, 앞의 책, 101쪽 이하의 설명을 참조할 것.

78) Geismann, 앞의 글(각주 69), Art. 288 AEUV, Rn. 63.

비록 유럽연합기능조약 제288조 제5항은 권고와 의견에는 구속적 성격이 없다는 것을 규율하고 있지만, 그렇다고 하여 권고 및 의견이 규범적으로 전혀 무의미하다고 평가를 내리는 것은 타당하지 않다. 권고 및 의견의 경우 수범자의 의사 결정에 일정 부분 영향을 미칠 뿐 아니라 경우에 따라서는 이들이 절차적 조건 내지 행위의 조건이 되는 경우가 존재하기 때문이다.⁷⁹⁾

특히 권고가 유럽연합법 상의 규정을 해석하는 내용을 담고 있거나 권고 자체에 유럽연합법적 규율 내용이 담겨 있는 경우, 회원국의 법원은 당해 권고를 검토 및 고려해야만 한다.⁸⁰⁾ 회원국 행정청 또한 (유럽연합의 규정에 강하게 영향을 받은) 자국 법령을 해석·집행함에 있어서 유럽연합의 권고를 고려해야 한다. 이와 관련하여, 유럽연합 통신규제 프레임워크 지침(RL 2001/21/EG) 제15조 제1항의 경우 시장 확정 및 시장조사와 관련하여 유럽연합 집행위원회가 제3차법적 지위를 갖는 권고를 발령할 수 있는 근거 규정을 두고 있는데, 독일 행정법원은 통신규제와 관련된 판결에서, 유럽연합 집행위원회의 통신 시장 권고는 통신법적 규제가 필요한지 여부와 관련하여 추정력을 발휘하기 때문에 당해 권고가 담고 있는 관련 시장 확정과 관련하여 연방망청(Bundesnetzagentur)이 오판(Fehleinschätzung)을 한 경우 연방망청은 자신에게 부여된 판단여지의 범위를 이탈한 것일 수 있다고 주문에서 명시적으로 실시한 바 있다.⁸¹⁾

이러한 상황들을 종합적으로 고려한다면, 권고 및 의견이 규범적으로 전혀 의미가 없다고 평가 내릴 수는 없는 것으로 보인다.⁸²⁾

다) 제한적 개별수권 원칙 적용 여부

유럽연합기능조약 제288조 제5항이 권고 및 의견은 구속력을 갖지 않는다고 규율하고 있기 때문에, 유럽연합의 기관이 권고 또는 의견의 형식으로 법적행위를 발령하는 경우에도 제한적 개별수권 원칙이 적용되어야만 하는지 여부와 관련한 견해 대립이 존재한다.

권고 및 의견의 발령 시에는 제한적 개별수권 원칙이 적용되지 않는다는 입장은 발령되는 법적행위 법적 효력에 초점을 맞추어, 구속적 효력을 가지고 있는

79) Ruffert, 앞의 글(각주 7), Art. 288 Rn. 95.

80) Calliess, Staatsrecht III, Beck, 2014, 59쪽.

81) BVerwG, Urt. v. 01.09.2010, JurionRS 2010, 24573.

82) Geismann, 앞의 글(각주 69), Art. 288 AEUV, Rn. 66; Ruffert, 앞의 글(각주 7), Art. 288 Rn. 95.

명령, 지침, 결정의 경우에만 제한적 개별수권 원칙이 적용될 뿐 권고와 의견 같이 구속적 효력이 없는 법적행위는 제한적 개별수권 원칙과 관련이 없다고 한다.⁸³⁾ 이러한 견해에 반대하는 견해는 법적행위의 구속력 존부는 제한적 개별수권 원칙 적용여부를 판단하는 기준이 될 수 없다고 한다.⁸⁴⁾ 이러한 견해대립과 관련해서는 제한적 개별수권 원칙을 규율하고 있는 유럽연합조약 제5조 제1항 및 제2항 본문에서 관할/권한(독: Zuständigkeit/영: competence)이라는 표현을 사용하고 있을 뿐 특정 작용형식 내지 특정한 법적행위라는 표현을 사용하고 있지 않다는 것을 고려한다면 권고 및 의견의 경우에도 제한적 개별 수권의 원칙 적용 대상이라고 보는 입장이 타당한 것으로 보인다.⁸⁵⁾ 특히 앞서도 살펴본 바와 같이 비구속적 법적행위가 갖고 있는 사실상의 규범적 효력을 보아도 후자의 견해가 타당한 것으로 보인다.

3) 비정식적 법적행위(atypische Rechtsakte)

이상에서는 유럽연합기능조약 제288조 제2항부터 제5항에서 명시적으로 규율하고 있는 유럽연합 법적행위의 작용형식에 대해서 살펴보았다. 유럽연합기능조약 제288조만을 단독으로 살펴본다면 마치 유럽연합의 기관은 당해 조항에서 규율하고 있는 형식 카테고리 내에서 법적행위의 유형을 선택하여 발령해야만 하는 것처럼 당해 조항을 파악할 수도 있다. 하지만 유럽연합기능조약 제288조는 제한적 열거 규정으로 해석되지 않으며, 오히려 유럽연합의 기관이 선택할 수 있는 작용형식의 유형을 예시로서 제시한 것으로 해석되고 있다.⁸⁶⁾

실제로 유럽연합의 실무에서는 유럽연합기능조약 제288조에서 예정하고 있지 않은 다양한 유형의 작용형식이 실제로 이용되고 있다.⁸⁷⁾ 유럽연합법원 차원에서 생성되고 있는 공식 문건들에서도 유럽연합기능조약 제288조에서 규율하고 있는 작용형식 유형 이외에 유럽연합 실무상 비정식적 법적행위들이 이용되고 있다는 사실을 확인할 수 있다.⁸⁸⁾ 유럽연합법 관련 주요 문헌들에서는 유럽연합기능조약

83) Kotzur, 앞의 글, Art. 288 AEUV Rn. 26.

84) Ruffert, 앞의 글(각주 7), Art. 288 AEUV Rn. 97.

85) Vedder, in: ders./Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Nomos, 2012, Art. 288 AEUV Rn. 44 참조.

86) Ruffert, 앞의 글(각주 7), Art. 288 Rn. 15.

87) Ruffert, 앞의 글(각주 7), Art. 288 Rn. 98 이하.

88) 예를 들어, Bobek, Schlussanträge des Generalanwalts vom 12. Dezember 2017,

제288조 제2항부터 제5항에 규정되어 있지 않지만 실제 유럽연합 실무 상 빈번히 등장하는 법적행위들을 지칭하기 위해 비정식적 법적행위(atypische (Unions-)Rechtsakte),⁸⁹⁾ 기타 작용형식(sonstige Handlungsformen),⁹⁰⁾ 고유한 법적행위(Rechtsakte sui generis)⁹¹⁾와 같은 개념이 사용되고 있다.

비정식적 법적행위의 유형은 매우 다양하다.⁹²⁾ 비정식적 법적행위의 대표적인 유형으로는 통보(Mitteilung), 가이드라인(Leitlinie), 유럽연합 프레임워크(Unionsrahmen)를 들 수 있는데, 이러한 형태의 비정식적 법적행위는 구속력을 갖고 있지는 않지만 유럽연합 기관의 재량이 관련된 영역에서는 유럽연합 기관의 자기 구속력이 발생하기도 하고 신뢰보호 관계가 형성되기도 하는 등 행정법 작용형식론에서 다루어지는 내부법적 작용형식 중 하나인 행정규칙과 유사한 법적 효력을 갖기도 한다.⁹³⁾

나. 법적행위의 작용형식 선택

앞서 살펴본 바와 같이 유럽연합의 기관은 법적행위를 발령함에 있어 다양한 유형의 작용형식을 선택할 수 있다. 이러한 지점에서 등장하는 문제점은 유럽연합의 기관은 법적행위를 발령하고자 할 때 어떠한 작용형식을 선택해야하는지에 있다.

1) 상위법에 의한 완결적 작용형식 지정

법적행위 발령의 근거가 되는 상위 규범에서 특정한 작용형식을 완결적으로 지정하고 있는 경우에는 발령 권한이 있는 기관은 법적행위를 발령함에 있어 당해

(ECLI:EU:C:2017:959), Rn. 55.

89) Saurer, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 4, Mohr Siebeck, 2017, Art. 296 AEUV Rn. 28; Schroeder, 앞의 글, Art. 288 AEUV Rn. 29.

90) Nettesheim, 앞의 글(각주 13), Art. 288 AEUV Rn. 209.

91) Ruffert, 앞의 글(각주 7), Art. 288 AEUV, Rn. 15, 98.

92) Schroeder, 앞의 글, Art. 288 AEUV Rn. 29 이하.

93) Schroeder, 위의 글, Art. 288 AEUV Rn. 33.

작용형식을 사용하게 되므로 이러한 문제는 발생할 여지가 존재하지 않는다.

실제로 제1차법이 제2차법적 법적행위의 작용형식을 일의적으로 지정하고 있는 사례가 다수 존재한다. 예를 들어, 유럽연합기능조약 제115조는 회원국의 법률 및 하위 법령의 균일화를 위해서, 유럽연합기능조약 제114조의 규정에도 불구하고, 이사회는 특별입법절차에 따라 지침의 형식으로 입법행위를 발령한다는 것을 규율하고 있다. 유럽연합기능조약 제167조 제5항 제2문에서는 유럽연합 회원국 내 문화의 다양성 보장 및 유럽연합 공통의 문화유산을 위해 이사회가 유럽연합 집행위원회의 제안에 따라 권고를 발령한다고 규정하고 있다.

제2차법이 제3차법의 작용형식을 명확하게 지정하고 있는 사례들도 개별 제2차법적 법적행위를 살펴보면 찾아볼 수 있다. 제2차법이 제3차법적 법적행위의 행위 형식을 구체적으로 규정하고 있는 대표적인 사례로 유럽 연합 통신규제 프레임워크 지침(RL 2001/21/EG)을 들 수 있다. 동 지침 제15조 제1항에서는 시장 획정 및 시장조사와 관련하여 유럽연합 집행위원회가 발령할 수 있는 법적행위로서 권고를, 제15조 제2항은 시장조사와 관련해서 유럽연합 집행위원회가 발령할 수 있는 법적행위로서 비정식적 법적작용인 가이드라인(Leitlinie)을 그 작용형식으로 지정하고 있다.

2) 상위법에 의한 미완결적 작용형식 지정

앞서 살펴본 바와 같이 상위 규범이 파생적 법적행위와 관련한 작용형식을 명시적으로 지정한 사례가 존재하는 반면, 상위 규범에서 특정한 작용형식을 일의적으로 지정하고 있지 않은 경우도 다수 존재한다.

제1차법이 제2차법적 법적행위의 작용형식을 일의적으로 지정하고 있지 않은 예로는 우선 유럽연합기능조약 제46조를 들 수 있다. 이에 따르면 유럽연합의회와 이사회는 유럽연합기능조약 제46조 본문에 따라 근로자의 자유로운 이동에 대한 기본적 자유(Grundfreiheit)와 관련하여 입법행위(Gesetzgebungsakt)를 발령할 수 있는데, 발령 가능한 작용형식으로는 지침 또는 명령이 지정되어 있다. 따라서 유럽연합의 입법자는 이 두 가지 작용형식 중 하나를 선택하여 입법행위를 발령할 수 있다. 이와 달리 제1차법이 제2차법적 법적행위와 관련된 작용형식을 전혀 지정하고 있지 않은 사례도 존재한다. 대표적으로 유럽연합기능조약 제114조 제1항 제2문은 회원국의 법률 및 하위 법령의 균일화(Rechtsangleichung)를 위해 유럽의

회와 이사회는 입법절차를 통해 이와 관련한 조치(Maßnahmen)를 취할 수 있다고만 규정하고 있어 그 작용형식을 전혀 지정하고 있지 않다. 이와 유사한 형태로, 유럽연합기능조약 제167조 제5항 제1문은 유럽연합 회원국 내 문화의 다양성 보장 및 유럽연합 공통의 문화유산을 위해 유럽연합 입법자는 입법행위를 통해 지원 조치(Fördermaßnahmen)를 취할 수 있다고 규정하고 있어, 앞서 살펴본 유럽연합기능조약 제114조와 마찬가지로 단순히 조치라는 표현을 사용하고 있을 뿐, 작용형식의 지정에 대한 문구는 전혀 규정되어 있지 않다. 다만 유럽연합기능조약 제114조와 제167조 제5항 제1문은 발령될 조치가 입법행위임을 명시적으로 기술하고 있어서, 유럽연합의 입법자가 선택할 수 있는 작용형식은 명령·지침·결정에 한정된다.⁹⁴⁾

제2차법이 제3차법의 작용형식을 지정하고 있지 않은 사례로는 GDPR에서 찾아볼 수 있다. GDPR 제12조 제8항은 유럽연합 집행위원회는 아이콘으로 제시되는 정보와 표준화된 아이콘의 제공절차를 정하기 위하여 제92조에 따라 위임적 법적행위를 채택할 권한이 있다고 규율하고 있으며, GDPR 제43조 제8항도 정보보호 인증절차를 고려하기 위한 요건을 확정하기 위하여 제92조에 따라 위임적 법적행위를 채택할 권한이 있다고 규정하고 있다. 그리고 유럽연합 집행위원회의 이러한 위임적 법적행위 발령과 관련한 제도적 틀을 규율하고 있는 GDPR 제92조에서도 위임적 법적행위의 구체적 작용형식은 지정되어 있지 않다.

3) 상위법에 의한 작용형식 미지정의 경우 작용형식의 선택 기준

법적행위의 작용형식이 구체적으로 지정되지 않은 상황에서 어떠한 기준으로 법적행위의 작용형식을 선택해야 하는지에 대한 기준은 유럽연합기능조약 제296조에서 찾아볼 수 있다. 유럽연합기능조약 제296조 제1항은 발령될 법적행위의 작용형식이 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약에 규정되어 있지 않은 경우에는, 개별 사안에 맞게 정해진 절차 및 비례성의 원칙을 준수하여 작용형식을 선택한다고 규정하고 있다. 따라서 앞서 살펴본 유럽연합기능조약 제115조 또는 제167조 제5항 제2문의 사례와 같이 발령될 법적행위의 유형이 완결적으로 지정되어 있는 경우는 유럽연합기능조약 제296조 제1항의 적용대상에서 배제되는 반면, 이들과는 달리 유럽연합기능조약 제46조, 제114조 제1항 제2문 및 제167조 제5항

94) 입법행위에 대해서는 아래 III. 2. (1)을 참조할 것.

제1문과 같이 발령될 법적행위의 작용형식이 명확하게 지정되지 않은 사례에서는 유럽연합기능조약 제296조 제1항이 적용된다.⁹⁵⁾

유럽연합기능조약 제296조 제1항의 규정에 따라 특정한 작용형식이 일의적으로 규정되지 않은 경우 발령 기관은 앞서 살펴본 유럽연합기능조약 제288조 제2항부터 제5항까지의 작용형식 및 기타 작용형식 중 규율하고자 하는 상황에 적합한 작용형식을 선택할 재량을 갖는다.⁹⁶⁾ 이러한 작용형식 선택 재량이 행사되는 경우 고려되어야 할 사항은 유럽연합기능조약 제296조에서 명시적으로 제시하고 있는 개별 사안에 맞게 정해진 절차 및 비례성의 원칙이다.⁹⁷⁾

유럽연합기능조약 제296조 제1항에서 발령 기관이 작용형식 선택 시 절차를 준수해야 된다는 의미는, 발령될 법적행위의 작용형식 자체는 규정하고 있지 않으나, 일반 입법절차 또는 특별 입법절차에 따라 법적행위를 발령하도록 규정한 경우에는 입법절차에 따라서 법적행위가 발령되어야 한다는 것이다.⁹⁸⁾ 이러한 대표적인 예로는 앞서 살펴본 유럽연합기능조약 제46조, 제114조 제1항 제2문 및 제167조 제5항 제1문을 들 수 있다. 이러한 경우에는 작용형식 선택재량의 폭도 일정 부분 줄어들게 되는데, 이는 유럽연합기능조약 제289조 제1항 및 제2항 상 일반 입법절차와 특별 입법절차를 통해 발령되는 법적행위(입법행위: Gesetzgebungsakt)의 작용형식은 명령, 지침, 결정으로 한정되어 있기 때문이다.⁹⁹⁾

유럽연합기능조약 제296조 제1항에서 발령 기관이 작용형식 선택 시 준수해야 할 비례성 원칙상의 비례성은 법적행위를 발령하는 기관이 당해 법적행위를 발령하기 위한 목적을 넘어서는 수준의 작용형식을 선택하지 아니해야 한다는 것을 의미한다. 따라서 비구속적 작용으로 충분한 상황이라고 판단된 경우에는 비구속적 작용을 선택하는 것이 법적행위 작용형식 선택에 있어서 비례성에 합당한 것

95) Krajewsik/Rösslein, in: Grabitz/Hilf/Nettsheim(Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Beck, 2018(65. El August), Art. 296 Rn. 48 참조. 제2차법에서 위임적 법적행위와 실행적 법적행위의 형식을 지정하지 않은 경우에도 유럽연합기능조약 제296조가 적용되어야 하는지 여부에 대한 문헌상의 논의는 아직 보지 않는 것으로 보인다. 따라서 이하의 내용은 제1차법과 제2차법의 관계에 대한 설명으로 한정하여 기술하였음을 밝혀두는 바이다.

96) Geismann, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Beck, 2015, Art. 296 Rn. 3. 유럽연합 기관의 법적행위 작용형식 선발 재량에 대해서 의무에 적합한 재량(pflichtgemäßes Ermessen)으로 파악하는 견해로는 Vedder, in: ders./Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Nomos, 2012, Art. 296 AEUV Rn. 4; Gellermann, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., Beck, 2018, Art. 296 AEUV Rn. 2.

97) Krajewski/Rösslein, 앞의 글, Art. 296 AEUV Rn. 49.

98) Geismann, 앞의 글(각주 96), Art. 296 Rn. 3.

99) 이에 대해서는 이하 III. 2. 1) 참조할 것.

이라고 볼 수 있고, 구속적 작용이 필요한 상황이지만 회원국의 국내법제화 과정을 통해서 충분히 해결될 수 있는 상황인 경우에는 지침을 선택하는 것이 법적행위 작용형식 선택에 있어서 비례성에 합당한 것이라고 볼 수 있다.¹⁰⁰⁾

다. 유럽연합기능조약 제288조에 따른 기준 이외에 별도의 기준의 필요성

위에서는 유럽연합의 파생적 법적행위를 유럽연합기능조약 제288조와 관련된 규범적 의의를 기준으로 분류하여 살펴보았다. 이러한 분류 기준은 당해 파생적 법적행위의 효력 내지 파생적 법적행위의 작용형식 선택 등과 관련된 점에서 유럽연합의 파생적 법적행위를 체계적으로 파악하는데 적합한 측면이 있다. 하지만 실제 유럽연합의 법적행위는 이러한 기준만으로는 그 규범적 의미를 명확하게 파악하지 못하는 난점이 존재한다. 이는 유럽연합의 법적행위의 경우 국내법과 같이 작용형식에 따라 이에 대응하는 발령 절차가 명확하게 체계화 되어 있지 못하다는 점에서 유래하며, 또한 파생된 법적행위의 발령 맥락이 국내법과는 달리 비교적 복잡하게 구성되어 있기 때문이다. 이하에서는 발령 방식을 기준으로 유럽연합의 파생적 법적행위를 살펴보도록 한다.

2. 발령 방식에 따른 법적행위 형식 구분

파생된 법적행위를 유럽연합의 법적행위 발령 방식에 따라 살펴볼 때, 1차적 기준점은 법적행위가 유럽연합의 입법절차를 통해 발령된 것인지 아닌지 여부이다. 입법절차를 통해 발령된 법적행위는 입법행위(Gesetzgebungsakt)라는 법적 성격을 갖게 되고, 입법절차 이외의 방식으로 발령된 법적행위는 비입법적 법적행위(Rechtsakt ohne Gesetzescharakter)에 해당하게 된다.

가. 입법행위(Gesetzgebungsakte)

100) Krajewski/Rösslein, 앞의 글, Art. 296 AEUV Rn. 50; Gellermann, 앞의 글, Art. 296 AEUV Rn. 3 참조.

1) 입법행위의 의의

유럽연합의 입법절차에 대한 유럽연합기능조약 제289조 제1항 및 제2항에 뒤이어 제3항은 입법행위에 대한 개념 정의를 명시적으로 규율하고 있으며, 입법절차(Gesetzgebungsverfahren)에 따라 채택된 법적행위가 입법행위(Gesetzgebungsakte)라고 규정하고 있다.

따라서 유럽연합의 파생적 법적행위가 입법행위인지 아닌지 여부는 매우 형식적인 기준에 의해서 판단되며, 법적행위가 담고 있는 구체적인 규율 내용과는 무관하게, 입법절차에 따라 발령된 명령, 지침, 결정이 입법행위에 해당하게 된다.¹⁰¹⁾ 입법행위는 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약에 기반 하여 발령되기 때문에 제2차법적 지위를 갖고 있다.

2) 입법절차의 유형: 일반입법절차와 특별입법절차

유럽연합의 입법절차의 유형은 일반입법절차와 특별입법절차로 구분되는데, 이들에 대한 기본적인 법적 규율은 각각 유럽연합기능조약 제289조 제1항과 제2항에 규정되어 있다. 유럽연합기능조약 제289조 제1항에 따르면 일반입법절차(das ordentliche Gesetzgebungsverfahren)는 유럽연합 집행위원회의 제안에 따라 유럽의회와 이사회가 공동으로 명령, 지침 또는 결정을 발령하는 절차이며, 일반입법절차의 구체적인 절차 진행 방식은 유럽연합기능조약 제294조가 규율하고 있다. 유럽연합기능조약 제289조 제2항에 따르면, 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약 상의 구체적인 규정에서 규율하고 있는 경우 명령, 지침 또는 결정은 특별입법절차(besonderes Gesetzgebungsverfahren)를 통해 발령된다. 특별입법절차는 이사회에 참여 하에 유럽의회가 입법행위를 발령하거나 유럽의회에 참여 하에 이사회가 입법행위를 발령하는 형태로 진행되는데, 그 구체적인 참여 형태는 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약 상의 개별 수권 규정별로 차이가 존재한다.¹⁰²⁾

나. 비입법적 법적행위(Rechtsakt ohne Gesetzescharakter)

101) Glaser, 앞의 책, 18쪽 참조.

102) 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약 상의 특별입법절차 관련 개별 수권 규정들을 유형별로 망라하고 있는 문헌으로 Vedder, 앞의 글(각주 51), Art. 289 AEUV Rn. 3 이하를 참조할 것.

앞서 살펴본 바와 같이 ‘입법절차에 따라 발령된 명령, 지침, 결정’만이 입법행위에 해당하기 때문에, 이들 이외의 파생적 법적행위는 입법행위에 해당하지 않게 된다. 이들과 같이 입법행위에 해당하지 않는 법적행위를 지칭하는 개념 또한 제1차법 법문에서 찾아볼 수 있는데, 유럽연합기능조약 제290조 제1항과 제297조 제2항은 비입법적 법적행위(Rechtsakt ohne Gesetzescharakter)라는 개념을 사용하고 있다. 하지만 유럽연합기능조약 제289조 제3항에서 입법행위가 무엇인지 법적 개념 정의를 명시적으로 두고 있는 것과는 달리, 유럽연합기능조약 제290조 제1항과 제297조 제2항은 비입법적 법적행위의 개념 정의를 규율하고 있지 않다. 따라서 비입법적 법적행위는 규범해석적 방식을 통해서 도출할 수밖에 없게 되며, 유럽연합기능조약 제298조 제3항의 반대해석을 통해 ‘입법절차를 통하지 않고 발령된 법적행위’라고 파악할 수 있다.¹⁰³⁾

이하에서는 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약에서 명시적으로 관찰할 수 있는 형태의 비입법적 법적행위에 한정하여 그 유형을 살펴보도록 한다.

1) 제1차법 실행적 법적행위

유럽연합의 법적행위 중 입법행위에는 해당하지 않지만, 제1차법에 직접 근거하여 발령되는 비입법적 법적행위들이 존재한다.¹⁰⁴⁾ 이러한 법적행위의 대표적인 예로는 유럽연합기능조약에 근거하여 유럽연합 집행위원회가 발령하는 법적행위(유럽연합기능조약 제105조 제2항(결정), 제106조 제3항(지침 또는 결정), 제108조 제2항(결정) 등)를 들 수 있다.¹⁰⁵⁾ 이사회 또한 이러한 형태의 법적행위를 발령할 수 있다. 그 예로 유럽연합기능조약 제167조 제5항 제2문은 이사회가 집행위원회의 제안에 따라 권고를 발령할 수 있다고 규정하고 있다.

이러한 형태의 법적행위는 제1차법에 해당하는 유럽연합조약 또는 유럽연합기능조약을 구체화하거나 집행하는 성격을 갖고 있기 때문에, 조약 실행적 비입법적 법적행위(vertragsdurchführende Rechtsakte ohne Gesetzescharakter)라고 표현되기도 한다.¹⁰⁶⁾ 이러한 법적행위는 제1차법에 근거하여 발령되기 때문에 제2차법

103) Vedder, 앞의 글(각주 51), Art. 289 AEUV Rn. 7.

104) Geismann, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Beck, 2015, Vorbemerkung zu den Artikeln 288 bis 299 AEUV, Rn. 5.

105) Lee, 앞의 책, 111쪽.

106) Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl., Beck, 2016, Art. 263 AEUV Rn. 60.

적 지위를 갖게 된다. 그리고 이러한 유형의 법적행위로 인해 현행 유럽연합 규범체계를 설명함에 있어 제3차법이라는 개념 존재의 실익이 여전히 인정될 수 있다.¹⁰⁷⁾

2) 제2차법에 근거한 제3차법적 법적행위

유럽연합기능조약은 법적행위를 통한 권한 수여를 통해 발령되는 비입법적 법적행위에 대한 규정을 담고 있는데, 이러한 구체적인 규정으로는 위임적 법적행위(delegierter Rechtsakt)에 대한 실체법적·절차법적 틀을 규율하고 있는 유럽연합기능조약 제290조와 실행적 법적행위(Durchführungsrechtsakt)와 관련된 실체법적·절차법적 틀을 규율하고 있는 유럽연합기능조약 제291조 제2항 이하의 조항을 들 수 있다.¹⁰⁸⁾ 위임적 법적행위와 실행적 법적행위는 수권을 위한 별도의 법적행위를 매개하고 있어야 한다는 점에서 제2차법에는 해당할 수 없으며, 제3차법적 법적행위에 해당한다.¹⁰⁹⁾

가) 위임적 법적행위

① 위임적 법적행위의 의의

유럽연합기능조약 제290조 제1항에는 입법행위를 통한 수권을 근거로 유럽연합 집행위원회가 일반적 효력을 가진 비법률적 법적행위를 발령할 수 있다는 것이 규정되어 있다. 위임적 법적행위란 유럽연합기능조약 제290조에서 규율하고 있는 바에 따라 유럽연합 집행위원회가 발령하는 비입법적 법적행위를 의미하며, 실제 발령되는 경우 선택된 작용형식에 따라서 위임적 명령(delegierte Verordnung), 위임적 지침(delegierte Richtlinie)과 같은 형태로 제명이 붙여진다(유럽연합기능조약 제290조 제4항).

107) 이에 대해서는 위의 II. 2. (2) 1)을 참조할 것.

108) Geismann, 앞의 글(각주 104), Vorbemerkung zu den Artikeln 288 bis 299 AEUV, Rn. 5 참조. 이하에서는 주로 위임적 법적행위와 실행적 법적행위와 관련된 제1차법 상의 규율내용, 즉 유럽연합기능조약 제290조와 제291조 제2항 이하의 내용을 소개하는 수준에서 논의를 전개한다. 위임적 법적행위와 실행적 법적행위와 관련한 자세한 논의는 별도의 논문을 통해서 소개할 예정이다.

109) Ehlers/Pünder (Hrsg.), 앞의 책, §2 Rn. 34.

② 위임적 법적행위를 통한 비본질적 사항의 보충·수정

유럽연합 집행위원회는 위임적 법적행위를 통해 수권 근거인 입법행위의 비본질적인 규정을 보충하거나 수정할 수 있다(유럽연합기능조약 제290조 제1항 제1문단). 수권근거인 입법행위의 규율 내용 중 어떠한 것이 본질적인 것이며 어떤 것이 비본질적인 것인지에 대한 평가는 입법행위를 발령하는 주체, 즉 유럽연합의 입법자(유럽의회 및 이사회)에게 유보되어 있는데, 본질성의 판단의 기준은 관련 입법행위와 관련한 본질적인 정책 방향 결정인지 여부이며, 이러한 점에서 (독일의) 본질성론과는 상이하다.¹¹⁰⁾

③ 위임적 법적행위의 조건

입법행위를 통해 유럽연합 집행위원회에게 수여된 입법행위의 비본질적 요소에 대한 보충·수정 권한과 관련하여, 권한 수여를 규율하는 입법행위 그 자체에 의해서 권한 수여의 목적·내용·효력 범위 및 권한 수여 기간이 확정 되어야 하며, 위임이 된다 하더라도 본질적인 요소는 입법자에게 유보되어 있고 본질적인 요소에 대한 보충·수정 권한 위임은 유럽연합 집행위원회에게 수여되지 않는다(유럽연합기능조약 제1항 제2문단).

또한 위임적 법적행위 발령 권한 행사에 대한 조건이 권한을 수여하는 입법행위에 명시적으로 규율되어 있어야 한다(유럽연합기능조약 제2항 제1문). 이러한 조건의 유형으로 유럽연합기능조약 제290조는 ①유럽연합 의회 또는 이사회에 의한 권한 수여 철회가 가능하다는 것과(유럽연합기능조약 제2항 제1문 a호)와 ②유럽연합 의회 또는 이사회가 권한을 수여하는 입법행위 자체에서 정하고 있는 일정한 기간 내에 이의를 제기하지 않는 경우에 위임적 법적행위의 효력이 발생할 수 있다는 것(유럽연합기능조약 제2항 제1문 b호)을 제시하고 있다.

나) 실행적 법적행위(Durchführungsrechtsakt)

110) 이에 대해서는 Vedder, in: ders./Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Nomos, 2012, Art. 290 AEUV Rn. 3; Ruffert, in: Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl., Beck, 2016, Art. 290 AEUV Rn. 10.

① 실행적 법적행위의 의의

실행적 법적행위란 유럽연합기능조약 제291조 제2항 이하에서 규율하고 있는 실체법적·절차법적 틀에 따라 유럽연합 집행위원회 또는 이사회가 발령하는 비입법적 법적행위이며, 실제 발령 시에는 선택된 작용형식에 따라서 실행명령(Durchführungsverordnung) 또는 실행결정(Durchführungsbeschluss)과 같은 형태로 제명이 붙여진다(유럽연합기능조약 제291조 제4항).

② 실행적 법적행위의 발령 절차

유럽연합 집행위원회가 실행적 법적행위를 발령하는 경우 회원국이 이를 통제할 수 있도록 유럽연합 의회 및 이사회가 일반입법절차를 통해 명령의 형식으로 이와 관련된 규정과 원칙들을 사전에 확정할 것을 규율하고 있다(유럽연합기능조약 제291조 제3항). 이에 근거하여 유럽연합의 입법자는 Komitologie-명령을 발령하여 실행적 법적행위 발령과 관련된 절차를 마련하고 있다.¹¹¹⁾

③ 실행적 법적행위 발령 조건

유럽연합기능조약 제291조 제2항은 실행적 법적행위를 발령할 수 있는 권한 수여를 위한 조건으로 구속적 법적행위의 실행을 위해서 통일적인 조건이 필요한 경우를 제시하고 있다. 이와 관련해서 눈에 띄는 점은, 유럽연합기능조약 제290조에서 위임적 법적행위 발령 권한 수여가 ‘입법행위’를 통해 이루어진다고 규정한 것과 달리, 집행적 법적행위 발령 권한 수여를 위한 조건은 ‘구속적 법적행위’의 통일적 실행이라는 점이다. 유럽연합법 규범체계에서 구속적 법적행위는 유럽연합기능조약 제288조의 규정에 따라 명령, 지침 및 결정이고 이들 작용형식은 입법행위 뿐 아니라 비입법적 법적행위로도 발령될 수도 있기 때문에 유럽연합기능조약 제291조 제2항 상의 구속적 법적행위를 어떻게 해석하는가에 따라서 실행적

111) VERORDNUNG (EU) Nr. 182/2011 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren. Komitologie-명령의 내용과 관련하여 유의미한 국내 선행연구로는, 채형복, “리스본조약 이후의 EU 공동통상정책결정제도”, 『통상법률』 107호 (2012, 법무부 국제법무과), 58쪽 이하.

법적행위 권한 수여가 가능한 법적행위의 범주가 변화될 수 있다.

이와 관련해서 유럽연합기능조약 제291조 제2항의 본문에서는 입법행위라는 개념을 명시적으로 사용하고 있지 않기 때문에 명령, 지침, 결정은 입법행위이든 비입법적 법적행위이든 그 법적 성격과는 상관없이 실행적 법적행위의 규범적 근거가 될 수 있다는 견해¹¹²⁾와 유럽연합유럽연합기능조약 제291조 제2항 상의 구속적 법적행위는 유럽연합의 민주적 정당성 구조 및 Komitologie-명령의 입법이유(2)에서 유럽연합 집행위원회에 대한 실행적 법적행위 발령 권한 수여는 입법자가 결정한다고 한 점을 종합적으로 고려한다면 입법행위로 한정하여 해석해야 한다는 견해¹¹³⁾가 존재한다.

다. 입법행위와 비입법적 법적행위 간의 규범적 관계¹¹⁴⁾

1) 입법행위와 제1차법 실행적 비입법적 법적행위의 관계

입법행위와 제1차법 실행적 비입법적 법적행위는 둘 다 제1차법에 기반 하여 발령된 제2차법적 법적행위이며, 따라서 이들 사이에서는 규범적 우열관계가 존재하지 않는다.¹¹⁵⁾ 이들 간에는 특별법 우선 원칙과 신법 우선 원칙이 적용될 따름이다.¹¹⁶⁾ 물론 구속력 있는 작용형식을 갖춘 입법행위와 비구속적 성격을 갖고 있는 제1차법 실행적 비입법적 법적행위 간의 관계라면, 비구속적 법적행위의 본

112) Glaser, 앞의 책, 30쪽; Daiber, EU-Durchführungsrechtsetzung nach Inkrafttreten der neuen Komitologie-Verordnung, EuR, 2012, 242쪽.

113) Lee, 앞의 책, 116쪽 및 266쪽. 구체적인 근거 내지 해석론을 제시하고 있지는 않지만 유럽연합기능조약 제291조 제2항 상의 구속적 법적행위를 입법행위로 파악하고 있는 문헌으로는 Röhl, Ausgewählte Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl., Beck, 2012, §30 Rn. 71, 72; Ehlers/Pünder (Hrsg.), 앞의 책, §2 Rn. 34. Ehlers/Pünder (Hrsg.), 앞의 책, §2 Rn. 34의 경우 문맥상 입법행위와 구속적 법적행위를 준별하지 않고 서술된 것 같은 인상을 주기도 한다.

114) 이하의 서술은 실행적 법적행위의 수권 규범은 입법행위에 한정된다는 입장(Lee, 앞의 책, 116쪽 및 266쪽; Röhl, 앞의 글 §30 Rn. 71, 72)에 기반 하여 서술되었음을 밝혀둔다. 실행적 법적행위의 수권 규범이 입법행위에 한정되지 않는다는 입장이라면, 명령·지침·결정의 형식을 갖춘 비입법적 법적행위들이 실행적 법적행위의 근거인 경우 이들 간의 관계에 대한 논의를 부차적으로 더 검토할 필요가 있음을 밝혀둔다.

115) Glaser, 앞의 책, 329쪽.

116) Ruffert, 앞의 글(각주 7), Art. 288 Rn. 13. 이 문헌에서는 신법우선의 원칙이 적용되기 위해서는 관련 법적행위의 발령기관 및 발령절차가 동일해야 한다는 점도 제시하고 있다. 이 논점을 제시하고 있는 국내 선행 연구문헌으로는 김중권, 앞의 책, 75쪽.

질적 성격상 이들 관계에서는 구속력을 갖춘 입법행위가 우선할 것이다.¹¹⁷⁾

2) 입법행위와 위임적 법적행위·실행적 법적행위의 관계

위임적 법적행위와 실행적 법적행위는 제3차법적 법적행위에 해당한다.¹¹⁸⁾ 따라서 원칙적으로 위임적 법적행위와 실행적 법적행위는 당해 법적행위의 수권규범인 입법행위보다 열위에 놓여 있다.¹¹⁹⁾

3) 입법행위에 대한 위임적 법적행위의 우위

이러한 상하법적 관계와 관련해서, 입법행위와 위임적 법적행위 간에는 전통적인 의미에서의 상하위법 관계와는 다른 특수한 양태가 존재한다. 이는 유럽연합 기능조약 제290조 제1항 자체에서도 명시적으로 규정하고 있는 바와 같이 위임적 법적행위가 수권 규범인 입법행위의 비본질적 부분을 변경할 수 있기 때문이다. 이에 따라 입법행위 자체에서 위임적 법적행위에 비본질적 사항을 변경하도록 수권하고 있는 경우, 이를 근거로 발령된 위임적 법적행위는 수권 규정인 입법행위의 비본질적인 부분을 변경하고 있는 사항에 한해서는 수권 규정인 입법행위에 우선하게 된다.¹²⁰⁾

3. 파생적 법적행위의 체계적 분석

파생적 법적행위를 발령 절차를 기준으로 살펴보면 입법행위와 비입법적 법적행위로 크게 대별이 되며, 비입법적 법적행위는 제1차법 실행적 법적행위와 위임적 법적행위 그리고 실행적 법적행위로 구분될 수 있다. 그리고 이들은 유럽연합 기능조약 제288조의 기준 및 보다 앞서 살펴본 유럽연합 규범의 단계적 구조와 조합해서 살펴볼 수 있다. 앞서 논의 된 유럽연합의 규범체계를 분석하기 위한 세 가지 기준인 규범적 단계구조, 법적행위의 작용형식론 및 법적행위 발령방식

117) Geismann, 앞의 글(각주 69), Art. 288 AEUV Rn. 30 참조.

118) Ehlers/Pünder (Hrsg.), 앞의 책, §2 Rn. 34.

119) Geismann, 앞의 글(각주 69), Art. 288 AEUV Rn. 28.

120) Glaser, 앞의 책, 330쪽 참조.

을 종합적으로 고려하여 파악하면 유럽연합의 파생적 법적행위는 아래와 같이 유형화할 수 있다.

첫째, 입법행위는 입법자에 의해 입법절차를 통해 발령된 제2차법적 법적행위로서 명령, 지침, 결정을 그 작용형식으로서 갖으며 이에 따라 입법행위는 구속력을 갖는다.

둘째, 제1차법 실행적 법적행위는 제1차법 상 관련 조문에서 지정하고 있는 유럽연합 기관(주로 유럽연합 집행위원회 또는 이사회)이 발령하는 제2차법적 법적행위로서, 제1차법에서 작용형식을 지정한 경우 지정되어 있는 작용형식으로, 제1차법에 작용형식이 지정되어 있지 않은 경우 발령 기관이 선택한 작용형식으로 발령되며, 그 효력은 각 작용형식이 갖고 있는 효력에 따른다.

셋째, 위임적 법적행위는 유럽연합 집행위원회가 발령하는 제3차법적 법적행위로, 그 근거가 되는 입법행위에서 작용형식을 지정한 경우 지정되어 있는 작용형식으로, 입법행위에 작용형식이 지정되어 있지 않은 경우 유럽연합 집행위원회가 선택한 작용형식으로 발령되며, 그 효력은 각 작용형식이 갖고 있는 효력에 따른다. 위임적 법적행위와 관련하여 특이한 점은 제3차법적 법적행위이지만 근거법인 입법행위의 비본질적 내용을 수정할 수 있기 때문에 경우에 따라 하위규범임에도 불구하고 상위규범인 입법행위와 다른 내용을 규율하고 있을 수도 있으며 이러한 경우 근거법인 입법행위 위반에 해당하지 않는다.

넷째, 실행적 법적행위는 그 근거가 되는 입법행위¹²¹⁾의 통일적 실행을 위해 이사회 또는 유럽연합 집행위원회가 발령하는 제3차법적 법적행위로, 그 근거가 되는 입법행위에서 작용형식을 지정한 경우 지정되어 있는 작용형식으로, 입법행위에 작용형식이 지정되어 있지 않은 경우 발령권한이 있는 기관이 선택한 작용형식으로 발령되며, 그 효력은 각 작용형식이 갖고 있는 효력에 따른다.

다만, 제3차법의 발령과 관련해서, 개별 법역에 따라서는 프로토콜 제36호 제9조로 인해 위임적 법적행위와 실행적 법적행위와 관련된 사항이 현행 유럽연합기능조약 상의 규범체계에 부합하지 않은 형태로 규율되는 경우가 여전히 존재하므로, 유럽연합의 개별 입법행위를 면밀하게 검토하는 경우, 이와 같은 사항을 주의 깊게 살펴보면 유럽연합법상 개별 법적 규율 내용을 살펴보아야 한다.

121) 앞서도 기술한 바와 같이 본고는 실행적 법적행위의 근거가 되는 법적행위는 입법행위에 한정된다는 입장을 취하고 있다.

IV. 나가며

유럽연합의 개별 법역과 관련하여 당해 법역에서 다루어지고 있는 규범적 사항들을 종합적으로 살펴보기 위해서는 유럽연합법의 규범체계에 대한 체계적 분석이 병행되어야 하며, 이를 위해서는 유럽연합의 규범체계에 대한 체계적인 고찰이 필요하다. 이를 위해서 이상에서는 유럽연합 규범체계를 구체적으로 파악하기 위해서 크게 세 가지 기준을 통해 유럽연합의 규범체계를 살펴보았다.

우선은 유럽연합이 갖고 있는 규범적 단계 구조에 착안하여 제1차법, 제2차법 및 제3차법에 대해서 살펴보았다. 그리고 이 부분에서는 제1차법이 유럽연합의 헌법적 성격이 갖고 있다는 점에 착안하여 제1차법이 제2차법 및 제3차법과의 관계 내에서 갖고 있는 실체법적·절차법적 틀로서의 성격을 주로 살펴보았다. 이러한 과정을 통해 유럽연합조약 및 유럽연합기능조약이 갖고 있는 하위 규범체계인 제2차법 및 제3차법 발령의 근거로서의 기능, 유럽연합 기본권 헌장의 규범적 기능(하위 법령 발령 권한 규정으로서의 기능 부재 및 하위 법령 내용의 실체법적 기준으로서의 기능) 및 기존에 국내에서는 크게 주목 받지 못했던 리스본 조약의 프로토콜을 살펴보았다.

그리고 유럽연합 개별 법역의 실체를 담고 있는 유럽연합 규범체계의 하부 체계인 파생적 법적행위를 유럽연합기능조약 제288조를 기준으로 한 작용법적 분류를 통해 체계적으로 검토해 보았으며, 마지막으로 발령 방식을 기준으로 파생적 법적행위를 검토해보았다.

그리고 이러한 세 가지 검토 방식, 즉 규범단계론적 관점, 작용형식론적 관점 및 발령 절차를 기준으로 하는 관점을 종합적으로 적용하여 유럽연합의 파생적 법적행위를 일반화 하여 분류해보았다. 이러한 과정을 통해서 유럽연합의 규범체계가 매우 복잡하고 일목요연하지 않다는 점과, 그럼에도 불구하고 개별 법적행위들을 체계적인 관점에서 분류해서 고찰하는 것이 불가능하지는 않다는 점을 발견할 수 있었다.

연합유럽연합의 개별 법역을 검토함에 있어 파생적 법적행위 중 입법행위를 중심으로 그 법역의 실체법적 내용을 비교법적 연구 대상으로 삼는다면 이와 같은 유럽연합 규범체계를 체계적으로 살펴보는 작업은 크게 의미가 없는 작업일 수도

있다. 하지만 유럽연합의 개별 법역을 비교법적으로 연구함에 있어 연구 대상이 되는 법역 전반에 걸친 법제도 운용 맥락을 이해하고 이를 법제도 전반이라는 거시적 맥락 하에 연구하기 위해서는 앞서 기술된 것과 같은 유럽연합 규범체계에 대한 체계적 검토가 수반되어야(만) 할 것이다.

(논문투고일 : 2018.11.28, 심사개시일 : 2018.11.29, 게재확정일 : 2018.12.20)



▶ 이 재 훈

유럽연합법, 유럽연합의 규범체계, 법적행위, 입법행위, 비입법적 법적행위

【참 고 문 헌】

I. 국내 단행본

김중권, 「EU행정법연구」, 법문사, 2018.

박노형 외8인, 「EU개인정보보호법-GDPR을 중심으로」, 박영사, 2017쪽.

함인선, 「EU개인정보보호법」, 마로니에, 2016.

II. 국내 논문

권건보/이한주/김일환, “EU GDPR 제정 과정 및 그 이후 입법동향에 관한 연구”, 「미국헌법연구」 제29권 제1호 (미국헌법학회, 2018), 1~38쪽.

김남진, “EU행정법의 개관”, 「학술원통신」 제248호 (대한민국학술원, 2014), 2~5쪽.

김대인, “EU의 민간투자법제에 대한 연구 - 2014년 EU 특허지침 (Concession Directive)을 중심으로”, 「공법연구」 제46권 제3호 (한국공법학회, 2018), 225~251쪽.

김중권, “유럽행정법상 행정소송을 통한 권리보호시스템 연구”, 「공법연구」 제41집 제1호 (한국공법학회, 2012), 311~345쪽.

박인수, “유럽연합의 권한배분과 행사원칙”, 「유럽헌법연구」 제11호 (유럽헌법학회, 2012), 1~34쪽.

박종수, “생존배려사업과 공법인의 납세의무”, 「조세법연구」 제8집 제1호 (한국세법연구회, 2002), 194~241쪽.

박종원, “가습기살균제 사건에 비추어 본 화학물질 리스크 평가·관리법제의 문제점과 개선방안”, 「한양법학」 제28권 제2집 (한양대학교 법학연구소, 2017), 91~112쪽.

성봉근/김연태, “환경법상 화학물질 등에 대한 자율규제와 위험성 제어”, 「환경법연구」 제39권 제3호 (한국환경법학회, 2017), 117~158쪽.

은승표, “유럽연합의 기관조직들과 구성국들 간의 권한배분”, 「토지공법연구」 제64집 (토지공법학회, 2014), 397~421쪽.

이광윤, “유럽헌법안의 법적행위 형식”, 「유럽헌법연구」 창간호 (유럽헌법학

회, 2007), 199~216쪽.

채형복, “리스본조약상 법적 행위와 그 제정 절차의 개혁”, 「세계헌법연구」 제16권 제3호 (세계헌법학회 한국학회, 2010), 909~934쪽.

채형복, “리스본조약 이후의 EU 공동통상정책결정제도”, 「통상법률」 107호 (2012, 법무부 국제법무과), 44~72쪽.

III. 해외문헌

Calliess, Christain, Staatsrecht III, Beck: München, 2014.

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl., Beck: München, 2016.

Craig, Paul/de Búrca, Gráinne, EU Law, 6. ed., Oxford University Press: Oxford, 2015.

Daiber, Birgit, EU-Durchführungsrechtsetzung nach Inkrafttreten der neuen Komitologie-Verordnung, EuR 2012, S. 240-254.

Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., De Gruyter: Berlin, 2016.

Eßer, Martin/Kramer, Philipp/von Lewinski, Kai(Hrsg.), DSGVO/BDSG, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlag: Köln, 2017.

Geiger, Rudolf/Khan, Daniel-Erasmus/Kotzur, Markus, EUV/AEUV, 6. Aufl., Beck: München, 2017.

Glaser, Andreas, Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre, Mohr Siebeck: Tübingen, 2013.

Gola, Peter (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Beck: München, 2017.

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Beck: München, 2018(65. El August).

Greiner, Jakob, Die Reform der Komitologie durch den Vertrag von Lissabon, Mohr Siebeck: Tübingen, 2018.

von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.),

- Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Beck, 2015,
- Halter, Ulrich, Europarecht, 3. Aufl., Mohr Siebeck: Tübingen, 2017.
- Hatje, Armin/Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, Nomos: Baden-Baden, 2014.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., Beck: München, 2012.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl., Beck: München, 2012.
- Knauff, Matthias, Regelungsverbund, Mohr Siebeck: Tübingen, 2010.
- Kühling, Jürgen/Martini, Mario/Heberlein, Johanna/Kühl, Benjamin/Nink, David/Weinzierl, Quirin/Wenzel, Michael, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, MV-Verlag: Münster, 2016.
- Kühling, Jürgen/Buchner, Benedikt (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Beck: Münche, 2017.
- Lee, Jae-Hoon, Demokratische Legitimation der Vollzugsstruktur der sektorspezifischen Regulierungsverwaltung, Nomos: Baden-Baden, 2017.
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., Beck: München, 2017.
- Oppermann, Thomas/Classen, Dieter/Nettesheim, Martin, Europarecht, 6. Aufl., Beck: München, 2014.
- Paal, Boris P./Pauly, Daniel A. (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, Beck: München, 2017.
- Pechstein, Matthias/Nowak, Carsten/Häde, Ulrich (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Bd. 1, Mohr Siebeck: Tübingen, 2017.
- dies. (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Bd. 4, Mohr Siebeck: Tübingen, 2017.

- Reimer, Franz, Juristische Methodenlehre, Nomos: Baden-Baden, 2016.
- Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl., de Gruyter: Berlin, 2010.
- Schroeder, Werner, Grundkurs Europarecht, 5. Aufl., Beck: München, 2017.
- Schulze, Reiner/Zuleeg, Manfred/Kadelbach, Stefan (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl., Baden-Baden: Tübingen, 2010.
- Siegel, Thorsten, Europäisierung des Öffentlichen Rechts, Mohr Siebeck: Tübingen, 2012.
- Streinz, Rudolf, Europarecht, 9. Aufl, C.F.Müller: Heidelberg, 2012.
- Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., Beck: München, 2018.
- Terhechte, Jörg Philipp (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, Nomos: Baden-Baden, 2011.
- Vedder, Christoph/Heintschel von Heinegg, Wolff (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Nomos: Baden-Baden, 2011.

Abstract

A Study on Systematic Review of normative Structure of EU Law

Lee, Jae Hoon

It is meaningful to understand the normative system of EU law in a situation where the comparative legal meaning of the European Union's legal acts is increasing. The European Union's normative system can be considered systematically in three main ways. The first method is to systematically examine the European Union's normative system based on the hierarchical structure of the EU's legal system. This first approach will identify the overall mechanism of EU law by looking at the relationships between the sources of EU law. Issues that have not been researched in Korea so far will be also examined, through this approach. Second, the European Union's legal acts are systematically classified with regard to Article 288 TFEU. This reveals the characteristics and differences of the European Union's legal acts. The third method is to systematically examine the European Union's legal acts based on the method in which they are issued. This clarifies the normative context of legal acts. And the combination of these three methods could lead to a comprehensive method for systematically analyzing the legal acts of the European Union.



▶ **Lee, Jae Hoon**

EU Law, legal system of EU law, legal acts, legislative acts, non-legislative acts

한국전쟁 종전선언의 법적 쟁점과 과제*

최 철 영**

【목 차】

I. 서론 : 한반도의 새로운 평화와 종전 선언	IV. 종전선언의 법적 성격과 과제
II. 한국전쟁의 법적 성격과 UN안보리 결의	1. 종전선언의 의미와 필요성
1. 한국전쟁의 법적 성격	2. 전후법규범으로서 종전선언과 종전선언의 방식
2. 한국전쟁관련 UN 안전보장이사회 결의의 내용	3. 종전선언의 정치적 성격과 법적 효과
3. 한국전쟁관련 UN 안보리결의의 법적 문제	4. 종전선언의 당사자와 내용
III. 한국정전협정의 법적 성격과 당사자 문제	V. 한반도 평화프로세스에서 종전선언과 평화협정의 지위
1. 한국정전협정의 체결과 당사자	1. 종전선언을 통한 소극적 평화단계 진입
2. 휴전(Armistice) 또는 정전(Truce)인지의 모호성	2. 종전선언과 한반도 평화협정의 관계
3. 전쟁 중의 법으로서 한국정전협정과 전후법으로서 종전선언	3. 평화협정을 통한 적극적 평화확보
	VI. 결론 : 종전선언 이후 한반도 평화프로세스의 법제도적 과제

【국 문 요 약】

한반도의 평화보다는 안보를 우선하는 관성적 안보인식으로 인해 종전선언은 정치적 성격의 선언으로 추진되고 있다. 따라서 종전선언이 한국전쟁 당사국 정상들이 서명하는 문서의 형식으로 체결되더라도 국제법적인 조약이 될 수는 없다. 이는 종전선언의 당사자 입장에서 법적인 종전선언으로 인한 급격한 근본적 안보환경의 변화를 제어하고, 주변국의 한반도에 대한 이해관계와 기득권을 유지

* 이 글은 대구대학교의 2018년도 교내학술연구비 지원에 의한 것임.

** 대구대학교 법학부 교수.

하도록 하면서도 현행의 냉전적 법제도의 개폐에 관한 논의를 본격화할 수 있는 정치적 정당성이 근거를 마련하려는 주관적 의도가 반영된 결과이다. 하지만 정치적인지라도 당사자 간에 종전에 대한 합의가 공식화되면 법적으로 종결되지 않은 한국전쟁의 종식, 한국정전협정체 해체, 남북한에 내재화되어 있는 냉전적 국내법제의 근본적인 개선 등과 같은 후속 조치는 신의성실의 원칙에 따라 수반되어야 한다.

결국 한국전쟁의 종전선언이 이루어지면 한국정전협정이 전쟁의 존재를 전제로 규정하고 있는 군사분계선(MDL)과 비무장지대(DMZ), 군사정전위원회와 중립국감독위원회를 대체하는 제도에 대한 합의가 필요하며, 동시에 한국전쟁을 근거로 설치된 UN군사령부(UNC)의 정치군사적 정당성의 근거도 소멸하기 때문에 UN군사령부의 해체 이후 한반도와 동북아 안보를 위한 UN차원의 새로운 한반도 평화기구 설치가 논의되어야 한다.

이런 측면에서 한국문제의 독특한(sui generis) 성격을 반영한 정치적 종전선언은 전쟁법에서 평화법으로 전환되는 시기의 음영지대에서 역할하는 연성적 전후법(jus post bellum)으로서 독특한 의미가 있다. 종전선언은 통일을 지향하는 국가적 실체로서 남북간 관계의 독특성과 승자도 패자도 없는 한국전쟁 결과의 독특성 그리고 종전을 통해 전쟁 전 질서의 회복이 아니라 현존 질서의 유지와 평화를 위한 다음 단계로의 전환을 도모하는 창의적 방안으로서 ‘한반도 평화 최종합의서’의¹⁾ 체결을 포함하는 평화협정체제의 구축을 지향해야 한다. 한국전쟁 종전선언은 한반도 평화프로세스의 소극적 평화단계를 규율하는 법적 문서들의 체결을 목표로 하는 정치적 합의문서이며, 평화협정체제를 구성하는 법적인 합의문서들을 도출하는 협상의 플랫폼으로서 안정적인 한반도평화협정체제가 구축되면 그 기능을 상실하고 소멸하는 잠정성이라는 독특성을 갖게 될 것이다.

I. 서론 : 한반도의 새로운 평화와 종전선언

조약법에 관한 비엔나 협약 제2조 1항은 서면형식으로 국가 간에 체결되며 국

1) 독일통일과정에서도 별도의 평화조약이 체결되지 않고 소위 2+4조약, 즉 “독일문제의 최종해결에 관한 조약”이 체결되었다.

제법에 의해 규율되는 국제적 합의를 조약으로 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 남북 합의당사자 간에 구체적 평화구축을 실천해²⁾ 나가는 기반문서로서 2018. 4. 27 남북정상회담의 판문점선언이³⁾ 조약에 해당하는지 여부에 대한 논의는 본격적으로 전개되지 않고 있다. 이에 더하여 판문점 선언을 통해 남북정상이 합의한 ‘중전선언’에 관한 이해관계 당사국간의 논의도 종전선언의 성격과 합의 이후의 효과에 대한 논의 없이 추상적 개념으로 논의가 전개되고 있다.

사실 한국전쟁의 종전선언(이하 ‘중전선언’)은 2006년 11월 베트남 하노이에서 열린 한·미 정상회담에서 당시 조지 부시(George W. Bush) 미국 대통령이 “북한이 핵을 포기하면 종전선언과 평화조약을 체결할 용의가 있다”고 언급한 이래 2007년 10.4 남북정상선언에서도 다시 한 번 언급되면서 본격적인 관심의 대상이 된 바 있다.⁴⁾ 하지만 종전선언이 현실적인 현안으로 부각되고 실질적인 검토가 요구된 것은 4.27 판문점선언에서 남북정상이 연내에 종전선언을 하기로 명시적으로 합의하고 트럼프 미국대통령이 싱가포르 북미공동합의문을 통해 북한에 대한 체제보장을 약속한 것이 계기가 되었다.⁵⁾

이렇듯 2018년에 이루어진 남북정상 및 북미정상 간의 합의는 한반도의 지속적이고 안정적인 평화체제(peace regime)를 위한 “신기원적인 사건(epochal events)”들이지만⁶⁾ 공통의 목표인 한반도의 비핵화와 종전선언을 위한 당사자 간의 논의

2) 동아일보, 남북-유엔사, JSA 공동검증... “비무장화 확인” 초소 봉인, 2018.10.29. 연합뉴스, 靑, '남북적대행위 중지' 첫날 NSC 개최... "전쟁위험 제거 전기", 2018.11.1.

3) 2018. 4.27 판문점선언의 공식명칭은 ‘한반도의 평화와 번영, 통일을 위한 판문점선언’이다. 같은 9.19 평양에서는 판문점선언의 부속합의서로 군사분야합의서를 채택하였으며 이에 따라 판문점 지역의 비무장화와 함께 한반도군사분계선에서의 GP철수 및 해체작업이 이루어졌다.

4) 10.4 남북정상선언 4항 “남과 북은 현 정전체제를 종식시키고 항구적인 평화체제를 구축해 나가야 한다는데 인식을 같이하고 직접 관련된 3자 또는 4자 정상들이 한반도지역에서 만나 종전을 선언하는 문제를 추진하기 위해 협력해 나가기로 하였다.”; 북한도 1996년 2월 외교담화에서 ‘잠정평화협정’을 제안한 이후, 한성렬 북한 군축평화연구소대리소장(전 유엔대표부 차석대사) 등을 통해, 북·미관계 정상화를 조건으로 종전선언을 할 수 있다는 유연한 자세를 보여 왔다. <http://weekly.khan.co.kr/khnm.html?mode=view&artid=15104&code=113#csidx0e30611clbe8478bbce8e9e056a932>.

5) 10.4 선언의 제4조는 “한반도지역에서 만나 종전을 선언하는 문제를 추진하기 위해 협력”을 규정하여 장소적 구체성과 비교되는 시기적 모호성을 내용으로 하고 있었으나, 4.27 판문점선언 제3조 3항은 “정전협정체결 65년이 되는 올해에 종전을 선언”할 것을 명시하여 장소적 모호성과 비교되는 시기적 구체성을 특징으로 한다. 동 조항은 올해 종전선언을 기정사실화하고 이에 기초하여 “정전협정의 평화협정 전환”과 “항구적이고 공고한 평화체제 구축을 위한 3자 또는 4자 회담의 개최를 추진한다”고 규정하고 있다. 이 조항을 통해 정치적으로는 이미 2018년 종전이 합의되어 있는 상태이다.

6) 미합중국 도널드 J. 트럼프대통령과 조선민주주의 인민공화국 김정은 국무위원장간의 싱가포르 조미정상회담 공동합의문. 2018년 6월 12일 샌토사 섬, 싱가포르.

는 제자리를 맴돌고 있다. 북한의 비핵화와 종전선언이 정치적 맥락에서 관념적으로 교환대상으로 언급되고 있을 뿐 그 본질적 내용과 법적 효과에 대한 깊이 있는 검토의⁷⁾ 부족 때문이다.

종전선언과 관련된 쟁점의 가장 우선순위에는 종전선언의 성격 문제가 놓여 있다. 문재인대통령은 여러 차례 종전선언이 '취소할 수 있는' 정치적 성격을 갖는다고 언급해 왔다.⁸⁾ 그렇다면 법적 성격이 배제된 정치적 종전선언이 현실의 국제법적 장치로서 한국정전협정과 관련하여 어떠한 의미와 실익을 갖는지 하는 문제의 검토가 필요하다. 이는 종전선언에 의한 한국전쟁의 종료가 남북관계와 남북의 내부에 미치는 현실적 효과, 종전선언과 한국정전협정에 따른 냉전적 제도들과의 관계 그리고 종전선언이 한반도평화프로세스에서 차지하는 위치 등의 문제와 불가피하게 연계된다.

종전선언의 두 번째 쟁점은 종전선언의 당사자가 남북미의 3자인가 아니면 남북미중의 4자인가하는 문제이다. 이 문제는 종전선언이 법적인 행위인가 아니면 정치적 행위인가에 따라 달라질 수 있다. 정치적 행위라면 남북미의 3자간 종전선언에 대하여 제3자로서 중국이 참여를 권리로 주장할 여지가 없지만, 법적 행위라면 종전선언을 통해 종결하려는 한국정전협정의 당사자문제와 법리적으로 연계된다.⁹⁾ 중국은 종전선언에 당사자로서 참여를 주장하고 있으므로 한국정전협정의 당사자로서 중국의 지위와 종전선언의 당사자 자격에 관한 검토가 필요하다.

종전선언이 제기하는 세 번째 문제는 종전선언에 어떤 내용을 담을 것인가 하

7) 한반도 정전협정을 포함하는 한반도 평화체제와 관련한 글에는 최철영, “변화하는 남북관계와 정전협정의 대안”, 역사비평 63호, 2003 여름; 崔哲榮, “韓米相互防衛條約の非對稱性と水平化”, 立命館法學 289호, 2003; 최철영, “법체제를 통한 한반도평화연구”, 성균관법학 제17호, 2005; 최철영, “국제법상 평화조약과 한반도평화협정”, 민주법학 35권, 2007; 최철영, “전후법(*jus post bellum*)으로서 정전협정의 역할과 한계”, 민주법학 43권, 2010; 이근관, “한반도 종전선언과 평화체제 수립의 국제법적 함의”, 서울대학교 법학, 제49권 제2호, 2008.6; 박태균, “정전협정과 종전선언”, 역사비평 123, 2018 여름; 이기범, “종전선언 및 평화협정에 관한 국제법적 소고”, 외교 제126호, 2018. 7. 등이 있다.

8) 문재인 대통령은 9월 25일(현지 시각) 미국 폭스뉴스와의 인터뷰에서 “종전(終戰) 선언은 '정치적 선언'이기 때문에 언제든지 취소할 수 있다”며 “실명 제재를 완화하는 한이 있더라도 북한이 (비핵화) 약속을 어길 경우 제재를 다시 강화하면 그만”이라고 했다. 이는 비핵화의 불가역성과 종전선언의 가역성을 설명하기 위한 언급으로 이해된다. http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2018/09/27/2018092700239.html.

9) 노영민 주중 대사는 10.22 국회 외교통일위원회의 주중대사관 국정감사에서 한반도 비핵화 및 평화체제 전환 논의의 한 축인 종전선언과 관련해 “주중대사의 입장에서 중국의 종전선언 참여가 적절하다고 생각한다”고 밝혔다. 그는 “중국이 종전선언에 당사국으로 참여하겠다는 공식적인 언급은 없었지만 종전선언에 참여해 역할을 하고 싶다는 기대와 희망을 갖고 있는 것으로 보인다”고 말했다. <http://www.hankookilbo.com/News/Read/201810221739753517?did=na>

는 것이다. 종전선언이 단지 “한반도에서 남북 양당사자가 군사적 적대관계를 해소하기로 하여 한국전쟁은 종료되었다”라는 한 마디를 담기 위한 선언이 될 수는 없다. 이 정도의 의미라면 1991년 남북기본합의서 이래 남북 정상 및 당국자 간의 합의를 통해 여러 차례 확인되었으며 ‘판문점선언 군사분야 이행합의서’를 부속문서로 하는 2018. 9 평양공동선언에서도 명시되어 있다.¹⁰⁾ 그렇다면 한반도 종전선언은 한국전쟁 이후 지속되는 한반도의 부조리한 현재의 문제로서 군사적 대치와 반목뿐만 아니라 과거의 문제로서 한국전쟁의 원인과 전쟁 중에 희생된 사람들과 재산에 대한 기본입장, 미래의 문제로서 정치적 종전선언 이후 법적 절차로서 한반도 평화프로세스 및 평화협정 체결의 원칙과 협상의 절차, 그리고 이를 위한 당사자의 이행실천과제 등에 대한 선언적 내용을 포함해야 할 것이다.

마지막으로 한국 종전선언은 그 대상이 된 한국정전협정에 의해 한반도에 제도화되어 있는 냉전질서의 법적 장치들 즉, 군사분계선(MDL)과 비무장지대(DMZ), 군사정전위원회와 중립국감독위원회 그리고 유엔군사령부(UNC)와 주한미군 문제¹¹⁾ 뿐만 아니라 한국전쟁을 배경으로 하고 한국정전협정을 근거로 하는 남북한의 국내적 법과 제도들의 근본적 재검토를 위한 현실 정치적 정당성을 제기한다. 또한 한국 종전선언은 한국에서의 항구적인 평화를 구축하기 위한 협정들이 체계화되는 틀 속에서 어떠한 지위를 갖는지에 대하여도 검토되어야 한다.

이 글은 종전선언이 제기하는 국제법적 그리고 국내법적 문제들이 공통적으로 근거하고 있는 한국전쟁과 한국정전협정의 법적 문제점을 한국문제(Korean question)의¹²⁾ 독특한(sui generis) 성격, 즉, 한국전쟁발발 당시 전쟁 당사자 쌍방의 국제법상 지위, 국제적 전쟁과 내전의 성격을 모두 포함하고 있는 한국전쟁의 성격, 한국전쟁의 실질 당사자와 한국정전협정의 형식 당사자의 불일치, 65년 이상 유지되는 승자도 패자도 없는 전쟁의 애매모호한 전쟁 없는 상태라는 독특함이라는 관점에서 한반도 평화협정의 체제 또한 독특성이 있을 수밖에 없음을 과

10) 9월 평양공동선언 1항 “남과 북은 비무장지대를 비롯한 대치지역에서의 군사적 적대관계 종식을 한반도 전 지역에서의 실질적인 전쟁위험 제거와 근본적인 적대관계 해소로 이어나가기로 하였다.” 한반도에서 적대관계 종식은 그 자체로 종전을 의미한다. 전쟁위험 제거와 근본적인 적대관계 해소는 종전의 제도화조치이다.

11) 주한미군은 한국정전협정과는 무관하게 한미상호방위조약에 법적 근거를 두고 있지만 한미상호방위조약은 한국 6.25전쟁을 배경으로 한국정전협정의 체결을 위한 반대급부적 성격으로 한미간에 체결되었다는 점에서 무관하다고 할 수 없다. 崔哲榮, “韓米相互防衛條約의非對稱性と水平化”, 立命館法學 289호, 2003년, 102頁.

12) 한국정전협정 제4조 60항은 “한국문제(Korean question)”의 평화적 해결을 확보하기 위해 정전협정 서명 3개월 이내에 정치회담의 개최를 규정하였다.

악하고자 한다.

이러한 접근방법을 통해 한반도의 냉전(cold war) 종식을 위한 종전선언은 한반도평화프로세스에서 전개될 협상의 틀을 제공하는 정치적 플랫폼인 동시에 국제적 그리고 국내적 냉전 법규범과 제도의 개폐와 관련되는 연성법(soft law)적 성격을 갖는다는 점을 밝히고자 한다.

II. 한국전쟁의 법적 성격과 UN안보리 결의

1. 한국전쟁의 법적 성격

한반도에서 진행된 1950년부터 1953년에 이르기까지의 무력충돌을 어떻게 부를 것인가 하는 문제는 단순한 명칭의 문제가 아니라 당해 무력충돌의 사실관계에 기초한 법적 해석의 문제라고¹³⁾ 할 수 있다. 한국전쟁은 전쟁의 성격문제와 관련해서 전쟁당시에도 내전인지 아니면 약 20개 국가가 참여한 전쟁인지에 대하여 논란이 제기되는 독특한 무력충돌이었다. 전통적인 전쟁법(jus in bello)에 따르면 내전의 경우 무력충돌의 당사자가 아닌 국가들은 중립의 지위를 유지해야 한다. 당시 한반도에 존재하는 두 개의 정치적 실체들은 ‘통일’이라는 공동의 목표를 가지고 있었기에 이들 당사자 간의 무력충돌은 내전으로 이해될 수도 있었다. 하지만 미국을 중심으로 하는 많은 국가들이 UN의 결의를 근거로 중립이 아닌 지위에서 당해 무력충돌에 참여함으로써 한국무력충돌에 대하여 전쟁으로 성격을 부여했다.¹⁴⁾ 이에 반하여 북한과 중국은 UN과 외국군의 참전 부당성을 주장하기 위하여 한반도에서의 무력충돌에 국내적 내전으로 성격을 부여하고자 하였다.¹⁵⁾

13) 법 해석에 관한 Dworkin의 입장에서 보면 해석은 해석자의 법적 가치와 목적을 반영하게 되며 그 목적과 가치는 현실과 역사에 제한받을 수밖에 없다. 박정원, “국제법의 본질과 조약해석에 관한 소고”, 제18회 국제법학자대회 자료집, 2018. p.36. 각주53.

14) 당시 미국의 트루먼정부는 전쟁권한법에 따라 의회만이 전쟁의 선포를 할 수 있는 지위가 있기 때문에 한국에서의 무력충돌에 대하여 전쟁(war)으로 지칭하는 것을 피하려고 했다. 미국의 국내법상 의회의 동의 없는 한국전쟁참여 합법성문제는 최철영, “미국의 UN참여법과 미군의 6.25전쟁 참전의 합법성문제”, 미국헌법연구 21권3호, 2010, 137쪽 이하 참조.

15) Patric M. Norton, “Between the Ideology and the Reality: The Shadow of the Law of Neutrality,” *Harvard International Law Journal*, vol. 17(1975), p.253. note 12. 한국에서의 무력충돌에 참여한 외국정부 중에도 영국의 경우 전쟁참여가 전쟁의 상대방인 북한을 국가로 인정하는

이는 당시 중국이 정규군이 아닌 인민 지원군(volunteers)이라는 중국 인민의 자발적 참여의 형식을 빌렸던 이유이기도 하다. 그럼에도 불구하고 무력충돌과정에서 모든 참가 당사국들은 전쟁법의 준수를 선언하고 상대방에게 요구하였다.¹⁶⁾

이러한 상반된 이해는 남한 내에서도 이어져 1950년 한반도에서의 무력충돌에 대하여 6.25사변, 6.25동란, 한국전쟁, 조국해방전쟁, 준 세계전쟁,¹⁷⁾ 6.25전쟁 등 무력충돌의 성격을 달리하는 다양한 이해와 표현들이 사용되고 있다.

우선 6.25사변 또는 한국동란 주장은 1950년 한반도 무력충돌을 정통성을 갖추지 못한 임의 집단이 정통성 있는 국가체제에 도전하는 행위로 이해한다. 이 입장에서 1950년 6월의 무력충돌은 한반도 내에서 정통정부인 남한정부에 대하여 반란단체인 북한이 야기한 반란에 불과하다는 해석이다.¹⁸⁾ 하지만 1950년 한국에서의 무력충돌은 남북한을 실질 중심 당사자로하고 자발적 지원군의 명칭을 사용하는 중국 정규군과 UN군의 명칭을 사용하는 미국주도의 다국적군이 참여한 국제적 성격을 가지고 있는 무력충돌이었다. 이를 합법정부에 대한 국내적 반란이라는 의미에서 사변 또는 동란이라고 부르는 것은 남한의 유일합법 정통성론에 빠져 한국전쟁의 실제적 양상을 객관적으로 인식하지 못한 결과라고 할 수 있다. 한국동란이라는 명칭에 집착하게 되면 한반도의 통일은 합법정부인 한국의 교전단체인 북한흡수 통일이 되어야 하며, 통일로 가는 과정에서 북한과의 다양한 합의에 있어 북한의 법적 합의당사자 능력이 문제가 될 수 있다.

이와 달리 한국전쟁론은 1950년부터 1953년까지 한반도에서 전개된 무력충돌을 전시국제법이 적용되는 국가적 실체간의 무력충돌로 이해하는 입장이다. 즉, 한반도 무력충돌과정에서 북한과 남한은 대등 당사자 지위에 있었고, 중국과 미국주도 다국적군이 개입된 무력충돌로서 국제적 전쟁이라고 이해한다. 이렇게 이해하면 1950년 당시 한반도에 존재하던 두 개의 실체는 동등한 당사자 성격을 갖게 되고, 무력충돌 이후 통일에 이르는 과정에서 어느 한 주체의 정통성을 주장하는 것은 통일을 위한 동반자로서 상대방에 대한 적대성을 표현하는 결과가 된다. 물론 전쟁이라는 용어가 이념적인 편견이 배제된 용어의 사용일 수도 있지만¹⁹⁾ 보다 중립적 표현은 무력충돌이다.

결과로 이어질 것을 우려하여 이를 전쟁으로 간주하지 않으려고 하였다. Hersch Lauterpacht, "The Limits of the operation of the Law of War," *B.Y.I.L.*, vol. 30(1953), p.222. note 1.

16) Hersch Lauterpacht, *ibid.*, p.223.

17) 김동춘, "한국전쟁 60년, 한반도와 세계", 역사비평 091, 2010 여름, 154쪽.

18) 홍일식, "6.25는 '전쟁'이 아니다", 중앙일보 2009년 12월 1일 시론.

이처럼 국내적 무력충돌로서 사변과 동란, 그리고 국제적 무력충돌로서 한국전쟁이라는 용어의 사용은 의미가 다르다. 어떤 명칭이 법적으로 합당한가의 문제는 역사의식에 기초하여 사실관계에 대한 법적 해석을 통해 판단해야 한다.

현재 남한에서는 현행 법률의 명칭으로 6.25 전쟁을 사용하고 있다. 예컨대 『6·25전쟁 남북피해 진상규명 및 남북피해자 명예회복에 관한 법률』과 『6·25 전사자유해의 발굴 등에 관한 법률』 등은 6.25전쟁으로 부르고 있다.²⁰⁾ 6.25전쟁이라는 표현은 사건이 발생한 일자를 기초로 사건의 성격을 붙여 부르는 남한 사회에 익숙한 명칭사용방법이다. 따라서 이를 법률상의 용어라고 할 수 있을 것이다.

종전선언의 대상은 바로 1950년 6월 이후 1953년 7월까지 한반도에서 전개된 국가적 실체 간의 무력충돌이라는 국제적 전쟁이며, 여기에 남한의 법률상 표현인 6.25전쟁이라는 용어를 반영하여 '한국 6.25전쟁'(이하 '한국전쟁')이라고 표현하는 것이 옳을 것이다.

2. 한국전쟁관련 UN 안전보장이사회 결의의 내용

(1) 1950년 6월 UN 안보리의 결의

1950년 6월 25일 한반도에서 무력충돌이 발생한 후 1951년 1월까지 UN안보리는 이 문제를 해결하기 위해 6건의 독특한 결의를 채택하였다.

1950년 6월 25일 한반도에서 무력충돌의 발생 이후 처음으로 채택된 UN안보리 결의 82호는²¹⁾ 한국 정부가 UN의 감시 하에 선거가 이루어진 한반도의 지역, 즉 남한 내에서 실효적 통치와 관할권을 행사하는 유일한 합법정부임을 언급하고, 한국에 대한 북한의 무력공격이 평화의 파괴(breach of the peace)가 된다고 규정하면서 "적대행위의 중지"와 "38선 이북으로의 철수"를 통해 이 문제의 해결을 도모하였다. 그리고 UN안보리 결의의 이행을 위하여 회원국에게 '모든 지원을 UN'에 하도록 결의하면서 당시 남북한 모두 UN의 당사국이 아님에도 남한에 대하여

19) 박태균, 한국전쟁, 도서출판 책과함께, 2005, 8-9쪽.

20) 『각종 기념일 등에 관한 규정』(대통령령 제22168호)도 종래 6월 25일을 6.25사변일로 명칭을 부여하였으나 2018.11. 1 현재 6.25전쟁일로 기념하도록 하고 있다.

21) 82(1950), Resolution of 25 June 1950[s/1501]

는 대한민국(Republic of Korea)으로 호칭하고 북한은 북한(North Korea)으로 지칭하였다. 이를 뒤인 6월 27일에는 결의 83호를²²⁾ 통해 국제평화와 안전의 회복을 위해 "긴급한 군사적 조치"가 필요하다고 결의하고, 평화와 안전의 확보를 위한 UN의 즉각적이고 효과적인 조치를 남한 정부가 호소하고 있음을 확인하고, 회원국에게 "무력공격의 격퇴(repel)"와 "당해 지역(in the area)에서의 국제평화와 안전을 회복"하기 위해 필요한 지원을 한국에 제공하도록 권고하였다.

1950년 6월말의 3일 간에 이루어진 이 두 결의는 한국에 UN의 결의에 따른 군대를 파견하는 근거가 되었으며, 한국문제의 해결방향이 "적대행위의 중지"와 "38선 이북으로의 철수"에서 "무력공격의 격퇴"와 "당해 지역에서의 국제평화와 안전을 회복"하는 것으로 전환하였음을 확인할 수 있다.

(2) 1950년 7월 UN안보리의 결의

1950년 7월 7일의 UN안보리 결의 84호는²³⁾ 모든 회원국들에게 앞서의 안보리 결의에 의하여 허용된 군 병력(military force)과 기타 지원을 미국이 지휘하는 "통합군사령부(unified command)"에 제공하도록 '권고'하고, 통합군 사령관의 지명을 미국에 요청하면서, 통합군은 북한군과의 작전과정에서 참가국의 국기와 함께 필요에 따라 UN의 깃발을 사용할 수 있도록 권한을 부여하였다. 이와 함께 UN안보리는 통합군사령부가 수행한 작전에 대하여 안보리에 보고서를 제공하도록 요청하였다.²⁴⁾ 1950년 7월 31일의 결의 85호는²⁵⁾ UN의 모든 주요기관과 특별기관, 그리고 비정부간 기구들에게 통합군사령부가 한국의 주민에 대한 구호와 지원을 요청하는 때 그리고 안보리를 위하여 통합군에 의해 수행되는 책임과 적절한 관련성이 있는 때 그러한 지원을 제공할 것을 요청하였다.

1950년 7월의 UN안보리 결의는 UN 사상 처음으로 UN안보리 결의를 통해 미

22) 83(1950), Resolution of 27 June 1950[s/1511]

23) 84(1950), Resolution of 7 July 1950[s/1588]

24) UN헌장 제46조 "병력사용 계획은 군사참모위원회의 도움을 얻어 안전보장이사회가 작성한다." : 제47조1. 국제평화와 안전의 유지를 위한 안전보장이사회의 군사적 필요, 안전보장이사회의 재량에 맡겨진 병력의 사용 및 지휘, 군비규제 그리고 가능한 군비축소에 관한 모든 문제에 관하여 안전보장이사회에 조언하고 도움을 주기 위하여 군사참모위원회를 설치한다. 2. 군사참모위원회는 안전보장이사회 상임이사국의 참모총장 또는 그의 대표로 구성된다. 하략. 3. 군사참모위원회는 안전보장이사회 하에 안전보장이사회의 재량에 맡겨진 병력의 전략적 지도에 대하여 책임을 진다. 그러한 병력의 지휘에 관한 문제는 추후에 해결한다.

25) 85(1950), Resolution of 31 July 1950[s/1567]

국주도의 연합군을 구성하는데 국제법적 근거를 제공하고 당해 연합군이 UN기를 사용할 수 있도록 권한을 부여했다. 이러한 UN안보리 결정은 UN이 한국전쟁의 당사자인지 하는 문제와 함께 통합사령부의 구성과 운영에 대한 전권을 미국에 부여함으로써 UN과 미국을 등치시키고 UN군사령부의 정체성을 혼란하게 만드는 문제를 남겼다. UN의 결의는 강제적(mandatory) 조치가 아닌 ‘권고적(recommendatory)’인 UN의 제재행위 또는 UN의 지지 하에 이루어진 조치였다. 또한 안보리의 상임이사국인 구소련이 참석하지 않았음에도 UN헌장이 규정하고 있는 UN안보리 상임이사국 전체(in toto)의 찬성이 되지 않은 채 의결되었다는 국제법적 문제를 남겼다.

(3) 1950년 11월 이후 UN안보리의 결의

구소련이 안보리 회의에 참석을 재개한 1950년 11월에 채택된 UN안보리 결의 88호는²⁶⁾ 안보리가 절차법 규칙 39조에 따라 한국 내의 UN군사령부의 특별보고서를 안보리가 토론하는 동안 중화인민공화국(People's Republic of China)의 대표가 참석할 수 있도록 초청하였다. 이 결의에서는 한국전쟁에 파병된 병력을 앞서의 결의와 달리 통합군사령부(Unified Command)가 아닌 국제연합군사령부(United Nations Command)로 호칭하였다. 1951년 1월 31일 채택된 UN안보리 결의 90호는²⁷⁾ 한반도의 무력충돌에 대하여 처음으로 안보리가 침략(aggression)이라는 표현을 사용하였으나 침략에 대한 정의나 의미부여는 하지 않았다.

3. 한국전쟁관련 UN 안보리결의의 법적 문제

(1) UN의 결의에 따른 군사력 사용의 장소적 범위

1950년 6월 27일의 UN 결의 83호가 채택된 후 당시 미국 국무장관 애치슨은 안보리의 결의에 근거하여 취해진 미국의 군사적 조치의 목적은 북한으로부터의 침략 이전의 장소적 범위를 남한이 회복하도록 하는데 있다고 설명했다.²⁸⁾ 그러

26) 88(1950), Resolution of 8 November 1950[s/1892]

27) 90(1951), Resolution of 31 January 1951[s/1995]

28) Hearings before the Senate Comm. on Armed Services and Foreign Relations, 82nd Cong., 1st

나 1950년 9월 말, 성공적인 인천상륙작전 이후에 미국과 연합군측은 한반도 38도선을 넘어 철수하는 북한군을 계속 추적하여 북한의 전반적인 붕괴를 도모할 것인가 하는 문제에 직면하게 되었다. 이는 그러한 행위가 UN안보리 결의 83호에 의해 권한부여가 되었는가 아니면 UN의 추가적 결의에 의한 새로운 권한부여가 필요한가하는 법적 문제를 안고 있었다.

안보리 결의 83호는 “무력공격의 격퇴(repel)와 당해 지역(in the area)”에서의 국제평화와 안전을 회복이라는 문구를 사용하였다. 트루먼 대통령은 처음 무력사용의 범위가 무력공격의 격퇴를 통한 무력충돌 이전의 지역회복이라고 문언적 해석을 하여 38선을 넘는데 UN의 결의가 필요하다고 판단하였다. 하지만 얼마 지나지 않아 미 국무부는 “당해 지역”을 한반도를 포함한 동북아시아로 적극적으로 해석하고 이 지역에서 국제평화와 안전의 회복을 위한 군사력사용으로 확대해석하여 1950년 6월 27일의 UN 안보리 결의 83호가 “당해 지역(in the area)”이라는 표현을 통해 38선 너머로 후퇴하는 북한군을 추격하는데 필요한 권한을 부여하였다고 주장하였다. 미국이 주도하는 당시의 UN 내에서 인도를 비롯한 일부 국가들은 미국의 이러한 주장에 반대하였으나 다른 많은 국가들은 미국의 해석에 대하여 반대의를 표명하지 않았다. 그럼에도 불구하고 미국은 1950년 10월 7일 38도선의 통과문제를 UN안보리가 아닌 UN총회에 제출하였다.²⁹⁾

(2) UN의 결의에 따른 군사력 사용의 시간적 범위

UN헌장의 기본적 원칙은 무력사용금지와 분쟁의 평화적 해결이다.³⁰⁾ 무력사용 금지원칙은 처음부터 헌장의 다른 규정보다 우월적인 법적 효력과 성격을 가진 것으로 의도되었으며 국제관습법으로서 인정되고 있다.³¹⁾ UN헌장과 무력행사에 관한 국제법은 분쟁의 평화적 해결을 국제사회의 구속력 있는 법규범으로 명시하였으며, 무력에 의한 분쟁해결은 평화적 해결의 가능성이 전혀 없을 때 UN 안보리의 결의나 자위권으로서만³²⁾ 행사되어야 한다. UN 안보리의 군사력사용권한 중

Sess., Part 3, pp.1936.

29) GA Res. 376(V), UNGAOR, 5th Sess., Supp. No. 20, at 9.

30) UN 헌장 제2조 3항 및 4항; 제33조.

31) Sergey Sayapin, “A Great Unknown: The Definition of Aggression Revisited”, *Michigan State Journal of International Law*, vol. 17, 2008-2009, p.380.

32) UN헌장 제51조.

료에 관한 포지티브 방식의 논리가 적용되지 않는다면 UN의 군사력 사용허락을 받은 안보리 상임이사국들은 군사력의 사용을 위해 군사력 사용권한 종료와 관련된 의안에 대하여 거부권을 행사함으로써 자국의 원하는 동안까지 “UN의 결의”를 근거로 군사력을 행사하게 될 것이다.³³⁾ 따라서 정전협정이 체결된 이후 회원국의 추가적인 군사력 사용은 반드시 UN 안보리의 결의에 의하여 권한이 부여되어야 한다.³⁴⁾ 만약 그렇지 않다면 한국전쟁의 당사자 일방에 의한 심각한 정전협정의 위반이 있는 경우 UN의 회원국은 지금이라도 1950년의 군대사용에 관한 안보리의 결의에 근거하여 북한에 대한 무력공격이 가능하다는 불합리한 결론에 이르게 된다.

이를 고려하면 UN안보리의 무력사용을 위한 권한부여 결의에 무력사용권한의 종료에 관한 규정이 없더라도 집단적 안전보장 행위의 전제가 되는 무력충돌이 중단되고 안정화되면 무력사용권한은 종료되어야 한다.³⁵⁾ 즉, 적대행위가 사실상 종료되었다면 적대행위의 당사자 국가들에게 무력의 사용을 금지하는 UN헌장 제2조 4항의 의무가 다시 적용된다. 그리고 일단 중지된 무력사용권한은 UN안보리의 새로운 결의가 없이는 어느 일방에 의하여 자의적으로 다시 부활될 수 없다.

(3) UN군사령부의 법적 문제

UN 안보리의 결의에 의해 남한에 존재하게 된 UN군사령부는³⁶⁾ UN의 깃발을 사용할 권한을 가지고 있을 뿐이며 UN의 군대는 아니기 때문에 UN군사령부의 행위는 특이하게도 UN의 행위가 아니다.³⁷⁾ 미국은 정전협정체결 이후 한국에서 조속한 시일 내에 평화협정의 체결이 어렵다고 판단하고 UN군사령부에서 실질적 미군병력을 분리하여 1954년 한미상호방위조약에 따른 주한미군을 설치하였으며,

33) David D. Caron, “The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council,” *AJIL*, vol. 87, 1993, p.576.

34) Ibid.

35) 안보리가 부여한 군사력사용권한은 안보리에 의하여 명시적으로 그리고 만장일치로 지속적 효력을 갖는다는 결의를 하지 않는 한 정전협정의 체결로 종료된다. Jules Lobel, Michael Ratner, “Bypassing the Security Council: Ambiguous Authorizations to Use Force, Cease-Fires and the Iraq Inspection Regime”, *AJIL*, vol. 93, 1999, p.144.

36) 2018. 6.29 UN군사령부는 한미연합사와 함께 용산에서 평택의 캠프 험프리스(Garrison Humphreys)로 이전하였다. UN군사령부에 관하여는 정태욱, “한국 UN군사령부(UNC)의 법적 성격”, *민주법학* 34권 2007, 197쪽 이하 참조.

37) Richard Baxter, “Constitutional Forms and Some Legal Problems of International Military Command,” *BYIL*, vol.29, 1952, p.336.

UN군에 군대를 파견한 국가들도³⁸⁾ 1950년대 중반 대부분 군대를 철수하였다. 또한 미국은 1975년 중반에 다음해 1월에 UN군사령부를 해체할 준비가 되었다고 UN안보리에 보고하고, 이에 따라 UN군사령관을 당시 UN의 회원국도 아닌 한국군에게 지명할 수 있는 권한을 이양하겠다는 제안을 한바 있다. 그리고 UN총회는 최종적이지 않지만 평화협정의 체결과 한국 내에서 UN군의 해체를 결의한바 있다.³⁹⁾

한국정전협정이 소위 일반적 휴전협정으로서 평화협정에 준하는 법규범성을 유지하고 있다면 이는 UN 안보리 결의의 전제가 된 한국전쟁의 사실상 종료로 의미하므로 한국전쟁을 전제로 형성된 UN군 사령부는 해체되었어야 한다.⁴⁰⁾ 하지만 한국정전협정이 단지 군사적 충돌의 잠정적 중지에 대한 합의에 불과하다면 한국전쟁은 기술적으로(technically) 유지되고 있으므로 UN군사령부 존속의 표면적 근거가 존재하지만 정전협정의 당사국들은 정전협정에서 합의한 바에 따라 한국전쟁을 종식하고 한반도에 평화를 정착하기 위해서 종전선언이나 평화협정의 체결하려는 노력을 해야 할 의무가 있다. 이러한 논리의 연장선상에서 한국전쟁의 종전선언이 법적인 합의라면 UN군사령부의 해체는 법적 당위가 되고, 즉각적인 해체가 이루어지지 않는다면 UN헌장이 규정하고 있는 UN의 각국 주권에 대한 존중원칙을⁴¹⁾ 위반하게 된다. 한국전쟁 종전선언이 정치적 합의인 경우 한국전쟁 이후 기술적으로 유지되고 있는 한반도에서의 무력충돌상태를 종결하겠다는 의지에 대한 한국전쟁의 주된 당사자 간의 명시적 합의이므로 합의이행의 정치적 책무로서 무력충돌의 실질당사자가 UN군사령부의 해체를 요청한다면 UN군사령부는 존속의 정당성을 상실하게 된다.⁴²⁾

38) UN군 병력은 한국정전협정이 체결된 1953. 7.27일 가장 많은 932,964명이 존재했으나 당시 한국군이 590,911명, 미군이 302,483명이었고, 그 외 호주 17,000명, 영국 14,198명을 제외하고는 나머지 국가는 6,000명에서 44명 정도의 군대를 파견하고 있었다.

39) UN총회는 찬성59 대 반대51, 기권 29로 한국전쟁의 당사자들이 평화협정의 체결을 위한 협상을 시작하도록 요구하며 첫 단계로 한국정전협정의 개정과 함께 UN군사령부를 해체하는 결의를 채택하였다. UN GA. Res. 3390A, 1975. 동시에 UN총회는 찬성54 대 반대 43 그리고 기권42로 UN군사령부의 해체가 필요하면 남한 내에 있는 모든 UN깃발하의 군대가 철수되어야 한다는 결의를 채택하였다. UN GA. Res. 3390B, 1975.

40) 이 경우 한국전쟁 종전선언이나 평화협정의 체결 필요성이 약화된다.

41) UN헌장 제2조 1항.

42) UN군 사령부는 2018.11.6 판문점 공동경비구역(JSA)의 관리에 관한 권한을 남북한 당국에 이전하는데 기본적으로 합의하였다.

<https://www.stripes.com/news/pacific/koreas-ready-for-joint-guard-duty-as-dmz-truce-village-gets-new-look-1.555405>

하지만 현실의 한국 내 UN군사령부는 이러한 법리와 논리를 넘어서는 미국에 의한 힘의 정치(power politics)의 전형적 단면을 보여주는 정치적 군사기관이기 때문에 한국전쟁을 전제로서 설립되었음에도 한국전쟁과 별개로 존속하려는 관성을 보이고 있다.⁴³⁾

(4) UN의 결의에 따른 군사력 사용에 대한 평가

UN안보리의 군사력 사용권한을 허가받은 당사자가 무력사용을 통해 달성하고자 했던 정치적 또는 군사적 목표를 벗어나서 상황의 주된 변화를 발생시키는 전쟁의 확전을 하고자 하는 경우에 UN안보리의 새로운 결의가 필요하다. UN 헌장의 무력사용금지의 원칙을 고려하면 UN이 부여했던 무력사용 결의를 자의적으로 확대 해석하는 것은 불법적이다.⁴⁴⁾ 즉, 목적에 있어 주된 정책변화나 무력충돌을 확대할 위험이 있는 모든 중요한 군사적 조치는 반드시 UN안보리의 새로운 결의가 있어야 한다. 어떠한 경우에도 UN안보리의 무력사용에 관한 결의가 무력충돌의 확대를 위한 정당화 근거로 사용될 수 있다고 인식되어서는 안되며 분명하게 의도된 목적의 범위 내에 있어서 군사력사용 권한부여라고 해석되어야 한다. 한국전쟁에서 UN군이 인천상륙작전 이후 38선까지 진격함으로써 38선 이북으로 북한군을 격퇴하고 한반도 지역에서의 평화와 안전을 회복한다는 UN안보리 결의의 목적이 달성되었음에도 불구하고 한국 전쟁을 38선 이북으로 확장한 것은 UN안보리 결의의 부당한 확대해석이었다. 1950년 10월 이후 미국의 불법적 확전이 없었다면 1953년 7월까지 한국전쟁의 기간이 연장되어 발생한 엄청난 생명의 피해와 재산의 손실을 피할 수 있었을 것이다.

43) 유엔군사령관과 한미연합사령관을 겸하는 로버트 에이브럼스(Robert Abrams) 주한미군사령관 지명자는 "남북 대화 과정에서 관련 사안들은 모두 유엔군사령부에 의해 중재와 결정, 감시, 이행이 이뤄져야 한다"고 주장했다. http://imnews.imbc.com/replay/2018/nwtoday/article/4847053_22669.html. 2018.10.27 검색.

44) Jules Lobel, Michael Ratner, op. cit., p. 139.

Ⅲ. 한국정전협정의 법적 성격과 당사자 문제

1. 한국정전협정의 체결과 당사자

한국전쟁의 정화(cease-fire)에 합의한 한국정전협정은 당사자 간의 협의를 통해 한국문제를 평화적으로 해결하기 위한 궁극적인 평화협정이 체결되기까지 잠정적 효력만을 갖는 협정이다.⁴⁵⁾ 한국정전협정 자체가 인정하고 있는 잠정성은 정전협정이 평화프로세스의 서막이 아닌 평화프로세스 시작 이전까지 정화의 관리라는 전쟁법(jus in bello)의⁴⁶⁾ 임무를 가지고 있음을 의미한다.

한국정전협정은 당사자문제와 관련하여 독특함이 존재한다. 우선 정전협정 당사자인 중국은 한국전쟁에 중국 정부차원에서 개입이 아닌 중국 인민지원군(volunteers)의 참전하였다고 주장했다. 하지만 중국정부는 공식적 한국전쟁참여를 부정하면서도 정전협정의 당사자로 참여하는 모순을 노출하였으며 정전협정에 따른 1954년 제네바평화협상에도 당사자로 참여하였다. UN은 한국전쟁의 당사자가 아님에도 불구하고 UN군사령관이 한국정전협정에 서명당사자로 참여했으며, 한국정전협정의 이행과정에서 UN 자신의 회원국인 북한과 합의당사자로 역할하고 있다.⁴⁷⁾ UN이 한국전쟁의 당사자라면 한국전쟁의 타방 적대 당사자인 북한이 UN의 회원국 지위를 갖고 정상적으로 기능하고 있는 현실은 모순적이다. 또한 UN군사령부가 UN의 기관이라면 UN헌장에 부합하는 평화와 안전의 유지를 위한 남북간의 협력과정에서 훼방꾼(spoiler)의⁴⁸⁾ 역할을 하는 것은 UN헌장에 위배되는 행

45) 정전협정 제4조 60항. 정전협정은 90일 이내의 '상급' 정치회담을 통해 평화적 해결책이 마련될 때까지 효력을 갖도록 설계되었다. 박태균, “냉전시대의 비합리적 ‘신화’를 극복해야”, 민족화해 07-08, 2013, 13쪽. 정전협정이 예정한 정치회담은 1954년 4월에서야 스위스 제네바에서 개최되었으나 한국문제에 대한 어떠한 성과도 거두지 못하고 막을 내렸다.

46) Brian Orend, “Justice after War,” *Ethics & International Affairs*, vol. 16.1, Spring 2002, p.43.

47) 2000년 11월 7일 남한 군 당국이 아닌 UN군사령부와 북한군은 ‘비무장지대 일부구역 개방에 대한 국제연합군과 조선인민군간 합의서’를 채택하고 서울-신의주간 철도와 문산-개성간 도로가 통과하는 군사분계선과 비무장지대의 일부구역을 개방하고 ‘남과 북’의 관리구역으로 규정하였다. 최철영, “남북간 군사적 합의와 한국정전협정의 효력”, 성균관법학 제16권 제2호, 2004, 495-501쪽 참조.

48) 4.27판문점선언과 9.19 평양선언에 따른 남북 철도 연결 및 현대화 사업을 위해 10월 26일부터 진행될 예정이었던 경의선 철도 북측 구간의 현지 조사와 11월 5일에 있을 철도 북측 구간 점검이 모두 무산됐다. 영남일보, 남북 철도 공동조사, 유엔사와 협의 지연으로 무기한 연기, <http://www.yeongnam.com/mnews/newsview.do?mode=newsView&newskey=20181027.0100407170700>

위이다.

2. 휴전(Armistice) 또는 정전(Truce)인지의 모호성

한국정전협정은 휴전과 정전 어디에도 부합되지 않는 독특함을 가지고 있다. 우선 한국전쟁은 ‘정전’이라는 명시적인 협정의 명칭과 ‘군사적인’인 목적으로만⁴⁹⁾ 체결되었다는 점, 그리고 국내법상의 비준 절차를 거치지 않았다는 절차적 측면에서 국제법상 정전협정이다. 하지만 한국정전협정이 군 총사령관들에 의하여 체결되었으며, 그 효과가 교전당사자의 전 전투원과 전 전선에 대하여 일반적인 효과를 갖고 있다는 점에서 전통적인 정전협정이라고 하기 힘든 면이 있다.⁵⁰⁾

교전당사자의 정부 또는 군 총사령관이 체결하며, 특별한 협정상의 규정이 없는 한 국내법상의 비준절차를 거치는 휴전협정은⁵¹⁾ 정치적 목적을 위해 체결되는 것이 보통이다. 그러나 한국정전협정은 명시적으로 정치적 목적이 아닌 군사적 목적만을 위하여 체결되었다는 점, 협정의 당사자에 국제기구로서 UN이 포함되어 있다는 점,⁵²⁾ 국내법상의 비준절차가 결여되어 있다는 점에서 법적으로 휴전협정이라고 하기 곤란하다. 더욱이 정전협정은 쌍방의 한 급 높은 정치회의를 통해 한국문제의 평화적 해결문제들을 협의할 것을 예정하고 있었으며, 정전협정을 통해서만 군사적 측면에서만 현재의 적대행위를 중지하고자 하였다.⁵³⁾ 따라서 정전협정은 군사적 정전협정이며 평화를

01. 2018.10.27 검색.

49) 한국정전협정의 서언은 “쌍방에 막대한 고통과 유혈을 초래한 한국충돌을 정지시키기 위하여 서로 최후적인 평화적 해결이 달성될 때까지 한국에서의 적대행위와 일체의 무력행위의 완전한 정지를 보장하는 정전을 확립할 목적”으로 동 협정이 체결되었음을 밝히고 있다.

50) 이러한 측면에서 정전협정을 휴전협정으로 해석하기도 한다. 제성호, 한반도평화체제의 모색, 2002, 25쪽.

51) 김명기, 한반도평화조약의 체결, 1994, 19쪽.

52) 휴전은 오직 당사자 간의 법적관계이지만 정전은 당사자는 물론 제3자도 포함되는 관계이다. Shabtai Rosenne, *Israel's Armistice Agreement with the Arab State*, 1951, pp. 24-28, 김명기, 위의 책, 16쪽에서 재인용. 현대의 무력충돌 이후 평화협정체결 사례는 유엔과 같은 국제기구 또는 제3자의 참여에 의한 휴전협정을 보여주고 있다.

53) 당시 트루먼 미대통령의 결제를 받은 1951년 5월 16일자 미국 국가안보회의(NSC)정책 건의서는 한반도에서의 전투행위의 중지필요성과 관련하여 ‘정치적 목적’과 ‘군사적 목적’을 구분하고

담보할 수 있는 일반적 휴전협정으로 볼 수 없다.

3. 전쟁 중의 법으로서 한국정전협정과 전후법으로서 종전선언

(1) 전쟁 중의 법으로서 한국정전협정의 한계

정전(正戰)이론은 국제관계에서 전쟁을 완전히 제거하는 것이 불가능하다면 어느 정도 제한하는 것만이라도 필요하고 이익이 된다는 입장에서 전쟁을 개시할 권리와 관련된 전쟁개시법(jus ad bellum)으로 발전하였다. 이후 전쟁의 수행과정에서 민간인들이 전쟁의 주된 피해자로 인식되면서 이들을 보호해야 할 필요성이⁵⁴⁾ 제기되어 이미 발생한 전쟁에 대하여 적용되는 전쟁 중의 법(jus in bello)이 형성되었다. 전쟁 개시법과 전쟁 중의 법이라는 전쟁에 대한 법규범적 제한은 국제인도법의 핵심을 형성하였으며 1907년 육전법규 및 관습에 관한 헤이그 협약, 1949년의 4개 제네바협정 그리고 1977년의 제네바협정 추가의정서들을 통해 각각 성문화되었다. 냉전체제의 해체와 민족분쟁의 증가 그리고 소위 “실패한 국가”(failed states)의 존재는 전후의 상황에 대한 관심과 함께 정당한 전쟁에 대한 담론을 재론하도록 하였으며, 전후의 상황과 관련된 정전이론은 전후법(jus post bellum)규범체제 구성이론으로 발전하였다.⁵⁵⁾

한국정전협정은 적대 쌍방 간에 무력충돌을 정지하고 구체적인 전투의 재발을 방지하기 위한 구체적 조치들을 담고 있지만 전후의 법규범으로서 종전선언이나 평화협정이 마련되지 않은 상태에서 국제인도법, 국제인권법, 국제난민법, 국제형법 그리고 국제연합헌장과 같은 전후법이 달성하고자 하는 평화의 이념을 부분적으로 반영하고 있는 독특한 전쟁 중의 법이라고 할 수 있다.

정전협정회담에서는 군사적 목적만을 다루어야한다는 방침을 제시하였다. 이 기본방침은 1951년 6월 30일자 ‘일반지침’으로 하달되었다. 김보영, “정전회담쟁점과 정전협정”, 역사비평 2003년 여름호, 22쪽.

54) Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Article 13-26, Aug. 12, 1949, 6 U.S.T.3516.

55) Richard P. DiMeglio, “The Evolution of the Just War Tradition: Defining *Jus Post Bellum*,” *Military Law Review*, vol. 186, 2005, pp.132-140.

(2) 전후법(jus post bellum)으로서 종전선언

종전선언은 한국전쟁의 법적 종료와 함께 전후법규범 체제 구성을 위한 평화프로세스의 시작을 의미하는 정치적 합의로 의도되고 있다. 한국전쟁의 본질적 독특함으로 인해 한국전쟁 종전을 위한 법규범의 체계는 오로지 법적 성격을 갖는 규범들에 의해서만 구성되는 것이 아니라 평화과정의 진전에 따라 단계별로 법적 규범력에 있어서 다양성이 존재하는 당사자 간의 여러 합의들의 체계적 집적이 되어야 한다.⁵⁶⁾

결국 한반도에서의 종전선언은 전쟁의 종료와 전쟁전의 질서 회복이라는 일반적인 평화협정과 달리 전쟁 중에 형성된 현실 상태(status quo)를 인정하고, 이에 기초하여 한국전쟁의 당사자 간에 상호 인정(acknowledgment)⁵⁷⁾ 통하여 냉전체제를 해체하며, 한반도와 동북아의 새로운 평화질서를 형성하기 위한 대화의 공식적 시작을 선언하는 합의로서 전후법의 의미를 갖는다. 또한 3자 또는 4자간의 종전선언은 세계적인 냉전과 한국전쟁을 배경으로 형성되고 동북아 냉전질서를 규율하는 국제법규범으로 작용하고 있는 샌프란시스코 평화조약체제의 형성 근거의 소멸을 의미하기 때문에 한미일 동맹과 북중러 동맹으로 고착화된 샌프란시스코 평화조약 체제의 근본적인 변화를 추동하게 될 것이다.

IV. 종전선언의 법적 성격과 과제

1. 종전선언의 의미와 필요성

전통적으로 평화협정은 승전국과 패전국간에 맺어지는 일종의 불평등조약이다. 즉 전쟁상태의 종식, 교전국들 사이의 정상적인 관계회복, 새로운 침략전쟁의 방지를 위한 조치, 영토문제, 전범자처벌, 전쟁배상, 전패국의 전후발전에 관한 문제들을 포함하게 된다. 하지만 한국전쟁은 전쟁발발 당시 전쟁 당사자 쌍방의 국제법상 국가로서의 지위가 모호했다는 독특함, 한국전쟁의 성격이 국제적 전쟁과

56) 최철영, “국제법상 평화조약과 한반도평화협정”, 민주법학 35호, 2007, 169쪽.

57) 이는 국제법상 국가로서의 승인(recognition)과 구분하여 사용한 개념이다.

내전의 성격을 모두 포함하고 있다는 독특함, 전쟁의 당사자가 서명당사자와 일치하지 않는다는 독특함, 전쟁이 어느 일방의 패전과 항복으로 종결되지 않은 독특함, 종전도 평화도 아닌 기간이 65년 동안 유지되고 있다는 독특함을 보유하고 있으므로 한국 전쟁의 종결은 전통적인 평화협정의 체결이 아닌 창조적 방법을 통해 새롭고 독특한 구조로 이루어 질 수 있으며, 정치적 선언으로서 법적 효과를 갖는 한국전쟁 종전선언 또한 전쟁을 종료하는 한국의 독특한 방식의 하나가 될 수 있다.⁵⁸⁾

구체적으로 종전선언은 법적인 한반도 평화협정체제 형성을 위한 논의의 틀을 제공하는 플랫폼적 합의로서 한반도 통일의 미래를 지향하는 다양한 평화협정체제가 구축되는 과정에서 효력을 상실하는 잠정성을 갖는다는 점에서 독특성을 갖는다. 종전선언은 궁극적 한반도평화를 만들어 가는 과정적 선언으로서 평화유지구조 형성을 위한 기본 원칙과 이행을 위한 기구의 권력배분 등의 원칙을 선언하지만 이는 오로지 부분적이고 과도적이며, 항구적 평화를 위한 다음 단계의 추가적인 진전을 요구하는 기능만을 하는 것이다.

2. 전후법규범으로서 종전선언과 종전선언의 방식

(1) 전후법으로서 종전선언과 정전협정의 효력

전후법으로서 종전선언과 같은 특정한 형식의 평화에 대한 합의가 존재하는 경우 전쟁 중의 법으로서 정전협정은 효력을 상실하게 된다. 전후법의 존재의미는 전시와 평시의 음영지대(penumbra)에서 전쟁으로의 회귀를 막고 평화로의 전환과정의 개시를 매개하는 과도적, 잠정적 역할에 있다. 전후법의 역할이 종료되고 종전협정이나 평화조약 등에 의하여 평화과정이 상당히 진행된 이후에 확보될 수 있는 ‘지속 가능한 평화의 구축’이라는 시점까지 종전선언의 효과가 유지되는 것은 정치적, 법적 측면에서 바람직하지 않다. 전후법으로서 종전선언의 적용기간이 장기화되는 경우 한국정전협정의 경우와 같이 그 실효성을 상실해가면서 크고 작은 적대행위의 재개가 이루어질 수 있다.

종전선언에 의하여 평화프로세스가 시작되는 경우에도 평화과정에서 체결되는

58) 종전의 방식으로 교전당사국 일방 또는 공동의 종전선언, 평화협정체결, 패전국의 소멸 등을 열거할 수 있다. 이기범, 앞의 글, 46쪽.

당사자 간의 법적 합의들이 전후법으로서 종전선언의 원칙선언 내용들과 부합하지 않는 경우 원칙선언과 이에 기초한 법규범과의 충돌로 인해 평화구축의 지연을 야기할 수 있음을 고려하여야 한다. 이러한 측면에서 종전선언은 현재의 법(*lex lata*)으로서 한국정전협정과 있어야 할 법(*lex ferenda*)으로서 당사자 간의 구체적인 법적 합의로서 평화협정을 통한 공고한 평화확보까지의 상태에 직접적으로 영향을 주는 당사자 간의 정치적 합의에 의한 연성법규범이라고 할 수 있다.⁵⁹⁾ 평화협정체제를 구성하는 여러 법규범을 종전선언에서 분리하여 파편적으로 접근하면 전후법으로서 종전선언의 역할 및 기능과 충돌이 발생하여 체계적인 평화협정체제의 형성이 어려워진다. 이 과정에서 평화구축의 동반당사자로서 과거의 적대 당사자 사이에는 신뢰(*trust*)와 공정성(*fairness*)이라는 전후의 정의(*justice*)에 대한 확고한 합의가 필요하다.

(2) 종전선언의 방식

종전선언은 일방적 종전선언과 공동선언으로 구분할 수 있다.

문서 또는 구두에⁶⁰⁾ 의한 교전당사자의 일방에 의한 단독 종전선언은 타방 당사자가 이에 동의하는 문서 또는 구두방식의 종전선언을 하는 경우에 공식적 선언의 교환으로 종전의 정치적 또는 법적 효과가 발생할 수 있다. 일방적 종전선언에 대한 타방당사자의 동의표시가 법적인 경우에 법적 효과를 발생한다는 견해도⁶¹⁾ 있지만 일방적 종전선언은 법적인 의사의 합치를 확인하기 곤란하기 때문에 일방적 종전선언 그 자체는 정치적 성격만을 갖는 것으로 해석하고 타방 당사자의 동의행위가 있는 경우 정치적 합의가 성립되는 것으로 봐야한다. 이러한 종전선언의 교환에 의한 종전은 정치적 성격을 가지게 되며 법적인 종전을 위해서는 종전에 대한 정치적 의지의 확인에 기초한 후속적인 법적 합의가 이루어져야 한다. 다만, 전쟁의 승전국이 행하는 일방적 종전선언은 전쟁의 지속으로 인한 인명의 살상을 배제하기 위해 타방 당사자의 동의나 확인이 없어도 효력을 갖게 된다. 일방적 종전선언의 사례로는 1951년 10월 24일 해리 트루먼 미국 대통령의 ‘독일과의 전쟁상태 종료’선언이 있지만 이는 지극히 정치적 제스처에 불과했

59) Vincent Chetail, *Post-Conflict Peacebuilding : A Lexicon*, 2009, p.18.

60) 1969년 비엔나 조약법협약 제3조는 구두에 의한 조약의 효력을 부정하지 않는다. 정인섭, 신국 제법강의, 2017, 281-282쪽.

61) 이기범, 앞의 글, 47쪽.

다.⁶²⁾

공동 종전선언은 정치적 합의로서 신사협정에 불과한 공동 종전선언과 법적 구속력 있는 공동 종전선언으로 구분할 수 있다. 대부분의 경우 평화협정을 통해 그 내용의 일부로 종전을 선언하지만 종전만을 목적으로 하는 정치적 선언 또는 법적 선언도 존재한다.⁶³⁾

한반도에서 현재 추진되고 있는 종전선언은 당사자들에 의한 공동의 정치적 종전선언으로서 평화협정과 별도의 단계에서 체결하려는 것이다. 한국정전협정의 독특성으로 인해 정치적 종전선언이 한국의 냉전관련 법제도에 미치는 직접적 법적 효과는 크지 않겠지만 향후 한반도 평화프로세스를 통한 법규범적 평화체제의 첫 대화를 공식화하고 구조화하기 위해서라도 종전선언은 필요하다.⁶⁴⁾

3. 종전선언의 정치적 성격과 법적 효과

(1) 정치적 선언으로서 종전선언

종전선언이 정치적 성격을 갖는다고 해도 당사자 상호간 신뢰형성과 종전선언의 성실한 이행을 위한 책무라는 차원에서 한반도의 냉전적 국제법질서 및 국내법제의 개정과 폐지를 위한 작업들이 후속적으로 수행되어야 한다. 종전선언에 정치적 성격을 부여한다는 것은 종전선언 불이행에 대해 국제법적 책임을 부과하지 않겠다는 의미이며, 이행의지 없이 종전을 합의하거나 합의 이후 이행은 전적으로 당사자의 자유의사에 맡긴다는 의도로 체결되었다는 의미는 아니다. 따라서 현재 논의되고 있는 북한의 비핵화에 대한 대응으로서 종전선언은 단지 하나의 정치적 행위나 문서가 아니라 한국전쟁과 한국정전협정에 의해 형성된 냉전적 한반도 관련 국제법규범들과 남북한의 국내법제의 개정 및 폐지 논의를 시작하는 법의 연원(source of law)으로서 의미를 갖게 된다.

62) 위의 글, 48쪽.

63) 1989년 말타에서 개최된 미국의 부시대통령과 소련의 고르바초프 대통령 간의 회담은 성명서를 통해 유럽에서의 냉전체제 종식에 대하여 정치적으로 합의하였으며, 1956년 소련과 일본간 공동선언 및 1993년 이스라엘과 팔레스타인해방기구(PLO)간의 평화에 대한 합의는 법적 성격의 선언형태로 이루어졌다.

64) 이기범, 위의 글, 51쪽.

(2) 연성법(soft law)로서 종전선언과 동북아 안보 조약

한국전쟁 종전선언이 정치적 성격을 갖는다고 하더라도 한국전쟁의 최후적 종료를 위한 협상의 시작과 구체적 원칙을⁶⁵⁾ 선언하고, 절차 이행을 위한 선언당사자들의 이행의지가 강력하게 담보되는 연성법적 성격을 보유해야만 한국전쟁의 종료와 관련해서 의미를 갖게 된다. 즉, 종전선언문 그 자체는 엄격한 의미의 법적 문서로서 법규범(hard law)이 아니라고 하더라도 종전선언으로 인해 개정 또는 폐지를 검토해야 하는 법적 문서들이 존재한다는 측면에서 종전선언은 신사협정(gentlemen's agreement)이 아닌 연성법(soft law)로서의 성격을 갖고 있어야 한다.⁶⁶⁾

종전선언은 한국전쟁을 전제로 형성된 한반도의 분단체제를 구성하고 유지하는 국내 법제로서 현행 헌법을 비롯한 냉전법령의 개폐와 직접 연관되어 있다. 그리고 종전선언은 냉전적 동북아 국제질서를 체제화하고 있는 샌프란시스코 평화조약, 한미상호방위조약, 북중군사동맹조약, 북미와 북일 간 외교관계에 근본적인 영향을 주게 될 것이며, 한국 내에서 이들 규범과 관계를 전제로 구축된 UN군사령부, 주한미군 등의 지위와 존재에 대한 새로운 논의를 시작하는 정치적 동인(動因)이 될 것이다. 또한 종전선언 이후 북미관계를 설정하기 위한 평화조약, 남북관계를 규율하기 위한 새로운 법적 합의, 일본의 전쟁책임배상과 외교관계 수립을 포함하는 북·일 관계정상화조약 등 다각적인 양자적 국제법률관계의 형성 또한 필요하게 될 것이다.

(3) 종전선언의 사실상 확정력과 창설적 효력

종전선언 이후 종전선언의 조건인 비핵화 프로세스를 북한이 중단한다고 해서 종전선언에 기초하여 개정되거나 폐기된 냉전적 법규범과 제도가 원상회복되어서

65) 1994년 이스라엘과 팔레스타인간의 잠정자치합의에 관한 원칙선언의 협상과정에서는 신뢰(trust), 공평(fairness), 그리고 창의성(creativity)이 중요한 역할을 하였다. Katherine W. Meighan, "The Israel-PLO Declaration of Principles: Prelude to a Peace?," *Virginia Journal of International Law*, Vol. 34, 1994 Winter, pp.141-142.

66) 2007년 참여정부도 북에게는 안전보장이 되고 미국에게는 핵폐기 논의가 개선될 수 있는 방안으로 종전선언을 추진하였다. 그래서 공동성명이나 공동선언이 국제법적 구속력이 없는 신사협정으로 간주되는 것을 피하기 위해 협정형태의 종전선언을 통해 서명, 비준 등 엄격한 절차를 거쳐 국제법상 조약에 준하는 효력을 부여하고자 했다. 백종천, "종전선언, 남북의 '포괄적·점진적 접근전략'", 민족 21, 2011. 11, 61쪽.

는 안된다. 법의 안정성을 훼손하고 한반도에서 형성된 최소한의 신뢰와 소극적 평화를 허무는 행위이기 때문이다. 이런 측면에서 정치적 종전선언은 언제라도 취소할 수 있지만 종전선언으로 이루어진 법제 및 사회경제적 변화는 어느 정도 불가역적 성격을 갖게 된다.

한반도에서 65년 동안 이어진 비정상적 정전상태의 독특함으로 인해 한반도는 사실상 종전, 기술적 전쟁 상태가⁶⁷⁾ 유지되고 있기 때문에 종전선언이 평화 창설적 성격은 없이 이러한 종전 상태를 확인하고 선언하는 정치적 성질만을 갖는다면 냉전적 제도해체를 목적으로 하는 국제적 그리고 국내적 실효성은 현저히 약화된다. 즉, 종전선언에 선언적 의미만을 부여할 경우 한반도 평화정착에 기여하는 종전선언의 법규범적 부가가치는 크게 떨어지게 된다.⁶⁸⁾ 그럼에도 불구하고 한국전쟁 당사자들 간의 합의에 의한 종전선언은 한국정전협정에 따라 개최되었으나 중단된 한국문제의 최후적인 평화적 해결을 위한 1954년 제네바협상을 다시 개시하여 본격적인 한반도 평화협상 논의를 시작한다는 점에서 창설성을 지니게 될 것이다.

4. 종전선언의 당사자와 내용

(1) 종전선언의 당사자문제

한국전쟁 발발 당시 한국은 UN안보리의 결의를 통해 UN 감시 하에 한반도에서 선거가 이루어진 지역에서의 유일한 합법정부로 인정되었으나 한반도를 대표하는 정부로서 인정되지는 않았다. 북한 또한 1948년 9월 정부수립을 선포하였으나 한반도를 대표하는 정부로서 국제적인 승인을 획득하지는 못하였다. 한국전쟁의 직접 당사자로서 남북한의 한국전쟁 당시 법적 지위와 종전선언의 당사자문제는 당연히 관련성을 갖는다. 이 문제에 대하여 남북은 이미 2007년 10.4 선언을 통해 종전협정의 당사자로 남북과 미국의 3자 또는 4자에 대하여 합의하였기 때문에 종전협정 당사자문제는 결국 한반도에 무력을 배치하고 있는 미국이 아닌

67) 2006년 3월 북한인민군 대변인은 북한과 미국이 기술적으로(technically) 전쟁상태에 있기 때문에 미국의 선제공격을 선제적으로 제압할 수 있다고 주장한 바 있으며, 2007년 9월에도 북한과 미국이 수십 년간 기술적으로 전쟁상태에 있다는 지적을 하였다. 이근관, 앞의 글, 167쪽. 각주7.

68) 이근관, 위의 글, 182쪽.

한국정전협정의 형식 당사자로서 중국의 참여문제이다.

그 동안 한반도에 실질적인 무력을 배치하고 있지 않은 당사자라는 실제적 이유와 형식적으로 한중 및 미중관계가 정상화되어 있다는 이유로 중국을 종전선언의 당사자에서 배제하려는 입장과 흐름이 있었다. 하지만 종전선언은 한국전쟁을 종료하는 합의로서 한국전쟁의 실질적 당사국이며 한국정전협정의 서명당사자인 중국이 배제된다는 것은 법리적으로도 그리고 현실적으로도 한반도 평화정착에 큰 결락으로 작용할 것이다. 한국전쟁에서 중국인민지원군들이 18만 명 이상 사망하였기에 중국의 입장에서는 한국전쟁 참전 의용군 희생자 그리고 그 유족에 대한 영예와 보훈차원에서라도 한국전쟁의 종료에 당사자 자격을 요구할 수 있으며, 형식적으로도 중국은 종전선언을 통해 종료하려는 한국정전협정의 명시적인 당사자이다. 종전선언이 정치적 성격에서 추진되는 경우 중국이 법적인 의미에서 당사자 자격을 주장할 수 없지만 남북한과 미국은 종전선언의 이행의지 담보라는 실질적 효과측면에서 중국의 종전선언 당사자 참여주장을 수인해야할 정치적 의무(imperative)가 있다.

(2) 종전선언의 내용문제

종전선언에 어떤 내용이 포함되어야할 것인가 하는 문제는 한국전쟁을 종료하고 한국정전협정이 규율하고 있었던 한반도의 냉전질서를 대체할 정치적 또는 법률적 합의를 통해 한반도와 동북아 평화질서를 어떻게 새로이 구성할 것인가 하는 검토 속에서 결정되어야 한다. 물론 정치적 성격의 종전선언이 이 모든 사명을 이행하기에는 법적인 측면에서 분명한 한계가 있지만 최소한 공식성 있는 당사자 간의 합의로서 역사적, 정치적 그리고 외교적 중대성을 고려할 때 한반도와 동북아의 냉전체제가 어떠한 방식으로 해체되고 새롭게 구성될지에 관한 큰 원칙들이 종전선언에 의해 제시되어야 한다. 이러한 측면에서 종전선언은 종전의 원칙선언(declaration of principles) 형태를 갖게 된다.

또한 종전선언은 참여 당사자가 누구인가에 따라 그 내용이 달라질 수 있으며 종전선언을 통해 달성하려는 목표에 따라서도 포함해야할 원칙과 규칙들의 범위가 달라진다. 종전선언은 평화협정이 아니라 평화협정으로 들어서는 입구를 열어주는 문서로서 역할을 하기 때문에 일반적인 평화협정과는 다른 내용을 담을 수 밖에 없다.⁶⁹⁾

이러한 사항들을 고려하면 한국전쟁 종전선언은 크게 참여당사자간 공동의 인식과 가치 및 지향점을 내용으로 하는 전문(前文)과 한국정전협정의 소멸 이후 새로운 평화협정이 체결되기까지의 과도기 한반도평화관리를 포함하는 종전선언의 제도화, 한국문제의 독특성을 반영하여 남북관계를 규정하는 실체규정 그리고 개별 참여당사국들이 이행해야하는 향후 과제를 포함하는 종결규정 등의 기본구조를 갖추어야 한다. 이와 함께 필요한 경우 종전선언 참여당사국의 향후 이행과제를 상세히 담은 부속문서를 포함할 수 있다.

종전선언의 구체적인 내용으로는 ① 한국전쟁에 대한 당사국들의 합의된 평가와 한반도에서의 평화를 위한 관계국들의 의지 확인, ② 공식적인 한국전쟁의 종료선언과 이를 제도화하기 위한 당사국들의 책무와 조치, ③ 전시관계에서 평시관계로 전환된 한국전쟁 당사국들 간의 관계정상화, ④ 종전선언 이후 한반도와 동북아시아의 새로운 평화질서 형성을 위한 상설적 대화기구를 포함하는 한국문제의 최후적인 평화적 해결을 위한 조치, ⑤ 통일을 지향하는 국가적 실체로서 남북관계의 특수성에 대한 승인, ⑥ 한반도의 평화와 번영에 대한 관계국들의 지지와 협력 선언, ⑦ 한반도평화협정이 체결되기까지 남북간 기존합의의 성실한 이행선언과 이를 보장하기 위한 기구의 설치 그리고 ⑧ 북한의 비핵화와 미국의 북한에 대한 체제보장 그리고 남한의 북한에 대한 경제협력사업 추진 등 한국전쟁 종전선언 참여당사국들의 향후 이행과제에 대한 약속 등이 포함될 수 있을 것이다.

V. 한반도 평화프로세스에서 종전선언과 평화협정의 지위

1. 종전선언을 통한 소극적 평화단계 진입

한반도 정전체제를 소극적 평화단계로 전환하기 위한 합의과정에 관계당사자들의 정치적인 종전선언행위가 개입되는 경우 전쟁에서 평화로의 전환과정에서 만

69) 한국전쟁 종전선언과 한국평화협정을 혼동하여 핵심적인 내용에 남북 간의 평화의지 확인이나 남북관계의 정상화, 남북기본합의서의 전면적 이행 및 남북공동위원회 정상화 등을 언급하는 경우가 있다. 이근관, 앞의 글, 188쪽.

들어지는 합의의 법적 성격에 대한 고정관념에서 파생되는 오해가 생길 수 있다.⁷⁰⁾

종전선언은 무력적 충돌이 없는 상태 또는 국가 간의 무력충돌이나 국가내의 반란, 폭동, 혁명 등 모든 종류의 폭력이 통제된 안정 상태인 ‘소극적 평화’(negative peace)상태를 목표로 하는 것이며 조금 더 확장되면 상호비방 및 적대적 심리전의 중지 상태까지 포함한다. 소극적 평화단계는 전쟁의 당사자 간에 적극적이며 우호적인 관계로까지 진전되지 못한 단계이다.⁷¹⁾ 이러한 측면에서 보면 현재 남북간 합의에 의한 판문점 공동경비구역(JSA) 비무장화, DMZ 지뢰제거와 함께 한반도내에서 직접 당사자 간의 종전선언이 없이도 이미 소극적 평화상태는 조성되어 있다고 할 수 있다.⁷²⁾ 따라서 종전선언이 의미를 가지려면 평화협정의 방식에 의한 법적인 종전을 목적으로 하는 협상을 만들기 위한 협상(talks about talks)의 플랫폼 제공을 통해⁷³⁾ 당사자들이 확고한 평화관계를 구성해 나가는 합의과정을 만들어가는 준거로서 역할을 해야 한다.⁷⁴⁾

2. 종전선언과 한반도 평화협정의 관계

평화협정(peace agreement)은 일반적으로 평화조약(peace treaty)에 대하여 부여되는 명칭의 하나로서 전쟁상태를 법적으로 종결하고 정상적인 국가 간의 관계를 회복하기 위하여 체결하는 정치군사조약 또는 강화조약을 의미한다. 한반도에서

70) Wolff Heintschel von Heinegg, “Factors in War to Peace Transition,” *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 27, 2004, p.843. 2007 남북공동선언 이후 당시 청와대가 ‘평화협상의 개시를 위한 종전선언’이라는 입장을 보이고 외교부는 ‘평화협정의 일부 내용으로서 종전선언’이라는 견해를 피력하며 혼란을 야기하는 것이(한겨레신문, 2007.10.24자 참조.) 단적인 사례이다.

71) 고병철, “남북한 평화체제의 접근방법 및 방안”, 구영록 외(편), 『남북한의 평화구조』, 1990, 332쪽. 소극적 평화는 동서냉전기에 전쟁의 회피에 주안점이 놓여 있었다.

72) 국방부는 “남북 군사 당국은 11월 1일 00시부터 지상·해상·공중에서의 상대방에 대한 일체의 적대행위를 전면 중지할 것”이라고 밝혔다. 중앙일보, “내일부터 남북 간 지상·해상·공중 적대행위 전면 중지” <https://news.joins.com/article/23083371>. 2018.10.31검색.

73) 2013년 1월 16일 우간다의 캄팔라(Kampala)에서 콩고동부의 분쟁 당사자인 콩고정부와 M23 간의 대화를 위한 합의가 우간다 정부의 중개에 의하여 이루어졌다. 동 합의는 2009년 3월에 이루어진 합의의 확인(review), 사람 및 재화의 자유이동과 안전 및 질서회복, 사회적·정치적 및 경제적 문제, 이행계획 등에 대하여 매우 간략한 합의를 내용으로 하고 있다. Agenda for the Dialogue between the Government of the Democratic Republic of Congo(DRC) and M23 in the Situation in Eastern DRC.

74) 이러한 평화협정의 단계별 분류는 각각의 단계에서 평화협정이라고 불리는 문서들이 수행해야 하는 기능적 공통점을 보여주는 것이다. Christine Bell-A, *Peace Agreements and Human Rights*, Oxford University Press, 2000, p.56

평화협정은 종전선언 이후에 한국정전협정과의 법적 연계성이라는 차원에서 “(가칭)한국문제의 최종적인 평화적 해결에 관한 합의서”(이하 ‘한반도 평화 최종합의서’) 단계를 거쳐야 한다. 이를 통해 적대관계에 있는 남북미 또는 남북미중 간에 우호 및 선린관계를 회복하고 공동의 미래번영을 목적으로 하는 평화협정을 체결할 수 있게 되며 이 평화협정은 세 가지 특징을 갖게 된다.⁷⁵⁾

첫째, 한국 전쟁의 당사자 사이의 평화달성을 위한 직접협상을 통해서 남한 및 미국의 입장에서 국내법상 반란단체 또는 국제법상 교전단체에 불과한 북한은 남한 및 미국과 대등한 정부 또는 국가의 지위를 인정받는다. 이러한 접근은 분쟁의 해결에 있어 기본적으로 국가당사자들만의 관여방식을 채택해 왔던 과거의 방식과 비교된다. 따라서 남한과 북한은 상호 국가성을 부정하면서도 정치적 선언으로서 종전선언은 물론이고 국제법상 평화협정의 당사자가 될 수 있다.

둘째, 한반도 평화협정은 포괄적이고 항구적인 정전(cease-fires)을 당사자 자신의 권력의 획득 또는 행사를 위한 새로운 정치적 그리고 법적 합의와 연계하게 된다. 한국전쟁 종전선언은 ‘한반도 평화 최종합의서’를 통하여 한반도의 군사분계선을 사실상의 주권적 관할권의 경계선으로 전환하고, 각각의 영역에서 남북한의 정부가 각각의 영역에서 실효적 통치권을 행사하고 있음을 상호 인정하여 이를 각각의 입법을 통해 제도화하도록 선언할 수 있다.

셋째, ‘한반도 평화 최종합의서’는 도달하기 어려운 해결의 조건들을 공식적으로 문서화하고, 국내적 및 국제적인 참여를 포함하여 이해관계 당사자들이 공개적으로 이용 가능한 협정의 형식으로 채택될 수 있다. 이는 또한 당사자 간에 해결하기로 한 사항과 해결해야 할 사항을 구체화하고, 참여당사국들이 서명할 뿐만 아니라 필요하다면 한국문제와 동북아 평화질서에 직접적 이해관계를 갖는 국가들의 참여를 위해 개방될 수 있다.

3. 평화협정을 통한 적극적 평화확보

한반도 평화프로세스는 남북한과 미국이 이행당사자가 되고 중국과 러시아, 일본이 합의의 이행을 보증하는 ‘한반도 평화 최종합의서’ 이후에도 당사자 간의 우

75) Christine Bell-B, “Peace Agreement: Their Nature and Legal Status,” *American Journal of International Law*, Vol. 100, 2006 April, p.374. 최철영, “국제법상 평화조약과 한반도평화협정”, 민주법학 35권, 2007, 154쪽에서 재인용.

호관계 증진, 대사관 또는 대표부의 개설 등을 포함하는 이항협정으로서 포괄적 한반도 평화협정을 체결함으로써 완성될 수 있다.

‘규범적이고, 역동적이며, 조직적인’ 초국가적 법적 과정으로서 한반도 평화조약 체제가 실효성을 담보하기 위해서는 평화에 대한 합의를 협정의 형식을 통해 법규범화하여 법적 구속력을 갖고 분쟁해결의 준칙으로 역할을 하도록 해야 한다.⁷⁶⁾ 이러한 배경에서 체결되는 한반도 평화협정은 첫째, 분쟁의 당사자들이 국가성을 포함하는 자기의 정체성을 결정하고, 둘째, 남북한과 미국 등 직접 당사자 외에 중국과 러시아, 일본 등 제3자가 협정의 이행촉진자로서 참여해야 하며, 셋째, 한반도의 새로운 평화법규범질서의 설립이라는 입법적 의무내용과 분쟁당사자간에 형평적 차원에서 이해관계를 주고받는 계약적 의무내용을 모두 포함해야 한다는⁷⁷⁾ 점에서 국제법상 일반적 조약과 다른 독특한 성격을 갖게 될 것이다.⁷⁸⁾

현실에 있어 법규범화 된 평화협정의 진정성 있는 이행여부는 평화프로세스에서 타방 당사자 및 이해관계자 사이의 협상을 지속시켜 나가는 직접 당사자의 의지와 상호간 신뢰의 정도에 달려있다.⁷⁹⁾ 무력충돌의 직접 당사자가 아닌 협정 당사자는 평화협정의 체결에 장애가 되거나 평화협정의 이행에 방해가 되는 존재로서 자국의 국제전략, 국익에 도움이 되지 않는 협상에 소극적이고 평화협정을 체결하려는 노력에 찬물을 끼얹는 되는 국가가 될 수 있으므로 최소화 되어야 한다.⁸⁰⁾ 따라서 평화협정의 서명자로서 제3자의 역할은 평화의 보장자로서보다는 평화협정의 이행과정을 촉진하는 촉진자로서 자신의 역할을 강화하는데 방점이 놓여야 한다. 제3자의 촉진자 역할은 어떻게 제3자가 중립성, 일관성, 그리고 공정성을 유지하면서 평화정착을 지원하는가에 따라 영향을 받는다.⁸¹⁾

76) Harold Hongju Koh, "Why Do Nations Obey International Law?," *Yale Law Journal*, Vol. 106, 1997, p.2646.

77) 입법적 조약과 계약적 조약의 구분에 대하여는 Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, 2000, pp.37-38.

78) Christine Bell-A, op.cit., p.407.

79) 이러한 과정은 초국가적 당사자사이의 상호작용, 법규범적용의 해석, 그리고 법규범의 국내화라는 세 가지 주요 측면에서 확인할 수 있다.

80) David E. Cunningham, "Who Should Be at the Table?: Veto Players and Peace Process in Civil War," *Penn State Journal of Law & International Affairs*, vol. 2, April 2013, p.40.

81) Ralph Wilde, "From Danzig to East Timor and Beyond: The Role of International Territorial Administration," *American Journal of International Law*, Vol. 95, 2001, p.583.

VI. 결론 : 종전선언 이후 한반도 평화프로세스의 법제도적 과제

한반도의 평화보다는 안보를 우선하는 관성적 안보인식으로 인해 종전선언은 정치적 성격의 선언으로 추진되고 있다. 따라서 종전선언이 한국전쟁 당사국 정상들이 서명하는 문서의 형식으로 체결되더라도 국제법적인 조약이 될 수는 없다. 이는 종전선언의 당사자 입장에서 법적인 종전선언으로 인한 급격한 근본적 안보환경의 변화를 제어하고, 주변국의 한반도에 대한 이해관계와 기득권을 유지하도록 하면서도 현행의 냉전적 법제도의 개폐에 관한 논의를 본격화할 수 있는 정치적 정당성이 근거를 마련하려는 주관적 의도가 반영된 결과이다. 하지만 정치적일지라도 당사자 간에 종전에 대한 합의가 공식화되면 법적으로 종결되지 않은 한국전쟁의 종식, 한국정전협정체제 해체, 남북한에 내재화되어 있는 냉전적 국내법제의 근본적인 개선 등과 같은 후속 조치는 신의성실의 원칙에 따라 수반되어야 한다.

결국 한국전쟁의 종전선언이 이루어지면 한국정전협정이 전쟁의 존재를 전제로 규정하고 있는 군사분계선(MDL)과 비무장지대(DMZ), 군사정전위원회와 중립국감독위원회를 대체하는 제도에 대한 합의가 필요하며, 동시에 한국전쟁을 근거로 설치된 UN군사령부(UNC)의 정치군사적 정당성의 근거도 소멸하기 때문에 UN군사령부의 해체 이후 한반도와 동북아 안보를 위한 UN차원의 새로운 한반도 평화기구 설치가 논의되어야 한다.

이런 측면에서 한국문제의 독특한(*sui generis*) 성격을 반영한 정치적 종전선언은 전쟁법에서 평화법으로 전환되는 시기의 음영지대에서 역할하는 연성적 전후법(*jus post bellum*)으로서 독특한 의미가 있다. 종전선언은 통일을 지향하는 국가적 실체로서 남북간 관계의 독특성과 승자도 패자도 없는 한국전쟁 결과의 독특성 그리고 종전을 통해 전쟁 전 질서의 회복이 아니라 현존 질서의 유지와 평화를 위한 다음 단계로의 전환을 도모하는 창의적 방안으로서 ‘한반도 평화 최종합의서’의⁸²⁾ 체결을 포함하는 평화협정체제의 구축을 지향해야 한다. 한국전쟁 종전선언은 한반도 평화프로세스의 소극적 평화단계를 규율하는 법적 문서들의 체결

82) 독일통일과정에서도 별도의 평화조약이 체결되지 않고 소위 2+4조약, 즉 “독일문제의 최종해결에 관한 조약”이 체결되었다.

을 목표로 하는 정치적 합의문서이며, 평화협정체제를 구성하는 법적인 합의문서들을 도출하는 협상의 플랫폼으로서 안정적인 한반도평화협정체제가 구축되면 그 기능을 상실하고 소멸하는 잠정성이라는 독특성을 갖게 될 것이다.

(논문투고일 : 2018.11.18, 심사개시일 : 2018.11.19, 게재확정일 : 2018.12.20)



▶ **최 철 영**

한국전쟁, 한국정전협정, UN군사령부, 종전선언, 한반도 평화프로세스

【참 고 문 헌】

I. 국내 문헌

- 고병철, 「남북한 평화체제의 접근방법 및 방안」, 구영록 외(편), 『남북한의 평화구조』, 1990
- 김동춘, 한국전쟁 60년, 한반도와 세계, 역사비평 091, 2010 여름
- 박태균, 한국전쟁, 책과함께, 2005.
- 정전협정과 종전선언, 역사비평 123, 2018 여름
- 백종천, 종전선언, 남북의 ‘포괄적·점진적 접근전략’, 민족 21, 2011
- 이근관, 한반도 종전선언과 평화체제 수립의 국제법적 함의, 서울대학교 법학, 제 49권 제2호, 2008.6
- 이기범, 종전선언 및 평화협정에 관한 국제법적 소고, 외교 제126호, 2018. 7.
- 정태욱, 한국 UN군사령부(UNC)의 법적 성격, 민주법학 34권, 2007
- 제성호, 한반도평화체제의 모색, 지평서원, 2002
- 최철영, 법체제를 통한 한반도평화연구, 성균관법학 제17호, 2005
- 국제법상 평화조약과 한반도평화협정, 민주법학 35권, 2007
- 전후법(*jus post bellum*)으로서 정전협정의 역할과 한계, 민주법학 43권, 2010

II. 외국 문헌

- Brian Orend, “Justice after War,” *Ethics & International Affairs*, vol. 16.1, Spring 2002
- Christine Bell-B, “Peace Agreement: Their Nature and Legal Status,” *American Journal of International Law*, Vol. 100, 2006 April
- David D. Caron, “The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council,” *A.J.I.L.*, vol. 87, 1993
- David E. Cunningham, “Who Should Be at the Table?: Veto Players and Peace Process in Civil War,” *Penn State Journal of Law & International Affairs*,

vol. 2, April 2013

Harold Hongju Koh, "Why Do Nations Obey International Law?," *Yale Law Journal*, Vol. 106, 1997

Hersch Lauterpacht, "The Limits of the operation of the Law of War," *B.Y.I.L.*, vol. 30, 1953

Jules Lobel, Michael Ratner, "Bypassing the Security Council: Ambiguous Authorizations to Use Force, Cease-Fires and the Iraq Inspection Regime", *A.J.I.L.*, vol. 93, 1999

Katherine W. Meighan, "The Israel-PLO Declaration of Principles: Prelude to a Peace?," *Virginia Journal of International Law*, vol. 34, 1994 Winter

Patric M. Norton, "Between the Ideology and the Reality: The Shadow of the Law of Neutrality," *Harvard International Law Journal*, vol. 17, 1975

Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, 2000

Ralph Wilde, "From Danzig to East Timor and Beyond: The Role of International Territorial Administration," *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001

Richard Baxter, "Constitutional Forms and Some Legal Problems of International Military Command," *B.Y.I.L.*, vol.29, 1952

Richard P. DiMeglio, "The Evolution of the Just War Tradition: Defining *Jus Post Bellum*," *Military Law Review*, vol. 186, 2005

Shabtai Rosenne, *Israel's Armistice Agreement with the Arab State*, 1951

Sergey Sayapin, "A Great Unknown: The Definition of Aggression Revisited", *Michigan State Journal of International Law*, vol. 17, 2008-2009

Vincent Chetail, *Post-Conflict Peacebuilding : A Lexicon*, 2009

Wolff Heintschel von Heinegg, "Factors in War to Peace Transition," *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 27, 2004

Abstract

Legal Issues of End-of-War Declaration in the Korean Peninsula

Choi, Cheol Young

The declaration to end the Korean War is being proceeded as a political declaration due to the inertial sense of national security from the South Korea-U.S. alliance point of view to maintain security on the Korean Peninsula. As a result, the end-of-war declaration will not be a treaty under international law even when it is contracted in the form of documentation signed by the heads of the parties of the Korean War. This is a result of the reflection of the subjective intention of the parties of the declaration as to provide grounds for a political justification to accelerate the discussion on the opening and closing of the current cold-war legal system, while controlling the rapid change in the security environment that might have been induced by a legal end-of-war declaration and maintaining the interests and vested rights of the neighboring countries with regard to the Korean Peninsula. Albeit political, the end-of-war declaration should be accompanied with follow-up measures, such as the termination of the Korean War that has not been legally terminated, the dissolution of the Korean Armistice Agreement System, and the fundamental improvement of the cold-war legislations in South and North Korea, in compliance with the principles of good faith once the end-of-war agreement between the parties is formulated.

When the end-of-war declaration is realized, an agreement on the systems that will replace the MDL, DMZ, the Military Armistice Commission, and the Neutral Nations Supervisory Commission created by the Korean Armistice Agreement on the premise of the existence of a war. At the same time, the establishment of a

new Korean Peninsula peace organization at the UN level should be discussed to guarantee security in the Korean Peninsula and Northeast Asia after the dissolution of the UN Command which was established on the basis of the Korean War, as the grounds for the political and military legitimacy of it will be extinguished, as well.

In light of this, the political end-of-war declaration reflecting the sui generis characteristics of the Korean issue is meaningful in that it is a form of *jus post bellum* that serves as soft law in the grey zone during the transitional period from laws of war to laws of peace. The Korean War is very unique in that North and South Korea both strive for reunification as state entities and that there is no winner or loser in the war. The end-of-war declaration should aim for the formation of a peace agreement system that contains the conclusion of the “Agreement on the Final and Peaceful Resolution of the Korean Problems(tentative title)” as a creative measure that promotes a transition to the next step through the end-of-the war as to maintain the existing orders and peace rather than to restore the order superior to the war. The declaration to end the Korea War is the document of a political agreement that aims to draw up the legal documents which regulate the negative peace step in the Korean peace process. Also as a platform for the negotiation to induce legal documents of a greement to form a peace agreement system, the declaration bears uniqueness that it will be distinguished when a stable Korean peace agreement system is established.

To North and South Korea, the end-of-war declaration is the last stop of the irrational and anachronistic cold war system and the starting point of a new peace process. From a Northeast Asian perspective, the declaration will serve as a catalyst that reorganizes the San Francisco Peace Treaty system which is ideological and splits Asia. The declaration will also lead to the review of the establishment of a new peace organization that can guarantee sustainable peace in the Korean Peninsula and Northeast Asia. In this process, the parties of the end-of-war declaration should look for creative methods for the formation of a peace system based on the principle of trust and fairness.



▶ **Choi, Cheol Young**

Korean War, Korean Armistice treaty, UN Command, end-of-war declaration, Korean peace process

成均館法學

第30卷 第4號



法學研究院

2018

성균관대학교 「成均館法學」 편집위원회 운영규정

제1조 (목적) 이 규정은 법학연구원 규정 제13조에 따른 편집위원회의 구성 기타 운영에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (구성) 편집위원장 및 편집위원은 4년제 대학(법학전문대학원 포함)의 전임교원 및 법조실무가 가운데서 7인 이상을 원장이 위촉한다.

제3조 (편집위원의 임기) ① 편집위원장 및 편집위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

② 원장은 특별히 필요하다고 인정되는 경우에 임기가 종료되지 아니한 위원을 운영위원회의 동의를 얻어 해촉할 수 있다. 또한 원장은 해촉된 위원을 교체하기 위하여, 또는 사임한 위원을 승계하기 위하여, 기타 필요한 경우에 편집위원을 새로 선임할 수 있고, 그 임기는 퇴임한 위원의 잔여임기로 한다.

제4조 (편집위원회 업무 등) 편집위원회는 다음 각호의 사항을 처리한다.

1. 『성균관법학』에 게재를 신청한 원고의 심사를 위한 심사위원의 선임
2. 심사결과와 평가와 게재 여부의 결정
3. 심사결과에 대한 이의의 처리

제5조 (논문심사의 위촉) ① 투고된 원고는 원칙적으로 편집위원장을 통해 위촉된 심사위원에 의하여 1편당 3인에 의하여 심사된다.

② 심사위원은 원칙적으로 외부 심사위원 2인 이상으로 한다. 단, 부득이한 사정이 있는 경우 이러한 내·외부 심사위원의 비율을 변경할 수 있다.

③ 편집위원장은 당해 논문의 전공분야의 박사학위자 또는 당해 논문제목과 동일 또는 유사한 선행 논문을 발표한 전문가에게 심사를 위촉함을 원칙으로 한다.

④ 논문심사에 있어서 심사위원과 투고자의 인적사항은 밝히지 않는다.

제6조 (게재 결정) ① 편집위원회는 개별심사원의 의견을 종합하여 법학연구원 심사

규칙 제4조 제1항 및 제2항에 따른 심사결과가 모두 “수정 후 게재” 이상인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 게재를 허용한다.

② 논문심사의 결과에 “대폭 수정 후 차호 재심사”가 들어있는 경우에는 재심사의 진행가능성 및 수정지시의 준수 여부 등을 고려하여 게재여부를 결정한다.

③ 법학연구원 심사규칙 제4조 제2항에 따른 심사결과가 일치하지 않는 경우 또는 심사결과에 “게재유보”가 포함되어 있는 경우 편집위원장은 당해 논문을 심사하지 않은 다른 1인의 심사위원에게 재심사를 의뢰할 수 있다.

④ 동일인(공동저자포함)은 동일호에 1편의 논문만을 투고/게재할 수 있다.

제7조 (게재결정에 대한 이의) ① 법학연구원 심사규칙 제4조에 의하여 “대폭 수정 후 차호 재심사” 또는 “게재유보”의 결정을 통고 받은 신청인은 통지를 받은 날로부터 3일 이내에 편집위원장에게 서면 또는 전자우편으로 이의를 제기할 수 있다.

② 제1항에 따른 이의가 제기된 경우 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 이를 처리하여야 한다.

③ 편집위원장은 제2항에 따른 편집위원회의 결과를 지체 없이 신청인에게 통지하여야 한다.

제8조 (편집위원회의 운영) ① 편집위원장은 년4회 정기편집회의를 소집하여야 하며, 본 연구원의 원장이 요구할 경우 임시편집회의를 소집할 수 있다.

② 편집위원회는 재적 과반수 출석과 출석 과반수 찬성으로 의결한다.

③ 필요하다고 인정되는 경우 편집위원장은 서면결정으로 편집위원회에 갈음할 수 있다.

제9조 (비밀준수의무) 편집위원은 편집위원회의 업무에 관하여 얻은 정보를 공개하지 않을 의무가 있다.

- < 부 칙 > 본 규정은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우
제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2010년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2011년 3월 2일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2011년 5월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2011년 12월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2012년 9월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.
- < 부 칙 > 본 규정은 2014년 12월 11일부터 시행한다.
- < 부 칙 > _____

성균관대학교 「成均館法學」 연구윤리규정

제1조 (목적) 이 규정은 성균관법학에 투고된 글에 관하여 연구윤리위반에 대해 판정하고, 더 나아가 연구윤리의 확산과 부정행위 방지를 목적으로 한다.

제2조 (연구윤리위반의 종류) 연구윤리위반에는 아래의 행위가 포함된다.

1. 표절 등 타인의 저작권을 침해하는 행위
2. 논문의 작성에 실질적인 기여 없이 작성자로 기재하는 행위
3. 과거에 출판된 논문 등 저작물을 중복하여 출판하는 행위
4. 상당한 이유 없이 타인의 명예를 침해하는 표현을 사용하는 행위
5. 학계에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 행위

제3조 (연구윤리위원회의 구성) ① 법학연구원규정 제15조에 따라 구성된 성균관대학교 법학연구원의 연구윤리위원회가 성균관법학 윤리위원회(이하 위원회라 한다)의 업무를 수행한다.

- ② 위원회는 연구윤리위원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성한다.
- ③ 연구윤리위원장과 연구윤리위원은 법학연구원장이 위촉한다.

제4조 (연구윤리위원의 임기) 연구윤리위원장과 연구윤리위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

제5조 (위원회의 권한) ① 위원회는 투고된 글의 연구윤리위반에 대해 심의하고 의결한다.

- ② 위원회는 연구윤리위반 사안을 검토하기 위해 조사위원을 선임할 수 있다.

제6조 (위원회의 회의) ① 위원장은 위원회를 소집하고 그 의장이 된다.

- ② 위원장은 투고된 글의 연구윤리위반에 관해 의심이 있을 때나 심의 요청이 접수된 때에 회의를 소집하여야 한다.
- ③ 회의는 위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.
- ④ 당해 사안에 대해 공정성을 기대하기 어려운 사유가 있는 위원은 심의나 의결에

관여할 수 없다.

제7조 (조사위원의 권한과 의무) ① 조사위원은 당해 사안이 심의되는 위원회의 회의에 참석하여 발언할 수 있다.

② 조사위원은 당해 사안에 관해 조사보고서를 작성하여 위원회에 제출해야 한다.

제8조 (피조사자의 권한) ① 피조사자는 회의에 출석하여 진술할 권한을 가진다.

② 피조사자는 위원회의 결정이 있는 날로부터 15일 이내에 그 결정에 대해 통지를 받을 권한을 가진다.

③ 피조사자는 통지를 받은 날로부터 7일 이내에 재심을 청구할 권한을 가진다.

제9조 (연구윤리위반에 대한 조치) 위원회는 제2조의 연구윤리위반에 대하여 다음의 조치를 취한다.

1. 투고된 원고에 대한 게재 거부
2. 게재된 경우라면 성균관법학 논문목록에서 삭제
3. 투고자에 대하여 3년 이상 성균관법학에 논문투고 금지
4. 법학연구원 홈페이지에 위반사항 공고
5. 투고자의 소속 기관장에 위반사항 통보

제10조 (위원의 비밀유지의무) 위원장과 위원은 위원회의 직무와 관련하여 취득한 사항에 대하여 비밀을 유지하여야 한다.

제11조 (연구윤리에 대한 교육) 연구윤리위원장은 법학연구원장과 협의하여 연구윤리를 확산하고 부정행위를 방지하기 위한 교육을 정기적으로 실시한다.

제12조 (운영예산) 위원장은 위원회의 운영 및 조사에 필요한 예산을 책정하여 지급할 수 있다.

제13조 (타규정의 준용) 성균관대학교 ‘연구윤리 및 진실성 확보를 위한 규정’을 준용한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2007년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 투고규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원에서 발행하는 성균관법학(이하 학술지)에 게재할 논문 투고에 관한 사항을 정하는 것을 목적으로 한다.

제2조 (투고자격) ① 투고 요청논문은 다음 각 호에 해당하는 자에 한한다.

1. 성균관대학교 법학전문대학원 교수
 2. 성균관대학교 법학연구원 연구원
 3. 전국의 법과대학 및 법학전문대학원 교수, 판사, 검사, 변호사
 4. 법학 박사학위 과정 이상인 자
 5. 기타 편집위원회의 승인을 얻은 자
- ② 상기의 자격을 가진 자는 공동저술이 가능하며, 공동저자의 경우에는 제1저자가 주저자가 된다.

제2조의2 (투고 제한) 각 호별로 동일한 기관 소속 투고 비율이 전체 투고자의 3분의 1 이상이 되는 경우에는 투고 순서 나 편집위원회가 달리 정하는 기준으로 하여 해당되는 투고 논문에 대하여 심사 절차를 개시하지 않고 반려할 수 있다.

제3조 (투고원고) 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.

1. 발표논문 : 본 연구원 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 따로 투고된 논문
3. 판례평석
4. 기타 편집위원회에서 학술적 가치가 있다고 인정한 번역물과 서평 등

제4조 (원고제출) ① 학술지에 논문을 게재하고자 하는 자는 원고를 각각 발간일 60일 전까지 원고파일을 온라인 논문 투고 및 심사 시스템 홈페이지(<https://icls.jams.or.kr>)에 제출함을 원칙으로 한다. 단, 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 원고제출은 그 다음날까지 할 수 있다.

② 투고자는 법학연구원이 제공한 논문투고 신청서 및 논문연구윤리 확인서 및 논문사용권 등 위임동의서를 제출하여야 한다. 이를 이행하지 아니한 자는 투고를 철회한

것으로 간주하며, 향후 2년간 성균관법학은 논문투고 신청을 거절할 수 있다.

③ 투고된 논문은 성균관법학 원고작성요령에 따라 제출되어야 한다.

제5조 (원고제출 기일의 연장) 법학연구원장은 논문제출 기일을 연장할 수 있다. 단, 이 기일의 연장은 법학연구원 홈페이지에 공지하여야 한다.

제6조 (심사료 및 게재료) ① 학술지에 원고를 제출할 때에는 심사비 6만원을 납부해야 한다. 게재가 결정된 원고에 대해서는 지정된 기일까지 게재료 20만원과 추가부담금을 납부해야 하며, 추가부담금은 200자 원고지 150매를 초과하는 경우 원고지 1매당 2,000원으로 한다. 이를 이행하지 아니한 논문은 게재하지 아니한다.

② 투고된 논문의 공저인 경우에는 심사료 및 게재료는 인원수에 따라 분담한다. 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다.

③ 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다. 단, 공저인 경우 본교 법학전문대학원의 교수에 한하여 의무가 면제되며 그 외의 자는 그러하지 아니한다.

제7조 (논문게재예정증명서 및 논문게재확인서) 연구원장은 논문게재예정증명서 또는 논문게재확인서를 발급할 수 있다.

제8조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 성균관대학교 법학연구원에 귀속한다.

제9조 (규칙의 개정) 본 규칙은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

제10조 (기타) 성균관법학의 논문투고와 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 운영위원회의 결정에 따른다.

<부 칙> 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우
제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2018년 11월 20일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 원고작성요령

1. 원고는 논문, 판례평석, 서평, 자료로 구별하여 작성합니다.
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 합니다.
3. 원고의 분량은 200자 원고지 100매 내외(A4용지 15매)를 원칙으로 합니다. 다만, 원고가 150매 초과시에는 초과분에 대한 게재료를 추가로 부담하여야 합니다.(추가부담금은 200자 원고지 150매를 초과하는 경우 원고지 1매당 2,000원으로 합니다)
4. 제출하는 원고에는 반드시 목차, 국문요약(외국어 논문인 경우에는 외국어요약), 참고문헌, 외국어초록(외국어 논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어 5개 이상의 주제어를 첨부해야 합니다. 단, 2015년 3월호 게재될 논문의 외국어 초록과 외국어 주제어는 영문으로 작성해야 합니다.
5. 주석은 각주로 처리합니다.
6. 논문은 ‘아래한글’로 다음의 규격에 따라 작성합니다.
가. 본문 : 왼쪽 여백 25, 오른 여백 25, 들여쓰기 5, 줄간격 170, 글꼴 바탕, 글자크기 10.5
나. 각주 : 왼쪽 여백 3, 오른 여백 0, 들여쓰기 -3, 줄간격 150, 글꼴 바탕, 글자크기 9
7. 직접 인용할 때에는 “ ”를 사용하고 강조할 때는 ‘ ’, 방점 또는 밑줄을 사용합니다.
8. 출전은 필자, 논문명, 서명, 판수, (출판사, 간행 년도) 인용면수 순으로 표시합니다.
[예 : 김갑돌, “상법의 이념”, 「成均館法學」 제11호 (법학연구원, 1999) 1쪽]
외국출전은 그 나라의 표준적인 표시방법에 따라 표시할 수 있습니다.
[예 : Joe A. Kim, “Corporate Governance”, 27 A.A.L.Rev. 103, 107~109 (1997)]
9. 국문 또는 한자로 표기되는 저서는 「 」로, 논문은 “ ”로 표시합니다.

10. 국문 또는 한자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 쪽 또는 면으로, 로마자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 p. 또는 S. 로 인용면수를 표시합니다.

11. 국내 판결은 선고 법원, 선고일, 판결 또는 결정, 사건번호의 순으로 표시하고 [예 : 대법원 1995. 1. 1. 선고, 1994가1111 판결], 외국의 판결은 그 나라의 표준적인 인용방법에 따릅니다.

12. 외국 인명이나 지명은 우리말로 표기하고 명확히 하고자 할 때에는 ()안에 언어를 표시합니다. [예 : 화이트(James J. White)]

13. 공저자는 ‘/’를 사용하여 표기합니다. [예 : 김갑돌/이을순/박명희]

14. 면수나 연도 등에서 ‘부터 까지’를 나타내는 부호로 ‘—’이 아닌 ‘~’를 사용합니다.

15. 영문 성명, 논문명, 판결명 등에서 첫 자 이외에는 소문자로 표기합니다.

16. 일본어 논문명, 서명 등은 번역하지 않고 그대로 표기합니다.

17. 기념논문집은 『××× 기념논문집』 또는 『○○○—××× 기념논문집』으로 표기합니다.

18. 특별한 의미가 없는 한 각주에서 ‘참조’표시를 하지 않습니다.

19. 저자(필자)의 명칭은 본국에서 일상적으로 쓰는 순서대로 표기합니다.

성균관대학교 『成均館法學』 심사규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원(이하 ‘연구원’이라 한다)에서 간행하는 『성균관법학』에 게재하기 위하여 투고된 논문, 판례평석, 기타 원고 등의 심사절차를 정함으로써 공정한 심사기준을 마련함을 목적으로 한다.

제2조 (심사대상) 투고규칙 제3조에 따라 투고된 논문은 심사대상이 된다. 단, 번역물과 서평 등은 논문심사에서 제외할 수 있다.

제3조 (논문심사의 위촉과 심사절차) 논문심사의 위촉은 편집위원회 운영규정 제5조에 따른다.

제4조 (논문심사기준) ① 논문심사는 다음 각호의 기준에 따른다.

1. 논문의 독창성
2. 논문의 전문성
3. 논문의 형식
4. 논문의 해당분야 이론 및 실무의 관한 발전에 대한 기여도

② 논문에 대한 평가는 다음의 단계로 구분한다.

1. 수정이 필요 없을 경우 : “현행대로 게재”
2. 간단한 수정이 필요한 경우 : “수정 후 게재”
3. 전면적인 수정이 필요하며, 금번호에는 게재가 어려운 경우 : “대폭 수정 후 차호 재심사”
4. 게재가 가능하지 않는 경우 : “게재유보”

제5조 (개정) 이 규칙은 『성균관법학』 편집위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우

제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 『成均館法學』 발행규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 『성균관법학』을 발행함에 있어 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (학술지명) 법학연구원은 국내학술지로 『성균관법학』 (SungKyunKwan Law Review)을 발행한다.

제3조 (발간시기) ① 성균관법학은 연4회 발간한다.

② 성균관법학의 발간일자는 매년 3월 31일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 31일로 한다.

③ 성균관법학에 게재된 저작물에는 논문투고일자(2***년 *월 *일), 심사일자(2***, *월, *일, 게재확정일자(2***, *월, *일)를 표기한다.

④ 편집위원회의 결정에 의하여 기념호 또는 특집호를 발간할 수 있다.

제4조(별쇄본의 제작) ① 성균관법학에 게재가 확정된 논문에 대해서는 별쇄본을 제작하여 이를 각 논문제출자에게 무상으로 제공한다.

② 무상으로 제공되는 별쇄본은 10부로 한다. 다만, 논문제출자의 신청이 있으면 제출자의 비용부담으로 추가 제공할 수 있다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우

제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

法學研究院 운영위원회

- 연구원장 고동원
- 운영위원 강현호, 김성용, 문영화, 이전오, 이진기, 정재황, 한석훈

法學研究院 편집위원회

- 편집위원장 한석훈(성균관대학교)
- 편집위원 강혁신(조선대학교), 권건보(아주대학교),
김연미(성균관대학교), 김재범(경북대학교),
김해원(부산대학교), 오성근(제주대학교),
윤종민(충북대학교), 이경열(성균관대학교),
정차호(성균관대학교)

法學研究院 윤리위원회

- 윤리위원장 최봉철(성균관대학교)
- 윤리위원 노수환(성균관대학교), 오상현(성균관대학교),
이해완(성균관대학교), 정상현(성균관대학교),
정재황(성균관대학교), 패트리샤 게디(성균관대학교),
한석훈(성균관대학교)

- 연락처 : 서울시 종로구 성균관로 25-2 성균관대학교 법학관 303호 법학연구원
- 전 화 : (02) 760-1288 Fax : (02) 760-1289
- Homepage : <http://law.skku.edu/>
- E-mail : icls@skku.edu

이 학술지는 2018년도 정부 자원 (교육부)으로 한국연구재단의
지원을 받아 출판되었음.

This journal was supported by the National Research Foundation
of Korea Grant funded by the Korean Government (MOE).

成均館法學

第30卷 第4號

1판 1쇄 인쇄 2018년 12월 31일

1판 1쇄 발행 2018년 12월 31일

발행인 : 고 동 원

발행처 : 성균관대학교 법학연구원

주 소 : 110-745 서울특별시 종로구 성균관로 25-2

전 화 : (02)760-1288

팩시밀리 : (02)760-1289

E-mail : icls@skku.edu

등록번호 : 1992년 12월 22일 제1-1469호

ISSN 1229-943X

