

成均館法學

第30卷 第2號



法學研究院

2018

발 간 사

지난 6월 18일부터 22일까지 성균관대학교에서 세계헌법대회가 개최되었습니다. 한국에서의 세계대회를 준비한 분들의 노고는 전 세계로부터 온 많은 헌법학자와 헌법기관 종사자의 훌륭한 발제문과 열띤 토론 및 적극적인 참여로 좋은 결실을 거두었습니다. 그 과정에서 600년이 넘는 성균관대학교의 역사와 전통은 문화국가의 저력을 보여주었고, 현재의 성균관대학교의 활력과 위상은 인류의 미래를 밝히는 주요한 동력 중 하나라는 인상을 심어주었습니다.

판문점회담과 싱가포르 회담으로 이어진 새로운 변화는 현재 진행 중입니다. 변화를 예측하고 준비하며, 변화에 대한 적극적인 대응으로 최선의 결과를 만들어야 한다는 것은 역사의 교훈입니다. 세계화시대에 지정학적 한계를 뛰어넘는 사고의 전환과 미래의 준비는 법학에서도 예외는 아닙니다. 상호공존과 상호공영의 이상은 실현되어야 할 것입니다.

이번 호에도 여러 선생님들께서 준비하여 주신 옥고를 많이 보여주셨습니다. 좋은 논문을 보내주신 여러 선생님들에게 감사드리며 앞으로도 변함없는 사랑을 보내주시기 바랍니다. 심사위원님들의 엄격한 심사로 이번 호에는 9편만 신게 되었습니다. 정성껏 심사하여 주신 여러 심사위원님들의 노고에 감사를 드립니다. 성균관 법학의 발전을 위하여 보다 더 격려해주시기 바랍니다.

항상 어려운 작업을 감내하고 계신 편집위원님들에게 감사를 드립니다. 변화된 여건 속에서 맡은 바 임무를 성실히 수행하고 있는 법학연구원 조교들의 노고도 치하합니다.

2018. 6. 30.

법학연구원장

배 병호

目 次

[研究論文]

• 필요적 전심절차로서 특허심판제도의 법제정비방안에 관한 연구	김일환	1
• 재외동포정책 전담기구 신설에 관하여	노영돈	39
• 일본 법제도에서 사이버시큐리티와 개인정보보호의 관계 -「사이버시큐리티기본법」과 「개인정보의 보호에 관한 법률」을 중심으로-	박상돈	67
• 기본적 인권 침해방지를 위한 사회복지시설제도 개선방향에 관한 고찰	장인호	97
• 민법상 법정이율의 변동제 전환 가능성에 관한 시론	박석일·정상현	129
• 계약체결상의 정보제공의무에 관한 규정을 민법에 신설함에 고려해야 할 사항	임건면·황성일	159
• 성공보수약정에 대한 외국법의 규율동향 -2015년 대법원판결 이후 실태변화와 중국의 법제를 중심으로-	정상현	193
• 법적 주체로서 자율적 인공지능 로봇 I: 의의와 관점	김건우	215
• 특허권 침해에 대한 손해배상청구권의 소멸시효제도의 개선방안 -특허법상의 독자적인 소멸시효 규정의 제시를 중심으로-	이승현·정차호	239

CONTENT

Articles

- | | | |
|--|-----------------------------------|-----|
| • A study on the Improvement of the System of Intellectual Property Trial & Appeal Board | Kim, Il Hwan | 1 |
| • The Issue about Establishing an Organization of Policies on Overseas Koreans | Loh, Yeong Don | 39 |
| • The Relationship between Cybersecurity and Personal Data Protection on Legal Frameworks in Japan
-Focused on Basic Act on Cybersecurity and Act on the Protection of Personal Information- | Park, Sang Don | 67 |
| • A Study on the Improvement Direction of Social Welfare Facilities to Prevent the Violation of Fundamental Human Rights | Chang, In Ho | 97 |
| • A Study on the Possibility of Transition to Variable System of the Legal Interest Rate in the Civil Law | Park, Seok Il
Jung, Sang Hyun | 129 |
| • A Proposal to Create the Duty to Disclose Information in the Contract Negotiating Phase in the Civil Law
-Focus on the Principles of Legislation- | Im, Geon Myeon
Hwang, Seong Il | 159 |
| • The Regulating Trends on the Contingency Fee Agreement in Foreign Laws | Jung, Sang Hyun | 193 |
| • Autonomous AI Robots as Legal Subjects I : The Significance and Perspectives | Kim, Gun Oo | 215 |
| • An Improvement Proposal for the Extinctive Prescription (Statute of Limitation) System for a Damages Claim Based on a Patent Right Infringement
-Focusing on Proposing a New Independent Extinctive Prescription Provision in the Patent Act- | Lee, Seung Hyun
Jung, Cha Ho | 239 |

필요적 전심절차로서 특허심판제도의 법제정비방안에 관한 연구

김 일 환*

【목 차】

I. 문제제기

II. 행정심판 전치주의에 관한 헌법적 검토

1. 행정심판의 의의
2. 행정심판의 기능
3. 특별행정심판의 의의
4. 임의적·필요적 전치주의의 내용
5. 필요적 전치주의 현황
6. 행정심판 전치주의에 관한
헌법재판소 결정의 내용

III. 필요적 전치주의로서 특허심판제도의 검토

1. 특허심판의 연혁과 현황
2. 특허심판의 유형과 주요내용
3. 필요적 전치주의로서
특허심판제도의 위헌여부 검토

IV. 헌법친화적 특허심판제도를 위한 정비방안

1. 법제도 정비방향
2. 독립성 및 전문성의 강화
3. 국민의 기본권 보호를 위한 재판 외
분쟁해결제도의 강화필요성

V. 결론

【국 문 요 약】

행정심판의 개념과 범위에 대하여 다툼이 있지만, 헌법재판소는 행정심판을 “행정청의 위법·부당한 처분 또는 부작위에 대한 불복에 대하여 행정기관이 심판하는 행정쟁송절차”라고 정의하고 있다. 특별행정심판은 특수하거나 전문적인 사안에 관하여 별도의 법률을 적용하여, 행정심판법이 적용되는 일반행정심판과는 다른 절차로 심리·판단하도록 한 행정심판의 유형을 의미한다. 임의적 전치주의는 행정심판을 거친 후 행정소송을 제기하는 루트와 행정심판을 거치지 않고 행정소송을 바로 제기하는 루트 중 민원인이 자유롭게 선택할 수 있도록 하는 제도이며, 필요적 전치주의는 행정소송을 제기하기 전에 행정심판을 반드시 거치도록 하는 제도이다. 특허사건에 대한 분쟁해결제도는 비교법적으로 통일되어 있지 아

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

니하다. 따라서 필요적 전치절차로서 특허심판제도 자체나, 일정한 특허사건의 경우에 2심제로 운영하는 것이 위헌이라는 결론이 곧장 도출되는 것이 아니라, 해당 국가의 헌법구조와 관련 법률제도의 내용에 따라 판단되는 것이다. 과거 특허심판제도는 특허청의 심판소와 항고심판소를 거친 심결에 대하여 대법원에 바로 상고하도록 하여 위헌의 문제가 제기되었으나, 현재와 같은 특허심판의 경우 제3자적 독립성이 확보된 합의제외결기관에 의하여 행해지는 경우에는 헌법재판소가 인정하는 독립성을 어느 정도 확보하고 있다. 하지만 공법학계의 기존 논의처럼 사법작용인 재판 및 재판청구권과의 관계에서 행정심판제도의 위헌성제거라는(소극적인) 검토에만 한정하기 보다는 행정심판제도를 포함한 재판 외 분쟁해결 절차의 국민의 기본권보호를 위한 필요성이라는 관점 또한 추가되어야 한다. 기존의 분쟁해결 방식으로는 현실적으로 모든 분쟁을 해결할 수 없으므로 최종적인 분쟁해결수단은 재판제도를 이용한다 하더라도, 사전에 제3자의 협력에 따라 재판 외 분쟁해결절차를 거침으로써 갈등을 해결하고 권익을 보장해주는 것이 기본권 보장의 원리에 충실한 것이며 법치주의 이념을 보장하는 것이다.

I. 문제제기

행정심판의 개념과 범위에 대하여 다툼이 있지만, 헌법재판소는 행정심판을 “행정청의 위법·부당한 처분 또는 부작위에 대한 불복에 대하여 행정기관이 심판하는 행정쟁송절차”라고 정의하고 있다.¹⁾ 특별행정심판은 특수하거나 전문적인 사안에 관하여 별도의 법률을 적용하여, 행정심판법이 적용되는 일반행정심판과는 다른 절차로 심리·판단하도록 한 행정심판의 유형을 의미한다.

행정심판 및 특별행정심판에 대한 행정법학계의 기존 논의는 행정심판의 권리구제기능과 자기통제기능중에서 어느 것을 더 중요하게 볼 것인지, 이에 따라 행정심판 및 특별행정심판에 대한 법제정비를 어떻게 해야 할지 등에 집중되어 있다. 다음으로 현행 헌법 제107조 제3항은 행정심판절차에 사법절차가 준용될 것을 요구한다. 이와 관련하여 행정법학계에서는 사법절차 준용의 범위와 내용에 관하여 상당한 논쟁을 벌이고 있다. 이에 따라서 심판기관의 독립성·공정성, 대심

1) 현재 2002.10.31. 2001헌바40.

적(對審的) 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등을 갖추어야 필수적 전심절차로서 행정심판의 위헌성은 제거될 수 있다. 그렇다면 아래에서 설명되는 것처럼 헌법친화적 특허심판제도가 되기 위해서는 독립성 및 전문성을 강화하는 법제정비가 이루어져야만 한다.

하지만 공법학계의 기존 논의처럼 사법작용인 재판 및 재판청구권과의 관계에서 행정심판제도의 위헌성제거라는 (소극적인) 검토에만 한정하기 보다는 행정심판제도를 포함한 재판 외 분쟁해결절차의 국민의 기본권보호를 위한 필요성이라는 관점 또한 추가되어야 한다. 기존의 분쟁해결 방식으로는 현실적으로 모든 분쟁을 해결할 수 없으므로 최종적인 분쟁해결수단은 재판제도를 이용한다 하더라도, 사전에 제3자의 협력에 따라 재판 외 분쟁해결절차를 거침으로써 갈등을 해결하고 권익을 보장해주는 것이 기본권 보장의 원리에 충실한 것이며 법치주의 이념을 보장하는 것이다.

II. 행정심판 전치주의에 관한 헌법적 검토

1. 행정심판의 의의

행정심판의 개념과 범위에 대하여 다툼이 있지만, 헌법재판소는 행정심판을 “행정청의 위법·부당한 처분 또는 부작위에 대한 불복에 대하여 행정기관이 심판하는 행정쟁송절차”라고 정의하고 있다.²⁾ 따라서 행정심판이란 행정청의 위법·부당한 처분 그밖에 공권력의 행사·불행사 등으로 권리나 이익을 침해받은 국민이 행정기관에 제기하는 권리구제절차를 말한다. 행정심판은 법원의 행정소송에 비하여 비용이 저렴하고, 절차가 간편하며, 신속하게 처리되는 장점을 가진다.

2) 현재 2002.10.31. 2001헌바40; 현재 2016. 12. 29. 2015헌바229. 이에 대하여 행정법 학계에서 위 현재의 견해에 동조하는 입장도 있지만 이와는 다른 견해를 제시하는 학자들도 있다. 이에 관하여는 예를 들어 최선웅 행정심판의 헌법상 근거 — 헌법 제107조 제3항의 해석을 중심으로 —, 행정법연구 제44호, 2016, 54면 이하 참조.

2. 행정심판의 기능

행정심판제도는 행정작용에 대하여 억울함을 느끼는 국민의 입장에서는 ① 적은 비용으로, ② 간이·신속한 권리구제를 도모하며, 행정작용의 위법뿐만 아니라 부당까지 통제할 수 있는 특수한 형태의 심판제도이다.³⁾ 헌법재판소가 도로교통법 제101조의3 위헌소원사건에서 밝히고 있듯이 우선 “행정심판절차는 통상의 소송절차에 비하여 간편한 절차를 통하여 시간과 비용을 절약하면서 신속하고 효율적인 권리구제를 꾀할 수 있다는 장점이 있다. 행정청이 스스로 처분이 잘못되었다고 인정하는 경우에는 법원의 판결을 기다릴 필요가 없이 이를 취소함으로써 법적 분쟁이 법원의 소송에 이르기 전에 원만하게 해결될 수 있으므로, 당사자는 신속하고 간편한 절차에 의하여 그가 원하는 바를 얻을 수 있게 되는 것이다. 또한 행정심판을 통하여 심판청구의 대상인 처분이나 부작위의 적법성 여부뿐만 아니라 법원이 판단할 수 없는 당·부당의 문제에 관해서도 심사를 받을 수 있는 길이 열리므로, 국민에게 보다 유리하다. 궁극적으로 행정심판은 국민의 이익을 위한 것이고, 사전절차를 통하여 원칙적으로 권리구제가 약화되는 것이 아니라 강화되는 것이다. 둘째, 법원의 입장에서 보더라도, 행정심판전치주의를 취하는 경우에는 행정심판절차에서 심판청구인의 목적이 달성됨으로써 행정소송의 단계에 이르지 아니하는 경우가 많을 뿐 아니라, 그렇지 아니하는 경우에도 행정심판을 거침으로써 사실상·법률상의 쟁점이 많이 정리되기 때문에 행정소송의 심리를 위한 부담이 경감되는 효과가 있다. 즉 행정심판제도는 불필요한 소송을 방지하는 동시에 쟁점, 증거 등을 정리하게 하여 법원의 부담을 경감하는 효과를 가져온다.”⁴⁾

이처럼 행정심판의 기능은 크게 권리구제기능과 행정의 자기통제기능이 있는 바, 행정심판제도는 원칙적으로 행정심판을 통하여 행정상의 문제가 사법부에 의하여 다루어지기 전에, 행정기관으로 하여금 스스로 판단하여 시정할 수 있는 기회를 부여하여 법원으로부터 행정의 자율성을 확보할 수 있고, 처분의 위법성뿐 아니라 적정성까지도 심판범위에 포함됨으로써, 행정이 자기통제를 통하여 행정의 적법한 운영 및 적정한 운영을 도모하는 제도라 할 것이다.⁵⁾ 이에 더하여 나

3) 오준근, 영국과 독일의 행정심판제도 개혁 경과에 관한 비교법적 연구, 慶熙法學 제48권 제1호, 417면.

4) 헌재 2002. 10. 31. 2001헌바40; 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바229.

5) 행정심판법 제1조(목적) 이 법은 행정심판 절차를 통하여 행정청의 위법 또는 부당한 처분(處分)이나 부작위(不作爲)로 침해된 국민의 권리 또는 이익을 구제하고, 아울러 행정의 적정한 운영을 꾀함을 목적으로 한다.

아가 행정청의 전문지식 활용으로 사법절차를 보완하고, 소송부담을 경감시켜 국민의 권익을 구제하는 기능도 겸하고 있다고 할 것이다.⁶⁾

이와 관련하여 행정심판은 권리구제 기능 이외에도 행정의 자기통제와 더불어 사법의 보완기능과 같은 중요한 기능들도 가지는 바, 여기에서 사법보완기능의 내용으로는 통상적으로 논의되는 행정의 전문지식 활용과 비용과 시간·노력의 절감(간이·신속한 구제, 쟁송경제) 외에, 행정소송에 의해서는 불가능한 재량행위의 타당성심사처럼 소송을 통하여 구제하기 어려운 대상의 확대도 중시되어야 한다는 견해 또한 제기되고 있다.⁷⁾ 이에 따라서 재판의 전심절차로서의 행정심판은 행정심판제도의 실효성확보를 위한 수단이지 그것이 사법화를 목적으로 하라는 의미는 아니며, 그 점에서 행정심판은 행정객체에 대해서 권력분립원칙과 독립적인 외부통제를 구현하는 권리보호가 아니라 행정의 자기통제적인 관점에서의 권리구제가 되어야 하고, 행정심판에 있어서는 위법한 권리침해뿐만 아니라 부당한 처분에 의한 권리방해에 대하여도 권리구제를 하여야 한다고 한다.⁸⁾

다음으로 현행 헌법 제107조 제3항은 행정심판절차에 사법절차가 준용될 것을 요구한다. 이와 관련하여 행정법학계에서는 사법절차 준용의 범위와 내용에 관하여 상당한 논쟁을 벌이고 있다.⁹⁾ 행정심판의 권리구제기능을 강조한다면 소송절차에 준하는 행정심판절차를 요구하게 되고 그에 따라 심판기관의 구성 또한 독립된 전문심판기관을 택하게 되는 반면, 행정의 자기통제기능을 중시한다면 행정청에 재고의 기회를 부여하는 데 초점을 두고, 처분청 자신이나 그 감독청이 심리·재결하는 유형을 선호할 것이다.¹⁰⁾

6) 김병일 외, 산업재산권에 대한 행정심판 의무적 전치주의개선에 관한 연구, 법원행정처 2017, 96면 이하.

7) 최영규 行政審判의 기능과 審判機關의 구성—行政審判의 司法化에 대한 異議—, 행정법연구 제42호 2015, 65면; “현재 우리나라의 행정심판은 1985년 이후 제도적으로 사법절차가 준용되는 재판의 전심절차로서의 성격이 계속 강화되어 왔음에도 불구하고, 학계에서는 그러한 추세에 반대하여 행정심판의 고유한 기능인 자기통제기능을 회복하여야 한다는 견해가 상당한 정도로 힘을 얻고 있음을 파악할 수 있다.”(최영규, 전제논문, 66면)

8) 정준현, 과징금제도와 행정심판, 法學論叢 第36卷 第2號, 2012, 219면.

9) 이에 관하여는 예를 들어 유진식, 헌법 제107조 제3항이 규정하고 있는 ‘준사법절차’의 의미, 公法學研究 第13卷 第4號; 최선웅, 행정심판의 기능, 행정법연구 제38호, 2014; 김용섭, 개별법상의 신청제도의 현황분석과 입법적 개선과제, 행정법연구 제42호, 2015; 최영규, 전제논문 등 참조.

10) 최영규, 전제논문, 67면.

3. 특별행정심판의 의의

특별행정심판은 특수하거나 전문적인 사안에 관하여, 별도의 법률을 적용하여 행정심판법이 적용되는 일반행정심판과는 다른 절차로 심리·판단하도록 한 행정심판의 유형을 의미한다.¹¹⁾ 이처럼 특별행정심판은 사건의 종류, 다루는 사안의 특수성과 전문성, 근거법률, 별도의 조직과 절차에 의하여 운용되는 행정심판을 말한다.¹²⁾ 특별행정심판절차는 개별 행정분야의 특수성을 반영하지만, 그 공통점으로는 특별행정심판이란 행정심판이라는 명칭 사용 여부와 관계없이, ① 행정기관이 심판기관이 되는 행정불복절차로서, ② 일반법인 행정심판법 외에 다른 법률에서 특례를 정하고 있는 행정불복절차이면서, ③ 준사법적 절차가 적용되는 행정불복절차라고 한다.¹³⁾

행정심판법 제4조 제1항에 따르면 “사안(事案)의 전문성과 특수성을 살리기 위하여 특히 필요한 경우”에는 특별행정심판제도를 둘 수 있다. 여기서 ‘사안의 전문성’이란 “각 행정부문에서의 전문성과는 달리 개별법상의 특별행정심판에 있어서 사건을 파악하고 심리에 임하기에 적합한 전문성”¹⁴⁾을 의미하고, 이러한 전문성은 행정심판의 기능 중에 전문적 지식의 활용과 맥락을 같이 한다. 특별행정심판을 설치할 정도의 전문성이 필요한 경우로는 다음의 두 가지 경우를 생각해 볼 수 있다. 첫째, 행정심판위원회에 특수한 분야의 법적 지식이 필요한 경우이다. 예를 들어, 조세나 지적재산권 관련 분쟁이 이에 해당할 수 있다. 둘째, 행정심판위원회에 당해 분야에 대한 법적 지식 외에 해당 분야의 실무에 대한 이해가 필요한 경우이다. 예를 들어, 감정평가, 노사관계, 의료관계에 관한 전문지식이나

11) 김병일 외, 전제보고서, 104면.

12) 김광수, 행정심판제도의 현황과 발전방향, 행정법연구 제43호 2015, 124면 : “행정심판법 제4조는 행정심판을 갈음하는 특별한 불복절차(특별행정심판)를 위한 기관을 두거나 행정심판법 규정과 다른 특례를 두기 위해서는 중앙행정심판위원회와 협의하도록 규정하고 있다. 이는 특별한 불복절차나 특례규정을 억제하려는 취지로 이해할 수 있다. 특별행정심판을 경우하면 행정심판 전치주의인 경우에 행정심판을 거친 것으로 인정된다. 그리고 특례에 의하여 당해 절차를 경료한 때에는 행정심판을 제기할 수 없게 된다.”

13) 김병일 외, 전제보고서, 104면.

14) 도로교통법 제101조의3 위헌소원(2002. 10. 31. 2001헌바40) : “특히 이 사건 법률조항과 관련하여 행정심판 전치주의를 정당화하는 합리적인 이유를 살펴본다면, 교통관련 행정처분의 적법성 여부에 관하여 판단하는 경우, 전문성과 기술성이 요구되므로, 법원으로 하여금 행정기관의 전문성을 활용케 할 필요가 있다. 또한 도로교통법에 의한 운전면허취소처분은 대량적·반복적으로 행해지는 처분에 해당하며 2001년 운전면허취소처분으로 인한 행정심판청구건수는 전체 행정심판건수의 약 70%에 이른다는 점에서도, 행정심판에 의하여 행정의 통일성을 확보할 필요성이 인정된다.”

실무에 대한 이해가 필요한 경우를 들 수 있다. 특수성은 매우 다의적·불확정적인 개념이고, 전문성의 요청 없이 특수성만으로 특별행정심판의 설치를 요구하는 경우는 매우 드물 것으로 예상된다. ① 사안의 긴급성으로 인하여 불복기간을 단기간으로 하여야 하거나 신속한 사건처리가 필요한 경우, ② 일반행정심판절차보다 당사자의 절차적 권리가 강화되어야 하는 경우 등을 생각해 볼 수 있다고 한다.¹⁵⁾

4. 임의적·필요적 전치주의의 내용

임의적 전치주의는 행정심판을 거친 후 행정소송을 제기하는 루트와 행정심판을 거치지 않고 행정소송을 바로 제기하는 루트 중 민원인이 자유롭게 선택할 수 있도록 하는 제도이며, 필요적 전치주의는 행정소송을 제기하기 전에 행정심판을 반드시 거치도록 하는 제도이다.¹⁶⁾ 1994년 법개정 이전에는 취소소송을 제기하기 전에 반드시 행정심판을 거치도록 하는 필요적 행정심판전치주의를 채택하였으나, 1998년 3월 1일부터 시행된 행정소송법은 필요적 행정심판전치주의를 폐지하여 행정심판을 원칙적으로 임의적인 절차로 하였고, 다만 다른 개별 법률에서 취소소송을 제기하기 전에 필요적으로 행정심판을 거치도록 규정한 경우에 한하여 행정심판을 필요적 전치절차로 하였다.¹⁷⁾ 개정 행정소송법이 행정심판을 임의절차로 전환한 것은 행정심판이 실효성 있는 권리구제절차로서의 역할을 제대로 하지 못함에도 행정소송의 제기 전에 행정심판을 의무적으로 거치도록 함으로써 행정소송을 통한 권리구제를 지연시키는 역기능이 있다는 비판에 따른 것이었다. 이에 따라 조세부과처분, 도로교통법상의 처분 등과 같이 대량·반복적으로 행해지는 처분으로서 행정의 통일을 기해야 할 필요가 있거나, 행정처분의 특성상 전문적·기술적 성질을 가지는 것 등에 대해서만 예외적으로 개별 법률에서 필요적 행정심판전치주의를 채택하고 있다.¹⁸⁾

15) 김병일, 전제보고서, 107면 이하 ; “조세부과처분, 도로교통법상의 처분 등과 같이 대량·반복적으로 행해지는 처분으로서 행정의 통일을 기해야 할 필요가 있거나, 행정처분의 특성상 전문적·기술적 성질을 가지는 것 등에 대해서만 예외적으로 개별법률에서 필요적 행정심판전치주의를 채택하고 있다.”(헌재 2016. 12. 29. 2015헌바229)

16) 김민호·김현경, 특허심판 전치의 필요성과 제도개선에 관한 연구, 성균관법학 제29권 제4호, 2017, 39면.

17) 행정소송법 제18조 제1항.

18) 헌재 2002. 10. 31. 2001헌바40.

5. 필요적 전치주의 현황

필요적 행정심판을 규정한 법률로는 앞서 언급한 특허법 이외에 국가공무원법(제16조), 지방공무원법(제20조의2), 도로교통법(제142조), 국세기본법(제56조) 등이 있다. 이 경우 직접적으로 행정심판전치를 명시하는 경우도 있고, 행정소송을 제기하는 경우에는 행정심판의 재결에 불복하는 방식으로 할 것을 규정함으로써 간접적으로 규정하는 경우도 있다. 특별행정심판은 행정심판법에 의한 일반행정심판에 비해 전문성·특수성, 특례의 필요성이 인정되는 경우로 대표적으로 특허심판, 소청심사, 조세심판 등이다.¹⁹⁾ 예를 들어 행정청의 법집행권한을 중심에 두고 그의 법집행에 관한 한 자치권을 존중할 필요가 있는 경우, 일반적으로 행정절차를 중단 없이 지속시키는 것이 보다 효율적인 경우, 지나치게 전문적이거나 기술적인 영역에서의 분쟁으로서 법원의 부담을 경감시켜야 할 필요가 있는 경우, 행정청의 결정에 있어 그 재량성보다도 전문성이 더 강조되는 경우, 행정청에게 우선적인 기회를 부여할 필요성이 있는 경우 등에는 필요적 전치주의를 인정할 수 있다고 한다.²⁰⁾

6. 행정심판 전치주의에 관한 헌법재판소 결정의 내용

가. 행정심판에 관한 헌법 제107조 제3항의 의미

산업재해보상보험법 제94조 제2항 등 위헌소원사건에서 헌법재판소는 먼저 헌법 제107조 제3항의 의의에 대하여 “헌법 제107조 제3항은 “재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다”고 규정하고 있다. 이 헌법조항은 행정심판절차의 구체적 형성을 입법자에게 맡기고 있지만, 행정심판은 어디까지나 재판의 전심절차로서만 기능하여

19) 김민호·김현경, 전계논문, 41면.

20) 김병일 외, 전계보고서, 100면 : “행정소송법 개정 당시에도 대법원은 예외적 필요적 전치주의와 관련하여 ① 조세부과처분과 같이 대량적으로 행해지는 처분으로서 행정심판에 의하여 행정의 통일성을 기할 필요가 있는 경우, ② 행정심판의 재결이 제3자적 독립성이 확보된 합의제 의결기관에 의해 행해지는 경우, ③ 특허 등과 같이 전문 기술적 성질을 띠는 경우 등에는 개별법의 규정으로 예외적으로 행정심판의 전치를 인정할 수 있다고 말한 바 있다.”

야 한다는 점과 행정심판절차에 사법절차가 준용되어야 한다는 점은 헌법이 직접 요구하고 있으므로 여기에 입법적 형성의 한계가 있다. 따라서 입법자가 행정심판을 전심절차가 아니라 중심절차로 규정함으로써 정식재판의 기회를 배제하거나, 어떤 행정심판을 필요적 전심절차로 규정하면서도 그 절차에 사법절차가 준용되지 않는다면 이는 헌법 제107조 제3항, 나아가 재판청구권을 보장하고 있는 헌법 제27조에도 위반된다 할 것이다. 반면 어떤 행정심판절차에 사법절차가 준용되지 않는다 하더라도 임의적 전치제도로 규정함에 그치고 있다면 위 헌법조항에 위반된다 할 수 없다. 그러한 행정심판을 거치지 아니하고 곧바로 행정소송을 제기할 수 있는 선택권이 보장되어 있기 때문이다. 그러므로 헌법 제107조 제3항의 위반여부는 심사청구·재심사청구의 절차에 사법절차가 준용되고 있는지에 달려 있다.”²¹⁾고 결정하였다. 또한 이 사건에서 헌법재판소는 “헌법 제101조는 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다”고 규정하고 있고, 헌법 제103조는 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다”고 규정하고 있으며, 사법의 본질은 법 또는 권리에 관한 다툼이 있는 경우에 독립적인 법원이 법을 해석·적용하여 유권적인 판단을 내린다는 데 있다(헌재 1996. 1. 25. 95헌가5, 판례집 8-1, 1, 18). 따라서 법원이 사법권을 행사하여 분쟁을 해결하는 절차가 가장 대표적인 사법절차라 할 수 있을 것이고, 그렇다면 사법절차를 특징지우는 요소로는 판단기관의 독립성·공정성, 대심적(對審的) 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등을 들 수 있을 것이다. 그런데, 헌법 제107조 제3항은 행정심판에 사법절차가 “준용”될 것만을 요구하고 있으므로 위와 같은 사법절차적 요소를 엄격히 갖춰야 할 필요는 없다고 하더라도 적어도 사법절차의 본질적 요소를 전혀 구비하지 아니하고 있다면 “준용”의 요구에 대하여는 위반된다.”²²⁾고 결정하였다.

21) 헌재 2000. 6. 1. 98헌바8.

22) 헌재 2000. 6. 1. 98헌바8 : “법에서 심사청구-재심사청구의 2단계 행정심판을 거치도록 특별히 규정한 것에는 나름의 합리적 이유가 있다. 즉, 산업재해보상업무에는 업무와 재해간의 의학적 인과관계, 신체장해의 정도, 요양의 필요성 등 고도의 의학적·법학적·보험정책적 전문성과 기술성이 요구되므로 이에 관한 행정기관의 전문성을 충분히 살릴 필요가 크다. 그리고 산업재해 근로자의 요양 등은 신속히 이루어져야 하므로 무엇보다도 신속한 구제의 필요성이 요구되는데, 심사청구·재심사청구제도를 통하여 행정기관에 의한 신속하고도 효율적인 권리구제를 꾀할 수 있다. 아울러 통상의 소송절차에 비하여 간편한 절차에 의해 시간과 비용을 절약하는 가운데 잘못된 보험급여를 바로잡아 근로자를 보호할 수도 있다. 결론적으로 보험급여결정이 지닌 전문성·기술성에 비추어 다른 일반의 행정처분과는 달리 특수한 전심절차를 둔 것에 합리성을 인정할 수 있고, 심사청구·재심사청구의 전치로 인한 노고와 시간, 즉 재판청구권의 제약의 정도는 경미한 데 비하여 그로 인하여 달성되는 공익은 매우 크다고 할 것이므로, 심사청구·재심사청구제도가 행정심판절차 형성에 관한 입법형성권의 한계를 벗어나 국민의 재판청구권을

구 지방세법 제74조 제1항 등 위헌소원사건에서 헌법재판소는 먼저 행정심판에 관한 헌법 제107조 제3항의 의미를 밝히고 이의신청 및 심사청구를 거치지 아니하고서는 지방세 부과처분에 대하여 행정소송을 제기할 수 없도록 한 지방세법 제78조 제2항이, 행정심판에 사법절차를 준용하도록 한 헌법 제107조 제3항 및 재판청구권을 보장하는 헌법 제27조에 위반된다고 결정하였다. 이 사건에서 헌법재판소는 “이의신청 및 심사청구의 재결청은 각 지방자치단체의 장 또는 행정자치부장관이지만, 이들은 지방세심의위원회의 의결에 따라 결정하여야 한다(지방세법 제77조 제1항). 따라서 심의·의결기관인 지방세심의위원회가 어떻게 구성되고, 운영되는지는 위원회의 독립성과 공정성을 가름하는 중요한 사항이다. 그런데 지방세법은 위원회의 조직과 운영에 관한 사항을 전면적으로 대통령령에 위임하고 있다(제77조 제4항). 헌법 제107조 제3항에서 요구하는 사법절차성의 요소인 판단기관의 독립성과 공정성을 위하여는 권리구제 여부를 판단하는 주체가 객관적인 제3자적 지위에 있을 것이 필요하다. 이의신청과 심사청구의 경우 재결청은 심의·의결기관인 위원회의 의결에 따라 결정하도록 되어 있으므로 위원회의 구성과 운영에 있어 독립성과 공정성을 제도적으로 보장하는 것이 중요하다. 그런데 위원회의 조직과 운영에 관한 기본적 사항조차 법률에서 직접 규정하지 않고 시행령, 나아가 시행규칙에 위임되어 있어 법형식적 측면에서의 독립성 보장이 매우 취약할 뿐만 아니라, 위원회의 위원을 재결청인 행정자치부장관이나 지방자치단체의 장이 지명하거나 위촉하게 되어 있고, 위원회의 구성에서 외부전문가가 일정비율 이상 포함되어 있을 것이 보장되지 않고 있다는 점에서 위원회는 그 구성과 운영에 있어서 심의·의결의 독립성과 공정성을 객관적으로 신뢰할 수 있는 토대를 충분히 갖추고 있다고 보기 어렵다.”²³⁾고 결정하였다.

계속해서 도로교통법 제101조의3 위헌소원사건에서 헌법재판소는 “입법자는 일정한 절차적 요건을 충족시켜야 비로소 소송을 제기할 수 있도록 소송절차를 구체적으로 형성할 수 있으나, 절차적 요건으로 인하여 국민의 재판을 받을 권리가 합리적인 이유로 더 이상 정당화될 수 없는 제한을 받는다면, 헌법 제27조의 재판청구권에 대한 과도한 침해가 인정된다.”고 하면서 “행정심판에 있어서는 독립된 제3자가 아니라 행정기관 스스로가 심판기관이 되므로, 독립적이고 공평한 제3자인 법원에 의하여 이루어지는 재판에 비하여 행정기관의 결정은 그 공정성

침해하는 제도라고 할 수 없다.”

23) 헌재 2001. 6. 28. 2000헌바30.

을 크게 기대하기 어렵다는 점이 있다. 행정심판제도가 진정한 권리구제제도로서 재판의 전심에 해당하기 위해서는 절차의 공정성이 보장되어야 한다. 절차의 공정성과 객관성이 보장되지 않는 행정심판제도는 행정청의 자기행위에 대한 정당화 수단으로만 이용될 뿐, 국민의 권리구제제도로서 실효성을 지니기 어렵게 때문에 오히려 국민의 재판을 받을 권리를 방해할 우려가 있다. 따라서 우리 헌법은 이에 대처하여 제107조 제3항 제2문에서 “행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다”고 하여 행정심판절차에 사법절차가 준용될 것을 요청함으로써, 행정심판제도의 실효성을 확보하기 위한 최소한의 요건을 스스로 규정하고 있다. 즉 위 헌법규정은 ‘결정절차의 타당성이 결정내용의 타당성을 확보해 준다는 대표적인 예가 바로 사법절차이며, 사법절차가 준용되지 않는 행정심판절차는 그 결정의 타당성을 담보할 수 없어, 사전적 구제절차로서의 기능을 제대로 이행할 수 없다’는 것을 밝히면서, 행정심판절차가 불필요하고 형식적인 전심절차가 되지 않도록 이를 사법절차에 준하는 절차로서 형성해야 할 의무를 입법자에게 부과하고 있는 것이다. 행정심판제도는 재판의 전심절차로서 인정되는 것이지만, 공정성과 객관성 등 사법절차의 본질적인 요소가 배제되는 경우에는 국민들에게 무의미한 권리구제절차를 밟을 것을 강요하는 것이 되어 국민의 권리구제에 있어서 오히려 장애요인으로 작용할 수 있으므로, 헌법 제107조 제3항은 사법절차에 준하는 객관성과 공정성을 갖춘 행정심판절차의 보장을 통하여 행정심판제도의 실효성을 어느 정도 확보하고자 하는 것이다.”²⁴⁾고 헌법 제107조 제3항의 의미를 구체적으로 제시하고 있다.

나. 필요적 전치주의의 재판청구권 침해여부 판단

헌법재판소에 따르면 “헌법 제107조 제3항은 “……행정심판의 절차는 법률로 정하되……”라고 규정하고 있으므로 입법자는 행정심판을 통한 권리구제의 효율성, 행정청에 의한 자기시정의 개연성, 문제되는 행정심판사항의 특성 등 여러 가지 요소를 감안하여 입법정책적으로 행정심판절차의 구체적 모습을 형성할 수 있다.”²⁵⁾ 필요적 행정심판 전치주의에 관하여 규정한 국세기본법 제56조 제2항 등 위헌소원사건²⁶⁾에서 헌법재판소는 “의제주류판매업면허취소처분에 대한 불복절차

24) 헌재 2002. 10. 31. 2001헌바40.

25) 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바229.

에 관하여는, 주류의 특성, 주류의 제조 및 유통과정에 대한 지식과 그에 대한 주세법의 관련 내용, 주류의 제조·유통과정에서 부과되는 각종 조세에 관한 관련 법령의 내용 등을 감안하여야 하는 전문성과 기술성이 요구되고, 대량·반복적으로 이루어지는 주류판매업면허 및 그 취소처분에 관한 행정의 통일성을 기하여야 하므로, 먼저 행정심판을 거치게 함으로써 행정기관 내부의 전문성·기술성을 반영하고 행정의 통일성을 확보할 수 있게 하는 것이 더 적절하며, 이는 자율적 통제, 신속성의 추구라는 행정심판의 목적에 부합할 뿐만 아니라 위 절차를 통해 부수적으로 쟁점이 정리될 수 있으므로, 법원의 부담경감이라는 목적에도 부합한다”²⁷⁾고 결정하였다. 다음으로 헌법재판소는 국세기본법은 “심판청구에 관한 심의·결정기관인 조세심판원의 설치 및 그 권한의 독립성, 조세심판원의 자격, 임명, 임기와 신분보장, 조세심판관에 대한 제척·회피·기피 등 조세심판원의 준사법기관으로서의 지위와 심판의 공정성을 확보하기 위한 내용들을 직접 규정하고 있고(제67조, 제73조, 제74조 등), 심리·결정절차에 있어서도 심판청구인은 증거서류·증거물을 제출하거나 필요한 질문, 물건의 제출요구, 검사 또는 감정의뢰 등을 신청할 수 있으며(제56조 제1항, 제71조, 제76조), 조세심판관은 자유심증에 따라 사실판단을 하고(제77조), 심판결정은 주문과 이유를 적고 심리에 참석한 조세심판관의 성명을 밝힌 문서로 하며(제78조), 결정에 관하여 불고불리, 불이익변경금지 원칙이 적용되도록 하는 등(제79조) 대심적 심리구조, 심판청구인의 절차적 권리보장에 관한 사법절차를 상당 부분 준용하여 권리구제절차로서의 실효성을 담보하고 있다.”고 인정하였다. 이에 따라서 헌법재판소는 “비록 국세기본법상 심사청구에 관한 심의기관인 국세심사위원회에 관하여는 그 조직과 운영, 심의사항 등 상당부분을 대통령령에 위임하고 있고(제66조의2), 국세심사위원회의 구성이나 권한의 독립성이 조세심판원보다 약하기는 하나, 심사청구와 심판청구 모두에 있어서 청구인은 관계되는 서류의 열람권, 재결청에 대한 의견진술권을 가지고(제58조), 변호사 등을 대리인으로 선임할 수 있으며(제59조), 구술심리를 신청할 수 있는 등(제56조 제1항, 행정심판법 제40조) 일정한 절차적 권리를 가지고 있는데다가, 청구인에게 심사청구와 심판청구 중 자신에게 유리하다고 판단되는 절차를

26) 이 사안에서는 의제주류판매업면허취소처분에 관하여 취소소송을 제기하기 위하여는 국세기본법에 따른 심사청구 또는 심판청구를 거쳐야 하므로, 행정심판을 거치지 않으면 의제주류판매업면허취소처분에 대한 취소소송은 부적법하게 되어 처분의 적법성에 대한 법원의 재판을 받을 수 없게 되어, 청구인들의 재판청구권을 침해하는지가 문제되었다.

27) 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바229.

자유롭게 선택할 수 있는 기회가 보장되어 있고(제55조 제9항), 그 결과 심판청구를 선택한 비율이 심사청구를 선택한 비율보다 높은 점 등을 고려하면, 국세기본법의 행정심판절차에서 헌법 제107조 제3항에 따른 사법절차 준용의 요청이 결여되어 있다고 할 수는 없다. 위와 같은 사정들을 종합하여 보면, 심판대상조항이 재판청구권에 관한 입법형성권의 범위를 현저하게 일탈하여 청구인들의 재판청구권을 침해한다고 할 수 없다.”²⁸⁾고 결정하였다.

III. 필요적 전치주의로서 특허심판제도의 검토

1. 특허심판의 연혁과 현황

1994년 이전에 우리나라는 특허 분쟁은, 실질적으로 사실심으로 기능했던 행정기관인 특허청의 심판소, 항고심판소 및 법률심인 대법원의 2단계를 거치는 구조였다. 특허청 내에 설치되어 있는 특허심판소를 거쳐 이에 불복할 경우에는 다시 특허청 내에 설치되어 있는 특허항고심판을 거쳐야 했고, 최종적으로 대법원에 상고할 수 있었다. 이러한 쟁송절차에 의할 경우 특허심판과 특허항고심판은 법적으로 행정청의 행정심판제도로서의 성격을 갖게 된다. 이는 일반적인 행정쟁송절차로서 행정심판을 경유하고 이에 불복할 경우 고등법원에 제소하는 형태와는 다르다고 볼 수 있다. 1994년 법원조직법과 특허법 등의 관련 법률을 개정하여 특허청 내의 심판소와 항고심판소를 통합하여 특허심판원을 설치하고, 고등법원급인 특허법원을 설립하는 것으로 제도가 정비되었다. 1994년 7월 27일 법원조직법을 개정하여(법률 제4765호), ‘특허법원’을 설치하고 특허법원으로 하여금 특허쟁송의 제1심 사건을 심판하게 하는 한편, 1995년 1월5일 특허법을 개정하여(법률 제4892호) 당시 특허청 내에 설치된 심판소와 항고심판소를 통합하여 ‘특허심판원’을 설치함으로써 행정부 내의 2단계 심판을 1단계로 줄이고 특허심판원의 심결 등에 대한 불복의 소는 ‘특허법원’의 전속관할로 하였다.²⁹⁾

특허에 관한 분쟁은 크게 특허권의 성립에 관한 분쟁과 특허권의 침해에 관한

28) 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바229.

29) 김민호·김현경, 전계논문, 33면 이하.

분쟁으로 나누어진다. 우리나라는 전자에 대해서는 행정관청인 특허청(특허심판원)의 관할로 하고, 후자는 일반 민·형사 법원의 관할로 하는 이원적 체계를 취하고 있다.³⁰⁾ 특허법의 규정에 따라 우리나라의 경우 특허침해소송은 일반법원에서 담당하고 있으나, 특허권 등의 발생, 변경, 소멸 및 그 효력 범위에 관한 분쟁은 특허심판원과 특허법원에서 담당하고 있다. 현행법에 의하면 당사자가 특허심판원의 심결이나 결정에 불복할 경우에는 고등법원급 전문법원인 특허법원에 소를 제기할 수 있고, 특허법원의 판결에도 불복하는 경우에는 대법원에 상고할 수 있다. 특허무효심판, 권리범위확인심판 등은 행정심판의 일종으로서, 특허심판원에 대하여 등록특허의 무효 여부, 확인대상기술이 등록특허의 권리범위에 속하는지의 여부 등을 다투는 심판절차를 말한다. 현재 특허무효심판 소송제도는 1심에서 특허심판원의 심판단계를 거쳐 2심에서 특허법원, 최종 3심에서 대법원의 판결로 이어지는 구조로 이뤄져 있다.³¹⁾ 우리나라는 산업재산권의 유효무효, 존속기간 연장, 통상실시권 허락 등 일체의 분쟁 유형에 대하여 반드시 특허심판원 심결을 거친 후 그 심결에 대하여 특허법원에 심결취소소송을 제기하도록 하고 있는 필요적(의무적) 전치주의를 채택하여 왔다.³²⁾

2. 특허심판의 유형과 주요내용

특허심판의 유형으로는 ‘당사자계 심판’과 ‘결정계 심판’으로 분류된다. 전자는 특허권이 부여된 이후 당사자 간에 분쟁이 발생한 경우 판단하는 심판을 의미하며, 후자는 청구인이 특허청을 피청구인으로 하는 심판을 의미한다. ‘당사자계심판’으로는 유효하게 등록된 특허권을 무효사유를 이유로 특허권의 효력을 소급적으로 무효시키는 ‘무효심판(제133조)’과 분쟁대상물이 특허권의 보호범위에 속하

30) 김병일 외, 전제보고서, 3면.

31) 특허분쟁제도에 관한 비교법적 검토에 관하여는, 김병일 외, 산업재산권에 대한 행정심판 의무적 전치주의개선에 관한 연구, 법원행정처 2017; 특허청, 특허심판원 선진화 및 특허사건 관할 집중을 위한 미국 특허심판원 및 연방순회항소법원 연구, 2007; 특허청, 지재권 분야 주요국(IIPP55) 특허심판제도 비교연구, 2010; 법원행정처, 아시아 각국의 특허쟁송 시스템에 관한 연구, 2017 참조.

32) 김병일 외, 전제보고서, 1면 : “현재의 특허쟁송 시스템의 특징을 요약하면 다음과 같다; ① 더블트랙(double track, bifurcated system)제도, ② 특허무효심판의 강제적(필요적) 전치제도, ③ 특허청과 사법부의 심급단절, ④ 특허무효소송에 관한 1번의 사실심, 그리고 ⑤ 관할집중.”(김병일, 9면)

는 지 여부를 심판관이 공적으로 확인함으로써 침해소송 담당 법원에 판단기준 제공하는 ‘권리범위 확인심판(제135조)’이 있다. ‘결정계심판’으로는 심사관으로부터 거절결정을 받은 경우 그 위법성을 주장하면서 거절결정의 취소를 구하는 ‘거절결정 불복심판(제132조의17)’과 특허청구범위의 감축, 오류의 정정, 불명료한 내용의 석명 등에 한해 특허를 정정하는 ‘정정심판(제136조)’, 그밖에 당사자계 심판으로는 정정무효심판(제137조), 통상실시권허여심판(제138조), 특허권존속기간연장등록의 무효심판(제134조)이 있다.³³⁾

3. 필요적 전치주의로서 특허심판제도의 위헌여부 검토

가. 위헌여부 논의

우리나라는 특허, 실용신안, 디자인, 상표 등 모든 산업재산권의 유무효, 존속기간 연장, 통상실시권 허락 등 규정된 분쟁 유형에 대하여 반드시 특허심판원 심결을 거친 후 그 심결에 대하여 특허법원에 심결취소소송을 제기하는 이른바 필요적 특허심판전치주의를 취하고 있다. 그러나 근본적으로 행정심판이 사법심사를 대체할 수 없다는 점과 국민의 사법접근권의 보장이라는 측면에서 행정심판을 필요적 전치절차로 둘 경우에는 그에 합당한 이유가 있어야 함에도 불구하고, 특허심판을 국민의 선택이 아니라 필요적 전심절차로 강제하는 것이 신속하고 효율적인 권리구제에 도움이 되는 것인지에 대한 의문, 헌법재판소가 요구하는 필요적 행정심판전치절차 요건으로서의 심판기관의 독립성과 공정성을 담보하고 있는지에 관한 의문 등이 지속적으로 제기되고 있다고 한다.³⁴⁾ 다음으로 특허사건의 고도의 전문적, 기술적 성격을 인정하고, 이러한 사안의 특수성을 고려할 수 있는 특별행정심판제도의 도입을 긍정한다고 하더라도, 특허사건의 고도의 기술성과 전문성은 특허법원 제도로 반영할 수 있고, 특허심판원의 결정에 대한 불복률이 높으며, 특허법원의 전문성 강화와 집중심리를 통해 구제의 신속성도 해결할 수 있으며, 원칙적 3심제에 의하는 우리나라 사법구조에 비추어 보면 2심제로 심급의 이익을 박탈함에는 그에 합당한 정당화 사유가 존재하여야 한다는 점, 특

33) 김민호·김현경, 전계논문, 36면 이하.

34) 김병일 외, 전계보고서, 2면

히 특허심판제도에 관하여 심판기구의 독립성과 중립성, 심리절차의 공정성에 관해 여러 의문이 제기된다는 점 등을 고려할 때 특허사건의 심급제도 구성에 관해서도 전면적인 재검토가 필요하다고 한다.³⁵⁾ 이에 따라서 특허심판제도를 임의적 전치주의로 전환하여 국민에게 3심제에 따른 재판청구권을 인정해야 한다고 주장한다.³⁶⁾

이에 대하여 일반 행정심판과 달리 특허심판은 고도의 기술전문성과 심사심판 경험을 통한 청구의 해석능력, 특허법 지식이 필요하다는 점을 부인하기는 어렵다. 또한 행정청의 전문지식을 활용하는 것이 국민 권익구제에 유용할 수 있고, 행정청 스스로 자율적·능률적으로 신속하게 행정처분의 위법을 시정할 수 있으며, 법원의 부담을 경감하는 장점도 있다. 특히 특허 등 전문기술적 성질을 가지는 사건에 대하여 행정심판의 재결이 제3자적 독립성이 확보된 합의제의결기관에 의하여 행해지는 경우에는 이러한 행정심판은 사실상 1심의 절차를 담당하고 있는 것으로서 특허심판원, 특허법원, 대법원의 불복절차는 형식적으로는 2심제로 운영되지만 실체적으로는 3심제로 운영된다고 볼 수 있다고 한다. 과거 특허심판 제도는 특허청의 심판소와 항고심판소를 거친 심결에 대하여 대법원에 바로 상고하도록 하여 위헌의 문제가 제기되었으나, 현행 제도는 헌법재판소가 지적인 법원에서의 사실심 판단을 위하여 특허법원이 사실심을 수행하도록 하고 있으므로 위헌성은 제거되었다고 보여 진다는 견해 또한 있다.³⁷⁾

나. 위헌여부 검토

1) 헌법 제27조 제1항의 의미와 내용

헌법 제27조 제1항에서 보장되는 재판청구권의 법적 성격은 ‘모든 국민은 헌법

35) 김병일 외, 전계보고서, 124면 이하.

36) 김병일 외, 전계보고서, 133면 이하 : “특허사건에 대한 분쟁해결제도는 비교법적으로 통일되어 있지 아니하다. 미국, 중국, 독일 등의 제도가 각기 다르다. 특허심판제도를 규정하고 있지 않은 나라도 있으며, 법원의 심급구조 또한 2심제 또는 3심제로 다양하다. 즉 비교법적으로 고찰하면, 필수적 전치절차로서의 특허심판제도가 불필요하다고 볼 증거도 없지만, 특허사건이 고도의 전문적, 기술적 성격을 지닌다고 하여 반드시 우리나라와 같이 필수적 전치절차로서 특별행정심판에 해당하는 특허심판제도를 두어야 한다는 결론이 도출되는 것도 아니다.”(김병일 외, 전계보고서, 123면)

37) 김민호·김현경, 전계논문, 55면.

과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다'라고 하여 법률에 의한 재판과 법관에 의한 재판을 받을 권리를 보장하고 있다. 재판청구권은 재판이라는 국가적 행위를 청구할 수 있는 적극적 측면과 헌법과 법률이 정한 법관이 아닌 자에 의한 재판이나 법률에 의하지 아니한 재판을 받지 아니하는 소극적 측면을 아울러 가지고 있다. 이렇게 볼 때 헌법 제27조 제1항은 법관에 의하지 아니하고는 민사·행정·선거·가사사건에 관한 재판은 물론 어떠한 처벌도 받지 아니할 권리를 보장한 것이라 해석된다.”³⁸⁾ 이러한 재판을 받을 권리를 구체적으로 살펴보면 먼저 “재판이란 사실확정과 법률의 해석적용을 본질로 함에 비추어 볼 때, 헌법상의 재판을 받을 권리란, 법관에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면의 적어도 한 차례의 심리검토의 기회는 보장되어야 한다는 것을 의미한다.”³⁹⁾ 다음으로 “‘헌법과 법률이 정한 법관에 의하여’ 재판을 받을 권리라 함은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고(헌법 제104조, 법원조직법 제41조 내지 제43조), 물적독립(헌법 제103조)과 인적독립(헌법 제106조, 법원조직법 제46조)이 보장된 법관에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것이라 봄이 상당할 것이고, ‘법률에 의한’ 재판을 받을 권리라 함은 법관에 의한 재판은 받되 법대로의 재판 즉 절차법이 정한 절차에 따라 실체법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리를 보장하자는 취지라고 할 것이다.”⁴⁰⁾

다음으로 헌법재판소에 따르면 “국가에 따라서는 국민에게 상소심에서 재판을 받을 권리를 헌법상 명문화한 예도 있으나, 그와 같은 명문규정이 없고 상소문제가 일반 법률에 맡겨져 있는 우리나라의 경우에는 헌법 제27조에서 규정한 재판을 받을 권리에 모든 사건에 대해 상소법원의 구성법관에 의한, 상소심 절차에 의한 재판을 받을 권리까지도 당연히 포함된다고 단정할 수는 없을 것이고, 모든 사건에 대하여 획일적으로 상소할 수 있게 하느냐 아니 하느냐 또는 상소의 사유를 어떻게 규정하느냐는 특단의 사정이 없는 한 입법정책의 문제라고 함이 타당하다.”⁴¹⁾고 하면서 모든 재판에서 반드시 3심제를 인정해야 하는 것은 아니라고

38) 헌재 1998. 5. 28. 96헌바4.

39) 헌재 2000. 6. 29. 99헌바66등 ; “재판청구권은 헌법과 법률이 정한 법률에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것일 뿐 구체적 소송에 있어서 특정의 당사자가 승소의 판결을 받을 권리를 의미하는 것은 아니다.”(헌재 1996. 8. 29. 95헌가15)

40) 헌재 1992. 6. 26. 90헌바25.

41) 헌재 1993. 11. 25. 91헌바8 ; 이러한 논리를 바탕으로 하여 헌법재판소는 일관되게 상고심절차에관한특례법에 따른 대법원의 심리불속행 제도 자체를 합헌으로 인정하고 있다.(헌재 2002. 6. 27. 2002헌마18 ; 헌재 2012. 7. 26. 2011헌마728)

결정하였다.⁴²⁾

헌법재판소에 따르면 재판청구권과 같은 절차적 기본권은 원칙적으로 제도적 보장의 성격이 강하기 때문에, 자유권적 기본권 등 다른 기본권의 경우와 비교하여 볼 때 상대적으로 광범위한 입법형성권이 인정되므로, 관련 법률에 대한 위헌 심사기준은 합리성원칙 내지 자의금지원칙이 적용된다.⁴³⁾ 따라서 해당 법률조항이 위헌인지 여부는 입법자의 결정이 불합리하고 자의적인 것으로서 입법형성재량의 범위를 현저히 일탈한 것인지 여부에 의하여 결정되어야 한다.⁴⁴⁾

2) 필요적 전치주의의 유용성

행정심판의 유용성을 열거하면 먼저 자율적 행정통제의 기능을 들 수 있다. 행정심판은 행정권이 사법권의 간섭을 받지 아니하고 행정권행사에 있어서의 과오를 자기반성에 의하여 자체적으로 시정함으로써 행정권의 지위를 보장하고 권력분립의 원칙을 유지하는 데 조력한다. 다음으로 행정심판행정능률의 보장 기능이다. 법원에 의한 분쟁의 종국적 판단은 심리절차의 공정 및 신중으로 말미암아 현실적으로 상당한 시간적·경제적 비용이 요구된다는 한계를 지니고 있으므로 신속·간편한 행정심판을 인정함이 분쟁의 신속한 해결을 도모하게 되어 행정능률의

42) 다만 헌법재판소는 “재판을 보장하는 헌법 제27조 제1항 소정의 재판청구권이 곧바로 모든 사건에서 상고심 또는 대법원의 재판을 받을 권리를 인정하는 것이라고 보기는 어렵지만(헌재 1992. 6. 26. 90헌바25 참조), 그렇다고 하여 형사재판에서 피고인이 중죄를 범한 중죄인이거나 외국에 도피 중이라는 이유만으로 상소의 제기 또는 상소권회복청구를 전면 봉쇄하는 것은 재판청구권의 침해임에 틀림이 없다고 보아야 할 것이다.”(1993. 7. 29. 90헌바35)고 하여 상소권을 전면 봉쇄하는 경우에는 위헌임을 확인하였다.

43) 헌재 2005. 5. 26. 2003헌가7 ; 헌재 1998. 9. 30. 97헌바51 ; 헌재 1998. 12. 24. 94헌바46 ; “헌법 제27조 제1항은 권리구제절차에 관한 구체적 형성을 입법자에게 맡기고 있으나, 구체적으로 형성된 절차규정들에 의하여 합리적인 이유 없이 국민의 재판을 받을 권리가 제한을 받게 된다면, 이는 재판청구권에 대한 과도한 제한이 될 것이다. 다만, 보상법상의 보상금 지급권은 국가배상청구권과는 달리 보상법에 의하여 비로소 특별히 인정되는 권리로서 지급권에 관하여 그 구체절차를 포함하여 구체적인 사항을 정하는 것은 입법자의 보다 광범위한 입법형성 영역에 속한다.”(헌재 2009. 4. 30. 2006헌마1322)

44) 헌재 2009. 11. 26. 2008헌바25 : “우리 헌법은 형사재판에 있어서 증거의 증명력에 대한 판단 방법에 관하여 직접적인 규정을 두고 있지 아니하다. 따라서 형사소송에서 증거의 가치 평가를 어떤 방법으로 할 것인가의 문제는 헌법원리에 위배되지 아니하는 한 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법의식, 수사 및 재판의 실무관행, 우리 형사사법제도의 기본골격 등을 종합적으로 고려하여 결정해야 할 입법형성의 자유에 속하는 영역이라고 할 것이다(헌재 1997. 8. 21. 94헌바2, 판례집 9-2, 223, 232 ; 헌재 2005. 5. 26. 2003헌가7, 판례집 17-1, 558, 567 ; 헌재 2007. 7. 26. 2005헌마167, 공보 130, 874, 875-876 참조).”

보장에 기여하게 된다. 그리고 행정청의 전문지식 활용이라는 기능도 발휘된다. 고도로 복잡화된 현대행정은 수많은 사회적·경제적 문제의 해결을 위한 전문성과 기술성을 필요로 하지만, 사법부의 일반 법원조직은 이러한 전문적·기술적 문제의 처리에 있어 적합하지 않은 점이 많으므로 전문기관인 행정청으로 하여금 그에 관한 분쟁을 심판하게 하려는 것이다. 넷째, 소송경제의 확보 기능을 간과하여서는 아니 될 것이다. 사법절차에 비하여 행정심판은 비용을 절감할 수 있으며, 행정소송 제기 이전에 행정심판을 거침으로써 불필요한 제소나 남소(濫訴)를 방지하여 법원의 소송 부담을 경감시키는 실질적 효과를 갖고 있다. 다섯째, 권익구제의 폭을 확대하는 기능도 있음을 부인할 수 없다.⁴⁵⁾

3) 필수적 전치주의의 헌법상 쟁점⁴⁶⁾

행정소송법 제18조 제1항 본문은 행정심판을 거치지 아니하고서도 행정소송을 제기할 수 있도록 규정하여 이른바 임의적 행정심판전치주의를 취하면서도, 그 단서에서 다른 법률에 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 예외를 인정하고 있다. 그렇다면 이제 필요적 전치절차로서 법률상 규정된 특허심판 등의 행정심판이 헌법 제107조 제3항, 재판청구권을 보장하고 있는 헌법 제27조에 위반되는지 여부가 쟁점이 된다.⁴⁷⁾

헌법재판소는 "헌법 제107조 제3항은 "재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다."고 규정하여, '행정심판을 행정소송의 필요적 전치절차로 할 것인가 아니면 임의절차로 할 것인가'의 문제를 비롯하여 행정심판절차의 구체적 형성을 입법자에게 맡기면서, 다만 '행정심판은 재판의 전심절차로서만 기능하여야 한다'는 것과 '행정심판절차에 사법절차가 준용되어야 한다'는 것⁴⁸⁾을 입법적 형성의 한계로 제시하고 있다.⁴⁹⁾

45) 김민호·김현경, 전계논문, 52면 이하.

46) 특별행정심판제도의 행정법상 쟁점에 관하여는 신봉기, 특별행정심판위원회 통합방안, 공법연구 제38집 제3호, 2010; 신봉기, 특별행정심판의 개념과 허용요건, 법학논고, 제32권, 2010; 신봉기, 특별행정심판제도에 관한 연구, 경북대학교 산학협력단, 2009 참조.

47) 이에 관한 비교법적 검토로는 김창화, 특허심판의 필수적 전치주의에 대한 타당성 연구 - 미국과의 비교를 중심으로 -, 法學論叢 第41卷 第3號; 김재선, 영국 행정심판 통합사례에 관한 연구, 공법학연구 제19권 제1호, 2018 참조.

48) 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바229.

49) 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바229.

현행 헌법 제107조 제3항은 행정심판절차에 사법절차가 준용될 것을 요구한다. 이와 관련하여 행정법학계에서는 사법절차 준용의 범위와 내용에 관하여 상당한 논쟁을 벌이고 있다.⁵⁰⁾ 헌법재판소는 모든 행정심판이 아니라 재판의 필요적 전심절차인 행정심판에는 사법절차 준용이 요구되며, 임의적 전치절차인 경우에는 사법절차가 준용되지 않아도 위헌이 아니라고 보고 있다.⁵¹⁾ 다음으로 헌법재판소는 사법절차를 특징짓는 요소가 “판단기관의 독립성·공정성, 대심적(對審的) 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등”이라고 전제하고, “헌법 제107조 제3항은 행정심판에 사법절차가 ‘준용’될 것만을 요구하고 있으므로 위와 같은 사법절차적 요소를 엄격히 갖춰야 할 필요는 없다고 하더라도 적어도 사법절차의 본질적 요소를 전혀 구비하지 아니하고 있다면 ‘준용’의 요구에 대하여는 위반된다”⁵²⁾고 결정하였다.

4) 결

이미 지적되고 있는 것처럼 특허사건에 대한 분쟁해결제도는 비교법적으로 통일되어 있지 아니다. 따라서 필요적 전치절차로서 특허심판제도 자체나, 일정한 특허사건의 경우에 2심제로 운영하는 것이 위헌이라는 결론이 곧장 도출되는 것이 아니라, 해당 국가의 헌법구조와 관련 법률제도의 내용에 따라 판단되는 것이다. 그렇다면 먼저 일반 행정심판과 달리 특허심판은 고도의 기술전문성과 심사심판 경험을 통한 청구의 해석능력, 특허법 지식이 필요하며, 행정청의 전문지식을 활용하는 것이 국민 권익구제에 유용할 수 있고, 행정청 스스로 자율적·능률적으로 신속하게 행정처분의 위법을 시정할 수 있다. 과거 특허심판제도는 특허청의 심판소와 항고심판소를 거친 심결에 대하여 대법원에 바로 상고하도록 하여 위헌의 문제가 제기되었으나, 현행 특허법은 특허·실용신안에 관한 취소신청, 특허·실용신안·디자인·상표에 관한 심판과 재심 및 이에 관한 조사·연구 사무를 관장하게 하기 위하여 특허청장 소속으로 특허심판원을 두고, 특허심판원의 조직과 정원 및 운영에 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하였다.⁵³⁾ 다음으로 준사

50) 이에 관하여는 예를 들어 유진식, 전계논문; 최선웅, 전계논문; 최영규, 전계논문; 김용섭, 전계논문 참조.

51) 헌재 2000. 6. 1. 98헌바8.

52) 헌재 2000. 6. 1. 98헌바8.

53) 특허법 제132조의16.

법기관인 특허심판원의 심판관은 법관에 준하는 직무와 인사의 독립성과 전문성이 요구되고 있는 바, 심판관의 직무상 독립을 명문화하고 있으며⁵⁴⁾, 심판관의 자격을 시행령으로 정하도록 하고 있다. 따라서 현재의 특허심판처럼 제3자적 독립성이 확보된 합의제의결기관에 의하여 행해지는 경우에는 헌법재판소가 인정하는 독립성을 일정부분 확보하고 있다고 판단된다.

다음으로 헌법상 보장되는 재판청구권은 법관에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면의 적어도 한 차례의 심리검토의 기회는 보장되어야 한다는 것을 의미하므로, 반드시 모든 사건에 대하여 3심제가 허용되어야 하는 것은 아니다. 따라서 특허분쟁의 경우 특허심판원, 특허법원, 대법원의 불복절차를 통하여 2심제로 운영된다고 하여 위헌이라고 할 수는 없다. 또한 특허법은 특허심판의 설치 및 그 권한의 독립성, 특허심판관에 대한 제척·회피·기피 등 준사법기관으로서 특허심판원의 지위와 심판의 공정성을 확보하기 위한 내용들을 직접 규정하고 있는 등 대심적 심리구조, 심판청구인의 절차적 권리보장에 관한 사법절차를 상당 부분 준용하여 권리구제절차로서의 실효성을 담보하고 있다. 따라서 현행 특허심판제도는 재판청구권에 관한 입법형성권의 범위를 현저하게 일탈하여 헌법 제27조 제1항을 침해한다고 볼 수 없다.

IV. 헌법친화적 특허심판제도를 위한 정비방안

1. 법제도 정비방향

현행 특허심판제도의 위헌여부와는 상관없이 국민의 권리구제의 실효성과 신뢰성 제고차원에서 ‘공정성’을 담보할 수 있는 제도개선이 필요하다. 이를 위하여 예를 들어 인사제도 개선을 통한 특허청과 심판원 상호간의 독립성 강화 문제, 사법적 분쟁해결의 기본 이념을 충실히 반영한 심판절차의 개선 문제 등에 논의가 필요할 것으로 보인다.⁵⁵⁾

54) 특허법 제143조 (심판관) ③ 심판관은 직무상 독립하여 심판한다.

55) 김민호·김현경, 전계논문, 55면.

2. 독립성 및 전문성의 강화

가. 독립성의 의미⁵⁶⁾

준사법절차로서 특허심판에서 특허심판원의 독립은 제도적 통제의 핵심사항이다. 따라서 특허심판원의 독립성은 통제의 기본조건이면서 동시에 이러한 통제의 효율성에 관한 척도를 나타낸다. 우선 통제개념의 구성요소로서 통제자와 통제되는 사람간 非同一般性이라는 기본명제는 독립성개념의 구체화를 위한 판단근거로서 작용한다. 또한 제시된 과제들의 종류와 범위 및 통제 속에 설정된 목표들로부터 독립성개념이 도출되어야만 한다.⁵⁷⁾ 그렇다면 기관의 독립이란 한편으로는 특허청을 포함한 행정부와 다른 정치기관들로부터, 또 다른 한편으로는 국민으로부터 독립된다는 것을 뜻한다.⁵⁸⁾ 따라서 통제기관의 독립은 또한 통제기관의 영역에 속하는 결정절차들의 독자적인 운용을 전제로 한다. 이러한 의미에서 이러한 독립성은 필연적으로 제3자의 통제나 외부통제로부터 자유, 또는 이를 적극적으로 표현한다면 전적으로 자기 스스로 통제하는 결정의 자유를 뜻한다.⁵⁹⁾ 이에 따라서 통제기관들은 準法官의 獨立을 누려야 한다.

56) 독립성에 관하여 자세한 내용은 감사원, 독립성의 규범적 의미와 기능에 대한 연구, 2016 참조 : “독립성은 단일의 개념이 아니며, 모호하며, 고정된 의미를 가지고 있지 않다. 따라서 일반적으로 사용하기 위한 독립성의 개념을 정립하기 위해서는 독립성이 중요한 가치가 되고 있는 분야에서 왜 독립성을 인정했는가에 우선적으로 초점을 맞출 필요가 있다. 즉 독립성이 필요한 이유에서 출발하여 그러한 이유를 충족시키기 위해 필요한 요소를 파악하고 이러한 요소를 통합하여 귀납적으로 조합하는 방법이 필요하다. 이러한 방식에 따라 독립성을 정의하면 특정기관이 법이 부여한 권한 내에서 정책목표를 독자적으로 염출하여 의사결정하며, 정책의 집행을 뒷받침하는 안정된 재원을 기반으로 외부로부터 지시를 받지 않은 상태에서 업무를 수행하는 것을 의미한다고 정의할 수 있다.”(11면)

57) 여기서 이러한 통제기관의 독립성은 그 자체가 어떤 가치를 형성하거나 독립적 목표를 형성하지 않는다는 것을 기억해야만 한다. 따라서 독립성이란 기능관련적이고 기능지향적으로 구체화되어야만 한다. 곧 기관의 독립은 어떤 추상적이고 절대적이며 확정된 기준들에 따라서 판단할 수 있는 가치가 아니다.

58) 통제기관이 통제되는 기관의 일부분으로 국민들에게 파악된다면 국민 쪽에서 통제기관을 불신할 수 있고 이러한 불신은 다시 통제기관의 작용기반을 해칠 수도 있다. 따라서 통제자와 통제되는 기관 간 명확한 분리가 이러한 신뢰관계의 구축을 위한 최소한의 토대이다.

59) “독립성이 필요한 이유의 가장 중 가장 큰 것이 이해관계자들로부터 중립적인 영역의 확보이다.”(감사원, 독립성의 규범적 의미와 기능에 대한 연구, 2016, 12면)

나. 문제점과 정비방안

1) 조직정비의 원칙과 방향

특허심판원의 활동을 위해서는 독립성보장이 요구되는 바, 이러한 독립성을 구성하는 요소로는 법적, 인적, 기능적, 재정적 독립성이 있다.⁶⁰⁾ 곧 특허심판원의 법적 독립성 보장과 더불어 구성원들의 임명과 면직뿐만 아니라 인력의 운영에 있어서도 외부의 영향력을 배제하는 인적 독립성, 해당 기구가 헌법 또는 법률에 의해 직무를 수행함에 있어 외부로부터의 개입을 받지 않고 스스로의 의사결정에 의해 직무를 수행하는 기능적 독립성, 기구를 운영하는데 필요한 재원의 확보라는 재정적 독립성을 확보해야 한다.⁶¹⁾

2) 현황 및 정비방안

가) 특허심판원의 현황과 문제점

특허심판원의 심판관의 자격은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있다(제143조 제2항). 이에 따라 특허법 시행령 제8조에서 규정하고 있다. 심판관이 될 수 있는 사람은 특허청 또는 그 소속기관의 4급 이상의 일반직 국가공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 국제지식재산연수원에서 소정의 심판관 연수과정을 수료한 사람으로 한다(특허법 시행령 제8조제2항). 다음 각 호로는 i) 특허청에서 2년 이상 심사관으로 재직한 사람이거나 ii) 특허청에서 심사관으로 재직한 기간과 5급 이상의 일반직국가공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로서 특허심판원에서 심판업무에 직접 종사한 기간 및 특허법원에서 기술심리관으로 재직한 기간을 통산하여 2년 이상인 사람을 의미한다. 다음으로 심판장이 될 수 있는 사람은 특허청 또는 그 소속기관의 3급 일반직 국가공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직 공무원으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로 한다. 다음 각 호는 i) 특허심판원에서 2년 이상 심판관으로 재직한 사람이거나 ii) 심판관의 자격을

60) 감사원, 독립성의 규범적 의미와 기능에 대한 연구, 2016, 13면.

61) 감사원, 독립성의 규범적 의미와 기능에 대한 연구, 2016, 19면 이하.

갖춘 사람으로서 3년 이상 특허청 또는 그 소속기관에서 심사 또는 심판사무에 종사한 사람을 의미한다(특허법 시행령 제8조제3항). 특허심판원장이 될 수 있는 사람은 심판관의 자격이 있는 사람으로 하며(특허법 시행령 제8조제4항), 심사관, 심판관, 심판장 또는 특허심판원장의 자격의 직급에 해당하는 공무원으로서 변리사의 자격이 있는 사람은 제1항부터 제4항까지의 규정에도 불구하고 각각 심사관, 심판관, 심판장 또는 특허심판원장이 될 수 있다(특허법 시행령 제8조제5항). 심판의 합의제에 대하여 특허법 제146조는 “① 심판은 3명 또는 5명의 심판관으로 구성되는 합의체가 한다. ② 제1항의 합의체의 합의는 과반수로 결정한다. ③ 심판의 합의는 공개하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 권리별, 전문영역별로 심판장 1인과 심판관 3인으로 구성되는 13개 심판부가 상설합의체로 운영되며, 각 사건마다 심리의 효율화와 신속화를 도모하기 위해 주심 심판관이 지정되고 그 각각 심판부의 심판장이 되어 심결문의 작성 등 실질적 심판업무를 수행하도록 하고 있다.⁶²⁾

나) 정비내용⁶³⁾

① 독립성 확보의 강화

위에서 설명한 것처럼 특허심판과 같은 특별행정심판절차는 사안이 복잡하고 전문적이며, 일반 행정심판 사건과는 다른 특수성이 있는 분야에 한정하기 때문에 일반 행정심판과는 구별되는 특별한 불복절차의 필요성이 있다.⁶⁴⁾ 이에 따라서 특허쟁송의 한 주축인 특허심판제도는 원론적으로 법치행정의 기반하에 민사소송의 이념인 적정, 신속, 공평, 경제와 특허법의 목적인 권리보호와 이용도모를 통한 산업발전에 기여라는 명제가 적절히 조화를 이룰 수 있도록 운영해 나가야 한다.⁶⁵⁾

62) 김민호·김현경, 전계논문, 38면 이하.

63) 이 논문에서 다루어지는 내용 외에 또 다른 사항에 관하여는 특허쟁송 관련 법제정비에 관하여는 특허청, 지식재산권심판의 신속성 및 공정성 제고를 위한 산업재산권법 법률개정방안 연구, 2012; 李叔妍, 권리범위확인심판을 중심으로 본 특허 침해쟁송제도와 그 개선방안에 대한 고찰, 法曹 2010. 4(Vol.643); 정중환·박진하·이광형, 특허사건에 대한 특허심판원의 심판 및 법원의 판결 동향에 관한 통계적 연구, 지식재산연구 제7권 제2호(2012. 6); 김원오, 특허심판제도와 그 운영을 둘러싼 쟁점과 과제, 仁荷大學校 法學研究 第13輯 第2號, 2010 참조.

64) 김용섭, 전계논문, 97면.

구 지방세법 제74조 제1항 등 위헌소원사건에서 헌법재판소가 밝히고 있듯이 헌법 제107조 제3항에서 요구하는 사법절차성의 요소인 판단기관의 독립성과 공정성을 위하여는 권리구제 여부를 판단하는 주체가 객관적인 제3자적 지위에 있을 것이 필요하다. 이의신청과 심사청구의 경우 재결청은 심의·의결기관인 위원회의 의결에 따라 결정하도록 되어 있으므로 위원회의 구성과 운영에 있어 독립성과 공정성을 제도적으로 보장하는 것이 중요하다.⁶⁵⁾ 행정심판이 행정소송의 전심절차로 행정에 대한 국민의 권리구제 제도로 정착되기 위해서는 조직적인 면이나 인적인 면에서 독립적 지위를 갖는 제3의 행정기관에 의하여 행정심판청구사건이 심리·재결될 필요가 있다. 이러한 독립된 제3의 기관에 의한 분쟁의 해결은 국민의 권리구제에 이바지할 수 있다. 이와 동시에 행정심판이 제3의 중립적 기관에 의하여 이루어질수록 권리구제기간이 단축되는 등 권익구제기능은 강화되지만 행정부처 공무원의 전문적 지식의 활용 요청과 자기통제의 기능이 약화될 수 있는 점도 간과할 수 없다. 심판기관의 독립성 확보와 관련하여 단순히 기관이 독립적이라는 것만으로 충분하지 않고 실제 운영에 있어 전문성을 확보하고 있는지 여부가 중요하다고 본다. 위원 구성이 어떻게 되어 있는지 여부가 전문성의 확보에 있어 중요하고, 위원을 누가 위촉하는지 상급 행정기관에서 위촉하는지 여부 등은 행정심판의 재결의 객관성과 공정성 확보차원에서 중요하다.⁶⁷⁾ 판단기관의 독립성과 공정성은 서로 밀접한 관련이 있지만 여기에는 두 가지 측면이 있다. 먼저 독립성은 판단기관이 외부의 기관으로부터 영향을 받지 않고 독자적으로 의사결정을 할 수 있는가의 여부에 관한 것으로 정치적, 행정적인 측면에서의 판단기관의 의사형성에 관한 간섭이 없는 상태를 말한다. 이와 관련해서는 판단기관 구성원의 임명의 방법, 임기 그리고 소속기관 또는 임명권자의 감독권한 및 이들에 대한 판단기관의 보고의무 등이 고려의 대상이다. 이 독립성은 판단기관의 판단의 공정성에 직·간접적으로 영향을 끼친다고 할 수 있다. 한편 공정성은 판단기관 자체의 존재양식과 관련해서도 문제가 된다. 즉, 판단기관의 구성원의 구성, 판단기관의 장(長)의 선출 또는 임명방법, 장(長)의 판단기관의 운영 및 구성원에 대한 권한의 정도 등을 들 수 있다.⁶⁸⁾

65) 김원오, 전계논문, 120면.

66) 헌재 2001. 6. 28. 2000헌바30.

67) 김용섭, 전계논문, 96면.

68) 유진식, 전계논문, 407면.

먼저 준사법기관인 특허심판원의 심판관은 법관에 준하는 직무와 인사의 독립성과 전문성이 요구되고 있다. 이에 따라 현행 특허법은 심판관의 직무상 독립을 명문화하고(특허법 제143조 3항) 심판관의 자격을 시행령으로 정하도록 하고 있다. 하지만 특허심판원 심판관에 대하여 특허법 제143조는 “심판관은 직무상 독립하여 심판한다”고만 규정되어 있을 뿐, 신분보장에 관한 어떤 내용도 담고 있지 않다. 예를 들어 특허심판원 심판관의 독립성보장을 위하여 다른 법률들에서 보장되는 가장 보편적인 내용인 “자격정지 이상의 형을 선고받거나 심신상의 장애로 직무를 수행할 수 없는 경우를 제외하고는 그의 의사에 반하여 임기중 면직되거나 해촉되지 아니한다.”는 내용과 임기에 대한 명확한 규정이 추가되어야 한다.⁶⁹⁾

다음으로 특허심판원의 구성 방법과 관련하여 현행 특허법은 심판관의 자격에 관해 아무런 구체적 규정을 두지 않고, 오로지 “심판관의 자격은 대통령령으로 정한다.”고 규정하고 있을 뿐이다(특허법 제143조 제2항), 이처럼 특허심판원의 심판관의 인사가 특허청과 분리되어 있지 아니하므로 독립성에 문제가 있을 수 있다.⁷⁰⁾ 특허심판제도가 정당성을 갖기 위해서는 심판관의 중립성과 독립성이 매우 중요한 요소라는 관점에서 보면 심판관 임명절차 규정의 보완이 필요하다.⁷¹⁾ 특허법 시행령 제8조에서 심판관의 자격을 규정하고 있는데, 원칙적으로 특허청 또는 그 소속기관의 4급 이상의 일반직 국가공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원 중에서 특허청에서 2년 이상 심사관으로 재직한 사람, 특허청에서 심사관으로 재직한 기간과 5급 이상의 일반직국가공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로서 특허심판원에서 심판업무에 직접 종사한 기간 및 특허법원에서 기술심리관으로 재직한 기간을 통산하여 2년 이상인 사람에게 심판관이 될 수 있는 자격을 부여하고 있다. 이러한 법규정은 문제가 있다고 보이며, 심판관에 대한 인사제도가 개선되어야 한다. 대부분의 행정심판위원회는 변호사, 법학교수, 의사 등 전문가 등 외부인사로 구성되는 것이 일반적이다. 물론 공무원으로 보해지는 상임위원은 있으나, 심판위원 모두가 공무원인 심판관으로 구성된

69) 행정심판법 제9조(위원의 임기 및 신분보장 등) ⑤ 제7조제4항 및 제8조제4항에 따라 위촉된 위원은 금고(禁錮) 이상의 형을 선고받거나 부득이한 사유로 장기간 직무를 수행할 수 없게 되는 경우 외에는 임기 중 그의 의사와 다르게 해촉(解囑)되지 아니한다.

70) 김병일 외, 전계보고서, 124면 : “현행 특허심판원의 심판관의 자격과 임명과정은 법정되어 있지 아니하며, 심판관의 임명과 심판부 구성은 다른 특허청 일반 직원의 인사와 마찬가지로 전적으로 특허청장 1인에 의해 결정되며, 행정심판법과 달리 심판관의 임기나 신분보장에 관한 규정도 전혀 없다.”

71) 김병일 외, 전계보고서, 124면.

경우는 특허심판이 유일하다. 따라서 특허심판원의 심판관 구성을 보다 개방적으로 개편 운영하여야 한다. 변리사, 변호사 등 전문가와 특허법 분야의 대학교수 등 외부 인사를 비상임 위원으로 대폭 확충함으로써 독립성 및 전문성에 대한 신뢰를 제고하여야 한다.⁷²⁾

심판제도의 효율적 운영을 위해서는 그 운영의 핵심 주체인 심판관의 전문성과 독립성 확보가 관건이다. 이를 위해 심판관 자격 기준을 강화하고, 전문성을 확보하지 못하는 외부 인사의 심판관 임용과 순환보직에 의한 잦은 내부 인사 이동 및 다른 행정기관과의 인사교류를 억제하고, 심판관의 자격기준 및 교육연수 과정을 강화하는 방향으로 나아가야 한다. 나아가 심판의 적정성을 확보하기 위한 심판체제를 구축하기 위해서는 보다 세분화된 기술분야별로 그 분야의 학문적 지식을 갖춘 심판인력을 확충하고, 심판 보좌 인력의 부족 등을 시정하는 방향으로 개선되어야 한다.⁷³⁾ 다음으로 심판관의 직무독립은 심판업무에만 전념할 수 있도록 심판지원업무가 잘 뒷받침되어야 실질화 될 수 있다. 이를 위해 심판 보좌인력을 보강하고 심판제도 연구·개선, 법제연구, 판례분석과 심판편람의 반영, 심판관 연수교재 작성 등에 소요되는 조직 및 인력을 보강할 필요가 있다. 아울러 학계 및 특허 실무계와의 외부연계를 강화하고 심판처리의 효율화를 위한 심판기획·평가기능을 강화하여 피드백이 정책개선에 상시적으로 반영될 수 있도록 하는 체제개선이 검토되어야 할 것이다.⁷⁴⁾

헌법상 위임입법을 허용하는 헌법 제75조는 위임입법의 근거이면서, 동시에 이러한 위임이 반드시 구체적·개별적으로 행해지도록 명령하는 것이다. 그러므로 헌법 제75조의 ‘구체적으로 범위를 정하여’라 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용을 대강 예측할 수 있어야만 한다는 것을 뜻한다.⁷⁵⁾ 따라서 판단기관의 독립성과 공정성을 위해서는 권리구제 여부를 판단하는 주체가 객관적인 제3자적 지위에 있을 것이 필요하므로 이러한 독립성 보장 등을 위해서는 기본적인 핵심적인 사항은 법률에 규정할 필요가 있다.⁷⁶⁾

72) 김민호·김현경, 전계논문, 56면.

73) 김원오, 전계논문, 121면.

74) 김원오, 전계논문, 121면.

75) 헌재 1996. 6. 26. 93헌바2.

76) “지방세심의위원회의 조직과 운영에 관한 기본적 사항조차 법률에서 직접 규정하지 않고 시행

② 사법절차의 준용

필요적 전치주의가 적용되는 심판은 사법절차가 엄격히 준용되어야 한다. 사법절차의 핵심적 구성요소는 독립성, 공정성, 대심적 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등이다.⁷⁷⁾ 여기서 대심적 심리구조란 일반적으로 행정심판법에 규정된 심판절차에 해당하는 정도의 심리절차의 대심구조화, 심리절차의 객관화 등의 요건을 갖출 것을 요한다. 이의신청 등에 대하여 사전에 심의기구에 의한 심의나 자문의 절차를 마련하는 것에 그칠 것이 아니라 심리과정에서 양 당사자의 주장이 교차적으로 이루어지고 사실인정과 입증이 보장되도록 할 필요가 있다.⁷⁸⁾ 이에 따라서 행정심판과정에서 심판청구의 당사자인 청구인과 피청구인이 가지는 절차적 권리로서는, 위원·직원에 대한 기피신청권, 보충서면제출권, 구술심리신청권, 물적증거제출권, 증거조사신청권, 자료제공요구권 및 자료열람권 등을 들 수 있다. 위의 권리 중에서 보충서면제출권, 물적증거제출권, 증거조사신청권, 자료제공요구권 및 자료열람권 등은 변론주의를 작동시키기 위한 증거수집절차의 하나이며 이를 바탕으로 구술심리가 이루어지는 것이 바람직하다. 곧 어떤 행정심판절차가 준사법절차라고 할 수 있기 위해서는 최소한 당사자가 행정심판위원회가 심리·재결의 기초로 삼고 있는 자료에 접근이 허용되고 재판절차 정도의 엄격한 절차는 아니더라도 그 자료에 대하여 어떠한 형식으로든 당사자가 공방을 거칠 수 있는 방법이 보장되는 것이어야 한다.⁷⁹⁾

특히심판의 대심적 심리구조를 개선하기 위해 구술심리와 집중심리를 더욱 보완·강화할 필요가 있다. 구술심리제도는 구체적 진실을 파악하여 심리의 충실을 기하고, 양당사자가 심판정에 직접 출석하여 진술하도록 함으로써 충분한 공격·방어의 기회를 주고 그 과정에서 상대방의 주장, 쟁점 및 심판진행에 대한 명확한 이해와 함께 결과에 대한 예측가능성을 높여줌으로써 심판의 신뢰도를 제고할 수 있으며, 집중심리제도와 결부되면 더욱 심리촉진을 기할 수 있다.⁸⁰⁾ 집중심리

령, 나아가 시행규칙에 위임되어 있어 법형식적 측면에서의 독립성 보장이 매우 취약할 뿐만 아니라, 위원회의 위원을 재결청인 행정자치부장관이나 지방자치단체의 장이 지명하거나 위촉하게 되어 있고, 위원회의 구성에서 외부전문가가 일정비율 이상 포함되어 있을 것이 보장되지 않고 있다는 점에서 위원회는 그 구성과 운영에 있어서 심의·의결의 독립성과 공정성을 객관적으로 신뢰할 수 있는 토대를 충분히 갖추고 있다고 보기 어렵다.”(헌재 2001. 6. 28. 2000헌바30)

77) 헌재 2000. 6. 1. 98헌바8.

78) 김용섭, 전계논문, 97면.

79) 유진식 전계논문, 411면.

제도는 1회의 서면공방 후 양 당사자로부터 주장과 증거 자료를 한꺼번에 제출 받아 구술심리 및 기술설명회 등을 통하여 쟁점 및 증거를 조기에 정리하고 신속하게 결정을 내리는 제도이다.⁸¹⁾ 당사자가 구술심리를 신청한 경우 연계된 사건까지 포함하여 반드시 집중심리 대상이 되도록 운영한다면 사법절차의 기본이념인 대심주의 및 당사자의 권리보장 등이 제도적으로 담보될 수 있을 것으로 보인다.

3. 국민의 기본권보호를 위한 재판 외 분쟁해결제도의 강화필요성

가. 사법부의 권한과 기능

헌법상 사법부가 독립되어야만 중립적이고 공정한 재판을 통하여 국민의 권리 보호와 법치국가가 확보된다. 이러한 사법부와 관련하여 과거에는 외부로부터 사법부의 독립이 강하게 요구되었던 반면, 오늘날에는 사법부 내부에서 독립성 확보 또한 중요한 문제로 떠오르고 있다. 이와 더불어 국민의 기본권보장과 국가법질서의 안정성이라는 목적에 봉사하기 위하여 사법부의 독립이 인정되는 것이므로, 이를 해치지 않는 범위 내에서 다른 국가기관의 영향이나 국민에 의한 통제가 인정될 수 있다. 예를 들어 대통령이나 의회를 통한 대법관이나 헌법재판소 재판관의 임명을 통하여 간접적인 민주적 정당성을 확보하거나 배심이나 참심제도를 도입하여 ‘司法作用의 민주적 정당성’을 높이는 것 등이 이에 해당한다. 결국 대한민국 憲法史를 1987년 이전과 이후로 나눈다면 헌법의 규범력이 확보되지 못한 사회에서 헌법의 최고규범성과 국가통제기능이 구현되는 사회로 진입하면서⁸²⁾, 사법부의 경우에도 ‘외부로부터’ 사법부의 독립이 일차적으로 요구되고, 이를 전제로 하여 ‘내부로부터’ 사법부의 독립이 필요함을 인식하게 되었고, 마지막으로 사법작용의 민주적 정당성을 높일 필요성이 제기된 것이다. 특히 사법작용에 다양한 형태로 국민이 참여함으로 인하여 더 이상 국민이 사법의 객체가 아닌 주체로 참여하게 되어 사법작용의 민주적 정당성을 높일 수 있다. 여기서 법전문가가 아닌 국민에 의한 재판의 수용여부, 국민이 실제로 사법작용에 참여할

80) 김원오, 전계논문, 136면.

81) 김원오, 전계논문, 137면.

82) 이에 관하여는 김일환, 6·10 민주항쟁의 단초로서 4·13 호헌조치에 관한 憲法史的 研究, 成均館法學 第20卷 第3號, 2008 참조.

수 있는 제도와 인식의 정비 등이 문제가 될 수 있다. 사법개혁을 위한 방안들이 다양한 측면에서 시도되고 있다. 이러한 시도들 가운데 집행권이나 입법권에 비하여 사법권은 그 구성이나 권력의 행사에 있어 국민의 민주적 정당성에 의한 통제 장치의 미비하다는 인식에서 대두되는 것이 바로 국민의 사법참여제도의 도입이다. 국민의 사법참여는 권력통제의 측면뿐만 아니라 사법에서 국민주권의 원리를 구현한다는 중요한 의미를 가지며, 특히 직업법관이 아닌 일반국민이 재판에 참여하는 배심제와 참심제는 가장 직접적인 사법참여의 수단이 된다.⁸³⁾

나. 첨단과학기술사회에서 재판 외 분쟁해결제도의 강화필요성

1) 사전적(事前的)·절차적 보호의 강화

과거의 경우처럼 국가가 특정한 개인에게 물리적 폭력이나 강제력을 행사하는 것에 관한 헌법적 판단과는 달리, 인간까지도 복제할 수 있는 첨단과학기술이 기존 법체계에 던지는 충격은 그 정도와 범위, 영향력 등에서 전자와 비교할 수 없을 정도로 다르다. 첨단과학기술은 단시간에 전 세계적으로 엄청난 속도의 파급효과를 초래하는 바, 이에 대한 사전적 절차통제가 이루어지지 않은 상황 하에서 이러한 기술들이 시행되고 작동된 후에 국가기관을 통한 사후통제나 몇몇 개인의 사후적 권리구제를 통하여 이에 효과적으로 대응한다는 것은 처음부터 불가능하다는 것이 바로 첨단과학기술사회의 가장 핵심적인 특징이다.⁸⁴⁾ 따라서 과학기술사회, 정보사회에서는 국가의 공권력작용으로 인하여 국민의 권리침해가 발생하기 이전에 처음부터 위법하거나 부당한 공권력작용이 행하여지지 아니하도록 예방하는 사전적·절차적 제도를 통한 권리보호가 훨씬 더 효율적이다.

첨단과학기술사회에 있어 사회적 갈등과 분쟁은 정치, 경제, 사회 등 여러 분야에 걸쳐 다양하게 나타나고 있다. 종래 소송을 통한 분쟁해결 방식은 분쟁을 종국적이고 강제적으로 해결할 수 있다는 장점이 존재하나, 상대적으로 시간과 비용이

83) 이러한 사법개혁논의는 헌법이론적 접근과 제도정비, 헌법개정 필요여부 등 다양한 주제와 연결되어 있다. 물론 외국에서 기원하는 새로운 제도를 도입하기 위해서는 우리 사회의 현실적 적합성에 대한 고찰과 더불어 무엇보다 당해 제도가 헌법과 합치한다는 판단이 선행되어야만 한다. 배심제와 참심제 역시 제도 자체가 가지는 한계와 더불어 우리의 사회적 현실에 대한 진지한 고찰을 필요로 함은 물론 이러한 고찰의 결과는 반드시 헌법에 구속되어야 하는 것이다.

84) 이에 관하여는 金日煥, 情報社會에서 基本權制限概念의 擴大必要性에 관한 考察, 憲法學研究 제9권 제3호, 2003, 181면 이하 참조.

많이 소요되며 소송당사자들 간의 합의가 아니라 사법적인 절차만으로 강제적 합의가 이루어진다는 제도적인 단점도 가지고 있다. 이러한 이유로 첨단과학기술사회에서 새로운 분쟁해결방식으로 재판 외 분쟁해결절차의 중요성이 부각되고 있다.⁸⁵⁾ 법치국가원리와 기본권의 보장에 있어서 절차적 정의를 확보하는 것은 매우 중요하고 기본권의 효율적 보호를 위해 다양한 권리보호 수단을 마련하여야 한다.

2) 재판 외 분쟁해결절차가 헌법상 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부

재판 외 분쟁절차의 한 종류인 분쟁조정제도는 현대사회에서 생겨나는 다양한 갈등을 재판에 비하여 보다 신속하고 저렴한 비용으로 해결할 수 있는 절차이다. 헌법상 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리라 함은 일정한 전문법률 지식과 소양을 갖추고 독립성이 보장된 법관이 재판을 주도하게 함으로써 법관에 대한 소송당사자의 신뢰를 확보하고 공정하고 합리적인 재판진행을 하여 실효성 있는 분쟁해결을 도모하려는 목적이 있다고 할 것이며 분쟁해결과정 전반의 개별사안 모두에 걸쳐 반드시 법관이 주도적으로 관여하여야 한다는 취지는 아니라고 할 것이다.⁸⁶⁾ 따라서 기존의 분쟁해결 방식으로는 현실적으로 모든 분쟁을 해결할 수 없으므로 최종적인 분쟁해결수단은 재판제도를 이용한다 하더라도, 사전에 제3자의 협력에 따라 재판 외 분쟁해결절차를 거침으로써 갈등을 해결하고 권익을 보장해주는 것이 기본권 보장의 원리에 충실한 것이며 법치주의 이념을 보장하는 것이다.⁸⁷⁾ 이와 같이 독일에서도 효율적인 권리보호의 기본법적 근거로 법치주의 원리와 독일기본법 제19조 제4항을 들고 있으며 특히 독일기본법 제19조 제4항⁸⁸⁾에서 법적 구제를 받을 권리로 공권력에 의한 국민의 권리가 침해당하는 경우에 이에 대한 권리구제절차를 규정하고 있다. 그러므로 헌법상 재판을 받을 권리를 독

85) 이에 관하여는 김상수, 우리나라 ADR법제의 운영현황과 발전방향, 국회입법조사처, 2012; 김상태, 행정법상 대체적 분쟁해결제도의 허용성에 관한 연구, 법학연구 제35집 제35호 2009; 김연, 소송 외 분쟁해결제도에 관한 서론적 연구, 사회과학연구 제13집, 1997; 김유환, 행정형 ADR 정비방안- 모델절차법(안), 사법제도개혁추진위원회, 2006; 권수진·김일환, 분쟁조정제도에 관한 법제정비 방안, 성균관법학 제28집 제4호, 2017 참조.

86) 김희곤, 행정사건의 ADR, 법학연구 제26집, 2008. 6, 72쪽.

87) 이동찬, 재판 외 분쟁해결수단으로서의 공법상 조정, 한국비교정부학보 제11권 제2호, 2007.12, 8면.

88) 독일기본법 제19조(기본권의 제한) 제4조 공권력에 의하여 그 권리를 침해당한 자에게는 법적 권리를 구제받을 수 있는 절차가 열려있다. 통상적 권리구제의 길이 주어진다. 제10조 제2항 제2문에 대하여는 아무런 지장을 초래하지 않는다.

일의 경우와 같이 법적 구제를 받을 권리로 조문을 넓게 해석하거나, 이에 대한 헌법 개정 등의 방법을 통하여 국민의 기본권을 보다 넓게 보장하여야 한다.

이러한 관점에서 본다면 행정심판은 자율적 행정통제의 기능을 갖는 바, 행정심판은 행정권이 사법권의 간섭을 받지 아니하고 행정권행사에 있어서의 과오를 자기반성에 의하여 자체적으로 시정함으로써 행정권의 지위를 보장하고 권력분립의 원칙을 유지하는 데 조력한다. 또한 법원에 의한 분쟁의 종국적 판단은 심리절차의 공정 및 신중으로 말미암아 현실적으로 상당한 시간적·경제적 비용이 요구된다는 한계를 지니고 있으므로 신속·간편한 행정심판을 인정함이 분쟁의 신속한 해결을 도모하게 되어 행정능률의 보장에 기여하게 된다. 그리고 행정청의 전문지식 활용이라는 기능도 발휘된다. 고도로 복잡화된 현대행정에는 수많은 사회적·경제적 문제의 해결을 위한 전문성과 기술성을 필요로 하지만, 사법부의 일반 법원조직은 이러한 전문적·기술적 문제의 처리에 있어 적합하지 않은 점이 많으므로 전문기관인 행정청으로 하여금 그에 관한 분쟁을 심판하게 하려는 것이다. 따라서 현행 헌법상 일반 국민이나 해당 분야의 전문가가 사법작용의 주체로 참여하는 데에 근본적인 한계가 있는 바, 다양한 재판 외 분쟁해결절차에 대한 적극적인 검토가 필요하고, 행정심판의 필요적 전치가 그 운영이나 절차로 인하여 국민의 재판을 받을 권리를 본질적으로 침해하지 않는 한 필요적 행정심판전치로 인하여 실현되는 권리구제적 효용성이 크다면 이를 특별히 제한할 이유는 없을 것으로 보인다.⁸⁹⁾

V. 결론

1) 행정심판의 개념과 범위에 대하여 다툼이 있지만, 헌법재판소는 행정심판을 “행정청의 위법·부당한 처분 또는 부작위에 대한 불복에 대하여 행정기관이 심판하는 행정쟁송절차”라고 정의하고 있다. 특별행정심판은 특수하거나 전문적인 사안에 관하여 별도의 법률을 적용하여, 행정심판법이 적용되는 일반행정심판과는 다른 절차로 심리·판단하도록 한 행정심판의 유형을 의미한다.

89) 김민호·김현경, 전계논문, 52면 ; 이러한 관점에서 사회복지분야에서 특별행정심판을 도입해야 한다는 주장 등도 연결하여 검토해 볼 수 있다.(김용훈, 사회복지법령상 특별행정심판제도 운영의 의의와 함의, 경북대학교 법학연구원 법학논고 제55집, 2016 참조)

2) 임의적 전치주의는 행정심판을 거친 후 행정소송을 제기하는 루트와 행정심판을 거치지 않고 행정소송을 바로 제기하는 루트 중 민원인이 자유롭게 선택할 수 있도록 하는 제도이며, 필요적 전치주의는 행정소송을 제기하기 전에 행정심판을 반드시 거치도록 하는 제도이다.

3) 현행 헌법 제107조 제3항은 행정심판절차에 사법절차가 준용될 것을 요구한다. 헌법재판소는 “‘행정심판을 행정소송의 필요적 전치절차로 할 것인가 아니면 임의절차로 할 것인가’의 문제를 비롯하여 행정심판절차의 구체적 형성을 입법자에게 맡기면서, 다만 ‘행정심판은 재판의 전심절차로서만 기능하여야 한다’는 것과 ‘행정심판절차에 사법절차가 준용되어야 한다’는 것”을 입법적 형성의 한계로 제시하고 있다. 다음으로 헌법재판소는 사법절차를 특징짓는 요소가 “판단기관의 독립성·공정성, 대심적(對審的) 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등”이라고 전제하고, “헌법 제107조 제3항은 행정심판에 사법절차가 ‘준용’될 것만을 요구하고 있으므로 위와 같은 사법절차적 요소를 엄격히 갖춰야 할 필요는 없다고 하더라도 적어도 사법절차의 본질적 요소를 전혀 구비하지 아니하고 있다면 ‘준용’의 요구에 대하여는 위반된다”고 결정하였다.

4) 특허사건에 대한 분쟁해결제도는 비교법적으로 통일되어 있지 아니하다. 따라서 필요적 전치절차로서 특허심판제도 자체나, 일정한 특허사건의 경우에 2심제로 운영하는 것이 위헌이라는 결론이 곧장 도출되는 것이 아니라, 해당 국가의 헌법구조와 관련 법률제도의 내용에 따라 판단되는 것이다. 과거 특허심판제도는 특허청의 심판소와 항고심판소를 거친 심결에 대하여 대법원에 바로 상고하도록 하여 위헌의 문제가 제기되었으나, 현재와 같은 특허심판의 경우 제3자적 독립성이 확보된 합의제외결기관에 의하여 행해지는 경우에는 헌법재판소가 인정하는 독립성을 어느 정도 확보하고 있다. 다음으로 반드시 모든 사건에 대하여 3심제가 허용되어야 하는 것은 아니므로, 특허분쟁의 경우 특허심판원, 특허법원, 대법원의 불복절차를 통하여 2심제로 운영된다고 하여 위헌이라고 할 수는 없다. 또한 특허법은 특허심판의 설치 및 그 권한의 독립성, 특허심판관에 대한 제척·회피·기피 등 준사법기관으로서 특허심판원의 지위와 심판의 공정성을 확보하기 위한 내용들을 직접 규정하고 있는 등 대심적 심리구조, 심판청구인의 절차적 권리보장에 관한 사법절차를 상당 부분 준용하여 권리구제절차로서의 실효성을 담보

하고 있다.

5) 현행 특허심판제도의 위헌여부와는 상관없이 국민의 권리구제의 실효성과 신뢰성 제고차원에서 ‘공정성’을 담보할 수 있는 제도개선이 필요하다. 이를 위하여 예를 들어 인사제도 개선을 통한 특허청과 심판원 상호간의 독립성 강화 문제, 사법적 분쟁해결의 기본 이념을 충실히 반영한 심판절차의 개선 문제 등에 논의가 필요할 것으로 보인다. 하지만 공법학계의 기존 논의처럼 사법작용인 재판 및 재판청구권과의 관계에서 행정심판제도의 위헌성제거라는 (소극적인) 검토에만 한정하기 보다는 행정심판제도를 포함한 재판 외 분쟁해결절차의 국민의 기본권보호를 위한 필요성이라는 관점 또한 추가되어야 한다. 기존의 분쟁해결 방식으로는 현실적으로 모든 분쟁을 해결할 수 없으므로 최종적인 분쟁해결수단은 재판제도를 이용한다 하더라도, 사전에 제3자의 협력에 따라 재판 외 분쟁해결절차를 거침으로써 갈등을 해결하고 권익을 보장해주는 것이 기본권 보장의 원리에 충실한 것이며 법치주의 이념을 보장하는 것이다. 따라서 현행 헌법상 일반 국민이나 해당 분야의 전문가가 사법작용의 주체로 참여하는 데에 근본적인 한계가 있는 바, 다양한 재판 외 분쟁해결절차에 대한 적극적 검토가 필요하고, 행정심판의 필요적 전치가 그 운영이나 절차로 인하여 국민의 재판을 받을 권리를 본질적으로 침해하지 않는 한 필요적 행정심판전치로 인하여 실현되는 권리구제적 효용성이 크다면 이를 특별히 제한할 이유는 없을 것으로 보인다.

(논문투고일 : 2018.04.16., 심사개시일 : 2018.05.21., 게재확정일 : 2018.06.12.)



▶ 김 일 환

행정심판전치주의, 특허심판, 특허심판원, 무효심판, 특허소송

【참 고 문 헌】

- 권수진·김일환, “분쟁조정제도에 관한 법제정비 방안”, 「성균관법학」 제28권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2016.
- 김광수, “행정심판제도의 현황과 발전방향”, 「행정법연구」 제43호, 행정법이론 실무학회, 2015.
- 김민호·김현경, “특허심판 전치의 필요성과 제도개선에 관한 연구”, 「성균관법학」 제29권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2017.
- 김병일 외, “산업재산권에 대한 행정심판 의무적 전치주의개선에 관한 연구”, 법원행정처, 2017.
- 김상수, “우리나라 ADR법제의 운영현황과 발전방향”, 국회입법조사처, 2012.
- 김용섭, “개별법상 이의신청제도의 현황분석과 입법적 개선과제”, 「행정법연구」 제42호, 행정법이론실무학회, 2015.
- 김용진 외, “지식재산권심판의 신속성 및 공정성 제고를 위한 산업재산권법 법률개정방안 연구”, 특허청, 2009.
- 김용훈, “사회복지법령상 특별행정심판제도 운영의 의의와 함의”, 「법학논고」 제55권, 경북대학교 법학연구원, 2016.
- 김원오, “특허심판제도와 그 운영을 둘러싼 쟁점과 과제”, 「법학연구」 제13권 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2010.
- 김재선, “영국 행정심판 통합사례에 관한 연구”, 「공법학연구」 제19권 제1호, 한국비교공법학회, 2018.
- 김창화, “특허심판의 필수적 전치주의에 대한 타당성 연구 - 미국과의 비교를 중심으로-”, 「법학논총」 제41권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2017.
- 신봉기, “특별행정심판위원회 통합방안”, 「공법연구」 제38권 제3호, 한국공법학회, 2010.
- _____, “특별행정심판의 개념과 허용요건”, 「법학논고」 제32권, 경북대학교 법학연구원, 2010.
- 신봉기 외, “특별행정심판 제도에 관한 연구”, 국민권익위원회, 2010.
- 오준근, “영국과 독일의 행정심판제도 개혁 경과에 관한 비교법적 연구”, 「경희법학」 제48권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 2013.
- 유진식, “헌법 제107조 제3항이 규정하고 있는 ‘준사법절차’의 의미”, 「공법학

- 연구」 제13권 제4호, 한국비교공법학회, 2012.
- 이숙연, “권리범위확인심판을 중심으로 본 특허 침해쟁송제도와 그 개선방안에 대한 고찰”, 「법조」 제59권 제4호, 법조협회, 2010.
- 정준현, “과징금제도와 행정심판”, 「법학논총」 제36권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2012.
- 정차호 외, “특허심판원 선진화 및 특허사건 관할집중을 위한 미국 특허심판원 및 연방순회항소법원 연구”, 특허청, 2007.
- 정태호 외, “아시아 각국의 특허쟁송 시스템에 관한 연구”, 법원행정처, 2017.
- 최선웅, “행정심판의 기능”, 「행정법연구」 제39호, 행정법이론실무학회, 2014.
- _____, “행정심판의 헌법상 근거 - 헌법 제107조 제3항의 해석을 중심으로-”, 「행정법연구」 제44호, 행정법이론실무학회, 2016.
- 최승필, “독립성의 규범적 의미와 기능에 대한 연구”, 감사원, 2017.
- 최영규, “行政審判의 기능과 審判機關의 구성 - ‘行政審判의 司法化’에 대한 異議-”, 「행정법연구」 제42호, 행정법이론실무학회, 2015.
- 특허청, “지재권 분야 주요국(IP5) 특허심판제도 비교연구”, 2010.

Abstract

A Study on the Improvement of the System of Intellectual Property Trial & Appeal Board

Kim, Il Hwan

Although there is a controversy over the concept and scope of administrative judgments, the Constitutional Court defines administrative judgments as “the administrative proceeding procedure in which the administrative agency judges the opposition to illegal, improper disposition or omission of the administrative agency” Special Administrative Judgment means a type of Administrative Judgment which, by applying separate law on special or professional matters, hears and judges in a procedure different from general administrative judgments to which the Administrative Appeals Act applies. Dispute settlement systems for patent cases are not unified in the aspect of comparative law. Therefore, it is judged according to the constitutional structure of the relevant country and the contents of the related legal system, not the conclusion that it is unconstitutional to operate the patent referee system itself or the two. In the past, the Patent Examination System was immediately appealed to the Supreme Court for a trial through the Patent Office’s Tribunal and the Tribunal. This raised the issue of constitutionality. However, in the past, the patent infringement system was challenged by the Supreme Court of Korea. In the case of patent trials such as the present, the independence of the Constitutional Court is guaranteed to a certain degree if the trial is conducted by a consensus-based decision-making body with third-party independence. In the case of a patent dispute, it can not be said to be unconstitutional because it operates as a second trial system through the appeal process of the Patent Court, the Patent Court, and the Supreme Court.

Next, it is not necessarily the case that three trial system are allowed for every case. In addition, the Patent Act is a quasi-judicial institution, such as the establishment of a patent referee, the independence of the patent referee, and the avoidance, avoidance, and avoidance of a patent referee, and prescribes the contents of the patent referee in order to secure the fairness of the referee. And the judicial procedure for judicial claims is guaranteed to be effective as a remedy.



▶ **Kim, Il Hwan**

The principle of the exhaustion of administrative remedies, Patent trial system, Intellectual Property Trial & Appeal Board, Invalidation trial, Patent litigation

재외동포정책 전담기구 신설에 관하여

노 영 돈*

【목 차】

- I. 서론
- II. 재외동포정책 전담기구 설치에 관한 논의의 경과
- III. 재외동포정책 전담기구의 가능한 형태
 - 1. 처(處)
 - 2. 청(廳)
 - 3. 위원회(委員會)
- IV. 결론: 바람직한 재외동포정책 전담기구의 모색

【국 문 요 약】

1990년대 이래 재외동포의 수가 급증하고, 동시에 재외동포의 본국으로의 출입국과 활동이 심화됨에 따른 재외동포정책의 커다란 국면변화가 발생함으로써 재외동포정책의 수립과 집행에 있어서 전문성, 창의성, 독립성, 효율성 등이 요구된다. 이에 따라 「재외동포재단법」이나 「재외동포법」이 마련되기는 하였으나 이로써는 재외동포정책이 국면변화에 상응하는 현실적 요구에 미흡하여 오늘날 재외동포정책 전담기구를 설치·운영하여야 한다는 논의가 지속되고 있다.

이러한 재외동포정책 전담기구의 위상과 관련하여 ‘(가칭)재외동포처’, ‘(가칭)재외동포청’, 또는 ‘(가칭)재외동포위원회’를 신설하자는 주장들이 제기되어 왔다. 이 논문은 이들 중에서 어느 형태의 것이 바람직한지에 대하여 정부조직체계와 관련하여 검토하였다.

「정부조직법」에 의하면, 중앙행정기관은 ‘부’, ‘처’, ‘청’으로 하거나 다른 법률에 의한 행정위원회 등 합의제 행정기관을 설치할 수 있도록 하고 있다. 합의제 기관에 대하여는 「행정위원회법」이 적용된다.

‘부’, ‘처’, ‘청’은 전형적인 정부조직의 형태들로 ‘부’는 대통령 소속으로 장관을

* 인천대학교 법학부 교수

장으로 하고 있고, ‘처’는 국무총리 소속으로 ‘처장’을 장으로 하며, ‘청’은 장관 소속으로 청장을 장으로 하고 있다.

또 ‘부’의 장인 장관은 국무위원으로 보하며, 이들은 국무회의에 참석하고 의장인 대통령에게 의안을 제출하고 국무회의의 소집을 요구할 수 있다. 그러나 현실적으로 재외동포정책 전담기구로 ‘부’를 주장한 적은 없었다. 한편 ‘처’의 장인 처장은 필요한 경우 국무회의에 출석하여 발언할 수 있으며, 소관사무에 관하여 국무총리에게 의안의 제출을 건의할 수 있다. 또 ‘부’·‘처’의 장은 그 소관사무의 효율적 추진을 위하여 필요한 경우에는 국무총리에게 소관사무와 관련되는 다른 행정기관의 사무에 대한 조정을 요청할 수 있다. 반면 ‘청’의 장인 청장은 국무회의 출석권과 발언권이 없으며, 국무총리에 대한 의안제출건의권과 행정기관간의 사무조정요청권도 없다. 게다가 장관은 물론 차관 또는 차장은 소속청의 중요정책 수립에 관하여 그 청의 장을 직접 지휘할 수 있다. 요컨대 오늘날 요구되는 재외동포정책 전담기구로서 ‘청’은 가장 부적합한 것이다.

한편 ‘위원회’는 전형적인 행정기관이 경직성이 강한 공무원조직이 아니라 그 필요성이나 목적에 따라 특별법에 의하여 그 조직과 운영을 융통성있게 정할 수 있다. 또 「행정위원회법」에 의하면 ‘위원회’, 즉 대통령, 국무총리, ‘부’, ‘처’, ‘청’에 ‘위원회’를 둘 수 있다. 재외동포정책 전담기구인 ‘위원회’는 대통령 소속 또는 국무총리 소속으로 논의되어 왔다. 또 「행정위원회법」에 의하면 ‘위원회’에는 사무기구를 둘 수 있다. 또 이러한 ‘위원회’는 특별법에 의하여 설치·운영되어야 하므로 해당 법률에서 그 목적과 필요에 따라 적절하게 위원회를 구성하고 행정기관을 조직할 수 있다.

결론적으로 재외동포정책 전담기구는 대통령 소속 또는 국무총리 소속의 ‘위원회’로 할 것인가 아니면 국무총리 소속의 ‘처’로 할 것인가로 압축되는데, 어느 것으로 할 것인가는 재외동포정책을 국가정책의 하나로서 어느 정도로 중요하게 인식하느냐 하는 정책적 또는 전략적 판단에 달린 것이다.

I. 서론

우리나라 정부가 재외동포문제에 대하여 처음으로 정책적 관심을 가지게 된 것은 재일동포와 관련하여서였다. 이는 6.25전쟁 중이었던 1951년부터 시작된 한일 국교정상화를 위한 교섭과정에서 재일동포들의 법적지위문제가 중요 의제의 하나가 되었기 때문이다. 이를 계기로 1953년 외무부는 「재외교포 일체등록 실시에 관한 건」을 마련하여 최초로 재외국민보호를 목적으로 하는 국세(國勢) 조사를 실시하였다¹⁾. 그리고 1953년 휴전협정 체결되고, 1954년 헌법 개정으로 1955년 「정부조직법」이 개정되어 외무부장관이 수석국무위원이 되면서 재외교민에 관한 사무를 관장하는 외무부의 조직도 확대되었다²⁾.

그럼에도 불구하고 본국정부의 교포정책이 미흡하자 재일동포 민단은 1955년 본국정부가 교포의 실태도 정확히 판단하지 못하고 있고, 교포에 대한 대책도 불충분한 점이 많다는 견지에서 본국정부는 조속히 정부안에 ‘교민국’을 설치하여 적극적인 해외교민대책을 수립해야 한다는 주장을 하였다³⁾. 이 요구는 재외동포정책 담당기구가 필요하다는 인식 하의 최초의 문제제기였던 것으로 생각된다. 그러나 이 당시 「정부조직법」에 의하면 행정기관의 종류와 명칭은 ‘원’, ‘부’, ‘실’, 또는 ‘청’으로 하고, ‘국’과 ‘과’는 그 보조기관으로 되어 있었던 점을 고려하면⁴⁾, 이 요구에서의 ‘교민국’의 의미는 오늘날 논의되는 독립된 전담기구로서가 아니라 외교부 내에 ‘교민국’을 설치하라는 정도였다⁵⁾.

1) 그 직전인 1952년 11월 현재로 외무부가 파악하고 있던 재외교포(재외동포)는 일본(565,685명), 미국(2,313명), 중국(390명), 홍콩(50명), 프랑스(28명), 영국(9명), 독일(1명), 스페인(1명), 스위스(1명) 등 9개국에 모두 568,487명이었다.

2) 종래 헌법에서는 국무원을 대통령, 국무총리, 국무위원으로 구성하였는데, 1954년 제2차 개정 헌법에서는 국무총리제도를 폐지하고, 국무원을 대통령과 국무위원으로 구성하였다. 이에 따라 1955년 「정부조직법」도 개정되었는데, 이 때 국무총리에 갈음하여 수석국무위원제도를 두면서, 종래 국무위원 중에 내무부장관이 1순위였던 것을 바꾸어 외무부장관을 1순위로 하고 수석국무위원으로 하였다.

3) 김봉섭, “이승만정부 시기의 재외동포정책” 한국학중앙연구원 박사학위논문, 2009, 165쪽 참고.

4) 이 시기 「정부조직법(1955년 2월 7일 전부개정·시행)」은 제3조에서 “행정기관의 종류와 명칭은 원·부·실 또는 청으로 하고 그 보조기관의 종류와 명칭은 비서실(대통령·부통령비서실에 한한다), 국 또는 과로 한다”고 규정하였다.

5) 이 당시의 정부조직법에 의하면 외무부에는 정무국, 통상국, 방교국의 3국을 두고 있었다. 당시 「정부조직법(1955년 2월 7일 전부개정·시행)」 제14조는 “외무부장관은 외교·외국과의 조약·협정·재외교민에 관한 사무와 국제사정조사에 관한 사무를 장리한다. 전항의 사무를 분장하기 위하여 외무부에 정무국·통상국과 방교국을 둔다”고 하였다. 실제로 외교부에 재외동포문제를 담당

그러나 그 후에도 본국정부의 재외동포정책이 소극적이고 미흡하자, 정부의 재외동포정책은 ‘현지화’에 집중한 ‘기민정책(棄民政策)’이라는 비판과 함께 재미동포를 중심으로 적극적이고 체계적인 재외동포정책 수립·집행기구로서 ‘교민청’ 설치의 요구가 지속적으로 제기되었다. 이러한 재외동포사회의 요구와 1990년대 이래로 재외동포가 전세계적으로 분포하고 그 수도 급증하면서 재외동포의 역량과 역할, 가치에 대한 인식이 제고되면서, 재외동포정책의 국가정책에서의 중요성이 높아졌을 뿐만 아니라 재외동포정책의 수립과 집행에서의 전문성, 창의성, 효율성이 필요한 수준으로 국면의 대변화가 있었다.

그리하여 그 간의 교민청 설치의 대안으로 1997년 「재외동포재단법」을 제정하여 현재의 재외동포재단을 설립하였다. 그러나 재외동포재단은 정부기관이 아니라 외교부를 감독관청으로 하는 재단법인으로 재외동포정책을 수립하는 기능은 없고 그것의 집행을 지원하는 기관이며, 이는 그 설립 직후부터 현재까지 재외동포정책과 관련하여 재외동포재단의 한계와 문제점의 하나로 지적되고 있다.

한편 현행 정부조직체계 하에서 재외동포정책을 수립(담당)하는 것으로 되어 있는 기관은 이원화되어 있다. 하나는 1996년 행정규칙의 하나인 대통령훈령에 의해 국무총리 소속 하에 둔 ‘재외동포정책위원회’이고⁶⁾, 또 하나는 2013년 「외교부와 그 소속기관 직제」에 의해 신설된 외교부 내의 ‘재외동포영사’⁷⁾와 ‘재외동포영사국장’⁸⁾이다.

그러나 이와 같은 재외동포정책 수립체계는 정부조직체계상의 한계와 해당 기관의 의지와 능력의 한계로 인하여 그 정책역량에 대한 필요와 기대에 부응하지

하는 하부조직을 처음으로 둔 것은 2013년 3월 23일 대통령령으로 제정·시행된 「외교부와 그 소속기관 직제」에서였는데, ‘재외동포영사국’과 제2차관 밑에 ‘재외동포영사대사’를 두었다.

- 6) 재외동포정책위원회의 설치를 위하여 1996년 2월 29일 대통령훈령으로 「재외동포정책위원회규정」을 제정하였다. 이는 현재까지 3차례 개정이 있었는데, 2008년 개정에서는 동 위원회의 활성화와 운영상의 미비점을 보완·개선하는 내용적 개정이 일부 추가되었으나, 2013년과 2005년 개정에서는 「정부조직법」의 개정에 따라 단순히 관련 부처의 명칭변경을 반영한 것이었다.
- 7) 「외교부와 그 소속기관 직제(2013년 3월 23일 제정, 대통령령)」 제17조(재외동포영사대사) ② 재외동포영사대사는 재외동포에 관한 정책, 재외국민 보호 및 영사서비스 개선과 관련된 사항에 관하여 제2차관을 보좌한다.
- 8) 「외교부와 그 소속기관 직제(2013년 3월 23일 제정, 대통령령)」 제29조(재외동포영사국) ③ 국장은 다음 사항을 분장한다.
 1. 재외국민 보호·지원에 관한 외교정책의 수립·시행 및 총괄·조정
 2. 재외동포에 대한 외교정책의 수립·시행 및 총괄·조정
 3. 재외동포 및 재외동포단체 육성·지원에 관한 사항
 4. 재외국민 선거 지원에 관한 사항
 5. 재외동포재단에 대한 지도·감독(이하 생략)

못하여 1997년 이후로 계속하여 재외동포정책 ‘전담기구’ 설치를 위한 법률안이 제안되고 있다. 이들 법률안들에서는 국무총리 소속의 ‘재외동포위원회’나 ‘재외동포정책위원회’ 또는 대통령 소속의 ‘재외동포교육문화위원회’ 등 ‘위원회’와 외교부장관 소속의 ‘재외동포청’의 ‘청’이 제안되었고, 전문가들 사이에서는 ‘동포처’와 같이 ‘처’가 주장되기도 하였다. 그러나 현재까지 신설할 재외정책 전담기구의 우리나라 정부조직체계에 있어서의 위상에 대한 학술적 연구는 전무한 상태이다.

한편 최근 재외동포정책 전담기구 논의와는 별도로 2000년부터 ‘동포사회 장기숙원인 차세대동포 민족정체성 교육·육성을 위한 시설’로 ‘재외동포센터’의 건립이 검토되고 있다. 이 ‘재외동포센터’의 주요기능은 차세대동포 민족정체성 교육의 장, 한민족 경제 역량 강화의 거점, 한반도 평화통일을 위한 재외 및 국내 체류동포의 활동 거점, 세계한민족네트워크의 거점, 재외동포 국내활동 공간, 해외이주 역사유물전시관, 국내체류동포 지원 등으로 제시되고 있다. 그러나 이 재외동포센터는 재외동포정책 전담기구가 아니라 현재의 재외동포재단의 사업 연장선상의 것이므로 이 글에서는 논의하지 않기로 한다.

II. 재외동포정책 전담기구 설치에 관한 논의의 경과

먼저 우리 헌법을 재외동포와 관련해서 보면, 1948년의 제정헌법에서는 아무런 규정을 두고 있지 않았다. 우리 헌법은 제정 이래 지금까지 모두 9차례에 걸쳐 개정되었는데, 1980년 8차 개정헌법 제2조 제②항에서 “재외국민은 국가의 보호를 받는다”고 함으로써 처음으로 재외국민에 대한 국가의 보호를 규정하였고, 그 후 1987년 9차 개정헌법 제2조 제②항에서 “국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다”라고 규정함으로써 재외국민 보호가 국가의 의무라고 명시적으로 규정하였다. 그러나 이러한 국가의 재외국민 보호의무를 발현시키기 위해서는 법률에 의하도록 규정하고 있는데, 30년이 지난 현재까지 이를 위한 법률은 입법되지 않은 상태이다⁹⁾. 이는 입법부인 국회의 입법부작위로 인한 위헌의 소지가 있다고 하겠다.

9) 1987년 이러한 헌법 개정 이래 2004년 「재외국민보호법(안)」이 처음 발의된 이후 그 동안 모두 11개의 법안이 임기만료폐기된 바 있고, 현재의 국회에는 2018년 6월 현재 모두 4개의 해당 법안이 발의되어 소관위에 접수되어 있는 상황이다.

한편 법리상 재외동포는 한국국적을 가진 재외국민과 한국국적을 가지지 않은 외국인동포가 구분되는데, 외국인동포에는 특정 외국의 국적을 가진 외국국적동포와 아무 국적도 가지지 못한 무국적동포를 포함한다¹⁰⁾. 우리 헌법은 이 중 재외국민에 대하여 국가의 보호의무를 규정한 것이다. 이는 국적에 의하여 국가주권 중의 대인고권의 여부가 결정되므로 일응 당연한 것이라고 하겠다.

다음으로 재외동포와 관련한 우리나라 정부조직을 보면, 1948년 7월 17일 헌법과 함께 제정·시행된 「정부조직법¹¹⁾」은 재외국민에 관한 업무는 외교부의 소관으로 하고 있는데, 이것이 재외동포와 관련된 유일한 업무이고 규정이었다. 이 법 제16조 “외무부장관은 외교·외국과의 조약, 협정과 재외국민에 관한 사무를 장리한다”고 하였다¹²⁾. 그 후 1961년 10월 2일 폐지제정되고 시행된 「정부조직법」에서는 제19조(외무부) 제①항에서 “외무부장관은 외교, 외국과의 조약 기타 국제협정, 대외경제, 재외국민의 보호·교도 및 국제사정조사에 관한 사무를 장리한다”고 함으로써 종래의 ‘재외국민’을 ‘재외국민’으로 표현을 바꾸고 또 종래 단순히 재외국민의 사무라고 했던 것을 ‘재외국민의 보호·교도’라고 하여 재외국민 사무가 그 보호와 교도로 구체화되었다. 그리고 1984년 7월 25일 개정되고 1985년 1월 1일 시행된 「정부조직법」에서는 그 제30조(외무부) 제①항에서 “외무부장관은 외교, 외국과의 통상, 조약 기타 국제협정, 재외국민의 보호와 교도, 국제사정조사 및 이민에 관한 사무를 장리한다”고 하여 외교부의 재외동포와 관련한 소관업무에 기존의 재외국민의 보호와 교도 외에 ‘이민에 관한 사무’가 추가되었다. 그 후 1998년 2월 28일 개정시행된 「정부조직법」은 그 제29조(외교통상부) 제①항에서 “외교통상부장관은 외교, 외국과의 통상교섭 및 통상교섭에 관한 총괄·조정, 조약

10) 「출입국관리법」 제2조(정의)에서는 그 제1호에서 “‘국민’이란 대한민국의 국민을 말한다”고 하고 있고, 제2호에서는 “‘외국인’이란 대한민국의 국적을 가지지 아니한 사람을 말한다”고 규정하고 있다. 한편 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률(약칭 “재외동포법”)」 제2조(정의)에서는 그 제1호에서는 “대한민국의 국민으로서 외국의 영주권을 취득한 자 또는 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있는 자(이하 “재외국민”이라 한다)”고 하고 있고, 제2호에서는 “대한민국의 국적을 보유하고 있던 자(대한민국정부 수립 전에 국외로 이주한 동포를 포함한다) 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자 중 대통령령으로 정하는 자(이하 “외국국적동포”라 한다)”고 규정하여 재외동포를 재외국민과 외국국적동포만으로 규정하여 무국적동포는 재외동포에 포함시키지 않고 있는데 이는 평등권 침해로 위헌의 소지가 있다.

11) 「정부조직법」은 1948년 7월 17일 제헌헌법의 제정과 함께 같은 날 법률 제1호로 제정·시행되었다. 이 법은 지금까지 72차례 개정된 바 있다.

12) 외교부 실무에서는 과거에는 ‘교민’과 ‘교포’를 구분하여 사용하였다. ‘교민’은 한국국적을 가진 자로 현재로는 재외동포 중 ‘재외국민’이고, ‘교포’는 한국국적을 가지지 않은 ‘외국인동포’를 지칭하는 것이었다.

기타 국제협정, 재외국민의 보호·지원, 국제사정조사 및 이민에 관한 사무를 장리한다”고 하여 종래 재외국민의 보호와 ‘교도’에서 재외국민의 보호·‘지원’으로 민주화의 시조에 부합하게 표현을 순화시켰다. 이는 초기 이승만 정부 이래 우리 정부가 재외동포를 교도의 대상으로 인식해왔던 태도에서 적어도 표현만으로도 인식의 변화가 있었던 것이다. 그 후 2008년 2월 29일 개정·시행된 「정부조직법」에서는 그 제25조(외교통상부) 제①항에서 “외교통상부장관은 외교, 외국과의 통상교섭 및 통상교섭에 관한 총괄·조정, 국제관계 업무에 관한 조정, 조약 기타 국제협정, 재외국민의 보호·지원, 재외동포정책의 수립, 국제정세의 조사·분석에 관한 사무를 관장한다”고 하여 종래의 ‘이민에 관한 사무’를 ‘재외동포정책의 수립’이라고 하여 범주를 확대시켰고, 이러한 외교부의 재외동포 관련 사무는 2017년 4월 28일 개정된 「정부조직법」에서도 그대로 유지되고 있다.

끝으로 재외동포정책의 수립과 관련하여 현재에는 ‘재외동포정책위원회’가 있다. 이 위원회는 1996년 2월 29일 대통령훈령으로 제정·시행되었는데, 2015년에 개정된 현행 훈령에 의하면 그 제1조(설치)에서 “정부의 재외동포에 관한 정책을 종합적으로 심의·조정하고 이를 효율적으로 추진·지원하기 위하여 국무총리 소속하에 재외동포정책위원회를 둔다”고 하여 동 위원회를 국무총리 소속으로 하고 있다. 이는 재외동포 관련 업무가 외교부 외에 여러 부서에 담당하고 있기 때문이다. 이 위원회는 재외동포정책 기본방향의 수립에 관한 사항, 재외동포의 정착 지원에 관한 사항, 재외동포의 법적·사회적 지위 향상에 관한 사항, 재외동포와의 유대 강화에 관한 사항, 재외동포의 국내외 경제활동 지원에 관한 사항, 재외동포의 정체성 함양에 관한 사항, 재외동포 관련 부처별 사업계획에 관한 사항, 그 밖에 재외동포와 관련된 사항으로서 위원장이 부의하는 사항에 대하여 심의·조정한다(동 훈령 제2조)¹³⁾. 이 위원회는 위원장 1명을 포함한 25명 이내의 위원으로 구성되는데 국무총리가 위원장이 되고 당연직으로 기획재정부·교육부·미래창조과학부·외교부·통일부·법무부·행정자치부·문화체육관광부·고용노동부의 장관, 국무조정실장 및 그 밖에 안전과 관련된 관계 부처 및 기관의 장과 위촉직으로 민간위원(위촉위원)으로 구성된다(동 훈령 제3조). 그런데 이 위원회의 회의는 1년에 1회 개최되는 것을 원칙으로 하고 있는데, 1년에 한번도 개최되지 않거나 또는 서

13) 이 위원회는 산하에 위원회의 심의사항을 사전에 연구·검토하고, 위원회가 위임하는 사항을 처리하기 위하여 국무조정실 국무1차장을 위원장으로 하는 재외동포정책실무위원회를 두고 있다(동 훈령 제9조).

류심으로 대체되는 경우도 있었으며¹⁴⁾, 실제 회의가 소집되어도 훈령에 적시된 사항들을 심의·조정하는 의결을 하는 것이 아니라 그저 참석한 각 부처의가 형식적으로 간추린 업무보고를 하는데 그쳐 그 위상과 실질적 기능과 운영에 대하여 지속적인 비판이 제기되어 왔다.

전술한 바와 같이 1990년대 이후로 우리나라에서 재외동포에 대한 관심이 높아지고, 또 재외동포들의 모국과의 교류와 거래가 크게 증가하게 되어 재외동포 문제는 과거와는 실로 다른 국면에 처하게 되었다. 그러나 이러한 사태의 변화에 역대 정권과 특히 재외동포 관련한 업무를 소관으로 하고 있는 외교부의 인식과 태도는 전혀 쫓아가지 못하였다. 재외국민의 보호와 지원, 그리고 재외동포 정책의 수립을 소관업무로 하고 있는 외교부가 재외동포정책이라고 하여 내세운 건국 이래로 유지되었던 거주국 현지에서 모범적인 시민으로 정착한다는 명분은 ‘기민정책(棄民政策)’ 또는 ‘무정책’이라는 비판을 받았다. 이러한 사정에서 1990년대 후반부터 재외동포정책을 전담할 기구의 수립을 위한 논의가 진행되었고, 이는 제15대 국회였던 1997년을 시작으로 계속하여 매 회기마다 여러 개의 법률안이 제안되었지만 번번이 제대로 심의되지도 못하고 결국 임기만으로 폐기되었다. 현재의 제20대 국회에서도 2017년 2월 6일 「재외동포기본법(안)」이 제안되어 같은 해 9월 19일 제1차 법안심사소위에 상정되었으나 아직 방향이 결정되지 못하고 2018년 11월 계속 심사하는 것으로 미루어져 있는 상태이다¹⁵⁾. 이들 법률안에 대하여는 후술한다.

1990년대에 들어서 재외동포정책은 그 규모와 형태나 내용, 그리고 국가발전정책으로서의 중요성과 기능은 과거의 정부수립 초기와는 전혀 다른 상황이다. 외교부는 전통적으로 재외동포정책과 관련하여 외국과의 외교적 마찰의 우려가 있다는 이유로 한국국적이 있는 재외국민만을 그 대상으로 하고 외국인동포에 대하여는 배제 또는 자제하려는 입장을 취해 왔는데, 이는 국가의 대인고권과 관련하여 일응 수긍할 만한 측면이 있다. 그러나 오늘날의 재외동포는 외국으로 이주하여 현지에 정착하는 것으로 끝나는 것이 아니다. 재외동포는 모국인 한국과의 관

14) 서면대체가 가능하게 된 것은 2008년 개정된 「재외동포정책위원회규정」 제6조(회의 및 의사) 제③항에서 “회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 위원회에 상정되는 안건의 내용이 경미하거나 회의를 개최할 시간적 여유가 없는 경우에는 서면심의만으로 의결할 수 있고, 이 경우 재적위원 과반수의 찬성을 얻어야 한다”고 하여 서면심의만으로 의결할 수 있게 하였고, 이는 현재까지도 유지되고 있다.

15) 2017년 9월 19일자 제354회 국회 외교통일위원회 회의록(법안심사소위원회), 34~39쪽 참고.

계에서 다양한 통상경제관계의 한 주역이기도 하며, 사회문화적 교류의 주체 또는 매개자이기도 하며, 남북한 통일을 위한 중요한 역할자이기도 하다. 즉 재외동포정책은 과거 영사업무 정도로 생각될 때와는 완전히 다른 국면으로 넘어가지 이미 오래이다¹⁶⁾. 요컨대 재외동포정책의 수립과 집행에는 전문성, 창의성, 효율성 등이 요구되며, 현재로는 외교부를 포함한 기존의 우리 정부조직체제의 역량으로는 감당되지 않는 상황이라 하겠다.

오늘날의 재외동포와 관련된 업무들을 재외동포의 한국국적 보유 여부와 그리고 그 업무가 한국(국내)과의 관계인가 외국(국외)과의 관계인가를 기준으로 그 담당 정부부처는 아래 표와 같이 나타낼 수 있다.

〈표1〉 재외동포의 분류에 따른 업무상 담당 정부부처

구분			한국(국내)	외국(국외)
재외동포	재외국민		법무부 (재외동포법)	외교부 (정부조직법)
	외국인동포	외국국적동포	법무부 (재외동포법)	-
		무국적동포	-	-

이 표에서 보는 바와 같이 재외동포 관련 업무는 오늘날은 외교부를 통한 전통적인 영사업무를 중심으로 하던 시대는 지나갔으며, 재외동포 업무는 국내와 국내를 불문하고, 또 그들이 한국국적을 가지고 있느냐에 관계없이 다양한 분야에 걸쳐서 복잡하고 다면적인 특성을 띄는 새로운 국면에 들어서 있다. 따라서 재외동포와 모국과의 관계는 우리나라처럼 재외동포의 비중이 큰 나라에서는 바람직하고 합리적인 재외동포정책의 수립과 집행은 국가의 운영과 발전에 있어서 그 중요성은 매우 높으며, 또한 재외동포정책에는 전문성과 창의성, 효율성이 요구된다. 이러한 이유에서 재외동포정책의 수립을 외교부의 소관업무로 규정하고 있는 「정부조직법」 체제는 시대에 뒤떨어진 것이라 하겠다.

이러한 국면 변화에 대응하여 국회에는 1996년 「재외동포재단법(안)」, 1997년

16) 게다가 이미 오래 전부터 중국이나 이스라엘을 비롯하여 재외동포를 많이 가지고 있는 국가들 중에는 현재 국내에서 거론되는 수준보다 훨씬 적극적인 재외동포정책을 구사해오고 있으며, 특히 유럽연합에서는 재외동포에 대한 혈연국(kin state)의 교육문화영역에서의 조치들은 소수 민족보호의 측면에서 합법적인 것으로 인정되고 있다.

2개의 「재외동포기본법(안)」, 1998년 「재외동포의출입국과법적지위에관한법률(재외동포법)(안)」 등이 제안된 바가 있다. 그런데 이 3개의 법률안 중에서 「재외동포재단법」과 「재외동포법」 2개만이 통과되었다. 즉 1997년 「재외동포재단법」이 제정되어 외교부를 감독관청으로 하는 재외동포재단이 설립되었고, 1999년 「재외동포법」이 제정되어 재외국민과 재외동포체류자격(F4)을 가진 외국국적동포에 대한 국내거소신고증제도를 통해 어느 정도는 한국에의 출입국과 한국 안에서의 법적 지위의 향상을 가져왔다. 반면 「재외동포기본법(안)」은 재외동포정책 전담기구로 국무총리 소속으로 재외동포정책위원회를 신설하고자 한 것이었다¹⁷⁾. 이 당시 는 물론이고 현재에도 우리나라에는 근본적으로 변화된 국면에 적절한 재외동포정책기구가 없다. 이러한 재외동포정책기구의 신설을 반대해 온 외교부는 대통령 훈령에 의한 재외동포위원회가 정책기구라거나 또는 그것으로 부족하면 동 위원회를 강화하면 된다는 주장을 해오다가, 최근에는 외교부 산하에 ‘재외동포청’을 신설하는 방안에 찬성하고 있는 것으로 알려지고 있다.

Ⅲ. 재외동포정책 전담기구의 가능한 형태

1948년 제정된 「정부조직법」에는 행정기관의 종류를 원, 부, 처, 청으로 하고 있다¹⁸⁾. 그러나 현행 「정부조직법」은 제2조에서 중앙행정기관은 그 설치와 직무 범위는 법률로 정하도록 하고 있고, 그 명칭이나 형태에 대하여는 기본적으로는

17) 이들 법률안에서 말하는 재외동포위원회 등은 현재의 대통령훈령에 의한 ‘재외동포정책위원회’와 다른 것이다. 현재의 대통령훈령에 의한 재외동포정책위원회는 근본적으로 그것이 대통령훈령에 근거하고 있어서 정부조직체제상의 위상에서의 한계와 문제점과 실제 운영에 있어서의 문제점을 극복하기 위하여 오늘날의 요구에 맞게 권한과 기능을 가진 전문성이 있는 기구를 신설하자는 것이다. 종래 이러한 재외동포정책전담기구의 신설을 반대하여 온 외교부 등은 대안으로 현재의 대통령훈령에 의한 재외동포정책위원회를 활성화하는 방안을 제시하기도 하였으나 이러한 방안은 이미 평가된 한계로 인하여 대안으로 보지 않는 의견이 다수이다. 이러한 추세가 결국 1997년 이래 국회에 법률로서 재외동포정책 전담기구로 재외동포위원회를 신설하는 것을 골자로 하는 여러 개의 재외동포기본법(안)을 제안하게 된 배경이라 하겠다.

18) 동법 제3조 “행정기관의 종류와 명칭은 원·부·처·청 또는 위원회로 하고 그 보조기관의 종류와 명칭은 비서실·국·과로 한다. 행정기관의 설치와 조직은 법률로서 정하고 그 보조기관의 설치와 사무범위는 대통령령으로 정한다”. 동법에서는 ‘원’에는 국무원 1개의 원, ‘부’에는 내무부, 외무부, 국방부, 재무부, 법무부, 문교부, 농림부, 상공부, 사회부, 교통부, 체신부 등 11개의 부, ‘처’에는 총무처, 공보처, 법제처, 기획처 등 4개의 처를 국무총리 소속 하에 두었고, 위원회에는 고시위원회와 감찰위원회 등 2개의 위원회를 두었다.

‘부’, ‘처’, ‘청’으로 하고, 그 외에 동법과 다른 법률에 의하여 다른 명칭이나 형태의 것으로 할 수 있는 것으로 규정하고 있다¹⁹⁾. 전자의 경우는 대통령령인 「행정기관의 조직과 정원에 관한 통칙」 제4조에 따라 그 명칭을 “000직제”로 하는 대통령령으로, 후자는 「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」과 동법 시행령으로 규율하고 있다.

한편 「정부조직법」 제5조에서는 행정기관에는 그 소관사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있는 때에는 법률로 정하는 바에 따라 행정위원회 등 합의제행정기관을 둘 수 있다고 하고 있다²⁰⁾. 여기서의 ‘위원회’는 주로 제2조의 중앙행정기관 내에 설치되는 (행정)위원회를 말하는 것으로 이해된다. 현재 대통령훈령에 근거한 국무총리 소속의 ‘재외동포정책위원회’가 이에 해당한다고 볼 것이다. 일부에서는 재외동포정책 전담기구의 신설에 반대하며 이 ‘재외동포정책위원회’의 역할 강화를 대안으로 제시하는 견해도 있지만, 이에 대하여는 이미 오래 전부터 그 한계와 문제점이 드러났고 오늘날의 현실적 요청에 부응하는 형태가 아니라고 보는 것이 일반적이다.

요컨대 재외동포의 국면 변화에 부응하기 위해 신설을 논의하는 재외동포정책 전담기구는 이론적으로는 가칭 “재외동포부”, “재외동포처”, “재외동포청”, 그리고 “재외동포위원회”가 가능하다. 그런데 현재까지 재외동포정책 전담기구의 설치와 관련하여 그 동안 제시되었던 형태는 ‘처’, ‘청’, ‘위원회’로, 이하에서는 이들에 대하여 「정부조직법」상 어떻게 규율되고 있으며 각각의 경우에 재외동포정책 전담기구로서의 장단점을 검토하고 현실의 요구에 부응하는 형태는 어느 것인지를 고찰해 보기로 한다.

1. 처(處)

재외동포정책 전담기구로서 ‘처’를 신설하자는 주장은 국회에서 법률안 등으로 제안된 적은 없다. 다만 그 동안 재외동포위원회 등 재외동포정책 전담기구 설치

19) 제2조(중앙행정기관의 설치와 조직 등) ① 중앙행정기관의 설치와 직무범위는 법률로 정한다.
② 중앙행정기관은 이 법과 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 부·처 및 청으로 한다.
20) 제5조(합의제행정기관의 설치) 행정기관에는 그 소관사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있는 때에는 법률로 정하는 바에 따라 행정위원회 등 합의제행정기관을 둘 수 있다.

를 위한 법률안에 대한 입법공청회나 토론회 등에서 ‘처’급의 기구를 신설해야 한다는 의견이 여러 차례 제시된 바 있다.

이하에서는 「정부조직법」상 ‘처’급의 중앙행정기관에 관한 규정을 통하여 그 위상과 기능을 살펴보기로 한다.

현행 「정부조직법(2017년 4월 18일 개정, 2017년 10월 19일 시행)」에 의하면 ‘처’는 국가보훈처, 인사혁신처, 법제처, 식품의약품안전처 등 모두 4개가 있다. 그리고 이 4개의 ‘처’는 모두 국무총리 소속으로 되어 있으며, ‘처’의 장도 모두 정무직인 처장이다²¹⁾.

그리고 ‘처’의 장은 행정각부의 장과 동일하게 그 소관사무의 효율적 추진을 위하여 필요한 경우에는 국무총리에게 소관사무와 관련되는 다른 행정기관의 사무에 대한 조정을 요청할 수 있다²²⁾. 또 ‘처’의 장은 국무회의에 출석하여 발언할 수 있으며, 소관사무에 관하여 국무총리에게 의안의 제출을 건의할 수 있다²³⁾.

요컨대 ‘(가칭)재외동포처’를 신설한다고 하면, ‘재외동포처’는 국무총리 소속으로 하여 그 설치에 관하여는 「정부조직법」 “제3장 국무총리” 부분에서 명문으로 규정되어야 할 것이다. 다만 ‘재외동포처’의 위상과 권한은 정책적 판단에 따라 ‘부’와 동급 또는 ‘부’와 ‘청’의 중간으로 할 수 있다. 예컨대 과거 2014년 11월 19일 개정된 「정부조직법」과 2015년 12월 22일 개정된 「정부조직법」에서는 국무총리 소속으로 국민안전처, 인사혁신처, 법제처, 국가보훈처, 식품의약품안전처 등 5개의 ‘처’를 두었는데, 이 중에서 국민안전처의 장은 처장이 아니라 국무위원인 장관으로 보하도록 하고 다른 ‘처’의 장은 통상적인 처장으로 하였다²⁴⁾. 이처럼 ‘처’의 장을 처장만으로 하는 것이 아니라 장관으로도 할 수 있으며, 어느 것으로 할 것인가는 해당 ‘처’의 담당 사무의 국가정책상의 중요도에 따라 정책적으

21) 제22조의2(국가보훈처), 제22조의3(인사혁신처), 제23조(법제처), 제25조(식품의약품안전처).

22) 제7조(행정기관의 장의 직무권한) ⑤ 부·처의 장은 그 소관사무의 효율적 추진을 위하여 필요한 경우에는 국무총리에게 소관사무와 관련되는 다른 행정기관의 사무에 대한 조정을 요청할 수 있다.

23) 제13조(국무회의의 출석권 및 의안제출) ① 국무조정실장·인사혁신처장·법제처장·국가보훈처장·식품의약품안전처장 그 밖에 법률로 정하는 공무원은 필요한 경우 국무회의에 출석하여 발언할 수 있다. ② 제1항에 규정된 공무원은 소관사무에 관하여 국무총리에게 의안의 제출을 건의할 수 있다.

24) 제22조의2(국민안전처) ① 안전 및 재난에 관한 정책의 수립·운영 및 총괄·조정, 비상대비, 민방위, 방재, 소방, 해양에서의 경비·안전·오염방제 및 해상에서 발생한 사건의 수사에 관한 사무를 관장하기 위하여 국무총리 소속으로 국민안전처를 둔다. ② 국민안전처에 장관 1명과 차관 1명을 두되, 장관은 국무위원으로 보하고, 차관은 정무직으로 한다.

로 선택할 수 있는 것이다. 따라서 ‘재외동포처’의 장은 ‘재외동포처장관’ 또는 ‘재외동포처장’에서 선택할 수 있는 것이다.

2. 청(廳)

재외동포정책 전담기구로서 ‘청’을 신설하자는 주장은 과거 재미동포를 중심으로 하여 재외동포들이 ‘동포청’을 설치해 달라는 요구를 지속적으로 제기하였는데, 이러한 요구가 계기가 되어 1997년 「재외동포재단법」을 제정하여 ‘재외동포재단’을 설립하였다. 재외동포재단은 재외동포들이 요구한 ‘동포청’에 완전히 부응하는 것은 아니었다. 당시 정부는 동포청이라는 중앙행정기관을 설립하는 것은 외국과의 외교적 마찰의 여지를 초래할 수 있다는 등의 이유로 ‘재단’이라는 법인의 형식을 취한 것이며, 그 설립목적도 재외동포들이 민족적 유대감을 유지하면서 거주국에서 그 사회의 모범적인 구성원으로 정착할 수 있도록 지원하는 것이다²⁵⁾. 따라서 재외동포재단은 재외동포정책의 수립의 기능은 없고, 주어진 재외동포 관련 업무를 집행 또는 지원하는 하부적 집행기관이며, 외교부가 이 법인에 대한 감독관청이다.

한편 이 재외동포재단의 설립 이후에도 지속적으로 재외동포의 중요성이 높아감에도 불구하고 재외동포정책을 수립·결정하는 전담기관이 여전히 존재하지 않으므로 이러한 현실적 필요에 부응하기 위하여 국회에서는 제15대 국회 이래 현재의 제20대 국회까지 여러 개의 법률안이 제안되었는데, 그 개요는 아래 표와 같다.

25) 재외동포재단법 제1조(목적) 이 법은 재외동포재단을 설립하여 재외동포들이 민족적 유대감을 유지하면서 거주국에서 그 사회의 모범적인 구성원으로 살아갈 수 있도록 하는 데 이바지함을 목적으로 한다.

〈표2〉 역대 국회 재외동포정책 전담기구 법률안

법률안 명칭	제안자	제안일자	의결결과	주요내용
재외동포기본법	제정구	1997.10.15 (제15대)	임기만료폐기	국무총리 소속 ‘재외동포정책위원회’ 설치
재외동포기본법	김원길	1997.11.5 (제15대)	임기만료폐기	국무총리 소속 ‘재외동포정책위원회’ 설치, ‘한민족청(장관급 청장)’ 설치
재외동포기본법 재외동포위원회법	조응규	2003.5.6 (제16대)	임기만료폐기	국무총리 소속 ‘재외동포위원회’ 설치
재외동포 교육문화진흥법	한명숙	2005.4.13 (제17대)	임기만료폐기	대통령 소속 ‘재외동포교육문화위원회’ 설치
재외동포기본법	권영길	2005.12.16 (제17대)	임기만료폐기	대통령 소속 ‘재외동포위원회’ 설치
재외동포사회의 발전 및 지원에 관한 법률	이화영	2006.11.23 (제17대)	임기만료폐기	국무총리 소속 ‘재외동포위원회’ 설치
재외동포기본법	김성곤	2015.8.13 (제19대)	임기만료폐기	‘재외동포청(소속 미규정)’ 설치, 국무총리 소속 ‘재외동포정책위원회’ 설치
재외동포청법	양창영	2015.9.15 (제19대)	임기만료폐기	외교부장관 소속 ‘재외동포청’ 설치, ‘위원회’ 조항 없음
재외동포기본법	김경협	2017.2.6 (제20대)	계류중	‘재외동포청(소속 미규정)’ 설치, 국무총리 소속 ‘재외동포정책위원회’ 설치

이들 법률안들에서는 대부분 합의제 중앙행정기관인 ‘위원회’를 설치하자는 것이었지만 ‘청’급의 기관에 대한 언급이 있는 것으로는 ‘한민족청’ 또는 ‘재외동포청’이 있었다.

‘한민족청’은 1997년 김원길 의원의 대표발의로 제안된 「재외동포기본법(안)」에 등장한 것으로 이 법률안에서는 국무총리 소속으로 ‘재외동포정책위원회’를 설치하고, 병행하여 장관급 정무직을 청장으로 하는 ‘한민족청’을 설치하여 이 ‘한민족청’이 외교부로부터 재외동포재단의 감독업무를 인수하는 것을 상정하였다. 이 법률안은 임기만료로 폐기되었다. 그리고 2015년 다시 김성곤의원 대표발의의 「재외동포기본법(안)」과 양창영의원 대표발의의 「재외동포청법(안)」에서도 각각 ‘재외동포청’ 설치를 상정한 바 있으나 이도 마찬가지로 임기만료로 폐기되었다. 현재 국회에는 2017년 김경협의원 대표발의로 「재외동포기본법(안)」이 제안되어 있는데, 이 또한 ‘재외동포청’을 설치하고 병행하여 국무총리 소속으로 ‘재외동포정책위원회’를 설치할 것을 상정하고 있다.

이하에서는 「정부조직법」상 중앙행정기관으로 ‘청’의 지위와 기능을 알아보기로 한다.

‘청’은 중앙행정기관이기는 하지만 대통령 산하의 행정각부에 소속된 것이다. 「정부조직법」상 ‘청’의 장은 일반적으로 ‘청장’이라 하며 정무직으로 한다. ‘청’은 그 관장하는 사무에 따라 행정각부 중 어느 하나에 소속되어야 하며, 따라서 ‘청’의 설치에 「정부조직법」 “제4장 행정각부”에서 명시적으로 규정되어야 한다. 현행 「정부조직법」에 의하면 모두 18개의 ‘부’ 중에서 해당 장관 소속으로 ‘청’을 두고 있는 ‘부’는 9개이며²⁶⁾, 이 9개의 ‘부’에 모두 15개의 ‘청’이 소속되어 있다.

〈표3〉 현행 「정부조직법」상 행정각부와 그 소속청

행정각부 명칭	소속청
기획재정부	국세청, 관세청, 조달청, 통계청
교육부	-
과학기술정보통신부	-
외교부	-
통일부	-
법무부	검찰청
국방부	병무청, 방위산업청
행정안전부	경찰청, 소방청, (재난안전관리본부)
문화체육관광부	문화재청
농림축산식품부	농촌진흥청, 산림청
산업통상자원부	특허청, (통상교섭본부)
보건복지부	(질병관리본부)
환경부	기상청
고용노동부	-
여성가족부	-
국토교통부	-
해양수산부	해양경찰청
중소벤처기업부	-

‘청’의 장은 ‘부’와 ‘처’의 장과는 달리 국무회의 출석권과 의안제출권이 없으며, 또 그 소관사무의 효율적 추진을 위하여 국무총리에게 소관사무와 관련되는 다른

26) 「정부조직법」은 행정각부 소속의 ‘청’에 대하여는 해당 행정각부의 조항에 직접 관련 규정을 명시하고 있는데, 법무부 소속의 검찰청과 행정자치부 소속의 경찰청은 다른 소속청과는 달리 그 조직과 직무범위 그 밖의 사항을 법률로 정하도록 하고 있다. 이에 따라 「검찰청법」과 「경찰법」이 제정되었다. 「검찰청법」은 대검찰청에 ‘검찰총장’을 두고 있고(동법 제12조(검찰총장) ① 대검찰청에 검찰총장을 둔다), 「경찰법」은 경찰청에 ‘경찰청장’을 두고 있다(동법 제11조(경찰청장) ① 경찰청에 경찰청장을 두며, 경찰청장은 치안총감으로 보한다).

행정기관의 사무에 대한 조정을 요청할 수도 없다. 게다가 ‘청’은 그 중요정책수립에 관하여 소속된 ‘부’의 장관과 차관 또는 차장으로부터 직접 지휘를 받을 수 있다²⁷⁾. 특히 이렇게 소속청을 두고 있는 ‘부’ 중에는 기획재정부, 국방부, 문화체육관광부, 농림축산식품부, 산업통상자원부, 환경부의 예에서 보듯이 각각 ‘부령’으로 해당 “소속청장 지휘에 관한 규칙”을 제정하여, 해당 ‘부’에 소속된 ‘청’에 대하여 ‘청장’으로 하여금 ‘장관’에게 중요정책사항에 대하여는 사전승인, 사전보고 또는 보고를 규정하고, 인사, 예산, 감사, 법령질의 등에 있어서 사전보고나 보고, 또는 자료제출의무 등을 규정하고 있으며, 또한 이러한 승인이나 보고의 방법이나 절차에 대하여는 본청인 ‘부’의 관련 국장 또는 실장이 총괄하도록 하고 있다²⁸⁾. 한마디로 ‘청’은 그 사무에 대하여 독자적인 기관으로서 독립성이 인정되는 기관이 전혀 아니다. 결국 ‘청’은 외형상 독자적인 행정기관인 것으로 되어 있지만 사실상 소속 ‘부’의 특정사무를 담당하는 그러나 규모가 상대적으로 큰 ‘부’의 한 부서에 불과한 기관이라 하겠다.

요컨대 ‘(가칭)재외동포청’을 설치한다고 하면, ‘재외동포청’은 장관 소속으로 그 설치에 「정부조직법」 “제4장 행정각부” 부분에서 명시적으로 규정되어야 하며, 이를 ‘외교부’에 두고자 하면 행정각부 중에서 ‘외교부’ 조항에서 외교부장관 소속으로 그 설치가 명문으로 규정되어야 한다. 이 경우 ‘재외동포청장’은 국무회의 출석권과 의안제출권이 없으며, 국무총리에게의 사무조정요청권도 없을 뿐만 아니라, ‘재외동포청’의 중요정책수립에 관하여 외교부 장관과 차관에 의하여 직접 지휘를 받을 수 있다. 이것은 오늘날 재외동포정책 전담기구에게 요청되는 전문성, 독립성, 효율성 등이 보장되지 않는 것이어서 가장 불합리한 형태가 될 것이다.

27) 제7조(행정기관의 장의 직무권한) ④ 제1항(즉, 각 행정기관의 장)과 제2항(즉, 차관 또는 차장)의 경우에 소속청에 대하여는 중요정책수립에 관하여 그 청의 장을 직접 지휘할 수 있다.

28) 이러한 부령에는 「기획재정부장관의 소속청장에 대한 지휘에 관한 규칙(기획재정부령)」, 「국방부장관의 소속청장 지휘에 관한 규칙(국방부령)」, 「문화체육관광부장관의 소속청장에 대한 지휘에 관한 규칙(문화체육관광부령)」, 「농림축산식품부장관의 소속청장에 대한 지휘에 관한 규칙(농림축산식품부령)」, 「산업통상자원부장관의 소속청장에 대한 지휘에 관한 규칙(산업통상자원부령)」, 「환경부장관의 소속청장에 대한 지휘에 관한 규칙(환경부령)」 등이 있다. 이 중에서 국방부령인 「국방부장관의 소속청장 지휘에 관한 규칙」에서는 일정한 사항에 대하여는 장관의 명의로 시행토록 하여 청장이 단독적으로는 물론 청장의 명의로도 시행할 수 없도록 하고 있다(동 부령 제3조).

3. 위원회(委員會)

재외동포정책 전담기구로서 ‘위원회’를 신설하자는 주장은 그 동안 국회에 제안된 법률안이나 결의안에서 나타난 것으로는 가장 많은 형태이다. 그 명칭은 ‘재외동포정책위원회’, ‘재외동포위원회’, ‘재외동포특별위원회’, ‘재외동포교육문화위원회’ 등이 제시되었다. 법률안 등에서 나타난 이들 위원회의 위상은 대통령 소속으로 하자는 경우와 국무총리 소속으로 하자는 것으로 나누어진다. 대통령 소속으로 하자는 주장은 재외동포정책의 새로운 국면에 따라 그것이 국가정책에서 최상위 수준에 해당한다고 보아 그 중요성을 중시한 것이었고, 국무총리 소속으로 하자는 주장은 대통령 소속으로 할 경우의 현실적인 문제와 이러한 위원회의 설치를 반대하는 입장(외교부 등)을 고려하여 절충한 것이었다.

현재까지의 중앙행정기관으로서의 ‘위원회’는 그 필요성과 목적에 따라 그 위상이나 성격과 기능 등이 매우 다양하고 복잡하게 조직·운영되고 있기 때문에 설명을 위하여 간단한 형식으로 요약하기 어렵다.

먼저 현행 우리나라 법제상 정부 내에 (행정)위원회를 설치할 수 있는 법적 근거로는 「정부조직법」과 「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률(이하 ‘행정위원회법」)²⁹⁾이 있다.

「정부조직법」에 의하면, 행정기관에는 중앙행정기관, 특별지방행정기관, 부속기관, 합의제행정기관의 4가지 형태가 가능한데³⁰⁾, 재외동포정책 전담기구로서 ‘위원회’의 형태는 정부조직의 기본적 형태인 ‘부’, ‘처’, ‘청’의 어느 하나가 아니므로 결과적으로 제2조의 「정부조직법」과 ‘다른 법률에 특별한 규정’에 의한 것, 그리고 제5조의 ‘(다른) 법률로 정하는 바에 따른 행정위원회 등 합의제 행정기관’이 가능하다³¹⁾. 이러한 전제에서 보면 재외동포정책 전담기구로 ‘위원회’를 신설할 경우, 논리상 그것이 합의제 행정기관인 위원회라면 후자에 해당하고 그렇지 않은 위원회라면 전자에 해당한다고 볼 것이다.

29) 이 법은 2008년 12월 31일 제정된 이래 지금까지 모두 5차례의 개정이 있었고, 현행 「행정위원회법」은 2017년 7월 26일 개정되어 2017년 7월 26일 시행된 것이다.

30) 「정부조직법」 제2조(중앙행정기관의 설치와 조직 등), 제3조(특별지방행정기관의 설치), 제4조(부속기관의 설치), 제5조(합의제행정기관의 설치) 참고.

31) 제2조(중앙행정기관의 설치와 조직 등) ② 중앙행정기관은 이 법과 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 부·처 및 청으로 한다.

제5조(합의제행정기관의 설치) 행정기관에는 그 소관사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있는 때에는 법률로 정하는 바에 따라 행정위원회 등 합의제행정기관을 둘 수 있다.

한편 「행정위원회법」에 의하면, ‘(행정)위원회’는 “위원회, 심의회, 협의회 등 명칭을 불문하고 행정기관의 소관 사무에 관하여 자문에 응하거나 조정, 협의, 심의 또는 의결 등을 하기 위한 복수의 구성원으로 이루어진 합의제 기관을 말한다³²⁾”고 정의하고 있다. 이 조항으로 미루어보아 「행정위원회법」은 「정부조직법」 제5조의 ‘행정위원회 등 합의제 행정기관’에 대한 법률로 「정부조직법」과의 관계에서 그 특별법에 해당한다고 보인다. 이어서 「행정위원회법」은 이러한 행정기관 소속 위원회는 대통령과 그 소속기관, 국무총리와 그 소속기관, 그리고 「정부조직법」 제2조 제②항에 의한 중앙행정기관과 그 소속기관에 둘 수 있는 것으로 규정하고 있다³³⁾. 따라서 「행정위원회법」은 재외동포정책 전담기구인 ‘위원회’를 합의제 기관으로 신설할 경우에 적용되는 법률이다.

한편 여기서 짚어볼 것은 신설되는 ‘위원회’의 위상과 관련한 것이다. 「행정위원회법」에서는 합의제 기관인 위원회를 둘 경우 그 위상은 현실적으로 대통령 소속, 국무총리 소속, 그리고 「정부조직법」상의 중앙행정기관, 즉 장관 소속 중의 하나이어야 한다. 지금까지 국회 법률안들에서 신설이 논의되었던 재외동포정책 전담기구로서의 ‘위원회’들은 모두 재외동포정책을 수립하는 합의제 기관이었으며, 다만 그것을 대통령 소속으로 할 것인가, 국무총리 소속으로 할 것인가가 문제였다. 그리고 현행의 국무총리 소속의 ‘재외동포정책위원회’는 대통령 훈령에 근거한 것으로 법률을 근거로 한 것이 아니며, 과거 양창영 의원 대표발의의 「재외동포청법(안)」과 같이 그 기구를 외교부장관 소속으로 하고자 한 경우는 ‘위원회’가 아니라 ‘청’이었다.

합의제 기관인 위원회는 정부조직체계상 그 위상이 다양하여 각 위원회의 조직과 운영에 대하여 별도의 법령, 즉 법률, 대통령령, 총리령, 부령이 있어 해당 법령의 적용을 받지만 이들 법령은 공통적으로 「행정위원회법」 또는 「동법 시행령」에 어긋나서는 안된다³⁴⁾.

32) 제2조(기본원칙) ① 행정기관의 장은 위원회(위원회, 심의회, 협의회 등 명칭을 불문하고 행정기관의 소관 사무에 관하여 자문에 응하거나 조정, 협의, 심의 또는 의결 등을 하기 위한 복수의 구성원으로 이루어진 합의제 기관을 말한다. 이하 같다)를 공정하고 적절하게 운영함으로써 주요 정책에 관한 이해를 원활하게 조정하고, 관계 행정기관 간의 합의 및 협력이 체계적으로 이루어지도록 하며, 민주적이고 효율적인 행정이 되도록 하여야 한다.

33) 제3조(적용범위) ① 이 법은 다음 각 호의 행정기관 소속 위원회에 대하여 적용한다.

1. 대통령과 그 소속 기관
2. 국무총리와 그 소속 기관
3. 「정부조직법」 제2조제2항에 따른 중앙행정기관과 그 소속 기관

34) 제4조(다른 법률과의 관계) 위원회의 설치·운영 등에 관한 다른 법률을 제정하거나 개정하는

「행정위원회법」에 의하면 위원회는 헌법, 법률, 기타 하위법령에 의하여 설치할 수 있는 것이 되는데³⁵⁾, 현행 헌법상 ‘위원회’는 국회의 ‘위원회’와 ‘선거관리위원회’가 있으나 이는 정부 소속의 위원회가 아니다. 또 법률에 근거한 ‘위원회’로는 「정부조직법」에서 직접 규정한 위원회는 없으며, 실제로 정부 소속의 위원회는 모두 특별법에 의한 것들이다. 이러한 위원회로는 ‘경제사회발전노사정위원회’, ‘국가인권위원회’, ‘금융위원회’, ‘노동위원회’, ‘방송통신위원회’, ‘부패방지 및 국민권익위원회’, ‘사행산업통합감독위원회’, ‘세월호 선체조사위원회’, ‘원자력안전위원회’ 등 9개가 있다. 그 동안 재외동포정책 전담기구로 제안된 ‘위원회’도 「재외동포기본법(안)」 등 법률에 의한 위원회였다. 그 외에 대통령령, 총리령, 부령에 의한 위원회가 다수 있다.

「행정위원회법」에 의하면 ‘위원회’, 즉 대통령, 국무총리, ‘부’, ‘처’, ‘청’ 등과 그 소속기관에 두는 ‘위원회’는 원칙적으로 비상임위원으로 구성하는데, 대통령령으로 정하는 특별한 경우에는 목적 달성에 필요한 최소한의 상임위원을 둘 수 있다³⁶⁾. 그리고 ‘위원회’에는 사무기구를 둘 수 있으며, 그 조직과 정원은 대통령령으로 정한다³⁷⁾. 반면 특별법인 다른 법률에 의한 ‘위원회’는 그 특성과 필요에 따라 적절하게 위원회를 구성하고 행정기관을 조직할 수 있다³⁸⁾.

요컨대 ‘위원회’는 ‘부’, ‘처’, ‘청’과 같은 전형적인 정부기관이 경직성이 강한 데 비하여 상대적으로 융통성이 높다는 것이 가장 큰 장점이라 하겠다. 따라서 ‘위원회’로 할 경우는 ‘부’, ‘처’, ‘청’으로 할 경우 우려되는 여러 가지 문제점을 해소하거나 완화시킬 수 있다.

경우에는 이 법의 목적과 기본원칙에 맞도록 하여야 한다.

- 35) 제3조(적용범위) ② 제1항에도 불구하고 「헌법」에 따라 설치되는 위원회 및 「정부조직법」 제2조제2항에 따라 다른 법률에 의하여 중앙행정기관으로 설치되는 위원회에 대하여는 이 법을 적용하지 아니한다. 다만, 중앙행정기관으로 설치되는 위원회 내에 위원회를 설치·운영하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- 36) 제8조(위원회의 구성) ① 위원회는 설치 목적을 효율적으로 달성하기 위하여 필요한 적정 인원의 비상임위원으로 구성한다. 다만, 행정위원회 등 대통령령으로 정하는 특별한 경우에는 목적 달성에 필요한 최소한의 상임위원을 둘 수 있다.
- 37) 제10조(위원회의 사무기구 등) ① 행정위원회에는 필요한 최소한도의 사무기구를 둘 수 있으며, 그 사무기구의 구성 및 정원에 관한 사항은 행정기관의 조직과 정원을 규정하는 대통령령으로 정한다.
- 38) 이렇게 다른 법률에 의하여 설립되는 위원회로서 그 특수한 형태가 두드러지게 나타나는 것으로는 국가인권위원회를 들 수 있다. 국가인권위원회는 국회가 선출하는 4명, 대통령이 지명하는 4명, 대법원장이 지명하는 3명을 대통령이 임명하여 구성한다(「국가인권위원회법」 제5조). 또한 국가인권위원회는 그 권한에 속하는 업무를 독립하여 수행한다(동법 제3조).

IV. 결론: 바람직한 재외동포정책 전담기구의 모색

이번 대통령선거 과정에서 재외동포정책 전담기구로서 더불어민주당은 ‘재외동포청’을, 자유한국당은 ‘재외동포처’를, 국민의당은 ‘재외국민위원회’의 신설을 약속하였다. 전술한 바와 같이 이 기구가 ‘청’급이면 외교부 산하기관이 되는 것이고, ‘처’급이면 장관급으로 사실상 국무총리 소속이 되는 셈이다. 또 ‘재외국민위원회’는 대통령 직속의 기구로 상정하였다³⁹⁾. 그리고 그 현재의 제20대 국회에서는 금년 2월 김경협의원 대표발의로 「재외동포기본법(안)」이 제안되어 소관위 심사를 위하여 외교통일위원회에 회부되어 있는 상태이다. 김경협의원원의 「재외동포기본법(안)」과 이와 연계된 「정부조직법 일부개정법률(안)」은 국무총리 소속의 ‘재외동포정책위원회’와 외교부장관 소속의 ‘재외동포청’을 설치하고자 한다.

이하에서는 이번 대선에서 제시된 공약들과 김경협의원 발의의 법률안이 가장 최근에 진행된 또는 진행되고 있는 논의라는 점에서, 그리고 논의의 범주를 한정함으로써 서술의 편의를 위하여 이들을 기초로 하여 재외동포정책 전담기구의 바람직한 형태에 대하여 고찰해보기로 한다.

이번 대선에 제시된 공약들과 김경협의원원의 법률안을 종합적으로 검토하여 보면, 크게 재외동포 전담기구를 어떤 급으로 하느냐, 즉 대통령 소속으로 할 것인가, 국무총리 소속으로 할 것인가, 아니면 외교부장관 소속으로 할 것인가 문제와 재외동포 전체를 대상으로 할 것인가 아니면 재외국민만을 대상으로 할 것인가의 문제의 두 가지로 압축된다.

먼저 후자의 문제는 이미 1990년대 이후 재외국민과 외국인동포를 모두 포괄하는 재외동포정책이 국가정책으로서의 중요성이 높아진 상황에서 재외국민만을 대상으로 한다는 방안은 시대의 요구에 맞지 않는다. 재외국민과 관련하여는 헌법 제2조 제2항⁴⁰⁾이 국가의 재외국민 보호의무를 규정하고 이를 위한 법률의 입법을 요구하고 있음에도 불구하고 아직까지 해당 법률은 제정되지 않고 있는데, 이러한 법률의 제정이 시급하다는 것으로 대신하고자 한다.

다음으로 전자의 문제에 대하여 살펴보면, 「정부조직법」 제7조는 각 행정기관의 장의 직무권한에 대하여 규정하고 있는데, 그 제4항에 의하면 “제1항(즉, 장

39) <http://m.worldkorean.net/news/articleView.html?idxno=25039>(2018.3.31. 검색).

40) 헌법 제2조 ②국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다.

관)과 제2항(즉 차관 또는 차장)의 경우에 소속청에 대하여는 중요정책수립에 관하여 그 청의 장을 직접 지휘할 수 있다"고 규정하고 있다. 만약 외교부장관 소속의 '재외동포청'으로 전담기구를 설치한다면 '외교부의 장관과 차관이 재외동포청장을 직접 지휘할 수 있다'가 되는 것이다. 이렇게 되면 재외동포정책의 전문성, 창의성, 효율성이 저해되기 때문에 '재외동포청'은 바람직한 방안이 아니다.

또 김경협 의원 대표발의의 「재외동포기본법(안)」 제5조(재외동포정책의 조정 등)에서는 "재외동포청장은 다음 각 호⁴¹⁾에 해당하는 업무를 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 조정·결정하고 수행한다"고 하고 있다. 동 법률안에 의하면 외교부장관 소속인 재외동포청장이 그 업무를 관계 중앙행정기관의 장, 즉 관련 행정각부의 장관이나 국무총리 소속의 처장과 협의하여 조정·결정하고 수행한다는 것이다. 이는 하급행정기관장이 상급행정기관장과 협의, 조정, 결정, 수행하도록 한다는 것으로 정부조직체계상 불가능한 것이다. 특히 전술한 바와 같이 정부조직법 제7조 4항에 의하여 외교부 장관과 차관이 재외동포청장을 '직접' 지휘할 수 있다는 구조에서는 동 법률안 규정은 정부조직법의 내용과 정부조직 편제에 대한 이해부족에서 나온 것이라 하겠다.

반면에 이 법률안 규정이 각 호에서 열거하고 있는 사항들이 재외동포정책에 있어서 중요한 것이어서 여러 관계 중앙행정기관의 장들과 협의와 조정을 통해 결정하고 수행해야 한다는 인식이 동 법률안의 입법배경이라면, 이를 위하여는 '청'급의 기관이서는 안되며, 최소한 국무총리 소속의 '처'급은 되어야 한다. 국무총리 소속의 '처'가 되면 외교부를 비롯한 행정각부 장관의 소속과 지휘로부터 벗어나 재외동포정책의 전문성, 창의성, 효율성이 보장되는 체계가 된다. 요컨대 재외동포정책 전담기구로 '청'은 행정각부의 어느 '부'에 소속하느냐의 문제를 떠나 재외동포정책 전담기구로서 요구되는 기능과 역할을 원천적으로 수행할 수 없게

41) 다음 각호는 아래의 사항들이다.

1. 재외동포의 모국에서의 법적·사회적·경제적 권익 향상에 관한 업무
2. 재외동포의 거주국 사회에서의 정착지원에 관한 업무
3. 재외동포의 민족 정체성 제고에 관한 업무
4. 재외동포와 모국 국민과의 교육·문화·경제·사회 등 교류활동 및 유대강화를 위한 지원 업무
5. 재외국민의 참정권 확대와 합리적 병역의무 수행에 관한 업무
6. 모국 발전을 위한 재외동포의 역량 활용을 위한 업무
7. 재외동포의 거주국의 재외동포단체 및 모국의 재외동포 관련 단체의 지원에 관한 업무
8. 재외동포 관련 조사·연구 업무
9. 재외동포를 대상으로 하는 교육·문화·홍보 업무
10. 그 밖에 대통령령으로 정하는 재외동포 관련 주요 업무

되어 국가정책으로서의 재외동포정책은 지금까지와 같은 요구수준에 미치지 못하는 상황은 계속되고, 결과적으로 그러한 ‘청’급의 전담기구는 소속 ‘부’의 ‘밥그릇 늘리기’로 전락되고 말 것이다.

‘처’에는 기본적인 행정기관과 같이 소관 사무를 위해 장관 또는 처장, 차관 또는 차장, 실장, 국장, 과장 또는 본부장, 단장, 부장, 팀장 등의 보조기관을 둘 수 있으며, 이러한 보조기관의 설치와 사무분장은 법률이나 대통령령으로 정한다(정부조직법 제2조 제2항, 제3항 및 제4항). 그리고 대통령령인 「OO처와 그 소속기관 직제」로 필요한 ‘실’, ‘국’, ‘과’ 등의 하부조직을 둘 수 있다.

또 ‘위원회’는 그 동안 제안되었던 「재외동포기본법(안)」 등과 같은 특별법의 입법을 통하여 설치되는 것이므로 기본적인 틀에 얽매이지 않고 해당 법률에서 보다 자유롭게 재외동포정책 전담기구로서의 특수성에 상응하는 조직과 운영 체계를 확보할 수 있을 것이다. 예컨대 전술한 바와 같이 ‘위원회’는 기본적으로 비상임위원과 상임위원을 둘 수 있으며(「행정위원회법」 제8조), 사무기구를 둘 수 있다(같은 법 제10조).

요컨대 재외동포 업무가 여러 개의 행정부처에 산재되어 있는 만큼 재외동포정책의 기본방향을 수립하고 이에 따라 각 행정부처의 업무를 유기적으로 조정하고 집행하게 할 수 있기 위해서는 행정각부의 장관보다 상위의 기관이 되어야 한다. 즉 대통령 소속이거나 국무총리 소속이어야 한다. 그렇다면 ‘청’은 원천적으로 논의의 대상에 포함될 수 없으며, 대통령 소속 또는 국무총리 소속의 ‘위원회’이거나 국무총리 소속의 ‘처’ 중의 하나이어야 한다. 다만 그것을 대통령 소속으로 할 것인가 국무총리 소속으로 할 것인가는 재외동포정책을 국가정책의 하나로써 어느 정도로 보느냐 하는 정책적 또는 전략적 판단에 달린 것이다.

끝으로 재외동포정책 전담기구가 설립될 경우 재외동포재단의 향방이 문제가 될 것이다. 전술한 바와 같이 재외동포재단은 정책수립기구가 아니라 외교부의 지도·감독을 받아 수립된 정책의 집행을 지원하는 기관이다. 따라서 ‘처’ 또는 ‘위원회’로 재외동포정책을 수립·집행하는 전담기구가 설치되더라도 재외동포재단을 반드시 해산할 필요는 없다고 하겠으나, ‘위원회’로 전담기구가 설치될 경우에는 그 취지를 고려하여 해산하되, 동 재단의 직원은 설립 이래 20년간 소관 업무를 수행해옴으로써 업무상의 노하우와 전세계 각국의 재외동포사회와의 네트워크를 갖고 있으므로 ‘위원회’에 두는 ‘사무기관’으로 수용하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

(논문투고일 : 2018.04.23., 심사개시일 : 2018.05.21., 게재확정일 : 2018.06.12.)



▶ 노 영 돈

재외동포정책, 정부조직법, 행정위원회법, 재외동포위원회,
재외동포처, 재외동포청

【참 고 문 헌】

- 김봉섭, “이승만정부 시기의 재외동포정책”, 한국학중앙연구원 한국학대학원 박사학위논문, 2009.
- 윤인진, “재외동포정책의 목표와 추진체계의 재정립”, 「민족연구」제54호, 2013.
- 이병훈, “한국의 재외동포정책: 현상과 과제”, 「고려법학」제48호, 고려대학교 법학연구원, 2007.
- 이용재, “한국의 재외동포정책의 과정과 과제”, 「한국민족연구논집」제61권, 한국민족연구원, 2015.
- 월드코리아뉴스 인터넷신문, “대선 후보들, 명칭 달라도 ‘재외동포정책 전담기구’ 신설에 점점”, 2017. 04. 18일자.

Abstract

The Issue about Establishing an Organization of Policies on Overseas Koreans

Loh, Yeong Don

Since the 1990's, the number of overseas Koreans has increased rapidly and the scale and scope of their entry into and departure from Korea and their activities of overseas Koreans in and with Korea have expended widely. These critical changes of overseas Koreans' situation are requiring the specialty, creativity, independence and effectiveness for the formulation and implementation of policies on overseas Koreans.

Even though, accordingly, the Overseas Koreans Foundation Act of 1997 and the Act on the Immigration and Legal Status of Overseas Koreans of 1999 were prepared, they couldn't really come up to the sustaining requirement. It is persistingly alleged that an exclusive organization dealing with the formulation and implementation of policies on overseas Koreans should be established.

Various opinions relating to the status of the organization have suggested; the 'Cheo(a 'Ministry', but the 'Bu', which is a higher level in the Korean government organization system than the 'Cheo', is also named a Ministry in English)', the 'Cheong(an administrative agency which is a lower level in the Korean government organization system than the 'Cheo')' and a representative administrative agency, such as an administrative committee.

This study analyses which one is the desirable status in the Korean government organization system, based on the Government Organization Act of Korea.

According to the Government Organization Act, a central administrative agency

shall be a 'Bu', 'Cheo' or 'Cheong' and where needs arise to perform part of duties independently, an administrative agency may establish a representative administrative agency, such as administrative committee, etc. which is regulated by the Administrative Committee Act.

The 'Bu', the 'Cheo' or the 'Cheong' are the typical government organizations; the 'Bu' is under the control of the President and its head is a 'Janggwan(a Minister)', the 'Cheo' is under the jurisdiction of the Prime Minister and its head is a 'Cheojang(also a Minister in English)', and the 'Cheong' is under the 'Janggwan' and its head is the 'Cheongjang(a Commissioner)'.

The 'Janggwan', the head of the 'Bu' shall be appointed as member of the State Council, may submit items for deliberation and discussion to the Chairperson and request the Chairperson to call a meeting of the State Council. But the 'Bu' has never been suggested as the exclusive organization of policies on overseas Koreans.

The 'Cheojang', the head of the 'Cheo' may attend the State Council and express their opinions if necessary and may propose that the Prime Minister submit items for deliberation and discussion related to their duties to the State Council. The head of a 'Bu' or a 'Cheo' may request the Prime Minister to coordinate the duties of other administrative agencies related to his/her duties if necessary for the efficient fulfillment of his/her duties.

Whereas the 'Cheongjang', the head of a 'Cheong' may not attend the State Council and express their opinions, not propose that the Prime Minister submit items for deliberation and discussion and not may request the Prime Minister to coordinate the duties of other administrative agencies. Furthermore, the 'Janggwan' and the 'chagwan', the vice Minister may directly direct the 'Cheongjang' associated with his/her agency in formulating important policies. And the 'Cheongjang' is obliged to receive prior approval, to previously report or to report about certain items as prescribed by Ministerial Decree concerned. In short, the 'Cheong' is not a proper idea for the exclusive organization of policies on overseas Koreans, because the 'Cheongjang' has no authority to coordinate the duties of the 'Bu' or the 'Cheo' which are located at the higher level in the

Korean government organization system.

And an administrative committee may be established, if necessary, under the control of the President, the Prime Minister, the 'Janggwan', the 'Cheo' or 'Cheong' and it is a form of an administrative organization with flexibility. But, as mentioned above, a committee which is supposed to establish under the 'Bu', the 'Cheo' or the 'Cheong' is not proper for the exclusive organization of policies on overseas Koreans, therefore, it should be established under the control of the President or the Prime Minister. And an administrative committee may have the executive institution.

And to conclude, the matter of the exclusive organization of policies on overseas Koreans is condensed into two ways; it should be under the control of the President or the Prime Minister. This is the matter of policy decision to set up how important the policy of overseas Koreans is among the policies of Korea.



▶ **Loh, Yeong Don**

Policy of overseas Koreans, Government Organization Act, Administrative Commission Act, Overseas Koreans Commission, Ministry of Foreign Affairs, Ministry of Overseas Koreans, Overseas Koreans Agency

일본 법제도에서 사이버시큐리티와 개인정보보호의 관계

—「사이버시큐리티기본법」과 「개인정보의 보호에 관한 법률」을
중심으로—

박 상 돈*

【목 차】

I. 서론	2. 「개인정보의 보호에 관한 법률」상 사이버시큐리티 구현
II. 사이버시큐리티와 개인정보보호의 관계에 대한 일본의 논의	3. 소결
1. 일본 법제도상 사이버시큐리티의 의의	IV. 일본 법제도상 사이버시큐리티와 개인정보보호의 조화가 지닌 함의와 시사점
2. 일본 법제도상 개인정보보호의 의의	1. 사이버시큐리티에서 개인정보보호 법제도 적용에 대한 올바른 이해
3. 사이버시큐리티와 개인정보보호의 관계에 대한 논의 동향	2. 헌법합치적 개인정보보호를 수반하는 사이버시큐리티 법제도의 구현
4. 소결	3. 행정조직 관계법령에 근거한 사이버 시큐리티 활동 및 개인정보처리 수행 주체 설정
III. 일본 현행 법률상 사이버시큐리티와 개인정보보호의 조화	V. 결론
1. 「사이버시큐리티기본법」상 개인정보보호 구현	

【국 문 요 약】

사이버공간에서 발생하는 전자적 침해행위로부터의 보호 중에서 특히 국가안보와 관련된 문제를 다루는 법제도의 정비는 다른 유형의 정보통신 보호 법제도에 비하여 논란의 대상이 될 여지가 많았으며, 그러한 법제도의 시행이 개인의 사생활자유권에 악영향을 준다는 인식이 상당부분 존재하였다. 전자적 방식을 활용한 각종 위협으로부터의 보호와 개인정보보호를 비롯한 사생활자유권의 관계를 올바르게 정립하고 제도화하는 것은 중요한 문제가 아닐 수 없다. 상기한 문제의

* ETRI 부설연구소 선임연구원, 법학박사

해결을 모색하는 연구로서 사이버안보 개념을 포함한 사이버시큐리티와 개인정보 보호의 관계에 관한 일본의 논의를 살펴보고 일본에서 사이버시큐리티 법제도의 기본법 역할을 하는 「사이버시큐리티기본법(サイバーセキュリティ基本法)」과 개인정보보호 법제도의 기본법 역할을 하는 「개인정보의 보호에 관한 법률(個人情報保護に関する法律)」을 중심으로 하여 일본의 법제도에서 사이버시큐리티와 개인정보보호의 관계가 어떻게 구현되는지를 확인하였다. 사이버시큐리티와 개인정보보호는 서로 배척하고 대립하기보다는 상호 보완 및 조화를 이루도록 하는 것이 바람직하며, 일본의 현행 법률에서는 그러한 지향점을 제도적으로 구현하고자 한 점이 발견된다. 이는 향후 한국의 법제도 정비에 관하여 여러 가지 함의와 시사점을 제시한다.

I. 서론

정보통신 관련 영역에서 각종 위협으로부터의 보호는 정보통신을 위한 물리적 환경의 보호와 사이버공간에서 발생하는 전자적 침해행위로부터의 보호를 모두 포함한다. 정보 및 데이터베이스와 같은 무형적인 것과 정보통신기기와 같은 유형적인 것을 모두 포함하는 정보통신 관련 제반요소의 보호라는 관점에서 보면 이와 같은 보호의 형태들을 모두 포함하여 지칭하는 용어로는 ‘정보통신 보호’가 적절할 것이다.¹⁾ 다만 근래에는 물리적 환경의 보호에 비하여 사이버공간에서 발생하는 전자적 침해행위로부터의 보호가 정보통신 보호의 대표적인 형태로써 인식되고 있으며 실제로도 그 중요성이 계속 커지고 있다. 예를 들어 인터넷을 매개로 하여 사람과 사람, 사람과 물건, 물건과 물건이 상호 소통하는 사물통신이 일상화되면 정보통신망이나 자동화프로그램 등에 대한 위협은 관련 기기의 오작동이나 작동 중단으로 인하여 인명 및 재산에 대하여 실질적인 대규모 피해를 야기할 가능성이 커지게 된다.²⁾ 이에 따라 물리적 수단에 의한 위협과 구별되는 전자적 침해행위에 의한 위협을 강조하고 환기시키는 취지에서 영어의 ‘사이버시큐

1) 박상돈, “사이버안보 거버넌스 개선에 관한 공법적 고찰”, 「공법학연구」 제17권 제4호 (한국비교공법학회, 2016), 348쪽.

2) 정준현, “북한의 사이버공격에 대한 국가총력적 대응체계를 위한 법제방향”, 「성균관법학」 제28권 제4호 (성균관대학교 법학연구소, 2016), 32쪽.

리티(cybersecurity)'에 해당하는 개념을 나타내는 '사이버보안', '사이버안전', '사이버안보' 등의 용어가 자주 사용되면서 오늘날에는 해당 용어가 사회적으로도 보편화되었다고 할 수 있다.³⁾

사이버공간에서 발생하는 전자적 침해행위로부터의 보호 중에서 특히 국가안보와 관련된 문제를 다루는 사이버안보 법제도의 정비는 다른 유형의 정보통신 보호 법제도에 비하여 논란의 대상이 될 여지가 많았다. 한국에서 사이버안보 관련 법안은 항상 기본권 보호 문제와 연관된 찬반대립을 수반하였으며, 특히 사이버안보의 강화가 헌법 제17조에서 정하는 사생활의 비밀과 자유를 비롯한 개인의 사생활자유권에 악영향을 준다는 인식이 상당부분 존재하였다. 사이버안보 강화의 정당성은 차치하더라도 그에 따른 기본권의 제한이 존재하게 된다는 점을 전적으로 부인할 수는 없다. 그러나 국익을 위하여 일정한 사이버안보 활동이 실제로 필요함에도 불구하고 적절한 법적 근거를 마련하지 못하여 불법에 해당하게 된 사이버안보 활동을 묵인하게 되는 경우가 발생할 수도 있고, 반대로 국가안보 차원의 불가피한 점이 있는 사이버안보 활동이 요구되는 경우에도 법적 근거가 부족함에 따라 그러한 활동이 억제되어 부적절한 결과를 초래할 가능성이 있다는 지적도 있다.⁴⁾ 따라서 정보통신 관련 요소에 악영향을 끼치는 전자적 침해행위와 개인정보보호를 비롯한 사생활자유권의 관계를 올바르게 정립하고 제도화하는 것은 중요한 문제가 아닐 수 없다.

이에 따라 상기한 문제의 해결을 모색하는 연구의 일종으로서 일본의 법제도에서 나타나는 사이버시큐리티와 개인정보보호의 관계를 고찰하고자 하였다. 일본은 2014년부터 「사이버시큐리티기본법(サイバーセキュリティ基本法)」을 시행하면서 새로운 법제도를 바탕으로 하여 사이버시큐리티 정책을 적극적으로 추진하고 있으며, 한편으로는 그 이전부터 「개인정보의 보호에 관한 법률(個人情報の保護に関する法律)」을 시행하였다. 일본에서 전자는 사이버시큐리티 법제도의 기본법이며, 후자는 개인정보보호 법제도의 기본법이라고 할 수 있다. 상기한 두 법률에서 나타나는 사이버시큐리티와 개인정보보호의 관계는 일본에서 사이버시큐리티와 개인정보보호의 규범적 관계가 어떻게 설정되어 있는지 알 수 있는 척도라

3) 정보통신 보호, 사이버보안, 사이버안전, 사이버안보 등의 용어에 관한 선행연구로는 정필운, “사이버보안이란 개념 사용의 유용성 및 한계”, 『연세 의료·과학기술과 법』 제2권 제2호 (연세대학교 법학연구원, 2011), 1-25쪽; 박상돈, 앞의 글, 346-349쪽 참조.

4) 최경진, “사이버안보와 개인정보보호법령의 상관성”, 『가천법학』 제8권 제4호 (가천대학교 법학연구소, 2015), 203쪽.

고 할 수 있으며, 향후 한국의 입법에서도 여러 가지 참고가 될 수 있을 것이다.

이하에서는 일본에서 사이버시큐리티와 개인정보보호의 관계에 대하여 어떠한 논의가 이루어졌는지를 살펴보고, 일본의 「사이버시큐리티기본법」상 개인정보보호와 관련된 내용이 무엇인지, 그리고 「개인정보의 보호에 관한 법률」상 사이버시큐리티와 관련된 내용이 무엇인지를 확인한다. 이어서 일본의 법제도에서 나타나는 사이버시큐리티와 개인정보보호의 관계에서 도출할 수 있는 시사점을 논하고자 한다.⁵⁾

II. 사이버시큐리티와 개인정보보호의 관계에 대한 일본의 논의

1. 일본 법제도상 사이버시큐리티의 의의

영어의 ‘사이버시큐리티(cybersecurity)’에 해당하는 개념을 ‘사이버안보(サイバー安保)’, ‘사이버안전(サイバー安全)’ 또는 ‘사이버보안(サイバー保安)’ 등으로 바꾸어 표기할 수 있음에도 불구하고 일본의 법제도에서는 주로 ‘사이버시큐리티(サイバーセキュリティ)’라는 표현을 사용한다. 따라서 사이버안보, 사이버안전, 사이버보안 등 제반 용어의 정확한 의미와 상호 구별은 차치하더라도 일본 법령과 각종 문헌에서 사이버시큐리티라는 표현이 등장하는 경우에 해당 용어가 지칭하는 의미가 무엇인지, 그리고 이를 한국어로 어떻게 표현하여야 하는지를 매번 명확히 구분하는 것은 쉽지 않다.⁶⁾ 사이버시큐리티라는 용어의 일반론적인 정의에 관하여 아직까지는 확고한 정설 내지 통설이 존재한다고 할 수 없다. 일본에서는 법률상 사이버시큐리티의 정의를 ‘전자적·자기적 방식 등 사람의 지각에 의하여 인식될 수 없는 방식(전자적 방식)에 의하여 기록·발신·전송·수신되는

5) 이하에서는 일본의 관련 논의의 주요 내용을 임의대로 변형하지 않고 소개하는 과정에서 개인정보보호뿐만 아니라 통신의 비밀에 관한 언급을 함께 다루는 경우가 없지 않으나, 통신의 비밀은 주된 논의대상이 아님을 밝혀둔다. 일본에서 사이버시큐리티와 관련된 사생활자유권의 문제에 대한 헌법적 논의는 통신의 비밀에 관하여 정하는 일본 헌법 제21조 제2항보다는 개인의 존중과 행복추구권에 관하여 정하는 일본 헌법 제13조를 대상으로 하는 것이 타당하며, 결국 이는 프라이버시와 개인정보보호의 문제로 귀결되기 때문이다. 이에 관하여 자세한 내용은 후술한다.

6) 일본의 법제도를 다루는 이 글에서는 국내 법령을 인용하는 경우 또는 의미상 용어의 구분이 필요한 경우 외에는 사이버안보, 사이버보안, 사이버안전 등을 구분하지 않고 일본 법령의 표기에 따라 ‘사이버시큐리티’라는 표현을 사용하기로 한다.

정보의 누설·멸실·훼손의 방지 및 기타 안전관리를 위한 조치, 정보시스템 및 정보통신네트워크의 안전성 및 신뢰성 확보를 위한 조치가 강구되고⁷⁾ 그 상태가 적절히 유지되는 것'이라고 명시한다.⁸⁾ 이에 의하면 사이버시큐리티란 위협의 목적을 불문하고 전자적 방식에 의한 각종 위협으로부터 안전한 상태를 만들기 위한 조치가 이루어지는 것이며, 그러한 조치의 보호대상은 정보, 정보시스템 및 정보통신네트워크가 모두 포함된다고 할 수 있다. 이 글의 주된 연구대상이 일본의 법제도라는 점을 고려하여 이하에서는 상기한 바와 같은 사이버시큐리티의 개념에 기초하여 논의를 진행하며, 그러한 개념은 전자적 위협으로부터 안전한 상태를 만드는 것이라면 그 목적 내지 대상을 불문하여 국가안보 문제와 일반적인 범죄 문제 등을 구분하지 않고 모두 포괄한다는 점을 알려둔다. 그리고 이하에서 한국의 입법동향을 논할 때 사용하는 표현인 사이버안보란 사이버시큐리티의 개념을 바탕으로 하면서 국가안보적 측면을 강조하는 의미를 지니며⁹⁾ 사이버안보와 사이버시큐리티가 동의어는 아니다.¹⁰⁾

2. 일본 법제도상 개인정보보호의 의의

한국 헌법 제17조에 사생활자유권 중 가장 일반론적인 권리라고 할 수 있는 사생활의 비밀과 자유를 보장할 것이 명시된 것과는 대조적으로 일본 헌법에는 사생활의 비밀과 자유에 해당하는 권리가 별도로 명시되어 있지 않다. 이에 따라 일본에서는 “모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명, 자유 및 행복추구에 대한

7) 이러한 조치에는 정보통신네트워크 또는 전자적 방식으로 만들어진 기록에 관계된 기록매체(전자적 기록매체)를 통하여 전자계산기에 대하여 이루어지는 악의적 활동에 의한 피해 방지를 위하여 필요한 조치가 포함된다(사이버セキュリテイ基本法 第二条).

8) 사이버セキュリテイ基本法 第二条.

9) 박상돈, 앞의 글, 349쪽.

10) 사이버안보'는 이 글에서 '사이버시큐리티'라는 용어가 지칭하는 개념과 유사한 의미인 '사이버보안'의 부분집합인 동시에 안보의 측면에서 고려하면 사이버보안과 다른 대책이 요구되고, '사이버보안'과 '사이버안보'는 이론상·실무상 또는 실정법상 다른 맥락의 의미를 지니고 병존할 수 있다고 한다(정필운, 앞의 글, 16쪽). 이후에 언급되는 한국의 「국가사이버안보법안」은 사이버안보의 정의를 명시하지는 않지만 국가안보를 위협하는 사이버공격을 예방하고, 사이버위기에 신속하고 적극적으로 대처함으로써 국가의 안전 보장 및 국민의 이익 보호에 이바지함을 목적으로 한다고 밝히고 있다. 이에 의하면 「국가사이버안보법안」이 전제로 하는 사이버안보의 개념은 사이버시큐리티의 국가안보적 측면을 강조하는 것이며 사이버안보보다 사이버시큐리티가 보다 넓은 범위를 나타내는 개념이라고 할 수 있는 것이라고 할 수 있다. 다만 안보의 측면에서 고려하면 사이버안보는 사이버시큐리티와 다른 대책이 요구되는 부분도 존재할 수 있기 때문에 사이버시큐리티만으로 사이버안보 전체가 완전히 해결된다고 단정할 수는 없다.

국민의 권리는 공공의 복지에 반하지 않는 한 입법과 그 밖의 국정에서 최대한 존중되어야 한다.”라고 하여 포괄적인 기본권인 개인의 존중을 정한 일본 헌법 제13조에 근거하여 프라이버시를 학설상 인정하였다.¹¹⁾ 즉 일본 헌법상 개인의 존중과 행복추구권이 결합되어 개인의 인격가치 그 자체가 중요한 보호법익이 되며, 프라이버시는 그러한 보호법익의 내용 중 하나이다. 사진촬영이나 전화에 의하지 않고 전자장치에 의하여 이루어지는 도청에 관하여는 통신의 비밀에 관하여 정하는 일본 헌법 제21조 제2항과 같은 개별적인 권리에 관한 규정을 활용하여 처리하기가 곤란하기 때문에 결국 일본 헌법 제13조의 문제로 처리된다.¹²⁾ 이러한 관점에서 생각하면 사이버시큐리티와 관련된 프라이버시의 문제를 통신의 비밀의 문제로 처리하는 것은 최소한 이와 유사하거나 그 이상으로 곤란할 것이다. 따라서 사이버시큐리티에서 발생하는 프라이버시 문제에 관련된 헌법적 논의의 주된 대상은 일본 헌법 제21조 제2항에 의한 통신의 비밀보다는 일본 헌법 제13조에 의한 프라이버시 보호가 될 것이며, 그 중에서도 사이버시큐리티 활동과정에서 수집·이용되는 각종 위협정보 등에 포함된 개인정보의 보호가 핵심이 된다고 할 수 있다.

일본에서 개인정보보호에 관한 논의는 프라이버시 관념을 출발점으로 하여 형성되었다. 일본에서는 본래 미국법의 연구를 통하여 프라이버시에 관한 연구가 진행되어 사사로운 일이 공개되지 않도록 보장하는 문제와 미행, 몰래카메라, 도청 등의 고전적 영역에서 출발하였으나, 점차 개인정보에 관련되는 영역으로 발전적 확대가 이루어졌다. 즉 종래의 ‘혼자 있을 권리’로부터 ‘자신의 개인정보를 통제하는 권리’로의 발전적 흐름이 불가피한 상황이라는 맥락에 있는 것이며, 그러한 권리는 그 구체적인 내용이 무엇인지는 차치하더라도 인격의 존중에서 필수적인 부분이라는 점은 일본의 학설상 널리 인정되고 있다고 한다.¹³⁾ 일본의 「개인정보의 보호에 관한 법률」에서 정한 개인정보의 정의를 정리하면 ‘생존하는 개인에 관한 정보로서 성명, 생년월일 및 문서, 도화 또는 전자적 기록에서 만들어지는 기록에 표현된 일체의 사항에 의하여 특정 개인을 식별할 수 있는 것과 개인식별부호’라고 할 수 있다. 그렇다면 생존하는 개인에 관한 정보로서 성명, 생

11) 紙野健二, 최환용 옮김, “일본에서의 개인정보보호법제의 형성, 현상 및 약간의 논점”, 「공법연구」 제32집 제5호 (한국공법학회, 2004), 258쪽.

12) 金明植, “幸福追求權에 관한 研究” (성균관대학교 박사학위논문, 2001), 93쪽.

13) 紙野健二, 최환용 옮김, 앞의 글, 258-259쪽.

년월일 및 문서, 도화 또는 전자적 기록에서 만들어지는 기록에 표현된 일체의 사항에 의하여 특정 개인을 식별할 수 있는 것과 개인식별부호를 보호하는 것이 일본 법제도상 개인정보보호라고 할 수 있다.

3. 사이버시큐리티와 개인정보보호의 관계에 대한 논의 동향¹⁴⁾

가. 사이버시큐리티와 개인정보보호 간 대립에 주목한 논의

일찍이 일본에서는 사이버시큐리티와 개인정보보호가 충돌하는 관계에 중점을 둔 논의가 진행된 바 있다. 예를 들어 사이버범죄조약의 가입 및 비준에 관한 논의과정에서는 사이버범죄조약 비준이 국민의 프라이버시와 통신의 비밀에 대하여 중대한 제약을 발생시킬 위험성이 크고 설령 사이버범죄조약을 비준한다고 하더라도 인권보장의 관점에서 최소한 각 조항마다 인정되는 조건을 부가하거나 최대한 실시를 유보하여야 한다는 의견이 제시된 바 있다. 사이버범죄조약에 의하여 수사기관이 컴퓨터시스템에 저장된 컴퓨터를 전부 취득할 수 있게 된다는 것은 현저히 불합리하며, 국민의 프라이버시에 대한 수사기관의 중대한 침해를 유발하여 프라이버시를 보장하는 일본 헌법 제13조를 위반하는 것이라고 한다. 사이버범죄조약은 법집행기관에게 본래 주어지지 않은 권한을 새롭게 창설하도록 요구하는 동시에 국민의 사생활과 통신의 비밀에 대한 중대한 제약을 초래하는 일이 있기 때문에 인권 보장의 관점에서도 용납될 수 없고 서비스 제공자에게 과중한 부담이 부여된다는 점에서도 용납될 수 없다는 것이다.¹⁵⁾

국가안전보장과 민주주의적 가치가 딜레마를 형성한다는 관점의 논의도 사이버시큐리티와 개인정보보호가 상호 대립적이고 양자택일적 관계라는 입장의 단초를 제공할 수 있다. 대테러전쟁이나 사이버시큐리티가 국제사회의 중요한 사안이 되었고 국가의 안전보장을 위하여 위협에 대처하기 위한 조치를 취하지 않을 수 없으나, 정보의 자유와 프라이버시 보호라는 민주주의적 가치가 침해될 가능성도

14) 이하에서 논하는 사이버시큐리티와 개인정보보호의 관계에 대한 일본의 논의 동향은 박상돈, “일본 사이버시큐리티 법제도 및 정책과 프라이버시·개인정보보호의 관계에 관한 시론적 고찰”, 『사이버안보법정책논집』 제3호 (한국사이버안보법정책학회, 2018), 269-273쪽을 수정·보완한 것이다.

15) “サイバー犯罪に関する条約の批准に関する意見書”(日本弁護士連合会, 2004. 4. 17.), 4-7頁.

있다고 한다.¹⁶⁾ 즉 인터넷 감시를 활용하지 않고 대테러전쟁이나 사이버전쟁에 대처하기는 어려운 점이 있지만 인터넷 감시는 인터넷 이용자들의 프라이버시를 침해하는 것이며, 국가안전보장과 치안유지라는 가치와 표현의 자유 및 프라이버시 보호라는 민주주의적 가치를 동시에 충족시키기 어려운 상황에 직면하는 경우에 어떠한 정치적 선택을 할 것인지에 대한 고민은 피할 수 없는 문제라는 것이다. 그리고 통계학적 방법을 이용한 선행연구에 의하면 인터넷이 억압의 도구로써 기능한다는 의견이 다소 지지를 받는 결과가 나타난 바 있고, 인터넷은 정부의 감시를 쉽게 하는 도구가 될 수도 있다는 것이다. 이러한 상황에서 어나니머스(Anonymous)와 같은 해커집단이 국가에 대한 사이버공격을 감행할 수 있고, 정부 입장에서는 다른 나라와의 사이버전쟁과 동시에 해커집단의 사이버공격에 대하여 효과적으로 대처하기 위하여 감시를 더욱 강화하지 않을 수 없게 될지도 모른다고 한다.¹⁷⁾

나. 사이버시큐리티와 개인정보보호 간 상호 보완에 주목한 논의

사이버시큐리티가 개인정보보호와 동일한 개념은 아니지만 양자는 교집합이 있다는 점을 강조하는 논의가 있다. 개인정보의 유출은 종업원의 사소한 우발적인 충동과 실책이나 시스템의 하자, 외부로부터의 해킹 등 뜻밖의 요인에 의하여 갑자기 발생하지만 많은 수의 피해자와 막대한 피해액이 발생하는 결과를 낳을 수 있다. 따라서 개인정보의 유출에 따른 막대한 손해가 발생하기 전에 견고한 시큐리티시스템 구축 등을 포함한 사전예방책을 추진하는 것이 적절하다고 한다.¹⁸⁾

정보사회의 기본적 인권을 논하면서 안전과 프라이버시의 관계를 다룬 논의도 사이버시큐리티와 개인정보보호 간 조화와 상호 보완 관계에 대한 단초를 제공한다. 시큐리티대책으로서 테러에 대응하기 위한 국내외적 정보공유가 이루어지며, 안전과 프라이버시는 양자택일적인 것이 아니고 모두 확보되어야 하는 것이라고 한다. 그리고 안전과 프라이버시의 다층적인 조율은 입법부의 책무라는 것이다.¹⁹⁾

16) 山本達也, “インターネット時代における情報と国際政治をめぐる諸課題: 国家安全保障と民主主義的価値をめぐるジレンマ”, 『清泉女子大学キリスト教文化研究所年報』 第24巻(清泉女子大学, 2016), 230頁.

17) 山本達也, 위의 글, 244頁.

18) 千手崇史, “情報セキュリティ上の瑕疵による個人情報等の漏洩と個人情報保護法”, 『福岡工業大学研究論集』 第49巻 第2号(福岡工業大学, 2016), 81頁.

19) 宍戸常寿, “情報化社会におけるプライバシー権等、基本的人権のあり方”, (衆議院憲法審査会参考

사이버시큐리티와 개인정보보호는 디지털 시대의 쌍둥이라고 비유되기도 한다. 시큐리티가 결여된 개인정보는 위험에 노출되고, 개인정보를 올바르게 이용하지 않는 사이버공간은 신뢰를 잃게 되며, 사이버시큐리티와 개인정보보호는 모두 디지털 시대에서 자유로운 정보유통을 기반으로 하는 표현의 자유와 프라이버시 등 기본적 인권 및 법의 지배에 기여한다는 것이다.²⁰⁾ 그리고 통신이력 등의 데이터를 보전하는 문제는 사이버시큐리티대책에서 가장 중요한 문제에 속하며, 미국과 유럽의 논의를 참조하면서 사이버시큐리티를 위한 데이터 보전과 프라이버시 보호의 균형을 도모하는 것이 향후 일본이 해결하여야 할 과제라고 한다.²¹⁾ 세계 여러 나라에서는 국토의 안전이나 공공의 안전에 관한 사항에 대하여 법집행기관에 의한 개인정보 수집이 인정되지만 공개·정정·삭제에 관한 개인의 권리는 보장되는 것이 일반적이며, 일본에서는 에드워드 스노든(Edward Joseph Snowden)이 폭로한 바와 같은 대규모의 무차별적인 정보감시시스템이 구축되지 않았기 때문에 지금까지는 심각한 문제가 발생하지 않았으나,²²⁾ 개인정보보호 법제도에 일부 미흡한 점이 존재한다고 한다. 따라서 프라이버시·개인정보보호와 사이버시큐리티는 수레의 두 바퀴와 같이 모두 기본적 인권의 보호와 법의 지배에 이바지하는 것이라는 인식을 바탕으로 하고 일본에서 「사이버시큐리티기본법」의 제정 이후 사이버시큐리티 분야의 시책이 구체화되는 것에 대응하여 미국과 유럽의 논의를 참고할 필요가 있다고 주장한다. 즉 정부로부터 개인의 자유를 보장하는 것에 중점을 두는 미국과 인간의 존엄에 입각한 사고를 지닌 유럽은 프라이버시·개인정보보호를 둘러싼 기본적 철학과 그 구현 형태가 다르다는 차이점은 있지만 사이버시큐리티를 위한 법제도와 개인정보의 보호를 위한 법제도를 모두 마련하고 있으며, 일본도 향후 개인정보보호와 사이버시큐리티를 교차시키는 정책이 중요하다는 것이다.²³⁾ 이러한 관점에 의하면 사이버시큐리티와 개인정보보호는 교집합을 이루고 상호 보완할 수 있는 규범적 방안이 존재한다고 할 수 있다.

人意見陳述, 2017. 6. 1.), 2頁.

20) 宮下紘, “個人情報保護とサイバー・セキュリティーデジタル時代の双子-”, 「比較法雑誌」 第49巻 第4号 (日本比較法研究所, 2016), 81頁.

21) 宮下紘, 위의 글, 86頁.

22) 에드워드 스노든의 폭로와 그에 따른 논란에 관하여 자세한 내용은 전용, “빅데이터와 정보활동 -미국 정보공동체 사례를 중심으로”, 「국가정보연구」 제10권 제1호 (한국국가정보학회, 2017), 17쪽 및 21-23쪽 참조.

23) 宮下紘, 위의 글, 91-93頁.

4. 소결

사이버공격을 적절히 예방하고 방어하는 것은 정보통신에 기반한 국가의 주요 기능에 대한 수호를 통하여 국민의 안전을 보호하는 동시에 각종 정보에 포함되어 있는 수많은 개인정보를 보호하는 것이다. 이러한 의미에서는 사이버시큐리티가 국민의 기본권과 충돌하지 않는다.²⁴⁾ 정보시스템의 안전 및 보안대책은 개인정보의 남용이나 위조방지에 기여하는 기술적·조직적·절차합치적 보호조치이며 개인 관련 정보를 보장하기 위한 본질적인 전제조건인 것이다.²⁵⁾ 그렇다면 사이버시큐리티와 개인정보보호의 관계는 기본적으로 양자 간 교집합의 존재를 인정하고 상호 보완에 의한 조화를 지향하여야 한다. 다만 그러한 상호 보완과 조화를 더욱 굳건히 하려면 사이버시큐리티와 개인정보보호의 상호 대립에 주목한 입장이 경계하고자 하는 바를 경시하지 않아야 한다.

일본은 사이버시큐리티에 관한 기본법과 개인정보보호에 관한 기본법이 모두 제정되어 있다. 이러한 법률에서 사이버시큐리티와 개인정보보호의 교집합이 어떻게 나타나고 상호 보완이 어떠한 모습으로 이루어지는지 확인하는 것은 아직 사이버시큐리티에 관한 기본법이 존재하지 않는 한국의 향후 법제도 발전방향을 모색하는 것에 의미있는 일이 될 것이다.

Ⅲ. 일본 현행 법률상 사이버시큐리티와 개인정보보호의 조화

1. 「사이버시큐리티기본법」상 개인정보보호 구현²⁶⁾

가. 일본 사이버시큐리티 법제도 개관

일본은 오랫동안 사이버시큐리티 분야의 기본법을 제정하지 않고 정보화 분야의 기본법인 「고도정보통신네트워크사회형성기본법(高度情報通信ネットワーク社

24) 장철준/임채성, “빅데이터·클라우드 컴퓨팅 시대의 헌법과 사이버 안보”, 「법학논총」 제39권 제1호 (단국대학교 법학연구소, 2015), 13쪽.

25) 金日煥, “情報保安關聯法制整備の基準과 内容에 관한 研究”, 「토지공법연구」 제26집 (한국토지공법학회, 2005), 237쪽.

26) 이하에서 논하는 「사이버시큐리티기본법」상 개인정보보호 구현 현황은 박상돈, 앞의 글(2018), 273-276쪽을 수정·보완한 것이다.

会形成基本法)」에 의거하여 고도정보통신네트워크의 안전성 및 신뢰성 확보를 위하여 사이버시큐리티 관련 기구들을 설치하고 정책을 시행하였고, 그밖에도 「부정액세스행위의 금지 등에 관한 법률(不正アクセス行為の禁止等に関する法律)」, 「형법(刑法)」 등 사이버시큐리티에 위해를 가하는 행위를 처벌하는 몇 가지 법률들이 시행되어왔다. 2014년 11월에 「사이버시큐리티기본법(サイバーセキュリティ基本法)」이 제정됨에 따라 일본의 사이버시큐리티 법제도는 큰 전환의 계기를 맞이하였으며, 오늘날 일본의 사이버시큐리티 거버넌스는 「고도정보통신네트워크사회형성기본법」 대신 「사이버시큐리티기본법」에 의하여 규율된다. 다만 그 이후에도 상기한 사이버시큐리티 위해행위 처벌 법률들은 여전히 유효하다.²⁷⁾

나. 「사이버시큐리티기본법」 개요

「사이버시큐리티기본법」은 그 명칭에서 알 수 있듯이 사이버시큐리티 분야의 기본법으로서 일본의 사이버시큐리티 법제도를 구성하는 대표적인 법률이며, 일본 사이버시큐리티 거버넌스의 규범적 근간이 된다고 할 수 있다. 「사이버시큐리티기본법」은 사이버시큐리티 관련 시책의 기본 이념, 국가 및 지방공공단체 등을 비롯한 각 주체의 기본 책무와 노력을 분명히 밝히는 동시에 사이버시큐리티 관련 시책을 위하여 정부가 취하여야 할 부수적 조치를 정한다. 또한 사이버시큐리티전략 수립의 절차, 국가가 강구하여야 하는 각 주체들에게 필요한 시책, 사이버시큐리티 관련 사건 대응에 관한 내용, 사이버시큐리티의 경제적·기술적·사회적 기반 조성, 국제협력 추진 등을 폭넓게 정한다. 그리고 사이버시큐리티전략본부의 설치와 임무 및 구성, 사이버시큐리티전략본부와 다른 주체와의 협력 등에 관하여 정함으로써 내각관방에 설치된 사이버시큐리티전략본부를 중심으로 하는 사이버시큐리티 거버넌스의 내용을 규범적으로 명확히 한다.²⁸⁾

27) 「사이버시큐리티기본법」 제정에 의한 일본 사이버시큐리티 법제도 및 거버넌스의 변화에 관하여 자세한 내용은 박상돈, “일본 사이버시큐리티기본법에 대한 고찰: 한국의 사이버안보 법제도 정비에 대한 시사점을 중심으로”, 「경회법학」 제50권 제2호 (경회법학연구소, 2015), 157-160쪽 참조.

28) 「사이버시큐리티기본법」의 구성과 내용에 관하여 자세한 내용은 박상돈, 위의 글, 149-157쪽 참조.

다. 「사이버시큐리티기본법」의 개인정보보호 관련 내용

1) 사이버시큐리티 시책 추진의 기본이념

「사이버시큐리티기본법」은 관련 시책 추진의 기본이념을 여섯 가지로 제시하고 있다. 첫째 사이버시큐리티 위협에 대해 국가, 지방공공단체, 중요사회기반사업자 등 다양한 주체가 연계하여 적극적으로 대응하여야 한다. 둘째, 국민 개개인의 사이버시큐리티 관련 인식을 제고하고 자발적으로 대응하도록 하는 동시에, 피해 방지와 신속한 복구를 위한 체제를 구축하는 대책을 적극적으로 추진하여야 한다. 셋째, 인터넷 및 기타 고도정보통신네트워크 정비와 정보통신기술 활용에 의한 활력있는 경제사회 구축 대책을 추진하여야 한다. 넷째, 사이버시큐리티 관련 국제 질서의 형성과 발전에서 선도적 역할을 담당하며 국제적 협조 하에 실시하여야 한다. 다섯째, 「고도정보통신네트워크사회형성기본법」의 기본이념을 배려하여 추진한다. 여섯째, 국민의 권리를 부당하게 침해하지 않아야 한다.²⁹⁾

공법학적 시각에서 보면 개인정보보호가 국민의 권리 보장에 속하는 것은 명백하다. 따라서 국민의 권리를 부당하게 침해하지 않아야 한다는 「사이버시큐리티기본법」의 기본이념은 개인정보보호와 직접적으로 관련성이 있다. 또한 「고도정보통신네트워크사회형성기본법」은 기본이념에서 개인정보보호를 직접적으로 명시하지는 않지만 고도정보통신네트워크사회의 형성에 관한 시책을 책정하려면 고도정보통신네트워크의 안전성 및 신뢰성 확보, 개인정보보호와 그 밖에도 국민이 고도정보통신네트워크를 안심하고 이용할 수 있도록 하기 위해서 필요한 조치가 강구되어야 한다고 정하고 있다.³⁰⁾ 「고도정보통신네트워크사회형성기본법」의 기본이념을 배려한다는 것은 해당 법률의 기본이념 규정에 명시된 문구뿐만 아니라 그러한 기본이념이 구체화된 전체 내용을 일정부분 고려하여야 한다는 의미로 보는 것이 타당하다. 따라서 「고도정보통신네트워크사회형성기본법」의 기본이념을 배려하여야 한다는 「사이버시큐리티기본법」의 기본이념도 개인정보보호와 관련성이 있다는 점을 부인하기 어렵다.

29) 사이버세큐리티基本法 第三條.

30) 高度情報通信ネットワーク社会形成基本法 第二十二條.

2) 투명성 확보

정부는 사이버시큐리티에 관한 시책의 종합적·효과적 추진을 도모하기 위해 사이버시큐리티에 관한 기본계획으로서 사이버시큐리티전략(サイバーセキュリティ戦略)을 수립하여야 한다. 정부는 사이버시큐리티전략 수립시 지체없이 국회에 보고하고 인터넷을 이용하거나 기타 적절한 방법으로 공표하여야 한다. 이러한 절차는 사이버시큐리티전략의 변경에도 준용된다.³¹⁾ 이와 같이 사이버시큐리티전략이 대외적으로 공표되도록 하는 규범적 근거가 마련됨에 따라 일정 수준의 투명성을 확보하였다. 이는 국가의 사이버안보 강화 활동에 따른 국민들의 불필요한 불안감을 해소하는 동시에 국민들이 사이버안보 강화 활동에 보다 적극적으로 참여할 수 있는 여건을 조성하여 동 법에서 정한 국민의 책무를 성실히 이행하는 기반을 마련한다고 평가할 수 있다.³²⁾ 또한 사이버시큐리티전략을 통하여 개인정보보호를 비롯하여 국민의 권리에는 어떠한 영향이 있는지 사전에 파악할 수 있고, 관련 사항에 대한 추가적인 논의를 통하여 국민의 권리를 적절히 보장하기 위한 방안을 마련할 수 있다. 따라서 적절한 투명성 확보를 통하여 개인정보보호를 포함하여 국민의 기본권 보장을 위한 여건이 구축된다고 할 수 있다.

2. 「개인정보의 보호에 관한 법률」상 사이버시큐리티 구현

가. 일본 개인정보보호 법제도 개관

일본은 개인정보보호 관련 법률이 제정되기 이전에 지방공공단체의 조례를 통하여 개인정보를 보호하였다가 2003년에 「개인정보의 보호에 관한 법률(個人情報の保護に関する法律)」이 제정되어 2005년부터 시행되었다. 한편 그밖에도 「행정기관이 보유한 개인정보의 보호에 관한 법률(行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律)」, 「독립행정법인 등이 보유한 개인정보의 보호에 관한 법률(独立行政法人等の保有する個人情報の保護に関する法律)」 등 공공부문의 개인정보보호에 관하여 여러 법률들이 별도로 제정되어 시행되고 있다.

31) サイバーセキュリティ基本法 第十二条.

32) 박상돈, 앞의 글(2015), 164쪽.

나. 「개인정보의 보호에 관한 법률」의 개요

「개인정보의 보호에 관한 법률」은 국가 및 지방공공단체 등의 책무, 개인정보의 보호에 관한 기본방침 수립과 국가 및 지방공공단체 등의 시책 등 개인정보의 보호에 관한 시책, 개인정보취급사업자 및 익명가공정보취급사업자의 의무, 개인정보취급사업자 및 익명가공정보취급사업자 등에 대한 감독, 민간단체의 개인정보보호 추진, 개인정보보호위원회의 임무와 구성 등에 관하여 정한다. 일본의 개인정보보호 법제도를 구성하는 법률들 중 「개인정보의 보호에 관한 법률」은 그 내용의 상당부분이 민간부문에 주로 적용되지만 기본이념, 국가 및 지방공공단체 등의 책무와 시책, 기본방침 수립 등 공공부문과 민간부문에 모두 적용되는 사항도 함께 정하고 있다. 따라서 「개인정보의 보호에 관한 법률」은 일본의 개인정보보호 법제도에서 기본법적인 위치에 있다고 할 수 있다.

다. 「개인정보의 보호에 관한 법률」의 사이버시큐리티 관련 내용

1) 개인정보 안전관리 조치 강구

개인정보취급사업자(個人情報取扱事業者)³³⁾ 취급하는 개인정보의 누설, 멸실 또는 훼손을 방지하고 그밖에 개인정보 안전관리에 적절한 조치를 강구하여야 한다.³⁴⁾

2) 개인정보의 안전한 관리를 위한 종업원 감독

개인정보취급사업자는 종업원이 개인정보를 다루는 경우에 해당 개인정보가 안전하게 관리되도록 하기 위하여 해당 종업원을 적절히 감독하여야 한다.³⁵⁾

33) 개인정보사업취급자란 개인정보를 쉽게 검색할 수 있도록 체계적으로 구성한 정보의 집합물인 개인정보데이터베이스 등을 사업에 이용하는 자를 의미한다. 다만 국가기관, 지방자치단체, 독립행정법인, 지방독립행정법인 등은 제외한다(個人情報の保護に関する法律 第二条).

34) 個人情報の保護に関する法律 第二十条.

35) 個人情報の保護に関する法律 第二十一条.

3) 개인정보의 안전한 관리를 위한 개인정보 취급 위탁처 감독

개인정보취급사업자는 개인정보 취급의 전부 또는 일부를 위탁한 경우에 취급이 위탁된 개인정보가 안전하게 관리되도록 하기 위하여 위탁받은 자를 적절히 감독하여야 한다.³⁶⁾

4) 익명가공정보 안전관리 조치 강구

개인정보취급사업자는 익명가공정보(匿名加工情報)³⁷⁾를 작성하는 경우에 특정 개인을 식별이 식별되지 않고 작성에 이용되는 개인정보가 복원될 수 없도록 개인정보보호위원회규칙으로 정하는 기준에 따라 해당 개인정보를 가공하여야 한다. 익명가공정보를 작성한 개인정보취급사업자는 익명가공정보 작성에 이용한 개인정보에서 삭제한 내용 및 개인식별부호, 가공방법에 관한 정보의 유출을 방지하기 위하여 필요한 사항으로써 개인정보보호위원회규칙으로 정하는 기준에 따라 해당 정보의 안전관리를 위한 조치를 강구하여야 하며, 작성한 익명가공정보의 안전관리를 위하여 적절한 조치를 스스로 마련하여야 한다.³⁸⁾ 익명가공정보취급사업자(匿名加工情報取扱事業者)³⁹⁾는 익명가공정보의 안전관리를 위하여 적절한 조치를 스스로 마련하여야 한다.⁴⁰⁾

36) 個人情報の保護に関する法律 第二十二條.

37) 익명가공정보란 개인정보에 포함된 내용 일부를 삭제하거나 개인정보에 포함되는 개인식별부호 전부를 삭제하여 특정 개인을 식별할 수 없도록 개인정보를 가공하여 획득되고 해당 개인정보가 복원될 수 없도록 한 개인에 관한 정보를 의미한다(個人情報の保護に関する法律 第二條).

38) 個人情報の保護に関する法律 第三十六條.

39) 익명가공정보취급사업자란 익명가공정보를 쉽게 검색할 수 있도록 체계적으로 구성한 정보의 집합물인 익명가공정보데이터베이스 등을 사업에 이용하는 자를 의미한다. 다만 국가기관, 지방자치단체, 독립행정법인, 지방독립행정법인 등은 제외한다(個人情報の保護に関する法律 第二條).

40) 個人情報の保護に関する法律 第三十九條.

5) 안전관리를 위한 조치를 포함하는 개인정보보호지침

인정개인정보보호단체(認定個人情報保護団体)는⁴¹⁾ 개인정보취급사업자가 개인정보 등을 적절히 취급하도록 개인정보 이용목적의 특정, 안전관리를 위한 조치, 공개 청구 등에 응하는 절차 및 기타 사항에 관하여, 또는 익명가공정보 작성방법과 그에 대한 정보의 안전관리를 위한 조치 및 기타 사항에 관하여 소비자의 의견을 대표하는 자 및 기타 관계자의 의견을 청취하고 개인정보보호지침을 작성하도록 노력하여야 한다. 인정개인정보보호단체는 개인정보보호지침의 작성과 변경을 개인정보보호위원회에 신고하여야 한다.⁴²⁾

6) 예외적 취급을 받는 개인정보취급사업자의 안전관리조치

「개인정보의 보호에 관한 법률」에서 정한 개인정보취급사업자의 의무가 예외적으로 적용되지 않는 개인정보취급사업자는 개인데이터 또는 익명가공정보의 안전관리를 위하여 적절한 조치 등을 스스로 마련하여야 한다.⁴³⁾

7) 사이버시큐리티 대책 관련 체제정비

정부는 국가행정기관 등이 보유한 개인정보의 안전을 확보하기 위하여 사이버시큐리티 관련 대책을 확실히 정하고 실시하는 것이 중요하다는 점을 감안하여 국가행정기관 등에서 수행하는 사이버시큐리티 대책의 수립 및 실시에 관한 체제정비 등을 검토하고 필요한 조치를 강구한다.⁴⁴⁾

41) 인정개인정보보호단체란 개인정보취급 사업자 등에 의한 개인정보 등의 적절한 취급을 확보하는 것을 목적으로 하여 개인정보취급사업자의 개인정보취급에 대한 불만 처리, 개인정보의 적절한 취급 확보에 기여하는 사업에 대한 정보 제공, 그밖에 개인정보의 적절한 취급 확보에 관하여 필요한 업무를 수행하는 법인으로써 개인정보보호위원회의 인정을 받은 법인을 의미한다(個人情報の保護に関する法律 第四十七条).

42) 個人情報の保護に関する法律 第五十三条.

43) 個人情報の保護に関する法律 第七十六条.

44) 個人情報の保護に関する法律 附則 第十二条.

3. 소결

앞에서 살펴본 바와 같이 사이버시큐리티와 개인정보보호의 관계에 대한 일본의 논의는 상호 충돌하는 대립적 위치에 있는 양자택일적 관계라는 점에 중점을 두는 입장도 있었고, 일정 부분 교집합이 존재하는 상호 보완적 관계라는 점에 중점을 두는 입장도 있었다. 그리고 일본의 현행 법률에서 구현된 사이버시큐리티와 개인정보보호의 관계는 후자에 가까운 것으로 보인다.

「사이버시큐리티기본법」에는 개인정보보호와 관련성이 있는 사항이 있고, 「개인정보의 보호에 관한 법률」에는 사이버시큐리티와 관련성이 있는 사항이 있다. 특히 개인정보보호를 위하여 사이버시큐리티를 직접적·명시적으로 요구하기도 한다. 따라서 일본에서 사이버시큐리티와 개인정보보호는 무조건 상호 배척하는 것이 아니라 일정부분 연관성을 지니는 관계로 형성되었고, 그러한 관계가 법률의 내용상 반영되었다는 점을 알 수 있다. 「사이버시큐리티기본법」은 국민의 권리를 부당하게 침해하지 않아야 한다는 점과 「고도정보통신네트워크사회기본법」의 기본이념을 고려하여야 한다는 점 등의 기본이념을 명시하고, 일정 수준의 투명성을 확보하여 개인정보보호를 포함하여 국민의 기본권 보장에 순기능으로 작용할 수 있는 장치를 마련하였다. 한편 「개인정보의 보호에 관한 법률」은 개인정보의 적절한 처리의 일종으로써 개인정보의 안전한 관리가 이루어지도록 하는 사항들을 다수 포함하고 있을 뿐만 아니라, 개인정보의 안전을 확보하기 위한 사이버시큐리티 대책의 수립과 실시에 필요한 체제를 정비하는 조치를 취할 것을 명시적으로 정한다. 상기한 바와 같은 점들을 고려하면 「사이버시큐리티기본법」과 「개인정보의 보호에 관한 법률」은 사이버시큐리티와 개인정보보호의 교집합을 인정하고 사이버시큐리티가 개인정보보호와 조화를 이루면서 개인정보보호에 기여하며 부당한 개인정보보호 제한을 방지하는 것을 지향하는 법제도 구현의 가능성을 실증적으로 보여준다고 할 수 있다.

IV. 일본 법제도상 사이버시큐리티와 개인정보보호의 조화가 지닌 함의와 시사점

1. 사이버시큐리티에서 개인정보보호 법제도 적용에 대한 올바른 이해

한국의 「국가사이버안보법안」과 일본의 「사이버시큐리티기본법」은 사이버시큐리티에서 개인정보보호 법제도의 적용을 배제하지 않는다. 일본의 「사이버시큐리티기본법」은 개인정보보호와 관련성이 존재하는 규정들이 다수 있음은 인정될 수 있으나, 개인정보의 문제를 명시적으로 직접 언급하는 부분은 전혀 보이지 않는다. 그렇다면 개인정보에 관하여 「사이버시큐리티기본법」은 특별법적인 역할을 하지 않으며, 「개인정보의 보호에 관한 법률」을 비롯한 일본의 개인정보보호 법제도가 사이버시큐리티에 그대로 적용되는 것으로 해석할 수 있다. 한편 개인정보에 관한 사항을 직접적으로 명시하는지 여부를 기준으로 한다면 현재 국회에 계류 중인 한국의 「국가사이버안보법안」은 일본의 「사이버시큐리티기본법」보다 개인정보의 처리에 관하여 더욱 구체적인 내용을 담고 있다.⁴⁵⁾ 「국가사이버안보법안」은 보안관제센터가 사이버공격 탐지·대응에 필요한 범위에서 개인정보를 수집·이용할 수 있도록 하여⁴⁶⁾ 개인정보의 수집이용의 근거와 그 범위를 명시하였다. 또한 사이버안보를 위하여 처리되는 개인정보는 「개인정보 보호법」 제58조 제1항에 의한 개인정보로 보는 동시에⁴⁷⁾ 「개인정보 보호법」 제58조 제4항에 의한 개인정보 처리 기준 및 필요한 조치 등을 요구하여⁴⁸⁾⁴⁹⁾ 보안관제뿐만 아니라 사이버안보 활동 전체에서 개인정보가 어떻게 처리되어야 하는지를 명확히 밝히

45) 「국가사이버안보법안」은 2017년 1월에 정부가 제출하여 제20대 국회에 의안이 접수되어(의안 번호 4995) 현재 국회 정보위원회에 계류 중이다.

46) 「국가사이버안보법안」 제14조.

47) 「개인정보 보호법」 제58조 제1항에 의한 개인정보는 「개인정보 보호법」의 내용 중 개인정보의 처리, 개인정보의 안전한 관리, 정보주체의 권리 보장, 개인정보 분쟁조정위원회, 개인정보 단체소송 등에 관한 규정이 적용되지 않는다.

48) 「국가사이버안보법안」 제21조.

49) 「개인정보 보호법」 제58조 제4항은 「개인정보 보호법」의 내용 중 개인정보의 처리, 개인정보의 안전한 관리, 정보주체의 권리 보장, 개인정보 분쟁조정위원회, 개인정보 단체소송 등에 관한 규정이 적용되지 않는 개인정보를 처리하지 않는 경우에도 개인정보처리자가 그 목적을 위하여 필요한 범위에서 최소한의 기간에 최소한의 개인정보만을 처리하여야 하며, 개인정보의 안전한 관리를 위하여 필요한 기술적·관리적 및 물리적 보호조치, 개인정보의 처리에 관한 고충 처리, 그 밖에 개인정보의 적절한 처리를 위하여 필요한 조치를 마련할 것을 정하고 있다.

고 있다. 「국가사이버안보법안」에 의한 사이버안보 목적의 개인정보처리에 「개인정보 보호법」 중 개인정보의 처리, 개인정보의 안전한 관리, 정보주체의 권리 보장, 개인정보 분쟁조정위원회, 개인정보 단체소송 등에 관한 규정이 적용되지 않는 것은 「국가사이버안보법안」이 「개인정보 보호법」과 전혀 다른 내용을 정하여 「개인정보 보호법」의 적용을 원천적으로 배제하였기 때문이 아니라 「개인정보 보호법」 제58조 제1항을 적용함에 따른 결과이다. 사이버안보 목적의 개인정보처리에 「개인정보 보호법」 제58조 제1항을 적용하도록 한 「국가사이버안보법안」의 규정은 그러한 내용의 명시를 통하여 「국가사이버안보법안」에 의한 사이버안보 목적의 개인정보처리가 「개인정보 보호법」 제58조 제1항에서 정한 국가안전보장과 관련된 정보 분석 목적의 개인정보처리에 해당하는지 여부에 대한 논란을 방지하는 역할을 하는 것에 불과하며, 개인정보보호 법제도를 배제하고자 하는 의도는 아니라고 보아야 한다. 그리고 「국가사이버안보법안」에서 정한 사이버안보 활동의 외관을 갖추더라도 실제로는 이른바 불법사찰 등과 같이 사이버안보와 무관한 목적으로 개인정보를 처리한 자는 「개인정보 보호법」 제58조 제1항이 적용 대상이 될 요건을 갖추지 못한 것이며, 개인정보의 목적 외 이용에 대한 금지규정 위반에 대한 벌칙에 의하여 처벌받게 될 것이다. 또한 사이버안보 목적으로 개인정보를 처리하는 경우에도 「개인정보 보호법」 중 개인정보 보호의 원칙, 정보주체의 권리, 국가 등의 책무와 같이 총칙에서 정하는 사항, 개인정보 보호위원회를 중심으로 한 개인정보 보호정책 수립·추진체계에 관하여 정하는 사항, 각종 벌칙에 관하여 정하는 사항은 예외 없이 적용된다.⁵⁰⁾ 결국 한국의 「국가사이버안보법안」과 일본의 「사이버시큐리티기본법」은 모두 개인정보보호 법제도의 적용을 전제로 하고 있는 것이며, 사이버시큐리티 법제도와 개인정보보호 법제도는 상호 교차적인 관계에 놓이게 된다. 따라서 사이버시큐리티에서 개인정보의 처리가 올바르게 이루어지려면 사이버시큐리티 법제도에서 개인정보보호에 관한 내용을 적절히 정하는 것뿐만 아니라⁵¹⁾ 개인정보보호 법제도의 내용도 적절히 갖추어져야 한다는 점을 알 수 있다. 사이버시큐리티 법제도의 존재가 사이버시큐리티 관련 사안에서 개인정보보호 법제도의 적용을 배제하는 것이 아니며, 개인정보보호의 기본법은 사이버시큐리티 관련 개인정보보호에서도 기본법으로서의 역할을 하기

50) 최경진, 앞의 글, 216-219쪽.

51) 사이버시큐리티 법제도에서 개인정보보호에 관한 내용을 적절히 정하는 문제에 관한 논의는 후술한다.

때문이다. 그러한 상황에서 개인정보보호 법제도의 내용이 적절히 갖추어지지 않는다면 사이버시큐리티 문제에 개인정보보호 법제도를 적용하는 경우에 사이버시큐리티 법제도에는 문제가 없음에도 불구하고 개인정보보호가 바람직하게 이루어지지 않을 우려가 있기 때문이다.

2. 헌법합치적 개인정보보호를 수반하는 사이버시큐리티 법제도의 구현

앞에서 살펴본 바와 같이 사이버시큐리티는 개인정보보호와 교집합이 존재하고 상호 보완관계가 있으며 조화를 이루는 관계이며, 개인정보보호 법제도의 적용을 배제하지 않는다. 다만 개인정보보호 법제도의 적용을 배제하지 않는다는 것과 사이버시큐리티 법제도상 개인정보보호에 관하여 적절한 내용을 정하는 것은 별개의 문제이다. 사이버시큐리티와 개인정보보호가 교집합을 이룬다는 인식하에 사이버시큐리티가 개인정보보호를 부당하게 침해하지 않고 오히려 개인정보보호에 기여하도록 하고자 한다면 사이버시큐리티 법제도는 합헌적인 개인정보보호를 수반하여야 한다. 정보시스템에 대한 안전 및 보안대책은 기술적·조직적·절차합치적 보호조치로서 개인정보자기결정권을 부당하게 침해할 우려가 있는 절차 및 기술이 투입되지 않은 상태로 이루어지는 것이어야 한다.⁵²⁾ 그리고 국가는 사이버안보 활동을 수행하면서 현실적으로 실현가능한 기술 수준의 범위 내에서 구현할 수 있는 가장 효과적인 방법으로 빅데이터를 관리하거나 이를 직·간접적 방법으로 수색·탐지하여 공격을 차단하는 것을 주요한 수단으로 택하게 된다. 이에 따라 필연적으로 개인정보가 제한되는 문제가 야기된다. 이는 헌법적 관점의 고려가 요구되는 사항이다.⁵³⁾ 그리고 국가안보와 관련된 경우뿐만 아니라 그 외의 경우까지 포함한 모든 사이버시큐리티 활동도 전자적 방식에 의한 각종 위협으로부터 안전한 상태를 위한 조치가 이루어지는 것으로서 빅데이터의 관리 및 수색·탐지 등을 비롯한 개인정보의 수집·이용이 효과적인 수단이다. 따라서 상기한 헌법적 관점의 고려는 국가안보와 관련된 경우에 한하지 않고 모든 사이버시큐리티 활동에서 요구된다.

그렇다면 상호 보완적이면서 조화를 이루는 사이버시큐리티와 개인정보보호의

52) 金日煥, 앞의 글, 237쪽.

53) 장철준/임채성, 앞의 글, 15-16쪽.

관계는 헌법에 합치되는 형태로 법률상 구현되어야 하는 것이다. 특히 사이버시큐리티 활동에서 필요한 경우에 적절한 형태로 개인정보를 수집·이용하도록 제도적 장치를 마련하여 개인정보보호가 이루어지도록 하여야 한다. 과거 또는 현재의 사이버안보 관련 법안의 개인정보보호에 대한 비판은 이러한 문제인식에 상당 부분 바탕을 두었다고 본다.⁵⁴⁾ 이는 개인정보보호 법제도에서 정한 기본적인 사항을 사이버시큐리티의 경우에 맞도록 구체화하는 형태로 나타날 수 있다. 「국가사이버안보법안」의 경우에는 해당 법안에 개인정보보호에 관한 제반 절차와 법적 규제 등을 추가한다면 앞에서 언급한 「개인정보 보호법」 제58조 제4항에서 요구하는 개인정보 처리 기준 및 필요한 조치가 무엇인지를 법률의 형식을 통하여 직접적으로 밝히고 보다 세부적인 조치들의 법적 근거를 마련하는 효과가 있다. 관련 선행연구에서는 그러한 제반 절차와 법적 규제로서 사이버안보에서 국민의 기본적 자유와 권리 보장 명시, 법 적용의 대상이 되는 사이버안보 책임기관의 신중한 지정을 위한 절차 마련, 사이버위협정보공유의 투명성 제고를 위한 연차보고, 사이버위협정보공유협의회에서 일정 수 이상의 민간위원 위촉 보장, 개인정보 최소처리원칙의 명시 등이 제시된다.⁵⁵⁾

그리고 사이버시큐리티 법제도와 개인정보보호 법제도를 구성하는 법률의 내용을 적절히 정하는 것은 사이버시큐리티와 개인정보보호의 상호 보완과 조화를 실현하는 출발점일 뿐이며, 그러한 법제도에 근거하여 관련 정책이 올바르게 수립되는 것이 함께 요구된다. 사이버시큐리티에 관한 정부의 각종 정책은 사이버시큐리티의 일선 실무자들에게 적절한 개인정보처리를 통하여 사이버시큐리티와 개인정보보호가 조화를 이루도록 실천하는 것을 포함하여 사이버시큐리티 활동의 실제적인 방법을 제공함으로써 실무적으로 중요한 의미를 지닌다.⁵⁶⁾ 일본의 「사이버시큐리티기본법」은 사이버시큐리티전략을 수립하여 시행할 것을 정하고 있으

54) 개인정보보호 관점에서 현재 국회에 계류되어 있는 「국가사이버안보법안」을 평가한 문헌으로는 최경진, “개인정보보호 관점에서의 사이버안보법안의 문제점과 개선방안”, 「2018년 (사)한국사이버안보법정책학회 춘계 공동학술세미나 -사이버안보와 개인정보보호-」 (한국사이버안보법정책학회/개인정보보호법학회 2018. 4. 27.), 23-31쪽 참조.

55) 「국가사이버안보법안」에서 보완되어야 할 개인정보보호 관련 제반 절차와 법적 규제에 관하여 자세한 내용은 최경진, 위의 글, 30-31쪽 참조. 사이버시큐리티 법제도에서 구현될 필요성이 있는 헌법합치적인 개인정보보호 장치의 구체적 내용이 무엇이어야 하는지는 향후 추가적인 논의를 통하여 적절한 결과의 합의가 도출되어야 할 것이다. 이 글에서는 지면관계상 이에 관한 구체적인 논의는 생략한다.

56) 박상돈, “개인정보보호 관점에서의 사이버안보법안의 문제점과 개선방안 토론회”, 「2018년 (사)한국사이버안보법정책학회 춘계 공동학술세미나 -사이버안보와 개인정보보호-」 (한국사이버안보법정책학회/개인정보보호법학회, 2018. 4. 27.), 35쪽.

며, 해당 조문 그 자체에서는 개인정보보호에 관한 언급이 전혀 없다. 그러나 해당 조문에 근거하여 시행되는 사이버시큐리티전략은 정보의 자유로운 유통을 최대한 존중하면서 프라이버시를 배려하고 필요한 규율과 프라이버시 보장의 적절한 균형을 충분히 검토할 것을 명시하고, 통신이력을 보존하는 근거로써 ‘전기통신사업상 개인정보보호 가이드라인(電気通信事業における個人情報保護に関するガイドライン)’에 따라⁵⁷⁾ 관련 사업자의 적절한 조치를 추진한다고 정하는 등 사이버시큐리티 활동에서 요구되는 개인정보보호에 관한 정책 추진에 필요한 사항들을 제시하여 개인정보보호에 기여한다.⁵⁸⁾ 이와 마찬가지로 한국에서 「국가사이버안보법안」과 같은 법안의 시행은 개인정보보호에 관하여 직접적으로 정하는 사항 외에도 개인정보보호에 필요한 정책적 기준 및 지침을 명확히 제시될 수 있는 법적 근거를 제시할 수 있다. 예를 들어 「국가사이버안보법안」에서 정하고 있는 사이버안보 기본계획 및 실행계획 등의 수립·시행을 통하여⁵⁹⁾ 위협정보 수집 및 공유와 그러한 과정에서 부득이하게 포함되는 개인정보의 범위와 처리기준을 세부사항에 이르기까지 구체적으로 정하는 방침이 확립될 수 있는 것이다. 그러한 관점에서 보면 사이버시큐리티 관련 법제도의 정비가 미흡하여 개인정보보호에 관한 내용이 제대로 갖추어지지 못한 경우뿐만 아니라 사이버시큐리티 관련 전략 및 정책의 수립을 비롯한 사이버시큐리티 활동의 법적 근거가 충분하지 않은 경우에도 개인정보보호에 지장이 발생할 수 있다. 따라서 사이버시큐리티와 개인정보보호의 조화를 추구하기 위하여 개인정보보호에 관한 사항뿐만 아니라 관련 거버넌스와 정책수립 등에 관한 사항 등을 포함하여 사이버시큐리티 법제도 전체의 내용이 충실히 갖추어져야 한다.

57) ‘전기통신사업상 개인정보보호 가이드라인’이란 통신의 비밀과 그 밖의 적절한 개인정보 취급에 관하여 전기통신사업자가 준수하여야 할 기본적 사항을 정하여 전기통신서비스의 편리성 향상을 도모하는 동시에 이용자의 권리와 이익을 보호하는 것을 목적으로 정한 일본 총무성 고시이다.

58) 일본의 사이버시큐리티 관련 개인정보 정책에 관하여 자세한 내용은 “サイバーセキュリティ戦略”(閣議決定, 2015. 9. 4.) 참조.

59) 「국가사이버안보법안」 제10조.

3. 행정조직 관계법령에 근거한 사이버시큐리티 활동 및 개인정보처리 수행주체 설정

사이버시큐리티에서 헌법합치적인 개인정보보호 장치를 제도적으로 갖추는 문제와 누가 사이버시큐리티 활동을 수행하고 그 과정에서 개인정보를 처리하는 자가 되어야 하는지를 판단하는 문제는 서로 무관하며 별개로 다루어져야 한다. 헌법에 합치되는 개인정보보호 장치를 제도적으로 갖춘다는 것은 개인정보처리자가 누구인지를 막론하고 일정 수준 이상의 적절한 보호를 보장하는 제반 절차와 법적 규제를 정하고, 이를 위반하여 법적으로 요구되는 수준의 개인정보보호를 이행하지 않는 경우에는 불법행위가 성립하도록 하는 것이다. 개인정보보호 관련 제반 절차와 법적 규제 등의 형태는 해당 사안의 성격에 따라 다르게 구현될 수는 있다. 예를 들어 한국의 「개인정보 보호법」에 의하면 국가안전보장과 관련된 정보 분석 등을 위한 개인정보처리는 개인정보처리자가 일반적인 경우에 준수하여야 하는 절차와 규제가 적용되지 않는다. 그러나 이러한 차이는 해당 사안의 성격에 따라 결정되는 것이며, 개인정보처리자가 누구인지에 따라 결정되는 것이 아니다. 상기한 예와 같이 국가안전보장과 관련된 정보 분석을 위한 개인정보처리를 수행하는 경우라면 개인정보처리자가 정보기관이든지 또는 일반적인 행정청이든지 관계없이, 그리고 일반적인 행정청 중에서도 어떤 부처이든지 관계없이 동일한 수준과 형태의 관련 절차와 규제가 적용되어야 하며, 국가안전보장과 관련된 정보 분석 등과 무관하게 개인정보를 처리하여 일반적인 경우에 개인정보처리자로서 준수하여야 하는 절차와 규제의 적용 예외사유에 해당되지 않음에도 불구하고 그러한 절차와 규제를 준수하지 않는다면 다른 법률에서 다르게 정한 바가 없는 한 어느 부처·기관 및 단체든지 관계없이 불법을 저지른 것으로 취급된다. 따라서 누가 개인정보를 처리하느냐에 따라 개인정보보호 구현의 결과에 차이가 있을 수 있고 특정 부처·기관 및 단체가 개인정보를 처리하는 경우에는 다른 부처·기관 및 단체가 개인정보를 처리하는 경우보다 개인정보보호에 대하여 부당한 제한이 발생할 것이라는 주장은 규범적 타당성이 충분하지 않다. 상기한 바를 사이버시큐리티에 적용하면, 사이버시큐리티 활동에서 적절한 수준으로 개인정보보호가 이루어지기 위하여 요구되는 각종 절차와 법적 규제는 사이버시큐리티에 관한 개인정보처리자가 어느 부처·기관 및 단체이든지 관계없이 법률에

정한 바에 따라 그 효력을 발휘하는 것이고, 개인정보처리자가 그러한 절차와 법적 규제를 위반하면 누구든지 불법을 저지른 것이 된다. 따라서 사이버시큐리티 법제도에서 헌법에 합치되는 개인정보보호 장치를 제도적으로 갖추어 일정 수준 이상의 개인정보보호를 확보하는 문제와 어느 부처·기관 및 단체가 사이버시큐리티 활동을 수행하면서 개인정보를 처리하는 것이 적절한지를 판단하여 법제화하는 문제는 상호 무관하며, 특정 부처·기관 및 단체가 사이버시큐리티를 담당하고 그에 따라 관련 개인정보를 처리하면 다른 부처·기관 및 단체가 동일한 행위를 하는 경우보다 개인정보보호가 제대로 이루어질 수 없다는 명제는 성립하기 어렵다.

따라서 개인정보의 처리가 필요한 사안이 있다면 해당 사안의 분야가 무엇이고 어느 부처·기관 및 단체의 업무와 가장 밀접한 관계가 있는지에 따라 해당 사안을 담당할 부처·기관 및 단체를 결정하면서 그와 연계되어 적절한 개인정보처리자가 결정되는 것이며, 이는 사이버시큐리티에서도 동일하다. 사이버시큐리티에 관하여 어느 부처·기관 및 단체가 개인정보를 처리하는 것이 적절한지를 규범적으로 판단하고자 한다면 「정부조직법」 등 행정조직에 관하여 정하는 관계법령과 같은 규범적 근거를 기준으로 하여 어느 부처·기관 및 단체가 사이버시큐리티와 가장 밀접한 관계가 있고 담당업무에 부합하는지를 확인하는 것에 중점을 두는 것이 적절한 규범적 판단을 이끌어낼 수 있다.⁶⁰⁾ 일본의 경우에 「사이버시큐리티 기본법」은 내각관방이 그 사무를 담당하는 사이버시큐리티전략본부와 내각관방 소속 사이버시큐리티센터를 중심으로 하는 사이버시큐리티 거버넌스를 정한다.⁶¹⁾

60) 사이버안보 관련 법률에 관하여 「정부조직법」 등 행정조직에 관하여 정하는 관계법령을 검토하고 정비방안을 모색하는 국내의 선행연구로는 정준현, “고도정보화사회의 국가사이버안보 법제에 관한 검토”, 「법학논총」 제37권 제2호 (단국대학교 법학연구소, 2013), 465쪽 참조. 그동안 국내에서 사이버안보 관련 법률 제정과 같은 사이버시큐리티 법제도 논의에서는 이른바 컨트롤타워의 문제와 연계되어 어느 부처·기관 및 단체가 사이버시큐리티 활동을 주관하고 그에 따라 관련 개인정보를 처리하는 것이 적절한지에 대한 입장의 차이가 있었고, 그러한 논의과정에서 몇몇 특정 기관들은 과거 이력을 고려하면 부적절하다는 지적이 제기되기도 하였다. 바람직한 법제도의 내용 및 구현 형태를 정하고자 하는 경우에 규범적 관점의 판단뿐만 아니라 과거와 현재의 사실에 기초한 역사적·사회적 관점의 판단도 중요성이 있으며 고유의 의미를 지닌다는 점은 인정되어야 한다. 또한 현실적으로도 국회와 시민사회 등에서 이루어지는 논의과정에서 규범적 관점뿐만 아니라 역사적·사회적 관점으로도 그 타당성이 인정되는 것이 요구된다는 점을 부정할 수 없다. 따라서 바람직한 법제도의 내용 및 구현 형태를 다루는 논의에서는 규범적 관점과 역사적·사회적 관점이 모두 고려되어야 하지만, 논의의 대상이 법제도라는 점을 감안하면 규범적 관점의 판단이 경시되는 일이 없도록 하는 것이 필요하다. 한편 역사적·사회적 관점의 판단은 그 근거가 피상적 수준의 대중적 인식에 그치지 않고 국내외 환경 및 정책과 기술적 여건 등을 심층적으로 고려한 것이어야 타당성을 확보할 수 있을 것이다.

61) 「사이버시큐리티기본법」에 의한 일본의 사이버시큐리티 거버넌스에 관하여 자세한 내용은 박상돈, 앞의 글(2015), 155-157쪽 및 159-160쪽 참조.

이는 위협의 목적을 불문하고 전자적 방식에 의한 각종 위협으로부터 안전한 상태를 위한 조치가 이루어지는 것이라는 사이버시큐리티의 개념에 기초하여 일본의 정부조직 중 국가안보에서부터 일반적인 범죄 등의 문제까지 함께 다루면서 다른 관계기관과 협의와 조정을 수행하기에 가장 적절한 부처를 설정한 것이라고 할 수 있다. 내각관방은 각의(閣議) 사항의 정리와 기타 내각의 서무, 내각의 중요 정책에 관한 기본방침과 각의에 관계된 중요 사항의 기획 및 조정 등을 담당하기 때문이다.⁶²⁾ 그리고 이러한 설정을 바탕으로 하여 사이버시큐리티 활동 과정의 일부로서 사이버시큐리티에 관한 개인정보를 처리하는 부처·기관 및 단체도 결정되는 것이다.

V. 결론

오늘날 정보통신의 중요성과 더불어 전자적 방식을 활용한 위협이 증대되고 있는 상황에서 사이버시큐리티 활동의 제도적 근거가 되는 사이버시큐리티 법제도의 정비의 필요성을 부인하기는 어렵다. 현재 국회에 계류 중인 정부제출안인 「국가사이버안보법안」을 기준으로 보면 정부는 사이버시큐리티 전체를 다루는 법률의 제정은 차치하고 국가안보와 관련성을 지닌 사이버시큐리티 법제도를 정비하고자 하였다고 추정할 수 있다. 즉 국가의 위협방지를 과제로 하는 공법적 접근을 취하면서 국가안보에 대한 위협을 예방하는 것에 중점을 둔 것이다.⁶³⁾ 따라서 한국의 「국가사이버안보법안」은 일본의 「사이버시큐리티기본법」과 비교하면 상대적으로 국가안보와 관련성을 지닌 사이버시큐리티에 더욱 중점을 두었다는 점을 유념할 필요가 있다. 향후 「국가사이버안보법안」 또는 이와 유사한 성격을 지닌 법안에 대한 논의는 그러한 차이점에 대한 인식하에 전개되는 것이 필요하다.⁶⁴⁾ 그리고 이러한 법률의 시행과정에서 요구되는 개인정보보호를 위한 향후의 논의와 검토에서 지금까지 살펴본 바와 같은 일본의 논의와 입법례를 일정부분

62) 内閣法 第十二条.

63) 朴在胤, “사이버 공격에 대한 공법적 대응의 기초”, 「법학논총」 제34집 제3호 (한양대학교 법학연구소, 2017), 99쪽.

64) 사이버시큐리티의 국가안보 관련성에 중점을 둔 법제도의 의의와 유사 법제도와와의 차이점 등을 다루는 선행연구로는 박상돈/김규동/김소정, “사이버안보 법제도의 의의에 대한 새로운 이해”, 「보안공학연구논문지」 제14권 제2호 (보안공학연구지원센터, 2017), 157-166쪽 참조.

참고할 수 있을 것이다.

향후 한국에서 사이버안보 또는 사이버시큐리티 법제도를 정비하는 경우에는 사이버시큐리티와 개인정보보호의 상호 보완과 조화를 지향하는 것이 기본적인 입장이 되어야 한다. 다만 사이버시큐리티와 개인정보보호를 상호 대립적으로 보는 견해들이 경계하고자 한 바를 경시하지 않고 유념하는 것이 그러한 상호 보완과 조화를 더욱 굳건히 만드는 것에 기여하리라고 본다. 그리고 앞에서 살펴본 바와 같이 「사이버시큐리티기본법」과 「개인정보의 보호에 관한 법률」에는 사이버시큐리티와 개인정보보호의 상호 보완과 조화를 제도적으로 실현하고자 하는 규범적 노력이 발견되고 있다. 일본 법제도상 확인되는 사이버시큐리티와 개인정보보호의 조화는 사이버시큐리티에서 개인정보보호 법제도의 적용에 대한 올바른 이해, 헌법합치적 개인정보보호를 수반하는 사이버시큐리티 법제도 구현, 행정조직 관계법령에 근거한 사이버시큐리티 활동 및 개인정보처리 수행주체 설정 등의 의미를 내포하고 있으며, 향후 한국의 사이버시큐리티 법제도와 개인정보보호 법제도를 정비하고자 한다면 이러한 점들을 충분히 고려하여야 한다는 시사점들을 확인할 수 있다.

(논문투고일 : 2018.05.17., 심사개시일 : 2018.05.21., 게재확정일 : 2018.06.12.)



▶ 박 상 돈

사이버시큐리티기본법, 개인정보의 보호에 관한 법률,
국가사이버안보법안, 정보보안, 프라이버시

【참 고 문 헌】

I. 단행본

권재열/최수정, 「공생발전을 위한 상거래 연성규범의 활성화 방안」 (한국법제연구원, 2012)

II. 학술지 논문

곽관훈, “사이버테러 방지에 관한 일본의 법제도 및 시사점”, 「IT와 법연구」 제8집 (경북대학교 IT와 법연구소, 2014)

金日煥, “情報保安關聯法制整備의 基準과 內容에 관한 研究”, 「토지공법연구」 제26집 (한국토지공법학회, 2005)

박상돈, “일본 사이버시큐리티기본법에 대한 고찰: 한국의 사이버안보 법제도 정비에 대한 시사점을 중심으로”, 「경희법학」 제50권 제2호 (경희법학연구소, 2015)

_____, “사이버안보 거버넌스 개선에 관한 공법적 고찰”, 「공법학연구」 제17권 제4호 (한국비교공법학회, 2016)

_____, “일본 사이버시큐리티 법제도 및 정책과 프라이버시·개인정보보호의 관계에 관한 시론적 고찰”, 「사이버안보법정책논집」 제3호 (한국사이버안보법정책학회, 2018)

_____/김규동/김소정, “사이버안보 법제도의 의의에 대한 새로운 이해”, 「보안공학연구논문지」 제14권 제2호 (보안공학연구지원센터, 2017)

朴在胤, “사이버 공격에 대한 공법적 대응의 기초”, 「법학논총」 제34집 제3호 (한양대학교 법학연구소, 2017)

장철준/임채성, “빅데이터·클라우드 컴퓨팅 시대의 헌법과 사이버 안보”, 「법학논총」 제39권 제1호 (단국대학교 법학연구소, 2015)

전 응, “빅데이터와 정보활동 -미국 정보공동체 사례를 중심으로”, 「국가정보연구」 제10권 제1호 (한국국가정보학회, 2017)

정준현, “북한의 사이버공격에 대한 국가총력적 대응체계를 위한 법제방향”, 「성균관법학」 제28권 제4호 (성균관대학교 법학연구소, 2016)

- _____, “고도정보화사회의 국가사이버안보 법제에 관한 검토”, 「법학논총」 제37권 제2호 (단국대학교 법학연구소, 2013)
- 정필운, “사이버보안이란 개념 사용의 유용성 및 한계”, 「연세 의료·과학기술과 법」 제2권 제2호 (연세대학교 법학연구원, 2011)
- 최경진, “사이버안보와 개인정보보호법령의 상관성”, 「가천법학」 제8권 제4호 (가천대학교 법학연구소, 2015)
- 阿部泰隆, 최환용 옮김, “法治國家의 充實을 위한 法改革, 行政訴訟改革”, 「공법연구」 제32집 제2호 (한국공법학회, 2003)
- 紙野健二, 최환용 옮김, “일본에서의 개인정보보호법제의 형성, 현상 및 약간의 논점”, 「공법연구」 제32집 제5호 (한국공법학회, 2004)
- 山本達也, “インターネット時代における情報と国際政治をめぐる諸課題: 国家安全保障と民主主義的価値をめぐるジレンマ”, 「清泉女子大学キリスト教文化研究所年報」 第24卷 (清泉女子大学, 2016)
- 千手崇史, “情報セキュリティ上の瑕疵による個人情報等の漏洩と個人情報保護法”, 「福岡工業大学研究論集」 第49卷 第2号 (福岡工業大学, 2016)
- 宮下紘, “個人情報保護とサイバー・セキュリティ—デジタル時代の双子—”, 「比較法雑誌」 第49卷 第4号 (日本比較法研究所, 2016)

III. 학위논문

- 金明植, “幸福追求權에 관한 研究” (성균관대학교 박사학위논문, 2001)

IV. 기타 문헌

- 박상돈, “개인정보보호 관점에서의 사이버안보법안의 문제점과 개선방안 토론회”, 「2018년 (사)한국사이버안보법정책학회 춘계 공동학술세미나 -사이버안보와 개인정보보호-」 (한국사이버안보법정책학회/개인정보보호법학회, 2018. 4. 27.)
- 최경진, “개인정보보호 관점에서의 사이버안보법안의 문제점과 개선방안”, 「2018년 (사)한국사이버안보법정책학회 춘계 공동학술세미나 -사이버안보와 개인정보보호-」 (한국사이버안보법정책학회/개인정보보호법학회,

2018. 4. 27.)

“사이버범죄に関する条約の批准に関する意見書”(日本弁護士連合会, 2004. 4. 17.)

“サイバーセキュリティ戦略”(閣議決定, 2015. 9. 4.)

穴戸常寿, “情報化社会におけるプライバシー権等、基本的人権のあり方”, (衆議院
憲法審査会参考人意見陳述, 2017. 6. 1.)

Abstract

The Relationship between Cybersecurity and Personal Data Protection on Legal Frameworks in Japan

—Focused on Basic Act on Cybersecurity and Act on the Protection of Personal Information—

Park, Sangdon

The legal frameworks for cybersecurity related to national security have been controversial compared with legal frameworks for other types of protection of information and telecommunication. Particularly, there has been a lot of awareness that the enactment of cybersecurity law has an adverse effect on right of privacy. It is important to establish and institutionalize the appropriate relationship between the protection from cyber threat by electronic intrusion and right to privacy including personal data protection. As a research for solving the above problem, the discussion is reviewed on the relationship between cybersecurity and personal data protection in Japan. Then the current relationship between cybersecurity and personal data protection on the legal frameworks in Japan is studied, focused on Basic Act on Cybersecurity and Act on the Protection of Personal Information. As a result, the meaning is found that it is desirable to make the relationship complementary and harmonic rather than exclusive and conflictory. The example in Japan can be a good model of legislation in Korea.



▶ Park Sangdon

Basic Act on Cybersecurity, Act on the Protection of Personal Information, National Cybersecurity Act, Information Security, Privacy

기본적 인권 침해방지를 위한 사회복지시설제도 개선방향에 관한 고찰

장 인 호*

【목 차】

I. 문제제기	3. 사회복지시설제도 운영과정에서 기본적 인권 침해방지의 헌법적 근거
II. 사회복지시설제도의 헌법적 의미와 기본적 인권 침해실태	4. 사회복지시설제도 운영과정에서 기본적 인권 침해방지의 헌법적 의무 및 개선방향 마련필요성 급증
1. 사회복지시설제도의 개념과 연혁	IV. 사회복지시설제도 운영과정에서 기본적 인권 침해방지를 위한 개선방향의 원칙과 내용 검토
2. 사회복지시설제도의 유형과 전망	1. 개선방향의 세부원칙
3. 사회복지시설제도 운영과정에서 기본적 인권 침해실태	2. 개선방향의 고려사항
III. 사회복지시설제도 운영과정에서 기본적 인권 침해방지 필요성과 헌법적 보장 분석	3. 개선방향의 구체적인 내용
1. 사회복지시설제도 운영과정에서 기본적 인권 침해방지 필요성	4. 개선방향에 기초해 기본적 인권 침해 예방·근절 및 인간존엄성·가치 구현
2. 사회복지시설제도 운영과정에서 기본적 인권 침해방지의 헌법적 의미	V. 결론

【국 문 요 약】

부산형제복지원사건·광주인화원복지시설사건 등을 통해 사회복지시설 운영과정에서 많은 복지시설이용자에게 육체 또는 정신적으로 큰 피해를 발생하면서 개인의 기본적 인권이 무분별하게 침해되었음이 밝혀졌다. 이처럼 사회복지시설에서의 심각하게 인권침해사건은 사회복지이용자에게 보장된 헌법 최고의 가치인 인간존엄성, 자유·권리 등 헌법의 핵심가치를 침해하는 중대한 인권침해 문제이다.

그리고 다양한 사회복지시설제도 운영과정에서 발생한 기본적 인권의 침해유

* 경찰대학교 조교수, 법학박사.

형·침해정도·침해기간 등과 관련해 성추행·성폭행 등 여러 유형의 인권침해사건이 발생해왔다. 또한, 사회복지시설 운영과정의 인권침해가 장기적·반복적으로 지속된 경우도 있다. 더욱이 사회복지시설 감독기관이 있었음에도 불구하고 노동착취·감금 등 행동의 자유 억압은 물론 신체 훼손과 생명까지 침해된 사례도 있다.

아울러 사회복지를 필요로 하는 사람에게 헌법의 최고가치인 인간존엄성을 구현하는 동시에 국민이 인간다운 생활을 할 수 있도록 보장하기 위해 마련·운영된 사회복지시설제도가 오히려 최소한의 삶을 보장하지 못할 뿐만 아니라 심지어 국민의 생명과 자유에 원상회복이 용이하지 않을 정도의 심각한 침해를 발생시켰다는 점에서 사회복지시설제도에 대한 운영부실논란 등의 우려와 비판이 급증했다.

특히 사회복지시설제도 운영과정에서 나타난 심각한 기본적 인권침해 문제를 방지·근절시키는 것은 물론 인간존엄성 구현, 사회국가원리 실현, 사회적 기본권 보장, 국민에게 인간다운 최소한의 삶 보장 등의 헌법상 이념·기본원리·기본권을 구현하기 위하여 마련된 사회복지시설제도가 원래의 입법취지에 부합하게 운영되도록 함으로써 지역사회복지체계를 구축하고 사회복지 증진에 이바지해야 한다.

이러한 상황에서 전국적으로 운영되고 있는 다양하고 많은 사회복지시설제도가 헌법상의 인간존엄성 등의 이념과 기본권존중원칙 등은 물론 사회복지시설제도를 도입할 당시의 취지에 적합하게 운영되고 있는지 그 실태와 여러 문제점들을 함께 분석하는 동시에 다양한 사회복지시설의 수많은 이용자에게 헌법이 보장한 헌법가치인 인간존엄성과 기본적 인권이 무분별하게 침해되지 않도록 방지·근절을 위한 사회복지시설제도의 개선방향을 분석·검토해야 할 필요성이 크다.

그러므로 본 연구에서는 다양한 분야에서 운영되는 사회복지시설제도가 폭발적으로 증가하고 있는 헌법현실의 변화 속에서 우리 헌법이 그 보호·보장을 천명한 인간의 존엄성, 사회국가원리, 사회적 기본권 등의 헌법적 가치가 실질적으로 보호·보장될 수 있도록 하기 위하여 사회복지시설제도의 헌법적 의미, 기본권 침해의 실태, 헌법적 보장 등 분석하고 이를 토대로 사회복지시설이라는 법제도적 장치의 운영과정에서 나타난 인간존엄성과 기본권의 심각한 침해를 방지·예방 및 근절을 위한 합리적인 개선방향의 원칙·고려사항·세부내용 등을 검토하겠다.

I. 문제제기

1975년부터 1987년까지의 약12년 동안 운영된 부산형제복지원사건은 한국판 홀로코스라고 불릴 정도로 사회복지시설이용자들의 존엄성과 기본적 인권 침해한 심각한 인권침해사건이다. 형제복지시설 운영과정에서 시설이용자가 강제노력을 하고 불법 감금됐으며, 시설이용자에 대한 구타·성폭행·성추행 등 심각한 학대가 자행되었을 뿐만 아니라 약500명¹⁾이 넘는 사회복지시설이용자가 사망에 이르렀다.

영화 도가니의 배경이 된 2011년 광주인화원사건을 계기로 보건복지부는 2011년 10월 28일부터 12월 22일까지 전국 약200개 장애인복지시설을 대상으로 시설이용장애인인권실태조사결과 폭행·노동착취 등 인권침해사례가 나타났다.

더욱 충격적인 것은 광주인화원에서 인권이 침해된 사회복지시설 이용자들이 임시보호시설에서 또다시 학대가 발생²⁾했을 정도로 사회복지시설에서 헌법적 가치인 개인의 존엄성과 자유 및 인권의 심각한 침해가 만연해 있음을 알 수 있다.

2014년 김해노인복지시설강제노동·금전착취사건, 2017년 대구시립희망원장애인인권침해사건 등을 통해 사회복지시설제도 운영과정에서 사회복지시설이용자가 육체·정신적으로 큰 침해를 당하면서 인권이 무분별하게 침해되었음이 밝혀졌다.

이처럼 부산형제복지원 등의 사회복지시설에서 인권이 심각히 침해되는 사건은 수많은 사회복지이용자의 존엄성을 침해한 것일 뿐만 아니라 헌법 최고가치인 인간존엄성과 자유·권리 등 헌법 핵심가치를 침해하는 중대한 인권침해 문제이다.

1) 교통신문, “그것이 알고 싶다. 집중 조명한 형제복지원사건...12년 동안”, 교통신문, 2018. 05. 05. ; “1975년 부산시와 부랑인임시보호사업 위탁계약을 맺은 형제복지원은 국가보조금을 지원받으며 3000여 명의 부랑인을 수용한 전국 최대 규모의 사회복지시설이었다. 1987년 우연히 산 중턱작업장에 감금된 수용자를 목격한 수사를 시작으로 형제복지원 조사결과 12년 운영기간 동안 무려 약513명이 사망한 사실이 밝혀졌고, 수용자에 대한 폭행·감금혐의와 함께 수습역 외화가 복지원 내에서 발견되었다. 심지어 부모가 있는 어린이나 학교에서 공부를 마치고 밤늦게 귀가 하던 중학생도 있었고 20대의 젊은이도 있다. 특히 어린 아이 구분 없이 가해지는 무자비한 구타와 성폭행이 곳곳에서 벌어졌고 부상을 입거나 병이나도 제대로 된 치료는 받을 수 없었다”고 한다.

2) 서울경제, “도나기 피해자, 옮겨진 사실서도 학대 당해”, 서울경제, 2017. 03. 21. ; “소설과 영화 ‘도가니’ 배경인 광주인화학교피해자들이 임시보호시설에서도 학대당한사실이 드러났다. 조사결과 이 법인은 식재료를 착취하고 2,700여만 원 후원금을 유용한 것으로 밝혀졌다. 또한 시설장애인머리카락을 강제로 자르고 폭행하는 등 학대가 발견됐다. 곰팡이가 핀 빵을 제공하고 처방전 없이 약물을 투여한 사실도 확인됐다. 시설에는 30명 여성장애인 가운데 19명은 2011년 광주광산구인화학교와 인화원에서 발생한 성폭력사건 당시 인화원에 거주하던 장애인이다. 그들은 도가니사건 후 인화학교와 인화원이 폐쇄되면서 이곳으로 옮겨졌다. 지난해 대책위제보로 광주시·경찰·국가인권위원회가 조사를 벌인 끝에 해당법인의 장애인인권 침해사실이 확인됐다”고 한다.

그리고 다양한 사회복지시설제도 운영과정에서 발생한 기본적 인권의 침해유형·침해정도·침해기간 등과 관련해 성추행·성폭행 등과 같이 기본적 인권을 무분별하게 침해한 심각한 인권침해사건이 끊임없이 발생·만연해왔음을 알 수 있다.

또한, 사회복지시설제도 운영과정에서 기본권 침해에 대한 실태조사와 통제가 제대로 되지 않으면서 인권침해기간이 장기적으로 반복·지속되는 경우가 많았다. 또한, 사회복지시설제도의 운영상 감독기관이 있었음에도 불구하고 노동착취, 임금 등 이용자의 행동과 자유 억압은 물론 개인 신체를 무참히 훼손하거나 심지어 개인의 생명까지 침해할 정도의 기본권 침해정도가 심각했다는 것을 알 수 있다.

아울러, 사회복지를 필요로 하는 사람에게 헌법의 최고가치인 인간존엄성을 구현하는 동시에 국민이 인간다운 생활을 할 수 있도록 보장하기 위해 마련·운영된 사회복지시설제도가 오히려 최소한의 삶을 보장하지 못할 뿐만 아니라 심지어 국민의 생명과 자유에 원상회복이 용이하지 않을 정도의 심각한 침해를 발생시켰다는 점에서 인권침해적인 사회복지시설제도 운영에 대한 우려와 비판이 급증했다.

특히, 사회복지시설제도 운영과정에서 나타난 심각한 기본적 인권 침해문제를 방지·근절시키는 것은 물론 인간존엄성 구현, 사회국가원리 실현, 사회적 기본권 보장, 국민에게 인간다운 최소한의 삶 보장 등의 헌법상 이념·기본원리·기본권을 보호하기 위하여 마련된 사회복지시설제도가 원래의 입법취지에 부합하게 운영되도록 함으로써 지역사회복지체계를 구축하고 사회복지 증진에 이바지해야 한다.

이러한 상황에서 전국적으로 운영되고 있는 다양한 사회복지시설제도가 헌법 이념·원리는 물론 사회복지시설 도입당시의 취지에 적합하게 운영되고 있는지 그 실태와 문제점을 분석하는 동시에 다양한 사회복지시설의 수많은 이용자가 헌법적 가치인 인간의 존엄성과 기본적 인권이 무분별하게 침해되지 않도록 방지·근절을 위한 사회복지시설제도의 개선방향을 분석·검토해야 할 필요성이 크다.

그러므로 본 연구에서는 다양한 분야에서 사회복지시설제도가 운영되고 급격하게 증가하고 있는 헌법현실의 변화 속에서 우리 헌법이 그 보호·보장을 천명한 인간의 존엄성과 가치, 사회국가원리, 사회적 기본권 등의 헌법적인 가치가 실질적으로 보호될 수 있도록 하기 위하여 사회복지시설제도의 헌법적 의미, 기본권 침해실태, 헌법적 보장 등 분석하고 이를 토대로 사회복지시설제도 운영과정에서 끊임없이 발생하고 있는 사회복지시설이용자들의 존엄성 및 기본권이 무분별하게 침해되는 것을 방지를 위한 개선방향의 원칙·고려사항·세부내용 등을 검토하였다.

II. 사회복지시설제도의 헌법적 의미와 기본적 인권 침해실태

1. 사회복지시설제도의 개념과 연혁

가. 개념

헌법상 사회국가원리에 따라 사회복지³⁾·사회권 보장의 구체화를 위해 입법된 「사회보장기본법」 제2조 제1호에 따르면, ‘사회보장’은 출산·양육·실업·노령·장애·질병·빈곤 및 사망 등 사회위험으로부터 국민을 보호하고 삶의 질을 향상시키는데 필요한 소득·서비스를 보장하는 사회보험·공공부조⁴⁾·사회서비스⁵⁾를 의미한다.

「사회복지사업법」 제2조 제1호에 의하면, ‘사회복지사업’은 “다음 각목법률⁶⁾에 따른 보호·선도 또는 복지관련사업과 사회복지상담, 직업지원, 무료숙박, 지역사회복지·의료복지·사회복지관운영, 정신질환자 등 각종복지사업과 관련된 자원봉사활동·복지시설 운영 또는 지원을 목적으로 하는 사업을 말한다”고 하였다.

따라서 사회복지시설제도는 공공분야와 민간분야에서 양육·실업·노령·장애·질병·빈곤·사망 등의 사회위험으로부터 아동·청소년·노인·장애인·정신질환자·고아·성폭력피해자·가정폭력피해자 등을 포함한 모든 국민을 보호하고 생활유지능력이 없거나 생활이 어려운 사회·경제약자 등 생활무능력자⁷⁾의 최저생활을 보장하고 갱생·생활자립기반 조성을 지원하며 도움이 필요한 모든 국민에게 복지·보건의료·교육·고용·주거·문화·환경 등과 관련해 인간다운 생활을 보장하고 상담·재활·돌봄·정보제공·역량개발·사회참여 등에 관한 각종사회복지시설 지원을 통해 삶의 질이 향상되도록 함으로써 사회국가원리·사회권 등 헌법가치를 실현시키는 제도이다.

3) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2017, 809-810면 ; “‘사회복지’란 아동·노인·심신장애자 등 사회적·경제적 약자의 보호를 목적으로 국가 또는 공공단체가 그 보호·갱생 및 기본적인 생활자립기반의 조성 등을 위한 각종 시설이나 편의수단을 마련하여 이를 제공하는 것을 말한다”고 한다.

4) 「사회보장기본법」 제2조 제3호에 따르면, ‘공공부조’란 국가와 지방자치단체의 책임 하에 생활유지능력이 없거나 생활이 어려운 국민의 최저생활을 보장하고 자립을 지원하는 제도를 말한다.

5) 「사회보장기본법」 제2조 제4호에 의하면, ‘사회서비스’란 국가·민간부문 도움이 필요한 모든 국민에게 복지·의료·교육·고용·주거·문화·환경 등 분야에서 인간다운 생활을 보장하고 상담·재활·정보제공·시설이용·역량개발·사회참여지원 등을 통해 삶의 질이 향상되도록 지원하는 제도이다.

6) 「국민기초생활보장법」·「아동복지법」·「노인복지법」·「장애인복지법」·「영유아보육법」·「성매매방지및 피해자보호등에관한법률」·「정신건강증진및정신질환자복지서비스지원에관한법률」·「성폭력방지및 피해자보호등에관한법률」·「장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률」·「가정폭력방지및 피해자보호등에관한법률」·「노숙인등의복지및자립지원에관한법률」·「장애아동복지지원법」·「발달장애인권리보장및지원에관한법률」·「청소년복지지원법」 등의 법률이 있다.

7) 홍성방, 『헌법학개론』, 박영사, 2017, 237-238면 ; “생활무능력자라 함은 신체장애, 질병, 노령 기타의 사유로 일할 능력이 없는 자를 뜻한다”고 한다.

나. 연혁

18세기중엽 첨단과학기술 혁신을 시작으로 19세기 산업혁명이 촉발된 변화의 속에서 독·과점, 부의 집중, 빈부격차 심화 등의 부작용과 문제를 해결하고자 사회·경제 등 다양한 영역에서 사회정의의 실현해야할 필요성이 점증했다. 그 결과 헌법적 차원에서 사회국가원리⁸⁾·사회권⁹⁾·실질적 자유 등이 요구되기에 이르렀다.

이러한 상황¹⁰⁾에서 헌법상 국가가 적극적으로 실현해야할 최고의 가치이자 이념인 인간존엄성을 비롯해 사회권을 실현시키고자 국가가 공적 서비스¹¹⁾ 제공을 통해 사회적·경제적 약자의 빈곤·질병 등을 해결하기 위해 보충적으로 지원함으로써 사회복지국가를 구현하기 위한 제도인 여러 사회복지시설 운영이 급증했다.

2. 사회복지시설제도의 유형과 전망

가. 유형

헌법상 사회국가원리, 사회적 기본권 등을 구체화하기 위한 사회보장제도¹²⁾인 사회복지시설제도들에는 부랑아사회복지시설제도·장애인사회복지시설제도·노인복지시설제도·부인보호사회복지시설제도·신체장애자갱생옹호사회복지시설제도·정신박약자사회복지시설제도·지체부자유아사회복지시설제도·맹농아사회복지시설제도·중증심신장애아복지시설·유아관련사회복지시설제도 등이 마련·운영되고 있다.

8) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2002, 141-142면; “20세기 생산·분배를 둘러싼 노사 간 대립이 심화되고 근로대중의 생존을 위협하는 사회빈곤이 일반화되자, 빈곤구제와 부의 공정배분을 위해 자본주의경제질서수정과 사회개혁이 불가피하게 되었다. 이 때문에 종래 경제자유방임주의에서 벗어나 국민생존을 배려한 부의 재분배정책 등을 주장했다. 이런 상황에서 자본주의생산양식을 골간으로 하면서도 광범한 사회보장을 국가책임으로 하는 사회·복지국가가 등장했다”고 한다.

9) 홍성방, 앞의 책, 97-98면; “전통시민권과 마찬가지로 사회권도 기존사회질서·정의명령 집대성인 자연법사상 간 투쟁의 부분이다. 사회권에는 여러 인권선언 후 사회대변혁, 기술·산업적 분업, 고도인구증가, 독점자본주 등장, 세계경제홍망, 두 차례세계대전, 환경오염 그리고 그 결과단 하나의 중립적 권력인 국가에 부여된 통합역할의 산물인 우리시대의 사회상황이 반영됐다”고 한다.

10) 그 당시 야경국가·자유방임주의·사회적 법치국가에 따라 국가간섭은 곧 개인자유·권리침해로 인식되어 경제·사회분야에서 국가개입이 최대한 자제되어 개인자유영역을 확보하는 것이 중요했다.

11) 장영수, 앞의 책, 809-810면; “사회복지는 국가가 직접 현금·현물 등 경제적 재화를 급부하는 것이 아니라 공적 서비스제공을 통해 생활상 어려움에 대한 보충적 지원을 하는 것이다”고 한다.

12) 전광석, 『한국헌법론』, 2014, 457-458면; “인간다운 생활을 할 권리와 같은 이념과 목표는 현재 주로 사회보장법을 통해 실현된다. 질병·노령·장애·사망, 산업재해, 실업, 장기요양 등과 관련한 전형적인 사회적 위험은 사회보험에 의해 보호되며, 「국민건강보험법」, 「국민연금법」, 「산업재해보상보험법」, 「고용보험법」, 「노인장기요양보험법」 등이 시행되고 있다. 비전형적인 원인에 의하여 발생한 빈곤은 「국민기초생활보장법」이 보호한다”고 한다.

나. 전망

국가의 기능이 치안유지·국토수호 등과 같이 소극적이던 과거 야경국가에서 국민이 인간답게 쾌적한 환경에서 살 수 있도록 보장하는데 있어 국가의 적극적인 개입과 역할이 강조되는 사회복지국가로 그 패러다임이 변화한 상황에서 앞으로 다양한 분야에서 국민이 인간답게 살 수 있는 사회적 기본권의 실현에 기초가 되는 사회복지의 중요성이 증대됨에 따라 사회복지시설제도가 급증할 수밖에 없다.

이러한 상황에서 앞으로 사회복지시설의 종류가 더욱 다양해질 뿐만 아니라 그 수도 급증할 것으로 전망된다. 따라서 사회복지시설 급증에 따라 사회복지시설 운영과정에서 개인의 인권이 무분별하게 침해되는 문제도 점차 증가하였다.

3. 사회복지시설제도 운영과정에서 기본적 인권 침해실태

가. 공공분야 사회복지시설제도 운영과정에서 기본적 인권 침해실태

사회국가원리 구현·사회권 보장 등을 구체화하기 위한 사회복지시설제도 마련·운영에 대한 제1차적 책임자인 국가는 부랑아·신체장애인·노인·정신박약자·중증심신장애자·맹농아자 등과 같이 사회복지시설을 필요로 하는 사회약자들이 인간으로서 최소한의 삶을 영위할 수 있도록 공공분야 사회복지시설제도를 운영하고 있다.

이러한 가운데 2017년 대구시립희망원장애인인권침해사건¹³⁾ 등과 같이 공공분야 사회복지시설의 운영과정에서 조차 폭행·강제노동 등으로 복지시설이용자의 존엄성·인권이 심각하게 침해되고 각종비리가 발생하는 등의 문제¹⁴⁾가 발생했다.

나. 민간분야 사회복지시설제도 운영과정에서 기본적 인권 침해실태

사회복지시설제도에 대한 필요성이 급증함에도 불구하고 국가가 재정·인력·시간 등의 여러 측면에서 모든 수요를 감당하기가 용이하지 않기 때문에 민간분야에서 국가기관이 아닌 개인·민간단체·기업 등이 복지시설 운영에 있어 국가보조

13) 대구일보, “인권 유린·각종 비리 근절...내년 장애인 거주시설 폐쇄-대구시립희망원 사태 그 후-”, 대구일보, 2017. 05. 14. ; “대구시립희망원생활인은 시간당 1천 원도 안 되는 임금을 받고 노동력을 착취당했다. 주 6일 기준으로 하루 9시간30분이나 일했는데 월급은 고작 20만 원. 이들은 희망원정문경비·구내식당·병원도우미 등 강제노동을 했다. 2014년부터 2년8개월 동안 희망원생활인 129명이 숨졌다. 생활인폭행으로 다른 생활인사망사건, 보호의무 소홀로 지적장애 인기도폐쇄사망사건 등이 반복적으로 발생했지만 희망원측은 이들을 단순병사 처리하였다”라고 한다.

14) 공공분야 사회복지시설 필요성이 점차 증대되면서 공공분야에서 국가기관이 운영하는 사회복지시설이 급증하는 가운데 사회복지시설이용자의 인권이 침해되는 사례도 점증하고 있다.

금 등을 지원받으면서 사회복지시설들을 위탁¹⁵⁾받아 운영하는 사례가 증가했다.

예를 들어, 부산형제복지원노동착취·성폭행·살인사건, 2012년 메아리동산장애
인사회복지시설성폭행사건¹⁶⁾, 2014년 김해노인복지시설강제노동·금전착취사건¹⁷⁾
등 민간 분야 사회복지시설제도 운영과정에서 무분별한 폭행과 학대가 발생했다.

무엇보다 지금까지 사회복지시설의 양적 팽창에만 주로 집중해 그 수와 적용
범위가 급속하게 확대되어 왔지만 사회복지시설 운영이 내실 있게 이루어지지 않
고 심지어 복지시설이용자의 인권이 심각히 침해되는 인권침해사건이 나타났다.

다. 미신고 사회복지시설제도 운영과정에서 기본적 인권 침해실태

1997년 「사회복지사업법」이 개정되면서 사회약자를 위한 사회복지시설 설립이
허가제로부터 신고제로 전환됨에 따라 법인뿐만 아니라 개인도 사회복지시설을
운영할 수 있게 되었다. 그러자 사회복지시설 신고요건이 갖추지 못한 상태에서
종교단체후원금 등으로 미신고사회복지시설 운영을 계속하는 경우도 증가했다.

이러한 가운데 2002년 충남부여엠마누엘장애인복지시설화재사건¹⁸⁾·2011년 장
애인복지시설인권침해실태¹⁹⁾, 2017년 경기도양평군사회복지시설장애인학대사
건²⁰⁾에서 발생한 인명피해를 계기로 미신고사회복지시설이용자 인권침해·각종비

15) 김원재, “사회복지시설의 민간위탁 개선방안 연구-부천시 사례를 중심으로”, 석사학위논문(한양대학교), 2010, 38-39면 ; “사회복지시설민간위탁절차는 일반적으로 위탁방침결정·의회동의·수탁자모집·수탁자선정·행정기관관리·감독·재위탁단계로 구분할 수 있다. 수탁기관선정·관리사항은 광역·기초자치단체조례로 규정됐으나 세부내용은 각 지방자치단체별로 상이하게 나타났다”고 한다.

16) 노컷뉴스, “도가인 인화원 방불, 울산 메아리동산”, 노컷뉴스, 2012. 02. 09. ; “1981년 설립된 메아리동산에서 남성 간 성폭행이 장기간 반복된 기간은 최소 2년 이상으로 파악됐다”고 하였다.

17) 헤럴드경제, “복지시설대표가 노인들 강제노동시키고 금전 착취”, 헤럴드경제, 2014. 08. 12. ; “국가인권위원회 조사결과, 노인복지시설대표는 피해자기초생활수급비 등 입금통장·도장을 갖고 피해자금전을 사용했고, 시설발갈이·농작물수확 등을 시키고 대가를 지급하지 않았다”고 밝혔다.

18) 참세상, “개인운영시설 법인화 기준 완화 주장, 무엇을 거쳐 어디로 가는가?”, 참세상, 2018. 09. 18. ; “2002년 5월 9일, 충남부여 엠마누엘장애인복지시설 화재로 4명이 연기에 질식사 숨졌다. 복지부는 전국미신고시설 조사를 했다. 미신고시설은 637개로 파악됐지만, 종교시설외피를 쓴 미신고시설이 전국에 몇 개나 될지는 알 수 없었다. 637개 중 92개가 무허가건물 중 30개가 비닐하우스·가건물이다. 후원금이나 거주인수급비는 운영자나 직원이 쓰기 일췌였다”고 한다.

19) 머니투데이, “성폭행 방지에 구더기 김치...장애인시설 인권침해 심각”, 머니투데이, 2012. 02. 09. ; “생활시설종사자에 의한 장애인폭행·학대는 물론 장애인 간 성폭행·성추행도 자주 발생한 것으로 조사됐다. 위생도 불량했다. 구더기 있는 김칫독방치, 유통기한 지난 음식재료 등이 발견됐다. 방바닥·벽·천정곰팡이로 덮인 곳이 있었고 종사가 장애인을 감금시킨 사례도 있다”고 했다.

20) 참세상, 위의 기사, 2018. 09. 18. ; “경기도양평군장애인시설을 운영하는 시설장은 직원에게 장

리²¹⁾ 등을 이유로 미신고사회복지시설을 양성화·감독해야할 필요성이 제기되었다.

이에 따라 미신고시설 문제해결을 위해 미신고시설 양성화를 위한 「조건부신고제도」가 마련되자 미신고시설이 조건부신고시설의 명목으로 제도에 편입²²⁾됐다. 그 결과 미신고 사회복지시설이 여전히 존재하는 상황에서 미신고 사회복지시설 이용자에서 각종 사회복지시설이용자 학대·폭행사건도 끊임없이 발생하고 있다.

Ⅲ. 사회복지시설제도 운영과정에서 기본적 인권 침해방지 필요성과 헌법적 보장 분석

1. 사회복지시설제도 운영과정에서 기본적 인권 침해방지 필요성

가. 부산형제복지원사건·광주인화원복지시설사건 계기로 사회복지시설 운영과정에서 기본적 인권의 침해방지 필요성 제기

부산형제복지원사건과 광주인화복지시설사건을 계기로 사회복지시설 내에서 발생하고 있는 심각한 인권침해에 대한 반성과 함께 사회복지시설 안의 시설수용자들의 인권침해를 예방·근절 등 방지하기 위한 개선필요성이 크게 비등했다.

이에 따라 공공분야 또는 민간분야 또는 미신고사회복지시설 운영과정에서 복지시설이용자 인권이 무분별하게 침해하는 심각한 인권침해사태가 나타나면서 사회복지시설제도 운영과정에서 인권의 침해를 방지해야할 필요성이 증대됐다.

에인통제방법을 보여주겠다며 죽도로 장애인을 때리고, 지시업무를 제대로 수행하지 못한 장애인을 감금하고, 곰팡이 핀 음식을 먹이는 등 장애인을 심하게 학대한 혐의로 구속됐다”고 한다.

21) 연합뉴스, “미신고 복지시설 인권침해 심각”, 연합뉴스, 2005. 12. 13. ; “미신고시설생활인의 자유로운 의사개진, 재산관리권 등이 보장받지 못한 것으로 조사됐다. 전국조건부·미신고아동·노인·장애인시설 270여개소를 찾아 수용자와 20가지 항목에 대해 1:1 면담조사를 실시한 결과 응답자의 72.1%가 “시설운영관련활동에 참여하지 못하고 있다”고 대답했다. 응답자의 59.2%는 입소과정에서 본인의사가 존중받지 못했다고 말했으며 45.1%는 “퇴소 역시 마음대로 할 수 없다고 대답했다. 조사대상 중 73.8%는 신분증·통장을 시설에 맡기고 생활한 것으로 조사됐다”고 했다.

22) 참세상, 위의 기사, 2018. 09. 18. ; “「조건부신고제도」를 통해 미신고사회복지원시설을 국가가 관리하도록 하고, 사회복지시설에 대한 국가지원을 확대해 노인·장애인·아동 등 사회복지시설이용자 복지를 증진을 계획했다. 동 제도에 따라 2002년 6월 1일부터 7월 31일까지 두 달간 신고한 시설들은 조건부 신고시설로 분류되었고, 시설요건을 갖추기까지 3년간의 유예기간이 주어졌다. 시설장자격요건은 5년까지 유예됐다. 조건부신고시설은 유예기간동안 신고시설과 동일수준의 지원을 받았다. 추가로 시설보수비가 지원되고, 임차료가 지원되고, 인건비·인력이 지원됐다. 2002년에만 약 63억 원 예산이 조건부신고시설에 지원됐다”고 한다.

나. 사회복지 명목으로 발생한 사회약자의 인권침해로 사회복지시설 운영과정에서 기본적 인권의 침해방지 필요성 증가

아동·노인·장애인·정신질환자 등과 같은 사회적 약자들이 인간으로서 최소한의 삶을 영위할 수 있도록 그리고 우리사회 구성원으로서 복귀·생활할 수 있도록 함이 목적으로 마련·운영된 사회복지시설제도 운영을 통한 사회복지 실현을 명목으로 국가의 막대한 지원이 있었음에도 불구하고 그 운영과정에서 복지시설이용자 인권이 보호·보장되는 것이 아니라 오히려 심각하게 침해되는 사건이 발생했다.

다. 폐쇄적·통제적 사회복지시설 내 지속적인 인권침해로 사회복지시설의 운영과정에서 기본적 인권의 침해방지 필요성 증가

폐쇄적·통제적 사회복지시설에서의 지속적 인권침해로 시설운영과정에서 인권 침해를 방지해야할 필요성이 증가하였다. 더욱이 사회복지시설의 불투명한 운영구조로 인권침해의 사전예방은 물론 폭행·노동착취·강제노동 등 인권침해 발생 시 인권침해실태파악과 사후구제가 용이하지 않고 있다. 이와 같이 사회복지시설의 운영과정이 투명하기 보다는 폐쇄적이기에 사회복지시설 내에서 인권침해문제가 발생하더라도 이를 파악하기가 용이하지 않다.

라. 사회변화로 사회복지시설 급증에 따른 사회복지시설이용자의 기본적 인권 침해 예방·근절 필요성 급증

초고령화²³⁾·가족구조변화·효도인식변화 등과 같은 급격한 사회 변화로 사회복지시설이용자가 증가하는 가운데 사회복지시설이용자의 기본권 침해를 예방·근절해야할 필요성이 급증했다. 이처럼 고령화를 넘어 초고령화 등의 급격한 사회변화를 겪고 있는 우리사회에서 앞으로 선천적 장애인 이외에 사고는 물론 의료기술발달·가족구조변화 속에서 수명이 연장되지만 부양가족이 붕괴되고 1인가족화가 점증한 가운데 노화 등으로 후천적 장애자가 급증할 것으로 전망된다. 따라서 우리사회구성원 모두 잠재적으로 언젠가는 사회복지시설을 이용할 수밖에 없는 상황에서 복지시설이용자인권침해를 예방·근절해야할 필요성이 급증했다.

23) 천강란, “노인복지시설 관련법제의 문제점과 개선방안”, 『공법학연구』 제18권 제3호, 한국비교공법학회, 2017, 401-402면 ; “우리나라는 세계적으로 유래를 찾을 수 없을 정도로 고령화 증가추세를 보인다. 2017년 노인비율이 14%로 고령화, 2026년 20.8%로 초고령화가 된다”고 한다.

2. 사회복지시설제도 운영과정에서 기본적 인권 침해방지의 헌법적 의미

가. 사회·경제적 약자의 인간다운 삶과 인간존엄성 구현수단

사회복지시설제도는 사회적·경제적 약자가 인간다운 삶을 누릴 수 있음으로써 인간의 존엄성과 가치가 구현될 수 있도록 사회적 위험이 발생할 경우 작동하는 사회 안전망²⁴⁾으로써 인간다운 삶과 인간존엄성을 보장하는 구현수단이다.

아울러 사회복지시설제도 마련·운영을 실현되는 헌법상 기본원리인 사회국가원리와 사회적 법치국가원리의 궁극적인 목표가 헌법상 최고의 가치인 인간의 존엄성과 가치²⁵⁾라는 것에 대해 누구도 부인할 수 없다. 이러한 점에서 볼 때, 사회복지시설 운영과정에서 침해되는 인간존엄성²⁶⁾과 인권을 보호함은 헌법과 국가의 궁극적 목적이자 이념인 인간의 존엄성을 구현하는 수단임을 알 수 있다.

나. 사회적 정의·통합·안전망 확보의 물질적 기초

사회복지시설제도는 사회정의를 실현하고 사회안전망을 확보하기 위한 물질적 기초로서 사회권과 사회국가원리가 실현되는데 있어 토대가 된다. 아울러 사회복지시설제도는 자본주의라는 시장경제질서에 있어 부의 집중과 양극화 등으로 발생하는 계층 간 대립을 극복하고 이를 통해 사회 통합을 이루기 위한 제도이다.

이러한 측면에서 볼 때, 사회복지시설의 운영과정에서 시설이용자의 존엄성과 인권이 침해되지 않도록 방지함은 헌법적 측면에서 사회정의와 사회통합을 실현하는 동시에 사회안전망의 확보를 위한 물질적 기초를 마련한다는 의미가 있다.

24) 전광석, 위의 책, 455-456면 ; “인간다운 생활을 할 권리 실현을 위하여 국가는 개인이 감당할 수 없는 특별한 사회적 위험이 발생하여 소득을 상실하고, 따라서 정상적인 생활을 유지할 수 없는 상황을 보호하여야 한다. 이를 위하여 사회위험발생을 방지하고, 적어도 사회적 위험이 가져오는 경제적 파급효과를 최소화해야 한다”고 한다.

25) 한수웅, “사회복지의 헌법적 쟁점”, 한국헌법학회 제73회 정기학술대회 및 임시총회, 한국헌법학회/성균관대학교 글로벌 과학기술법연구소, 2012. 6., 5-6면 ; “사회정의가 무엇인지, 사회정의를 실현해야 할 국가과제가 무엇을 의미하는 지의 문제는 헌법 최고의 가치이자 사회국가원리의 궁극적 목적인 인간존엄성·자유로운 인격발현가능성과의 연관관계에서 파악되어야 한다”고 한다.

26) 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2017, 525-526 ; “특정 인간을 그 자체가 목적이 아닌 단순한 지배객체 내지는 목적달성의 수단 내지 도구로 전락시키거나 어떤 절차에서 단순한 권리 없는 객체로 취급하는 것은 인간의 존엄성을 침해하는 것이라고 한다”고 하였다.

다. 실질적 자유와 평등 실현 전제조건

사회국가원리의 실질적인 보장을 위한 구체화된 제도와 장치들은 개인의 실질적 자유와 평등이 실현되는데 있어 중요한 역할을 한다. 이에 따라 사회복지시설 제도는 실질적 자유와 평등의 실현을 통하여 헌법상 사회국가원리와 사회적 기본권이 실질적으로 보호·구현될 수 있도록 기여하는 제도적 장치임을 알 수 있다.

이러한 점에서 볼 때, 사회복지시설 운영과정에서 인권이 침해되지 않도록 방지하는 것은 실질적 자유와 평등실현전제조건을 마련하는 헌법적 의미를 갖는다.

라. 사회국가원리와 사회적 법치국가원리 실현수단

사회국가원리는 사회정의 실현을 위해 법치국가적 절차와 방법으로 모든 국민의 복지를 구현하려는 헌법 원리이다. 여기서 사회국가원리는 형식적 의미의 법치국가가 아니라 실질적 의미의 법치국가²⁷⁾의 구현을 목표를 하며, 사회시장경제 질서에 의해 뒷받침된다는 점에서 사회적 법치국가원리와 표리의 관계에 있다.²⁸⁾

이러한 측면에서 사회복지시설제도 운영을 통해 헌법상 기본원리인 사회국가원리와 사회적 법치국가원리가 실현될 수 있다. 따라서 사회복지시설제도의 운영과정에서 발생할 수 있는 인권침해를 예방·근절 등으로 방지하는 것은 헌법적 가치인 사회국가원리와 사회적 법치국가원리 실현수단이 확보·강화됨을 의미한다.

마. 사회복지국가 실현수단

사회복지시설제도는 소극적인 국가개입으로부터 적극적 국가개입으로 변화한다는 것을 의미한다. 사회복지시설제도의 마련·운영을 추구하는 국가는 국토수호·범죄수사 등의 경우가 아니라면 국가는 최소한으로 개입해야 개인의 자유와 권리가 침해되지 않는다는 야경국가가 아니라 국민의 사회적 기본권·사회국가원리를 실현 하는데 있어서 적극적인 역할을 하기 위하여 개입하는 복지국가²⁹⁾이다.

27) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2018, 278면 ; “사회정의를 구현하기 위한 사회복지국가원리는 국가생활에서의 구체적 구현과정에서 적법절차 내지 법치국가적 한계에 부딪힐 수 있다. 사회정의의 이름 아래 적법절차를 무시할 수 없기 때문이다”고 한다.

28) 권영성, 앞의 책, 140-141면 ; “사회국가(Sozialstaat)라 함은 모든 국민에게 그 생활의 기본적인 수요를 충족시킴으로써 건강하고 문화적인 생활을 영위할 수 있도록 하는 것이 국가의 책임이면서, 그것에 대한 요구가 국민의 권리로서 인정되어 있는 국가를 말한다”고 한다.

29) 성낙인, 위의 책, 276-277면 ; “사회복지국가란 사회정의의 이념을 헌법에 수용한 국가, 사회현상에 대해 방관적인 국가가 아니라 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서 형성을 위해 사회현상에 관여하고 간섭·분배·조정하는 국가이며, 궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 실질적 조건을 마련하여 줄 의무가 있는 국가이다”고 한다.

이러한 점에서 볼 때, 헌법적 측면에서 사회복지시설제도의 운영에 있어 국가의 역할과 기능은 국토수호·치안유지 등에 관한 소극적 활동에만 국한되는 야경 국가·시민적 법치국가·소극국가 등에 머무르는 것이 아니라 사회복지실현을 통한 개인의 실질적 자유와 사회권 보장을 위해 마련·운영되는 제도임을 알 수 있다.

3. 사회복지시설제도 운영과정에서 기본적 인권 침해방지의 헌법적 근거

가. 인간의 존엄성과 가치

우리 헌법 제10조에서 천명한 인간의 존엄성·가치³⁰⁾는 국가가 궁극적으로 구현해야 할 국가의 이념 내지 목표이자 헌법에서 가장 핵심적 가치이다. 그리고 헌법이 수용한 사회국가원리와 헌법이 국민에게 보장한 사회적 기본권의 궁극적 목적은 우리 헌법 제10조가 명시하고 있는 인간의 존엄성·가치를 구현³¹⁾함에 있다.

이러한 점에서 인간존엄성·가치는 사회복지시설제도의 헌법적 근거이며, 헌법은 인간존엄성·가치 구현을 구체화하기 위해 사회복지시설 마련·운영을 명령한 것이다. 아울러, 사회복지시설 운영과정에서 기본권이 무분별하게 침해되는 것을 방지함으로써 개인존엄성과 인권이 실질적으로 보장될 수 있도록 해야 한다.

나. 사회국가원리

자유와 평등이 실질적으로 실현되는 것을 내용으로 하는 사회국가원리는 사회복지시설제도의 마련·운영에 관한 헌법적 근거이다. 이러한 측면에서 모든 국가기관은 사회복지시설제도의 운영과정에서 개인의 기본권이 무분별하게 침해되는 것을 방지하여 실질적인 자유와 평등이 보장·실현될 수 있도록 노력해야 한다.

다. 사회적 기본권

헌법 제31조부터 제36조까지의 명시적인 헌법의 규정을 근거로 인정되는 사회적 기본권을 실현하기 위하여 마련·운영하는 여러 제도들 중 하나가 사회복지시

30) 허영, 앞의 책, 520-521면 ; “인간의 존엄성을 헌법적 가치로 명문화한 헌법질서에서는 인간존엄성은 헌법질서의 최고의 가치를 뜻할 뿐 아니라 기본권보장의 가치지표인 동시에 기본권 실현의 목적과 국가작용의 가치적 실천기준을 분명히 밝힌 것이다”라고 한다.

31) 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2017, 304-305면 ; “사회정의가 무엇인지, 사회정의를 실현해야 할 국가의 과제가 무엇을 의미하는지의 문제는 우리헌법의 최고가치이자 동시에 사회국가원리의 궁극적 목적인 인간존엄성 및 자유로운 인격발현 보장과의 연관관계에서 파악되어야 한다”고 한다.

설제도이다. 더욱이 사회적 기본권은 사회국가원리를 실현하기 위한 전제조건이라는 점에서 볼 때, 사회권의 실현은 곧 사회국가원리 실현에 있어 중요하다.

따라서 사회복지시설제도를 운영하는 것은 사회적 기본권을 실현하는 것은 물론 사회국가원리도 구현하는 것을 의미한다. 아울러, 사회적 기본권 실현을 구체화하기 위한 사회복지시설제도 운영과정에서 발생할 수 있는 기본권 침해위험성을 방지하는 것은 사회적 기본권과 사회국가원리의 실현에 있어 필수불가결하다.

라. 그 밖의 근거

인간존엄성·사회국가원리·사회권과 생명·자유 등 인권 등의 헌법가치는 사회복지시설 마련·운영에 관한 헌법적 근거임은 물론 사회복지시설 운영과정에서 국민 개인의 자유와 권리가 심각하게 침해되어서는 안 된다는 헌법적인 요청이다. 이에 따라 사회복지시설 운영을 통해 헌법상 사회권·사회국가원리 실현을 위해 「사회보장기본법」³²⁾·「사회복지사업법」³³⁾ 등 법률이 입법³⁴⁾되기에 이르렀다.

4. 사회복지시설제도 운영과정에서 기본적 인권 침해방지의 헌법적 의무 및 개선방향 마련필요성 급증

가. 국가에게 헌법적 의무를 부여하는 사회국가원리

헌법상 사회국가원리는 단순한 선언에 그치는 것이 아니라 헌법기본원리으로써 모든 국가기관을 구속³⁵⁾하고 정의로운 사회질서를 형성해야할 의무를 부과한다.

32) 사회복지시설제도 관련 법률들의 기본법인 「사회보장기본법」은 사회보장에 관한 국민의 권리와 국가책임을 정하고 사회보장정책수립·추진관련제도의 기본사항을 규정함으로써 국민복지증진에 이바지함을 목적으로 제정됐다. 「사회보장기본법」은 기본이념을 비롯해 사회보장 관련 국민권리·사회보장기본계획·사회보장위원회·사회보장정책기본방향·사회보장정보관리 등을 명시했다.

33) 사회복지시설제도와 관련된 개별법인 「사회복지사업법」은 사회복지사업에 관한 기본사항을 규정해 사회복지에 필요로 하는 사람에 대해 인간존엄성과 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 사회복지의 전문성을 높이며, 사회복지사업의 공정·투명·적정을 도모하고, 지역사회복지 체계를 구축함으로써 사회복지증진에 이바지함을 목적으로 입법되었다. 「사회복지사업법」은 기본이념을 비롯해 사회복지법인 허가, 사회복지서비스 실시, 사회복지시설제도 설치 등을 규정했다.

34) 헌재결 1995. 07. 21 선고, 93헌가14 ; 헌법재판소는 “인간다운 생활을 할 권리로부터는 인간존엄에 상응하는 생활에 필요한 최소한 물질적 생활유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라 직접 도출될 수 있어도, 동 기본권이 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적 권리를 발생케 한다고 볼 수 없다. 이러한 구체적 권리는 국가가 재정형편 등 여러 가지 상황을 종합적으로 감안해 법률을 통해 구체화할 때 비로소 인정되는 법률적 권리이다”고 한다.

35) 한수웅, 앞의 발표문, 7-8면 ; “사회국가원리는 단순히 정치적인 선언이나 헌법정책적인 방침이 아니라 국가의 모든 기관들을 구속하는 헌법상의 기본적 원리이자 국가목표규정이다”라고 한다.

이러한 점에서 헌법이 수용한 사회국가원리에 따라 국민에게 보장된 사회적 기본권이 충실히 보장·실현될 수 있도록 노력해야 하는 헌법적 의무³⁶⁾를 부여받는다.

나. 국가기관의 사회적 기본권 보장·증진의무

국가는 사회권보호·증진의무³⁷⁾가 있다. 이에 따라 국가기관은 사회적 기본권 보장에 관한 책임과 역할을 합리적으로 분담해야할 의무³⁸⁾가 있다. 이와 함께 국가기관은 사회적 환경변화에 선제적으로 대응하며 지속가능한 사회보장제도를 실질적으로 확립·운영할 수 있도록 필요한 재원을 충분하게 조달할 의무³⁹⁾가 있다.

다. 행정부의 사회복지시설제도 관리·감독의무

행정부는 사회복지의 기초가 되는 사회권이 충실히 보장됨으로써 사회국가원리가 실질적으로 보장되도록 사회복지시설 운영에 개입할 수 있다. 따라서 입법부는 사회복지시설에 관한 「사회보장기본법」·「사회복지사업법」 등 법규를 근거로 사회복지시설 운영과정의 인권침해를 방지하기 위해 관리·감독해야한다.

라. 입법부의 사회복지시설제도 개선방향 마련의무

입법부는 사회복지시설제도 운영의 법적 근거인 「사회보장기본법」·「사회복지사업법」 등과 같은 법률들에 개선방향이 포함될 수 있도록 법률을 합리적으로 개정을 함으로써 사회복지시설이 지금까지의 운영과정에서 나타난 여러 기본적 인권 침해사건들을 미리 예방·근절 등을 할 수 있도록 하기 위해 노력해야 한다.

36) 이러한 국가에게 부여된 헌법적 의무에 따라 국가기관은 사회복지 실현의 기초가 되는 개인의 사회권을 보장하기 위해 적극적으로 간섭할 수 있는 권한도 함께 부여되었다. 따라서 국가는 사회복지시설의 운영과정에서 기본적 인권 침해위험성방지를 위하여 적극적으로 개입할 수 있다.

37) 「사회복지사업법」 제4조에 따르면, 국가는 사회복지서비스 증진과 서비스이용자 인권침해를 예방 책임을 진다. 국가는 필요에 따라 적절한 사회복지시설 설치를 위해 노력해야 한다. 국가는 사회복지를 필요로 하는 사람의 인권이 충분히 존중되는 방식으로 복지서비스를 제공해야 한다.

38) 「사회보장기본법」 제5조 제2항.

39) 「사회보장기본법」 제5조 제3항.

IV. 사회복지시설제도 운영과정에서 기본적 인권 침해방지를 위한 개선방향의 원칙과 내용 검토

1. 개선방향의 세부원칙

다양한 분야에서 존치하는 수많은 사회복지시설제도 운영과정에서 사회복지시설이용자의 기본적 인권이 무분별하게 침해되는 인권유린사태가 다시 발생하지 않도록 기본권의 침해를 방지·근절시키기 위해서는 현행 사회복지시설제도가 큰 틀과 방향⁴⁰⁾에 더 잡아 체계성·효율성·일관성 등을 확보하면서 운영되어야 한다.

따라서 사회복지시설제도가 기본적 인권을 지속적으로 보호·증진할 수 있도록 안정적인 법제도 장치에 근거해 그 운영을 지속적으로 담보하도록 하기 위한 헌법 차원의 원리뿐만 아니라 사회복지시설제도와 관련되는 세부원칙이 필요하다.

사회복지시설제도 운영의 궁극적 목적이 인간존엄성이라는 점에서 기본권존중원칙이라는 일반원칙이 사회복지시설제도의 개선방향을 위한 원칙으로 작동해야 한다. 더욱이 국가가 실현해야 할 궁극적 목적인 인간존엄성 실현은 곧 자유권·사회적 기본권 등 개별적 인권의 실질적 보호·보장과 직·간접적으로 연결이 되는 만큼 사회복지시설제도 운영과정에서 기본권존중원칙⁴¹⁾이 반드시 지켜져야 한다.

이러한 측면에서 인간존엄성에 기초한 기본권존중원칙은 국가권력을 구속하는 원칙이므로 기본권존중원칙에 따라 사회복지시설직원채용·교육, 사회복지시설전담공무원, 사회복지시설법인설립허가, 사회복지시설서비스 등이 운영되어야 한다.

아울러, 사회국가원리에 따르면 국가가 개인의 존엄성을 훼손하지 않도록 최저생활을 보장해야 하는 개인의 복지와 생활에 대한 국가의 책임뿐만 아니라 개인이 타인의 복지와 생활에 대해 관심을 갖는 개인의 책임도 중요하다. 이러한 측면에서 볼 때 사회복지국가원리와 관련된 개인의 사회책임원칙에 따라 사회복지시설제도가 운영되어야 비로소 기본권침해를 효과적으로 방지할 수 있을 것이다.

40) 헌법상 최고의 가치인 인간존엄성을 비롯해 사회국가원리·법치국가원리·지속가능성원리 등 헌법상 이념·기본원리·국가과제 등에 더 잡아 사회복지시설이 운영되어야 한다. 이러한 점에서 인간존엄성·사회국가원리·법치국가원리·지속가능성 등 헌법상 이념·기본원리·국가과제 등의 개념적 구성요소이거나 파생되는 세부원칙이 사회복지시설의 개선방향을 위한 중요한 원칙이 필요하다.

41) 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2007, 141-142면 ; “기본권 보장은 근대임헌주의 특징을 이루는 것이며, 오늘날 헌법은 기본권보장규범으로서 의의가 있다. 우리헌법도 기본권보장주의를 헌법전문에 선언하고 헌법 제2장에서 이를 개별적으로 규정했다. 특히 헌법 제10조는 기본권보장대원칙을 제37조는 기본권존중·제한을 규정함으로써 기본권보장일반원칙을 선언하였다”고 한다.

사회복지시설이용자의 인권침해위험성을 크게 감소시키고 괄목할만한 개선을 성취하기 위해서는 사회복지시설제도 개선방향의 큰 방향과 틀을 제시하는 헌법 과제이자 원리인 지속가능성 개념구송요소⁴²⁾ 중 사전예방, 삶의 질 향상, 균형발전 등이 사회복지시설제도 운영에 있어 개선방향의 세부원칙으로 작동해야 한다.

따라서 기본권의 침해방지를 위해 사전예방원칙에 따라 사회복지시설제도가 운영되어야 한다. 이런 에서 전국에서 운영 중인 사회복지시설제도가 미봉책적인 단기계획에 그치는 것이 아니라 복지시설이용자의 인권침해 발생 전 장기적 안목에서 중장기적 계획이 사전예방적인 차원에서 미리 수립될 수 있도록 해야 한다.

그리고 “삶의 질 향상”원칙에 따라 사회복지시설이 운영되어야 사회복지시설이용자의 인권이 침해되지 않고 실질적으로 보호될 수 있도록 해야 한다. 따라서 앞으로 “삶의 질 향상”원칙에 따라 사회복지시설 설립수·시설면적·수용인원·예산 규모 등의 양적 측면은 물론 사회복지시설이용자만족도·사회복지시설인권침해실태조사·사회복지시설담당자교육실태 등 질적 측면에서도 지원이 되어야 한다.

또한, 균형발전원칙에 따라 사회복지시설제도가 운영될 수 있도록 함으로써 사회복지시설의 운영과정에서 기본적 인권이 실질적으로 보호·증진될 수 있도록 시설의 운영에 있어 재정·시설·감독·지원인원 등이 형평성 있게 고려되어야 한다.

특히 사회복지시설이 사회적 기본권과 사회복지국가원리·복지국가 등을 실현하는 제도인 만큼 사회정의 실현을 위해 마련된 사회복지시설제도의 운영과정은 또 다른 중요한 헌법기본원리인 법치국가원리에 부합함으로써 실질적 법치국가 실현이라는 헌법 가치에 반해서는 않도록 함으로써 사회적 법치국가원리가 구현될 수 있도록 해야 한다. 이러한 점에서 사회국가원리와 법치국가원리가 동시에 구현될 수 있는 사회적 법치국가원리가 이루도록 사회복지시설제도가 운영과정에서 공평분배원칙⁴³⁾·투명성원칙⁴⁴⁾·무관용원칙⁴⁵⁾ 등이 지켜져야 할 필요성이 있다.

42) 장인호, “헌법상 과제로서 지속가능성에 관한 연구”, 박사학위논문(성균관대학교), 2013, 42면 이하 참조 ; 헌법상 과제이자 중요한 기본원리인 지속가능성의 개념적 구성요소로는 “다양한 분야의 통합”, “모든 자원의 적절한 이용”, “각 주체들 간의 형평”, “관리감독과 협력에서 공동되면서 차별된 책임”, “장기적 안목에서 사전예방”, “삶의 질 향상”이 있다.

43) 사회복지시설이 사회정의를 위한 제도라는 점에서 공평분배원칙에 따라 운영되도록 함으로써 사회복지가 균형 있게 구현되고 공적 부담이 형평성 있게 부과되도록 국민 모두가 일정수준 이상 문화·경제생활을 영위·보장하는 동시에 구성원 전체이익이 합리적으로 조정되도록 해야 한다.

44) 투명성원칙에 따라 사회복지시설의 재정·관리 등과 관련 된 전 운영과정을 외부관리·감독이 용이 하고 투명하게 하여 시설이용자의 인간존엄성과 자유·인권 등에 대한 침해가 발생하지 못하는 시설환경을 조성해 시설이용자의 인권이 실질적으로 보호되고 보장되도록 개선해야 한다.

2. 개선방향의 고려사항

가. 사회복지시설이용자 및 시설의 특수성 고려

헌법상 사회국가원리와 사회권에 따라 국민이 쾌적한 환경에서 자유로운 인격형성과 행동을 제약받지 않고 인간답게 살 수 있도록 보장하는 것은 물론 인권이 침해되지 않도록 사회복지시설제도가 성공적으로 운영되기 위해서는 서로 상이한 각각 사회복지시설제도 시설이용자들의 특수성⁴⁵⁾이 고려되어야 한다. 이런 점에서 다양한 사회복지시설이용자의 특수성과 사회복지시설 특수성에 적절히 대응할 수 있도록 사회복지시설 운영에 있어 전문성·민주성이 요구되고 있다. 무엇보다 급증하는 사회복지서비스의 요구에 국가가 충분하게 대응하지 못하는 상황⁴⁷⁾에서 민간에 위탁되어 운영되는 사회복지시설의 폭발적 증가라는 특수성이 고려되어 사회복지시설에서 존엄성과 인권이 침해되지 않도록 운영되도록 해야 한다.

나. 사회복지시설제도의 헌법현실 변화 고려

사회복지시설제도가 인권의 침해를 방지하고 기본권의 실질적인 보호를 위한 개선방향에 있어 국가과제 급증과 국가역할 한계, 행정국가화 경향⁴⁸⁾과 사회복지시설관련행정입법 증가 등 사회복지시설 헌법현실⁴⁹⁾이 충분히 고려되어야 한다.

우선, 국가과제의 급증과 국가역할의 한계이라는 헌법현실의 변화와 관련하여,

-
- 45) 무관용원칙에 따라 사회복지시설 운영과정에서 부산형제복지원사건 등의 인권침해사건이 발생할 경우 적발된 사회복지시설을 퇴출시키는 개선이 필요하다.
- 46) 김보현/신동기, “한국 노인복지시설 운영의 문제점 및 개선방안”, 『사회과학연구』 제16권 제1호, 동국대학교 사회과학연구원, 2009, 227-228면; “노인복지시설은 다음과 같은 특징이 있다. 첫째, 노인복지시설은 생활거점 시설로, 노인입소자에 있어 생활을 영위할 수 있는 장소를 제공한다. 둘째, 노인복지법에서는 노인시설 종류에는 노인주거복지시설·노인의료복지시설·노인여가복지시설제 등 다양하다. 셋째, 노인복지시설은 다양한 전문직 종사자로 구성되어야 한다”고 한다.
- 47) 공창숙, “사회복지시설의 민간위탁제도 특성 및 개선방안에 관한 연구”, 『벤처창업연구』 제6권 제3호, 한국벤처창업학회, 2011, 111-112면; “국가가 재원, 인력, 조직 등의 한계로 인하여 폭발적으로 증가하는 복지수요를 감당하지 못하고 있다”고 한다.
- 48) 장영수, 위의 책, 525-526면; “현대적 권력분립은 단순히 국가권력남용 방지를 위한 견제·균형이라는 소극적 의미에만 그치는 것이 아니라 국가권력의 능률적 활동의 측면도 함께 고려해야 한다. 국가활동 자체가 국민의 인권을 보장하고 실현하는 것이기 때문에 그 능률성을 감소시키는 것은 곧 인권 보장을 약화시키는 것이 될 수 있기 때문이다. 이런 맥락에서 정당국가화 또는 행정국가화 현상이 권력분립원칙에도 불구하고 불가피한 상황으로 받아들여지는 것이다. 하지만 그로 인해 국가권력에 대한 통제 필요성이 증대되는 측면도 간과되어서는 안 될 것이다”고 한다.
- 49) 남찬섭, “민주화 30년 한국 사회복지의 제도적 변화와 과제”, 『시민과 세계』 제31권, 참여연대 참여사회연구소, 2018, 81-82면; “복지국가라는 제기된 맥락이 저출산·고령화 등 새로운 사회경제흐름과 급속한 양극화·가족기능변화·인구문제 등의 복지를 필요로 하는 상황이다”고 한다.

오늘날 지향되고 있는 국가의 유형이 치안유지·국토수호 등의 최소한의 역할만을 소극적으로 수행하는 과거의 야경국가⁵⁰⁾가 아니라 국민이 헌법의 최고가치인 인간의 존엄성 실현을 위하여 개인이 인간답게 살 수 있도록 의식주는 물론 개개인이 향유하는 삶의 질이 향상될 수 있도록 적극적으로 개입하는 사회복지국가이다.

그러나 오늘날 국가가 보유하고 있는 인력과 재정은 무한하지 않고 한정적이기 때문에 국가가 사회·경제 등 수많은 분야에서 동시다발적으로 급증하는 모든 국가과제들을 수행하기에는 재정·인력·시간 등의 여러 측면에서 한계가 있다.

따라서 사회복지시설제도 운영과정에서 인권침해 위험성을 방지하기 위한 개선방향을 검토하는데 있어 국가과제 급증과 국가역할의 한계가 고려되어야 한다.

아울러, 행정국가화 경향과 행정입법의 증가라는 헌법현실의 변화와 관련하여, 오늘날 행정국가화의 경향이 점차 심화된 상황에서 행정부의 전문성·규모 등이 비대해지고 있다. 이와 동시에 여러 분야에서 행정부가 입법부인 의회가 입법한 법률을 집행하기 위한 기술·세부적 사항을 일반적 규정으로 제정하는 위임입법행위로 발생한 대통령령·총리령·부령 등과 같은 여러 행정입법⁵⁰⁾이 증가하고 있다.

따라서 사회복지시설제도 운영과정에서 인권침해 위험성을 방지하기 위한 개선방향을 검토하는데 있어 행정국가화 경향과 행정입법 증가가 고려되어야 한다.

3. 개선방향의 구체적인 내용

가. 사회복지시설제도 특수성과 헌법현실을 고려한 개선방향의 세부내용

사회복지시설제도의 개선방향에 있어서 공정성·투명성·적정성 등과 같은 사회복지시설의 특수성⁵¹⁾이 충분하게 담보되어야 한다. 이에 따라 사회복지시설을 필요로 하는 사람은 누구든지 공정하고 투명하게 그리고 적절하게 자신의 의사에 따라 복지시설서비스를 충분히 제공받을 수 있어야 한다. 사회복지시설제도의 운영에 있어 사회복지시설 채용, 필요한 가스·식재료·수도시설 선정 등이 공정하고 투명하게 그리고 적절히 이루어지도록 해야 한다. 이를 통해 사회복지시설제도가 사회복지시설운영자의 기본적 인권이 실질적으로 보호될 수 있도록 해야 한다.

특히 전문자격이 없는 사회복지시설운영자 또는 자원봉사자·가족 등이 사회복지

50) 부산형제복지원사건 경우와 같이 1988년 서울올림픽개최 전 행정부가 거리부랑아의 복지·인권 증진을 목적으로 「내무부훈령」 제410호를 마련해 이를 근거로 국가가 개인의 인권을 무분별하게 침해했다. 이처럼 헌법과 법률의 하위규범인 위임입법에 의한 기본권침해위험성이 증대됐다.

51) 「사회복지사업법」 제1조는 사회복지시설제도는 공정성·투명성·적정성을 도모함으로써 사회복지 증진과 사회복지시설이용자의 인간존엄성과 인간다운 생활보장에 이바지하는 제도라고 했다.

지시설을 비민주적으로 운영할 경우 중증장애질환생활인·장애인 등 복지시설이용자를 전문적으로 이해하지 못해 방치·감금·폭행 등으로 이어질 위험성⁵²⁾이 있다. 이런 점에서 복지시설이용자 인권이 침해되지 않고 사회복지시설이 성공적으로 운영되도록 하기 위해 사회복지시설 운영책임을 맡은 직원채용과정에서 사회복지시설이용자의 인간존엄성 보호필요성 등을 충분히 이해함은 물론 이를 실천할 수 있는 전문성·인성·봉사정신 등을 갖춘 전문가⁵³⁾가 선정되도록 고려해야 한다.

아울러, 사회복지시설운영에 필요한 가스·식재료·수도 등의 선정은 사회복지시설운영자의 복지와 직·간접적으로 영향을 미치므로 가스시설선정자 등의 선정은 공정하고 투명하고 적절하게 이루어지도록 하여 사회복지시설이 시설이용자의 존엄성과 권리 그리고 삶의 질 등에 있어 성공적으로 운영될 수 있도록 해야 한다.

그리고 사회복지시설제도 운영과정의 개선방향이 효과적으로 되기 위해서는 “국과과제 급증과 국가역할의 한계”, “행정국가화 경향과 사회복지시설제도 관련 행정입법 증가” 등과 같은 현재 운영되고 있는 사회복지시설제도를 둘러싼 여러 가지 사회의 급격한 변화 등에 관한 헌법현실이 충분히 고려되도록 함으로써 사회복지시설이용자의 기본권이 실질적으로 보호·보장될 수 있도록 해야 한다.

오늘날 국가는 치안유지·국토수호 등만을 소극적으로 수행하는 야경국가가 아니라 국민이 최저생활을 보장하고 개인 삶의 질 향상을 위해서 적극적으로 노력하는 사회복지국가를 목표로 하는 바 국가와 그 과제가 급증했지만 국가재정·인력 등은 증가하지 않고 한정적이므로 국과과제를 수행하기가 용이하지 않은 어려움이 있다. 이런 상황이 사회복지시설 운영개선방향에 충분히 고려되어야 한다.

또한 헌법 제40조에 따라 입법권이 국회에 있음이 원칙이나 국민의 기본적 인권 등을 위해 필요할 경우 국회의 입법권 범위 안에서 행정부가 입법부로부터 입법권을 위임하여 행사하면서 사회복지시설 관련 행정입법이 증가하고 있는 상황이다. 이런 상황에서 사회복지시설제도 관련 행정입법이 사회복지시설이용자 개

52) 채구목, “사회복지시설의 문제점, 개선 과제 및 전략”, 「사회복지정책」 제16권, 한국사회복지정책학회, 2003, 87-88면 ; “사회복지시설의 비전문적·비민주적 운영상태는 상위관리직의 비전문성, 중간관리자의 전문지식 활용 미흡, 종사자의 잡무과다 및 재교육 기회 부족, 시설운영의 투명성 및 합리성 미흡 등이 나타난다. 사회복지시설의 민주적·전문적 운영을 가장 저해하는 가장 큰 요인은 상위관리직의 전문성 결여라 할 수 있다. 사회복지시설의 경우 상위관리직으로 갈수록 사회복지 관련학 전공자 비율이 낮아 지역사회의 요구와 특성에 맞는 전문적인 사업을 주도적으로 진행할 수 없고, 직원들에게 전문적인 슈퍼비전 제공이 어려운 실정이다”고 한다.

53) 사회복지시설 특수성인 전문성에 따라, 사회복지시설이용자 대부분이 장애인·노인·정신질환자·아동 등으로 특수상황에 놓인 사람이므로 이들의 복지향상을 위해서는 사회복지시설이용자들을 전문적으로 이해할 수 있는 사회복지자격소지자·심리치료사 등 해당분야의 전문가가 필요하다.

개인의 기본적 인권을 심각하게 침해될 위험성 여부가 충분히 고려되어야 한다.

그리고 사회복지시설을 민간에 위탁할 경우의 세부사항은 광역 또는 기초자치단체 조례의 규정에 따라 수탁기관 선정·관리에 관한 세부내용이 각 지방자치단체 별로 상이하게 나타나고 있다. 이런 상황으로 인해 일관성 있고 체계적이고 안정적인 사회복지시설운영이 용이하지 않으므로 이러한 현실을 감안하여 일관성 있는 사회복지시설 운영에 있어 일관성을 확보하기 위한 제도적 장치가 필요하다.

나. 기본권존중원칙과 개인의 사회적 책임원칙에 따른 개선방향의 세부내용

1) 기본권존중원칙에 따른 개선방향의 세부내용

사회복지시설제도 운영과정을 효과적으로 개선하는데 있어서 기본권이 침해되지 않도록 하기 위해서는 기본권존중원칙이 지켜져야 한다. 이러한 기본권존중원칙에 따라 사회복지시설제도를 운영·제공하는 사람들은 사회복지시설이용자들의 인간존엄성은 물론 기본권과 자유가 무분별하게 침해되지 않도록 노력해야 한다.

그리고 국가는 사회복지시설이 필요한 모든 사람이 자신의사에 따라 많은 분야에서 존치·운영하는 사회복지시설에서 제공하는 공공 또는 민간분야 사회복지시설서비스를 언제·어디서든지 받도록 함으로써 사회복지시설이 필요한 사회약자의 존엄성과 기본권이 실질적으로 보호·증진될 수 있도록 노력해야 한다. 아울러, 기본권존중원칙에 따라 복지업무에 종사자는 그 업무를 수행할 경우 사회복지필요로 하는 사회약자와 시설이용자의 존엄성과 인권을 위해 인권을 존중하고 차별 없이 최대한 봉사하기 위해 노력해야 한다. 또한 시설이용자의 인권침해를 관리·감독할 수 있는 사회복지시설에 대한 외부관리·감독체계, 사회복지시설 내부에 인권감시단 운영의 의무화, 복지시설 내부고발제도 등이 마련·운영되어야 한다.

2) 개인의 사회적 책임원칙에 따른 개선방향의 세부내용

사회복지시설 운영과정이 실효적으로 개선되기 위해서는 개인의 사회책임원칙에 따라 시설이용자의 인권이 보호·보장되도록 해야 한다. 더욱이 오늘날과 같이 사회국가원리, 사회권 등의 실현을 통한 실질적 자유와 평등구현을 목적으로 하는 현대복지국가에서 사회복지 실현을 위한 국가과제가 급증함에 따라 재정·인력·시간 등 측면에서 사회복지 실현이 용이하지 않은 헌법현실 변화에 직면했다.

이러한 상황에서 사회복지시설의 개선방향에 있어 국가책임뿐만 아니라 개인의 사회도 함께 강조되는 개인의 사회적 책임원칙이 지켜져야 한다. 이런 점에서

사회복지시설에서 인권침해발생 시 국가에 의한 관리·감독만이 강조될 것이 아니라 우리사회의 구성원 모두의 책임으로 인식하고 사회복지시설 운영과정상 문제를 개선하기 위해서 모든 개인이 동참하고 관심과 지원⁵⁴⁾을 위해 노력해야 한다.

이를 위하여 인권관련단체, 인권전문가 등이 함께 참여하는 동시에 사회복지시설인권침해예방센터 등이 설치·확충되고 전문적 인력·재정 등이 지원되어야 한다.

다. 사전예방원칙과 삶의 질 향상원칙에 따른 개선방향의 세부내용

1) 사전예방원칙에 따른 개선방향의 세부내용

사전예방원칙에 따라, 사회복지시설이 실질적으로 운영되도록 하여 사회복지시설이용자가 복지시설이용과정에서 무분별하게 인권이 침해되는 일이 발생하지 않도록 사전적인 예방할 수 있도록 인식개선을 위한 조치가 마련·이행되어야 한다.

더욱이 사회복지시설이용자들이 고풍이와 세균이 가득한 공간에서 생활하거나 음식재료가 유통기한이 지나 음식재료로 만든 식사가 제공받게 되는 등의 사회복지시설에서의 인권침해사태가 끊임없이 발생함으로써 사회복지시설이용자들의 삶의 질을 심각하게 저하되거나 건강이 심각한 위협을 받는 사례가 나타나고 있다.

따라서 사전예방원칙에 의해, 사회복지시설이용자의 인권이 무분별하게 침해되는 것을 사전에 미리 예방·근절하기 위해서는 사회복지시설 운영을 책임지는 운영자와 직원에 대한 시설이용자의 존엄성과 인권 존중·보장을 위한 인권교육 등 다양한 교육⁵⁵⁾과 프로그램·신고허가제도⁵⁶⁾ 등이 법제도적으로 이루어져야 한다.

무엇보다 사전예방원칙에 따라, 공공분야·민간분야 및 미신고사회복지시설에서의 기본적 인권침해를 사전예방하기 위하여 모든 사회복지시설에 대한 국가인권위 등 국가기관의 조사권한을 강화하고 조사를 위한 행정절차에서 수용인권리구제절차를 강화하는 동시에 복지시설운영실태조사⁵⁷⁾가 충분히 이루어져야 한다.

54) 천강란, 앞의 논문, 409-410면 ; “노인복지시설운영상원리는 개별화의 원리, 가족과의 관계조정원리, 서비스의 질적 향상을 위한 집단 활용의 원리, 지역복지중시·참여원리 등이 있다”고 한다.

55) 사회복지시설 운영과정에서 화재·전염병 등의 문제는 시설이용자의 인권은 물론 생명과도 직결되는 문제이므로 화재예방을 위한 시설전반에 대한 위험요소를 사전에 미리 점검과 교육은 물론 식중독·결핵 등과 같은 전염병예방교육이 실시되어야 한다.

56) 국민이 질병·빈곤·사업실패 등을 이유로 기초생활수급대상이 되지 않도록 미리 긴급복지·민간복지 자원, 사회서비스일자리연계 등 다양한 지원이 충분히 이루어질 수 있도록 하고 문제가 많이 발생하는 특정분야 사회복지시설·대상이 헌법상 특별히 보호해야하는 대상 중에서 특히 세심한 주의가 필요한 경우 신고주의에서 허가주의로 변경 등을 통해 사전예방체계를 구축해야 한다.

57) 사전예방원칙에 따라 사회복지시설제도 운영과정에서 복지시설이용자의 기본권 침해의 예방을 위하여 기본적 인권침해 발생 전 공공부문·민간부분 사회복지시설은 물론 미신고사회복지시설

아울러, 사회복지시설 운영자·보호자들에 대한 정기적 인권교육 실시와 사회복지시설에 대한 인권실태조사 및 인권영향평가 등 조치들도 함께 이루어져야 한다.

2) 삶의 질 향상원칙에 따른 개선방향의 세부내용

사회복지시설제도가 삶의 질 향상원칙에 따라 바람직한 개선방향이 될 수 있도록 함으로써 사회복지시설이용자의 인권유린을 예방·근절하는 동시에 사회복지시설이용자 삶의 질을 향상시켜야 할 것이다. 더욱이 사회복지시설제도의 운영에 있어 양적 그리고 수적 측면만을 너무 강조하여 질적인 측면을 전혀 고려하지 않는다면 사회복지시설제도를 통하여 기본적 인권이 실질적으로 보장될 수 없다.

이러한 점에서 삶의 질 향상원칙에 따라 사회복지시설이용자 삶의 질이 향상될 수 있도록 보장하기 위해서는 공공분야 사회복지시설이용자의 편익을 담당하는 공무원의 전문성 강화를 비롯해 민간부문에서 사회복지시설 종사자들의 전문성 개선, 처우⁵⁸⁾ 개선, 인건비 개선, 관련 예산확대 등이 함께 고려되어야 한다.

특히 일부 사회복지시설의 대규모화가 진행되고 있는데, 삶의 질 향상원칙에 따라 사회복지시설 규모를 더욱 확대하는 것 보다 사회복지시설의 구조적 문제점을 개선하는데 집중하고 밀집도가 높은 곳에서 사회복지시설이용자 삶의 질을 담보할 수 없는 환경에 대해서 정부가 관리·감독을 강화하고 사회복지시설 규모와 통제기준의 강화를 법제도적인 측면에서 검토해서 반영해야 할 필요성이 크다.

라. 공평분배원칙과 균형발전원칙에 따른 개선방향의 세부내용

1) 공평분배원칙에 따른 개선방향의 세부내용

사회복지시설이 그 운영과 개선방향이 실질적인 효과를 얻음으로써 사회복지시설이용자의 존엄성과 인권을 실효적으로 보장하기 위해서는 각 요소가 균형 있게 고려되어야 하는 공평분배원칙이 개선방향의 원칙으로 작동해야 할 것이다.

이를 위해서는 특정사회약자만을 대상으로 국가가 지원하는 것이 아니라 노숙인·장애아·아동·노인·장애인·영유아·성매매피해자·정신질환자·가정폭력피해자·농어촌주민 등의 여부를 가리지 않고 모든 사회적 약자들이 자신이 원할 때 언제든지 이용할 수 있고 지원받을 수 있도록 사회복지시설제도가 마련·운영되어야 한다.

까지 포함해 정기적 실태파악·비정기적 인권침해사례조사·전수조사가 등과 함께 사회복지시설이용자 내부의 인권침해실태 모니터링·보호조치 등의 제도가 마련·확대될 수 있도록 지원해야 한다.

58) 현행 「사회복지사업법」에 따르면, 시설수용인원은 약300명까지 수용이 가능한데, 삶의 질 향상원칙에 따라 사회복지시설수용인원을 약300명 이하로 감소시켜 이용자가 쾌적한 환경에서 생활하도록 보장함으로써 기본적 인권이 보장되도록 복지시설의 질적 개선을 위해 노력해야 한다.

2) 균형발전원칙에 따른 개선방향의 세부내용

균형발전원칙에 따라 사회복지시설제도는 특정대상으로 특정지역에만 한정적으로 존치·운영되어서는 아니 되고 사회복지시설제도의 본래설립취지에 부합하기 위해서 전국적으로 다양한 사회복지시설이용자의 수요를 충족할 수 있는 다양한 사회복지시설제도가 전국적으로 균형 있게 마련·운영⁵⁹⁾되어야 할 것이다.

따라서 균형발전원칙에 따라 사회복지시설 설립단계에서부터 특정 사회약자에만 집중되지 않고 특정 지역에만 한정되어 운영되지 않도록 사회복지시설 설치, 사회복지시설 자격증발급 등에 있어 균형성이 충분하게 고려될 수 있어야 한다.

마. 투명성원칙과 무관용원칙에 따른 개선방향의 세부내용

1) 투명성원칙에 따른 개선방향의 세부내용

사회복지시설제도 운영구조가 폐쇄적·통제적인 경우⁶⁰⁾가 많으므로 사회복지시설복지시설이용자의 인권이 심각하게 침해되는 것을 예방·근절하기 위해 투명성원칙에 따라 사회복지시설의 폐쇄적·통제적 운영구조가 투명하게 공개된 상태에서 이용자의 존엄성과 의견이 최대한 존중될 수 있도록 개선되어야 할 것이다.

이를 위해 투명성원칙에 따라 복지사무전담기구 등의 운영절차·내용, 복지시설 재산 운영·처리, 시설수용인원, 수익사업 운용, 사회복지시설계획, 복지시설 내 서비스제공유형, 사회복지시설안전 점검 등 사회복지시설 운영과정에서 사적 정보⁶¹⁾를 제외한 전체가 공개되어야 한다. 이를 통해 사회복지시설의 폐쇄적·통제적 운영이 아닌 투명하고 외부에 공개된 과정 속에서 사회복지시설이용자의 존엄성과 기본적 인권이 무분별하게 침해되지 않도록 제도적 장치를 마련해야 한다.

2) 무관용원칙에 따른 개선방향의 세부내용

사회복지시설 운용자에 의해서 사회복지시설이용자의 인권이 심각하게 침해된 사건이 발생할 경우에 무관용원칙에 따라 사회복지시설제도 운영자들이 더 이상

59) 사회권·사회국가원리 등 기본권과 헌법원리로 인정된 상황에서 국가가 재정·인력 등 측면에서 한계가 있지 아니하면서도 특정대상·지역약자만을 위한 복지시설에 집중해 상대적으로 다른 사회약자가 소외되어 사회권 등이 충분히 보장되지 못한다면 인권 보장에 부합한다고 볼 수 없다.

60) 채구묵, 앞의 논문, 90-91면 ; “재정운영과 인사관리의 투명성 및 합리성이 많이 개선되었으나 아직도 재정운영비리, 비합리적 인사, 시설생활자인권유린 등이 이루어지는 시설이 상당히 있다. 사회복지이용시설·시설종사자대상으로 한 조사에 따르면 시설운영재정이 투명성 있게 집행되고 있는가에 대해 64.1%만이 그렇다고 했으며 그렇지 않다고 한 답변도 10.5%나 됐다”고 한다.

61) 사회복지시설이용자의 사적 개인정보가 무분별하게 공개되면 아니 되며, 투명성원칙에 따라 일정 보유기간이 지나게 되면 사회복지시설이용자의 개인정보가 지체 없이 파기되어야 한다.

사회복지시설의 운영에 참여할 수 없도록 법제도적인 차원에서 개선되어야 한다.

따라서 무관용원칙에 따라, 사회복지시설인권침해관련범죄자, 성범죄자경력자 등이 사회복지시설의 운영⁶²⁾과 복귀⁶³⁾은 물론 취업할 수 없도록 제도화가 필요하다. 아울러, 무관용원칙에 따라 심각한 인권침해가 발견될 경우 즉각 사회복지시설폐쇄 등 조치를 할 수 있도록 「사회복지사업법」이 개정되어야 할 것이다.

4. 개선방향에 기초해 기본적 인권 침해예방·근절 및 인간존엄성·가치 구현

가. 개선방향에 기초해 기본적 인권 침해예방·근절 및 사회적 기본권의 실질적 보장과 인권친화적인 사회복지시설 구현

사전예방원칙·삶의질향상원칙·공평분배원칙·균형발전원칙·투명성원칙·무관용원칙 등의 원칙들이 사회복지시설제도의 개선방향에 작동하도록 해야 한다. 이러한 원칙에 더 잡아 사회복지시설제도를 합리적으로 운영함으로써 기본권이 무분별하게 침해되는 것을 예방·근절 등의 장치를 함으로써 다양한 분야의 수많은 사회약자와 시설이용자의 존엄성과 인권을 실질적으로 보호·보장하기 위해 사회복지시설 관리·감독을 강화함으로써 사회권이 실질적으로 보장될 수 있도록 해야 한다.

나. 개선방향에 기초해 사회국가원리 및 인간존엄성의 실질적 구현

사회복지시설제도의 운영은 사전예방원칙·삶의질향상원칙·공평분배원칙·균형발전원칙·투명성원칙·무관용원칙 등 개선방향을 위한 여러 원칙들에 기초해야 한다. 이러한 원칙들에 기초해 시설이용자의 존엄성과 인권이 침해되는 사태를 사전방지·근절함으로써 사회국가원리와 사회권이라는 헌법가치를 실현하고 헌법상 최고의 가치인 인간존엄성이 실질적으로 구현되도록 노력해야 한다. 이를 위해 법규상 사회복지시설이용자의 기본권 보호를 위한 규정들을 강화⁶⁴⁾해야 할 것이다.

62) 기본적 인권 침해를 한 사회복지시설운영자에 대한 민·형사적 책임은 물론 원스트라이아웃제도 등을 통해 인권침해 등 부적절한 운영한 사회복지시설 운영에 대한 박탈을 하고 더 이상 복지시설의 운영에 대한 허가를 해주면 아니 되며, 사회복지시설 운영과정에서 인권침해로 인해 그 운영권을 박탈당한 운영자는 더 이상 유사사회복지시설을 다시 운영할 수 없도록 강화해야 한다.

63) 뉴스민, “대구 인권침해 장애인 시설 대표 2년 만에 이사로 복귀 논란”, 뉴스민, 2018. 03. 13. ; “인권 침해로 사직했던 장애인시설대표가 2년 만에 해당시설이사로 복귀하자 장애인단체들이 반발하고 나섰다. 2015년, 대구북구 소재 S재활원은 수십 년간 거주 장애인에게 노예노동’을 시키는 등 인권 침해 문제가 드러났다. 대구시는 당시 대표였던 오 모 씨에게 사직을 권유했고, 오 씨는 2016년 1월 물러났다. 하지만 2년이 지난 2018년 1월, S 재활원 이사로 복귀했다”고 한다.

64) 김광병, “사회복지법상 인권에 관한 연구 - 사회복지사업법을 중심으로”, 「사회복지법제연구」

V. 결론

부산형제복지원사건·대구장애인복지시설인권침해사건 등에서의 사회복지시설이 이용자의 존엄성과 인권이 무분별하게 유린·침해되는 사건이 계속 발생하면서 우리 사회의 약자와 사회복지시설이용자들의 기본적 인권을 실질적으로 보호·보장하기 위해서 사회복지시설을 개선해야한다는 사회적 필요성과 요구가 급증하고 있다.

더욱이 부산형제복지원사건·대구장애인인권침해사건 등의 운영과정에서 발생한 시설이용자의 인간존엄성을 기본권의 침해유형·침해정도·침해기간 등을 살펴보면, 사회복지시설제도 운영과정시설운영자들에 의한 복지시설이용자의 존엄성과 기본권 침해가 장기적이고 반복적으로 이루어질 정도로 기본권의 침해기간이 오랫동안 지속된 경우들이 많았다. 그리고 사회복지시설을 관리·감독하기 위한 기관이 있었음에도 불구하고 시설이용자의 폭행, 노동착취, 감금, 성추행, 살인 등의 무분별하고도 심각한 인권유린 즉 기본권 침해가 상당히 심각하였음을 알 수 있다.

이와 같이 부산형제복지원·대구장애인인권침해사건 등의 인권침해는 그 수와를 떠나 수많은 한 개인의 인간존엄성과 자유·권리는 국가 또는 그 누구로부터도 침해되면 안된다는 최고법의 핵심가치를 위반한 것으로 헌법에 반하는 사건이다.

무엇보다 전국적으로 다양한 분야에서 운영되는 현행 사회복지시설 관련법과 제도를 합리적으로 개선해야할 필요성이 점증하는 이유는 사회복지를 필요로 하는 사회약자에게 최고법인 헌법의 최고가치인 인간존엄성을 구현하는 동시에 국민 개개인의 존엄성과 인간다운 생활영위를 보장하기 위하여 마련·운영된 사회복지시설제도의 운영과정에서 심각한 인권유린과 침해사태가 발생하였다는 점이다.

사회적 기본권, 사회국가원리 등과 같은 헌법적 가치를 실현하려고 마련·운영된 사회복지시설제도가 오히려 사회약자가 필요로 한 최소한의 삶을 보장하지 못할 뿐만 아니라 심지어 사회적 약자인 사회복지시설이용자들의 자유와 권리는 물론 심지어 생명에 까지 원상회복이 용이하지 않을 정도의 심각한 침해를 발생시켰다는 점에서 사회복지시설에 대한 운영부실논란 등의 우려와 비판이 급증했다.

이로 인해 사회복지시설제도 운영과정에서 나타난 심각한 기본적 인권침해 문제를 방지·근절시키는 것은 물론 인간존엄성 구현, 사회국가원리 실현, 사회적 기본권 보장, 국민에게 인간다운 최소한 삶 보장 등의 헌법상 이념·기본원리·인권을

제7권 제1호, 사회복지법제학회, 2016, 95-96면 ; “많은 경우 사회복지대상자인권침해가 사회복지시설현장에서 나타난 점에서 사회복지사업법인권규정을 강화해야할 필요가 있다”고 한다.

보호하기 위해 마련된 사회복지시설제도가 원래 입법취지에 부합하게 운영되도록 함으로써 지역사회복지체계를 구축하고 사회복지 증진에 이바지도록 할 것이다.

그러므로 전국의 다양한 분야에서 운영되는 많은 사회복지시설제도가 헌법상 이념·원리·기본권 등에 부합하는 것은 물론 사회복지시설 도입당시 취지에 부합하게 운영되는지 실태와 문제점을 분석하는 동시에 다양한 사회복지시설의 많은 이용자의 인간존엄성과 인권이 무분별하게 침해되지 않도록 방지·근절을 실질적으로 이루기 위해서는 바람직한 개선방향을 위한 세부원칙이 마련되어야 한다.

이에 따라 사회복지시설제도 운영과정에서 발생하는 사회복지시설운영·제공자의 무분별하고 심각한 인권침해·유린을 방지하고 사회복지시설이용자의 존엄성과 기본적인 인권을 실질적으로 보호·보장하기 위해서는 공개성·투명성·적정성 등의 사회복지시설의 특수성들이 고려되는 동시에 사전예방원칙, 삶의질향상원칙, 공평분배원칙, 균형발전원칙, 투명성원칙, 무관용원칙 등의 여러 구체적인 세부원칙들에 터 잡아 사회복지시설이 합리적으로 개선될 수 있도록 해야 할 것이다.

이를 위해서는 사회복지시설의 전체적인 운영과정이 실효적으로 개선되기 위해서는 개인의 사회책임원칙에 따라 사회복지시설이용자의 기본적인 인권이 실질적으로 보장되도록 제도적 장치를 개선해야 할 것이다. 사전예방원칙에 따라 사회복지시설이용자가 복지시설이용과정에서 무분별하게 인권이 침해하는 일이 발생하지 않도록 사전 예방조치가 마련되어야 한다. 사회복지시설이 삶의 질 향상원칙에 따라 바람직한 개선방향이 되도록 함으로써 사회복지시설이용자의 기본권 유린을 예방·근절하는 동시에 사회복지시설이용자 삶의 질을 향상시켜야 한다.

(논문투고일 : 2018.05.18, 심사개시일 : 2018.05.24, 게재확정일 : 2018.06.12.)



▶ 장 인 호

사회복지, 사회복지국가, 사회적 법치국가, 사회국가원리,
사회복지 국가원리, 사회복지시설, 사회복지시설제도, 인권, 기본권,
기본적 인권, 사회적 기본권, 「사회보장기본법」,
「사회복지사업법」, 인간존엄성

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 김백유, 「헌법학(Ⅱ)」, 한성, 2016.
김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2007.
권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2002.
성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2018.
장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2017.
전광석, 「한국헌법론」, 집현재, 2014.
정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2015.
허영, 「한국이론과 헌법」, 박영사, 2017.
한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2017.
홍성방, 『헌법학개론』, 박영사, 2017.

II. 논문

- 공창숙, “사회복지시설의 민간위탁제도 특성 및 개선방안에 관한 연구”, 「벤처창업연구」 제6권 제3호, 한국벤처창업학회, 2011.
권순정, “노인복지법에 규정된 노인복지시설기준의 문제점 및 개선방향”, 「의료복지건축」 제6권 제11호, 한국의료복지시설학회, 2000.
김규하, “치국가의 전개와 사회적 법치국가” 「경기법학논총」 제10권, 경기대학교 법학연구소, 2010.
김광병, “사회복지법상 인권에 관한 연구 - 사회복지사업법을 중심으로”, 「사회복지법제연구」 제7권 제1호, 사회복지법제학회, 2016.
김보현/신동기, “한국 노인복지시설 운영의 문제점 및 개선방안”, 「사회과학연구」 제16권 제1호, 동국대학교 사회과학연구원, 2009.
김원재, 사회복지시설의 민간위탁 개선방안 연구-부천시 사례를 중심으로, 석사학위논문(한양대학교), 2010.
김재완, “형제복지원 인권침해불법행위 사건의 책임, 기억 그리고 미래”, 「민주법학」 제57권, 민주주의법학연구회, 2015.

- 나용선, “사회복지시설 종사자의 처우개선에 관한 고찰 - 문제점 및 해결방안 중심으로-”, 「한국인간복지실천연구」 제1권, 한국인간복지실천학회, 2008.
- 남찬섭, “민주화 30년 한국 사회복지의 제도적 변화와 과제”, 「시민과 세계」 제31권, 참여연대 참여사회연구소, 2018.
- 박규하, “사회적 법치국가와 기본권 해석”, 「외법논집」 제22권, 한국외국어대학교 법학연구소, 2006.
- 박명희, “사회국가원리의 실현을 위한 조례의 역할”, 석사학위논문(충북대학교), 2007.
- 박정양, “장애인 생활시설 운영의 문제점과 개선방안에 관한 연구-충남장애인생활시설을 중심으로”, 석사학위논문(대전대학교), 2003.
- 신권철, “시설수용과 감금의 모호한 경계”, 「사회보장법연구」 제3권 제1호, 서울대학교 사회보장법연구회, 2014.
- 이소영, “법이 부착한 부랑인 기표와 그 효과 형제복지원 기억의 재현과 과거청산 논의의 예에서”, 「법철학연구」 제17권 제2호, 한국법철학회, 2014.
- 장인호, “헌법상 과제로서 지속가능성에 관한 연구”, 박사학위논문(성균관대학교), 2013.
- 천강란, “노인복지시설 관련법제의 문제점과 개선방안”, 「공법학연구」 제18권 제3호, 한국비교공법학회, 2017.
- 채구묵, “사회복지시설의 문제점, 개선 과제 및 전략”, 「사회복지정책」 제16권, 한국사회복지정책학회, 2003.
- 한수웅, “사회복지의 헌법적 쟁점”, 한국헌법학회 제73회 정기학술대회 및 임시총회, 한국헌법학회/성균관대학교 글로벌 과학기술법연구소, 2012.

Abstract

A Study on the Improvement Direction of Social Welfare Facilities to Prevent the Violation of Fundamental Human Rights

Chang, In Ho

In Busan brothers 'welfare center case and Daegu disabled people' s human rights violation incident, many social welfare facility users were inflicted a serious physical and mental violation in the course of operation of social welfare facility system, so that basic human rights of individuals were indiscriminately infringed. The serious violation of human rights in social welfare facilities such as the Busan brothers' welfare center not only seriously infringed the dignity of many social welfare users, but also caused the core value of the highest constitutional law, such as human dignity, freedom and rights, Infringement is a serious human rights violation. In addition, it can be seen that various types of basic human rights violation incidents such as sexual harassment and rape have been issued in relation to the types of infringement, the degree of infringement and the period of infringement that occurred in the process of operating various social welfare facilities. In many cases, the period of human rights violation lasted for a long time, so that the infringement of the basic rights of the social welfare facility operation process was long and repetitive. In addition, despite the fact that there was a supervisory body of the social welfare institution, it can be seen that not only the oppression of freedom of action such as exploitation and detention, but also the serious violation of basic rights such as violation of personal body or violation of personal life.

In addition, the social welfare facility system, which was established and operated to implement human dignity, which is the highest value of the Constitution, to people who need social welfare, and to ensure that people can live a human life, can not guarantee a minimum life. In addition, concerns and criticism such as the controversy over the operation of the social welfare system have increased, as it has caused even serious violations that are not easy for the people to recover. In particular, it aims to prevent and eradicate serious human rights violations in the process of operating the social welfare facilities system, as well as to implement human dignity, realization of social state principle, guarantee of social fundamental rights. The social welfare facility system designed to guarantee and protect basic rights should be operated in accordance with the original legislation, so that the community welfare system should be built and the social welfare promotion should be promoted. In this context, we analyze the actual conditions and problems of various social welfare facilities operated nationwide and are operating properly according to the purpose of the introduction of social welfare facilities as well as constitutional principles and principles, and at the same time, There is a great need to analyze and examine ways to improve the social welfare facility system to prevent or eliminate the constitutional human dignity and basic human rights indiscriminately. Therefore, in this study, the social welfare facility system is operated in various fields, and in the change of the reality of the constitution which is rapidly increasing, the Constitution of the Constitution including the dignity and value of human beings, the social state principle.



▶ **Chang, In Ho**

Social Welfare, Social Welfare State, Social and Constitutional State, Principle of Social State, Principle of Social Welfare State, Social Welfare Facility, Social Welfare Facility System, Human Rights, Basic Rights, Fundamental Human Rights, Social Constitutional Rights, 「Framework Act on Social Security」, 「Social Welfare Service Law」 Dignity, Human Dignity.

민법상 법정이율의 변동제 전환 가능성에 관한 시론

박 석 일(朴碩一)*

정 상 현(鄭相鉉)**

【목 차】

I. 서 설

II. 민법 제379조의 입법과정과 법정이자 규정

1. 민법 제379조의 입법배경 및 과정
2. 민법 제379조의 완성과 법정이율의 적용
3. 민법 외 법률의 법정이자 규정

III. 각국의 법정이율 규정 비교

1. 일본의 민법개정과 변동제
2. 독일의 법정이율과 지연손해금율

3. 미국 각 주의 독립성

IV. 법정이율 고정제의 문제점과 개선방향

1. 법정이율 고정제의 문제점과 경제환경 분석
2. 민법 제379조의 개선방향
3. 손해배상액의 산정과 법정이율 적용
4. 중간이자공제와 법정이율 적용

V. 결 어

【국 문 요 약】

우리민법의 법정이율 규정방식은 고정제로서 오랫동안 연 5%를 유지해왔다. 그 동안 시중금리는 초고금리에서 초저금리로 변화하였다. 이 글은 연 5%의 법정이율이 상대적으로 고율이어서 경제상황을 제대로 반영할 수 없다는 문제의식에서 출발하였다. 금전채권에서 법정이율을 적용할 때 현실적으로 돈의 가치를 제대로 반영하기 위해서 현재의 고정제에서 변동제로 전환이 필요하다고 생각한다.

이를 위하여 과거 민법상 법정이율을 도입할 당시 변동제에 관한 논의여부를 확인하고 현재 각국의 법정이율 규정방식을 검토하였다. 특히 일본의 경우 최근 민법개정에서 시중금리에 연동하는 방식으로 전환하였다. 그 뿐만 아니라 다른 국가에서도 변동의 형식을 취하는 사례가 존재하는데, 이러한 사실은 변동제로 전환을 고민하는 우리에게 많은 시사점을 준다.

지난 1960년부터 5%인 법정이율과 시중금리(예금금리와 대출금리의 평균금리)를 비교할 때 최대 격차가 20%를 넘긴 적도 있었음을 고려하면 그 동안 제대로

* 성균관대학교 일반대학원 법학과 박사과정 · 성균관대학교 법학전문대학원 BK사업단 연구원

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수 · 법학박사

경제현실을 반영하지 못했다는 사실을 알 수 있다. 최근 초저금리 기조에서는 법정이율이 너무 높다는 비판도 제기되는데, 이자를 산정하는 원금액이 클수록 이율 1%의 의미가 가지는 비중은 더욱 커지기 마련이다.

결국 민법상 법정이율을 변동제로 규정하는 것이 타당하다고 할 수 있는데 그 과정에서 몇 가지 고려해야 할 사항들이 있다. 먼저 변동제로 규정하였을 경우 이율을 정하는 기준과 그 산정방식, 그리고 변동주기에 대해서 고민해 보아야 한다. 그 뿐만 아니라 변동제로 전환하였을 때 지연손해배상금 산정의 기준으로 법정이율을 규정하고 있는 민법 제397조와의 관련성 문제, 손해배상액 산정 시 중간이자공제가 필요할 경우 법정이율 적용 여부 등 많은 논의가 필요하다. 이 글은 법정이율을 변동제로 전환하는 것이 타당함을 주장하면서 그에 관련된 문제제기를 주된 내용으로 하였다.

I. 서 설

우리민법이 이자의 개념을 명확하게 정의하고 있지는 않지만, 민법 제101조 제2항에서 물건의 사용대가로 받는 금전 기타의 물건은 법정과실로 한다고 규정하고, 금전의 사용대가인 이자를 대표적인 법정과실로 보고 있다. 경제학적으로 이자는 유동자산인 원본에서 생기는 수익 또는 사용료로서 일회적 자본의 사용대가라고 한다.¹⁾ 법률적으로는 유동자본인 원본 채권액과 존속기간의 일수에 일정한 비율로 정한 금액 또는 그 대체물을 이자라고 한다.²⁾

금전과 관련된 분쟁과 그 해결을 위한 소송절차에서 당사자는 원본액 외에 수수해야 할 이자에 관하여 이해관계가 크게 대립하므로, 이자를 정의하고 그 금액을 확정하기 위한 이율을 어떻게 정하느냐 하는 것은 무엇보다 중요하다. 이자는 약정이율과 법정이율에 의하는데, 약정이율은 당사자가 그 시대에 통상적으로 대다수의 사람들이 용인할 만한 수준의 범위에서 자유롭게 정할 수 있다. 반면 법

1) 박명광, 경제학원론, 무역경영사, 1996, 333면; 박유영·박창수, 경제원론, 탐북스, 2011, 209면; 심경섭·최길현, 신 경제학원론, 법문사, 2003, 345면; 조순·정운찬·전성인, 경제학원론, 율곡출판사, 2003, 334면.

2) 박윤직, 채권총론, 박영사, 1995, 66면; 김증한, 채권총론, 박영사, 1988, 38면; 김상용, 채권총론, 법문사, 1996, 70면; 김준호, 채권법, 법문사, 2017, 27면; 김형배·김규완·김명숙, 민법학강의, 신조사, 2014, 864면; 송덕수, 신 민법강의, 박영사, 2017, 943면; 지원림, 민법강의, 홍문사, 2017, 916면; 양형우, 민법의 세계, 진원사, 2018, 866면.

정이율은 입법자들이 당시의 경제적 환경 등을 고려하여 결정한다.³⁾

우리민법 제379조는 ‘법정이율’을 ‘연 5분’으로 정하고 있다. 다른 특별한 규정이 없는 한 ‘연 5분’이 민사채무의 일반적인 법정이자인 것이다. 이것은 민법상 기본적인 이자의 이율을 규정한 것으로 그 상징적인 의미가 매우 크다. 법정이자 는 당연히 반환해야 할 이익을 반환하지 않음으로써 그 기간 동안의 이익에 대한 수익을 의미하는 것이며, 당연히 반환해야 하는 것을 반환하지 않는 경우에 일률적인 이율로 반환하도록 강제하는 의미도 포함된다.

물론 ‘연 5분’의 법정이율이 과연 현재의 경제상황과 금리 변화 등에 비추어 적정성을 유지하고 있는지 의문이다. 일제로부터 해방된 직후가 고금리 시대였다는 것을 고려하면 우리민법의 제정 당시에도 연 5%는 적정하였다고 보기 어렵다. 나아가 법정이율을 고정적인 비율로 민법에 규정한 것 역시 경제사정의 변화에 능동적으로 대응할 수 없도록 하였다는 점에서 타당하다고 보기 어렵다. 법정 이율을 수정하기 위해서는 국회의 법률개정 절차에 따라야 하므로 시기적 필요에 의한 신속한 대처를 방해하기 때문이다.

다만 현재의 법정이율에 대한 변화가능성을 모색하더라도 법률관계의 당사자, 나아가 경제적 이해관계에 미치는 영향이 커 신중한 접근이 필요하다. 법률상의 적정한 이율을 정하기 위해서는 법률관계의 특성, 즉 금전채무의 성격이나 시중 금리 등 다양한 경제상황을 충분히 고려해야 한다. 그러므로 적정한 법정이율의 확정 그 자체로서 매우 어려운 문제일 뿐 아니라, 산정방식을 고정제로 할 것인지 변동제로 할 것인지, 변동주기를 얼마로 할 것인지도 이자의 총액을 정하는데 영향을 미치는 요소이므로 충분한 검토를 거쳐 결정해야 한다.

이하에서는 이러한 어려움을 극복하기 위하여 법률적, 경제적, 사회적 측면의 다양한 논의를 검토하고, 적정한 이율의 결정에 기여할 수 있는 근거를 발견하여야 한다. 우리 법제에서 그 동안 법정이율의 ‘적정성’에 관한 논의나 연구가 활발하게 이루어지지 않았음은 안타까운 현실이다. 그럼에도 법정이율이 경제현실과 괴리됨으로 인하여 발생할 수 있는 문제점을 파악하기 위한 노력을 게을리 해서는 안 된다. 우선 우리민법 제정 당시의 경제적 실태와 입법방식의 논의를 살펴 보고, 민법 제379조의 제정과정과 그에 영향을 준 외국의 법률규정을 검토해야 한다. 또한 경제적 환경이 다소 차이가 있겠지만, 민사채무에 대한 외국법제의 법정이율과 그 규정방식이나 결정과정 등도 조사해야 할 것이다. 이들에 대한 검토

3) 송덕수, 채권법총론, 박영사, 2018, 89면 이하; 김준호, 앞의 책, 29-30면.

결과를 바탕으로 현재 우리민법의 이율 적정성과 변동이율로의 개정 가능성에 대한 의견을 제시하고, 향후 지속적인 연구의 단초를 마련하고자 한다.

II. 민법 제379조의 입법과정과 법정이자 규정

1. 민법 제379조의 입법배경 및 과정

(1) 일제는 ‘조선에 시행할 법령에 관한 건’⁴⁾을 통하여 ‘조선민사령’을 공포하고⁵⁾, 조선인 사이의 민사분쟁에 일본민법을 적용하는 소위 의용민법을 강요하였다.⁶⁾ 따라서 당시의 법정이율은 의용민법, 즉 일본민법 제404조에 의하여 규율되었다. 해방이후 민법전의 편찬을 위한 구체적 작업이 본격화되지는 못하였으나⁷⁾, 시급히 요청된 것은 기본법전의 제정이었고, 법전편찬위원회직제에 따라 법전편찬위원회(위원장 김병로 대법원장)를 구성하여 민법전의 제정작업에 착수하였다.⁸⁾ 그리하여 법전편찬위원회의 민법초안⁹⁾ 제370조에서 민사 법정이율을 제안하였다. 민법초안 제370조는 “이자있는 채권의 이율은 다른 법률의 규정이나 당사자의 약정이 없으면 연 5푼으로 한다.”고 규정되었다.

(2) 민법초안은 정부안으로 국회에 제출되어 민의원 법제사법위원회 민법안심 의소위원회에서 심의되었다. 이에 대한 심의록을 보면 특별한 논의 없이 원안에 합의하였고,¹⁰⁾ 당시 참조한 외국민법만을 표기하고 있다.¹¹⁾ 1898년부터 시행된

4) 칙령 제324호(1910). 이것은 1911.3.24 제령 제30호에 의하여 효력을 잃게 되고, 똑같은 내용이 같은 날짜의 법률 제30호에 의하여 규정되었다(법원행정처, 법원사, 1995, 76면 주44).

5) 조선민사령(제령 제7호·1912.3.18제정, 1912.4.1시행) 제1조는 “民事에 關하는 事項은 本令 其他의 法令에 特別히 規定있는 場合를 除하는 外 左의 法律에 依함”이라고 하여, 민사에 관한 사항은 조선민사령 및 다른 법령에 특별한 규정이 없는 경우 일본민법에 따라야 함을 명시하면서, 다만 동령 제11조는 「朝鮮人の 親族 및 相續」에 관하여는 우리의 관습에 의하는 것으로 규정하였다(법원행정처, 주요 구법령집(상), 재판자료 제41집, 1987, 59면 이하).

6) 양창수, “한국민법사”, 민법전의 회고와 전망(민법전시행30주년기념논문집), 한국민사법학회, 1993, 14면; 鄭鐘休, 韓國民法典의 比較法的研究, 創文社, 1989, 100면.

7) 김갑수, “군정과 일본법 적용의 한계”, 법정 제2권 제2호, 1947.2, 19면 이하.

8) 정종휴, “한국민법전의 비교법적 계보”, 민사법학 제8호, 한국민사법학회, 1990, 60면 이하; 김상용, “한국민법의 사적 발전”, 민사법연구(2), 법원사, 1997, 3면 이하 참조; 양창수, “민법안에 대한 국회의 심의(I)”, 한국법사학논총(박병호교수환갑기념논문집II), 1991, 461면 이하.

9) 1952년 7월 4일 완성된 민법초안은 전통법제라 할 수 있는 관습법을 확인하기 어렵고, 오랜 기간에 걸친 일본민법의 영향으로 서구의 선진적인 민법을 취사선택하지 못하였다. 6·25동란에 의하여 사실상 김병로위원장이 단독으로 기초하였으며, 1953년 9월 30일 정부로 이송되고, 동년 10월 30일 대통령의 재가를 얻어 국회에 제출되었다(국회속기록 제30호, 3-4면).

10) 민의원 법제사법위원회 민법안심소의위원회, 민법안심의록 상권, 1957, 227면.

11) ① 독일민법 제246조 법률 또는 법률행위로 인하여 이자가 발생하는 채무에 관하여 별도의 의사표시 없을 때에는 그 이율은 연 4푼으로 한다. ② 스위스채무법 제73조 제1항 채무가

일본민법 제404조를 변경 없이 그대로 수용하였다. 일본민법 제404조 역시 “이자를 발생시키는 채권에 대하여 별도의 의사표시가 없는 때에는 그 이율은 연 5분으로 한다.”라고 규정하였다.¹²⁾ 그 외 민법상 법정이율을 도입하는데 별다른 논의가 있지는 않았다.

(3) 이러한 민법안의 제정과 별도의 논의로 민사법연구회의 민법안의견서에 법정이율에 관한 의견이 나타나 있다.¹³⁾ 첫 번째는 원안에 찬성하는 입장(주채황)으로 원안 제370조는 의용민법을 따른 것으로 이율에 대한 약정이 없는 경우에 적용된다고 보았다. 장차 경제사정이 안정되면 이자율은 낮아질 것이고, 민법전은 기본법이라는 점 그리고 외국 입법례를 고려한다면 연 5분은 적절하다고 하였다.¹⁴⁾ 두 번째는 원안과 달리 이를 수정하는 입장(정범석)으로 아래에서 보는 바와 같이 당시의 통계자료를 사용했다는 점이 특이하다. 그리하여 법정이율에 관한 규정으로 “이자있는 채권의 이율은 다른 법률의 규정이나 당사자의 약정이 없으면 대통령령으로 정하는 바에 의한다.”라고 제안하였다. 초안 제370조는 의용민법 제404조를 그대로 수용하였고, 의용민법 제정시 연 5%가 불합리하지는 않았다고 보았다. 하지만 일제강점기 및 해방 직후 여타 금리와 물가상황을 제시하며 법정이율을 적당히 수정하여야 한다고 주장하였다. 그는 관련 논문의 작성 당시인 1971년에 연 5% 법정이율의 비현실성에 관한 실례를 들었다.¹⁵⁾

<서울시물가지수누계대조표> ¹⁶⁾				(조선은행조사부발행 1948년 경제연보)			
연도	물가지수	연도	물가지수	연도	물가지수	연도	물가지수
1911	111.66	1917	172.73	1937	116.61	1946.12	25,563.00
1912	117.81	1918	235.31	1938	139.25	1947.1	29,761.00
1913	120.28	1930	180.74	1943	245.09	1947.7	38,797.30
1914	113.19	1931	145.01	1944	241.12	1947.12	58,305.20
1915	106.36	1937	206.18	1945	1,752.00		
1916	124.38			1946.1	5,301.00		

이자의 지불을 목적으로 하고 그 이율이 계약, 법률 또는 관행의 어느 것에 의해서도 확정되지 아니하였을 때에는 연 5분의 이자를 지불하여야 한다. ③ 중화민국민법 제203조 이자를 지불할 채무에 관하여 그 이율을 약정하지 않고 또 의거할 법률이 없을 때는 연리 백분의 5로 한다. ④ 만주민법 제365조 이자가 발생하는 채권에서 별도의 의사표시가 없을 때에는 그 이율은 연 5분으로 한다.

12) 日本民法 第四百四條(法定利率) 利息を生ずべき債権について別段の意思表示がないときは、その利率は、年五分とする。

13) 민사법연구회, 민법안의견서, 일조각, 1957, 133면.

14) 민사법연구회, 앞의 책, 133면.

15) 정범석, “법정이율에 관한 연구”, 법경논집 제6호, 1971, 61면 이하, 그는 형법의 경우 법관이 살인죄에 대하여 최고 사형에서 최저 5년을 정할 수 있는데, 민법상 법정이율 역시 타당한 범위 내에서 정할 수 있어야 한다고 말하였다.

※ 좌측 1911년~1937년은 1910년 7월 도매물가를 100.00으로 함.

※ 우측 1937년~1947년은 1936년을 100.00으로 함.

<1938년 금융단의 협정이율> ¹⁷⁾		(1939년 6월 경성조합은행금리)
대출금	최 고(리)	최 저(리)
부동산	28	17
유가증권	23	13
상 품	23	14
신 용	28	13
당좌대월	28	14
상업어음과 환어음	24	12

2. 민법 제379조의 완성과 법정이율의 적용

(1) 1957년 11월 6일 민법안 제1독회에서 법정이율에 관한 민법규정에 대해서는 언급이 없었다.¹⁸⁾ 본회의에서는 민법전의 전반에 대한 법사위의 수정안을 포함하여 총 7종의 수정안이 제출되었는데, 초안 제370조에 대해서는 특별한 의견이 없었다. 그리하여 본회의의 민법 제2독회 마지막 날에, ‘제3독회의 생략’과 ‘자구수정, 각 조문의 제목 붙이는 것 또는 조문의 배열, 정리’를 법사위에 일임할 것을 결정하였으며 원안 그대로 의결되었다.¹⁹⁾ 수정안은 1958년 2월 7일 정부에 이송되어 같은 달 22일 ‘법률 제471호 민법’으로서 공포되었다. 이로써 민사채무에 관한 법정이율은 연 5분으로 결정되었고, 초안 제370조는 제379조로서 현재까지 유지되고 있다.

한편 헌법재판소는 2017년 민법 제379조에서 정한 법정이자와 계약해제 시 반환할 금전에 이자를 가산해야 한다는 규정이 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 한 바 있다. 아파트 분양권을 양도한 피고가 무주택자로서의 조합원 자격을 상실함으로써 그 분양권을 받은 원고가 분양계약의 목적을 달성하지 못하게 되자, 원고가 피고를 상대로 분양권 양도계약을 해제하고 지급한 양도금액과 그 지급한 날 이후의 이자를 청구한 사례였다. 피고가 패소한 제1심 법원의 판결에 불복하여 항소하면서, 해제한 후의 대금반환에 관한 민법 제548조 제2항과 법정이율에 관한 제379조가 너무 과도하여 헌법에 위배된다는 이유로 위헌법률심판제청신청을 하였다가 기각되자, 2015. 12. 14. 헌법소원심판을 청구하였다. 이에 헌법재

16) 민사법연구회, 앞의 책, 137면의 표를 인용.

17) 민사법연구회, 앞의 책, 138면의 표를 인용.

18) 국회속기록 제30호, 4면 이하.

19) 제26회 국회정기회속기록 제45호, 국회사무처, 1957. 11. 25, 6면; 62호, 11면; 명순구, 실록 대한민국 민법 3, 법문사, 2010, 16면.

판소는 민법은 법정이율 고정제를 채택하고 있는 국가들의 평균 법정이율 등을 고려하여 법정이율을 연 5푼으로 정한 것이라고 전제하면서, 2006년부터 2015년까지 10년 동안의 법정이율과 평균금리의 격차는 0.2% 정도로, 현재 법정이율이 시장이율보다 높다고 하더라도 그 격차가 과도하다고 단정할 수 없으므로, 이들 규정이 채무자의 재산권을 침해하는 것은 아니라고 결정하였다.²⁰⁾

(2) 현행 민법상 법정이자자가 적용되는 국면은 매우 다양하다. 금전채무의 불이행으로 인한 손해배상액(제397조), 연대채무자나 보증채무자의 출재로 인한 구상권 행사의 범위(제425조 제2항, 제441조 제2항), 실종선고 취소와 수익자의 반환 범위(제29조 제2항, 제748조 제2항), 질권과 저당권의 피담보채무(제334조, 제360조), 보증채무의 범위(제429조 제1항), 대위변제자에 대한 상환액(제483조), 계약해제 후 반환할 금전(제548조 제2항), 매매계약의 대금(제587조), 이자부 소비대차(제600조), 위임의 보수와 상환할 비용(제685조, 제688조 제1항), 조합의 출자금(제705조), 후견인의 소비금전 반환(제958조)에서 원본액에 대한 법정이자를 지급해야 한다. 물론 약정이자가 먼저 적용될 수 있으나 약정이자가 없으면 법정이율에 따른다.

3. 민법 외 법률의 법정이자 규정

당사자 사이에 이자의 약정이 있는 경우에는 약정한 이자를 적용할 뿐 법정이자에 의할 필요가 없고, 그 이율 역시 당사자의 자유로운 의사에 따라 결정된다. 다만 이러한 약정이자를 정할 때에도 일반적인 경우 이자제한법상의 제한이자 연 24%를 넘지 못하고(이자제한법 제2조 제1항의 최고이자율에 관한 규정)²¹⁾, 대부업 등에 있어서도 제한이자 연 24%를 넘지 못한다(대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률 제15조 제1항, 동 시행령 제9조 제1항)²²⁾.

민법상의 법정이자 외에 특별법으로 이율을 달리 정하기도 한다. 예를 들어 상

20) 헌법재판소 2017. 5. 25.자 2015헌바421 결정.

21) 이자제한법은 과거 이식제한령(1911년, 제령 13호)을 폐지하고 이에 대체시키기 위해 1962년 법률 제971호로 제정되었고, IMF 외환위기 당시인 2002년 이후 폐지되었다가 2007년에 새로이 제정되었다. 이자제한법 제2조는 연 30%를 초과하지 아니하는 범위 안에서 대통령령으로 정한다고 하였는데 시행령에서 최대 범위인 연 25%로 정하고 있었으나, 현재는 법에서 연 25%를 초과하지 아니하도록 하고 있고 2018년 2월 8일부터 시행령에서 연 24%로 인하하기로 하였다.

22) 대부업의 등록 및 금융이용자보호에 관한 법률 및 시행령에서 2002년 제정될 당시 제한이자율은 연 66%로 규정되었다가(제8조) 2007년 49%, 2010년 40%, 2011년 39%, 2014년 34.9%, 2017년 27.9%, 2018. 2. 8. 시행의 현행법은 24%로 규정되었다.

법상의 법정이자율은 연 6%이고(상법 제54조)²³⁾, 소송상의 이자는 연 15%(소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정), 공탁금의 법정이자율은 연 0.1%로 정하고 있다(공탁금의 이자에 관한 규칙 제2조).

특히 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항은 법정이율을 연 100분의 40 이내의 범위에서 대통령령으로 정하도록 하고 있고, 대통령령에서 연 100분의 15로 규정한다. 1981년 제정 당시 소송촉진특례법²⁴⁾ 제3조 제1항에 대하여 2003년 헌법재판소는 포괄위임입법에 해당한다는 이유로 위헌결정을 하였다.²⁵⁾ 그에 따라 2003년 5월 10일 개정법 제3조 제1항에서 현재와 같이 수정되었고, ‘소송촉진에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정’은 금융의 저금리 기조가 계속되자 민사소송법 개정특별위원회의 권고를 받아 2015년 10월 1일부터 연 15%로 낮추었다.²⁶⁾

공탁법 제6조는 공탁금에 대한 이자의 지급을 대법원규칙, 즉 ‘공탁금의 이자에 관한 규칙’에 위임하고 있다. 동 규칙에서는 저금리 시대에 맞춰 2015년 연 0.5%에서 0.1%로 인하하여 현재에 이르고 있다. 그 동안의 개정과정을 보면 특이한 것은 1984년과 1991년의 경우 공탁금의 이자율을 규칙에서 바로 정하지 않고 금융통화운영위원회에서 정하도록 하였다는 점이다. 공탁금의 이율을 법률에서 규칙에 위임하고, 그 규칙에서 다시 위원회에 위임하는 구조였다. 저금리시대에 맞추어 공탁금이율도 낮춘 것으로 보이지만, 연간 공탁금 규모가 2014년 기준 6~7조 원 수준인 상황²⁷⁾에서 은행예금금리가 1% 중반이라고 가정하더라도 법원이 공탁금을 받아 시중은행에 예치한 뒤 거둬들이는 이자수익은 수백억 원으로 추정된다.²⁸⁾ 이와 함께 민사집행법 제130조의 경매대가와 관련된 이자도 있

23) 제정상법(1962. 1. 20)이 시행된 1963년 1월 1일 이후 자구수정 외 그대로 유지되고 있다.

24) 1981.1.29. 제정 법률 제3361호 1981.3.1. 시행.

25) 헌법재판소 2003. 4. 24. 선고 2002헌가15 결정. 법정이율을 되도록 높게 설정하면 입법목적에 유리할 것이나, 이는 승소한 채권자에게 현실적인 실손해 이상의 이득을 주게 되고 채무자에게는 지나친 지연손해를 강요하는 것이 될 수 있다고 한 것이다. 이 사건 법률조항에 따른 시행령이 연 2할 5푼으로 그 법정이율을 정하고 있는 것은 은행의 일반적인 연체금리보다도 높은 것이므로 형평상의 문제가 발생될 수 있고, 이 사건 법률조항은 포괄적으로 법정이율을 대통령령으로 정하도록 위임함으로써 형평상 문제의 발생 소지를 주고 있다고 지적하였다.

26) 이 규정은 2015년 9월 25일 대통령령 제26553호에 의하여 개정되고 같은 해 10월 1일 시행되었는데, 이 규정의 제정 당시(대통령령 제10240호, 1981. 3. 2. 제정, 1981. 3. 2. 시행)에는 연 25%였고, 그 후의 개정(대통령령 제17981호, 2003. 5. 29. 개정, 2003. 6. 1. 시행)에서는 연 20%로 규정된 전례가 있다. 결국 제정 당시 연 25%가 22년 후 20%로 개정되었고 그로부터 다시 12년 후 15%로 하향 조정된 셈이다.

27) <http://www.hankookilbo.com/v/ce8434cb79f74eb1b0437223a1eebc2b>(2018. 5. 1. 최종 방문).

28) 공탁법은 1958년 제정 당시부터 공탁금에 대한 법정이자를 대법원규칙에 위임하였고, 동 규칙

는데, 2002년 민사소송법의 전면개정 이전에는 동법 제642조에 규정되어 있었고, 이 이자율을 위하여 ‘민사소송법 제642조 제7항의 이율에 관한 규정’으로 연 25%를 정하고 있다.²⁹⁾

이러한 경향은 국세기본법도 마찬가지이다. 동법 제52조는 국세를 환급받는 경우, “국세환급가산금 기산일부터 충당하는 날 또는 지급결정을 하는 날까지의 기간과 금융회사 등의 예금이자율 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 이자율에 따라 계산한 금액”을 환급금에 가산하도록 규정한다. 한편 동법 시행령 제43조의3 제2항은 법 제52조에서 ‘대통령령으로 정하는 이자율’을 시중은행의 1년 만기 정기예금 평균 수신금리를 고려하여 기획재정부령으로 정하는 이자율이라고 규정하고, 동법 시행규칙 제19조의 3은 ‘기획재정부령으로 정하는 이자율’을 연 0.18%로 규정하고 있다.³⁰⁾

1995년 제정된 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률상 대금지급을 연체한 경우의 이자에 대해서도 제15조 제2항은 대통령령으로 지연일수에 따른 이자의 지급을 규정하고, 동법 시행령 제59조는 지급기한의 다음날부터 지급하는 날까지의 일수에 당해 미지급금액 및 지연발생 시점의 금융기관 대출평균금리(한국은행 통계월보상의 대출평균금리)를 곱하여 산출한 금액을 이자로 지급하도록 규정하고 있다. 가장 최근 개정된 법률도 마찬가지로 규정하고 있다.³¹⁾

제1조에서 일반 3리로 규정되었다가 1959년 2월 일반 5리, 1959년 9월 일반 3리, 1970. 9. 25. 전부개정(대법원규칙 제425호, 1970. 9. 25.시행)으로 제2조에서 일반 3리, 1981년 개정에서 연 0.18%, 1984년 금융통화운영위원회에서 정하는 별단예금의 최고이자율, 2004년 연 0.2%, 2009년 연 0.1%, 2013년 0.5%, 2015년 0.1%로 개정되었음.

29) 위 이율에 관한 규정은 2002년 민사소송법의 전면개정과 민사집행법의 제정 전 민사소송법 제642조 제4항과 제6항에 규정되었던 것이고, 민사소송법의 제정 당시에는 없었던 내용인데, 1990년의 민사소송법 개정으로 신설되었던 것이다. 물론 신설 당시에는 보충으로 제공한 금전이나 유가증권 전체의 반환청구를 부정하였다가 1995년의 민사소송법 개정에서 위와 같은 내용으로 이율에 관한 내용도 포함되었다. 그런데 위 ‘민사소송법 제642조 제7항의 이율에 관한 규정’은 당시 민사소송법 제642조의 개정과 함께 1995년 3월 30일 대통령령 제14559호로 제정되어 같은 해 4월 1일 시행되었고, 그 이후 2002년 민사소송법이 전면개정(법률 제6626호, 2002. 1. 26. 개정, 같은 해 7. 1. 시행)되어 위 민사소송법 제642조는 민사집행법의 제정(법률 제6627호, 2002. 1. 26. 제정, 2002. 7. 1. 시행)으로 동법 제130조 제3항과 제7항에서 동일하게 규정되었음에도, 여전히 ‘민사소송법 제642조 제7항의 이율에 관한 규정’으로 남아 있는 것은 의문이다. ‘민사집행법 제130조 제7항의 이율에 관한 규정’으로 수정되어야 한다.

30) 국세기본법은 1975년 제정되어, 2011년 이전에는 동 시행규칙 제13조의 2에서 은행법에서 정한 은행업의 인가를 받은 금융기관으로서 서울특별시에 본점을 둔 금융기관의 1년 만기 정기예금 이자율의 평균을 감안하여 기획재정부장관이 정하여 고시하는 이율로 정하였고, 그 후에는 동 시행규칙 제19조의 3에서 2012년 0.4%, 2013년 0.34%, 2014년 0.29%, 2015년 0.25%, 2016년 0.18%, 2017년 0.16%, 2018년 0.18%로 개정되어 현재에 이르고 있다.

31) 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률은 2017. 12. 19. 법률 제15219호 개정, 2018. 3. 20. 시행, 동법 시행령은 2018. 3. 6. 대통령령 제28690호 개정, 2018. 3. 6. 시행.

Ⅲ. 각국의 법정이율 규정 비교

1. 일본의 민법개정과 변동제

(1) 법정이율 규정의 도입배경

과거 일본에서는 민법 제정 전 법정이율을 구 이자제한법(明治 10년, 1877년)에서 규정하고 있었다. 구 이자제한법 제3조³²⁾는 법정이율을 연 6분으로 규정하였고, 명치 23년(1890년) 9월에 구 민법이 제정되었으나 법정이율에 관한 규정은 없었다. 이자제한법에서 이미 규정하고 있었고, 법정이자율은 경제상황에 따라 변경될 수 있으므로 민법의 개정 없이 다른 법률을 통해 규율하고자 함이었다.³³⁾

그 후 명치 29년(1896년) 일본민법전 제404조는 연 5분으로 규정하였고, 구 이자제한법 제3조 규정을 삭제하였다. 衆議院 민법중수정안위원회는 보통이율은 정리공채의 보통이율을 기본으로 하기 때문에 연 5분으로 규정한다고 하였다.³⁴⁾ 민법수정안 이유서에서도 이자를 민법에 규정해야 한다면 그 국가의 보통의 이율에 의해야 하고 상업사회에 이루어지는 이율에 의할 수 없다고 하였다. 그러면서 경제상의 실정과 종래 정리공채 등의 이율, 기타 각국 경제의 상황을 참작하면 연 5분이 된다고 하였다.³⁵⁾ 게다가 법률은 통상의 이용방법에 의한 금전은 연 5분의 이익이 발생하는 것으로 규정하면 된다고 보았다.³⁶⁾

결과적으로 입법자들은 금전을 융통하는 경우 ‘보통의 이율’을 규정하기 위해 민사법정이율을 정하였고 경제상황과 외국의 사례를 참고하여 연 5분으로 한 것이다. 다만 그 후 경제상황의 변동에 따라서 법정이율의 개정이 예정된다고 보았다.³⁷⁾ 참고로 상사법정이율은 민사법정이율과 같아도 무방하나 1푼 높은 외국 사례도 많다고 하여, 후에 연 6분으로 규정하였다(일본상법 제514조).³⁸⁾

32) 구 이자제한법 제3조 “법률상 이자란 인민 상호의 계약으로 이자의 높이를 정해야 하는 재판소로부터 인도받는 자에 대해 원금의 다소에 불구하고 백분의 6(6푼)으로 한다.” 松野民雄, “變動制法定利率の算入-「民法(債權關係)」大改正の方向-”, 法政治研究 第3号, 2017.3, 118면.

33) 이에 대하여 자세한 것은 松野民雄, 앞의 논문, 101-102면 참조..

34) 衆議院民法中修正案委員會速記録(明治29年 3月 9日) 政府委員・穂積陳重 발언, 廣中俊雄, 第九回帝國議會の民法審議, 有斐閣, 昭和61, 214頁.

35) 法典調査會編, 民法修正案理由書, 明治31, 9頁.

36) 梅謙次郎, 民法要義 卷之三(債權編), 有斐閣書房, 明治42, 24頁.

37) 法務大臣官房司法法制調査部監修, 法典調査會民法議事速記録(三), 商事法務研究会, 1984, 23면.

38) 尾島茂樹, “法定利率規定の必要性はあるか利息債權についてどう考えるか”, 民法改正を考える法律時報増刊, 日本評論社, 2008, 188면.

(2) 개정을 통한 법정이율의 변화

2006년부터 일본은 민법개정검토위원회를 운영하여 2009년에 ‘채권법개정의 기본방침’을 내놓았다. 법정이율 규정방식을 고정제에서 변동제로, 이율은 시장금리와 연동하며, 규정의 위치는 별도로 검토한다는 것이었다. 위 기본방침의 제안요지에는 저금리의 시대를 전제로 했을 때 법정이율은 매우 높아 금리변동을 고려하고 변동방식을 채택하는 외국사례를 상세하게 참고하여야 함을 나타내고 있다.³⁹⁾

이후 법무성 산하 법제심의회 민법부회는 2011년 4월 12일 민법(채권관계)의 개정에 관한 ‘중간적 논점의 정리’를 작성하였다. 변동제 도입 자체에 의문을 제기하는 의견도 있었으나, 대체적으로 찬성하는 입장에서 구체적인 규정 방법에 대해서 여러 의견을 제시하였다. 그 밖에도 금전채무의 지연손해금 산정 시 법정 이율에 일정한 비율을 더하는 문제 및 중간이자공제에 대한 판례의 계산방법의 합리성 문제가 있었으나 거래 및 재판 실무를 고려하여 검토를 더 요한다고 하였다.⁴⁰⁾ 이후에도 계속적으로 논의가 있었으나, 법제심의회 민법 채권관계 부회 내부에서 변동제 전환에 관한 큰 반대 의견은 없었다.⁴¹⁾

개정된 일본민법 제404조는⁴²⁾ ① 처음에 3%의 법정이율부터 시작한 뒤, ② 3년마다 법정이율을 재검토한다. ③ 그 때 과거 5년간의 평균이율을 바탕으로 도출된 ‘기준비율’과 최근변동기(그 동안 변경이 없었던 경우에는 개정법의 시행시의 기)의 ‘기준비율’의 차를 취하며, ④ 이 차가 1%를 초과한 때에는 (소수점 이하를 버린 뒤에) 이 차를 ‘최근변동기의 법정이율’에 가산 또는 감산하는 처리를 한다.⁴³⁾ 이에 대하여 관대한 변동제라고 평가한다.⁴⁴⁾

39) 일본 민법(채권법)개정검토위원회 편, 일본 채권법개정의 기본방침, 법무부, 2009, 223면.

40) <http://www.moj.go.jp/content/000074384.pdf> 2-3면.

41) 시오미 요시오, 정종휴 역, “채권법의 개정-채무불이행의 구체수단을 중심으로”, 법학논총 제31권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2011, 774면.

42) 일본민법 제404조 (1) 이자가 발생하는 채권에 대해서 별도의 의사표시가 없는 때에는 그 이율은 그 이자가 발생한 최초시점에 있어서의 법정이율에 의한다. (2) 법정이율은 연 3%로 한다. (3) 전항의 규정에 관계없이 법정이율은 법무성령에서 정하는 바에 따라 3년을 1기로 하며, 1기마다 다음 항의 규정에 따라 변동하는 것으로 한다. (4) 각 기에 있어서의 법정이율은 이 항의 규정에 따라 법정이율에 변동이 있었던 기 중 최근의 것(이하 이 항에 있어서 “최근변동기”라고 한다.)에 있어서의 기준비율과 당기에 있어서의 기준비율의 차에 상당하는 비율(그 비율에 1% 미만의 끝수가 있는 때에는 이를 버린다.)을 최근변동기에 있어서의 법정이율에 가산하거나 감산한 비율로 한다. (5) 전항에 규정하는 “기준비율”이란 법무성령에 정하는 바에 따라 각 기의 초일에 속하는 년의 6년 전의 년 1월부터 전전년의 12월까지의 각 월에 있어서의 단기대부의 평균이율(당해 각 월에 있어서 은행이 새롭게 한 대부(대부기간이 1년 미만의 것에 한한다.)와 관련된 이율의 평균을 말한다.)의 합계를 60으로 나누어서 계산한 비율(그 비율에 0.1% 미만의 끝수가 있는 때에는 이를 버린다.)로 법무대신(法務大臣)이 고시한 것을 말한다.

43) 일본민법 부칙 제15조 제2항 신법 제404조 제4항의 규정에 따라 법정이율에 처음으로 변동이

2. 독일의 법정이율과 지연손해금율

독일민법은 제246조에서 법정이율을 고정제 방식을 취하여 연 4%로 규정하고 있다.⁴⁵⁾ 법정이자자는 로마법상 토지의 이용에 따른 관습으로 정해졌지만 17세기경 판례에 의하여 5% 정도로 인정되었다가 민법 제정 당시 약정이율의 저하에 따라 4%로 정한 것이다.⁴⁶⁾ 한편 지연손해금의 이자율은 변동제를 채택하고 있다.⁴⁷⁾ 즉 독일민법 제247조는 지연손해금의 이자를 결정하기 위하여 필요한 ‘기본이율’을 연 3.62%로 규정하고, 매년 1월 1일과 7월 1일 그 변경을 결정한다.⁴⁸⁾ 일반적인 지연손해금은 그 기본이율에 5%포인트를 더하여 정하고, 소비자가 당사자가 아닌 법률행위의 경우에 대가채권에 대한 이율은 기본이율에 9%포인트를 가산하여 정한다(제288조).⁴⁹⁾

3. 미국 각 주의 독립성

미국은 각 주(州)에 법정이율 결정을 맡기고 있어 주(州)마다 수준이 다르다.⁵⁰⁾

있을 때까지 각 기에 있어서의 동향의 규정의 적용에 대해서는 동향 중 “이 항의 규정에 따라 법정이율에 변동이 있었던 기 중 최근의 것(이하 이 항에 있어서 “최근변동기”라고 한다.)”으로 한 것은 “일본민법의 일부를 개정한 법률(平成27年 법률 제〇호)의 시행 후 최초의 기”로, “최근변동기에 있어서의 법정이율”로 한 것은 “연 3%”로 한다.

44) 朝見佳男, 民法(債權關係)改正民法案の概要, 金融財政事情研究会, 2015, 51면.

45) Josef Esser · Eike Schmidt, Schuldrecht, Bd.I, Allgemeiner Teil, 6.Aufl., C.F.Müller, 1984, §13 II, S.203f.; Dieter Medicus · Stephan Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 20.Aufl., C.H.Beck, 2012, §191, S.93f.

46) Guido Toussaint, Juris Praxis Kommentar BGB, Bd.2.1, Schuldrecht, 2.Aufl., Juris GmbH, 2004, 2 zu §246.

47) 독일민법 제246조[법정이자율] 법률 또는 법률행위에 의하여 채무에 이자를 지급하여야 하는 경우에 그 이율은 다른 정함이 없으면 연 4%로 한다. 이하 독일민법전의 해석은 양창수 역, 독일민법전, 박영사, 2015, 109면 이하 참조.

48) 독일민법 제247조[기본이율] ① 기본이율은 3.62%로 한다. 이는 매년 1월 1일과 7월 1일에, 기본이율의 최종 변경 후에 기준이율이 상승 또는 하락한 %포인트만큼 변경된다. 기준이율은 당해 반년의 최초 역일 전에 유럽중앙은행이 최근접의 기본재할인거래에 대하여 정한 이율로 한다. ② 독일연방은행은 적용되는 기본이율을 제1항 제2문에서 정한 시기가 도래한 후 지체 없이 연방관보에 고시한다.

49) 독일민법 제288조[지연이자 및 기타의 지연손해] ① 금전채무에 대하여는 지체 중에 이자를 지급하여야 한다. 지연이자의 이율은 1년에 대하여 기본이율에 5%포인트를 가한 것으로 한다. ② 소비자가 당사자가 아닌 법률행위의 경우에는 대가채권에 대한 이율은 기본이율에 9%포인트를 가한 것으로 한다.

50) 미국에서는 이자를 당사자의 약정에 의한 이자(conventional interest), 판결 전 이자(prejudgment interest), 판결 후 이자(judgment interest)로 분류한다. 판결 전 이자는 계약상 이자 혹은 지연손해금에 관한 조항이 명시되었거나 재판상 지급할 금액에 대한 기준이 확정된 경우에 인정한다. 가령, 사망으로 인한 손해배상사건에서 징벌적 손해배상은 금액이 확정된 것이 아니어서 판결 전 이자를 부과할 수 없다. 판결 후 이자는 청구금액이 재판에 의하여 비로소 확정될 때

법률로 정해진 이율은 세 가지로 나눌 수 있다. 먼저 법정이율(Legal Rate)은 이자를 제공하는 계약상의 의무가 있으나 계약관계에서 당사자들이 명확히 이자율을 정하지 않은 경우에 적용되는 이율이다. 판결 전 이자가 인정되는 경우에도 법정이율이 그 산정의 기준으로 적용된다. 법정이율은 그 인정 여부, 이자율, 기산점 등을 법원의 재량에 맡기는 주(州)도 있고 복잡하게 규정하면서 적용될 이율의 최대기준을 제시하는 주(州)도 있다. 그 외 제한이율(Usuary Limit)은 채권자가 받을 수 있는 최대이자율로서 비록 당사자가 합의를 하여 정하였더라도 제한이율을 넘는 이자는 법적으로 보호를 받을 수 없다. 물론 전당포 등 특별한 면허를 갖고 있는 채권자는 제한이율의 예외에 해당할 수 있다. 또한 재판이율(Judgment Rate)은 채권·채무 혹은 계약 관련 사건이 법원으로 가서 판결이 되었을 경우 보통 판결문을 통하여 확정되는 이자율이다.⁵¹⁾ 이 경우 법원은 사건마다 달리 정하지는 않고 특정한 비율을 적용하는 경향을 보이고 있다.⁵²⁾

<미국 주(州)의 법정이율>⁵³⁾

주(州)	Legal Rate	Usuary Limit	Judgment Rate
Alabama	6%	8%	12%
Colorado	8%	45%	12%
Illinois	5%	9%	9%
Maine	6%	—	30,000 달러 미만 15 %, 그 이상은 국채 52주 평균 할인율에 4 %를 더한 금액
Minnesota	6%	8%	국채수익률
Mississippi	9%	연방준비금리+(10%/5%)	9%
New Jersey	6%	개인 30% 회사 50%	—
New Mwxico	15%	2배	8%(불법행위에 대한 판단이라면 15%)
Oklahoma	6%	소비자10% 비소비자45%	국채수익율 + 4%
Washington	12%	12%와 국채연동 중 큰 것	12%와 약정이율 중 큰 것

그 이후의 이자를 말한다. 법원행정처 외국사법제도연구반, 외국사법 제도연구(1), 법원행정처, 2007, 10면 이하 참조.

51) <https://www.lectlaw.com/files/ban02.htm> 참조 (2018. 5. 1. 최종 방문).

52) 권영준, “법정이율 변동제”, *비교사법 제20권 제1호*, 한국비교사법학회, 2013, 66면.

53) <http://statelaws.findlaw.com> 참조 (2018. 5. 1. 최종 방문); <https://www.lectlaw.com/files/ban02.htm> 참조 (2018. 5. 1. 최종 방문).

IV. 법정이율 고정제의 문제점과 개선방향

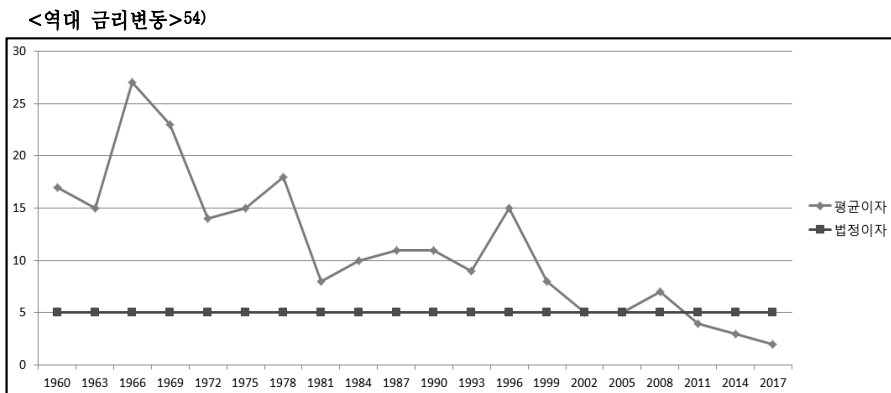
1. 법정이율 고정제의 문제점과 경제환경 분석

(1) 법정이자율의 경제현실 적합성 여부 판단지표

민법상 법정이율의 경제현실 적합성을 어떻게 알 수 있을까? 시중금리와 민법상 법정이율의 차이를 비교해 보면 알 수 있을 것이다. 시중금리에는 운용금리와 조달금리가 있는데, 운용금리란 자본, 금전을 가지고 있으면서 이를 사용·수익하면서 얻는 비율을 의미하고, 조달금리란 자본, 금전을 조달하기 위하여 필요한 비용의 비율이다. 운용금리의 예로는 은행의 예금금리가 해당할 것이고, 조달금리는 은행의 대출금리가 대표적인 예가 될 것이다. 위 두 금리 중에서 어느 것을 비교의 기준으로 삼더라도 무방하리라 생각한다. 하지만 운용금리와 조달금리의 평균을 상정하여 놓고 법정이율과 비교하는 것이 합리적이라고 본다.

(2) 역대 시중금리의 변화 추이

시중금리의 변화추이를 살펴보기 위해 한국은행 경제통계국에서 발간한 통계자료(예금금리와 대출금리)를 기준으로 삼았다. 이 자료는 1945년부터의 금리현황을 나타냈으나, 민법이 시행된 1960년부터의 비교가 필요하므로 1960년부터 2017년까지의 자료를 이용하여 그래프와 표를 작성하였다.



54) 한국은행 경제통계국, 숫자로 보는 광복 60년, 한국은행, 2005, 79면. (<http://ecos.bok.or.kr/>).

<역대 금리와 법정이율 비교>55)					연 이율(%)				
연중	예금금리	대출금리	평균금리	법정이율과 차이	연중	예금금리	대출금리	평균금리	법정이율과 차이
1960	10.0	17.5	13.75	8.75	1989	10.0	11.25	10.63	5.63
1961	15.0	17.5	16.25	11.25	1990	10.0	11.25	10.63	5.63
1962	15.0	15.7	15.35	10.35	1991	10.0	11.25	10.63	5.63
1963	15.0	15.7	15.35	10.35	1992	10.0	11.25	10.63	5.63
1964	15.0	16.0	15.5	10.5	1993	8.5	10.25	10.38	5.38
1965	26.4	23.0	24.7	19.7	1994	9.25	10.5	9.38	4.88
1966	26.4	26.0	26.2	21.2	1995	8.75	10.75	9.75	4.75
1967	26.4	26.0	26.2	21.2	1996	10.79	11.21	11.0	6.0
1968	25.2	25.2	25.2	20.2	1997	11.32	11.83	11.58	6.58
1969	22.8	24.0	23.4	18.4	1998	13.30	15.18	14.24	9.24
1970	22.8	24.0	23.4	18.4	1999	6.90	9.40	8.15	3.15
1971	20.4	22.0	21.2	16.2	2000	7.01	8.55	7.78	2.78
1972	12.0	15.5	13.75	8.75	2001	5.43	7.70	6.55	1.55
1973	12.0	15.5	13.75	8.75	2002	4.73	6.70	5.72	0.72
1974	15.0	15.5	15.25	10.25	2003	4.15	6.24	5.2	0.2
1975	15.0	15.5	15.25	10.25	2004	3.75	5.90	4.83	-0.17
1976	16.2	18.0	17.1	12.1	2005	3.62	5.59	4.61	-0.39
1977	14.4	16.0	15.2	10.2	2006	4.41	5.99	5.2	0.2
1978	18.6	19.0	18.8	13.8	2007	5.07	6.55	5.81	0.81
1979	18.6	19.0	18.8	13.8	2008	5.71	7.17	6.44	1.44
1980	18.6	20.0	19.3	14.3	2009	3.26	5.65	4.46	-0.54
1981	16.2	17.0	16.6	11.6	2010	3.19	5.51	4.35	-0.65
1982	8.0	10.0	9.0	4.0	2011	3.69	5.76	4.73	-0.72
1983	8.0	10.0	9.0	4.0	2012	3.43	5.40	4.46	-0.54
1984	10.0	10.75	10.38	5.38	2013	2.73	4.64	3.69	-1.31
1985	10.0	10.75	10.38	5.38	2014	2.43	4.26	3.35	-1.65
1986	10.0	10.75	10.38	5.38	2015	1.74	3.53	2.64	-2.36
1987	10.0	10.75	10.38	5.38	2016	1.48	3.37	2.43	-2.57
1988	10.0	12.0	11.0	6.0	2017	1.56	3.48	2.52	-2.48

* 1960년~1995년까지 예금금리는 1년 이상 정기 예금금리(연말), 1996년~2004년까지는 연중 은행가중 평균예금금리(저축성수신)이다. 1960년~1995년까지 대출금리는 시중은행의 1년 이내 일반 대출금리, 1996년~2004년까지는 연중 은행가중평균대출금리이다. 당좌대출과 2001년 9월부터는 마이너스통장 대출은 제외하였다. 2005년~2017년까지는 한국은행 경제통계시스템 검색항목에서 확인할 수 있다. 예금금리는 신규취급액을 기준으로 한 저축성 수신을 활용하였고 대출금리 역시 신규취급액을 기준으로 한 대출평균을 활용하였다. 다만, 당좌대출과 마이너스통장 대출은 제외하였다.

(3) 법정이율과 시중금리 차이 분석

1960년대는 전쟁 이후 경제상황이 불안정하여 시중금리 평균이 연 25%를 넘는 초고금리시대였다. 그러나 입법자들은 경제상황이 나아질 것을 기대하며 법정 이율을 연 5%로 규정하였다. 평균금리 최고점은 연 25%였고, 최하점은 연 15%를 밑도는 수준이었는데, 1970년대 후반까지 안정적이지 못한 상태였다. 이 시기 동안 평균금리와 법정이율의 차이는 최소 약 8%에서 최대 약 21%까지 났었다.

55) 권영준, 앞의 논문, 60면 표1 참조; 한국은행 경제통계국, 앞의 자료, 79면 참조.

1980년대에 들어서면서 시중금리의 변화폭은 다소 안정적으로 바뀌었다. 법정 이율과의 차이는 1980년대 초반 약 연 10%대를 보였고 1990년 중반까지 대략 연 4%에서 6% 사이를 유지하였다. 물론 이 때까지도 고금리 시대였으며 법정 이율과는 괴리가 다소 있었다. 1998년에는 IMF시대를 맞아 금리가 훌쩍 상승하였고 2000년대에 안정세를 찾기 시작하였다. 법정이율과의 차이는 한 자릿수 내외를 유지하며, 2004년에 처음으로 시중금리가 법정이율보다 밀돌게 되었다.

2008년에 리먼 브라더스 사태의 영향으로 금리가 급상승하던 시기도 있었으나 곧 하락세에 접어들었으며, 법정이율과의 차이는 꾸준히 마이너스(-)를 유지하였다. 최근에 그 차이가 마이너스 2(-2)점대 중반을 넘어서며 초저금리 시대에 돌입하였다. 이제는 연 5분의 법정이율이 너무 높다는 비판에 당면하게 된 것이다.

법정이율의 결정은 당시의 경제상황과 금리의 변동에 영향을 받을 수밖에 없을 것이다. 그 동안 우리나라의 경제상황은 매우 가파른 곡선을 그리면서 변화해 왔고, 경제성장의 규모는 다른 국가와 비교할 수 없을 정도로 큰 폭이었다. 특히 시중은행의 금리는 국제경제의 영향을 받을 수밖에 없었지만, 지속적으로 하향곡선을 그려왔다. 그럼에도 법정이자율의 이율에 관한 민법 제379조가 1960년 이후 현재까지 58년이 지나도록 전혀 수정 없이 그대로 유지되고 있는 것은 이해하기 어렵다. 다른 법정이자나 약정자의 제한에 관한 법률규정이 일정한 변화를 거처 온 것과 비교하더라도, 시중금리가 지속적으로 하락한 것에 비하여 민법상의 법정이자 연 5%는 매우 높은 수치임을 알 수 있다.

(4) 소송지연과 금액산정의 문제

금융분야에서 통상 이자율은 예금금리, 시장금리, 위험프리미엄 등을 기준으로 결정한다.⁵⁶⁾ 민법상 법정이율은 이러한 기준들에 대한 고려없이 제정되었다. 그러다보니 과거 초고금리 시대의 경우 피고 채무자는 소송을 끌면 은행이자로 원금을 갚을 수 있어 소송지연 행위를 할 수 있었다. 원고 채권자 입장에서는 연 5%의 법정지연손해금이 화폐가치의 하락을 보전하기에 부족하다는 문제도 있었다. 반대로 초저금리인 시대에서 채권자가 소송의 승소가능성이 높은 경우, 채권자가 소송을 끌면 법정이율을 통하여 은행이자보다 큰 금액을 얻을 수 있다. 특히 소송촉진특별법까지 적용된다면 채권자의 소송지연 가능성은 더 높아진다.

56) 임호열, 대출금리결정론, 한국금융연수원, 2000, 103면 이하; 권대우, “은행약관연구(1):이자율 및 수수료의 결정과 변경, BFL 제1호, 서울대학교 금융법센터, 2003, 113면.

또한 손해배상 산정에도 문제가 있다. 손해배상의 목적은 예방과 회복인데, 회복은 손해배상의 주된 목적으로 손해를 정의에 맞게 분배하는 것이고⁵⁷⁾ 예방은 어떠한 행위지침을 제공하고 이에 따르지 않을 경우 편익보다 높은 비용을 지불하게 된다는 사전 경고이다.⁵⁸⁾ 회복의 관점에서 법정이율과 시중금리와의 거리가 멀다면 손해배상의 목적을 제대로 실현할 수 없다. 법정이율이 시중금리보다 심히 낮다면 과소배상이 일어날 수 있고, 법정이율이 시중금리보다 높은 경우에는 과다배상이 일어날 수도 있는 것이다.

이자금액을 산정할 때도 마찬가지이다. 가령 약정이율이 없이 10억 원의 금전채권에 대한 법정이자만 연간 5천만 원이다. 초저금리시대에 이자율 1% 차이는 상대적으로 더 크게 느껴지므로, 시중금리와 -2점대 중반의 차이가 있는 경우 이자액수 5천만 원은 2천만 원이 넘게 과다 산정한 것으로 평가할 수도 있다.

2. 민법 제379조의 개선방향

(1) 민법 제379조에 관한 개정논의 상황

우리민법전의 개정작업은 2009년 2월 민법개정위원회를 설치하면서 시작되었다. 2009년, 2010년, 2011년, 2012년에 각 개정위원회가 열렸고 담당 분야가 다른 분과위원회로 구성되었다. 다만 2010년부터 각 분과위원회 말고도 실무위원회를 구성하여 운영하였다. 특히 법정이율에 관한 개정시안은 2012년 제4기 민법개정위원회 제1분과회의에서 논의를 거쳐 제출되었다.⁵⁹⁾

속기록을 보면 이자제한법과 민법 제312조의 2를 예로 들면서 대통령령으로 위임하는 형식은 문제가 없다고 한다. 또한 소송이 1~2년씩 지연되는데 어느 한 시점에 정한 이자로 전 기간을 다 계산하는 것이 부당할 수도 있다는 의견도 있었다. 그리고 민법 제397조와 관련하여 지연손해금을 어떻게 계산할지에 대한 의문도 제기되었다. 만약 변동주기가 1년이라면 셈하기가 복잡하다는 것이다. 이 밖에도 매매계약이 해제되었을 경우나 부당이득의 경우 똑같이 변동이율을 적용할

57) 김운구, “손해배상제도의 목적과 기능”, 법학연구 제12권, 충북대학교 법학연구소, 2001, 1면.

58) 권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점”, 저스티스 통권 제109호, 한국법학원, 2009, 73면 이하.

59) 제1분과위원회 수정안 제379조(법정이율) 이자있는 채권의 이율은 다른 법률의 규정이나 당사자의 약정이 없으면 대통령령으로 정한 이율로 한다. 실무위원회 수정안 제379조(법정이율) 이자있는 채권의 이율은 다른 법률의 규정이나 당사자의 약정이 없으면 경제상황의 변화를 반영할 수 있도록 매년 대통령령이 정하는 기준에 따라 산정된 비율로 한다.

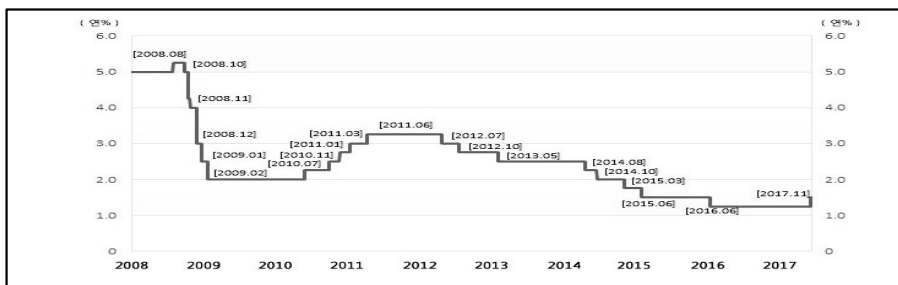
수 있을 것인가에 대한 문제의식을 나타냈다.⁶⁰⁾

(2) 이율의 기준

민법상 법정이율을 변동제로 전환하게 될 경우 이율을 정하는 기준을 세울 필요가 있다. 그 기준으로 먼저 시중금리를 떠올릴 수 있다. 하지만 시중금리는 당사자의 신용등급에 따라 다양하게 나타나고 매년 변동하므로, 어느 시점의 시중금리를 기준으로 선택할 지 어렵다. 따라서 경제현실의 반영여부에 관해서는 알맞은 지표가 될 수 있지만 기준지표가 되기엔 모자란 감이 있어 적절하지 않다.

다음으로 한국은행의 기준금리를 생각해 볼 수 있다.⁶¹⁾ 기준금리⁶²⁾는 중앙은행인 한국은행의 금융통화위원회에서 결정하는 금리인데, 금융기관과 환매조건부증권(RP)매매, 자금조정 예금 및 대출 등의 거래를 할 때 기준이 되는 정책금리이다. 기준금리가 오르면 시장 금리도 오르고 기준금리가 내리면 시장 금리도 내리는 것이 보통의 현상이다. 하지만 기준금리도 운용 목표치에 불과해서 실제로 시장 금리는 자금의 수요자와 공급자에 의해 결정된다. 어찌되었든 기준으로서 기능하려면 예측성, 표준성이 필요하다고 보는데 기준금리 자체가 변동하므로 다른 기준을 고려하는 것이 낫다고 생각한다.

<기준금리 변화추이>



개인적으로는 일정한 법정 기본이율을 정하고 시장상황에 따라 이를 보정하는 방법이 어느 정도의 예측성을 담보할 수 있어 타당하다고 본다.⁶³⁾ 최근에 개정된

60) 법무부 법무심의관실, 법무부 민법개정위원회 회의록 제10권 -2012년 제4기위원회 1·2·3·4분과회의-, 법무부, 2012, 32면 이하 참조.

61) 지원림, “금전채무의 불이행”, 계약과 책임(하경효교수정년기념논문집), 박영사, 2017, 141면.

62) 이하 기준금리에 관한 설명은 한국은행 사이트(<http://www.bok.or.kr/broadcast.action?menuNavId=1768>) 참조(2018. 5. 1. 최종 방문).

63) 지원림, 앞의 논문, 141면.

일본민법이 그러한 모델인데 기본이율을 연 3%로 규정하고 있다. 추측하건대 1980년부터 일본의 대출금리와 예금금리의 평균이 대략 연 3% 정도를 유지하였는데 여기에 맞춘 것처럼 보인다.⁶⁴⁾ 그렇다면 우리의 경우 시중 평균금리가 안정기에 접어든 2000년 이후 최근 10년을 기준으로 하면 평균금리가 약 연 4%가 되는데 이를 법정 기본이율로 정할 수 있다.

(3) 이율규정방식

먼저 이율규정을 위원회 등의 재량에 맡길 수 있는 방식이 있다. 과거 공탁금의 이자율을 규칙에서 정하지 않고 금융통화위원회에서 정하였던 경우가 있었고, 현재 ‘거래 공정화에 관한 법률’ 제8조 제2항⁶⁵⁾도 공정거래위원회가 고시하는 이율에 의하도록 하고 있다. 그에 따라 공정거래위원회 고시 제2015-5호에서 상품 판매대금을 지체하는 경우 지연이율을 연 15.5%로 하고 있다.

다음으로 민법 그 자체에서 변동제를 규정할 수도 있다. 독일민법 제247조가 지연손해금을 기본이율(3.62%±유럽중앙은행 최근접 기본재할인거래율)+5% 포인트로 하고 있는 방식처럼 민법 규정을 공식화하여 법정이율을 산정해 낼 수 있다. 가령 법률에 기본이율 ± 몇 %포인트로 법정이율을 정하는 것이다.

하지만 민법 제312조의 2와 같이 법률에서 대통령령에 법정이율의 결정을 위임하는 것이 합리적이라고 생각한다. 이와 같은 형식이 위원회 등의 재량에 일반적으로 위임하는 방식과 법률 자체에서 규정하는 방식보다 탄력적인 경제현실 반영과 이율에 대한 예측성 사이에서 균형을 맞출 수 있다고 본다. 현재 민법개정 시안도 이와 같은 형식을 모델로 삼는 것처럼 보인다.

(4) 변경주기

개정된 일본 민법은 3년마다 과거 5년간의 월 평균이율을 바탕으로 도출된 기준비율과 최근변동기의 기준비율의 차이를 가감한다. 독일민법은 지연손해금을 6월마다 변경하고 있다. 경제현실 적합도만을 생각하면 일(日)을 기준으로 산정하여야 할 것이다. 하지만 소송이 몇 년간 지속된다고 가정하면 손해배상금액 등을

64) <https://ko.tradingeconomics.com/japan/calendar> 참조(2018. 5. 1. 최종 방문).

65) 거래 공정화에 관한 법률 제8조 제2항 대규모유통업자가 제1항의 상품판매대금을 월 판매마감일부터 40일이 지난 후에 지급하는 경우에는 그 초과 기간에 대하여 연 100분의 40 이내에서 「은행법」에 따른 은행이 적용하는 연체이자율 등 경제사정을 고려하여 공정거래위원회가 정하여 고시하는 이율에 따른 이자를 지급하여야 한다.

산정하는데 계산이 너무 복잡해진다. 그렇다고 변경주기가 터무니없이 길면 경제 현실 반영도가 떨어진다. 적절한 기간을 선택하여야 하는데 1월, 3월, 6월, 1년, 2년, 3년 등의 기간이 고려될 수 있다. 보통 민사소송이 1~2년 정도 걸린다고 하면⁶⁶⁾ 변경시기는 3년으로 하는 것이 적절해 보인다. 그리하여 3년 동안의 월 평균금리를 가지고, 개정된 일본민법과 같은 방식으로 가감하는 것이 금전가치를 제대로 반영하리라 본다.

3. 손해배상액의 산정과 법정이율 적용

(1) 변동제 전환 시 민법 제397조와의 관계

손해배상의 예방적 기능과 제재적 성질에 중점을 둔다면, 독일민법과 같이 법정이율과 지연손해금율을 이원화하여 규정한 후 법정이율에 일정한 비율을 가산하는 방식을 채택할 수 있다. 그런데 현행 민법규정은 당사자들이 합의하지 않은 경우 금전채무불이행으로 인한 지연손해배상의 기준으로 법정이율을 적용한다. 이는 채권자에게 최소한의 자본가치를 보장한다는 의미이다. 그러므로 법정이율 변동제 하에서는 법정이율을 기준으로 삼더라도 초저금리 시대에서 산정된 손해배상금이 너무 높다는 비판은 피해갈 수 있다. 금전의 실질적 가치를 제대로 반영할 수만 있다면 법정이율을 지연손해금율의 기준으로 삼아 일원화하여도 무방하다. 따라서 굳이 이원화하여 규정할 필요가 없어 보인다.

(2) 추가 손해배상 가능 여부

민법 제685조, 제785조, 제985조 제1항 및 제2항은 법정이율에 의한 지연손해금 외에 별도의 손해가 있으면 배상이 가능하도록 한다. 그렇다면 민법 제397조에 따른 지연손해금 산정 시 채권자는 자신의 실손해가 법정이율에 따르는 손해액보다 크다는 것을 증명하여 배상받을 수 있을 것인가? 학설은 추가배상을 인정하는 견해⁶⁷⁾와 부정하는 견해⁶⁸⁾로 대립한다. 판례는 “피고가 손해를 입었다고 하더라도 이는 특별손해로서 원고들이 이를 알았거나 알 수 있었다고 볼 증거가 없”다고 판결하였는데.⁶⁹⁾ 이를 두고 판례가 초과손해를 인정한 것인지에 대한 의

66) http://www.scourt.go.kr/img/pub/jur_2017_Book7.pdf 참조 (2018. 5. 1. 최종방문).

67) 제철웅, “민법 제397조의 법적 지위에 관한 검토”, 한림법학 FORUM 제5권, 한림대학교 법학연구소, 1996, 204면; 지원림, 앞의 책, 914면.

68) 김용한, 채권법총론, 박영사, 1988, 61면; 김주수, 채권총론, 삼영사, 1999, 66면; 이은영, 채권총론, 박영사, 2009, 127면; 정기웅, 채권총론, 법문사, 2009, 53면.

견이 나뉘지만, 어쨌든 초과손해를 특별손해로 인정하였다는 점에 의의가 있다.

결국 법정이율과 지연손해금율을 다르게 규정하여 지연손해금율을 더 높이 규정하는 방식을 취한다면 추가 손해배상을 인정할 여지가 적다.⁷⁰⁾ 그러나 민법상 법정이율을 지연손해금율과 동일하게 규정한다면 지연손해금으로 배상할 수 없는 부분에 대한 추가배상을 인정할 여지가 높다. 저금리시대에 맞추면 이율이 낮아져야 한다. 참고로 은행의 연체기간별 연체이자율의 경우 아래의 표와 같다.

<은행 연체이자율>⁷¹⁾

은행	연체기간별 연체이자율			최고연체이자율
S은행	1개월 이하	3개월 이하	3개월 초과	15%
	대출금리+6%	대출금리+7%	대출금리+8%	
K은행	1개월 이하	3개월 이하	3개월 초과	15%
	대출금리+3%	대출금리+3%	대출금리+3%	
I은행	3개월 미만		3개월 이상	11%
	대출금리+3%		대출금리+8%	

4. 중간이자공제와 법정이율 적용

(1) 중간이자공제율의 기준인 법정이율

장래에 발생할 손해에 대해서 일시금으로 배상을 명할 때 법원은 중간이자를 공제한다. 판례는 오래 전부터 민사법정이율 5%를 중간이자의 기준으로 삼아 호프만식이나 라이프니츠식으로 공제하여 왔다.⁷²⁾ 이에 대하여 연 5%로 중간이자를 공제하는 것은 실정법상 근거가 없고 재검토하여야 한다는 비판이 제기되었다. 1966년~1984년 사이의 실제 임금상승률과 금리 자료를 이용한 분석에서 둘의 관계를 고려하면 중간이자를 공제하지 않아야 하며, 하계 되더라도 2% 이내의 이율이 적용되어야 한다고 지적하였다.⁷³⁾

홍콩의 경우 전통적으로 영국과 동일한 4.5%의 할인율을 적용하여 일실이익 현가를 산정하여 왔다. 그러나 2013년도에 Li Ka Wai HCPI 671(2007) 사건과 Yuen Hiu Tung HCPI(2010) 사건의 판결에서, 최근의 경제 상황을 고려하여 할인율 수준은 수정되어야 하고 피해자의 가동가능기간의 장단에 따라 -0.5%~

69) 대법원 1991. 10. 11. 선고 91다25369 판결.

70) 권영준, 앞의 논문(“법정이율 변동제”), 82면.

71) 은행연합회 연체이자율 통합공시(http://www.kfb.or.kr/info/overdue_interest.html?S=FAI)에서 임의로 세 은행만 선택하여 표로 나타냈다. (2018. 5. 1. 최종 방문).

72) 대법원 1983. 6. 28. 선고 83다191 판결.

73) 마승렬·김정주, “일실이익의 현가 산정을 위한 중간이자 공제방법”, 법정책학연구 제11권 제3호, 한국법경제학회, 2012, 313면.

2.5%의 할인율을 적용하였다.⁷⁴⁾

일본에서는 버블경제가 붕괴하고 초저금리시대에 접어들면서 1996년 이후부터 비록 하급심이지만, 인플레이션이 반영된 실질금리를 고려하여 중간이자공제율을 각각 2%, 3%, 4%로 결정한 판결이 나왔다.⁷⁵⁾ 그러나 2005년 6월 14일 일본 최고재판소는 “민법 제404조에서 민사법정이율이 연 5%라고 정한 것은 민법 제정 시 참고된 유럽 여러 나라의 일반적인 대출금리 내지 법정이율, 우리나라(일본)의 일반적인 대출금리를 따른 것으로, 금전은 통상의 이용방법에 따를 때 연 5%의 이자를 발생시킬 수 있다고 생각하였기 때문”이고, “현행법은 장래의 청구권을 현재가치로 환산함에 있어 법적 안정 및 통일적 처리가 필요한 경우에는 법정이율에 의하여 중간이자를 공제한다는 사고방식을 채용하고 있다.”면서, “민사집행법 제88조 제2항, 파산법 제99조 제1항 제2호, 민사재생법 제87조 제1항 제1호, 회사갱생법 제136조 제1항 제1, 2호 등은 모두 장래의 청구권을 법정이율에 의하여 중간이자의 공제에 의하여 현재가치로 환산할 것을 규정하고 있”음을 들고, “장래의 일실회익을 현재가치로 환산할 때에도 법적 안정 및 통일적 처리가 필요하므로, 민법은 민사법정이율에 의하여 중간이자를 공제하는 것을 예정하고 있다.”고 판시하였다. 일본 최고재판소는 중간이자공제율의 결정을 사실인정의 영역이 아니라 법률적용의 영역으로 본 것으로 판단된다.⁷⁶⁾

(2) 중간이자공제율 기준의 현실성

중간이자공제율의 기준을 민사법정이율로 하는 것은 현재 지연손해금이 민사법정이율에 의하고, 연 5%의 이자율이 반드시 부당하다고 할 수 없으며, 법적 안정성 및 통일적 처리를 하여 번잡함을 없애기 위함이다.⁷⁷⁾ 그러나 임금상승요인이나 물가상승과 같은 인플레이션을 고려하지 않는 것은 타당하지 않다.⁷⁸⁾ 또한 중간이자공제율을 법정이율에 따르도록 하는 것에 어떠한 정당한 근거가 있는 것

74) 마승렬·김정주, 앞의 논문, 318면; <http://www.kennedys-law.com/casereview/discounttratejudgment> 참조(2018. 5. 1. 최종방문).

75) 중간이자공제율을 4%로 판결한 사례 福岡地裁判決(1996. 2. 13), 중간이자공제율을 3%로 판결한 사례 長野地裁諏訪支部判決(2000. 11. 14), 중간이자공제율을 2%로 판결한 사례 津地裁熊野支部判決(2000. 12. 26).

76) 권영준, 앞의 논문(“법정이율 변동제”), 84면.

77) 이동진, “장래 손해의 현재가치산정 : 이른바 중간이자공제를 중심으로”, 비교사법 제24권 제1호, 한국비교사법학회, 2017, 324면.

78) 이윤호·이천성, “일실회익산정에 있어서 합리적인 중간이자공제 : 미국·일본의 논의를 근거로”, 손해사정연구 제2권 제2호, 한국손해사정학회, 2009, 115면.

도 아니다. 오히려 손해배상을 산정하는 일이 사실인정의 영역이라면 중간이자공제도 사실인정의 영역이라고 할 수 있다.

그러나 법정이율을 변동제로 전환한다면 이러한 지적들을 피해갈 수 있다. 중간이자공제율을 민사법정이율과 연계한다고 하더라도 인플레이션, 임금인상추이 등을 고려한 것이라 평가할 수 있다. 그리고 금액산정 당시의 법정이율을 적용하면 되므로 법적 안정성을 유지하면서 계산도 복잡하지 않다. 개정된 일본민법 역시 변동제로 전환한 뒤 중간이자공제율을 그대로 연계하고 있다.⁷⁹⁾

V. 결 어

법정이율의 현실 적합성 여부는 시중금리와 비교를 통하여 할 수 있다. 그 중에서 운용금리의 대표인 예금금리와 조달금리의 대표인 대출금리의 평균을 상정하여 놓고 비교하는 것이 합리적이다. 이를 기준으로 할 때 역대 시중금리와 법정이율의 차이는 1960년대에 약 21%였으나 최근에는 초저금리 시대를 맞이하여 -2%대를 기록하고 있다. 이러한 차이는 민법상 법정이율이 그 동안 경제현실을 제대로 반영하지 못하였음을 말해준다.

고정된 법정이율은 경제현실 반영도가 떨어질 뿐만 아니라, 시중금리와 차이가 클 때 소송상 어느 일방의 소송지연 가능성을 높여줄 수 있다. 그 밖에도 금전 손해배상금액을 산정할 때 금전가치를 제대로 평가하지 못하여 손해배상의 목적을 실현하기 힘들다. 즉, 시중금리보다 낮다면 과소배상이 일어날 수 있고, 높다면 과다배상의 문제가 발생할 수 있다.

결국 변동제로의 전환이 바람직한데, 몇 가지 고려해야 할 사항들이 있다. 먼저 이율의 기준을 정하는 문제는 기본이율을 정하고 시장상황에 따라 보정하게 한다. 우리의 경우 앞에서 언급했듯이 4%를 기준으로 삼는 것이 하나의 방법이 될 수 있다. 이율의 규정방식은 포괄위임이 되지 않도록 대통령령에 위임하여 경제현실에 탄력적으로 대응할 수 있게 한다. 변경시기는 보통 민사소송이 걸리는 기간을 고려하여 일본과 같이 3년마다 변경하는 것이 적절해 보인다.

또한 변동제로 전환한다면 민법 제397조와 법정이율을 일률적으로 규정하여도 무방할 것이고, 이에 따라 지연손해금으로 배상할 수 없는 부분에 대한 추가배상

79) 심환섭, “소멸시효와 법정이율 : 2017년 일본 민법 개정 내용을 중심으로”, 계약과 책임(하경효 교수정년기념논문집), 박영사, 2017, 110면.

을 인정가능성은 높아질 수 있다. 중간이자공제에 있어서도 인플레이션 등 경제 상황을 고려하기 때문에 법정이율과 중간이자공제율을 연계한다고 하더라도 무리가 없다.

(논문투고일: 2018.05.18., 심사개시일: 2018.05.21., 게재확정일: 2018.06.12.)



▶ 박 석 일 · 정 상 현

법정이율 변동제, 법정이율 고정제, 법정이율 개정방향,
중간이자공제, 지연손해금

【참 고 문 헌】

1. 국내문헌

- 곽운직, 채권총론, 박영사, 1995.
- 권대우, “은행약관연구(1) : 이자율 및 수수료의 결정과 변경, BFL(Business finance law) 제1호, 서울대학교 금융법센터, 2003.
- 권영준, “법정이율 변동제”, 비교사법 제20권 제1호, 한국비교사법학회, 2013.
- _____, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점”, 저스티스 통권 제109호, 한국법학원, 2009.
- 김갑수, “군정과 일본법 적용의 한계”, 법정 제2권 제2호, 1947.2.
- 김상용, 채권총론, 법문사, 1996.
- _____, “한국민법의 사적 발전”, 민사법연구(2), 법원사, 1997.
- 김용한, 채권법총론, 박영사, 1988.
- 김윤구, “손해배상제도의 목적과 기능”, 법학연구 제12권, 충북대학교 법학연구소, 2001.
- 김주수, 채권총론, 삼영사, 1999.
- 김준호, 채권법, 법문사, 2017.
- 김중환, 채권총론, 박영사, 1988.
- 김형배 · 김규완 · 김명숙, 민법학강의, 신조사, 2014.
- 마승렬 · 김정주, “일실이익의 현가 산정을 위한 중간이지 공제방법”, 법경제학연구 제11권 제3호, 한국법경제학회, 2012.
- 명순구, 실록 대한민국 민법 3, 법문사, 2010.
- 민사법연구회, 민법안의견서, 일조각, 1957.
- 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 민법안심의록 상권, 1957.
- 박명광, 경제학원론, 무역경영사, 1996.
- 박유영 · 박창수, 경제원론, 탐북스, 2011.
- 법무부 법무심의관실, 법무부 민법개정위원회 회의속기록 제10권 -2012년 제4기 위원회 1·2·3·4분과회의-, 법무부, 2012.
- 법원행정처 외국사법제도연구반, 외국사법 제도연구(1), 법원행정처, 2007.
- 송덕수, 신 민법강의, 박영사, 2017.
- _____, 채권법총론, 박영사, 2018.
- 시오미 요시오, 정종휴 역, “채권법의 개정-채무불이행의 구제수단을 중심으로”, 법학논총 제31권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2011.

- 심경섭·최길현, 신 경제학원론, 법문사, 2003.
- 심활섭, “소멸시효와 법정이율 : 2017년 일본 민법 개정 내용을 중심으로”, 계약과 책임(하경효교수정년기념논문집), 박영사, 2017.
- 양형우, 민법의 세계, 진원사, 2018.
- 양창수 역, 독일민법전, 박영사, 2015.
- 양창수, “민법안에 대한 국회의 심의(I)”, 한국법사학논총(박병호교수환갑기념논문집II), 1991.
- _____, “한국민법사”, 민법전의 회고와 전망(민법전시행30주년기념논문집), 한국민사법학회, 1993.
- 이동진, “장래 손해의 현재가치산정 : 이른바 중간이자공제를 중심으로”, 비교사법 제24권 제1호, 한국비교사법학회, 2017.
- 이운호·이천성, “일실이익산정에 있어서 합리적인 중간이자공제 : 미국·일본의 논의를 근거로”, 손해사정연구 제2권 제2호, 한국손해사정학회, 2009.
- 이은영, 채권총론, 박영사, 2009.
- 일본 민법(채권법)개정검토위원회 편, 일본 채권법개정의 기본방침, 법무부, 2009.
- 임호열, 대출금리결정론, 한국금융연수원, 2000.
- 정기웅, 채권총론, 법문사, 2009.
- 정범석, “법정이율에 관한 연구”, 법경논집 제6호, 1971.
- 정종휴, “한국민법전의 비교법적 계보”, 민사법학 제8호, 한국민사법학회, 1990.
- 제철웅, “민법 제397조의 법적 지위에 관한 검토”, 한림법학 FORUM 제5권, 한림대학교 법학연구소, 1996
- 조순·정운찬·전성인, 경제학원론, 율곡출판사, 2003.
- 지원림, “금전채무의 불이행”, 계약과 책임(하경효교수정년기념논문집), 박영사, 2017.
- _____, 민법강의, 홍문사, 2017.
- 한국은행 경제통계국, 숫자로 보는 광복 60년, 한국은행, 2005.

2. 외국문헌

- 廣中俊雄, 第九回帝國議會の民法審議, 有斐閣, 昭和61.
- 梅謙次郎, 民法要義 卷之三(債權編), 有斐閣書房, 明治42.
- 尾島茂樹, “法定利率規定の必要性はあるか利息債權についてどう考えるか”, 民法改正を考える法律時報増刊, 日本評論社, 2008.

法務大臣官房司法法制調査部監修, 法典調査会民法議事速記録(三), 商事法務研究会, 1984.

松野民雄, “変動制法定利率の算入-「民法(債権関係)」大改正の方向-”, 法政治研究 第3号, 2017年 3月.

鄭鐘休, 韓國民法典の比較法的研究, 創文社, 1989.

朝見佳男, 民法(債権関係)改正民法案の概要, 金融財政事情研究会, 2015.

Josef Esser · Eike Schmidt, Schuldrecht, Bd.I, Allgemeiner Teil, 6.Aufl., C.F.Müller, 1984.

Dieter Medicus · Stephan Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 20.Aufl., C.H.Beck, 2012.

Guido Toussaint, Juris Praxis Kommentar BGB, Bd.2.1, Schuldrecht, 2.Aufl., Juris GmbH, 2004.

Abstract

A Study on the Possibility of Transition to Variable system of the Legal Interest Rate in the Civil Law

Park, Seok Il
Jung, Sang Hyun

The statutory rate regime of the Civil Code has been 5% for a long time as a fixed agent. While maintaining 5%, the market interest rate has changed from ultra high interest rate to ultra low interest rate. This article starts from the awareness that the 5% statutory rate can not reflect the economic situation properly, because the rate is relatively high. When applying statutory interest rates on monetary bonds, it is realistically necessary to shift to a floating rate from the current fixed system in order to properly reflect the value of money.

In order to do this, we examined whether to discuss the volatility at the time of introducing the statutory interest rate in the past civil law, and reviewed the statutory rate prescribed manner of the current world. In particular, in Japan, the recent amendment of the Civil Law has shifted to a way of linking with market interest rates. There are cases of taking the form of fluctuations not only in Japan but also in other countries, which gives us a lot of suggestions for us to consider the transition to change.

Compared to the statutory interest rate which has been 5% since 1960 and the market interest rate(average interest rates on deposit and loan rates), considering that the maximum gap has exceeded 20%, it can be seen that it has not properly reflected the economic reality. In the current

low interest rate trend, criticism that the statutory rate is high is raised, but the larger the amount to be calculated, the greater the significance of the 1% interest rate.

As a result, it is reasonable to prescribe the statutory interest rate as a variable in the civil law, and there are some considerations in the process. First, if the volatility is specified, we should consider the criteria for determining the interest rate, the method of calculating it, and the timing of the change. In addition, when there is a shift to a variable system, we need a lot of discussion about Article 397 of the Civil Code stipulating the statutory interest rate as a basis for the calculation of delayed damages, and whether applying statutory rates if a mid-benefit deduction is required in calculating the amount of damages. This paper argues that it is reasonable to convert the statutory interest rate to fluctuation, and examines the issues related to it.



▶ **Park, Seok Il · Jung, Sang Hyun**

Statutory rate change system, Statutory rate fixing system, Amendment direction of court rate, Intermediate profit deduction, Delayed loss

계약체결상의 정보제공의무에 관한 규정을 민법에 신설함에 고려해야 할 사항

임 건 면*

황 성 일**

【목 차】

I. 서론

II. 우리나라에서의 정보제공의무

1. 정보제공의무의 의의와 인정근거
2. 정보제공의무의 성립요건
3. 정보제공의무의 위반 유형

III. 외국에서의 정보제공의무

1. 독일에서의 정보제공의무
2. 프랑스에서의 정보제공의무

3. 일본에서의 정보제공의무

4. 국제규범에서의 정보제공의무

IV. 민법상 정보제공의무 신설의 필요성과 원칙

1. 신설의 필요성
2. 신설의 원칙

V. 결론

【국 문 요 약】

자본주의가 발전할수록, 노동자, 할부거래구입자, 임차인, 미성년자를 비롯한 사회·경제적 약자를 보호해야할 필요성은 커진다. 유한한 자원을 각자의 능력대로 배분하는 체제에서 다수를 차지하는 것은 약자이기 때문이다. 이러한 약자개념은 계약의 당사자들에게도 그대로 투영 된다. 계약당사자 사이의 사회적·경제적 능력의 격차는 계약을 맺을 때 의당 알아야할 정보의 격차로 연결되고, 이러한 정보적 불균형은 불공정한 계약을 건인하게 될 것이다. 이에 본고는 계약당사자간 정보비대칭의 상황을 완화시키고 정보약자를 폭넓게 보호하기 위하여 정보제공의무를 민법에 신설하는 것을 가장 효과적인 수단으로 인식하였다. 프랑스는 최근의 개정으로 정보제공의무를 민법에 받아들였지만 세계적으로 민법 명문으로 정보제공의무를 규율하고 있는 나라는 매우 드물다. 민법에 정보제공의무에 관한 명문

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사(주저자)

** 성균관대학교 법학연구원 선임연구원(교신저자)

규정이 없을 경우 선택할 수 있는 방안은 종래의 민법규정을 적용하거나 특별법을 제정하는 것이다. 그러나 엄격한 성립요건과 제한적 적용범위라는 측면에서 정보약자를 보호하기에 미흡하다. 따라서 본 논문은 우리나라와 외국에서 인정되는 정보제공의무의 법리를 분석함으로써 모든 계약에 일반적으로 적용되는 정보제공의무에 관한 민법규정을 신설하는 데 필요한 입법의 기준을 제시하고자 한다.

I. 서론

오늘날 정보의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다. 이는 법률분야, 특히 계약법 분야에서도 마찬가지이다. 계약당사자는 자기에게 유리한 계약을 체결하기 위하여 다양한 정보를 수집 분석하고, 그에 따른 위험을 스스로 감수하게 된다. 즉 잘못된 정보의 수집과 분석으로 인하여 본래 자신이 의도했던 계약목적을 달성할 수 없거나 또는 본인이 원했던 이익을 얻지 못하거나 심지어 불이익을 받게 되더라도 이는 자기책임의 결과로서 받아들일 수밖에 없는 것이며¹⁾, 이는 사적자치의 원칙의 핵심적 내용이기도 하다. 근대 계약법상 사적자치의 원칙 내지는 계약자유의 원칙은 계약당사자의 자기결정에 기초한 것이고, 이를 통하여 계약의 정의가 실현된다는 기본 사상에 기초하고 있다.

그러나 계약당사자들 사이에는 필연적으로 정보의 비대칭 내지는 불균형이 나타나고, 이러한 정보의 불균형 현상은 분업화·전문화 과정을 통해서 그 정도가 점점 심해지고 있는 실정이다. 이러한 상황 하에서 물적·인적·지적 자산을 보유한 전문지식인 내지 사업자와 일반인 또는 소비자 간의 계약에 있어서 자기책임의 원칙이 엄격하게 관철되는 것이 과연 정의의 관념에 부합하는 것인지에 대하여 의문이 제기되어 왔다. 그 결과 잘못된 정보의 수집과 분석에 따른 위험에 대한 자기책임의 원칙을 수정할 필요성이 대두되었고, 이는 계약체결상의 정보제공의무의 형태로 나타나게 되었다.²⁾ 최근에는 민법개정논의와 더불어 정보제공의무에

1) 대법원 2002.8.20. 선고 2000다19355 판결.

2) 엄격한 의미에서 정보제공의무와 설명의무를 비롯한 고지의무 또는 통지의무와는 구별된다. 정보제공의무는 계약성립 전에 계약의 의사를 결정할 수 있는 중요한 사항을 제공할 의무인 반면에, 설명의무는 계약성립시 또는 성립 후에 계약의 내용에 대한 중요한 사항을 상대방에게 알려주어야 할 의무를 말하며, 특히 고지의무 내지는 통지의무란 계약당사자 일방이 타방에 대하여 계약과 관련한 사항에 대하여 알릴 의무를 말한다(이에 관해서는 송오식, “소비자계약에서 정보제공의무”, 전남대 법학논총, 제29집 제1호, 2009, 86면 이하).

관한 규정의 필요성이 대두되었고, 2015년 민법개정에 따라 보증계약과 관련하여 채권자는 일정한 범위에 정보제공의무를 지는 것으로 규정하였다. 즉 제436조의2에는 “채권자는 보증계약의 체결여부 또는 그 내용에 영향을 미칠 수 있는 채무자의 채무 관련 신용정보를 보유하고 있거나 알고 있는 경우에는 보증인에게 그 정보를 알려야 한다”고 규정하고 있다. 그러나 현행 우리민법은 정보제공의무에 관한 일반 규정을 두고 있지는 않다. 그렇다고 해서 이것이 정보제공의무를 부정해야 된다는 것을 의미하는 것은 아니다. 그동안 학설³⁾과 판례⁴⁾는 정보제공과 관련하여 신의칙에 관한 민법 제2조, 사기취소에 관한 민법 제110조 또는 착오취소에 관한 민법 제109조의 적용을 통하여 문제를 해결을 시도하였으나, 소비자법의 민법으로의 편입과 더불어 정보제공의무를 민법의 일반규정으로 신설하는 논의가 이루어지고 있는 실정이다.

더욱이 계약체결상의 정보제공의무를 인정한다면 그 효과를 어디까지 인정할 것인가, 즉 손해배상은 물론 계약해소까지 인정할 것인가 등에 관한 문제에 관해서는 많은 논란이 있다.

본고에서는 최근 민법개정과 더불어 논의되고 있는(있던) 계약체결상의 정보제공의무에 한정하여 언급하기로 하며, 특히 계약체결상의 정보제공의무에 관한 입법시에 고려해야 할 사항을 중심으로 살펴보기로 한다. 이러한 논의를 위하여 우선 정보약자⁵⁾에 대한 보호의 필요성과 근거와 그에 따른 정보제공의무의 법리를 분석하고(II), 비교법적으로 외국의 입법례, 특히 독일, 프랑스, 일본의 민법상의 정보제공의무 및 국제규범의 그것을 살펴본다(III). 이를 통하여 그 동안 정보의 수집 및 분석에 있어 상대적으로 취약한 지위에 있던 계약당사자를 보호하고, 개선하기 위한 방안을 모색할 것이다. 이를 위하여 일반사인들 사이에서 이뤄지는 모든 계약에서 정보제공의무를 인정함으로써 정보격차로 인한 부작용을 최소화시킬 수 있는 민법규정, 즉 민법에 계약체결과정에 있어서의 정보제공의무의 도입을 위한 입법의 기준을 제시(IV)하고자 한다.

정보제공의무와 유사한 의미로 설명의무⁶⁾, 고지의무와 통지의무⁷⁾, 경고의무⁸⁾,

3) 김상중, 계약체결 이전 단계의 정보제공의무- 외국 입법례와 비교에 의한 규정 신설의 제안을 중심으로”, 고려법학 제56호, 고려대학교 법학연구원, 2010, 2면 이하; 최상호, 계약상의 정보제공의무에 관한 연구 - 사기와 착오법리의 적용관계를 중심으로”, 법학논고 제9집, 경북대학교 법학연구소, 1993, 67면; 지원립, “민법의 사회상과 정보제공의무”, 민사법학 제62호, 2013, 387면.

4) 대법원 2006. 10. 12. 선고 2004다48515 판결; 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5843 판결; 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008다19355 판결.

5) 김상중, 앞의 글(註 3)은 이를 ‘정보적 약자’로 표현하기도 한다.

조언의무⁹⁾ 등이 사용되고 있으며, 이들 각각의 의무와 정보제공의무가 어떤 차이점이 있으며, 용어상으로 뿐만 아니라, 그 구별기준에 대해서도 아직 의견의 일치를 보지 못하고 있는 실정이다. 이에 관한 논의는 필자의 능력과 지면상의 한계로 다음 기회에 논하기로 하며, 본고에서는 용어상의 혼란을 피하기 위하여 계약체결 단계에서는 정보제공의무라는 표현을, 계약이행과정에서의 의무는 설명의무 또는 통지의무로 표현한다.¹⁰⁾

-
- 6) 정보제공의무와 설명의무와의 관계에 대해서는 설명의무는 전문가인 의사에게 부과되는 의무로 가장 많이 언급되기는 하지만 정보제공의무와 동일하게 취급하는 견해(박인환, “독일법상 정보제공의무위반을 이유로 하는 계약해소청구권”, 민사법학 제27호, 한국민사법학회, 2005, 133면; 위계찬, “계약체결과정에서 설명의무의 근거”, 원광법학 제23권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2007, 168면)도 있으나, 본고에서는 정보제공의무는 계약체결 전 단계에서의 의무에 한정하여 서술한다.
- 7) 고지의무와 통지의무는 단순히 계약에 관한 사항을 상대방에게 알릴 의무를 말하는데 주로 보험계약에서 발생하지만 민법상 수증자의 고지의무(민법 제559조 제1항 단서), 상법상 피보험자의 고지의무(상법 제651조) 등과 같이 개별법률이나 판례(대법원 2017. 4. 7. 선고 2014다234827 판결; 대법원 2016. 11. 10. 선고 2013다23617 판결; 대법원 2016. 4. 15. 선고 2013다97694 판결; 대법원 2014.3.13. 선고 2013다91405,91412 판결; 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다59247 판결; 대법원 2011. 4. 14. 선고 2009다103349,103356 판결 등에서는 “고지의무”라는 용어를 사용하고 있고, 대법원 2016. 7. 14. 선고 2015다217713 판결; 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다217108 판결; 대법원 2011. 7. 28. 선고 2011다23743,23750 판결; 대법원 2009.12.24. 선고 2009다56221 판결에서는 “통지의무”라고 표현하고 있다)에서 사용되고 있다. 고지의무를 통지의무와 동일한 개념으로 파악하는 견해(송오식, 앞의 글(註 2), 86면; 위계찬, 앞의 글(註 6), 168면)도 있지만, 고지의무는 계약체결 전의 법정 의무로서 피보험자의 의무이고 통지의무는 계약성립 후에 인정되는 계약상 의무로서 피보험자 또는 보험계약자가 보험자에 대하여 부담한다는 점에서 양자는 다른 개념이라고 보기도 한다(특히 손주찬, 상법(하), 박영사, 2005, 519면).
- 8) 경고의무는 위험물로 분류되는 물건의 제조·유통·관리 등에 관여하는 자가 그 위험에 대하여 미리 경고해야 하는 의무를 말한다(김법철, “제조물책임법상 경고의무의 한계”, 법조 제55권 제7호, 법조협회, 2006, 116면에서는 제조물에 대한 정보를 소비자에게 제공하고 그 제조물로부터 발생할 수 있는 위험으로부터 회피할 수 있는 수단으로 강구된 것이 경고의무라고 개념정의하고 있다). 제조물책임법(제2조 제2호)과 소비자기본법(제6조, 제8조, 제16조, 제53조)에서 주로 사용되는 용어로서 경고의무는 계약상 의무는 아니라는 점, 계약체결 이전의 문제라는 점에서 정보제공의무와 공통점을 갖는다.
- 9) 조언의무는 계약에 의하여 발생하기도 하지만 그와는 무관하게 발생하기도 하는데 주로 변호사나 건축사 등에게 인정되며, 우리판례는 법무사의 조언의무를 인정하고 있다(대법원 2012. 12. 27. 선고 2010다57473 판결; 대법원 2011. 9. 29. 선고 2010다5892 판결; 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다55162 판결).
- 10) 우리민법 제436조의2의 채권자의 보증인에 대한 정보제공의무와 통지의무도 같은 취지로 이해된다.

II. 우리나라에서의 정보제공의무

1. 정보제공의무의 의의와 인정근거

정보제공의무란 정보량이나 정보처리능력에서 뚜렷한 격차가 존재하는 계약당사자 사이에 정보능력이라는 측면에서 우위에 있는 계약당사자가 상대방에게 계약의 성공여부를 좌우할 중요한 사항에 관한 특정 정보를 미리 제공할 의무를 의미한다.¹¹⁾ 이러한 정보제공의무는 상대방으로 하여금 합리적이며 자유로운 의사 결정을 할 수 있도록 기능한다.

정보제공의무의 위반형태는 잘못된 정보를 제공한 경우와 정보를 제공하지 않은 부작위의 경우로 나타난다. 특히 후자의 경우에는 교섭상대방이 알려 줄 것이라고 정당하게 기대할 수 있었음에도 불구하고 계약 관련 정보를 주지 않은 위반 형태를 말한다. 그러나 잘못된 정보 또는 정보를 제공하지 않았다고 해서 무조건 이에 대한 책임이 발생하는 것은 아니다. 특히 정보를 제공하지 않은 부작위의 경우에는 작위의무를 전제로 하며 작위의무가 객관적으로 인정되는 이상, 정보제공의무자가 정보제공의무의 존재를 부주의 또는 착오로 인식하지 못한 경우에도 이에 대한 책임이 성립하게 된다.¹²⁾

정보조달능력이 없는 계약당사자는 충분한 정보를 갖지 못한 상태에서 계약을 체결하게 됨으로써 계약목적 달성에 어려움을 겪게 될 가능성이 상당히 높다. 그러나 우리민법은 계약체결단계에서의 정보제공의무에 관한 직접적인 규정을 두고 있지는 않다. 그렇다고 해서 이것이 정보제공의무를 부정해야 된다는 것을 의미

11) 임건면, “계약체결상의 정보제공의무와 매매목적물의 하자에 관한 설명의무- 독일민법상의 하자에 관한 매도인의 정보제공의무를 중심으로”, 성균관법학 제27권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2015, 149면; 최상호, 앞의 글(註 3), 65면 등에서 이와 같은 취지로 정보제공의무의 개념을 설명하고 있다.

12) 더욱이 관례(대법원 2012.04.26. 선고 2010다8709 판결)는 “작위의무는 법적인 의무이어야 하므로 단순한 도덕상 또는 종교상의 의무는 포함되지 않으나 작위의무가 법적인 의무인 한 그 근거가 성문법이건 불문법이건 상관없이 공법이건 사법이건 불문하므로, 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론이고 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무”는 성립할 수 있다고 보고, “다만 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리의상의 작위의무는 혈연적인 결합관계나 계약관계 등으로 인한 특별한 신뢰관계가 존재하여 상대방의 법익을 보호하고 그에 대한 침해방지를 책임이 있다고 인정되거나 혹은 상대방에게 피해를 입힐 수 있는 위험요인을 지배·관리하고 있거나 타인의 행위를 관리·감독할 지위에 있어 개별적·구체적 사정하에서 그 위험요인이나 타인의 행위로 인한 피해가 생기지 않도록 조치할 책임이 있다고 인정되는 경우 등과 같이 상대방의 법익을 보호하거나 그의 법익에 대한 침해를 방지하여야 할 특별한 지위에 있음이 인정되는 자에 대하여만 인정할 수 있는 것”이라고 판시하여 제한적으로 작위의무를 인정하고 있다. 따라서 특별한 지위에 있지 아니한 자는 작위의무를 부담하지 않는다.

하는 것은 아니다. 그렇다면 무엇을 근거로 정보제공의무를 인정할 것인가와 어느 정도까지 정보를 제공하여야 하는가의 문제가 발생한다. 더욱이 정보를 제공하지 않은 부작위의 경우 정보제공의무를 위반한 자에 대한 책임을 묻기 위해서는 확실한 근거가 요구된다. 이에 대해서는 소비자보호와 관련하여 주로 문제가 되는 정보약자의 보호, 신뢰관계 그리고 신의칙이나 거래관행 등이 정보제공의무의 근거로 언급되고 있다.¹³⁾

우선 정보제공의무의 근거로 정보약자의 보호를 들고 있는 견해에 의하면, 계약당사자간의 정보불균형의 상태를 교정하여 “정보적” 약자¹⁴⁾를 보호하기 위해서¹⁵⁾ 정보보유자는 정보를 제공하여야 한다는 것이다. 그러나 정보약자의 보호는 그 적용범위가 상당히 제한적일 수밖에 없다. 정보약자의 보호는 소비자보호 분야와 같은 특수한 경우에는 그 정당성이 인정될 수 있을지 모르지만¹⁶⁾, 계약당사자 일방으로 하여금 상대방에게 정보를 제공토록 하는 것은 사적자치의 원칙에 반하고, 이는 정보부족의 위험으로부터 초래하게 될지도 모르는 위험을 상대방에게 전가시키는 결과를 초래하게 될 가능성이 있다.¹⁷⁾

참고적으로 독일에서는 정보제공의무의 인정근거를 신뢰관계에서 찾는 견해도

13) 이에 관한 상세한 내용은 임건면, 앞의 글(註 11), 149면 이하 참조.

14) “정보적” 약자란 개념은 전문화 복잡화된 현대사회에서 정보보유자와의 관계에서 그와 대등한 정도의 정보를 수집·분석할 수 없는 자의 의미로 사용한다(김상중, 앞의 글(註 3), 20면 참조).

15) 이러한 견해는 특히 소비자보호라는 측면에서 주장된다. 이러한 견해를 주장하는 자는 계약자유의 원칙은 계약 당사자간 힘(또는 정보)의 균형을 전제로 하는데, 소비자는 그의 상대방에 비하여 정보를 제대로 조달하지 못할 뿐만 아니라, 정보조달을 위하여 시간적·재정적으로 감당하기 어려운 정도의 비용을 지출해야 하기 때문에, 이러한 정보수집과 분석에 있어 열등한 지위에 있는 소비자를 보호할 필요성을 강조한다(Reich, “Schuldrechtliche Informationspflichten gegenüber Endverbrauchern”, NJW 1978, 513, 519; OLG Düsseldorf, WM 1996, 1082, 1085). 그러나 소비자와 기업과의 관계에서 기업에게 아무런 제한 없이 단지 소비자의 이익을 보호하기 위하여 정보를 제공케 할 일반적인 근거를 찾기 어려울 뿐만 아니라, “소비자”라는 개인적 특성을 정보제공의무의 일반적 근거로 삼기에는 설득력이 없어 보인다. 지원립(앞의 글(註 3), 387면) 교수도 정보의 불균형은 사적자치의 원칙을 형해화시킬 수 있지만, 소비자는 “상황의존적” 약자이기 때문에, 사적자치의 원칙이 좌절되는 경우에 한하여 예외적으로 불리한 상황을 타파하여 대등한 지위에서 계약을 체결할 수 있도록 상대방에게 정보제공의무를 부과시킬 수 있는 것으로 보고 있다.

16) 실제로 소비자보호의 목적에서 정보제공의무를 법률로 규정하고 있는 할부거래에 관한 법률 제5조(계약체결 전의 정보제공), 방문판매 등에 관한 법률 제7조(방문판매업자등의 소비자에 대한 정보제공의무 등), 제16조(다단계판매업자의 소비자에 대한 정보제공의무 등), 제30조(계속거래사업자등의 소비자에 대한 정보제공의무 등), 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 제1조(신원 및 거래조건에 대한 정보의 제공), 보증인보호를 위한 특별법 제5조(채권자의 통지 의무 등), 제8조(금융기관 보증계약의 특칙), 여신금융전문법 제18조(거래조건의 주지의무), 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제47조(설명의무), 표시·광고의 공정화에 관한 법률 제3조(부당한 표시·광고 해위의 금지) 등이 이에 해당한다고 볼 수 있다.

17) 위계찬, 앞의 글(註 6), 170면.

제기되는데, 이러한 주장은 계약체결상의 과실책임의 근거를 당사간의 신뢰관계로 보고 있는 이론과 그 맥을 같이 하고 있다.¹⁸⁾ 그러나 이 신뢰관계론은 계약상의 책임과 계약체결 전 단계의 책임을 구별하지 못하며, 계약체결상의 과실책임과 불법행위책임을 구별하는 기준이 되기에는 충분하지 못하다는 비판을 받기도 한다.¹⁹⁾ 더욱이 신뢰관계는 계약체결 이전 단계에서만 문제되는 것이 아니라, 계약의 모든 단계에서 매우 중요한 역할을 할 뿐만 아니라, 신뢰관계는 단지 특별구속관계에서만 그 역할을 하는 것이기 때문에²⁰⁾ 일반적인 채권관계에서는 신뢰의 붕괴를 원인으로 하여 책임을 묻기에는 한계가 있어 보인다.

또한 일반적인 견해와 판례²¹⁾는 계약체결단계에서의 정보제공의무의 근거를 신의칙에서 찾고 있는데, 계약당사자는 신의칙에 따라 계약의 모든 단계에서 협력하고, 상대방을 배려할 의무를 부담한다는 것이다²²⁾. 이 신의칙은 비단 정보를 제공하지 않은 경우뿐만 아니라, 잘못된 정보를 제공한 경우에도 그대로 적용된다고 한다.²³⁾ 그러나 주의해야 하는 것은 계약체결 전 단계에서의 정보제공의무는 모든 계약관계에서 발생하는 것은 아니며, 이 정보제공의무는 자기책임 하에 정보를 수집·분석해야 한다는 원칙에 대한 예외로써 인정된다는 점이다.²⁴⁾ 특히 교환계약과 관련된 사안에서 대법원 “... 이해상반의 지위에 있고 각자가 자신의 지식과 경험을 이용하여 최대한으로 자신의 이익을 도모할 것이 예상되기 때문에, 당사자 일방이 알고 있는 정보를 상대방에게 사실대로 고지하여야 할 신의칙상의 주의의무가 인정된다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 어느 일방이 교환 목적물의 시가나 그 가액 결정의 기초가 되는 사항에 관하여 상대방에게 설명 내지 고지를 할 주의의무를 부담한다고 할 수 없”다고 판시함으로써, 모든 계약관계에서 정보제공의무가 발생하는 것이 아님을 명백히 하고 있다.

이처럼 모든 사안을 포섭할 수 있는 정보제공의무를 정당화할 일반적인 근거를 찾기는 어려울 것으로 판단되지만, 정보제공의무의 인정근거는 신의칙을 중심으로 개별사안에 따라 그 인정근거를 판단하여야 할 것이다.

18) 이 이론에 기초하여 Canaris(Die Vertrauenshaftung, 1971, S. 539.) 교수는 계약체결상의 과실책임을 법정채권관계로 인정하기도 하였다.

19) Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 8 I 6.

20) Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl., 1997, S. 39.

21) 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5843 판결; 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008다19355 판결.

22) Larenz/Wolf, AT des BGB, 8. Aufl. 1997, § 31 Rdn. 35.

23) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008다51120,51137,51144,51151 판결.

24) 김상중, 앞의 글(註 3), 22면.

2. 정보제공의무의 성립요건

사적자치의 원칙과 정보는 스스로 취득하여야 한다는 원칙을 고려해 볼 때, 계약체결단계에 있어서의 정보제공의무는 이러한 원칙에 대한 예외로 인정되며²⁵⁾, 그 성립요건 내지 설정기준의 정립이 필요하다는 데에는 이견이 없다.²⁶⁾ 그러나 계약교섭 단계에 있어서 정보제공의무의 발생에 일반적으로 요구되는 성립요건을 도출하는 것은 간단한 일이 아니다.²⁷⁾ 각 계약마다 정보제공의무의 인정 여부는 개별사례에 따라 달라질 수 있기 때문이다. 그러나 이러한 어려움이 있다고 하더라도 정보제공의무의 발생근거로서의 신의칙을 그 인정요건으로 막연히 환치해 버리기보다는, 민법에 규정할 수 있을 정도의 일반화된 판단기준 내지 성립요건을 도출하여 제시하는 것은 반드시 필요하다고 할 것이다.²⁸⁾

가. 계약당사자간 정보적 불평등이 있을 것

계약교섭단계에 있어서의 정보제공의무가 발생하기 위해서는 정보제공의무자(정보채무자)와 정보수령권자(정보채권자)사이에 정보의 수집·분석·처리 등의 능력에 격차가 있어야 한다.²⁹⁾ 즉 계약당사자 간의 정보비대칭 상황은 계약체결 이전

25) 김상중, 앞의 글(註 3), 22면; 임건면, 앞의 글(註 11), 153면; 지원립, 앞의 글(註 3), 395면 이하.

26) 계약체결 상의 정보제공의무의 성립요건 내지 설정 기준에 대하여 기술하고 있는 문헌들로는 김상중, 앞의 글(註 3), 22면; 송오식, 앞의 글(註 2), 105면 이하; 임건면, 앞의 글(註 11), 153면 이하; 지원립, 앞의 글(註 3), 395면 이하; 최상호, 앞의 글(註 3), 65면; 이상욱, “프랑스에서의 계약상 정보제공의무”, 영남법학 제1권 제1호, 영남대학교 법학연구소, 1994, 119면 이하 등이 있다.

27) 구체적인 성립요건 내지 설정기준을 제시하고 있는 경우도 있다. 예컨대 전보성, “금융기관이 대출계약 시 부담하는 경고의무- 프랑스법을 중심으로”, 사법논집 제47집, 법원도서관, 2008. 12. 30, 610~614면에서는 성립요건을 세분하여 객관적 요건으로는 계약을 통하여 발생할 수 있는 위험이 존재하여야 하고, 그러한 위험은 당사자의 의사결정에 영향을 미칠 정도로 관련성이 있는 것이어야 한다는 것을, 주관적 요건으로는 정보의 수령권자는 계약 체결 전에 해당 정보를 알지 못하였어야 하고 매매계약의 경우 그 목적물을 소지하지 못하고 있었다거나 정보조사의 능력이 없었던 경우처럼 당해 정보를 알지 못한 데에 대하여 정보수령권자에게 정당성이 있어야 하며, 정보제공의무자가 관련 정보를 알고 있었음에도 고의 또는 과실로 정보를 제공하지 않았어야 비로소 계약체결상의 정보제공의무가 발생한다고 설명하고 있다.

28) 계약체결단계에 있어서의 정보제공의무의 성립을 인정하여 오던 우리대법원도 신의칙에 의한 추상적·포괄적 판단표지만을 제시할 뿐 구체적인 성립요건은 내놓지 않고 있다. 그러나 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5812, 5829, 5836 판결; 대법원 2006. 10. 12. 선고 2004다48515판결에서 “계약의 상대방이 일정한 사정을 고지 받았더라면 당해 거래를 하지 않았을 것이임이 경험칙상 명백한 경우에는 계약의 당사자는 신의칙에 따라 사전에 상대방에게 특정한 사정을 고지할 의무가 있다”고 하여 일정한 사정을 알았더라면 거래를 하지 않았을 정도로 중요한 정보, 즉 ‘정보의 중요성’을 정보제공의무의 구체적이며 개별적인 성립요건으로 언급하였다. 그럼에도 불구하고 단지 이것만으로 복잡하고 다양화되어 가고 있는 현대의 수많은 계약에서 발생하는 정보제공의무의 보편적 성립규준으로 삼기에는 턱없이 부족한 것이 사실이다.

의 정보제공의무의 성립요건이 된다. 정보적 불평등이 명백하게 존재함에도 불구하고 계약자유의 원칙상 자기정보취득‘책무’³⁰⁾만을 강조하게 된다면 오히려 정보 약자의 보호를 간과하는 역설적 상황에 직면하게 될 것이란 점에서 이를 요건으로 설정한 것은 타당하다고 생각한다. 이러한 정보적 불평등의 관계는 변호사와 고객, 의사와 환자와 같은 전문가와 비전문가 내지 일반인 사이에 존재함은 물론이다. 바로 이러한 이유에서 정보제공의무는 특히 소비자법을 중심으로 사업자와 소비자의 관계에서 주로 문제가 되어 왔던 것으로 생각된다. 그러나 계약의 성질에 따라서는 일반 개인 간의 거래관계에서도 얼마든지 발생할 수 있기 때문에 정보제공의무를 일반규정으로 규율할 필요성이 있는 것이다.

그러나 증명책임과 관련하여서는 전문가와 비전문가의 거래관계와 일반 개인 간의 거래관계를 구별하여, 특히 정보적 격차가 뚜렷한 상황에서 전문가가 정보제공의무를 위반한 경우 그가 정보를 알고 있거나 알 수 있었다는 점에 관한 증명책임은 상대방인 비전문가에게 있지만 정보제공의무자가 그 분야의 전문가이기 때문에 악의가 추정되어 그 정보를 알고 있었던 것으로 인정될 수 있어서 비전문가의 증명책임이 완화될 수 있을 것이다. 이론적으로 정보적 불평등이 존재하지 않는 계약당사자들 간에도 계약에 관한 정보제공의무가 성립할 수 있다.³¹⁾ 그러나 대부분의 경우 사회경제적 약자로 분류되는 정보약자를 보호하기 위하여 정보적 격차가 존재하는 경우에 그렇지 않은 경우보다 더 적극적으로 의무발생을 유도할 목적으로 정보적 불평등을 요건으로 삼는 것은 약자보호와 정의 관념에 부합하는 것이다.

나. 중요한 정보이어야 할 것

전달하려는 정보가 중요해야, 즉 정보의 중요성이 존재해야 계약교섭과정에 있어서의 정보제공의무가 발생한다는 것이 다수설³²⁾과 판례³³⁾의 태도이다. 정보의

29) 송오식, 앞의 글(註 2), 106면; 임건면, 앞의 글(註 11), 154면.

30) 계약체결에 필요한 정보를 스스로 취득해야 하는 채권자의 측면에서 보면 이는 의무에 해당하는 것이 아니라, 책무에 해당하는 것으로 이해된다(같은 의미로 김상중, 앞의 글(註 3), 22면).

31) Cass. civ. 1re, 12 Janvier. 1999, Bull. civ. I, n° 15 판결에서 프랑스 파기원은 상대방인 정보채권자가 전문가라 하더라도 정보채무자의 정보제공의무는 면제되지 않는다고 판시하고 있다.

32) 김상중, 앞의 글(註 3), 24면; 송오식, 앞의 글(註 2), 107면; 이상욱, 앞의 글(註 26), 120면; 임건면, 앞의 글(註 10), 155면.

33) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008다19355 판결; 대법원 2008. 12. 16. 2007마1328 판결; 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5812, 5829, 5836 판결; 대법원 2006. 10. 12. 선고 2004다48515 판결;

중요성이란 정보가 계약의 체결에 관한 의사결정을 좌우할 수 있을 정도로 중요한 경우를 의미한다.³⁴⁾ 이 정도 비중의 정보인 경우에 계약당사자에게 정보제공 의무가 발생하게 되는 것이다. 표시·광고 공정화에 관한 법률(이하 ‘표시광고법’이라 함) 제4조, 약관의 규제에 관한 법률(이하 ‘약관법’이라 함) 제3조 제3항, 상법 제651조, 상법 제683조의3 등 여러 특별법에서도 정보의 중요성을 정보제공 의무의 성립요건으로 규정하고 있다. ‘정보의 중요성’을 계약체결 이전의 정보제공 의무의 성립요건으로 설정하려는 시도는 정보제공의무자에게 정보의 중요도에 관한 판단 없이 계약과 관련된 모든 정보를 제공할 것을 강요하는 결과를 가져 오게 수 있다는 점을 고려한 것으로 판단되며, 이러한 결과는 정보약자의 보호와도 무관할 뿐만 아니라, 계약당사자에게 과도한 의무를 부과하는 것으로서 계약 자유의 원칙에 심각한 위반을 초래할 수도 있을 것이다.

다. 의무자는 정보를 알고 있으나 상대방은 모르고 그 부지(不知)가 정당할 것

이는 정보제공의무자 내지 정보채무자는 정보를 보유하고 있고 상대방, 즉 정보채권자 내지 정보수령권자는 그 정보를 알지 못하고 있어야 한다는 의미이다.³⁵⁾ 한발 더 나아가 의무자가 알고 있는 정보를 상대방이 알지 못하고 있는 것에 대하여 정당성까지 있어야 비로소 정보제공의무가 발생하게 된다.³⁶⁾ 정보제공의무자에게는 조사의무가 있는 반면 상대방에게는 조사의무가 없는 경우에 상대방인 정보채권자의 부지(不知)에 정당성이 있다고 할 것이다.³⁷⁾ 정보제공의무자가 정보를 보유하고 있다는 것은 특정의 정보를 그가 알고 있다는 것을 의미한다. 그러나 이는 성립요건으로서 절대적으로 요구되는 것은 아니며, 정보채무자가 알지 못하는 정보에 대해서도 얼마든지 정보제공의무가 생긴다.³⁸⁾ 결론적으로

대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다20890 판결.

34) Boris Stark/Henri Roland/Laurent Boyer, obligation II: Contract, Litec, 4eéd., 1993, n° 279; Claude Lucas de Leyssac, L'obligation de renseignements dans les contrats: in L'information en droit privé, LGDJ, 1978, n° 33; Jacques Ghestin, L'utile et le juste dans les contrats, D., 1982, n° 493.

35) 김대희, “보험자의 설명의무에 관한 법적 고찰- 정보제공의무의 도입을 통한 보험계약자 보호 방안을 중심으로”, 박사학위논문, 건국대학교 대학원 법학과, 2012. 8, 141면; 송오식, 앞의 글(註 2), 109면; 이상옥, 앞의 글(註 26), 119면; 임건면, 앞의 글(註 11), 155면.

36) Boris Stark/Henri Roland/Laurent Boyer, loc. cit., supra note 51; Claude Lucas de Leyssac, loc. cit., n° 35. supra note 51; Jacques Ghestin, loc. cit., n° 495. supra note 51.

37) 임건면, 앞의 글(註 11), 155면.

의무자에게 정보제공의무가 성립하기 위해서는 그가 이 정보를 알고 있어야 하는 것과 동시에 상대방인 정보채권자는 모르고 있어야 하며 그 부지에 정당성이 있어야 한다. 이러한 부지의 정당성을 도출해 내기 위해서는 다음과 같은 구체적인 기준이 다시 필요하다.

1) 정보채권자가 정보를 아는 것이 불가능 할 것

일반적으로 매매계약의 경우 매도인이 주로 목적물을 점유하여 소유하고 있는 것이 대부분이기 때문에 매수인인 정보채권자는 스스로 조사의무를 이행할 수 없다고 보는 것이 타당하다.³⁹⁾ 이 외에도 매수인과 목적물과의 격차가 너무 큰 경우라든지 매수인인 정보채권자에게 조사능력을 기대하기에는 지나치게 고령인 경우에도 정보를 아는 것이 불가능한⁴⁰⁾ 경우라고 할 수 있을 것이다. 이와 함께 정보를 아는 것이 불가능한 정보채권자의 인적 특성 속에 육체적 장애까지 포함시키는 견해⁴¹⁾도 존재한다.

2) 정보채무자에 대한 신뢰

정보채권자인 상대방과 정보채무자간 긴밀한 신뢰관계가 형성되어 계약과 관련한 어떤 정보든지 알려줄 것이란 기대가 정보채권자에게 있는 경우 그의 정보에 대한 무지는 정당성을 갖게 된다.⁴²⁾ 이 경우 계약자유와 원칙상 자기정보취득책무에 따라 부담하게 되는 정보채무자의 조사의무는 조각(阻却)된다.⁴³⁾ 예컨대 위임계약, 고용계약, 조합계약 등에서⁴⁴⁾ 정보제공의무를 부담하는 의사, 변호사, 건축사, 공인회계사와 같은 전문가는 적극적인 조사의무를 부담하는 반면 정보채권자인 상대방은 그 신뢰로 인하여 정보조사의무가 면제되는 것이다.

38) MünchKomm/Emmerich, § 275 Rdn. 80f.

39) 임건면, 앞의 글(註 11), 155면.

40) 김현환, “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무”, 재판과 판례 제19집, 대구판례연구회, 2010. 12. 9면; 전보성(앞의 글 (註 27), 612면)은 이 불가능은 절대적·객관적 불가능을 의미하는 것이 아니라 매수인 또는 정보채권자가 정보를 취득하는데 중대한 어려움이 있는 정도면 족하다고 한다.

41) 박인환, “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무- 독일에서의 논의를 계기로 하여”, 박사학위 논문, 서울대학교 대학원 법학과, 2004. 2. 67면.

42) 박인환, 앞의 박사학위 논문(註 41), 66면.

43) Jacques Ghestin, *Traté de droit civil- La formation du contract*(sous la direction de Jacques Ghestin), LGDJ, 3e éd, 1993, n° 657.

44) Jacques Ghestin, op. cit., n° 502. supra note 51.

3) 의무자의 고의·과실에 의한 정보제공의무의 위반

정보제공의무자가 상대방인 정보채권자에게 고의로 잘못 알려주거나 과실에 의하여 잘못 알려 주는 경우에 정보채권자의 정보에 대한 부지(不知)에 정당성을 부여할 수 있다는 것이다.⁴⁵⁾ ‘잘못 알려주는 것’에는 고의 과실로 작위에 의하여 잘못 알려주는 것과 고의 과실로 부작위에 의하여 침묵한 경우가 모두 포함된다.⁴⁶⁾ 그러나 부작위에 의한 위반인 경우라면 상관없지만, 작위에 의한 정보제공의무 위반의 경우는 사기취소, 상대방에 의하여 유발된 착오, 불법행위는 물론 고의로 잘못 알려준 것이 계약의 내용이 되는 경우 하자담보책임까지 추궁할 수 있기 때문에 구태여 정보제공의무의 성립요건으로 이론을 구성하여 그 위반의 효과에 까지 이를 필요가 있는지 의문이지만 이 요건은 프랑스의 이론과 맞물려 소개 되는 것으로서⁴⁷⁾ 본고에서도 설명하기로 한다. 정보제공의무자의 위와 같은 방식의 정보제공의무를 위반한 행위는 정보채권자로 하여금 계약과 관련된 정보에 대한 조사의욕을 상실하게 함으로써 그의 부지(不知)에 정당성을 부여하게 되는 것이다.⁴⁸⁾ 이와 함께 허위 또는 부적절한 정보제공은 정보채권자에게 이미 존재하고 있던 정보조사의무를 상쇄시키기도 하는데 정보제공의무자가 고의 또는 과실로 잘못 알려 주었다면 상대방인 정보채권자에게 인정되던 조사의무는 면제되고 그의 부지(不知)는 정당성을 취득하게 된다.⁴⁹⁾

라. 기타

위와 같이 정보제공의무에 관한 구체적인 성립요건을 제시한 것은 개별 계약마다 다른 형태의 설정기준이 등장할 수 있기 때문에 되도록이면 많은 경우의 계약교섭상황에서 발견되는 판단기준들을 추출하여 일반적으로 적용할 수 있는 요건을 구조화하기 위함이다. 또한 이렇게 하는 것이 그동안 민법적으로 그 성립의 요건에 대하여 아무것도 제시된 것이 없는 상황에서 본고에서 주장하는 바 우리 민법에 정보제공의무를 규율할 때 신설조문에 반영할 수 있도록 하는 가장 좋은 방법이라고 생각한다. 따라서 이하에서는 위에서 정립한 판단기준 외에 생각해

45) 송오식, 앞의 글(註 2), 110면.

46) Jean Alisse, L' obligation de renseignements dans les contrats, thèse Paris II, 1975, n° 205.

47) 이상욱, 앞의 글(註 26), 122~123면.

48) 송오식, 앞의 글(註 2), 110면.

49) François Terré/Yves Lequette/Philippe Simler, Droit civil- Les obligations, D., 9e édition, 2005, n° 259; Cass. civ. 1re, 18 avril. 1989, Bull. civ. I, n° 150.

볼 수 있는 설정기준으로는 어떠한 것들이 있는지 살펴보기로 한다. 먼저 정보에의 접근가능성으로서 취득가능성이나 획득에 소요되는 비용도 고려하여야 할 것이다.⁵⁰⁾ 두 번째로 독일판례의 방식으로 정보채권자가 자신에게 계약의 내용과 효과에 관한 정보가 필요하다는 인식이 있다면 정보제공의무가 성립한다고 한다.⁵¹⁾ 셋째, 위에서 설명한 정보비대칭의 요건에서 파생되는 것으로서 다소 추상적이기는 하지만 정보의 필요성도 정보제공의무의 성립요건으로 삼을 수 있다.⁵²⁾ 넷째, 유럽계약법원칙(이하 PECL)과 유럽계약법 공통참조기준초안(이하 DCFR)으로부터 성립요건을 도출 할 수 있다. PECL에는 DCFR과 달리 계약체결 전 정보제공의무를 포괄적·일반적으로 규정하고 있지는 않지만 착오취소와 사기취소 규정 등에서는 우리민법이나 독일민법에 비하여 ‘정보제공’이라는 용어를 명시적으로 사용하고 있다.⁵³⁾ PECL 제4장 제107조(PECL 4:107)⁵⁴⁾와 DCFR 제2권 제7장 제205조(DCFR II.-7:205)⁵⁵⁾에서는 사기취소를 규정하고 있는데 정보제공의무의 성립요건을 명시적으로 밝히고 있다. 마지막으로 효율성과 법경제학적 측면에서 정보제공에 유리한 계약당사자에게 정보제공의무가 발생한다는 견해가 있다.⁵⁶⁾ 이에 따르면 정보제공의무자가 지불하는 정보취득에 소요되는 비용이 정보채권자가 부담하는 비용보다 저렴해야지만 정보제공의무가 성립한다. 이는 경제성과 효율성을 정보제공의무의 성립요건으로 본 것이라는 점에서 새로운 시각으로 생각할 수도 있다. 그러나 효율성은 곧 정보취득의 비용이기 때문에 정보획득비용의 다과(多寡)를 통하여 정보로 접근할 수 있는 가능성을 그 요건으로 설정하는 것과 결정적인 차이는 없다고 생각된다.

50) 김상중, 앞의 글(註 3), 24~25면; 임건면, 앞의 글(註 11), 155면; 지원립, 앞의 글(註 3), 396면.

51) 박인환, 앞의 글(註 6), 66면.

52) 위계찬, “채권자의 보증인에 대한 정보제공의무”, 법학연구 제18권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2007. 6, 175~176면.

53) 김상중, 앞의 글(註 3), 12면.

54) 양창수 역, “유럽계약법원칙에 대한 일고 및 그 번역”, 서울대학교법학 제40권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1999, 380면.

55) 안태용 역(Christian von Bar외 10인 편저), 비교민법총서 제1권- 유럽민사법의 공통기준안(총칙·계약편 DCFR 제1권~제4권), 법무부, 2012. 12. 31, 243면.

56) 위계찬, 앞의 글(註 52), 177~178면.

3. 정보제공의무의 위반 유형

계약체결 이전의 정보제공의무는 어디까지나 계약체결 여부를 좌우할 만한 중요한 정보⁵⁷⁾를 계약성립 이전에 제공하여야 할 ‘작위의무’이고 이에 대한 위반은 정보를 제공하지 않았다는 부작위를 통하여 이루어진다.

또한 고의나 과실로 잘못된 정보를 제공하는 경우에도 정보제공의무의 위반에 해당한다. 그러나 이러한 적극적 행위에 의한 정보제공의무의 위반은 특별법에 규율되어 있지 않더라도 기존의 민법 규정(예를 들면 민법 제110조, 제109조, 제750조)에 의해서도 충분히 해결이 가능하다고 판단된다.

그러나 작위에 의한 정보제공의무 위반도 부작위에 의한 것과 마찬가지로 정보제공의무를 통하여 상대방의 의사결정을 왜곡 시킨다는 점은 동일하므로 그 위반의 태양으로서 부작위는 물론 작위에 의한 것도 함께 살펴보기로 한다.

1) 작위에 의한 정보제공의무 위반

가) 고의로 잘못 알려주는 경우

고의성이 개입된다는 점에서 첫 번째로 민법 제110조 사기에 의한 계약의 취소를 생각할 수 있다. 민법상 사기를 적용할 수 있는 정보제공의무 위반의 유형으로서 올바른 정보를 고의로 사실과 다르게 알려준 경우, 올바른 정보를 고의로 부실하게 알려주거나 과장되게 알려준 경우, 상대방이 잘못 알고 있는 정보를 정정해 주지 않고 고의로 침묵한 경우가 있다.⁵⁸⁾ 올바른 정보를 고의로 잘못 알려준 경우는 적극적인 작위행위에 의하여 상대방의 의사결정에 나쁜 영향을 미쳤다는 점에서 기망행위 인정에 무리가 없다.⁵⁹⁾ 올바른 정보를 고의로 부실하게 알려준 경우 또는 올바른 정보를 고의로 과장되게 알려준 경우는 사기를 적용하는 데 있어서 이중의 고의⁶⁰⁾를 입증하지 못하여 상대방에 의하여 유발된 착오로 전환

57) 우리 대법원은 이례적으로 정보제공의무의 대상이 되는 정보에 대하여 명확한 기준을 제시하고 있는데 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5812, 5829, 5836 판결에서 “계약체결 여부에 영향을 미칠 중요한 사실”은 정보제공의무의 대상이며 이런 중요한 사실을 계약체결 이전에 알리지 않은 것은 신의칙에 반한다고 판시하였다.

58) 최현숙, “서비스계약에 있어서 정보제공의무에 관한 고찰”, 경성법학 제15집 제2호, 경성대학교 법학연구소, 2006. 12, 243면.

59) 최상호, 앞의 글(註 3), 177면; 대법원 2009. 4. 23. 선고 2009다1313 판결.

60) Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts, § 123 Rdn. 7f에 따르면 독일에서도 사기의 성립에 기망행위에 의하여 표의자를 착오에 빠뜨리고자 하는 고의와 착오의 상태로 진입한 표의자가 의사표시를 하게 하려는 고의, 즉 ‘이중의 고의’를 요구한다.

하여 위반의 책임을 묻는 경우를 상정할 수는 있어도 고의성 입증에 문제가 없는 한 이 역시 사기취소가 가능하다.⁶¹⁾

두 번째로 착오를 적용하여 ‘고의로 잘못 알려준 경우’의 책임을 물을 수 있다. ‘고의로 잘못 알려준 경우’, 즉 작위에 의한 정보제공의무의 위반은 원칙적으로 동기의 착오와 관련된다.⁶²⁾ 전통적으로 우리 대법원은 착오를 일으킨 동기가 표시된 경우 그 동기의 착오는 법률행위 내용으로 편입되어 착오를 원인으로 법률행위를 취소 할 수 있는 단초가 되는 것으로 법리를 구성해 왔다. 그러나 작위에 의한 정보제공의무 위반으로서 고의로 잘못 알려준 것으로 인하여 정보수령자가 착오로 의사표시를 한 것에 대해서는 이른바 ‘상대방에 의하여 유발된 착오’라고 하여 종래에 다수설과 판례가 취해온 동기의 착오에 관한 표시설의 입장에서 탈피하여 착오하게 된 동기의 표시 여부를 묻지 않고 상대방에 의하여 유발된 동기의 착오를 법률행위의 내용에 포함시켜 의사표시의 취소를 허용하고 있다.⁶³⁾ 이는 동기의 착오에 의한 취소의 요건을 완화시킨 것이라고 평가된다.

이외 에도 민법 제750조의 불법행위,⁶⁴⁾ 고의로 잘못된 정보를 제공한 것이 계약의 목적인 물건의 성질에 관련된 경우, 민법 제580조 특정물매매와 제581조 종류물매매에 있어 물건의 성질에 대한 하자담보책임⁶⁵⁾을 추가로 인정할 수 있다.

나) 과실로 잘못 알려주는 경우

과실로 잘못 알려주는 경우도 작위에 의한 정보제공의무의 위반에 해당한다. 그러나 정보제공의무자와 정보채권자 사이에 계약이 체결되기 전 ‘과실로 잘못 알려주는 경우’는 계약관계가 존재하지 않기 때문에 결국은 불법행위에 의하여 처리할 수밖에 없을 것이다.⁶⁶⁾ 고의가 아닌 과실로 잘못 알려준 경우 이에 대한 손해배상책임을 지도록 하는 것은 그 책임이 과도하게 확대될 우려가 있다. 특히 정보제공자가 법령상 또는 계약상의 의무 없이 단지 질의에 응답한 경우에도 책임을 지는가의 문제가 발생한다. 우리 판례⁶⁷⁾는 안마시술소개설 가능 여부에 관

61) 최현숙, 앞의 글(註 58), 243면.

62) 최현숙, 앞의 글(註 58), 244면.

63) 대법원 1989. 1. 17. 선고 87다카1271 판결; 대법원 1978. 7. 11. 선고 78다719 판결.

64) 대법원 2010. 11. 11. 선고 2008다52369 판결; 대법원 2009.8. 20. 선고 2008다19355 판결; 대법원 2006. 5. 11. 선고 2003다51057 판결; 대법원 2004. 5. 28. 선고 2002다32301 판결; 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다53059판결.

65) 김상중, 앞의 글(註 3), 3면 이하; 임건면, 앞의 글(註 11), 157면.

66) 이혜리, “과실에 기한 잘못된 정보제공으로 인한 책임”, 법조 제62권 제1호, 법조협회, 2013, 166면.

하여 문의하였으나, 잘못된 답변을 한 사안에서 “거래 등의 기초가 되는 정보의 진실성은 스스로 검증하여 거래하는 것이 원칙이므로 정보제공자가 법령상·계약상 의무 없이 단지 질의에 응답한 것에 불과한 경우에는 고의로 거짓 정보를 제공하거나 선행행위 등으로 위험을 야기하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 응답행위가 불법행위를 구성한다고 볼 수 없다”고 판시하여, 책임을 부정하고 있다.

2) 부작위에 의한 정보제공의무 위반

고의성이 있다는 공통점 때문에 ‘고의로 잘못 알려 주는 경우’와 ‘고의로 안 알려 주는 경우’는 모두 민법상의 착오와 사기로 규율이 가능하다. 먼저, ‘고의로 안 알려 주는 경우’, 즉 고의에 의한 침묵은 전술한 작위에 의한 위반처럼 민법상 사기규정을 적용하여 의사표시를 취소할 수 있다. 다만 작위에 의한 위반으로서 고의로 잘못 알려 주는 경우는 적극적 기망행위에 의하여, 부작위에 의한 위반으로서 고의로 안 알려 주는 경우는 침묵에 의한 기망에 의하여 계약을 사기로 취소할 수 있다는 점에서 구별된다. 프랑스의 영향⁶⁸⁾을 받아 우리나라에서도 다수설⁶⁹⁾과 판례⁷⁰⁾가 침묵에 의한 사기의 성립을 긍정한다.

두 번째로 착오를 적용하여 법률행위의 취소를 이끌어 낼 수도 있다. 우리대법원은 이른바 ‘악의의 묵비’⁷¹⁾⁷²⁾에 대해서도 동기의 착오로 해결하고 있다. 즉 ‘고의로 잘못 알려 주는 경우’와 ‘고의로 안 알려 주는 경우’ 모두 동기의 착오를 적용하고, 이때 동기의 착오는 전통적인 표시설의 입장을 벗어나 표시여부를 묻지

67) 대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다14671 판결.

68) Cass. com, 27 octobre. 1965, Bull. civ. III, 534, obs. Chevalier; Cass. civ. 3e, 2 octobre. 1974, Bull. civ. III, n° 330.

69) 이상욱, 앞의 글(註 26), 171면; 최상호, 앞의 글(註 3), 70면.

70) 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005도8645 판결; 대법원 1994. 6. 28. 선고 93도14 판결; 대법원 1987. 10. 13. 선고 86도1912 판결; 대법원 1980. 4. 8. 선고 79도2888 판결; 대법원 1971. 7. 27. 선고 71도977 판결에서 우리대법원은 침묵을 기망행위로 보아 의사표시의 취소를 긍정하고 있다. 이에 반하여 대법원 1991. 6. 11. 선고 91도817 판결; 대법원 1985. 3. 12. 선고 84도93 판결; 대법원 1983. 9. 13. 83도823 판결에서는 침묵한 정보의 내용이 계약체결 여부를 좌우한다고 볼 수 없기 때문에 기망이라고 볼 수 없다고 하였다.

71) 박인환, 앞의 글(註 6), 137면에 따르면 독일민법에 있어서 계약체결과정에서의 정보제공의무와 그 책임에 관한 일반규정은 존재하지 않지만 구 독일민법 제463조에서 하자에 대한 악의의 묵비에 대하여 하자담보책임법상 특별한 효과를 부여하고 있는 것과 같이 민법에 개별규정을 두고 부분적으로 정보제공의무와 그 위반의 책임을 규정하고 있다고 한다.

72) Cass. civ. 3e, 29 novembre. 1968, Gaz. Pal., 1969, I, 63; Cass. civ. 3e, 3 décembre. 1974, JCP., 1975, II, 18176 et note Randoux.

않고 동기의 착오를 법률행위의 내용에 포함시킨 후 착오에 의하여 취소하는 방식을 취한다.

Ⅲ. 외국에서의 정보제공의무

1. 독일에서의 정보제공의무

현행 독일민법에는 계약체결 이전의 정보제공의무를 포괄적으로 규정하는 일반규정이 없다. 2002년 개정에서 기존에 산재해 있던 개별계약상의 정보제공의무만을 개정민법에 흡수한 결과이다. 이에 해당하는 것으로는 소비자신용계약에서의 정보제공의무(§492 Abs. 1 BGB), 할부계약에서의 정보제공의무(§502 Abs. 1 BGB), 신용중개계약에서의 정보제공의무(§655 b BGB) 등이 있다.

이처럼 독일의 경우 정보제공의무에 관한 일반규정을 두고 있지 않기 때문에 우리나라처럼 정보제공의무 위반에 대하여 사기취소(§123 BGB), 착오취소(§119 BGB), 계약체결상의 과실책임 또는 불법행위책임(§823, §826 BGB)에 의하여 문제를 해결하고 있다. 독일 연방최고법원이 정보제공의무자가 과실에 기하여 정보제공의무를 위반한 것에 대하여도 계약교섭상의 과실책임(culpa in contrahendo)에 따른 계약의 해소와 손해배상책임을 인정⁷³⁾ 이후로 정보제공

73) BGH NJW 1962, 1196은 독일 연방최고법원의 지도적 판결로 평가되는데 자세한 내용은 다음과 같다. 목재용 원반톱기계(Besämkreissäge)에 대한 매매계약 교섭을 진행하면서 매수인(피고)은 자신이 지정한 특정한 장소에 원반톱기계를 설치할 수 있는지를 매도인(원고)에게 문의하였고, 이에 매도인은 매수인이 지정한 장소(매수인으로서 원반톱기계를 설치할 수 있는 사실상 유일한 장소)에 원반톱기계를 설치하는 것이 가능하다고 답변하였다. 그러나 매도인과 매수인 사이에 원반톱기계에 대한 매매계약이 체결된 후 당초 매도인의 답변과는 다르게 원반톱기계가 매수인이 지정한 장소에 설치될 수 없다는 것이 확인되면서 사건이 발생하였다. 이에 매수인은 매도인으로부터 계약의 목적물인 원반톱기계의 인수를 거부하자 매도인인 원고는 매수인에 대하여 계약상 책임을 추궁하여 소를 제기하였고 매수인인 피고는 이에 대한 항변으로서 원고인 매도인에게 계약교섭상의 과실책임에 기한 손해배상을 청구한 사안에서 독일연방최고법원은 매수인인 피고에게는 원상회복만이 피해를 구제받을 수 있는 유일한 수단이기 때문에 매수인인 피고가 매도인인 원고에게 행사한 계약교섭상의 과실책임에 기한 손해배상청구권은 독일민법 제123조 제1항의 사기취소와 같은 효과를 발휘한다고 하면서 이처럼 계약체결 이전의 정보제공의무가 개입되는 경우 계약교섭상의 과실책임의 효과는 계약의 해소가 된다고 판시하였다. 이 판결을 계기로 독일에서는 많은 논란이 있었는데, Larenz(Bemerkung zur Haftung für "culpa in contrahendo", FS für Ballerstedt, Berlin, 1975, S. 405 ff.)는 매도인의 정보제공에 대한 매수인의 정당한 기대를 배신하는 것을 방지하고 있는 독일의 불법행위법의 흠결을 고려할 때 BGH가 인정한 계약해소청구권에 찬성하고 있으며, Reinicke(Das Verhältnis der Ausschlussfrist des § 124 BGB zu der Verjährung von Vertragsaufhebungsansprüchen aus Delikt und c.i.c., JA 1982, S. 5.)도 계약체결상의 과실책임제도는 독일민법상의 제도들을 보완하므로 그 효과로서

의무의 규율에 가장 중요하게 사용되는 제도는 사기취소와 계약체결상의 과실 책임이다.⁷⁴⁾

적극적 작위행위에 의한 기망행위, 즉 ‘고의로 잘못된 정보를 주는 경우’ 우리나라는 사기의 성립을 긍정하지만⁷⁵⁾, 독일은 적극적 작위에 의하여 고의로 잘 못 알려진 정보라고 하더라도 즉시 사기취소를 허용하는 것이 아니라 당해 정보가 주관적 견해 내지 평가에 의한 것인 경우에는 사기취소를 부정한다.⁷⁶⁾ 사기취소를 규정하고 있는 독일민법 제123조 제1항이 보호하는 것은 계약에 있어 당사자간의 자유로운 의사결정이다.⁷⁷⁾ 따라서 계약당사자의 ‘악의적 기망’⁷⁸⁾에 의하여 착오에 빠져 의사표시를 한 표의자는 의사표시를 취소할 수 있다. 이때 악의적 기망이 존재한다면 그것이 표의자로 하여금 표시상의 착오를 일으키게 했는지 혹은 동기의 착오를 유발시켰는지 묻지 않고 사기취소에 있어 표의자의 착오요건을 만족시킨 것으로 인정한다.⁷⁹⁾ 사기취소 이외에 독일에서 정보제공의무 위반에 적용될 수 있는 민법규정에는 제823조 제1항의 불법행위책임과 제826조의 공서양속을 위반하여 가해한 경우의 손해배상책임 규정이 있다. 제823조 제1항의 해석과 관련하여 문제가 되는 것은 불법행위에 의한 침해의 대상이 되는 피해자의 자유를 무엇으로 보느냐 하는 것이다. 이에 대한 독일의 지배적인 견해는 불법행위 책임의 확장을 우려하여 이때 침해되는 피해자의 자유에서 경제적 자유는 배제하고 신체의 자유만을 의미한다고 함으로써 매우 제한적으로 해석하고 있는데, 이처럼 피해자의 경제적 자유가 배제되는 이유는 피해자의 침해되는 경제적 자유는 공정거래법상의 불법행위책임으로 포섭되기 때문이라고 한다.⁸⁰⁾ 정보제공의무의 위반을 독일민법 제826조의 공서양속을 위반한 고의적 가해행위라고 평가할 수 있는 경우 손해배상책임이 발생하는데 이때 필요한 고의도 사기취소에 필요한 고

계약해소청구권을 인정하는 것이 입법의 수정을 의미하는 것은 아니라는 이유로 Larenz처럼 찬성하는 입장이다. 이에 반하여 Medicus(Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1965, S. 200 ff.)는 독일민법이 제123조 제1항에서 사기에 의한 계약해소청구권 밖에 인정하고 있지 않음에도 불구하고 계약체결상의 과실을 이유로 하는 손해배상청구권으로 계약의 해소를 가능하게 하는 것은 정당화될 수 없다고 반박하고 있다.

74) 임건면, 앞의 글(註 11), 159면.

75) 최상호, 앞의 글(註 3), 177면; 대법원 2009. 4. 23. 선고 2009다1313 판결.

76) MünchKomm/Kramer, §123 Rdn. 15.

77) MünchKomm/Kramer, §123 Rdn. 1.

78) MünchKomm/Kramer, §123 Rdn. 16 f.

79) MünchKomm/Kramer, §123 Rdn. 13.

80) MünchKomm/Hager, §823 Rdn. 53.

의와 같이 미필적인 것으로도 족한 것으로 보고 있다.⁸¹⁾

2. 프랑스에서의 정보제공의무

2016년 프랑스 민법이 개정되었다. 2005년 프랑스 민법개정시안은 제1110조에서 계약체결과정에 있어서의 정보제공의무를 규정하고 있었지만 실제 민법개정으로 연결되지는 못하였다. 그 후 채권법 제3권의 제3편과 제4편(제1101조~1386조), 시효부분 제3권의 제20편(2234조~2281조)을 대폭 수정한 2016년 개정에서는 제1112-1조에 일반적으로 적용되는 계약체결전 정보제공의무를 규율하는 데 성공하였다.⁸²⁾ 정보제공의무에 관한 학계의 논의를 1940년대 중반부터 이미 시작하고⁸³⁾ 파기원도 이를 선도적으로 도입하여 운용해 오던 프랑스로서는 당연한 개정이라고 할 수 있다. 그러나 이번 민법개정으로 기존 이론에 적지 않은 변화가 불가피 할 것으로 보인다.

개정 전에는 우리민법처럼 정보제공의무에 관한 일반규정을 두고 있지 않았던 프랑스에서 피해자인 정보약자의 권리 보호를 위하여 고안된 정보제공의무 법리를 살펴보는 것은 매우 의미 있는 일이며, 현재 일반규정을 두고 있지 않은 우리에게 여전히 중요하다.

이하에서는 2016년에 정보제공의무에 관한 민법규정이 생기기 이전부터 논의되던 이론들을 중심으로 살펴보기로 한다. 또한 ‘계약전 정보제공의무’는 프랑스 민법 제1110조의 착오무효와 제1116조의 사기무효를 바탕으로 성립하는 것이므로 민법상 정보제공의무라고 할 수 있으나 정보약자의 증명책임을 완화시킬 목적으로 판례에 의하여 인정되는 ‘계약상 정보제공의무’는 엄밀한 의미에서 민법상

81) Staudinger/Oechsler, §826 Rdn. 7.

82) 제1112-1조

(1) 상대방의 의사표시에 있어 결정적인 중요성을 가진 정보를 아는 당사자 일방은, 상대방이 정당하게 그 정보를 알지 못하거나 그 계약상대방을 신뢰하는 한, 상대방에게 이를 알려야 한다.

(2) 그러나 이 정보제공의무는 급부가치의 평가에는 미치지 않는다.

(3) 계약의 내용 또는 당사자의 자격과 직접적이고 중요한 관련이 있는 정보는 결정적인 중요성을 가진다.

(4) 어떤 정보가 그에게 제공되어야 했음을 주장하는 자는 상대방이 그에게 그러한 의무를 가짐을 증명하여야 하고, 이 경우 상대방은 그것을 제공하였음을 증명하여야 한다.

(5) 당사자는 이 의무를 제한하거나 배제할 수 없다.

(6) 정보제공의무를 지는 자의 배상책임 외에, 정보제공의무를 이행하지 않은 것은 제1130조 이하에 규정된 요건에 따라 계약의 무효를 야기할 수도 있다.

83) Bruno Boccara, Dol, silence et réticence, Gaz. Pal., 1953, p. 1 ff; Michel de Juglart, L'obligation de renseignements dans les contrats, RTD civ., 1945, p. 1 ff.

정보제공의무는 아니다. 그러나 ‘계약전 정보제공의무’를 설명하는데 그와 비교하여 설명해야 하는 ‘계약상 정보제공의무’를 민법상 정보제공의무가 아니라는 이유로 따로 살펴볼 수는 없기 때문에 함께 보기로 한다.

프랑스에서 계약체결 이전의 정보제공의무와 관련된 이론은 크게 ‘계약전 정보제공의무’와 ‘계약상 정보제공의무’로 나뉜다. 먼저 ‘계약전 정보제공의무’란 물건을 팔거나 서비스를 제공하는 자가, 계약체결에 앞서, 물건 또는 서비스의 주된 특징은 물론 계약조건에 관한 정보를 상대방에게 제공해야 하는 의무를 말한다.⁸⁴⁾ 이는 정보의 비대칭으로 인하여 계약당사자간 불평등관계가 심화되기 시작하면서 1960년대 이후 파기원(Cour de cassation)은 착오(L'erreur)와 사기(Le dol) 등의 합의의 하자(vice du consentement)에 관한 민법규정에 대한 해석과 적용을 통하여 인정되었다고 한다.⁸⁵⁾ 계약상 정보제공의무가 오로지 판례에 의하여 성립한 것과는 달리 계약전 정보제공의무는 판례나 특별법에 의하여 이론이 정립되었다.⁸⁶⁾ 계약전 정보제공의무의 근거가 되는 것은 프랑스 민법 제1110조의 착오무효와 제1116조 사기무효 규정이다. 왜냐하면 계약전 정보제공의무의 위반으로 사기무효가 되거나⁸⁷⁾ 착오무효가 이루어져⁸⁸⁾ 상대방에게 손해가 발생하면 프랑스 민법 제1382조의 불법행위책임으로 인한 손해배상책임을 물을 수 있기 때문이다. 또한 파해원은 제1641조 이하의 숨은 하자에 대한 담보책임 규정에 의하여 계약전 정보제공의무 위반의 책임을 추궁하기도 하였다.⁸⁹⁾

‘계약상 정보제공의무’란 전문직업인과 소비자 사이에 체결되는 여러 종류의 계약에서 전문직업인이 소비자에게 안내 및 주의사항 등을 포함한 모든 정보를 제공해야할 의무를 가리킨다.⁹⁰⁾ 프랑스에서 계약상 정보제공의무는 오로지 판례에 의하여 성립되었으며⁹¹⁾ 정보제공의무의 보조채무이론에 근거한다. 양자의 구

84) 남궁술, “법규범의 발전과 판례- 프랑스민법상 안전배려의무와 정보제공의무의 발전에 있어서의 판례의 역할을 중심으로”, 민사법학 제28호, 한국민사법학회, 2005. 6, 321면.

85) Cass. com, 27 octobre. 1965, Bull. civ. III, 543, obs. Chevalier; Cass. civ, 3e, 29 novembre. 1968, Gaz. Pal., 1969, I, 63.

86) 남궁술, 앞의 글(註 84), 322~329면.

87) Cass. com, 27 octobre. 1965, Bull. civ. III, 543, obs. Chevalier.

88) Cass. civ, 3e, 29 novembre. 1968, Gaz. Pal., 1969, I, 63.

89) Cass. civ, 3e, 3 décembre. 1974, JCP., 1975, II, 18176 et note Randoux.

90) 이상욱, 앞의 글(註 26), 98면 이하.

91) Cass. civ, 1re, 31 janvier. 1973, Bull. civ. I, 37, obs. Hémard; Cass. civ, 1re, 14 octobre. 1997, D., 1997, p. 238; Cass. civ, 1re, 18 juillet. 2000, RTD. civ., 2000, p. 828, obs. Mestre et Fages; Cass. civ, 1re, juin. 1979, D., 1980, p. 38, obs. Larroumet; Cass. civ, 1re, Cass. civ, 1re, 15 mars. 1988, D., p. 93; Cass. com, 11 juillet. 1988, Bull. civ. IV, 250.

별실익은 증명책임에 있다. ‘계약상 정보제공의무’의 위반은 소비자 또는 일반인이 증명책임을 부담하지만 ‘계약전 정보제공의무’의 위반은 사업자 또는 전문직업인이 자신의 면책을 증명하여야 한다.

프랑스 민법 제1110조제1항은 “착오는 합의의 목적인 목적물의 본질에 관한 것인 경우에 한하여 무효원인이 된다”라고 규정하고 있다. 이에 대하여 파기원은 “정보를 제공하지 않은 것이 상대방에게 물건의 중요한 품질에 관한 착오를 야기한 경우, 그 계약은 무효가 된다”고 하였다.⁹²⁾ 프랑스 민법 제1116조 제1항은 “사기는 당사자 일방이 행한 기망행위가 없었더라면 다른 일방이 계약을 체결하지 않았을 것이 분명한 경우에 합의의 무효원인이 된다”라고 규정하고 있다. 이에 대하여 파월원은 한발 더 나아가 사기의 확장으로서 “침묵으로 감춰진 사실을 그 상대방이 알았더라면 계약을 체결하지 않았을 것이 분명한 경우 침묵도 사기에 해당 한다”고 판시하고 있다.⁹³⁾ 따라서 프랑스에서는 정보적 우위에 있는 가해자의 정보제공의무 위반이 발생하면 민법상 착오와 사기규정을 적용하고 확장이론을 통하여 그 성립을 용이하게 함으로써 피해자인 정보약자를 보호하는 방법을 취하고 있다.

3. 일본에서의 정보제공의무

2017년 일본민법(채권법)도 전면개정 되었는데,⁹⁴⁾ 정보제공의무 관련 일본 민법개정과정을 살펴보면 개정작업의 중반까지도 계약체결 이전의 정보제공의무에 관한 포괄적·일반적 규정이 존재하다가 최종개정에서는 삭제되었다고 한다.⁹⁵⁾ 일본은 아직까지도 민법에 정보제공의무에 관한 명문규정이 없는 셈이다. 따라서 일본도 우리나라처럼 신의칙에 의하여 정보제공의무를 인정하고,⁹⁶⁾ 위반의 문제는 민법의 규정을 간접적으로 적용하거나 특별법을 통하여 해결하는 방식을 취하고

92) Cass. civ. 3e, 29 novembre. 1968, Gaz. Pal., 1969, I, 63; CA Paris, 13 mai. 1987, D., 1987, 236.

93) Cass. civ. 3e, 4 janvier. 1991, D., 1992, 196, obs. Tournafond; Cass. civ. 1re, 19 juin. 1985, JCP., 1985, I, 14834; Cass. civ. 3e, 3 février. 1981, D., 1984, 457, note Ghestin; Cass. civ. 3e, 15 janvier. 1971, Bull. civ. III, 38, obs. Loussouran; Cass. com, 27 octobre. 1965, Bull. civ. III, 543, obs. Chevalier.

94) 일본민법 개정과정에 대해서는 박정기, “일본민법 개정법안상의 채권양도규정”, 법학논고 제58집, 경북대학교 법학연구원, 2017. 5, 211면 이하 참조.

95) OGINO(남효순 역), 일본민법에서의 민사책임의 개정, 민사법학 제74호, 2016. 3, 371면 이하.

96) 民法(債權法)改正検討委員会編, 『詳解 債權法改正の基本方針Ⅱ 契約および債權一般(1)』, 商事法務, 2009, 44頁 以下.

있다.

일본에서 민법을 통하여 계약체결전 정보제공의무를 규율하는 방식은 우리나라와 비슷하다. 예컨대 신의칙(제1조), 공서양속(제90조), 착오취소(제95조)⁹⁷⁾, 사기취소(제96조), 채무불이행책임(제415조), 불법행위책임(제709조), 담보책임(제561조 이하) 등에 의하여 정보약자인 피해자를 보호하고 있다. 일본민법 제95조 제1항에서 착오취소를 규정하고 제96조 제1항에서는 사기취소를 규정하고 있다. 정보제공의무자의 의무위반이 상대방인 정보약자를 착오에 빠뜨리거나 기망하여 손해를 발생시킨 경우 법률행위를 취소할 수 있는 것이다. 그러나 일본도 전술한 우리나라처럼 착오와 사기의 성립요건은 매우 엄격한 편이다. 따라서 피해자인 정보수령자에게 그러한 성립요건을 충족시켜 착오취소와 사기취소를 통하여 구제받을 것을 요구하는 것은 매우 가혹한 일이라 할 것이다. 예컨대 정보약자인 피해자가 부담하는 사기의 이중고의의 증명의 문제가 대표적 이다.⁹⁸⁾ 이에 프랑스처럼 착오와 사기의 성립요건에 대한 확장이론을 구성하고 있지만 피해자 구제에 어려움이 있기는 마찬가지라고 한다.⁹⁹⁾ 또한 일본민법 제90조에 의하여 가해자인 정보적 우위에 있는 자가 정보제공의무를 해태한 경우를 이른바 ‘공공의 질서’ 또는 ‘선량한 풍속’에 반하는 것으로 보고 계약을 무효로 하는 것도 이론적으로는 가능할 수 있겠지만 공서양속위반으로 무효에 이르기 위해서는 상당한 수준의 부당성이 의무위반 자체에 인정되어야 할 것이라고 한다.¹⁰⁰⁾

4. 국제규범에서의 정보제공의무

최근의 국제적 경향은 계약법을 비롯한 사법의 통일에 의하여 글로벌 경제화를 꾀하는 것이다. 이 같은 흐름으로 1990년대 중반부터 유럽연합에서는 사법통

97) 서희석, “일본 민법(채권법) 주요 개정사항 개관- 민법총칙을 중심으로”, 비교사법 제24권 제3호(통권 제78호), 한국비교사법학회, 2017. 8, 1084면 이하에 따르면 2017년 일본민법 개정으로 제95조 착오규정의 법률효과는 기존의 무효에서 취소로 변경되었다.

98) 我妻榮, 『新訂民法總則(民法講義 I)』, 岩波書店, 1965, 308頁 以下.

99) 森田宏樹, 「合意の瑕疵の構造とその拡張理論(3完)」, NBL 第484號, 商事法務研究会, 1991. 11. 1, 64頁; 山本敬三, 「民法における合意の瑕疵論の展開とその検討」, 棚瀬孝雄ほか編, 『契約法理と契約実行』, 弘文堂, 1999, 167頁, 170頁.

100) 今西康人, 「消費者取引と公序良俗違反」, 法律時報 第64卷 第12號, 日本評論社, 1992, 171面; 平野裕之, 「消費者取引と公序良俗」, 椿寿夫・伊藤進編, 『公序良俗違反の研究- 民法における総合的検討』, 日本評論社, 1995, 317頁.

일방안으로 이른바 ‘유럽계약법’을 작성하기 위하여 정부가 아닌 사적 연구단체를 중심으로 계약법의 통일작업이 계속되고 있다.¹⁰¹⁾ 그 결과 만들어진 것이 유럽계약법원칙(이하 PECL)과 유럽계약법 공통참조기준 초안(이하 DCFR)이다.

이하에서는 PECL과 DCFR에서의 정보제공의무에 관한 내용을 살펴보기로 한다.¹⁰²⁾

PECL 제4장 제103조(PECL 4:103)에 의하면 정보제공의무 위반에 의하여 표의자가 착오에 빠졌거나 착오가 없었더라면 계약을 체결하지 않았을 만큼 정보의 중요성이 인정되면 정보수령자인 표의자는 법률행위를 취소할 수 있다. PECL 제4장 제106조(PECL 4:106)조에서는 정보제공의무자의 부정확한 정보제공으로 인하여 표의자가 PECL 4:103상의 착오에 빠지지 않았다 하더라도 손해배상청구를 허용한다. 제4장 제107조(PECL 4:107)의 사기규정에서는 ‘사기적’으로 정보를 제공하지 않은 정보가 명백하게 중요하거나 그 취득비용이 고액이면 사기에 의한 계약의 취소가 가능함을 정하고 있다.

DCFR 제2권 제3장 제101조(DCFR II.-3:101)에서는 일반적 정보제공의무를 규정하고 있는데 이에 따르면 사업자는 정보약자인 소비자에게 물품, 기타자산 또는 용역공급계약을 체결하기 이전에 소비자가 계약의 목적물에 관하여 제공될 것이라고 합리적 기대를 갖는 사항을 정보로 제공하여야 한다.¹⁰³⁾ 이외에도 DCFR상 계약체결전 정보제공의무를 명시적으로 규정한 것으로서 DCFR II.-3:102조 부실정보제공의 금지, DCFR II.-3:103조 특별한 정보 불균형 상태에 있는 소비자와의 계약체결에서의 정보제공의무, DCFR II.-3:104조 실시간 통신커뮤니케이션에서의 정보제공의무, DCFR II.-3:106: 명확성 및 정보제공의 형태에 관한 보충규정, DCFR II.-3:109: 정보제공의무 위반에 대한 구제 등이 있다.

101) 성승현, “계약법 통일논의와 민법의 현대화”, 법학논총 제18집 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2011, 291면 이하.

102) DCFR에는 계약체결전 정보제공의무에 관한 포괄적·일반적 규정을 명문화하였는가 하면 PECL에는 우리나라 민법이나 독일민법처럼 정보제공의무에 대한 일반규정은 존재하지 않지만 PECL 제4장 제111조(PECL 4:111) 제3자 규정 등 여러 부분에서 ‘정보제공’이란 용어를 명시적으로 자주 사용하고 있다.

103) 안태용 역(Christian von Bar의 10인 편저), 앞의 책(註 55), 185면.

IV. 민법상 정보제공의무 신설의 필요성과 원칙

1. 신설의 필요성

전술한 바와 같이 우리민법에는 계약교섭과정에 있어서의 정보제공의무에 관한 제390조나 제750조와 같은 일반규정은 존재하지 않는다. 그 동안 우리 학설과 판례는 다음의 방법으로 정보약자를 보호해 오고 있다. 우선 그 하나는 민법에 있는 기존 제도들 중에서 판례와 학설의 해석에 의하여 정보제공의무와 관련이 있을 것 같은, 예컨대 착오나 사기 같은 규정을 적용하거나, 또 다른 하나는 특별법(예를 들면 소비자보호법, 보험법)을 통하여 특정한 계약에 한해서만 정보약자를 보호하고 있다. 그러나 이 두 방식 모두 사회·경제적 약자인 경우가 많은 정보약자를 구제하기에는 한계가 존재한다. 민법의 다른 제도들을 간접 적용하는 방식은 사기나 착오 혹은 불법행위의 성립요건의 장벽이 너무 높아 실효성이 떨어진다는 문제점이 발생하고, 특별법을 통한 방법은 그 적용의 범위가 너무 협소하다는 단점이 있다. 그러나 민법에 정보제공의무에 관한 일반규정을 신설한다면 실효성과 적용범위의 문제를 해결 할 수 있을 것이다.

2. 신설의 원칙

약자보호를 위하여 민법에 계약체결전 정보제공의무 규정을 신설할 때 따라야 할 원칙들을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 용어사용의 문제이다. 설명의무 등 여러 유사개념들을 살펴본바 있지만 가장 현대적인 표현으로서 일반 국민들의 민법에 대한 접근의 용이성이라는 측면에서 ‘정보제공의무’라는 표현이 가장 적당하다고 생각한다.

둘째, 의무위반의 책임을 무엇으로 설정할지 이다. 급부의 이행을 거부하는 것이 아니라 정보의 제공을 하지 않은 것만으로 계약의 해소까지 가는 것은 너무 과하다는 생각이다. 전반부에서 정보제공의무의 본질을 채무로 보았기 때문에 손해배상만을 규정하는 것이 타당하다고 생각한다. 또한 의무위반이 사기나 채무불이행의 요건을 충족하면 계약의 해소도 가능할 것이다.

셋째, 손해배상의 범위의 문제이다. 위반의 효과로서 채무불이행책임이나 불법행위로 인한 손해배상책임도 성립할 수 있으므로 정보제공의무 위반으로 책임의 범위를 신뢰이익만으로 한정할 것은 아니다.

넷째로, 성립요건을 어떻게 규정할지이다. 개별성이 매우 강하게 나타나는 정보제공의무의 성립요건을 유형화하는 것은 쉬운 일이 아니다. 그러나 신의칙을 그 인정요건으로 막연히 환치해 버리기보다는 앞서 제시한 예처럼 민법에 규정할 수 있을 정도의 일반화된 판단기준 내지 성립요건을 도출하여 제시하는 것은 반드시 필요하다고 할 것이다.

다섯째, 증명책임의 문제이다. 우리 민법상 사기나 불법행위 규정은 피해자를 구제하는데 매우 강력한 효과를 발휘하지만 정보제공의무 위반의 효과로는 실효성이 떨어진다. 고의에 대한 증명의 책임이 피해자인 정보약자에게 귀속되기 때문이다. 따라서 민법에 규정하는 정보제공의무 위반의 책임에 있어서 정보약자인 피해자가 증명의 부담을 모두 지지 않도록 하는 입법적 고려가 필요하다고 생각한다.

V. 결론

정보수집능력과 그 정보에 대한 처리 능력이 상이한 당사자들 간의 계약을 규율하고 정보비대칭의 계약환경에서 정보약자를 보호할 수 있는 방법을 모색한 것이 바로 계약체결 이전 단계에서의 정보제공의무이다. 그러나 우리민법은 이러한 계약체결상의 정보제공의무에 대하여 규정하고 있지 않다. 단지 학설과 판례가 신의칙을 근거로 의무의 성립을 인정하고 그 위반의 책임을 민법의 기존 규정들을 동원하여 도출하고 있을 뿐이다. 예컨대 정보제공의무의 위반에 대하여 판례는 민법 제750조의 불법행위책임으로서 손해배상책임을 인정한다. 이 경우 일반불법행위의 성립요건으로 가해자인 매도인의 고의나 과실, 가해행위의 위법성, 가해행위로 인한 손해의 발생 등을 모두 피해자인 매수인 또는 소비자가 증명해야 하는데 그 과정이 매우 어렵고 지난하여 정보약자가 손해의 배상을 받기 곤란한 구조다. 이뿐 아니라 착오, 사기, 계약책임, 하자담보책임 등도 피해자인 정보약자 독자적으로 계약해소나 손해배상에 이르기 어렵기는 마찬가지다. 여러 특별법들이 산발적으로 계약체결 이전의 정보제공의무를 규정하여 정보약자를 부분적으로 보호하고 있지만 모든 계약을 대상으로 하고 있지는 않다. 따라서 계약체결과정에 있어 정보제공의무에 관한 민법규정의 신설은 정보제공의무 위반에 대한 사법적 책임에 관한 일반적 기준 제시와 정보약자를 보호하는데 많은 도움이 될 것이다. 왜냐하면 적용범위가 제한되어 있는 특별법은 현대의 복잡하고 다양한 계약에서 정보약자를 충분히 보호할 수 없기 때문이다. 이와 같이 민법에 계약체결상의 정보

제공의무를 신설하는 것이 정보약자보호에 가장 효과적이고, 실질적인 사적자치를 실현하는 방법이라고 생각한다.

(논문투고일: 2018.05.18., 심사개시일: 2018.06.05., 게재확정일: 2018.06.12.)



▶ 임 건 면 · 황 성 일

정보제공의무, 정보약자, 정보 비대칭, 계약교섭, 민법규정 신설 원칙

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

- 곽윤직, 채권총론(신정수정판), 박영사, 1999. 12. 24.
- 김대희, “보험법선진화를 위한 정보제공의무 도입방안”, 연세 글로벌 비즈니스 법학연구 제4권 제1호, 연세대학교 법학연구원 글로벌비즈니스와 법센터, 2012.
- _____, “보험자의 설명의무에 관한 법적 고찰- 정보제공의무의 도입을 통한 보험계약자 보호방안을 중심으로”, 박사학위논문, 건국대학교 대학원 법학과, 2012. 8.
- 김범철, “제조물책임법상 경고의무의 한계”, 법조 제55권 제7호, 법조협회, 2006. 7.
- 김상중, “계약체결 이전 단계의 정보제공의무- 외국 입법례와 비교에 의한 규정 신설의 제안을 중심으로”, 고려법학 제56호, 고려대학교 법학연구원, 2010. 3.
- 김성천/송민수/김영신, “소비자계약법 제정방안 연구”, 정책연구보고서, 한국소비자원, 2011. 9.
- 김현환, “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무”, 재판과 판례 제19집, 대구판례연구회, 2010. 12.
- 김형배, “민법개정에 대한 소감과 당부”, 민사법학 제42호, 한국민사법학회, 2008.
- 남궁술, “법규범의 발전과 판례- 프랑스민법상 안전배려의무와 정보제공의무의 발전에 있어서의 판례의 역할을 중심으로”, 민사법학 제28호, 한국민사법학회, 2005. 6.
- _____, “프랑스 소비자법 체계에 관한 연구”, 상사판례연구 제25집 제2권, 한국상사판례학회, 2012. 6. 30.
- 남효순 역(Nao OGINO), “일본민법에서의 민사책임의 개정”, 민사법학 제74호, 한국민사법학회, 2016. 3.
- 남효순, “프랑스민법전의 채권 및 시효의 개정시안”, 민사법학 제40호, 한국민사법학회, 2008. 3.
- _____, “프랑스채권법의 개정과정과 계약의 통칙 및 당사자 사이의 효력에 관하

- 여, 민사법학 제75호, 한국민사법학회, 2016. 6.
- 박인환, “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무- 독일에서의 논의를 계기로 하여”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원 법학과, 2004. 2.
- _____, “독일법상 정보제공의무위반을 이유로 하는 계약해소청구권”, 민사법학 제27호, 한국민사법학회, 2005. 3.
- 박정기, “계약체결과정에 있어서의 정보제공의무”, 토지법학 제18호, 한국토지법학회, 2002.
- _____, “일본민법 개정법안상의 채권양도규정”, 법학논고 제58집, 경북대학교 법학연구원, 2017. 5.
- 박희수, “일본 소비자계약법의 개정과 시사점”, 소비자정책동향 제74호, 한국소비자원, 2016. 10.
- 서희석, “일본 민법(채권법) 주요 개정사항 개관- 민법충치를 중심으로”, 비교사법 제24권 제3호(통권 제78호), 한국비교사법학회, 2017. 8.
- 성승현, “계약법 통일논의와 민법의 현대화”, 법학논총 제18집 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2011.
- 송오식, “소비자계약에서 정보제공의무”, 법학논총 제29집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2009. 6.
- 윤태영, “투자계약에서의 정보제공의무 위반에 대한 손해배상책임”, 민사법이론과 실무 제14권 제2호, 민사법의 이론과 실무학회, 2011. 6. 30.
- 안태용 역(Christian von Bar외 10인 편저), 비교민법총서 제1권- 유럽민사법의 공통기준안, 법무부, 2012. 12. 31, 243면.
- 양석완, “금융기관의 설명의무와 조언의무”, 법과정책 제10호, 제주대학교 사회과학연구소, 2004. 8.
- 양창수 역, “유럽계약법원칙에 대한 일고 및 그 번역”, 서울대학교법학 제40권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1999.
- 원종욱, “보호의무에 관한 소고”, 법학논총 제35집, 숭실대학교 법학연구소, 2016. 1.
- 위계찬, “채권자의 보증인에 대한 정보제공의무”, 법학연구 제18권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2007. 6.
- _____, “계약체결과정에서 설명의무의 근거(Begründung der Aufklärungspflichten bei Vertragsverhandlungen)”, 원광법학 제23권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2007.

- 윤태영, “투자계약에서의 정보제공의무 위반에 대한 손해배상책임”, 민사법이론과 실무 제14권 제2호, 민사법의 이론과 실무학회, 2011. 6. 30.
- 이상욱, “프랑스에서의 계약상 정보제공의무”, 영남법학 제1권 제1호, 영남대학교 법학연구소, 1994.
- 이혜리, “과실에 기한 잘못된 정보제공으로 인한 책임”, 법조 제62권 제1호, 법조 협회, 2013.
- 이호행, “정보제공의무에 대한 비판적 고찰”, 고려법학 제72권, 고려대학교 법학 연구원, 2014.
- 임건면, “계약체결상의 정보제공의무와 매매목적물의 하자에 관한 설명의무- 독일민법상의 하자에 관한 매도인의 정보제공의무를 중심으로”, 성균관법학 제27권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2015.
- 전보성, “금융기관이 대출계약 시 부담하는 경고의무- 프랑스법을 중심으로”, 사법논집
- 최상호, “계약상의 정보제공의무에 관한 연구- 사기와 착오법리의 적용관계를 중심으로”, 법학논고 제9집, 경북대학교 법학연구소, 1993.
- 최현숙, “서비스계약에 있어서 정보제공의무에 관한 고찰”, 경성법학 제15집 제2호, 경성대학교 법학연구소, 2006. 12

II. 외국문헌

- Boris Stark/Henri Roland/Laurent Boyer, obligation II: Contract, Litec, 4eéd., 1993.
- Bruno Boccara, Dol, silence et réticence, Gaz. Pal., 1953.
- Canaris, Die Vertrauenshaftung, 1971.
- Claude Lucas de Leyssac, L'obligation de renseignements dans les contrats: in L'information en droit privé, LGDJ, 1978, n° 33; Jacques Ghestin, L'utile et le juste dans les contrats, D., 1982.
- Emmerich, Recht der Rechtsstörungen, 4. Aufl., 1971.
- François Terré/Yves Lequette/Philippe Simler, Droit civil- Les obligations, D., 9e édition, 2005.
- Holger Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht- eine

- rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten, C.H. Beck, München, 2001.
- Jacques Ghestin, *Trat  de droit civil- La formation du contract(sous la direction de Jacques Ghestin)*, LGDJ, 3e  d, 1993.
- Jean Alisse, *L' obligation de renseignements dans les contrats*, thèse Paris II, 1975.
- Larenz Karl, *Bemerkung zur Haftung für "culpa in contrahendo"*, FS für Ballerstedt, Berlin, 1975.
- Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8. Aufl. 1997( n ng: AT des BGB)
- Medicus, Dieter, *Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo*, JuS 1965.
- Michel de Juglart, *L' obligation de renseignements dans les contrats*, RTD civ., 1945.
- Münchener Kommentar, BGB, Band 3, 6. Aufl., 2012 ( n ng: MünchKomm/집필자)
- Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 77. Aufl., 2018 ( n ng: Palandt/집필자)
- Reich, "Schuldrechtliche Informationspflichten gegenüber Endverbrauchern", NJW 1978, 513 ff.
- Reimer Schmidt, *Die Obliegenheiten - Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, Verl Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1953.
- Reiner Schulze/Martin Ebers/Grigoleit Hans Christoph(hrsg.), *Informationspflichten und Vertragsschluß im Acquis communautaire(Information Requirements and Formation of Contract in the Acquis Communautaire)*, 2003.
- Reinicke, Michael, *Das Verhältnis der Ausschlußfrist des   124 BGB zu der Verjährung von Vertragsaufhebungsanspr chen aus Delikt und c.i.c.*, JA 1982.
- Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2004 ( n ng:

Staudinger/집필자)

今西康人, 「消費者取引と公序良俗違反」, 法律時報 第64卷 第12號, 日本評論社, 1992.

内閣府国民生活局消費者企画課編 『逐条解説 消費者契約法(補訂版)』, 商事法務, 2003, 125 頁; 落合誠一, 『消費者契約法』, 有斐閣, 2001.

民法(債権法)改正検討委員会編, 『詳解 債権法改正の基本方針Ⅱ 契約および債権一般(1)』, 商事法務, 2009.

山本敬三, 「民法における合意の瑕疵論の展開とその検討」, 棚瀬孝雄ほか編, 『契約法理と契約実行』, 弘文堂, 1999.

森田宏樹, 「合意の瑕疵の構造とその拡張理論(3完)」, NBL 第484號, 商事法務研究会, 1991. 11. 1.

松本恒雄, 「規制緩和時代と消費者契約法」, 法学セミナー 第549号, 2000. 9.

我妻榮, 『新訂民法総則(民法講義Ⅰ)』, 岩波書店, 1965.

平野裕之, 「消費者取引と公序良俗」, 椿寿夫・伊藤進編, 『公序良俗違反の研究- 民法における総合的検討』, 日本評論社, 1995.

Abstract

**A Proposal to Create the Duty to Disclose Information
in the Contract Negotiating Phase in the Civil Law**

– Focus on the Principles of Legislation –

Im, Geon Myeon

Hwang, Seong Il

As capitalism develops, the need to protect the socially and economically weak, including workers, installment buyers, tenants, and minors is increasing. Because the majority is the weaker party in a system that distributes finite resources according to their own capacities. This concept of the weaker party is reflected to the parties of the contract as it is. The gap in social and economic capacity between contracting parties are linked to the gap in information that they ought to know when signing a contract, and informational imbalance will lead to an unfair contract. In this reason, this paper has recognized that establishing the duty to disclose information in civil law can be the most effective way to mitigate the situation of information asymmetry and to protect the weaker party widely between contracting parties. Recently, France accepted the duty to disclose information through its amendment in civil law, but very few countries globally govern the duty to provide information as a civil law. In the case of not having substantive enactment about the duty in civil law, the choice is either to apply the existing civil law or to enact a special law. However, in terms of strict establishment requirements and coverage it is insufficient to protect the weaker party in information. Therefore, this paper suggest the principles of establishing

the civil law on the duty to disclose information, which is generally applied to all contract, by analyzing the legal principles of duty to disclose information in Korea and abroad.



▶ **Im, Geon Myeon · Hwang, Seong Il**

Duty to Disclose Information, weaker party in information, Information asymmetry, Contract negotiation, Principle of establishing the civil law

성공보수약정에 대한 외국법의 규율동향*

- 2015년 대법원판결 이후 실태변화와 중국의 법제를 중심으로 -

정 상 현(鄭相鉉)**

【목 차】

I. 서 설	1. 성공보수약정에 대한 외국의 일반적 규율
II. 우리나라의 변호사보수 실태와 성공보수약정에 대한 법적 규율	2. 중국의 변호사 수입료와 성공보수 실태
1. 2015년 대법원 판결 전후의 변호사보수 실태변화	3. 형사성공보수 약정의 효력에 대한 중국의 학설과 판례 태도
2. 성공보수약정에 대한 법적 규율 동향	4. 중국의 ‘변호사업무수임료관리방법’의 규율
3. 성공보수약정에 대한 향후 대책	5. 중국 각 도시의 성공보수 기준금액
III. 중국의 변호사 성공보수약정에 관한 법적 규율	IV. 결 어

【국 문 요 약】

수임계약의 변호사 보수와 관련한 내용 중에는 상담료나 착수금, 소송수행실비 등도 있겠지만, 당사자가 가장 부담스럽게 생각하는 것은 고가의 성공보수금이고, 이에 대한 별도의 약정을 성공보수약정이라고 한다. 성공보수약정은 소송에서 유리한 결과를 얻어낸 대가로 당사자가 그 소송대리 변호사에게 일정액의 보수를 지급하기 위한 것이다. 특히 형사소송에서 피의자나 피고인이 현재의 인신 구속 상태나 미래의 그러한 상태로부터 해방시켜 줄 것을 조건으로 고액의 보수금을 약정하기도 한다. 심지어 전관예우를 받고 있는 변호사가 유리한 소송을 이끌 것이라는 기대가 더해지면, 성공보수금은 상상을 초월하는 고액으로 약정되어 재판의 공정성을 침해하는 심각한 사회문제로 비화되기도 한다.

* 이 논문은 2016년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2016 S1A5A2A02926790).

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수·법학박사.

우리 대법원은 2015년 형사사건의 성공보수약정을 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 법률행위로서 민법 제103조에 따라 무효라고 판결하였다. 이에 따라 변호사는 형사사건에서 불기소, 불구속, 보석, 무죄 등을 조건으로 성공보수약정을 할 수 없고, 이미 이러한 약정을 하였더라도 그에 따른 보수금의 지급청구가 거절된다. 이에 대하여 변호사업계는 극렬한 반대의사를 표명하였다. 대한변호사협회는 보다 적극적으로 2015. 7. 27. 헌법재판소에 성공보수에 대한 금지법규가 없는 상태에서 대법원이 판결로 모든 형사성공보수약정을 무효라고 선언한 것은 새로운 법률의 창조와 다름이 없으므로 입법권을 침해하고, 계약체결의 자유 및 평등권을 위반하였다는 이유로 그 판결의 취소를 구하는 헌법소원을 제기하였다. 이와 함께 법원의 재판을 헌법소원 대상에서 제외하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌확인도 요청하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 같은 해 8. 12. 이 사건을 전원재판부에 회부하여 현재 심리를 진행 중이다. 한편 대한변호사협회는 2017. 3. 30. ‘형사사건 성공보수 유효화 관련 세미나’를 개최하여, 성공보수기준을 신설하는 변호사법개정안을 제안하고 그 입법화를 위한 특별위원회를 구성하였다.

독일이나 프랑스 등 서구 대륙법 국가의 법률제도는 거의 19세기 이래 형사사건이든 민사사건이든 구별하지 않고 변호사의 성공보수약정에 대하여 반사회적 법률행위로서 무효라고 선언한다. 주로 변호사 직무의 공공성이나 직업적·신분적 윤리에 위반하는 행위로 파악하기 때문이다. 영미법의 태도도 유사한데, 민사소송을 제외하기도 하지만 원칙적으로 보통법의 규율은 변호사가 성공보수를 지급받는 행위를 소송에 대한 부당한 방어행위로 취급하여 금지시켰고, 이러한 약정은 불법계약으로 취급되어 그 효력을 발생할 수 없다. 서구의 규율과 달리, 일본은 종래 우리나라와 마찬가지로 변호사의 성공보수약정 자체를 금지하지는 않았다. 그러나 일본에서는 성공보수금액이 보통 소송을 통하여 얻게 되는 이익의 10-20% 정도로 많지 않으며, 그 약정비율 역시 전체 사건의 일부에 지나지 않아서, 이로 인하여 변호사의 독립성이 의심되거나 사법절차를 방해하는 등의 문제점이 크지 않다. 중국에서도 형사소송의 성공보수약정에 대한 금지를 긍정하는 견해와 부정하는 견해로 나뉘지만, 판례는 변호사업무수임료관리방법 제12조와 중화인민공화국 합동법(계약법) 제7조의 공공질서위반으로서 무효임을 선언하였다. 이러한 중국 법원의 판결을 보면, 2015년 우리 대법원이 형사성공보수약정을 반사회적 법률행위로서 무효라고 한 판시와 결론에 있어서 차이가 없다. 결국 성

공보수약정에 대한 외국의 규율태도는 이를 허용하지 않는 방향으로 귀일되고 있다.

I. 서 설

우리 민사소송법은 변호사 강제주의¹⁾를 채택하고 있지 않으므로, 분쟁 당사자가 직접 소송절차에 적극적으로 참가하여 스스로 권리보호 주장을 할 수 있다. 그럼에도 소송절차의 원활한 진행과 전문가의 법률 조언을 받을 수 있는 장점 때문에, 당사자는 계약을 통하여 변호사를 소송에 참여시키는 경우가 많다. 이때 소송 당사자는 변호사의 원활한 소송수행을 위하여 소송대리권을 수여한다. 그와 함께 변호사가 해야 할 소송업무의 내용과 의뢰인이 지급해야 할 보수에 관하여 계약을 체결한다. 이를 수임계약 또는 소송대리계약이라고 한다.

수임계약의 변호사 보수와 관련한 내용 중에는 상담료나 착수금, 소송수행실비 등도 있겠지만, 당사자가 가장 부담스럽게 생각하는 것은 고가의 성공보수금이고, 이에 대한 별도의 약정을 성공보수약정이라고 한다. 성공보수약정은 소송에서 유리한 결과를 얻어낸 대가로 당사자가 그 소송대리 변호사에게 일정액의 보수를 지급하기 위한 것이다. 특히 형사소송에서 피의자나 피고인이 현재의 인신

1) 필수적 변호사 변론주의(대리주의)를 의미하는 것으로 형사소송법에는 1. 피고인이 구속된 때, 2. 피고인이 미성년자인 때, 3. 피고인이 70세 이상인 때, 4. 피고인이 농아자인 때, 5. 피고인이 심신장애의 의심이 있는 때, 6. 피고인이 사형, 무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건으로 기소된 때, 변호인이 없는 경우에는 법원이 직권으로 변호인을 선정하도록 하지만(제33조 제1항), 민사소송법에는 이러한 규정이 없다. 다만 2014. 11. 11. 윤상현의원의 대표발의로 민사소송법을 개정하여, 상고심에 한해 변호사를 소송대리인으로 선임하도록 하고, 법원의 선임 명령과 명령에 따르지 않으면 소를 각하한다는 규정(제87조의 2), 당사자에게 자력이 없는 경우 대법원에 국선대리인, 법률구조법원에 공선대리인의 선임 신청, 공익상 필요한 경우 이들을 선임할 수 있다는 규정(제87조의 3)의 신설이 제안된 바 있다. 같은 해 12. 19. 홍일표의원의 대표발의로 유사한 개정안이 제안되기도 하였다. 이에 대하여 전문위원의 검토보고서는 경제적 약자에게 재판받을 권리를 침해할 우려가 있고, 대법원 또는 법률구조법원이 국선대리인 또는 공선대리인을 선임하는 것은 개인 사이의 법적 분쟁에 국가가 심각하게 개입하는 것이며, 상고인에게만 이런 기회를 부여하는 것은 피상고인과 사이의 형평성 문제가 제기될 수 있다고 평가하였다. 이들 개정안은 2015. 4. 29. 법제사법위원회에 회부되었으나, 5. 6. 제안의원이 법안을 철회하는 것으로 매듭지었다. 물론 과거에도 이러한 제안은 있었다. 1988. 12. 8. 정부는 민사소송법의 대폭적인 개정 일환으로 고등법원 이상의 법원에 소를 제기하는 경우 변호사를 소송대리인으로 선임하지 않고는 소송행위를 할 수 없도록 하는 규정을 제안하였다(민사소송법 제80조의 2). 이 개정안 자체는 1989. 12. 18. 법제사법위원회에서 수정 가결되었으나, 위 규정은 당사자의 소송비용 증가를 이유로 삭제되었고, 1989. 12. 19. 제147회 국회 정기회 제18차 본회의에서도 동일하게 의결되었다. 한편 2017. 6. 15. 나경원의원이 다시 민사사건의 상고심에서 필수적 변호사 변론주의를 도입하는 내용의 민사소송법 개정안을 대표 발의한 바 있다(홍세욱, “민사소송에서의 국선대리인제도와 필수적 변호사 변론주의의 도입”, 인권과 정의 제47호, 대한변호사협회, 2017. 12. 1., 97면). 이 개정안은 2017. 6. 16. 법제사법위원회에 회부되고 23. 상정되어 심리가 계속 중이다.

구속 상태나 미래의 그러한 상태에서부터 해방시켜 줄 것을 조건으로 고액의 보수금을 약정하기도 한다. 심지어 전관예우를 받고 있는 변호사가 유리한 소송을 이끌 것이라는 기대가 더해지면, 성공보수금은 상상을 초월하는 고액으로 약정되어 재판의 공정성을 침해하는 심각한 사회문제로 비화되기도 한다.

우리 대법원은 2015년 형사사건의 성공보수약정을 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 법률행위로서 민법 제103조에 따라 무효라고 판결하기에 이르렀다.²⁾ 이에 따라 이후 변호사는 형사사건에서 불기소, 불구속, 보석, 무죄 등을 조건으로 성공보수약정을 할 수 없고, 이미 이러한 약정을 하였더라도 그 지급청구가 거절된다. 이에 대하여 변호사업계는 극렬한 반대의사를 표명하였다. 대한변호사협회는 보다 적극적으로 2015. 7. 27. 헌법재판소에 성공보수에 대한 금지법규가 없는 상태에서 대법원이 판결로 모든 형사성공보수약정을 무효라고 선언한 것은 새로운 법률을 만든 것과 다름이 없으므로 입법권을 침해하고, 계약체결의 자유 및 평등권에 위반된다는 이유로 그 판결의 취소를 구하는 헌법소원을 제기하였다. 이와 함께 법원의 재판을 헌법소원 대상에서 제외하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌확인도 요청하였다.³⁾ 이에 대하여 헌법재판소는 같은 해 8. 12. 이 사건을 전원재판부에 회부하여 현재 심리를 진행 중이다. 한편 대한변호사협회는 2017. 3. 30. ‘형사사건 성공보수 유효화 관련 세미나’를 개최하여, 성공보수기준을 신설하는 변호사법개정안을 제안하고 그 입법화를 위한 특별위원회를 구성하였다.

대법원이 사법절차의 공정성과 변호사 업무의 공공성을 확보하기 위하여 반사회적 법률행위의 적용범위를 넓히고, 변호사와 의뢰인 사이의 특정 계약에 대한 효력을 제한하기 위한 해석의 변경을 막을 수는 없다. 다만 변호사와 의뢰인에게 법률평계 형성의 자유, 즉 계약체결 내지 내용결정의 자유가 있고, 이를 보장하기 위한 민법의 일반원칙 역시 보호되어야 하는 법적 가치임에 틀림없다. 형사성공보수약정의 효력에 대한 위 대법원판결의 이념적·법리적 평가는 국민생활의 법적 지배원리를 확보하기 위한 필수 과정이고, 거기서도 판결의 정당성을 가늠

2) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다200111 전원합의체판결. 대법관 13명의 전원일치로 한 판결이었다. 이 판결은 형사성공보수약정 자체는 사회질서에 위반하지 않으나 금전적 이익이 결부됨으로써 그에 해당하는 법률행위가 되어 무효임을 선언하였고(송덕수, 민법강의, 박영사, 2017, 133면; 지원림, 민법원론, 홍문사, 2017, 77면), 이러한 반사회성의 판단시점이 법률행위시임을 명확히 한 점에서도 매우 의미가 있다.

3) 2015헌마784.

하기 위한 근거는 다양하게 고려될 수 있다. 그 중 성공보수약정의 효력에 관한 외국법의 법률상황을 살펴보는 것 역시 그에 대한 우리나라의 규율방향 설정과 위 판결의 당부를 판단하기 위한 가늠자가 될 수 있을 것이다.

II. 우리나라의 변호사보수 실태와 성공보수약정에 대한 법적 규율

1. 2015년 대법원 판결 전후의 변호사보수 실태변화

우리 언론에 등장하는 사건에서 변호사보수가 상상을 초월하는 금액인 경우가 여럿 밝혀졌다. 2005년 대법원장 후보가 손해배상금청구소송의 변호인으로 선임되어 착수금으로 2억 원, 청구금액의 65-69%를 받아낼 경우 1억 원, 70-79%이면 최고 4억 원, 80-89%일 경우 최고 9억 원, 90% 이상을 받아낼 경우 최고 15억 원의 성공보수금을 받기로 약정한 경우가 있었다.⁴⁾ 2010년에는 고등법원장에서 퇴임한 변호사를 선임한 의뢰인이 성공보수금 2억 3,100만 원을 지급하지 못하자, 변호인이 자신의 고교동창인 대부업자를 소개하여 의뢰인으로 하여금 이자율 연 24% 연체이율 30%에 해당하는 고금리로 5억 원을 대출받게 하면서 위 성공보수금을 미리 공제한 경우도 있었다.⁵⁾ 2015년 6월 보석이나 집행유예 등의 판결을 받기 위해 법원 로비명목으로 의뢰인으로부터 50억 원의 부당 수입료를 받은 최모 변호사에 대하여 법원은 제1심과 제2심 모두 징역 6년형을 선고한 바 있다.⁶⁾ 2017년 5월 이른바 ‘최○○게이트’와 관련하여 삼성이 변호인으로 선임한 로펌의 수입료에 관심이 쏠렸는데, 법조계에서는 제1심만 해도 몇 달이

4) 중앙일보 인터넷신문, “형사 변호 70% 화이트칼라 범죄”, 입력 2006. 11. 21. 4:20 수정 2006. 11. 21. 7:43, 문병주 기자.

5) 중앙일보 인터넷신문, “전 고법원장 고리로 돈 빌려준 뒤 성공보수 미리 뺐 의혹”, 입력 2016. 2. 25. 2:18 수정 2016. 2. 25. 9:50, 김포그니 기자.

6) 2017년 1월경 제1심 법원은 최변호사의 모든 혐의를 유죄로 판단해 징역 6년 및 추징금 45억 원을 선고하였고, 같은 해 7월경 제2심 법원은 징역 6년 및 추징금 43억 1,250만 원을 선고하였다. 2017년 12월 22일 상고심에서 대법원은 원심의 위 징역 및 추징금은 인정하면서, 조세포탈 혐의에 대해서는 원심의 유죄판결을 파기, 환송하였다. 최변호사는 이 사건 관련자 외 다른 사건의 의뢰인으로부터도 50억 원을 받은 혐의가 밝혀졌다(조선일보 인터넷신문, “대법 100억 수입료 최○○, 변호사법 유죄지만 조세포탈 일부 무죄 파기환송”, 입력 2017. 12. 22. 12:28, 최순웅 기자; 중앙일보 인터넷신문, “대법 100억 원 수입한 전판예우 최○○ 변호사에 2심 재판 다시 받으라”, 입력 2017. 12. 22. 10:34 수정 2017. 12. 22. 10:35, 김민상 기자). 2015년 대법원이 성공보수약정에 대하여 무효판결을 하자 위 사건의 피고인이 최변호사에게 지급한 50억 원 중 되돌려 받은 30억 원 외 나머지 20억 원도 성공보수라고 주장하며 반환을 요구하였고, 최변호사는 그 20억 원이 착수금이므로 돌려줄 이유가 없다고 주장하다 실랑이가 벌어져 최변호사가 폭행을 당했다고 고소하는 일도 있었다(중앙일보 인터넷신문, “변호사 폭행 부른 20억 성공보수나 착수금이나”, 입력 2016. 4. 26. 1:50 수정 2016. 4. 26. 16:12, 임장혁 기자).

결릴지 모르는 상황이기 때문에 향후 수입료가 100억 원을 넘을 것이라는 데 큰 이견이 없다고 하였다.⁷⁾ 최근 탄핵된 전 대통령의 변호인은 2018년 1월 24일 한 일간신문과의 인터뷰에서, 전 대통령의 수표 30억 원과 현금 5억 원을 보관하고 있다는 사실을 공개하면서, 이 금전이 상고심 재판까지 고려한 변호인단 구성 자금이었는데, 섭외과정에서 어느 거물급 변호사는 변호인단 구성비용으로 30억 원 이상을 제시했다고 밝혔다.⁸⁾

한편 형사성공보수에 대한 대법원의 무효판결 당시 한 언론보도에 따르면, 전 판변호사의 경우 착수금 2,000만 원 내지 3,000만 원, 성공보수금 5,000만 원 내지 수억 원을 정함으로써 성공보수에서 큰 이익을 남기는 것으로 파악되었다. 즉 형사 단독판사 출신은 재판 단계에서 착수금 3,000만 원과 성공보수 5,000만 원, 부장판사는 그 보다 좀 더 높거나 비슷하고, 부장검사 출신들은 수사단계에서 제1심까지 착수금 1,000만 원과 성공 보수 5,000만 원, 검사장 출신이 재벌회장의 형사사건이나 기업회계 사건을 맡으면 착수금은 5,000만 원 이상, 성공보수는 수억 원에서 수십억 원이 되기도 한다고 밝혔다.⁹⁾

형사성공보수의 무효 판결로 대형 로펌에서는 변호사별로 책정된 시간당 수수료에 일한 시간을 곱해 책정하는 타임차지(time charge) 방식으로 변호사보수를 계산기도 하는데, 통상 5년 차 미만의 경력인 변호사는 시간당 30만 원 안팎이고, 법원·검찰 고위직을 지내거나 경력이 20년을 넘은 변호사는 시간당 80만 원에서 90만 원을 받는 경우도 있다고 한다.¹⁰⁾ 일부 로펌은 성공보수가 포함된 착수금을 받은 후 나중에 의뢰인에게 돌려주는 이면계약을 맺기도 하는데, 착수금 5,000만 원과 성공보수 1억 원을 받던 변호사가 착수금 1억 5,000만 원을 미리 받은 후 약속한 결과를 얻지 못하면 1억 원을 반환하는 방식이다. 나아가 변호사 선임계 없는 이른바 ‘몰래 변론’의 경우 변호사가 성공보수를 받더라도 외부에 드러나지 않으므로, 성공보수제도가 음성화될 조짐도 보인다는 것이 법조계 일반적 시각이다.¹¹⁾ 물론 착수금이나 성공보수에 대한 명확한 기준이 없고 성

7) 조선일보 인터넷신문, “서초동 25시 서초동 최○○ 특수…삼성서만 100억?”, 입력 2017. 5. 9. 3:10 수정 2017. 5. 9. 10:03, 양은경 기자·신수지 기자.

8) 중앙일보 인터넷신문, “유○○, 박이 지목한 거물급 변호사, 1심서만 30억 요구”, 입력 2018. 1. 28. 2:00 수정 2018. 1. 28. 7:33, 김정하 기자.

9) 조선일보 인터넷신문, “성공보수 실태 단독판사 출신은 5000만원…검사장 출신은 수억대”, 입력 2015. 7. 25. 19:31, 양은경 기자.

10) 조선일보 인터넷신문, “서초동 25시 서초동 최○○ 특수…삼성서만 100억?”, 입력 2017. 5. 9. 3:10 수정 2017. 5. 9. 10:03, 양은경 기자·신수지 기자.

공보수약정은 당사자 사이에 체결되는 구체적 계약내용이어서 이러한 기사를 무조건 신뢰할 수는 없으며, 위 기사에 대하여 터무니없이 과다한 액수라고 반박하는 변호사도 많다.

2. 성공보수약정에 대한 법적 규율 동향

우리나라는 당초 변호사의 성공보수에 관하여 매우 제한적인 태도를 취하였다. 1947년 제정된 변호사법¹²⁾ 제17조는 “변호사는 현저히 불상당한 보수를 받지 못하고 고의로 진실을 엄폐하고 허위의 진술을 하지 못한다”고 규정하였다. 1973년 1월 25일 변호사법 개정으로 제17조를 4개항으로 분리하였으나, 변호사보수에 관한 제2항은 위와 동일하게 규정되었다.

변호사법에서 규율하던 변호사의 보수기준은 1983년 개정 변호사법¹³⁾ 제19조에서 “대한변호사협회가 이를 정한다”라고 규정하여, 민간협회에 위임하였다. 그에 따라 동 협회는 ‘변호사보수기준에 관한 규칙’을 제정하였다. 여기서 변호사보수를 사건보수, 사무보수, 실비변상으로 나누고, 사건보수에 관하여 형사사건은 착수금과 성공보수를 각각 500만 원 이하로 규정하였다.¹⁴⁾ 1995년에는 대한변호사협회가 ‘변호사보수제도연구위원회’를 설치하고 새로운 기준의 제정작업에 착수하여, 형사사건에서의 성공보수를 금지하고(제30조), 변호사보수를 사건 당 500만 원 이하로 제한하였다(제29조). 나아가 1999년 5월 7일 대통령 자문기구로 출범한 ‘사법개혁추진위원회’는 변호사보수의 합리적 개선방안을 논의하면서, 형사사건의 경우 고도로 위촉된 피의자나 피고인의 심리적 상태를 이용하여 고액의 성공보수가 약정될 가능성이 있으므로, 이를 제도적으로 규제할 것인지 아니면 시장원리에 맡길 것인지 논의하였다. 그리하여 동 위원회가 개선방안으로 제시한 것은 민사성공보수를 포함한 변호사보수는 시장원리에 맡기기로 하고, 변호사단체로 하여금 소비자의 선택을 도울 수 있는 ‘표준보수지침’(guideline)을 마련하도록 권고하되, 특히 형사사건에 대한 성공보수는 이를 금지하는 것으로 결

11) 조선일보 인터넷신문, “성공보수 무효 3개월...이면합의, 착수금 받으면 돌변, 학계도 우려”, 입력 2015. 11. 13. 11:54 수정 2015. 11. 22. 15:29, 최순웅 기자.

12) 1949. 11. 7. 제정 및 시행, 법률 제63호.

13) 1982. 12. 31. 전부개정 및 시행, 법률 제3594호.

14) 소가 100만 원까지는 착수금과 성공보수를 각 10%로, 100만 원 초과부분은 각 8%, 300만 원 초과부분은 각 7%, 500만 원 초과부분은 각 5%, 1,000만 원 초과부분은 각 4%, 5,000만 원 초과부분은 각 3%, 1억 원 초과부분은 각 2%, 5억 원 초과부분은 각 1%로 정하고, 이 기준의 30% 범위 내에서 증감을 허용하되 전체 경제적 가액의 40%를 초과할 수 없도록 하고 있다.

론지었다.¹⁵⁾

그러나 2000년 제정된 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 적용이 제외되는 부당한 공동행위 등의 정비에 관한 법률’은 변호사 등 사업자의 보수를 해당 사업자단체가 정하고 주무부처장관이 이를 승인 또는 인가하는 제도의 폐지가 입법 목적이었다. 이에 따라 변호사법이 개정되어¹⁶⁾ 제19조가 삭제되었고, 대한변호사협회가 정한 ‘변호사보수기준에 관한 규칙’ 역시 폐지되었다.¹⁷⁾ 결국 현재 우리나라에는 형사성공보수약정을 금지하는 현실적 강제력을 가진 규범은 존재하지 않는다.

그럼에도 국회는 2000년 이후 변호사업계의 과도한 수입료가 법조비리의 근본 원인임을 지적하면서, 변호사보수의 상한을 대통령령으로 정하고 형사사건의 성공보수약정을 금지하는 내용의 변호사법개정안을 수차례 제출하였으나 모두 폐기되었다. 다만 변호사보수의 근거는 대한변호사협회 회칙 제44조에서 볼 수 있는데, 그 제1항에서 변호사보수를 사무보수, 사건보수 및 실비변상으로 나누고, 제2항에서 사무보수는 상담료, 감정료, 문서작성료 및 고문료, ‘사건보수’는 사건의 종류에 따라 ‘착수금’과 ‘성공보수’, 실비변상은 수입사무 및 사건의 처리비용과 여비 등으로 나누며, 제3항에서 이는 변호사 등과 위임인 사이의 계약으로 정한다고 규정할 뿐이다. 이에 따라 성공보수약정은 민사사건뿐만 아니라 형사사건이나 가사사건에서도 널리 이용되었으며, 착수금은 정액으로 하고 성공보수는 정액 또는 승소가액에 대한 비율로 정하였다. 다소 지난 일이지만, 한국소비자단체협의회 등의 통계자료를 보면, 민사사건 전체의 40%~45%, 형사사건의 경우 43%~53%, 가사사건의 경우 40% 정도가 변호사보수를 착수금과 성공보수금으로 나누어 받고 있다고 한다.¹⁸⁾

2004년 대한변호사협회가 권고양식으로 만든 ‘형사성공보수 수입약정서’에는 ① 경찰 또는 검찰에서 사건이 불기소, 약식명령청구, 가정법원(소년부)에 송치된 때, ② 영장이 기각된 때, ③ 구속적부심사청구·보석청구에 의한 석방결정, 구

15) 강일원, “사법개혁추진위원회의 형사사법개선방안”, 형사재판의 제문제, 제3권, 2001, 473-474면.

16) 1999. 2. 5. 개정 2000. 1. 1. 시행, 법률 제5815호.

17) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 적용이 제외되는 부당한 공동행위 등의 정비에 관한 법률은 변호사, 행정사, 공인회계사, 세무사, 관세사, 변리사, 건축사, 수의사 및 공인노무사 등 사업자의 보수를 해당 사업자단체가 정하는 제도와 주무부처장관이 해당사업자의 보수기준을 승인 또는 인가하는 제도를 폐지하기 위한 입법목적에 갖고 있었으며, 그 제1조에서 변호사보수를 정하고 있는 변호사법 제19조의 폐지를 규정하였다.

18) 한국소비자단체협의회, 전문자격사(변호사, 행정사, 수의사) 보수 실태조사, 2001, 17면 이하.

속집행정지 결정이 된 경우, ④ 면소, 공소기각, 형의 면제의 선고가 있을 때, ⑤ 무죄의 선고가 있을 때, ⑥ 선고유예 또는 집행유예의 선고가 있을 때, ⑦ 벌금형 이하의 선고가 있을 때, ⑧ 구형량보다 형이 감경된 때, ⑨ 소년보호사건에서 불처분, 위탁변경결정, 보호자 등에게 위탁하는 보호처분이 된 때, ⑩ 상소심에서 원판결이 취소 또는 변경된 경우, ⑪ 고소 고발사건을 수임한 경우 기소유예, 약식기소, 불구속기소, 구속기소에 대하여, 위임사무가 성공한 경우 약정된 금원을 성과보수로 지급한다면서, 변호사가 위임사무처리를 위해서 상당한 노력이 투입된 후 의뢰인이 정당한 사유 없이 위임계약을 해지하는 경우, 성과보수를 지급해야 하는 것으로 정하고 있다.

다만 변호사윤리장전은 사건의 난이도, 소요되는 노력의 정도와 시간, 변호사의 경험과 능력, 의뢰인이 얻게 되는 이익의 정도 등 제반 사정을 고려하여 변호사 보수를 합리적으로 결정하도록 규정하였다(제31조 제2항). 위 장전의 선포 당시(1962. 6. 30.) 제33조(조건부보수금지)에서 “변호사는 성공보수를 조건부로 미리 받아서는 아니 된다”라고 규정되었다. 통계자료에 비추어 이 규정이 성공보수약정을 실질적으로 제한하는 기능을 발휘하기도 하였다.¹⁹⁾ 그러나 2014년 2월 24일 대한변호사협회는 위 규정 자체를 삭제하였다.

한편 성과보수와 직접적으로 관련된 이른바 ‘전관예우방지법’ 역시 실효성이 없다는 지적이 일고 있다. 현행 변호사법 제89조의 4 제1항에 따르면, 법관, 검사 등 공직퇴임 변호사는 그 퇴직일부터 2년 동안 수임한 사건에 관한 수임 자료와 처리 결과를 대통령령으로 정하는 기간마다 소속 지방변호사회에 제출하여야 한다.²⁰⁾ 동법 제117조 제1항은 이를 위반한 변호사에 대하여 2,000만 원 이하의 과태료에 처하도록 규정하고 있다.²¹⁾ 그러나 실제 공직퇴임 변호사의 수임 제한 위반으로 과태료 처분을 받은 것은 대개 과태료 200-300만 원에 그쳐 실효성이 없으며, 전관예우의 가장 대표적인 형태인 전화변론 등 선임신고서 없이 이뤄지는 불법행위는 현행법으로 막을 장치조차 없고, 오히려 이전보다 크게 늘었다고 한다.²²⁾

19) 오종근, “변호사보수에 관한 연구”, 법과 사회 제27호, 법과사회이론학회, 2004, 106면.

20) 최초 도입된 것은 2007. 1. 26. 법률 제8271호에 따른 개정 변호사법(시행 2007. 7. 27.) 제89조의 4(공직퇴임변호사의 수임자료 등 제출)였고, 큰 변동 없이 2013. 5. 28. 법률 제11825호(시행 2013. 5. 28.)에 의하여 현행법과 같이 개정되었다.

21) 2007년 변호사법 개정 당시 제89조의 4 위반행위는 제117조 제1항 제7호에 해당하여 1,000만 원 이하의 과태료에 처하는 것으로 규정되었으나, 2013년 개정으로 현행법과 같이 규정되었다.

22) 조선일보 인터넷신문, “검사장 출신 전관 변호사 1억짜리 전화 변론 여전 구멍 뚫린 전관 예우

3. 성공보수약정에 대한 향후 대책

2015년 대법원 판결 이후 대한변호사협회는 표준 수임약정서와 관련하여 현재는 불기소 또는 불구속기소, 영장기각, 집행유예, 무죄선고 등 성공보수 위주로 수임약정이 체결되는데, 앞으로는 결과와 상관없이 변호사상담, 피의자신문, 재판 변론 등 단계별로 비용을 산정하는 방식으로의 변화를 모색하겠다고 발표하였다. 대형로펌들도 기존의 착수금과 성공보수 위주로 하던 수임체계를 시간제 보수 방식으로 변경하는 방향을 모색하고 있다. 기업이나 총수 관련사건의 70-80%는 전면적인 시간제 보수형식으로 하고, 나머지 개인사건 20-30%는 성공보수 대신 착수금을 현행보다 1.5 내지 2배 가량 상향 책정하는 방식을 제안하였다.

최근 한 논문에서 의뢰인과 변호사는 기업의 최고경영자와 주주에 유사한 본인과 대리인 관계라고 파악하면서, 문제는 전문지식이 부족한 의뢰인이 전문가인 변호사가 성실하게 업무를 수행하는지 감시, 감독할 수 있는 수단이 없는 점이라고 진단하였다. 그러면서 이 논문의 결론은 변호사들의 적극적인 업무수행을 유도하는 역할을 해 온 성공보수가 사라지면 오히려 경험이 많은 전관들에게 사건이 쏠릴 수도 있으며, 계약충실의무나 변호사윤리를 강조하는 것만으로 변호사가 성실하게 업무에 임하리라고 보는 것은 근거가 부족하다고 지적하였다.²³⁾

형사성공보수약정의 무효화로 인한 부작용 역시 만만치 않으므로 이에 대한 대책도 마련되어야 할 것으로 보인다. 이른바 ‘풍선효과’로 전관 변호사들의 착수금을 상향 조정하게 되면 위 판결로 인한 형사성공보수약정의 제한 효과를 거두기 어렵다. 변호사가 거액의 착수금을 먼저 지급 받은 후 불성실변론을 할 가능성이 예상된다면, 의뢰인 입장에서는 오히려 재판결과에 따라 성공보수를 주기로 약정하는 것이 소기의 목적을 달성하는데 더욱 효과적이라고 생각할 수도 있다. 법원과 변호사단체는 착수금, 성공보수금 등 수임료에 대한 보다 명확한 규정과 누구나 수급할 수 있는 표준약정서를 제시할 필요가 있을 것이다. 나아가 변호사협회에 의한 자율적 제한 외에 공공기관에 의한 강제적 제한 가능성을 고려할 필요는 없는지 검토해 보아야 할 것이다.

방지법”, 입력 2015. 8. 10 14:09, 최순웅 기자·허욱 기자·조지원 기자; “전화변론·판사와 친분 자랑…도 넘은 전관변호사의 비위”, 입력 2015. 8. 20 03:00, 송원형 기자.

23) 이창민·최한수, “형사 성공 보수 무효 판결에 대한 (법)경제학적 분석”, 형사소송 성공보수 약정에 관한 법경제학적 논의, 한국법경제학회 2015 추계학술대회 발표문, 2015. 11. 6., 33-34면

III. 중국의 변호사 성공보수약정에 관한 법적 규율

1. 성공보수약정에 대한 외국의 일반적 규율

독일이나 프랑스 등 서구 대륙법 국가의 법률제도는 거의 19세기 이래 형사사건이든 민사사건이든 구별하지 않고 변호사의 성공보수약정에 대하여 반사회적 법률행위로서 무효라고 선언한다.²⁴⁾ 주로 변호사 직무의 공공성이나 직업적·신분적 윤리에 위반하는 행위로 파악하기 때문이다.²⁵⁾ 영미법의 태도도 유사한데, 민사소송을 제외하기도 하지만 원칙적으로 보통법의 규율은 변호사의 성공보수 수령행위를 소송에 대한 부당한 방어행위로 취급하여 금지시켰고²⁶⁾, 이러한 약정은 불법계약(illegal contract)으로 취급되어 그 효력을 발생할 수 없다.²⁷⁾ 이러한 서구의 규율과 달리, 일본은 종래의 우리나라와 마찬가지로 변호사를 성직자나 의사와 함께 고전적인 직업인으로서 사명감에 따른 자율적 규율대상으로 보고²⁸⁾, 변호사의 성공보수약정 자체를 금지하지는 않았다.²⁹⁾ 즉 의뢰인이 판결의 승패 여부와 관계없이 착수금으로 일정 금액을 지급하고, 추가적으로 절차상의 성공을 조건으로 보수를 지급하고 있다. 다만 일본에서는 성공보수금액이 소송을 통하여 얻게 되는 이익의 10~20% 정도로 많지 않으며, 그 약정비율 역시 전체 사건의 일부에 지나지 않아서, 이로 인하여 변호사의 독립성이 의심되거나 사법절차를 방해하는 등의 문제점이 크지 않다.³⁰⁾ 나아가 형사사건의 대다수 피고인이 국선

24) Karl Larenz·Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9.Aufl., C.H.Beck, 2004, §40 Rn.22, S.729; Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10.Aufl., C.F.Müller, 2010, Rn.700, S.285; Christian Armbrüster, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.I, Allgemeiner Teil, 1.Halbbd., §§1-240·ProstG, 5.Aufl., C.H.Beck, 2006, §138 Rn.49, S.1663; Wendt Nassall, Juris Praxis Kommentar BGB, Bd.I, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Juris GmbH Saarbrücken, 2005, §134 Rn.56, S.703.

25) Jan Schepke, Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts, gegenläufige Gesetzgebung in England und Deutschland, Mohr Siebeck, 1998, S.102; RGZ 83, 110; 115, 141; 142, 70; BGHSt 30, 22; BGHZ 22, 162; 34, 64; 39, 142; 133, 90; Cour Royale de Nancy, 1^{er} juin 1840, Journal du Palais, Recueil le plus complet de la jurisprudence Française, par Ledru-Rollin, Paris, Tome II de 1846, p.168; Cass. civ. 22 août 1853, D. 1854. 1. 345; Cass. civ. 22 avril 1898, D. 1898. 1. 415, S. 1902. 1. 343.

26) Trendtex Trading Corp. v. Crédit Suisse, [1982] A. C. 679; McFarlane v. E. E. Caledonia, [1995] 1 W. L. R. 366, 372; Giles v. Thompson, [1994] 1 A. C. 142, 164.

27) Edwin Peel, Treitel The Law of Contract, Twelfth ed., Sweet & Maxwell, 2007, 11-014, p.475; Wallersteiner v. Moir, [1975] Q. B. 373; Awwad v. Geraghty Co., [2001] Q. B. 570; Callery v. Gray, [2001] 1 W. L. R. 2212; Pickering v. Sogex Services, (1982) 262 E. G. 770; Picton Jones Co. v. Arcadia Developments, [1989] 1 E. G. L. R. 43; Factortame Ltd. v. S of S for the Environment, [2002] 4 All E. R. 97; Kellar v. Williams, [2004] UKOC 30, 21.

28) 石井成一, “職業として辯護士とその使命”, 辯護士の使命・倫理(講座 現代の辯護士), 日本評論社, 1979, 71頁.

29) 明石三郎, 新版 注釋民法(16) 債權(7), 有斐閣, 1989, 216頁 以下; 日本 最高裁判所 昭和48・11・30 民集27・10・1448.

변호인의 조력을 받아 재판에 임하고, 사선변호인을 선임하는 경우도 보수기준이 상당히 낮으며, 판사나 검사가 변호사로 개업하는 경우가 거의 없어 전관들의 성공보수금이 문제되지 않는다.³¹⁾

2. 중국의 변호사 수입료와 성공보수 실태

중국에서는 변호사가 받는 수입료에 소송과 관련된 모든 비용이 포함되므로, 착수금이나 실비, 성공보수금 등을 구분하지 않고, 사건 수입과 동시에 이를 받는다. 수입료는 각각의 구체적인 소송사건에서 변호사와 의뢰인의 합의에 따라 결정된다. 다만 후술하는 ‘변호사업무수입료관리방법’에 따라 수입료 외에 형사사건의 성공보수를 별도로 약정하는 것은 금지되어 있다.³²⁾ 그러나 형식적으로는 형사성공보수에 관한 약정을 할 수 없는 것으로 보이지만, 앞서 본 바와 같이 수입료에 성공보수에 해당하는 금액 역시 포함되므로, 실질적으로는 변호사가 형사성공보수를 받는 것이 엄격히 금지된다고 할 수는 없다.

3. 형사성공보수 약정의 효력에 대한 중국의 학설과 판례 태도

중국에서 형사성공보수약정의 금지 여부에 대해서는 이를 긍정하는 견해와 부정하는 견해로 나뉜다. 금지하는 견해는 이러한 약정은 사회정의에 부합되지 않는 것으로 합동법 제52조 제4항에 위반하여 무효라고 한다.³³⁾ 일반적으로 성공보수가 사건 목적의 가액에 비례하여 약정되는데 사실 형벌을 경제적 가치로 산정하는 것은 곤란하며, 의뢰인은 그 결과에 대해 강한 목적성을 가지기 때문에

30) 松代隆, “辯護士報酬合理化的方向”, 東京辯護士會編, 司法改革の展望, 1982, 433-434頁.

31) 이들 입법례에 대하여 자세한 내용은 정상현, “형사성공보수약정에 대한 반사회적 무효판결 관련”, 성균관법학 제27권 제4호, 성균관대학교법학연구소, 2015.12.30., 102-110면 참조.

32) 律師服務收費管理辦法 第十二條, 변호사업무수입료관리방법 제12조.

33) 中國合同法 第52條 有下列情形之一的, 合同無效 (4)損害社會公共利益. 사회공공이익에 반하는 것은 사회가 유지되기 위한 질서나 도덕준칙, 사회관습 등을 내용을 하며, 국가공공질서에 위해를 가하는 계약으로 범죄행위를 조장하거나 방조하는 행위, 조세포탈이나 매음행위, 가족질서에 대한 위해로서 친자관계를 단절시키거나 혼인관계에 관하여 위약금을 약정하는 행위, 성도덕에 반하는 행위로 혼인 외의 동거인에 대한 증여나 유증행위, 불법적인 사행계약이나 도박 행위, 인격존중에 반하는 것으로 고객의 신체수색을 내용으로 하는 계약, 경제적 자유를 위해 하는 것으로 직업의 자유에 대한 과도한 제한행위, 공평의 원칙에 반하는 것으로 경매나 입찰에서의 상호 통정, 뇌물제공을 통하여 유리한 계약을 유도하는 행위, 소비자보호에 위반되는 것으로 소비자에게 중대한 손해를 입히는 계약, 근로자보호에 반하는 것으로 근로자에 대한 손해배상책임 면책약관, 폭리행위 등을 들고 있다(施天濤 主編, 合同法釋論, 中國人民公安大學出版社, 1999, 第89-90頁).

형사책임을 회피하기 위하여 변호사에게 극단적인 수단의 강구를 요구하고 변호사도 이에 부응하면서 더 높은 보수를 요구하기 때문이라고 한다.³⁴⁾ 반면 금지할 필요가 없다는 견해는 성공보수를 약정하면 변호사가 보다 적극적으로 의뢰인의 사건에 집중함으로써 오히려 사법정의의 수호에 긍정적인 효과가 있으며, 이러한 약정도 하나의 계약이므로 계약자유의 원칙에 비추어 금지할 이유가 없다고 한다.³⁵⁾

한편 중국 최고법원은 형사사건의 성공보수약정을 무효로 판시하였다. 대표적으로 2012년 당사자와 변호사사무소가 형사사건위임서를 통하여 “당사자가 사형 유예판결을 받으면 변호사사무소에 성공보수로 40만 위안을 지급한다”는 내용의 계약을 체결하였는데, 법원은 이를 성공보수약정에 해당하는 것으로 판단하였다. 그러면서 “형사사건에서 성공보수를 약정할 수 있도록 하면 변호사는 자신의 이익을 위하여 위증 등 피고인을 도와 형사제재를 피하는 행위를 하여 승소하려고 한다. 이러한 동기는 사법부패를 초래하고 사회공공이익을 해칠 염려가 있다. 그리하여 변호사업무수임료관리방법 제12조의 금지규정을 두었다. 중화인민공화국 합동법(계약법) 제7조는 당사자가 계약을 체결하거나 이행함에 있어서 법률, 행정법규를 준수하고 사회공공도덕을 존중해야 하며 사회경제질서를 해치거나 사회공공이익을 해쳐서는 안 된다고 규정하였다. 본 사건에서 변호사사무소는 관련 법규를 모두 숙지하면서도 위와 같은 계약을 체결한 것이다. 그러므로 변호사사무소와 당사자가 체결한 성공보수약정은 중화인민공화국 합동법 제52조 제4항에 해당하는 무효의 계약이다”라고 판시하면서, 변호사사무소의 상고를 기각하였다.³⁶⁾ 이러한 중국 법원의 판결을 보면, 2015년 우리 대법원이 형사성공보수약정을 반사회적 법률행위로서 무효라고 한 판시와 결론에 있어서 차이가 없다는 것을 알 수 있다.

4. 중국의 ‘변호사업무수임료관리방법’의 규율

중국에서 변호사의 성공보수약정을 금지하는 일반적 규정을 두고 있는 것은 ‘변호사업무수임료관리방법’이다. 위 법규는 중국의 행정기관인 국가발전개혁위원회와 사법부가 공포한 문건으로서 일종의 부문규장(部門規章)에 해당한다.³⁷⁾ 위

34) 梁尚秋, 《浅议风险代理收费制度—以案件适用类型为视角》[J]知识经济, 2016年版, 第33页.

35) 冯衍昭·杜青年, 何闻《刍议律师风险代理在刑事诉讼中的可行性》[J]求实, 2009年版, 第87页.

36) 中华人民共和国最高人民法院, 民事裁定书, (2012)民再申字第318号

37) 중국의 법령체계는 ‘헌법’, ‘법률’ 외에 그 하위의 ‘행정법규’(중앙정부인 국무원이 국가의 여러

수임료관리방법 제12조는 “형사소송사건, 행정소송사건, 국가배상사건 및 단체소송사건에서 성공보수를 약정하는 것을 금지한다”고 규정한다.³⁸⁾ 특히 중국에서 형사사건의 수임료는 수사단계, 공소단계 및 재판단계에서 각각 별도로 책정하며, 매 단계마다 해당되는 수임료 기준이 정해져 있다. 수사단계와 공소단계에서 각각 2,000위안(한화 340,000원) 이상 10,000위안(1,700,000원) 이하를 받고, 제1심 소송에서 4,000위안(680,000원) 이상 30,000위안(5,100,000원) 이하를 받는 것으로 정하며, 당사자가 하향 조정하는 것은 제한이 없다. 제2심 소송이나 사형선고사건, 사법심사사건, 재심사건, 상고사건은 제1심 소송의 기준과 동일하다. 동일한 변호사사무소에서 같은 사건을 각 단계와 심급을 모두 대리하는 경우에 두 번째 단계부터는 수임료를 하향 조정할 수 있다. 피해자가 형사소송에 부대하는 민사소송사건을 제소한 경우 민사소송사건의 기준에 따른다. 용의자, 피고인이 수 개의 범죄사실 또는 죄명으로 공소된 경우, 기소된 죄명, 범죄사실에 따라 변호사비용을 별도로 정한다.³⁹⁾

5. 중국 각 도시의 성공보수 기준금액

중국에서는 수임료에 대한 전국적 차원의 기준은 없고 각 성(省)별로 지침을 제정하여 적용하고 있다. 이 지침 역시 일반기준만 제시하고 있을 뿐이고 구체적인 것은 별도의 약정에 따라 차이가 있다. 각 성에 따라 사건별로 수임료를 받기도 하고, 시간으로 수임료를 정하기도 하며, 이들을 병용하는 경우도 있다.⁴⁰⁾

상하이(上海)시는 사건별 수임료에 관하여, 제1심 수사단계에서 법률자문을 제공하거나 제소, 고발, 보석신청의 경우 1건당 1,500위안(한화 255,000원)부터 10,000위안 (1,700,000원)까지, 공소단계에서는 2000위안(340,000원)

사무를 관리하기 위하여 헌법과 법률의 위임으로 국무원법령제정절차조례에 따라 제정하는 정치, 경제, 교육, 과학, 문화, 외사 등 법규의 총칭이며, 조례, 법령, 규정 등의 형식을 취함), ‘부문규장’(법률이나 행정법규에 따라 당해 부서의 권한 범위 내에 행정관리관계를 조정하는 규범성 문서), ‘지방성법규’(전국적이고 통일적으로 규정할 수 없는 사항에 대하여 각 성이나 직할시가 그 사정에 따라 인민대표회의 및 상무위원회에서 제정하는 법규), ‘사법해석’(법원의 판례가 직접 法源으로 인정되지는 않지만 이를 통하여 정리된 최고법원의 사법해석은 법의 흠결이 있는 경우 보충적 역할을 함)으로 나뉜다.

38) 律师服务收费管理办法 第十二条 禁止刑事诉讼案件、行政诉讼案件、国家赔偿案件以及群体性诉讼案件实行风险代理收费.

39) <http://www.bjsf.gov.cn/publish/portal0/tab105/info7669.htm>. 2015년 9월 7일 검색, 현재는 사이트 보수작업으로 열리지 않음

40) 자세한 것은 <http://www.64365.com/>에서 볼 수 있고, 아래의 도시 외 전국의 상황을 검색할 수 있다.

부터 10,000위안까지, 제1심 소송은 3,000위안(510,000원)부터 30,000위안(5,100,000원)까지를 정하고 있다. 시간당 수임료에 관하여 형사사건을 대리하거나 제소하는 경우 시간당 200위안(한화 34,000원)에서 3,000위안(510,000원)으로 정한다. 이러한 기준금액에 더하여, 기본원칙으로 다섯 가지의 준칙을 정하고 있다. 첫째, 형사사건의 피의자나 피고인이 동시에 여러 가지 죄명으로 기소된 경우 기소된 제명 또는 범죄사실에 따라 비용을 받고, 둘째, 형사소송사건에 부대한 민사소송사건에서 민사소송에 관한 부분은 민사소송사건의 기준에 따라 비용을 받는다. 셋째, 형사사건을 대리하는 경우 제1심 기준에 따라 비용을 받고, 중요하고 어려운 사건은 변호사사무소와 당사자가 상의하여 기준요금의 5배 이내에서 변호사비용을 결정한다. 각 도시의 변호사회에서 그 기준을 결정하여 사법당국에 등록한다. 다섯째, 위 기준금액은 제1심에 해당하고, 제2심을 대리하거나 사형재심리사건, 재심, 강제집행 등 사건은 제1심 기준에 따라 비용을 받는다. 그리고 제1심을 대리한 경우, 제2심의 변호사 비용은 제1심의 1/2로 한다.⁴¹⁾

베이징(北京)시는 제1심의 수사단계에서 5,000위안(한화 850,000원)부터 20,000위안(3,400,000원)까지, 공소단계는 6,000위안(1,020,000원)부터 30,000위안(5,100,000원)까지, 제1심 재판단계는 8,000위안(1,360,000원)부터 50,000위안(8,500,000원)까지, 형사자소사건이나 형사사건 부대 민사소송사건은 5,000위안(850,000원)부터 50,000위안(8,500,000원)까지, 국가안전범죄, 조폭범죄 및 마약범죄 및 기타 중요한 사건은 위 기준의 2배로 한다. 그리고 제2심 소송에서 제1심 재판을 대리하지 않고 제2심 재판만 대리하는 경우는 제1의 비용기준을 적용하고, 제1심 재판을 대리한 후 제2심 재판 역시 대리하는 경우 제2심은 제1심 비용의 1/2로 한다. 제2심 재판을 대리한 사건이 파기 환송된 경우 역시 제1심 비용의 1/2로 한다. 상고심사건의 경우 제1심 재판과 제2심 재판을 별개로 대리하지 않고 상고심 재판만 대리하면 제1심 비용기준에 따르고, 제1심 재판과 제2심 재판을 하고 상고심을 모두 대리하면 상고심은 제1심 또는 제2심 비용기준의 1/2을 수임료로 받는다.⁴²⁾

광저우(廣州)시는 사건별 수임료로 수사단계에서 2,000위안(한화 340,000원)

41) <http://www.64365.com/lvshifei/shanghai/>, 上海市刑事案件律师收费标准, 载律师365网, 2018년 5월 17일 검색.

42) <http://www.64365.com/lvshifei/beijing/>, 北京市刑事案件律师收费标准, 载律师365网, 2018년 5월 17일 검색.

부터 6,000위안(1,020,000원)까지, 공소단계에서 6,000위안부터 16,000위안(2,720,000원)까지, 제1심 재판단계에서는 6,000위안부터 33,000위안(5,610,000원)까지 받는다. 친고죄 사건 및 피해자의 대리를 맡은 경우 위 기준에 따라 수임료를 받고, 외지에서 재판을 하는 사건과 집단범죄, 기타 사안이 중요하고 복잡한 사건은 위 기준의 1.5배 이내에서 수임료를 받을 수 있다. 시간당 수임료는 200위안(34,000원)에서 3,000위안(510,000원)으로 정한다. 위의 수임료 기준은 20% 범위 내에서 변동할 수 있다. 제2심 재판을 대리하거나 사형 재심리사건, 재심, 강제집행 등 사건은 제1심 비용기준에 따르고, 제1심 재판을 대리한 후 다시 제2심 재판을 대리하는 경우 제2심의 비용은 제1심의 1/2로 한다. 형사사건 부대 민사소송사건에서 민사소송사건 부분은 제1심 비용기준의 1/2을 수임료로 받는다.⁴³⁾

선양(沈陽)시는 사건별 수임료로 수사단계, 공소단계, 제1심 재판단계에서 각각 8,000위안(한화 1,360,000원)으로 한다. 사형 재심리 사건, 친고죄 사건 및 피해자를 대리하면서 재산과 관련이 없는 때에는 8,000위안으로 한다. 피의자를 위한 자문료로 1회 300위안(51,000원)을 받을 수 있다.⁴⁴⁾

IV. 결 어

변호사의 성공보수는 대체로 높은 금액으로 약정되어 의뢰인에게 부담스러운 비용일 수도 있으나, 인신의 구속이나 형벌의 감면을 고려하면, 경제적인 가치와 무관하게 변호사와 의뢰인 사이에 자연스럽게 체결될 수 있는 측면이 존재한다. 반면 의뢰인의 신체적 곤궁을 이용하여 과도한 금액의 성공보수약정이 이루어질 가능성도 있다. 변호사는 성공보수약정에 대한 대가로 약정한 내용을 실현하기 위하여 무리한 방법을 강구하고 이를 현실화시키다 보면, 법원의 공정한 재판업무 방해할 가능성도 배제할 수 없다. 이러한 것은 변호사 업무의 공공성과 직업윤리에 명백히 반하고, 결국 우리민법 제103조의 반사회적 법률행위로서 무효의 가능성이 있다. 심지어 전판예우를 받고 있는 변호사가 유리한 소송을 이끌 것이라는 기대가 더해지면, 성공보수금은 상상을 초월하는 고액으로 약정되어 재

43) <http://www.64365.com/lvshifei/guangzhou/>, 广州市刑事案件律师收费标准, 载律师365网, 2018년 5월 17일 검색.

44) <http://www.64365.com/shenyang/>, 沈阳市刑事案件律师收费标准, 载律师365网, 2018년 5월 17일 검색.

판의 공정성을 침해하는 심각한 사회문제로 비화되기도 한다.

우리 대법원이 2015년 판결을 통하여 사법절차의 공정성과 변호사 업무의 공공성을 확보하기 위한 방편으로, 반사회적 법률행위의 적용범위를 넓혀 형사성공보수약정을 무효로 선언한 것은 이러한 취지에서 기인한 것이다. 다만 위 판결도 변호사와 의뢰인 사이의 법률관계 형성의 자유, 즉 계약체결 내지 내용결정의 자유를 고려하면 그 처리를 타당하다고 단정할 수는 없다. 개인 사이의 계약자유원칙 역시 보호되어야 하는 법적 가치임에 틀림없기 때문이다. 위 판결에 대한 변호사업계의 격렬한 반대 원인이다. 나아가 이 판결로 인한 부작용도 무시할 수는 없다. 변호사의 업무수행을 감독할 기관이 없는 상태에서 성공보수를 받지 못하게 하면 그들의 성실성을 담보할 수 있는 수단이 없다. 오히려 경험이 많은 전관 변호사에 대한 의존도가 더 높아질 수도 있다. 그나마 훌륭한 대책으로 생각되는 시간제 보수금 계산방식도 이면계약을 통하여 무력화시킬 수 있다.

이러한 상황에서 성공보수약정의 효력에 관한 외국의 법률상황을 살펴보는 것은 앞으로 우리나라의 규율 방향을 정하는 중요한 지표가 될 것으로 판단된다. 이미 서구의 여러 입법례는 19세기 이래로 변호사의 성공보수약정에 대하여 반사회적 법률행위로서 무효라고 선언하였다. 주로 변호사가 성공보수를 지급받는 행위는 그 직무의 공공성이나 직업적·신분적 윤리에 위반하는 행위로서, 소송에 대한 부당한 방어행위로 취급되어 금지시킨 것이다. 물론 이러한 서구의 전통과 달리 과거 일본과 우리나라는 변호사의 성공보수약정 자체를 금지하지는 않았다. 특히 일본에서는 보통 소송을 통하여 얻게 되는 변호사의 이익이 많지 않아서, 이로 인하여 변호사의 독립성이 의심되거나 사법절차를 방해하는 등의 문제점이 별로 없었기 때문이었다. 그런데 중국은 보다 현명하게도 성공보수약정에 대한 관리방법을 법규범으로 정비하였고, 변호사보수의 기본원칙을 각 지역별로 정하여 공개하고 있다. 판례 역시 형사성공보수약정에 대해서는 공공질서위반의 무효임을 선언하였다. 중국 법원의 판결은 우리 대법원이 형사성공보수약정을 반사회적 법률행위로서 무효라고 한 판시와 결론에 있어서 차이가 없다.

결과적으로 성공보수약정에 대한 외국의 규율태도는 이를 허용하지 않는 방향으로 귀일되고 있다. 이는 전 세계적 추세이므로 우리 역시 이를 거스를 수는 없을 것이다. 우리의 향후 규율과 관련하여 특히 중국의 각 도시에서 개별적으로 정해 놓은 보수금약정의 기준금액을 우리 경제현실에 맞추어 표준으로 고려할 필요가 있다. 그리하여 법원과 변호사단체는 착수금, 성공보수금 등 수입료에 대한

보다 명확한 규정과 누구나 수긍할 수 있는 표준약정서를 제시할 필요가 있을 것이다. 나아가 성공보수약정에 대한 변호사협회의 자율적 규제 외에 공공기관에 의한 강제적 제한 가능성을 고려할 필요는 없는지 검토해 보아야 할 것이다.

(논문투고일: 2018.05.18., 심사개시일: 2018.05.21., 게재확정일: 2018.06.12.)



▶ 정 상 현

성공보수약정, 형사성공보수약정, 전관예우, 반사회적 법률행위, 선량한 풍속, 공공질서, 변호사의 공익성, 헌법소원, 보통법규율, 소송에 대한 부당한 방어, 변호사업무수임료관리방법

【참 고 문 헌】

1. 국내문헌

- 강일원, “사법개혁추진위원회의 형사사법개선방안”, 형사재판의 제문제, 제3권, 2001.
- 송덕수, 민법강의, 박영사, 2017.
- 오종근, “변호사보수에 관한 연구”, 법과 사회 제27호, 법과사회이론학회, 2004.
- 이창민·최한수, “형사 성공 보수 무효 판결에 대한 (법)경제학적 분석”, 형사소송 성공보수 약정에 관한 법경제학적 논의, 한국법경제학회 2015 추계학술대회 발표문, 2015. 11. 6.
- 정상현, “형사성공보수약정에 대한 반사회적 무효판결 관건”, 성균관법학 제27권 제4호, 성균관대학교법학연구소, 2015. 12. 30.
- 조선일보 인터넷신문, “검사장 출신 전관 변호사 1억짜리 전화 변론 여전 구멍 뚫린 전관 예우방지법”
- 조선일보 인터넷신문, “대법 100억 수입료 최유정, 변호사법 유죄지만 조세포탈 일부 무죄 파기환송”
- 조선일보 인터넷신문, “서초동 25시 서초동 최순실 특수…삼성서만 100억?”
- 조선일보 인터넷신문, “서초동 25시 서초동 최순실 특수…삼성서만 100억?”
- 조선일보 인터넷신문, “성공보수 무효 3개월…이면합의, 착수금 받으면 돌변, 학계도 우려”
- 조선일보 인터넷신문, “성공보수 실태 단독판사 출신은 5000만원…검사장 출신은 수억대”
- 조선일보 인터넷신문, “전화변론·판사와 친분 자랑…도넛은 전관변호사의 비위”
- 중앙일보 인터넷신문, “대법 100억원 수입한 전관예우 최유정 변호사에 2심 재판 다시 받으라”
- 중앙일보 인터넷신문, “변호사 폭행 부른 20억 성공보수냐 착수금이나”
- 중앙일보 인터넷신문, “유영하, 박이 지목한 거물급 변호사, 1심서만 30억 요구”
- 중앙일보 인터넷신문, “전 고법원장 고리로 돈 빌려준 뒤 성공보수 미리 땀 의혹”
- 중앙일보 인터넷신문, “형사 변호 70% 화이트칼라 범죄”
- 지원립, 민법원론, 홍문사, 2017.
- 한국소비자단체협의회, 전문자격사(변호사, 행정사, 수의사) 보수 실태조사, 2001.
- 홍세욱, “민사소송에서의 국선대리인제도와 필수적 변호사 변론주의의 도입”, 인권과 정의 제470호, 대한변호사협회, 2017. 12. 1.

2. 서구문헌

- Christian Armbrüster, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.I, Allgemeiner Teil, 1.Halbbd., §§1-240 · ProstG, 5.Aufl., C. H. Beck, 2006.
- Cour Royale de Nanci, 1^{er} juin 1840, Journal du Palais, Recueil le plus comlet de la jurisprudence Francaise, par Ledru-Rollin, Paris, Tome II de 1846.
- Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10.Aufl., C. F. Müller, 2010.
- Edwin Peel, Treitel The Law of Contract, Twelfth ed., Sweet & Maxwell, 2007.
- Jan Schepke, Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts, gegenläufige Gesetzgebung in England und Deutschland, Mohr Siebeck, 1998.
- Karl Larenz · Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9.Aufl., C. H. Beck, 2004.
- Wendt Nassall, Juris Praxis Kommentar BGB, Bd.I, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Jurios GmbH Saarbrücken, 2005.

3. 일본 및 중국문헌

- 明石三郎, 新版 注釋民法(16) 債權(7), 有斐閣, 1989.
- 石井成一, “職業として辯護士とその使命”, 辯護士の使命・倫理(講座 現代の辯護士), 日本評論社, 1979
- 松代隆, “辯護士報酬合理化的方向”, 東京辯護士會編, 司法改革の展望, 1982.
- 施天濤 主編, 合同法釋論, 中國人民公安大學出版社, 1999.
- 梁尚秋 《淺議風險代理收費制度—以案件適用類型為視角》[J]知識經濟, 2016年版.
- 馮衍昭, 杜青年, 何岡 《刍議律師風險代理在刑事訴訟中的可行性》[J]求實, 2009年版.
- <http://www.64365.com/lvshifei/beijing/>, 北京市刑事案件律師收費標準, 載律師365網, 2018년 5월 17일 검색.
- <http://www.64365.com/lvshifei/shanghai/>, 上海市刑事案件律師收費標準, 載律師365網, 2018년 5월 17일 검색.
- <http://www.64365.com/lvshifei/guangzhou/>, 廣州市刑事案件律師收費標準, 載律師365網, 2018년 5월 17일 검색.
- <http://www.64365.com/lvshifei/shenyang/>, 沈陽市刑事案件律師收費標準, 載律師365網, 2018년 5월 17일 검색.

Abstract

The Regulating Trends on the Contingency Fee Agreement in Foreign Laws

Jung, Sang Hyun

In 2015, the Supreme Court of Korea ruled that the contingency fee agreement of the criminal case is null and void. Such agreements were violation of Article 103 of the Korean Civil Code as to the violating acts of good morals and other social order. After that, the attorney can not make a contingency fee agreement in the criminal case. If they have already made such agreements, the payment of the money of contingency fee will be denied. Therefore, the lawyers' group expressed an intense opposition. The lawyers' association more actively raised a constitutional complaint to the Constitutional Court for the cancellation of the Supreme Court's ruling. The Constitutional Court submitted the case in August 23 of same year and the case is under trial at present.

In countries of Europe such as Germany and France, since the 19th century, it has been declared that the contingency fee agreements are null and void, regardless of whether it is a criminal case or a civil case. This is because they mainly perceive the act as violating the publicity of the duties and the professional and the social ethics of the lawyer. The attitudes of the United Kingdom and the United States are similar, except that civil lawsuits are excluded. In principle, the discipline of the common law prohibits lawyers from receiving payment of contingency fees as unfair defense against litigation. And these agreements were treated as illegal contracts and could not be effective.

On the other hand, Japan did not forbid the attorney's contingency fee agreement itself as in the past of Korea. In Japan, however, the contingency fee is not as much as 10-20% of the profits that usually come from litigation. In the People's Republic of China, there are both positive and negative views on the prohibition of the contingency fee agreement in criminal lawsuits. The case was declared that such agreements are null and void as a violation of Article 12 of 'the lawyer's duties management of contingency fee' and a violation of public policy Article 7 of the Contract Law of China. In the Chinese court's judgment, it can be seen that there is no difference in the conclusion between the Supreme Court of Korea in 2015 that the criminal contingency fee agreements are invalid as an antisocial contracts. As a result, the attitudes of almost all foreign law rules on the contingency fee agreements are being turned in an unacceptable direction.



▶ Jung, Sang Hyun

nul and void, criminal contingency fee agreement, good morals, social order, public order, freedom of contract, publicness of attorney service, constitutional complaint, publicity of duty, professional and social ethics, discipline of common law, unfair defense against litigation, violation of public policy, lawyer's duty management of contingency fee, antisocial contract

법적 주체로서 자율적 인공지능 로봇 I: 의의와 관점***

김 건 우***

【목 차】

I. 새로운 법적 주체의 출현?

2. 의제를 통해 제한적으로 긍정하기: 로봇 ~ 법인?

II. 법적 주체가 된다는 것(혹은 법적 지위를 가진다는 것)의 의의

3. 필요시에 한해 제한적으로 긍정하기: 로봇 ~ 동물 혹은 그 밖의 자연물?

III. 몇몇 유력한 관점의 고찰

1. 전면 부정하기: 로봇 ~ 인공물(도구)

IV. 맺음말

【국 문 요 약】

본고의 주제는 고도로 자율화된 인공지능 로봇이 법적 주체성이나 지위를 가질 수 있는가의 문제이다. 필자는 이 문제와 관련해 유력하게 고려해 볼 만한 관점으로 다음 세 가지를 소개한다. 첫째는 인간중심주의적 태도를 취하면서 자율적 인공지능 로봇의 법적 지위를 부정하는 관점이고, 둘째는 그러한 로봇의 법인격을 법인의 그것과 같이 의제할 수 있다는 관점이며, 셋째는 그러한 로봇의 법적 지위를 동물이나 자연물의 그것에 유추할 수 있다는 관점이다. 이들 각각의 관점에 대한 분석적이고 비판적인 논의를 통해, 필자는 다음 몇 가지 논점을 논구한다. 우선 이들 중에서 첫 번째 관점이 취한 모종의 인간중심적 태도가 그 자체로 설득력이 있다 해도 그것이 두 번째(법인 의제)나 세 번째 관점(동물·자연물 유추)의 (법이론적) 가능성을 배제하지는 못한다는 것이다. 나아가 그러한 대안이 가능하다고 해도, 이것이 그런 관점을 취할 충분한 이유가 되지는 않는다는 것이다. 따라서 그런 관점이 얼마나 강력하게

요청되는가를 법이론적으로나 법철학적으로만이 아니라 법정정책 차원에서도 따져 봐야 한다는 것이다. 즉 그런 의제와 유추를 받아들이는 데에 드는 이론적 부담이 과연 그런 의제나 유추가 가져다 줄 실천적인 이점을 능가하는가의 여부를 측정해 보아야 한다는 것이다.

I. 새로운 법적 주체의 출현?

요즘 인공지능과 로봇기술, 알고리즘 사회, 그리고 4차 산업혁명 사회에 관한 담론이 넘친다. 인간¹⁾이 고도로 발달한 인공지능 로봇과 공존하는 세상, 나아가 인간과 그러한 로봇 간의 구별이 무의미해지는 세상에 대한 전망은 긴급하고도 근원적인 과제를 안겨 준다. 이론적으로든 실천적으로든 그렇다. 그러한 과제 중에서도 가장 근본적인 쟁점은 인공지능 로봇의 본성이 무엇인가 하는 문제일 것이다. 즉 다음과 같은 물음이 곧바로 수반된다. 미래에 인공지능 로봇은 어떤 존재가 될까? 그것이 인간에 대해 가지는 의미는 무엇일까? 여전히 인간과 구별되는 기계일 뿐일까? 아니면 인간과 본질적으로 다르지만 어떤 면(기능적, 규범적 양면)에서 동등하거나 인간을 능가하는 새로운 존재라는 의미로 ‘포스트휴먼’(posthuman)이라 해야 할까? 아니면 또 어떤 면(기능적·심리적·인식론적·문화적 측면)에서 새로이 등장한 신(神)이라 해야 할까?

인공지능과 로봇이 왜 특별히 문제되는가? 그 이유는 오늘날 문제되는 인공지능과 로봇 기술에는 기존의 기술에서 찾아보기 힘든 특별한 성질이 있는 것 같기

* 이 논문은 2018년도 광주과학기술원의 재원으로 GRI(GIST연구원) 사업의 지원을 받아 수행된 연구임.

** 본 논문은 2018년 3월 10일 중앙대학교 인문콘텐츠연구소 HK 사업단(인공지능인문학 연구센터)이 <인공지능 시대의 문화주체>라는 제하에 주최한 전국학술대회와, 동년 3월 24일 한국법철학회 월례독회에서 각각 발표한 내용에 기초하였다. 당시 유익한 질문과 토론을 제공해 주신 참가자들에게 감사드린다.

또한 유익한 의견을 주신 익명의 심사위원들께도 감사드린다. 본고의 완결성을 제고하기 위해서는 (i) 본문 III절에서 다룬 세 가지 관점 각각에 대해 더 상세하게 논의할 필요가 있다는 지적과, (ii) V절 맺음말에서 후편(sequel)의 과제로 기약한 논의를 본 논문에서 수행하는 것이 좋겠다는 지적이 있었다. 필자는 이들 지적 자체에는 전적으로 동의하지만, 제한된 분량의 논문 한편에서 그 작업을 모두 수행하기는 어렵다고 생각한다. (i)의 작업은 세 관점 하나하나가 큰 주제이기에, 각 관점을 주제로 하여 각기 다른 지면에서 더 상론하는 편이 나을 것 같다. 또한 (ii)의 작업은 약속한 대로 본고의 후편으로 돌리기로 한다. 이 점, 심사위원들께 너그러운 이해를 구한다.

*** 광주과학기술원(GIST) 기초교육학부 조교수, 법학박사

1) 이하 ‘인간’은 자연인을 의미한다.

때문이다. 그러면 그러한 특별한 성질이란 무엇인가? 흔히 거론되는 바는 인공지능 로봇의 특별한 ‘자율성’(autonomy)이다. 여기서 ‘특별하다’는 말은 인간의 자율성에 비견된다는 의미로 이해할 수도 있고, 혹은 그 비교 여부와 상관없이, 그리고 그 성질을 ‘자율성’이라고 부를 것인가의 여부와 상관없이, 인공지능 로봇이 인간의 개입이나 통제 없이 인지하고, 판단하고, 그리고 행위할 수 있는 능력이 있음을 말한다. 인공지능 로봇이 가지는 ‘일응’(一應, *prima-facie*) 특별한 자율성인 셈이다.

하지만 미국의 로봇법학자 라이언 케일로(Ryan Calo)는 이보다 더 포괄적이고 섬세하게 인공지능 로봇의 특질을 요약한 바 있다. ‘신체성’(embodiment)과 ‘창발성’(emergence), 그리고 ‘사회적 결합가’(結合價, valence)라는 세 가지 특질이 그것이다. 그는 이런 특질에 주목하여 로봇법학이 하나의 예외적이거나 혁명적인 법학일 가능성이 있다고까지 주장하였다. 이들 성질을 편의상 간략하게만 소개해보자.

첫째, 로봇에는 신체성이 있다. 이 말은 로봇이 물리적 현존(physical presence)을 가지며, 이를 통해 세계에 대해 감각하고(sense), 헤쳐 나가고(navigate), 대응적으로 행동한다는(act upon) 사실을 의미한다. 로봇은 신체성이 있기 때문에, 인간을 대신하여 행위를 하거나 혹은 인간이 하지 못하는 다양한 행위를 할 수 있으며, 그러한 행위는 인간에게 크게 이로울 수도 있고 크게 해로울 수도 있다. 로봇이 신체성을 가진다는 말의 함의는 무엇인가? 이는 아직 충분히 연구되지 않았다. 다만 인간이나 다른 생명체가 단순히 뇌의 작동만으로 사고하고 행위하는 것이 아닌 것처럼, 로봇도 설계된 알고리즘만으로 행위를 하지 않으며, 대신 환경과의 상호작용 속에서 학습하고 선택과 적응을 통해 ‘진화’할 수 있다는 주장도 진행되어 왔다.²⁾

둘째, 로봇에는 창발성이 있다. 이 말은 로봇이 유용한 행위를 하기는 하지만 그러한 행위가 예측불가능한 방식으로 이루어짐을 의미한다. 전술한 것처럼, 이런 취지에서 우리에게 더욱 친숙한 용어는 ‘자율성’이지만, 케일은 철학적으로 큰 논란이 되는 ‘의도’(intent)의 존재를 특별히 전제하지 않는 한편 그 행위가 예측

2) 이런 전망을 연구하는 분야가 이른바 ‘진화 로봇틱스’(Evolutionary Robotics)이다. 이 분야는 알고리즘의 진화와 (신체성의 갖는) 로봇의 진화, 두 방향으로 진행되어 왔다. 이런 도전의 전망은 심도 있는 논의를 요하나, 본고의 목표는 아니다. 웬델 윌러치 & 콜린 알렌 저(노태복 역), 『왜 로봇의 도덕인가』, (메디치, 2014), 173-76쪽 참고.

불가능함을 부각시키기 위해 ‘자율성’대신 ‘창발성’이라는 용어를 제안한다. 로봇은 설계자·제작자가 미리 설정하거나 사용자가 내린 명령을 그대로 따르거나 반복하는 데에 그치지 않고, 마치 생명체가 당면한 환경에 적응하는 것처럼 거기에 부합하는 행위를 한다는 것이다. 로봇은 실수나 시행착오를 통해 학습함으로써 그 환경과 끊임없이 상호작용하며, 이러한 상호작용하의 로봇의 행위는 설계자·제작자나 사용자가 예측할 수 없는 방식으로 이루어진다는 것이다.³⁾

셋째, 로봇에는 사회적 결합가가 있다. 이 말은 사람들이 로봇을 보통의 사물과는 다르게 대하는 경향이 있어서, 로봇과 사람은 사람과 사람 간의 관계와 유사한 사회적 결합관계와 결합적 가치를 가짐을 의미한다. 이런 관점에서 인간과 로봇 간의 상호작용을 연구하는 탐구 일반을 ‘인간-로봇 상호작용’(Human Robot Interaction; HRI)이라는 하는데, 오늘날 이 연구 분야에서 얻어진 많은 성과는 로봇이 사회적 결합가를 가짐을 시사한다.

인공지능 로봇의 이러한 성질은 그것(로봇)을 조심스럽고도 특별하게 다루어야 할 좋은 이유가 된다.⁴⁾ 다만 문제는 이러한 성질이 도대체 현실에서 어느 정도로 구현될 것인지를 예견하기가 어렵다는 점이다. 인공지능과 로보틱스라는 분야 자체가 현재진행형이면서도 대단히 빠른 속도로 변화하고 있어서, 현재의 수준과 향후의 발전 양상을 단정하기가 어렵기 때문이다. 그래서 어쩌면 고도로 발달하다 못해 어떤 의미에서 완전한 자율성을 가진 인공지능 로봇에 관한 메타적 작업

3) ‘창발성’에 대한 이러한 설명은 자칫 물질과 정신의 관계를 창발적 관계로 설명하는 철학적 견해를 떠올리게 할 여지가 있다. 물질에 대한 정신의 창발성이란 정신이 물질로 온전히 환원되지 않음을 설명하는 한 이론적 개념이지만, 본문에서 케일로가 제안한바 인공지능 로봇의 창발성은 의식의 존재를 전제하지 않은 자율성을 의미하고자 한 것이다. 혼동이 없도록 주의를 요한다.

4) 이 대목 필자의 입장과 관련하여 의문을 제기한 심사의견이 있기에 필자의 논지를 좀 더 명확히 하고자 한다. 필자는 이러한 특별한 성질이 인공지능 로봇을 기존의 도구나 기계와는 다르게 다루고 나아가 그 법적 주체성을 진지하게 고려할 ‘좋은’ 이유가 된다고 주장할 뿐, 한 심사위원의 지적처럼 필자가 그것이 전자의 법적 주체성을 부여해야 할 ‘충분한’ 이유가 된다고 단정하는 것은 아니다. 이하 III.1절 후반부 서술이 이 점을 명시하고 있다.

또한 동 심사위원께서는, 인공지능 로봇의 자율성이나 법적 주체성 문제에 관한 기존의 많은 연구가 그런 성질을 ‘가정’하고서 논의할 뿐 왜 그런 성질을 가정해야 하는가를 외면하는 경향이 있으며, 결국 관건은 인공지능 알고리즘의 특성을 어떻게 이해할 것인가의 문제로 귀착되기에 그것에 천착함이 옳다고 지적해 주셨다. 필자는 인공지능 알고리즘의 특성 자체를 더 정밀하게 연구할 필요가 있음에 대해 동감한다. 하지만 필자는 알고리즘의 자율성에 대한 분석만으로는 충분하지 않다고 본다. 가령 전술한 대로 로봇의 신체성은 여타의 기계가 가지는 신체성과 쉽게 동일시킬 수 없는 면이 있기에, 그러한 신체성의 중요성을 알고리즘의 중요성만으로 대신하거나 해소할 수는 없다는 것이다. 그래서 필자는 인공지능 로봇의 세 가지 특별한 성질에 관한 케일로의 (자율성에 국한하지 않은) 서술을 빌려 온 것이며, 또한 단순히 ‘인공지능’이라 하지 않고 ‘인공지능 로봇’이라 하여 신체성의 잠재적 중요성을 열어 두려 한 것이다. 물론 그 중요성의 내용에 대한 별도의 실질적인 논의가 필요함은 두말할 나위가 없다.

을 현 시점에서 시도한다는 것은 성취불가능하다 할 정도로 지난(至難)한 일일지도 모른다.⁵⁾ 하지만 언젠가 인공지능 로봇이 전술한바와 유사한 성질과 면모를 가지는 쪽으로 발전할 것이라는 전망 자체는 부인하기 어렵다. 따라서 본고는 ‘인간의 개입이 최소화된다’는 의미에서 자율성을 가진 인공지능 로봇을 가정하여 논의를 전개하고자 한다. 다만 본고가 그런 로봇이 의식이나 감정을 가진다고 전제하지는 않음에 주의해야 하겠다.

이러한 자율적 로봇이 문제되는 상황을 보면서, 어떤 독자는 로봇의 창의성 여부에 주목할 것이고, 어떤 독자는 로봇의 가공할 기술적 역량의 실현가능성에 주목할 것이고, 또 어떤 독자는 인간과 로봇 간에 정서적 교감이 가능한가에 주목할 것이다. 하지만 위 문제 상황을 ‘법’이라는 특수하고도 보편적인 프리즘을 통해 바라보는 일 역시도 흥미롭고도 시사점이 클 것이다. 위와 같은 특수한 성질이 결합된 로봇은 법의 폭넓은 맥락, 가령 헌법적(표현의 자유 및 프라이버시권 관련), 민사적(계약법 및 불법행위 관련), 형사적·지재권적 맥락에서 모종의 ‘특별한’ 중요성을 가질 것이기 때문이다.⁶⁾ 하지만 법적 관점에서 근본적으로 문제가 되는 것은, 고도로 발달한 인공지능 로봇이라는 새로운 존재의 부상(浮上)과 관련하여 법이 그 존재를 어떤 존재로 다룰 것인가, 즉 그 존재의 ‘법적 지위’가 어떠한가이다. 법은 그 존재에 어떤 지위를 부여할 것이며(사실에 대한 예측), 또 부여해야 할 것인가(당위)?

이에 대한 본격적인 논의에 앞서, 본고의 논의가 가질 의의를 부연하는 취지에서, 어떤 존재가 법적 주체가 된다는 것의 일반적 의의를 간략히 살펴보자.

II. 법적 주체가 된다는 것(혹은 법적 지위를 가진다는 것)의 의의

인공지능 로봇이 한 사회나 정치공동체, 혹은 법체계 내에서 법적 주체가 된다고 하거나 혹은 특정한 법적 지위를 가진다는 말의 의미는 무엇일까? (이하, 이 물음을 강조하여 ‘주체 물음’이라고 하자.) 일차적으로 그 의미는 ‘법 자체’의 차원에

5) 이른바 ‘로봇법학’을 모색함에 있어서의 여러 난점에 대해서는, 줄고, “로봇법학이란 무엇인가?”, 『비교법연구』 제17권 제3호 II절의 서술 참조.

6) Ryan Calo, “Robotics and the Lessons of Cyberlaw”, *California Law Review*: 513-63, (2015), 특히 II장 B절 참조. 케일로가 제안한 로봇의 세 가지 특별한 성질에 대해서는 줄고, “로봇법학이란 무엇인가?”, 『비교법연구』 제17권 제3호 II절에서 좀 더 상론한 바 있다.

서 답할 수 있다. 인공지능 로봇의 법적 주체성과 지위를 묻는 물음은 로봇이 사람(자연인)처럼 법적인 권리, 의무, 책임의 주체가 될 수 있는가의 물음에 다름 아니라는 것이다. 그래서 **주제 물음**은 현 실정법(특히 성문법) 체계의 연장 하에 서라면 다음과 같이 변용된 규범 진술을 통해 표현될 법하다:

- 모든 인공지능 로봇은 인공지능 로봇으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. (가상의 인공지능 로봇 헌법)
- 모든 인공지능 로봇은 법 앞에 평등하다. (가상의 인공지능 로봇 헌법)
- 모든 인공지능 로봇은 신체의 자유를 가진다. (가상의 인공지능 로봇 헌법)
- 모든 인공지능 로봇의 재산권은 보장된다. (가상의 인공지능 로봇 헌법)
- 인공지능 로봇은 생존한(존재한) 동안 권리와 의무의 주체가 된다. (가상의 인공지능 로봇 민법)
- 인공지능 로봇은 자신의 불법행위로 인해 타인에게 손해를 가한 경우 그 손해를 배상할 책임이 있다. (가상의 인공지능 로봇 민법)
- 인공지능 로봇은 범죄에 해당하는 행위를 하거나 그 행위에 대한 책임을 지는 주체가 된다. (가상의 인공지능 로봇 형법)
- 인공지능 로봇은 생존한(존재한) 동안 당사자로서 소송의 주체가 된다. (가상의 인공지능 로봇 민사소송법)⁷⁾

이러한 규범상(相)은 현 문제 상황에 대한 독자의 문제의식을 제고하기 위해 필자가 가정한 것일 뿐, 인공지능 로봇 시대에 대한 완결적이거나 최선의 규범 진술을 담은 것이라고 생각할 필요는 없다. 그것은 대체로 다가올 그 시대의 시대상과 사회상, 그리고 법공동체의 법인식 등에 의해 결정될 것이다. 게다가 이러한 규범상이 가지는 구체적인 의미는 단순히 사변적인 이론을 통해서만이 아니라 법실무와의 긴밀한 협업 속에서 획득될 것이다. 현 실정법체계하의 규범상이 그

7) 이들 각 권리 주체성은 법학의 세부영역별로 각기 구별하여 섬세하게 다루기도 한다. 엄밀히 말해, 가령 헌법상 기본권 주체성과 민법상 권리 주체성, 그리고 민사소송법상 소송당사자로서의 주체성 등은 서로 같지 않기 때문이다. 하지만 본고에서는 이들 간의 세세한 구별을 고려하지 않기로 한다.

렇듯이 말이다.

다음으로, **주제 물음**은 ‘정치적’ 차원에서도 답할 수 있다. 정치적 차원에서 보면 그 답은 해당 사회나 정치공동체의 구성원들이 인공지능 로봇의 존재를 정치적으로 인정한다는 의미인 것이다. 즉 법은 포함과 배제의 언어라는 점에서, 한 존재가 법적 지위를 부여받는다든 것은 그 존재가 그 법공동체에 내부자로 포함됨을 정치적으로 공인받는다든 의미이다.⁸⁾ 그래서 그런 인공지능 로봇이라면 그 공동체의 주권(sovereignty)에서 배제된 무력한 존재인 호모 사케르(Homo Sacer)가 아니라 온전한 주권자이자 권리자로서 존중받는 셈이다. 가령 인공지능 로봇이라는 존재를 제거하거나 그 작동을 무력화하는 일은 범죄로 처벌된다는 의미에서 그 존재는 존중받는 주체일 수 있다. 그래서 미국의 법학자 데이빗 캘버리(David Calverley)가 주장하듯이, 고도의 능력을 지닌 기계가 법적 주체로서 지위를 인정받을 것인지의 여부는 어쩌면 그 공동체 내에서 철저히 정치적으로 결정될 문제일지도 모른다.⁹⁾

주제 물음에 대한 또 다른 답은 ‘도덕적’ 혹은 ‘도덕철학적’ 차원의 답일 것이다. 로봇의 법적 지위가 어떠한가의 물음은 로봇의 ‘도덕적’ 지위가 어떠한가 하는 물음으로 번역되거나 환원될 수 있다는 관점이 그것이다. 로봇의 법인격의 문제는 곧 로봇의 도덕적 인격(moral personhood)의 문제로 비화된다는 것이다. 로봇의 지위에 관한 물음이 궁극적으로 그 지위에 대한 규범적 해명과 정당화라 할 때, 로봇의 도덕적 지위에 관한 물음은 여러 차원의 물음 중에서도 가장 ‘근본적이고도 최종적인’ 성격의 물음이라 할 것이다.¹⁰⁾ 따라서 이 물음에 대해 일정한

8) **주제 물음**에 대한 정치적 차원에서의 답을 니클라스 루만(Niklas Luhmann), 군터 토이브너(Gunther Teubner) 등 사회학적 법이론가들이 주장한 이른바 사회체계이론에 입각해 답하고자 하는 시도도 의미 있을 듯하다. 이 이론에 따르면, 그 답은 곧 사회체계(법-경제체계-환경 등) 간의 역학 관계나 사회체계 조직(구성)의 원칙이 어떻게 변화하는가에 대한 답에 다름 아니다. 김연식, “과학기술의 발달에 따른 탈인간적 법이론의 기초 놓기”, 『법과사회』 제 53호 (2016), 96-7쪽. 다만 필자가 보건대, 이런 해명이 우리가 **주제 물음**에 대해 얼마나 근본적이고 구체적인 답을 주는지에 대해서는 더 논구해야 할 듯하다.

9) David J Calverley, “Towards a Method for Determining the Legal Status of a Conscious Machine”, paper presented at the conference ‘Artificial Intelligence and the Simulation of Behavior 2005: Social Intelligence and Interaction in Animals, Robots and Agents’, Symposium on Next. Generation Approaches to Machine Consciousness, Hatfield, UK.

10) 인공지능 로봇의 도덕적 지위는 인공지능 윤리(AI ethics) 혹은 로봇윤리(robot ethics)라는 분야의 주요 주제로 거론된다. 로봇윤리와 관련한 논문집으로, 라파엘 카푸로 & 미카엘 나겐보르그 편저(변순용, 송선영 역), 『로봇윤리: 로봇의 윤리적 문제들』 (어문학사, 2013)와 Patrick Lin, Keith Abney, and George Bekey (2012), 훌륭한 연구서로 웬델 윌러치 & 콜린 알렌 저(노태복 역), 『왜 로봇의 도덕인가』, (메디치, 2014) 참조. 국내 문헌으로는 고인식, “로봇이 책임과 권

답을 하지 않고서는, 로봇의 법적 지위에 대해서도 모종의 처방(prescription)으로서의 답이나 근본적이고도 최종적인 답을 얻기는 불가능할 것이다. 하지만 인간의 주체성과 지위를 둘러싸고도 논란이 없지 않음을 감안할 때, 인공지능 로봇의 도덕적 지위에 대해 그런 답을 얻는다는 것은 요원하거나 불가능한 일일지도 모른다. 이는 그 기술적 불투명성 때문만이 아니라 도덕적 사안이라는 것 자체가 어쩌면 ‘본질적으로 다툼이 있는’(essentially contested) 것이기 때문일 수 있다. 그렇다면 인공지능 로봇의 도덕적 지위에 관한 답을 얻기 위해 기약 없는 논쟁에 묶여 있기보다는 어쩌면 그것의 법적 지위에 관한 모종의 잠정적이고도 적실한 해결을 추구하는 것이 더 현명한 방책일지도 모른다.¹¹⁾

그렇다면 **주제 물음**에 대한 이러한 상이한 차원의 접근법은 서로 어떤 관계에 있는가? 어느 접근법이 옳은가? **주제 물음**에 대한 이러한 상이한 차원의 답은 모두 그 자체로 추구할 이론적·실천적 의의가 있으며, 어느 하나만이 정답이라고 할 수 없다. 또한 이들 답은 서로 배제적이지 않으며, 어느 하나의 답만으로는 충분하지 않기에 상호보완되거나 어떤 식으로건 종합되어야 하는 것일 수 있다. 가령 법적 물음에 대해, 그것에 대응하는 정치적 물음이나 도덕적 물음을 차용하여 답하고자 시도할 수 있는 것이다.¹²⁾ 이러한 복잡미묘한 관계를 염두에 두고 주로 법적 차원과 철학적 차원을 넘나들면서 그 답으로서 몇 가지 가능한 선택지를 제시하고 비교·검토해 보기로 한다.

III. 몇몇 유력한 관점의 고찰

1. 전면 부정하기: 로봇 ~ 인공물(도구)

주제 물음에 대한 답으로 아마도 가장 흔하게 제시되는 것은 인공지능 로봇의 법적 주체성을 전면 부인하는 입장일 것이다. 현대의 법체계가 대체로 취하고 있

한의 주체일 수 있는가”, 『철학논총』 제67집 (2012); 신상규, “인공지능은 자율적 도덕행위자일 수 있는가?”, 『철학』 제132집 (2017) 등 참조.

11) 로봇과 관련한 도덕적 문제 대신 법적 문제에 집중하자는 것을 넘어, 로봇의 법적 문제를 해결하는 것이 로봇의 도덕적 문제를 해결하는 데에 여러 모로 도움을 줄 수 있다고 하는 제안으로, Peter M. Asaro (2006), "What Should We Want from a Robot Ethic?", *International Review of Information Ethics*, Vol. 6. 관련 상론은, 줄고 “로봇윤리 vs. 로봇법학: 따로 또 같이”, 『법철학연구』 제20권 제2호, 2017 참조.

12) 인공지능 로봇을 둘러싸고 법적 접근법과 도덕적 접근법, 양자가 ‘따로 또 같이’ 가는 관계에 있다는 것이, 줄고, 앞의 글(주11)의 주제였다.

는 관점이기도 하다. 이런 입장을 간단히 ‘부정론’이라 하자.

주지하듯, 부정론의 주요 논거는 ‘인간중심적인’ 혹은 ‘인본주의적’ 관점이다. 이 관점에 의하면, 인간은 특별한 존재다. 인간만이 이성적이며, 진정으로 자유롭고 창의적이며, 스스로를 의식하고 성찰하는 존재이다. 도덕적으로든 법적으로든 의미 있는 행위를 할 수 있는 주체는 오직 인간뿐이며, 그 행위에 대해 귀속되는 책임은 오직 인간만의 것이다. 그래서 인간만이 존엄한 존재다. 한 마디로, 법적 주체로서의 인간은 “이성을 타고나 양도할 수 없는 신성한 권리를 가진 주체”이다. 근대법에는 이러한 생각이 암묵적으로 내재해 있거나 전제되어 있다는 것이다.¹³⁾ 그래서 이러한 부정론에 의하면, 인공지능 로봇은 그 기술의 수준이 어떻든 간에 인공물이다. 그것은 본질적으로 인간과는 다른 기계이자 도구이자 (민법상) 물건일 뿐이다. 이성이나 자율성을 가지지 않으며 따라서 그 어떤 존엄한 존재도 신성한 권리의 주체도 아니다. 결론적으로, 인공지능 로봇은 법적 주체가 될 수 없다.

이와 같은 논지로, 미국의 법철학자이자 헌법학자인 로렌스 솔럼(Lawrence B. Solum)은 인공지능이나 로봇의 헌법상 기본권 주체성과 관련하여 부정론을 펼친 바 있다. 그 근거는 크게 다음 세 가지이다. 첫째, 인공지능은 그 자체로 인간이 아니다. 둘째, 인공지능에는 인간이 가진 영혼, 의식, 지향성(intentionality), 감정, 이해관심(interest), 자유의지 등 여러 가지 결여한 것들이 있다. 셋째, 인공지능은 재산(소유물, property)이어야만 한다.¹⁴⁾

또한 미국의 법학자인 닐 리처즈(Neil M. Richards)와 미국의 공학자 윌리엄 스마트(William D. Smart)의 견해도 이와 유사하다. 이 견해에 따르면, 비록 로봇의 행위가 겉보기에 자유의지나 행위주체성(agency)을 가지는 것처럼 보일지라도, 로봇에게는 그 행동에 대한 의도나 동기 등을 기대할 수가 없다. 따라서 로봇은 아무리 정교할지라도 기계일 뿐이며, 결국 인간이 활용할 도구에 불과하다. 이 점에서 우리는 이른바 ‘안드로이드 오류’(android fallacy)를 범하지 않도록 주의해야 한다. 즉 로봇을 의인화하여 로봇의 지위를 인간의 그것과 흡사한 것으로 보는 데에 빠져서는 안 된다. 로봇을 의인화한다는 것은 유혹적이지만 위험한 메타포

13) 알랭 슈피오(Alain Supiot), 『법률적 인간의 출현: 법의 인류학적 기능에 관한 시론』 (박제성, 배영란 역) (글항아리, 2015), 특히 제1장 참조.

14) Lawrence B. Solum, “Legal Personhood for Artificial Intelligences”, *North Carolina Law Review* Vol.70: 1231-87 (1992). 특히 IV절 참조. 솔럼의 이 논문은 인공지능 법학의 고전적인 논문으로서, 관련 논의를 위한 출발점과도 같은 역할을 해 왔다.

(metaphor)다. 특히 사람의 형태를 갖춘 안드로이드에 대해 그렇다.¹⁵⁾ 비록 인간은 심리적으로 그런 오류를 범하는 경향이 있음이 연구를 통해 밝혀지고 있기는 하지만¹⁶⁾, 요컨대, 이들 저자는 로봇의 지위에 관한 일종의 신중론, 아니 회의론을 피력한 셈이다.¹⁷⁾

이러한 인간중심적인 관점은 자율적 인공지능 로봇의 법적·도덕적 주체성에 대한 부정론에 그치지 않고, 그것이 관여하는 의사결정에 관한 ‘실천적인’ 결론에까지 이어질 수 있다. 윤리적으로 크게 논란이 될 만한 딜레마적인 상황 등 그 결과가 결정적이고 치명적일 수 있는 판단이나 의사결정은 로봇이 아니라 오직 인간만이 하도록 하며, 책임을 지는 상황에는 반드시 인간이 관여하도록 유지한다는 것이다. 이른바 ‘고리 내 인간’(humans-in-the-loop) 원칙이 그러한 요구를 표현한 예이다. 이 원칙은 군사용 로봇을 사용한 로봇전쟁에서의 교전수칙(rules of engagement)상 종종 거론되는 사항이다. 드론 등 군사용 로봇이 어느 시점에 무엇을 향해(가령, 군인과 민간인을 구별하여) 발포할 것인지를 판단하고 결정하는 과정에서 인간이 수작업으로 데이터를 확인하고 교정해야 하며, 최종적이고 비가역적인 판단 및 결정의 자리(자격)는 인간에게 돌려야 한다는 것이다. 곧 적에 대한 공격과 같은 의사결정의 루프 상에서 인간이 관여하지 않은 의사결정은 금지되어야 한다는 것이다.¹⁸⁾ 이런 해결책은 군사용 로봇의 행위나 의사결정에만 국한되는 것이 아니라, 자율주행자동차의 의사결정, 의료로봇의 진단이나 수술 행위, 증권거래 인공지능의 의사결정 등 여러 다른 유형의 인공지능 로봇을 활용할 때에도 동일하게 적용할 수 있다.

15) 에리히 프롬(Erich Fromm)의 용어를 빌어, 로봇을 의인화하는 인간 심리가 인간이 가진 본유적 성향 중 네크로필리아(necrophilia)적 성향을 고양시키는 대신 바이오필리아(biophilia)적 성향을 손상시킬 것임을 우려하는 글로, 민윤영, “인간, 동물, 로봇 그리고 바이오필리아의 법: 에리히 프롬의 사상을 중심으로”, 『법철학연구』, 제20권 제1호 (2017) 참조.

16) 이런 경향은 인간과 로봇 간의 관계에서 인간이 보이는 심리적·행태적 성향에 대한 경험적 연구(이른바 ‘Human-Robot Interaction’(HRI) 연구)에서 많이 확인되고 있다. 그리고 사실 이런 경향은 안드로이드와 같이 사람의 형태를 한 대상에 대해서만 발견되는 것이 아니라 더 일반적으로 발견된다. 인간은 (인간 외) 다른 사물에 대해 자신이 가지는 성질을 유추하여 투사하는 경향이 있다는 것이다. 이러한 경향을 ‘의인동형화’(anthromorphism)라고 한다.

17) Neil M. Richards & Wilam D. Smart, “How Should the Law Think about Robots”, in Ryan Calo, A. Michael Froomkin, Ian Kerr (ed.), *Robot Law* (EE Elgar Publishers, 2016) 제1장.

18) 이런 취지의 제안으로, Peter M. Asaro (2006), “What Should We Want from a Robot Ethic?”, *International Review of Information Ethics*, Vol. 6; 자율형 무인항공기를 둘러싼 전쟁의 윤리에 관한 보다 상세한 논의로는, Jürgen Altmann, “Preventive Arms Control for Uninhabited Military Vehicles” (라파엘 카푸로 & 미카엘 나젠보르크 편저, 『로봇윤리: 로봇의 윤리적 문제들』 (변순용, 송선영 역, 어문학사, 2013), 제5장.

분명, 이러한 인간중심적 접근법(그리고 그에 따른 실천적 함의)은 직관적으로 설득력이 있다. 많은 이들이 공감하고 있기도 하다. 철학도 인간이 하는 것이고 법도 인간이 하는 것이기에, 철학이든 법이든 인간을 특별하게 여기지 않는 관점이나 접근법이 인간에게 어떤 의미가 있겠는가? 인간중심적 접근법을 근거짓는 것은 흔히 ‘인격체’로서의 인간 이해이다. 법적 주체로서의 인간은 생물학적인 존재이기도 하지만 무엇보다 인격체라는 것이다. 이런 관점에서 독일의 법철학자 쿠르트 젤만(Kurt Seelmann)에 따르면,

인격체 개념, 즉 그 상호작용에 기하여 법질서가 형성되는 주체를 가리키는 개념은 두 전제요건을 필요로 하기 때문에, 그것은 포기할 수 없다. 다른 사람에게 권리와 책임을 귀속시킨다는 것은, 그를 상호작용의 당사자, 의미(Sinn)의 작성자이자 수령인으로 만든다는 것을 뜻한다. 오직 관찰에 기한 것으로는 상호작용을 할 수 없다. 다른 사람을 자연 현상으로 보는 사람은, 의사, 심리학자 또는 인류학자로서는 여러 면에서 유용할 것이다. 다른 사람을 의미의 작성자이자 수령인으로 보는 사람은 이와 다르다. 즉, 그는 다른 사람과 토론을 하거나 다른 사람의 이유를 들어 줄 준비가 되어 있고 개방되어 있어야 한다. 그는 다른 사람을 진지하게 받아들이며, 다른 사람을 자유로운 행위자이며 칭찬과 비난을 받을 수 있는 사람으로서 존중한다. 그리고 다른 사람이 이러한 상호작용에 참여할 수 없을 때에만, 혹은 예컨대 치료의 객체가 될 때에만, 그 관계는 부분적 혹은 전면적으로 인과적 경과를 관찰하는 것으로 변하고, 우리는 신체적 또는 정신적 질병을 관찰한다. 반대의 증명이 있을 때까지는 다른 사람을 그의 행위와 생각에 대해 책임이 있는 인격체로서 진지하게 생각할 때에만 법률관계가 가능하다. 그것이 법률관계의 핵심이다.¹⁹⁾

종교나 도덕, 혹은 과학 등 여러 견지에서 볼 때, 인간이 인격체로서 특별한 존재라는 주장은 설득력이 있다. 또한 이를 인정한다면 이는 인간을 법적으로도 특별한 존재로 취급할 좋은 이유가 될 것이다. 그러나 인간중심주의적 논변의 오류 여부와는 별도로, 인공지능 로봇의 법적 지위 부여를 부정하는 논변 자체는

19) 쿠르트 젤만(김재형 역), “법에 대한 도전으로서의 인간의 본성”, 『과학기술과 법』, (서울대학교 기술과 법 센터 편, 서울대학교출판부, 2007), 103-4쪽.

타당한가? 그런 주장이 흔히 다다른 귀결은 인공지능 로봇이 인간에 미치지 못한다는 주장이며, 나아가 인공지능 로봇에게는 결코 인간에 준하는 도덕적, 법적 지위가 부여될 수 없고, 또 부여해서도 안 된다는 주장이다. 그러나 인간의 특별함 혹은 인간중심주의라는 생각이 자율적 인공지능 로봇의 법적 주체성을 부정해야 할 이유가 되는가? 결코 그렇지 않은 것으로 보인다. 그런 로봇은 비록 인간 특유의 자율성과는 성질이 다를지라도 나름의 고도의 자율성(혹은 그것에 준하는 성질)을 가지고 있으며, 이는 여전히 로봇의 법적 주체성을 어떤 식으로든 진지하게 고려할 만한 이유로 보이기 때문이다. 그래서 이하 대안적인 해결책들에 대한 고찰로 나아가야 하겠다.

2. 의제를 통해 제한적으로 긍정하기: 로봇 ~ 법인?

다음으로, **주제 물음**에 대해 인공지능 로봇의 법적 지위나 주체성을 제한적으로나마 긍정하는 선택지를 고려해 보자. 로봇은 실제로 주체성을 가질 수 없는 존재이지만 법의 맥락에 한해 ‘마치’ 그것이 주체성을 갖는 ‘것처럼’ 의제(擬制, fiction)하자는 제안이 그것이다.²⁰⁾ (as if, als ob)

주지하듯, 법적 의제라 할 대표적 존재는 ‘법인’(法人, legal person, juristische Person)이다. 많은 법률가와 법학자들이 법인의제론, 즉 법인을 실재하지 않으며 단지 의제될 뿐이라고 여기고 있다. 법인이 자연인처럼 사람에게 오감으로 지각되거나 인식되지는 않는 가공물일 뿐이라는 것이다. 하지만 (법)철학적 관점에서 엄밀히 말한다면, 법인의 존재론적 지위에 대해서는 그것이 의제된 허구라는 것이 자명한 사실은 아니다. 법인 개념은 언어대중 사이에서 ‘실체적’으로 사용되는 듯한 경우도 종종 있기 때문이다. 이른바 ‘법인실재론’이 이러한 관찰에 의거한다.²¹⁾ 법인의 존재론적 지위는 그 자체로 심대한 철학적 논구의 가치가 있는 주제이지만 그것이 본고의 관심사는 아니다. 여기서는 이러한 철학적 논의는 별도로 하고, 의제라는 차원에 국한하여 법인을 다루기로 한다. 본 소절에서의 관심

20) 법적 의제 일반의 의미와 유형 등을 정리해 논의하고 있는 유익한 글로, 오세혁, “법에 있어서의 의제”, 『중앙법학』 제17집 제1호 (2015) 참조.

21) 한 심사위원께서 오늘날 법인실재론이 더 이상 소수설이 아니며, 법인의제론 못지않은 지지를 얻고 있음을 지적해 주셨다. 유익한 지적에 감사한다. 한편 법인의 본성을 둘러싼 독일에서의 논쟁사를 중심으로 여러 이론을 비교하여 소개하고 있는 문헌으로, 박의근, “법인본질론에 관한 소고-법인이론에서의 법인의 사회적 실재성과 권리주체성에 대한 구별 및 사단법인과 재단법인에 관한 법인이론의 분리적 검토를 중심으로”, 『비교사법』 제22권 제4호 (2015) 참조.

사는 어쨌든 인공지능 로봇의 법적 주체성을 ‘의제’된 것으로 받아들이는 시도의 타당성 여부에 있기 때문이다.²²⁾

법인에 법적 주체성이 부여된 데에는 나름의 역사적·사회적 맥락이 있다. 이를 간략히 짚고 넘어가보자. 어떤 의미에서 보면, 인류 역사는 인격 혹은 권리(능력) 주체 확대의 역사이다. 권리능력을 가지는 인간의 범위는 한편으로 인간 일부로부터 인간 일반으로 확대되어 왔지만, 다른 한편으로 자연인으로부터 일응 ‘관념적인’ 대상으로도 확대되었다. 단체로서의 대상인 법인이 그 대상이다. 개인에게만 인정되는 권리능력, 즉 인격은 사람들의 단체(사단법인)이나 사람들이 출연한 통합재산(재단법인)에 대해서도 부여되었고, 권리 주체의 종류는 다양한 법인 조직으로 확대되었다.²³⁾ 그리하여 오늘날 대다수 법체계와 법문화에서는 법인을 권리와 의무의 주체, 즉 권리주체로서 인정한다. 나아가 손해배상의 주체로도, 소송에서 당사자능력이 있는 것으로도 인정한다. 이처럼 법인이 법적 주체로서 광범위하게 인정되고 있는 것은 현대 사회에서 법인이라는 형태로 이루어지는 사회적·경제적 활동의 중요성이 날로 커지고 있기 때문일 것이다.

법인의 법적 주체성을 인정하는 법리와 법실무는 민사적 맥락(가령, 소유권 주체, 계약 주체, 불법행위 배상 주체 등)에 그치지 않고 형사적 맥락으로 확장되기도 한다. 예를 들면, 19세기 말 영국에서는 이른바 ‘기업살인법’(corporate manslaughter act/bill)을 도입하여, 기업(법인)을 범죄 행위와 책임의 주체로 인정한 바 있다.²⁴⁾ 특히 2008년부터 영국이 취하고 있는 법적 조치에 의하면, 업무와 관련한 모든 노동자와 공중의 안전조치를 소홀히 하여 사망사고가 발생할 경우 기업에게 범죄책임이 부과된다.²⁵⁾

이렇게 보면, 법인에 대해 그러하듯이 인공지능 로봇에 대해서도 제한적으로나

22) 사실 의제로서의 법인 개념 자체에도 난점이 도사리고 있다. 우선 ① 어떤 대상을 법적으로 의제한다는 것이 여러 상이한 맥락 유형에서 행해지기에 그 의미가 단일하지 않고, ② 그 대상을 법인처럼 취급한다는 것이 가지는 의미도 단일하지 않으며, 따라서 이 둘(①과 ②)이 서로 동일하지도 않다. 그래서 여기서는 논의의 편의를 위해 법적 의제의 의미를 “실제로 존재하지 않지만 법적 필요에 의해 마치 존재하는 것처럼 간주하는 것”으로 한정하고, 법인의 의의도 이런 의미에서 의제되는 것으로 한정하기로 한다.

23) 송호영, “법인의 권리능력”, 『비교사법』 제7권 제1호 (2000), 91쪽.

24) 안성조, “법인의 범죄능력에 관한 연구: 낭만주의모델과 조직모델의 비교검토”, 『한양법학』 제29호 (2010).

25) Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007. 이 법에 따르면, 통상적으로 매출액의 일정 비율 내에서 벌금형이 부과되나, 안전조치 의무 위반이 심각할 경우 징벌적인 벌금형이 부과되기도 한다.

마 일정한 권리주체성을 인정하는 법이론을 구성할 수 있다. 가령, ‘현실적·정책적’ 필요성이 인정되는 경우 지능형 로봇에 대해 책임재산에 대한 소유권과 같은 권리에 대한 주체성을 인정할 수 있다는 것이다. 이는 법적 권리주체성이 인간으로부터 소위 전자인(電子人, electronic person)으로까지 확대될 수 있음을 의미한다.²⁶⁾

이런 주장은 몇몇 국가에서 로봇에 법인격을 부여하거나 법적 지위를 인정하고자 하는 법안(혹은 법안 권고안)의 형태로 이미 시도되고 있다.

- 2017년 1월 12일 유럽연합(EU)은 브뤼셀에서 인공지능을 탑재한 로봇을 ‘전자인’(電子人, electronic person)으로 인정하는 결의안을 의결했다. 의회는 로봇이 인간에게 도움을 주도록 설계하도록 하고 위험상황에서는 강제로 작동을 종료할 수 있는 ‘킬 스위치’를 탑재하도록 했다.²⁷⁾
- 한국의 더불어민주당 박영선 의원 등은 2017년 7월 ‘로봇기본법(안)’을 발의하였다. 이 법안에서는 로봇 기술 발전이 초래하는 윤리적·법제도적 문제와 사회 변화에 관한 대응 업무를 수행하기 위해 국무총리 소속으로 국가로봇윤리·정책위원회를 두고, 자율성을 가진 정교한 로봇에 대해 전자인간으로서의 법적 지위를 부여하는 방안 등을 심의·의결하도록 제안하였다.
- 2017년 10월 사우디아라비아는 가장 사람을 닮은 로봇으로 평가되는 인공지능 (여성) 로봇 ‘소피아’(Sophia)에게 세계최초로 시민권을 부여했고, 같은 해 11월 일본 도쿄 시부야구(區)는 7세 로봇소년 시부야 미라이에게 특별영주권을 부여했다.²⁸⁾

26) 이중기, “인공지능을 가진 로봇의 법적 취급: 자율주행자동차 사고의 법적 인식과 책임을 중심으로”, 『홍익법학』 제17권 제3호 (2016). 비슷한 취지의 주장으로, 계승균, 앞의 글(주 24); 제리 캐플란, 앞의 글(주 13), 제5장; Peter M. Asaro, “A Body to Kick, but Still No Soul to Damn: Legal Perspectives on Robotics”, Patrick Lin, Keith Abney, and George Bekey, (ed.) *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics* (MIT Press, 2012), 제11장 등 참조. 한편 최근 독일에서도 유사한 논변이 제시되었다. 최근 한양대학교 법학전문대학원의 김영환 교수는 이 논변을 상세히 소개하는 한편 그것에 대해 전면적인 비판을 가한 바 있다. 김영환, “로봇형법?”, 『법철학연구』 제19권 제3호 (2016) 참조.

27) 최근 금융, 제조, 의료 등의 영역에서 로봇의 활동이 늘어가고 있는 가운데, 이 시도는 국가 차원에서 처음으로 로봇에 지위를 부여한 것이다.

28) 현 시점에서 이 두 시도는 다분히 일회적 이벤트로서의 성격이 강하다. 두 로봇의 자율적 역량은 여전히 제한적일 뿐 아니라, 두 로봇을 실제 법률행위의 주체로 활용하고자 하는 것은 아니

이러한 사례의 경우, 비록 인공지능 로봇의 법인격을 ‘의제’된 것으로 해석하려는 시도라고 단정할 수는 없지만, 그런 해석이 인공지능 로봇의 법인격에 관한 유력한 관점 하나라고 볼 수 있을 것이다.

요컨대, 이상의 논의는 적어도 자율적 인공지능 로봇의 법인격을 법인의 그것과 같이 의제하는 것이 법이론상 가능함을 시사한다. 그러나 법이론적으로 가능한 방안이라고 해서 그것이 법적으로 바람직한 방안이라고 단정할 수는 없다. 그러한 법이론을 구성하는 것이 이론적·실무적으로 얼마나 필요하며 강력한 설득력을 가지는가가 중요한 것이다. 이 문제는 본고에서 시도한 것처럼 일정 부분 법철학적인 고찰을 통해 답할 문제일 것이다. 법체계와 법담론, 그리고 법실무에서 ‘법인격’의 의의(개념, 목적, 역할)가 무엇이며 인공지능 로봇이 법인격을 가진다는 것의 의미가 무엇인가에 대해 법철학적으로 답해야 하는 것이다. 하지만 어쩌면 그 문제에 답하는 데에는 현실적이고 실천적인 고찰이 더 중요할 수 있다. ‘득’과 ‘실’의 비교, 즉 로봇의 법인격 의제라는 이론을 구성하고 정당화하는 데에 드는 부담이 과연 그런 의제가 가져다 줄 실천적인 이점을 능가하는가의 여부를 판단하는 법정책적인 고찰 말이다.

3. 필요시에 한해 제한적으로 긍정하기: 로봇 ~ 동물 혹은 그 밖의 자연물?

요즘 인공지능 로봇의 법적·도덕적 지위를 동물이나 그 외 자연물의 그것에 유추해서 이해하고자 하는 시도도 눈길을 끈다. 그렇다면 동물은 어떤 법적·도덕적 지위를 가지길래 인공지능 로봇의 지위를 그것에 유추할 수 있다는 말인가?

우선, 동물의 도덕적·철학적 지위에 대해서는 논란이 많다. 소위 ‘동물권’(animal rights)의 문제가 그것이다. 도덕철학적 맥락에서 동물권을 어떻게 봐야 하는가? 이 물음에 대한 답은 로봇의 법적 권리주체성에 대해서도 중요한 함의를 줄 수 있기에 중요하다.²⁹⁾ 철학적으로 동물의 지위를 인간의 그것과는 확연히 구별하여 물건의 그것과 동일시하는 견해도 항상 있어 왔다. 하지만 동물에 대한 인간의 특별한 태도에 더 부합하는 철학적 견해는 동물권을 어떤 식으로건 의미있게 다루는 것이다. 동물권을 철학적으로 옹호하는 몇 가지 논변을 보자. 첫째, 인간중심주의를 일종의 종차별주의(speciesism)로 간주하여 동물과 인간의 무차별성을

기 때문이다.

29) 동물권 논쟁과 관련한 논문집으로, Cass R. Sunstein & Martha C. Nussbaum, (ed.) *Animal Rights: Current Debates and New Directions* (Oxford University Press, 2004) 참조.

옹호하는 한편, 동물의 특별한 지위를 인정할 수 있다고 하는 논변이다.³⁰⁾ 둘째, 공리주의 혹은 쾌락주의에 의거해 쾌락과 고통을 느끼는 동물에 대해 특별한 지위를 옹호할 수 있다고 하는 논변이다.³¹⁾ 셋째, 동물은 인간과 더불어 내재적 가치를 가지는 존재이므로 그 자체로 존중받아야 한다고 하는 일종의 의무론적인 논변이다.³²⁾

그렇다면 법은 동물이나 자연물을 어떻게 보는가? 앞서 본바 동물의 지위에 대한 도덕철학적 답들이 직접적으로 동물의 법적 지위에 대한 답을 주지는 않는다. 동물의 법적 지위란 동물의 철학적 지위처럼 논란이 많다고보다는, 불분명한 편에 가깝다. 사실 법이 인간을 포함해 어떤 대상에 대해 그것의 성격을 항상 적극적으로 명확하게 규정하는 것은 아닌데, 동물에 대해서도 마찬가지인 셈이다. 주지하듯, 일차적으로 우리 민법에서는 사실상 동물을 물건으로 다룬다. 가령 민법 제759조는 동물 점유자의 (손해배상)책임을 규정함으로써 동물을 점유나 소유의 대상으로 보고 있으며, 민법상 재산권의 객체로 보기에 동물을 살상하는 행위는 형법상 재물손괴죄에 해당한다. 반면 많은 법체계와 법문화에서 동물을 물건이 아닌 특별한 존재인 것처럼 다루어 오기도 했다. 우리나라의 동물보호법에서도 그렇듯이, 동물을 도축하는 일은 일정한 규제 하에서만 이루어지고, 동물을 정당한 사유 없이 학대하거나 죽이는 일은 크고 작은 제재를 받는다. 다만 동물을 그 자체로 보호하는 듯한 법적 맥락이 있는가 하면, 동물 소유자의 권리를 보호하는 취지의 결과로 동물이 보호되는 듯한 법적 맥락이 있다는 점에서, 동물의 지위에 관한 법의 태도는 여전히 불명확한 것이 사실이다.³³⁾

나아가, 동물을 포함한 자연물에 법적 주체성을 이런저런 방식으로 인정하고자 시도한 흥미로운 실무 사례가 있다.

- 1999년 뉴질랜드에서는 인간의 권리를 유인원에게 확장하고자, 유인원

30) 가령 리처드 도킨스, 『이기적 유전자』, 홍영남, 이상임 역 (을유문화사, 2010)

31) 예컨대, 제러미 벤덤, 『도덕과 입법의 원리 서설』, 고정식 역 (나남, 2011)

32) Tom Regan, The Case for Animal Rights (University of California Press, 1983, 2004)

33) 이 대목 서술은 우리 법체계가 동물을 다루는 방식에 집중한 것이지만, 다른 나라의 경우 그 방식과 다르기도 하다. 가령 독일민법은 “동물은 물건이 아니다”라는 조문을 통해 동물의 지위를 명시하고 있기도 하다. 한편 동물의 법적 지위를 논하는 많은 문헌이 있다. 몇몇 국내 문헌을 들면, 박정기, “동물의 법적 지위에 관한 연구”, 『법학연구』 제51권 제3호 (2010); 윤철홍, “동물의 법적 지위에 관한 입법론적 고찰”, 『민사법학』 제56호 (2011); 유선봉, “동물의 법적 지위와 법인격 논쟁”, 『법학논총』 제19권 제2호 (2012) 등.

에게 특별한 지위를 인정하고 실험에 사용할 경우 정부의 승인을 받도록 규정했다.³⁴⁾

- 2003년 한국의 이른바 천성산 도롱뇽 소송이 자연물의 법적 지위에 관한 논쟁사의 변곡점이 되었다. 이 사건에서는 자연물인 도롱뇽이 권리주체성(소송상 당사자능력)이 있는지가 문제되었고, 결과적으로 도롱뇽의 당사자능력은 부인되었으나, 향후 동물, 자연물, 나아가 인공물에 이르기까지 권리주체의 범위를 확장할 여지를 진지하게 고려하는 계기가 되었다.³⁵⁾
- 2007년 2월 스페인의 한 지방 의회는 ‘유인원 계획’이 천명한 권리를 유인원에게 부여하는 조례를 통과시켰다. 유인원에게 사상 최초로 생존권과 자유권을 인정한 것이다.
- 2017년 뉴질랜드 의회는 왕가누이(Whanganui)강(江)에 인간과 동등한 법적 권리를 주는 법안을 통과시켰다.³⁶⁾

요약하면, 동물의 법적·도덕적 지위 자체라는 문제가 그것에 관한 단일한 답(관점)으로 이어지지는 않지만, 현대의 많은 사회윤리나 법문화에서 동물이나 자연물의 지위를 맥락에 따라 국지적으로 인정하고자 하는 태도가 두드러진다는 것이다. 가령 비록 식용 등 인간의 이익을 위한 이용을 최대한 허용하면서도 ‘보호’의 대상이자 나아가 ‘애완’과 ‘동반’, 그리고 ‘반려’의 대상으로 간주하는 일이 흔하고, 이런 문화는 도덕과 법 양면에서 널리 공감을 얻고 있기도 하다. 그래서 위 사례에서 보듯, 실제로 동물과 자연물에 일정한 지위를 부여하거나 그 특유의 법

34) 침팬지는 인간과 유전적으로 가장 가까운 동물의 하나라는 점에서, 제한적이거나 유인원을 법적으로 특별하게 다루는 데에 상대적으로 거부감이 덜했던 것으로 보인다. 다만 최근 미국에서는 반대의 법적 결론이 나온 바 있다. 2017년 7월 8일 미국 뉴욕주 항소법원은 영장류 보호구역과 트레일러 주차장에 갇혀 사는 침팬지 두 마리에게 사람에게 적용되는 법적 권리(인신보호영장(writ of habeas corpus)을 발부받을 권리)가 없다고 판결했다.

35) 울산지방법원 2004. 4. 8.자 2003카합982 결정; 부산고등법원 2004. 11. 29.자 2004라41 결정; 대법원 2006. 6. 2.자 2004마1148, 1149 결정.

36) 왕가누이강은 뉴질랜드 북섬에 있는, 마오리족이 신성시하는 강인데, 이 강을 훼손하면 사람을 해친 것과 같은 처벌을 받는다. 이 법안은 자연물에 법인격을 부여한 매우 드문 사례이다.

익을 인정하고자 하는 시도가 있기도 했다.

동물이나 자연물에 대한 (도덕과 법의) 이러한 태도는 법인 의제와 비교하면 어떠한가? 전자의 태도는 후자와 비교해 적극적인 면과 소극적인 면을 모두 가지는 듯하다. 우선 전자는 비록 국소적으로라도 동물과 자연물의 규범적 의의를 실체적으로 인정하고 수용한다는 점에서, 단순히 법인의 실체를 부정하고 필요에 따라 그 존재를 의제할 뿐인 후자보다 더 적극적이다. 하지만 전자는 동물과 자연물의 지위 문제에 대해 명확히 답하지 않고 침묵하는 듯하다는 점에서, 법인의 지위 문제에 대해 분명히 답하는 후자에 비해 오히려 소극적인 태도이다. 달리 말해, 전자는 모호한 태도이면서도 인(자연인+법인; 人)과 물건의 이분법적 규율의 틀을 벗어난 것인 반면, 후자는 그러한 틀에 충실하면서 상대적으로 선명한 태도라 할 것이다.

그렇다면 인공지능 로봇의 지위를 동물의 그것에 유추하자는 제안의 근거는 무엇인가? 이 물음과 관련하여, 미국의 로봇법학자 케이트 달링(Kate Darling)의 논변이 흥미롭다. 우선 달링은 다소 다른 각도에서 동물과 인공지능 로봇의 법적 지위를 공히 인정할 것을 제안한다.³⁷⁾ 이는 앞서 언급한 바와 같은 동물권에 관한 의무론적 논변이나 공리주의적 논변에 따른 것이 아니라, 경험적 논변과 가언적(hypothetical, 혹은 도구론적) 논변을 결합한 것이다. 달링은 우선 인간-로봇 상호작용(HRI)에서의 연구를 통해, 인간에게는 로봇, 특히 사회적 로봇에 대해 그것을 의인동형화(anthromorphize)하고 정서적 애착을 보이는 심리적·행태적 경향성이 있다고 지적한다. 인간이 물리적 외연이나 움직임을 가진 사물 일반에 대해, 특히 동물에 대해 보이는 경향성과 마찬가지로 말이다. (**경험적 논거**) 하지만 그는 앞서 언급한바 리처즈와 스마트가 인간의 이러한 경향성에 주목하면서 그 위험을 경고했던 것과는 반대의 결론으로 나아간다.³⁸⁾ 오히려 인간의 그러한 경향성을 감안할 때, 동물에 준하는 지위를 로봇에게도 부여하는 방안을 진지하게 고려할 필요가 있다는 것이다. 이 때 그 근거는 바로 인간 자신의 도덕성을 보호하기 위함이다. 칸트의 말을 빌면, “동물에게 잔인한 자는 사람과의 교제에 있어서

37) Kate Darling, “Extending Legal Protection to Social Robots: The Effects of Anthropomorphism, Empathy, and Violent Behavior towards Robotic Objects”, in Ryan Calo, A. Michael Froomkin, Ian Kerr (ed.), *Robot Law* (EE Elgar Publishers, 2016) 제9장.

38) 달링도 인간이 로봇에 보이는 애착과 의인화의 위험을 인정한다. 예컨대, 사회적 로봇과의 빈번한 상호작용으로 인해 인간과의 상호작용이 대체될 수 있을 뿐 아니라, 사회적(가정용) 로봇은 가정에서 개인정보를 알게 모르게 유출할 수 있다. *ibid.* pp.220-1.

도 부정하게 된다.” 이 말을 로봇에 유추하면, “로봇에게 잔인한 자는 사람과의 교제에 있어서도 부정하게 된다.” 요컨대, 로봇에 일정한 지위를 부여해 보호하는 일이야말로 인간성을 보호하는 길이라는 것이다. 이는 로봇에 대한 각종 학대행위로 인해 로봇의 인격성(personhood)(?) 혹은 로봇성(robothood)(?)이 파괴되는 것을 염려하는 것이 아니라, 그런 학대행위로 인해 그런 행위를 하는 인간의 도덕성과 정서가 손상될 수 있음을 염려하는 것이다. 결론적으로, 법의 관점에서도 로봇을 단순한 기계 이상의 존재이자 동물에 준하는 존재로 취급할 좋은 이유가 있다는 것이다.³⁹⁾ **(가언적 혹은 도구론적 논거)**

정녕 논리적 관점에서만 보면, 달링의 논변은 타당한 논변이 아니다. 동물이나 자연물을 법적으로 특별하게 다루어 온 사례가 만연해 있고, 인간은 심리적 특성상 동물과 자연물(정확히는, 외연과 움직임을 갖는 사물 일반)을 대하듯 인공지능 로봇을 대한다고 하는 사실적 전제로부터, 인공지능 로봇에 대해서도 동물이나 자연물처럼 법적으로 특별하게 다루어야 한다고 하는 규범적 결론이 곧바로 도출되지는 않기 때문이다. 하지만 이 두 사실적 전제는 적어도 이 규범적 결론이 우리가 취할 수 있는 가능한 선택지이자 진지하게 고려할 만한 선택지임을 시사해 준다는 점에서, 달링의 논변은 ‘유력한’(cogent) 논변이라 할 만하다.

또한 이러한 결론과 관련하여, 앞 소절에서 자율적 인공지능 로봇을 법인으로 의제하고자 하는 시도에 대해 필자가 내린 전망과 마찬가지로의 전망을 해 볼 수 있다. 즉 그러한 로봇을 동물이나 자연물에 유추하는 것이 가능하다는 사실만으로 그런 유추의 시도가 충분히 정당화되는 것은 아니라는 점이다. 따라서 그런 시도의 토대에 관한 법철학적인 고찰뿐만 아니라 그것에 관한 실천적이고 법정책적인 고찰이 중요할 수 있다. 그런 시도를 행할 실익이 과연 얼마나 큰가? 그 실익이 인간이 만든 인공물로서의 인공지능을 동물이라는 생명체에 유추한다고 하는 이론적 부담을 상쇄하고도 남을 만큼 큰가? 그런 시도에 관한 일종의 비용-편익 분석이 요청되는 셈이다.

IV. 맺음말

본고가 다룬 주제는 고도로 자율화된 인공지능 로봇이 법적 주체성이나 지위를 가질 수 있는가의 문제였다. 필자는 이 문제와 관련해 유력하게 고려해 볼 만

39) *ibid.*, pp.226-9.

한 관점으로 다음 세 가지를 소개하였다. 첫째는 인간중심주의적 태도를 취하면서 자율적 인공지능 로봇의 법적 지위를 부정하는 관점이었고, 둘째는 그러한 로봇의 법인격을 법인의 그것과 같이 의제할 수 있다는 관점이었으며, 셋째는 그러한 로봇의 법적 지위를 동물이나 자연물의 그것에 유추할 수 있다는 관점이었다. 이들 각각의 관점에 대한 분석적이고 비판적인 논의를 통해, 필자는 다음 몇 가지 논제를 논구하였다. 우선 위 세 가지 관점 중에서 첫 번째 관점이 취한 모종의 인간중심적 태도가 그 자체로 설득력이 있다 해도 그것이 두 번째(법인 의제)나 세 번째 관점(동물·자연물 유추)의 (법이론적) 가능성을 배제하지는 못한다는 것이다. 나아가 단순히 그런 대안이 가능하다고 해도, 그러한 관점을 취한다는 것이 충분히 정당화되는 것은 아니다. 따라서 그런 관점이 얼마나 강력하게 요청되는가를 법이론적으로나 법철학적으로만이 아니라 법정책적 차원에서도 따져봐야 한다는 것이다. 즉 그런 의제와 유추를 받아들이는 데에 드는 이론적 부담이 과연 그런 의제나 유추가 가져다 줄 실천적인 이점을 능가하는가의 여부를 측정해보아야 한다는 것이다.

다만 **주제 물음**에 대한 답으로서 본고에서 살펴본 세 가지 관점이 우리가 진지하게 고찰할 만한 모든 관점을 망라하지는 않는다. 필자가 보건대, 적어도 다음 두 가지 대안적 관점 역시도 진지하게 논구해 볼 만하다. 그 하나는 자율적 인공지능 로봇을 독자적인 법적 주체성과 지위를 가지는 존재로서 긍정하되, 의제가 아니라 실체로서, 그리고 제한적인 차원에서만이 아니라 ‘일반적’인 차원에서까지 긍정하는 것이다. 다른 하나는 자연인으로서의 인간과 인공지능 로봇이 함께 하나의 체계를 이루어 협동적 행위를 수행하는 행위자로 보는 것이다. 이 때 인간-로봇의 체계는 일종의 ‘확장된 행위자’라 할 수 있다. 이 두 대안적 관점은 파격적이고 급진적일지 모르지만 철학적·법학적으로 대단히 흥미로운 함의를 줄 것이다. 그래서 그 의의와 전망을 모색하는 일이야말로 필자가 수행할 후속 작업의 몫이 될 것이다.

(논문투고일 : 2018.05.18., 심사개시일 : 2018.05.21., 게재확정일 : 2018.06.12.)



▶ 김 건 우

인공지능, 로봇, 자율성, 법적 주체성, 법적 지위, 법인, 동물

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

- 계승균, “법규범에서 인공지능의 주체성 여부”, 법조 Vol. 724: 158-96. (2017)
- 고인석, “로봇이 책임과 권한의 주체일 수 있는가”, 『철학논총』 제67집 (2012)
- 권영준·이소은, “자율주행자동차 사고와 민사책임”, 『민사법학』 제75호, (2016)
- 김건우, “포스트휴먼의 개념적, 규범학적 의의”, 『포스트휴먼시대의 휴먼』, 아카넷, (2016)
- _____, “로봇윤리 vs. 로봇법학: 따로 또 같이”, 『법철학연구』 제20권 제2호: 7-44, (2017)
- _____, “로봇법학이란 무엇인가?”, 『비교법연구』 제17권 제3호, (2017)
- 김연식, “과학기술의 발달에 따른 탈인간적 법이론의 기초 놓기”, 『법과사회』 제 53 호 (2016)
- 김영환, “로봇형법?”, 『법철학연구』 제19권 제3호, (2016)
- 박정기, “동물의 법적 지위에 관한 연구”, 『법학연구』 제51권 제3호 (2010)
- 신상규, “인공지능은 자율적 도덕행위자일 수 있는가?”, 『철학』 제132집 (2017)
- 박의근, “법인본질론에 관한 소고-법인이론에서의 법인의 사회적 실재성과 권리주체성에 대한 구별 및 사단법인과 재단법인에 관한 법인이론의 분리적 검토를 중심으로”, 『비교사법』 제22권 제4호 (2015)
- 송호영, “법인의 권리능력”, 『비교사법』 제7권 제1호 (2000)
- 안성조, “법인의 범죄능력에 관한 연구: 낭만주의모델과 조직모델의 비교검토”, 『한양법학』 제29호 (2010)
- 오세혁, “법에 있어서의 의제”, 『중앙법학』 제17집 제1호 (2015)
- 윤철홍, “동물의 법적 지위에 관한 입법론적 고찰”, 『민사법학』 제56호 (2011); 유선봉, “동물의 법적 지위와 법인격 논쟁”, 『법학논총』 제19권 제2호 (2012)
- 이준기, “인공지능을 가진 로봇의 법적 취급: 자율주행차 사고의 법적 인식과 책임을 중심으로”, 『홍익법학』 제17권 제3호, (2016)
- _____, “자율주행차의 발전단계로 본 운전자와 인공지능의 주의의무의 변화와 규범적 판단능력의 사전 프로그래밍 필요성”, 『홍익법학』 제17권 제4호, (2016)

II. 외국문헌

- Peter M. Asaro, "What Should We Want from a Robot Ethic?", *International Review of Information Ethics*, Vol. 6. 2006
- Ryan Calo, "Robotics and the Lessons of Cyberlaw", 103 *California Law Review*: 513-63, 2015
- Ryan Calo, A. Michael Froomkin, Ian Kerr, (ed.) *Robot Law*, Edward Elgar Publishing, 2016
- Samir Chopra & Laurence F. White, *Legal Theory for Autonomous Artificial Agents*, The University of Michigan Press, 2011
- Kate Darling, "Extending Legal Protection to Social Robots: The Effects of Anthromorphism, Empathy, and Violent Behavior Towards Robotic Objects", in Ryan Calo, A. Michael Froomkin, Ian Kerr, (ed.) *Robot Law*, Edward Elgar Publishing, 2016.
- European Parliament Resolution with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics.
- Patrick Lin, Keith Abney, and George Bekey, *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics*, MIT Press, 2012
- Matthew U. Scherer, "Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies", *Harvard Journal of Law & Technology*, 29: (2) (2016)
- Lawrence B. Solum, "Legal Personhood for Artificial Intelligences", *North Carolina Law Review*, Vol. 70: 1231-1287, 1992
- Cass R. Sunstein & Martha C. Nussbaum, (ed.) *Animal Rights: Current Debates and New Directions* (Oxford University Press, 2004)
- 라파엘 카푸로 & 미카엘 나젠보르그 편저(변순용, 송선영 역), 『로봇윤리: 로봇의 윤리적 문제들』, (어문학사, 2013)
- 리처드 도킨스, 『이기적 유전자』, 홍영남, 이상임 역 (을유문화사, 2010)
- 제러미 벤덤, 『도덕과 입법의 원리 서설』, 고정식 역 (나남, 2011)
- 제리 캐플란(신동숙 역), 『인간은 필요 없다』, (한즈미디어, 2016)
- 알랭 슈피오(Alain Supiot), 『법률적 인간의 출현: 법의 인류학적 기능에 관한 시론』 (박제성, 배영란 역) (글항아리, 2015)

웬델 월러치 & 콜린 알렌(노태복 역), 『왜 로봇의 도덕인가』, (메디치, 2014)
쿠르트 젤만(김재형 역), “법에 대한 도전으로서의 인간의 본성”, 『과학기술과 법』,
(서울대학교 기술과 법 센터 편, 서울대학교출판부, 2007)

Abstract

Autonomous AI Robots as Legal Subjects I: The Significance and Perspectives

Kim, Gun Oo

This paper concerns the legal status of the highly autonomous AI robots, thus addressing whether they can be regarded as legal subjects. As regards this topic, I introduce three perspectives, each being a cogent one. The first is to deny their legal status while keeping an anthropocentric attitude toward them, the second is to take them as legal fictions just as legal person, and the third is to analogize their status to that of animals or other natural things. By offering an analytical and critical discussion of these perspectives, I attempt to argue for the following points. Above all, if persuasive as such, the first anthropocentric perspective fails to rule out the other two perspectives. Furthermore, the mere possibility of such an alternative does not provide the sufficient reason to take it, and therefore it matters how strongly it is required—from the practical as well as legal philosophical point of view. Specifically, we need to measure whether the theoretical burden of accepting such either the fiction and analogy excels its practical benefits.



▶ **Kim, Gun Oo**

Artificial Intelligence, Robots, Autonomy, Legal Subject, Legal Status,
Legal Person, Animal

특허권 침해에 대한 손해배상청구권의 소멸시효제도의 개선방안

-특허법상의 독자적인 소멸시효 규정의 제시를 중심으로-

이 승 현*

정 차 호**

【목 차】

I. 서 설	4. 소 결
II. 민법 제766조에 관한 일반적 해석론	IV. 특허권 침해로 인한 손해배상청구권의 소멸시효제도 정비 방안
1. 민법 제766조의 존재이유	1. 특허권 침해에 기한 손해배상청구권의 소멸시효에 대한 민법 제766조 규율의 한계
2. 민법 제766조 제1항 소정의 3년	2. 주관적 인식을 판단한 기존 판례의 문제점
3. 민법 제766조 제2항 소정의 10년	3. 특허법에 별도의 규정을 마련하는 방안 모색의 필요성
4. 불법행위에 기한 손해배상청구권의 소멸시효에 관한 민법 개정안	V. 결 어(입법론 제시)
III. 각국의 입법례	
1. 영미법계 국가	
2. 유럽 및 유럽연합	
3. 일 본	

【국 문 요 약】

우리나라에서는 일반적으로 특허권 침해를 불법행위로 해석하여 민법 제766조를 적용한다. 즉 특허권 침해소송 제기의 소멸시효기간과 관련하여 민법 제766조를 적용하여 단기 3년 및 장기 10년의 시효기간을 책정하며, 동조 제1항은 단기 3년의 기산점을 피해자나 그 법정대리인이 손해 및 가해자를 안 날로 규정하고 있다. 이 글은 특허법의 현행 소멸시효기간 법리가 다음의 두 가지 문제점을 가진다고 지적한다: 첫째, 장기 10년은 특허권 침해사건과 어울리지 않는다; 둘째, 손해 및 가해자를 알았던 때를 현실적이고 구체적으로 알았던 때로 보는 대법원 캐논 대 백산오피씨 판결은 무체물을 다루는 특허사건에는 타당하지 않다. 현행

* 성균관대학교 법학연구원 선임연구원 · 법학박사(주저자).

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수 · 법학박사(교신저자).

법리의 문제점을 타개하기 위하여 이 글은 주요국의 법리를 분석한 후 다음의 네 가지 유형으로 분류하였다: 첫째, 단기 3년, 장기 10년의 시효기간을 두고 단기 3년에 대한 인지(knowledge) 요건을 그대로 두면서도, 그 요건을 완화하는 유형(독일 민법, 특허법); 둘째, 시효기간을 확일적으로 5년으로 책정하고 인지 요건을 두지 않는 유형(프랑스 지식재산권법); 셋째, 시효기간을 확일적으로 5년으로 책정하고 인지 요건을 완화하는 유형(유럽통합특허법원); 넷째, 시효기간을 확일적으로 6년으로 책정하고 인지 요건을 두지 않는 유형(미국·영국 특허법). 이 글은 현행 특허법의 시효제도를 개선함에 있어서의 전제조건으로 인지 요건의 완화 또는 삭제가 필요하다는 점 및 완화 또는 삭제는 시효기간의 장기화를 요구한다는 점에 두었다. 그런데 인지 요건을 완화하는 정도로는 특허분야에서 관련 인지에 대한 다툼이 크게 줄어들 것으로 생각되지 않는다. 인지 요건의 완화가 부족하다면 차라리 적극적으로 인지 요건을 삭제하는 것이 더 타당해 보인다. 만약 인지 요건을 완화하는 선에 그치지 않고 이를 삭제하는 선까지 나아간다면, 시효기간을 3년에서 5년으로 늘리는 선에서 그칠 것이 아니라 6년으로 늘리는 선까지 나아갈 필요가 있겠다. 그렇다면 결론적으로 미국 특허법의 시효제도가 우리 특허법이 취할 가장 합리적인 개선방안이 된다. 이에 따라 이 글은 그 개선방안을 구체적으로 구현하기 위하여 “침해소송의 소장 또는 반소의 접수 전 6년 전에 이루어진 침해에 대하여는 손해배상청구가 인정되지 아니한다”는 규정을 특허법, 실용신안법, 상표법, 디자인보호법 등에 신설할 것을 제안한다.

I. 서 설

(1) 우리민법 제162조 제1항은 민법상 채권의 소멸시효기간을 10년으로 규정하며, 그 기산점에 대해서는 제166조 제1항이 채권자가 그 채권의 존재를 알았는지 여부에 관계없이 법률상 권리를 행사할 수 있는 날¹⁾로부터 진행한다고 규정함으로써 권리자의 인식과 같은 주관적 사정에 의하지 않은 객관적인 소멸시효체계를 취하고 있다.²⁾ 그럼에도 불구하고 이와 별개로 우리민법 제766조는 ‘손해배상청

1) 우리민법 제166조 제1항의 “권리를 행사할 수 있는 때”에 관해서는 그 의미가 실제로는 명확하지 않아서 혼란스러우며, 법률상의 장애와 사실상의 장애로 나누는 관례와 통설을 분석해 보면 각각을 나누는 구별 기준이 불분명하다는 문제점이 지적된다(법무부 연구보고서, 한국 민법에 있어 소멸시효 법제의 선진화를 위한 법리 연구, 법무부, 2007, 26면).

구권의 소멸시효'라는 제목 하에 제1항에서는 “불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다”고 규정하고 있으며, 제2항에서는 “불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다”고 규정하고 있다. 이는 3년에 관해서는 기산점의 주관적 체계를 취하고, 객관적 체계에 의한 10년의 최장기간을 규정한 것으로서(이른바 이중적 시효기간 체계),³⁾ 불법행위에 기한 손해배상청구권의 소멸시효에 관한 특칙이다.⁴⁾ 그리고 두 기간 중 어느 하나가 만료하면 다른 기간의 경과를 기다리지 않고 손해배상청구권이 소멸한다.⁵⁾

여기에서 우리민법이 불법행위로 인한 손해배상청구권에 대해서 제766조라는 특별규정을 둔 이유 내지 근거는 무엇인지가 문제가 되며, 3년과 10년의 법적 성질이 무엇인지도 문제가 된다. 그리고 우리민법 제766조 제1항의 3년의 단기소멸시효는 피해자나 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날부터 기산되지만, 그 경우에 피해자나 법정대리인에게 어떠한 내용의 인식이 있으면 손해 및 가해자를 안 것이 되는지가 문제된다. 또한 가해행위가 계속되고 있는 경우나 피해가 점점 누적되어 가는 경우에는 피해자나 법정대리인이 처음에 발생한 손해를 안 때부터 모든 손해의 배상청구권에 대해서 소멸시효가 진행되는지, 그렇지 않으면 다른

-
- 2) 유성희 · 김동련, “소멸시효 기간에 관한 민법 개정안-일본 민법 개정안과의 비교-”, 입법정책 제9권 제1호, 한국입법정책학회, 2015, 136면; 김세권, “불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효-한국과 일본의 민법개정안을 중심으로-”, 재산법연구 제30권 제1호, 한국재산법학회, 2013, 112면.
 - 3) 송덕수, “시효에 관한 2011년 민법개정안 연구”, 이화여자대학교 법학논집 제15권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2011, 51면; 유성희 · 김동련, 앞의 논문, 137면; 김세권, 앞의 논문, 112면. 한편 본문에서의 소멸시효에 대한 현행민법의 규정체계에 대해서는 불법행위와 계약법의 소멸시효기간을 달리 규정하는 데에 합리적인 근거가 없음에도 기산점을 다르게 하고 있으며, 청구권의 경우에 채권자가 인식하지 못하고 있는 상태임에도 불구하고 소멸시효기간의 완성으로 권리를 행사할 수 없는 점이 문제로 지적된다(구교영, “소멸시효의 대상과 개정방향”, 경북대학교 석사학위논문, 2014, 110면).
 - 4) 김준호, 채권법-이론 · 판례 · 사례-, 제9판, 법문사, 2018, 906면; 김형배 · 김규완 · 김명숙, 민법학강의[이론 · 판례 · 사례], 제14판, 신조사, 2015, 1688면; 양형우, 민법의 세계-이론과 판례-, 제10판, 피앤씨미디어, 2018, 1607면; 윤진수, 민법주해 XIX권, 채권(12) (편집대표 박윤직), 박영사, 2005, 367면; 최문기, 채권법 각론, 세종출판사, 2014, 730면; 윤철홍, 채권각론, 전정2판, 법원사, 2015, 478-479면 등. 다만 이와 달리 민법 제766조 제1항은 제162조의 소멸시효의 원칙에 대한 특칙으로서의 의미가 있는 것이고, 제766조 제2항은 오히려 동조 제1항에 대한 원칙으로서의 제162조를 재확인한 것으로 보아야 한다는 견해도 주장되고 있다(이기용, “불법행위에 있어서의 소멸시효”, 비교사법 제12권 제4호(통권 제31호), 한국비교사법학회, 2005, 226-227면 참조).
 - 5) 김준호, 앞의 책(채권법), 909면; 양창수 · 권영준, 민법Ⅲ(권리의 변동과 구제), 제3판, 박영사, 2017, 678면; 송덕수, 채권법각론, 제3판, 박영사, 2017, 608면.

때부터 시효가 진행되는지가 문제될 수 있다.⁶⁾

(2) 소멸시효제도의 인정근거로서 일반적으로 언급되는 것은 사회질서의 안정, 증명책임의 곤란, 권리행사의 태만에 대한 제재 등이다.⁷⁾ 이러한 인정근거 중 사회질서의 안정에는 채무자의 보호, 소송경제적 기능, 채무자의 임의처분의 자유 등 소멸시효제도가 추구하는 목적들이 내포되어 있다. 그 외에도 소멸시효제도의 목적으로 채권자이익의 본질적 보호, 규범의 명확성, 채무자와 채권자라는 당사자의 이해관계의 조정 등을 들 수 있다.⁸⁾ 그런데 이러한 목적들은 때로는 상호 배치되기도 한다. 특히 당사자의 이해관계 조정과 규범의 명확성을 기하여야 한다는 명제는 그 목적이 상충되므로, 소멸시효법을 합리적으로 정비하는 것은 쉽지 않다. 왜냐하면 규범의 명확성은 규범의 단순화를 요구하는 반면에 이해관계의 조정은 개별 사안에 따라 달라질 수밖에 없어서 일반적으로 많은 개별규정들을 요구하고 있기 때문이다.⁹⁾

이와 같이 소멸시효제도의 목적의 상충으로 인하여 소멸시효제도를 합리적으로 정비하는 것이 쉽지 않은 부분의 전형적 예로는 소멸시효의 기간에 관한 규정의 정비이다. 이에 대해서는 각국의 입법례가 시대의 변화에 따른 거래사회의 권리추급 실태를 반영하여 그 기간을 달리 규정하고 있으므로, 소멸시효기간을 얼마로 정할 것인지는 법논리적 문제가 아니라, 법정책적인 문제라고 할 수 있다.¹⁰⁾

6) 우리민법 제766조와 유사한 규정인 일본민법 제724조는 이 문제를 예정하고 있지 않으므로, “손해 및 가해자”라는 요건의 해석에 의해서 해결할 수밖에 없다는 시각이 존재하는 바(森島昭夫, 不法行為法講義, 法学教室全書, 有斐閣, 昭和62年, 418頁), 이는 우리민법 제766조의 해석론 전개에도 참고가 될 수 있을 것이다.

7) 박윤직·김재형, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2013, 416면 이하; 김상용, 민법총칙, 제2판, 화산미디어, 2013, 704면; 김상용·박수곤, 민법개론, 화산미디어, 2015, 347-348면; 김용한, 민법총칙론, 채진정판, 박영사, 1997, 446면 이하; 김현태, 민법총칙, 교문사, 1984, 439면 이하; 노종천, 민법총칙, 동방문화사, 2017, 518면 이하; 백태승, 민법총칙, 제4판, 법문사, 2009, 575면 등. 다만 김중환·김학동, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2001, 508면은 권리행사의 태만에 대한 제재는 소멸시효제도의 효과로서 이러한 채무자가 채무를 면하게 되는 것은 법이 바라는 바가 아니고, 사회질서의 안정, 증명책임의 곤란이란 소멸시효제도의 취지를 살리기 위하여 참아야 하는 필요악의 결과에 불과한 것이라고 한다. 또한 김준호, 민법총칙-이론·사례·판례-, 제12판, 법문사, 2018, 385면은 소멸시효의 존재이유는 의무자가 변제를 하였을 것이라는 ‘진실개연성’과 이를 바탕으로 한 ‘증명곤란의 구제’에서 찾아야 한다고 한다.

8) 소멸시효제도의 목적과 기능에 대해서는 임건면, “소멸시효제도의 목적과 개정 독일민법상의 통상의 소멸시효-독일민법 제195조와 제199조를 중심으로-”, 비교사법 제9권 제2호, 한국비교사법학회, 2002, 45면 이하 참조.

9) 임건면, 위의 논문(2002), 46-47면; 김성욱, “일본의 소멸시효제도에 관한 민사법적 고찰”, 법학연구 제48호, 한국법학회, 2012, 133면은 소멸시효기간을 설정함에 있어서 공익적 측면에서 강행규정으로 접근할 것인지, 아니면 당사자 간의 이익조정을 임의규정으로 접근할 것인지는 입법정책상의 문제라고 한다.

이러한 기간의 다양화와 더불어 기산점을 어떻게 보아야 할 것인지 여부도 개별 사안에 따라서 달리 파악될 수 있을 것이다. 그러한 파악은 민법의 테두리 안에서 판례나 학설을 통하여 이루어질 수도 있지만, 특별법 분야에서 이에 대한 별도의 규정을 마련하는 방안을 통해서도 가능하다.¹¹⁾

(3) 한편 특허법상 특허권 침해는 불법행위의 한 유형에 해당된다.¹²⁾ 그런데 현행 특허법은 그러한 특허권 침해에 대한 소멸시효를 별도로 규정하고 있지 않아서 민법의 소멸시효에 관한 법리를 준용할 수밖에 없고, 따라서 민법 제766조가 특허권 침해에 그대로 적용된다. 이와 같이 현행 민법 제766조는 일반적인 불법행위를 모두 포섭하는 규정이고, 특허권 침해도 불법행위의 한 유형이므로 그것에 동 규정이 적용된다. 그런데 동 규정에 대해서는 환경오염으로 인한 건강침해 사건이나 직업병 사건 등 장기간 잠복한 후 발생하는 유형의 사고 피해자들이 현행 10년의 기간에 의하여 피해를 구제받지 못하고, 사기, 강박 등 불법행위에 있어서 현행법상 장기 소멸시효기간이 10년으로 되어 있어서(동법 제766조 제2항), 사기와 강박상태가 10년 이상 계속된 경우에는 뒤늦게 사기와 강박상태로부터 벗어났다고 하더라도 그 때에는 이미 소멸시효가 완성되어 피해자가 손해배상

10) 임건면, “소멸시효기간과 기산점”, 민사법학 제47호, 한국민사법학회, 2009, 56면; 법무부 민법 개정자료발간팀 편, 2013년 법무부 민법 개정 시안, 법무부, 2013, 710면 주52(송덕수 교수의 견해).

11) 예컨대 일본에서는 제조물책임의 경우에 구 제조물책임법 제3조에 기한 손해배상청구권은 피해자 또는 그 법정대리인이 손해 및 배상의무자를 안 때(最判 平成元年 12月 21日 民集 43卷 12号 2209頁)부터 3년간 행사하지 않은 때에는 시효로 인하여 소멸되며, 제조업자 등이 당해 제조물을 인도한 때부터 10년을 경과한 때에도 같다(동법 제5조 제1항)고 함으로써 민법상 불법행위에 기한 손해배상청구권의 기간 제한에 관한 일반규정(일본민법 제724조)에 대한 특칙으로 제조물책임에 특별한 기간 제한을 두고 있었다. 이러한 특별법상의 특칙, 특히 10년의 기간 제한을 둔 이유는 제조물책임법을 운용하고 있는 입법례의 동향과 조화를 도모하고, 제조물책임법이 적용되는 법률문제에서 구체적으로 발생할 수 있는 문제의 합리적 해결, 실제 거래현실 등을 반영한 정책적 고려가 작용했기 때문이라고 한다(潮見佳男, 不法行為法 II, 法律学の 森, [第2版], 成文堂, 2011, 420頁 이하 참조). 그러나 구 제조물책임법 제5조는 사람의 생명 또는 신체의 침해로 인한 손해배상청구권의 소멸시효에 대한 2017년 개정 후 일본민법 제167조, 제724조의2에 맞추어서 종래의 3년이 5년으로, 종래의 10년이 20년으로 개정된다(潮見佳男, 民法(債權關係)改正法の概要, 一般社団法人金融財政事情研究会, 平成29年(2017年), 49頁 참조). 우리나라의 경우에도 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(법률 제15580호 일부개정 2018. 4. 17. 이하 “부정경쟁방지법”이라고 한다)에서 별도로 영업비밀권 침해를 이유로 한 금지청구의 경우에 3년 또는 10년의 소멸시효제도를 두고 있다(동법 제14조 참조). 물론 동법 제14조도 현행 민법 제766조와 보조를 맞추어서인지 3년 또는 10년으로 기간을 규정하고 있지만, 이 글에서는 영업비밀권 침해를 이유로 한 금지청구의 경우에 현행 민법 제766조에 의거하지 않고 부정경쟁방지법이라는 특별법에서 시효기간을 별도로 두고 이에 의거하고 있다는 사실에 주목하고자 한다(밑줄은 필자가 추가, 이하 동일함).

12) Mars, Inc. v. Coin Acceptors, Inc., 527 F.3d 1359, 1365 (Fed. Cir. 2008) (“Patent infringement is a tort.”).

을 청구할 수 없다는 등의 문제가 있었다. 이러한 문제들을 해결하기 위하여 우리나라에서는 손해발생일을 소멸시효의 기산점으로 하고, 장기의 기간도 10년에서 20년으로 연장하는 내용의 개정안을 제시함으로써 현행민법 제766조를 개정하려는 노력이 시도된 적이 있었다.¹³⁾ 이러한 개정안은 제766조가 해결할 수 없는 특수불법행위에 기한 손해배상청구권에 있어서의 소멸시효 규정의 보완에만 초점이 맞추어져 있다. 따라서 현행민법 제766조와 이에 대한 개정안을 둘러싼 학계의 선행 연구자료가 특허권 침해의 경우에 유용한 지침이 될 수 있는지를 별도로 검토할 필요가 있다. 만약 특허권 침해에 현행민법 제766조나 이에 대한 개정 논의들이 그대로 적용 또는 해석되는 것이 적절하지 않다면, 향후 특허법에 특허권 침해에 대한 소멸시효제도를 별도로 규정하는 입법론의 제시가 불가피할 것이다.

이러한 문제의식 하에 이 글에서는 현행민법에서의 불법행위에 대한 손해배상청구권의 소멸시효제도에 대한 일반적 해석론과 이에 대한 개정안의 내용을 살펴보고, 이것들이 특허권 침해에 기한 손해배상청구권에 어떠한 형태로 적용되는지를 살펴본다. 그 후 주요 국가에서 민법상 불법행위나 특허권 침해에 기한 손해배상청구권의 소멸시효 법리가 어떻게 운용되고 있는가를 살펴본다. 이를 통하여 만약 현행 우리민법 제766조의 체계 하에서 특허권 침해를 적절하게 규율할 수 없는 문제가 발견된다면, 특허권 침해에 기한 손해배상청구권의 소멸시효에 관한 규정을 특허법에 독자적으로 마련하는 입법론을 제시하고자 한다.

II. 민법 제766조에 관한 일반적 해석론

1. 민법 제766조의 존재이유

(1) 민법 제766조 제1항의 존재이유에 대해서 종래의 일반적 견해는 첫째 시일이 너무 경과되면 불법행위의 요건의 증명이나 손해액의 산정이 곤란하게 되는 점, 둘째 세월이 지나면 피해자의 감정이 가라앉게 된다고 생각되므로, 그 후에 이르러서 다시 당사자 사이의 관계를 분류케 하는 것은 타당하지 않은 점, 셋째 오래도록 내버려 두어서 불법행위에 의한 손해·고통 등을 잊고 있는 자에게는

13) 이러한 개정안에 대한 자세한 내용은 법무부 민법개정자료발간팀 편, 앞의 책(2013), 385면 이하 참조.

법적 보호를 줄 필요가 없는 점의 세 가지를 들고 있다.¹⁴⁾ 그러나 이에 대해서는 배상의무자 측의 증명곤란을 구제할 필요성은 그리 크지 않다는 점을 근거로 이러한 이유는 단기시효제도에 맞지 않다는 견해,¹⁵⁾ 그만한 세월이 지나면 피해자의 감정이 가라앉게 되므로, 다시 당사자 사이의 관계를 분류케 하는 것은 타당하지 않은 점을 근거로 보아야 한다는 견해,¹⁶⁾ 권리행사의 가능성을 알면서 청구하지 아니한 피해자의 태도에 대한 가해자의 정당한 신뢰를 보호하는 점을 근거로 드는 견해¹⁷⁾ 등이 주장된다.

(2) 민법 제766조 제2항의 존재이유에 대해서 일반적 견해는 본조 제1항의 규정만 있으면, 피해자가 가해자 및 손해를 알지 못하는 때에는 소멸시효가 언제까지나 진행하지 않게 되는 불합리가 있고, 3년 기간의 기산점이 피해자의 인식이라고 하는 주관적 사실에 관한 것인 이상 그 인정은 실제로는 용이하지 않으며, 특히 장기간이 경과할수록 기산점의 확정 그 자체가 어려워지므로, 이에 대비하기 위하여 본조 제2항을 둔 것이라고 설명한다.¹⁸⁾ 다만 이에 대해서는 동조 제2항은 피해자의 주관적 인식이 전제되지 않을 때를 상정하여 입법된 것으로, 일반 소멸시효의 원리를 그대로 적용하는 것으로 이해하면 된다는 견해가 주장되고 있다.¹⁹⁾

(3) 민법 제766조의 존재이유에 대한 종래의 일반적 견해는 상당 부분 독일과 일본의 학설의 영향을 받은 것이었는 바, 원래 불법행위에 기한 손해배상청구권의 소멸시효에 대한 규정인 독일민법 제852조나 일본민법 제724조를 제정함에

14) 이원, 주석민법[채권각칙(8)](편집대표 김용담), 제4판, 한국사법행정학회, 2016, 743면. 이와 달리 첫째와 둘째의 점을 본조 제1항의 존재이유로 드는 견해(이은영, 채권각론, 제5판, 박영사, 2007, 815면), 둘째와 셋째의 점을 본조 제1항의 존재이유로 드는 견해(곽윤직, 채권각론, 신정수정판, 박영사, 2001, 592면), 의무자의 신뢰보호에 주안점을 두는 견해(윤진수, 앞의 책, 371면 이하) 등도 주장되고 있다.

15) 이상욱, “불법행위로 인한 손해배상청구권의 시효기산점”, 채권법에 있어서 자유와 책임(김형배 교수화갑기념), 박영사, 1994, 595면; 이기용, 앞의 논문, 234면.

16) 이기용, 앞의 논문, 234면 이하는 본조 제1항의 입법취지를 불법행위에 의한 고통을 입고 있는 자에게 법적 보호를 줄 필요가 없다고 설명하는 것은 3년 정도의 단기간이 경과하였다고 해서 불법행위 피해자가 고통을 잊을 수 있을지 상식적으로 공감되지 않으며, 이 취지를 “권리 위에 잠자는 자는 보호할 가치가 없다”의 법리로 이해하는 것도 타당하지 않고, 이러한 법리는 시효제도의 정당화를 위한 소극적이고 2차적인 근거로 원용될 뿐 학설의 기원도 분명하지 않다고 한다. 다만 피해자 감정의 진정에 대해서는 음미할 필요가 있다고 한다.

17) 박우동, “손해배상청구권과 소멸시효”, 민법학논총(후암 곽윤직교수화갑기념), 박영사, 1985, 709면은 증명곤란의 구제와 피해자의 감정의 진정은 단기소멸시효의 근거가 될 수 없다고 한다. 그러면서 불법행위는 당사자가 예기치 아니한 사정에서 발생하는데 피해자의 배상청구의 여부와 범위에 관한 결심이 유보된 상태에서는 가해자의 처지가 매우 불안정하므로, 피해자의 권리행사를 시간적으로 제약하는 한계가 필요하다고 한다.

18) 윤진수, 앞의 책, 395면.

19) 이기용, 앞의 논문, 237면.

있어서 고려된 것은 주로 가해자의 보호였다. 즉 독일민법 제1초안 이유서는 불법행위가 있는 후 상당한 기간이 지나서 비로소 손해배상청구가 있는 경우에는 그 상대방은 그에 대하여 방어하는 것이 부당하게 제한되는 것이 보통일뿐만 아니라 이러한 손해배상청구는 어떠한 이유에서든 부당하다고 추정된다고 하는 점을 들고 있었다.²⁰⁾ 그리고 일본민법 제724조도 주로 이러한 독일민법의 영향 아래 제정된 것이다.²¹⁾

2. 민법 제766조 제1항 소정의 3년

(1) 민법 제766조 제1항 소정의 3년의 법적 성질을 소멸시효로 보는 데에는 이론이 없다. 그리고 3년의 시효기간은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 기산한다(제766조 제1항). 그리고 특허권 침해에 기한 손해배상청구권은 특허권 침해가 불법행위의 성질을 가지며, 이러한 손해배상청구권의 소멸시효에 대해서 현재 특허법에 따로 규정을 두고 있지 않으므로, 동조 제1항이 기본적으로 적용된다. 따라서 이에 대한 학설 및 판례의 입장은 그대로 특허권 침해에 기한 손해배상청구권의 소멸시효 법리로 운용되고 있다고 볼 수 있다.²²⁾

이하에서는 이러한 점을 염두에 두고 민법 제766조 제1항의 일반적 해석론을 살펴본다. 우선 여기에서 인식의 주체는 피해자나 그 법정대리인이 될 것인가,²³⁾ 이와 관련된 대법원 판례의 입장을 살펴보면 다음과 같다.

대법원 판례는 불법행위의 피해자가 미성년자 · 피성년후견인 · 피한정후견인과 같은 제한능력자인 경우에는 그 법정대리인이 손해 및 가해자를 알아야 제766조 제1항의 소멸시효가 진행된다는 입장이다. 즉 불법행위의 피해자가 미성년자로

20) Motive zu dem Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Bd.II, Recht der Schuldverhältnisse, 1888, S.742.

21) 일본민법 제724조는 연혁상 프로이센 일반관트법, 독일민법 제1차 초안 등을 모범으로 삼아서 제정된 것이다(森島昭夫, 前掲 不法行為法講義, 420頁).

22) 이러한 기본적 틀은 후술하는 민법 제766조 제2항과 관련된 해석론이 특허권 침해에 기한 손해배상청구권의 소멸시효에 적용하는 데에도 동일하게 유지된다.

23) 인식의 주체와 관련하여 일본에서는 채무불이행의 경우에는 “채권자”로 되어 있는 반면 불법행위의 경우에는 “피해자 또는 그 법정대리인”으로 되어 있는데, 동일한 손해배상청구권이라도 불법행위의 경우에만 “법정대리인”을 추가하는 이유를 설명하기 어려우며, 권리불행사로 인한 소멸시효의 불이익을 피해자 본인에게 돌아가게 하려면 피해자 본인으로 인식의 주체를 한정하는 것이 타당하고, 이러한 문제의식은 일본민법 제724조(우리민법 제766조에 상응한다)의 개정시에 고려되어야 한다는 견해가 주장되고 있다(松久三四彦, “不法行為時効の立法的課題”, 現代不法行為法研究会編, 不法行為法の立法的課題, 別冊 NBL No. 155, 商事法務, 2015, 247頁 참조).

행위능력이 제한된 자인 경우에는 그 법정대리인이 손해 및 가해자를 안 날부터 기산하며,²⁴⁾ 법정대리인이 손해 및 가해자를 알지 못한 때에는 미성년자인 피해자가 성년자가 된 때부터 3년의 소멸시효가 진행된다는 입장이다.²⁵⁾ 그리고 대법원 판례는 피해자 등에게 손해의 발생 사실이나 그 손해가 가해자의 불법행위로 인하여 발생하였다는 사실을 현실적이고도 구체적으로 인식할 만한 정신적 능력 내지 지능이 있었다고 인정되지 아니하면 설사 사고 발생 후 피해자 등이 사고 경위 등에 관하여 들은 적이 있다 하더라도 손해 및 가해자를 알았다고 할 수는 없을 것이므로, 3년의 소멸시효는 진행되지 않는다고 한다.²⁶⁾ 또한 대법원 판례는 피해자에게 정신적 능력 내지 지능이 있었는지 여부는 구체적인 사건에 있어서 여러 사정들을 참작하여 판단할 사실 인정의 문제라고 한다.²⁷⁾

(2) “손해 및 가해자를 안 날”이란 손해의 발생사실과 그 손해가 가해자의 불법행위로 인해 발생한 것, 즉 가해행위와 손해의 발생 사이에 상당인과관계가 있다는 사실을 피해자 측이 현실적이고도 구체적으로 인식한 것을 의미하며, 손해 발생의 추정이나 의문만으로는 충분하지 않다고 해석하는 것이 대법원 판례의 입장이다.²⁸⁾ 즉 가해행위가 불법행위로서 이를 원인으로 하여 손해배상을 소구할 수 있다는 것까지 피해자가 알 것을 요한다.²⁹⁾ 따라서 과실의 존재, 위법한 가해행위의 존재, 손해의 발생, 가해행위와 손해의 인과관계 등이 있는 것까지도 알아야 한다.³⁰⁾ 그리고 대법원 판례는 피해자 등이 언제 불법행위의 요건사실을 현실적이고도 구체적으로 인식한 것으로 볼 것인지는 개별적 사건에 있어서의 여러 객관적 사정을 참작하고 손해배상청구가 사실상 가능하게 된 상황을 고려하여 합

24) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다79897 판결(간음을 당할 당시 만 15세로서 미성년자이던 원고의 법정대리인이 원고의 피해사실 및 그 가해자를 알았다고 볼 만한 증거가 없으므로, 원고가 성년이 된 때까지는 원고의 피고에 대한 손해배상청구권의 소멸시효는 진행되지 않는다고 본 사례).

25) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다79897 판결.

26) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다30263 판결.

27) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다30263 판결; 대법원 1998. 7. 24. 선고 97므18 판결.

28) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다30263 판결; 대법원 1999. 11. 23. 선고 98다11529 판결; 대법원 2002. 6. 28. 선고 2000다22249 판결; 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다13282 판결; 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결 등.

29) 대법원 1966. 1. 25. 선고 65다2318 판결; 대법원 1975. 3. 25. 선고 75다233 판결; 대법원 1978. 10. 31. 선고 78다1611 판결; 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010다71592 판결 등.

30) 대법원 1989. 9. 26. 선고 88다카32371 판결; 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다59304 판결; 대법원 2002. 6. 28. 선고 2000다22249 판결; 대법원 2008. 4. 24. 선고 2006다30440 판결; 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다13282 판결 등.

리적으로 인정해야 한다는 입장이다.³¹⁾ 다만 손해발생 사실을 알면 되는 것이고,³²⁾ 그 손해의 정도나 액수까지 구체적으로 알아야 하는 것은 아니다.³³⁾ 이러한 인식과 관련된 대법원 판례의 입장은 기본적으로 특허권 침해 사건에도 그대로 적용되지만, 특허권 침해 사건의 경우에는 침해사실을 인식하였으면 그 침해로 인한 손해발생의 사실은 당연히 인지한 것으로 보아야 한다는 견해가 주장되고 있다.³⁴⁾ 타당한 주장이라고 생각된다.

또한 대법원 판례는 법인의 경우에 손해 및 가해자를 안 날은 통상 대표자가 이를 안 날을 뜻하지만,³⁵⁾ 법인의 대표자가 불법행위의 주체라면 법인의 이익을 정당하게 보전할 권한을 가진 다른 대표자, 임원 또는 사원이나 직원 등이 손해배상청구권을 행사할 수 있을 정도로 이를 안 때에 비로소 단기소멸시효가 진행된다고 해석한다.³⁶⁾ 이러한 일련의 대법원 판례에 대해서는 주관적 인식이 개입됨으로 인하여 “기산점 자체를 확정한다는 것이 사실상 불가능에 가까운” 경우가 있다는 점을 비판하는 견해가 있다.³⁷⁾

한편 “가해자를 안다”는 것은 직접 불법행위를 한 자, 즉 손해배상청구의 상대방이 되는 자를 알게 되는 것을 말하며,³⁸⁾ 이는 사실에 관한 인식의 문제이지 사실에 대한 법률적 평가의 문제가 아니라고 보는 것이 대법원 판례의 입장이다.³⁹⁾ 그리고 제766조 제1항의 단기소멸시효는 형사상의 소추와는 무관하게 설정한 민사관계에 고유한 제도이므로 그 시효의 기산점은 원칙적으로 관련 형사사건의 소추 여부 및 그 결과에 영향을 받지 않는다는 것이 대법원 판례의 입장이다.⁴⁰⁾ 또한 증명책임과 관련해서는 피해자 측이 손해 및 가해자를 안 날에 대한 증명책임은 소멸시효를 주장하는 자, 가해자에 있다는 것이 대법원 판례의 입장이다.⁴¹⁾

31) 대법원 2002. 6. 28. 선고 2000다22249 판결; 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다54686 판결.

32) 즉 법률상 어떠한 손해배상청구권이 발생하였는지를 알 필요는 없다(대법원 1967. 1. 24. 선고 66다2279 판결).

33) 대법원 1992. 4. 14. 선고 92다2011 판결; 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다28780 판결.

34) 박성수, “특허법 제128조 제3항 및 제5항에 의한 손해배상액 산정방법”, 대법원판례해설 제62호, 법원도서관, 2006, 251면.

35) 대법원 1998. 11. 10. 선고 98다34126 판결.

36) 대법원 1998. 11. 10. 선고 98다34126 판결.

37) 이상욱, 앞의 논문, 611면.

38) 대법원 1974. 1. 15. 선고 73다1501 판결.

39) 대법원 1993. 8. 27. 선고 93다23879 판결.

40) 대법원 1998. 11. 10. 선고 98다34126 판결; 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010다7577 판결.

41) 대법원 1971. 4. 6. 선고 70다269 판결; 대법원 1977. 6. 7. 선고 76다20081 판결; 대법원 1982. 5. 25. 선고 81다카1226 판결; 대법원 1995. 6. 30. 선고 94다13435 판결; 대법원 2013. 7. 12.

(3) 불법행위의 특수한 유형에 대해서 대법원 판례는 3년의 소멸시효기간의 기산점을 개별 사안에 따라 구체적 타당성의 측면에서 유연하게 해석하고 있다. 예컨대 후유증 등으로 인하여 불법행위 당시에는 전혀 예견할 수 없었던 새로운 손해가 발생하였거나 예상 외로 손해가 확대된 경우에는 그러한 사유가 판명되었을 때 비로소 새로이 발생 또는 확대된 손해를 알았다고 보아야 하므로, 그 때부터 시효가 진행된다고 해석하는 것이 대법원 판례의 입장이다.⁴²⁾ 그리고 대법원 판례는 불법행위가 계속적으로 행하여지는 결과 손해도 역시 계속적으로 발생하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 손해는 날마다 새로운 불법행위에 기하여 발생하는 손해로서 그 각 손해를 안 때로부터 별개로 소멸시효가 진행된다고 본다.⁴³⁾ 또한 환자의 부모가 의사를 업무상과실치상죄로 ‘고소한 때’를 소멸시효의 기산점으로 삼을 수 있는지 여부에 대하여 대법원은 “의료사고의 경우에 의료전문가가 아닌 일반인들로서는 의사에게 과실이 있는지의 여부 및 의사의 과실과 손해 사이에 인과관계가 있는지의 여부 등을 쉽게 알 수 없는 것이므로, 위와 같은 고소는 결국 의사의 진료 내지 처치와 환자의 뇌성마비 사이에 인과관계가 있는지 여부 및 의사에게 과실이 있는지 여부 등을 수사하여 인과관계와 과실이 있다고 판명되면 의사를 처벌하여 달라는 취지에 불과하고, 위 고소 당시에 의사의 진료와 환자의 뇌성마비 사이에 인과관계가 있고 또 의사에게 과실이 있었음을 알았다고 볼 수 없다”고 판시하였다.⁴⁴⁾

3. 민법 제766조 제2항 소정의 10년

(1) 민법 제766조 제2항이 규정하는 10년의 법적 성질에 대해서 학설은 제척기간으로 보는 견해⁴⁵⁾와 소멸시효기간으로 보는 견해⁴⁶⁾로 나누어져 있다.⁴⁷⁾ 그리고

선고 2006다17539 판결 등.

42) 대법원 1995. 2. 3. 94다16359 판결; 대법원 2001. 9. 14. 선고 99다42797 판결; 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다99105 판결 등.

43) 대법원 1966. 6. 9. 선고 66다615 전원합의체 판결; 대법원 1999. 3. 23. 선고 98다30285 판결 등.

44) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다59304 판결.

45) 박윤직, 앞의 책, 592면; 김상용, 채권각론, 화산미디어, 2011, 871면; 김주수, 채권각론, 제2판, 삼영사, 1997, 823면; 안춘수, 불법행위·부당이득·사무관리, 동방문화사, 2018, 323면은 제 766조 제2항의 10년 기간에 대해서 소멸시효의 중단을 인정하는 것은 지나치다고 할 것이므로, 제척기간으로 보는 것이 타당하다고 한다.

46) 김준호, 앞의 책(채권법), 909면; 김중환·김학동, 채권각론, 제7판, 박영사, 2006, 940면; 양창수·권영준, 앞의 책, 678면; 오지용, 손해배상의 이론과 실무, 개정판, 동방문화사, 2011, 324면; 지원림, 민법원론, 홍문사, 2017, 825면; 윤진수, 앞의 책, 396면; 윤철홍, 앞의 책, 481면 이하; 이은영, 앞의 책, 819면; 송덕수, 앞의 책, 608면은 제766조 제2항의 법문에 비추어 보거나

대법원 판례는 이를 소멸시효기간으로 본다.⁴⁸⁾

(2) 민법 제766조 제2항 소정의 10년 기간의 기산점은 동조 제1항의 단기소멸시효의 그것과 달리 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 알았는지 여부와 사실상 청구권을 행사할 수 있었는지 여부에 관계없이 불법행위를 한 날이 된다.⁴⁹⁾ 여기에서 “불법행위를 한 날”은 가해행위가 있었던 날이 아니라 현실적으로 손해의 결과가 발생한 날을 의미한다는 것이 대법원 판례의 입장이다.⁵⁰⁾ 즉 피해자가 손해의 결과발생을 알았거나 예상할 수 있는지 여부에 관계없이 가해행위로 인한 손해가 현실적인 것으로 되었다고 볼 수 있는 때로부터 소멸시효는 진행된다.⁵¹⁾ 이는 가해행위와 이로 인한 현실적 손해의 발생 사이에 시간적 간격이 있는 불법행위의 경우에 의미가 있으며,⁵²⁾ 이러한 해석론은 환경오염으로 인한 건강침해, 산업재해 사건 등 피해가 장기간 잠복해 있다가 발생하는 유형의 사고 피해자들을 구제하는 데에도 확장될 수 있다.⁵³⁾

(3) 참고로 이를 명문의 규정으로 수용한 법률도 있다. 예컨대 제조물책임법 제7조 제2항은 “이 법에 따른 손해배상의 청구권은 제조업자가 손해를 발생시킨 제조물을 공급한 날부터 10년 이내에 이를 행사하여야 한다. 다만 신체에 누적되어 사람의 건강을 해치는 물질에 의하여 발생한 손해 또는 일정한 잠복기간이 지

피해자 보호를 고려할 때 시효기간으로 새겨야 한다고 한다.

47) 소멸시효와 구별되는 제도로써 제척기간이란 일정한 권리에 관하여 법률이 미리 정하고 있는 그 권리의 존속기간을 말하며, 그 기간 내에 권리를 행사하지 않으면 그 권리는 당연히 소멸하는데, 당사자에게 책임 없는 사유로 인하여 그 기간을 준수하지 못하였다더라도 마찬가지이다(대법원 2003. 8. 11. 자 2003스32 결정). 즉 소멸시효가 일정한 기간의 경과와 권리의 불행사라는 사정에 의하여 권리소멸(또는 권리소멸을 주장할 수 있는 권리의 발생)의 효과를 발생시키는 것과 달리, 제척기간은 그 기간의 경과 자체만으로 곧바로 권리소멸의 효과를 발생시킨다. 이러한 제척기간을 두는 이유는 권리자로 하여금 당해 권리를 신속하게 행사하도록 함으로써 그 권리를 중심으로 하는 법률관계를 조속하게 확정하려는 데에 있고, 이는 형성권의 행사에서 특히 강하게 요청된다(지원립, 민법강의, 제15판, 홍문사, 2017, 374면 참조).

48) 대법원 1993. 7. 27. 선고 93다357 판결; 대법원 1996. 12. 19. 선고 94다22927 전원합의체 판결; 대법원 2000. 4. 7. 선고 99다53742 판결; 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다57856 판결; 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결 등.

49) 사법연수원, 손해배상소송, 사법연수원 출판부, 2017, 81면.

50) 대법원 1979. 12. 26. 선고 77다1894, 1895 전원합의체 판결; 대법원 1993. 7. 27. 선고 93다357 판결; 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다36613 판결; 대법원 2007. 11. 16. 선고 2005다55312 판결 등.

51) 대법원 1979. 12. 26. 선고 77다1894, 1895 전원합의체 판결; 대법원 1990. 1. 12. 선고 88다카25168 판결; 대법원 1993. 7. 27. 선고 93다357 판결; 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다36613 판결; 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결; 대법원 2007. 11. 16. 선고 2005다55312 판결 등.

52) 대법원 1990. 1. 12. 선고 88다카25168 판결.

53) 양창수·권영준, 앞의 책, 679면.

난 후에 증상이 나타나는 손해에 대하여는 그 손해가 발생한 날부터 기산한다”고 규정한다.

(4) 한편 가해행위와 다른 시기에 손해가 발생한 경우에 손해의 발생시기에 대한 증명책임은 소멸시효의 이익을 주장하는 자에게 있다고 보는 것이 대법원 판례의 입장이다.⁵⁴⁾

4. 불법행위에 기한 손해배상청구권의 소멸시효에 관한 민법 개정안

(1) 현행민법 제766조의 문제점

전술한 바와 같이 현행민법 제766조는 3년의 기산점에 관해서는 인식(knowledge)이라는 주관적 요건을 요구하고, 객관적 체계에 의한 10년의 최장기간을 규정하고 있다. 이러한 현행민법 제766조의 문제점으로는 주로 다음과 같은 것들이 개정 논의 과정에서 지적되었다.⁵⁵⁾

우선 불법행위채권의 소멸시효의 최장기간이 10년으로 되어 있는 현행민법 제766조 제2항에 의하면 환경오염으로 인한 건강침해 사건이나 직업병 사건 등 장기간 잠복해 있다가 발생하는 유형의 사고피해자들이 피해를 구제받지 못하는 문제점이 있다. 그리고 사기·강박·은닉 등의 불법행위에 있어서 사기·강박의 상태가 10년 이상 계속된 경우에는 뒤늦게 사기·강박의 상태에서 벗어났다고 하더라도 그 때에는 이미 소멸시효가 완성되어 피해자가 손해배상을 청구할 수 없게 된다. 이러한 점은 불법행위자가 장기간 진상을 은폐함으로써 피해자가 손해배상을 청구할 수 없었던 경우에도 마찬가지이다.

(2) 개정안

현행민법 제766조가 위와 같은 문제점을 가지고 있었고, 개정안은 그러한 문제점을 해소하기 위하여 제766조 제1항에서 불법행위채권의 시효기간을 피해자 측이 인식한 때부터 5년으로 늘렸다. 이는 보통의 채권의 소멸시효기간 5년과 동일한 것이다. 그리고 제2항에서는 피해자 보호를 위하여 손해배상채권 행사의 최장기간을 10년에서 20년으로 대폭 확대하였다. 이 점에 대하여 거부감을 갖는 위원

54) 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결.

55) 이하의 서술은 송덕수, 앞의 논문, 51면을 참조하여 정리하였다.

도 있었지만,⁵⁶⁾ 대부분의 불법행위의 경우에는 5년의 시효로 해결되고, 20년의 기간이 문제되는 경우는 매우 적을 것이며, 또 그 적은 경우에는 최장기간이 현행법과 같아서는 도저히 보호될 수 없으므로, 20년으로 늘리는 것으로 확정되었다. 그런가 하면 20년의 기산점도 ‘불법행위를 한 날’로 하지 않고 ‘불법행위로 인한 손해가 발생한 날’로 합리적으로 규정하였다.⁵⁷⁾ 이것은 대법원 판례의 태도와도 일치한다.⁵⁸⁾ 이러한 현행민법 제766조와 개정안의 내용을 표로 나타내면 다음과 같다.

현행 민법	민법개정안
제766조(손해배상청구권의 소멸시효)	제766조(손해배상청구권의 소멸시효)
① 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.	① 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해와 가해자를 안 날로부터 <u>5년</u> 동안 행사하지 아니하면 소멸시효가 <u>완</u> 성된다.
② 불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다.	② <u>불법행위로 인한 손해가 발생한 날</u> 로부터 <u>20년</u> 이 지난 때에도 제1항과 같다.
	③ (신설) (생략)

56) 예컨대 2009년 11월 28일 민법 개정위원회 제2차 전체회의에서 ‘김재형’ 제5분과 위원은 불법행위의 소멸시효를 손해와 가해자를 안 날로부터 5년, 손해발생일로부터 20년으로 연장하는 것은 지나치므로, 현재의 규정을 그대로 두고 국가기관 등에 의한 불법행위나 대량불법행위 등에 한정하여 시효를 연장하는 방식이 바람직하다고 하였다(법무부 민법개정자료발간팀 편, 앞의 책(2013), 709-710면). 이에 대해서 송덕수 4분과 위원장은 채권자가 손해와 가해자를 알게 된 경우에는 5년 시효에 걸리게 되므로, 대부분의 경우에는 5년 시효가 적용되고 예외적으로만 20년이 적용될 것이어서 최장기간을 20년으로 연장하는 것은 크게 의미가 있는 것은 아니라고 답변하였다. 다만 그는 10년이나 15년으로 하게 되면 혹시라도 보호를 받지 못하는 경우가 있을 수 있으므로 20년으로 늘리자는 취지였다고 하였다. 그리고 그는 채권자가 손해와 가해자를 알게 된 경우에 5년으로 연장하는 것이 지나치다면 현행대로 3년으로 유지하고 일반채권의 경우에도 3년으로 해야 할 것인 바, 이는 정책결정의 문제로 판단된다고 하였다(법무부 민법개정자료발간팀 편, 앞의 책(2013), 710면 주52 참조).

57) 특허권 침해의 경우 침해제품을 생산하여 전시하고 이어서 판매한 경우에 생산, 전시 및 판매는 각각 침해행위(불법행위)를 구성하지만, 특허권자에게 실질적인 손해를 발생시킨 날은 판매한 날이다. 스위스 대법원이 이러한 점을 판시한 적이 있다(“Furthermore, the Supreme Court concluded that since the compensation for the exploitation of the patent shall be equal to a reasonable royalty fee, the liability to pay such compensation arises as of the execution date of the different sales agreements.” <<http://lexuniversal.com/en/news/14654>>”). 그러므로 개정안에 의하면 소멸시효의 기산일은 침해제품을 생산 또는 전시한 날이 아니라 판매한 날이 된다. 전시 행위도 손해를 발생시킨 것으로 볼 여지가 있지 않을까?

58) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다36613 판결 등.

III. 각국의 입법례

1. 영미법계 국가

(1) 미 국

1) 미국특허법 제286조에 대한 해석

(가) 미국의 경우에는 1870년 개정된 특허법이 소멸시효를 6년으로 규정하기 시작하였으며,⁵⁹⁾ 그 당시 일반 불법행위에 대한 소멸시효가 6년이었는데,⁶⁰⁾ 특허권 침해를 불법행위의 한 유형으로 생각하여⁶¹⁾ 특허권 침해에 대한 소멸시효도 6년으로 규정하였다.⁶²⁾ 2018년 현재 동 규정은 미국특허법 제286조에 규율되어 있는데, 그 내용은 다음과 같다.

35 U.S.C. § 286 Time limitation on damages	미국 특허법 제286조(손해배상의 시간적 제한)
Except as otherwise provided by law, no recovery shall be had for any infringement committed more than six years prior to the filing of the complaint or counterclaim for infringement in the action.	법에서 달리 규정하는 경우를 제외하고는, 소송에서의 침해에 대한 소장 또는 반소의 접수 전 6년 전에 행해진 침해에 대하여는 구제를 받을 수 없다. ⁶³⁾

59) R. Carl Moy, 6 *Moy's Walker on Patents* § 21:4 (4th ed.) ("This state of affairs was altered by the Patent Act of 1870, section 55 of which stated a statute of limitation in actions for patent infringement expressly for the first time.").

60) 미국에서 불법행위는 일반적으로 주법에 의하여 규율되며, 미국 50개 주의 재산손해(property damages)에 대한 소멸시효기간은 최단 2년부터 최장 10년까지 매우 다양하다. 3년, 4년, 5년을 적용하는 주가 많으므로 미국 50개 주의 소멸시효기간의 평균은 약 4년이라고 생각된다. <<http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/statute-of-limitations-state-laws-chart-29941.html>>.

61) R. Carl Moy, 6 *Moy's Walker on Patents* § 21:4 (4th ed.) ("Patent infringement apparently was thought to be a form of tort.").

62) 참고로 미국저작권법 제507(b)조는 소멸시효기간을 3년으로 규정하고 있다. 17 U.S.C. §507(b) ("No civil action shall be maintained under the [Act] unless it is commenced within three years after the claim accrued.").

63) 이와 달리 "본 특허법에 별도의 정함이 있는 경우를 제외하고 침해에 대한 소송 또는 반소가 제기된 날로부터 6년을 경과하기 전에 이루어진 침해에 대해서는 소송에 의한 회복을 받을 수

(나) 미국특허법 제286조는 침해소송에서의 과거의 침해행위에 대한 손해배상의 산정에 관한 소멸시효를 규정한 것으로,⁶⁴⁾ 과거의 침해행위에 대한 손해배상 산정에서의 소급효를 6년으로 제한하는 취지를 밝힌 규정이다.⁶⁵⁾ 즉 6년 이상 계속된 침해행위라 할지라도 (금지청구권 외에) 소송제기일 전 6년분의 침해행위에 관해서는 손해배상청구권이 상실되지 않는 것이다.⁶⁶⁾ 따라서 특허권 침해 소송제기일로부터 6년 이상 전의 특허권 침해에 대해서 특허권자는 손해배상을 청구할 수 없다.⁶⁷⁾ 다만 다른 행위태양 사이의 계속성에 대해서는 별도의 고려를 요한다. 즉 생산, 사용 및 판매는 각각 침해의 행위태양으로는 계속성이 없어서 별도로 본조에 의한 제한이 적용된다.⁶⁸⁾

(다) 피고의 행위가 6년 기간 중에 발생한 사실에 대해서는 원고가 증명을 하여야 한다고 해석되었다.⁶⁹⁾ 통상의 소멸시효의 경우에는 (소멸시효의 항변을 제

없다”고 번역하는 견해도 있다(服部健一, 新米国特許法対訳付き, 増補版 [施行規則・AIA後の法改正と条約], 一般社団法人発明推進協会, 平成26年(2014年), 352頁 참조).

64) 다만 이에 대하여 논자에 따라서는 미국특허법 제286조가 소멸시효를 규정하였다기보다는 손해배상액을 산정하는 기간을 규정하고 있는 것으로서 소송 제기일 전 6년의 기간에 한하여 손해배상액을 산정하게 하고 있다고 이해되기도 한다. 이러한 이해에 입각한 동조의 성격으로 인하여 연방관할항소법원(CAFC)은 *Standard Oil v. Nippon* 사건에서 동조는 소멸시효를 규정하는 것이 아니라 6년이 경과한 침해행위에 대해서는 손해배상을 받을 수 없음을 규정한 것이라고 해석하였다. 예컨대 *Standard Oil Co. v. Nippon Shokubai Kagaku Kogyo Co., Ltd.*, 754 F.2d 345, 348 (Fed. Cir. 1985) (“Reading § 286 in light of this definition shows that this statute is not a statute of limitations barring suit in the usual meaning of the term. It does not say that ‘no suit shall be maintained.’ Take, for example, the situation of R & H in this case as it was before the district court. R & H was allegedly continuing the use of the ‘007 patent process. Waiting for more than six years after that use commenced did not create a bar under § 286 to the bringing of a suit for infringement or maintaining the suit. Assuming a finding of liability, the only effect § 286 has is to prevent any ‘recovery … for any infringement committed more than six years prior to the filing of the complaint ….’ Therefore, suit could be maintained and recovery of damages could be had for infringement taking place within the six years prior to the filing of the complaint.”) 참조. 또한 *Bradford Co. v. Jefferson Smurfit Corp.*, 2001 WL 35738792 (Fed. Cir. 2001) (unpublished) (“It is … clear that section 286 is not a ‘defense’ in the traditional sense of the word, as the statute does not bar a cause of action for infringement; it merely limits the time frame for which damages can be incurred.”)도 참조.

65) 헨리-幸田, 米国特許法逐条解説, 第6版, 一般社団法人発明推進協会, 2013年(平成25年), 445頁.

66) 헨리-幸田, 前掲 米国特許法逐条解説, 445-446頁.

67) 또한 6년 이상 전에 제조된 물건에 대해서도 특허권의 효력은 미치지 않는다(高岡亮一, *アメリカ特許法*, 第4版, 中央経済社, 2013, 452頁 참조).

68) 예컨대 6년 이상 전에 생산된 물건을 타인이 사용하는 경우에 특허권자는 생산자에 대하여 소송을 제기하여도 미국특허법 제286조에 따른 제한이 적용되어서 손해배상은 받지 못한다. 이 경우에 사용자(또는 판매자)에 대해서는 손해배상청구가 가능하다(헨리-幸田, 前掲 米国特許法逐条解説, 446頁 참조).

69) R. Carl Moy, § 21:19 (“The burden of proving that an act of infringement has occurred within the six years set out in section 286 is currently allocated to the plaintiff.”).

기하는) 피고가 증명책임을 부담하지만, 미국특허법 제286조의 성격으로 인하여 원고가 증명책임을 부담하는 것이다.⁷⁰⁾ 또한 6년의 기간은 양 당사자의 합의에 의하여 연장될 수 있다.⁷¹⁾ 즉 양 당사자가 협상을 위하여 동조를 적용하지 않기로 합의한 경우 6년 이전의 침해행위에 대해서도 손해배상액이 산정될 수 있다.

(라) 계속적 침해에 대하여 소멸시효를 어떻게 계산할 것인지에 대해서 학설상 견해의 대립이 있었지만, 소멸시효 기간을 초과한 침해가 있더라도 최근에 발생한 침해를 근거로 소를 제기할 수 있다는 것이 판례로 정립되었다.⁷²⁾ 이에 따르면 침해가 9년간 발생하였다면 처음 3년간의 침해에 대해서는 소멸시효가 적용되지만, 최근의 6년간의 침해에 대해서는 소멸시효가 적용되지 않는다.⁷³⁾

(마) 한편 미국특허법 제271(c)조가 규정하는 기여간접침해가 인정되기 위해서는 간접침해자가 특허의 존재를 알았어야 한다.⁷⁴⁾ 미국의 법리에 의하면 기여간접침해가 인정되기 위해서는 ① 직접침해가 존재하여야 하며, ② 간접침해자가 특허의 존재를 알았어야 하고, ③ 간접침해품이 실질적 비침해 용도(substantial noninfringing uses)를 가지지 않았어야 하며, ④ 간접침해품이 특허발명의 주요한 부분이어야 한다.⁷⁵⁾ 그러므로 간접침해자가 특허의 존재를 알았다는 사실을 특허권자가 증명하지 못하면 그에 상응하는 기간에 대하여는 손해배상을 받지 못한다.

2) 유사 개념

(가) 전술한 바와 같이 미국특허법 제286조는 특허권 침해행위에 대한 소송에 관한 소멸시효를 규정한다. 즉 동조에 따르면 과거의 특허권 침해행위는 6년을 경과한 시점에 소멸시효에 걸려서, 손해배상 청구권이 상실된다. 다만 동일한 특

70) *Id.*

71) *Id.* at § 21:24 (“The general law relating to statutes of limitation at times allows the time period in the statute to be tolled by private agreement between parties, by contract.”).

72) *Standard Oil*, *supra*, at 348.

73) *R. Carl Moy*, *supra*, § 21:17 (“The provision does not preclude the patent owner from recovering for infringements that are less than six years old. . . . she cannot recover for those infringements that are more than six years old, but she still can recover for those that are less.”).

74) 35 U.S.C. § 271(c) (“Whoever offers to sell or sells within the United States or imports into the United States a component of a patented machine, manufacture, combination, or composition, or a material or apparatus for use in practicing a patented process, constituting a material part of the invention, knowing the same to be especially made or especially adapted for use in an infringement of such patent, and not a staple article or commodity of commerce suitable for substantial noninfringing use, shall be liable as a contributory infringer.”).

75) *Fujitsu Ltd. v. Netgear Inc.*, 620 F.3d 1321, 1326 (Fed. Cir. 2010).

허권 침해행위자에 의한 6년 이내의 특허권 침해행위에 관한 청구권은 유효하다. 따라서 실제 소송에서 손해배상액 산정의 근거가 되는 것은 소송 제기일부터 기산하여 6년 이내의 특허권 침해행위로 인한 손해로 한정된다.⁷⁶⁾

그런데 소멸시효와 유사한 개념으로 미국의 특허실무상 자주 논점이 되는 것은 형평법에서 파생된 금반언의 원칙(Estoppel) 및 라처스(Laches, 형평법상의 소멸시효)이다. 이들은 여러 가지 면에서 그 의미가 소멸시효와 유사하기 때문에 실제 운용에서 혼동되는 경우가 적지 않다. 이하에서는 이들의 내용을 살펴본다.

(나) 금반언의 원칙이란 어떤 사실의 존재(또는 부존재)를 표명한 자가 그 표명을 믿고 행동한 상대방에 대하여 그 표명과 모순되는 주장을 하는 것은 허용되지 않는 원칙을 말한다. 이 원칙의 기원은 과거 영국국왕법원에서 부동산에 관한 날인증서의 효력을 인정했던 관습법(common law)에 있었으며, 그 후에 주로 형평법(equity) 하에서 법이론으로 발전되었다.⁷⁷⁾

미국의 특허 실무상 이러한 금반언의 원칙의 적용이 자주 문제가 되는 것은 특허권 침해자가 특허권자의 표명(언어, 행위, 침묵 등)을 신뢰하여 사업 확장, 시설확장 등 투자행위를 한 경우이다. 이 경우에 금반언의 원칙의 적용을 주장하는 특허권 침해자는 명료하고 확실적 증거에 의해서 특허권자에 의한 표명의 내용, 특허권 침해자에 의한 신뢰의 정당성, 특허권자의 권리행사에 이르기까지의 기간을 증명하여야 한다.⁷⁸⁾

한편 미국특허법 제286조에 따른 소멸시효가 객관적으로 판정됨에 비하여 금반언의 원칙은 형평법적 색채가 강하기 때문에 주관을 포함하는 특정한 당사자 사이의 관계에 따라서 적용된다. 그리고 금반언의 원칙이 인정된 때에 권리자는 구제와 관련된 청구권을 모두 상실당한다.⁷⁹⁾

76) 헨리-幸田, 前掲 米国特許法逐条解説, 446頁.

77) 헨리-幸田, 前掲 米国特許法逐条解説, 446-447頁. 한편 미국에서의 금반언의 원칙(Estoppel)은 그 표명 형식에 따라서 언명에 의한 금반언의 원칙(Estoppel)(Estoppel by Representation), 행위에 의한 금반언의 원칙(Estoppel)(Estoppel by Conduct), 침묵에 의한 금반언의 원칙(Estoppel)(Estoppel by Silence), 기록에 의한 금반언의 원칙(Estoppel)(Estoppel by Record)으로 분류된다.

78) 헨리-幸田, 前掲 米国特許法逐条解説, 447頁.

79) 헨리-幸田, 前掲 米国特許法逐条解説, 447頁. 또한 권리 주장 범위의 인정에 있어서 균등론을 제한하기 위한 출원과 관련된 금반언의 원칙(File Wrapper Estoppel 또는 Prosecution History Estoppel)은 금반언의 원칙(Estoppel)의 한 태양이다. 다만 보통의 금반언의 원칙(Estoppel)의 적용에 있어서는 침해자가 권리자의 표명을 신뢰하였을 것이 조건이 됨에 비하여 균등론을 제한하기 위한 출원과 관련된 금반언의 원칙에 관해서는 권리자의 표명(권리 주장의 축소)을 신뢰하였을 것은 조건으로는 되어 있지 않다.

(다) 라처스(Laches. 형평법상의 소멸시효)는 권리자에 의한 소송이 이유 없이 지체된 경우에 피고의 부당한 부담을 회피하기 위한 형평법상의 이념이다. 여기에서 지체의 한도에 대해서는 미국특허법 제286조에 의한 소멸시효가 6년으로 법정되어 있기 때문에 하나의 참고가 된다.⁸⁰⁾ 다만 라처스는 전술한 금반언의 원칙과 동일하게 형평법적 색채가 강하기 때문에 최종적으로는 양 당사자 사이의 종합적인 균형에 의해 인정된다.⁸¹⁾ 실무적으로는 6년 미만으로 금반언의 원칙의 향변이 성립되는 경우가 적지 않다고 한다.⁸²⁾

한편 라처스의 향변은 금반언의 원칙과 달리 제소 전 침해행위로 한정된다.⁸³⁾ 즉 라처스에 의해서 장래적인 실시권을 무상으로 얻는 것은 아니다. 따라서 만약 라처스가 성립된 경우라 할지라도 장래의 침해행위에 대해서는 법원의 재량에 따라 기한부 금지, 혹은 실시를 위한 조건이 정해지는 것이 보통이다.⁸⁴⁾

3) 미국특허법 제286조와 관련된 미국의 주요 판례

미국특허법 제286조와 관련된 미국의 판례를 소개하면 다음과 같다.

미국의 판례에 의하면 특허권의 직접침해의 대상이 되는 제품이 계속 사용되고 있더라도 특허권의 간접침해행위가 6년 이상 전에 이루어지고 있는 경우에 특허권의 간접침해행위자는 특허권 침해에 기한 손해배상책임을 면한다.⁸⁵⁾ 그리고 특허권 침해행위가 언제 이루어졌는지는 특허권 침해행위자가 가장 잘 알고 있어서 이에 대한 증명도 용이하므로, 6년 이상 전에 특허권 침해행위가 이루어진 사실에 관한 증명책임은 침해행위자가 부담한다는 것이 미국 판례의 입장이다.⁸⁶⁾ 또한 미국특허법 제286조에 의한 6년의 소멸시효는 특허권의 직접침해뿐만 아니라 간접침해에 대해서도 적용된다고 해석하는 것이 미국 판례의 입장이다.⁸⁷⁾

80) 헨리幸田, 前掲 米国特許法逐条解説, 447頁.

81) 헨리幸田, 前掲 米国特許法逐条解説, 447頁.

82) 헨리幸田, 前掲 米国特許法逐条解説, 447頁.

83) 헨리幸田, 前掲 米国特許法逐条解説, 447-448頁.

84) 헨리幸田, 前掲 米国特許法逐条解説, 448頁.

85) Standard Oil Co. v. Nippon Shokubai Kagaku Kogyo Co., Ltd., 754 F.2d 345, 348 (Fed. Cir. 1985).

86) Peters v. Hanger, 134 F. 586 (4th Cir. 1904).

87) A. Stucky Co. v. Buckeye Steel Co., 963 F.2d 360 (Fed. Cir. 1992); Standard Oil Co. v. Nippon Shokubai Kagaku Kogyo Co., Ltd., 754 F.2d 345 (Fed. Cir. 1985).

(2) 영 국

1) 소멸시효의 기간과 기산점

(가) 영국의 경우에는 소멸시효기간에 대해서 통일적 규정은 없으며,⁸⁸⁾ 소송원인에 따라서 다르다.⁸⁹⁾ 예컨대 보통의 계약위반을 이유로 하는 소송의 경우에는 위반시부터 6년, 날인증서(deed)에 의해서 집행되는 계약 위반의 경우에는 위반시부터 12년이다. 그리고 불법행위의 경우에 소멸시효기간은 고의로 인한 인신피해(personal injury)의 경우에는 피해일로부터 6년, 과실로 인한 인신피해의 경우에는 원고가 피해를 발견하거나 발견해야 했던 날부터 3년, 과실에 기한 재산피해(property damage) 또는 경제적 손실(economic loss)의 경우에는 원고가 피해를 발견하거나 발견해야 했던 날부터 3년, 또는 피해일로부터 6년, 문서에 의한 명예훼손(libel)의 경우에는 공판일로부터 1년(법원의 재량적 연장 가능) 등으로 되어 있다.

(나) 소멸시효의 기산점은 계약, 불법행위, 법정소권의 경우에 종래에는 소송원인(소권) 발생시가 원칙이었지만,⁹⁰⁾ 현재 인식가능시가 널리 도입되고 있다.⁹¹⁾ 그리고 토지회복소권의 경우에는 점유상실시이다. 예컨대 계약에 기초한 경우에는 적어도 명목적 손해배상(nominal damages) 청구소권은 즉시 행사할 수 있으므로, 위반과 동시에 소권이 발생되며, 소멸시효도 진행이 개시된다.⁹²⁾ 다만 불법행위의 경우에는 원고가 현실적 손해(actual damage)를 입을 때까지 소권은 발생되지 않으므로, 손해발생시가 소멸시효의 기산점이 된다.⁹³⁾

(다) 한편 특허권 침해소송의 소멸시효 기간은 (미국 특허법과 매우 유사하게) 6년이다. 즉 특허권자는 6년이 경과한 침해행위에 대해서는 손해배상을 청구할

88) 영국의 경우 법이론상으로는 제정법이 소멸시효기간을 규정하고 있거나 형평법상 소멸시효(laches) 법리가 타당한 한도에서 소멸시효가 인정되는 형태로 실질적인 소멸시효법리가 구성되어 있다(Jack Beatson, *Anson's Law of Contract*, 28th ed., Oxford University Press, 2002, p.656 and seq.; Andrew McGee, *Limitation Periods*, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, 2006, pp.xvii-lxxv.). 실제 영국법원은 제정법상의 소멸시효기간의 해석조작을 통하여 가능한 한 많은 사건을 수리하려고 노력해 왔다고 한다(McGee, *supra* note 88, p.23, n.90 참조).

89) 1980년 소멸시효법(Limitation Act 1980. 이하 '1980 LA'라고 한다) 제2조, 제5조, 제8조 내지 제15조 참조.

90) 1980 LA 제9조.

91) 이에 대한 자세한 내용은 松尾弘, “イギリスにおける消滅時効法-伝統と革新の相克”, 消滅時効法の現状と改正提言(金山直樹 編), 別冊 NBL No. 122, 商事法務, 2008, 143頁 이하 참조.

92) *Gibbs v. Guild* (1882) 9 Q. B. D. 59 C. A.

93) *Pirelli General Cable Works Ltd v. Oscar Farber & Partners Ltd* (1983) 2 A. C. 1.

수 없고 6년이 경과하기 전의 침해행위에 대해서만 손해배상을 청구할 수 있다.⁹⁴⁾ 일반 불법행위에 대해서는 단기 3년 및 장기 15년의 시효기간을 운용하는데⁹⁵⁾ 반하여 특허권 침해에서는 6년의 획일적 기간을 적용하는 점이 주목된다.⁹⁶⁾

2) 영국소멸시효법의 최근 동향과 법개혁의 방향성

(가) 최근 동향

영국소멸시효법의 최근 동향은 ① 소멸시효 기간의 단축화,⁹⁷⁾ ② 기산점의 주관화, ③ 소멸시효기간의 재량적 연장, ④ long stop의 도입으로 정리될 수 있다.⁹⁸⁾

가) ①과 관련해서는 이미 (i) 1954년 법(Limitation of Actions of 1954)에 의해서 인신피해 소권의 소멸시효기간이 3년으로 단축되어 있었지만, (ii) 1986년 잠재적 손해배상법(1986 LD)은 모든 과실불법행위소권(negligence actions)에 대해서 3년의 소멸시효기간을 도입하였다(1980 LA 제14A조). 다만 이 3년의 기간은 원고가 합리적으로 볼 때 소송원인을 인식할 수 있는 때부터 진행을 개시하며, 소송원인 발생시부터 6년의 기간이 경과된 후가 아니면 적용되지 않는다.⁹⁹⁾ 즉 인식가능시부터 3년이나 소권발생시부터 6년 중 어느 한 쪽이 일찍 만료된 시점에 소멸시효가 완성되는 것이 아니며, 적어도 6년의 소멸시효기간의 이익을 주장할

94) CIPA Guide to the Patents Act, 7th ed., Sweet & Maxwell, 2011, para. 60.30.

95) Limitation Act 1980, sections 14A & 14B. <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/58/part/I/crossheading/actions-in-respect-of-latent-damage-not-involving-personal-injuries>>.

96) Sorota v. Gardex [1984] R.P.C. 317 (피고가 제1제품을 생산·판매하고 연이어 제2제품도 생산·판매한 사안에서 원고가 제2제품만을 대상으로 손해배상청구 소송을 제기하였는데, 제1제품의 마지막 판매로부터 6년이 초과한 시점에서 원고가 청구의 취지를 변경하는 청구를 하였는데, 제1제품에 대해서는 6년의 소멸시효기간이 경과하였으므로 제1제품을 청구의 취지에 포함시키는 청구가 인정되지 않은 영국의 사례).

97) 영국에서 소멸시효기간의 단축화가 요구된 배경사정으로는 ① 1980년대 후반부터 90년대 초에 걸쳐서 법적 절차의 효율성 향상에 대한 요청이 가속화되는 가운데 소송절차의 신속화로 압력이 증대된 점(사실심리가 이루어질 때까지 긴 기간을 요하는 이유 중 하나는 원고에게 허용된 관대한 소멸시효기간이라고도 보여지고 있다. Andrew McGee, "England," in: Ewoud H. Hondius (ed.), *Extinctive Prescription: On the Limitation of Actions*, Kluwer Law International, 1994, p.138.), ② 최고법원규칙 및 지방법원규칙으로 정해진 소장의 답변서 절차의 기간제한이 엄격하게 집행되고 있지 않은 상황, ③ 이 규칙들 자체가 사건을 최대한 빠르게 법원에 끌고 가게 하는 상정 하에 설계되어 있지 않은 점 등을 들 수 있다(McGee, supra note 97, p.138; Leonard Hoffmann, "Changing Perspectives on Civil Litigation", *The Modern Law Review*, Vol. 56, 1993, p.297 and seq. 참조).

98) 이에 대한 자세한 내용은 松尾弘, 前掲 "イギリスにおける消滅時効法-伝統と革新の相克", 144頁 이하 참조.

99) 1980 LA 제14A조 제(4)항.

권리가 원고에게 유보되었다. (iii) 1985년 사법행정법(1985 AJ) 제57조는 1980 LA에 새로운 규정(제4A조, 제32A조)을 도입하여 명예훼손에 관한 소멸시효기간을 보통의 불법행위의 6년에서 3년(현재는 1996 DA 제5조에 의한 1980 제4A조의 개정에 따라서 1년)으로 단축하였다.¹⁰⁰⁾ (iv) 제조물책임에 관한 EC 지침(85/374/EEC)을 구체화한 1987년 소비자보호법은 결함제조물로부터 발생한 손해에 대해서 제기되는 소송에 관하여 인식가능시부터 3년의 소멸시효기간을 부과하였다(1980 LA 제11A조).

나) ②와 관련해서는 소멸시효기간의 단축화와의 협상(trade-off)으로 시효의 기산점이 재검토된 결과 종래의 소권발생시에서 원고가 소송원인을 알거나 알 수 있어야 했던 때, 즉 소송원인의 인식가능성(discoverability) 발생시부터 기산되던 법리로 변경(이른바 주관화. 이하에서는 ‘인식가능시 법리’라고 한다)할 것이 촉구되었다. 여기에서 인식가능시 법리는 (i) 1939년 법에 따라 한정된 범위의 사건에 도입되었지만,¹⁰¹⁾ (ii) 1963년 법에 의해서 모든 인신피해로 확장되었으며, (iii) 1980 LA에 의해서 사기 · 불고지 · 착오를 이유로 하는 소권에도 확장되었다.¹⁰²⁾ 나아가 (iv) 1986 LD에 의해서 과실불법행위 일반으로 확장되었다.¹⁰³⁾ 이러한 동향은 독일, 프랑스를 비롯한 EU 여러 국가나 기타 국제적 동향과 궤를 같이 하는 것이라고 볼 수 있다.¹⁰⁴⁾

다) ③과 관련해서는 영국법의 특색으로 “법원이 소멸시효기간을 복멸할 수 있다”고 하는 경우가 있다. 즉 (i) 사기 · 불고지 · 착오, (ii) 명예훼손, (iii) 과실불법행위 · 광의의 공해(nuisance) · 의무위반 · 결함제조물로 인한 인신피해의 경우에는 법원의 판단에 따라 소멸시효기간의 재량적 연장의 여지가 인정된다(1980 LA 제32조, 제32A조, 제33조). 즉 (iii)의 인신피해에 대해서는 1980 LA 제33조 제(3)항이 소멸시효기간의 만료를 복멸하여 실질적으로 연장을 인정하는 재량권을 행사하는 때에 법원이 고려해야 할 요소를 열거한다.¹⁰⁵⁾

100) 나아가 기간만료시에 소송원인에 관한 사실이 원고에게 알려져 있지 않았던 경우에 법원은 다시 연장하는(1985 AJ에 의해서 삽입된 처음의 1980 LA 제32A조에서는 1년으로 되어 있었다) 재량권을 가진다(현재는 1980 LA 제32A조에 따른다).

101) 1939년 소멸시효법 제26조.

102) 1980 LA 제32조 제(1)항.

103) 현재는 1980 LA 제14A조.

104) 그러나 여전히 영국법에 특유한 소멸시효 법리의 전개도 간과할 수 없다(松尾弘, 前掲 “イギリスにおける消滅時効法-伝統と革新の相克”, 145頁).

105) 즉 ① 지연기간과 그 이유, ② 지연에 의한 증거의 설득력에 대한 영향, ③ 소송원인발생 후의 피고의 행동, ④ 부수적으로 발생한 원고의 어떤 불능, ⑤ 원고가 증대한 사실을 실제로

이러한 재량적 연장에 대한 영국법원의 판례를 보면, (i) 소멸시효기간은 본질적으로 자유재량적이어서 재량의 여지가 항상 필요하다는 전통적인 견해, (ii) 적어도 소멸시효기간이 존재한 이상에는 엄격하게 집행되어야 한다는 비판적인 개혁제안도 있어서 견해가 통일되어 있지 않다.¹⁰⁶⁾

라) ④와 관련하여 불법행위의 경우에는 가해자의 의무위반행위가 있더라도 피해자에게 손해가 발생하지 않는 한 피해자는 가해자에 대해서 손해배상을 청구할 수 없으므로, 소멸시효도 진행을 개시하지 않는다. 그 결과 가해자의 의무위반으로부터 상당히 장기간이 경과한 후에 손해가 발생한 경우에 그 시점에 비로소 소멸시효기간이 진행을 개시한다. 이 문제에 대한 특별한 법리는 원래 영국법에는 존재하지 않았다. 그러나 (i) 1986년 잠재적 손해배상법(1986 LD)은 과실불법행위에 관해서 소송원인의 인식가능시로부터 3년이라는 주관적 기산점의 도입에 대한 협상(trade-off) 중 하나로 원고가 주장하는 과실불법행위의 최후의 행위시로부터 15년으로 손해배상소권이 소멸하는 취지의 long stop 제도를 도입하였다.¹⁰⁷⁾ 이 기간이 도래하면 원고인 피해자는 가해자에 대한 소송의 길이 막혀버려서 그 시점에 손해가 그로 인해 소송원인이 발생하고 있지 않았다고 하더라도 원고의 소권은 소멸된다. 다만 long stop은 최종행위시부터 기산되므로, 침해사실이 반복하여 발생하고 있다면 소권이 소멸되지 않는다. 그리고 (ii) 1987년 소비자보호법(1987 CP)도 인식가능시로부터 3년의 소멸시효기간을 창설하는 한편, 문제의 물품이 비소비자에 의해서 공급된 최후의 날로부터 10년의 경과로 인해서 손해배상소권이 소멸된다고 하였다.¹⁰⁸⁾ 이러한 long stop의 도입은 중대한 영향력을 가질 수 있지만, 잠재적으로 원고가 될 수 있는 불특정 다수의 자에게 충분하게 긴 기간으로 보인다.¹⁰⁹⁾

(나) 법개혁의 방향성

가) 영국의 소멸시효법은 관습법(common law)상 시간의 경과가 권리 그 자체

인식한 후에 행동을 일으킨 속도, ⑥ 원고가 전문가의 조언을 얻기 위하여 취한 단계, ⑦ 수령한 조언의 성질 등이다.

106) The Jay Bola [1992] 2 Lloyd's Reports 62 Hobhouse J; Steedman v. Schofield [1992] 2 Lloyd's Reports 165 Sheen J.

107) 1980 LA 제14B조. long stop이란 쉽게 말하면 “바람직하지 않은 것을 마지막에 저지하는 것”이란 의미이다.

108) 1980 LA 제11A조.

109) McGee, supra note 97, p.139.

에 악영향을 주는 경우는 없다는 원칙을 기반으로 하면서도 불합리하게 지연된 청구를 막기 위하여 제정법상 및 형평법상의 소멸시효 법리를 필요에 따라서 유연하게 추가하는 형태로 발전해 왔다. 그 결과 ① 소멸시효기간에는 원칙규정이 존재하지 않으며, 개개의 소송원인에 따라 또한 불법행위에서는 가해자의 고의·과실에 따라서 기간이 다르다. 그리고 ② 소멸시효기간의 단축화의 대가로 ③ 기산점의 주관화와 ④ 사기·불고지·착오, 인신피해, 명예훼손 등의 경우에서의 소멸시효기간의 재량적 연장의 도입을 가져왔으며, ⑤ 다른 한편으로 과실불법행위와 소비자보호소송에 대해서 long stop이 도입된다는 형태로 점진적이면서 불규칙적인 법발전을 해 왔다. 이러한 법발전의 이점으로 개별 유형에서의 피해자·가해자의 이익의 균형(balance)을 고려한 유연성을 확보할 수 있는 점을 들 수 있지만, 그 반면에 단점으로 법리의 흠결이나 법리 전체의 불명확성,¹¹⁰⁾ 법리 사이의 불균형¹¹¹⁾ 상황이 증가하게 되었다.¹¹²⁾

110) 예컨대 현재 대부분의 불법행위소권의 소멸시효가 인식가능시로부터 기산되며, 거기에는 인신피해를 발생시키는 광의의 공해(nuisance)도 포함된다(1980 LA 제11조). 그러나 1986 LD는 광의의 공해(nuisance)소권으로 언급하고 있지 않기 때문에 인식가능시(로부터 3년간의) 법리가 광의의 공해(nuisance) 소권 일반(인신피해를 포함하지 않는 경우 등)에 적용되는지 여부가 불명확하다.

111) 예컨대 ① 계약위반에 의해서 인신피해가 발생한 경우 그것이 계획적으로 야기된 것이 아닌 한 인식가능시 법리가 적용된다. 그러나 계약위반에 의해서 재산적 손해 또는 경제적 손해가 발생한 경우에는 1986 LD의 범위에 포함되지 않으므로, 인식가능시 법리는 적용되지 않고, 따라서 계약법 원칙(소권발생시로부터 6년)에 의하게 된다(J.K. Buckenham Ltd v. Iron Trades Mutual Insurance [1990] 1 All E.R. 808; Islander Trucking Ltd v. Hogg Robinson & Gardner Mountain (Marine) Ltd [1990] 1 All E.R. 8 26. 참조). ② 명예훼손에 따른 소권은 소멸시효기간이 짧으며, 재량적 연장의 인정 등 특별 법리에 의하므로, 다른 법리와 일관되지 않는다. ③ 인신피해의 경우에 소송원인과 관련되는 사실을 원고가 알았다고 간주될 때까지는 소멸시효가 진행을 개시하지 않으며(1980 LA 제14A조), 또한 법원이 소멸시효기간을 연장하는 재량권을 가지는(1980 LA 제33조) 점에서 원고가 우대받지만, 3년의 소멸시효기간은 불법행위에 관한 원칙규정인 6년(1980 LA 제2조)보다 짧다. 그 결과 비인신피해 소권의 소멸시효기간이 인신피해의 그것보다 길게 되는 경우가 있을 수 있다. ④ 고의에 기한 불법행위소권의 소멸시효기간은 손해발생으로부터 6년(1980 LA 제2조)이므로 피해자가 소송원인을 모르고 동 기간을 경과한 경우에는 소권이 소멸시효에 걸리는 한편 과실불법행위의 경우에는 피해자에게 인식가능성이 없는 한 long stop 기간 내라면 소멸시효에 걸리지 않으며(1980 LA 제14A조·제14B조), 또한 과실불법행위·광의의 공해(nuisance)·의무위반·결함제조물로부터 발생한 인신피해의 경우에는 재량적 연장의 여지가 있으므로(1980 LA 제33조), 고의불법행위의 피해자가 과실불법행위나 전술한 인신피해의 피해자보다도 불리하게 되어 버린다. 이러한 불균형이 나타난 사건으로 Stubbings v Webb [1993] 1 All E.R. 332 H. L.; (1993) 109 L.Q.R. 356이 있다. 원고(여성)는 14세가 될 때까지 의붓아버지와 의붓오빠로부터 성적 학대를 받았으며, 25세 무렵부터 우울증과 인격 장애로 고생하여 그것이 성적 학대에 기인한다고 이해하여 소송절차를 개시한 때는 30세였다. 고의불법행위에 기한 소권은 원고가 성인이 된 18세부터 6년의 경과로 인해서 시효가 소멸된다. 항소법원은 질환이 성적 학대에 기인하는 것을 원고가 이해할 때까지 소멸시효기간은 진행을 개시하지 않았다고 판시하였지만, 유족원은 원고의 소권은 인식가능시부터 기산되는 과실불법행위에도 소멸시효기간의 재량적 연장이 인정되는 인신피해

이것들이 표리일체인 점에 바로 영국법의 특색이 발견되지만, 이에 대해서는 “단편적으로 그 입시방편의 개혁이라는 전형적으로 영국적인 과정”을 지속적으로 거친 결과 “변칙성이 많은 일련의 법리”나 법리 사이의 불균형을 발생시키며, 그것은 이미 합리적인 정당화의 범위를 넘고 있다는 비판도 있었다.¹¹³⁾

나) 이러한 문제점에 대한 학계의 비판 후 법률위원회의 답신(1998년), 최종보고서(2001년), 초안(2001년)이 제시되었고,¹¹⁴⁾ 그 결과 간결성과 공평성을 지향한 근본적 재검토가 이루어지고 있다. 여기에서 나타난 기본적 방향성은 다음과 같다. ① 3년의 최초 소멸시효기간(an initial limitation period)을 창설한다. 그것은 피고에 대해서 원고가 법률상의 청구권을 가지는 것을 알았거나 합리적으로 알아야 했던 날부터 진행된다. ② 10년(인신피해의 경우에는 30년)의 long stop을 마련한다. 그것은 원고에게 청구권을 발생시키는 원인이 되는 작위 또는 부작위시부터 진행된다. ③ 최초 소멸시효기간은 원고가 무능력인 경우(의사결정 또는 그 전달 능력을 흠결하는 경우, 18세 미만 또는 성인 대리인이 없는 경우)에는 연장된다(성년의 무능력자는 long stop에 따른다). ④ 원고의 청구권에 관한 사실에 대해서 피고가 고의로 고지하지 않았던 때에는 long stop의 기간을 연장한다. ⑤ 원고의 청구권에 대한 피고의 승인 또는 일부지급이 최초 소멸시효기간 또는 long stop 만료 전에 이루어진 때에는 시효기간을 다시 진행시킨다. ⑥ 법원은 소멸시효기간을 연장하는 재량권을 가지지 않는 것으로 한다.¹¹⁵⁾

2. 유럽 및 유럽연합

(1) 독 일

1) 소멸시효에 대한 독일민법에는 ① 채무자와 채권자 사이의 이익형량과 ② 법적 안정성의 확보라는 두 가지 관점이 투영되어 있다. 여기에서 소멸시효기간

의 정의에도 들어가지 않는다고 하여 원판결을 파기하였다.

112) 松尾弘, 前掲 “イギリスにおける消滅時効法-伝統と革新の相克”, 146頁.

113) McGee, supra note 97, p.138 and seq. 이러한 비판을 근거로 McGee는 “적어도 인적 채무(personal obligation)의 위반을 포함하는 모든 사례에 대해서 적용 가능한 수미일관된 법리를 도입하는 것이 바람직하다”고 제안한다.

114) Law Commission Consultation Paper, No. 151, Limitation of Actions, 6 January 1998; Law Commission Report, No. 270, Limitation of Actions (HC 23), 2001; Limitation Bill 2001.

115) 여기에도 전통과 혁신의 상극이 발견된다(松尾弘, 前掲 “イギリスにおける消滅時効法-伝統と革新の相克”, 147頁).

및 기산점에 대해서 독일민법은 ②의 관점에서 최대한 시효기간이 통일되도록 계약상 청구권인지, 법정청구권인지, 불법행위에 기한 손해배상청구권인지 여부에 관계없이 원칙적으로 모든 청구권에 적용되는 이중시효 모델을 채용하고 있다.¹¹⁶⁾ 이러한 이중시효 모델은 불법행위에 기한 손해배상청구권에 관한 구 독일민법 제852조 제1항을 일반화한 것으로, 상한기간을 소멸시효로 하지 않는 유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law, 이하 'PECL'이라고 한다)과 다르다.¹¹⁷⁾ 다만 시효기간의 통일화에도 일정한 한계가 있으므로, 보통의 소멸시효기간을 적용하는 것이 적합하지 않은 특수한 청구권에 대해서는 특별한 소멸시효기간 규정을 두었다.¹¹⁸⁾

2) 구 법에서의 보통의 소멸시효기간은 30년이었지만(구 독일민법 제195조), 독일의 판례상 2년 또는 4년의 단기소멸시효(구 독일민법 제196조, 제197조)의 적용범위가 확대되어서 30년의 기간은 단기소멸시효 규정의 적용이 없는 경우에 적용되므로, 보통의 소멸시효기간을 3년으로 단축함과 동시에(독일민법 제195조) 기타 단기소멸시효에 대한 규정들을 삭제하였다.¹¹⁹⁾

116) 독일민법 제195조, 제199조 참조. 즉 이중시효 모델은 청구권 발생 또는 청구권을 근거지우는 사정 및 채무자에 대한 채권자의 인식을 기산점(제199조 제1항)으로 하는 3년의 보통의 소멸시효기간(제195조)과 청구권 발생시를 기산점으로 하는 10년 또는 30년의 최장소멸시효기간(제199조 제2항 내지 제4항)을 조합시킨 것이다(齋藤由起, “ドイツの新消滅時効法-改正時の議論を中心に”, 消滅時効法の現状と改正提言(金山直樹 編), 別冊 NBL No. 122, 商事法務, 2008, 157頁).

117) 독일민법과 PECL은 분명히 단기와 장기라는 2종의 소멸시효기간을 두는 점에서 공통되지만, 특히 장기소멸시효기간의 의미가 크게 다르다. PECL에서는 채권의 이행기를 기산점으로 하는(제14:203조 제1항) 3년의 소멸시효기간(제14:201조)이 있으며, 이 3년의 소멸시효기간은 각종 정지사유에 의해서 인신손해에 대해서는 최대 30년, 인신손해 이외의 청구권에 대해서는 최대 10년까지밖에 연장되지 않는다(제14:307조, 예외적으로 소제기에 의한 정지나 갱신사유가 있는 경우에는 이 상한기간들을 넘어서 연장되는 경우가 있다). 이에 비해서 독일민법은 최장기간을 소멸시효로 하며, 최장기간에도 모든 정지·완정정지사유가 적용되어서, 다시 연장될 가능성이 있다. 이 점에서 PECL에서는 일정기간 경과 후의 권리관계의 확정이라는 법적 안정성의 확보가 철저하며 또한 PECL은 기산점을 객관적 기산점으로 통일하고, 청구권을 기초 짓는 사정 및 채무자에 관한 채권자의 부지는 정지사유로 구성함으로써(제14:301조) 규정의 단순화·명확화가 중시되고 있다. 또한 PECL 모델은 Frank Peters와 Reinhard Zimmermann이 제안한 모델-보통의 시효기간은 2년, 상한기간은 모든 청구권에 대해서 10년이지만-에 충실하다.

118) 독일민법 제196조, 제197조 참조.

119) 이 기간에 대해서 독일정부초안이 Frank Peters와 Reinhard Zimmermann이 제안한 2년이 아니라 3년을 채용한 주된 이유로는 입법자의 입법 여지를 제약하는 EC의 제조물책임지침(85/374/EWG)에 기초하여 제정된 제조물책임법 제12조 제1항이 무과실책임의 손해배상청구권의 시효기간을 3년으로 하고 있기 때문에 과실책임의 손해배상청구권을 그보다 단축하는 것은 균형을 잃는다는 점이 거론된다(Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks., 14/6040, S.104f. 이하에서는 BT-Drucks. 로 인용한다).

이러한 소멸시효기간의 단기화의 대가로 채권자가 청구권에 대해서 인식하기 전에 소멸시효가 완성되어 버리는 사태를 방지하기 위하여 기산점을 종래의 청구권 발생시(구 독일민법 제198조)가 아니라 채권자의 인식가능성을 고려하는 법리로 변경되었다(주관화).¹²⁰⁾ 또한 기산점에 관한 독일민법의 특징 중 하나로 거론될 수 있는 것이 연말소멸시효이다. 이는 독일에 특유한 법리로 구 법에서는 단기소멸시효에 규정되어 있었다(구 독일민법 제201조 1문).¹²¹⁾ 독일정부초안은 이러한 연말시효의 폐지를 제안하였지만, 법률위원회 전에 개최된 전문가공청회에서는 오히려 채권자의 주관적 사정에 관한 증명 부담의 경감을 이유로 보통의 소멸시효기간의 기산점으로 보다 일반적인 형태로 부활되었다.¹²²⁾

3) 객관적 요건을 기산점으로 삼는 최장 소멸시효기간은 보통의 소멸시효기간만으로는 주관적 요건이 충족되지 않는 한 시효가 영구히 완성되지 않을 우려가 있기 때문에 법적 안정성 확보의 관점에서 마련되었다. 이와 관련하여 독일민법 제199조 제2항 내지 제4항 중 제4항이 일반규정, 제2항 및 제3항이 손해배상청구권에 관한 특별규정으로, 이 양자는 피침해법익에 따라서 구별된다. 다만 고의에 기한 불법행위의 경우에 관한 특별한 법리는 없다.¹²³⁾

4) 독일 특허법 제141조에 의하면 특허권 침해소송의 상대적 소멸시효(relative statute of limitations)는 3년인데,¹²⁴⁾ 이는 독일 민법에서의 소멸시효 법리가 그대로 적용된 것으로 보인다.¹²⁵⁾ 그리고 독일민법 제199조 제1항에 따르면 소멸시효

120) 이에 비해서 기산점을 객관적으로 이행기로 한 뒤에 채권자의 주관적 사정을 정지사유로 구성하는 Frank Peters와 Reinhard Zimmermann의 제안을 PECL 제14:301조가 채용하였다. 양자의 차이는 증명책임의 분배에 나타나지만, 독일민법의 입법자는 구 독일민법 제852조 제1항에 따라서 이를 기산점으로 구성하였다.

121) 독일민법상 연말소멸시효의 장점으로는 채권자의 주관적 사정에 관한 증명 부담의 경감을, 단점으로는 이행기의 도래시기에 따라서 시효기간에 대해서 최대 1년의 연장효과 생기는 불공평함, 법원 등의 부담이 연말에 집중되는 점을 들 수 있다. 이러한 연말시효의 채용 여부는 이것들의 비교형량에 따라서 결정되었다.

122) BT-Drucks., 14/7052, S.180.

123) 연방참의원 및 법률위원회에서 중과실 또는 고의에 의한 재산침해에 기초한 손해배상청구권의 소멸시효기간은 독일민법 제199조 제2항에 포함되지 않아서, 10년의 최장 소멸시효에 따르는 것이 비판되고 있었다. 이와 관련하여 BT-Drucks. 14/7052, S.172 참조.

124) 해당 규정의 영문 번역본은 다음: "As regards the period of limitation for claims due to infringement of a patent right, the provisions of Part 5 of Book 1 of the Civil Code shall apply mutatis mutandis. If the infringer has gained something through the infringement at the expense of the entitled party, Section 852 of the Civil Code shall be applicable mutatis mutandis." <<http://comparativepatentremedies.blogspot.kr/2013/09/awards-of-infringers-profits-and.html>>.

125) 현행 독일민법의 소멸시효제도에 대해서는 이상영, "독일 개정민법상 소멸시효제도", 비교사법 제9권 제2호(통권 제17호), 한국비교사법학회, 2002, 6면 이하, 이용박, "독일개정민법의 시

기간은 청구권이 발생하여 채권자가 청구권의 기초가 되는 사실¹²⁶⁾ 및 채무자가 누구인지에 대해서 안(혹은 중과실로 알지 못한¹²⁷⁾) 해의 종료로 개시된다.¹²⁸⁾ 이러한 해석은 특허권 침해에도 그대로 적용되어서 원고가 침해의 사실 및 침해자의 신원을 인정한 그 해(year)의 마지막 날로부터 소멸시효의 진행이 개시된다.¹²⁹⁾¹³⁰⁾ 인지(knowledge)의 존재와 관련하여 상황에 대한 정확한 법적 평가가 있을 필요는 없고 관련 사실 상황을 인지하는 것으로 족하다.¹³¹⁾ 이러한 인지에는 실제로 알았던 경우는 물론 합리적으로 알 수 있었던 경우도 포함된다.¹³²⁾ 인지를 할 수 있었으나 중과실(gross negligence)로 인하여 인지를 못한 것은 (독일 민법 제195조 및 제199조 제1항에 따라) 인지를 한 것과 동등한 효과를 가진다.¹³³⁾ 예컨대 중대한 과실에 기인한 불인식뿐만 아니라, 채권자가 별다른 노력이나 비용을 들이지 않고서도 쉽게 인식할 수 있었음에도 불구하고, 이를 인식하지 못한 경우를 채권자가 인식한 경우와 동일하게 취급된다.¹³⁴⁾ 인식의 정확성과 관련하여 독일연방대법원 판례는 채권자가 소의 제기를 기대할 수 있으면 충분한

효제도와 우리민법 소멸시효제도의 개정방안”, 민사법학 제23호, 한국민사법학회, 2003, 275면 이하, Dieter Leipold, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen, 8.Aufl., Mohr Siebeck, 2015, S.494ff. 등 참조.

126) 이에 대해서 전망할 수 없거나 의심스러운 법상태가 존재하거나 그것들을 법적으로 정통한 제3자조차도 확실하게는 평가할 수 없는 한(BGH NJW-RR 2008, 1237), 사실의 적절한 법적 평가는 원칙적으로 중요하지 않다(BGH a. a. O). Bitter/Alles NJW 2011, 2081에 의하면 이러한 예외는 종래 정당한 청구권의 상대방이 분명하지 않은 관리(官吏)책임의 경우로 제한된다.

127) 중과실은 법률에는 정의되어 있지 않다. 그렇지만 BGH 2012, 1789의 문언에 의하면 중과실은 “객관적으로는 중대하고 주관적으로는 귀책사유가 있는 거래에서 필요한 주의라는 요청에 대한 위반을 요건으로 한다.” 이에 따르면 제199조(보통의 소멸시효기간의 개시와 최장기간) 제1항 제2호의 의미에서의 중과실은 “채권자가 당연한 고려를 기울이지 않고 본건의 경우에 모든 자에게 납득되는 것이어야 했던 점을 고려하지 않았기 때문에 채권자가 알지 못하였을 것”을 필요로 한다(제199조[보통의 소멸시효기간의 개시와 최장기간]).

128) Leipold, a. a. O., S.498.

129) Thomas Kuhnen, *Patent Litigation Proceedings in Germany*, 6th ed., translated by Frank Peterreins, Heymanns, 2013, para. 1555.

130) 그러므로 소장이 접수된 그 해의 침해 및 그 이전 3년 동안의 침해에 대해서 손해배상액이 산정된다. Haedicke & Timmann, *A Handbook on European and German Patent Law*, C. H. Beck·Hart·Nomos, 2014, p. 947, para. 266.

131) *Id.*

132) Haedicke & Timmann, *supra* note 130, p. 946, para. 261.

133) Kuhnen, *supra* note 129, para. 1555.

134) 종래의 독일판례는 이미 구 독일민법 제852조 제1항의 “인식한 경우”의 범위를 확대적용하고 있었다. 즉 판례는 채권자가 특별한 노력이나 비용을 들이지 않고도 청구권 발생의 상황과 채무자의 인적 사항을 쉽게 알 수 있었다면 채권자가 알았던 것으로 취급한다(BT-Drucks. 14/6040, S.108; BGH NJW 2000, 953; BGH NJW 1999, 423, 425; BGHZ 133, 192, 198=NJW 1996, 2933; Heinz-Peter Mansel, *Die Neuregelung des Verjährungsrechtes*, NJW 2002, S.91).

것으로 보았다.¹³⁵⁾ 또한 독일 연방대법원 판례에 의하면 법정 대리인에 의한 인지 여부와 관계없이 대상 특허에 관한 권리를 가진 자(특허권자, 전용실시권자 등)의 인지만이 시효기간에 고려된다.¹³⁶⁾¹³⁷⁾ 그리고 손해배상청구권은 손해의 발생으로 성립하지만, 일정한 행위에 기초한 전체적인 손해가 일체로 간주되며,¹³⁸⁾ 소멸시효의 개시의 경우에는 설사 손해의 범위와 손해액이 여전히 확정되지 않아도 손해배상청구권이 확인의 소로 주장될 수 있는 때에는 그것으로 충분하다.¹³⁹⁾

5) 권리자의 인지와 무관하게 10년 또는 30년이 경과한 침해에 대해서는 별도의 절대적 소멸시효(absolute statute of limitations)가 적용된다.¹⁴⁰⁾¹⁴¹⁾ 이는 법적 평온이라는 이익을 고려하여 채권자의 인식과는 무관한 최장기간이 적용된다는 의미이다.¹⁴²⁾ 여기에서 10년이 적용되는 경우는 독일민법 제199조 제3항 제1호에 관한 사항에 해당되는 것이며, 30년이 적용되는 경우는 동조 동항 제2호에 관한 사항에 해당되는 것이다. 그런데 실제로 30년이 적용되는 경우는 거의 없다고 한다.¹⁴³⁾ 단기 소멸시효인 3년이 경과한 후 10년의 규정에 따라 손해배상을 청구하는 경우에는 소위 잔존손해(residual damages, Restschadensersatz)만을 청구할 수 있는데, 여기에서 잔존손해의 의미에 대해서는 합리적 실시료만을 의미한다는 견해¹⁴⁴⁾와 합리적 실시료 또는 침해자의 이익을 의미한다는 견해로 나누어져 있

135) BGHZ 48, 181, 183; Heinrichs, BB 2001, 1417, 1418(Mansel, a. a. O., S.89., S.92. 참조).

136) Kuhnen, supra note 129, para. 1557.

137) 대리인의 인식도 소멸시효기간이 진행된다는 것이다(임건면, 앞의 논문(2002), 58면 참조).

138) Leipold, a. a. O., S.499.

139) BGH NJW 2011, 1799.

140) Kuhnen, supra note 129, para. 1558.

141) 해당 규정의 영어 번역본은 다음: "If by a tort the person liable to pay compensation obtains something at the cost of the injured person, then even after the claim to compensation for the damage arising from a tort is statute-barred he is obliged to make restitution under the provisions on the return of unjust enrichment. This claim is statute-barred ten years after it arises, or, notwithstanding the date on which it arises, thirty years after the date on which the act causing the injury was committed or after the other event that triggered the loss." <<http://comparativepatentremedies.blogspot.kr/2013/09/awards-of-infringers-profits-and.html>>.

142) Leipold, a. a. O., S.498. 그 최장기간은 청구권의 내용에 따라서 여러 가지로 규정되어 있다. 예컨대 생명, 신체, 건강 또는 자유의 침해에 기초한 손해배상청구권은 채권자의 인식을 고려하지 않고 불법행위시부터 30년으로 시효소멸되며(제199조[보통의 소멸시효기간의 개시와 최장기간] 제2항), 그 밖의 손해배상청구권은 그 (청구권의) 성립으로부터 10년, 또는 어쨌든 불법행위시부터 30년으로 시효 소멸된다(제199조[보통의 소멸시효기간의 개시와 최장기간] 제3항). 상속개시에 기초하거나 그 주장이 사망에 기초한 부분을 전제로 하는 청구권은 제199조(보통의 소멸시효기간의 개시와 최장기간) 제3a항에 따라 채권자의 인식을 고려하지 않고 그 성립으로부터 30년으로 시효 소멸된다.

143) Haedicke & Timmann, supra note 130, pp. 945-946.

다.¹⁴⁵⁾ 어쨌든 3년의 단기 소멸시효기간이 경과하면 특허권자는 일실이익에 의한 손해배상액 산정은 청구할 수 없다. 다만 손해배상액이 합리적 실시료에 근거해서는 산정될 수 있으므로 그 측면에서는 침해행위의 개시와 함께 소멸시효는 개시된다.¹⁴⁶⁾

한편 새로운 침해행위는 새로운 소멸시효를 발생시키므로¹⁴⁷⁾¹⁴⁸⁾ 통상 소멸시효에 대한 항변은 그 소송의 각하에 이르는 경우는 드물고 손해배상액의 산정을 제한할 뿐이다.¹⁴⁹⁾ 소멸시효는 피고에 의하여 항변되어야 하며 법원이 직권으로 조사하지는 않는다.¹⁵⁰⁾

(2) 프랑스

1) 현행 프랑스민법¹⁵¹⁾은 ① 시효기간을 단기화 하는 대신에 그 기산점을 유연화하고 있다. 그리고 그와 동시에 ② 기산점의 유연화에서 초래되는 폐해를 피하기 위하여 상한기간 제도가 마련되어 있다.

우선 기간의 단기화와 관련하여 보통의 소멸시효기간에 대해서 프랑스민법 제 2224조는 ‘보통의 소멸시효기간과 그 기산점’이라는 표제 하에 “인적 소권 또는 동산에 관한 물적 소권은 권리자가 그 권리의 행사를 가능하게 하는 사실을 알거나 알아야 했던 때부터 5년으로 시효에 걸린다¹⁵²⁾”고 규정한다.¹⁵³⁾ 이 규정에 따

144) Benkard Patentgesetz, § 141 ¶ 6, pp. 1505-06.

145) Matthias Hülsewig, *Der Restschadensersatzanspruch im Patentrecht—beschränkt auf die angemessene Lizenzgebühr?*, GRUR 2011, S.673.

146) Haedicke & Timmann, *supra* note 130, p. 946.

147) *Id.* p. 946, para. 262 (“As each patent-infringing act gives rise to its own claims, for each act a new statute of limitation applies.”).

148) 스웨덴 대법원도 각 침해행위가 별개의 소멸시효의 기산점이 된다고 판시한 바 있다. <<http://lexuniversal.com/en/news/14654>>.

149) Kuhn, *supra* note 129, para. 1559.

150) *Id.* para. 1553.

151) 이는 “민사시효개정에 관한 2008년 6월 17일 법률”(Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile)로 공포·시행된 신시효법을 의미한다. 이 신시효법의 목적은 (i) 시효법의 혼돈이라고 한 규정에 통일성을 부여함으로써 법적 안전, 예견가능성을 부여하는 것, (ii) 사회의 발전과 현재의 법적 환경에 불합리하게 된 시효규정을 재검토하는 것에 있다. 다만 특별법상의 시효규정의 개정은 개별적 검토를 요하므로, 프랑스 신시효법의 개정 대상 밖으로 하고 있다. 한편 프랑스의 신시효법과 관련하여 개정론을 전개하고 있는 문헌으로 Valérie LASSERRE-KIESOW, *La prescription, les lois et la faux du temps*, JCP, éd. Not., 2004, p.772; Alain BÉNABENT, *Sept clefs pour une réforme de la prescription extinctive*, D.2007, p.1800 등 참조.

152) 여기에서 5년의 소멸시효기간의 의미를 음미할 필요가 있다. 애초에 소멸시효기간을 몇 년으로 정하는지는 선택의 문제일 수밖에 없으며, 선례에 의지해야 하는 세계라고도 할 수 있다.

라 단기소멸시효 및 10년의 상사소멸시효가 폐지되었다.¹⁵⁴⁾ 그 결과 완전한 형태로 민·상사의 시효기간의 통일화가 달성되었다.

다음으로 기산점의 유연화와 관련하여 프랑스민법 제2224조는 시효의 기산점을 “권리의 행사를 가능하게 하는 사실을 알았거나 알아야 했던 때”라고 규정하고 있다. 여기에서 “사실을 알았거나”는 확실히 주관적 기산점으로 볼 수 있지만, “알아야 했던 때”는 당사자의 주관 그 자체가 아니라 사후적 또는 객관적인 평가이며, 최종적으로는 법관의 판단에 맡길 수밖에 없다. 입법이유로는 (i) Unidroit 원칙 제10.2조가 같은 취지를 정하며, 독일법도 이에 따르고 있는 점, (ii) 이미 같은 취지의 파기원 판례가 있고 그것을 주인한 점을 들 수 있다.¹⁵⁵⁾ 애초에 원안에서는 보통시효규정과 기산점 법리는 다른 취급이 이루어지고 있었지만, 이를 수정하여 기간과 기산점을 동시에 규정한 것이다.¹⁵⁶⁾

2) 프랑스민법은 특별한 소멸시효기간 규정으로 3개의 조문을 두고 있지만, 여기에서는 주목해야 할 2개의 조문만을 살펴본다. 우선 인적 손해에 대한 소멸시

신시효법의 입법이유에서 5년이라는 기간은 (i) Malaurie 초안의 3년(제2274조)과 정부제안의 10년의 거의 중간인 점, (ii) 실무계의 의견에 비추어 보면 현저하게 장기간의 소멸시효기간이 초래하는 법적 불안정 상태를 제거할 수 있으며, 또한 권리자에게 부정의나 약탈(略奪)의 원인이 될 정도로 짧지도 않은 점, (iii) EU 여러 국가의 법과 조화가 취해진 점, (iv) 프랑스민법전의 최근 개정에서 5년의 소멸시효가 도입된 경우가 많은 점(예컨대, 혼인의사의 하자에 기초한 상대적 혼인무효소권-현재 프랑스민법 제181조)에서 정당화되고 있다(Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Jean-Jacques HYEST portant réforme de la prescription en matière civile, Par M. Laurent BÉTEILLE, Sénateur, N°83, Sénat, Session extraordinaire de 2007-2008, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 novembre 2007(http://www.senat.fr/rap/107-083/107-083_mono.html#fn1)(이하에서는 'Projet'로 인용한다), pp.34-35; Pour un droit de la prescription moderne et cohérent, Rapport n°338(Senat, 2006-2007) de MM. Jean-Jacques Hyest, Hugues Portelli et Richard Yung au nom de la mission d'information de la commission des lois du Sénat (<http://www.senat.fr/noticerap/2006/r06-338-notice.html>)(이하에서는 'Rapport'로 인용한다), pp.82-85).

153) 이와 달리 개정 전 구 프랑스민법 제2262조는 보통의 소멸시효기간으로 30년을 규정하고 있었을 뿐, 기산점에 대해서는 규정하고 있지 않았다.

154) 우선 추정적 성질을 가지는 것으로 정하여진 6개월부터 5년의 단기소멸시효는 그 적용범위 및 보통시효로의 전환의 요건이 불명확하기 때문에 관계조문(구 프랑스민법 제2271조 내지 제2275조)이 삭제되어 있다(Projet, p.56). 다만 다른 법률이 규정하는 다양한 소멸시효에 대해서는 개별적인 검토가 다시 필요하다고 하여 이번은 사장되고 있다(제2223조). 다음으로 상사시효에 관해서는 10년의 기간이 정하여지고 있었지만, 이것도 5년으로 개정되었다(프랑스상법 전 L. 제110-4조 제1항).

155) Projet, pp.34-35; cf. Rapport, pp.92-93.

156) 金山直樹・香川崇, “フランスの新時効法-混沌からの脱却の試み”, 消滅時効法の現状と改正提言(金山直樹 編), 別冊 NBL No. 122, 商事法務, 2008, 166頁.

효와 관련하여 프랑스민법 제2226조 제1항은 “인신손해를 발생시킨 경우에 거기에서 발생한 배상을 목적으로 하는 민사책임소권은 피해자가 직접적이든 간접적이든 최초의 손해 또는 심각화된 손해가 확정된 때부터 10년으로 시효에 걸린다”고 규정하며, 동조 제2항은 “다만 고문 야만 행위, 폭력 또는 미성년자에 대한 성적 침해를 원인으로 하는 민사책임소권은 20년으로 시효에 걸린다”고 규정한다.¹⁵⁷⁾ 구 프랑스민법과 달리 현행 프랑스민법은 인적 손해를 포함한 손해가 발생한 경우로 한정함과 동시에(인적 손해에 수반하는 물적 손해도 포함된다) 그 경우에는 계약책임에 관해서도 여기에 정하는 특별한 시효기간규정이 적용된다고 하고 있다. 계약책임과 불법행위책임의 비경합을 원칙으로 하는 프랑스에서는 종래부터 동일한 사고에서도 피해자가 놓여진 지위에 따라서 소권에 30년과 10년의 차이가 있음이 문제라고 지적되고 있었지만,¹⁵⁸⁾ 현행 프랑스민법은 인적 손해를 포함하는 손해에 관해서는 그 불균형을 시정한 것이다.¹⁵⁹⁾

3) 프랑스민법 제2227조는 “소유권은 소멸시효에 걸리지 않는다. 다만 부동산에 관한 물적 소권은 권리자가 그 권리의 행사를 가능하게 하는 사실을 알거나 알아야 했던 때부터 30년으로 시효에 걸린다”고 규정한다. 여기에서 나타난 소유권의 영구성은 프랑스법에서 전통적으로 인정되는 대원칙으로서, 동조 전단은 그 점을 최초로 명확하게 선언한 의미가 있다. 다만 이 점은 물권에 대하여 구 프랑

157) 프랑스에서는 이미 1985년 7월 5일 교통사고법에 의해서 제2270-1조가 창설되었으며, 계약 외 민사책임의 소멸시효기간에 관해서는 보통의 소멸시효기간을 30년에서 10년으로 단축함과 동시에 그 기산점을 “손해의 발생 또는 그 악화시”라고 규정하였다. 그 후 1998년 6월 17일 법에 의해서 제2항으로 손해가 고문, 야만행위, 폭력 또는 미성년자에 대한 성적인 침해로 인해서 초래된 경우에는 20년의 시효에 따르는 취지의 규정이 부가되었다. 따라서 현행 프랑스민법은 기산점, 시효기간과 함께 이 규정을 거의 그대로 이어 받은 것이라고 할 수 있다(金山直樹・香川崇, 前掲 “フランスの新時効法-混沌からの脱却の試み”, 166-167頁).

158) 과기원은 매년의 ‘연보’에서 입법제언을 하고 있지만, 복수의 피해자가 있는 경우에 당해 피해자가 지급할 수 있는 것이 계약책임인지 불법행위책임인지에 따라서 시효기간이 다르게 되는 것은 불합리하다고 하여 이 분야에서는 10년으로 통일해야 한다고 제안하고 있었다(Rapport annuel de la Cour de cassation, 2001, p.20).

159) Projet, pp.37-38. 또한 인적 손해를 포함하는 경우에 대하여 10년의 시효기간을 지지하는 실질적 이유로 인적 손해 피해자를 위한 전국 변호사협회는 행정법원에서는 오랫동안 4년의 시효가 적용되고 있지만, 피해자는 배상을 받는다고 하더라도 또는 교섭 상대방을 발견한다고 하더라도 적극적으로 움직이지 않는 경우가 종종 있으며, 그 예로 뇌에 손상을 입은 피해자에게는 필요한 검사나 직업 훈련 때문에 5년 등이 쉽게 경과되어 버린다는 점을 지적하고 있다(Projet, p.38). 그 외에도 범죄로 인한 피해자 문제가 있다. 이 경우에 피해자는 민사재판에서 다룰지, 형사재판에서 다룰지를 선택할 수 있다. 그러나 형사재판에서 다루는 경우에는 형사소송법상의 공소시효가 적용되며, 그 기간은 3년 또는 10년이다. 그래서 공소권의 시효완성보다도 전에 부대 사적 소송의 시효가 완성되는 경우를 피하여야 한다. 따라서 공소시효와의 균형에서도 10년 또는 20년의 시효기간이 타당하다고 한다(Projet, p.39).

스민법 제2262조에 대해서 이루어지고 있었던 선택을 거의 그대로 유지하였음에 불과하다.¹⁶⁰⁾

4) 원안은 일반적으로 상한기간을 마련하는 데에 반대하며, 필요에 따라서 개별적인 규정을 두면 충분하다고 하고 있었다.¹⁶¹⁾ 그렇지만 Malaurie 초안에서는 규정되어 있으며, 독일, 벨기에에서 이미 도입되어 있는 점, 또한 영국에서도 도입이 검토되고 있는 점을 감안하여 기산점의 유연화에 따른 폐해를 완화하도록 상한기간이 규정되기에 이르렀다.¹⁶²⁾ 그런데 행위시로부터 10년 내지 30년이라는 상한기간의 정함은 인적 손해가 자연성의 비참한 손해를 초래하는 경우 등을 염두에 둔다면 아무래도 불합리하다. 따라서 원안에서는 상한기간 제도 자체의 채용이 보류되었으며,¹⁶³⁾ 프랑스민법에서도 상한기간을 채용하지만 중요한 제외가 인정된 것이다. 이 점도 있어서인지 상한기간에 관한 제2232조는 “시효기간” 절이 아니라 “정지·중단사유” 절에 두어져 있다.

5) 한편 프랑스 지식재산권법은 과거에는 저작권 침해에 대해서는 소멸시효 기간을 5년으로,¹⁶⁴⁾ 특허권 또는 상표권 침해에 대해서는 소멸시효 기간을 3년으로 규정하였으나, 2014년 개정법(Law No. 2014-315 of March 11, 2014)에서는 특허권(article L.615-8),¹⁶⁵⁾ 상표권(article L.716-5) 등의 침해에 대하여도 소멸시효 기

160) Projet, p.40.

161) Rapport, pp.96-98.

162) Projet, pp.26-27, pp.41-42. 즉 프랑스민법 제2232조 제1항은 “시효의 기산점의 연기, 정지 또는 중단은 그 효과로 권리발생시로부터 20년을 넘어서 소멸시효기간을 연장할 수 없다.”고 규정한다. 다만 권리자가 소를 제기할 수 없는 동안에 소권을 잃는 일이 없도록 배려할 필요성이 강조되고 있으며(Projet, p.27), 여기에서 동조 제2항은 “전항의 규정은 제2226조[인적 손해에 관한 손해배상], 제2227조[부동산에 관한 물적 소권], 제2233조, 제2236조, 제2241조 제1항 및 제2244조에는 적용되지 않는다. 마찬가지로 사람의 신분에 관한 여러 소권에도 적용되지 않는다”라고 하여 몇 가지 예외를 규정하였다. 이 규정에서는 특히 인적 손해에 대해서 손해가 발생하기 전에 배상청구권이 상한기간에 의해서 소멸되는 일이 없도록 배려되고 있는 점이 주목된다. 이 점에서 대조적인 것이 Malaurie 초안이었다. 왜냐하면 거기에는 법적 안전을 절대시하여 독일민법과 동일하게 거의 예외를 인정하지 않는 상한기간이 구상되어 있기 때문이다. 실제로 동 초안 안은 그 제3관 “소멸시효의 상한 기간”에서 다음과 같이 규정하고 있었다. 즉 Malaurie 초안 제2278조 제1항은 “모든 소권은 채무의 목적, 기산점, 중단사유, 정지사유 및 기간을 수정하는 합의가 어떠한 것이라 할지라도 채무를 발생시키는 행위시로부터 10년으로 시효에 걸린다. 다만 인도(人道)에 대한 죄는 소멸시효에 걸리지 않는다”고 규정하며 동조 제2항은 “인신손해 혹은 야만행위로 인한 손해 또는 환경파괴로 인한 손해배상을 구하는 민사책임소권에 대해서는 그 기간을 30년으로 한다”고 규정한다.

163) Rapport, pp.96-98.

164) <<http://kluwercopyrightblog.com/2013/11/04/time-limitation-in-french-copyright-infringement-cases/>>.

165) Les actions en contrefaçon prévues par le présent chapitre sont prescrites par cinq ans à compter des faits qui en sont la cause. = Infringement actions under this chapter shall be five years from the facts that are the cause (구글 기계번역).

간을 5년으로 연장하였다.¹⁶⁶⁾ 여기에는 주관적 인지 요건이 부가되지 않는다. 동 규정에 의하면 소송 제기 전 5년 동안 발생한 침해행위에 대하여 손해배상액을 산정할 수 있게 된다.¹⁶⁷⁾

(3) 유럽연합

유럽통합특허법원협약(Agreement on the European Unified Patent Court) 제72조는 특허권 침해에 대한 손해배상청구권의 소멸시효를 5년으로 규정한다. 구체적으로는 특별한 경우(제24(2)조 및 24(3)조가 적용되는 경우)를 제외하고는 마지막 침해행위를 알게 된 날 또는 알게 될 것이라는 합리적 근거가 발생한 날로부터 5년 후에는 재정적 배상에 관련된 일체의 소송을 제기할 수 없다고 규정한다.¹⁶⁸⁾ 상대방이 침해를 하고 있다는 합리적인 이유를 가진 경우 특허권자는 소송을 제기할 수 있다고 보아야 하고 그러한 소송은 권리의 남용이 아닌 것으로 판단되어야 한다.

3. 일 본

(1) 일본민법 제724조의 존재이유에 대해서는 동조 전단의 소멸시효기간이 3년으로 짧은 이유로 우연적으로 발생하는 불법행위에 기초한 손해배상청구권에서는 계약에 의해서 발생하는 보통의 채권과 비교해서 기간이 경과하면 증거도 소멸되어 증명이 곤란하게 되는 점, 시효의 경과와 함께 피해자의 감정도 평정심을 찾

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?sessionId=88CF8E6368B5DD411FDEE0FF6F6E88C2.tpdjo15v_1?cidTexte=LEGITEXT000006069414&idArticle=LEGIARTI000028717112&dateTexte=20140313&categorieLien=id#LEGIARTI000028717112>.

166) <http://comparativepatentremedies.blogspot.kr/2014/04/france-amends-damages-provisions-of-its.html?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3AComparativePatentRemedies%28Comparative+Patent+Remedies%29>.

167) <<http://germainmaureau.com/en/2014/05/francais-contrefacon-les-dommages-et-interets-tres-alourdis/>>. 그 외에도 스웨덴(특허법 제58(3)조), 스페인, 이탈리아, 벨기에 등도 특허권 침해에 대한 손해배상청구권의 소멸시효 기간을 5년으로 책정하고 있다.
(<http://www.twobirds.com/~media/PDFs/Brochures/Dispute%20Resolution/Client%20know%20how/Client%20Briefings%20%20Bird%20%20Bird%20Comparative%20Table%20%20Statute%20of%20Limitation%205.PDF>).

168) Agreement on a Unified Patent Court, Art. 72 (“Without prejudice to Article 24(2) and (3), actions relating to all forms of financial compensation may not be brought more than five years after the date on which the applicant became aware, or had reasonable grounds to become aware, of the last fact justifying the action.”).
<<http://www.unified-patent-court.org/images/documents/upc-agreement.pdf>>.

는 경우가 많은 점, 권리 위에 잠자는 자는 보호하지 않는다는 점, 가해자 측의 신뢰 보호 등을 드는 것이 일반적 견해이다.¹⁶⁹⁾ 다만 이에 대해서는 합리적 근거는 3년의 경과로 인해서 증거의 수집·보전이 곤란하게 되는 점에 구해야 한다는 견해,¹⁷⁰⁾ 피해자가 가해자에게 배상청구가 가능함에도 불구하고 이를 방치하였다는 점에 구해야 한다는 견해,¹⁷¹⁾ 일반적 견해가 드는 근거 모두가 단기성에 대해서 고려해야 할 점을 지적하고 있지만, 결정적인 근거를 제시하고 있다고까지는 할 수 없다는 견해,¹⁷²⁾ 정신적 손해는 차치하고 재산적 손해에 대해서 3년이 지나면 피해자의 분노의 감정이 해소될 수 있다는 것이 근거가 되는지 의문이라는 견해,¹⁷³⁾ 증명의 곤란성, 피해자의 감정의 진정이 근거의 중심을 이룬다는 견해,¹⁷⁴⁾ 3년의 기간이 불법행위에 있어서 의무자의 불안정한 입장의 구제를 주

-
- 169) 吉村良一, 不法行為法 [第5版], 有斐閣, 2017, 192-193頁; 川井健・良永和隆, 民法案內13 事務管理・不当利得・不法行為, 勁草書房, 2014, 192頁; 塩崎勤, 実務不法行為法講義(塩崎勤・羽成守・小賀野晶一 編著), 第2版, 民事法研究会, 平成24年(2012年), 52頁; 近江幸治, 事務管理・不当利得・不法行為 [第2版], 民法講義VI, 成文堂, 2009, 210頁; 川井健, 民法概論 4 債權各論, 有斐閣, 2008, 520-521頁; 田山輝明, 事務管理・不当利得・不法行為, 債權各論下卷, 成文堂, 2006, 197頁; 加藤一郎, 不法行為, 法律学全集22, 有斐閣, 昭和35年, 263頁; 平井宜雄, 債權各論 II 不法行為, 法律学講座双書, 弘文堂, 平成16年, 167頁; 我妻 榮・有泉 亨・清水 誠・田山輝明, 我妻・有泉コンメンタール民法-総則・物權・債權-, [第4版], 日本評論社, 2016, 1431頁; 藤岡康宏, 民法講義V 不法行為法, 信山社, 2013(平成25)年, 489頁은 불법행위의 증명곤란은 증명 문제로서 그 자체가 독립적으로 취급될 수 있지만, 피해자의 감정의 안정 및 가해자 측의 신뢰보호에는 3년 시효의 운용에 대해서 피해자 측의 관점과 가해자 측의 관점 쌍방이 고려되어야 하는 경우가 엇보인다고 한다. 즉 단기소멸시효라고는 하더라도 권리관계를 단기로 소멸시키는 데에만 목적이 있는 것은 아니며, 피해자의 이익과 가해자의 이익의 형량, 즉 권리 간 형량에 의한 형평판단이 기다려진다고 한다.
- 170) 四宮和夫, 不法行為(事務管理・不当利得・不法行為 中・下卷), 現代法律学全集10, 青林書院, 昭和62年, 646-647頁; 森島昭夫, 前掲 不法行為法講義, 429頁 이하; 野澤正充, 事務管理・不当利得・不法行為[セカンドステージ債權法III], 第2版, 日本評論社, 2017, 220頁 이하; 平井宜雄, 前掲 債權各論 II, 167頁; 加藤雅信, 事務管理・不當利得・不法行為, 新民法大系 V, 第2版, 有斐閣, 平成19年(2007), 323頁은 피해자가 소송제기가 가능한데 소송을 제기하지 않았던 경우에 상대방의 방어를 위한 증명이 부당하게 곤란하게 됨을 막는다는 양 당사자의 보호의 균형을 도모하는 데에 있다고 한다.
- 171) 澤井裕, テキストブック事務管理・不当利得・不法行為, 第2版, 有斐閣ブックス, 1996, 259-260頁.
- 172) 北川善太郎, 債權各論 民法講義IV, [第3版], 有斐閣, 2003, 344頁은 계약과 같이 당사자 사이에 일정한 법률관계가 있다면 채권에 대해서 판단자료가 존재하고 있음을 전제로 법률문제를 생각할 수 있지만, 불법행위에서는 이러한 전제가 없으므로, 불법행위 그 자체나 불법행위 후 가해자・피해자 관계의 전개에도 그 관련 자료가 남기 어렵다고 할 수 있는데, 이러한 실제 관계에서의 차이가 소멸시효기간에 반영되어 있다고 할 수 있다고 한다.
- 173) 内田貴, 民法II 債權各論, [第2版], 東京大学出版会, 2007, 444頁.
- 174) 田山富信, やさしい事務管理・不当利得・不法行為法 [第三版], 法学書院, 2009, 228頁은 계약 관계가 있는 경우의 채무불이행에 비해서 가해자 측에서 반증을 드는 것이 곤란한 점, 불법행위에서는 시간의 경과로 인해서 피해감정이 진정되므로, 단기로 끝나도 되는 점에 그 근거를 구할 수 있다고 한다.

목적으로 하는 입법인 점은 확실하다는 견해¹⁷⁵⁾ 등이 주장되고 있다.

(2) 일본의 경우 특허권 침해에 기한 손해배상청구권의 소멸시효에 대해서 자국의 특허법에 별도의 규정이 없으며, 민법상 불법행위에 기한 손해배상청구권의 규정체계도 우리민법 제766조와 유사하다. 이에 따라 특허권 침해에 기한 손해배상청구권은 일본민법 제709조에 기초한 불법행위에 의한 손해배상청구권에 해당되어서¹⁷⁶⁾ 특허권 침해에 기한 손해배상청구권에 관한 소멸시효의 기간 역시 일본민법 제724조에 의한다.¹⁷⁷⁾ 따라서 특허권 침해에 기한 손해배상청구권의 소멸시효기간은 손해 및 가해자를 안 날로부터 ‘3년’이 된다. 이하에서는 특허권 침해에 기한 손해배상청구권의 소멸시효에 대한 일본의 학설 및 판례의 입장을 살펴본다.

우선 특허권 침해에 의한 손해배상청구권에 관한 민법 제724조 전단의 “손해 및 가해자를 안 때”의 해석에 대해서 최고재판소 판례는 특허권 침해로 인한 침해자에 대한 손해배상청구가 사실상 가능한 상황 및 정도가 필요하다는 입장에서 있다.¹⁷⁸⁾ 즉 불법행위의 시효가 진행하려면 반드시 손해의 전 범위 또는 손해

175) 内池慶四郎, 不法行為責任の消滅時効, 成文堂, 平成5年(1993), 181頁.

176) 渋谷達紀, 特許法, 発明推進協会, 平成25年(2013年), 467頁 이하; 駒田泰土・潮海久雄・山根崇邦, 特許法(知的財産法 I), 有斐閣, 2014, 199頁 이하; 飯田圭, 新・注解特許法[下卷](中山信弘・小泉直樹 編著), 青林書院, 2011, 1550頁; 勝久晴夫, PATENT LAW 特許法(茶園成樹 編), 有斐閣, 2013, 286頁 이하; 田村善之, 知的財産權と損害賠償[新版], 弘文堂, 平成16年(2004年), 2頁 이하; 中山信弘, 特許法, 第二版, 弘文堂, 平成24年(2012年), 358頁 이하; 鈴木將文, “知的財産權侵害に対する民事救済措置を巡る最近の動向とその理論的含意”, 法政論集 第270号, 名古屋大學法學部, 2017, 338頁; 溝上哲也, “知的財産權侵害における損害論”, 大阪弁護士会知的財産法の実務研究会編, 知的財産權・損害論の理論と実務, 別冊 NBL No. 139, 商事法務, 2012, 2頁 이하; 高林龍, 標準 特許法, 第5版, 有斐閣, 2014, 269頁 이하 등.

177) 飯田圭, 前掲 新・注解特許法[下卷], 1550頁. 참고로 일본의 경우에 특허권자에 대한 구제로 불법행위에 기한 손해배상청구권(일본민법 제709조, 일본특허법 제102조) 외에 부당이득반환청구권을 고려할 수 있다(일본민법 제703조, 제704조). 그런데 부당이득반환청구권은 특허권자에게 고의·과실이 없는 경우에도 인정될 수 있지만, 특허권 침해에서는 특허권 침해자의 과실이 추정되기 때문에 그 점에서는 특허권자가 특허권 침해자에 대해서 부당이득반환청구권을 행사할 이익은 적다(설사 특허권자가 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다고 하더라도 청구할 수 있는 것은 설사로 상당분이 되는 경우가 많다). 그렇지만 일반적으로 부당이득반환청구권은 소멸시효기간이 10년(일본민법 제167조 제1항)으로 길기 때문에 불법행위에 기한 손해배상청구권의 단기소멸시효기간(3년, 일본민법 제724조)이 경과한 후부터 불법행위에 기한 손해배상청구권의 대체수단으로 부당이득반환청구권을 행사하는 점에 부당이득반환청구권은 의미가 있다고 해석된다(藤原正則, 新注积民法(15), 債權(8), §§ 697~711, (編集代表 大村敦志・道垣内弘人・山本敬三), 有斐閣, 平成29年(2017年), 86頁; 駒田泰土・潮海久雄・山根崇邦, 前掲 特許法, 218頁; 渋谷達紀, 知的財産法法講義 I(特許法・実用新案法・種苗法), 第2版, 有斐閣, 2006, 318-319頁; 勝久晴夫, 前掲 PATENT LAW 特許法(茶園成樹 編), 298頁; 中山信弘, 前掲 特許法, 391-392頁 등).

178) 最判 昭和48年 11月 16日 民集 27卷 10号 1374頁.

액의 전부를 알 필요는 없으며, 피해자가 불법행위의 존재와 그에 기초한 손해의 발생을 아는 것으로 충분하다고 한다.¹⁷⁹⁾ 인식의 정도와 관련해서는 타인의 불법행위에 의해서 “피해자가 손해의 발생을 실제로 인식한 때라고 보는 것이 일반적 견해¹⁸⁰⁾ 및 최고재판소 판례¹⁸¹⁾의 입장이다. 왜냐하면 피해자가 손해배상을 청구하기 위한 전제가 되는 인식이어야 하며, 만약 손해발생의 가능성을 안 때를 기산점으로 삼으면 불법행위의 피해자는 자기에 대한 불법행위가 존재할 가능성이 있음을 안 시점에 자기의 권리를 소멸시키지 않기 위해서 손해 발생의 유무를 조사할 수밖에 없지만, 불법행위로 인해서 손해를 입은 자에 대하여 이러한 부담을 부과하는 것은 부당하기 때문이다. 이와 달리 인식의 정도를 엄격하게 해석하는 경우 단기소멸시효가 진행되는 경우가 드물어진다는 단점이 있으므로 “통상 불법행위라고 인식할 수 있는 가능성”이 있는 때를 기산점으로 삼자는 견해도 주장되고 있다.¹⁸²⁾

다른 판례에서도 “손해를 안 날”의 의미에 대해서 “타인의 불법행위에 의해 손해가 현실적으로 발생한 것을 아는 것을 의미하고, 그 손해의 정도와 손해 가액을 구체적으로 알 것까지는 필요로 하지 아니 한다”고 하였다.¹⁸³⁾ 또한 부정경쟁 관련 판례도 “손해 및 가해자를 안 때”란 가해자에 의한 가해행위의 위법성을 확

179) 東京地判 平成10年 7月 24日 判例工業所有權法[第2期版] 5329の18頁, 5329の24頁; 大阪地判 平成12年 5月 23日 判例工業所有權法[第2期版] 5405の104頁, 5405の134頁. 또한 일본의 판례는 피해자는 침해자의 침해태양도 알아야 하며(大阪地判 昭和63年 3月 17日 判タ 679号 257頁, 275頁; 東京高判 平成9年 12月 18日 判時 1642号 136頁, 146頁), 침해자의 침해행위의 침해성을 실제로 인식하는 것도 필요하다는 입장에 서 있다(大阪地判 平成22年 1月 28日 (平成19(ワ)2076号) 裁判所ホームページ).

180) 吉村良一, 前掲 不法行為法, 193頁; 川井健・良永和隆, 前掲 民法院內13 事務管理・不當利得・不法行為, 193-194頁; 塩崎勤, 前掲 実務不法行為法講義, 52-53頁; 近江幸治, 前掲 事務管理・不當利得・不法行為, 211頁; 川井健, 前掲 民法概論 4 債權各論, 521頁; 田山輝明, 前掲 事務管理・不當利得・不法行為, 197-198頁; 平井宜雄, 前掲 債權各論 II, 167-168頁; 我妻 榮・有泉 亨・清水 誠・田山輝明, 前掲 我妻・有泉コンメンタール民法-総則・物權・債權-, 1430頁 등.

181) 最判 平成14年 1月 29日 民集 56卷 1号 218頁; 最判 平成17年 11月 21日 民集 59卷 9号 2558頁 등.

182) 前田達明, 民法VI2(不法行為), 青林書院新社, 1980, 389-390頁; 中井美雄 編, 不法行為法, 法律文化社, 1993, 212頁; 松本克美, “民法724条前段の時効起算点”, 立命館法学 第286号, 立命館大学法学会, 2002, 243頁 이하 등. “인식해야 할 것”을 문제삼는 점에서 “규범적 인식시설”이라고도 한다.

183) 원고가 그 손해의 정도와 가액을 구체적으로 알지 못하더라도 1994년(平成6년) 1월 20일까지 “피고장치가 본건 고안의 기술적 범위에 속하는 사실, 피고들이 피고장치를 넣은 라이터를 판매하고 있는 사실을 알고 있었으므로” 1월 20일 이전에 발생한 손해배상청구권에 대해서는 늦어도 1994년(平成6년) 1월 21일까지 소멸시효의 진행이 개시하고 있다고 인정하였다(東京地判 平成10年 7月 24日 知財協判例集 참조).

정적으로 알고 있을 것을 요하는 것이 아니고, 피해자에게 의사가 있으면 가해자에게 손해배상 등의 청구를 할 수 있을 정도로 가해행위가 위법할 개연성을 인식한 때를 가리킨다고 해석하는 것이 상당하다고 하였다.¹⁸⁴⁾

(3) 특허권 침해에 의한 손해배상청구권에 관한 일본민법 제724조 소정의 “손해 및 가해자를 안 때”의 구체적 기산점에 대해서 일본 판례는 ① 특허권자 등이 특허 전에 실시자 및 실시행위를 알고 있었던 경우에는 특허시,¹⁸⁵⁾ ② 피고제품의 시판시,¹⁸⁶⁾ ③ 고객에게 비밀리에 판매되는 피고제품의 입수·조사시,¹⁸⁷⁾ ④ 성질상 판매처의 공장 내에서만 사용되는 피고 제품의 구조 등의 상세한 내용을 기재한 피고작성의 서면 입수시,¹⁸⁸⁾ ⑤ 시판된 피고제품의 침해성 판단에 필수적인 분석시¹⁸⁹⁾ ⑥ 피고제품과 관련된 침해금지청구시¹⁹⁰⁾ 등이라고 판시한 바 있다.

특허권 침해행위가 계속적으로 행해지고, 그에 따른 손해도 계속해서 발생하는 경우, 침해행위에 의하여 새로운 손해가 발생하면 소멸시효도 권리자가 각 손해의 발생 사실을 안 날로부터 별개로 새롭게 소멸시효가 진행된다. 즉 반복계속적인 침해행위의 경우에는 각 침해행위마다 소멸시효가 진행된다.¹⁹¹⁾ 따라서 어느 기간분의 특허권 침해로 인한 손해배상청구에 의하더라도 다른 기간분의 특허권 침해로 인한 손해배상청구권의 소멸시효는 중단되지 않고 완성할 수 있게 된다.¹⁹²⁾ 또한 어느 기간분의 특허권 침해로 인한 손해배상의 일부 청구에 의하더라도 당해 기간분의 특허권 침해로 인한 손해배상의 잔부(殘部) 청구권의 소멸시효는 중단되지 않고 완성할 수 있게 된다.¹⁹³⁾ 이와 관련하여 과거 일정기간에 대

184) 東京地判 平成6年 5月 13日 昭和63(ワ) 3438号(中村彰吾, “知的財産渉外業務で留意すべき権利消滅時効について”, *パテント* Vol. 56, No. 5, 日本弁理士会, 2003, 60-61頁 참조).

185) 東京地判 平成16年 2月 20日 (平成14(ワ)12858号) 裁判所ホームページ; 東京地判 平成16年 2月 20日 (平成14(ワ)12867号) 裁判所ホームページ 등.

186) 大阪地判 平成12年 5月 23日 判例工業所有権法[第2期版] 5405의104頁, 5405의134頁.

187) 東京高判 平成9年 12月 18日 判時 1642号 136頁, 146頁.

188) 東京地判 平成13年 12月 21日 (平成12(ワ)6714号) 裁判所ホームページ.

189) 東京地判 平成11年 11月 4日 判時 1706号 119頁, 128頁.

190) 東京地判 平成11年 9月 29日 判例工業所有権法[第2期版] 2389의96頁, 2389의99頁; 大阪地判 平成14年 10月 29日 (平成11(ワ)12586号 등) 裁判所ホームページ 등.

191) 大阪地判 平成12年 5月 23日 判例工業所有権法[第2期版] 5405의104頁, 5405의134頁; 東京地判 平成16年 2月 20日 (平成14(ワ)12858号) 裁判所ホームページ; 東京地判 平成16年 2月 20日 (ワ)12867号) 裁判所ホームページ 등.

192) 大阪地判 平成12年 5月 23日 判例工業所有権法[第2期版] 5405의104頁, 5405의136頁; 東京地判 平成12年 6月 23日 (平成8(ワ)17460号) 裁判所ホームページ(다만 東京高判 平成14年 3月 28日 (平成12(ネ)3624号) 裁判所ホームページ에서 비침해로 인해 취소); 東京地判 平成16年 2月 20日 (平成14(ワ)12858号) 裁判所ホームページ; 東京地判 平成16年 2月 20日 (ワ)12867号) 裁判所ホームページ; 東京地判 平成22年 2月 26日 (平成17(ワ)26473号) 裁判所ホームページ 등.

하여 손해배상청구소송을 제기한 것은 해당 기간 동안에 발생한 별개의 손해이므로, 해당 소송의 제기는 이전 손해배상청구권의 시효중단사유에 해당되지 않는다고 판시한 판례가 있다.¹⁹⁴⁾

한 사건에서 원고는 피고에 대해서 1992년(平成4년) 5월 11일에 본건 특허권 침해의 경고장을 송부하였지만, 이로부터 3년 이내인 1995년(平成7년) 5월 8일에 손해배상지급의 최고를 내용증명우편으로 송부하여 최고한 날로부터 6개월 이내인 동년 8월 25일에 대상 소를 제기하였다. 이에 대해서 일본판례는 일본민법에서 정한 시효의 중단이 성립함을 인정하고, 피고의 소멸시효의 주장을 배척하였다.¹⁹⁵⁾¹⁹⁶⁾ 또한 일본판례는 침해물건이 대상 특허발명의 기술적 범위에 속하는 것을 이유로 하여 금지청구를 한 시점부터 권리자는 권리침해사실을 알고 있었다고 인정되며, 그 날부터 만 3년의 경과로 인하여 불법행위에 기초한 손해배상청구권의 시효가 소멸하였다고 인정하였다.¹⁹⁷⁾

(4) 한편 일본의 경우 (우리민법 제766조에 상응하는) 민법 제724조 후단에서는 20년의 기간을 규정하고 있는데, 이 기간의 법적 성질에 대해서 학설은 제척기간으로 보는 견해¹⁹⁸⁾와 소멸시효로 보는 견해,¹⁹⁹⁾ 제척기간으로 이해하면서도 시효의 정지 등을 유추함으로써 피해자의 보호를 꾀하려는 견해²⁰⁰⁾ 등으로 나누어져 있었

193) 大阪地判 平成12年 5月 23日 判例工業所有權法[第2期版] 5405の104頁, 5405の136頁.

194) 東京地判 平成2年 2月 9日 昭和56年 第3940号(特管別冊判例集).

195) 名古屋地 判平成11年 12月 22日(未登載)(青柳哈子, 注解特許法 上卷(中山信弘・小泉直樹 編), 青林書院, 2000, 1121頁 참조).

196) 우리 민법 제168조는 ① 청구, ② 압류 또는 가압류, 가처분, ③ 승인의 사유로 소멸시효가 중단된다고 규정하고 있다.

197) 東京地判 平成11年 9月 29日(未登載)(青柳哈子, 前掲 注解特許法 上卷, 1121頁 참조).

198) 加藤一郎, 前掲 不法行為, 263頁; 水本浩, 債權各論(下), 民法セミナー7, 一粒社, 昭和60年, 171頁; 北川善太郎, 前掲 債權各論, 347頁; 田山輝明, 前掲 事務管理・不當利得・不法行為, 197頁; 内田貴, 前掲 民法II 債權各論, 444頁 이하; 加藤雅信, 前掲 事務管理・不當利得・不法行為, 325頁; 川井健, 前掲 民法概論 4 債權各論, 525頁; 川井健・良永和隆, 前掲 民法案內13 事務管理・不當利得・不法行為, 196頁 등.

199) 吉村良一, 前掲 不法行為法, 198頁은 20년을 소멸시효로 해석할 여지가 있다고 한다. 그 이유로 소멸시효와 제척기간의 차이는 전자가 권리의 소멸을 권리자의 의사와 관련시키고 있음(원용이나 중단)에 비해서 후자는 객관적·확일적으로 권리를 소멸시키는 공익적 성격에 있다고 하지만, 불법행위에 기한 손해배상청구권의 경우에 확일적인 처리라는 공익의 요청은 그다지 강하지 않은 점, 권리남용이나 신의칙을 기능하게 하려면 원용을 동반하는 소멸시효로 해석하는 것이 보다 자연스러운 점 등을 내세운다. 참고로 最判 平成21年 4月 28日 民集 63卷 4号 853頁에서 일본민법 제724조 후단의 규정은 시효로 해석해야 하고, 따라서 일본민법 제160조는 직접 적용된다는 田原睦夫 판사의 소수의견이 제시되기도 하였다.

200) 潮見佳男, 不法行為法, 信山社, 1999, 297頁; 近江幸治, 前掲 事務管理・不當利得・不法行為, 212頁은 시효의 정지 제도(일본민법 제158조 이하)는 시효의 중단 제도와 같이 권리자의 의사·행위에 의존하는 제도가 아니라 권리행사가 불가능하거나 현저하게 곤란한 경우의 유예

으며, 최고재판소 판례는 제척기간으로 해석하고 있었다.²⁰¹⁾ 다만 최근의 최고재판소 판례를 보면 제척기간을 엄격하게 유지하고 있는 것은 아님을 알 수 있다.

우선 1989년 최고재판소 판례는 일본민법 제724조 후단의 취지를 “피해자 측의 인식 여하를 묻지 않고 일정한 시간의 경과에 의해서 법률관계를 확정시키기 위하여 청구권의 존속기간을 획일적으로 정한 것”으로 해석하여 제척기간인 동조의 20년의 기간에 대해서 신의칙이나 권리남용에 따른 제한을 인정하지 않음으로써 엄격한 제척기간 구성을 채용하고 있었다.²⁰²⁾ 그러나 그 후의 최고재판소 판결에서는 제척기간 구성에 서면서도 그 적용을 제한하는 모습을 보인다. 예컨대 1998년 최고재판소 판례는 일본민법 제724조 후단의 기간에 대해서 제척기간 구성을 채용하여 제척기간의 주장이 신의칙 위반 또는 권리남용이라는 주장은 인정하지 않았다. 그러나 피해자가 불법행위에 기인하는 심신상실의 상황으로 인해서 손해배상청구권을 행사할 수 없었던 경우에는 시효의 정지에 관한 일본민법 제158조의 입법 취지에 비추어서 20년의 경과에 따른 제척기간의 효과를 인정하지 않았다.²⁰³⁾ 그 후 2007년 최고재판소 판례는 법률이 원용을 요구하지 않는다고 하는 경우에도 신의칙을 이유로 권리소멸이라는 결과를 회피할 수 있는 경우가 있음을 인정하였다.²⁰⁴⁾

제도이기 때문에 ‘제척기간’의 완성이 피해자에게 현저하게 불이익을 가져오는 경우에는 ‘정지’ 제도가 유추 적용되어야 한다고 한다. 이 견해들은 일본민법 제724조 소정의 이중기간이라는 구조에서 제척기간 구성을 유지하면서도 신의칙 및 권리남용 규정에 따라서 개별적인 불합리를 회피하려는 취지로 보인다. 즉 이 견해는 제척기간에 대해서도 그 적용이 정의·공평의 이념에 반하는 경우에는 신의칙 또는 권리남용의 법리를 이용하여 적용을 배제할 여지를 인정하는 입장이라고 할 수 있다(田山富信, 전거 やさしい事務管理・不当利得・不法行為法, 232頁 참조).

201) 最一判 平成元年 12月 21日 民集 43卷 12号 2209頁; 最二判 平成10年 6月 12日 民集 52卷 4号 1087頁 등. 이에 대해서 학설상으로는 제척기간은 소멸시효와 달리 중단 및 정지가 없으므로, 일본민법 제724조의 20년의 기간을 제척기간으로 한 경우에는 불법행위시로부터 20년이 경과된 시점에 손해배상청구권이 소멸하게 되어서 피해자에게 가혹한 경우가 존재한다고 지적한다(加藤雅之, “損害賠償債権の消滅時効-不法行為を中心に”, 消滅時効法の現状と改正提言(金山直樹 編), 別冊 NBL No. 122, 商事法務, 2008, 75頁).

202) 最一判 平成元年 12月 21日 民集 43卷 12号 2209頁.

203) 最二判 平成10年 6月 12日 民集 52卷 4号 1087頁. 이러한 최고재판소 판례의 동향에 대해서 최고재판소 판례의 흐름은 일본민법 제724조 후단의 기간에 대해서 엄격한 제척기간 구성을 이제 채용할 수 없음을 의미하고 있다고 평가하는 견해가 있다(加藤雅之, 前掲 “損害賠償債権の消滅時効-不法行為を中心に”, 76頁). 또한 最判 平成21年 4月 28日 民集 63卷 4号 853頁은 일본민법 제160조의 입법 취지를 원용한다. 이 판례에는 20년의 기간 제한을 소멸시효로 정하는 방향으로 재검토가 이루어질 것을 요구하는 田原睦夫 판사의 의견이 붙여져 있다(水津太郎, “消滅時効”, 민사법학 제77호, 한국민사법학회, 2016, 399頁 주25참조).

204) 最判 平成19年 2月 6日 民集 61卷 1号 122頁. 이러한 최고재판소 판례에 대해서 松久三彦, “損害賠償請求権の期間制限規定を見直す必要があるか”, 法律時報増刊 民法改正を考える, 椿寿夫・新美育文・平野裕之・河野玄逸編, 日本評論社, 2008, 379頁은 종래의 1989년 최고재판소 판례가 원용이 요구되지 않는 제척기간임을 이유로 신의칙 위반 내지 권리남용의 여지가 없

이상과 같이 일본민법 제724조 후단의 20년을 제척기간으로 보아서 기간의 경과로 인하여 손해배상청구권이 당연히 소멸된다는 구성에 대해서는 최고재판소 판례 상으로도 수정이 피하여졌다.²⁰⁵⁾ 즉 수정된 최고재판소는 20년을 엄격하게 제척기간으로 해석하면 현저하게 정의·공평에 반하는 경우에는 시효의 정지를 인정함으로써 종래의 소멸시효와 제척기간의 뚜렷한 구분 영역을 다소 허물었다고 볼 수 있다. 이러한 최고재판소의 입장은 2017년 일본민법 개정에도 영향을 미쳤다. 그 결과 2017년 일본민법 개정을 통하여 제724조 후단의 20년의 법적 성질을 소멸시효라고 명확하게 규정함으로써, 기존의 학설상의 견해 대립을 종결시켰다.²⁰⁶⁾

4. 소 결

(1) 이상으로 특허권 침해로 인한 손해배상청구권의 소멸시효에 대한 각국의 입법례를 살펴보았다. 그 결과 이에 대한 (우리나라와 유사한 제도를 운용하는 일본을 제외한) 각국의 운용 실태는 다음과 같이 크게 네 가지 유형으로 나누어질 수 있다.

첫째, 단기 3년, 장기 10년의 시효기간을 두고 단기 3년에 대한 인지 요건을 두되, 인지 요건을 완화하는 유형(독일민법, 독일특허법)이다.

둘째, 시효기간을 확일적으로 5년으로 책정하고 인지 요건을 두지 않는 유형(프랑스 지식재산권법)이다.

셋째, 시효기간을 확일적으로 5년으로 책정하고 인지 요건을 완화하는 유형(유럽통합특허법원)이다.

넷째, 시효기간을 확일적으로 6년으로 책정하고 인지 요건을 두지 않는 유형(미국특허법, 영국특허법)이다.

다고 한 것의 근거를 크게 뒤흔드는 것이라고 하면서 “손해배상청구권의 장기의 기간제한에 있어서도 피고(채무자)의 원용 없이 채권을 소멸시킬 적극적 이유는 찾아내기 어렵다. 또한 원용이 요구되지 않는다고 하는 경우에 신의칙 위반이라고 하는 것은 1989년 최고재판소 판례의 사안과 같이 매우 예외적인 경우로 한정된다. 따라서 원용을 요건으로 함으로써 원용이 신의칙 위반 내지 권리남용이 되는 경우를 사안에 따라서 판단하기 쉽도록 해 두는 것은 사안의 타당한 해결을 위하여 중요하다. 이를 재판소에게 경제(그것이 국민에게 경제로 이어진다고 하더라도)를 이유로 부정하는 것은 피해야 할 것이다”라고 한다.

205) 이러한 최고재판소 판례의 동향을 근거로 加藤雅之, 前掲 “損害賠償債権の消滅時効-不法行為を中心に”, 76頁은 엄격한 제척기간 구성을 유지하는 것은 재검토가 불가피하며, 특히 피해자가 손해배상을 행사할 수 없는 동안에 권리가 소멸되는 결과는 타당하지 않으므로, 피해자의 권리행사가능성을 기간제한의 기초로 삼아야 한다고 한다.

206) 이와 함께 생명·신체 침해의 경우에 채무불이행과 불법행위에서 실질적으로는 차이가 없게 되었다(吉村良一, 前掲 不法行為法, 199頁).

이러한 유형 분류를 통하여 우선 시효기간을 얼마로 정할 것인지는 각국에서의 법적 상황에 따라 법으로 다양하게 규정할 수 있음을 알 수 있다. 이러한 결과는 결국 이 문제가 법논리적 문제가 아닌 법정책적 문제이기 때문에 발생하는 것이다. 그리고 기산점에 대한 해석 및 입법도 각국이 문제되는 사안을 어떻게 파악하는지에 따라서 달라짐을 알 수 있다. 이러한 결과는 특히 인지 요건(주관적 요건)과 관련하여 파악될 수 있었다.

(2) 또한 각국의 입법례는 특허권 침해로 불법행위로 파악하는 데에는 그 이해가 동일하다. 다만 각국의 입법례는 특허권 침해에 기한 손해배상청구권의 소멸시효를 불법행위에 기한 손해배상청구권의 소멸시효에 대한 민법 규정에 의탁하는 국가(예컨대 현행 우리나라민법, 일본민법)와 특허법이라는 특별법에서 별도로 규정을 두는 국가로 나누어질 수 있다. 그리고 후자의 경우에는 특허법이라는 특별법에서 별도로 소멸시효에 관한 규정을 두되, 민법의 시효기간 및 기산점에 대한 규정과의 정합성을 피하는 국가(예컨대 독일민법과 독일특허법, 프랑스민법과 프랑스지식재산권법)가 있는가 하면 그러한 정합성에 구애받지 않고 특허권 침해의 특수성을 반영하여 특허법이라는 특별법에 민법규정과 다른 별도의 시효기간 및 기산점에 대한 규정을 두는 국가(예컨대 미국의 경우 일반불법행위의 소멸시효에 대한 각 주의 법규정과 특허권 침해에 기한 손해배상청구권의 소멸시효에 대한 미국특허법 제286조가 다르다. 이는 영국의 경우에도 마찬가지이다)도 있음을 알 수 있다. 이러한 결과 역시 각국의 입법정책이 다르기 때문에 발생하는 것이며, 동일한 사안에 대해서 각국이 자국의 법적 상황을 어떻게 파악하고 그에 입각해서 사안의 특수성을 어떻게 파악하는지에 따라서 달라지기 때문에 발생하는 것으로 보인다.

IV. 특허권 침해로 인한 손해배상청구권의 소멸시효제도 정비 방안

1. 특허권 침해에 기한 손해배상청구권의 소멸시효에 대한 민법 제766조 규율의 한계

(1) 전술한 바와 같이 우리민법 제766조와 이에 상응하는 각국의 입법례를 살펴본 결과 소멸시효의 기간에 관한 규정은 각국에서 시대의 변화에 따른 거래사

회의 권리추급 실태를 반영하여 그 기간을 달리 규정하고 있으므로, 소멸시효기간을 얼마로 정할 것인지는 법논리적 문제가 아니라 법정책적인 문제임을 알 수 있었다. 이러한 기간의 다양화와 더불어 기산점을 어떻게 보아야 할 것인지 여부도 개별 사안에 따라서 달리 파악될 수 있으며, 그러한 파악은 민법의 테두리 내에서 판례 및 학설에 의해서 이루어질 수 있지만, 특별법 분야에서 이에 대한 별도의 규정을 통하여 이루어질 수도 있다. 현행 민법 제766조는 일반불법행위를 염두에 둔 규정이며, 동조에 대한 개정안은 환경오염으로 인한 건강침해 사건 및 직업병 사건과 사기, 강박 등으로 인한 불법행위에서의 피해자 보호를 염두에 두었을 뿐, 특허권 침해의 특수성을 염두에 둔 규율은 하고 있지 않다. 이에 대한 규율이 특허법에 존재하지 않는 이상 현행 민법 제766조에 대한 판례 및 학설의 해석론 내지 동조에 대한 개정안으로 해결할 수밖에 없다. 만약 현행 민법 제766조 내지 동조의 개정안으로 특허권 침해에 기한 손해배상청구권의 소멸시효가 합리적으로 규율될 수 있으면 특별히 문제될 것은 없을 것이다. 그렇지만 현행 민법 제766조 내지 동조에 대한 개정안으로 특허권 침해에 기한 손해배상청구권의 소멸시효를 규율할 수 없는 사정이 존재하며, 여기에서 현행 민법 제766조 내지 동조에 대한 개정안의 규율의 한계를 엿볼 수 있다. 이하에서는 그러한 점들을 지적하고자 한다.

(2) 첫째, 일반적으로 계약상 이행청구권의 경우에는 채권자의 인식 여부에 대하여 증명하는 것이 용이하므로,²⁰⁷⁾ 그러한 경우 현실적이고도 구체적인 인식을 요구하는 것이 타당할 수 있다. 그러나 특허사건에서 특허권 침해자가 특허권자의 손해발생에 대한 인식을 증명하는 것은 매우 어렵다. 즉 특허사건에서의 손해는 특허권 침해자가 무체물인 특허발명을 위법하게 실시함으로써 발생하지만 특허발명이 무체물이어서 그 실시사실을 인식하기 어려울 뿐만 아니라 그 실시로 인한 손해도 인식하기 어렵다. 또한 대법원 판례와 같이 그러한 손해의 인지가 현실적이고 구체적일 것을 요구하는 경우에 특허사건에서는 특허권 침해자가 특허권자의 그러한 인지 사실을 증명하기가 매우 어렵다. 그리하여 결과적으로 특허사건에서는 현행민법 제766조 제1항 소정의 3년이라는 단기소멸시효제도가 본연의 역할을 하지 못하게 된다. 이러한 문제를 타개하기 위한 해결책으로 무체물을 다루는 특허사건의 특수성을 감안하여 인지 요건을 완화하여 특허권자가 손해

207) 임건면, 앞의 논문(2002), 59면.

를 알았거나 합리적으로 알 수 있었던 때를 단기소멸시효기간의 기산점으로 잡는 방안을 검토할 필요가 있다. 그 방안은 구 독일민법 제852조 제1항의 “인식한 경우”의 범위를 확대적용하고 있는 종래의 독일판례의 태도를 참고하는 것이다.²⁰⁸⁾

둘째, 민법 제766조 제1항에서 피해자가 손해 및 가해자를 안 날에 대한 증명 책임은 소멸시효를 주장하는 자, 즉 손해배상채무자인 가해자에게 있다고 보는 것이 대법원 판례의 입장이다. 그리고 소멸시효의 쟁점은 피고가 항변으로 제기하는 것이지 법원이 직권으로 조사할 수는 없으며, 유럽의 대부분의 국가도 이와 동일한 법리를 운용한다.²⁰⁹⁾ 그러나 현실적으로 가해자가 피해자의 인식(심리)상태를 증명하는 것이 매우 어려울 것이다. 이러한 점은 특허권 침해자가 특허권자의 인식(심리)상태의 증명의 어려움에도 그대로 적용될 것이다. 그리고 인지 요건을 독일과 같이 완화하여도 관련 분쟁이 많이 줄어들 것으로 생각되지 않는다.

그렇다면 인지 요건을 아예 삭제하는 방안도 검토되어야 한다. 그러한 방안을 모색함에 있어서는 전술한 입법례 중 ① 주관적 인식의 여부를 판단할 필요가 없으며, ② 소송 제기일이라는 확실한 날을 기준으로 한다는 점 등으로 인하여 소멸시효제도의 명확성을 제고하는 장점이 인정되는 미국 및 영국의 제도를 참고할 필요가 있을 것이다.

셋째, 민법개정안 제766조 제2항에서 10년을 20년으로 연장한 이유는 환경사건, 직업병 사건 등 손해가 오랫동안 잠복하는 경우 및 사기·강박 등으로 청구가 지연되는 경우의 소멸시효에 대한 현행 민법의 규율이 피해자 보호에 미흡하기 때문에 이를 보완하기 위한 것이지만, 특허사건에서는 그러한 경우를 예상 또는 상정하기 어렵다. 즉 일반적인 불법행위 사건을 전반적으로 규율하는 민법에서는 20년으로 연장할 필요성이 인정된다고 하더라도 특허사건에는 그러한 필요성이 인정되지 않으며 이를 그대로 적용하기에는 무리가 있다. 그리고 특허권 침

208) 즉 독일의 판례는 채권자가 특별한 노력이나 비용을 들이지 않고도 청구권 발생의 상황과 채무자의 인적 사항을 쉽게 알 수 있었다면 채권자가 알았던 것으로 취급한다(BT-Drucks. 14/6040, S.108; BGH NJW 2000, 953; BGH NJW 1999, 423, 425; BGHZ 133, 192, 198=NJW 1996, 2933). 여기에서 채무자의 인적사항은 채무자의 성명, 주소 등을 의미한다. 그러므로, 특별한 노력없이 그 성명, 주소 등을 파악할 수 있었음에도 불구하고 그러하지 않았다면 채권자에게 중과실로 인한 부지가 있다고 본다. 다만 이에 대해서는 인식가능성이라는 주관적인 요건을 추가하는 경우 불명확성이 수반되므로 법적 안정성을 기본 목적으로 하는 소멸시효제도에 그러한 요건을 추가하는 것에 반대하는 견해도 있다(양창수, “유럽계약법원칙의 소멸시효규정”, 법학 제44권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2003, 133-134면).

209) <<http://www.twobirds.com/~media/PDFs/Brochures/Dispute%20Resolution/Client%20know%20how/Client%20Briefings%20%20Bird%20%20Bird%20Comparative%20Table%20%20Statute%20of%20Limitation%205.PDF>>.

해 소송에서 손해배상액을 산정하는 것은 매우 어려운 작업이다. 왜냐하면 기본적으로 특허발명의 범위가 어떠한지에 대해서도 명확하게 특정하기가 어렵고 그 (범위가 불명확한) 특허발명의 실시와 관련된 영업행위를 정확하게 특정하기도 어렵기 때문이다. 그렇다면 장기 10년은 특허사건과는 어울리지 않는 기간이 된다. 그러한 관점에서 민법 제766조 제2항 소정의 장기 10년의 기간을 특허사건에는 적용하지 않는 방안을 제시하는 것도 고려할 수 있다.

2. 주관적 인식을 판단한 기존 판례의 문제점

(1) 개 관

현행 민법 제766조 내지 동조에 대한 개정안으로 특허권 침해에 기한 손해배상청구권의 소멸시효를 제대로 규율할 수 없는 문제점은 대법원 판례의 입장에서도 드러난다. 특히 특허사건에서 주관적 인식과 관련된 대법원 판례의 입장은 원고의 주관적 인식을 판단하는 기준이 지나치게 높아서, 그 기준을 관철하면 피고가 원고의 인식을 증명하는 것이 현실적으로 거의 불가능하게 된다. 이하에서는 그러한 대법원 판례를 살펴본다.

(2) 캐논 v. 백산오피씨 사건

1) 서울중앙지방법원 2013. 6. 7. 선고 2012가합68823 판결(캐논 v. 백산오피씨 사건)에서 원고(캐논)는 감광드럼에 관한 특허를 가지며 감광드럼을 장착한 카트리지를 포함한 레이저빔 프린터를 생산, 판매하고 있다. 피고(백산오피씨)는 소멸시효와 관련하여 다음과 같은 주장을 하였다.

즉 “원고는 2002년경 주식회사 파켄오피씨를 상대로 주식회사 파켄오피씨가 이 사건 제25, 26항 발명에 관한 원고의 특허권을 침해하여 감광드럼을 제조, 판매하고 있다는 이유로 침해금지 및 손해배상을 구하는 소(수원지방법원 2002가합 5333)를 제기하였고, 위 사건의 상고심(대법원 2006다1831)에서 피고가 피고 실시제품을 생산하고 있다는 사실을 알 수 있는 서면이 제출되는 등의 사유로 적어도 2006년경에는 원고는 피고가 피고 실시제품을 생산하고 있다는 사실을 알았고, 원고 주장에 의하면 별지1 목록 중 ‘해당 감광드럼이 사용되는 프린터의 모델명’란 기재 프린터에 호환되는 감광드럼의 경우에는 당연히 이 사건 제25, 26

항 발명에 관한 원고의 특허권을 침해할 수밖에 없으므로, 원고는 이 무렵 피고의 특허[권]침해 사실 및 그 손해발생 사실을 알고 있었다고 보아야 한다. 그런데 이 사건 소는 그로부터 3년이 도과한 후인 2012. 8. 14.에야 제기되었으므로, 소 제기일로부터 3년 이전에 발생한 손해배상채권에 대하여는 이미 소멸시효가 완성되었다.”²¹⁰⁾

2) 법원은 원고가 2002년 파켄오피씨를 상대로 소송을 제기한 사실, 동 소송에서 파켄오피씨가 동 사건의 상고이유서에서 “백산오피씨와 같은 기업이 동일한 감광드럼 영업을 하고 있는 대표적인 업체”라고 기재한 사실, 동 사건에서 특허권자가 승소한 후 언론에서 “백산오피씨와 같은 업체가 막대한 피해를 입을 전망”이라고 보도한 사실, 백산오피씨가 국내 1위, 세계 2, 3위의 매출을 기록하고 있던 회사인 사실²¹¹⁾ 등을 인정하면서도 결론적으로는 원고가 피고에 의한 특허권 침해가 있을 수도 있다는 인식의 정도를 넘어 침해의 사실을 현실적이고도 구체적으로 인식하였다는 점을 인정하기에 부족하다고 판단하였다.²¹²⁾ 지나치게 엄격한 기준을 적용한 바람직하지 않은 판결이었다고 생각된다.

3) 앞에서 소개한 일본의 부정경쟁 관련 판례에서도 ‘손해 및 가해자를 안 때’에 관하여 실시하였는데, 그 판례는 가해자에 의한 가해행위의 위법성을 확정적으로 알고 있을 것을 요하는 것이 아니고, 피해자에게 의사가 있으면 가해자에게 손해배상 등의 청구를 할 수 있을 정도로 가해행위가 위법인 개연성을 인식한 때를 가리킨다고 해석하는 것이 상당하다고 하였다.²¹³⁾ 동 판례에 의하면 3년의 소멸시효기간을 적용하기 위해서는 손해 및 가해자에 대하여 확정적으로 알 필요까지는 없고 그러한 점에 대한 개연성을 인식하는 정도라도 보았는데, 대상 판결은 손해 및 가해자에 대하여 인식할 수 있었다는 개연성을 넘어 현실적이고 구체적인 인식하는 정도를 요구하는 점에 차이가 있다. 즉 대상 판결은 3년의 소멸시효기간을 적용하기 위한 요건을 지나치게 엄격하게 보아서 대부분의 경우 피고가 원고의 그러한 인식의 사실에 대하여 증명을 하는 것이 불가능하게 하고 있다. 그런 견지에서 대상 판결의 태도는 3년의 소멸시효기간이 적용되는 경우를 제한하고 10년의 소멸시효기간이 더 자주 적용되게 하는 것이라고 생각된다. 그런데,

210) 판결문 7-8면.

211) 판결문 30면.

212) 판결문 31면.

213) 東京地判 平成6年 5月 13日 昭和63 (ワ) 3438(中村彰吾, 前掲 “知的財産渉外業務で留意すべき権利消滅時効について”, 60-61頁 참조).

특허권 침해소송에서 장기 10년의 기간은 어울리지 않으므로 3년과 10년 중 전자가 더 자주 적용되어야 하는 것이라고 본다면, 우리 법원의 태도는 지나치게 경직된 것이라고 생각된다. 즉 대상 사안에서 피고가 관련 시장에서의 매출 1위 업체라는 점, 그 전의 다른 소송에서 피고가 언급된 점 등을 고려하면 원고가 피고의 침해행위를 인식하였을 개연성이 인정되어야 하는 것이다. 그런데, 특허법이 소멸시효에 대하여 별도로 규정하지 않음으로 인하여 법원은 민법의 소멸시효 법리를 준용해야 하고 민법의 일반적인 법리가 ‘현실적 및 구체적’ 인식을 요구하므로 법원은 그 법리를 특허사건에서도 그대로 적용할 수밖에 없었다고 생각된다. 앞서서도 설명한 바와 같이 ‘현실적 및 구체적’ 인지의 법리는 특허사건과는 어울리지 않는 것이므로 특허법에서 별도로 그 인지 요건을 완화 또는 삭제하는 규정을 둘 필요가 있다.

(3) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2007다65245 판결

1) 대상 사건의 사실관계는 다음과 같다. ① 원고가 피고를 상대로 특허권 침해에 대하여 경고장을 발송하고 가처분신청을 하였고, ② 그에 대하여 피고들이 피고들의 제품은 피고1의 실용신안권에 기하여 실시한 것이라고 주장하였고 그 주장에 근거하여 동 가처분신청이 기각되었고, ③ 원고가 피고1의 실용신안권에 대하여 무효심판을 청구하여 특허법원의 판결이 2005. 1. 28. 확정되었다.

이에 대하여 대법원은 동 특허법원 판결이 확정된 시점에 원고가 피고들의 침해행위가 불법행위로서 손해배상을 청구할 수 있다는 것을 알았다고 판단하였다.

2) 이러한 대법원 판례의 사안에서 경고장(warning letter)의 성격을 이해할 필요가 있다. 여기에서의 경고장은 특허권자가 침해자에게 침해의 사실에 대하여 경고를 하는 것이다.²¹⁴⁾ 경고장은 그 경고장을 받는 자에게 심각한 위협을 줄 수 있으므로 남용되어서는 안 될 것이다. 경고장을 받은 자가 그 경고에 위협을 느끼고 관련 영업행위를 중단하는 경우가 있다.²¹⁵⁾ 특히 특허권 침해소송에 대하여 경험 및 지식이 부족한 중소기업의 경우에는 더욱 그러하다. 그런 견지에서 경고

214) 구민회, “특허권 침해와 경고장-경고장의 법적 한계-”, 판례연구 제25집, 서울지방변호사회, 2012, 20면(“경고장이란, 지적재산권자가 타인이 해당 권리를 침해하였다고 의심하는 자에게 보내는 통고이다.”).

215) 대전고등법원 2010. 6. 24. 선고 2010나1058 판결의 사안에서 D 홈쇼핑은 피고로부터 이 사건 경고장을 받은 후 ① 2008. 6. 22. 09:20~10:20, ② 2008. 6. 24. 08:15~09:15, ③ 2008. 6. 30. 08:20~09:20, ④ 2008. 7. 6. 07:20~08:20에 예정되어 있던 이 사건 제품의 홈쇼핑 방송을 모두 취소하였다.

장이 남발되는 것을 방지할 필요가 있다. 그래서 경고장은 관련 특허번호는 물론²¹⁶⁾ 피고의 제품을 특정하여야 한다.²¹⁷⁾ 피고의 제품을 특정하게 하는 것은 특허권자가 침해에 대한 막연한 예상을 기반으로 경고장을 보내는 것이 바람직하지 않음을 감안한 것이다. 즉, 그런 견지에서 특허권자는 침해자의 침해행위에 대하여 구체적인 사실을 인지한 후 경고장을 송부하여야 하는 것이다. 물론 경고장이 상대방 행위의 정당성 여부를 확인하는 기능을 가지기도 하지만,²¹⁸⁾ 근거 없는 경고장이 만연히 허용되는 경우 경고장의 남발이 우려되는 것이다.

3) 전술한 경고장 법리를 동 대법원 판례의 사안에 적용해 본다. 우선 대상 사안에서 특허권자는 피고를 상대로 특허권 침해에 대하여 경고장을 발송하였다. 즉 그 시점에서 특허권자가 피고의 침해행위에 대하여 구체적인 사실을 인지한 것이다. 만약 그러한 구체적인 사실을 인지하지 않은 채 경고장을 발송한 것이라면 특허권자는 피고의 영업행위를 방해할 목적으로 근거 없이 경고장을 발송한 것이라고 이해될 수 있다. 특허권자가 선의로 경고장을 발송하였다는 것은 특허권자가 피고의 행위가 침해행위라는 점에 대한 구체적인 인식을 하였다고 추정하여야 한다. 그런데 대상 사안에서 특허권자는 경고장을 송부하는 시점에 피고의 행위에 대하여 구체적으로 인식하지 못하였다고 주장하고 있는 셈이다. 즉 특허권자는 본인의 경고장 송부의 행위가 근거가 없었다고 자백하고 있는 것이다. 특허권자는 경고장을 송부하는 당시 본인의 행위가 정당하다고 판단하였을 것이고 그러한 판단은 상황이 변경되어도 그대로 적용되어야 한다. 즉 금반언의 원칙이 적용되어야 하는 것이다. 그런 견지에서 경고장 송부 당시 피고의 행위에 대하여 구체적으로 인식하지 못하였다고 주장하는 특허권자의 주장은 배척되어야 하는 것이다.²¹⁹⁾

4) 피고1의 실용신안권과 관련하여 피고들은 자신들의 행위가 피고1의 실용신안권에 기초한 것이라고 주장하였다. 그런데 피고들이 피고1의 실용신안권에 기

216) 해당 특허에 청구항이 2개 이상 있는 경우 어떤 청구항의 권리가 침해되었는지도 적시되어야 한다.

217) 구민회, 앞의 논문, 20면(“보통 경고장에는 권리자 권리의 특정(특허번호, 공고번호, 발명의 명칭 등) 및 상대방 실시양태의 특정(침해품, 방법 등), 침해자의 실시제품/방법이 지재권을 침해하는 사실, 무단실시에 대한 법적인 조치, 손해배상 요구 및 실시료 협의 요구 및 회담기반 등을 명시하여 통상 내용증명 우편으로 상대방에 발송된다.”).

218) 구민회, 앞의 논문, 20면(“침해자의 답변내용에 의해 그 침해행위의 정당성 여부를 확인하여 민, 형사상의 조치를 하는데 보다 신중을 기할 수 있다.”).

219) 경우에 따라서는 특허권 남용행위로 판단될 수도 있을 것이다.

초하여 실시를 하였다라는 점은 원고 특허권의 침해 여부 판단에 아무런 영향을 미치지 못한다. 나아가 피고1의 실용신안권이 무효가 되는지 여부는 피고들의 원고 특허권의 침해 여부와는 아무런 관련이 없는 것이다. 그러므로 피고1의 실용신안권의 무효가 확정된 때부터 원고가 피고들의 침해사실을 알았다고 볼 이유가 전혀 없는 것이다.

5) 경고장에 기한 침해 고의를 인정한 동 대법원 판례의 입장의 타당성 여부를 검토한다. 이와 관련하여 특허권 침해죄에 관한 의정부지법 2008. 1. 8. 선고 2007노1485 판결에서 법원은 피고1이 특허발명의 존재를 명확히 알고 있었음에도 이 사건 특허발명의 일부 부품을 치환하여 이 사건 장치를 개발한 후 특허보다 손쉽게 등록할 수 있는 실용신안등록을 한 점, 이 사건 특허발명과 이 사건 장치 간에 본질적인 차이가 없고 실질적으로 균등한 구성인 점, 피고2도 특허권자인 피해자의 경고장을 보았음에도 계속 이 사건 장치를 제작하여 납품한 점 등을 근거로 피고인들에게 특허권 침해의 고의가 있다고 판단하였다. 대상 판결은 경고장의 존재를 이유로 피고2의 특허권 침해에 고의가 있다고 판단하였는데,²²⁰⁾ 경고장이 피고의 특허권 침해에 대한 고의만 인정하고 원고의 특허권 침해에 대한 인식을 인정하지 않는 것은 경고장을 사이에 둔 양 당사자 사이의 입장을 균형적으로 고려한 것이 아니다. 따라서 특별한 사정이 인정되지 않는 경우 경고장의 송부 시점에 특허권자가 침해자의 침해사실을 구체적으로 인식하였다고 추정하는 것이 바람직한 태도라고 생각된다.

(4) 대법원 1997. 2. 14. 선고 96다36159 판결

1) 동 대법원 판례의 사실관계는 다음과 같다. 즉 원고는 피고에 대하여 의장권 침해물품의 제조, 판매 등의 중지를 요청하였고, 피고는 자신이 제조, 판매하는 물품이 원고의 의장권을 침해한 것이 아니라고 주장하면서 특허청 심판소에 그러한 내용의 소극적 권리범위확인심판과 원고의 이 사건 의장권의 등록무효심판을 청구하였다.

이에 대하여 동 대법원은 위 사안을 고려하여 대법원에서 위 심판이 확정된 때에 비로소 원고가 피고의 불법행위를 알았다고 봄이 상당하다고 판시하였다.

220) 상소심인 대법원 2010. 1. 14. 선고 2008도639 판결에서 대법원은 피고1의 행위와 관련하여 특허권 침해의 인식이 있었다고 보기 어렵다고 판단하였고, 피고2에게 송부된 경고장과 관련하여서는 언급을 하지 않고 있다.

2) 앞에서 소개한 2007다65245 판결에서는 특허권자가 경고장을 발송한 반면, 대상 사안에서는 원고가 피고를 상대로 침해의 중지를 ‘요청’하였다는 점이 다르다. 경고장의 경우 통상 그 내용이 ‘경고’라는 고압적인 내용을 담는 것으로 이해되고 ‘요청’은 그에 비하여 약간 부드러운 내용을 담는 것으로 이해된다. 이러한 시각에서 그 ‘요청’의 시점에 피고의 침해사실을 구체적으로 인지하지 못하였을 가능성이 ‘경고장’의 경우보다 더 높게 인정된다. 만약 침해행위 중지의 요청을 경고장과 다르게 보는 경우, 특허권자는 경고장을 송부하지 않고 요청장을 송부하게 될 것이다. 그러나 통상 경고장과 요청장의 내용이 크게 다르지 않을 것이라는 점을 예상하면 그 둘을 다르게 취급하기 어렵다. 따라서 침해행위 중지의 요청 시점에서도 (경고장 송부의 경우와 같이) 원고가 피고의 침해사실을 구체적으로 인식하였다고 보아야 할 것이다.

3. 특허법에 별도의 규정을 마련하는 방안 모색의 필요성

전술한 바와 같이 소멸시효 기간을 얼마로 정할 것인지는 법정정책적인 문제이며, 기간의 다양화와 더불어 기산점을 어떻게 보아야 할 것인지 여부도 개별 사안에 따라서 달리 파악되어야 한다. 즉 법적 안정성보다는 구체적 타당성 측면에서 소멸시효제도를 규율하는 것이 더 중요하다. 이와 관련하여 각국의 입법례는 특허권 침해에 기한 손해배상청구권의 소멸시효를 민법의 테두리 내에서 해결하거나 특별법 영역에서 따로 규율하고 있다. 그리고 특별법 영역에서 따로 규율하는 국가들의 경우에도 가급적 민법과의 통일성을 유지하려는 측면에서 그 기간을 동일하게 규율하는 경우도 있지만, 사건의 특수성을 고려하여 기간과 기산점을 달리 규율하는 경우도 있다. 그렇다면 우리나라의 경우에 특허권 침해에 기한 손해배상청구권의 소멸시효의 규율은 민법 제766조 내지 동조 개정안의 테두리 내에서 해석되는 것으로 만족해야 하는지를 검토할 필요가 있다.

생각건대 전술한 바와 같이 특허권 침해에 기한 손해배상청구권에 대해서는 다른 불법행위에 기한 손해배상청구권과 달리 권리자가 손해 및 가해자를 알았다는 점을 피고가 증명하기 어려워서 동조 제1항의 3년을 적용하기 어려우며, 손해 및 가해자를 알았는지 여부에 대해서도 다툼이 발생할 소지가 크다. 또한 특허권 침해라는 불법행위에서 동조 제2항의 10년의 기간은 지나치게 장기간이다. 게다가 주관적 인식에 대한 대법원 판례의 입장도 민법의 테두리 안에서 특허권 침해

에 기한 손해배상청구권의 소멸시효를 규율하는 것에 대한 한계를 보여주고 있다.

결국 특허권 침해에 기한 손해배상청구권의 소멸시효는 현행 민법 제766조 내지 동조에 대한 개정안만으로는 이를 적절하게 규율할 수 없으므로, 특허법이라는 특별법 영역에서 이에 대한 규율을 모색할 필요가 있다. 물론 이러한 규율을 모색함에 있어서는 특허사건의 특수성을 고려하고 이에 대한 거래현실을 충실하게 반영할 필요가 있다. 이러한 관점은 극단적으로는 특허법이라는 특별법 영역에서 특허사건의 특수성과 거래현실을 적절하게 반영하는 소멸시효제도에 대한 독자적 규율을 할 수 있다면, 소멸시효제도는 가능한 한 “단순하고 명확하며 통일적이어야”(simple, straightforward and uniform) 한다는 세계적 추세를 굳이 반영하지 않아도 된다는 것을 의미한다고 생각한다.

V. 결 어(입법론 제시)

전술한 관점에 입각한다면 우리나라의 경우에는 특허법 차원에서 독자적인 소멸시효 제도를 규율하는 방안을 입법론으로 제시할 필요가 있다. 그러한 입법론을 제시함에 있어서는 각국의 입법례를 철저하게 비교·분석한 후 우리나라의 특허권 침해사건에서의 장점을 극대화하고 단점을 최소화할 수 있는 방향으로의 입법이 이루어질 수 있도록 노력해야 할 것이다.²²¹⁾ 이러한 시각에 따라 필자들은 입법론을 제시함에 있어서 모색할 수 있는 방안 중 다음과 같은 방안의 채택을 제안하고자 한다.

우선 무체물을 다루는 특허사건의 특수성을 감안하여 특허권 침해에 대한 소멸시효 법리에서는 인지 요건을 완화하거나 삭제할 필요가 있다. 앞에서 소개한 대법원 판결들의 결론은 민법의 차원에서는 타당할 수 있으나 특허법의 차원에서는 타당하지 않다. 인지 요건을 완화하여 해결한 사례는 독일의 민법 및 특허법에서 발견된다. 그러나 인지 요건을 완화하더라도 관련 분쟁이 크게 줄어들 것으

221) 물론 특허법에서의 소멸시효제도를 규율하기 위하여 상정할 수 있는 여러 방안 중 어떤 것을 선택할 것인지를 고민함에 있어서 가장 먼저 주관적 체계를 운용할 것인지 여부를 결정하여야 한다. 이와 관련하여 입건면, 앞의 논문(2009), 82면은 “일반소멸시효기간을 정하는 문제는 시효의 체계를 어떻게 정할 것인가의 문제와 함께 논의되어야 할 것이다. 즉 권리발생의 기초가 되는 사실과 피청구권자의 신원에 대하여 청구권자가 인식한 시점을 기준으로 할 것인가(주관적 체계), 아니면 인식에 상관없이 일정한 기간이 경과하면 소멸시효가 완성되는 것으로 할 것인가(객관적 체계)를 정하는 것이 우선되어야 할 것이다”라고 한다.

로 기대되지 않는다. 분쟁의 초점이 ‘인지’에서 인지의 ‘가능성’으로 옮겨질 뿐이다. 그렇다면 아예 인지 요건을 삭제하는 방안이 선택되어야 한다.

프랑스, 영국 및 미국의 특허법은 특허권자가 손해 및 가해자를 알았는지 여부를 불문하고 소송제기일로부터 지난 5년(프랑스)²²²⁾ 또는 6년(미국·영국)의 기간에 대해서만 손해배상액을 산정하는 제도를 두고 있다. 시효기간의 단축화가 인지 요건을 필요하게 하였다면 인지 요건을 삭제하는 장면에서는 시효기간의 장기화가 필요하다. 즉 6년을 3년으로 줄이기 위해서 인지 요건이 필요하였다면, 3년을 6년으로 늘리기 위해서는 인지 요건을 삭제할 수 있는 것이다. 이러한 관점에서 미국의 특허법이 특허사건의 특수성을 감안하여 소송제기 전 6년 동안의 손해에 대해서만 손해배상을 청구할 수 있도록 규정하고 있는 것이 우리나라의 특허법상 소멸시효제도에 대한 입법론을 제시함에 있어서 가장 적절하고 효율적인 방안으로 고려되어야 한다고 생각한다.

미국의 특허법은 단기와 장기에 따른 소멸시효기간의 구분도 없고, 주관적 인지 요건도 적용하지 않지만, 이에 갈음하여 소송 제기라는 매우 명확한 시점을 기준으로 그 이전 6년 동안에 대해서만 손해배상액을 산정하므로 소멸시효와 관련된 불명확 또는 분쟁이 상대적으로 적을 수밖에 없다. 또한 미국의 특허법은 소멸시효제도는 단순하고 명확할수록 좋다는²²³⁾ 기본 명제에 충실한 장점도 있다. 특히 특허사건에 기본적으로 내재된 불명확성을 감안하면 미국식의 장점은 더욱더 부각된다. 게다가 특허권자의 인지 여부에 대한 사실은 특허권자의 지배영역에 속하므로 특허권자가 그 사실을 은닉할 경우 침해자의 지위가 불안해진다.²²⁴⁾ 물론 이에 대해서는 특허권자가 자기의 청구권이 성립했다는 것을 인지하기 전에 소멸시효기간이 이미 진행되는 것이 바람직하지 않다는 견해도 있다.²²⁵⁾ 그러나 그러한 견해가 특허권 침해 사건의 특수성을 정확하게 반영한다고는 볼 수 없고, 따라서 특허권자의 인지를 고려하지 않는 미국의 특허법이 반드시 바람

222) Article L615-8 (“Les actions en contrefaçon prévues par le présent chapitre sont prescrites par cinq ans à compter des faits qui en sont la cause.”) (“The infringement actions provided for in this chapter are prescribed by five years from the events giving rise to them.”).

223) 송덕수·김성수·김제완·안경희·임건면·채승우, “시효 및 제척기간 관련 개정논의 예상 주요논점과 입법례”, 민사법학 제46호, 한국민사법학회, 2009, 54면.

224) 임건면, 앞의 논문(2009), 80면(“이러한 쟁점사항은 대부분 청구권자의 지배영역에 속하는 사실이므로 채권자가 자신에게 불리한 사실을 은닉할 경우 채무자의 지위는 불안하게 된다.”).

225) 임건면, 앞의 논문(2002), 51면(“채권자가 청구권의 성립에 대하여 인식할 수 있었는가를 고려하여 소멸시효기간이 정해져야 한다. 그렇지 않을 경우에는 채권자가 지나치게 부당한 불이익을 입게 된다.”).

직하지 않다고 단정할 수도 없다. 게다가 특허권자가 소송을 제기한다는 것은 특허권 침해에 대하여 인지를 하였다는 것이고 그 소송 전의 6년간 발생한 손해에 대하여 손해배상액을 산정하므로 미국의 특허법이 유럽의 다른 국가의 특허권 침해에 기한 손해배상청구권의 소멸시효 규율보다 특허권자에게 더 불리한 것이라고 볼 수도 없다.

그렇다면 향후 특허법상 독자적인 소멸시효 규정을 다음과 같이 둘 것을 입법론으로 제시한다. 즉 특허법에 제128조의2(손해배상의 시간적 제한)를 독자적으로 두어서 “제128조에도 불구하고, 소송에서의 침해에 대한 소장 또는 반소의 접수 전 6년 전에 이루어진 침해에 대해서는 손해배상청구가 인정되지 아니한다”는 규정을 신설할 것을 입법론으로 제안하는 바이다.²²⁶⁾²²⁷⁾

226) 미국 관례법이 해석하는 바와 같이, 그 6년의 기간은 직접침해에는 물론이고 간접침해에도 동일하게 포함하는 것으로 볼 것이다. A. Stucky Co. v. Buckeye Steel Co., 963 F.2d 360 (Fed. Cir. 1992); Standard Oil Co. v. Nippon Shokubai Kagaku Kogyo Co., Ltd., 754 F.2d 345 (Fed. Cir. 1985).

227) 물론 필자들은 위에서 서술한 개선사항이 우리 특허법에 가장 적합한 것이라고 생각하지만, 우리 특허업체가 그 주장을 받아들일 준비가 덜 되어 있다는 점을 우려한다. 그렇다면 차선책으로 인식 시점을 “알았던 때”는 물론이고 “알 수 있었던 때”를 포함하도록 하는 특허법 개정을 서둘러야 할 것이다. 왜냐하면 ‘현실적 및 구체적’ 인식을 요구하는 현행 법리는 적어도 특허사건과는 어울리지 않는 것이며, 이러한 문제점은 조속히 해결되어야 하기 때문이다.

(논문투고일 : 2018.05.18., 심사개시일 : 2018.05.21., 게재확정일 : 2018.06.12.)



▶ 이 승 현 · 정 차 호

특허권 침해, 불법행위, 손해배상청구권, 소멸시효기간,
소멸시효기간의 기산점

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 채권각론, 신정수정판, 박영사, 2001.
- 곽윤직 · 김재형, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2013.
- 김상용, 민법총칙, 제2판, 화산미디어, 2013.
- 김상용, 채권각론, 화산미디어, 2011.
- 김상용 · 박수곤, 민법개론, 화산미디어, 2015.
- 김용한, 민법총칙론, 재전정판, 박영사, 1997.
- 김주수, 채권각론, 제2판, 삼영사, 1997.
- 김준호, 민법총칙-이론 · 사례 · 판례-, 제12판, 법문사, 2018.
- 김준호, 채권법-이론 · 판례 · 사례-, 제9판, 법문사, 2018.
- 김증한 · 김학동, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2001.
- 김증한 · 김학동, 채권각론, 제7판, 박영사, 2006.
- 김현태, 민법총칙, 교문사, 1984.
- 김형배 · 김규완 · 김명숙, 민법학강의[이론 · 판례 · 사례], 제14판, 신조사, 2015.
- 노종천, 민법총칙, 동방문화사, 2017.
- 백태승, 민법총칙, 제4판, 법문사, 2009.
- 사법연수원, 손해배상소송, 사법연수원 출판부, 2017.
- 송덕수, 채권법각론, 제3판, 박영사, 2017.
- 안춘수, 불법행위 · 부당이득 · 사무관리, 동방문화사, 2018.
- 양창수 · 권영준, 민법II(권리의 변동과 구제), 제3판, 박영사, 2017.
- 양형우, 민법의 세계-이론과 판례-, 제10판, 피앤씨미디어, 2018.
- 오지용, 손해배상의 이론과 실무, 개정판, 동방문화사, 2011.
- 윤진수, 민법주해 XIX권, 채권(12) (편집대표 곽윤직), 박영사, 2005.
- 윤철홍, 채권각론, 전정2판, 법원사, 2015.

- 이원, 주식민법[채권각칙(8)](편집대표 김용담), 제4판, 한국사법행정학회, 2016.
- 이은영, 채권각론, 제5판, 박영사, 2007.
- 지원림, 민법원론, 홍문사, 2017.
- 지원림, 민법강의, 제15판, 홍문사, 2017.
- 최문기, 채권법 각론, 세종출판사, 2014.

2. 논 문

- 구민회, “특허권 침해와 경고장-경고장의 법적 한계-”, 판례연구 제25집, 서울지방법변호사회, 2012.
- 김성욱, “일본의 소멸시효제도에 관한 민사법적 고찰”, 법학연구 제48호, 한국법학회, 2012.
- 김세권, “불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효-한국과 일본의 민법개정안을 중심으로-”, 재산법연구 제30권 제1호, 한국재산법학회, 2013.
- 박성수, “특허법 제128조 제3항 및 제5항에 의한 손해배상액 산정방법”, 대법원판례해설 제62호, 법원도서관, 2006.
- 박우동, “손해배상청구권과 소멸시효”, 민법학논총(후암 박윤직교수화갑기념), 박영사, 1985.
- 송덕수, “시효에 관한 2011년 민법개정안 연구”, 이화여자대학교 법학논집 제15권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2011.
- 송덕수 · 김성수 · 김제완 · 안경희 · 임건면 · 채승우, “시효 및 제척기간 관련 개정논의 예상 주요논점과 입법례”, 민사법학 제46호, 한국민사법학회, 2009.
- 양창수, “유럽계약법원칙의 소멸시효규정”, 법학 제44권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2003.
- 유성희 · 김동련, “소멸시효 기간에 관한 민법 개정안-일본 민법 개정안과의 비교-”, 입법정책 제9권 제1호, 한국입법정책학회, 2015.
- 이기용, “불법행위에 있어서의 소멸시효”, 비교사법 제12권 제4호(통권 제31호), 한국비교사법학회, 2005.
- 이상영, “독일 개정민법상 소멸시효제도”, 비교사법 제9권 제2호(통권 제17호), 한국비교사법학회, 2002.

이상옥, “불법행위로 인한 손해배상청구권의 시효기산점”, 채권법에 있어서 자유와 책임(김형배교수화갑기념), 박영사, 1994.

이용박, “독일개정민법의 시효제도와 우리민법 소멸시효제도의 개정방안”, 민사법학 제23호, 한국민사법학회, 2003.

임건면, “소멸시효제도의 목적과 개정 독일민법상의 통상의 소멸시효-독일민법 제195조와 제199조를 중심으로-”, 비교사법 제9권 제2호, 한국비교사법학회, 2002.

임건면, “소멸시효기간과 기산점”, 민사법학 제47호, 한국민사법학회, 2009.

3. 학위논문

구교영, “소멸시효의 대상과 개정방향”, 경북대학교 석사학위논문, 2014.

4. 기타자료

법무부 연구보고서, 한국 민법에 있어 소멸시효 법제의 선진화를 위한 법리 연구, 법무부, 2007.

법무부 민법개정자료발간팀 편, 2013년 법무부 민법 개정 시안, 법무부, 2013.

II. 외국문헌

1. 일본문헌

加藤雅信, 事務管理・不當利得・不法行為, 新民法大系 V, 第2版, 有斐閣, 平成19年(2007).

加藤雅之, “損害賠償債權の消滅時効-不法行為を中心に”, 消滅時効法の現状と改正提言(金山直樹 編), 別冊 NBL No. 122, 商事法務, 2008.

加藤一郎, 不法行為, 法律学全集22, 有斐閣, 昭和35年.

高岡亮一, アメリカ特許法, 第4版, 中央經濟社, 2013.

高林龍, 標準 特許法, 第5版, 有斐閣, 2014.

溝上哲也, “知的財産權侵害における損害論”, 大阪弁護士会知的財産法の実務

- 研究会編, 知的財産権・損害論の理論と実務, 別冊 NBL No. 139, 商事法務, 2012.
- 駒田泰土・潮海久雄・山根崇邦, 特許法(知的財産法 I), 有斐閣, 2014.
- 近江幸治, 事務管理・不当利得・不法行為 [第2版], 民法講義VI, 成文堂, 2009.
- 金山直樹・香川崇, “フランスの新時効法-混沌からの脱却の試み”, 消滅時効法の現状と改正提言(金山直樹 編), 別冊 NBL No. 122, 商事法務, 2008.
- 吉村良一, 不法行為法 [第5版], 有斐閣, 2017.
- 内田貴, 民法II 債権各論, [第2版], 東京大学出版会, 2007.
- 内池慶四郎, 不法行為責任の消滅時効, 成文堂, 平成5年(1993).
- 藤岡康宏, 民法講義V 不法行為法, 信山社, 2013(平成25)年.
- 藤原正則, 新注釈民法(15), 債権(8), §§ 697~711, (編集代表 大村敦志・道垣内弘人・山本敬三), 有斐閣, 平成29年(2017年).
- 飯田圭, 新・注解特許法[下卷](中山信弘・小泉直樹 編著), 青林書院, 2011.
- 服部健一, 新米国特許法対訳付き, 増補版 [施行規則・AIA後の法改正と条約], 一般社団法人発明推進協会, 平成26年(2014年).
- 北川善太郎, 債権各論 民法講義IV, [第3版], 有斐閣, 2003.
- 四宮和夫, 不法行為(事務管理・不当利得・不法行為 中・下巻), 現代法律学全集10, 青林書院, 昭和62年.
- 森島昭夫, 不法行為法講義, 法学教室全書, 有斐閣, 昭和62年.
- 渋谷達紀, 知的財産法講義 I(特許法・実用新案法・種苗法), 第2版, 有斐閣, 2006.
- 渋谷達紀, 特許法, 発明推進協会, 平成25年(2013年).
- 松久三四彦, “損害賠償請求権の期間制限規定を見直す必要があるか”, 法律時報増刊 民法改正を考える, 椿寿夫・新美育文・平野裕之・河野玄逸編, 日本評論社, 2008.
- 松久三四彦, “不法行為時効の立法的課題”, 現代不法行為法研究会編, 不法行為法の立法的課題, 別冊 NBL No. 155, 商事法務, 2015.
- 松尾弘, “イギリスにおける消滅時効法-伝統と革新の相克”, 消滅時効法の現状と改正提言(金山直樹 編), 別冊 NBL No. 122, 商事法務, 2008.
- 松本克美, “民法724条前段の時効起算点”, 立命館法学 第286号, 立命館大学法

学会, 2002.

水本浩, 債權各論(下), 民法セミナー7, 一粒社, 昭和60年.

水津太郎, “消滅時効”, 민사법학 제77호, 한국민사법학회, 2016.

勝久晴夫, PATENT LAW 特許法(茶園成樹 編), 有斐閣, 2013.

我妻 榮・有泉 亨・清水 誠・田山輝明, 我妻・有泉コンメンタール民法-総則・物權・債權-, [第4版], 日本評論社, 2016.

野澤正充, 事務管理・不当利得・不法行為[セカンドステージ債權法Ⅲ], 第2版, 日本評論社, 2017.

塩崎勤, 実務不法行為法講義(塩崎勤・羽成守・小賀野晶一 編著), 第2版, 民事法研究会, 平成24年(2012年).

鈴木將文, “知的財産權侵害に対する民事救済措置を巡る最近の動向とその理論的含意”, 法政論集 第270号, 名古屋大學法學部, 2017.

齋藤由起, “ドイツの新消滅時効法-改正時の議論を中心に”, 消滅時効法の現状と改正提言(金山直樹 編), 別冊 NBL No. 122, 商事法務, 2008.

田山富信, やさしい事務管理・不当利得・不法行為法 [第三版], 法学書院, 2009.

田山輝明, 事務管理・不当利得・不法行為, 債權各論下巻, 成文堂, 2006.

前田達明, 民法Ⅵ2(不法行為), 青林書院新社, 1980.

田村善之, 知的財産權と損害賠償[新版], 弘文堂, 平成16年(2004年).

潮見佳男, 不法行為法, 信山社, 1999.

潮見佳男, 不法行為法 II, 法律学の 森, [第2版], 成文堂, 2011.

潮見佳男, 民法(債權關係)改正法の概要, 一般社団法人金融財政事情研究会, 平成29年(2017年).

中山信弘, 特許法, 第二版, 弘文堂, 平成24年(2012年).

中井美雄 編, 不法行為法, 法律文化社, 1993.

中村彰吾, “知的財産涉外業務で留意すべき権利消滅時効について”, 「パテント」Vol. 56, No. 5, 日本弁理士会, 2003.

川井健, 民法概論 4 債權各論, 有斐閣, 2008.

川井健・良永和隆, 民法案内13 事務管理・不当利得・不法行為, 勁草書房, 2014.

青柳吟子, 注解特許法 上巻(中山信弘・小泉直樹 編), 青林書院, 2000.

澤井裕, テキストブック事務管理・不当利得・不法行為, 第2版, 有斐閣ブックス, 1996.

平井宜雄, 債権各論 II 不法行為, 法律学講座双書, 弘文堂, 平成16年.

ヘンリー幸田, 米国特許法逐条解説, 第6版, 一般社団法人発明推進協会, 2013年(平成25年).

2. 외국문헌

Alain BÉNABENT, Sept clefs pour une réforme de la prescription extinctive, D.2007.

Andrew McGee, *Limitation Periods*, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, 2006.

Andrew McGee, "England," in : Ewoud H. Hondius (ed.), *Extinctive Prescription : On the Limitation of Actions*, Kluwer Law International, 1994.

CIPA Guide to the Patents Act, 7th ed., Sweet & Maxwell, 2011.

Dieter Leipold, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen, 8.Aufl., Mohr Siebeck, 2015.

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks.

Haedicke & Timmann, *A Handbook on European and German Patent Law*, C. H. Beck · Hart · Nomos, 2014.

Heinz-Peter Mansel, *Die Neuregelung des Verjährungsrechtes*, NJW 2002.

Jack Beatson, *Anson's Law of Contract*, 28th ed., Oxford University Press, 2002.

Leonard Hoffmann, "Changing Perspectives on Civil Litigation", *The Modern Law Review*, Vol. 56, 1993.

Matthias Hülsewig, *Der Restschadensersatzanspruch im Patentrecht—beschränkt auf die angemessene Lizenzgebühr?*, GRUR 2011.

Motive zu dem Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Bd.II, Recht der Schuldverhältnisse, 1888.

Pour un droit de la prescription moderne et cohérent, Rapport n°338(Senat, 2006-2007) de MM. Jean-Jacques Hyest, Hugues Portelli et Richard Yung au nom de la mission d'information de la commission des lois

du

Sénat(<http://www.senat.fr/noticerap/2006/r06-338-notice.html>).

R. Carl Moy, 6 *Moy's Walker on Patents* § 21:4 (4th ed.).

Rapport annuel de la Cour de cassation, 2001.

Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Jean-Jacques HYEST portant réforme de la prescription en matière civile, Par M. Laurent BÉTEILLE, Sénateur, N°83, Sénat, Session extraordinaire de 2007-2008, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 novembre 2007([http://www.senat.fr/rap/107-083/107-083_mono.html #fn1](http://www.senat.fr/rap/107-083/107-083_mono.html#fn1)).

Thomas Kuhnen, *Patent Litigation Proceedings in Germany*, 6th ed., translated by Frank Peterreins, Heymanns, 2013.

Valérie LASSERRE-KIESOW, La prescription, les lois et la faux du temps, JCP, éd. Not., 2004.

Abstract

**An Improvement Proposal for the Extinctive Prescription
(Statute of Limitation) System for a Damages Claim
Based on a Patent Right Infringement**

**—Focusing on Proposing a New Independent Extinctive
Prescription Provision in the Patent Act—**

**Lee, Seung Hyun
Jung, Cha Ho**

The Korea Patent Act, *mutatis mutandis* applying section 766 of the Civil Act with regard to statute of limitation (SoL) period in a patent infringement suit, sets short-term three years and long-term ten years and further sets the starting point of the short-term three years as when the sufferer or his legal representative knew relevant loss and the infringer. This paper criticizes that current SoL period jurisprudence has the following two weak points: firstly, long-term ten years does not comport with a patent infringement case; secondly, the Supreme Court decision on the *Cannon v. Baiksan OPC* case, which sets the time of knowing loss and the infringer as the time of “realistically and specifically” knowing them, does not comport with a patent infringement case which handles intangible properties. To overcome problems of current jurisprudence, this paper studied systems of major countries and classified into four different types: the first type which sets short-term three years and long-term ten years, allows knowledge requirement but eases the requirement (German Civil Act and Patent Act); the second type which sets a single five year SoL period without knowledge requirement (French IP Code); the third type which sets a single five year SoL period with flexible (eased) knowledge requirement

(EU Unified Patent Court Agreement); the fourth type which sets a single six year SoL period without knowledge requirement (U.S. & U.K. Patent Acts). In improving current SoL period jurisprudence, this paper admits two preconditions: knowledge requirement should be eased or erased and such easement or erasement demands prolonged SoL period. We authors think that mere easement of knowledge requirement may not much diminish relevant disputes in patent field. If mere easement is not enough, further erasement would be a better solution. If knowledge requirement is not merely eased but further erased, the SoL period need to be prolonged not merely to five years but further to six years. Then, as a conclusion, the U.S. SoL period system would be the best solution for the Korea Patent Act. This paper suggests to insert a new provision into the Patent Act, the Utility Model Act, the Trademark Act, the Design Protection Act, etc., which (notwithstanding section 128) admits no recovery for any infringement committed more than six years prior to the filing of the complaint or counterclaim for infringement in the action.



▶ **Lee, Seung Hyun · Jung, Cha Ho**

Patent Right Infringement, Tort, Damages Claim, Period of Extinctive Prescription, Statute of Limitation Period, Starting Point of SoL Period

成均館法學

第30卷 第2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. 심사결과의 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.

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 연구원 편집위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

제10조 (기타) 성균관법학의 논문투고와 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 편집위원회의 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.

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 배병호
- 운영위원 김일환, 김천수, 박광민, 성재호, 임건면, 정호열, 최봉철

法學研究院 편집위원회

- 편집위원장 김일환(성균관대학교)
- 편집위원 강혁신(조선대학교), 권건보(아주대학교), 김재범(경북대학교), 김해원(부산대학교), 김홍식(안동대학교), 이경열(성균관대학교), 윤종민(충북대학교), 정경영(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 2017년도 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2號

1판 1쇄 인쇄 2018년 6월 30일

1판 1쇄 발행 2018년 6월 30일

발행인 : 배병호

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

